

日本法學

第八十八卷 第二号 2022年9月

論 說

コロナ・パンデミックにおける学校教育を受ける権利

——二〇二二年一月一九日ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷決定（連邦緊急ブレキ第二決定）をめぐって——
岡田 俊幸

ブロックチェーンベースの
スマートコントラクトにおける合意形成と契約理論

………
長谷川 貞之

翻 訳

勅法彙纂第4巻第44章第2法文における
脳内の衡平とその実務慣用について

………
クリスティアン・トシウス
ヨシノブ・ドビネツチ
出雲 孝 訳

論 說

国連憲章下における
集団安全保障体制の枠組み

——安全保障理事会の権限と裁量の射程をめぐって——

………
本吉 祐樹

日本法学 第八十七巻第四号 目次

中村進教授退職記念号

国際私法・国際取引法と社会科学の諸問題

日本法学 第八十八巻第一号 目次

論 説

法定追認と取消権の認識

——各種の矛盾挙動禁止原則適用場面との比較を通じて——

…野中貴弘

研究ノート

コロナ・パンデミックにおける平等原則

——ドイツの判例の展開——

…岡田俊幸

論 説

ドイツにおけるマネー・ロンダリング
(資金洗浄) 罪改正のもたらす示唆

…三隅 諒

コロナ・パンデミックにおける学校教育を受ける権利

——二〇二一年一月一九日ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷決定（連邦緊急ブレキ第二決定）をめぐって——

岡田 俊 幸

- I はじめに
- II 決定の内容
- III 検討
- IV 結びにかえて

I はじめに

二〇二二年一月一九日、連邦憲法裁判所第一法廷は、いわゆる「連邦緊急ブレーキ (Bundesnotbremse)」に関する二つの決定を下した。一つは、接触制限及び外出制限の憲法適合性に関する決定⁽¹⁾(連邦緊急ブレーキ第一決定)であり、もう一つは、対面式授業の禁止に関する決定⁽²⁾(連邦緊急ブレーキ第二決定)である。本稿は、後者の決定を紹介し、この決定に含まれる問題点について若干の検討を行うことを目的とする⁽³⁾。後者の決定は、日本国憲法二六条が保障する「教育を受ける権利」の解釈論をコロナ危機の状況を踏まえて再考し、再構築する作業に際して極めて有益な示唆を与えると考えられるからである。

二〇二一年四月二二日の「全国規模の流行状況において住民を保護するための第四次法律」(以下「第四次住民保護法」という。)によって、コロナウイルス感染拡大を連邦全域で阻止するための包括的な感染防護措置(連邦緊急ブレーキ)を定める二八b条が感染症予防法に導入された⁽⁴⁾。対面式授業の禁止は同法二八b条三項(当時)において定められたが、この規定によると、SARS-CoV-2コロナウイルス新規感染者七日間指数が、郡(Landkreis)または郡に属しない市において三日連続で住民一〇万人あたり一六五人の限界値を超える場合、普通学校および職業学校での対面式授業は完全に禁止され、一〇〇人の限界値を超える場合、対面式授業は期間を限定して交代制形式において行われる(二文及び三文)。州は、最終学年と特別学校を対面式授業の禁止から除外し(五文)、州が設定した基準に従って救急保育を整備することができる(六文)。対面式授業の実施は、適切な予防・衛生計画が遵守されている場合にのみ許される。生徒及び教員は、週一回SARS-CoV-2コロナウイルス感染の有無に関する検査を受ける場合に限り、対面

式授業に参加することが許される（一文）。上記の限界値を下回った場合、七文から九文までの基準によって制限の効力は失われる。同法二八b条の適用期間は、連邦議会による国家規模の流行状況の認定が継続している期間に限定される。同法二八b条の適用期間は、遅くとも二〇二一年六月三〇日の経過までとされていた（二八b条一〇項）。

感染症予防法二八b条の定める対面式授業の禁止が基本権を侵害すると主張する複数の憲法異議の訴えが提起されたが、連邦憲法裁判所は、憲法異議の訴えをすべて斥けた。しかし、連邦憲法裁判所はこの決定において理論的に極めて注目すべき判断を示した。第一に、連邦憲法裁判所は、基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項から「学校教育を受ける権利」を導き出し、対面式授業の禁止が学校教育を受ける権利に対する「制約」に当たると判断した。第二に、連邦憲法裁判所は、感染症予防法二八b条の定める対面式授業の禁止による学校教育を受ける権利の制約は二〇二一年四月における事実状況及び知見状況の下においては比例原則に合致し、対面式授業の禁止による学校教育を受ける権利の制約は憲法上正当化されると判断したが、相当性の要件を判断する中で、対面式授業を行わないことが生徒に対して与えるマイナスの影響を詳細に論述した上で、対面式授業の禁止による学校教育を受ける権利の制約は「重大である」と評価し、将来における対面式授業の禁止措置に対して一定の歯止めをかけるものと理解できる説示をした。以下、本決定の内容を紹介した（Ⅱ）上で、本決定に含まれる問題点について若干の検討を行う（Ⅲ）。最後に、結びにかえて、本決定の検討を踏まえて日本国憲法二六条の解釈論についてまさに文字通りの試論を示す（Ⅳ）。

II 決定の内容

一 学校教育を受ける権利の制約

(一) 連邦憲法裁判所は、まず、基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項から学校教育を受ける生徒の権利を導出した。その論証のプロセスは、次のとおりである。

(i) 子ども及び青少年は、その人格を自由に発展させる権利を有する。しかし、子ども及び青少年は、社会的共同体において自立した人間に自己を発展させることができるためには、保護と援助を必要とする。基本法によると、この任務は何よりもまず親に与えられる。基本法六条二項に基づいて、親は、国との関係において、その子どもを育成及び教育をする権利を有し、義務を負い、その実行について、国家共同体がこれを監督する (Rn. 45)。しかし、子ども自身も、基本法二条一項から導出される権利として、国に対して、社会共同体において自立した人間に自らを発展させる際に支援と助成を求める権利を有する。国は、子どもの健全な成長のために必要な生活条件を確保しなければならぬ。この国の特別な保護責任は、基本権によって保護された子どもの発達権に根拠を有するものであり、人格の発展にとって本質的なすべての生活条件に及んでいる。それ故、育成及び教育の義務が親の手にある範囲においても、国は、基本法六条二項一文と結び付いた二条一項に基づいて、子どもに対して、子どもが親の監護の下で自立した人間に自らを實際に発展させることができるように配慮する義務を負う (Rn. 46)。

(ii) 基本法二条一項に基づく子ども及び青少年の自己の人格を自由に発展させる権利は、共同体においても自立した人間に自己を発展させることについて、基本法七条一項に基づく教育任務に適合した学校教育を通して支援し助成

することを国に求める権利（学校教育を受ける権利）も含んでいる（Rn. 47）。

基本法は、基本法六条二項に基づき親による子どもの育成及び教育を確保するだけでなく、子どもが自己を自立した人間に発展させる機会を公平に与えられるためのさらなる基本条件として、国による学校教育を保障している。基本法七条一項に基づいて、国は、子ども及び青少年が社会共同体の内部において自立した人間に自己を発展させることを包括的に助成し支援するために、すべての子ども及び青少年に対して、その能力に応じて、現代の社会生活に対応した教育機会を与える学校制度を創設する任務を有する。国に与えられたこの任務は、基本法二条一項で保障されている、その人格発展の支援を国に対して求める子ども及び青少年の権利と同じ目的に向けられている。国が基本法七条一項に基づく任務に従って学校教育を保障するときは、基本法二条一項に基づいて子ども及び青少年に対する負うところの、その人格を発展させる際に子ども及び青少年を支援し助成する義務をも果たしていることになる。したがって、基本法二条一項によって保護される子ども及び青少年の権利は、子ども及び青少年の人格発展に役立つような学校教育の機会を提供するという基本法七条一項に基づく国の客観法上の義務と主観法上において「対をなすもの（Gegenstück）」である（Rn. 48）。

(二) つぎに、連邦憲法裁判所は、「学校教育を受ける権利」の内容を明らかにする。連邦憲法裁判所は、この権利の保護範囲は、基本法一二条一項によって保護される職業関連教育に関するものではない範囲において、学校教育全体に及ぶと指摘した（Rn. 49）後、学校教育を受ける権利に含まれる「様々な保障次元」（Rn. 51）を明らかにしている。

(i) 特定の形態の学校の提供を求める請求権は検討に値しない。何故なら、国は、基本法七条一項に基づいて学校を編成する任務を遂行する際に広い裁量の余地と可能性の留保を援用することができるからである（Rn. 53）。しかし、学校教育を受ける権利から、一般的見解によって生徒が自立した人間に自己を発展させる機会を平等に与えられるた

めに必要不可欠であるとされる公立学校における最低水準の教育サービスの維持を求める生徒の請求権が導かれる。たしかに、例外的に、憲法的法益の保護という優越的根拠がこの請求権を妨げることもあり得る。しかし、学校を自由に編成する基本法七条一項に基づく任務も、乏しい公的資金の用途を決定する際の国の決定の自由も、この請求権を否定することはできない (Rn. 57)。

(ii) 教育を受ける権利は配分権上の保障次元を有する (Rn. 58)。学校教育は、親による育成及び保護と並んで、子ども及び青少年が社会的共同体において自立した人間に自己を發展させることができるための基本的条件である。また、国は、学校教育の実施について中心的な地位を占めており、その大部分は公立学校で行われる。それ故、子ども及び青少年が公立学校で提供されるさまざまな教育課程にアクセスすることは、子ども及び青少年が自己の人格發展のために自己の考えに従って学校で学習するための前提条件である。したがって、基本法三条一項の一般平等原則と結び付いた学校教育を受ける権利から、国の教育サービスの平等に関与する権利が導かれる (Rn. 59)。

(iii) さらに、生徒は、各自の学校において各自に与えられた学校教育を受ける権利を行使する機会を制限するが、基本法七条一項を具体化するために創設された学校制度それ自体に影響を与えるものではない国の措置に対して異議を申し立てることができる (Rn. 61)。

生徒は、私立学校以外において教育を受ける権利を自己の力によって行使することはできず、むしろ、国が教育サービスを提供する範囲に限り行使することができるが、この事情は、この権利が防御的保障内容を有することを妨げるものではない。学校教育を受ける権利は、国が、子ども及び青少年が共同体において自立した人間に發展できることを、基本法七条一項に基づく国の教育任務に應じる学校教育を通じて支援し助成することに向けられている。国

が提供する教育サービスは、生徒がまさに学校教育を受ける権利を行使することによって自立した人間に自己を発展させることができるようにするという目的のために行われる。したがって、生徒が授業に出席する場合、生徒は、就学義務を履行するとともに、基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項によって保護されている、その人格を学校教育の助けを借りて自由に発展させる権利を行使していることになる。この学校に固有の発達機会が国の措置によって制限された場合、これは「制約」に当たる (Rr. 62)。

この防御権は、国家が全体として編制した学校制度が、個々の学校において、その種類、内容及び範囲に応じて定められた学校教育を提供する範囲に限り及ぶものである。したがって、生徒は、学校教育を受ける権利の行使を制限する措置で、この権利の行使のために国が用意した学校制度それ自体には影響を与えないようなものに対してのみ異議を申し立てることができる。この場合、学校教育を受ける権利に対する制約と言えるためには、通学している学校において現時点で提供され、利用もされている学校教育が国の措置によって言わば「外から」損なわれていれば十分である (Rr. 63)。

これに対して、基本法七条一項に基づく国の学校組織編制権又は乏しい公的資金の使途の決定権を根拠として学校構造を変更する措置は、たとえこれによって従来提供されていた教育機会が失われるとしても、学校教育を受ける権利の制約に当たらない。生徒は、一般的見解によってその人格形成にとって不可欠であるとされている学校教育の最低水準が維持されることしか要求できない (Rr. 64)。

(三) そして、連邦憲法裁判所は、感染症予防法二八b条三項二文及び三文に基づく対面式授業の禁止は、基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項に基づく学校教育を受ける生徒の権利を制約していたとの判断を示した (Rr. 72)。

憲法異議の訴えを提起した生徒らは、自らが通う学校やクラスにおいて対面式授業が感染症予防を理由として維持

されていないことに異議を唱えているが、これは、学校教育を受ける権利の配分権的内容及び給付権的内容に関するものではなく、防御権的内容に関するものである (Rn. 75)。本件措置は、例えば、学校へのアクセスや特定の教育課程及び学年へのアクセスそれ自体に影響を与えるものではない。また、この措置は、国による授業内容の変更を目的とするものではない。何故なら、対面式授業の禁止は、例えば、教育学上又は教授法上の理由によつて遠隔授業を拡大するといった学校編制上の検討に基づくものではなく、また、公的資金の不足に対応するものでもなかったからである。むしろ、この措置は、もつぱら、学校において人と人の接触を阻止することによつてパンデミックに対処するという危険防御法上の目的に役立つものであった。学校教育を受ける権利を実現するために創設された学校制度は通常の授業形態として対面式授業を規定しているが、この措置によつてこのような学校制度そのものに変更は加えられていない。この既存の教育サービスが学校外の目的のために制約されており、そのため、憲法異議の訴えを提起している生徒が有している学校に固有の発展可能性が制限されていた (Rn. 76)。

二 権利制約の正当化

このように連邦憲法裁判所は、感染症予防法二八b条三項二文及び三文に基づく対面式授業の禁止は生徒の学校教育を受ける権利の制約に当たるとの判断を示した。しかし、連邦憲法裁判所は、感染症予防法二八b条三項二文及び三文に基づく対面式授業の禁止による生徒の学校教育を受ける権利の制約は憲法上正当化されると判断した。連邦憲法裁判所は、形式的合憲性について判断した (Rn. 77-106)。後、実質的合憲性の審査に入り、感染症予防法二八b条三項二文及び三文に基づく対面式授業の禁止が比例原則に合致すると判断を示した (Rn. 109)。以下、目的の正当性、適合性、必要性及び相当性に関する連邦憲法裁判所の判断の内容を紹介する。

(一) 目的の正当性

連邦憲法裁判所は、まず、対面式授業の禁止は正当な目的に役立つと判断した。連邦憲法裁判所は、次のように説示した。

対面式授業の禁止は、憲法上正当な目的に役立つものである。立法者は、基本法二条二項一文に基づく基本権保護義務を履行する中でこの正当な目的を達成しようとした (Rn. 110)。第四次住民保護法によって、立法者は、とくに生命と健康を保護し、極めて重要な共通財産である医療体制の機能遂行能力及び最善の医療を確保するという目的を追求した。人と人との接触を減少させる効果的措置によってこれらの目的を達成しようとした。最上位の目的は、医療体制全体の過重負担を回避し、医療を連邦全域において確保するために、ウイルスの感染拡大の速度を遅らせ、ウイルスの指数関数的増加を止めることであった (Rn. 111)。対面式授業の禁止も感染症予防のために使われた。立法者は、教育活動における人の接触の多さ並びに空間的及びその他の条件にかんがみると、学校においては、生徒という大きな集団に対する比較的高度のリスクが、また、間接的にはその家族に対しても比較的高度の感染リスクがあった、という前提から出発していた。立法者は、とくに低年齢の生徒の場合、衛生措置の徹底の実施は限られた範囲でのみ可能であることを踏まえて、このことを想定した (Rn. 112)。

(二) 適合性

つぎに、連邦憲法裁判所は、対面式授業の禁止は、感染症に起因する生命及び身体に対する危険から住民を保護し、機能遂行能力のある医療体制を維持するという立法者が追求する目的を促進するのに適合的であったと判断した (Rn. 116)。連邦憲法裁判所は、次のように説示した。

専門家は、これまで発生したウイルス変異株の場合、子ども及び青少年もコロナウイルスに感染し、このウイルスを感染させる人にもなり得ることを議論の前提としている (Rn. 117)。そうすると、学校を開けることは子ども同士及び教員との接触の故に感染症に起因する生命及び身体に対する危険の発生に寄与する、と想定することは適切である。専門家の評価によると、学校を開けた場合、生徒は、教室、校舎、敷地においてだけでなく通学路においても他の生徒や教師と様々に接触することになり、その中で感染し、家庭内の人や教員にウイルスを感染させる可能性があることが決定的である (Rn. 118)。このことを踏まえると、感染者指数が高い場合の対面式授業の制限は、人と人との接触を制限するための「連邦緊急ブレーキ」の他の措置と併せて感染と医療体制の過重負担による生命及び身体の危険から住民を保護することを少なくとも促進することができる、という立法者の評価に憲法上の疑問は生じない (Rn. 119)。

(三) 必要性

さらに、連邦憲法裁判所は、対面式授業の禁止は、感染症に起因する生命及び身体の危険から住民を保護し、機能遂行能力のある医療体制を維持するために必要でもあったと判断した (Rn. 121)。連邦憲法裁判所は、週二回の定期検査を実施し、かつ適切な予防・衛生措置を講じることによって対面式授業を完全に維持するという代替措置と対比しつつ、対面式授業の禁止の必要性は否定できないと判断した (Rn. 124)。その内容は、次のとおりである。

(i) たしかに週二回感染の有無に関する検査を受ける義務が課されることによる生徒の負担は、基準となる限界値を超えた場合に対面式授業の中止を命じられることよりも少ない。通常の場合、対面式授業の中止が生徒の人格発展に及ぼす悪影響は、検査に伴う負担よりも明らかに深刻である (Rn. 125)。

(ii) しかし、これが少なくとも同等に効果的な代替措置であることを必要な明確性をもって確認できない (Rn. 126)。たしかにミュンヘン大学 COVID-19 データ解析グループは、定期検査を実施し、衛生措置を講じた上で学校を開けることは休校よりも感染拡大を抑制するより効果的な手段であることを議論の前提としている (Rn. 127)。しかし、他の専門家はこの評価に与しなかった。複数の専門家は、この措置の体系的・継続的観察が行われていないと指摘した。これに対応して代替措置の実効性に関する言明は漠然としている (Rn. 128)。さらに、学校の周辺地域における感染拡大は学校閉鎖によってのみ確実に阻止できるのであり、それ故、対面式授業を維持する場合には、少なくとも PCR 検査を実施しなければならぬと指摘されているが、シャリテー (Charité)⁽⁵⁾ の評価によると、学校における PCR 検査の全国的実施はキャパシティーの理由により不可能である (Rn. 129)。そうすると、感染者指数が高く、感染経路の追跡手段が限定的であるか又は存在しない場合において、新たなウイルス変異株が高度の感染力を有することを考慮して、感染症は、定期検査を実施し衛生措置を講じた上で学校活動を維持するよりも、対面式授業の制限によって効果的に抑制することができる、という立法者の評価がもはや適切でないと考えることを可能にする十分に確実な知見は存在しない (Rn. 130)。

(四) 相当性

最後に、連邦憲法裁判所は、対面式授業の禁止は、基準となる法律制定時に利用可能であった知見に照らすと狭義の比例原則に合致していたと判断した (Rn. 133)。

(a) 連邦憲法裁判所は、一方において、対面式授業の禁止は生徒の学校教育を受ける権利を「重大に」損なうものであると評価した (Rn. 138)。連邦憲法裁判所は、学校教育を受ける権利の侵害の重大性の根拠として、次の六点を

指摘した。

(i) 連邦人口研究所によると、学校の完全閉鎖及び部分閉鎖は二〇二〇年三月から二〇二一年六月初旬までの期間において全体で一七三日に達した。ドイツ教員協会会長によると、二〇二〇年三月以降、生徒一人あたり三五〇時間から八〇〇時間の対面式授業が中止されたが、これは平均して半学年分である (Rn. 140)。

(ii) 専門家の意見表明は、対面式授業は主としてデジタル式授業に置き換わったわけではなく、課題の提供に置き換わっていることを示している (Rn. 141)。

(iii) パンデミックに起因する授業の中止は、学習時間の大幅な減少を招来させた (Rn. 142)。専門家の評価によれば、対面式授業の中止は、学習の遅れ、各科目の能力の発展に対する悪影響及び人格発展の不足をもたらしたことを前提としなければならない (Rn. 143)。

(iv) 専門家は、対面式授業の中止によって子ども及び青少年にとって重要な社会化空間が失われたことを一致して指摘した。子ども及び青少年は、とくにその心理社会的発達のために社会的接触を必要とする。子ども及び青少年は、他者との対話の中で社会的能力を発展させる。対面式授業の中止が集団能力に悪影響を及ぼしている (Rn. 144)。

(v) 専門家は、対面式授業の中止に起因する学習の遅れは、社会的に不利な立場にある家庭の子どもと小学生においてとくに大きいことを一致して指摘した (Rn. 145)。まさに小学生はとくに強く対面式授業を必要としている。小学生の場合には自習能力を前提とすることができず、読み書きなどの基本的能力を習得させることに成功するかどうかは、教師との直接的な対話の機会に大きく左右される。それ故、小学生の場合、遠隔授業やワークシートによる学習が有する代償効果も極めて低い (Rn. 147)。専門家の評価によると、学習意欲を継続させる基礎はまさに初期の教

育段階において築かれるという理由によっても、小学生は学校閉鎖から特別の不利益を受けている。小学校で習得した能力を土台としてそれ以降の学校における能力の習得が行われる。低学年において教えられるべき基礎に関する学習の遅れは、学校教育全体の成功を阻害する可能性がある。さらに、小学生は、その初期の発達段階において、対面式授業によって提供される、同級生との対話の中で社会学習をすることを可能にする生活・体験空間も必要としている。この空間によって、同じ年齢の子どもと対面する中での社会的学習が可能になる (Rn. 148)。

(vi) 専門家の意見表明から、対面式授業の中止といったパンデミックに起因する接触制限のために生徒の健康や家庭関係が悪化し、これにより教育機会の取得が間接的に損なわれた事例が多数存在することが読み取れる。専門家の意見表明によると、パンデミックに起因する一般的制限も子ども及び青少年の生活のクオリティと心理的幸福度を悪化させる。と同時に、精神障害と心身の苦痛のリスクも高まる。この期間において子ども及び青少年の顕著な運動不足が見られ、肥満や栄養過多のリスクが高まったことも一致して指摘されている (Rn. 151)。子どもの福祉が危険にさらされていることは、とくに、国の監督を受ける空間である学校において認知できるので、対面式授業の中止によって、早期に手がかりを認知する機会が著しく減少したと考えられる (Rn. 152)。

(b) 他方において、連邦憲法裁判所は、学校教育を受ける権利の重大な制約は、法律制定時において、感染症に起因する生命及び身体に対する危険から住民を保護するという極めて重要な公共の利益と対立関係にあったと指摘した (Rn. 153)。

(i) 二〇二二年四月の法律制定時において、高度の動態性を特徴とする感染事象が存在していた。感染症は指数関数的に拡大していた。COVID-19に感染し集中治療を必要とする患者の数が大幅に増加したため、多くの病院が緊急

運営に切り替え、予定できる手術の回数をさらに減少させなければならなくなることが直ちに危惧された。同時に、より感染力が強く、致死率の高い新種ウイルス株が急速に蔓延していた。これらの変異株はより感染しやすいため、集中治療を必要とする患者の増加が加速すること、及び感染者指数が一〇〇を超えるると接触者追跡調査がしばしば不可能になることを考慮に入れなければならなかった。さらに、これから始まるワクチン接種キャンペーンの成功を妨げることがないように感染者数をできるだけ少なく抑えることが求められた (Rn. 155)。このような状況において、制御不能に陥った感染事象とこれによって引き起こされる医療体制の機能不全によって生命及び身体が危険にさらされることから住民を守るために、感染事象の動態性をできるだけ包括的かつ迅速に断ち切ることは重要であった (Rn. 156)。

(ii) このことを前提とすると、立法者は、感染症予防法二八b条二文及び三文に基づく対面式授業の禁止によって極めて重要な公共の福祉の目的を追求している (Rn. 157)。基本法二条二項一文に基づいて保護される人の健康及び生命は、極めて重要な法益である。また、法律制定時における事実状況にかんがみると、これらの法益が重大に損なわれる緊急の危険性も存在していた。二〇二一年四月の状況の特徴は、感染症の指数関数的拡大、感染力が強く致死率が高い新たなウイルス変異株の拡大、それに伴って感染経路追跡が不可能になる危険、そして、感染して集中治療を必要とする患者の数の急増であった。このような状況においては、何の措置を講じない場合には多くの人が感染症に起因して重篤な病気になり、死亡すること、及び、多くの病院において集中治療室の過重負担が発生し、生命及び身体に対する危険が高まることを前提としなければならなかった。それ故、感染事象の動態性と制御不能の危険性からして指数関数的拡大を断ち切るための行動が緊急に必要であると思われた。とくに、いわゆるエスケープウイルス変異株の出現によって、始まったばかりのワクチン接種キャンペーンの成功を危うくしないためにも、そうである (Rn. 158)。

(c) そして、連邦憲法裁判所は、コロナウイルス・パンデミックの潜在的脅威に関する不確実性が、法律制定時においても、また、その適用期間中においても継続していること、及び、その対策のために適切な措置が講じられていくことにかんがみると、対面式授業の禁止は相当性を欠くものではなかったと評価する。連邦憲法裁判所は、学校教育を受ける権利に対する重大な制約と、生命及び身体に対するパンデミックに起因する危険から住民を保護し、医療体制を過重負担から保護するという制約を正当化する重要な公共の利益は対立関係にあるが、立法者は、結果として、当時において、憲法適合的な仕方でも両者の均衡を創出するという任務を遂行したと論じている (Rn. 159)。連邦憲法裁判所は、以下の五点を指摘した。

(i) 立法者は、個人の利益と公共の利益の調整に向けた規制を規範化した (Rn. 160)。①対面式授業は七日間指数の限界値を超えた郡又は郡に属しない市に限定して禁止されるのであり、措置の範囲は初めから限定的である。また、学校は、他の接触地点とは異なり、感染者指数一〇〇を超えた場合でも完全に閉鎖する必要はなく、感染者指数一六五を超えた場合に限り閉鎖される。これによって、立法者は、生徒が自立した人間に発展するための基本条件である学校教育の実施にとつての対面式授業の格別の重要性を考慮した。生徒と教師とが直接に交流する学校における授業は、感染事象を抑制するためにさらなる接触制限が不可欠と思われる状況に達した場合にはじめて完全に中止される (Rn. 161)。②さらに、州は、州が定めた基準に従つて緊急保育を整備することができるが、このことも対立する利益の調整が相当であることに寄与している。この点においても、連邦議会は、学校教育の利益に対して感染症対策の利益を後退させた。たしかに、緊急保育は、とりわけ、家庭の負担を軽減するために、親が自宅において職業活動に行うことができない場合において保育の必要がある生徒を引き受けるために行われた。しかし、州は、独自の基

準で緊急保育を整備することができるので、これに限定されない。技術的諸条件の欠如、不適當な学習環境又はサポートの欠如のために、自宅で遠隔授業に参加することが困難な状況にある生徒が遠隔授業に参加できるようにするために利用された (Rn. 162)。③加えて、州は最終学年と特別学校を対面式授業の禁止の適用除外にすることができるが、このことは、制約の強度を低下させる (Rn. 163)。

(ii) 遠隔授業の実施が可能な範囲において保障されていたことは対面式授業の禁止の期待可能性にとって決定的役割を果たす (Rn. 164)。

遠隔授業は、対面式授業の中止による学校教育を受ける権利の制約の強度を大きく低下させるために、感染症対策の観点から問題のない手段である。たしかに遠隔授業が対面式授業の代わりになり得るのは限定的な範囲にとどまる。専門家は、対面式授業は、生徒と教師が直接対話する機会があるので、成功裡にかつ機会の公平を確保しつつ教育を実施し社会的技能を習得させるのに適していると一致して指摘している。読み書きのような基本的技能は教師との直接の対話の中でしか成功裡に習得させることはできないことから、とくに小学生は対面式授業を必要としている。しかし、専門家の意見表明からは、遠隔教育が実施された場合、学校閉鎖による教育不足や学習損失は大幅に減少することも読み取れる。専門家の評価によれば、生徒及び教師において優れたデジタル機器が整備され、これに適合した教育的コンセプトが存在する場合、少なくとも技能と知識については遠隔授業の枠内においても成功裡に伝達することができる (Rn. 165)。

たしかに、連邦の立法者は、学校法上の権限を有していないために、連邦の立法者によって講じられた措置に基づいて対面式授業が中止された場合にできる限り遠隔授業が実施されることを自ら保障することはできない (Rn. 166)。

しかし、州は、基本法七条一項に基づいて、対面式授業が禁止された場合にできる限り遠隔授業を実施するように配慮することを義務付けられる。それ故、連邦法上の措置についても、比較的長期間続く学校閉鎖に起因する教育を受ける権利の重大な侵害が遠隔授業によって緩和されることが十分に保障されていた (Rn. 167)。

国は、基本法七条一項に基づき、すべての子ども及び青少年に対して、その能力に応じて、今日の社会生活に対応する教育の機会を与え、その人格を、それとともにその素質と能力を出来る限り妨げられず発展させることを可能にする学校制度を保障する任務を有する (Rn. 168)。州は、学校制度について単独で権限を有するが、通常は、このよ
うな国の任務から学校制度を特定の形態において編制する州の義務を導出することはできない。国は、学校制度の編
制に際して広い形成の余地を有する。しかし、少なくとも、学校教育が生徒の人格発展にとって不可欠な最低水準を
下回っている場合には、憲法上の教育任務は果たされていない。この場合、州は、基本法七条一項に基づいて、最低
水準を維持するための予防措置を講じる客観法上の義務を負う (Rn. 169)。

本件においては、パンデミックに起因して対面式授業が長期間にわたって中止されたため、このような状況が存在
していた。州は、感染症予防法二八b条三項二文及び三文が適用されている期間においても、中止した対面式授業を
出来る限り遠隔授業によって埋め合わせることを義務付けられていた (Rn. 170)。教員と生徒が交流しつつ授業を行
うことは、学校教育を保障するという基本法第七条第一項に基づく国の任務の中核的構成要素である。比較的長期に
わたって全く授業が実施されない場合、生徒の人格形成にとって不可欠な国の教育サービスの最低水準を明らかに下
回っている。このことは、住民の生命及び身体の保護を根拠として、感染拡大を抑えるために対面式授業を禁止する
ことを排除するものではない。しかし、その場合、州は、基本法第七条第一項に基づき、学校教育の最低水準を維持

するために残された可能性を利用することを義務付けられる。これには、とくに遠隔授業が含まれる。遠隔授業は、人と人との接触を増やすものではないから、感染症対策の観点から問題のないものである。たしかに、遠隔授業の代償効果は小学生については限定的であるかもしれない。何故なら、小学生の場合、読み書きのような基本的技能を習得させることに成功するかどうかは、教師との直接的かつ個人的な対話の機会に左右されるからである。しかし、遠隔授業は、専門家の評価によれば、少なくとも中等教育課程以上の生徒にとっては、学校閉鎖の結果生じる教育不足や学習損失を少なくとも部分的に回避できるようにするための主要な手段である。それ故、基本法七条一項に基づく教育任務を遂行するに際して州に与えられる形成の自由は、中止された対面式授業を遠隔授業によって埋め合わせるかどうかを決定する権限を州に与えるものではなかった。何故なら、ここでは、学校教育の最低条件として、感染症予防の観点から可能な限り授業を実施することそれ自体を確保するということが問題となっていたからである (Rn. 171)。

加えて、各生徒の就学場所において遠隔授業が実施されていない場合、又はその名に値する範囲において実施されていない場合、基本法七条一項に基づく対面式授業の中止の代償として遠隔授業を保障する州の客観法上の義務とともに、基本権によって保護された学校教育を受ける権利から導出される遠隔授業の実施を求める個々の生徒の請求権も発生していたが、このことは、攻撃されている措置の期待可能性に寄与した (Rn. 173)。基本法七条一項と結び付いた二条一項に基づく学校教育を受ける権利は、生徒に対して、公立学校においてその人格の発展に不可欠な最低水準の教育サービスを維持することを求める権利を与える。その範囲において、州は、基本法七条一項に基づく教育任務を具体化するに際しての裁量の余地も、また、乏しい公的資金を国の他の任務に使用することも援用できない。パндеミックという特別の状況における最低水準には、遠隔授業の実施も含まれる。何故なら、そうでないと、比較的

長期間にわたり、まったく授業が行われないことになってしまうからである。それ故、公立学校の個別の就学場所において、対面式授業の代わりに遠隔授業がその名に値する範囲において実施できるように配慮されていなかった範囲において、人的、物的及び組織的種類の深刻な障害によって妨げられない限り、対応する措置を講じることを求める関係する生徒の請求権が存在していたことになる (Rn. 174)。

(iii) 一般的には、負担を課す規制が効力を生じている期間が長ければ長いほど、立法者がより根拠のある判断をすることができる範囲において、作用連関について根拠が不十分な想定に基づくことはできなくなる。負担を課す規制が効力を生じている期間が長ければ長いほど、措置を維持するためには、基礎となる認識はより支持できるものでなければならぬ (Rn. 177)。対立する利益の重要性も考慮しなければならない。国は、生命及び身体に対する重大な危険について、国が、危険防御のための自由をより制限しない代替措置を究明することに十分に寄与しなかったという理由によって受忍することは許されない。これに対して、自由をより制限しない手段が人々により大きな財政的負担を課すという反論は、国がその効果についてのより根拠のある判断をする機会を逃す期間が長ければ長いほど、比較衡量の中で重みを失う (Rn. 178)。

本件では、対面式授業の禁止の期待可能性を判断する際に影響を与えるような認識獲得に際しての国の懈怠は確認できない (Rn. 179)。たしかに、危険状況は法律制定時においてすでに一年以上継続し、数箇月にわたる州法に基づく対面式授業の制限が先行しており、感染事象にとつての対面式授業の意味について詳しく究明するための最初の機会があった (Rn. 180)。しかしながら、二〇二一年四月二三日から六月三〇日まで適用された規制を判断する場合、対面式授業の禁止の期待可能性に影響を与えるような国の懈怠を前提とすることはできない。第一に、立法者は、国も責任

を負うべき認識状況の改善に配慮している。感染症予防法五条九項一文に基づいて、連邦保健省は、国家的規模の流行状況の認定の期間中に講じられた予防措置の効果について外部評価を委託する。これには、感染症予防法二八b条に基づく措置も含まれる。連邦政府は、この訴訟において、二〇二〇年に講じられたパンデミック対策の措置について、学校関連の措置の実効性を含む保護措置の実効性に関する調査研究 („StopptCOVID-Studie“) をロベルト・コッホ研究所に委託したと述べた (Rn. 181)。第二に、国に対しては、感染事象の動態性にかんがみて、不確実性を排除する可能性を明らかにし、適切な措置を講じることができるようにするために合理的な期間を認めなければならない (Rn. 182)。

(iv) コロナ・パンデミックのような長期にわたって継続している危険状況の進行中に繰り返される基本権を制限する危険防御措置の期待可能性を評価する際には、国が、危険防御のための制約を時間の経過とともに危険の初期段階よりも基本権をより害さないような形態にすることができるようにするために、国が責任を負う領域において、当然に考え付く期待可能な事前措置を適時に講じたかどうかについて考慮しなければならない。こうした事前措置が講じられなかった場合、このことは、その後の進行の中で、危険をより緩やかな手段によって対処する可能性が実際上ないことに変更を加えるものではない。しかし、負担を課す措置を免れるという関係者の利益は、認識状況の改善への関与が不十分である事例と同じように、対立する公共の利益との比較較量の中でさらなる重みを獲得することができぬ (Rn. 184)。

しかし、対面式授業の禁止の期待可能性に関連する国の懈怠を確認することはできない (Rn. 185)。パンデミック継続中に学校において講じられる感染症対策措置で、基本権をより制約しないものとして容易に思いつく予防措置として、教室の換気条件の改善や、離隔距離要求を遵守するためのより広い部屋を利用するという選択肢の提供が考え

られる。こうした措置は、感染状況によっては学校閉鎖を防いだり、その閾値を高くしたりすることができる。さらなる予防措置として学校活動のデジタル化の推進とこれに関連する教育的コンセプトの展開が考えられる。これは、遠隔授業の範囲とクオリティを改善することによって、将来の学校閉鎖の場合に教育の遅れを可能な限り防ぎ、措置の制約の強度を低下させるためのものである (Rn. 186)。しかし、すでに法律制定時に、すなわち二〇二一年四月において、例示した予防措置を全国的に学校で講じることが可能であったことは明らかではない。これらの予防措置は、多かれ少なかれ手間のかかる調整、計画及び実施を必要とする。換気装置及び移動式空気清浄機については、専門家の評価によると学校活動における予防効果についてなお説明を必要とするという事情も付け加えられる (Rn. 187)。「連邦緊急ブレーキ」が制定されるまでの期間において、基本法一〇四c条一文に基づく授權根拠に基づいて、予防措置の計画及び実施のために必要な公的資金を使うことができるように配慮することが可能であった。その範囲において連邦も活動しなかったわけではない (Rn. 188)。連邦は、デジタル遠隔授業を実施するための情報技術上の諸条件を改善するために総額一五億ユーロの財政援助を州に与えた (Rn. 189)。連邦は、校舎に換気装置を設備することについても財政的に援助した。連邦は、二〇二〇年一〇月以降、公共の建物及び集会所における換気装置の改善のために総額五億ユーロの資金を使用できるようにした (Rn. 190)。

(v) 感染事象の動態性とワクチン接種キャンペーンの開始にかんがみると、立法者による衡量の基礎にある公共の福祉の重要性及び対面式授業禁止の制約の強度の評価も、また、それに伴ってその憲法適合性も、憲法上必然的に暫定的性格を持たざるを得ないが、立法者は、「連邦緊急ブレーキ」に短い期限を付すことによって、このことに十分に対応した (Rn. 192)。たしかに、規制の憲法適合性は、何よりもまず、利用可能な情報及び認識手段を考慮して

ex ante の視点からのみ判断されなければならない。それ故、立法者は、法律の制定に際して、感染事象の動態性、より危険なウイルス変異株の拡大及び医療体制の過重負担に対する差し迫ったおそれを理由として、対面式授業の禁止のような人と人との接触を制限する措置の特別な緊急性及び重要性を前提とすることができた。しかし、公共の福祉のこのような重み付けは、当初からさらなる展開の留保の下に置かれていた (Rn. 193)。第一に、このことは、「連邦緊急ブレーキ」の包括的措置によって感染事象の動態性を断ち切ることができるのか、何時それができるのかという問題、さらに、その際に新たなウイルス変異株の拡大がどのような役割を演じるのかという問題に当てはまる (Rn. 194)。第二に、攻撃されている措置の憲法上の評価の暫定性は、当時始まったばかりのワクチン接種キャンペーンからも生じる。生命及び身体の保護にとっての措置の重要性は、住民が免疫を獲得するにつれて減少し、ワクチン接種が可能なすべての人にワクチン接種の機会が提供された場合には法律制定時と比較して著しく低くなることから、立法者は、パンデミックがさらに続く中で対立する利益の衡量を改めて行わなければならないことを前提としなければならない。このことは、とくに対面式授業の禁止に当てはまる。就学義務のあるワクチン未接種の子どもは、専門家の従来の評価によると、感染症に罹患することはまれであり、通常の場合、基礎疾患がある場合に限って重症化する。それ故、立法者は、ワクチン接種が可能なすべての人にワクチン接種の機会が提供された場合には対面式授業の禁止は徐々に正当化されなくなる可能性があることを考慮に入れなければならない。小学校の対面式授業については、このことはさらに強い程度において当てはまる。何故なら、小学生の場合、教育の成功は教員との直接的対話の可能性に左右され、学習の遅れは、その後の教育の成功に持続的に悪影響を与える可能性があることから、小学生は、とくに大きな影響を受けるからである (Rn. 195)。第二に、学校教育を受ける権利に対する制約の強度についての立法

者の評価も暫定的な性質のものでしかあり得なかった。対面式授業の中止が続けば続くほど、制約の強度も増加する。それ故、学校閉鎖が継続する場合、制約の強度は、立法者による対立する利益の当初の衡量が根拠のないものになってしまう程度に達する可能性があることを考慮に入れなければならなかった (Rn. 196)。

三 小括

以上要するに、連邦憲法裁判所は、基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項から「学校教育を受ける権利」を導出した上で、感染症予防法二八b条三項二文及び三文に基づく対面式授業の禁止は学校教育を受ける権利の制約に当たると、この制約は憲法上正当化され (法律制定時の事実状況及び知見状況に基づく) と感染症予防法二八b条三項二文及び三文は比例原則に合致している。)、結論として、感染症予防法二八b条三項二文及び三文に基づく対面式授業の禁止は、学校教育を受ける権利を侵害するものではないと判断した。⁶⁾

III 検討

一 学校教育を受ける権利

(一) 連邦憲法裁判所は、一九七七年六月二二日の決定において、個々の子どもは、基本法二条一項に基づいて、その人格を出来る限り妨げられることなく発展させ、それによってその資質や能力を出来る限り妨げられることなく発展させる権利を有するが、本件においては、子どもの発達権の内容、とくに子どもの発達権が「教育を受ける権利」の要素をどの範囲まで含んでいるかについて詳しく究明する必要はないと説示し、⁷⁾ 基本法が「教育を受ける権利」を

保障しているかどうかという問題を未解決のままにした。学説においては、「教育を受ける権利」が基本権によって保障されているかどうかについて活発な議論が展開されてきたが、⁽⁸⁾ 主要なコンメンタールに限ると、これを否定する学説が支配的であるようにも見える。⁽⁹⁾ このような状況において、連邦憲法裁判所は、本決定において、「学校教育を受ける権利」を明確に承認した。本決定の意義はまさにこの点にあると言えよう。

(二) ドイツにおいては、二〇二〇年春に、コロナウイルス感染拡大を抑えるために学校等の教育施設の一時的閉鎖措置が講じられた。ペルニチェーヴァルンケ／ヴァルンケ (Silvia Pernice-Warnke/Clemens Warnke) は、二〇二〇年一二月に公表された論文⁽¹⁰⁾において、教育施設の一時的閉鎖の法的問題点を検討している。ペルニチェーヴァルンケ／ヴァルンケは、教育施設の閉鎖による子どもの基本権の制約の有無について、次のように論じている。

(i) 基本法一二条一項を通して保障される自由な職業アクセス権は、そのために必要な諸条件を修得する可能性も含むので、教育を受ける「ミニマム基本権」は基本法一二条一項において保障されていると解される。しかし、教育を受ける権利の制約は、個別事案において授業が全く実施されない場合に限って、これを肯定することができるのであり、対面式授業の代わりに遠隔授業を実施するというだけでは、この場合に当たらない。少なくとも短期間の場合にはそうである。対面式授業の中断がハイブリット・モデルの場合において限られた期間又は個別の日に限定されているときは、発生する不利益は事後的に埋め合わせることができる (S. 1095 f.)。

また、特定の時点において一部の学年に限定して対面式授業が再開された場合、基本法三条一項と結び付いた基本法一二条一項の侵害の可能性がある。しかし、対面式授業と遠隔授業の原理的同等性にかんがみると、少なくとも限定された期間の場合、授業のクオリティーの観点から基本法二条一項の侵害を肯定することはできない (S. 1096)。

(ii) 教育施設の閉鎖は、基本法二条二項一文に基づく精神的健康に対する子どもの権利を制約している可能性がある。何故なら、子どもは、普段の構造及びよく知っている社会環境から何の準備もなく「放り出され」、孤立させられるからである。ただし、教育施設の閉鎖のみならず、他の措置との共同作用も考慮に入れなければならないし、また、現時点において、精神的影響について最終的判断を下すことはできない (S. 1096 f.)。

(iii) 人のあらゆる行為が基本法二条一項によって保護されると解釈した場合、教育施設の建物への立入及び建物内における対面式行事への参加の禁止は、子どもの一般的行為自由の制約である (S. 1097)。

このように、ペルニチェルヴァルンケ／ヴァルンケは、教育施設の一時的閉鎖は子どもの一般的行為自由の制約に当たるとの見解を示しつつも、教育を受ける権利については、あらゆる形態の授業が完全に中止されない限り、教育を受ける権利の制約にも当たらないし、基本法三条一項と結び付いた基本法二条一項を通して保障されている教育の機会均等の侵害にも当たらないと主張していた。

これに対して、ヒルデスハイム教授ヴラーゼ (Michael Wrase) は、二〇二〇年一二月に公表された論文において、教育を受ける権利は学校閉鎖によって制約されているし、また、「通信教育」又は「自宅学習」の形式による授業に限定することによっても制約されていると明確に指摘している⁽¹¹⁾。もっとも、ヴラーゼは、少なくとも上記の論文においては、「教育を受ける権利」の憲法上の根拠について必ずしも十分な論証をしているわけではないように思われる⁽¹²⁾。こうした状況において、連邦憲法裁判所が基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項から「学校教育を受ける権利」を導出し、対面式授業の禁止及び制限が（たとえ遠隔授業が実施された場合であっても）この権利の制約に当たるとを明確にしたことは極めて注目に値すると言えよう。

(三) 連邦憲法裁判所は、本決定において、基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項から導出される「学校教育を受ける権利」が様々な保障次元を有すると述べて、給付請求権としての学校教育を受ける権利、配分権としての学校教育を受ける権利及び防衛権としての学校教育を受ける権利の保障内容を明らかにしている。以下において、学校教育を受ける権利の三つの保障次元について簡単に検討しておきたい。

第一に、給付請求権としての学校教育を受ける権利の内容であるが、何よりもまず注目しなければならないのは、連邦憲法裁判所が学校教育を受ける権利に含まれないものを明確にしていることである。連邦憲法裁判所は、国が基本法七条一項に基づいて学校を編成する任務を遂行する際に有する①広い裁量の余地と②可能性の留保を根拠として、「特定の形態の学校の提供を求める請求権」は学校教育を受ける権利に含まれないと説示した (Rt. 53)。連邦憲法裁判所によると、学校教育を受ける権利に含まれるのは、自立した人間に自己を発展させる機会を平等に与えられるために必要不可欠な最低水準の教育サービスの維持を求める生徒の請求権に限られる。この請求権は、学校を自由に編成する基本法七条一項に基づく任務によっても、また、乏しい公的資金の用途を決定する際の国の決定の自由によっても否定されない (Rt. 57)。このように限定された範囲ではあるが、連邦憲法裁判所が学校教育を受ける権利に給付請求権としての保障内容が含まれるとする解釈を示したことは画期的であると言わなければならない。

給付請求権としての学校教育を受ける権利における最大の解釈論上の問題点は、「最低水準の教育サービス」とは何かである。連邦憲法裁判所は、本決定において、「パンデミックという特別の状況」における「最低水準の教育サービス」の内容について検討を加え、これに「遠隔授業の実施」も含まれるとする解釈を示した。連邦憲法裁判所は、教員と生徒が交流しつつ授業を行うことは、学校教育を保障するという基本法第七条第一項に基づく国の任務の

中核的構成要素であり、比較的長期にわたって全く授業が実施されない場合、生徒の人格形成にとって必要不可欠な国の教育サービスの最低水準を明らかに下回っていると指摘し、対面式授業を禁止する場合、州は、基本法第七条第一項に基づき、学校教育の最低水準を維持するために残された可能性、とくに遠隔授業を利用することが義務付けられると説示した (Rn. 171)。さらに連邦憲法裁判所は、各生徒の就学場所において遠隔授業が実施されていない場合、又はその名に値する範囲において実施されていない場合、対面式授業の中止の代償として遠隔授業を保障する基本法七条一項に基づく州の客観法上の義務とともに、基本権によつて保護された学校教育を受ける権利から導かれる遠隔授業の実施を求める個々の生徒の請求権も発生すると説示した。連邦憲法裁判所は、その理由として、そうでないと比較的長期間にわたり、まったく授業が行われないことになってしまうことを挙げている (Rn. 173)。こうして連邦憲法裁判所は、「パンデミックという特別の状況」において、遠隔授業の実施を求める個々の生徒の請求権が発生することを認めた。今後、連邦憲法裁判所が、「パンデミックという特別の状況」以外の場面において、「最低水準の教育サービス」の内容についてどのような解釈論を展開していくのかが注目されるところである。

第二に、連邦憲法裁判所は、基本法三条一項の一般平等原則と結び付いた学校教育を受ける権利から国の教育サービスに平等に関与する権利を導出した。もつとも、国が創出した学校制度の範囲内において教育サービスに平等にアクセスする権利は基本法三条一項から導出することが可能であり、¹³⁾ 学校教育を受ける権利の配分権上の保障次元の解釈論上の意義は大きくないと考えられる。

最後に、学校教育を受ける権利の防御的保障内容について検討する。連邦憲法裁判所によると、この防御権は、国が全体として編制した学校制度が、個々の学校において、その種類、内容及び範囲に依じて定められた学校教育を提

供する範囲にのみ及ぶものであり、生徒は、学校教育を受ける権利の行使を制限する措置で、この権利の行使のために国が用意した学校制度それ自体には影響を与えないようなものに対してのみ異議を申し立てることができる (Rn. 63)。そして、連邦憲法裁判所は、感染症予防法二八b条三項二文及び三文に基づく対面式授業の禁止は、学校において人と人の接触を阻止することによってパンデミックに対処するという危険防御法上の目的にのみ役立つものであり、通常の授業形態として対面式授業を採用している教育サービスが学校外の目的のために制約され、それ故に生徒の学校教育を受ける権利も制限されていたと判断した (Rn. 76)。連邦憲法裁判所は、上記の解釈論によって、コロナウイルス感染拡大を抑えるための講じられた学校閉鎖・対面式授業の禁止は学校教育を受ける権利の制約に当たると位置付けたのである。

他方において、連邦憲法裁判所は、学校教育を受ける権利の防衛的保障内容についても保障の対象とならないものを明確にしている。連邦憲法裁判所によると、基本法七条一項に基づく国の学校組織編制権又は乏しい公的資金の使途の決定権を根拠として学校構造を変更する措置は、たとえこれによって従来与えられていた教育機会が失われるとしても、学校教育を受ける権利を制約するものではない (Rn. 64)。連邦憲法裁判所は、この解釈によって、将来において、学校制度の変更等の教育政策それ自体が学校教育を受ける権利の侵害であるとして裁判の場で争われることになる可能性をあらかじめ封じていると考えられるのであり、防御権としての教育を受ける権利の保護範囲は限定されたものであると言わなければならない。連邦憲法裁判所が、対面式授業の禁止が防御権としての学校教育を受ける権利を制約するものと判断したことは画期的であると言ってよいが、「パンデミックという特別な状況」以外の場面において、防御権としての学校教育を受ける権利の制約が認められる可能性は限定的であるようにも思われる。

判例の展開が注目されるところである。

(四) 連邦憲法裁判所が示した「学校教育を受ける権利」の解釈論が教育に関する他の憲法上の論点にどのような影響を与えるかも重要である。ランデンベルク・ローベルク (Michael von Landenberg-Roberg) は、連邦憲法裁判所が示した三つの保障次元のみならず、学校教育を受ける権利の「保護義務次元」も、国の学校制度の憲法上の再構成にとつて今後劣らず重要となると指摘する。¹⁴ ランデンベルク・ローベルクは、基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項は、子どもの人格発展に対する国の保護・保障任務の特別の具体化として保護義務の次元を有しているところ、この保護義務次元は、親と国家との関係において間接的な効力を生じ、親が家庭外における学校教育への参加を拒否した場合、国は、基本法七条一項の教育委託に基づいて、親の意思に反して子どもの就学を実現する権限を有するのみならず、基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項の保護義務次元に基づいて、基本権の主体である子どもとの関係において、親の意思と対立する場合であっても学校教育を受ける機会を保障することを義務付けられる、と主張している。¹⁵

(五) 連邦憲法裁判所が「学校教育を受ける権利」の解釈論を示したことによつて教科書やコンメンタールにおける解説は書き直しが必要となり、¹⁶ さらに、今後、この解釈論がドイツの学説において立ち入った考察の対象とされることに疑いの余地はない。連邦憲法裁判所が示した「学校教育を受ける権利」の解釈論に対しては、肯定的な見解も、¹⁷ また、批判的な見解も示されているところである。¹⁸ 連邦憲法裁判所が示した「学校教育を受ける権利」の解釈論に対してドイツの学説がどのような対応を示すのか、学説の今後の展開が注目されるところである。¹⁹ ²⁰

二 教育を受ける権利の制約の正当化

(一) 連邦憲法裁判所は、本決定において、感染症予防法二八b条三項二文及び三文に基づく対面式授業の禁止措置

が比例原則に合致しているかどうかを検討し、対面式授業の禁止措置は学校教育を受ける権利を侵害するものではないかと判断した。もつとも、対面式授業の禁止措置が比例原則に適合しなければならぬことは、従来の学説において当然の前提とされていたところである。例えば、ペルニチュェルヴァルンケ／ヴァルンケは、二〇二〇年一月二日に発表された前記論文において、二〇二〇年春に講じられた休校措置が比例原則に適合していたかどうかを検討し、二〇二〇年春に講じられた休校措置はなお比例原則に適合していたとの結論に達している⁽²¹⁾。さらに、ペルニチュェルヴァルンケ／ヴァルンケは、科学的知見が存在するようになると、それに適合させる必要性も高まり、将来において二〇二〇年春に講じられた休校措置と同じような休校措置が講じられた場合、この休校措置は比例原則に反する場合もあり得ると指摘している⁽²²⁾。そうすると、連邦憲法裁判所が感染症予防法二八b条三項二文及び三文に基づく対面式授業の禁止措置について比例原則に適合しているかどうかの審査を行ったことそれ自体は、当時のドイツの学説状況を踏まえると画期的なことであるとは言えない。本決定が有する独自の価値は、むしろ、対面式授業の禁止が学校教育を受ける権利の「重大な」制約であると評価した点にあると考えられる。連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所法二七a条⁽²³⁾に基づいて意見表明をした専門家―ドイツ児童青年精神医学・精神身体医学・精神療法学同業者組合、連邦医師会、連邦親評議会、公衆衛生公勤務医師組合、ミュンヘン大学統計学研究所 COVID-19 データ分析グループ、ドイツ小児青少年医療アカデミー、ドイツ疫学会(ドイツ医学情報学・生物測定学・疫学会と協力)、ドイツ教育学会、ドイツ病院衛生学会、ドイツ小児感染症学会、ドイツ子ども保護連盟連邦連合、エアロゾル学会、テュービンゲン大学経験的教育研究ヘクトア研究所、EiO 研究所(ミュンヘン大学ライプニッツ経済研究所) 教育経済研究センター、シャリター・ウィルス学研究所、マックス・プランク動力学・自己組織化研究所及びロベルト・コッホ研究所―の意

