HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集　第63巻　第2号　全1冊
Citation	北大法学論集, 63(2)
Issue Date	2012-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49782
Type	journal
File Information	lawreview_vol63no2.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 63 巻　　第 2 号

論　　説

一四世紀後半における「金印勅書」（一三五六年）の認識
—— カール四世の治世（一三七八年まで）を中心に ——
…… 横　川　大　輔　　1
対抗要件否認規定における有害性について（1）
…… 稲　垣　美穂子　　57
カナダ憲法における比例原則の展開
——「オークス・テスト（*Oakes* Test）」の内容と含意 ——
…… 佐々木　雅　寿　356[　1]
要件の視角から見た中国法人格否認の法理（3）
…… 王　　万　旭　304[53]
国籍の役割と国民の範囲 — アメリカ合衆国における
「市民権」の検討を通じて（3）…… 坂　東　雄　介　256[101]

研究ノート

複数事業者が弊害発生に関与する私的独占と課徴金
…… 中　川　晶比兒　208[149]
徳川幕府による蝦夷地の創造：国家、領域及び地図
…… エドワード・キーラン・ボイル　178[179]

資　　料

中世初期におけるローマ法の発展について：
Hs. Berlin Staatsbibl. lat. fol. 269を例として
…… ヴォルフガング・カイザー　138[219]
田口　正樹　訳

判 例 研 究

公法判例研究 …… 津　田　智　成　116[241]

2012（平成24）年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷襄兒（経済法）
五十嵐清（比較法）
石川武（法史学）
伊藤大一（行政学）
今井弘道（法哲学）
臼杵知史（国際法）
大塚龍児（商法）
小川晃一（政治思想史）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
小山昇（民事訴訟法）
近藤弘二（商法）
笹田栄司（憲法）
實方謙二（経済法）
東海林邦彦（民法）
杉原高嶺（国際法）
瀬川信久（民法）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
道幸哲也（労働法）
中村睦男（憲法）
中村研一（国際政治）
長井長信（刑法）
畠山武道（行政法）
林鴻潮（商法）

教授

稗貫俊文（経済法）
深瀬忠一（憲法）
福永有利（民事訴訟法）
藤岡康宏（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）
松澤弘陽（政治思想史）
松村良之（法社会学）
山畠正男（民法）
吉田克己（民法）
會澤恒（比較法）
池田清治（民法）＊
遠藤乾（国際政治）＊
岡田信弘（憲法）
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
加藤智章（社会保障法）＊
岸本太樹（行政法）＊
児矢野マリ（国際法）
権左武志（政治思想史）
佐々木雅寿（憲法）
嶋拓哉（国際私法）
白取祐司（刑事訴訟法）
城下裕二（刑法）
新堂明子（民法）
鈴木一人（国際政治経済学）＊
鈴木賢（比較法）
曽野裕夫（民法）
空井護（現代政治分析）＊

准教授

池田悠（労働法）
米屋佳史（民事実務）
松阿彌隆（民事実務）
弁田雅彦（法実務基礎）
中村研一（国際政治）
高見進（民事訴訟法）
大野雅祥（刑事実務）
岸田洋輔（刑事実務）
薄木宏一（法実務基礎）
吉田邦彦（民法）
亘理格（行政法）

特任教授

○山下竜一（行政法）
○山本哲生（商法）
山崎幹根（行政学）＊
山口二郎（行政学）＊
宮脇淳（行政学）＊
松久三四彦（民法）
町村泰貴（民事訴訟法）
眞壁仁（日本政治思想史）＊
藤原正則（民法）
林田清明（法社会学）
吉田晶（民法）

助教

○郭舜（法制度論）
○川村力（商法）
○中川寛子（アジア政治論）＊
○中島岳志（アジア政治論）＊
○堀口健夫（国際法）＊
三宅新（商法）
三宅周平（民法）
水野浩二（法史学）
緑大輔（刑事訴訟法）
山本徹（ヨーロッパ政治史）
吉田広志（知的財産法）
米田雅宏（行政法）＊
王旭（商法）
小嶋崇弘（知的財産法）
徐行（比較法）
鄭明政（憲法）
永下泰之（民法）
朴鍾碩（国際政治）
稲垣美穂子（民事訴訟法）
石神圭子（アメリカ政治史）
桑原朝子（日本法制史）＊
栗原伸輔（民事訴訟法）
櫛橋明香（民法）
常本照樹（憲法）
長谷川晃（法哲学）
得津晶（商法）
齋藤哲志（比較法）
小濵祥子（アメリカ政治史）＊
辻村善之（知的財産法）
福永有利（民事訴訟法）
藤岡康宏（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）
松澤弘陽（政治思想史）
松村良之（法社会学）
山畠正男（民法）
吉田克己（民法）

＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

雑誌編集委員　○印

論　説

一四世紀後半における「金印勅書」（一三五六年）の認識

――カール四世の治世（一三七八年まで）を中心に――

横川大輔

はじめに

一三五六年に制定されたいわゆる「金印勅書(Goldene Bulle)」[1]は、周知のとおり、神聖ローマ帝国（以下、「帝国」と略称）

の選挙君主制としての性格を確定させた文書である。そのなかで、ローマで戴冠式を終えたばかりの皇帝カール四世（在位一三四六／四九～七八年、皇帝として五五年～）は、七人の聖俗の帝国諸侯を選挙人として指定した（選定侯 Kurfürsten）。また、かれらは選挙君主制の基盤であるとして、国王類似の特権も与えられた。この「金印勅書」はその後、帝国の国制をその根幹において定めているとされる「帝国基本法（Reichsgrundgesetz, leges fundamentales）」のうちの一つとみなされるようになり、帝国の終焉にいたるまでほぼそのままで有効であった。のみならず、その一部は帝国の終焉を超えてなお効力をもちえたのである。(2)

このように、この文書の理解が帝国の理解にも連なることから、「金印勅書」研究は、すでに一八〇六年の帝国滅亡以前から盛んであった。(3) しかし、この文書は、その構成と成立の状況からも、その一義的な理解に困難がつきまとっていた。すなわち、六歩格の詩、前文、および本文全三一条からなる「金印勅書」は、最初から第二三条までが一三五六年一月一〇日ニュルンベルクにおいて、そして第二四条から最後までが同年一二月二五日メッツにおいて作成されており、さらにその内容も多岐にわたっていたのである。

現在の「金印勅書」研究の出発点にあげられるのは、二〇世紀の初めに発表されたツォイマーの研究である。(4) それは、テキストの編纂、内容の釈義、その由来、成立史、そしてその後の利用の状況までをも視野に入れた総合的なものであり、今なお基本的な文献として規定力をもち続けている。しかし、かれが研究を発表してから今にいたる間、当然ドイツ本国においては研究の進展がみられた。(5)

もっとも大きな修正点をあげるとすれば、近年の研究は「金印勅書」に対してその成立から帝国の終焉にいたるまでの一義的な性格づけを行わなくなった、ということである。(6) これは、一九七〇年代以後帝国史研究が進展し、とりわけ一五世紀のうちに帝国が大きくその国制のあり方を変化させた点が強く認識された結果である。たしかに、すでにツォ

イマーは「金印勅書」がかなり後になってから帝国基本法とみなされるようになったことを指摘していた[7]。しかし近年では、「金印勅書」がその成立からみてもいわば一元主義と二元主義の双方の可能性を有し[8]、状況に応じて「金印勅書」が意味を変え、最終的に帝国基本法としての地位を得たことを重視しているのである。

このような研究状況を前にして筆者は、新たな研究の地平が拓かれたと考える。それはすなわち、「金印勅書」が帝国基本法となったのは、後の帝国政治の言説および実践において、あるいはそこにおける理論化と行為の相互作用においてであり、そしてそのいわば構築過程こそ、同時代に進行していた帝国国制の変動の、すべてではないにしろある重要なプロセスを意味するのではないか、という可能性である。この構築過程は、いいかえれば「金印勅書」の受容と認識の変遷の過程であるが、その解明は、「金印勅書」制定から帝国の終焉のみならずそれ以後までの時代を視野に入れた長期的視点のもと、多角的・複眼的になされねばならない[9]。しかしながら、従来の研究は、後に帝国基本法となる「金印勅書」が、制定直後にその価値に照らしてみればおどろくほど関心を持たれていなかったことだけを指摘してきた[10]。ツォイマー以来のこの評価の前提となっているのは、「金印勅書」が持つべき、帝国基本法として遵守されるという価値である。それゆえ、われわれはその前提をはずし、同時代人が「金印勅書」、すなわち一三五六年の二度の帝国集会の諸決定をどう認識していたのか、あらためて問いなおす必要があるだろう。

このような問題関心から着目すべきと思われるのは、近年「金印勅書」の同時代的理解や流通といった側面に焦点を当てた新しい成果が見られたことである[11]。これは、二〇〇六年が「金印勅書」制定六五〇周年であり、学界上「『金印勅書』とはなにか」という問題にあらためて立ち返る契機となったことが直接的な背景となっている。とはいえ、これらの新しい研究は、理念の波及[12]や同時代における「金印勅書」の言及例[13]、写本の分布のありよう[14]など個別の問題で研究上の欠落を補完するにとどまっている。このような状況に加え、わが国において本格的に「金印勅書」にとりくんだ研究は、

ほぼ一九五五年に発表された直居淳氏の研究以外にないという状況にある。[15] そこで、本稿では上述の受容と認識の変遷過程を明らかにする第一歩として、「金印勅書」がその制定時および皇帝カール四世の治世において、皇帝、選定侯、およびその周辺にあってどのようなものとしてとらえられていたのかという点を、これらのあたらしい研究も参照しつつ、明らかにすることとしたい。

その際に注目すべきは、従来十分に取り組まれてきた「金印勅書」の詳細な内容の検討よりも、[16] ①「金印勅書」の構成および形式、②作成状況と③公布のありかた、そして④その直後、カール四世が死去するころまでの引用・言及状況であろう。これらの点を重要視するのは、まず(A)「金印勅書」を当事者たちはどのようなものとして認識していたのか、つぎに（B）かれらは「金印勅書」を他者にどのようなものとして、あるいは「金印勅書」を通じてなにを認識させようとしたのか、そして（C）それはどの程度有効であったのか、という点こそ、本稿においてまずは明らかにすべき点であると思われるからである。

1.「金印勅書」の構成と形式

まず、「金印勅書」にはなにが記されているのかという事実確認から行う。その際、とりわけ「金印勅書」というひとつの文書が全体としてどのような構成であり、なにを表現しようとしているのかを問題としたい。「金印勅書」は非体系的であるというのが定説であるが、この検討を通じてどのように非体系的であるのか、明らかとなるはずである。以下、前文（Prooiminium）、第一部（第一条～第二三条）、第二部（第二四条～第三一条）の三つに分けて、整理する。

1－1．前文

「全知全能、そして永遠なる神よ」で始まる六歩格の一四行詩が冒頭におかれる。この韻文と本来の前文のあいだに目次として、以下で具体的に詳述される本文の内容の見出しが、しかし第一部についてのみあげられている。これはこの部分もまたニュルンベルクの立法部分の一部であるから当然であるが、本文においては第一部に二三の見出しが存在するにもかかわらず、「金印勅書」の原写本とされる七写本は、いずれもそのすべてを目次にあげているわけではない。[17]

聖霊への呼びかけ、皇帝のタイトル、「ことがらの永遠の記憶のために」、という以下の立法の目的が短く触れられた後、ルシファー、アダム、トロヤ、ローマの内乱、などの不和の不利益についての考察がなされ、帝国も選定侯の間の不和によって同様の憂き目にしばしばあってきたことが、歴史的前提として語られる。

そして、「金印勅書」がなぜそしてどのように制定されたのかについて言及されるのであるが、この部分は皇帝カール四世の意図を考えるうえでも重要な部分となるので、引用することとしたい。

「余（＝カール四世：筆者挿入）は、余が皇帝の位（dignitas）ゆえに有する権能にもとづき、選定侯、その中に余はベーメン王として数え上げられるのだが、その間での不和と分裂という将来の危険に、二重の理由から、すなわち余がはたすべき皇帝のそして選定の権利から対処しなければならないので、以下の立法を、選定侯の間の一体性を促進するために、一致した選挙をもたらすために、忌み嫌われるべき先に述べた不和とそこから生じうる種々の危険につけ入るすきを与えないために、余のニュルンベルクの盛大な宮廷（solempnis curia）において、聖界俗界を問わず余のすべての選定侯が、そして数多くのそのほかの諸侯、伯、フライヘル、ヘル、自由貴族そして都市が出席するなかで、皇帝の玉座につきそして皇帝としての衣装、宝飾を身にまといそして皇帝冠を戴いて、事前の熟議の後、皇帝としての十全な力から、布告し（edidimus）、策定し（statuimus）、そして［この立法が：

筆者挿入、以下同じ」確認されるべきものであると考えた（duximus sancciendas）。主の御年一三五六年、第九インディクティオン、一月の中日（idus）の四日前［＝一〇日］、余の王としての治世一〇年目、皇帝としては一年目である。[18]」

すなわち、カール四世は、皇帝としてのみならず、ベーメン王という選定侯の一員としても、「金印勅書」の制定の必要を感じ、それにあたったのであるが、しかし全選定侯をはじめとして、多数の帝国構成員の列席のもと皇帝としての外見をとって発布した、としているのである。

1－2．第一部（第一条～第二三条）

第一部は、全部で二三条ある。本来、本文は条（Capitulum/Artikel）にしか分けられておらず、その下の分類（項、Absätze）は、後代の手によるものである。[19] また、ベーメン、フランクフルトおよびニュルンベルク写本から、第一部において数字が与えられているのは第一二条までであり、第一三条以降には本来数字が割り振られていないものと考えられる。以下、ツォイマーの規定的な研究にしたがって整理する。[20]

第一条はかなりの長文にわたるので、現在のテキスト編纂においては内容に即して二〇の項に分けられている。見出しは「選定侯の護衛はどうあるべきか、そして誰によるものであるべきか」とあり、選定侯の護衛に関することしか述べられていないが、これは内容の半分しか反映していない。後半部分（第一五項以降）は国王選挙準備の規定である。

第二条「ローマ人の王の選挙について」においては、国王選挙の方法を詳しく指示している内容と全体の見出しが合致している。とりわけ、二重選挙防止のために、国王選挙開催中に都市を離れた場合、当該の国王選挙に関しては選挙

権を喪失すること（第三項）、および選定侯の絶対多数（すなわち四票）を獲得した者は、選定侯の全員一致で選ばれたとみなすこと（第五項）があり、さらには世俗選定侯の自己投票規定（同じく第五項）がある。

第三条「トリーア、ケルンそしてマインツ大司教の席次について」、第四条「選定侯たちに共通したことがらについて」、第五条「プファルツ伯の権利およびザクセン公の権利について」および第六条「選定侯の、他の一般の諸侯との比較について」は、ひとまとまりのものと考えることができる。というのは、まず第三条が、独自の冒頭形式をもってはじまっており、さらにつづく一連の規定の冒頭は、たんにStatimus insuper（第四条）、Quociens insuper（第五条）、decernimus（第六条）とあることから、前の条項とのつながりを示唆していると考えられるからである。この部分は、選定侯全体、および個々の名誉優先権（Ehrenvorrecht）について、規定されている部分と考えることができる。

第七条は独立したアレンガをもっており、それ以前の条項とは異なるパートであることを想定させる。その見出し「選定侯の相続について」が示すように、世俗選定侯の相続について規定されている。この内容は、金印勅書に組み入れられる以前から、特別な権利として流通していたものであるが、世俗選定侯の相続人たちによる争いを、すべて排除することが目的である。というのは、ここで改めて世俗選定侯が言及され、さらに三人の聖界選定侯とともに国王選挙をおこなうことが確認されているからである。

第八条「ベーメン王国とそのレガリアの免属について」、第九条「金、銀、そのほかの金属の採掘について」および第一〇条「貨幣について」は、本来ベーメン王国に関する特許状として構想されたものである。というのは、第八条はもとより、第九条および第一〇条においても第一にあげられているのはベーメン王であり、ほかの選定侯は付け足しにすぎないからである。タイトルからの逸脱として、第九条ではユダヤ人税と関税徴収権が、第一〇条では他の諸侯などからの所領や財の獲得についての自由が、ベーメン王そして選定侯一般に認められている。これらの三つの条文の延長

上に、第一一条「選定侯の免属について」が存在する。ここでは、第八条においてほぼ完全にベーメンに認められた、いわゆる不移管・不上訴特権（Privilegia de non evocando et de non appellando）が、まずは三人の大司教に、そして第一〇条と同様の短い補遺で世俗の三人の選定侯に拡大されている。ただし第八条とは異なり、裁判拒絶の際には皇帝の宮廷裁判所（Hofgericht）に召喚されるという条件がある。

また、ベーメン写本およびニュルンベルク写本には、そのほかの原写本には存在しない次のような内容の第一一条の補遺がある。すなわち、選定侯がほぼ無制限の裁判高権を認められている封臣と臣下たちのうち、実際に選定侯に由来し、選定侯が世俗の裁判権を有する所領に住む者だけが、不移管・不上訴特権の適用を受ける、というものである。ニュルンベルク写本においては、この補遺が本文中に埋め込まれているが、ベーメン写本においては、一四世紀半ばではあるが別人の筆跡でわきに書き込まれている。ツォイマーは、一三五八年三月三日に出されたシュトラスブルクの司教と教会への特権に同一内容の語句があることから、その際に付加されたと考えているが、フリッツはそこまで断言できないとしている[21]。

第一二条「選定侯の集会について」もまた、独立したアレンガを持ち、それ以前とは異なる部分である。年一回、復活祭の四週間後に選定侯はみずから帝国の重要案件を話し合うために集まる、とされている。ニュルンベルクの次に集まるのは、メッツとされているが、次年以降は皇帝が選定侯の助言を受けて決定することとなっていることから、たんなる選定侯の集会ではなく、この集会が皇帝と選定侯の集会として構想されていることが分かる。また、選定侯は「帝国の確固たる土台にして柱」であると明言されている。そして最後に、活動が過剰な宴会により阻害されないよう、集会の間は一般的な招待が禁じられている。

第一三条「諸特許の取り消しについて」、第一四条「ふさわしくないとしてレーン財を没収された者について」、第一

五条「共謀を行う者たちについて」、第一六条「市外市民について」、そして第一七条「フェーデの通告について」といった一連の条文は、互いに連関しているものと考えることができる。というのは、内容的に第一三条と第一五条、第一五条と第一七条、そして第一五条と第一六条が、形式的には第一四条と第一七条、第一六条と第一七条が部分的に一致しており、そしてさらに特徴的なことに、ほかの条項とは内容的にも形式的にも関連性を見出しえないからである。[22] この部分の、とりわけ第一三条と第一五条、および第一六条の成立（ないしは「金印勅書」への採用）には、具体的利害関心をもった人物の関与が推定されている。すなわち、先の二つの条文については、当時都市ケルンと対立関係にあったケルン大司教ヴィルヘルム、第一六条は同様に都市シュトラスブルクと争っていたシュトラスブルク司教ヨハンである。実際に、かれらは、みずからが積極的に関与したとされる条項と同内容でかつほぼ同じ文言の特許状を獲得している。[23]

第一八条「召集状」と第一九条「選挙を行うために自身の使者を任じることを決めた選定侯によって派遣される代理人の書式」は、本来ニュルンベルク立法の締めくくりとなるべき部分であり、国王選挙召集状のための文言（第一八条）と国王選挙のための全権使節に対する命令書（第一九条）という、施行細則を定めている部分である。

第二〇条「選定侯領とそれに付属した諸権利の一体性」、第二一条「大司教たちの間の行進順序について」、第二二条「選定侯の行進順序について、ならびに誰によって権標が護持されるのか」および第二三条「皇帝の面前における大司教たちのミサについて」は、それ以前の条文の補遺的規定である。第二〇条は表題通りの内容であるが、とりわけここで注目したいのが、「この選定侯領の保持者が、［中略］ほかの選定侯によって、選挙に、そして神聖帝国の栄誉と福利のために行われなくてはならないそのほかすべての活動に、受け入れられ認められる」という部分である。[24] この部分と第一二条を合わせるならば、選定侯は「金印勅書」において帝国の確固たる土台にして柱であるばかりでなく、帝国への特別な責任をもついわば管理人でもあるといえるだろう。また、第二一条から第二三条の三つは互いに関連し、内容上は

第三条と第四条の補遺となる。

以上のグループ分けは形式に由来するものであるが、内容からみて別のグループ分けも可能である。たとえば、第一条から第七条にかけては、前文にある目的に合致して国王選挙を確固たる形で行うために必要な措置が、第八条から第一二条は選定侯に、第一三条から第一七条は領主全般に与えられた特権、また第一八条から第二三条までは国王選挙規定にかかわる第一のグループの補遺が、それぞれ取り決められていると考えることができる。[25] ここからわれわれは、「金印勅書」の第一部の主眼が、国王選挙を円滑に行うための規定に置かれているという学界の共通認識を確認できる。それは、国王選挙そのものの規定とそれを行う選定侯の規定とからなっている。

また、文言に関しては先行研究が以下のことを指摘している。すなわち、シュトゥッツは、第一条から第一一条までにおいては、テキスト上にあらわれる聖界選定侯の順番が、完全に意識的であると判断せざるをえないほどに、あらゆる可能な限りの組み合わせが現れている、という。[26] さらにヘルゲメラーは、このシュトゥッツの指摘にみずからのテキスト分析の結果をつけ加えて、[27]「金印勅書」の作成にあっては、皇帝書記局における統一的な最終編纂を考えなければならない、と結論づけた。このヘルゲメラーの議論は説得力があり、現在でも支持されている。

以上、第一部の構成と形式の概観から、指摘できることをまとめてみたい。まず、①「金印勅書」の第一部は形式上いくつかの個別立法からなる。しかし、そこには、②ある程度統一的な形をもたらすために編纂の努力がみられる。③その主眼にあるのは、まずもって国王選挙規定であり、および選挙権を行使できる選定侯とは何者であるか、という規定である。そうではあっても、④内容的にも形式的にも第一三条から第一七条が大きく逸脱して、領主一般の権利が規定されているのである。

1－3．第二部（第二四条～第三一条）

第二部は、メッツの帝国集会において議論され取り決められた内容である。とはいえ、後で詳述するがベーメン写本の伝承からも明らかであるように、第一部はそれ自体で完結している。しかしながら、一三五六年中にヨーロッパの勢力布置が激変したことから、カール四世はさらにニュルンベルク立法を補う必要を感じ、メッツにおいてそれを議論した、という[28]。すなわち、メッツで取り決められた規定は、すべてニュルンベルクの立法の補遺と位置づけられる。それゆえ、第二部がなにを規定しているのかを理解することで、「金印勅書」全体としてその制定時になにが重要と考えられていたのか、そしてなにを表現しようとしていたのか、を理解することができるのである。

また、原テキストは内容に即して行中の余白によって区分されているが、本来条項分けはされておらず、見出しも後代につけられた。ただし、第二七条にあたる部分だけ原七写本すべてに表題があり、さらにケルン、マインツそしてトリーアのそれぞれの写本については、第三〇条にあたる部分にも表題がついている。これら三写本と同時期に作成されたと考えられるプファルツ写本では、この表題が欠落しているが、この欠落はおそらく書記の不注意に原因があり重要な意味を持つものではない、と考えられる[29]。以下では、メッツの条項を、ニュルンベルク立法との関連づけという問題に取り組んだヘルゲメラーの研究を参考にしつつ[30]、整理したい。

メッツの立法部分は第二四条から始まるが、ベーメン、フランクフルト、ニュルンベルクならびにマインツ写本において、その前に次のような記載がある。

「下記の立法は、メッツの宮廷会議（curia）において、ローマ人の皇帝にしてベーメン王、アウグストゥスたるカール四世殿によって、一三五六年のキリストのお生まれになった日に、すべての神聖ローマ帝国の選定侯がかれの

周囲に侍り、そしてキリストにおける尊崇なる父ペリゴール殿[31]―アルバーノ司教にして聖なるローマ教会の枢機卿にあらせられる―、およびフランス王の長子にして、卓越したノルマンディ公にしてヴィエンヌのドーファン、シャルル殿のご列席のもと、発布された（promulgate sunt）。[32]」

ツォイマーはこれを、インクの違いなどから後に挿入されたことが明確であるマインツ写本に由来するものと考えたが[33]、ヘルゲメラーは、①同時期に発布されたザクセン公への特許文書との比較から、これが皇帝書記局由来であり、マインツ写本にかなり後になってから挿入されたこと、そして②マインツ大司教を含むライン選定侯に対して発給された四写本においてこのメモが省略されたのは、これが証書形式上著しく逸脱したものであり、それゆえ形式遵守の観点からであろうこと、を指摘している[34]。

第二四条は、皇帝・国王に対する殺害ないしその試みに適用される大逆罪規定を、「余［＝皇帝］の身体の一部（pars corporis nostri）」である選定侯にもみとめた条項である。ハイニッヒによれば、この条文の作成に当たってはマインツ大司教の積極的関与を考えるべきである、という[35]。すなわち、マインツ大司教ゲルラッハが当時殺害の危険を感じており、それに対抗するため皇帝に支援を求めたことが、第二四条成立の直接的背景であるというのである。この指摘は、史料的基盤もしっかりしており、説得力があるように思われる。

しかしながら、大逆罪犯の子供まで死罪適用というのはドイツになじみのなかった法慣用である[36]。この条文はユスティニアヌス法典から借用して作成されているが、ヘルゲメラーはここから、皇帝と選定侯の関係が古代ローマ帝国の皇帝および元老院の関係を引き継ぐものであるという国家・歴史観念が読み取れる、と指摘している[37]。したがって、この第二四条は、マインツ大司教に対する具体的な特権と、世界秩序における皇帝および選定侯の位置づけという、二つの側面をもつものであるといえよう。

第二五条は、選定侯領・位・権利の不分割（一体性）と、後見を定めたものであり、ニュルンベルクの立法のうち第七条と第二〇条の補遺となる部分である。また、実際的な規定として、相続人になるべき世俗選定侯の長子が精神疾患ないし肉体的な虚弱状態にある場合、相続人から排除されうるとされている。また、非相続人に対する給養は、選定侯領の分割ないしそこから自立することがあってはならないという前提のもとでのみ、認められる。これは、選定侯が皇帝支配の支柱であるというモチーフの表出であり、同様のモチーフは、前文、第三条、第七条、第一二条において現れている。

第二六条から第二九条にかけては、互いに密接に関連しあう四つの条項であり、「皇帝ないし国王の盛大な宮廷」（第二六条冒頭）についての、すなわち第一部では決められていない皇帝（国王）の宮廷会議における儀礼細則である。

第二六条は、帝国集会の会場にいかにして現れるべきかについて取り決められており、早朝（第一時課）に、選定侯は皇帝を迎えに行き、その後議場まで列を組み行進することを規定している。これと関連しているのは第二一条および第二二条であるが、この二つの条文は、皇帝が皇帝権標を持つ場合に限っている。第二六条ではそれを行進の場合に拡大し、さらにミラノとアーヘンの冠の護持および皇妃の問題もあわせて扱っている。

第二七条は、唯一メッツ部分で全写本にわたり「皇帝ないしローマ人の王の盛大な宮廷における選定侯の職務について」と表題がつけられている部分であり、特別な関心がこの条文に向けられていることをうかがわせる。ここにおいてはいわゆる大官職（Erzämter）について取り決められているが、俗界選定侯に関しては第四条第三項の、また、第二項として二番目にあらわれる聖界選定侯に関しては第二三条の補足となる。最初は大マルシャルとしてのザクセン（第一項）、第二は上述のように大書記長としての聖界選定侯、そして大ケメラーとしてのブランデンブルク（第三項）、大トゥルフゼスとしてのプファルツ（第四項）、大シェンクとしてのベーメン（第五項）の履行すべき事柄が決められ、

最後に世俗選定侯が欠席した場合の代行が、だれによってなされるかが定められている（第六項）。この職務履行の順番は行進の際の順序とは全く関係なく、第二七条内部で論理が完結している。

第二八条は、まず第三条と第四条第一項の補足条項として、祝餐の際の席そのものおよび席次を規定している。皇帝ないし国王のテーブルは六フィートの高さであり、そこには宮廷会議の日に皇帝・国王以外のだれも立ち入ってはならない。皇妃ないし王妃のものは選定侯のものと同じ高さで、すなわち皇帝・国王のものより三フィート低くしつらえられる。これは、選定侯以外にかれらの間ないしその席に着座してはならないこととあわせて、選定侯がほかの諸侯とは異なる高い地位を占めることを儀礼上表現することが意図されているであろう。また、選定侯の席の高さがすべて同じでなければならないこと、そして第二項で選定侯全員が最後の大官職の履行後に同時に着座することが定められているが、これは選定侯間に明白な序列が存在せず、かれら七人が同等の存在であることの表現と考えられる。

第二九条は、二つないし三つの異なる項目からなる条文であり、ニュルンベルクの当該規定の解釈と実行のための細則と位置づけることができる。はじめに、フランクフルト・アム・マインが国王選挙のための、アーヘンが国王戴冠のための、そしてニュルンベルクが戴冠後の最初の宮廷会議のための場所であることが確認される（第一項）。フランクフルトの位置づけについては、第一部でもすでに言及されているが（第一条第一六項および第二〇項、第二条第一項および第三項）、アーヘンおよびニュルンベルクについてはこれが初出となる。とりわけ、オットー大帝が九三六年に戴冠して以来伝統的な戴冠都市であったアーヘン、シュタウファー以後選挙都市という伝統を担ってきたフランクフルトに対して、ニュルンベルクが戴冠後最初の宮廷会議の開催地に選ばれているのは、ここで新しく作られた伝統であり、それ以前にそのような慣例は見られない。この背景に、ニュルンベルクとカール四世の関係の近さを考えるべきであろう。

第二項は、第二条三項第三文、および第一九条で確認されている選定侯の全権代理の問題にかかわるものである。さ

らに、第三項の、宮廷長官（Hofmeister）が、宮廷会議の骨組みと椅子のすべての木材をみずからに要求できるという規定は、その位置づけに議論が分かれるところである。というのも、マインツ写本では、この第三項がここではなく第三〇条の第四項の後ろにおかれているからである。ツォイマー以来、内容から見て本来は第三〇条第四項の後に来るべきものと考えられてきたが[38]、ヘルゲメラーはこの考えになんら説得的な根拠はないとし、この位置が正当な位置であると主張している[39]。第二九条自体が多岐にわたる内容を包含しており、宮廷会議の施行細則の中で木材の取り分が決めてあると位置づけるならば、ここが正当な場所であるというのは説得力がある。他方で、ただひとつとはいえ正本たる写本においてすでに第三〇条の第五項にこの項が置かれているのは、この項の内容の持つ中間的な性格に由来しているといえよう。

第三〇条は主として、第一部にはない宮廷役人の権利について取り決められている部分である。先にも述べたように三写本においてーヘルゲメラーにもとづけば、プファルツ写本にもー、この部分に「諸侯がかれのレーンを皇帝ないしローマ人の王から受け取る際の役人の権利について」という表題がつけられている。諸侯の授封もまた、とりわけメッツの宮廷会議を構成した儀礼の一部であり、この条項も儀礼細則の一部を構成していると考えられよう。その中で注目すべきは、諸侯授封の際の諸侯が乗ってきた動物をマルシャルたるザクセン公が受け取ることが定められた部分である（第四項）。これは、前年一二月六日の選定侯のヴァイストゥームに依拠しているが、ヘルゲメラーは、第二七条で最初にザクセン選定侯があげられていることと同様このことがここで取り入れられたことに、このメッツの補足条項作成時の交渉におけるザクセンの影響力の強さを見てとっている[40]。

第三一条は、世俗選定侯の息子ないし相続人は、母語であるドイツ語以外に、七歳から一四歳まで、ラテン語、イタリア語、「スラヴ語」（＝チェコ語）を学ぶべきであることを定めた条文である。これは、ヘルゲメラーによれば現実的

な条項ではなく、皇帝を支えるべき選定侯の資質を理念的に表明した部分であり、第一二条の「皇帝支配の支柱としての選定侯」理念の延長上に存在する条項と考えるべきである、という。[41] その際、フランス語ではなくチェコ語であるのは、ツォイマーのいうようなカール四世の愛着にだけ帰すことはできない。[42] リンドナーはペトラルカの影響とみてとっているが、[43] ヘルゲメラーは、ベーメンにおけるルクセンブルク家の支配の継続というカールの展望に、その理由を求める。[44] 筆者にはヘルゲメラーの考えの方に説得力があるように思われるが、さらにいえば、メッツの集会に出席していた枢機卿ペリゴールおよびフランス王の子息たちとの微妙な関係が現れているかもしれない。

以上メッツの条項を見てみると、ニュルンベルクの立法の第一三条から第一七条を除いた部分の補足条項であることがわかる。そのなかでも、分量からみてもっとも重要であったのは「盛大な宮廷」、すなわち宮廷会議の実施細則である第二六条から第二九条、そして授封も儀礼に含まれるので第三〇条であったということができる。このことは、とりわけ第二七条に（そしてプファルツ写本では欠落しているが第三〇条も）、すべての原写本において表題が付されているところからも傍証されるだろう。

さて、この第二部は第一部のなにを補完しているのだろうかといえば、皇帝と帝国についてのある特定の観念である。その観念は、次のようになろう。カール四世は古代ローマ皇帝の後継者であり、かれの支配する帝国がローマ帝国そのもの、そして選定侯個々人ではなく、その集合体（＝選定侯団）が元老院である。さらに、皇帝は選定侯を通じて帝国をよりよく知ることができ、その意味においてもかれらはたんなる諸侯ではなく皇帝の「肢体」と位置づけられる。その「肢体」は式餐におけるように皇帝に奉仕すべきであり、また行進におけるように皇帝と選定侯（と皇妃）が帝国そ

のものである、と。

第一部の主眼は、国王選挙を安定的に行うことにあったといえるが、それは「将来皇帝へと昇格されるべき」あるいは「将来の皇帝たる」王位が空位となった場合の措置である。そしてこれに第二部で強化された観念をあわせて考えるならば、帝国とはなにかということが「金印勅書」全体の主題であった、ということができるだろう。第一三条から第一七条は、それからの「逸脱」である。しかし、これらの条項はかねてより協議の際に繰り返しテーマとなってきたものであり、むしろわれわれは、これらの内容が条項にとり入れられたことを、当時それだけこれらのテーマが人々の関心の的となっていた証左ととらえるべきであろう。

2. 写本伝来の状況

2－1. 「金印勅書」の七「正本」とオリジナル

「金印勅書」については、現在、ベーメン写本（B＋b）、ケルン写本（C）、マインツ写本（M）、プファルツ写本（P）、トリーア写本（T）、フランクフルト写本（F）、そしてニュルンベルク写本（N）といった合計七つの「正本（Ausfertigung）」が存在している。これらはそれぞれ、写本の発給先の頭文字をとって呼ばれるのが慣例であり、以下それに従う。その写本データについては、フリッツの手により刊行された「金印勅書」のテキスト編纂の決定版の序言から知ることができる[45]。

これら七写本のうちとりわけ異彩を放つのは、ベーメン写本である。この写本は、作成年代、および形状と筆跡の異なる二つの部分から構成されている。前半は、ニュルンベルクの立法部分を含み、一ページ当たり一六行の六〇葉の羊

皮紙が九層になっており、入念に書かれている。後半は、メッツで制定された部分に該当し、一ページ当たり二四行の羊皮紙一二葉をふくむが、あまり注意して書かれていない。この後半部分の筆跡は、似せてあるが前半とは別の人間のものである。また、ほかの写本とは異なり、金印は前半部分にしか括りつけられていない。そして、先にふれたように、第二四条が始まるまえに発布に関する一文が挿入され、それによってこれ以後の部分がメッツで制定されたものであることが明確になるようになっている。これらのことから、これら二つの部分は本来それぞれ全く別の写本であり、現在研究においても前半を写本B、後半をbというように、別の写本として扱っている。すなわち、現在のベーメン写本の姿は、この別々に存在した写本がある特定の時期に合本された所産であり、研究上それは一三六六～七八年の間のことであったと推定されている。[46] さらに、この写本Bのあり方は、第一部が本来第二部を前提としていないことを示している。

また、書記の筆跡という観点から見れば、写本Cは同時期に作成されたと考えられている三写本（P、M、T）と、大いに異なる点をもっている。それは、写本Cの書記の筆跡が、同時代の帝国書記局および選定侯書記局から発布された文書において見られないことである。ここから、この写本Cの作成には、帝国書記局構成員ではなく、雇われた書記があたったのではないか、そしてその理由として、「金印勅書」の（すくなくとも四つの）原写本をかなり短い期間に仕上げなくてはならず、人手が足りなかったからではないか、と考えられている。[47]

七原写本は、それぞれ内容にかかわる変更（補足あるいは省略）は見られないものの、微妙に文言を異にしている。ここからかつて諸研究において、「金印勅書」のオリジナルはどれか、という問題が熱心に検討された。その結果は以下のとおりである。

まずFおよびNは、その作成時期から除外されねばならない。フランクフルトの都市会計簿の一三六六年の項には、シュルトハイスが「金の印を付された書（daz buch mit gulden bullen）」を入手するための費用の支出について記載が

あり、これが写本Fの作成時期と考えられる。この直前シュルトハイスが皇帝勤務を積極的に果しており、おそらくその代償として「金印勅書」が与えられた[48]。Nは、その経緯がつまびらかではないが、完全に写本B＋bのコピーである。たしかに、ニュルンベルクの都市会計簿の一三八五年の項には、「『いかにしてローマ王を選出するべきか』の小本のために」三二シリングが支出されている記述があるが[49]、これが写本Nと関連した記述であるかどうか不明であり、現在のところ、写本Nが作成されたのは写本F作成以後カール四世が死ぬまでの間と考えられている[50]。

また、残りの五写本のうち、C、M、P、Tは第一部と第二部を通して一人の書記の手により書かれている。さらに空白で区切られているとはいえ、あたかもひとつの文書であるかのような体裁をしている。ここから、この四写本はメッツの帝国集会以前に存在しえないことが明らかである。それゆえ、唯一メッツの帝国集会以前に作成されえたのは、メッツ部分の存在を前提とせず、あたかも一つの立法（集成）として存在する写本Bであるが、この写本も最初から最後まで非常に流麗に書かれている。ここからツォイマーは、Bでさえもニュルンベルクの帝国集会のさなかに作成されたものではない、という[51]。すなわち、本来ニュルンベルクの帝国集会の閉会日に予定されていたのは、実際に発布された中日の四日前という中途半端な日ではなく、主の公現の祝祭日（一月六日）であったが、六日以降に決議の修正ないし補足がなされ、一〇日にずれ込むこととなった。それゆえ、写本Bがこの発布の際に用いられた写本ならば、その完成度にかんがみてすでに一月六日以前に清書に取り組まれていたはずであり、この遅延の結果、前文において一月一〇日に発布されたとある部分になんらかの修正の痕跡がみられなければならない。また、補足部分の第二〇～二三条もまた、それ以前の部分との筆跡および羊皮紙や行数などの外形的な形式上の違いが確認されうるはずである。しかし、写本Bにおいては、それぞれそのような修正および補足に伴う違いは全く確認できない。それゆえ、このベーメン写本もまた、ニュルンベルクの帝国集会から少し時間がたった後に作成されたものと考えなければならないのである、と。

ツォイマーのこの推定は、非常に説得力があるものとして受け入れられた[52]。現在、写本Bの作成時期は、ニュルンベルクの帝国集会後の七月か八月ごろであろうと推定されている[53]。フリッツもまた、「金印勅書」の史料編纂においてこのツォイマーの考えを踏襲し、さらに文献学的に五写本を相互に比較するなかで、「草案（Entwurf）」→「文書案（Konzept）」→「正本写本（Ausfertigung）」という写本作成の流れと、さらに、とりわけ文書案が正本作成の際に複数作成され、それが五正本間の文言、あるいは微妙な形式の差異に連なっていると推定した[54]。さらにその推定にもとづけば、草案と文書案はある程度まで書記局の慣例から逸脱して保管され、FおよびNも含むいくつかの写しの作成の際にも用いられたが、結局のところ失われてしまった[55]。いずれにせよ、「金印勅書」の写本がすべてそこから派生したと考えられる原オリジナルは現存せず、ベーメン（ただしBのみ）、ケルン、マインツ、プファルツ、トリーア、の五選定侯にあたえられた、微妙に文言の異なる写本が、「金印勅書」のオリジナル群を構成しているのである。

後に増えた二写本FとNが時の流れの中で正本としての価値を得ることになったことは、「金印勅書」の受容を考えるうえで重要であると思われるが、本稿の当初の課題を超えるため、ここでは扱わない[56]。

2－2．ブランデンブルクとザクセン写本は存在したか

この正本の問題に付随して容易に浮かび上がるのは、ブランデンブルクとザクセンの両選定侯に対して正本が作成されたか、という問題である。かれらに対する「正本」は、事実として現在に伝来しておらず、また史料上その存在が確認されえない。そこで、この問題に対しては、史料の完全なる沈黙から推定するしかないが、現在までにその推定の方向は、1．なんらかの理由でブランデンブルクおよびザクセンに対し発給されなかったとするものと、2．二人にも発給はされたが、世俗諸侯の―かつ、時代の大きな趨勢でもあった―文書を粗雑に扱う傾向の中で失われてしまったとす

るもの、二つに大別される。大半の研究者は、第一の説をとっており、第二の説をとるのはヴォルフなど少数である。[57]とはいえ、現状としてこの問題に決着が完全についたというわけではない。

この問題を近年ふたたび取りあげたリンドナーは、上述の二つに大別される説のうち、第二のものはまずほとんど考えられないと述べている。というのも、この説の主たる主張者ヴォルフは、君侯家交代の際（一三七三年ブランデンブルク選定侯領がヴィッテルスバッハ家からルクセンブルク家へ、一四二二年ザクセン選定侯領がアスカニアー家からヴェッティン家へ）、両選定侯に発給されていた「金印勅書」正本が失われたと考えているが、この二つの交代の際にそれほど大きな問題が生じておらず、混乱に乗じて失われたとは考えがたいからである。さらに、一三五六年から五七年の初頭にかけて発給された原五写本以外からのコピーの存在が確認されていないという、ヘックマンが現存する写本と存在したことが確実な写本から再構成した事実をつけ加え[58]、まずこの両選定侯には「金印勅書」正本が発給されなかったとした。[59]

以上、原写本群の作成について概観してきたことから、次のことが指摘できよう。それは、カール四世が「金印勅書」をその制定時に選定侯全員ではなく、ほぼ間違いなくライン選定侯にのみ発給したのであろう、ということである。写本Cがおそらく雇われ書記により筆写されたと推定されることを踏まえるならば、むしろカール四世がそこまでして四人のライン選定侯に「金印勅書」写本の手交しようとしたのであり、それはかれがこの四人と特別な関係をとり結ぼうとしていたからである、と考えられるのではないだろうか。

3．「金印勅書」の公布

この正本写本の作成のあり方を前にするならば、「金印勅書」の公布とはなんだったのかという問題が浮かび上がる。本節においてはこの問題をとり扱う。

第一部ニュルンベルクの立法部分については、「金印勅書」の前文がほぼ唯一の同時代の情報源である。そこでは、先にみたとおり、全選定侯、および諸侯以下の多数の者たちが出席するなか、皇帝カール四世が皇帝の玉座に座り、皇帝の衣装と宝飾を身に着け、そして皇帝冠をかぶり、皇帝の十全な権力から発布した、という。しかしすでにツォイマー以来、ここで一時間以上かかるラテン語の（すなわち、出席者の大半が理解できない）原文を、たとえば宮廷書記長がほんとうに読み上げのだろうか、という疑問が呈されている。ツォイマーは、おそらく一二三五年のマインツのランドフリーデ立法のように、ドイツ語簡略版での内容の伝達があっただけであろう、と推定している。(60)

また、ツォイマーによれば、さらにこのときにおそらく「金印勅書」の内容が記録としても渡されたわけではないであろうことが、次のことから推定できる、という。すなわち、この一月一〇日の後、一月二五日、および二月二日に、ケルン大司教に対し、「金印勅書」とほぼ同内容の特権状が付与されている、という事実である（一月二五日、第九条～第一一条および第一三条と第一五条の内容、そして二月二日には、第一四条および第一七条の内容の特許状）。これらは、ケルン大司教の肝いりで全体立法の中に組み入れられたのであるが、しかし、間をあまりあけずに二つの特許状が、第二のものは第一のものを補完する形で発給されているのは、参照すべき確固たるテキストがなかったからではないか、という推定を成立させる。すなわち、プロトコルなどを所有し、そこから必要な部分をさらに特許状として発給させるのであれば、最初から、第二の特権状までを含む一つの特権状を発給させるであろうが、実際にはそうではなかった。それはすなわち、確固としたテキストをケルン大司教が所有せず、皇帝書記局の中で帝国集会において取り決めた内容の中から詳細な検討なくして選んで、別に発給させたことを意味する、というのである。(61) ヘルゲメラーは逆に、こ

の事実はケルン大司教が「金印勅書」第一部について詳しい内容を知っていたのであるから、むしろなんらかの形でプロトコルが渡されていたことを推定させるというが[62]、このツォイマーのテーゼを前にしては説得力に欠けるように思われる。

しかし、たとえ最初の正本である写本Bがニュルンベルクの集会から半年後ぐらいに作成されたとはいえ、この一月一〇日の段階で、すでに「金印勅書」のニュルンベルク部分がひとまとまりのものとして構想されていた、ということはおそらく間違いない。というのは、もし写本Bが作成時にニュルンベルクの諸決議の中からあらたに作り上げられたとするならば、ヘルゲメラーの指摘する「最終編纂」の過程で、さきに確認した補遺部分（第二〇条から第二三条）が当初のあるべきところにおかれ、第一九条でもって終わる構成になっていただろうからである。また、ニュルンベルクの集会直後にケルン大司教、フルダ大修道院長、シュトラスブルク司教に発給された特許状も、「金印勅書」の存在を前提として書かれている。それゆえ、ニュルンベルクの集会においてはこれら一連の内容の確認行為が行われ（フリッツのいう草案はこのときのものであろう）、その通りの順番で、しかし若干の編纂作業を—もしかすると多少の語句の変更も—ともなって文書案（そして写本B）が作成され、そしてメッツの集会で披露されることとなっていたと考えるべきであろう。

ニュルンベルクの会議については、「金印勅書」以外ほぼ沈黙しているのに対し、メッツの会議については叙述史料が豊富である。この会議は、中世後期におけるもっとも壮麗な帝国集会のひとつに数え上げられ、同時代人の関心を集めた。しかしながら、それらの史料においては通常、メッツに全選定侯と多数の諸侯のみならず、フランス王太子兄弟（ヴィエンヌ公にして王太子シャルル［後のフランス王シャルル五世］およびベリー公ジャン）、および枢機卿にしてアルバーノ司教であるペリゴール（タレイラン）が来参していること、そしてクリスマスに華やかに行われた宮廷儀礼、

ならびにレーン授与が行われたことを伝えるのみであり、「金印勅書」の公布についてなんら言及がない。この例外は、レヴォルト・フォン・ノルトホフによる『マルク伯年代記』であるが[63]、一三五七／五八年に記事を書いたノルトホフはメッツの集会について言及するも、そこで話し合われたのではない「金印勅書」の第一部第一七条のみを問題とし、さらに「金印勅書」から文言を直接引用して記事を書いている。それゆえ現在の研究において、かれ自身はこのメッツの帝国集会に参加しておらず、ある写本（おそらくは写本C）を参照して書いた、と考えられている[64]。したがって、メッツの集会でも「金印勅書」の読み上げによる公布は、なんの痕跡もないといえることから、おそらくなかったと考えるべきであろう。

それでは、同時代人は「金印勅書」という文書が存在することを知らなかったのか。われわれはすでにノルトホフの事例からそうではないといえるが、さらに、カール四世自身が一三五七年一月六日レーゲンスブルク周辺に住む受取人あてに出した書簡を付け加えねばならない[65]。そこでは、カール四世が都市メッツへの皇帝の入市から、宮廷会議における儀礼の数々、そしてその後の予定までを詳細に記してあるが、そのなかに「そこ（メッツ）で余は、いくつかの立法を布告し公けにした（ubi plures leges editas promulgavimus）」という記述が存在するのである。それゆえ、当事者以外にもメッツにおいて公布された諸立法、すなわち「金印勅書」のテキストが存在するということを知りえたことは疑いえないのである。他方で、その認識のありようは、レヴォルトの年代記およびカールの書簡が示しているように、われわれが知る全体として一つの「金印勅書」ではなく、せいぜいのところが、個別の諸立法であったであろう。しかし、われわれはひとまずそれを、ネガティブに評価するのではなく、ポジティブに評価しておきたい。

さらにまた、ガルニエが指摘するように[66]、公布という行為そのものについてもわれわれは再考しなければならない研究状況にある。近年の中世における政治的コミュニケーション史の成果にもとづけば、多くの事例において指示内容の

パフォーマティブな再現が手続きの締めくくりとなっており、それは証書作成の際、内容の公表のみならずそのヴィジュアル化も構成要素となっていたことを意味すると考えられる[67]。メッツの帝国集会で策定された部分の主眼は、皇帝と選定侯の協働がその国制の根幹に置かれた帝国像をいかにして現実化するかという儀礼細則であり、それは現実に実行され、多数の年代記に記された。ここからわれわれは、「金印勅書」という文書を手交することが必ずしも同時代人にとって重要ではなかったことを指摘できるであろう。また同時に、ザクセンとブランデンブルクに「金印勅書」写本がおそらく発給されなかったことも、それほど本質的なことではなかったといえるかもしれない。というのは、かれらもまたそこでの儀礼に参加し、同時代人の前でみずからが何者であるかを示すことができたからである。

4. 同時代の「金印勅書」に対する言及例

「金印勅書」というテキストが同時代人においてどのように認識されていたのか。一四世紀後半における言及例について、リンドナーはこれまで見過ごされてきた言及例を指摘している[68]。本節においては、以下、その導きにしたがいつつ、皇帝書記局の実践、そのほかの書記局ならびに年代記における言及を確認することとしたい。

その前にわれわれは、まずは一三五六年の二度の帝国集会における一連の諸決定を総体として呼ぶ「金印勅書（die Goldene Bulle）」という呼称が、同時代ものではなく、後の時代になって初めて現れたものであるという事実を確認しなくてはならない。現在、この呼称が一三五六年の諸決定に対して用いられたと史料上初めて確認できるのは、一四〇〇年のループレヒト・フォン・デア・プファルツ（在位一四〇〇～一〇年）の新国王選挙の際に出された文書においてである[69]。ほぼ同時期に作成されたと考えられているヴェンツェル写本においては[70]、「皇帝制定法である金印勅書（aurea

bulla imperialium constitucionum）」の文字がある。ただし、一三六六年フランクフルトの都市文書におけるなど[71]、この文書と金の印璽とを関連させた言及は、すでにそれ以前からいくつかある。

また、一四世紀においてBulla aurea（「金印勅書」）という名称は、一三五六年の諸決定にたいする固有名詞ではなく、むしろ一般名詞として用いられていた。たとえば、一三五七年一〇月一一日にコンスタンツの教会に出されたすべての特許、権利そして不動産を確認する文書は、金印が付されており、その裏側に「Bulla aurea Karolina（カールの金印勅書）」と書かれている[72]。こうした状況の背景には、カール四世のもとで金印の付された特許状がしばしば発布されていた、ということがある。たとえば、カール四世は一三五六年だけで二〇通もの金印の付された特許状を発布しているという[73]。一三六六年の「金の印を付された書」といった呼称も、こうした一般名詞的な用法の中に位置づけられえるだろう。

他方、そもそも一三五六年の諸決定それ自体においてこの諸決定がなんと呼ばれているかといえば、まずは「立法（leges/lex）」（一五回）、「制定法（constitutio）」（九回）、「勅令（edicum）」（九回）である。そして、これらのヴァリアントとしてnostre leges、lex nostra imperialis、imperiales nostre constitutiones et leges、nostra constitutio、nostra constitutio imperialis、edicum imperiale、edicum nostrum という呼称がある。また、それぞれ一回ずつではあるが、「余の宣言（nostra declaratio）」、「余の命令（nostra ordinatio）」、そして「書（liber）」と呼ばれている。

4－1．皇帝ならびに皇帝書記局の実践

すでに言及したケルン大司教宛の特権証書（一三五六年一月二五日および二月二日づけ）においても、「金印勅書」は「いくつかの皇帝の立法にして制定法（plures leges et constitutiones imperiales）」とよばれている[74]。さらにフルダ大修道院長宛の特権証書（一三五七年一月六日づけ）では、「金印勅書」の第一六条の市外市民禁止規定が引用されているが、

まず本文中において「立法にして皇帝法（ein gesecze und keiserrecht）」と、そしてリンドナーは触れていないが、独自にドイツ語に訳されたと考えられる引用部分において、「余の皇帝立法（unser kaiserliche gesecze）」と二回、そして「余の皇帝命令（unsir keiserlich gebot）」と述べられている。[75] そのほか、一三六一年五月二五日づけおよび八月二九日づけで、ザクセンの選定侯位をめぐって、ザクセン＝ラウエンブルク公エーリヒに対してザクセン＝ヴィッテンベルク公ルードルフが起こした訴訟に関連して出された証書においては、「余の皇帝法書において（in vnserm keiserlichen rechtbuch）」という言葉が出てくることがよく知られているが、[76] これはかつて「金印勅書」の唯一の同時代的呼称と考えられていた。[77] また、ニュルンベルク・ブルクグラーフに対して、一三六三年三月一七日づけで出された証書においては、「余がかつて余の都市メッツにおいて、諸侯の助言により作成し、そして文書化し印璽を付すことを命令した『皇帝立法ないしは勅法』（lex imperialis seu statutum）」[78]、ドイツ語バージョンでは短く「余が（かつて）メッツにおいて諸侯の助言でもって作成し、文書化し印璽を付した『立法』（gesecz̃ze）」と呼称されている。[79] ここでは、後に触れるように誤りを含むとはいえ、「メッツの立法」、すなわち「金印勅書」への明確な関連づけがみられる。

従来の研究は、ここで「金印勅書」との関連づけが行われなくなったと考えていたが、実際はそうではない。たとえば、一三六四年一二月二三日づけでカール四世が発給した文書においても言及がある。[80] それは、トリーア大司教および教会と都市トリーアの当局との間の裁判権に関する争いに関して、皇帝が仲裁した際に発給されたものである。その際、トリーア大司教が皇帝の裁判所に「聖なる、そして不可分の三位一体の名において、至福に満ちてアーメン。カール四世、神の恩寵により、清澄なるローマ皇帝にして常なるアウグストゥス、そしてベーメン王 etc.」から始まる、「余［＝カール四世］の皇帝金印でもって印璽の付されている余の皇帝文書（unser keyserlich brieve, die bulliert sint mit unsern keyserlichen gulden bullen）」を持参し、その主張の根拠にしたこと、そして、皇帝はその「余の立法にして法律（unser

gesetze und lex)」をもとにして、この争いに対し判断を下していることが述べられている。これは、皇帝の宮廷内とその外の実践における「金印勅書」への言及事例として興味深い一面を持っており、本節の三でまた立ち返りたい。また、一三七四年一一月一一日づけの国王選挙と関連してトリーア大司教に発給された文書では、「立法にして命令（gesecze und ordnunge）」および「命令にして立法（ordnunge und gesecze）」と二度呼ばれている。(81)

さらなる例として、ランプレヒト・フォン・ブルンによる「金印勅書」への言及をあげることができる。それは、市外市民問題に関連して、都市シュトラスブルクの市長と市参事会にあてて書き送られた書簡中にある。ブルンはカール四世のもとで栄達の道を歩んだ有力な顧問官であり、皇帝の後ろ盾もあって当時シュパイアー司教となっていたことにくわえ、(82)この文書の発給場所がプラハであることからも、この事例をこの皇帝あるいはその書記局の実践に分類できる。そこでは、「金印勅書」が「帝国と選定侯の一般立法にして命令（des richs und der curfürsten gemein gesetz und gebot）」のほかに、再度「皇帝と選定侯の一般命令（unseres herren des keysers und der curfürsten gemein gebott）」と呼ばれている。(83)

ブルンの言及の前提として、この文書中において明確にエルザスとハーゲナウと言及されていることから、一三六五年に皇帝カール四世が行ったふたつの措置を考えることができる。第一に、四月二三日にハーゲナウに宛てて発給した文書においては、(84)皇帝がハーゲナウ周辺の諸侯などにたいして、自身の臣民がもしハーゲナウの市民になろうとした場合にはそれを阻害してはならないことを規定した。リンドナーによれば、そのなかにおいて「金印勅書」が「一般立法（ein gemein geseczze）」と呼ばれている、という。(85)われわれは、ブルンのものとあわせてこの二つの事例から、皇帝およびその周囲において、「金印勅書」が一般的に妥当する帝国法とされえたと指摘できるだろう。いまひとつの措置は、カール四世が八月一〇日に、ハーゲナウを含めたエルザスの諸都市に対して、選定侯の同意の下に特別に市外市民を持

つことを許したものである。ここにおいては、「金印勅書」への言及はないが、皇帝が数年前にこの権利をこれら諸都市から剥奪したものであることが言及されている。[86] これは、皇帝自身による「金印勅書」の違反であるが、この問題は、後にまた立ち返りたい。

このような「金印勅書」への関連づけは、さきに触れた一三五七年一月六日づけのカールの「公布」書簡と併せて考えると、カール四世およびその書記局の側で皇帝カールの立法行為を積極的にアピールしているものといえる。さらに、内容との関連づけの精度いかんという問題に立ち入ってみてみよう。

一三五六年一月二五日および二月二日づけのケルン大司教宛特許状は、そもそも「金印勅書」の制定時において特にケルン大司教の関心の高かった部分を抜粋したものであるから、当然これはかなり精度の高い引用となっている。[87] また、フルダ大修道院長宛ての市外市民禁止に関する特権証書では、第一六条がドイツ語に訳されて引用されている。この訳は独自のものであり、発給される際にわざわざ訳されたものと考えることができる。[88] これも、「金印勅書」の制定直後に作成されたことを、高い精度の要因として指摘できる。

他方、諸研究が「金印勅書」と同定してきた、一三六一年のザクセンの選定侯位をめぐる訴訟における「余の皇帝法書」の引用は、じつは精度が高くない。この文書において問題となっているのは、とりわけ、ザクセン＝ラウエンブルク公エーリヒが、まるで自身が選定侯であるかのごとく、帝国の最高位のマルシャル（＝大マルシャル）の称号を用いていることである。そして、それに対し、選定侯の位階と選定侯領は分かちがたいこと、選定と票（„kur vnd stimme“）および選定侯のすべての権利をもつ者がその位階にあることを、「余の皇帝法書に書かれているように」と引き合いに出しているにすぎない。しかし、皇帝カール四世はかつて自分が制定した立法に基づき、このザクセン選定侯位をめぐる対立を解決しようとしていることはあきらかであり、それは、この立法についての文書が存在することを前提として

いることは疑いえない。[89]

ニュルンベルク・ブルクグラーフの諸侯身分昇格証書においては、かつてツォイマーがそれを理由に当時の宮廷書記長ヨハン・フォン・ノイマルクトが「金印勅書」の起草に寄与していないと結論づけたように、[90]誤りが存在する。それは、「金印勅書」第九条にある鉱山採掘レガリアに関しての引用のさいに、この部分がニュルンベルクではなくメッツにおいて発布された部分であるとしていること、そして本来すべての選定侯に鉱山採掘レガリアがあるとされているのを、選定侯だけがこのレガリアを享受できると、レガリアの享受範囲が狭まってしまっていることである。[91]しかし、さきにも触れたように、このレガリア授与を「メッツの立法」、すなわち「金印勅書」と明確に関連付けようとしていることは注意に値するだろう。

また、ランプレヒト・フォン・ブルンの文書では、第一六条を具体的に念頭におきながら、「帝国と選定侯の一般立法にして命令」および「皇帝と選定侯の一般命令」と述べているだけである。ハーゲナウの一三六五年の文書については、筆者に利用可能であったのがオリジナルではなく内容の抜粋版のみであり、先の記述をリンドナーに依拠したが、おそらく同様に第一六条を念頭において「一般立法」と述べているだけであろうと推定される。

以上から、「金印勅書」制定直後にいわばその抜粋としてあたえられた諸特許をのぞけば、従来の指摘通り、「金印勅書」の内容は皇帝書記局において比較的粗く扱われていることが分かる。この粗い扱いと密接に関連すると思われるのが、ツォイマーの非難の対象にもなっている、[92]カール四世自身の「金印勅書」に抵触する行為である。それは、先にこのブルンの措置と関連して言及した、エルザス諸都市に関する市外市民規定の取り消し以外にもある。

まず、帝国剣の護持をめぐる争いである。[93]この争いは、まさにメッツでの「金印勅書」発布の聖夜の祝祭の際に、「金印勅書」で職務が帰属するとされたザクセン公と、ブラバント公にして皇帝の異母弟ヴェンツェルの間で生じたもので

ある。ひとまずここでは、剣の護持はザクセン公ルードルフが担い、ブラバント公はベーメン王の代理として参加したことによって、深刻な対立、そしてその結果儀礼そのものが行えなくなるような事態は回避された。「金印勅書」の規定が遵守された結果であるように見えるが、しかし、一二月二七日づけの証書によれば、ここでのブラバント公の帝国剣を護持する職務の放棄は永続的なものではないとされ、さらに同日づけで選定侯の同意書が付されているのであり、さらに皇帝自身一月五日にこの放棄から永続的な不利益は生じない旨をブラバント公に確認している。[94] 他方七日には、この措置がザクセン公に対しても不利益にならないことも確認している。注目すべきことに、選定侯の同意書も含めこれら一連の措置において、「金印勅書」の規定はなんら顧慮されていない。そしてこの暫定的解決策は、後に触れるように、再度同様の問題が起こることを防ぐことはできなかったのである。

そしてまた、みずからの息子ヴェンツェルを国王位に昇格させるための国王選挙の準備に関連した措置である。さきに触れたように、一三七四年一一月一一日づけで、カール四世はトリーア司教クーノに対し、フランクフルトで国王選挙を開くべしとする「立法にして命令（gesecze und ordnunge）」を、自由な選挙をおこなうためにと理由をつけて、明確に撤回した。これは、明確に「金印勅書」（のうちの第一条第一五項および第二九条など）を意識しており、さらにそれを、意図的に無効にするものである。また、実際には、一三七六年に、ライン選定侯四人によるレンスでの「指名」の後、フランクフルトにおいて七人集まって「選挙」を行っているが、そこでは、すでにブランデンブルク辺境伯になっていたカールの息子ジギスムントの代わりに、選定侯領を保有しない前選定侯でヴィッテルスバッハ家のオットーがブランデンブルク辺境伯として、[95] および正規に選ばれたのではないヴェッティン家のルートヴィヒがマインツ大司教として、[96] 選挙に参加している。これは、あきらかに第二〇条違反となろう。

そして、このヴェンツェルの戴冠の際に、再度剣の護持の問題が生じた。年代記によれば、実際に力による争いに発

展しそうな勢いであったが、皇帝による措置でこの問題は収まることとなった。しかし、ここでも「金印勅書」は引き合いに出されるどころか、全くそれとはかけ離れた形での解決が図られた。すなわち、この戴冠の際に剣の護持は、ブランデンブルク辺境伯であったジギスムント―カールの次子―が担ったのである。

また、ブランデンブルクに関してカールは、選定侯領の不可分性について規定した第二〇条と二五条に違反して、選定侯領の分割を行おうとしている。たとえば、一三六四年四月一四日カールは、さきにも言及したブランデンブルク選定侯領を共同統治していたルートヴィヒとオットーが、かれらの間で所領に分割しようとした試みに同意している[97]。また、かれは一三七六年一二月二一日、ブランデンブルク選定侯領からノイマルクを分割し、ヨハン・フォン・ゲルリッツに与え、そして一三七七年一〇月一八日にこれを更新した[98]。

以上皇帝および皇帝書記局の実践をみてきたが、まずわれわれは、皇帝側の試みとして、「金印勅書」を皇帝立法として描きだそうとしてきたことを指摘できるだろう。ラントフリーデを除外すれば、立法行為は帝国のアルプス以北において一二三七年から一三二九年までの皇帝不在期にはみられなかった[99]。ようやくみられるようになったのは、ルートヴィヒ四世・デア・バイエル（在位一三一四～四七年）が、一三二八年の皇帝戴冠の後ドイツに帰還して以降であり、当時にあっては立法が皇帝位と結びつけられて観念されていた。あきらかにカール四世もまたこれに連なり、皇帝として自身が十全な権力をもつ姿を広くアピールしようとしていた、と考えることができる[100]。

そして、ザクセン選定侯位をめぐる対立、そしてニュルンベルク・ブルクグラーフの諸侯身分昇格の事例から、カール四世はかつて自分が制定した一三五六年の諸立法に基づいて措置を行っていた。一三六五年ハーゲナウに対して、および六六年のシュトラスブルクに対する「一般立法」への言及は、この同じ文脈に位置づけられる。このことから、「金

印勅書」は皇帝側が用いることのできる法的リソースの一部をたしかに形成していた、といえるのである。

ツォイマーが指摘していた通り、カール四世はしばしば、「金印勅書」の指示内容を明確にかれの意思により変更あるいは撤回していた。これは、国制行為としての儀礼（行進にかかわる剣の護持の問題、ならびに息子ヴェンツェルの国王選挙のための政治的取引）の円滑な遂行を目指したものであれ、家門的利害関心からのもの（とりわけブランデンブルク辺境伯領の獲得）であれ、皇帝カールの利害関心に沿うものであった。ここから、カール四世が比較的自由に指示内容を変更あるいは撤回している姿は、かれがみずからその立法に拘束されるとは考えていなかったことを示している。

拘束されないということと、無関心とは明らかに異なる。それは、エルザス諸都市に関して市外市民規定を取り消した際にも、長男ヴェンツェルの国王選挙のために国王選挙規定の一部を撤回した際にも、「金印勅書」の存在を念頭に置いていることから、明らかである。エルザス諸都市の市外市民に関する措置、そして一三五六年のメッツにおける剣の護持をめぐる問題の際にも皇帝が選定侯の同意を取り付けていることから、かれは「金印勅書」の修正や変更の際に不用意に措置を行っていたのではなく、むしろ、かなり慎重に行動していたと考えるべきである。むしろツォイマーの評価は、かれの時代拘束性を示していると考えねばなるまい。

一三六三年のニュルンベルク・ブルクグラーフに対する証書において、鉱山レガリアに関する適用範囲が誤って記されていることは、いまだ「金印勅書」が聖典化（Kanonisierung）を経験していないことを示している。われわれはその原因を、一四世紀における帝国政治の「貴族的性格」に帰することができるかもしれない。一五世紀にはいると、諸大学の創建ラッシュも相まって、法学の素養をもった者たちが、とりわけ顧問官としてハイ・ポリティクスに関与し、文書に対する態度も含め政治のルールを根底から変えていったことが知られている[101]。それゆえ、前節におけるガルニエ

の所説も含めて考えるならば、一四世紀後半に生きていた人々がとり結んでいたテキストとの関係は、旧研究において前提とされてきたものと大いに異なっていたことを指摘しなければならないだろう。

この皇帝書記局の実践に関連して、言及例ではないが写本Ｆ及びＮの作成、そして写本Ｂとｂの合本について、付言しておきたい。写本ＦとＮは、後に正本としての地位を獲得したとはいえ、本来皇帝書記局由来の写しである。とりわけ、Ｎは写本Ｂ＋ｂの完全なコピーであり、ほぼ同時期に元来別の写本であったＢとｂが合本されている。さらに写本Ｆもまた、一三六六年に全体がひとまとまりのものとして作成されていることから、この時期皇帝書記局において、ニュルンベルクの諸立法とメッツの諸立法が、それ以前よりもその一体性がつよく意識されるようになった、といえるのではないだろうか。

4－2．皇帝書記局以外の書記局における同時代の「金印勅書」

つぎに、皇帝書記局以外の書記局の実践について確認していきたい。マインツ大司教ゲルラッハは、一三五七年六月に、「余と余の教会がわれらの主人である皇帝とその先祖から、その印璽と金の印でもって印を押していただいた諸特許にして文書（priviegien und … briefen）」を引きあいに出している[102]。ここでゲルラッハは、選定侯の臣下や市民が選定侯の裁判所に召喚される前に皇帝の宮廷裁判所に召喚されないという、自由にして特別の恩寵をマインツ大司教もまた有していると主張しており、それゆえ先の引用においては、具体的に「金印勅書」の第一一条が念頭に置かれていると考えることができる[103]。その際、かれは「金印勅書」の直接の受領者であるにもかかわらず、カール四世のみならず、それ以前の国王たちからも同様の内容の特権を受領していると述べている。すなわち、「金印勅書」だけではまだ不十分であり、そのほか同種の特許状の存在について述べることで、みずからの主張をより確たるものにしようとしている

のである。そして、ゲルラッハにとって「金印勅書」は「諸特許」であり、それもなんらか特権的な位置づけがあるわけではなく、諸特許のうちのひとつにすぎなかったといえよう。

マインツと同様ケルン大司教にとっても、「金印勅書」はみずからの領邦における君主としての地位を保障する特許であった。最初期の「金印勅書」写本としてケルンの書記局において一四世紀後半に作成された三写本をあげることができるが、それらはアムトマンが用いる手引書（Amtbuch）の中に見いだされ[104]、そのうち二つに注目に値するメモ書きが存在する。第一のものは、そのおわりに「皇帝カールによる、金印のつりさげられた特許（privilegium）」とある[105]。そしてもう一つには、「かの皇帝カールの金の印璽のもとにある制定法。主人のもとにある臣下ないし封臣が、もしその主人にフェーデを宣告しようとするならば、かれの封を主人に明け渡さねばならないという規定、また各自この規定のもとで他者にフェーデを宣告することになる規定、そしていかにしてこの立法はケルン教会とその臣下および封臣にとりわけ拡大されるか」という[106]、比較的長い記述がある。第二のメモは、第一七条の規定を自身の臣下と封臣に適用しようとするものといえよう。先に述べたように、ケルン大司教はそれをすでに一三五六年二月の段階で個別に特権証書として受領している。しかし、それを領邦内の権力拡充のために実際に用いようとした際には、「金印勅書」と関連づけ、そして全体を手引書にコピーしていることには注目したい。

これらの事例にあっては、「金印勅書」の直接的な受領者が問題となっているが、オーストリアの「大特許状（Privilegium maius）」は、この一三五六年の二度の集会にほぼ関与していなかった帝国諸侯にたいする影響を考えるとき、興味深い事例を提供してくれる。これは周知のとおり、ルードルフ四世（「建設公（der Stifter）」、オーストリア公、在位：一三五八～六五）によって、一三五八～五九年に出された五（ないしは七）通の偽造特許文書の一つであり、さまざまな特許をオーストリア公に認めるとしたものである[107]。モーラフによれば、この文書は「金印勅書」と直接的な

引用関係にはないが、あきらかに「金印勅書」の帝国諸侯層における効果を念頭において偽造されていた、という[108]。少なくともメッツの集会で儀礼を通じて表明された皇帝と帝国について理念は、現実の帝国諸侯の政治に影響を及ぼすほどの効果をもっていたことは、疑いえないであろう。

4－3．二つの交錯する事例―トリーア大司教と都市トリーアの争い

また、こうした皇帝書記局外の事例と関連して興味深い事例が、さきに皇帝書記局の実践において言及した、皇帝カールによって一三六四年一二月二三日づけでトリーア大司教宛に発給された文書である[109]。

ときのトリーア大司教クーノ・フォン・ファルケンシュタインは、一三五六年の二度の帝国集会に参加し「金印勅書」を受領したベームント（一三六二年退位）にかわり、トリーア大司教位についた人物である（一三六三年一月一五日パリウム受領）。かれは都市トリーアといくどか激しい衝突を繰り返したが、ここでは都市の立法権をめぐって争っている。具体的には、都市トリーアを貫流するモーゼル川における通行権がクーノに帰属すること、都市内における財の売却権と買戻し権に対する都市の条例が[110]、クーノの意に反して打ち立てられており、それゆえ無効にされるべきことが問題となっている。その際クーノは先に引用したように、金印の付されている皇帝文書を皇帝裁判所に持ち込んで自身の権利を主張したとされるが、ここでは内容と形状から考えて、「金印勅書」が念頭に置かれているといえよう。ただ、より細かい権利が問題となっており、さらにこの「皇帝文書」がほぼ複数形で語られていることから、「金印勅書」をはじめとする一連の文書群について語られているとみるべきである。

他方、都市トリーアの方も、これまで歴代の皇帝ないし国王から発給された文書五通をもって、これに応じた。この中には、皇帝カール四世自身の文書も二通含まれている。それには、前述の大司教の特許状に抵触する内容のものもあり、

それゆえ、大司教と都市それぞれの文書の間で、有効性の問題が生じた。一三六四年一二月二三日付の文書は、これに対し皇帝が裁可を下したものである。それに基づけば、まず都市側の用意した文書のうち印璽のないものは無効とされる。そしてさらに、印璽のあるものについても、トリーア大司教とその教会の諸特許に抵触する都市の特許は、「余がかつてニュルンベルクにて、余の集成された皇帝文書において、よく熟慮された英断でもって作成された『余の立法にして法律』」、とりわけそのうち「くわえて、余はこの立法により以下のことを永遠なるものとして規定し、命じる。すなわち、すべての諸特許など（Pretera statuimus et hoc imperiali perpetuo sancimus edicto, quod universa privilegia etc.）」で始まる部分、すなわち「金印勅書」第一三条に依拠して無効とされた。このオリジナルの文書には、ここに「カロリーナ（ないし『カールの』）制定法（Constitutio carolina）」、と欄外に注釈が施されているという[111]。

この事例では、代替わりした選定侯クーノも、あきらかに「金印勅書」を特許状と認識していた。カールの側では、この「皇帝文書」を、ニュルンベルクにおいて「余の立法にして法律（unser gesetz und lex）」として作成されたと語っており、この態度は先に見た皇帝の実践で見られたものと一致する。さらに皇帝側は、「金印勅書」の規定を引用しつつ、都市の諸特許の無効を宣言しているのである。われわれはここで、先に第四節の二で確認したように、選定侯が「金印勅書」をまずもってみずからに与えられた特許として理解し、用いていたこと、そして一で確認したように、それを皇帝側が立法として描きだそうとしていたことを再度確認することができる。

4－4．同時代の年代記記事における「金印勅書」

年代記についてみてみよう。マティアス・フォン・ノイエンブルク[112]をはじめとする同時代の年代記の大半が、宮廷儀礼について詳述する一方で立法行為については沈黙している。この路線は先にあげたように主流派であり、この後もつ

づいていく。[113] たとえば、カール四世の命を受けて一三七〇年代初めに年代記を書いたベネシュも、メッツの宮廷儀礼について詳細に記述しているが、立法行為については言及していない。[114] ほぼ同時代のケルンの世界年代記（一三七七年）もまた同様である。[115] ただし、こうした年代記記事が、儀礼についての記述によって、先に述べたように皇帝と帝国の特定の理念の伝達に役立ったことは、改めて指摘しておきたい。

カールの立法行為を考えるにあたって、第一に触れなければならないのは、やはりレヴォルト・フォン・ノルトホフの年代記である。[116] かれは、メッツの立法行為について「金印勅書」の前文をほぼそのままなぞった形で記しているが、ツォイマーはこれを、メッツの立法行為を目撃したわけではない者が書いた信用できない記事として退けている。[117] たしかにメッツの帝国集会における立法行為のインフォーマントとしては利用することができないが、視角を変えるならば、非常に興味深いものとなろう。すなわち、かれはすでに「金印勅書」制定（すなわちメッツの帝国集会の閉幕）直後に、「金印勅書」の写本（おそらくケルン写本であろうと推定されている）を見ながら、自身の年代記記事を作成したのだが、その際にテキスト上のものと考えられるカール四世の立法行為を「事実」かつ記録すべきものと受け取り、「事実を記録すべき」年代記の中に取り込んでいるのである。

また、後の時代には、いくつかの年代記において立法行為が言及されている。たとえば、リュッティヒの聖職者ヴェルナーの手によって一三七三年から八三年までの間に作成されたと考えられる年代記においては、「一三五六年、［…］皇帝カール殿は諸侯をニュルンベルクにお集めになり、数多く法を制定した」という短いが、ニュルンベルクの立法行為についての記述がある。[118] そのほか、一三九四年以降に書かれた教皇インノケンティウス六世の伝記においても、カールの立法行為についての言及がある。[119] これらの延長上に、一五世紀のブラバントの年代記作家の記述がある。[120] ここにおいては、メッツの集会が一三五七年になっているが、比較的詳しく、ニュルンベルクで制定された二三条分に加えて、

いくつかの条項が制定され、ともに公布された、となっている。ここから、カールの立法行為がたしかにそれほど大きくはないがしかし一定程度の反響を得ていたことは疑いえない。その反響とは目撃者のいわば「生」の情報ではなく、テキスト上で作られた言説であった、ということができるだろう。

年代記という枠組みをこえているが、しかし同時代人の認識を考える上で、先に述べたニュルンベルクの都市会計簿における「金印勅書」の記述に言及しなければならないだろう。そこでは、「金印勅書」が「『いかにしてローマ王を選出するべきか』の小本」とされている。たしかに写本Nと関連した記述であるかどうか不明であるが、しかし、この記述が意味するのは、すでに一四世紀後半にあって、「金印勅書」が国王選挙規定であるという認識があった、ということである。このように認識していた者は、それほど多くなかったかもしれないが、しかしたしかにいた。国王選挙はニュルンベルク立法部分の中心的課題であり、また後の展開も知っているわれわれにとってみれば、このことは当然のことであるように思われる。しかし、上記の実践を踏まえるならば、皇帝や選定侯の「金印勅書」の利用から離れて、また一三七六年のヴェンツェルの国王選挙時において「金印勅書」がほとんど顧慮されなかったのにもかかわらず、「金印勅書」は国王選挙規定であると認識されていたことは、注目に値するであろう。それは、テキストに対する低い関心というこの当時の傾向のなかで、すでに「金印勅書」というテキストに対し一定以上の関心がはらわれていたことの表れでもある。

むすび

これまでの行論を最初に設定した問題に即して整理し、さらに今後の研究における展望を記すことで、本稿のむすび

としたい。

まず、「金印勅書」を当事者たちはどのようなものとして認識していたのか、という問題である。当事者の一方であった選定侯たちは、それを一連の特許状ないし特許集成と考えていた。これはかれらの実践からも明らかであろう。事実、「金印勅書」では国王に匹敵するとも評される諸特許が選定侯に与えられているのである。しかしながらそれは、ゲルラッハが利用する際にほかの多数の特許ももってきたように、あくまで利用できるリソースのひとつにすぎなかった。この多数のなかのひとつという「金印勅書」の姿は、もう一方の当事者である皇帝の実践でも明確である。カール四世およびその周囲は特許集成であった「金印勅書」を、一貫して皇帝立法として描きだそうとしていた。しかしまた皇帝自身しばしば「金印勅書」の指示を撤回・変更している。ここから、旧研究が繰り返し指摘してきたように、「金印勅書」は帝国基本法を予知させるような特権的な位置づけを帝国法のなかでもっていなかった。しかし、皇帝側のさまざまな関連づけの試みや選定侯が実際に「金印勅書」を引き合いに出していることから、当事者たちは「金印勅書」をたしかに認識していたこともまた疑いえないのである。

そしてかれらは他者にたいし「金印勅書」、あるいはその内容をどのようなものとして、また「金印勅書」を通じてなにを認識させようとしたのか。選定侯にとってみれば、結局は他の特許と同等のものにすぎなかったとしか言えないであろう。それに対し、皇帝側の努力として次の二つの点を指摘できる。まず、皇帝は「金印勅書」において、そしてそれを通じて皇帝と帝国についてのみずからの観念を広めようとしていたことである。構成と形式でみたように、「金印勅書」、とりわけニュルンベルク部分は個別立法の集合体ではあったが、ある程度統一的な形をもたらすために編纂の努力がみられた。それは、この主題と密接に関連しており、そこで表明された帝国の観念は第二部を通じて強化された。この観念―すなわち、皇帝はローマ皇帝としてローマ帝国を統べるが、その際選定侯は元老院でありかつ皇帝の肢

体として皇帝に奉仕する―は、第二部の主眼であった宮廷会議の実施細則によって、そしてメッツにおいて可視化されたのである。

第二に、立法の強調を通じたみずからの皇帝の地位のアピールである。「金印勅書」の制定は、カール四世の皇帝戴冠の直後であった。当時立法が皇帝位と結びついていたことから、カール四世はここで、みずからが「十全な権力を有する立法者としての皇帝」であることを強調していた。皇帝側の「金印勅書」を皇帝立法として一貫して描きだそうとしてきた努力も、この文脈から理解されねばならないのである。

そして、本稿の問題設定の最後である、こうした試みはどの程度有効であったのか、という点である。数多くの叙述史料がメッツでの儀礼について述べていること、そしてオーストリア公による文書偽造の事例から、「金印勅書」に込められている皇帝と帝国、そして選定侯に関する秩序観念は、ひろく伝わり大きなインパクトをもっていた、ということがわかる。他方、文書そのものへの関心は、皇帝側ですら利用実践において粗さが目立つように、かなり低かったと言わざるをえない。しかしそれでもゼロではなかった。散発的ながら、当事者の双方で「金印勅書」のテキストをもちいている事例は見られ、場合によってはかなり意識的ですらある。「金印勅書」には従来指摘されてきたとおり、多様な規定があり、幅広く利用が可能であった。われわれはこのような具体的な関心からの利用のなかに、レヴォルト・フォン・ノルトホフの、当時ヴェストファーレンが置かれた状況からフェーデ抑制についての第一七条に特化した年代記記事をふくめることができる。こうしたテキスト上の実践は、「金印勅書」というテキストの存在を呼び起こすことに連なった。

この文書としての「金印勅書」への同時代人の関心として興味深いのは、皇帝書記局における写本FとNの作成、およびB＋bの合本という事実は、認識の変化を示しているように思われることである。むろん、そもそもライン四写本

はそれぞれ一つのものとして作成されているのであるが、とりわけその制定から約一〇年後から、より「金印勅書」が全体として一つのものとして観念されるようになったといえるのではないだろうか。

また、ニュルンベルクの都市会計簿において、「金印勅書」が国王選挙規定であると認識されていたことは明らかである。それは、確かに「金印勅書」第一部の主眼であったが、皇帝および選定侯の実践から見られる「金印勅書」の姿から大きく逸脱するものである。このような認識がたしかに存在したということは、それがすべてでも多数派でもなかっただろうという留保をつけたうえであるが、「金印勅書」の同時代的認識を考える際にも、またその後の受容を考える際にも、重要な定点となるように思われるのである。

最後に、①帝国とはなにかを主題とし、その観念が同時代にあって大きなインパクトをもっていたこと、②ラインの四写本のみならず、写本B＋bの合本やケルン書記局における全体の引き写しからも、二回の帝国集会で取り決められた諸立法の集合体がやはり一つのモノとしても認識されていただろうこと、そして③多様な関心のもとで繰り返し利用されたこと、この三点は、「金印勅書」が帝国の姿をひろく―実際に規定している以上に―規定しているという、この後現れてくる「金印勅書」観に連なっていくのではないだろうか。このような「金印勅書」観は、たとえば一四〇六年国王ループレヒトの[121]議論、およびペーター・フォン・アンドラウの帝国貴族についての議論や、一五〇七年のコンスタンツの帝国集会上における席次争いにみてとることができる[122]。とりわけアンドラウは、一五世紀の後半という時代にあってすでに、中世中期以降の皇帝立法や特許状のなかで「金印勅書」を唯一明示的に引用し、「金印勅書」に非常に高い地位をあたえている[123]。これらは今まで「歪曲」や「誤り」と評され、考察の外に置かれてきたが[124]、むしろ一四〇〇年ごろより本格化する「金印勅書」の受容を、「認識」という枠組みから考える際に、積極的に取り込んでいかねばならない。しかし、これは本稿が当初に設定した課題をこえるため、別稿に譲ることとしたい。

（1）本稿が対象とする文書は通常、「金印勅書 die Goldene Bulle」と呼ばれているが、後に述べるようにこの名称自体、成立から半世紀たってからようやく史料上確認できるものである。したがって、この文書の性格を厳密に考えていく場合、無前提にこの名称を使うことはできないと考え、本稿においては、この文書全体を問題とする場合、通常「金印勅書」と呼ばれる文書、という意味で、「金印勅書」とカッコつきで書くことにする。

（2）たとえば、ブッシュマンは一八三〇年代の終わりに、ハノーファー王国において生じた王位継承問題に関して、「金印勅書」の第二五条が根拠となって解決されたことを紹介している。Arno Buschmann, Die Rezeption der Goldenen Bulle in der Reichspublizistik des Alten Reiches, in: U. Hohensee, M. Lawo, M. Lindner, M. Menzel und O. B. Rader (Hgg), Die Goldene Bulle. Politik-Wahrnehmung-Rezeption, Berlin 2009, 1071-119, bes. 1118f.

（3）ピュッターは、かれ以前の「金印勅書」についての研究文献をあげる中で、帝国基本法のうちで「これほどまでに多くの解釈者と注釈者を得たものはない」と評している。Johann Stephan Pütter, Litteratur des Teutschen Staatsrechts. 3 Bde. Göttingen/Erlangen 1776-83, II., S. 483., III., S. 88f.

（4）Karl Zeumer, Die Goldene Bulle Kaiser Karls IV., 2 Bde., Weimar 1908.

（5）たとえば、テキストはその後、フリッツが理想的なテキストではなく、現実にそうあったものを志向して、校訂され出版された。Bulla aurea Karoli IV. Imperatoris anno MCCCLVI promulgata. bearb. v. Wolfgang D. Fritz (Fontes iuris Germanici antiqui, Bd. 11), Weimar 1972. 本稿はテキストをこれに依拠した。また、個々の内容の法的背景について重要であるのは、Winfried Dotzauer, Überlegungen zur Goldenen Bulle Kaiser Karls IV. unter besonderen Berücksichtigung des rechtlichen Hintergrunds, in: W. Dotzauer, W. Kleiber, M. Matheus U. K.-H. Spieß (Hgg.), Landesgeschichte und Reichsgeschichte, Stuttgart 1995, S. 165-93. しかしながら、とりわけ「金印勅書」研究に取り組んだ研究者として、ヘルゲメラーの名をあげねばならない。かれは、ツォイマーの研究にたいし、さまざまな角度から批判的考察を加えて、その像を修正した。Bernd-Urlich Hergemöller, Der Nürnberger Reichstag von 1355/56 und die *Goldene Bulle* Kaiser Karls IV., Diss. Münster 1978; ders., Die Verfasserschaft der „Goldenen Bulle“ Karls IV., in: Bohemia 22 (1981), S. 253-299; ders., Fürsten, Herren und Städte zu Nürnberg 1355/56. Die Entstehung der „Goldenen Bulle“ Karls IV., Köln/Wien 1983; ders., Der Abschluß der „Goldenen Bulle“ zu Metz 1356/57, in: F. B. Fahlbusch u. P. Johanek (Hgg.), Studia Luxemburgensia,

Warendorf 1989, S. 123-232; DERS., Die Eröffnung der „Goldenen Bulle". Vorgebet und Proklamationsdiplom von „omne regum" unter metaphorologischen und exegetischen Aspekten, in: DERS., *Cogor adversum te*. Drei Studien zum literarisch-theologischen Profil Karls IV. und seiner Kanzlei, Warendorf 1999, S. 126-220. また、近年の DERS., Die Entstehung der „Goldenen Bulle" zu Nürnberg und Metz von 1355 bis 1357, in: Evelyn BROCKHOFF (Hg.), Die Kaisermacher. Frankfurt am Main und die Goldene Bulle 1356-1806, Frankfurt a.M. 2006, S. 26-39 は、それ以前の研究のエッセンスを手短にまとめたものである。

（6）このことに関して付言すれば、かつては皇帝と選定侯、どちらの意思が貫徹したのかという論争があった。たとえば、ツォイマーは、カール四世が「裏の考えや副次的意図なく『帝国の善（Wohl des Reiches）』を促進しよう」とし、それが選定侯に好意的に受け取られて、「金印勅書」となったと考えた。ZEUMER, Die Goldene Bulle (Anm. 4), I, S. 190. これにたいし、ペーターゼンは、シュトラスブルクの都市使節の報告に見出される、カール四世自身がニュルンベルクの帝国集会で話し合うべきとして事前にあげたとされる五つのテーマと、「金印勅書」の該当部分を比較し、その間にみられる顕著な差から、「金印勅書」は選定侯のリアクションの表現であり、それにカール四世は一時的にではあれ屈した産物である、と主張した。Erling Ladewig PETERSEN, Studien Zur Goldenen Bulle, in: Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters 22 (1966), S. 227-57. すでにこの直後にヴォルフが、「真実は中庸にある」としたように、以後の研究は、この両極の間のどこに位置づけられるかを問題にしてきた。Armin WOLF, Das „Kaiserliche Rechtbuch" Karls IV. (sogenannte Goldene Bulle), in: Ius commune 2 (1969), S. 1-32, bes. 32. 現在では、「金印勅書」の成立は、たしかに皇帝のイニシアティブなくしてなかったが、しかしまた各々独自の利害関心を持つ皇帝と選定侯、およびいく人かの諸侯のあいだでの長いコミュニケーションの過程が前提となっていた、ということが学界の共通認識となっている。Claudia GARNIER, Die Ordnung des Reiches. Die Position des Herrschers in der Goldenen Bulle in der Wahrnehmung bis 1400, in: HOHENSEE u.a. (Hgg), Die Goldene Bulle (Anm. 2), S. 197-240, bes. 201f.; Paul-Joachim HEINIG, *Solde bases imperii et columpne immobiles?* Die geistlichen Kurfürsten und Reichsepiskopat um die Mitte des 14. Jahrhundert, in: Hohensee, u.a. (Hgg.), Die Goldene Bulle (Anm. 2), S. 65-91, bes. 65ff.

（7）筆者は、「金印勅書」がどの時点をもって帝国基本法となったのか自体、問われなくてはならないと考えるが、通例一五

一九年のカール五世の国王選挙協約においてであるとされている。Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), I., S. 227.

（8）むしろ、「金印勅書」の成立については、皇帝カール四世のヘゲモニアルな王権を背景に理解されねばならないことが研究の前提とされている。モーラフは「金印勅書」がまずもって、皇帝中心のいわば一元主義的な重い義務とひきかえにカール四世によって選定侯に与えられた特権証書であるとした。たとえば、Peter Moraw, Von offener Verfassung zu gestalteter Verdichtung, 1250-1490, Frankufurt a.M./Berlin 1985, bes. S. 247-9. また、シューバートは、個別の内容はそれぞれ異なる時点において成立したものであるが、それらを一つの全体に総合した点こそ、ツォイマーのいうように「金印勅書」がカールの業績として位置づけられねばならない理由である、とのべた。Ernst Schubert, Königswahl und Königtum im spätmittelalterlichen Reich, in: Zeitschrift für historische Forschung 4 (1977), S. 257-338, bes. 289f. シューバートはこのように、どちらかといえば、カールのイニシアティブに力点を置いているが、この視点は近年上梓された著作においても繰り返されている。Ders., Königsabsetzung im Spätmittelalter. Eine Studie zum Werden der Reichsverfassung, Göttingen 2005, bes. S. 351ff.

（9）この点は、さきに註二であげたように、「金印勅書」が帝国の滅亡後も法源として用いられたことからも明らかであろうが、さらに、モーラフが「金印勅書」を通じて、ドイツの立法概念が形成されたと指摘していることからも、裏づけられるように思われる。P. Moraw, Kaiser Karl IV. im deutschen Spätmittelalter, in: Historische Zeitschrift 229 (1979), S. 1-24, bes. 19.

（10）Garnier, Die Ordnung des Reiches (Anm. 6), bes. 198f.

（11）たとえば、Brockhoff (Hg.), Die Kaisermacher (Anm. 5); Hohensee, u.a. (Hgg.), Die Goldene Bulle (Anm. 2) などの論集があげられる。

（12）Garnier, Die Ordnung des Reiches (Anm. 6).

（13）Michael Lindner, Es war an der Zeit. Die Goldene Bulle in der politischen Praxis Kaiser Karls IV, in: Hohensee u.a. (Hgg.), Die Goldene Bulle (Anm. 2), S. 93-140.

（14）Marie-Luise Heckmann, Zeitnahe Wahrnehmung und internationale Ausstrahlung. Die Goldene Bulle Karls IV. im ausgehenden Mittelalter mit einem Ausblick auf die frühe Neuzeit (mit einem Anhang: Nach

Überlieferungszusammenhang geordnete Abschriften der Goldenen Bulle), in: Hohensee, u.a. (Hgg.), Die Goldene Bulle (Anm. 2), S. 933-1042.

