

米国民事訴訟法入門の為の予備知識・続編

- 日本民法の法領域の法律は米国ではどうなっているか、前編への質問に対する回答など -

会員 藤 芳 寛 治

目 次

- § . 緒 論
- § . 米国には民法という法律はないのですか
- § . リステイトメントとは
- § . 日本版リステイトメント
- § . 米国法で頻用される Reasonable という言葉について
- § . 前編への質問に対する回答
- § . 付 記
- § . 参考文献

§ . 緒 論

筆者は、前編の「米国民事訴訟法入門の為の予備知識 - 先ずコモンローの特異性を知ろう - 」（本誌 2000（H12）年11月号）に、「米国の民事訴訟法という言葉は聞きますが、米国の民法という言葉は聞かないですね。米国には民法という法律は無いのですか？ と聞かれることがある。日本民法の法領域の法律は米国ではどうなっているか、は続編で取りあげる」と書いたが、本稿はその続編である。

先ずコモンローの法領域と日本民法の法領域はどのような関係になるか？ 両者は同じか？ どの様に異なるか？ であるが、「人権とか、生活に関連して個人が行動する範囲」（この言葉は前編でも使った）という範囲が、両者の中核で共通しているので、以下の記述では、この領域を取りあげる。

§ . 米国には民法という法律はないのですか

日本民法の法領域の法律は、米国では、各州毎にあり、シビルコード（Civil Code. State Code）と呼ばれる成文法の部分と伝統的な不文法（判例法）の部分から成っている（但し、Civil Law という言葉は使わない）。全米乃至連邦レベルでは、米国版民法（American Civil Law）は存在せず、リステイトメント（Restatement）と呼ばれる、米国法律協会（American Law Institute）が編纂した、権威ある学説乃至先例の集成（Persuasive Authority）とみられるものが存在する。

前編に書いたが、ディビッド・フィールド（David Field, 19 世紀の米国の弁護士、1805-94）等が、民事訴訟法を成文化し、編纂した。この Civil Procedure（民事訴訟法）が 1848 年にニューヨーク州で採用されたことが、法典化、成文化に大きな契機を与えたことは、前編で書いたが、同じフィールドは概ね日本の民法に相当する民事実体法（Civil Code）も後時編纂し、発表したのである。しかし、当時は、交通通信手段の未発達のために、民事法分野の実体法部分を、全米的な規模で成文化化することには、各地の地域的な慣習を大事にする考え（locality of mores）が根強かったこと（州は各々独自の実体法を持ちたかった）、及び、陪審制裁判に寄与しないという趣旨の反対が強く、フィールドの Civil Code は何れの州でも採用されなかった。尚、その後につくられた州制定法（成文法、State Code, Civil Code）は、前記ディビッド・フィールドの Civil Code とは別である。

もし米国の裁判制度を、現在の時点で、教科書風にならば、「陪審の役割は事実認定だけ」となるが、実際には、事実 / 法律混合問題（fact and law mixed question）が陪審に与えられることが多い。特に、19 世紀の米国では、地域による慣習の差異が大きかったので、上記の傾向は強かったことから、事実上、陪審（の評決）は、既存の規則による拘束（the prisoner of a formula）を受けずに、新しい法形成に寄与したのである。（参考文献 i）参照）

前出の the prisoner of a formula を説明すると、この言葉は、均等論で有名なグレーバー・タンク事件の米国最高裁の判決文に出てきた。即ち、Equivalency, in the patent law, is not the prisoner of a formula and is not an absolute to be considered in a vacuum（特許法における均等性の判定は、規則に縛られて身動き出来ないものでなく、それ（その考え方）は唯一絶対のものであり、他は存在しないというものではない）である。

日本の場合の参考例を挙げると、明治 31(1898)年施行の「法例」第 9 条[異法地域者間の意思表示]には、法律を異にする地にある者に対して為したる意思表示については、その通知を発したる地を行為地とみなす、とある。

このような経過であったから、米国全体を法域とする、或いは連邦レベルの米国版民法は、不文法のままで、19 世紀は発展を続ける結果をもたらしたのである（一部に federal common law が生まれた）。しかし、かつての英国の平民上訴裁判所（Court of Common Pleas）の場合のように、何世紀にもわたって判例が集積されるだけでは、分かり難くなるという考えが 20 世紀になって芽生え（これには、20 世紀になり、通信交通の便が飛躍的に発達し、前記の慣習の地域差が減少したことも反映している）、「各州に蓄積した判例法、成文法を集めて、それらの共通最大公約数的なものを抽出し、全米のレベルで書き直します（restate）」という趣旨で、条文の形（擬似条文という方がよいかと思う）に書き表す計画となり、現在のリステイメント事業が着手された（1923 年）。