見を踏まえ、さらに、連邦人口学研究所の研究等の他の文献も引用しつつ、対面式授業の禁止が生徒の学校教育を受ける権利を「重大に」損なうものであることを極めて詳細に論述している（Ⅱ二四(a)を参照）。その後、連邦憲法裁判所は、相当性要件の審査において、将来における対面式授業の禁止措置に対して一定の歯止めをかけるものと理解できるとして、対面式授業の禁止が生徒の学校教育を受ける権利を「重大に」損なうものであるという評価が前提となつていふと考へられる。権利制約の重大性を前提としてはじめて、感染症予防法上の対面式授業の禁止が相当性の要件を充たすためには、国は、権利制約の強度を低下させるための措置を講じることが求められることになるからである。

(二) すでに指摘したように、連邦憲法裁判所は、相当性要件の審査において、将来における対面式授業の禁止措置に対して一定の歯止めをかけるものと理解できる説示をしている。本決定の説示から将来における学校閉鎖・対面式授業の禁止に対する憲法上のハードルを読み取る学説も少なくない。

例えば、オスナブリュック大学教授ヴォルフ (Johanna Wolff) は、連邦憲法裁判所は、その時々々の事実状況及び知見状況が基準となると繰り返して述べていることから、本決定の説示を将来の状況に単純に当てはめることはできないこと、及び、連邦憲法裁判所は、対面式授業の禁止が生徒の学校教育を受ける権利の重大な制約であるという言明によつて、学校を閉鎖しないための論拠を強化していることを指摘し、連邦憲法裁判所は、本決定において、これまでの学校閉鎖に異議を唱えなかったが、将来の学校閉鎖に対して「無料乗車券」を発行したわけではないと分析している。ヴォルフは、本決定の説示から、感染症予防を理由とする対面式授業の中止は、緊急保育が保障され、かつ、遠隔授業が実施される場合に限って可能であることを読み取る。そして、ヴォルフは、責任者は、今後、拙速に学校閉

鎖をする前に、学校閉鎖は高いコストと多くの労力を伴うこと、場合によっては、利用できる資源が限定されているために学校閉鎖を実施できない場合があることを考慮しなければならないと説いている。⁽²⁴⁾

また、ボン大学教授ザウアー (Helko Sauer) は、連邦憲法裁判所は、対面式授業の中止によって子ども及び青少年に生じる特別の困難を強調する (小学生の特別の負担を繰り返し指摘する) とともに、学校閉鎖は、子ども及び青少年における感染拡大抑制のためではなく、住民全体における感染拡大抑制のために行われることから、ワクチン接種が進むにつれて学校閉鎖を正当化することが困難になり、また、すでに行われた授業中止の総数にかんがみても学校閉鎖の正当化は困難であることを確認している、と指摘し、学齢期の子どもは重症化し難いという知見が維持される限り、全国的規模の学校閉鎖はもはや正当化できないと説いている。さらに、ザウアーは、学校閉鎖はその名に値する遠隔授業を提供しない場合には、そもそも正当化されないと説いている。本決定が下された時期にノルトライン・ヴェストファーレン州において学校のクリスマス休暇の延長が提案されていたが、ザウアーは、この提案について、連邦憲法裁判所が、今後実施される学校閉鎖の相当性 (期待可能性) は、学校活動のデジタル化の推進など容易に考えられる措置を講じているかどうかによって判断されると指摘していることからすると、パンデミックに起因して今後行われる対面式授業の中止は、遠隔授業による代償を伴わないときは違憲であり、関係する生徒は、自己の教育基本権を根拠としてこれに対して防御することができると言わなければならないと説いている。⁽²⁵⁾

さらに、ヴラーゼも、本決定は、将来の学校閉鎖に対する「無料乗車券」を発行したわけではなく、むしろ、将来の学校閉鎖に関して高い要求を課したものであり、学校閉鎖は、将来において、感染者指数が地域的に非常に高い場合に、学年に分けて (低学年の生徒には特に優先して対面式授業を実施し)、明確に期限を区切り、かつ、実効的な (デジ

タルの) 遠隔授業が保障されるときに限って、パンデミック対策の最終手段の一つとして検討の対象となるにすぎないと指摘している。⁽²⁶⁾

(三) 連邦憲法裁判所は、本決定において、感染症予防法上の対面式授業の禁止は二〇二一年四月時点の事実状況及び知見状況に基づく限りにおいて比例原則に合致し、学校教育を受ける権利の制約は憲法上正当化されると判断した。しかし、連邦憲法裁判所は、危険状況によっては将来において対面式授業を禁止する可能性それ自体は認めつつも、対面式授業の禁止は学校教育を受ける権利の「重大な」制約であるとの評価を梃子として、相当性要件の審査において、将来における対面式授業の禁止に対して憲法上のハードルを築いたと見ることができるとしている。⁽²⁷⁾

IV 結びにかえて

(一) 「学校教育を受ける権利」に関する連邦憲法裁判所の解釈論は、次のように要約することができる。

(i) 基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項から「学校教育を受ける権利」が導出される。学校教育を受ける権利とは、共同体においても自立した人間に自己を発展させることについて学校教育を通じて支援し助成することを国に求める権利である(判決要旨一)。学校教育を受ける権利は様々な保障次元を有する。第一に、学校教育を受ける権利は、特定の形態の公立学校を求める始源的給付請求権を含むものではないが、子ども及び青少年に対して、自立した人間に自己を発展させる機会が平等に与えられるために必要不可欠な最低水準の教育サービスの維持を求める請求権(給付請求権)を与える。第二に、学校教育を受ける権利から、既存の学校制度の枠内における国の教育サービス

スに平等にアクセスする権利（派生的配分権）が導出される。第三に、学校教育を受ける権利は、現時点において提供され、利用もされている学校の教育サービスを制限する措置で、基本法七条一項の具体化として創設された学校制度それ自体に変更を加えるものではないものに対する防御権も含む（判決要旨二）。

(ii) 防御権としての教育を受ける権利の制約は、憲法上正当化されなければならないと、とりわけ比例原則に合致しなければならぬ。

(二) 筆者は、今後、連邦憲法裁判所が示した「学校教育を受ける権利」の解釈論を必要な修正を加えつつ日本国憲法二六条の解釈論にも活用することが可能かどうかについて検討を加える予定であるが、最後に、結びにかえて、日本国憲法二六条の解釈論についてのまさに文字通りの試論を簡単に示しておきたい。筆者は、少なくとも、学校教育を受ける権利の防御権的側面については、日本国憲法二六条の「教育を受ける権利」もその保障内容として含んでいると解釈することもできるのではないかと考えている。従来の日本の学説を見ると、例えば、工藤達朗は、教育を受ける権利には「自由権（防御権）としての側面」があり、「国民は、既存の教育制度・教育施設等を利用して教育を受けることを不当に妨げられない権利を有する」と説いている²⁸。この学説を前提とすると、二六条の「教育を受ける権利」は、現行制度の下ですでに提供されている学校教育の享受を制限する措置で、二六条の「教育を受ける権利」の具体化として創設された学校制度それ自体に変更を加えるものではないものに対する防御権も含むと解することも不可能ではないと思われる。今後さらに細部まで詰めた解釈論を構築しなければならないが、かりにこのような解釈が可能であるとすると、コロナウイルス感染拡大を阻止するための対面式授業の中止は（オンライン授業が実施されない場合はもちろんのこと、オンライン授業が実施された場合であったとしても）日本国憲法二六条が保障する「教育を受ける

権利」の制約に当たり、この制約は憲法上正当化されなければならない（比例原則を遵守しなければならない）と解されることになる。⁽²⁹⁾

- (1) BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 -, http://www.bverfg.de/e/rs20211119_1bvr078121.html.
- (2) BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 971/21 -, http://www.bverfg.de/e/rs20211119_1bvr097121.html. 以下、この決定の引用は、本文中に欄外番号を示すことにより行う。
- (3) 本稿は後者の決定を紹介・検討しようとするものであるが、前者の決定も極めて重要であることも指摘しておかなければならない。前者の決定は、本稿が紹介しようとしている後者の決定よりも、ドイツの学説において活発な議論を誘発していると言つてよい。法律雑誌に限定しても、前者の決定を扱った論文として、*Oliver Lepsius*, *Einstweiliger Grundrechtsschutz nach Maßgabe des Gesetzes, Der Staat* 2021, S. 4; *Kyrill-A. Schwarz*, *In dubio pro imperio?*, *NVwZ-Beilage* 2022, S. 3⁶⁴; 判例評釈 *Walter Frenz*, *Beschlussesanmerkung, DVBl* 2022, S. 43; *Volker Boehme-Negler*, *Beschlussesanmerkung, NVwZ-Beilage* 2022, S. 7(34 f.); *Stefan Muckel*, *Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen zur Pandemiebekämpfung verfassungsgemäß („Bundesnotbremse I“)*, *JA* 2022, S. 171; *Michael Sachs*, *Grundrechte: Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen in der Pandemie*, *Jus* 2022, S. 182⁶⁵がすでに公表されている。また、二つの決定を併せて検討する論文として、*Christoph Degenhart*, *Entscheidung unter Unsicherheit – die Pandemiebeschlüsse des BVerfG*, *NJW* 2022, S. 123; *Martin H. W. Möllers/Robert Chr. van Ooyen*, *Bundesnotbremse – das Bundesverfassungsgericht bleibt „etatisch“*: *Neue Grundrechte, weniger Freiheit und eine „Kontrollinszenierung“?*, *RuP* 2022, S. 58; *Lamia Amhaouach*, *Doch keine Richtungsweisung für künftige Corona-Maßnahmen*, *RuP* 2022, S. 74⁶⁶がすでに公表されている。前者の決定も極めて重要な論点を扱っているため、筆者としては、近い将来において、前者の決定についても紹介し、検討する機会を持ちたいと考えている。

- (4) 「連邦緊急ブレーキ」条項については、横田明美『コロナ危機と立法・行政―ドイツ感染症予防法の多段改正から』（弘文堂、二〇二二年）九二頁以下（補章一）による解説を参照。さらに、泉眞樹子「【ドイツ】第四次住民保護法（「緊急ブレーキ」等）、ワクチン接種者・回復者等への規制免除、入国規則、教育への免除等、季節労働者特例」外国の立法二八八・一号（二〇二二年）二頁以下も参照。
- (5) シャリテ（Charité）とは、さしあたり、ベルリン自由大学とフンボルト大学の共同施設である大学病院と理解しておけば足りる。シャリテについては、高野光司（ゲッティンゲン大学医学部教授）のエッセイ「シャリテ大学医学部病院連合ベルリン」千葉医学九四巻一号（二〇一八年）一三三頁以下において詳しく解説されているので、このエッセイを参照されたい。ここでは、シャリテの訳語として、「シャリテ大学医学部病院連合ベルリン」又は「シャリテ大学病院連合ベルリン」が提案されている。
- (6) さらに、連邦憲法裁判所は、対面式授業の禁止は基本法六条一項に基づく家族基本権に反するものではないとの判断を示している（Rn. 203-221）が、この部分についての紹介はしない。
- (7) BVerfGE 45, 400 (417).
- (8) ドイツにおける教育を受ける権利に関する判例及び学説の展開については、千葉卓「西ドイツにおける教育法の諸問題」日本教育法学会年報三号（一九七四年）二〇三頁以下（二二一頁以下）、内野正幸「表現・教育・宗教と人権」（弘文堂、二〇一〇年）一六五頁以下（初出、「西ドイツ教育法理論の一断面」現代憲法学研究会編『小林直樹先生還暦記念／現代国家と憲法の原理』（有斐閣、一九八三年）三三二頁以下）、ペーター・M・フォーバー（甲斐素直翻訳監修・栗島智明訳）「ドイツにおける教育を受ける権利」日本法学八一巻二号（二〇一五年）五三頁以下を参照。
- (9) *Dietrich Murswiek*, in: *Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art 2 Rn. 111*は、教育を受ける権利は基本法二条一項を根拠とすることはできないし、また、既存の教育施設に対する派生的配分権も、基本法二条から導出することができるのであって、基本法二条一項からは（基本法七条と結び付いたとしても）導出することはできないと説いている。*Udo Di Fabio*, *Durig/Herzog/Scholz*, 95. EL Juni 2021, GG, Art 2, Rn. 211を否定的な立場をとる。基本法七条一項についても

- Frauke Brosius-Gersdorf*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 20^f。基本法七条一項は基本権ではない。組織規範・任務規範であると説明している。また *Markus Thiel*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art 7 Rn. 16^f。基本法七条一項は、組織法上の規範であって、基本権ではないと説明している。
- (10) *Silvia Pernice-Warneke / Clemens Warnke*, Bildungseinrichtungen in der SARS-CoV-2-Pandemie, DÖV 2020, S. 1089. 以下、この論文の引用は、本文中に頁数を示すことにより行う。
- (11) *Michael Wrase*, Vorrang für Bildung: Warum die Entscheidung der Länder gegen (generelle) Schulschließungen richtig ist, VerfBlog, 2020/12/04, <https://verfassungsblog.de/vorrang-fur-bildung/>, DOI: 10.17176/20201204-175837-0.
- (12) ヴラーゼは、前掲注(11)において、次のように説いている。基本法においては、教育を受ける権利も、学校及びその他の教育施設に対してアクセスする権利も明文で保障されていないが、国際法においては、社会権規約一三条、子どもの権利条約障害者の権利に関する条約二四条において教育を受ける権利が法的拘束力をもって保障されているところ、若者の教育を受ける権利は、その客観法上の対応物を基本法七条一項に基づく国の学校監督に見出す、と。
- (13) *Murswiek* (Fn. 9), Art 2 Rn. 111.
- (14) *Michael von Landenberg-Roberg*, Das Grundrecht auf schulische Bildung im Kontext, DVBl 2022, S. 389 (394 f.).
- (15) *Landenburg-Roberg* (Fn. 14), S. 394 f. 以下に、ランデンブルク・ローブルクは、就学義務の正当化はこれまで共同体に関連する「統合利益」によって基礎付けられてきたが、将来は、自立した自己発展の可能性の諸条件に対する子ども自身の利益も同じ重要性を有するようになるを指摘する (S. 395)。
- (16) すでにインターネット上のコンメンタールにおいては、すでに本決定の説明が付け加えられている (*Arndt Uhle*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), 50. Ed. 15. 2. 2022, Art. 7 Rn. 6a-6c.1)。
- (17) ヴラーゼは、学校教育を受ける権利の導出は「教育憲法によつての里程碑」(einen Meilenstein für das Bildungsverfassungsrecht) であることを評価する (*Michael Wrase*, Ein Beschluss mit weitreichenden Folgen: Das Recht auf schulische Bildung nach der Schulschließungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, VerfBlog, 2021/12/05, <https://>

verfassungsblog.de/ein-beschluss-mit-weitreichenden-folgen/, DOI: 10.17176/20211206-021910-0)。

- (18) テュービンゲン大学教授ネッテスハイム (Martin Nettesheim) は、連邦憲法裁判所は、学校及び学校教育の制度を、教育学的にも憲法上也疑わしい仕方で構成しているというテーゼを根底に据えて、本決定を根源的に批判している。ネッテスハイムは、次のように論じている。連邦憲法裁判所は、学校を「市場」として設計している。学校は、サービスを提供する国と、権利に基づいて供給を消費する生徒という両サイドが対立する空間として設計される。この理解によると、学校教育を受ける権利は、ある種の特殊な消費者保護であるということになる。このような見方が本決定全体を貫いている。たしかに連邦憲法裁判所は、生徒を消費者としてのみならず、学校において発展の機会を提供された主体としても設計している。しかし、ここにも、教育を提供する国家と、この教育を利用する生徒という「市場モデル」が重層的に入り込んでいる。連邦憲法裁判所は、教育を、二つの側が不可分の相互作用・コミュニケーション空間において結び付けられている間主観的プロセスと見ていない。連邦憲法裁判所は、教育を相互的受容のプロセスであることを認識していない。このような教育事象の分裂は、教育学的にも、また文化科学的にも誤りである」と (Martin Nettesheim, Schule als Markt staatlicher Bildungsangebote: Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG vom 19. November 2021 („Bundesnotbremse II – Schulschließungen“), VerFBlog, 2021/11/30, <https://verfassungsblog.de/schule-als-markt-staatlicher-bildungsangebote/>, DOI:10.17176/20211130-211227-0)。
- (19) 本稿は、二〇二二年五月三〇日に提出された。本稿は、この時点までに蒐集できた文献に基づいて作成されている。
- (20) *Isabel Lischevski*, Ein Recht nur für Kinder?: Das Recht auf Bildung im Schulschließungsbeschluss des BVerfG im Lichte der Kinderrechtsdebatte, VerFBlog, 2021/11/30, <https://verfassungsblog.de/ein-recht-nur-fur-kinder/>, DOI:10.17176/20211130-190640-0は、子どもの権利を基本法に導入すべきかどうかに関する議論に対して、連邦憲法裁判所が示した「教育を受ける権利」の解釈論がどのような影響を与えるかについて検討しているが、本稿においては、この論文を紹介しない。

(21) *Pernice-Warnke/Warnke* (Fn. 10), S. 1089 ff.

(22) *Pernice-Warnke/Warnke* (Fn. 10), S. 1100.

- (23) 連邦憲法裁判所法二七 a 条に基づく専門知識を有する第三者の意見表明については、笹田栄司「ドイツ連邦憲法裁判所における第三者の参加（連邦憲法裁判所法二七 a 条）」北大法学論集七〇巻五号（二〇二〇年）八四頁以下を参照。
- (24) *Johanna Wolff*, *Schulschließung als Grundrechtseingriff: Zum Bundesnotbremse-Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts*, *VerfBlog*, 2021/11/30, <https://verfassungsblog.de/schulschließung-als-grundrechtseingriff/>, DOI:10.17176/20211130-190914-0.
- (25) *Heiko Sauer*, *Gediegene Gegenerzahlung*, *VerfBlog*, 2021/12/01, <https://verfassungsblog.de/gediegene-gegenezahlung/>, DOI: 10.17176/20211201-212027-0.
- (26) *Michael Wrase*, *Recht auf schulische Bildung: Die Schulschließungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist wegweisend*, <https://www.fes.de/themenportal-bildung-arbeit-digitalisierung/bildung/artikelseite-bildungsblog/recht-auf-schulische-bildung-die-schulschließungs-entscheidung-des-bundesverfassungsgerichts-ist-wegweisend>.
- (27) ザックス (*Michael Sachs*) は「パンデミックにおける実務」にとつての本決定の意義について、本決定は、相応の危険状況において対面式授業を禁止する可能性を残しつつ、要件の極めて綿密な審査と、その効果に対する限り広範囲な代償及び緩和の措置を求めた点にあると指摘している (*Michael Sachs*, *Grundrechte: Schulschließungen in der Pandemie* *JuS* 2022, 186 (187))。また、ムッケル (*Stefan Muckel*) は、本決定において、具体的事例において生徒の学校教育を受ける権利を制約することも許されると判断されたが、これによって「疑わしきは学校閉鎖に」という基本ラインを打ち出されて、追求されているわけではなく、連邦憲法裁判所は、学校の授業に際立った地位を認めていると指摘している (*Stefan Muckel*, *Schulschließungen zur Pandemiebekämpfung verfassungsgemäß* („*Bundesnotbremse II*“), *JA* 2022, 174)。
- (28) 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社、二〇一六年）二八七頁「工藤達朗」。長尾一紘『日本国憲法〔第三版〕』（世界思想社、一九九七年）三二〇頁も、「教育を受ける権利の自由権的側面」は「教育施設なし教育上の諸制度の利便の享受を妨げられない権利を保障する」と説いている。
- (29) 斎藤一久「一斉休校措置から教育を受ける権利の保障を考える」法学館憲法研究所報二三号（二〇二一年）三九頁以下

(四八頁)は、二〇二〇年二月二七日の安倍首相(当時)の要請に基づく一斉休校措置に関連して、「もちろん憲法二六条は対面で学習する権利を直接的に保障しているわけではないが、一斉休校措置により、学校という場で学べなくなったことは、教育を受ける権利が大幅に制限される事態を招来している。たとえ新型コロナウイルス感染症のまん延予防、そして医療資源の確保(とりわけ重症患者の生命の保護)が基底的な考慮要素であったとしても、教育を受ける権利が重要な考慮要素であることは言うまでもない。」と指摘している。本文で述べたような解釈論が可能であるとすると、現行の教育法制が対面式授業の実施を原則的授業形態と定めている範囲において、「憲法二六条は対面で学習する権利を直接的に保障している」と解釈することも可能であり、斎藤の指摘とは異なり、教育を受ける権利は一つの重要な考慮要素にとどまるものではない(むしろ、憲法上の権利の制約↓制約の正当化という図式を使うことができる)と考えることもできる。また、堀口吾郎「⑤学校教育を受ける権利への影響―憲法は『学校に通う権利』と『学校に通わずに教育を受ける権利』を保障しているか」大林啓吾編『コロナの憲法学』(弘文堂、二〇二二年)一八九頁以下(二九五頁以下)は、「子どもたちが学校に通えなくなることは、学校空間以外での教育機会(オンライン授業等)が確保されている場合であっても、教育を受ける権利に対する制限にあたるのだろうか」と問題を提起し、「日本では、日本国憲法が成立するずっと前から一貫して、『学校が学習指導のみならず、生徒指導等の面でも主要な役割を担い、様々な場面を通じて、児童生徒の状況を総合的に把握して教師が指導を行うことで、子どもたちの知・徳・体を一体で育む』という、いわゆる『日本型学校教育』が制度化されてきた」が、「仮に憲法がこうした日本型学校教育を前提にしているならば、教育を受ける権利は『学校に通う権利』をも保護するものと解すべきだろう」と論じている。日本国憲法がいわゆる「日本型学校教育」を前提としているとは容易には考えられないので、堀口の見解は、実質的には、教育を受ける権利は『学校に通う権利』を保障していないという見解に帰着せざるを得ないと思われるが、それはともかくとして、本文で述べたような解釈論が可能であるとすると、憲法が「日本型学校教育」を前提としているかどうかとは関係なく、「仮に憲法がこうした日本型学校教育を前提にしているならば」という留保を付すことなく、現在の教育法制が学校空間で教育を行うことを原則的形態として定めている範囲において、「子どもたちが学校に通えなくなることは、学校空間以外での教育機会(オンライン授業等)が確保されている場合であっても、教育を受ける権利に対する制限にあたる」と解することも可能であろう。

ブロックチェーンベースの スマートコントラクトにおける合意形成と契約理論

長谷川 貞 之

〈目次〉

- 一 問題の所在
- 二 現代のスマートコントラクト
 - 1 スマートコントラクトの現代的意義
 - 2 ブロックチェーン技術とスマートコントラクトの融合
 - 3 基盤となるブロックチェーン技術のデータ構造
- 三 ブロックチェーンベースのスマートコントラクトと契約
 - 1 ブロックチェーンを基盤とするスマートコントラクト

ブロックチェーンベースのスマートコントラクトにおける合意形成と契約理論（長谷川）

四一（二八一）

- 2 ブロックチェーン技術の革新性と特性
 - (1) 分散型台帳としてのブロックチェーン
 - (2) ブロックチェーン技術の革新性
 - (3) ブロックチェーン技術のもつ特性
- 3 ブロックチェーン技術が抱えるリスク
- 4 ブロックチェーンベースのスマートコントラクトと契約理論
 - (1) プログラムコードを用いた合意
 - (2) オラクルによる契約事項の管理
 - (3) ネットワーク参加者による合意形成
- 四 ブロックチェーンを基盤とするスマートコントラクトの実装
 - 1 スマートコントラクトの代表的なアプリケーション
 - 2 実装の主な利用場面
 - 3 実装における留意点
- 五 スマートコントラクトとコードによる規律
 - 1 デジタル合意としてのスマートコントラクト
 - 2 プログラムコードによる規律
 - 3 ネットワーク参加者のデジタル連帯責任
- 六 ブロックチェーンベースのスマートコントラクトが創り出すDAOの世界
- 七 結語

一 問題の所在

近年、スマートコントラクト (Smart Contract) という言葉が、各種のモノやサービス、情報などをインターネット上のネットワークを通じて取得したり、最適化することを内容とするシステムを示す用語として、様々な場面で使われている。自動販売機でいえば、通常、コンピュータ上のプログラムコードに「AならばX」という条件と結果が書き込まれ、Aが成就したとき自動的にXという処理がなされる。このとき、「AならばX」という合意自体は、法的にはスマートコントラクトとは別に当事者間で行われる。スマートコントラクトについては、今のところ明確な定義があるわけではなく、一般的に、コンピュータ上のプログラムコード (program code) により特定の条件の発生時に契約上の義務が自動的に履行されるように設計されている契約であるといわれる。⁽¹⁾

現代社会におけるスマートコントラクトは、ブロックチェーンに搭載されて用いられることが多く、⁽²⁾ 現代の企業はブロックチェーン技術の採用に積極的である。⁽³⁾ 後述するように、ブロックチェーンは、ピア・ツー・ピア (P2P) のネットワークを通じて取引に参加する者同士をコンピュータで結びつけ、取引履歴の情報や記録をブロックごとに格納し、これをチェーン (鎖) のように直列に連結したデータベースである。⁽⁴⁾ もとは暗号通貨であるビットコインを実現するための中核技術として開発され、二〇〇九年の運用が開始された技術である。⁽⁵⁾ ビットコインの創始者であるサトシ・ナカモト (Satoshi Nakamoto) と名乗る人物によって投稿された論文には、第三者などの仲介機関を通さない直接的なオンライン取引を可能にする技術として、ブロックチェーンを用いたビットコインの仕組みが紹介されている。⁽⁶⁾

ピア・ツー・ピア (P2P) のネットワークを通じて行われる暗号通貨の取引では、取引履歴を台帳に記録し、その台帳に対して誰も恣意的に不正操作やハッキング、詐欺などが行えないようにしつつ、ネットワーク上で取引を管理できるようにする必要があった。そのため技術が分散型台帳としてのブロックチェーンである。

スマートコントラクトは、今日、このようなブロックチェーンを基盤としこれに搭載されて用いられるアプリケーションであり、特定の条件を満たすと契約を自動的に実行するコンピュータ上のプログラムコードである。⁽⁷⁾ また、近頃では、スマートコントラクトがモノのインターネット (Internet of Things: IoT) と組み合わせり、デジタル経済を支えるデバイスとしても広く社会に浸透してきている。⁽⁸⁾ IoTは、クラウドといったモジュール化可能な技術で構築されることが多いが、必要となる複数の機能をまとめてモジュール化して提供するのが、IoTプラットフォームである。⁽⁹⁾ スマートコントラクトは、このIoTプラットフォームに装備され、契約の自動化を促進させる役割も担っている。また、スマート・シティー構想の中では、IoTテクノロジーでインフラを管理し、環境に配慮しつつ経済発展を目指す社会の構築に向けた新テクノロジーとしての期待が高まっている。

スマートコントラクトという言葉が広く社会に普及し始めたのは、ブロックチェーン技術とスマートコントラクトとの融合が背景にある。⁽¹⁰⁾ スマートコントラクトは、後述するように、契約の自動化または自己執行力を示す用語として古くからあったが、ブロックチェーンの登場により、ブロックチェーンを基盤としこれに搭載され、取引費用の削減、手続の迅速化、権利の譲渡または移転などの取引履歴の保存などの目的で広く用いられるようになった。いわば、ブロックチェーンのアプリケーションの一つが、いわゆるスマートコントラクトである。

ブロックチェーンは暗号通貨であるビットコインの中核技術であるが、この技術が今日知られるような広汎な用途

をもつ強力なテクノロジーとして誕生したということに気づいた者は、当時ほとんどいなかったといわれる。⁽¹¹⁾当初、ブロックチェーン技術は、これを用いることで、極めて低い費用で取引の信頼性を担保することが可能となり、電子取引システムとして機能することが期待されていた。⁽¹²⁾その後、信頼における第三者などの仲介機関を必要としないという先進性とその利点から、ブロックチェーン技術が俄かに注目を浴びるようになった。⁽¹³⁾

スマートコントラクトの基盤となるブロックチェーン技術には、ブロックの追加にあたり、ネットワーク参加者の各ノードによるコンセンサス・アルゴリズム (Consensus Algorithm) という合意形成が用いられており、不正や改ざんが困難で透明性が高いことや、中央の集権的な管理者や仲介者などの第三者が不要なため、取引費用の削減が期待できることなど、多くのメリットがある。この特性を利用し、ブロックチェーンのアプリケーションとしてスマートコントラクトを搭載することにより、契約内容をあらかじめプログラミングしておき、特定の条件が満たされると自動的に契約が実行される仕組みを作り出すことができる。スマートコントラクトでは、契約を意味する「コントラクト」という言葉が用いられているが、その実体はブロックチェーン上で展開されるコンピュータ上のプログラムコードである。⁽¹⁴⁾

新しいテクノロジーに依存する企業が増えるにつれて、現在では、スマートコントラクトをめぐる法律関係の明確化と規律の必要性が問われている。⁽¹⁵⁾また、その法的紛争の解決にも、新たな視点が求められている。⁽¹⁶⁾スマートコントラクトは、それ自体、契約といえるのかどうか。また、当事者間でコード化された一定の条件の解釈が事後的に争われたり、予期しないコードの破損やコード間の不整合、あるいは、システムやネットワークへの不法侵入 (ハッキング) が生じたような場合、どのような紛争解決が導かれるのか、未知の部分が少なくない。申込みと承諾による意思

表示の合致（合意）を契約成立の基本的要件とする伝統的な契約理論からみれば、スマートコントラクトは機械思考の契約であり、これが果たして契約といえるのかどうか、より根本的な問題として問われることになる。¹⁷

スマートコントラクトに関する議論は、これまで技術的・経済的側面から議論されることが多かった。¹⁸しかし、社会におけるブロックチェーン技術、およびスマートコントラクトに対する注目度が高まるにつれて、これらの問題も法律上の主要な論点の一つとして取り上げられるようになってきた。¹⁹ブロックチェーン技術のもつ革新性とそれを基盤として利用されるスマートコントラクトは契約を取り巻く社会環境を大きく変える力をもっており、²⁰伝統的契約理論にとって重要な問題を提起するものである。²¹

スマートコントラクトめぐる契約上の問題をいち早く取り上げ、これを積極的に論じてきたのが、アメリカを中心とする諸外国の契約法である。アメリカにおけるスマートコントラクトに関する研究は、近年、極めて盛んである。²²しかし、ブロックチェーン技術とスマートコントラクトとの関係、スマートコントラクトをめぐる契約上の効力や責任については未解決な問題や課題が少なくなく、議論はまだ始まったばかりである。²³

本稿は、ブロックチェーン技術を基盤としこれに搭載されるスマートコントラクトについて、アメリカ契約法における議論を参考としながら、そのメカニズムを明らかにし、コードによって相互の合意を確保することの意味、コンセンサス・アルゴリズムによる合意形成と契約理論との関係を検討するものである。特定の法分野における既存の法的枠組みや規制を参照してスマートコントラクトの詳細な調査を行うことは、本稿の目的ではない。

本稿では、まず、スマートコントラクトの基盤となるブロックチェーン技術の先進性と特性、データ構造について分析する（二）。スマートコントラクトの抱える問題を法律的側面から解明するには、単にそれだけを取り上げて検

討するのではなく、スマートコントラクトの基盤となるブロックチェーン技術の基本的仕組み、その中で用いられるコンセンサス・アルゴリズムやコンピュータ上のプログラムコードといったシステム全体の構造を踏まえて行う必要がある。

次に、本稿は、ブロックチェーンに搭載されるスマートコントラクトについて、法律学の観点から、ブロックチェーン技術の特性を踏まえて、スマートコントラクトの意義、そのメリット、および問題点を整理する(三)。そのうえで、スマートコントラクトの活用が期待される主な適用場面を整理し、検討する(四)。

続いて、本稿では、ブロックチェーンベースのスマートコントラクトにおけるコンセンサス・アルゴリズムと複数主体間の合意形成および契約との関係を明らかにし、ネットワーク参加者によるコンセンサス・アルゴリズムは従来の伝統的な契約の基礎となる合意に準じて扱われることを指摘する(五)。

そして、最後に、ブロックチェーン技術およびスマートコントラクトの活用によってどのような未来が開かれようとしているのか、「分散型自律組織」(Decentralized Autonomous Organization: DAO)が創り出す世界についての展望を述べることにしたい(六)。

本稿で取り上げるテーマについては、まだ議論が始まったばかりで論点も明確ではない点が少なくない。法が社会の変容に的確に対応するには、まず、テクノロジーの進化がどのような社会の変化をもたらしているかを正しく理解しなければならぬ。そのうえで、そのような社会の変化が現在の法的枠組の中で処理できるかどうか、まず、この点を検討することが必要である。それにより、法が変革を迫られている問題点や課題が明らかになり、将来への対応が可能となるものと考ええる。

二 現代のスマートコントラクト

1 スマートコントラクトの現代的意義

スマートコントラクトは、前述したように、コンピュータプログラムにより特定の条件の発生時 (Event) に契約上の義務が自動的に履行されるようにプログラミングされている。その特徴は、コンピュータ上のプログラムコードを使用した契約の自動執行にある。当事者の一方が履行すべき範囲は、コンピュータ上のプログラムコードにおいて定められる。スマートコントラクトという用語のなかには、人間が恣意的な判断を下すことなく、アルゴリズムにより、またはネットワーク上のバーチャルな第三者 (AIや人工エージェントなど) を介して、契約が自動的に実行される場合も含まれる。⁽²⁴⁾

このような特徴をもつスマートコントラクトは、契約の基本的要件である当事者間の合意や約束の相互交換を前提とするわけではなく、それ自体、コンピュータのプログラムコードにすぎないといった理解もありえよう。そのような観点からスマートコントラクトを性格づけるなら、スマートコントラクトは「電子コードにより表示されるプログラム」 (programs represented by electronic code)⁽²⁵⁾、あるいは、「コンピュータプロトコル」 (computer protocol)⁽²⁶⁾ と呼ぶことができる。

ブロックチェーンが登場する以前にも、自動販売機などのようにスマートコントラクトといわれたものは存在した。古くは、古代ローマの属州であったアレキサンドリアにおいて、自動販売機の事例が見られる。当時、エジプトの寺院では、硬貨ドラクマが五枚投入されると、その重みでレバーが上に動いてバルブを開き、傾いた鍋に少量の聖水が

自動的に落ちてくる装置が開発されていたといわれる。⁽²⁷⁾ 現代に近いところでは、一七世紀のイギリスにおける凶書の出版販売などにおいても自動販売機の事例が見られる。⁽²⁸⁾

今日いうところのスマートコントラクトは、プログラムできる契約として、アメリカの法学者で暗号学者のニック・スザボ (Nick Szabo) が一九九〇年代に発表したスマートコントラクトに関する論文の中で登場し、その後広まって行った概念である。⁽²⁹⁾ スザボは、一例として、表示金額のお金を投入してボタンを押せば商品が出てくる自動販売機 (vending machine) を取り上げ、特定の条件に合致すると契約が締結され、自動的に実行される契約をスマートコントラクトの概念を用いて説明した。

自動販売機の売買では、商品の内容や投入する金額は誰もが同じであり、時と場所で解釈が異なる余地はない。万が一お金を入れても商品が出てこないなどといった不具合があっても、返金ボタンでお金を取り戻すことができる仕組みとなっており、契約不履行のリスクも抑えられる。スザボによれば、スマートコントラクトは、「デジタル形式 (digital form) で指定された一連の約束 (a set of promises) で構成され、当事者がこれらの約束に基づいて実行する手順 (protocols) を含む」ものである。⁽³⁰⁾

自動販売機の仕組みは、法律上の観点からみると、非常に単純なものである。①あらかじめ契約条件を定義したうえで、②飲み物の代金を販売機に投入し購入したい飲み物のボタンを押すという条件を実行する、③自動販売機が対応した飲み物を出力するという契約を執行する、そして、④購入者は購入した飲み物を確認するという四つの段階を経ることで、プログラムされた契約が自動的に執行される。これは、「契約の事前定義→イベントの発生→契約の執行／価値の移転→決済」という一連の流れを全て自動化するものである。

このように、スマートコントラクトは、プログラミングされたコードに基づき、コードが特定の条件の発生時（*Trigger*）に契約上の義務を自己実行するようにプログラミングされている。これは、スザボが説いたようにデジタル形式で記載された一連の約束がスマートコントラクトといえることができる。⁽³¹⁾

2 ブロックチェーン技術とスマートコントラクトの融合

今日、スマートコントラクトは日常にあふれていて、前述の自動販売機の例のほかにも、様々なサービスにおいてスマートコントラクトが活用されている。なかでも、スマートコントラクトは、分散型台帳のテクノロジーであるブロックチェーン技術と融合し、これを基盤に活用されることが多い。

ブロックチェーンは、前述したように、地理的に分散したピア・ツー・ピア（P2P）のネットワークを通じて、ネットワーク参加者のノード（PCやサーバなど）によって管理される分散型台帳（*Decentralized Ledger Technology: DLT*）である。⁽³²⁾ ブロックチェーンには、ピア・ツー・ピア（P2P）のネットワークやアルゴリズムコンセンサなどの技術が集積しており、このブロックチェーン技術を基盤とし、これに搭載されて用いられるのがスマートコントラクトである。ブロックチェーンは、ネットワーク参加者のコンピュータによって共同で保持される台帳技術であり、単一の障害点といったものはない。記録を保持している個々のコンピュータがハッキングされるとか、オフラインになった場合でも、他のコンピュータはそれなしで続行が可能であり、複数のコピーを同期させておくためのソリューションを提供できる利便性をもっている。一方、ブロックチェーンに実装されるスマートコントラクトは、二当事者間の取引に限定されない。プログラムコードを通じて、複数の当事者間の取引を管理することも可能である。契約の

自動化を図るスマートコントラクトと分散型台帳のテクノロジであるブロックチェーン技術には親和性があり、両者を融合させた点にスマートコントラクトの現代的意義がある。⁽³³⁾ このようなスマートコントラクトをここでは「ブロックチェーンベースのスマートコントラクト」(Blockchain-based Smart Contract)と呼ぶことにしたい。ブロックチェーンベースのスマートコントラクトは、ブロックチェーン技術と融合した新たなテクノロジということができる。

3 基盤となるブロックチェーン技術のデータ構造

ブロックチェーンは、複数の取引履歴などの情報をデータとして記録したブロックを鎖(チェーン)のように直列に連結したデータベースである。ブロックチェーンでは、ピア・ツー・ピア(P2P)のネットワークを通じて取引が行われると、取引記録がネットワーク参加者全員に向けて発信される。ブロックチェーンの各ブロックには、直前のブロック内容を表すハッシュ(Hash)値というデータが書き込まれている。ネットワークの参加者はマイナー(miner:採掘者)として、ブロック内の自由に変更できる領域に適当な数(Nonce:ナンス)を書き込み、ナンスの変更とハッシュ計算を繰り返しながら、目的の条件を満たすハッシュ値を見つけるまでノード(PCやサーバなど)に計算を行わせる。この計算で目的の条件に合うハッシュ値を最初に発見した者が、新しい取引記録をブロックとして追加する権利を獲得する。通常、ノードは一台単独で取引記録を作成し、取引の公正を担保するために、新しい記録をネットワーク参加者の他のノードに公開する。他のノードは、公開されたデータ構造に誤りがないかを検査し、問題がなければこれを別の他のノードに送信する。最終的にすべてのノードで問題がないことが確認されると、これが新しいブ

ロックに取り込まれることになる。この検証プロセスを「プルーフ・オブ・ワーク」(Proof of Work: PoW)としよう。プルーフ・オブ・ワーク (PoW) は、生成されたブロックが有効と認められるのに必要な証明を提供するものである。ブロックチェーンでは、プルーフ・オブ・ワーク (PoW) により必要な計算を最初に成功させた者がそのデータを承認して、正しくブロックチェーンにつなぎ込む役割を担うとともに、新しくブロックを生成した者は報酬として一定量のビットコインなどの仮想通貨(暗号資産)を取得するものとし、検証プロセスにインセンティブが働くように設計されている。また、個々のブロックには、タイムスタンプと前のブロックへのリンクも含まれている。³⁴⁾

このように、ブロックチェーンは、ネットワーク参加者のノード(PCやサーバー)を通じて、同じデータを複数の場所に分散して管理することから、「分散型台帳」(distributed ledger)と呼ばれる。³⁵⁾ ちなみに、分散型とは、それがP2Pによって非中央集権的に実行されることを意味するが、集権型(centralized)に対比される分散型には、ローカルな中心が数か所ある場合の「分散型」(decentralized)と、全員が同じ立場で互いに連絡しあっている「分散型」(distributed)とがあり、英語の文献ではこれらが区別されている。³⁶⁾

スマートコントラクトの当初の定義では、スマートコントラクトはデジタル手段で資産を管理することと関連づけられていた。今では、ブロックチェーン上で展開または実行できる契約上のプログラムをスマートコントラクトと理解し、ブロックチェーン上の分散アプリケーションと同義と考えられている。³⁷⁾ スマートコントラクトは、ブロックチェーンを基盤としこれに搭載される場合、ブロックチェーンのもつ不変性と分散化の特性を獲得し、単に契約の自動化と自己執行力をもったプログラムコードではなく、契約の自律性と自己執行力を保証する潜在的に用途の広い汎用性をもったアプリケーションの地位をえたといえる。

三 ブロックチェーンベースのスマートコントラクトと契約

1 ブロックチェーンを基盤とするスマートコントラクト

ブロックチェーンを基盤とするスマートコントラクトは、ブロックチェーンに保存されたプログラムコードであり、特定の条件が満たされたときに契約が自動的に実行される。特定の条件は、コードに記述された「If / when / then」：「()なら、…する」式の形式がとられる。所定の条件を定義するには、参加者が当該契約に関するデータについてブロックチェーンでどのように表現されるかを決め、契約実行のためのフレームワークを決定する。そして、事前に定義した条件と合致した場合にだけイベントを実行するように、プログラミングがなされる。

スマートコントラクトが搭載されるブロックチェーンは、各取引における取引情報をブロックに集め、それをチェーン（鎖）のように時系列の順に、暗号技術を用いてつないでいる。一つのブロックには、取引ごとにそれぞれアカウントの残高や属性情報などが記録され、保管されている。ネットワーク参加者の各ノードは同じデータを保持していることから、データの変更はノード間で合意がないと認められない仕組みとなっている。

以下、スマートコントラクトの基盤となるブロックチェーンの先進性と特性について、法律学の観点から検討を加えることにする。

2 ブロックチェーン技術の革新性と特性

(1) 分散型台帳としてのブロックチェーン

ブロックチェーン技術は、従来型の情報システムと比べると、ピア・ツー・ピア (P2P) のネットワークを介した分散的な仕組みで運用され、中央の集権的な管理者が存在しないこと、分散化システムにより仲介者が排除され、清算と決済が簡素化されるため、取引が高速化されるとともに、取引費用が削減されること、単一障害点がなく、それによりシステムがダウンしないことなどに特徴がある。従来の取引は、銀行など信頼を確立した中央集権的な機関が仲介し、管理することで行われてきた。取引が正当であることを確認するために、多くの組織と人間が関与し、関係する書類の照合などを行うことによつて、処理してきた。これに対し、ブロックチェーンでは、そうした管理主体の代わりに、ピア・ツー・ピア (P2P) で結ばれた参加者のコンピュータのネットワークが取引の正しさをチェックすることで行われる。それが、後述のプルーフ・オブ・ワーク (PoW) の検証プロセスである。

(2) ブロックチェーン技術の革新性

ブロックチェーン技術が革新的といわれる理由は、次の二つある。一つは、コンピュータサイエンス上の古典問題といわれた「ビザンチン將軍問題」(Byzantine Generals Problem) の解決策を提示しえたこと、もう一つは、それによつてインターネット上に「価値」を流通させられるようになったことが挙げられる。³⁸⁾

第一の「ビザンチン將軍問題」とは、すでに前稿でも紹介したが、分散型ネットワークにおいて参加者の故障したノードから誤った情報が発信された場合、あるいは、悪意あるノードから意図的に偽りの情報が送信された場合に、

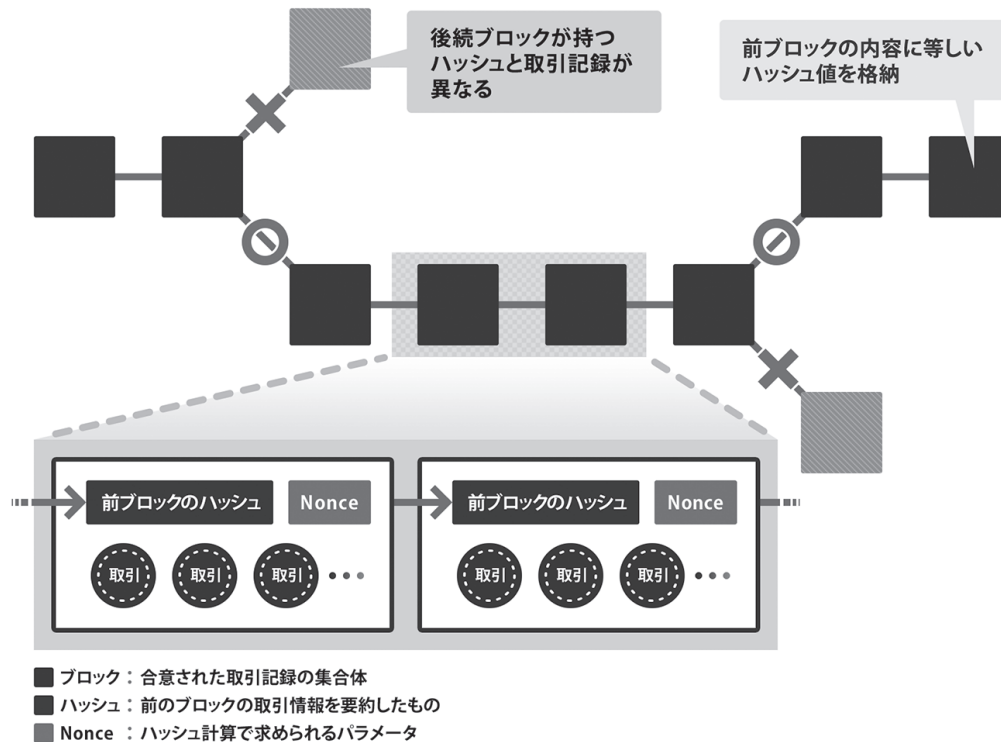
ネットワーク全体で正しい値を合意できるかという問題である。⁽³⁹⁾ 東ローマ帝国（ビザンチン帝国）の将軍らが戦場で抱えた問題に由来することから、この名が付けられた。⁽⁴⁰⁾ 「ビザンチン障害耐性」(Byzantine Fault Tolerance: BFT)の問題と呼ばれることもある。

ビザンチン帝国の将軍たちがそれぞれ部隊を率いて敵を包囲している戦場において、各部隊はそれぞれ離れた場所におり、伝令を相互に送ることではしか連絡できないとした場合に、将軍たちの中に裏切り者がいても、誠実な将軍たちの判断を全員一致へと導く方法としては、裏切り者の将軍がN人のとき、誠実な将軍が $2N + 1$ 人以上であれば、誠実な将軍どうしの判断が一致させることができる。ランポートルは、この問題を耐性障害のある分散システムと利用者全体のコンセンサスの問題に置き換えることができるとし、間違った動作を行うコンピュータを裏切りの者の将軍、他の正常なコンピュータを誠実な将軍に見立てることで、複数の正常なコンピュータが同じ値をもつ方法やその条件を扱うことができるとした。

分散システムにおいてシステムが取引内容の改ざんや外部からの不正の攻撃により機能不全に陥った場合の問題については、今日、ランポートルらの研究を踏まえて、ビザンチン障害耐性といった技術的な強みをもつことになった。ブロックチェーン技術は、この問題を確率的なコンセンサス・アルゴリズムによって解決することに成功し、その後展開に新たな道を開くことになった。⁽⁴¹⁾

ブロックチェーンでは、前述したように、ナンスと呼ばれる適当な数値を用いて目的の条件を満たす数値（ハッシュ値⁽⁴²⁾）をネットワーク参加者に計算させ、これを一番早く見つけた人を勝者とし、この者に報酬として一定量のビットコインなどの仮想通貨（暗号資産）を与えるとともに、新しい記録を他のネットワーク参加者に公開する。他

【図1】 ブロックチェーンベースのスマートコントラクトと取引データ



(出典) NTTDATA 「ブロックチェーンの仕組み」

<https://www.nttdata.com/jp/ja/services/blockchain/002/>

のノードは、公開されたトランザクションに正しく署名がされているか、データ構造に誤りがないかを検査してから、問題がなければ他のノードにも伝搬させて、最終的に問題がないことが確認されると、これが新しいブロックに取り込まれることになる。⁽⁴³⁾ このような検証プロセスを経て、参加者間に合意があったものとするルールが採用されている。⁽⁴⁴⁾ この合意がコンセンサス・アルゴリズムである。プルーフ・オブ・ワーク (PoW) は、この検証プロセスにおいて生成されたブロックが有効と認められるのに必要な証明を提供するものである。

ブロックチェーンにおける各ブロックには、直前のブロック内容を表すハッシュ値というデータが書き込まれている。仮にデータを改ざんしようとしても、それによって導き出されるハッシュ値も異なり、それ以降のすべてのブロックのハッ

シユ値を変更することは極めて困難である。これに加えて、データの変更には、ブロックチェーンのネットワークに参加しているノードの過半数以上に対して同様の修正を実施しなければならない。各ノードの合意がとれないと、ブロックチェーンはフォークという形で分裂することになる。⁽⁴⁵⁾ ただ、フォークしたどちらの分岐も一方向の過去に向っており、どちらの分岐が切れるわけではない。元をたどればどちらの分岐も創設時のブロック（ジェネリックブロック）にたどりつく。自分が保有している資産はフォークしたどちらのチェーンにも存在するから、失われることはない。保有資産を使うときに、どちらかのフォークで伸びたチェーンにブロックを積むかを検討することになる。⁽⁴⁶⁾

第二の革新的理由としては、ブロックチェーン技術の出現により、インターネット上でビットコインなどの暗号通貨をはじめとする様々な価値を流通させることが可能となったことが挙げられる。分散型の台帳システムであるブロックチェーンでは、ピア・ツー・ピア（P2P）で結ばれた当事者間で第三者の仲介によることなく、あらゆる価値が自由に交換できるようになった。⁽⁴⁷⁾ こうした取引がブロックチェーンを基盤としてスマート化される場合には、トークンの流通性や兌換性が高まり、新しい経済が生まれる可能性がある。⁽⁴⁸⁾ 例えば、ブロックチェーンで不動産をトークン化すると、今までは購入の契約や手続に司法書士などの専門職のサポートが必要であったが、ブロックチェーンを基盤としこれに搭載されるスマートコントラクトを利用することにより、自分一人でも不動産購入の契約が簡単にできることになる。

(3) ブロックチェーン技術のもつ特性

分散型台帳であるブロックチェーン技術の特性を整理してみると、ブロックチェーン技術は、①ピア・ツー・ピア（P2P）のネットワークで分散されたノードによってシステムを構成し、単一障害点を排除することによる高可用性、②トランザクションの履歴をハッシュ値で保持することによる改ざん耐性、③ノード間での自律的なデータ検証（コンセンサス・アルゴリズム）によるビザンチン障害耐性、そして、⑤真正な取引履歴の追跡可能性という強みをもっているといえる。⁽⁴⁹⁾

① 高可用性

分散管理しているデータを各ノード間で常に共有しているため、一つのノードがダウンしても全体的なシステムダウンにはつながらない。

② 改ざん耐性

ブロックチェーン技術の仕組み自体がデータの改ざんを困難にさせる。

③ コンセンサス・アルゴリズムによるビザンチン障害耐性

各ノード間でデータの検証を自律的に行う仕組み（コンセンサス・アルゴリズム）によって、一部のノードが不正に利用されても、システム全体としては正常に作動する。

④ 追跡可能性

改ざんされていない真正な取引履歴のデータがネットワーク上のコンピュータに保存され、ネットワーク参加者の誰もがいつでも各自のノードを通じて同一のデータを閲覧し、確認することができる。

このようなブロックチェーンが提供する強みは、スマートコントラクトがブロックチェーンを基盤として利用される場合、これらの特性を標準装備として実装できる点にある。⁵⁰ ブロックチェーン技術の導入は、多くの場合、データの信頼性と透明性、追跡可能性の向上により、企業の信頼性を高めることにつながる。自律分散管理という特性をもつブロックチェーンは、これまでの集権的な社会や経済システムでは解決できなかった問題、例えば、企業間の横断的なシステムの構築、金銭以外の価値の流通、シェアリングエコノミーやモノのインターネット (IoT) などを解決できる可能性をもっている。⁵¹ ブロックチェーンを基盤としこれにスマートコントラクトが搭載されるときには、両者が融合し、契約が人の手を介さず自動で執行され、不履行や不正のリスクが限りなく排除された効果を与えることができるものと期待される。⁵² ブロックチェーンベースのスマートコントラクトを用いた契約が多方面で普及するならば、後述するように規制やガバナンスについても今までとは違う捉え方が必要とされることになる。⁵³

3 ブロックチェーン技術が抱えるリスク

ブロックチェーン技術は、その特性の一つとして、外部からの不正な攻撃に対してビザンチン障害耐性といった技術的な強みをもっている。しかし、こうした耐性は絶対的なものではない。⁵⁴ 例えば、ブロックチェーンにおける合意形成 (コンセンサス・スルゴリズム) の手法であるプルーフ・オブ・ワーク (PoW) は、ネットワーク参加者のマイナーがブロックチェーンに新規のデータの塊 (ブロック) を繋げる権利を競う計算による証明であるが、⁵⁵ ハッシュパワーの少ないチェーンでは期待通りにワークしないことが知られている。⁵⁶ そのような問題を回避するため、ブロックチェーンにおける合意形成のメカニズムには、仕事の量ではなく、保有するコイン (ネットワーク内でのトークン) の

量に応じて新規の追加ブロックが承認されるプルーフ・オブ・ステーク (Proof of Stake: PoS) という方式もある。⁽⁵⁷⁾ プルーフ・オブ・ステーク (PoS) は、後述するように、コインを多く保有していれば、それだけ高い確率でブロックを生成する権利が与えられる方法である。しかし、プルーフ・オブ・ステーク (PoS) で代替させるような場合であっても、既存のソフトウェアが正しく検証できないときは、ブロックチェーンはフォークという形で分裂することになる。フォークが起きた混乱の直後は、フォークで分かれたハッシュパワーが一時的に減少し、その分のセキュリティの強度が低下するため、外部からの攻撃に対して脆弱となる。

スマートコントラクトは、コンピュータプログラムに基づいて実行される契約の自動化であるので、コードのエラーや不具合、外部からのハッキングなどのシステムリスクを引き起こす可能性がある。コードの脆弱性は、ピア・ツー・ピア (P2P) のネットワークで結びつけられているブロックチェーンベースのスマートコントラクトにあつては、そのコードで実行されるすべての取引に深刻な影響をもたらす恐れがある。