(15) 直居淳「カール四世黄金印文書に就いて（一）（二）」『史学雑誌』六五編四号および六号（一九五五年）一～二〇頁および二六～五五頁。直居は「金印勅書」がランデスホーハイトの帝国法的に完成されたる姿としてとらえ、そこからランデスホーハイトのありようを探った。たしかに、その成果は現在でも参照に値する情報を有しているが、また一方で問題設定の文脈や依拠している情報も修正されるべき部分も多い。そのほかにあげるとすれば、政治思想史的な金印勅書の意義づけを図った池谷文夫『ドイツ中世後期の政治と政治思想―大空位時代から「金印勅書」の制定まで―』（創文社、二〇〇〇年）がある。

(16) 内容の解説については、Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), I, S. 10-109が重要であるが、メッツ部分に関しては、さきにあげたヘルゲメラーの諸研究、なかでもHergemöller, Der Abschluß (Anm. 5) が参考になる。

(17) 具体的には、ベーメン、プファルツ、フランクフルト、ニュルンベルクの四写本が第二一条までしかあげておらず、マインツ写本は第二二条を飛ばしており、さらにケルンとトリーアの二写本においては、見出しそのものが欠落している。Fritz, Bulla aurea (Anm. 5), S. 15.

(18) Ebd. S. 45f.

(19) Ebd., S. 34. 本稿においては、考察の便宜を図るため、このフリッツ版に依拠して条のみならず項も用いる。

(20) Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), I, S. 10-90.

(21) ツォイマーに関しては、Ebd., S. 58ff. フリッツは、Fritz, Bulla aurea (Anm. 5), S. 67 Anm. 51.

(22) Hergemöller, Fürsten, Herren und Städte zu Nürnberg 1355/56 (Anm. 5), S. 160f.

(23) ケルン大司教には、Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), II, S. 103-9 Nr. 27 および S. 111ff. Nr. 29. シュトラスブルク司教ヨハンには、S. 96ff. Nr. 25.

(24) Fritz, Bulla aurea (Anm. 5), S. 76f.

(25) Wolf, Das „Kaiserliche Rechtbuch" (Anm. 6), S. 2.

(26) Ulrich Stutz, Die Abstimmungsordnung der Goldenen Bulle, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte,

Germanische Abteilung, 43 (1922), S. 217-66.

（27）その結果とは、①立法者の発布の意思を示している言葉が部分的に一致していること（第一条、第三条、第七条～第九条、第一一条、第一三条、第一四条、第一七条、第二〇条）、②第一条から第六条、そして本来的には第三条と第四条の補足である第二一条から第二三条まで、共通の法源として『カノン法大全（Codex iuris Canonici）』が、③一、二、四、五、七、二二の法源としてシュヴァーベンシュピーゲルが指摘できる、というものである。Hergemöller, Fürsten, Herren und Städte zu Nürnberg 1355/56 (Anm. 5), S. 156-61.

（28）Hergemöller, Der Abschluß (Anm. 5), S. 128-50.

（29）Ebd., S. 201.

（30）Ebd., S. 192-230.

（31）手書き写本群においては、この人物は大文字Tと省略されている。従来ここで省略されている人物は、アルバーノ司教にして枢機卿という部分から、タレイラン・ド・ペリゴール Talleyrand de Périgord（1301-64、Kardinalbischof v. Albano 1348）と同定され、彼の名前が省略されていると考えられてきた。たとえば、Fritz, Bulla aurea (Anm. 5), S. 80. しかし、ヘルゲメラーによれば、タレイランがあげられていることは疑いえないが、しかしここでタレイラン自身の名前を省略しているのというのは当時の用法として考えがたく、むしろここで省略されていると考えるべきなのは、彼の家系名 Périgord のラテン語形 Petragoricensis の訛った形 Tetragoricensis のはずである、という。Hergemöller, Der Abschluß (Anm. 5), S. 202f. 同時期に発給されたザクセン公への特許においても、このメッツでの列席者を列挙する部分においては、Petragoriczen(sis) とあり、筆者もこのヘルゲメラーによる説明は説得力があると考え、ここで採用した。Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), II., S. 118-124 Nr. 31., bes. S. 121.

（32）Fritz, Bulla aurea (Anm. 5), S. 80.

（33）Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), I., S. 172.

（34）Hergemöller, Der Abschluß (Anm. 5), S. 202-8.

（35）Heinig, *Solde bases imperii* (Anm. 6), S. 88ff.

（36）Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), I., S. 90f.

(37) Hergemöller, Der Abschluß (Anm. 5), S. 209.
(38) Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), I., S. 106ff. フリッツはテキスト編纂上メッツ部分をトリーア写本に依拠しており、そのまま第二九条に第三項を組み入れているが、注記において、ほんらいは第三〇条の第四項の後に入れるべきであろう、と述べている。Fritz, Bulla aurea (Anm. 5), S. 88 Anm. 84. ヴァインリヒはこれを受けて、そのテキストと現代ドイツ語訳を収めるのに際し、この部分を第三〇条の第五項として扱っている。Quellen zur Verfassungsgeschichte des römisch-deutschen Reichs im späten Mittelalter (1250-1500), ausgew. u. übers. v. Lorenz Weinrich, Darmstadt 1983, bes. 390ff.
(39) Hergemöller, Der Abschluß (Anm. 5), S. 221f.
(40) Ebd., S. 224.
(41) Ebd., S. 225.
(42) Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), I., S. 108f.
(43) Lindner, Es war an der Zeit (Anm. 13), S. 114.
(44) Hergemöller, Der Abschluß (Anm. 5), S. 225f.
(45) Fritz, Bulla aurea (Anm. 5), S. 9-35. フリッツのまとめ以後の動きとして、写本Nが、一九九二年にミュンヘンからニュルンベルクに返還されている。Michael Matthäus, Das Frankfurter Exemplar der Goldenen Bulle, in: Brockhoff (Hg.), Die Kaisermacher (Anm. 5), S. 40-63, bes Anm. 17.
(46) Fritz, Bulla aurea (Anm. 5), S. 17.
(47) Hergemöller, Der Abschluß (Anm. 5), S. 194-196.
(48) Lindner, Es war an der Zeit (Anm. 13), S. 107-11.
(49) Johann Petz, Urkundliche Beiträge zur Geschichte der Bücherei des Nürnberger Rates, 1429-1538, in: Mitteilungen des Verein für Geschichte der Stadt Nürnberg 6 (1886), S. 123-174, bes. 123.
(50) Fritz, Bulla aurea (Anm. 5), S. 21.
(51) Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), I., S. 144.
(52) さらに後には、ニュルンベルクにおける議論の様子が詳細に再構成される中で、確証を得

たといってもよいだろう。Hergemöller, Der Abschluß (Anm. 5); ders., Die Entstehung der „Goldenen Bulle“ (Anm. 5).

(53) Hergemöller, Der Abschluß (Anm. 5), S. 192.

(54) Fritz, Bulla aurea (Anm. 5), S. 25ff.

(55) Ebd., S. 26.

(56) この問題に関しては、たとえば Michael Matthäus, Das Frankfurter Exemplar der Goldenen Bulle (Anm. 45); ders., „Reichsgrundgesetz“ oder nur „ein nischtsnützig Stück Pergament“? Die Rezeption der Frankfurter Goldenen Bulle in Wissenschaft und Literatur, in: Brockhoff (Hg.), Die Kaisermacher (Anm.5), S. 170-96.

(57) この大まかな学説史とヴォルフの説については、Die Goldene Bulle. König Wenzels Handschrift; Codex Vindobonensis 338 der Österreichischen Nationalbibliothek, Kommentar v. A. Wolf, Graz 2002, S. 22ff.

(58) Heckmann, Zeitnahe Wahrnehmung und internationale Ausstrahlung, (Anm. 14).

(59) Lindner, Es war an der Zeit (Anm. 13), S. 102-6. リンドナーは、ここでさらにその理由について踏み込んでいる。これまで大半の研究者は、二人の選定侯に発給されなかった理由を経済的なものに求めてきた。たとえば、「金印勅書」の刊本を編纂したフリッツもこの説を採用している Fritz, Bulla aurea (Anm. 5), S. 13. この「貧困」説は、すでにヘルゲメラーが批判しているが、かれはそれを即ザクセンとブランデンブルクに正本が発給されなかったということには結びつけていない。Hergemöller, Der Abschluß (Anm. 5), S. 195f. リンドナーは、ザクセン＝ヴィッテンベルク公の収入が少ないとはいえ、その選定侯としての特権を確認してもらう証書を、短い間に五通発給してもらい、さらにそのうちひとつには金印を付してさえある事実から、むしろカール四世が家門政策的観点から意図的に「金印勅書」を発給しなかったと考えねばならない、という。しかしながら、この結論については、公布の問題を取り扱った本稿の次節から、すべて首肯できるものではないように思われる。

(60) Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), I, S. 144f.

(61) Ebd., S. 147ff.

(62) Hergemöller, Der Abschluß (Anm. 5), S. 196f.

(63) Levoldus de Northof, Chronica monitum de Marka, hrsg. v. F. Zschaeck (Monumenta Germaniae Historica, Scriptores

rerum Germanicarum, nova series, Bd. 6), Berlin 1929, bes. S. 92ff. この年代記については、田口正樹「中世後期ドイツの領邦と家門―Levold von Northof の『マルク伯年代記』を素材として―」小川浩三編『複数の近代』（北海道大学図書刊行会、二〇〇〇年）、六九～一〇六頁を参照のこと。

(64) Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), I. S. 173ff.

(65) Regensburger Urkundenbuch 2, Urkunden der Stadt 1351-1357, hrsg. v. Franz Bastian, Joseph Georg Wiedemann (Monumenta Boica, Bd. 54), S. 93 Nr. 223. この史料は、すでにシューバートが引用している。Schubert, Königswahl und Königtum (Anm. 8), bes. S. 290. これまでほかの研究者に無視されていたこの史料にたいし、近年リンドナーがふたたび注意を喚起した。かれは、さまざまな叙述史料の情報がこの史料の情報と重なることから、この史料はかなりの広い範囲で影響を及ぼしたと推定している。Lindner, Es war an der Zeit. (Anm. 13), S. 93-8.

(66) Garnier, Die Ordnung des Reiches (Anm. 6), S. 206ff.

(67) Vgl. ebd., S. 213f. Anm. 51.

(68) Lindner, Es war an der Zeit (Anm. 13), S. 98-101.

(69) Deutsche Reichstagsakten unter König Wenzel, Abth. 3, hrsg. v. Julius Weizsäcker, München 1877 (Ältere Reihe Bd. 3), S. 247 Nr. 200, u. S. 287 Nr. 231. またこの事件そのものについては、横川大輔「一四世紀末ドイツにおける『国王不在の会議 die königlosen Tage』―一五世紀以降の帝国国制に関する予備的考察―」『北大史学』第四四号（二〇〇四年）、四三～六五頁を参照されたい。

(70) この写本には、一四〇〇年に国王ヴェンツェルの委任を受けて作成されたことが記載されているが、しかしそれが廃位事件の前後いつであるのか、正確には確定できない。Garnier, Die Ordnung des Reiches (Anm. 6), S. 227f.

(71) Matthäus, Das Frankfurter Exemplar (Anm. 45), S. 57 Anm. 29.

(72) M. Lindner, Weitere Textzeugnisse zur Constitucio Karolina super libertate ecclesiastica, in: Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters 51 (1995), S. 515-38, bes. 521. また、この特権文書は何度か刊行されているが、史料情報まで詳しく載せてあるのは Thurgauisches Urkundenbuch, bearb. v. E. Leisi, Bd. 5: 1341-1359, Frauenfeld 1937, S. 590-5, Nr. 2337.

（73）Fritz, Bulla aurea (Anm. 5), S. 11.

（74）註（111）参照。

（75）Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), II., S. 125ff. Nr. 33; Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, 1354-1356, bearb. von Wolfgang D. Fritz (Monumenta Germaniae Historica: Leges. V, Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, Bd. 11; zit. als MGH Const. 11), Weimar 1978-92, S. 530 Nr. 938.

（76）Registrum oder merkwürdige Urkunden für die deutsche Geschichte, Bd. 2, hrsg. v. Hans Sudendorf, Berlin 1851, S. 193f. Nr. 102.

（77）Vgl. Wolf, Das „Kaiserliche Rechtbuch“ (Anm. 6); Hergemöller, Fürsten, Herren und Städte zu Nürnberg 1355/56 (Anm. 5), S. 160; Ders., Die Verfasserschaft der „Goldenen Bulle“ Karls IV. (Anm. 5), S. 255; Schubert, Königswahl und Königtum (Anm. 8), bes. 289; Hiram Kümper, Zwischen „Kaiserlichem Recht-Buch“ und „Reichsgrundgesetz“. Beiträge zur Wirkungs- und Literaturgeschichte der Goldenen Bulle Karls IV. zwischen 1356 und 1806, in: Wolfenbütteler Beiträge 14 (2006), S. 155-91.

（78）„ . . . non obstante lege Imperiali, seu Statuto, quam, uel quod prodem in Ciuitate nostra Metensi de consilio Principum fecimus et conscribi atque sigillari mandauimus . . .“ Monumenta zollerana. Urkunden-Buch zur Geschichte des Hauses Hohenzrollern, Bd. 4: Urkunden der fränkischen Linie, 1363-78, hrsg. v. Rudolf. Frhr. v. Stillfried u. Traugott Maercker, 1858 Berlin, S. 1-4 Nr. 1, hier S. 3.

（79）„ . . . das geseczze, das w [ir vorma]ls zu Metz mit der fursten rat gemachet, vors[chrib]en vnd vorsiegelt haben, . . . (die Klammern sind des Herausgebers)“ Ebd., S. 5-8 Nr. 2, hier S. 6.

（80）Quellen zur Rechts- und Wirtschaftsgeschichte der rheinischen Städte, Reihe C: Kurtrierische Städte, Bd. 1 (Publikationen der Gesellschaft für Rheinische Geschichtskunde, 29, C, 1), ges. und hrsg. von Friedrich Rudolph, Bonn 1915, S. 343 Nr. 71.

（81）Deutsche Reichstagsakten unter König Wenzel, Abth. 1, hrsg. v. Julius Weizsäcker, München 1867 (Ältere Reihe Bd. 1), S. 22 Nr. 5.

(82) Helmut Flachenecker u. Francis Rapp, „Lamprecht von Brunn (OSB)“, in E. Gatz (Hg.), Die Bischöfe des Heiligen Römischen Reiches, 1198 bis 1448, Berlin 2001, S. 52ff.

(83) Urkundenbuch der Stadt Straßburg, Bd. 5: Politische Urkunden 1332–1380, Hans Witte u. George Wolfram (Hgg.), Straßburg 1896, S. 547 Nr. 701.

(84) Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts bis 1451, Bd. 9: Die Zeit Karls IV. (1365-1371), bearb. v. Ronald Neumann† u. Ekkehard Rotter, Klön/Weimar/Wien 2003, S. 34f. Nr. 58.

(85) Lindner, Es war an der Zeit. (Anm. 13), S. 100.

(86) Regesta Imperii VIII, Die Regesten des Kaiserreichs unter Kaiser Karl IV. 1346-1378, hrsg. v. Johann Friedrich Böhmer und bearb. v. Alfons Huber, Innsbruck (1877), Nr. 4200.

(87) これらにおいて、「金印勅書」は当該部分がほぼ完全に引用されている。註(三)参照。

(88) Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), II., S. 125ff. Nr. 33; MGH Const. 11 (Anm. 75), S. 530 Nr. 938, u. S. 603ff. (Kapitel XVI. in den frühneuzeitlich-deutschen Übersetzungen der Goldenen Bulle).

(89) 実際のところ、ここからだけで、この「皇帝法書」がいわゆる「金印勅書」であるのか、または一三五五年末から五七年初頭にかけて出されたザクセンへの特権証書群のうちのどれかないしそれらの総体なのか、判別できない。というのは、どちらもこの点に関するに内容を含んでおり、同じ帰結を導くと考えられるからである。もちろん、ザクセン＝ヴィッテンベルク公への「金印勅書」の正本写本が作成され授与されたという可能性も、さきに言及したように完全に否定はできないのであるが。なおリンドナーは、この呼称がむしろ例外的なものであるとして、一般化に対して批判的な態度をとっている。Lindner, Es war an der Zeit. (Anm. 13), S. 101. 筆者はさらに、ここでの呼称が「金印勅書」を指していない可能性を顧慮し、これを「金印勅書」の代替案とすべきないと考える。

(90) Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), I., S. 180.

(91) Monumenta zollerana IV (Anm. 78), S. 3. „ . . . videlicet quod nulli liceat Montanorum, uel Minere prorsus habere dominium, nisi dumtaxat Principibus Electoribus, sicut cuisdem legis ac Statui condicto plenius declarauit, . . .“; oder, S. 6f. „ . . .das nymand Bergwerk, oder erez, nür alleine due kurfursten haben sullen, . . . “

(92) Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), I, S. 288f.
(93) メッツの帝国集会およびヴェンツェルの国王選挙時における帝国剣の護持の問題については、Garner, Die Ordnung des Reiches (Anm. 6), S. 220-5.
(94) Ebd. S. 222. 一二月二七日付のものは、Regesta Imperii VIII (Anm. 86), Nr. 2562. 同日の選定侯の同意書は、MGH Const. 11 (Anm. 75), S. 505f. 897 a-e. 翌年一月五日付のものは、S. 528 Nr. 934.
(95) Wilhelm Klare, Die Wahl Wenzels von Luxemburg zum Römischen König 1376, Münster 1990, S. 51f. u. 258ff.
(96) Ebd., S. 52-60 u. 242f.
(97) しかし、この試みは現実化しなかった。このことについては、Johannes Schultze, Die Markbrandenburg, Bd. 2: Die Mark unter Herrschaft der Wittelasbacher und Luxemburger (1319-1415), Berlin 1961, bes. S. 138-40.
(98) Ulrike Hohensee, Zur Erwerbung der Lausitz und Brandenburgs durch Kaiser Karls IV., in: Lindner u. ä. (Hgg.), Kaiser, Reich und Region (Anm. 64), S. 213-43, bes. 241f. また、史料については、一三七六年一二月一八日づけの分割を記したものが、Ludwig Schlesinger, Eine Erbtheilungs- und Erbfolgeordnungsurkunde Kaiser Karls IV., in: Mitteilungen des Vereins für die Geschichte der Deutschen in Böhmen 31 (1893), S. 5-13、翌年年一〇月一八日づけ確認文書は、Fritz Quicke, Un testament inédit de L'empereur Charles IV, in: Revue Belge de philologie et d'histoire 6 (1927), S. 256-277, bes. 265-277.
(99) A. Wolf, Gesetzgebung in Europa 1100-1500. Zur Entstehung der Territorialstaaten, 2. Aufl., München 1996, bes. S. 102-5.
(100) „. . . imperialis potestatis plenitudine edidimus, statuimus et duximus sancciendas . . .“ Fritz, Bulla aurea (Anm. 5), S. 46.
(101) モーラフが、その中世後期から近世への帝国国制のメタモルフォーゼについて、開かれた国制から凝集化へというテーゼを打ち出して、広く学界で共有されていることが知られているが、凝集化を促した一つの要因として、学識法曹化や顧問官たちの増加があげられている。彼のこのテーゼについて、邦語では、横川大輔「一五世紀前半神聖ローマ帝国におけるゲマイナー・タークの出現と選定侯団の誕生」『史学雑誌』一一七篇第九号（二〇〇八年）、四一～六四頁、とりわけ

冒頭を参照。また、この教養層の拡大と帝国政治、および帝国国制の変容については、P. Moraw, Königliche Herrschaft und Verwaltung im spätmittelalterlichen Reich (ca. 1350-1450), in: R. Schneider (Hg.), Das spätmittelalterliche Königtum im europäischen Vergleich, Sigmaringen 1987, S. 185-200, bes. 194f. も参考になる。さらに、この顧問官と政治のありようの変容という問題に直接取り組んだのは、Bettina Koch, Räte auf deutschen Reichsversammlungen, Frankfurt a.M. 1999. また、田口正樹「中世中期・後期ドイツの諸侯法廷」『法制史研究』五八（二〇〇八年）、一一一頁〜一四〇頁においては、一五世紀以前と以後の、諸侯たちの政治的な対立をどのように処理していたか、とりわけどれだけ一五世紀以後「法学化」されているのか、その一端が明確に示されている。

(102) Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts bis 1451, Bd. 7: Die Zeit Karls IV. (1355 April-1359), bearb. v. Friedrich Battenberg, Klön/Weimar/Wien 1994, S. 176ff. Nr. 270. また引用は、Lindner, Es war an der Zeit. (Anm. 13), S. 100.

(103) この同定については、Battenberg, a.a.O., Anm. 1を参照のこと。

(104) Heckmann, Zeitnahe Wahrnehmung und internationale Ausstrahlung. (Anm. 14), S. 938 u. 950.

(105) 引用は、Ebd., S. 986 Nr. 23.

(106) „Constitucio eiusdem Karoli imperatoris sub bulla aurea, sub qua forma fideles seu vasalli dominorum debent sua feuda suis domonis resignare, dum ipsos diffidare intendunt, et sub qua forma unusqisque alterum diffidabit, et quomodo constitucio illa legalis ad ecclesiam Coloniensem et eius subditos atque vasallos specialiter est extensa." 引用は、Ebd. S. 950.

(107) P. Moraw, Das „Privilegium maius" und die Reichsverfassung, in: Fälschungen im Mittelalter, Teil 3., Hannover 1988, S. 201-24; Günter Hödl, Die Bestätigung und Erweiterung der österreichschen Freiheitsbriefe durch Kaiser Friedrich III., in: ebd., S. 225-46.

(108) Moraw, a.a.O., S. 206ff. このモーラフの考えに対しては、近年異論も提出されている。Alexsander Stauber, Fürstliche Herrschaftsrepräsentation. Die Habsburger im 14. Jahrhundert, Ostfildern 2003, S. 157-186, bes. 164ff.

(109) 註八〇参照。

（110）Rudolph, Kurtrierische Städte (Anm. 80), S. 308f. Nr. 45.
（111）Ebd., S. 348 Anm. 2.
（112）Die Chronik des Mathias von Neuenburg, hrsg. von Adolf Hofmeister (Monumenta Germaniae Historica, Scriptores rerum Germanicarum, nova series, Bd. 4), 2. unveränderte Aufl., Berlin 1955, S. 486.
（113）Lindner, Es war an der Zeit. (Anm. 13), S. 96.
（114）Chronicon Benessii de Weitmil (Kronika Beneše z Weitmile), hrsg. v. Josef Emler (Fontes rerum Bohemicarum Bd. 4), Prag 1884, Ndr. Hildesheim u.a. 2004, S. 457-548, bes. 525f.
（115）Die Kölner Weltchronik 1273/88-1376, hrsg. v. Rolf Sprandel (Monumenta Germaniae Historica: Scriptores rerum Germanicarum, nova series, Bd. 15), München 1991, S. 99.
（116）註（113）を参照。
（117）Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), I, S. 173f.
（118）Corpus Historicum Medii Aevi, Bd. 1, hrsg. v. Johann Georg v. Eckhard, Leipzig 1723, Sp. 1430-1712 („Vitæ pontificum Romanorum a Nicolao IV usque ad Urbanum V"), bes. 1507. なお、編者のエックハルトはこれをディートリヒ・フォン・ニーハイムの作としているが、現在ではヴェルナー・フォン・リュッティヒのものと考えられている。
（119）Vitae Paparum Avenionensium …, Bd. 1, neu hrsg. v. Guillaume Mollat, Paris 1914, S. 315.
（120）Edmundus de Dynter, Chronica nobilissimorum ducum Lotharingiae et Brabantiae ac regum Francorum, hrsg. v. Pierre François Xavier de Ram, Bruxelles 1854, S. 43 (zugänglich auch: http://www.archive.org/details/chronicanobiliss03dynt [Stand: 23. Feb. 2012]).
（121）Deutsche Reichstagsakten unter König Ruprecht, 3. Abthl., 1406-1410 (Ältere Reihe Bd. 6), hrsg. v. J. Weizsäcker, Gotha 1888, Nr. 14. マインツ大司教の国王書記局における手数料収入への要求を、実際には規定されていないにもかかわらず、「金印勅書にあるように」と退けている。
（122）アンドラウや一五〇七年の事例は、「四づくしQuaternionen」という、一五世紀に人口に膾炙するようになった帝国構成員の説明モデルが、「金印勅書」の付録として挿入されるようになったことと深い関係をもっている。アンドラウに

ついては，田口正樹「ペーター・フォン・アンドラウの帝国論――一五世紀中葉の帝国とドイツ人――」『北大法学論集』第六二巻第三号（二〇一一年），一～四七頁，とくに二二四頁。一五〇七年の事例については，Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), I., S. 231f.「四つくし」そのものについては，E. Schubert, Die Quaternionen. Entstehung, Sinngehalt und Folgen einer spätmittelalterlichen Deutung der Reichsverfassung, in: Zeitschrift für historische Forschung 20 (1993), S, 1-63; M.-L. Heckmann, Der deutsche Orden und die „Goldene Bulle“ Kaiser Karls IV. Mit einer Vorbemerkung zur Herkunft der Quaternionen, in: Jahrbuch für die Geschichte Mittel- und Ostdeutschlands 52 (2006), S. 173-226.

（123）田口，前掲論文，一一～一二頁。

（124）Zeumer, Die Goldene Bulle (Anm. 4), I., S. 230ff.

論　説

対抗要件否認規定における有害性について（一）

稲　垣　美穂子

目　次

序章
一　問題の所在
二　旧法以前における対抗要件否認規定形成史

1　旧商法典破産編九九二条における議論
2　旧破産法七四条における議論
（一）　立法時
（二）　その後の展開―制限説及び創設説の萌芽
（三）　制限説の分化
三　問題設定
1　創設説、制限説から得られる有害性に対する疑問
2　法発展過程から得られる疑問
3　比較法上の検討の必要性
（一）　検討の意図
（二）　検討対象

以上本号

序章

一　問題の所在

なぜ破産手続（あるいは民事再生手続、会社更生手続）開始直前に取得された対抗要件は否認されなければならないのか?この単純な、しかし従来あまり検討されてこなかった問題に関する疑問の回答を見出すことが本稿の目的である。対抗要件否認規定（破産法一六四条、民事再生法一二九条、会社更生法八八条）に関して、平成一六年改正前旧破産

法下で対抗要件否認の法意あるいは趣旨として議論の主軸とされてきたのは、対抗要件否認規定が他の否認規定といかなる関係に置かれているか、という点であった。すなわち、対抗要件具備行為に対する否認は本来認められないのに対して、対抗要件欠缺がもたらす権利外観が第三者に及ぼす影響を考慮して、旧破産法（以下旧法）七四条は特別に対抗要件の否認を認めたのか（創設説）、あるいは対抗要件具備は財団との関係においてはその増減に影響するから、対抗要件具備行為も旧法七二条の否認の対象となるが、新な取引行為とは異なるという対抗要件具備行為の特殊性を考慮して、旧法七四条で否認要件の加重が図られたのか（制限説）の対立である。

しかしながら、これらの対立の中には二つの問題が存在するにもかかわらず、区別されないままであったように思われる。すなわち、①なぜ破産申立直前の対抗要件が否認されなければならないのか（対抗要件具備行為の有害性）の問題②対抗要件具備行為が有害であるとするなら、他の否認権とはいかなる関係に立つのか、の問題である。論理的には①の有害性の問題が②の他の否認権との関係の問題に先行するはずである。なぜなら、仮に対抗要件具備行為にいかなる有害性も認められないのであれば、②の問題は生じるはずがないからである。この場合には、単に対抗要件否認規定は不要であると結論づけられることになろう。現にこのような提案が過去にされたこともあるようである[1]。しかし、従来の創設説、制限説の対立はもっぱら②の問題を議論の焦点としてきた。では、なぜ①の問題が議論の焦点に置かれなかったのか。その原因は、創設説、制限説の対立が生じた理由を説明する次のような文言に集約されているように思われる。すなわち、「（筆者注：旧破産法）七四条がフランス商法典四四八条を土台とし、旧商法典破産編九九二条、旧破産法草案八八条を経て成立し、その経緯において、フランス法の登記の否認の制度がドイツ法系の現行破産法に不完全につなぎ合わされたことに起因する[2]」。つまり、法継受史の過程を強く意識するあまり、フランス法を継受する対抗要件否認規定と、ドイツ法を継受する故意否認、危機否認規定との関係にもっぱら焦点が当てられ、対抗要件具備行為自

体の有害性を積極的に検討する視点が欠落する結果となったのではないか。同時に、旧法下での否認の分類も②の問題についてもっぱら焦点が当てられてきた原因となろう。旧法下では破産者が詐害意思をもってする行為を問題とする故意否認（旧法七二条一号）と、破産直前という破産者の行為時期を問題とする危機否認（旧法七二条二号）に類型化されていたが、一方で、故意否認規定による偏頗行為否認の可能性も容認されていた。そのために、行為の有害性を検討する視点に欠けていたとも説明し得る(3)。

倒産手続開始直前の対抗要件具備行為がいかなる有害性を有しているのか、について検討することの意義は決して理論的整理の意味に留まらない。旧法下において論じられた対抗要件否認の法意としての創設説と制限説の対立によれば、支払不能後支払停止前の対抗要件具備行為を故意否認規定で否認できるか、についての結論に差異が生じていた。創設説によれば、支払停止前の対抗要件具備行為は対抗要件否認規定の要件に当てはまらない以上、否認することは当然に不可能である。これに対して、後に詳述するが、制限説内でも、対抗要件否認規定は危機否認の特則なのか、あるいは危機否認、故意否認の両者の特則なのか、について争いがあり、前者の立場からは、支払停止後の行為であることを要件としない故意否認規定で支払停止前支払不能後の対抗要件具備行為は否認できると解されていた。同じ問題は現行法においても生じうる。というのは、平成一六年破産法改正により否認権規定の大幅な改正が行われ、故意否認と危機否認の否認類型が詐害行為否認と偏頗行為否認という行為に着目した類型に変更されるとともに、詐害行為否認については従来通り支払停止又は破産手続開始申立前にも否認可能であり、偏頗行為否認については支払不能後の行為であることを新に要件とすることとなったのに対して、対抗要件否認規定は改正されることなく依然支払停止後の行為であることが否認の要件とされているからである。従って、倒産直前の対抗要件具備行為が倒産手続きとの関係で何等かの有害性を有することを前提に、対抗要件否認規定と他の否認規定との関係を如何に解するかにより、支払不能後支払停止前

の対抗要件具備行為の否認可能性は、従前と同様、結論が変わり得る、ということになる。

また、平成一六年改正は別の問題を引き起こした。旧法下では、否認の結果相手方が財団に対して有する反対給付価格償還請求権の破産手続における扱いは故意否認、危機否認の別なく破産債権であったので、故意否認、危機否認で同じであったし（旧法七七条－七九条）、また、対抗要件の否認についても、否認後相手方が破産者に対して有する債権は破産債権になると理解されてきた。しかし、平成一六年改正により、詐害行為否認の相手方は反対給付価格償還請求権を財団債権者として請求できることになった（破産法一六八条一項二号）。これに対して、偏頗行為否認の相手方の破産者に対する債権は破産債権であり、更に相手方は受けた給付を返還しない限り債権は原状に復しないと定められ（破産法一六九条）、対抗要件の否認に関しては、否認の結果否認の相手方が破産者に対して有する債権が破産手続においてどのような処遇を受けることになるかの点について明文は存在しない。従って、従来通り対抗要件を否認された相手方が破産者に対して有する債権を破産債権であると理解するなら、原因行為が詐害行為で否認された場合には、相手方の反対給付価格償還請求権は財団債権となるのに対し、対抗要件が否認されれば相手方が破産者に対して有する債権は破産債権になるが、原因行為が否認されるか対抗要件が否認されるかにより、このような差が生じることの合理性をうまく説明できるかどうかが問題となり得る(4)。しかし、そもそも対抗要件を否認することについていかなる有害性を有するかについての判断、また他の否認類型といかなる関係に立つのかの判断如何によって、対抗要件否認の相手方が破産者に対して有する債権の破産手続における処遇の解釈に影響が生じる可能性もある(5)。

本稿における筆者の問題意識は倒産手続開始前の時期に対抗要件を具備することが倒産手続きとの関係においていかなる有害性を持つのか、ということにあるが、新法下で問題意識を同じくする学説が形成されつつある(6)。倒産手続開始前の時期における対抗要件具備行為を偏頗行為と捉える立場(7)、詐害行為と捉える立場(8)、あるいは詐害行為と偏頗行為と

しての有害性を併せ持つととらえる立場[9]が存在する。これらの学説に対する検討は筆者が一応の私見を得た後に検討することとして、まず私見を得るための検討の手がかりとして、旧法前にこの規定がいかなる時代背景に基づき、いかなる議論を経て形成され、更に旧法下での創設説対制限説の議論に収斂されていったのか、について論ずることから始める。破産宣告直前の対抗要件具備行為を問題視する規定は、我が国における破産に関する初の近代法である旧商法典破産編から挿入されているにもかかわらず、その初期における議論を旧法以降の議論と併せて紹介、検討する研究がない。旧商法典破産編から旧法に至るまでの立法過程における議論及び学説についてその詳細を明らかにする文献が少なく、これらについて正確に把握することは困難なことがその理由の一つである。従って、本稿においても、旧商法典破産編以降旧法成立に至るまでの議論の全容を明らかにするには全く及ばず、また、議論の断片からその内容を推測する以外の方法がなかったために、必ずしも筆者が議論を正確に把握していない可能性もある。しかし、このような不完全な形であっても、旧商法典破産編下での議論と旧法以降の議論との連続性を検討すれば、その過程において存在するであろう僅かな議論の差から、現在の議論が当然の前提としている点の相当性に関連した新な議論の手がかりを得られる可能性がある。併せて、旧法制定以降の発展過程において現れた創設説及び制限説に内在する破産直前に登記を具備することの有害性を確認することで、議論の手がかりを得ることとする。

二　旧法以前における対抗要件否認規定形成史

1　旧商法典破産編九九二条における議論

現行破産法一六四条に類似の規定が最初に表れたのは、明治一七年に発表されたロエスレル（Carl Friedlich Hermann Roesler）商法草案一〇四六条である。[10] ロエスレル商法草案一〇四六条は次のような規定であった。

ロエスレル商法草案一〇四六条

「有効に取得した抵当権及びその他類似の権利は、権利取得の日とその登記の日との間が一五日を超えないときは、破産宣告の日まで登記できる。[11]」

ロエスレル商法草案一〇四六条は破産法編纂委員、商法編纂委員、法律取調委員による審議を経て旧商法典九九二条に挿入された。[12] 旧商法典九九二条は次のような規定である。

旧商法典九九二条

「有効ニ取得シタル抵當權其他合式ノ登記ニ因リテ法律上効力ヲ有ス可キ權利ハ支拂停止後ニ在テハ其取得ノ時ヨリ十五日ヲ過キサルトキニ限リ破産宣告ノ日マテ登記ヲ爲スコトヲ得」

ロエスレル商法草案内では、一〇四六条の立法趣旨は次のように説明されている。

「一〇四六条は新たに権利を取得することではなく、既に取得している権利を有効に主張するために必要な権利行使に関することである。抵当権登記簿上に正式に登記されるまで抵当権は主張され得ないが、契約により、あるいは他の方法により債務者から取得はされていた。そのような場合において登記を認めたとしても当該抵当権者を優遇することにはならないことは明らかであり、それ故、登記は有効に取得されうる。しかし登記が債権者により不当に遅延させられた場合には当該登記は有効でないとしなければならない、というのはその場合の抵当権は、単にみせかけだけ（zum

Schein）あるいはひょっとすると生じるかもしれない破産という事態を単に顧慮して他の債権者に損害を与えるために債権者に付与されていると推定すべき（vermuthen muss）だからである。それ故債権者はこのような遅延のため、その過失あるいは債務者との密謀の罰として、その優先権（sein Vorzugsrecht）を喪失する。[13]」

ロエスレル商法草案一〇四六条は上述旧商法典九九二条の起草過程の明治二一年六月一三日に、司法省所管の法律取調委員[14]の議論の対象となっており[15]、委員から、法律取調委員会案一〇四八条（ロエスレル商法草案一〇四六条）の趣旨をどのように考えるべきかについての見解が示されている。但し、この時の法律取調委員の権限は限定的であったため、委員がロエスレル商法草案内の条項に関して議論できる範囲は限られており[16]、時間及び権限につき制限的な状況下での議論である[17]。

議事録内では、最初に、法律取調委員会案一〇四八条の適用が予定される典型的場面とはどのような場合なのかが問われており、これについては、支払停止前に権利を取得していたが、その登記が支払停止後になった場合を典型例として挙げている。続けて、支払停止後に権利を取得し、更にその登記が遅れた場合が法律取調委員会案一〇四八条の適用対象となるかどうかについての問題が提起されたが、この点に関する議論の前提として、そもそも支払停止後に債務者が一方で債権者への支払を停止しながら、他方で支払停止の後に自己の財産を抵当に入れることにより新たに資金を取得することが可能なのかどうかが問題とされている。この点については、法律取調委員より、債務者が支払停止後に自己の財産をなお自由に処分できるような法制度を良しとすべきかにつき異論が出されたが、債務者は破産宣告後でなければ自己の財産に対する処分権限を失わないとされているのであるから、債務者は支払停止後であっても、自分の財産を担保として新たに借入をすることは可能であること、しかしこのような債務者の行為が債権者を害するものとなる場

合には、債務者は懈怠破産の罪に問われ、二年程度の禁固刑に服することになるため、一定の抑止力にはなること、また、法律取調委員会案一〇四七条前段の適用によりこのような担保設定行為を無効とし得ることについて説明されている。

ここで、法律取調委員会案一〇四七条について言及する必要があるだろう。法律取調委員会案一〇四七条前段とは、実質的無償行為[18]以外の財団に不利益となる全ての行為は、相手方が支払停止を知ってしたときは異議を述べることができる、とする規定である[19]。法律取調委員会案一〇四七条の適用対象となる財団に不利益となる行為には、本旨弁済、金銭の借入と同時の担保設定、売買等が含まれる。

債務者が支払停止後に金銭給付を引換に担保権設定する行為については、金銭給付に見合った担保の提供であった場合には、そもそもこのような行為が財団に不利益となる行為と認定できるかどうかが問題となり得るが、仮に財団に不利益となる行為と認定できるとしても、法律取調委員会法案一〇四七条に基づいて異議を述べるためには、担保権取得者が債務者の支払停止を知って担保を取得しなければならない。担保権取得者が債務者の支払停止を知らなければ、債務者が抵当権を設定して金銭を得る行為も財団に対して有効である[20][21]。そこで、支払停止後の債務者による担保権設定行為（あるいは、その他の処分行為）を制限する方策として、法律取調委員会案一〇四八条が法律取調委員会案一〇四七条を補い、支払停止後の債務者による担保設定行為等を無効とすることを促進する趣旨と思われる解釈が委員より提示された。

槇村正直は「十五日ヲ超過セザル時ニ限ルト云フノハ十五日間位ナレバ全部ガ停止セラレテ居ルト云フコトヲ考ヘ當ル暇ガアルマイト云フコトカラ起ツタノダ十五日ヲ過ギレバ氣ノ付ク話ダ[22]」と述べて、法律取調委員会案一〇四八条が登記可能な期間を権利取得の日から一五日内と設定したことの意義を、権利取得日から登記の日の間が一五日を超えた場合には、債権者に債務者の支払停止についての認識可能性があるとして、法律取調委員会案一〇四七条における取引

の相手方が債務者の支払停止を知っていたこと、の要件欠缺を補い、取引行為自体を無効とし得るとするような発言をしている。

これに対して、報告委員であった本尾敬三郎は次のように述べてこの解釈を否定する。「然ウデハ御座イマセン取得シテ居ルカラ登記ヲ十五日迄延シテ置クト云フノハ大體ノ所作デアル相當ノ場合ナレバ得タラ直グニ登記ヲシナケレバナラヌそれヲセズニ居テ二十日モ立ツテ登記ヲ願ニ出レバ法律ガ正當ノモノデナイト見ル破産ニ成ツタカラ拵ヘ事デ登記ヲ願ニ出タモノト想像スルコトハ出來ナイト云フ意味デ御座イマス」[23]

つまり、法律取調委員会案一〇四八条は権利取得が有効にされていることが前提となっており、権利取得時期が支払停止の前後のいずれかであるかを問題としない。権利取得の日から一五日の登記期間設定の意味については、この期間を過ぎてされた登記は法により正当にされた登記ではないと推定することにあるとする。もっとも、権利取得後登記までの時間の経過がなぜ登記を「正当のものでない」と推定させるのかについては説明されていない。

学説において、本尾敬三郎が言うところの遅れた登記を「正当のものでない」とする理由に関して説明がされている。例えば大審院判事で、法律取調報告委員でもあった磯部四郎は、債務者の支払停止後権利取得から長期間を経過して登記を求めるような権利者は「或ハ債務者ト謀リ外觀ヲ粧フテ他ノ債權者ヲ害スルノ惡意ニ出テタリトノ推測ヲ下シ得ヘキヲ以テナリ」[24]。そのために遅れてされた登記は「怠慢ノ結果トシテ其優先權ヲ失ハシムル」[25]と述べ、原因行為から相当期間経過後に遅れてされた登記は、債務者と共謀して「外観を粧う」ことで他の債権者に損害を与えるとの悪意によってされたと推測されるため、そのような主観的悪性故に、登記をできなくしてその優先権を否定する趣旨である、と述べている。他方、後の大審院判事で同じく法律取調報告委員でもあった長谷川喬はその著作において、有効に取得した

権利であっても権利取得以来登記をせず、債務者の支払停止という事態となって突然登記を請求するような場合においては、「債權其モノヽ上ニ付キ或ハ假裝ニ出タルカ又ハ新ニ擔保ヲ約シタルカニ因リテ他ノ債權者ニ損害ヲ加フ可キ意思ナリトノ推測ヲ下タサヽルヲ得ス是爰ニ十五日以前ニ係ル場合ヲ取除キタル所以ナリ」[26]と述べ、支払停止後破産宣告までの間の登記を権利取得から一五日内のものに限ったのは、一五日を過ぎた登記は虚偽の負債のための担保取得か、あるいは既存の債務に対する担保設定[27]といった、通常であれば無効とされるべき権利の登記であるとして、いずれにしても債権者を害する意思を伴っていると推測せざるを得ず、やはり、行為の主観的悪性を問題にするが故に、登記をできなくする、と述べている。

磯部判事や長谷川判事の説明によれば、共に、遅れて登記を求める者は他の債権者を害する意思を有していると推測されると述べている点において共通する。しかし、どのような状況を想定し、遅れた登記がどのように他の債権者に有害に作用するとして債権者の主観的悪性を問うのか、そのメカニズムについて磯部判事と長谷川判事は異なった前提に立っているように思われる。

登記を求める者に権利の登記を遅延させる理由があり、かつ、遅延して備えられた登記が他の債権者を害すると想定し得る場合として、次の二種の状況を想定することができる。一つは磯部判事が説明していると思われるが、権利者が権利は完全に有効に取得しているがその登記を或いは債務者と共謀して破産直前までしないことにより、破産者の経済的健全性につき虚偽の外観を作出することに手を貸し、この外観を信じた一般債権者の与信を誘導するという害を与える場合である。また、もう一つの場合として考えられるのは、長谷川判事が説明していると思われるが、被担保債権がないのにあるように偽装して債務者の破産直前に担保設定し、または一般債権に対して破産直前に担保設定したが、担

保設定契約証書の前日付により支払停止より前に取得した担保であるように見せかけ、これらの権利を登記することにより責任財産の流出を図る場合である。虚偽の債権に対する担保設定は無効であるし、一般債権に対して破産宣告直前に担保を提供することも、法（ロエスレル商法草案一〇四四条、法律取調委員会案一〇四六条、旧商法典九九〇条）により無効となる。[28] しかし、これらの無効行為を有効な行為であるように偽装し、破産目前の時期に第三者、あるいは一部の債権者に対して財産を流出させる方策として登記することが考えられ、遅れた登記をもって、登記取得者の権利は無効な権利であり、登記によりこれを取得することで他の債権者を害する意思を有していたと推定するのである。ロエスレル商法草案一〇四六条、旧商法典九九二条は「有効ニ取得シタル」権利の登記であることを要件としているが、第三者あるいは債権者が権利を有効に取得していないにもかかわらず有効であるように偽装しているため、これを主張すべき管財人がこの権利欠缺の証明をすることができない場合に、遅れた登記をもって権利の正当性について否定的な方向に推定を働かせる趣旨であると理解するのである。

ロエスレル商法草案一〇四六条、旧商法典九九二条の趣旨として長谷川判事のような理解をすることの可能性を支える背景が存在する。旧商法典制定前に破産法を欠くために、債務者あるいは債務者と共謀した債権者による詐欺的行為が横行する弊害が生じていたとの事実である。例えば、明治九年一二月二六日に東京裁判所から司法省に対して身代限と詐欺行為との問題に付いて伺がされ、この伺に対して司法省は自ら裁決せずに、太政官へ上申している。そこで問題とされた債務者の行為は、債務者が身代限の際に債権者を害する意思を以て、自己が現に有する財産を蔵匿遺漏し、又は詐って債務を仮飾する行為であり、伺の内容はこのような行為に対して刑法上の詐欺罪の罪責を問うことができるかどうか、ということであった。[29] また、明治一〇年五月七日民法課長建議「回顧シテ我國實際ノ景狀ヲ觀察スルニ分散ノ

弊害タルヤ固ヨリ枚擧ニ遑アラス而シテ其弊中ノ弊ヲ論スル時ハ詐僞是ナリ抑明治五年身代限法ノ設ケアリシ以來人民分散ノ夥多ナル指屈スルニ勝ヘス而シテ其原因ノ如何ヲ推究スルニ眞ニ商業上ノ不幸ニ出ツル者蓋鮮シ大抵黠商ノ輩孤注一擲以テ萬一ヲ僥倖シ事敗ルヽニ及ンテ分散ヲ爲ス者ニアラサレハ必ス詐僞不良ノ分散ヲナス者ノミ俗間ノ諺ニ謂フ分散ヲ以テ職業トス又分散三回以テ富ヲ成スニ足レリト是ニ依テ之ヲ觀ンハ詐僞分散ノ夥多ナルヤ知ルヘシ」[30]は、身代限法の不備を突いた詐欺的行為がきわめて多く見られたことを表している。身代限法が不備であったことに起因する詐欺的行為の具体例としては、債務者による虚偽の債務負担や、債務者が第三者と共謀して虚偽の証書を作成し、破産とは無関係の第三者が配当加入するような詐欺的行為を行うことが可能であることが挙げられており[31]、このような当時の状況を梅謙次郎[32]は次のように記している。若干長くなるが、以下引用する。

「自分ノ債權者ノ中デ親類トカ友人トカ云フモノニ自分ノ入ラヌ道具ヲ集メテ皆抵當トカ質トカ云フモノニシテ仕舞ツテ他ノ債權者ハ何モ取レナイヤウニシテ仕舞フ甚ダシキニ至ツテハ名義丈ハサウ云フコトニシテ置イテ他ノ債權者ノ取ル物ヲナクシテ後デ債權者ト財産ノ價ヲ分取ル、俗ニ言フやま分ケデアル…サウ云フコトヲシテ債權者ヲ損害スルト云フコトガ往々アルノデアル、日本ニ於テハ此他ニまダ詐僞ガ行ハレル、ソレハ實際ニナイ借金ヲ紙ノ上で拵ヘルノデス、ドウモ是ハ甚ダ不都合ナコトデアツテ是非サウ云フコトハ行ハレヌヤウニシナケレバナラヌノデアリマスケレドモ日本ノ今日ノ有様デハ如何トモスルコトガ出來ヌ、法律ノ力デハ何トモスルコトガ出來ヌ、詐欺ト云フ證據ノ出ルマデハ仕方ガナイなぜカナラバ日附ノ繰上ト云フモノハ勝手次第ニ出來ル、西洋デハ大抵確カナ日附ト云フモノガアルニ依テ、若シ確カナ日附ト云フモノガナケレバ他人ニ向ツテ證據トナラナイ、確カナル日附ト云フノハドウ云フコトカト言ヘバ其爲メニ備ヘテアル帳簿ガアル其登記簿ノ様ナモノニ持テ參テ登記ヲスル、ソレデ其登記ヲスルトキニ作ツタモノニ相違ナイト云フコトガ分カル其登記ヲスルマデハ法律上ナカツタモノト看ルト斯ウ云フコトデアルカラ後カラ前ノ日

附デ以テ證書ヲ作ツテ居ツテモソレハ第三者ニ對シテ効力ガナイト云フコトガ出來ルカラ愈々破産ト云フコトニナツテカラサウ云フ日附ヲ以テ證書ヲ作ツテモ―前ノ日附デ作ツタ證書ハ効力ガナイシ彌々破産シヤウトスル日ニナツテ證書ヲ作ツテ其日附ヲ以テ登記ヲシタ所ガサウ云フモノハ虚ノモノデアルト云フコトガ直キ分カルカラ取消サレルノデアル、所ガ日本ニハサウ云フコトガナイカラ―ソレデまるデ無イコトヲ作ツテ證書ヲ作ルト云フコトハ今ノ法律デハ避ケルコトガ出來ヌケレドモ少クモ破産ノ宣告ガアレバ前ニ申上ゲタ破産前ニナッテカラ物ヲ賣ツタトカ人ニ呉レテ仕舞ツタトカ云フガ如キ取引ト云フモノハソレハ容易ニ取消シテ仕舞フコトガ出來ル[33]」

以上のような問題意識からすれば、優先権取得自体、あるいはその取得時期の偽装が行われ、その分他の債権者の配当が減少することを憂慮して、このような行為を防止するために、破産直前の登記に偽りの優先権取得の意図を伴うものと推定させたとしても、あながち不当とはいえないだろう[34]。

もっとも、当の梅博士は、旧商法典九九二条（ロエスレル商法草案一〇四六条、法律取調委員会案一〇四八条）については、恐らく磯部四郎と同様に、その文言の額面通り第三者あるいは債権者が優先権を確かに取得している、ということを前提に、にもかかわらず、登記をあえてしないことにより、優先権取得の事実を隠蔽する状況を想定する。

「私ガ商賣ヲシテ居ルト假定スル、ソコデ甲ト云フモノニ自分ノ所有ノ不動産ヲ抵當ニ入レル、サウシテ此不動産ハ大變値ノアルモノト假定スルノデス、無論此甲ガ直グニ抵當ヲ登記シテ仕舞ヘバイヽケレドモ、登記ヲシナイト云フト、世間ニ於テ凡ソ私ト取引シヤウト思フモノハあレハ大變値ノアル不動産ヲ持ツテ居ルガ最早抵當トナツテ居リハセヌカト言フテ登記簿ヲ見ニ行ク、登記簿ニハナイ、ソンナラバまダ抵當ニナツテ居ラヌモノト見エル、ソレナラバまダ大丈

夫デアラウト思ウテ私ト取引ヲシテ例ヘバ金ヲ貸スノデス、サウシテ後愈〻私ガ破産ヲスルト云フコトニナルト、其甲ハ破産後ト云フモノハ登記ハ出來ヌケレドモ、其前ニ登記ヲスルト、其間ニだまサレテ取引シタモノハ大變損ヲスル、成程サウ云フ譯ナラバ登記ノナイ内ニ自分モ抵當ヲ得テソレヲ直グ登記スレバ宜カツタデハナイカト云フ議論ガ出マセウケレドモ、商賣上ニ於テハ中々抵當ヲ取ツテソレヲ登記スルト云フコトハ随分おツくうナコトデアル唯ソレヲ信用シテ取引スルコトガ多イ、其場合ニ既ニ抵當トシタル者ヲ登記シナイデ第三者ヲ欺イタナラバ、其抵當ヲ無效トスルト云フ立法者ノ精神デアル」[35]。

梅博士は債権者があくまで優先権を正当に有していたことを前提に、登記をしないことにより優先権の存在を隠匿するという行為が他の債権者へ債務者の財務状態に関する誤った情報を発信することにより、優先権の登記がされていれば与えなかった与信を引き出すことを問題とする[36]。従って、磯部判事と梅博士とでは、旧商法典九九二条（ロエスレル商法草案一〇四六条、法律取調委員会案一〇四八条）が予定する、遅れた登記が他の債権者に対して与える得る影響のメカニズムは同様に解しているように思われる。しかし、磯部判事と梅博士のとらえ方との間には決定的な差がある。それは、梅博士は、登記を遅らせる行為が他の債権者に対して債務者の財務状態に関する誤った情報を発信し与信を引き出し得ることを問題とするのに対し、磯部判事は、登記権利者の登記を遅らせる行為から、他の債権者に対して債務者の財務状態に関する誤った情報を発信することで与信を引き出すとの登記権利者の悪意を推定し、この主観的悪性により優先権を失わせるとする点である[37]。

2　旧破産法七四条における議論

（一）　立法時

旧商法典施行後法典調査会による修正過程において、明治三五年に法典調査会草案が公表された[38]。法典調査会草案は最終的には議会に提出されずに終わったが、この草案内においても旧商法九九二条を引き継いだ法文が存在していた。法典調査会草案八八条である。

法典調査会草案八八条

「權利ノ設定、移轉又ハ變更ヲ以テ第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲カ支拂ノ停止又ハ破産ノ申立アリタル後ニ爲シタルモノニシテ權利ノ設定、移轉又ハ變更ノ時ヨリ十五日ヲ經過シタル後惡意ニテ爲シタルモノナルトキハ破産管財人ニ於テ之ヲ否認スルコトヲ得

前項ノ規定ハ不動産又ハ船舶ニ付キ假登記アリタル後ニ爲シタル本登記ニハ之ヲ適用セス」

法典調査会草案八八条法文がいかなる議論を経て設けられたのかの点については、詳しく知ることはできない。しかし法文を見れば、明治三五年の時点で既にほぼ旧破産法七四条と同一の法文が起草されていたことがわかる。旧商法典九九二条との比較においては、登記制度の整備に伴い、支払停止前に仮登記がされた後の本登記については適用がない旨の定めが設けられている点、また否認される登記は登記権利者が悪意であった場合に限定されるよう定められた点に差異が認められる[39]。また、旧商法典九九二条においては、登記された抵当権その他の権利が「有効ニ取得」されたことが要件である旨明文上挙げられていたが、これが削除されたことに気づくだろう。

旧法は法典調査会草案公表約二〇年後に、法律取調委員会での検討を経て、大正一一年四月二五日法律第七一号とし

て公布され、大正一二年一月一日より施行された。[40] 旧法法文を念のため記しておく。

旧破産法七四条

「支払ノ停止又ハ破産ノ申立アリタル後権利ノ設定、移転又ハ変更ヲ以テ第三者ニ対抗スルニ必要ナル行為ヲ為シタル場合ニ於テ其ノ行為カ権利ノ設定、移転又ハ変更アリタル日ヨリ十五日ヲ経過シタル後悪意ニテ為シタルモノナルトキハ之ヲ否認スルコトヲ得但シ登記及登録ニ付テハ仮登記又ハ仮登録アリタル後本登記又ハ本登録ヲ為シタルトキハ此ノ限ニ在ラス

前項ノ規定ハ権利取得ノ効力ヲ生スル登録ニ付之ヲ準用ス」

法典調査会草案八八条とは、否認の適用対象を更に権利取得の効力を生ずる登録に広げている点に差異が認められる。[41]

政府委員であった池田寅二郎は旧破産法七四条規定の趣旨について次のように説明している。

「少シ變ッタ規定デアリマシテ、一體此財産權ヲ取得致シマシタ時ニ、其登記ヲセナケレバナラヌト云フモノガアリマス、或ハ登録シナケレバナラヌト云フモノモアリマスガ、サウ云フ者ニ付テハ權利ヲ得タナラバ相當ノ時期ニ登記ナリ、登録ナリスルノガ普通デアリマス、所ガ破産ノ申立テ、或ハ支払ノ停止ガアリマシタ後ニ、其登記ヲ致シマシタ場合ニハ、權利ノ…取得ノ權利ト云フモノハ、餘程前ニ既ニアッタモノデアル、ダカラ普通ナラバ相當ノ時期ニ其登記ヲ濟シテ置クト云フノガ當然デアルノニ、長ク之ヲ怠ッテ置キマシテ、サシテモウ既ニ破産ノ申立ガアッタ、或ハ支拂ヲ停止シテ居ルト云フ時ニナッテカラ…後ニナッテカラ登記、登録等ヲ致シマスルト云フ時ニ、殊ニ其事情ヲ知ッテ登記、登録ヲスルト云フコトニナリマスト、是ハ如何ニモ他ノ債權者ヲ詐害スルト云フ結果ニナルノデアリマス、ソコデ登記

ダケヲ否認スルト云フコトニナル譯デアリマス」[42]「最初ニ假登記ダケハ直グ之ヲ濟マシテ置イテ、其後ニ本登記ヲスルト云フコトニナリマスル時ニハ、最早此ノ本登記ヲ後ニ致シマシテモ、此登記ノ順位ト云フモノハ、假登記ノ時ニ溯ッテ效力ヲ生ズルト云フコトガ登記法ニ規定ニナッテ居リマス、サウ云フモノニハ登記ハサウ云フコトニナルノデアリマス、假登記、假ニ登記ヲヤッテ置イタダケデモ宜シイト云フノガ、此但書ノ規定ニナルノデアリマス」[43]。

旧法七四条に関する政府委員の趣旨説明は、権利登記を遅らせることにより他の債権者に生じる詐害の内容が示されておらず、あいまいさを残した説明であるように思われる。しかし、その立法趣旨について議院で特に議論された形跡はなく[44]、実質的には法典調査会草案起草者であった梅博士が旧商法典九九二条の立法趣旨としてすでに述べていたもの―つまり、取引の相手方が有効に権利取得していることを条文適用の前提とし、登記の欠缺が他の債権者に債務者の財務状態につき誤った信用を引き出すことを問題視する―をそのまま承継している。というのは、旧破産法起草委員であった加藤正治が次のように述べて、旧法七四条の立法趣旨を旧商法典九九二条に関して梅博士が述べた趣旨と同じようにとらえているからである。

「登記、登録、引渡等第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲ハ對抗要件タルト同時ニ公示方法タリ故ニ權利ノ設定、移轉又は變更アリタルニ拘ラス第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲ヲ爲ササルトキハ其權利ニ付キ更ニ直接ニ取引ヲ爲シタル當事者ハ或ハ害ヲ被ルコトナカルヘシ…登記ナキ間ハ…社會又ハ第三者ハ之ヲ知ラス破産者ノ財産上ノ狀態ニ付キ過分ノ信用ヲ與ヘ以テ他の權利ニ關スル取引ヲ爲スモノナキニアラス例ハ破産者カ或不動産ヲ既ニ賣却シタルモ登記簿ニハ依然トシテ破産者名義ノ財産トシテ存スル場合ノ如シ此場合ニ第三者ハ該不動産ヲ以テ破産者所屬ノ財産ナリトシテ過分ノ信用ヲ與ヘテ取引ヲ爲スコトナキニアラサルヘシ然ルニ其取引ヲ爲シタル後ニ至リテ從前爲シタル行爲ノ權利者カ

支拂停止又ハ破産ノ申立アリタル後ニ於テ第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲ヲ爲シ從來破産者所屬ノ權利ナリト看做サレタル財産カ破産ニ瀕シタル際急ニ他人所屬ノ權利ナリトシテ表示サレ且ツ對抗サルルニ至ルトキハ過分ノ信用ヲ與ヘテ取引シタル社會公衆即チ第三者ノ迷惑ハ察スルニ餘リアリ是レ其取引ノ安全ヲ害スルモノナリ故ニ權利ノ設定移轉又は變更アリタルトキハ成ルヘク速ニ第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲ヲ爲シテ以テ之ヲ公示シ第三者ヲシテ過分ノ信用ヲ債務者ニ與フルカ如キ事實ノ發生ヲ防遏セシメサルヘカラス仍テ管財人ヲシテ時期ニ後レテ爲シタル第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲ヲ否認セシムルモノト爲シタルナリ」(45)

旧法七四条の立法趣旨に関する加藤博士の上述のような説明は、債務者の破産直前まで登記を遅らせることが他の債権者に与える詐害のメカニズムについて、旧法七四条は旧商法典九九二条とは異なって、条文上有効に取得された権利登記であることを要求していないにもかかわらず、あくまで権利の取得自体は有効に行われていることを前提とする点において旧商法典九九二条について長谷川判事が述べていたと思われる有害性とは異なっており、磯部判事及び梅博士と同様に解するものである。更に、磯部判事とは登記を債務者の破産直前まで遅らせることが他の債権者に与える詐害のメカニズム自体は同様に解しつつも、磯部判事のように、登記権利者の登記を遅らせる行為から他の債権者への詐害意思を推定し、この主観的悪性への懲罰的意味合いを持たせてはいない点において実質的に梅博士の立場を承継している。

なお、加藤博士が主張したこの立法趣旨は、遠藤武治(46)、青木徹二(47)によっても承認されている。

（二）　その後の展開―制限説及び創設説の萌芽

以上の通り、旧破産法七四条制定時には、旧破産法七四条が予定する登記遅延行為が他の債権者に対して与える詐害のメカニズムは、登記申請者たる第三者あるいは債権者が有効に権利を取得している、ということを前提とし、かつその権利登記を怠ることで、債務者の経済状況に関する誤ったシグナルを発信させる点を問題とする、と捉えることに争いはなかった。ところが、やはり同じく第三者あるいは債権者による有効な権利取得を前提としながら、このもはや鉄壁で動かぬとも思われた論理に対して新たな説を唱え、かつ、それまで全く意識されてこなかった旧破産法七四条の否認規定と他の否認規定との関係について意識喚起を図ったのが井上直三郎である。井上博士は大正一二年発表の論文[48]において次のように述べている。

「元來、權利の得喪變更を第三者に對抗するに或る行爲を必要とする場合に於て、其の必要なる行爲の爲されざるときは、第三者は權利の得喪變更を無視するを得る、故に例へば所有權移轉の登記なき儘に不動産の讓渡人が破産したる場合に於ては、讓受人は其の不動産の取得を以て破産債權者に對抗するを得ず、其の不動産は財團所屬の財産とならねばならぬ。されば、右の事例に於て所有權移轉の登記は、所有權の移轉それ自身ではないけれども、其の不動産が財團に屬するや否やの關係に於ては、所有權の移轉自體と其の價値を同じうし、從って所有權移轉の登記も亦、破産債權者を害する行爲たり得ると言わねばならぬ。既に然り、然らば對抗要件の具備も亦第七二條に依り否認し得る筈であって、第七四條は後に述ぶるが如き理由から特に之を制限し、其の否認を困難ならしめたるものと解するのが、當然の事理ではあるまいか[49]。」「右の如く、權利變動の對抗要件を具備する行爲は、既に本來第七二條に依り否認し得べきものとせば、何故に特に第七四條の規定を設けたるやを論明せねばならぬ。そこで先づ此の兩條を比照するに…第七四條は第七二條に比し否認の條件を重くし、第七二條に依る否認を制限したるものなるを見るのである。故に第七四條の立法理由如何の問題は、何故に權利變動の對抗要件具備の否認を困難ならしめたりやの問題であ[50]」る。

「先きに起された財産上の變動…が債權者を害するのは對抗要件の具備に由るのであつて、結果から見れば、對抗要件の具備は新なる權利の變動と毫も選ぶ所なきこと、既に述べた通りであるが、…債權者を害するの結果を生ずる效力を有つことに於ては同一であつても、對抗要件を具備する行爲は、詐害意思の推認に於て他の行爲と區別するの必要を見るのであり、又從つて其の保護を厚からしむる必要を見るのである。[51]」

「法律は對抗要件具備の結果が債權者を害するや否やに根據を置いたのではなく、惡意を推認し得る事情の有無に着目し…『惡意』とは、權利の變動を公示せざる儘に放置し、いざと云ふ間際になつて債權者の滿足を遮斷せんとするの意思を意味し、單に支拂停止又は破産申立ありたるを知りたるを謂ふのではない[52]」。

つまり、対抗要件具備行為も、対抗要件を具備しなければ権利移転を第三者に対して主張できなくなるため、債権者の満足という結果の観点から見れば、対抗要件具備行為は旧法七二条における債権者を害する行為と同じ結果をもたらす行為であり、対抗要件具備行為に対して本来的には旧法七二条の適用がある。しかし、同条一号の故意否認規定が予定する詐害意思及び危機時期の行為であることから詐害意思が推定される同条二号の危機否認における行為と対比すれば、対抗要件具備行為自体は権利変動行為ではなく、権利変動を完成させる行為であることから、行為を見れば詐害意思推認の程度において、弱い。そこで、旧法七四条は七二条との比較において要件を加重した、つまり、権利取得行為から一五日を経過し、かつ悪意（ここでの悪意とは、権利の変動があったのに放置し、無変動を装ったことをいう[53]）の場合に限り対抗要件の否認を許すことにしたのであって、旧法七四条は対抗要件具備行為については七二条の適用を「制限」する点にその要点がある、と説く。

これがいわゆる制限説の起源である。井上博士の主張は、登記権利者が対抗要件を具備しても登記権利者を特に優遇

するわけではない、従って遅らせて登記をしても他の債権者の満足を害する結果はもたらされない（だからこそ、登記権利者が権利登記を遅らせる、ということに対する他の債権者への影響を債権者の満足以外のところに依拠するしかなかった）、という従来当然と思われていたテーゼを打ち破り、かつ旧法七四条を否認権の原則規定である旧法七二条と関係づけ、否認原因を詐害意思（その推認）の軽重の観点から一貫させて論じた点に功績がある。

もっとも、この井上博士の論文の登場により、旧法七四条の対抗要件否認規定の趣旨、つまりなぜ倒産直前の遅れた対抗要件具備行為は否認されなければならないのか、について、対抗要件具備行為が他の債権者に対してもたらす有害な結果に着目した説明から、他の否認類型といかなる関係に立つかの視点に重心の転換が図られることになった。井上博士の立場によれば、対抗要件の否認を他の通常の否認規定と他の債権者の満足への影響という点で同じととらえるために、それでは対抗要件否認規定は他の否認規定と何が違うのか、という点を畢竟意識せざるをえなくなった訳であるが、ともかくも、この重心の転換は続いて出された加藤博士の昭和六年九月一六日大審院判決判例批評[54]によって促進されたといえる。

大判昭和六年九月一六日[55]は、債務者の支払停止前に設定された抵当権の登記を抵当権設定から十五日を超え、かつ債務者の支払停止後に、支払停止の事実を知りつつ行った登記権利者に対して債務者の破産管財人が抵当権設定登記抹消請求をした事案である。原審は登記権利者の抵当権設定登記具備行為に対して旧法七四条の適用可能性にふれつつ、しかし当該抵当権設定登記具備行為は破産宣告より一年以上前に行われていることから、旧法八四条に基づいて、旧法七四条の適用を否定し、原告の訴えを退けた。そこで、原告は上告し、上告審において旧法七二条一号の故意否認規定には旧法八四条の適用はなく、更に対抗要件具備行為に故意否認規定が適用されうるところ、この点についての判断がさ

れていないと主張した。これに対して大審院は、対抗要件具備行為が旧法七二条一号の要件を満たし得ることを肯定しつつ、しかし対抗要件については旧法七四条一項の適用しかないと判示した。

加藤博士はその判例批評の中で、対抗要件具備行為に旧法七二条一号の適用はないとの結論には賛成しつつ、旧法七二条一号の適用可能性を大審院が肯定した点については疑問を提する。その理由を、第一に旧法七四条の母法であるフランス一八三八年商法典四四八条の構造に依拠して説明する。フランス一八三八年商法典四四八条によれば、一項は有効に取得された抵当権及び先取特権登記は破産宣告判決の日まで原則的に登記できると定め二項は支払停止又はその一〇日前以降破産宣言判決前の間にされ、かつ権利取得から一五日を経過してされた登記は無効とし得ると定める。従って、登記はあくまでも破産宣告までは、有効にできる、有効に取得された権利の登記が無効とされるのは、あくまで例外的な場合である、というのが母法フランス法における規律である。これに対して、旧法七四条一項は一八三八年フランス商法典四四八条一項に該当の条文はなく、二項のみを承継したが、それは、一八三八年フランス商法典四四八条一項は当然であって明文を必要としないと解されていたからである。そうであるなら、フランス法と同様、破産宣告までは権利を有効に取得した以上は、その登記は破産宣告までは有効にできる、というのが原則のはずである。また、第二に、抵当権が有効に設定された以上、登記は債務者の義務であり対抗要件具備行為は財産減少をもたらさない。以上の理由により、対抗要件具備行為に旧法七二条一号の適用可能性はない。あくまで登記の否認は例外であって、旧法七四条をもって初めて登記を否認できるとする。この立場は創設説[56]と言われる。

昭和七年に発表された加藤博士によるこの判例批評以降、旧法七四条が全体として何を意味するかについての議論は、他の否認権規定との関係性如何、すなわち制限説 *vs.* 創設説に収斂していくこととなる。

（三）制限説の分化

ところで、制限説を唱えた井上博士の当初の説明によれば、対抗要件具備行為も他の債権者に対する満足という点においては権利取得行為と変わらないという点で、否認権が適用されるべき行為であるが、支払停止後の対抗要件具備行為であっても、対抗要件具備行為は既に行われた権利変動を完成させる行為であるが故に、支払停止後に新に権利変動行為自体を行った場合に比べて詐害意思の推認の程度が弱いので要件が加重される、つまり旧法七二条二号の適用が制限されている、と説く。逆に言えば、詐害意思が認められる場合には、対抗要件具備行為の否認も正当化される。そこで、井上博士は旧法七四条一項の「悪意」を「支払停止又は破産申立ての事実を知っていること」とする立法者の説明とは異なって、「權利の變動を公示せざる儘に放置し、いざと云ふ間際になつて債權者の滿足を遮斷せんとするの意思」と解する。いわば登記権利者の主観的悪性が対抗要件の否認の根拠と理解する。

にもかかわらず、井上博士の制限説によれば、対抗要件具備行為が破産債権者の満足を減らすという点、かつ、対抗要件具備行為が義務行為であることから及ぶ推定を破るほどの詐害意思が認定できたとしても、否認要件の軽重のバランスを問題として支払停止前の対抗要件具備行為への旧法七二条一号適用を否定する。従って、旧法七四条は旧法七二条全体を制限するものと考えられており[57]、ある時点までは制限説vs.創設説の議論も、派生する問題（支払不能後支払停止前の対抗要件具備行為に対して旧法七二条一号による否認をみとめるかどうか）解決についての結論に差が生じない観念的な議論に止まるものであった。

これに対して、山木戸克己は旧法七四条により制限されるのは旧法七二条二号にとどまり、旧法七四条は旧法七二条一号の特則ではないから、対抗要件具備行為について旧法七二条一号の要件を満たせば同条同号により否認できると主張した[58]。この立場によれば、支払停止前の対抗要件具備行為の否認が可能になることから、山木戸博士により制限説に

重大な変化がもたらされたことになる。[59] 山木戸博士はこのように解釈することの理論的根拠を明示されていないが、ともかくもこの後、山木戸博士が主張された山木戸説後の制限説が支持されることとなった。[60] 尚、判例は山木戸説前の制限説を採用する。[61]

三　問題設定

1　創設説、制限説から得られる有害性に対する疑問

まず、創設説、制限説の両説の背後にある説明から有害性の抽出を試みれば、創設説からは、破産直前の対抗要件具備行為は債権者の信頼を害する、との有害性が提示され、制限説からは、対抗要件が遅れて具備されることにより、対抗要件を備えなければ管財人に対抗できなかったのに管財人に対して対抗することが可能となることから、債権者に対する詐害となる、との有害性が主張されている。

創設説が述べるところの有害性は、当初立法者が意図していたものでもある。しかし、果たしてここで言うところの債権者とは具体的にどのような属性を有する債権者か。一般的には、創設説における債権者とは、一般債権者のことを指すと主張される。しかし、中西教授が「今日無担保信用は債務者の特定の財産を信頼して供与されるものではない」と適切に指摘される通り、[62] 一般債権者は財産が存在することを信頼して与信を行うのではない。むしろ、そのような与信行動をとるのは、担保権者である。この食い違いをいかに説明するか。

他方で、疑問は制限説に対しても生ずる。債権者に対する詐害性の内実が不明確であるとの疑問である。制限説が旧

法下の故意否認と危機否認の否認類型時にもっぱら議論されてきたために、登記を遅らせて具備することから生じた他の債権者への詐害性の内実について曖昧にとらえられてきた面がある。しかし、異なった有害性を予定する行為を基に否認を類型化した新法においては、この議論を避けて通ることはできないだろう(63)。

2　法発展過程から得られる疑問

更に、法の発展過程の検討から、遅れた登記の有害性の理解にかかわる問題を抽出することができる。ロエスレル商法草案一〇四六条以降における破産宣告直前の対抗要件具備行為を問題視する規定の発展過程を概観してきたが、その中で、法典調査会草案起草者である梅博士以降、学説及び立法過程において繰り返し強調され、恐らく現在では当然の前提とされてきていると思われるものは、問題とされるべき破産宣告（現在は破産手続開始決定）直前の登記は、あくまで有効に取得された権利の登記でなければならない、ということである。旧法以降に発展した創設説、制限説も基本的にこの枠組みに沿った議論であると理解できる。

しかしこれに対して、旧商法典破産編九九二条に関する長谷川判事の著作によれば、長谷川判事はこのような理解をしていなかったと思われる。すなわち、登記が遅れて具備された事実から、登記原因たる権利の無効・不存在による他の債権者に対する害意を推定しており、権利自体はあくまで有効に成立していることを前提に遅れた権利登記の他の債権者への影響を考えるロエスレル商法草案以降の論者とは前提を異にしている。しかし、破産に備えて証書の偽造により権利不存在の形だけの登記あるいは本来有効とされない破産直前の権利取得を証書の前日付により有効なものと偽装する方法による詐欺が横行していたという、破産法成立が望まれたその歴史的背景を見れば、長谷川判事の理解の可能

性を支える一定の事実も存在するし、同様の弊害は現行法においても生じ得るものである。もっとも、長谷川判事のように理解するためには、当時の立法の文言が障害になった可能性もあるが、現在では文言が異なっているために、長谷川判事のような理解の障壁となる法律上の文言の問題も生じない。そこで、現行法の解釈としても、登記原因となる権利が必ず有効に成立していることが前提とされるべきか、言い換えれば、登記権利者が真の権利者であるような外観はあるものの、権利が実際に有効に成立しているかどうかわからず、否認を主張する管財人が登記原因となっている権利欠缺の証明をすることができない場合に、遅れた登記をもって権利の正当性について否定的に推定を働かせることができると解すべきかどうかについて検討される必要がある。

3　比較法上の検討の必要性

（一）　検討の意図

以上の疑問を踏まえて、対抗要件否認規定の背後に存在する、遅れてされた対抗要件具備行為の有害性についての検討に本稿の主眼を置く。以下では、日本法において抽出された有害性に関連する上述の疑問への解答を得る助けとするため、比較法の観点から検討を行うこととする。この検討過程において、対抗要件制度、主に登記登録制度の発展の歴史的過程、その必要性の背景についても必要な限りで触れる。対抗要件制度、登記登録制度の発展の歴史的過程に触れることの意義は、対抗要件制度が有する機能、効果の推移を確認することにある。遅れてされた対抗要件具備行為の有害性は、まさに対抗要件具備行為の効果が持つ負の側面の表れともいえるからである。更に、どのような行為が有害と評価されるかについては、国、時代における商取引慣習によって異なるであろうと推測されるので、この点に関しても

必要な限りにおいて言及する。

（二）　検討対象

破産法一六四条は旧法七四条、旧商法典破産編九九二条、ロエスレル商法草案一〇四六条を経ており、ロエスレル商法草案一〇四六条によれば、フランス一八三八年商法典四四八条二項に由来する規定である旨の記載がされている。そこで、まず破産宣言判決直前にされた対抗要件具備行為の有害性について、母法であるフランス法ではいかに理解されていたかについて詳細に調査する。中でも、フランス一八三八年商法典四四八条の成立過程、立法趣旨の調査を始めに行う。なぜなら、母法で理解されていた有害性を調査し、更に我が国で対抗要件否認規定継受時に立法趣旨として現れていた有害性－債権者の信頼保護[64]－が母法四四八条二項でいかなる位置づけがされていたかについて確認する必要があるからである。加えて、一八三八年商法典四四八条二項がいかに適用され、いかなる射程を有していたかについて調査しなければならないと考える。一八三八年商法典四四八条二項の成立過程、立法趣旨から確認された破産の直前の対抗要件具備行為有害性の発生防止作用が、どの程度必要とされ機能していたかを確認することが、その立法趣旨の合理性を確認することにもつながる。この点については、従来の対抗要件否認規定に関する研究では行われていなかった点である。

更に比較法の観点から、遅れてされた対抗要件具備行為が有害であると評価されるとすれば、いかなる場合、いかなる状況においていかなる有害性が認められるかについて検討をする。この検討はアメリカ法を対象とする。アメリカでは国家設立当初から、権利の公示がされないことに対して詐害行為と評価する問題意識をイギリス法から承継しており、権利の公示がされないこと、あるいは権利の公示が遅れた者に対して倒産法内外で様々な方法をもってサンクションを

加えている。そこで、これらの規定に内在するサンクションの趣旨を探ることで、日本法における破産直前の対抗要件具備行為の有害性についての、上述の疑問に対する解答を見いだすことが可能となると考える。

（1）山本克己「否認要件に関する考察」福永有利ほか『倒産実体法－改正のあり方を探る』別冊ＮＢＬ六九号一一六頁以下（商事法務、平成一四年）。山本教授は対抗要件否認規定がフランス法を継受しているが、フランス不動産登記法は単独申請主義を伝統的に採用しているのに対し、日本では共同申請主義を採用しており、フランス法と同様に登記を直ちに具備しない抵当権者等権利者に対して不利益を課すことについて、フランス法と同じ合理性を認めることはできないと主張される。もっとも、実務家からの「管財人にとって、原因行為の時期を特定することがむずかしいのに対して、対抗要件具備行為は日時の特定が容易なので、対抗要件具備行為を足がかりにして否認権行使ができる余地を残すべき」との指摘に基づいて、現在では対抗要件否認規定不要説を唱えてはおられないようである。伊藤眞ほか編「新破産法の基本構造と実務」ジュリ増刊号四二五－四二六頁［山本（克）発言］（二〇〇七年）。

（2）櫻井孝一「破産法七四条の法意」民商六五巻一号一五四頁（一九七一年）。

（3）伊藤眞ほか『条解破産法』一〇五二頁（弘文堂、平成二二年）。

（4）伊藤ほか・前掲注（3）一〇六〇頁、伊藤ほか編・前掲注（1）四二七頁［山本（克）発言］、畑瑞穂「対抗要件否認に関する覚書」河野ほか編『民事紛争と手続理論の現在：井上治典先生追悼論文集』五五一頁（法律文化社、二〇〇八年）。加えて、対抗要件を否認された相手方が破産者に対して有する債権の破産手続上の処遇に関しては、双方未履行双務契約（破産法五三条以下）における規律と整合しないのではないかとの指摘もされている。伊藤ほか編・前掲注（1）四二五頁［山本（克）発言］。例えば、不動産売買契約の売主が破産した場合において、買主による代金が一部であっても未払いで登記もされないまま売主が破産した場合には双方未履行双務契約の規律に服することとなり、管財人が解除選択をすれば弁済済みの代金は財団債権となる（破産法五四条二項）。しかし、買主が倒産手続開始直前に登記を取得すればこの登記取得行為は対抗要件否認の対象となり得るが、現在の解釈によれば、対抗要件否認の相手方が否認後破産者に対して有する債権

は破産債権になるとされているから、この場合における買主の地位の差に理由があるとされるべきかが問われることになろう。

（5）伊藤ほか編・前掲注（1）四二七－四二八頁。

（6）水元宏典「新しい否認権制度の理論的検討」ジュリ一三四九号六四頁（二〇〇八年）。

（7）中西正「対抗要件否認の再構成－米国連邦倒産法における Strong－arm Clause と Perfection Rule －」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築（下）』六六七頁以下（有斐閣、二〇〇一年）。

（8）加藤哲夫『破産法［第五版］』三〇七頁（弘文堂、平成二一年）。

（9）伊藤ほか・前掲注（3）一〇五二－一〇五三、一〇六三－一〇六五頁、山本和彦ほか『倒産法概説（第二版）』二九六頁［沖野眞已］（弘文堂、平成二二）。

（10）原文はドイツ語である。Hermann Roesler, Entwurf eines Handles-Gesetzbuches für Japan mit Commentar, bd.3, Tokio, 1884; Neudruck: Shinsei-syuppan, 1996. 原文の翻訳として、ヘルマンロエスレル『商法草案下巻』八八二頁（司法省、一八八四年）がある。明治維新後最初に伝来した西洋の法律がフランス法であったこと、そのためにフランス法は早い時期から翻訳の上研究されていたこと、また、司法省が所管の法学校を設けて明治五年七月からフランス語を用いてフランス法を教授していたという事情もあり、当時の日本の法律編纂の傾向としてフランス法に倣う傾向があった。そのため、ロエスレル自身はドイツ人であったが、破産法編纂の際にもフランス商法典に倣って立案した。従って、ロエスレルによる商法草案破産編はフランス商法典破産法規を継受したものと評価されている。現にロエスレル商法草案破産編においては、フランス商法学者ブラワール（Bravard）の文献が多く引用されている。竹野竹三郎『破産法原論（上巻）』五七－五八頁（巌松堂書店、大正一二年）、志田鉀太郎『日本商法典の編纂と其改正』五－六頁（明治大学出版部、昭和八年）。

（11）Roesler, a.a.O., S. 40

（12）我国の破産制度近代化の基礎となった成文法は、身代限における差押禁止物、入札払の方法及び申出に基づく債権者への配当を認める明治五年六月第八七号布告華士族身代限規則である。旧商法典破産編が施行されるまではこの布告の改正及び新たに発布された法令（主なものとして、明治五年九月第二七五号布告、明治六年三月第八八号布告、明治六年六月第九五号布告［明治八年六月第一〇二号布告により改正］、明治六年七月第二四二号布告、明治八年四月第五三号布告、明

治二三年八月法律第六九号）により規律されていた。これらの法規は必要に迫られて倉卒に制定したものであって法律の体裁を備えておらず、単に債務支払いに関する方法手続きを規定したものにすぎなかったとも言われるが（水野錬太郎『破産法綱要』三－四頁（六法講究会、明治二六年））、少なくとも後世においては、フランス訴訟法を参照し、またそれまで身代限法の適用がなかった華士族をも破産制度の枠内に取り込んでおり、破産法近代化へ一歩前進させる規律であったと評価されている。桜井孝一「破産制度の近代化と外国法の影響―第二次大戦前における―」比較法学第二巻二号一〇一頁（昭和四一年）。

当時ロエスレル商法草案に基づき会社條例の制定を急いでいた会社条例編纂委員会は会社法と共に破産法の制定が必要であると考え、明治一八年二月二七日、会社条例編纂委員委員長であった寺島宗則が太政官に対してその旨上申した。以下にその上申の内容を挙げる。

「破産法御制定ノ儀ハ啻ニ一般ノ司法上ニ於テ急施ヲ要スルノミナラス内外ノ貿易上一日モ欲クヘカラサルコトタルハ勿論ノ儀ニ有之候處當今従事候處ノ會社條例編纂ニ着手候テヨリ會社解散ノ場合ニ至リ一層其必要ナルコトヲ是認致候尤モ隨意解散ノ場合ニ關スル條件ハ右條例中ニ規定ヲ設ケ之ニ據ラシムルモ素ヨリ差支無之併ナカラ會社辨償無力ノ爲メ解散ヲ要スル場合ニ至リテハ其處分上最嚴密ヲ要スルカ故ニ別段ノ破産法ヲ制定シテ之ニ準據セシムルコトアラサレハ内會社ノ擅横ヲ豫防シ外債主ノ權利ヲ保護スルコト能ハス又現今ノ諸會社等ニ於テハ其弊害多クシテ人民ノ之ニ信憑ヲ置ク者甚タ少ナシ其原因素ヨリ一ノミニ無之候得共會社ノ設立及ヒ其内外ノ關係即チ權利義務ヲ確實ニスヘキ會社條例ナキト會社ノ解散殊ニ破産ノ場合ニ於ケル一定ノ成規ナキトニ因ルコト亦疑フ可カラサルカ如シ右ノ如クナルヲ以テ單ニ會社條例ノミ御發布相成候共破産法御制定ノ上御發布不相成候テハ實施上ニ於テ困難ヲ生シ候ノミナラス會社從来ノ惡弊ヲ矯メ確實ノ會社ヲ創設シ之ヲ保維セシムルコト難相成被存候依テ至急編纂委員御撰定ノ上破産法御制定相成度此段上申仕候也」。志田・前掲注（10）『日本商法典の編纂と其改正』二八、三五－三六頁、同『日本商法論（総論）』七一－七二頁（有斐閣書房、明治三二年）。

背景には、明治一五年末頃までには銀行あるいは鉄道運輸といった大会社に加え、すでに多数の小会社が設立されていたが、明治一〇年代半ば以降明治一八年頃まで続いた不景気等によりこれらの会社の多数が倒産し、会社の総数が半減するまでに至ったこと、にもかかわらずこれらの倒産会社を整理する法制度が整備されていなかったために、法の不備から

生ずる弊害が意識されるようになったとの事情がある。三枝一雄『明治商法の成立と変遷』四〇－四一頁（三省堂、一九九二年）、福島正夫「財産法（法体制準備期）」鵜飼信成ほか『講座日本近代法発達史』七八頁以下（勁草書房、一九五八年）。この弊害の詳細に関しては、後述。

この上申に基づき太政官は破産法編纂委員長及び破産法編纂委員を置くことを決め、同年三月四日に會社法編纂委員長及び委員に破産法編纂委員長及び委員を兼任させるとともに、農商務省から一人委員を加えて破産法編纂委員を組織し、ロエスレル商法草案の破産部分を基礎として、破産法の作成を指示した（同年一二月二二日に太政官が廃止されて内閣に改組され、更に内閣内に行政部、法制部、司法部により構成される法制局が設置されるとともに、商法典に関する命令起草審査は法制部の所管とされたため、破産法編纂委員も内閣の所管とされた）。ところが、明治一九年三月一七日に会社條例の審議を終えてこれから破産法の審議を開始するという時点に至ったところで、委員から内閣に対し、破産法の編纂を辞めて商法典全部を制定した方が良いとの次のような上申がされた。

「曩ニ命ヲ受ケテ編纂スル所ノ會社條例今ヤ漸ク其全案ヲ議了シテ不日其編成ヲ告ケントスルニ至レリ抑モ該條例ナルモノハ破産法ト密接ノ關係ヲ有スルヲ以テ單ニ該條例ノ發布アルモ破産法ナキニ於テハ會社ノ信用ヲ保維スル能ハサルノミナラス會社破産ノ時機ニ至リ會社ト債主トノ間ニ於テ甚シキ不都合アルヲ免レス故ヲ以テ破産法制定ノ必要ナルヲ信シ旨ヲ具セシニ尋テ編纂ノ命ヲ蒙レリ然レハ會社條例ニシテ編成ヲ告クルトキハ破産法ニ着手スヘキ至當ノ順序ナレトモ退テ一考スレハ從令破産法ヲ制定スルモ尚未タ商事ノ區域ヲシテ判然明確ナラシメサル限リハ會社條例ノ施行アルモ其實施上ニ困難ナキ能ハス是ヲ以て破産法ヲ編纂センヨリ寧ロ直ニ商法全部ヲ制定スルノ必要ナルヲ信憑セリ果シテ該法ヲ制定スルニ至ラハ商事ノ區域ヲ明ニスルハ固ヨリ論ヲ俟タス其他各種ノ商業ニ關スル規約ヲ定ムルニ至ルヲ以テ二者相俟テ其實績ヲ呈スルニ至ラン且「ロエスレル」氏モ亦今日ノ時運ニ際シテハ業已ニ商法全部ノ制定尤モ必要缺ク可カラサル旨懇話ノ次第モ有之旁此際更ニ商法編纂委員ヲ設ケラレ該法ヲ制定セラルル方可然ト信認致候此段上申候也」。志田・前掲注(10)『日本商法典の編纂と其改正』二九頁、三七－三八頁、同・前掲『日本商法論（総論）』七三頁。

このため、内閣は方針を変更して、明治一九年三月二三日付で會社條例編纂委員及び破産法編纂委員を罷免し、新たに商法編纂委員を任命した。しかし、商法編纂委員も任命からわずか一年後の明治二〇年四月一九日に罷免され、商法典編纂は外務省所管の法律取調委員に引き継がれた。外務省所管の法律取調委員が商法典編纂を引き継ぐことになったのは、

当時行われていた不平等条約改訂交渉が影響している。政府は列強諸国との不平等条約の改訂を悲願としていたが、その外交交渉を行う過程で、条約改訂のためには商法典、身代限法を含む重要法典、しかも西洋方式の法を編纂、公布することが急務であることを理解していた。そこで、これを一刻も早く実現させるために、それまで行われてきた各種重要法典の編纂事業を外務省に集中させたのである。しかし、この外交交渉の頓挫と共に明治二〇年一〇月二一日に法律取調委員は外務省所管から司法省所管に移されるという経過をたどった。三枝・前掲五九－八二頁、福島正夫「明治二六年の旧商法中会社法の施行」『福島正夫著作集第一巻日本近代法史』三一三－三一四頁（勁草書房、一九九三年）、金子堅太郎「明治初期の法典編纂事業に就いて」法曹會雑誌第一一巻一号二七頁以下（昭和八年）。明治二二年一月二四日にようやく旧商法典全体の成案が作成され、元老院に付議されるに至った。志田・前掲注（10）『日本商法典の編纂と其改正』二九－三〇頁、三八－四六頁、同・前掲『日本商法論（総論）』七三－七七頁。

旧商法典は明治二二年六月七日に元老院にて可決され、政府は明治二三年四月二七日法律第三二号として公布し、明治二四年一月一日より施行することとした。ところが、明治二三年一一月二五日に召集された第一回帝国会議にて、施行延期法案が議員より衆議院へ提出、その後衆議院・貴族院両院にて可決され、施行は明治二六年一月一日まで延期された。延期提案の理由書には、民法と併せて施行することで初めて商法の効用があるのに、民法がまだ実施されていないこと、法律公布と施行との間が短く、施行するための社会の準備体制が整っていないこと、新法の内容が外国法の模倣であり、当時の日本社会の慣習にそぐわないこと等を理由として挙げていた。三枝・前掲九二－九三頁、志田・前掲注（10）『日本商法典の編纂と其改正』四六－四七頁、五五－五六頁、同・前掲『日本商法論（総論）』七七－八〇頁。

この後、商法典の修正、一部施行の動きはあったものの法案として具体化せず、施行期限の近づいた明治二五年五月二日召集の第三回帝国会議において更に明治二九年一二月三一日まで施行を延期する法案が提出され、明治二五年六月一〇日に成立した。しかし、特に会社制度の悪用が横行し、このことが商取引ひいては国家経済に対し悪影響を及ぼしていたとの事情を背景に、これを一刻も早く是正するためのツールとしての商法典、特に会社法及び破産法の必要性を痛感し、これがないことに危機感すら抱いていた政府は明治二五年一〇月七日に法典施行取調委員会を設置し、商法典及び商法施行法の修正を要する箇所を調査させると共に、明治二五年一一月二五日召集の第四回帝国会議開会日その日に「商法及ヒ商法施行条例中改正並ニ施行法律案」を提出した。この法案は衆議院、貴族院の両院において多少の修正を加えられたも

のの明治二六年二月二一日に可決し、ようやく明治二六年七月一日から商法典中会社、手形及び破産部分が施行されることになった。志田・前掲注（10）『日本商法典の編纂と其改正』四七－五一頁、五八－七二頁、同・前掲『日本商法論（総論）』八〇－九二頁、三枝・前掲九九－一一七頁、福島・前掲「明治二六年の旧商法中会社法の施行」三一九頁。

尚、旧商法典成立過程における事情及びその背景の詳細については、本脚注内各文献参照。

（13）Roesler, a.a.O., S. 286-287

（14）法律取調委員については、前掲注（12）参照。法律取調に際しては、法律取調委員の他に法律取調報告委員が任命された。法律取調報告委員の任務は委員会に提出すべき法律草案の下調べをし、また委員会に出席して法案の報告及び説明をすることであった。商法草案の法取調報告委員は法制局参事官本尾敬三郎、大審院評定官岡村爲藏、法制局参事官岸本辰雄、外務省取調局次長加藤高明、控訴院評定官長谷川喬、法制局参事官長森敬斐（役職はそれぞれ当時）が担当した。志田・前掲注（10）『日本商法典の編纂と其改正』四〇－四四頁、同・前掲注（12）『日本商法論（総論）』七五－七六頁