§ リステイメントとは

このリステイメントの説明に関連して、ブラックレター（Black Letter）という言葉を紹介する。これはリステイメント事業が起こされる以前から、多くの裁判の結果に基づいて、判例法（不文法）を成文化する時は、この成文法をゴチック字体（Black Letter）で書いた（印刷した）昔の慣習から、このような法律（成文法）はブラックレターロー（Black Letter Law）と呼ばれて来たが、リステイメントの中でも、特に多くの州の判例で支持された考え（規範、実体法）は、ブラックレター（部分）と呼ばれる。

1) 代表的な成書におけるリステイメントの説明として、丸山英二著、入門アメリカ法（弘文堂）、63-64 頁より引用する。

「リステイメント（Restatement[of the Law]）は、判例法の原則を条文化し（それがリステイメントの本体）、それに注釈と設例を付したものである。これがつくられた法領域は、“契約（Contracts）、代理（Agency）抵触法（Conflict of Laws）担保（Security）、原状回復（Restitution）、不法行為（Torts）、財産（Property）、判決の効力（Judgments）など”（以下

{1}として引用）であり、これらが、主として判例法によって規範される法領域である。」

そして、上記のリステイメントの区分は、米国の法律叢書の題名に利用される。例えば、米国の大手法律出版社に West Group (West Publishing) という出版社がある。此处が出している基礎法律の叢書に“Black Letter Series”と名付けられたものがあるが、その各冊の題名（区分）は上記の契約、代理、抵触法、……{1}に沿っている。他方 Civil Law という言葉は使われないことから分かるように、雑に云えば、日本民法の法領域は、米国では、上記の区分された名称で一般に呼ばれているのである。

「リステイメントを作成するのは、1923 年に創設されたアメリカ法律協会（American Law Institute）という組織である。この組織は、連邦の最高裁判官や控訴裁判所長官、州の最高裁長官、ロー・スクールの長、各法曹協会の長、統一州法委員会全国会議の議長など職務上当然メンバーとなる人と、裁判官、弁護士、法学者から選任されるメンバー（1990 年現在 2,500 人）とから構成されている。

リステイメントの作成に当たっては、まず該当分野の第一人者をリポーターに選び、その人に原案を作成させ、それをアドバイザーと呼ばれる、その分野の専門家グループに検討させる。そこでの検討が十分なされれば、評議会に提出され、そこでの審議を経たのちに暫定草案が作成され、印刷される。この暫定草案が全メンバーによって検討され、全体会議において審議される。その後、リポーターは全体会議で決議された改訂を織り込んだ最終案を作成し、それが、アドバイザーと評議会の承認を経て全体会議にかけられ、そこで承認されるとリステイメントの完成となる。

リステイメントは条文の形式をとっているが、裁判所を拘束する力はない、もちろん、上記のような手続を経て作成されるのであるから、大いに尊重されるが、裁判所がリステイメントの述べる原則を採用しないことも珍しくはない。」

2) 上記のリステイメントで区分されている法領域 {1} が、英米法辞典（東京大学出版会）で、どの様に説明されているかを、2, 3 の例について簡単に紹介する。

* Property

財産：財産権：所有権 物としての財産。または物

に対する使用・収益・処分などの権利としての財産権。狭義では所有権。英米財産法上の財産は、real property（物的財産）と personal property（人的財産）とに分けられる。前者は我が国の不動産にほぼ匹敵する。後者は chattel（動産）と intangible property（無形財産、預金・株式・社債・公債などや各種無体財産権 intellectual property のほか、一般債権も含まれる）に分類される。尚、property を財産の意味に使う時は、単数で云うこと。

* Agency

（任意）代理：代理権 二当事者間の合意により、一方（代理人）が他方（本人）に代わって一定の行為をなし、その効果を本人に帰属させる制度をいう。代理人が本人の名において行為する場合のほかに、英米法においては、代理人が自己の名においてもその効果を本人に帰属させる、所謂、信託関係が認められ、代理人は、別段の合意がない限り、専ら本人の利益をはかる義務を負う。

* Torts

不法行為：不法侵害 他人の権利・利益を侵害する行為をさし、侵害を受けた被害者は加害者に対して、損害賠償権を得る。侵害は、作為・不作為または不適切な行為によって、他人の身体・財産に対して加えられたものをいう。一般に、不法行為は、当事者間の合意を前提とする契約の違反と区別され、契約あるいは当事者の意思とはかかわりなく、法によって課せられた義務に違反することである。