スマートコントラクトにおける契約上の紛争は、コンピュータ上のプログラムコードに関する不測の事態や契約条件の意味に関する意見の相違から生じることが多いが、コンピュータコードはそのような問題解決には対応していない。「合理的な配慮」(reasonable care)、「最善の努力」(best efforts)、「誠意」(good faith)などは、ありふれた解釈上の考慮要因ではあるが、コードで表現したり、コードに置き換えることは困難である。それをしようとすれば、多くの場合、複雑さが増すことになる。あらゆる事柄について交渉し、正確な条件でそれをコンピュータ上のプログラムコードに変換しようとすると、それに費やされる時間と労力が増え、契約費用が増加する。のみならず、コードの複雑さはバグの発生率も大幅に増加させることになる。

ところで、外部の第三者からの不正な攻撃に関しては、ブロックチェーンの改ざん耐性とその処理について問題を投げかけた事件として、「The DAO」事件がある。これは、二〇一六年四月、イーサリアムを用いて投資を行う The DAO というベンチャーキャピタルファンドのプログラムコードがハッキングされ、約五二億円相当のイーサが盗取されたという事件である。ハッカー容疑者は、コードの契約条件に従ってイーサを引き出したにすぎず、不正はしていないと主張して争った。これに対し、イーサリアムの運営会社はハッキングされたコードを元に戻すために、「不正送金の取引自体を無効化する」といった決定をし、これを大多数の利用者が受け入れたことにより、事件は処理された。⁵⁸しかし、ブロックチェーンには不変性があり、それが信頼の基礎である。修正されたコードを承認する大多数のユーザーの選択が優先されるべき理由は必ずしも明らかではない。⁵⁹問題解決の選択肢としては、同じ価値の取引を逆に行うことで取引を実質的に元に戻すことは可能であった。大多数の利用者の判断は、失った資産の制御を取り戻したいという点で、明らかに利己的である。分割システムにおける責任の原理を探るべきであったとの見解もある。⁶⁰この事件以後もかなりの数のユーザーが古いコードを使い続けたことから、イーサリアムには二つの並列したブロックチェーンが生まれた。ハードフォークで作成されたブロックチェーンはイーサリアム (ETH) して存続し、ハードフォークを拒否したブロックチェーンはイーサリアム・クラシック (ETC) としてメインのブロックチェーンから分離することになった。⁶¹

4 ブロックチェーンベースのスマートコントラクトと契約理論

(1) プログラムコードを用いた合意

現代のスマートコントラクトは、ブロックチェーンを基盤としこれに搭載されることにより、ブロックチェーンのもつ不変性と分散化を獲得した。ブロックチェーンベースのスマートコントラクトは、単に契約の自動性と自己執行をもったプログラムコードではなく、潜在的に用途の広い可能性をもったアプリケーションである。ただ、スマートコントラクトがこのような汎用性を獲得するためには、前提としてプログラムコードが正確で完全に定義されたものである必要がある。そうでなければ、従来の契約よりも費用がかかり、効率が悪いということになる。

一般的に、ブロックチェーンベースのスマートコントラクトでは、「Xが発生した場合、Y個のトークンをアカウントAからアカウントBに送信する」というコードに基づき、契約上の義務が実行される形でプログラミングされている⁶²。スマートコントラクトは、契約の成立および実行について可能な限り人的要素を排除し、契約の自動化と自己執行力を行わせるプログラムコードである。コードのプログラミングにあたっては、特定の契約条件ないし事項を定義し、それをコード化することから、人の入力と制御が必要となる。この点、ブロックチェーンベースのスマートコントラクトでは、そのコードは、ブロックチェーンに展開される前にオフチェーンで作成される。契約上の義務が履行されるためには、スマートコントラクトにおいて事前に契約条件を定める必要がある。事前の定義において相手方の存在を予定し、相手方がプログラムコードを受け入れ、これに追従することにより、契約の実行段階までには執行力のある契約の合意が形成されると考えられる⁶³。取引の相手方は、契約が確実に実行されるといふ保証を通じて、契約上の利益を享受することになる。

契約上の義務は、契約当事者間において義務の源泉を構成する基本的な法的合意を必要とする。ほとんどの場合、契約当事者は契約をコードに翻訳する前に自然言語で交渉することになる。自然言語で適切に起草された契約の特定の側面（特定の条項や義務など）のみをコードを用いて自動化することになるが、コードを控えめに使用することでバグの数が制限され、基本的なエラーは法的合意に基づいてスマート条項の外で処理されることになる。

(2) オラクルによる契約事項の管理

ブロックチェーンベースのスマートコントラクトにおいて、アプリケーションとなるスマートコントラクトは、義務の発生源ではなく、特定の義務の履行を自動化するための技術的ツールである。ただ、法的な意味での契約ではないが、スマートコントラクトに法的な効果の発生を妨げるものは、何もない。法的拘束力をもつことを意図した合意はコンピュータのプログラムコードによって表示され、指示される。それでも、当事者の合意がコード全体で明示されることに、何の障害もない。自動化された契約履行のプロセスによって意思表示を行うことも、理論的には可能である。

ただ、ブロックチェーンベースのスマートコントラクトにおいて、契約の履行がオフチェーンイベントを条件とする場合には、契約当事者はコードを信頼するだけではならず、オフチェーン情報にアクセスして、特定事項の発生を確認することになる。その役割を果たすのが、いわゆるオラクル (Oracle) である。オラクルは、外部のデータソースに基づいてオフチェーンイベントの発生を確認するサービスプロバイダーである。スマートコントラクトを機能させるためには、スマートコントラクトのプログラムコードだけでなく、オラクルと契約の履行を確認するために使用

するデータも必要とされる。⁽⁶⁴⁾

(3) ネットワーク参加者による合意形成

前述したように、ブロックチェーンのデータ構造は、取引履歴などを書き込んだブロックがハッシュ関数により前後関係をもつように配列され、チェーンのように結びつけられる。新たなブロックを追加するときは、直前のブロックのハッシュ値と追加されるブロックに含まれるデータの整合性を確認して承認する作業が行われる。この承認作業が、いわゆるプルーフ・オブ・ワーク (PoW) である。プルーフ・オブ・ワーク (PoW) は、作業を最も早く完了させた者をブロックチェーンにデータを書き込める代表者とする合意形成のアルゴリズムであり、ブロックチェーンにおいて不正が行われていないことを証明するものである。各ブロックに格納された取引履歴などのデータは、プルーフ・オブ・ワーク (PoW) によって担保されているとみることができる。⁽⁶⁵⁾

このほか、データの整合性を確認して承認する作業としては、保有コイン（暗号資産）の残高によってブロックチェーンへの書き込み可能な代表者を決める方法がある。これが、前述のプルーフ・オブ・ステークス (PoS) である。プルーフ・オブ・ワーク (PoW) による検証作業は、膨大な時間とCPUパワーを必要とすること、悪意をもつたマイナーがネットワークの半数以上を支配する場合には不正操作が可能になることが問題点として挙げられる。これに対し、プルーフ・オブ・ステークス (PoS) は、CPUの処理能力による影響を受けず、消費電力も比較的少なくて済むことから、プルーフ・オブ・ワーク (PoW) の代替案といわれる。ただ、プルーフ・オブ・ステークス (PoS) については、暗号資産の保有量が多い人ほどマイニングしやすいため、暗号通貨を貯め込む人が増え、結果

的にその流動性が下がる可能性などが指摘され、その暗号資産（仮想通貨）の保有量だけでなく保有期間なども考慮し、特定の個人や組織に権限が集中する事態を回避しようとする別のタイプも存在する。⁽⁶⁶⁾

四 ブロックチェーンを基盤とするスマートコントラクトの実装

1 スマートコントラクトの代表的なアプリケーション

今日、スマートコントラクトは、ブロックチェーンベース技術と深く結びつき、ブロックチェーンに搭載されて用いられることが多いことは、前述した通である。現在、スマートコントラクトの基盤となるブロックチェーンのプラットフォームとしては、イーサリアム (Ethereum)、ハイパーレジャー・ファブリック (Hyperledger Fabric)、および、その他の独自開発の三種類がよく知られている。⁽⁶⁷⁾ イーサリアムとハイパーレジャー・ファブリックは、いずれもオープンソースソフトウェアのブロックチェーンを使ったアプリケーションを開発・運営するためのプラットフォームである。独自開発のプラットフォームとしては、コルダ (Corda) やリプル (Ripple)、ミン (Mijin)、ハイパーレジャー・イロハ (Hyperledger Iroha)、ミヤビ (Miyabi) などがある。このうち、代表的なものの一つがイーサリアムである。イーサリアムは、分散型取引システムのアプリケーションを構築するためのプラットフォームを立ち上げ、ブロックチェーンにスマートコントラクトを搭載することにより、ピア・ツー・ピアのネットワーク上において自動的に契約を実行することができるシステムを提供している。⁽⁶⁸⁾

2 実装の主な利用場面

ブロックチェーンは、ピア・ツー・ピア（P2P）のネットワークを介した分散型台帳技術である。ブロックチェーン技術が抱えるリスクには注意すべき点もあるが、それでもブロックチェーンがもつ不変性や改ざん耐性、ビザンチン障害耐性、追跡可能性といった特性は、社会に信頼を与えるインセンティブとして極めて有用である。現代のスマートコントラクトは、このようなブロックチェーンを基盤として、これに搭載されることが多い。スマートコントラクトは、特定の条件が満たされた場合に契約を自動的に実行するプログラムコードであるが、ブロックチェーンを基盤としこれに搭載される場合には、ブロックチェーンプラットフォームに実装されたソフトウェアコードの形で存在し、ブロックチェーンのもつ不変性と分散化を獲得するとともに、契約の自律性と自己実行力を保証するものといえる。ブロックチェーンベースのスマートコントラクトは、単に契約の自動化と自己実行力をもったプログラムコードではなく、潜在的に用途の広い可能性をもったアプリケーションであるといえる。

当初、スマートコントラクトは、ビットコインなどの仮想通貨の技術の中核となるブロックチェーンを基盤としてプログラミングされ、自動送金や送金記録の保存を図る分散型データベースとして金融取引を中心に活用されてきた。最近では、金融取引以外の分野でも、ブロックチェーンをシステム基盤とするスマートコントラクトの利用が拡大しており、様々な分野で実用化が検討されている⁶⁹。

例えば、不動産業界では、契約に至るまでの必要書類が多いことのほか、仲介者が多数介在することによる不透明さがある。こうした問題を解消するために、ブロックチェーンベースのスマートコントラクトによる不動産情報の記録や管理の簡易化が期待されている。ブロックチェーンにより改ざん防止や過去取引の追跡が可能になれば、安全性

と信頼性を客観的に高められる。また、取引を自動化し、ブロックチェーンで管理すれば、手続の効率化や管理費用の削減、契約書の改ざん防止と共有化などを図れることが期待できる。

また、宅配便の受け取りや民泊などといった新しいサービス分野では、鍵の管理や受け渡し、宅配ボックスの利用、民泊や自動車／自転車のシェアリングサービスなどで、ブロックチェーン技術を用いたスマートコントラクトの応用実験が始まっている。ここでの特徴は、モノのインターネット（モノ）との連携が試行されている点にある。例えば、宅配事業では、受取人が指定した、駅やコンビニのロッカーを使って荷物を受け渡す際に、正規の受取人だけが指定したロッカーのカギを開け、荷物を取り出せるシステムが導入されている。宅配業者が荷物を入れた記録や、カギの情報、受取人が取り出した記録などをブロックチェーンで管理すれば、改ざんもできず、確実に荷物をやり取りできる。加えて、伝票類も電子化できるため、配送業務の効率化や利便性も高められる。宅配業界では、不在時の再配達が入手不足と重なり大きな問題になっており、ブロックチェーンベースのスマートコントラクトはその解決策となりうることが期待されている。

このほか、企業がバナンスにもスマートコントラクトの利用が検討されている。今日、企業や法人は、法的ルールや明文化された文書によって統治されているが、ブロックチェーンを用いると、組織はコードを用いてそのようなルールや手続の一部を実施できる。例えば、取締役の選任といった企業の活動は、もはや文書の送達や安全な電子代理サービスを必要としない。それらの管理はブロックチェーンを通じて行うことができる。利益の配当や損益の分配はスマートコントラクトを用いれば自動的になされるから、関連する支払いを管理する会計士や事務管理部門の従業員の必要性はなくなる。

ブロックチェーンに関する国内外動向調査をみると、金融取引以外で広がるブロックチェーンビジネスとしては、エネルギー・資源・鉱業、エンターテインメント&メディア、テクノロジ、ヘルスケア、サプライチェーン（消費財・小売・流通・運輸・物流）、官公庁・公的機関、自動車、重工業・産業機械、情報通信、不動産などの分野が挙げられる。⁽⁷⁰⁾

ブロックチェーンビジネスの活用事例からみた新しい経済の見取り図としては、電力の産地価値証明、サプライチェーンのトレーサビリティ、二酸化炭素排出削減量の可視化とカーボン・オフセット、不動産の権利管理、学歴や資格の記録、記事の価値の可視化、IoT機器のプログラム保証、人に紐づく履歴の管理、契約の自動化、契約書の共有・保管・電子契約、行政サービス利用手続のペーパーレス化、人と人との関係性の可視化などが挙げられる。⁽⁷¹⁾

3 実装における留意点

ブロックチェーン技術およびそれに搭載されるスマートコントラクトについては、実用化が試みられているもの。いまだ完成されたものではなく、プログラムの誤りや欠陥（バグ）、データの改ざんが発生する可能性があるなど、改良すべき点がいくつか残されている。ピア・ツー・ピア（P2P）のネットワークを利用した分散システムが真に信頼できるものであるためには、取引内容の証明や取引量の正確性を担保し、支払いや決済のリスクが存在しないことを示す枠組みを構築する必要がある。この点は、ブロックチェーン技術を実装する際に、極めて重要な問題を提起する。

プログラムを作成する技術者には、何はさておき、バグのないコードの作成が求められる。ブロックチェーンに関

するリスクは、個々のブロックチェーンで採用されているアルゴリズムやブロックチェーンを管理する主体の有無によつて異なる部分もあり、ガバナンスが適切に整備・運用されていることを証明することは容易ではない。⁽⁷²⁾ ブロックチェーン上で機能するスマートコントラクトなどのプログラムには、利用者が意図していない動作が記述されていないことを保証することが必要である。⁽⁷³⁾ また、複雑なコントラクトを書こうとすると、開発者が想定できなかった動きがバグとして混入することがあり、このような事態は避けなければならない。そのためには、より多くのテスト環境や検証装置を充実させて、効率よくバグのないコードを作成できる環境が必要となる。⁽⁷⁴⁾

一方、利用者の側にも、ブロックチェーンがピア・ツー・ピア (P2P) のネットワークを介した分散型台帳技術であることを十分認識して、パスワードや情報の自己管理が求められる。パスワードを紛失したような場合、パスワードを再生成できる情報を別の装置によりバックアップするシステムの構築など、パスワードや情報の自己管理は必要不可欠である。⁽⁷⁵⁾

ブロックチェーン技術が抱えるリスクには注意すべき点がいくつかあるが、それでもブロックチェーンがもつ不変性、改ざん耐性やビザンチン障害耐性、追跡可能性といった特性は社会に信頼を与えるインセンティブとして極めて有用であることを示している。ブロックチェーンをシステム基盤としてスマートコントラクトが実装される場合、これらの特性がスマートコントラクトにも標準機能として備わることになる。後述するように、ブロックチェーン技術とスマートコントラクトには、自律的な分散型共生社会を創設する原動力がある。スマートコントラクトの実装にあたっては、この点に留意する必要がある。

五 スマートコントラクトとコードによる規律

1 デジタル合意としてのスマートコントラクト

スマートコントラクトは、事前に定義された特定の条件が満たされた場合に契約を自動的に実行できるプログラムコードである。スマートコントラクトがブロックチェーンをシステム基盤としこれに搭載される場合には、ブロックチェーンプラットフォームに実装されたソフトウェアコードの形で存在する。スマートコントラクトでは、人間の関与を極力排除し、あらかじめコンピュータプログラムに埋め込まれた条件に従って契約は自動的に実行される。人が契約条項を読むといった義務や機会は著しく制限されており、従来の契約が要求する意思の合致などの基本的要件はスマートコントラクトには見られない⁽⁷⁶⁾。スマートコントラクトのプログラムコードは、人の意思表示に代わる表現形式であるが、一方的なものであり、相手方の同意や承諾を前提とするものではない⁽⁷⁷⁾。このような契約の基本的要件を欠くスマートコントラクトについては、契約を意味するコントラクトという名称が用いられるにしても、これを直ちに契約ということはできないという考え方もありえよう⁽⁷⁸⁾。

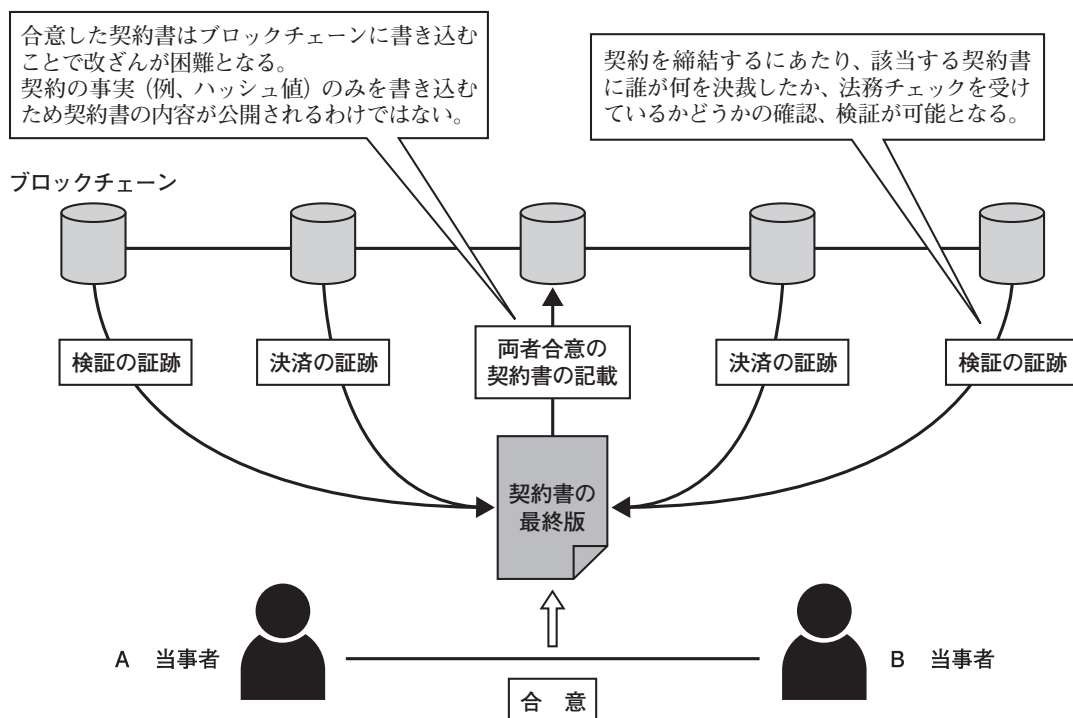
伝統的な契約理論は、契約の成立において人間の精神作用である意思的関与を必要とし、当事者の一方の申込とそれに対する相手方の承諾という相対立する意思表示の合致を要求した。意思の自律と私的自治が支配する伝統的な契約理論の下においては、合意は契約の成立にとって必要かつ不可欠な要件である。相手方が契約に寄せた信頼が重視され、契約上の義務に違反した場合には、損害賠償が課せられることになる。これに対し、スマートコントラクトは機械志向の契約であり、当事者の一方がインターネット上のプラットフォームに定めたコードをもって契約の条件を

提示し、他方の行為がコード化された特定の契約条件に合致すると、即時に契約上の義務が履行される。契約の成立と履行が自動化され、契約上の義務が即時に担保される仕組みが、スマートコントラクトである。⁽⁷⁹⁾ ここには、契約を構成する申込と承諾や当事者の合意といったものはない。それゆえ、スマートコントラクトについては、これを契約と評価することはできず、契約の概念それ自体に根本的な問題が投げかけられている。⁽⁸⁰⁾

しかし、スマートコントラクトがブロックチェーンを基盤としこれに搭載して用いられる場合には、それに代わるべきものとして、コンセンサス・アルゴリズムというネットワーク参加者の全員による合意形成といった仕組みがブロックチェーンには盛り込まれている。これは軽視すべきではないように思われる。このような合意形成は、これを伝統的な契約理論でいう意思表示の合致という意味での契約と同様に考えることはできないが、契約締結に関する人の意思はコードによる契約の事前の定義の中に含まれており、また、コンセンサス・アルゴリズムという形で行われている。このような合意方法は信頼性の高いものであり、契約の実効性を実質的に担保するものである。そうであれば、これを「デジタル合意」(digital agreement) と評価し、従来の契約における合意と同様にあるいはそれに準じて扱うことは許されよう。⁽⁸¹⁾ その意味で、ブロックチェーンベースのスマートコントラクトは、デジタル合意による契約を構築する契機をもっているといえる。⁽⁸²⁾ このような合意は、「デジタル形式で記載された一連の約束」(a set of promises, specified in digital form) とすることができぬ。⁽⁸³⁾

以上のように考えてみると、スマートコントラクトを、それ自体、契約当事者間における合意や約束の相互交換がないとか、紛争が生じた場合に人の判断を入れた柔軟な是正措置の余地がないといった形式的理由だけで、契約の拘束力を否定することは軽率である。ブロックチェーンベースのスマートコントラクトにあつては、プログラムコードに

【図2】 契約の自動化、契約書の共有・保管



(出所) 正田正樹ほか『ブロックチェーンがひらく「あたらしい経済」』(幻冬舎、2020年) 89頁を参考に作成(ただし一部修正)

よる契約の事前の定義を前提に、第三者の仲介を要することなく取引を効率化し、契約上の義務の履行を確保する点に主眼がある⁸⁴⁾。スマートコントラクトをブロックチェーンに搭載する場合には、単に契約が自動化され、執行されるだけでなく、契約書や契約に関する各種ドキュメントの保管・管理の効率化につながる⁸⁵⁾。合意した契約は、これをブロックチェーンに書き込むことで改ざんを阻止するとともに、該当する契約書に誰が何を決裁したのか、法務チェックを受けているのかなどの確認、検証が可能である。契約のどの段階で、誰がどのような書類に承認したのかという記録が残されることから、責任の所在を明確にすることができ⁸⁶⁾。そのような観点からすると、伝統的な契約理論と必ずしも敵対する関係にあるというわけではない。むしろ、問題は、スマートコントラクトについて、その特徴ないし本質を踏まえて、まず、誰と誰との間にとどのような契約が成立しているのか、当事者は何に合意

しているのかを明らかにすることが必要である。⁽⁸⁷⁾ 重要なことは、ブロックチェーンベースのスマートコントラクトを伝統的な契約理論の中にどのように位置づけ、調和をもつて運用して行くか、このことが求められるといえよう。

2 プログラムコードによる規律

これまで検討してきたように、スマートコントラクトは、特定の条件が満たされた場合に契約を自動的に実行するプログラムコードである。コードのプログラミングにあたっては、特定の契約条件ないし事項を定義し、それをコード化することから、人の入力と制御が必要となる。ほとんどの場合、自然言語で適切に起草された契約の特定の側面をコードを用いて自動化する。スマートコントラクトは、義務の発生源ではなく、特定の義務行為を自動化するための技術的なツールである。スマートコントラクトには法的効果の発生を妨げるものは何もない。法的効果をもつことを意図した当事者の合意は、コンピュータのプログラムコードによって表示され、指示される。理論的には、当事者の合意がコード全体で示されることに、何ら障害はない。当事者は、自動化された契約履行のプロセスによって意思表示を行うことも可能である。

スマートコントラクトを契約として用いるメリットとしては、コード化されたプログラムコードによる契約の実行により、契約費用を低減化し、契約締結を迅速に行うことが強調されがちであるが、次の点も見落とすことができない。まず、スマートコントラクトはコード化されたコンピュータプログラムであり、自然言語に固有のあいまいさから生じる不透明さに対処することができる。次に、スマートコントラクトにおいては、コンピュータプログラムが契約を自ら実行するため、契約条件が司法審査の対象とならないことを保証している。また、スマートコントラクトが

裁判所などの国家権力の介入を阻止し、外部からの不当な干渉を排除する点は、国家権力の個人の自治への従属を促進する要因をもっている。スマートコントラクトはこれをコード化されたコンピュータプログラムを用いて達成しようとするものであり、より効率的な方法で当事者の自律性を強化するものといえる。これに加えて、スマートコントラクトに携わる弁護士は、コードに実装する必要がある決まり文句(ポイラープレート条項)を特定してプログラミングすることにより、貴重な時間をより知的な仕事に集中させることが可能となる。

スマートコントラクトによる契約において、スマートコントラクトがブロックチェーンベースを基盤としこれに搭載されて利用される場合、スマートコントラクトは、単なる契約の自動化と自己執行力をもったプログラムコードではなく、ブロックチェーンプラットフォームに実装されたソフトウェアとして、ブロックチェーンのもつ不変性や改ざん耐性などの機能を標準装備し、運用されることになる。この点は、ブロックチェーンベースのスマートコントラクトの最大の強みといえる。

ただ、スマートコントラクトは、コンピュータプログラムに基づいて実行される契約であるので、コードのエラーやバグの発生、外部からのハッキングなどにより、システムリスクを引き起こす可能性がある。このような場合でも、スマートコントラクトはこれを排除することはできず、契約は実行される。コードの脆弱性は、そのコードだけの問題ではなく、ピア・ツー・ピア (P2P) のネットワークで結びつけられているブロックチェーンベースのスマートコントラクトにあつては、そのコードで実行されるすべての取引に影響をもたらす可能性がある。当事者間に紛争が生じた場合には、紛争解決のために裁判所や弁護士などの第三者による司法支援は必要である。

また、契約の履行がオフチェーンイベントを条件とする場合には、当事者はコードを信頼するだけではならず、オ

フチェーン情報にアクセスして、特定事項の発生を確認する必要がある。その役割を果たすのがオラクルである。スマートコントラクトを機能させるためには、スマートコントラクトのプログラムコードだけでなく、オラクルと契約の履行を確認するために使用するデータも必要となる。

ブロックチェーンに搭載されて利用されるスマートコントラクトは、コードによる厳格かつ形式化されたルールを用いて人間の行為を形成し、制約する機能をもっている。この点において、法的合意のコードへの変換がみられる。問題は、コードは人間の行動に影響を与える規制手段として、果たして法や規則と並び立つものかどうかである。

一般に、法や規制は、人間が特定の仕方で行うように行動を導くという目標をもって設けられる。ブロックチェーン技術やスマートコントラクトといった新しいテクノロジーも人間の行動に影響を与える同様の力をもっているが、法や規則とは異なり、人間がとるべき行動の方針を決定できる余地をほとんど残していない。スマートコントラクトによる契約の検討にあたっては、メリットのみならず、デメリットについてもこれを冷静に見つめ、コードによる規律への対応を同時に考える必要がある。

スマートコントラクトは、ブロックチェーンプラットフォームに実装されたソフトウェアコードの契約であり、コンピュータ上のプログラムコードをもつて特定の条件の発生時に契約上の義務が自動的に履行されるように設計されている。ローレンス・レッシング教授は、一九九五年に『コード (CODE)』という書籍を出版し、その中で、技術的なコードがルールを作っていると指摘した⁸⁸。法律ではなく、コードによって相互の意思を確保することは法的にどのような意味を有するのか、人はどこまでコードにより規律されるかという問題提起は、後述するように、ブロックチェーンベースのスマートコントラクトにおける契約概念を考えると、きわめて重要な意味をもつといえる⁸⁹。

アメリカでは、スマートコントラクトの時代の変革をいち早く察知し、法律学者や弁護士、立法機関などは、ブロックチェーン技術を活用したスマートコントラクトに多くの関心と期待を寄せ、従来の契約法理との関係や理論的な問題点の把握、分散型台帳システムに基づく取引の管理やそのためのコンプライアンスガイドラインの策定などについて、検討の必要性が指摘されている⁹⁰。そして、現在、こうした指摘を受けて、各州において検討が始められている⁹¹。

3 ネットワーク参加者のデジタル連帯責任

ブロックチェーンを基盤として実装されるスマートコントラクトにおいて契約当事者間にトラブルが発生した場合に、法ではなくコードという技術的な対応によって問題の解決を図ることは果たして可能なであろうか⁹²。機械志向の契約であるスマートコントラクトであっても、コード化された条件の解釈が事後的に問題となったり、システムにバグが生じたりするなどして、当事者間に利害の対立や損害が生じることがある。このような場合、当事者間の紛争はどのように解決されるのか、その責任はどのように考えられるかどうかである⁹³。

この問題は、通常、損害賠償あるいは原状回復によって処理されることになると考えられる。損害賠償によるした場合、その賠償は、履行利益の賠償でもなければ、利益の吐き出し的な損害の賠償でもなく、コードの破損やプログラム相互間の不整合が発生する前の元の状態に戻すことを目的とした信頼利益の賠償と考えられる⁹⁴。ただ、仮にそうであるとしても、この損害を誰が、どのような方法で、いかに負担するのかということについては、さらに検討を要する。この問題は、これまであまり論じられることはなかったが、最近ではスマートコントラクトにおける紛争解

決処理として積極的に取り上げられ、議論が盛んである。⁽⁹⁵⁾

損害賠償の方法による問題解決にあたっては、ネットワーク参加者が紛争解決のための基金を提供することが考えられる。⁽⁹⁶⁾これは、各参加者が取引履歴の検証と認証にあたり一定額のトークン（仮想通貨など）を提供し、契約上の損害を補償するために使用するというものである。このような解決方法は、仮想通貨を失ったユーザーの救済のために使用されることから自動車保険に似ているともいわれるが、従来の合意による「契約上の連帯」(contractual solidarity) から「デジタル連帯」(digital solidarity) への移行を示すものといえる。⁽⁹⁷⁾

紛争の最終的な解決は、これまで裁判所の役割とされてきた。しかし、日々進展する新たなテクノロジーの下で、裁判者がスマートコントラクトに関する紛争の実態を正しく認識し、解明することは極めて難しい。この問題の解決策は、まだ議論が始まったばかりで明確ではない。現時点では、法律による規制を待つのではなく、プログラムコードの中に契約上の債務の履行に関する紛争や契約そのものを修正する機能を備えさせることが、スマートコントラクトの今後の課題であるといえよう。紛争解決機能を備えたスマートコントラクトは、従来の裁判所による伝統的な紛争解決に大きな影響を与えることになるものと思われる。

六 ブロックチェーンベースのスマートコントラクトが創り出すDAOの世界

ブロックチェーン技術の開発とこれを基盤とするスマートコントラクトの活用によって、どのような未来が開かれようとしているのか。人は、元来、小さなコミュニティの中でお互いに助け合って暮らしを立てていた。コミュニ

ティ社会では、思想や趣味が一致する人たちが共通の価値を定め、これを保有する。お互いが共通認識できる形で価値の受け渡しを行い、特権的な管理者を作ることなく、自律できる社会であった。それが社会経済の発展に伴い友好的にまたは敵対的に統合され、組織化されることにより、現在のような社会の形となった。⁹⁸現在の社会は、組織化と一緒にルール化も進み、複雑に階層化された社会である。これに対し、ブロックチェーン技術をシステム基盤とする分散型の社会は、ブロックチェーンプラットフォームに実装されるスマートコントラクトなどのソフトウェアコードをアプリケーションとして用いながら構築される「分散型自律組織」(Decentralized Autonomous Organization: DAO)が中核となる社会である。⁹⁹ブロックチェーンは、取引履歴などのデータの保存と情報の管理を分散化するだけでなく、取引に関するネットワーク参加者全員の合意をコンセンサス・アルゴリズムにより形成させる機能を有しており、主体的で参加型の意思決定を伴う新しいガバナンスの開発にも役立ちうる。一方、スマートコントラクトは、特定の条件が満たされた場合に契約を自動的に実行するプログラムコードであるが、コードを通じて組織の運営や規律を設けることができる。ブロックチェーン技術の出現により、これと親和性のあるスマートコントラクトが融合し、新たな世界が創られようとしている。¹⁰⁰

DAOが創り出す世界は、コンピュータプログラムを通じて、すべてがコードによって実行され、完全に透過的に自律した分割型の共生社会である。¹⁰¹分散システムが正しく運用されているかどうかは、ネットワーク利用者が相互に監視し、ルールから外れるものをチェックするという仕組みである。¹⁰²ネットワークを通じて利用した利用者間においては、文化基盤の再生として住民同士の交流を生み、シェアリングエコノミーやトークンなどを誘発する起爆剤となりうる要因をもっている。

ところで、ブロックチェーンベースの分散システムとそのアプリケーションであるスマートコントラクトのコードは、法的ルールを形成する機能を備えているため、現在の規制の枠組みである「法の支配」に取って代わりうるかどうか、「法律としてのコード」という問題を提起する。この問題については、近年、法学者の間でも関心が高まっている。¹⁰³

一九九〇年代後半にレッシングが提唱した有名な方程式「コードは法律である」(code is law) は、今日、まったく新しい意味合いをもつて理解されるようになっていく。レッシングは、インターネットのアーキテクチャがインターネットを使用できる条件を設定し、それによってその空間で何が可能であるかを説いた。これに対し、この方程式を逆転させ、法律自体を成文化してコードとして定義できるとする考え方、すなわち「法律としてのコード」(code as law) が提唱されている。¹⁰⁴

コードは、スマートコントラクトなどのブロックチェーンアプリケーションの動作を規制する際に、市場の原理、慣習、法律と密接に関連しており、これらと必然的に相互作用する。社会における規制のガバナンスは、法律のみならず、市場原理や慣習によって支えられ、また、コードによっても形成される。これらが相互に絡み合いながら、人々の間に信頼をもたらし、市場経済における商業関係を生み出し、人間関係を維持するうえでの共存するメカニズムを作り出す。ブロックチェーンベースのスマートコントラクトが法律に与える影響を検討するにあたっては、これらの規制モードを除外し、コードだけを取り上げて議論してもあまり意味はない。コードによる規律を考えるうえで、コードを市場の原理、慣習、および法律と並ぶ社会的規範の一つに位置づけて検討することが求められる。¹⁰⁵

法律としてのコードの問題については、コードによって最適化できる契約や取引に限定されるといった制限がある

ほか、コードのバグやハッキングの可能性は不可避である。当事者は、これらに起因して紛争が発生した場合のリスクの配分について、事前に検討しておく必要がある。契約の不履行や曖昧さをめぐって当事者間に紛争を生じた場合には、前述したように、別途、調停や仲裁、裁判所による紛争処理が必要となるなど、課題も多く残されている。⁽¹⁰⁶⁾

七 結 語

本稿は、ブロックチェーン技術を基盤としこれに搭載されるスマートコントラクト（ブロックチェーンベースのスマートコントラクト）について、そのメカニズムを明らかにし、コードによって相互の合意を確保することの意味や、コンセンサス・アルゴリズムによる合意形成と契約との関係を検討したものである。スマートコントラクトは、契約成立の基礎を当事者間の合意や約束に求めるのではなく、プログラムコードに基づき、契約の締結および実行を自動化するものである。いわばコードによる機械志向の契約である。これを既存の法体系にどのように位置づけ、どのように取り込んで行くのか。これが、本稿の検討課題であった。本稿では、この検討課題に取り組むにあたり、スマートコントラクトの基盤となるブロックチェーンの特性を踏まえ、アルゴリズムやコードなどのコンピュータプログラムを含むシステム全体の構造、ブロックチェーンの仕組みなどを、法律学の観点から分析した。

本稿の検討によれば、スマートコントラクトの基盤となるブロックチェーンでは、ピア・ツー・ピア (P2P) のネットワーク参加者の検証を経て、有効な取引履歴として承認されたものがブロックがチェーンに追加される仕組み

となっている。これにより、取引履歴に関する情報などに不正がないかどうか確認され、コンセンサス・アルゴリズムという形での合意形成が行われている。このような合意形成は、信頼性の高いものであり、契約の実効性を実質的に担保するものである。そうであれば、これを従来の契約における合意と同様にあるいはそれに準じて扱うことは許されるのではないかと考えられる。本稿では、これを「デジタル合意」と称し、ブロックチェーンベースのスマートコントラクトにおいても契約を形成する要因をもっていることを指摘した。スマートコントラクトによる契約の法律構成を考えるうえでは、コードに対する参加者全員の同意という理論構成が有用であり、コードのエラーやバグ、第三者によるハッキング、契約の意味内容や解釈について紛争が生じた場合の責任についても、デジタル合意を基礎に、参加者全員にデジタル連帯責任を追及して行くことが可能であるように思われる。

ブロックチェーンの技術は、本稿でも指摘したように革新的技術であり、社会を変容させる可能性を秘めている。このブロックチェーン技術、およびこれと融合したスマートコントラクトを用いることによって、人は自らの手を介することなく契約を自動的に執行することが可能となり、不履行や不正のリスクが限りなく排除された世界を創り出すことができる。現代のスマートコントラクトは、このブロックチェーン技術と結びつくことにより、既存の流通システムや法体系を大きく変容させる力をえたといえる。その様相は様々であるが、共有化されたデータの保存や管理、利用などにとどまらず、既存の産業や社会構造に対する変革をもたらし、自律した分散型の共生社会の到来を予感させるものがある。

(1) 長谷川貞之「スマートコントラクトによる契約と伝統的契約理論」日本法学八六卷二二三号(二〇二〇年)三九頁。

- (2) ビットバンク株式会社 & 『ブロックチェーンの衝撃』編集委員会『ブロックチェーンの衝撃』(日経P B社、二〇一六年) 二〇八頁以下。Scott A. McKinney et al., *Smart Contract, Blockchain, and the Next Frontier of Transactional Law*, 13 Wash. J. L. Tech. & Arts. 313, 340 ff. (2018)。
- (3) アマゾン (Amazon) やウォルマート (Walmart) などの大企業は、ブロックチェーンベースのスマートコントラクトに大きく依存している。Alex Murray et al., *Contracting in the Smart Era: The Implications of Blockchain and Decentralized Autonomous Organizations for Contracting and Corporate Governance*, [2019] Academy of Management Perspectives 36-42.
- (4) ブロックチェーン技術につき、赤羽善治・愛敬真生『ブロックチェーン仕組みと理論「増補改訂版」』(リックテレコム、二〇一九年) 三六頁以下、コンセンサス・ベイス株式会社『ブロックチェーンのしくみと開発がこれ一冊でしっかりわかる教科書』(技術評論社、二〇一九年) 一〇頁以下、森川夢佑斗『これからのブロックチェーンビジネス』(MdN、二〇一八年) 一二頁以下、ビットバンク株式会社ほか・前掲注(2) 二頁以下、リテシユ・モディ／花村直親ほか訳『Solidity プログラミング：ブロックチェーン・スマートコントラクト開発入門』(講談社、二〇一九年) 二頁以下、山崎重一郎ほか『ブロックチェーン技術概論：理論と実践』(講談社、二〇二一年) など。欧語文献として、JAMES A. COX AND MARK W. RAUSMUSSEN (EDS.), *BLOCKCHAIN FOR BUSINESS LAWYERS*, Science & Technology Law 2019, pp. 1 ff.; MICHELE FINCK, *BLOCKCHAIN REGULATION AND GOVERNANCE IN EUROPE*, Cambridge University Press 2019, pp. 1 ff.; KEVIN WERBACH, *THE BLOCKCHAIN AND THE NEW ARCHITECTURE OF TRUST*, MIT Press 2018, pp. 71 ff. ④ 地谷 Thibault Schrepel, *Collision by Blockchain and Smart Contract*, 33 Harv. J. L. & Tech. 117 (2019); Giasella Finochiano & Chantal Bomprezzi, *A Legal Analysis of the Uses of Blockchain Technology for the Formation of Smart Legal Contracts*, 19 Media Law 20 (2020); McKinney, *supra* note 2, at 313; Philip Peach, *The Governance of Blockchain Financial Networks*, 80 M. L. R. 1073 (2017); IMRAN BASHIR, *MASTERING BLOCKCHAIN SECOND EDITION*, Packet 2018, pp. 9 ff. ㉔。
- (5) ビットバンク株式会社ほか・前掲注(2) 二二六頁。

- (6) PwCあらた有責任監督法人「編」『ブロックチェーンをビジネスで活用する：新規事業の創出とガバナンス・関連制度』（中央経済社、二〇二一年）二二―三頁。
- (7) Jared Arcari, *Decoding Smart Contracts: Technology, Legitimacy, & Legislative Uniformity*, 24 Fordham J. Corp. & Fin. L. 363 (2019); Blaise Carron and Valentin Botteron, *How Smart can a Contract be?*, in BLOCKCHAINS, SMART CONTRACTS, DECENTRALISIDE AUTOMOUS ORGANISATIONS AND THE LAW, edited by DANIEL KRAUS et al. Elger 2018, pp. 101 ff.; Valentina Gatteschi et al., *Technology of Smart Contracts*, in THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF SMART CONTRACTS, BLOCKCHAIN TECHNOLOGY AND DIGITAL PLATFORMS, edited by LARRY A. DIMATTIO, et al., Cambridge University Press 2020, pp. 37 ff. など。
- (8) IoTの進展について、総務省編『IoT・ビッグデータ・AI・ネットワークとデータが創造する新たな価値』（情報通信白書平成二八年版）（発売・全国官報販売協同組合、二〇一六年）八〇頁以下。IoTに関する国内外の取組みについて、総務省編・前掲書一一頁以下。スマートコントラクトとIoTとの関係につき、IoT産業技術研究会『未来IT図解これからのIoTビジネス』（MdN、二〇一八年）一二頁以下、高橋郁夫ほか編著『デジタル法務の実務Q&A』（日本加除出版、二〇一八年）二八三頁以下、福岡真之介編『IoT・AIの法律と戦略』（商事法務、二〇一七年）二頁以下、八子知礼編著『IoTの基本・仕組み・重要事項が全部わかる教科書』（SB Creative、二〇一七年）二頁以下、IoT検定ユーザー教育推進ワーキンググループ『図解戦力IoTのしくみと技術がこれ一冊でしっかりわかる教科書』（技術評論社、二〇二〇年）二〇頁以下、DIAMONDハーパード・ビジネス・レビュー編集部編『IoTの衝撃』（ダイヤモンド社、二〇一六年）一〇頁以下など。欧語文献では、Iran Giuffrida et al., *A Legal Perspective on the Trial and Tribulations of AI: How Artificial Intelligence, the Internet of Things, Smart Contracts, and Other Technologies will Affect the Law*, 68 Case W. Res. L. Rev. 747 (2018); Anthony J. Bellia, *Contracting with Electronic Agents*, 50 Emory L. J. 1047 (2001) など。
- (9) 八子編著・前掲注(8)四一頁以下、IoT産業技術研究会・前掲注(8)五七頁以下、一一四頁。
- (10) Arcari *supra* note 5, at 365; Schrepel, *supra* note 4, at 142; Finochiaro & Bomprezzi, *supra* note 4, at 113; McKinney et al., *supra* note 4, at 103.

al, *supra* note 2, at 317. ブロックチェーンの出現後は、各種のプラットフォームを介してブロックチェーンに搭載されて、分散型取引データの記録台帳の役割も果たすようになった。Dickson C. Chin, *Smart Code and Smart Contracts, in BLOCKCHAIN FOR BUSINESS LAWYERS*, edited by JAMES A. COX and MARK W. RAWSMUSSEN, Science & Technology Law 2018, pp. 87 ff. & 90-112.

(11) ビットバンク株式会社ほか・前掲注(2)二六五頁。

(12) 分散型台帳のブロックチェーンにおける支払手段の仕組みとして始まった暗号資産は、今日、日本国内でも、大手量販店のほか、飲食店や美容室、ホテル、オンラインショッピングモールなどで、徐々に広まりつつある。PwCあらた有限責任監督法人「編」・前掲書四頁。ちなみに、近時の金融商品取引法の改正により、それまでセキュリティ・トークンと呼ばれていたものが金融商品取引法において明記され、暗号資産の範囲から除かれたことで、資金決済法ではなく、金融商品取引法によって規制されることになった。詳細は、PwCあらた有限責任監督法人「編」・前掲注(6)五四頁以下。

(13) ビットバンク株式会社ほか・前掲注(2)一四七頁。

(14) 長谷川・前掲注(1)五二頁。

(15) 福岡編・前掲注(8)二二頁以下。

(16) 長谷川・前掲注(1)四〇頁。詳しくは、Fahrshad Ghodoosi, *Digital Solidarity: Contracting in the Age of Smart Contracts*, 29 ff., at <https://ssrn.com/abstract=3449674> (2019).

(17) Ghodoosi, *supra* note 16, at 17 ff.; Daniel Markovits, *Contract and Collaboration*, 113 Yale L. J. 1417, 1419 (2003). わが国でも同様の指摘がなされている。増島雅和「スマートコントラクトの法的側面について」翁百合ほか編著『ブロックチェーンの未来』(日本経済新聞社、二〇一七年)二〇七頁以下、二二三頁「増島雅和」、小出篤「分散台帳技術と法制度」ジュリスト一五二九号(二〇一九年)二二頁以下、二六一―二七頁。

(18) わが国では、ブロックチェーン技術との関連で、技術的側面からスマートコントラクトが取り上げられることが多かった。加藤長門ほか『スマートコントラクト開発』(マイナビ、二〇一九年)二頁以下、コンセンサス・ベイス株式会社『ブロック

チェーンのしくみと開発がこれ一冊でしっかりわかる教科書』(技術評論社、二〇一九年)一七三頁以下、森川夢佑斗『これからのブロックチェーンビジネス』(MdN、二〇一八年)三〇頁以下、鳥谷部昭寛ほか『スマートコントラクト本格入門』(技術評論社、二〇一七年)六八頁以下、赤羽喜治「分散台帳技術とは何か」ジュリスト一五二九号(二〇一九年)一四頁以下、翁ほか編著・前掲注(11)一五四頁、一九七頁以下「柳川範之」、二〇七頁以下「増島雅和」、ビットバンク株式会社&『ブロックチェーンの衝撃』編集委員会・前掲注(2)一八頁、二五二頁以下など。なお、柳川範之「ブロックチェーン技術にはどのような応用可能性があるのか」翁ほか編著・前掲注(17)一四五頁以下、一六三頁参照。

- (19) Arcari, *supra* note 7, at 370-372; Jonathan G. Rohr, *Smart Contracts and Traditional Contract Law, Or: The Law of the Vending Machine*, 67 *Clev. St. L. Rev.* 71, 73-74 (2019); Sarah Templin, *Blocked-Chain: The Application of the Unauthorized Practice of Law to Smart Contracts*, 32 *Georg. J. Legal Ethics* 958-962 (2019); Mark Verstraete, *The Stakes of Smart Contracts*, 50 *Loy. U. Chi. L. J.* 743, 746-757, 778-780 (2019); Maren Woebeking, *The Impact of Smart Contracts on Traditional Concepts of Contract Law*, 10 *J. Intell. Prop. Infa. Tech. & Elec. Con. L.* 105, 106 (2019) など。わが国では増島・前掲注(18)二〇七頁以下、同「ブロックチェーン技術を用いたスマートコントラクトの検討」NBL一〇九三号(二〇一七年)二八頁以下、小出・前掲注(17)二二頁以下、倉橋雄作「スマートコントラクトの法的分析と実務対応」NBL一一二五号(二〇一八年)八六頁、木下信行「スマートコントラクトについて」NBL一〇一〇号(二〇一七年)四頁、木村真生子「AIと契約」弥永真生・宍戸常寿編『ロボット・AIと法』(有斐閣、二〇一八年)一三一頁以下、森剛敏「上田綾乃」『ブロックチェーン技術におけるスマートコントラクトの可能性と課題』金融財政事情六八巻七号(二〇一七年)三〇頁以下、橋大地「スマートコントラクト時代における裁判以外の紛争解決可能性」ビジネス法務一八巻九号(二〇一八年)九二頁以下、小塚壮一郎「スマートコントラクトとCISG」ジュリ一五六九号(二〇二一年)一四頁以下など。
- (20) スマートコントラクトが従来の伝統的な契約理論に取って代わられる可能性を有するとの指摘もある。Adam Kolber, *Not-So-Smart Blockchain Contracts and Artificial Responsibility*, 21 *Stan. Tech. L. Rev.* 198, 221-222 (2019).

- (21) Templin, *supra* note 19, at 958-962; Verstraete, *supra* note 19, at 746-757, 778-780; Arcari, *supra* note 7, at 365-366,

- 370-372; Rohr, *supra* note 19, at 3-74; Woebeking, *supra* note 19, at 106.
- (22) 文献などの紹介も含めて、詳細は、長谷川・前掲注(一)五九頁以下。
- (23) 長谷川・前掲注(一)四〇—四一頁。
- (24) ビットバンク株式会社ほか・前掲注(二)一八頁。
- (25) Arcari, *supra* note 7, at 370.
- (26) Woebeking, *supra* note 19, at 106.
- (27) Alexander Savelyev, *Contract Law 2.0* ≪SMART≫ *Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law*, National Research University Higher School of Economics WP BRP71/LAW/2016, 8; 自動型水機の考察について KERRT SEGRAVE, VENDING MACHINES: AN AMERICAN SOCIAL HISTORY, McFarland, 2002, p.3.
- (28) Sati Agnihotram & Antonios Kouroutaki, *Doctrinal Challenges for the Legality of Smart Contracts: Lex Cryptographia or a New, 'Smart' Way to Contract?*, 19 J. High Tech. L. 300, 312 (2019).
- (29) 長谷川・前掲注(一)四四頁。スザボの著作について Nick Szabo, *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*, Extropy (1996), available at http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html; ID., *Smart Contracts: Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, Monday 2 (9), Article 1 (1997), available at <https://doi.org/10.5210/fm.v2i9.54849>。スザボの人物像を含めて、詳しくは Rory Unsworth, *Smart Contract This! An Assessment of the Contractual Landscape and the Herculean Challenges it Currently Presents for "Self-executing" Contracts*, in LEGAL TECH, SMART CONTRACTS AND BLOCKCHAIN, edited by MARCELO CORRALES et al., Springer 2019, 17 ff.; Nathan Reiff, *Who is Nick Szabo, and Is he Satoshi Nakamoto*, INVESTOPEEDIA, Apr. 12, 2018, available at <https://www.investopedia.com/news/who-nick-szabo-and-he-satoshi-nakamoto/>.
- (30) 前掲注(18)および後掲注(65)参照。

- (31) Morgan N. Tente, *Blockchain Challenges Traditional Contract Law: Just How Smart Are Smart Contracts?*, 19 *Wyo. L. Rev.* 87, 94 (2019)
- (32) A. Waleh, *The Path of the Blockchain Lexicon (and the Law)*, 36 *Rev. Banking & Fin. L.* 713 (2016). ユニトコインとの中核技術であるブロックチェーンとの関係につき、畠山久志編著『仮想通貨法の仕組みと実務』（日本加除出版、二〇一八年）六一頁、PWCあらた有限責任監査法人「編」『仮想通貨の会計・税務・監査』（中央経済社、二〇一八年）二頁以下など。
- (33) Kelvin F.k. Low and Eliza Milk, *Pause the Blockchain Legal Revolution* (2019), p. 25, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3439918>; Arcari, *supra* note 5, at 367; Tente, *supra* note 31, at 94; Rohr, *supra* note 19, at 79; Mekimney et al., *supra* note 2, at 313; Schrepel, *supra* note 4, at 142; Templin, *supra* note 19, at 957; Finocchiaro & Bomprezzi, *supra* note 4, at 113など。
- (34) Jean Bacon et al., *Blockchain Demystified: A Legal and Legal Introduction to Distributed and Centralized Ledgers*, 25 *Rich. J. L. & Tech.* 1 (2019). 正田正樹ほか『ブロックチェーンがひらく「あたらしい経済」』（幻冬舎、二〇二〇年）一六九頁一七二頁。
- (35) 小出篤『分散型台帳』の法的问题・序論—『ブロックチェーン』を契機として—江頭憲治郎先生古稀記念『企業法の進路』（有斐閣、二〇一七年）八二七頁以下、赤羽・前掲注(18)一四頁以下。
- (36) この点の指摘につき、野口悠紀雄『ブロックチェーン革命「新版」』（日経ビジネス文庫）（日経BP社、二〇二〇年）二九五頁参照。
- (37) R. Maull et al., *Distributed Ledger Technology: Applications and Implications*, 26 *Strategic Change* 481, 483 (2017). 野口・前掲注(36)一四—一五頁。
- (38) ビットバンク株式会社ほか・前掲注(2)二五頁。
- (39) 長谷川・前掲注(1)三七頁以下、六四頁、一〇三頁注(41)。詳しくは、佐藤一郎「コラム『ビザンチン将軍問題』とは何か」*NII Today* 六九号（二〇一五年）八頁以下。

- (40) Leslie Lamport et al., *The Byzantine problems*. <https://doi.org/10.1145/357172.357176>
- (41) 野口・前掲注(36)五三―五四頁。
- (42) ハッシュ値は、これから記録しようとする新たなブロックの内容をもとに、ハッシュ関数を使った計算で導き出される。マイナーは、ブロック内の自由に変更できる領域に適当な数(ナンス)を書き込み、ナンスの変更とハッシュ計算を繰り返しながら、ある難易度の条件を満たすハッシュ値を見つけるまでノードに計算を行わせる。正田ほか・前掲注(34)一六九頁。
- (43) 正田ほか・前掲注(34)一六九頁。
- (44) 正田ほか・前掲注(42)一七二頁。
- (45) 正田ほか・前掲注(42)二〇四頁。
- (46) 正田ほか・前掲注(42)二〇八頁。
- (47) ビットバンク株式会社ほか・前掲注(2)二六頁。
- (48) 正田ほか・前掲注(34)一〇七頁。
- (49) PwCあらた有限責任監督法人「編」・前掲注(6)一二二頁。
- (50) PwCあらた有限責任監督法人「編」・前掲注(6)一二二頁。
- (51) PwCあらた有限責任監督法人「編」・前掲注(6)一二二頁以下、正田ほか・前掲注(42)一〇七頁以下
- (52) ビットバンク株式会社ほか・前掲注(2)一四七頁。
- (53) ビットバンク株式会社ほか・前掲注(2)七三頁。
- (54) PwCあらた有限責任監督法人「編」・前掲注(6)一二二頁。
- (55) もつとも、ブロックチェーンの検証プロセスにおけるマイニングは必要な時間と費用を用いることから特定のノードに集中しており、多数派のルールが不利に扱われる可能性がある。そうであれば、ブロックチェーンのコンセンサス・アルゴリズムは、粗雑な民主主義といわねばならない。Low and Milk, *supra* note 33, at 6.
- (56) 正田ほか・前掲注(34)二〇五頁。

- (57) 正田ほか・前掲注(34)二〇四—二〇五頁。このほか、ブロックチェーンにおける合意形成のメカニズムには、PoWとPoSを組み合わせたプルーフ・オブ・アクティビティという方式もある。これは、マイナーが生成したブロックはそのままでは仕えず、参加者からランダムに選ばれた人たちの署名を経て初めて有効となる。詳しくは、ビットバンク株式会社ほか・前掲注(2)一六六頁以下、ドン・タスコット、アレックス・タスコット／高橋璃子・訳『ブロックチェーン・レポリユーションービットコインを支える技術はどのようにビジネスと経済、そして世界を変えるのか』（ダイヤモンド社、二〇一六年）四一—四二頁。
- (58) The DAO 事件の概要については Virginia Valenzuela, *The History of the DAO* (Feb. 1, 2022), available at <https://editorial.superrare.com/2021/11/17/the-history-of-the-dao/>; Quinn DuPont, *Experiments in Algorithmic Governance: A History and Ethnography of “The DAO,” a Failed Decentralized Autonomous Organization*, in BITCOIN AND BEYOND: CRYPTOCURRENCIES, BLOCKCHAIN, AND GLOBAL GOVERNANCE edited by MALCOLM CAMPBELL-VERDUYN (Routledge 2017) pp. 157 ff.; Osman Gazi Güçlütürk, *The DAO Hack Explained: Unfortunate Take-off of Smart Contracts* (Aug. 1, 2018), available at <https://oguculturk.medium.com/the-dao-hack-explained-unfortunate-take-off-of-smart-contracts-2bd8c8db3562>; Latia Metjahic, *Deconstructing the DAO: The Need for Legal Recognition and the Application of Securities Laws to Decentralized Organization*, 39 Cardozo L. Rev. 1533 (2018) なお詳しくは、併せて K.F.K. Low and E.G.S. Teo, *Bitcoins and Other Cryptocurrencies as Property?*, 9 L.I.T. 235 (2017); Kolber, *supra* note 20, 198ff. 参照。
- (59) Low & Mik, *supra* note 33, at 8.
- (60) Peder Østbye, *Exploring DAO Members’ Individual Liability* (Feb. 28, 2022), available at <https://ssrn.com/abstract=4045799>.
- (61) Low & Mik, *supra* note 33, at 23.
- (62) V. Buterin, *Ethereum* (White Paper): *A Next Generation Smart Contract and Decentralized Application Platform* (2015), available at <https://github.com/ethereum/wiki/wiki/White-Paper>.