（15）もっとも、ロエスレル草案起草後すでにいくつかの修正を経ており、この時点で厳密に法文がどのようなものであったのかについては不明である。条項はロエスレル商法草案では一〇四六条であったのが、一〇四八条に代わっている。そこで、これ以降この時点での条項を法律取調委員会案－条と示すことにする。議論の内容から判断するに、法文の実質的内容に変更はない。但し、この時点で既に、法律取調委員会案一〇四八条にはロエスレル商法草案一〇四六条法文の要件に加えて、支払停止後の登記であることが新たに要件として付け加えられていたようである。法務大臣官房司法法制調査部監修「法律取調委員会商法草案議事速記」『日本近代立法資料叢書一八』一〇四八頁以下（商事法務研究会、昭和六〇年）

（16）それは次のような事情による。すなわち、明治二三年冬に第一回帝国議会が開会されることとされていたが、仮に帝国議会開会後の起草ということになれば上下両院の議員により構成される委員会を設けて法案を起草することになるが、そうなると議論ばかりで議論倒れに終わり、立法ができなくなる可能性が大いにある。法律取調委員長司法大臣山田顯義は、このような事態を避けるためには、明治二三年の第一回帝国議会開催に間に合うように法典草案を起草することが必要と考えていた。そこで、法典起草の迅速を図るために、法理論や議論は一切行わないことにして、唯当該規定が日本の国情に適しているかの観点からについてのみ議論することとし、次のような内容を含む法律取調委員会略則を定めた。それによると、法律取調の目的は民法商法及び訴訟法の草案条項中実行できないものがあるかどうか、また、他の法律規則に抵

触するかどうかを審査することにあり、したがって、法理の得失、実施の緩急、文字の当否は議論することを許されないとされていた。金子・前掲注（12）三三頁、志田・前掲注（10）『日本商法典の編纂と其改正』四〇頁。

（17）また、議事録のみから、各委員の発言の真に意味するところを正確に把握することは困難であることも付け加えておく。

（18）実質的無償行為は法律取調委員会案一〇四六条により無効とされる。この時点で法律取調委員会案一〇四六条が厳密にどのような法文であったかについては定かではない。しかし、議論の内容から察するに、ロエスレル商法草案一〇四四条と実質的に同じ内容を有する条文のようである。ロエスレル商法草案一〇四四条は次の通り。

「全て支払停止若しくは支払停止前一〇日内以降に、破産者の法律的行為であって他人に対し破産者の財産より無償の利益を付与するもの、特に贈与、対価を伴わないかあるいは対価が不相当の契約、期限の到来しない債務の弁済、弁済期の到来した債務の代物弁済、及び既存の債務に対する担保の提供は、当然無効とする」

尚、この時点での法律取調委員会案一〇四六条は最終的には旧商法典九九〇条となった。旧商法典九九〇条は次の通り。

「支拂停止後又ハ支拂停止前三十日内ニ破産者カ爲シタル贈與其他ノ無償行爲又ハ之ト同視ス可キ有償行爲期限ニ至ラサル債務ノ支拂期限ニ至リタル債務ノ代物辨濟及ヒ從來負擔シタル債務ノ爲メ新ニ供スル擔保ハ財團ニ對シテハ當然無効トス」

（19）法律取調委員会案一〇四八条と同じく、この時点で法律取調委員会案一〇四七条が厳密にどのような法文であったかについては、定かではない。しかし、議論の内容から察するに、ロエスレル商法草案一〇四五条と実質的に同じ内容を有する条文のようである。法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（15）一〇四七－一〇四八頁。

ロエスレル商法草案一〇四五条前段は次のような法文であった。

「前条の他、破産者が支払停止後及び破産宣告前に行った財団に不利益となる全ての支払及び法律的行為は、相手方当事者が債務者の支払停止を知っていた時は、破産財団のために取消す（angefochten werden）ことができる」

もっとも、司法省の訳では"angefochten werden"は「異議スルコトヲ得」と訳されている。

尚、この時点での法律取調委員会案一〇四七条は最終的には旧商法典九九一条となった。旧商法典九九一条は次の通り。

「前條ニ掲ケタルモノノ外債務者カ支拂停止後破産宣告前ニ財團ノ損害ニ於テ爲シタル總テノ支拂及ヒ權利行爲ハ相手方カ支拂停止ヲ知リタルトキニ限リ財團ノ計算ノ爲メ之ニ對シテ異義ヲ述フルコトヲ得

然レトモ手形ヲ支拂ヒタル場合ニ於テハ爲替手形ヲ振出シ又ハ振出サシムル際支拂停止ヲ知リタル振出人又ハ振出委託人ヨリ又約束手形ニ在テハ裏書譲渡ノ際支拂停止ヲ知リタル第一ノ裏書譲渡人ヨリ其支拂金額ヲ償還スルコトヲ要ス」

(20) 但し、支払停止をした債務者が自己の財産の処分権限を有し得る支払停止後破産宣告の間の期間は、非常に短いものが予定されていたようである。ロエスレル商法草案一〇三五条（旧商法典九七九条）は、債務者は支払停止後一〇日以内に自ら支払停止の事実を裁判所へ申告しなければならず、この時貸借対照表、商業帳簿を併せて提出しなければならないと定めていた。これは、裁判所が支払停止に陥った債務者の財産状況をいち早く把握することにより、債務者による財産隠匿等を防止し、債権者の権利保全を容易にする趣旨であるとされており（磯部四郎『大日本商法破産法釈義』二〇、二二－二三頁（長島書房、明治二六年））、債務者が支払停止届出義務に違反すれば、ロエスレル商法草案一一〇五条五号（旧商法典一〇五一条）により過怠破産の罪に該当し、二年以下の禁固の罰を受けた。この届出義務期間は明治二一年六月七日法律取調委員での討議によって五日に短縮されている。法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（15）一〇四〇－一〇四一頁。その背景には、支払停止後に債務者が自分の財産に対して処分権限を有する期間、すなわち支払停止から破産宣告までの期間を一日でも短くしたいとの思惑があったようである。支払停止後破産宣告まで六月も一年もかかることがあるか、との問いに対し、報告委員本尾敬三郎は次のように述べている。「ソンナ事ハアリマセン其故コノ間十日ヲ五日にお換ヘニ成リマシタ一日停止スレバ職権ヲ以テ（破産宣告を：筆者注）ヤツテモ宜シイト云フ趣意デ御座イマス」。法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（15）一〇四九頁。また、次のようにも述べる「破産宣告ニ據ラナケレバ財産上の處分權ヲ停止スルコトハ出來ナイ實ハ支拂停止カラ取上ゲタイガそれハ出來ナイカラ支払停止カラ破産宣告迄一日モ短クシタイト云フ論ガ多ク御座イマス」。法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（15）一〇五〇頁。

(21) 尚、既存の債務に対する支払停止後あるいはその三〇日前の担保権設定行為は、実質的無償行為として（ロエスレル商法草案一〇四四条、法律取調委員会案一〇四六条）、当然に無効とされていた。磯部・前掲注（20）七九頁。尚、後述注（28）参照。

(22) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（15）一〇五二頁。

(23) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（15）一〇五二頁。

(24) 磯部・前掲注（20）八九頁。

（25）磯部・前掲注（20）八九頁。
（26）長谷川喬『改正破産法正義』七一－七二頁（新法註釋會出版、明治二六年）。
（27）法律取調委員会案一〇四六条参照。
（28）既存の債務に対する担保設定行為は、現在では無償行為と評価されないが、旧商法典下の解釈においては、九九〇条の無償行為に含まれ、当然無効と解されていた。磯部・前掲注（20）七九頁、長谷川・前掲注（26）六〇頁。
（29）細川亀市「明治前期の破産法（二）」法学志林三八巻一二号八五－八八頁（一九三六年）。
（30）神戸裁判所編纂『民事要録丁編』六八五－六八六頁（明治一一年）。
（31）破産法を欠くことにより生じる弊害として次のような詐欺的行為を行うことが可能であることを挙げる。商事取引による破産と民事取引による破産の区別がないことから適宜に身代限処分ができず、そのために身代限処分言渡し後に虚偽の債務負担を作り出すことが少なからずあること。口実を設けて身代限の審問を延期し、その延期中あるいは身代限の言渡し後に、債務者が第三者と共謀して虚偽の証書を作成し、これに基づいて第三者が配当に加入すること。無資力者が資力ある外観を装い取引の相手方を信用させて取引を行い、商品を転売した後に身代限の申立を行うこと。一人あるいは二人以上が共同して代金支払いの意思も能力もないのに高額商品を買い入れ、代金支払を停止すること。伊藤博文編「商法ノ規定ナキヨリ生ズル弊害（破産）」『秘書類纂法制関係資料上巻』三五七－三五九頁（秘書類纂刊行会、昭和一二年）。この文書は明治二三年頃に作成された文書のようである。
（32）梅謙次郎は海外留学中であったため（明治二三年帰国）、法律取調委員会には関与していない。しかし、後述の通り、後に法典調査会委員となり、明治三五年の法典調査会草案の起草者となった。
（33）梅謙次郎『改正商法講義』六六二－六六三頁（明法堂・有斐閣、明治二六年）。
（34）もっとも、その場合には、なぜ磯部、長谷川両判事が九九二条の解釈として、債務者破産直前の登記から優先権の取得、あるいは優先権取得時期の偽装という行為そのものを推定するのではなく、偽装の意図という登記取得者の主観を推定すると解したのかについて疑問が残る。また、第三者による虚偽の債権を被担保債権とする優先権取得の場合には、本尾敬三郎の「破産ニ成ツタカラ拵へ事デ登記ヲ願ニ出タモノト想像スルコトハ出來ナイト云フ意味デ御座イマス」の文言にはそぐわないであろう。

（35）梅・前掲注（33）七二九－七三〇頁。

（36）松岡義正も旧商法典九九二条の適用場面を同様にとらえている。松岡義正『破産法』三五二－三五三頁（和佛法律學校、明治三三年）。

（37）尚、松岡博士は、「破産ノ運命ヲ免ルルコトヲ得サル旨ヲ豫知シタル債務者ハ其財産上ニ設定シタル質權、抵當權等ノ登記ニ依リ財産的地位ノ不好意ナル事實ヲ公衆ニ表白シ爲メニ社會ノ信用ヲ失フコトヲ恐レ債權者ニ乞フテ故ラニ登記ヲ遲延シ信用ヲ維持シ取引ヲ繼續シ以テ一時ノ彌縫策ヲ試ミシムルモ其目的ヲ達セサルヨリ前ニ登記遲延ノ求メヲ認容シタル債權者ニ破産手續開始ノ旨ヲ豫知セシメ以テ登記ヲ爲サシムルト同時ニ爾後取引ヲ爲シタル債權者ヲ詐害シ大ニ取引ノ安全ヲ妨害スル害毒ヲ防止スルノ目的ニ出テタルノミナラス斯ル求メニ應シタル債權者ニ對スル怠慢若クハ共謀ノ責罰として登記ニ必要ナル時間即チ取得後十五日内ニ爲ササリシ登記ヲ無效トシ破産債權者團體ニ對シテ效力ナキコト宛モ無登記ノ抵當質權等カ第三者ニ對シ無效ナルト同一ノ實ヲ得セシメタル法意ナリ」と述べて、登記を破産直前まで遅らせることが他の債権者へ及ぼし得る悪影響については梅博士、磯部博士と同様に解しつつ、旧商法典九九二条（ロエスレル商法草案一〇四六条、法律取調委員会案一〇四八条）は登記を遅らせた登記権利者に対する懲罰的意味合いを含んでいると解する。松岡・前掲注（36）三五二－三五三頁。

（38）「破産法案」法曹記事第一二九、一三〇号（明治三五年）。

旧商法典施行直後より商法典の不備は認識されており、法典調査会が立ち上げられて商法典の修正作業が行われたが、旧商法典破産編については「商事ノミナラス民事ニ通シテ一般ニ之ヲ設クルノ必要アリ」との理由に基づいて、商法典から切り離して独立した法として制定する方針が採用された。清浦奎吾『明治法政史』五九五－五九六頁（明法堂、明治三二年）。法典調査会草案の起草委員は、梅謙次郎、岡野敬次郎、田部芳であり、加藤正治が起草委員補助であった。志田・前掲注（10）『日本商法典の編纂と其改正』一一四頁。

（39）更に、この時点で初めて破産宣告後の登記の有効性について言及する法文が挿入された（法典調査会草案五六条）。法典調査会草案五四条は破産宣告後の破産者の法律行為は財団に対抗できないことを定め、法典調査会草案五五条は破産者の法律行為によらずして取得した権利については法典調査会草案五四条を準用すると定めており、これらの二か条を前提に、法典調査会草案五六条は破産宣告の公告前に登記権利者が善意でした不動産、船舶登記又は不動産登記法二条一号の仮登

記については、前二条の規定の適用がない旨定める。この条文構成からみるに、法典調査会草案五六条は、登記具備行為が法律行為に含まれると解し得る規律となっており、ドイツ法の影響を受けていることは明らかである。また、現行破産法四九条、旧法五五条との比較においては、破産宣告後の登記が登記権利者の善意を理由に有効とされるのは破産宣告公告前の登記に限定されているという点に違いがある。

（40）旧法の起草委員は岡野敬次郎、山内確三郎、松本烝治、加藤正治である。志田・前掲注（10）『日本商法典の編纂と其改正』一一五頁。

（41）この点に関して、政府委員の池田寅二郎は、鉱業権を例に挙げてその立法趣旨を説明している。それによると、鉱業権等は登記登録によって初めて権利移転の効果が生ずるのであって、権利移転の約束では権利処分の効力を生じることにはならないが、その取引を見れば、最初に鉱山の売買の約束をしその後に登録手続きを済ませるという、不動産売買に類似した取引慣行があるために、権利取得の効力を生ずる登記登録についても同様に扱うことにした、と述べている。貴族院事務局『帝國議會貴族院委員會議事速記録一七（第四五回議会［二］大正十・十一年）』一九七頁（臨川書店、復刻版、一九八一年）。尚、法律新聞社編纂『改正破産法及和議法精義』三〇四頁（法律新聞社、大正一二年）では、この発言は政府委員の三宅正太郎の発言とされている。

（42）貴族院事務局・前掲注（41）一九七頁、法律新聞社編纂・前掲注（40）三〇三－三〇四頁。

（43）貴族院事務局・前掲注（41）一九七頁、法律新聞社編纂・前掲注（40）三〇四頁。

（44）この時に若干問題とされたのは、権利取得から一五日の登記期間が短すぎるのではないか、ということである。なぜ一五日と規定するに至ったかとの問いに対し、政府委員の三宅正太郎は当時商業登記等の登記期間が時効により二週間とされていたことから、一般の法制として或る行為後二週間あれば登記をするのに相当であろうとみているものと考え、それに一日を加えて一五日ということにした、と述べている。貴族院事務局・前掲注（41）二〇三頁、法律新聞社編纂・前掲注（41）三〇三頁。

（45）加藤正治『破産法講義』二四七－二四八頁（巌松堂書店、有斐閣、訂正増補一〇版、大正一一年）。

（46）遠藤武治『破産法』一一四頁（巌松堂書店、大正一〇年）。

（47）加えて、青木博士は、怠慢な権利者を排除しなるべく権利の上に眠らせないために登記の期間を権利取得から一五日間

に限定するとする。青木徹二『破産法説明』一八四頁（巌松堂書店、大正一二年）。

(48) 井上直三郎「破産法第七四條に就いて」法学論叢第九巻第二号四五頁（大正一二年）［破産・訴訟の基本問題（有斐閣、昭和四六年）所収、二九〇頁以下］。

(49) 井上・前掲注（48）四八頁。

(50) 井上・前掲注（48）四九頁。

(51) 井上・前掲注（48）五十頁。

(52) 井上・前掲注（48）五一－五二頁。

(53) 尚、井上直三郎『破産法綱要第一巻實體破産法』一五一－一五五頁（弘文堂書房、大正一四年）。

(54) 加藤正治「判批」法学協會雑誌五〇巻七号二〇八頁（昭和七年）、［破産法研究第九巻（有斐閣、昭和一一年）所収、一六四頁以下］。

(55) 大判昭和六年九月一六日民集一〇巻八一八頁。

(56) 斉藤常三郎『日本破産法』二五三－二五五頁（弘文堂書房、一九三三年）、菊井維大『増補改訂破産法概要』一一七頁（弘文堂、一九六〇年）、兼子一（監）『条解会社更生法（中）』八八頁（弘文堂、第四次補訂、二〇〇一年）。斉藤博士については、対抗要件の否認を認める理由として、権利登記の欠缺により生ずる偽りの外観が第三者に影響を与える点及び対抗要件具備により破産財団の財産が減少する点の両方を挙げている。しかし注において、旧法七四条は対抗要件につき旧七二条一号の適用ないため特に設けられた規定である旨述べており、創設説的立場を採用していると思われる。

(57) 例えば、板木郁郎『否認権に関する実証的研究』六六頁以下（立命館出版部、昭和一八年）、中田淳一『破産法・和議法』一六五頁（有斐閣、昭和三四年）、櫻井・前掲注（2）一五六頁、朝岡智幸「対抗要件の否認」判タ二一〇号（一九六七年）、斉藤秀夫ほか編『注解破産法第三版上巻』四九四頁［宗田親彦］（青林書院、平成一〇年）、宗田親彦『破産法研究』三四頁（慶應通信、一九九五年）、同『破産法概説新訂第四版』三九七頁（慶応大学出版会、二〇〇八年）、加藤（哲）・前掲注（8）三〇七頁。尚、制限説をとりつつ、悪意の内容に関しては、井上博士のように理解せずに、支払停止または破産宣告について知っていたこと、と解する立場が多数である。新法では旧法七四条の「悪意ニテ」の文言が「支払の停止等のあったことを知ってしてものであるときは」に改められたため、この問題は立法的に解決された。

（58）山木戸克己『破産法』二一四－二一五頁（青林書院、一九七四年）。
（59）伊藤眞「破産管財人に対抗できる登記の範囲」法教五三号七四頁以下（一九八五年）。伊藤教授はこれを制限説の変質現象と評価している。
（60）谷口安平『倒産処理法』二六二－二六三頁（筑摩書房、昭和五一年）、伊藤・前掲注（59）法教七五頁、伊藤眞『破産法・民事再生法［第二版］』四一六頁（有斐閣、二〇〇九年）、高地茂世「対抗要件の否認」判タ八三〇号一〇八頁（一九九四年）、霜島甲一『倒産法体系』三一九－三二一頁（勁草書房、一九九〇年）、中野貞一郎ほか編『基本法コンメンタール［第二版］』一一九－一二〇頁［池田辰夫］（日本評論社、一九九七年）、中島弘雅『体系倒産法』三五五－三五六頁（中央経済社、二〇〇七年）、竹下守夫ほか編『大コンメンタール破産法』六六四頁［三木浩一］（青林書院、二〇〇七年）。
なお、伊藤教授は旧法七四条の趣旨を一般債権者の登記の外観に対する信頼保護と述べておられ遅れた対抗要件具備行為について創設説的な有害性の主張を含んでいる。伊藤眞『破産－破滅か更生か－』一九九頁以下（有斐閣、一九八九年）。
（61）債権譲渡の承諾について、債務者の行為でないことを理由に旧法七四条の適用を否定した事例（最判昭和四〇年三月九日民集一九巻二号三五二頁）。旧法七二条の否認の対象とならない場合には、裁判所は旧法七四条の否認についての釈明権を行使すべきとした事例（最判昭和四五年八月二〇日民集二四巻九号一三三九頁）。もっとも、二判決とも傍論にとどまる。
（62）中西・前掲注（7）六七〇頁以下。
（63）水元・前掲注（6）六四頁。
（64）遠藤・前掲注（46）一一四頁、青木・前掲注（47）一八四頁。

※本稿は、北海道大学博士（法学）学位論文「対抗要件否認規定の有害性について」（二〇一一年三月二四日授与）を加筆・修正したものである。加筆・修正にあたっては、平成二三－二四年度科学研究費補助金（研究活動スタート支援：課題番号二三八三〇〇〇三）の支援を得た。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 63 No. 2 (2012)
SUMMARY OF CONTENTS

Zeitgenössische Wahrnehmung von der sogenannten „Goldenen Bulle“ (1356), vornehmlich in der Regierungszeit Kaiser Karls IV.

Daisuke YOKOKAWA*

Die sogenannte „Goldene Bulle“ von Kaiser Karl IV., die bekanntlich 1356 das Heilige Römische Reich als Wahlmonarchie festgeschrieben hat, ist von der Forschung so eingeschätzt, dass sie zuerst schweigsam ignoriert würde. Um diesen Befind zu überprüfen, behandelt der Verfasser in diesem Aufsatz, wie die Zeitgenossen die „Goldene Bulle“ vor allem in der Regierungszeit Kaiser Karls IV. wahrnahmen.

Die Beteiligten selbst sahen die „Goldene Bulle“ unterschiedlich: während die Kurfürsten sie als eine Reihe von Privilegien oder eine Privilegiensammlung wahnahmen, versuchte der Kaiser konsequent, sie als kaiserliche Gesetze zu zeichnen. So nahmen die beiden die „Goldene Bulle“ zwar wahr, aber nicht als einen „Reichsgrundgesetz“, sondern bloß als eine der rechtlichen Ressourcen.

In der Goldenen Bulle heben sich die bestimmten Ordnungsvorstellungen über Kaiser, Reich und Kurfürsten hervor. Wir können sagen, dass dies von den Bemühungen des Kaisers stammt. Karl IV. machte seine Gestalt als Gesetzgeber bekannt, indem er die „Goldene Bulle“ als kaiserliche Gesetze

* Ex-post doctoral Research Fellow of the Japan Society for the Promotion of Sciences

hervorhob.

Diese Bemühungen, vor allem die Ordnungsvorstellungen, übten breite und schwerwiegende Einflüsse aus. Dagegen hatte man überhaupt nur wenige Sorge um die „Goldene Bulle“ als Texte. Jedoch, wenn auch sporadisch, benutzte man sie als einen geschriebenen Text, gegebenenfalls sehr bewusst. Darüber hinaus kann man darauf hinweisen, dass sie um 10 Jahren nach ihrem Erlaß stärker einheitlich wahrgenommen wurde als vorher.

Schließlich schienen diese Punkte zu den späteren Vorstellungen von der „Goldenen Bulle“ zu führen, dass sie die Ordnungen des Reichs —noch breiter als wirklich— bestimmen sollte.

Developments of the Proportionality Analysis in Canadian Constitutional Law

Masatoshi SASAKI*

The purpose of this article is twofold. One is to elucidate the proportionality analysis in Canadian constitutional law, known as the "*Oakes* test". The other is to derive the knowledge from the Canadian experience in order to construct the appropriate analytic framework for the justification of the limitation on the constitutionally guaranteed human rights in Japan.

Section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* contemplates that constitutional review of legislation under the *Charter* should proceed in two stages. In the first stage, the court decides whether the challenged law limits the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. In this stage, the burden of proving all elements of the breach of a *Charter* right rests on the person asserting the breach. In the second stage, the court decides whether the limits can be justified under the section 1 of the *Charter*. At this stage, the burden of proof shifts to the government (or other party) seeking to support the challenged law.

In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Dickson C. J. laid down the criteria known as the "*Oakes* test". There are four criteria to be satisfied by a law that qualifies as a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society; (1) sufficiently important objective, (2) rational connection between limit and objective, (3) least drastic means, (4) proportionality between effects of measure and objective. The *Oakes* test provides the basic framework for analysis, and is applied flexibly, with

* Professor of Law, Hokkaido University

sensitivity to the context to the particular law at issue.

The two stage review, the distribution of the burden of proof, and the proportionality test applying flexibly with sensitivity to the context of the particular case, are elements of sufficient importance for construction of the appropriate analytic framework in Japan.

The Tokugawa Creation of the *ezochi*: States, Territories and Maps

Edward Kieran Boyle*

This essay shall examine the period between the delineation of an area known as the *ezochi* and its incorporation as Hokkaido by the new Meiji state in 1869, while focusing on the role of cartography in ontologically creating Japan in the early modern era. The general narrative of national modernization has provided the paradigm within which the connections between the state and its cartography have been analyzed, which occludes the manner in which cartographic practice enabled the creation and mobilization of both territory and the state itself. A map must be considered as both "a determined cultural outcome" and as "an element of material culture", and from this should emerge a critical history of cartographic practice as contingent on social, cultural and technical relations at particular times and places, as operating within a "certain horizon of possibilities". It is through outlining this 'horizon' in the case of the *ezochi*, and emphasizing that this horizon was not static but shifting over time, that a non-teleological history of the Japanese mapping of this territory becomes possible.

Early Tokugawa cartography served to not only (re)produce and extend *ritsuryō* Imperial space, but to define a barbarian area outside of this space, known as the *ezochi*. This is a process of cultural production that serves to authorize itself, that creates the *ezochi* as a bounded territorial space available for representation while rebounding the territorial authority of the state within this political space. The *ezochi* is thus rendered extant from both within and without, a cartographic cultural production of a political

* Edward Boyle is a doctoral candidate at the Graduate School of Law and Politics, Hokkaido University.

space that ultimately conceals the politics of its own creation. Keeping the focus consciously comparative shall serve to underline how a study of the cartographic creation of territory by a state has a wider resonance beyond its narrow empirical specificity, while not merely reducing the maps to a marker of something else. The manner in which different states create different territorial spaces, and the way in which different territories are created by the state remains a topic of vital importance.

The history of mapmaking in and of the *ezochi* is bound up with the spatial ideas that underpinned the maps. The territorial extent over which authority could be claimed and exercised was created on the map, while the knowledge structure within which this mapping was undertaken provided the codes of its own cartographic discourse. This discourse served to structure knowledge claims about territory, allowing knowledge to be made commensurable across the territorial expanse of the state's claims. In such cartography we note the state effect, the creation of the state through the combined discursive and institutional reflections of its activity. It is through such activity that there emerges a 'bounded' society as discursively and institutionally co-structured with the state itself, which enables the state's policies aimed at the control, regulation and government of the social world. What we see in such cartography is not merely the manner in which the state makes its territory legible, and thus exploitable, by the state, for through the material production of its territory the state makes itself.

This piece seeks to demonstrate that, firstly, cartography cannot be seen as merely a representation of space, but as a means by which spaces are produced. Secondly, I emphasize the importance of appreciating that representation on cartographic material is bound up with culturally-, as well as functionally-, determined spatial ideas, and that a deeper engagement with these fundamental ideas may be required if we are to recontextualize the production of maps within the history of their making. Thirdly, I seek to stress that cartography should not be reduced to merely reflecting greater material, cultural or state forces, but that it has a part in creating the very forces it seeks to represent.

論　　説

カナダ憲法における比例原則の展開

――「オークス・テスト（*Oakes* Test）」の内容と含意――

佐々木　雅　寿

目　　次

はじめに
Ⅰ　カナダ憲法と人権保障
　1　カナダ憲法
　2　「権利および自由に関するカナダ憲章」
　3　違憲審査制
Ⅱ　人権制約の違憲審査
　1　人権憲章１条の規定
　2　二段階審査
Ⅲ　制約
Ⅳ　法で定められた制約
Ⅴ　自由で民主的な社会において明確に正当化することができる合理的制約
　1　オークス・テスト（*Oakes* Test）
　2　目的の重要性
　3　目的と手段の合理的関連性
　4　人権制約の最小性
　5　目的の重要性と手段の効果との比例性
　6　オークス・テストの性格と厳格度
Ⅵ　立証責任
Ⅶ　違憲審査の民主的正当性
Ⅷ　オークス・テストの特徴
　1　オークス・テストの特徴
　2　オークス・テストの比較憲法上の位置づけ

Ⅸ　日本法への示唆
　1　比較憲法の対象
　2　二段階審査か三段階審査か
　3　主張責任・立証責任
　4　比例テストの構成要素の独自性
　5　目的の認定方法
　6　裸の利益衡量論
　7　付随的違憲審査における比例原則の適用可能性
　8　あるべき審査方法の模索
おわりに

はじめに

近年、ドイツ由来のいわゆる「三段階審査論」をわが国に導入しようとする意欲的な主張が行われ[1]、多くの議論を誘発している。三段階審査論に関しては、「違憲審査基準を使って取りあえず従来どおりやっていけばいい、というような安易な空気は、なくなったのではないか。」[2]との見解が「説得力を有するのが、今日的な状況と言えよう。」[3]と評価することも可能かもしれない。しかし、「そこから感じ取れる空気は、好意的というより懐疑的・警戒的、もしくは批判的なそれであるように思われる。」との指摘もある[4]。

三段階審査論の利点としてまず、理論の明快さがあげられる。具体的には、①違憲審査が分節化され、合計で７つのチェックポイントがあり、これにより緻密で合理的な検討が可能となる、②従来の複雑な違憲審査の議論を整理することができる、③わが国の判例と整合的である等であ

[1] 代表的なものとして、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会・2001年）、小山剛『「憲法上の権利」の作法　新版』（尚学社・2011年）等。
[2] 石川健治他「Mission : Alternative」『法学教室』342号25頁（2009年）47頁（石川発言）。
[3] 青井未帆「三段階審査・審査の基準・審査基準論」『ジュリスト』1400号68頁（2010年）68頁。
[4] 松本和彦「三段階審査論の行方」『法律時報』83巻５号34頁（2011年）34頁。

る[5]。それ以外にも、④違憲性の発見の文脈を正当化の文脈から峻別するので、改めて権利侵害の様相を丁寧に考察することの重要性を認識させる[6]、⑤正当化の段階において法律の留保への着眼を導く[7]、⑥裁判官が事案の具体的な諸事情を考慮して柔軟に合憲性を判断していける枠組みである[8]等が指摘されている。

それに対し、三段階審査論とりわけ比例原則に対する批判やその問題点として、(a) 明確な基準を欠いたままアド・ホックになされる裸の利益衡量に堕しかねない危険を伴っている[9]、(b) 裁判官の主観的または恣意的判断の入る余地が大きく予測可能性が低くなり、法的安定性や信頼性が損なわれる[10]、(c) 裁判官は否応なく政策決定者の作業を追体験せざるを得なくなるが、それは裁判官にとって荷が重いだけではなく必ずしもふさわしい仕事とはいえない[11]、(d) 違憲審査の民主的正当性の問題、ならびに、当事者適格や立証責任など通常裁判所における訴訟法に付随する論点は避けられない[12]等があげられる。また、(e) 広義の比例原則の適合性、必要性、狭義の比例性という３つの内容について、仮に狭義の比例性を「規制により得られる利益と失われる利益の均衡」（利益衡量論）を意味するのであれば、適合性と必要性は理論上は狭義の比例性に吸収され、適合性と必要性は独自の基準としての意味を持たなくなるとの指摘もある[13]。上記 (a)(b) の問題点への対処法として、比例原則適

---

[5] 三宅雄彦「論証作法としての三段階審査」『法学セミナー』674号８頁（2011年）8-9頁。

[6] 駒村圭吾「憲法的論証における厳格審査」『法学教室』338号40頁（2008年）42頁。

[7] 市川正人「最近の『三段階審査』論をめぐって」『法律時報』83巻５号６頁（2011年）９頁。

[8] 市川・前掲注（７）９頁、高橋和之「『通常審査』の意味と構造」『法律時報』83巻５号12頁（2011年）19頁。

[9] 松本・前掲注（４）37頁、高橋・前掲注（８）19頁、高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」『法曹時報』61巻12号１頁（2009年）13頁。

[10] 高橋・前掲注（８）19頁、高橋・前掲注（９）13頁、松本・前掲注（４）38頁。

[11] 松本・前掲注（４）37頁。

[12] 君塚正臣「二重の基準論とは異質な憲法訴訟理論は成立するか」『横浜国際経済法学』18巻１号17頁（2009年）39頁。

[13] 高橋・前掲注（９）12頁。

用の指針、適用にあたっての考慮事由（比例原則の寛厳を左右する要因）を明確化してゆくことの必要性[14]、および、類型的事案ごとに比例原則の多段階化の志向[15]が説かれている。

もっとも、三段階審査論に批判的な論者も、アメリカの手法がよいのか、ドイツの手法がよいのかということではなく、わが国の違憲審査制の適切な運用をもたらすための理論枠組みをどう構築するのかが重要であり、三段階審査論の問題提起、提案を受けて、今後、アメリカ型違憲審査基準論を提唱してきた論者との間で「建設的な対話」がなされるべきことが提唱されている[16]。実際、ドイツ由来の三段階審査論とアメリカ由来の審査基準論との相補的な議論[17]や融合可能性[18]を指向する議論もある。ただ、憲法裁判所型の違憲審査において発達した理論が付随的違憲審査制においてそのまま妥当しうるのかが問題であり、三段階審査論をわが国に導入するのであれば、両制度の相違をふまえての「変換」がなされなければならず、その際、違憲審査の民主的正当性の問題と付随的違憲審査制において裁判所が具体的な事件に迫られて憲法判断をすることの意義を考慮する必要性が説かれている[19]。

このような議論状況は、比較の対象をドイツとアメリカに限定したことに規定されていると考えられるが、筆者には以下のような疑問がある。１つは、三段階審査論なかでも比例原則はドイツのみに由来する議論なのか、言い換えると、比較検討の対象とすべき比例原則の形態はドイツのみであるのか、との疑問である。青井教授は、世界を見渡せば憲法裁判のありようは「独自路線をゆくアメリカ」と「その他の国々」とに大別されつつあり、三段階審査を採用し、＜適合性・必要性・狭義の比例性＞の３原則から構成された比例原則を適用する後者の様式は、コモンウェルスのシステムにも及んでいることを指摘する[20]。実際カナダでは、

[14] 市川・前掲注（７）10頁。
[15] 石川健治「夢は稔り難く、道は極め難し」『法学教室』340号53頁（2009年）58頁。
[16] 市川・前掲注（７）９頁。
[17] 青井・前掲注（３）74頁。
[18] 駒村・前掲注（６）51-52頁。
[19] 市川・前掲注（７）10-11頁。
[20] 青井・前掲注（３）68頁。

ヨーロッパ人権裁判所の判例に影響を受けて比例原則を採用している。比較憲法的な観点からは、比例原則の現代的発展形態の諸相を明らかにし、比例原則をより広い視野から分析する必要性がある。２つめの疑問は、三段階審査論が説くように、違憲審査を３つの段階に分節することがどこまで普遍性を有するのか、との疑問である。同じく青井教授は、英語文献では「二段階（侵害→正当化）」と把握するのが一般的であることを指摘する[21]。カナダでも違憲審査を二段階でとらえている。最後は、三段階審査論の上記（d）の問題点にも関連するが、ドイツ由来の三段階審査論なかでも比例原則を「付随審査の国には異質なはずの彼の地の知恵」[22]と捉えることへの疑問である。もちろんドイツの議論は憲法裁判所を持つ国の学説や判例理論であるが、付随的違憲審査制度の国においても同様の審査方法がとられているのであれば、比較憲法的には、三段階審査方法なかでも比例原則は決して憲法裁判所型の制度に固有のものとはいえない。実際付随的違憲審査制度を原則とするカナダでも二段階審査と比例原則が採用され、通常裁判所における違憲審査の立証責任の配分や、違憲審査の民主的正当性が詳細に議論されている。

そこで本稿は、上記の疑問に答えつつ、比例原則の問題点への対処方法を模索し、わが国の違憲審査制の適切な運用をもたらすための理論枠組みを構築するための予備的考察として、カナダにおける「オークス・テスト」なかでもその重要な構成要素である「比例テスト」について、主にカナダ最高裁判所の判例を中心に分析し、そこから日本法への示唆を得ることを目的とする。

Ⅰ　カナダ憲法と人権保障

1　カナダ憲法

カナダ憲法は、1つの成文の「憲法典」で構成されているのではなく、グレート・ブリテンおよびアイルランド連合王国の議会制定法である

[21] 青井・前掲注（3）68頁注1）。

[22] 棟居快行「ロースクール憲法が生んだ新しい理論体系『「憲法上の権利」の作法』」『法学セミナー』656号143頁（2009年）143頁。

「1867年英領北アメリカ法」（現「1867年憲法」）、同法の改正法群、「1982年憲法」、ウェストミンスター法等の法令、および、憲法上の慣例の集合体で構成されている。そして、1982年憲法52条２項は、最高法規性を有するカナダ憲法の範囲を規定している。現在、カナダ憲法として最も重要と考えられている実定法は、1867年憲法および1982年憲法である。

1867年憲法は、専ら統治機構を規定し、人権保障に関する一般的規定を有していない。1982年憲法は、一般的人権規定に相当する「権利および自由に関するカナダ憲章」（以下、「人権憲章」という。）を規定する。また、1982年憲法の第２章は、主に個人的権利を保障する人権憲章とは別に、集団的権利を中心とするカナダの先住民族の権利を保障する。この憲法は、従来の憲法を否定するものではなく、これまで不完全であった部分を新たに追加し、従来の憲法を発展させるものと理解できる[23]。

２　「権利および自由に関するカナダ憲章」

1982年憲法の第１章は「権利および自由に関するカナダ憲章」であり、カナダ憲法史上初の一般的人権規定である。人権憲章の１条は本稿の検討対象となる一般的人権制約条項である。それに続き、人権憲章は７つの権利のカテゴリーを規定する。「基本的自由」（２条）には、良心および信教の自由、表現の自由や結社の自由等が含まれる。「民主的権利」（３条から５条）では、選挙権や被選挙権等が保障されている。「移転の権利」（６条）は、移転の自由とその制限を定める。「法的権利」（７条から14条）には、生命、自由、身体の安全に対する権利やその他の刑事手続上の諸権利が詳細に規定されている。「平等権」を保障する15条１項は、人種、出身民族、宗教、性別、年齢、精神的もしくは身体的障害等による差別を禁止し、15条２項は積極的差別解消措置を明示的に認める。「カナダの公用語」（16条から22条）では、英語とフランス語が連邦およびニュー・ブランズウィック州の公用語であり、連邦および同州の議会、裁判所等において、英語またはフランス語を使用する権利等が規定されている。最後に「少数派言語教育権」も23条で保障されている。しかし、財産権

[23] カナダ憲法の解説および条文は、高橋和之編『［新版］世界憲法集　第２版』（岩波文庫、2012年）95頁以下（佐々木雅寿　訳・解説）等参照。

保障を理由に裁判所が社会経済立法等を違憲と判断することへの懸念等により、人権憲章には財産権保障の規定はない[24]。また、社会権の明示的保障もない。

人権憲章24条１項は、自己の人権が侵害された者に、「裁判所が事情に応じて適正かつ正当であると認める救済」を求める権利を保障する。

以上のように、人権憲章は主に自由権を保障している。しかし、23条が規定する少数派言語教育権は、請求権的側面を有する権利（positive right）であり[25]、かつ、集団的権利としての要素も含んでいると解することができる[26]。

人権憲章は、「現代的権利章典（modern bill of rights）」[27]とよばれている。その特徴の１つが適用除外条項と呼ばれる人権憲章33条１項であり、この規定により、連邦議会および州の議会は、人権憲章２条または７条から15条が規定する権利や自由を、憲法上有効に制限ないしは否定することができる。この条項は、人権憲章がカナダ憲法の伝統である議会主権を損なう等の理由でその制定に反対していた州の同意を得るための政治的妥協の産物である。適用除外条項は、さまざまな政治的理由のため、実際に使用されることは多くはないが、憲法上の人権保障を不完

---

[24] P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supplemented (Carswell, 2007) at 47-10.　この点に関しては、中島徹「カナダ憲法における財産権条項の欠如」『比較法学』32巻１号133頁（1998年）参照。しかし、現在でも連邦政府に適用されるカナダ権利章典の１条（a）が財産権を保障している点に留意する必要がある。カナダ権利章典については、佐々木雅寿「カナダにおける違憲審査制度の特徴（上）」『北大法学論集』39巻２号（1988年）355-360頁参照。

[25] R.J. Sharpe & K.E. Swinton, *The Charter of Rights and Freedoms* (Irwin Law, 1998) at 32.

[26] 同様に、1867年憲法93条が保障する宗教的少数者の教育に関する権利や特権にも集団的権利の要素を読み取ることができよう。集団的権利については、L. Cardinal, “Collective Rights in Canada: A Critical and Bibliographical Study” (2000-2001) 12 N.J.C.L. 165. 参照。

[27] ローチ教授は、カナダの人権憲章とその影響を受けて1990年代に制定されたニュー・ジーランド、イスラエル、イギリス等の人権保障規定を「現代的権利章典」と呼んでいる（K. Roach, *The Supreme Court on Trial* (Irwin Law, 2001) at 238, 343.）。

全なものにすると批判されている。しかし、この条項は、人権に関する裁判所の判断を最終的なものとすることなく、人権問題に関し議会にも重要な役割を演じさせるための制度であり、人権問題に関し裁判所と議会が対話し、協力することを可能とする契機が含まれていると解することもできる。その意味で、カナダ憲法上の人権保障制度は、議会による人権保障に期待するイギリス型と裁判所による人権保障を重視するアメリカ型との中間型と評価することもできよう。

3　違憲審査制

カナダにおいては、原則として、すべての裁判所が違憲審査権を行使することができる。ところが、政府が裁判所に対して勧告的意見を求めるための照会制度が、連邦およびすべての州で採用されており、また、ある法律の合憲性に関する宣言的判決を求めるスタンディングが相当程度拡大されているため、裁判所に抽象的な憲法問題が提起され、それに対して裁判所が判断を下すことが多くある。その意味で、カナダの違憲審査制度は、付随的違憲審査制度を原則としつつも、大陸型違憲審査制度とアメリカ型制度の中間的な要素も備えているといえる。ただ、付随的具体的違憲審査の性格が主要なもので、独立的抽象的違憲審査の性格はあくまで補助的・副次的なものである[28]。

Ⅱ　人権制約の違憲審査

1　人権憲章１条の規定

人権憲章１条は、「『権利および自由に関するカナダ憲章』は、法で定められ、自由で民主的な社会において明確に正当化することができる合理的制約にのみ服することを条件に、この憲章で規定する権利および自由を保障する。」と規定する。この規定は、人権憲章で規定された諸権利を「保障」すると同時に、「制約」が正当化されるための条件を規定する。このような一般的人権制約条項は、いかなる権利も絶対的ではな

[28] 詳しくは、佐々木雅寿「(a) カナダ」杉原泰雄編『新版体系憲法事典』（青林書院・2008年）261頁参照。

く、他者の権利や社会全体の利益のために制約を受ける場合があるという観念を示しているが、この考えや１条の文言は、特に、ヨーロッパ人権条約の影響であることが指摘されている[29]。

２　二段階審査

人権憲章１条の下、人権制約の合憲性は、人権制約の有無の判断とその正当性の判断という二段階に分けて審査される。このような二段階審査も、ヨーロッパ人権条約および市民的及び政治的権利に関する国際規約の影響であり、それらの条約に関する判例理論がカナダにおける人権憲章１条の学説や判例に採用されている[30]。

（１）人権制約の判断

人権に関する違憲審査の第一段階で裁判所は、人権憲章で規定された権利や自由の意味を探り、その後、かかる権利・自由の制約の有無を判断する。この段階では、自己の人権が侵害されたことを主張する者が立証責任を負う。

カナダ最高裁は、人権憲章は、制定当時には予想されていなかったような新しい社会的、政治的変化に対応するために成長し発展するような方法で解釈されなければならないことを強調し[31]、憲法制定者の意思に厳格に従う解釈方法を採用していない[32]。また、同裁判所は、人権憲章の性格と全体的な目的、使用された文言、当該概念の淵源等を考慮する「合目的的（purposive）」解釈方法を採用し、人権をなるべく広く定義するように努めている[33]。

---

[29] Hogg, *supra* note 24 at 38-2; D. Gibson, *The Law of the Charter: General Principles*, (Carswell, 1986) at 134; L.I. Rotman et al. *Constitutional Law*, (Thomson Carswell, 2008) at 769-770.

[30] Hogg, *supra* note 24 at 38-2－38-3.

[31] See *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357 at paras. 10-11.; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 at 155-157.

[32] *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 at paras. 35-68.

[33] *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 at paras. 116-117.

人権憲章は「カナダ国民の多文化的伝統の維持および発展と一致する方法によって解釈されなければならない。」と規定する人権憲章27条に関しては、佐々

このような解釈方法を用いることにより、カナダ最高裁は一般に、人権を定義する段階では、人権と他の利益等の調整を行なわず、個々の人権を広く定義する傾向にある[34]。その結果、人権の制約が比較的容易に認められることになる。

（2）人権制約の正当性審査－オークス・テスト（*Oakes* Test）－

人権制約が認定されると第二段階へ移行し、裁判所はかかる制約が、「法で定められ、自由で民主的な社会において明確に正当化することができる合理的制約」であるか否かを判断する。この段階は、人権憲章１条の解釈と適用の段階である。ここでの立証責任は人権制約の正当性を主張する者すなわち政府に課される。

人権憲章１条により人権制約が正当化されるためには、かかる制約が、法により規定され（形式的要件）、かつ、自由で民主的な社会において明確に正当化されうる合理性を備えていなければならない（実質的要件）。後者の実質的要件の審査基準は、1986年にカナダ最高裁によって「オークス・テスト」として定式化された[35]。それによると、審査内容は、目的の重要性審査と「比例テスト（proportionality test）」による目的と手段の関係審査に分かれるが、後者の比例テストは、目的と手段の合理的関連性、人権制約の最小性、目的の重要性と手段の効果との比例性の３つの要素で構成される。

このように人権憲章１条の下、①人権制約の法定性、②目的の重要性、③目的と手段の合理的関連性、④人権制約の最小性、⑤目的の重要性と手段の効果との比例性という５つの要素が検討される。

この比例テストの採用も、主に、ヨーロッパ人権裁判所の判例理論の影響であると考えられる[36]。

木雅寿「カナダ憲法における多文化主義条項」『法学雑誌』53巻４号191頁（2007年）参照。

[34] 人権が狭く定義された例に関しては、Sharpe & Swinton, *supra* note 25 at 34. 参照。

[35] *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at paras. 62-71. 佐々木雅寿「カナダ憲法における人権保障の特徴」『ジュリスト』1244号196頁（2003年）199頁参照。

[36] 1982年に公刊された人権憲章のコンメンタールである W. S. Tarnopolsky & G. Beaudoin eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Carswell,

以下では、人権制約の正当性審査について説明を加える。

1982) の中の、H. Marx, “Entrenchment, Limitations and Non-Obstante” at 61. は、ヨーロッパ人権条約に関するヨーロッパ人権裁判所の判例が比例原則を用いていることを参考にする（at 63-66）。

カナダ憲法の最も代表的な教科書である P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2nd. ed. (Carswell, 1985) at 687-688 は、*Oakes* 判決が出される前の1985年に、人権憲章１条の解釈に、ヨーロッパ人権裁判所の *Sunday Times v. United Kingdom* (1979) 2 Europian Human Rights Reports 245 (Eur. Ct. of Hum. Rts.) を参考にすべきで、人権憲章1条の「合理的」という文言は、人権制約と正当な政府目的との合理的関連性を要請し、また、人権制約の目的がいかに重要であっても、人権制約は当該目的達成に必要な程度を超えてはならないという、比例性の概念を含んでいることを主張する。

Quebec Association of Protestant School Boards v. A. G. Quebec (No.2) (1982), 140 D.L.R.(3d) 33 (QCSupCt) at 77 (per Deschênes C.J.S.C.); *Re Jamieson and The Queen* (1982), 142 D.L.R. (3d) 54 (QCSupCt) at 69 (per Durand J.) は、人権憲章１条の正当化審査において、立法手段が立法目的達成のために比例性を具備しているかどうかを基準とした。特に、前者の判決は、ヨーロッパ人権条約に関するヨーロッパ人権裁判所の判決、アメリカ合衆国最高裁判所のいくつかの判例、イギリスの判決例、カナダの判決例を検討したうえで、比例原則を抽出している（at 72-78）。

R. v. Keegstra (1984), 19 C.C.C. (3d) 254 (ABQB) at paras. 73-95. は人権憲章１条の正当化審査において、立法目的の合理性（rationality）、権利制限の程度に関する比例性（proportionality）、他の自由で民主的な国における類似の法制度との比較（comparison）という３つの要素を検討すべきであるとする (per Quigley J.)。最後の比較は、より制限的でない他の手段の有無を検討する可能性を示していると解される。

R. v. Bryant (1984), 15 D.L.R. (4th) 66 (ONCA) at 74. は、人権憲章１条の正当化審査において、人権制約的な立法の目的と制約を受ける権利や自由との比較考量が必要であることを指摘する（per Blair J.A.）。

また、*Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 S.C.R. 610. におけるカナダ最高裁の全員一致の意見は、現代における比例原則の定式化は、ドイツ憲法裁判所とヨーロッパ人権裁判所により行われ、カナダ最高裁がオークス・テストで定式化した比例テストも、そのような比例原則の諸要素を反映していることを指摘する（at para. 36）。

それに対し、D. Grimm, “Proportionality in Canadian and Germen Constitutional Jurisprudence” (2007) 57 UTLJ 383 at 384. は、①実際にはそうではなかったが、

Ⅲ　制約

人権憲章１条は、人権が一定の「制約（limits）」に服することを明示する。この制約の意味について、カナダ最高裁は、1984年の *A. G. (Que.) v. Quebec Protestant School Boards,* [1984] 2 S.C.R.66. において、全員一致の意見として、人権の「制約（limits）」と「明白な矛盾（direct conflict）」とを区別し、制約は人権憲章１条のもとで正当化しうるが、明白な矛盾は正当化できないため、正当性審査を受けずに違憲となりうることを示唆した[37]。これは、人権憲章１条により正当化できる人権「制約」と正当化でいない人権の「否定」との区別と解されるが、この区別は、多様な人権侵害をこの２つのカテゴリーに分類するための法的基準がないと批判された[38]。

その後、カナダ最高裁は、1988年の *Ford v. Quebec (Attorney General),* [1988] 2 S.C.R. 712. において、全員一致の意見として、1984年の *Quebec Protestant School Boards* 判決で示唆された制約・否定二分論の適用範囲を大幅に狭めた。原告は、問題となっている法律は表現の自由の制約ではなく否定であるから、当該法律は人権憲章１条の正当化審査に服さないと主張した。それに対し最高裁は、① *Quebec Protestant School Boards* 判決の事案は、人権憲章23条で保障された少数派言語教育権をケベック州において完全に否定するもの（a complete denial）、すなわち、23条が保障した具体的で限定的な権利の潜在的な行使範囲と人権否定の

ドイツがカナダの比例テストのモデルとなり得た可能性を示唆し、②ドイツとカナダの比例原則は用語法のレベルでは多少の違いがあるが、内容面では類似していること、③しかし、両国の比例原則の適用の仕方に違いがあることを指摘し、④最大の違いが、カナダでは比例テストの第二段階（人権制約の最小性）でほとんどの法が違憲となり、ドイツでは比例原則の最終段階（狭義の比例原則）が重要な審査となる点にあることを指摘する。

A. Barak, “Proportional Effect: The Israeli Experience” (2007) 57 UTLJ 369 at 370 は、カナダ最高裁は、ドイツ憲法裁判所の判例理論、または、ドイツ法から影響を受けたヨーロッパ人権裁判所から影響を受けたと推測する。

[37] *A. G. (Que.) v. Quebec Protestant School Boards,* [1984] 2 S.C.R.66 at 88.

[38] Hogg, *supra* note 24 at 38-11.

範囲が完全に一致したものであり、そのような効果を伴う人権保障の例外は人権憲章１条にいう制約とはなり得ない、② *Quebec Protestant School Boards* 判決は、権利の潜在的行使の全範囲と権利否定の範囲が一致する場合のような保障された権利の真性の完全否定（a truly complete denial）のかなり稀有な例であり、当該判決は、法律の規定の効果が、当該権利や自由の潜在的行使の範囲における限定された一部範囲において当該権利や自由を否定したりその行使を禁止した場合、その規定は人権憲章１条の正当性審査に服することのできる制約ではないという主張の先例とはならない、③上述した保障された権利の真性の完全否定のかなり稀有な例を除き、人権の否定と制約との区別は、人権憲章１条の適用を否定する理にかなった根拠ではない、④しかし、権利や自由の潜在的行使の範囲における限定された一部範囲において当該権利や自由の行使を一切禁止する制約と、権利や自由の制限された行使を認める制約との区別は、人権憲章１条の比例テストを適用する際に有意義であるかもしれない、と説示した[39]。これにより、人権に対する厳しい制限であっても人権憲章１条の正当化審査を受ける「制約」となりうるが、制約の程度は、比例テストで考慮されることになる[40]。

Ⅳ　法で定められた制約

人権制約が人権憲章１条により正当化されるための第一関門は、人権の制約が「法で定められ（prescribed by law）」ていることである。Hogg 教授は、人権制約の法定要請は、立憲主義と法の支配の基礎にある２つの価値、すなわち、①公務員による恣意的で差別的な行為を排除するために、権利を侵害するすべての公務員の行為は法の根拠を要すること、および、②市民は、それに従い行動できるように、何が禁止されているのかについて知る合理的機会を持たなければならないこと、を反映していると指摘する。そしてこの２つの価値は、(a) 法は市民に対して十分にアクセス可能（accessible）でなければならない、(b) 法は、人々

[39] *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712 at paras. 64-66.
[40] Hogg, *supra* note 24 at 38-11.

がそれにより自己の行為を規律し、法を適用する者に指針を示すために、十分な明確さ（precision）で規定されなければならない、という２つの要請が満たされた場合に実現すると説明する[41]。それ以外にも、人権の制約は、かかる制約についての民主的議論を促進し、説明責任を果たすためにも明確に示されなければならないという要請もあげられる[42]。

2009年 の *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students－British Columbia Component,* [2009] 2 S.C.R. 295. では、公営交通機関のバスの側面に掲示することができる広告は商業用に限られ、政治的広告は掲示することができないとする公営交通機関が定めた政策（policy）が、表現の自由を侵害するかどうかが争点となった。カナダ最高裁の多数意見は、人権制約の法定要件に関するカナダ最高裁の判例を概観し、以下のような説明を加えた。まず、カナダ最高裁の判例は、政府の行為（government acts）の合憲性が争われた事例と法（laws）の合憲性が争われた事例とを区別していることを指摘し、本件は、政策に基づく当局の決定が問題とされているのではなく、政策の合憲性が問題とされているため、後者の事例であるとする。そして、当該政策が法定要件を満たすかどうかを判断するため、第一に、政策は「法」という文言の意味に含まれるかどうかを判断するため、当該政府機関が問題とされる政策を制定する権限を付与されているかどうかと、その政策は一般的に適用される拘束力を持つルールであるかどうかを検討し、それが肯定されれば政策は人権憲章１条のいう「法」となりえ、第二に、法で「定められ」たかどうかを判断するため、政策が十分に明確（precision）でアクセス可能（accessible）かどうかを検討すると説示するが、ここで上記 Hogg 教授の教科書の記述を引用する[43]。

続いて多数意見は、人権制約の法定要件は、恣意的な人権制約から人々

---

[41] *Ibid.,* at 38-12. Hogg 教授はここでも、ヨーロッパ人権裁判所の *Sunday Times v. United Kingdom* (1979) 2 Europian Human Rights Reports 245 (Eur. Ct. of Hum. Rts.) を参照する。

[42] R. J. Sharpe & K. Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* 4th ed. (Irwin Law, 2009) at 66.

[43] *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students － British Columbia Component,* [2009] 2 S.C.R. 295, at para. 50.

を保護するためのものであることを強調し、カナダ最高裁は「法」を狭義には解釈せず、規則（regulation）、コモン・ロー、条例、法の文言または法施行に要請されるものから当然に含意される結果による制限等も法定要件を満たすと説示する。その理由は、それらのものは、制定法により授権され、一般的に適用される拘束力を持つルールであり、それらの規範が適用される者に対して十分にアクセス可能で明確であり、恣意的な国家行為を排除し、個人や国家の機関に対して、どのように行動すべきかについて十分な情報を与えることができるからである[44]。

またカナダ最高裁は、明確さの要件に対しても柔軟なアプローチをとり、絶対的な明確性は望むことはできず、市民や法を適用する者が理解することができる基準を提示していれば法定要件の実質的内容を満たすと説示する[45]。

そして多数意見は、本件で問題となった政策が法定要件を満たすかどうかを判断する際､行政的性格の政策と立法的性格の政策とを区別する。行政的性格の政策は、行政内部の管理に向けられ、明示的な制定法上の授権を要せず、行政内部での利用にとどまり、個人の権利や義務を変更せず、通常、行政内部でしかアクセスができないものであり、それは人権憲章１条のいう「法」には該当しない。それに対し、立法的性格の政策は、制定法により授権され、拘束力を持つ一般的な規範や基準を設定し、十分にアクセス可能で明確なものであり、これは、人権憲章１条の「法」を構成する[46]。結論として当該政策は、後者の立法的政策であり、人権憲章１条のいう「法」に該当すると判断された[47]。

以上をまとめると、人権制約の法定要件の実質的要件は、主に、㈠法制定権限の有無、㈡一般的拘束力のあるルールかどうか、㈢十分な明確性、㈣十分なアクセス可能性によって判断され、形式的要件としては、それらの実質的要件を満たす、規則、コモン・ロー、条例、立法的政策等が、人権憲章１条のいう「法」に該当する。

---

[44] *Ibid*., at paras. 51-53.
[45] *Ibid*., at paras. 54-56.
[46] *Ibid*., at paras. 58-66.
[47] *Ibid*., at para. 73.

したがって、公務員や行政機関等に人権を制限する無制限の裁量や漠然としか範囲を規定していない裁量を与える法は人権制約の法定要件を満たさないが[48]、制定法上の根拠がある人権制限の裁量が理解可能な基準に服していれば、かかる要件を満たしうる[49]。

人権制約の法定要件は、法文の漠然性の問題とも関連するが、これまでカナダ最高裁は、この論点にも柔軟な対応をして、漠然性故に無効との主張に対して好意的な態度は示していない[50]。

Ⅴ　自由で民主的な社会において明確に正当化することができる合理的制約

1　オークス・テスト（*Oakes* Test）

人権制約が人権憲章１条のもとで正当化されるための第二関門は、人権制約が「自由で民主的な社会において明確に正当化することができる合理的制約（such reasonable limits as can be demonstrably justified in a free and democratic society）」であることである。カナダ最高裁のDickson長官は、1986年の *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. において、この第二関門の判断基準を以下のように定式化したが、この点に関しては全員一致の意見であった。

> 制約が自由で民主的な社会において明確に正当化することができる合理的制約であるためには２つの主要な基準（criteria）が満たされなければならない。第一に、人権憲章上の権利や自由を制約する手段が達成しようとする目的は「憲法上保障された権利や自由を制限する根拠となるほど十分に重要（of sufficient importance）」でなければならない（*R. v. Big M Drug Mart Ltd., supra*, at p. 352）。些細なまたは自由で民主的な社会に不可欠の諸原理と調和しない目的が人権憲章１条の保護を受けないようにするために、この基準は高く設定されな

[48] Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 65-66.

[49] See Hogg, *supra* note 24 at 38-14－38-16.

[50] See Hogg, *ibid.*, at 38-16－38-17; Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 67-68.

ければならない。目的が十分に重要と性格づけられる前に、最低限、目的は自由で民主的な社会において緊急かつ重大な（pressing and substantial）事項に関連していなければならない。

第二に、十分に重要な目的が認定されれば、次に人権憲章１条を援用する当事者は、選択された手段が合理的で明確に正当化されることを示さなければならない。ここでは「比例テストの枠組み（a form of proportionality test）」が用いられる（*R. v. Big M Drug Mart Ltd., supra,* at p. 352）。比例テストの性質（nature）は事情に応じて変化するが、各事案において裁判所は社会の利益と個人や集団の利益とを比較衡量することが求められる。私の見解では、比例テストには３つの重要な構成要素がある。第一に、採用された手段は問題となっている目的達成のため注意深く設計されていなければならない。手段は恣意的、不公正、また、不合理な考慮に基づくものであってはならない。要約すると、手段は目的と合理的に関連（rationally connected to）していなければならない。第二に、第一段階において手段が目的と合理的に関連していたとしても、手段は、問題となっている権利や自由を「可能な限り小さく（as little as possible）」侵害するものでなければならない（*R. v. Big M Drug Mart Ltd., supra,* at p. 352）。第三に、人権憲章の権利や自由を制約する手段の効果（effect）と、「十分に重要」と認定された目的との間に比例性（proportionality）がなければならない。（下線は原文。）[51]

---

[51] *R v. Oakes,* [1986] 1 S.C.R. 103 at paras. 69-70.

R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295 において多数意見を述べた Dickson 裁判官（当時）は、「いかなる政府の目的が憲法上保障された権利や自由を制限する根拠となるほど十分に重要（of sufficient importance）であるかを認定するための諸原理が今後展開されなければならない。ひとたび十分に重要な政府利益が認定されれば、当該利益達成のために採用された手段が合理的か否かが判断されなければならない――比例テストの枠組み（a form of proportionality test）。裁判所は、当該目的達成のために採用された手段は、問題となっている権利や自由を可能な限り小さく（as little as possible）侵害するものであるかどうかを審査することも許されるであろう。」と説示していた（at para. 139.）。

これは、その後「オークス・テスト」と呼ばれているものであるが、それは、目的審査と「比例テスト」で構成されている。要約すると、オークス・テストは、①目的の重要性、②目的と手段の合理的関連性、③人権制約の最小性、④目的の重要性と手段の効果との比例性の４つの内容で構成されている[52]。Dickson 長官は、この判断基準を「１つの厳格な正当化基準（a stringent standard of justification）」[53]として設定した。

２　目的の重要性

（１）概要

先に引用したように、Dickson 長官は、人権制約の目的が「十分に重要」で「自由で民主的な社会において緊急かつ重大な事項」に関連していなければならず、「自由で民主的な社会に不可欠の諸原理と調和しない目的」は目的審査をクリアーしないと説示する。

Dickson 長官は、この説示の前に、人権憲章１条の解釈指針として、①１条の審査は、問題となる制約はカナダの最高法規の一部である憲法上の権利や自由を侵害しているとの理解に基づかなければならないことと、②人権憲章を憲法に規定した目的は、カナダの社会が自由で民主的であろうとしたことであり、カナダ最高裁は、自由で民主的な社会に不可欠な諸価値や諸原理を指針とすべきで、それには、人間の固有の尊厳の尊重、社会的正義と平等の重視、多様な信念の調和、文化的および集団的アイデンティティーの尊重、個人や集団が社会に参加することを促進する社会的および政治的機関への信頼等が含まれることを強調する[54]。また、2002年の *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519. におけるカナダ最高裁の多数意見は、人権憲章１条は何よりも権利を保障するものであるため、人権制約について正当化されうる目的の範囲は無制限ではなく、例えば、対立する権利の保護は正当化されうる目的ではあるが、ある権利を完全に廃止しようとする多数派の単な

[52] Hogg, *supra* note 24 at 38-18; Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 68.

[53] *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at para. 65.

[54] *Ibid*., at paras. 63-64.

る政治的選考は憲法上有効な目的とはなり得ないと説示する[55]。

これまでの裁判例は、目的の重要性に関する立法府の判断に敬譲を示し、目的審査をクリアーしない例はかなりの例外であり、97％の事案が目的審査をクリアーしたとする研究も紹介されている[56]。カナダ最高裁が明らかに立法目的を拒絶した例は、1985年の *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. である[57]。この事案では連邦の日曜休業法である「安息日法（Lord's Day Act）」が人権憲章２条（a）で保障する良心および信教の自由に違反するかどうかが争点となり、Dickson 長官によるカナダ最高裁の多数意見は、当該法律の目的は、「キリスト教徒の安息日を遵守することを強要すること」[58]であり、それは人権憲章が良心および信教の自由を保障することと真っ向から対立するものであったため、人権制約の正当性審査はそこで終了した。Hogg 教授は、この判決により、人権憲章により憲法上保護された諸価値と矛盾する目的は、人権憲章１条の正当化根拠にはなり得ないことが明らかになったと説明する[59]。

（２）目的の認定方法ー目的の一般化のレベルー

裁判所はこれまでほとんどの立法目的を十分に重要であると認定してきたが、目的審査はその後の比例テストにおいて重要な役割を果たしうる。有力学説からは、①裁判所が立法目的を高度に一般化して広く定義すると、その重要性は承認されやすくなるが、権利制約の最小性や、当該目的を達成するより制限的でない他の手段が存在しないことを政府が証明することがより困難となり、②立法目的をより狭く定義すれば、その重要性は自明ではなくなるが、当該人権制約を比例原則に適合的な手段として正当化することがより容易になり、さらに、③立法目的を当該法律の条文を繰り返すような形で過度に狭く定義すると、比例テストに

---

[55] *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519 at para. 20.

[56] Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 70.

[57] Hogg, *supra* note 24 at 38-25.

[58] *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 at para. 136.

[59] Hogg, *supra* note 24 at 38-26.

よる審査がトートロジーになる危険性があることが指摘されている[60]。そのため、オークス・テストは、法律の条文を繰り返すよりも高いレベルで一般化された立法目的を認定することを裁判所に要請するとの有力学説がある[61]。

この点、1998年の *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. におけるカナダ最高裁の多数意見も、人権憲章１条の審査のためには、「立法目的の重要性を評価し、かつ、当該目的を達成するために作られた手段の精確さを評価するための明瞭な枠組みを提供するため、人権を制約する条文の目的をできるだけ正確かつ具体的に述べることが望ましい。」と説示する[62]。また、2002年の *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519. におけるカナダ最高裁の多数意見も、「漠然的で象徴的な目的」は、目的の重要性をほとんどの場合認められるが、そのような目的は人権制約の必要性や具体的に何を達成しようとしているのかについてはほとんど明らかにしないため、正当性審査をより困難なものとすると指摘する[63]。さらに、2007年の *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 S.C.R. 610. におけるカナダ最高裁の全一致の意見は、制定法は抽象度の異なるレベルで、異なる目的をもちうるが、立法目的がより広く、より包括的であればあるほど、当該目的を達成するための手段が人権制約の最小性要件を具備することの証明はより困難となる、と説示する[64]。

このように、目的審査においては、どの程度一般化された立法目的を認定するかは重要な問題となっている。

（３）法律全体の目的と人権制約の目的

Hogg 教授は、立法目的を認定する唯一の理由は、人権憲章の侵害に十分な正当性があるかどうかを判断するためであることを強調し、認定

---

[60] Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 71, Hogg, *ibid.*, at 38-19－38-22.

[61] Hogg, *ibid.*, at 38-22.

[62] *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877 at para. 98.

[63] *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519 at para. 22.

[64] *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 S.C.R. 610 at para. 38.

されるべき立法目的は人権侵害の理由を示す目的でなければならないと主張する[65]。

この点、たばこの広告を広範囲に禁止した連邦法が表現の自由を規定する人権憲章２条（b）を侵害するかどうかが争点となった1995年の *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199. を例にとると、立法目的をたばこの害から公衆の健康を保護することと認定し、たばこの健康に対する害についての証拠を審査して当該目的の重要性を評価することには意味がない。なぜなら、そのような立法目的は、表現の自由を制限する理由に焦点を当てていないため、過度に広すぎるからである。この判決で目的審査に関するカナダ最高裁の多数意見を述べた McLachlin 裁判官は、「目的を誇張しないよう注意しなければならない。人権憲章１条の審査に必要な目的は、人権侵害的な手段の目的である（下線は原文）。なぜなら、ほかでもない人権侵害的手段の正当性が問題となっているからである。もし立法目的が過度に広く定義されるとその重要性が誇張され、審査は妥協的となる。・・・問題となっている手段の目的は、［たばこの消費による健康リスクからカナダ人を守ることよりも（筆者）］幾分狭いものである。広告禁止とトレードマーク使用の制限の目的は、カナダに居住する人々が、広告や販売促進活動によりたばこを消費するよう説得されることを防ぐことであるに違いない。」、この限定的な目的はカナダ人一般をたばこの消費によるリスクから守るという広い目的と比較すると「より重要性は軽減される」が、表現の自由を制限することを正当化するに「十分に重要」な目的である、と述べる[66]。このように、人権侵害の目的は重要ではあるが、それ以外の考慮要素も注意を要する。

アルバータ州の私人間の雇用等における差別を禁止する人権保護法が、年齢、性別、人種、障害等のさまざまな差別禁止事由を規定してい

---

[65] Hogg, *supra* note 24 at 38-20.

[66] *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199 at paras. 144-146.

しかし、McLachlin 裁判官は、当該法律は人権制約の最小性の要件を満たさないため違憲と判断した。

たが、性的指向性（sexual orientation）を差別禁止事由として列挙していないことが、人権憲章15条で規定する平等権を侵害するかどうかが争われた1998年の *Vriend v. Alberta,* [1998] 1 S.C.R. 493. で、カナダ最高裁の多数意見は、性的指向性を差別禁止事由に規定しなかったことは人権憲章15条の平等権を侵害すると判示し、人権憲章１条の審査に移った。この点に関してはIacobucci 裁判官により書かれた理由に裁判官全員が同意している。同裁判官は、①人権憲章１条の目的審査に関するカナダ最高裁の判例は、問題となっている法律全体の目的を検討しているものと、人権制約の目的のみを考慮するものに分かれているが、本件のように法律の過少包摂性により人権侵害が認められる場合には、当該法律全体、問題となる条項、そして特定の差別禁止事由の除外それ自体の目的をすべて適正に考慮すべきである、②オークス・テストの目的審査においては、問題となる人権制約の目的、本件では性的指向性を差別禁止事由から除外したことの目的に分析の焦点を当てなければならない、③しかし、当該除外の目的を理解するため、法律全体の目的と問題となっている条項の目的に対しても一定の考慮を払う必要がある、④本件で問題となった人権保護法全体の目的は、差別をなくすことにより、アルバータ州民の固有の尊厳と奪うことのできない権利を承認し保護することであり、これは緊急かつ重大な目的であり、問題となっている条項の目的は、雇用等の一定の情況下にあるアルバータ州民を差別から守ることであり、これも緊急かつ重大な目的である、⑤目的審査においては政府が当該除外の目的が緊急かつ重要なものであることを証明するよう要請されているが、かかる証明に関する主張等がなされていない場合、政府は証拠提出義務（evidentiary burden）を果たすことができず、人権制約の正当性は証明されておらず、人権憲章１条の審査はこれで終了する、⑥仮に証拠提出義務を無視したとしても、当該人権保護法全体の目的はアルバータ州民の尊厳と権利の保護であり、性的指向性を差別禁止事由から除外することは同性愛者に対しそのような保護を実質的に否定することになり、本件のように、特定の差別禁止事由を立法上除外することが文面上（on its face）当該法律全体に具体化された諸原理と正反対のものである場合、当該法律は問題となる除外の目的とその重要性を示唆することもできず、目的審査を通過することはできない、と説示する[67]。

このように、目的審査においては、人権侵害的手段の目的が最も重要視されるが、事案に応じて、法律全体の目的や当該手段が規定されている条項の目的も考慮する必要がある。

3　目的と手段の合理的関連性

（1）概要

オークス・テストの第二関門で、比例テストの第一要素は、目的と手段の合理的関連性の審査である。先に引用したように、「採用された手段は問題となっている目的達成のため注意深く設計されていなければなら」ず、「手段は恣意的、不公正、また、不合理な考慮に基づくものであってはならない。」。この段階でも裁判所は立法府に対し敬譲的で、この審査をクリアーできない事例は少ない[68]。

1986年の *Oakes* 事件判決は、その例外的事案の１つである。この事案では、連邦の麻薬取締法８条が、違法薬物を所持していた者は麻薬取引の目的で当該薬物を所持していたとの推定が働くと規定し、被告人に対し自分は取引のために当該薬物を所持していたのではないことの立証責任を負わせていた（立証責任の転換規定）ことが、無罪推定の権利を保障する人権憲章11条（d）に違反するかどうかが争われた。カナダ最高裁の Dickson 長官は、この論点に関し全員一致の意見で、麻薬取引の害悪から社会を守ることは十分に重要な目的ではあるが、目的と手段の合理的関連性がないと結論づけた。同長官は、麻薬の所持という基礎的な事実と取引目的の麻薬所持という推定された事実の間に合理的関連性がなければならないが、少量または無視できるほどの量の麻薬の所持は当該所持が取引目的であるとの推定された結論を基礎づけず、非常に少量の麻薬所持から取引目的を帰結することは不合理（irrational）であり、また、当該規定が要請する推定は過大包摂である、と説示する[69]。

多くの学説は、この事案は、目的と手段の合理的関連性審査ではなく、

---

[67] *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 at paras. 109-116.

[68] Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 71.

[69] *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at paras. 77-78.

人権侵害の最小性の審査で違憲とすべきであったと批判する[70]。

1997年の *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358. も合理的関連性審査をクリアーできなかった例である。この事案では、連邦の国籍法が、カナダ人を父としてカナダ国外で生まれた子供の場合、カナダ国内で出生登録をすれば自動的にカナダ国籍が取得できたのに対し、カナダ人を母としてカナダ国外で生まれた子供の場合、国籍を申請し、宣誓し、安全性審査を通過しなければ国籍を取得できないと規定していたことが、平等権の侵害に当たるかどうかが争点となった。カナダ最高裁の全員一致の意見は、当該規定が人権憲章15条に違反すると認定し、人権憲章１条の審査に移り、将来カナダ人となる者が国家に危険を及ぼさないことを確保することは緊急かつ重大な目的であるが、当該目的とカナダ人を父とする子供とカナダ人を母とする子供とを区別する方法との間に合理的関連性はないと判示した[71]。

このように、合理的関連性審査は、恣意的または差別的な仮定に基づく法を正当化することを拒み、また、ある基準を差別的な手段で実行することも排除しうる[72]。

Hogg 教授は、一時、合理的関連性の審査をクリアーできない事案は非常に少なく、かつ、かかる例外的事案は人権制約の最小性の審査もクリアーしないため、合理的関連性審査は余分で不必要なものであると主張していたが、現在はその主張を変えている[73]。

（２）合理的関連性の証明

カナダ最高裁は、人権制約と立法目的の合理的関連性について直接的な証明を常に求めているわけではなく、合理的関連性に科学的証明も常

---

[70] Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 72; Hogg, *supra* note 24 at 38-32－38-33.

[71] *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358 at paras. 92-102.

[72] Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 72. See *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students － British Columbia Component*, [2009] 2 S.C.R. 295.

[73] Hogg, *supra* note 24 at 38-34－38-35. Hogg 教授は、例として、麻薬取引の罪に問われている被告人に対して自分の名前を証明する責任を課した場合、そのような立証責任は、人権制約の最小性の審査はクリアーするが、目的と手段の合理的関連性はないと説明する。

に要請していない[74]。私人の選挙活動の規制に関する2004年の *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827. におけるカナダ最高裁の多数意見は、合理的関連性の審査において連邦の法務総裁は、人権侵害と得られうる利益との間の因果関係を「理由または論理（reason or logic）」をもとに証明しなければならないが、目的と手段の経験に基づく関連性（empirical connection）を示すような過度に高度の証明をする必要はない、と説示した[75]。また、２年以上の刑期で服役している在監者に投票権を否定している連邦の選挙法が選挙権を保障する人権憲章３条および平等権を保障する人権憲章15条に違反するか否かが争われた2002年の *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519. におけるカナダ最高裁の多数意見は、人権憲章１条の審査の仕方に関して、①本件において立法府に対する敬譲は不適切であるが、立法の正当化は「科学的な意味における経験に基づく証明」を要請しない、②「ある事項は経験的または数学的な正確性をもって証明することができるが、哲学的、政治的そして社会的考慮を含む他の事柄はそのような証明をすることができない。」、③本件においては、証拠と関連する考慮事項をすべてふまえた合理的人間が人権制約の正当性を認めうる程度に説得力をもてば十分である、④合理的で理由に基づく正当性が求められている、⑤良識（common sense）と推論に基づく理由づけは証拠を補充しうる、⑥しかし、良識の仮面をかぶった固定概念（stereotype）や、人権憲章１条の下で要請されている理由に基づく証明を敬譲で置き換えることに注意しなければならない、と説示する[76]。

このような傾向があるため、カナダ最高裁は、ポルノグラフィーと暴力の関連性に関する社会科学的データは決定的ではないにもかかわらず、わいせつな文書等の禁止と女性や子供を暴力から守るという目的との合理的関連性を認めたり[77]、手段と目的の因果関係に関する証拠が決定的ではないにもかかわらず、たばこの広告規制とたばこ消費の抑制と

---

[74] Hogg, *ibid*., at 38-35; Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 73.

[75] *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827 at para. 104.

[76] *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519 at para. 18.

[77] *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452.

いう目的との合理的関連性を認めた[78]。しかし、合理的関連性について今後どのような証拠が求められるのかは、判例の展開を待つ必要があろう。

さらに、たばこの広告規制に関する2007年の *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 S.C.R. 610. におけるカナダ最高裁の全員一致の意見は、たばこの消費問題のような複雑な社会問題に対する効果的対処方法は単純でも明白でもなく、何が有効で何が有効でないかについて議論の余地があり、対処の結果も科学的に評価することはできないかもしれないため、合理的関連性審査においても、立法府に対する敬譲が適切でありえ、そのような事案においてどのような手段を採用するのかについての連邦議会の判断には、相当な敬譲が示されるべきである、と説示した[79]。他にどのような事案において、立法府に対する敬譲が求められるのかについても、今後の判例の展開を待つ必要がる。

4　人権制約の最小性

（1）概要

比例テストの最も重要な要素は、人権制約の最小性審査である[80]。Dickson 長官は、この審査を、1986年２月28日の *Oakes* 事件判決では、「手段は、問題となっている権利や自由を『可能な限り小さく（as little as possible）』侵害するものでなければならない」と定式化した。しかし同長官は、同年12月18日の *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. では、他の２人の裁判官の同意のもと、①オークス・テストは、過去のカナダ最高裁判例を要約し、発展させたものであり、②証明の基準を設定したり、比例原則の内容を構成する基準（criteria）を説明する際にも、当裁判所は、厳格で柔軟性を欠く基準（standards）を注意深くさけてきたことを指摘する。その際、同長官は、比例テストの第二要素を、人権制約の手段は当該権利を「可能な限り小さく（as

[78] *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199.

[79] *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 S.C.R. 610 at para. 41.

[80] Hogg, *supra* note 24 at 38-36; Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 74.

little as possible)」侵害するものでなければならないと確認しているが[81]、その直後、本件における中心的争点は、問題となっている法律が信教の自由を「合理的に可能な限り小さく（as little as is reasonably possible)」侵害するか否かであると定式化し直し、判断すべきは、信教の自由に対するより小さな有害な効果を伴いつつ、立法目的を達成する「他の合理的な規制枠組み」が存在するかどうかであると説示した[82]。ここでは、人権制約の最小性審査が、事案に応じて、多少厳格度が下げられたり、柔軟に行われうることが示唆されている[83]。

多数の事案が、人権制約の最小性の要件を満たさないとの理由で違憲となっている。違憲判決においてカナダ最高裁は、問題となっている法よりも人権に対しより制限的でなく、かつ、立法目的を達成しうる他の法が立法府に利用可能であったことを認定している[84]。特に、問題となっている権利を部分的に制限するのではなく、全面的に否定する人権制約は、通常、人権制約の最小性審査をクリアーすることはできない[85]。

しかし、カナダ最高裁は、単に裁判所が人権制限がより小さいかもしれない他の手段を思いつくことができるとの理由で、人権制約の最小性の要請を機械的に適用して法を違憲とすることはしていない[86]。この点、1997年の *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569. におけるカナダ最高裁全員一致の意見は、人権制約の最小性に関し、①政府は、問題となっている手段が立法目的を達成するために、表現の自由を「合理的に可能な限り小さく」侵害することを示さなければならない、②つまり、法は必要以上に権利を侵害しないように注意深く作られていなければならない、③立法過程において完璧性はほとんどありえず、裁判所は立法府に対しある程度の自由度（some leeway）を許容しなければならず、④法が合理的な複数の選択肢の範囲内にあれば、裁判所は、

---

[81] *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 at paras. 121-122.

[82] *Ibid.*, at para. 131.

[83] See Hogg, *supra* note 24 at 38-41; Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 74.

[84] Hogg, *ibid.*, at 38-38.

[85] See *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Corbiere v. Canada*, [1999] 2 S.C.R. 202.

[86] Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 78.

人権制限をより小さくするかもしれない他の方法を思いつくことができるという理由で、法を過度に広汎であるとは判断しない、と説示した[87]。

（2）審査の厳格度

人権制約の最小性審査の厳格度に関し、Hogg 教授は、カナダ最高裁の判例を分析し、1986年の *Edwards Books* 事件判決以降、カナダ最高裁は、人権制約の最小性の要請を柔軟に適用し、人権制約が最も小さい手段のみがこの審査をクリアーすることができるとの立場をとることなく、人権制限を最小化するための立法府の合理的な努力を考慮するようになっていること、および、カナダ最高裁は、立法府の判断が「評価の余地（margin of appreciation）」の範囲内または裁量の範囲内、すなわち、合理的な立法府が人権を尊重しつつも判断が分かれうる範囲内にあれば、それに敬譲を示す傾向があることを指摘する。そして、カナダ最高裁が立法府の判断に対して一定の敬譲を示す根拠として挙げたものとして、①法が、子供のような傷つきやすい集団（vulnerable group）を保護するために制定された場合、②たばこの広告規制のように、法が必ずしも決定的とはいえない複雑な社会科学上の証拠に基づいている場合、③法が、喫煙のような当該問題に対処する方法が多数あり、そのうちどの方法が最も有効であるかについて確証が持てないような複雑な社会問題を扱う場合、④定年制の問題のように、法が対立する集団の利益を調整する場合、⑤法が希少な資源の配分を行う場合などがある。また、⑥人権憲章と、独自性、多様性そして実験といった連邦制の諸価値とを調整する必要上、裁判所は州の立法府に対し評価の余地を認めるべきことが指摘されている[88]。

最後の⑥に関し、Sharpe 裁判官らは、連邦制の価値を前提にすると、より制限的でない手段がカナダ国内の他の法域または他の国で用いられているとの証拠は、考慮に値するかもしれないが、決定的となることはほとんどないと指摘する[89]。

---

[87] *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569 at para. 58.

[88] Hogg, *supra* note 24 at 38-38－38-43. See also Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 77-87.

[89] Sharpe & Roach, *ibid*., at 75-76. そのような場合、政府は、他の制限的でな

これに対し、刑事手続における人権侵害のように、国家が唯一の人権侵害の主体として理解できるような場合には、人権制約の最小性の審査は厳格に行われる可能性がある[90]。

また、問題となっている表現の性質により憲法上の保護の程度は変化し、政治的表現は表現の自由の核心部分にあり、憲法上の高度の保護を受けるべきであるため、裁判所は、通常、政治的表現を侵害する法の正当化のためには厳格度の高い基準を適用すべきことになる[91]。それに対し、商業的表現[92]や憎悪的表現[93]は、表現の自由の保障範囲には入るが、それらの表現は表現の自由の核から距離があるため、比較的緩やかな審査が行われうる[94]。

このように、人権制約の最小性審査の厳格度は、事案に応じて変化しうる。

5　目的の重要性と手段の効果との比例性

（1）概要

オークス・テストの最後の関門であり、比例テストの３つめの要素は、目的の重要性と手段の効果との比例性である。1986年の *Oakes* 事件判決において Dickson 長官は、「人権憲章の権利や自由を制約する手段の効果（effect）と、『十分に重要』と認定された目的との間に比例性（proportionality）がなければならない。（下線は原文）」と定式化した。また、同長官は、この比例性審査に関し、「立法目的が十分に重要で、かつ、比例テストの最初の２つの要請を満たしたとしても、それでもなお、個人や集団に対する立法手段がもたらす有害な効果の厳しさ故に、当該手段はそれが達成しようとする目的によって正当化されないことは

い手段は問題となっている手段よりも目的達成において有効性を欠くことを証明するように要請されるであろう。

[90] *Libman v. Quebec (Attorney General),* [1997] 3 S.C.R. 569 at para. 59. See Sharpe & Roach, *ibid.*, at 82.

[91] *Libman v. Quebec (Attorney General), ibid.*, at para. 60.

[92] *Irwin Toy Ltd., v. Quebec (Attorney General),* [1989] 1 S.C.R. 927.

[93] *R v. Keegstra,* [1990] 3 S.C.R. 697.

[94] Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 83-84.

ありうる。手段の有害な効果が厳しければ厳しいほど、その手段が合理的でかつ自由で民主的な社会において明確に正当化することができるものであるためには、目的はより重要なものでなければならない。」[95]と説示した。

この比例性審査は、陪審員による裁判が終了するまで、当該事件に関する報道等を差止める裁判所の命令が表現の自由等を侵害するか否かが争点となった1994年の *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. において、カナダ最高裁の５人の裁判官の多数意見を述べた Lamer 長官によって、「問題となっている権利や自由を制約する手段の有害な効果と目的との間の比例性が存在しなければならない、また、手段の有害な効果と有益な効果との間の比例性が存在しなければならない。」（下線は原文）と再定式化された。その理由は、①多くの場合、立法手段は立法目的を完全にまたは完全に近く達成することができ、そのような場合、比例テストの第三審査は、立法目的と当該目的を達成するために採用された手段から生じる憲法上の権利に対する有害な効果との比較衡量を要請するが、②他の場合、立法手段は、重要な目的と合理的関連性を有しつつも、当該目的を部分的にしか達成しないこともあり、そのような場合、比例テストの第三審査は、立法手段の基礎にある「目的」と当該手段の施行により実際に生じている「有益な効果（salutary effects）」の両方が、当該手段がもたらす基本的な権利や自由に対する有害な効果との間で比例性を有することを要請する、③立法目的は緊急かつ重大で、立法手段は当該目的と合理的に関連し、人権制限のより小さい他の手段は利用できず、抽象的に見た場合「当該目的自体」は憲法上の権利に対する有害な効果より重要であってもなお、当該立法の実際の「有益な効果」がそれらマイナスの効果を正当化するためには十分ではないということはありうる、④比例テストの第三審査は、目的と手段の有害な効果との比較衡量のみに関するものと性格づけることは、比例原則の狭すぎる概念に基づいている等である（下線は原文）[96]。

この再定式化により、目的と手段の比例性審査においては、立法目的

[95] *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at para. 71.

[96] *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835 at 887-889.

のみならず、目的達成のための手段の有効性も問題とされるようになった[97]。

（2）比例性審査の意義

Hogg 教授は、この比例性審査は、目的の重要性審査の言いかえにすぎず、目的が人権制約を正当化するほど重要で、手段が目的と合理的に関連し、人権を必要以上に制限しない場合、手段の効果が厳しすぎると判断されることはありえず、比例性審査は無意味で無視しうる、と批判する[98]。

このような批判に対し、投票日の３日前から選挙に関する世論調査の報道等を禁止する連邦の選挙法の規定が表現の自由や投票の自由に違反するか否かが争点となった1998年の *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General),* [1998] 1 S.C.R. 877. におけるカナダ最高裁の多数意見は反論する。Bastarache 裁判官は、*Oakes* 判決で定式化された比例性審査は比例テストの最初の２つの審査と重複しているとの批判を受けており、カナダ最高裁の判例にも比例テストの最初の２つの審査をクリアーし、最後の審査で正当化できなかった例はないため、カナダ最高裁の判例法理も事実上その批判を裏付けているようにも見えるが、しかし、1994年の *Dagenais* 判決で再定式化された比例性審査の下では、比例性審査は基本的な独自の役割を演じる、と述べ、以下の説明を加える。すなわち、①立法目的が緊急かつ重大であるかどうかの判断は、当該法律の具体的な性質や人権への影響を分析するまえに、抽象的に行われる、②比例テストの最初の２つの審査の焦点は、立法手段と問題となっている人権との関係ではなく、立法目的と手段との関係である、③人権制約の最小性審査における究極の基準は、立法目的の有効性を前提として（下線は原文）、人権が可能な限り小さく制限されているかどうかである、④比例性審査は、比例テストの最初の２つの審査で解明された実際上および文脈上の具体化をふまえて、人権制約により生じる利益と有害な効果との間の比例性を、人権憲章の基礎となっている諸価値

[97] Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 76.

[98] Hogg, *supra* note 24 at 38-44.

に照らして評価する機会を提供する[99]。実際、Bastarache 裁判官は、投票日直前の時期に不正確な世論調査結果によって影響を受けないようにする当該選挙法の規定の目的は緊急かつ重大であるが[100]、３日間の禁止期間は人権制約の最小性の要請を満たさないと判断しつつも[101]、比例性審査に移り、仮定された害悪はほとんど生じることはなく、世論調査の報道等の禁止により得られる利益も不十分で、逆に有害な効果は重大であるため、比例性審査もクリアーすることができないと結論づけた[102]。

また、アルバータ州の法令が自動車運転免許証を取得する者に対し免許証所持者の写真を要求していることが、宗教上の理由で写真を撮ることを禁じられていると信じているフッター兄弟会（Hutterian Brethren）の信者の信教の自由等を侵害するか否かが争われた2009年の *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567. におけるカナダ最高裁の多数意見も、上記の Hogg 教授の批判に反論する。McLachlin 長官は、運転免許制度の完全性を維持し、身分詐称等を防ぐことは緊急かつ重大な目的であり、写真要求と当該目的との間には合理的関連性があり、立法手段は人権侵害を最小にする方法であり、手段は効果との間で比例性を維持しているため、信教の自由に対する制約は、人権憲章１条の下で正当化しうると結論づけた[103]。比例性審査に関しては、Hogg 教授の批判を紹介しつつ[104]、(a) 目的の重要性、合理的関連性、人権制約の最小性という厳格な審査をクリアーした法が効果の比例性という最後の審査をクリアーできないということはありうるのかとの問いに対する答えは、オークス・テストの最初の３つの審査は問題となっている法の目的の評価に基づいているが、最後の審査のみが手段が有する個人や集団に対する有害な効果の厳しさを十分に考慮するという

---

[99] *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877 at paras. 123-125.

[100] *Ibid*., at para. 109

[101] *Ibid*., at para. 122.

[102] *Ibid*., at paras. 129-130.

[103] *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567 at para. 104.

[104] *Ibid*., at para. 75.

事実にある、(b) 比例性審査は、問題となっている法の利益は人権制約のコストに見合っているかどうかをより広い観点から評価することを可能にする、(c) 本件のように、権利は妥協することなく完全な形で保障されるべきであると主張されている場合、人権を制約する法の正当化は、しばしば、人権を制限する手段により達成される公共の利益が人権に対する有害な効果と比例関係にあるかどうかの判断に依存し、本件も、比例性審査が決定的となる、と説示する[105]。実際ここでは、法によりもたらされる有益な効果と有害な効果の比較衡量が行われ、比例性が肯定されている[106]。

このように、近年、比例性審査の重要性が増しつつある[107]。重要性が増した比例性審査においては、政府は、抽象的なレベルでの目的の重要性と手段との比例性のみならず、具体的なレベルで、目的達成のための手段の有効性ならびに手段により実際に得られる有益な効果と実際に課される有害な効果との間の比例性も証明しなければならない。

6　オークス・テストの性格と厳格度

（1）概要

カナダでは、人権制約の違憲審査における最も重要な問題は、オークス・テストはどの程度厳格に適用されるのか、である。これまでのカナダ最高裁の判例は、審査の厳格度、特に、人権制約の最小性審査の厳格度が事案に応じて変化しうることを示している[108]。

オークス・テストは、「1つの厳格な正当化基準」[109]として設定されていたため、これを人権制約に関する単一の違憲審査基準と理解することも可能であった。しかし、オークス・テストを定式化したDickson長官自身、*Oakes*事件判決において、「比例テストの性質は事情に応じて変化するが、各事案において裁判所は社会の利益と個人や集団の利益と

---

105 *Ibid*., at paras. 75-78.

106 *Ibid*., at paras. 79-103.

107 Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 76-77.

108 *Ibid*., at 77.

109 *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at para. 65.

を比較衡量することが求められる。」[110]と指摘していた。また、Dickson長官は、*Oakes*事件判決の約10ヵ月後に出された*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. では、他の２人の裁判官の同意のもと、オークス・テストは、過去のカナダ最高裁判例を要約し、発展させたものであり、比例原則の内容を構成する基準を説明する際にも、カナダ最高裁は、「硬直的で柔軟性を欠く基準」を注意深くさけてきたことを指摘する[111]。

（２）文脈的アプローチ（contextual approach）

現在、カナダ最高裁は、オークス・テストを、問題となっている特定の法が置かれた事実関係の文脈に留意しつつ、柔軟に適用するアプローチをとっていると理解されている[112]。

1998年 の *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. におけるカナダ最高裁の多数意見を述べたBastarache 裁判官は、オークス・テストの具体的適用に入る前に、人権憲章１条の審査の仕方に関し、①「人権憲章１条の分析は事実関係の文脈（context）に十分留意して行われなければならない」、②考慮すべき文脈の１つは、問題となっている規定が置かれた背景であり、(a) 立法府が保護しようとする集団の傷つきやすさ、(b) 当該集団の主観的な不安感と害悪の懸念、(c) 問題となっている害悪やその対処法の効果が科学的に評価することができないということは、すべて人権憲章１条の審査をする際裁判所が考慮すべき要素である、③考慮すべきもう１つの文脈的要素は、制限を受ける行為の性質であり、例えば、表現の性質により憲法上の保護の程度は変化しうるのであり、人権憲章が保障する表現の「核（core）」にある政治的表現は高度の保護をうけるため、本件で問題となる政治的情報の性質は、一応、立法府に対する敬譲的アプローチを要請しない、と説示する[113]。その際、Bastarache 裁判官は、カナダ

---

[110] *Ibid.*, at para. 70.