不法行為の一般的な成立要件は、(1)被告が原告に対して法的義務を負うこと。(2)法的義務に違反すること。(3)それによる損害の発生である。これらの要件が満たされた場合、被告は原告に不法行為責任を負い、原告は被告に対する損害賠償請求権を得る。

3) 前出の米国法律協会（American Law Institute, ALI）のインターネットホームページ（HP）のアドレスは、<http://www.ali.org> である。ALI は全米に1つで、各州に存在するというものではない。英米法辞典（東京大学出版会）727 頁にも米国法律協会の説明がある。

以上、コモンローと陪審制裁判を基本とする米国の制度を説明する為に、全米を視野に入れた、リステイトメントを中心として話を進めてきたが、米国にはリステイトメント事業とは別に、州法（state code）の統

一という運動もある。

連邦法の助けを借りずに、リステイトメント事業と州法統一運動が協力して成功したものに、統一商法典（Uniform Commercial Code, UCC）の制定がある。これは異州間の取引契約が統一されていないと、商業活動に支障を生ずるからである。しかし、個々の契約において、後時、契約上の問題解決に適用される規則は、日本で云う私的自治にあたる当事者間の合意（任意規定 directory provisions）が、最優先で、次が UCC の規定であり、これに規定が無ければ、各州毎にあるコモンローとなる。従って、契約文書には準拠法（governing law）が明示される。

4) 「米国には民法という法律はないのですか」への説明のまとめ

以上から分かるように、民事訴訟法（制定法）については、各州に個別に司法力を有するものがあり、その他に、連邦の民事訴訟法が存在する。しかし、日本民法の法領域のものは、各州毎に、司法力をもった法制（但し、日本のような制定法主義ではない。下記+）があるが、全米乃至連邦のレベルでは、リステイトメントという、裁判所を拘束するようなものはないが、充分尊重され、規範となるものが存在するのである。従って、例えば、契約というコモンローに由来する法領域では、各州にある法制以外には、連邦契約法というものは存在しない。従って、我々が手にする「米国契約法入門」という様な成書は、リステイトメントの中の契約という区分の内容を基礎に作出されているのである。尚（上記+）州法の民事成文法（civil code, statute, イ）と非成文法（non statute law, common law, ロ）を合わせて、民事法乃至民法（civil law = イ + ロ）と云えばよいと思うが、civil law という言葉は使われない（前編、§ 6 参照）。以上が、米国に民法という法律は無いのですか？ という質問への答えのまとめになるであろう。

§ 日本版リステイトメント

米国のリステイトメントは、各条文（擬似条文）が具体的であるので、その反作用として、条文の数が非常に多いことが、却って欠点となっている。さて、日本民法の条文は全部で 1000 条以上ある中で、第三編債権、第五章不法行為の章は、709 条から 724 条までしかなく、各条文が所謂“一般条項”である。もしこれ

をリステイトメントの感覚で展開したら、どうなるか、という日本版リステイトメントが発表されているので、下記にご紹介する。

1) 日本版リステイトメントの出典

出典は、「日本不法行為リステイトメント」不法行為研究会、有斐閣発行（昭和 63 年 9 月）である。但し、この本は絶版で、筆者は大阪市中央図書館で見つけた。

以下に、その序文を引用する。

「1. この研究の目的

(1) このリステイトメントは、我が国の不法行為法（民法 709 条 - 724 条）の沿革と現状を検討して、現在の判例の到達点を条文の形に書き表し、それに必要な説明をつけたものである。

アメリカ合衆国では、アメリカ法律協会（American Law Institute）によって各分野のリステイトメントが刊行されている。判例法（注、不文法、判例の集積）の国であるアメリカで、それを条文の形に言い換える（re-state）ことは、成文法の国である日本におけるよりも、遙かに大きな意味をもっている。

しかし、我が国の不法行為法の条文は、民法 709 条から 724 条までの僅かに 16 条であり、大筋の原則を定めるだけで、細目は必ずしも明らかでない。（アメリカの不法行為法 Torts リステイトメントは 951 条にのぼり、第 2 版では、これに枝番が加わっている。

このような状況の下においては、現状の不法行為法を新しい条文の形で明らかにすることは、アメリカと事情は異なるにしても、十分に意味のあることと考えられる。そこで、我々は、日本不法行為法の沿革と現状を検討するとともに、アメリカのリステイトメントの発想にならい、日本不法行為法のリステイトメントを作成することを計画した。

(2) 此のリステイトメントは、この様に、日本不法行為法の判例の現状を条文の形で書き直すことを基本とするが、現在の判例・学説から推測される今後の動きや方向は、できれば取り入れることとする。

アメリカのリステイトメントも、判例の現状を書き直すだけにとどまらず、そこから予測される将来の方向も可能な限り示すように努力している。その程度は、事柄によって異なるが、アメリカでリステイトメントが重んじられたのは、それが現状を明らかにするとともに、将来の進むべき方向を示している故であると思われる。

我々は、この点についても、アメリカのリステイトメントにならい、現状を静的に捉えるだけでなく、動的に将来の方向を示すことができるように心がけた。」（引用終わり）

2) リステイトメント化した条文の例

以下に、「日本不法行為リステイトメント」の巻末にある、民法 709 条について、民法原文とリステイトメントを記す。

****（現行の）民法 709 条（不法行為の一般的要件と効果）****

故意又は過失に因りて、他人の権利を侵害した者は、これに因りて生じたる損害を賠償する責めに任ず。

尚、判例六法（有斐閣発行）平成 13 年版によると、民法 709 条には、118 個の判例が例示されている。

リステイトメント化された民法 709 条

* 709 条（過失一般）

行為をする者が、その種類の行為をする者に通常期待される予見の義務又は結果回避の義務に違反したことにより、法律上保護されるべき他人の利益を侵害した場合には、その損害を賠償する責任を負う。

サブステイトメント

[因果関係（事実的因果関係）]

（条件関係）ある事実がなかったならば、損害が生じなかったであろうという関係が認められるときは、その事実と損害との間に因果関係があるものとする。

（原因競合 - 原因共働）複数の事実が重なった結果、それらの事実と損害との間に前項に定める関係が認められるときは、それぞれの事実と損害との間には因果関係があるものとする。

（原因競合 - 原因の重複）複数の事実のうち、それのみによって当該損害を発生せしめうる事実があるときは、他の事実と損害の間の因果関係のいかんにかかわらず、当該事実と損害との間には因果関係があるものとする。ただし、ある事実によって損害が生ずる前に、他の事実によって当該損害が生じたときは、当該ある事実と損害との間には、因果関係がないものとする。

（原因の競合 - 付加的原因）第一項に定める事実と同種の他の事実が損害の発生にかかわっているときは、他の事実がなくても損害が生じうる場合であっても、他の事実と損害との間に因果関係があるものとする。

* 709 条の二（業務上の加害）

人の生命又は身体に損害を及ぼすおそれのある業務に従事する者が、その業務を行うにつき、他人の生命又は身体に損害を加えたときは、その損害を賠償する責任を負う。ただし、その者が業務上の義務を尽くしたときは、この限りではない。

* 709 条の三（故意）

行為をする者に故意があった場合にも、709 条を準用する。

サブリスティメント

（容認的故意）自己の行為によって、ある結果が発生する相当な可能性のあることを認識し、かつ、そのことを容認して行為を行う者には、故意がある。

（認識的故意）行為者が、結果の発生を容認しない場合でも、結果の発生が相当確かであることを認識しているときは、故意があるものとする。

* 709 条の四（損害賠償の範囲）

加害者の行為と損害との間に因果関係があるときは、加害者は、その損害を賠償する責任を負う。ただし、異例な損害については、この限りではない。

* 709 条の五（損害賠償の目途）

損害賠償は、被害者を被害発生前と同等の財産状態及び生活環境に復させることを目途とする。

* 709 条の六（金銭賠償の原則）

損害賠償は、金銭によってその額を定める。ただし、特別の事情があるときは、この限りではない。

* 709 条の七（損害の算定）

損害賠償の額は、次の諸項目を含むものとして算定される。

- 一、財産の滅失又は減少についての回復
- 二、得べかりし利益の填補
- 三、精神的被害に対する補償

* 709 条の八（慰謝料額の決定）

慰謝料の額は、当事者の行為の態様、財産及び生活の状況その他一切の事情を考慮して、公正かつ適切に定めなければならない。

* 709 条の九（定期金賠償）

損害賠償は、被害者の生活状況から適切と認められるときは、定期金で支払うものとしてすることができる。

* 709 条の十（遅延損害金）

不法行為による損害賠償債務は、損害の発生時から、遅滞となる。

§ . 米国法で頻用される Reasonable という言葉について（参考文献）及び（参照）

米国の特許関係の判決文など、公の文書（前記 MPEP も入る）では、reasonable, reasonably, reasonableness という言葉が、頻繁に使われる。日本に出ている翻訳文では、reasonable は“合理的”と訳出されているが、“合理的”という言葉では、我々日本人にはもうひとつピンと来ない。その理由は、日本には、米国流の reasonableness に該当する概念が存在しないからである。此处でいう reasonableness とは、陪審の心証形成の背後（background）乃至基底（bottom）にあり、心証形成の出発点となるものである。つまり、陪審に提示される事実（証拠）は色々変わるが、陪審は reasonable person（合理人、通常人）のモデルであるとの信頼を受けて、個々の事実（証拠）について、自分の持っている reasonableness から出発して、心証（impression）を形成するのである。

英国版コモンローの源は、最終審であった平民上訴裁判所（Court of Common Pleas）に集積された裁判記録であった。しかし、米国版コモンローでは、第一審（事実審）に現れる陪審（の評決）が下支えをして、コモンローが発展し、その反映として、合理人（reasonable person）という概念が生まれた。これは米国版コモンローの特徴である。

特許に出てくる、当業者（person skilled in the art）という概念の場合は、特許庁の審査官をモデルと考えればよい、というガイドがあるが、reasonable person の場合は、日本では現実に陪審裁判は行われていないので、ガイドが無い。しかし、米国法に関連する文章に、例えば、reasonable diligence, reasonably recognized と出てきた時には、この diligence, recognized には、合理人による判断が背後にあると考えればよい。反対に、good diligence, well recognized となっていた時は、good, well は一般的な意味で、特に法的効果を示唆して書かれたものではない、として概ねあたっている。この点について、付加すると：

- (1) She served as a baby sitter taking good care
- (2) She served as a baby sitter taking reasonable care

の 2 つの文章で、(1)では good care となっているので、日常的な意味で、十分な（よい）注意をして、の意味である。しかし(2)では reasonable care となって

いるので、これを見た時に、この care 注意力には、背後に陪審裁判例があるのだらうと、気が付くようになれば、米国法へ馴染む第一歩、即ち 1 つの予備知識が得られたことになるのである。但し、実際に陪審裁判となった時には、法廷で good という言葉が使われても、それが、reasonable 又は due という言葉になっても、陪審の判断基準（自己の reasonableness）は変わらない。

§ 前編への質問に対する回答

質問 1. 本論文の前編（本誌 H12 年 11 月号 47 頁右下方）に“この様に米国では立法技術として、連邦法典に、法律と一緒に、その法律の主管官庁を規定する条文を含めるのである。”とあるが、この点をもう少し説明して頂きたい。

答え 1. 米国は 1776 年に連邦議会（Congress）が独立宣言を出した（この独立宣言が日本に例えて云えば、憲法前文に相当する）。即ち、国造りの手始めを議会が果たしたという事実が、以後の連邦国家機構を作り上げて行く上で、議会が非常に大きな権限を握ることになったのである。次いで、連邦議会は 1778 年に連邦憲法を制定した。そして、この時点（1788 年）では他の部門は白紙であった。即ち、行政（執行）部門については、その長である大統領というポストしか決まっていなかった（初代大統領 George Washington の就任は翌年 1789 年である）。司法部門については、憲法では、その長である最高裁判所長官というポストしか決まっていなかった。以後、議会は憲法の委任（これを enabling 授權という）は議会にあるという立場で、立法の時には、立法と同時に、立法する法律を、行政部門の中のどの官庁に主管させるか、も決めるという立法技術を採用したのである。従って、特許法の立法においては、これを主管する特許庁の設立を、特許法に含めて、制定したのである。同様に、著作権法の立法では、主管官庁である著作権局の設立を、著作権法に含めたのである。この様な、日本感覚での法律自体（law proper）と、主管官庁を一緒にした形の立法を連邦成文法（制定法と云ってもよい。United States Codes, 連邦法典）という名称で統一した。現在 50 ある。特許法が、その 35 である（前出）。

又、連邦議会は、権限を行使して、裁判所も新規に創設し得る。従って、伝統的なコモンローに基づく裁

判を行う、即ち陪審裁判を基本とする裁判所（これを憲法第 章裁判所、或いは一般裁判所と呼ぶ場合がある）以外に、議会は特殊裁判所（憲法第 章裁判所。陪審を使わない裁判所、例えば、請求裁判所）も設立し得る。CAFC の位置づけは、この特殊第一審裁判所（全米を司法区とする）の上位である第二審裁判所である。

さて、日本では国会が立法権を行使して、裁判所法を離れて、新規な（特殊）裁判所をつくることは不可能。（日本）最高裁は憲法 76 条で規定され、最高裁以外の下級裁判所は裁判所法で規定されている。また、前記の米国の立法技術、即ち、法律とその法律を主管する主務官庁組織法を一緒に入れることを実行することも出来ない。日本では特許法と特許庁組織法は別。特許庁の組織は国家行政組織法に含まれる。

ついでに付加すると、米国の連邦予算の編成権は議会にあり、行政府の大統領の方にはない。日本では政府が発案権を持っており（大蔵省 財務省）、国会には無い。この相違は結局“国造り”に、議会が先者であったか、政府が先者であったかの違いから来ている。日本では近代国家の形成（明治維新）を成し遂げたのは、政府であり、議会（国会）は明治 22 年の明治欽定憲法の制定によって生まれた。先者、即ち日本では政府が（国の）財布の紐を握る立場をとっているのである。

質問 2. 米国特許法 283 条（差し止め命令）は“本条に基づく訴訟について、管轄権を有する裁判所は、特許により付与された権利侵害を防止するため、衡平の原則（principles of equity）に従って、裁判所が合理的（reasonable）と認める条件に基づいて差し止め命令を下すことができる。”とあり、差し止め請求では、衡平法に従うことを規定しているが、米国憲法修正 7 条にある、被告は陪審裁判を請求し得るというコモンロー上の被告の権利を認める条文との関係はどのようなのか（当事者は、差し止め請求では、陪審裁判を請求し得るのか）？

答え 2. 合衆国憲法（1788 年）の第 7 修正（1791 年）が「訴額 20 ドルを超えるコモンロー裁判では陪審裁判を受ける権利が当事者（人）に認められている」とあるが、同様な権利は議会（立法府）にも、事実審裁判所にも認められているので、全部で 3 つあることに関連している。即ち、陪審制を要求し得る権利の源は、第 1 が憲法修正 7 条（1791 年）、第 2 が連邦議会が制定

法を作る時の権限(これは1788年に議会に与えられたことになる),第3が“衡平法裁判所がもっていた権限である”(以下{2}として引用)。これらが、現在の事実審裁判所へ継承、付与されたことになる(これらの中で、憲法に基づく第1が一番遅い)。

付記すると、第7修正が成立した当時は、米国の民事訴訟は、州裁判では、コモンロー裁判所と衡平法裁判所の2つに分かれていた。コモンロー裁判所は、金銭に絡む事件(だけ)。例・損害賠償請求。請求の事案は1つだけであることが要件。手続面の拘束が多かった。陪審制裁判。これに対して、衡平法裁判所は、コモンロー裁判所が扱わない事案(例・差し止め請求)を取り上げていた(Equity Clean-up Doctrine)。事案が複数の請求を含んでいてもよい。そして、陪審制を建前としていなかったが、(衡平法)裁判所が必要と判断した時は、事実認定に限定して、陪審を入れる権限を持っていた。{2}

西暦1791年と云われても、ピンと来ないでしょう。日本では、徳川幕府、第11代将軍、家斉の時代で、寛政3年にあたる。歴史の本では、歌麿の浮世絵が発表され、東海道五十三次膝栗毛、弥次喜多道中記が上梓されていた時代(1800年)である。

質問3. 米国は連邦憲法に修正条文が付属しているが、修正(amendments)であれば、既存の条文を加除訂正するのが普通であるが、どうして米国憲法の場合は、付属文書のように付加する形式をとっているのか?

答え3.(この質問は非常にいい質問であると、筆者は思った。関西特許研究会 KTKの席上では次のように説明した。)米国の憲法(以下では、連邦憲法と云わず、単に憲法という)を理解するには、1776年に出た、独立宣言と結びつけて考えると分かり易い。簡単に云えば、独立宣言は、日本の(現行)憲法の前文(preface)に相当するのである。米国独立宣言は明らかに人権の主張を唱っている。その第2パラグラフは、

We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain inalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and pursuit of Happiness. 我々は以下の事実は証明を要しない公理であると考え、即ち、全ての人間は平等に創造されている、全ての人間には奪うことの出来ない権利が創造主から与え

られている、その権利の中には生命と、自由と、幸福の追求がある、. と述べている。

このように、人権を基礎とする新国家の創造を唱ったが、1788年に出た憲法は、国家機構の上層中枢部を規定するだけの内容であった。従って、これでは独立宣言で唱った人権の保護はどうなったか? の問題が当然出てくる。これに答えるものが、憲法の修正条文なのである。だから当然、修正条文は憲法(1788年)の追加なのである。しかし、追加(supplement)とすると、その追加部分の解釈等は既存の憲法(1788年)と異なる原理、法理で解釈することを許すことになりかねない。これは困る。そこで、事実上“追加”でありながら、名称は“修正”となっているのである。

質問4. 何故、英国には憲法(Constitutional Law)が無いのか?

答え4. この質問には筆者の力量では答えられない。付き合いのある法律事務所へ問い合わせても、現在では英国国民の過半数は他国の場合のような憲法を持ちたいと思っていると回答してくるが、何故無いか? という質問には、歴史的な多くの要因があり、という程度で、此处にご紹介出来るものではない。別の返事では、勿論多くの歴史的な要因はあるが、その中で、1つ言えることは、英国は宗教国家であることが1つの理由であると、説明している。英国は現在も国家宗教(英国国教, Church of England)をもっている(勿論、イスラム教の国のような厳しい戒律は無い)、そして国王(現女王、エリザベス 世)はその教主である。従って、憲法と云っても、この国家宗教の教義を後退させるような趣旨の導入は好まない。結局、思い切った自主改革は難しいであろう、とあったことを、此处に参考に記す。付加すると、米国憲法の修正第1条(1791年)には、国家宗教をもたないこと、という国是が示されている。

質問5. 我が国の民法では、“所有権の絶対性”という言葉が強調されて使われるが、これは要するに人権問題で、常識と思われるが、何故、民法では強調されるのか?

答え5. これは現行民法が成立した明治30年当時の日本憲法と現在の憲法を比べると、あっさり分かる。明治欽定憲法(旧憲法、明治22(1889)年)の第1条は「大日本帝国八万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」であった。民法は、この様な時代に編纂されたが、戦後50年以上

を経た今日でも、未だ大きな改革、改正が導入されていない（従って、民法の第三編までは、原文はまだ漢字カタカナで、漢字ひらがなの文体に直っていない）。民法の特徴として、“所有権の絶対性”がよく云われるが、民法条文中に“人権”という言葉は1回も出てこないものである。しかし、現在の憲法の第1条は「天皇は、日本国の象徴であり日本国民統合の象徴であつて、この地位は、主権の存在する日本国民の総意に基く」であり、財産権の不可侵は現行憲法第29条にある。即ち、旧憲法の時代には、民法に（民法だけでなく、法律条文中に）人権という言葉を使うことは出来なかったもので、学説として所有権の絶対性を強調したのが、続いているのである。

§ 付 記

1. 弁理士会研修所の民事訴訟基礎講座に関連して、民法の講義も含まれるようになってきた。大阪地区では、平成12年に、畑郁夫弁護士（大江橋法律事務所）に、この部分の講義を頂いた。筆者は、畑先生にお願いして、日本民法の第一編から第三編までの724条の中から、特に重要な条文10個位を引き抜いて、教えて頂きたいと申し出、ご回答を得た。これが下記である。筆者は更にこの日本民法（最）重要条文中に、近縁な或いは対比し得るリストイメント（又はブラックレターロー）を探し出すこと迄やりたかったが、自分の力量では難しいと思うようになり、今回は畑先生から頂いたもの（12カ条）だけを記すことにする。

第1条（基本原則）

私権は公共の福祉に遵ふ。

権利の行使及び義務の履行は信義に従ひ誠実に之を為すことを要す。

権利の濫用は之を許さず。

第90条（公序良俗違反）

公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は無効とす。

第176条（物権変動における意思主義）

物権の設定及び移転は当事者の意思表示のみに因りて其効力を生ず。

第177条（不動産物権変動の対抗要件 - 登記）

不動産に関する物権の得喪及び変動は登記法の定むる所に従ひ其登記を為すに非ざれば之を以て第三者に対抗することを得ず。

第192条（即時取得）

平穩且公然に動産の占有を始めたる者が善意にして且過失なきときは即時に其動産の上に行使する権利を取得す。

第412条（履行の期限と債務者の履行遅滞）

債務の履行に付き確定期限あるときは債務者は其期限の到来した時より遅滞の責に任ず。

債務の履行に付き不確定期限あるときは債務者は其期限の到来したことを知りたる時より遅滞の責に任ず。

債務の履行に付き期限を定めざりしときは債務者は履行の請求を受けたる時より遅滞の責に任ず。

第415条（債務不履行による損害賠償の要件）

債務者が其債務の本旨に従ひたる履行を為さざるときは債権者は其損害の賠償を請求することを得。債務者の責に帰すべき事由に因りて履行を為すこと能はざるに至りたるときも亦同じ。

第416条（損害賠償の範囲）

損害賠償の請求は債務の不履行に因りて通常生ずべき損害の賠償を為さしむるを以て其目的とす。

特別の事情に因りて生じたる損害と雖も当事者が其事情を予見又は予見することを得べかりしときは債権者は其賠償を請求することを得。

第703条（不当利得の要件・効果）

法律上の要因なくして他人の財産又は労務に因り利益を受け之が為に他人に損失を及ぼしたる者は其利益の存する限度に於て之を返還する義務を負ふ。

第705条（非償弁済）

債務への弁済として給付を為したる者が其当時債務の存在せざることを知りたるときは其給付したるものの返還を請求することを得ず。

第708条（不法原因給付）

不法の原因の爲め給付を為したる者は其給付したるものの返還を請求することを得ず。但不法の原因が受益者に付いてのみ存したるときは此限に在らず。

第709条（不法行為の一般的要件・効果）

故意又は過失に因りて他人の権利を侵害した者は之に因りて生じたる損害を賠償する責に任ず。

以上に書いた民法の条文は、最近の六法全書から筆写したものである。と云うのは民法の第一編から第三編まで、724条の条文は、その原文は現在でも“漢字カタカナ書き”で“漢字ひらがな書き”に改訂されて

いない。これは戦後 50 年以上を経ているが、未だ大きな改正が民法には無いことを意味する。我々が利用するコクテツは、戦後、旧漢字の“國鐵”から、略漢字の“国鉄”になり、現在は“JR”である。また今年から裁判所提出文書の様式は A4 版横書きになった。我々弁理士が最も使う特許法は殆ど毎年のように改正があることとは、本当に対照的である。

2. 最後になったが、コモンローの先史起源は、ドイツの北方地域（アングル、サクソニア…ザクセンとも云う）に居たゲルマン種族にある。原始コモンローはゲルマン種族のイングランドへの移住で、英国へ移り、被支配階級であったが、その制度は維持され、これが新大陸アメリカへ移植され、そのアメリカは今では世界の超大国となった。その結果、日本は否応なしに、米国法の影響を受ける立場である。他方、時代は違いますが、日本が技術導入した日本民法も同じドイツ（プロシャ）からである。そして、日本民法と米国コモンローの法形態は全くと言ってよい程異なっている。

3. 本稿の作成にあたり、川口博也弁護士と木村進一弁理士に多大のご支援と貴重な助言を頂きましたことに、筆者は心からお礼申し上げます。

§ . 参考文献

)「アメリカ私法」木下毅著、有斐閣発行、第 1 章、日米私法の基本構造。19 世紀アメリカのコモンローの構造、浅香吉幹著、法学協会誌、112 巻 2 号（1995 年）、113 巻 1 号（1996 年）

) reasonable person, reasonableness という言葉については、「アメリカ法入門（総論）」、木下毅著、有斐閣、103 頁 陪審制の特徴、を参照。

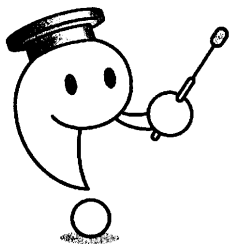
また拙稿「AIPLA 発表の特許裁判陪審への説示モデル(1)」パテント誌 2000 年 3 月号 54 頁を参照。この続編のこの項目の主な目的は、この前報の補充にある。

)「過失判断の基準としての『通常人』 - アメリカ法における『合理人』をめぐって - 」加藤一郎著 が、「私法学の新たな展開」有斐閣発行 にある。

（原稿受領 2002.3.18）

弁理士報酬額表廃止

2001 年 1 月 6 日から「弁理士報酬額表」が廃止されました。新弁理士法では、弁理士の報酬に関する事項が盛り込まれていない関係から、弁理士報酬額を当会が定めることができなくなりました。新弁理士法施行後の弁理士報酬は、総て依頼者との合意形成によって決定していただくことになります。



また、従来活用されていた日本弁理士会が定めた「弁理士報酬額表」あるいは「特許事務標準額表」を各事務所でそのまま使用しますと、独占禁止法に違反する恐れがあります。そこで、当会としては、旧来の「弁理士報酬額表」あるいは「特許事務標準額表」をそのまま使用することを禁止する措置をとることといたします。報酬額表が必要な場合は、各事務所において独自の報酬額表を作成して下さい。