- (63) Gabriel Jacard, *Smart Contracts and the Role of Law*, 22 (2017), available at <https://ssrn.com/abstract=3099885>.
- (64) Low and Mik, *supra* note 33, at 29.
- (65) 唐澤光彦「ブロックチェーンの基礎知識と合意形成アルゴリズム」(二〇一八年) 一頁以下。 <https://deross.impress.co.jp/docs/column/column20180725-01/000730-3.html> 赤羽⇨愛敬・前掲注(4)一二四頁。
- (66) 唐沢・前掲注(65)三頁, 赤羽⇨愛敬・前掲注(4)一二二頁。
- (67) 赤羽⇨愛敬・前掲注(4)二一九頁以下。
- (68) リテシユ・モディ/花山直親ほか訳『Solidity プログラミング・ブロックチェーン・スマートコントラクト開発入門』(講談社, 二〇一九年)二〇頁, 五一頁以下, クリス・ダネン/ウイリング訳『Ethereum + Solidity 入門』(インプレス、二〇一九年)一一五頁以下。
- (69) 鳥谷部・前掲注(18)八三頁以下, Smart Contracts Alliance, *Smart Contracts: 12 Cases for Business & Beyond*, Chamber of Digital Commerce (2016) は二二の応用例を図解入りで解説している。
- (70) PwCあらた有限責任監督法人「編」・前掲注(6)二八頁以下。
- (71) 正田ほか・前掲注(34)五一頁以下。
- (72) PwCあらた有限責任監督法人「編」・前掲注(6)一二八頁。
- (73) 正田ほか・前掲注(34)二一六頁。
- (74) 正田ほか・前掲注(34)二一六頁。
- (75) 正田ほか・前掲注(34)二一五頁。
- (76) Stuart D. Levi and Alex B. Lipton, *An Introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limitations*, HARVARD LAW SCHOOL FORUM ON CORPORATE GOVERNANCE AND FINANCIAL REGULATIONS (2018), available at <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations/>

- (77) Harry Surden, *Computable Contract*, 46 U.C. DAVIS L. REV. 629, 656 (2016).
- (78) Kolber, *supra* note 20, at 220; Bellia, *supra* note 8, at 1065.
- (79) Bellia, *supra* note 8, at 1058-1059.
- (80) この議論の詳細は、長谷川・前掲注(一)五八頁。
- (81) Temte, *supra* note 31, at 94; Agnikhotram & kouroutaki, *supra* note 28, at 301-302; Peach, *supra* note 4, at 3; Templin, *supra* note 19, at 959⁴⁵。
- (82) 長谷川・前掲注(一)五八頁。
- (83) Szabo, *supra* note 28 (*Formalizing and Securing Relationships on Publicnetworks*), First Monday 2, No. 9.
- (84) Karen Yeung, *Regulation by Blockchain: the Emerging Battle for Supremacy Between the Codes of Law and Code as Law*, 82 M.L.R. 207, 220, 224 (2019); Larry A. DiMatteo et al., *Smart Contracts and Contract Law*, in THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF SMART CONTRACTS, BLOCKCHAIN TECHNOLOGY AND DIGITAL PLATFORM, edited by LARRY A. DIMATTEO et al., Cambridge University press 2020, at 4.
- (85) Yeung, *supra* note 84, at 236, 239; Gatteschi et al., *supra* note 7, at 53; Matteo et al., *supra* note 84, at 4 et seq., 10.
- (86) タスコット、タスコット／高橋訳・前掲注(57)三三頁。
- (87) 正田ほか。前掲注(34)八八頁。
- (88) ローレンス・レッシング／山形浩生・柏木亮二「訳】『Code: インターネットの合法・違法・プライバシー』(翔泳社、二〇〇一年)三頁以下、七七頁以下。
- (89) Yeung, *supra* note 84, at 209, 215-216, 219-220; Saveljev, *supra* note 27, at 14. 詳しうは、後注(83)―(86)参照。
- (90) 新たなテクノロジーに対する法的規制の必要性と法律家の役割について、Frank A. Pasquale and Glyn Cashwell, *Four Futures of Legal Automation*, 63 UCLA L. Rev. Discourse 26 (2015).
- (91) 詳しくは、長谷川・前掲注(一)六八―六九頁、Arcari, *supra* note 7, at 365-366.

- (92) 前稿で簡単に検討した。長谷川・前掲注(1)一九四頁。なお、小出・前掲注(17)二二頁以下、二六頁参照。近時のアメリカ法の動向については ANDREA STAZI, SMART CONTRACTS AND COMPARATIVE LAW: A WESTERN PERSPECTIVE, Springer 2021, 75 頁; A. Papantoniou, *Smart Contracts in the New Era of Contract Law*, 1 Digital L. J. 1, 4 頁. (2020), available at <https://ssrn.com/abstract=3950988>; G. Finocchiaro and C. Bomprezzi, *supra*. note 4, at 115-117. 概括的に言えば、学説は、スマートコントラクトには従来の伝統的な契約と同等の法的効力を有すると考えるなど、スマートコントラクトを過大に評価する傾向にある。この背景には、スマートコントラクトでは特定の条件を満たせばコンピュータのプログラムコードで自動的に処理されることを当事者が合意していたとする当事者の意図が尊重されているように思われる。この点につき、H. Surden, *Computable contracts*, 46 (2) UC Davis L. Rev. 629 (2012) ; J. Stark, *Making Sense of Blockchain Smart Contracts*, CoinDesk (2016). www.coindesk.com/making-sense-smart-contracts を参照。スマートコントラクトによる契約の自動化と自己執行力といった利点は、従来の伝統的な契約への依存を縮小させるものであるが、強制力を契約の本質と理解する限り、従来の契約と根本的な違いはないといえる。
- (93) 議論の現況については Chodoosi, *supra* note 16, at 29 頁; Amy J. Schmitz and Colin Rule, *Online Dispute Resolution for Smart Contracts*, 2019 J. Disp. Resol. 103, 110 頁. (2019) を参照。
- (94) Lon Luvois Fuller & William R. Perdue, *Reliance Interest in Contract Damages: 1*, 46 Yale L. J. 52, 87 (1936).
- (95) Ghodoosi, *supra* note 16, at 46.
- (96) Ghodoosi, *supra* note 16, at 32.
- (97) Ghodoosi, *supra* note 16, at 47.
- (98) 正田ほか・前掲注(34)一四二頁。
- (99) 野口・前掲注(8)二二六―二二七頁。
- (100) Garcia Rolo, António, *Challenges in the Legal Qualification of Decentralised Autonomous Organisations (DAOs): The Rise of the Crypto-Partnership?* (2018), available at <https://ssrn.com/abstract=3417900>; Wulf A. Kaal, *Decentralized*

Autonomous Organizations – Internal Governance and External Legal Design (2020), available at <https://ssrn.com/abstract=3652481>; Peder Østbye, *Exploring DAO Members' Individual Liability* (2022), available at <https://ssrn.com/abstract=4045799>.

(101) 正田ほか・前掲注(34)一四二頁以下。

(102) ビックバン株式会社ほか・前掲注(2)六五―六六頁。

(103) Minni Zou, *Code, and other Laws of Blockchain*, 40 (3) *Oxford J. Legal Stud.* 645 (2020) ; Florian Mösllein, *Conflicts of Law and Codes: Defining the Boundaries of Digital Jurisdictions* (May 1, 2018), available at <https://ssrn.com/abstract=3174823>.

(104) 多くの文献があるが、Primavera De Filippi & Aaron Wright の BLOCKCHAIN AND THE LAW: THE RULE OF CODE (Harvard University Press, 2018) ; 同書の翻訳として、『ブロックチェーンと法：「暗号の法」(レックス・クリプトグラフィカ) がもたらすコードの支配』プリマヴェレラ・デ・フィリッピ、マローン・ライト／片桐直人編訳(弘文堂、二〇二〇年)とKevin Werbach の BLOCKCHAIN AND THE NEW ARCHITECTURE OF TRUST (MT Press, 2018) ; 同書の翻訳として、『ブロックチェーンの技術と革新：ブロックチェーンが変える信頼の世界』ケビン・ワーバック／山崎裕貴訳(ニュートンプレス、二〇二二年)は、非常に思慮深い専門書である。どちらも「法としてのコード」を共通のテーマとして取り上げ、分散型ブロックチェーンネットワークが独自のルールを備えた規制のアーキテクチャとみなしうるとしている。両書の分析につき、Zou, *supra* note 103, at 647 ff.

(105) Karen E. C. Levy, *Book-Smart, Not Street-Smart: Blockchain-Based Smart Contracts and the Social Workings of Law*, 3 *Engaging Science, Technology, and Society* 1 (2017).

(106) Levi and Lipton, *supra* note 76, at “Governing Law and Venue”.

勅法彙纂第4巻第44章第2法文における 脳内の衡平とその実務慣用について

クリスティアン・トマジウス
 ヨーハン・フリードリヒ・ストゥッチング
 出 雲 孝 訳

1 解題

本邦訳は、プロイセンの法学者クリスティアン・トマジウス (Christian THOMASIVS, 1655 - 1728) が主査を務めた学位請求論文「勅法彙纂第4巻第44章第2法文における脳内の衡平とその実務慣用について (*De aequitate cerebrina l. 2. C. de rescindenda venditione et ejus usu practico*)」(1706年)⁽¹⁾の日本語訳である(以下、本学位請求論文そのものを指すときは「本史料」、訳者の訳文を指すときは「本邦訳」と呼ぶ)。学位請求者はヨーハン・フリードリヒ・ストゥッチング (Johann Friedrich STÜTZING, 1679 - ???) という人物である。彼はハレの「上級塩田監督官 (独: Oberbornmeister)」であり、もともと同地で出生している⁽²⁾。1700年頃の上級塩田監督官は、塩田の管理を司る「塩伯 (独: Salzgraf)」を補佐する身分であり、毎年3人がハレの参事会から選出されていた⁽³⁾。ストゥッチングがこの職務を務めていた期間は、現時点の調査では判明しなかった。

本史料は3つの章から成っており、第1章が「脳内の衡平一般について (*De aequitate cerebrina in genere*)」、第2章が「勅法彙纂第4巻第44章第2法文における脳内の衡平について (*De aequitate cerebrina l. 2. C.*

de rescindenda venditione)」、第3章が「勅法彙纂第4巻第44章第2法文の実務における使用について (De usu practico l. 2. C. de rescindenda venditione)」という題になっている。これらの章題からも分かるように、本史料の中心的なテーマは2つある。ひとつが「脳内の衡平 (aequitas cerebrina)」であり、もうひとつが勅法彙纂第4巻第44章第2法文、すなわち「莫大損害 (laesio enormis)」である。

脳内の衡平とは、本史料第1章第4節で説明されている通り、衡平を装った不衡平のことである。同章第5節において、脳内の衡平は、知的な弱さすなわち無分別から生じる場合と、意志の弱さすなわち欺瞞を好む心身の状態から生じる場合とに区別され、前者が本史料の中心的な考察対象となる。この脳内の衡平がどのようなものであり、法学においてどのように是正されるべきであるのかが、第1章のテーマである。これに対して、第2章と第3章は、脳内の衡平の具体例として、勅法彙纂第4巻第44章第2法文が論じられる。本解題においては、第1章で扱われている衡平と、第2章および第3章で扱われているいわゆる莫大損害とについて、簡単な解説を付しておく。

衡平は、もともとアリストテレス倫理学に登場するエピエイケイア (ἐπιείκεια) に由来しており⁽⁴⁾、彼の『大徳学』においては、次のように説明されている。

衡平ないし衡平な人というのは、法に即するもろもろの正よりも、より少なめに取得する傾向の人である。というのは、立法者が個別적으로는どうして詳細に規定することができないで一般的に述べている事柄が存するが、このような事柄においては譲歩する人、また立法者が個別的に規定しようとは欲していながらも、そうすることができなかったところの事柄を選択する人、そのような人が衡平なのだからである⁽⁵⁾。

やや卑近な例になるが、次のようなケースを考えてみよう。甲公園

には「車両立入禁止」の看板が立っている。あるとき、公園内で急病人が出たので、救急車両が立ち入ろうとした。守衛Aは、この救急車両を公園内に入れるべきであろうか。もし看板を字義通りに解釈するならば、救急車両も車両の一種であるから、立入りは禁止されるはずである。しかし、このルールを作った人は、「但し緊急車両は除く」という部分を何らかの事情で規定し忘れていたか、または規定することができなかったのだ、と守衛が考えて、この救急車両を立ち入らせることが衡平なのである。

『ニコマコス倫理学』にも、同じような説明が見られる。

問題が生れるのは、衡平が正しさでありながら、法律による正しさではなく、法律的な正しさを補正するものであるという点にある。そして、このことの起る原因は、法律はすべて一般的なものであるが、或る種のことに限ってはこれを一般的な命題としてただしく規定することが不可能であるという点にある。……（中略）……つまり、一般的な規定であるゆえに残されるものがあるかぎりにおいて、法律を補正するという性質が衡平の本性なのである⁽⁶⁾。

近世の法学者たちはこの概念を取り入れたものの、その位置付けについては大きな変遷が生じた。イタリアの法学者ステファヌス・デ・フェデリキス (Stephanus DE FEDERICIS, 生没年不詳) は『法の解釈について *De interpretatione iuris*』(1535年)の中で、法(ここでは主にローマ法)が欠缺しているときは、衡平を法として尊重すべきであると主張した⁽⁷⁾。これは衡平を法源に数え入れる考え方である。フランスの法学者フランソワ・コナン (François CONNAN, 1508-1551) は『市民法註解 *Commentaria iuris civilis*』(1538年)の中で、衡平を不文法に数え入れており、デ・フェデリキスと同様に法源の一種であると捉えている⁽⁸⁾。つまり、16世紀前半のヨーロッパ大陸においては、衡平は法源であるという認識があった。特にコナンの説は、アントウェルペン出身のマ

ティアス・ヴェーゼンベック (Matthias WESENBECK, 1531 - 1586) を通じて、ドイツにも広まった⁽⁹⁾。

しかし、この法源論は17世紀になると異なる方向へ発展した。自然法論が台頭する中で、発展途上の自然法体系を補完する解釈技法として位置付けなおされたのである⁽¹⁰⁾。ここでの衡平の役割は、ある法の適用が具体的な事件において妥当でないとき、その法を制限解釈することにあつた⁽¹¹⁾。そして、プーフェンドルフはアリストテレス倫理学におけるエピエイケイアの語義に立ち戻り、次のように説明した。

ところで、アリストテレスは、『ニコマコス倫理学』第5巻第14章において (アリストテレス『大徳学』第2巻第2章も付け加えておこう)、衡平を次のようにうまく定義している。すなわち、法律がその一般性ゆえに誤っている点を修正することによって、言い換えれば、自然な推論から明らかになる法律の制限解釈によって、ある個別の事案を一般的な法律に包摂しないのが衡平であり、その事案からはさもないと何らかの不条理が生じてしまう、と⁽¹²⁾。

さらに、このような制限解釈の根拠として衡平を引き合いに出すことそのものが、18世紀半ばから後退し始めた。法学の分野では、1756年の『マキシミアン・バイエルン民法典 (Codex Maximilianeus Bavaricus civilis)』第1部第1章第11条が、衡平を名目とした実定法からの乖離を禁止した⁽¹³⁾。哲学の分野では、イマニュエル・カント (Immanuel KANT, 1724 - 1804) が衡平を矛盾したものだとは非難している⁽¹⁴⁾。こうして否定的な評価を受けた衡平に新しい役割が与えられることはなく、1800年頃には消滅したとされる⁽¹⁵⁾。

以上のような衡平の歴史に照らすと、本史料は、制限解釈の根拠として衡平が用いられた時代から、衡平そのものを否定する時代への過渡期に属する。トマジウスとストウッチングも、本史料で衡平そのものの価値は否定しておらず、ただ衡平を装った不衡平があることのみ

を問題にしている。それは、司法制度の整備を主権国家として願いながら、十分に体系的な実定法すなわち法典を持ちえない当時のプロイセンの国情を反映している。

次に、莫大損害について、これは目的物の値付けにあたって、その正当価格の半分以上を超える損失が生じたときは、契約の解消または損失分の補填のいずれかを選択するように、相手方に請求することができる普通法上の制度である。本史料のタイトルにもなっている学説彙纂第4巻第44章第2法文（ディオクレティアヌス帝およびマキシミアヌス帝、285年）に由来する制度であり、そこでは以下のように命じられている。

とても高価な物を、もし君または君の父親がとても安い価格で売り渡したならば、人間性に適っているのは、君が裁判官の権限の介入を伴って、代金を買主たちに返還することによって、売られた土地を取り戻すか、あるいはもし買主が選択するならば、正当価格になるように、君が不足額を受領することである。ところで、価格がとても安いと見られるのは、真の価格の半分すら支払われなかったときである⁽¹⁶⁾。

例えば、土地の真の価格が100であった場合、代金額が50未満であれば、売主は契約解消または不足分の補填を求めることができる。このルールは、そもそも真の価格とは何か、真の価格と正当価格とは同一のものを指しているのか否か、この勅法の射程はどこまで広がっているのか（買主にも適用されるのか、土地以外にも適用されるのか、売買契約以外にも適用されるのか等）について様々な議論を巻き起こし、後世において法学者たちの頭痛の種になっていた。それについては先行研究の蓄積があるので⁽¹⁷⁾、本解題ではトマジウスとストウッチングが果たした役割に焦点を当てる。

物に真の価格があり、それを契約において一定の範囲で遵守しなければならないという考え方、すなわち給付の均衡⁽¹⁸⁾の要請は、17世紀

の自然法論においておおむね受け入れられていた。もっとも、グロチウスやプーフェンドルフのような代表的自然法論者の立場は、給付の均衡の要請を認めつつ、莫大損害はその不十分な適用例である、というものであった⁽¹⁹⁾。つまり、自然法上は給付の均衡が厳格に要求されており、真の価格の半分を超える損失という要件は、あくまでも実定法上の制限であるとされた。自然法上は真の価格からの些細な逸脱であっても許されないのであるが、そのような逸脱が起きるごとに訴訟を認めるのは煩雑であるから、ローマ法は半分を超える損失という基準を設けたことになる。この解釈の歴史的な妥当性はともかくとして、グロチウスとプーフェンドルフは、莫大損害が部分的には自然法に適っていると考えていた。

これに対して、本史料におけるトマジウスとストウッチングの立場は、莫大損害を根本から否定するものである。そしてその最も重要な論拠は、価格は物の性質ではない、という点にある。彼らは価格形成に2つの根拠を定め、主として契約当事者の主観的な需要を、副次的に目的物の希少性を挙げた。さらに、契約当事者の主観的な需要は、個々人の欲望の形態に応じて相当に異なることも指摘されている。したがって、真の価格なるものは観念されえないのであり、もし正当価格が存在するとすれば、それは契約の遵守を命じる正義に適った価格、すなわち合意された価格であるとされた。この考え方は近代経済学にも繋がるものであり、当時としては画期的であったものの、その画期性ゆえに次世代の法学者からはしばしば無視された⁽²⁰⁾。本史料が目を見たのは、フランス民法典編纂にあたって、いわゆる lesion の制度を採用すべきか否かの議論が起こったときである⁽²¹⁾。

以上のように、本史料が執筆された時期は、多様な法源を実定法に一元化する近代主権国家への過渡期であり、かつ、中世的な商業観から近代的な市場経済への過渡期でもあった。その過渡期における議論を見ることは、現代の様々な諸問題を反省する上で、歴史的な示唆を与えてくれるであろう。

2 凡例

本史料については、全集等の校訂を経たテキストが令和4年5月9日時点では存在していない。訳者は、私蔵のコレクションを底本としつつ、誤植と思しき箇所については、マックス・プランク＝ヨーロッパ法史研究所の蔵書等と比較照合し、校正した。

本邦訳の訳文中における括弧の使い方は、以下の通りである。丸括弧は、トマジウスおよびストゥッチング自身が原文で使用したものである。角括弧は、原文にない言葉を訳文に補うときに、訳者が挿入したものである。亀甲括弧は、訳者が註釈をつけるとき、訳註に落とし込むほどではないと判断した場合に、訳者が挿入したものである。鉤括弧および二重鉤括弧に対応する記号は原文にはなく、訳者が日本語の慣用に照らして挿入したものである。

本邦訳における註について、a) b) c) とアルファベットに右丸括弧で表記されているものは、原註である。原文はいわゆる脚注を用いておらず、本文にそのまま併記しているので、訳文もこれに従った。いわゆる脚注のかたちになっているものは、訳註である。

本史料における文字の装飾については、以下の通りである。原文の本論部分においてイタリックになっている箇所は、訳文において太字で強調した。これに対して、原註はすべてイタリックになっているけれども、これらをすべて太字にすることはしなかった。トマジウスは序文、註、目次などをイタリックで書く癖があり、強調の意図ではないと解されるからである。

最後に、トマジウスとストゥッチングがラテン語およびドイツ語を解説しているときは、これを訳文に載せた。綴りの現代化も控えた。歴史的用語法の解説である以上、原文を尊重する必要があると考えたからである。

3 翻訳

第1章 脳内の衡平一般について

第1節 衡平に関する通説の不明瞭さ。

市民法について書く人々は、衡平に関して多くのことを論じるのが常である。しかし、現代の舌を満足させるほどの慎重さによって常にこれを論じているわけではない。ボローニャのアルベルト・ボログネッティ⁽²²⁾の『法、権利および衡平について *De lege, iure et aequitate*』という1巻本がある^{a)}。これは、ローマで[1570年に]まず出版されて、その後ヴィッテンベルクにおいて1594年にリプリントされた。この本は、第28章から巻の末尾まで、註釈学派の諸前提に従って、衡平に関する教えを説明しており、そしてこれをアリストテレスおよびキケロの教えと結び付けている。なるほど、この教えは、註釈学派の暗黒時代にとっては学識豊かなものであったかもしれないが、しかし今日の明るい時代にとっては極めて混乱している。成文法上の衡平というものが存在するか否かという問題において、法の解釈者たちが意見を違わせていることはよく知られている。今は亡きゲオルク・アダム・シュトルーヴェ⁽²³⁾もこれに触れており^{b)}、そして意見を調和させようと試みた。また彼の後では、ヨーハン・シルター⁽²⁴⁾がいる^{c)}。博士たちによって余りにも錯綜させられたこの問題を、私たちが少しでも解くことができるか否か、検討してみよう。

a) 私は、ボログネッティが最近の著述家たちによって、すなわちホフマンの辞書やモレリーの辞書⁽²⁵⁾の中で、またヨーハンネス・アンドレアス・クベンステッド⁽²⁶⁾の『卓越した人々の祖国、学説および著作に関する対話 *Dialogus de patriis illustrium doctrina et scriptis virorum*』の中で、まったく言及されていないことを不思議には思わない。むしろ私が不思議に思うのは、普段はイタリアの法学者たちの中でもとりわけ注意深い研究者であるガイド・パンキロ

り⁽²⁷⁾の『法の明快な解釈について *De claris legum interpretibus*』において、彼が見落とされたことである。

- b) シュトルーヴェ 『パンデクテン演習 *Exercitationes ad Pandectas*』第2演習第44章⁽²⁸⁾。
- c) シルター 『パンデクテン演習 *Exercitationes ad Pandectas*』第2演習に対する第1系から第3系まで⁽²⁹⁾。

第2節 自然法における衡平の多様な解釈。

衡平は、モラルの教えと法の科学においては、自然法について言われるときであれ実定法について言われるときであれ、人間の行為のみを主語に取る。自然法に固有のものとして言われるときは、正義と同様に、他者に対する人間の責務と関係する行為を主語に取る。なぜなら、もし人が思慮深く、そして信心深くつまり一言で言えば節度あるかたちで生きるならば、なるほど彼の行いは誠実であると言われてそしてこれと反対の行いは不誠実であると言われるが、しかし元来その行いは正しいわけでも正しくないわけでもないように^{d)}、君はそれを衡平であるとも不衡平であるとも言ってはならないからである。ところで、このような〔他者との〕関係において、衡平は広義に解されることもあれば狭義に解されることもある。前者の場合、衡平は正しさを含んでおり、後者の場合、衡平は正しさから区別される。前者の意味によれば、困窮している人々を私たちの努力によって助けることは正しい。後者の意味によれば、それは衡平ではあるが正しいわけではない。したがって、正義は、後者の意味においては、他人の権利の保護すなわちより正確に言えば他人の権利を侵害しないことを意味しており、衡平は、自己の権利を譲歩して分かち合うことを意味する。もし君が何か正しくないことを犯すならば、被害者には、闘争または訴訟を通じて君に賠償を強制する権利が認められる。しかし、もし君が衡平に適うことを拒絶するならば、なるほど君は不衡平な人または人間性に欠けた人と呼ばれはするものの、しかしだからと言って、この

不衡平が闘争に正当な根拠を与えることはなく、また訴権を相手方にもたらすのに役立つこともない。

- d) 但し、君がこの名称を、一般的な正義と不正義とに関するアリストテレス学派の教えにもとづいて説明しようとするならば、この限りではない。しかし、慣用として受け入れられた法学 *iurisprudentia* という言葉は、ストア学派が用いた意味に合わせられており、ストア学派はアリストテレス学派の教えに気を配らなかった。

第3節 実定法においても。

実定法について言えば、衡平は、成文法または成文法の解釈の源泉を主語に取る。前者の仕方で衡平な法と言われるのは、厳酷にも冷淡にも作用しないものであり、厳酷な法と対置される。この厳酷な法は、反対に、衡平に適った一般的な規則にもとづく解釈を認めない。後者の場合に衡平な解釈と言われるのは、善き解釈の規則に支えられている解釈である。反対に、不衡平な解釈、詭弁的な解釈、誤魔化しのある解釈、法文による詐欺と呼ばれるものは、これらの規則から外れている。以上に述べたことから、前者の意味において成文法上の衡平というものが存在することは明らかである。他方で後者の場合、法の解釈者は立法者とはまったく異なる役割であるから、衡平はおしなべて成文法上のものではない。前節の意味における衡平もそうである。なぜなら、自然法は成文法ではないからである。

第4節 脳内の衡平とは何か。

さらに、脳内の衡平とは、普通の用法によれば、不衡平や不正義というよりはむしろ、衡平という装いと仮面の下にあるものを言う。それゆえに君はこれを、虚飾の衡平または仮面を被せられた衡平と呼ぶこともできる。この脳内の衡平は、それがまったく衡平ではないにもかかわらず人がこれを衡平であると詐称しているという点で、または

それが不合理な衡平であるという点で、真の衡平とは異なる。また、全ての不衡平が脳内の衡平であるわけではなく、それが衡平という装いを持っているときに限られるので、[単なる] 不衡平とも異なる。というのも、不衡平や不正義には、あからさまで万人に気付かれるものもあれば、着飾ってひとつの衡平を真似ており、そしてすぐにそうとは気付かれない推論によって、それらを他の人々に納得させてしまうものもあるからである。

第5節 脳内の衡平の源泉。

脳内の衡平の源泉は、衡平と不衡平との在り処に求められるべきである。衡平は徳の名前、不衡平は悪徳の名前、そして脳内の衡平は徳の仮面によって隠された悪徳の名前である。ところで、衡平というものは、一方では知性の徳であって分別の仲間属しており、モラルの教えに関する知識に起源を持つべきであるが、他方では意志の徳であり、これは心の寛大な状態から、また人間を温厚で慈悲深く礼儀正しくそして寛容にさせる血液の調子から生まれる。これと似た推論が、不衡平にも当てはまる。というのも、不衡平は、一方では知性の悪徳であって無分別の仲間属に、そしてなるほどその不衡平があからさまであるときは愚かさすなわち（知性の）粗野さの仲間属しており、これはモラルの原理に関する無知から生まれるが、他方では意志の悪徳であり、これは心の非人間的な状態から、また人間を厳酷、残忍、短気かつ無慈悲にさせる血液の調子から生まれるからである。脳内の衡平も、なるほどそれ自体は悪徳であるがゆえに、知性においては無分別の仲間属するが、しかしそれは愚かさの仲間ではなく、むしろ知性の人間的な弱さにその起源を負っている。他方で、意志における脳内の衡平は、人間を欺瞞的で狡猾で外面ばかり気にさせる血液の調子から生まれる。ところで、心に由来する不衡平と知性に由来する不衡平とが、たとえしばしば密接な関係を有しており、そしてそれと同じように、脳内の衡平という悪徳もしばしば知性と意志とへ同時に帰せら

れることがある。反対に（あらゆる徳がそうであるように）知性の徳とモラルの徳とが最初から併存することは稀である。しかしたとえそうであるとしても、ここで私たちが衡平、不衡平および脳内の衡平について論じるのは、それらが知性に関わっており、人間の行為が真に善であるのか悪であるのかについて、正しくまたは間違っただけで判断を下しているときに限られる。というのも、知性が脳漿 *cerebrum* の中にあることに鑑みて、この衡平は脳内の *cerebrina* 衡平と言われるからである。とはいえ、私たちはここで意志を完全に切り捨てるべきでもない。なぜなら、分別も無分別も、意志とは何ら関係がない知性の純粹に自然な性質ではなく、その起源を推理してみれば、意志にも依存しているからである。善悪に関する判断にあたっては、そもそも知性全体がそうである。

第6節 脳内の衡平は頻繁に生じている。

もしかして私たちは、実務において用いられていない思考の産物について論じているのだろうか。脳内の衡平というものは存在しないか、あるいは出現するとしても稀なのだろうか。以下の通りである。脳内の衡平は、思考の産物である。なぜなら、それは知性または理性の中に存在する誤謬だからである。しかしだからと言って、無が思考の産物でしかなく〔実際には非存在である〕と同様に、脳内の衡平は非存在である、とは言えない。そして、脳内の衡平は誤謬であるがゆえに思考の産物であるのだから、理論においても実務においても極めて頻繁に生じている。理論においてなぜ極めて頻繁に生じているのかと言うと、私たちの法学は総じて思考の産物を、すなわち法的な意味における法/権利や無体物を対象としているからであるのがひとつと、もうひとつ、誤るということも人間的なことであり、法学においても、人間が人間である限り誤謬は存在するであろうし、また際限のない誤謬によって満たされていない学問領域は存在しないからである。実務においてなぜ極めて頻繁に生じているのかと言うと、理論が実務の基

礎になっているからである。教授たちは法の理論家と呼ばれ、弁護士、裁判官そしてもちろん立法者は法の実務家と呼ばれているという理由で、君が役割に応じて法の理論家と実務家とを区別しようとも、同じ推論が当てはまる。アントン・ファーベル⁽³⁰⁾は、彼の著作『体系思考の学者たちと法の解釈者たちの誤謬 *De erroribus pragmaticorum et interpretum juris*』すなわち弁護士、裁判官および立法者が実務において従っている法の解釈者たちの誤りに関する著作において、教授を念頭に置いている。故人カスパル・ツィーグラ⁽³¹⁾は、『三百代言学、一名、三百代言術について *Rabulistica sive de artibus rabulariis*』と『ディカステイケー⁽³²⁾、一名、裁判官の職責と犯罪について *Dicastice sive de judicum officio et delictis*』において、弁護士および裁判官を念頭に置いている。いずれにせよ、法と脳内の衡平との混ぜ合わせも少なくないことを、以下の節が教えてくれるであろう。ところで、これらのことが明白でありまた共通感覚に適っているにもかかわらず、しかし私の信じるところによれば、法において脳内の衡平が頻繁に生じていることを依然として疑おうとする人々が少なくない。すなわち、そのような人々は、法的な素材について、確固たる文言によって法文の中に現れていること以外には何も信じないように馴らされてしまっているのである。しかし、私は彼らに対して、「法文抜きで語ることは、法学者にとって恥である」という諺を私に向かって声高に叫ばないようお願いしたい。というのも、たとえ私が、[根拠となる法文を求める] 彼らの要求は不衡平であるという抗弁を、また自分たちの不面目に関する証言を出せと法の司祭たちに要求することは、実務家のルールにまったく反しているという抗弁を提起することが可能であるとしても、しかし私はこのような弁明を用いたくはないからである。なぜなら、脳内の衡平は破廉恥な悪徳ではなく、全人類に共通の欠点だからである。したがって、彼らのためには、著名なパウルスおよび際立った法学者ケルスス [の法文] が役立つであろう。彼らは次のように言っている。「一般的に、衡平および善に関する問題の大部分は、法

の知識という権威の下で酷く誤られている」^{e)}。ここでは、裁判官も弁護士も教授も立法者も、彼らが日々口にしてこの極めて有名な法文を知っており、そして彼らのうちの誰であれ、自分もまた酷く誤っている人々の集団に属していないはずがないと、自分自身を評価するであろう。

e) 学説彙纂第45巻第1章第91法文第3項。

第7節 脳内の衡平の一般的な源泉は、忍耐力のなさや愚かな模倣である。

では、この悪はどこに由来するのか。あらゆる誤りに共通する源泉を除けばどこに。知性の場合、それは軽率さと権威とにもとづく偏見に由来している。この偏見は、意志の中にある忍耐力のなさや他人の愚かな模倣とにその起源を負う^{f)}。脳内の衡平を生じさせるあらゆる種類の性格、すなわち頑固さ、好奇心、残酷さ、高慢さ、怠惰、短気、欺瞞、偽善およびこれらに類するもの全てが、この偏見に帰せられる。

f) 主査であるトマジウス先生の『理性学入門 *Einleitung zur Vernunft-Lehre*』第13章および『道徳学入門 *Einleitung zur Sitten-Lehre*』第1章を見よ。

第8節 特殊な源泉は、ゲルマン法学に鑑みれば、法それ自体が不確実であり形式に則っていないことである。

しかしこれに加えて、ゲルマン法学において脳内の衡平を頻繁に生じさせるその他の特別な理由が存在する。ある民は、法が少な過ぎることを嘆いているが、我々ゲルマンの民は、法が多過ぎることに難渋している。ある民は、自分たちの法が全ての市民によく知られていること、またそれが自分たちの国家の現状に適しておりそしてこの現状から分別のあるかたちで導き出されてすらいふことを喜んでいるが、

私たちは、ああ何ということか、自分たちの有する法が自分たちの国家の現状にまったく適合しえないかあるいは無理矢理適合させられた外来の法であることについて、すなわち自分たちの有する法が極めて少数のゲルマン人によってしか理解されていないことについて嘆かなければならない多くの、そして非常に重大な理由を持っている。私たちはユダヤの法を有しており、その大部分はモーセの律法である。私たちはユスティニアヌス法大全の中にあるローマ法とギリシャ法を有している。私たちはカノン法の中にある聖職者たちの法を有している。私たちは、フランス法、スペイン法、イタリア法、さらには私たちがこれらの異民族の法学者たちに従って、私たちの法廷においてまるで私たちの法であるかのように引用している法を有していないだろうか。私たちはゲルマン諸邦に無数の法規を有している。私たちは、不整合でしばしば矛盾し合う博士たちの意見を有しているが、これらの意見は通説的な誤りのせいで、私たちの法廷において、法の一種であるかのような顔をしている^{g)}。これらの法のそれぞれについて（但し神の知恵から生じているモーセの律法は除く）、いたるところで饒舌を見い出すことができるけれども、賢慮や本来の知恵に適ったものはほとんどなく、通説が通説に反するという際限のない解釈が、このことを依然として極めて困難にしている。今やいったい誰が、脳内の衡平が形式に則らない不確実な法において頻繁に生じることを、不思議に思うだろうか。

g) 主査であるトマジウス先生の「慣習法および判例法について *Dissertatio de jure consuetudinis et observantiae*」を見よ。

第9節 似非法学者たちの群れによっても。

脳内の衡平を増やしてそして倍增させるのは、学んだことのない事柄について判断しようとする人間たちの欲求である。しばしば医学の先生方は、誰もが身分や地位とは無関係に他人に医学的な助言を与えようとするので、医学が全人類によって国家に極めて大きな害をもた

らすかたちで扱われている、と嘆いている。もちろん、もし法学者たちが同じように不満を漏らすならば、より大きくはないにせよ同じくらい大きな不満の種を有している。なぜなら、教養のある人もない人も、富者も貧者も、高貴な人も一般大衆も、人間の行為の正不正について論じるだけでなく、衡平および正義の規則に従って規律されるべき行為について、他の人々に法的な助言を提供しようと躍起になっているからである。それどころか彼らは極めてしばしば、法を修正しようと試みたり、あるいは法学者たちの教えをあたかも不正義かつ不衡平であるかのように抹殺して、そして著述の力によってのみならず政治の力によっても、さらには独裁的な力によっても、それらを国家から追い出そうと試みたりしているからである。しかも、君がこの事柄を少し詳しく調べてみるならば、これらの騒動と混乱とは次のことに由来しているとした考えられない。すなわち、行為の正しさおよび衡平さについて判断する人々のほとんどが、道徳哲学や法学の基礎を踏まえていないにもかかわらず、己の脳漿の中にある妄想に従ってまたそれゆえに単なる脳内の衡平にもとづいて判断を下していること、彼らのうちの多くは、このような道徳哲学と法学の手助けをあからさまに軽蔑すらしていること、そして彼らはこの手助けが衡平にとって重荷であるかのように避けて、さらには他の人々にも避けるように勧めようと目論んでいることである。

第10節 脳内の衡平の分類。1. 脳内の衡平には、立法者によるもの、助言者によるもの、裁判官によるものがある。

いたるところへ広まっている脳内の衡平のかかる膨大さと際限のなさの中で、これまで私たちが述べてきたことおよびこれから論じるであろうことをよりよく理解するためには、この多様な、極めて多彩に仮面を被せられた悪を一定の階級および類へ割り振ろうと試みることが、とても役に立つであろう。まず、次のように述べるとしても不適切ではないであろう。脳内の衡平には、それと対置されるものすなわ

ち真の衡平および不衡平の場合と同様に、立法者によるもの、助言者によるもの、裁判官によるものがある、と。立法者による脳内の衡平とは、一見すると衡平な推論によって支えられているように見えるけれども、しかしもし君がより正確に調べてみるならばその法律の下には不衡平が隠れていることに気付くであろう法律を、立法者が制定するときを言う。このような法律は、国家の平穩を促進することには資さず、むしろ国家に損害をもたらす。助言者による脳内の衡平とは、ある人が個々人の将来の行為に衡平という仮面の下で助言を与えて、助言を求めた人に不衡平に損害をもたらすときを言う。最後に、裁判官による脳内の衡平とは、市民社会において行われた行為に、裁判官が衡平を装いながら不衡平なかたちで法律を適用するときを言う。

第11節 2. 裁判官による脳内の衡平には、理論的なものと実務的なものがある。

ところで、裁判官は、脳内の衡平に関して、とりわけ2つの仕方で罪を犯す可能性がある。ひとつは、事実に適用されるべき法を、脳内の衡平という口実によって不衡平に解釈する場合、もうひとつは、法が何か不衡平なことを含んでいるかのように装って、その法を完全に放棄するかまたは変更する場合である。簡潔さに努めるために、私たちは、前者の種を理論的な脳内の衡平と呼び、後者の種を実務的な脳内の衡平と呼ぶことにしよう。というのも、たとえ裁判官の職務が全体として見れば実務的なものであるとしても、しかしこの職務は2つの部分、すなわち法を正しく解釈してそしてその後で正しく適用することから成り立っており、また法の解釈はその適用とは明らかに異なっていてしかも適用に先行するので、なるほど裁判官の職務は形式的には法の適用にあるが、しかし裁判官による法の解釈は、裁判官ではない法の解釈者や事件の代弁人とも共有されており、そしてこれに鑑みれば、法の解釈はその適用よりもずっと理論的なものに数え入れられることができるからである。

第12節 続いて、理論的な脳内の解釈を説明する。

したがって、理論的な脳内の衡平に属するのは、裁判官が法の解釈において、衡平な解釈の規則を守らないとき、すなわち不衡平や不条理が帰結しないように法の一般的な文言を制限〔解釈〕せよと命じる規則を守らないときである。実際、裁判官がこれに違反するときは、たとえその不衡平がとてもあからさまであるように思われ、そしてそれゆえに上で述べられたことによれば^{h)}、なるほどそれは脳内の衡平には属さない〔で単なる不衡平に属する〕ように思われるとしても、しかしまことにここでも、徳という覆いによって自らを隠そうと努める悪徳が存在しないかのように、裁判官は何らかの色付けや見せかけを用いるのが常である。要するに、こうである。裁判官の職務は法に従って判決を下すことであり、法に反して判決を下すことではない。ところで、立法者は、自分の考えを法の文言によって明らかにしている。したがって、このような裁判官はこの種の事案において、法の文言は自明であると言い張って、また確かな理由によって法を制限解釈する真の衡平を法の不衡平な修正であるかのように偽って、そしてそれゆえにあの自身の脳内の衡平によって、自分は己の職務の本分を逸脱したくないという口実を用いるのだが、しかし実際には、彼らは職務の本分を逸脱しており、そしてこのように何もかも混同しているのであるⁱ⁾。彼らはウルピアーヌスの法文を濫用して、「なるほどこの法は厳酷であるが、しかしそのように書かれている」^{k)}という彼の手からなる金言を誤って適用している。上で引用されたパウルスとケルススは^{l)}、法の知識すなわち法の文言の堅苦しい遵守を、判決にではなく真の衡平に対置させるとき、このような脳内の衡平に着目している^{m)}。

h) 前述第4節。

i) ツィーグラールの『ディカスティケー、一名、裁判官の職責と犯罪について』第36断案第39節末尾および第37断案と第38断案を参照。

- k) 学説彙纂第40巻第9章第12法文。
- l) 前述第6節。
- m) 前掲学説彙纂第45巻第1章第91法文第3項。ツィーグラ―前掲書第36断案第35節。

第13節 また、実務的な脳内の衡平についても説明する。

これと反対の場合は、実務的な脳内の衡平が生じる。すなわち、法の意味は明らかであるもののそれが裁判官には気に入らず、そして裁判官が法に反して、この法は不衡平であると断じて判決を下すときである。法を制定することは、最上位の権限に属している。そして判決を下そうとする人は、法を自分自身に命じられたものとして、その法に従って判決を下すべきである。もし命じられた法に対する敬意がなくてもよいならば、任命された裁判官たちは、いったい何のために宣誓を要求される必要があったのだろうか。実際、しきたりによれば、善、衡平および自己の良心にもとづいて自分は争点を解決すると宣誓するだけでなく、自分は法に従って判決を下すであろうと、あるいはユスティニアヌス帝が言うように、自分はあらゆるかたちで真理にもとづいて法を遵守しながら訴訟を指揮するであろうと宣誓することになっているⁿ⁾。自己に命じられた法を無視して自分の好きなように判決を下す裁判官については、レオン6世〔在位886 - 912年〕およびアレクサンドロス帝〔在位912 - 913年〕の非常に恐ろしい勅法が存在する^{o)}。この勅法は、10世紀の初頭に出されており、不吉な呪詛によって担保されていた。同様に、既にユスティニアヌス帝の時代には、彼の命令にもとづいて、裁判官は、自分自身を不吉な呪詛によって呪うように強いられていた^{p)}。たとえ法が衡平に適った推論と真っ向から対立しており、そしてその法を破らなければ衡平を維持することができないほどに厳酷であるとしても、しかしウルピアーヌスの範に倣えば^{q)}、法はまったくそのように遵守されるべきである。というのも、衡平には2つあるからである。ひとつは内的な衡平であり、この衡平

は成文法の厳酷さを、法の趣旨および事実の諸事情にもとづいて調整しかつ矯正する。そして、この衡平は、裁判官の職務に属している^{r)}。もうひとつは外的な衡平であり、この衡平は法と真っ向から対立することによって為され、そして成文法の文言と無関係であるのみならず法の趣旨とも無関係である。この外的な衡平は、ただひとり元首の権限にのみ留保されている^{s)}。したがって、裁判官たちが、法を不衡平であると断罪したり、熟慮せずに行われていると述べたり、さらにはそのような口実で自分の脳漿にもとづいて争点を判断したりすることをまったく躊躇わないほどに自惚れているならば、明らかに彼らは己の職務の本分を逸脱しており、そして法の外部で、まったく詭弁的な脳内の衡平を自らでっち上げているのである^{t)}。

- n) 勅法彙纂第3巻第1章第14法文。
- o) 実際、皇帝たちは次のように述べている。「かの神と、天界のあらゆるものどもが、そして無体の力が汝に敵対せしことを悟れ。汝は生きながらえずに早くこの世を去るべし。その上、永遠の不幸に見舞われよ。果ては炎を汝の住まいの礎とし、そしてパンを戸口から戸口へと乞うように来世をひもじくせよ」。ツィーグラの前掲書第36断案第7節。
- p) 「もし私がこれらのこと全てをそのように遵守しないならば、現世と来世とにおける偉大な主たる神および我らが救世主イエス・キリストの恐るべき審判に際して、私はユダ、皮膚病持ちのゲハジおよび戦慄のカインと同じ立場を受け入れてそしてそれに留まるべし」。新勅法彙纂8の最後。
- q) 前掲法文学説彙纂第40巻第9章第12法文第1項。アントン・ファーベルの『パピニアヌスの法学 *Jurisprudentia Papiniana*』第1巻第2原理第2推論。
- r) 学説彙纂第11巻第7章第14法文第13項、第13巻第4章第4法文、第50巻第17章第85法文第2項（いずれもジャック・ゴトフロワ版による）。

ラインハット・バコフ・フォン・エヒト⁽³³⁾の『ヒエロニムス・トロイラーの論考に対する註記と考察 *Notae et animadversiones ad disputationes Hieronymi Treutleri*』第1巻第1論考第2章註Bを参照。

- s) 学説彙纂第40巻第9章第21法文第1項、勅法彙纂第1巻第14章第1法文および第9法文。クイントゥス・アウレリウス・シンマクス⁽³⁴⁾は『シンマクス書簡集 *Symmachi epistolae*』第10巻63番目の手紙⁽³⁵⁾で次のように述べる。「ひとつは政務官の立場であり、もし彼が法に甘くなるならば、その判決は腐敗していると見られる。もうひとつは支配者たる元首の権限であり、厳酷な法の矛先を丸めることは、彼らにこそ相応しい」。
- t) フランシスコ・マンティカ⁽³⁶⁾の『黙示の合意および曖昧な合意に関するバチカンの夜なべ仕事 *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*』第1巻第17章第16項以下。ホアン・ガルシア⁽³⁷⁾の『支出と改良について *De expensis et meliorationibus*』第1章第28項および第29項。ゲオルグ・バレンティン・フォン・ヴィンター⁽³⁸⁾の『訴訟好きな乙女、一名、政治・司法論 *Parthenius litigiosus sive discursus politico-iuridicus*』第1巻第12章第16項および第14章第17項。アントン・ヘリングス⁽³⁹⁾の『信託遺贈論考 *Tractatus de fideiussoribus*』第5章第115項以下。ペーター・ハイゲ⁽⁴⁰⁾〔の『市民法およびザクセンの諸問題 *Quaestiones juris tam civilis quam Saxonici*』〕第2部第22問題第35項。ハートマン・ピストリス⁽⁴¹⁾〔の『ローマ法およびザクセン法の諸問題 *Quaestiones juris tam Romani, quam Saxonici*』〕第3巻第16問題第13項。オズワルド・ヒリガー⁽⁴²⁾の『詳解ドネッルス *Donellus enucleatus*』第26巻第2章註F。ツィーグラール前掲書第36断案。アントン・ファーベルは、『体系思考の学者たちと法の解釈者たちの誤謬』という本に収録された献辞の手紙において、この種の衡平を追い求める人々を見事に批判している。「このような人々が日頃から習慣にしているのは、

乱心しているのであれ、正しく考えているのであれ（この正しく考えるということも時には起こるが、しかし偶然そうになっているというのが必定である）、自分たちが法の裁定者であるのみならず、衡平の裁定者でもあると評価されるように——後者は法においてとりわけ顕著であるのだが——何もかもを、自分で勝手に作り出した衡平に当てはめることである。ところがもし人が、彼らの馬鹿げた行いを覆すために、パピニアヌスの権威によって、またその結果、極めて衡平な法にもとづく、単に純粹なだけでなく真でもありかつ有用でもある何らかの推論によって反論するならば、そのとき彼らは、言わば歯を見せて笑って、そしてこのような厳密さを拘泥や窮屈と呼ぶ。このように彼らは適切に反論することができないのであるから、少なくとも黙っておくことが誠実である」。また、ツィーグラー自身の評価も同じくらい見事である。彼は、第37断案第11節において次のように述べる。「君が気付くべきなのは、ある人々が自分たちには厳密に論じる能力がないと見られることを欲せず、また自分たちはスルピキウスにも劣らないと考えて（スルピキウスをキケロは、衡平を説明するにあたって真っ先に賞賛している。『ピリッピカ演説 *Oratio Philippica*』第4巻)、これまで重んじられてきたことをとても苦々しそうに軽蔑して、そしてより衡平であるとは少しも言えない新奇な事柄を押し付けるとき、彼らほど勝手に衡平を捏造している人々を私は知らないということである。まさにこのことによって、彼らは立法者の手に噛み付いている。すなわち、彼らは、自分たちが担当していることに満足していないのである」。

第14節 しかし、裁判官の職務が顧問官の職務や大学の自由と混同されるべきではない。

すなわち、このように脳内の衡平を追いかける人々は、法に携わる者の様々な職務や役割を混同しているのである。法に携わる者は、裁判官として活動するだけでなく、統治および国家に有用なことおよび

それらを改善することについて助言するために登用されるかまたは登用されうるように、元首の周りを幅広く取り巻いている。後者の職務には、初めから不衡平や厳酷さや脳内の衡平に悩まされている法を修正するように、または時間が経過して国家の状態が変化したり法の制定を促した事情が過去のものになったりすることによってもはや衡平ではなくなった法を修正するように、王や元首に説き勧めることも含まれる。そして、彼らは、裁判官たちが法にもとづいて判断しなければならぬのは対照的に、法について自由に判断する。大学の講義にも、似たような推論が当てはまる。というのも、大学は国家の教育機関でなければならず、またそれゆえに分別に適った法改正をも含めて、立法学に携わる将来の顧問官を育成すべきでもあるから、このため大学の博士たちに、講義においてであれ論文においてであれ、そこで法の衡平について論じる自由および衡平を正しい理性の指示に従って吟味する自由を残すことが必要になる。とはいえ、大学の博士たちの自由は、顧問官たちの自由ほど大きくはない。顧問官の自由は、疑いのない法にまで及んでおり、しかも当の顧問官が属している元首自身によって制定された法すらもその対象となる。というのも、顧問官の職務は、元首に国家の利益について説き勧めることも要求しており、またこのことは秘密裏に行われるので、元首の権威は衆目に晒されないからである。これに対して大学の博士は、元首に統治の理を説き勧めることを目的とする立場になく、またもし大学の講壇において、元首によって制定された法の衡平が、とりわけ新しく制定された法の衡平が吟味されるならば、元首に対する然るべき恭順と畏怖とが保たれることもできないであろう。したがって、大学の講壇の自由が及ぶのは、彼らが聴講生たちに、本来の衡平を脳内の衡平から区別することを、外国の法を手本として、または自国の法であるならば昔の法もしくははまさに廃止されようとしている法を手本として教えることに限られる。とりわけこれらの法が国家に継受されたか否か、またそれらが実務で使われているか否かまたは使われることができるか否かが疑わ

しいときは、そうである。ゲルマンの国においてはユスティニアヌス法の大部分が、またゲルマンの国の中でもプロテスタントの地域においてはカノン法の大部分が、このようなお手本に該当している。但し、どちらの場合も、それが単なる市民法であるとき、すなわち自然法および万民法に相応しい指示を受けたものでないときに限られる。