[111] *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 at paras. 121-122.

[112] Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 78. See S. Choudhry, "So What is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1" (2006), 34 S.C.L.R. (2d) 501 at 503.

[113] *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877 at paras. 87-95.

最高裁の判例は、１つのカテゴリーの事案においては人権憲章１条の厳格度が低い正当化基準を適用し、もう１つのカテゴリーにおいては厳格度の高い基準が適用されることを示唆するものは何もないと明言する[114]。

また、カナダ最高裁の多数意見は、選挙権の制約に関連する２つの判決において、選挙権と被選挙権を保障する人権憲章３条の制限が問題となる事案においては、立法府に対する敬譲ではなく、「慎重な検討（careful examination）」が要請されるが、それは、人権憲章３条は適用除外条項である33条によっても制限することが認められておらず、３条が保障する権利がカナダの民主政にとって基本的な重要性をもっているためである、と説示する[115]。これにより、適用除外条項の適用を受けない人権は、より慎重な審査を受ける可能性がある[116]。

さらに、人権制約の段階で人権の範囲を限定的に定義する場合、当該人権制約の正当性審査は厳格度が高まる可能性も指摘されている[117]。

このような状況をふまえ、Sharpe 裁判官らは、オークス・テストは「分析の基本的枠組み（the basic framework for analysis）」を提供し、カナダの裁判所は、すべての事案に適用可能な「１つのテスト（a single test）」に固執しておらず、具体的事案の事実関係の文脈が人権憲章１条を適用する際にはきわめて重要であると結論づける[118]。

このように、カナダでは、当初、人権制約に関する「単一の厳格な違憲審査基準」が設定されたと解しうる状況があった[119]。しかし現在は、人権制約に関する「単一の厳格な判断枠組み」があり、その適用の厳格さや柔軟さは、問題となっている法律の性質や個々の事実関係に応じて変化しうるが、審査の厳格度の初期設定は厳格なものであり、事案に応じてその厳格さが緩められる、と理解できる。

---

[114] *Ibid*., at para. 90.

[115] *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519 at para. 9; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912 at para. 60.

[116] Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 85.

[117] Sharpe & Roach, *ibid*., at 84-85; Hogg, *supra* note 24 at 38-6－38-7.

[118] Sharpe & Roach, *ibid*., at 88.

[119] See Hogg, *supra* note 24 at 38-6.

このような性格をもつオークス・テストは、原則として、平等権を含むすべての人権憲章上の権利制約の正当性を判断する基準として適用されると解される[120]。

Ⅵ　立証責任

人権憲章１条の下、人権制約の合憲性は、人権制約の有無の判断とその正当性の判断という二段階に分けて審査される。第一段階では、自己の人権が侵害されたことを主張する者が立証責任を負う。カナダ最高裁は、人権を定義する段階では、人権と他の利益等の調整を行なわず、個々の人権を広く定義する傾向にあるため、一部の例外を除けば、ここでの立証責任は比較的容易に果たすことができる[121]。

人権制約が認定されると第二段階へ移行し、ここでの立証責任は人権制約の正当性を主張する者すなわち政府に課される。この点は、1986年の *Oakes* 判決によって明確に示された[122]。政府は、問題となっている法が人権憲章１条により正当化できることについて裁判所を「説得(persuade)」しなければならない[123]。このことは、第一段階の審査で人権制約が認定されれば、問題となっている法が、「自由で民主的な社会において明確に正当化することができる合理的制約」であるという合憲性の推定が働かないことを意味する[124]。

人権制約の正当性の立証責任を政府に課す理由として、①人権制約は人権保障という原則の例外であること、②人権が「明確に正当化することができる合理的制約にのみ服する」と規定する人権憲章１条の文言[125]、③人権制約の必要性を立証する能力と資源において政府が優位な立場にいること[126]、があげられる。

---

[120] See Hogg, *ibid*., at 38-44.2－38-49.

[121] Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 87.

[122] *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at para. 66.

[123] Hogg, *supra* note 24 at 38-7.

[124] *Ibid*., at 38-10.

[125] *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at para. 66.

[126] Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 87.

Oakes 判決において Dickson 長官は、(a) 人権憲章１条の下での証明の基準（standard of proof）は、「蓋然性の優越（preponderance of probability）による証明」という「民事上の基準（civil standard）」である、(b) 合理的疑いの余地のない証明という刑事法上の基準は厳格に過ぎる、(c) しかし、蓋然性の優越テストは厳格に適用されなければならない、と説示した[127]。ただ Dickson 長官は、*Oakes* 事件判決の約10ヶ月後に出された *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. では、他の２人の裁判官の同意のもと、証明の基準を設定する際に、カナダ最高裁は、「硬直的で柔軟性を欠く基準（standards）」を注意深くさけてきたことを指摘する[128]。実際、カナダ最高裁は、人権制約と立法目的との合理的関連性について直接的な証明を常に求めているわけでもなく、合理的関連性に科学的証明も常に要請していない[129]。したがって、証明の基準も事案の文脈に応じて柔軟に変化する可能性がある。

Oakes 判決において Dickson 長官は、㈠通常は、人権憲章１条の審査の構成要素を証明する「証拠（evidence）」が要請され、㈡証拠は適切かつ説得的なものでなければならず、裁判所に対し、人権を制約する場合としない場合の結果の違いを明らかにするものでなければならず、㈢裁判所は、立法府が当該規定を制定した当時、他にどのような選択肢が利用可能であったのかも知る必要があるが、㈣人権憲章１条の審査においては一定の要素が明白または自明である場合もありうる、と説示した[130]。

このように、証拠が要請される結果、裁判所に提出される証拠の内容がかなり拡大した。歴史的資料、哲学的資料、経済的データ、内外の政府の報告書等が、専門家の証言や司法確知により、裁判所に提出されている[131]。

カナダ最高裁は、証拠がない状況または証拠がほとんどない状況でも、事実の明白性や自明性を根拠に、人権制約の正当性に関する事実認定を

---

[127] *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at para. 67.

[128] *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 at para. 122.

[129] Hogg, *supra* note 24 at 38-35; Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 73.

[130] *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at para. 68.

[131] Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 87.

行う場合もあることが指摘されており[132]、裁判所が証拠の提出を求める程度も、事案の文脈に応じて柔軟に変化する可能性がある[133]。

Hogg 教授は、人権憲章の違憲審査における証拠に関わる問題として、(i)法の合憲性の結論が、しばしば事実審の証拠に関する資料次第で変わりうること、(ii)コストがかかること、(iii)公共政策の分野では、しばしば、知覚された害悪に関する適切な社会科学上の証拠が存在しないが、それにもかかわらず、立法者は当該害悪に対する理由のある懸念を持ちうる場合があることをあげ、現状よりも、証拠に基づく程度が低い違憲審査の方が望ましいと主張する[134]。

このようにカナダでは、人権に関する違憲審査における立証責任は、それを果たさないと法律等の合憲性の結論に直接影響を及ぼすかなり厳格なものと観念されている。

Ⅶ　違憲審査の民主的正当性

1982年憲法が制定されて以来、カナダにおける裁判所と議会の関係に大きな変化が生じた。それは、人権憲章のもと、①裁判所が人権規定についても違憲審査権を行使し、②抽象的に規定された権利や自由を解釈し、その制約の正当性を審査し、救済内容を決定する全ての場面で裁判所に広い裁量権が認められ、③違憲審査権の対象は、いくつもの答えがありうる価値的・道徳的な選択に関する問題、および、個人の権利や自由と社会全体の利益との調整の問題といった、それまでは議会が判断すべきであると考えられてきた事柄であり、④裁判所の違憲判決は、連邦および州の議会に重大な制限を課すからである。

このような変化をうけ、特に1990年代以降、カナダ最高裁の司法積極主義に対する批判が違憲審査権の正当性の問題とも絡んで政治問題化している。そこでは、カナダ最高裁は、(a) 少数者の権利や被告人の権利を過度に保護している、(b) 憲法に規定されていない権利を作り出し、

---

[132] Hogg, *supra* note 24 at 38-8.

[133] Sharpe & Roach, *supra* note 42 at 87-88.

[134] Hogg, *supra* note 24 at 38-9.

多数者の意思に反してそれを社会に押しつけている、(c) 政策に対する裁判官の個人的な好みを憲法に読み込んでいる等の批判がなされている。このような批判は、人権問題に関するカナダ最高裁の判断は最終的なものであるとの前提に立っている[135]。

しかし、カナダにおいては、違憲審査権の民主的正当性の積極的根拠の１つとして、人権に関する違憲審査により裁判所と立法府との「対話」と呼ぶことのできるダイナミックな相互作用が発展し、かかる対話は民主的過程を否定するのではなくそれを促進するということが、有力学説とカナダ最高裁により指摘されている。カナダにおける対話理論は、より具体的には、裁判所の違憲判決の多くは、立法目的ではなく立法手段を違憲とし、議会が判決後に対応することができる余地を与えており、議会は違憲とされた法律の立法目的を維持しつつ、それを新しい合憲的な手段で達成できるように法改正することができ、裁判所と議会の対話が成立し、最後の言葉は多くの場合裁判所ではなく議会が述べることができるという議論である[136]。

この対話理論は、カナダにおいては、人権憲章に基づく違憲審査と議会の関係を理解する支配的なパラダイムとなっている[137]。しかしこの理論は、裁判官に対して、ハード・ケースをどのように判断すべきかについて示唆を与える理論ではない。この理論は、違憲審査の民主的正当性に関する従来の憲法理論が行き詰まりに達していることを前提に、従来とは異なる問い、すなわち、ことによると不完全な裁判所の判決を修正したり、その判決に応答したりするために、立法府や社会が利用可能な選択肢はどのようなものかという問いを検討するように迫る[138]。対話理論を支持する Roach 教授は、司法積極主義に対抗すべきは、立法府積極主義および裁判所の判決を制限したり覆したりすることの民主的責任

---

[135] 佐々木・前掲注 (35)201頁。

[136] 佐々木雅寿「カナダにおける裁判所と立法府の対話」『法学雑誌』54巻１号15頁（2007年）参照。

[137] 佐々木・前掲注 (136)41頁。

[138] 佐々木・前掲注 (136)42頁。

を立法府が引き受けることであると主張する[139]。

対話理論は、違憲審査の民主的正当性に関する議論に新たな地平を開拓したが、この理論のみでは、この難問を解決することはできない。しかし、対話理論によって、違憲審査の民主的正当性に対する疑念を和らげることはできるであろう。

Ⅷ　オークス・テストの特徴

1　オークス・テストの特徴

以上の分析によると、オークス・テストには以下のような特徴がある。すなわち、①人権制約に関する違憲審査は人権制約の認定と制約の正当性審査の二段階に分かれる、②二段階審査は立証責任の配分と関連する、③比例テストの３つの審査はそれぞれ独自の意義と効果を持ちうる、④オークス・テストは１つの厳格な判断枠組みを提供し、事案が置かれた事実関係の文脈に応じてその厳格度が緩和される場合がある、⑤オークス・テストは主にヨーロッパ人権裁判所の判例理論に影響を受けて形成された、⑥比例テストを含むオークス・テストは、付随的違憲審査において定式化され、発展しつつある等である。

2　オークス・テストの比較憲法上の位置づけ

Gardbaum 教授は、比較憲法の観点から以下の点を指摘する。第一に、現代立憲主義諸国においては、人権の優位性を原則としつつも、一定の場合政府による人権制約を許容するというのが、憲法上の権利に関する支配的で一般的な考え方である。しかし、人権に与えられる重要度は、国によりまた権利により異なっている。第二に、そのような一般的人権概念のもと、人権に関する違憲審査は、人権範囲を確定し、その制約を認定する段階と、人権制約の正当性を判断する段階の２つに分かれ、このような二段階審査が、憲法上の権利を分析する「ほぼ普遍的な（near-universal）」審査方法である。第三に、人権に対する外在的制約（external limits）の規定方法には、カナダ人権憲章１条のような単一の一般的人

[139] Roach, *supra*, note 27 at 296.

権制約条項によるものと、人権ごとに制約条件を規定する方法の２種類ある。第四に、人権制約の正当性審査を比例原則（the principle of proportionality）を用いて行うことが一般的になっている。人権の違憲審査における比例原則は、1950年代後期にドイツ連邦憲法裁判所によって採用され、以後、カナダ、イスラエル、南アフリカ、ほとんどのヨーロッパ諸国を含む世界中の国々、ヨーロパ人権条約に広がっている。第五に、比例原則を採用するほとんどの国では、目的の重要性審査が比例原則の第一関門となっている。第六に、比例原則は、通常、①手段と目的の適合性または合理的関連性、②人権制約の必要性または最小性、③目的と手段の比例性という３つのテストで構成されるが、それぞれの人権に異なる重みを付与することも排除されていない。第七に、比例原則の３つのテストはほぼ共通しているが、その適用の仕方には、少なくとも２つの異なる方法がある。１つは、カナダやドイツのように、それら３つのテストを別々にかつ順序だって適用し、最初のテストをクリアーした場合にのみ次のテストに進む方法である。もう１つは、南アフリカの憲法裁判所やヨーロッパ人権裁判所のように、それら３つのテストを分けずに総合的に考慮する方法である。後者の適用方法は、いくつかのコモン・ロー系諸国で採用されているが、そこでは目的と手段の比例性テストに対する疑義等が示され、最後の比例性審査を、比例原則の構成要素から除外したり、必要性審査と合体させたり、ほとんど適用しないという方法もとられている。第八に、人権制約の正当性審査において、アメリカ合衆国は、比例原則ではなく、独自の違憲審査基準を用いているが、そこでも権利と政府利益との比較衡量が要請されていることは広く認識されており、比例原則を用いる審査方法とアメリカの審査方法の違いは通常指摘されていることよりはかなり小さくそれほど重要でもないとの指摘もある。最後に、比較憲法の対象を、これまでよく検討されてきた「核となる諸国（the core group of countries）」以外に広げる必要性がある[140]。

[140] S. Gardbaum, “The Structure and Scope of Constitutional Rights” in T. Ginsburg & R. Dixon eds., *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar, 2011) 387 at 388-391.

上記第四の点に関し、Choudhry 准教授は、アンティグア＝バーブーダ、オーストラリア、フィジー、香港、アイルランド、イスラエル、ジャマイカ、ナミビア、南アフリカ、連合王国、バヌアツ、ジンバブエの裁判所が *Oakes* 判決を引用することにより、オークス・テストは、人権に関する違憲審査の「主要なモデルの１つ（one of the central models）」となったと指摘する[141]。

元ドイツ連邦憲法裁判所の裁判官であった Grimm 教授は、実際にはそうではなかったが、ドイツがカナダの比例テストのモデルとなっていた可能性を示唆し、ドイツとカナダの比例原則は用語法のレベルでは多少の違いがあるけれども内容面では類似しているが、両国の比例原則の適用の仕方に違いがあり、最も顕著な違いが、カナダでは比例テストの第二段階（人権制約の最小性）でほとんどの法が違憲となり、ドイツでは比例原則の最終段階（狭義の比例原則）が重要な審査となる点であると指摘する[142]。

このように、カナダのオークス・テストは、比較憲法の観点から見ると、強い影響力を持ち、少なくとも英語圏で比例原則を採用する諸国にとっては、人権に関する違憲審査の主要なモデルの１つとなっている。その意味では、比例原則の現代的発展形態を理解するためには、ドイツのみならずカナダの研究は必要不可欠なものである。しかし、比例原則にはさまざまな発展形態があり、カナダの比例原則は、それを受け入れた国で独自の発展を遂げつつあることにも留意すべきである。

Ⅸ　日本法への示唆

以下では、カナダの分析から得られる日本法への示唆をいくつか指摘

---

[141] Choudhry, *supra* note 112 at 502.

Barak, *supra* note 36 at 370. は、イスラエルの立法府はカナダの人権憲章１条に影響を受け、イスラエルの最高裁判所は比例原則に関するカナダ最高裁の判例に影響を受けたことを指摘する。

[142] Grimm, *supra* note 36 at 384.

する[143]。

1　比較憲法の対象

これまでわが国の憲法学は、比較憲法の手法を重視してきた。現在憲法学界で議論されている、三段階審査論と違憲審査基準論との比較を通してわが国の違憲審査制の適切な運用をもたらすための理論枠組みを構築する作業も、これまでの比較研究の成果が大いに発揮されている。

しかし、比例原則の現代的発展形態を比較検討する場合、ドイツのみを対象とすることは必ずしも十分とはいえない。比例原則を採用する「核となる諸国」[144]には、ドイツのみならず、カナダが含まれる。特に、英語圏で比例原則を採用する諸国に対するカナダのオークス・テストの影響力や、カナダとドイツの比例原則の相違点等を考えれば、ドイツのみならずカナダを研究することは、比較憲法の観点からは必要不可欠といえよう。それに加え、ヨーロッパ人権裁判所の判例等を含め、比例原則を採用する他の諸国の判例等の研究も重要な課題となる。

比較憲法の手法をとる場合、主要な国々の憲法を研究することに加え、検討する問題に合わせて適切な比較対象を選ぶことも重要である。その意味では、比較憲法の対象を今まで以上に広げる必要があろう。

2　二段階審査か三段階審査か

日本国憲法が、アメリカ合衆国憲法と異なり、基本的人権を保障すると同時に、公共の福祉によって人権を制約することを条文上明示的に認めていることから、人権に関する違憲審査は、少なくとも、人権制約の認定とその制約が公共の福祉に合致するか否かという人権制約の正当性の審査の二段階に分かれると解される。人権制約の認定には、人権の範囲の画定とその制限の確認が必要であるため、論理的には、人権に関する違憲審査は三段階に分かれうる。

---

[143] 以下に示すもの以外にも、人権制約の法定性に関するカナダでの議論は、人権制約の形式的要件としての法律の留保のみならず、法の支配にいう「法」の内実に関するわが国の議論にも参考となる要素が多いと考えられる。

[144] Gardbaum, *supra* note 140 at 391.

しかし、人権範囲の画定には、問題となった事案における人権制約を確認するために必要な範囲で、いわば部分的に人権範囲を画定する方法と、問題となった人権の範囲をかなり一般的に画定する方法とがありうる。事案解決に必要な範囲で憲法判断をするという付随的違憲審査制の要請および事例判断を多用するわが国の最高裁の傾向からすると、前者の部分的画定方法が実務に受け入れられる可能性がある。前者の方法をとる場合、人権の画定と制約の認定はかなりの程度密接に関連し、１つの審査段階と観念することも可能であろう。

より重要なのは、人権範囲の画定段階と制約の認定段階との区別ではなく、人権制約の認定段階とその正当性の審査段階との区別であると考えられる。

３　主張責任・立証責任

わが国では、違憲審査における主張責任や立証責任について必ずしも十分な議論が行われているとはいえない。その理由の１つは、法律の合憲性は裁判所の職権事項であり、通常の民事裁判におけるような主張責任や立証責任は妥当しないという考えがあるためと解される[145]。

しかし、通説的な学説が唱えるアメリカ型の違憲審査基準論では、合理性の基準が適用される場合は法律の違憲性を主張する側が主張責任や立証責任を負い、厳格な合理性の基準または厳格審査基準が適用される場合は、政府の側が法律の合憲性の主張・立証責任を負うことになると考えられる。そこには、人権制約の認定と制約の正当性審査とを区別する視点はない。

しかし、日本国憲法の場合、一方で、人権保障が原則で人権制約は例外であること、人権制約の合憲性を支える立法事実等は国会や政府が独占していること、他方、法律には合憲性の推定が働くと解されていることを総合すれば、違憲審査を、少なくとも、①人権制約の有無の判断と、②人権制約の正当性審査の二段階に分け、①の段階では人権制約を主張する当事者がその主張責任や立証責任を負い、②の段階では人権制約の正当性を主張する当事者および国側が主張責任や立証責任を負うと考え

[145] 林屋礼二『憲法訴訟の手続理論』（信山社、1999年）149－162頁参照。

るべきであろう[146]。

もっとも、法律の合憲性は裁判所の職権事項であるとの観念、および、違憲審査の機能には客観的な憲法秩序の維持も含まれるとの理解を前提にすれば、法律の合憲性を、主張責任や立証責任が果たされたかどうかという点のみで決めることは容認できないであろう[147]。その意味で、わが国における違憲審査の主張責任や立証責任の問題は、通常の民事裁判におけるそれとは異なる性質をもつことは否定できない。

しかし、ここで具体的事実に基づく付随的違憲審査のメリットを想起する必要がある。具体的事実に基づく憲法判断に必要な要素は、少なくとも、争点の明確化、争点に対する十分な議論、必要な司法事実と立法事実等の資料の収集等であると解される[148]。これらの要請をより確実に実現するためには、上記のように訴訟当事者等に主張責任や立証責任を課すことが必要であると解される。

そこでいう主張責任・立証責任は、憲法問題に関し自己の主張を展開し、その根拠となる司法事実や立法事実を提出する争点形成責任と証拠提出責任であると考えられる。ただし、かかる主張責任・立証責任を果たさないことのみに基づいて法律の合憲性が決せられるわけではなく、結論は裁判所の判断に委ねられることになる。つまり、ここでの主張責任･立証責任は、裁判所の憲法判断を、より多くの具体的事実に基づき、十分な議論を踏まえた、説得力のあるものにするための補助的責任または裁判所への協力責任と解することができよう[149]。このように理解する

---

[146] 佐々木雅寿「ヨーロッパ人権保護条約、カナダ人権憲章および日本国憲法における人権制約原理」石部雅亮他編『法の国際化への道』205頁（信山社、1994年）219頁。

この結論は、対話理論からも支持される。つまり、国側が裁判所に対してある法律の合憲性を主張・立証することは、裁判所と国側との対話の重要な要素と考えられ、対話理論からは、そのような国側の対応が強く求められるからである。

[147] 林屋・前掲注（145）155頁。

[148] 佐々木雅寿「勧告的意見の可能性」高見勝利他編『日本国憲法解釈の再検討』323頁（有斐閣、2004年）336頁参照。

[149] 林屋・前掲注（145）155頁参照。

ことにより、付随的違憲審査のメリットを十分に発揮することができると考えられる。

このように考えれば、ひとたび人権制約が認定されれば、当該法律等は、訴訟手続上、一応違憲性の推定を受けるため、いかなる厳格度の審査を行うにしても、裁判所は人権制約の正当性を支える立法事実をふまえて判断すべきで、立法事実の存在を推定することは、原則として、許されないと解される。緩やかな審査が行われる場合でも、国側は立法事実を提出する義務を負い、裁判所は提出されまたは司法確知した立法事実等をふまえて憲法判断すべきことになる。審査の緩やかさは、立法事実の存在を推定することにより実現すべきものではなく、立法事実が人権制約を正当化するかどうかの立法府の判断に対して敬譲を示すことによって実現すべきであると考えられる[150]。

4　比例テストの構成要素の独自性

わが国で紹介されているドイツ由来の三段階審査は、基本権の保護領域→基本権の制限→基本権制限の正当化（形式的正当化＋実質的正当化）という、基本権侵害がないかどうかを審査する構造化された論証の作法であり、形式的正当化は、法律の留保原則の適合性審査であり、実質的正当化は、目的審査と手段審査であり、後者の手段審査では、①目的との適合性、②目的達成のための必要性、③狭義の比例性が検討されるものである[151]。

高橋教授は、仮に③狭義の比例性を「規制により得られる利益と失わ

ただし、対話理論からすると、国側の主張責任・立証責任は、裁判所と立法府や政府との対話の当事者としての説明責任、人権制約が憲法上許される理由を国民に示す説明責任といった性質も備えている。

このことはまた、当事者にとって不意打ちとなる裁判所の憲法判断を避けるという意味もある。これは裁判を受ける権利の内容にも関連する。憲法判断に必要な立法事実等に関しては、両当事者からの意見等をふまえて裁判所が最終的に判断すべきと考えられる。

150　そもそも立法事実が存在しない場合は緩やかな審査を行っても合憲性を支持することはできないと解される。

151　松本・前掲注（4）35頁、三宅・前掲注（5）8頁等参照。

れる利益の均衡」（利益衡量論）を意味するのであれば、①と②は理論上は③に吸収されてしまう性質のものであり、①と②は独自の基準としての意味を持たなくなると指摘する。また、仮に③の狭義の比例性が「目的と手段の均衡」（目的・手段均衡論）の意味であれば、③の基準が行おうとしているのは、正当な目的（公益の実現）の重要度が制限される人権の重要度とつりあっているかどうかの審査と思われ、その実体はアメリカの目的審査に対応していると指摘する[152]。

また、先に示したように、比例原則は、通常、(a) 手段と目的の適合性または合理的関連性、(b) 人権制限の必要性または最小性、(c) 目的と手段の比例性という３つのテストで構成されるが、その適用の仕方には、カナダやドイツのように、それら３つのテストを別々にかつ順序だって適用する方法と、南アフリカの憲法裁判所やヨーロッパ人権裁判所のように、それら３つのテストを分けずに総合的に考慮する方法があり、後者の適用方法では、最後の比例性審査を、比例原則の構成要素から除外したり、必要性審査と合体させたり、ほとんど適用しないという方法もとられている[153]。さらに、カナダでは、(b) 人権制限の最小性が決め手となるが、ドイツでは、(c) 目的と手段の比例性が重要な役割を果たす[154]。

このように、論理的考察においても、また、比例原則を実際に適用する段階においても、比例原則にはさまざまな発展形態があり、比例原則の３つのテストそれぞれに異なる意義づけをしたり、時には特定のテストを排除することもありうる。重要なことは、抽象的・形式的レベルでどのテストが重要で、どのテストが不必要であるかを検討するよりも、具体的・実質的レベルで、どのような要素が、どの程度の重要性を伴って考慮されるべきかを、具体的事案に即して検討することであろう。そうであれば、考慮すべき要素が比較的明確になっているカナダやドイツの判例を分析し参考にすることには十分な意義がある。

---

[152] 高橋・前掲注（９）12頁。

[153] Gardbaum, *supra* note 140 at 390-391.

[154] Grimm, *supra* note 36 at 384.

5　目的の認定方法

カナダの判例や学説が指摘する、認定する目的の一般化のレベルに注意し、問題となっている法律全体の目的のみならず、人権制約の目的に重点を置く審査方法は、今後わが国でも検討すべき課題と考えられる。

前者の点に関し、「君が代」のピアノ伴奏拒否事件判決（最３小判H19・２・27　民集61・１・291）における藤田裁判官の反対意見が、「本件の場合、「公共の利益の達成」は、いわば、「子供の教育を受ける利益の達成」という究極の（一般的・抽象的な）目的のために、「入学式における『君が代』斉唱の指導」という中間目的が（学習指導要領により）設定され、それを実現するために、いわば、「入学式進行における秩序・紀律」及び「（組織決定を遂行するための）校長の指揮権の確保」を具体的な目的とした「『君が代』のピアノ伴奏をすること」という職務命令が発せられるという構造によって行われることとされているのである。そして、仮に上記の中間目的が承認されたとしても、そのことが当然に「『君が代』のピアノ伴奏を強制すること」の不可欠性を導くものでもない。公務員の基本的人権の制約要因たり得る公共の福祉ないし公共の利益が認められるか否かについては、この重層構造のそれぞれの位相に対応して慎重に検討されるべきであると考えるのであって、本件の場合、何よりも、上記の〔１〕「入学式進行における秩序・紀律」及び〔２〕「校長の指揮権の確保」という具体的な目的との関係において考量されることが必要であるというべきである。」と指摘したことは注目に値する。

6　裸の利益衡量論

比例原則に対する最も厳しい批判は、それが明確な基準を欠いたままアド・ホックになされる裸の利益衡量に堕しかねない危険を伴っているというものであろう[155]。この問題への対処法として、比例原則適用の指針、適用にあたっての考慮事由（比例原則の寛厳を左右する要因）を明確化してゆくことの必要性[156]、および、類型的事案ごとに比例原則の多

[155] 松本・前掲注（４）37頁、高橋・前掲注（８）19頁、高橋・前掲注（９）13頁。
[156] 市川・前掲注（７）10頁。

段階化の必要性[157]が説かれている。

この点、カナダの比例テストが、厳格な審査基準として初期設定され、事案が置かれた事実関係の文脈との関係で、一定の考慮要素がある場合、審査の厳格度を下げる場合があることは示唆的である。特に、①法が傷つきやすい集団を保護するために制定された場合、②法が複雑で必ずしも決定的とはいえない社会科学上の証拠に基づいている場合、③法が当該問題に対処する方法が多数あり、そのうちどの方法が最も有効かについて確証が持てないような複雑な社会問題を扱う場合、④法が対立する集団の利益を調整する場合、⑤法が希少な資源の配分を行う場合などは、立法府の判断に対して一定の敬譲を示すべきとしていることは、考慮に値するであろう。上記①は、平等権侵害の問題やアファーマティヴ・アクションの合憲性を判断する際、また、上記②、③、④、⑤は、立法裁量の具体的内容を明確にし、立法裁量の広狭を考える際、参考になろう。

また、問題となっている人権の重要度によって憲法上の保護の程度が変化し、審査の厳格度も変わりうるとの発想や、民主政にとって基本的重要性をもつ参政権の制約には慎重な検討を求める考え方は、二重の基準論にも通底しうる要素を持ちうる。

加えて、人権の重要性のみならず、人権制約の目的、程度、態様等を総合的に比較衡量論する方法を基本におきつつ、その判断に一定の枠をつけるためにアメリカ由来の違憲審査基準論が示す考えを援用する方法を用いたり、また、ドイツ型の比例原則にも、カナダの比例テストにも類似する猿払基準を一定の場合に用いるわが国の最高裁の発想からすれば、事案が置かれた事実関係の文脈を総合的に考慮するカナダの比例テストは、参考になる要素が多いと解される。

7　付随的違憲審査における比例原則の適用可能性

カナダの判例理論は、付随的違憲審査においても比例テストが適用可能であることを示している。カナダにおいては、立証責任の問題も明確になっており、違憲審査の民主的正当性の問題にも自覚的議論がなされている。その点では、カナダの方がドイツよりも参考にすべき点は多い

[157] 石川・前掲注 (15)58頁。

といえよう。

8　あるべき審査方法の模索

現在の論争の焦点は、アメリカの手法かドイツの手法かといった二者択一的思考ではなく、わが国の違憲審査制の適切な運用をもたらすための理論枠組みをどう構築するのかである。その際重要な考慮要素の１つとして、半世紀以上にわたって違憲審査権を行使し、独自の判例の蓄積もある最高裁に受け入れられる可能性の高い理論枠組みを提示することがあげられよう。仮にどんなに優れた理論であっても、最高裁の判例理論からかけ離れたもので、最高裁が受け入れる可能性が低い理論を提示しても、わが国の違憲審査制の適切な運用は実現しえない。そうであれば、高い目標を目指すための第一歩としては、最高裁の判例理論に類似性をもち、最高裁が受け入れる可能性が少しでも高い理論枠組みを提示する必要もあろう。

わが国の最高裁は、人権の重要性のみならず、人権制約の目的、程度、態様等を総合的に比較衡量論する方法を基本におきつつ、その判断に一定の枠をつけるためにアメリカ由来の違憲審査基準論が示す考えを援用する方法を用いたり、また、ドイツ型の比例原則にも、カナダの比例テストにも類似する猿払基準を一定の場合に用いている。そこにはすでに、ドイツ的な比例原則とアメリカ的な違憲審査基準論との一種の融合ないしは結合が見てとれる。また、判例理論の背景には、予測可能性よりも、具体的正義の要請を重視するため、硬直的で、幅のない「線としての違憲審査基準」ではなく、事案に応じて柔軟に適用することができる「幅のある判断枠組み」をより好む傾向があると解される。さらに、最高裁は独自の判断枠組みを模索していると考えられる。このような最高裁の発想からすれば、特定の国の最上級裁判所の判例ではなく、ヨーロッパ人権裁判所の判例を模範として作られたカナダの比例テストは、人権の重要性のみならず、人権制約の目的、程度、態様等を総合的に比較衡量する手法とも共通性をもち、猿払基準とも類似し、二重の基準論とも通底しうる要素を含み、付随的違憲審査においても適用可能なものであるため、参考になる要素が多いと解される。

おわりに

今必要なのは、最高裁判例に対する批判的視点を維持しつつも、外国の理論をベースに最高裁を外から批判すること、すなわち、最高裁との「対決」はなく、最高裁の判例法理をベースに、それをより望ましい方向に発展させるために、外国の理論を参考にすること、すなわち、最高裁判例を内在的に理解し、最高裁と「対話」することではないだろうか。そのためには、いわゆる猿払基準を「全否定の対象」[158]としてではなく、修正の対象として再評価の可能性を探ることも求められよう[159]。

[158] 宍戸常寿「『猿払基準』の再検討」『法律時報』83巻５号20頁（2011年）21頁。

[159] その際、猿払基準を「幅のある判断枠組み」として捉え、判断枠組みの構造それ自体、判断すべき諸要素、判断すべき諸要素それぞれの重要性、判断すべき諸要素の関係、判断の際の厳格度や判断枠組みの適用方法、結論等を区別し、判例の問題点を明確化することに留意すべきであろう。

論　　説

要件の視角から見た中国法人格否認の法理（３）

王　　万旭

目　次

第１章　序論
　第１節　本論文の問題の設定
　第２節　考察の順序
第２章　中国における法人格否認の法理（会社法第20条第３項）の立法史
　第１節　会社法第20条第３項成立前の中国社会
　第２節　法人格否認法理の導入についての立法者の説明
　第３節　小括
第３章　法人格否認の法理（会社法第20条第３項）に関する判例
　第１節　判例の整理
　　第１款　債権者詐害事例
　　第２款　株主による会社資金の流用事例　　（以上、62巻６号）
　　第３款　株主の義務不履行に関する事例
　　第４款　会社法の強行規定違反事例
　　第５款　財産混同 . 法人格混同の事例
　　第６款　契約の解釈による解決事例
　　第７款　その他の事例
　第２節　判例から見た中国における法人格否認法理の要件
　第３節　小括
第４章　法人格否認の法理（会社法第20条第３項）に関する学説の紹介
　第１節　会社法第20条第３項の要件をめぐる代表的学説の紹介
　第２節　会社法第20条第３項の要件に関する学説の検討
　第３節　学説のまとめ及び問題点の整理　　（以上、63巻１号）

第５章　日本法の考察
　第１節　日本法上における法人格否認法理の要件についての考察
　　第１款　最高裁判所のリーディングケース
　　一　最高裁判所第一小法廷昭和44年２月27日判決（民集23巻２号511頁）
　　二　最判昭和44年２月27日判決についての評価
　　第２款　最高判昭和44年２月27日以後の最高裁判例の動向
　　第３款　下級審裁判例における法人格否認の法理の展開
　第２節　形骸化に関する判例・学説の更なる検討
　　第１款　形骸化判例についての更なる検討
　　第２款　形骸化批判についての学説考察
　第３節　法人格否認の法理の再構成
　　第１款　森本説への考察
　　第２款　江頭説への考察
　　第３款　小括
　第４節　日本法からの示唆
　　第１款　法人格否認法理の要件
　　第２款　法人格否認法理の再構成　（以上、本号）
第６章　会社法第20条第３項に代替する法規範の試み
　第１節　契約・法規範自体の解釈
　第２節　詐害行為取消権（中国契約法第74条）についての考察
　第３節　債権者代位権（中国契約法第73条）に関する考察
　第４節　中国法考察の結論
第７章　結章
　第１節　本稿の結論
　第２節　残された課題

第５章　日本法の考察

本稿は、第３章において、中国における法人格否認法理の要件につき、同法理に関する裁判例について考察を行った。この考察から以下のような結論が得られた。すなわち、中国の判例の大勢に示されたように、会社債権者が株主に責任を追及するためには、当該株主による有限責任濫用の目的の存在が必要である。

これに対し、一部の判例は、株主に責任を課する際に財産混同などと

いった形骸化事実を要件とした。しかし、形骸化徴表は、株主・会社間の利益状況が外観から区別しにくい状況を指すだけで、株主による濫用の目的が含まれていない。また、会社法第20条第３項のもっとも重要な要件である法人格の「濫用」は、その内容の明確化をできるだけ解明することがいうまでもない。

他方、中国において、法人格否認の法理を導入する前に、諸外国の立法例の中に日本の当該法理を参考していた[1]。中国新会社法第20条第３項の成立の後にも、学説[2]および下級審裁判例[3]に日本法の同法理に影響を受けたことを読み取ることができる。この意味では、制定法として法人格否認の法理が導入された中国にとって、同法理を理解する際に、日本法を考察することが有益であろう。

第１節　日本法上における法人格否認法理の要件についての考察

---

[1] 代表的論文はとしては、朱慈蕴『公司法法人格否認法理研究』（法律出版社、1998年）である。朱教授の論文は法人格否認の法理について、諸外国の当該理論をもっとも全面的・系統的に紹介するものであると評価される。王保樹＝崔勤之『中国公司法原理』（社会科学文献出版社、2006年）47頁。朱教授の論文の中で法人格否認の法理における適用場面・要件・効果等について、ほぼ全面的に日本の学説を参考した。朱慈蕴・前掲書140 ～ 183頁を参照。

[2] 中国における法人格否認の法理の主張者について、本稿第４章で紹介した朱慈蕴教授のほか、崔勤之教授は、朱教授とほぼ同様に、日本法上おける法人格否認の法理の要件を紹介した後に、中国における該法理（会社法第20条第３項）の適用場面を、「法人格が濫用される」と「法人格がまったくの形骸化にすぎない」という日本最高裁昭和44年２月27日判決で示された二つの要件をこのまま中国法上の解釈の枠組みに入れた。王保樹＝崔勤之・前掲書48頁（崔勤之執筆）。朱・崔両教授と同様の理解を有する者は、趙旭東『新公司法制度設計』（法律出版社、2006年）367頁。範健＝王建文『公司法』（第二版）（法律出版社、2008年）242頁以下などが挙げられる。

[3] 例えば、本稿第３章で扱った中国における法人格否認の判例の中で、人民法院が会社法第20条第３項を援用して株主に責任を課する際に、「形骸化」要素を単独又は主観的「濫用」要素と併せて同条の要件として下した判例は、【判例28】【判例29】【判例31】【判例32】【判例10】【判例27】【判例30】【判例33】がある。

第１款　最高裁判所のリーディング・ケース

日本では、戦後、実務及び学説の大勢は、一般条項である法人格否認の法理の適用には慎重な態度をとっていた。その抑制的姿勢を一挙に覆したのが、昭和44年２月27日の最高裁判所第一小法廷の判決である[4]。

一　最高判第一小法廷昭和44年２月27日民集23巻２号511頁

【事実の概要】

Ｘは、その所有する店舗を契約書の文言上はＹ株式会社を賃借人として賃貸した。Ｙ会社は従来、訴外Ａが個人企業として経営していた電気屋の税金の軽減を図る目的で設立されたもので、その実質は全くＡの個人企業にほかならない。Ｘもａ個人とＹ会社を区別しておらず、賃貸契約のときも電気屋のＡに賃貸していたと考えていた。その後この店舗の明け渡しをめぐって紛争が生じ、ＸはＡを相手方として訴訟を提起したが、その訴訟の中で、昭和43年１月末日限りその店舗を明け渡す旨の裁判上の和解がＸとＡ個人の間に成立した。

この和解の効力によってＸは明け渡しを請求したが、Ａは自分の占有している部分は明け渡すが、会社としてのＹの占有部分は明け渡す必要はないと主張した。そこでＸは、今度Ｙを相手方として本件の訴えを提起した。第一審と第二審は事実認定の問題としてＸを勝訴させたが、最高裁は次のように判示して、ＸのＹに対する明け渡し請求を認容した。

【判旨】

「およそ社団法人において法人とその構成員たる社員とが法律上別個の人格であることは、社員が一人の場合でも同様である。しかし、およそ法人格の付与は、社会的に存在する団体についてその価値を評価してなされる立法政策によるものであって、これを権利主体として表現せしめるに値すると認めるときに、法的技術に基づいて行われるものなのである。従って法人格が全くの形骸化に過ぎない場合、またはそれが法律の適用を回避するために濫用されるが如き場合においては、法人格を認

[4] 江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』（東京大学出版会、1980年）２頁を参照。

めることは、法人格なるものの本来の目的に照らして許すべからざるものというべきであり、法人格を否認すべきことが要求される場合を生じる…。…株式会社は準則主義によって容易に設立され得、かつ、いわゆる一人会社すら可能であるため、株式会社形態がいわば単なるわら人形に過ぎず、会社即個人、個人即会社であって、その実質が全く個人企業と認められるが如き場合を生じるのであって、……このような場合、会社という法的形態の背後に存在する実体たる個人に迫る必要を生じるときは、会社名義でなされた取引であっても、相手方は会社という法人格を否認して、恰も法人格のないと同様、その取引をば背後者たる個人の行為であると認めて、その責任を追及することを得、そして、個人名義でなされた行為であっても、相手方は敢えて商法504条を俟つまでもなく、直ちにその行為を会社の行為であると認め得るのである…。」

「Y 会社は、株式会社形態をとるにせよ、その実体は背後に存する A 個人に外ならないのであるから、X は A 個人に対して右店舗の賃料を請求し得、また、その明け渡し請求の訴訟を提起し得るのであって（もっとも、訴訟上の既判力については別個の考察を要し、A が店舗を明け渡すべき旨の判決を受けたとしても、その判決の効力は Y 会社に及ばない）、X と A との間に成立した前示裁判上の和解は、A 個人名義にてなされたにせよ、その行為は Y 会社の行為と解し得るのである。しからば、Y 会社は右認定の昭和43年１月末日限り、右店舗を X に明け渡すべきものというべき」である。

二　最高判昭和44年２月27日についての評価

（1）最高判昭和44年２月27日の位置づけ

最高判昭和44年２月27日は、日本において、いわゆる法人格否認の法理が判例法として認められることを一般的に宣言したものであると言われている[5]。

[5] 森本滋「法人格否認の法理の新展開」鈴木忠一＝三ヶ月章監修・『新・実務民事訴訟講座（7）国際民事訴訟・会社訴訟』（日本評論社、1982年）349頁以下。また、弥永真生「法人格否認の法理」倉沢康一郎＝奥島孝康編『昭和商法学史：岩崎稜先生追悼論文集』（日本評論社、1996年）271頁など。

（2）最高判昭和44年２月27日が提示した法人格否認の法理の適用場合

最高判昭和44年２月27日は、法人格を否認するには、二つの場合を提示した。すなわち、「法人格が全くの形骸に過ぎない場合」と「法人格が法律の適用を回避するために濫用される場合」という。しかし、この二つの場合以外に他のものが存するか否かは、最高裁は明示していない[6]。

（3）法人格否認の法理の非補充性

前述最高裁の判旨の中において、「…そして、個人名義でなされた行為であっても、相手方は敢えて商法504条を俟つまでもなく、直ちにその行為を会社の行為であると認め得るのである…。」と述べられる。すなわち、法人格否認の法理を援用する事例には、他の一般私法の法理（例えば、判旨中に言及した商法第504条）を援用して解決することも可能である。言い換えると、いわゆる法人格否認の法理には、補充性の原則を否定したわけである。

第２款　最高判昭和44年２月27日以後の最高裁判例の動向

最高判第二小法廷昭和48年10月26日民集27巻９号1240頁

【事実の概要】

賃借人であるＹ会社の賃料不払いを理由に賃貸人であるＸ会社から賃貸借契約の終了に基づく居室明渡しと未払い滞納金等の支払が求められた事案において、債権者であるＸは次のような理由でＹに責任を追及した。すなわち、Ｙの代表取締役であるＡが居室明渡しと未払い滞納金等の支払の債務を免れるために会社の商号を変更したうえ、旧商号と同一の商号を称し、その代表取締役、監査役、本店所在地、営業所、什器備品、従業員が旧会社のそれと同一で営業目的も旧会社のそれとほとんど同一である新会社を設立したにもかかわらず、右商号変更及び新会社設立の事実を賃貸人に知らせなかった。賃貸人が右事実を知らないで、旧会社の旧商号であり、かつ、新会社の商号である会社名を表示し

[6] 奥山恒朗「いわゆる法人格否認の法理と実際」鈴木忠＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座（5）会社訴訟・特許訴訟』（日本評論社、1969年）165頁。

て、旧会社の債務の履行を求める訴訟を提起したところ、新旧両会社の代表取締役を兼ねるAがこれに応訴し、1年以上にわたる審理の期間中、商号変更、新会社設立の事実についてなんらの主張もせず、かつ、旧会社が居室を賃借したことを自白するなどのことにおいては、その後に至ってAが新会社の代表者として、新旧両会社が別異の法人格であるとの実体法上および訴訟法上の主張をすることは、信義則に反し許されないものであると主張してYに本件債務の履行を請求した。

【判旨】

「おもうに、株式会社が商法の規定に準拠して比較的容易に設立されうることに乗じ、取引の相手方からの債務履行請求手続を誤らせ、時間と費用とを浪費させる手段として、旧会社の営業財産をそのまま流用し、商号、代表取締役、営業目的、従業員などが旧会社のそれと同一の新会社を設立したような場合には、形式的には新会社の設立登記がなされていても、新旧両会社の実質は前後同一であり、新会社の設立は旧会社の債務の免脱を目的としてなされた会社制度の濫用であって、このような場合、会社は右取引の相手方に対し，信義則上、新旧両会社が別人格であることを主張できず、相手方は新旧両会社のいずれに対しても右債務についてその責任を追求することができるものと解するのが相当である」。

「本件における前記認定事実を右の説示に照らして考えると、上告人は、昭和四二年一一月一七日前記のような目的、経緯のもとに設立され、形式上は旧会社と別異の株式会社の形態をとつてはいるけれども、新旧両会社は商号のみならずその実質が前後同一であり、新会社の設立は、被上告人に対する旧会社の債務の免脱を目的としてなされた会社制度の濫用であるというべきであるから、上告人は、取引の相手方である被上告人に対し、信義則上、上告人が旧会社と別異の法人格であることを主張しえない筋合にあり、したがつて、上告人は前記自白が事実に反するものとして、これを撤回することができず、かつ、旧会社の被上告人に対する本件居室明渡し、延滞賃料支払等の債務につき旧会社とならんで責任を負わなければならないことが明らかである。これと結論において同旨に出た原判決の判断は、正当として是認することができ、右判断の過程に所論の違法はない。したがつて、論旨は採用することができない」。

【評価】

本件は、最高裁が始めて法人格否認の法理の適用場合の一つである「法人格の濫用」について論じたものである。その内容は概ね二つの面がある。

一つは新旧会社の一体性である。つまり、「旧会社の営業財産をそのまま流用し、商号、代表取締役、営業目的、従業員などが旧会社のそれと同一の新会社を設立したような場合には、形式的には新会社の設立登記がなされていても、新旧両会社の実質は前後同一であり…」である。

もう一つは、旧会社債務を免れる目的の存在である。つまり、「取引の相手方からの債務履行請求手続を誤らせ、時間と費用とを浪費させる手段として、…新会社の設立は旧会社の債務の免脱を目的としてなされた会社制度の濫用であって」である。

第３款　下級審裁判例における法人格否認の法理の展開

法人格否認の法理は、日本において最高判昭和44年２月27日に確定された以後、下級審判決においてこの最高裁の確立された判例法理を承継して数多くの判決を出した。特に昭和63年頃までの約20年の間に当該法理を適用して判決を出した事例がもっとも出てきた。

他方、最高判昭和44年２月27日に最高裁が主張したように、「…会社名義でなされた取引であっても、相手方は会社という法人格を否認して、恰も法人格のないと同様、その取引をば背後者たる個人の行為であると認めて、その責任を追及することを得」と、法人格否認の法理の適用につき最初の予想する場面は取引相手方の利益を保護することである。ところで、その後の下級審判決では、法人格否認の法理の適用を、取引上の債権者保護に限らず、労働者による労働契約上の地位確認等といった労働法の分野の事例が数多く出られ、所得者の帰属などといった税法上の事例も少なくなかった。また、預託金返還、第三者異議の訴え、執行力の拡張の可否などについて、下級審判決に現れていた法人格否認の法理に関する事案は多彩であるといえよう。

以下、下級審判決の中に出た事案を、その基本的な事実関係を基準に各事案を分類して法人格否認の法理の要件を考察する。

一　契約債務履行・履行回避

1　契約債務履行請求

これらの事案の特徴は、契約上の債権者が契約上の債務を負っている一方（会社か個人）に対し、会社と個人とが実質的に一体であることを理由に他方に契約上の債務の履行を請求する事案である。裁判所は、法人格否認の成否を判断する際にほとんど形骸化によって責任を課している。

形骸化の成立は次のとおりである。

(1) 支配要件

つまり､株主は会社を実質的に支配している地位になければならない。

(2) 株主・会社間に一体化の事実

株主と会社との間に実質的に一体化である事実は、各判例によって異なる部分があるが、おおむね以下のような事実がある。また、法人格否認の法理の成立には、必ずしも全ての事実が揃う必要がない。

① 財産の混同：株主・会社間に財産が明確に区別していないこと、経理の区別がしていない
② 業務の混同：個人営業の営業内容は会社のそれと別段変更がない
③ 会社の出資・社員・役員構成の実質的一体化：実質的な社員が一人で、他の出資者、役員が名目上だけ
④ 会社の実体：資産が僅少、事務所が株主の自宅、事務員がいない又は親族かあるいは僅か数名の現地雇用
⑤ 会社内部手続きの不遵守：社員総会、取締役会はほとんど開催しない
⑥ 会社の経営：株主が経営全般を支配している
⑦ 新旧会社の一体性：旧会社が倒産した後に旧会社と同一の営業所、従業員をもって同一営業を継続する

この類型の事案に属する裁判例は、次のとおり挙げられる。

大阪地判昭和44年５月14日下民集20巻５・６号354頁

新潟地判昭和44年11月７日民集27巻５号660頁
仙台地判昭和44年12月27日判タ243号223頁
東京地判昭和46年12月21日判時667号35頁
東京地判昭和46年４月14日判時641号72頁
東京地判昭和47年１月17日判時671号84頁
松山地判昭和47年３月７日判タ278号207頁
大阪地判昭和47年３月８日判時666号87頁
大阪地判昭和47年６月30日判時688号94頁
東京高判昭和47年７月27日判時676号75頁
大村簡判昭和47年９月25日判時694号109頁
東京地判昭和48年２月28日判時706号84頁
大阪地判昭和50年３月10日判時788号100頁
東京高判昭和50年６月30日判タ330号302頁
東京地判昭和50年７月24日判時810号60頁
東京地判昭和51年５月27日判タ345号290頁
東京高判昭和53年３月３日判時890号112頁
水戸地判昭和53年７月７日判時918号109頁
東京高判昭和53年８月９日判時904号65頁
大阪高判昭和55年４月24日判タ425号154頁
大阪地判昭和55年11月18日判タ437号158頁
大阪高判昭和56年２月27日判時1015号121頁
名古屋地判昭和57年９月20日判タ487号110頁
東京地判昭和58年２月28日判タ498号116頁
東京地判昭和58年４月18日判時1087号94頁
神戸地判昭和58年10月４日判時1107号135頁
横浜地判昭和59年10月26日判時1142号91頁
東京地判昭和60年４月19日金判739号31頁
東京地判昭和60年10月28日判タ607号99頁
東京地判昭和62年４月30日判時1266号31頁
東京地判平成21年１月28日判タ1308号241頁
福岡地判平成22年１月14日金判1364号42頁

２　契約債務履行の回避

この類型の事案の特徴は、契約の債権者が法人格の濫用を理由に会社の負う契約上の責任を、当該会社の代表者である個人又は新会社・グループ内の他会社に責任を追及するものである。各事案の事実関係が若干異なるが、法人格の濫用にはその要件が二つある。すなわち、「支配」要件と「目的」要件である。

（1）支配要件

つまり、会社の実質的な経営者（代表者）は、その会社又はグループ会社を自己の意のままに自由に支配・操作している。

（2）目的要件

つまり、これは契約上の債務履行を免れる目的の存在を証明するものである。その目的は主に以下のようなものがある。

①　旧会社の債務を免れるために新会社を設立する

この類型に該当する判例は、次のようなものが挙げられる。

東京高判昭和45年５月６日下民集21巻５・６号629頁

最判昭和48年10月26日民集27巻９号1240頁

東京地判昭和50年８月８日判時799号90頁

東京地判昭和55年２月20日判時966号112頁

大阪地判昭和60年９月18日判タ572号80頁

②　グループ各社に独立させる形により、グループ内の他社や個人の責任を免れる

この類型に該当する判例は、東京地判昭和49年６月10日判時753号83頁が挙げられる。

③　手形金債務を回避するために、倒産直前の会社から敷地、工場、機械器具につき根抵当権を設定する

この類型に該当する判例は、松江地判昭和50年９月22日下民集26巻９～12号797頁が挙げられる。

また、契約債務履行回避の事例の中に、濫用目的を証明するために、以下のいくつかの事実を列挙している。例えば、新旧会社における事業目的・活動の実質的な同一、役員構成の同一、電話番号・従業員・取引先の同一（東京地判昭和55年２月20日判時966号112頁）が挙げられる。他方、新旧会社間に商号、営業目的・内容、従業員及び営業財産が同一であるが、新会社設立の目的は本社の自動車の販売であり、かつ営業主体も全く異なるから、法人格の濫用を否定した事例もある（長野地判昭和54年12月24日交通事故民集12巻６号1664頁）。

二　その他の債務履行の回避

この類型に属する判例は、不正競争防止法（２条）上の義務違反による損害賠償及び違約金支払債務を免れる事例（大阪地判昭和59年６月28日判タ536号266頁）と、不法行為債務履行の回避事案（水戸地判昭和53年７月７日判時918号109頁、横浜地判昭和58年３月３日判タ504号159頁）がある。

１　形骸化

横浜地判昭和58年３月３日判タ504号159頁は、その基本な事実が次のとおりである。すなわち、A有限会社は病死または斃死した牛の飼料用肉を食用肉と偽って売りつけられ、これによって損害を蒙ったXは、Aの代表者であるYに対して右損害につき賠償の責任を請求した。Xは以下の事実をもってAが実質的にYの個人企業であることを主張した。

①　YはAの代表取締役として本件売買契約に全面的に関与している
②　Aは電話番の従業員が一人いるだけ
③　Aは設備なく、電話一本で商売をしていた

水戸地判昭和53年７月７日判時918号109頁では、XはA会社に不法行為上の債権を有する。XはAが実質上Yの個人企業を理由に、本件Aの債務をYにも負担するよう請求した。

①　営業自体：Aが有限会社組織になった後も、単に使用していた車両及び手形に会社名が記載された点が異なるだけ
②　役員構成：Aの代表者たるYの妻がほとんど営業に関与しない

③　会社運営：Y 個人によって運営されている
④　事務所、電話、営業資金：これらは Y 個人の資産に依存するなど従前の Y 個人の営業とほとんど変わらない

2　濫用

水戸地判昭和53年７月７日判時918号109頁では、以下の二つの要件をもって A による債務免脱の目的を認定した。すなわち、① A の法人格が形骸化であること、② A が廃業前になされた取引行為即ち、A が赤字累積により事業継続困難となり、廃業して新たな事業を開業しようとしたとき、従前より大口の取引をしてから、一方的に取引を停止し、取引相手方に相殺の意思表示をなしたことから、A による債務免脱の目的を認定した。

大阪地判昭和59年６月28日判タ536号266頁では、Y_1会社は X に損害賠償及び違約金支払債務を負っている。X はY_2会社がY_1の債務を免れるために設立したものであることを理由に、Y_1、Y_2に連帯責任を請求した。濫用の成立について、二つの要件が要求された。すなわち、①Y_1、Y_2の同一性。すなわち、Y_1、Y_2形式上は別個の株式会社としての形態を備えてはいるが、その実態はY_2が倒産したY_1と実質を同じくする会社として設立されたものである。②債務免脱の目的。すなわち、Y_2の設立はY_1に負担する債務を免れる目的を含んでなされたものである。

三　労働契約上の地位の確認等

下級審裁判例には、会社の解散により、子会社の従業員が親会社に対し労働契約上の地位の確認や未払賃金債権の支払などを主張した判例が数多く存在する。この類型の判例について、法人格否認の法理の適用は形骸化と濫用とを両方適用する。一方、これらの事案が元々労働法の分野に属する面では、特徴的である。

1　形骸化について

判例の多くは、形骸化に該当するために、株主（親会社）が会社（子会社）に対し支配的地位にある支配要件を必要とする同時に、形骸化の諸特徴も列挙している。これに対して、親会社の支配的地位のみを強調

する事例もある。

仙台地判昭和45年３月26日判時588号38頁[7]は、偽装解散につき、子会社の従業員の有する賃金債権には親会社がその支払義務を負うとした事案である。親子会社間の形骸化の成立には、形骸化の諸特徴が列挙されなく、次のようなことが強調された。

① 親会社が子会社の業務財産を一般的に支配しうるに足りる株式を所有するとともに親会社が子会社を企業活動の面において現実的統一的に管理支配している。

② 親会社自らが会社制度を濫用する目的がない限り、子会社に対する関係で受動的立場にあるところの債権者に限ること、しかも親会社が子会社の受動的債権者に対する債務関係は常に引き受けている。

東京地判平成13年７月25日労判813号15頁は、Ｙ社に就職しその後Ｙの子会社であるＡ社の取締役となったＸは、法人格否認の法理によりＹに対し未払賃金及び退職金の支払を求めた事案である。親子会社間の形骸化の成立には、次のようなことが強調された。すなわち、

① Ａは一応自己の名で取引を行い、形式上同社固有の会計処理がなされていた

② ＡはＹの一営業部門としてＹに帰属しその支配下にある

③ Ａは社主であるＢの直接の支配下に属する

結論として、②③を併せて見れば、法人格否認の法理が適用される結果、Ｙは、Ａを実質的に支配するものとして、ＡのＸに対して負う未払賃金債務及び退職金債務につき、その責任を免れることはできない。

２ 濫用について

（1）濫用目的の認定

[7] この判決について、賛成する学者がいる。例えば、志村治美「偽装解散に法人格否認の法理を適用した例」判例時報602号157頁以下など。反対する学者もいる。例えば、仙台地判昭和45年３月26日は、アメリカ法から親子会社に関する実質的支配論を無批判に継受した一例であり、有限責任排除のための実質的根拠を示していないという批判もある。江頭・前掲書120頁以下。

労働契約上の地位の確認等の事案の中に、濫用の目的が肯定されたケースがいくつか存在する。例えば、親会社は子会社の経営改善を図るために子会社の労働組合に対し強引な労務対策や団交拒否を行って子会社を解散に追いやる場合、親会社は子会社に対する支配力を不当に行使したものであり、法人格の否認に該当した場合、親会社は子会社の従業員に未払い賃金を支払った判例がある（大阪高判昭和59年３月30日判時1122号164頁）。

東京地判平成21年12月10日労働判例1000号35頁は、A社が倒産した場合、雇用契約上の債権者であるXらは、Aの経営実態とほとんど同一のB社に対し、Aが多額の債務を免れる目的で営業権のすべてをB社に承継させ自らを倒産させたことは会社制度の濫用に当たると主張して、Bに対して雇用契約上の権利を確認し、未払賃金等の支払にも請求し認容した。

また、徳島地判昭和50年７月23日労民集26巻４号580頁は、子会社の従業員が子会社の会社解散に伴う従業員に対する解雇が不当労働行為に当たると主張した場合、二つの要件を判断して子会社従業員の請求を認容した。すなわち、

① 支配要件：Y_1は実質上Y_2の一製造部門にすぎず、経済的には単一の企業体と見られるのみならず、現実的にも同社はY_2の企業活動の全ての面にわたって統一的に支配しており、本件解散もその指導と是認との下に行われた

② 目的要件：子会社の設立それ自体は違法または不当な目的の下に為されたものでなくても、子会社の解散が不当労働行為の意思でなされ、親会社も直接これに加担している場合には、解散を理由として子会社がなした従業員の解雇は、まさに会社形態を利用するにつき違法または不当な目的を有しているものというべきである

これに対し、法人格否認の法理の適用を否定した判例は、次のような理由で濫用の目的を否定した。すなわち、大阪高判平成18年５月30日労判928号78頁は、解雇による派遣先会社との雇用契約上の地位確認などの事案で、派遣会社Aと派遣先会社Bとの間に、人的及び資本上の関係はなく、BはAの一取引先に過ぎないという理由で、Bにおいて自

らの雇用責任を回避するため違法な目的を有するというＸの請求を否定した。

横浜地判平成15年12月16日労判871号108頁は、子会社の解雇による子会社従業員の親会社に対する労働契約上の地位確認事件において、親会社が別会社から子会社を買収してその地位を引き継いだ場合、子会社に対してある程度強力な影響力を有していたけれど、両社はもともと全く無関係の会社で、買収後も会計帳簿が別個に作成し、財産が混同していないから、子会社は親会社の一部門にすぎないという原告らの主張は採用しないとした。

大阪高判平成15年11月13日労判886号75頁は、解雇は会社解散に伴う清算の一環として従業員を解雇するものであるし、子会社が解散に際して労使協議で誠意を尽くして問題の解決を図っているから、本件解雇は権利の濫用ではないとして、法人格否認の法理の適用という控訴人の控訴を棄却したとした。

(2) 支配要件と目的要件との相関関係

大阪高判平成15年１月30日労判845号５頁は、Ｂ社の専属下請会社であるＡ社の元従業員で、Ｂ社の従業員らによって組織された労働組合の組合員であるＸらは、解雇によりＢ社に対し雇用契約上の地位の確認等を請求した事案である。当裁判所は、濫用の成立につき、以下のように論じた。

すなわち、「法人格の濫用による法人格否認の法理は、法人格を否認することによって、法人の背後にあってこれを道具として利用して支配している者について、法律効果を帰属させ、又は責任追及を可能にするものであるから、その適用に当たっては、法人を道具として意のままに支配しているという「支配」の要件が必要不可欠であり、また、法的安定性の要請から「違法又は不当な目的」という「目的の要件」も必要とされるのであり、…上記「支配の要件」と「目的の要件」の双方を満たすことが必要であると解される」。

「そして、取引行為等から生じる単発的又は定型的な法律関係とは異なり、雇用関係という継続的かつ一定程度包括的な法律関係の存在を法人格否認の法理を適用して背後にある法人との間で認める場合には、上

記「支配の要件」における支配の程度は、上記法律関係の特質に鑑み、強固なものでなければならず、双方の法人が実質的に全く同一であることまでは要しないとしても、背後にある法人が、雇用主と同視できる程度に従業員の雇用及びその基本的な労働条件等について具体的に決定できる支配力を有していたことを要するものと解される」。

これと同じ立場を示す判例は、大阪高判平成15年６月26日労判858号69頁が挙げられる。

四　その他

この類型に属する事例は、預託金返還請求事例（名古屋地判平成17年６月22日金判1302号54頁、札幌高判平成17年５月18日 LEX/DB28101027、東京地判平成16年８月31日金融法務事情1754号91頁）、第三者異議事例（鹿児島地判昭和46年６月17日下級裁判所民事裁判例集22巻５・６号702頁、大阪地判昭和49年２月13日判時735号99頁、宇都宮地判大田原支部平成16年１月21日民集59巻６号1750頁）、税法関係の事例（東京地判昭和48年３月26日税務訴訟資料72号411頁、東京地判昭和47年８月２日税務訴訟資料68号1003頁、松山地判昭和57年１月29日 LEX/DB22800082、東京地判平成18年６月26日判時1960号16頁）などがある。

１　預託金返還請求事例

札幌高判平成17年５月18日（LEX/DB28101027）は、会員権の預託金返還につき、預託金返還債務を保証したＢ社が倒産した事案で、会員権を購入したＸらはＡ銀行に対して右預託金債務を請求して棄却された事案である。Ｘからの濫用主張に対し裁判所は、「Ａ・Ｂ間に求償約束その他の責任分担約定等にのみ規律されるべきでことがらであって、両者の人格的独立性を無視し、経済的関連性等にのみ依拠し、責任の一体性を強いることはできない。…企業グループとしての経済的関連性や一体性をいうだけでは、Ｂの法人格の独立性を否定するには不十分であり、他に法人格を濫用していると認めるに足りる具体的事情がさらに認められることを要する」という理由でＸの請求を棄却した。

東京地判平成16年８月31日金融法務事情1754号91頁の事実関係は、以下のとおりである。すなわち、Ａ社に予約金返還請求権を有するＸらは、

Ｂ社に対して右債権を請求した。理由は、Ａが本件預託金の返還債務を免れる目的で、休眠会社であるＢを復活させてゴルフ場経営の主体に据えたことは、法人格の濫用に当たるという。Ｘの法人格の濫用請求に対し裁判所は、「ゴルフ場の経営がＡからＢに引き継がせたのは、分社化による経営合理化の目的に出たものであるから、預託金返還債務を免れる目的は認められない」という理由で請求を棄却した。

２　第三者異議事例

強制執行に対する第三者異議の訴えについて、形骸化と濫用との適用が両方ある。

（1）形骸化

鹿児島地判昭和46年６月17日下級裁判所民事裁判例集22巻５・６号702頁は、その事実が以下のとおりである。すなわち、ＹがＡに対する家屋収去土地明渡事件判決の執行力ある正本に基づく強制執行にあたり、Ｘ会社からは、本件家屋はＸがＡから賃借占有し食肉販売業に使用しているものであるから、取毀しの強制執行は許さないと、右の強制執行の排除を求めた。裁判所は以下の理由でＸの請求を棄却した。

① Ｘは、Ａが税金減軽の目的で設立した有限会社で、精肉販売業の経営主体がＡからＸに変更したからといって、営業内容や営業規模には別段変更はなかった。

② Ｘの取締役はＡ及びその親戚が勤め、Ｘの出資者及び実質的な経営者はＡである。

③ Ｘは、社員総会を開いたことが無い。

④ Ｘ・Ａ間の財産は明確に区別されていない。

結論として、Ｘは、肉屋が税務対策のためいわゆる法人成りをしたに過ぎないものであって、それは全くの形骸にすぎず、その実体は背後に存するＡ個人にほかならないという。

大阪地判昭和49年２月13日判時735号99頁は、その事実が次のとおりである。すなわち、Ｘ会社は、ＹがＡに対する執行力ある判決の正本も基づく差押えにあたり、本件物件は、自分がその所有権を取得したことをもって、上述強制執行の排除を求めた。裁判所は形骸化を理由にＸ

の請求を棄却した。

① Xは A が税務対策の目的で設立した会社であり、両者間の営業実態は変わらない。

② Xの役員構成は、A 及びその親戚が勤める。

③ Xの取締役会は年に一回程度、株主総会は一度も開かれていない。

④ X・A 間の営業所・収支など区別されていない。

よって、Xはもと A の個人営業であったものが法人成りしたものであるが、その実体は依然 A の個人営業と変わらず、その法人格は、本件物件を X 名義で購入したときの前後を通じて形骸化としているという。

(2) 濫用

宇都宮地判大田原支部平成16年１月21日民集59巻６号1750頁は、その事実関係が以下のとおりである。すなわち、X は、Y らに差し押さえられた物件は自己が所有又は占有しているものであると主張して、強制執行に対する第三者異議の訴えを提起した。裁判所は濫用について二つの要件即ち、支配要件と目的要件を持ち出して判断を行った。

一　支配要件

A 社が X を意のままに道具として利用しうる支配的地位にある

二　目的要件

① 事件経緯：A 社は D 社を受託者として信託契約を締結し、D 社に A の持分全部を移転した。D は代表者も本店所在地も同じくする C 社との間で本件ゴルフ場に付属する建物につき期間を３年とする短期賃貸借契約を締結した。

② A・D・C 間の関係：三社は役員構成もほとんど同じくする関連会社である。また、A が本件ゴルフ場の土地の持分全部を D に移転し、D が C に本件ゴルフ場に付属する建物を賃貸しなければならない理由が容易に見出しがたい。

③ A 社の経営実態：代位弁済額の上昇により、本件ゴルフ場への負担額が大きくなる

④ X は A・D・C 間の契約関係の不自然さという Y の指摘に積極的に反論していない

結論としては、短期賃貸借契約による執行妨害目的の蓋然性、同契約締結の必要性から、三社は債権者による強制執行を妨害する目的で右契約を締結したものと認めるのが相当であるという。

３　税法関係の事例

これらの事例は、法人税納付をめぐる所得の帰属者の認定事例、租税債権の取立てをめぐる貸付金債権相殺の成否事例などがある。

（1）所得の帰属者の認定事例

東京地判昭和47年８月２日税務訴訟資料68号1003頁は、法人税法上の所得の帰属者の認定の事例である。すなわち、Y_2はY_1会社の監査役を務め、Y_1の代表取締役であるＡを補佐して同会社の業務全般を掌理していたが、法人税を免れる目的をもって売上の一部を除外して簿外預金を設定する等の不正な方法により所得を秘匿したうえ、法人税の確定申告書を提出しないで、右期限を徒過し法人税額を免れた。

本件所得の帰属者の認定について、裁判所は、Ａの個人所得即Y_1の法人所得であると認定した。すなわち、本件店舗はすべてＡが建設し、もっぱらＡの意思で運営され、売上金もすべてＡが回収していたから、各店舗は実質的にはすべてＡ個人の営業であり、そこから生ずる収益も実質的にはＡ個人が享受していた。したがって、個人所得即法人所得と見られる場合に、国が所得の帰属者を法人と認めることは、実質課税の原則に反するものではないと言えるという。

東京地判昭和48年３月26日税務訴訟資料72号411頁は、その事実が以下のとおりである。すなわち、Ａ～Ｃ会社は、その業務に関し、法人税を免れようと企て、売上除外および架空の工事費、広告宣伝費の計上等によって、簿外預金を蓄積する等して所得を秘匿してうえ、税務署に虚偽の法人税額確定申告書を提出する不正の行為により、会社の事業年度の正規の法人税額と申告税額との差額を免れた。Ｙはａ～Ｃの実質的経営者として、各会社の業務全般を統轄していた。裁判所は、会社という法的形態に基づいて生ずる法律（法人税法）上の責任の回避という理由で、Ａ～Ｃに罰金を処し、Ｙに懲役を処した。

ＹとＡ～Ｃとの関係について、裁判所は以下の事実を認定したうえ

で、本件所得がＹ個人に帰属すると認定した。すなわち、会社設立の目的（営業政策、租税軽減）、設立手続・株主及び役員構成（Ａ～Ｃを含めた７つの会社はいずれもＹが全額出資して設立した株式会社、出資も見せ金による、役員等はＹの内妻・知人等の名を借りた）、営業内容（主たる業務は一切をＹが計画実行）、資金の管理（収入支出はすべてＹが管理していた）。

東京地判平成18年６月26日判時1960号16頁は、Ｘに属する財産を国税の滞納会社であるＡに帰属すると認定した上、Ａに対する滞納処分として違法に差し押さえたと主張して、Ｙ（国）に対して国家賠償法１条１項に基づく損害賠償を求めた事案である。当裁判所は、以下の事実を通して、ＸとＡとは、Ｙによる国税の徴収を免れる目的で恣意的に法人格を使い分けて、法人格を濫用しているものだと認めた。

すなわち、本件ＡからＸへの営業譲渡には、本件グループの経営状況、租税滞納の経緯･状況、国税当局との交渉経緯･内容等に照らすと、当時、Ａを含めた本件グループは、グループ全体が倒産の危機に瀕していたところ、国税担当職員からＡに対する追徴及び重加算税の賦課決定の見通しが告知され、本件グループ全体が深刻な打撃を受けることが十分予想されたため、本件グループを率いるＢとしては、そのまま拱手傍観できないから、Ｘが主張する再建計画自体、Ａに対する滞納処分を回避する目的をも併せ有するものであったと認定できるという。

（2）租税債権の取立てをめぐる貸付金債権相殺の成否事例

松山地判昭和57年１月29日 LEX/DB22800082は、その事実が以下のとおりである。すなわち､Ｘ（国）は､Ａに延滞税の租税債権を有する。Ｘは、その租税債権を徴収するため、国税通則法に基づき、ＡのＹに有する預金債権を差押えたうえで、同預金債権の取立権を取得した。これに対しＡは、自分がＹに有する貸付金債権を本件預金債権と相殺することを主張してＸに抗弁した。

Ｙは、抗弁の理由として次のことを主張した。すなわち、本件預金債権は、Ａの代表取締役であるＢが個人の名義でＹと金銭消費契約、手形割引等の継続的取引契約を締結した後に、その貸付金をＡから貸し付け、Ａの預金に預かり入れた。Ｙは、その貸付金債権を本件預金債

権と相殺しようと主張するには、Ａ・Ｂ間に形骸化の特徴を挙げた。裁判所は、両者間に財産混同の有無、社員に対する利益配当･報酬の支給、会社の意思決定方式等を判断した上で、Ａ・Ｂ間に形骸化の存在を否定し、Ｙによる相殺の抗弁を否認した。

五　まとめ

法人格否認の法理について、最高判昭和44年２月27日の最高裁のリーディングケース以後、下級審判決においては最高裁の提示した二つの場合即ち、形骸化の場合と濫用の場合を承継しながら、その適用の具体化を展開してきた。また、最高判昭和44年２月27日は、法人格否認の法理の適用につき最初の予想する場面は取引相手方の利益を保護することであるが、その後の下級審判決では、法人格否認の法理の適用を、取引上の債権者保護に限らず、労働者による労働契約上の地位確認等といった労働法の分野の事例が数多く出られ、所得者の帰属などといった税法上の事例も少なくなかった。また、預託金返還、第三者異議の訴え、執行力の拡張の可否などについて多くの判例が出ていた。

形骸化の場合について、下級審判決にはその適用が二つの要件を示している。すなわち、支配要件と形骸化特徴要件である。支配要件とは、株主が会社を自己の意のまま支配する地位を有することをいう。これに対して形骸化特徴要件は、株主・会社間に実質的一体性を表す事実を指す。一部の特別の判例を除いて（例えば、仙台地判昭和45年３月26日判時588号38頁）、下級審判決では形骸化を適用する際に、この二つの要件が揃うことを要求している。

また､形骸化を適用する判例の中に､肯定例と否定例が分かれている。ただ、形骸化が成立した事案と成立しない事案とを比較してみれば、主張した形骸化の諸特徴が同じ又は類似している場合でも、必ずしも同じ結論（形骸化に該当するかどうか）を導かない。

濫用の場合について、下級審判決にはその適用に二つの要件を示している。すなわち、支配要件と目的要件である（二つの要件を明言した判決は、東京地判平成13年１月31日判タ1088号225頁、大阪高判平成15年１月30日労判845号５頁、大阪高判平成15年6月26日労判858号69頁）。しかも、この二つの要件の関係について、「支配」の要件が必要不可欠で

あり、「目的」の要件も必要とされ、上記要件の双方を満たすことが必要であると明言する判決がある（大阪高判平成15年１月30日労判845号５頁、大阪高判平成15年６月26日労判858号69頁）。

支配要件とは、法人の背後にある者は法人を道具として意のままに支配していることを指す。目的要件とは、法人格を濫用して法の適用又は債務の履行を回避する目的があることをいう。判例の中に法人格濫用の表現としては以下のようなものがある。すなわち、債務履行の回避事例（東京高判昭和45年５月６日下民集21巻５・６号629頁など一２で列挙された事例）、強制執行の免脱事例（福岡地判昭和60年１月30日判タ565号130頁、東京地判平成14年12月10日 LEX/DB28080501、福岡地判平成16年３月25日金融・商事判例1192号25頁）、法の義務の潜脱事例（横浜地判昭和58年12月23日先物取引裁判例集３号21頁）、債権者詐害事例（福岡高判昭和49年７月22日判時760号95頁）がある。

第２節　形骸化に関する判例・学説の更なる検討

第１款　形骸化判例についての更なる検討

最高判昭和44年２月27日（民集23巻２号511頁）は、その提示した法人格否認の法理の適用場面の一つである形骸化を論じる際に、「株式会社形態がいわば単なるわら人形に過ぎず、会社即個人、個人即会社であって、その実質が全く個人企業と認められるが如き場合に、取引相手方の利益を保護するために、会社の背後にある個人にも責任を迫る必要が出てくる」。すなわち、最高裁のいう形骸化とは、会社とその社員との間に実質的に一体である以上、その一方が負っている取引上の債務を他方にも負わせるということである。この場合、会社の背後にある社員が取引上の債務を免れる等の目的の存在は不要である。

しかし、最高判昭和44年２月27日の判旨については疑問がないわけではない。すなわち、Ｙ会社と訴外Ａ（電気屋）は法律上別個独立の人格を有する。Ａ個人の債務をＹ会社に負担させるには、法律上の理由がなければならない。最高判昭和44年２月27日の場合、Ｘは賃貸契約を結ぶときにＡ個人とＹ会社を区別しておらず、電気屋のＡに賃貸して

いたと考えていた。つまり、Xは外観上Y会社のことをA個人と信頼して賃貸契約を結んだ。この場合、契約相手方がどちらであるかを確定することは本事件の筋であろう。さもないと、ただA・Y間における外観上区別しにくいことを理由に、一方の負う契約上の責任を他方にも負わせることは、明確な理由とはならず、説得力もないであろう。

以下、下級審裁判例の中に出た形骸化事例特に取引法分野の事例を中心に、更なる検討をしたい。

一　契約・法規範自体の解釈事例

大阪高判昭和59年5月24日金判711号31頁では、AはBの代表者であるCに貸金債権を有する。Cは前述のAに負っている債務を支払うために、BをAと工事請負契約を締結させた。後にBは前述の工事請負契約に基づいて請負代金の支払を請求した。これに対してAはA・C間の貸金債権をもってBからの請求と相殺することを主張した。Bは右貸金がC個人の債務であることを理由にAの請求を拒絶した。

大阪高裁は、B設立の目的、実体、B・C間に財産区分の欠如等を理由にB・C間に形骸化であると認定した上で、Bが請負代金債権をAに請求できないと判じた。

しかし、本事件については疑問がある。すなわち、貸金債務者はCである。一方、工事請負契約の当事者はAとBである。Bからの工事代金債権の請求に対して、Aは基本的に拒むことができない。もし、Bは、本件請負代金を通してCのために弁済をする意思があれば、第三者のためにする弁済に該当するから、BはAからの抗弁に対抗できない。B・C間のこの意思の存在を認定できなければ、単にB・C間における外観上の一体性を理由に、Bからの代金請求を否定したのは、理由が欠くため支持できないであろう。

松山地判宇和島支部昭和47年3月7日判タ278号207頁は、形骸化の認定がなされたが、事件の実質は、消費貸借契約の相手方の認定であると思われる。仙台地判昭和44年12月27日判タ243号223頁もその実質が売買契約の相手方の認定であると思われる。

大村簡判昭和47年9月25日判時694号109頁は、Aの代表取締役であるBがCの消費貸借債務を代位弁済しかつその求償債務を免除するこ

とをCとの間で合意した。後にAがCの消費貸借債務を代位弁済した。AからCに対する求償金の請求に対し、本件裁判所はA・B間に形骸化に該当すると認定してAからの求償権行使を否定した。一方、本件裁判所は民法第474条第２項の法意に照らしてAがCに求償権を請求することができないと判じた。

二　「濫用」判決の中の形骸化要素

（1）福岡地判昭和60年１月30日判タ565号130頁

事案としては次のとおりである。すなわち、Aが自己に対する確定判決の強制執行を免れるために休眠会社であるBを利用して、同一従業員、同一営業設備を使用して同種事業を営んでいる。XはAの上述行為が強制執行を免れるためであるから、Bに対し右確定判決の認めるA個人債務の支払を求めた。

裁判所は、Aの法人格濫用の成立について次の二つの要件を示した。①会社・個人間の実質的同一性即ち、A・B間に商号、目的、役員構成変更の時期・内容、業務の実質的同一性、②個人の債権者詐害的行為即ち、Aが自己に対する確定判決の強制執行を免れるために休眠会社であるBを利用して営業を継続することである。

そこで、裁判所は、「Aは会社と形式的には別個の法人格としての形態を備えてはいるが、会社はAの個人営業と実質的に異ならず、Aの既存債務の支払を免れることを主たる目的として被告の法人格が濫用されたものと認めるべきである」と判断を下した。よって、本事件は、A・B間に商号、目的、役員構成変更の時期・内容、業務の外観上の同一性が認定したが、事件の中心は株主による確定判決の強制執行を免れることである。

（2）横浜地判昭和58年12月23日先物取引裁判例集３号21頁（一審：横浜地判昭和58年11月14日先物取引裁判例集３号17頁）

本件は、業務停止処分を潜脱し、かつ債権回収を免れるために新たに会社を設立した場合、新旧会社に連帯責任を課された事案である。濫用の成立に二つの要件が示された。すなわち、①新旧両会社の一体性即ち、新会社はその本店を旧会社の支店に置き、支店を旧会社の支店に置くこ

と、営業場所・業務が同じであること、役員が同じであること。②新会社設立目的即ち、旧会社の業務停止処分を潜脱し、かつ債権回収を免れるために新たに会社を設立したことである。

本事件は、重要な問題が新旧会社間に実質的一体性の存否ではなく、旧会社による債務履行を免れることにあるであろう。

（3）大阪地判昭和59年６月28日判タ536号266頁

基本的事実は以下のとおりである。すなわち、A、B 会社は形式上別個の株式会社であるが、その実態は B が倒産した A と実質を同じくする会社として設立したものであると認定した。また、A の設立は倒産した B の債務を免れる目的を含んでなされたものと認めた。つまり、この事件では、A・B 間に実質的一体化であるかどうかが重要な問題でなく、A の設立は B の債務を免れることが本事件の実質であろう。

（4）東京地判昭和55年２月20日判時966号112頁

【事案】

Y_1会社は X に手形金、売買代金債務を負担している。X はY_2会社がY_1の債務を免れるために設立した会社であることを主張して、Y_2・Y_1に連帯して本件債務を負担すると請求した。

裁判所は、以下のとおり法人格濫用の目的を認定した。

① 事業目的：建前上共通するところが多いばかりか、実質がほとんど同じ

② 役員構成：Y_1・Y_2の株主はY_3を中心とする親族に構成され、Y_3はY_1・Y_2を実際に主宰している

③ 電話番号、従業員、取引先：Y_1・Y_2にほぼ同一

④ Y_1が清算手続きをとらないこと、Y_1・Y_2の事業目的とその活動の同一性

結論として、「Y_2はY_1の保有していた人的、物的営業用財産をほぼそのまま流用して営業活動をしている。よって、Y_1・Y_2は形式的には別個の株式会社としての形態を備えているが、その実体はY_2が倒産したY_1と実質を同じくする会社として設立されているとはいわねばならず、このような設立は、倒産したY_1の債権者に負担する債務を免れる目的

を含んでなされた会社制度の濫用といわれてもやむをえない」。

本事件は、Y_2・Y_1間における共通点を列挙したが、事案の実質は倒産した会社の債務を免れるために新会社を設立したことにある。

三　まとめ

第１款一では、形骸化判例をその実質な事実関係という立場に立って更なる考察を行った。形骸化の判例は、実はその実質な事実関係が契約相手方の確定、法規範自体の解釈に属する事例である。二では、濫用を認めた判例の中に、株主・会社間又は新旧会社間にある外観上区別しにくい状況があったが、株主又は新会社に責任を課する根拠は債務を逃れる目的にある。したがって、形骸化という要件は、株主（新会社）に責任を課する際に何らの説得力のある基準も提供せず、不明確であるといえよう。

第２款　形骸化批判についての学説考察

学説のほとんどは最高判昭和44年２月27日に提示された形骸化要件を認めている。ところで、法人格否認の法理を理論上再構築することを目的とした上で、形骸化について批判を加える有力な学説もある。以下、江頭教授の主張を考察する。

一　江頭説の紹介

江頭は、財産混同を代表とする形骸化問題を猛批判した。すなわち、江頭の「財産混同」についての定義は、「財産混同とは、財産の帰属自体が、簿記担当者にとってすら帳簿上明らかでない場合を指す」のである。つまり、江頭は、単に株主の資産と会社資産が物理的・空間的に同一の場所に存在し、株主が会社資産を無償で私用に供し、あるいは会社に資力があるという外観を呈したという場合は、その実質が会社の搾取とか、過少資本又は外観信頼に対する責任として株主の責任が問題になるにすぎないと考えた[8]。その上で江頭は、財産混同が法人格否認の判例

[8] 江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』（東京大学出版会、1980年）340 ～ 341頁。

の中で重要な役割を果たすものではないと断言した[9]。

江頭は、さらに形骸化の役割を述べた。すなわち、「…多くの場合、会社の搾取・会社の信用状態についての情報隠匿・会社の過少資本など、支配株主が会社債務について責任を負わねばならない実質的理由はほかにあり、右にのべた帳簿の不完備＝財産混同は、せいぜい、原告がその存在を立証することによって、被告である支配株主による会社の搾取等の存在が推定され、被告側がその不存在を立証せねば責任を免れなくなるという、挙証責任の転換の意味があるにすぎないということに帰着する」である[10]。すなわち、江頭は、財産混同が挙証責任の転換の程度しか意味がないと主張した。

二　検討

江頭は、財産混同の問題の実質が会社の搾取とか、過少資本又は外観信頼に対する責任として株主の責任の問題であると指摘した。この指摘が鋭い。

第１款一に扱った形骸化事例について、実に取引相手方が会社と取引するか、又は個人と取引をするか判然できない場合が多く存在した。この場合、契約相手方の確定、法規範自体の解釈によって事案の妥当な解決ができる。これに対し、形骸化自体は株主（新会社）に責任を課する際に何らの説得力のある基準も提供していないから、その存在自体が必要としないであろう。

最高判昭和44年２月27日にも、賃貸人側から賃貸契約の相手方が電気屋のＡに賃貸していたか、又はＹ会社に賃貸していたかを判然できなかった事例であった。この場合、問題の実質は外観信頼に対する株主の責任であると理解する方が妥当であろう。すなわち、株主個人は、取引相手に対して会社が自己の個人企業であるかのような外観を作出したから、相手方からの請求に対して個人と会社が別個の主体であることを主張することができないであろう。

---

[9] 江頭・前掲書340 ～ 341頁。

[10] 江頭・前掲書341頁。

第３節　法人格否認の法理の再構成

日本において、戦後、大隅・松田両博士により、アメリカ法に倣って法人格否認の法理を適用すべきであると主張された[11]。その後、アメリカ法・ドイツ法を参考に同法理の導入を主張した蓮井教授[12]など、学説の上でこの法理の導入を主張する者が相次いだ[13]。

一方、学説の発展に対応して、法人格否認の法理を適用する若干の下級審判決が現れたが[14]、実務及び学説の大勢は、一般条項であるその法理の適用には慎重な態度をとっていた。昭和44年２月27日の最高裁判所第一小法廷の判決では、正式に法人格否認の法理の適用が定着され、その後の下級審裁判例における展開を併せて、同法理の発展が、新しい時期を迎えるようになった。

ところで、学説上、法人格否認の法理が日本に導入された後、同法理に対する消極的な見方も強かった[15]。最高判昭和44年２月27日以後、学説は法人格否認の法理を認めてその要件論の構築につき議論がなされていた。これらの学説の中で法人格否認の法理を、もっとも体系的に批判した上で同法理を再構成しようと試みた学者は、森本滋と江頭憲治郎両教授である。以下、両教授の説を考察する。

---

[11] 大隅健一郎「法人格否認の法理」法曹時報２巻８号（1950年）『会社法の諸問題』（増補版）所収。松田二郎「コンツェルン関係における株式会社の自主独立性」法曹時報２巻２号（1950年）、同「会社法人格の濫用」研修103号（1957年）ともに『株式会社法研究』所収。

[12] 蓮井良憲「米国会社法における法人被衣剥奪の法理」近畿大学法商学部論叢２巻１号23頁（1951年）、同「会社の独立性の限界」広島大学政経論叢（一）～（四）７巻３号１頁、同４号77頁、８巻１号99頁、同３号93頁（1957 ～ 1958年）。

[13] 龍田・前掲論文２頁を参照。また、法人格否認法理の学説出所を詳しく紹介する論文として、今中利昭「法人格否認論適用の限界」司法研修所論集1977年１号95頁以下を参考されたい。

[14] 例えば、熊本地裁八代支部判昭和35年１月13日判決（下級民集11巻１号４頁）、千葉地判昭和35年１月30日判決（下級民集11巻１号194頁）などが挙げられる。

[15] 例えば、会社法研究会「中小株式会社と商法」ジュリスト232号13、15、16頁（鈴木・石井発言）、西原寛一「会社制度の濫用」商事法研究３巻135 ～ 137頁。

第１款　森本説への考察

森本教授は、法人格否認の法理を理論上再構成することを目的として、同法理につき検討を加えた。教授は、資本会社の法人格の意義から分析し、その上で法人格否認の法理を「個別的規範解釈事例」と「有限責任濫用事例」とに分けてその実質的意義の解明を試みた。これらの検討を終えた後に、森本教授は、法人格否認の法理についてその体系的構成を理論上試みた[16]。

一　個別的規範解釈事例について

１　森本の問題意識

法人格否認の代表的な主張によれば、会社なる法形態が、法秩序の定める範囲を逸脱して利用される場合に、その会社の存在を全面的に否定するのではなく、その法人としての存在を認めながら、特定の事案について会社なるベールを剥奪し、その背後にある実体を捉えて、法人格あるところに法人格なきと同様の法律的取扱をなすものとされる[17]。この論説に対して、森本は、会社法人格というベールはどのようなものであるかという、会社「法人格」の意義の探求が必要になってくると指摘した。その上で、森本は、各否認事例において、どのような「ベール」がどのように剥がれているかを、それと法人格との関連を考察して、否認事例の分類整理を通して、「法人格否認の法理」の実質的内容を解明することを試みようとする[18]。

２　個別的規範解釈事例と法人格否認の法理との関係

森本は、五つの場合即ち、意思表示理論、善意取得規定、契約の解釈、単独社員の事故招致と保険金請求権の存否、親会社の自己株式に関する

[16] 森本滋「いわゆる法人格否認の法理の再検討（一）～（四）」法学論叢89巻３号～６号、同「法人格否認の法理の新展開」鈴木忠一＝三ヶ月章監修・『新・実務民事訴訟講座（7）国際民事訴訟・会社訴訟』（日本評論社、1982年）。

[17] 大隅・前掲注22書22頁。

[18] 森本・前掲書３号２～３頁。

規定の子会社への拡張に分けて検討を加えた。検討の結論としては、この五つの場合を彼の主張する法人格の実質的意義[19]に照らして、それは当該法規定（契約）の解釈適用問題として処理すべきであり、法人格否認の法理の問題ではないと主張した[20]。

（1）意思表示理論と「法人格否認の法理」

①　単独社員の詐欺と詐欺規定

森本は、一つの詐欺の例を挙げた。すなわち、ある者（乙）が、甲会社に対して意思表示をなしたところ、その意思表示が甲会社の単独社員（丙）の詐欺に基づくものである場合、乙はその意思表示を取り消すことでできるか。森本は、丙が代理人ではなく、当該契約の締結に直接に関与していない場合はどうなるかと、問題を提起した。

これについて森本は、近時のドイツの学説・判例がドイツ民法第123条第２項の解釈論として法律の文言に拘泥せず、第三者概念を考察し、当該法律関係の妥当な解決を図っていると指摘した[21]。結論として、設例の場合、その事実関係を直視して丙の詐欺を第三者の詐欺でないとして、乙に取消権を与え得るのである。最後に森本は、日本法の場合に、ドイツと同様の解釈がなされるべきであると主張した[22]。

また、森本は、設例の場合における法人格否認の適用不要を論じる際に、次のような指摘もなされた。つまり、設例の問題は、実質上、ドイツ民法第123条第２項の「第三者」の解釈問題であり、より根本的には意思表示理論における意思主義と表示主義の対立に根ざす詐欺規定の解釈問題である。したがって、この問題は、法人に特有な問題として孤立的に処理するのではなく、詐欺規定の解釈問題として、法律行為論の中

---

[19] 資本会社の法人格について、森本は法人を「財産を独立化し、権利義務の帰属点を構成し、団体の法律関係単純明確にし」と理解した上で、資本会社にあっては、形式的な財産の独立性だけではなく、実質的にも財産を完全に独立化する必要もあると主張した。森本「いわゆる法人格否認の法理の再検討（一）」法学論叢89巻３号21頁。

