

# 日本法學

第八十三卷 第二号 2017年9月

## 論 說

Brexitとイギリス憲法

——二〇一七年ミラー事件の最高裁判決を中心に——

加藤 紘 捷

地方議会議員の発言権と表現の自由

——中津川市議会代読拒否訴訟をめぐって——

岡 田 俊 幸

預金制度の変化と預金契約の当事者確定

——利害関係の変容を通じた検討——

田 中 夏 樹

## 翻 訳

ポティエ師頌

.....

ギョームランフォルト

吉原 達也 訳

非訴訟的行政手続の法典化

.....

デルフィヌ・コスタ

伊藤 悟 訳

危険な取引を介する詐欺？

.....

ゲルハルト・ゼーエ

野村 和彦 訳

国民発案と憲法裁判権との間の議会制

.....

ペーター・M・フリー

石塚 壮太郎 訳

## 日本法學 第八十二卷第四号 目次

### 論 說

裁判員の職務等と被告人の裁判選択権をめぐる憲法問題  
——統・裁判員制度の憲法適合性—— 柳 瀬 昇

契約不適合物の危険移転法理  
——危険の移転と解除によるその回帰—— 野 中 貴 弘

### 翻 訳

担保のための所有権移転  
——経済的意義と解釈上の難しさ—— コジマ・メラウ  
益井 公司 訳

行政法における法的フィクション  
デルファイヌ・コスタ  
清水 恵介 訳

限界なき刑法？  
——犯罪化の哲学的な限界を探究して——  
ゲルハルト・ゼーエア  
上野 幸彦 訳

### 論 說

ジャン・ドマの「法科学論」とデカルト、  
パスカルの「幾何学的方法 *mos geometricus*」……………菊 池 肇 哉  
ポティエ「法準則論」内の自然法的構造との対比において

### 雑 報

日本法學 第八十二卷 索引

## 日本法學 第八十三卷第一号 目次

### 論 說

裁判員制度の意義と展開可能性  
——統々・裁判員制度の憲法適合性—— ……柳 瀬 昇

契約適合性への買主の信頼  
——契約不適合物の買主の許での滅失損傷—— ……野 中 貴 弘

自白法則と違法収集証拠排除法則  
——自白に違法収集証拠排除法則は適用されるか—— ……澤 田 康 広

### 翻 訳

ローマ法における不法行為責任の概念 ……コジマ・メラウ  
吉原 達也 訳

ルドルフ・フォン・イェーリングの著作における法学的構成  
——普遍的な法的字母(アルファベット)から法学的な美へ—— ……永 田 誠 訳

金融取引法における消費者保護の現状 ……コジマ・メラウ  
——特に契約締結前の注意義務について—— ……益井 公司 訳

### 判 例 研 究

同一被害者に対する一定期間内に反復累行された一連の暴行を  
包括一罪とした上で、その包括一罪を構成する一連の暴行による  
傷害について訴因の特定に欠けることはないとした事例 ……立 石 有 作  
(最決平成二六年三月二七日刑集六八卷三三六八頁)

# Brexitとイギリス憲法

——二〇一七年ミラー事件の最高裁判決を中心に——

加  
藤  
紘  
捷

## 目次

はじめに（問題の所在）

- 一． 本件提訴に至る経緯と背景
- 二． ミラー事件の高等法院合議法廷判決
- 三． ミラー事件の最高裁判決
- 四． 同事件最高裁判決の判例評釈
- 五． 同事件最高裁判決にみるレファレンダム（国民投票）の意味と議会主権
- 六． 同事件最高裁判決にみる国王大権の意味と議会主権  
むすびに替えて

## はじめに (問題の所在)

本稿は、本年(二〇一七年)一月二四日に下されたいわゆる「ミラー事件」<sup>①</sup>の最高裁判所判決で争われた憲法上の意味、(1)ひとつは、二〇一六年六月二三日にイギリスで行われたレファレンダム(国民投票)の憲法的意味、とりわけイギリス憲法の基本原理である議会主権の下、レファレンダムの結果の法的意味、すなわち、選挙民の多数が出したEU離脱の意思表示は議会主権を法的に拘束する効果を持つのか持たないのか、(2)二つ目は、政府がEU機能条約五〇条に基づく脱退通告するに際して依拠しようとした国王大権とは如何なるもので、同じくレファレンダムの結果を受け、離脱大臣が、議会からの事前の承認なしに、即、欧州理事会へのEU脱退通告をしようとする行為は、憲法上許されるかどうか、ミラー事件の最高裁判決を中心に考察する。

加えて、(3)議会主権とEU法の関係について、一九九〇年代のファクタタイム(Factortame)事件貴族院判決<sup>②</sup>以来、イギリスの司法部が展開してきた判例の傾向に本件最高裁判決はどのようなインパクトを与えるかも、併せて考察したい。具体的には、同ファクタタイム事件判決以降二五年以上にわたって、イギリスの判例法は、EU法の優位性に向けて、議会主権のダイナミック変革をもたらす方向に限りなく傾斜していたことは周知の通りである。しかし、このたびのミラー事件の最高裁判決をもって、これ以上の判例法の発展の可能性は「(未解決のまま)不確実性を残す結果」となり、マーク・エリオット教授も「(このことは)異様に映る」<sup>③</sup>と指摘したが、これについても、可能な限り考察したい。なお、EUからの脱退に伴うGreat Repeal Bill(一九七二年ECA廃止法案)及びスコットランド等の地方分権問題については、論稿を進める中で、必要な限り、付言するに留めたい。

## 一・ 本件提訴に至る経緯と背景

ところで、二〇一五年EUレファレンダム法（国民投票法 European Union Referendum Act 2015）が制定され、翌年二〇一六年六月二三日、イギリスが、引き続きEUの加盟国として残留するのか、離脱するのかを問う、レファレンダム（国民投票）が行われた。その結果、僅差ではあるが、EUからの離脱支持が残留支持を上回り、国民よりBrexitを支持する結果が出された。<sup>(4)</sup> これを受けてこれまで残留を訴えてきたキャメロン英首相は六月二四日朝、引責する形で辞意を表明した。同首相は、（リスボン条約発効後の）TEU条約第五〇条を発動し、二年に渡るEUとの脱退条件を交渉するのは、新首相の役目になると述べた。七月一三日に、キャメロン（前）首相が退陣し、代わって、メイ（Theresa Mary May）前内務相が新首相に就任し、EU脱退の手續を担うことになった。

二〇一七年一月一七日、英国のメイ首相は、EUからの脱退の交渉方針に関する演説を行った。大方の予想では、一定分野で単一市場の取り決めが維持される、部分的なEU離脱を探るのではとの憶測もあったが、新首相は、そのようなソフトブレグジット（穏健離脱）を明確に否定、ハードブレグジット（強硬離脱）を目標に掲げた。<sup>(5)</sup> その前年、二〇一六年一〇月、バーミンガムで開催中の与党保守党の党大会で、メイ首相は来年三月末までにEUからの脱退交渉を始めるため、TEU条約五〇条<sup>(6)</sup>を発動させると言明した。<sup>(7)</sup>

これに対してジーナ・ミラー<sup>(8)</sup>（Gina Miller）及びデイル・ドス・サントス<sup>(9)</sup>（Deir Dos Santos）らは、EUからの脱退によりこれまで享受してきたEU法上の権利を著しく失うものであり、イギリス憲法上、政府には議会の事前の承認なしに通告を出す権限は有しないと高等法院に訴えを申し立てた。

政府を代表して、EU離脱大臣は、政府には、一九七二年欧州共同体法 (European Communities Act 1972, 以下「一九七二年E C A」と称する) の規定上、黙示的に、レファレンダムの結果を受けてEUへ脱退通告し、脱退交渉する大権行使 (the exercise of prerogatives) は許されていると反論した。

それに対して、高等法院合議法廷 (Divisional Court, Lord Thomas LCJ, Sir Terrence Etherton MR and Sales LJ) は、二〇一六年一月二日、政府の主張を斥け、脱退手続きを開始するEU条約第五〇条を同政府が発動するには、議会議定法による議会の事前の承認が必要であるとの判断を下した。担当大臣はこの決定を不服として最高裁判所に(飛越) 上訴した。

二〇一七年一月二四日のミラー事件の最高裁判決は高等法院合議法廷判決を支持し、イギリス憲法によれば、政府が大権行使によりEUからの脱退通告をするには議会議定法による事前の承認が必要とされ、議会議定法による明文かつ明白な文言によらない限り許されないと判示した。

この判決で言えることは、一審である高等法院でもそうであるが、最高裁で問題になった争点を端的に述べれば、レファレンダムによる国民の回答、すなわち政治的主権を有する国民の意思をどう考えるか、端的にはこの政治的主権を有する国民の意思が法的主権を有する議会を拘束するのかもしれないのか、さらには、議会議定法による事前の承認を待たずに、一九七二年E C A上、国王大権によりEUからの脱退の通告を行うことは可能とした政府の主張は正しいか、それらのすべての可否は、イギリス憲法の最大のドグマである議会議定法をどう考えるかにかかっていたと集約されるであろう。

同時に、本件では直接の争点にならなかったが、イギリスが一九七三年、当時の拡大E Cに加盟して以来、二つの

原理的に対立する矛盾、すなわち、一方に議会主権の原理、他方にEU法の優位性の原理。この対立する課題を原理的にどう解決を図るかというイギリス憲法上の最大の課題に、一九九〇年のファクタタイム事件で、議会主権は自発的な制約を引き受けたとみる画期的な貴族院判決が現れたことは周知の通りである。果たしてこのたびの最高裁判決はファクタタイム事件の貴族院判決以来の判例の動向に対してどのようなインパクト与えたといえるであろうか。これについては本稿で後述する。

いずれにせよ、ミラー事件における政府側の主張を斥ける一月二四日の最高裁の判決を受けて、直ちに、政府は、同年一月二六日、イギリス議会（二〇一六年―一七年会期）の庶民院に「EU（脱退通告）法案」<sup>10</sup>を提出した。この法案は、一般的にBrexit Billと呼ばれ、欧州審議会に対してEU機能条約第五〇条二項に基づく正式な脱退通告を提出する権限を首相に付与することとしたのである。本法案の短称（a short title）は「EU（脱退通告）法案」であるが、長称（a long title）によれば、本法案は、「首相が、TEU条約第五〇条二項に基づき、イギリスのEUからの脱退の意思を通告する権限を付与する法」とある。上院である貴族院は修正案を可決したが、庶民院は（脱退交渉の足かせになるとして）これを斥け、二〇一七年三月二三日、本法案を原案通り可決。同法案は、同月一六日に女王の裁可を得て、成立した。

これを受けて、メイ首相は憂いなくEUからの脱退の交渉に入ることができるとなり、同年三月二〇日、同首相は、条約第五〇条に基づき欧州理事会へ脱退交渉を正式に開始させる通知を同月二九日に行うとの声明を発表。同日、イギリス政府は声明通り、EUからの脱退を正式に通告した。これによりイギリスが一九七三年に時の拡大ECに加盟して以来、四四年目にして、EUから脱退に向けて、いよいよ二年に及ぶブレグジット時計<sup>12</sup>（Brexit clock）の

針は時を刻み始めた。

二・ ミラー事件の高等法院合議法廷判決<sup>(13)</sup>

1. 高等法院合議法廷判決(一審)<sup>(14)</sup>

(事実概要)

二〇一六年六月二三日のレファレンダムの結果、国民はEUからの離脱に過半数を超える賛成を表示した。これを受けて、政府はEU加盟に終止符を打つため、二〇一七年三月末までにTEU五〇条に基づきEUからの脱退を通告すると宣言した。これに対し、ミラーら(正式には申立人であるが一審判決の中ではclaimants、即ち原告と称されている)はEU離脱大臣を相手取り、政府には議会に事前の承認なく、国王大権の行使に依ってEU脱退交渉に入る権限はないと高等法院に提訴した。これに対し大臣は前述したように国王大権に基づく権限ありと反論した。

(争点)

本件における唯一の問題は、イギリスの憲法問題として、国王は—今日、執行機関であるが—イギリスがEUの一員であることを停止するため、TEU五〇条に基づく脱退通告を行うその国王大権をもちうる権限があるかどうかである。

(一審判旨)

高等法院合議法廷(トーマス首席判事卿 Lord Thomas LCJ, 控訴院記録長官サー・テレンス Sir Terrence Etherton MR 及びセールズ控訴院判事 Sales LJ)は、二〇一六年十一月七日、審理の結果、以下のように判示した。本件は「純粹に法の

問題にかかわっており、当法廷はEUから脱退することの功罪について関心はなく、またそれに対して見解を述べることもない。それは政治問題だからである」とした上で、「政府 (defendant) の主張は、一九七二年E C Aのなかで議会によって用いられた文言にも、議会主権という基本的な憲法原理にも反しており」、さらに「国王大権の行使に依って国王側にT E U五〇条に基づく脱退を通告し、それにより国内法に変更をもたらす如何なる権限もない」と、大臣敗訴を判示した ([2016] EWHC 2768)。

## 2. 一審判決の背景

(1) 一九七三年一月一日に、イギリスはE E Cを含む当時の欧州共同体に加盟した。共同体法はイギリスの国内法で効力を付与される必要がある、この目的を達成するため、議会に第一次立法の制定を要求するというのが加盟の条件だったため、それを実現するため、議会は一九七二年欧州共同体法を成立させた。欧州共同体は現在、欧州連合(EU)となっている。

(2) 二〇一五年EUレファレンダム (国民投票) 法に従って、イギリスはEUから離脱するのか留まるのかの問題に関して二〇一六年六月二三日に国民投票が実施された。下された回答はイギリスがEUから脱退するというものだった。

(3) 脱退の手続きはT E U条約の第五〇条によって規律されており、それによれば、ひとたび加盟国が脱退通告を行えば、脱退合意を交渉するのに二年間の期間が与えられている。もしそれまでに合意に達しない場合には、全会一致で欧州理事会との期間延長の合意によって延長が認められない限り、EU諸条約は当該加盟国に適用が停止され

る。政府はひとたび五〇条に基づき脱退の通知がなされれば、撤回できないことを承認している。さらに政府は五〇条が条件付きの通告を認めないことも承認している。…通告は、五〇条による交渉の過程でなされた何らかの撤回を承諾するのを求められていると主張することによってそれが認められることはない。

(4) ゆえに、ひとたび五〇条に基づき通告が下されると、E C A一九七二によって国内法に組み込まれているE U法に基づく権利は五〇条による脱退手続きが完了すれば失われることになる<sup>15)</sup>。

(5) 憲法原理…イギリス憲法の最も基本的な原則は、議会が主権を有し、かつ、議会の選択する如何なる法も作りまた廃止することができるというものである。議会主権の一側面として、何百年もの間、国王―すなわち現在の政府―は、国王大権の行使に依って議会が制定する立法を無効にすることができない旨、確立されている。この原則は決定的に重要性を有しており、かつ、政府が依拠する一般原則、すなわち、国際関係の行為と条約を締結すること及びそれを廃棄することは通常、国王大権の権限の範囲に属する事項であるとの一般原則とかわっている。かかる一般原則は、国王大権の行使により、議会の立法を含む国内法に如何なる効力も有しない。

(6) しかし、本件の場合、もし五〇条に基づき通告がなされれば、必然的結果としてそれは国内法を変更する効果をもつことになるのを政府は認めているし、またそれを積極的に主張している。議会がE C A一九七二を制定することによって国内法の一部として効力をもつとしたE U法の要素は、脱退によりやがて効力を失うことになるであろう。

(7) 本件における政府の中核的な主張は、議会がE C A一九七二を制定したとき、国王は共同体条約（現行のE U諸条約）からの脱退を発効させる大権を保持している旨、意図していたこと、かつ、それにより、E U法がイギリスの

国内法のなかで効力を有し続けるかどうか選択する権限を国王が有する旨、意図していたというものである。

### 三・ ミラー事件の最高裁判決<sup>(16)</sup>

#### 1. 大臣の上訴

大臣は一審である高等法院合議法廷判決を不服として最高裁に上訴。これに対して、最高裁判所は八対三の多数決で一審を支持し、大臣の上訴を棄却した<sup>(17)</sup>。それによれば、イギリスのEUからの脱退決定を大臣が通告するためには、イギリス憲法上、事前にそれを承認する議会制定法が要求されると判示した。各判事の反対意見はそれぞれ別個に下された。

他方、分権問題に関して、多数意見は、一九九八年北アイルランド法 (Northern Ireland Act 1998、以下NIAと称する) の第一条も七五条も本件の助けにはならないし、スウル慣例 (Sewel Convention、後述) は法的に強行しうる義務を生じないと結論付けた。

#### (最高裁判決理由) (多数意見)

最高裁は以下のことを考察する…EUへのイギリスの加盟に効力をもたらしたECA一九七二の文言は、事前の議会制定法による承認なしにEU諸条約からの脱退しようとする大臣による権限の行使と一致しない。

(1) イギリスにおいて条約を締結する場合、多くの制定法は、対象とする分野について立法措置をとることによりそ

の条約に国内法上の効力を付与するのであるが、E C A一九七二も同様の変型手続きを取った。しかし、E C Aの第二条は、E U法をイギリス法の法源の一つにするだけでなく、これ以上の第一次立法による立法措置を講じることなく、その後に作られるE U法をもイギリスの法源となるよう規定されており、さらに、それらのE U法は議会制定法を含むイギリスにおけるすべての国内法源に優位する (overriding source) というダイナミックなプロセスを承認した。これを知る限り、E C A一九七二の効力は憲法上の意味において前例がない (unprecedented) 特徴を有していると言ってもよい (最高裁判決パラ六〇)。もつとも、E C A一九七二も他の如何なる制定法と同様、廃止されることもありうるのであり、言うなれば、E C Aが効力を有している限り、その効力はE U法が国内法から独立し、かつ、すべて国内法に優位する法源として機能させることである (同最高裁判決パラ六五)。したがって、議会がそれとは異なる決定をしない限り、議会からE U諸機関へ法定立権限の部分的委譲が成し遂げられ、立法権限の譲渡が起きたと理解されるのである (同最高裁判決パラ六七―六八)。

(2) しかしイギリスがE Uから脱退することで、イギリスがE U諸条約への当事者であることを停止する結果としてイギリス国内法の変更をもたらし、E U法を通じて認められてきたイギリス居住者の享受する諸権利も危うくなる、というのが共通の考えである (最高裁判決パラ六九)。

(3) 政府は「一九七二年法はE U諸条約から脱退する大臣の権限を排除していない」と主張し、かつ「同法第二条はそのような権限を現実に受け容れている、というのも、同条は脱退権が行使されない限りにおいてのみ、E U法に効力を付しているに過ぎないからである」と主張する (最高裁判決パラ七五)。しかしながら、もしイギリスがE Uから脱退すれば、E U法はもはやイギリス国内法の一部ではなくなるといふ事実を以て、直ちに大臣が事前の承認

なしにEU諸条約からイギリスを離脱させうる、と議会が意図したという意味にはならない。EUからの脱退はEU法の法源と切り離されることにより、間違いなくイギリスの憲法体制に根本的な変更を招く(同判決パラ七八―八〇)。かかる根本的変更は、通告を送達することの必須の効力となるであろう(同最高裁判決パラ八一)。イギリス憲法によれば、そのような変更は議会の事前の立法を通じてなされることが要求されている(同最高裁判決パラ八二)。

(4) 大臣の国王大権によるEUからの一方的な脱退はイギリスの居住者(イギリス市民のみならず他の加盟からのEU市民)からいくつかのEU法に基づく国内法上の権利を奪うことになる。そのことは、政府が国王大権により事前の議会の承認なくEU諸条約から脱退することを不可能にする(同最高裁判決パラ八三)。

(5) ECA一九七二を制定するとき、大臣にEUから脱退する権限を与えるか否かは議会にとって議論が開かれていたはずである。しかも、大臣にそのような権限が付与されるとしたら、明白な文言が求められたはずである。そのような明白な文言がないばかりか、ECAの諸規定は、大臣にはかかる権限が明示的に与えられていないことを示している(同最高裁判決パラ八七、八八)。これについてホフマン卿判事がSimms事件において以下のように述べている…

「基本的な権利というものは制定法のなかでジェネラルな文言で取り消し得ない、というのは、その不適切な意味をもつ含意が民主的手続きのなかで気づかずに通ってしまったかもしれない余りに大きいリスクがあるからである。<sup>(19)</sup>」

もしECA一九七二となった法案が、大臣にイギリスがEU諸条約から離脱するのは自由であると規定しているとしたら、議会がそれを保障するために明白な文言があったはずであろうし、裁判所もまたそのように判断したであ

ろう。したがって、我々は、E C A一九七二の第一篇で、議会が大臣に国内法の重要な法源でありかつ重要な国内法上の権利を除去する条約締結権を用いることのできることもなくまた逸脱した権利を付与したと議会が明白に意図したという考えを承認するわけにいかない。つまり大臣に脱退する権限を与えるなど二条によって承認されているはずがない。というのも二条は、大臣がE U法定立過程に参加していると企図されており、E Uからの脱退はそれと真逆のことをしている（同最高裁判決パラ九五）。

- (6) なお、イギリス憲法は議院内閣制を採用している。大臣がそれ自身の行為について議会に説明責任を負いうるといふ事実は、憲法上論争があり、確実な答えはない。が、しかし、大臣は自分の如何なる行為についても議会で常に説明責任を求められうる。その場合、大臣の行為は事後に議会に説明責任を求められる場合と、事前に議会の同意を得なければならぬ行為とに分けられ、条約からの脱退といった憲法上重要な行為に関連している場合は、後者のカテゴリーに属し、大臣は事前に議会の同意を得ない限りそのような行為を行う権限はないであろう。∴（同最高裁判決パラ九二）。

- (7) 二〇一六年に実施された国民投票は政治的には極めて重要性が高い。しかし、その法的意味は議会が制定法の中で何を含めるかによって決まるのであり、今回の二〇一六年レファレンダム法は、結果にとらわれることなく国民投票が行われることを規定したにすぎない。したがって、国民投票を求めたのは議会ではあったが、結果に対してどう対応するかは大臣の問題である。国民投票の結果を実現することを要求される場合、法の変更はイギリス憲法によって許された唯一のやり方でなされねばならない。二〇一六年一月七日の庶民院における決議、すなわち二〇一七年三月三十一日までにT E U五〇条に基づく通告をなすべく大臣に求めた決議は、上訴の中で生じている争

点に影響を及ぼさない政治的行為であることを政府側も認めている（同最高裁判決パラ一一六一―一二四）。

（反対意見）

- (1) これに対して、反対意見としてのリード卿判事、これに同調するカーンウォース卿判事及びヒュー卿判事の考えは、EU法は、本来、独立の法の一団で、ECA一九七二はEU法にイギリスにおける効力を付与したに過ぎないという点で、EU諸条約のイギリスに対する適用、ゆえにEUのイギリスの加盟についても本来条件付きだったと考える。ECAはEUへのイギリスの加盟に関して何らの要件を課していないし、またはそれ以上の意思も明らかにしていない。ゆえにECAはイギリスの加盟に関し大権行使に条件を課しているわけではない（同最高裁判決パラ一七七）。

- (2) カーンウォース卿判事は、五〇条二項に基づく通告を送達したからといって何らかの法、また何らかの権利に変更をもたらすわけではなく、当該条項の中で交渉及び意思決定の本質的には政治プロセスのスタートとなるに過ぎない（同最高裁判決パラ二五九）。また、政府は自らの交渉には議会に説明責任を有しているし、そのプロセスは何らかの形式での第一次立法による議会の制定なしには完成しえないはずであろうと述べた。

2. 判決理由―地方分権問題（Devolution issues）について

- (1) 地方分権問題は、裁判所に、一九九八年北アイルランド法（NIA）及び関連する取り決めの文言が、果たして、通告がなされる前に、第一次立法の制定を求めているか、かつ、北アイルランド総会（Northern Ireland Assembly）

及び北アイルランド人の同意を求めているか、である。その点で、北アイルランド、スコットランド及びウェールズにおける地方分権体制のいずれかに基づき、分権議会は、EU法に従う責務を有し、分権議会の同意なしに、分権事項に関し、イギリスの議会が立法権限を通常、行使しないとのスウル慣例 (Sewel Convention) <sup>(20)</sup> があることは事実である。しかし、地方分権諸法は、イギリスがEUの加盟国となるであろうという前提で議会が可決したとされている。もつとも、これらの地方分権法は、イギリスが加盟国のまま残留し続けることを要求しているわけでもない。しかし、EUとの関係及び他の外国事項についてはイギリスとイギリス議会に留保されているのであって、分権された立法部にあるのではない。イギリスがEUから脱退すれば、分権化された諸機関の権限を変更し、EU法に従う責務を除去することになる(同最高裁判決パラ一二九―一三〇)。

- (2) 判事たちの多数による判断にかんがみ、イギリスがEUから脱退するには第一次立法が要求されるか。裁判所はNIA (Northern Ireland Act 1998) がかかる立法のため裁量的要件を課しているかどうかを判断する必要はない。
- (3) EUから脱退する判断はNIA第七五条(公当局に対する制定法上の義務)の意味の範囲における北アイルランドに関する北アイルランド大臣により行使される機能ではない。さらに、NIA第一条(北アイルランドの地位)は北アイルランドの人々にイギリスの一部にとどまるか、統一アイルランドの一部になるかを決定する権利を与えているが、それは北アイルランドの憲法上の地位に他の何らかの変更を規律する条項ではない。<sup>(21)</sup>
- (4) 分権化された権限に効力を付与しているEUからの脱退の決定にスウル慣例 (Sewel Convention) <sup>(22)</sup> を適用することに関し、当該慣例はイギリス議会の活動に対する政治的抑制として機能している。それゆえ、スウル慣例はイギリス憲法の運営に重要な役割を演じている。しかし、その範囲と運営をどう規制するかは裁判所の憲法上の権限の範

圏にない。分権化された立法部はEUからの脱退に関するイギリスの決定に拒否権をもつものではない。以上であるが、判決理由を検証するまえに上訴に至る背景を見る。

### 3. 上訴に至る背景

(1) TEU第五〇条一項は、如何なる加盟国もそれ自身の憲法上の要件に従ってEUから脱退する決定ができると規定し、さらに同条二項は、離脱を決定する加盟国は、脱退の意思を欧州理事会 (the European Council) に通告し、EUを規律する諸条約 (EU諸条約) が二年以内に当該加盟国に適用するのを停止せねばならない、と規定するものである。イギリスは、二〇一六年六月の国民投票を受けて、イギリス政府は大権行使に依り、欧州理事会へEU諸条約から脱退する通告を送達することを提案した。

(2) 本上訴の主たる争点は、イギリス憲法上、国王大権により、かかる通告が、議会制定法による事前の承認なしに法的に政府の大臣により下しうるかどうか、である。さらにもう一点。最高裁に北アイルランドからの付託、及び、スコットランド政府を代表する法務総裁 (Lord Advocate) とウェールズ政府を代表する法務総裁 (Counsel General) からの訴訟参加がさらなる問題を提起した。それによれば、彼らは、制定法上彼らに分権された権限の文言上、脱退の通告がなされる前に分権化された立法府への諮問または同意を求めるか、さもなければ、分権問題に対する政府の権限を制約することになるのではないかという問題が提起されたのである。

(3) イギリス憲法上の要件は、当事国すべてが同意している国内法の問題であり、イギリスの判事によって決定されるべき問題である。本訴訟における争点は、脱退の決定が及ぼす功罪、つまり、脱退までの日程と条件、将来、イ

ギリスとEUとの関係をどうするか、といった政治問題とは関係ない。

- (4) 原告側 (claimants) の主張は以下の通りである。国王大権がイギリスの国内法に変更をもたらすことになり、かつ、EUから脱退すれば国内法に変更を及ぼすことになり、そのような行為に国王大権を拡大しえないという十分に確立した原則により、イギリス政府は最初に議会制定法によってそうすることが認められない限り、脱退の通告を送達することはできない。この争点を解決するには、既存のEU諸条約によりイギリスの諸義務に国内法上の効力を賦与している一九七二年欧州共同体法 (European Communities Act 1972, 以下、これまで通り「一九七二年ECA」と称する)、その後のEU諸条約に効力を付与しているその後の国会制定法、並びに、二〇一五年のEUレファレンダム法の適切な解釈如何にかかわっている。

- (5) 北アイルランドの請求は、北アイルランド高等法院の Maguire J により審理され、当判事は、分権問題については棄却した ([2016] NIQB 85)。北アイルランド側を代表して法務総裁の申し立てについては、Maguire J は四点を最高裁判所に付託した。また、北アイルランドの控訴院はさらに一つの問題を付託した。

#### 四．同事件最高裁判決の判例評釈

上に述べた、ミラー事件の最高裁判決の判決理由で紹介した多数意見に対して、ケンブリッジ大学エリオット教授<sup>(23)</sup>は、同じく同判決のなかで反対意見を展開したリード卿判事の反対意見とを対比させ、興味深い分析をしているのである。ここでは同教授の分析をもとに最高裁判決を評釈したい。<sup>(24)</sup>

## 1. EU法のECA一九七二における位置づけに対して

そもそも多数意見と反対意見の代表者であるリード卿判事の一九七二年ECAの性質と目的の受け止め方について一致していない。エリオット教授に依れば、多数意見は（上述した多数意見による判決理由の1参照）EU法をイギリス法の所産（一部）であるという考えに極めて大きなウェイトを置いている。すなわち、イギリス法が、一九七二年ECAという形式により、EU法を生み出したに過ぎないと述べる（法源）。なぜなら、ECAなしにEU法は国内法の地位を築けないからである。要するに、ECAがEU法にイギリス国内法上の効力をもたらしたからである。従って、（EU法は）それ自身自律的な法源（original source）ではないのであり、結局、EU法はイギリスの国内法が生み出した独立かつ優位性を有する法源に過ぎないと多数意見は結論づけた。この考えは、ウェイド教授（Prof. Sir William Wade）によつて示されたファクタタイム事件の古典的とも言える分析<sup>25</sup>には必ずしも合わないが、弁護可能な考えかもしれないとエリオット教授は述べる。

しかし、これに対して、反対意見を提示したりード卿判事は、そうとは考えない。なぜなら、もしイギリスにおけるEU法の効力の源がイギリス法自身にあるのであれば、如何なる意味でも、EUの立法及び憲法体制がイギリス法から独立していると見るのは困難になる。EUの法制度は、EU側の見方からすれば、自己発生的な法（generating law）なのであり、それにより独自の法源であるとする。

果たして、ECAをどう解釈するか、多数意見とリード卿のような反対意見を分析してどちらに軍配を上げるかは、ミラー事件で求められた極めて困難な争点（thornist issues）の一つだったとエリオット教授は指摘したうえで、<sup>26</sup>「憲法上のスケール論」（constitutional scale）を中心に展開してゆく。天秤の一方にEU加盟の憲法的意味という錘を乗せ、

他方にEUからの脱退の意味という錘を乗せて比較考量してみる。多数意見は、憲法的言い回しで言うならば、一九七二年E C Aのもつ効果は、前例のないものであった(“unprecedented”)、という。なぜなら、十分に確立された既存の国内法の上に、史上初めてダイナミックに、国際的法源が移植されたからである、議会と裁判所の上にとってもいい。この観点からすれば、EUからの脱退は、EU法が一九七二年E C Aによって初めてイギリス法に組み入れた瞬間に起きたものとまったく同じ甚大な憲法上の変更をもたらすに違いない。すなわち、EUからの脱退という重荷を一方の秤に乗せたときの重さを指摘して、多数意見は次のように言う…したがって、もし担当大臣の決定や行為によってのみ、EUからの脱退が可能であるとすれば、憲法体制に計り知れない変更をもたらすことになり、他方の秤に乗せた憲法原理、それは積年に渡って積み重ねてきた重い憲法原理を揺るがせることになり、それと一致しないであろう、と結論づける。

このような最高裁の理由づけは、政府側そしてリード卿判事の反対意見に対するスケール論による回答でもあったはず、とエリオット教授は指摘する。<sup>27)</sup> すなわち、リード卿ら反対意見からみれば、一九七二年E C Aは、その中でイギリスの有するEU上の諸義務が一体どのようなものであるか前提なしに、かつ、条件づけることもなしに(重いか軽いか区別することなく)、それら諸義務に効力を付与したとする以上の何物でもない。そのような意味で言うならば、E C Aはそれを前提として適用されるか、または、条件づけられるかを規定したに過ぎないとする。多数意見の取った憲法上のスケール論はそのようなリード卿らの反対意見に対する回答だったに違いないとエリオット教授はいう。かくして多数意見は、一九七二年E C Aは、EU諸機関が作るEU法に対する変更を受け入れる一方、EU法に由来する特定の権利や義務の廃止に伴う変更をも意味する、<sup>28)</sup> 完全な脱退(“complete withdrawal”)の可能性をあらかじめ

規定する目的も性質も有していなかった、と結論づけた。他方において、反対意見に立つリード卿判事からすれば、完全な脱退も他と区別なく予定されていたはずであると考えたのである。

## 2. EUからの脱退を五〇条に照らして大権行使は可能か

多数意見からすれば、一旦E C AによりEU法がイギリス法による所産として取り扱う場合、外国関係を実行する国王大権までこれにより行使しうるとは考えられない。ゆえに五〇条によるEUからの脱退を大臣が行うことは根本的な憲法に変更をもたらすことになり、できないとみる。しかし、一九七二年E C Aの規定に言及することで所与のEU法上の権利を狭めたり、除去したりするEU立法と、イギリスのEUからの脱退とはスケールにおいてあまりに大きく異なるとして両者を区分しようとする多数意見の考えは正しいと言えるであろうか。

反対意見に立つリード卿判事は正しいとは思われないと反論する。一九七二年E C Aに依拠して完全なEUからの脱退のもたらしうるイギリス憲法上の変更とそれ以外のEU上の権利の変更の区分について、リード卿判事は次のように述べる…新しいEU立法から生じるEU法の中身の変更とEUからのイギリスの脱退に起因する変更の間に如何なる線を引くか、一九七二年E C Aの文言には何の根拠もないと主張する。この理由により、リード卿は、E C Aに依拠して、(大臣が大権行使に依り)五〇条の引き金を引くことが十分可能であると考える。なぜなら、EUから完全に脱退しようとするのと、EU立法の制定によりEU法の内容を変更しようとするのとを、(E C A法上)法的に区分する問題の範疇には入らないとする。この見解に立つと、EU法の国内法上の効力を付与する条件的方式により、すべての事項が区別なく一九七二年E C Aによってすでに内包されているとの考えが成り立つ、とリード卿は考える。エリオット教授は、この点に関するE C Aのリード卿の解釈は、自分自身の考えと一致している、と賛意を表わした。<sup>29)</sup>

### 3. 大権行使について議会に対する大臣側の説明責任について

また反対意見のうち、カーンウオス卿判事は、一審の合議法廷の多数意見は、ミラー事件の論点を議会主権と大権の間の単純な選択の問題にしている。しかし大事な点、すなわち、大権行使について議会に対する大臣側の説明責任という基本的な重要性を見過ぎてしている。これについて、エリオット教授は、議会に対する説明責任の可能性は、所与の国王大権についての裁判所の分析にある程度の影響力があるかもしれない、と理解を示す。とくに二〇一六年の一二月に採択された庶民院の決議、すなわち、二〇一七年三月三十一日までに五〇条に依拠するのを政府に呼びかけた決議にかんがみ、カーンウオス卿判事は、脱退のプロセスにおける政府の行為を精査という通常の責任を議会が満たすことができるのであれば、法案という形式上の手続きを踏む必要はないと結論づけたが、それはおそらく大臣による大権行使に対する司法審査の強力な武器を弱めるのに貢献できるのではないかとエリオット教授は評価した<sup>30</sup>。だが、最高裁判決の中でこの議論はとくに考慮されなかったように思われる。

### 4. EU法の優位性の下での議会主権の相対化について

最高裁の多数意見によれば、一九七二年E C Aの第二条は、EU法をイギリス法の法源の一つにするだけでなく、これ以上の第一次立法による立法措置を取ることなく、その後のEU法もイギリスの法源となるよう規定されていること、さらには、それらのEU法は議会制定法を含むすべての国内法源に優位する (overriding source) というダイナミックなプロセスを承認していることを前述したように重くみた上で、一九七二年E C Aの効力は憲法上の意味において先例がない (unprecedented) ほどとてつもない特徴を有していると述べた (同最高裁判決パラ六〇) ことは別な意味で評価に値するかもしれない。なぜなら、ダイナミックなプロセスを承認しているE C Aだからこそ、其の後、

一九九〇年のファクタタイム事件の貴族院判決が出現してくる契機となったのも首肯できるからである。事実、最高裁はこのことを同判決の中で「この（貴族院）判決が出るまで、EECへのイギリスの加盟が意味する重要性を多くの法律家は必ずしも評価しなかった」と述べ、この貴族院判決のもつ意義がその後の判例の計り知れない発展に道を開く余地をもっていたこともこのたびの最高裁が指摘した意味は大きい。もともと、この考えは、（前出の）ウェイド教授（Prof. Sir William Wade）によつて示されたファクタタイム事件の古典的とも言える分析、すなわち「この判例を評して）高等法院女王座部の方が、一九七二年E.C.A.のもたらした憲法上の法的革命をより理解していた」とする言説には必ずしも遠く及ばないが、それでも、最高裁判決で、ファクタタイム事件の貴族院判決をそれなりに評価していたと解されてよいと思われる。

ただし、一審高等法院判決では、その後、二〇〇三年にソバーン（*Thoburn*）事件判決についても付言し、これを高く評価すると共に、*R (Buckinghamshire County Council) v Secretary of State for Transport* 事件において、ニューバーガー卿判事及びマンズ卿判事により、「一九七二年E.C.A.」が他の議会制定法と異なり憲法的規定の一つと評価されていることにも言及している。<sup>32</sup>これに反して、ミラー事件の最高裁判決の中で、ソバーン事件判決での注目すべきLaws判事の意見はとくに言及されておらず、一審判決より若干トーンダウンしていることは否めない。

##### 五・ 同事件最高裁判決にみるレファレンダム（国民投票）の意味と議会主権

リード卿判事を中心とした反対意見にもかかわらず、最高裁の多数意見はこれを斥け、原告勝訴の判決を下した。

今回、訴訟でかわる憲法原理は二つある。一方は議会主権の原理であり、他方は国王大権である。とくに議会主権とレファレンダム、すなわち国民投票は現代憲法の新しい現象といわれている。これらを最高裁はどう見たか検証してみよう。

最初に議会主権と国民投票の関係は如何なるものか、二〇一六年六月二三日に行われた国民投票と議会主権の関係から見てみる。

### 1. レファレンダムと議会主権のダイシー伝統

(1) 議会主権とは、周知の通り、イギリス議会が至高 (supreme) であり、議会は第一次立法 (primary legislation) を制定することにより、欲する方法で我が国の法を変更することができるという意味である。さらに、法の問題として、選挙民の反対があるという理由で、ある議会制定法を無効と断じることができないというものである。

「法廷に立つ裁判官は、議会制定法という形で表明されない限り、国民の如何なる意思も関知することはなく、かつ、選挙民の意思に反してそれが制定され、またはその効力が維持されているとの理由である議会制定法の有効性が問題視されるのを座視することは決してないであろう。」<sup>(33)</sup> (一審判決パラ二二)

二〇一六年六月二三日に実施されレファレンダム (国民投票) は、まさに国民の政治的主権を発信できるまたとない瞬間だったはず。そしてその答えはEUからの脱退という結果に終わった。しかるに政治的主権者のEUからの脱退に賛成という発露は議会のもつ法的主権にどのような効力を及ぼすであろうか。それに対する答えとして、高等法院一審判決は、上に掲げたダイシーの言説をそのまま適用して次のように述べた。

「本法 (二〇一五年レファレンダム法) は、イギリスに適用される議会主権と議会制民主主義という憲法上の諸原

則に照らして解釈されるべきものであり、それによれば次のような結論に導かれる。いかなる問題に関するレファレンダム（国民投票）も、問題のレファレンダム立法の中にそれとは異なる極めて明確な文言が用いられない限り、議会の法定立者にとって勧告的（advisory）でしかありえないのである。」（一審パラ一〇五）

政治的主権者である国民の意思と議会の法的主権の関係はこのようなものであり、それこそがイギリス憲法の基本であると、多くの判例で認められている。最近の判例を例に挙げれば、ジャクソン事件<sup>34</sup>があり、その中でビングム卿判事も、それがイギリス憲法の基本的な考えであると、以下のように述べた。<sup>35</sup>

「イギリス憲法の基本原理は…議会における国王の優位（the Supremacy of the Crown in Parliament）にある。」（一審判決パラ一三参照）

(2) レファレンダムに関するミラー事件の最高裁判決

しかしことは政治的主権と法的主権のどちらが優位するかという二者選択で解決できるほど単純ではない。なぜなら、人民主権（popular sovereignty）に立つレファレンダム（国民投票）を許したのは法的主権に立つ議会（Parliamentary sovereignty）の作った二〇一五年レファレンダム法だからであり、事前の議会制定法なしに国民投票が行われたわけではないからである。レファレンダム（国民投票）は明らかに人民主権と議会主権が交差する、あるいは両者が絡む微妙な問題として考えねばならない。<sup>36</sup>したがって、最高裁は一審のシンプルな判決より、さらに慎重な言い回しで以下のように述べることから始めた（最高裁判決パラ一七）…レファレンダム（国民投票）はイギリス憲法の実務上における比較的新しい現象であり、そのような性質のものである。これまで、国民によるレファレンダムは三回あった。最初は史上初めてとなる一九七五年にイギリスがEEC加盟から脱退するか留まるべきかを

問うた国民投票<sup>(37)</sup>。二度目のレファレンダムは、二〇一一年、小選挙区制を廃止して、対案投票制<sup>(38)</sup> Alternative Vote に変更すべきかを問う国民投票。そして三度目は、今回の二〇一六年にEU加盟を今後も継続すべきか否かを争点に行われた国民投票 (レファレンダム) である。

さらに、地方レベルではスコットランド、ウェールズ<sup>(39)</sup>及び北アイルランド<sup>(40)</sup>における地方分権について住民投票 (レファレンダム) が行われたことにも留意しなければならない。

これらに關していずれかのレファレンダムがどのような効果を持つものであつたかは、レファレンダムを事前に承認した議会制定法の文言次第とも言える (最高裁判決パラ一一八)。だが、レファレンダムを認める立法はしばしば国民投票の結果がどのような効果をもたらすことになるか規定しない場合もある。このようなわけで、レファレンダムを承認する制定法は、例えば、国民投票の結果、多数の意思を得ない限りその立法は効力を得ないという条件の下で法の変更をもたらす立法も定立できるのである。またたとえば、一九七八年スコットランド法 (Scotland Act 1978) は、地方分権を規定するものであるが、同時に住民投票 (レファレンダム) で特定の多数による賛成が得られれば、大臣はその制定法に効力を付すべきであり、もし多数の賛成を得られないならば、大臣はその制定法を廃止する命令を出すことが要件づけられていた。

また二〇一一年総選挙投票制度及び選挙区法によれば、小選挙区制 (first past the post system) に替えて対案投票制 (alternative vote system) を採用すべきことを規定する一方で、同法八条により、もしレファレンダムの結果、その採用が認められれば、大臣は命令により対案投票制に効力を付すべし、だが、認められない場合には、大臣はそれを廃止すべし、と規定していた。さらに一九九八年北アイルランド法 (NI Act) の第一条によれば、もし住民投

票により北アイルランドが統一アイルランドの一部となることに賛成が得られるならば、大臣は国会に適切な提案を出すべきであると規定していた。

では、このたびのEU離脱か残留かを問う二〇一五年レファレンダム（国民投票）法の場合はどうであったであろうか。一九七五年の国民投票法もそうだが、このたびの二〇一五年レファレンダム法の場合、上に掲げた制定法の例とは対照的に、起こりうる国民投票の結果についてそれ以上の規定を全く置いていないのである。このようなレファレンダム法はいずれも、国民投票は実施されるべきであると規定するのみであり、実際に大臣により公の声明の中で、国民投票がいつ行われるか宣言された。それだけである。このような国民投票はしたがって“advisory”すなわち大臣による「勧告的なもの」（あるいは「諮問的」）に過ぎず、そのような回答を問われた国民投票以外のなものでもないのである（最高裁判決パラ一一九）。したがって、二〇一六年レファレンダム法は立法手段により法を変更する権限を大臣に付与していないということになり、同レファレンダム法の下、たとえ国民の離脱の意思が明確に出されたとしても、レファレンダムによる離脱への賛成という結果が出されたからとて、それをもって直ちに第一次立法を通じて事前の承認なしに脱退することはできないと解されるのである。これが今回のミラー事件における最高裁の結論であり、二〇一六年レファレンダム法は、国民の政治的主権に対する議会の法的主権の優位性をキープしたと考えられてよいであろう。

## 六・同事件最高裁判決にみる国王大権の意味と議会主権

他方、国王大権 (The Crown's prerogative powers) についても、多数意見はイギリス憲法のダイシーによる通説的解釈を採用したと思われる。以下に精査してみよう。

### 1. 国王大権の性質

国王大権は国王の手に残された法的権限の残余の物だとされている。Reid 卿判事は、*Burmah Oil Co (Burma Trading) Ltd v Lord Advocate* 事件<sup>(41)</sup>の中で次のように述べている。

「大権はまさに過去の時代の遺物 (a relic of a past age) である。大権は、使われていないからと言って失われているわけではなく、国会制定法によってカバーされていない場合にだけ援用されるのである。」<sup>(42)</sup> (最高裁判決パラ四一)

では現在どれだけ残存しているか。一六四九年のピューリタン革命のときは、君主制が廃止され、共和制になったが、一六六〇年に王政復古。しかし再びスチュアート諸王の専制政治が復活したため、二度目の市民革命、すなわち、一六八八年に名誉革命が勃発し、国民の支持を受けた議会の勝利を導いた。しかし、名誉革命ではピューリタン革命の時のように君主制は廃止されることなく、九項目に渡る広範な国王大権を有する君主制として残存することとなった。<sup>(43)</sup> しかし、君主制が残存し、多くの国王大権が残ったといえども、名誉革命により議会主権が確立したため、そのもとでの君主制、すなわち、イギリス憲政史上初めて立憲君主制が確立した。国王の手に残存する九項目に渡る国王大権は産業革命以降、議会制定法により、次第に削減されたが、本件にかかわる条約締結に関する国王大権は今も

しつかり残っている。

## 2. 国王大権の範囲と法的地位

しかし、国王が持つ大権はコモン・ローによって認められており、その行使は認められている範囲内で法的効力を生み出すに過ぎない。この範囲を越えて国王がこの国の法を変更する力はない。両者の境界線は一七世紀の国王と議会との間の闘争以前に源を発し、一六八八年の名誉革命に依って決定的になった。一六一〇年の *Case of Proclamations* 事件でサー・エドワード・クック (1552-1634) が判事が次のような見解を述べたことでも知られている。「国王は勅令または他の手段によってコモン・ローまたは制定法、またはこの国の慣習法の如何なる部分も変更することができない。<sup>(44)</sup>」

と同時に、

「国王は、この国の法が彼に認めているものを除き大権を有しない。」

この立場は、権利章典の第一条の最初の二つの項で確認されている。

「議会の同意なく、法の効力を停止したりする権限：は違法である。法や法律の執行を免除したりする権限：は違法である。」

このような国王大権の法的地位は一九一六年ザモーラ事件<sup>(45)</sup>における枢密院司法委員会によっても以下のように言及されている。

「枢密院における国王または行政部門のいずれかがこの国の裁判所によって運営されている法を作り、また変更する権限を持つという考えは我が国の憲法原理と一致しない。多くの現代における制定法の下で、行政部の

さまざまな部門が制定法としての効力を有する規則を作る権限を持っている。しかしこれらの規則のすべてはその権限を生み出している議会制定法に由来するものであって、それを生み出している行政機関に由来するものではない。国王大権がコモン・ローあるいはエクイティ裁判所で運営されている法を作り、変更する何らかの権限を有するなど誰も主張しないであろう。」(第一審判決パラ二九)

以上の原則は十分に確立されているだけでなく、コモン・ローの基盤になっている(第一審パラ二九)。

### 3. 国王大権と議会主権

他方、議会主権の下、国王大権は、議会制定法により、削減されうるものと理解されている。実際、ウェイド教授も述べているように、国王大権を構成する権限の多くはこのようにして縮減されて来ている。縮減または削減する場合は、明示的文言 (express words) か、より一般的には必要な黙示的文言 (necessary implication) によってなされるのが普通であろう。このことは二〇世紀に起きた二つのリーディング・ケースで起きたことでもあり、<sup>(46)</sup> そのうちの *De Keyser* 事件で戦時における国民の財産を接収する国王大権について次の引用を参照されたい。

「憲法原理としてこうである…国民の財産権または自由権に介入する執行部の権限は議会の制御下におかれ、かつ、議会制定法によって直接規律される場合には、執行部はもはやその権限を国王大権からではなく、議会に由来するとされるのであり、また、かかる権限を行使するに当たり、執行部は議会が国民のために課した制約を遵守することを義務付けられるのである。」<sup>(47)</sup>

さらに重要なことは、第一次立法がそれを認めない限り、国王大権は大臣をして議会制定法またはコモン・ローを変更せしめえない、ということもイギリス憲法の基本原理である。このことは、*Hofmann* 卿も *R (Bancourt) v*

「一七世紀以来、大権は国王に英国のコモン・ローまたは制定法を変更させえしめない。<sup>(49)</sup>」

と述べている。ゆえに、大臣の大権行使は裁判所によって定立されたコモン・ロー及び議会によって制定された制定法と一致しなければならない、という結論に達する。

#### 4. 国王による条約締結権と二元論

繰り返すが、大臣が大権を行使する重要な分野としてイギリスの外国関係の行為があり、<sup>(50)</sup>その中に本件に関連する国王の条約締結権がある。条約の締結権は国王の大権に属する。条約を終了させたり、条約から脱退する権限についてはさほど例はないが、理論上これも国王の条約締結権の一部である。すなわち、イギリス憲法上、条約締結権は国王の大権に属す。国王の大権に属す以上、イギリスにおいては、裁判所も国会でさえも、条約の交渉から批准に至るまでこれに関与する余地はない。

この原則はイギリスが憲法と条約に関して二元論に依拠していることを物語っており、それは、国際法と国内法はそれぞれ独立の領域で機能するという前提に立っていることを意味する。それは第一に主権国家間の条約は国際法で効力を有しており、如何なる国家の国内法によって規律されないとする。他方、第二に、条約は国際法上イギリスを法的に拘束するものだが、イギリスが締結した条約は、締結したからと言って即イギリス法の一部になりえず、かつ国内法上如何なる法的権利義務をも生じさせないのである。<sup>(51)</sup>

その上で、国王の条約締結権について、大臣はイギリスの国内法を変更することはできないという原則とも一致していることに留意すべきである。オリバー卿判事は上述の *JH Rayner* 事件判決の中で次のように言う。

「イギリス憲法の問題として、条約締結権を含む国王大権は、議会の介在なしに法の変更にあぶことはないし、また国内法で享受している個人に権利を付与しまたは奪うこともない。…簡潔に言うならば、条約はそれが立法を通じてイギリスの国内法に変型されない限りイギリス法の一部とはならないのである。<sup>(52)</sup>」

二元論の依って立つ理由は何か。それは議会主権の、ある意味で「必要なコロラリ」<sup>(52)</sup>とも言えよう。それは大臣ではなく議会を守るために存在しているとも言える。かくして Campbell McLachlan 教授は『外国関係法』の中で次のように言う。

「もし条約が国内法の中で効力を有しないならば、それ自身の政治組織の中で議会の優位性は保障されることとなる。もし執行部が国際的場面における行動が国内の実現を要求される場合に議会の承認を常に求められねばならないとしたら、議会主権は立法権が行使される真のポイントで強化されるはずである。<sup>(53)</sup>」

以上、条約を締結する、または廃止するという大権行使の特徴を述べたが、「我々は一九七二年 E C A の効力の分析に戻らなければならない。」その上で、制定法の形で議会からの事前の承認が存在しない場合、大臣が E U からの脱退を通告することはイギリス憲法の要件に照らして違法かどうかというについて次の考察を加えなければならない。

#### 5. 国王大権と一九七二年 E C A

「イギリスのための国際関係並びに条約を締結する、廃止するという行為は大権行使における国王の事項として考えられている。」(第一審パラ三〇)。一九七一年のブラックバーン対法務長官事件<sup>(54)</sup>において控訴院の記録長官であったデニング卿判事は次のように述べた。

「本邦における条約締結権は、裁判所ではなく、国王に属している。即ち、女王は、女王の大臣の助言に基づき

行為するのである。女王の大臣は、条約、この極めて重要であるとされるローマ条約についてさえも、これに  
関し、交渉し署名する場合には、全体として本邦の利益のために行為する。つまり、女王の大臣は、かかる国  
王の大権を行使するのである。これを行使するに当たっての彼等の行為は、我が国裁判所において、争いえず又  
は問題にされえないのである。<sup>55)</sup>」

しかし、条約がイギリスにおける法の変更をもたらす場合には、条約に批准を与える前に議会による立法上の手当  
が必要となる。E. C. S. ウェイド (E. C. S. Wade) 等はこれを評して、「条約締結権は、執行部の（専権）行為で  
あるとの原則が：例外に服することになる」と述べている。この意味において、EU諸条約が、イギリスにおける法の  
変更をもたらすものであることは明らかであり、一九七二年E C A第二編の表題が「法の修正」となっており、付則  
第三において、E C加盟に当って廃止される法規、又付則第四において修正されるべき法規が列挙されていることか  
ら明らかである。かくしてイギリスが時の拡大E Cに加盟するための条約を批准する場合にはその前に、国会によっ  
て制定法が定立されねばならない。そのことは、条約締結権が国王の大権に属しながらもそれを修正する形で批准前  
に国会制定法が介在することも又、憲法上の慣例として確立しているのである。一九七二年E C Aも、このような事  
情下で制定されたのであった。

しかし、大臣側の主張はこうである…イギリスがT E U及び他の関連する条約から脱退するため、五〇条に基づく  
通告をすることによりイギリスをE Uから脱退を可能にさせるため、イギリスの国際関係の行為において、一九七二  
年E C Aまたは他のいずれの制定法においても議会は国王大権を除去する規定を明らかにしなかった（一審判決パラ  
三二）。大臣はとくに法務総裁対 *De Keyser's Royal Hotel* 事件判決<sup>56)</sup>に依拠して、次のように主張した…

「イギリスを五〇条に基づく通告によりEUから脱退させる国王大権は、その趣旨の明確な文言 (express words) を用いる第一次立法によるか、または、その趣旨の黙示の意味 (by necessary implication) を持つ立法によつてのみ除去できるはずである。」(一審判決パラ三二)

にもかかわらず大臣は、一九七二年E C Aも他の如何なる議会の制定法も明示的文言または必要な黙示的な文言で国王大権のこの側面を廃止すると言及はなかつたとする (同判決パラ三二)。

これについて、反対意見を提示するリード卿判事からすれば、この結論の出発点は、すべてEU法が一九七二年E C Aの所産であるとする考えの延長線にある考えだとする (Elliott教授、前述参照)。しかしリード卿判事は、逆にEU法をイギリス法からの所産とは見るべきでないとする立場から、必ずしもそのような結論は導かれまいとする。そのように考えると、リード卿にとつて外国関係の国王大権は適切なものにとどまりうる。またこの分析に基づき、国際関係における大権行使により五〇条の発動をとりうるものであり、したがって、伝統的な意味での国内法上の権利である権利の除去、または国内法の法源としてのEU法の除去に結びつかないはずである。多数意見からすれば、五〇条の引き金を引くことになる国王大権の問題は存在しない。しかしリード卿判事にとつて、立法が大権行使を妨げない限り、国際関係における大権行使は可能となるのである。

### むすびに替えて

1. このたび、ミラー事件の高等法院合議法廷判決及び最高裁判所判決を考察したが、これにより明らかになったこ



その点で、エリオット教授も言うように、EU法がそれと一致しない議会制定法に優位し、裁判所もそのような立法を適用しない準備をしてきたとの発展の可能性に終止符が打たれる結果になったことは間違いない。とくにファクタタイム事件は、EU法に優位性を与える理論的ベースを説明しようとするときのディテールを提示したし、注目に値する光を灯したはず、と同教授は述べたし、ファクタタイム事件以前の司法部の判事たちは、押しなべてローマ条約の新規性あるいはその超国家性を認めようとしめない態度をとってきた。しかしこのファクタタイム事件におけるディプロック卿ら判事はローマ条約の新規性を最高裁判事として初めて明確に認識したうえで、「イギリス議会が一九七二年E C Aを制定したときから自らが承認したその主権に対するどのような制約もまったく自発的に受け入れたはず」とした見解はEU法の議会主権に対する優位性に大きな道を開くかに見えた。

加えて、さらに輝かしい事例の一つとして掲げたいのはソバーン事件高等法院のローズ判事 (Laws) の下した判決だった。その判決の中で、同判事は、議会の作る制定法の中から、憲法的制定法 (constitutional statute) というカテゴリーを抽出し、一九七二年E C Aを一種の高次の法 (Higher Law) として押し上げることにより、通常の制定法による黙示的改廃から除去しようとした同判事の考えは衆目を集めたし、本件ミラー事件の一審である高等法院の合議法廷は、このローズ判事の見解に相当のウェイトを置いた点で、エリオット教授は、一審判決を大いに評価した。けれども、こうしたコモン・ローのさらなる発展への期待も、連立内閣も含めてキャメロン保守党政権が登場してから二〇一一年レファレンダム・ロック法を制定し、これ以上の主権移譲がある場合にはレファレンダムを問うこと、また主権条項と言われた同法の一八条は、コモン・ロー側が議会への忠誠からEUへの忠誠に向かいかねないぎりぎりのところで保守党政権の登場以降、歯止めが掛けられた。さらに、ミラー事件の最高裁判決を受

けて、前述したように、EU法とイギリス憲法の関係に関する判例の発展に終止符が打たれ、政府がEUからの脱退交渉に入ることになったのは皮肉なことである。

2. さらに、最高裁判決（パラ六九一七三）で、今後考察すべき問題として、これまでEU法上享受してきた諸権利をEU離脱によりどのように取扱われるべきか次の三つのカテゴリーに分類しているので最後に付言しておく。

(a) 第一のカテゴリーに入る権利…これらはイギリスがたとえEUを脱退しても、国内法で再生可能な法であり、現行の多くの権利はこのカテゴリーに入る。例えば、Working Time Directiveに基づく労働者の権利など。すでに国内立法により実施されているDirectiveや他の法規はイギリス議会により廃止されない限り、そのまま適用可能であろう。そうでなければ、政府がGreat Repeal Act<sup>(57)</sup>（一九七二年廃止法）を制定したうえで、第一次立法あるいは第二次立法により再生することも可能な権利であるとする。

(b) 第二のカテゴリーに入る権利…これらは人の自由移動、物の自由移動、資本、サービスの自由移動、開業の自由などにより他のEU諸国に居住するイギリス市民及び企業によって享受されている権利であり、これらの権利は脱退交渉のなかで解決しなければならない。

(c) 第三のカテゴリーに入る権利…これはイギリスの法では再生できない権利で、EU諸機関へ参加する権利であり、具体的には、欧州議会選挙で投票する権利、被選挙権、あるいはCJEUへ先行判決を求める権利などである、とする。

3. さらに、イギリスの国内法の効力によりイギリスに居住するEU市民で、イギリスがEUから脱退すればその地位を失うことになり、かつ、国内法では再生できない権利。Brexit法案が下院である庶民院を通過して、上院で

ある貴族院に回付されたとき、同院で次の修正案がだされた…すなわち、イギリスに居住する他の加盟国からの EU 市民とその家族の権利の保障を求める修正案を原案に挿入したのである。しかしその修正案を入れた法案が下院に戻されるや否決された。原案を出した政府側は、脱退交渉の足かせになるから除去したという。第二と第三の権利の思惑はすでに始まっている。

(1) 正式な事件名は *R (on the Application of Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5 であるが、申立人ジーナ・ミラーとティル・ドス・サンストスのうち前者すなわちミラーの名をとって一般的には“Miller case” すなわち「ミラー事件」と呼ばれることが多い。

(2) P. アロットはファクタタイム事件の貴族院判決を「イギリス憲法上の根本的な変革が一九七三年一月一日に起きたことの司法的確認」と述べた。P. Allot, *Parliamentary Sovereignty from Austin to Hart*, (1990) 49 CLJ 33 at 7.

(3) 後掲注 Mark Elliot 最高裁判決評釈を参照。

(4) EU 離脱支持が五一・九% (二七、四一〇、七四二票)、残留支持が四八・一% (一六、一四一、二四一票) となった。

(5) メイ首相は関税同盟からも脱退することを明らかにしている。しかし二〇一七年六月八日に行われた総選挙で、与党保守党が第一党にはなったものの、過半数を取れなかったため、ハード・ブレグジットとは困難になったとも言われているので今後の経緯を見なければならぬ。今回の総選挙で、六五〇議席のうち、過半数は三二六議席であるが、六月八日の総選挙の結果、保守党は改選前の議席数は三三〇議席だったが、過半数を取れず、三一八議席に終わった。なお、労働党は、第一党にはなれなかったが、改選前の二二九から二六二へ議席増となった。

(6) 五〇条は五項から成るが、そのうち、とくに重要なのは一項、及び、二項であり、一項は「如何なる加盟国も、それ自身の憲法要件に伴い、EU からの脱退を決定することができる」とし、二項で「脱退を決定した加盟国は、その意思を欧州理事会に通告するものとする。EU は、欧州理事会により定められた指針に照らして、当該加盟国と交渉に入り、合意に達しな

ればならない。合意のなかに、EUとの将来の関係に関する枠組みを勘案する、脱退のための取り組みを記載するものとする。なお、かかる合意は、TFEU二一八条三項に従って交渉すべきである。合意は、欧州議会の同意を得た後、特定多数決により、EUのため、欧州理事会により締結しなければならない。」と規定する。

(7) さらに企業や投資家の不透明感を払拭するため、EU離脱が完了する日に現行の全てのEU法を英国法に転換する法案を議会に来年提出すると述べた：See *Bloomsberg*, 2 October 2016: May also said she'll introduce a bill next year to convert all existing EU laws into U.K. legislation on the day Brexit is completed to provide certainty for business and investors, ... The government's planned "Great Repeal Bill" will abolish the 1972 European Communities Act that took Britain into the bloc, while converting all EU laws governed by it into domestic legislation on the day Britain eventually completes its pullout, May said. Subsequent governments will then be able to repeal or amend individual laws if needed.

(8) 英領ガイアナ生まれのイギリス人。ロンドンで投資ファンドを運営する投資事業家。

(9) ロンドン在住のスペイン人美容師。

(10) European Union (Notification of Withdrawal) Bill.

(11) イギリスに居住する他の加盟国からのEU市民とその家族の権利の保障を求める文言を修正案に挿入した。

(12) *The Guardian* 21 March 2017.

(13) *The High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court* [2016] EWHC 2768. 判決のフルテキストを見れば、一審判決は高等法院における三名の判事による合議法廷である。三名の判事の肩書は、Lord Chief Justice of England and Wales, The Master of the Rolls 及び Lord Justice. からなり、これを見ると、本件が憲法問題にからむ如何に重要な事件であるかが窺い知れよう。なお、本件の各当事者は、原告側が The Queen on the application of Gina Miller and Deir Tozetti Dos Santos 及び Claimants (注：一九九九年以前は Plaintiff) が用いられ、他方、被告側は政府側大臣 (EU離脱大臣) として Defendant, また本件に利害関係人 (Interested Parties) として Grahame Pigney & Others, 並びに訴訟参加人 (Interveners) として Mr George Birnie & Others の名が連ねられている。

(14) 原告被告双方を含むすべてによって次のことが承認されている…当法廷における法的争点は当法廷において適格性を有しており、かつ、司法判断適合性 (Justiciable) を有している。イギリス憲法に照らしても、これは裁判所が決定する問題である。本案は大権に基づく国王の権限の範囲に関わっている。政府は二〇一五年EU国民投票法もその他の如何なる国会制定法も、五〇条に基づく通告をするうえで、国王大権とは別に、政府に制定法による権限を付与していないことについては認めている。

(15) 今後の問題として、1. リスボン条約五〇条により脱退合意が必要になるが、その場合、合意のなかに、関係条約の一部 (some parts of the relevant Treaties) を保持できるし、また完全にさまざまな問題を処理するため、まったく新しい規定 (completely new provision for various matters) を作ることもできる。「一審判決文パラ一一」。2. 脱退合意ができた場合、イギリスの離脱大臣は、批准を求める条約が締結されること、そしてその条約はイギリス国議会に提出され、同議会の審査に服すことになりうるであろう、とする。「一審判決パラ一二」。

(16) *The Supreme Court Judgment [2017] UKSC 5 on appeals from: [2016] EWHC 2768 and [2016] NIQB 85*. 本稿における最高裁判決の記述は概要とフルテキスト双方を参照している。なお、フルテキストは、全文九七頁、四万三千語にも及ぶ判決文である。

(17) 多数意見 (八対二) : President ニューバーガー卿 (Lord Neuberger)、Deputy President4ヘイル夫人 (Lady Hale)、マンス卿 (Lord Mance)、カー卿 (Lord Kerr)、クラーク卿 (Lord Clarke)、ウィルソン卿 (Lord Wilson)、サンプシヨン卿 (Lord Sumption) 及びホッジ卿 (Lord Hodge) の八名。これに対して反対意見は反対意見 (三対八) : リード卿 (Lord Reed)、カーンウォース卿 (Lord Carnwath) 及びヒュー卿 (Lord Hughes) の三名。

(18) ECA一九七二第二条第一項「諸条約により、又はこれに基づいて随時創設され、又は発生するすべての権利、権限、責任、責務及び制限、並びに諸条約により又はこれに基づいて随時定められるすべての救済手段及び訴訟手続であって、イギリス国内において、諸条約の定めるところに従い、改めて法規を定めることなく、法的効果を賦与され、又は施行されるものは、法律上承認され利用され、服されるものとし、従って強行され、容認され、服されるものとする。また、『強行可能な共同体

の権利 (enforceable Community right)』及びこれに類する用語は、本項の適用がある権利に言及している如く読まれるものとする。」(矢頭敏也ほか「英国の一九七二年欧州共同体法」早大比較法学一三巻二号。

(19) *R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Simms* [2000] 2 AC 115 at 131.

(20) 一九九八年七月、イギリス政府は以下のように宣言した。ウェストミンスターは、スコットランド自治議会、ウェールズ総会及び北アイルランド総会の同意なしに、同地域に分権した事項に通常は立法しないという慣例が確立されるべきであると。

(21) *Northern Ireland Act 1998*の第一条一項によれば「北アイルランド全土は連合王国の一部に留まり、付則一条に従い、本項の目的のために行われる選挙において北アイルランド人民の多数の同意なしにそのような地位にあることを止めることはないとここに宣言する。」と定め、他方、同条二項で、「しかし、そのような選挙で多数により表明される意思が連合王国の一部であることを止め、かつ、統一されたアイルランドの一部を形成することとなる場合は、担当大臣は国会にかかる提案が連合王国政府とアイルランド政府の間で合意されうるようにその意思に効力を付すための法案を国会に上程しなければならない。」と規定している。

(22) イギリス議会はスコットランドのためにあらゆる事項について制定法を議決することができるが、スウル慣例 (Sewel convention) により、慣習として委譲事項についてはスコットランド議会 (Scottish Parliament) の同意なくこれを行うことはないとされている。

(23) Mark Elliott is Professor of Public Law at the Faculty of Law, University of Cambridge.

(24) Mark Elliott, Analysis/The Supreme Court's Judgment in Miller, <https://publiclawfor everyone.com/2017/01/25/analysis-the-supreme-courts-judgment-in-miller/>

(25) H.W.R. Wade, "What Has happened to the Sovereignty of Parliament?" (1991) 107 LQR 1. Wade 教授が述べた古典的分析とは、*Factortame* 貴族院判決を評価して同教授が「一審である高等法院の方が一九七二年 E.C.A. のもたらした憲法上の法的革命をより理解していた。∴ E.C.法の文脈で述べるならば、国会の意思はもはや主権ではない」との言説である。

- (26) *Ibid.*, “Constitutional scale,” at 3/8.
- (27) *Ibid.*
- (28) 多数意見は、通常のEU法の変更は受け入れたが、憲法の基本原理を揺るがす質的に大きな変更とを区別し、後者の場合は大権行使により変更できないとした。
- (29) *Ibid.*, at 4/8.
- (30) *Ibid.*, at 5/8.
- (31) 拙稿前掲論文六三頁以下参照。この事件で、*Factortame* 社ほか、申立人であるイギリス船籍トロール船のスペイン船主は、イギリスで法人格を得、その漁船をイギリス船籍として登録し、EUの共通漁業政策に基づくイギリス人の漁獲割り当て数の範囲で漁業に就いた。その結果、地元のイギリス人漁師の割当分が減るといふ事態が発生した。しかし、一九八八年商船法 Merchant Shipping Act 1988 が制定されると、イギリス船籍を取得するための要件が厳しくなり、申立人らの漁船はイギリス船籍登録から除外されることとなった。そこで申立人らは、イギリスの商船法はローマ条約五二条（現行四三条、開業の自由）等の規定に違反すると、同法の本件への不適用の申し立てを行った。この事件は欧州司法裁判所に先行判決を求める訴訟に持ち越され、同欧州司法裁判所により「EC法に関する事件で仮差止め命令を妨げている唯一の障害が国内法上の原則であると国内裁判所が思料するときは、その原則を破棄しなければならない」との判決を受けた。貴族院はそれを受けて止む無く、仮差止め命令の発給を許可した。
- (32) ミラー事件の一審判決。パラ四四を参照のこと。
- (33) 同上五七頁及び七二頁を参照。
- (34) *R (Jackson) v Attorney General* [2005] UKHL; [2006] 1 AC 262.
- (35) *Ibid.*, at para 9.
- (36) さらに言えば、マーク・エリオット教授は本件ミラー事件を別の論文で以下のように述べる…「(本件は) 議会主権に対するEU法の意味に関する依然として答えの出ない問題に関係しており、さらに、それはBrexit国民投票で示された人民主権

- の考えと議会主権の原理との相互作用に関わる問題だ」と述べている。See Mark Elliott, “Brexit, sovereignty, and the contemporary British constitution: Four perspectives on *Miller*”, at 1/4: <https://publiclawforeveryone.com/2016/12/16/brexit-sovereignty-and-the-contemporary-british-constitution-four-perspectives/>
- (37) Referendum Act 1975 (c. 33). 一九七五年、第二次労働党ウィルソン政権はEC残留かどうかを問う国民投票を行い、残留が承認された。
- (38) 二〇一一年総選挙投票制度及び選挙区法 (Parliamentary Voting System and Constituencies Act 2011, 2011 c. 1.) の二年度のレファレンダムは、それまでイギリスで長く用いられてきた小選挙区制に替えて対案投票制 Alternative Vote に変更すべきかについて行われた。
- (39) Referendums (Scotland and Wales) Act 1997.
- (40) Northern Ireland Good Friday Agreement Referendum, 1998.
- (41) [1965] AC 75.
- (42) *Ibid.*, at p 101.
- (43) Maitland. ウェイドは、その著の中で、残余の国王大権は現在では議会の召集・解散、宣戦布告、一定の軍隊の規制、一定の植民地の規制、条約締結権 (国民の権利を侵害しない限りにおいて)、栄誉の授与などの事項に限定されている。行政管理的な性質を有する湯つの権利は戦時における敵の役務に関する権限でもある。」(HWH Wade, *Wade on Administrative Law*, 1<sup>st</sup> ed., at p 13).
- (44) *Case of Proclamations* (1610) 12 Co.Rep 74; [1610] EWHC KB 22. この判決で、当時、国王大権への制約を明らかにされた。つまり、この事件で、君主は議会を通じてのみ法を作ることができずに過ぎないことが確立されたのである。
- (45) *Zamora* [1916] 2 AC 77.
- (46) *Attorney-General v De Keyser's Royal Hotel Ltd* [1920] AC 508 及び *Fire Brigades Union* [1995] 2 AC 513 : マラー事件  
最高裁判決パラ二八参照。

- (47) *Ibid.*, at p 575.
- (48) [2009] AC 453.
- (49) *Ibid.*, at para 44.
- (50) テンプルマン卿判事《Lord Templeman》は、*JH Rayner Ltd v Department of Trade and Industry* [1990] 2 AC 418, 476で「政府は条約について、交渉し、締結し、遵守し、破棄し、拒絶し、また終結することができる。」と述べている。
- (51) ミラー事件の最高裁判決。パラ五五参照。
- (52) *JH Rayner Ltd case*, at 500.
- (53) *Campbell McLachlan, Foreign Relations Law* (2014), at para 5.20.
- (54) *Blackburn v Attorney-General* [1971] CMLR 784. このことはイギリス政府がローマ条約に署名することによって一部、イギリスの議会主権を害することになるのではないかと訴えたブラックバーン事件の控訴院判決。
- (55) *Ibid.*, at 789.
- (56) [1920] AC 508.
- (57) 昨年二〇一六年一〇月に開かれた保守党大会でメイ首相は、企業や投資家の不透明感を払拭するため、EU離脱が完了する日に現行の全てのEU法をUK法に転換する法案を議会に来年提出すると述べた。二〇一七年三月三〇日に、離脱大臣であるDavid Davisは、議会の議員に、「この法案は三つの主要な要素 three principal elements から成るであろうと次のように前に誓った：一つは、イギリスをEUに導いた歴史的な法律 (heroic law) を廃止すること、二つは、同法案は、Brexit後に法的ブラックホールに陥るのを避けるため、すべてのEU法をUK法に変換するであろう。Brexitが完了する二〇一九年半ばまでに何千という有無を言わさぬ命令 (diktas) と指令 (directives) からなるEU法をUK法に替えることになるはずである。三つめは、同法案は、ブリテンがEUを離れるや、代議士諸君のために必要な権限を創出するであろう。See *Telegraph News* on 30 March 2017. また、二〇一七年六月二二日の女王が議会で述べたスピーチの中で今国会に提案される政策・法案の中で、一九七二年ECAを廃止する法案を上げると表明した。See *Queen's Speech* 2017.

# 地方議会議員の発言権と表現の自由

——中津川市議会代読拒否訴訟をめぐって——

岡田俊幸

- I はじめに
- II 中津川市代読拒否訴訟に関する二つの判決
- III ドイツの判例・学説
- IV 日本国憲法の解釈
- V 結語

## I はじめに

いわゆる中津川市議会代読拒否訴訟は、多岐にわたる論点を含むものであり、この訴訟に含まれる諸論点については、すでに多くの研究者によって考察が加えられてきたところである<sup>①</sup>。そして、中津川市議会代読拒否訴訟を検討した多くの学説が指摘するのは、障害をもつ人に対する「合理的配慮」という観点の重要性であり、筆者は、この点についてまったく異論はない。また、中津川市議会代読拒否訴訟の控訴審判決である名古屋高等裁判所平成二四年五月一日判決<sup>③</sup>(以下、「高裁判決」という。)が「今後の市議会運営上参考となる貴重な裁判例である」<sup>④</sup>点にも疑いの余地はない。筆者は、これらの点に加えて、表現の自由の人的保護範囲という視点からもこの訴訟は重要な論点を含んでいると考えている。中津川市議会代読拒否訴訟の一審判決である岐阜地方裁判所平成二二年九月二二日判決<sup>⑤</sup>(以下、「地裁判決」という。)は、地方議会議員は「表現の自由や自己決定権(障害補助手段を使用する自由や障害補助手段選択の自由を含む。)を有するものと解される」と判示した。また、高裁判決も、「地方議会議員は、憲法で定められた地方公共団体の議事機関である地方議会(憲法九三条一項)の構成員として、当該地方公共団体の住民による直接選挙で選出され(同条二項)、議事本会議や委員会等における自由な討論、質問・質疑等を通じて、当該地方公共団体の住民の間に存する多元的な意見や諸々の利益を、当該地方公共団体の意思形成・事務執行等に反映させる役割を担っているのであるから、地方議会の議員には、表現の自由(憲法二二条)及び参政権の一態様として、地方議会等において発言する自由が保障されていて、議会等で発言することは、議員としての最も基本的・中核的な権利とすべきである。」と判示した。やや単純化して言えば、地裁判決及び高裁判決に従うと、憲法二二条一項の保障する「表現の自由」は、

地方議会において発言する自由を地方議会議員に保障しているということになる。しかし、憲法二二条一項は、地方議会議員に対して地方議会において発言する自由を保障していると言えるのだろうか。筆者は、憲法二二条一項が地方議会において発言する自由を地方議会議員に保障しているとの解釈論に疑問を禁じ得ない（もつとも、地裁判決及び高裁判決の示した解釈論がまったく成立する余地のない不合理な考え方ではないことは、後述する。）ので、本稿において、上記の解釈論に絞って若干の考察を加えることにした。

以下、まず、上記の考察に必要な範囲に限って中津川市代読拒否訴訟の一審判決及び控訴審判決の内容を確認する（Ⅱ）。つぎに、日本国憲法の解釈論を今後本格的に展開するための準備作業として、連邦議会及び市町村議会における議員の発言権に関するドイツの判例・学説を多少なりとも詳しく紹介・検討する（Ⅲ）。そして、ドイツの判例・学説を踏まえて、日本国憲法の解釈論として地方議会における議員の発言権が憲法上どのように位置付けられるか、について、筆者の考えを―大雑把なものにとどまるが―示したい（Ⅳ）。

本稿は、事案の解決と切り離す形で地裁判決及び高裁判決の示した解釈の一部を取り出して純粹に理論的見地から考察を加えるものであり、障害をもつ人の権利の保障を實際にどのように実現・充実させていくかという実践的な視点を欠くものであるとお叱りを受けるかもしれない。筆者は、障害をもつ人の権利の保障も従来の基本権理論との整合性を確保しつつ構築するほうが、長期的には好ましいと考えており、本稿はこのような観点から書かれている。筆者は、障害をもつ人の権利の保障を後退させようとする意図を有するものではなく、それ故、もっぱら理論的側面に焦点を当てる本稿の考察方法にご理解をいただくようお願いする。

## II 中津川市代読拒否訴訟に関する二つの判決

(一) いわゆる中津川市代読拒否訴訟は、高裁判決に記載されている「事案の概要」によると、次のような事案である。一審原告は、中津川市議会議員を務めていたところ、その在職中、手術により喉頭を切除し、自らの肉声で言することが困難になったため、市議会において第三者の代読による発言を求めた。しかし、中津川市議会及びその構成員である被控訴人(一審被告)議員らは、平成一五年から同一九年までの約四年間、本会議や委員会において、第三者の代読による発言を一部認めただけで、音声変換装置を用いて発言するよう求め、また、一審被告(被控訴人)らは、一審原告が平成一八年一二月定例会の本会議に提出した「市議会議員の発言保障に関する決議案」(以下「本件決議案」という。)に反対票を投じ、その結果、中津川市議会は、本件決議案を否決した。一審原告は、一審被告市及び被控訴人議員らが、一審原告が求めた第三者の代読による発言方法を認めず、音声変換装置による発言を強制するなどし、かつ、中津川市議会には、市議会の各議員が自由活発な討論をすることが可能な環境を整備する積極的な作為義務があり、その義務の履行にあたり、代読という代替手段を選択した一審原告の意思を最大限尊重すべき義務があるのに、これを怠り、その結果、一審原告の市議会における表現の自由、発声障害を有する障害者の議会における発言方法を決定する権利、平等権及び市議会議員としての参政権等を侵害され、精神的苦痛を被ったとして、一審被告市に対しては国家賠償法一条一項により、中津川市議会議員である被控訴人議員らに対しては民法七〇九条、七一九条により、連帯して、慰謝料一〇〇〇万円とこれに対する本件決議案が否決された平成一八年一二月一日から支払済みまで民法所定年五分の割合による遅延損害金の支払を求めた。

岐阜地方裁判所は、一審原告の主張する加害行為の一部に、議会へ参加する権利（参政権）の侵害があるとして、一審原告の一審被告市に対する請求のうち、慰謝料一〇万円とこれに対する平成一八年二月一日から支払済みまで年五分の割合による遅延損害金の限度でこれを認め、その余の一審被告市に対する請求を棄却した。以下、地裁判決の内容を、表現の自由に関連する部分に限定して確認する。

まず、原告の主張のうち、表現の自由に関及した部分は、次のとおりである。

① 「自律的法規範を持つ社会又は団体の内部の問題に司法審査が及ばない場合があるとしても、それは、一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる場合に限定される。

原告は、被告議員らによる一連の加害行為により、一市民として、また市民の代表としての表現の自由を侵害され、障害者が代替手段を自ら選ぶ権利、すなわち自らのあり方を決める権利（自己決定権）をも侵害された。被告議員らによるこれらの行為は、同時に、議員の自由な発言を前提とする議会制民主主義を脅かす行為であり、また市民の知る権利を侵害する行為でもある。

したがって、本件の被告らの行為が、一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的問題などとは到底いえず、司法審査が及ぶことが明らかである。」

② 「地方議会議員は住民の直接選挙により選出された代表者であり、憲法上、議員が議会において発言することは当然に保障されており、この発言は、政治的言論の最たるもので、民主主義の実現、運営に不可欠のものであるから憲法二二条一項により保障される。

さらに、憲法二二条一項は、『一切の表現の自由』と規定し、自己の意思を外界へ表現する手段又は方法を決定す

る自由をも当然に保障していると解すべきである。特に、意思表出手段に障害を持つ者にとっては、表現内容のみならず、表現手段をも保障しなければ、表現活動そのものが否定されることになる。」

「地方議会における議員の発言の自由は、上記のごとく重要な憲法上の意義を有しているうえに、個人の尊厳を實現するための根幹をなすものでもあるから、その制約については、極めて厳格な合理性が求められるものというべきである。具体的には、かかる発言の自由に対する制約は、発言の自由が持つ上記価値と比較してもなお保護すべき重要な目的があり、かつ、制約の程度は必要最小限でなければ、違憲、違法となるというべきである。」

これに対して、被告側は、次のように反論した。

① 「地方議会は、地方公共団体の重要な案件に対する審議議決機関であり、憲法が定める議会制民主主義の理念及び住民自治という地方自治の本旨から当然に、同議会における議事運営については議会の自主性、自律性が尊重されなければならない。」

地方自治法は、議会が自律的に行為、判断をし、議会の運営に関して議会の自主性を尊重する目的で、一〇九条の二において『条例において議会運営委員会を設置することができる。』と規定しており、議員に対して、その身分を奪うが如き処置についてはともかく、議員の発言の手段、方法はもちろんのこと、委員会及び本会議における議事進行について広く議会の自主性に委ねられているのであって、司法審査の対象とはならない。」

② 「原告の議会において発言する権利は憲法二二条一項が直接保障するが、議会において代読という方法に発言するという個別具体的な発言方法についてまで同条項が直接的に保障しているものではない。」

岐阜地方裁判所は、次のように説示した。

「司法裁判権が、憲法又は他の法律によってその権限に属するものとされているものの外、一切の法律上の争訟に及ぶことは、裁判所法三条の明定するところであるが、ここに一切の法律上の争訟とはあらゆる法律上の係争という意味ではない。一口に法律上の係争といっても、その範囲は広汎であり、その中には事柄の特質上司法裁判権の対象の外におくを相当とするものがある。なぜならば、自律的な法規範をもつ社会ないしは団体に在つては、当該法規範の実現を内部規律の問題として自治的措置に任せ、必ずしも、裁判にまつを適当としないものがあるからである（最高裁判所昭和三五年一〇月一九日大法院判決参照）。そして、一般に市議会の運営に関する事項は、まさにそれに該当すると解される。

もつとも、本件における原告の主張中には、原告が障害者である故に議会へ参加する権利（参政権）を害されたという趣旨のものがあつて、これについては、憲法の採用する国民主権原理に照らし、単なる議会の内部規律の問題に留まるものとはいえないから、裁判所の審判権が及ぶものと解するのが相当である。

この点、原告は、『被告議員らが、原告の一市民として、また市民の代表としての表現の自由を侵害し、障害者が代替手段を自ら選ぶ権利、すなわち自らのあり方を決める権利（自己決定権）をも侵害したことは、一般市民法秩序と直接の関係を有しない団体の内部的な問題にとどまらないから、司法審査の対象となる。』旨主張し、確かに、原告は、表現の自由や自己決定権（障害補助手段を使用する自由や障害補助手段選択の自由を含む。）を有するものと解される。

しかし、地方議会は、憲法上に定められた地方公共団体の議事機関であり（憲法九三条一項）、憲法の採用する議会制民主主義の下においては、当該地方公共団体における住民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を、その構成

員である地方議会議員の自由な討論を通して調整し、究極的には多数決原理によって統一的な地方自治体の意思を形成すべき役割を担うため、その内部の組織や運営に関する一定の事項について、他の機関等から関与を受けることなく、自律的に決定し、処理する権限（自律権）を有する。そして、議会の運営に関する事項は、議会の内部規律の問題として議会及び議長の裁量に委ねられ、議員の議会本会議や各種委員会における発言の方法等もまた、議会の運営に関する事項に含まれると解される。したがって、議会及び議長が議員の議会での発言方法を制限することによって障害者である議員の表現の自由や自己決定権（障害補助手段を使用する自由や障害補助手段選択の自由を含む。）が制限されたとしても、同議員がこの発言方法等の制限によって障害者である故に議会へ参加する権利（参政権）を害されるなどの特段の事情のない限り、やむをえないものといわなければならない。

そこで、以下、本件訴えを適法とした上で、市議会議員である原告が発声障害者である故に議会へ参加する権利（参政権）を害されたか否かの限度で、本件訴えの当否を判断することとする。」

そして、岐阜地方裁判所（原審）は、本件では、一審原告が主張する加害行為の一部に、上記参政権の侵害があるとして、一審原告の一審被告市に対する請求のうち、慰謝料一〇万円とこれに対する平成一八年二月一日から支払済みまで年五分の割合による遅延損害金の限度でこれを認め、その余の一審被告市に対する請求を棄却した。また、原審は、一審原告の被控訴人議員らに対する損害賠償（慰謝料）請求について、公務員個人は損害賠償責任を負わないとして、いずれも棄却した。

そこで、一審原告は、敗訴部分を不服として控訴するとともに、一審被告市も、敗訴部分を不服として控訴した。名古屋高等裁判所（控訴審）は、次のような判断を示した。

「司法裁判権が、憲法又は他の法律によってその権限に属するものとされているものの外、一切の法律上の争訟に及ぶことは、裁判所法三条の明定するところであるが、ここに一切の法律上の争訟とはあらゆる法律上の係争という意味ではない。一口に法律上の係争といつても、その範囲は広汎であり、その中には事柄の特質上司法裁判権の対象の外におくを相当とするものがある。なぜなら、自律的な法規範をもつ社会ないしは団体にあつては、当該法規範の実現を内部規律の問題として自治的措置に任せ、必ずしも、裁判にまつを適当としないものがあるからである（最高裁判所昭和三五年一〇月一九日大法院判決・民集一四卷一二号二六三三頁）。

ところで、地方議会は、憲法上に定められた地方公共団体の議事機関であり（憲法九三条一項）、憲法の採用する議会制民主主義と地方自治、住民自治制度の下において、当該地方公共団体における住民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を、住民の直接選挙によって選出された地方議会議員の自由な討論を通して調整し、究極的には多数決原理によって、地方公共団体の重要事項について統一的な意思を形成するとともに、執行機関の事務を監視、調査等すべき役割を担っており、その役割・機能を適正・円滑に果たすため、その内部の組織や運営に関する一定の事項について、他の機関等から関与を受けることなく、自主的、自律的に決定し、処理する権限（自律権）を有していると解され（法一〇二条ないし一三七条、市議会委員会条例、会議規則）、このような地方議会の運営に関する事項は、地方議会の内部規律の問題として、議会の裁量に委ねられていると解するのが相当である。そして、議員の議会本会議や各種委員会における発言の方法等もまた、上記の議会の運営に関する事項に含まれると解される。

したがって、議会が、議員の発言方法等について規制したとしても、それが議会の内部規律の問題にとどまる限り、裁判所法三条一項にいう『法律上の争訟』にはあたらないといふべきである。」

「しかし、他方、議会の議員に対する措置が、一般市民法秩序において保障されている権利利益を侵害する場合、もはや議会の内部規律の問題にとどまるものとはいえないから、当該措置に関する紛争は、裁判所法三条一項にいう『法律上の争訟』にあたるというべきである。

地方議会議員は、憲法で定められた地方公共団体の議事機関である地方議会（憲法九三条一項）の構成員として、当該地方公共団体の住民による直接選挙で選出され（同条二項）、議会本会議や委員会等における自由な討論、質問・質疑等を通じて、当該地方公共団体の住民の間に存する多面的な意見や諸々の利益を、当該地方公共団体の意思形成・事務執行等に反映させる役割を担っているのであるから、地方議会の議員には、表現の自由（憲法二二条）及び参政権の一態様として、地方議会等において発言する自由が保障されていて、議会等で発言することは、議員としての最も基本的・中核的な権利というべきである。

したがって、地方議会が、地方議会議員の当該議会等における発言を一般的に阻害し、その機会を与えないに等しい状態を惹起するなど、地方議会議員に認められた上記権利、自由を侵害していると認められる場合には、一般市民法秩序に関わるものとして、裁判所法三条一項にいう『法律上の争訟』にあたるというべきである。」

「一審原告は、平成一五年四月二二日に市議会議員に再選された後、同一七年一月二八日まで、市議会議員として市議会での発言の権利、自由を侵害されていたといえる。そのため、一審原告が加害行為として指摘し主張する市議会及び被控訴人議員らの対応のうち、上記期間になされたものとして……認定した一連の対応は、一審原告の市議会議員としての議会での発言の権利、自由を侵害するものとして、違法な行為であったといわなければならない。

そして、上記のように、一審原告は、発声障害者として市議会議員選挙に臨んで当選したのであり、市議会の各議

員も、そのことを認識していたと推認されるから、上記のような市議会及び被控訴人議員らの対応について、一審被告市には、国家賠償法一条一項による損害賠償責任があるというべきである。」

「一審原告は、市議会及び被控訴人議員らの前記一連の対応により、平成一五年四月二三日に市議会議員に再選された後、同一七年一月二八日まで、市議会議員として議会で発言することを一般的に阻害されて、発言の権利、自由を侵害されていたものであり、議会で発言することは、議員として最も基本的、中核的な権利であることからすれば、これにより、一審原告が多大な精神的苦痛を被ったことは明らかとすべきである。」そして、上記の点に加え、「認定した事実経過等に照らせば、一審原告に認められるべき慰謝料の額としては二〇〇万円が相当である。」

高裁判決は、以上のような判断を示し、一審判決を変更し、一審被告市に対し、慰謝料三〇〇万円の支払いを求め、一審原告の本訴請求を容認した。

(二) 渡辺康行は、地裁判決について、「原告のいかなる権利が、いかなる行為(または不作為)によって侵害されたのか、または実効的に保障されていなかったのか、難しい問題を含む訴訟である」とコメントを加えているが、<sup>6)</sup>「原告のいかなる権利」が問題となるのかについて、地裁判決は、「障害者である議員の表現の自由」が制約される可能性を認めており、高裁判決も、「地方議会の議員には、表現の自由(憲法二二条)及び参政権の一態様として、地方議会等において発言する自由が保障されて」いると解している。もともと、両判決とも、地方議会における議員の発言権の制約が許されるかどうかの判断枠組みについては、表現の自由に対する制約に対して用いられる厳格な基準を用いるべきであるとの原告の主張を斥けて、地裁判決は、地方議会の自律権を根拠として、議会及び議長が議員の議会での発言方法等を制限することによって障害者である議員の表現の自由が制限されたとしても、同議員がこの発言

方法等の制限によって障害者である故に議会へ参加する権利(参政権)を害されるなどの特段の事情のない限りやむをえないものであると説いているし、高裁判決も、「地方議会が、地方議会議員の当該議会等における発言を一般的に阻害し、その機会を与えないに等しい状態を惹起するなど、地方議会議員に認められた上記権利、自由を侵害している」と認められる場合」に限り議員の発言の制限が違法になると説いている。

筆者は、憲法二二条一項が地方議会において発言する自由を地方議会議員に保障しているとの解釈に疑問をもっている。しかし、学説においては、上記の解釈に賛成の意見を表明するもの、あるいは、上記の解釈は疑う余地のないものとして受け入れるものが多数のようにも見える。<sup>(7)</sup> 被告市も、「原告の議会において発言する権利は憲法二二条一項が直接保障する」として、上記の解釈についてまったく疑問を呈していない。そのため、筆者の疑問は的外れかもしれないとも考えたのであるが、筆者と同じ疑問を表明している学説もあり、<sup>(8)</sup> 筆者の疑問が的外れではないことは確かかなようである。そして、ドイツの判例・学説に目を向けると、意見表明の自由(基本法五条一項一文)は議会における議員の発言の自由を保護するものではないというのが連邦憲法裁判所の判例であり、多くの学説が連邦憲法裁判所の判例を支持している、という状況を観察することができる。すなわち、ドイツの判例・学説は、憲法二二条一項が地方議会において発言する自由を地方議会議員に保障しているとの解釈論に対する筆者の疑問が的外れではないことを裏付けるものとなっている。そこで、次章(Ⅲ)では、ドイツの判例・学説を多少なりとも詳しく紹介・検討することにした。

### Ⅲ ドイツの判例・学説

#### 一 連邦議会における議員の発言権

(二) 地方議会における議員の発言権について検討する準備作業として、まずは、連邦議会における議員の発言権が意見表明の自由(五条一項一文)によって保護されるかどうかを検討する。連邦憲法裁判所は、すでに一九五九年七月一四日の判決<sup>⑨</sup>において、「すべての連邦議會議員は各々、議員としてのその地位を侵害する措置、すなわち、憲法に基づいて保障されたその法的地位を損なう措置に対して、連邦憲法裁判所に訴訟を提起する権限を有する(基本法九三条一項一号、連邦憲法裁判所法六三条以下……)。連邦議会において発言する議員の権利は、その憲法上の地位に含まれる。」と説示していたが、一九八二年六月八日の決定(判例①)<sup>⑩</sup>において、連邦議会における議員の発言の自由は、基本法五条によって保護されるのではなく、基本法三八条一項二文によって保護されるとの解釈を明確に示した。連邦憲法裁判所は、次のように説示した。<sup>⑪</sup>

「議会における議員の発言の自由は、基本法の特別な諸規定及び諸原則によって保護されているのであって、基本法五条の保護範囲にも、基本法二条の保護範囲にも含まれない。発言の自由の制約の考えられ得る限界は、基本法のこれらの条項からは導かれない。議会における議員の発言の自由は、基本法五条一項が保護しようとしているような、国家に対する市民の自由ではなく、むしろ、議会の任務を遂行するための、民主制において不可欠の権限であり、議員としての地位も本質的に規定するものである。従って、議員の自由な発言は、憲法において規範化された国家任務

を果たすことに仕える。

基本法は、議会における議員の発言の自由を基本法三八条一項二文によって保障している。議会における発言及び行動の自由のために、憲法は議員に対して基本法四六条の特権を付与している。とくに基本法四六条一項の免責特権条項に基づき、議員は、連邦議会又はその委員会の一において行った表決又は発言を理由として連邦議会以外のいかなる機関によっても責任を問われてはならないが、こうした免責条項は、基本法五条に基づく自由な意見表明の権利において対応するものを有しない。反対に、議員のある発言が、基本法五条の意見表明の自由の限界にとどまっているにもかかわらず、議会の秩序に反し、議長の制裁を受けることになることも、想定され得る。」

この決定は、議会における議員の発言の自由は、基本法五条によって保障されるのではなく、基本法三八条一項二文によって保障されるとの解釈を示した点で重要であるが、この点に加えて、議会における議員の発言の自由の制約は、意見表明の自由の制約に関する枠組み（基本法五条二項）と異なる枠組みによってなされることを明らかにした点においても重要である。

(二) 連邦憲法裁判所一九八二年六月八日決定(判例①) 以前の学説においては、連邦議会における議員の発言は基本法五条の保護を受けるとの解釈も主張されていたが、同決定における連邦憲法裁判所の解釈は、その後、一部の例外を除いて、多くの学説によって支持されている。<sup>14</sup> 例えば、デーゲンハルト (Christoph Degenhart) は、議員の発言権は、基本法三八条一項に基づく自由委任の原則によって根拠付けられるのであって、基本法五条一項のアスペクトによるものではないと説く。何故なら、「議員は、連邦議会において、憲法機関の構成員として発言しているので

あつて、私的な基本権主体として発言しているのではないからである<sup>(15)</sup>。また、クライン (Hans Hugo Klein) も、「議員の発言権は、その憲法上の地位の必要不可欠の構成要素であり、従つて、基本法五条の保護範囲に含まれない」と指摘している<sup>(16)</sup>。さらに、モルローク (Martin Morlok) は、「議員は、公職の保持者である (基本法四八条二項)。この地位と結び付いた諸権利は、国民代表としての連邦議会のための機能保障である。この職務は、独特の憲法上の地位を基礎付ける。議員の諸権利は、職務活動を保護するものであつて、私人を保護するものではなく、それ故に、議員は、その職務活動の枠内においては基本権を援用することはできない。」と指摘するとともに、<sup>(17)</sup>「発言権は、議会の任務を遂行するために不可欠のものとして認められるのであり、議会における発言の自由は、基本法五条一項に含まれない」と説いている<sup>(18)</sup>。

(三) 議員の発言権を、連邦議会の構成員としての議員に認められた「機関としての権利」と捉えることは、訴訟選択に決定的な影響を与える。連邦憲法裁判所は、一九八二年六月八日の決定 (判例①) において、「憲法上の機関争訟手続きにおいて、議員は、その地位と憲法上結び付いたあらゆる権利の侵害を主張することができる (…)。連邦議會議員に対して本会議の討論における意見表明を理由として秩序維持措置を講じることが許されるかどうかは、基本法三八条一項二文に基づく議員の憲法上の地位に属する発言権限に係るものである (…)」と判示している<sup>(19)</sup>。連邦憲法裁判所の考え方に立つと、議員の権利は、基本法九三条一項一号、連邦憲法裁判所法六三条以下に基づく機関争訟手続きの方法によって防禦されなければならない。基本法九三条一項四 a 号は、「何人も、公権力によって自己の基本権の一つ、又は第二〇条第四項、第三三条、第三八条、第一〇一条、第一〇三条及び第一〇四条に含まれている諸権利の一つを侵害されている、と主張して」憲法異議の訴えを提起することができる<sup>(20)</sup>と規定し、基本法三八条

を何の制約もなく「基本権同等の権利」として列挙しているが、それにもかかわらず、憲法異議の訴えは、議員の権利を防禦するための手続きとしては使えないことになる。<sup>(20)</sup> もつとも、憲法異議の訴えの訴訟要件と機関争訟手続きの訴訟要件を比較した場合、機関争訟手続きだけしか利用できないことが議員を不利な状況に追い込むものと見ることはできないのであつて、憲法異議の訴えと機関訴訟手続きとの選択の問題は、権利保護の欠缺を生じさせるものではないと指摘されている。<sup>(21)</sup>

## 二 市町村議会における議員の発言権

(一) 連邦議会における議員の発言権について述べたことは、市町村議会における議員の発言権にも当てはまると言えよう。以下、参考となると考えられる判例を紹介した後、市町村議会における議員の発言権が基本法五条一項一文によつて保障されるかどうかについて考察を加えることにしよう。

まず、連邦行政裁判所一九八八年二月一二日決定<sup>(22)</sup> (判例②) を取り上げよう。原告は、L市の市議会議員であるが、会議中に「L／核兵器のない都市」と書かれた縦約一三センチメートル横約八センチメートルのステッカーを自己の衣服に装着することを希望した。議長は、原告に対して一九八五年一月二八日の会議において三回にわたり注意し、原告がステッカーを取り除けなかったとき、原告を議場から退去させた。一審及び控訴審において、ステッカーを装着する権利の確認を求める訴えは斥けられた。<sup>(23)</sup> 連邦行政裁判所は、上告を許可しなかったが、市町村議会の議長が議場における秩序を保持するために議員に対して政治的意見を示威するためのステッカーの装着を禁止することが許されるかどうかという問題について、以下のように説示した。

「議員が会議中も自由な意見表明をする自己の権利を失わないことに疑いの余地はなく、この点を上告審の手續きにおいて説明する必要はない。しかしながら、この権利は、議員に何の制約もなく与えられるものではなく、むしろ、会議の円滑な進行が私的な意見表明のために余地を残している限りにおいてのみ与えられる。会議は、他の目的に、すなわち、市町村の意思形成に奉仕するものであるから、議員は、会議中に、市町村の自治の機能能力のために基本法五条一項一文に基づく自己の基本権の制限を甘受しなければならない（なお、この点は、他のすべての会議参加者も同じである。）。この基本権の保護範囲に含まれる意見表明が会議の円滑な進行を妨げる場合には、議会の議長は、このような妨害を、市町村法に基づき議長に付与されている指揮権及び秩序維持権に基づき禁止することができる。市町村法のこれに対応する規定は、控訴裁判所が適切に判示しているように、基本法五条二項の意味における『一般的法律』であり、これは、会議参加者の意見表明の自由を実効的に制約する。」

「議会の議長が、議員のいかなる私的意見表明について、議事秩序を保持するために対処することが許されるのかは、一般的に判断することはできないのであって、むしろ、各々の個別事案の諸事情に基づいてのみ判断することができる。従って、例えば、基本法五条一項一文は、議員に対して、会議中に何時でも自分が希望するすべての主題について発言する権利を与えたものではないが、このことについては何の詳しい理由付けを必要としない。プラカード及び横断幕といった示威的な、口頭によらない表現手段の使用も、一般的に、示威的活動をする議員の基本法五条一項一文に基づく基本権によってカバーされない議事秩序侵害と評価されなければならない。他方、飾りピン及びバッヂ等の装着は同じく基本法五条一項一文の保護範囲に含まれる（…）が、このことにより議事秩序が侵害されない場

合や、自由な意見表明の基本権の有する高いランクに鑑みると秩序維持措置を講じることが正当化されないように思われるほど少ししか議事秩序が侵害されない場合もしばしば生じるのである。何故なら、飾りピン及びバッチは、環境によつては―それが人目に付く程度や、それが具現化しているメッセージによつては―たんにどちらかと言えば偶然に又はついでに気付かれることもよくあることだからである。まさに議員の意見表明から他人に生じる影響が少なければ少ないほど、議長に対応措置を講じる権限を与える、意見表明と議事秩序との深刻な衝突の危険も小さくなる。」

「まさに、この関連においても、市町村議会が、私的な意見を表明し流布させるためのフォーラムではなく、選挙されたその構成員の様々な考え方を発言及び反論、さらにこれに続く投票の方法で市町村の統一的意思に集約し、市町村にこのようにして必要な決定能力及び行為能力を調達する市町村の機関であることに注意を払わなければならない。これに従うと、議員は、会議において議事日程の対象について発言を申し出る場合、基本法において保障された自己の、国家に対する自由権を行使しているのではなく、むしろ、市町村の機関の一部として議員に付与された機関としての権限を行使している（…）。議員の発言権が機関としての権利の性格を有していることは、とりわけ、この権利が市町村の任務の権限の範囲内において、かつ、会議の進行を規律する市町村法及び議会議事規則の手続規定を基準としてのみ存在する点に表れている。」

「原告が装着することを欲しているステッカーは、小さいとは言えない大きさのもので、誰でも会議中にこれに容易に気付くことができる。当該ステッカーは、そのメッセージに目を向けても、抑制的なものとも控えめなものとも評価することはできない」。むしろ、「当該ステッカーの装着は、一九八四年に原告の属する党派によつて市議会に提

出された、L市の管轄地域は核兵器のない地区であると宣言することを求める議案と関連している。この議案は不成功に終わったが、それは、被告が、市は国防に関する事項について権限を有していないことを援用して、これを議事日程に組み込むことを拒否したからである。その後、原告は、直後の諸会議において、争いのあるステッカーの装着を、原告が一九八五年一月二八日に被告により秩序維持措置によってこれを妨げられるまで行つた。それ故、ステッカーの当時の装着及びそれ以後も意図されている装着は、議長職務遂行に対する抗議の継続であり、さらに、原告の属する会派の議案を他の手段によって、すなわち、私的な意見表明の手段によって追求し続ける、という意味において理解するほかない。控訴裁判所が、この種の意見表明によって、静謐と不偏不党性の雰囲気が出され、かつ確保されなければならない会議の秩序が乱される可能性があると考えた場合には、これに異論を述べることはできない。小さいとは言えない大きさのステッカー、バッチ等の使用による意見表明が、議事秩序を乱す性格を備えているとすると、議長が義務に従った裁量に基づいて対応措置を講じ、その際、会議の具体的妨害に達するかどうかは議長の義務に従った予測的判断に服している場合に、これに異論を唱えることはできない。」

(二) つぎに、投票・開票管理委員会の名誉職委員に任命された者(異議申立人)が、選挙に関する職務を遂行している間、「原子力?いいえ結構です。」というメッセージの書かれたバッチを装着しないことを拒否したため、ニードラクセン地方選挙法七条五項違反を理由として異議申立人に過料を科した一九八二年七月一日ツェレ上級地方裁判所判決に向けられた憲法異議の訴えに関する連邦憲法裁判所一九八五年一〇月二三日決定(判例③)<sup>24</sup>を取り上げよう。連邦憲法裁判所は、同決定において、ツェレ上級地方裁判所判決が基本法五条一項一文に基づく異議申立人の基

本権を侵害すると判断したが、この判断の過程において、自己の意見を自由に表明する基本法五条一項一文において保障される権利には、バッチの装着による意見表明も含まれること、ニードーザクセン地方選挙法一三条四項の規定は基本法五条二項の意味における「一般的法律」であること、しかし、この規定を本件のような事案に適用することができるとした上級地方裁判所の解釈は基本法一〇三条二項に合致しないことを指摘している。

(三) さらに、市町村議会議員に表決において棄権の投票をすることを法律によって禁止することがバイエルン州憲法の諸規範に適合するかどうかを判断したバイエルン憲法裁判所一九八四年七月二三日判決<sup>(25)</sup>(判例④)は、「バイエルン州憲法一一〇条一項一文に基づいて、バイエルンのすべての住民は、自己の意見を、言語、文書、印刷物、図画又はその他の方法により自由に表明する権利を有する。この基本権は、意見表明をしない自由も保障している(…)。そうだとすると、表決において『賛成』又は『反対』によってのみ投票することを市町村議会議員に命じることは、バイエルン州憲法一一〇条一項の保護範囲に触れている。」と説示した。もともと、同判決は、結論として、棄権の禁止を定めるバイエルン州市町村法の規定は、意見表明の自由の基本権に制約を課すことができる「一般的法律」に当たり、バイエルン州市町村法の規定は意見表明の自由の基本権(バイエルン州憲法一一〇条一項)に反しないと判断している。

(四) 学説においても、一方において、「市町村議会の会議は、その時々の議題に関する議決を引き続いて行う意思形成に仕えるものであるので、議員は(…)会議中―市町村の自治の機能能力のために―基本法五条一項一文に基づく自己の基本権の制約を甘受しなければならない」との指摘がある。<sup>(26)</sup>この指摘は、地方議会における議員の発言権が基本法五条一項一文によって保障されるとの解釈を前提としている。また、「市町村議会議員は投票の時点で棄

権の形式における意見表明を原則的に否定されているのであるから、棄権の禁止は何よりもまず意見表明の自由の保護範囲に關係している」と説く見解もある。<sup>27)</sup>

しかし、多くの学説は、基本権解釈論の見地から、これらの見解に批判的である。例えば、ミュラー (Andreas Müller) は、市議会議員による、政治的メッセージの書かれたステッカーの装着に関する連邦行政裁判所一九八八年二月一二日決定 (判例②) の事案について、この事案の原告は、議員という高権の担い手であつて、その役割において自由権の保持者ではなく、もっぱら機関の権能の保持者であるから、本件において基本法五条一項一文の基本権は適用されないと説いている。ミュラーによると、この事案においては、「議員の権利の地位法上の範囲」が問題であつて、「基本法五条一項一文の枠内における基本権によつて保護された、国民としての法的地位」が問題となつていない。議員の発言の自由に「地位法上保護された次元を割り当て、基本権によつて保護された次元を割り当てなかつた」連邦憲法裁判所一九八二年六月八日決定 (判例①) を踏まえると、この事案において、議員は、市民としての自己に帰属する個人の権利を援用しているのではなく、その機関としての性質に基づいて帰属している権利を援用しているのであるから、個々の議員が基本権を持ち出すことができるとは考えられない。議員が基本権によつて保護された意見表明の自由を援用することができるとする考えは、内部法領域で活動する地方自治体の機関又はその一部は基本権に典型的な危険状況にあるわけではなく、むしろ、合議体の構造を有する機関の構成員として行動していることを全く理解していない。<sup>28)</sup>

また、ホフマン (Jochen Hofmann) は、表決において賛成又は反対によつて投票することを議員に求めることが (意見表明の自由を保障する) バイエレン州憲法一一〇条一項の保護範囲を制約するものであるとしたバイエルン州憲法裁

判所一九八四年七月二三日判決(判例④)の説示について、そもそもこの事件においてバイエルン州憲法の定める主観的な個別的な基本権が審査基準となり得るかは疑問であると批判している。<sup>(29)</sup> ホフマンは、次のように主張する。市町村議会議員の権利及び義務は、地方自治体の憲法上の機関の一部としてのその特別の地位から明らかになる。基点となるのは、国家の諸制度との関係においてすべての市民に適用される主観的公権の地位ではなく、むしろ、もっぱら地方自治体の名誉職の保持者に適用される「職務法」又は「機関の権利」である。機関又はその構成員の法的地位の侵害は個人の権利ではなく、機関としての権利に影響を与えるものであるとする考え方に立つと、結合点となるのは、バイエルン州憲法の基本権部分の個人的権利ではなく、機関としての地位を根拠付ける(客観的)憲法の諸規範(地位規範)である。そうだとすると、バイエルン州憲法裁判所は、バイエルン州憲法一一〇条一項(及び、信仰及び良心の自由を保障する一〇七条一項)の基本権規範を援用してはならなかったはずであり、連邦憲法裁判所一九八二年六月八日判決(判例①)を踏まえると、州議会議員の棄権の権利はバイエルン州憲法一三条二項によってのみ保障されるのであり、バイエルン州憲法一一〇条一項の保護範囲にもバイエルン州憲法一〇七条一項の保護範囲にも含まれないことを起点とすべきであった。そして、連邦憲法裁判所一九八二年六月八日判決(判例①)の説示するように、議員の発言権は議会の任務を遂行するための不可欠の権限であり、議員の地位を本質的に規定する権限であること、さらに、議員の発言権は憲法において規範化されている国家任務の遂行に奉仕するものであることを踏まえて、バイエルン州憲法一三条二項から棄権の権利が地位権として導き出せるかどうか、この地位権が市町村議会議員にも帰属するかどうかを問題とすべきであった、と。

ガイス(Max-Emanuel Geis)も、基本法五条一項一文を機関としての権利である議員の発言権に適用することに反

対の見解を述べているが、その理由は次のとおりである。<sup>30)</sup> まず、個人を「国家」の領域又は「非国家」の領域に配置するという考え方を前提とすれば、市町村議会議員は、国家と対峙し、国家による個人の自由な領域に対する侵害に對してその「消極的地位」を基本権の助けを借りて防禦する個人の地位にあるわけではなく、むしろ、市町村議会の一部である議員は国家の「一部」であり、このことは、議員の発言権に基本法五条一項一文が適用されない論拠となる。加えて、連邦憲法裁判所は、個人の「国家」又は「社会」へのたんなる配置のみならず、議員の具体的活動の意味及び目的も考慮に入れているが、裁判所にとって決定であるのは、意見表明の可能性と議員の地位との不可分性である。基本法三八条一項二文は基本法五条一項の特別法ではなく、解釈論上全く異なる起点を有するものであり、基本法五条一項は補充的にも適用されない。このことは、議員が議員としての自己の権利をめぐって他の国家機関と争う場合、「原則としてすべての人に適用される基本権の主観的侵害に對して防戦する何人 (Jedermann)」として国家と対峙しているわけではないことから明らかになる。議員の権利は、議員に對して、議会における人格の發展を目的として認められるものではなく、立法府の任務遂行を確保しようとする「機能保障」である。このような考え方の筋道は、地方議会における発言権にも転用することができる。市町村議会、郡議会及び地区議会は地方レヴェルの議会、固有の意味における「立法権」ではなく、むしろ、執行権の機関であると理解されるようになって<sup>31)</sup>いるが、基本法二八条一項二文及びバイエルン州憲法一条四項からして、市町村の代表機関の存在が権力の民主的正当化の原理と密接不可分に結び付いていることに疑問の余地はない。発言権の意味と目的は「団体の意思形成に寄与する」ことであり、発言権はこのために不可欠である。発言権は、市町村の高権的権限の民主的正当化に仕えるものであり、その意味と目的に照らすと、個人の自己実現に仕えるものではない。

そして、ガイスは、このような考え方に立つと、事案の解決に当たっては、具体的な意見表明が市町村議会議員の職務領域に根ざすものかどうかのみが決定的であり、その判断に際して、意見表明の内容及び意見表明により追求される目的を考慮しなければならぬと指摘し、この判断枠組みに依拠して過去に判例で問題となった事案を検討する。まず、投票・開票管理委員会委員による「原子力? いいえ結構です」という政治的な内容のバッチの装着が意見表明の自由の基本権によって保護されたとした連邦憲法裁判所一九八五年一〇月二三日決定(判例③)について、純粹な「領域配置」論によると、投票・開票管理委員会委員は、国の作用の担い手であり、地方自治体の名誉職の保持者であるから、基本権保護を受けないという考え方も成立し得るが、投票・開票管理委員会委員の公的作用は、国の内部領域における政治的意思形成に内容的に関与する点にあるのではなく、むしろ、選挙手続の合法性を監視する点にあることを考えると、この政治的意見表明は「国の領域」に含まれるものではなく、むしろ、それは国の作用を行使する「機会に」行われたものであり、それ故、基本法五条一項一文の保護範囲に含まれる、と指摘している。また、市議会議員による、政治的メッセージの書かれたステッカーの装着に関する連邦行政裁判所一九八八年二月一二日決定(判例②)の事案について、この意見表明は、議員としての職務の枠内においてなされたものではないので、基本法五条一項を援用することができない傍聴人の意見表明と異なる判断がなされるべきではない、と指摘し、市議会議員による、政治的メッセージの書かれたステッカーの装着は基本法五条一項一文の保護範囲に含まれると主張している(このように考えると、連邦行政裁判所一九八八年二月一二日決定は、市議会における議員の発言権が基本法五条一項一文によって保護されると解した判例ではない)。

(五) 以上の叙述によつて、ドイツの判例・学説においては、連邦議会及び市町村議会における議員の発言権は、

議会の意思形成に寄与するためになされるものである限り、基本法五条一項一文（意見表明の自由）によって保護されていないとの解釈が支配的であることが明らかになったと思われる。ただし、判例の一部にこの解釈と異なる解釈をしたものがあること、さらに、一部の学説でこの解釈と異なる見解が唱えられていることも、併せて指摘しておきたい。

#### IV 日本国憲法の解釈

(二) それでは、日本国憲法二一条一項の解釈として、地方議会における地方議会議員の発言の自由は表現の自由によって保障されていると言えるだろうか。結論としては、筆者には、地方議会における地方議会議員の発言の自由は表現の自由（憲法二一条一項）によって保障されるというように、敢えてドイツの判例及び学説（の多数）とは異なる解釈をしなければならない理由が見出せなかった。以下において筆者の考えを述べることにしたいが、残念ながら、現在の筆者には、地方議会における議員の発言権の憲法上の位置付けについて本格的な考察を行う準備も能力もないので、以下の叙述は、筆者の考えの筋道を大雑把に示すにとどまるものである。

従来の日本の学説において、国会における議員の質疑権及び討論権は、「議員の権能」<sup>(32)</sup>であると解されてきたことからすると、地方議会における議員の発言権も議員の権能であると解するのが従来の解釈との関係で整合的であり、実際、このような解釈がなされてきた。<sup>(33)</sup> 筆者には、このような解釈を変更する理論的根拠は見出せない。そこで、「議員の権能」の性質を有する地方議会議員の発言権が表現の自由によっても保護されるかどうかが問題となる。あ

る教科書の説明を引用すると、「立法権を含む公権力は、基本権主体の利益のために、当該規定の定める作為・不作為等の行態を義務づけられ、また基本権主体は自らの意思により、公権力に対して当該作為・不作為を請求する力を認められる」というのが「基本権関係」であるが、このような基本権関係は、「公権力とそれに服する者の間で一般的に成立する」<sup>34</sup>。「従来、①基本権が妥当しない権力関係がありうるのではないか、②私人相互間および私法上の主体としての国家・公共団体と私人との間でも基本権が妥当するのではないか、が議論されてきた」<sup>35</sup>が、筆者の見るところ、従来の学説において、公権力を行使する者が公権力を行使する際に「基本権に拘束されるのは当然であるとして——基本権によって保護されるとは考えられてこなかったと思われる」<sup>36</sup>。従来の憲法理論・基本権理論からすると、地方議会議員は公権力の担い手であって、地方議会議員が、その権能の行使に際して、「公権力とそれに服する者の間で」妥当する基本権によって保護される、と考えることは困難である。地方議会における議員の発言権は「議員の権能」であって、地方議会議員が、その権能の行使に際して、「公権力」と「それに服する者」との関係に適用される基本権によって保護されるとは筆者には考えられない。