第15節 もし一人の人間にこれらの異なる役割が併存しているならば、何が許されるか。

ところで、裁判官が自分に命令された法を不衡平であると論じてそしてその法に反して判決を下すならば、彼は明らかにこれによって理論的のみならずむしろ実務的にも罪を犯している。なぜなら、命じられた法が改正を必要とすることが時として起こりうるけれども、しかし改正という作業は裁判官の仕事ではなく顧問官の仕事だからである。反対側から見ても同様であり、もし同じ人間に裁判官の役割と顧問官の役割とが備わっているということが起こるならば、または大学で教えることが許されているだけでなく、法にもとづいて解答する権限および裁判官に判決の方式を命じる権限もその人に与えられているならば、彼がこれら2つの（異なるだけでなく正反対の）職務を、モラル上の矛盾の虞なく、異なるかたちで行使しうることには疑いはない。例えば、講壇においては、教皇政治の遺物がプロテスタントの下ですら婚姻法の中に残っていることについて、多くのことが学問上教えられる慣わしになっているけれども、しかしこれらの教皇至上主義的な法が福音主義者たる元首によって顧問官たちに命じられた場合は、それに従って判決が下されるべきことに疑いはない。同様に、訴状の決まり文句は、裁判官という最も高貴な職務に対して上から嘆願があった場合は不要であり使われず、と教えられるのが常である。しかし、もしマクデブルク公からの裁判記録に対して、[講壇で先のように教えていたのと] 同じ博士によって判決が書かれるべきであるならば、法の指図に従って、先の決まり文句を省いた原告に敗訴判決を下すことが適切

である^{u)}。同様に、法学部の講壇においては、人格侵害訴権の行使がおよそキリスト教的でなくまたおよそ賢明でもなく、さらにはしばしば不衡平であることについて、多くのことが日々教えられる慣わしになっているけれども、同じ博士が講壇の外で、もしかすると同じ時刻に、この訴権の行使が正しいことについて宣告を下しているとしても、しかし彼はモラル上の矛盾を犯していない^{w)}。同様に、もしある人が講壇において、盗人たちが絞首刑に処せられるのは不衡平であるという意見を擁護すべきだと考えるならば（しかしこれについてはすぐ後で詳しく見ることにしよう）、これは、理論的な脳内の衡平に関するその他の例と一緒に放っておくことができる。しかし、もし同じ人が自分の判決によって、カロリーナ刑事法典や公に受け入れられている慣習を修正しようとするならば、実務的な脳内の衡平を増長させたという理由で厳しく評価されることが、彼にとって相応しい^{x)}。

u) マクデブルクの新旧ポリツァイ条例第18章第1条⁽⁴³⁾。

w) 次のような雛形が知られている。「そして汝 N は、人格侵害が加えられたことを理由として、この請求を免じてやるつもりがないときは、人格侵害の責任を追及する資格を有する。以上、法にもとづいて」。

x) ヨアヒム・ホッペ博士⁽⁴⁴⁾の『ユスティニアヌス帝の法学提要に対する簡潔なコンメンタール *Commentatio succincta ad Institutiones Iustinianeas*』第4巻第1章第5法文に対する解説の末尾。

第16節 3. 脳内の衡平には粗雑なものゝ緻密なものゝがある。粗雑な例。

さらに、脳内の衡平には、粗雑なものゝ緻密なものゝがある。粗雑な脳内の衡平とは、衡平という言葉繕いが、容易に誰からでも偽りであると見破られる状態にあるときを言う。緻密な脳内の衡平とは、脳内の衡平が、それを用いる人々またはそれを導入した人々の権威を通

じて、誤った通説となっており、その結果その誤りがたとえそれ以外の人々によって明確に証明されたとしても、この先入観に捕われてしまった人々にはおよそ納得されないときを言う。粗雑な脳内の衡平の例となりうるのは、明らかな欺瞞があるにもかかわらず、法に従って判決を下したと言い繕う場合、また前述のようなかたちで法を修正しているにもかかわらず、衡平にもとづいて解釈したと言い繕う場合である^{y)}。盗人を絞首刑によって正当に罰することを否定するように、法学者や神学者を等しく盲目にしたあの衡平という言い繕いも、同じくらい十分に粗雑である。というのも、この言い繕いは専ら2つの前提に支えられているのだが、それらが誤りであることは手に取って分かるほど明白だからである。すなわち、(1)裁判に関するモーセの法は、あらゆる市民法の模範であり、『出エジプト記』第22章は盗に死罪を定めていない] という前提がある。これが盗の罪を扱っていることについては、私も疑わない [けれども、モーセの法はあらゆる市民法の模範というわけではない]。また、(2)罰と犯罪の客体との間に均衡が求められるべきであるという前提、つまりより分かり易く言えば、犯罪の客体(金銭)が犯罪そのもの(盗)であるという前提がある。均衡が求められるべきであることについて疑いの余地はないけれども、それは犯罪と罰との間である。これと関係するその他の重要な事柄は、他の人々によって解き明かされている^{z)}。

y) 前述第12節および第13節。

z) ホッペ博士前掲書。マーティン・ケムニッツ⁽⁴⁵⁾の『神学のトポス *Loci Theologici*』第2部第7掟末尾。ツィーグラの『統治権について *De juribus maiestatis*』第1巻第5章第52節以下。

第17節 緻密な例。

ところで、緻密な脳内の衡平は常により上手く言い繕っていると考えられるべきではない。もし人々が先入見を持たないならば、緻密な脳内

の衡平による言い繕いも、同じくらい手に取るように分かる。さしあたっては、人々をこの脳内の衡平によって騙すことに利害を持つ多くの者たちの権威が、また自然な衡平に適ってはいるけれどもしかし不整合に適用された規則に従う者たちが、無力な人々を邪魔して、真理の光を感じ取ることができないようにさせている。他方で、聡明な人々は、この誑かしを見抜いているにもかかわらず、闇の支配と脳内の衡平とを守護する人々がこれまで上手く濫用してきた権力と恫喝とに対する恐怖から、なるほど真理に気付いてはいるがしかし黙っておくように押さえつけられている。このような脳内の衡平の例は、カノン法が市民法と一致しない場合に、およそカノン法の至る所に求めることができる。それほどまでにカノン法は、衡平および敬虔という偽りの善人ぶった言い繕いによって満たされているのだが、福音書の光の真っ只中にあるプロテスタントの法学者たちでさえ、普通ならば十分粗雑であると分かるこれらの誤りにほとんど気付かないかあるいはまったく気付かないほどに、これらの言い繕いは人間の心の中に深く根を張っているのである。かくして例えば、カノン法はローマ法の原理に反対して、最長期の取得時効においてすら善意の継続を要求しており、このことをプロテスタントの人々が至る所でどれほど推奨しているのかは、よく知られている。しかしながら、正しい推論が告げるところによれば、記憶を超えるほど長期の時効取得は〔前所有者の〕遺棄のみにその基礎を据えており、この遺棄はあらゆる悪意を浄化する。また、カノン法がこの原理を発明したのは、以下のことのみを目的としている。すなわち、世俗の人々が聖職者の財産を決して時効取得できないようにしつつ、反対に聖職者たちは、あらゆる詐術や揺さぶりによって、善意が欠如しているという抗弁が彼らを相手方として持ち出される虞なしに、世俗の人々の財産を略奪できるようにするためである（世俗の人々が聖職者に対して、普通ならば極めて正当であるはずの〔神に対する〕恐怖にもとづく抗弁すなわち雪冤宣誓の抗弁によって異議を唱えることは、当時の迷信のおかげでありえなかった）。同様に、ローマ法の原

理とはまったく正反対のあのカノン法の規則、すなわち来世の救済を賭けることによって担保されうる宣誓は、その宣誓がなければ普通は約束が効力を持たない場合であっても遵守されるべきであるという規則は（ここから普通の約束の解釈に関する規則とはまったく異なる宣誓の解釈に関する規則についての特別な教え、またはそれに類するものが生まれるのだけれども）、極めて聡明な人々すなわちグロチウスとプーフェンドルフすら説得してしまい、その誤りに気付かせなかったほどであり、かくして今日でもプロテスタントの法学者たちの講壇と著作とにおいて、あたかもこの規則が敬虔かつ極めて衡平であるかのように依然として推奨されている。このため、私が知っている限りでは、この脳内の衡平について疑ったと言われる人はこれまで一人もいない。さてしかし、この規則は、以下のような2つの明らかに誤った根拠によってしか支えられていない。1番目の根拠によれば、宣誓を行うことは市民法的な行為ではなく純粹に靈的な行為であるとされる。すなわち、宣誓は神に対する畏敬を念頭に置いているとされる。2番目の根拠によれば、宣誓の決まり文句は、約束においてであれ事実確認においてであれ、単なる付随的なものではなく、むしろそれ自体で完全かつ独立した意味を含んでおり、その結果、例えば追剥ぎに対して為された約束においてこの決まり文句は、その約束が神に対して為されたかのように作用するとされる。この偽物の衡平が考案された本当の理由は、[聖職者が世俗の]立法者の権限を侵奪すること、そしてこれを考案した後で大勢の市民たちに宣誓を強制することによって、市民法上の取引に関する裁判権を侵奪することであった。また、靈を用いた奸計すなわち煉獄で焼かれるという脅しによって無理強いされた贈与が、あまり迷信的でない人々から、恐怖の抗弁によって無効とされえないようにすることも、理由のひとつであった。3番目の例を提供してくれるのは、利息の邪悪さに関するカノン法の教えである。この件については、プロテスタントの人々の間で為された論争、例えばフート・ハイスベルト⁽⁴⁶⁾、マーチン・ショーク⁽⁴⁷⁾およびその他の人々の間で為された論争がよく

知られている。しかし、利息に関するカノン法の脳内の衡平を生き生きとした色彩で最近最もうまく描写したのは、ベルギーの法律家たちの中でもとりわけ優れたジェラルド・ノート⁽⁴⁸⁾であり^{aa)}、この件についてはこれ以上解説する必要がないほどである。

aa) ノートの『利子利息について 3巻本 *De foenore et usuris libri tres*』ライデン、1698年。

第18節 脳内の衡平を広めているのは、とりわけカトリックの神学者およびカノン法学者である。

しかし、たとえ上で述べられたことが^{bb)}、あらゆる身分の人々が脳内の衡平のために骨を折ってこれを広めていると教えているとしても、しかし衡平による言い繕いは大抵何らかの学識を匂わせているので、学識のある人々および博士たちが脳内の衡平を最も上手く広めていると解されるべきことに疑いはない。加えて、中世の教皇政治における大学というものは、教皇権と皇帝権との間の極めて有名な論争にあたって聖職者を手助けするために、教皇の策略によって設立されたのである。この手助けは、もし元首およびその他の世俗の人々が、教会のカノンおよびそこから呼び出された法が神聖かつ衡平であることに納得させられてしまうならば、これ以上ないほど首尾よく為されることができたであろう。このような事業の中で、大学において当初からある2つの学部すなわち哲学部と神学部とが暗躍しており、何千もの聴講生たちにスコラ哲学とスコラ神学とを教え込もうとしていた^{cc)}。この哲学と神学は、人倫に関する教えにあたって、この種の脳内の衡平に普く満たされていた。ところが、すぐに〔世俗の〕法学者たちが、皇帝権に対する教皇権の優位性を擁護するこれらの脳内の衡平に対抗するために、ユスティニアヌス法を用い始めたので^{dd)}、直ちに教皇は、カノン法およびカノン法学者たちをこれらの法学者たちに立ち向かわせた。このカノン法とカノン法学者たちは不注意な人々を、脳内の衡

平という緑内障によっていつまでも騙し続けた。医学者たちは、ひとつには後から遅れて大学で教え始めたがゆえに^{ee)}、ひとつには彼らの技術が善悪とは無関係であるがゆえに、脳内の衡平を広める人々へ数え入れられるに相応しくない。

bb) 前述第9節。

cc) これら2つの学部は、当初、下女と我侷な女主人という親密な関係をお互いに有しているものとされた。

dd) そこで法学者たちが善いことをしていたのか悪いことをしていたのかについて、私はさしあたり論じない。というのも、市民法学者は私たちの射程に含まれないからである。市民法学者は脳内の衡平という悪徳から完全に立ち直っていないと言われており、特に以下の2つの節がこのことを教えている。

ee) クロード・フルーリ⁽⁴⁹⁾の『選択および研究方法論 *Traité du choix et de la méthode des études*』の41頁と54頁。

第19節 これらの酵母から私たちの大学も十分に浄化されなかった。

しかし、市民法の博士および医師は脳内の衡平から完全に逃れていると考えたり、この悪徳はカトリックの大学のみ固有のものであると考えたりしてはならない。前節においては、首謀者の名前が挙げられたのである。プロテスタントの大学の多くは、かつてはカトリックの大学であり、宗教改革の時代においてもカトリックの教えという酵母から完全に浄化されなかった。そして、よく知られているように、酵母というものはその極一部分が残りの大部分を発酵させる。これらの大学には、スコラ神学者すなわちカトリック神学者の掟に従ったモラルの教えが残ってしまった。宗教改革の後で設立されたプロテスタントの元首たちの大学も、その多くは形を変えなかった。この哲学によって上位3学部全ての博士たちが発酵させられたので、市民法の博士や医師たちによっても脳内の衡平が部分的に広められていることは、

驚くに値しない。教皇政治の最重要機密から新たに導き出された事柄を遵守して、そして宗教上の敬虔および衡平という言い繕いの下で他でもない脳内の衡平による支配を減少させることなく、むしろ日々ますます増加させることを目指しているような別の理由が存在している。この理由は、もちろん全ての大学に共通というわけではないけれども、しかし比較的多くの大学においてしばしば見られる。ほとんどの、とまでは言わないでおこう。しかし、これらの理由についてここで詳説することを順序の道理が許しておらず^{ff)}、またこの件について多くのことを警告することは私たちの大学においては必要でない。なぜなら、神の個別的な恩寵と、私たちの極めて有能な王の知恵および王の役人たちの分別とによって、またこれらに加えて4学部全ての教授たち自身が監視して用心することによって、今ではあの脳内の衡平による支配は深く根を下ろすことも大きな力を得ることもできなくなったからである。

ff) というのも、これらの秘密の理由を調査するためには、専用の論文または単行本が必要になるからである。事態は、主要部分の一覧からも容易に明らかになるであろう。すなわち、この種の理由としては以下のものがある。1) 今日でもなお最下位の学部〔＝哲学部〕と最上位の学部〔＝神学部〕とが強固にそして余りにも緊密に連携していること。2) 子分以外は、最上位の学部の監視によって、最下位の学部へ採用されないこと。3) このような陰謀と〔それに対する〕反対とが起こる度に、医学部または法学部を懐柔する教授が最下位の学部へ採用されるべきだったこと。とりわけ医学部と法学部が、徳か悪徳かというモラルの問題について安易に信じないときは、そうであったこと。4) この種の企てられた監視が、論文で註記されたのと同じ口実で、2番目と3番目の学部〔＝法学部と医学部〕にも拡張されたこと。5) これらの方法によって、大学の行政管理において多数票を集めること。6) 後述〔第1章第21節以下〕の通り、これ

らの陰謀に反対すべき人々が、見せかけの友情から、過度の臆病さから、あるいは利益を無駄に期待することから沈黙すること。7)法学者の側では、多くの者がモラルの教えにまったく無頓着であったこと。そして、衡平を導き出すことまたは修正することが、健全な哲学をまったく知らない註釈学派や体系思考の学者たちの泥沼から行われていたこと。8)カノン法は、仮面を被せられたあの偽りの敬虔によって満たされており、この敬虔によって不注意な人々を騙していたにもかかわらず、非常に愛されていたこと。9)グロチウスとプーフENDORFが正義と衡平に関する教えを誰でも理解できるように説明した後では、この教えの過度な簡素さについて、多くの人々の判断が軽率になっていたこと。10)「国家が初めて幸福になるのは」云々〔『国家』第5巻第18章473D〕というプラトンの格言をむやみに用いること。11)プロテスタントの大学において教皇至上主義が残っていること。すなわち、大学の学問は、より正しい分別に適った共通の規則や确实で不変的な原理に服しておらず、それぞれの支配者の恣意または脳漿に委ねられるべきであるとされていること。12)正義と衡平の見本表が半年毎にまたは年毎に改訂されているけれども、それらの内容がお互いにまったく正反対であり矛盾していること等々。

第20節 脳内の衡平の副産物。

しかし、この悪徳は軽微なものであると考えるべきではない。また、この悪徳は各人の、とりわけ統治者の注意や監視には値しないと考えるべきでもない。さあ、私たちはもう少し詳しく、脳内の衡平の副産物について考察してみよう。最初の副産物は、脳漿それ自体に、あるいは少なくとも脳漿の中で働いている知性に影響を及ぼす誤った良心である。すなわち、善悪、正不正、衡平不衡平に関する判断が歪んでいるにもかかわらず、実直で真実だという確信を伴っていることである。同時に、この脳内の衡平は、意志の中で、他の人々を矯正して懲

戒する欲求を、それどころか、脳内の衡平のあの誤った指示に従って国家全体を立て直す欲求と、法や政務官の命令に良心の自由という言い繕いで逆らう頑迷な心とを生み出す。しかも、この種の感情は、国家全体の体制を著しく悪化させ、恒久的な不和や内戦を引き起こすことができないわけではない。これらの不和や内戦の原因は大抵、脳内の衡平を煽り立てる人々に帰されており、またなるほどそこから派生して、政務官、政治家、あるいは本来の衡平を擁護する人々にすらしばしば帰される。というのはつまり、人間たちの俗世間は嘘から真実を切り分けることに向いておらず、むしろ見せかけの宗教感情、神への熱愛、あるいはそれに類する仮面を口実として、普通はそれらが極めて明白な不敬であるにもかかわらず、簡単に騙されてしまうからである^{gg)}。

gg) 次のような格言がよく知られている。「宗教感情は悪しき行いにしか導かない」〔ルクレティウス『事物の本性について *De rerum natura*』第1巻第101行〕。脳内の衡平の擁護者たちが、とりわけフランスにおいて多くの人々に、あたかも聖なる事業であるかのように王殺しを説き勧めたことは、よく知られている。私が、カトリックの聖職者によって従来これほどまでに煽られてきたプロテスタントの諍いそのものを、唯一ではないにせよ専ら脳内の衡平およびこの論文において吟味されたその副産物に帰するとしても、また多くの兵士たちの殺害、略奪、放火、一言で言えば、プロテスタントの国家がおよそ2世紀に渡って蒙った数え切れないほどの口にするのも憚られる損害をそれらに帰するとしても、間違っていないであろう。

第21節 脳内の衡平を監視することは教師ではなく元首の仕事である。

これほどまでに国家にとってとても重荷になっている病気は、明ら

かに治療薬を必要としており、もちろんそれ以上に医者が必要としている。この医者は、病人たちに本来の治療薬を提供して、そしてその治療薬を「自発的に」用いるように、あるいは少なくともその治療薬を用いられることを我慢してこれを不快に感じないように、彼らを説得しなければならない。さて、私たちは今から、諸国家の中に医者を探し求めることにしよう。これらの国家は、どれもみな脳内の衡平に侵されており、脳内の衡平を真なる本来の衡平と取り違えていない人がほとんどいないほどである。しかし、どうしても国家の中に医者を探し求めざるをえないので、正しいやり方で探すことが必要である。どんなところであれ、たとえ僅かにせよ、愚か者たちの中に知者が存在している。まず、国家において脳内の衡平を監視することは、誰の仕事であるのかを見るべきである。この監視は、明らかに教師ではなく支配者の仕事である。なぜなら、この監視も公的な統治の一部だからである。実際、支配者の職務と教師の職務とは別物である。そして、教師の職務に適った行いと支配者の職務に適った行いとは異なっているどころか、まったく正反対であり、そしてもちろん、それぞれの職務が異なる人間を必要としつつ、同時にそれぞれの職務が人類全体を必要とする〔＝職務は個々人で完結しない〕ほどに、多種多様なのである。教皇と皇帝との間で、俗に好まれている言い方をすれば、教皇権と皇帝権^{hh)}との間で行われた皇帝権に関するあの昔の論争において、教皇権が皇帝権に打ち勝ってしまい、このことが国家に極めて大きな損害をもたらしているのだが、その原因は明らかに、皇帝が衡平と善に関する教えを久しく以前から教皇権に委ねて、そして彼らの脳内の衡平にもとづく規則を好き勝手に世俗の人々に教えることを許したからである。

hh) 優秀なハインリッヒ・フォン・コクツェイ博士⁽⁵⁰⁾の『公法学 *Juris publici prudentia*』第18章第19節以下を見よ。

第22節 しかし、教師たちの中でも法学者には、監視について教える仕事がある。

しかし、この仕事から教師が完全に除外されるべきではない。この病を監視することは、支配者および支配者の役人に委ねられるべきである。しかし、彼らが監視に相応しい人になるように彼らを指導してそして準備させることは、教師の仕事である。この点で、大学は国家の育成の場なのである。ところで、大学の4学部のうち、どの学部が他の学部に先立って元首の役人の準備に気を配るべきであるのかは、もし私たちがこれらの学部の目的を考慮するならば、容易に明らかになるであろう。神学部は、永遠の救済への道のりを指し示すものであり、教皇権の育成の場、すなわちローマの聖職者の言い回しによれば、教会の育成の場となるべきである。しかし、永遠の救済は、正義および礼節の規則、すなわち善き行いを通じて獲得されるのではなく、信仰を通じて獲得される。法学部と医学部は、両者ともに国家の育成の場であるとしても、しかし医学部は身体と健康の規則とに、法学部は精神と正義および衡平の規則とに気を配っている。このことに疑いはない。哲学部はこれまで脳内の衡平を監視することから排除されてきたが、その原因は次の点にある。すなわち、哲学部は、かつて教皇政治の中にあつたとき、脳内の衡平を確立するにあたってスコラ神学のために働いており、他方でこの悪徳が浄化された宗教改革の後では、今度は国家よりもむしろ教会の育成に奉仕してしまったからであるⁱⁱ⁾。したがって、脳内の衡平の是正について教えることは法学者の仕事である、と明言する他ない。

- ii) 加えて、哲学というものは、アリストテレスの哲学であれデカルトの哲学であれ、法学者の哲学とはおよそ異なっているからである。法学者は、かつてはストア派に属しており、より新しい時代においてはほとんどがラムス主義者である。

第23節 しかし、法学者という言葉から神学者や医学者や哲学者が
除かれるわけではない。

しかし、法学者という言葉で、この肩書きを享受している人または大学においてしきたりに従って両法博士に任じられた人全員を念頭に置いたり、あるいはこれらの人々のみを念頭に置いたりしないように注意しなさい。大学は、法学を教える資格（およびそれに依拠した特権を享受する資格）を与えるが、教える適性を与えるわけではない。そして、適性がない限り資格が与えられるべきではないとしても、しかしあらゆる講義があるべき状態に常になっているわけではない。この欠陥が生じたのは昨日今日のことではない。既に、当時最も分別のある人物であったハドリアヌス帝が、元法務官の地位にあった男たちに与えた辛辣な解答の中で、このことを顧慮していた^{kk)}。したがって、脳内の衡平にもとづく教えを正すことも、この事柄に秀でている法学者のみが担当する。それどころか、もしある人がそのように秀でているならばそれだけで十分であり、教える資格をしきたりに従って受け取っていてもよい。脳内の衡平の是正について教えることは、あらゆる人間たちが他の人々と争っているところの名誉や富や権力を得る手段には属さない。もちろん、法学者自身も人間であるから、この争いに加わっている。むしろこれを教えることは人間性にもとづく責務の一種であり、この責務を他人に履行することは誰にでも許されている。すなわち、これは「利益ではなく」負担の一種であり、すぐ上で述べられたように、誰よりもまず法学者に課される。ここで法学者というのは、実際に法学者である人すなわちその種のことに秀でている人全員のことであり、法学者と呼ばれているが実際にはそうでない人のことではない。また、神学、医学または哲学の勉強が脳内の衡平の是正を教えることによって妨げになると考えるべきでもない。むしろ、法学が多くを負っているところの、また市民的な分別と習俗に関する学問との一体的な教えが多くを負っているところの偉大な人々の実例がある。彼らは、もし他の学部を学ぶことに努力を払わなかったならば、

決して博士号を取得しなかったか、あるいは少なくともこれほどまでの知恵の段階に達することはなかったであろう¹¹⁾。

- kk) 学説彙纂第1巻第2章第2法文第49項でポンポニウスが伝えているところによれば、「ハドリアヌス帝は、元法務官の地位にあった男たちが自分たちに解答権を付与して欲しいと帝に請願したとき、彼らに対して次のように指令した。解答の許可は請願されるのではなく与えられるのが常であり、そしてそれゆえに、もし私に信頼されている人が人民に解答する準備ができていならば、私はこれを嬉しく思う、と」。
- ll) 例えば、法学者ツィーグラは、教会法学に光を当てて、カノン法の脳内の衡平にもとづく多くの条項を暴き出した彼の立派な書物によって、あれほどまでに有名になったのだが、もし彼がそれ以前に神学の書物に取り組まなかったならば、そうはならなかったであろう。同様に、グロチウスやプーフェンドルフは、両法博士という称号によって着飾っていなかったけれども、自然法学、すなわちスコラ哲学の闇に覆われた脳内の衡平を正す教えの源泉に光を当てて、そして以前の輝かしい姿へ戻した。同様に、医学を勉強してそれを専門とすることは、コンリングにとって、公法学を脳内の衡平という汚物から洗い出して、そしてそれまでいびきをかかせていた眠りから法学者たちを救い出すことの妨げにならなかった云々。したがって、私たちは、法学や市民的な分別を正すことに関する事柄全てを法学博士たちだけに帰するという、余りにも僭越な評価を控えよう。このような評価は、これと関係する書物に対して、次のようなおよそ知恵のない判断を下すのが常である。すなわち、神学者や医学者はこのアウゲーアス王の牛舎の掃除を勝手に引き受けており、したがって彼らの極めつけの愚かさは生まれつきのものであり、したがってそのために編まれた書物は勉強熱心な若者の手から取り上げられるべきである、と。反対に私たちは、他学部の賢者たちが、

むしろ部外者であるからこそ、あらゆる時代においてその他の学部
の欠点を暴いてきたことを、神の予見が為した個別の御業と認める
ことにしよう。

第24節 どの程度まで脳内の衡平は法によって監視されるべきか。

ところでまた、これに加えて、脳内の衡平を監視するのに相応しい
適当な手段を用いることにも努力が払われるべきである。この手段は、
身体の看護における手段が看護者の多様性^{mmm)}、病気の多様性^{mm)}および
患者の多様性^{oo)}に応じて様々であるように、様々である。私たちは、
最も重要な治療のみを要約して挙げておこう。よくある間違いは、脳
内の衡平を法によって監視しようとすることである。脳内の衡平は、
ほとんどの場合、教示と助言によって監視されるべきである。法は強
制するものであり、助言は説得するものである。法は、元首および元
首によってこの目的のために選ばれた政治顧問官の職務に属しており、
助言は、博士の職務に属する。何の博士であるのかは関係ない。これ
らの職務を混同することは、常に国家を混乱させる。カノン法の中
には見事な警句がたくさん存在しており、もしこの警句が適切に用いら
れるならば、脳内の衡平を監視するのにとても役立つ。反対に、もし
この警句が法的な強制を伴うならば、国家に大きな損害をもたらす。
ここに教皇至上主義の秘密が隠されているのだが、それは福音派の宗
教改革者たちがそこから教会を救ったところの神学的教皇至上主義で
はなく、政治的教皇至上主義であり、このドクムギが、国家の改善と
いう見事な果実を繰り返し覆い隠しており、そして私たち [プロテス
タント] のところですらそうである。このドクムギは、一方では市民
的な分別および習俗に関する教えが、常にではないとしても頻繁に怠
られていることによって護られており、他方では教師であれ国家の舵
を取る人であれ、様々な階級に属していながらあの教皇至上主義の最
深部から利益を得ている人々の私的な利権（但し明白なものに限る）に
よって護られている。したがって、私たちは、この監視から法を排除

しようとしているのでは決してない。法は、元首によってのみ用いられるべきであり、この件と関係のない人々によって用いられるべきではない。また、[法が元首によって用いられるときであっても、] 法と罰に関する本来の教えが、正しい理性の指示および人間の行為の自然本性から市民的な分別の規則に従って、適切に導き出されてそして認識されるまでは、用いられるべきでない。

mm) 自然学者、医学者、薬剤師、外科医などの職務が異なるように。

nn) 痛風、高熱、水腫などに応じて異なる薬が用いられるように。

oo) 分別ある医者が、ヴェストファーレン地方の丈夫な胃を看護するときや、マイセン地方の貧弱な胃を看護するときなどでは、別様に振る舞うように。

第25節 正義と衡平を教えるにあたっての意見の食い違い全てが、 脳内の衡平に属するわけではない。

さらに、市民法上の衡平の是正に関する教えを押し付けがましく言う人々は、正義と衡平を教えるにあたって、他の人々との意見の食い違いを全て直ちに脳内の衡平とみなすことを控えるべきである。たとえば彼らが自分たちの見解を極めて尤もらしい論拠によって証明して、そして反対意見を蓋然的な推論によって論駁しているとしても、そうである。脳内の衡平は、明晰に、かつ手に取って分かるように証明することが可能な誤りに属している。しかし、法学者たちが意見を違えている場合、その意見のどちらか一方が常に脳内の衡平へ分類されるに値するという事は、法学の自然本性と相容れない。法適用の原理は確実で疑いえないものであるが、しかしこの原理の適用は必ずしも確実ではなく疑いえないものでもない。なぜなら、多くの原理が競合しており、人間の行為を取り巻く事情には際限のない多様性があり、そして人間の知性はか弱いからである^{pp)}。もし相手方と意見を違えている人が、その相手方に脳内の衡平という烙印を押そうとするならば、

その人は非市民的で、善き習俗に反した人となろう^{qq)}。加えて、ローマ法の原理とゲルマン法の原理とはお互いに異なっているので、これらの異なったしばしば対立する原理から、お互いに対立する複数の結論が導き出されるということも時には起こりうる。これらの結論は、事柄それ自体によって矛盾し合っているわけではないので、それゆえにどちらも脳内の衡平へ分類されるに相応しくない^{rr)}。

pp) この考察にとても役立つのは、セネカやキケロの演説に関する著作全体と、ヴィッテンベルクの法学者ゲオルク・ミヒャエル・ヘーバー⁽⁵¹⁾の『法的な懐疑主義について *Dissertatio de Scepticismo juridico*』である。後者は、主査であるトマジウス先生の『知恵と愚昧の歴史 *Historia sapientiae et stultitiae*』[第2巻]に収録されている。

qq) 次のような例が、前述のことを明らかにしてくれる。ティティウスは、カーユスの債務を理由として、センプロニウスのところにあるカーユスの金銭を差し押さえることに成功した。同時にティティウスは、メヴィウスのところにあるカーユスの木材を差し押さえることにも成功したが、この木材は、カーユスがメヴィウスにそれを売ると送ったものであった。これに対してメヴィウスは、自分がティティウスよりも先にカーユスの木材から弁済を受けることを企図して、自分はカーユスからこの木材に質権の設定を受けているという理由で、異議を申し立てた。メヴィウスはこの木材に質権の設定を受けたか否かが問題となった。メヴィウスは、カーユスから貰った様々な手紙を提出しており、その中のひとつには次のように書かれていた。「どうか、あなたが親愛なるS氏のところで私の居場所を尋ねた後ですぐに、手元にある受け取った150帝国ターラーを、改めてブランデンブルクの某所で私に届けて下さい。なに、あなたは、あなたが私の木材について行うであろう売却から取り立てることでしょう」。2番目の手紙では、次のような文言が見られた。「私

は彼に、彼から再度200帝国ターラーが某所で私へ届けられるように依頼しました。あなたが木材の勘定の残りを持って行くときは、彼のことを考慮に入れて下さいますように」。3番目の手紙では、「あなたは木材と木板から弁済を受けるでしょう」。名誉のために名前は伏せておくが、ある有名な法科大学判決団は、これらの文言によってメヴィウスは先の木材に対する黙示の質権の設定を受けた、と考えた。そして、この解答は、その年に同じ場所で出版された黙示の合意にもとづく質権に関する論文に収録されている。しかし、主査であるトマジウス先生は、私に次のようにおっしゃった。この見解は妨げにならないので、栄えあるハレの法科大学判決団によって反対の解答が為された、と。ここでもし一方の法科大学判決団が、相手方に脳内の衡平という烙印を押すならば、それは不衡平であろう。この事案はとても曖昧であり、カーユスが用いた様々な言い回しにもとづいて、どちらの側にも論証可能であった。我らが[ハレ大学の]法学者である先生方は、次のようにお考えになられた。3番目の手紙の文言は先行する2つの手紙によって説明されるべきであり、このため、「あなたは木板から弁済を受けるでしょう」という3番目の手紙にある文言は、あなたは木板の売却から、すなわち売られた木材の勘定から弁済を受けるという意味である、と。そしてこういうわけで、売られていない木材に黙示の質権が設定されたとは言えないとされた。反対に、意見を違えている先生方は、もっと厳格に3番目の手紙の文言にこだわられたのである。

- rr) 例えば、立派なホッペ先生は、『ユスティニアヌス帝の法学提要に対する簡潔なコンメンタール』の法学提要第4巻第1章第19法文に対する註釈において、次のような問題を詳細に論じている。「盗人が絞首刑になったとき、彼の相続人たちは、盗のコンディクチオにもとづき、盗によって持ち去られた物の評価額について責任を負うか」。そして、彼は多くの理由にもとづいて、ザクセンの法学者たちの学説に反対しながら、肯定説を擁護している。ザクセンの法学者たち

に気に入られている否定説は、『ザクセン選帝侯決定 *Decisiones electorales Saxonicae*』第86決定によって根拠付けられているが、ホッペ先生は、その他の理由に加えてさらに、否定説が脳内の衡平に支えられているという理由で非難している。私はむしろ、異なる法を区別することによって両者を調和させたい。ローマ法の原理にもとづけば、疑いなく肯定説が正しい。反対に、ゲルマン法の原理にもとづけば、否定説が正しい。なぜなら、ゲルマン法によれば、相続人は盗から生じた債務、強盗から生じた債務、射幸契約から生じた債務について責めを負わないからである。『ザクセン法鑑』第1巻第6条および『シュヴァーベン法鑑』第257条（ゴルダストゥス版に従う）を見よ。たとえ最近のザクセンの法学者たちが、同じ箇所を参照しながら、[肯定説の]理由を盗人の絞首刑の中に求めようとしているとしても、そうである。シルター『パンデクテン演習』第19演習第74章およびヨハン・ヨアヒム・シェプファー⁽⁵²⁾『ローマ私法および判例法の概観 *Synopsis iuris privati romani et forensis*』の盗のコンディクチオに関する章に対する、主査トマジウス先生の講義ノートを参照。

第2章 勅法彙纂第4巻第44章第2法文における脳内の衡平について

第1節 半額を超える加害を理由として売却が解消されるべきことを欲するテキストの文言。

ディオクレティアヌス帝 [在位284 - 305年] とマキシミアヌス帝 [在位286 - 305年] は、ルプスという人物に次のように指令した。「とても高価な物を、もし君または君の父親がとても安い価格で売り渡したならば、人間性に適っているのは、君が法の権限の介入を伴って、代金を買主たちに返還することによって、売られた土地を取り戻すか、あるいはもし買主が選択するならば、正当価格になるように、君が不足額を受領することである。ところで、価格がとても安いと見られるのは、(真の) 価格の半分すら支払われなかったときである」^{a) (53)}。両

帝は、エウオディアという人物に次のように指令した。「あなたの意思にもとづいてあなたの土地をあなたの息子が売り渡してしまったとき、その売却が有効とされないためには、狡猾さと奸計とから生じた買主の悪意が論拠とされるか、あるいは死の恐怖ないし身体に差し迫った危害が明らかにされるべきである。というのも、少し安い価格で土地が売られたとあなたが主張するだけでは、この売却を解消するのに不十分だからである。すなわち、もしあなたが売買の実体を考えてみるならば、また安く手に入れたい買主と高く処分したい売主とが、多くの交渉の末に当該契約へ向かって次第に譲歩し合い、売主は要求した額からだんだんと引いていくことによって、反対に買主は申し込んだ額にだんだんと足していくことによって一定の価格に合意するということを考えてみるならば、あなたは次のことにはっきりと気付くはずだからである。売買の合意を重んじる信義誠実は害されておらず、また即時であれ価額の交渉後であれ合意によって結ばれた契約がこのような理由で解消されることを認める道理は存在しない、と。但し、売却時の正当価格の半分未満しか支払われなかったときは、以前買主に与えられた選択が遵守されるべきであるから、この限りでない」^{b) (54)}。

a) 勅法彙纂第4巻第44章第2法文。

b) 勅法彙纂第4巻第44章第8法文。

第2節 これらのテキストが真の衡平および人間性にもとづいているという通説的な意見の一致。

これらのディオクレティアヌス帝の勅法の規定を、あたかもその決定が人間に相応しからぬ事柄や脳内の衡平のみによって支えられているかの如く論じようとするならば、私はとても難しい問題に取り掛かることになる。なるほど、目の前にある学位論文の標題だけを気にかける人々の多くにとって、このテーマは余りにも向こう見ずであるように思われるかもしれず、他の人々にはおそらくそれに加えて、善き

習俗に反した堪え難いものであるように思われるかもしれない。すなわち、私が知っている法学者たちの一般的な意見の一致によれば、まったくもって次のことが受け入れられている。このディオクレティアヌス帝の決定は、市民法上の特別な衡平ではなく、自然法と万民法に適った共通の衡平に支えられており、この衡平はこの種の取引および合意の自然本性に求められる、と。この一般的な意見の一致は、既に数世紀に渡って明らかに次のような理由で広まってしまった。すなわち、若者がユスティニアヌス法の博士たちの学校において、自分の教師たちがあの衡平に至る所で賞賛しているのを聞いただけでなく、さらにそれに加えて〔グレゴリウス9世〕教皇令集の出版を通じて、あのディオクレティアヌス帝の法文が、人々が好んで口にする言い方をすれば、カノン法化されて^{c)}、そしてこれらの法文にもとづいて司教が教会の下級審の判決をそこで訂正したからである。実際、ユスティニアヌス法とカノン法とが一致しているにもかかわらず、人がその法文の衡平についてあえて疑うや否や、この法文はこれほどまでに作為的な感じがするにもかかわらず、彼はそこで正義と法に関する問題について人間の権威のみによって反駁されて、そして聖なるものを侵しているとみなされた。あるいは、不屈の皇帝が胸中の小箱にあらゆる法を納めているわけではなく、極めて聖なる教皇が法の問題について誤らないわけでもない、と人が考えようとするだけで、そのようになった。宗教改革の後でようやく、そしてホッブズ、グロチウスおよびプーフENDORFの後で初めて、正義の教えを改革することが企てられたのだが、だからと言って必ずしも最初の改革者たちが通説の欠点を全て見つけ出すことができたわけではない。それゆえに、彼らですら脳漿から生まれた何かがこの主張の中に隠れているとは考えなかったのも、半額を超える加害を理由として売買を解消するというあの教えは、神学者と法学者によってますます安全なかたちで留め置かれてしまった。このためいよいよ誰もが普く意見を一致させて、この教えの衡平に至る所で推奨して、そして理性によってこれを説明する

ことに頭を悩ませた^{d)}。

c) グレゴリウス9世教皇令集第3巻第17章第3法文。

d) 主査であるトマジウス先生さえも、『神法学提要 *Institutiones jurisprudentiae divinae*』第2巻第11章第49節以下で、そのように論じられてしまった。しかしながら、その後で先生は、同書を補足する『自然法と万民法の基礎 *Fundamenta juris naturae et gentium*』第2巻第11章第3節において、初めてこの誤りを新たに訂正して、そして私にこのような省察への道を開いて下さった。先生の「普通法に反対する帝国等族の立法権限について *De statuum imperii potestate legislativa contra ius commune*」の最後から2番目の節を参照。

第3節 この件についてローマ法は不衡平であると論じるとき、私たちの意図とカノン法の意図とは異なっている。

なるほど、私は、カノン法学者やカトリックの神学者が時折この法文を不衡平なものとして非難していることを知っている。しかし、それはもちろん、私たちの意図とはまったく別の、明らかに極めて異なる意図によるものである。なるほど、彼らは、価格の半分よりも少ない額が受領されたことのみを理由として売却を解消する市民法を批判する。しかし、それは、[真の価格との差額が] 半分未満の価格を理由としても解消すべきだとされているからである^{e)}。これとは反対に、私たちがはっきり示そうとしているのは、[真の] 価格の半分より少ない額が受領されたことを理由として売買が解消されるべきだと説く裁判上の衡平には、何ら道理がないということであり、[真の価格との差額が] 半分未満であっても解消されるべきだということではない。すなわち、ひとつの不条理から多くの不条理が生まれることが常であるように、カノン法学者たちも、ディオクレティアヌス帝の法文にある脳内の衡平を一旦味わうや否や、これらの法文の誤った理由付けに簡

単に魅了されてしまい、その結果、彼らは後からこれらの法文を「真の価格の半分未満ではないけれどもとりあえず」価格が低い場合にも拡張したのである。私たちは逆に、これらの法文の理由付けが愚かしいことを明らかにするであろうから、カノン法の拡張が、より正確に言えばカノン法学者による拡張が脳内の衡平にもとづくことも、同時に分かるはずである。

e) ホアン・デ・ヴァレロ⁽⁵⁵⁾『両法廷間の差異 *Differentiae inter utrumque forum*』の契約の項目第1相違点および売買の項目第1相違点。

第4節 ここで問題になっているのは、買主の悪意なしに安く売られた物である。人の悪意と内容から生じる悪意とを区別することには意味がない。

さらに私たちは、論点をより正しく位置付けるために、何よりもまず次のような前提も置くことにしよう。問題となっているのは、買主の悪意なしに物が安く売られた場合である^{f)}。そして私は、内容それ自体から生じる悪意というものを認めない。このような悪意を、法の解釈者たちは皆、ここで口にするのを常としている。彼らの考えによれば、売主が「正当価格の」半分より少ない代金を受領したときは、なるほど人の悪意 *dolus*⁽⁵⁶⁾ は存在しないけれども、しかし内容それ自体から悪意 *dolus* が生じるとされる。[私がこれを認めない理由は] なぜかと言うと、この区別は、この問題におけるディオクレティアヌス帝自身の意に明らかにそぐわないだけでなく^{g)}、習俗に関する哲学とまったく調和しておらず^{h)}、またその基礎全体が法文の誤った理解にもとづいているからであるⁱ⁾。

f) 実際、売主の悪意によって物が高く売られうること、また買主の悪意によって物が安く売られうることは容易に分かることであり、

法文もこれを否定していない。学説彙纂第19巻第1章第13法文第4項および第5項を見よ。

- g) ディオクレティアヌス帝は勅法彙纂第4巻第44章第10法文において、「買主の悪意は代金の額ではなく行為の性質によって評価される」と述べている。加えて、勅法彙纂第4巻第44章第2法文は人間性を引き合いに出している。しかし、悪意を原因とする場合は、人間性ではなく正義が解消を要求する。
- h) 悪意 *dolus*、欺罔 *fraus*、信義誠実 *bona fides*、不信義不誠実 *mala fides* などは、人間の精神状態である。この精神状態が獣を主語に取ることもあるが、それは非本来的なやり方でしかない。そしてそれゆえに、この精神状態が魂を持たない売られた物を主語に取るとすれば、これは語の濫用以外の何物でもない。魂を持たない物を君が悪意の主語に取るならば、それはその物を笑ったり泣かせたりするのと同じくらい不適切である。ところで、草原は笑う [と君は反論するかもしれない]。しかし、明らかにこれは詩人の書き方によるものであり、法の哲学が要求する書き方によるものではない。
- i) 学説彙纂第45巻第1章第36法文 [一部抜粋] に、次のような有名なテキストがある。「問答契約の申込人の悪意がなかったとしても、しかし内容それ自体が悪意を内在させているならば、同じことである。というのも、この問答契約にもとづいて請求する人は、まさに請求するということによって悪意で行動しているからである」⁽⁵⁷⁾。博士たちの通説的な考えによれば、ウルピアーヌスはこの法文において、勅法彙纂第4巻第44章第2法文のような事案を念頭に置いていた。しかしながら、ウルピアーヌスは他の箇所でも、すなわち学説彙纂第44巻第4章第2法文第3項、第4項および第5項で、自分の考えをはっきりと説明している。すなわち、「ウルピアーヌスが念頭に置いていたのは」ある人が原因なしに問答契約を請求したときである。例えば、遺言者が遺贈を小書付によってあとから撤回したにもかかわらず、相続人も受贈者も問答契約をするときはこの小書付

を知らなかった場合に、受贈者が相続人に対してこれを請求したときである。ヴィッセンバッハ⁽⁵⁸⁾『ユスティニアヌス帝の勅法彙纂前半4巻に対する復元された講義にもとづく講壇コンメンタール *In libros IV priores Codicis Dn. Justiniani repetitae praelectionis commentationes cathedrae*』の勅法彙纂第4巻第44章第8法文に対する註釈。あるいは、ある人が、何らかの抗弁によって斥けられる問答契約にもとづいて請求するときである。したがって、ここ〔=学説彙纂第45巻第1章第36法文〕での内容 *res* とは、商品または商品の評価額ではなく、取引のときの事情またはその後の事情を意味する。前掲学説彙纂第44巻第4章第2法文第3項から第5項。

第5節 勅法彙纂第4巻第44章第2法文の脳内の衡平を、1. ア・

ポステリオリに証明する。この衡平は永続的なものではないこと。

このような前提の下で、私たちはディオクレティアヌス帝の法文にある脳内の衡平を、まずア・ポステリオリに証明しよう。なぜなら、この種の証明は、法の教えにおいて人間的な権威にどっぷりと浸かっている人々の好みに一層合うからである。もっとも、多くの若者にとっては苦痛であろうけれど。仮にここ〔=勅法彙纂第4巻第44章第2法文〕に真の衡平があり、そしてこの衡平が自然法と万民法の原理によって基礎付けられたものであるとするならば、ディオクレティアヌス帝のあの規定は永続的に重んじられたであろう。というのも、自然法と万民法が有する原理は、一時的な真理ではなく永遠の真理にもとづいているからである。ところが、ディオクレティアヌス帝が引き合いに出すあの衡平と人間性は、この皇帝以前には重んじられておらず、また彼以後のキリスト教徒たる皇帝たちは皆、これらを脳内の空想的なものとして拒絶した。彼らの法も、私たちと関係を有している。

第6節 ディオクレティアヌス帝以前には重んじられていなかったこと。この問題に対してはアイロールの一節をそのまま。

前者について言えば、極めて博学なピエール・アイロール⁽⁵⁹⁾からの一節で十分である^{k)}。クラウディウス・アイリアヌス⁽⁶⁰⁾は次のように報告した¹⁾。スパルタ人のある若者が極めて安い価格で土地を買ったとき、若いにもかかわらず非常に熱心に利得を追い求める気質があるという理由で、罰金を科された、と。アイロールはこの事実を手がかりとして議論を展開しており、その一節が私たちの説を明らかにするのに役立つ。このくだりを、ここではそのまま [註mに] 添えておこう^{m)}。

k) 『判決済みの事件 *Rerum judicatarum*』 第4巻第7編第2章。

l) 『様々な歴史 *Varia historia*』 第14巻第44章。

m) さて、アイロールは次のように述べる。「衡平と善の解釈者である法学者自身が、すなわちポンポニウス、ウルピアーヌスおよびパウルスが、契約当事者たちには自然法上お互いに駆引きし合うことが許されると書いたと聞く。しかも、賃約においてすらそうであると言う。これはどういうことか。自然法上そうであると仮定しよう。相手方と駆引きしてそして騙すことと同じくらい自然に反していることがあるのか。相手方の損害と不法とによって私腹を肥やしているというのに。衡平を守らないのか。競技場で走る人々は、各人が欺罔ではなく速さで競って、そしてできる限り駆け足で勝利を追い求めるように、反対に敢えて他人を押し倒したり手で突き飛ばしたりしないように、規則で告げ知らされているのではないか。この人生を走破するにあたってはなおさら、欺罔や駆引きなしで豊かさを追い求めるべきではないのか。人間を意味する *homo* というラテン語は、大地を意味する *humus* に由来する。大地は何人からも奪わず、むしろ万人に全てを与える。[先の法学者たちの主張は] 万民法上そうであると仮定しよう。なぜスパルタの人々は、極めて安い価格で

土地を手に入れた若者に罰金を科したのか。アイリアヌスがそのように伝えているのではないか。安い価格で物を買った場合と極めて安い価格で買った場合との違いだろうか。ところが、先の著者〔アイリアヌス〕によれば、たとえ売主が半分を超えて害されてそして騙されたときであっても、売却が解消されないことは明らかである⁽⁶¹⁾。しかも、このような市民法上の衡平は、真の評価額に不足している分が補填されない限り、半分を超える加害を理由として代金を買主に返還するように命じているのだが、ディオクレティアヌス帝およびマキシミアヌス帝以前には認められていなかった。したがって、スパルタ人は罰金を科すことによって万民法に違反したと、すなわち契約当事者たちには価格についてお互いに駆引きし合うことが許されるということに違反したと言うことはできない。すなわち実のところは、この駆引きそれ自体も自然なのである。なぜなら、たとえ平等が商取引において遵守されるべきであるとしても、しかし私たちは、駆引きが人間の悪徳であることを、その自然本性にもとづいて否定するからである。というのも、この性質〔＝平等〕をとっても厳しくかつ正確に遵守することが、多くのそして最大の不幸をもたらすからである。これに加えて、自ら望んだ人に不法は加えられない。さもなければ、人は自分で自分に不法を為すことになる。これは不条理であり、確かにアリストテレスもそのように証言している。それゆえに、何人も意に反して売ったり貸したりすることを強制されないので、契約した人がもし安い価格で、あるいはとても安い価格で商品を手放したならば、彼は自ら進んで知りながらそうしたのだと言うべきである。とりわけ、まともな家父が自分の財産の値打ちや効能を知らないということは尤もらしくない。したがって、このような加害または騙取があるとしても、買主や売主には帰責されない。なぜなら、一方に許されることは相手方にも許されており、このこと自体が自然本性からしても正しくかつ平等だからである。〔最終的な〕判断が買主の側にあるというのに、どうして売主

が欺罔したと言えるのか。なるほど、私たちは悪意を行為の性質から常に理解するのであり（例えば騎兵 C. カニクスに対するピュティウスの行為〔キケロ『義務論 *De officiis*』第3巻第58節以下〕やアントニウスに対するトラニウスの行為）、悪意が代金額によって判断されることはない。テュロスのアンティパトロスは厳格であることを好んだが、人間社会により親和的なのは、キケロが伝えているディオゲネスの言葉である〔キケロ『義務論』第3巻第51節以下〕。では、なぜあの青年は罰金を科されたのか。彼が悪意によって事を為したからではない。なぜなら、彼の年頃の者はむしろ〔自分から騙すのではなく〕他人から騙される傾向にあるからである。そうではなく、彼がこの若さで金儲けに熱心であるように見えたからである。したがって、注目されたのは契約内容ではなく青年の心である。なるほど、スパルタ人は、耕作用の土地の賃貸借について制限を設けた。この制限を踏み破る者は、呪詛と汚名なしには済まされなかったのである。（偽プルタルコスが『ラコニアの諸制度について *De institutis Laconicis*』で述べているように）ヘロス族は利益を得るにあたって、自ら進んで注意を促して、そして所有者は正当なものよりも多く利益を得ることはなかったのだが、これも同じ理由から来ている」。

第7節 ユスティニアヌス法のパンデクテンに収められた法学者たちにも、この衡平は見知らぬものであった。

さて、アイロールによって付け加えられた理由から、同時に次のことが分かる。トリボニアヌス⁽⁶²⁾とその同僚たちがパンデクテンを編纂するときに使った著作を著した〔古典期の〕法学者たちの諸原理は、ディオクレティアヌス帝のあの衡平をまったく承知していない。なるほど、ジャック・クジャース⁽⁶³⁾ および盲信から彼に付き従った多くの法学者たちが別様に考えていることを、私は知っている。ディオクレティアヌス帝の法文は自然法の原理にもとづいた真の衡平に支えられていると信じている人々も、彼らと違わないはずである。しかし、ク

ジャースが自己の見解を証明しようとしたところのテキストはそのようなことを述べておらず、また彼らに対しては既に他の人々によって反論が為されたので、これ以上彼らにしつこく絡まないでおこうⁿ⁾。しかも、[ディオクレティアヌス帝の衡平はパンデクテンの中には存在しないという] 消極的な主張は、私たちが証明責任から解放してくれるので、私たちは私たちの見解のためにテキストを引用せずに済ませることもできる。とはいえさしあたり、パンデクテンに収められた法学者たちが一度ならず厳命している事柄が、私たちの見解を証明しないにせよ疎明してくれる。すなわち、「実際に売却可能な額がその物の価値である」「物は買手の見つかる額で評価されるべきである」^{o)}。

- n) クジャースは、学説彙纂第45巻第1章第36法文、第16巻第3章第2法文の「あるべき額よりも少なく *minoris quam debuit*」と「その訴権を *actiones suas*」という文言、および学説彙纂第21巻第2章第47法文を引き合いに出している。クジャースの第23巻第24考を見よ。1番目のテキストに対しては、この章の第4節註iで反論が為された。2番目のテキストは、物が悪意によって安く売られた場合であるとうまく理解することができる。3番目のテキストは、意味のない寄せ集めしか提供しえない。ヴィッセンバッハの勅法彙纂第4巻第44章第8法文に対する註釈および彼の『パンデクテン論考 *Disputationes ad Pandectas*』第31論考第12節を見よ。
- o) 学説彙纂第36巻第1章第1法文第16項、同第35巻第2章第82法文、同第47巻第2章第52法文第29項。

第8節 しかもディオクレティアヌス帝の後にすぐに修正された。

また、ディオクレティアヌス帝より後のキリスト教徒たる皇帝たちは、この脳内の衡平が不衡平であることにすぐに気付いた。それゆえに、コンスタンティヌス大帝 [在位306 - 337年] のみならず^{p)}、グラティアヌス帝、ウァレンティニアヌス帝およびテオドシウス帝^{q)}、同

じくホノリウス帝およびアルカディウス帝たちが^{r)}、揃ってこの脳内の衡平を拒絶した。それどころか、これらの皇帝たちの見解は、おそらく法学者がこの脳内の衡平にもとづいて争いを納めないようにするために、テオドシウス法典に採録された^{s)}。

- p) テオドシウス法典第3巻第1章第1法文は次のように述べる。「売買の信義は、それが駆引きという悪事によって為されたのでない限り、決して反古にしてはならない。例えば、過失なく成立した契約が、代金がとても少なかったという不満のみで訴訟の喧噪によって混乱させられるべきではない」。
- q) テオドシウス法典第3巻第1章第4法文「成人年齢に達して、そして自分の家庭を慎重に管理する能力があると認められた人は誰でも、遠くにある土地であれともかくそれを売り渡したならば、たとえ何らかの事由で土地全体に鑑みて売却が行われたのではなかったとしても⁽⁶⁴⁾、代金がとても少ないという理由で残額について再請求する許可を得ることは決してない。また、その場所の価値が自分には分からなかったという反論によって、無意味に手を煩わせることも許されない。なぜなら、彼は家庭の物の価値または値打や生産力を知っているべきだったからである」。
- r) テオドシウス法典第3巻第1章第7法文「一旦適法な人々の間で買売契約が締結されたならば、計算された代金額が少なかったという理由でこの契約が無効とされることはない」。
- s) ジャック・ゴトフロワ⁽⁶⁵⁾のテオドシウス法典前掲諸法文に対する註解を付け加えておく。

第9節 それどころか、ディオクレティアヌス帝自身がこの不衡平に気付いた。

それどころか、私が確信しているところによれば、ディオクレティアヌス帝自身が自分の指令の中にある脳内の産物に気付いて、そして

それゆえにもう一度反対の指令を出すことにより、これを自ら廃止したのである。この反対の指令において帝は、自分が最初の指令を発したのはうっかり騙されて罠に掛けられてしまったからであるということによりよく明らかにするために、この問題に対する極めて適切な理由付けによって、先の指令の不衡平を証明して見せた^{t)}。ところで、当該法文〔＝勅法彙纂第4巻第44章第2法文〕にある最初の指令がディオクレティアヌス帝によって出された理由は、いろいろと考えられる。例えば、自分の友人ルプスを助けたいと思った担当顧問官が、この人間性という口実を用いて皇帝を誑かしたのかもしれない。あるいは、別の事情から、この事件を皇帝に報告した人が、常にではないがよくあるように署名してから中身を読むことに慣れている不注意な皇帝に、後からこっそりこの指令文を手渡したのかもしれない。あるいは、担当者自身がこの脳内の衡平に魅了されてしまい（いつの時代においても元首の顧問官は、モラルの教えに適った本来の諸原理に習熟していないものである）、この指令が正しくかつ真の衡平に適っていると皇帝に善意で誤信させてしまったのかもしれない。ところが、この事件は皇帝の評判および衡平さを多くの悪評に晒したので、もっと分別のある他の顧問官は、皇帝が後の指令において最初の不衡平を修正するだけでなく、明白で手に取って分かるほどの理由付けによってこれを反駁するように努力した^{u)}。

t) すなわち、もし君が、前述第1節で引用された勅法彙纂第4巻第44章第8法文の法文全体を、末尾の一節「但し minus」云々の手前まで吟味するならば、次のことが明らかになるであろう。この法文はとても注意深く、少ない代金が受領されたという理由で契約を解消することを聞き容れる先の指令の判断を反駁するように書かれている、と。

u) 加えて、勅法彙纂第4巻第44章第4法文もある。そこでは、同じ皇帝が注目すべきことを述べている。「売りを解消することおよび悪

意を証明することについて、君が莫大な対価で取得した土地をととも安く手放してしまったと主張するだけでは不十分である」。なるほど、この法文と勅法彙纂第4巻第44章第2法文とが両立しえないわけではないことを、私は知っている。すなわち、半額を超える加害の評価にあたっては、売る前や売った後の物の価格が着目されるべきではなく、売却時の価格が着目されるべきであること、あるいはここ〔＝勅法彙纂第4巻第44章第4法文〕では半分よりも少ない評価額について訴えられているのではないことを前提にするときである。しかし、これまで述べられたことからして、皇帝がそのような事案を念頭に置いていたことを、私は疑わしく思う。

第10節 この通説的な誤りは全てユスティニアヌス帝の時代の無知に帰される。

では、あらゆる権威がディオクレティアヌス帝のあの指令と矛盾しているにもかかわらず、なぜこの指令が私たちの法学へと入り込んだのだろうか。また、なぜあたかもそれが最も奥深い分別からの神託であるかのごとく、キリスト教世界全体から崇拜されてしまったのだろうか。その理由は他でもない、ユスティニアヌス帝と彼の官吏たちとが法学改革に骨を折った時代の不運である。当時は既に、本当に野蛮なもの、すなわち正義と衡平とに対する無知が蔓延っており、そして至る所で聖職者がこの教えを独占していた。聖職者は、正しい推論の規則ではなく、修道僧の倫理にもとづく原理に従ってこの教えを定めており、この原理は聖職者の権威の重要性をあるときはこうあるときはそうという風に説得して、世俗の人々の良心を罫にかける。さらに、この詐術が理性によって議論されたときに勘付かれないように、聖職者は技巧を用いた。すなわち、神は全ての民族および全ての人間の心に正義と衡平とに関する教え、すなわち自然法の教えの種子を植え付けたにもかかわらず、聖職者は何よりもまず、正しい推論は道德の教えにとって不十分であり、むしろその教えはただ聖書の中に、とりわ

けモーセの法の中に求められるべきであると世俗の人々に信じさせてしまった。かくして、聖職者のみが道德の教えを司ることになった。なぜなら、まさに聖職者は聖書について説明する権利を独占しており、そして世俗の人々に対する聖職者の権威および支配権を確立するのに役立ちそうなモーセの法を、全てモラルに関する法とみなしたからである。いやそればかりか、モーセの法が欠けている場合は、先のような方法では擁護することができなくなった正義および衡平に関するあの教えの中に、あたかも不条理な見解が何ひとつ存在しないかのように、聖書の他の箇所が権威を守るために無惨にも曲解された。このとき、世俗の人々は反論するどころか口を開くことさえしなかった。彼らは既に数世紀に渡って、一方では恐怖によって他方では盲従を強いる欺瞞的な説得によって、軽率に信じるのが俗世における最大の徳であり、そしてこれを厳命している博士たちは間違えることがないと考えるように誘導されていたのである。したがって、法学を台無しにしたという理由でユスティニアヌス帝が咎められたり、トリボニアヌスとその同僚たちが非難されたりすべきではない。パピニアヌス、パウルス、ウルピアーヌスあるいは私たちの時代を飾るグロチウスやプーフェンドルフですら、もしこの野蛮な時代に生きていたならば、これ以上に上手くはやれなかったであろう^{w)}。

w) もしかするとある人々には、この節で述べられたことがあまりにも手厳しく見えたり、公に書くべきでない事柄であるように見えたりするかもしれないが、そのような人々は、現代においてあの時代の汚点を隠そうとしても無駄であることを認識すべきである。なぜなら、良書の研究と教会史の研究とが至る所で行われており、もはや隠蔽を許さないからである。つい最近、『文芸共和国雑誌 *Nouvelles de la republique des Letters*』の編纂者である極めて博学な人物〔＝ジャック・ベルナルド⁽⁶⁶⁾〕が、この件について注目すべき事柄をたくさん説明しており、これらの注目すべき事柄が、次のことをはっ

きりと確信させてくれる。コンスタンティヌス大帝の時代からほとんどの教父たちは、そして偉大なアウグスティヌスさえもが、正義および衡平の教えについてあたかもわざとそうしているかのように何も知らなかったのだ、と。ベルナルド氏の『文芸共和国雑誌』1706年4月号の1番目の記事。

第11節 この脳内の衡平に誘惑されたトリボニアヌスは、どのように他の法文を改竄したのか。

さて、トリボニアヌスがディオクレティアヌス帝の法文の中にあるこの脳内の衡平を広めるために、あるいはまたこの衡平を新しい思いつきで飾り立てるためにどのようなことが行われたのか、君ははっきりと勘付いているだろうけれども、このことに少しばかり触れておこう。まず、次のことに異論は無い。ディオクレティアヌス帝は、当該法文〔＝勅法彙纂第4巻第44章第2法文〕において単に、売られた物はいかなる代金の少なさを理由としても（とはいえ、ある程度大きな額だったであろうが）解消されうると指令しており、そしてそれゆえに半額を下回る加害か上回る加害かという区別をしなかった。このことに蓋然性があるのは、ディオクレティアヌス帝に反対した後世の皇帝たちが^{x)}半額を下回る加害か上回る加害かという区別に言及せず、単に一般的にこの教えを拒絶しているからだけでなく、法文末尾の一節^{y)}があたかも法文の意味とコンテキストにそぐわない註釈のようだからでもある。少なくとも、仮にこの一節がディオクレティアヌス帝の考えにもとづくものであったならば、彼は、この最後の一節よりも前の文言においてあるいは一言二言後に付け加えて、もっと長々と丁寧にこれを説明したはずである。同じ推論が、この最初の法文を覆したもうひとつの法文^{z)}にも当て嵌まる。というのも、そこにある最後の但書が^{aa)}、それより前の文言の意味とまったく整合的でないからである。その文言にもとづく推論は、それが〔代金が少ないときに売買は解消されるという〕反対の全称命題を否定しているように、〔代金が正当価

格の半分未満であるときは売買が解消されるという] 但書をも否定している。というのも、もしこの推論が、反対の主張の一般性を反証しているならば、そして実際反証していることは明らかであるように、ある人が半分未満を受領したときというあの一例をも反証していることになるからである⁽⁶⁷⁾。以上のことを前提とすれば、トリボニアヌスがディオクレティアヌス帝のこれらの法文を見つけたのはグレゴリアヌス勅法集とヘルモゲニアヌス勅法集の中であろうと、蓋然的に言える。実際、法学者グレゴリアヌスとヘルモゲニアヌスは、コンスタンティヌス大帝以前の勅法を拾い集めるにあたって、法学を学芸の型に嵌めることをよしとせず、皇帝たちの勅法を見つけられる限り全て拾い集めたのである。私たちの時代においても、ゴルダストゥスがゲルマン諸王の勅法について同じことをしている。したがって、彼らにとって、自分たちが矛盾し合う勅法を拾い集めているか否かはどちらでもよいことであった。しかし、ユスティニアヌス法の編纂者たちは、最初の勅法にあるあの脳内の人間性にもはや魅了されてしまっていたので、ディオクレティアヌス帝の後の勅法^{bb)}が先の勅法とうまく一致しないのを目にしたにもかかわらず、半分未満と半分以上というあの区別によってこれらふたつの勅法が調和させられうると考えた。そして、彼らは、このように両方の末尾に一節を付け加えることによって、ディオクレティアヌス帝の法文をインテルポラーチオしたのである。同時にまた、編纂者たちは、テオドシウス法典のうち、グラティアヌス帝、ヴァレンティニアヌス帝およびテオドシウス帝の指令^{cc)}をインテルポラーチオしたが、他方でコンスタンティヌス大帝の勅法とホノリウス帝およびアルカディウス帝の勅法^{dd)}とをまったく無視した。というのも、彼らは、この種のインテルポラーチオがそれほど容易でないことを認めたからである。

x) 私は彼らの指令を前述第8節で示した。

y) その一節は、「ところで、価格がとても安い」という文言で始まっ

ている。

- z) すなわち前掲法文勅法彙纂第4巻第44章第8法文である。
- aa) 「但し、売却時の正当価格の半分未満」云々。
- bb) すなわち勅法彙纂第4巻第44章第8法文である。
- cc) 勅法彙纂第4巻第44章第15法文における指令が参照される。もし人がこの法文を前述第8節註qで引用されたテオドシウス法典第3巻第1章第4法文と比較するならば、様々なインテルポラーチオが明らかになるであろう。とりわけ注目に値するのは、「代金がとても少ないという理由で *pretii nomine vilioris*」という文言が「代金が幾分か少ないという理由で *paulo vilioris nomine pretii*」と置き換えられていることである。そして、このようなインテルポラーチオが存在することから、その他のテキストもインテルポラーチオされたのだというこの節における私たちの主張は、より説得力を持つ。
- dd) 前述第8節註pと註rで引用された勅法。

第12節 勅法彙纂第4巻第44章第2法文を説明するにあたって解釈者たちが際限なく意見を違えていることも、その脳内の衡平をア・ポステリオリに証明している。

しかし、ユスティニアヌス法の初期の解釈者たちは、ユスティニアヌス帝が正義と衡平の教えについて誤ることはありえないと信じ込んでいたので、あらゆる基礎が欠けているこの脳内の衡平を説明するにあたって、法文の捏造に気付くよりもむしろ際限のない仕方で意見を違わせる方を選んでしまった。そして、まさにこのことが、この法文には真の衡平も真の人間性も内在していないことの証拠になる。というのも、自然な衡平に適った推論すなわち人間の行為の自然本性から形成された推論は、一意的かつ明晰であるのが常であり、少なくともこれほどまでに多くの意見の食い違いには繋がらないからである。反対に、法の規定が想像上の衡平に支えられているならば、意見の食い違いに際限がなくなるはずである。なぜなら、真理がひとつしかない

場合、真実から外れるものの数には際限がないからである。

第13節 これらの意見の食い違いを、一覧表によってまとめて概観する。

とはいえ、君は私に、これらの意見の食い違いを全てより詳しく調べたり議論したりするように求めてはならない。というのも、ユスティニアヌス〔法〕のこの勅法に対する註解書を書くつもりはないからである。そこで、註解者たちの手によるものを広く見ておくのが良からう^{ee)}。ここでは一覧表の概観に留めておくのが、私たちにとって最良であろう。さて、以下の問題について彼らは意見を違えており、そしておよそ至る所で通説が通説と対立している。まず、当該法文の救済手段は身分の高い売主に与えられるか。次に、農民、女性、またはその他の自然人は、たとえ彼らが真の価格を知っていたということが証明されたとしても、この救済手段によって助成されるべきだろうか。鑑識眼のある人もこの救済手段を使うことができるだろうか。年少者は年少者としてこれを使うことができるだろうか。博学な人はどうか。動産の売却にも適用されるか。物の価値を知っていた売主は助けられるか。当該法文の救済手段は買主にも与えられるか。その他の誠意契約には適用されるか。厳正契約にも適用されるか。以下、特殊〔な問題〕。裁判官の決定を伴って為された売却には適用されるか。競売においてはどうか。賃約においてはどうか。賃約が既に終了していた場合はどうか。通常期間の賃約においてはどうか⁽⁶⁸⁾。永代借地権においてはどうか。封土の売買においてはどうか。買主が貧困に陥っている場合、第三占有者を訴えることはできるか。交換、分割、嫁資および嫁資の評価においても遵守されるか。一般的な〔権利〕放棄はこの勅法の妨げになるか。個別的な放棄で十分か。裁判外の和解は著しい加害を理由として解消されうるか。裁判上の和解はどうか。次に、消費貸借、免除、裁判外の代物弁済あるいは裁判上の代物弁済にもこの救済手段は適用されるか。転売において買主が〔土地の中に埋めら

れた] 隠し財産を発見したならば、[目的物はもっと価値があったという理由で] 半分を超える加害があったと言えるか。契約に付された宣誓はこの救済手段を排除するか。差額分を贈与する旨の約款が付されていた場合はどうなるか。半分以上の加害を蒙った人は、教会裁判所における特別な救済を受けてこれによって助けられるか。どの裁判所においてこの救済手段は主張されるべきか。買主が売られた物に抵当権を設定した場合、この抵当権は契約の解消によって消滅するか。売買の解消にあたって買主は、目的物を改良したことの抗弁によって売主に対抗することができるか。この訴権はどのくらいの期間存続するか。買主に対する加害はどのように計算されるか⁽⁶⁹⁾。真の価格と正当価格とは区別されるべきか。著しい加害はどのように証明されうるか。物は収集された果実と一緒に返還されるべきか。買主からの目的物の返還が不可能になっている場合、売主は価格の補填のみを請求できるか。君はこれほどまでに多くの頭を持つヒドラを目の当たりにしている。しかし、これらの頭はひとつの首によって（すなわちこの法文は衡平かつ合理的であり実務においても用いられているという仮定によって）胴体と結び付いており、この首を打ち落としさえすれば、頭も全て一緒にあっさりと崩れ落ちる。

ee) とりわけアイレス・ピニエル⁽⁷⁰⁾の『勅法彙纂第4巻第44章に対する極めて入念かつ完全なコンメンタール *Ad Rubr. et L. II. Cod. De rescindenda venditione elaboratissimi et absolutissimi commentarii*』およびドミニクス・アルマエウス⁽⁷¹⁾の『勅法彙纂第4巻第44章第2法文に対する註解 *Commentatio ad L. 2. Cod. de rescindenda venditione*』によるもの。論点をまとめているもので一番新しいのは、ヴィッセンバッハの勅法彙纂第4巻第44章第2法文に対する註釈である。

第14節 意見の食い違いの源泉。

君は、意見の食い違いがこれほどまでに増大した理由を求めている。その理由とは他でもない、法学者たちが、まさにこの法文の根拠を定めるにあたって意見を違えているからである。例えば、ある法学者は、この法文の根拠は自然法上の衡平であると考えたが、別の法学者は、ローマという国に特有な市民法上の衡平であると考えた。ある法学者は、この法文をそこで明記されていない事案へと拡張することを欲さなかったが、別の法学者は、拡張を説いた。ある法学者は、緊急の必要性に迫られて売った売主に対する配慮にその根拠を求めたが、別の法学者は、契約と合意の自然本性にこれを求め、また別の法学者は、ある種の契約を誠意契約という名前で呼ぶ理由となっている契約上の特殊な信義誠実に求め、さらに別の法学者は、あらゆる合意に伴うべき一般的な信義誠実に求めた。ある法学者は、加害が基準を逸脱していることに求め、別の法学者とりわけカノン法学者は、いかなる額であれとにかく加害があることに求めた。ある法学者は、もし物の正当価格または正当な賃料を基準としてほんの僅かでも契約当事者に不足するならば、その契約当事者は害されていると考え、ある法学者は、半分が欠けるときに初めて害されると考えた云々。要するに、頭の数だけ意見があり、脳漿の数だけ脳内の衡平がある。しかし、君は、アウゲーアス王のこの巨大な厩舎の掃除を私たちに期待してはならない。そのようなことは、大部の著作を必要とするであろう。むしろ、人間性を装ったこの脳内の産物を、私たちがこれまでア・ポステリオリに行ったように、ア・プリオリに簡潔に証明しよう。私の考えによれば、この問題を扱うのに最良なのは、価格の自然本性を考察してみることである。なぜなら、これまで数え上げられてきた誤りの全てではないにせよ大部分は、市民法とカノン法の解釈者たちが次のような前提を置いていたことに起因しているからである。物の価格は、物と物との自然な比較衡量から生まれるのであり、そしてそのようなかたちで物に内在しているのだ、と。

第15節 2. ア・プリアリに。価格は物に内在しない。

しかし、この前提は、明らかに偽である。なぜなら、もし君が価格の起源を考察するならば、どこに目を向けようとも、いかなる額であれ全額が人間の純粋な判断に依存することに気付くからである。私たちは、まず物の交換から始めよう。この交換は、貨幣が発明されるよりも前に、人類が生まれるや否やすぐに、国家が導入されないうちから用いられていた。そこでは、ある物を別の物と比べたときの価格および評価額を決めるのは、物の実体や本質ではない（さもなければ、赤毛で肌が黒く短足かつ片目が見えない奴隷スティクスは、極めて上等な馬よりも高価なはずであり、疥癬持ちの犬は、あらゆる黄金よりも高価なはずである云々）。物の優先順位や有用さでもない（さもなければ、あらゆる食べ物、飲み物および衣服に関わるものは、絵画や宝石よりも高価なはずである云々）。物の量でもない（さもなければ、そこらにある岩が、宝石よりも高く評価されるはずである）。欠陥が無いことでもない（さもなければ、去勢された奴隷たちは、これほどまでに評価されなかったはずである^{ff)}）。むしろ、価格と評価額を決めるのは、人々の意見と判断だけである。

ff) かつてローマ人たちの下では、去勢された奴隷は医者である奴隷よりも高く売られていた。勅法彙纂第7巻第7章第1法文。

第16節 しかも、人間の純粋な判断に依存しているというときの人間とは、賢い人ではなくむしろ愚かな人のことである。

そして、この判断は、いかなる正義の規則によっても基礎付けられておらず、むしろ意志以外のいかなる基礎も受け入れない純粋かつ自由な判断である。また、たとえ物の価格の増減においては通常、物の希少性や余剰性に注目するのが常であることを否定すべきではないとしても^{gg)}、しかしこの希少性ないし不足は、決して、物の価格の合理的で分別の規則に適った基礎であると解されてはならない。徳と知恵は、あらゆるものの中で最も希少なものであり、知恵と徳についての

教えも、十分に希少である。ところが、どちらも非常に安い、あるいはまったく価値を持たない。物の価格の一次的な源泉は人間の欲望であり、希少性は二次的なものに過ぎない。もし君が欲望を失うならば、物の評価額はまったくのゼロになってしまうであろう。もし欲望があるならば、希少性と余剰性が物の価格を増減させる。したがって、正義や分別の規則の中に価格の起源を求める人々は、大いに誤っている。なぜなら、このことは、愚か者の評価額がその物の価値であるという諺から完全に外れているからである^{hh)}。というのも、愚かさの源泉は欲望だからである。したがって、愚かさは、物の価格と同じところに源を発している。

gg) 主査であるトマジウス先生の『神法学提要』第2巻第11章第40節以下を見よ。

hh) ドイツ語では次のように言われる。「金持ちの愚か者が払う額が、その物の価値である *Eine jede Sache ist so viel werth, als ein reicher Narr dafür giebt*」。これと似てよく口にされる詩がある。[ホラティウス⁽⁷²⁾『書簡集 *Epistolae*』第1巻第18歌第29行]「富は愚昧を許す *Stultitiam patiuntur opes*」。

第17節 価格が多様であることの最たる原因は、愚かさの多様性である。

言うまでもなく、欲望に由来するこの多様な愚かさこそが、先んじて、すなわち物の希少性や余剰性がここで作用する前に、物の価格を増減させる。放蕩な若者は、類い稀なる美貌の娼婦を多額の帝国ターラーで評価する。栄誉と富に関してとても放蕩嫌いであったデモステネスは、後で後悔するような額で「娼婦を」買うことはない。腰が重く慎重であり同時にまた生まれつき厳格で真面目な性格であったクセノクラテス、すなわち極めて放蕩嫌いな人間は、ただでもピュリネやライデと決して寝たがらない。この人は衣服の飾りを、あの人は本を、

その人は馬を、また別の人は犬を、そしてこのように際限なくいろいろな人々がいろいろな物を高く値踏みする。

第18節 物の価格は不確定である。

さて、これらのことから、物の価格は確定しておらずむしろ多様であるということが帰結する。もし君がエウリピデスのランプを、あるいはフランソワ I 世 [在位1515 - 1547年] から奪われた手袋を、あるいはフィレンツェ大公のダイヤモンドを交換しようとするならば、古代の術学趣味に興味をそそられる人は、躊躇いなくこのダイヤモンドと交換でエウリピデスのランプを手に入れるであろう。宮廷風の物に興味をそそられる人は、フランソワの手袋を手に入れるであろう。金細工職人がこのランプや手袋を汚物の中から無償で拾い出すことは決してなく、むしろあのダイヤモンドのために自分の農地と宅地を全て投げ出すであろう。

第19節 そして合意する場合の価格は、第三者の判断ではなく契約当事者たちの判断にのみ依存する。

さて、述べられたことから、様々な人々の意見に従って為された様々な物の評価は、際限のない仕方で食い違うことが明らかになったので、今やあらゆる合意の自然本性から、次のことが容易に理解される。合意する場合の物の価格は、合意する人々すなわち契約当事者たちのコンセンサスにのみ依存しており、第三者の判断には依存しない。というのも、あらゆる合意は、契約当事者たちの自由なコンセンサスに支えられているからである。反対に、もし価格が第三者の判断に依存するならば、自由なコンセンサスであるとは言えないであろう。但し、契約当事者たちが自由なコンセンサスによってその第三者の評価額に同意したときは、この限りでない。また、第三者が一人であるのかそれとも複数であるのかは、どちらでもよい。それどころか、たとえば多くの人々が物の価格を契約当事者たちとは別様に評価するとして

も、しかし自由な状態においては、契約当事者たちが自分たちの合意における物の価格を、多数者の判断に従って決めるように拘束される謂れはない。

第20節 そしてもちろん当事者双方の判断に依存する。

さらに、契約当事者たちはそれ自体ではお互いに対等であるとみなされるので、すなわち対等な自由を享受しているとみなされるので、ここから次のことが必然的に帰結する。自由な状態において交換を行う人々はいずれも、自分の物を他人の物と比較するにあたって極めて自由に評価して、そして相手方に価格を告げることができる。というのも、疑問の余地がない自然法上の規則によれば、甲が乙に対して、乙の物を自分に引き渡すようにあるいは譲渡するように強制することはできず、また同様に乙が甲に対して、乙の物を受領するようにあるいは取得するように強制することもできないからである。したがって、たとえ一方が相手方の意見を遥かに超えて自分の物を高く評価するとしても、相手方がその評価を通じて不法を蒙ったとは言えない。なぜなら、その物をその額で手に入れることを欲するか否かが、相手方の判断に委ねられているからである。

第21節 契約当事者は原則的に自分の物を高く、相手方の物を安く評価するのを常とする。

ところで、契約当事者の誰もが物の商取引にあたっては、自分の物を高く、反対に相手方の物を安く評価するのであり、これが人間の本性である。しかし、ここでも契約当事者は、自分に不法が為されたと言うことはできないはずである。なぜなら、合意の自然本性にとっては、同じことを為す平等な自由が契約当事者たちに残されているというだけで十分であり、また価格は物に内在していないからである。

第22節 お互いの譲歩によって合意するまで。

しかし、双方がこのような食い違いに留まっている限り、合意が為される余地は存在しえないであろう。したがって、合意の自然本性は、次のことを要求する。もし双方が真摯に契約するつもりであるならば、どちらもお互いのこのような食い違いから離れて、徐々に何らかの価格へと譲歩し合わなければならない。すなわち、双方が一定の価格すなわち同額に合意するまで、自分の物をより安く相手方の物をより高く評価しなければならない。

第23節 とはいえ誰であれ、人間の取引の自然本性から自分の欲求を誤摩化す。

さらに、人間の自然本性は、気に入っている物を気に入らない物の対価として与えることがないように出来ている。ところで、人間の欲は物の価格を引き上げるので、もしある人が、自分の物が相手方から強く欲しがられていることを認識しているにもかかわらず、物の商取引において自分の物の評価について譲歩するならば、その人は愚か者ということになる。このため、合意の自然本性は、分別の規則にもとづいて次のことを要求する。誰であれ資力に応じて、相手方の物への欲求を隠して、そして自分の物に対する実際よりも大きな愛着を装わなければならない。ここでもまた、どちらの当事者も、このようなやり方で自身に不法が為されたと不平を言うことはできない。なぜなら、ここでも彼は、平等な自由を享受しているからである。

第24節 しかしどちらの場合も、正義の規則ではなく分別の規則によって話が進められるべきである。

さて、疑いなく正義の規則は約束を守るように要求しており、また与えられた信義を害する人は相手方に不法を為しているとしても、しかしこれまで述べられてきたことによれば、甲の物が合意の前に乙から安く評価されるにせよ、あるいは乙の物が乙自身によって高く評価

されるにせよ、甲は害されていない。また、お互いに〔愛着を〕装ったり〔欲望を〕隠したりすることが、悪意と関係のある加害や欺罔と解されるべきでもない。ここでは分別および無分別という言葉が用いられるのが常であり、正義や不正義という言葉は用いられない。さらに、特段の事情がない限り、自分の物を高く評価する人は無分別ではなく、それどころか限界まで高く評価する人も無分別ではない。反対に、すぐに相手方の評価に譲ってしまう人はⁱⁱ⁾、無分別という烙印を押される。私は、特段の事情がない限り、と述べた。なぜなら、ある人が自分の物を譲渡しようとしているにもかかわらず、その額で手に入れたと思う人が一人も見当たらないような額でその物を評価するならば、疑いなくその人は無分別だからである。というのも、目的に相応しい手段を取らない人は無分別だからである。ところが、この人がどれほど無分別であろうとも、しかし不正を為したと言われはしない。なぜなら、彼は、これによって何人をも害しておらず、むしろ自分で損害を蒙っているからである。

- ii) ゲルマンでは次のように言う。「馬鹿げたことを要求する人は馬鹿ではないが、馬鹿げたことに応じる人は馬鹿である Der ist kein Narr, der einem was thörichtes zumuthet, sondern der es eingehet」。

第25節 人間性の規則にももとづかない。

また、合意する前の価格決定は、礼節の規則や人間性の規則に求められるべきでもない。というのも、この規則は、自発的な行為や恩恵的な行為には適用されるが、物の商取引や交換には適用されないからである。人間性にもとづく無償の責務を他人に果たさない人は、非人間的である。恩恵的な行為を他人に施さない人は、厳酷であり友とするに相応しくない。しかし、自分の物を私の物と交換する気がない人、もしくは誰とも交換する気がない人、または私の方から彼に申し込んだ物との交換を拒絶する人は、非人間的でもなければ友情に欠けた人

でもない。

第26節 したがって、正当価格が合意する前に存在することはない。

さて、述べられたことから、自ずと次のことが帰結する。自由な状態においては、いかなる物の正当価格も人間性に適った価格も、合意する前には存在しない。むしろ、正当価格というものは全て、合意することによって初めて生じる。すなわち、与えられた信義を守ろうとしない人は、不正な人と呼ばれることになる。つまり、正義は、たとえ約束を結んだ人が無分別に行動したとしても、合意された価格が支払われることを要求する。というのも、自己の無分別に由来する報いを贖うべきであるのは、他でもない無分別な人本人だからである。さらに、人間性に適った価格や人間性に適っていない価格というものは、[合意する前のみならず] 合意した後ですら主張されることができない。なぜなら、既に述べたように、人間性は、法学者たちが言うような双務有償の合意とはまったく関係がないからである。

第27節 合意する前には、いかなる加害も存在しない。半額を超える加害はなおさら存在しない。

したがって、価格の全額についてであれ、半額についてであれ、4分の1の額についてであれ、その他のいかなる割合についてであれ、他人の物を無分別に手に入れた人がそれによって害を加えられたと言うことはできない。自己の権利を行使する人は、何人にも害を加えない。そして、全体が存在しないところでは、その部分もまた存在しない。ところで、合意する前には、価格の全体というものが存在せず、したがってその部分もまた存在せず、したがって全額の半分、半分以上回る額あるいは下回る額というものも存在しない。もし物が、合意する前に自らの内に正当価格を有しているならば、このような増加もしくは減少または割合化の余地があったかもしれない。しかし、このことは否定されたので、この考えが不条理であることは、盲人ですら

これを手に取って理解できるほどである。反対に、合意した後は、半額を下回る加害あるいは半額を上回る加害が生じうる。すなわち、価格を定めることによって信義を与えた人が、一旦自由に結ばれた合意を反古にして、そして与えられた信義を害そうとするときである。

第28節 交換において当て嵌まることは、売買においても当て嵌まる。

ここまでは、物の交換における普通の対価⁽⁷³⁾について論じた。売買においては特殊な対価すなわち金銭が用いられるけれども、事態は何ら異なる。なぜなら、通俗的な格言と万民の等しく揃った意見の一致とが明らかにしているように^{kk)}、交換において重んじられるあの正義と分別の規則は、売買においても重んじられるからである。

kk) しかし、アウグスティヌス⁽⁷⁴⁾『三位一体論 *De Trinitate*』第13巻第3章によれば、ほとんどの人はこれに気付いていない。なぜなら、[ある道化役者が]「明日、私は、みなさんがお考えになっていることを当ててご覧にいれましょう」と述べてから、「みなさんは安く買って高く売りたいとお考えになっている」と指摘して、この約束を守ったからである。ゲルマン人たちは次のように言う。「商人は誰でも自分の品を褒める *Ein jeder Krämer lobt seine Waare*」。「何度も値をつけ直すのが商人というものだ *Bieten und wieder bieten macht Kauffleute*」。「人が阿呆を市場へやれば、商人は金を手に入れる *Wo man die Narren zum Marckte schickt, kauffen die Krämer Geld*」。「目を開かぬ人は財布を開く *Wer die Augen nicht aufthut, der thue den Beutel auf*」。著名なヨーハン・ニコラウス・ヘルティウス先生⁽⁷⁵⁾の『ゲルマン法の格言集 *De paroemiis juris Germanicis*』の51と53を参照。

第29節 市民共同体においても原則的に同じことが重んじられる。

これまで述べられたことが共通の市民法を用いない人々の間で重ん

じられていることに疑いはないので、今から次のことを見ておくべきである。市民社会の自然本性は、市民共同体において別のことを当てはめるように要求しているか否か。そして、変説を促す事柄を私たちは何一つ目にすることがなく、むしろ私たちが市民共同体において目にすることは全て、これまで私たちが説いてきたことと一致している。なぜなら、非常に多くの箇所においてローマ法もそのように主張しているか、少なくともこれまで提示されてきた条文においては矛盾することを述べておらず、それどころか極めて高名なローマの哲学者や弁論家さえもが私たちの教えを明らかにしており、さらにはどちらも市民状態に着目しながらこれを行っているからである¹¹⁾。

- 11) キケロおよび大セネカと小セネカの言葉がこれに属する。ゲッリウス⁽⁷⁶⁾『アッティカの夜 *Noctes Atticae*』第12巻第12章が⁽⁷⁷⁾、キケロの言葉を引用している。「買おうと思っているにもかかわらず購入の競争相手がいるので買わない振りをすることは、分別があり用心深い家父の行いである」(被告から金銭を受け取ったことは破廉恥であるという非難を、キケロがこの発言によって言い逃れていないとしても、そうである。この件についてはゲッリウスの前掲書を見よ)。弁論家であった大セネカ⁽⁷⁸⁾は第9巻第26章で次のように書いている。「いわば他に売り出されているものがなく、私はこの家を買わねば住む家を持つことができないようなものである。売主はこの機会を見て、押しを強くする。しかし、君はこの売買を取り消すべきではない。さもなければ、詐術というものには際限がなくなるであろう」。哲学者であった小セネカ⁽⁷⁹⁾は『恩恵論 *De beneficiis*』第6巻第15章で次のように述べている。「ある人が次のように述べた。『目的物は売られた額よりも高い価値を有しており、そしてそれゆえに君は、既に売買は終わっているにもかかわらず、その物の対価として差額分を私に支払う義務を有する』と。まず、買手と売手との間で価格について合意が為されているにもかかわらず、その物は実際にはいくらであ

のかということがどうして重要なのだろうか。次に、目的物は、彼の言い値ではなく君の言い値で売られる。彼は、その物は売られた額よりも高い価値を有していると言う。しかし、実際にはそれ以上の額で売られることができなかつたのである。むしろ、あらゆる物の価格は、その時々に応じている。君がどんなにうまくこれらの物を褒めようとも、その物の実際の価値は、君がそれ以上の値で売ることができなかつた額である。うまく買った人は、それ以上のことを売主に対して何も負わない」。同じく小セネカは、別の箇所（前掲書第6巻第38章）でとても明瞭に次のことを指摘している。買主と売主の願いは唯一つ、契約から利得しようとすることである、と。ユスティニアヌス法の中で最も注目し値するのは、パピリウス法文学説彙纂第18巻第1章第71法文である。「アントニウス帝およびウェルス帝は、セクステウス・ウェルスに次のような文言で指令を発した。商人たちが葡萄酒を調達するときに用いた量や価格がどのようなものであれ、それは契約当事者たちの権限に属している。というのも、価格や量が気に入らないならば、誰も売るように強制されていないからである。とりわけ地域の慣習に反することが何も行われていないときは、そうである」。解釈者たちによって酷評されているウルピアーヌス法文学説彙纂第4巻第4章第16法文第4項もこれと関係がある。そこでは、ウルピアーヌスはポンポニウスに倣って次のように述べる。「売買代金についてはその自然本性からして、お互いに駆け引きし合うことが契約当事者たちに許されている」。あるいは、パウルスが学説彙纂第19巻第2章第22法文第3項で言い聞かせているように。ここではよく言われているように「その自然本性からして *naturaliter*」または「許されている *licere*」という文言の中に法文の説明を求めるべきではなく（プーフェンドルフ『自然法と万民法について *De jure naturae et gentium*』第5巻第3章第10節を見よ）、むしろ「駆け引きする *circumvenire, circumscribere*」という言葉の中に法文の説明を求めるべきである。[ローマの] 法学者たちがこれらの

言葉で念頭に置いていたのは詐欺によって騙すことであった、と考える解釈者は誤っている。これほどありえないことはない。普段はそこまで賢らぶっていない法学者ヤコブス・マエステルティウス⁽⁸⁰⁾ですらかつて、『ローマ法の正義 *De justitia Romanarum legum*』第2巻第28質疑において、この解釈にそそのかされてしまったことがある。そのような解釈者たちは、パウルの前掲法文学説彙纂第19巻第2章第22法文第3項からこのことを学ぶべきであった。「売買においてはその自然本性からして、高価な物」(すなわち売主によって契約の当初はもっと高く評価されていた物)「を安く買うこと、安価な物」(すなわち買主によってもっと安く評価されていた物)「を高く売ること、そしてそのようにしてお互いに駆引きし合うことが許されており、同じことが賃約においても法となる」。しかし、そのような用語法は矛盾を来す、と君は主張するかもしれない。ところが、君が正しく観察するならば、もちろん矛盾は生じない。というのも、ひとつには、法学者たちは非本来的な意味を念頭に置いていたのかもしれない。すなわち、これらの単語は「騙す *decipere*」ことを意味するが、しかし騙すことが全て詐欺であるとは言えず、むしろ売買に関する欲望や欲求を許された範囲内で不法でないかたちで隠蔽することをも意味するというわけである。この隠蔽については第23節で論じた。もうひとつには、私にはこちらが極めて尤もらしいと思われるのだが、[*circumvenire* ないし *circumscribere* という] これらの言葉の本来の用法は、「取り囲むこと *circumvallatio*」、すなわち大セネカがこの註の冒頭で述べたように、一方が相手方に対して押しを強くすることを意味するか、あるいは「周りを囲むこと *circumscriptionis*」、すなわち線で周りを囲むこと、またはこちらの方がより適切であるが、周囲から中心へ向かうように螺旋状に周りを囲むことを意味するのかもしれない。これは、買主と売主が、最終的にお互いに譲歩し合って合意に至るまで対等に繰り返し申込みを行うことによって、お互いに歩み寄って行く様を言う。この極めて美しい意味をディオ

クレティアヌス帝自身が、本章第1節で引用された勅法彙纂第4巻第44章第8法文において視野に入れている。加えて、本章の前掲第7節から第9節までで付け加えられた市民法のその他のテキストも全て、次のことを確実にするであろう。契約当事者たちに何が許されているのかについて、ローマ市民法は、私たちが自然状態について上で明らかにしたこと以外のことを、新しく付け加えなかった、と。学説彙纂第18巻第1章第38法文および学説彙纂第50巻第17章第16法文を参照せよ。

第30節 市民共同体には法定価格があるという反論は、私たちにとって支障とならない。

国家の利益のために君主たちは、物の価格を法律またはそのために任命された政務官を通じて決定する慣わしになっており、それゆえに市民共同体においては、共通価格と法定価格という価格の新しい区分が生じる^{mm)}。なるほど、このことを私は知っている。しかし、このような制限もそこから形作られるであろう反論も、私たちにとってはもちろん支障にならない。なぜなら、目下の問題と関係がないからである。というのも、この種の決定が為されたところでは、売買が加害を理由として、たとえそれが最小限の加害であるにせよ解消されるか、または犯された不法が匡正されて、そして余分に支払われた額が売主から返還されるべきだからであるⁿⁿ⁾。それゆえに、共通のコンセンサスにおいても、私たちが扱っているディオクレティアヌス帝の勅法は、[法定価格についてではなく] 共通価格について説明されたものであるとされている。

mm) プーフェンドルフの『自然法と万民法について』第5巻第1章8節および第9節。

nn) 例えば、銀貨11枚で売られるべしと政務官によって査定された肉1ポンドは、銀貨12枚で売られたただけでも、不正義が匡正される。

第31節 今から、当該法文の疑義に解答を与える。1. 人間性について。

今から私たちは、これまではっきりと証明されてきた事柄とは反対のことが何か主張されうるのか否かを見ることにしたいのだが、読者を余り煩わせないために、むしろ当該法文がどんなことを主張しているかを見ることにしよう。第1に、ディオクレティアヌス帝は、人間性を引き合いに出している。しかし、私たちが既に上で註記したように^{oo)}、物の価格は、正義の規則や人間性の規則によってではなく、分別の規則のみによって決定されるべきである。これと関係しているのは、売買は友情を認めないという格言である。また、売買において、買主が裕福な人なのかそれとも貧しい人なのかということも、私たちは通常考慮に入れない。ところで、人間性を引き合いに出すときは、その人間性は脳内の産物ではないかということにも注意すべきである。そしてセネカは、この人間性が詭弁に繋がることを正しく主張しているのだが^{pp)}、このとき彼は明らかにこれを脳内の人間性とみなしている。また、この脳内の人間性は、解決先を持つことができないような人間性である。しかし、ディオクレティアヌス帝のこの人間性が解決先を持たないことについては、もっと後の箇所の説明しよう^{qq)}。

oo) 第24節と第25節。

pp) 第29節註IIでちょうど引用された箇所において。

qq) 一部は後述第33節で、一部は第3章で。

第32節 2. 正当価格について。

次に、ディオクレティアヌス帝は、とても高価な物をととても安く売ってしまった人はあたかも正義に反した代金を受領するかのよう、正当価格という言葉を使っている。しかし、この反論に対しては、もちろん様々に答えることができよう。まず、通常はまったく異なるはずの人間性の規則と正義の規則とを混同していることから、この指令

をディオクレティアヌス帝に帰した人の哲学はお粗末なものであることが分かる。実際、安過ぎた代金が買主によって補填されることは人間性に適うというだけならば、正義の規則に違反してはいない。反対に、代金が正義に反しているならば、取引の解消を要求するのは人間性ではなく正義であったはずである。次に、上でも明らかにされたように^{rr)}、価格の決定は正義の規則とは無関係である。もしかすると意味もなく君は、私たちに対して次のように反論するかもしれない。仮にそうであれば、正当価格の実在性が否定されるけれども、法の解釈者たちはその実在性を一致して認めており、彼らは価格の要素として、真であること、確定額であること、正当であることおよび金銭から成っていることを要求しているので^{ss)}、それゆえに法の共通原理がこれでは台無しになってしまう、と。もちろん私は、法の共通原理を台無しにしてなどいない。もっとも、その原理が脳内の産物であるならば、話は別だけれども。さて、正当価格は、あるときは法定価格を意味することがあり、そしてこの意味での正当価格は価格の要素とはならないであろう。なぜなら、法定価格はあらゆる売買において現れるわけではなく、また目下の問題とは関係がないからである^{tt)}。他方で、正当価格は、通常価格を意味することがある。私はこの通常価格について述べているのであり、そしてここで通説的な教えが誤っていることを指摘したのは私が最初ではなく、『精選シュトラスブルク法科大学 *Collegium juridicum Argentoratense enucleatum*』の編纂者が既にこの誤りに気付いていた^{uu)}。もし君が、博士たちは正当価格をどのように定義しているのかを調べてみるならば、事態は容易に明らかになるであろう。博士たちは、正当価格とは売られた物と等価な額であると共通して述べており^{ww)}、そしてディオクレティアヌス帝の当該法文をそのために引き合いに出している^{xx)}。この主張の前半部分に対しては、価格は物に内在していないと私たちが説いた箇所^{yy)}、既に反論しておいた。後半部分、すなわち彼らが当該法文を引き合いに出すことは、通説の誤りがどこに由来しているのかを教えてくれる。つまり、この通説は、当該法文上の

脳内の衡平以外に根拠を持っていないのである。言うまでもないが、この正当価格は真の価格ではない。なぜなら、正当価格は確定額ではないからである。すぐ次の節で、このことを説明しよう。

rr) 前掲本章第24節。

ss) 法学提要第3巻第23章および学説彙纂第18巻第1章に対する通説的な解釈を見よ。

tt) 第30節で述べられたように。

uu) グレゴール・ビッキウス⁽⁸¹⁾『精選シュトラスブルク法科大学』の学説彙纂第18巻第1章に対する註釈を見よ。

ww) ヨーハン・ハインリッヒ・ベックラー⁽⁸²⁾が『アカデミックな論文集 *Dissertationes academicae*』[第1巻]収録の「正当価格の計算に関する論文 *Dissertatio de mensura justii pretii*」912頁で論じている正当価格および不正価格の定義は、思わせぶりなだけで何も明らかにしていない。その箇所はあまりにも冗長であり、引用に値する箇所の方が少ないほどである。とりわけ、ベックラーが924頁で論じていることを参照してみなさい。彼は、そこではっきりと次のように述べている。「法が存在しないならば、契約当事者たちの意思が規則と調和することはおよそありえず、自然な衡平、良心およびキリスト教的慈愛によって補充される必要がある」(どれもこれも漠然とした言い回しであることが分かる。そこには脳内の衡平、誤った良心および偽りの慈愛が容易に隠れられる)。彼の論文全体を紐解いて見なさい。そうすれば、次のことが明らかになるであろう。ベックラーはしきりに倣って正当価格の算定について多くのことを述べたり繋ぎ合わせたりしているが、しかし知恵のある読者を満足させるようなことは何も述べていないのだ、と。

xx) 秀でたホッペ博士の『ユスティニアヌス帝の法学提要に対する簡潔なコンメンタール』第3巻第23章を見よ。

yy) 本章第15節。

第33節 3. 正当価格ないし真の価格の半分未満が主張されるとき。

さて、ディオクレティアヌス帝の法文に助け舟を出したのは、おそらくトリボニアヌスの註釈である^{zz)}。トリボニアヌスは、「代金がとても安いと見られるのは、真の価格の半分すら支払われなかったときである」と述べる。ところが、トリボニアヌスはこれを言い換えており、ある箇所では真の価格の半分と述べたものを^{bbb)}、別の箇所では正当価格の半分と名付けている^{aaa)}。この言い換えは、正当にも真っ先に疑われた。なぜなら、通説によれば、真の価格という概念と正当価格という概念とは異なっているはずだからである。つまり、どちらの箇所においても、トリボニアヌスは、自分が何を書き加えているのかを分かっていなかったのである。実際、仮に正当価格が当事者たちの合意なしに存在するならば、なるほどある人が正当価格より少なく与えたり多く与えたりするときは、代金が正当価格より少なかったり多かたりするであろう。あるいは、正当価格の4分の1や10分の1を受領することもあろう。たとえ正当価格が真の価格と同一であるべきだとしても、正当価格が真の価格でないことは容易に明らかにされよう。なぜなら、正当価格は不確定だからである。そしてまさにこのことから、すなわち正当価格が不確定であるということから、トリボニアヌスの小細工は解決先を持たないことも容易に明らかにされよう。なぜなら、不確定なものが半分にされたり部分に分けられたりすることはありえないからである。ところで、正当価格が不確定であることは、次のことから分かる。すなわち、共通価格の正当性およびその二分割について書いている博士たちは、法律によって縛られていない共通価格は一定の幅を持っており、そして一点で定まることはないということ、を、一致して認めているからである。それゆえに、解釈者たちによって、正当価格は3つの段階から成ると言われている。それは、最高価格、中間価格および最低価格、すなわち他の人々の言い方によれば、威張った価格、節度ある価格およびへりくだった価格である。ところが、この幅が正確にいくらであるのかは定められえないとされる^{ccc)}。

要するに、共通価格一般の幅もその3つの段階の幅も、まったく不確定なのである。同じ理由で、解釈者たちは、次のことをよく見て取っている。もし契約当事者たちが「この物は正当価格で買われたことにすべし」と述べても、価格が不確定であるから売買は有効にならない^{ddd)}、と。

zz) 本章第11節で述べられたことを見よ。

aaa) 前掲勅法彙纂第4巻第44章第2法文。

bbb) 勅法彙纂第4巻第44章第8法文。

ccc) プーフェンドルフ『自然法と万民法について』第5巻第1章第9節、ディエゴ・デ・コヴァルビアス⁽⁸³⁾の『王国および帝国の教会法にもとづく様々な解決4巻本 *Variarum Resolutionum ex jure pontificio regio et caesareo libri IV*』第2巻第3章第1項を見よ。

ddd) アンドレア・ファチネイ⁽⁸⁴⁾の『法の論点13巻本 *Controversiarum juris libri tredecim*』第2巻第1章。アントニオ・ゴメス⁽⁸⁵⁾の『市民法、普通法および王国法の様々な解決 *Variarum resolutionum juris civilis, communis, et regii*』第2巻第2章第9項および彼らから取られたビッキウス『精選シュトラスブルク法科大学』学説彙纂第18巻第1章第16項。

第34節 4. 物の価格は個人の愛着によってではなく一般的に求められるという主張は、反論にならない。

さて、解釈者たちが正当価格に関する誤った教えにはまり込んでしまったのは、彼らが市民法のテキストを誤解したからであり、このことは極めて確実であると言える。なるほど、パウルスは次のように教えた^{eee)}。「もし君が私の奴隷を殺害したならば、私の考えによれば、私の愛着は評価されるべきではなく（例えば君が莫大な金額で買い受けようと欲していた君の自然子を誰かが殺害したとしても）、その奴隷は万人に値する額で評価されるべきである。セクストゥス・ペディウスも、次のように述べている。物の価格は、個人の愛着や個人の利益によって

ではなく一般的に求められる云々。というのも、アクィリウス法においては損害が追求されており、また私たちが失ったと主張するものは、私たちが追求可能であったものまたは私たちが支出を強制されたものだからである」。他の箇所では^{fff)}、皇帝たちが次のように命じている。「軍司令官たちに贈り物として支給されるべき種類の穀物は、他でもない、それが市場で売られている物のひとつとして売却されたかのように評価されるべきである」⁽⁸⁶⁾。これらのテキストおよびこれらに類似するテキストから、博士たちは、売買の教えにおいて正当価格を次のように定義した。正当価格とは、商品と市場に精通している人々が共通して支払う価格である^{ggg)}、と。アックルシウスに従うのは誤りである。なぜなら、パウルス文において、共通価格は、目下の問題におけるような法定価格と対置されているのではなく⁽⁸⁷⁾、愛着にもとづく価格と対置されているからである。愛着にもとづく価格については、主査であるトマジウス先生が、別の場所で詳細に論じている^{hhh)}。そしてそれゆえに、博士たちは、明らかにパウルスが自説をアクィリウス法の章に限っていたことを尊重すべきだったのであり、またそれゆえに、このパウルスの説をまったく異なる売買の教えに転用すべきでもなかった。売買に、パウルスの説はまったく当て嵌まらない。なぜなら、売買において真でありかつ確定しているとみなされる価格は、契約当事者たちが合意した価格であって、契約当事者以外の第三者の判断に委ねられた価格ではないからである。契約当事者たちが合意によってこれを第三者に委ねたのではない限りⁱⁱⁱ⁾、売買代金が第三者の判断に依存することはない。それゆえに、あの博士たちの通説は成り立ちえず、また矛盾から逃れることもできない。例えば、コヴァルビアスは次のような著しい自己矛盾に陥っている。彼は、まずこのパウルス文にもとづいて、売買契約やそれに類似する交換においては、物の自然本性の中に正当価格が見出されたりそこから定められたりすることはなく、たとえその評価が法外であろうとも、むしろ人間の評価の中に見出されてそこから定められる、と註記している^{kkk)}（「人間 homines」と

は「契約当事者 *contrahentes*」のことである。なぜなら、一般的な評価が法外であるということはないからである)。ところが、コヴァルビアスは、さらにそのすぐ後で、正当価格の評価にあたっては一般的な評価だけが計算に入れられるべきである云々と結論付けている。さらに、穀物は他でもない市場において売却されたかのように評価されるべきであると皇帝たちが命じていることも同様に、売買の教えとは関係しておらず、むしろ弁済の教えと関係している。またこれに加えて、この勅法によって定められている価格は、繰り返し述べられているようにここでは無関係な法定価格の一種であり、それゆえにこれらの事案においては、4分の1だけ多く評価しようとも10分の1だけ多く評価しようとも、差額分が返還されるか、あるいは少なくとも契約当事者たちは法律を侵していると言うべきである。

eee) 学説彙纂第9巻第2章第33法文。

fff) 勅法彙纂第12巻第37章第12法文。これと似たことを、君はグレゴリウス9世教皇令集第3巻第17章第1法文に見出すであろう。

ggg) プーフェンドルフ前掲書第5巻第1章第9節。コヴァルビアス前掲書第4項。

hhh) 「愛着にもとづく価格は代替物に対して成立しないことについて *De pretio affectionis in res fungibiles non cadente*」において。

iii) 法学提要第3巻第23章首法文および第1法文。

kkk) コヴァルビアス前掲書。

第35節 5. 有償契約において要求される平等は、通説の誤りに対して有利に働かないこと。

さらに、次のことも我々法学者たちを誑かしている。それは、売買に代表される有償契約においては、とりわけ（長い間、後世の法学者たちを支配してきた）アリストテレスの教えにもとづいて、算術的均衡に従って、すなわち分かり易く言えば相手方に与えた分だけ貰うように、

平等が要求されるということである。しかし、平等すなわち算術的比例と幾何学的比例とに関するアリストテレスの教え、および交換的正義と配分的正義との区別が、市民的な分別においては無益であることを除いても、人が自分の物を等価な物の対価として譲渡しようとする有償契約においては、この価値の平等を、交換される物それ自体の中にあるいは第三者の意見の中に求めるのは誤りであって、この平等はむしろ契約当事者たち本人の評価に依存する。そして、たとえ契約当事者双方が、有償契約においては自分が気付いている物の欠陥を相手方に指摘する義務を負っているとしても、しかし瑕疵以外の、告げればより安く買うように相手方を動かす可能性のある諸事情を告げる義務を負わない。これは、プーフェンドルフがキケロに対して的確に反論している通りである^{III)}。

III) ロードス人たちが深刻な飢饉に陥っていたときに、ある商人が彼らに穀物を輸送したのだが、そのとき穀物を積んだ他の船がロードス島に向かっていたのを航路上で目撃したにもかかわらず、黙っていた事案について。[プーフェンドルフ『自然法と万民法について』第5巻第3章第4節。

第36節 6. 最後に、カノン法学者たちの風紀取締に反論する。

最後に、カノン法学者たちの極端な脳内の衡平について言えば、彼らは、正当価格 [との差額] がその半分未満の額を受領したときも売買は解消される、と強弁しているのだが^{mmmm)}、教令集の昔の編纂者イヴォ⁽⁸⁸⁾が、この衡平は脳内の産物であることを彼らに思い起こさせるはずである。なぜなら、彼の教令集の中には次のような一文が見られるからである。「買主と売主との間で物が一定の価格で手に入れられたときは、たとえその物が目下売られた額より高い価値を有していたとしても、これによって要求されるべきは、もしこの物を手に入れたと証明された人が詐欺や暴力を行っていないならば、売った人が撤回を

求めているとしてもそれは決して認められないということだけである」ⁿⁿⁿ⁾。

mmm) 前述本章第3節を見よ。

nnn) なるほどイヴォの教令集は手元にないのだが、しかしベックラーが「正当価格の計算に関する論文」914頁でイヴォの教令集から、つまり第16章第244法文からこの箇所を抜粋してくれている。

第3章 勅法彙纂第4巻第44章第2法文の実務における使用について
第1節 これまで述べられたことから、ディオクレティアヌス帝の法文は実務において用いられていないことが、どの程度まで帰結するか。

なるほど、ディオクレティアヌス帝の法文にある脳内の衡平がここまで目の前にはっきりと示されたけれども、このことが直ちに、この法文は実務において用いられていないことを証明するわけではない。なぜなら、ユスティニアヌス法の法文の多くは、本来の衡平にまったく支えられていないものであれゲルマンの現状に相応しくないものであれ、イタリアからゲルマンへ大学というものが伝えられた後で、法学者たちによって大学から法廷へと持ち込まれてしまったからである。とはいえそれに加えて、私たちは、あのディオクレティアヌス帝の法文には可能な解決先が与えられないことも明らかにしたので^{a)}、ここから自ずと、この法文は実務において用いられていないという必然的な結論が生じる。なぜなら、存在しないものが「使用という言葉の」主語になることはないからである。

a) 前章第33節を見よ。

第2節 法文が実務において本当に用いられているとはどのような場合か。

しかし、体系思考の博士たちの本は、至る所でこの法文の実務に関

する教えで埋めつくされているので、私たちの主張の真であることがよりよく理解されるために、次のことがあらかじめ注意されねばならない。ここで私たちが実務における使用という言葉で念頭に置いているのは、法廷で被告がこのディオクレティアヌス帝の法文によって訴えられて、そしてこの法文の規定にもとづいて有効に有責判決を下される場合の使用である。というのはまことに、それがユスティニアヌス帝の法文が実務において用いられているということであり、これに当て嵌まらない他のものは、理論上の使用あるいは一貫性のない実務の濫用に数え入れられるべきだからである。それゆえに、私たちの見解にとって、1. この法文が体系思考の学者の著作の中でとても頻繁に言及されていることは、妨げにならない。というのも、裁判官ではない体系思考の博士たちはそこで、解決されるべき紛争について推論したり助言を与えたりしているのであって、市民社会の中で起こっている厄介事に決着をつけているわけではないからである。また、2. 法学者たちの何百という解答の中に、「したがって汝は、ティティウスを勅法彙纂第4巻第44章第2法文によって適法に訴える資格を有する」という結論が見られることも、妨げにならない。なぜなら、このような解答においても、博士たちは、対等な人々に助言を与えているのであって、判決を現に宣告しているわけではないからである。3. 解答する人々の判断理由において、あるいは（他の事案を扱った）判決文そのものの判断理由においても、法学者たちはディオクレティアヌス帝の法文を引き合いに出しているが、これも妨げにならない。というのはまことに、判断理由は判決そのものではなく、また前者の判断理由においては、法学者たちは教示しているのであって判決を下しているのですらないからである。4. 原告が被告を勅法彙纂第4巻第44章第2法文によって訴えた事案が見られることも、妨げにならない。というのはまことに、原告が被告を不条理な根拠によって訴えることは珍しくないからである。そして、もしその後で「被告は、不適切に提起されたこの訴えに関わり合う責任を負わない」と宣告されるならば、

このような訴えの提起が実務における使用ではなく濫用に属していることは明白である。そればかりか、私たちは次のことも挙げよう。すなわち、5. 少なからぬ訴えが勅法彙纂第4巻第44章第2法文にもとづいて提起されており、これに対して被告が自発的にあるいは裁判官の命令によって応訴しているが、しかし被告たちに有責判決が下されていないこと、またとりわけこの訴えは被告〔訳註：原告の誤りか?〕によってその基礎が証明されえないかたちで為されているという理由で、有責判決が下されていないことである。そして、これらの事案は、実務における使用ではなく濫用を証明している。すなわち、これらの事案は、分別のない弁護士や裁判官が、およそ褒められない仕方で、この法文の実務における使用に関する中身の無い説得によって、法に不慣れな原告を誑かしたことを示している。ここから自ずと、次のことが帰結する。6. 当該法文が実務において用いられていることは、この法文にもとづいて被告を有責とする判決が出されることによって証明されない。なぜなら、判決が後から濾過 *Läuterung*⁽⁸⁹⁾ やその他の救済手段によって訂正されること、あるいは少なくとも強制執行に付されないことが頻繁に生じており、このような判決においては使用があるとは言えないからである。ましてや、7. 勅法彙纂第4巻第44章第2法文にもとづいて被告に有責判決を下して、そして強制執行に付された判決が1つや2つ持ち出されるとしても、その判決は、なるほど当該法文の実務を証明してはいるが、しかし実務における使用を証明してはいない。というのも、物事が使用されているというのは、それが頻繁に行われているということだからである。この種の例示も、同じように実務における濫用に属しており、しかもいくつかの判決は法それ自体によれば無効であるにもかかわらず、一方当事者の懈怠または敵対的な裁判官の権力によって強制執行に付されているのである。ところで、8. 君は、この法文の使用がはっきりと厳命された地域で、〔ローマ法ではない〕もっと新しい法を引き合いに出そうと試みるかもしれないが、しかしこれによっても私たちに多くのことを反論するこ

とができるわけではない。というのも、実務においてまったく重んじられておらず、また重んじられることがそもそもありえない法がゲルマン法の中に現れることは^{a)}、珍しくないからである。たとえこれらのことがそれ自体明らかで手に取って分かるほどであるとしても、しかしここで注意しておく必要があった。なぜなら、博士たちは皆、ユスティニアヌス帝の法文の実務における使用について語る度に、またとりわけ勅法彙纂第4巻第44章第2法文の実務における使用が話題になる度に、これらの注意されたことへはまり込んでしまうからである。

- a)⁽⁹⁰⁾ 例えば金印勅書の中でこれに属するのは、飲酒を禁じられて不健康になった皇帝の退位の場合、然るべきときまでに王を選出しないときの、選帝候に対する罰の掟である。ところで、もし公法がこのような事例を提供しているならば、そして仮に私たちの企てがそれ〔＝公法を詳細に扱うこと〕を許すときは、もっと多くの事例をこれに関して提供するであろうならば、どうして諸等族の私法がこれを提供しないことがあるのか。私法の大部分は、公法より大きな懈怠と小さな賢明さによって編纂されるのが常なのだから。

第3節 この法文の実務における使用を証明するためには、悪意によって与えられた半分を超える加害が取り消されたというだけでは不十分である。

さらに、誰かが当該法文の実務における使用を証明するために、売買が基準を逸脱した加害を理由として取り消されて、そしてその加害が最高価格つまり威張った共通価格の半分をも超えて逸脱している事例を持ち出すとしても、同時に買主または売主の悪意が証明されたときは、私たちの見解にとって反論とはならないであろう。というのも、この種の事例は目下の規定と無関係であることを前章で私たちが指摘したように^{b)}、この種の事例が頻繁に起こらないはずがないことをすんなり理解できない人は、いないであろうからである。なぜなら、悪

意による契約は、とてもしばしば、俗に半額を超えと言われる加害から見れば、大したことの無い加害を理由として解消されるからである。それゆえに、もし加害が基準を逸脱しており、そしてその加害が半額を超える想像上の加害に近づくなれば、買主または売主が相手方当事者と悪意で取引したことを示す多くの事情が容易に生じうることに、疑いの余地はない。

b) [第2章] 第4節。

第4節 私たちの見解の証明を私たちに要求してはならない。

以上のような前置きがあったからと言って、私たちの主張の詳細な証明を私たちに要求してよいことにはならない。というのも、私たちの主張は消極的な主張であるから、むしろ反対論者たちが、ディオクレティアヌス帝の法文が頻繁に使用されていることを私たちに示す責任を負う。それにもかかわらず彼らがこれを行おうとしないのであれば、私たちは私たちの主張を維持することにしよう。極めて優秀な法学者であるフーバー⁽⁹¹⁾の賛同は、十分過ぎて余りある。彼は次のように述べる^{c)}。「この救済手段を拡張することがあまり好ましくない理由は、勅法彙纂第4巻第44章第2法文の使用はそれほど周知のものではなく、またこの法文を引き合いに出すことは分別のある大人がすることではないと信じられているからである。商人たちも、もしこのような訴えを起こすならば、笑い者になるだろう。田舎の農夫ですら、もし誰かがこの法文の恩恵に与って不平を申し立てるならば、その人を役立たずで幼稚な人だと非難するであろう。とりわけ、自分の行いについてよく知っている人がこれを嘆願するならば、そうである。もっとも、彼の相続人たちに弁解の余地を与えることはより容易い^{d)}。相手方の詐欺がなかったということは、常に前提とされている。もしこの詐欺が訴えられるならば、[契約は取り消されるという] 反対のことが極めて正しくなるけれども、しかしそれはこの法文の守備範囲から外れている」。

- c) [ウルリク・フーバーの]『ローマ法および現代法の講義 *Praelectiones juris Romani et hodierni*』の学説彙纂第18巻第5章に対する註釈の第4節において。
- d) フーバーが「弁解」と述べている点は注目に値する。これは、もし承継人たちがこの救済手段を用いるならば彼らは勝訴する、という意味ではなかろう。むしろ、承継人たちの訴えは、契約当事者自身がこの救済手段を引き合いに出すときほどには幼稚でも役立たずでもなく、また馬鹿馬鹿しくもないと判断される、という意味であろう。しかしながら、このように説明された見解そのものを擁護することは、フーバーに任せておこう。

第5節 反対論者たちが官房の使用やザクセンの官僚たちの使用を引き合いに出すことも無意味である。

私は、少なからぬ人々がここで官房による使用やザクセンの官僚たちによる使用を引き合いに出して、そしてこのためにガイル^{e)}(92)やカルプツォフ^{f)}(93)が挙げられるのを目にする。しかし、このようなことを引き合いに出すのは無意味である。なぜなら、ガイルは、官房が売買において悪意の無い半額を超える加害を理由として契約を解消した事例を、どこにも挙げていないからである。なるほど、ミュンジンガー⁽⁹⁴⁾の著作の中には、否定的に決定を下している箇所、すなわち官房がこの法文の不使用について決定を下している箇所^{g)}は見つかるが、当該法文の使用に賛成して肯定的に決定を下している箇所は見当たらない。むしろ、たとえガイルやミュンジンガーやその他の官房の人々がディオクレティアヌス帝の法文の正義と衡平とを擁護しようとも、しかしこのような擁護は、上で述べられたように^{h)}、実務における使用の例を示すことができない。なぜなら、(私たちは目下のテーマにおいてこのことを考察しなかったけれども、) そもそもこれらの著述家たちが引き合いに出しているのはおよそ官房の偏見であり、官房実務の本来の使用には当たらないからであるⁱ⁾。カルプツォフについて言えば、私がガイ

ルについて述べたのと同じことが彼にも繰り返されるべきであるが、しかしカルプツォフにおいては、終局判決によって当該法文の実務における使用が確認されたという偏見が見当たらず、むしろそこに見出されるものは全て、解答または条件付判決^{k)}であり、このことは注目に値しよう。もっとも、解答も条件付判決も、実務における使用を証明するには不十分である^{l)}。

- e) ガイル『実務の観察 *Practicae observationes*』第2巻第70考。
- f) カルプツォフ『ローマ・サクセン法廷の法学 *Iurisprudentia forensis Romano-Saxonica*』第2部第34規定第1定義から第14定義まで。
- g) すなわちミュンジンガー『理論的・実務的論考 帝国官房の個別的観察 *Tractatus theoretico-practicus singulares Camerae Imperialis observationes*』第4巻第3考第4項。そこで彼は、次のように報告している。50フロリン金貨分の1年間の収入を売主が1000フロリン金貨で買って、500フロリン金貨で売った場合、この年収の売買は取り消されるべきではない、と官房は決定を下した。
- h) 本章第2節1で。
- i) 主査であるトマジウス先生が「ゲルマンの習俗にもとづいた裁判権と行政との差異について *Dissertatio de jurisdictionis et magistratuum differentia secundum mores Germanorum*」第17節で論じたことによれば。
- k) 例えば「もし原告が証明するであろうならば」云々、または「原告がこれを証明することが可能でありかつそれを欲するならば」云々。「原告が加害を証明した」という例はひとつもない。
- l) 本章第2節2および5で述べられたことによれば。

第6節 日常経験はディオクレティアヌス帝の法文が使われていないことを証している。

もちろんこれに加えて、日常経験は、裁判においてディオクレティ

アヌス帝の法文の救済手段はどこにも決して有効に現れていないことを証している。ところで、時として訴えがこの法文にもとづいて提起されることがあるとしても、しかし君は次のことに気付くであろう。原告または原告の弁護士が不適切にこの法文を適用しているか、あるいは訴えがこの法文の趣旨に合ってはいるけれども彼らは証明に失敗しているかの、いずれかである、と。実際、売られた物が売買の後で高くまたは安くなり始めて、その結果事後的に先の売買代金の半分を下回ったかあるいは反対にその倍を上回った場合に、しばしば訴訟当事者の弁護士は、当該法文の救済手段に訴えかけている。これは様々な理由から起こりうるけれども、このような事案において当該法文の救済手段を用いることは不適切であり、このことを法文の文言が極めて明瞭に教えている^{m)}。一般的に起こりがちであるように、初めは訴えの証明に気をつけない弁護士たちも、しばしば、なるほど法文の趣旨に合うように訴えを適切に提起しているのだが、しかし結局は争点決定の後で証明に失敗している。なぜなら、ひとつには上で述べられたようにⁿ⁾、共通価格は不確定であり、そして不確定なものについて証人たちの証言が確定的になることはありえないからである。またひとつには、多くの物（とりわけ不動産）は、様々な事情から、穀物や小麦のような共通価格を持たないからである。むしろこれらの物は、人間の愛着や異なる有用さに応じて、その多様な評価に服する。またひとつには、売りに出されなかった物が過去においていくらに値したであろうかという質問に答えることは、モラル的におよそ不可能だからである。なぜなら、人間の意志は日々変化しており、その結果、誰にとっても過去や未来に対する自分の意志は不確定だからである^{o)}。他人の欲望について何か確実なことを述べるのは、なおさら不可能である。

m) 勅法彙纂第4巻第44章第8法文の末尾の文言「売却時の正当価格」。

n) 第2章第33節。

o) すなわち、[過去については] 仮にその物が過去のある時点で私に

売られなかったならば、私はどうしたであろうかということ。[未来については] 例えば私は特定の物を1ヶ月後にいくらで評価するであろうかということ。

第7節 それゆえに博士たちは、半額を超える加害の証明について お互いにまったく違うことを述べている。

ところで、体系思考の博士たちがこの法文の意味を説明するにあたって、およそ際限のない仕方で意見を違わせるのが常であるように^{p)}、彼らは半額を超える加害の証明に関する項目においても同じくらい意見を違えている。けだし、博士たち自身が、この証明はモラル的に不可能ではないとしても、やはり困難であると教えているからである。ここで論じられる慣わしになっている問題の中でもとりわけ大きなものは、以下の通りである。1. 証人による証明に関して、証人が契約[の存在]については証言したものの代金額については証言しなかったならば、この証明は有効か。もし証人たちが価格について意見を違えるならばどうか。もし証人が、目的物は100金以上に値する、と述べるならばどうか。証人は、価格に関する見解の計算方法を提示しなければならないか。それが尋ねられていないときもそうか。証人は、契約時の目的物の品質や果実の量について証言しなければならないか。2. 鑑定人による証明に関して、現時点の評価額だけで十分であり、被告が売却時の価格は異なっていたことを証明しなければならないか。鑑定人は、自分がそのように信じている旨を宣誓すべきか、それともそれが真実である旨を宣誓すべきか。このような鑑定にもとづく裁判官の判決は既判力を有するか。3. 証書による証明に関して、加害も証書やそれに類するものによって証明されうるか。4. 宣誓による証明について、ここでも宣誓申立の余地はあるか。もし原告が半額を超える加害を五分五分のところまでしか証明していないならば、補充宣誓の余地はあるか。5. 証明の効果について、もし原告の証明が被告から部分的に反駁されたならば、被告は有責判決を受けるべきかそれと

も免責されるべきか。6. 買主から救済が申し立てられた場合、どのように半額や倍額が計算されるべきか等々^{q)}。

- p) これらの意見の食い違いの中でも際立っているものについては、前述第2章第13節で概観した。
- q) ピニエル『勅法彙纂第4巻第44章に対する極めて入念かつ完全なコンメンタール』第2部第1章第7項と第8項および第3部最終章全体、コヴァルビアス『王国および帝国の教会法にもとづく様々な解決』第2巻第3章第3項と第8項、アルマエウス「勅法彙纂第4巻第44章に対する第4論文 *Disputatio quarta ad L. 2. C. de rescindenda venditione*」第30命題を見よ。

第8節 当該法文は間違って和解に拡張されている。

当該法文を類似の事案へ拡張することについて言えば、博士たちは、ユスティニアヌス法のテキストを誤解したため^{r)}、和解も半額を超える加害を理由として解消されると主張しているが、これよりも暴力的かつ大きな脳内の衡平に動かされているものは他にない。なぜなら、この拡張は、法の様々なテキスト^{s)}にも理性にも明らかに反しているからである。なぜなら、和解には期待の売買に似た射幸契約が含まれており^{t)}、この期待の売買において当該法文の救済が与えられないことは、博士たちのコンセンサスからも明らかだからである。

- r) すなわち、勅法彙纂第2巻第20章第5法文に対する誤解。マティアス・ベルリッヒ⁽⁹⁵⁾『実務断案録 *Conclusiones practicabiles*』第2部第42結論第5項、ヴィッセンバッハ『ユスティニアヌス帝の勅法彙纂前半4巻に対する復元された講義にもとづく講壇コンメンタール』の勅法彙纂第2巻第20章第5法文に対する註釈を見よ。

s) 学説彙纂第36巻第1章第80法文第16項を見よ。

t) 学説彙纂第12巻第6章第65法文第1項を参照。

第9節 しかしこの拡張は実務で重んじられている。

それにもかかわらず、法の原理に明らかに反したこの拡張が実務において重んじられていることは、驚くに値しない。私はこのことを、この見解が衡平や人間性に誘われているからであると理由付けするつもりはない^{u)}。もっとも、君がここで言う衡平を極めて不合理な衡平と理解するならば、この限りではないけれども。そうではなく、法学者たちがこれまで皆、正しい推論にもとづく原理を追求してそして自分の頭でこれを吟味してみるよりも、むしろ学校においてであれ法廷においてであれ、権威にもとづく偏見を打ち立ててそしてお互いに引用し合うことに熱心だったからである。また、博士たちがこの法文そのものの事案は証明不可能であるがゆえに実務では重んじられえないと気付いたことも、この不条理な実務をおそらく増長させている。つまり、博士たちは、この極めて有名であり衡平を謳われた法文が法廷から完全に駆逐されないように、和解を後から付け加えたのである。なぜなら、和解においては証明が難しくないのである。例えば、和解の後で証書が新たに見つかって、和解当事者の一方が相手方から債務額の半分すら受け取っていないことが明らかになるときである。

u) ヴィッセンバッハは『ユスティニアヌス帝の勅法彙纂前半4巻に対する復元された講義にもとづく講壇コンメンタール』768頁で、そのようにしている。

第10節 しかしここでも法学者たちの多大な意見の食い違いを伴う。

しかし、健全な理性に反する教えが新たな意見の食い違いにきっかけを与えないはずがないように、半額を超える加害を理由として和解を解消する実務に関しても、意見の食い違いが起こっている。3つの、あるいは君が正確に数え上げるならば4つの異なる意見を、体系思考の博士たちはこの問題について吟味している^{x)}。官房の実務に関しても意見が一致していない。官房は和解がこの場合に解消されるべきで

はないとする見解をより正しいものとして何度か採用した、とある人々は述べているが、これとは反対に、官房は著しく基準を逸脱した加害を理由として和解を解消した、と別の人々は註記している^{y)}。さらに、まさにザクセン選帝侯領の法は、特別な勅法によって、和解の解消が認められるべきとされる事案について、博士たちの意見の不一致を取り除いてそして解消の実務を確立せんと欲したけれども^{z)}、しかし裁判上の和解においてこの判断を制限するきっかけが博士たちに与えられないようにすることはできなかった^{aa)}。このことが勅法の意図に適っているのか、またその理と一致しているのかを、私はとても疑問に思う。

- x) ハイゲ『市民法およびザクセンの諸問題』第2部第9問題、ベルリッヒ『実務的に可能な諸結論』第2部第42結論、ガイル『実務の観察』第2巻第70考。
- y) ミュンジンガー『理論的・実務的論考 帝国官房の個別的観察』第6巻第91考。第1巻第33考も参照せよ。
- z) ベルリッヒ第2部第34結論。『ザクセン勅法意見集 *Consultationes constitutionum Saxonicarum*』第1巻第1部第12問および第2巻第1部第16問を参照。
- aa) 小カルプツォフ『ローマ・ザクセン司法の法学』第2部第34規定第4定義。

第11節 マクデブルク公領における実務はどのようなものか。

マクデブルク公領について言えば、なるほど私たちのところでは実務における当該法文の使用は明らかに見当たらず、むしろ反対にその使用を認めない規制が存在しており^{bb)}、とりわけもし君が、規制されていない残余の事案においては加害の証明を期待することができないということを考慮に入れるならば、当該法文の全ての使用が売買と賃貸においては容易に排除されるほどである。和解について言えば、た

とえここで私たちの法が選帝侯の勅法から適切に袂を分かっているとしても、しかし私は、そこに付された限定が^{cc)}、自然な衡平およびローマ法上の衡平にもとづく原理に従って残されるべきであったよりも大きな使用を、私たちの法廷においても残すのではないかと懸念している。

bb) マクデブルクポリツァイ条例第22章第12条「売買契約が法廷で成立して認証された時点に鑑みれば、売買の目的物は実際に自分に支払われた額の倍より高く処分されることが可能であった、と売主が主張しうるとしても、しかし彼に勅法彙纂第4巻第44章第2法文の恩恵は認められるべきではない。たとえ売主がこの恩恵を明示的に放棄しなかったとしても、そうである。あらかじめ行われた裁判上の査定にもとづいて物が競売に掛けられてそして競売で競り落とされたときも、同じことが当てはまる」。また、第47章第1条「誰であれ、用益賃貸借が締結された時点に鑑みると用益賃貸借に出された自分の物は〔実際の賃料の〕倍より高く利用されることが可能であり、そしてそれゆえに自分は用益賃貸借において自己の収益の半分を超えて減収させられたことを適法に証明しうるので、このような契約そのものが解消されるか、あるいは正当な用益賃料に不足している額が補填されるべきである。但し、彼が用益賃貸借契約において勅法彙纂第4巻第44章第2法文の恩恵を明示的に放棄したか、または用益賃貸借契約が法廷で認証されたときは別である。これらの場合、貸主には当該勅法彙纂第4巻第44章第2法文の恩恵が認められるべきではない」。

cc) 同第46章第1条「たとえ誰かが、和解が成立した時点を基準として、自分が和解のとき実際に負っていた額の倍より多くを負わされたこと、あるいは自分が実際に受け取るべきだった額の3分の1未満しか受け取らなかったことを適法に証明しようとしても、しかしとりわけその和解が裁判上で締結されたか、または余ないし余のマ

クデブルク当局によってあらかじめ行われた査定にもとづいてこれを承認したときは、この和解は解消されるべきではなく、また和解を維持したまま不足分の補填が法にもとづいて追求されるべきでもない。たとえ加害を主張する根拠になっている証書が和解の後で発見されたとしても、そうであるが、この場合は適法に次のことを主張して証明することができる。自分は減額を主張する根拠になっている証書を和解の時点ではその所持人に請求することができず、かつ自分はその証書の内容を知らなかったのだ、と。このような場合、和解は衡平に解消される」。

付記。

なるほど、博士たちは当該法文における脳内の衡平を讃えるために、自然法と良心においては誰であれ自分の物を実際より高く評価しない義務を負っているという論拠を用いているが、私はこの学位論文においてこのことを指摘しなかった。実際、[仮にそのような義務があるとすれば、] 違反者は偽りの不正な原因にもとづいて相手方から何かを奪ったり自分に何かを与えたりすることになるろう*。しかし、この主張が誤っていることは、この学位論文の中で明らかにされている。また誰であれ自分の物を際限なく評価しうるのであるから、この主張は意味を欠いており、そしてむしろ価格の自然本性からすれば逆のことが言われねばならない。なぜなら、いったいどうやって、自分の物を実際の額よりも高く評価しないように義務づけられるというのか。明らかに付和雷同している諸法文によれば、契約当事者たちによって評価された額があらゆる物の額であるというのに。

*) シルター『パンデクテン演習』第30巻第27章。

- (1) 本史料の内容については、田中実「継受ローマ法をめぐるクリスティアン・トマジウスの理論と実務——契約に対する実質的コントロール」法と政治36巻3号489-535頁（関西学院大学法政学会、1985年）の詳細な研究がある。
- (2) Johann Christoph von Dreyhaupt, *Pagus neletici et nudzici*, Bd. 2., Halle : Wäysenhaus, 1755, S. 733.
- (3) Franckesche Stiftungen, *Die Thalsaline – Halle und das Salz um 1700* <<https://www.francke-halle.de/de/ausstellungen-online/thalsaline>> accessed 11 May 2022
- (4) Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, Bd. 1., 3. Aufl., München : C.H. Beck, 2020, SS. 17ff.
- (5) 茂手木元蔵〔訳〕『アリストテレス全集14 大徳学 エウデモス倫理学 徳と悪徳について』（岩波書店、1968年）74頁。
- (6) 加藤伸朗〔訳〕『アリストテレス全集13 ニコマコス倫理学』（岩波書店、1973年）177-178頁。なお、加藤訳ではエピエイケイアが「公平」と訳されているので、引用にあたっては訳語の統一のため「衡平」に改めた。
- (7) Stephanus de Federicis, *De interpretatione iuris*, Frankfurt : Egenolph, 1535, p. 78.
- (8) François de Connan, *Commentaria iuris civilis*, Paris : Jacob Keruer, 1553, p. 28.
- (9) Schröder, a. a. O. (Anm. 4), S. 18.
- (10) *Ibid.*, SS. 18-19. なお、Schröderはこの個所で、16・17世紀における衡平を「補完的な法源 (ergänzende Rechtsquelle)」と捉えているけれども、訳者はやや異なる見解を有している。すなわち、17世紀の自然法論において、衡平は補完的な「法源 (Rechtsquelle)」ではなく、自然言語の不完全性を是正する解釈技法へと質的に転換されたのである。このことはプーフェンドルフおよびトマジウスの定義から明らかになる。プーフェンドルフとトマジウスの定義については、Takashi Izumo, *Die Gesetzgebungslehre im Bereich des Privatrechts bei Christian Thomasius*, Frankfurt am Main : Peter Lang, 2015, SS. 83-84を参照。
- (11) Schröder, a. a. O. (Anm. 4), S. 66 und S. 158.
- (12) Samuel von Pufendorf; Wilhelm Schmidt-Biggemann (Hrsg.), *De jure naturae et gentium*, Berlin : Akademie Verlag, 1998 (Gesammelte Werke 4), SS. 539-540.: “Bene autem Idem ad Nicom. L. 5. c. 14. (add. Idem magnor. moral. l. 2. c. 1. 2.) definit aequitatem per correctionem ejus, in quo lex deficit ob universalitatem; seu per dextram legis interpretationem, qua ex naturali ratione ostenditur, casum quendam peculiarem sub lege universali non comprehendi, eo quod alias absurdi quid inde sequeretur.”
- (13) Schröder, a. a. O. (Anm. 4), S. 158.

- (14) *Ibid.*, S. 158.
- (15) *Ibid.*, S. 159.
- (16) C 4.44.2 (Imperatores Diocletianus, Maximianus) “Rem maioris pretii si tu uel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut uel pretium te restituente emptoribus fundum uenditum recipias auctoritate intercedente iudicis, uel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse uidetur, si nec dimidia pars ueri pretii soluta sit.”
- (17) 石部雅亮「契約の自由と契約正義 - 1 - 「莫大損害」(laesio enormis)の歴史を中心に」法学雑誌30巻3・4号593-615頁(大阪市立大学法学会、1984年)、堀川信一「莫大損害(laesio enormis)の史的展開(1)(2)(3・完):その法的性質と要件・効果の結びつきを中心に」一橋法学3巻2号731-766頁、3号1171-1201頁、4巻1号189-229頁(一橋大学大学院法学研究科、2004-2005年)。
- (18) 契約における給付の均衡に関しては、大村敦志『公序良俗と契約正義』(有斐閣、1995年)の詳細な研究がある。
- (19) Izumo, a. a. O. (Anm. 10), SS. 192-193.
- (20) 例えばクリスティアン・ヴォルフ(Christian WOLFF, 1679 - 1754)は、トマジウスの価格理論を一顧だにしていない。Vgl. Christian Wolff, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, Bd. 4., Halae Magdeburgicae: Officina Libraria Rengeriana, 1744, par. 4. cap. 4. §. 905. und §. 926., S. 622 und S. 639.
- (21) Friedrich Karl von Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, in: *Thibaut und Savigny*, München: Verlag Franz Vahlen, 1973, S. 134.
- (22) アルベルト・ボログネッティ(Alberto BOLOGNETTI, 1538 - 1585)は、イタリアの法学者、聖職者である。グレゴリウス13世(在位1572 - 1585)のもとで活躍した。
- (23) ゲオルク・アダム・シュトルーヴェ(Georg Adam STRUVE, 1619 - 1692)は、ドイツの法学者、法実務家である。イエーナ大学教授であったが、学外の公務に多忙であった。
- (24) ヨーハン・シルター(Johann SCHILTER, 1632 - 1705)は、ドイツの法律家である。アカデミアからは長年冷遇されており、シュトラスブルク大学法学部で正規職を得たのは、1699年になってからであった。
- (25) トマジウスは書名を明らかにしていないが、スイスの神学者ヨーハン・ヤーコプ・ホフマン(Johann Jakob HOFMANN, 1635 - 1706)の*Lexicon universale historico-geographico-chronologico-poetico-philologicum*(1677年)およびフランスの聖職者ルイ・モレリー(Louis MORÉRI, 1643 - 1680)の*Le grand dictionnaire historique*(1674年)ではないかと推測される。

- (26) ヨーハン・アンドレアス・クベンステッド (Johannes Andreas QUENSTEDT, 1617 - 1688) は、ドイツの神学者である。ヴィッテンベルク大学教授。
- (27) グイド・パンキロリ (Guido PANCIROLI, 1523 - 1599) は、イタリアの法学者である。トリノ大学教授。
- (28) 訳者が参照したのは、Georg Adam Struve, *Syntagma jurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum concinnatum*, Jena: Matthaë Birckner, 1709である。
- (29) 訳者が参照したのは、Johann Schilter, *Praxis juris Romani, in foro Germanico juxta ordinem edicti perpetui et Pandectarum Justiniani opus theoretico practicum*, Frankfurt am Main : Francis Varrentrapp, 1733である。
- (30) アントン・ファーベル (Anton FABER, 1557 - 1624) は、フランスの政治家。シャンベリで評議員を、サヴォワで知事を務めた。シュヴァルツブルク＝ゾンダースハウゼン伯領の宰相アントン・ファーベル (1561 - 1635) は同姓同名の別人である
- (31) カスパル・ツィーグラール (Caspar ZIEGLER, 1621 - 1690) は、ドイツの法学者である。ヴィッテンベルク大学教授。
- (32) dicastice はギリシャ語 δικαστική をラテン文字で表記したもので、意味は司法である。
- (33) ラインハルト・バコフ・フォン・エヒト (Reinhart Bachoff VON ECHT, 1544 - 1614) は、ドイツのカルヴァン派信徒である。宗教弾圧によりハイデルベルクへ移住し、同地で著作活動に勤しんだ。
- (34) クイントゥス・アウレリウス・シンマクス (Quintus Aurelius SYMMACHUS, ca. 345 - 402/403) は、ローマの公職者、弁論家である。
- (35) Otto Seeck (Hrsg), *Q. Aurelii Symmachi quae supersunt*, Berlin: Weidmann, 1961では、Symmachi relationes の49に配置されている。
- (36) フランチェスコ・マンティカ (Francesco MANTICA, 1534 - 1614) は、ローマ・カトリック教会の枢機卿である。
- (37) ホアン・ガルシア・デ・サアベドラ (Juan García DE SAAVEDRA, 生没年不詳) は、スペインの法学者である。彼の著書『スペイン人たちの貴族と免除に関する論考 *Tractatus de hispanorum nobilitate et exemptione*』(1588年)のタイトル頁では「ガリシアの法学者 (Gallecus Jurisconsultus)」とある他に「無敗王フェリペ2世およびその王庫の事件における弁護人兼防御人 in causis invictissimi Regis Philippi II., et ejus Fiscii Regii Advocatus et Defensor」とあるので、今で言うところの検察官のような立場であったと推測される。
- (38) ゲオルク・バレンティン・フォン・ヴィンター (Georg Valentin VON WINTHER, 1578 - 1623) は、ドイツの顧問官である。ポメラニア公国の

フィリップ II 世に仕えた。

- (39) アントン・ヘリングス (Anton HERINGS, ??? - 1610) は、ドイツの法律家、顧問官である。オルデンプルク伯領で活動した。
- (40) ペーター・ハイゲ (Peter HEIGE, 1559 - 1599) は、ドイツの法学者である。ヴィッテンベルク大学教授。
- (41) ハルトマン・ピストリス (Hartmann PISTORIS, 1543 - 1603) は、ドイツの法律家である。ザクセン選帝侯アウグスト (在位1553 - 1586) の枢密顧問官。
- (42) オスヴァルト・ヒリガー (Oswald HILLIGER, 1583 - 1619) は、ドイツの法学者である。イエーナ大学教授。
- (43) Gaupp (1826) によれば、1686年にマクデブルクで訴訟規則 Processordnung が公布されたのち、1696年にその改正があった。Ernst Theodor Gaupp, *Das alte Magdeburgische und Hallische Recht*, Breslau : Josef Max und Komp., 1826, S. 160. ここで挙げられている新旧ポリツァイ条例はこれらのものであるように思われる。事実、1686年版の Processordnung の第18章第1条には、それと思しき規定がある。Vgl. *Chur-Fürstliche Brandenburgische Im Hertzogthume Magdeburg / Publicirte Proceß Ordnung. Anno 1686.*, Halle : Salfeld, 1686, S. 68.
- (44) ヨアヒム・ホッペ (Joachim HOPPE, 1656 - 1712) は、ドイツの法学者である。フランクフルト・アン・デア・オーダー大学教授。
- (45) マーティン・ケムニッツ (Martin CHEMNITZ, 1522 - 1586) は、ドイツの神学者である。フィリップ・メランヒトン (Philipp MELANCHTHON, 1497 - 1560) に師事し、宗教改革者としてヘルムシュタット大学の設立に寄与した。
- (46) ハイスベルト・フート (Gijsbert VOET, 1589 - 1676) は、オランダの神学者である。カルヴァン派。ユトレヒト大学教授。
- (47) マーティン・ショーク (Martin SCHOOCK, 1614 - 1669) は、オランダの論理学者、自然学者である。フローニンゲン大学で教授職を得たが、晩年はブランデンプルク選帝侯の招聘に応じて、フランクフルト・アン・デア・オーダー大学へ移籍した。
- (48) ジェラルド・ノート (Gerhard NOODT, 1647 - 1725) は、オランダの法学者である。ナイメーヘン大学およびフラネッカー大学で教鞭をとった。
- (49) クロード・フルーリ (Claude FLEURY, 1640 - 1723) は、フランスの聖職者である。アカデミー・フランセーズに選出され、教会史の編纂などに勤しんだ。
- (50) ハイน์リッヒ・フォン・コクツェイ (Heinrich von COCCEJI, 1644 - 1719) は、ドイツの法学者である。プーフェンドルフの後任としてハイデルベルク大学で教えた後、フランクフルト・アン・デア・オーダー大学教授。

- (51) ゲオルク・ミヒャエル・ヘーバー (Georg Michael HEBER, 1652 - 1702) は、ドイツの法学者である。ヴィッテンベルク大学教授。
- (52) ヨーハン・ヨアヒム・シェプファー (Johann Joachim SCHÖPFER, 1661 - 1719) は、ドイツの法学者である。ロストック大学およびキール大学で教鞭をとった。
- (53) この法文のモムゼン版は、解題の註16に掲載した。
- (54) この法文もモムゼン版とは異なるので、以下にモムゼン版の原文と翻訳を載せる。「あなたの意思にもとづいてあなたの土地をあなたの息子が売り渡してしまったとき、その売却が有効とされないためには、狡猾さと奸計とから生じた買主の悪意が論拠とされるか、あるいは死の恐怖ないし身体に差し迫った危害が明らかにされるべきである。というのも、少し安い価格で土地が売られたとあなたが主張するだけでは、この売却を解消するのに不十分だからである。なぜならすなわち、もしあなたが売買契約の実体を考えてみるならば、また安く手に入れたい買主と高く処分したい売主とが、多くの交渉の末に当該契約へ向かって次第に譲歩し合い、売主は要求した額からだんだんと引いていくことによって、反対に買主は申し込んだ額にだんだんと足していくことによって一定の価格に合意するということを考えてみるならば、あなたは次のことにはっきりと気付くはずだからである。売買の合意を重んじる信義誠実は害されておらず、また即時であれ価格の交渉後であれ合意によって結ばれた契約がこのような理由で解消されることを認める道理は存在しない、と。但し、売却時の正当価格の半分未満しか支払われなかったときは、以前買主に与えられた選択が遵守されるべきであるから、この限りでない。」(Si uoluntate tua fundum tuum filius tuus uenumdedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet uel metus mortis uel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata uenditio. hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum uenumdatum significas, ad rescindendam emptionem inualidum est. quod uidelicet si contractus emptionis atque uenditionis cogitasses substantiam et quod emptor uiliori comparandi, uenditor cariori distrahendi uotum gerentes ad hunc contractum accedant uixque post multas contentiones, paulatim uenditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque uenditionis conuentionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum uel statim uel post pretii quantitatis disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore uenditionis datum est, electione iam emptori praestita servanda.)。
- (55) ホアン・デ・ヴァレロ (Juan DE VALERO, 1550 - 1625) は、スペインの法学者、神学者である。カルトゥジオ会に所属していたこと以外は詳細不詳。

- (56) Heumann=Seckelの辞書で定義されているように、ここで言う「悪意 dolus」とは、何かを知っていることではなく、「禁止されたことを行う意思あるいは命じられたことを行わない意思」(der Wille, das Verbotene zu tun bzw. das Gebotene nicht zu tun)である。H. Heumann und E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11. Aufl., Graz : Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1971, S. 156.
- (57) つまり、原告の請求は「悪意の抗弁 exceptio doli」で退けられる。ここで念頭に置かれているのは、「過去の悪意の抗弁 exceptio doli praeteriti」ではなく、「現在の悪意の抗弁 exceptio doli praesentis」であろう。これらの抗弁については、Max Kaser, Rolf Knütel und Sebastian Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 21. Aufl., München : C.H.Beck, 2017, S. 206を参照。
- (58) ヨーハン・ヤーコプ・ヴィッセンバッハ (Johann Jakob WISSENBACH, 1607 - 1665) は、オランダの法学者である。フラネッカー大学教授。
- (59) ピエール・アイロール (Pierre AYRAULT, 1536 - 1601) は、フランスの法律家である。アンリ3世の時代に検察官を務めた。
- (60) クラウディウス・アイリアヌス (Claudius AELIANUS, ca. 175 - ca. 235) は、古代ローマの著述家である。
- (61) なぜなら、このスパルタの若者は罰金刑を科されたのであり、契約を解消されたのではないからである。
- (62) トリボニアヌス (TRIBONIANUS, ??? - 542/5) は、ビザンティン帝国の法学者である。ローマ法大全の編纂者の一人。
- (63) ジャック・クジャース (Jacques CUJAS, 1522 - 1590) は、フランスの法学者である。人文主義法学を代表する一人。
- (64) 土地の一部が売られたという意味ではなく、土地全体を売ったときに、売主が土地の性質・状態の一部を考慮に入れ忘れたという意味であろう。
- (65) ジャック・ゴトフロワ (Jacques GODEFROY, 1587 - 1652) は、フランスの法律家である。政務官等を歴任する傍ら、『テオドシウス法典 *Codex Theodosiani*』の編纂に努めた。
- (66) ジャック・ベルナール (Jacques BERNARD, 1658 - 1718) は、フランスの神学者である。ライデン大学教授。
- (67) つまり、「代金の少なさを理由として売買を解消することは全て許される」という全称命題と正反対の命題、すなわち「代金の少なさを理由として売買を解消することは全て許されない」という全称命題は、「半分を超える代金の少なさを理由として売買を解消することは許される」という命題をも否定しているからである。
- (68) 普通法において「通常期間の賃約 locatio conductio ad modicum tempus」と対置されるのは、「長期間の賃約 locatio conductio ad longum

tempus」である。前者においては通常の賃貸借関係が生じるが、後者においては借主に「準所有 *dominium utile*」が認められる。その結果、長期間の賃約の法的効果は、債務法上の賃約よりもむしろ物権法上の永代借地権に接近する。「長期間 *longum tempus*」とは、普通は契約期間が10年を超えるときを言う。Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town・München: Jura・C. H. Beck, 1992, p. 359.

- (69) これは損害額の証明の問題ではなく、「半分を超える *ultra dimidium*」の解釈の問題を指す。フゴリーヌス (HUGOLINUS, 生没年不詳) が伝えているところによれば、買主が物を正当価格よりも高く買った場合、代金額が正当価格の2倍を超えるとときに勅法彙纂第4巻第44章第2法文が適用されるとする見解と、1.5倍を超えるとときに適用されるとする見解とが対立していた。前者は比例計算を行うのに対して、後者は算術計算を行う。Gustav Friedrich HÄNEL, *Dissensiones dominorum: sive controversiae veterum iuris Romani interpretum qui Glossatores vocantur*, Leipzig : I. C. Hinrichsius, 1834, pp. 426-427.
- (70) アイレス・ピニエル (Aires PINHEL, ca. 1512 - ca. 1562) は、ポルトガルの法学者である。裁判官として活動した後、サラマンカ大学教授。
- (71) ドミニクス・アルマエウス (Dominicus ARUMAEUS, 1579 - 1637) は、オランダ出身の法学者である。イエーナ大学教授。
- (72) クィントゥス・ホラティウス・フラックス (Quintus HORATIUS Flaccus, B.C. 65 - B.C. 8) は、古代ローマの詩人である。ラテン文学を代表する一人。
- (73) 「普通の対価 *pretium vulgare*」とは、当事者たちの与え合う対価がいずれも金銭ではない場合を言う。その典型例は物と物との交換であるが、トマジウスは労務もこれに含まれると理解している。反対に、売買の場合は、金銭が「特殊な対価 *pretium eminens*」と呼ばれる。これについては、Christian Thomasius, *Institutiones jurisprudentiae divinae*, 7. Aufl., Aalen : Scientia Verlag, 1963, lib. 2. cap. 11. §. 6., p. 214を参照。
- (74) アウレリウス・アウグスティヌス (Aurelius AUGUSTINUS, 354 - 430) は、ローマ帝国の神学者である。ラテン教父を代表する一人。
- (75) ヨーハン・ニコラウス・ヘルティウス (Johann Nikolaus HERTIUS, 1651 - 1710) は、ドイツの法学者である。ギーゼン大学教授。
- (76) アウルス・ゲッリウス (Aulus GELLIUS, ca. 125 - after 180) は、古代ローマの著述家である。
- (77) ゲッリウスが伝えているところによれば、事実関係は次のようなものであったらしい。キケロはパラティヌスにある家を買おうと思ったが、あいにく持ち合わせがなかった。そこで、そのときキケロが弁護していたプーブリウス・コルネリウス・スッラから、購入資金を借りた。しかし、

キケロが家を買う前にこのことが発覚して、彼は弁護依頼人から金銭を授領したという理由で非難された。そこでキケロは、もし自分が金銭を受け取ったならば家を買っているはずだが、実際には買っていないので金銭を受け取っていないことは明らかであると言ひ逃れに成功した。ところが、裁判が終わった後でキケロはこの家を購入したので、嘘をついたという理由で元老院において政敵から非難された。キケロは、買おうと思っているにもかかわらず購入の競争相手がいるので買わない振りをすることは、分別があり用心深い家父の行いである、とこれをごまかした。無論、これが金銭授受の言い訳になっていないことは明らかであり、トマジウスも本文においてこのことを指摘している。

- (78) アンナエウス・セネカ (Annaeus SENECA, B.C. ca. 54 - A.D. ca. 39) は、古代ローマの著述家、弁論家である。大セネカ。
- (79) ルキウス・アンナエウス・セネカ (Lucius Annaeus SENECA, B.C. ca. 1 - A.D. 65) は、古代ローマの政治家、哲学者である。小セネカ。
- (80) ヤコブス・マエステルティウス (Jacobus MAESTERTIUS, 1610 - 1658) は、ベルギーの法学者である。ライデン大学教授。
- (81) グレゴール・ビッキウス (Gregor BICCIUS, 1603 - 1657) は、ドイツの法学者である。シュトラスブルク大学教授。「精選 elucleatum」という題名がついているのは、1616年から1617年にかけて『普遍的市民法パンデクテン、一名、シュトラスブルク法科大学 *Pandectae universi iuris civilis sive collegium iuridicum Argentoratense*』(訳者が確認できた限りでは2巻本)が刊行されており、その簡略版として出版されたからではないかと推測される。
- (82) ヨーハン・ハインリッヒ・ベックラー (Johann Heinrich BOECKLER, 1611 - 1672) は、ドイツの博学者である。シュトラスブルク大学教授で、法学から歴史学まで幅広く教えた。
- (83) ディエゴ・デ・コヴァルビアス (Diego DE COVARRUBIAS, 1512 - 1577) は、スペインの法学者である。サラマンカ大学教授。
- (84) アンドレア・ファチネイ (Andrea FACHINEL, 1549 - 1607/9) は、イタリア出身の法学者である。バイエルン公ヴィルヘルム5世(在位1579 - 1597)治世下のバイエルンへ移住し、インゴルシュタット大学で教鞭をとった。
- (85) アントニオ・ゴメス (Antonio GÓMEZ, after 1500 - before 1572) は、スペインの法学者である。サラマンカ大学教授。
- (86) ここで引用されている法文は、モムゼン版とかなり異なっている。Otto=Schilling 訳(1832)は、この箇所を註42で次のように解説している。「この箇所は、一方では様々な異文を理由として、他方ではおよそ明晰でない *stellatura* という単語を理由として、読み難くなっている。おそらく、*stellatura* (ゴトフロワはテオドシウス法典において *stillatura* としている)

とは、司令官に軍人たちから為された贈り物であった」。Carl Eduard Otto und Bruno Schilling, *Das Corpus juris civilis*, Bd. 6., Leipzig : Carl Focke, 1832, SS. 715-716.

- (87) ここは先の節と矛盾しているように見えるが、「法定価格 *legitimum pretium*」と「共通価格 *commune pretium*」とを対置することはプーフェンドルフが行っており、これをさしていると理解される。Samuel von Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Frankfurt am Main : Fridericus Knochius, 1684, lib. 5. cap. 1. § §. 8-9., pp. 676-678.
- (88) シャルトルのイヴォ (IVO Carnutensis, ca. 1040 - 1115) は、フランスの司教、教会法学者である。
- (89) *Läuterung* とは、マクデブルク法に見られる「既存の、何らかの決定とか判断について『軽度の修正』を加えること、またはそれを検討することである」。稲元格「F・エーベル編『マクデブルク法』に見る *Läuterung*」近畿大学法学59巻2・3号1-51頁 (近畿大学法学会、2011年) 46頁。
- (90) 本来ならば、この原註は b) のはずである。
- (91) ウルリク・フーバー (Ulrik HUBER, 1636 - 1694) は、フリースラントの法学者である。フラネッカー大学教授。
- (92) アンドレアス・フォン・ガイル (Andreas VON GAILL, 1526 - 1587) は、ドイツの法律家である。ケルンを中心に活動し、帝国裁判所の裁判官や宮廷顧問官などを歴任した。
- (93) ベネディクト・小カルプツォフ (Benedikt CARPZOV der Jüngere, 1595 - 1666) は、ドイツの法学者である。ライプチヒ大学教授。17世紀ドイツを代表する刑事法の大家。
- (94) ヨアヒム・ミュンジンガー・フォン・フルンデック (Joachim Mynsinger VON FRUNDECK, 1514 - 1588) は、ドイツの官僚、詩人である。それまでは非公開であった司法文書を初めて出版した人物である。
- (95) マティアス・ベルリッヒ (Matthias BERLICH, 1586 - 1638) は、ドイツの法律家である。ライプチヒで有名な弁護士となった。この人物については、藤田貴宏「相続と嫁資合意——現代的慣用とは何か—— (4)」独協法学95号69-149頁 (獨協大学法学会、2014年) 115頁以下を参照。

国連憲章下における 集団安全保障体制の枠組み

——安全保障理事会の権限と裁量の射程をめぐって——

本 吉 祐 樹

1. はじめに：問題の所在
2. 集団安全保障概念をめぐる歴史的経緯
3. 国連憲章下における集団安全保障体制の概要
4. 強制措置に関わる安保理による裁量の射程
5. おわりに

1. はじめに：問題の所在

2022年2月、ロシアはウクライナに対して「特別な軍事行動」を開始すると宣言⁽¹⁾、首都キエフを含むウクライナ全土への侵攻により、ウクライナ市民やインフラに甚大な被害が出ている⁽²⁾。国際連合（国連）のグテーレス（Guterres）事務総長は、ロシアによるウクライナ侵攻が、「国連憲章に違反する形」でなされたと述べ⁽³⁾、国際社会もこの侵攻を強く非難している。安全保障理事会（安保理）においては、アメリカを中心とした各国により、ロシアによるウクライナ侵攻は国際法に反し、即時停戦を求める内容を含む安保理決議の採択が目指されたが、ロシアの拒否権行使によって阻止された⁽⁴⁾。その結果、国際的に非難されるこの侵攻に対して、国連の集団安全保障体制は十分な機能を果たせていない。

本稿ではこのような背景を踏まえ、そもそも国連憲章下における集団安全保障体制とはいかなるものかについて論じる⁽⁵⁾。まず集団安全保障概念の歴史的背景を考察し（第2節）、その上で、国連憲章下の集団安全保障体制を条文に沿って分析する（第3節）。最後に国連憲章下の集団安全保障体制において、重要な位置づけを与えられている安保理の権限と裁量の射程について検討する（第4節）。

2. 集団安全保障概念をめぐる歴史的経緯

集団安全保障とは、外国からの攻撃や侵略から国家の安全を維持するための国際安全保障の一方式であり⁽⁶⁾、本節では、まず集団安全保障という概念がどのような歴史的経緯をもって構築されてきたかを検討する。集団安全保障概念は、「戦争」というものを国際法上いかに位置づけるか⁽⁷⁾、という「国際法上の戦争観念」についての歴史的な議論と深い関係がある。

(1) 集団安全保障概念の概要

集団安全保障概念は、多義的で統一的な定義はなく、それゆえに論者によりその定義は異なっている部分があるため⁽⁸⁾、これまでになされている議論について触れたい。例えば、岩沢の「参加国が武力を行使しないことを約束し、約束に違反して武力を行使した国に対して参加国が集団で対応する制度」というものや⁽⁹⁾、小寺の「武力行使一般を禁止するという原則に諸国が合意すると同時に、それを手続的に支えるメカニズム」が存在していること、という定義がある⁽¹⁰⁾。

また高野は、

国際社会あるいは国家の集団そのものの立場からそれに属する国家の安全を統一的に保障する。それらの国家の間では相互に戦争その他武力の行使を禁止し、これを破って平和を脅かす国があればこれらの国家が集団的に力を併せてそれを防止し、または鎮圧する。

ものとし⁽¹¹⁾、さらにそれは「集団的安全保障を定める一般条約」に基づいた組織によって担われるものだと定義する⁽¹²⁾。さらに、集団安全保障概念について体系的に論じたオラケラシュベリ (Orakhelashvili) は、集団安全保障の核心は、「集団的に特定された脅威に対応する集団的行動 (collective action in response to a collectively identified threat)」だとする⁽¹³⁾。

これらを踏まえれば、集団安全保障の定義について一定の方向性を見出すことができよう。特に集団安全保障体制を構成する要素について、以下の4点、①多国間の条約等によって担保され (条約による担保)、それに基づいて、②国家間の戦争を禁止し (戦争禁止)、③侵略等を行う国が存在した場合は、その脅威を特定し (脅威の特定)、④集団的に、軍事的、もしくは非軍事的手段を用いて脅威を鎮圧する制度 (強制措置)、を備えたものと整理することができる。本稿では、この枠組みを用いて分析していきたい。

(2) 「正戦論」とその限界

上述した4点の中において、最初に議論が進められたのは、②戦争禁止、をめぐるものであった。中世から近世においては、「正しい戦争」と「不正な戦争」を区別する「正戦論」が支配的であった⁽¹⁴⁾。「正戦論」は、正当原因のある戦争については悪ではないという主張であり、トマス・アクィナス (Thomas Aquinas) らにより発展させられ⁽¹⁵⁾、中世ヨーロッパにおいて広く受け入れられていた⁽¹⁶⁾。

そしてその理論は、グロティウス (Grotius) の「戦争と平和の法 (*De jure belli ac pacis*)」によって体系的に論じられ、3つの正当原因として、自己防衛 (defence)、奪われた財産の回復 (recovery of property)、自然法と理性に基づく処罰 (punishment based on natural law and reason) が挙げられた⁽¹⁷⁾。その一方で、他者の支配や、その土地を奪うことを目的とした戦争は不正なものとした⁽¹⁸⁾。

つまり「正戦論」の枠組みの下では、戦争というものは自由に行えるものではなく、一定の正当原因を満たした場合にのみ認められたので

ある。しかしその一方で、「戦争が発生した場合、双方とも正当性を主張して譲らぬ現実」が存在していた⁽¹⁹⁾。そのような場合には、正当原因の主張を客観的に判定する機関が必要となるが、そのための機関が存在しなかった⁽²⁰⁾。結果として、正戦論の厳格な適用は「緩和」されるようになり、別の枠組みである「無差別戦争観」に代わることとなった⁽²¹⁾。

「無差別戦争観」はこのように「国際法上の戦争」の合法性、違法性を論じる意味が薄れる中において形成された⁽²²⁾。この戦争観の下では、戦争に訴えることの国際法的制約が存在せず⁽²³⁾、事実上「無制限」に許されるものと解された⁽²⁴⁾。そしてこの戦争観の下では、国際的な安全保障体制として、対立する国家間の軍事バランスを保ち戦争を抑止する「勢力均衡」方式が志向された⁽²⁵⁾。

(3) 「無差別戦争観」から「戦争違法化」へ

しかし、19世紀半ば以降のクリミア戦争（1853～56年）や南北戦争（1861～65年）などの大規模な戦争を経て、戦争に対する法的規制の必要性が意識され⁽²⁶⁾、徐々に「戦争違法化」の動きが進められた。その契機として挙げられるのが、1907年の「契約上の債務回収のためにする兵力使用の制限に関する条約」（ポーター条約）である⁽²⁷⁾。その第1条において、「締約国は、一国の政府に対し他の一国の政府がその国民に支払われるべきものとして請求する契約上の債務を回収するために兵力に訴えざること」、つまり債務回収のための武力行使を制限している。

この点において、ポーター条約が結ばれたことは「戦争に訴える自由」を制限し、「戦争違法化」へと向かう国際世論の流れを示唆するものである⁽²⁸⁾。その流れは、国際連盟規約（連盟規約）や、「戦争抛棄ニ関スル条約」（不戦条約）へとつながり、新たな国際秩序の体制を模索する道が開かれた⁽²⁹⁾。そこでは「国家間の戦争禁止」を前提とする⁽³⁰⁾、集団安全保障体制が志向された⁽³¹⁾。

(4) 国際連盟の集団安全保障体制

第1次世界大戦後に設立された国際連盟において、加盟国は「戦争に訴えざる義務」を受諾した⁽³²⁾。そして、連盟規約第12条において、「国交断絶に至る虞のある紛争」については、司法的解決をはかり、第13条において、判決に服する国に対して戦争に訴えてはならないとした⁽³³⁾。

そのうえで、第16条1項において、これらの規定に反して、戦争を開始した国は、「他の総ての連盟国に対して戦争行為を為したるもの」とみなし、他の加盟国はその国と、「直ちに一切の通商上又は金融上の関係を断絶し、自国民と違約国国民との一切の交通を禁止し、且つ連盟国たると否とを問わず他の総ての国の国民と違約国国民との間の一切の金融上、通商上又は個人的交通を防遏すべきこと」と定めた。

筒井は国際連盟の体制を、「戦争違法化の原則を一般的形で打ち出したことにあるばかりでなく、何が違法な侵略であるかを示す手続を備えた最初の体制」と指摘した⁽³⁴⁾。実際に連盟規約の下、各加盟国が自由に戦争に訴えることを認めず、第16条において明示的な制裁規定が置かれ、その違反者への制裁を加盟国全体で行うことを制度化したことを踏まえれば、この指摘は妥当である。また加盟国の普遍性という点では国連には劣るものの、少なくとも欧州レベルでは、一応の集団安全保障体制を構築したことは留意すべきである⁽³⁵⁾。

一方で、軍事的制裁については、連盟理事会が、使用すべき兵力に対する加盟国の分担の程度を提案の義務があると言及するのみであり⁽³⁶⁾、さらに構造上の問題として、連盟理事会の決定に拘束力がなかった⁽³⁷⁾。国際連盟による制裁が発動された事例は、イタリアによるエチオピア侵攻（1934～36年）が挙げられる。イタリアとエチオピアの領土をめぐる紛争に際して、連盟理事会は、連盟規約第11条、及び第15条に沿って、平和的解決を試みた⁽³⁸⁾。

しかしその間に、イタリアはエチオピアに宣戦し、侵攻を開始した。国際連盟は第16条に基づく制裁の適用を決定するも、その実施につい

ては各国の判断に委ねられ、主要国は本格的な経済制裁に消極的であった⁽³⁹⁾。結果として、イタリアに対して十分な制裁は実施されず、エチオピアの首都アディスアベバは陥落、エチオピア皇帝は亡命し、戦争は終結した⁽⁴⁰⁾。このように国際連盟は、イタリアによるエチオピア侵攻を止めることができず、国際連盟下の集団安全保障体制は実効性に欠けるものであった⁽⁴¹⁾。

(5) 不戦条約

国際連盟期に締結された「戦争」概念の取り扱いをめぐる重要な条約が不戦条約である⁽⁴²⁾。その第1条において、「締約国は、国際紛争解決のために戦争に訴ふることを非とし」、かつ、その相互関係において「国家政策の手段として戦争を放棄する」ことを宣言し、戦争の廃絶を訴えた⁽⁴³⁾。この条約は、「自助としての戦争」を国際的な枠組みにおいて、「形式的」とはいえ、明示的に禁止したという意味では大きな進展である⁽⁴⁴⁾。

そしてそれは、当時の国際社会が「戦争違法化」を志向していたことを示すものとして重要な意義を持つ。もっとも、その違反国への制裁を特別に規定しておらず⁽⁴⁵⁾、実質的な「戦争」の法的規制としては不十分で、連盟規約で提示された義務を越えるものではなかった⁽⁴⁶⁾。

(6) 小括

ここまで、集団安全保障概念をめぐる歴史的経緯を見てきた。「正戦論」から「無差別戦争観」への転換⁽⁴⁷⁾、そして20世紀になり、戦争に訴える自由を制限する「戦争違法化」が進展した。そのような経過の中で、国際的な安全保障体制として「勢力均衡」方式から、集団安全保障体制の構築が目指されたのである。

具体的な動きとして、国際連盟の設立、及び不戦条約により、集団安全保障の4つの要素、①条約による担保、②戦争禁止、③脅威の特定、④強制措置、のうち、少なくとも①は連盟規約の発効において、

②は連盟規約の前文、及びそれを明確化する形での不戦条約において果たされ、③、④についても、連盟規約により制度化され、特に第16条に基づく制裁を中心として、集団安全保障体制が構築されたことが確認された⁽⁴⁸⁾。その一方で、連盟理事会の集団安全保障に関する決議は、あくまで勧告にとどまったこともあり⁽⁴⁹⁾、その実効性の観点から不十分な点があった。藤田は、国際連盟の集団安全保障体制について、国際連盟の制裁の仕組みは「実際には機能することなく失敗した」と総括する⁽⁵⁰⁾。

3. 国連憲章下における集団安全保障体制の概要

国際連盟は、第2次世界大戦の勃発を防ぐことができなかった。国連の集団安全保障体制は、その「失敗」の反省に立って再構築されたといえる⁽⁵¹⁾。本節では国連憲章の成立により、いかに集団安全保障体制が再構築されたか条文を踏まえて分析する。

(1) 国連憲章の制定とその枠組み

第2次世界大戦が続く中、アメリカなど連合国を中心として、1943年の「モスクワ宣言」において国際連盟に代わる新たな「一般的国際機構」設立の必要性について言及された⁽⁵²⁾。「モスクワ宣言」を具体化する形で、アメリカ、イギリス、ソビエト連邦（ソ連）、中華民国の参加による、1944年のダンバートン・オークス会談で草案（ダンバートン・オークス提案）が策定された⁽⁵³⁾。その第8章B節において、現行の国連憲章につながる安保理を中心とする集団安全保障体制が明示されていた⁽⁵⁴⁾。

そのダンバートン・オークス提案を基に、1945年に開催されたサンフランシスコで開催された「国際機構に関する連合国会議」（サンフランシスコ会議）にて、国連憲章起草へ向けた最終の議論がなされた。ここでは「自衛権」に関する規定が挿入されるなどの変更はあったものの⁽⁵⁵⁾、全体としては基本的にダンバートン・オークス提案で示された

武力不行使原則や、紛争の平和的解決などの加盟国に課せられた義務が順守されない場合には、安保理は一定の行動を取りうるのである⁽⁶⁶⁾。

まず安保理は、第24条1項において、「国際連合の迅速且つ有効な行動を確保するために、国際連合加盟国は、国際の平和及び安全の維持に関する主要な責任を安全保障理事会に負わせるものとし、且つ、安全保障理事会がこの責任に基く義務を果たすに当って加盟国に代って行動することに同意する。」とされている。また第25条において、加盟国は安保理の決定を「受諾し且つ履行することに同意」とされていることから、安保理決議に、「一般に加盟国全部を拘束する法的効力」が認められている⁽⁶⁷⁾。

(2) 第7章下における「脅威の特定」と「強制措置」

国連憲章は第6章において、紛争の平和的解決が定め、第7章において強制措置が具体的に規定されている⁽⁶⁸⁾。国連の集団安全保障において重要な論点の1つが、「脅威の特定」と「強制措置」の発動であり、脅威の特定に関わる条文が第39条である。そこでは、安保理は「平和に対する脅威、平和の破壊又は侵略行為の存在を決定」する、と定められている⁽⁶⁹⁾。この第39条は、「安保理による第7章の措置の入口 (the 'gateway' to the enforcement powers of the Council)」であり⁽⁷⁰⁾、第7章に基づく措置を取る際には、ここに列挙された3つの概念（「平和に対する脅威」、「平和の破壊」、「侵略行為」）のいずれかの決定が必要とされる⁽⁷¹⁾。

また、安保理が「平和に対する脅威」、「平和の破壊」、「侵略行為」の決定がなされたのちには、第41条、もしくは第42条に従った強制措置を決定するかを判断する⁽⁷²⁾。ただし、第40条において、そのような強制措置を決定する前に、事態の悪化を防ぐための「暫定措置に従うように関係当事者に要請」できることを定められている。この暫定措置は、関係当事者の権利や地位などに害を与えない暫定的なものであり、具体的には敵対行為の停止などである⁽⁷³⁾。

次いで第41条で安保理による決定を実施するため、「兵力の使用を伴

わなないいかなる措置を使用すべきか」を決定できる⁽⁷⁴⁾。国際連盟下の経済制裁は、各国が個別に判断するものであったのに対し、国連憲章体制においては、安保理により拘束力を持つ決定がなされ、また経済制裁のみならず、幅広い措置が行われている⁽⁷⁵⁾。その例として、安保理決議827による旧ユーゴスラビア国際裁判所 (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: ICTY) の設置や⁽⁷⁶⁾、湾岸戦争後に、安保理決議687に基づいて設置された「イラク、クウェート間の境界画定委員会 (the Iraq-Kuwait Boundary Demarcation Commission)」がある⁽⁷⁷⁾。これらは、それぞれ裁判所の設置や、国境画定など、経済制裁の枠を越えたものであり、特に ICTY の設置については、安保理の強制措置とは「本質的に相容れない」という指摘もあるほどだが⁽⁷⁸⁾、少なくとも第41条の非軍事的措置の「多様化」を示唆する事例であろう⁽⁷⁹⁾。

次いで、国連憲章の起草者により安保理に与えられる「最も重要な権限」とされるのが⁽⁸⁰⁾、軍事的強制措置を定めた第42条である。第42条は、「安全保障理事会は、第41条に定める措置では不十分であろうと認め、又は不十分なことが判明したと認めるときは、国際の平和及び安全の維持又は回復に必要な空軍、海軍又は陸軍の行動をとることができる。」と定めており、この条文において、連盟規約では不十分であった軍事的強制措置について明確に定められている⁽⁸¹⁾。このように、国連憲章では安保理を中心とした拘束力を持った制裁の仕組みを整えられ、その制度は連盟規約で提示されたものよりも強化されている。

国連憲章下の軍事的強制措置の実施にあたっては、加盟国から軍隊が提供されることが前提であり⁽⁸²⁾、第43条1項にて、「すべての国際連合加盟国は、安全保障理事会の要請に基き且つ1又は2以上の特別協定に従って、国際の平和及び安全の維持に必要な兵力、援助及び便益を安全保障理事会に利用させることを約束する。」と定められている。つまり、国連憲章の起草者によって想定された軍事的強制措置のありかたは、「特別協定」に基づいて各加盟国から提供される兵力によって構成された「国連軍」により対処するものであった⁽⁸³⁾。

(3) 小括

ここまで国連憲章下の集団安全保障体制の全体像について見てきたが、国連憲章の成立により、集団安全保障の制度的な仕組みが整えられた。①条約による担保は、国連憲章の成立によりなされ、最終的に、世界のほぼ全ての独立国家を含む普遍的な体制を実現した⁽⁸⁴⁾。さらに、②戦争禁止は、第2条4項における武力不行使原則の定立、③脅威の特定は、第39条にて、そして、④強制措置もまた、第7章によって整備された。

このように、国連憲章体制下において集団安全保障の枠組みが整備されたが、その一方で、安保理の権限と裁量の射程については国連憲章の文言上、明確な規定はなく、その射程に関する議論はいまだ収束していない⁽⁸⁵⁾。この点については、国連憲章の起草過程においても必ずしも明確に詰められておらず、むしろ広範な裁量を確保するために曖昧さを残したとも指摘される⁽⁸⁶⁾。その意味で、一定程度その裁量が拡大する余地は織り込まれており、強制措置は違法行為に対する制裁のみならず、「一般的な安全の維持といった観点」から、幅広い範囲で発動されうる⁽⁸⁷⁾。しかしながら、ICTYの設置など、起草者が想定し得ないであろうとされる範囲まで、安保理の機能が制定時から拡張している⁽⁸⁸⁾。そのため、国連憲章下の集団安全保障体制を理解するためには、強制措置に関わる安保理の裁量についての検討が必要となる。

4. 強制措置に関わる安保理による裁量の射程

国連憲章上、安保理は国際の平和と安全に対する「脅威の特定」と「集団行動の発動」に関して決定的な役割を果たす構造となっている。もっともその裁量については論争があり、強制措置に関わる安保理の裁量が無制約なものとする立場と、一定の制約があるという立場に分かれる。

(1) 強制措置に関わる安保理の裁量に法的制約を課さないとする立場

国連憲章上、安保理の権限は、特に強制措置の決定及びその実施に関して強大である。それを示す例として、国連憲章第2条7項のいわゆる「内政不干涉原則」を定めた条文において、安保理による強制措置は内政不干涉原則の例外とする明示的な注釈がついていることが挙げられる⁽⁸⁹⁾。つまり国内問題であっても、その事態の悪化が国際の平和と安全に関わる状態と安保理がみなした場合には、強制措置が適用されうる⁽⁹⁰⁾。

さらに第103条において「憲章に基く義務」と「他のいずれかの国際協定に基く義務」が抵触する場合には、憲章の義務を優先する、という「憲章義務の優先原則」が存在する⁽⁹¹⁾。この規定はあくまで、国連憲章に基づく義務を優先させるものであり、他の協定そのものをただちに無効にするのではない。とはいえ、国連憲章制定の前はもちろん、その後に成立した協定に対しても、この規定が適用されることに鑑みれば⁽⁹²⁾、そのような憲章上の義務を課す立場にある安保理の立場の強さを示唆するものである。

これらの規定を見てもわかるように、国連憲章上、加盟国に義務を課す安保理の権限は強大である⁽⁹³⁾。このような背景を踏まえ、国連憲章上、安保理の権限と裁量を全面的に認め、その強制措置の裁量に法的制約を課さないとする立場が存在する。その代表的論者であるケルゼン (Kelsen) は、安保理の決定は、その決定時点での法を越える判断をすることを認める⁽⁹⁴⁾。なぜなら、第39条の下で実施される強制行動の目的は、法を維持、回復させることではなく、「平和を維持、回復させることであり、その平和は必ずしも法と同一ではない」からである⁽⁹⁵⁾。さらに、国際の平和と安全の維持が目的であるため、安保理には、「もし現行法が不十分であると考えられる場合には、正義を確立するという権限が与えられており、現行法に一致していないものの、正義と考えられる決定を強制できる」とさえ断言する⁽⁹⁶⁾。

しかしながら、強制措置に関わる安保理の裁量を無制限とし、いか

なる法的制約を課さないという立論は受け入れ難い。最上も指摘するように⁽⁹⁷⁾、国連憲章が国際法の尊重姿勢を示していることから⁽⁹⁸⁾、安保理が国際法上の制約を一切受けることなく行動できるとは考え難いからである。安保理が国連憲章に基づいて設立された組織である以上は、その決定や行動の合法性も国連憲章の趣旨に沿ったものであるべきであろう⁽⁹⁹⁾。

よって、強制措置に関わる安保理の裁量には、国連憲章上、制約があるとの結論は妥当である⁽¹⁰⁰⁾。その上で、その制約の法的根拠についても争点の1つであり、大きく分けて、①国連憲章上の手続的制約、②国連憲章上の実質的制約、そして、③国連憲章外の実質的制約、の3点が挙げられる⁽¹⁰¹⁾。以下で順に検討していきたい。

(2) 国連憲章上の手続的制約

安保理の裁量を制約する国連憲章上の手続的制約の代表例が、安保理の投票行動に関するいわゆる拒否権の規定である⁽¹⁰²⁾。国連憲章第27条において、「安全保障理事会の決定は、常任理事国の同意投票を含む9理事国の賛成投票によって行われる。」とされており、常任理事国の「同意投票」がない場合は、安保理の決定が妨げられるものとなる。

ただし、第27条における「同意投票」の解釈をめぐって議論の余地があり⁽¹⁰³⁾、それは常任理事国による採決の棄権、ないし欠席が安保理決議の採択を妨げるか否かである⁽¹⁰⁴⁾。この点について参照されるのが、英語と同様ひとしく国連憲章の正文でもあり⁽¹⁰⁵⁾、より趣旨が明確なフランス語訳である。そこでは、「全ての常任理事国 (tous les membres permanents) の賛成投票」が必要となっており、1ヵ国以上の常任理事国の棄権、欠席は採択を妨げることがより明確になっている⁽¹⁰⁶⁾。

その一方で、実行としては、常任理事国による採決の棄権、欠席があるにも関わらず決議が採択されてきた⁽¹⁰⁷⁾。まず常任理事国による採決の棄権についてだが、この点は、1947年のインドネシア問題において、英国代表が、自国の棄権が拒否権の行使ではない旨を述べた上で投票

を棄権したことを皮切りに、頻繁に見られるようになった⁽¹⁰⁸⁾。ICJでもナミビア事件において、常任理事国による採決の棄権を含む採決結果によって採択された安保理決議の有効性の文脈で問われることとなり、ICJは、安保理の長きに渡る議事進行が示すものとして、一貫して、「常任理事国による自発的な棄権の慣行 (the practice of voluntary abstention by a permanent member) は、安保理決議の採択を妨げるものではない」と解釈されているとした⁽¹⁰⁹⁾。それゆえに、安保理決議の採択を望まない場合には、否決の票を投じるべきとした⁽¹¹⁰⁾。この勧告的意見にも示されたように、常任理事国による採決の棄権は、拒否権の行使に該当しないということは、事後の慣行としてその慣習法性を認められた⁽¹¹¹⁾。また常任理事国による採決の欠席についても、1950年の朝鮮戦争時における、ソ連の欠席にも関わらず、安保理決議の採択がなされた例が存在し、この点についても「意図的な欠席は拒否権行使の放棄」とみなすことが妥当とされる⁽¹¹²⁾。

よって、常任理事国による採決の棄権及び、欠席が安保理決議の採択を妨げないというのは、長期の慣行によって、「国連法の慣習規則」として認められ⁽¹¹³⁾、拒否権の行使とは「否決票」を投じることを意味しよう。そして、常任理事国による否決票が、安保理の決定を妨げるものである以上、国連憲章の手続き上の観点から強制措置に関わる安保理の裁量を限界づけるものである。実際に冷戦期には、各国が個別の国益を優先するため、頻繁に拒否権が行使されてきた事実がある⁽¹¹⁴⁾。拒否権は、「国連憲章により構築された制度的な保障措置」、つまり一部の安保理の常任理事国の意向で強制措置の決定がなされないための仕組みといえる⁽¹¹⁵⁾。

(3) 国連憲章上の実質的制約

次に国連憲章上の実質的制約について検討する。この点について詳細に分析を加えた森川は、国連憲章の「条文中」に強制措置に関わる安保理の裁量を実質的に制約する根拠があるかについて検討する⁽¹¹⁶⁾。

そこで挙げられたのが、第39条における「平和に対する脅威、平和の破壊、侵略」という文言、及び第1条、第2条などに見られる国連の目的及び原則である⁽¹¹⁷⁾。

第39条に列挙された3つの概念（「平和に対する脅威」、「平和の破壊」、「侵略行為」）については、国連憲章上、具体的な要件等の規定はされておらず、安保理の裁量に委ねられている現状がある⁽¹¹⁸⁾。また国連憲章にそれらの概念を規定する試みも「安保理の活動の柔軟性を制約」しかねないとして失敗に終わっている⁽¹¹⁹⁾。つまり、国連憲章の起草者は、強制措置に関わる安保理の裁量を広く認めようとしていたことが、この点からも示唆されよう。

もっとも「平和の破壊」概念、及び「侵略」概念については、その適用に一定の限度があると考えられる。「平和の破壊」概念については、「他国に対する軍事行動に伴う武力紛争発生のすべての状態」とされ、実際に認定された朝鮮戦争（1950～53年）や、湾岸戦争（1990～91年）の事例もそれを裏付けるものとなっている⁽¹²⁰⁾。また、「侵略」概念については、1974年の国連総会において採択された「侵略の定義」が一定の示唆を与えてくれよう⁽¹²¹⁾。「侵略の定義」第3条a項において、「一国の軍隊による他国領域に対する侵略若しくは、攻撃、一時的なものであってもかかる侵入若しくは攻撃の結果もたらせられる軍事占領、又は武力の行使による他国の全部若しくは一部の併合」というように、これも相当程度の烈度を伴った軍事力の行使であることが示唆される⁽¹²²⁾。よって、「平和の破壊」概念、及び「侵略」概念はいずれも、「何らかの組織的な物理的暴力」、つまり相当程度の烈度の軍事力の行使を想起させるという意味において、それらの認定に際しての安保理の裁量に一定の制限を課す語として理解できよう⁽¹²³⁾。

その一方で、「平和に対する脅威」概念は曖昧さを持ち、その射程について争われてきた⁽¹²⁴⁾。「平和に対する脅威」概念の定義をめぐる詳細な議論は本稿の射程外ではあるが、その脅威に、急迫性や、直接性、継続性があるか、など一定の基準の存在が論じられている⁽¹²⁵⁾。少なく

とも「平和に対する脅威」概念については、一国の他国に対する軍事力の行使にとどまらず、一国内の内戦などの「国内的事態」を含むものと解されている⁽¹²⁶⁾。

それに加えて、「隣国に対する非友好的な態度、国際平和の維持に対する協調の欠如」さえも該当するという指摘もある⁽¹²⁷⁾。もっとも、これらの軍事力の行使を伴わない国内的事態さえも果たして、第39条の「平和に対する脅威」概念に該当するか疑問の余地はある。しかし、このような議論が存在すること自体、「平和に対する脅威」概念が広範な意味を持ちうることを示唆し⁽¹²⁸⁾、この概念が、「平和の破壊」概念、及び「侵略」概念と比較して、その認定に際して安保理の裁量を実効的に制約するものとは言い難い⁽¹²⁹⁾。

次に、「国連の目的と原則」が強制措置に関わる安保理による裁量の制約となるか否かである。第24条2項において、安保理は、国際の平和及び安全の維持に関する主要な責任に基く義務を果たすに際して、「国際連合の目的及び原則に従って行動しなければならない」とされている。この条文は、具体性に欠く面はあるものの、安保理が「国連の目的と原則」に反する行動ができない法的制約となろう。また国連憲章前文にある「正義と条約その他の国際法の源泉から生ずる義務の尊重」や、第1条に見られる「正義及び国際法の原則に従って」などの文言は、安保理といえども国際法に縛られる存在であることを示唆している⁽¹³⁰⁾。

加えて、有力な法的制約の根拠として検討されるのが、国連加盟国は、「安全保障理事会の決定をこの憲章に従って受諾し且つ履行する (accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter) ことに同意する」とされている国連憲章第25条の解釈である⁽¹³¹⁾。特に英語の正文については、複数の解釈の余地があり、それは強制措置に関わる安保理の裁量を議論するにあたって極めて重要な論点となっているため、デ・ウェット (de Wet) らにより詳細な分析が加えられている⁽¹³²⁾。

まず第1の解釈として、第25条の「この憲章に従って (in accordance with the present Charter)」という箇所は、あくまで「加盟国が」安理の決定を「憲章に従って」受諾、履行すること、と解釈する立場（日本語の公定訳はこちらのニュアンスに近い）であり、この立場によれば、加盟国は安理の決定にはその内容に関わらず従わねばならないことになる⁽¹³³⁾。そして第2の立場は、この「この憲章に従って」という文言を「安理の決定」に係るよう解釈する立場、つまり「憲章に従ってなされた安理の決定」に従う、と解釈するものである⁽¹³⁴⁾。

第2の立場に立てば、加盟国は、あくまで安理によってなされた「憲章に従っている範囲における (in as far as they were taken in accordance with the Charter)」決定に、従えばよいということになる⁽¹³⁵⁾。その上で、この立場を支持するデ・ウェットは、「もし仮に、安理による決定の違法性が疑問の余地のない程であり、安理がその違法性を取り消す意思が無いことが明白な場合において」は、安理決議の履行を拒否しうるという結論に至る⁽¹³⁶⁾。もちろん、これはあくまで「最後の手段の権利」としているもの⁽¹³⁷⁾、安理決議の履行を各加盟国の判断により拒否しうる可能性を指摘するものである。

さらに、ジャナコプーロス (Tzanakopoulos) も同様に、安理の「権限内の決定 (intra vires decisions)」には従わねばならないが、「権限外の決定 (ultra vires decisions)」は拘束力を持たず、加盟国は従う必要はないとし⁽¹³⁸⁾、「対抗措置」に基づく、そのような安理の決定の履行拒否、すなわち「不服従」を説く⁽¹³⁹⁾。最上もまた、慎重な言い回しながらも、第25条が、安理決議の内容が「憲章に則すべきこと」を定めていると解釈できうとする⁽¹⁴⁰⁾。

ICJにおいては、ナミビア事件のフィッツモーリス (Fitzmaurice) 判事が個別意見において、国連憲章第7章に基づいて行動している場合にあっては「安理は領域主権やその管理権を廃止したり、変更する権限はない (no power to abrogate or alter territorial rights, whether of sovereignty or administration)」とし⁽¹⁴¹⁾、強制措置に関わる安理の裁量が制約さ

れうることが、個別意見とはいえ ICJ の判事からも提示されている。領土保全の原則は国連憲章において明示されているものであり⁽¹⁴²⁾、この個別意見も、強制措置に関わる安保理の裁量が無制限ではないという主張を支えるものとなる。よって強制措置に関わる安保理の裁量は国連憲章上、前文、第1条、第24条、及び第25条を根拠として、「国連の目的と原則」に制限されると解されよう。

(4) 国連憲章外の実質的制約

国連憲章外の実質的制約の根拠として想定されるのは、いわゆる「強行規範 (*jus cogens*、ないし *peremptory norm*)」との関係性である。条約法に関するウィーン条約第53条において、いかなる逸脱も許されず、また、「後に成立する同一の性質を有する一般国際法の規範によってのみ変更することのできる規範」として、国際社会全体に受け入れられている規範である⁽¹⁴³⁾。国家責任条文においても、「強行規範上の義務」という文言が存在し、国際法上の概念として幅広く受け入れられている⁽¹⁴⁴⁾。国際法委員会 (International Law Commission: ILC) により強行規範に反するものとして挙げられたのは、国連憲章に反する武力行使を容認する条約、奴隷貿易、海賊、ジェノサイドなどである⁽¹⁴⁵⁾。

ローターパクト (Lauterpacht) 判事はジェノサイド条約適用事件、仮保全措置命令 (1993年) の個別意見において、ジェノサイドの禁止は、「通常の国際法ではなく、強行規範」であるとした上で、このような強行規範に反する安保理決議に関しては、第103条が適用されないとした⁽¹⁴⁶⁾。強行規範の性質に鑑みても、強行規範に反する安保理の決定は、加盟国が従う法的義務はないという結論は妥当である。

(5) 小括

ここまでの分析で、国連憲章上、安保理は強大な権限と十分な裁量を有しているが、その権限と裁量は法的に無制約なものではなく、国連憲章上、及び国連憲章外の根拠によって、制約されることが確認さ

れた。まず国連憲章上の手続的制約である、安保理の投票行動、特に拒否権の存在である。次いで国連憲章上の実質的制約として、「国連の目的と原則」に沿うことが求められ、さらに国連憲章外では、強行規範による制約も存在する。

5. おわりに

ロシアによるウクライナ侵攻は、国連憲章体制、特にその根幹である集団安全保障体制への挑戦であることは間違いない⁽¹⁴⁷⁾。その挑戦に対して、国際社会がいかなる対応策をとるかを論じるに際して、そもそも国連憲章体制がいかなるものなのか、その射程を正確に捉える必要がある。本稿では、国連憲章下の集団安全保障体制の現状を明らかにするため、まず、集団安全保障概念をめぐる歴史的経緯について整理し、それを踏まえ、国連憲章体制下の集団安全保障体制がいかなるものかについて分析した。

国連憲章体制下において制度的に整えられた集団安全保障体制は、それまでの歴史的な試みと比較すれば、最も実効的、かつ集権的なものであり、それは安保理に強大な権限を認めることによって成し得たものである。しかしながら、いかに強大な権限が認められようとも、強制措置に関わる安保理の裁量は無制限なものではなく、「国際の平和と安全の維持という目的」に沿ったものでなければならない⁽¹⁴⁸⁾。そしてそれは安保理といえども国連憲章、及び国際法の制約に服することを意味し、それによってこそ国連憲章下の集団安全保障体制が適切に機能しうるのである⁽¹⁴⁹⁾。

本稿での分析を通じて、国連憲章下における集団安全保障体制のあり方、及びその限界についての国際法上の理論的枠組みは明らかとなったが、強制措置に関わる安保理による裁量の制約の詳細など⁽¹⁵⁰⁾、いまだに検討すべき課題は残っている⁽¹⁵¹⁾。安保理がいかなる脅威に、いかなる強制措置を国連憲章上取りうるのか、という議論は引き続き喫緊の課題である。

※本稿は、JSPS 科研費 JP21K20097の助成を受けた研究成果の一部である。

- (1) “Russia and Ukraine War 2022: Latest updates and fotos from Ukraine-Russia war,” *BBC* (February 27, 2022), at <<https://www.bbc.com/pidgin/world-60544548>> (as of March 19, 2022).
- (2) “Situation in Ukraine,” *United Nations High Commissioner for Human Rights* (March 25, 2022), at <<https://www.ohchr.org/en/statements/2022/03/situation-ukraine>> (as of May 8, 2022).
- (3) “Guterres: War in Ukraine one of the greatest challenges ever,” *United Nations* (UN) (April 5, 2022) at <<https://unric.org/en/guterres-war-in-ukraine-one-of-the-greatest-challenges-ever/>> (as of May 8, 2022).
- (4) “Security Council Fails to Adopt Draft Resolution on Ending Ukraine Crisis, as Russian Federation Wiields Veto,” *UN Meetings Coverage and Press Releases* (February 25, 2022) at <<https://www.un.org/press/en/2022/sc14808.doc.htm>> (as of May 8, 2022).
- (5) ロシアによるウクライナ侵攻の国際法上の位置づけについては様々な議論がなされているが、本稿の主題はあくまで、国連憲章下における集団安全保障体制の分析であるため、この侵攻の法的分析は別稿にて行う。この点を論じたものとして、Nico Krisch, “After Hegemony: The Law on the Use of Force and the Ukraine Crisis,” *EJIL:Talk!* (2 March 2022) at <<https://www.ejiltalk.org/after-hegemony-the-law-on-the-use-of-force-and-the-ukraine-crisis/>> (as of 8 May 2022); Marko Milanovic, “What is Russia’s Legal Justification for Using Force against Ukraine?,” *EJIL:Talk!* (February 24, 2022) at <<https://www.ejiltalk.org/what-is-russias-legal-justification-for-using-force-against-ukraine/>> (as of 8 May 2022) など。
- (6) 浅田正彦「国際安全保障」浅田正彦編『国際法（第4版）』（東信堂、2019年）473頁。
- (7) 祖川武夫「カール・シュミットにおける『戦争観念の転換』について（一）」小田滋編『国際法と戦争違法化：その論理構造と歴史性：祖川武夫論文集』（信山社、2004年）114-15頁参照。
- (8) 最上敏樹「集団安全保障」『UP』（2015年）24頁、香西茂『国連の平和維持活動』（有斐閣、1999年）9頁（脚注1）参照。
- (9) 岩沢雄司『国際法』（東京大学出版会、2020年）718頁。
- (10) 小寺彰『パラダイム国際法—国際法の基本構成』（有斐閣、2004年）226頁。
- (11) 高野雄一『国際法概論（全訂新版）（下）』（弘文堂、1986年）329頁。
- (12) 同上。

- (13) Alexander Orakhelashvili, *Collective Security* (Oxford University Press 2011), p. 4.
- (14) 柳原正治「いわゆる『無差別戦争観』と戦争の違法化—カール・シュミットの学説を手がかりとして—」『世界法年報』第20巻(2001年)3-4頁参照。
- (15) 筒井若水『戦争と法(第2版)』(東京大学出版会、1976年)57頁。
- (16) 藤田久一『国際人道法(増補版)』(有信堂、2000年)7頁参照。
- (17) Hugo Grotius translated by Neff Stephen (ed), *Hugo Grotius on the Law of War and Peace* (Cambridge University Press, 2012), pp. 81-82.
- (18) 田畑茂二郎『国際法(第2版)』(岩波書店、2008年)361頁参照。
- (19) 同上、362頁。
- (20) 石本泰雄「国際法の構造転換」『国際法の構造転換』(有信堂高文社、1998年)5頁。
- (21) 田畑『前掲書』(注18)364頁。
- (22) 孫占坤「国際法史の視点から」『PRIME / 明治学院大学国際平和研究所』第26巻(2007年)56頁。
- (23) 浅田「前掲論文」(注6)459頁、柳原「前掲論文」(注14)3-4頁参照。
- (24) 石本泰雄「いわゆる『事実上の戦争』について」『国際法の構造転換』(有信堂高文社、1998年)47頁。
- (25) 則武輝幸「国際安全保障」渡部茂己・河合利修編『国際法(第4版)』(弘文堂、2022年)216-17頁。
- (26) 孫「前掲論文」(注22)56頁。
- (27) 契約上の債務回収の為にする兵力使用の制限に関する条約(ポーター条約)(1907年)。
- (28) 三石善吉「戦争の違法化とその歴史」『東京家政学院筑波女子大学紀要』第8集(2004年)44頁、また孫「前掲論文」(注22)57頁参照。
- (29) 田畑『前掲書』(注18)369-70頁参照。
- (30) 高野『前掲書』(注11)329頁。
- (31) 田畑『前掲書』(注18)381-82頁参照。
- (32) 国際連盟規約(連盟規約)(1919年)前文。
- (33) 田畑『前掲書』(注18)370-71頁参照。
- (34) 筒井若水『自衛権—新世紀への視点』(有斐閣、1983年)5頁。
- (35) 藤田久一『国連法』(東京大学出版会、1998年)42頁。
- (36) 連盟規約第16条。
- (37) 岩沢『前掲書』(注9)718頁。
- (38) 柴田祐輔「国際連盟期における防止措置」柘山堯司編『集団安全保障の本質』(東信堂、2010年)37頁。
- (39) 佐藤哲夫『国際組織法』(有斐閣、2005年)63-66頁。
- (40) 柴田「前掲論文」(注38)40頁。

- (41) 国際連盟期の制裁に関連する国家実行の概観については、藤田『前掲書』(注35) 65-69頁参照。
- (42) 「戦争抛棄ニ関スル条約」(不戦条約)(1928年)。
- (43) 現代語訳については、岩沢『前掲書』(注9) 696-97頁参照。
- (44) 田畑『前掲書』(注18) 373頁。
- (45) 祖川「前掲論文」(注7) 132頁。
- (46) 筒井『前掲書』(注31) 6頁。
- (47) 石本「前掲論文」(注21) 74頁。
- (48) 藤田『前掲書』(注35) 42頁。
- (49) 高野『前掲書』(注11) 363頁。
- (50) 藤田『前掲書』(注35) 65頁。
- (51) 本吉祐樹「国連憲章下における非国家主体に対する自衛権の射程—国連憲章の起草過程と、ニカラグア事件判決を中心に—」『日本法学』第87巻第3号(2021年) 138頁参照。
- (52) 「モスクワ宣言」をめぐる経緯の詳細は、細谷雄一「モスクワ四国宣言と英米関係」『法学研究』第83巻第12号(2010年)参照。
- (53) UN, The United Nations Dumbarton Oaks Proposals for a General International Organization (Dumbarton Oaks Proposal) (7 October 1944).
- (54) 佐藤『前掲書』(注39) 71頁。
- (55) US Department of State, Foreign Relations of the United States, Diplomatic Papers General, The United Nations, Vol. I (1945) p. 659 (San Francisco Draft); Tom Ruys, *'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter* (Cambridge University Press, 2010), p. 62、またダンバートン・オークス、並びにサンフランシスコ会議における自衛権の起草過程の議論は、本吉「前掲論文」(注51) 137-42頁参照。
- (56) 佐藤『前掲書』(注39) 72頁。
- (57) 最上敏樹『国際機構論講義』(岩波書店、2016年) 67頁。
- (58) The Charter of the United Nations (1945) (UN Charter), preamble. 日本語訳は、国際連合広報センター at <https://www.unic.or.jp/info/un/charter/text_japanese/> (as of May 8, 2022) を参照。
- (59) 本吉「前掲論文」(注51) 138頁。
- (60) 武力不行使原則をめぐるサンフランシスコ会議での議論、及び国連の目的の概要については、同上、138-40頁参照。
- (61) Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits) (*Nicaragua case*) (1986) ICJ Reports 14-150, para. 188.
- (62) Christian Henderson, *The Use of Force and International Law* (Cambridge University Press, 2018), p. 93. その射程については、掛江朋子『武力不行使原則の射程—人道目的の武力行使の観点から』(国際書院、

- 2012年) 108-25頁参照。
- (63) Albrecht Randelzhofer, 'Article 51' in Bruno Simma (ed), *The Charter of the United Nations, A Commentary* (3rd edn, Oxford University Press, 2012), p. 21: 本吉「前掲論文」(注51) 139頁、本吉祐樹「『保護する責任 (Responsibility to Protect)』概念の国際法上の位置づけ—R2Pの実施手段と軍事介入をめぐって—」『横浜法学』第27巻第3号(2019年) 545-46頁。
- (64) 最上敏樹「普遍的公権力と普遍的法秩序」松田竹男編『現代国際法の思想と構造Ⅱ』(東信堂、2012年) 373頁。ちなみに本稿における強制措置とは、国連憲章第7章に基づいてなされる軍事的、及び非軍事的な措置のことを指す。藤田『前掲書』(注35) 340頁(脚注17) 参照。
- (65) この枠組みについては、佐藤『前掲書』(注39) 81-83頁参照。
- (66) 最上「前掲論文」(注64) 372頁。
- (67) 田畑『前掲書』(注18) 387頁。
- (68) 国連憲章下の強制措置のあり方について逐条的な分析がされているものとして、佐藤『前掲書』(注39)、藤田『前掲書』(注35)の他に、川西晶大「安保理機能の拡大とその限界—国連安保理による非軍事的強制措置の決定について」『レファレンス』第56巻第4号(2006年) 62-64頁参照。
- (69) UN Charter, art. 39.
- (70) Henderson, *supra* note 62, p. 93.
- (71) もっとも、冷戦終結後の実行において、これら3つの概念(平和に対する脅威、平和の破壊、侵略行為)を認定することなく強制措置を決定した決議がある。この点につき、松田竹男「安保理の暴走?(1)」『法学雑誌』第56巻第1号(2009年) 8-12頁。
- (72) 藤田『前掲書』(注35) 329頁。
- (73) 同上、330-31頁。
- (74) UN Charter, art. 41.
- (75) 藤田『前掲書』(注35) 334-37頁。
- (76) UNSC Res 827 (1993) UN Doc S/RES/827. ICTYの詳細については、真山全「履行確保」坂元茂樹他編『防衛実務国際法』(弘文堂、2021年) 727-31頁参照。
- (77) UNSC Res 687 (1991) UN Doc S/RES/687.
- (78) 松田竹男「安保理強制措置の多様化—その批判的検討」松田竹男・田中則夫・薬師寺公夫・坂元茂樹編集代表『現代国際法の思想と構造Ⅱ』(東信堂、2012年) 357頁。
- (79) 佐藤哲夫「国連安全保障理事会機能の創造的展開」『国際法外交雑誌』第101巻第3号(2002年) 44-45頁参照。
- (80) 藤田『前掲書』(注35) 338頁。
- (81) 田畑『前掲書』(注18) 391頁。

- (82) 藤田『前掲書』(注35) 341頁。
- (83) 高野『前掲書』(注11) 380頁。しかし、現在に至るまで一度も「特別協定」に基づく「国連軍」は組織されていない。実行としては、「国連軍」の組織に代わって、安保理が加盟国に武力行使を含むあらゆる必要な手段を許可する方式である、いわゆる「授權方式」が採用されている。「授權方式」の国連憲章上の位置づけについては、山本慎一「国連安保理による『授權』行為の憲章上の位置づけに関する一考察—多機能化する多国籍軍型軍事活動を例として—」『外務省調査月報』2007年度 /No.2 (2007年) 参照。
- (84) 藤田『前掲書』(注35) 91-92頁。
- (85) 森川幸一「国際連合の強制措置と法の支配 (一) —安全保障理事会の裁量権の限界をめぐって—」『国際法外交雑誌』第93巻第2号 (1994年) 2頁。
- (86) 最上「前掲論文」(注64) 373頁。
- (87) 田畑『前掲書』(注18) 388-90頁。
- (88) 佐藤哲夫「国連安全保障理事会機能の創造的展開」『国際法外交雑誌』第101巻第3号 (2002年) 44-45頁参照。
- (89) UN Charter, art. 2(7). この憲章のいかなる規定も、本質上いずれかの国の国内管轄権内にある事項に干渉する権限を国際連合に与えるものではなく、また、その事項をこの憲章に基く解決に付託することを加盟国に要求するものでもない。但し、この原則は、第7章に基く強制措置の適用を妨げるものではない。
- (90) 佐藤『前掲書』(注39) 264-65頁。
- (91) UN Charter, art. 103、また岩沢『前掲書』(注9) 720頁。
- (92) 加藤陽「国連憲章第103条と国際人権法：欧州人権裁判所における近時の動向」『国際公共政策研究』第18巻第1号 (2013年) 163頁。
- (93) 川西「前掲論文」(注68) 64頁参照。
- (94) Hans Kelsen, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems* (Praeger, 1964), p.294.
- (95) Ibid.
- (96) Ibid., pp.294-95. またこのケルゼンの議論については、最上「前掲論文」(注64) 383-84頁、藤田『前掲書』(注35) 384-85頁も参照。
- (97) 最上「前掲論文」(注64) 384頁。
- (98) UN Charter, preamble.
- (99) 藤田『前掲書』(注35) 384-85頁。
- (100) 同上、及び最上「前掲論文」(注64) 384頁
- (101) この点の分類について、川西「前掲論文」(注68) 64-66頁参照。また、鈴木美香「国際連合安全保障理事会の越権行為に対する責任追及の可能性：憲章第7章に基づく拘束力ある決定を中心に」『北大法学研究科ジュ

- ニア・リサーチ・ジャーナル』第8巻参照。
- (102) 岩沢『前掲書』(注9) 718-19頁。
- (103) 藤田『前掲書』(注35) 191頁。
- (104) この点の解釈をめぐる議論は、神谷龍男『国際連合の安全保障 (増補版)』(有斐閣、1983年) 94-100頁、317-27頁参照。
- (105) UN Charter, art. 111.
- (106) 佐藤『前掲書』(注39) 187頁。
- (107) 則武「前掲論文」(注26) 222頁参照。
- (108) この点の経緯は、藤田『前掲書』(注35) 194-95頁参照。
- (109) The Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in *Namibia* (South West Africa) (Advisory Opinion) (Namibia case) (1971), ICJ Reports 3, para. 22.
- (110) Ibid., para. 22.
- (111) 佐藤『前掲書』(注39) 187頁。
- (112) 同上。
- (113) 藤田『前掲書』(注35) 196頁。
- (114) 山本草二『新版 国際法』(有斐閣、1994年) 715頁。
- (115) Mybes McDougal and Michael Reisman, “Rhodesia and the United Nations: The Lawfulness of International Concern,” *American Journal of International Law*, Vol. 62, No. 1 (1968), p. 9. また佐藤『前掲書』(注39) 187頁。
- (116) 森川「前掲論文」(注86) 14-28頁。
- (117) 同上。
- (118) 佐藤『前掲書』(注39) 281頁。
- (119) 神谷龍男『国際連合の安全保障 (増補版)』(有斐閣、1983年) 58頁。
- (120) 山本『前掲書』(注114) 719頁。
- (121) UNGA Res 3314 (XXIX) (14 December 1974) UN Doc A/RES/3314.
- (122) 侵略の定義の起草過程等の議論については、本吉「前掲論文」(注51) 149-52頁参照。
- (123) 森川「前掲論文」(注86) 15頁。
- (124) 「平和に対する脅威」概念の拡大を踏まえて、この点を包括的に扱っているのが、酒井啓亘「国連憲章第39条の機能と安全保障理事会の役割：「平和に対する脅威」概念の拡大とその影響」山手治之・香西茂編『現代国際法における人権と平和の保障 (21世紀における人権と平和：国際法の新しい発展を目指して (下))』(東信堂、2003年) 参照。
- (125) 山本『前掲書』(注114) 718頁、森川「前掲論文」(注85) 14-17頁。
- (126) 山本『前掲書』(注114) 716頁。
- (127) 高野『前掲書』(注11) 365頁。
- (128) 第39条の「平和に対する脅威」概念は国連憲章制定時と比べ、「疑い

ようないほど拡張している (undoubtedly broadened)」との指摘も存在する。James Upcher, *Neutrality in Contemporary International Law* (Oxford University Press, 2020), p. 136.

- (129) 森川「前掲論文」(注85) 16-17頁。
- (130) 最上「前掲論文」(注60) 384-85頁参照。もっとも第1条に見られる「正義及び国際法の原則に従って」は、「集団的措置」には係っておらず、あくまで「紛争の平和的解決」にのみに係っているため、強制措置の制約になりうるかは疑問という主張もある。森川「前掲論文」(注85) 23-24頁。
- (131) 鈴木「前掲論文」(注101) 370頁参照。
- (132) Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council* (Hart Publishing, 2004), pp. 375-78.
- (133) Ibid., pp. 375-76.
- (134) Ibid., p. 376.
- (135) See *ibid.*, p. 377.
- (136) Ibid., p. 382.
- (137) Ibid.
- (138) Antonios Tzanakopoulos, *Disobeying the Security Council: Countermeasures against Wrongful Sanctions* (Oxford University Press, 2011), p. 165.
- (139) 本稿では紙幅の関係で触れないが、このジャナコプーロスの「対抗措置」概念を援用して、「違法な」安保理決定に従わない枠組みは、今後の国連憲章下の集団安全保障体制について有益な示唆を与えるものであり、別稿にて論じたい。Ibid., pp. 201-03. またこの点につき、最上「前掲論文」(注64) 400-03頁参照。
- (140) 最上「前掲論文」(注64) 401頁。
- (141) *Namibia case*, Separate Opinion of Judge Fitzmaurice, para. 115.
- (142) UN Charter, art. 2(4).
- (143) UN, Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) (23 May 1969) 1155 UN Treaty Series, art 53.
- (144) International Law Commission (ILC), Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA) in UN Doc A/56/10 (2001) art. 26.
- (145) International Law Commission (ILC), Yearbook of ILC, Vol. II (1966), p. 248. 強行規範については、坂巻静佳「重大な人権侵害行為に対する国家免除否定論の展開」『社会科学研究』第60巻第2号(2009年) 37頁も参照。
- (146) Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia (Serbia and Montenegro)*) (Provisional Measures) (1993) ICJ Reports 3, Separate

- Opinion of Judge ad hoc Lauterpacht, para. 100. また川西「前掲論文」(注68) 66頁参照。
- (147) 坂元茂樹「ロシアのウクライナ侵攻と国際法」『国際情報ネットワーク分析 IINA』(2022年4月4日) at <https://www.spf.org/iina/articles/sakamoto_01.html> (as of May 8, 2022) 参照。
- (148) 森川幸一「国際連合の強制措置と法の支配(二・完) —安全保障理事会の裁量権の限界をめぐって—」『国際法外交雑誌』第94巻第4号(1995年) 86頁。
- (149) 最上「前掲論文」(注64) 403-04頁参照。
- (150) 本稿では、強制措置に関わる安保理による裁量の限界についての理論的枠組みを概観するに留まったが、昨今では、その裁量についての実行や、国際判例などの具体的な事例が集積されつつあるため、これらを踏まえた分析は別稿にて行いたい。またこの点について議論がなされたものとして、Nicholas Tsagourias and Nigel White, *Collective Security: Theory, Law and Practice* (Cambridge University Press, 2013) など。
- (151) 安保理の権限と裁量に深く関連する課題の1つに、軍事的強制措置の位置づけが存在し、強制措置に関わる安保理による裁量の射程を明らかにすることは、国連憲章上の武力行使の規制枠組みそのものにも大きな影響を与えるものである。この点については、佐藤哲夫「見果てぬ夢、国連常設軍—国際公共目的に向けた軍事的強制の現代的諸相—」『世界法年報』第30巻(2011年) 17頁参照。

日本大学法学部機関誌執筆要領

令和3年11月18日 機関誌編集委員会決定
令和3年12月15日 執行部会議承認
令和3年12月16日 教授会報告
令和4年4月1日 施行

1. 本要領の目的

本要領は、日本大学法学部機関誌編集委員会（以下「編集委員会」という）にかかる機関誌に投稿する際の基本的手順について定めるものである。

2. 投稿資格者

- (1) 法学部、法学研究科および法務研究科の専任教員、名誉教授および定年退職した元専任教員
- (2) 以下の者については、編集委員会の審議を経て単著の投稿を認めることがある。なお、投稿に際しては、法学部専任教員の推薦状を必要とする。
 - ① 法学部非常勤講師
 - ② 法学部客員教員
 - ③ 法学部以外の日本大学専任教員
 - ④ 法学部付置研究所研究員および法学部所属の日本大学研究員
 - ⑤ 法学部校友および法学部関係者で研究業績が認められる者
- (3) 学外の研究者は、法学部専任教員の投稿の共著者となることができる。
- (4) 大学院法学研究科博士後期課程学生は、指導教員の許可を得て『日本法学』に「判例研究」を投稿することができる。
- (5) 前4項の規定にかかわらず、退職記念号および追悼論文集については、別の定めによる。

3. 研究倫理の遵守と権利保護

- (1) 投稿原稿は未発表のものに限る。他誌との二重投稿は認めない。また注釈なく自己の既発表著作と重複する記述をすることは認められない。
- (2) 剽窃、捏造、改ざん等の研究不正を行ってはならない。また投稿原稿については、著作者が適正に表示されていなければならない。
- (3) 研究・調査対象に関する権利保護（資料の使用許諾や個人情報保護に関する同意等）、および翻訳に関する権利について、必要な手続きを投稿前に完了していなければならない。
- (4) 利益相反に関する倫理を遵守するとともに、利益相反情報を申告しなければならない。
- (5) 機関誌に掲載された著作物の著作権のうち、複製権および公衆送信権を日本大学法学部に譲渡する。ただし、著者自身による複製権および公衆送信権の行使を妨げない。

4. 原稿種別

投稿は以下の種別で受け付ける。

- (1) 論説
- (2) 研究ノート
- (3) 判例研究（『日本法学』のみ）
- (4) 特別講演
- (5) 翻訳
- (6) 資料
- (7) 書評
- (8) 雑報

5. 原稿の作成

- (1) 原稿は、A4用紙に適当な文字数で打ち出す。
- (2) 分量の上限は、文字数で概ね22,000字（刷り上がり約25頁）とする。それを超えるものについては、原則として分割して掲載する。ただし、編集委員会は、他の掲載原稿のページ数を勘案し、その上限の変更を認めることができる。なお半面1ページ大の図表1枚に付き900字を原稿文字数に含めるものとする。
- (3) 連載を前提とする長大な原稿についても、完結分までの完全原稿を投稿するものとする。
- (4) 表題と氏名には、和文表記および欧文表記を併記する。
- (5) 注、参考文献の表記法は、当該分野の慣例に従うものとする。

6. 原稿の提出

- (1) 原稿は、投稿票、要旨（800字程度）と合わせ、デジタルデータで研究事務課に提出する。

デジタルデータは、原則として電子メールの添付ファイルで研究事務課宛に送付する。
- (2) 原則として、投稿締切日を過ぎた原稿は受け付けない。
- (3) 原稿提出後の原稿の差し替えはできない。

7. 審査

別に定める「日本大学法学部機関誌審査要領」に則って行う。

8. 校正

- (1) 執筆者による校正は、原則再校までとする。加筆、訂正は最小限とし、特に再校時に頁数が変わるような加筆や削除は避ける。再校返却の際は、タイトル頁に「校了（または責了）」と明記する。

- (2) 校正は1週間程度で返却しなければならない。著しい返却の遅滞は、次号掲載になることもありうる。

以 上

- 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 (<https://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ございましたら、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 東京都千代田区神田三崎町 2-3-1

(T E L) 03-5275-8510

(F A X) 03-5275-8537

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

執筆者紹介

掲載順

岡田 俊幸 日本大学大学院教授
 長谷川 貞之 日本大学教授
 出雲 孝 日本大学准教授
 本吉 祐樹 日本大学専任講師

機関誌編集委員会

委員長	大岡 聡
副委員長	竹本 亨
委員	南 健
委員	大久保 拓也
委員	小野 美典
委員	加藤 暁子
委員	加藤 雅之
委員	黒滝 真理子
委員	高畑 英一郎
委員	友岡 史彦
委員	野村 和彦
委員	原山 浩介
委員	松島 雪江
委員	山本 直夫
委員	渡辺 正孝
委員	石橋 勇樹
委員	小田 聡明
委員	小杉 竜也
委員	生垣 琴実
委員	前田 絵

日本法学第八十八卷第二号

令和四年九月二十日 印刷
 令和四年九月三十日 発行
 非売品

編集責任者 日本大学法学会
 小田 司

発行者 日本大学法学会
 電話〇三(五二七五) 八五三〇番

東京都千代田区神田猿樂町二一ー二四 A&Xビル
 印刷所 株式会社メディアオ
 電話〇三(三二九六) 八〇八八番

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

Vol. 88 No. 2 September 2022

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

Toshiyuki Okada, *Recht auf schulische Bildung in der Corona-Pandemie*
— *Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom.*
19. November 2021 (Bundesnotbremse II)

Sadayuki Hasegawa, *Consensus Algorithm and Contract Theory in*
Blockchain-Based Smart Contracts

TRANSLATION

Christian Thomasius, Johann Friedrich Stützing, *Delusional Equity and*
Practical Usage of C 4.44.2, Translated by Takashi Izumo

ARTICLE

Yuki Motoyoshi, *The Framework of the Collective Security System under*
the United Nations Charter — Concerning the Scope of
the Security Council's Discretion