[20] 森本・前掲書４号45頁以下。

[21] 森本・前掲書３号24頁。

[22] 森本・前掲書３号25頁。

でその要件論が構築されるべきである[23]。

② 単独社員の性質と要素の錯誤

森本は、単独社員が業務執行者でなくても、会社との契約の相手は単独社員の性質に関する錯誤の故にその契約を取り消すことできるかどうかを問題として持ち出した。結論は、法人側において、その契約の履行のために決定的な影響を与える人の性質が、その取引においても本質的なものである場合、意思表示者はその者の性質の錯誤を理由に意思表示を取り消すことができる[24]。

(2) 善意取得規定と「法人格否認の法理」

森本は設例として、単独社員は、自己が無権利であることを知りつつ、登記簿上自己名義になっている不動産を彼の一人会社に売却する場合、単独社員とは別人格である一人会社は、善意取得の規定によって当該不動産を取得することができるか。これについて森本は、会社債権者保護という趣旨から考えれば、会社財産のみがその債権者の担保となるから、真正の実体移転を認め、業務執行者・社員が善意である場合には、善意取得が生じると解すべきであると主張した[25]。

(3) 契約の解釈と「法人格否認の法理」

① 不作為義務回避のための新会社設立又は全持分の取得

森本は、この問題を二段階に区別して論じた。第一段階は、営業譲渡人の義務の範囲はどこまでであるかという問題であり、第二段階は、譲渡人が単独社員である一人会社をも義務者と解しうるかということである。

第一段階の問題については、森本は、営業譲渡契約の譲渡人の義務の内容が、譲渡人が当該地域において従前の営業主としての地位を利用して譲受人に不利益を蒙らせる一切の行為をなすことを禁止すると解釈す

[23] 森本・前掲書３号26頁注⑳。
[24] 森本・前掲書３号28頁。
[25] 森本・前掲書４号30頁。

べきであると主張した。第二段階の問題について、森本は、通常、競業を禁ずるという趣旨の約定が為されている場合、その契約は譲渡人が一人会社の単独社員となりかつ業務執行者をもかね事実上の営業主となることを禁じていると解せられ、その義務に違反した場合、損害賠償義務が発生すると主張した。

②　全持分の譲渡と瑕疵担保責任

森本は、不動産会社の全持分の売買に際してその所有の不動産に瑕疵がある場合、持分取得者は譲渡人に瑕疵担保責任を追及しうるかという問題を挙げた。これについて森本は、瑕疵担保責任規定を類推して、両当事者は、この取引が実質上不動産の取得を目的としていることを承知する場合、不動産に瑕疵がある場合、売主に責任を負わせることは信義即に合致すると主張した[26]。

③　会社債権を社員に支払った場合、債務者は免責されるか

森本は、この問題を純粋に債権法上の問題として扱った。つまり、一人会社と社員間における主体の別異性、会社利益の保護、会社財産による債権者保護などといった立場によれば、単独社員が受領物を会社に帰属させるではなく、自己の私的財産に含むとき、会社は、債務者に対して弁済を請求することができ、債務者は既に単独社員に支払ったことを理由に会社に抗弁することができないという[27]。

(4) 単独社員の事故招致と保険金請求権の存否

森本は、この問題が自招事故規定の根本思想に基づくものであると主張した。すなわち、保険法思想、特に自招事故規定の立法趣旨からすれば、業務執行者及び事実上それと同一の支配力を有している単独社員の放火を会社の放火と評価して、保険者の免責を認めることができる。これは、特に法人格を否認する必要はなく、その根拠が自招事故規定の根

[26] 森本・前掲書４号35頁。
[27] 森本・前掲書４号37頁。

本思想に基づくものである[28]。

（5）親会社の自己株式に関する規定の子会社への拡張

子会社の自己持分取得制限につき、森本は、この問題を自己株式取得制限規範の解釈問題であり、法人格否認の法理という独自の理論は不要であると指摘した[29]。すなわち、子会社の自己持分取得制限とは、一人子会社に親会社の自己持分取得制限規定が拡張されるかどうか、さらに、株式法上の「従属的企業」に該当する子会社の場合にはどのように解すべきかという自己株式取得制限規範の解釈問題である。

（6）結論

森本は、以上に扱った八つのいわゆる否認事例について、実定法規定や契約を形式的に解釈する場合、そのほとんどが不当な結果を引き起こすが、その規定の真に意図するところを十分に汲み、具体的事案に即した妥当な解決を図る目的論的解釈や類推という解釈技術を発展させ、正義衡平の観点から、契約の修正する余地がある。よって、森本は、今日において、法律（契約）の解釈を通して、何ら不当な結果とはならず、妥当な結果に導くことができると主張している[30]。

また、森本は次の主張をした。すなわち、「法人格否認の法理」のもっとも中心的な点は、どのような場合に何故に、「法人格が濫用されている」と判断しうるかということである。また、法人格とは、財産関係を峻別する法技術であることに鑑み、以上に扱った八つの事例において、濫用かどうかは、法人格からは何の判断基準も見出せず、個々の規範の解釈を通してのみ見出されうるのである[31]。

要するに、森本は、個別的規範解釈事例に対し、事案の事実関係に対応する各規範の趣旨によって解決すれば足り、法人格否認の法理は不要であると、結論を導いた。

---

[28] 森本・前掲書４号40頁、41頁注⑰。
[29] 森本・前掲書４号43頁。
[30] 森本・前掲書４号45頁。
[31] 森本・前掲書４号48頁注⑮。

二　有限責任濫用事例について

森本は、個別的規範解釈事例に対して検討した後、ドイツ法上の「責任把握」理論を考察し、真の法人格否認の法理は、実に責任把握の問題であると主張した。すなわち、社員が会社法の基本原則即ち会社財産の維持充実義務に反することにより、会社が社員に対して有する損害賠償請求権を、会社債権者保護のために、債権者も直接行使することを認めることである。そして、森本教授は、法人格否認を認める事例は、財産混同、社員からの会社資本剥奪及び過少資本という三つの場合であると主張した[32]。

第２款　江頭説への考察

江頭は、法人格否認の法理に対して、閉鎖的な小規模会社または結合企業の法規制の考察を念頭において、アメリカ・ドイツ法上の当該法理に関する判例を総合的に考察した。そして、法人格否認の法理とは、閉鎖的な小規模会社または結合企業から生ずる雑多な利害の衝突を解決するための一般条項であるという理解を示した。さらに、法人格否認の法理の「具体化」作業として、従来の否認事例を濫用・形骸化の思考枠組みを超えて、機能類型的に整序して、法人格否認の法理を再構成することを試みた[33]。すなわち、江頭は、法人格否認の法理を①個別的利益の調整と②制度的利益の擁護という二つの類型に分けている。

一　個別的利益の調整型について

１　会社設立と法律上または契約上の義務の回避

江頭は、この問題を四つの類型を分けて論じた。まず、「社員が法律上又は契約上不作為義務を負担し、その義務を回避するため会社形態を利用する場合」を念頭において、類型Ａ：当該会社に営業をなさしめることが法律又は契約上の義務に違反するとして、債権者が社員に対して損害賠償を請求し又は会社解散、目的変更、持分の譲渡等を間接強制

[32] 森本・前掲書４号48頁以下。
[33] 江頭・前掲書128頁以下。

によって求める場合と、類型B：当該営業を営む会社自身に対し、債権者が直接に営業行為の差止を請求し、介入権を行使し、損害賠償を請求し、あるいは排他的供給契約の効果が及ぶとして債権の存在を主張する場合という二つの場合を分ける。

次に、「会社が、法律上又は契約上不作為義務を負担する場合」を念頭において、類型A'：社員又はその会社の姉妹会社の営業が不作為義務違反であるとして、債権者が債務会社自身に「類型A」と同様の請求をなす場合と、類型B'：「類型A'」と同様の状況で、債権者が、社員又は姉妹会社に対して、直接、「類型B」と同様の請求をなす場合という二つの場合を分ける。

江頭は、類型Bが真の法人格否認の問題だと指摘している。すなわち、法律又は契約上の不作為義務を負担する当事者でない会社に対する請求を基礎づけるためには、会社自身に独自の帰責事由がない限り、分離原則を排除して、社員の負担する不作為義務が会社に対しても拡張されると法律構成せざるをえない。

しかし、類型Bについて、江頭は日本法の解釈の試みとしては、法人格否認を否定すると結論付けた。

2　企業の支配・従属関係と契約の解釈

江頭は、法人格否認の法理を以下の事例に適用すべきでなく、契約の解釈の問題であると指摘している。

(1) 親会社と第三者が契約を締結する場合。

江頭は、さらにこの場合を、①従属会社に関する契約の締結の場合と、②履行補助者としての従属会社の使用等の場合に分ける。①の場合について、また「為す債務」と「与える債務」に分ける。「為す債務」の場合は、親会社が従属会社の一定の行為について義務を負う場合、それは全く契約解釈の問題であり、法人格否認の法理を援用する必要がない。一方、「与える債務」の場合には、親会社が第三者に対していかなる義務を負うかは、もっぱら契約の解釈の問題であり、法人格否認の法理を援用する余地がない。

②の場合について、江頭はこの類型の事例の本質的問題が履行補助者の存在する契約の解釈問題であると主張した。つまり、契約内容に明示

されない場合において、事実上、従属会社を履行補助者として使用した場合、履行補助者の行動から生じた損害を当然、契約当事者である支配会社が責任を負担する。

よって、親会社と第三者が契約を締結する場合に、江頭は、問題の本質は法人格否認になく、契約解釈にあると主張した。

(2) 従属会社と第三者が契約を締結する場合。

この場合の例として、従属会社が親会社又は姉妹会社から製品を調達し又は親会社・姉妹会社の一定の行為の勧誘を約する契約を第三者と締結する場合が挙げられる。江頭は、この場合も、第三者の従属会社に対する請求は、契約解釈の問題として処理でき、法人格否認の法理と関係がないと主張した。

3　契約相手方の信頼の保護

(1) 契約相手方の確定問題

江頭は、最高裁判決（最一小判昭44. 2.27判決）に対して指摘をした。すなわち、会社の中には、実質が全く個人企業と変わらず、これと取引する相手方には、その取引が果たして会社としてなされたか、又は個人としてなされたかすら判然としない場合、契約相手方の確定問題だと主張している。

(2) 会社の債務の履行について社員が責任を負う等の信頼を相手方に対して与える場合

江頭はさらに三つの場合に分ける。①社員の表示自体がすでに債務引受・保証の意思表示と評価しうるのはどこまでか（これは当該状況における客観的意思表示の解釈の問題である）、②社員が会社との「一体性」を強調することが、単なる事実の表示ではなく、相手方に債務を履行するという信頼を与えるのはいかなる場合か、③黙示であっても、社員が交渉に介入したことのみで、両者の利益の一体性と会社債務に対する社員の責任の引受を、相手方に信頼させることがありうるか等の問題が、日本でも外観信頼法理の一環として、法体系中にいかに組み込むかを、今後の課題と意識した。

（3）社員（取締役を兼ねていない）が契約交渉にあたって会社の経営状態の悪化を秘匿する場合

この問題に対して、アメリカでは必然的に法人格否認の法理の適用領域に入る。なぜなら、第三者の信用に関する保証表示は、アメリカでは書面によった場合にのみ法的効力をもつから、支配株主に対して、責任を課すには法人格否認の法理という法律構成以外に、他に存在しないからである。

一方、日本において、会社に赤字が累積し経営困難であるにもかかわらず、それを秘匿して営業を継続し、そのため会社債権者に損害を与えた場合は、もっぱら会社法429条（旧商法266条ノ３）のいわゆる「直接損害」の一事例として、倒産した閉鎖的小規模会社の取締役の責任追及問題で対応している。

４　代理又は不法行為

（1）法律行為の代理と法人格否認の法理

この類型の問題を二つの場合に分ける。つまり、①単独株主の行為に対する会社の責任と、②会社の行為に対する株主の責任である。

①について江頭は、日本法上の類似の問題に対し見解を示している。すなわち、法律構成として、法人格否認の法理ではなく、表見代理の法理すなわち、不実登記の効力（商法９条２項、旧商法14条）、表見代表取締役（会社法354条、旧商法262条）の枠内に入るべきであると主張した[34]。

次に、会社とその単独社員である取締役間の自己取引に取締役会決議を要するかといった問題に際し、江頭は最一小判昭和45. 8 .20（民集24巻９号1305頁）を例として、社員の利益即会社の利益と観念することに対し、株主・会社間の自己取引につき、会社債権者の利益を無視してはならないと、警告をしておいた。

②については、江頭は、この場合の法人格否認の法理が Agency 法理と密接な関係があると指摘しつつ、日本の場合においては、商法504条はアメリカのように Agency 法理の継続的法形成の基盤がないと明言し

[34] 江頭・前掲書254頁注（7）。

た。

よって、法律行為の代理において、アメリカ法では法人格否認の法理が存在するものの、その根底にAgency法理が存在している。一方、日本法の法体系には、代理（ないし表見代理）の制度が存するため、法人格否認の法理を援用すべきではない。

（2）不法行為と法人格否認の法理

①　株主自身の不法行為と法人格否認の法理

株主自身の不法行為の場合、江頭が、日本法の解釈論として民法44条、715条の解釈による解決や、労働組合法７条の「使用者」の判定問題などであると主張している。法人格否認の法理を適用する必然性は見当たらない。

②　使用者責任（民法715条）と法人格否認の法理

江頭は、日本の判例上、業務遂行上不法行為を為した（従属）会社の責任を、株式所有を通じて支配している親会社に対して求めた事例に対し、批判の態度を示した。すなわち、日本の場合は、自賠法３条の領域すなわち、親会社が、自動車事故を起こした子会社の被用者との間に「直接・間接の指揮・監督関係」が有するか否かを認定しないまま、形骸化による法人格否認に類似する法律構成によって親会社に対して運行供用者責任を認める事例について、形骸化要件のみを注目するではなく、その根底にある具体的な不法行為の類型等を検討すべきであるという。

５　単独社員の行為により会社が通常取得するはずの利益を喪失する場合

この類型の事例は、（1）意思表示の瑕疵、（2）物権法又は手形法における取引保護規定が適用を制限される場合、（3）単独社員による保険事故招致という三つの場面に分ける。

（1）意思表示の瑕疵

江頭は、さらに①会社の信用に対する錯誤による契約の無効等と、②単独社員の詐欺による契約の取消に分ける。①については、江頭は、問題が契約解釈の問題であると主張した。すなわち、企業の信用が契約当事者にとって、契約する際の重大な要素とするので、企業に信用が欠けることがある場合、契約相手は当然、契約を取り消しえる。

②については、例として、第三者が一人会社と契約する際に、その会社の単独社員が詐欺を行い、しかも、会社を代表する者はそれについて善意である場合、契約相手方は会社に対する意思表示を取り消しうるか（日本民法96条２項、ドイツ民法123条２項）。江頭は、この問題について、民法による解釈という考え方を賛成する（ただし、結論的に躊躇を感じる）。

（2）物権法又は手形法における取引保護規定が適用を制限される場合

江頭は、手形法上の抗弁と法人格否認の法理の関係を問題にし、最一小判昭和52年９月22日判決[35]における最高裁の判断を批判した。最高裁の判旨に対し、江頭は、真の問題は、会社と支配株主の経済的利益の密接性にあるのではなく、ＡがＢの資力・信用のみをあてにしていてその判断を誤ったにすぎないのか、それとも、ＤがＡに対して会社の債務履行について自分が責任を負う等の表示をし、又は、Ｂの真の経営状況を秘匿したことによって、ＤがＡに個人的に責任を負う事情があったのかという点にあると指摘した。

（3）単独社員による保険事故招致

単独社員の保険事故招致について、江頭は、問題の実質は法人格否認ではなく、旧商法641条（保険法17条１項）の解釈の問題であると指摘した。つまり、問題を「代表者責任」によって解決できるが、単独社員が「代表者」に完全に該当しなくても、会社債権者保護の観点から、保険者免責を認めると、江頭は主張した。

６　結論

[35] 事案は次のとおりである。すなわち、ＡがＢ会社のために融通手形を振り出し、Ｂ会社がＣ銀行でそれを割り引いた後に倒産した。Ｂ会社の銀行取引につき連帯保証人となっていたＤ（Ｂの支配株主・代表取締役）が、連帯保証人としての義務に基づき手形をＣ銀行から買い戻したうえでＡに手形金の請求をする際に、Ａは本件手形が融通手形であることを理由に、Ｄからの請求を抗弁した。最高裁は、ＢとＤとの密接な経済的利害関係ということを理由に、Ｃ銀行からＤへの裏書を、信義則上、Ｃ銀行からＢへ戻裏書が為されたと同一に評価して、Ａの抗弁の対抗を認めた。

江頭は、法人格否認の法理に対する類型化作業を行う際に、個別的利益調整型事例について、以下のように認識していた。すなわち、法人格否認の法理は、一般条項である以上、つねに一般私法法理の限界的部分で発現する[36]。したがって、一般私法法理の現在の発展のつきたところに法人格否認の法理が働いている[37]。しかし、個別的利益調整型に属する１～５事例の分析から、どの場合に一般私法法理によるべきか、どの場合に法人格否認の法理を適用しなければならないかが、その線引きが必ずしも明確ではない。そして、日本法の場合、いかなる場合に法人格否認の法理が必要であるかについても、結論は明確ではない。

二　制度的利益擁護型

江頭は、法人格否認の法理として従来論じられてきたものを、法人法（会社法）的な問題に直接帰着するかどうかを基準として、法人格否認の法理を機能的に分類した。すなわち、制度的利益擁護型とは、会社法固有の会社債権者全体の保護という法形成原理に基づいて生まれた法人格否認の法理というものである。それ以外のものは、前に扱った個別的利益調整型である。

制度的利益擁護型は、その中心が会社債権者全体の保護制度として資本の拠出・維持規整制度である。その基本的な問題点としては、「過少資本」・「財産移転」（会社搾取）・「財産混同」の規制である[38]。

１　財産混同

江頭は、財産混同を代表とする「形骸化」問題を猛批判した。すなわち、江頭の「財産混同」についての定義は、「財産混同とは、財産の帰属自体が、簿記担当者にとってすら帳簿上明らかでない場合を指す」のである。つまり、江頭は、単に株主の資産と会社資産が物理的・空間的に同一の場所に存在し、株主が会社資産を無償で私用に供し、あるいは会社に資力があるという外観を呈したという場合は、会社の搾取とか、

[36] 江頭・前掲書172頁注（12）。
[37] 江頭・前掲書170頁以下。
[38] 江頭・前掲書290頁。

過少資本又は外観信頼に対する責任として、株主の責任が問題となるにすぎないと考えた[39]。

２　会社搾取

江頭は、閉鎖的小規模会社の社員から会社への財産移転に対し、法人格否認の法理の適用を否定している。理由としては、会社（新会社）債権者・会社（新会社）少数派社員の利益を無視できないことである。しかし、江頭は、次のような場合に法人格否認の法理はその存在する余地があると主張した。すなわち、詐害行為取消権にいう債権者を害する意思を認定しがたい、コンツェルン特有の親会社から子会社へ、又は姉妹会社間の財産移転に関しては、法人格否認の法理の援用が唯一の救済となる可能性が大きい[40]。

３　過少資本

江頭の主張した「過少資本」とは、企業規模に比して極端に少額の資本で設立された物的会社のことである[41]。すなわち、企業の自己資本の水準の問題である。そして、この過少資本の現れ方として、①株主によって填補される場合、②会社外の第三者の賃貸物で填補される場合である。

ところで、過少資本は、なぜ常に株主又は会社外の第三者による填補される現象と密接しているかについて、江頭が指摘したように、もっとも重要な点は、多くの場合、株主又は会社外の第三者による填補（例えば賃貸借契約）は、会社を搾取する手段として使われていたことである[42]。この立場に立つと、過少資本は、単独で法人格否認の要件とするではなく、株主による会社搾取を判断する際の一つのファクターとして位置づけると理解することができるであろう[43]。

---

[39] 江頭・前掲書340 ～ 341頁。

[40] 江頭・前掲書162頁注（40）。

[41] 江頭・前掲書153頁。

[42] 江頭・前掲書337頁。

[43] 日本の実定法の上では、過少資本という要素を法人格否認の単独の要件ではなく、法人格濫用の枠内で社員による債権者詐害の害意の一ファクターとして捉えると主張する学者がいる。奥山・前掲書176頁。

第３款　小括

最高判昭和44年２月27日で法人格否認の法理が判例法として確立された。そして、法人格否認の適用には、形骸化と濫用という二つの場合があることも最高裁が示された。その後、下級審ではこの二つの場合をめぐってさまざまな方向で当該法理を展開した。

学説は、最高裁の提示した二つの場合について議論がなされていた。この中に、最高裁の提示された形骸化と濫用という法人格否認の法理の枠組みによらず、ドイツの学説を参考して理論上この法理を再構築することを試みる者がいる。この代表は森本教授と江頭教授である。

森本教授は、会社法の基本原則即ち会社財産の維持充実義務の維持を建前に出して、この原則に反することにより、会社が社員に対して有する損害賠償請求権を、会社債権者保護のために、債権者も直接行使することを認めることを主張している。この主張に基づいて森本教授は、従来の法人格否認の法理に属する事例を、個別的規範解釈事例と有限責任濫用事例とに分けている。

有限責任濫用事例について、森本教授は、財産混同、社員からの会社資本剥奪及び過少資本という三つの場合であると主張した。

個別的規範解釈事例について、森本教授は、これらの事例が一般私法の法理による解決が可能であるから、また、法人格の本質からは濫用の判断基準が見出せないことを併せて、この類型の事例について法人格否認の法理の適用を必要としないと主張した。

江頭教授は、森本教授と同様にドイツ法の理論を参考して、法人格否認の法理に属する事例を個別的利益調整型事例と、制度的利益擁護事例とに分けている。ただ、江頭教授は主として二点が森本教授と異なっている。

一点目は、個別的利益調整型事例について、江頭教授は基本的に一般私法の法理による解決を認めるが、一般私法の法理の尽きたところにやはり法人格否認の法理によらざるをえないと主張した。ただ、一般私法の法理の限界はどこかについて、江頭教授はその線引きをはっきり示していない。

二点目は、形骸化への批判である。江頭教授は、制度的利益擁護事例

について理論上法人格否認の法理を財産混同、会社搾取と過少資本に限定したが、アメリカ法を参考して財産混同が実に大きな役割を果たすものではないと主張した。

結論として、両教授は、法人格否認の法理を認めた上で、同法理の適用を極めて限定的であると主張した。

第４節　日本法からの示唆

第１款　法人格否認法理の要件

一　日本法考察の結論

日本において、最高判昭和44年２月27日は、いわゆる法人格否認の法理が判例法として認められることを一般的に宣言していた。この判決によると、法人格否認の法理の適用には、二つの場合が提示された。すなわち、「法人格が全くの形骸に過ぎない」場合と「法人格が法律の適用を回避するために濫用される」場合である。その後の下級審判決は、この二つの場合の具体化をめぐって、適用要件の具体化を展開した。

最高判昭和44年２月27日の判旨によれば、形骸化の実質とは、会社とその社員との間に実質的に一体である以上、その一方が負っている（取引上の）債務を他方にも負わせるということである。この場合、会社の背後にある社員が取引上の債務を免れる等の目的の存在は不要である。下級審裁判例もこの最高裁の立場を承継している。

しかし、最高判昭和44年２月27日の判旨については疑問がないわけではない。すなわち、Ｙ会社と訴外Ａ（電気屋）は法律上別個独立の人格を有する。Ａ個人の債務をＹ会社に負担させるには、法律上の理由がなければならない。最高判昭和44年２月27日の場合、Ｘは賃貸契約を結ぶときにＡ個人とＹ会社を区別しておらず、電気屋のＡに賃貸していたと考えていた。つまり、Ｘは外観上Ｙ会社のことをＡ個人と信頼して賃貸契約を結んだ。この場合、契約相手方がどちらであるかを確定することは本事件の筋であろう。さもないと、ただＡ・Ｙ間における外観上区別しにくいことを理由に、一方の負う契約上の責任を他方にも負わせることは、明確な理由とはならず、説得力もないであろう。

下級審裁判例にも同様な問題が出てくる。すなわち、形骸化判例の中に、実はその実質な事実関係が契約相手方の確定、法規範自体の解釈に属する事例がある。また、濫用を認めた判例の中に、株主・会社間又は新旧会社間にある外観上区別しにくい状況があったが、株主又は新会社に責任を課する根拠は債務を逃れる目的にある。したがって、形骸化という要件は、株主（新会社）に責任を課する際に何らの説得力のある基準も提供せず、不明確であるといえよう。

学説では、江頭教授は、財産混同が法人格否認の中で重要な役割を果たすものではないと主張した上で、財産混同の問題の実質が会社の搾取とか、過少資本又は外観信頼に対する責任として株主の責任の問題であると指摘した。江頭のこの指摘が示唆に富むと思う。すなわち、法人格否認を認めるには、財産混同という表面的な現象にとどまらず、その背後にある、株主に人的責任を課する実質な事実を探求することが一番大事であろう。

二　日本法からの示唆

中国会社法第20条第３項は、「会社の株主が会社法人の独立的地位及び株主の有限責任を濫用して、債務を逃れ、会社の債権者の利益を著しく損なった場合は、会社の債務に対して連帯して責任を負わなければならない」と規定している。この条文の文言から見れば分かるように、中国会社法第20条第３項は、その独特な性格を有している。すなわち、株主に会社の債務について連帯責任を負わせるために、会社の株主が、会社法人の独立的地位及び株主の有限責任を「濫用」することが、当該株主に責任を課する際にもっとも重要な要件となる。

また、株主が「会社法人の独立的地位及び株主の有限責任を濫用して、債務を逃れ、会社の債権者の利益を著しく損なった場合」という会社法第20条第３項の文言から、株主による有限責任を濫用する目的の存在が必要であることを読み取ることができよう。判例の大勢がこの主観的目的の存在を肯定している。

これに対し、一部の判例は、「会社がまったく形骸化である」要件と「会社の法人格が濫用される」要件とを区別せずに、形骸化を会社法第20条第３項の要件として同条の枠内に入れた。学説も同様に両者を区別せず

に法人格否認の法理の要件を論じた。現在の中国において、法人格否認の法理は裁判実務及び学説上に混乱を陥っている。その原因の一つは、形骸化を十分理解していないに由来するといえよう。

したがって、中国会社法第20条第３項の文言及び同条を適用する際の明確性・公平性の要請から鑑み、中国における法人格否認の法理は、そのもっとも重要な要件として、株主による有限責任の濫用目的の存在が必要であろう。立法論として、会社法第20条第３項の適用を拡大することを防ぐために、第一ステップとして、形骸化という概念自体を中国会社法第20条第３項の適用から排除すべきであろう。

そして、第二ステップとしては、形骸化（財産混同）をいかなる法的事実に還元するかである。第３章の形骸化に関する判例をみると、財産混同は、その実質が以下のような事実に還元することができよう。すなわち、①株主による会社財産の流用（第３章【判例28】、【判例29】、【判例31】）、②契約相手方の確認（【判例30】）、③契約相手方からの不当利得返還請求（【判例33】）である。

第２款　法人格否認法理の再構成

一　日本法考察の結論

法人格否認の法理について、最高判昭和44年２月27日で提示した「形骸化」と「濫用」という二つの場面を従わず、当法理を理論的に再構成することを試みる学者がいる。森本教授は、会社法の基本原則即ち会社財産の維持充実義務の維持[44]を建前に出して、法人格否認の法理の適用

[44] ただし、森本の主張している、会社財産の維持充実義務違反に対する有限責任の否定について、日本法上に成り立つか否か疑問がないわけではない。すなわち、株主の有限責任とは、株主は、その有する株式の引受価額を限度として会社に対し責任を負う（会社法第104条）。この意味で株主は、その引き受けた出資の払込義務を履行したら、これ以上に会社および会社債権者に対して、なんらの義務（損失分担義務、付随的給付義務）をも負担しない。大隅健一郎『全訂会社法論』（上巻）（有斐閣、1954年）265頁、石井照久『会社法上巻』（商法Ⅱ）（勁草書房、1972年）144頁、同石井照久＝鴻常夫『会社法第一巻』（商法Ⅱ－１）（勁草書房、1977年）190頁を参照。

を有限責任否定事例と個別規範調整事例とに分けられている。有限責任否定事例には、会社法の基本秩序に反することを理由に、法人格否認の適用を財産混同、会社搾取と過少資本に限定している。これ以外の事例即ち個別規範調整事例については、一般私法の法理に委ねるという。森本の主張した個別規範調整事例については、支持すべきであろう。

江頭教授は、森本教授と同様に、会社法上の基本原則である会社財産の維持充実義務の維持を建前に出して、法人格否認の法理の適用を制度的利益擁護事例と、個別的利益調整事例とに分けられている。制度的利益擁護事例について、法人格否認の適用を、財産混同、会社搾取と過少資本に限定している。それ以外の個別的利益調整事例について、江頭教授は基本的に一般私法の法理に委ね、一般私法の法理による解決に限界がある場合、法人格否認の法理を必要とすると主張している。ただ、一般私法の法理による解決の尽きたところに、江頭教授はその線引きを明確に示していないようである。

二　日本法からの示唆

本稿の主たる目的は、中国における法人格否認の法理の要件の明確化を試みることである。言い換えれば中国会社法第20条第３項の中の法人格の「濫用」とは何かを解明することは同条を理解する際にもっとも肝要である。今までの法人格否認の裁判上の運用から見れば、中国は日本と比べて比較的に単純である。すなわち、日本において、法人格否認法理の機能する場面は、金銭債権及びそれ以外のさまざまな場面がある。これに対して、中国の場合には、法人格否認の法理は、金銭債務の履行回避の場面にのみ機能している。そして、判例から見れば、①株主による会社債権者詐害、②会社財産の流用、③株主による法の義務の不履行、④会社法の強行規定の違反などが主な類型である。

しかし、前述①～④の濫用の目的を認定する際に、必ずしもその明確性を確保できるといえない。特に②、③、④の事例について、人民法院は濫用の目的を認めた事例があるが、事案全体を見れば、株主による債務逃れの目的があるかどうか疑わしい。だから、判例考察からみれば分かるように、濫用の目的を事案の事実関係から整理することができていても、「濫用」の目的は何かについて、明確な基準を提供していないと

いわざるを得ない。

したがって、中国において会社法第20条第３項の要件を明確にするために、同条を理論上に構築しなければならない。すなわち、理論上、法人格否認の法理に属する状況は何か。その代用基準として、いかなる事実があれば法人格濫用の目的に当たるかという、要件事実への探求が大切であろう。この場合、森本・江頭の説が参考になるであろう。

第６章では、以下のような作業を行う予定である。すなわち、第３章の判例に対照して、中国において法規範自体の解釈、一般私法の法理による解決が可能かどうかを試みたい。最後に、これら一般私法の法理以外に、理論上法人格否認の適用に残る事実がいかなるものかを見出したい。

論　　説

国籍の役割と国民の範囲―アメリカ合衆国における「市民権」の検討を通じて（3）

坂　東　雄　介

目　次

序
　第１章　本稿の視座

第１部：移民規制と絶対的権限の法理
　第２章　「絶対的権限の法理」の生成とその背景―19世紀末の移民法の検討
　第３章　「合衆国市民」の範囲―帰化事例を中心に
　第４章　絶対的権限の法理の理論的背景　　（以下、本号）
　　１．絶対的権限の法理の根拠
　　２．United States v. Curtiss-Wright Export Corp―絶対的権限の法理の根拠を主権に求める見解
　　３．自己保存と自己定義―主権が持つ二つの役割
　　４．判例理論への国際法の影響
　　５．小活

　第５章　絶対的権限の法理の修正―20世紀後半の判例の展開とZadvydas v.Davis 判決が有する理論的意味
　　１．絶対的権限の法理の維持と変化の胎動―Warren から Burger へ
　　２．絶対的権限の法理の修正―1970年代以降の判例の展開を中心に
　　３．判例理論の原理的転換？―Zadvydas v.Davis を素材として
　　４．Zadvydas 判決が意味するもの―司法審査の問題と合衆国憲法

による統制の問題の分離
５．絶対的権限の法理に対する批判・判例の読み直しの提唱
６．小括　（以上、本号）

第２部：合衆国市民と異質な他者―インディアン、植民地住民、黒人
第６章　インディアン、島嶼住民への絶対的権限の法理の拡張―異質な他者との接触と合衆国市民の自己理解
第７章　拡張した「絶対的権限の法理」に基づく異質な他者への対応と、20世紀前半の合衆国社会の自己理解
第８章　「異質な他者」であり続けるインディアン部族と島嶼住民―20世紀後半の展開

第３部：合衆国市民権の価値と役割―Warren Court 再検討
第９章　二級化した合衆国市民の存在―南北戦争以後の憲法修正と政府の取組み
第10章　Warren Court の論理―合衆国市民権を基礎とした権利保障の対価としての排除

第４部　日本における国籍理論と残された課題
第11章　国籍の役割と国民の範囲
第12章　残された課題

第４章　絶対的権限の法理の理論的背景

本章では、第２章、第３章において紹介した判例を踏まえた上で、19世紀に成立した絶対的権限の法理の整理及び検討を行う。

１．絶対的権限の法理の根拠

まず、絶対的権限の法理として、どのような根拠が用いられているのかを整理する[1]。第２章、第３章では、判例の紹介を通じて、主権を根拠

[1] なお、以下の記述は、Aleinikoff *et al., Immigration and Citizenship : Process and Policy 192-210* (6th ed.2008) 及び David Weissbrodt & Laura Danielson, *Immigration Law and Procedure* 53-70 (5th ed.2005) を参考にしている。

とする絶対的権限が生成した過程を明らかにしたが、絶対的権限の根拠は、必ずしも主権にのみ限定されるわけではない。主権以外にしばしば挙げられる根拠として、合衆国憲法第１編第８節第３項の通商条項、同４項帰化権限、同11項の戦争権限、憲法の構造から導き出される外交事項を扱う権限がある。また、一つの判決の中に複数の根拠が示される場合もある。

１．１．主権以外の根拠

第一に、外国人を規制する権限の根拠として挙げられるのは、通商条項である。合衆国憲法第１編第８節第３項は、合衆国との通商ならびに各州間の通商を規制する権限を連邦議会に授権している。例えば、州が外国人の入国を規制することについて争われたChy Lung判決において、法廷意見は、「連邦議会は、外国との通商を規制する権限を有する。外国との通商規制に関する責任、規制を執行する態様に関する責任は、合衆国政府に排他的に帰属する[2]」と判示した。また、合衆国に到着した全ての外国人に対して50セントの課税をすることを定めた連邦法[3]の合憲性を認めたEdye v.Robertson (Head Money Case)[4]においても、法廷意見は、「外国との通商の一部として、連邦議会は移民を規制する法律を制定する権限を有する[5]」と判示した。

しかし、移民規制権限を通商条項に位置づけることについては、「商品を有さず、売買する資金を持たない人間の移住は、『通商』の定義には容易には入らない。人間の移動する権利を規制する権限を通商条項に位置付ける見解は、商法の性質を歪め、あるいは、人間の権利の本質を奪う結果をもたらす可能性が高い[6]」という批判もある。

第二に、帰化権限も、国籍取得の場面に限らず、外国人を規制する権

[2] Chy Lung v.Freeman, 92 U.S.275, 280 (1876).

[3] Act of August 3, 1882, ch.376, § 1, 22 Stat.214 (1882).

[4] 112 U.S.580 (1884).

[5] *Id.* at 600.

[6] Edwards v. California, 314 U.S. 160, 182 (1941). Jackson裁判官の同意意見である。

限の根拠として用いられる場合がある。合衆国憲法第１編第８節第４項は、連邦議会は統一的な帰化に関する規則を定める権限を有すると規定している。帰化に関する規則を定める権限は、最終的に帰化資格を有する移民の入国を規制する権限を含むと理解されているからである。例えば、Nishimura 判決では、帰化権限を移民規制権限の根拠の一つとして挙げている[7]。

帰化に関する統一的な規則を定める権限は、市民権をそれぞれの州法によって授けることから生じる混乱を回避するために、明示的に連邦議会に授権されたという経緯を持つ（この点に関しては、第２章にて検討した Hines v.Davidowitz[8]を参照。この事例では、統一的な帰化に関する規則を定める権限の性質を正当化する際の根拠の一つとして、『ザ・フェデラリスト』の第42編を用いている[9]）。「合衆国が成立した当初は、連邦議会は帰化権限を移民規制方法の一つだと認識していた。ほとんどの州では、外国人は土地の所有又は相続、投票や公職に就くこと―市民権に基づいて排除される能力―から排除されていた。したがって、連邦議会が、帰化要件（例えば居住期間）を変更することによって、移民をコントロールすることができた[10]」。

第三に、戦争権限を挙げることができる。合衆国憲法第１編第８節第11項は、戦争を宣言する権限を連邦議会に授権している。戦争権限は、敵性外国人の入国を禁止する権限や、合衆国に居住している敵性外国人を退去強制させる権限を含むと解釈されている。

例えば、敵性外国人に対して退去強制処分を行うことができると定めた敵性外国人法[11]に基づいて退去強制命令が下されたドイツ人の人身保護請求の可否について争われた Ludecke v. Watkins[12]において、法廷意見は、「戦争権限という大きな権限を行使する責任は―連邦議会が憲法

---

[7] Nishimura v.United States, 142 U.S.651, 659 (1892).

[8] 312 U.S.52, 67-68 (1941).

[9] *Id*. at 73, footnote 35.

[10] Aleinikoff *et al*. (2008), *supra* at 201.

[11] Act of July 6, 1798, ch.66, 1 Stat.577.

[12] 335 U.S. 160 (1948).

上定める限りにおいて―合衆国大統領に委ねられる[13]」と述べ、戦争権限の視点から広い裁量を導き出している。また、Harisiades v. Shaughnessy[14]では、「外国人に対する政策は、外交、戦争権限、共和政体の維持に関する最新の政策と、中核的に、かつ複雑に絡み合っている[15]」と判示し、戦争権限に言及した[16]。

しかし、戦争権限は、全ての場合に当てはまる権限ではない。「国家の安全とは明らかに関係がない無数の移民規制にまでこの法理を拡張することは困難である[17]」。戦争権限を用いた場合、敵性外国人を排斥することは正当化できるが、友好国の外国人を排斥することは、正当化できない[18]

第四に、合衆国憲法全体の構造から導き出される権限として、外交事項権限を根拠としてあげる場合がある。確かに、合衆国憲法には外交事項を規制する権限を連邦議会に付与するという明示的な規定は存在していない。しかし、合衆国憲法は、連邦議会に対して、外国との通商を規制する権限、条約締結権限、帰化に関する統一的な規則を定める権限、戦争権限を授権していることから、黙示的に、外国人を規制する連邦政府の権限を導く見解である[19]。

1．2．絶対的権限の法理の根拠としての主権

---

[13] *Id.* at 173.

[14] 342 U.S.580 (1952).

[15] *Id.* at 589.

[16] Johnson v.Eisentrager では、法廷意見は、「敵性外国人に対する行政権限は、…合衆国の歴史の中で、戦争時の防衛にとって本質的なもの」と述べている（339 U.S.763, 774(1950).）。

[17] Weissbrodt & Danielson, *supra* at 56.

[18] Gregory Fehlings, *Storm on the Constitution: The First Deportation Law, 10 Tulsa Journal of Comparative & International Law* 63, 77 (2002).

[19] 例えば、Chinese Exclusion Case では、「合衆国は、外国、他国民との関係において、…独立国家が保持する権限を認められた一つの国家である」と判示した上で、本文中に指摘した権限を挙げている（Chinese Exclusion Case, 130 U.S.581, 604 (1889).）。

⑴第五に、国家における生来的な権限としての主権である。既に述べた移民規制権限の根拠は、明文上の根拠であったが、主権から移民規制権限を直接導く場合、合衆国憲法を超越した権限だと認識されてしまう。外国人を規制する権限を主権に求めた事例は、Chinese Exclusion Case[20]である。この判決において、Field 裁判官による法廷意見は、次のように述べる。

> 「合衆国政府が立法府の活動を通じて外国人を自らの領域から排除できることは、我々が議論する余地がない前提である。自らの領域に関する管轄権は、あらゆる独立国家に付随するものである。この権限は、国家の独立の一部である。もし国家が外国人を排除できなかったならば、国家は、他国の権限に服することになる。…（自国の領土における国家の管轄―引用者注）に対する制限を外的な根拠によって設けることは、その制約の分だけ主権を縮小させる。…自国の領域内における国家の完全かつ絶対的な権限の例外は、国家自身の同意が得られる場合である[21]」。

> 「外国人を排除する権限は、合衆国政府が有する主権にとって生来的なものであり、憲法によって授権された主権的権限の一部として、国家的利益を必要とすると合衆国政府が認めたときは常に外国人を排除できる権限の行使は、葬り去られることはないし、何者にも制約されない[22]」。

判示の上記の引用部分から理解できるように、法廷意見は、主権から移民規制権限を導いている。Chinese Exclusion Case 以前の先例、例えば、上記に見た Head Money Case―Chinese Exclusion Case のわずか５年前―では、独立国家としての主権に基づく移民規制権限を主張していた訟務長官の否定し、移民規制の根拠を「外国との通商」条項に根拠

[20] *Chinese Exclusion Case*, 130 U.S.581 (1889).
[21] *Id.* at 603-604.
[22] *Id.* at 604.

を求めていた[23]のに対し、Chinese Exclusion Case では、移民規制権限を主権に求めている。「つまり、法廷意見は、移民規制権限に関する判例のアプローチを急激に変化させた。Field 裁判官は、移民規制権限を通商条項の中に位置づけようともせず、移民規制権限を、主権に付随する排他的な連邦権限、すべての国家が有する絶対的な主権的権限だと描いた。この権限は外交事項一般を担当する連邦政府の権限に編入され、司法審査には服さない[24]」。

⑵ Chinese Exclusion Case の３年後、1891年法[25]に基づいて入国を拒否された者が人身保護令状を求めた Nishimura 判決において、法廷意見は、「すべての主権国家は、主権の生来的属性として、そして、自己保存に本質的なものとして、自国の領域内に外国人を入国させることを禁止する権限、及び自らが適切だと判断する条件を付与して外国人を入国させる権限を有していることは、最も受容された国際法の原則である[26]」と判断した。この判決は、Chinese Exclusion Case において示された「生来的権限」を確認している[27]。

この立場をさらに展開したのが、Fong Yue Ting v.United States[28]である。法廷意見は、「全ての外国人、又は特定の外国人を、無条件に、又は特定の条件の下、有事・平時に関わらず排斥する権限は、全ての主権を有する独立国家が生来的に有し、不可譲の権限であって、国家の安全、独立、福祉にとって本質的なもの[29]」と述べる。

ところが、「Chinese Exclusion Case や Nishimura 判決が多少とも合衆国憲法に言及していたのに対し、連邦議会が外国人を排斥する権限を有しているという Gray 裁判官の主張は、国際法上の原則と、イギリス

---

[23] Sara H.Cleveland, *Powers Inherent in Sovereignty:Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign Affairs,* 81 Texas Law Review 1, 110-111 (2002).

[24] *Id.* at 133.

[25] Act of March 3, 1891, ch.551, 26 Stat.1084.

[26] *Nishimura,* 142 U.S.at 658.

[27] Cleveland, *supra* at 137.

[28] 149 U.S.698 (1893).

[29] *Id.* at 711.

の実践に依拠するのみであって、移民規制権限を合衆国憲法の特定の条項に位置づけようともしないし、合衆国憲法全体の中にさえ位置づけようともしない[30]」。法廷意見は、「合衆国憲法は、この点に関して、必ずしも根拠が不確かなわけではない[31]」と述べるだけである。

2．United States v. Curtiss-Wright Export Corp―絶対的権限の法理の根拠を主権に求める見解

Chinese Exclusion Case 以降、多くの判例は、移民規制権限の根拠を主権に求めてきた。しばしば移民規制権限の根拠として挙げられる通商条項は、実定法上の根拠であったが、外国人を規制する権限の根拠を主権に求める場合、それが実定憲法以外に根拠を置く権限だと認識されてしまう。

これは、「憲法が合衆国に委任し又は州に対して禁止していない権限は、それぞれの州又は人民に留保される」と規定し、連邦議会は合衆国憲法に列挙された権限しか行使できないことを宣言している第10修正と矛盾するのではないか。

この点について、Adam B.Cox は、次のように述べる。

> 「憲法外の根拠を用いて無制約な移民規制権限を正当化することも、憲法内に根拠を求めて無制約な移民規制権限を正当化することも、アメリカ合衆国憲法の伝統と対立する。前者の場合、連邦政府が合衆国憲法から授権された権限以外の権限を有さないと理解されているため、問題である。連邦権限が合衆国憲法以外の根拠から導かれる、あるいは主権に内在するものとして位置づけられるという見解は、この伝統と衝突する。関連して、後者、すなわち憲法内に根拠を求めて無制約な移民規制権限を導く場合も、連邦政府が有する全ての列挙された権限は、様々な憲法上の制約に服すると理解されているため、問題である。例えば、州際通商を規制する連邦議会の権限を『絶対的』と承認することは、その権限が一切の憲法上の

[30] Cleveland, *supra* at 143.

[31] *Fong Yue Ting*, 149 U.S.at 711.

統制に服さないという結論を導くわけではない。憲法の構造上の問題（例えば、権力分立、連邦制）と、個人的権利（例えば、平等保護、デュープロセス）は、連邦議会が有する州際通商規制権限を制約する。なぜ授権された移民規制に関する絶対的権限が異ならないのかを説明することは困難である[32]」。

Cox が整理した、絶対的権限の法理の根拠を主権に求める論理展開と合衆国憲法第10修正の問題に関して、United States v. Curtiss-Wright Export Corp[33]における Sutherland 裁判官の法廷意見は、興味深い素材を提供している。以下では、Curtiss-Wright 判決を検討する。

２．１．大英帝国からの独立という事実からの推定

Curtiss-Wright 判決は、ボリビアに対して武器を輸出したことを理由として起訴された被告人が、大統領が後に武器輸出禁止宣言を取り消したことを理由として、訴答不十分の抗弁（demur）を申し立てた事案である。判決の過程において、第10修正と外交権限の性質について、法廷意見は、次のように述べる。

「連邦政府は、合衆国憲法に特別に列挙された権限、及び列挙された権限を実行するために必要かつ適切な限りで推定される黙示の権限以外の権限を行使してはならないという広く受容された考えは、国内事項に限っては、無条件で正しい。その領域では、合衆国憲法の主要な目的は、連邦議会に授権することが望ましい部分を、州が有する広汎な立法権限から切り出すことである。列挙された権限に含まれない領域は州に残されている。…この理論は、州が有する権限のみに当てはめることが適当である。州は外交権限を有していなかったため、外交権限を広汎な州権限から切り出すことは出来ず、この権限は、他の根拠から連邦に委ねられている。植民地期に、

[32] Adam B.Cox, *Citizenship, Standing, and Immigration Law*, 92 California Law Review 373, 385-386 (2004).
[33] 299 U.S.304 (1936).

この権限は大英帝国が排他的に有していた[34]」。

「一つの連合として活動する植民地が大英帝国から独立した結果として、対外的主権行為を行う権限は、王国からそれぞれの植民地に移ったのではなく、アメリカ合衆国として、集団として活動する植民地へ移転した[35]」。

「連合体は憲法よりも前に存在している。合衆国憲法は、『より完全な連合体（a more perfect Union）』を形成するために制定された[36]」。

「このことから、対外的主権行為を行う権限に関連する連邦政府の構造は、合衆国憲法による積極的な授権とは無関係である。戦争を宣言し、遂行する権限、平和を終了させる権限、条約を締結する権限、他の主権国家と外交関係を維持する権限は、たとえ合衆国憲法に明記されていなくても、国家性に伴う必要な権限として、連邦政府に授権されている[37]」。

そして、法廷意見は、Fong Yue Tin 判決を引用しながら、「望まれない外国人を排除する権限は…憲法は明示的に認めていないが、にも関わらず、国家性の観念から生来的に不可分の権限として存在する[38]」と判示した。

この判示が示すように、合衆国政府が「対外的主権行為を行う権限」を有するのは、大英帝国からの独立に求められる。Sutherland 裁判官は、外交事項を規制する権限を、「奇妙な[39]」ことに、憲法からではなく合衆

[34] *Id.* at 315-316.
[35] *Id.* at 316.
[36] *Id.* at 317.
[37] *Id.* at 318.
[38] *Id.*
[39] Aleinikoff *et al.* (2008), *supra* at 206.

国の独立という事実から導き出している。周知のように、合衆国が大英帝国から独立したのは1783年のパリ平和条約であって、判決の論理を採用するならば、合衆国憲法以前に外交事項規制権限が存在していたことになる。判決によれば、主体は、各植民地が共同して活動する機関である「大陸会議（the Continental Congress）[40]」である。

Curtiss-Wright 判決が示した根拠に基づくならば、「もはや移民規制権限を探求するために、合衆国憲法を検討する必要性が消滅する[41]」。この理論は、移民法の分野では重大な問題を提起する。仮に移民を規制する権限が憲法外の権限であるとするならば、合衆国憲法が定めた連邦政府に対する規制が及ばなくなるだろう。

なお、絶対的権限の法理に対する批判及び判例の読み直しについては、５章にて検討する。

２．２．国内事項と外的事項の区分

上記の判示の中で、もう一つ注目すべき点は、Curtiss-Wright 判決が、合衆国政府は列挙された権限しか行使できないと定める第10修正は、国内事項についてのみ当てはまると判示し、国内事項と外的事項を区分している点である[42]。

法廷意見の発想では、第10修正の権力の制限が及ぶ範囲は、国内事項であって、外的事項を規制する権限は、合衆国憲法の外に位置づけられる。法廷意見は、外的事項を規制する権限、すなわち、合衆国憲法外から導かれる権限として、Curtiss-Wright 判決では、移民規制権限を挙げている[43]。

では、Sutherland 裁判官は、外的事項として、移民以外にどのよう

---

[40] *Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S.at 316.

[41] Aleinikoff *et al.* (2008), at 207.

[42] Cleveland, *supra* at 274.

[43] この立場は、Sutherland 裁判官が連邦下院議員時代に、「モンゴル系移民を無制約なままに放置しておくことは、西洋における新たな人種問題を招き、深刻化させるだろう」と主張し、失効する中国人排斥法の延長を主張していた点からも裏打ちされる（Joel Francis Paschal, *Mr.Justice Sutherland—A Man Against the State* 41 (1951).）。

な事例を想定していたのか。この問題については、Sutherland 裁判官が上院議員時代[44]に執筆した論文[45]が手がかりを提供している。

この論文のタイトル「連邦政府の対内的権限と対外的権限（The Internal and External Powers of the National Government）」から明らかなように、すでに Sutherland は1910年の時点から、連邦政府の国内事項規制権限と外的事項規制権限の区分を考えていた。この論文の中で、Sutherland は、Jones v.United States[46]における、以下の判示に着目する。

> 「全ての文明国によって承認されているように、諸国民の法によって、新たな領土の支配権は、割譲・征服と同様、発見及び占有によって取得する。ある国家の国民が、他国政府、他国民による占有が開始していない領土について、…実際上の、継続的かつ有効な所有を開始した場合、当該国民が所属する国家が管轄権を行使[47]」する。

法廷意見は、このように判示し、合衆国市民がグアノ諸島―グアノとは鳥糞などが堆積して形成されたものである―を発見した場合、合衆国に帰属すると定めた1856年法[48]を合憲と判断している。この判決では、特に合衆国憲法には言及していない。したがって、Sutherland によれば、「合衆国政府は国家性（National status）に由来する特定の主権的権限を有しているという根拠によって正当化しなければ、連邦議会制定法は、明白な不正行使となる。言い換えれば、この法律は、憲法の外にあるもの（extra-constitutional）と位置づけられる[49]」。

すなわち、Sutherland の思考様式では、合衆国が領土拡張によって海外領土を取得することも、外的事項、合衆国憲法の外にある領域とし

---

[44] Sutherland は、下院議員を務めた後に上院議員を務めているため、本文中の記述と前注の記述は一見異なる内容を記しているが、誤植ではない。

[45] George Sutherland, *The Internal and External Powers of the National Government*, 191 The North America Review 373 (1910).

[46] 137 U.S.202 (1890).

[47] *Id*. at 212.

[48] Act of August 18, 1856, ch.164, 11 Stat.119.

[49] Sutherland, *supra* at 384.

て位置づけられる。

さらに、Sutherland は、紙幅の関係から包括的な検討はできないと断りつつ[50]、United States v.Kagama[51]を挙げ、「連邦統治領政府を組織し、地域住民を対象とした法律を制定する連邦議会の権限は、合衆国の領土及び財産に関する規制を定める憲法上の条項というよりは、むしろ、連邦統治領を抱える国家による所有と排他的主権―連邦政府に属し、どこにも明示されていない―に由来する[52]」という判示を引用している[53]。Kagama 判決がインディアンに対する刑事管轄権の合憲性について争われた事例である点を考慮に入れると、Sutherland の思考では、インディアンも、外的事項として位置づけられることになるだろう。

つまり、Sutherland 裁判官の思考では、合衆国政府は、国内事項に関しては、合衆国憲法が授権した権限を行使するが[54]、外的事項を扱う場合、合衆国政府は、合衆国憲法以前に存在する生来的権限を行使する。外的事項としては、移民だけではなく、合衆国の海外拡張によって包摂された島嶼住民、インディアンを規制することも含まれる。この問題は、第２部にて扱う。

３．自己保存と自己定義―主権が持つ二つの役割

⑴絶対的権限の法理は、上記の判例の展開の中で示したように、主権に根拠を持つ、あるいは主権的と位置づけられる権限である。もちろん、このような判例の思考に対しては批判もあるが、絶対的権限の法理成立当初から、主権的な性質を有すると指摘されていた点については、注目されるべきである。

例えば、Nishimura 判決は、「すべての主権国家は、主権にとって生来的なものとして、そして、自己保存に本質的なものとして、自国の領

---

[50] *Id.* at 385.

[51] 118 U.S.375 (1886).

[52] *Id.* at 380.

[53] Sutherland, *supra* at 385.

[54] Carter v. Carter Coal Corporation, 298 U.S.238, 295(1936). Curtiss-Wright 判決の約半年前に下された判決の中で、Sutherland 裁判官が執筆した法廷意見は、本文中に引用した Curtiss-Wright 判決と同様の論理を展開している。

域内に外国人を入国させることを禁止する権限、及び自らが適切だと判断する条件をつけて外国人を入国させる権限を有していることは、最も受容された国際法の原則である[55]」と判示した。

この判断が典型的に示しているように、絶対的権限の法理の背後には、「自己保存（self-preservation）」と「自己定義（self-determination）」という二つの前提があると理解されている[56]。

主権国家を維持するためには、人民は自らの領域を支配しなければならない。そのような支配を欠けば、国家は、自己、そして、自己の境界を実効的に支配することができない。その結果、国家は他国の主権に服することになる。したがって、移民を規制する権限は、「自己保存」のために、主権国家にとって生来的なものだと位置付けられる。

また、移民規制権限は、国家の「自己定義」の過程にとって本質的なものである。統治の過程を通じて、国民は、国家が支持する価値を決定する。したがって、国民は、国家のアイデンティティを確定する役割を負う。誰が国家を構成し、誰が国家のアイデンティティ創設に参加するのか、を決定することにより、移民法は、自己を定義する役割を有する。誰が国家の中に入ることができるのかについて決定することは、国家の問題である。国家の自己定義の過程が、人種差別主義的、他者に対する差別、不正義だと批判されたとしても、それは主権国家にとって本質的な性格であると描かれることになる。

例えば、Chinese Exclusion Case によれば、「独立を維持し、外国からの侵略に対して安全を保障すること[57]」は、国家にとって当然のことであり、また、「外国からの侵略」の中に、「我々に押しよせる外国人の大群[58]」が含まれる。さらに、連邦議会が「我々と同化することがない、異人種の外国人の存在が、合衆国の平和と安全にとって危険だと判断した場合[59]」には、移民を禁止することも可能である。

---

[55] *Nishimura*, 142 U.S.651, 659 (1891).

[56] Weissbrodt & Danielson, *supra* at 58-59.

[57] *Chinese Exclusion Case*, 130 U.S.at 606.

[58] *Id.*

[59] *Id.*

外国人を排斥する権限の根拠は、Chinese Exclusion Case 及びそれに続く判決でも繰り返し述べられてきたように、「あらゆる独立国家に付随するもの[60]」であって、外国人を退去強制させることが出来る権限は、「国家の独立の一部[61]」である。そして、「もし国家が外国人を排除できなかったならば、国家は、他国の権限に服することになる[62]」。

このように、自己保存、自己定義という絶対的権限の法理の前提には、構成員ルールを決定することにより、「アメリカ人民」を構成する権限も含まれる[63]。

⑵合衆国の構成員ルールを決定することには、しばしば、人種的な問題も関連する。

例えば、Hesse は、Chinese Exclusion Case において移民規制に対して適用された自己保存理論を、「同化不能な黄色人種の群れ理論[64]」と指摘する。Hesse によれば、1888年に制定された中国人の入国を禁止する法律[65]は「個人的な欠損よりも、人種的な欠損に依拠している。したがって、定住中国人に対する太平洋沿岸側の人々が抱く支配的な偏見に立脚して、合衆国最高裁判所が、この法律の性質である黄禍理論（yellow-peril theory）を承認したことは、不自然ではない[66]」。

第３章にて検討した帰化に関する判例のように、合衆国最高裁判所は、黄禍理論を背景に、絶対的権限の法理の下、異人種に対する生々しい嫌悪感を吐露する判断を下している。

アジアからの移民によってアメリカ的価値（人種、宗教、民主制など）

---

[60] *Id.* at 603.

[61] *Id.*

[62] *Id.* at 604.

[63] T.Alexander Aleinikoff, *Semblance of Soverignty* 14 (2002). また、関連する指摘として、マイケル・ウォルツァー（著）/ 山口晃（訳）『正義の領分―多元性と平等の擁護―』（而立書房・1999年）63-64頁。

[64] Siegfried Hesse, *The Constitutional Status of The Lawfully Admitted Permanent Resident Alien: The Pre-1917 Cases*, 68 Yale Law Journal 1578, 1588 (1959).

[65] Act of October 1, 1888, ch.1064, 25 Stat.504.

[66] Hesse, *supra* at 1589.

が侵害されるという黄禍論[67]は、裁判官に広く共有された認識であったと思われる。例えば、Fong Yue Ting 判決における Brewer 裁判官の反対意見は、正式事実審理を行わずに流刑という刑罰を科す当該制定法はデュープロセスを侵害していると結論を下したが、「不快な中国人[68]」「望まれない階級[69]」というフレーズを用いている。したがって、裁判官の中では、「人種や国籍を理由として外国人を排斥できる権限を連邦議会が有することについて、誰も疑問を唱えていなかった[70]」と評価されている。

このような裁判官の態度は、人種以外でも変わらない。例えば、Harisiades v.Shaughnessy[71]の Frankfurter 裁判官の同意意見は、次のように述べる。

> 「移民法がどれほど残虐で異常であろうとも、どれほど外国人嫌悪、反ユダヤ人感情、反カトリック意識を反映していようとも、その責任は連邦議会に帰属する。裁判所は、連邦議会が定めた要求を、移民法に関わる行政官に突きつけるだけである。…どのような外国人に入国、滞在が認められるのかを判断する政策は、たとえ連邦議会の判断がアメリカ的伝統を侵害し、平和を乱すものと想定しうるものであっても、連邦議会が排他的に決定するものである[72]」。

---

[67] アメリカにおける黄禍理論の展開については、ハインツ・ゴルヴィツァー（著）/ 瀬野文教（訳）『黄禍論とは何か』（草思社・1999年）71-102頁。また、黄禍論一般については、前掲・ゴルヴィツァーのほか、橋川文三『黄禍物語』（岩波書店・2000年）、飯倉章『イエロー・ペリルの神話 帝国日本と「黄禍」の逆説』（彩流社・2004年）参照。

[68] *Fong Yue Ting*, 149 U.S.at 743.

[69] *Id.*

[70] Natsu Taylor Saito, *Asserting Plenary Power Over the "Other" :Indians, Immigrants, Colonial Subjects, and Why U.S.Jurisprudence Needs To Incorporate International Law*, 20 Yale Law & Policy Review 427, 436 (2002).

[71] 342 U.S.580 (1952).

[72] *Id.* at 597.

出入国管理政策は、「我ら合衆国の人民」の範囲を確定するための第一歩であり、中国人などの異人種を合衆国市民との関係では同化不能であると判断し、水際の時点において排除することも、絶対的権限の法理から正当化される。言い換えれば、判例は、合衆国市民にとって望ましい人々／望ましくない人々の区分という連邦議会による境界線の設定を、絶対的権限の法理の下、承認している。そして、連邦議会による区分の設定そのものに、裁判所自身もコミットしていることが明らかであろう。

4．判例理論への国際法の影響

判例理論には国際法の影響も見られる。例えば、Fong Yue Tin 判決では、「…外国人を退去強制する国家の権限は、…国家への入国を禁止し、規制する権限と同様に、絶対的かつ無制約である[73]」と述べ、さらに、「国際法に関する主要な論者の見解[74]」として、Vattel、Ortolan、Phillimore、Bar の見解を本文中で引用している[75]。同様の論理展開は、他の判決でも見られる[76]。

法廷意見が絶対的権限の根拠として、国際法学者の見解を引用していることからわかるように、外国人を排斥できる権限の背景には、19世紀的な国際法の理解があると解されている[77]。

国際法の観点から移民規制を検討することは理解可能である[78]。外国人は、結局は合衆国以外の国家の国民であり、決して合衆国市民ではない。外国人に対する処遇は、必然的に合衆国と外国との関係の問題とな

---

[73] *Fong Yue Ting*, 149 U.S.at 707.

[74] *Id.*

[75] *Id.* at 707-709.

[76] 例えば、Nishimura v.United States, 142 U.S.651, 659 (1892) では、Vattel と Phillimore を引用している。

[77] 以下の記述は、Alexander Aleinikoff, *The United States Constitution in its Third Century:Foreign Affairs:Rights—Here and There:Federal Regulation of Aliens and the Constitution*, 83 American Journal of International Law 862, 863-865 (1989) を参考にしている。

[78] Aleinikoff (1989), *supra* at 863.

る。例えば、Chy Lung 判決では、外国人の入国を規制する権限が連邦だけではなく州にも帰属していたならば、「単一の州が、州自らの判断で、我々を他国との重大な論争に巻き込むことになるだろう[79]」と判示している。

州ではなく連邦が他国民との関係を規律する結果として、国際法上の問題が生じる。例えば、Harisiades v.Shaughnessy[80]では、法廷意見は、Oppenheim の著作を引用しながら、「外国人は長期間の居住をしていたとしても、排斥される危険にさらされているということは、残酷さを招く実践である。しかし、それは、全ての主権国家が生来的に有する権限として、国際法上承認された、防御と復仇のための武器である[81]」と判示している。

移民規制権限を国際法上の観点から正当化する論理について、以下の二点を指摘しておく。

第一に、判例は、19世紀的な国際法の理解に依拠している。Fong Yue Tin 判決が引用している Ortolan の見解によれば、「あらゆる国家の政府は、自国の領域内にいる外国人を、国境へ連行することによって追い払う権限を有する。この権限は、国家の構成員ではない外国人を自国に招待することは、純粋な許可、単なる許容性の問題であって、義務を生じさせないという事実に基づく[82]」。この立場からは、入国許可は、権利ではなく、あくまで特権であって[83]、「主権の一部に伴う恩恵的行為[84]」と捉えられるに過ぎない。

第二に、国際関係の観点から移民規制権限を検討することは、極めて限定的な―あるいは一切存在しない―裁判所の役割を暗示する[85]。

なぜならば、合衆国では、「問題となっている政府活動が他国との関

---

[79] *Chy Lung*, 92 U.S.at 280.

[80] 342 U.S.580 (1951).

[81] *Id*. at 587-588.

[82] *Fong Yue Ting*, 149 U.S.at 708.

[83] Stephen H.Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Powerm*, 1984 The Supreme Court Review 256, 269-270 (1985).

[84] Aleinikoff (1989), *supra* at 864.

[85] *Id*.

係における国家的利益と関わる」こと、「外交事項では、合衆国は『単一の意見』を話さなければならない」こと、「その意見は、専門家―大抵は行政府―の意見であること」を理由に、裁判所は外交関係には介入できないと捉えられているからである[86]。

上記が示すように、19世紀後半の判例は、国際法上の観点からも、絶対的権限の法理を正当化している。

5．小活

本章では、19世紀後半に成立した絶対的権限の法理の正当化根拠を整理した上で、正当化根拠を主権に求める見解（特にSutherland裁判官の思考様式）に着目し、主権というのは合衆国憲法を超えた正当化根拠であること、外的事項を規制する権限として主権が用いられていることを示した。さらに、主権には、自己保存と自己定義の二つの役割があることを提示した。

このような判例に対する批判や読み直しを提唱する見解、判例の変化については、次章にて扱う。

[86] Louis Henkin, *Constitutionalism, Democracy, and Foreign Affairs* 70-71 (1990).

第５章　絶対的権限の法理の修正―20世紀後半の判例の展開と Zadvydas v.Davis 判決が有する理論的意味

本章では、移民法の領域において19世紀後半に成立した絶対的権限の法理が、20世紀後半に徐々に変容を遂げ、必ずしもかつてのような「絶対的」とまでは言えなくなったことを示す。その上で、本章の後半では、2001年に下された Zadvydas v.Davis を検討する。これは、連邦議会の移民規制権限に対して合衆国憲法上の統制を明示的に承認した画期的な判決である。Zadvydas 判決の影響及び、Zadvydas 判決を生み出す結果となった法理論を明らかにする。

１．絶対的権限の法理の維持と変化の胎動―Warren から Burger へ

20世紀中盤までの判例は、絶対的権限の法理を維持してきたと考えて良い。例えば、Harisiades v. Shaughnessy[1]では、1940年に制定された、制定以前に共産党の党員であったことを理由として合法的に居住する外国人を退去強制できると定めた外国人登録法[2]は、どれほど過酷な帰結を招くとしても、事後法の禁止に当たらない、と判示している。ほかにも、共産主義者であることを理由に入国を拒否された Mandel が、入国拒否処分が第１修正に違反すると主張して訴えた Kleindienst v. Mandel[3]では、Mandel の講演を聴く合衆国市民が有する第１修正上の利益は、入国拒否の適法性の判断に影響を与えないと判示している。以下では、20世紀中盤以降（Warren Court 期と Burger Court 期）の判例の展開を紹介する。

１．１．Warren Court 期の判例の展開―絶対的権限の法理の維持

⑴第２章において検討したように、1940年代、1950年代は、共産主義に対する脅威から、国内の治安を侵害する可能性がある外国人を排斥運動が生じていた。その一つの到達点が、1952年に制定された移民国籍法（通

[1] 342 U.S.580 (1952).

[2] Act of June 28, 1940, ch.439, 54 Stat.670.

[3] 408 U.S.753 (1972).

称「マッカラン＝ウォルター法」)[4]であった。Warrenが長官に就任する直前のKnauff v.Shaughnessy[5]やShaughnessy v.Mezei[6]においても、「刺激的な[7]」フレーズで、入国を求める外国人の権利を否定し、入国規制に関する絶対的権限の法理を承認していた。

このような判例については、同時代であっても、批判は存在していた。例えば、Hartは、Mezei判決の論理に依拠すると、不法に入国したメキシコ人に対して退去強制命令が下されたときに完全なデュープロセス上の防御を有するのに対し、数十年間合衆国に適法に滞在し、合衆国市民と結婚し、子供も有している外国人が合衆国に再入国しようとした場合には何もデュープロセス上の保障が認められないという「残酷な結論[8]」を招くと指摘し、Knauff-Mezei法理（内容は後述）の再検討は開かれていると主張する[9]。

また、Warren Court期に、政治部門は、1960年代に展開されたJohnson大統領による「偉大なる社会」計画の一環として、1921年に導入され、合衆国の移民人口中の人種構成を維持する機能を果たしてきた出身国別割り当て制度を廃止した[10]。このように、「冷戦期の移民法分野に関する連邦議会の政策が、出身国別割り当て制度にのみ固執するのではなく、非常に寛容、好意的であった[11]」。

---

[4] Immigration and Nationality Act, ch.477, 66 Stat.163 (1952).

[5] 338 U.S.537 (1950).

[6] 345 U.S.206 (1953).

[7] Alexander Aleinikoff, *The United States Constitution in its Third Century:Foreign Affairs:Rights—Here and There:Federal Regulation of Aliens and the Constitution*, 83 American Journal of International Law 862, 865 (1989).

[8] Henry M.Hart, Jr., *The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of Federal Courts: An Exercise in Dialectic*, 66 Harvard Law Review 1362, 1395 (1953).

[9] *Id.* at 1395-1396.

[10] Act of October 3, 1965, Pub.L.No.89-236, 79 Stat.911.1965年移民法改正は、出身国別割り当て制度の廃止だけを目的とした改正ではなく、合衆国市民、永住者の家族に対する優先的移民と、特別な技術を持つ外国人の優先的移民の実施も、主要な目的であった。

[11] Senate Report No.748, *in* United States Code Congressional and Administrative News 89th Congress-First Session 1965 vol.2, at 3331.

⑵しかし、Hart のような批判や、政治部門の動向に対して、Warren Court はまったく応答していない。むしろ、Warren Court は、以下の二判決で示されるように、外国人の権利保障については、消極的であった。

第一に、Galvan v.Press[12]では、1950年に国内治安法[13]が制定される以前に、２年間共産党員であったことを理由として退去強制命令が下されたことに対し、退去強制の根拠となる法律が制定される以前の行為を理由として退去強制をすることは、合衆国憲法が規定する遡及適用の禁止に該当するかどうかが争われた。法廷意見は、移民政策の判断は、連邦議会に排他的に委ねられていると認識した上で、退去強制に対して、遡及適用の禁止条項は当てはまらないと判示した[14]。

法廷意見によれば、「我々裁判官は、自分たちを、我々の諸先輩、特に、合衆国憲法が保障する市民的自由を擁護することに最も熱心な人々よりも、人間の権利に注意を払っているとは思わない。我々は、現在の憲法体制の下では、外国人を処遇する連邦議会の権限を…承認しなければならない[15]」。

このような法廷意見に対し、Douglas 裁判官の反対意見は、現在は共産党員ではないことを理由に、退去強制を不適当と判断した。反対意見によれば、退去強制に対してデュープロセスの適用を認めないことは、「我々の憲法の基準に反している」。「平時に居住している外国人、我々による歓待を濫用していない外国人、法を遵守している我々の共同体の構成員である外国人は、デュープロセスの権利を持つ。このような外国人も、第5修正上の『なんぴと（persons）』である。このような権利は、平時には、このような外国人自らの存在が国家の安全や福祉に対立的な場合にのみ、合衆国政府によって侵害される[16]」。

---

[12] 347 U.S.522 (1954).

[13] Internal Security Act of 1950, Pub.L.No.831, ch.1024, 64 Stat.987 (1950).

[14] *Galvan*, 347 U.S.at 531.

[15] *Id.* at 531-532.

[16] *Id.* at 534.

第二に、Boutilier v.I.N.S.[17]は、合衆国内に居住しているカナダ国民が、同性愛者であり、入国拒否事由である「精神病的人格[18]」に該当するという理由に基づいて下された退去強制命令の適否が争われた事例である。法廷意見は、Chinese Exclusion Case に依拠して連邦議会の絶対的権限を明示的に承認し、「精神病的人格」は、医療上の意味ではなく、連邦議会の意図することによって判断されると判示した[19]。法廷意見によれば、「法212条 (a) (4)の立法資料は、連邦議会のそのような意図を明示的に示している[20]」。

しかし、Douglas 裁判官の反対意見によれば、退去強制は刑事手続ではないものの、合衆国内に居住している外国人にとって与える影響が大きい。「精神病的人格」という用語は、「広範かつ曖昧」であり、恣意的に用いられることを防ぐために、用語の意味を明確化する必要がある[21]。反対意見は、連邦議会の判断ではなく、精神科医の知見に依拠しながら、条文の意味を解釈している。

Galvan 判決では、Black 裁判官、Douglas 裁判官がそれぞれ反対意見を執筆し、Boutilier 判決では、Douglas 裁判官による反対意見（Fortas 裁判官同調）が提出されていたのに対し、Warren 長官は、両判決とも法廷意見に同調している。法廷意見を反対意見と対比してみると、Warren Court が、連邦議会の判断を優先していたことが明らかである。(3)人種のみを理由として公立学校における別学を定めた州法を違憲と判断した Brown v.Board of Education of Topeka[22]を代表例として、人種差別の解消に熱心に取り組んだといわれている Warren Court であっても、人種差別的色彩を強く帯びる出身国別割り当て制度を違憲と判断したわけではない。結局、Warren Court であっても、外国人に対する処

---

[17] 387 U.S.118 (1967).

[18] Immigration and Nationality Act, ch.477, § 212 (a) (4), 66 Stat.163, 182 (1952).

[19] *Boutilier*, 387 U.S.at 124.

[20] *Id.* なお、立法者が、同性愛者の入国拒否を意図していたことを示すものとして、House Report No.1365, *in* United States Congressional and Administrative News 82nd Congress-Second Session 1952 vol.2, at 1701.

[21] *Boutilier*, 387 U.S.at 132.

[22] *Brown*, 347 U.S.483 (1954).

遇については、連邦議会の絶対的権限の法理を支持していた。

Warren Court が始まる直前には、外国人の権利享有主体性が承認され、また、移民法以外の分野では、外国人であることを理由とした差別を定める州法を違憲と判断する事例（一例として、Takahashi v. Fish & Game Commission[23]）も存在していた。しかし、Warren Court は、外国人の権利享有主体を認める過去の判例は維持していたが、他の領域において平等保護に果敢に取り組んでいたにもかかわらず、外国人差別を認める州法を違憲と判断したことはない[24]。

１．２．外国人の地位向上―Burger Court によるプロジェクト

１．２．１．「分離し、孤立した少数者」としての外国人

外国人の地位向上は、Warren Court ではなく、むしろ Burger Court によって実現された。

例えば、Burger Court の初期には、合衆国市民と15年間以上合衆国に住んでいる定住外国人だけが社会福祉受給資格を有すると定めたアリゾナ州法が平等保護に反するかどうかが争われた Graham v. Richardson[25]において、法廷意見は以下のように判示した。

> 「伝統的な平等保護原理の下では、州は、区別が合理的な理由を有する限り、区別を設ける広範な裁量を有する。これは経済的領域及び社会福祉敵領域においても妥当する。しかし、判例によれば、外国人であることに基づく区別は、国籍や人種に基づく区別と同じく、生来的に疑わしく、詳細な司法審査の対象となる。集団としての外国人は、高度な司法審査を要請する『分離し、孤立した少数者（discrete and insular minority）』の一例である[26]」。

---

[23] 334 U.S. 410 (1948). 外国人であることを理由に漁業資格を制限する州法を違憲と判断。

[24] Thomas Alexander Aleinikoff, *Semblance of Sovereignty* 48 (2002).

[25] 403 U.S.365 (1971).

[26] *Id*. at 371-372.

法廷意見は、外国人を「分離し、孤立した少数者」と捉え、厳格審査を要求し、その結果として、アリゾナ州法を、第14修正が定める平等保護に反すると判断した。この判決において、法廷意見は、外国人を「分離し、孤立した少数者」と位置づけたが、これは、「州法が、外国人は司法による保護を必要とする無防備な集団であるから違憲と判断されたのではない。外国人は―少なくとも州のレベルでは―他の州内居住者から区別できないから違憲と判断されたのである[27]」。

この立場を示したGraham判決の判示は、「デニズンシップ(denizenship)」理論を示している。デニズンシップ論とは、「合法的に定住している政治体構成員は、彼らを支配している統治機構から配慮を受ける権利を有し、そして、その政治過程へと参加する権利も有しているという見解である。連邦議会は、あるカテゴリと様々な制約を―通常の憲法原則に従って―制定するという、入場を規制する権限を有する。しかし、いったん移民の入国が認められ、合衆国内に永住し始めると、外国人であることによる区別だけでは、恣意による差別となり始める[28]」。

Burger Court後期の判決であるPlyler v. Doe[29]では、不法滞在外国人の子供は公立学校に通うことができないと定めたテキサス州法が平等保護に反するかどうかが問題となった。法廷意見は、以下のように判示した。

> 「外国人の移民法上の地位がどのようなものであっても、外国人は間違いなく第14修正が定める用語の通常の意味で言う『人(persons)』である。外国人は、その存在が違法であっても、第５修正及び第14修正のデュープロセスが保護する『人（persons)』であることは長い間認められている[30]」。

そして、Graham判決と同じく、外国人であることに基づく差別は疑

[27] Aleinikoff (2002), *supra* at 175.
[28] *Id*. at 174.
[29] 457 U.S.202 (1982).
[30] *Id*. at 210.

わしいという理由に基づいて厳格審査基準を適用し[31]、テキサス州法を違憲と判断した。このように、Burger Court は、不法滞在外国人の子どもであっても、合衆国内に居住し続けるならば、「州の社会的、経済的生活に参加する構成員[32]」になることを承認した。

ほかにも、In Re Griffiths[33]では、外国人という地位は「分離し、孤立した少数者」に該当すると判示し、州弁護士の資格試験から居住外国人を排除することは第14修正が定める平等保護に違反すると判示した。

１．２．２．絶対的権限の法理の維持

もっとも、外国人に対する規制を行う連邦議会の絶対的権限が放棄されたわけではない。例えば、Mathews v. Diaz[34]において、原告の請求が認められなかったことについて、法廷意見は、「なぜならば、連邦議会は、移民及び帰化に関する広範な権限を有しているという側面の一つとして、外国人同士の中で線引きをする権限を有している―州は有さない―と合衆国最高裁判所は特に強調しているからである[35]」と指摘している。

さらに、Graham v. Richardson[36]においてさえも、法廷意見は次のように判示している。

> 「連邦政府は、どのような外国人ならば合衆国への入国を認めるのか、在留の期間、帰化前の行為について決定できる広範な権限を有する。…ただ単に外国人であるという理由に基づいて外国人の福祉的給付の受給資格を制約する州法は、憲法上連邦政府に授権された領域における最も重要な（overriding）連邦の政策と対立する[37]」。

---

[31] *Id*. at 216-217.
[32] Aleinikoff (2002), *supra* at 61.
[33] 413 U.S. 717 (1973).
[34] 426 U.S.67 (1976).
[35] *Id*. footnote 8.
[36] 403 U.S.365 (1971).
[37] *Id*. at 377-378.

外国人が分離し孤立した少数者に該当すると述べた判決であっても、それは州による規制について当てはまる問題であると判示することにより、背景では連邦が有する広範な移民規制権限を認めていた。

外国人を規制する権限は、連邦の権限であり、州が持つ権限ではない。州が外国人に対して規制をする場合は、規制可能な範囲が狭く解釈されることになる。したがって、連邦レベルにおける絶対的権限を承認することと、州の規制に対して厳格な審査基準で臨むことは矛盾するわけではない。Nquist v. Mauclet[38]において、法廷意見は、「州が、外国人であることに基づいて差を設けようとする規制をした場合、その規制は生来的に疑わしく、詳細な司法審査の対象になる[39]」と判示し、州の規制に対しては厳格審査を採用することを明らかにした。

2．絶対的権限の法理の修正―1970年代以降の判例の展開を中心に

上記で示したように、Burger Court 期であっても、絶対的権限の法理は基本的には維持されている。しかし、1970年代以降は、Burger Court 期に生じた外国人の権利保障範囲の拡大と連動して、絶対的権限の法理に対する修正が徐々に加えられている。以下では、絶対的権限の法理に対して修正を加えた判決群を検討する。

2．1．裁判所による介入

2．1．1．原則の維持―Mathews v.Diaz

まず、外国人の処遇に対する司法審査のあり方の変化について検討する。19世紀の判例理論に基づけば、前述のように、連邦議会が主権に基づく絶対的な権限を有しているため、裁判所は連邦議会の権限に介入することが出来ない。これは、20世紀の判例理論においても基本的な性格を維持している。

例えば、Mathews v. Diaz[40]では、合衆国に居住している65歳以上の者に対して連邦医療保険プログラムに対する登録資格を認めていたが、

[38] 432 U.S.1 (1977).
[39] *Id.* at 7.
[40] 426 U.S.67 (1976).

合衆国に居住していたとしてもその居住期間が５年以下の外国人は登録資格から除外されていたことが平等条項に違反するかどうかについて争われた。法廷意見は、次のように判示した。

> 「判例が長年妥当だと認めていた理由によれば、合衆国と外国人訪問者との関係を規律する責任は、連邦政府の政治部門に属する。この事項に関する決定は、外国政府との関係と関わるため、そして、日々変わりゆく政治的、経済的情勢の観点から外国人を様々に類型化しなければならないため、このような判断は、司法よりも立法部門・行政部門に委ねることが適切である。まさに本件は、憲法解釈に特徴的な厳格性よりも、柔軟な政治的選択を必要とする事例である。…日々変わりゆく世界情勢に対応する政治部門の柔軟な活動を抑制する憲法規範は、極めて重大な理由が無い限り認められない。移民及び国籍に関する連邦議会、大統領の判断について限定的な司法審査を導く理由は、政治問題（political question）に関する司法審査を排除する理由と同一である[41]」。

そして、外国人同士の中で線引きをすることは、連邦議会が行う政治的選択であって、「このような政治的選択については、我々は、連邦議会の権限の行使を特に問題視しようとは思わない[42]」と述べる。外国人に対する処遇は連邦議会が扱う事項であって、司法審査の役割が限定される考え方は、19世紀後半に成立した絶対的権限の法理を基本線として維持している。

２．１．２．変化の可能性？―Fiallo v.Bell

ところが、非嫡出子に対する優先的移民資格の取得を認めていない規定の合憲性が争われた Fiallo v. Bell[43]において、法廷意見は、従来の判

[41] *Id.* at 81-82. なお、法廷意見は、政治問題の法理を示した判決として、Baker v.Carr, 369 U.S.186, 217 (1962) を引用している。
[42] *Id.* at 84.
[43] 430 U.S.787 (1977).

例とはやや傾向が異なる判断を示している。法廷意見は、Chinese Exclusion Case など過去の判例を引用しながら、「判例は、外国人に対して入国拒否処分や退去強制処分を下す権限を、司法によるコントロールから広範に免除される合衆国の政治部門によって行使される基本的な主権的権限として長い間認識してきた[44]」と述べ、続いて、Diaz 判決を参照しながら、「外国人を処遇する権限は政治的性格を有し、それゆえ限定的な司法審査にのみ服する[45]」と判示した。

法廷意見は、絶対的権限が、近年においては、連邦議会の政策が司法審査から「広範に免除され」、「限定的な司法の役割」を導く論拠となっていることを指摘する。Diaz 判決は、連邦議会の外国人に対する政策について司法権は一切及ばないと述べたのではなく、連邦議会の外国人に対する政策については限定的な司法審査しか及ばないということを明らかにした判決だと解釈された。

ただし、移民の中でどのような線引きを行うかは「合衆国の政治部門に排他的に委ねられる政策上の問題であって、連邦議会の政治的判断の代わりに、司法部門が政治的判断を下すことができない[46]」。本件での争点は政治的性格を有するので、立法府の判断の根拠を検討し、審査することは司法の役割ではないという観点から、非嫡出子差別は違憲ではないと結論が下された。

Fiallo 判決は、絶対的権限の法理の基本原則は変わっていないものの、司法審査の可能性について―Fiallo 判決、Diaz 判決でも合憲判断が下されているように限定的な司法の役割しかありえないが―「ドアをわずかに開けた[47]」点で、19世紀的な絶対的権限の法理の修正と位置づけることができる。

このような判断には、政治問題の法理（political question）が衰退し

---

[44] *Id.* at 792.

[45] *Id.* なお、法廷意見は、このように判断する際、Hampton v.Mowson, 426 U.S.88, 101 footnote 21 (1976) も引用している。

[46] *Id.* at 798.

[47] Stephen H.Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Powerm*, 1984 The Supreme Court Review 256, 257 (1985).

た影響がある[48]。政治問題の法理の衰退を示した指導的先例と位置づけられている[49]Baker v.Carr[50]では、外交事項が司法による介入を拒否され、政府による単一の見解が特に強く求められる領域と認めつつも、「外交事項に関わる全ての事件及び争訟が、司法管轄権から外れると推定することは誤りである[51]」と判示している。

２．２．外と内の区別

２．２．１．Knauff-Mezei 法理の成立

次に、入国を法的なフィクションで捉えるという考え方について検討する。Knauff v. Shaughnessy[52]において、相対多数意見は、外国人の入国許可は主権国家たる合衆国が付与する特権であること[53]を理由に、「連邦議会が定めた手続きがどのようなものであっても、入国を拒否された外国人が問題となる限り、それは、適切な（due）プロセスである[54]」と判示した。前述したように、判例は、退去強制にはデュープロセスの保障が及ぶという原則を形成していた。本件において、入国手続の場合にはどのような手続きが規定されていようとも適切なプロセスであると述べた法廷意見は、入国拒否の場合にはデュープロセスによる統制が一切及ばないという19世紀的思考を反映している。

司法長官による聴聞を行わない継続的な入国拒否が違法な収容かどうかが争われた Shaughnessy v. Mezei[55]において、法廷意見は、まず、「我々の門を一旦くぐった外国人は、たとえ不法滞在者であっても、デュープ

[48] Adam B.Cox, *Citizenship, Standing, and Immigration Law*, 92 California Law Review 373, 421 (2004).

[49] Rachel E.Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102 Columbia Law Review 237, 263 (2002).

[50] 369 U.S.186 (1962).

[51] *Id.* at 211.

[52] 338 U.S. 537 (1950).

[53] *Id.* at 542.

[54] *Id.* at 544.

[55] 345 U.S.206 (1953).

ロセスの射程の範囲内にある伝統的な公正の基準と適合する手続を経ていなければ退去強制されることはない[56]」と判示し、現在合衆国内にいる外国人を退去強制させる場合にはデュープロセスによる憲法的統制があることを確認する。しかし、「初めての入国で入り口に立つ外国人は、異なる立場に置かれる[57]」と判示し、Knauff 判決を引用しながら、「連邦議会が定めた手続きがどのようなものであっても、入国を拒否された外国人が問題となる限り、それは、適切な（due）プロセスである[58]」と述べた。

また、外国人の「入国」の性質については、Mezei が一時的に収容施設があるエリス島に避難していたとしても、合衆国への入国に当たらないと判示した[59]。この判断に従うならば、エリス島は合衆国の領土であるにも関わらず、外国人にはデュープロセスの適用が認められないことになる。したがって、エリス島に収容されている外国人は、「我々の門を一旦くぐった外国人」ではないことになる。合衆国の領土であるエリス島内に長期間収容されたとしても、Mezei が置かれている状態は法的には「入国」しているとは位置づけられないため、入国拒否処分に対するデュープロセスによる統制が及ばないことになる。このような厳格な入国のフィクション性は、「Knauff-Mezei 法理[60]」と呼ばれている[61]。

---

[56] *Id.* at 212.

[57] *Id.*

[58] *Id.*

[59] *Id.* at 213.

[60] Aleinikoff *et al. Immigration and Citizenship : Process and Policy* 590 (6th ed.2008).

[61] なお、Knauff-Mezei 法理が形成された同時期には、Kwong Hai Chew v.Colding, 344 U.S.590 (1953) が下されている。

この事件では、永住資格を有していた外国人が、合衆国船籍の商船の乗組員として乗船し、合衆国を離れた後に、約５ヶ月の航海を経て合衆国に再入国しようとしたが、公衆の利益に対する侵害となると判断され、入国許可を取得できず、収容されたことが争われた。法廷意見は、デュープロセスの保障という憲法上の権利に関して、合衆国船籍の商船に乗船し、合衆国を離れた当該外国人は、合衆国内に継続的に居住し、物理的に存在している外国人と同一視できることを理由として、本件において、公正な告知、聴聞を受ける権利を否定す

２．２．２．Landon v.Plasencia―区別の相対化？

しかし、Landon v.Plasencia[62]において、法廷意見は、Knauff-Mezei法理の相対化傾向を示した。これは、合衆国市民の夫と子どもを持ち、永住外国人として1970年から合衆国内に居住している者が、一時的に合衆国を離れ、再入国が認められなかった者の人身保護請求について争われた事案である。

この事件では、退去強制処分を受けたPlasencia側は、長期間合衆国に居住しており、合衆国との結びつきが強いことから、入国拒否ではなく、より保障が手厚い退去強制手続が用いられるべきであると主張していた。このような主張に対し、法廷意見は、外国人の再入国におけるデュープロセスの保障が争点となったLandon v. Plasencia[63]では、合衆国船籍の商船の乗組員として乗船し、合衆国を離れた後に、約５ヶ月の航海を経て合衆国に再入国した永住資格を持つ外国人に対して第５修正上のデュープロセスの保障を認めたKwong Hai Chew v.Colding[64]に依拠しながら、「外国人がわが国への入国資格を取得し、永続的居住の契機となる結びつきを発展し始めると、その憲法上の地位は徐々に変化する[65]」という前提に立ち、再入国を求める外国人が、「継続的に居住し、現在合衆国内にいる外国人と同一視[66]」できる場合には、デュープロセスの権利が保障されると判示した。

法廷意見によれば、Plasenciaは、わずか数日の出国であったことがMezeiとの相違点である[67]。法廷意見によれば、Mezeiとは異なり、

ることはできないと判示した（*Id.* at 600-601）。

Kwong Hai Chew判決も、外国人の再入国が争われた事例であり、Knauff-Mezei法理とは異なる判断が下されているが、この事例では、合衆国船籍の商船の乗組員として乗船していた点が大きい。

[62] 459 U.S. 21 (1982).

[63] 459 U.S. 21 (1982).

[64] 344 U.S.590, 600 (1953). なお、Kwong Hai Chew判決も、Warren Courtが始まる直前の判決である。

[65] 459 U.S. 21, 32-33 (1982).

[66] *Id.* at 33.

[67] *Id.* at 34.

Plasencia のような永住外国人が短期間に合衆国外に旅行し、再入国しようとした場合、法的には「初めて入国しようとしている」状態にあるものの、全く初めて入国しようとしている外国人とは異なり、デュープロセスの保障が及ぶ。この判示は、「自由の地で生活する権利[68]」と「直接親族の再統合の権利[69]」を指摘し、Plasencia が合衆国との結びつきを有していることを強調している点で、Knauff-Mezei 法理が示した厳格な入国の法的なフィクションを相対化されたことを意味する。

ただし、本判決は、相対化と位置づけることができるが、原理的な転換ではない。なぜならば、法廷意見においても、入国を特権として位置づけているまま[70]だからである[71]。

3．判例理論の原理的転換？―Zadvydas v.Davis を素材として

上記に示したように、特に1970年代以降には、絶対的権限の法理に修正が加えられつつある。しかし、上記に示した判例は、移民規制には合衆国憲法による統制が及ばないという絶対的権限の法理の基本原則を修正するものではなかった。ところが、この点について、2001年に下された Zadvydas v. Davis[72]では、従来とは異なる画期的な判断が下された。ここでは、判決の重要性に鑑み、節を改めて論述する。

3．1．Zadvydas 判決の内容

Zadvydas 判決では、退去強制命令が下されたが、事情により退去強制が実現できなかったため、法律によって定められた退去強制期間を延長して外国人を収容することが可能かどうかが争われた。

Breyer 裁判官による法廷意見は、連邦政府が有する移民規制権限は、「重要な憲法上の制約に服する[73]」という前提の下に、退去強制期間経過

---

[68] *Id.* at 34.
[69] *Id.*
[70] *Id.* at 32.
[71] Aleinikoff (1989), *supra* at 867.
[72] 533 U.S.678 (2001).
[73] *Id.* at 695.

後も収容されているZadvydasが置かれた状況は、デュープロセスの核心部分に位置づけられる「拘束からの自由」に関する「深刻な憲法問題[74]」を提起することを認めた。その上で、法廷意見は、法律は無期限の収容を認めておらず、収容は、合理的に必要な期間に限定されると判示した。

この判断は、連邦議会が持つ絶対的権限は主権に固有なものであるから憲法による制約には事実上服さないという従来の先例とは異なり、明示的に憲法上の制約の可能性を認めている。この判示について、Aleinikoffは、次のように述べる。「この言葉は、新米読者にとっては極めて普通に映るかもしれない[75]」。しかし、「この簡素な、驚くほどさりげないフレーズ[76]」は、例えばMiranda判決のように、移民法における「劇的な転換を示すかもしれない[77]」。

ただし、この判決が、テロリズムを例外と位置づけ、判決自らの射程を限定していることについては、「重大な原理的危険性を招く[78]」と評価されている。なぜならば、この判示が示したテロリズムという「抜け道」に従えば、特別な状況が発生している場合については、Zadvydas判決が適用されないため、連邦議会がテロリズム対策の一環として移民法を改正し、多くの移民からデュープロセスによる保護を奪うことが可能だからである[79]。

---

[74] *Id.* a 699.