(二) 言うまでもないが、地方議会議員の発言の自由が表現の自由(憲法二二条一項)によって保障されていないということとは、地方議会の発言の自由が何らの憲法上の保護を受けないということを意味するものではない。議員の発言権は議員の地位に基づく権利であり、かつ、その性質は機関としての権利であることを前提とした場合であっても、議員の発言権が憲法上の保護を受けることがあり得るからである。しかしながら、地方議会における議員の発言権の憲法上の位置付けについて、従来の学説において必ずしも十分に明らかにされてきたとは言えない<sup>37</sup>。したがって、この点について立ち入った考察を加える必要があるが、筆者は、現時点では、地方議会議員の発言の自由は、憲法九三

条一項によって地方議会議員の権能の一つとして保障されていると解するのが妥当ではないかと考えている。憲法九三条一項は、「地方公共団体には、法律の定めるところにより、その議事機関として議会を設置する。」と定め、同条二項は、「地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が、直接これを選挙する。」と定めている。憲法九三条一項の「議事機関」とは、「多数人の合議によつて團體の意思を決定する機関<sup>38)</sup>」をさす。憲法九三条二項により、地方公共団体の議会は、住民によつて直接選挙された議員で構成されることを求められているから、通常は「多数人」が「議員」であることに疑いの余地はない。そして、「合議体の意志決定は、そこでの討論の結果成立するはずである<sup>39)</sup>」から、「議事機関」として設置される地方議会においては、合議体の意思決定の前提としての討論は、議会の構成員である議員によつてなされることが予定されているはずである。そうだとすると、議員に対しては、討論に関与するための諸権能が付与されていなければならないはずであり、その一つとして地方議会議員に対して地方議会における発言権が付与されていなければならないはずである。合議体の構成員に発言権が付与されていない状態で合議体としての意思形成はなされるとはおよそ考えられない。そうだとすると、地方公共団体に「議事」機関として議会の設置を求めた憲法九三条一項は、地方議会の構成員である議員に対して地方議会における発言権を付与したものと解することになるはずである。憲法九三条一項は、文言上はつきりと議員の発言権について規定しているわけではないが、憲法九三条一項の「議事」という文言は、地方議会の構成員である地方議会議員に対して地方議会における発言権を付与する趣旨を含蓄していると考えることができるのではないだろうか。<sup>40)</sup>

(三) ところで、議会における議員の発言権は基本権によつて保護されておらず、議員の地位に基づく議員の権限

として根拠付けられるとの解釈は、ドイツにおいては、訴訟選択と表裏一体の関係にあり、この解釈は、議員の権利を防禦するためには、機関争訟手続きを利用しなければならぬことを帰結する。もつとも、すでに述べたように、ドイツにおいては、この解釈は権利保護の欠缺を発生させるものではないと理解されている。これに対して、日本においては、議員の発言権は基本権によつて保障されているとの解釈を否定することは、訴訟の適法性の否定に直結するという意味において、議会における議員の発言権の憲法上の根拠に関する解釈論は、ドイツと異なり、権利保護の欠缺という深刻な問題を生じさせる可能性がある。地裁判決においても、また高裁判決においても、表現の自由は地方議会において発言する自由を地方議会議員に保障しているとの解釈論が訴訟の適法性を論証する文脈で登場していることに注意が必要である。両判決が地方議会における議員の発言権の憲法上の位置付けについて敢えて踏み込んで新しい解釈を示したのは、訴訟の適法性の問題を克服して本案の判断に入るための一つの方策であると推測したとしても間違っていると言えないだろう。かりにこの推測が正しいと仮定して、まず原則論を言えば、訴訟の適法性の問題は、地方議会における議員の発言の自由を基本権保護の対象に組み入れることによつて打開するのではなく、最高裁の示した「法律上の争訟」の概念やいわゆる部分社会論における判断枠組みを再構築することによつて克服するの筋であるという批判が説得的であるように思える。しかし、限られた時間の中で具体的事件に対して一定の結論を示さなければならぬ「現場」の裁判官に対して、最高裁の解釈がすでに強固に構築されている領域において最高裁の判例理論を再構築した上で事件を解決しろというのは、おそらく無理な注文であろう。そうだとすると、地裁判決及び高裁判決が、訴訟の適法性の問題を克服するために、地方議会における議員の発言権の憲法上の根拠という、最高裁の判例が固まっていない論点について一工夫して新しい解釈論を打ち出したことは、最高裁判例との全面衝突を

避けつつ具体的事件を妥当な結論に導くための実践的な智慧として一定の積極的な評価を与えるべきである（あるいは、下級審の裁判官としての苦渋の選択として容認すべきである）ようにも思われる。すでに見たように、ドイツにおいても、議会における議員の発言権が基本権（意見表明の自由）によっても保護されるとする解釈を主張する学説も一部で唱えられており、地裁判決及び高裁判決の示した解釈論がまったく成立する余地のない不合理な考え方ではないことは確かであるから、なおさらである<sup>(41)</sup>。しかし、—結論が二転三転して申し訳ないのであるが—憲法及び基本権の基礎理論まで遡って考えると、表現の自由（憲法二二条一項）が地方議会において発言する自由を地方議会議員に保障しているとの解釈には、やはり疑問が残ると言わざるを得ない<sup>(42)</sup>。

## V 結語

本稿において筆者が行った主張は、事案の解決から離れて理論的に考察する限りにおいては、地裁判決及び高裁判決が示した解釈とは異なり、地方議会における議員の発言の自由は表現の自由（憲法二二条一項）によっては保障されていない、と解釈するべきではないか、ということに尽きる。言うまでもないが、地方議会における議員の発言の自由が表現の自由によって保障されていないということは、地方議会における議員の発言の自由が憲法上の保護をまったく受けないということを意味するものではない。筆者は、すでに述べように、現時点では、地方議会における議員の発言の自由は憲法九三条一項によって地方議会議員の権能の一つとして保障されている、と解するのが妥当ではないかと考えている。上記の解釈論を前提とした場合、それでは中津川市代読訴訟の事案はどのように解決されるべき

なのか。この肝心の問題について自説を開陳しないまま本稿を閉じるのは無責任であるとの批判を受けそうである<sup>(43)</sup>が、残念ながら、現在の筆者には、この問題を十分に論じる準備が整っておらず、この問題の検討は筆者の今後の課題とさせていただきます<sup>(44)</sup>。

- (1) 川崎和代・井上英夫編『代読裁判——声をなくした議員の闘い』(法律文化社、二〇一四年)に収録された諸論文のほか、他の箇所でも引用する文献を除き、次の文献がある。井上英夫「障害をもつ人の社会参加の拡大と参政権保障の発展」井上英夫・川崎和代・藤本文朗・山本忠編『障害をもつ人々の社会参加と参政権』(法律文化社、二〇一一年)一一九頁以下、植木淳「発声障害のある議員のための発言保障——中津川代読拒否訴訟(名古屋高裁)意見書——」北九州市立大学法政論集三九卷一・二号合併号(二〇一一年)五三頁以下、川崎和代『障害をもつ人の参政権保障をもとめて』(かもがわ出版、二〇〇六年)七〇頁以下、同「障害者の参政権保障——発声障害を持つ議員の発言保障をめぐって」法律時報七八卷一一号(二〇〇六年)七〇頁以下、同「裁判を通じた参政権保障の闘い」井上ほか編『社会参加』注(1)一四一頁以下、西村武彦・秀嶋ゆかり「中津川市議会における障害者議員への差別事件——岐阜地裁二〇一〇(平成二二)年九月二二日判決——」国際人権二三号(二〇一二年)八五頁以下、三宅裕一郎「発声障害をもつ議員の発言方法を選択する自己決定権」法学セミナー六九四号(二〇一二年)一二八頁(榎透・永山茂樹・三宅裕一郎『判例ナビゲーション憲法』(日本評論社、二〇一四年)一六頁以下に収録)。
- (2) 例えば、川島聡「中津川代読拒否訴訟一審と国際人権法・コメント——岐阜地裁二〇一〇(平成二二年)九月二二日判決——」国際人権二三号(二〇一二年)九二頁以下、同「発声障害の議員と発言方法の規制」新・判例解説Watch 国際公法No.22(二〇一二年)(新・判例解説Watch(法学セミナー増刊)一二号(二〇一二年)二八一頁に収録)、武川眞固「障害のある人の発言保障と参政権保障の課題——「中津川代読拒否訴訟」を通して——」高田短期大学紀要二二号(二〇一三年)一七頁以下。なお、青柳幸一「障害をもつ人の憲法上の権利と『合理的配慮』」筑波ロー・ジャーナル四号(二〇〇八年)

五五頁以下（同『憲法学のアポリア』（尚学社、二〇一四年）三〇三頁以下に収録。）も参照。

(3) 判例時報二二六三号（二〇一二年）一〇頁以下。

(4) 判例自治三六九号（二〇一三年）一二頁の匿名「コメント」。また、判例時報二二六三号（二〇一二年）一〇頁の匿名コメントは、高裁判決を「今後の市議会運営上参考になる裁判例」と評している。

(5) 判例時報二〇九九号（二〇一一年）八一頁。

(6) 渡辺康行「憲法は判例の動き」平成二二年度重要判例解説（ジュリスト一四二〇号、二〇一一年）三頁。

(7) 川崎和代「議員活動における『障害者の完全参加と平等権』」法律時報八一巻四号（二〇〇九年）八〇頁以下（八三頁）は、「議員の発言権は、『表現の自由』、自己および住民の『参政権』として保障されている憲法上の権利なのである」と説く。また、同「発声障害をもつ議員の発言保障」法律時報八四巻二一号（二〇一二年）六五頁以下（六六頁）は、高裁判決について、「議員の発言権をこのように憲法に根拠を持つ重大な権利と認定した点は、まず評価されなければならない。議員の発言権については、『議員たるの資格に基づいて認められている権能』であって必ずしも権利としてとらえない見解もみられる。しかし高裁が、かくも明確に『議員としての最も基本的・中核的権利』と位置づけたことによって、一審被告らの……発言は、一審原告に対する悪質な人権侵害行為であることが明確になったと評価できる。」と指摘している。三宅裕一郎「発声障害をもつ議員の参政権と自己決定権」法学セミナー六七四号（二〇一一年）一二四頁（榎透ほか・前掲注(1)二三頁以下に収録）は、「本件は、発声障害をもつ議員が議会における発言方法に対する規制について争ったという意味では、表現の自由の問題としての側面を併せもつ。」と指摘する。井上武史「議会代読拒否訴訟控訴審判決」法学教室三八九号別冊付録『判例セレクタ二〇一二〔I〕』（有斐閣、二〇一三年）一〇頁は、高裁判決について、議員の「議会での発言の権利、自由」は、「表現の自由および参政権を根拠とする、議員としての『最も基本的・中核的な権利』と認定されている」との解説をしているが、とくに批判的なコメントはしていない。

なお、平成一七年一月一六日付けの岐阜県弁護士会人権擁護委員会勧告書（平成一六年（人）第二七号。川崎ほか編・前掲注(1)一六九頁以下に抜粋が収録されている。）は、次のように述べている。

地方議会議員の発言権と表現の自由（岡田）

七三（三三五）

「市議会議員の市議会における発言は、地方自治の本旨である住民自治を実現すべく、市政が住民の意見や声を反映したものとするための最も有効かつ重要な手段であり、また、その発言の保障は単にその議員の発言権の問題にとどまらず、住民にとつても、議員が市議会で市長や行政の姿勢を問いたずら状況を傍聴したりすることで、住民意思を形成するのに重要な情報を提供する。このように、市議会における発言は、地方自治の根幹をなすものであり、民主主義の実現・運営に不可欠なものである。また、委員会での発言は、委員会が現在の地方自治では実質上の議論の場となっていることからして、市議会における発言の同様の意義を持っている。」

従つて、市議会や委員会における発言は、最たる政治的言論といえるものであり、憲法二一条の表現の自由により保障されており、営利的言論や私的言論と比べ、その制限は極めて厳格に審査されるべきものであり、その制限が許されるのは、その合理性のみならず、必要最小限度の制限であるか否かが厳格に検討されるべきである。」

岐阜県弁護士会人権擁護委員会勧告書は、議員の発言権が憲法二一条により保障される根拠として、市議会や委員会における発言が「最たる政治的言論といえるもの」であることを挙げており、注目に値するが、市議会や委員会における発言が「最たる政治的言論といえるもの」であることが、どうして市議会における議員の発言が憲法二一条によって保障されるという根拠となるのかについては、もう少し丁寧に説明することが求められよう。また、二〇〇八年五月二六日付けの「中津川市議会における発声障がいをもつ議員へのいじめ損害賠償請求事件訴訟を支援する決議」（自由法曹団二〇〇八年五月研究討論集三）は、「地方議会の議員が議会で発言することは表現の自由として保障される」と主張しているが、そのように解釈する理由はとくに示されていない。

(8) 小林武「議会の自律権と司法審査」川崎ほか編・前掲注(1)六六頁以下(六八頁)は、「本件のような事案における議員の地位は、本件で主張されたような、表現の自由、自己決定権、平等権、参政権といった市民的権利・自由の享有主体としてのそれではなく、まさに議員に保障された権限を担う者としてのそれであると考えるべきであろう。すなわち、議員の発言の自由・表決の自由などは、もとより表現の自由や参政権に定礎されたものであるとはいえず、議員としての特権の範疇に入るものである。」と論じている。また、上田健介「議会代読拒否損害賠償請求事件」法学教室二七七号別冊付録『判例セレクト

二〇一一「I」(有斐閣、二〇一二年)八頁は、「議員が公的権限の行使に關し憲法上の権利を主張しうるか」との「疑問も生じる」と指摘し、表現の自由(憲法二二条一項)は地方議会において発言する自由を地方議會議員に保障しているとの解釈論に疑問を呈しているようにも読める。

(9) BVerfGE 10, 4 (10 f.).

(10) BVerfGE 60, 374. この判決については、武永淳「議会における議員の発言の自由—アーベライン事件」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』(信山社、二〇〇三年)四八七頁以下による紹介・解説がある。

(11) BVerfGE 60, 374 (380).

(12) *Nobert Achterberg, Die parlamentarische Verhandlung*, 1979, S. 123は、「会議における議員の発言の制限は、「発言者の憲法上の対抗的権利」すなわち、「議員関係においても適用される自由な意見表明の基本権にも、議員の地位の一部に数えられ得る発言権にも」衝突する」と説いていた。また、*Hans Trojmann, Parlamentsrecht des Deutschen Bundestages*, 1977, § 40 Rn. 6は、「一方において、「憲法上の視点からは、発言権は、議員の地位権の一部であり、それ故、何人もこれを侵してはならないことが確認されなければならない。」と指摘しつつ、他方において、「議員が発言権を行使した場合、その遂行について、基本法五条で定められた自由な意見表明の基本権が適用される。この基本権は、基本法五条二項によつてのみ制限が課せられるのであり、連邦議会における自由な意見表明の権利の、議事規則又は議長によるその運用を手段とした憲法上の限界を越えたあらゆる制約は、「違憲であろう。」と説いていた。

(13) アハターベルク (*Nobert Achterberg*) は、注(12)で紹介した自説を変更せず、「国民の福利を心がけるべきである国民の代表者が、まさに議会におけるこの職務において、あらゆる国民に帰属する、自由な意見表明の基本権を否定されるのは」疑問であるように思われると指摘し、連邦憲法裁判所一九八二年六月八日決定が示した解釈を批判している (*Nobert Achterberg, Zum Rechtsnatur parlamentarischer Rügen — BVerfGE 60, 374, JuS 1983, S. 840 (842).*)。

(14) 本文で紹介する学説のほか、学生向けの司法試験対策演習書においてなされた解説として、次のようなものがある。 *Ino Augsburg / Steffen Augsburg / Thomas Schwabenbauer, Klausurtraining Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2016, S. 172*は、「基本法五

条一項一文によって保障されている「一般的意見表明の自由」の保護は、「人的観点においては」、「国家に対する市民」にのみ適用されるのであり、「議員」には適用されないと説いている。議員は、「職務担当者」であり、「その資格において、その職務を行使する場合には基本権によって保護されない」と説明する。また、*Jutta Stender-Vorwachs*, *Prüfungstraining Staats- und Verwaltungsrecht Fälle mit Musterlösungen*, 4. Aufl., 2003, S. 55も、基本法五条一項においては、国家に対する市民の意見表明の自由が保障されているが、議会において議員に認められた発言の自由は、議員が議会の任務を実効的に行使することを可能にすることを目的とするものであり、議員の地位を本質的に規定するもので、民主制に不可欠の権限であること、さらに、議員の発言の自由には基本法四六条の特権が装備されている一方で、議員の発言の自由は、基本法五条一項の意見表明の自由の限界を遵守したとしても、連邦議会議長の制裁によって制限され得ることを指摘した上で、議員の発言権は基本法五条一項によって保護されないと説いている。

- (15) *Christoph Degenhart*, *Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht*, 27. Aufl. 2011, S. 252 [Rn. 616].
- (16) *Hans Hugo Klein*, *Status des Abgeordneten*, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 51 Rn. 31.
- (17) *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. II, 1998, Art. 38 Rn. 133.
- (18) *Morlok* (Fn. 17), Rn. 144.
- (19) BVerfGE 60, 374 (379).
- (20) *Martin Morlok/Lothar Michael*, *Staatsorganisationsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 286 [Rn. 94] 但、この解釈は、基本法三二八条と結び付いた基本法九二条一項四 a 号の「憲法異議の訴えを提起することの可能な権利」とは「市民の政治的権利」を意味するという「体系的・目的論的縮減」であると解説している。
- (21) *Morlok/Michael* (Fn. 20), S. 286 [Rn. 94].
- (22) BVerwG, *Beschluss vom 12. Februar 1988 - 7 B 123/87 -*, juris ; DVBl. 1988, S. 792 f.; NVwZ 1988, S. 837 f.
- (23) この議員は、仮命令の方法により、市議会の議長が、本案判決まで、当該議員が「L／核兵器のない都市」と書かれたス

テッカーを自己の衣服に装着することを甘受することの確認も求めたようである。コブレンツ上級行政裁判所一九八五年三月一三日決定 (NVwZ 1985, 673) は、この申立を斥けたが、同裁判所は、「たしかに、申立人がその点において基本法五条一項一文に基づき自己の基本権を援用したことは正当である。何故なら、申立人は、ステッカーの装着によって、自分は書かれた内容を追求するに値するもの又は支持に値するものと考えているという自己の意見を表現しようとしているからである。」と判示した（なお、同裁判所は、本件において意見表明の自由の制約は正当化されると判断した）。

- (24) BVerfGE 71, 108.
- (25) BayVBl. 1984, S. 621 (623).
- (26) *Karl-Heinz Rothe*, Gibt es ein Rederecht der kommunalen Mandatsträger?, DÖV 1990, S. 736 (737).
- (27) *Eckart Hien*, Zum Stimmhaltungsverbot in den Bayerischen Kommunalgesetzen, BayVBl. 1984, S. 203 (206 f.).
- (28) *Andreas Müller*, Der praktische Fall — Öffentliches Recht: Das aktionsfreundliche Gemeinderatsmitglied, JuS 1990, S. 997 (999).
- (29) 以下の記述は *Jochen Hofmann*, Rechtsprechungsanmerkung, BayVBl. 1984, S. 747 (749). に基づく。
- (30) 以下の記述は *Max-Emanuel Geis*, Zum Recht des Gemeinderatsmitglieds auf freie Meinungsäußerung in der Gemeinderatsitzung — Versuch einer dogmatischen Klarstellung —, BayVBl. 1992, 41 (42 ff.) に基づく。
- (31) BVerfGE 32, 346 (361).
- (32) 清宮四郎『憲法Ⅰ〔第三版〕』（一九七九年、有斐閣）は、「議員の特典」（二一七頁以下）と「議員の権能」に分け、後者について、「国会議員には、国会法によって、次のような仕方で、その属する議院の活動に参加する権能が認められている」と指摘し、発議権、質問権、質疑権、討論権、表決権を挙げている（二二三頁以下）。また、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅱ〔第五版〕』（高見勝利）（有斐閣、二〇一二年）も、「国会議員の特典」（一〇一頁以下）と「国会議員の権能」を分け、「国会議員は、衆議院また参議院の構成員として、議院もしくは国会の活動に参加する権能をもつ。国会法は、国会議員の権能として、次のものを規定する。」と指摘し、議案の発議権、動議の提出権、質問権、質疑権、討論権、表

決権を挙げている(二〇九頁以下)。さらに、例えば、市川正人『基本講義憲法』(新世社、二〇一四年)二九六頁以下、伊藤正巳『憲法〔第三版〕』(弘文堂、一九九五年)四三七頁以下、大石眞『憲法講義Ⅰ〔第三版〕』(有斐閣、二〇一四年)一三九頁以下、阪本昌成『憲法Ⅰ補訂第三版』(成文堂、二〇〇〇年)三五四頁以下、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、二〇一一年)四六九頁、渋谷秀樹『憲法〔第三版〕』(有斐閣、二〇一七年)五八六頁以下、辻村みよ子『憲法〔第五版〕』(日本評論社、二〇一六年)三八八頁以下、戸波江二『憲法〔新版〕』(ぎょうせい、一九九八年)三七八頁以下、長尾一紘『日本国憲法〔第三版〕』(世界思想社、一九九七年)三五九頁以下、長谷部恭男『憲法第六版』(新世社、二〇一四年)三四九頁以下も参照。

(33) 西村弘一『地方議会——会議の理論と実際』(学陽書房、一九八一年)六五頁は、議員の発言権を「議員の権限」に位置付けている。また、大出峻郎『地方議会 現代地方自治全集③』(ぎょうせい、一九七七年)六七頁は、「発言権」を「会議において行使し得る権利」と位置付け、「議員の会議において行使し得る権利とは、議会の会期中に、会議が開かれている際に行使し得る権利ということであって、閉会中又は会議が開かれていないときには、これらの権利を行使することができない」ことを指摘し、発言権は「議会の活動に参加する権利」であると性格付ける。

(34) 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅰ』(日本評論社、二〇一六年)四三頁〔宍戸常寿〕。

(35) 渡辺ほか・前掲注(34)四三頁。

(36) 浦部法穂『憲法学教室第三版』(日本評論社、二〇一六年)二一五頁は、次のように説いている。「教師の『教育の自由』というものをとってみれば、ふつうの自由権の観念からすれば、それは、学校の教師がみずからの行う教育について公権力による干渉・制約を受けないという自由である、ということになる」が、「教育を行う学校の教師は、教育を受ける子どもやその親との関係では、まさに公権力そのものなのである」、「つまり、子どもや親の立場からみると、教師は権力そのものであって、決して自由権の担い手たりえない存在なのである」から、「教師の『教育の自由』といわれるものは、憲法上の自由権とは異質の、次元の違ったところでの議論として受けとめなければならぬ」。「そうだとすると、教育は学問的実践だから教師の『教育の自由』は憲法二三条によって保障されている、という……杉本判決に代表される見解も、いささか怪しいものになってくる。要するに、国民一般に憲法上保障されるさまざまな自由権と同じレベルで教師の『教育の自由』を語ることはで

きないのである。」このような浦部の主張の前提には、基本権は「公権力とそれに服する者の間で」妥当するという、本文で述べた基本権理論が存在することは間違いない。戸松秀典『憲法』（弘文堂、二〇一五年）一三五頁は、「政府は、国民の表現の自由を保障する立場にあり、自らが表現の自由の主体となることはない。これは、二二条から導かれる基本的意味である。」と明確に説いている。

(37) 田谷聰「議会の会議における諸原則」山本信一郎編『議会 新地方自治講座⑥』（ぎょうせい、一九九七年）三七九頁以下（四一二頁以下）は、「議員平等の原則」を説明する際に、「議会内において行使する権限として、議会への出席権、発言権、発議権、動議の提出権、表決権、選挙権、要求権、請求権、異議の申立権、注意喚起権等があり」、すべての平等に認められていると指摘するが、議員の「発言権」の憲法上の根拠については、説明されていない。大出・前掲注(33)六七頁は、「議会は、言論によつて、ことを決する場であるから、議員の発言権は表決権と併せて重要な権利である。議員の発言権は議会において最大限の尊重しなければならない。」と指摘し、また、同書二二四頁は、「議会は、言論の府であるといわれる。これは、議会におけるすべての問題が言論によつて決せられるということである。議会は、議員の言論を通じて地方公共団体の意思を決定する機関であるから、住民の信託を受けた議員がその職責を全うするためには議員の発言が十分に保障されなければならない。」と指摘するが、議員の発言権の憲法上の位置付けについては言及していない。

(38) 法学協会『註解日本国憲法下巻』（有斐閣、一九五四年）一三八九頁。

(39) 宮澤俊義・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』（日本評論社、一九七八年）四二〇頁。

(40) 植木淳「発声障害のある地方議会議員の発言保障」平成二四年度重要判例解説（ジュリスト一四五三号、二〇一三年）一二頁以下（一二三頁）も、「憲法九二条一項が議事機関としての地方議会の存在を規定するとともに、同条二項が地方議会議員は住民の直接選挙によつて選出されるべきことを規定していることからすれば、住民の選出した議員の発言機会の保障は当然に同条の要請するものであると考えられる」と論じている。なお、植木は、地方議会の議員には「表現の自由（憲法二二条）……の一態様」として地方議会等において発言する自由が保障されているとする高裁判決の解釈を容認しているようにも見える（少なくとも批判はしていない）が、この点は筆者の考えと異なる。筆者は、議員の発言権は議員の権限であつて、基

本権によって保障されているとは考えていない。

(41) 筆者は、地裁判決(及び高裁判決)の示した解釈論は従来の憲法理論・基本権理論との整合性をぎりぎりの範囲で保った巧みな解釈であると考えているが、その理由は、次のとおりである。筆者は、憲法二三条及び二六条に関する二つの解釈論に注目する。一つは、教師の教育権の憲法上の位置付けに関する、「教師の教育権は、国家との関係では職務権限としての性質のほか、人権としての性質をもつ」という内野正幸の解釈論(内野正幸『教育の権利と自由』(有斐閣、一九九四年)一一一頁)である。内野は、次のように説く。「授業実施権をはじめとする教師の教育権については、二つの場面に分けて考える必要がある。第一は、教師が生徒と向きあう場面であり、ここでは、教師の教育権は、もっぱら職務権限となる。第二は、教師が国家権力と向きあう場面であり、ここでは、職務権限としての側面と、人権としての側面をあわせもつ。そうすると、教師の教育権は、基本的に職務権限であるが、人権としての側面も含んでいる、ということになる」(内野・前掲注(41)一一〇頁)。「かりに、一般市民ではなく機関としての地位にもとづいて得られる自由や利益は、およそ人権とはいえない、と考えるのであれば、教師の教える自由は人権ではない、ということになってしまう」が、「これは、人権の定義の問題にすぎない」。「ある利益が価値(たとえば教師の教える自由)について、それは人権である」といえば、そこからなんらかの憲法解釈論上の帰結が当然にでてくるのだろうか」という「問題については、肯定の答えをあたえておきたい。つまり、ある利益が人権であるとするときは、その侵害にたいする裁判的救済の道を保障すべきことが憲法上要請される、とする解釈論的帰結と結びつく、と考えるわけである。裁判的救済のかんずくするような帰結と結びつけるためには、教師の教える自由に入権性を認めたいほうがよからう」(内野・前掲注(41)一一三頁)。また、渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法1人権(第六版)』(有斐閣、二〇一六年)六一頁(赤坂正浩)も、「ある人の特定の行動が、権利の面と権限の面を合わせもつこともある。たとえば、大学の教師が講義を行うことは、法令や学内ルールで割り振られた仕事(権限)だが、同時に憲法は、大学教師の講義内容を政府が規制することを原則的に禁止して、彼らの研究者としての利益(学問の自由≡権利)を守っている。小・中・高等学校の教師の教育活動についても、程度の差はあれ同じことがあてはまると言われている。」と指摘している。地裁判決を通読すると、地裁判決は、地方議会における議員の発言権は、機関としての権利として議員に帰属する権利≡議員の権限であると捉えつつ、表現の

自由によっても重ねて保護されている、という解釈論を示したと読むべきだと考えられる。かりに地裁判決が上記のような解釈を示したものとすると、地裁判決の示した解釈論は、議員の発言権は、「基本的に職務権限である」が、「その侵害にたいする裁判的救済の道を保障」するために、「人権性を認めたいほうがよからう」という考え方、あるいは、「ある人の特定の行動が、権利の面と権限の面を合わせもつ」場面であるとの考え方に基づくものだと理解することも可能である。このように考えると、地裁判決の示した解釈論は、従来の憲法理論・基本権理論との整合性をぎりぎりの範囲で保ちつつ訴訟の適法性の問題を乗り越えるために練り上げられた巧みな解釈であり、相応の評価を与えられるべきではないかと思われる（ただし、筆者自身は、表現の自由（憲法二一条一項）が地方議会において発言する自由を地方議会議員に保障しているとの解釈は理論的に妥当ではないと考えている）。

また、すでに述べたように、地裁判決が議員の発言権を「機関としての権利」と捉えており、議員の発言権の本籍は「機関としての権利」であるが、議員の発言権は表現の自由によっても重ねて保障されていると解釈していると読むことができるが、地裁が上記のような解釈を示したものとすると、結果として、注(12)において紹介したアハターベルクやトロスマンの見解と同じ型の論証をしているものであると見ることができるとは、原告の一〇〇〇万円の損害賠償請求は、「参政権とコミュニケーション保障という人権の侵害、剥奪に対する代償として当然の請求である」が、「裁判所の認定額はその一〇〇分の一、一〇万円であった。まさに一%判決である。」として、「裁判官の人権感覚のなさに失望したというより、この国の司法の姿に情けない思いがしている」とか、「世界そして日本の障害をもつ人々の人間の尊厳と自己決定・選択の自由の原理の保障という人権発展の大きな潮流におびえながら、なお、『法律論』という衣により、中津川市議会をして自らの空虚な権威を守ろうとする裁判官の姿を見るのである」との否定的評価が示されている（井上英夫「はしがき」井上ほか編・前掲注(1) i頁）。このような評価の妥当性はさておき、筆者にとつては、岐阜地裁の裁判官たち（内田計一、永山倫代、山本菜有子の諸氏）が徒手空拳で探り当てた解釈論（の一部）が結果としてドイツの有力説と同一水準に到達している点において、岐阜地裁の裁判官たちの解釈能力の高さはまさに驚きであり、その中に「自らの空虚な権威を守ろうとする裁判官の姿」を見出すことはできなかった。

(42) なお、高裁判決は、地方議会の議員には、「表現の自由(憲法二二条)」に加えて、「参政権の一態様として」、地方議会等において発言する自由が保障されていると判示した。井上英夫「代読裁判の意義と残された課題」川崎ほか編・前掲注(1)一五二頁以下(一六〇頁)は、「発言する権利を、参政権保障と表現の自由と一体的にとらえているところに大きな意義がある」と高裁判決を高く評価するが、阿部和文「市議会において癌で声帯を切除した議員に対し代読による発言の要請を認めなかったことが議員の発言の権利や自由を侵害する違法な行為であるとされた事例」自治研究九一卷一号(二〇一五年)一二五頁以下(一三七頁)は、「参政権を援用することについては、憲法一五条一項が保障する権利が公務に就任した後の公務遂行までも保障するとの思考は自明ではなく(…)、少なくともより詳細な説示が必要と考えられる」と批判している。筆者は、議員の権限である発言権が参政権という基本権によっても保障されているという解釈は、従来の基本権理論との整合性の点で困難ではないかと考えているが、それに加えて、そもそも高裁判決の言うところの「参政権」とは議員が「議会へ参加する権利」を意味していると読むべきであり、高裁判決は、地方議会における議員の発言の自由を基本権としての参政権によって根拠付けようとしたものではないと考えている。筆者がこのように高裁判決を読む理由は、次のとおりである。地裁判決は、原告が「一市民として、また市民の代表としての表現の自由」及び「障害者が代替手段を自ら選ぶ権利、すなわち自らのあり方を決める権利(自己決定権)」を有することを認めた上で、地方議会の自律権を踏まえて、「議会及び議長が議員の議会での発言方法を制限することによって障害者である議員の表現の自由や自己決定権(障害補助手段を使用する自由や障害補助手段選択の自由を含む。)が制限されたとしても、同議員がこの発言方法等の制限によって障害者である故に議会へ参加する権利(参政権)を害されるなどの特段の事情のない限り、やむをえないものといわなければならない」と説き、「市議会議員である原告が発声障害者である故に議会へ参加する権利(参政権)を害されたか否かの限度で」、本件訴えの当否を判断している。地裁判決は、たしかに「参政権」という言葉を使用しているが、「市議会議員である原告」が「議会へ参加する権利(参政権)」という、「参政権」という言葉が使用された前後の文脈を踏まえて考えると、「参政権」は「市議会議員が議会へ参加する権利」をたんに言い換えただけにすぎず、参政権を基本権としての保障された権利という意味で使用しているとは読めない。高裁判決は、「地方議会の議員には、表現の自由(憲法二二条)及び参政権の一態様として、地方議会等において発言する自

由が保障されて」と判示しているが、高裁判決が地裁判決を踏まえて書かれたものである以上、高裁判決が「参政権」を何の説明もなく地裁判決と異なる意味で用いているとは考えられないので、高裁判決の言う「参政権」も議員が「議会へ参加する権利」を意味している（言い換えれば、高裁判決は、議員の発言権の憲法上の根拠として、基本権として保障される「参政権」を持ち出したわけではない）と読むべきであろう。

(43) 本稿は、障害をもつ人の権利の保障の充実・拡大という視点からすると、良い方向への前進に水を差すものとしてお叱りを受けるかもしれない。しかし、基本権に関する従来の基礎理論を逸脱する可能性のある解釈は、一面において人権保障の前進に資するとしても、別のところで人権保障にとって危険な側面を有する可能性があることを見過ごすべきではない。例えば、かりに憲法二二条一項が地方議会において議員に発言の自由を保障しているとすると、内閣総理大臣は内閣総理大臣としての発言についても表現の自由を援用することできるとする解釈をも肯定することになり兼ねないのではないか、という心配を、筆者は否定できないでいる。内閣総理大臣の「表現の自由」の問題については、蟻川恒正「最高権力者の『表現の自由』」樋口陽一・山口二郎編『安倍流改憲にNOを！』（岩波書店、二〇一五年）一三九頁以下（蟻川恒正「尊厳と身分」〔岩波書店、二〇一六年〕一六九頁以下に収録）が安倍晋三首相の最近の具体的発言を素材として鋭い考察を加えており、大変に参考になる。

(44) 本稿は、もっぱら議員の発言権（の憲法上の位置付け）に焦点を当てて考察しており、障害をもつ人の権利の保障という視点からの考察をすることはできなかった。筆者は、障害をもつ議員の権限行使の実効的保障のために憲法一四条一項を活用する方策を検討しなければならないと考えているが、筆者の考えは、ここでお示しできるほどに十分に練り上げられているわけではない。榎透ほか・前掲注(1)一三二頁は、「本件のような事案でさらに問題となるのは、公職者としての議員の地位を前提としつつ、障害をもつが故に発言方法の選択肢が狭まる個人が、憲法一四条一項の下で自らの自己決定権についてどこまで『合理的配慮』を求めることができるのかという論点でもありそうである」（傍点は、本稿筆者による。）と指摘しており、筆者の検討の方向性が完全に間違っているとは言えないことだけは確かなのである。



# 預金制度の変化と預金契約の当事者確定

——利害関係の変容を通じた検討——

田 中 夏 樹

## I 序

1 当事者確定論の意義と問題の所在

2 本稿の構成

## II 従来の議論——客観説の通説化

1 無記名定期預金導入を契機とした判例・学説の形成

2 無記名定期預金廃止以降の客観説の動揺

## III 預金制度の変化に伴う利害関係の変容と預金者の確定

1 無記名定期預金の廃止と本人確認の厳格化による客観説への影響

預金制度の変化と預金契約の当事者確定（田中）

八五（三三七）

- 2 客観説を前提とした民法四七八条適用構成における利害関係の変容
  - 3 預金契約の変化に伴って変容した利益の法的保護
  - 4 出捐者への影響と預金者の確定
- IV 結語
- 1 まとめ
  - 2 残された課題

## I 序

### 1 当事者確定論の意義と問題の所在

契約が締結された際に、その当事者を確定することは、契約の拘束力の及ぶ範囲がどこまでか、あるいは、契約の一方当事者が誰に対して債務の履行を請求できるか、契約の解除権を有するのは誰か等についての指標となる重要な問題である。<sup>①</sup>

従来、契約当事者の確定についての議論は限定的であり、<sup>②</sup>最も盛んに議論されてきたのは、金融取引における預金契約においてである。

後述するように、預金口座開設時の本人確認厳格化によって基本的に架空名義が存在しなくなったことから、預金原資の出捐者と預金の預入行為者ないし預金名義人は一致することが原則となった。現在においても預金契約における当事者の確定が問題となるのは、例外的に預金原資の出捐者と預金名義人とが一致しない場合である。

すなわち、出捐者Aが預入行為者ないし預金名義人であるBに対して預金を委託し、預金口座の名義がB名義となる類型としては、①特利<sup>③</sup>や税金対策を目的としており、B名義であることが必須である場合、②Bを代理人ないし使者として預金を委託したが、Bが自己名義で預金してしまった場合、③親が自己の金銭を元に、子供名義の口座を開設する場合のように、B名義の口座開設をAが許容している場合が想定される。本稿では、定期預金及び普通預金において出捐者と預入行為者ないし預金名義人とが異なる場合に誰を契約当事者（以下、特に預金契約における契約当事者を「預金者」という。）と確定すべきかを検討の対象とする。

従来は、「預入行為者が金員を横領して自己の預金とする場合を除いて、自らの出捐により自己の預金とする意思をもって金融機関に対して本人自らまたは使者・代理人・機関を通じて預金契約をした出捐者が預金者である」とする客観説<sup>④</sup>、「委託された者が、自分の預金でない旨を明示しない限り、その者の預金と見るべきである」とする主観説<sup>⑤</sup>、原則として出捐者を預金者とするが、「例外として、現実に金銭を持参し自分が預金者本人である旨を明示して預金を預入れた場合には、たとい出捐者が別にいたとしても、それは現実に預入行為をしたものと出捐者との内部関係に過ぎないから、意思表示によって預金者を決定する」とする折衷説<sup>⑥</sup>が有力に主張されていたところ、最高裁が特別定期預金（以下「無記名定期預金」という。）及び記名定期預金においても客観説と同様の結論を下したことから、学説上も、客観説が通説といえる地位を占めるようになった。

しかし、預金契約の当事者確定論が議論される契機となった無記名定期預金は、昭和六三年に廃止され、平成期に入って預金口座の開設に本人確認が厳格に求められるようになり、架空名義が否定されるという預金制度の変化を背景に、従来通説といわれてきた客観説が揺らいでいるとの評価が学説からなされるようになった<sup>⑧</sup>。

また、上記のように預金制度が変化した後の平成一五年に、最高裁が預金者の確定が問題となった二つの事案（後掲最判平一五・二・二一民集五七卷二九号九五頁及び最判平一五・六・一二民集五七卷六号五六三頁）において、客観説に言及しない判断を下し、客観説に対する消極的な評価も一部においてなされたこと<sup>9</sup>もあつて、今日においては、客観説が判例・通説であると評価することが困難な状況にある。

現在、多くの人が預金口座を利用しており、預金契約の当事者確定は、誰もがかわりうる問題であるといえるが、上記のように従来の通説とされていた客観説が揺らいでおり、実務上の指標となる最高裁の立場も必ずしも明らかであるとはいえない状況になっている。最高裁は平成一五年以降新たに立場を明らかにする判決を下していないが、平成二〇年以降においても下級審ではいまだ客観説に基づいた判決が下されており、<sup>10</sup>預金契約における当事者確定論は、通説・判例に対する評価が揺らいだまま不安定な状態で議論が沈静化してしまっている。

本人確認の厳格化等によって客観説はもはや妥当しないという評価がなされているにもかかわらず、客観説が克服されずに下級審においてなお通用していることは、客観説が無記名定期預金廃止や本人確認の厳格化等といった預金制度の変化によって受ける影響の検討が不十分であったことが原因と思われる。より具体的には、従来の議論では、客観説内部における考え方の差異に関する議論が散発的であり、客観説には、前提が異なる二つの説が存在していたことが十分に意識されておらず、預金制度の変化によって、どのような利害関係の変容が生じ、その二つの客観説がどのような影響を受けるのか、いずれもがその根拠を失うものであるのかの検討が不十分であった。また、「民法の一部を改正する法律案（平成一九年法律第四四号）」（以下「改正法案」という。）では、債権譲渡における譲渡制限特約について、預貯金債権は特別な規定が設けられており（改正法案四六六条の五第一項）、新たに預金契約の当事者確定論に

も影響を与えるものであるかの検討はまだ十分なされていない。

預金契約の当事者確定論は、無記名定期預金の導入という預金制度の変化に始まり、新たな預金制度の変化や預金債権の取り扱いによつて各当事者の利害関係に変容があつた場合には、預金契約の当事者を誰とするかは改めて検討すべきである。

本稿では、以上に述べたような問題意識に基づいて、預金制度の変化及び預金債権の取り扱いが預金契約における各当事者の利害関係にどのような変容をもたらし、変容後の利害関係を基にしたあるべき預金契約の当事者像を明らかにしたい。

## 2 本稿の構成

本稿では、従来の定期預金を中心とした議論において、客観説内部における考え方の差異に関する議論が十分になされてこなかったことを踏まえ、無記名定期預金が導入されたことによつて形成された客観説にも、前提の異なる二つの考え方が存在していたことを明らかにし、無記名定期預金が廃止された昭和六三年以降、特に本人確認の厳格化によつて預金制度が変化した今日において、どのように評価されているかを明らかにする(Ⅱ)。そして、預金制度の変化により、預金名義人と預入行為者の同一性と実在性が担保されたことによつて、各当事者の利害関係にどのような変容があつたのかを論じ、変容後の利害関係について、法律上の保護されるべき利益を検討し、定期預金及び普通預金において誰が預金者であると確定するべきかを明らかにする(Ⅲ)。

## II 従来の議論——客観説の通説化

### 1 無記名定期預金導入を契機とした判例・学説の形成

#### (1) 議論の契機

預金契約における当事者確定論は、無記名定期預金の導入に伴い<sup>(11)</sup>、特に定期預金に関して判例が先行する形で議論が深まり、客観説が判例・通説の地位を得るに至った。しかし、預金契約における当事者確定論が無記名定期預金から記名定期預金に議論の場を移しながら深化していくに従い、通説とされる客観説も、二つの考え方に分類することができる。もともと、無記名定期預金や架空名義の記名定期預金のいずれにおいても出捐者を預金者とするものであり、結論の差異が重要なこともあって、主観説、客観説及び折衷説という各説の対比に比し、客観説内部の対比が十分に行われてこなかったように思われる。

#### (2) 預金制度の特質を根拠ないし前提とした判例・学説

##### ア 預金制度の特質を根拠ないし前提とした判例

最高裁において、客観説に基づく判断がなされる契機となったのは、無記名定期預金<sup>(12)</sup>において預金当事者が争われた事案である。

無記名定期預金は、「銀行は預金者の住所氏名を届けさせず、印章だけを届けさせておき、無記名の定期預金証書を交付し、それに届出印を押して差し出した者に元利金を支払うというものである。届け出ておく印章はどんなものでもよく、且つ、それがたまたま預入行為者の姓と符合するときにおいても、その者の個性とは関係ない性質のもの

だと解されている<sup>13)</sup>。すなわち、金融機関は、無記名定期預金の印章の名義からは出捐者はもとより、預入行為者を特定できないことが制度として認められている。したがって、無記名定期預金においては、出捐者Aが預入行為者Bに預入を委託して行わせたとしても、金融機関には正式な名義が届けられず、何人が出捐者であるのか、何人が預入を行ったのかを名義等から特定することはできない。

このような特殊な預金制度の導入に対して、最も早く出捐者を預金者であると判断したのが東京高判昭和二九年五月一日（高民集七卷九号六三三頁）であり、その上告審である最判昭和三二年二月一九日（民集一一卷二三号二二七八頁）<sup>14)</sup>は、具体的な基準に言及することなく、端的に出捐者を預金者とした原審判決を支持し、客観説に基づいた判断を行ったとされる<sup>15)</sup>。最高裁は具体的な判断理由を示しておらず、原審の東京高裁は、預金者を出捐者であると判断したものであるが、預金者が誰であるか確定する基準としては以下のように述べている。

すなわち、「本件のような特別定期預金（無記名定期預金）債権は、それ自体無記名債権ということはできず、一種の指名債権であることは否定し得ないところである。しかしここに無記名というのはたんに証書の上に債権者の氏名を表示しないというに止まるものではなく、預金預け入れにあたってはなんぴとが預金者であるかその住所氏名等は一切銀行においてこれを問わず、ただ印鑑だけを届出るものであり、現実に金員を持参して預け入れに来た者はいったいだれなのか預け入れ本人なのか代理人なのか、使者であるのかはたまた機関であるかも、また預金者は個人であるか法人その他の団体であるかなども、一切、銀行ではきかず、銀行はそれについて関り知らぬとする立て前である」として、無記名定期預金につき、金融機関において預金者が誰であるか特定できない特質のものであることを認定した。

その上で、「なんぴとがこの客観的に存在する預金者かということとは各場合の事情によつて異なるであろうけれども、これを一般的に言えば特別の事情なきかぎり、現に自らの出捐により銀行に対し本人自ら又は使者代理人機関等を通じて預金契約をした者というの外はない。」とし、出捐者を預金者であると判断した。

注目すべきは、本判決は、後掲最判昭和四八年三月二七日（民集二七卷二号三七六頁）と異なり、金融機関に預金契約締結時における利害関係がないことについては何ら言及していない。前掲東京高判昭和二九年五月一日は、「民法の予定している契約当事者の決定の基準が修正された」とも評されており、<sup>16</sup>無記名定期預金という預入行為者を特定できない制度によつて、一方当事者の金融機関が相手方当事者を特定できないことを根拠としており、比較衡量に基づいてはいなかったといえる。

上告審は、「原判決は、本件の真正な預金債権者は被上告人である」という原審の認定を端的に支持している。

イ 預金制度の特質を根拠ないし前提とした学説

学説は、以下のとおり、出捐者を預金者とする客観説と金融機関の認識を中心に判断する主観説及び折衷説の三説が主張された。

客観説及び客観説を基準とした折衷説には、無記名定期預金の特質に基づき、そもそも金融機関が預入行為者を特定できないこと自体を根拠として、あるいは、金融機関が預入行為者を特定できないことを前提とした比較衡量により出捐者を預金者とすべしとする学説が存在していた。<sup>17</sup>もつとも、学説における客観説及び前掲東京高判昭和二九年五月一日はいずれも預金制度の特質を根拠ないし前提とするものであるが、客観説の多くは金融機関が預入行為者を特定できないこと前提条件とした比較衡量を行っていることに対し、前掲東京高判昭和二九年五月一日は比較衡量に

基づいているとは評価されていなかった。

後述する最判昭和四八年三月二七日（民集二七卷二号三七六頁）が下されたことも影響し、客観説が大勢を占めるようになったものであるが、後掲最判昭和四八年三月二七日以後も、無記名定期預金の特質から、金融機関には預入行為者を特定することが困難であることを根拠あるいは前提として出捐者を預金者とする学説が多数であった。<sup>(18)</sup>

他方、金融機関が有する、預金者が誰かという信頼を保護する観点から、金融機関の認識を中心に判断する主観説が存在していたが、最高裁が客観説を採用したことも影響し、少数にとどまっている。<sup>(19)</sup>

#### ウ 記名定期預金における学説

前掲東京高判昭和二九年五月一日や客観説が根拠とした預入行為者を特定できないことは、当時の記名定期預金においても妥当した。すなわち、記名定期預金においては、預入行為者が名義を金融機関に届け出るため、出捐者、預入行為者だけでなく、預金名義人が存在し得るが、預金契約の大量取引性から預金名義人の実在性や預入行為者と預金名義人との同一性を確認せず、架空名義の預金口座が氾濫していたことから、<sup>(20)</sup>記名定期預金といえども名義から預入行為者を特定できない限りにおいて無記名定期預金と異ならなかった。

金融機関が名義から必ずしも預入行為者を特定できないことに基づき、記名定期預金においては、架空名義であるか、實在名義であるかに関わらず出捐者を預金者とする学説<sup>(21)</sup>や記名定期預金のうち、特に架空名義や他人名義の場合に限り出捐者を預金者とする学説<sup>(22)</sup>が存在していた。注目すべきは、学説は、記名定期預金においては、架空名義によつて事実上預金名義から預入行為者を特定できない限りにおいて出捐者を預金者としており、いわば、金融機関が預入行為者を特定できないことを出捐者の利益保護を図る前提条件としていたといえる。預入行為者と預金名義が一

致し、名義から預入行為者を特定できる場合には必ずしも出捐者を預金者とするものではなく、払戻し前に何らかの方法によって預入行為者が特定できた場合には、預入行為者が預金者とされよう。<sup>(23)</sup>

(3) 預金制度の特質を根拠ないし前提としない判例・学説

ア 預金制度の特質を根拠ないし前提としない判例

最高裁はその後も客観説に基づくとみられる判断を下していたもの<sup>(24)</sup>であるが、最判昭和四八年三月二七日（民集二七卷二号三七六頁）<sup>(25)</sup>まで具体的な理由については言及していなかった。同判決において最高裁は、預金者の確定については、以下のように判断している。

すなわち、「預入行為者が右金銭を横領し自己の預金とする意図で無記名定期預金をしたなどの特段の事情の認められないかぎり、出捐者をもつて無記名定期預金の預金者と解すべきであることは、当裁判所の確定した判例である」と述べた後、「無記名定期預金契約が締結されたにすぎない段階においては、銀行は預金者が何人であるかにつき格別利害関係を有するものではないから、出捐者の利益保護の観点から、右のような特段の事情のないかぎり、出捐者を預金者と認めるのが相当である」とした。

ここでは、本判決が、前掲東京高判昭和二九年五月一日を支持した前掲最判昭和三二年一月一九日を引用しながらも、金融機関に預金契約締結時における利害関係がないことを根拠に出捐者を預金者と認め、金融機関が預入行為者を特定できないことを根拠ないし前提としていない点が注目される。<sup>(26)</sup>

これは、前掲東京高判昭和二九年五月一日が無記名定期預金の特質に依拠したことに対して、実質的には、出捐者を預金者として確定する根拠については異なっているといえ、前掲最判昭和四八年三月二七日は、「民法の予定して

いる契約当事者の決定の基準が修正された、という東京高判昭和二九年五月一日の考え方とは異なり、折衷説に基づき預入行為者を預金者と認定した場合と、客観説に基づき出捐者を預金者と認定した場合とで、銀行及び出捐者にどのような利害得失が生じるか、を比較衡量する、という手法に基づいて客観説を採用したのである」と評される<sup>27)</sup>。

また、記名定期預金に關しても、最判昭和五七年三月三〇日（金法九九二号（二九八二）三八頁）<sup>28)</sup>は、「この理は、記名定期預金においても異なるものではない」として、架空名義であるかを區別せずに、単に記名定期預金においても無記名定期預金と異ならぬとするにとどまっている<sup>29)</sup>。

#### イ 預金制度の特質を根拠ないし前提としない学説

先述のとおり、当初客観説は、無記名定期預金の特質を根拠としていたが、客観説のうち、「銀行は、預金者がだれかについては、無記名定期預金の場合のみならず、記名式預金の場合にも、利害關係を持たないのが通常であり」、「銀行がだれを預金者と信じたかに関係なく客観説の立場によるとともに、銀行が預金者以外の者を預金者と信じて取り扱い、かつそのように信ずるのをもっとも考えられるときは、銀行の免責の問題として取り扱うということである<sup>30)</sup>」とする見解が注目される。先述の学説が、記名定期預金において、払戻し前に金融機関に預入行為者が特定できる場合には、必ずしも出捐者を預金者とするものではないのに対し、同説は、たとえ金融機関において名義から預入行為者の特定がなされたとしても、金融機関には利害關係がないとして出捐者を預金者とする。金融機関が預入行為者を特定できないことを前提とせずに、金融機関の利害關係という根拠により出捐者を預金者とするものであり、前掲最判昭和四八年三月二七日に親和的であるといえる。前掲最判昭和四八年三月二七日及び前掲最判昭和五七年三月三〇日以後は、金融機関が預入行為者を特定できないことを前提とせずに、金融機関の預金契約締結段階の利害關係

係を問題とする客観説が主張されているが、上記の金融機関における預入行為者の特定可能性を問題とする学説に比べると少数であるといえる。

また、主観説においても、判例や一部客観説が根拠とする金融機関の利害関係に着目した主張が、少数であるものなされている<sup>(32)</sup>。

このように、主観説及び客観説において比較衡量をするうえで、金融機関にいかなる利害関係が肯定されるかといった議論がなされる中で注目されるのが、星野説及び太田説である。

星野説<sup>(33)</sup>は、「本件の問題は、『誰が債権者になるか』にあり、『誰が債務者になるか』の問題とは利益状況が著しく異なる」、「債務者はもともと義務を負っており、債権者いかによって債権の行使のしかたに差異が生じて不利益を生ずることはないと考えられる」とし、その具体的根拠として、「債権譲渡には債務者の同意が不要だが債務引受けにはこれを要すること」を挙げる。そして、「出捐者側の事情と、金融機関側の事情とを、まず類型的な処理により、それで決められないときは比較衡量によって決するのが適当である」とする。星野説は、判例が指摘する金融機関の利害関係を、より具体的に誰が債権者になるかの利益状況であることを指摘している。すなわち、星野説の理解に基づけば、もともと払戻し義務を負っている金融機関には、債権者である預金者を選択する自由はなく、預入行為者の特定可能性に關係なく、預金契約締結段階では、預金者が誰かについて金融機関には利害關係がないことになる。金融機関に利害關係が生じるのは払戻しの段階であり、払戻しの段階における利害關係は、民法四七八条にて考慮すれば足りるものである。

太田説も、「契約当事者もしくは契約の効果帰属者の決定が、特定人の債務発生要件の一環として問題となる場合

と、特定人の債権もしくは物権の取得要件の一環として問題となる場合とでは、契約当事者もしくは契約の効果帰属者の決定の際の原則を異にする場合が多い、と考えられる」としている<sup>34</sup>。もつとも、太田説は、金融機関の利害関係を肯定しており、自己名義で預金をしている出捐者の利害関係も踏まえた場合、「むしろ、主観説が採用されるべきではあるまいか」としている<sup>36</sup>。

以上のように、学説では、初期に比べて金融機関が預入行為者を特定できないことを前提とせずに、金融機関にかなる利害関係が存在しているかを中心に据えるものが増加したように思われる。

#### (4) 小括

以上のことからすれば、通説であった客観説においても差異が存在し、金融機関が預入行為者を特定できないこと<sup>35</sup>を前提に出捐者を預金者とする客観説（以下「客観説A」とする。）と、金融機関が預入行為者を特定できないこと<sup>37</sup>を前提としない客観説（以下「客観説B」とする。）が存在していたが、多数説であった客観説Aは、判例とは異なった根拠に拠ったといえる。

客観説Aと主観説の対立は、金融機関が預入行為者を特定できるか否かを中心としている。折衷説も、預入行為者が特に自己の預金であることを表明した場合や預金を担保として取った際には、金融機関が特に預入行為者を特定したとする等<sup>37</sup>、金融機関が特に預入行為者を特定できた場合には、預入行為者を預金者として確定するものであり、基本的な関心は金融機関における預入行為者の特定可能性である。学説は、必ずしも記名定期預金と無記名定期預金とを同列には扱っていなかったようであるが、架空名義預金や他人名義預金が氾濫していて、事実上金融機関が預金者を特定できないことを根拠として、記名定期預金においても出捐者を預金者とするように理解していたようである。

他方、前掲最判昭和四八年三月二七日と同様に、金融機関が預入行為者を特定できないことを前提としない客観説Bは、客観説内においても比較的少数にとどまっていたが、最高裁が記名定期預金においても前掲最判昭和四八年三月二七日を引用し、金融機関が預入行為者を特定できないことを前提とせずに出捐者の利益保護を図ったことから、学説においても、金融機関が預入行為者を特定できないことを前提としない学説がある程度増加したようである。<sup>(38)</sup> 中でも、金融機関の利害関係を検討する上では、債権者としての利害関係と債務者としての利害関係では利益状況が異なるとした説は、<sup>(39)</sup> 判例の指摘する金融機関が預入行為者を特定できないことを前提としない預金契約締結段階の利害関係を、より具体的に明らかにしたといえる。

両客観説は、そもそも制度上預入行為者が特定できない無記名定期預金においては、いずれも出捐者を預金者とし、出捐者以外の者に支払った場合には民法四七八条による免責を検討する点で共通するものであるが、両客観説は実在名義の記名定期預金において、特に払戻し前に預金者の確定が問題となった際に結論を異にする。すなわち、記名定期預金において出捐者Aから預金の預入を委託された預入行為者Bが、B名義において預け入れを行い、金融機関が払戻し前にBが公的身分証明書等によつて、預入行為者との同一性を証明したとき、客観説Aは預入行為者が特定できた場合にまで出捐者Aを預金者とするものではないが、客観説Bは預入行為者の特定によつては金融機関の利害関係は肯定されず、出捐者Aを預金者とする。この差異は、記名定期預金において、特に架空名義や他人名義の場合に限り出捐者を預金者とする学説<sup>(40)</sup>から明らかであろう。

もつとも、前掲最判昭和四八年三月二七日と前掲東京高判昭和二九年五月一日の判断に関して、特に無記名定期預金において、いずれも出捐者を預金者とする点で共通することや前者が後者を支持した前掲最判昭和三二年一二月

一九日を引用していたこともあり、判断根拠の違いを指摘しているものは多くなかったようである。

## 2 無記名定期預金廃止以降の客観説の動揺

### (1) 無記名定期預金廃止と本人確認厳格化のインパクト<sup>(41)</sup>

無記名定期預金は、昭和六三年三月末をもって新規受付が停止され、金融機関において預金者が誰であるかわからない建前の預金制度は廃止されることになった。この預金制度の変化によって、預金制度は、預入行為者が名義を金融機関に届け出る記名預金に一本化された。

また、平成期に入ってから、マネーロンダリング防止や、テロ資金対策のために、金融機関において、顧客が新規に口座を開設する際等に、公的証明書を用いて本人確認を行うことが求められるようになった。これにより、記名定期預金や普通預金においても、預入行為者Bが預入れを行った場合には、預金名義はBとなり、預入行為者と一致し、金融機関は名義から預入れを行ったBを特定できることになる。

金融機関において、預金口座の名義から預入行為者を特定することが可能となったことにより、従来、預金制度の特質性である、金融機関が預入行為者を特定できないこと<sup>(42)</sup>を前提として出捐者を預金者とすることを認める客観説は大きく動揺したといえる。事実、学説の多くが、今後客観説を維持することは困難ではないかと指摘している<sup>(43)</sup>。

このように、本人確認の厳格化によって、客観説に動揺が生じ始めた中で、最判平成一五年二月二二日（民集五七卷二号九五頁）と最判平成一五年六月二二日（民集五七卷六号五六三頁）が、客観説に依拠せず、預金者の確定において預入行為者兼預金名義人を預金者とした。

(2) 最判平成一五年二月二一日及び最判平成一五年六月一二日

前掲最判平成一五年二月二一日は、<sup>(44)</sup><sup>(45)</sup> 保険代理店が、保険会社の専用口座であることを明示して代理店名義の口座を開設し、保険契約者から徴収した保険料を預けていた事案において、専用口座内の預金が保険会社に取得される予定の金銭でありながら、預入行為者である保険代理店を預金者としている。他方、前掲最判平成一五年六月一二日<sup>(46)</sup><sup>(47)</sup>も、弁護士が依頼者と債務整理に関する事務処理を委任する契約を締結し、依頼者から預かった金員を専用の預り金口座に入金していた事案で、弁護士が依頼者から金銭を預かっているにもかかわらず、預入行為者である弁護士を預金者とした。

以上の二つの判例は、いずれも預金名義人と預入行為者が同一であり、出捐者と認定する余地のある者が別に存在したものの、前者の判例は、「金銭については、占有と所有が結合しているため、金銭の所有者は常に金銭の受領者である受任者に帰属し、受任者は同額の金銭を委任者に支払うべき義務を負うことになるに過ぎない」とし、後者の判例は、「前払費用は、交付の時に、委任者の支配を離れ、受任者がその責任と判断に基づいて支配管理し委任契約の趣旨に従って用いるものとして受任者に帰属する」として、いずれも金銭の帰属を預入行為者兼預金名義人として<sup>(48)</sup>いる。

上記両判決が、前掲最判昭和四八年三月二七日や前掲最判昭和五七年三月三〇日を引用していなかったこともあり、学説には、最高裁が客観説を放棄した、あるいは、少なくとも客観説を消極的に評価するものが多く存在するが、<sup>(49)</sup> 他方で、最高裁は、客観説を放棄したものではないとの学説も説得的に主張されている。<sup>(50)</sup>

上記両判決は、いずれも金銭が受任者に帰属するとしており、「出捐者」自体を預入行為者としている判例と解す

することも可能である。そのように解すると、利益を保護されるべき「出捐者」は、預入行為者と一致し、実質的には、出捐者を預金者であると判断したとも評価でき、出捐者と預入行為者が一致していた事例であるといえる。

また、客観説B及び判例は、金融機関が預入行為者を特定できないことを前提とせずに、金融機関には預金契約締結段階において誰が預金者であるかについて利害関係がないことを根拠としており、本人確認の厳格化によっては、直ちに客観説ないし判例の立場が揺らぐことになるとは考え難い。学説の中にも、マネーロンダリング防止を目的とした本人確認では、必ずしも客観説の根拠が揺らぐものではないのではいかと疑問を呈するものもある<sup>(51)</sup>。

### (3) 小括

無記名定期預金は、昭和六三年に廃止され、記名定期預金の架空名義も本人確認が厳格化したことよって否定され、判例においても客観説に言及しないものが現れたため、学説上では、客観説はもはや通用しないとする評価が強くなされている。しかし、他方で、判例が客観説を放棄したものではないことや無記名定期預金の廃止及び本人確認の厳格化によつては、客観説が否定されるものではないとする学説も唱えられており、客観説に対する評価は預金制度の変化以降不安定であるといえる。

## Ⅲ 預金制度の変化に伴う利害関係の変容と預金者の確定

### 1 無記名定期預金の廃止と本人確認の厳格化による客観説への影響

従来の議論において、客観説には根拠を異にする二つの学説が存在していたといえるが、無記名定期預金の廃止と

本人確認の厳格化によって、二つの客観説はその根拠を維持できるといえるだろうか。

客観説Aは、無記名定期預金や架空名義が存在する記名預金においては、金融機関が預入行為者を特定できないこと<sup>52</sup>を前提とし、預金制度の特性を根拠に出捐者を預金者としており、無記名定期預金の廃止と本人確認の厳格化による架空名義の否定によって、名義から預入行為者が特定可能であり、その根拠としていた金融機関が預入行為者を特定できないこと<sup>52</sup>が否定されるものと考えられる。

他方、客観説Bは、金融機関が預入行為者を特定できないこと<sup>53</sup>を前提としておらず、預入行為者名義の記名定期預金においても出捐者を預金者とするように、預入行為者の特定可能性は問題としていない。また、客観説Bは、出捐者を預金者としたうえで、払戻しの段階において民法四七八条の適用を肯定し、金融機関に善意無過失を要求することを通じて、金融機関の利害関係を考慮しており、無記名定期預金の廃止と本人確認の厳格化によっては、この比較衡量による判断枠組み全体を否定することにはならないと考えられる。

したがって、無記名定期預金の廃止と本人確認の厳格化によって、金融機関が預入行為者を特定できないこと<sup>54</sup>が否定されることにより、客観説Aの根拠は失われるものの、金融機関が預入行為者を特定できないこと<sup>54</sup>を根拠としない客観説Bの根拠が直ちに失われたとはいえない。

## 2 客観説を前提とした民法四七八条適用構成における利害関係の変容

### (1) 再検討の必要性

確かに、無記名定期預金の廃止と本人確認の厳格化によって、客観説Bの根拠が直ちに否定されるわけではない。しかし、客観説Bは、預金契約締結段階における金融機関の利害関係を否定しているが、無記名定期預金の廃止と本

人確認の厳格化を通じて、金融機関が名義から預入行為者を特定することが可能となり、金融機関や預入行為者なし預金名義人の利害関係に変容があったことを考慮する必要性が生じるのではなからうか。

## (2) 預金名義に基づいた預入行為者の特定

従来は、無記名定期預金はもとより、記名定期預金においても架空名義の可能性があることから、金融機関には、必ずしも当初から預金者が明らかであったといえるわけではない。しかし、預金制度の変化によつて預金名義人と預入行為者の同一性及び実在性が担保されたことになり、記名定期預金及び普通預金の双方において、預金名義人の払戻し請求は預け入れを行った実在する預入行為者の払戻し請求となる。金融機関が、名義から預入行為者を特定できるようにしたことは、次のように、預金契約が他の大量取引に比べて、名義から債権者を特定する必要性が高いことに鑑みれば、名義人を預金者とすることは、金融機関に迅速な払い戻し業務を可能とする。

出捐者を預金者とする見解は、その根拠の一つとして預金契約の大量取引性を上げている。<sup>(55)</sup> すなわち、日常的に大量取引の行われる銀行取引では、いちいち預金者が誰であることを確認しておらず、預金契約の名義を過度に重要視するべきではないとする。<sup>(56)</sup>

しかし、銀行取引は他の大量取引と異なり、金融機関が債務の履行をする上で、名義の重要性が確認されるべきであるといえる。例えば、小売店における少額の売買契約（日用品の売買等）では、そもそも買主は自己の名義を売主に開示することをしないが、これは売買契約に基づく売主の債務の履行がその場限りで終了し、基本的に売主が事後的に買主を追跡する必要がないからである。また、宿泊契約においても、宿泊客がたとえ偽名を用いて宿泊したとしても、契約自体は有効にその宿泊客と宿泊先において成立し、名義が重要視されていないといえるが、<sup>(57)</sup> 宿泊契約の場合

にはチェックインからチェックアウトまで基本的に宿泊先において宿泊客を特定できているのが通常であり(例えば部屋番号)、名義による特定以外にも宿泊客を特定して債務としてのサービスを提供する方法が存在し、名義のみによつて特定を行っているものではない。このように考えると、他の大量取引として挙げられているのは、債務の履行に際して、名義によつて契約の相手方を特定する必要性が比較的小さい類型であるといえる。

他方、預金契約は、特に定期預金において顕著であるが、預金者との間で預金契約が成立した後、一定期間後に払戻し請求を行った者が、契約を締結した相手方であるか判断するには、基本的には名義に基づく必要がある<sup>58</sup>。銀行取引の場合には、名義による特定が重要となる点において、他の大量取引との性質上の違いが表れる。

このような預金契約の性質を踏まえると、金融機関が払戻し業務を迅速に行うには、預金契約締結段階において金融機関に提示された名義に対する信頼をより尊重し、弁済の安全性を確保する必要がある。

### (3) 金融機関における出捐者認定の負担に伴う払戻し遅滞

#### ア 出捐者認定の困難性

客観説Bによつて出捐者を預金者とする構成の場合、最も問題が生じるのは、預入行為者が払戻し請求をするまでに出捐者と名乗る者が現れ、自己への払戻しを請求した場合の判断であろう。このような場合、金融機関は出捐者が誰であるか認定したうえで払い戻しを行う必要が生じる。

客観説Bでは、出捐者を預金者とするものであるが、元の金銭の支配者から預入行為者へ金銭の授受があつたのみでは、元の金銭の支配者が出捐者として直ちに認定されるものではなく、いかなる根拠ないし契約に基づいて金銭の授受が行われたかが明らかになるまでは、金融機関にとつて出捐者は明らかではない。前掲最判平成一五年六月一二

日のように、委任の前払費用として交付された場合や消費貸借契約に基づいて金銭が交付された場合には、出捐者は預金名義人兼預入行為者として認定されるであろうが、出捐者が預入行為者に預金を委託して金銭を交付した場合には、元の金銭の支配者が出捐者として認定されることになる。

従来、無記名定期預金や架空名義あるいは他人名義の記名定期預金が氾濫していたときは、金融機関が認識している名義人が預金者であるか、あるいは、そもそも実在するのかについて確証がなく、金融機関にとって預金者が明らかではなかったといえ、金融機関は払戻しの段階でいずれにしても預金者が誰であるか一定程度確認する必要があった。

しかし、先述のように無記名定期預金が廃止され、本人確認が厳格化を通じて預金名義人と預入行為者の同一性及び実在性が担保されたことにより、このように金融機関に一定の事実認定を負担させることが許容される余地が減少したといえるのではなからうか。金融機関がいかに金融取引の専門であるといっても自己が直接関与したわけではない元金銭の支配者と預入行為者間の契約内容の認定を強いることは容易に認め難い。仮に、元の金銭の支配者と預入行為者間の契約書等が提示され、出捐者であることの立証が行われても、それが真正の契約書であるかといった判断を金融機関が行わなければならない。

また、出捐者を預金契約の当事者とする客観説が、複数の出捐者による入金が起こりうる普通預金口座の場合にも適用されるかについて、特に議論が存在するが、<sup>59</sup>定期預金においても全く無関係であるとはいえない。

すなわち、例えば、複数の出捐者から金銭を委託された預金名義人が、それらの金銭を別の口座として預け入れず、自己名義の単一の定期預金口座として預け入れた場合や出捐者から金銭を預かった預金名義人が自己の金銭を加えて

単一の定期預金口座として預け入れた場合には、必ずしも出捐者として扱われる者が単独であるとは限らず、預金者としての要件を満たすものが複数存在することになる。これは、出捐者を預金者とする場合に、法律関係の混乱が生じるのみならず、金融機関にかなり微妙な判断を強いることになるのではなからうか。

#### イ 払戻した金銭の回収リスク

金融機関が出捐者認定を誤った場合、預金名義人に対して払戻した金銭は、民法四七八条が適用されない限り、金融機関が回収のリスクを負う。民法四七八条の適用において着目すべきは、弁済者に善意のみならず無過失まで要求していることである。もともと民法四七八条は、フランス法から導入されたものであり、当初は民法四七八条の適用範囲がかなり厳格になされていたこともあって、「善意」のみで足りるとされていた。しかし、その後、判例が同条の適用範囲を拡張するに伴い、「無過失」の要件が必要とされる運用がなされ、最終的には立法によって明確に善意無過失が要求されることとなった。<sup>63</sup>

しかし、民法四七八条は、条文上債権者の事情は考慮しておらず、たとえ出捐者（債権者）に帰責性が存在する場合であっても、債務者には善意無過失が要求される。学説には、出捐者に帰責性がある場合には弁済者の無過失を緩やかに判断するものも存在するが、客観説を採用する下級審では、出捐者に帰責性があるにもかかわらず金融機関の無過失が否定されている事案も複数存在し、出捐者の帰責性は必ずしも重視されていないように思われる。<sup>64</sup>

金融機関は、先述のように、出捐者の認定が困難であるにもかかわらず、免責の要件として無過失が要求されており、金融機関は、出捐者であることについて疑いがある場合には払戻しを拒否する対応がなされるだろう。<sup>66</sup> 出捐者を預金者とした場合、名義人本人であることの確認はできたものの、届出印や通帳の提示がなかった場合等（実質的に

は、届出印あるいは通帳の紛失を理由とした再登録ないし再発行の手続を経たうえで払戻しを請求することになる。法四七八条の「無過失」が否定されるおそれがあり、民法四七八条による免責が予定されていることによっては必ずしも金融機関の払戻しを促すことはできず、迅速な払戻しは阻害されることとなる。

#### (4) 迅速な払戻しを受ける債権者の利益

払戻しが無効な弁済とされるおそれがある以上、金融機関は、たとえ名義人本人による払戻し請求であっても、払戻しを控えることが想定される。他に出捐者を名乗る者がいた場合も同様の払戻し拒否の危険が存在する。

しかし、払戻しが拒否された場合、債権者の迅速な払戻しを受ける利益が害されることになり、特に普通預金における給与口座等の場合にはより重大な影響が生じる。出捐者が自己名義で預け入れている場合には（通常の預金は出捐者の自己名義が多いのではない）、名義人を預金者とすることは、自己名義で預け入れを行っている出捐者の保護にもつながる。大量取引であり、迅速な払戻しが求められる金融取引の場合には、迅速な払戻しの利益は尊重されるべきではなからうか。このような要請は、普通預金において特に強い。

このように、無記名定期預金が廃止され本人確認の厳格化という預金制度の変化によって、預金名義人からの払戻しは、預入行為者からの払戻しであることが明らかであるにもかかわらず、かえって預金名義人とは異なる出捐者を認定しなければならぬ場面が存在し、払戻しが拒否される可能性があるといえる。

### 3 預金契約の変化に伴って変容した利益の法的保護

#### (1) 迅速な払戻しを受ける利益の保護

出捐者を預金者とする構成は、金融機関の払戻し拒否を誘発し、預金名義人の払戻し請求に対する迅速な払戻しを

一部犠牲にする可能性が存在することになるが、この預金名義人が金融機関から迅速な払戻しを受ける利益は法律上保護されるといえるであろうか。

この点に関し、一般的に預金債権には債権譲渡制限特約（民法四六六条二項）が付与されていることに着目したい。預金債権の場合には、預金債権には譲渡制限特約が付与されていることが周知のものであるとする判例法理が存在し（最判昭四八・七・一九民集二七巻七号八二三頁）、譲受人の重過失認定が比較的容易になされることによつて、預金債権の債権譲渡はかなり制限されている。これによつて、金融機関は債権の帰属を固定することができ、債権が誰に帰属しているのか認識することが保障されている。そして、改正法案四六六条の五第一項において、預金債権については、従来の民法四六六条二項と同様の規定となつており、従来通りの運用が予定されている。<sup>68</sup>

金融機関が預金債権の譲渡を制限する目的は、債権を元の債権者である「譲渡人」に固定することであり、改正法案においても規定が維持されることについて、法制審議会では、「預貯金債権は迅速な払戻しが必要とされる上に、債務者が大量の債務を管理しなければならないという特殊性」が指摘され、払戻業務遅延による債権者への不利益をも指摘されている。<sup>69</sup> そのため、預金債権は迅速な払戻しを行うことが求められており、債権者である預金者の立場からすれば、預金の迅速な払戻しを受けることが譲渡制限特約を通じて利益として認められている。<sup>70</sup>

このように、金融機関が預金債権に譲渡制限特約を付与することは、名義人が迅速な払戻しを受ける利益を保護することも目的とされており、預金債権においては迅速な払戻しを受ける利益は、法律上一定の保護に値するものである。そして、債権を「譲渡人」に固定し、迅速な払戻しがなされるためには、前提として、誰が契約締結時の債権者であるか特定する必要があるといえ、<sup>71</sup> いわば、金融機関が預金名義から債権者たる預金者を特定することを通じて、

預金名義人の払戻し請求に対して迅速な払戻しがなされる利益が保護されるべきである。

## (2) 債務者が債権者を特定する利益の保護

既に述べている通り、金融機関は、預金制度の変化に伴い、名義人を特定することが事実上可能となっている。金融機関は、消費寄託契約に基づいた払戻債務を負っており、義務を履行する上で債権者を特定する利益が存在するといえるが、そのような債務者の利益を法律上も保護し、迅速な払戻しを促すことによつて、いわば裏から預金名義人が迅速な払戻しを受ける利益を保護することができるといえるだろうか。

債務者としての利害関係は、債務者は債権者が誰であつても債務を履行しなければならず、債務者にとつて誰が債権者であるかの利害関係は重視すべきではないとされる<sup>(72)</sup>。このように、債務者は、誰が債権者であつても債務を履行しなければならぬことは、前述したところであるが、債権譲渡には債務者の同意が不要であり、債務引受けの場合には債権者の同意が必要であることに現れているとされる<sup>(73)</sup>。

しかし、債務者は、真の債権者に弁済をしない限り、通常は負担している債務を免れず、債務不履行の責任を負うことになる。債務者には、債権者が誰であつても債務を履行しなければならず、債権者を選択する自由はなくとも、誰が債権者であり、誰に弁済をすれば債務を免れるかといった債権者を特定する利益は保護されるべきである<sup>(74)</sup>。このような利益が保護されてこそ、金融機関に迅速な払戻しを促すことが可能であり、正当化される。以下の規定から債権者を特定する利益の保護を導きたい。

まず、預金債権も指名債権である以上、債権譲渡においては、債権の譲受人は、債権の譲渡人が債務者に通知するか、債務者の承諾がなければ、債務者に債権者の地位を対抗できない（民法四六七条一項）。このように、民法は、少

なくとも債務者に、債権の帰属変更を認識する機会を与え、債務者に対して、正当な債権者が誰であり、誰に弁済すれば債務を免れるかを認識する利益を保護しているといえる。そして、債権譲渡の通知が「譲渡人」、すなわち、もとの債権の帰属者から行われることが求められていることからすれば、債権が誰に移転したかのみならず、当初債権が誰に帰属していたかまで債務者が認識する必要がある、法は債権の帰属先を認識する機会を保護しているといえる。もし、債務者の関与しないところで契約当事者が定まってしまう場合、債権譲渡がなされた場合の通知が「譲渡人」からなされたものであるか、債務者は判断できず、債務者の認識を対抗要件とした民法四六七条一項ないし二項が機能しなくなるおそれがあるうえ、債務者が債権者を特定する負担を負うことになる。預金制度が変化する前は、金融機関が民法四六七条一項の利益を放棄していたことになろう。<sup>(76)</sup>

また、債権の帰属が変動する場面として、賃貸不動産の譲渡の場面が考えられる。賃貸不動産譲渡後の新賃貸人の地位を賃借人に対抗するためには、新賃貸人が賃貸不動産の登記を具備すべきであるとする最判昭和四九年三月一日(民集二八卷二号三二五頁)に基づけば、賃借人である債務者は、債権者である賃貸人が債権者であることについて、登記を通じて認識するまでは賃料を新賃貸人に支払うことを拒否することができ、預金契約の場合に限らず法は、債務者に債権者が誰であるか特定する利益を保護しているといえるのではなからうか。

これらの民法の規定からすれば、法は債務者において誰が債権者であるかを選択する自由は認めていないが、誰が債権者であり、どのように債権が移転しているかを認識する利益は保障しているといえ、預金制度の変化によって金融機関が預入行為者を特定できる以上、金融機関が債権者を特定する利益を保護するべきである。そして、金融機関の利益保護を通じて、預金名義人が迅速な払戻しを受ける利益も保護されると考える。

#### 4 出捐者への影響と預金者の確定

##### (1) 出捐者と名義人が一致しない場合の類型化

無記名定期預金の廃止と本人確認の厳格化によって、一般的には出捐者と名義人とが一致するはずであり、架空名義の預金口座が存在しなくなった以上、出捐者と名義人とが一致しない預金契約は本稿の冒頭に挙げた他人名義の場合が想定される。預金名義人を預金者とすることは、出捐者に払戻された金銭の回収リスクを負担させるなど、出捐者の利益を犠牲にしており、預金名義人を預金者とする構成が許容されるか検討する必要がある。

出捐者があえて他人名義の預金口座とする場面はある程度限られており、冒頭の①から③の類型が考えられる。以下では、各類型において、出捐者の利害関係をどのように考慮すべきであるか検討する。

##### (2) ①特利や税金対策を目的としており、B名義であることが必須である場合

①の類型において、出捐者が預金名義人に金銭の預け入れを委託した場合、出捐者が契約の表に出ていくわけにはいかないため、当初から預金名義人が払戻しを受けることが想定されており、預金名義人に対して受領権限をも与えていることが考えられる。このような場合に、預金名義人を預金者としても出捐者の利益を害することにはならない。出捐者の利益が害されるおそれが生じるのは、預金名義人との関係が崩壊し、自ら払戻しを請求する必要がある場合であるが、出捐者が第三者名義とした動機は明らかに不当であって、債権者特定の利益や迅速な払戻しを受ける利益を犠牲にしてまで、出捐者の利益を保護する必要性はないであろう。

##### (3) ②Bを代理人ないし使者として預金を委託したが、Bが自己名義で預金してしまった場合

出捐者が名義人を代理人として金銭の預入を委託したものの、代理人が翻意して、自己名義にて預入を行った場合

である。

この場合には、①の類型と異なり、出捐者の利益を保護する必要性が一定程度存在する。しかし、名義人が金融機関に預入を行わなかった場合には、出捐者は名義人から金銭を回収する必要があるにもかかわらず、名義人がたまたま金融機関へ預入を行った場合には、出捐者に金融機関への払戻しを請求する権利を認めることは、出捐者の保護が過度であるといえる。出捐者が不誠実な代理人を選任したにもかかわらず、金融機関に無効な弁済のリスクを負わせてまで保護する必要はないといえるのではないか。出捐者は、名義人が有する金融機関への預金債権を差押える方法等によることになる。

また、口座を新たに開設する際には本人確認手続きを経る以上、出捐者があえて他人を代理人ないし使用者として預金口座を開設する必要性は①の類型に比べて大きくなく、特に②の類型を保護する事実上の必要性は高くないといえる。

(4) ③親が自己の金銭を元に、子供名義の口座を開設する場合のようにB名義の口座開設をAが許容している場合③の類型について、より具体的には親が自己の金銭を元に、子供名義の口座を開設する場合や複数人の原資（積立金等）を代表者の口座で管理する場合、夫婦の一方の特有財産を他方の口座に預け入れる場合が考えられる。

基本的には①の類型と同様、名義人に受領権限が存在しており、名義人を預金者とすることによって出捐者の利害が害されることにはならないと思われる。出捐者の利益が害されるのは、事後的に出捐者と名義人との関係が崩れた場合であるが、預金契約成立後に、出捐者と名義人間の内部関係が悪化したことを根拠に金融機関に対する請求を認めることは、金融機関に酷であるだけでなく、法的安定性にも問題が生じる。

## (5) 預金者の確定

以上に検討したように、預金制度の変化によって、金融機関及び出捐者と預金名義人が一致する場合の預金名義人の利害関係が変容したといえよう。そして、金融機関及び名義人の各利益は法的な保護に値するといえるのではなからうか。従来は、民法四七八条の適用が適切になされていれば、金融機関が預金者を特定する利益を重視する必要性は低かったといえるが、無記名定期預金の廃止と本人確認の厳格化によって、名義人以外の人間が払戻しを請求した場合等、金融機関に預金者が明らかではないときには金融機関が払戻しを控える可能性が高くなり、債権者の迅速な払戻しを受ける利益が無視できないものとなった。近年は給料を口座振り込みに行っている企業も多く、迅速な払戻しを受ける利益を保護する必要性は高く、改正法案の民法四六八条の五第一項においても、特に規定を設けて保護を図っている。民法四七八条の適用によっては迅速な払戻しを受ける利益まで保護することは困難であり、名義人を預金者と確定するのが妥当である。特に、迅速な払戻しを確保するためには、出捐の概念とは切り離された預金名義人を預金者とするべきであり、たとえ金融機関が預入行為者以外に出捐者の存在を認識しえたとしても、預入行為者が代理人として預入れを行う場合でない限り預金名義人を預金者とするべきであろう。

他方、従来、預金契約締結段階において金融機関に利害関係がないことを根拠として、出捐者を預金者とする客観説が有力であったが、預金制度の変化後においては、出捐者の利害関係も変容しており、名義人と出捐者が一致しない場合において出捐者の利益を特に保護する必要性は低いといえる。特に、①③の類型においては、出捐者が名義人に受領権限をも託しているといえ、名義人が預金者として扱われた方が出捐者の利益ともなる。預金契約締結段階後に出捐者と名義人との関係が崩壊したことは金融機関には一切不明であり、金融機関が注意すれば判明するとも考え

にくく、そのような例外的な場合に限って出捐者を保護することはやはり首肯し難い。

結局は、本人確認が厳格に行われ、預金名義人と預入行為者との同一性が担保されており、金融機関が名義から預入行為者を特定できる限りにおいて、定期預金、普通預金を問わず、預金名義人を預金者として取り扱うのが妥当である。<sup>(77)</sup> 預金者の確定にあたっては、たとえ金融機関が他に出捐者が存在することを認識しえたとしても(③の類型など)、出捐の概念と預金者の確定とは切り離して預金名義人を預金者とするべきである。<sup>(78)</sup>

#### IV 結語

##### 1 まとめ

本稿では、従来、判例・通説とされてきた客観説にも、金融機関が預入行為者を特定できないこと<sup>①</sup>を前提に出捐者を預金者とする客観説と前提とせずに出捐者を預金者とする客観説に分類できることを示し、預金制度の変化による影響を検討した。預金制度の変化によって、金融機関に預入行為者の特定可能性が確保されることにより、金融機関が預入行為者を特定できないこと<sup>②</sup>を前提として客観説を維持することは困難になったと考えられるものの、判例は、金融機関が預入行為者を特定できないこと<sup>③</sup>を前提とせず、直ちに否定されるものではないといえる。特に、判例は、出捐者を預金者としたうえで、民法四七八条の適用を肯定することにより、払戻しの段階を含めた利害調整を行っており、預金契約締結段階の本人確認によつては、利害調整の構造自体を否定することにはならないといえる。このような判例の理論構成は、民法四七八条の適用を通じて柔軟に結論を導くことができ(もちろん、恣意的な判断

を招く危険も存在する)、裁判上において出捐者と金融機関の利害関係を適切に調整することができる側面も否定できない。しかし、金融機関が認識している名義人が預金者であるか、あるいは、そもそも実在するののかについて確証がなく、金融機関は払戻しの段階でいずれにしても預金者が誰であるか一定程度確認する必要があるといった前提は、預金制度の変化によつて否定されている。預金制度の変化後も判例の理論構成を採用することは、金融機関に過度の負担を強いるのみならず、大多数の自ら出捐している名義人本人の払戻し請求に対する払戻しが滞るおそれが生じ、出捐者が受領権限を預入行為者に与えている場合には、必ずしも出捐者の意思にも合致しないこと等の不都合が生じる。預金制度の変化によつて、名義の信用性が確保されている以上、金融機関には、預金者が誰であり、誰に弁済を行えば免責されるのかを認識する機会が保障されるに至り、このような金融機関の利益を保護することを通じて迅速な払戻しの利益をも保護するべきである。もはや預金契約締結段階において、金融機関が預入行為者を特定できないこと<sup>2</sup>を前提とせずに金融機関に誰が預金者であるかについて、利害関係がないことを根拠とすることも困難であるといえるのではなからうか。

このように預金制度の変化によつて変容した利害関係及びその法律上の保護を踏まえると、預金契約における当事者の認定については、本人確認が厳格に行われ、預金名義人と預入行為者との同一性が担保されており、金融機関が名義から預入行為者を特定できる限りにおいて、定期預金、普通預金を問わず、預金名義人を預金者として取り扱うべきである。

## 2 残された課題

本稿では、預金契約における当事者の認定について、従来の預金契約の当事者確定論についての議論を追い、預金

制度の変化によってそれが当事者確定論にいかなる影響を与えるかを検討した。これは、預金契約の性質上、債務の履行をするうえで、名義が重要な要素となることや指名債権としての性質を重視した観点から検討を加えたものである。

しかし、預金契約に基づいて開設された口座は、カードによる支払いを即時決済する仕組み（いわゆるデビットカード）の引き落とし先として利用されるなど、一般の指名債権よりもむしろ現金に近い性質も有しており、本稿の検討は、あくまでも特に一般的な指名債権としての性質を重視した観点からの検討に過ぎず、預金債権が現金に近い性質を有しているという角度からの検討は不十分なままである。

また、本稿では、民法四七八条の適用により、金融機関の払戻しの際に「無過失」が必要となり、金融機関の保護に欠けるのと同時に、自己名義で預け入れを行っている出捐者が払い戻しを受けられない可能性の生じることも問題意識としており、今後、例えば、出捐者に帰責性があることを理由に民法四七八条の「無過失」の認定が緩やかにされるようになった場合には、妥当性について改めて検討が必要となろう。

さらに、本稿では、預金名義から預金者の確定を行うべきであるとの結論を導いたが、金融機関が名義人以外に出捐者が存在していることを認識しえるにとどまらず、預入行為者が出捐者の金銭を横領する意思を有していることまで認識可能であった場合にも同様の結論を維持すべきであるかは未検討である。

契約当事者の確定については、判例は、不動産の売買契約においても名義を重視せず、出捐者を買主として判断しているとの評価も存在し、<sup>79)</sup>必ずしも問題は預金契約にとどまらない。本稿で検討したことを足掛かりにこれら残された課題を検討したい。

以上

- (1) 池田真朗「契約当事者論——現代民法における契約当事者像の探求——」別冊NBL五一号（一九九八）一五七頁。
- (2) 鹿野菜穂子「契約当事者の確定（1）——他人名義の不動産売買を中心に——」立命館法学二三八号（一九九四）一二三頁は、不動産売買を対象として契約当事者確定論を論じている。また、山本敬三『民法講義IV—1—契約』（有斐閣、二〇〇五）六八頁。
- (3) 特利とは、最判昭和五〇年一月三〇日金法七四六号（一九七五）二四頁等の事例において、出捐者が預入行為者に預金を依頼した理由であり、組合員のみ利率の良い金利を得られる預金。
- (4) 平出慶道「預金者の認定と預金の払戻し」鈴木祿弥ほか編『金融取引法大系第二卷——預金取引』（有斐閣、一九八二）七九頁。
- (5) 我妻栄『債権各論中卷二（民法講義V3）』（岩波書店、一九六二）七三五頁。
- (6) 大原栄一「判批」ジュリ二六三号（一九六二）一〇七頁。
- (7) 最判昭和三二年二月一九日（民集一一卷一三三二七七八頁）、最判昭和四八年三月二七日（民集二七卷二二三七六頁）等。
- (8) 升田純「預金の帰属をめぐる裁判例の変遷」金法一五五五号（一九九九）二五頁は、客観説は歴史的な役割を終えたと評する。
- (9) 角紀代恵「判批」判タ一一二八号（二〇〇三）八五頁。
- (10) 東京地判平成二七年五月一三日（平成二五年（ワ）三三三三〇号）（判例集未掲載）、東京地判平成二四年一月二九日（平成二三年（ワ）二四三四三三号）（判例集未掲載）等。
- (11) 大判昭和一三年二月一七日（民集一七卷二六五二頁）や大判昭和一六年二月二日（昭和一六年（オ）五〇九号）（判例集未掲載）といった大審院期の判例は、預金名義人と出捐者が異なる場合、銀行が出捐者の存在を認識していたのであれば格別、出捐者を認識していなかった場合には預金名義人が預金契約者になるとの判断を下しており、学説における主観説に親和的であった。このことから、無記名定期預金の導入を契機として判例は客観説を採用したと考えられる。

- (12) 安永正昭「預金者の確定と契約法理」石田喜久夫先生Ⅱ西原道雄先生Ⅱ高木多喜男先生還暦記念『金融法の課題と展望』(日本評論社、一九九〇)一六四頁等。
- (13) 中馬義直「預金者の認定」淡路剛久ほか編『現代契約法大系第五卷——金融取引契約』(有斐閣、一九八四)八六頁。
- (14) 本判決に関する評釈として、北村良一「判解」最判解民事篇昭和三二年度(一九六一)二八三頁、大森忠夫「判批」別冊ジュリハ巻四号六三頁などがある。
- (15) 椿寿夫「判批」民商七一巻一号一五七頁は、同判例の先例的価値を疑問視する。
- (16) 太田知行「記名定期預金における預金者の認定——判例の利益考量への疑問」広中俊雄先生古稀祝賀『民事法秩序の生成と展開』(創文社、一九九六)四二四頁。
- (17) 柚木馨「判批」民商三七巻六号(一九五八)一四二頁、北村・前掲注(14)二八三頁、大原・前掲注(6)一〇六頁、水田耕一「記名式定期預金の預金者の認定——特に架空名義による場合——」金法五三七号(一九六九)一〇頁、鈴木重信「架空名義預金者認定に関する一考察」金法五七七号(一九七〇)四頁、時岡泰「預金の帰属をめぐる問題点」金法四二五号(一九六五)二六頁。
- (18) 上田宏「無記名定期預金の性質」金法六八九号(一九七三)九頁、谷口知平「預金者の認定」金法六八九号(一九七三)五頁、高木多喜男「預金者の認定(上)」金法七四七号(一九七五)四頁、高木多喜男「預金者の認定(下)」金法七四八号(一九七五)四頁、石田喜久夫「判批」判タ三六一号(一九七七)九五頁、渋川満「記名定期預金の預金者」金法八六五号(一九七八)二五頁、西尾信一「預金の担保」別冊NBL二〇号(一九八二)八一頁。
- (19) 無記名定期預金について、長谷部茂吉「判批」金法二六七号(一九六一)一七頁、我妻・前掲注(5)七三五頁、斎藤睦馬「架空名義の預金(1)」手形研究一四一号(一九六九)一六頁、高窪利一「判批」昭和五二年度重判解(一九七八)一一三頁。記名定期預金について、田中誠二『新版銀行取引法 三全訂版』(経済法令研究会、一九八四)九五頁、石田喜久夫「預金者の認定——契約の拘束力の及ぶ範囲——」金商八一六号(一九八九)二頁等。
- (20) 架空名義について、斎藤・前掲注(19)一〇頁。

(21) 鈴木・前掲注(17)四頁、高木・前掲注(18)「預金者の認定(下)」金法七四八号(一九七五)一一頁、安永・前掲注(12)一八〇頁。

(22) 吉原省二「預金者の認定と表見預金者と取引した銀行の保護」金法六九〇号(一九七三)二六頁等。

(23) 吉原・前掲注(22)二六頁はこの立場に立つと考えられる。

(24) 最判昭和三五年三月八日(裁判集民四〇号一七七頁)、最判昭和四〇年一月二三日(金法四二七号六頁)、最判昭和四〇年二月一日(裁判集民八一号三八一頁)。なお、最判昭和三五年三月八日のみ最判昭和三三年一月一九日を引用している。

(25) 本判決に関する評釈として、柴田保幸「判解」最判解民事篇昭和四八年度(一九七七)一六九頁、中馬義直「判批」ジュリ五六五号(一九七四)五七頁、石井眞司「判批」金法一五八一号(二〇〇〇)一八四頁、松島由紀子「判批」金法七〇九号(一九七四)四頁、川井健「判批」金商三八九号(一九七三)二頁、椿・前掲注(15)一四八頁、平井宜雄「判批」『民法の判例』ジュリ増刊(第三版、一九七九)一三八頁等がある。

(26) 太田・前掲注(16)四二四頁は、最高裁は「折衷説に基づき預入行為者を預金者と認定した場合と、客観説に基づき出捐者を預金者と認定した場合とで、銀行および出捐者にどのような利害得失が生じるか、を比較衡量するという手法」に基づいて判断しているとしており、判例を批判する立場からは「裸の比較衡量」として厳しく非難されている。例えば、石田・前掲注(18)九五頁、河合伸一「記名式定期預金の預金者——出捐者説、それでよいのか——」金法一〇四七号(一九八二)九頁等。これに対し、吉原省三「預金者の認定と客観説」金法一二二四号(一九八九)五頁は、最高裁の比較衡量は契約理論を逸脱するものではないとする。

(27) 太田・前掲注(16)四二四頁。

(28) 同日に二つの記名定期預金に関する判決が下されており、一方が昭和五四年(オ)八〇三号事件、もう一方が昭和五四年(オ)一一八六号事件。

(29) 太田・前掲注(16)四二五頁は、「記名定期預金について、判例が客観説を採る根拠は、昭和四八年最高裁判決が無記名定

期預金について客観説を採るべき根拠として述べたところと同じである、と考えてよいであろう」とし、最高裁は無記名定期預金と記名定期預金とを同様に扱っていると評される。

(30) 前田庸「預金者の認定と銀行の免責」鈴木竹雄編『新銀行実務講座第一四卷——銀行取引の法律問題』（有斐閣、一九六七）八二頁。

(31) 来栖三郎『契約法（法律学全集）』（有斐閣、一九七四）六一四頁、宮本健蔵「預金者認定に関する一考察」法政法学九号（一九七八）六五頁。平出・前掲注（4）八六頁において、「金融機関としては誰が預金者であるかについて特に利害関係を有するわけではない」としている。

(32) 川村正幸「記名定期預金の認定と貸付金債権による相殺に対する民法四七八条の類推適用」金商六八六号（一九八四）五一頁。なお、同「預金者の認定と貸付金債権による相殺」喜多了祐先生退官記念『商事法の現代的課題』（中央経済社、一九八五）二二九頁。川村説は、金融機関に抽象的な利害関係を肯定し、主観説が一応妥当であるとす。

(33) 星野英一「いわゆる『預金担保貸付』の法律問題——法律解釈方法論と関連させて」『民法論集第七卷』（有斐閣、一九八九）一八五頁。

(34) 太田知行「契約当事者の決定と名義（1）——判例分析——」法学五三卷六号（一九八九）六七三頁。なお、太田知行「記名定期預金における預金者の認定」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向（下）』（有斐閣、一九九二）二七〇頁や太田知行「契約当事者の決定と名義（4）——判例分析——」法学五六卷一号（一九九二）五六頁においても同様の指摘をしている。

(35) 太田・前掲注（16）四三五頁。

(36) 太田・前掲注（16）四四六頁。

(37) 高木・前掲注（18）「預金者の認定（下）」金法七四八号（一九七五）一一頁。

(38) 来栖・前掲注（31）六一四頁、宮本・前掲注（31）六五頁、川村・前掲注（32）五一頁。

(39) 星野・前掲注（33）一八五頁、太田・前掲注（34）六七三頁。

- (40) 吉原・前掲注(22)二六頁等。
- (41) 後藤健二「金融機関等による顧客等の本人確認等に関する法律の概要」金法一六四七号(二〇〇二)六頁に詳しい。
- (42) 升田・前掲注(8)二五頁。
- (43) 潮見佳男「損害保険代理店の保険料保管口座と預金債権の帰属(上)(下)」金法一六八三号(二〇〇三)三九頁、一六八五号(二〇〇三)四四頁、渡辺隆生「預金の帰属に関する二つの最高裁判決と銀行実務」金法一六八六号(二〇〇三)四四頁、升田純「預金債権の主観説、客観説、折衷説——二つの最高裁判所判例の検討と今後の課題——」金法一六八六号(二〇〇三)三四頁、安永正昭「弁護士個人名義の預り金口座に係る預金債権の帰属」民商一三〇巻四〇五号(二〇〇四)八四〇頁、北居功「債権総論・契約」池田眞朗編『新しい民法——現代語化の経緯と解説——』(有斐閣、二〇〇五)八八頁等。
- (44) 本判決に関する評釈として、尾島明「判解」最判解民事篇平成一五年度(二〇〇六)五三頁、雨宮啓「判批」金商一一六八号(二〇〇三)二頁等。
- (45) 福田博裁判官の反対意見が付されており、反対意見は「Xの代理人として金融機関との間でXのために預金契約を締結するための権限を授与することも含まれていると解するのが相当である。」として、預入行為者が出捐者を代理して本件預金口座を開設したものであるとする。しかし「原審は、預金の原資の出えん者が預金債権の帰属主体になるという理論を前提にXが本件預金の原資の出えん者であるから本件預金債権の帰属主体であるとしている。私はこのような判断過程を正当なものであると考えるものではない」としており、客観説のように出捐者を預金者とする構成とは異なっている。
- (46) 本判決に関する評釈として、大橋寛明「判解」最判解民事篇平成一五年度(二〇〇六)三〇八頁、福井章代「判批」判タ一一一三三号(二〇〇六)二五頁などがある。
- (47) 信託契約の成立を示唆する補足意見がある。
- (48) 遠藤曜子「判批」NBL七八二号(二〇〇四)七二頁、判例は「出捐」という文言を使用しておらず、過去の判例理論のあてはめではないとも評されている。

- (49) 角・前掲注(9)八五頁、内田貴Ⅱ佐藤政達「預金者の認定に関する近時の最高裁判決について(上)(下)」NBL八〇八号(二〇〇五)二〇頁、八〇九号(二〇〇五)一九頁、升田・前掲注(43)三四頁、雨宮・前掲注(44)四頁。
- (50) 片山直也「判批」金法一七一六号(二〇〇四)一三頁。加毛明「判批」法協一二二卷二号一九六九頁は、「学説における支配的な見解とは異なるもの」としながら、「『出捐者』概念の内容として『預入をする側』の内部的法律関係を重視する形で預金者を認定する」とし、「最高裁の立場は一貫している」との評価をしている。
- (51) 天野佳洋「預金者の認定と信託法理(上)」銀法六二二号(二〇〇三)一五頁、岩原紳作Ⅱ森下哲朗「預金の帰属をめぐる諸問題」金法一七四六号(二〇〇五)三一頁、高秀成「預金債権の帰属問題における救済法理としての客観説の一素描」慶應法学第六号(二〇〇六)二六九頁等。
- (52) 本人確認の厳格化によって客観説は既に維持できないとする学説は客観説Aを対象としていられると考えられる。
- (53) 太田・前掲注(16)四一七頁、具体的には、「①記名定期預金の債務者たる銀行その他の金融機関(以下では、単に、銀行とする)は、特定の者を特定の預金者と信じて、(イ)その者に対して預金を払戻した場合、および、(ロ)その預金を見合いとしてその者に貸付け、後にその預金債権と貸付金債権とを相殺した場合において、二重払いを強いられることさえなければ、誰が預金者かについて、利害関係を有しない。②自己の預金とする意思で、自ら、もしくは、他人に依頼して、自己の所有する金銭の預金手続きを行った者(出捐者)は、自分が、その預金の預金者となるか否かについて、重大な利害関係を有する。③出捐者を預金者と認定する客観説を採用し、銀行の利益を、民法四七八条の適用、もしくは、類推適用によって保護すれば、もつとも適切に、銀行、出捐者双方のこの要求を充たすことができる」とされる。
- (54) したがって、最高裁が客観説を放棄したとは言いがたいように思われる。
- (55) 高木・前掲注(18)「預金者の認定(上)」金法七四七号(一九七五)七頁、渋川・前掲注(18)二五頁、新田敏「預金者の認定に関する一考察——管理費剰余金等の管理会社名義の定期預金を中心にして——」杏林社会科学研究一六卷三号(二〇〇〇)一一二頁等。
- (56) 佐久間毅「民法四七八条による取引保護」論叢一五四卷四〇五〇六号(二〇〇四)三八五頁のように、大量取引性は、弁

済の「安全」確保が重要であるとの見解も存在する。契約時に預金者が誰であるかいちいち確認していないことが出捐者を預金者とする根拠として挙げられる場合、弁済時には大量取引性を理由として金融機関の注意義務を緩和する判断にもつながりうるのではないか。そのように考えると、大量取引性を重視すること自体に疑問が生じる。

(57) 石田喜久夫編『現代民法講義Ⅰ 民法総則』(法律文化社、一九八五)一四九頁〔磯村保執筆〕。

(58) もちろん、通帳と届出印による払戻しの場合には通帳及び印鑑の所持が重要な判断要素となることが考えられるが、払戻し請求者が口座名義と異なる場合には別途調査が必要であつたり、名義が全く重要視されないとは考え難い。

(59) 森田宏樹「振込取引の法的構造——『誤振込』事例の再検討——」中田裕康ほか編『金融取引と民法法理』(有斐閣、二〇〇〇)一三七頁、雨宮啓「判批」銀法五四九号(一九九八)二六頁等。また、前掲最判平成一五年二月二一日と前掲最判平成一五年六月二二日は専用口座であるが、普通預金口座である。

(60) 新関輝夫「フランス民法における債権占有」名法四一卷(一九六七)八四頁に詳しい。

(61) 佐久間・前掲注(56)三七八頁。

(62) 吉田光碩「民法四七八条『債権準占有者への弁済』は、どこまで拡大ないし類推を許すべきか」椿寿夫『現代契約と現代債権の展望②債権総論(2)』一七五頁、池田真朗「民法四七八条の解釈・適用論の過去・現在・未来」『慶應義塾大学法学部法律学科開設百周年記念論文集法律学科篇』(慶應通信、一九九〇)三二五頁に詳しい。

(63) もともと、条文上は無過失が要求されていなかったときにおいても最高裁は無過失を要求していた。最判昭和三七年八月二二日(民集一六卷九号一八〇九頁)。

(64) 奥田昌道『債権総論 増補版』(悠々社、一九九二)五〇四頁等、反対する立場として、千葉恵美子「預金担保貸付と民法四七八条類推適用の限界——表見代理制度と債権の準占有者に対する弁済制度の調和に向けて——」山島正男先生Ⅱ五十嵐清先生Ⅱ藪重夫先生古稀記念論文集『民法学と比較法学の諸相Ⅱ』(信山社、一九九七)二二三頁。

(65) 中舎寛樹「預金者の認定と銀行の免責」名法九七号(一九八三)八一頁に詳しい。必ずしも民法四七八条の適用が争われているわけではないが、出捐者が預金者とされている事例において、比較的多くの場合に金融機関が敗訴している。もっとも、

民法四七八条の適用が認められた事例も一部存在している。

(66) 東京地判平成一七年二月二二日(平成一四(ワ)二〇一六四号)(判例集未登載)等。

(67) 佐久間・前掲注(56)四〇八頁。

(68) 法制審議会民法(債権関係)部会「法制審議会民法(債権関係)部会第九三回会議事録」三六頁〔中原利明発言〕(二〇一四年七月八日)。

(69) 法制審議会民法(債権関係)部会「民法(債権関係)部会資料八一―三」四頁。

(70) 法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注(69)四頁では、「払戻業務が遅延することなどによって顧客に生ずる不利益も看過することができないものになると指摘されている」とする。

(71) 改正法案四六六条の五第一項に関する立法過程では、預金者の確定は直接念頭に置かれていないと考えられるが、当初金融機関が名義人を預金者と扱っていたものの、出捐者が預金者とされる場合には、実質的に、債権の譲渡があった場合と同様に、金融機関が大量の債務を管理することに支障が生じ、迅速な払戻しに支障が生じるおそれがある。

(72) 星野・前掲注(33)一五八頁。

(73) 星野・前掲注(33)一五八頁。

(74) 遠藤・前掲注(48)七二頁は、「記名式預金については、銀行は、『誰でもかまわない』かもしれないが、『誰だかわからない』ままでは支障をきたすことは想像に難くない。」とし、同様の問題意識をもっているものと思われる。また、佐久間・前掲注(56)三八五頁。

(75) 高木・前掲注(18)七頁、堀内仁「各種預金の特色と法的性質」堀内仁ほか監「判例先例金融取引法 新訂版」(金融財産事情研究会、一九七九)一一頁によれば、金融機関に誰が預金者であるかわからない建前となっている無記名定期預金でも指名債権とされるのが判例・通説である。ただ、時岡・前掲注(17)二六頁は、無記名定期預金の場合には、その性質上、民法四六七条一項の通知不要の特約をしたものと捉えることが可能であるとする。

(76) 時岡・前掲注(17)二六頁。

(77) 高・前掲注(51)二二三頁、契約当事者と預金債権の帰属を分離し、出捐者を預金債権の帰属者として構成することが指摘されているが、金融機関に預入行為者の特定をさせることを通じて迅速な払戻しを促す構成するでは、契約当事者と預金債権の帰属が分かれる場合にはいずれにしても迅速な払戻しに影響があるものといえ、契約当事者と当初の債権の帰属とは一致させられるべきであると考えられる。

(78) 潮見・前掲注(43)金法一六八五号(二〇〇三)四四頁は、「預金者確定ルールにつき、客観説でもなく、主観説でもなく、さりとて契約の一般理論に委ねるのでもなく、預金契約固有のデフォルト・ルールとして口座名義重視の考え方(名義に注目して預入行為者を預金者とする考え方——口座名義人説——)へ方向転換する」べきとしている。

(79) 鹿野・前掲注(2)二二三頁、山本・前掲注(2)六八頁。



## ポテイエ師頌

ギヨーム＝フランソワ・トルローヌ

吉原達也 訳

### 解題

1. 本稿は、ギヨーム＝フランソワ・トルローヌ [Guillaume-François Le Trosne, 1728-80] の著書「ポテイエ師頌」Eloge historique de M.Pothier, par M Le Trosne, in: Robert-Joseph Pothier, *Traité sur différentes matières du droit civil, appliquées à l'usage du barreau et de jurisprudence française*, 1773, p.xxi-lxii を訳出したものである。訳出に当たっては、William David Evans, *Eloge of Pothier*, in: Robert-Joseph Pothier, *A Treatise on the Law of Obligations or Contracts*, vol.1,1806/ 3<sup>rd</sup> American edition, Philadelphia 1853, p.17-45 を参照した。なお、ポテイエ

『新編学説彙纂』について若干の検討をなす機会を得たが、それと並行してポティエの事績に関する検討を行ってきた。その中でル・トロヌの「頌」はポティエの評伝としても重要な記述が多く、資料的価値も高いと考えられることもあり、とくに訳出を試みた次第である。

2. ロベール・ジョゼフ・ポティエ [Robert-Joseph Pothier, 1699-1771] は、一八世紀フランスを代表する法学者であり、フランス民法典の成立に至る法学史において大きな足跡を残した人物である。<sup>1</sup>ポティエは、一六九九年一月一九日、オルレアンに生まれ、その家系は、代々、行政官又は司法官をつとめる地方上層ブルジョワジーに属する。父ロベール・ポティエは、オルレアン上座裁判所評定官であった。一七一五年、オルレアン大学に学籍登録。学業を修めるとともに、当時よく読まれていたオランダの法学者フィニウス [Vinus] の注釈書を手がかりに、『学説彙纂』研究への関心を深めた。一七一七年八月五日に法学得業士、一七一八年八月二二日に法学士の学位を取得、同月二九日にフランス固有法に関する公開試験に合格し、法曹資格を取得した。一七二〇年五月三一日、オルレアン上座裁判所評定官に任命される。この頃、オルレアン上座裁判所の同僚で、オルレアン大学フランス法講座教授プレヴォ・ド・ラ・ジャンヌス [Michel Prévôt de la Jannes, 1695-1749] の自宅で毎水曜日に開かれていた討論会に参加し、法学徒や若い法律家の啓発に努めた。この討論会はジャンヌスの死後、ポティエに引き継がれ、氏の自宅で一四年以上にわたり、継続されることになる。評定官就任以後も、バルトルス、キュジャス、デムランの諸著作を丹念に読み込みつつ、『学説彙纂』研究を進め、その再編成を試みていた。一七三五年、ポティエの研究は、草稿を読んだプレヴォ・ド・ラ・ジャンヌスを通じて、時の大法官アンリ・フランソワ・ダゲッソー [Henri François Daguesseau, 1668-1751] の知るところとなった。大法官は、ポティエの研究の意義を高く評価し、その後激励しつつ、ときには

専門的な助言を与えた。この間の両者の交流の一端は、『頌』の注として部分的に引用されている、大法官のポティエ宛て書簡にうかがえるところであり、『新編学説彙纂』誕生に至る経緯を知る上で、貴重な資料となっている。この研究は、一二年間、準備期間を含めると二五年の長期に及んだ。一七四〇年、プレヴォ・ド・ラ・ジャネスとともに『オルレアン慣習法』を公刊<sup>2</sup>。一七四七年、オルレアン市参審人職に任命される。一七四八年、『新編ユステイニアヌス学説彙纂』第一巻が公刊後、一七五三年に全三巻が完結する<sup>3</sup>。一七五〇年一月二〇日、国王ルイ一五世の名前で、前年のプレヴォ・ド・ラ・ジャネスの死に伴って空席となっていた、オルレアン大学フランス法講座教授に任命される。この職にあつて、師が教師として研究者として努力の人であったことは、『頌』の中に詳しく記されている。一七六〇年、『オルレアン慣習法』の改訂版の公刊<sup>4</sup>。一七六一年、『債務法概論』<sup>5</sup>を公刊。以後、最晩年に至るまでほぼ毎年フランス法における個別の法問題に関する一連の概論が公刊される<sup>6</sup>。一七七二年三月二日、オルレアン市の自宅で死去、享年七三であった。

3. ギヨーム・フランソワ・ル・トロローヌは、フランソワ・ケネー [François Quesnay, 1694-1774] 及びミラボー侯爵 [Marquis de Mirabeau, Victor de Riqueti, 1715-89] に始まる重農主義学派の主要な論客の一人として知られる人物でもある<sup>7</sup>。ル・トロローヌは、一七二八年一〇月三日、オルレアンに生まれる。父ギヨームは、オルレアン上座裁判所評定官などを勤めた法律家であった。一七四八年、ル・トロローヌは、父の跡を継ぐべく、故郷オルレアンにおいて法学を学んだ。ル・トロローヌとポティエとの長きにわたる交流の一端は「頌」の中にかいま見られる。大学一年時、ポティエと旅行を友にしたことを思い出として語っている。「私は当時法学部の一年生であり、この旅行は私にとって勉強の妨げとなることはなかった。私は法学提要を持参したが、道中ポティエ氏が対話を通じて教えてくれたこと

は、私にとってまたとない手引きであった。」と。一七五三年に、オルレアン上座裁判所付国王弁護士に任官。その後、一七六五—一七六八年にかけて、重農主義者ケネー理論の立場に立ち、その学派の論客として、機関誌『エフェメリッド・デュ・シトワイヤン』[*Ephémérides du citoyen*]をはじめとする諸雑誌に経済に関する論稿を寄稿した。一七六九年以来、カーン・文学アカデミーのメンバー、一七七七年には、代表作『社会秩序』が公刊される<sup>(8)</sup>。同書第一〇講「戦争論及び商業禁止論」の結語の一部には、一七七四年に亡くなったケネーに対する追悼の辞が記されている<sup>(9)</sup>。一七七四年、国王弁護士職を離れ、オルレアン上座裁判所名誉評定官となる。一七七九年、『地方行政及び租税改革論』<sup>(10)</sup> 公刊。一七八〇年五月二六日、パリにおいて没した。享年五二。

4. 紙数の関係で訳注は割愛し、本文中の人名については、必要の限りで「姓・名の原綴、生没年」を記して、個人を特定できるように配慮したが、すべてを尽くすことはできなかった。ご寛恕を請いたい。

(1) 大川四郎「ロベール・ジョゼフ・ポティエ」勝田有恒・山内進編『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』ミネルヴァ書房・二〇〇八年、一三五—二四六頁を参照。また関連文献について、同二四五—二四六頁を参照。André-Jean Arnaud, *Les origines doctorinales du code civil français, préface de Michel Villey Bibliothèque de philosophie du droit, v.9*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969. 野田良之「紹介」アンドレ・ジャン・アルノー『フランス民法典の学説的起源』一九六九年『日仏法学』第七号・一九七三年、三二—六二頁所収。関口晃「フランス近世私法に関する一考察」『法制史研究第14号別冊—法典編纂史の基本的諸問題』法制史学会編・創文社・一九六三年、八五—一四六頁。関口晃「フランス近世私法学(2)ポティエ」『西洋法制史料選Ⅲ(近世・近代)』創文社・一九七九年、一三〇—一四六頁。ポティエ追悼として、Leconte de Bièvre, *Eloge de M. Pothier*, Paris, 1772. 評伝として、aine Dupin, *Dissertation sur la vie et les ouvrages de*

Pothier, Béchet Ainé, Libraire, 1825, 150p.; Auguste-Frédéric-Mathilde Frémont, Recherches historiques et biographiques sur Pothier: Publ. à l'occasion de l'érection de sa statue, Gatineau, Mame, 1859, 378p. ポティエ及びタゲマンのその後の私法学への影響関係について Léopold Thézard, De l'influence des travaux de Pothier et du chancelier d'Agnesseau sur le droit civil moderne, A. Durand, 1866, 105p.; Revue historique de droit français et étranger, vol.12, 1886, pp.5-56 & 229-281.

(2) *Coutume d'Orléans avec des notes*, Orléans, 1740, 2 tom., en collaboration avec Prévôt de la Jannès et Pothier.

(3) *Pandectæ Justinianæ, in novum ordinem digestæ*: cum legibus Codicis et Novellis, quæ jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant: præfixus est index titulorum & divisionum omnium, quo totius operis specimen quoddam & quasi materiæ appendix exhibetur: subjecta quoque tabula, quæ nominatim leges omnes cum suis paragræphis et versiculis ordinè Digestorum restituntur, Paris: Apud Saugrain patrem, 1748-1752. Pothier, R.J., *Neuveille Pandectes de Justinien, mises dans un nouvel ordre*, avec les lois du code et les nouvelles qui confirment, expliquent ou abrogent le droit des pandectes, traduites par M. de Bréard, 24 tomes, Paris Dondey-Dupré, 1823. ポティエ「新編学説彙纂」の編成論理に関して、西村隆蒼志『不法行為責任概念の形成—法人文主義と法学の近代』成文堂・二〇一三年、二二二頁以下を参照。菊池肇哉「ポティエ『法準則論』中の「一般的法準則」における方法論分析: ポティエ「新序列」とドマ「自然的序列」の相克と統合」『日本法学』第八一巻一号(二〇一五年)一—三五頁。吉原達也「『学説彙纂』第五〇巻第一七章第一法文について——ポティエ『新編ユスティニアヌス学説彙纂』レグラエ論序章——」『日本法学』第八〇巻第二号(二〇一四年)、七七一—〇五頁。「ポティエ『新編学説彙纂』第五〇巻第一七章第二部第一章について」『日本法学』八二巻一号(二〇一六年)、一—四四頁。「ポティエ『新編ユスティニアヌス帝学説彙纂』第五〇巻一七章における帰国権について」『日本法学』第八二巻二号(二〇一六年)、六三九—六六四頁。吉原達也訳「ポティエ『新編学説彙纂』第五〇巻第一七章第一部抄」『日本法学』第八一巻三号(二〇一五年)、九七一—二二六頁。

(4) *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans, et ressorts d'icieux*: avec une introduction générale aux dites coutumes, & des introductions particulières à la tête de chaque titre, dans lesquelles les principes des matières contenues

dans le titre, sont exposés & développés : le texte est accompagné de notes, Chez Jean Rouzeau-Montaut, 1760, t. 1& 2, t. 3. 同書の書誌については Pierre Larousse, *Grand dictionnaire universel du XIXe siècle*, Larousse, 1869, p. 415を参照。

- (5) *Traité des obligations*, Orléans, 1761, puis 1764.
- (6) 一連の概論については『頌』注10所収のリストを参照されたい。
- (7) 大川四郎「一八世紀オルレアン法曹界における法学的諸潮流の交錯：オルレアン上座裁判所付検事ギヨーム・フランソワ・ルトローヌ(一七二八—一七八〇)の三論稿の分析をもとにして」『名古屋大学法政論集』一八六号・二〇〇一年・一四七—一四九頁。同「十八世紀オルレアンの法曹界——ギヨーム・フランソワ・ルトローヌ(一七二八—一七八〇)周辺の法文化について——」『法制史研究』四八・一九九九年、一八〇—一八五頁。ルトローヌに関する評伝として Eugène Daire, *Notice sur la vie et les travaux de Le Trosne in: Physiocrates: Quesnay, Dupont de Nemours, Mercier de la Rivière, l'abbé Baudouin, Le Trosne*, libr. de Guillaumin, 1846, p. 879-884を参照した。金山直樹「ポティエの法律学」『姫路法学』第二号(一九八九年)・一一七—一四三頁。大川四郎「ロベール・ジョゼフ・ポティエの邪利息についての一試論(1)〜(4・完)」『名古屋大学法政論集』一一四・一一六・一一七・一二〇号(一九八七—八八年)を参照。
- (8) Le Trosne, *De l'ordre social : ouvrage suivi d'un traité élémentaire sur la valeur, l'argent, la circulation, l'industrie & le commerce intérieur & extérieur*, Originally published: Paris: Debure, 1777 ; reprinted ed., München Kraus Reprint, 1980, xxxi, 728 p.
- (9) *Op. cit.*, p. 447sqg.
- (10) *De l'administration provinciale, et de la réforme de l'impôt*, Basle, 1779, v-x, 661p.

## ポティエ師頌

オルレアン上座裁判所付国王弁護士 ル・トロースによる

それぞれの分野で名前を挙げるだけでその人なら間違いないと思わせてくれるきわめて著名な人々がいる。法律学において、古くはシャルル・デュムラン氏 [Charles Dumoulin, 1500-66] がそのような人物であったし、現代においてはポティエ師がまさにそれにあたる。師の同時代人たちは、師を過去数世紀来登場した最も偉大な法律家と看做した。師の見解は、生前からすでに、裁判所において権威があつた。そして、後生はこの判断を確認し確固たるものとなすだけであろう。

もしわれわれが師のことを、洞察力ある法学者としてその学識を賞賛するだけであれば、第一部において多く取り上げられることになる、師の著作を参照するだけで十分であろう。この優れた人物はわれわれにキリスト教哲学者、学者、司法官、市民の最も完全な模範を提供した。彼の高邁な精神を通じて、われわれは単なる才能豊かな法律家だけでなく、何ものにも代え難い尊敬に値する人物にめぐり合うことができたのである。師の資質は、それらに思いを至すすべての人々の記憶の中に、感謝と感嘆の念をもって刻み込まれた。彼らは永遠にそのことの記憶を持ち続けよう。しかし、この法律家であることしか知らない者たちのためにわれわれがなすべきことは何もないのであろうか。後生の人びとのためになすべきことは何もないのであろうか。偉大な人びとという手本は、彼らと同時代を生きた者でなければ伝えることはできないのである。これこそ、同時代に生きた者たちが後生の人々に負っている義務である。われわれは、有名な人々の足跡をわれわれの眼に彷彿とさせるべく心をこめて描きたい。私は幸運にもポティエ氏

の肖像を所蔵する。私はこの恩恵を得るために払った労苦と、私に対する友情が師の謙虚さに加えた暴力を今となつては非常な満足感をもつて思い起こし続けよう。

さて、大急ぎで増刷りされたビュラン版画の、冷たく生命の通わない似姿しかわれわれに残されてないのであるか。貧弱で空しい慰めは、真の悲しみをもたらすだけで、これを静めてはくれないのである。われわれは、きわまりなく貴重な宝庫、この傑出した人物の性格をなすさまざまな徳性を思い起こすことはできないだろうか。われわれが残すべき最も重要なものは単なる姿形ではない。しかし、かくも立派で謙虚であると同時に崇高な人物、卓越し人の通常の状態を超越したと思われる人物の特徴をしかるべく描くことを誰が期待できるであろうか。一方で師の徳性を誇張したと糾弾され、同時に、師をよく知る人々からまるで粗削りだという糾弾をいかに避けることができようか。かくもその世紀、祖国そして人類に大きな名誉をもたらした人物の記憶に正しく賞賛の義務を払いつつ、この二つの障害の間を進んで行こう。真実の姿を慎みある文体で語ることにしよう。師への頌辞が簡潔であればあるほど、それだけいつそう師にとってふさわしいものとなるろう。

## 第一部

ポティエ師は、一六九九年一月九日にオルレアンで名望ある家系に生まれた。師の父は上座裁判所評定官であった。師は持つて生まれた虚弱の體質を節度と節制によって鍛えるところに、たゆまぬ勤勉と専心によってその能力を高めた。精神についても、事情は肉体と同様である。師にふさわしい鍛錬なくしては、その才能を使えず、麻痺して働かないままであった。教師の主たる効用は、勤勉により軽率さをいましめ、妄想を抑え、判断力を養い、省察し吟味し

議論することを習慣づけさせることで、精神の糧を与えることにある。しかし、若者たちの中にそうした能力を見つけるより、教師の中にこのような才能を見出すことはむしろ稀である。それゆえ、かかる教育を受けられず、一体どのくらいの生徒がその後の真摯な勉強をなしえなかったであろうか。

こうした援助はポティエ師にはまったくなかった。師は五歳で父を亡くし、自らの訓育のために自分自身で糧を得るしかなかった。ジェスイット会はきわめて弱体的であったが、師は非常によく勉強した。というのは、才能ある者は手がかりさえ得られればそれでよく、進歩するかしないかは、本人次第にほかならないからである。師の手に委ねられた古代の古典作家たちは師の先生であった。理解できるようになる、つぎにそれを楽しむようになった。まさに楽しみこそは成功の秘訣である。幸運な記憶力と類いまれな能力により、ポティエ師は独学でその知識を完成させ、生涯を通じて持ち続けた教養を蓄えるに至ったが、それを楽しむ暇を持たなかった。まさにこの確たる弁別こそは、懸命の勉学の最も貴重な成果にほかならない。

師はオルレアン大学で法律学を修めた。師は将来においてこの大学に大いなる名声をもたらすことになる。しかし大学が法律学の修得に与えてくれた援助は、文学的教養を身につけるのにコレージュが与えてくれた援助に及ばなかった。当時大学の講座を占めていた教授たちは学生の成長にまったく関心がなく、わけのわからない講義を提供して自己満足し、聞き手たる学生の能力に自分を合わせることもなかった。彼らが教えたものは法律学と呼べる代物ではなく、法律学自体本来美しく輝かしいものであるのに、彼らが提供したものは、その学問の性質とは無縁の、『学説彙纂』編纂者の無能力と不誠実に起因する混乱と矛盾以外の何ものでもなかった。ローマ法文の説明を通じて啓発するのではなく、教授たちは、学派の対立の中で考案され増大した些細な問題で講義を満たすばかりだった。

彼らの教授法からすると、その目的は、指導によって嫌悪を煽ることで、学生たちを法律学の聖域から排除することとしか思われない。それは、古代のローマの貴族が、平民たちを支配すべく、訴訟方式を注意深く彼らから隠し、法の知識を神秘のベールに包んで自分たちで独占したようなものである。このような欠陥の多い教育がポティエの堅実かつ賢明なる精神を満足させえなかった。幸いにも教育は師の気持ちをくじくことはできなかった。師はその欠陥を認識し、自らの勤勉でもって他の援助の不足を補った。どのような学問であれ、最初の一步は非常な困難が待ち受けている。これを師は、フィンウス [Vinnius, Arnoldus, 1588-1657] の注解書を手がかりに『法学提要』の真剣な研究で乗り越え、かくして『学説彙纂』のもっとも深く一貫した研究によって、法の源泉そのものを取り出す準備をしていた。

師は、卒業にあたって、きわめて優秀な成績で得た学位をいかに用いるべきか、いまだはつきりとは決めていなかった。師にとって問題だったのは、職業選択を自分で決めるということであつた。これはきわめて重要な一步であつたが、その際に、偶然や流行あるいは環境が人生のなりゆきをしばしば決定する。師は司教座聖堂参事会員になろうと考えたが、これは母への愛情のゆえに思いとどまつた。この地位で清廉な宗教心を持ち続ければきつとすぐれた修道士となつたであろうと思われる。しかし、それは師自身のためでしかないことになる。神は、師をして、世俗生活の中でキリスト教的社会的徳の最も優れた手本となり、法律学の領域で、彼の世紀と後世の託宣者となることを運命づけた。

師は司法官職に就くことを決心し、一七二〇年に上座裁判所評定官に就任した。この職業選択は師の研究の選択を完全に定めることとなつた。爾来、文芸は師にとってひとときの楽しみでしかなかった。師の仕事が増えたときには、

それすら断念せざるをえなかった。しかし師はこの文芸という花から、最も有用な果実、つまり名作家についての知識、そして師にとつておおいに必要なラテン語を理解したり書いたりする習慣を引き出していた。友人たちとの会話の際に、師は、忠実な保管場所たるその記憶の中に、ホラティウス、とりわけ師がその力強いエネルギーを愛したユウエナリウスの最も美しい詩節を蘇らせ、そして、師らしく情熱をもってこれらの詩節を朗唱したものであった。就職して最初の一〇年から一二年の間、師は法律学と並行して、宗教及び神学の研究にも携わった。師は原典に、主として聖アウグスティヌス、師が最も敬愛するポール・ロワイヤルの大家たちの作品にあたることを好んだ。師もまた正確さをモットーとする者として、弁舌の心地よさよりも論理の正確さを好むすべての人々と同じように、ニコル氏 [Nicole, Pierre, 1625-95] がつねにその愛読書であった。師は生涯を通じてこれらの本を読み続けた。

しかし、こうした特殊な研究は職務を妨げることはなかった。師の卓越した能力と時間の厳格な節約は、師をしてどちらも満足させることができた。オルレ안의バイイ裁判所では、調査官たちが判例集に登載する事件について意見開陳権を有していたが、師は二五歳以下とはいえその筆頭者を務めた。こうした若い調査官を用いるという、原則に対する例外がこれ以上うまくいった事例はほかにはない。師は、書齋において蓄積された知識を、五〇年にわたるためまぬ研鑽によつて豊かで広汎なものとする一方、裁判所において、それを応用することを学んだのであり、司法官在職中に何ものにも代えられえない経験を通じて自らを培った。これに加えて、師は、きわめて優秀な一人の弁護士と頻繁に会話をする機会をもった。師の散歩はさながら授業のようなものであった。最も頻繁に同行したのは、氏がイタリア語を学んだ友人であったが、彼らは、目下の問題をイタリア語で論じたものであった。

この若き司法官がすでにいかなる経験を有していたか裁判所で認められたのは、ようやく成人に達するか否かのと

きであった。師は一つの科目を学んでは、それについての論文を書くことにしていた。一つの学科を自分のものとするための最良にして恐らく唯一の方法は書きながら学ぶことであると、師は確信していた。自分の考えを整理し、正しく表現するために正しく理解し、あらゆる局面から眺める必要があるため、応用の精神が養われ、正確さや方法自身につけることができる。まさにこのやり方は、たとえ繰り返し読んだとしても、それだけでは決して達せられない利点であった。

マルブランシュ神父 [Mallebranche, Nicolas, 1638-1715] がデカルトを読んで抗しがたい魅力をいだいたように、ポティエ師は、同じような魅力を『学説彙纂』に感じるやたちまちその研究に取りかかった。師はそれを自らの天命と考え、そしてそれに従った。

ローマ人と同様に高名な一民族の法は彼らの勝利と征服以上に興味深い歴史の一齣をなす。しかしもしローマ法の知識が興味本位にすぎなければ、ポティエ師の功績はほどほどのものにとどまったであろうし、それゆえに、師がローマ法に取り組むことなどありえなかつたであろう。しかしローマ法は、あらゆる時代を通じてそしてあらゆる人々の間で法と配分的正義の真の源泉であり続けよう。この民族の慣習、その国制、訴訟方式からそれに特有のことを除いてみれば、残りは、人間がなしうるさまざまな行為にあてはまる正義と不正義の真の観念の中から汲み出されるからである。

それゆえ、市民法は師の研究の主要な対象となった。師はローマ法への愛着によってその虜となった。愛着こそは成功を約束する鍵である。しかしその仕事を進めるにつれて、現存するローマ法の編集の不完全さと無秩序さをしだいに感じるようになった。師はこうした欠陥に辟易しなかつた。師は、それと知らず、その修復を運命づけられても

いた。『学説彙纂』の発見以来、法学者たちは誰しもその無秩序に不都合を感じてきた。しかし誰も労力をかけてそれを克服しようとしたのはあくまでも自分自身のためでしかなかった。他人のためにこのような困難を取り除こうとした者など誰もなかったのである。ポティエ師にしても、仕方なくその困難に巻き込まれたのでなければ、そのようなことを考えもしなかったであろう。師は自らすすんで、そしてまさに自分自身のために、この仕事に取り組んだ。しかし師は、その謙虚さのゆえに、その仕事を完成させたり公刊したりするつもりはなかった。ドイツの高名な法学者ウイゲリウス [Vigelius, Nikolaus, 1529-1600] の先駆的な試みがあまり成功しなかったことに照らして、その企図が難しいと考えていた。それでも師は、『学説彙纂』の各章梗概を完成させていた。そしてこの仕事が出発点となった。さらに作業を進め、法文の配列を回復するためのプランを立て、若干の重要な章について法文の配列を実現した。師はこれらの仕事の一つを、上座裁判所評定官にしてフランス法教授プレヴォ・ド・ラ・ジャネス [Prévôt de la Jannes, Michel, 1695-1749] に送った。判事はそれを見て成功の見込みがあると判断し、ポティエ師の謙虚さを開かせる方途を発見した。

判事は、大法官ダゲッソー閣下 [Daguesseau, Henri François, 1668-1751] に、著者が優れた能力の持ち主であり、ためまぬ勤勉家であり、その計画が成功する見込みがあることを伝えた。大法官閣下は、この企図の重要性を知り、ド・ラ・ジャネス氏にポティエ師を激励させたが、これに答えて、ポティエ師はついにその課題を果たすことを約束し、この約束の履行に専念することとなった。師は、大法官閣下に、自分の仕事の幾つかの論稿を送った。この司法官はこれに大いに満足した。そして自分に会いに来るようポティエ師を招待するとともに、一七三六年九月二四日に所見書をポティエ師に伝えて、この仕事の完成のために自分の考えを伝えた。この所見書は、同時に大法官の学識の

該博さとこの企図について抱いた考え方を示すものとなっている。<sup>(1)</sup>

ポティエ師の仕事の射程と価値を知るために、この著作を概観しておこう。

一二表法がローマ人において市民法の基礎であった。<sup>(2)</sup> この高名な法は、その諸原理をローマがギリシアに求め、多くの優れた人々が、哲学者たちのもてはやされた著作にぬきんでているとしたが、きわめて単純かつ簡潔であった。人々は、これを適用するために解釈せざるをえないことをしだいに認識するに至った。だんだんと多くの説明と注釈が生まれた。こうした一二表法の多様な発展は、狭義の、市民法と呼ばれるものを生み出すこととなった。法律とは区別されるこの法は、<sup>(3)</sup> 本来法律としてのいかなる個性も権威も持ち合わせない。法務官は、この法学識を採用し、それによつて一二表法を修正し、その厳格さを緩和する方法を発見した。一二表法がもはや不可変的に固定されたものでないとして、法務官は、就任にあたって自らの告示を発し、裁判の原理を定めた。訴訟を遂行するために考案された方式書も市民法の第二の部分になすに至った。キケロの時代にはすでに、彼がそのあまりにも大きな広がりには不満を述べたほど、膨大なものになっていた。

爾来市民法は驚異的な発展を遂げるに至った。市民法は、ティベリウス帝のもとで法律としての効力を得た元老院議決や皇帝勅法によつてででなく、法学者の決定、諮問、著作によつてさらに膨大なものとなった。皇帝たちの時代に、トレバティウス、ラベオ、カピト、サビヌス、プロクルス、ユリアヌス、アフリカヌス、ガイウス、スカエウオラ、パピニアヌス、パウルス、ウルピアヌス、アクイリウス、その他枚挙に暇がない数の法学者たちが群れをなして登場した。彼らの決定はそれ自体法律としての効力を有するものではなかったが、慣行により大きな権威を獲得することに至った。法学者の決定は判決に当たつて助言されその指針となつたことで、不文法と看做されるまでに

なった。

市民法は、このようにさまざまの部分からなり、時代とともに膨大な集積物となったが、その広がりがいかにその崩壊の原因とならざるをえなかった。コンスタンティノポリスがローマ帝国の首都となって以来、国制、慣習、宗教における変化は、必然的にローマ古法に大きな変化をもたらし、しだいにその知識や研究をなおざりにすることとなった。

それゆえかくもばらばらの素材から一つの整った構築物を作り上げることが期待されるようになった。かくも重要な仕事は、より開明的でより啓発的な世紀に実現していたとすれば、いかに幸運なことであつたあろうか。だがそのようなことが行われたのは、ほかならぬ六世紀に、ユスティニアヌス帝の命によつてであり、それはまさに、洗練の氣風が失われ、野蛮さがローマ帝国を瓦解させ始めた時代のことであつた。

長きにわたつて現れたことのない著名な法学者たちの一人を必要とするような仕事に徒携わつたのはトリボニアヌスであつた。しかし、彼がそうした企図にいかにかきわしくなかつたにせよ、必要な時間をそれにかけてなら、そして、もっと熟考を重ねたのであれば、より欠陥のないものとなしえたであろう。彼は数多の法学者たちの二千巻にも及ぶ著作や論文を涉獵し抜萃しなければならなかつた。法文を比較校合し、適切な配列に並べ、本質的なものだけを残して、多くの法文を削除し、各題材について最も重要なものだけを選択し、対立した問題点について大法学者たちの見解の相違を見失わせることなく、矛盾を除去し、古法の知識を保存し、その時代に至るまでの変化を確定しなければならなかつた。

この仕事にわずか三年しかかけられなかつた。いかなる怠慢と無秩序をもつてことが行われたか、推して知られる

べきことである。

ローマ古法は、正確さの欠如だけでなく、意図的にもゆがめられることになった。いくつかの法文は、新しい法と適合させるために勝手な付加によって変形された。ユスティニアヌスの時代まで存在していた古代の慣習と法律についての知識はわれわれから失われた。残された痕跡もはやわれわれにはまったく不明なものになってしまった。当時紛うことなく明らかであったことを解明するためには、今日では、検証して推測するという労苦をもってでしかない。一二表法はいくつかのばらばらな断片しか残されていないが、その法文は、それらが関係する主題に基づいて配置された。新しい法を古法と混交させるのであれ、異なった学派に属する法学者たちの対立した見解を挿入するのであれ、対立の原因に注意するでもなく、どちらかの見解に決めるのでもなく、相容れぬ矛盾が法としての効力を有する作品の中に残された。

学者たちは、ローマ法学の復活そして印刷術の発明以来、信じられぬほど精力的に、可能な限り、『学説彙纂』の編纂者たちの不正確さ、無能力、不誠実に起因する欠陥を修復することに努めてきた。文学と法律学は相互に助け合った。ローマ法の知識は、ラテン語研究、歴史及び碑文研究、健全な批判的方法の規則の確立、古物の検証によるに新しい局面を受容した。文学者たちの方は、『学説彙纂』の中に多くの曖昧な事実や慣行の解決を見出した。

法学者たちは、トリボニアヌスの編纂の中に広がる闇を晴らすべくこれらの知識を用いた。彼らは、討論を通じて、難解な法文の意味を明らかにした。彼らは古法を解明した。彼らは法文の純粋性を回復した。多くの矛盾を調和させ、調和しがたい矛盾を理由づけた。かくして、法文の議論や理解に関して、それ以上期待されるべきことは何もなかった。アックルシウス [Accursius, 1183-1263] の注釈とアルチャート [Alciato, Andrea, 1492-1550] の注解との差異

は、彼らが書いた時代に由来する。アックルシウスが活躍したのは一三世紀初頭のことであり、アルチャートが注解を書いたのはフランソワ一世 [François I, 1494-1547] 在位[1515-47]の時代のことであった。

かくして一般に学問というものは、業績の蓄積により完成されていく。その結果、次第に、すぐれた書物と知識の財産が、何も失われることなく、ますます増えていく。各法学者は自分の研究成果を付け加えていく。後生の成功を準備し容易にする。仕事を簡略化する。後に続く者たちのために困難を取り除く。彼らは、すでにできた道を見出すよりも、はるかに遠くまで進むことが出来よう。そして、最近地点から出発するので、時間をかけずに、より大きな距離を通過することができる。もしポティエ師の仕事が数世紀早く登場したならば、師の仕事によって、法律研究に専心した者たちの労苦と時間がいかに節約できたことであろうか。

実際のところ、六世紀にわたる数多の法学者たちの労苦と研究にもかかわらず、『学説彙纂』には依然として、研究の進歩や法律の容易な理解を妨げる欠陥が目立っていた。というのは、法文は各章毎に分かたれているだけでなく、しばしば無関係な章の中に散在しているという、無秩序な状態にあったからである。

ポティエ師の作品は、こうした無秩序を修復することを主要な目的としている。それは、『新編ユステイニアヌス帝学説彙纂』 [*Pandectae Justinianae in novum ordinem Digestae*] と題され、フォリオ版三巻からなる。

ポティエ師は、『学説彙纂』の章の配列を維持したが、これは法学者たちがそれに基づいて仕事した『永久告示録』の配列である。法文がその章の中で占めていた場所を変更するだけでなく、間違つて置かれた章から法文を救いだし、最も関係の深い章に挿入することにより、これらの章のもとに、師は、すべての法文を系統的に配列した。

各章の冒頭に序論が置かれ、その章で扱われている題材の説明と定義及び第一原理を含む法文からなる。章の流れ

を示す明確で完全な分類は理解を容易にし、記憶を軽減する。法文は、その関係を発見しそしてそのつながりを説明する、短い繋ぎの文章で接続される。著者による補足はすべてイタリックで区別されることよって、法文の純粋性は完全に維持される。

著者は、古法を解明し、その後に蒙った変化を明らかにし説明することに専心した。師は、その痕跡を含む『学説彙纂』の他の部分、ユスティニアヌスの『法学提要』、『学説彙纂』の廃止に関わる記録である『勅法彙纂』、テオフィルス『法学提要義解』、一二表法について現存する断片、古代史やその他古代碑文に見出される痕跡にもその研究の矛先を向けた。

『勅法彙纂』の法文のうち、あるものは『学説彙纂』の法と合致し、またあるものはこれを変更したり廃止する。それゆえ、トリボニアヌスが、新しい法に適合させるために変更を加えた法文の理解のために、これらの法文を知ることには必要不可欠である。古法を確認する『勅法彙纂』の法文は全文が記録されており、これらはコンスタンティヌス帝以前の皇帝たちの勅法である。それ以後の法は、散漫な文体と卑俗性によつて容易に認識できるのであるが、これらは抜萃によつてのみ引用されている。

最後に、著者は、矛盾のために、法文の変更のために難しい箇所について簡潔であるが十分な注記を施した。そして、氏は最も多くの場合、法学の復活以来登場した中で最も偉大な法学者であるキュジャス [Cujas, Jacques, 1522-90] からこれらの注記を引用している。

師が、この巨大な作品を完成させるべく、多くの著作を涉猟しそして参照したことは疑いないことである。多くの個人蔵書のほかに、プルストー氏 [Proustau, Guillaume, 1628-1725] によつて設立されたる公共図書館の法律書を

利用した。しかし師が徹底的にそして継続的に研究したのは、『学説彙纂』自体はもとより、いわばこれと同時に法文を思い浮かべることが出来るほど親しむ必要があった『勅法彙纂』、キュジヤスの著作及デムランの著作である。師の蔵書にあるこれら三冊の本の破損状態を見ればそのことが容易にうかがえる。

『学説彙纂』は、「言葉の意味について」及び「法のレグラエについて」の二つの章を以て終わる。ポティエ師はこれら二つの章をきわめて重要で、膨大な内容をもつものとした。両章はフォリオ版で二七五頁に及んだ。<sup>(4)</sup> 師は、「法のレグラエについて」の章において、あらゆる法を要約してみせた。ここでは『学説彙纂』のすべての巻からローマ法律家が非常に正確に表明した結果、非常に有益な原則が集められ、適切な秩序の中で結びつけられた。

大法官閣下こそ、この仕事の理念をよく理解し、その企図の開始以来励ましてきたのであり、<sup>(5)</sup>ポティエ師は、この二つの章を仕上げた後、これを独立した一冊とするつもりであったが、大法官閣下の希望に、つまり、法文自体の忠実な抜萃からなる貴重な集成によって著作を閉じた方がよいという勧告に従ったように思われる。<sup>(6)</sup>

ポティエ師は、この大仕事を完成させるのに一二年以上を、もちろんのことながら、それに取っかかりうるために費された時間を繰り入れれば二五年以上を要した。計画を実行するにあたって、師は、「ド・ギエンヌ氏 [De Guienne, Etienne-Léon, 1712-67] の協力を得た。彼は、パルルマンの弁護士で、師の親友であり、申し上げるのをお許しただければ、私の親友でもある。見事な序言はド・ギエンヌ氏の手になる。ポティエ師は、彼に材料を提供した。師は、基になる文献は多くあつても、美辞麗句の類を好まなかった。もしド・ギエンヌ氏が携わらなかつたら、序文はなかつたか、とても短いものとなつていたであろう。彼は、第二巻の冒頭の一二表法の注解に大きな役割を果たした。

著作の本体に関して、ド・ギエンヌ氏は校正をまかされたにすぎなかったとはいえ、その仕事ぶりははるかに広汎に及び、おおいに有用であった。師は几帳面で、容易に満足することのない、よき批判者であり、ポティエ師にはうってつけの人物であった。師は物事の本質的なことに關心をもち、細部にはあまりとらわれることはなかったが、それにもかかわらず、一つの作品の完成には、こうした細部が大事になる。ド・ギエンヌ氏は、ポティエ師ほど広い知識や才能をもっていたわけではない。まさにこのゆえに彼は校正という仕事にうってつけだったのである。しかし、ギエンヌ氏は独自に異なった判断をすることもあった。ある法文が説明不足であるとか、別の場所に移した方がよいとか、つながりがよくないと考えたときに、ポティエ師にメモや異議を伝え、それに基づいて、師は、配列、説明、そして注記に変更を加えたこともあった。<sup>⑦</sup>

ポティエ師のもう一人の親友ルソー氏 [Rousseau] de la Combe, Guy du, 16:~?-1749] は、弁護士で、パリのフランス法教授であった。彼らの親交は長かった。両者の交流は、一七三〇年頃、師がしばしば滞在したパリで始まった。師は、パリでの会議に出席した機会に、何人かの著名な弁護士たちと知り合った。彼らは、ポティエ師との交流を通じて、師にふさわしい敬意をもって遇した。師とルソー氏の継続的な文通は、つねに共通の研究テーマが話題であった。彼らは毎年休暇のときには直接出会ったものであった。

ルソー氏は豊富な学識と卓越した判断力の持ち主であり、その弁舌はきわめて鮮やかなで、ひとたび彼が問題を取り扱うと他の追隨を許さず、その驚くべき記憶力たるや本質的なことを想起するだけでなく、自分の意見の典拠をたちどころに引用してみせることができた。現実の法をポティエ師が学んだのはまさに彼からであった。もとより必ずしもそれに賛同することはなかったが、知ることは必要であった。融通無碍な立法がまかり通る不幸な状況は、まさ

に法が不完全だからにほかならない。

ポティエ師はルソー氏の意見を最も尊重した。彼らの意見はおおむね一致したが、もとよりつねにそうだというわけではなかった。ポティエ師は、その論考のさまざまな箇所、ルソー氏の見解を取り上げているが、それは彼に論争を挑むためであつたり、自分の見解を支持するためであつた。その際、師は読者に問題を出し、まず自分の考えを表明せず、ある見解の理由を示し、そのあとルソー氏の反対意見を提示した。

『新編学説彙纂』は巨大な作品となり、印刷するには費用がかかり、現代ではまったく無視しされている研究を主題とするものであつた。それを引き受けてくれる出版者を探すことは困難であつた。彼らはまったく売れないか、売れても時間がかかることを懸念した。しかし売れ行き問題はたちまちに解決した。外国人がその大部分を購入してくれたからである。

ポティエ師が蒙つた唯一の批判はライプツィヒのジャーナリストによるものであつた。彼は、自国がかかる偉大な企図を果たす栄誉を得られなかったという嫉妬やその他の理由から辛辣に攻撃した。この人は、ポティエ師の作品について、何も新しくことも興味深いものもない、何のメリットもない仕事であり、安上がりな功名を立てんとするだけで、これまでの法学者たちが担ってきた、現在もなおドイツ法学者たちが担っている学識のかけらもない、と評したのである。

友人たちは、ポティエ師がきつとそれに答えることなどしないことをよく心得ていた。友人たちの一人がこの役目を引き受けてくれた。『ジュルナル・デ・サヴァン』[*Journal des Sçavants, 1665-1790*]の著者たち宛ての書簡とどうかたちで印刷して批判に答えた。ドイツ人ジャーナリストは作品の価値も目的もわかっていない。著者は注解書

をなすつもりも、知識を競う気もない、逆に、ローマ法研究以上に大変な注釈書の研究の労を軽減すること、法文によつて法文自体の注釈をなすこと、つまり、法文を集めて配置することによつて法文の意味を明らかにしようとしたのである、と。

『新編学説彙纂』第一巻の印刷中、ポティエ師は重病に陥つた。ソロニユの同僚たちの一人を訪ねた帰り、熱があるのに馬に揺られて帰宅した。師はそれまで病氣にかかったことがなかった。微熱があつてもいつも通り健康だったからである。発熱は師にとつて思いがけない初めての災難であつた。数日間それが何であるかわからぬまま、もがき苦しんだ。医者を呼びにやる代わりに、自ら診察を受けに出かけ、自分が罹っている病氣の原因が何かを尋ねた。医者はただちに何の病氣かを見立て、帰つてベッドで横になるよう指示した。病氣はきわめて重症で、師の生命は危ぶまれた。

幸運にも病氣は治まつた。しかし完全には回復することはなかった。師の手足は不自由になり、師は従容としてこの不自由に身を委ねたが、その状態は、もはや治癒しないのではないかと氣遣われるほど長く続いた。師は、神が仕事に専心する自由を与えてくれたことを極めて幸運なことと考えた。師は、身動きできない生活が時間を自由にさせてくれるだけになおのこと研究に時間を割いた。いろいろ治療を試みたがうまくいかず、もはや回復の見込みがないとあきらめていたのであつたが、最後に、師が歩けないのは、実際の不治の障害というよりはむしろ長きにわたる歩行訓練の不足とわかると、部屋の梁の溝に懸けられた二本のベルトを使って歩く訓練をするよう助言された。それによつて、腕で身体を支え、体重をかけることなく、下肢を動かすことができた。懸命な訓練により、次第に下肢の自由を回復し、わずかな硬直が残るばかりとなつた。氏は病氣以前にはよく歩いていた。病氣以後は、歩くのは必要な

だけで十分だった。というのは、年齢が進むにつれて、小康状態を妨げるほど、仕事が増えたからである。訓練を強制されると、師は、自宅と裁判所の往復だけで十分だと答えたものである。

法律学研究はオルレアン大学においてすでに復活し始めていた。上座裁判所評定官にしてフランス法教授プレヴォ・ド・ラ・ジャネス氏は、こう考えていた。すなわち、教師たるもの知識を持ちすぎてはいけない、そのようなことは他人の役に立つ代わりに、自分自身のために役立せることにしかならない、まして他の人々をして教える内容に興味を抱かせ、学問を愛好させることにならなければなおのことである、と。氏は才能と学識に恵まれ、豊かな心の持ち主であり、きわめて付き合いやしい人物であった。氏は若者たちを愛し、彼らを惹きつける術を心得ており、熱心に成功へと励ました。<sup>(8)</sup> こうした才能は、論理と説得以外に権威を持たぬ法学教授にとってとくに必要なものであった。氏の学生たちはちょうど少年期と分別のできる年齢との間の危うい時期にあった。彼らは、独立を手に入れる時期に憧れれば憧れるほどいっそう、独立したいと念じることもしばしばであったし、たまに勉強したいと思う学生があつても、無味乾燥な法律学よりも、むしろ文学に魅了されるのもまた当然のことであった。

プレヴォ氏は一七四九年一〇月に没した。大法官閣下は後継者の指名を熱烈に求められた。閣下はポティエ師の才能を熟知しており、師をその後継者に指名することを望んだ。ポティエ師の方も、若者たちへの愛着そして教えることに見出した喜びのゆえに、そのポストへの就任を期待した。しかし師は誰かに取りなしを求めるような性格の人物ではなかった。しかしその内気さは彼が克服するのに助けを必要とする障害であった。ジルベールドゥヴォワザン氏 [Gilbert-de-Voisins, Pierre, 1685-1769] が、大法官閣下の意向を伝えることでこの障害を取り除いてくれたのか、それともポティエ師が自分の性向を克服するだけの勇気を持って、ジルベール氏に自分がそのポストを望んでいると

伝えたからかはわからない。ともあれ、誰の異存もなく、ポティエ師は指名された。しかしポティエ師はそのことに満足することができなかつた。というのは、師は、教授資格を有する博士ギヨ氏 [Guyot, Pierre-Jean-Jacques-Guillaume, 1719-84] が競争相手であることを知り、もし同じ力量の競争相手である自分がいなければ得たであろうそのポストを彼が得られなかつたことを残念に思ったからである。師が指名を受けたのはただ教えたいという気持ちからであつた。師は報酬の分割を申し出ることによって、師がギヨ氏にもたらした損失を回復したいと望んだのであつた。彼らの間の無欲な争いはお互いにとつて名誉をかけた戦いでもあつた。ポティエ師は、この報酬の分割という提案を受け入れてほしいと懇願した。ギヨ氏はこれを拒否し続けた。そして数年ののち、ギヨ氏も教授選抜コンクールを通じて教授職に就任したのであつた。

法律学の衰退が嘆かれている。衰退の原因が、一般的な社会道德の状態、世紀の軽薄さ、あまりにも若くして社会に出てしまう若者たちの放蕩に起因するだけにいつそう重大でありその改革は困難である。最も能力があり最も志し高い教師であつてもこうした一般的な原因に抗すべく、精励、勤勉、勇気をもつてするだけにとどまらざるをえない。何かなしうるとしても、彼らの成功は、つねに彼らに面倒を見てもらいたいと望むわづかばかりの若者たちに限られることになる。

ポティエ師は、競争心を喚起し始めていた教授の後を継いだ。師は、今日の大学を担う人々のなかに、自分と同じ考え、同じ目標をもつた同僚たちを見出した。

最も著名な人物が、必ずしもつねに最も優れた教師というわけではない。知識の深ささえもかえつてあだとなり、教育の効果を妨げることになるように思われる。著述という仕事は、一つの学問をじっくり研究した者だけにふさわ

しい。すべてを修め、あらゆる部分に通じている。理念で一杯に充たされた頭の中もたちどころに整理される。頭の中が整理されれば、理念は自ずと何の苦もなく最も自然な秩序に配される。難問に逢着すれば、やる気を失うどころか、真摯な研究者にとつて新たな魅力となる。重要な問題の決着をつけねばならぬときは、反対意見を探し、議論を通じて自分の考えが正しいことを確認することになる。

しかし、教える能力はまったく異なる。それが知識の量と結びつくことはまれなことである。自分の言っていることを理解してもらうためには、最も基本の原理にまで下りる。教え方や提示の仕方をさまざまに工夫する。決して自分のためにでなく、他人のためにすべてを捧げる。劣等者に無視されていると不満を覚えさせないように、全員に気を配る。自分自身、今教えていることしか知らないかのように振る舞う。頭にたたき込むために何度も同じことを繰り返す。最も基本の原理から出発して、わかりやすい順番で結論に至る。聴講者の過剰な負担にならぬよう、そしてきちんとわかりやすく語るために、一度に必要な以上のことを述べない。手を離れるまでは、自分に付いて来させることで満足する。手をさしのべて彼らの進歩の手助けをする、といったことである。これこそ教師たるものの才能である。そしてすぐれてポティエ師の教師たる才能であった。それ以上に、師は、学生が友人と会話していると思うほどに、教師の優越性を隠す術を心得ていた。師の講義は、若者たちに個人勉強してきた成果を発揮できるように質問によつて注意を向ける授業であった。質問は一人ずつにあてられたが、全員が解答すべく励んだ。全員が固唾を飲んで待っている。というのは次に質問があたるかも知れなかったからである。答えが難しかったときには、質問をしながら誘導し、解決法を気づかせ、同時に探求の喜びと発見の名誉を彼らに残した。向上がないとか基本原則を忘れているとか、些細な不満にも耳を傾けやさしくたしなめたのであった。

励ましの効果を知る者は誰しも、こうした励ましによって鼓舞されたとき、若者がいかなる能力を発揮するかを心得ており、こうした教師のもとで、高い志を有する若者たちがなす勉強の価値を評価することができる。そして師の興味深い教授法はそうした若者のたちの数を増やすのにふさわしかった。すでに述べたように、ポティエ師はその地位を望んでいたわけではなく、教えたかっただけであつた。師はその喜びだけを自分のものとし、報酬を貧しい学生や弟子たちの間で分けた。学修課程の最後に行われるフランス法の公開試験の代わりに、師は一年間教えた題材について公開討論を行った。それに参加しようとする学生はそれまでに長く懸命に勉強しなければならなかつたし、優勝といわなくても、少なくとも面目を保てるという確信がなければ誰も出なかつた。若者たちの成功に関心をもつ公衆は、大学が判定者となる戦いの見物人となることを好んだ。優勝者の栄冠は金のメダルで、公開で判定された。他の競争者たちも報償なしではなく、銀メダルをもらった。

競争者たちが互い容赦しなかつたことは想像できよう。討論は、競争者一人につき、他の全員が相手方となり、その間、順番に一人ずつを相手にしなければならぬ。問題の立て方とそれに対する答え方とが公平に判断された。その年に講義された内容は相手方も自分自身も慣れ親しんでいることは当然の予測できたことであつたので、各人はそれ以上のことを勉強しなければならぬと考え、その論拠を『ローマ法大全』や、そのテーマについて書いている著者たちに求めようとした。論争は熾烈をきわめ、判定者たちはしばしば熱を鎮めたり、介入しては、提示されたテーマからの逸脱を正し、論者が相手を驚かそうとまぎらわしくさせた論点を明らかにしなければならなかつた。

ポティエ師は、賞で弟子たちを励ますだけで満足しなかつた。個人的なことに決して左右されなかつた。最初の二学年の学生は師の指導を受けることになつていた。学生たちは平等に師の愛顧にあずかつた。しばしば一年目です

に学生たちは師の講義に魅了され、勉強を愛し、知ること喜びを見出した。『法学提要』についての試験や、学士試験は、公開で行われた。ポティエ師の熱意は、つねに他の教授たちにとって完全な見本となった。

過去二五年間に涉つて、この学校からどれほど多くの優秀な者が卒業し、行政官や法曹の世界に法的な知識と働く喜びをもたらしただろうか。

ポティエ師は、『学説彙纂』に関する大作を完成させたあと、死によって閉じられるまで華々しい経歴を過ごした。かつて師はすべてフランス法のテーマについて自分のためにだけ論文を書いていた。教える必要から、師はあらためてこれらの論稿に取り組んだ。これらの論文は、多くの人の手を介して、書写された。もし師にそれらを出版する時間が許されたなら、さらにそれらに手を加えたであろう。

一七四〇年に、ポティエ師は、プレヴォ・ド・ラ・ジャンヌス氏とジュスス氏 [Jousse, Daniel, 1704-81] と共同で、二巻本のオルレアン慣習法に関する著書を注釈付で出版した。この著作は品切れとなり、出版者は第二版を出版すべく、ポティエ師に、それを改訂するよう依頼した。師は喜んでこれを引き受けた。しかし、たんなる改訂作業どころか、師はまったく別のそしてそれにまして重要かつ有用な作品に仕上げた。慣習法書の各章冒頭に主題を簡潔にまとめた論考を置いた。これは一種の注解にあたり、注釈よりもはるかに有用である。注釈は、ある一つの条文に関連するにすぎず、思考をつなげるものではなく、解釈されるテキストと同様に脈絡のない知識しか与えないからである。師は、解明の必要な条文について注釈を付し、こうした注釈をつねにその序文に関連づけ、そして序文から条文や注釈に関連づける。これによって作品全体が一体のものとなる。スペースの少なさから、ポティエ師はこのスタイルを取らざるを得なかったが、かくしてこの作品は師の諸論考の見事な要約となっている。ここには知っておかねばなら

ぬすべてが含まれ、明快かつ簡潔に記されている。誰であれこの二巻をよく理解すれば、慣習法について十分な知識を得ることになる<sup>9)</sup>。

この作品は、オルレアン慣習法はもとより全体として関係の深いパリ慣習法にとつても重要であり、一人の法律家の手になるものとしては、この上なく精緻な慣習法に関する完全な学説集になっている。慣習法がローマ法とは無縁であり、慣習法の関わる領域をうまく扱うために慣習法だけを知っていればよいというわけではないのである。

現行法が人為的で、恣意に委ねられている中で、理性は、法原理の定立に何の影響も与えることはない。異なつた地域の慣習法は相互に矛盾することがあり、実際往々にしてそうであるとしても、しかし、それぞれの慣習法はすべて正しいのである。というのは、恣意に委ねられていることは、たんなる事実に関する問題でしかなく、それ自体本質的な問題たりえないからである。もとよりおよそ法たるものの中には、事実に関する問題ないし恣意に委ねられた規則が往々にして混在している。というのは、事柄の詳細は、人為的な法によってしか規制されえないからである。しかし、不幸なことに、わがフランス法は、他の何も含みえないほど、これらのものに充たされてしまっているのである。たしかに人為的な法であっても、実際の必要性ないし有用性のゆえに創出された以上、恣意的でないといわれようと、用語の厳密な意味では、やはり多くの場合、恣意的でしかないのである。しかし、法学者も、司法官と同様、法を変えたりはしない。法学者は、法をあるがままのものとして、教えそして説明するのである。法学者もこの恣意的に定められた原則から議論を組み立てる。つまり、この恣意的原則から真の結論を引き出し、その解釈から生じる対立する利害を正しく解きほぐし、真の配分的正義という上位の原理を繊細かつ賢明に恣意的原則に適用するのである。たしかに法学者は、さまざまな行為や人間相互の關係に広汎に適用される原理自体や純粋な法原則に基づいて判

断することにおおいに満足を覚える。しかし、こうした必然的であると同時に単純な法に、しかし、結果において豊かな実りをもたらしてくれる法に、多くの恣意的な法を付け加えることが人の倣いであるので、さまざまな利害やそれから生じる訴訟を規制するためには、こうした既存の法から出発せざるをえないのである。原則からすれば真の法にはそぐわない問題が、そのことしか学んでいない人、つまり、人為的な法という狭い範囲に汲々として隷属する人によつて扱われるのと、こうした法を越えることができる法学者、つまり、法をあるがままに尊重し、法律学を通じてこれらの実定法を解明し論じそして解釈のための判断力と眼を身につけた法学者によつて扱われるのでは、いかに大きな違いがあることであろうか。

すぐれてデュムラン氏の才能とはこのようなものであった。彼は、慣習法についての知識に、ローマ人の法から引き出した概念や説明をきわめてよく適用することができた。ロワゾー氏 [Loyseau, Charles, 1566-1627]、わがオルレアン慣習法注釈者ラランド氏 [Lalande, Jacques de, 生没年不詳] もまた同様であったが、過剰なほど多くの著者や注釈者たちの中で特筆されるべき者はわずかである。

ポティエ師の才能もまた同様であった。これこそ慣習法に関する師の研究を大いに高からしめたものである。そしてこれこそ、師がこれらのテーマについて構想したすべてを公刊する暇がなかったことを残念に思わしめるものである。しかし、同じような哀惜を与えなかつた学者はほとんどないのであるが。主として膨大な研究を要する学問の場合、人生の大部分は教えたり書いたりするための知識を獲得するために費やされる。その結果、意図されたすべての仕事を果たすだけの時間はなくなってしまう。天才的な知が勇気を鼓舞し、短い人生では達成できないような計画を立てさせる。計画ばかり考えていても、結局何もしないまま氣力が萎えてしまう。できないことをやろうとしなければ

ば、できることすら企てる勇氣もなくなってしまうことになる。

ポティエ師は、きわめてすばらしい成果を生んだ他の仕事に取り組むことがなければ、慣習法に関してあらゆる希望を満たしてくるだけの時間を持ったであろう。師は法律学の最も重要な課題——最も必要とされ頻繁に用いられ、その原則は『学説彙纂』からのみ導かれる——つまり債務と契約という課題についてフランス語で論文を書くことにした。師はこれに、フランス法に関する個別的テーマ、買戻、夫婦共有財産、寡婦資産を含めた。

一七六一年、師は、その後続く仕事の基礎として、『債務法概論』二巻を公刊した。この作品は最も大きな成功を収め、二版を重ねた。本書は古典的かつ本質的な著作として以後つねに評価されていくこととなる。著者は本書のために力を尽くし、法に関する深く広い知識を注ぎ込んだ。師は、債務の分割可能性と不可能性に関する原則を深い洞察力と明快さをもって明らかにした。このテーマは難問で、デュムランによって、学識を駆使した個別論文ですでに展開されていたが、理解するのが極めて難しかった。このテーマは、深い学識が明快さを邪魔するデュムランになり整然とした方法を必要とした。

『債務法概論』は、契約のさまざまな種類に関する密接に関連する一連の論稿を予告した。著者はこの約束を果たした。毎年新しい著作が生まれた<sup>10</sup>。著者がさらにどのような計画を持っていたかはわからない。しかし、フランス法に関する著作を世に問うたことであろう。

師の『契約法概論』は、ローマ法についての知識を基に、その原理を裁判所に提起される訴えに应用しただけでなく、良心の問題に確かな解決をも与えるという優れた点を持っている。テーマは、法的義務と道徳的義務の双方に関して論じられた。師は、契約に基づく義務がいかに法的に強制されるかを教える一方、正しいこと、正義を逸脱する

ことは何も要求してはならないこと、たとえ正当な権利行使であっても他人の権利を侵害してはならないことを教えた。これこそ法律学の根本であり、裁判所が判決するよりもより広く正しい道德の基本である。

人間的正義が永久不変の正義のかすかな影と生気のない似姿だけしか示さないのに対して、法律家だけは永久不変の正義の均衡をはかりうる。世俗的権力が建てることのできる至高の裁判所に登壇し、そこから厳密な正確さをもつて人間の権利と義務を規制するにふさわしいのもまた法律家だけである。

道德のこの部分はおそらく神学者たちの管轄でもあろうし、彼らもまたそれについて教えられねばならない。しかし、彼らが学ぶべきはまさに法律家からである。ローマ人の法に耳を傾けることを恥じなければ、彼らはそこに、ほとんどあらゆる事柄について、純粹にして正確かつ明晰な決定を見出すであろう。それなくしては人間を正しく導くことはできないのであり、不確実な決定によって人々を惑わせ、信義にはずれた利害を助長し、あるいはあまりに嚴格すぎて根柢のない意見によって良心を混乱させる危険を冒してしまう。ポティエ師も、神学者ないし決疑論者が法律問題に関わることを好まなかった。師は、また『パリ教会会議』の著者（他の点ではおおいに尊重されるべきであるが）の決定をしばしば拒否したものであった。彼らは、契約に由来するさまざまな領域に正義の原則を適用しうることがなくなったことを師に感謝せねばならない。彼らはかくも明晰な人物の判断に従うことで間違いを犯す心配がなくなったのである。

ポティエ師の文体は、単純にして簡潔であり、つねに率直であった。その文体は自惚れとか気取りとかとはまったく無縁のものであった。しかし、それは同時に明解そのものであり、冗長散漫であると誰にも不満を抱かせることはない。それこそ何ものにも代え難い長所であり、啓発のため読まれるだけの他のいかなる作品も凌駕するものである。

師は、その慎み深さゆえに、弟子たちのためにのみ自分は執筆したのだと語った。法律書ではなく、取るに足りぬ小冊子しか判断できぬ何人かのジャーナリストたちはこの皮相的な発言にとらわれた。文体の簡潔さによってしかその内在的な価値をはかろうとせず、彼らは、ポティエ師の慎み深さが語らしめた判断を繰り返してはばからなかった。しかし、師の業績を判断しようとする者は、師の契約に関する論考が法律家の養成に適切であるだけでなく、最もすぐれた法律家たちがそれらを読んで大きな収穫を得ることができる、真の法律学であり、債務法論が第一級の作品であると認めざるを得ないのである。

ポティエ師は、自分が文体にこだわりがなかったことを認めていた。師は対象だけに専心し、最初の認識のままに自分の考えを表現した。しかし、師は理にかなった思想の持ち主であり、師の観念はつねに理路整然と提示され、体系化された。師の構想はすべてのテーマを包括し、その定義はつねに正確であり、その分類は明解で秩序だっている。疑問と決断の理由が明らかにされ、読者は、議論を通じて解決の糸口を与えられ、その解決に至るようはかられる。師は、私に一度ならず、欠落や冗長さを修正するために、師の原稿を見直す名誉を与えられた。師の依頼があれば、私は必ずそれに応えた。むしろそうすることが私の義務であった。しかし、師は私に自由を与えてくれたにもかかわらず、さらに言えば、師に依頼された仕事を通じて師を喜ばせたいと切望したにもかかわらず、私の注記はあまり用いられることもなかったし、それほど重要でもなかった。私は、もし自分が著作を書くのであれば、一般的にまったく別の書き方をしたであろうと思っていた。というのは、書き方は人それぞれだからである。しかし、文体に手を入れようとしたり、別の問題を立てようとする、全面的に書き直さざるをえず、同時に氏の文体は事物に即したものであり、それを要するには明確さを犠牲にせざるをえないと思われた。同じような仕事を託された何人かも同じこと

を感じたものであった。

医学の場合と同様、法律学の場合も、研究によって理論を獲得するだけでは、それを実際に適用するためには、十分ではない。そのためにはそれを使ってみなければならぬ。ポティエ師は同様にこの面でも能力を有していた。訴訟手続は法律家にとって退屈きわまりないものであるが、ポティエ師はそれを嫌がることはなかった。そして師は『民事訴訟手続』及び『刑事訴訟手続』についての原稿を残した。

獲得された膨大な知識に、師はすぐれた司法官としての資質を結びつけた。善き正義への至情、努力、迅速な措置、公平さ、高潔さ、志操堅固、同胞愛。彼の地位に備わるべき徳にして、彼がまったく持ち合わせなかったものに何があろうか。

師は、裁判官席にあつて、手ずからそこへ導き、指導によって鍛え、自ら助言をなし手本となつて教え続けた弟子たちに囲まれることに大きな満足を感じた。彼らの誰も、師の年齢や能力からして当然の優越的な調子をとることに不満を述べる者など決してありえなかつた。同僚たちに向かつて、師はいかに振る舞つたであろうか。弟子に対するような態度をとることはなかつた。師は他人の意見に耳を傾け、反対意見を述べることを認め、正鵠を得た答えで相手を納得させたのであつた。

師の書面はいかに正確で明快なものであつたらうか。むやみに詳細に涉ることなく、当事者の弁護人たちが頻繁に付加する無関係なことを除外し、訴の理由自体と双方の申し立て事由だけを提示した。

刑事事件の判決には、法律学はあまり役立たない。刑事事件の判決では、事実の立証しか問題にならない。ことに微妙な事件について、証拠や状況を検証するために、可能性の程度を区別し、確実性と混同せず、同様に道徳的確實

性と法的確実性とを識別するには、注意力と正義感がおおいに必要とされねばならない。

ポティエ師は、この分野においても正確さと洞察力によつて傑出していた。師は、同じく司法官に求められるどんな職務にもふさわしく、立派にその職責を果たした。師は、拷問を科せられることが予想される刑事事件を免除された。というのは、師はそのような光景に耐えられなかったからである。それは道徳的な感情というよりはむしろ肉体がそれを受け入れることができなかったのである。それ以外は、司法官としての他の役割を自ら拒絶することはなかった。師の末年には、刑事代行官及び特別代行官の死去により過剰な仕事を引き受けたりもした。

オルレアン上座裁判所は、その回復をポティエ師に負っている。もし師が法律学研究においてひろめた競争心がなければ、そして、司法官として採用した人々がいなければ、裁判官団は今日わずかに数人の古参の者たちだけになっていたであろう。しかし、裁判官は過去二〇年に渡つて最良の時代を過ぎてきた。裁判所の全般的な衰退の中の唯一の事例である。一七五三年以来、裁判官団を根本から変革したこの世代に代わる者たちを期待することができであろうか。衰退を導く二流の司法官が引き起こす一般的な原因の例外となる、特別かつ偶然的な原因があったとき、このような特別な事実がこの先も確実に続くことが期待できるだろうか。一七六三年、私は、彼らの衰退の原因について公に語ったことがある。その原因は、そのとき以来たしかに減じていない。ほかのどこでも強力な原因の影響力を強く押し戻してくれた偉大な人物、危機に瀕した裁判官団を一人支えてくれた人物、そしてそれを立派に復活させてくれた人物、この人物はもはやいない。そして、師に代わるべき者は決していないであろう。

今後、師に匹敵するような法律家が他に登場することがあるとしても（そのような人物を養成するために師の著作が貢献しうるであろう）、恵まれた深い知識、正義感、洞察力に加えて、同様に高度な精神性を備えた人物がどこに見出さ

れるであろうか。善良かつ簡明で、慎み深く、あらゆる面で尊敬されるような人物が見出されようか。師はわれわれの中にあつて、精神の純粹さと簡明さによつて群を抜いていたのであり、師の世紀の生活態度ではかけ離れた存在であつた。

師の徳を述べるよりもその著作について考える方がはるかに容易なことであつた。私がまだ取り組まねばならぬ師の弔辞の以下の部分は、師と親しい人間関係と私生活での範を享受しえた方々にはきつときわめて不完全なものと思われるであろう。

## 第二部

およそ賢者たるものや学者たるものの生涯は興味を引くにふさわしい出来事に乏しい。単調さと変化のなさがその性格を形作り、その著作だけが時代を画する。その歴史は、政府が、平和の友として、ひたすら国民の幸福と、その開明化だけに専念して、長く野心とは無縁であつた国家の歴史のようなものである。かかる国民の年代記はきわめて不毛なものとなつたであろう。その国制や行政制度を知れば、その国の歴史は知られよう。制度の性格が不変である以上、その歴史は何世紀を経ようとも変わることはないであろう。

人々を動かすのはその熱情である。熱情こそが、出来事の生みの母である。歴史は出来事の結果の記述にほかならない。賢者の人生はそれゆゑ興味を引き起こすような事件をほとんど提示しえないが、それだけにいつそうその人生は幸福であるにほかならない。

賢者は、その意に反して、しばしば彼に無縁の嵐に巻き込まれることがある。状況によつて彼の本来の居場所から

連れ出され、他の人々の熱情にさらされる。あるいは彼にとって矛盾する場所へと持ち上げられる。その人生はそのとき、彼の安息を犠牲にして興味深いものとなる。

ポティエ師は、自分の熱情にも他人のそれにも決して不平をもらすことはなかった。師の心の静穩を乱すものは何もなかった。どんな大変なことも、師の人生の計画や単調さを変えることはなかった。他のどんな出来事も、師が誠実に愛した友人たちの死を除いて、師の生涯に苦しみとはならなかった。

何の心配もなく、師は全生涯をその役割、つまり法律学の研究に捧げた。師はそれ以外に果たすべきことも、やりたいこともなかった。

師は結婚しようといささかも考えなかった。師は、自分はそのような勇氣はないし、そのような勇氣を持てる人はすばらしい、そのような状態になった人がその後の結果に思っていたすならば、きっと多くのことを背負い込まねばならないとも語っていた。

独身を貫くことが、時間を浪費せず、ひたすら研究に専念しそれだけが休息になる人物がとりうるおそらく最も賢明で最良なことである。こうした解決方法は、師をして普通人と異なるものとし、あらゆる邪悪から遠ざけ、興味の対象を制約することで、ほとんどあらゆる心配の種を取り除くこととなった。

このような利点を享受しえた人はポティエをおいてほかにはなかった。師は最大限それを享受することを欲し、ずっと家政を免れていると信じていた。この面での師の無関心は家長としての欠陥となりえたであろう。こうした欠陥は、それが生じた動機によって師の場合にはかなりのものとなった。師はもともと富にまったく執着がなかったし、まったくもって無関心であった。師にとって、氏は、その行動において、この点で、こうした感情の帰結、つまり無

関心だけしか認めなかったものであり、友人たちに対して自分の無関心さを嘆いたものであった。<sup>11</sup>

師は、一七四七年に市参審人職に任命された。この選出は思いもよらなかったことと言って差し支えないであろう。時間が貴重な人物が、他人でもはるかにすぐれて果たしうる役割に時間をさくべき理由があったであろうか。自分の財産のことでもすでにあまりにも面倒な人物に、町の財産を管理させなければならぬ理由があっただろうか。実際師はこの地位の役割をほとんど果たさなかった。

師は家政の細かなことにまったく向いていなかった。師は、財産とは、それについて勉強したり、意を用いたりすべきものとはあまり考えていなかった。幸いなことに、師の家人の中に、忠実な管理人がいて、師に最も大事な用事だけを求めて、師をわずらわせるまでもないことから解放してくれた。<sup>12</sup>

師は決して財産を殖やそうとはしなかった。師は、自分が受け取っただけの分をほぼそのまま残した。師は返済を受けるときでも、元金だけを戻してもらった。道路の整理のために師の家が取り壊されたことがあったが、師は同価値の別の家を購入した。師の無関心は、師の必要に十分以上の財産があったからではなく、本来的に師の性格から、つまり富裕になろうとすることへの実際上の無関心に起因する。富裕であれば、無関心でいられそうだが、実際には無関心ではおられないものである。

たとえ師がもつと裕福であったとしても、別の生き方をすることはなかったであろう。かりに師が大変な苦勞をいとわないのであれば、多くのものを捧げて、公的事業に関わったかもしれないが、もし自分の財産管理にもつと気を配ることがありえたとしても、それは、貧者のために節約するだけだったのではなからうか。師は自分の生活を切り詰めることによって彼らを保護することを選んだ。そのことによって財産が許す以上に、師は寛容でありえた。師は、

余剰分を配分してもそれで自分の義務を果たせたとは思わなかったものであり、自分の必要分をいっそう切り詰め、余剰分はまたそのおかげでいっそう大きくなった。師の健康を大事に思つて、師の家人がこの必要のために支出した額さえも、師は残念に思つた。そのようなこともあり、師のために給された食料品の金額を彼の目に触れないようにしなければならぬこともしばしばであった。救貧修道女会は、つねに資金源として師をあてにしていた。師は、その訪問を感謝しつつ、丁重にもてなした。師は彼女たちが施し物の受託者となることを好んだ。師は、施しを見識を持って行いたかつたし、それについては、彼女たちを信頼していたので、配分をめぐつて悩むことも、調査検討をすることもなかつたのである。

いかに多くの貧乏を隠している人々が安心して師のもとに彼らの生活費を求めてやつてきては、十分な救済を受けたことか、そしてその施しの方法や同情が費用を増大させたことか。師は、どれだけの子どもたちに、見習い中の賃金を払つてやることで、自活できるようにしてやつたことか。これも一種の施しであるが、その成果は、貧困を予防することであつたからである。一体何度、困つていふことを耳にただけで、遠く離れた田舎や人里離れた町に施し物を送らないことがあつたであろうか。

師は、秘密裏に、神のみぞ知る善行をいつただれだけ成し遂げたことか。ことに災禍の時代には、師の管理人が、日常の支出のために何がしかを残す算段をしなかつたなら、その収入の全部を消費してしまい、日々の必要に事欠くことになつたであろう。師は、慈善行為のための金銭を彼女から隠し、そのために彼女は師から生活費だけでも隠さなければならなかつた。師がどれだけの金額があるか知らなかつたし、彼女が頼めばいつでも鍵を渡したので、このことはたいした仕事ではなかつた。いくらかでもお金を見つけると、ひとにやつてしまうので、師の管理人は、そう

したことが過度にならぬようにする手段としては、生活必要品を取りそろえるのに借金をするといつて師を脅かすしかなかった。それだけは師が我慢できなかったからである。金庫がからになると、管理人はそれを補充しなければならなかった。それはなお管理人の仕事であった。彼女はどこに行けば金がもらえるかを考え、自分がそれを受け取れるよう、その受領証を師に作ってもらわなければならなかった。

多くの美德や善行にポティエ師の人生は埋め尽くされているが、こうした美德は根本的な慎み深さの下に包み隠されていた。そしてこの慎み深さは、世間から隠された以上に、ポティエ師自身、これが美德だとは思わなかった。そして、この慎み深さは、師の外面的な行為に満ちあふれていたもので、これこそが、師の美德の中で隠すのがもつとも困難なものであった。この慎み深さは、真の謙遜から生まれたものであり、これによつて師は實際他の誰よりも高みに登り、師のすばらしい天分を疑わせることもなく、誰にも師の天分は明らかだったのである。

同じく自分の名声や財産への無関心のゆえに、師はどちらをも求めることはなかった。かかる無関心ゆえに、師は富を殖やすために何もしたわけではないが、日々その名声を上げていくことになった。しかし、師は財産を殖やそうとしなかったのと同様に名声を得ようとしたわけではなかった。それは師の意図せざることであり、それにもかかわらず、師の名声は大きくなり、師にそれを認めさせることはできなかった。賛辞も、師には他人を傷つけることにならぬがゆえに耐え難いことであつた。賛辞が師にショックを与え、傷つけていることは、師の困惑や顔の表情から容易に見て取ることができた。

他人に対して寛容であり、思いやりを欠くことを恐れ、自分自身のために何も求めないことは、まさしく礼節の真の基本である。この礼節は、その帰結としての、師の慎み深さと同様、師にとつてまぎれもない真実であつた。師の

礼節は、人が容易に満足し、しばしば思ってもいないのにそのようなふりをするだけの上辺だけのものではなかった。師のそれは、とくに世間付き合いよりも本に親しむ人々にありがちな、学問への専心と世間離れによって、知らず知らずのうち身に付けてしまう付き合いにくさや厳しさとも無縁であった。ポティエ師の態度は、こうしたことはまったく別であった。惜しむらくは、師があまりに恥ずかしがり屋であったことである。そのことは、師を他人との付き合いを臆病にし困惑させることになった。社交儀礼から人の多いところに出席しなければならなかったときには、まさにそうであった。このようなときには、自分ではどうしようもなく、いつも友人の一人に付き添ってくれるよう頼んだのであるが、師はそのようにされることを自分への奉仕だと考えていた。

自然は、贈与を出し惜しみするものであり、贈り物を一人に集中させることはない。自然はポティエ師に外見的な資質を拒絶しながら、師に与えられたもの以上のものを望む者がいるだろうか。師の顔つきは、自然の恩恵をうかがわせるようなものは何もなかった。師の身長は高かったが、不恰好でがっしりした体格ではなかった。歩くときは、師の身体は片側に傾き、その歩き方は独特でぎこちなかった。座るときは、長すぎる足に困って、足を組んで座った。師の行動は何もかも普通とは違つてぎこちないものであった。食卓では、たいていの場合肉を細かく切らなければならなかった。火をかき立てようとすると、まずは膝座りをしたものの、そのあとはうまくいかなかった。師の姿勢や風采の飾り気のなさは師の性格のよさをうかがわせえたが、師の精神の優越を示すものではなかった。その判断のためには、名声によつて師を知るか、師のことを深く知らなければならぬ。つかの間の訪問だけでは、思い描いた理想を損なうことにしかならなかつた。しかし、師の目に宿る精神と快活さは師の洞察力の俊敏さを示すものであつた。しかし、それらは、会話を通じて師が関心を抱くようになってはじめて活発化した。

師は、風采や手際の悪さに対する冗談をもつねに快く許した。パリで、ローブ姿でコーヒーハウスの前を通ると、若者たちが出てきて指さしたものだど、愉快そうによく語ったものである。

ダゲッソー閣下は、ポティエ師に会って当時師が取り組んでいた著作について話し合うことを希望したが、そのダゲッソー閣下の招待で、師がパリに滞在したとき、大法官府を訪ねたのであるが、そこで、ダゲッソー閣下は不在であると言われた。師はその場を立ち去り、翌日には帰郷するつもりであった。もし友人が引き留めてくれなかったら、ラ・フォンテーヌがラ・フェルテ＝ミロンへ妻に会いにパリから出かけ、彼が着いたときに丁度教会に行っていた彼女に会えずに戻ったというエピソードと同じことを繰り返したことであろう。おそらくこれら二人の人物の性格をいろいろなことと比較しうるであろう。翌日、師が再訪したときには、大法官閣下は、師が控えの間にいるとの知らせを聞いて出てきて、師を格別に歓待した。そのことは外見からしか判断しなかった人々には大きな驚きであった。

師は、人付き合いにおいて、穏和で愛想がよく、陽気で友人たちに心開いた。人間関係におけるその誠実な態度はまさに師の本領とするところであった。何ものも変えることのない心の平穏と一点の曇りもない平静さを享受した。人々は師の率直さを愛したが、それは大人物のまさに偉人然とした態度を緩和してくれるものだからである。

この師の率直さは、ときに特異な様相を呈することもあり、ときにまたそうでなかつたりしたが、それは、こう言つてよければ、率直さとは対照的な、普通の見方と判断の仕方に比較して過度の理性のせいであった。というのは、たとえ最も理性的な人間であつてもたいていは世評に従うものである。それは、この世評が単純な理性に一致した偏見のないものであるかどうかにはよらない。そして、かくも純粹な理性に指導された判断しか持つていない人に出会うのはきわめてまれであり、その人の判断は必ず奇妙なものに見えるのである。

師は、対立や論争を好まなかったが、個人的には反対意見を不快に思うことはなく、誰かが自分と意見の違う他人を好まないことを不思議に思っていた。しかし、師が自分の意見に固執するのは、まさにそれが自分の意見だからという理由ではなく、それが正しいと師が考えたからであり、師の見識が問題を未解決のままにしておかなかったからである。<sup>13</sup> 師は、自分の意見を断固として守り、反対する自由を行使したが、師は、これを同様に他人にも認めた。師は、著者の見解を論じると同じように当代の人々を相手に議論したのであるが、真理の発見以外に何の関心も持たなかった。師は、権威だけを持ち出すことはなかった。というのは、権威なるものは、理性ではなく、より注意深く主題を議論し、師の理由付けに力と明確さを与えるための、二次的で補足的な理由付けでしかなかったからである。

それゆえ、師に異議申立を行い、師と論争することからは大きな成果が得られることになった。反論は、師の平穩を破らせ、問題を再考させ、あらゆる面から議論させ、反対の論拠を比較考量させ、自分の意見を師らしくがっちり<sup>14</sup>と精力的に固めさせることになった。

しかし、師が実際一つの問題あるいは一つの意見に関心をいだくときには（真実、正義、公共善への関心以外に師の心を動かす関心事があるうか）、師の性格のやさしさや慎ましさ<sup>15</sup>が自分の意見をきわめて熱くそして激しく守ることを妨げることはなかった。もしかかる場合に師が激しい反対にあつたときには、師が自分の節度を忘れ、激昂し、反対にいらだつ姿が見られた。そのとき言葉は、どつとあふれ出し、その都度師が述べたかつたことを表すことができなかつた。説得したいという思いのあまり、師は、本来の才能であつた説得を果たせなかつた。不本意ながらも師が好まないような激しい言葉が出てくることもあつただろう。もちろんそれは悪意のない、熱意から出たものであつたはずである。だが、普段から、動機ではなく外見だけしか見ないような人から見れば、またこうした外見しか見ない理

性の持ち主で、見たものでしか判断しないような人から見れば、謝罪しなければならないようなものであろう。もし人がこの瞬間の師の姿を見たならば、優位を誇りたい、怨恨を抱かせやすい、他人に怨恨を抱かせることを気にかけない、頑固な人物と信じたことだろうし、こうした一時の見かけだけに基づいてまったく誤った判断を下したことであろう。師以上に純朴で、やさしく、平和の友であり、恨みから縁遠い人が誰あろうか。師は人を許すという機会を持たなかった。許しは侮辱を前提にするものであり、師は侮辱に対して恨みに左右されることはなかったからである。人が師に対して礼儀を欠くことがあつたとしても、師の心を苛立たせることはなかったであろうし、師に嫌悪の感情をもいだかせることもなかったであろう。師の理性も、宗教も嫌悪の念が心に宿ることを許さなかった。誰であろうと、師も嫌悪感を懐いたり、冷淡さをも懐いたりすることは同様に不可能なことであつたとまったくもって申し添えておく。

こうした機会に師が示した熱情と熱意と同じように、師は、儀式に関わるものであれ、仲間内の主張や利益に関わるものであれ、自分たち裁判官団に関わる問題を論じるときも利害には無関心で公平な態度をとつたのであつた。

このような考え方や身の律し方は、争うに値しないことを争うのを当然のように厭う師の性格の本質から生まれたものであつた。師は、他の人々も誰もが自分と同じように単純であり、外観にとらわれない卓越した理性に満たされ、外観にしかかかわらぬ事物の本質に属さないことには無関心だと考えていた。

師が聴衆に向かつて自らの意見を大声ではつきりと語つたのも、こうした考え方に、そして師の性格の素朴さに求めることができよう。弁護士が、自分の担当した事件について陳述しているうちに、師は、すでに申し立ての理由や反論を予想し、弁護人団が問題の所在を把握したときにはすでに自ら判断を下してしまつていた。あとはその事件の

攻防に耳を傾けるだけであった。もし事件があまり重要でなかった場合には、師は関心をほかに向けた。もし事件が師の関心を引いたなら、身振りで賛否を表明するのをとどめられなかった。ときには小声でそうささやくこともあった。ひとが自分の考えに至る前に師の意見を知ってしまうということもよくあることであった。

しかし、師は、裁判長となったときには、もつと自由に振る舞った。事件を迅速に処理しようとするのは、確かに賞賛されるべき望みでもあったが、それには限度もあった。師は、裁判官にとってふさわしく、当事者に対して負うべき忍耐を忘れてしまうこともあった。負けた方の当事者は、その言い分が聞き届けられなかった不服を申し立てることはできなかつた。師が事件を担当すると、弁護士に事件を説明する機会や、他の裁判官たちにも聴聞の機会を与えなかつた。たしかに、師が一人で判断し、自ら裁判所の権威を体现せんとしていることに疑問をいだく者は誰もなかつた。師がほんとうのところ何を考えているかは誰もがよく知るところであり、師の取る態度から悪意を抱いたり、師自身に秘密の見返りを疑うことなど思いもよらぬことであつた。しかし、師は迅速に職務を処理したかつてである。もちろん師は、あまり重要でない事件でもさつさと処理することはできないと考えていたのであるが。もし弁護士が決定的な論点からはずれてしまったときには、師はただちに彼をそこに連れ戻した。しかし、弁護士がとる手段が間違っていたり、依拠すべき原理が誤っているときには、師は我慢を押しさえきれず、そうではないと介入して、正しい原理や申立事由を思い出させたりもした。<sup>14</sup> 弁論は、時には口答試験や一種の研究会のようになつた。師の友人たちはときに師に異議を申し立て、師もそれを認めることもあつたが、師は彼らの教師ではなかつた。他の人物であれば、裁判長のこうした態度はまったくもつて異例のことであつたらう。しかし、師はおおいに尊敬されるべき人であり、同時に誰からも尊敬されたのであり、師には何でも許されていることに不快の念を抱かせるには無縁であつた。

このような詳述は、この回顧の機会にそぐわないと考えられない。人びとは、偉人たちの些細な欠点を知りたいと思うものである。おそらくそのことで彼らが幾分でもわれわれに近づいてくれるように思われるからであり、またおそらくはこうした軽微な欠点は、すぐれた才能にはつきものことであり、そのあまりに当然の結果でしかないからでもある。こうした欠点は、師のような人物を描くのにむしろふさわしい。こうした性格の大きな特徴はまさしく肖像画を描くのに役立つのである。

それを果たすためには人生があまりにも短すぎる仕事を要求する学問において、主たる目標を犠牲にしてしか涵養できない他のいかなる興味によっても妨げられないことは、まさにすぐれた長所である。理解を深めたいという希望を拒絶できることも大きな長所である。人がそうすることができるといえるときには、ポティエ師は、法律学をおろそかにすることなく、それ以外の研究にも心ひかれたのであれば、例えば休暇の時間がそれに当てられたことであろう。<sup>15</sup> 師は、たしかに数学と文学を愛していた。師はすでにそれらについて多くの知識を蓄えていたし、さらにそれを増やそうともした。師はそれ以前幾何学を学んでいた。そしてこの学問は、精神の正確さを完全なものとするのに適していたし、たとえそうならないとしても明敏な頭脳にふさわしいものであった。師は同じく文学の才能を有しこれを愛好した。しかし、必要のために十分な基礎を修得したあとは、師は慰めのためであればその知識を増やすこともありえたかもしれないが、実際のところ、師はもはやそのような時間を持ち合わせなかった。

司法官在職中の一〇年ないし一二年の間より大きな時間を割いたのは宗教の研究であった。師は自らの信仰を明らかにし、そして敬虔を養おうとした。師の宗教への関心は、証明の知識に発し、愛と戒律の実践によって強化された内心の確信に基づいていた。師は新しい哲学者たちを軽蔑することしかできなかつた。師は彼らのことを怒りをもつ

てしか話せなかった。師は若者たちの不信仰の進行と誘惑、その結果である道德の荒廢を嘆いた。

われわれは師の人生の短さを嘆くものである。師が企図した多くの論考を実現するための時間を許されなかったことを嘆く。もし師が関係のない仕事に専念していたなら、われわれが有する仕事すべて出版されていただろうか。多くのさまざまな仕事を満足させるためには、師に与えられた時間を厳格に節約することによってでしかできなかった。師から奪われた時間を回復するためには、師の洞察力と才能をもつてするしかなかった。

師がその創造的な仕事に費やした思索と節度ある態度は、それほど珍しいことではないので、あまり称賛してすぎとはいけない。この仕事は、疑いもなくもつとも快適で満足感をもたらすものであり、他の仕事に優先させるというのはそれほど困難なことではない。学者というものは、やらされる仕事に耐えられず、できるだけそれを避けようとする。ポティエ師は、師の著作の公刊は、師が他に公のためになした他の多くの奉仕よりも永続性をもつ有意義な財産であることを、そして、こうした選択が他の義務を断念するための最も正しい弁明となることを容易に理解し得たであろう。

われわれも同様にそのように考え、今日において、師によってかくも立派に費やされながら、もはや何も残されていない多くの時間を残念に思う。しかし、師は、師の慎ましさが許す以上に、師の著作を重視するようなことを、考へることも、結果として行動することもできなかったのであろう。

そのうえ、師は、自身のすべての義務を調査させることを原則としていた。自分の娯樂のためには時間を惜しむことはあつても、有益なことには時間を注いだし、特定の仕事を優先させることもなかった。法廷にあつては、師を置いて勤勉であつた者はなかったし、授業を休むことなど決してなかった。師は書齋に戻ると、報告のために訴訟事案

を検証した。しばしばあまり必要でないこともあった訪問者たちに、忙しい人には稀なほどの忍耐をもって応対した。師の名声があがるにつれて増え続ける書簡に返事を書いた。師はいかに多くの訴訟を賢明なる助言によって救済した事か。いかに多くの家族関係を正し、その争いを収めた事か。大衆の信頼のゆえに、師は自らをして裁判所とならざるをえなかったのである。

師は、一日の相当の時間を仕事に当ており、<sup>16</sup>たいていは予定がつまっていたが、著作の執筆に当てる時間が全くなかったというわけではなかった。師は、仕事を終えるときに疲れることもなく、同じように容易に再び取りかかることができた。師はいつも疲れたから仕事を離れたわけではなかった。というのは、あらゆる点で良識ある態度は研究にまで及び、師は決して研究も過度にわたることはなかった。師の研究は深夜にまで及ぶことはなかった。七時の夕食はいつも一日の終わりであった。水曜日だけは例外で、その日の夕食は八時まで延長された。というのは、師はこの日に若い司法官や何人かの弁護士たちと会合を持ったため、師の弟子であったこと、そして師の弟子であり続けることは、彼らの誇りであった。この会合は中断することなく、四〇年以上にわたって続けられた。会合は最初ブレヴォ・ド・ラ・ジャネス氏の家で始まったが、彼の死後、ポティエ師が自宅で開くようになった。

このように忙しい生涯において、一七四八年に師が行ったルーアン及びル・アーヴルのきわめて短期の旅行が唯一師の規則正しい生活の自発的な中断であった。師はいつも海を見たいと思っていた。師は自然の風景に無関心だったわけではなかった。海の風景は、見慣れない眼にとっては、その無限の広さによって、まさに荘厳なものであった。海の光景は、それが境界を設けてその中に畏怖すべきものを閉じこめておくために海原を穿った者の偉大さを語る。ル・アーヴルからの帰りに、師はしばしパリのド・ギエンヌ氏宅に滞在したが、それは仕事と『学説彙纂』の刊行に

ついて相談するためであった。この旅行に誘っていただいたことは私の名誉とするところである。特別代行官リュイリエ氏 [Lhuillier, Antoine Francois, 生没年不詳] も同行した。私は当時法学部の一年生であり、この旅行は私にとって勉強の妨げとなることはなかった。私が持参した『法学提要』について、道中ポティエ氏が対話を通じて教えてくれたことは、私にとってまたとない手引きとなった。<sup>(18)</sup>

師がその大作の執筆に取りかかっていた間、この仕事が中断を蒙ることなく進められるように、部分的に他の仕事から身を引かざるをえなかった。師はまだ大学教授になつていなかった。

師は、夏のひとときをリュウで過ごすこととしたが、そこで師は休息と孤独をえる機会をえた。<sup>(19)</sup>

一七五〇年に大学教授に就任して以後、師がこの地に赴いたのは休暇のときだけであった。最も忙しい人でも休みのとれるこの時期は、師が最も忙しく仕事をした時であった。というのは、師はぼんやりしていることができなかったからである。師がわれわれに残してくれた論文の大部分はこのリュウの地で生まれたものである。師はずっとリュウで馬を飼っていて、乗馬が好きだった。馬に乗った師の姿が鮮やかに思い起こされる。師の乗馬は決まって毎日曜日にサンタンドレ・ド・シャトーダン教会のミサに出かけたり、隣人たちや、何人か同僚たちを訪ねたのであったが、家をあけることはなかった。

オルレアンは、同時にその市民の中から二人を選んで、格別の栄誉を与えたが、この二人は、お互いを尊敬しあいつつ、三〇年にわたってリュウの小さな屋敷で同居した。<sup>(20)</sup>

八八歳になられたピシャル氏 [Pichard, Simon-Jacques, 1686-1775] (サン・テニャン教会参事会員) は、自分より長生きすることを願った人物の死をいまだに嘆かれています、むしろ彼の友人の運命について、静かに公の損失とだけ

悲しんでおられる。ポティエ師の法律学についてと同様に、聖書についての深い学識をもって、彼は、純粋な敬虔さと有益な情報に裏打ちされた聖書についての学問的な注釈書の執筆に携わった。彼らの休息は、昼食後の一時間の散歩と夕食後の一時間の会話であった。ポティエ師にとって、朝食はそのときに友人と食卓をともにするにはあまりにも早すぎたからである。二人の友人たちの会話はきつと興味深いものであったと思われる。ポティエ師は、当然口数が少なかつたとはいえ、師の関心のあることが話題になったときはそうではなかつた。師は、ピシャル氏が、多くの文学や聖俗の学識について語る偉大な才能の持ち主であると心得ていた。ピシャル氏にとって最も親しみのある題材についての会話を維持するためには師もまたかなりの知識をもっていた。その領域は彼らの会話をなすためにはきわめて広大なものであった。しかし、師は、ピシャル氏とローマ法についても語る事ができたらと望んだ。師は『学説彙纂』について蕩々と語り、師の友人はそれを読まないわけにはいかなかつた。師がこの講義に満足したかは問うまでもないことである。

ポティエ師の名声は、その著作とともに必然的に広がっていった。師は、生前、学者が享受しうるすべての榮譽を得た。大衆の声は、師を、その世紀最大の、あえて言えば、デュムラン以来最大の法学者であると認めた。師はしばしばこの法学者と並べ称される。死を待つまでもなく、大衆の声は、師の判断に権威としての重みを与えた。重要な裁判所は、師の著作から引用するようになった。これこそ、法学者が受けることができる疑いの余地のない、最高の榮譽である。

こうした判断は、フランスにおいてはもとより、師が本国と同じように尊重された諸外国においても採用された。師の著作は、実際のところ、その有用性が特定の分野に限られたものではなかつた。法律学が認められ培われること

になるところではどこでも、ローマ法が教えられることになるところではどこでも、人が相互に契約を結び、その契約から生まれる問題を解決するための裁判原理を発見しなければならなくなるところではどこでも、ポティエ師の名が知られ、そして師の著作が研究され参照されることとなる。かくも著名な法律家の権威は、まさしく立法者の権威に匹敵する。あえて言えば、裁判に関する法律の権威に関わる限りでは、そして、誰にでも通用する不変的なこの裁判に関する法律が、法律を作る人間が好む変わりやすく気まぐれで恣意的な意思や規定に優越する限りでは、法律家の権威は立法者の権威に勝っているといえる。

もしポティエ師が、祖国の都市法ないし固有法だけを研究したのであれば、師の名声は同国内に限られたであろう。しかし、師はあらゆる時代、あらゆる場所にとつての法律家であつた。それゆえ師は、法律学が、あらゆる地位にながると言うことで大事に育まれるような国では、フランス以上に名声を得たのではなからうか。フランスでは、法律学が軽んじられ、地位は売買されるもので、一定の値を払えば法律学を勉強することもその知識も必要ないのである。そして、付け加えれば、ポティエ師は、その素朴さゆえに時代には受け入れなかつたとしても、その研究分野はその祖国にとつても無縁ではあり得ないのである。

もし師がドイツに生まれたとしたら、その地の王侯たちが、師を招き自らのもとに留めておくかを競つたことであろうし、師を自分たちのところに引き留められなかつた王侯たちは名誉や栄誉の称号を与えて師を讃えることを自らの名誉としたことであろう。師は、われわれのもとにあつて、最も普通の人として生きていたのであり、わずかな栄誉さえも受けることはなかつた。師は、そうした栄誉に値すると考えたり、それを望んだりすることとはまったく無縁の人であつた。しかし、勲章を受ける人よりも、ささやかな功績にこれを授ければ、授けた人にとつてより名誉になる。

そうした勲章でも彼に授けることで、祖国はポティエ師に対する負債を払えたのに、そういったことを誰も考えなかったとは驚くべきことでもないのだろうか。

この著名な人物が、立法に関して諮問されたことがなく、また法改革のために師の才能が用いられなかったことも驚きである。師は立法顧問のような人物であったであろう。しかし、格別な運命により、然るべき人物が見出されるのは珍しくはないが、そのような人を適切な場で活かすことができるのはまれなことである。

かかる忘却に異議を申し立て、師の功績が正当に評価されていないことを嘆くことはわれわれのなすべきことではない。師は私たちのものであったし、全体の利益のために師が行えたかもしれないことを犠牲にして、われわれのためにその一身を捧げてくれた。たとえ司法官と大学教授としての働きが、そしてもしわれわれが絶え間なく師から得た多くの私的な便益が師の人生のすべてを占めなかったとしても、師の尽力がもたらしたものはすべての人々に役立つことであったことはいうまでもない。市民は誰もが師の助言を享受した。実際のところ、彼らのうちのいったい誰に、師がその叡智の救済を拒絶したことがあるか。よき人士たちは師を友人とみなした。貧しき人々も師を父として仰いだ。師の親切と優しさは師に対する人びとの尊敬と愛着をもたらしていた。誰しもが師の法律家たることを評価できたわけでない。しかし、心情こそはこの人物の最も本質的な部分であり、人びとはおそらくその最もすぐれた判断者である。

師の死もまたすべての人びとを悲しませた。大衆がつねに正しいとは限らない。大衆の前に示された功績は彼らの気分を害することもある。賞賛よりも非難が行われ、正当な評価がされなくなり、限定的であったり、いろいろな手加減が加えられたりして、亡くなったときに彼が受けるべき正しい評価が下されないこともある。しかし、ポティエ

師については何の非難もなかった。死は、何も付け加えることなく、その悲しみが確認された。これは可能な限り最高の賛辞であり、一点の曇りもない素晴らしい功績の完全な証明となった。

かけがえのない人の生涯がいかに長くありえたとしても、そうした人の死は、公益にとつてつねに早すぎる。ポティエ師の死は、七三歳という年齢そして師の規則正しい生活からすればさらなる長命が期待されただけに、なおさらのことである。全生涯がつねに死に向けての準備でないとすれば、師は自分の死を予想もしなかったであろう。師は加齢に伴う障害も老いによる衰えも、知的能力の減退も、身体の苦痛も、死が近づくことへの不安も経験したことはなかった。しかし、死はきわめて敬虔な生活をもつてしても免れなかった。

師はわずか六日間の病気で亡くなった。発熱は、重篤であったとはいえ、危険な兆候を示すものではなかった。三月一日、師はとても元気になり起き上がることもできた。人びとは師が危機を脱したと考えていたし、師も自分の状態について同じように考えていた。その日の夜、師は昏睡状態に陥り、三月二日に、神の目にも人びとの目にもかけがえのないその生涯を閉じた。

師の遺言はそれほど注目すべき条項を含んでいなかった。それはいくつかの報償的遺贈、敬虔遺贈、師の所蔵本のうち未所蔵のもの、の公共図書館への寄贈からなっていた。

師は埋葬について何ら指示しなかった。師の葬儀を取り仕切った人びとは、おそらく師の主要な徳目である謙虚の精神に沿うことを欲したのであろう。彼らは師を公共墓地の最も遠い一角に師を埋葬した。

市の吏員たちは、師がその一員であったということもあって、この過度の謙虚さを修正した。彼らは、祖国の名において師のために義務を果たすべく、隣接する壁の上に碑銘をはめこんだ大理石を設置させた。それにふさわしい記

念碑を建てるにはあまりふさわしくない場所で、彼らはそれ以上何をなしたであろうか。<sup>(21)</sup>

偉大な人びとは、生前からすでに祖国の榮譽であり誇りであった。彼らの墓はその祖国にふさわしい飾りとなる。祖国は、彼らの遺骸に対して、後々まで名譽を汚さない責任がある。

この偉大な人物を尊敬する一人の訪問者がオルレアンを訪れた機会に師に会い、帰ってから師に会ったことを自慢することができたらと考えた。彼がオルレアンを訪れたのは休暇中だったこともあって、彼はその機会をもつことができなかった。彼は大学の講義室を開けてもらい、せめて師がそれに座って教えた椅子を見ることは望めた。しかし、もし何人かの訪問者が師の墓に詣でたいと望んだとしても、彼らが果たして満足してくれると考えられるだろうか。

師を葬るべきは教会の中でなければならなかった。聖人にして尊敬されるべき人物の遺骸はそれ以外のどこに葬られるべきであったか。遺骸を安置するのに最もふさわしいのはいかなる教会か、大聖堂教会にか、全市民に共同の教会においてか、師がその傍らで生きた教会、師が敬虔な信仰の手本を示していた教会、日の出の前に毎日神の前に身を伏しに行った教会においてか。ルイー四世は、サン・ドニ大聖堂にド・チュレンヌ元帥 [Le Maréchal de Turenne, Henri de la Tour d'Auvergne, 1611-75] を葬らせることで自らの名譽を高めた。師がその中心に生き、その存在を通じてしばしば教化した教会参事会がただちにこの貴重な寄託物を受け入れたであろうことをわれわれは疑わない。当時師の墓の上に、皆に知らせるべくより立派な、後世に師の記録を伝えるのによりふさわしい、そしてこの厳かな教会の中で建築物の美しさが引きつける訪問者を満足させるによりふさわしい記念碑を建てることは容易なことであつたろう。今日なおそのようなことをなすことは不可能なことなのだろうか。こうした遺骸の移送に喝采を送らない市民がいたとしたら、そういう市民とは一体何者であろうか。もし時代や状況の厳しさが市の吏員たちをしてこの記念

碑のために彼らが望んだ金額を費やすことを許さなかったとしたら、相続人たちが、おそらく自らその義務を果たす名誉を熱望したことだろう。もしこうしたやり方が十分でなかったら、広く寄付を始めることもできようし、この偉大な人物を高く評価しない人びとは師の記憶を讃えるのに別に貢献しなくてもかまわないのである。了

【原注】

〔訳者注：p.xliiに二つ目の注1、p.xviiに二つ目の注9があるため、これらをそれぞれ、注10、11として組み込み、以下、通算の注番号に変更している。〕

(1) 以下に、大法官閣下からポティエ師宛の若干の書簡から抜萃しておくことはきわめて便宜であろう。これらは、書簡を収集していたド・ラ・ジャネス氏の書齋に残されていた。ドルレアン・ド・ヴィルシヨヴ氏 [M. d'Orleans-de-Villechavre, Pierre François, 1695-1774] は快く私にそれらの書簡を教えてくれた。これらの書簡は同時に大法官閣下の造詣の広さ、著者に対する尊敬、著者がその実現を心に期した作品についていただいた理念を伺わせてくれる。ダゲッソー閣下のような人物による称賛こそ最高の頌辞といえる。

第一書簡は見つかっていない。以下は第二書簡である。

「私は、『弁済について』と題する貴下の著作を受け取りました。そして、企図するだけでも称賛に値し、きわめて困難にもかかわらずそれを見事に果たされた著作にふさわしく、熟読するために休暇の最初の時期をあてたいと存じます。私は貴下の著作に付した私の考えを伝えることを喜びとします。貴下がいつの日か徹宵の成果を世の人々に役立てることができるようにと考えるからです。」一七三六年二月七日。

第三書簡……「私は、ローマ法学について貴下が企図され、そしてみごとに進捗せられたお仕事ぶりを拝見しておおいに

満足を覚えました。そこに認められる秩序、明晰性、精確性は、その企図が称賛されるべきであるのと同じく、その著作を有用たらしめます。ほぼ完成の域に達しているように私には思われます。私がご著作を読みながら行った若干の考察は、その目的に沿うものであると思います。この件について書簡をしたためるにはあまりにも長くなりますので、私の考えを率直にお伝えするために、貴下とお話しする機会を得られればありがたく存じます。休暇期間も近づいております。もし貴下パリに來られ数日過ごされるような意向があれば、貴下のような才気の人士と知己を結ぶことができ、そして私の考えを貴下にお伝えできれば非常にうれしく存じます。しかし、もしこちらの方に來られる理由がほかになれば、こちらに來れる時期を前もってお知らせいただければ有り難く存じます。そうすれば貴下にとってご都合のよい時に、私の方で時間があるかないか貴下にお知らせすることができます。貴下が休暇を有意義にお使いいただくために、私が貴下に抱いている敬意の証として、貴下の時間を無駄せぬよう努めたいと思っております。」一七三六年九月八日。

ポティエ師は、この書簡に応じてパリに赴き、大法官閣下と話し合い、その機会に閣下は師に九月二四日に著書の完成のための見解を記した書面を手渡した。ポティエ師は、実際これを役立てたように思われる。大法官閣下はこの小さな覚書をウイゲリウスの仕事と、ポティエ師の構想を比較し、後者の方がすぐれているとして締めくくっている。大法官閣下が語るところは以下の通りである。

「ウイゲリウスの著作は、ポティエ氏のものと同様に極めて近い考え方を持っており、ポティエ氏にとつてきわめて有益なものとなりえます。ポティエ氏の構想にはよりすぐれた点、より有益な点がいくつもあります。というのは、ポティエ氏は、法律用語だけを用い、法文をそのまま提示しており、これに對して、ウイゲリウス氏の方は、法学者たちの表現に拘泥せず、ほとんどつねに自分勝手に記して、原則を借用する法文だけを引用して満足しているからです。」

ポティエ師は、しばしばその著作の抜萃をダゲッソー閣下に送り、師の仕事の進行を報告していた。このことは、これに関する返書にうかがえる。

「……私は、貴下が、すでに成し遂げられたお仕事の部分と同じく、巨大で困難な仕事に取り組みつづけておられる忍耐力に敬意を表します。貴下がお送り下さった最新の論稿について長くお返事も差し上げず申し訳なく思っております。貴下の

お仕事について手紙を書くいとまもなかったということもありますが、貴下のお仕事にはおおいに満足いたしておりましたので、貴下にはご自身のお仕事をどんどん進めていただく方がむしろよかったと思っております。お仕事についてご指摘申し上げるのは、貴下が著作全体の改訂にあたられるときの方がふさわしいと思われるからです。貴下を手助けして貴下の苦労を減じてくれる助手をお持ちになることが願わしいことのように思われます。……貴下には、ときどき貴下のお仕事がどのような状況かお知らせいただけるとうれしく存じます。」一七三九年一月一日。

「貴下が企図された大作の進行状況を知らせるお手紙をいただきながら、お返事申し上げる時間を見出せずにおりました。貴下がお仕事にうまずたゆまず精励努力されておられることを喜ばしく存じます。貴下が各章の冒頭におこうとされている梗概は、若い人びとにとっておおいに役立つものとなりましょう。それらは、市民法学全体の基礎となると思われます。貴下がすでに成し遂げられたものをさらに完全なものとしたらというご意図からして、何よりも貴下の役に立つものとなることでしょう。その筆記のために貴下を手助けしてくれるどなたかをお探しになることがまことに肝要かと存じます。……貴下がそのお仕事に捧げておられる精励と根気を称賛しすぎるといふことはありませんし、私が貴下をいかに尊敬しているかは言葉につくせません。」一七四〇年八月二三日。

「……貴下のご著作の写しを作成するのに必要な経費がどのくらいになるか、ご遠慮なく私にお伝え下さい。」一七四一年六月一〇日。

ポティエ師は、一七四二年にパリを訪れている。このことは次の書簡にうかがえる。「私は、貴下の最初の論稿をダルジャノンン氏 [M.d'Argenson, Marc-Pierre, comte, 1696-1764] の手に託しました。氏は、私と同様、貴下がたゆまぬ努力をもつてほぼ完成された大作の出版のために貴下が必要とされるであろう便宜を取りはからってくれらるつもりでおられます。氏は明日そのことを私のところに伝えられることになっています。もし水曜日の朝パリの拙宅にお越しいただけるのであれば、もっと詳しいお返事をお伝えすることができると存じます。」一七四二年三月二日。

ポティエ師は、一七四四年に出版案内を配布したが、この件で大法官閣下から次のような書簡を受け取っている。「貴下が取り組んでおられた大作に関してお送りいただいた出版案内を受けとり、嬉しく思っております。その計画そして、

私が拝見したさまざまな論稿にいかにも同感を覚えたかは貴下にはおわかりのことと存じます。貴下が印刷させた最後の論稿は、貴下のお仕事のためになることを私に思いつかせました。印刷と活字の形は私には好ましいように思われます。……私は、ただちにできるだけ多くの予約がなされるよう、『ル・ジュールナル・デ・サヴァン』誌上でそのことを伝えたいと存じます。読者の熱意は著作の価値とつねに一致するものでありますので、予約申込にはそれほど時間はかからないことでしょう。』一七四四年二月六日。

「……貴下が長く取り組んでこられた大作の仕上げの印刷で、今年も例年と同じくお忙しいことを存じます。出版のあかつきには広く好意をもって受けいれられることでしょう。『言葉の意味について』及び『古法のさまざまレグラエについて』の二章が貴下におかれて完結されておられ、当方にお送りいただくか、パリにお越しの折にご持参いただければ有り難く存じます。というのは、この二章に関して少し考えていることがあり、もし貴下がまだお仕事を終えておられなければ、完全を期するために立てることもあろうかと考えているからです。』一七四五年一月一〇日。

(2) アウグストゥスの時代に至るまでの共和政の時代に制定された個別の法律及び平民会議決の数はそれほど増大することはなかった。

(3) 「法学者の解釈、または法廷での論争を通じて導入された法」。

(4) ポティエ師が、これらの二章の序言でこの著作について語ったことは以下の通りである。「もとより、各章において、トリボニアヌスが、無関心によって又は簡単のために多くのことを無視し或いは省略したのに対して、われわれは、熱心な読者のために配慮して、どちらの章にも、(他の所からできるだけ多くの概念とレグラエを補充して)すべての法の附録を付け加えることとしたい。それを読むことによっていわば容易にそして簡単な仕方で、或いは、類出する言葉に関して、或いは何らかの簡単な文章によって表現されうる事柄に関して、いっさい不明なことが解消されうることになる。」

(5) 計画の当初以来、大法官閣下はポティエ師にこれら二つの章の材料を準備するよう勧めた。一七三六年に大法官がポティエ師に手渡した書面には、この件に関する指摘が含まれている。

「各章を個別に研究するにあたり、要約するような仕方、一、法律用語を定義する法文、二、各章の法文の中に見出され

る一般的なレグラエを抜萃することが必要となろう。かかる研究は、今に至るまで、誰によってもまったく果たされたことはなかった。すべての章についてこのことを根気よく注意深く行つたあかつきには、それでもって一方で「言葉の意味について」と他方で「法のレグラエについて」という全般的な二つの章を構成するために、先に指摘した二点に関して各章に見出されるすべてのものを収集することになろう。『学説彙纂』のこれら二つの章に見出されるものよりもすぐれたものとなろう。『ローマ法大全』の二つの章の順序に従うよりも、それぞれにより自然で完全な配列を与えることが必要ではないかと存じます。」

(6) このことは、一七四五年四月二〇日付の大法官の書簡に確認される。

「お返事申し上げなければと思ひながら、貴下が従事されておられる大きなお仕事に関して、去る一月二三日にお送りいただいた書簡にお返事申し上げる機会を得ることができませんでした。時間が少し自由になりましたので、「法のレグラエについて」及び「言葉の意味について」の章に収められるべき準則を集めそして配列するために貴下がお立てになった計画に一般的に私が賛成であることをまずお伝えしておきたい。しかし、貴下は、それらを、貴下の学説彙纂が順番に公表されたのちにはじめてこれとは切り離れた別の著作とするおつもりのように私には思われるのですが、そのようなお考えには私は賛成しかねるところです。このような計画には二点不都合なことがあると考えます。

第一に、当該の二つの章、貴信によれば貴下の大作の中に含まれることになる二つの章はきわめて表層的かつきわめて不完全なものにしかならないであろうということである。というのは、貴下のお考えを鑑みますと、両章は、先行するすべてのいかなる章にも貴下が置きえなかつた準則だけを含むことになってしまい、それでは、一種の残滓にしかならず、これらの章が読者になしあるいは期待させる約束に何も答えることにはならないからである。

第二の不都合は、ローマ法学の研究に関心を有する人びとが一つのこと二冊の本を持つことになり、彼らが一冊の中に見出すべきことをしばしば二冊の中に求めねばならないことになるからである。

一方で、そのすべての箇所ずつねに斉しく完全に果たされねばならないからであり、他方で、それらの章を利用する者たちの容易さと便利さを考慮することが正しいからでもあるが、法のレグラエ及び言葉の意味について貴下が意図されておら

れるより拡大された二つの章を別の機会に延期するのではなくて、それらを印刷中の著作の中にただちに組み入れることがきわめて適切なことであると私は考えます。貴下はすでにおそらくすべての材料を収集されておられるでしょうから、貴下が私に伝えてくれた、そして、きわめてすぐれた配列に組み入れるために、貴下はそれほど多くの時間を必要とはしないでしよう。たとえそうしたことが貴下の著作の出版を遅らせることになろうとも、完全な作品をもつという有利さによって、誰しもが十分に報いられるであろうし、そのなかに、一種の補遺を待つまでもなく、望みうるすべてを見出しうるであろう。それによつて貴下は名声に關しても同様に得ることになるうが、そのことで当該の二つの章は多くの寄与をなしうる。というのは、両章がおそらく玄人衆の何よりも注目の的となり、彼らはそれによつて貴下の方法の価値と有益さをただちに判断することになるうからである。」

「この二つの章を研究されるにあつて、貴下が、ジャック・ゴドフロワ [Jacques Godefroy, 1587-1652] が「法のレグラエについて」の章に關してなした学識ある著作やトゥールズ高等法院の証人尋問部長であり、フランスが生んだ最も卓越した法律家の一人でもあつたペトルス・ファベル [Petrus Faber, 1506-46] の著作をあまり活用されて来られず、なお活用されておられないと存じます。貴下がおそらく熟知されておられるであろう他の何人かの著者たちのこと、ことに法の一般的な準則に關して多くの手がかりを与えてくれるジャン・ドマ [Jean Domat, 1625-1696] のことは申し上げません。」

「言葉の意味について」の章について貴下が立てた計画について貴信では私に語られることはありませんでした。しかし、貴下がこの章を独立してより拡大したかたちで公表する心づもりであるとき、ブリソン [Brisson, Barnabé, 1531-1591] やカルヴァン [Calvin, Jean, 1550-1614, Johannes Kah] のような辞書や法律辞典へと戻るのではなく、この章の一般的な精神に従い、法文自体によつて与えられた言葉、つまり法の原則ないし準則、あるいはテキスト解釈の方法を含み、あるいはこれを示唆する説明の中にそれを組み入れることをお考えのことと推察しております。」

「以上が、最近の貴信を拝読して考えたことのあらましです。貴下におかれては、これらのことを、私が貴下のお仕事を非常に重視し、そして尊敬申し上げていることの新しい証とお考えいただければと存じます。」

(7) 私は、この時期ほぼ二年間をド・ギエンヌ氏と一緒に過ごす機会を得たが、私は、彼がその最良の一〇年間に課せられた

仕事にいかんが尽力し精確にこなしたかを知った。その結果裁判所での仕事を完全に失ってしまうことになったのではあったが。彼は、ポティエ師と同様に宗教心に篤く、独身であった。それほど裕福ではなく、この世の富とは無縁の存在であった。彼は、こうした企図が神の命じられた使命であると言っていた。その使命が彼にとっていかに高くついたとしても、熱心にそしてきわめて丁寧なそれを果たした。

(8) プレヴォ・ド・ラ・ジャネス氏に、『フランス法学原理』[Principes de la Jurisprudence Française, suivant l'ordre des actions]と題する著作がある。同書は死後によく出版された。その方法と精確さは彼の性格そのものであるといえよう。彼の書きぶりは、きわめて端正でかつ優雅であった。

(9) これは、増補第四版として再版された。

(10) 一七六二年に、師は、『売買契約概論』[Le Traité du Contrat de Vente]、『買戻概論』、『売買契約概論補論として』[Le Traité des Retraits, pour servir d'Appendice au Traité du Contrat de Vente]を出版した。全体は良心の法廷及び外面の法廷の原則に基づいて論じられている。このことは同様に他の論考においても見られる。

一七六三年には、『定期金設定契約概論』[Le Traité du Contrat de Constitution de Rente]、『為替契約並びに為替書面及び為替手形その他手形による取引概論』[Le Traité du Contrat de Change; de la négociation qui se fait par les Lettres de Change; de Billets de Change & autre Billet de Commerce]。

一七六四年には、『賃貸借契約概論』[Le Traité du Contrat de Louage, et de Bail à Rente]。

一七六五年には、『賃貸借契約概論補論』或いは海上貸借契約概論』[Supplément au Traité du Contrat de Louage, ou Traité des Contrats de Louage maritime]、『組合契約概論』二つ補論』その一 組合契約なしに成立する団体より生じる債務関係に関して』その二 相隣関係に由来する債務に関して』論じられる』[Le Traité de Société, avec deux Appendices, dans l'un desquels on traite des obligations qui naissent du voisinage]及び『家畜賃貸借契約』[Le Traité des Cheptels]。

一七六六年から一七六七年にかけて、『無償契約概論』[Traité des Contrats de Bienfaisance]、『使用貸借概論』[Le Traité du Prêt à usage]、『容假占有概論』[Le Traité du Précaire]、『消費貸借概論』[Le Traité du Prêt de Consommation]、『寄託概

論』[*Le Traité du Depot*]、『委任概論』[*Le Traité du Mandat*]。『準事務管理概論』[*Le Traité du Quasi-Contrat Negotiorum gestorum*]、『担保契約概論』[*Le Traité du Nantissement*]、『射倖契約概論』[*Le Traité des Contrats Aléatoires*]、『保険契約概論』[*Le Traité d'Assurance*]、『冒險貸借契約概論』[*Le Traité du Prêt à la grosse aventure*]及び『博戲概論』[*Le Traité du Jeu*]。

一七六八年には、『婚姻契約概論』[*Le Traité du Contrat de Marriage*]。

一七六九年には、『夫婦財産共通制概論』[*Le Traité de la Communauté*]。

一七七〇年には、『寡婦資産概論』[*Le Traité du Douaire*]、『居住權概論』[*Le Traité du Droit d'Habitation*]、『夫婦間贈与概論』[*Le Traité des Donations entre mari & femme*]及び『相互贈与概論』付、デュノワ慣習法第一七条解釈』[*Le Traité du Don mutuel, auquel est ajoutée l'interprétation de l'Article LXVIII de la Coutumes de Dunois*]。

一七七一年から一七七二年にかけて、『所有權概論』[*Le Traité du Domaine de Propriété*]及び『占有權概論』[*Le Traité du Droit de Possession*]。

(11) 師は、ある公証人に投資のために一五〇〇リールを預けた。公証人はある投資先を見つけ、師がこれに同意したので、契約に署名させた。六か月後、公証人は師のもとに執行謄本を持参する。師は、何のことかさっぱりわからなかった。師は、このような貸付をしたのは自分ではない、そんなお金を出したこともない、と主張した。公証人はただちに師の署名を本人に示さなければならなかった。

師はどうすべきかまるでわからなかったし、どうなっているのかもわからなかった。この同じ公証人は、何人かの個人―ポティエ師もその一人であったが―の共同賃料を受け取っていた。ある日、ポティエ師が請求を怠っていたが、師に支払われるべきであった六年分の家賃を持参した。ポティエ師は、それを受け取りたくなかった。師は、そのようなことが自分にふさわしくないと考えた。少なくとも師は公証人とのあいだで示談にしようとした。半分を受領して、全額分の領収証を渡すことを申し出た。公証人はその収支と会計にきちつとしていた。そこで彼は師に全額を受け取らせるために立腹しなければならなかった。

(12) 師の家政管理人の名前は、テレーズ・ジャヴォワ [Thérèse Javoil] といつた。彼女は、一七二〇年以來、師の世話をした。この偉大な人物に関わることは知るに値する。そして、もしこのささやかな文章が、これが添付された著作集のおかげで後世に伝わることをあるとすれば、この忠実な家政管理人の名前に言及することは許されよう。

彼女は、師をととも愛していて、師の健康のことを最もよく気遣つた。誰しも彼女に恩恵を蒙っている。主人の身体の調子が悪いにもかかわらず、師が執拗に仕事をしようとしたときには、大御心から法律書をすべて燃やしてしまいかねなかつた。長い間、彼女は一年中、ポティエ師の友人の一人とともに蔵書の整理に苦勞した。晩年、彼女は蔵書の整理を断念したので、蔵書は乱雑さをきわめ、二冊の本を揃えるのもやつとのことであつた。

ポティエ師は、彼女に全幅の信頼をおいていた。師は、彼女には内緒で寄附をしていた。彼女は、主人の家事全般を完全にこなしていたが、その大部分は師にかかわることであつた。何かをしてもらうためには、彼女の機嫌をとらねばならなかつた。彼女なくしては、ポティエ師が私によく注いでくれた友情だけでは、おそらく、師の自画像を描いてもらうためには十分ではなかつたであろう。師は、自画像を決して公表しないこと、亡くなるまでは田舎に置いておくという条件でようやく、そのことに同意してくれた。そして、私はその約束を守つた。

テレーズは、この善良で純朴な人物を支配することなど苦にもならなかつた。彼女はそうすることが必要であり、最善のことであり、師を子どものように支配しなければならぬと考へていた。師は、いわば家事のこまごましたことには子ども同然だつた。何を着たらよいのか尋ねるまでもなかつた。テレーズは、師の意見を聞かず、師のために師が必要とするものを購つた。主人の新しい衣装をみた人びとが、彼女によくと挨拶を聞いて、師はそのことを理解したのであつた。こうした些事をとりあげることをお許しいただきたい。しかし、こうしたことは師のことを描くのに役立つことである。

(13) 師は、ある見解について、自分の過ちによつてか、あるいは問題を適切に把握できていないために、誤っているのではないかと考えた時にはもう一度自分の議論をたどつて、あらためて検討し、別の説明を求めた。

(14) 被告側弁護士が意見陳述を行ったときに、しばしば師は簡単に原告側の主張理由を説明して、こう述べたものである、「某先生、相手方の言い分はこうです、貴兄が応答すべきはこの主張に対してだけです。」と。

(15) すべての芸術の中で、師が愛したのは音楽だけであった。しかしそれは感覚的なものであって、音楽についてそれほど知識をもっていたわけではなかった。師は、神に近づけることだけを求めていた。音楽を愛したといっても音楽隊が神の讃歌を歌ったときだけであったが、それは言葉の意味をよく明らかにしてくれたからであった。当時、師は感受性に鋭く、顔面の動きや、身振りによっても、師の感じた印象を外に表すことを留め得なかった。

もし師の仕事が師に許すことがあったとしたら、大聖堂のあらゆるミサに列席したことであろう。讃美歌を歌うことは師にとつて喜びであり好ましいことであつたからである。師は全身全霊を込めて聖歌を歌い上げた。師は無我夢中で聖歌を歌つたというか、むしろ師なりのやり方での朗唱であつた。師の声は、耳にするなかで最も音程がはずれていたからである。

(16) 師は五時に起きて、大聖堂で朝課の間に語られるミサに出かけ、その一部を聞いた。六時に朝食。その後、昼食か法廷のときまで仕事。正午に昼食、一時半に講義、その後書斎に戻つて夕方まで過ごす。師が誰か答礼の訪問をするときには、通常日曜日の晩課の前か、木曜日を選んだ。通常七時に夕食、夕食後は仕事をするとはなかった。九時に就寝、ただちに眠りについた。師はコーヒーを愛好しが、飲み過ぎることはなかった。師は、しばしばコーヒーが一〇時まで眠りを妨げることがあつたと述懐していた。単純な計算から、一時間の眠りは一杯のコーヒーにまさるとのことであつた。

(17) 師は自宅では隠れるようなことはしないほどの心遣いをした。仕事でまったく手ふさがりになり、遊んではいられないときには、隣の友人宅に仕事に出かけた。

(18) 私たちは、道中、ラテン語で語り合つた。四輪馬車に乗つた人びとは、師の異様な姿を見て、師のことを、私の家庭教師であるアイルランド人と看做したものである。ル・アーヴルにおいて、ある人が師に魚を食べたいかと聞いたところ（それは日曜日のことだつたが）、師は、日曜日に肉抜きのお食事をするほど、愚かではないと答えた。二人の旅の連れは別のことを考えていた。

(19) 師は、一七三〇年にシャトーダンから四キロメートルほど離れたリュ・アン・ボースに小農園を求めた。そこには安価で、師の人柄と同じく素朴で慎ましやかな小さな屋敷があつた。それはまさに学者の家であつた。庭は小さく、他のすべてと同じく古くさく、土地はとてもやせていた。小さな花壇は、色あせて大きないちいに覆われていたが、師はこのいちいを嘆賞し榮

しんだ。茨の並木道が花壇を囲っていた。私は師にいつか、もう少し離れたところに家を求めたなら、よい土地を見つけ、快適な庭を持てるのではと尋ねたところ、師はこう答えたものである。「ここでも庭を楽しむには十分だ、別の土地は田舎っぽいし、この地は散歩にうってつけだ」と。

しかし、師は、美しい田舎と美しい風景を快適に感じた。私は、しばしば木曜日、師を書斎から解放し楽しい一日を過ごすために、オルレアンに師を迎えに行った。何よりも私たちはオリヴェの別荘の中を散策したものだ。師は立ちつくして、まるで風景の美しさに恍惚としたかのようなであった。そこから立ち去るにあたって、ようやく私にこういった。「この地上には永遠の都はあらず」と。

(20) にもかかわらず、私は、ある日師に、無理やりわが家に泊まってもらったことがあった。師はわが家に食事に来られた。突然激しい雨になり、私はとても帰したいと思わなかった。しかし、師はこれを拒絶したが、その理由の一つが、テレーズを心配させることを怖れていることにあることがわかれた。この障害は取り除かれた。いつも主人のあとに徒歩で付いていた召使いのセザールが馬でリュへ戻り、主人が雨でずぶれにならぬようその日のうちに帰宅しないと約束したことをテレーズに伝えさせた。私は師の習慣を邪魔しようなどとはまったく思わなかった。わが客人は九時一五分に眠りににつかれたのであった。

私は、師がカードゲームのピケのことを覚えているかどうか知りたかった。師はかつて、教会参事会員で、一七二九年に亡くなった師の伯父と毎晩そのゲームをして楽しんだ。そのゲームは師には大変退屈で、寝るために負け続けたほどだった。師はそれ以来このゲームをしたことがなかった。師はルールを完全に覚えていて、カード遣いだけはへたではなかった。

(21) ポティエ師が埋葬された大墓地に設置された墓碑銘

ロベール・ジョゼフ・ポティエ師、  
ここに眠る。

法の知識により、真摯な研究により、  
著作により、助言により、

精神の誠実さにより、性向の純朴さにより、  
生活の高潔さにより、  
卓越したる人。

すべての高潔なる市民に、  
学問に熱心な若者たちに、  
何よりも貧しき人びとに、  
彼らのために師は自ら清貧に生き、  
自らの永遠の希望を  
残した

再び取り返された救済の年 一七七二年に  
享年 七三

市長及び造営官は  
市と自らの名において  
建立せり

\*本稿は、二〇一三年度～二〇一六年度科学研究費基盤研究(C)「ローマ法におけるレグラエの研究」研究課題番号 2538013 の研究成果の一部である。訳稿の作成にあたり、波多野敏教授より多くのご指摘とご助言をいただき、不明の点をただすことができた。もとより文責はすべて訳者の負うものであるが、教授のご助力に対して、この場を借りて心より御礼申し上げます。



# 非訴訟的行政手続の法典化

デルフィーヌ・コスタ

伊藤 悟 訳

- 一 非訴訟的行政手続の法典化状況
- 二 公衆と行政機関との諸関係を法典化するための方法論
- 三 公衆と行政機関との諸関係に係る法典の目的

## 一 非訴訟的行政手続の法典化状況

非訴訟的行政手続の法典化に関する状況としては、次のようになっている。すなわち、非訴訟的行政手続に関する

法典が今のところないこともあり、二〇一三年の法律において二〇一五年末までに法典が採用されるものとされている。

(a) 行政手続法典の改正整備の必要性

現行、行政手続法という法典はない。そこで、二〇一三年の法律は、その法典整備の大規模な動きの中で、その採用を規定した。

i. 非訴訟的行政手続法典の不存在

すでに「フランス行政訴訟法の現代的課題」<sup>(1)</sup>と題して、報告させていただいたところである。そこでは、フランス行政裁判所において行政機関に適用される裁判手続を説明した。

フランス法において、二〇〇〇年以後、行政裁判手続に適用される『行政裁判法典』(code de justice administrative)がある。

この法典は、よく知られ、重要な手続諸原則を規定している。たとえば、裁判官および裁判所の独立並びに公正、紛争当事者間の攻撃防御平等（反駁、弁護権）、審問および裁判の公開、などがある。

比較としては、一八〇七年以来、民事訴訟法典がある。つまり、行政訴訟に関するフランス法は、民事訴訟法に二世紀も遅れてしまったということである。

行政法において、行政裁判官に対する手続があり、また行政機関に対する手続もある。後者の行政手続は、裁判官の介入がないことから、「非訴訟」と呼ばれている。

ある行政機関、たとえば国、地方団体が一つの決定処分をとるとき、当該行政機関は、書式や手続に関する諸規定

を尊重しなければならない。ところで、非訴訟的行政手続に適用される法の諸規定 (regles juridiques) というものは、現在、とりわけ諸法律の個々ばらばらの条項に規定されているといえる。

## ii. フランスでの法典化

フランスでは一九八〇年代ころから、法典化の大規模な動きが議論されてきた。しかし、法典化運動はフランス法では目新しいことではない。これは、すでにナポレオン・ボナパルトによる一八〇四年(民法典編纂)以来行われてきていることである。

—ナポレオン法典は、いくつかの特徴をもっていた。つまり、当時、異なった法的伝統を調整し新しい法を形成するというものである。それは、フランスの南北間、古代ローマ法への懐古趣向者達と革命的進展支持者達との間の調整であった。

—現代の法典化は、これと異なる特徴をもっている。それは、ある法分野において既存の法の諸規定を一つの法(法典)に統合し秩序づけるというものである。

公法分野では、都市計画法典 (code de l'urbanisme)、公設市場法典 (code des marchés publics)、公用収用法典 (code de l'expropriation pour cause d'utilité publique)、公法人財産法典 (code de la propriété des personnes publiques)、教育法典 (code de l'éducation)、行政裁判法典 (code de justice administrative) などがある。

しかしながら、いまだに一方的行政行為<sup>②</sup>に係る手続に関する法の諸規定をまとめた法典というものが全くない。この法典では、一方的行政行為の成立、変更、消滅などが扱われるものとなる。

ここに、二〇一三年一月一二日法律<sup>③</sup>において、行政手続法典というものの採用を規定した根拠がある。

(b) 行政手続法典の採用予定

二〇一三年法は、行政手続法典を将来採用することを明白に規定している。そして、同法は、多くの挫折を乗り越え、他の欧州諸国との調和をフランスにもたらしめている。

i. 二〇一三年一月一二日法律

二〇一三年一月一二日法律は、「関係の単純化、透明性、そして行政機関のより一層の寛大なる反応に基礎づけられた行政機関と市民との間での対話を容易にする」ことを目指している（同法律案の理由書より）。

この観点において、同法は、公衆と行政機関との諸関係に係る一つの法典を立法採用することを規定している。ここでの「公衆 public」という語は、「市民 citoyens」を意図している。この法典は、市民と行政機関、特に国との関係に適用される法の諸規定をまとめるものとなる。

現在、諸種の法律が存在しているが、一つの法典が登場することになる。それが、二〇一五年一月には予定されている。なぜなら、この法律が政府に対して二年以内に同法典の編纂を促しているからである。

ii. 先行する挫折

かつて多くの企てが失敗に終わっている。一九九〇年代から非訴訟的行政手続法典が論議されてきているが、フランス法において法典を編纂する「法典化委員会 commission de codification」は、この法典の編纂に全く着手していない。

この挫折を社会学的に見た説明として、次のようなことが提示されている。すなわち、法典化委員会は、殆んど國務院 (Conseil d'Etat)<sup>(4)</sup> の構成員によって組織された一行政機関であるからである。したがって、委員会は、かつて国

務院と呼ばれた最高行政裁判所が絶え間なく変更する所管事項を簡素化すること、また合理化することを望んでいない。

行政機関のトップは、首尾一貫しかつ合理的な手続というものが法典化手法において提示されることに意義を見出してこなかったのである。これに反して、市民は、この手法を待ちわびてきた。これにより、行政機関が関与する行為処分をなすとき、行政機関が従わなければならない法の諸規定を明瞭かつ透明性をもって市民に示されるからである。

### iii. 他の欧州諸国との同調

この法典が採用されることで、フランスは、行政機関と市民との間の関係を法典化してきた欧州諸国の多数派国の一員になるといえる。すでに、オーストリア共和国が一九二五年に、ポーランド人民共和国が一九二八年に、ハンガリー人民共和国が一九五七年に、スペインが一九五八年に、スイス連邦が一九六九年に、ドイツ連邦共和国が一九七六年に、ルクセンブルク大公国が一九七八年に、イタリア共和国が一九九〇年に、オランダ王国が一九九四年に、またギリシア共和国が一九九九年に、法典化をしている。

欧州以外でも、アメリカ合衆国が一九四六年に行政手続に関する一般法を採用している。欧州において、依然として行政手続を法典化していない国としては、連合王国（イギリス）、アイルランド、ベルギー王国がある。フランスにおいては、公衆と行政機関との諸関係に係る法典が二〇一五年末までに採用されるが、その方法論は何か、その目的は何か、が問われている。

## 二 公衆と行政機関との諸関係を法典化するための方法論

二〇一三年一月二二日法は、市民間の諸関係に係る別の簡素化手法を行政手続法典に導入しようとしている。

### (a) 二〇一三年一月二二日法の内容

二〇一三年法は、行政の簡素化に係る法律である。このような法律は初めてのものではない。これ以前にもいくつかの法律がある。

たとえば、

— 「法の簡素化」に係る諸法律（二〇〇四年二月九日法<sup>⑤</sup>、二〇〇七年二月二〇日法<sup>⑥</sup>） また「法の内容に関する簡素化および改善」に係る法律（二〇一一年五月一七日法<sup>⑦</sup>）

— 「行政手続」、「行政上のアプローチ方法」の「簡素化」と「緩和」に関する諸法律（二〇〇九年五月二二日法<sup>⑧</sup>、二〇一二年三月二二日法<sup>⑨</sup>）がある。

これらの法律は、あらゆる分野において、市民に適用されうる法の諸規定を簡素化し明確にするものであるが、しばしば、これら法律は適用法を複雑にしている。それゆえ、この二〇一三年法は、行政手続法典であり、さらにフランス行政法における非常に重大な諸改正をも規定するものである。

### i. 行政機関の黙示による承認

二〇一三年一月二二日法は、一つの新しい原則を規定している。つまり、行政機関が提出されたある申請に対して保留する場合、申請者の申請は、二月経過したときに自動的に承認されたものとされる。

二〇一三年一月一二日法以前では、逆の原則があった。今後は、例外なく、黙示の保留が行政の申請への同意という行政決定処分とみなされうると認められる。しかし、二〇一三年法に規定されている例外も多くある。

## ii. 電子行政

二〇一三年一月一二日法は、個々の市民が電子書簡または電信手続により行政機関に申請等することの権利を認めている。電子行政の現代化は、進行中であり、行政機関と市民との間のより良い対話を目的としたものである。

同様に、同法律は、電子的方法により、遠隔地での合議制組織の討議を想定している。これは地方団体の議会審議には関係しないものとしている。その目的は、より早い、より有効な行政活動がなされることにある。

## iii. 事前的意見の伝達

ある行政機関の決定に事前的意見というものが必要であるとき、その意見は、その後、決定がなされる前に市民に対して伝達されなければならない。これにより、市民は、その意見に応じて、行政機関への申請を変更や補完することができるとする。その目的は、市民提案の実現期間を短くすることにある。

二〇一三年一月一二日法は、それゆえ、行政法を簡素化することに向けて働かなければならない多くの目的を有している。その中で、公衆と行政機関との関係法典は、一方的行政行為の一般制度を明確にしなければならないと予想されている。

しかしながら、一定の分野に関してはくる予想される法典が関係するものではないとされている。それは、すでにある諸法典により網羅されているからである。たとえば、公設市場、都市計画、などである。そこで、法典化のために用いられる方法を説明する必要がある。

(b) 法典化の方法論

二つの方法が非訟行政手続法典の採用のために想定されている。一つが伝統的方法であり、今一つが新しい方法である。

i. 「恒久法」としての法典編纂

来る法典は、「恒久法」となるべきものとされている。したがって、同法典は、多分野において存在する法の諸規定をまとめ整理するものでなければならない。しかし、同法典は、新たな規定を追加するものでもなく、また削除するものでもあってもならない。

対象となるものとしては、

— 公衆と行政機関（国、地方団体、公施設法人）との間の関係

— 行政機関間における行政に係る関係

— 行政機関とその職員との間の関係

— 行政行為制度に関する一般規定

「恒久法」としての法典化の方法論は、フランス法では、一般的なものである。実際、法典編纂者は、変更をもたらすものではない。法典編纂者は、単に、法の諸規定の間にあるそれらの整合性と法規範 (*normes juridiques*) の階層性を尊重することに留意しなければならないからである。

ii. 「非恒久法」としての法典編纂

新たな方法として、二〇一三年一月二日法は、「非恒久法」としての法典編纂をも同様に認めている。確かに、

同法は、一定の行政法領域において、一定の規定を削除または変更することを認めている。

対象となるものとしては、

― 行政機関に申請された諸要請に係る指導教育、新技術に対応するもの

― 一方的行政行為の取消や廃止に係る制度

― 行為の策定への公衆の参加

― 法規の変更に対する保障の強化

これら事項については、法に関する状況がしばしば裁判の判決、特に国務院判決から導き出される。ところが、その判決の一部には相対立するようなものもある。したがって、法典編纂者は、法に関する状況を簡素化するように促される。

たとえば、十分に正当化されずに、一般規定というものから適用除外となる特例規定は、廃止されるといえる。また、次から次へと付け加えられている諸規定は、無駄な詳細を元に戻すというように、簡素化されるといえる。

この簡素化の動きは、法的安定という目的に向けて実行しているものである。この目的は、法律の明瞭性やわかりやすさの要請として表現されているものである。

### iii. 法律の明瞭性とわかりやすさの要請

「非恒久法」としての法典編纂は、憲法院が立法院に課している諸原則において、その正当性が示されている。憲法院裁判官は、事実、一九九九年以後、立法院が、法案作成にあたり、法律のわかりやすさと明瞭であるという目的を追求しなければならぬとしている。

換言すれば、法令の条文は、市民にとって、その理解力をもって分かりうるもので、かつ明瞭なものでなければならない。この目的により、市民が自己に適用される法律を容易に検索でき、かつ迅速に理解できなければならないということである。

ところで、正確には、非訴訟的行政手続において、法の現状が多くの理由のため理解しがたいものになっている。

― 対審裁判判決の積み重ね

― 判決と法律との矛盾

― 一般原則の欠如

― 著しく明白なる諸例外の増大

将来の法典では、行政機関と市民とのより良い対話が、行政手続に係る諸規定を明瞭かつ透明性のある方法で構築することで、実現されるといえる。

### 三 公衆と行政機関との諸関係に係る法典の目的

二〇一三年一月二日法は、将来の非訴訟的行政手続法典の何が目的であることを明示しています。同法は、暗黙のうちではあるが不可避免的に、諸法律および既存裁判所の諸判決を参照している。

#### (a) 法典編纂目的となる諸法律

行政機関と市民との関係を対象とする諸法律は、多くある。それらは、とりわけ簡素化を求める諸法律により、しばしば修正されてきた。しかし、それらは諸基準というものを残している。法典編纂は、多くの分野において適用さ

れていた諸法律を再組織化し再整理するものである。

#### i. 行政文書資料の質問調査

行政機関と市民との関係に関する初期の法律の一つは、行政文書資料への質問調査<sup>(10)</sup>を定めている。それは、一九七八年七月一七日法<sup>(11)</sup>で、行政機関と公衆との関係を改善する各種方法を規定していた。

行政文書資料とは、行政機関により作成された文書等で、相当広範囲なものとして理解されている。行政文書資料はあらゆる市民から要請されうるものである。

—当該文書資料が一般的である場合、あらゆる市民はそれにつき質問調査することができる。たとえば、コミュニケーション都市計画見取図は一般的文書資料である。

—当該文書資料が個人的に一個人に関するものである場合、この個人のみがその質問調査を要請しうるものである。たとえば、カルテは個人的文書資料である。

さらに、いくつかの文書資料について、市民への質問調査が禁じられている。それは、秘密として秘匿される文書資料である。たとえば、防衛秘密、経済上の秘密、医療上の秘密、などがある。

行政機関が文書資料への質問調査を拒否する場合、その際、市民は、独立した権限機関に申し立てすることができる。それは、行政文書資料アクセス委員会 (Commission d'accès aux documents administratifs, 以下、CADAと略す) である。CADAは、行政文書資料の質問調査可能に係る性質について判断する。同委員会は、当該文書資料が行政機関において質問調査されうるべきものであるかを評定することができる。逆に、次の場合には、できないものと評定する。

—最初の推論として、行政機関が、まず文書資料に関して質問調査をしなければならないとする。この場合に行政機関がその質問検査をしない場合、市民は行政裁判官に提訴することができる。

—次の推論として、市民が行政裁判官に対してCADAの地位を争うことができる。

またさらに、一九七八年法は、公的情報の再使用にも言及している。行政機関により収集された情報はたくさんある。それは、土地評価台帳、民事身分証書、選挙人名簿、などである。

とりわけ、公共の情報および公知とされる情報は、それが一般的性格をもつとき、無償にて再利用されうるのである。今日では、公的情報へのアクセスは、最も頻繁にインターネットを通じてなされている（国の場合、[www.data.gouv.fr](http://www.data.gouv.fr)のURL）。

## ii. 情報科学と自由

この分野では、一九七八年の別日付の法律がある。それは、情報処理、情報ファイルおよび自由に関する一九七八年一月六日法<sup>(12)</sup>である。同法により、また情報科学と自由に関する国家委員会（Commission nationale informatique et libertés, 以下、CNILと略す）が設置されている。

同法は、情報ファイルを規制している。これにより、すべてのファイルがCNILに申告されることが要求されている。たとえば、インターネットにて登録される書式すべてに関して、CNILに申告されたファイルとされるといふ結果になる。

もつとも、CNILはいくつかのファイルを禁じることができる。実際、一定の情報は情報ファイルに書き込まれてはいけなるとされる。たとえば、宗教的、政治的、組合運動の（個人的）意見に関する情報である。

さらに、各市民は、情報ファイルの内容とされる情報を削除または変更されることの権利を有している。これは、市民がある書式を作成するとき、その市民が変更および削除する権利を持つていることが予定されているという理由によるものである。

一九七八年法は、またファイルのネット接続を予定している。これは、行政機関がその情報を突き合せないためである。このネット接続は、ますます容易になっている。脱税や社会的不正行為に対する闘争において、ネット接続を部分的に認めることが予想されている。

### iii. 行政行為の理由附記

次に、一九七九年七月一日法<sup>13</sup>が行政行為のモチベーションに関するものとしてある。フランス行政法において、原則として、一方的行政行為の理由附記不要がある。

一九七九年法は、この原則に係る例外を提示している。例外は、二つある。

—一つは、個人的に不利益な行為は理由附記されなければならない。たとえば、罰則適用、あるいは許可の拒否など。  
—二つは、一般条項の適用除外となる行政行為も、また理由が附記されなければならない。これは、時として、都市計画領域である。

理由附記は、「決定処分<sup>14</sup>の基礎をなす法的小および事実的動機理由」を表明するものと考えられている。理由附記は、市民に行政行為を争うとした場合に十分な防禦を準備させるものである。

### iv. 行政機関との関係における市民の諸権利

最後に、行政機関との関係における市民の諸権利に関する二〇〇〇年四月一二日法<sup>14</sup>がある。これは、市民にとって

多くの権利を認めたものである。

―同法は、行政行為は氏名、職位および住所を明記し容易に個人を特定できるように作成されることを規定している。

―同法は、個人的行為および法定外行為はその発信者による書面または口頭による所見の後になされることを課している。

―同法は、行政行為に対して、それを争うことが許されている法的方法を教示することを義務としている。たとえば、不服申立て、裁判管轄、訴訟期間など。

二〇〇〇年法は、法典編纂への一時しのぎとして受け取られていた。しかし、その後、同法が判例により争われたこともあり、不十分なものとされている。

#### (b) 法典編纂に関する判決

何が原則であるのか、また何が法典編纂に関する国務院判決から導かれる諸規定であるのか。

##### i. 行政行為の執行力原則

一九八二年七月二日判決<sup>15</sup>において、国務院は、行政行為の執行力としての性質が「公法の根本規定である」と判示している。これは、次の二つを意味している。

―一つは、行政行為が法に適合していると推定されるということである。これは、司法的安全を保障するものである。

―二つは、行政機関が行政行為を執行しなければならないということである。たとえば、相手が争訟に出るとしてもである。

結論として、ある市民がある行政行為の取消を要求するとき、その行政行為の執行は停止しない。しかしながら、

二〇〇〇年法以後、市民は、緊急に、「一時停止急速審理」により行政行為の一時停止を求めることができている。

ii. 行政行為の遡及的取消制度に関する諸規定

行政機関は、行った行政行為に対して遡及的方法をとることができる。その行政行為は、全く無かつたものと推定されている。しかし、行政機関は、法的安定性を害してはならないのである。それゆえ、行政機関は迅速に措置しなければならぬ。また、行政機関は、市民が当該行政行為により得た個人的権利に抵触してはならない。

国務院二〇〇一年一〇月二六日判決テルノン氏事件<sup>16</sup>では、国務院は、明瞭に個人的かつ権利創設的な行為については、それが違法であるとき、決定処分後四月以内に行政が取消し得ると判示している。それが適法であるとき、行政機関は当該行為を取り消すことができない。

個人的なものでない行政行為、および個人的権利を創設するものでない行政行為に対しては、行政機関は、一層自由である。実際に、行政機関は、社会の発展にその活動を適合するために、いくつかの一般規定を変更できる。

iii. 行政行為の将来的廃止制度に関する諸規定

ある行政行為の廃止は、その削除を意味するが、将来に対してのみ法効果を持つものである。それゆえ、取消とは異なる。しかし、廃止は取消と類似する規定に従うものとなっている。

行政機関は、四月以内か違法であるときにのみ、個人的行政行為および権利設定行政行為を廃止することができる。国務院は、国務院二〇〇九年三月六日判決クリバリイ事件<sup>17</sup>において同趣旨を判示している。

行政行為が権利を設定するものでない場合、行政機関は、容易に廃止することができる。なぜなら、行政機関は、進展することができるからである。また同様に、行政機関は、一般的である行為を常に廃止することができる。ただ

し、行政機関は、経過措置をとらなければならない。

さらに、行政は、市民からの要請で、一般的行政行為が違法であるとき、当該行政行為を廃止する義務を有している。この規準は、一九八九年判決からのもので、立法者により繰り返し採用されたものであった。これも、他のものと同様、将来の非訴訟的行政手続法典に組み込まれるものであるといえる。

\*本翻訳は、日本大学法学部の学術交流提携校であるフランスのアビニオン大学から、平成二六年度の法学部招聘教授としてデルフィーン・コスタ教授（Prof. Delphine Costa à l'Université d'Avignon）をお招きした際に、同年一〇月二四日に法学部にて行った第三回講演報告（司会・通訳と報告原稿の仮訳を伊藤が担当した）に基づくものである。その講演原稿原文は、挨拶などが略され、*La codification de la procédure administrative non contentieuse* と題して、法学部機関紙 *Comparative Law Vol.33* (2016, Comparative Law Institute Nihon University Tokyo) pp.93-103に掲載されている。なお、コスタ教授は、現在、アビニオン大学から同大学を包括する大学区を代表するエクスマルセイユ大学（Aix-Marseille Université）へ移籍されている。

報告テーマである「非訴訟的行政手続」（*La procédure administrative non contentieuse*）の日本語訳としては多々の訳がなされているが、本翻訳では、ジャン・リヴェロ著、兼子仁・磯部力・小早川光郎編訳『フランス行政法』（一九八二年、東京大学出版会）一〇三頁の訳語「非訴訟的行政手続」に従った。

講演原稿には参照等の脚注はなく、この翻訳での脚注は、伊藤が参考に付したものである。

## 脚注

- (1) 二〇一四年一〇月二〇日に開催されたコスタ教授による第一回講演報告。これについては、Delphine Costa « Des problèmes contemporains en droit français du contentieux administratif » Comparative Law Vol.32 (2015) pp35-60、同翻訳につき、神尾真知子「フランス行政訴訟法の現代的課題」日本法学八二巻一号(二〇一六年六月)一三九—一五五頁に掲載。
- (2) 一方的行政行為 (actes administratifs unilatéraux) とは、行政行為を形式面からみて、契約的(双方向的)行政行為 (actes administratifs contractuels) に対する概念であり、法令規則に基づく行為や個人的行為である (v. LEXIQUE DES TERMES JURIDIQUES, 21éd.2014, Dalloz)。
- (3) Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens. 本稿でのフランス法令および判例の引用は、フランス共和国法令等データベースであるレジフランス Legifrance (<https://www.legifrance.gouv.fr/>) から行う。
- (4) Conseil d'État の訳出については、滝沢正『フランス法』(一九九七年、三省堂)一九六頁等に従い「国务院」とした。
- (5) Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit.
- (6) Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit.
- (7) Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.
- (8) Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.
- (9) Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.
- (10) 行政文書資料への質問検査 (Communication) は、行政側からは「情報公開」を意味する。
- (11) Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. この法律はフランスの情報公開法である。
- (12) Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. この法律はフランスの個人情報保護法である。

- (13) Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. この法律は一定の行政行為への理由附記を義務化した。
- (14) Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. この法律内容等は、岡村美保子「フランスの行政改革—行政機関との関係における市民の権利に関する法律」外国の立法二一八号(国立国会図書館、二〇〇三年一月)一五—三三頁に詳細紹介されている。
- (15) Conseil d'Etat, ASSEMBLEE, du 2 juillet 1982, 25288 25323, publié au recueil Lebon.
- (16) Conseil d'Etat, Assemblée, du 26 octobre 2001, 197018, publié au recueil Lebon. 本件は「国務院WEB (<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/>)」に重要判例としても掲載されている。
- (17) Conseil d'Etat, Section du Contentieux, 06/03/2009, 306084, Publié au recueil Lebon.

## 危険な取引を介する詐欺？<sup>①</sup>

ゲルハルト・ゼーエア

野村和彦 訳

### 導入とテーマの限定

詐欺罪はドイツ刑法の中でも非常に難しい構成要件のひとつです。詐欺罪の構成要件のほとんどの要素について議論が交わされているほどであります。さらに、最近のドイツの判例においては新たな動きがあり、それに伴い、新たな問題が生じています。ここでは、二つの重要な問題に限定します。それは次の通りです。

1. 行為者は被害者を騙さなければなりません。単純な事案においては、欺く行為は嘘を外部に現すことによつて行われます。そして、行為者が重要な事情を知らせる義務を負っているならば、<sup>②</sup>行為者はこの事情を何も伝えないこ

とによって騙すことができます—不作為による欺罔です。しかしながら、多くの契約行為において、行為者は、特別な法的関係に基づき問題を孕んだ諸事情を説明する義務を負っているにもかかわらず、その義務を果たしていません。やはり、ドイツの学説は、ここである種の欺罔行為を認めるのが普通です。すなわち、「行為者の行為の全体による欺罔」—挙動による欺罔 (konkludente Täuschung)<sup>(3)</sup>—として構成するのです。挙動による欺罔を認めることにより、詐欺罪の規範目的に關し様々な問題が提起されています。危険な取引を締結する場合にも、このことが問題となっております。このことは後ほど詳述いたします。

2. 第二の問題は、財産的損害を確定することです。財産の価値が一方から他方へ実際に移転した場合、被欺罔者に損害が発生したかどうかは、容易に算定することができます。しかしながら、契約を締結した時点において、詐欺は既遂に至っていると解されることがしばしばあります。すなわち、その契約によって、相手方が不利益な義務を—欺罔によって—負う場合があります。ここでは、不利益な義務を履行したか、財産的損害が生じたかどうかは、どうでもよいのです。しかし、この「契約締結詐欺」の場合、どのように財産的損害は確定されるのでしょうか。ここでは本当に詐欺は既遂に達しているのでしょうか。

もし、この場合において、例えば、「損害に匹敵する財産的危険 (schadensgleiche Vermögensgefährdung)」が生じているといったことを理由に、詐欺の既遂を肯定するならば、どのように財産的危険を算定したらよいのでありましょうか。最終的な損害は未だ現実化していないのです。

詐欺罪の構成要件に目を留めると、さらに様々な疑問が生まれます。しかしながら、ここでは、危険な取引に関する問題に限定したのであります。すなわち、債権者が、契約の形成過程において生じる特別な不確実性を受け入れ

る用意のある取引についてであります。まさしく、危険な取引において、挙動による欺罔と財産的損害の確定の問題が極めてはつきりと現れます。この現代的な題材によって、私たちは、詐欺罪の構成要件を解釈する難点に、たやすく目を向けることが可能になるのです。

私はこの問題を四つの章に分けて考察したいと思います。最初に、危険な取引の事例群について説明します。これらの事例群は、ドイツの最近の学説においてよく用いられています（第一章）。ここでは、しばしば契約締結詐欺の事例が問題となっているのです。このため、契約締結詐欺と契約履行詐欺との相違についての研究につながらざるを得ません（第二章）。さらに、財産の移転が実際にはない「単なる」契約締結詐欺の場合において、どのように財産的損害を算定したらよいかが問題となります。財産的損害がなければ、詐欺罪は既遂に至らないのです。すでに述べた二つの問題、つまり、詐欺に関係する事情について、行為者が挙動により欺罔したといえるのはどのようなときなのか、そして、危険な取引における契約締結詐欺の事例において、財産的損害はどのように算定されるのか、について、最後に述べたいと思います（第三章、第四章）。

## 第一章 危険な取引の事例群

まず危険な取引の概念が定義づけられなければなりません——これに関して第一章を始めます。すべての契約は不確実性を孕んでおり、とりわけ、長期間にわたる契約の場合には、契約当事者が契約締結時点において予測できなかつた事情が生じます。このリスクは、契約活動や経済活動の一部分であります。これらのリスクのために、民事的規制が存在しています（遅滞、不能、損害賠償）。ここでは刑事的規制はなしえません。しかしながら、典型的に不確実

性が備わっている契約は存在します。その不確実性は契約の種類に起因しています。この危険は、ある種、契約の構成要素であります。そのような契約を、これから「危険な取引」と称します。

最近のドイツの学説における議論では、危険な取引には三つの類型があるとされるのが普通です。それらは次の通りです。

(a) 消費貸借の契約<sup>(4)</sup>

銀行が多額に上る消費貸借の信用を与えると、その債務の支払いは債務者の経済的發展にかかっています。企業を例に挙げると、支払いが不能になったり他の理由により支払いが不足したりする一定の危険が、企業にはあります。同じことは、例えば家を買う個人に信用を与える場合においても当てはまります。信用を与える者は、契約を締結する以前に、消費貸借に伴う危険を認識したいでありましょう。それどころか、信用を与える者は、その危険を認識しなければなりません。もしも、リスクがあり、債務の返済を十分に担保できない信用を与えたならば、その責任のある者は背任罪に問われうるからです。

(b) 生命保険の締結

数年前に、アラブのテロ組織であるアルカイダに加わっていた者が、アルカイダの他の構成員のために、複数の生命保険契約を締結しました。その後、保険金を得ようと自分の事故死を偽り、その保険金のほとんどをアルカイダに手渡そうとしたのです。しかし、事故死と称する偽りの書類を調達する前の時点で、行為者は逮捕されました。<sup>(5)</sup>

この事件は、生命保険契約が危険な性格をもっていることを非常に明らかに示しています。すなわち、保険事故がいつ、そしてどのような原因により、発生するのかは、契約を締結する時点では、認識不可能なのであります。生命保険は、それが全体として損失の状態で機能しないよう契約は形成されるという予測とともに、機能せざるを得ません。

### (c) 賭博

ドイツの裁判所は、近年、スポーツ賭博について、数度にわたり判断を迫られました<sup>⑥</sup>。とりわけ、サッカーの試合の前に、驚くべき試合結果をもたらすため審判や選手を買収した後に、行為者らが通常でない試合結果に金を賭けるということがありました。特に、賭博契約にはそれ自体に危険が内包しています。なぜなら、賭けた結果がどうなるかは不確実であるのが、賭博の本質だからです。

契約のこれらの種類が詐欺罪の解釈論争を特に呼びおこすのはなぜなのでしょう。この問題は第二章で扱います。

## 第二章 契約締結詐欺と契約履行詐欺

詐欺罪の構成要件は財産的価値を保護しています。同時に、詐欺罪は民法秩序を保護する構成要件に属します。それは、詐欺罪の解釈は民法による規制に従わなければならないことを意味します<sup>⑦</sup>。こうしたことから、詐欺行為は契約締結と契約履行の二つの面に分類されます<sup>⑧</sup>。それは、債務負担行為と処分行為といった、ドイツにおける分離に相応しています。契約締結における詐欺行為は契約締結詐欺（以下、締結詐欺とする。〔訳者注〕）として扱われ、財産の

客体を処分する場合における詐欺行為は契約履行詐欺（以下、履行詐欺とする。「訳者注」と呼ばれています）。

履行詐欺においては、財産の客体が実際に移転します。その際に損害が生じたかどうかは、容易に算定することができます。といえますのも、被害者によって手放された財産的価値は、契約によって被害者が得た財産的価値と比較することができるところであります。<sup>9)</sup>これに対して、締結詐欺の場合は別であります。なぜなら、そこではまさに、将来において財産的価値を移転する債務だけが問題となっておりからであります。

詐欺の結果は財産の不利益な移転にあると詐欺罪を特徴づけるとするならば、債務負担行為が詐欺罪の構成要件を充足しうるかは疑問であります。なぜなら、そのような契約の締結によって財産的価値は未だに移転していないからです。ここでは、債務負担契約が後に充足される段階になってはじめて財産的損害として現実化する財産の危険が存在しないのでしょうか。

このことは、危険な取引に関するすべての事案において問題となります。なぜなら、債務負担契約において、不確実なリスクはつねに存在しているからです。これらの契約が履行の段階へ至れば、その危険が財産的損害として現実化したかどうかを直接確定することができます。しかしながら、それ以前に、すでに損害が一般的に生じているか否かは、全くはつきりしません。例えば、銀行が信用を与え、その返済について保証がない場合であっても、債務の返済はそれでもなしえます。信用契約を締結する時点において、銀行側の財産的損害はどこに生じているのでしょうか。生命保険においても、欺罔によって生命保険金の総額を支払わせることを意図して契約を締結することはできません。しかしながら、「行為者」が契約締結後にその企てを行わず、契約をそのままにしておいたなら、保険会社にとって、どこに財産的損害が生じたというのでありましようか。さらに、審判を買収することにより人気のチームが

負けるようサッカーの試合を操作しようとしたものの、人気のチームが勝利し、それにより賭け金が失われた場合、賭けの提供者は、いったい何によって損害を被ったというのでありましようか。

このように、「締結詐欺」という構成には問題があります。なぜなら、債務負担契約を締結することによって財産的価値は移転しておらず、むしろ、財産的価値の移転を法的に拘束する取り決めがされているだけだからです。にもかかわらず、この取り決めの時点において、一方が欺くことにより、それが相手側に不利益を与えるならば、詐欺は既遂となりうるのでしょうか。

詐欺罪が財産移転罪であるならば、純粹な締結詐欺は不可罰であります。なぜなら契約を締結するだけでは財産価値の移転は未だに存在しないからです。詐欺罪を帳簿犯罪 (Buchhaltungsdelik) と解すときにのみ、締結詐欺は体系的に根拠付けることができます。なぜなら、金回りの不利益な契約は、帳簿上、損失の項目に計上されるからです。そこには、欺罔によって契約を締結した一方の当事者の債権があり、この債権は、被欺罔者にとって経済的に同価値の債権と相対するものではないからです。<sup>10)</sup>

ドイツの判例および学説は一致して詐欺罪を次のように解釈しております。すなわち、欺罔によって相手方が望んでいない不利益な債権を生じさせる契約を締結した時点において、すでに詐欺罪は既遂に達しているとするのです。<sup>11)</sup> しかしながら、同時に、詐欺は「財産移転罪」であるということが強調されています。<sup>12)</sup> どのように、この二つの主張は調和するのでしょうか。そして、実際に財産が移転することを待たずに、締結詐欺を刑法的に捕捉することがなぜ重視されているのでしょうか。

後者の疑問に対する答えは次の点にあります。締結詐欺に関しては、将来その契約が履行されるとい法的に拘束

力のある請求権が基礎づけられているということであり、このことによつて被欺罔者はある種の重圧にさらされることとなります—そして、この契約から免れうるという危険が被欺罔者側に移ります。たしかに、被欺罔者は欺罔を理由に契約を取り消すことはできません<sup>13</sup>。しかし、その際、被欺罔者は欺罔行為が故意であることを証明しなければなりません。このような危険分配は不公平であります。ですから、それは避けるべきであるとされています<sup>14</sup>。

契約締結段階においては不利益な財産移転は未だ生じていないとされるならば、締結詐欺は詐欺罪の未遂として処罰され得ない、という事情が加わります。ドイツ法によれば、行為者が始めたことが、構成要件を充足する行為に直接的に至った段階で、ようやく未遂として処罰されます<sup>15</sup>。契約が履行されたときにまさしく財産的損害が肯定されるなら、この取引の履行が直接的に切迫しているときにおいてのみ、詐欺罪の未遂として処罰されます。しかるに、消費借契約とその支払いとの間の時間を考えてみればわかるように、締結行為と履行行為との間には、長い時間があります。このことから、契約を締結することは契約の履行を開始したことであり、とおおよそ言えないのであります。締結詐欺はしたがって不可罰である予備行為ということになりました。しかしながら、この結論は明らかに耐えがたいものであり、それゆえ、この時点で詐欺の既遂を構成する道が模索されます。

契約を締結した時点において詐欺罪の既遂を認めることは、「財産」という広い概念をさらに超えることにより達成されます。そこでいう財産とは、すべての利益や財物だけでなく、債権法的な契約に基づく請求をも含みます<sup>16</sup>。帳簿上はこのような理解は正しいといえましょう。なぜなら、金銭的な債務を負担すると、それは、財産の総量においては、負債の項目におかれるからです。私が一〇〇万円をもっていたとして、誰かに一〇万円を支払わなければならないとすると、私はわずか九〇万円しか自由に使うことができせん。

しかしながら、詐欺に基づく債権は、すでに現在において財産を減少させているのか、あるいは、財産を減少させる危険を生じさせているのかは、疑問が残ります。この危険はドイツにおいて「損害に匹敵する財産危険」と呼ばれています。<sup>(17)</sup> この概念は、財産を損失する危険性と財産の損失との区別そのものを巧みに消失させるものです。このことから、ドイツ刑法学においては、次の点について注意が向けられています。すなわち、財産的危険と財産的損害とを同価値として扱うことには疑問がある、とするのです。というのも、法律における構成要件は結果犯として規定されているにもかかわらず、そのような概念によって、結果犯であるはずの詐欺罪から危険犯を作り出してしまいうからです。<sup>(18)</sup>

財産的損害は、財産的価値が実際に行為者へ移転する契約履行段階においてようやく生じるのか、それとも、債権を負わされた財産はすでに「経済的観点」から価値が減少していることを理由に、財産的価値を手放す法律的義務が基礎づけられた（締結詐欺）時点ですでに生じているとするのかは、容易に解決できるものではありません。<sup>(19)</sup> というのも、双方の観点には、それぞれもつとも論拠があるからです。法律概念が抽象的であるため解釈上困難を来し、その困難は決して解決なしえません。財産的損害の問題はこの好例であります。

「締結詐欺」というのは、詐欺罪の処罰範囲を拡大し、立法者の意思に反する構造を有しています。すなわち、財産的価値が「移動」したならば、すなわち被害者から行為者へ財産的価値が移転したとみて、詐欺罪の既遂を肯定するのです。しかし、この事案において、いまだ詐欺を認めないならば、欺かれた被害者を不利益な契約へ誘導するすべての欺罔行為は、契約が履行されない限り、不可罰となるのは明らかです。このことは人々に次のような印象を与えましょう。すなわち、契約締結行為における欺罔は法的に重要でない、あるいは、許容されている、と。加えて、

そのような契約が履行されないなら、総じて可罰的行為は存在しないことになりましょう。こうした不都合を避けるため、契約締結行為の場面における欺罔行為はまさに詐欺罪に当たる行為であると解釈する、強い刑事政策的要請が存在しているのです。

理論的には、詐欺罪の構成要件を目的論的に解釈することによって、このことは説明することができます。つまり、詐欺罪の構成要件によって、財産に損害を与える欺罔行為から財産をできる限り効果的に保護しようとするなら、締結詐欺はその時点で禁止され処罰されなければなりません。

しかしながら、締結詐欺を承認すると、これまで述べたような問題がすべて生じます。これらの問題は「危険な取引」という表題の下で議論され、近年においては、ドイツにおいて、非常に活発な議論をひき起こしています。最初の問題は、まず行為、すなわち欺罔行為の場面において生じます。このことに関して第三章で触れます。

### 第三章 欺罔行為に関する諸問題

欺罔行為とは、何らかの事実について被害者に誤った印象を引き起こす行為であると定義づけられます<sup>20</sup>。このことは、単純な事例を挙げれば、行為者がはっきりと嘘をつくことによって生じます。たとえば、消費貸借契約を結ぶ前に、行為者はなお他の負債は負っていないか尋ねられます。これに対し、すでに他の消費貸借契約を締結したのにもかかわらず、負債はないと行為者が答える、といったことが考えられましょう。あるいは、保険会社が、生命保険を締結したい者に対し、いま危険のある疾患にかかっているかどうかを質問したところ、癌にかかり余命がまさしくわずかしかないことを知っているにもかかわらず、そうしたことはないと質問された側が答える、といったような例が

考えられます。

これとは異なる事例も考えられます。自ら重要な情報を伝えるのが可能であったにもかかわらず、有利な契約を結ぶことを可能にするために、わざとそれを伝えない場合であります。ここにおいては、不作為による欺罔が存在します。しかし、沈黙のすべてが刑法と関係のある不作為とは限りません。すなわち、不作為の欺罔というためには、法的な説明義務があることが必要です<sup>(21)</sup>。契約を結ぶ際、ほとんどの場合においては、この義務はありません。契約においては見知らぬ者が互いに対峙し、双方とも特別な法的関係によって互いに拘束されません。したがって、相手に対する保護義務は負いません。

作為による欺罔と可罰的な不作為の間隙を埋めるのが、挙動による欺罔という構成であります。この場合、欺罔者は自己の言葉ではなく、自己の「全体の行為」<sup>(22)</sup>によって相手を騙します。しかしながら、それはいったい何を意味するのでしょうか。民法では、意思表示の内容は、平均的な「通常」の名宛人ならばどのように理解するかという観点から解釈されます<sup>(23)</sup>。この考え方が刑法へ転用され、次のように表現し直されたのです。すなわち、契約を締結する意欲をもつ者の意思表示は、その者が契約形態の重要な要素を承諾し、それにより契約を実現したい、というように理解されるのです。したがって、売買契約を締結したいと意思表示した者の意思は、その者が購入価格を支払うことができ、また、そのようにしたい、というふう<sup>(24)</sup>に理解されます。消費貸借を申請した者の申請意思は、その者が消費貸借を返済することができると考えている、というように解されます<sup>(25)</sup>。

行為者は大抵の場合、しかるべき契約は締結したいとだけ意思を表示します。契約の本質部分を受け容れ、契約に従う、と行為者は言明しません—それは、行為者の行為全体から推測されるのです。ここに、ひとつのフィクション

があります。すなわち、悪巧みについて騙す行為者は、契約を誠実に履行したいとは絶対に言わないのです。にもかかわらず、行為者は契約を誠実に履行したいという意思を表示したと見做されてしまうのです。

このフィクションから、詐欺罪の構成要件は取引における誠実さを保護するという見解が導かれます。すなわち、契約を締結したい者は、その契約のことを真剣に考えすべてのことをなし、契約を形成するようにしなければならぬ、とされるのです。しかしながら、これは詐欺構成要件が意図していることなのでしょうか。詐欺罪の構成要件は、取引における一般的な誠実さを強制し、その違反に対して国家刑罰権を発動することを目的としているのでしょうか。<sup>26</sup>ここでは詐欺罪によつて保護されるべき法益が問題とされているのです。欺罔による損害から財産を保護することが問題なのであれば、財産の移転が前面に出てきます。これに対して、取引における不誠実さに起因する財産の喪失にまで詐欺構成要件の趣旨を広げるならば、詐欺構成要件が適用される範囲は極めて拡張されます。すなわち、詐欺構成要件は財産犯から、不誠実さにもとづく不利益な契約形成のすべてを抑止する犯罪へと変質してしまうのです。しかしながら、そもそも取引行為において、誠実であるという義務は存在するのでしょうか。契約を結ぶ際に、自己の利益を追求することは許されないのでしょうか。さらに、契約締結のための交渉を始めた者は、契約の条件によつて不利益を被らないよう、自己を守らざるを得ないのではないのでしょうか。

消費貸借契約を締結するに際して、銀行は自己を防衛する様々な方法を持ち合わせています。すなわち、銀行は顧客に対しその財産に係る情報を提供するように求め、消費貸借のために担保を要求することができます (例えば土地債務)。銀行が顧客の財産状況を解明することができず自身を守ることができないなら、自己の経済状況が非常に厳しいことや、いま申請した消費貸借をどのように返済するべきかわからないことを公表しなかった行為者は、当罰

的なのでありましょうか。

債務負担の締結における挙動による欺罔の問題は、とりわけ賭博詐欺の事例において重要です。審判と選手を買収した後、サッカー試合の結果に賭けた者は、この操作を当然のことながら公にしておりません。賭博契約を結ぶこと以上のことはしていないにもかかわらず、その者はサッカー券の販売窓口を騙したのでありましょうか。

判例は、ここで挙動による欺罔を肯定しています。すなわち、賭博をしようとする者は、その者の行為全体によって、賭博の対象を操作していないということを表明している、としています<sup>27</sup>。この背後には、契約締結の際は誠実でなければならぬという考え方があります。賭博をする意思を示した者は、とりわけ本人や賭博の提供者にとつても、結末が不確実な出来事に関する契約を締結したいのです。出来事の結果に影響を与え、あるいは、その後もなお影響を及ぼしている者は、それに賭けることはできない。それはまさに賭博ではない——連邦通常裁判所の見解はそのように解釈されるはず<sup>28</sup>です。

この見解は、サッカー券の販売窓口にとっては納得のいくものです。賭博は、賭けられた出来事に対して誰も何らかの方法によって影響を及ぼしていないときに限って、うまくいくものであります。しかしながら、これは一つの見方に過ぎないのではないのでしょうか。賭博の契約を結ぶ意欲のある者は、出来事の結果がどうなるかを評価していることのみを言っているに過ぎません。サッカーの審判を買収し、その後、勝ち目のないチームが勝負に勝つことに金をかけた者は、ひとつの誠実な意思を表明しています。なぜなら、その者はそうなるをただ信じているからです。この誠実さは、挙動による欺罔というフィクションによって、嘘に転換されています。そのようにしてのみ、欺く行為はこの事案においては根拠づけられるのです。

刑事政策的に重要であると認められている挙動による欺罔は、すでに概観したように、刑法理論においては欺罔行為の問題として扱われています。可罰性がないとはどう言い得ないこの事案において、刑法理論は、契約を締結する者はそれに関して誠実でなければならぬと仮定することによって、欺罔行為を構成します。

しかしながら、挙動による欺罔という構成が基本法一〇三条二項に定める罪刑法定主義と調和しうるのかどうかは、疑問があります。すなわち、処罰されまたは処罰されないのはいつなのかは、法律によってのみ認識できるよう、犯罪構成要件は形成されなければなりません。まさに、「成文法なければ刑罰なし」なのです。契約を締結する意欲をもち、その際、契約の対象物に関し自己に利益が生ずることを公にしない者は、相手方に錯誤を生じさせたのでしょうか。その者には、刑法一三条(ドイツ刑法における不作為犯の規定〔訳者注〕)にいう特別な保証者の地位に基づいて情報を提供することが義務づけられていないのです。他方で、契約を締結する意欲のある者が契約の諸条件を真摯に承諾していることを誰も確信することができないとしたならば、取引行為というものは、根本的に危険なものとなりましょう。信用供与者や保険業者、賭博提供者は、契約の相手方それぞれについて真剣であり誠実であることを保証するために、はたして何をすべきであるのでしょうか。

このように、挙動による欺罔という法概念は契約を申し出た者を保護します。この保護がなければ、数多くの契約だけでなく、契約の相手方が誠実である場合においても、契約はむしろ締結されないことになりましょう。にもかかわらず、詐欺罪において、欺罔行為をこのように拡張解釈することは問題であります。なぜなら、そのような解釈は、消費貸借をしたい、保険契約を結びたい、賭博をしたい、というような、行為者が意図していることのみを含む意思表明までもが欺罔行為とされてしまうからです。立法者が詐欺構成要件を新しく創設し、明確さに配慮するならばよ

いのですが、そうではありません。

#### 第四章 結果に関する問題（財産的損害の算定）

前章において、締結詐欺が詐欺罪の可罰性を広く拡張していることについて議論いたしました。すなわち、欺罔によつて、財産的価値がようやく移転したときではなく、むしろ、財産的価値をいつか将来において手放す債務を負担したときに、その時点において詐欺罪が成立しうるのであります。その損害は次の点にあるとされます。すなわち、騙された者が、貸借対照表において負債として位置づけられる、自己に対する債権を、契約によつて引き受ける点であります。「債権の損害（Forderungsschaden）」の程度が容易に算定しうる契約は存在します。たとえば、ある者が自動車を購入します。売り手がつぎのように欺罔したとしましょう。使用年数は八年であり、事故に遭つた経験は一度もなく、ブレーキを新たにした、と。この申し出を基に、販売価格一〇〇万円を受け容れたとします。しかし実際には、売り手が説明した三つの点はすべて嘘であり、自動車はせいぜい五〇万円の価値しかなかったとします。この購入契約は、買い手にとって不利益なものであります。なぜなら、買い手は五〇万円も余計に支払うことを承諾しているからです。この差額において、買い手は損害を被つており、それは欺罔行為によつてもたらされたものであります。

その他の債務負担行為においては、しかしながら、損害を容易に算定し見積もることが、そう簡単にはできません。債務負担行為においては、契約締結により、将来の契約の経過によつては損害へと発展するというリスクのみが生じます。このことは先ほど挙げた事例において非常に顕著です。すなわち、消費貸借契約においては、債務者は、将来において消費貸借を全額返済しない、あるいは、一部しか返済しない、ということがありえます。生命保険契約の場合

合においては、被保険者はさらなる欺罔行為によって保険金を得ることがありえます。賭博においては、掛け金をかけた後の出来事が、操作されることにより、通常の事の経過とは違ったかたちで展開することがありえます。このようなことはすべてありうるのですが、しかしながら、それらが生じるか否かは、債務負担行為時においては不確定であります。これらの事例において、損害はどのように定義づけられ、また、それはどのように算定されるのでしょうか。この問題について、ドイツにおいては最近とても活発に議論されています。それを述べなければなりません。

(a) 損害に匹敵する財産危険 (「危険損害 (Gefährdungsschaden)」)

取引が特殊であるため差し迫った損害が生ずるか否かがたしかでない事案のために、損害に匹敵する財産危険という概念が構築されています。この概念により、債務負担行為には高い危険が内在していること、欺かれた契約の相手方は後に財産を実際に喪失すること、が明確になるとされています。しかしながら、この危険がどのように高まるのは、いつの時点においてなのででしょうか。また、財産を喪失する危険が、すでに損害に「匹敵する」ほどに明白になるのは、いつの時点においてなのででしょうか。

財産の危険のすべてを損害と同視することは許されません。なぜなら、そうすると、詐欺構成要件の構造が違法に変更されてしまうからです。つまり、詐欺罪は、既遂に至るためには財産が現実<sup>(29)</sup>に失われることを要求する財産侵害犯から、危険犯へと変えられてしまうでありましょう。構成要件のこうした違法な拡張を避けるために、ドイツの学説は基準を作る努力をしています。その基準とは、すでに財産的損害に匹敵するほどに実質のある財産危険が生じていることを確認しうる基準であります。不可欠なのは、——一般的ではありますが——ある種の危険状況が存在すること

です。その状況とは、「経済的観察方法」によるとき、現在の財産状況がすでに悪化しているに等しい状況であります。<sup>30</sup>しかしながら、この基準はほとんど何も述べておりません。なぜなら、すべての詐欺に関する問題は経済的基準によって取り扱われているからです。

そこで、時とともに、財産的損害に匹敵する財産危険を認めうる個々の事例群が形成されるようになっていきます。裁判所の判決もまさにこのような方法をとっています。<sup>31</sup>なぜなら、判決によれば、直ちにかつ無条件に、騙された債務者の財産を執行する権利を債権者に与えているからです。また、欺く行為によってある債権が与えられていることを知らなかったため、被欺罔者がその債権を主張しない場合、この債権を知ったときに債務者に対する請求権を実現し得たとするならば、財産危険は存在するとしています。<sup>32</sup>

危険な取引においても、裁判所は、財産損害に匹敵する財産危険を肯定しています—裁判所はその中身を明らかにしないことがしばしばあるのですが—。信用契約を締結する者は、その時点では返済は不確実でありますから、自己の財産を危険にさらしています。しかし、財産的損害は存在していません。信用を与えるに際しては、財産的損害すら発生していません。なぜなら、それによって、信用供与者は、同時により価値の低い反対給付を得ることなしに、信用契約から生じる債務のみを負担したにすぎないからであります。なぜなら、債務者が消費貸借を返済するか否かは、支払いの時点において債務者が消費貸借を意図していない場合においてのみ、まさしく不確実であるからです。とはいえ、信用供与者は高いリスクに同意します。すなわち、信用供与者にとって、そのリスクは、信用取得者の欺罔行為によって認識されないうままであるからです。ここで、判例や学説の一部は「経済的観察方法」の概念を用いて対処します。すなわち、判例および学説の一部は経済学的な評価基準を引き合いに出し、それを用いて、消費貸借の

価値を決定するのです。<sup>33</sup> 信用を「格付け」する基準は広く認知されています。その基準は、信用が転売されるときに用いられます。この仕組みを用い、次のようなことが根拠づけられます。すなわち、リスクのある信用においては、財産危険が生じているだけでなく、すでに実際の損害は生じている。その信用は、最終的な支払いが不足する危険が高いため、未払いの信用供与額よりも、価値が低い、と。これにより、そのリスクはすでに実際の価値を低下させていると解釈し直されるのです。

連邦通常裁判所は、賭博詐欺について、類似の判断を示しました。賭博提供者が、賭けの対象となっている試合が操作されていることについて騙された場合、賭博提供者は、本当らしい試合結果に不相応な配当金を支払います。あまりにも不利な配当金によって、後に生じる財産喪失の危険だけでなく、すでに現実の「配当金侵害」が発生しているとするのです。<sup>34</sup> この判決は学説において多々批判されておりあります。個々の論点についていま挙げることはできません。<sup>35</sup> なぜなら、ここでは一つの事情のみが問題となっているからです。すなわち、試合が通常通りに経過しないため賭け金を失うという賭博提供者のリスクは、試合以前に存在する現実の損害であると新たに解釈するのです。このように、ドイツの判例は、損害に匹敵する財産危険という不明確な概念を用いることによって、差し迫った将来の損害から現在生じている損害を作り出すという構成を隠しているのです。

#### (b) 損害の算定について

しかしながら、以上のことは、危険な取引に関する判例の唯一の弱点ではありません。裁判所は、以前から、財産的損害を確定するに際し、寛大でありました。賭博詐欺の場合、連邦通常裁判所は、事実上支払われた配当金と操作

された試合に相当する本来の配当金とを比較し、その「価値の差」を賭博提供者が負担することを確認できれば、およそ十分であるとしています<sup>36</sup>。その「価値の差」の程度については言及がありませんでした。また、他の事案においても、判例は、危険損害を正確に算定することを断念しております。連邦通常裁判所のこのようなやり方は、連邦憲法裁判所によつて批判されました。

損害を算定することの問題は、詐欺罪だけでなく背任罪においても同様であります。連邦憲法裁判所が二〇一〇年に、背任構成要件についての憲法上の要請 (verfassungsrechtliche Anforderungen) について判断を示しましたが、このことは、詐欺罪の解釈にとつても大きな意義のあることであります。連邦憲法裁判所はその決定において、法定の構成要件は重要であること、とくに、財産的損害の確定は法律に定められた結果として特に注意を払うよう促しました。とりわけ、実際に生じた財産的損害は正確に算定されるべきであり、最悪な場合でも、その最低額に裁判所は言及しなければならぬ、としました。損害の総額を示すことができないなら、構成要件の充足は証明されておらず、その結果、被告人に無罪を言い渡さざるを得ない、としています<sup>37</sup>。

連邦通常裁判所は、正当にも、この判決を詐欺罪に転用し、いまやここにおいても財産的損害の額を明確化することを要求しています<sup>38</sup>。このことは、賭博詐欺の事案に直接影響します。すなわち、実際に支払った配当金と試合を操作した際に支払われたであろう仮の配当金の額との間の、あいまいな「価値の差」が推定されることは、もはや十分とされています。むしろ、両者の差がどの程度なのか、そして、どのような損害が賭博提供者に生じているのかを明らかにしなければならぬのです。

しかしながら、これに関して、判例は新たな課題に直面しています。なぜなら、試合が操作されていることを知っ

たならば、賭博提供者はその賭けを絶対に承諾しないからです。同様のことは、保険契約においても生じます。顧客が保険支払いに該当する事件を詐欺により引きおこそうとしているという意図を持って行動していることを保険会社が知ったなら、この顧客と保険会社は絶対に契約を締結しないでしょう。しかしながら、リスクの伴う賭博契約や保険契約は、他の契約と比べて、常に不利益であるとはいえないのではないのでしょうか。あるいは、この債務負担契約の履行が問題となったときに、はじめて不利益は判明するのでありましょうか。

危険な取引について、ここで新たな非常に難しい問題が生じています。債務負担行為が締結された後、その契約がどのように展開するのかわからないという不確実さが両当事者には残ります。この不確実な状況において、その危険の程度は、予測や評価によってのみ、つきとめることができます。厳密な額は「確かな最低損害額」であろうと—このような方法によって算定することはできません<sup>39)</sup>。したがって、締結詐欺というこの事案において、既遂を肯定し行為者を処罰することは、将来より難しくなることでありましょう。もともと、これらの事案において行為者を無罪とすることが全く望まれていないという理由から、危険損害を見積もるために判例が方策を練っていること<sup>40)</sup>も考慮に入れなければなりません。このことがどのように展開されるか、注視せざるを得ません。

## 第五章 まとめ

・詐欺構成要件は、ドイツ刑法において最も難しく、かつ、最も議論のある題材に属します。このことは、危険な取引の事案に特に当てはまります。

・この取引とは債務負担行為です。これによって直接的に財産的価値が移転することはありません。契約締結後のさ

らなる展開が不明確であるところに、その類型的な特徴があります。

・危険な取引を詐欺行為と解釈することは、多くの場合において、かえって困難であります。なぜなら、誠実さというフィクションを承認するときのみ、行為の時点においてすでに、欺罔行為がしばしば推定されうるからです。そのことによつて、行為者は、意思表示時に何もしていないにもかかわらず、欺罔行為を行ったとされてしまうのです。

・同じように難しいのは、財産的損害を確定し算定することでもあります。ドイツの裁判所は、将来の損害の危険を現実の損害へと解釈し、その損害を債務負担行為において認めます。損害の正確な算定は困難であります。というのも、事態が今度どう推移するかの予測は、履行行為が行われるところまでの範囲で行う必要があるからです。その予測は当然正確なものではありません。

・財産的損害をめぐる解釈論の動向はドイツにおいて非常に動揺しています。財産的損害をめぐる議論がさらにどう推移するのか、注意深く見守りたいと思います。

(1) 二〇一五年一〇月七日に日本大学において行った講演を補訂したものである。その文章体を保持している。

(2) 例えば次のような告知義務である。保険契約法一九条による保険契約者への告知義務、民法六六六条による受任者の情報提供義務、民事訴訟法一二八条による民事訴訟における真実義務 (*Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 38. Auflage 2015, Rn. 505* を参照)。

(3) *Tiedemann, in: Leipziger Kommentar, Band 9/Teil 1, 12. Auflage 2012, S 263, Rn. 28 ff.* それによれば、挙動による欺罔という考えは、詐欺罪の本質をコミュニケーション犯罪と解することに由来し、相手方の期待を次のような事情を考慮しながら

ら規範的に捉えようとする。それは通常、契約締結時に意思表示される事情であり、意思表示の射程は取引上の見解や法律の規定をもとに解釈によって確かめられる。

- (4) これについては *Hefendehl*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 5, 2. Auflage, 2014, § 263, Rn. 144 を参照せよ。
- (5) *BVerfGE* 130, 1, 8 f を見よ。また *BGHSt*, 54, 69 を見よ。
- (6) *BGHSt* 51, 165 ff (Hoyzer 事例) と *BGH NStZ* 2013, 281 f (コンピューター詐欺について)。
- (7) *Tiedemann* (前掲注(3)), § 263, Rn. 202 を見よ。
- (8) *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Auflage 2009, § 5, Rn. 40f.; *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 13. Auflage 2015, Rn. 28.
- (9) 全体を決算する原理については *Schönke/Schröder-Perron*, Strafgesetzbuch, 29. Auflage 2014, § 263, Rn. 99 を参考に参照せよ。
- (10) これについては *Hefendehl* (前掲注(4)), § 263, Rn. 538 ff を見よ。
- (11) *BGH NStZ* 2013, 404, 405 を参考に参照せよ。Kindhäuser / Neumann / Paefgen-Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 4. Auflage 2013, § 263, Rn. 317.
- (12) *BayObLG NStZ* 1994, 491, 492; *Tiedemann* (前掲注(3)), § 263, Rn. 175; *Hefendehl* (前掲注(4)), § 263, Rn. 766.
- (13) 悪意による欺罔を理由とする取消。民法一二三条。
- (14) *Schönke/Schröder-Perron*, Strafgesetzbuch, 29. Auflage 2014, § 263, Rn. 120. 当然に与えられたる瑕疵担保法や不法利得法による請求や取消権はそれゆえ行為既遂を妨げない。
- (15) *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 2003, § 29, Rn. 126 ff.
- (16) 刑法における財産概念に関する詳細については *Hefendehl* (前掲注(4)), § 263, Rn. 336 ff; *Tiedemann* (前掲注(3)), § 263, Rn. 173.
- (17) *BGH NStZ* 2015, 514, 515; *Tiedemann* (前掲注(3)), § 263, Rn. 173 ff を参考に参照せよ。

- (18) これについては *Hefendehl* (前掲注(4)), S. 263, Rn. 589 及び 591 を見よ。
- (19) そのように言及しているのは *Tenckhoff*, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner, 1987, S. 677, 680 ff.
- (20) BGHSt 47, S. 1, 3; *Lachner/Kühl*, Strafgesetzbuch, 28. Auflage 2014, S. 263, Rn. 6, Schönke/Schröder-Perron, 29. Auflage 2014, S. 263, Rn. 11.
- (21) § 13 StGB (不作為犯の規定〔訳者注〕)。行為者は構成要件の結果が生じないよう、保証しなければならぬ。
- (22) BGHSt 47, 1, 3 を見よ。
- (23) 民法一五七条 (契約の解釈〔訳者注〕)。
- (24) そのように解するのは、例えば、いわゆる「飲み逃げ」事案における可罰性を根拠づけるべきである。Schönke/Schröder-Perron, StGB, 29. Auflage 2014, S. 263 Rn. 28; BGH GA 1972, 208, 209.
- (25) これについては *Hefendehl* (前掲注(4)), S. 263 Rn. 144 を参照せよ。
- (26) これについては *Frisch*, Konkordantes Täuschen. Zur Normativität, Gesellschaftsbezogenheit und theoretischen Fundierung eines Begriffs, in: Festschrift für Günther Jakobs, Köln/Berlin/München 2007, S. 97-130.
- (27) BGHSt 51, 165.
- (28) *Saliger / Rönau / Kirch-Heim*, NStZ 2007, 361, 364 以下、次のように的確に述べる。すなわち、賭博の「取引基盤」が欠ける、とされる。
- (29) そのように指摘するのは *Hefendehl* (前掲注(4)), S. 263 Rn. 589. 同様に、この問題が生じている背任罪の構成要件 (ドイツ刑法典二二六条) については *Dierlamm*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage 2014, S. 266 Rn. 226.
- (30) Schönke/Schröder-Perron, 29, Auflage 2014, S. 263 Rn. 143.
- (31) BGH NJW 1992, 233.
- (32) OLG Stuttgart NJW 1969, 1975; OLG Celle NJW 1974, 615.

危険な取引を介する詐欺? (野村)

- (33) これについては、BGH NStZ 2013, 711, 712 を見よ。土地債務を担保する不動産消費貸借におけるキックバック制度の状況については、BGH NStZ-RR 2005, 374, 375.
- (34) BGHSt 51, 165.
- (35) これについては、*Jahn/Maier* Jus 2007, 215, 218 f. を見よ。また、*Saliger/Rönnau/Kirch-Heim* NStZ 2007, 361, 365ff.; *Radtke* Jura 2007, 445, 449 ff.; Schönke/Schröder-Perron, 9 Auflage 2014, StGB § 263 Rn. 114; *Hefendehl* (前掲注(4)), § 263 Rn. 508 ff. を参照せよ。
- (36) BGHSt 51, 165, 175.
- (37) BVerfGE 126, 170, 211 f.; BGH NJW 2013, 883, 886.
- (38) BGHSt 53, 198.
- (39) そのように指摘しているのは、*Schiemann*, NJW 2013, 883, 888; *Kraatz*, JR 2012, 329, 334 (違法な請求を意図した生命保険の締結による締結詐欺に関して)。
- (40) そのようにいうのは、例えば、BGH NJW 2013, 883, 886. また、*Jäger*, JA 2013, 868, 870 は、連邦通常裁判所がこれから判決を下すに際して、危険損害を換算する戦略を危惧している。

【解題および訳者あとがき】

(1) 本稿は、日本大学により招聘されたベルリン自由大学のゲルハルト・ゼーエア (Gerhard Seher) 博士が、二〇一五年一〇月七日に日本大学法学部において講演された原稿 (Gerhart Seher, *Betrug durch Risikogeschäfte?*, *Comparative Law* (Nihon University), 32 (2015), S.17 ff.) を訳出したものである。当日は、青山学院大学院法務研究科のカール・フリードリッヒ・レンツ教授が本講演を通訳され、質疑応答が交わされた。なお、ゼーエア博士の経歴

については、ゲルハルト・ゼーエア（上野幸彦訳）「限界なき刑法？——犯罪化の哲学的な限界を探究して——」日本法学八二巻四号（二〇一七年）二〇六頁を参照していただきたい。

(2) 消費貸借契約や生命保険契約、賭博など、その結果が将来実現するか否かについて不確実性がつきまとう取引において、欺罔行為により、契約が締結され、あるいは、試合を操作する条件が設定された場合、その時点において、詐欺罪は既遂に至るのか。ゼーエア博士は、本講演において、この問題をめぐるドイツの議論状況を説明するとともに、たしかに危険な取引における詐欺は当罰的だが、契約締結や試合操作の設定の段階において詐欺罪の既遂を認めることには消極的な見解を示されている。その時点において詐欺罪の既遂を認める説は、「拳動による欺罔」に重点をおき、詐欺罪の保護法益を取引における「誠実さ」に変更したり、財産的損害という構成要件を「財産的損害に匹敵する財産危険」と変換したりしようとするが、それは侵害犯である詐欺罪を危険犯化することにつながるだけでなく、罪刑法定主義違反のおそれもある、とゼーエア博士は指摘される。

(3) さて、ゼーエア博士が提起した問題、すなわち、危険な取引における詐欺の問題は、わが国ではどのように捉えられるであろうか。わが国の学説および判例は、この問題につき、おおむね詐欺罪を認める方向にあるといえよう。近時、学説においては、詐欺罪を次のように解する傾向にある。すなわち、詐欺罪の本質は被害者が反対給付の錯誤に陥ることにあるとされ、これとの関係で、行為者の欺く行為とは、被害者が財産を処分するに際し重要な事項を偽ることである、とする理解である。こうした考えに立つ裁判例も相次いでいる（例えば、福岡高判昭和五六年九月二二日刑月一三巻八・九号五二七頁、東京高判昭和五九年一月一九日判タ五四四号二五一頁〔クレジットカード事例〕、最決平成一九年七月一七日刑集六一巻五号五二二頁〔預金口座開設事例〕、最決平成二三年七月二九日刑集六四巻五号八二九頁〔搭乗券事例〕、最決

平成二六年三月二八日刑集六八卷三号六四六頁〔ゴルフ場事例〕。ここでは「欺く行為」の解釈に重点がおかれ、「挙動による欺罔」が積極的に肯定されている。

右のような、詐欺罪をめぐる最近の理解によれば、危険な取引における詐欺は次のように解されよう。消費貸借契約を締結する際に、信用を供与する側は被害者の現段階および一定期間における支払い能力に関心をもつ。生命保険証券を供与する側は、掛け金の支払い能力だけでなく、この制度を悪用する意思のないことを確かめたいであろう。賭博提供者は、賭けの対象となる試合において八百長があることを知ったなら、金銭を賭けることはないのであろう。こうした被害者の財産処分において重要な事項を行為者が伝えないことは「挙動による欺罔」であるとされよう。

締結詐欺においては、その時点においては未だ財産的損害は生じていない。しかし、財産的損害が構成要件要素とされているドイツ（ドイツ刑法二六三条一項）とは異なり、わが国の詐欺罪においては財産的損害が構成要件要素とはされていないことから、財産的損害が緩やかに解される契機がある。また、詐欺罪の保護法益についても、たしかに被害者の財産ではあるが、そこでは、被害者が望んでいた反対給付がなされていないことに重点が置かれるようになってきている。こうしたことを併せて考えると、わが国においては、危険な取引における締結詐欺は詐欺罪の未遂にとどまらず既遂と解されやすいのではないかと思われる。

(4) 危険な取引における詐欺の扱いをめぐり、ドイツと日本の間にはどうも温度差があるようである。たしかに、日本の詐欺罪とドイツの詐欺罪は異なるのだから、ゼーエア博士の指摘は参照に値しないという見方もあるかもしれない。しかし、それは比較刑法学を軽視している。人を騙して財産を処分させ、それを得る行為は、どこの国においても行われている。問題は、同じ人間の行為が国によってなぜ評価が異なるのか、にある。ゼーエア博士の指摘には、

まさに詐欺罪の本質とは何かを日本の研究者に再考させる迫力がある。わが国の判例や学説は、詐欺罪は侵害犯と解しつつも、その内実を危険犯的に、その法益に非財産的側面も含めて考慮しようとしているからこそ、ゼーエア博士の問題提起に耳を傾けなければならぬ。

(5) しかし、温度差が生じる決定的要因は、もつと奥深いところにあるように思える。それは、罪刑法定主義に対する理解である。当罰性の高い新たな事象が社会内で生じたときに、わが国では、現行法の規定を拡張解釈して、その事象を捕捉しようとするであろう。刑罰法規における構成要件が抽象的だから、そのような対処が可能となる。しかし、ドイツでは、既存の刑罰法規の枠を遵守するとともに、新たな事象に対しては、既存の刑罰法規を無理に解釈して捕捉するのではなく、新たな立法を制定する方が好ましい、とする価値判断があるように感じられる。ゼーエア博士の講演にも、その姿勢が行間に強くにじみ出ている。



## 国民発案と憲法裁判権との間の議会制

ペーター・M・フーバー

石塚 壮太郎 訳

【訳者まえがき】 ここに掲載する翻訳は、ミュンヘン大学法学部ペーター・M・フーバー教授が、二〇一三年一月一日に日本大学法学部で講演したものである。この講演は、その前年五月一日にシュパイヤー行政大学院大学で行われた、ジークフリート・マギエラ教授古稀記念研究シンポジウム「価値共同体としてのヨーロッパ連合」でフーバー教授が講演されたものと基本的に同一であった。なぜなら、その内容は、わが国においても大いに関心のあるものであるところから、その講演を再度本学においても講演して下さるようお願いして行って頂いたものだからである。フーバー教授は、日本大学における講演では、この原稿からある程度離れて自由に話された。それを完全に再現することは出来ないため、ここでは、シュパイヤーにおける講演の原稿を忠実に翻訳、紹介することとした。以上。

まず個人的な話をさせていただくと、ジークフリート・マギエラ〔シュパイヤー行政大学院大学教授・EU法〕と私は、ドイツ国内よりも国外で——ギリシャやポーランドなどで——頻繁に会っていた。我々は、しかしそこで、ヨーロッパ問題についても、議会制の問題についても意見を交わしてきた。そのため私は、貴方の研究領域の一つについて——ヨーロッパについては、国内的なコンテクストについてよりもわずかであるが——ここで話すことができるのをうれしく思っている。

### I. 圧力下にある議会制？

国民発案と憲法裁判権の間にある議会制というテーマ設定は、代表民主制——それは議会をその中心とし、議会制においてその決定的な政治的刻印を得る——と、一方では国民発案あるいは直接民主制との間の緊張関係、他方では憲法裁判権との間の緊張関係を提示している。この緊張関係が示唆しているのは、議会制が差し迫った状況に陥っているということであり、それはあたかも、直接民主制や憲法裁判権がいわば議会と競合する存在であり、国民や憲法裁判所が議会と競い合うアクターであるかのようなようである。そこには、同時に次のような批判が込められていた。それは、ドイツの憲法史ではよく知られた議会制の軽視が、二〇一〇年代の初めに再び盛んになっているという批判であり、そこでは、直接民主制および過度に拡張した憲法裁判的統制が、——自覚的にか無自覚にか——議会制とその領分をめぐり争っていたのである。

このことは、議会・直接民主制・憲法裁判権という三和音について無邪気に語ることを難しくしている。というのも、議会制への懐疑は、通常（正当にも）否定的な反応を招くからである。もっとも、「議会制の」批判者らに対する

批判は容易く誇張されうるし、「それにより」かえって議会制がダメージを被ることもありうる。なぜなら、他の民主制、しばしばより古い時代の民主制においても、議会活動は、まったく疑う余地のないものではなかったのであり、「政治的指導階層 (Politische Klasse)」についての (予めの) 判断も、ドイツにおけるそれとほとんど区別されるものではないからである。それゆえ、その時代ごとの継続的発展のためのリアリズム、建設的批判および開放性は、たとえそれらが政治的アクターの視点から見て魅力的には映らない変化を目指しているとしても、議会制の衰退へと行き着くわけでは決してない。

## II. 「民主制の中心」としての議会——要請と実態

### 1. 基本法の制度構造における議会中心性

#### a) 基礎

しかし、議会への一般的な懐疑には、根拠がない。むしろ、基本法は、議会を「民主制の中心」に定め、<sup>①</sup>判決や学説はこの位置規定を確実なものとし、一歩ずつ整備してきた。

aa) 議会は、基本法のコンメンタールや教科書、モノグラフィーおよびその他の刊行物を根拠に、民主制の中心および重心として、我々の前に立ちあらわれる。議会は、直接民主的に正統化された唯一の憲法機関であり、他の憲法諸機関に期待されることを遥かに超えた諸機能を果たす。それは、公権力全体の正統化機能、首相の創出機能、(間接的には) 連邦政府、連邦憲法裁判所裁判官<sup>②</sup>および他の憲法諸機関の創出機能、特に執行府に対する統制機能、立法機能、統合機能等々である。我々は、他の憲法諸機関に、制度的構造を機能させるための中心的機能を、議会ほど多

く負わせることはない。

bb) より詳しく見れば、この憲法的所見を裏づける数多くの根拠がある。すでに帝政ドイツ時代〔一八七一年〕以来、我々は、行政法システムの中心的礎石として行政の法律適合性を知っている。〔今では〕基本法二〇条三項に据えられているが、行政の法律適合性は、いずれにせよ形式的意味の法治国原理の最も古い部分であり、それどころか実践的には最も重要な部分であるかもしれない。法律の優位により、議会は公的任務や手段等を定義するに際しての至高性を備え、他方で、法律の留保により、自由や財産への侵害は議会の同意を要するものとなる<sup>③</sup>。それ以来、議会は、市民と国家との法関係についての枢要な地位に就いたといえよう。

一九七〇年代に、この構想は、連邦憲法裁判所によって、周知のとおりいわゆる本質性法理へと更なる発展を遂げた<sup>④</sup>。確かに、今日まで誰も、何が本当に「本質的」であるかを正確には知らない——結局、連邦憲法裁判所が本質的だというのが、本質的なのである。しかし、社会の共同生活にとって重要な問題を立法者に委ねるという思考は、基本法の制度的構造からすれば説得的であり、「その思考は」議会が民主制の中心であるという理解を強く示している。そのような基礎の上で、法治国家的に構想された古い法律の留保に、民主制の軸足を付加して補強することができた。それがドイツ国境をも越える広がりを見せたのである。

cc) およそ議会の最古の権利である予算権も、このコンテクストに属する。その際、予算は、経済計画であるだけでなく、同時に、法律形式での国家嚮導的な公権的行為でもある。したがって、基本法一一〇条二項一文が予算について、基本法一一五条が保証の引き受け (Gewährleistungen) および人的保証 (Birgschaften) について、「それぞれ」特別の法律の留保を定めている。これによって保障されるのは、今日の政治にとって第一に重要なこと——財源の分

配を通じて行われるリソースの配分と政治的重点の設定——が議会の手に委ねられるということである。「予算は、したがって、経済的負担と国家によって与えられる優遇措置に関する、構想的で政治的な決定の場である」<sup>(5)</sup>。

ユーロ救済措置に関する連邦憲法裁判所判決において、連邦憲法裁判所はさらに歩を進め、国際機関や他国への財政的支援措置のための一般的な議会留保——予算法律のそれとは区別される——を根拠づけただけでなく、事実上、これを決定する権限を議会が放棄することを禁じた。当該判決によれば、民主制原理（基本法二〇条一項および二項）および議会制は、国際債務についてもヨーロッパ債務についても、ドイツ連邦議会が「議会の」自己責任に基づいて歳入および歳出を決定する場であることを要請する<sup>(6)</sup>。

「したがって、ドイツ連邦議会に禁止されているのは、予算に影響するもはや見通すことができないう負担が、議会の事前の本質的同意なしに引き受けられてしまうほど、自己の予算責任を他のアクターに委譲することである（…）。歳入・歳出に関する重要な予算策上の問題がドイツ連邦議会の本質的同意なしに決定されてしまったり、ドイツ連邦議会の決定的な意思決定なしに超国家的な法的義務が基礎づけられたりしてしまえば、議会は単なる執行の役割へと墮し、もはや予算策上の全責任を負えなくなってしまう（…）。それゆえ、連邦議会は、EU領域では——基本法二三条二項に基づく協力があるとしても——大規模な連邦の支出が伴う連帯的救済措置を個別に承認しなければならず、さらに、——その大規模な秩序を基礎に「議会の」予算権にとって構造上の意味を有しうる——超国家的な取り決めがなされる限りでは、用意された財源の用途について十分な議会の影響力の存在を確保しなければならぬ」<sup>(7)</sup>。

dd) 似たような方法で、カールスルーエ〔連邦憲法裁判所〕は、すでに一九九〇年代初めに、基本法の制度構造における議会中心性を軍事領域にも推し進めた。そこで基本となる、いわゆる連邦軍の域外派遣に関する決定で、連邦軍は、「議会軍 (Paramentsheer)」として特徴づけられ、この——イギリス市民戦争を想起させる——概念により、連邦軍は連邦議会の命令権限の下に置かれる。ドイツはそれを、海外での武装戦力の投入に関する決定に際しての議会の関与についての法律 (議会関与法)<sup>⑧</sup>に取り入れただけではなく、基本法の妥当領域外でのドイツの武装戦力の投入が常に連邦議会の同意を必要とするという要件にも取り入れた (議会関与法一条二項)。このような理由から、兵士の宣誓は、今日では、まさに国会議事堂 (Reichstag) の前で行われるが、それによって議会の中心的役割が視覚的—象徴的にも認知されるのである。連邦政府は、このような背景で、基本的には公衆の目に晒される議会での議論を経て初めて、連邦軍を投入できる。そのことが、軍事力の投入のハードルを高め、少なくとも時間をかけさせる。比較憲法的観点からは、したがって、議会に対する連邦政府の地位は、他のEU諸国の政府〔のそれ〕よりも弱い。

## b) 限界

議会の限界を強調することも、他面では、我々の政治システムの重心である議会への集中を強める要素となる。そして憲法解釈学の定旋律 (cantus firmus) に属するのは、基本法には議会一元論が存在しないこと、および——オーストリアやおそらくポーランドとも異なり<sup>⑩</sup>——全面的な法律の留保も定められていないことである。<sup>⑪</sup>一九七〇年代後半から八〇年代以来、連邦憲法裁判所は、繰り返し、以下のことを強調してきた。すなわち、議会が、公益を定義する独占的な代表権 (Alleinvertretungsanspruch) を備えているわけではないこと、および市民らによって直接選ばれてい

るにも拘らず、議会在他の国家権力よりも優れた民主的正統性を手にしているわけでもないことである。他の国家権力は、パーシング「II米陸軍弾道ミサイル」判決で述べられているように、「そのすべての機能について…、異なった方法であれ、民主的に構成され正当化されており、これに基づいて権力分立的に組織されている」<sup>12)</sup>。

とりわけ外交領域において、執行府には、広く影響を及ぼす決定、場合によっては極めて重大な決定を行う排他的権限が与えられている<sup>13)</sup>。伝統的国家観を受け継いで、基本法は、外交領域では、執行府に、固有の責任において任務を遂行する広範な余地を付与している<sup>14)</sup>。

「他国との交渉、国際組織・国家間の機関・相互集団安全保障システム（基本法二四条二項）における代表、ならびにドイツを対外的に代表する際の国家全体の責任の確保は、（…）原則的には執行府、特に連邦政府の権限領域に割り振られる。外交活動が原則として執行府の権限領域に配分されるのは、次のような想定に基づいている。つまり、制度上および長期に渡り、典型的にはもっぱら政府が、変化する外交状況に対し迅速かつ適切に対応し、責任を持って国家任務や外交業務を引き受け、できる限り最善の結果をもたらす、人的、事項的および組織的能力を十分に備えているという想定である（…）。国家権力の分立および均衡という基本法の具体的秩序を覆い隠して、連邦議会の同意権ないし協働権を拡張的に解釈することは、対外的・安全保障政策上の連邦政府の行為能力を不当に制限してしまい、機能適合的な国家権力の配分を損なう結果となる（…）。そのような解釈は、民主制原理から導かれる、全体包括的な議会留保を拠り所とすることはできない」<sup>15)</sup>。

「国民発案と憲法裁判権との間の議会制」というテーマに立ち戻れば、連邦政府に当てはまることは、連邦憲法裁

判所にも当てはまる。連邦憲法裁判所法六条に基づいて議会あるいは委員会が連邦憲法裁判所裁判官を選出すること<sup>(16)</sup>、「連邦憲法裁判所が」法および法律に拘束されること（基本法二〇条三項）ならびに基本法において連邦憲法裁判所が明示的な根拠を持つこと（基本法九二―九四条）により、人的、事項的および制度的な正統性を超えて、基本的には他の憲法機関に劣らない民主的正統性の水準が、「連邦憲法裁判所に」保障されているのである。

## 2. 現実と浸食

以上のような憲法の現状調査は、さほど牧歌的に描くことができない現実とは対極にある。その現実の中では、議会は決して民主制の中心ではない。現実には、議会および議員は所々で圧力に晒されている。教科書、コンメンターおよび論文に見られる、議会が民主制の中心であるという定型化が、むしろいかにも信心深い願望か、またはより悪くは、空虚なフレーズにすぎないと思えるほどである<sup>(17)</sup>。

### a) 制度構造における執行府への事実上の加重性

aa) 現実には、確かに、執行府は、我々の民主制の中心ではなかったかもしれないが、今でもそうではないかもしれない。しかしおそらくは、我々の政治システムの重心であったし、今でもそうである。執行府は、すでにその卓越した人的リソースに基づき、追従を許さないほどの権限上の優位を、議会に対して有している。連邦行政府職員が現在七四万九一四九人なのに対し、連邦議会行政の「国会」職員は全部で二六〇〇〇人である。七五万人の職員による方が、二六〇〇〇人の職員によるよりも、ノウハウへの接近がよりよく保障されることについては、これ以上の多言を要しな

い。執政府の卓越した人的リソースにより、とりわけ、議会に帰属する立法機能は——このことは何度も研究されてきたことだが<sup>19</sup>——執行府によって広範に規定されることになる。連邦議会に持ち込まれる法律案の半数から四分の三が連邦政府の手によるものであり、<sup>20</sup>連邦議会の中心から、すなわち政権会派によって——ふつう対立会派によってではない——持ち込まれた法律案でさえ、通常は「場外プレー」によるものである (über die Bande gespielt)。すなわち、省庁で作成され、会派によって持ち込まれるのである。その理由は様々である。連邦レベルでは、この手続はしばしば、第一ラウンド通過における連邦参議院の迂回<sup>21</sup>、または——州レベルでもそうだが——連立政策上の困難の克服、会派やその主役たちを目立たせること等々に役立つ。

執行府は、予算を——法的拘束は別として——基本的には連邦政府の政策的規準に従って作成するし (予算原則法三条一項)、さらに、緊急予算権 (基本法一一一条) および超過支出や予算外支出の承認権限 (基本法一一二条) を備えている。執行府は、したがって、実践的には、予算で用意された財源を自由に使えるのであり、ある古いドイツの諺でいえば「金を出す者が口も出す (wer zahlt, schafft an)」ということである。これにより、自己の有権者のために国家の財源に与ろうとする議員も——控えめに表現して——気分を良くするだろう。とりわけ、このことは、消防祭その他類似のもののために使える、州における宝くじ財源の利用に見て取ることができる。その財源利用が、政府とその担い手である諸党派との間の環境を醸成するための確かな道具であることは明らかであった。

それに加えて、連邦政府は、——国際機関やEU機関において、そして他国に対して——ドイツを対外的に代表する権限を備えている。そのことは、グローバル化の時代において、そして、数多くの多重レベルシステムが存する状況で——欧州諸国は今日そのような状況に置かれており、そこでは自律的決定がルールというよりむしろ例外となっ

たが——、権力特有の観点からすれば、概して高く評価してもしすぎることはない利点である。議会自身が対外政策的・欧州政策的に重要な情報を——望むと望まざるとに拘らず——常にフィルターリングされた状態でしか獲得しておらず、その情報を確実に検証しえないのであれば、議会ははじめから不利な立場にある。<sup>(22)</sup>

bb) 政党国家は、この所見を先鋭化させる。ハンス・ペーター・シュナイダーがすでに一九七〇年代に記述していた<sup>(23)</sup>、政府と対立者との二元主義においては、政府の権力は、全く明らかに次のことに基づいている。すなわち、連邦首相または州政府首相が、党代表者 (Parteivoritzende) でもあるか、またはそうでなければ少なくとも (より大きな連立パートナーの) 政党組織を自由に動かしようということである。それにより、彼らは、通常、その担い手である会派を縛りつけることができるか、規律に服させることができる状況にある。確かに、会派は、形式的には、独立かつ自己の良心にのみ従う議員 (基本法三八条一項二文) の結合に基礎をおくものである。<sup>(24)</sup> しかし実質的に、議員は、議会における自己の政党の手足であり、<sup>(25)</sup> 政党は政党で——典型的には党執行部 (Parteführung) の了解を得て——候補者の (再) 立候補を決定し、それにより議員の経済生活について決定することも稀ではない。政府ポストと議席が両立可能であることや、政務次官制度<sup>(26)</sup> のような促進システム、あるいは議会のヒエラルキー化<sup>(27)</sup> により、首相 (Regierungschef) への集中がさらに促進させられる。会派の代表者ら (Fraktionsvorsitzende) が——表決権を持たないとしても——多くの州政府において共に内閣の机に就くことは、政府および議会の多数派が結局は政党というルールの上で走っているという所見に、もう一つの面で寄与するかもしれない。<sup>(28)</sup>

b) 議会制に負担を課す近時の浸食傾向

議会制に負担を課す近時の浸食傾向がさらに付け加わる。そのうちの二つについて取り上げたい。民営化 (aa) と、ヨーロッパ化あるいは国際化 (bb) である。どちらも、社会ならびに個人の政治的自己決定のための伝動装置 (Transmissionsriemen) としての議会の中心的役割、すなわち政治責任のための——イタリア人がそう呼ぶように——政治の舵取り (indirizzo politico) としての議会の役割がますます圧力下におかれたことに寄与する。

aa) 一九八九／九〇年という時代の変わり目以来行われている民営化は、政治の影響力を、そしてそれにより議会の影響力を様々な方法で低下させてきた。それにより、公共の福祉と個人の利益を均衡させるという社会の能力も低下した。<sup>29)</sup> 話題となっている二、三の例に言及するにとどめるが、今や買い戻されるとされるベルリン水道局、航空安全 (基本法八七d条一項) の民営化の可能性や、更生保護施設の更なる民営化<sup>30)</sup>——それは諸外国では、営業利率が合うように関係者は比較的長期にわたって収監されることにつながっていた——を想起してほしい。

さらに、公行政における人的削減は、省行政において必要不可欠な指揮任務を処理する職員がもはやほとんどいなくなることにつながり、それは一定程度議会に負担を課すことにもなっている。例えば、金融市場安定化法 (FMSStG, FMSStEG) を作成したのは、フレッシュフィールドズ (・ブルックハウス・デリンガー法律事務所) というイギリスの大規模法律事務所であり、本来その権限を与えられた連邦財務省ではない。州レベルでも、同じような事例が存在する。確かに、弁護士事務所の投入も個々の事例では重要となりうるが、しかし、民主的法治国および公益に縛られた省行政を、自己の活動の商業的成果に (も) 不可避的に関心を持つ弁護士らによって、ますます広範に代用することは機能障害である。そうなれば、——計画法と同様に——少なくとも、議会が政府の法案提出を目に見えて

より徹底的に検証しなければならなくなるが、しかし、議会は、そのような検証について、政治的、組織的かつ人的に、限定的にしか用意がなく、可能ではないように思われる。<sup>31)</sup>

bb) ヨーロッパ化と国際化について言えば、その議会制への影響は、次のように簡明的確にまとめることができる。「敗者は国内議会である」<sup>32)</sup>。なかでも欧州統合がもたらすのは、ますます多くの立法権限がEUに移ることである。EU理事会に参加するのは、連邦政府であつて、議会ではない。そして、連邦政府はここでも「場外でプレーしており」、連邦政府が国内的コンテクストで貫徹しえないような企図が、——連邦議会および連邦参議院ならびに公衆を素通りして——ヨーロッパレベルでもたらされる。「そのことに対する」対抗措置の試みがある。すなわち、基本法一二三条二項から六項までの条項、統合責任法 (IntVG)、EU事項における連邦政府と連邦議会との協働に関する法 (EuZBBG) および同法一二条に基づく取り決めである。それらの試みは、その上さらに、連合法上、欧州連合条約一二条、EUにおける国内議会の役割についての議定書、および補完性原則や比例原則の適用についての議定書によつて補完される。ところが、欧州安定化メカニズム (ESM) やユーロプラス協定 (Euro-Plus-Pakt)<sup>33)</sup> の事例が示しているのは、ここでは要請と実態との間でなお相当大きな裂け目が存在することである。その裂け目を閉じることは、今後数年の大きな課題の一つである。

### c) 法学の認識不足と摂取不足

もとより、法学はこの所見を、ほとんど反映させていない。法学は今日まで、政治学、社会学、経済学（これがおよそ何らかの洞察を得ようとするのであればであるが）および他の領域において経験的に獲得された洞察を摂取するため

の方法を発展させ、法学の近隣領域に対する接続可能性を確立させることができている。法はその限りでまだ、現実の所見、すなわちザイン（存在）とゾレン（当為）との間の不一致を適切に処理する、確かな道具を知らない。その限りで、いわゆる新行政法学は、ここで関心が寄せられている国法上のコンテクストとはあまり関わりがないとしても、いずれにせよ急所を突くものであった。なぜなら、それが法学に単なる「適用に関する解釈学」以上ものであることを要請するからである。ガバナンス研究も、（まだ）とりとめのないものかもしれないが、規律構造に集中することで重要な点をとらえ、「ここで」語られた法学の不足を克服するための重要な架け橋となりうるかもしれない。<sup>(35)</sup>

### Ⅲ．代表民主制の代用としてではなく、部分的補充としての国民立法

#### 1. 総論

基本法二〇条二項二文が規定するのは、国家権力が、選挙と投票の中で国民によって行使されることである。そう見れば、投票への言及により、基本法の直接民主制的手段——基本法二九条〔連邦領域の再編成〕、一一八条〔南西諸州の再編成〕、一一八a条〔ベルリンおよびブランデンブルクの再編成〕、一四六条〔基本法の妥当期間〕——が「一括りにして (vor die Klammer)」引き出される。しかし、基本法七九条三項によって守られる基本法のアイデンティティの核心が侵害される場合か、あるいは州の再編成がなされる場合ではなければ、国民発案は連邦レベルではこれまで予定されていなかった。したがって、現行憲法 (de constitutione lata) 下では、国民発案は、議会制を圧力下におくものとしては、適切なものでもない。

州レベルでも、事はそれほど異ならない。確かに、州レベルでは直接民主制の多くの経験がある。そして、それは

もう長いことバイエルンだけのものではなくなっている。とはいえ、バイエルンにおいても、ここ六六年——すでにそれだけ長いことバイエルン憲法は妥当しているのだが——の州民発案の経験は、見通しうる数に収まっている。一九四六年以来、州議会が四桁の分野で法律を通過させている間に、許容された州民発案（Volksbegehren）は一八回、州民投票（Referendum）は九回、州民表決（Volksentscheid）は六回行われた。<sup>\*1</sup> ハードルが多すぎるといわけではないが、州民発案と州民表決の組織は非常に労力がかかるので、それは議会立法にとつての真剣な競合物としては初めから問題外である。提案・許容定足数、官庁での署名収集（Amtsstubensammlung）の要件および時間的制限により、<sup>\*2</sup> 州民が事の成り行きに基本的に同意している場合には、彼らが容易には動員させられないようになる。そのことはとりわけ、必要な署名数を満たさずに成立しなかった国民発案の数の多さが示している。

## 2. 機能条件

それに加えて、その経験が示すのは、直接民主制の限定的可能性がある程度支障なく代表システムと並んで定着しうるということである。<sup>36</sup>

「代表的—プレビシットの」民主制への基本決定から生じるのは、第一に国民意思形成と議会意思形成との同格性、ならびに議会立法および国民立法の方法で可決された法律の機能的対等性である。<sup>37</sup> 議会によって可決された法律と、国民によって可決された法律は、したがって同格である。すべての州憲法裁判所の確立した判決も、「その点では」一致している。<sup>38</sup> 国民が制定した法律には、特に高められた存続力が与えられるわけではない。その法律は、州議会が制定した法律と同じように、——国家実践が示しているが——議会法律によってすぐに改正されうる。<sup>39</sup> 例えば、いわ

ゆる正書法改正は、シュレスヴィヒ―ホルシュタインでは一九九八年九月二七日に行われた州民表決により拒絶され、次のことが法律で定められた。すなわち、「州民の中で長らく承認され、納入可能な書籍の大多数において使用されている」、「一般的に慣例の」正書法が教授されなければならないことである<sup>40</sup>。この規定は、わずか九か月後に州議会の制定した法律により、一九九九年九月二日に再び廃止された<sup>41</sup>。これに対して提起された憲法異議は、州民表決の結果が同一立法期に再び取り消されてはならないはずだと主張したが、連邦憲法裁判所は受理しなかった<sup>42</sup>。同じような出来事は、自由ハンザ同盟都市ハンブルクからも報告される<sup>43</sup>。ここでは、市議会が州民表決によつて改正された選挙法を再び修正したのである。その点では、したがつて、後法〔は前法を破る〕の原則が、議会制と直接民主制との整序された並立〔関係〕をもたらず。そのことは、いかなる州民表決に際しても、議会は代替案を表決に付すことができるという規定にも当てはまる（例えば、バイエルン憲法七四条四項）。

問題はせいぜい、国民発案に有利になるような遮断作用<sup>\*3</sup>が、存在しうるかどうかである。それについては議論があるが、しかし事の性質上否定されなければならない<sup>44</sup>。なぜなら、遮断作用は、相応の保護必要性がないにも拘らず、代表民主制の優勢を疑問に付すだろうからである。議会多数派の操作の試みはあるかもしれないが、それはむしろ、次の選挙において制裁されなければならない<sup>45</sup>。

### 3. 評価

国民発案は、単にグローバル化の挑戦や透明性に欠ける権力状況の圧力に対して、それらを阻止するように作用し、そのことにより受容が確保されうるだけではない<sup>46</sup>。それだけではなく、国民発案は、政党国家的意思形成の合理性の

言いなりににはならない(それが可能となる)ことで、執行府の権力増大をも相対化させる。<sup>(47)</sup>

しかし、国民発案は、それと結びついたコストからすれば、議会制の代替物ではなく、せいぜい部分的な補充すぎない。そのようなものとしての国民発案は、経験が示しているように、議会制に挑戦するものではなく、議会制を安定させるものである。ツヴェンテンドルフ原子力発電所やオーストリアにおける原子力利用に関するレファレンダムは、ここでは喫煙禁止に関するバイエルンの問題と同様に、例として役立つだろう。州議会は、「喫煙禁止を」繰り返し計画したものの満足する結果を得るには至らなかったし、連邦憲法裁判所による規制の是認によっても事態は収束しなかった。そして、二〇一〇年に国民は次のように語った。今や禁煙はオクトーバー・フェストにおいてすら機能している、と。

#### IV. 憲法裁判権——「誰が番人の番人か？」という永遠の問題

##### 1. 総論

マーベリー対マディソン<sup>(48)</sup>以来、民主制の多数決原理と、裁判による法律の統制との間には緊張関係が存在する。その問題は、憲法裁判権と同じだけ古く、そして政治が法によつて縛られなければならないというカントの命題<sup>(49)</sup>を真剣に捉える以上は、避けて通ることのできない問題である。その際、もちろん数多くのニュアンスがあり、それはフランス憲法院の国民可決法律に対する統制の放棄<sup>(50)</sup>から、アメリカ連邦最高裁の政治問題の法理や司法の抑制<sup>(51)</sup>まで様々である。

我が国ではそうではなく、実体法的に刻印された憲法理解に基づいて立法者の余地を保持する試みがなされる。立

法者の余地は、評価・予測の余地から、基本権衝突を解決する際の形成の余地を経て、過少保護禁止を内容形成する際の具体化余地に及ぶ。共同決定判決<sup>52</sup>以来、判例は、次のような段階化された統制密度を用いている。それは基本権干渉の強度によつて、明白性の統制から、主張可能性の統制を経て、厳格な内容統制へと至る。一九九〇年代には、判例は、この段階化を平等原則の適用領域にまで借用した。ある差別化メルクマールがより密接に人と関連し(personenbezogen)<sup>\*4</sup>、それが基本法二条二項および三項で「禁じられた」差別化規準に近づけば近づくほど、今日統制密度はより厳格となる<sup>53</sup>。実体法的規準が結局役立たないところでは、プロセス化へと転調する<sup>54</sup>。それも、立法者への圧力が大きくなりすぎないようにするものである。

それは、ドイツにとつて緊張状態を扱う正しいやり方である。なぜなら、それがこれまでの道に従うものであるからである。つまり、そのやり方は、政治を「司法化」する傾向にあるドイツ特有の傾向からの帰結なのである。この傾向は、その根源をすでに旧帝国「神聖ローマ帝国」の経験に有しており、当時、帝国最高法院や帝国宮内法院の役割の中に明らかに表れていた。「その傾向を」一層深く刻みつけたのは、一九世紀における法治国家のドイツ特有の誕生<sup>55</sup>だ。その法治国家は、法律の優位と留保により、市民層に民主制の放棄を我慢させ、法と裁判所による紛争解決への我々の「信仰」に、徐々に、疑似宗教的な荘厳さを授けた。ドイツの民主制は、まさに議会における政治的多数を求める戦いであるだけでなく、裁判所、特に憲法裁判権の助力による問題の克服でもある。

## 2. 憲法裁判権は議会を強化する

しかしここでも、議会制の反対者だと誤つて考えられている者「連邦憲法裁判所」が、より詳しく見れば、議会制

を支えている。連邦憲法裁判所は、その点では、連邦議会の最大の「ファン」であり、繰り返し議会を中心に据えようとしてきた。マーストリヒト判決は、EUへの権限委譲によって生じた権限の浸食が、統合プログラムの十分に明確な内容形成によって埋め合わせられなければならないという考えを採用し、<sup>(56)</sup>ヨーロッパの逮捕状についての判決は、EU法の国内法化のために残された余地に対する議会の責任を強調した。<sup>(57)</sup>リスボン判決は、特に連邦議会の統合責任を浮き彫りにした。<sup>(58)</sup>一方で、「連邦憲法」裁判所は、ギリシャ救済およびヨーロッパ金融安定化メカニズム(EFSF)、<sup>(59)</sup>特別委員会(Sondergremium)、<sup>(60)</sup>欧州安定化メカニズム条約(ESMV)やユーロプラス協定(EPP)<sup>(61)</sup>の作成への連邦議会の関与、ならびに欧州安定化メカニズム(ESM)<sup>(62)</sup>についての諸判決で、ドイツ連邦議会の予算政策上の全体責任を、何度も、議会自体がするよりも情熱的に擁護しているように思われる。議会が民主制の中心であるというキルヒホフの理想を保持し安定させようとする力があるとするれば、それは連邦憲法裁判所である。

## V. 要約と評価

直接民主制も憲法裁判権も、議会の競合相手ではない。個々の表決や判決について争いはあるかもしれないが、結果としてどちらの存在も議会制の安定化および促進をもたらしている、あるいはそれらが計画通りに進めばそうなるだろう。憲法裁判権に目を向ければ、むしろその配慮が行き過ぎていないか、議会の機能を充足しないことをも議会の政治的裁量としてはならないのではないか、ということが問われる。しかし、議会制は自己目的ではなく、憲法によって定着した、行使されるべき国家機能である。すでに基本法の国家が自己を目的とするのではなく、人間を目的として存在しているとすれば、なおさら、このことは基本法の議会制にも妥当しなければならぬ。

【訳者解題】冒頭で述べたとおり、本稿は、二〇一三年一〇月一日に、日本大学でペーター・ミヒャエル・フリーバー教授が行った特別講義の際に用いた論文を訳出したものである。本論文は、二〇一二年五月一日にシュパイヤー行政大学院大学で行われた、ジークフリート・マギエラ教授古稀記念研究シンポジウム「価値共同体としてのヨーロッパ連合」での議論をまとめた以下の書籍に所収されている。独語論文名・所収は、*Parlamentarismus zwischen Volksbegehren und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Niedobitek/Sommermann (Hrsg.), Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, 2013, S. 255 ff.*である。なお、当日お話になっていない部分も含め、講義の際に扱われた論文全体を訳出している。読者の便宜のため、幾つか訳注を付してある。

著者のペーター・M・フリーバー教授（一九五九年―）は、ミュンヘン大学にてペーター・バドゥーラ教授（一九三四年―）の下で、博士論文および教授資格請求論文を執筆した。一九九一年に、アウクスブルク大学で公法の教授（C3）に任用されたのち、イエーナ大学に、国家法・行政法等の講座教授として招聘された。一九九四年から一九九六年まで、イエーナ大学法学部長を務める。二〇〇〇年にライプチヒで行われたドイツ国法学者大会で、欧州および国家の憲法をテーマに報告を行った。二〇〇一年に、バイロイト大学の公法および欧州統合法の講座教授として招聘された（W・シュミットグレーザーの後任）。そして、二〇〇二年には、公法および国家哲学の講座教授として、ミュンヘン大学に招聘された（ペーター・バドゥーラの後任）。その職務の傍ら、二〇〇九年から約一年間テューリンゲン州内務大臣を務め、二〇一〇年からは連邦憲法裁判所第二法廷の裁判官を務めている。主に欧州に関連する事件（例えば、欧州安定化制度に関する諸裁判）の主任裁判官を務める。さらに、連邦憲法裁判所裁判官に任用された後も、精力的に執筆活動に取り組んでいる。また、フリーバー教授は、直接民主制（的制度）に対して肯定的・積極的態度を

示しており、二〇〇六年から二〇一二年まで、ドイツの公益団体である Mehr Demokratie (直訳だと「より多くの民主制」)の理事も務めている。同団体は、直接民主制(的制度)や市民の政治参加、さらにドイツ・EUの選挙法改革を指向している。本論文の議論も、そのことと大きく関連している。

本論文は、国内議会が、憲法上ないし学説においては、民主制の中心でありながら、現実には様々な圧力に晒されて、危機に瀕していることを出発点とする。その圧力とは、端的に言えば、対外的にはEU、対内的には執行府による法律案作成およびその裏で活動する法律事務所等(民営化)などである。近時しばしば、連邦憲法裁判所の権限拡張が政治領域を浸食しているとして批判されることがある(連邦憲法裁判所の歴史的展開については、安章浩「西ドイツにおける近代立憲主義確立の政治過程」尚美学園大学総合政策論集二二号「二〇一六年」五七頁以下参照)。M・イエシュテット(フライブルク大学)、O・レプジウス(バイロイト大学)、Ch・メラース(ベルリン・フンボルト大学)、Ch・シェーンベルガー(コンスタンツ大学)らが二〇一一年に執筆した、Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht (邦訳として、鈴木秀美ほか監訳『越境する司法—ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』二〇一四年)が典型的である。また、直接民主制が議会を圧迫することも指摘される。しかし、フーバー教授は、これに与さない。連邦憲法裁判所は、本質性理論や議会留保を用いて、EUや執行府に対して議会権限を実質的に維持することに貢献してきたし、国民や州民による立法(発案 [Initiative/Begehren]、表決 [Entscheidung]、投票 [Referendum])は、それが議会制民主主義を代替することはないにせよ、それを補完するものとして機能し、また執行府や民間の専門機関による立法機能の代替に対抗しうるものである。このような意味で、フーバー教授は、事実上、連邦憲法裁判所や直接民主政が、議会ないし議会制民主主義の支援者であることを明確にする。もともと、それがそうでありうるし、今

そうであるとしても、そうあるべきなのか、今後もそうなのかは、明らかではない。ともあれ、民主制の中心にあるはずの議会の役割は、見落とされがちであり、その実質化を図る実践的方途は、一つではない。フーバー教授は、連邦憲法裁判所を批判するという形で、いわばその陰面として、議会にスポットライトを当てるやり方に与さず、連邦憲法裁判所自身が議会にスポットライトを当てていることに注目し、さらに、民主的正統性の源泉たる国民・州民から政治的意思を吸い上げる直接民主的手法を積極的に評価することで、やせ細った議会に再び活力を与えようとする。本論文は、民主的正統性をめぐる構図に新たな視覚を与え、そのオルタナティブを提供する点で、注目に値する。

訳語については、*Volksbegehren* (国民発案) が問題であった。本論文では、フーバー教授がバイエルン州を規準に執筆されていたため、*Volksinitiative* (国民発案) が登場しなかったが、州によっては、成立要件(例えば署名数)が緩やかな*Volksinitiative*が、*Volksbegehren*に前置されていることもあるし、*Volksbegehren*の手続のうち、①(提案・許容数の)署名収集から②提案までを指して、*Volksinitiative*と呼ぶ場合もある(訳注\*2参照)。一般に、*Volksinitiative*を国民発案、*Volksbegehren*を国民請願と呼ぶことがあるが、本稿では、*Volksbegehren*を広く国民発案と訳すことにした。

末筆ではあるが、論文の翻訳と特別講義当日の通訳を訳者がすることになったのは、甲斐素直教授の紹介によるものであり、本稿の刊行に当たっても大変お世話になった。また、論文の翻訳にあたっては、小山剛教授のご指導を賜り、不明な点については、当日フーバー教授ご自身からもご指導を賜った。お世話になった先生方に、記して感謝申し上げます。最後に、諸事情により刊行が遅れたことにつき、フーバー教授にはお詫び申し上げる次第である。

〔訳注\*1〕…バイエルンでは、州民投票は、州議会による憲法改正（バイエルン州憲法七五条）のために行われるものであり、州民表決は、州民発案に基づいて行われるものである。

〔訳注\*2〕…州民発案の手続「大まかには、①（提案・許容数の）署名収集↓②提案↓③許容性の審査↓④（成立数の）署名収集↓⑤議会表決（↓⑥州民表決）」は州によって異なる。バイエルン州では、州民発案は、無期限かつ自由に収集された有効署名数が二万五千を超えれば許容され、有権者の一〇%が一四日以内に官庁でリストに記名すれば成立する（バイエルン州選挙法六三―七四条参照）。州議会でその発案が同意を得られなければ、州民表決が行われる（同州憲法七四条四項）。

またテューリンゲン州での州民発案は、六か月以内に集められた五千の有効署名により許容される。発案者は、官庁での署名収集か自由な署名収集かのどちらかを選択することができ、前者の場合には二か月で有権者の八%、後者の場合には四か月で一〇%の署名を集めなければ成立しない（テューリンゲン州憲法八二条五項）。なお、自由な署名収集の場合には、同意署名者は、理由を述べずに署名を撤回することができる（同州憲法八二条六項）。成立した州民発案は、議会で可決されなければ、州民表決にかけられる。

〔訳注\*3〕…いくつかの州の地方自治法、例えばバイエルン州市町村法（Art. 18A IX BayGemO）は、次のように定める。「市民発案の許容性が認められると、市民表決の実施まで、その市民発案と矛盾する市町村の機関の決定がなされてはならない、あるいはそのような決定が執行されてはならない。但し、この時点で存在する市町村の法的義務であれば、この限りではない」。もともと、議会や政府のような憲法機関に対して明示的にこのような遮断作用を規定することは不適切とされる（K. Engelken, DVBl 2005, S. 416）。なおバイエルン州では、ある市民発案が許容された後、市町村議会が自発的にその発案で提案された措置を可決しなければ、市民表決が行われる。

〔訳注\*4〕…年齢、専門教育、家族構成など。一九八〇年の第一次除斥期間決定（BVerfGE 55, 72）で、いわゆる「新定式（neue Formel）」が示されて以来、この「人と関連する（personbezogen）」不平等取扱いでは、比例性審査がなされている。他方、「事の性質上生じる（sachbezogen）」不平等取扱いでは、一九五一年の西南ドイツ判決（BVerfGE 1, 14）以来、恣意定式（Willkürformel）に基づいて明白性審査がなされている。

- (1) 行政手続法の適用。P. Kirchhof, Das Parlament als Mitte der Demokratie, in: FS Badura, 2004, S. 237 ff.
- (2) BVerfG, NVwZ 2012, 967 ff.
- (3) E. Schmidt-Abmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, 4/12 ff.
- (4) BVerfGE 33, 1 <10 ff.> - 拘禁者判決; 33, 125 <158 ff.> - 専門医決定; 33, 303 <337 f.> - 第一次入学定員判決; 41, 251 <260>; 45, 400 <417 f.>; 47, 46 <78 f.>; 116, 24 <58>.
- (5) BVerfGE 130, 318 <343 f.> unter Hinweis auf BVerfGE 123, 267 <361>; 129, 124 <178 f.>.
- (6) BVerfGE 129, 124 <178>; 130, 318 <344>.
- (7) BVerfGE 129, 124 <180 f.>; 130, 318 <344 f.>.
- (8) BVerfGE 90, 286 <382>.
- (9) BGBI. I 2005, 775.
- (10) S. Biernat, Grundzüge des polnischen Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), IPE V (im Erscheinen), § 80 Rn. 170 ff.
- (11) BVerfGE 49, 89 <124 ff.>; 68, 1 <87>.
- (12) BVerfGE 68, 1 <89>.
- (13) BVerfGE 68, 1 <89>.
- (14) BVerfGE 49, 89 <125>; 104, 151 <207>; BVerfG, NVwZ 2012, 954 ff., Rn. 91.
- (15) BVerfG, NVwZ 2012, 954 <957>, unter Hinweis auf BVerfGE 49, 89 <124 ff.>; 68, 1 <87>.
- (16) BVerfG, NVwZ 2012, 967 ff.; zur Einordnung D. Wiefelspütz, Die Bundesverfassungsgerichtsrichter werden vom Deutschen Bundestag direkt gewählt!, DÖV 2012, 961 ff.
- (17) それについては次のものを参照。P. M. Huber, Regierung und Opposition, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 47 Rn. 28.

- (8) BMI (Hrsg.), Der öffentliche Dienst des Bundes. Daten zur Personalstruktur 2011, 2011, S. 7.
- (9) H. Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 196 f.; P. M. Huber, Staatsrecht, in: ders. (Hrsg.), ThürStVerwR, 2000, 1. Teil Rn. 199; H. Maurer, Die Mitwirkung der Exekutive bei der Gesetzgebung, in: Bauer/Hendler/Huber/Popowska/Rabska (Hrsg.), Entwicklungstendenzen des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Städtebaurechts, 1999, S. 109 ff.
- (20) J. Masing, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 76 Rn. 17.
- (21) J. Masing, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 76 Rn. 18; 批判的に同条解説 Rn. 100; 同條のあとに T. Mann, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 76 Rn. 25 f.
- (22) それどころが、ちひし II.2.b. に於て。
- (23) H. P. Schneider, Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1974.
- (24) BVerfGE 70, 324 <362>; 84, 304 <322>.
- (25) EU議会のための諸派についての明示的だが、BVerfGE 129, 300 <327 ff.>.
- (26) P. M. Huber, Der Parteienstaat als Kern des politischen Systems, JZ 1994, 637 <692>.
- (27) このモデルキー化の象徴としての各派手前どころが、次のものを見よ。BVerfGE 102, 224 ff.; BremsStGH, NVwZ 2005, 929 ff.; ThürVerfGH, NVwZ-RR 2003, 793 ff. 各派の代表者らの連邦軍の飛行隊 [ドイツ空軍特殊空輸任務飛行隊] へのアクセス権も同じく挙げられるべき。
- (28) P. M. Huber, Der Parteienstaat als Kern des politischen Systems, JZ 1994, 637 <692>.
- (29) 例えが、次のものを参照。P. M. Huber, Zur Renaissance des Staates, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Stelmach/Voßkuhle (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht im Zeitalter der Globalisierung, 2012, S. 35 <37 ff.>.
- (30) それどころが、BVerfGE 130, 76 <121>.
- (31) P. M. Huber, Zur Renaissance des Staates, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Stelmach/Voßkuhle (Hrsg.), Öffentliches

Wirtschaftsrecht im Zeitalter der Globalisierung, 2012, S. 35 <39>.

- (32) *P. Birkinshaw*, British report, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, S. 205 <251>; *P. M. Huber*, Die Rolle der nationalen Parlamente bei der Rechtssetzung der Europäischen Union, 2001, S. 13.
- (33) BVerfG, NVwZ 2012, 954 ff.
- (34) *A. Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/ders. (Hrsg.), GVWR I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 16 ff., 29 ff., 37 ff., 48.
- (35) 邦内閣府の行政手続法改正の経緯。 *P. Badura*, Konzeptionen europäischer und transnationaler Governance in der Perspektive des Verfassungsrechts, 2010, S. 23 f.; *W. Hoffmann-Riem*, Die Governance-Perspektive in der rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung, 2011, passim; *G. F. Schuppert*, Alles Governance oder was?, 2011, passim.
- (36) *P. M. Huber*, Parlamentarische und plebiszitäre Gesetzgebung im Widerstreit, ZG 24 (2009), 311 ff.
- (37) *M. Borowski*, Parlamentarische Änderung volksbeschlossener Gesetze, DÖV 2000, 481 <489>; *J. Caspar*, in: ders./Ewer/Nolte/Waack (Hrsg.), Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 42 Rn. 34, 36; *K. David*, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2. Aufl. 2004, Art. 50 Rn. 15; *T. Meder*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 3. Aufl. 1985, Art. 72 Rn. 1; *M. Rossi / S. C. Lenski*, DVBl. 2008, 416 <418>.
- (38) Für Bayern: BayVerfGHE 29, 244 <265>; BayVerfGH, NVwZ-RR 2000, 401 <402>; für Berlin: BerlVerfGH, Beschl. v. 27. 10. 2008 – VerfGH 86/08 – juris, Rn. 78; für Bremen: BremStGH, NVwZ-RR 2001, 1 <2>; für Hamburg: HmbVerfG, Urt. v. 15. 12. 2004 – HVerfG 06/04 – juris; Urt. v. 27. 04. 2007 – HVerfG 04/06 – juris, Rn. 95; für das Saarland: SaarlVerfGH, NVwZ 1988, 245 <248>; für Sachsen: SächsVerfGH, JbSächsOVG 6 (1998), 40 <42>; NVwZ 2003, 472 <473>.
- (39) BayVerfGH, NVwZ 2000, 401 <402>; SächsVerfGH, NVwZ 2003, 472 <473>.
- (40) § 4 Abs. 10 SchulG S.-H.; Änderungsgesetz vom 10. 12. 1998, GVOBl. S.-H. S. 366.
- (41) GVOBl. S.-H. S. 263.

- (42) BVerfG, NJW 2000, 1104. *あつども管轄権が欠けていふことを引き合ひに出しし。*
- (43) Volksentscheid vom 13. 06. 2004; Gesetz vom 05. 07. 2004, HmbGVBl. S. 313; Bürgerschafts-Drucks. 18/4339; Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Wahl zur hamburgischen Bürgerschaft, des Gesetzes über die Wahl zu den Bezirksversammlungen und des Bezirksverwaltungsgesetzes vom 19. 10. 2006, HmbGVBl. S. 519; HmbVerfG, Urt. v. 27. 04. 2007 – HVerfG 04/06 – juris.
- (44) *P. M. Huber*, Parlamentarische und plebiszitäre Gesetzgebung im Widerstreit, ZG 24 (2009), 311 <315 ff.>.
- (45) *ヒトリーニズレンドのきよめ争ひごころは、次の書籍に付られた資料を参照。* Wittreck (Hrsg.), Volks- und Parlamentsgesetzgeber: Konkurrenz oder Konkordanz? Dokumentation eines Thüringer Verfassungskonflikts, 2012.
- (46) *ハシムケルズレンドのきよめ S. Müller-Franken*, Referendum versus Volksgesetzgebung, in Baus u. a. (Hrsg.), Perspektiven und Grenzen „direkter Demokratie“, 2012, S. 51 <60 f.>.
- (47) *P. M. Huber*, Plebiszite, in: Kube/Mellinghoff/Morgenthaler/Palm/Pahl/Seiler (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Band I, 2013, § 60, S. 651 <656>.
- (48) U.S. Supreme Court 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
- (49) *I. Kant*, Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen, in: Werke in Zwölf Bänden, Band 7, S. 642: „Das Recht muss nie der Politik, wohl aber die Politik jederzeit dem Recht angepasst werden.“
- (50) CC No. 92-312 DC v. 02. 09. 1992, EuGRZ 1993, 193 <194> – *トーストリート第二判決*。
- (51) *C. Simons*, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, 1999.
- (52) BVerfGE 50, 290 <333 f.>.
- (53) 基本的なものの権利 BVerfGE 99, 367 <388 ff.>.
- (54) 範例的なものの権利 BVerfGE 125, 175 <219> – *ハルツIV判決*。
- (55) *Friedrich Julius Stahl*, Philosophie des Rechts, 3 Bände, 1830-1837 を参照。

- (56) BVerfGE 89, 155 <184 f.>.
- (57) BVerfGE 113, 273 <300>.
- (58) BVerfGE 123, 267 <347>.
- (59) BVerfGE 129, 124 <178>.
- (60) BVerfGE 130, 318 <344 f.>.
- (61) BVerfG, NVwZ 2012, 954 <960, 962 ff.>
- (62) BVerfG, NJW 2012, 3145 <3148 ff.>.









- 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。

日本大学法学部ホームページ (<http://www.law.nihon-u.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

加藤 紘捷  
岡田 俊幸  
田中 夏樹  
吉原 達也  
伊藤 悟  
野村 和彦  
石塚 壮太郎

掲載順

元日本大学教授  
日本大学大学院教授  
日本大学助教  
日本大学教授  
日本大学教授  
日本大学准教授  
北九州市立大学法学部  
専任講師

機関誌編集委員会

委員長  
副委員長  
委員  
委員

渡邊 容一郎  
柳瀬 泰  
大岡 拓也  
江島 健  
大久保 利  
賀来 修  
河合 清  
楠谷 仁  
栗原 二  
清水 克典  
水戸 史  
西原 雄  
友岡 二  
岩井 敬  
岡山 美典  
小野 義典  
喜多 義典  
中村 未  
野村 知彦  
白方 千  
芳賀 千

日本法学第八十三卷第二号

平成二十九年九月二十二日印刷  
平成二十九年九月二十九日発行  
非売品

編集責任者 池村正道  
日本大学法学会

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二二一四 A&Xビル  
印刷所 株式会社メデイオ  
電話〇三(三二九六)八〇八八番

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

Vol. 83 No. 2 September 2017

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

*ARTICLES*

Hirokatsu Kato, *Brexit and the UK Constitution with Reference to the 2017 Supreme Court Judgement in the Miller Case*

Toshiyuki Okada, *Das Rederecht eines Gemeinderatsmitgliedes und die Meinungsfreiheit*

Natsuki Tanaka, *Changes in the Deposit System and Determination of Parties Involved in Deposit Contracts:  
An examination through Transformation of Interests*

*TRANSLATIONS*

Guillaume-François Le Trosne, *Eloge historique de M.Pothier, traduit par Tatsuya Yoshihara*

Delphine Costa, *La codification de la procédure administrative non contentieuse, traduit par Satoru Ito*

Gerhard Seher, *Betrug durch Risikogeschäfte?, übersetzt von Kazuhiko Nomura*

Peter M. Huber, *Parlamentarismus zwischen Volksbegehren und Verfassungsgerichtsbarkeit, übersetzt von Sotaro Ishizuka*