[75] T. Alexander Aleinikoff, *Detaining Plenary Power : The Meaning and Impact of Zadvydas v. Davis*, 16 Georgetown Immigration.Law Journal365, 366 (2002).

[76] *Id.*

[77] *Id.*

[78] *Id.* なお、この点については、小谷順子「アメリカにおける出入国管理のテロ対策法制」大沢秀介＝小山剛（編）『市民生活の自由と安全―各国のテロ対策法制―』（成文堂・2006年）25-49頁、小谷順子「退去強制を命じられた外国人の長期拘束をめぐる憲法問題―アメリカ合衆国憲法の下での一考察―」『宮崎大学教育文化学部紀要 社会科学』第13号13-29頁（2005年）が詳しい。

[79] Christie Del Rey, *Fourteenth Amendment―The Due Process Clause―Immigration and Nationality Act―It is Unlawful for the Government to Detain an Alien Indefinitely Beyond the Statutory Mandated Removal Period ―Zadvydas v.Davis, 121 S.Ct.2491 (2001),* 12 Seton Hall Constitutional Law

以上のような問題点はあるものの、Zadvydas 判決は、原理的な混乱を抱えているが、その結論は正義感覚に合致していると高く評価されている[80]。

また、人身保護請求の管轄権を制限することが合衆国憲法第１編第９節２項上の問題を提起すると認めた I.N.S. v. St. Cyr[81]、合衆国外で生まれた非嫡出子の合衆国市民権取得を制約すること[82]につき、司法審査が及ばない領域と逃げずに、通常の男女の差異に関する事案と同様に中間審査基準を用いて立法目的と手段の関連性を検証し、中身に立ち入った判断を下した Nguyen v. I.N.S.[83] [84]とあわせて、2001年は、移民法の発展にとって画期的な年であると言われている[85]。以上の判決群は、Peter Spiro の言葉を借りれば、「少なくとも、絶対的権限の法理の終焉のための原理的段階に至ったことを示している[86]」。

３．２．判決の射程とその後の判例の展開

⑴ Zadvydas 判決以後も、合衆国最高裁判所は、外国人にとって有利な

Journal 519, 533 (2002).

[80] Aleinikoff (2002), *supra* at 386.

[81] 533 U.S. 289 (2001).

[82] 合衆国市民を親とする非嫡出子のうち、海外で生まれた場合、母親が合衆国市民であった場合には、合衆国市民権を取得できるが、父親が合衆国市民である場合には、要件（子どもが18歳に到達する前に父性を宣言すること）が加重されていた。

[83] 533 U.S. 53 (2001).

[84] 最も、「水割り」された審査であって、通常の男女差別に関する違憲審査に服するならば、違憲という結論が導かれるはずである、という批判は存在している。Minh Day, *Gender-based Distincitons in Conferring Citizenship to Chirldren Born Outside of the U.S. to Unwed Parents Where the Father is the Citizen Parent Do Not Violate the Equal Protection Clause:Ngyen v.INS*, 121 S.Ct.2053, 15 Georgetown Immigration Law Journal 762, 765 (2001).

[85] Margret H.Taylor, *Behind the Scenes of St.Cry and Zadvydas: Making Policy in the Midst of Litigation*, 16 Geogetown Immigration Law Journal 271 (2002).

[86] Peter J.Spiro, *Explaining the End of Plenary Power*, 16 Geogetown Immigration Law Journal 339, 345 (2002).

立場の判決を下している。一例として、合衆国軍隊によってグアンタナモ基地に収容されていた敵性外国人が提起した人身保護請求について連邦裁判所は管轄権を有すると判示したRasul v. Bush[87]を挙げることができるだろう。

しかし、Zadvydas判決の射程をどのように捉えるのかについては、裁判所内部でも議論が錯綜している。

例えば、加重的重罪（不法目的侵入と窃盗）を犯した外国人に対する退去強制命令が争われたDemore v.Kim[88]では、Kimは、INSが社会に対する危険や逃亡の恐れがあると決定していないため、収容はデュープロセスに違反すると主張した。下級審では、Zadvydas判決に依拠しながら、INSは永住外国人の自由を上回るほど十分な、保釈がない収容を正当化する根拠を提示していないと判示した[89]。これに対し、法廷意見（一部相対多数意見）は、第一に、Zadvydas判決では最終的退去強制命令が下された後の収容について争われたのに対し、本件では、退去強制手続が継続中の外国人について争われていること、第二に、Zadvydas判決では無期限、もしくは永続化する可能性がある収容であったのに対し、本件では、Zadvydas判決よりもはるかに短い期間の収容であることを指摘し、本件においてZadvydas判決は及ばないと判示し[90]、Kimの主張を否定している。

Taylorによれば、法廷意見を含む５人の裁判官が、「絶対的権限の決まり文句[91]」に依拠しているのに対し、４人の裁判官が、「合衆国政府による個人に対する身体的監禁に関する伝統的法理[92]」を出発点とするアプローチを採用し、二つのアプローチの対立を看取できる[93]。

他方、入国許可を受けていない外国人（inadmissible alien）に対して

---

87 542 U.S. 466 (2004).

88 538 U.S.510 (2003).

89 Kim v.Ziglar, 276 F.3d 523, 535 (2002).

90 *Kim*, 538 U.S.at 527-529.

91 Magaret H.Taylor, *Demore v.Kim:Judicial Deference to Congressional Folly, in* David A.Martin&Peter H.Schuck ed., *Immigration Stories* 343, 365 (2005).

92 *Kim*, 538 U.S.at 547. Souter裁判官の反対意見である。

93 Taylor (2005), *supra* at 365.

最終的退去強制命令が下されたが、送還先の国家が受け入れを拒否したため、Zadvydas 判決と同様に、長期間の収容が行われていることがデュープロセスに反するかどうかが争われた Clark v.Martinez[94]では、Zadvydas 判決の法理が及ぶと述べ、合理的期間を超えて収容していると判示した[95]。

⑵ Zadvydas 判決は、合衆国への入国を認められたがその後退去強制命令を下された外国人と、合衆国への最初の入国許可を取得していない外国人は異なると判示し、前者のカテゴリに対してのみ、憲法上の観点から、収容期間に対する制約を設定した。この判示に対しては、仮釈放として合衆国に滞在を許可されているマリエル難民[96]が長期間収容された場合について争われたときには、後者のカテゴリに属するため、Zadvydas 判決の法理が及ばない可能性があるという懸念が提出されていた[97]。

まさに、マリエル難民の長期間の収容が争われた Martinez 判決では、Zadvydas 判決が及ぶと判示しているため、Zadvydas 判決で示された懸念は解消したと言えるだろう。

もちろん、これらの判決に対しては、根強い反論もある。例えば、Rasul 判決について、Scalia 裁判官は、法律の改正は連邦議会に委ねるべきであり、人身保護請求の管轄権を拡大した法廷意見は「最悪の類の司法冒険主義[98]」と批判する。

特に、Martinez 判決は、上述のように高い評価を下されている Zadvydas 判決の理解をめぐって、重要な問題を提起している。例えば、

---

[94] 125 S.Ct.716 (2005).

[95] *Id.* at 727.

[96] マリエル難民（Marielito）とは、1980年ごろにキューバからフロリダへ集団で亡命してきた者を指す。合計で約12万5000人となった。

[97] Aleinikoff (2002), *supra* at 377.Aleinikoff は、Zadvydas 判決において、合衆国憲法は、その存在が合法か違法か、一時的か、永続的かに関わらず、外国人を含むすべての合衆国内にいる人々に適用されると判示していることを根拠に、合衆国内で何年間も自由に生活している仮釈放状態の外国人が、デュープロセスの保障が及ばないと判断されるべきではないと述べる（*Id,* at 377-378）。

[98] 542 U.S.466, 506 (2004).

Thomas 裁判官は、Martinez 判決の反対意見において、次のような批判を展開した。

Thomas 裁判官によれば、Zadvydas 判決では、合衆国への最初の入国許可を取得していない外国人は異なる立場におかれると判示し、さらに、外国人の類型化を強調し、収容期間は退去強制の状況、対象となる外国人に依存するという前提に立脚していた。しかし、仮釈放状態であり、入国許可を取得していない外国人に対しても Zadvydas 判決の法理を適用した Martinez 判決の法廷意見は、Zadvydas 判決を誤って理解している[99]。

しかし、このような批判に対しては、Martinez 判決では、連邦議会が Martinez と Zadvydas が同一カテゴリに属するように法律を制定していたために Zadvydas 判決が先例として機能したのであって、連邦議会が両者を別なカテゴリに属するという意図を明らかにして法律を改正した場合には、Zadvydas 判決を Martinez 判決にも適用することはないという反論が提示されている[100]。立法者の判断を基礎にしているため、入国を許可されていないが、政治的な理由などによって退去強制も不可能な外国人が、合衆国へと釈放されることにより、合衆国人民に不安を与えるかもしれないが、連邦議会は、必要ならば合衆国人民が抱える不安を是正し、合衆国人民を保護するための道具を有していることになる[101]。よって、Zadvydas 判決を再解釈した Martinez 判決は、結論だけを見れば、外国人にとって、勝利かもしれないが、それは、連邦議会の判断によって崩れてしまう可能性を抱える「非常に壊れやすい勝利[102]」

---

[99] *Id.* at 729-731. なお、Thomas 裁判官は、仮に法廷意見の Zadvydas 判決理解が適切だとしても、Zadvydas 判決自体が不適切な判示であり、覆されるべきであるとも述べている。

[100] Michelle Mitsuye Shimasaki, *Clark v.Martinez: Striking a Balance Between United States Security and Due Process Rights of Illegal Immigrants*, 26 Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary 515, 551 (2006).

[101] *Id.* at 547, 551-552.

[102] *Id.* at 552.

であり、「その勝利がいつまで続くか明らかではない[103]」と評価されている。

ただし、入国許可を取得していない外国人であっても、合衆国憲法による保護を享受するという判例が存在している以上[104]、Martinez 判決の結論それ自体は、それほど驚くべきものではないかもしれない[105]。

⑶ Spiro は、2001年に下された Nguyen 判決、Zadvydas 判決が示した絶対的権限の法理からの後退現象には、様々な道筋が考えられるが、後退していくこと自体は衰えないだろうと述べた[106]。しかし、上述のように、Rasul 判決、Martinez 判決には、各法廷意見に対する批判、特に、Martinez 判決を通した Zadvydas 判決に対する批判、再解釈が提起されており、議論が錯綜している。Zadvydas 判決、Rasul 判決、Martinez 判決が示した判例の展開は、確かに絶対的権限の法理の後退と理解できるかもしれないが、その射程および実際上の意味については、今後も検討の必要を残している。

このように、判決の射程については議論が錯綜しているものの、判例が絶対的権限であっても、合衆国憲法上の統制に服する点を示したことは明らかである。

4．Zadvydas 判決が意味するもの―司法審査の問題と合衆国憲法による統制の問題の分離

Zadvydas 判決について、移民法研究者の間では、多様な議論が展開されているが、ここでは、T.Alexander Aleinikoff による評価に着目し

---

[103] *Id.* at 554. 同様の見解として、Jose Javier Rodriguez, *Clark v. Martinez: Limited Statutory Construction Required by Constitutional Avoidance Offers Fragile Protection for Inadmissible Immigrants from Indefinite Detention*, 40 Harvard Civil Rights-Civil Liberty Law Review 505, 518-519 (2005) がある。Rodriguez は、Martinez 判決を、「絶対的権限の法理と合致する制定法解釈」を通して、「制定法上の保護を、入国許可を取得していない外国人に拡大」したに過ぎないと指摘している（*Id.* at 506）。

[104] 例えば、*Wong Wing*, 163 U.S.228 (1896)、*Plyer*, 457 U.S.202 (1982) など。

[105] Shimazaki, *supra* at 553-554.

[106] Spiro, *supra* at 361.

たい。Aleinikoff は、司法審査の問題と合衆国憲法による統制の問題を分離した上で、政治問題の法理への批判を展開する。

Aleinikoff によれば、従来の学会では、絶対的権限の法理の領域において、裁判所が二枚舌を用いることを止めるべきだと主張するために、「実体的規範」解釈を提唱していた。すなわち、「合衆国憲法は、例えば人種に基づく移民排斥法を非難するものではないという発想は、近代立憲主義にとって異質なものであって、実体的規範を主張することは、上記のような発想を切り崩す[107]」という見解である。

その上で、Aleinikoff は、絶対的権限の法理を、司法審査の問題と捉え、Diaz 判決に着目する。Aleinikoff によれば、Diaz 判決（Diaz 判決の引用部分は既述）は、「移民法、国籍法のための各々の実体的規範を示したものではなく、裁判所の役割に関する注意と警戒の必要性を示したものである。特に明らかになったことは、最後のセンテンスで、『政治問題』の法理に言及したことである。―これは、適用可能な（通常よりも低いレベルの）実体的憲法規範の存在ではなく、裁判の対象の問題であることを示している。判例が述べているように、『政治問題の法理を用いるに際し、裁判所は、憲法条項が、司法の上で、執行可能とならない可能性を認めている。もちろん、この決定は、特定の連邦議会の行動が合衆国憲法違反とならないと結論を下すこととは異なる』[108]」。

このように、Aleinikoff は、移民法の事例を、政治部門への「制度的敬譲[109]」と位置づける。「判例は、司法権には連邦議会の政治的判断の代わりとなることができないという前提を何度も繰り返している。これは、制度的敬譲のフレーズであって、移民事例における平等保護の意味に関する実体的判断を行ったものではない[110]」。

絶対的権限の法理を制度的敬譲として解釈することによって、次の示唆が得られる。

---

[107] Aleinikoff (2002), at 156.

[108] *Id*. at 157. Citing, United States Department of Commerce v.Montana, 503 U.S.442, 458 (1992).

[109] *Id*. at 158.

[110] *Id*. at 159.

「第一に、憲法規範を政治部門に対して適用する際に、裁判所がどれほど敬譲的であったとしても、この規範は、立法府及び行政府を完全に拘束する。裁判官には、規範に反した政府活動を評価する義務がある。そして、裁判所が規範を執行できない理由がある場合には、そのような評価を控える[111]」。

つまり、絶対的権限の法理を示した先例は、連邦議会の判断に裁判所が介入してはならないと述べているだけであって、連邦議会は合衆国憲法の統制に服さないと述べたわけではない。

第二の示唆として、「絶対的権限の法理を廃棄することは、合衆国憲法の劇的な読み直しを要求するものではない。むしろ、裁判所の役割の再検討が要求される[112]」。

「デュープロセスや平等保護に基づく批判が展開された場合、裁判所による検討や制御を一切認めないことを正当化する根拠はない。これが現代憲法学の中核である。移民法や国籍法上の区分を違憲と判断する判決が、他にありうる適切な同等部門の存在を亡きものにすることを意味するわけではなく、一つの問題に関して様々な部門が複数の見解を提示することによって生じる困惑を過度に招くわけでもない。少なくとも、通商権限の行使（Aleinikoff は移民規制権限の根拠を通商規制権限に求めている―引用者注）が連邦議会の権限の限度を超えると判示するに過ぎない。

移民規制は、しばしば外交関係と複雑に結びつき、政治部門の判断に広く委ねられるべき領域である。しかし、Baker 判決自身が述べているように、『外交事項に関わる全ての事件及び争訟が、司法管轄権から外れると推定することは誤りである』[113]」。

外交政策は、「合衆国にとって重要な、社会的、経済的、政治的帰結をもたらす。しかし、他の主要な連邦管轄事項では、裁判所が、重要な憲法規範に照らして、連邦による規制を評価することをためらっていない。

---

111 Id.

112 *Id.*

113 *Id.* at 160.

制度的敬譲に基づく主張は、説得的ではない。通常の憲法規範を移民規制に当てはめることは、政治問題に司法が過剰に介入することを意味するわけでもなく、合衆国が、弱く、保護されない、無防備なままで放置されることになるわけでもない。約１世紀近くの間、最高裁判所は、デュープロセスの規範を、外国人の退去強制の事案に適用してきた[114]」。

移民規制権限であっても合衆国憲法による統制に服すると述べたZadvydas判決は、「絶対的権限なき移民法の展望を提示している。Zadvydas判決は、現在のところ、合衆国最高裁判所の多数派が、もし合衆国憲法が移民法の領域に―少なくとも一部でも―適用されたとしても、国家の防壁は砕けないと考えていることを意味している[115]」。

５．絶対的権限の法理に対する批判・判例の読み直しの提唱

上記では、絶対的権限の法理に対する制約を認めたZadvydas判決に対するAleinikoffの評価を紹介した。ところで、なぜ絶対的権限の法理であっても制約を認めることが可能になったのか。この点に関連して、Zadvydas判決では、「この権限は重要な憲法上の制約に服する[116]」と判示した直後に、その根拠として、I.N.S. v. Chadha[117]と、Chinese Exclusion Case[118]を引用している[119]。これは、Zadvydas判決が、先例を批判的に読み直す学説の動向を反映した判示である。アメリカ移民法研究者の中には、先例の読み直しや法理論的な基礎付けを捉え直すことによって、絶対的権限の法理を相対化させようとする潮流があり、裁判所にも一部反映されている。先取り的に結論を示すと、Zadvydas判決では、Louis HenkinとStephen H. Legomskyが提唱する見解・読み直しを参照していると思われる。以下では、HenkinとLegomskyの見解を紹介した上で、もうひとつの有力な批判である国際法の観点からの読み

---

[114] *Id.* at 161-162.
[115] *Id.* at 164.
[116] *Zadvydas,* 533 U.S.at 695.
[117] 462 U.S.919 (1983).
[118] 130 U.S.581 (1889).
[119] *Zadvydas,* 533 U.S.at 695.

直しを提唱する見解も紹介する。

５．１．I.N.S.v.Chadha の読み直し

Stephen H.Legomsky は、I.N.S.v.Chadha[120]を読み直すことによって、「『絶対的』という言葉を無意味化するかのように扱う[121]」方法を提唱する。

Chadha 判決は、議会拒否権について争われた事案である。当時の移民国籍法では、滞在期限が超過した外国人の退去強制を停止できる権限を司法長官に認めていた。例外的な退去強制の停止を決定するためには、連邦議会の一院の承認を必要としていた。本件は、法務長官が Chadha の退去強制の停止を決定したが、下院が議会拒否権を行使し、停止決定を承認しなかった事案である。Chadha は、議会拒否権を違憲と主張し、法務長官の判断による停止の決定が最終的に確定する、と主張していた。

最終的に、判決では、Chadha の主張を容認し、議会拒否権条項を違憲と判断している。それは、「制定法が一院に付与した権限が『立法的』な性質を帯びていること、権力分立を維持するための憲法体制の下では立法権は両院の投票に基づいてのみ行使され、その後に、大統領による署名、連邦議会による大統領拒否権の取り消しが行われること[122]」という理由による。

「では、なぜ法廷意見は、本案審査に到達できたのか？もし、議会に拒否権限を認める移民法が違憲ではないならば、議会の活動は、有効である。移民規制に関する連邦議会の『絶対的な』権限の観点から見れば、当該制定法の合憲性を審査することがどのようにして可能になったのだろうか？当該制定法は統一的な帰化に関する規則を制定する連邦議会の権限の行使の結果であるから、当該事件は、裁判所の対象とはならない政治問題である、と下院は主張していた[123]」。

これに対し、Chadha 判決の法廷意見は、「帰化条項の下では、外国

---

[120] 462 U.S.919 (1983).

[121] Stephen H.Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Powerm*, 1984 The Supreme Court Review 256, 299 (1985).

[122] *Id.* at 300.

[123] *Id.*

人に関する連邦議会の絶対的権限は明白である。しかし、ここで争われているのは、連邦議会がその権限を実施する憲法上許容された手段を選択したかどうか、である[124]」と応答する。

Legomsky によれば、本件は議会拒否権の事案であって、移民規制に関する絶対的権限の法理に関する事例ではない、という批判は当てはまらない。なぜならば、下院の上訴趣意書では、12頁も費やして主要な絶対的権限の法理に関する判決を引用しながら、絶対的権限の法理の発動を求めているからである。法廷意見は、下院の主張を無視し、上告趣意書の中で引用された絶対的権限の法理に関する判決には言及していない[125]。

このように、Chadha 判決は、移民規制権限を「絶対的（plenary）」と位置づけつつも、連邦議会による権限行使が合衆国憲法に合致するかどうかを検討し、最終的に、違憲という結論を導いている。これは、「絶対的（plenary）」という言葉を用いていたとしても、必ずしも「絶対的」ではないことを意味している[126]。

5．2．Chinese Exclusion Case の読み直し

Louis Henkin は、合衆国初期の判決であっても、移民規制権限を無制約なものと位置づけているわけではない、と指摘する。

Henkin によれば、「連邦議会が移民を規制する権限を有していること―その権限は憲法の条文から導き出されていない―は、我々が憲法の歴史において取り込んできた出来事と比べてもそれ程ラディカルな判断だとは思えない。しかしながら、この法理に付随するもの―移民規制は連邦議会制定法一般に適用される憲法上の制約に服さないという顕著な思考―は、鋭い批判にさらされる。Chinese Exclusion Case であっても、『移民規制権限は憲法上の制約に服さない』とは最高裁判所は述べていない[127]」。

---

[124] *Chadha*, 462 U.S.at 940-941.

[125] Legomsky, *supra* at 301-302.

[126] Legomsky, *supra* at 302-303.

[127] Louis Henkin, *The Constitution and United States Sovereignty: A Century of*

確かに、Chinese Exclusion Case を詳細に検討してみれば、「戦争を宣言する権限、条約を締結する権限、暴動を鎮圧する権限、侵略に対して抵抗する権限、外国との通商を規制する権限、共和政体を維持する権限、他国の臣民に市民権を付与する権限などは、すべて主権的権限である。そして、その権限の行使は、憲法・政策判断・すべての文明化された国家の行為を規制する正義によってのみ制約される[128]」と判示している。

すなわち、Henkin によれば、Chinese Exclusion Case は、連邦議会は外国人の入国を拒否できる権限を有し、連邦議会の決定は、「裁判においては終局的[129]」なものと述べた判決である。

しかし、Chinese Exclusion Case からわずか４年後の Fong Yue Ting v.United States[130]では、移民規制権限は「絶対的かつ無制限（absolute and unqualified）[131]」と描かれてしまっている[132]。

結局、国際法学者の見解（次に扱う）と同様に、初期の判決は、移民規制権限であっても一切の制約が存在しないわけではない、と理解していた。しかし、上記に示したように、初期の判決を再解釈する過程の中で、移民規制権限に対する制約が消滅してしまった。

５．３．国際法に基づく正当化の再検討

第４章で述べたように、判例は、国際法上の根拠を引用した上で、移民規制権限を絶対的なものとして位置づける場合がある。しかし、James A.R.Nafziger や Sara H.Cleveland は、判例が引用する国際法学者の見解を検討し、当時の国際法学者は移民規制権限に対して何らかの制約を設けていたため、絶対的権限の法理を正当化するために学説を援用することは説得力が欠けると主張する。

Chinese Exclusion and its Progeny, 100 Harvard Law Review 853, 858 (1987).

[128] *Chinese Exclusion Case*, 130 U.S.at 604. 傍線は引用者が付した。

[129] Henkin, *supra* at 858.

[130] 149 U.S.698 (1893).

[131] *Id*. at 707.

[132] Henkin, *supra* at 859.

Vattel の見解を例に挙げながら説明しよう。確かに、Vattel は、自著『国際法（The Law of Nations)』の中で、次のように述べる。

> 「国民は、自己を保存しなければならないのであるから、自己の保存に必要なあらゆるものに対して権利をもっている」。「今述べたことの明白な結果として、国民は、注意深くかつ可能な限り、自己の破滅または同じことであるが国家の破滅を引き起こす可能性のある、あらゆるものを避けなければならない」。「国民あるいは国家は、切迫した危険を避けるために、または自己の滅亡を引き起こす可能性のある事物を遠ざけるために役立つ、あらゆるものに対して権利をもっている。そして、自己保存に必要な事物に対する権利を確立した同一の諸理由がそこに当てはまる[133]」。

この既述を読む限りでは、Vattel は、絶対的権限の法理の性格として位置付けられている自己保存、自己決定原理を指摘しているように理解できる。しかし、Nafziger によれば、Vattel を引用して、無制約な移民規制権限を正当化することは適当ではない。それは、以下の記述から読み取れる。

> 「人は、追放または流罪を受けたとはいえ、人間という性格を全く失うわけではない、したがって、地上の何処かに住む権利は失っていないのである。この権利は自然から、というより自然の創造主からえているのであり、自然の創造主は地上を人間に住むためにお与えになったのである。土地所有を導入しても、生活に必要なものを使用するためにすべての人が生まれながらにしてもつこの権利は害することができないのである[134]」。

---

[133] ヴァッテル研究会(訳)/ 山手治之(監訳)『ヴァッテル『国際法』すなわち諸国民と諸主権者の行動および事務に適用される自然法の諸原則（2)』立命館法学73号92頁（1967年)。

[134] ヴァッテル研究会(訳)/ 山手治之(監訳)『ヴァッテル『国際法』すなわち諸国民と諸主権者の行動および事務に適用される自然法の諸原則（5)』立命館法

「しかし、この権利が一般的にいって必要でかつ完全なものであるとしても、各特定の国については不完全なものに過ぎないということをよく観ておかねばならない。なぜならば、他方ではすべての国民は、外国人が同国に入れば同国が必ず明白な危険に陥るとか、または、同国に際だった害を及ぼすとかの場合には、外国人に入国を拒絶する権利をもっているからである。国民が自己自身に尽くすべき責務すなわち自己の安全の配慮からこの権利が出てくる。そして国民の自然の自由によって、この外国人を受け入れる場合であるのかないのかを判断する権限は国民にある…。だから外国人は、完全な権利があって、思うままに、自分が選択したちに身を落ち着けるということはできなくて、その地の最高者の許可を要請しなければならない。そして、もし許可が拒否されれば、それに従わなければならない[135]」。

「しかしながら、たとえ土地所有を導入しても必要なものは絶対に奪われることはないという既得権がすべての被造物である人間には留保されているので、いかなる国民も、すまいを追われた人に対して、正しい理由もなく、たとえ永住にしろ、居住を拒絶することはできない。…たとえば彼らが何か伝染性の病気に罹っているなら彼らを絶対に拒絶するということさえしなければならない。たとえば彼らが市民の風俗を腐敗させたり、宗教を混乱させたり、または公共の安全に反する何か別の無秩序の原因となるだろうという懸念に正当な理由があれば、彼らをどこか他所に送り出すことを許される。一言にしていえば、国民はこの点については、賢明の規則（les règles de la prudence）に従う権利があるし、従う義務さえある。しかしこの賢明は、軽い理由やあまり根拠のないつまらない懸念のために、猜疑心が強くてはならず、また不運な人に避難所を拒否するようなことがあってはならない[136]」。

学80号111頁（1968年）。

[135] 同・111-112頁。下線部は引用者による。

[136] 同・112頁。

上記の引用箇所の下線部分は、主権国家が移民規制権限を行使できる機会を限定したものである。また、他の引用箇所では、移民規制を実施するための十分な正当化理由を求めている[137]。Vattel は、「人間性」から「地上の何処かに住む権利」を想定し、制約が及ぶことは認めつつも、規制が「賢明の規則」に服するべきである、と述べる。このように、Vattel 自身は、一定の場合には、「外国人の入国を規制する国家の権限を制限[138]」する立場に立脚していた。

移民規制権限は無制約ではないという見解は、程度の差こそあれ、絶対的権限の法理を形成した判例が引用している国際法学者（例えば、Pufendorf、Phillimore など）の見解でも変わらない[139]。すなわち、「19世紀後半以前では、原則として、外国人の絶対的な入国拒否を支持する見解はほとんどいなかった[140]」。

このような指摘を踏まえると、国際法学者の見解を引用して無制約な移民規制権限を導出する理屈は、説得力に欠ける。

6．小括

本章では、20世紀後半に、絶対的権限の法理の修正を行った判決を指摘した上で、移民規制権限に対して合衆国憲法上の統制を明示的に承認した Zadvydas 判決をやや詳しめに紹介した。その上で、アメリカにおいて、絶対的権限の法理の修正を提唱する有力な見解を紹介し、その見解の一部が、判例の中にも取り込まれていることを示した。結論として、かつては絶対的とまで言われた移民規制権限であっても、現在では修正が迫られ、必ずしも無制約ではなく、何らかの統制に服すること、そしてそれが判例理論からも正当化されていることを示した。

---

[137] Sara H.Cleveland, *Powers Inherent in Sovereignty:Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign Affairs*, 81 Texas Law Review 1, 84 (2002).

[138] James A.R.Nafziger, *The General Admission of Aliens under International Law*, 77 American Journal of International Law 804, 827 (1983).

[139] Cleveland, *supra* at 83-87.

[140] Nafziger, *supra* at 809.

研究ノート

複数事業者が弊害発生に関与する私的独占と課徴金

中　川　晶比兒

目　次

1．はじめに
　問題の所在
　本稿の射程
　平成21年改正後の課徴金対象類型の整理
2．複数事業者の範囲
　内部関係と違反行為への寄与
　平成21年改正後の支配型私的独占の射程
3．３つの事件の検討
　分析の前提
　有線ブロードネットワークス
　ロックマン
　パラマウントベッド
4．おわりに

1．はじめに[1]

【問題の所在】

平成21年の独占禁止法（以下、「独禁法」という。）改正により、従前課徴金

[1] 本稿の前提となった原稿については、荒井弘毅、大木良子、岡本直樹、菅野貴樹、岸井大太郎、楠茂樹、寺川祐一、稗貫俊文、和田健夫（五十音順、敬称略）の各氏に有益なコメント及び批判をいただいたことに感謝したい。

対象となってきた不当な取引制限に加えて、私的独占の大半（購入による独占の場合を除く）及び不公正な取引方法の一部にも課徴金が課されることとなった。[2]

これにより、ある行為が不公正な取引方法にも私的独占にも該当しそうな場合に、不公正な取引方法の禁止規定（独禁法19条。以下、条項のみを記す。）よりも立証のハードルの高い私的独占の禁止規定（３条前段）を適用することの実益が現実のものとなった。しかしながらこれまでの私的独占事件の多くは、支配型私的独占に課徴金制度が導入された平成17年改正（平成18年１月４日施行）よりも前のものである。平成17年改正法施行後の私的独占事件で終局判断がなされたのは、ニプロ、NTT 東日本事件くらいだが、いずれも単独事業者による私的独占事件であり、課徴金事例ではない。

現在のように課徴金規定を持つ私的独占規制を学ぶ者が、これら過去の私的独占の先例の価値を検討する場合には、これらの事件をめぐる過去の議論が、「現行規定の下で」どのように変わってくるかを明らかにしておかなければならない。本稿は課徴金に関する法改正を踏まえて、私的独占事件における従来の議論をアップデートするものである。本稿が平成21年改正だけでなく平成17年改正にも言及しているのは、支配型私的独占の課徴金及び不当な取引制限の課徴金減免制度等がこの改正で導入されているからである。後に検討するように、これらの改正は、複数の事業者が関与する私的独占事件において、いずれも考慮すべき論点となりうる。

なお本稿は、平成21年改正の意義を評価することを直接の目的とするものではなく、その前提作業にとどまる。そもそも「平成21年改正後の規定そのものがおかしい」と考える独禁法研究者は少なくないようであるが、本稿はそのようなスタンスは取らず、あくまでも現行規定を所与として、課徴金規定の改正によって私的独占の禁止規定の解釈運用がどのように影響を受けるかを論じる

[2] 立法経過及びこれまでの法運用との関係からみた紹介として、白石忠志「不公正な取引方法に係る課徴金の導入と定義規定の改正」ジュリ1385号34頁（2009年）を参照。また主に単独事業者による違反行為に重点が置かれた詳細な検討として、川合弘造ほか「座談会　課徴金導入後の私的独占・不公正な取引方法」L&T46号４頁（2010年）を参照。

（ただし改正後の規定に欠陥があることは後述する）[3]。本稿での検討を前提としたうえで、実務での運用がどのように変わるか、また事業者がどのように行動を変えるかを見なければ、平成21年改正の評価としては完結しない。

【本稿の射程】

本稿が検討課題とするのは、私的独占行為が複数の事業者の関与を通じて反競争効果をもたらす場合に限定する。言い換えれば私的独占による弊害発生に複数事業者が関与する場合であり、単独支配者による支配型私的独占の一部も含む。その場合に、誰が違反行為者となり、誰にどれだけの課徴金が課されるかを焦点とする。従って、単独の違反行為者による排除型私的独占については本稿で取り上げない。

もちろん、単独の違反行為者による私的独占にも不公正な取引方法との関係で課徴金算定の問題点はある。例えば、単独事業者による継続的な不当廉売や継続的な差別的対価供給は、私的独占または不公正な取引方法（課徴金との関係では前者が優先する。20条の３ただし書、20条の４ただし書[4]を参照。）として課徴金対象となる。不公正な取引方法にかかる課徴金規定を適用する場合には、課徴金対象の売上額を定めた「当該行為において当該事業者が供給した…商品又は役務の…売上額」（20条の３、20条の４）[5]は、優越的地位の濫用にかかる「当該行為の相手方との間における…売上額（…購入額）」（20条の６）[6]と

[3] 現行法規定がおかしいか否かは、平成21年改正以前の法に対する評価と連続性を持ちうる（その延長線上にもある）から、平成21年改正それ自体のインパクトを取り出すのは厳密には困難である。筆者自身は、多数の研究者と比べれば、今回の法改正に対してさほど強い抵抗を感じていない方に分類されるだろうが、本稿とてニュートラルな分析をしているとはいえない。

[4] なおこれらのただし書における「第七条の二第一項」には、20条の２ただし書にあるように、読み替え準用を含む。

[5] 不当廉売に対する課徴金納付命令が差別対価に対するそれに優先する。

[6] 20条の６の括弧書きでは、「当該行為の相手方が複数ある場合は当該行為のそれぞれの相手方との間における…売上額又は購入額の合計額」を算定基礎とすることが明記されている。例えば山陽マルナカに対する課徴金納付命令（平成23年６月22日）では、違反行為の相手方165社からの購入額が算定されている。

同義のようである[7]から、そのような限定のない私的独占による課徴金の算定基礎（売上額）よりも小さくなりそうであるが、この点について明示的に判断を示した審判決はまだない。[8]また、ある行為をどのような行為類型と位置づけるかという性格決定の問題は課徴金算定にも影響する。例えば、忠誠リベートを排他的取引と見るならば私的独占規定を適用しない限り課徴金を課すことができないが、不当廉売の一種と見るならば不公正な取引方法の規定を適用して課徴金を課すことが可能となる（わが国の公正取引委員会の立場は前者である[9]）。優越的地位の濫用を除き、不公正な取引方法ならば２回目の違反行為でなければ課徴金が課されないため、どちらがより厳しい制裁を伴うかは個別事案に左右されるが、性格決定の帰結は大きく異なりうる。

複数事業者の関与によって反競争効果をもたらす私的独占は、排除行為すなわち「他の事業者の事業活動を排除」することによって行われる場合も、支配

---

[7] 藤井宣明・稲熊克紀編著『逐条解説　平成21年改正独占禁止法―課徴金制度の拡充と企業結合規制の見直し等の解説』（商事法務、2009年）（以下、藤井・稲熊『平成21年解説書』という。）では「廉売の対象となった売上額」（86-87頁）「差別的な価格を設定された商品等の売上額」（85頁）が課徴金算定の基礎になるとされており、廉売価格で販売されていない売上額を除外する図が描かれている。

なお、差別対価が買い手段階の競争に弊害を与える場合の売上額については運用に耐えうるだけの議論の蓄積がない。そもそも課徴金対象とすべきかについて、白石忠志『独占禁止法第２版』176頁（有斐閣、2009年）（以下、白石『独占禁止法』という。）及び川濵昇ほか『ベーシック経済法第３版』193頁（有斐閣、2010年）（泉水文雄）の批判がある。

[8] 同じことは再販売価格維持に対して私的独占規定を適用する余地がある場合にも問題となる。２条９項４号は商品の再販売という制約がある（白石・前掲注２論文40頁）が、それによる射程の限定に対しては、支配型私的独占で対応することになろう。当然ながら、より根本的な対応は法改正を要する。岸井大太郎「独占禁止法における課徴金制度の展開と構造」刑事法ジャーナル25巻32頁（2010年）。

[9]「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」第２の３（４）ウ参照。日米欧の詳しい比較法分析として、袁杰「市場支配的事業者による忠誠リベートの供与行為の独占禁止法上の判断基準 ―形式主義(form based approach)と市場レベルの効果重視主義(effect based approach)の取捨選択」（北海道大学大学院提出修士論文、2011年）を参照。

行為すなわち「他の事業者の事業活動を…支配すること」により行われる場合もある。支配行為による私的独占事件においては、多数の事業者が違反者よりもむしろ被支配事業者として登場する場合があるため、本稿ではその場合に反競争効果の発生行為に関与する被支配事業者が課徴金納付命令の名宛人となる可能性も検討する。本稿の検討対象を具体的に明らかにするため、次節では現行法において、課徴金賦課という観点から私的独占と不公正な取引方法にかかる規定の適用関係を(単独の違反事業者による場合も含めて)簡単に整理する。

【平成21年改正後の課徴金対象類型の整理】

私的独占または不公正な取引方法によって（少なくとも理論的には）課徴金を課すことのできる行為類型を、以下のように分類する（本稿で取り上げる事案は太字の事件であり、当該事件の処理としては複数の事業者を違反者とはしなかった事件も含む)。この分類は、私的独占と不公正な取引方法にかかる規定の適用関係を俯瞰するという目的に従った１つの分類にすぎず、具体的事件については「当時の」法適用に基づいて分類したものであって、しかも事件の全ての側面を反映しているわけではない点に注意されたい。

（１）不公正な取引方法でも私的独占でも課徴金が課されうる類型

①継続的な不当廉売（２条９項３号)、継続的な差別対価供給（２条９項２号）

（例）**有線ブロード**[10]

②競争者との共同の供給拒絶（２条９項１号）

（例）パチンコプール[11]（私的独占）

（例）**ロックマン**[12]、新潟市タクシー共通乗車券[13]（不公正な取引方法）

③再販売価格維持（２条９項４号)[14]

---

[10] (株)有線ブロードネットワークスほか１名に対する件・勧告審決平成16年10月13日審決集51巻518頁、東京地判平成20年12月10日判時2035号70頁。

[11] 三共ほか10名に対する件・勧告審決平成９年８月６日審決集44巻238頁。

[12] (株)植村開発ほか16名及び(株)ワキタに対する件・勧告審決平成12年10月31日審決集47巻317頁。

[13] 都タクシー(株)ほか19社に対する件・排除措置命令平成19年６月25日審決集54巻485頁。

[14] 課徴金との関係では野田醤油事件のように、競争者に対する支配という構成

（２）私的独占でのみ課徴金が課されうる類型

④支配行為にしか該当しない行為

（例）**パラマウントベッド**[15]（販売業者に対する支配行為のみ取り上げる）

⑤排他的取引、抱き合わせ、拘束条件付取引

（例）雪印乳業（農林中金）[16]

⑥差別的取扱い（競争者との共同の購入拒絶、単独の取引拒絶、その他の差別対価等）

⑦その他の不当廉売、不当高価格購入

⑧取引妨害

⑨非典型な排除行為（不公正な取引方法に該当しないもの）

（例）日本医療食品協会[17]

（３）不公正な取引方法でのみ課徴金を課される類型

⑩優越的地位の濫用（２条９項５号）

以上の暫定的な分類について、いくつかの注意が必要である。

まず公取委実務との関係では、２つの点に留意する必要がある。

第一に、上記（１）①はいずれも廉売を規制対象とするが、不当廉売と差別対価で違法性判断基準は異なる。公取委が公表している「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」（以下、「排除型私的独占ガイド」という。）では、排除行為として４つの典型的行為類型を挙げているが、継続的差別的低価格供給は典型的行為類型と考えられていない[18]。「不当廉売に関する独占禁止法上の考

を取る実益はなく（競争者に対する売上額がないから）、自らの流通業者に対する支配だけ捉えれば足りる。より慎重な分析として、根岸哲編『注釈独占禁止法』60頁（有斐閣、2009年）（川濵昇）（以下、根岸編『注釈』という。）。前出注８も参照。

[15] パラマウントベッド(株)に対する件・勧告審決平成10年３月31日審決集44巻362頁。

[16] 雪印乳業ほか３名に対する件・審判審決昭和31年７月28日審決集８巻12頁。

[17] (財)日本医療食協会ほか１名に対する件・勧告審決平成８年５月８日審決集43巻209頁。

[18] 有線ブロード事件は一般に差別対価による私的独占の事件として分類されているが、排除型私的独占ガイドでは４つの類型に当てはまらないものとして脚

え方」[19]（以下、「不当廉売ガイド」という。）の５（１）イ（イ）では、「差別対価等」を論じているが、そこでは２条９項２号も一般指定３項も区別することなくまとめて論じられており、公正競争阻害性を判断する際に勘案する要因として「供給に要する費用と価格との関係」に言及するが、これは総販売原価のことであり、排除型私的独占ガイドで使われる「商品を供給しなければ発生しない費用」とは異なる概念である。むしろ不当廉売ガイドで示された考慮要因からすると、日本瓦斯事件（東京高判平成17年５月31日審決集52巻818頁）における「自らと同等あるいはそれ以上に効率的な事業者」基準で足りると考えているようにも読める[20]。

第二に、上記（１）の場合には、不公正な取引方法と私的独占のいずれの禁止規定を適用するのかが、（２度目の違反行為でなくても）悩ましい問題としてつきまとう。自由競争減殺型の公正競争阻害性と競争の実質的制限の違い、不公正な取引方法における市場画定の厳密さの程度といった、曖昧なまま残されてきた論点[21]が、争訟の場で議論されることは必至であろう。

最後に、不公正な取引方法にかかる課徴金は私的独占にかかる課徴金に劣後する。すなわち、独禁法20条の２から20条の５のただし書では、第７条の２第

注３に挙げられている。

[19] 同考え方は特殊な用語・用法を十分な定義や正当化なくちりばめた、自己完結的でない「ガイドライン」であり、初見では理解不可能である。「我々（公取委）だけ知っておればよい」という公取委中心主義の典型といってもよい。良心的な解説として池田卓郎・伊地知淳「解説」NBL924号22頁（2010年）を参照。

[20] 「『不当廉売に関する独占禁止法上の考え方』改定案等に対する意見の概要とこれに対する考え方」24頁80番の「考え方」には同高裁判決を踏まえた運用をするとの言及がある。

[21] さしあたり、白石『独占禁止法』13-15頁、稗貫俊文「不公正な取引方法の規制の改革にむけて－市場画定の必要性－」公正取引636号34頁（2003年）を参照。最近の例としてはマイクロソフト事件が記憶に新しい。マイクロソフトコーポレーションに対する件・審判審決平成20年９月16日審決集55巻380頁。これらの要件について独禁法関係者の間で漠然と通念となっているものを明示したものとして、栗田誠「私的独占規制の理論と実務」経済法学会年報28号（通巻50号）80-81頁を参照。実務の取扱いはそこで書かれたような「単純化した整理」「によってしか説明できない」とされるが、これよりも明快な説明を展開する研究者の議論を残念ながら筆者は見たことがない。

１項（同条第２項において準用する場合を含む）または第７条の２第４項による課徴金納付命令がある場合には不公正な取引方法にかかる課徴金納付を命じることができないと定めている。課徴金額は私的独占の方が高いと想定されるからである。

本稿では上記具体例のうち、複数の規定（私的独占と不公正な取引方法、または私的独占と不当な取引制限）によって課徴金賦課がありうる上記３件の事例を素材として、複数の違反事業者に対する課徴金賦課の可能性を検討する。

２．複数事業者の範囲

【内部関係と違反行為への寄与】

本稿が課題とする私的独占事件における複数事業者とは、「狭義」には、「他の事業者と結合し、若しくは通謀し」て排除行為または支配行為を行っている違反者のことであって、私的独占の禁止規定を適用することで違反事業者が複数存在する場合である（私的独占禁止規定に閉じた複数違反者）。他方、平成21年改正は私的独占、不当な取引制限、不公正な取引方法、の３種の禁止規定の関係を変容させるものであるから、私的独占の禁止規定だけでなく、課徴金規定を持つ他の禁止規定（不当な取引制限、不公正な取引方法の禁止規定）を適用（前者の場合には同時適用）することによって、複数の事業者が排除措置命令及び課徴金納付命令の名宛人となる場合も「広義」には含み、このような現象は３つの事件を議論する中で検討する。ただし本節では私的独占規定のみを念頭に置いて、「狭義」の複数事業者（私的独占行為に関与する複数事業者）に限定した議論を行う。

独禁法２条５項にいう「結合」とは、合併、事業譲受け、株式保有（例としてパチンコプール事件）、役員兼任等の企業結合による場合であり、「通謀」とは複数事業者が相互に企業組織上の独立性を維持しつつ契約等によって一時的に結合するものであって、意思の連絡があることで足りるとされる[22]。有線ブ

[22] 今村成和ほか編『注解経済法〔上〕』49頁（青林書院、1985年）（根岸哲）（以下、今村ほか編『注解』という。）、厚谷襄児ほか『条解独占禁止法』40頁（向田直範）（弘文堂、1997年）、根岸編『注釈』35-36頁（川濵昇）。立法当時の資料によると、結合は combination、通謀は conspiracy と訳されているが、方法を問わないこ

ロード事件では被審人２社には顧客獲得の営業活動に関して業務提携関係があり、通謀による排除行為があったとされている[23]。また、丸佐生糸事件では埼玉銀行とその実質100％子会社の状態であった丸佐生糸の両社が違反事業者とされた。[24]これまでの審決例では、法令の適用において、「結合及び通謀」の両方があるとされた事件（パチンコプール事件）もあれば、結合・通謀のいずれの文言についても審決文のどこにも記載がない事件（日本医療食事件）もある。[25]結合または通謀のいずれに該当するかは法的結論を左右しないから実益がないことは言うまでもない。

私的独占における（狭義の）複数の違反事業者は、不当な取引制限とは異なり、競争関係になければならないとする先例自体が存在しない[26]。また、事業者以外の者との通謀は、２条５項の文言上（「単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し」）ありえない。もっとも、非事業者を通謀相手として違反者

との具体例として入れられたにすぎないようである。当時から、他の事業者は競争者でなくてよいとされていた。西村暢史・泉水文雄「原始独占禁止法の制定過程と現行法への示唆」46-47頁（2006年、競争政策研究センター共同研究報告書）参照。

[23] 審決集51巻524頁。業務提携関係にある事業者による不当廉売ないし差別対価が問題となった事件としては、このほかにもトーカイ事件（東京高判平成17年４月27日審決集52巻789頁。トータルが顧客開拓の業務提携を行った）、中部読売新聞社事件（東京高決昭和50年４月30日高民集28巻２号174頁）がある。

[24] 株式会社埼玉銀行外17名に対する件・同意審決昭和25年７月13日審決集２巻74頁。同審決については埼玉銀行単独での違反行為と見るべきとする批判がある。木元錦哉「解説」『独禁法審決・判例百選』９頁（1970年）、根岸哲「親子会社関係をめぐる独禁法適用上の問題」ジュリ685号56頁（1979年）（同『独占禁止法の基本問題』183頁（有斐閣、1990年））。しかし「別個の法人格を有する場合であれば、それぞれに排除措置をとるのが適切な場合もある」（根岸編『注釈』36頁（川濵昇））し、課徴金（売上額の所在）を考えれば違反行為の名宛人を先見的に狭めるのはエンフォースメントの効果を損なうことになりかねない。

[25] なお雪印乳業事件では違反乳業２社は「共同して」、違反者とされなかった金融２社とは「通謀し」とされており、法文とは用語法が異なる。

[26] 今村ほか編『注解』49頁（根岸哲）。通謀による支配として例えば、支配的シェアを占めるメーカーによる再販を、特定の流通業者が要請した場合が考えられる。

にする必要がないかどうかは慎重な検討が必要かもしれない。[27]

上記の内部関係と関連性を持つのが、複数事業者の違反行為への寄与である。すなわち、違反行為をどの程度分担していれば、違反者（排除措置命令及び課徴金納付命令の名宛人[28]）になるのか、という問題である。理論的には以下の可能性が考えられる。

①複数の事業者各自が、単独でも行為要件及び弊害要件[29]を満たす場合。

②複数の事業者（全員）の分担行為が合わさって初めて行為要件及び弊害要件を満たす場合。[30]

（例）雪印乳業（農林中金）、パチンコプール

③複数の事業者のうち一部の者の行為は、行為要件及び弊害要件充足に必要不可欠ではないが、行為の実効性ないし弊害を強化することに貢献する場合。

④謀議に加わった程度であって、実質的な行為はほとんど行っていない場合。

（例）丸佐生糸[31]

---

[27] 労働者との通謀は、排除行為において理論的にありえて、かつそれは消費者にとって弊害をもたらしうるから、労働者を通謀相手として独禁法を適用する可能性を否定できず、その場合に労務供給を事業活動と呼べるかどうかがまず検討されることになろう。

[28] 課徴金納付命令には裁量がないから、売上額がある限り、排除措置命令の名宛人と同一事業者が名宛人となる。私的独占及び不公正な取引方法にかかる課徴金には減免制度がない。ただし企業グループ問題を考慮に入れると変わってくることにつき、後出注33も参照。

[29]「市場効果要件」といった言葉の方が普及しているが、初心者には効果なのか要件なのか紛らわしいため、白石教授の用語法にならった。

[30] この場合、行為要件と弊害要件の充足性を判断する過程で、被疑違反者全員の行為をひとまとめにして評価する作業が行われることになろう。意思の連絡を要件としない類型の（単独事業者による違反行為を想定している書きぶりの）不公正な取引方法でも、複数事業者による違反行為が認定された事案がある。先駆的業績によれば、これらは「同業者が集団的に実行してはじめて実効性が確保でき」た場合とされる。厚谷襄兒「集団的不公正な取引方法について」北大法学論集43巻４号504-509、526頁（1992年）（同『独占禁止法論集』162-167、183頁（有斐閣、1999年））参照。

[31] 同意審決に挙がっている丸佐生糸の行為は、「自己の本店に前記被審人埼玉

これらのうち違反者とするか否かの問題を提起しうるのが②～④である。②と③は区別が困難であり、大多数の事例はこのいずれかに属すると考えられる。しかし、④でも違反者にできるならばその区別を議論する必要はない。

関与行為が多種多様であり、それに応じて課徴金の対象となる売上額の所在も多様となりうることを考えると、④の場合でも違反者から先見的に外すことには慎重にならざるをえない。[32]これは積極的に全ての関与者を寄与度を問わず課徴金納付命令の対象者にすべきという理由付けではなく、行為の寄与度が同じでも売上額の所在は事案によって変動しうるから、場合分けして事案のパターンを網羅することなく寄与度だけで違反者の範囲を狭める解釈をすることは妥当でないという立場である。

なお不当な取引制限においては、類似の問題が、同一企業グループ内の誰を違反者とするかという問題として議論されてきた。[33] 1つの単位の事業活動が、同一企業グループ内の複数企業によって分担されている場合には、グループ企

銀行の支店長等を招き協力方を懇請し」たことにすぎない。

[32] たとえば松下満雄「排除型私的独占及び特定の不公正取引方法への課徴金の賦課」公正取引713号4頁（2010年）図5の挙げる抱き合わせ事例では、部品等供給者との通謀と構成する必要があろう。

栗田誠「平成21年改正独占禁止法における課徴金制度の問題点～課徴金対象行為類型の拡大を中心に～」千葉大学法学論集26巻1・2号283-284、291-292、295頁（2011年）はこの問題に対してむしろ、裁量性のある課徴金制度にすることによって対処すべきとする。

筆者は当初、刑罰法規でもある2条5項にいう「通謀」が意思の連絡で足り、これは刑法上の共同正犯の要件である共同実行の意思と同じものであると考えられる（刑法の文脈においても共同実行の意思の認定が客観化されてきていることを示す例として、最二小判平成21年10月19日判時2063号155頁参照）ことから、通謀者であっても一部実行の全部責任を負うと解釈できると考えていた。刑罰を科す場合よりも行為要件を加重する理由が見当たらないからである。しかし私的独占事件で刑罰を科された事件がないことからすれば、この理由付けは限定されるかもしれない。

[33] 白石忠志『独禁法講義第5版』116頁（有斐閣、2010年）（以下、白石『講義』という。）、白石忠志『独禁法事例の勘所[第2版]』70-73、124-131頁（有斐閣、2010年）（以下、白石『勘所』という。）。自ら行為要件を満たさないにもかかわらず違反者となるという現象は、それが現行実務であるならば、どの程度の「関与」で違反者になるのかについて相応の説明が必要となろう。

業をひとまとまりとして考えるプロセスがどこかで必要となろう。技術的理由から、排除措置命令と課徴金納付命令の名宛人が分かれる場合もある。他方で、本稿で問題にしているのは被疑違反事業者の従事する事業活動自体が（同種の事業活動であっても）１つとは数えられない場合であって、状況は区別しうる。いいかえると、本稿で取り上げる事例に、企業グループの問題を付加して別の分析を行うことも可能である。もっとも、考える枠組みとしては結果的に共通することになるのかもしれないが、現段階ではそこまでの見通しを示す準備がない。

しかしながら、課徴金納付命令が高額になればなるほど、④のような程度の関与で制裁を加えることが妥当か、故意過失といった主観的要件も満たさなければならないのではないか、という議論が沸き起こる。[34]本稿ではこの論点についての結論を留保するが、今後の議論の仕方としては、どのような事情を満たさない場合に課徴金納付義務が生じないか、という形で焦点を絞る方が有益ではないかと思われる。また、主観的要素を要件とすると、少なくとも現行法では責任要素の生じた時期の認定が追加的に必要となる可能性も考慮する必要があろう。[35]

そこで、本稿では主観的要件については棚上げし（不要ということを前提として）以下の議論を進める。主観的要件が必要と考える論者からすれば、過剰規制と捉えられるのかもしれないが、それは具体例に応じて今後の議論に委ねたい。

【平成21年改正後の支配型私的独占の射程】

支配行為の内容が不明確であることはこれまでも複数の指摘があるが、それ

---

[34] 主観的要件に関する議論として、岸井大太郎「独占禁止法における課徴金（違反金）制度のあり方」法政法科大学院紀要３巻１号82頁以下（2007年）（課徴金賦課の文脈で）、佐伯仁志『制裁論』19-20頁（有斐閣、2009年）、白石『講義』110-112頁を参照。なお、不当な取引制限においては「立法論は別として、…主観的要素を要件とすべきことが憲法上要請されていると解することはできない。」と判示されている。東京高判平成24年２月17日。

[35] 主導的事業者の割増し算定率については主導的行為の時期が実行期間の一部であっても、算定期間外であってもよいとされる（藤井・稲熊『平成21年解説書』59頁）が、主観的要件については同じような扱いはできないであろう。

を明確化しようとする試みはほとんど発展してこなかった。[36]排除行為が算定率のより低い課徴金対象となった現在では、両者を明確に区別する必要がある。排除行為の分析が欧米の議論の影響を受けて一定程度進んだ[37]のに比べて、支配行為がどのようなメカニズムで反競争効果をもたらすか（競争回避なのか競争排除なのかそれ以外なのか）についてはほとんど十分な分析がなされてこなかったと言わざるを得ない。事実としての支配があればなんとなく競争の実質的制限につながると考えられてきたようであり、単に使いやすい文言（使えた気にさせる文言）だったということなのだろう。

しかし平成17年改正及び平成21年改正による課徴金規定の改正は、結果的に支配行為の定義を変容させた[38]ことを以下に述べておく。

課徴金対象となる支配行為のカテゴリーとしては、取引相手（直接の取引相手のみならず、中間業者を介する場合を含む）に対する支配と、競争者に対する支配がある。[39]

排他的取引は取引相手に対する支配に当たりそうに見えるが、課徴金対象となる支配行為には含まれない。[40]その説明の仕方は、表現こそ違え、内容は同じであり、たとえば白石教授が「支配型私的独占に課徴金が課されるためには、被支配事業者が検討対象市場の供給者でなければならない」と表現されている

---

[36] 大橋敏道「競争者に対する一方的制限」福岡大学法学論叢42巻２・３・４号182頁（1998年）は、通説的定義よりも踏み込んで、支配は「相手方事業者の事業活動を制限する一方、自己の事業活動には制限を受けない、あるいはノミナルな制約しか受けない」場合を指すと指摘していた。

[37] 排除行為の定義は出発点にすぎず、類型化した上での基準設定を論じるのが近時の通説といってよいであろう。根岸編『注釈』40頁（川濵昇）。

[38] 日本固有の要件である支配の定義を歴史的に探求する研究は既になされているが、いずれの研究においても、支配が入れられた理由は必ずしもはっきりしないとされている。泉水文雄「私的独占規制における支配型規制及びエンフォースメントのあり方」経済法学会年報28号（通巻50号）56-57頁（2007年）及び同69頁脚注２の文献、岡田直己「原始独禁法の立法過程にみる私的独占の『支配』概念」青山法学論集52巻２号206頁（2010年）を参照。

[39] 白石忠志「改正独禁法の論点から（上）」NBL825号17頁（2006年）。

[40] 条文上、排他的取引が含まれえないことは、白石・前掲注39論文18-19頁、泉水文雄「支配型私的独占と課徴金」神戸法学雑誌55巻４号26頁（2006年）（以下、泉水「支配型」という。）を参照。

のは、対価要件を例にすれば、被支配事業者の供給価格がカルテル価格でなければならない（供給量等も同様）という意味である。

他方、競争者に競争回避させる行為も支配行為に含まれ、かつその場合には不当な取引制限が成立しないとされるのが一般的である。すなわち、「経済力を有する主導的事業者が、競争者に対して価格協定や入札談合を強制する場合」には「共同性ないし相互拘束性の要件を満たさない」とされる。[41]「相互拘束の要件を広く捉える立場であっても、対等の関係での合意にそれを限定するのが通例であり、強制されて渋々黙従したに過ぎない者との間には不当な取引制限は認定されえない。」[42]というのである。しかしながらこれらの見解は疑問である。

まずこれらの見解が念頭においている状況を明らかにしよう。競争者の中に、強制されることなく自発的に競争回避に加わっている者と、強制される者の両方がある場合には、前者との間で不当な取引制限が成立し、強制される者は単にアウトサイダーとして扱えば足りるから、そもそも支配型私的独占を議論する必要がない（この場合を「アウトサイダーへの強制事例」という。）。そうすると、これらの論者が念頭においているのは、強制を加えないとカルテルがそもそも成立しない場合（以下、「インサイダーへの強制事例」という。）と考えられる。

その上で、上記見解の主張は２つの命題に分解できる。すなわち、「支配行為は不当な取引制限を介することなく強制されたカルテルをとらえることができる」ことと、「強制されたカルテルには不当な取引制限が成立しない」ことである。これらは妥当であろうか、２つに分けて検討しよう。

①支配行為と競争回避の乖離

支配行為は排除行為よりも課徴金算定率が高く、不当な取引制限の算定率を準用しているから、反競争効果の程度が排除行為よりも高いもの、すなわち「競争回避」による反競争効果を想定していると解釈せざるをえない。現に、平成17年改正の解説書[43]では、被支配事業者の供給する価格・供給量は「カルテル

[41] 根岸編『注釈』156-157頁（岸井大太郎）及び岸井大太郎「独占禁止法における課徴金制度の展開と構造」刑事法ジャーナル25巻30頁（2010年）。

[42] 根岸編『注釈』56頁（川濵昇）。

[43] 諏訪園貞明編『平成17年改正独占禁止法』54頁（商事法務、2005年）。

等と同様に当該違反事業者の意思で決定されるため、経済実態としては、カルテル等が行われた場合と同様の競争制限効果が生じており、その結果、違反事業者はカルテル等の場合と同様の違法な経済的利得を得ていることになる。」ことを課徴金制度導入の根拠としている。

しかしながら、競争回避は競争者との間で「お互いに」競争圧力ないし牽制力を制限し合う行為であるから、「支配」行為だけでは、被支配事業者たる競争者が競争圧力を制限されることはいえても、違反行為者自身が競争を回避していることの立証は何もない。[44]競争者（被支配事業者）の価格・供給量・市場占有率・取引相手を指示する行為は、自分と競争者との共同利益最大化を図る場合には限定されず、かえって競争者にとって一方的に不利に、競争者の価格を自分よりも高く・供給量を自分よりも少なくさせる場合もありうるからである。すなわち、課徴金算定率で想定されている「支配」が成立するには、その先決事項として、共同して競争回避行動が行われていることが認定されなければならない。行為要件レベルで支配行為＋αの認定が必要となる以上、上記学説の最初の命題は必ずしも妥当しないことになる。

②他の規定との両立不可能性

仮に不当な取引制限が成立しうる状況であっても、強制された競争回避は不当な取引制限とせずに支配型私的独占にするというのが上記学説の第２の命題である。しかし、課徴金算定率にかかる早期離脱（７条の２第６項）・主導的事業者の上乗せ算定率（７条の２第８項）制度、さらには減免制度（７条の２第10項～12項）が整備されていることからすれば、支配される側にも、強制された共同行為からの逃げ道はあるのであり、むしろ不当な取引制限として規制した方が望ましいという反論が可能である。また現行規定では、主導者が他の事業者に「要求」（７条の２第８項１号３号）しても「強要」（７条の２第17項）[45]しても、なお共同行為・相互拘束による違反行為が成立することが前提

[44] 競争回避と競争排除の区別が、製品分野協定における市場画定問題と絡めて議論となった事件として、旭砿末事件がある。東京高判昭和61年６月13日行集37巻６号765頁。泉水文雄「判批」商事法務1227号46頁（1990年）（石灰石加工製品の生産分野協定として「不当な取引制限が成立するためには、…セメント・石灰石粉末が同一の製品市場にあること…が必要である。」）がその趣旨を示している。

[45] 要求、強要の定義の不明確さについては多田敏明「不当な取引制限に係る課

とされている（これらは課徴金規定であって違反行為の成立が前提となっている）ことと、どう整合するのであろうか。もしこの規定が、「インサイダーへの強制事例」すなわち強制を加えないとカルテルが成立しない場合にも当てはまるのならば、要求・強要された者もまた違反者であることが前提とされており、強制されたカルテルは不当な取引制限ではないとする上記見解と矛盾する。[46]また、もし主導的事業者の規定が、「アウトサイダーへの強制事例」にのみ適用されるのであれば、それが算定率割増し事由として一般的に合理的といえるか、という疑問（この規定の合理性そのものに対する疑問）が生じよう。

以上の検討からすれば、平成17年改正、平成21年改正を経た現行規定において、競争者に対する支配行為はそもそも観念できず、「競争者以外の複数事業者に互いに競争回避させる行為」のみが、支配行為にあたることになる。これ以外の場合で従来支配行為と考えてこられた事例については、単に排除行為と構成すれば課徴金を課すことができるから、支配行為は狭く解釈するのが合理的である。

3．３つの事件の検討

【分析の前提】

以下の３つの事件の検討では、不公正な取引方法及び私的独占の成立要件（行為要件及び弊害要件）を充足するという前提ないし仮定を置く。冒頭で述べたように、現行法の下で誰にどれだけの課徴金が課されるかに関心があるからである。従って、以下の分析をこれらの事件の純然たる評釈として理解していただくのは適切ではない。あくまでもこれらを素材として課徴金賦課の実益を考え、法改正のインパクトを検討するのが本稿の目的である。課徴金規定の整備によって私的独占禁止規定を適用する実益が生じ、一定の取引分野における競争の実質的制限の立証が従来よりもいっそう重大な問題として回避できなくなるが、その先にどのような実益があるかをまずは確認したいからである。また同じ理由から、不公正な取引方法における共通の課徴金賦課要件（優越的地位

徴金をめぐる諸改正」ジュリ1385号25-26頁（2009年）を参照。

[46] 藤井・稲熊『平成21年解説書』57頁では、「違反事業者の中で主導的な役割を果たす事業者が存在することがある。」としている。

の濫用を除き、10年以内に同一法条の行為について排除措置命令または課徴金納付命令等を受けたことがあること）も満たすものと仮定する。不公正な取引方法における課徴金については、現実には２回目の違反行為として措置が取られることは稀かもしれない。つまり、２回目の違反行為による課徴金規定は、それが発動されないことによって違反行為を防止することにその存在意義を発揮するかもしれない。しかしながら私的独占規定との関係で実益を論じる本稿の問題関心からは、このような場合を射程外に置かざるを得ない。

従前、私的独占禁止規定を適用することにさほど実益がなかった時代においても、本件は私的独占として規制すべきだった、と評されることは少なくなかった。そこには私的独占と構成すべき事案とそうでない事案とに関する論者の間での認識の違いが横たわっているように思われる。私的独占禁止規定を適用するための閾値 threshold はどこに設定されているのだろうか。現行の条文を前提とする限り、小さな市場での私的独占の成立を否定する理由はない（「函館地区における一般日刊新聞の発行分野」を画定した先例[47]はよく知られている）。課徴金額が裾切り額である100万円未満である場合に、私的独占の規定を適用する実益がないというにとどまる。おそらくこれが事実上の閾値にはなろうが、課徴金を命じられない場合に私的独占の禁止規定を適用してはならないというものではない。理論的な話を越えて、実務上の threshold を考える上では、次の点を頭に入れておく必要もあろう。小規模市場の私的独占を頻繁に事件として取り上げると、全国的規模で市場支配力を持つ事業者による私的独占を立証できない場合に、そのことが顕在化する。それにより、公取委は大企業に対して弱腰であるという「逆転現象」と見られて、批判を浴びるかもしれない。それゆえ、公取委としては小さな市場を画定できるならば私的独占にあたりそうな事案でも、私的独占とすることには躊躇するのかもしれない。そのような「逆転現象」が生じたとしても、公正競争阻害性と一定の取引分野における競争の実質的制限という２つの異なる弊害要件を持つ日本法の枠組み及び公取委の事案ごとの立証能力の限界がそのような現象を生じさせているだけだ、と弁明することは可能であろうが、意見は分かれるかもしれない。

---

[47] （株）北海道新聞社に対する件・同意審決平成12年２月28日審決集46巻144頁。なおパラマウント事件についての、川浜昇「解説」ジュリ1157号241頁（1999年）も参照。

【有線ブロードネットワークス】[48]

本件は、垂直的提携関係にある２社（有線ブロードネットワークス及び日本ネットワークヴィジョン）によるライバル（キャンシステム）の顧客に対する差別対価が、業務店向け（業務用）音楽放送の取引分野における競争を実質的に制限し、私的独占にあたるとされた事件である。

ネットワークヴィジョンは有線ブロードネットワークスのために営業活動（受信契約の取次ぎ）を行う目的で設立されており、顧客による差別的安値キャンペーンは２社が共同して繰り広げていた。従って、審決は２社が「通謀して」キャンシステムの事業活動を排除したとしており、これに対する批判はある[49]ものの、前述したように分担行為をしていることから、２社を違反者にすることも可能であったように思われる。公取委は従業員の引き抜きについては取り上げなかったが、私訴ではこれも不法行為に当たるとされて有線ブロードネットワークス（USEN に商号変更）に損害賠償が命じられている。[50]本件差別対価に適用可能な条文としては、私的独占（２条５項）及び継続的な差別対価供給（２条９項２号）の各禁止規定があるが、いずれを適用するかは課徴金対象事業者及び課徴金額に影響する。ここではより複雑な、排除型私的独占にかかる課徴金規定の構造を見ておこう。

独禁法７条の２第４項（排除型私的独占にかかる課徴金）

「事業者が、私的独占（他の事業者の事業活動を排除することによるものに

---

[48] (株)有線ブロードネットワークスほか１名に対する件・勧告審決平成16年10月13日審決集51巻518頁、東京地判平成20年12月10日判時2035号70頁。

[49] 森平明彦「審決批評」ジュリ1301号92-93頁（2005年）。同評釈は、相互に対等な関係で違反行為を行っている場合のみを通謀と理解されているようであり、ネットワークヴィジョンに意思決定の独立性がない事件として単独行為の事案と理解されている。

[50] 従業員の引き抜きについての排除措置を観念しにくいことからすれば、仮にこの事実をつかんでいたとしても、公取委が取り上げなかったとしてもやむをえなかったのではないかと思われる。私訴でも競業避止義務違反に基づいて営業の差し止めが認められる事例を見るくらいで、通常は損害賠償しか認められない。判決の読み方については、谷原修身「判批」公正取引707号25頁（2009年）を参照。

限り、第二項の規定に該当するものを除く。）をしたときは、公正取引委員会は、…当該事業者に対し、当該行為をした日から当該行為がなくなる日までの期間（…「違反行為期間」という。）における、*[1a]*当該行為に係る一定の取引分野において当該事業者が供給した商品又は役務（*[1b]*当該一定の取引分野において商品又は役務を供給する他の事業者に供給したものを除く。）及び*[1c]*当該一定の取引分野において当該商品又は役務を供給する他の事業者に当該事業者が供給した当該商品又は役務（*[1d]*当該一定の取引分野において当該商品又は役務を供給する当該他の事業者が当該商品又は役務を供給するために必要な商品又は役務を含む。）の…売上額に百分の六…を乗じて得た額に相当する額の課徴金を国庫に納付することを命じなければならない。」

ここでは３つの種類の売上額すなわち、
[1a] 一定の取引分野において当該事業者が供給した商品・役務の売上額
[1c]（再販売する）他の事業者に供給した「当該」商品･役務の売上額（＝[1b]）
[1d] 他の事業者が当該商品・役務を供給するために「必要な」商品・役務の売上額
が定められることにより、売上額をもれなく捉えることが意図されている。[1b]が括弧書きの中で[1a]から除かれているのは、[1b]＝[1c]だからであり、[1b]を「及び」以下の方に分類するためである。[1c]の意義はすぐ後に具体的に述べる。

勧告審決では我が国における業務店向け音楽放送の取引分野における競争を実質的に制限していたとされているから、「当該」商品・役務は業務店向け音楽放送である。

有線ブロードネットワークスはどの売上額に対して課徴金が課せられることになるだろうか。有線ブロードネットワークスを「当該事業者」と読むと、以上の３つのうち、[1a]のみが売上額として存在するから、これが課徴金の算定基礎となる。

次に、ネットワークヴィジョンを「当該事業者」と読む場合にはどうなるか。ネットワークヴィジョン自身は契約（受信契約）の取次ぎ業務をしているだけだから、一定の取引分野において当該商品･役務を供給していない（従って[1a][1c]は存在しない）。しかし、[1d]にいう「他の事業者」を有線ブロードネットワークスと読み、取次ぎ業務が「必要な商品又は役務」にあたると解釈でき

るならば、有線ブロードネットワークスに対する手数料収入を課徴金対象とすることも可能であろう（裾切り額を下回る場合もあろうが）。これは「必要な商品又は役務」の解釈に依存し、H21年解説書53頁は「必要な商品・役務（例えば原材料、部品等）」と述べるのみであるが、それ以外にどこまで広がるかについて曖昧さがあることは既に指摘されてきている。[51]

私的独占の立証ができない場合には継続的な差別対価供給を検討することになる。先にも言及したように、独禁法20条の３では「当該行為において当該事業者が供給した…商品又は役務の…売上額」が算定基礎となるところ、これは差別的に安く売った相手方との売上額であるとすれば、無料期間が長かった本件では、課徴金額が裾切り額を下回る可能性が高まる。これに対して排除型私的独占と構成できる場合には、差別的対価で供給しなかった顧客への売上額も含まれる。その違いは大きなものとなりうる。

【ロックマン】[52]

本件は、ロックマン工法による敷設工事を営み、ロックマン工法協会施行部会の会員であった工事業者17社と、ロックマン機械の大部分を販売するワキタの行為が、それぞれ共同の取引拒絶、単独の取引拒絶に該当し独禁法19条に違反するとされた事件である。17社は、ワキタも決定プロセスに関与した中で、ワキタが協力することを前提に、非会員に対してロックマン機械の貸与・転売を行わないことを内容とする決定をし、さらに貸与・転売禁止を施行部会への入会要件とし、それを実施すると共に、ワキタも非会員に対してロックマン機械の貸与・販売を行わなかった。

本件では課徴金規定との関係で、２つの論点が問題となる。第一に、競争者との共同の供給拒絶のうち、間接の取引拒絶（競争者と共同して他の事業者に取引拒絶させる）に対して適切な課徴金が取れるか[53]。第二に、平成21年改正

[51] 泉水「支配型」15頁。

[52] （株）植村開発ほか16名及び（株）ワキタに対する件・勧告審決平成12年10月31日審決集47巻317頁。

[53] 最初の分類であげた、パチンコプール事件（三共ほか10名に対する件・勧告審決平成９年８月６日審決集44巻238頁）や新潟市タクシー共通券事件（都タクシー（株）ほか19社に対する件・排除措置命令平成19年６月25日審決集54巻485頁）も同じ分析が当てはまるので、本稿では取り上げない。

を前提として、なお共同ボイコット（ここでは競争者以外の者と共同する場合を含めて広く定義しておく）に不当な取引制限の禁止規定を適用するという議論に実益はあるか、である。

まずは共同の供給拒絶にかかる課徴金の条文から見よう。

独禁法20条の２（競争者との共同の供給拒絶にかかる課徴金）

「事業者が、次の各号のいずれかに該当する者であつて、第十九条の規定に違反する行為（第二条第九項第一号に該当するものに限る。）をしたときは、公正取引委員会は、…当該事業者に対し、当該行為をした日から当該行為がなくなる日までの期間…における、当該行為において*[2a]*当該事業者がその供給を拒絶し、又はその供給に係る商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限した事業者の競争者に対し供給した同号イに規定する商品又は役務と同一の商品又は役務（同号ロに規定する違反行為にあつては、*[3a]*当該事業者が同号ロに規定する他の事業者（以下この条において「拒絶事業者」という。）に対し供給した同号ロに規定する商品又は役務と同一の商品又は役務（当該拒絶事業者が当該同一の商品又は役務を供給するために必要な商品又は役務を含む。）、*[3b]*拒絶事業者がその供給を拒絶し、又はその供給に係る商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限した事業者の競争者に対し当該事業者が供給した当該同一の商品又は役務及び*[3c]*拒絶事業者が当該事業者に対し供給した当該同一の商品又は役務）の…売上額に百分の三…を乗じて得た額に相当する額の課徴金を国庫に納付することを命じなければならない。」

競争者と共同して自ら供給拒絶する（２条９項１号イ）場合には、
[2a] 被拒絶事業者の競争者に供給した商品・役務の売上額
だけが課徴金算定基礎となる売上額である。

他方､競争者と共同して「他の事業者に」供給拒絶させる（２条９項１号ロ）場合には、[3a][3b][3c]の全て[54]が課徴金算定の基礎となる。すなわち
[3a] 拒絶事業者に供給した商品・役務（必要な商品・役務を含む）の売上額
[3b] 被拒絶事業者の競争者に供給した商品・役務の売上額

[54] 競争者と共同して供給拒絶させる場合に[3a]～[3c]を合算することは施行令22条２項が定めている。

[3c] 拒絶事業者が当該事業者に供給した商品・役務の売上額
である。

さらに注意すべきことは、売上額を見る商品・役務は、（必要な商品又は役務を除けば）上記４つの売上額のいずれについても、「同号イに規定する商品又は役務と同一の商品又は役務」（同号ロについても同様）に限定されることから、「供給拒絶が行われた商品・役務」についてしか売上額を観念できないことになる。

ロックマン事件で、供給拒絶された商品はロックマン機械である。ロックマン機械の販売を事業としているのはワキタだが、17社はロックマン機械を使った敷設工事をすることを事業活動としている。以上の事実を前提に、ロックマン事件で課徴金対象の売上額を探してみよう。

①共同で供給拒絶する（２条９項１号イ）

本件審決の法適用を前提とするならば、共同の供給拒絶を行ったのは17社であるから、17社を「当該事業者」（違反者）と読むことになり、その場合の課徴金対象売上額は[2a]である。ところが、本件で被拒絶事業者（非組合員）の競争者とは、17社自身にほかならないから、お互いの間でロックマン機械の貸与や販売がなければ、その売上額もないことになる。もっとも17社のうちにはロックマン機械の開発に携わった者が１社（太閤テックス）存在し、同社も機械を製造してワキタに販売していた[55]から、これがワキタを通じて被拒絶事業者の競争者（他の16社）に供給された商品・役務と解釈できれば、太閤テックスに課徴金納付を命じられる。結果として、公取委の当時の法適用では課徴金納付が命じられるのはたかだか１社である。次に代替的な構成を考えてみよう。

②共同で供給拒絶させる（２条９項１号ロ）

17社がワキタに取引拒絶させたとした場合にはどうなるか。この場合、17社は「当該事業者」であり、ワキタが「拒絶事業者」である。そうすると、[3a]は17社がワキタに供給したロックマン機械の売上額であるから、先ほどの[2a]の場合とほぼ同じく、太閤テックスにしか売上額がない。[3b]は、被拒絶事業者（非組合員）の競争者とは17社自らのことであるから、これは[2a]と同じものであって、[3a]の場合と同じ結論になる。最後に残る[3c]は、ワキタが17社に供給したロックマン機械の売上額であり、この売上額が最も大きいであろ

[55] 高橋明克・小菅英夫・野田聡「事件解説」公正取引603号76頁（2001年）

うから、公取委の当時の法律構成と比べて結論に大きな差異をもたらす。

しかし、これを17社の売上額と言ってよいのだろうか。購入カルテルを課徴金対象とした７条の２第１項ですら、「購入額」という言葉を使っている。購入額としかいえない[3c]を「売上額」とするのは、７条の２第１項との関係でも根拠のないものであって、立法の過誤であるとすら言えるのではなかろうか。

③ワキタを競争者と見る場合

17社のみを共同の供給拒絶の違反者とする構成では、ワキタに課徴金を課すことができない。他方、ワキタをロックマン機械の供給者という意味では17社と競争関係にあるとして、17社＋ワキタの行為が２条９項１号イに該当するとすれば[56]、ワキタの17社に対する売上額と、太閤テックスの売上額の両方を[2a]の売上額として、これに課徴金をかけることができる。

④私的独占

以上のように独禁法20条の２の適用を前提とする限り、ワキタと17社「全社」の双方に課徴金を課すことはできない。それでは排除型私的独占ではどうか(仮にその要件を満たすとして)。７条の２第４項の規定ぶりからすれば、本件では最下流の敷設工事の市場で一定の取引分野を画定するのが合目的的である。[57]課徴金対象売上額にかかる前記分類によって、まずワキタを「当該事業者」と読む場合には、ワキタは工事役務を供給していないから[1a][1c]の売上額は存在せず、[1d]の「必要な商品」の売上額として、ロックマン機械の売上額が課徴金対象となる。

---

[56] 伊藤隆史「審決批評」法学67巻３号167-168頁（2003年)、林秀弥「審決批評」神戸外大論叢55巻４号130-131頁（2004年）を参照。

[57] 原乳の排他的購入の事案であるが、雪印乳業・農林中金事件では、「北海道における原乳取引分野」（審判開始決定書）における競争を実質的に制限しているとしたため、原乳の売上額のない（購入する側の）乳業２社（雪印乳業・北海道バター）に課徴金納付を命じるのは難しい。乳業２社は単位農協に対して信用保証をしていたことからすれば、信用保証役務を他の事業者（単位農協）が当該商品（原乳）を供給するために必要な役務（上記［1d］）とみて、その売上額（保証料）を課徴金算定基礎にすることも考えられるが、裾切り額を下回る可能性が低くないであろう。７条の２第４項によって、一定の取引分野の画定は変化することが予想される事件である。川濵昇「排除型私的独占に係る課徴金」ジュリ1385号18頁脚注３(2009年)(以下、川濵「排除型課徴金」という。)。

次に、17社を「当該事業者」と読むと、[1a]が17社の敷設工事の売上額となり、[1c]の売上額は17社間で敷設工事の下請があればその売上額を含めうるかもしれない。また[1d]の「必要な商品」（ロックマン機械）の売上額は、前述の太閤テックスの売上額がこれに当たる。

以上のように見てくると、共同の供給拒絶よりも私的独占の課徴金規定を用いる方が課徴金をもれなくとらえることができ、また問題も少ないことが分かる。排除型私的独占ガイドでは供給拒絶・差別的取扱いを典型行為類型の一つに挙げており、そこでは上流と下流の両方の市場で違反事業者（意思を通じた複数事業者でもよいであろう）が操業していることを前提としている（第２の５（１）を参照）ことは、本件との関係でも示唆的である。

このことはまた、競争排除型の共同の供給拒絶に不当な取引制限の禁止規定を適用する現代的意義にも関連する。共同ボイコットに対しても７条の２第１項に基づいて課徴金を課すことが可能であるとの主張は常になされてきたにもかかわらず、排除型私的独占との間で課徴金算定率に区別がつけられた現行規定の下では、もはや競争排除型の共同の供給拒絶に不当な取引制限の禁止規定を適用する実益はないのではなかろうか。不当な取引制限に該当するといったところで、カルテルと同じ算定率の課徴金を課さないという裁量がなく、かつカルテルと同じ算定率を課すことが法文上正当化できない状況にある以上、排除型私的独占の該当性のみが問題になるものと思われる。[58]共同ボイコットに不当な取引制限を、という議論が現在も実益を持つとすれば、不当な取引制限が競争回避行為だけを射程範囲にするわけではないということ、さらには相互拘束の当事者は競争者に限定されないという議論の旗振り役にとどまるだろう。

【パラマウントベッド】[59]

本件は国及び地方公共団体が発注する病院向け医療用ベッドのほとんどすべてを製造･販売する医療用ベッドメーカーが､発注者に働きかけてライバルメーカーを排除すると共に、入札参加者（販売業者）を支配して受注調整を行わせ

[58]「今回の改正は不当な取引制限として規制する必要性を実質的に消し去ったものと言える。」川濵「排除型課徴金」23頁。もっとも､８条の３の問題は残る。

[59] パラマウントベッド(株)に対する件・勧告審決平成10年３月31日審決集44巻362頁

た事案である。ここでは入札参加者に対する支配についてのみ取り上げる。パラマウントベッドが落札予定者と落札予定価格を決め、他の入札参加者にも入札すべき価格を指示し、販売業者はこれに従って入札することにより、パラマウントベッドの定めた価格で受注されていた。落札予定者以外の入札参加者に対しては、パラマウントベッドが「指示する価格で入札することを要請する際に」入札協力金の提供または伝票回しによる利益提供を申し出ており[60]、事後の利益提供によって落札予定者以外の利益を調整していた。

本件は単独の私的独占事件とされ、事実上入札談合を行っていた販売業者の行為は不当な取引制限とされなかったことにつき、疑問を提起する見解は見られない。「自主的な選択の余地」のない一方的拘束であって「相互拘束性の要件を充足しない」[61]とか、「販売業者間で競争回避の任意の相互拘束が伴っている場合は、三条後段の適用も問題となり得たのであろうが」本件では「販売業者が自分たちの間で競争回避を望んだのではない」[62]とされる。しかしながら、不当な取引制限の行為要件において、任意性や動機の立証が要求されることを述べる先例はない。[63]自分たちの利益に直結する入札価格について指示を受けながら、受注調整について相互の認識認容を持たないという認定の方が不自然ではないか。販売業者にとっては、パラマウントベッドが入札価格を指示する時点で自分が受注予定者とされていなければ「入札協力金」等の申出があるのだから、自分が受注予定者なのか否かをその時点で了解しているはずであり、かつ自分の指示された価格で入札すれば、受注予定者が受注することもまた認識しているはずである。受注予定者をパラマウントベッドが決めるというルールの存在が共通了解となっており、パラマウントベッドが指示したとおりの落札結果となっているのだから、受注予定者と他の入札参加者との間で、すなわちパラマウントベッドの支配を受けた販売業者間で相互の認識認容が認められるといわざるを得ないように思われる。そのような行為を相互に認容しなけれ

---

[60] 審決集44巻366-367頁。

[61] 岸井大太郎「解説」『経済法判例・審決百選』37頁（2010年）。

[62] 川浜昇「解説」ジュリ1157号241頁（1999年）。「落札予定者を共同して決定していたという事実はない」とする石岡克俊「審決批評」ジュリ1147号117頁（1998年）も同旨であろう。

[63] 自主的でなければ相互拘束でないというのならば、官製談合が不当な取引制限でないことになりかねない。この点については菅野氏のご指摘に負う。

ばパラマウントベッドが指示した価格での落札は成功しない。また、「実態」からみれば支配型私的独占しかない、という論法[64]は、「私の事実の見方が正しい」と述べているだけであって、要件該当性を否定する論拠を述べなければ議論として成立しない。

支配型私的独占の射程でも述べたように、現行法規定では課徴金算定率にかかる早期離脱及び減免制度が整備されていることからすれば、支配される側にも共同行為からの逃げ道はあるのであり、むしろ不当な取引制限規定を適用した方が法遵守インセンティブを高める点では望ましいのではなかろうか。

以上のように考えると、公取委が不当な取引制限の禁止規定を適用しなかったのは、メーカーの関与がなければ実効性を持たない談合の事案とみて、メーカーの行為さえ排除すれば足りると考えたものと説明することになろう。[65]

支配型私的独占と不当な取引制限の両規定を適用すべきである（両者は排他的な関係にない[66]）という本稿の立場からすれば、メーカー及び販売業者の両方を違反者として不当な取引制限の成立を認める可能性も考えられる。販売業者に不当な取引制限規定を適用する（算定率は卸売業者のものとなる）場合には、減免申請や早期離脱を行った販売業者に対してパラマウントベッドが報復行動を取る可能性に対処する必要がある。パラマウントベッドに支配型私的独占規定を適用すると、報復行為も支配行為の一部として吸収評価されるにとどまる。他方でパラマウントベッドも不当な取引制限の違反者にすると、主導的事業者の割増し規定（７条の２第８項）を使える（支配型私的独占よりも課徴

---

[64] たとえば「本件は実質的に販売業者間の入札談合であるとの見解がしばしば聞かれるが、実態は有力なメーカーが競合品の排除後に販売業者に入札協力金や伝票回しによる利益提供をして行った入札の操作であり、入札談合でもなければ再販売価格維持行為ですらない。」とする平林英勝「違反金対象範囲の拡大について―制裁強化よりも適切なルールの形成を」ジュリ1342号50頁（2007年）を参照。

[65]「本件は、ナックスに対する判断と同様に、不当な取引制限としても構成できたが、公取委の事件選択の問題として排除措置を命じなかった事案と考えるべきであろう。」泉水「支配型」35頁脚注39参照。

[66] 筆者は支配型私的独占が不当な取引制限の違反者を拡張する規定と考えているが、指示を下した事業者だけに違反者を限定する規定と考えれば不当な取引制限と排他的な適用関係になる。

金算定率は高くなる)。不当な取引制限の禁止規定を適用した方が現行法の下ではより望ましいかもしれない。

最後に、審決当時の法適用を前提とした私的独占規定による課徴金算定について議論しておく。本件は支配行為、排除行為それぞれについて私的独占の成立が認められた事件である[67]。一つの行為が算定率の異なる複数の違反規定に該当する場合には、算定率の大きいものを適用すればよいからその優先関係は自明だが、複数の行為が関わる場合に、どちらの算定率を用いるのかがここでの問題である。これは７条の２第４項の「私的独占（他の事業者の事業活動を排除することによるものに限り、第２項の規定に該当するものを除く。)」の解釈問題として、支配型私的独占の課徴金のみが課されるとされている。[68]文言上はそう解釈せざるをえないとしても、その根拠は必ずしも明らかではない。複数の行為がどのような形で違法な利得に貢献しているかを考えることによって、独禁法内在的に説明は可能だろうか。[69]本件ではパラマウントベッドが排除行為によって得る利得も、支配行為によって得る利得も、結局のところ販売業者への売上額の上昇という形で結実する。しかも、排除行為による売上額の上昇と支配行為による売上額の上昇が共通部分のない別個独立の加算要素として積み上がる関係かどうかは明らかではない。本件ではパラマウントベッドの製品指定入札における利得（支配行為のみによって得た利得）よりも、仕様書入札における利得（排除行為も伴って得た利得）の方が６％高いとは思えないことからも、支配行為と排除行為があれば10＋６％だとは簡単には言えない。また売上額の上昇にも天井がある（そのうえ本件は入札市場であった)。このように考えると、最大でも支配型私的独占に対する課徴金を課せば十分であり、10％＋６％の算定率の課徴金を課す必要はない。支配行為が行われている以上

---

[67] 斉藤隆明・奈雲まゆみ・池内裕司「解説」公正取引572号68頁（1998年)。

[68] 伊永大輔「平成21年独占禁止法改正の概説」金法1886号31頁(2009年)、白石『勘所』115頁。支配と排除の双方が混在して始めて私的独占が成立する場合の理由付けは白石『独占禁止法』505頁を参照。

[69] 川濵「排除型課徴金」22頁（2009年）は、「それぞれが単独で競争の実質的制限をもたらすものであったとしても、私的独占として同時に行われそれが密接に関わっているものであるなら、２つの行為によって市場支配力が超過的に発生しているとは言い難い。…どちらか一方の評価が行われれば十分」とされるのが、この方向性の議論ではないかと思われる。

は、10％の算定率のみを課せばよいことになる。

また別の理由としては、10％や６％といった算定率は競争回避のみ、競争排除のみがなされた場合を想定しているから、両者が混在する場合の算定率については経験的基礎と呼べるものがなく、両者を足し合わせることの根拠がそもそもないということもできよう。

より厳密には、罪数論のアナロジーで議論する必要があろう。[70]その場合には、独禁法の保護法益が何か、その帰属主体が誰なのかをまず特定しなければならない。本稿ではその本格的な展開を行う余裕はない[71]が、本件の排除行為、支配行為いずれも、発注者からみればメーカー間の規格競争・価格競争と販売業者間のブランド間・ブランド内価格競争の両方を制限するものであり、法益帰属主体（ここでは発注者である財務局と考えるべきである）にとって一つの法益侵害が行われていると考えられる。価格競争や規格競争それぞれで一つの法益と考えられているのではなく、それらの競争形態の組み合わさった自由かつ公正な競争が行われる状態が一つの法益を構成しているからである。従って、包括一罪と同様に、最も重い支配型私的独占に対する課徴金を課すことになろう。法益侵害の個数との関係では、独禁法では「１つの行為と１つの市場の組み合わせごとに」法益侵害を見ていることに留意が必要である。本件での市場は、メーカー－販売業者間の市場と、販売業者－発注者間の市場という、２つの市場があると考えれば法益侵害が２つあるということになりかねないが、このような議論には賛同しかねる。メーカーレベルの上流市場においても法益帰属主体は流通業者たる販売業者ではなく発注者と考えるべきである[72]し、そもそも本件では下流での入札市場と切り離して上流の市場を観念すること（２つの市場に分けること）が困難と考えられるからである。行為ばかりに目を向けるのではなく、保護法益が何かという点に立ち戻った検討が必要とされる。

４．おわりに

[70] 白石『勘所』115頁、川合弘造ほか前出注２記事32頁（長澤哲也発言）。

[71] 通説的な理解に疑問があるだけでなく、ここでは消費者厚生基準と総余剰基準との対立にまで言及せざるをえず、本稿の射程を超える。

[72] 拘束条件付取引等の垂直的制限ではこのことが当然の前提として議論されているが、その理由付けは十分に与えられていないように思われる。

本稿では平成17年改正及び平成21年改正によって変容した課徴金規定の活用という観点から、複数事業者が反競争効果発生に関与する私的独占事件を素材として、誰にどれだけの課徴金が課されるかを検討した。本稿によって明らかになった点を、今後の課題も含めて、次の６点に要約できる。

①誰が課徴金納付命令を受ける違反者であるかという問題は、何らかの形で違反行為への寄与を判断する必要に迫られるが、事案によって売上額の所在が変動した場合になお課徴金制度の実効性を損なわないような解釈でなければならない。

②課徴金納付を命じるために主観的要件の充足が必要か否かについては、どのような事情があれば課徴金納付義務を生じさせるべきでないか、という形で論点を具体化する必要がある。

③支配行為は、競争者以外の複数の事業者にお互いの間で競争回避させる行為に限定するのが合理的な解釈である。

④競争者との共同の供給拒絶にかかる独禁法20条の２のうち、間接の取引拒絶を行う（他の事業者に取引拒絶させる）場合の課徴金算定基礎は、立法の過誤といわざるをえず、法改正が必要である。共同の供給拒絶には排除型私的独占の禁止規定を適用すれば足り、不当な取引制限の禁止規定を適用する余地がなくなった。

⑤支配型私的独占と不当な取引制限の規定を同時に適用することは可能である。私的独占のような特定の規定にこだわりを持つことはかえって法適用を誤る危険性を伴う。私的独占、不当な取引制限、不公正な取引方法の規定の相互関係を見直す必要がある。

⑥支配行為と排除行為の両方が行われた私的独占事件では、支配型私的独占の課徴金規定のみが適用される。

課徴金にかかる論点の難しさは、どこまでが要件の問題であり、どこからが効果裁量の問題なのかが不明確なことである。[73]しかし効果裁量を議論の出発点におくと、そもそも何を議論しているのか分からなくなる。本稿では効果裁量の話は最後の説明として取っておくことにより、理論的な可能性をできるだ

[73] 私的独占事件においても、売上額のない関与者についてはそもそも違反者から外すことがありうる。この点については、中川寛子准教授にご指摘いただいた。

け広く検討した。

残された課題はまだ多い。関与者が増えるほど、関与者が得ている利得と違反行為との関連性が希薄になる現象も、無制限に認めてよいのか、理論的には気になるところである。競争の実質的制限が起こっている市場以外で売上額があってもよいことは支配型私的独占に課徴金を導入した時点で認められたが、それはあくまでも「必要な商品又は役務」という縛りの下であった。原料と最終製品という関係ならば連続性・関連性は強いが、それを超えて広がる可能性をこの文言は許容している。[74]

本稿で明示的に留保した課題も含め、今後も建設的な議論を期待したい。

※本稿は科研費（22730043）の助成による研究成果の一部である。

[74] 具体的には、日本医療食事件（(財)日本医療食協会ほか１名に対する件・勧告審決平成８年５月８日審決集43巻209頁）における協会や、雪印農林中金事件における金融２社に課徴金納付を命じることは、違反行為と関連性のある売上額に課徴金をかける構造から離れることになるのではないか、という懸念を持っている。これらの関与行為の寄与度は大きいから、違反行為を排除するためにはこれらの行為を排除する必要があり、抑止のためには課徴金が必要だと言ってしまえば、何も気にすることなくとにかく売上額があれば課徴金を課すことが可能かもしれないが。

研究ノート

徳川幕府による蝦夷地の創造：国家、領域及び地図

エドワード・キーラン・ボイル

序論

1835年、飢饉と長期にわたる債務を抱え疲弊していた徳川幕府は、諸国の大名らに対し、徳川幕府時代における領地の地図製作[1]最終版に協力するように命じた。完成した地図は、その後幕府の勘定奉行によって1838年に編集された。全83鋪からなるこれらの地図は、現在デジタル化され、国立公文書館にて一般に公開されている[2]。本州の北側に位置する地域を唯一認識することができるのは、幕府によって作成された国絵図、すなわち、徳川将軍の統治下にある領域から大名の領地として分割された地図のみである。この「松前嶋図」には31の島々と450の村や集落が記され、それらに及ぶ幕府の統治権力の広がりや永続性を見ることができる。本稿では、歴史的産物としての地図を用い、またこれらの関係性を完全に明らかにしながら、徳川日本における統治領域の制定において、地図作成が果たした役割について検証する。特に、現在の北海道及び樺太（現サハリン、以下除く）、千島列島に位置し、徳川末期には蝦夷地として知られた地域に関し考察する。

[1] 本稿では、「地図製作」は図自体を強調し、「地図作成」はプロセスを強調する意図で用いた。なお、英語でも、Cartography と Mapping とは、あまり区別されていない（Edney 1999; Wood and Fels 1992）。

[2] http://www.digital.archives.go.jp/gallery/view/category/categoryArchives/0200000000/0202000000

この地図作成の過程において、形の定まっていなかった蝦夷地とその先住民は、オホーツク海周辺の日本及びロシアいずれかの領土及び国民へと分割されることとなった。そのため、この地図作成の過程は長らく研究の対象とされてきており、その歴史は現在、日本国内のいわゆる「北方領土問題」と密接に結びついている（岩下明裕 2010; 落合忠士 1971）。この地域に対し、ここ数年ロシア国内においても問題意識が高まりつつあるものの（Richardson 2011）、それはロシアの領域拡大における極東地域の範囲を成すに過ぎず、ソビエト連邦時代から抱える数多くの国境問題の一つに過ぎない。一方日本にとっては、本州に隣接した重要な地域であり、同地域に関する日本の統治権拡大の歴史は、依然として極めて重要な問題とされている。とはいうものの、近年の研究の大半は、アイヌ・和人間の関係性やアイヌにより構築された交易網を題材にしたものである（Howell 2005; Walker 2001; 菊池勇夫 2003; 高倉浩樹 2006）。それに対して本論では、領土の概念及びその領土が国家により如何に制定され、利用されたのか、という方法論に焦点をあてる。

国家の近代化に関する一般的な叙述においては、この蝦夷地が国家と地図の関係性を分析した例を提供しており、領土と国家それ自体の創造と動態化を地図作成が可能にしたという考え方を見落としている（Bagrow 1955; Kish 1949; Kitagawa 1950; Schütte 1952; Walker 2007; 秋月俊幸 1999; 船越昭生 1976; 高倉新一郎・柴田定吉 1940, 1952; 高倉新一郎 1956; 高倉新一郎編 1987; 高木崇世芝 2000, 2011）。しかしながら、近代化の普遍的目的論に取って変わるポスト構造主義的な普遍主義アプローチをとるよりも、最近の研究が強調するように、むしろ地図それ自体を歴史的に再び分析し直されなければならない。それは、第一には「一枚の地図の作製を取り巻き、それを支える複雑な文化的事実の集積」を精査することによって、そして第二には、一度作製されると「利用や交換、意味づけ」といった多様な回路において地図に付加されるものを考察することによって行われるべきである。地図は「確定された文化的成果」として、そして「その文化を作り出す要素」として看做すことに意味がある（Cosgrove 1999: 9）。つまり、可視化された物を介して意味が固定化されていく文化に属しているために、地図はそれ自身が作製された状況の中へと再び書き入れられていくのである（Mukerji 1997, 2006, 2009）。このことから、「一定の可能性の範囲」のなかで作用するが故に、特定の時期及び地域において社会的、文化的及び技術的関係の偶然性を明らかにすることで、地図作成のもつ重

要な歴史的意味が明らかになる（Crampton and Krygier 2005）。蝦夷地におけるこの「範囲」を概説することによって、また、この範囲は固定されたものではなく、むしろ常に変化している事を強調することによって、日本がこの領土を地図として表してきた歴史が目的論的なものではないということを検証することが可能となるのである。

1．国家による領域の地図製作

本章では、蝦夷地と表された時代から、新たに誕生した明治政府が北海道として編入した1869年までの時期を検討する。すなわち、近世国家としての日本の領土拡大と地図作成の役割について焦点をあてるものである。そのため、地図製作過程の資料をわざわざ使って認識論的解釈を行うことは望んでいない[3]。領土を地図にする作業、つまりその縮尺を縮めながら一定の方法で実在する空間を把握することは、人間に固有の能力である。もちろん、一定の方式によって理解すること自体が国家の発展の指標となるということではなく、同様に、国家は地図を作ることができるか否かによって、進んでいる或はいない等と決められるわけでもない（Wood and Fels 1992）。しかしながら、我々が国家と考えるものにより制定された地図の利用には長い歴史がある。地図の歴史に伴って発展する文書作成や記録技術と同様、形をもつようになった地図の製作は、国家の「蓄積能力」の増大と関わっているといえる。またその能力は、国家の「記憶（memory）」を劇的に増幅させると同時に制度の継続性を強化している（Giddens 1981）。それのみならず、地図の使用は国家の権力がどの領域まで及ぶのかを示すものであり、中国の政治文化においても、そういった形で言及され利用されてきた（Smith 1996; Yee 1994a; 海野一隆 2004）。中国大陸における律令制の先例をうまくモデル化することで、地図と地図製作過程の資料は、日本国家の創設当初から一定の役割を果たしてきたのである。初期の年代記においては、国家が地方の役人に対し、領土の境界の確定及び土地の測量を命じたことが触れられているし、耕作地への関心も現存する初期の大縮尺

[3] 前近代と近代における地図的意識と、国家による地図利用との比較可能性は近年、議論になった（古典ヨーロッパとの場合、Riggsby 2003; Talbert 2008を参照）。

の地図に数多くみられる（Brown 1993; 木村東一郎 1967; 海野一隆 2004; 金田章裕・上杉和央 2012）。従って、地図作成の出現や利用のおかげで、日本の国家が一つの実在として作り上げられたとまで言うことはできないものの、ある意味ではそうした側面もあったと言うことができるのである。

近年の研究においては、地図作成の精巧さを国家の発展に還元することを避ける傾向にある。1980年代以前の地図作成史においては、19世紀のヨーロッパで、地球上の測量地域をより正確に表すことができるようになり、近代における地図の製作が発展したと考えられていた（Andrews 1996; Bagrow 1985; Edney 1999）。地図とは世界の客観的、科学的説明であるものであるという主張を受け入れ、地図史は、国家による地図製作の制度化と正確性の向上と共に、ヨーロッパから地図作成の「最良の技術」がゆっくりと広がり、最後にはヨーロッパ以外の世界各国へと広まっていったということを経験的に主張しようとした（Edney 1993; Thrower 2007）。このような文脈において、地図製作は、国家の近代化の重要な指標となり、それを代弁するものとなるのである（Branch 2011; Konvitz 1987）。日本の場合、蝦夷地の立場がこの伝統的な国家の地図製作という文脈において、その曖昧さを反映している。徳川時代、蝦夷地はほぼ日本の統治下にあり、商業的にも日本の領土としておおよそ理解されていたものの、北海道南部の僅かな一画の「和人地」を除いては、「日本」そのものの外に位置するものとして看做されていた（Batten 2003; Howell 1995; Walker 2001; 大場四千男 1998; 榎森進 2007; 海保嶺夫 1978）。主要な文献によると、18世紀後半、幕府は海外列強、特に北部に位置するロシアの脅威を認識し、未確定だった領土を測量し把握することを目的としてこれらの地域の探索を開始させたといわれている。欧州列強との測量競争に駆り立てられるように、1810年代までにこの地域の領土統治は強化され、それを反映して「帝国主義を予期した」日本の地図作成の知識は向上したのである（Walker 2007; 川上淳 2003, 2011）。また、これらの地図は、日本の近代化の急務を「予期」し、列強の脅威を反映して国民意識を急速に高め、1868年以降の変革や明治国家の近代化の実現を可能とした（三谷博 1997; 高埜利彦 2006）。すなわち、諸外国の脅威、日本の近代化、及び地図の威信が特に効果的な形で合成されたのである。

ただ、このような経緯があるにも関わらず、北方地域に対する国家の地図作成の精密化は、単に徳川日本の自発的な「近代化」の過程を表しているにすぎないことも明らかとなっている。つまり、明治時代以降の「成功した」近代化

という歴史が、徳川時代の解釈に目的論的な見方をもたらしたにすぎないのである。地図製作史に「空間的転換」の広域化が与えた衝撃は、国家と地図作成との関係に変更を迫り、そして、国家の官僚制度は次第に洗練されて行くものだという考え方にも疑問が呈せられるようになった。つまり、国家が地図を作成する領域や国家の空間はアプリオリの性格を持つものではないというのである（Brenner and Elden 2009; Harvey 2001; Lefebvre 1991; Lefebvre et al. 2009; Smith 2008; Soja 1979）。特にブライアン・ハーレイ（Brian Harley）は、こうした地図の描写が経験的事実であると信じられるようになる過程を分析し、すべての地図を洗い直して文化的創造物として分析すべきだとしている（Edney 2005; Harley et al. 2002）。かの領域は、所有者未定の地とするために、北海道として日本の律令制下に1869年に編入される以前、一般的には「蝦夷地」と呼ばれ、日本の農業、つまり文明との繋がりを有していた地域以外は、荒れ果てた原野であった（Wigen 2010）。にもかかわらず、蝦夷地は、その概念及びその領域の存在がアプリオリなものとして認識されており、むしろ領域としての蝦夷地の創造は、多様な実践を通じた文化的産物によってなされたと考えられることはあまりなかった。しかし、こうした蝦夷地の文化的な創造において、特に地図作成は決定的な役割を果たしたといえる。この地域がその後、政治的な空間と結び付けられたことで、中心から容易に制度化されることが可能になった。すなわち「国家の影響」を検証することができるのは、こうした物質的、観念的な作為を集中して行うことを通じてである。つまり国家は、それ自体の要素を通じて自らを創出するのである（Helgerson 1986, 1992）。

地図作成が国家の領域の創造に関与している点は、徳川時代に特に顕著にみられる現象である。というのも、律令制下の領土は、ヨーロッパにみられるよりもずっと早くから実際に地図上に表されていたからである（Berry 2006; Wood 1994; Wood et al. 2010）。14世紀には、より早期に造られた原画を基にしていると思われる「行基図」が、律令国家の空間という抽象的な概念を国という区分へと分割している。こうした国ごとの区分は、戦乱が長きにわたり、朝廷の実質的な統治権力が衰退していった時期にも存続し続けた（海野一隆 1994, 2005; 黒田日出男 2001）。豊臣秀吉の先例にならい、徳川家康は、国々の地図を帝に献上するように命じたが、これは、律令制下の領域に、家康自身の統治権力が及んでいることを示そうとしたものであった（Ooms 1998; Unno 1991, 1994; 杉本史子 1994）。さらに、徳川氏は、律令時代の地理を基礎として

統治を確立したため、理論的には帝が地図作製を支えたはずなのだが、その後天皇から地図製作を切り離した。そして、杉本の表現を借りれば、「元禄国家図では天皇を意識した形跡は見受けられず、同図は土地をめぐる諸階層の係争を裁く『公儀』として『国』を『確定』することを目指したものであった」（杉本史子 1999: 159）。従って徳川幕府の地図作成は、欧州の地図と共鳴するところがあるということもできる。すなわち、「権力中枢を中心に」据えて構成される「個人的」な絶対君主支配から国家による支配へと移行し（Anderson 1991; 1983）、それまで君主が有していた可視化された「物理的力」は、国家自体が領域を表現する支配の形へと移行していったのである（Bartelson 1995; Biggs 1999; Kantorowicz 1957）。

ウィニチャクル・トンチャイ（Thongchai Winichakul）の研究にも、上記の概念を推し進めるアジア圏に関する言及がある。すなわちタイでは、近代西洋的な地図製作を国家が用いることで、国境を記し、国家自身の「地理的身体」（Geo-body）を創造したのである（Thongchai, 1994）。メアリ・エリザベス・ベリ（Mary Elizabeth Berry）は、国家が地図を作り、地図が国家を作るというトンチャイのトートロジー的理論を適用し、豊臣秀吉・徳川家康の地図作成を国家中心的に、または記号論的に分析した。ベリは、「国家設立者」が空間政治のビジョンによって、実際の戦国時代の「混乱」と情報をコード化する「混

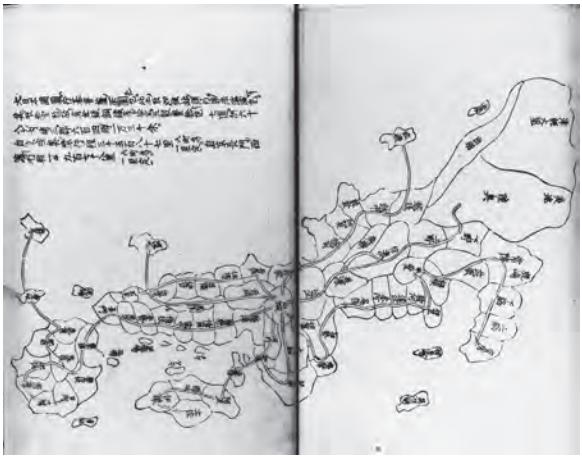


図１　『拾芥抄』行基式の日本図
秋岡武次郎編：*日本古地図集成*

乱」の双方を克服できたことや、近世日本の「地理的身体」を創造する条件とその特徴について述べている（ベリ、2001）[4]。「地理的身体」という概念と、「国家（ナショナル）」意識が構成される際に印刷物の流通が果たした役割に着目したベネディクト・アンダーソン（Benedict Anderson）による洞察とを組み合わせることは、その後、多くの研究者にとって抗いがたいものとなっている（Barrow 2003, 2008; Elliott 2000; Fortna 2002; Hostetler 2000, 2001; Ramaswamy 2001, 2002）。2006年に出版した著書において、ベリもまたこの議論を適用し、日本国家の領域的広がりを地図的に表現したものが流通したことで、日本という社会、あるいはベリの言うところの「徳川国家（ネーション）」が出現する条件を整えたと主張している（Berry 2006）[5]。ベリは、制度化された技術という観点ではなく、特定の文化的表現という観点から徳川時代の地図製作をとらえるが、しかしそれは結局、従来の地図の「近代性（モダニティー）」の強調に代わって、地図を再び「国家（ネーション）」の単なる指標へと還元してしまうことになるのではないだろうか。

たしかに地図製作は、新たな効果を生み出す道具として見るべきものである。地図が単なる国家領域の表象以上の役割を果たすという考え方は、じっさい北方地域における日本の地図作成の性格を説明するうえでも有用なものである。蝦夷地の創造は、最終的には国家の領域、あるいは「地理的身体」を創造するという、徳川政権が目論んだものより広域のプロジェクトから最終的には切り離すことのできないものであった。つまりそれ自体、統治が将軍の町である江

[4] 2001年の論文でベリは、近世日本の「地理的身体」とそれを支持する地図的発想（Map-mindedness）が誕生した理由を、国家の役割よりも、秀吉・家康の個人的な経歴に還元しすぎているように思われる。地図作成プロセスは、ベリによれば国家建設と「一七世紀地図における空間のコード化」のプロセスであるが、本稿では、それをある既存の空間認識をコード化するプロセスではなく、その後も継続して行われた地図作成自体をプロセスとして理解することに力点を置きたい。つまり、ベリは、徳川幕府が自らの政体を正当化するために行基式日本図を「復興させた」と説明しているが（ベリ 2001: 176）、本稿では、国家の空間認識は徳川時代をとおして繰り返し（再）生産され、（再）表象され、（再）創造されたことを重視する。

[5] ベリは、弟子のマルシア・ヨネモトの研究より大きな影響を受けて（Yonemoto 2003）、2006年の著書から、地図様式に特徴付けられて明治国家と対立した「徳川国家（ネーション）」という概念を用いるようになった。第２章で述べるように、本稿では近世と近代のあいだに絶対的分岐をおく認識を回避したい。

戸に再び集権化されるという過程の一つの構成要素だったのであり、地図を差し出すのと共に、正室や年貢或いは自分自身の身体を中央に差し出すということだったのである。関ヶ原の合戦以降、徳川政権の「地理的身体」は、律令制の領域を超えて政治的・軍事的ヘゲモニーを主張することにより、国家によって地図化されたこの律令制の領域への主張を行うと同時にその輪郭が描かれてきた。この「地理的身体」は、決して安定したまとまりではなかったものの、徳川時代の地図作成を通じて律令制の領域それ自体を（再）生産することで、国家の領域に対する権威の及ぶ範囲を、継続的に定義し再定義する過程であった。この領域に対する概念は、徳川時代を通じて国家及び商業的地図製作において維持され、地図上に示された行政区画は、国家それ自体とは一見無関係にみえるものの、国家の領土のビジョンを地図上に示されたものとして構造化するのに貢献した。このようなビジョンは、「国絵図」として知られるプロジェクトと特に関連している。国絵図は、その名称が示唆するように、律令制度下の「国」を基に、領域の表象を正統化し、そして国ごとに取り行われた検地とリンクすることによって、これらの国家地図は、商業的地図作製に代表されうる国家構造を提供したのである[6]。

律令時代の地理を国家の領域の基礎として採用したことにより、徳川政権の権威とそれ以前の権威とが結びつけられることとなった。朝廷の権威の外に位置していた蝦夷（えみし）と呼ばれる人々に対する朝廷の膨張の初期の歴史は（Batten 2003; Hudson 1999）、陸奥と出羽という北方の二つの国の過剰な広さによって、事実上見てとることができる。そして、農地と未開の地との境界が東北地方へ押し上げられるにつれ、中世初期には、北方地域に３種の蝦夷（えみし、あるいはえぞ）の人々について記録がなされ、少なくともその中の一つ「渡党」は、今日アイヌ人として知られる人々に関連しているとみられている（Howell 1994; 海保嶺夫 2006; 菊池勇夫 1994, 2003）。その名前自体が、日本の北部に該当するとみられている「蝦夷島」から渡ってきた人々であるということを示唆している。もっとも、これらの島々が地図上に現れてくるのは1471年に作製された朝鮮の地図のみであり、そこには夷島という島も、本州北東部に位置する女嶋、雁道などの島々と共に示されている（室賀信夫 1983）。蝦夷地

[6] 川村によると、幕府撰国絵図プロジェクトは1604年、1644年、1696年及び1835年の四回に渡って実施された（川村博忠 1984, 1990）。



図２　正保日本図の蝦夷地
秋岡武次郎編：*日本古地図集成*

の存在は、本州全てを徳川政権の定義した律令制下の空間と考えることを可能にした。そしてこの表現が、国家の地図製作と、商業的な地図製作の両方を支配したのである。徳川時代全般を通して、蝦夷という空間を領域として「枠にはめる」（Yonemoto 2003）際には他の伝説的な場所と同様に見なされており、確かに徳川時代の大半の商業的地図においては、蝦夷の「実在する」島々は、「架空の」存在と大して変わらないものとして看做されていた（上杉和央 2010; 山下和正 1998）。

徳川時代の「地理的身体」の作法は、地図や年貢、謁見等の定期的な献上を通じて明らかになっていき、蠣崎氏の津軽海峡をまたぐ支配力によって、本州北部へと拡大された。雄島の南方にある「日本の交易所」の統治者は、16世紀後半には、中央権力の直接支配下に入り、姓名も松前氏へ改名し、領土の地図を江戸の将軍へ献上するに至った（Walker 2001; 菊池勇夫 1994; 高木崇世芝 2006）。蝦夷地という表現自体は、このような律令制度下の領域を固定化させる要素の一つに過ぎない。蝦夷への実際の移住は18世紀後半まで開始されな

かったものの、本州北端へと領域が明確に拡大したことは、徳川政権の権威を結果的に強めることにもなった（Ravina 1999; 国絵図研究会編 2005; 浪川健治 1992）。この地図作成による固定化は松前藩によって成し遂げられ、代々の将軍によって発行された黒印状の権威によって根拠づけられていた[7]。というのは交易が強化されれば、蝦夷地における交易を独占している地域の価値が高まることになる。松前藩のこの主張が正当化されるためには、松前藩としては、これを幕府に認めてもらう必要があったからである。

1599年には既に松前藩によって蝦夷地の地図が製作されていたが（松前景広 1643）、国家により蝦夷地の領域が最初に表現されたのは、いわゆる「正保日本図」においてである。これは、1633年の初期の徳川将軍によって行われた国の測量と1644年に再編された地図に、ほぼ即した形で構成されている（高木崇世芝 2006）。今日この地図を見ると、他の地域の精密度の粗さに比較しても蝦夷地の表現のゆがみは著しい。正保日本図や他の日本総図における蝦夷地の小ささは、一般的には、松前藩が、他の大名に幕府が求めた縮尺に合わせるのに失敗したからだと理解されている[8]。とはいうものの、これらの地図上にある渡島半島南部の表現の精度が大きさと形の両方において高いのと比べてみれば、これまで言われてきたように、この描写のゆがみが故意によってなされたものではなくて、海上から正確に測量する難しさによるものであるということを推測する方が自然であろう[9]。正保日本図は、むしろ蝦夷地をどのように領域的に定義していくのかという方法を創造していく過程の中で理解すべきである。な

[7]「松前志摩守慶広に蝦夷地交易の制三章を受らる。其文にいふ。諸国より松前の地に出入する者。慶広に其旨告ずして夷人と交易せば典事たるべし。慶広に告ずしてみだりに渡海して夷人と通商するものあらば、速に府にうたへ出べし…」慶長９・１・27（海保嶺夫 1985: 101）。

[8] また、松前藩が幕藩制国家の辺境地位を占めることを示している。国絵図の基準化については特に川村博忠（註６）を参照。川村が正保国絵図プロジェクトのもとで六寸一理（約二万一六〇〇分の一）が標準となったと述べている。また、秋月が示すように、松前の国絵図をこの縮尺にすると、縦横20メートル以上の非実用的な大地図になる（秋月俊幸 1999: 19; 海野一隆 1999: 163）。

[9] このような海上からの測量の困難さは初期のヨーロッパの測量史にもみられるが、それは海上の距離を地図上に縮小するのが困難さによるのが通常の原因である。（これについては Fernández-Armesto 2007: 741を参照）。

ぜならば、松前藩が支配地を最大化することは松前藩にとって有利なことであり、それは、徳川政権の国家が自ら交易の独占を正統化した地域として、現在の北海道、樺太及び千島列島に位置する全域が蝦夷地の領域の範囲に統合されたということになるからである（Walker 2001; 秋月俊幸 1999）。

従って初期の徳川幕府の地図作成は、律令制下の朝廷の空間を（再）構成し拡大するためのみならず、この地域の外側にあった未開の地、つまりは蝦夷地を定義するにあたっても貢献した。この地域は、本州、九州や四国の国々の空間と同様に、幕府に献上された諸地図上に確定され、境界が示された。蝦夷地の空間はこのように徳川時代の地図作成の中で作られ再生産されたものであり、律令制下の空間とは別個に生まれたものの、徳川時代の地図作成によって「枠をはめられた」律令制下の空間と合体していったのである。これはそれ自体を正当化する文化的制定のプロセスであり、蝦夷地を表現可能な境界づけられた領域的空間として創造し、一方でその空間の中で自らの領域的権威を改めて確定しているのである。蝦夷地は、このような形で内からも外からも現実化されたのであり、政治的空間を地図に表現することで、最終的には、蝦夷地を創造した政治のプロセスを隠してしまうような文化の所産なのである。これによって、近世国家の地図製作全てが意識的にネーションを表しているわけではなく、従って、近世から近代へと、国家領域の概念が移っていくということはできないということがわかる（Kratochwil 1986; Neocleous 2003; Spruyt 1994; Teschke 2002）。徳川政権が利用した地図製作の手法は確かに統治権威を正統化する上で貢献したが、将軍自らが支配者となってネーションの領域を「代表する」というよりも（Conley 1996; Jacob and Dahl 2006）、その制度化は朝廷支配から将軍中心へと取って代わるものであったといえよう。

本章では、近世日本を存在論的に形成したものとしての地図作成の過程、そしてその過程の中における蝦夷地の役割を概観してきた。しかしジョン・ピクルス（John Pickles）の説くところによると、このような歴史は「地図を未だに一つあるいは他の関心対象、つまり、地球を表現する方法の進歩、権力の道具、世界的『本能』や『衝動』の物質的な形といったもののみに還元しがちである」。我々も同様に、地図を単一の言説へと還元したり、地図を単一の歴史で説明することに対し注意深くならなくてはならない（Pickles 2004: 89）。意識的に比較の観点をもって物事を見続けるならば、国家による領域の地図作成に関する研究が、地図を何かの単なる指標と位置付けるのではなく、経験論的

に狭い限定的な議論を超えてより広く共鳴をもたらすのに、如何に役立つかを強調することとなるであろう。国家は、領域の創造のために地図製作を利用してきたが、全てのこの領域の創造が国家の作法によって働きかけられるわけではない。次章では、異なる国家が異なる領域を創造する過程、及び国家が領域を創造するその方法について検証する。

2．領域の確定及び再創造

日本のより広い地図製作の背景の中で、蝦夷地は領域として理解されてきたのであり、このような地図の歴史を正しく読み解くには、より広い背景を認識することが必要となる。近代ヨーロッパ帝国主義の創造が、地図上の全世界を包含するということを考慮に入れた観念的デカルト主義によってどのように表されてきたかということのみならず、実際のところ、それに如何に依拠しているかを明らかにするために、これまで膨大な研究が行われてきた（Cosgrove 2003; Olsson 2007）。同様に、近年、ヨーロッパとは異なる背景の中で作成された地図を理解し、それらを支えている空間認識を知るための研究に、さらに多大な労力が費やされてきた（Harley and Woodward 1987, 1992; Woodward and Harley 1994; Woodward and Lewis 1998; Woodward 2007）。そうした努力は、世界には一つの歴史、一つの地図作成の系譜しかなく、すべての地図はそれに含まれているとの観念から脱するために行われてきたのである（Dodge et al. 2009; Wood et al. 2010）。異なる地域に固有の空間的関係性の認識は、世界をどう「見る」のかという特別な方法、すなわち「伝達を行う構造を組み合わせている」（Habermas 1991）、あるいは「意味のシステムを秩序づけている」（Geertz 1973）、それぞれの社会の産物と強く結びついている。言い換えると、地図作成の様々な方法や、違う文脈で行われる地図作成は、それ自体が作られる文脈に沿って「合理的に」分析されなければならないのであり、外から押しつけられた基準に従って判断されるべきものではない（Turnbull 2000）。

松前藩によって製作され、幕府へと献上された蝦夷地の地図は、蝦夷地を領域として創出し、その境界を確定するために使われた。前章で確認したように、松前藩の領地は徳川国家の支配の及ぶ範囲内において正当化されていた。国家としては、その領土を少し変わった形であると考えていたが、将軍権力への謁見を伴っており、国絵図製作のプロジェクトでもその領域の範囲が可視化され

ていて、徳川政権の秩序の一部であることは明らかであった（Vaporis 2008）。もっとも、松前藩が律令制度の領域の外部に位置していたという事から、松前藩は自ら権威の及ぶ地域を確定し、自らの領域空間をも創造することが許されていた。元禄国絵図は、対象をより拡大した支配地の地図である。松前藩は、当時まだ大名としては看做されていなかったものの、自身の地図の製作と提出を課されていたのである。これは天保国絵図にも引き継がれ、松前藩は日本の他の支配地と異なり幕府の指示を受けずして再び独自に自らの管理下にある地域の地図を製作した（高木崇世芝 2006）。松前藩は、ネーションについてトンチャイが言及しているところの、描写しようと意図するもの「それ自体のモデルではなく、そのためのモデル」を、地図を通じて主張しているといえる（Winichakul 1994）。それでも、地図や、年貢の江戸への献上や江戸出府による謁見等にみられる松前藩の将軍秩序に対する服従は空間的慣習の第一層を形成し、この層が地図製作過程の資料自体にみられる第二層を正当化したのである。

異なる国家の地図作成の方法が、認識論的課題に関する国家それ自体の理解を反映するという考え方は、地図作成と、その作成が行われる知識体系とを結びつけて考えるという形で、早くから見られていた。初期のロシア帝国、特にロシア帝国の統治圏がシベリアに拡大する過程に関するヴァレリー・キヴェルソン（Valerie Kivelson）の近年の研究に、示唆的な事例をみることができる（Kivelson 1999, 2006, 2009）。キヴェルソンは、この国家の地図製作を特にロシア帝国の伝統の文脈の中で再定義しようとしていた。特に17世紀後半から18世紀前半におけるセミョーン・レメゾフ（Semyon Remezov）の業績に関する研究において、キヴェルソンは、レメゾフによる地図製作が、ロシア帝国の空間を支え創造することにおいて、如何に貢献したかを検証しようとした。ロシア帝国は、西洋の帝国とは異なり、民族性や宗教、あるいは階級が統一されておらずそれぞれが独自であり、ただ皇帝に対する根本的な忠誠によって結びつけられていた点に特徴づけられるものである（Burbank et al. 2007; Kappeler 2001, 2004; Slezkine 1994）。すなわち、ロシア帝国のある特定のビジョンが地図製作から読み取れるというだけではなく、地図作成それ自体が、共通性のある一つの様式で国家のビジョン自体を形作ったということである。

日本の場合でみると、国土全体を把握するためにそれぞれの国の地図が集められて一つに編集され、国絵図として地図上に描写されることにより、最終的

にはその地図作成に採用された枠組みの中で、蝦夷地の領域を把握することができるようになった。しかしながら同じ一つの地図には描かれたけれども、最後の地図編纂のプロジェクトとなった天保国絵図までは、我々がいうところの「正確な」地図と呼ばれるには適さないものだった。幕府の領域に対する支配のビジョンは、律令国家の地理と国を仕切る区画を継承することで支えられ動機付けられた。地図には幕府によって統治者が記され、小さな楕円形の村が描写されたものの、将軍は百姓たちという基盤から大きく切り離された権威の体系の裁定者のままであった（Ooms 1996）。国絵図のプロジェクトを通じて、精密度が向上したという蓄積をみてとることは難しい（川村博忠 1990; 近藤守重［近藤重蔵］1906）。当初から、領地に対する統治権を描き出し、領域の権威及び石高と関連づけて地図は作製されており（杉本史子 1999; 藤田覚 1980）、地形に村の石高が表示される形式の国の地図が標準となっていたためである（国絵図研究会編 2005）。幕府の意向によって取り入れられ、正保国絵図から始められた国絵図は、我々が使う正確さという言葉よりもむしろ、視覚上の一貫性という基準から見て、ずっと高いレベルのものであった（川村博忠 1984, 1990, 2010）。

松前藩は編入されたとはいえ、律令国家の地理上では外部にあたり、何ら農作物を収穫することもなかったため、国家の地図製作の知識構造からは、把握し難い存在であった。それでも蝦夷地への領地としての拡張は編入され、地図上に定義されていったのである。このような領域の曖昧さは、海外との接触をもっていた他の地域の状況と比較してみることもできる。このような地域は、近年の日本の史料研究では、大きな焦点となってきた。この他の地域とは、オランダ東インド会社のある長崎、朝鮮との接点があった対馬、及び琉球を支配していた薩摩である。オランダ東インド会社は、地図製作上の問題を殆ど想起させなかった。というのも、同社の領地が出島に限定されていたためである。もっとも、同社は後に江戸に赴き、その地域を徳川政権の政治的空間にあるものとして改めて公認している。また対馬は、律令制下からの国の一つを構成していた。明治時代に至るまで、宗氏が釜山における日本人居留地である倭館の運営を維持し、その穀物のおよそ３分の２を朝鮮に依存していた。九州北部に所有していた宗氏の領地の石高は一万石であったが、対馬全体の農業生産は乏しいものであった（Lewis 2003）。対馬の国絵図は、その他の地域と同様、多少色づけされた楕円で示される農村があり、二つの区画に色分けされていたも

のの石高の調査はされておらず、従ってその表示も記されていなかった（福井保 1984）。しかしながら、その他の記載方法は、「ナショナル・スタンダード」に則って製作されていた。

最後に、琉球王国は、1609年に薩摩藩が侵入し琉球国王の服従を強制するまで、日本のどの国家にも属してはいなかった。薩摩藩は、後に琉球の領土の大半を琉球国王の領地として認め、土地の調査を指揮して、大名への納税を課した（Sakihara 1967）。徳川家光は、薩摩藩の琉球の石高への編入と、琉球が中国にも同時に朝貢する関係を同時に承認し（紙屋敦之 1990）、後者は、日本の統治の対外的な動向を琉球が可能な限り最小限にしているという薩摩の主張を説明するものであった（Smits 1999）。蝦夷地と同様、正保時代の調査によって初めて地図が製作され、島津藩による琉球王国の統合が地図上に表された。もっとも、奄美島については、琉球王国が支配する領地として直接編入されていた。外観上、この地図は、基本的には日本の他の地域と同様であり、琉球政府の慣行は何ら変更を求められず幕府の地図に融合された[10]。琉球と対馬の双方は、地図製作上、松前藩よりも遥かに早い時代に領土の標準モデルとして編入されていたのである。幕府による空間的秩序、すなわち同質であり根本的には交換が可能な農村の集まりによって構成される国が形作る領土のビジョンは、それ自体の権威を創造したのである。

松前藩の地図はこのような空間的支配の文化を念頭に分析されるべきであり、特に蝦夷地の領土が如何に空間的に埋められていったかという点に着目しなければならない。まず1633年、将軍が送り込んだ探検隊が、東端は石崎まで、西端はモナイ（茂内）まで境界を引いた（淡斎如水『福山旧記』、Edmonds 1985）。主にそれに沿って、支配の範囲が確定されたのである。正保国絵図では、茂内の位置に西側沿岸が描かれ、「是ヨリ馬足道ナシ舟ニテ往来」と特に明記されている（中村拓 1974; 落合忠士 1971）。これは1633年の状況であり、1644年に地図が提出された際には、ほぼ熊石まで境界が拡張していた（榎森進 2007: 180-82; 海保嶺夫 1984: 23）。このように、将軍の派遣した調査と、地図

[10] 琉球の場合、郡・村のかわりに間切という伝統的な行政区分が国絵図上に表現され、島津家の石高に編入された奄美諸島も間切制度に即して地図作成された。地図上、各村を間切ごとに色分けし、国絵図・郷帳における石高も間切ごとに表示した。

上の道の描写とは互いに影響を及ぼし合っている。東側の領域でも同様のことは見受けられ、石崎が明示されない一方で、石崎の５キロメートル西方に位置するシノリ（至則）が道の終点としてはっきりと描かれている。この島の中央に「南ヨリ北へ陸道ナシ」と記されている一方で、「和人地」と「蝦夷地」との間に明確な境界はない。例えば、和人の上の国やトマリ（泊）のような領地は「エゾ」と記されているものの、更に北方にあるオトベ（乙部）やモナイ（茂内）には記されていない（榎森進 2007: 167に比較）。しかしながら、この幕府による探査の対象外である大半の地域については、島のほとんどを含めて、末尾に「エゾ」と記されているのである。ここから、蝦夷地を自分の領土として記すということで、松前藩が蝦夷との交易を独占する権利の訴えを通じ、この領域に対する主張を正統化しようとする動きを明確にみてとることができる。



図３　元禄国絵図
北海道大学北方資料室

正保国絵図と元禄国絵図の領域の表現の違いはほとんどないようにみえるが、千島列島は、奇異にもより小さく描かれている（国絵図研究会編 2005: 20-23）。もっとも、正保と元禄の調査との間には、1669年から1672年にかけて、近世アイヌ史上の顕著な事件として知られるシャクシャインの反乱が起きている。多くの文献にも記されているように、この反乱の余波により松前藩の直轄地と蝦夷が居住する地域が明確に区分され、これをめぐってより多くの主張

がなされることとなった（Walker 2001; 海保嶺夫 2006）。これは地図上でも見ることができる。元禄国絵図は、新しい領域の境界を反映させて「是より蝦夷地」と明示し、在郷内にある全ての居留地を「村」として示し、それに対して蝦夷地の領域には、単に名前が記されるのみとなった。この地図は81の和人「村」を記すのみならず、140の蝦夷人「居所」と48の島々をも描いている（松前藩 1906; 羽田野正隆 1985）。境界は実際のところ不明瞭なものであり、居住地の分離を明確に記しているわけではなく、蝦夷地全体の領域における松前藩の位置が、幕府に従属しており蝦夷地の支配はあくまでもその下でのものだという事態を変えるものではなかった。他の国における地図作製のプロジェクトに対する幕府の干渉は、歴代の将軍が移り変わるなかでより一層顕著なものとなっていった（杉本史子 1994）。その一方で、松前藩に限っては松前藩が主張する地図上の領域を制限することはなかったのである。そして居留地を区別する政策は、天保国絵図においても明確に表れている。地図それ自体の形状のみならず、元禄国絵図では140だった蝦夷人「居所」を322にまで増やし、それらに対する統治権を主張したという事実からも、地理的知識の蓄積が見てとれる。これら322の「居所」は、地理的にも地図製作学的にも、直接統治下にある128の「村」と明確に区別され、31の島々は全面的な管理下にあると記されていた（福井保 1984: 366-72）。他の領域とは異なるという概念に適合的であり、他とは異なる権威の基盤を強調することにより、松前藩は、徳川の領域国家のなかに自らの権威下にあると考える領域を地図上に示すことでその編入を認めさせるのに成功したのである。

以上のことによって、ギヴェルソンが光を当てたロシア帝国と同じように、他の地域の領域についても、近代帝国主義の地図作成に還元されない様々な地図作成の方法により、他の地域の領域を国家に編入することができるということを知ることができる。もちろんロシア帝国は、欧州及び西洋の特徴やその他の点を考慮すると、曖昧な地位にあることは否めない（Lieven 2002）。しかしギヴェルソンがここで描きたかったのは、18世紀のロシア帝国に導入された全体主義的な西洋帝国主義と対比して理解される、より「柔軟な」空間理解であった（Kivelson 2009）。ギヴェルソンによるロシア帝国の地図作成の論文を、ローラ・ホステットラー（Laura Hostetler）による清帝国の論文と対比してみると、興味深いものがある。ホステットラーは、清帝国も、世界の初期近代帝国における地図製作のプロジェクトと同様のことを実践したのだと強調する

(Hostetler 2009)。伝統的な中国の地誌にみられる地図には、明らかに西洋の地図製作法と異なるものが見受けられるが（Yee 1994b, 1994c)、康熙帝及び乾隆帝が統治していた期間には、地図製作事業のプロジェクトが領域に対する支配を把握し、それを誇示するために、初期近代国家が動員する最新式の地図製作技術を動員しているということなのである[11]。三角法で測定された清帝国の地図は、清帝国の領域の境界を、対内的にも、またヨーロッパ諸国の地図上においても確定するのに寄与したといわれている[12]。

これらの相対的な歴史の断片は、それぞれ異なる方面から指摘されてきたものであるが、当時の欧州国家の地図製作を特徴づける「帝国の」「近代的な」科学的地図作成と、ほぼ同一のものとして理解することができる。これは、ヨーロッパにおける全ての地図作成を、デカルト絶対主義者の空間的概念によって支えられる西洋の帝国主義「特有」のものとみなして、それに還元するものである。キヴェルソンは、レムゾフによって製作された民族学的地図が、初期の近代ロシア帝国の空間概念とは根本的に異なると主張するが、ホステットラーは、中国とヨーロッパ帝国における固有の相違を示すことで、清帝国との類似性を強調する[13]。両者の研究は共に、ヨーロッパ帝国の全ての地図作成を、数学的で合理的な科学として具象化している点では共通している。しかしこれは、欧州式の科学的地図を「初期近代」の科学的帝国の指標へと還元し、「芸術」あるいは「科学」としての地図作成という、区別を再び呼び戻すリスクを有し

---

[11] これは、History of Cartography の中で中国についてコーデル・イー（Cordell Yee）が展開した論点と正反対となる。イーの基本的な強調点は、「16世紀末から20世紀の頭まで、中国の地図作成はヨーロッパからの影響をさして受けなかった」ことであり、地図作成も含む中国の特定な文化的一貫性が近代化（あるいは西洋化）によって失われたというものである。また日本の場合、ヨネモトもこうした視座に立つ（Yonemoto 2003、また Millward 1999も参照)。

[12] これは、西洋中心史観を越え、ユーラシアの東と西の端における状況を比較し関連づけることによって、世界的な近世史を創造するものである（例えば、Darwin 2007; Morris 2010; Perdue 2005; Pomeranz 2000; Wong 1997)。

[13] 同時にキヴェルソンは、帝国の形成とそのビジョンと、1930年代におけるソ連時代のスターリン国民政策との単線的な繋がりもこれらの地図で可視化できると主張しているが、支持できない議論である。ポストニコフにより、レメゾフ以降、次代のロシア帝国の民族地図が1872年に作成された（Postnikov 1996: 148-49)。

ている（Perdue 2005: 446）。しかし、重要な示唆に富むマシュー・エドニー（Matthew Edney）による研究が示すとおり、「精密さ」の概念と科学的地図作成の概念は、それ自体がイデオロギーなのである（Edney 1994）。イギリス国家の地図作成は、社会的秩序のなかで権威を強化するために、探検家と地図製作者によって利用されてきた。この専門家らが、「地理的情報の提供のみを対象とする、経験主義的で客観的で間違いのない科学」としての地図製作の普及を促進させたのである。そして、彼らの科学的信用は支えられ、「専門家のこれらの業績によって、言語やイメージを描写する政治文化の一部を形作る」重要な要素が構成されたのである（Sahlins 1990: 1425）[14]。しかしながら、このようなイギリス国家の客観性と正確さを代表する人々による主張は、「測量が混乱を招く」として現実によって即刻覆えされたのである（Edney 1997: 25）。マーク・バッシン（Mark Bassin）は、実際に作製された地図は、「このように深く『傷つけられた』パノプティコンであり、自分達の絶対的及び合理的統治に対する英国人自身の幻想に過ぎない」と強調した（Bassin 1999: 111）。この精密性に対する主張は、単なる主張に過ぎないものではあったが、これがイギリス国家のインド亜大陸の領域における統治と地図作製のプロジェクトを促進したのである。

蝦夷地への数学的測量技術の導入を、より近代的な領域支配の例示として論ずることも容易かも知れない（Stephan 1969; Walker 2007; 室賀信夫 1983; 川村博忠 2010）。周知のとおり伊能忠敬は、最初の測量において今日の北海道南方の海岸にあたる「吉岡」から「西別」までの海岸線を正確に地図上に記した（渡邊一郎 1997）。その後、伊能忠敬の弟子にあたる間宮林蔵が、更に奥地の樺太、そして1821年には本蝦夷地の明確な地図製作に貢献した（秋月俊幸 1999）。しかし天保国絵図には、松前の島やその他の群島等、伊能忠敬による国家の海岸線上の測量の痕跡はどこにも記されていない。地図製作上では、他

[14] ホステットラーは、地図作成の技術や制度の類似性のみならず、測量した国家地図が領土権の主張を確立させたという共通点を主張し、グローバルな近世帝国地図作成史を提唱しているが、清朝の地図輸出禁令を考えれば、それは難しいであろう（Hostetler 2009）。ウォーカーも、樺太における地図作成の帝国主義性を強調する論文で、同様なことを述べているが、シーボルト事件などを考えれば、これも難しい（Walker 2007: 283-313）。

の辺境地域と同様に、この地域も日本の統治下として記され、表現されることもできたのであり、徳川国家の領域に対する概念は、伝統的な理解を超えて、このように東北の更に北方の地域にまで拡張され得るものだった。松前藩が自らの領域を測量した技術は、国家の権威の拡大に中核的な役割を果たしたが、このような地図作成は近代性という単純な概念に還元されるものではない。領域に対する国家の展望が、国家の構成要素として大きく占めるようになり、この領域の多様性が同様に内部に包括されたのである。これは、対馬、琉球、そして蝦夷地の３か所の辺境が地図上に同一規準で初めて描写された天保国絵図によって確立したといえる。地図には、国家の領域としての均質性が示される。すなわち、日本の農村の一つの村として描写されること自体が、国家の領域としてみなされる過程の一部なのである。この点、蝦夷地は、地図上に同一規準で描写される一方で、日本の人々とは明らかに異なるという事実を明確に記されたともいえる。松前藩が組み込まれていた知識構造によって、松前藩自身の地図作成の記号が幕府に提供されたのである。蝦夷地の、蝦夷地における地図作成の歴史は、地図を支える空間的概念に結びついているといえる。

３．領域の（再）創造、国家の（再）地図作製：

前二章では、地図作成が、いわゆる蝦夷地の創造において寄与した点を検討し、日本の領域について理解すると共に、蝦夷地が創造された過程を検討した。本章では、地図作成の効果を通じて国家が領域を明確に把握し、それを領域として扱うまでの過程を検討したい。初期のヨーロッパ帝国にとって地図作成とは、諸外国に対し領域の保有を概念的に主張する申し分のない手段だった（Brotton 1997; Schmidt 1997; Zandvliet 1998）。地図化することは、単に領域の支配が明確になるだけでなく、「地面上」、更には欧州を取り巻く諸事情の中で支配を開始することを意味するのである（Burnett 2000; Driver 1992, 2001; Edney 1997, 2009; Godlewska and Smith 1994; Seed 1995）。このように、地図製作を帝国主義における特に重要な分岐点と看做すことには、「文書から、そこに表現された世界へと行き先」が開かれることになるのである（Häkli 2001: 414; Latour 1987）。とはいうものの、これまでみてきた通り、その重要性は帝国主義の遠隔地支配に対して限られたものではなく、地図は国家の領域の概念を構成するためにも極めて重要なものといえる。領土が、その領域の自画像に

加えられていく過程は、その領域を明確にし、知識と情報を得て、そして特に既存の文化構造に新しい知識と情報を加えることである。

蝦夷地の場合、蝦夷地を地図化する第一次的意義は、この地域を農地開拓のために再生することにあった。17世紀後半頃から既にこの地の農地開拓は提言されていたものの（高倉新一郎 1933b, 1933a）、交易を独占していた松前藩がその既得権益を明確に固持していたため、大半は実現されずにいた。植民地を扱う文脈においてよくみられるように、「探検家は、空間的、経済的、そして社会的組織に対する先入観と、仮説と共にやってくる…。土地の探索及び将来的な入植の計画という二つの過程は切り離せない。すなわち、この過程は複雑で、しばしば探索隊の地図や文献に明らかに関連するものである」（Nobles 1993: 13）。すなわち、領域を「開く」という概念は、領域を国家へ統合させ、生産力をもたらすという双方の意味を有し、国家の代理人によって実施された地図作成によって、可視化され続けた。この点は特に、近藤重蔵による「蝦夷地図」に示されている（近藤重蔵 1993）。近藤重蔵による地図は、その数十年以上前に関東の穢多の頭であった弾左衛門が７万人の穢多・非人を集めて蝦夷地へ送り、「此段別千百六十六萬四千町歩石十分一、百十六萬六千四百町歩、新田畑開発可相成積」と報告をしたことを受けて、国土の空白を埋めるべく作製されたものである（小林茂 1995）。このような取組みは、領域に対して具体的な効果をもたらすことはなかったものの、国家に対しては、領域を把握しやすくさせたという点で「事実を要約し変換する力」を実証したといえる（Scott 1998）。18世紀後半、日本の探検家と幕府の要人は、蝦夷地を農業開拓用地として把握しやすくするために、この地域を稲田へと変質させることはなかった。しかしながら彼らは、この手つかずの未開の地を、国家の領域として再生することには成功したのである。

地図製作という技術は、国家によりモノとして作られる形式であり、それがまたさらに、国家をひとかたまりのまとまった存在として建設することに資するものである。しかし、そのこと故に我々は、国家とその地図製作に用いる資料に着目する一方で、地図上の表現が何を示唆していようとも国家の概念を解体する必要があるといえる。これはミシェル・フーコー（Michel Foucault）が言及するところの、資料を用いる実践としての地図製作の「創造する」力に関わる問題であり、これは地図史の前後関係の文脈を把握する上で重要な意味を持つ（Burchell et al. 1991; Crampton and Elden 2007; Foucault 2008; 1998）。

しかしながら、フーコーが本来、ヨーロッパの文脈の中における近代的知識の創造及び政府の近代的形態に基本的な関心を持つ理論家であるように、このような創造力を証明することで、それ自体の問題も生じさせることになる。それにもかかわらず、蝦夷地は日本の律令制下では国境の外に位置付けられ、その後も内政的に区別されていた。このことは、本質的要素において、西洋の、あるいは洗練され客観化されたポスト啓蒙主義、そして世界を表現するための精密な分類学の利用はなかったということを改めて強調するものである。それゆえに、近代ヨーロッパ式の地図作成の導入のみに研究を制約する理由は何もないのである（Bayly 2004; O'Hanlon and Washbrook 1992）。ピエール・ブルデュー（Pierre Bourdieu）が述べたように、「全ての既成秩序はそれ自身の存在への順応を生み出すものである」（Bourdieu 1977: 164）が、それは単なる秩序のみにあてはまるものではない。なぜなら、秩序自体が当たり前になっているので、我々が秩序に順応してきたという歴史が書けなくなるからである。蝦夷地の場合、「デカルトの立体座標による幾何学」がなくても、地図上に同じような「暴力的な所有権の地理」（Blomley 2003: 123）を可視化することができた。しかし、国家は地図化するために「広大な距離に沿って、空間を平面化して区分し、名称を付け変え、これらの表現を統一した」のである（Brealey 2002: 10; Harris 2004: 173）。

今日の北海道、樺太及び千島列島を取り囲む、領域的空間としての蝦夷地の創造とは、蝦夷地の支配を議論する政治的空間を提供した。しかしながら、この地が真に政治的課題として浮上したのは18世紀後半になってからのことである。というのは、1781年の地図製作にみてとれるように、この地をどう再構成するかをめぐり、日本とロシアで争われたからであった。それまでの地図にみられるように蝦夷地それ自体は、その南部と津軽の領域によって枠組みが作られただけでなく、東方に立ちはだかるロシアのカムチャッカ半島によって、そしてその南方部分に向けて孤形を描く千島列島によって型取られていた（松前広長 1781: 125; 高倉新一郎編 1987: 第３図、第９図）。しかし、ロシアとの緊張関係と共に、領域の地図が書き直されるようになった。寺島良安の和漢三才図会が、朝鮮、琉球及び蝦夷の「三国」に朝貢秩序の概念を適用したのはその一例である（寺島良安 1929）。最も有名なものとしては、林子平によるものがあるが、林は蝦夷地の概念を境界づけられた自立した領域として再構成したわけではない。また日本の領域を「枠にはめた」わけでもなく、むしろこの朝貢

空間が日本の防衛のカギとなる場所であることを示すことで、この領域をより広い文脈の中に位置づけたのである（成田修一編 1989: 第27図）。この蝦夷地の自立的位置は、日本の地図作成によって初めて、より広い地理的文脈の中へと創造された。林による最初の地図は、他の帝国の領域が国として分割されたのと類似した方法によって、領域を和人地と蝦夷地に分離し、異なる領域であることを明確にするために色分けされた（高倉新一郎編 1987: 第14図）。本田利明も同様の考え方に基づき、その後蝦夷地における日本のもろさを強調するようデザインされた地図を幕府に提出した（高倉新一郎編 1987: 第21図）。

しかしこの地図も、林が提起した議論の文脈上でもっぱら考慮される必要があり、「蝦夷国に王と云者もなく、大名と云者もなし…然るときは誰蝦夷国の主と云事もなし」という記述にみられるとおり、この領域に対する幕府の進出の必要性を説いたことを考えなければならない（菊池勇夫編 2003）。松前藩が統治権を剥奪された後にも、松前藩が確定した蝦夷地の領域は維持された。一方、長らくロシアの統治下にあり、恐らくそれまで日本人は見たことがなかっただろう千島列島について最上徳内は、次のように言及している。すなわち、千島列島の島々は全てカムチャッカ半島ほどに遠方にあるが、「御国内に有之候所」であり、これまでにロシア帝国が千島列島北部にまで完全に支配しており、列島はもはや日本に従わないと思慮され、また、もし何も手段を講じなければ、ロシアはますます勢力を強め、「日本の属嶋を年々諸島を随ひ候」というのである（『別本赤蝦夷風説考』、コラー 2005: 15）。こうしたロシアの進出に対抗するためにこそ、近藤重蔵は苦難を乗り越え、択捉島が「大日本恵登呂府」であると宣言する標注を大地に突き立てる偉業を成し遂げたのだった（菊池勇夫 1999: 84）。ある意味では、このことは、寺島の業績に見られるように、当時広く理解されていたことであったともいえる。このような物でできた指標はどこにおいてもよくみられるものである。エンゲルベルト・ケンペル（Engelbert Kaempfer）が報告するように、「国や大・小名の領地が終わるところには、木か石の柱が立っていて、国境と藩を示す文字が記されているのを見出す」（Kaempfer 1906: Vol. 2, 291［斉藤信訳］）。しかしながら、この種の指標は、この地域にとっては新しいものであり、18世紀後半から19世紀初頭にかけて作製された多くの地図に見られるように[15]、この境界線の指標の位置は、

[15] 国境を択捉島と得撫島の間に刻む地図はロシア側でも作成されていた。例え

「紙面上に描かれた線の層に層を重ねること」でただちに「地図記号化」された（Pickles 2004: 5）。国家の境界は、国家を表すために作製された物質を通じてこのように示されるのである。

これらの境界の主張は、蝦夷地を地図化する上で、和人地と蝦夷地を区別する政策をとりながらも領域の統治権を主張した松前藩の役割の上に成り立っている。1789年に勃発した国後目梨（クナシリ・メナシ）の反乱の際には、松前藩は幕府に対し、「私領分蝦夷地クナシリと申す所の夷人」が反乱を起こしたと報告している（『寛政蝦夷乱取調日記』、榎森進 2007: 270）。幕府が、国絵図に記されている松前藩の領域に対する統治権の確定を受入れたことは、「松前と蝦夷は一国にて」というような言及に反映される地位を理解し黙認することを意味したのである（坂倉源次郎 1739: 41）。第 1 章で言及したとおり、この全ての領域全体を蝦夷地として編入し確定することは、蝦夷に対する交易の権利に基づく統治を権威に対して主張することであった。このような定義は、単なる押し付けではなく、その適用を行う状況を通じて影響を受け、屈折させられもしたのである。同様に、ダニエル・クレイトン（Daniel Clayton）がバンクーバー島について、「未開の地がイギリスの主権という絶対的空間として作り直された」と記した通り、蝦夷の地は松前藩の領域として作り直されたのである（Clayton 2000: 236）。そのようなものとして、権威は認められなかったもののこの領域は幕府に認められたのである。そして1799年と1807年に松前藩の責務が幕府に引き継がれたものの、1821年には再び同藩に戻された。すなわち、蝦夷地の領域の広がりは、国家の領域としてこのように再生されたのである。

天保国絵図は、国家が「読み取れるもの（legible）」で蝦夷地を表現している（Scott 1998）。徳川国家の命を受けた松前藩による地図作成の最後の取組みであったこの国絵図は、「地理的身体」に領域を地図化するため、国家自身が構成されたイメージを創り出した。ここで行われたシンボルの選択は明らかに重要性をもっていた。というのは、松前藩の在郷の村には日本のその他の地域と同じシンボルが選択され、蝦夷地の居所地には異なる型が採用されたからである。従って、他の国絵図で用いられている地域ごとの区別のように、和人

ば1848年に魯米会社に派遣した北方地域の探検測量隊のリーダー、船長テベンコヴは「ウルップ島はクリル列島における我々の領域最終点である」と述べた（Teben'kov 1981: 34）。

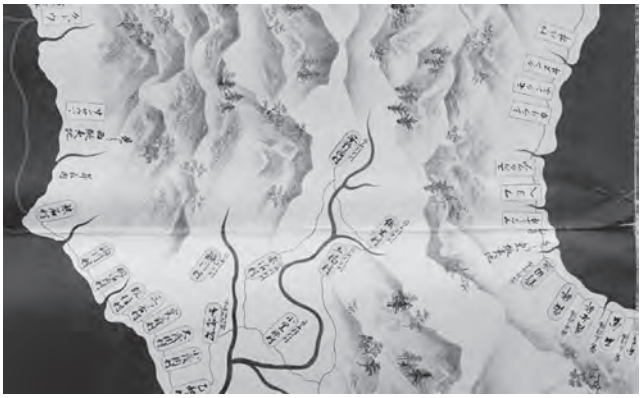


図４　天保国絵図：和人地・蝦夷地の境
天保９年　国立公文図書館

と蝦夷の地の管理が異なるという点を、色彩の違いが強調している。また、楕円形ではなく長方形の記号を使用することで、蝦夷の居所地が徳川国家におけるその他の地域と異なることを強調しているのである。このように、前述のとおり1821年に松前藩に返還され、その後再び幕府によって管理されるようになった領域の地理的広がりを地図は表している。

しかしながら、大半の領域に対する集中的な日本の商業的政治的浸透について何ら言及されない形で地図に表された蝦夷地の支配は、蝦夷の居留地に対する管理の主張を制約し、群島の残りと同一単位ではかることができることを表した。領域に対し商業的浸透をしていることの特徴は、すべての居所地が川や海岸に沿った所に印されていること、および内陸部が全くの「不毛地帯」として定義し直されていることであり、そのことについてはここ50年の間の議論において認識されてきた。蝦夷地における和人の存在は、数多くの交易所にのみ、中井竹山すらも認めたであろう[16]。唯一の産業は、和人地に、鷹居の印が多くつけられていることで示されているが、実際の経済活動の大半は、蝦夷地と記

[16]「赤蝦夷より段々蝦夷を蠶食し併呑すると云ば今は如何なりしや…我版圖に歸せずしてはやむべからずからざる事也、今の蝦夷は域外の事故、…蝦夷若外狄に奪われたらば、又其狄と互市を通じてよく通じ、絶してよくば絶す可、是等は皆度外に置可のみ」中井竹山、「草茅危言」（横川四郎編 1935: 127-29）。

された地域への立ち入りに依拠して行われていた（Howell 1995）。この地図は、蝦夷を領域として編入しただけでなく、この地の農業生産の欠如や、関与の空白等多くの事実を明らかにしたのである。蝦夷を「文明化」し、蝦夷地の「開拓」を試みると主張した人々の意見が結果的には認められたように、特に明らかなことは、イメージに時間の感覚がないということである。しかし、近代的側面から見ればイメージは奇妙に不明瞭に見えるが、幕府はイメージを再生産し標準化することで空間の表現、つまり「松前嶋」の領域的代表性を「地理的身体」へと統合したのである。イメージに時間の感覚がないことにより、この空間は曖昧な形で国家の地理に統合されているということが、このように覆い隠されており、同じ地理的な理解を人々が受け入れるようにしてしまっている。この領域空間は、1869年に天皇が蝦夷地を北海道へと改称しその開発を命じた時に、新しく作り替えられた。

松前藩の領域は、もはや日本の他の地域と同等となり、それは天保国絵図自体による情報の表現によって示された。このように、国家権力を支える地図作成の形式は一つのみではなく、また統合の歴史も一つのみではない。それは、目に見える形での国家の領域的広がりの表現と再生産の継続した歴史であるといえる。そうすることで、徳川国家が直面した境界と、それらが現れてきた社会とが相互にどのように作り合って来たかが明らかになるであろう。権威が行使され、主張される領域的な範囲は、地図上において創造されたのである。そのような地図製作においては、ティモシー・ミッチェル（Timothy Mitchell）が呼ぶところの国家の効果、即ち漫然とした国家の活動と制度的な国家の活動の反映を結び付けることを通じて国家を創造することに



図５　天保国絵図『松前嶋図』
天保９年　国立公文図書館

ついて、我々は銘記しておかなければならない。徳川政権の地図作成者のデータを普遍的に使いこなす能力が、領域の広がりに対する主張に影響を与えた。計ることのできる領域を超えた国家の影響力は、国家の機能する境界についての我々の認識を形作るのである。

こうした順応の過程を通じて、我々は秩序全てについて語ることができるようになる。社会に影響を与える国家について語る時、我々はこれが領域の単位として考えられている「社会」の共同構築であることを知る必要があるし、国家の政策が目指しているのは、支配、規制、社会の管理といったことが、このように理解されることである。このように地図作成は、領域を国家が把握しやすくし、その領域を国家の開発対象とするだけのものではない。これは過度に還元しすぎた考え方であり、国家の存在論的地位が自然や社会に優先し、秩序を再編するという考えは過度に窮屈なものである。監督者が優越的に監視することを認め、領域に対する「切望」と、このような切望が実現されるべき「厳しい物に囲まれた状況」との間に生じるずれや緊張に対し、何ら配慮がなされていない。むしろ国家それ自体を、フィクションとして、それ自体が作り出したものによって作られたものだとして看做すべきである（Agnew 2005, 2009; Geertz 1973, 2004; Runciman 2003）。すなわち、国家それ自体は「本当のものになる」ということであり、政府の実践と状況による共通の効果が国家という「実在の結果」をもたらすのである。地図作成を通じて、国家は領域を把握しやすくするのみならず、その領域を目に見える形で表すことにより、国家自体をも形成するのである（Corrigan and Sayer 1985; Joyce 2002; Mitchell 1991, 2006）。

4．結語

本稿では、近年における地図作成史の発展について概観し、日本における蝦夷地の位置を例にして、それらを当てはめるとどのような意義があるのかを示そうとした[17]。ここで総括すると、第一に、国家を事例に、地図製作が、どの

[17] 蝦夷地を「松前地」からはっきり区別し、化外地として理解することもできる（谷本晃久 2010: 17-28）。ケンペルも同じようなことを述べている、「蝦夷、また蝦夷島（えぞがしま）は、最北の属する、しかし日本帝国外にある島で

ように空間を表現する際に用いられるかだけでなく、空間を作り出す際の手段として見られなければならないことを主張した。第二に、地図作成に用いられる資料の表現方法が、文化的に、また機能的に決定された空間的概念と結び付いていること、そして地図製作の歴史の中で地図作成の文脈を再構成しようとするならば、これらの基本的概念とより深く関わらなければならないことについて認識することの重要性について述べた。第三に、地図作成は、より規模の大きい物質的、文化的あるいは国家的勢力を反映するものだけに還元すべきではなく、まさにそれが表現しようとする物質・文化・国家の勢力自体を同時に創造することがあるという点を強調した。

アイヌ史の歴史、アイヌと日本人の相互作用及びロシアの進出といった様々な歴史の研究は、これらの相互作用を詳述し再構成しながら、民族を異にする日本人と「蝦夷」の概念に主に焦点をあててきた。一方で、地図製作の諸研究が空間を扱う際には、相変わらず、次第に制度化され正確さが実現していく方法を詳細に示すだけである。より広い解釈は、より大きな効果を有するものである。本稿では、これらの発展の全てを蝦夷地という政治的空間の文化的産物に基づいて理解する必要があると述べ、そしてその空間は地図作成の資料の表現の中で創られるということを主張した。

参考文献（和文）：
秋岡武次郎編（1971），『日本古地図集成』（鹿島研究所出版会）.
秋月俊幸（1999），『日本北辺の探検と地図の歴史』（北海道大学図書刊行会）.
岩下明裕（2010），『日本の国境・いかにこの「呪縛」を解くか』（北海道大学出版会）.
上杉和央（2010），『江戸知識人と地図』（京都大学学術出版会）.
海野一隆（1994），「『拾芥抄』古写本における地図 - 上 - 天文 17 年本を中心として」，『ビブリア 天理図書館報』，2-23.
― （2004），『地図の文化史：世界と日本』（八坂書房）.
― （2005），「中世日本人の国土認識」，『日本古書通信』，70（8），8-10.
榎森進（2007），『アイヌ民族の歴史』（草風館）.
大場四千男（1998），「松前藩の成立過程と蝦夷交易」，『北海学園大学経済論集』，

ある…松前（そばの奥州属島）の監視にある」（Kaempfer and Bodart-Bailey 1999: 44）。しかし、蝦夷地という領域が地図作成により定まったことは、反論できないであろう。

46（2），33-92.
落合忠士（1971），『北方領土：その歴史的事実 と政治的背景』（鷹書房）.
海保嶺夫（1978），『幕藩制国家と北海道』（三一書房）.
― （1984），『近世蝦夷地成立史の研究』（三一書房）.
― （1985），『史料と語る北海道の歴史：中世・近世編』（23：北海道出版企画センター）.
― （2006），『エゾの歴史：北の人びとと「日本」』（講談社）.
紙屋敦之（1990），『幕藩制国家の琉球支配』（校倉書房）.
川上淳（2003），「日露関係のなかのアイヌ」，菊池勇夫（編），『蝦夷島と北方世界』（日本の時代史 19：吉川弘文館）.
― （2011），『近世後期の奥蝦夷地史と日露関係』（北海道出版企画センター）.
川村博忠（1984），『江戸幕府撰国絵図の研究』（古今書院）.
― （1990），『国絵図』（吉川弘文館）.
― （2010），『江戸幕府の日本地図：国絵図・城絵図・日本図』（吉川弘文館）.
菊池勇夫（1994），『アイヌ民族と日本人：東アジアのなかの蝦夷地』（510：朝日新聞社）.
― （1999），『エトロフ島：つくられた国境』（吉川弘文館）.
菊池勇夫（2003），『蝦夷島と北方世界』（日本の時代史 19：吉川弘文館）.
木村東一郎（1967），『江戸時代の地図に関する研究』（隣人社）.
金田章裕・上杉和央（2012），『日本地図史』（吉川弘文館）.
国絵図研究会編（2005），『国絵図の世界』（柏書房）.
黒田日出男（2001），「行基式＜日本図＞とはなにか」，黒田日出男，メアリ・エリザベス・ベリ，杉本史子（編），『地図と絵図の政治文化史』（東京大学出版会）.
近藤守重［近藤重蔵］（1906），「好書故事」，國書刊行會編（編），『近藤正齋全集』（３：國書刊行會）.
近藤重蔵（1993），「近藤重蔵関係史料」，旭川市史編集会議編（編），『新旭川市史』（第６巻史料１：旭川市）.
コラー，スサンネ（2005），「天明年間の幕府による千島探検」，『北海道・東北史研究』，２，2-18.
小林茂（1995），『定本近世被差別部落関係法令集』（明石書店）.
坂倉源次郎（1739），「北海随筆」，大友喜作（編），『北門叢書第二冊』（1943：北光書房）.
杉本史子（1994），「国絵図」，朝尾直弘編（編），『岩波講座日本通史』（第12巻：岩波書店）.
― （1999），『領域支配の展開と近世』（山川出版社）.
高木崇世芝（2000），『北海道の古地図：江戸時代の北海道のすがたを探る』（五

稜郭タワー）.
― （2006），「江戸幕府の国絵図作成と松前藩の対応」，北海道史研究協議会（編），『北海道の歴史と文化：その視点と展開：北海道史研究協議会創立四十周年記念論集』（北海道出版企画センター）.
― （2011），『近世日本の北方図研究』（北海道出版企画センター）.
高倉新一郎（1933a），「天明以前の蝦夷地開拓意見（上）」，『社會經濟史學』，３（1），59-80.
― （1933b），「天明以前の蝦夷地開拓意見（下）」，『社會經濟史學』，３（2），203-18.
― （1956），「北海道地図の変遷補遺」，『北方文化研究報告』，11（3），49-73.
高倉新一郎・柴田定吉（1940），「我國に於ける千島地圖作製史」，『北方文化研究報告』，３（5），267-341.
― （1952），「我国に於ける北海道本島地図の変遷」，『北方文化研究報告』，７（3），47-166.
高倉新一郎編，（1987），『北海道古地図集成』（北海道出版企画センター）.
高倉浩樹（2006），「十八－十九世紀の北太平洋世界における樺太先住民交易とアイヌ」，菊池勇夫･真栄平房昭（編），『列島史の南と北』（吉川弘文館）.
高埜利彦（2006），「幕藩制国家解体期」，宮地正人，等（編），『国家史』（新体系日本史１：山川出版社），339-75.
谷本晃久（2010），「『近世アイヌ史』をとりまく国際的環境（特集 近世東アジアの歴史的構造へのアプローチ）」，『新しい歴史学のために』，277，17-28.
寺島良安（1929），『倭漢三才圖會』（日本隨筆大成刊行會）.
中井竹山（1788），「草茅危言」，横川四郎編（編），『中井竹山集』（1935：誠文堂新光社）.
中村拓編（1974），『日本古地図大成』（講談社）.
浪川健治（1992），『近世日本と北方社会』（三省堂）.
成田修一編，（1989），『蝦夷地図抄』（沙羅書房）.
羽田野正隆（1985），「松前藩と徳川幕府の北方認識―二つの蝦夷図の中心に―」，藤岡謙二郎（編），『北海道地方』（１：大明堂発行），29-45.
福井保（1984），『天保郷帳：第二冊』（史籍研究會）.
藤田覚（1980），「天保国絵図の作成過程について」，『東京大学史料編纂所報』，22-36.
船越昭生（1976），『北方図の歴史』（講談社）.
ベリ、メアリ・エリザベス（2001），「統一権力と地図作成：新たな政治文化の誕生」，黒田日出男，メアリ・エリザベス・ベリ，杉本史子（編），『地図と絵図の政治文化史』（東京大学出版会）.

松前藩（1906），「松前嶋郷帳」，『続々群書類従』，９，323-25.
松前景広（1643），「新羅之記録」，『新北海道史』（第７巻資料１：新北海道史印刷出版共同企業体）.
松前広長（1781），「松前志」，大友喜作（編），『北門叢書第二冊』（1943：北光書房）.
三谷博（1997），『明治維新とナショナリズム：幕末の外交と政治変動』（山川出版社）.
室賀信夫（1983），『古地図抄：日本の地図の歩み』（東海大学出版会）.
山下和正（1998），『地図で読む江戸時代』（柏書房）.
渡邊一郎（1997），『伊能測量隊まかり通る：幕府天文方御用』（NTT 出版）.

参考文献（欧文）：

Agnew, John A. (2005), 'Sovereignty regimes: territoriality and state authority in contemporary world politics', *Annals of the Association of American Geographers,* 95 (2), 437-61.
--- (2009), *Globalization and sovereignty* (Lanham, Md: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.).
Anderson, Benedict (1991; 1983), *Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism* (London: Verso).
Andrews, John H. (1996), 'What was a map? The lexicographers reply', *Cartographica: The International Journal for Geographic Information and Geovisualization,* 33 (4), 1-12.
Bagrow, Leo (1955), 'A few remarks on maps of the Amur, the Tartar Strait and Sakhalin', *Imago Mundi,* 12 (1), 127-36.
--- (1985), *History of cartography* [Second Edition, Revised and Enlarged by Raleigh A. Skelton] (Chicago: Precedent Publishing).
Barrow, Ian J. (2003), *Making history, drawing territory: British mapping in India, c. 1756-1905* (New Delhi: Oxford University Press).
--- (2008), *Surveying and Mapping in Colonial Sri Lanka, 1800–1900* (New Delhi: Oxford University Press).
Bartelson, Jens (1995), *A genealogy of sovereignty* [Cambridge Studies in International Relations 39], (Cambridge University Press).
Bassin, Mark (1999), 'History and philosophy of geography', *Progress in Human Geography,* 23 (1), 109-117.
Batten, Bruce L. (2003), *To the ends of Japan: premodern frontiers, boundaries, and interactions* (Honolulu: University of Hawaii Press).
Bayly, Chris A. (2004), *The Birth of the Modern World, 1780-1914* (Oxford: Blackwell Publishing).

Berry, Mary Elizabeth (2006), *Japan in print: information and nation in the early modern period* [Asia--local studies/global themes 12], (Berkeley: University of California Press).

Biggs, Michael (1999), 'Putting the state on the map: Cartography, territory, and European state formation', *Comparative studies in society and history,* 41 (2), 374-405.

Blomley, Neal (2003), 'Law, property, and the geography of violence: the frontier, the survey, and the grid', *Annals of the Association of American Geographers,* 93 (1), 121-41.

Bourdieu, Pierre (1977), *Outline of a theory of practice (Esquisse d'une théorie de la pratique)* [Reprint, Translated by Richard Nice], (Casmbridge: Cambridge University Press).

Branch, Jordan (2011), 'Mapping the Sovereign State: Technology, Authority, and Systemic Change', *International Organization,* 65 (01), 1-36.

Brealey, Kenneth G. (2002), 'First (national) space: (Ab) original (re) mappings of British Columbia', (PhD Thesis, University of British Columbia).

Brenner, Neil and Elden, Stuart (2009), 'Henri Lefebvre on State, Space, Territory', *International Political Sociology,* 3 (4), 353-77.

Brotton, Jerry (1997), *Trading territories: Mapping the early modern world* (Cornell University Press).

Brown, Delmar M. (1993), *The Cambridge History of Japan, Volume I: Ancient Japan* (New York: Cambridge University Press).

Burbank, Jane, Von Hagen, Mark, and Remnev, Anatoly (2007), *Russian Empire: Space, People, Power, 1700-1930* (Bloomington: University of Indiana Press).

Burchell, Graham, Gordon, Colin, and Miller, Peter (eds.) (1991), *The Foucault Effect; Studies in Governmentality, with two lectures by and an interview with Michel Foucault* (London: Harvester Wheatsheaf).

Burnett, D. Graham (2000), *Masters of all they surveyed: exploration, geography, and a British El Dorado* (Chicago: University of Chicago Press).

Clayton, Daniel W. (2000), *Islands of truth: the imperial fashioning of Vancouver Island* (University of British Columbia Press).

Conley, Tom (1996), *The self-made map: Cartographic writing in early modern France* (University of Minnesota Press).

Corrigan, Phillip and Sayer, Derek (1985), *The great arch: English state formation as cultural revolution* (Oxford: Blackwell Publishing).

Cosgrove, Denis E. (1999), *Mappings* (Reaktion Books).

--- (2003), *Apollo's eye: a cartographic genealogy of the earth in the western imagination* (Johns Hopkins University Press).

Crampton, Jeremy W. and Krygier, John (2005), 'An introduction to critical cartography', *ACME: An international e-journal for critical geographies,* 4 (1), 11-33.

Crampton, Jeremy W. and Elden, Stuart (2007), *Space, knowledge and power: Foucault and geography* (Ashgate Publishing Company).

Darwin, John (2007), *After Tamerlane; The Rise & Fall of Global Empires, 1400-2000* (London: Penguin Books).

Dodge, Martin, Kitchin, Rob, and Perkins, Chris (2009), *Rethinking maps: new frontiers in cartographic theory* (Taylor & Francis).

Driver, Felix (1992), 'Geography's empire: histories of geographical knowledge', *Environment and Planning D: Society and Space,* 10 (1), 23–40.

--- (2001), *Geography militant: cultures of exploration and empire* (Oxford: Blackwell Publishers).

Edmonds, Richard L. (1985), *Northern frontiers of Qing China and Tokugawa Japan: a comparative study of frontier policy* (Chicago: University of Chicago).

Edney, Matthew H. (1993), 'Cartography Without Progress: Reinterpreting the nature and historical development of Mapmaking', *Cartographica: The International Journal for Geographic Information and Geovisualization,* 30 (2), 54-68.

--- (1994), 'Mathematical Cosmography and the Social Ideology of British Cartography, 1780-1820', *Imago Mundi,* 46.

--- (1997), *Mapping an Empire: the Geographical Construction of British India, 1765-1843* (Chicago: University of Chicago Press).

--- (1999), 'Reconsidering Enlightenment geography and map making: reconnaissance, mapping, archive', in David Livingstone and Charles Withers (eds), *Geography and enlightenment*, (Chicago: University of Chicago Press), 165-98.

--- (2005), 'The origins and development of JB Harley's cartographic theories', *Cartographica: The International Journal for Geographic Information and Geovisualization,* 40 (1/2).

--- (2009), 'The Irony of Imperial Mapping', in James R. Akerman (ed.), *The Imperial Map: Cartography and the Mastery of Empire* (Chicago: University of Chicago Press).

Elliott, Mark C. (2000), 'The Limits of Tartary: Manchuria in Imperial and

National Geographies', *The Journal of Asian Studies,* 59 (3), 603-46.

Fernández-Armesto, Felipe (2007), 'Maps and Exploration in the Sixteenth and Early Seventeenth Centuries', in David Woodward (ed.), *The History of Cartography. Vol. 3, Cartography in the European Renaissance* (University of Chicago Press).

Fortna, Benjamin C. (2002), *Imperial classroom: Islam, the state, and education in the late Ottoman Empire* (Oxford: Oxford University Press).

Foucault, Michel (2008; 1998), *Security, Territory, Population: Lectures at the College De France 1977-78*, [translated by Graham Burchell] (New York: Picador).

Gaddis, John L. (2002), *The Landscape of History: How Historians Map the Past* (Oxford: Oxford University Press).

Geertz, Clifford (1973), *The interpretation of cultures: Selected essays* (Basic Books).

--- (2004), 'What is a state if it is not a sovereign?', *Current Anthropology,* 45 (5), 577-93.

Giddens, Anthony (1981), *A contemporary critique of historical materialism, Vol.1: Power, property and the state* (London: Macmillan).

Godlewska, Anne and Smith, Neil (1994), *Geography and empire* (Blackwell Publishers).

Habermas, Jürgen (1991), *The structural transformation of the public sphere: An inquiry into a category of bourgeois society* (The MIT Press).

Häkli, Jouni (2001), 'In the territory of knowledge: state-centred discourses and the construction of society', *Progress in Human Geography,* 25 (3), 403-22.

Harley, John B. and Woodward, David (1987), *The History of Cartography Vol.1, Cartography in prehistoric, ancient, and medieval Europe and the Mediterranean* (Chicago: University of Chicago Press).

--- (1992), *The History of Cartography Vol.2 Book 1, Cartography in the traditional Islamic and South Asian societies* (Chicago: University of Chicago Press).

Harley, John B, Laxton, Paul, and Andrews, John H. (2002), *The new nature of maps: essays in the history of cartography* (Baltimore: Johns Hopkins University Press).

Harris, Cole (2004), 'How did colonialism dispossess? Comments from an edge of empire', *Annals of the Association of American Geographers,* 94 (1), 165-82.

Harvey, David (2001), *Spaces of capital: Towards a critical geography* (Taylor & Francis).

Helgerson, Richard (1986), 'The land speaks: cartography, chorography, and subversion in Renaissance England', *Representations*, 50-85.

--- (1992), *Forms of nationhood: the Elizabethan writing of England* (Chicago: University of Chicago Press).

Hostetler, Laura (2000), 'Qing Connections to the Early Modern World: Ethnography and Cartography in Eighteenth-Century China', *Modern Asian Studies,* 34 (3), 623-62.

--- (2001), *Qing colonial enterprise: ethnography and cartography in early modern China* (Chicago: University Of Chicago Press).

--- (2009), 'Contending Cartographic Claims? The Qing Empire in Manchu, Chinese and European Maps', in James R Akerman (ed.), *The Imperial Map: Cartography and the Mastery of Empire* (Chicago: University of Chicago Press).

Howell, David (1994), 'Ainu Ethnicity and the Boundaries of the Early Modern Japanese State', *Past and Present,* 142, 69-93.

--- (1995), *Capitalism from Within: Economy, Society and the State in a Japanese Fishery* (Berkeley: University of California Press).

--- (2005), *Geographies of Identity in Nineteenth Century Japan* (Berkeley: University of California Press).

Hudson, Mark (1999), *Ruins of identity: ethnogenesis in the Japanese Islands* (Honolulu: University of Hawaii Press).

Jacob, Christian and Dahl, Edward H. (2006), *The sovereign map: theoretical approaches in cartography throughout history* [English-language edition], (Chicago: University of Chicago Press).

Joyce, Patrick (2002), *The Social in Question: New Bearings* (Routledge).

Kaempfer, Engelbert and Bodart-Bailey, Beatrice M. (1999), *Kaempfer's Japan: Tokugawa culture observed* (Honolulu: University of Hawaii Press).

Kaempfer, Engelbert (1906), *The History of Japan, 3 vols* (Glasgow: James MacLehose and Sons).

Kantorowicz, Ernst H. (1957), *The king's two bodies: a study in mediaeval political theology* (Princeton: Princeton University Press).

Kappeler, Andreas (2001), *The Russian Empire: A Multiethnic History*, [translated Alfred Clayton], (Harlow, England: Longman).

--- (2004), 'The ambiguities of Russification', *Kritika: Explorations in Russian and Eurasian History,* 5 (2), 291-97.

Kish, George (1949), 'Some aspects of the missionary cartography of Japan during the sixteenth century', *Imago Mundi,* 6 (1), 39-48.

Kitagawa, Kay (1950), 'The Map of Hokkaido of G. de Angelis, ca 1621', *Imago Mundi,* 7 (1), 110-114.

Kivelson, Valerie A. (1999), 'Cartography, autocracy and state powerlessness: The uses of maps in early modern Russia', *Imago Mundi,* 51 (1), 83-105.

--- (2006), *Cartographies of Tsardom: the land and its meanings in seventeenth-century Russia* (Cornell University Press).

--- (2009), ' "Exaled and Glorified to the Ends of the Earth" - Imperial Maps and Christian Spaces in Seventeenth- and Early Eighteenth-Century Russian Siberia', in James R Akerman (ed.), *The Imperial Map: Cartography and the Mastery of Empire* (Chicago: University of Chicago Press).

Konvitz, Josef W. (1987), *Cartography in France, 1660-1848: science, engineering, and statecraft* (Chicago: University of Chicago Press).

Kratochwil, Friedrich (1986), 'Of systems, boundaries, and territoriality: An inquiry into the formation of the state system', *World Politics: A Quarterly Journal of International Relations*, 27-52.

Latour, Bruno (1987), *Science in action: How to follow scientists and engineers through society* (Harvard University Press).

Lefebvre, Henri (1991), *The production of space* (Oxford: Blackwell).

Lefebvre, Henri, Brenner, Neil, and Elden, Stuart (2009), *State, space, world: selected essays* (Minneapolis: University of Minnesota Press).

Lewis, James B. (2003), *Frontier contact between Chosŏn Korea and Tokugawa Japan* (Routledge).

Lieven, Dominic (2002), *Empire: the Russian Empire and its rivals* (Yale University Press).

Millward, James A. (1999), '"Coming onto the Map": "Western Regions" Geography and Cartographic Nomenclature in the Making of Chinese Empire in Xinjiang', *Late Imperial China,* 20 (2), 61-98.

Mitchell, Timothy (1991), 'The Limits of the State: Beyond Statist Approaches and Their Critics', *The American Political Science Review,* 85 (1), 77-96.

--- (2006), 'Society, economy and the state effect', in Aradhana Sharma and Akhil Gupta (eds.), *The anthropology of the state: a reader* (Oxford: Blackwell), 167–86.

Morris, Ian (2010), *Why the West rules-- for now: the patterns of history, and what they reveal about the future* (New York: Farrar, Straus and Giroux).

Mukerji, Chandra (1997), *Territorial ambitions and the gardens of Versailles*

(Cambridge University Press).
--- (2006), 'Printing, cartography and conceptions of place in Renaissance Europe', *Media, Culture & Society,* 28 (5), 651.
--- (2009), *Impossible engineering: technology and territoriality on the Canal du Midi* (Princeton University Press).
Neocleous, Mark (2003), 'Off the map: On violence and cartography', *European Journal of Social Theory,* 6 (4), 409.
Nobles, Gregory H. (1993), 'Straight Lines and Stability: Mapping the Political Order of the Anglo-American Frontier', *The Journal of American History,* 80 (1), 9-35.
O'Hanlon, Rosalind and Washbrook, David (1992), 'After orientalism: culture, criticism, and politics in the Third World', *Comparative studies in society and history,* 34 (1), 141-67.
Olsson, Gunnar (2007), *Abysmal: a critique of cartographic reason* (Chicago: University of Chicago Press).
Ooms, Herman (1996), *Tokugawa village practice: class, status, power, law* (Berkeley: University of California Press).
--- (1998), *Tokugawa ideology: early constructs, 1570-1680* [Michigan classics in Japanese studies no. 18], (Ann Arbor, Michigan: Center for Japanese Studies, University of Michigan).
Perdue, Peter C. (2005), *China Marches West: The Qing Conquest of Central Eurasia* (Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press).
Pickles, John (2004), *A history of spaces: cartographic reason, mapping, and the geo-coded world* (London: Routledge).
Pomeranz, Kenneth (2000), *The Great Divergence: China, Europe and the Making of the Modern World Economy* (Princeton: Princeton University Press).
Postnikov, Alexey V. (1996), *Russia in maps: a history of the geographical study and cartography of the country* (Moscow: Nash Dom–L'Age d'Homme).
Ramaswamy, Sumathi (2001), 'Maps and mother goddesses in modern India', *Imago Mundi,* 53 (1), 97-114.
--- (2002), 'Visualising India's geo-body', *Contributions to Indian sociology,* 36 (1-2), 151.
Ravina, Mark (1999), *Land and lordship in early modern Japan* (Stanford University Press).
Richardson, Paul B. (2011), 'At the Edge of the Nation: The Southern Kuril Islands and the Search for Russia's National Destiny', (PhD Thesis,

University of Birmingham).
Riggsby, Andrew M. (2003), 'Pliny in space (and time)', *Arethusa,* 36 (2), 167-86.
Runciman, David (2003), 'The concept of the state: the sovereignty of affliction', in Quentin Skinner and Bo Stråth (eds.), *States and Citizens: History, Theory, Prospects* (Cambridge: Cambridge University Press), 28-38.
Sahlins, Peter (1990), 'Natural Frontiers Revisited: France's Boundaries since the Seventeenth Century', *The American Historical Review,* 95 (5), 1423-51.
Sakihara, Mitsugu (1967), *The government of the Kingdom of Ryukyu, 1609-1872,* [Reprinted 2001] (Gushikawa: Yui Publishing).
Schmidt, Benjamin (1997), 'Mapping an Empire: Cartographic and Colonial Rivalry in Seventeenth-Century Dutch and English North America', *The William and Mary Quarterly,* 54 (3), 549-78.
Schütte, Joseph F. (1952), 'Map of Japan by father Girolamo de Angelis', *Imago Mundi,* 9, 73-78.
Scott, James C. (1998), *Seeing like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition have Failed* (New York: Yale University Press).
Seed, Patricia (1995), *Ceremonies of possession in Europe's conquest of the New World, 1492-1640* (Cambridge University Press).
Slezkine, Yuri (1994), *Arctic mirrors: Russia and the small peoples of the North* (Cornell University Press).
Smith, Neil (2008), *Uneven development: Nature, capital, and the production of space* (University of Georgia Press).
Smith, Richard J. (1996), *Chinese Maps: Images of "All Under Heaven"* (Oxford University Press, USA).
Smits, Gregory (1999), *Visions of Ryukyu: identity and ideology in early-modern thought and politics* (Honolulu: University of Hawaii Press).
Soja, Edward W. (1979), 'The political organization of space', [Resource Papers No. 8] (Washington DC: Association of American Geographers).
Spruyt, Hendrik (1994), *The Sovereign State and Its Competitors: An Analysis of Systems Change* (Princeton: Princeton University Press).
Stephan, John Jason (1969), 'Ezo under the Tokugawa bakufu, 1799-1821: an aspect of Japan's frontier history' (Reprint of the author's PhD Thesis, University of London).
Talbert, Richard J. A. (2008), 'Greek and Roman Mapping: Twenty-First Century Perspectives', in Richard Talbert and Richard Unger: *Cartography in antiquity and the Middle Ages: fresh perspectives, new*

methods (Brill Academic Publishers), 9–27.

Teben'kov, Mikhail Dmitrievich and Pierce, Richard A. (1981; 1854), *Atlas of the northwest coasts of America: from Bering Strait to Cape Corrientes and the Aleutian Islands with several sheets on the northeast coast of Asia*, [Reprint: Alaska history no. 21] (Kingston, Ontario: Limestone Press).

Teschke, Benno (2002), 'Theorizing the Westphalian System of States: International Relations from Absolutism to Capitalism', *European Journal of International Relations,* 8 (1), 5-48.

Thongchai Winichakul (1994), *Siam Mapped: A History of the Geo-Body of a Nation* (Honolulu: University of Hawaii Press).

Thrower, Norman J.W. (2007), *Maps & civilization: cartography in culture and society* (Chicago: University of Chicago Press).

Turnbull, David (2000), *Masons, tricksters, and cartographers: comparative studies in the sociology of scientific and indigenous knowledge* (Australia: Harwood Academic).

Unno, Kazutaka (1991), 'Government cartography in sixteenth century Japan', *Imago Mundi,* 43 (1), 86-91.

--- (1994), 'Cartography in Japan', *The History of Cartography: Cartography in the Traditional East and Southeast Asian Societies*, 346-477.

Vaporis, Constantine N. (2008), *Tour of duty: samurai, military service in Edo, and the culture of early modern Japan* (Honolulu: University of Hawai'i Press).

Walker, Brett L. (2001), *The Conquest of Ainu Lands: Ecology and Culture in Japanese Expansion, 1590-1800* (Berkeley: University of California Press).

--- (2007), 'Mamiya Rinzo and the Japanese exploration of Sakhalin Island: cartography and empire', *Journal of Historical Geography,* 33 (2), 283-313.

Wigen, Kären (2010), *A malleable map: geographies of restoration in central Japan, 1600-1912* [Asia, local studies/global themes 17], (Berkeley: University of California Press).

Wong, R. Bin (1997), *China Transformed: Historical Change and the Limits of European Experience* (Ithaca: Cornell University Press).

Wood, Denis (1994), 'P.D.A. Harvey and Medieval Mapmaking: An Essay Review', *Cartographica: The International Journal for Geographic Information and Geovisualization,* 31 (3), 52-59.

Wood, Denis and Fels, John (1992), *The power of maps* (New York: Guilford Press).

Wood, Denis, Fels, John, and Krygier, John (2010), *Rethinking the power of maps* (New York: Guilford Press).

Woodward, David (2007), *The History of Cartography. Vol. 3, Cartography in the European Renaissance* (Chicago: University of Chicago Press).

Woodward, David and Harley, John B. (1994), *The History of Cartography. Vol.2 Book 2, Cartography in the traditional East and Southeast Asian societies* (Chicago: University of Chicago Press).

Woodward, David and Lewis, G. Malcolm (1998), *The History of Cartography. Vol. 2 Book 3, Cartography in the traditional African, American, Arctic, Australian, and Pacific Societies* (Chicago: University of Chicago Press).

Yee, Cordell D.K. (1994a), 'Chinese maps in political culture', *The History of Cartography Vol. 2 Book 2,* 71-95.

--- (1994b), 'Traditional Chinese cartography and the myth of westernization', *The History of Cartography Vol. 2 Book 2,* 170-202.

--- (1994c), 'Taking the World's Measure: Chinese Maps between Observation and Text', *The History of Cartography Vol. 2 Book 2,* 96-127.

Yonemoto, Marcia (2003), *Mapping early modern Japan: space, place, and culture in the Tokugawa period, 1603-1868* [Asia--local studies/global themes 7] (Berkeley: University of California Press).

Zandvliet, Kees (1998), 'The Contribution of Cartography to the Creation of a Dutch Colony and a Chinese State in Taiwan', *Cartographica: The International Journal for Geographic Information and Geovisualization,* 35 (3), 123-35.

資　　料

中世初期におけるローマ法の発展について：Hs. Berlin Staatsbibl. lat. fol. 269を例として*

ヴォルフガング・カイザー
田口　正樹　訳

Ⅰ．ユスティニアヌス帝のもとでの法統一とその分解

527年の11月初め、ユスティニアヌスが彼のおじユスティヌス１世を継いで帝位に上ったとき、ローマ法は既に三百年来、帝国法であった。212年のカラカラ帝の勅法（Constitutio Antoniniana）によって、すべての（あるいは少なくともほとんどすべての）自由なローマ帝国住民は、ローマ市民権を得ていた[1]。それによってまた、ローマ法はすべての帝国住民に統一的に妥当するようになっていた[2]。それまで特に属州において、ローマ人と非ローマ人の間に存し

*本稿は、2010年３月13日に、京都で開催された比較国制史研究会において行った講演を改訂したものである。研究会による招待、講演後の質疑とコメント、および田口正樹氏（北海道大学）による日本語訳に、感謝する。

[1] これについては、さしあたり、K. Buraselis, Theia Dorea - das göttlich-kaiserliche Geschenk. Studien zur Politik der Severer und zur Constitutio Antoniniana. Wien 2007 および D. Liebs in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (=ZRG RA) 126 (2009), S. 509–514の書評を参照。

[2] 例えばエジプトにおいて確認されうる影響について、H. J. Wolff, Das Recht der griechischen Papyri Ägyptens in der Zeit der Ptolemaeer und des Prinzipats. Bd. 1: Bedingungen und Triebkräfte der Rechtsentwicklung, München 2002 (Stand 1983), S. 130–148のみをあげておく。

た法的多元性は、除去された。

統治開始の６ヶ月後、ユスティニアヌスは、彼の名を帯びることになる、新しい皇帝勅法集成の作成を指示した。これがユスティニアヌスの勅法集 Codex Iustinianus である[3]。この勅法集は、529年４月16日に帝国全土について発効した。すべての先行する皇帝立法とテオドシウス法典 Codex Theodosianus（後述）は効力を失った。勅法集の発効から１年余り後、ユスティニアヌスは法曹法にも手をつけた。530年７月から531年９月ごろまでの間に、彼は古典法学者たちの間の一連の論争を決定した（quinquaginta decisiones[4]）。半年後、530年12月に、ユスティニアヌスは一つの委員会を設置した。この委員会が伝来の法曹法を吟味し、短縮し、当時の現状に合ったものにし、時代に合った新しい法典へと移し変えることとされた。その成果が学説集 Digesta vel Pandectae である。法曹法は、ユスティニアヌスの時代には既に 数世紀来、硬直化した法素材であった。つまり、利用可能な法学文献は、コンスタンティヌス大帝の時代以来、古典期の法学者の諸著作[5]、名を知られた著者たちによる新しい著作少々、そして古典期の法学者の名前で流通していたようないくつかの新しい作品から成っていた。委員会は、なお入手可能であった法学者の著作を検討し、それらから抜き書きを行い、そして抜き書きを――著者と出典を示したうえで――内容を表す標題にしたがって配列した。原典への介入は明示的に認められていた（インテルポラティオ）。３年間のうちに、委員会は作業を完了することができた。

既に古典期の法学者たちによって著されていた入門書（institutiones）の伝統に結びつきつつ、ユスティニアヌスは初心者用教科書をも作成させた。法学

[3] ユスティニアヌスは自分の名前をしばしば形容詞的に用いている。例えば、新しい役職について（一例として Praetor Iustinianus Pisidiae）、あるいは都市について（例えば、彼が生まれた都市は Prima Iustiniana と呼ばれる）。

[4] これについては、L. Wenger, Die Quellen des römischen Rechts, Wien 1953, S. 572–576 および C. Russo Ruggeri, Studi sulle quinquaginta decisiones, Milano 1999を見よ。

[5] 古典ローマ法学の定義については、F. Wieacker, Über das Klassische in der römischen Jurisprudenz in: ders., Vom römischen Recht, 2. Aufl., Stuttgart 1961, S. 161–186, 161–165および W. Kaiser – A. McDougall, Art. „Klassisches Römisches Recht“, in: M. Schmoeckel – St. Stolte (Hgg.), Examinatorium Rechtsgeschichte, Köln – München 2008, S. 341–344を見よ。

入門 Institutiones sive Elementa がこれである。それは古典期の法学者たちの入門文献[6]、とりわけガイウスの法学入門 Institutionen および日用法書 Res cottidianae にもとづいている。

533年12月16日に、ユスティニアヌスは学説集と法学入門を公布し、それらは533年12月30日を期して帝国全土で発効した。従来の法学文献を法廷で利用することは、もはや許されなかった。法学教育においても、学説集と法学入門は、それまでそこで扱われていた従来の法学著作の研究に取って代わった。法学入門と学説集は帝国全土に妥当することとされたので、ちょうどヴァンダル族から再征服された北アフリカでも通用したのであった[7]。

学説集の編纂作業の間も、ユスティニアヌスは法学的な争点の決定を続け、また新しい内容の立法を継続した。これによって、529年の勅法集は価値を減じることとなった。そのため勅法集は、法曹法に関する作業が終結した後に、改訂された。改訂版（Codex repetitae praelectionis）をユスティニアヌスは、534年12月29日を期して発効させた。

こうして534年末には、東ローマ帝国の領域（北アフリカを含む）には、ユスティニアヌスの３つの法集成にもとづく統一的なローマ法が妥当することとなったのである。

イタリア再征服に際しての大きな軍事的成功の後、ユスティニアヌスはおそらく540年ごろ、これら３つの法集成すべてをイタリアへ送った。したがって、名目的にはそれによってイタリアでも、そこに存在していたローマ法は効力を失った。554年に、ユスティニアヌスは、これらの法集成が通用すべきことを確認した[8]。

既に勅法集改訂版 Codex Iustinianus repetitae praelectionis の発効に際して、ユスティニアヌスは、その後の彼の立法を法典化することを予定していた

---

[6] A. Zocco-Rosa, Imp. Iustiniani institutionum palingenesia, Bd. 1, Catania, 1908, Bd. 2, Catania 1911を参照。

[7] 北アフリカの再征服については、W. Kaiser, Authentizität und Geltung spätantiker Kaisergesetze. Studien zu den sogenannten Sacra privilegia concilii Vizaceni, München 2007, S. 73–76における立証のみをあげておく。

[8] 554年８月13日のユスティニアヌスの新勅法第11章を参照。これに関しては、W. Kaiser, Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens von Kaisergesetzen unter Justinian, in: ZRG RA 127 (2010), S. 172–201, 196–198を見よ。

（新勅法集 *novella lex/constitutio* ないし νεαρὰ διάταξις[9]）。しかしそれが実現することはなかった。最初の新勅法は535年１月１日の日付であり、最後のそれは565年３月25日付である。ある一定の地域にのみ（例えば北アフリカにのみ）関係するか、あるいはしかし帝国全土に妥当することもありえた[10]新勅法は、私法の分野ではしばしば、先行する編纂において記録されていた法状態を変更した。更にユスティニアヌスは、かなりの数の教会法関係の新勅法を発した[11]。行政の諸問題に取り組んだ新勅法がこれに加わった。伝存する立法の大半は、535年から541年のものである。554年にユスティニアヌスは、こうした彼の後からの立法をもまた、イタリアで告示するよう命じた[12]。

それによって少なくとも理論上はイタリアでも、東ローマ帝国の他の部分と同様の法的統一が達成された。つまり、東方、北アフリカ、イタリアで、ユスティニアヌスの３つの法典と彼の帝国全土にあてられた新勅法が妥当することとなったのである。これに対して、ユスティニアヌスがもはや東ローマ帝国に編入できなかったガリアでは、ユスティニアヌス以前のローマ法が維持された。このことはとりわけテオドシウス法典のような皇帝立法にあてはまる。この法典は、ユスティニアヌスの勅法集に先行する集成で、テオドシウス２世が作らせたものであって、コンスタンティヌス大帝から彼の時代までの一般的な皇帝立法を含んでいた。テオドシウス２世は、帝国東半部については439年１月１

---

[9] この名称はもちろん以前からあり、ユスティニアヌスのもとでも既に使われていた。W. Kaiser, Zur äußeren Gestalt der Novellen Justinians, in: J. H. A. Lokin – B. H. Stolte (Hgg.), Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici, Pavia 2011, S. 159–173, 169–173.

[10] 帝国全土に妥当する法律が２カ国語（ギリシア語とラテン語）で出されたのか、という問題に関しては、W. Kaiser, Die Zweisprachigkeit reichsweiter Novellen unter Justinian. Studien zu den Novellen Justinians (I), in: ZRG RA 129 (2012), S. 392–474, 472–474を見よ。

[11] これについては、例えば、G. Pfannmüller, Die kirchliche Gesetzgebung Justinians, hauptsächlich auf Grund seiner Novellen, Berlin 1902; H. Alivisatos, Die kirchliche Gesetzgebung des Kaisers Justinian I., Berlin 1913; L. Noethlichs, Art. Iustinianus (Kaiser), in: RAC 19 (2001), Sp. 668–763, 733–747を参照。

[12] 同じく、554年８月13日の新勅法第11章。これに関しては、Kaiser, Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens（前掲注８）, S. 198–199. ただし、一連の新勅法は、既に以前から、イタリアにおいても通用することを主張している。

日に発効するよう、この法典を公布したが、法典はその直後、西方（イタリアとガリア）でも発効した[13]。それと並んで、ハドリアヌス帝からディオクレティアヌス帝までの時代の皇帝立法の集成（Codex Gregorianus, Codex Hermogenianus）およびテオドシウス法典発効後に発せられた皇帝立法も存在した。ガリアに広まっていた法典は、506年に西ゴート王アラリッヒ２世が出した、西ゴート・ローマ人法典 Lex Romana Visigothorum であった[14]。この法典は、皇帝法とりわけテオドシウス法典からの大量の抜粋と、法曹法（ここでは特にパウルス意見集 Pauli sententiae からの抜粋）を含んでいた。

もちろん、イタリアの再征服は長続きしなかった。既に568年には、ランゴバルド族が北イタリアに侵入する事態となり、このランゴバルド族はその後も引き続き領分を拡大し、ビザンツの支配領域をますます限定していった。751年のラヴェンナ征服によって、北イタリアにおけるビザンツ支配は完全に除去された[15]。南イタリアのギリシア語が話されていた部分では、ビザンツ支配はもちろんなお存続した[16]。しかし、ビザンツ国家の退場は、イタリアにおけるローマ法の消滅をもたらしたわけではなかった。773年の晩夏から774年の夏までにカール大帝が北イタリアのランゴバルド支配を征服し、フランクのイタリア王国 Regnum Italiae を打ち建てたことも、この点を変えるものではなかった。ローマ法は存続した。もちろん、ユスティニアヌスが意図したように、皇

---

[13] テオドシウス法典が引き続き効力を有したことについては、M. Conrat, Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im frühen Mittelalter, Leipzig 1891, passim のみを指示しておく。

[14] これについては、さしあたり、R. Lambertini, La codificazione di Alarico II. 2. Aufl., Torino 1991; D. Liebs, Römische Jurisprudenz in Gallien (2. bis 8. Jahrhundert), Berlin 2002, S.109–110, 166–176; ders., Art. Lex Romana Visigothorum, in: Reallexikon der germanischen Altertumskunde 18 (2001), S. 323–326; ders., Zur Überlieferung und Entstehung des Breviarium Alaricianum, in: Atti dell' Accademia Romanistica Costantiniana 14 (2003), S. 653–671 を参照。少し前の文献からは、J. Gaudemet, Le bréviaire d'Alaric et les épitome (Ius Romanum medii aevi 1, 2 b, aa, b), Milano 1965のみをあげておく。

[15] さしあたり、例えば、W. Pohl, Art. Langobarden, II. Historisches, in: Reallexikon der germanischen Altertumskunde, Bd. 18 (2001), S. 60–69, 63–64.

[16] この点について詳しくは、G. Saladino, Storia della Calabria bizantina. L'alto Medioevo imperiale ed ecclesiastico, Roma 2010を見よ。

帝立法に基礎を置く統一的な帝国法という形でではない。そうではなくて、存続したローマ法は、本来通用することを排除されたり、何ら規範的効力を持たなかったりしたような、数多くの史料にもとづいていた。そのうえ、他方で、ユスティニアヌスはかつて帝国の一部であったガリアを再征服することがなかったにもかかわらず、ユスティニアヌスのローマ法は、そのガリアへも到達していた。

このような、規範的法史料と規範的効力のない法史料、ユスティニアヌスの法とユスティニアヌス以前の法の併存、および本来の妥当領域から外へのローマ法の移転を具体的にわかりやすく示す一例を提供するのが、中世初期の写本Hs. Berlin Staatsbibl. lat. fol. 269である。以下、この写本を紹介しよう。

Ⅱ．Hs. Berlin Staatsbibl. lat. fol. 269

1．写本の外的形態について

Hs. Berlin Staatsbibl. lat. fol. 269[17] は 275 x 192ミリの大きさで202葉を含む。写本は９世紀の第１四半世紀にブルグントで成立した[18]。写本作成には複数の書き手が関与した[19]。正確な成立場所は不明である。最古の所蔵地として知られているのはブルグントのフラヴィニー修道院である。そこで、フランスの人文主義者ピエール・ピトゥ Pierre Pithou（1543－1621）が、1570年にこの写

[17] 写本は、1837年にパリの Bibliotheque de Rosny が競売にかけられた際に、グスタフ・ヘーネル Gustav Hänel によって、ベルリンのプロイセン王立図書館のために獲得された。

[18] W. Kaiser, Die Epitome Iuliani. Beiträge zum römischen Recht im frühen Mittelalter und zum byzantinischen Rechtsunterricht (Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte 175), Frankfurt am Main 2004, S. 67- 91; B. Bischoff, Katalog der festländischen Handschriften des neunten Jahrhunderts (mit Ausnahme der wisigotischen), Teil I: Aachen - Lambach, Wiesbaden 1998, S. 76 Nr. 365; Ch. Radding/C. Ciaralli, The Corpus iuris in the Middle Ages. Manuscripts and Transmission from the Sixth Century to the Juristic Revival, Leiden - Boston 2007, S. 49–50; F. Macino, Sulle tracce delle Istituzioni di Giustiniano nell'alto medioevo. I manoscritti dal VI al XII secolo, Città del Vaticano 2008, S. 37は Nonantola における成立を主張するが、適切でない。

[19] 詳しくは Kaiser, Die Epitome Iuliani（前掲注18）, S. 42–52を見よ。

本を発見し[20]、1573年に写本からモーセ法ローマ法対照 Collatio legum Mosaicarum et Romanarum（別名、神の法 Lex Dei）の史料編纂を初めて行った[21]。彼の兄弟フランソワ・ピトゥ François Pithou は1576年に、この写本を、彼のユリアヌス摘要 Epitome Iuliani 刊本のために利用した[22]。

写本はそのうえ、大幅に修正されているが[23]、ただし修正が完遂されているわけではない[24]。訂正者たちは、正しくない格や間違った数など、書き手の数多くのミスを修正した。加えて彼らは、不注意から書き手に起こったテクストの脱落を補った。訂正者たちは、書き手の用いた先行写本とは別の、ユリアヌス摘要の写本を持っていた[25]。

---

[20] Kaiser, Die Epitome Iuliani（前掲注18）, S. 95–102を参照。

[21] Fragmenta quaedam Papiniani, Pauli, Ulpiani, Gaii, Modestini, aliorumque veterum iuris auctorum ex integris ipsorum libris ante Iustiniani imp. tempora collecta et cum Moysis legibus collata. Eiusdem Imp. Iustiniani novellae constitutiones III. Iuliani antecessoris CP. dictatum de consiliariis. Eiusdem Iuliani collectio de contutoribus. Omnia nunc primum in lucem edita. Ex bibliotheca P. Pithoei Jc. cuius etiam notae adiectae sunt, Lutetiae ex officina Roberti Stephani, MDLXXIII. モーセ法ローマ法対照という名称は、印刷業者 Thomas Guarinus が1574年にバーゼルで刊行した再版にさかのぼる。Mosaycarum et Romanarum legum collatio, ex integris Papiniani, Pauli, Ulpiani, Gaij, Modestini – collectio de contutoribus. Ex bibliotheca P. Pithou IC. cuius etiam notae emendatiores adiectae sunt, Basiliae per Thomam Guarinum, MDLXXIIII; これについては、Kaiser, die Epitome Iuliani（前掲注18）, S. 40–41を見よ。

[22] Iustiniani novellae constitutiones, per Iulianum antecessorem constantinopolit. de Graeco translatae ... ex biblioteca P. Pithoei IC., Basel 1576; これについては、W. Kaiser, Wandlungen im Verständnis der Epitome Iuliani von der Spätantike bis zur Gegenwart, in: M. Avenarius (Hg.), Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts, Köln 2008, S. 300–353, 337–340.

[23] Kaiser, Die Epitome Iuliani（前掲注18）, S. 67–80.

[24] 訂正者たちは、f. 141r/4 の Ep. Iul. Cap. 524の後で作業をやめている。Kaiser, Die Epitome Iuliani（前掲注18）, S. 69を参照。

[25] Kaiser, Die Epitome Iuliani（前掲注18）, S. 72–75. f. 39r 下部欄外の、他では見られないテクストの追補に関しては、後掲の注59を参照。

2．写本の内容[26]

f. 1r: 洗礼者ヨハネの賛美歌 (*Hic est vir magnus – honore dicentes*; Kaiser, Die Epitome Iuliani, S. 52 Fn. 202).

ff. 1v/1–17r/10: Epitome Iuliani, Appendix B および Dictatum de consiliariis の章一覧 (*In nom(ine) d(omi)ni n(ost)ri ih(s)u xr(ist)i incip(iunt) capitula nouellarum d(omi)n(i) iustiniani augusti promulgata post codicem – kp() dxcii de episcopis et monachis*).

ff. 17r/11–19r/17: Lex Dei の章一覧 (*Incipit capitul(a) legis d(e)i –kp() dccxxxii Idem eodem liber post familiam patroni uocat*).

f. 19v: 空白

ff. 20r–39v/6: Epitome Iuliani, Capp. 1–117（テクストグループ D）(*kp. i Si heres Legata - contractum est*; ed. Hänel, S. 21, 6–54, 21).

ff. 39v/7–149v/12: Epitome Iuliani, Capp. 114–564（テクストグループ B）(*constitucio xxxv de quttuor(!) uel de sex unciis – fisco prestabit dat(a) ciii(!) k(alendas) iul(ias) post cons(u) l(atum) uelisaria (!) anno quarto ind(ictione) hoctaua*; ed. Hänel, S. 53, 16–177, 32).

ff. 149v/12–151v/24: 役職者等による代理人指定に関する556年５月１日の新勅法のラテン語要約 (Coll. CLXVIII Novv. 134; Auth. 127) (*Neque prefectus orientis – uocantur d(ata) k(alendis) mai(is) imp(erante) iust(iniano) p(er)p(etuo) a(ugusto) ann(o) xxx vc() basilii an(no) xv*; ed. Hänel, S. 192–196).

ff. 151v/25–152v/17: 農民に対する消費貸借に関する535年６月15日のユスティニアヌスのラテン語新勅法 (Coll. CLXVIII Novv. 34; Auth. 36) (*Cons(titutio) cxxviiii kp() dlxxxiiii Ut nulli liceat mutuanti agricule - pacientem iacturam*; ed. Schöll-Kroll, S. 241, 2–27).

---

[26] 写本の描写については、既に Kaiser, Die Epitome Iuliani（前掲注18）, S. 52–55にある。

ff. 152v/18–153r/4: 捕虜の買い戻しのためにミュシアの教会に委ねられた財産の譲渡に関する538年３月23日のユスティニアヌスのラテン語新勅法の要約 (Coll. CLXVIII Novv. 65; Auth. 67) (*Cons*(*titutio*) CXXX *kp*() DXXXV(!) *De terris uel domibus uel uineis – a barbaris depopulantur* DAT(A) X K(A)L(ENDAS) APRIL(ES) C(ONSTANTINO)P(OLI) IMP(ERANTE) D(OMI)N(O) IUST(INIANO) P(ER)P(ETUO) AUG(USTO) IOH(ANNE) U(IRO) C(LARISSIMO) CONS(U)L(E); ed. HÄNEL, S. 82 zu Cap. 203).

f. 153r/4–v/10: 皇帝の命令 *iussiones* の下の宮廷長官 Quästor の署名に関する541年11月１日のラテン語新勅法 (Coll. CLXVIII Novv. 114; Auth. 109) (*Cons*(*titutio*) CXXXI *kp*() DLXXXVI *De sacris diuinis subscriptionem – peruenire notitiam* DAT(A) K(A)L(ENDAS) NOV(EMBRES) C(ONSTANTINO)P(OLI) D(OMI)N(O) IUST(INIANO) P(ER)P(ETUO) A(UGUSTO) ANN(O) XVI BASILIO U(IRO) C(LARISSIMO) CONS(ULE); ed. SCHÖLL-KROLL, S. 533, 2–19).

ff. 153v/10–155r/11: 未婚女性、寡婦、既婚女性の誘拐に関する563年5月21日のラテン語新勅法 (Coll. CLXVIII Novv. 143; Auth. 132) (*Cons*(*titutio*) CXXXII *kp*() DLXXXVII *De raptu mulierum et sponsate – obseruarique* PRECEPIAT DAT(A) XII K(A)L(ENDAS) IUN(IAS) C(ONSTANTINO)P(OLI) IMP(ERANTE) D(OMI)N(O) IUST(INIANO) P(ER)P(ETUO) A(UGUSTO) ANN(O) XXXVI P(OST) C(ONSULATUM) BASILIO U(IRO) C(LARISSIMO) ANN(O) XXII; ed. SCHÖLL-KROLL, S. 707, 2–708, 19).

f. 155r/11–v/3: 消費貸借の一部弁済に関する年代不明のユスティニアヌスのラテン語勅答 (Coll. CLXVIII Novv. 138) (*Cons*(*titutio*) CXXXIII *kp*() DLXXXVIII *De usuris super duplum non computandis imp*(*erator*) *iustinianus – locum non habere*; ed. SCHÖLL-KROLL, S. 700, 2–9 und Apparat; ed. HÄNEL, S. 197).

f. 155v/4–17: 利息制限に関する535年４月15日の新勅法のラテン語要約 (Coll. CLXVIII Novv. 121) (*Cons*(*titutio*) XXXIIII(!) *kap*() DLXXXVIIII *De partiariis solutionibus usurarum* – DAT(A)

XVIII K(*A*)*L*(*ENDAS*) *MAIAS C*(*ONSTANTINO*)*P*(*OLI*) *BILISARIO V*(*IRO*) *C*(*LARISSIMO*); ed. Hänel, S. 196–197).

ff. 155v/17–156r/7: Dictatum de Consiliariis, 表題とS. 1–3 (*De consiliariis d*(*omi*)*n*(*i*) *iuliani ant*(*ecessoris*) *dictatum Si emerserit – duas constitutiones circa CX relatas*; ed. Hänel, S. 198, 2–9).

f. 156r/8–25: 空白

ff. 157v/1–182v: Lex Dei 1, 1–16, 8, 2 (*Incipit lex di quam deus precepit ad moysen - si libertinus vel li*; ed. Th. Mommsen, Collectio librorum iuris anteiustiniani 3, Berlin 1890, S. 136, 1–198, 12).

—他の写本に由来する綴じ込まれた四つ折り本 Quaternio —

f. 183r/1–v/12: Inst. 4, 18, 5 *vel eos – deo propitio aduentura est. DOMINI NOSTRI IUSTINIANI – INCLITE CIUITATIS LIBER IIII*; ed. P. Krüger, Iustiniani Institutiones, 4. Aufl., Berlin 1921, S. 171, 25–173, 12; S. 5).

ff. 183v/13–190v/35: Digesta Iustiniani 1,1 rubr.–1, 7, 3 *uel preses filius* (*De iusticie iure Ulpianus – uel preses filius*; ed. Th. Mommsen, Digesta Iustiniani Augusti, Bd. 1, S. 1, 7–20, 11).

— Lex Dei の続き—

ff. 191r/1–15: Lex Dei 16, 8, 2 *bertina patronum* –16, 9 *inmunitate ipse tribuit* (ed. Mommsen, S. 198, 12–198, 27).

ff. 191r/17–193r/14: Dictatum de Consiliariis の続き（末尾まで）(*Si autem queratur – que est circa CV constitutio Expl*(*icit*) *DE CONSILIARIIS FELICITER*; ed. Hänel, S. 198, 9–201).

ff. 193r/15–194r/16: Collectio domini Iuliani antecessoris (*Item collectio domni iulaani*(!) *antecensoris - contrarietatem discernere expl*(*icit*); ed. Hänel, S. 201–202).

ff. 194r/17–199v/19: 役職者等による代理人指定に関する556年５月１日の新勅法のラテン語 Kata poda (Coll. CLXVIII Novv. 134; Auth. 127) (*Ut nulli iudicum liceat – ueteres leges seruari iubemus D*(*ATA*) *K*(*A*)*L*(*ENDIS*) *MAI*(*IS*) *IMP*(*ERANTE*) *D*(*OMI*)*N*(*I*)

IUST(*INIANI*) *P*(*ER*)*P*(*ETUO*) *A*(*UGUSTO*) *ANN*(*O*) *XXX P*(*OST*) *C*(*ONSULATUM*) *UASILII U*(*IRI*) *C*(*LARISSIMI*) *AN*(*NO*) *XV RESCRIPTA LEX AD MONACHIUM P*(*REFECTUM*) *U*(*RBIS*); ed. Schöll-Kroll, S. 676, 14–689, 30).

ff. 199v/20–200v/7: 542年12月18日の新勅法のラテン語 Kata poda (Coll. CLXVIII Novv. 117; Auth. 112) praef. – Caput 2 *patris testimonium* (*CXC KAP*() *DE DIUERSIS CAPITULIS IMP*(*ERATOR*) *IUST*(*INIANUS*) *A*(*UGUSTUS*) *Diuersis capitulis - iura patris testimonium*; ed. Schöll-Kroll, S. 551, 6–553, 17).

ff. 200r/8–202r/21: 11世紀初めの書き手による Passio Sancti Gorgonii (*Magnum summopere studium in perquirendis - canes et lupi*; ed. P. Jacobson, Miracula S. Gorgonii, Hannover 2009, S. 188, 22–193, 27).

写本は主に、ユスティニアヌスの新勅法に関する作品、すなわちユリアヌス摘要 Epitome Iuliani（後出 III. 1を見よ）を含んでいる。そのテクストは、114から117章が二重に存するという特徴を示している（上掲参照）。テクストをより詳しく分析してみると、それが書き手の見誤りというだけでなく、実は摘要の1–117章と114–564章が異なる先行写本に基づいていることがわかる[27]。なぜここで２つの写本が組み合わせられているのかは、もちろん不明のままとしておかねばならない。摘要の末尾には、たいていはなお古代末期に付加された、数多くの付録が続いている[28]。それらの付録はこの写本だけに含まれているのではなく、他でも存することが証明されている[29]。

ff. 183–191は、本来この写本に属してはいなかったのであるが、ユスティニアヌスの法学入門の末尾部と学説集の冒頭部を含んでいる。それらは他の写本に由来するもので、誤ってユリアヌス摘要の写本に綴じ込まれた。この束（な

[27] Kaiser, Die Epitome Iuliani（前掲注18), S. 59–67を見よ。

[28] Epitome Iuliani の付録とその拡充に関しては、Kaiser, Die Epitome Iuliani（注18), S. 347–374のみをあげておく。

[29] Kaiser, Die Epitome Iuliani（前掲注18), S. 16–17の概観を参照。

いしそれが本来属していた写本）は、しかしユリアヌス摘要を含む写本と同じ写字室で成立したのである[30]。

Ⅲ．Hs. Berlin Staatsbibl. lat. fol. 269と中世初期の法文化[31]

1．規範的法テクストと規範的効力を持たない法テクストの併存

ベルリン写本は、主にユスティニアヌスのローマ法を、彼の新勅法という形で含んでいる。その際、テクストの法的性質は一様でない。写本の主要部分を占めているのは、章一覧の表題では、「勅法集以後に発布された、皇帝ユスティニアヌスの諸法律」とされているラテン語テクストである。しかし、この表題に続いているのは、ユスティニアヌスの新勅法のオリジナルのテクストではなく、パラフレーズであり、それは16世紀以来「ユリアヌス摘要 Epitome Iuliani」と呼ばれている[32]。著者はユリアヌスといい、ユスティニアヌス帝治下、コンスタンティノープルで法学教師をしていた。ユリアヌス摘要は、124のユスティニアヌス新勅法の集成に関する、彼の入門講義（index）であり、したがって私人の作品である。この新勅法入門は、コンスタンティノープルで成立した。現存する諸写本は、555年ないしその後に行われた講義を反映している[33]。ユリアヌスが解説した新勅法は、大部分ギリシア語のものであった[34]。この入門は、おそらくラテン語を話す法学生のために、ギリシア語新勅法の理解を容易にしようとしたのであろう。しかしユリアヌスは、ギリシア語テクストのラテン語逐語訳を提供したのではなく、中核的な内容（のみ）を再現するにとどまることがしばしばであった。おそらく、コンスタンティノープルにおける法学学習

---

[30] Kaiser, Die Epitome Iuliani（前掲注18）, S. 393–396を見よ。

[31] これについてはまた、W. Kaiser, Zur Normativität des römischen Rechts im frühen Mittelalter: Ein Brief des Papstes Johannes VIII. an König Ludwig III., in: N. Jansen - P. Oestmann (Hgg.), Gewohnheit. Gebot, Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart, Tübingen 2011, S. 52–72を参照。

[32] 名称については、Kaiser, Wandlungen（前掲注22）, S. 341を見よ。

[33] これに関して、詳しくは、Kaiser, Die Epitome Iuliani（前掲注18）, S. 173–246を見よ。

[34] 新勅法集成の状態については、Kaiser, Die Zweisprachigkeit（前掲注10）, S. 410–411 を参照。

を終えてイタリアへ戻った学生たちによって、この入門は早くに（最古の諸写本は８世紀から伝わっている[35]）西方へ到達した。ユリアヌス摘要に関しては、中世初期から、11の写本ないし写本断片が残っている[36]。西方では、摘要は、ユスティニアヌスの新勅法と等しく扱われた。実務でも適用されたことが証言されている。本来私的な作品であったという性格は、もはや知られなくなっていた。オリジナルのギリシア語新勅法テクストを再び知るようになった16世紀の人文主義者たちがはじめて、摘要の作品としての本来の性格を認識した[37]。入門講義（index）であると適切に位置づけられたのは、しかしようやく近年のことである[38]。

既にユスティニアヌス時代から、ユリアヌス摘要にはさまざまな付録（Appendices）が付されていたが、それらの一部はユスティニアヌスの新勅法、一部はユスティニアヌス時代の法講義の産物から成っている。この写本中の付録には、ユスティニアヌスの新勅法が主に見出されるが、それらの形式はさまざまである。そこに見られる新勅法の一部は、実際にラテン語で発せられたもので、したがってそれらはオリジナルの文言で写本に含まれている。農民に対する消費貸借に関する535年６月15日のユスティニアヌスの新勅法 (Coll. CLXVIII Novv. 34; Auth. 36)[39]、皇帝の命令 iussiones への宮廷長官 Quästor の署名についての541年11月１日の新勅法 (Coll. CLXVIII Novv. 114; Auth. 109)[40]、未婚女性、寡婦、既婚女性の誘拐についての563年５月21日の新勅法 (Coll. CLXVIII Novv. 143; Auth. 132)[41] 、および消費貸借の一部弁済についてのユス

---

[35] さしあたり、Kaiser, Die Epitome Iuliani（前掲注18), S. 37–39 および ders., Fragmente der Epitome Iuliani, I. Hs. Paris BN Baluze 270 ff. 68–69, in: ZRG RA 126 (2009), S. 440–447を参照。

[36] Kaiser, Wandlungen（前掲注22), S. 310を見よ。

[37] これについては、Kaiser, Wandlungen（前掲注22), S. 342。

[38] Kaiser, Wandlungen（前掲注22), S. 350–352参照。

[39] これに関しては W. Kaiser – St. Chronopoulos, Unterschiede zwischen griechischen und lateinischen Ausfertigungen von Novellen am Beispiel des Gesetzes vom 15. Juni 535 über Darlehen an Bauern. Studien zu den Novellen Justinians (II), in: ZRG RA 129 (2012), S. 475–500。

[40] Kaiser, Die Zweisprachigkeit（前掲注10), S. 433を見よ。

[41] Kaiser, Die Zweisprachigkeit（前掲注10), S. 420–425, 432–433を参照。

ティニアヌスの年代不明の勅答 (Coll. CLXVIII Novv. 138) が、これにあたる。

しかしいくつかの新勅法は、ギリシア語原典のラテン語パラフレーズのみで存する。役職者等による代理人指定についての556年５月１日の新勅法 (Coll. CLXVIII Novv. 134; Auth. 127) 、および利息制限のための535年４月15日の新勅法 (Coll. CLXVIII Novv. 121) はこのタイプである。それどころか、ラテン語新勅法のラテン語パラフレーズまで、一つ見られる。捕虜買い戻しのためにミュシアの教会に委ねられた財産の譲渡に関する、538年３月23日のユスティニアヌスの新勅法 (Coll. CLXVIII Novv. 65; Auth. 67) がそれである。

ラテン語のオリジナル・テクストおよびラテン語パラフレーズと並んで、付録は更に第三の可能な伝承カテゴリーをも提供する、すなわち、原典に逐語的に従うような､ギリシア語新勅法のラテン語訳（いわゆる Kata poda）である。役職者等による代理人の指定についての556年５月１日のユスティニアヌスの新勅法 (Coll. CLXVIII Novv. 134; Auth. 127)（前述のように、この新勅法はパラフレーズの形でも入っている）、542年12月18日の新勅法 (Coll. CLXVIII Novv. 117; Auth. 112) praef. – Caput 2 *patris testimonium* がこれにあたる。

これら３つのカテゴリーすべての間で、例えばそれぞれの特性を認識させるような区別は、外的にはもはや何ら見つからない。それどころか、ユリアヌス摘要の章番号は、その本来の終了部を越えて付録にまで及んでいるのである。

以上にあげた部分は、ユスティニアヌスの諸法律を、オリジナル、翻訳、あるいはパラフレーズの形で再現しているのだが、この写本が伝える他の二つのテクストは、この前提さえ共有しない。助言者に関する口授 Dictatum de consiliariis と後見人に関する論証 Collectio de tutoribus がそれである。この二つはともに、前述の入門の著者ユリアヌスに由来する、ユスティニアヌス帝時代の法講義の産物である。助言者に関する口授では、ユリアヌスは、ユスティニアヌス帝の編纂物（法学入門、学説集、勅法集）および新勅法から重要な素材を数え上げることによって、学習の最後の段階で学生たちに助言を与えている[42]。後見人に関する論証では、彼は、複数の後見人による分割並びに不分割の後見に関する諸問題を論じている。ここでは、学説集と勅法集が引用されて

[42] Dictatum de consiliariis については、Conrat（前掲注13), S. 137–138; D. Liebs, Die Jurisprudenz im spätantiken Italien, Berlin 1987, S. 235–244（扱われている法素材の一覧つき）を参照。

いる。これらのテクストが広く知られていたということは、教会に有利な消滅時効についての、助言者に関する口授におけるテクスト改変が示している[43]。すなわちそこでは、消滅時効についての議論に、ローマ教会のためには100年の消滅時効が妥当するのだという補足が付加されたのである。

真正なテクストとそれを短縮する改変との間にもはや区別が存しないという、ここで観察されうるような現象は、ユスティニアヌスのローマ法だけに限られたものではない。前述の西ゴート・ローマ人法典にも多くの短縮ヴァージョンが存在するが[44]、それらは短縮されたとわかるようにはなっておらず、完全なテクストと並んで適用され、それどころか完全なテクストの代わりとなっているのである。

2．時代を異にする法テクストの併存

前節であげた諸テクストは、その法的性質と内容の点で不均質であったが、それでも同じ時期――ユスティニアヌス帝の治世――に帰属させられうるものであった。写本はしかし、ユスティニアヌス以前の時代からの選集をも伝えている。すなわち、神の法Lex Dei（モーゼ法ローマ法対照Collatio legum Mosaicarum et Romanarum）[45]であるが、これは、旧約聖書の法、ローマの法曹法、いくつかの個別の皇帝法をテーマによって整理して組み合わせたものである。Lex Deiがこの形で成立したのは、4世紀終わり頃であったろう。この作品は、ユスティニアヌス以前のローマ法として、もはや流布していてはならなかったはずであり、ましてユスティニアヌスの法とともに一つの写本に含ま

---

[43] W. Kaiser, Die hundertjährige Verjährung zugunsten der römischen Kirche, in: ZRG, KA (=Kanonistische Abteilung) 85 (1999), S. 60–103, 61–63を見よ。

[44] さしあたり、Conrat（前掲注13）, S. 222–240; Gaudemet（前掲注14）, S. 44–57; Liebs, Römische Jurisprudenz in Gallien（前掲注14）, S. 202–209, 221–235, 249–265を見よ。

[45] これについては、さしあたり、Liebs, Die Jurisprudenz im spätantiken Italien（前掲注42）, S. 162–174およびR. Frakes, Compiling the Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum in Late Antiquity, Oxford u. a. 2011; U. Manthe, Wurde die Collatio vom Ambrosiaster Isaak geschrieben?, in: H. Altmeppen – I. Reichard - M. Schermaier (Hgg.), Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2010, S. 737–754を参照。

れていることなどあってはならなかったはずである。明らかに、西方でのユスティニアヌスの法の導入によって元来意図されていた排他的妥当要求は失われたか、あるいはひょっとすると一度も貫徹されえなかったのである。

ユスティニアヌス以前のローマ法とユスティニアヌス期のローマ法とのそのような併存は、この写本以外の所でも確認されうる。例えば、Hs. Paris BN lat. 4418（９世紀の第１四半世紀、ルートヴィヒ敬虔の宮廷学校で成立）は、数多くのゲルマン部族法を伝えているが、ローマ法としては、西ゴート・ローマ人法典（アエギディウス摘要 Epitome Aegidii の形で）およびユリアヌス摘要が含まれている。南イタリアで10世紀末ごろに成立したガウデンツィ集成 Collectio Gaudenziana (Hs. London Brit. Libr. add. mss. 47676)[46]の著者は、ユスティニアヌスのローマ法と西ゴートのローマ法をともに取り入れている。ランスのヒンクマールもまた、西ゴートのローマ法とユスティニアヌスのローマ法を同じように引き合いに出している[47]。

個別の法の層を一つの妥当根拠に帰するような試みは、ほとんど確認されない。例えばガウデンツィ集成の著者は、その序言において、以下の諸規定はローマ法に由来し、ユスティニアヌスがそれらを発布したのである、と確言している。この集成は、確かにユスティニアヌスのローマ法（ユリヌアス摘要、勅法集、法学入門）および西ゴートのローマ法（西ゴート・ローマ人法典のアエギディウス摘要）から、しかしまた――不正確にもローマ法として性格づけられた――西ゴートの部族法、およびこれ以外の写本ではもはや知られていないゴート法の一史料からも素材を得ているのである[48]。

３．通用の継続と拡大

イタリアにおけるビザンツ支配は長続きしなかったにもかかわらず、そのことは、ユスティニアヌスの法集成と新勅法の消滅をもたらさなかった。既に

---

[46] この名称は、写本の発見者であるイタリアの法史家 Agusto Gaudenzi からきている。

[47] さしあたり Conrat（前掲注13), S. 23を見よ。

[48] Fragmenta Gaudenziana については、G. Vismara, Fragmenta Gaudenziana, in: Ius Romanum medii aevi I, 2 b bb β, Milano 1968 (= ders., Scritti di storia giuridica 1, Milano 1987, S. 341–389) を参照。

603年にグレゴリウス大教皇が、ある委任裁判官に、司教と長老の不法な廃位が問題となった事案をユスティニアヌスのローマ法にしたがって決定するよう命令し、それに関して彼に、一件書類を関連する法テクストとともに手渡している[49]。教皇がなぜローマ法を適用可能と見なしたかという理由を示す史料は欠けている。教皇たちは、９世紀にもなお、厳密に言えばローマ法を適用するための前提が本来まったく存しないような紛争を解決するために、ユスティニアヌスのローマ法を持ち出している。878年の、教皇ヨハネス８世から東フランク王ルートヴィヒ３世への書簡は、その一例である[50]。書簡の中で、教皇は、ルートヴィヒ３世に対して、王が我がものにした、ある高貴な女性の相続財産を、正当な相続人に引き渡すよう、要求している。引き渡し義務を根拠付けるために、教皇は、相続に関与したのがすべてフランク人であったにもかかわらず、主にユスティニアヌスのローマ法（ユリアヌス摘要と勅法集）を引き合いに出している。

そのうえ、ローマ法の諸テクストは、その元来の妥当領域を越えていった。この写本が成立した時期、ガリアはカロリング家の支配下にあった。ブルグントは、カール大帝の帝国、ないし彼の死後にはカロリング家の部分王国の一つに属していた。しかしそれでも、この写本が示すように、ユスティニアヌスのローマ法が筆写されたのである。既にこの写本が存在するということ自体（より正確に言えば、そうした写本作成に伴う大きなコスト）から、ユスティニアヌスのローマ法が適用可能と見なされていたという結論が導かれる。写本に施された修正が示すのは、「正しい」テクストを所有することに価値が置かれていた、ということである。ブルグントにおけるユスティニアヌスのローマ法の存在は、教会法を内容とするある集成（新勅法集成 De ordine ecclesiastico[51]）からも証明されるが、これはもっぱらユリアヌス摘要を素材とし、おそらくブルグントで成立したものである。

---

[49] Reg. Epist. Greg. 13, 49 (50); これについては、W. Kaiser, Nachvergleichungen von Novellen- und Codexzitaten in einer frühmittelalterlichen Sammlung mit Exzerpten aus dem Register Gregors d. Gr. (Reg. 13, 49 [50]), in: ZRG RA 125 (2008), S. 603–644, 605–606を見よ。

[50] Kaiser, Zur Normativität（前掲注31）, S. 57–71を参照。

[51] これについては、Kaiser, Die Epitome Iuliani（前掲注18）, S. 461–492を見よ。

中世初期から伝わる、ユスティニアヌスの学説集の筆写の唯一確実な証拠もまた、ブルグント由来である。この写本は、前述のように、法学入門の末尾と学説集の冒頭を含む束を伝えているが、これはもともと他の写本に属していたもので、ただ誤ってこの写本に綴じ込まれたのである（Hs. Berlin, Staatsbibl. lat. fol. 269 ff. 183–190; ベルリンの法学入門・学説集断片）。この束が本来属していた写本は失われた。法学入門・学説集断片の書き手は、見たところ古代末期の先行写本から直接写したようであり、テクスト上の数多くの特徴と書き誤りがそのことを証言する[52]。ここでもまた、学説集のような大部なテクストが筆写されたという事実からだけでも、このテクストに法的な有意性が認められていたことがわかる。

ようやく最近になって、フランク王国の東の部分でもユスティニアヌスの法学入門が利用されえた、ということが知られるようになった。親戚関係を理由とする婚姻禁止に関するある論文のために、法学入門が使われているのである[53]。この論文自体は、９世紀中頃にフルダかマインツで成立した。著者はひょっとしたらフラバヌス・マウルスか、あるいは少なくとも、彼の著作に通じた人物であった[54]。

逆に、西ゴートのローマ法の諸テクストは、イタリアでも利用可能であった[55]。特に、西ゴート・ローマ人法典の派生物であるアエギディウス摘要 Epitome Aegidii は、イタリアでしばしば存在が証明される[56]。

４．法テクストの利用可能性

---

[52] Kaiser, Die Epitome Iuliani（前掲注18）, S. 400–406を見よ。

[53] W.Kaiser, Ein unbekanntes Zitat von Institutiones Iustiniani 3, 6 pr.–8 in einer Abhandlung des Hrabanus Maurus zum Ehehindernis der Verwandtschaft, in: H. Altmeppen – I. Reichard - M. Schermaier (Hgg.), Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2010, S. 513–557.

[54] 例えば、K. Ubl, Ein unbekanntes Gutachten des Hrabanus Maurus? Anmerkungen zu einem Neufund, in: ZRG KA 97 (2011) S. 369-374.

[55] 既に F. Patetta, Il Breviario Alariciano in Italia, in: Archivio giuridico 47 (1891), S. 3–45 (= ders., Studi sulle fonti giuridiche medievali, Torino 1967, S. 601–643) ; また Kaiser, Die Epitome Iuliani（前掲注18）, S. 713–717を見よ。

[56] Kaiser, Die Epitome Iuliani（前掲注18）, S. 713.

ローマ法のテクストの量的な利用可能性の問題は、ニュアンスのあるものである。伝承の断片性ゆえに、ここでは個々の点にとどまる言明しかできない。ユスティニアヌスのローマ法については、新たに発見された、ユスティニアヌスの勅法集の南イタリア由来の写本の断片、および前述のように９世紀中頃にフルダないしマインツで、ユスティニアヌスの法学入門が利用され得たという事実は、ローマ法テクストが利用され得た程度をはっきりと示すものである[57]。

テクスト内容との取り組みの痕跡は、読み手の注記や後代の書き手による追補のような、写本上の所見から知られうる。

中世初期の書庫カタログにもまた、ローマ法を含む写本がときおり見いだされる。もちろん、一部はそのあいまいな表記のために、確定することが難しいのではあるが。

ローマ法由来のテクストが論拠として用いられているような文学作品は、むしろまれである（ただし、リヨンのフロルスとヴェルチェッリのアットは顕著な例外であるのだが）。

５．誤った位置づけ

中世初期には、今日の目からするとあっと驚くような、法テクストの誤った位置づけが紛れ込んでいた。まったく別の法圏に由来するテクストが、ローマ法として扱われ得たのである。例えば、西ゴートの部族法である、西ゴート部族法典 Lex Visigothorum が、ユスティニアヌスの名のもとに証言されている[58]。

この Hs. Berlin Staatsbibl. lat. fol. 269もまた、そのような法の越境を証言している。写本の f. 39r の下欄には、訂正者が、この写本以外では伝えられていないような、婚姻財産法に関するある法テクストを書き入れた。テクストは、ユリアヌス摘要の相続法の章（Ep. Iul. Cap. 114）を補足するものとされている。

---

[57] 前掲注53を見よ。

[58] このことは、Collectio Gaudenziana にも、Lectio legum にもあてはまる。これに関しては、Kaiser, Die Epitome Iuliani（前掲注18）, S. 720–723を参照。Epitome Iuliani と Lex Visigothorum からの章を一つにしたクラーゲンフルト断片については、ebenda S. 638–653を見よ。

これは実際にはおそらく、ブルグントのある国王法からの抜粋である[59]。しかし訂正者が付した訂正記号によれば、この補足は摘要の章に直接つながるはずのものなのである。

Ⅳ．結びのコメント

以上の論述は、今日では考えられないようないくつかの現象をはっきりと示している。オリジナルのテクストを通じてでなく、翻訳や、それどころかパラフレーズの形での、法の伝達。それを発効させた国家が脱落したにもかかわらず、更に通用し続ける法規範。いやそれどころか、以前には通用することが考慮されていなかったような地域における妥当領域の拡大。中世初期に、ユスティニアヌスのローマ法が通用し続けたこと、およびそれと平行して写本が作成され伝えられたことは、中世中期に北イタリアで確認されうるような、ユスティニアヌスのローマ法の史料との集中的な取り組みのための、必要な前提であった。もちろん、それとともに始まったユスティニアヌスのローマ法の優位は、中世初期を特徴づけていたようなローマ法の複数性を消滅させていったのではあるが。

（訳者後記）

冒頭の注にあるように、本稿は、ヴォルフガング・カイザー Wolfgang Kaiser 教授が、2010年３月13日に、京都で開催された比較国制史研究会で行った講演の改訂版である。講演では、パワーポイントを用いて写本の書体なども示しつつ解説がなされたが、本稿ではその部分は省略され、代わって講演原稿にはなかった多くの文献注が付されている。

ヴォルフガング・カイザー教授について、簡単に紹介すれば、教授は南ドイツ・バイエルン州出身で、1984年からミュンヘン大学法学部で学び、国家試験

[59] Kaiser, Die Epitome Iuliani（前掲注18), S. 79–80および詳しくはders., Burgundisches Ehegüterrecht in der Hs. Berlin Staatsbibl. lat. fol. 269 (f. 39r)? Zu einem unbekannten Fragment eines Gesetzes über das Schicksal der Eheschenkung beim Tod des Ehemannes, in: ZRG RA 119 (2002), S. 212–246を参照。

（第１次・第２次）合格後、同学部のレオポルト・ヴェンガー研究所 Leopold-Wenger-Institut で助手をつとめた。ローマ法のディーター・ネル Dieter Nörr 教授のもとで、1998年に法学博士号を取得、2001年には教授資格を取得した。2002年にテュービンゲン大学法学部教授に迎えられて赴任した後、2005年からフライブルク大学法学部に転じ、以後同大学法学部教授の任にある。その他、2008年にはハイデルベルクのバーデン・ヴュルテンベルク州アカデミーの正会員に選ばれ、また同じく2008年から『サヴィニー雑誌 Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte』の共同編集者の一人となるなど、大学外での活躍もめざましく、現在、ドイツにおけるローマ法研究を牽引する学者の一人と言ってよいであろう。

カイザー教授の専門分野は、ローマ法史・古代法史の中でも、とりわけ古代末期から中世初期のローマ法史である。主著としては、学位論文を公刊した、Die Epitome Iuliani. Beiträge zum römischen Recht im frühen Mittelalter und zum byzantinischen Rechtsunterricht, Frankfurt a.M. 2004 および教授資格取得論文を公刊した、Authenzitität und Geltung spätantiker Kaisergesetze. Studien zu den sogenannten Sacra privilegia concilii Vizaceni, München 2007 の２冊の大著があるが、その他、本稿注でもあげられているように、『サヴィニー雑誌』等に質の高い個別論文を多数発表している。教授の研究は、写本に関する深い知識と卓抜なセンスに支えられた、ローマ法史料の伝承の検討を中心とするが、そうした特長は、本稿を通じてもよくうかがわれる。カイザー教授の論考の日本語訳としては、既に、ヴォルフガング・カイザー（守矢健一訳）「失敗した法律の修正――538年５月１日 Justinianus 新勅法について――」（松本博之他編『法発展における法ドグマーティクの意義』（2011年　信山社）所収）があるが、本稿によって、カイザー教授の研究が我が国の学界により近しいものとなれば、訳者としては幸いである。

2010年３月の来日時、カイザー教授は、本稿のもととなった京都での講演の他、九州大学でも講演され、日本の研究者と活発に交流された。帰国後の非常なご多忙により改訂作業に時間を要したため、日本語訳の公表が遅れていたが、このたび訳者としてのつとめを最後まで果たすことができ、教授に改めて感謝したい。またカイザー教授招聘にあたっては、比較国制史研究会メンバーの方々をはじめ、多くの方にご助力をいただいた。とりわけ、京都での研究会開催にあたってお世話いただいた林信夫教授（京都大学）、九州での日程を組織され

た上村一則教授（久留米大学）、五十君麻里子教授（九州大学）、西村重雄教授（九州大学名誉教授）に御礼を申し上げる。なお、カイザー教授招聘に際しては、科研費基盤研究（B）（課題番号19330002）の助成を受けた。

判例研究

公法判例研究

津田智成

国家賠償法３条２項の「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」の意義

最高裁第二小法廷平成21年10月23日判決[1]
（平成20（受）第1043号求償金請求事件）
民集63巻８号1849頁

【事案の概要】

Ｘ県Ｙ市が設置管理する市立中学校の、いわゆる県費負担教職員[2]であるＡ教諭が生徒Ｂに対し足蹴り等の暴行を加えた体罰事件につき、体罰を受けた生徒ＢがＸ県とＹ市を共同被告として国家賠償法に基づき損害賠償を求める別件訴訟を提起したところ、第一審は、損害賠償債務の支払を命じる一部認容判決を下した。そして、同訴訟が控訴審に係属中にＹ市教育委員会が上記体罰事件について遺憾の意を表明したことから、生徒Ｂが、Ｙ市との間では損害賠償請求権を放棄する旨の訴訟上の和解を成立させ、Ｘ県との間では控訴を取り下げて上記第一審判決を確定させた。

本件は、生徒Ｂから上記確定判決に基づいて催告を受け、上記損害賠償債

[1] 以下、「本判決」という。

[2] 県費負担教職員とは、市町村立学校職員給与負担法１条所定の職員を指し、その給与等の人件費は、都道府県の負担とされている。また、原則として、その任免権は都道府県教育委員会に帰属する（地方教育行政の組織及び運営に関する法律第37条・38条）。その反面、当該職員は、市町村の公務員として市町村の事務を遂行し、その服務の監督は市町村教育委員会が行う（同法43条）。

務の全額を国家賠償法１条１項、３条１項に従い賠償したＸ県（原告・控訴人兼附帯被控訴人・被上告人）が、Ｙ市（被告・被控訴人兼附帯控訴人・上告人）に対し、Ｙ市が国家賠償法３条２項における「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」であると主張して、求償権を行使し、Ｘ県が生徒Ｂに支払った賠償金全額及びこれに対する遅延損害金の支払を求めた事案である。

第一審判決（福島地判平成19年10月16日判時1995号109頁）は、国家賠償法３条２項に基づく賠償費用の「負担割合は、費用負担の趣旨を考慮しつつ損害発生への寄与の割合などを総合的に考慮して定めるべきである」とした上で、教育活動に要する経費に関する法令上の規定をはじめ、法令上監督権を有するＹ市教育委員会の監督責任や法令上人事権を有するＸ県教育委員会の任命責任などを総合考慮して、Ｘ県とＹ市の内部関係における負担割合を、原告１、被告２とし、Ｘ県の請求を一部認容した。

これに対して、控訴審判決（仙台高判平成20年３月19日判タ1283号110頁）は、まず、「職務執行に要する費用を負担する者は、当該職務の執行における損害賠償責任の発生は不可避的なものとして当然予想しているものであって、そのため、負担すべき費用には職務執行に要する費用とともに、賠償費用も当然含まれている」として、国家賠償法３条２項の「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」の意義を、「損害賠償債務の発生原因となった公権力の行使としての職務執行に要する費用を負担する者」と解した。その上で、市町村立学校職員給与負担法１条に基づく費用負担が人件費のみに限定されており、同条の趣旨に鑑みてもこれに損害賠償費用が含まれているとは解されず、むしろ地方財政法９条及び学校教育法５条が、原則として市町村が教育活動に要する経費を負担すると規定していることからすれば、本件損害賠償費用は、全額Ｙ市が負担すべきであるとして、Ｘ県の請求を全部認容した。これを受けて、Ｙ市が上告した。

【判旨】（上告棄却）

「市町村が設置する中学校の教諭がその職務を行うについて故意又は過失によって違法に生徒に損害を与えた場合において、当該教諭の給料その他の給与を負担する都道府県が国家賠償法１条１項、３条１項に従い上記生徒に対して損害を賠償したときは、当該都道府県は、同条２項に基づき、賠償した損害の全額を当該中学校を設置する市町村に対して求償することができるものと解す

るのが相当である。その理由は、次のとおりである。

国又は公共団体がその事務を行うについて国家賠償法に基づき損害を賠償する責めに任ずる場合における損害を賠償するための費用も国又は公共団体の事務を行うために要する経費に含まれるというべきであるから、上記経費の負担について定める法令は、上記費用の負担についても定めていると解される。同法３条２項に基づく求償についても、上記経費の負担について定める法令の規定に従うべきであり、法令上、上記損害を賠償するための費用をその事務を行うための経費として負担すべきものとされている者が、同項にいう内部関係でその損害を賠償する責任ある者に当たると解するのが相当である。

これを本件についてみるに、学校教育法５条は、学校の設置者は、法令に特別の定めのある場合を除いては、その学校の経費を負担する旨を、地方財政法９条は、地方公共団体の事務を行うために要する経費については、同条ただし書所定の経費を除いては、当該地方公共団体が全額これを負担する旨を、それぞれ規定する。上記各規定によれば、市町村が設置する中学校の経費については、原則として、当該市町村がこれを負担すべきものとされている。他方、市町村立学校職員給与負担法１条は、市町村立の中学校の教諭その他同条所定の職員の給料その他の給与（非常勤の講師にあっては、報酬等）は、都道府県の負担とする旨を規定するが、同法は、これ以外の費用の負担については定めるところがない。そして、市町村が設置する中学校の教諭がその職務を行うについて故意又は過失によって違法に生徒に与えた損害を賠償するための費用は、地方財政法９条ただし書所定の経費には該当せず、他に、学校教育法５条にいう法令の特別の定めはない。そうすると、上記損害を賠償するための費用については、法令上、当該中学校を設置する市町村がその全額を負担すべきものとされているのであって、当該市町村が国家賠償法３条２項にいう内部関係でその損害を賠償する責任ある者として、上記損害を賠償した者からの求償に応ずべき義務を負うこととなる。」

【評釈】

一、はじめに ―本稿の目的―

本判決は、国家賠償法３条２項の「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」の意義を明らかにした初めての最高裁判例であり、本条項のリーディングケースとなる重要な判決である。ただ、本判決に関する評釈は、既に多数あ

り[3]、従来の学説並びに第一審判決及び控訴審判決と本判決との比較分析などは、これらの評釈の中で十分に行われている。そこで、まずはじめに、本稿の目的を明らかにしておくこととする。

まず、本件は、国家賠償法１条１項の公権力の行使に当たる公務員の不法行為が問題となった事案ではあるが、一般的な規範（上記【判旨】第２段落）を定立していることから、国家賠償法２条１項のいわゆる営造物責任が問題となるケースにも、本判決の射程が及ぶと考えられる[4]。また、営造物責任に関しては、2010年に公布・施行された「国の直轄事業に係る都道府県等の維持管理負担金の廃止等のための関係法律の整備に関する法律」により、道路法や河川法の規定が改正されており、本判決の射程に多大な影響を与えている。そこで、本稿では、特に本判決の射程に着目して、本判決の射程がどのようなケースに及び、どのような帰結を導き出すこととなるのか、これを検討することとしたい。

このような本判決の射程の具体的な検討については、上記評釈においても、ほとんど行われていない。また、従来、内部的な求償関係については、内部的に処理されてきたものと考えられるが[5]、今後は、本判決により、これまで負う必要のない負担を負っていた国又は公共団体が当該負担を免れる可能性がある[6]。したがって、本判決の射程に関する判例評釈には、一定の学術的、実務的な意義があると思われる。

---

[3] 宇賀克也「判批」平成21年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1398号）（2010）70頁、木村琢麿「判批」民商法雑誌143巻２号（2010）41頁、阿部泰隆「判批」判例地方自治324号（2010）112頁、西田幸介「判批」速報判例解説（法学セミナー増刊）７号（2010）61頁、村田哲夫「判批」判例地方自治326号（2010）57頁、羽根一成「判批」地方自治職員研修 43巻１号（2010）52頁、大橋真由美「判批」法学セミナー 668号（2010）127頁、北村和生「演習行政法」法学教室353号（2010）128頁等

[4] 宇賀・前掲71頁、木村・前掲51頁

[5] 垣見隆禎「判批（控訴審判決）」自治総研34巻８号（2008）49頁

[6] なお、国又は公共団体は、損害賠償責任を問われるリスクを分散するために、保険制度を利用していることがある（例えば、営造物責任に関して、古崎慶長『国家賠償法の理論』（有斐閣・1980）211頁以下参照）。

二、本判決の判断枠組みについて

ここでは、まず、国家賠償法３条２項における「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」の意義についての従来の学説と本判決との関係を簡単に紹介する。その上で、本判決の射程に関する検討を行う前提として、本判決の判断枠組みを分析し、他の事例において、どのように検討を加えるべきかを整理することとする。

１、従来の学説との関係

国家賠償法３条１項所定の「公務員の選任若しくは監督又は公の営造物の設置若しくは管理に当る者」（以下「管理者」という。）又は「公務員の俸給、給与その他の費用又は公の営造物の設置若しくは管理の費用を負担する者」（以下「費用負担者」という。）のいずれが、同法３条２項所定の「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」に当たるのかについては、食品衛生法57条６号[7]のような明文の規定がない限り、学説や判例の解釈に委ねられていた[8]。

従来、学説においては、費用負担者が「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」に当たると解する「費用負担者説[9]」、管理者がこれに当たると解する「管理者説[10]」、それぞれの団体の寄与度に応じて判断すべきと解する「寄与度説[11]」があった[12]。とりわけ、費用負担者説が多数説であったが、本判決も、この費用負担者説に立っていると考えられる[13]。

ただし、本件は、Ｘ県とＹ市の双方が管理者及び費用負担者と考え得るよ

---

[7] ただし、現在、本条に規定するような食品衛生のための費用は、地方交付税交付金として地方公共団体に交付されており、その限りで本条の効力は停止されている（食品衛生研究会『早わかり食品衛生法：食品衛生法逐条解説〔新訂第２版〕』（日本食品衛生協会・2007）303-304頁）。

[8] 西埜章『国家補償法概説』（勁草書房・2008）158頁参照

[9] 塩野宏『行政救済法〔第５版〕』（有斐閣・2010）350頁、古崎慶長『国家賠償法』（有斐閣・1982）239頁

[10] 磯崎辰五郎『行政法総論』（青林書院・1955）222-225頁、大坪憲三『警察事務中心国家賠償法詳解』（港出版合作社・1957）13, 162頁

[11] 阿部泰隆『国家補償法』（有斐閣･1988）64頁、芝池義一『行政救済法講義〔第３版〕』（有斐閣・2006）307-309頁

[12] その他、「潜在的管理責務者説」（宇賀克也『国家補償法』（有斐閣･1997）341頁）がある。

[13] 宇賀・前掲「判批」71頁、阿部・前掲「判批」114頁

うな複雑なケースであり、従来の学説が前提としていた管理者と費用負担者を明確に切り分けることができるようなケースではないことに注意が必要である。その意味で、本判決は、複数の費用負担者相互間における最終的な責任の所在について判断した判例ということも可能である[14]。

２、本判決の判断枠組みの整理

(1)「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」の意義

本判決は、まず、上記【判旨】の第２段落において、「国又は公共団体がその事務を行うについて国家賠償法に基づき損害を賠償する責めに任ずる場合における損害を賠償するための費用も国又は公共団体の事務を行うために要する経費に含まれるというべきであるから、上記経費の負担について定める法令は、上記費用の負担についても定めていると解される。同法３条２項に基づく求償についても、上記経費の負担について定める法令の規定に従うべきであ」るとした上で、「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」とは、「法令上、上記損害を賠償するための費用をその事務を行うための経費として負担すべきものとされている者」であるという、一般的な規範を定立した。このことから、国家賠償法１条１項が問題となるケースにおいても、同法２条１項が問題となるケースにおいても、基本的には、費用負担者が、「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」に当たると考えられる。

もっとも、特に本件のように複数の費用負担者が存在する場合、「法令上、上記損害[15]を賠償するための費用をその事務を行うための経費として負担すべ

[14] 本判決後、国家賠償法３条１項に従い費用負担者が損害賠償債務を履行したときに、同法１条２項に基づき、公務員に対して求償することができるか否かが問題となった訴訟が起きている（佐賀地判平成22年７月16日判時2097号114頁）。この訴訟において、被告（元県知事）は、本判決を援用することにより、費用負担者は最終賠償義務負担者であるから、公務員に対して求償することはできないと主張した。これに対して、佐賀地裁は、本判決は、「費用負担者相互間における最終的な責任の所在について判断したにすぎず、行政事務の管理者との関係で、費用負担者が最終的な責任を負うと判断したものではない」として、被告の主張を排斥し、費用負担者の被告に対する求償を認めた。

[15] この「上記損害」とは、「国又は公共団体がその事務を行うについて国家賠償法に基づき損害を賠償する責めに任ずる場合における損害」を指す。以下同じ。

きものとされている者」を、どのように解釈するかが問題となる。すなわち、「その事務を行うための経費（国又は公共団体の事務を行うために要する経費）」という非常に抽象的な言い回しは、一見すると、市町村立学校職員給与負担法１条所定の県費負担教職員の人件費もこれに含まれるようにもみえる。それにもかかわらず、本判決は、当該人件費を負担するＸ県を、「法令上、上記損害を賠償するための費用をその事務を行うための経費として負担すべきものとされている者」に当たるとは解さなかった。それでは、なぜ、当該人件費を負担するＸ県は、「法令上、上記損害を賠償するための費用をその事務を行うための経費として負担すべきものとされている者」に当たらないのか。以下、上記【判旨】の第３段落を検討することで、これを判断する枠組みを整理することとする。

⑵「法令上、上記損害を賠償するための費用をその事務を行うための経費として負担すべきものとされている者」の判断枠組み

まず、本判決は、地方財政法９条及び学校教育法５条が、市町村立小学校の教育事務を行うために要する経費については、原則として、市町村がこれを負担すべき旨定めていることを確認している。その上で、市町村立学校職員給与負担法１条により、都道府県も一定の費用を負担しているが、これは、学校教育法５条にいう「法令に特別の定のある場合」であり[16]、その費用は人件費のみに限定されており、また、市町村が設置する中学校の教諭がその職務を行うについて故意又は過失によって違法に生徒に与えた損害を賠償するための費用は、地方財政法９条ただし書所定の経費には該当せず、他に、学校教育法５条にいう法令の特別の定めはないことから、上記損害賠償費用は全額市町村が負担すべきであると判断している。

この問題点については、従来、費用負担者説のいう「費用」には、一般的に、人件費は含まれないとする見解[17]もあった。しかし、本判決のこのような判断枠組みに鑑みると、本判決が、Ｘ県が「法令上、上記損害を賠償するための費用をその事務を行うための経費として負担すべきものとされている者」に当た

[16] 鈴木勲編著『逐条学校教育法〔第７次改訂版〕』（学陽書房・2009）56頁

[17] 今村成和『国家補償法〔再版〕』（有斐閣・1966）120-121頁、片桐裕「損害賠償費用の究極の負担者及び負担方式」前田正道編『法制意見百選』所収（ぎょうせい・1986）279頁参照

らないとしたのは、一般的に人件費がそれ自体の性質により「その事務を行うための経費」に含まれないと考えたからではないように思われる。すなわち、まず、上記関連条文の構造上、市町村の事務経費の負担について定める地方財政法９条及び学校教育法５条が「その事務を行うための経費」についての“一般規定”であるのに対して、都道府県の人件費の負担について定める市町村立学校職員給与負担法１条はその“特別規定”であるという法令上の関係にある。また、この“特別規定”に基づく都道府県の負担は人件費に限定されており、この規定により都道府県が上記損害賠償費用を負担すべきであると解することはできない。さらに、他に、このように解することができる“特別規定”も存しない。かくして、本判決は、もっぱら事務経費の負担に関する法令の規定に準拠することにより、X県が「法令上、上記損害を賠償するための費用をその事務を行うための経費として負担すべきものとされている者」に当たらないと解したのである[18]。

以上のような分析をまとめると、本判決の判断枠組みを以下のように整理することができる。すなわち、国家賠償法３条２項が問題となる事例において、費用負担者が複数存する場合には、関連法令の条文構造上、問題となる損害賠償費用を負担すべきであると解することができるような“特別規定”がない限り、「国又は公共団体の事務を行うために要する経費」について定める“一般規定”の名宛人が、「法令上、上記損害を賠償するための費用をその事務を行うための経費として負担すべきものとされている者」、ひいては「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」に該当することとなる。このような整理に基づいて、以下、本判決の射程を検討することとする。

三、本判決の射程

１、国家賠償法１条関係

本件で問題となったいわゆる県費負担教職員のほか、国家賠償法３条が問題となる者としては、都道府県警察の事務を遂行する地方警務官（警視正以上の階級にある警察官。警察法56条１項）が例に挙げられる。すなわち、地方警務官が国家賠償法１条１項に該当する不法行為を行った場合、都道府県はその事

[18] 控訴審判決について、これと類似した理解を示唆するものとして、垣見・前掲65頁参照。

務の帰属主体として同法１条１項に基づき[19]、国は地方警務官の給与を負担していることから（警察法37条１項１号）、費用負担者として、国家賠償法３条１項に基づき[20]、それぞれ被害者に対して損害賠償責任を負うと考えられる[21]。

この場合、国又は都道府県のいずれが、当該損害賠償費用について、「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」に当たるのか。この事例も、本判決の事案と同様、複数の費用負担者が存在するケースである。

まず、都道府県警察に要する経費に関しては、警察法37条１項各号が、特定の国家的性格を有する警察活動に係る経費に対する国の負担について、限定列挙という形で規定している。他方、同法37条２項は、これらの経費を除く都道府県警察に要する経費を、当該都道府県の負担とする旨規定している[22]。また、都道府県警察の事務は都道府県の事務であることから[23]、地方財政法９条により、当該事務を行うために要する経費は、原則として、都道府県が全額負担することとなる。このような法令の条文構造に鑑みれば、都道府県警察の事務に要する経費についての“一般規定”は、地方財政法９条及び警察法37条２項であると考えられる。

これに対して、一般職の国家公務員である地方警務官については、「俸給その他の給与」を国が支弁することとなっている（警察法37条１項１号）。しかし、

---

[19]「管理者」と「費用負担者」とが異なる場合、前者は国家賠償法１条１項に基づき、後者は、同法３条１項に基づき責任を負うとするのが裁判例の大勢である。ただし、判例の中には、費用負担者が同法３条１項だけなく同法１条１項にも基づき責任を負うとした判例もあることから（例えば、本判決）、これが絶対的な基準というわけではない（稲葉馨「国家賠償責任の「主体」に関する一考察（２完）」自治研究87巻６号（2011）39-41頁）。

[20] 地方警務官は一般職の国家公務員であり（警察法56条１項）、その任免権は、内閣総理大臣の所轄下にある国家公安員会に帰属することから（同法49条、50条55条３項）、国が管理者として、国家賠償法１条１項に基づき責任を負う可能性もある。この点については、稲葉馨「国家賠償責任の「主体」に関する一考察（1）」自治研究87巻５号（2011）34-38，41頁参照。

[21] 仙台地判昭和38年５月22日下民集14巻５号1011頁（ただし、請求棄却事案）、東京高判平成９年６月26日判時1617号35頁参照

[22] 警察制度研究会編『警察法解説〔全訂版〕』（東京法令出版・2004）248頁参照

[23] 最判昭和54年７月10日民集33巻５号481頁

本判決における市町村立学校職員給与負担法１条所定の人件費と同様、これに、地方警務官がその職務を行うについて故意又は過失によって違法に与えた損害を賠償するための費用が含まれているとは考えにくい。その他、警察法37条１項各号に、上記損害賠償費用が含まれると解されるような規定はない。さらに、上記損害賠償費用が、地方財政法９条ただし書所定の場合に当たらないことも明白であることから、国が上記損害賠償費用を負担すべきであると解されるような“特別規定”は存しないといえる。

以上のことから、このような事例においては、都道府県警察の事務に要する経費についての“一般規定”と解される地方財政法９条及び警察法37条２項の名宛人である都道府県が、「法令上、上記損害を賠償するための費用をその事務を行うための経費として負担すべきものとされている者」、ひいては「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」に当たると考えられる。

２、国家賠償法２条関係

次に、国家賠償法２条に関する事例を検討する。従来、学説上、国家賠償法３条２項が問題となる典型例として、道路法における指定区間内の一般国道の管理又は指定区間外の一級河川の管理の瑕疵に起因する事故による損害賠償費用が挙げられていた。ただし、2010年に、「維持管理に係る国の直轄事業に要する費用については、公物の管理に要する費用は公物管理者が自ら負担するという本来の原則に立ち返る[24]」という趣旨の下、道路法及び河川法が改正されたことから、この点に留意しながら、本判決の射程を検討することとする。

（1）一般国道の管理

ア、法制度概観

まず、道路法上、国道の新設又は改築[25]は、原則として、国土交通大臣が行うこととされている（12条）。他方、国道の維持、修繕その他の管理については、

[24] 国土交通省河川局水政課・国土交通省道路局路政課「維持管理に係る直轄事業負担金制度を廃止――砂防法・道路法・河川法等の根拠法の改正　国の直轄事業に係る都道府県等の維持管理負担金の廃止等のための関係法律の整備に関する法律（平22. 3.31公布法律第20号 平22. 4. 1 施行）＜法令解説＞」時の法令1864号（2010）27頁

[25] 以下、「新設又は改築」を「設置」ということがある。

政令で指定する区間（以下「指定区間」という。）内については国土交通大臣が行い、その他の部分については都道府県がその路線の当該都道府県の区域内に存する部分について行うが（13条１項）、国土交通大臣は、政令で定めるところにより、指定区間内の国道の維持、修繕及び災害復旧以外の管理を当該部分の存する都道府県又は指定市に行わせることができる（13条２項）。

次に、道路の管理に関する費用については、法律に特別の規定がある場合を除き、当該道路の道路管理者が負担する（49条）。ただし、国道の新設又は改築に要する費用については、国土交通大臣が当該新設又は改築を行う場合においては国がその３分の２を、都道府県がその３分の１を負担し、都道府県が当該新設又は改築を行う場合においては国及び当該都道府県がそれぞれその２分の１を負担する（50条１項[26]）。また、指定区間内の国道の災害復旧に要する費用は、国がその10分の5.5を、都道府県がその10分の4.5を負担することとなっており（50条２項）、その他、50条１項の場合において、国道の新設又は改築によって他の都道府県も著しく利益を受けるときは、国土交通大臣は、政令で定める基準により、その利益を受ける限度において、当該国道の所在する都道府県の負担すべき負担金の一部を著しく利益を受ける他の都道府県に分担させることができる（50条４項）。

イ、指定区間内の一般国道[27]の管理の瑕疵に起因する事故による損害賠償費用

（ア）従来の理解

従来、費用負担者説に立つ論者は、国と地方公共団体の双方が費用を負担している道路及び河川の管理に関する損害賠償費用の負担割合は、道路法、河川

[26] なお、上記改正においては、設置費用の負担割合について規定したこの50条１項は改正されていない。ただし、いわゆる直轄事業負担金については全廃が検討されており、この設置費用についても、将来的に廃止される可能性がある。この点、長安国土交通大臣政務官は、平成22年３月19日第174回国会国土交通委員会において、「新設、改築につきましては、今後の社会資本整備のあり方また国と地方の役割分担のあり方、さらには地域主権の実現に関するさまざまな課題と密接に関連するため、整合性を確保しながら、諸制度の取り扱いを含めて、マニフェストに沿った形で現行の負担金制度の廃止とその後のあり方について平成25年度までに結論を得ることとしております」と述べている。（http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/174/0099/17403190099008a.html）

[27] 道路法13条２項による場合を除く。

法等の定める費用負担の割合によると解していた[28]。法制意見も同様に、損害発生の原因となった瑕疵の所在に対応して、その瑕疵が一般国道の新設・改築に存したものであるか、維持、修繕その他の管理に存したものであるかによって、それぞれ道路法50条１項又は同条２項に定める割合に応じて、国及び都道府県が損害賠償についての究極的な責任を負担するとしていた[29]。

しかし、このような見解によると、国の公務員の管理のミスのために生じた瑕疵による事故の賠償費用の半額近くを、都道府県が、負担しなければならないこととなり、逆に都道府県が管理している一般国道の設置管理の瑕疵の場合には賠償費用は全額都道府県負担で、国に負担させることができないので、地方自治にふさわしくないという批判があった[30]。

これらの従前の議論状況も踏まえた上で、上記で整理した本判決の判断枠組みに基づき、この事例を検討することとする[31]。

（イ）改正後の理解

まず、道路法13条２項による場合を除く指定区間内の一般国道の管理者は国であることから（同法13条１項）、その道路管理事務に要する費用は、法律に特別の規定がある場合を除き、国が負担することとなる（同法49条）。この点、同法49条の「道路管理に関する費用」とは、「およそ道路管理権の作用として

---

[28] 古崎・前掲『国家賠償法』237-238頁、塩野・前掲350-351頁、法務省訟務局内国賠訴訟実務研究会編『国家賠償訴訟の理論と実際』（三協法規出版・1996）119頁

[29] 片桐・前掲271-272頁

[30] 阿部「判批」・前掲113頁

[31] なお、負担割合が明確に規定されていない県費負担教職員や地方警務官の事例と異なり、負担割合が明確に規定されている道路法及び河川法に関する事例については、上記【判旨】の第２段落の規範を適用するにあたり、上記で整理したような“一般規定”と“特別規定”の判断枠組みを用いることはせず、法令上の負担割合によって、「法令上、上記損害を賠償するための費用をその事務を行うための経費として負担すべきものとされている者」を判断する可能性も否定できない。しかし、後述するように、改正前ならともかく、改正後の「災害復旧に要する費用」や「大規模改良工事に要する費用等」を負担していることのみをもって、都道府県が、「法令上、上記損害を賠償するための費用をその事務を行うための経費として負担すべきものとされている者」と解することは困難であるように思われる。

行われる一切の行為に要する費用」を指し、具体的には、道路の新設、改築、維持、修繕及び災害復旧に要する費用、占用許可等の行政処分に要する費用、道路台帳の調製等に要する費用等が含まれると解されている[32]。また、上記法改正により、同法50条の見出しが、「国道の管理に関する費用」から「国道の管理に関する費用負担の特例等」と書きかえられている。以上のことから、道路管理事務に要する経費についての“一般規定”は、同法49条であると考えられる[33]。

確かに、改正前の道路法50条２項は、「国道の維持、修繕その他の管理に要する費用は、指定区間内の国道に係るものにあっては国がその10分の5.5を、都道府県がその10分の4.5を負担し、指定区間外の国道に係るものにあっては都道府県の負担とする」と規定していたことから、道路管理事務に要する経費についての“一般規定”が同法49条であり、その“特別規定”が同法50条２項であると解したとしても、「その他の管理に要する費用」に、指定区間内の一

[32] 道路法令研究会編著『道路法解説』（大成出版社・1994）391頁

[33] もっとも、この法改正により、そもそも、指定区間内の国道の管理の瑕疵に起因する損害賠償事件において、都道府県が国家賠償法３条１項の「費用を負担する者」に当たるか、という問題が生じる可能性がある。これに当たらないとする論拠としては、上記法制意見が、設置の瑕疵と管理の瑕疵とを区別しており、判例も、道路管理の瑕疵が問題となった事案において、県の同法３条１項に基づく負担を根拠づけるにあたり「道路の管理費用」を負担していることを指摘していることが挙げられる（最三小判昭和50年７月25日民集29巻６号1136頁）。つまり、このような事例において、都道府県が同法３条１項の「費用を負担する者」に当たると認められるためには、当該道路の「管理費用」を負担していなければならないと解した場合、災害復旧に要する費用を負担していることのみをもって、管理に要する費用を負担していると解することは困難であるから、都道府県は費用負担者に当たらないとも考えられる。その反面、被害者は、損害賠償を請求する場合、特に設置上の瑕疵と管理上の瑕疵とを区別しないのが常態であるという指摘があるところ（加藤一郎編『不法行為（注釈民法・19）』（有斐閣・1965）427頁〔乾昭三執筆担当部分〕）、国家賠償法３条１項の立法趣旨は被告特定に関して被害者の便宜を図る点にある（片桐・前掲274-275頁）。このような指摘や立法趣旨に鑑みれば、都道府県が、道路法50条１項、場合によっては同条４項に基づき、設置費用を、一部とはいえ負担していることなどを考慮することにより、これが肯定される可能性も十分にある。この点については、今後の判例の動向が注目される。

般国道の管理の瑕疵に起因する事故による損害賠償費用が含まれると解する余地があったようにも思える。

しかし、道路法50条２項に基づき都道府県の負担する費用は、今回の改正により、「国道の維持、修繕その他の管理に要する費用」から「災害復旧に要する費用」に限定されたことから、これに、指定区間内の一般国道の管理の瑕疵に起因する事故による損害賠償費用が含まれていると解釈することは困難になった。その他、都道府県が上記損害賠償費用を負担していると解することができるような“特別規定”は存しない。

以上のことから、このような事例においては、道路管理事務に要する経費についての“一般規定”と解される道路法49条の名宛人である国が、「法令上、上記損害を賠償するための費用をその事務を行うための経費として負担すべきものとされている者」、ひいては「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」に当たると考えられる[34]。

（2）一級河川の管理

ア、法制度概観

まず、河川法上、一級河川の管理は、国土交通大臣が行なうこととされているが（９条１項）、国土交通大臣が指定する区間（以下「指定区間」という。）内の一級河川に係る国土交通大臣の権限に属する事務の一部は、政令で定める

[34] なお、国土交通大臣が新設又は改築を行った道路の設置の瑕疵に起因する事故による損害賠償費用については、いくつかの解釈の可能性が考えられる。まず、本判決がＸ県教育委員会の任命責任を一切考慮していないことに鑑みると、問題となる損害賠償費用が設置の瑕疵に起因する事故によるものであったとしても、当該道路が一度公の用に供されている以上、それを管理上の瑕疵の問題として処理するという解釈がありうる。他方、仮に、設置の瑕疵と管理の瑕疵とを区別した場合、道路法50条１項の規定は改正されていないことから、上記法制意見と同様に、この規定の費用負担の割合によって処理するという考え方も成り立ちうる。もっとも、上記法改正により、道路設置事務に要する経費についての、同法49条の“一般規定”としての性格及び同法50条１項の“特別規定”としての性格が強調されていること、同法50条１項の「国道の新設又は改築に要する費用」という文言のみからは、これに上記損害賠償費用が含まれていると解することは困難であることなどを考慮すると、この損害賠償費用についても国が全額負担するという解釈も可能であるように思われる。

ところにより、当該一級河川の部分の存する都道府県を統轄する都道府県知事が行うこととすることができる（９条２項）。

次に、河川の管理に要する費用は、法律に特別の定めがある場合を除き、一級河川に係るものにあっては国が負担する（59条）。他方、都道府県は、その区域内における一級河川の管理に要する費用[35]については、政令で定めるところにより、改良工事のうち政令で定める大規模な工事に要する費用にあってはその10分の２を、その他の改良工事に要する費用にあってはその３分の１を、公共土木施設災害復旧事業費国庫負担法の規定の適用を受ける災害復旧事業に要する費用にあってはその10分の4.5を、改良工事及び修繕以外の河川工事に要する費用にあってはその２分の１を負担する（60条１項）。

イ、指定区間外の一級河川の管理の瑕疵に起因する事故による損害賠償費用

河川法９条１項及び２項により、指定区間外の一級河川の管理は、国土交通大臣が行なうこととされているので、その河川管理事務に要する費用は、法律に特別の規定がある場合を除き､国が負担することとなる（同法59条）。そして、同法59条の「河川の管理に要する費用」とは、「河川管理者が河川の管理権の作用として行う一切の行為に要する費用」を指し、具体的には、河川工事・河川の維持修繕に要する費用、河川台帳の調製に要する費用、河川使用の許可・河川に関する規制等の行政管理に要する費用、河川区域・河川保全区域・河川予定地の指定に要する費用等が含まれると解されている[36]。また、同法59条の見出しは、「河川の管理に要する費用の負担原則」である。以上のことから、河川管理事務に要する経費についての“一般規定”は、同法59条であると考えられる。

確かに、改正前の河川法60条１項は、「都道府県は、その区域内における一級河川の管理に要する費用（指定区間内における管理で第９条第２項の規定により都道府県が行うものとされたものに係る費用を除く。）については、政令で定めるところにより、その２分の１（改良工事のうち政令で定める大規模な工事（次項において、「大規模改良工事」という。）に要する費用にあってはその10分の３、その他の改良工事に要する費用にあってはその３分の１、維持及び修繕に要する費用にあってはその10分の4.5）を負担する」と規定していた

[35] 指定区間内における管理で第９条第２項の規定により都道府県知事が行うものとされたものに係る費用を除く。

[36] 河川法研究会編著『河川法解説』（大成出版社・1994）311頁

ことから、河川管理事務に要する経費についての“一般規定”が同法59条であり、その“特別規定”が同法60条１項であると解したとしても、「一級河川の管理に要する費用」に、指定区間外の一級河川の管理の瑕疵に起因する事故による損害賠償費用が含まれると解する余地があったようにも思える。

しかし、今回の改正で、「その２分の１」という文言が削除されたことにより、河川法60条１項に基づき都道府県が負担する費用は、大規模改良工事に要する費用等に限定されたことから、これに、指定区間外の一級河川の管理の瑕疵に起因する事故による損害賠償費用が含まれていると解釈することは困難になった。その他、都道府県が上記損害賠償費用を負担していると解されるような“特別規定”は存しない。

以上のことから、このような事例においては、河川管理事務に要する経費についての“一般規定”と解される河川法59条の名宛人である国が、「法令上、上記損害を賠償するための費用をその事務を行うための経費として負担すべきものとされている者」、ひいては「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」に当たると考えられる。

３、補助金支給者[37]

その他の論点としては、補助金[38]の支給者が、国家賠償法３条２項の「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」に当たるか、という問題がある[39]。

---

[37] 補助金支給者については、そもそも、補助金支給者が国家賠償法３条１項の費用負担者に当たるか、という問題がある。この問題点について、学説の見解は分かれているが（詳しくは、宇賀・前掲334頁以下参照）、判例は、一定の場合に限り、補助金支給者が費用負担者に該当するということを認めている（最判昭和50年11月28日民集29巻10号1754頁）。

[38] 例えば、警察法37条３項に基づく国の補助は、地方財政法16条の補助金であると解されている（田上穣治『警察法〔新版〕』（有斐閣・1983）297頁）。その他の補助金の例としては、道路法56条、河川法61条に基づく国の補助が挙げられる。

[39] 肯定説として、矢代利則「国家賠償責任の負担者」山田幸男［ほか］編『演習行政法・上』所収（青林書院新社・1979）421頁、否定説として、鈴木潔［ほか］編『注解交通損害賠償法』（青林書院新社・1982）342頁〔鈴木康之執筆担当部分〕、木村・前掲47頁がある。

まず、本判決は、「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」を、「法令上、上記損害を賠償するための費用をその事務を行うための経費として負担すべきものとされている者」と解している。したがって、単純に、この「負担すべき」という文言に照らすと、法令上支給が義務づけられていない補助金の支給者が、国家賠償法３条２項の「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」に当たると解することは困難であるように思われる。

それでは、仮に、問題となる補助金が、法令上、形式的には支給が義務づけられているわけではないが、実質的には支給が義務づけられているとみなされるような場合、どのように解すべきか。この場合にも、結論は変わらないと考えられる。なぜなら、上述してきた、市町村立学校職員給与負担法１条に基づき経費を負担する都道府県、警察法37条１項各号に基づき経費を支弁する国、道路法50条２項又は河川法60条１項に基づき費用を負担する都道府県のような、形式的にも実質的にも費用の支給が義務づけられている法主体でさえ、「法令上、上記損害を賠償するための費用をその事務を行うための経費として負担すべきものとされている者」に当たらないと解されるにもかかわらず、これらの者よりもさらに、“本来的な”事務の費用負担者[40]から遠くに位置する“補助的な”事務の費用負担者が、「法令上、上記損害を賠償するための費用をその事務を行うための経費として負担すべきものとされている者」に当たると解釈することは合理的ではないからである。

四、むすびにかえて ―立法的な解決の可能性―

現行法において、損害賠償費用の内部的な負担割合を明確に定めている法令上の規定は、前述した食品衛生法57条６号のみである。もっとも、この規定も現在は効力が停止されていることから、事実上、この点を明確にしている規定は存しないということになる。このような法状態の下で、本判決が、理論的には第一審判決のような総合考慮的な解釈も採りえたにもかかわらず、国家賠償法３条２項における「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」についての判断を、法令上の明文の規定という客観的な枠組みにはめ込むことによって、当該判断の客観性を確保することを可能にする判断枠組みを提示したことに

[40] 例えば、学校教育法５条及び地方財政法９条の名宛人にである市町村、警察法37条２項及び地方財政法９条の名宛人である都道府県。

は、当該判断の予測可能性及び法的安定性を確保するという意義があるように思われる。

確かに、本判決のように、法令の規定という形式的な基準のみにより、「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」を判断する枠組みは、ある意味では、法律準拠主義的であり、これにより常に妥当な結論を導き出すことは難しい[41]。例えば、本件において、A教諭に体罰等の前例があったにもかかわらず、X県教育委員会が適切な任免権を行使しなかったことにより損害賠償責任が発生した場合であっても、本判決のロジックによれば、Y市が全額の賠償責任を負うこととなるが、その結論はY市にとって酷なようにも思える[42]。

しかし、今日、国又は地方公共団体の事務につき、複数の主体が、管理者又は費用負担者として、複雑に絡み合っていることが少なくなく、このような法状態において、法的安定性と妥当な解決という場合によっては相反する２つの法的要請の調和を図ることは、非常に困難であると考えられる。したがって、本判決のような判断枠組みにより、万一上記のような不合理な帰結が導き出されたとしても、それは、この問題を学説や判例の解釈に委ねることを選択した立法政策[43]の不可避的な結果であり、その責任をすべて裁判所に負わせることは妥当ではない。その他、各独立行政法人や各国立大学法人と国との費用負担のあり方など、この点について残された課題は多く、立法論として整理する可能性も探求されるべきである[44]。

---

[41] このような本判決の判断枠組みに対して、否定的な評釈として、西田・前掲64頁、阿部・前掲「判批」114頁が挙げられる。

[42] なお、学説上には、基本的には費用負担者説に立ちながら、「いずれかの団体に特段の帰責事由が認められれば、帰責の寄与度により責任の分配がなさるべき（原田尚彦『行政法要論〔全訂第７版補訂版〕』（学陽書房・2011）311頁）」とする見解もある。このような見解によれば、ここで例にあげたようなケースにおいては、例外的に、X県も一定程度の賠償費用を負担するという解釈も可能である。この点については、本判決が、全く例外を認めない趣旨であるかは判然としないが、本判決が、原審と比較して具体的事情を全く検討していないことから、例外を認めない立場を明確にしているという指摘もある（木村・前掲44-45頁）。

[43] 片桐・前掲266頁以下参照

[44] 塩野・前掲351頁参照。具体的には、法令に明文の規定を置くほか、第三者機関を設置することも考えられる（阿部・前掲64頁）。

執筆者紹介（掲載順）

横川大輔　前日本学術振興会特別研究員
稲垣美穂子　北海道大学大学院法学研究科助教
佐々木雅寿　北海道大学大学院法学研究科教授
王　万旭　北海道大学大学院法学研究科助教
坂東雄介　札幌学院大学法学部特任講師
中川晶比兒　北海道大学大学院法学研究科准教授
エドワード・キーラン・ボイル　北海道大学大学院法学研究科博士課程
ヴォルフガング・カイザー　フライブルク大学法学部教授
田口正樹　北海道大学大学院法学研究科教授
津田智成　北海道大学大学院法学研究科修士課程

平成24年７月24日　印刷
平成24年７月31日　発行

編集人　山本哲生
発行人　北海道大学大学院法学研究科長
松久三四彦
印刷　北海道大学生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北８条西８丁目
TEL 011(747)8886
発行所　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北９条西７丁目
TEL 011(706)3074 FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 63 July 2012 No. 2

CONTENTS

ARTICLES

Zeitgenössische Wahrnehmung von der sogenannten „Goldenen Bulle“ (1356), vornehmlich in der Regierungszeit des Kaiser Karls IV. ☆ ····· Daisuke YOKOKAWA 1

The Prejudice that the Avoidance Provision of Perfection Should Remove (1) ····· Mihoko INAGAKI 57

Developments of the Proportionality Analysis in Canadian Constitutional Law ☆ ····· Masatoshi SASAKI 356[1]

An Essential Viewpoint of Piercing the Veil of Chinese Corporate Entity (3) ····· WANG WAN XU 304[53]

On Nationality: The Meaning, Function and Range from Comparative Perspective Between Japan and United States of America (3) ····· Yusuke BANDO 256[101]

NOTES

Joint Monopolization by non-competitors ····· Akihiko NAKAGAWA 208[149]

The Tokugawa Creation of the *ezochi*: States, Territories and Maps ☆ ····· Edward Kieran BOYLE 178[179]

MATERIAL

Zur Entwicklung des römischen Rechts im frühen Mittelalter: Das Beispiel der Hs. Berlin Staatsbibl. lat. fol. 269 ····· Wolfgang KAISER 138[219]
Übersetzt von Masaki TAGUCHI

CASE NOTE

Note on Public Law Case ····· Tomonari TSUDA 116[241]

[ ]···Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal ☆···Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan