

# TUMSAT-OACIS Repository - Tokyo

University of Marine Science and Technology

(東京海洋大学)

## 「ヴェニスの人」 と法律問題

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2008-03-27 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 佐藤, 好明 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://oacis.repo.nii.ac.jp/records/168">https://oacis.repo.nii.ac.jp/records/168</a>

## 「ヴェニスの商人」と法律問題

佐 藤 好 明

### SHAKESPEARE'S "THE MERCHANT OF VENICE" AND LEGAL PROBLEMS

Yoshiaki Sato\*

(Received August 31, 1998)

A rose lay in the dew  
Into grey pearls it grew  
As the sun upon them shone  
Into rubies had they grown<sup>(1)</sup>

The sun of Shakespearian art has ennobled worldly stories. His genius has gathered together as in a reflector the eternal problems of life.

The author's approach is to resolve into legal factors Shakespeare's enshrined integrity. The flesh bond might have been invoked to induce more effective relief for distressed debtors as the Globe's audience might have been.

Not surprisingly, Antonio was wandering abroad. Prisoners for debt were allowed to go out of the Fleet to conduct their business or to beg in the streets to facilitate satisfaction of their liabilities or to support their maintenance. Shylock warned the gaoler to answer for the debtor's body as for the debt, meaning that in the case of escape of his prisoner the gaoler shall be liable for the debt or else shall be himself imprisoned according to the Statute of Westminster I.

This article extends also to issues of public policy, fraudulent misrepresentation and bankruptcy.

- (1) Th. Niemyer, The Judgment against Shylock in the Merchant of Venice, vol.14, Michigan Law Review, 1915, p.36.

#### 序

ウィリアム・シェイクスピア作「ヴェニスの商人」では、借金を返せないアントニオが監獄に入れられるが、我が国の法律に親しんだ者は理解に苦しむだろう。増して、一旦収監されたアントニオが第三幕第三場では鎖につながれて引っ張り出され、挙げ句の果てにシャイロックに慈悲を懇願しているのは、極めて奇矯な事態に見える。

近代国家においては民事責任と刑事責任は分化して、別個のものとされる<sup>(1)</sup>。借金の様な民事の債務を債務者が履行しない場合に、貸手たる債権者は国の機関による権利の強制

\* Department of Marine Resources Management, Tokyo University of Fisheries, 5-7, Konan 4-chome, Minatoku, Tokyo 108-8477, Japan (東京水産大学 資源管理学科)

的实现を期待できるが、強制の方法として人の身体や意思を拘束するのは出来るだけ避けるというのが、近代国家の要請である。但し、殆どどここの国でも債務者の意思に反しても債務者の財産を差し押えて競売し、その売上金から配当を得る事はできる。しかし、債務者を拘留して親戚や友人が債務者に代わって履行する事を期待する方法は、今日のフランスや日本では許されない<sup>(2)</sup>。

ではアントニオを監獄に入れた後、監獄から出しているのは、戯曲家シェイクスピアが話の展開を面白くする為に捏造した全く架空の状況で、劇中で行き詰まると御都合主義で天降らせて困難な問題を解決した「機械仕掛けの神 deus ex machina」の登場の様なものか？ そうではない。イングランド或いは他のヨーロッパ諸国に嘗て存在した、又、ある意味ではその痕跡が今でも残っている<sup>(3)</sup>、債務者拘禁の法制度によってアントニオは収監されているのであり、拘禁されている債務者が、牢番同伴で白昼堂々と街の中を歩き回る事 wandering abroad は当時現実に少なからず見られたのである。

元来、借金が返せなくて投獄された債務者は、他の重罪人felonなどとは異なり、社会にとって危険はなく、時にはアントニオの様に社会で歴とした存在で、裕福であった場合さえある。そこで、債務者をときどき牢外に出して生業の継続をさせ、債務の返済を促す事には十分な合理的理由があったのである<sup>(4)</sup>。一時的釈放を享有したのは拘禁されている債務者に限られなかった。一般の囚人も外出して乞食をする事を許され、監獄維持費を稼がせられた。

囚人が街中や監獄の開口部の檻で乞食をするのは17～8世紀には頻繁に見られたが、より古くから行なわれていたのであって、14世紀後半にコルチェスター市の二名の長老参事会員が囚人の余りの窮乏に同情して、監獄の入り口近くに柱を二本立て、囚人を鎖で繋いでそこで通行人相手に乞食が出来る様にした。ロンドンのニューゲイトでは、最初、代理人に乞食をして貰ったが、余りに多くの上前を取られたので、1431年のニューゲイトの規則で、囚人自身にしか乞食を許さないことにした。彼らはテムズ河畔と街中の二組に別れて、ニューゲイトの囚人である事を示す印付きの箱を持って乞食をした。バンビュリーでは、洗足木曜日が監獄の清掃日だったので、その日に乞食をする様1510年に定められた<sup>(5)</sup>。監獄に収容される辛さを和らげる外出許可という奇妙な慣習は、実は、極めて古く、ジョン王（在位1199—1216年）の時代にも其の例がある。ある騎士の囚人は一日二回剣術の練習の為に外出する事を国王に許されて、その間別の人が人質になったそうである。この様な事が白昼堂々と牢外を歩き回る事の先例になったと言われる<sup>(6)</sup>。

ある英法では、債務者を拘禁している監獄の看守は、債務について債務者の身体で答えなければならないとされたが、その意味は、債務者に脱獄されたときに、看守が当該債務を肩代わりするか、看守自らが監獄に入らなければならないという事である<sup>(7)</sup>。

この看守の責任をシャイロックが看守に忘れない様に、警告しているのが、「牢番、こいつに気を付けろ。Gaoler, look to him. <sup>(8)</sup>」という二度にわたるセリフなのである。

露の褥に薔薇横たわり やがては真珠となり 昇る朝日に照らされて ルビーとなりぬ

## 「ヴェニスの商人」と法律問題

シェイクスピアの芸術という太陽は、法律紛争や人生の永遠の問題を昇華させて万華鏡に綴じ込めたとされる<sup>(9)</sup>。本稿は、芸術とは対極的に、現世的要素に還元する方向でシェイクスピアの「ヴェニスの商人」の法的背景を解明しようと試みるものである。この事は文学としての「ヴェニスの商人」のより良き理解に資すると共に、従来扱われた事の少ない英米法の諸問題に新たな光を当てようとするものである<sup>(10)</sup>。

- (1) 山田晟, 法学, 1964, pp.146-7. 但し, フランスでは例外として許される場合がある。
- (2) 星野英一, 民法概論Ⅲ, 1984, pp.34-6.
- (3) 十九世紀に債務者拘禁が廃止されたというのは神話に過ぎず実質的には少なくともオーストラリアに存続している点につき B. Kercher, Imprisonment for Debt in the 1980s, 17, Western Australian Law Review, 1987, p.3. 以下を見よ。又, 我が国の穂積重遠は, 1914年11月7日にブリクストンの「債務者獄」を見学して日記に感想を記している。(穂積重遠, (新版) やさしい法学通論, 昭和38年, pp.101-102.)
- (4) R. B. Pugh, Imprisonment in Medieval England, 1968, p.243.
- (5) Pugh, supra note 4, p.327.
- (6) Pugh, supra note 4, p.326.
- (7) Pugh, supra note 4, p.242.
- (8) ウィリアム・シェイクスピア, 中野好夫訳, 「ヴェニスの商人」, 岩波文庫, 1973, p.111.
- (9) Th. Niemyer, The Judgment against Shylock in the Merchant of Venice, vol.14, Michigan Law Review, 1915, p.36.
- (10) 様々な法学者のシェイクスピア論のアンソロジーで, 「ヴェニスの商人」の法律問題も扱っているものに英国では, Owen Hood Phillips 著 Shakespeare and the Lawyers, London, 1972. 等があり, 我が国には小室金之助, 法律家シェイクスピア, 新潮選書, 1989. 等がある。小稿は, 上のものと若干異なる視点から, 英国法の制定法や判例に沿って時代的背景を探り, 創作の事実との比較・対比を試みるものである。

尚, 後書が「ニカラグアで…判事は一方の弁護士の陳述を聴き, 法的問題点を法律顧問に諮問した。」(p.67.)と述べているが, 前書の当該説明では the judge heard counsel on each side, then, …, submitted the question of law to a juriconsult.(p.98)だから判事は夫々の弁護士の陳述を聴いた, 即ち, 当事者双方の弁護士から聴いたのである。さもなければ対審制の原則「他方の側も又聴くべし audiat et altera pars」と矛盾する事になろう。またテオドル・ニーマイヤーは「国際法協会ドイツ支部長 President of the German Branch of the International Law Association」(前書p.106)で国際法学会(Institut de Droit International)ドイツ法部門委員長(後書p.62.)ではない。何れも一寸した勘違いに依るものと思われる。

## I アントニオの三つの抗弁

「ヴェニスの商人」が書かれた年を, ある人は, 1596年から1598年の間と推定しているが<sup>(1)</sup>, もし此の事件が, 現代に起こったとすれば, アントニオは少なくとも二つの点で弁護でき, 恐らくは, 第三の弁護も有効であったと言われる<sup>(2)</sup>。

第一に裁判の間何度もアントニオの友人達が期限の過ぎた借金の返済を申し出ている。もしアントニオが, これらの友人達から金を借りて期限前に借金を返しておけば, 期限後

に殉教者の諦観で埋め尽くした様な手紙を書かなくとも良かったはずである。そうすればシャイロックは、返済金を受け取らざるを得ず、復讐もできなかった。仮に此の捺印債務証書を今日でも強制できると仮定しても、アントニオは4パーセントの利子付きで返済を提供すれば、不履行の紛糾から救われた筈である。しかし、シェークスピアの時代にはそうではなく、エリザベス時代の苛酷さをこの戯曲が示している<sup>(3)</sup>。

ここで利子だけについて言及すると、中世時代には商業は揺籃期にあり、多くの利潤が見込める投資機会が殆ど無かったので金銭の借り手は、浪費家か困窮者であり、専ら消費の為に借りるという状況だったから、貨幣が貨幣を生む筈がない為、利子は違法であるというアリストテレスの見解にも一理はあった。そこで高利貸しは犯罪とされ、死後財産を国王に没収された<sup>(4)</sup>。1487年にも高利を伴う契約を無効とし、教会裁判所が科す刑罰のほかに、契約当事者に100ポンドの罰金を附加する法律3 Henry VII. C. 5. と仲介者をも処罰する法律3 Henry VII. C. 6. を定めた<sup>(5)</sup>。

しかし、商業の発展と共に、借金も生産的に利用される可能性が増して、貨幣を借りて利用する事に代価を払う事は、社会全体にも当事者の商人にも有益である事が明らかになってきた。この結果、高利一般を違法として禁止するのではなく、貨幣利用の代価として許されるものを区別する様になった<sup>(6)</sup>。1545年には年率10パーセントを越えない利子に対しては、違法な高利として刑罰を加えない法律を定めた<sup>(7)</sup>。しかし、エドワード六世の時代には反動が起こり、利子は一切禁止されたが、エリザベス女王の治世下1571年には、ヘンリー八世の法律が復活され<sup>(8)</sup>、制定法39 Elizabeth C. 18. で恒久化されたから、アントニオが当時の利率で延滞利息を払わなければならなかったとしても、10パーセントの利子付きで返済を提供すれば良かったと思われる。

アントニオがシャイロックに対して出せる第二の防御は、問題の証書が公序良俗に反して無効であると主張する事である。実際には、イングランドの法を盾に取って一ポンドの肉を罰として請求した例はないと言われるが、高利貸しが契約による債権から実質的には奴隷契約に変え様としたとき、これを棄却した事件がある<sup>(9)</sup>。証書の規定を厳格に適用すればシャイロックは、犯罪を犯さざるを得なくなる。アントニオに対する傷害罪となるので、劇の中でも、最後にこれがシャイロックの躓きの石となる。しかし、何故「血を一滴も流さない」とか「正確に一ポンドの肉」とか杓子定規過ぎる抗弁をしたのか不思議である<sup>(10)</sup>。

更にそもそも、借金が返せないときにアントニオの胸の肉を1ポンド切り取るという反社会的違約罰penaltyが、劇中とは言え、盛り込まれても観客が非現実的と感じない理由は何か？

キリスト教は、封建期には債務者を罪深い者と考えて破門し、債務を弁済するに足る遺産を残さずに死亡した者をキリスト教にのっとして埋葬する事を許さなかったそうである。更に聖職者が臨終で債務者の罪を許すと、その聖職者が死者の債務を引受なければならなかったと言われる<sup>(11)</sup>。このような遺風が上の非現実感を和らげ、アントニオの反論の氣勢を殺いだものとも考えられる。

又時間的には少し後になるが、1604年の法1 James I. C. 15. によれば、破産者が偽証

すれば耳を切り取られ、晒し台に架けられる事になっていた。又、1623年の法21 James I. C. 19. § 7. によれば、破産者が二十ポンドを越える財産を詐欺的に隠すと矢張り耳を切り取られ、晒し台に架けられる事になっていた<sup>(12)</sup>。

良く知られている様にローマの十二表法によれば、債務者は、弁済不能の場合、債権者多数の場合、最終的には、殺害されて、死体を債権に応じて分配された。債務者は死後にも責任を負い、祟る霊とならない様に死体が分割されたと言われる<sup>(13)</sup>。

少し時代が下って、ジェノアの年代記録の1279年の部分には、公証人ピエトロ・バルゴネを介して、シリアの娘CerasiaがJacobusなる男を主人として彼に仕え、全ての命令に従う義務を負い、Jacobusの方は見返りとして食事付きで下宿させると共に少々の金を与える合意をして登録した。娘が仕える事に失敗したり、命令を無視すれば、Jacobusが娘の鼻、手或は足を切り取っても、裁判を免れるという条項があった。

1263年のケルンの裁判記録には、債務者が違約した場合、首を跳ねられる事を承知する合意が見られる。1250年のシレジア地方の記録では Konrad Blind なる男が、教会に対して一定の不敬な行為をしたら、死刑に処せられる義務を認めている。治安判事に彼の生命を剥奪する権限が与えられた<sup>(14)</sup>。

従って、少なくともこれらの時代と場所では、胸の肉を切り取る契約は合法であった。シェークスピア当時の話題としては、1587年の事件としてイタリア人 Gregorio Leti の著書「法王シクストス五世の生涯」に次の様な逸話が載せられていた：

キャプテン・ドレイクがスペイン領のサント・ドミンゴを襲撃し、一切合財を戦利品として奪ったとの報告がローマの裕福な商人Secchioに届いた。彼の保険を引き受けているユダヤ人 Simon Ceneda に話すと希望的観測もあつてか、嘘だと信ぜず本当なら身体肉1ポンドを賭けると言い合った。Secchioは自分の正直さに泥を塗られた様に感じて賭けに千スカッドで応じ、書面に残した。上の知らせが真実だと後日判明し、書面の執行が争われてローマ総督に付託され、更に法王シクストス五世が扱う事になった。法王は、賭けはきちんと守るべきで、ナイフを持って切り取ることを命じたが、同時に少しでも多すぎたり少な過ぎたりすれば、容赦なく縛り首にするとSecchioに言い渡した。彼は恐れおののいて法王に許しを請い、書面を破り捨てる様、懇願する。ユダヤ人Cenedaにも異存はないが、法王は、主権者の同意がない限り、臣民に自分の身体を処分する権限の無い事を指摘した上で、二人は、それぞれ、他殺と自殺の殺人罪にあたるので投獄して絞首刑に処すべき事を言い渡した。多くの市民から減刑の嘆願状が届き、法王も見せしめとして懲らしめれば十分なので先ず死刑からガレー船送りに減刑し、終には、夫々二千スカッドをPonti Sisto 病院建設に寄付する事でガレー船送りを免じた<sup>(15)</sup>。

「法王シクストス五世の生涯」の初版は、1630年だが、もしシェークスピアがイタリアを1590年頃迄訪れていれば聞いて知っていたもしれない。しかし、もっと可能性が濃いのは、13～14世紀にはイングランドでも知れ渡っていた Gesta Romanorum と1378年にイタリアで書かれ1558年に印刷された Il Pecorone に題材を得た事であると言われる。話の筋が酷似している点を述べるに止める<sup>(16)</sup>。

第三に、前述の二つの抗弁ほど効果的ではないかも知れないが、悪意の不実表示

fraudulent misrepresentation の抗弁ができた筈である。シャイロックが、証書に何らの法的意義を持たせないという了解の上に何度も懇願したからアントニオが署名したに過ぎない。

だからこそ、シャイロックが、「ほんのこれは冗談だか」とか「この粹狂な証文 this merry bond」と呼んだのだろう<sup>(17)</sup>。

事件のこの側面は裁判所では無視されたが、これはアントニオに有利な点で、バッサニオやグラチアノがこの点を指摘すれば友人アントニオの為に遥かに強く訳に立った筈であり、不滅の友情から空しい非難を大声で言い募るよりも効果的であったと期待できると言われる<sup>(18)</sup>。

この抗弁が認められるのは、現代に限られない。17世紀後半なら法の厳格さから救う衡平裁判所の判例が出現したのであり、詐欺に関しては、真実の隠蔽 *suppressio veri* や虚偽の暗示 *suggestio falsi* 或は不当威圧 *undue influence* の何れの形態を執ろうが、詐欺として法の救済の対象とされた。但し、単に不利な交渉では不十分であって詐欺の要素か威圧の要素が必要である<sup>(19)</sup>。けれども、16世紀から17世紀初めにかけては、詐欺に関する訴訟の範囲は極めて限定されており、コモン・ローが、詐欺の性質を明確に認識するのは、詐欺に関する特殊主張訴訟が発達してからであった。コモン・ローでは、実質的には、詐欺を裁く適切な仕組みがなく、人の考えは審理できないという原始的な考えに囚われていた。詐欺の問題を取り扱わざるをえないときには、恣意的な基準を作り出して、外部的事実から推定した。従って、契約違反訴訟では、詐欺の抗弁は、防御には殆どなり得なかった。引受訴訟 *assumpsit* が発達するまでは、捺印契約訴訟 *covenant* は、純粋に契約による訴訟であって、ここでは、詐欺は抗弁としては、無益であった<sup>(20)</sup>。

但し、ニーマイアーはシャイロックの意図が冗談とは解釈できず、無利子で貸す代わりにアントニオの胸の肉1ポンドを違約罰として要求しているのは、大真面目であると言う。また、契約に居合わせた人皆が、同じ意見である、と言う<sup>(21)</sup>。実際にも後でシャイロックは、テュバルの居る所で、貸し金の二十倍貰うよりも、アントニオの胸の肉1ポンドを取ってやると誓っている<sup>(22)</sup>。

(1) The introduction to the new penguin edition by W. M. Merchant in W. Shakespeare, *The Merchant of Venice*; The New Penguin, London, 1967, p.9.

(2) G. W. Keeton, *Shakespeare's Legal and Political Background*, 1967, p.132.

(3) *ibid.*

(4) 1341年の法 15 Edward III. st. Ic. 5. (W. Holdsworth, vol. 8, *A History of English Law*, Second Ed., p.101.)

(5) *Ibid.*, pp.102-103.

(6) *Ibid.*, p.103.

(7) 37 Henry VIII. C. 9.

(8) 13 Elizabeth C. 8.

(9) *Horwood v. Miller's Timber Co.* (1917), 1 K. B. 305. as cited by G. W. Keeton, *supra* note 2, p.133.

## 「ヴェニスの商人」と法律問題

- (10) G. W. Keeton, *supra* note 2, p.132-133.
- (11) R. Ford, *Imprisonment for Debt*, 25, *Michigan Law Review*, 1926-1927, pp.25-26.
- (12) Holdsworth, *supra* note 4, pp.238 and 239.
- (13) 船田亨二, 第五卷, ローマ法, 東京, 昭和四十七年, pp.89, 91 and 94.
- (14) T. Niemyer, *The Judgement gainst Shylock in the Merchant of Venice*, vol. 14, *Michigan Law Review*, 1915, p.30.
- (15) *Ibid.*, pp.31-34; O. H. Phillips, *Shakespeare and the Lawyers*, 1972, pp.100-102.
- (16) T. Niemyer, *supra* note 14, pp.34 and 36.
- (17) ウィリアム・シェイクスピア, 中野好夫訳, 「ヴェニスの商人」, 岩波文庫, 1973, pp.37 and 39.
- (18) G. W. Keeton, *supra* note 2, p.133.
- (19) *Jarvis v. Duke* (1681) I Vern. 19; *Vere Essex v. Muschamp* (1681) I Vern. 237 as cited by Holdsworth, *supra* note 4, vol.6, pp.660-661.
- (20) Holdsworth, *supra* note 4, vol.5, p.292.
- (21) T. Niemyer, *supra* note 14, pp.24-25.
- (22) シェイクスピア, *supra* note 17, p.90.

## II 違約罰とそれからの救済

ところで、シャイロックが振りかざした証文或は債務証書bondであるが、これは、正式の捺印証書、紙又は羊皮紙に署名し印影sealを捺し相手方に交付した文書<sup>(1)</sup>、によって何かをする様に自らに義務、通常は一定の期日に金銭を支払う義務、付けるものである<sup>(2)</sup>。この債務証書自体によって一般的には法律上義務を強制できる。但しシェイクスピアの時代には、イギリスの契約法は、揺籃期にあつて商法は無いに等しかった。イギリスの裁判所は、契約成立要件として、ローマ契約法の原因causa理論を捨てて約因理論をためらいながら採用しようとしていた時代であった。通常の実現で言えば、これらの違いは、ローマ契約法によれば、契約当事者が拘束的義務の関係に入るためには何らかの基礎的理由や意図 underlying reason or intention が必要とされるのに対して、イギリスの法では、金額で評価できる対価 quid pro quo が必要とされる点である。身近な例を挙げれば、Aが「自然の情による愛と可愛さ」の為に自分の息子に五千ポンド贈与する事を約束したとすれば、ローマ契約法の原因理論によれば拘束力があるが、イギリス法では、拘束力はない。何故なら「自然の情による愛と可愛さ」は、金銭的評価が出来ないから、有効なvalid法的約因には成り得ないからである。従つて、この約束に拘束力を持たせる為には、捺印して under seal いなければならない<sup>(3)</sup>。

シャイロックが持っていた捺印債務証書 bond under seal は、イギリスの法律の下では、他の契約とは異なる扱いを受けてきた。金銭債務証書 money bond とはお金を借りて、借りたお金を返すという約束であり、返せなければ違約罰penaltyを払うという約束である<sup>(4)</sup>。シェイクスピアの時代には、この違約罰を完全に強制するという特殊性があった。そこで、もし、ある人が金貸しから五百ポンド借り、1月1日に借金を返済しない場合には、千ポンドの違約金を払うという合意をしたところが、実際には1月1日に返済できな

かったとすれば、1月2日に債務者が五百ポンドの提供を申し出ても、債権者は捺印債務証書の文言を盾に取って五百ポンドの受け取りを拒否して、千ポンド全額支払うまで債務者を監獄に放り込む事（債務者拘禁）が出来た。

物権法 property law の分野でも、同様に、もし或る人が六ヶ月間の借金千ポンドの保証として一万ポンドの価値のある不動産を抵当に入れたとする。六ヶ月経って千ポンド全額返済出来なければ、コモンローでは、この不動産が債権者の完全な財産になったのである。

しかし、衡平equityを適用法とする大法官裁判所 The Court of Chancery がコモンローのこの厳しさを救済すべく大分前から介入していて、先ず債権者には、五百ポンドと費用と利子以上には手に入らない様にした。第二に六ヶ月の期限が切れても、元金と利子を支払えば何時でも債務者が買い戻す事が出来る様にした。

しかも、こうして入手した不動産に債権者が立ち入ったとすれば、大法官裁判所は、此の不動産から債権者が得た全ての利益のみならず、善良な管理者の注意 sculplous care を以てすれば得られた筈の利益まで計算して、差し引く事を強制した。この結果、債権者は債務者が抵当に入れた土地に留まる事を、普通、許した。

この様にコモンローの立場と大法官裁判所の立場は異なっていた。しかも、シェイクスピアの即ち、エリザベス女王の時代には、今日と異なり、法と衡平は別々の裁判所で行われていた。そして両者が相異なるときには衡平による解決を優先させていた。従って、債権者がコモンロー裁判所で、権利を完全に認めて貰った判決を確保出来たとしても、債権者は、過度の利益を手にする事が出来ない。この事が最終的に決着したのは王座裁判所首席裁判官Cokeと大法官エルスミアとの間の有名な争いが解決した1616年<sup>(5)</sup>で、ジェームズ一世の治下であった。

この様に、シェイクスピアの時代には未だ此の発展が進展はしていたが、完成はしていなかった。その為には衡平による解決が必ず或は一般的に得られるとは限らず、観客は裁判で証書を強制できると信じていたのである<sup>(6)</sup>。

再言すれば、15世紀から16世紀初めにかけては違約罰からの救済の裁判権は、当時は明確ではなかった。救済の根底にあったのは、現実に蒙った損害を遥かに超える金額を取り戻す事は良心に反するという事であった。この様な事は、時には詐欺に近く、或は他人の不幸に乗じるもので許されないとする感情である。既に1456年に商人法上の捺印金銭債務証書 statute merchant を詐欺的に取られた抵当債務者mortgagorが救済され、証書が破棄された事例がある。又、エドワード四世治下九年目の年書中で、土地を担保にした貸し金を返済したら、その土地の返却を大法官が命令できると考えられた様である。しかし、同じエドワード四世の治下で抵当債務者が抵当債権者に返済し過ぎたと訴えたが、抵当財産を付与する判決を下されてしまっている。抵当債務者が抵当債権者に債務を完全に履行して抵当財産を取り戻す衡平法上の受戻権 equity of redemption は未だ確立しているとは言えなかった<sup>(7)</sup>。

16世紀から17世紀初めにかけて苛酷な法律からの救済、特に違約罰と抵当債務者の救済が明確に意識されるに至った<sup>(8)</sup>。Caryが言う様に、「或る人が、違約罰付きの in a pe -

nalty 義務によって、一定の期日と場所で金銭を支払わなければならないとして、支払おうとしたが、途中で強盗に遭ったとか、事故で来られなかった<sup>(9)</sup>とか、少し猶予してくれる様予め頼んでいて、期日のすぐ後に弁済の提供をした場合には、債権者に対して元金に合理的な損害賠償金を加えた額の受け取りを、大法官府は命じるものとする<sup>(10)</sup>。」同じ事は、期日に貸し金の大半を受け取ったのに、期日を過ぎると残金の受け取りを拒否して、違約罰の没収を画策する者にも、妥当し、些細な債務不履行を口実にして他人の土地財産権を奪おうとし for undoing で厳しい条件を悪用する者にも妥当する<sup>(11)</sup>。

期日に債務を返済すれば、土地を返すという譲渡抵当権が、15世紀後半に復活したが、この条件の厳格な解釈に対抗する為に衡平裁判が介入する必要性が生じた。抵当債権者が狡猾な策略を弄して弁済の受け取りを拒否したり、弁済の遅延を違約罰の没収の口実にしたたり、高利契約の隠れ蓑にしたからである<sup>(12)</sup>。

これに対して16世紀の終わりから17世紀初めにかけて、譲渡抵当は債務の保証にすぎないという考えが現れ、譲渡抵当権の取り引きの意図が、貸し金と利息の確保にあると解釈するだけで十分だとした。その結果、受戻期日後でも、合理的な時間内ならば、抵当債務者は救済reliefを許されるに至った。但し、証拠の逸失と忘却を防ぐ為と、権利の上に眠る事が許されないから、救済の申請は迅速にした方が良い。又、抵当債権者は債権と利息を超えて得た利潤を考慮に入れなければならなくなった。更に抵当債権者は、例えば、抵当財産に高額の改良を加えたりするなど、自分の行為によって、抵当債務者の受け戻し権利を妨げる事は許されない。これらは、1612年から1640年にかけての判例に現れている<sup>(13)</sup>。但し、此の変化の過程は徐々に行われたものであって、1612年の事件で、ロチェスター子爵の手に落ちた荘園をHarington卿が受け戻すのに必要な金三千ポンドを貸したが、ロチェスター子爵は、期日の Allhallond day<sup>(14)</sup>後になっても、「子爵のお金を安んじて contented受け取られた。」という表現から窺えるとされている<sup>(15)</sup>。

(1) 田中英夫、英米法辞典、1991,p.235.

(2) D. M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, 1980, p.140. bond とは書面に依る且つ捺印された上での義務である。以前には捺印金銭債務証書を入れていた際の条件の成就により、違約金全額を法律上、回収recoverable、取り戻すというニュアンス、できた。しかし、衡平裁判所は、元金と利子の受領を強制し違約罰を否定した。終には、この慣行が一般的となり制定法 4 and 5 Anne, c.16. となって結実し、元金と利子と生じたaccrued費用を払えば、bondの完全な履行satisfactionと見なされるに至った 2 Bl. Comm. 340.。(E. D. W. J. White, *Commentaries on the Law in Shakespeare*, 1913, St. Louis, p.123.)

(3) G. W. Keeton, *Shakespeare and his Legal Problems*, 1930, pp.12-13.

(4) G. W. Keeton, *Shakespeare's Legal and Political Background*, 1967, p.136.

(5) 田中英夫, *supra* note 1, p.933.

(6) G. W. Keeton, *supra* note 4, p.137.

(7) W. Holdsworth, vol.5, *A History of English law*, Second ed., 1937, p.293.

(8) *Ibid.* p.325.

(9) *Franclyn v. Watkyns* (1579) as cited by Holdsworth, *supra* note 7, p.330, n.4.

(10) W. Holdsworth, *supra* note 7, p.330.

- (11) Underwood v. Swain (1649) as cited by Holdsworth, supra note 7, p.330, n.5.
- (12) Courtman v. Convers (1601) as cited by Holdsworth, supra note 7, p.331, n.1.
- (13) Holdsworth, supra note 7, p.331, nn.4-7.
- (14) Allhallowmas即ち諸聖人の祝日 11月1日の事と思われる。
- (15) Holdsworth, supra note 7, p.332, n.2.

### III シェイクスピア時代の法律における公序良俗 public policy

第四幕第一場でシャイロックは債務証書を振り回して違約罰の1000ポンドの支払いを迫っている。法律ではシャイロックは1ポンドの肉体に対する権利を有する事に問題がないかの様である。確かにこの証書が違法であって公序良俗に反すると攻撃する道も現代でならあるが、当時の裁判所では捺印証書の裏を読み、約因の性質を審査し得る公序良俗の広い原理は未だ確立されていなかった。捺印証書による契約を、その目的が違法だから無効とするという指導的判例が出現したのは1776年のCollins v Blaitern事件で、200年後まで待たなければならなかったと言われる<sup>(1)</sup>。エリザベス朝時代の証書の文言と捺印の重要性は今日考えられるより遥かに強く重いものであった。だからシャイロックが何度も

「はて証文に書いてございましたか？」 Is it so nominated in the bond?」

「証文にはございません」 It is not in the bond.」

と繰り返しているのである。

証書の文言から逃れる道はないのだろうか？次に当時のイングランドの法律における公序良俗の概念の狭さを概観してみる。

#### シェイクスピアの時代の公序良俗

法に反する何かを行う合意を無効とする事は、当然、極めて古い時代から認められていた。Dive v. Manningham事件(1551)で、「特定の人を殺しても、或は特定の侵害trespassを犯しても、その人を無害とharmlessして助けるsave事が義務とされている様な契約は無効である。従って、ここでも同様であって、州奉行sheriffが不法行為を犯しても、法に反する事をして、彼を無害として助ける事が義務とされている、その義務はコモンローの道理によって無効とされる。」と言われた。もし契約の約因全体が違法なら、その契約を無効とする原則を、この時代の多くの判決が、言明している<sup>(2)</sup>。

これらの幾つかの事件の中に、此の原則の限界を画する区別の始まりを見出す事が出来る。区別は三つあり、二つは現代法でも用いられるが、残りの一つは時代遅れである。

[i] 契約で定めた事の一部が合法で、一部が違法で、合法的部分を違法な部分から分離することが出来るならば、裁判所は分離して、合法的部分を強制するenforce<sup>(3)</sup>。

[ii] 特定他人による役務serviceの履行performanceを約因として in consideration of その他人との約束をしたとして、約束が明らかに不法ではないが、又、約束を履行する人にとって不法である事が知られてないとした場合、約束が不法であるという事実は、約束の償いをする為の訴訟に対する答えにはならない。no

answer to an action on the promise to pay for it 「もし私が或る人に他人の土地に立ち入って私の名前で獣共を追い出し困り込む様に頼み、且つ、彼を無害なものとして助ける save him as harmless 約束をしたとすれば、これは有効な引受訴訟 good assumpsit となる。但し、この行為は不法行為的である；しかし、行為自体が不法に見える場合には、これは、別である。若し私が人に他人を殴る事を頼み、且つ、殴ってくれた人を無害なものとして助ける約束をしたとすれば、この引受訴訟は有効ではない<sup>(4)</sup>。

- [iii] 一時期、契約を無効とする制定法の作用は、コモンローの作用よりも広いと考えられていた。1669年Twisden判事は、Hobartから聞いたとして「制定法は専制君主のようで、これにかかれば、全てが無効とされる。コモンローは、産婆 a nursing farther のようで、過失faultがある所だけ無効として、残りを保存する<sup>(5)</sup>。」

けれども、Wilmot判事に Collins v. Blantern 事件 (1767) で否定され、その後は、このような原則的差異はなく、制定法の作用の範囲も、其の法の文言次第であるとの事が確立した<sup>(6)</sup>。

### 公序良俗の定義と機能

歴史的には、契約の無効原因の大きな部分を、公共の政策いわゆる公序良俗が占めてきた。現在では、公共の政策 public policy が阻止しようとする或る結果をもたらす事を目的とするという理由で、目的が違法とされ、その契約が無効とされる。公共の政策は曖昧で不満足な言葉であり、不確実性と過ちを導きやすいと批判される事が多いが、確かに正鵠を射ている。通常の意味では、政治的便宜に過ぎず、裁判官ではなく政治家が検討すべきものである。しかし、Parke判事が言っている様に若干の裁判は「例えば、婚姻や商業を制約する際の契約の違法性について、公共の善に関する多数説的且つ正しい意見に根拠を求めてきた。」彼の指摘する様に<sup>(7)</sup>「公共の政策」という言葉を法の政策という意味で用いているならば、それは「法的裁判の正しい根拠」になりえる。「確立された法の諸原則に反する契約や条件は、違法であると言うに過ぎないからである。」コモンローの様な法の集合bodyは、国家の成長と共に漸次成長し、定着した原則を必然的に獲得してきた。そしてこれらの原則を維持しようとするれば、原則を弱めたり否定しようという、絶えず新たな偽装の下に行われる試みを、公共の政策或は同じ様な根拠によって、抑制しなければならない。そうしなければ原則の継続性を保つ事が出来ない。同時に、公共の政策は、時代の理想と必要と歩調を合わせる為に、これらの諸原則を発展させる力をも与える。従って公共の政策は、法の成長に於て継続性を確保する約に立つと共に、一定の弾力性を確保する役にも立つ<sup>(8)</sup>。

「契約の自由に軽々しく干渉すべきではないと言う事が極めて重要な公共の政策である。」とJessel氏が Printing Co. v. Sampson 事件 (1875) で述べているが<sup>(9)</sup>歴史的には、契約の完全な自由が「極めて重要な公共の政策」と見なされた事はない。契約当事者の利害が国家のそれと必ずしも同一とは限らないからである<sup>(10)</sup>。

この公共の政策の概念が初めて適用されたのが、如何なる種類の取り引きに対してであったかを正確に言うのはむずかしい。契約法の分野では、wagering contract 賭博契約を挫く為に適用されたのが最初の例だと良く言われるが<sup>(11)</sup>、誤りとされる。実際は、これよりも遥かに古い。これらの契約が、引受訴訟の発達によって強制可能となる遥か以前に、時代の道徳に反する契約を無効にする為に公共の政策が適用されたのである。契約法の分野で最も古く最も継続的に公共の政策が適用されてきたのは、商業の抑制 restraint of trade の分野である<sup>(12)</sup>。商業の抑制に関する立法は、公共の政策の変化によって形成されてきた。

中世の立法目的は、商業と工業の理想的に公平なfair条件の達成にあり、条件を細かく制定法や地方地方の規則<sup>(13)</sup>で規制した。契約に関する規則の適用を妨げる如き試みは、生き馬の眼を抜く買い占めの様な事 the operation of the iniquitous forestaller and regrator と同一視され、殆ど犯罪<sup>(14)</sup>と見なされたから、原則的には、全体として違法と評価された。

ところが、16世紀中に商売の条件と道徳とが急速に変化して、経済観念の変化をもたらした。目的が理想的に公平な条件の実現から、国家権力の強化へと変化した。中世時代より自由の幅は広がったが、規律されていない範囲でのみ商売は自由とされ、規則で許される商売の自由を反する独占は、違法とされ、同様に他人の商売を規制する契約は無効とされた。

16世紀を通じて裁判所はこの見解を採ったのであり、例えば1578年弟子が親方とのcovenantでノッティングアムで4年間は仕事をしない捺印契約をしたが、無効とされ<sup>(15)</sup>、1578年サーレイのSouthminsで鍛冶屋を開かないとの捺印契約が無効とされた<sup>(16)</sup>。これらの契約は法の定める条件から逸脱しようとしているとみなされたが為に、中世時代と同じく無効とされたのである。これらの判決の全てが、ヘンリー五世の年書 Year Book 中のHull裁判官の傍論を引用していた<sup>(17)</sup>。この例では僅か半年の制限を無効としたのである<sup>(18)</sup>。中世時代には、商品が正直に作られ、価格を公平で合理的にし、適切な熟練度を確保し、生産に携わる労働を公平に待遇する様、介入すべきだと考えられていた。だから、或る法律は、帽子を作るのに fulling mill を用いる事は、人間の職を奪い、仕上がりも良くないという理由で禁止したのである<sup>(19)</sup>。

しかし、弟子の年期が明けると直ちに親方の仕事の秘訣を用いて親方と競争できるのは問題だと感じられた。実際にも商売を或る程度制限する契約も結ばれていた。裁判所も態度を変える必要を感じていた。1614年のRogers v. Parry 事件が、その最初の例である。この事件では原告が被告に一定のお金を対価として払って in consideration of a sum of money paid by the plaintiff 二十一年間一定の店で被告が扉や窓枠の仕事をしない約束をさせた。Coke裁判官は、この契約が、商売を一般的に制限する契約でなく、時間も場所も限定されているから、商売を制限する義務を負うと指摘した<sup>(20)</sup>。この判決は、1621年Broad v. Jollyfe 事件で支持され、後の事件に影響した。けれども、この様な契約を結ぶ自由は極めて限定されたもので、条件が付けられていた。1668年の判決ではCirencesterでの商売を禁止する捺印契約を無効とした<sup>(21)</sup>。次に時間的制限はあるが空間的制限のな

い禁止契約を無効とした<sup>(22)</sup>。第三に商売禁止の合理性が問題とされた。事業の売買や親方の弟子に対する禁止は正当な場合もあるだろうが、十分な且つ合理的な対価が存在しなければならぬ。Aが店舗をBに譲渡するという様に対価がある場合で、Aがその商売を続けるとBに損害をもたらすという事情があるときには、商売の禁止restraintを有効とする<sup>(23)</sup>。

しかし、革命後には、商売に関する古い規制は、除去される傾向が生まれた。ウィッグ党の支持者は商人で、彼らは、商売の自由 *freedom of trade* を好んだ。この為裁判も十八世紀初頭と十九世紀末に見直しが必要になった<sup>(24)</sup>。

その具体的事件が1711年の *Mitchel v. Reynolds* 事件である。被告はHolbornの聖アンドルー教会の教区内で五年間パン焼き業を営まないと約束し、違反した場合、違約罰penaltyを払うとの保証をして *given a bond* パン屋を原告に賃貸した。パーカー裁判官は、上の保証が有効か否かが問題であるとして、商売の禁止を、法律や慣習法によって課せられる非自発的な場合と、当事者の合意による自発的な場合とに分けた。前者の非自発的禁止は、特権の付与grants、憲章、慣習法、或は条例などによって課せられるが、その内でも、独占を作りだすが如き特権の付与などは無効であるとされた。これに対して、商売のより良き規制の為の条例などは有効であるとされた。後者の自発的禁止については、当事者の合意によるものでも、一般的な禁止は無効であるとされた。これに対して、合意による特定の禁止の場合には、有効且つ適切な対価を伴うときには有効であるとされた<sup>(25)</sup>。禁止・抑制の合理性の基準は何か？問題の抑制が、当事者の生計の手段を奪うものであるか否か、公衆の構成員の能力を奪うものか否かが基準である。商売の排他的利益を増す為に不断に活動する団体の作用を容易にしない様、注意しなければならない。弟子が独立したときに、親方の邪魔にならない様に、弟子に無理難題を吹き掛け勝ちな親方のやり口を放置してはならない。これらの悪が結果として生じなければ、禁止は合理的であり、有効である。それを含む契約は、保証bondの形でも有効である<sup>(26)</sup>。但し合理性の基準を満たすか否かの挙証責任は、当該契約の強制を望む当事者の側にある。挙証できなければ、この種の契約は無効と推定されるから、契約は無効である。国王の特権付与や条例に頼って商売を支配する方法は、革命以後急速に色褪せてはいたものの、残照が残っていたのである<sup>(27)</sup>。この *Mitchel v. Reynolds* 事件では有効且つ適切な対価を伴う事を禁止の条件としたが、やがて契約が適切で有用か否かの判断を行なうには、裁判所よりも当事者の方が適している事が分かった。従って、価値の法律的対価 *a legal consideration* があれば十分とされるに至った。それでも、この裁判の原則は1916年の *Morris v. Saxelby* 事件等で踏襲されている<sup>(28)</sup>。ここでも商売を禁止する契約は、一応は *prima facie* 無効とされ、公衆に有害でない禁止や当事者を抑圧しない禁止しか、有効とは認めていない。

ここまで見てきた様に、公序良俗の概念が極めて限られたものである事は明らかであるが、この概念によってアントニオとシヤイロックの契約を無効とする事ができなくとも、前述の法王シクスタスの例の様に臣民が他人若しくは自らの生命を奪う事は臣民の義務に反する反逆罪で法に反して無効とする事は可能と思われ、その際に、金銭の貸借の部分を有効として、人肉契約の部分のみを無効とするべきだろう。

- (1) G. W. Keeton, *Shakespeare and his Legal Problems*, 1930, p.17.
- (2) *Dive v. Manningham*(1551) *Plowden* 64; *Bridge v. Cage*(1606) *Cro. Jac.* 103; *Mackeller v. Todderick*(1634) *Cro. Car.* 337; as cited by W. Holdsworth, vol.8, *A History of English Law*, 2nd ed., p.53, n.7.
- (3) *Pigot's Case*(1615) 11. *Co.Rep.* at f.27b as cited by W. Holdsworth, supra note 2, p.53-54, n.1.
- (4) *Batterssey's Case*(1623) *Winch.* 46 and 49. as cited by Holdsworth, supra note 2, p.54, n.2 and 3.引受訴訟とは、単純契約違反に対して損害賠償請求をする訴訟形式。被告が或る行為を引き受けたにも拘らず、これを不当に履行して原告に損害を生じさせた故、損害賠償の責めを負うべきであるとの法構成を取る。(田中英夫編、英米法辞典、1991, p.73)
- (5) *Norton v. Simmes*(1615) *Hob.*, p.14. as cited by Holdsworth supra note 2, p.54, n.5.
- (6) 2 *Wils.* p. 351. as cited by Holdsworth supra note 2, p.54, n.7.
- (7) *Egerton v. Brownlow*(1853) 4H. L. C. at p.123 per Parke, B. as cited by Holdsworth supra note 2, at p.54, n.9 and p.55, n.1.
- (8) Holdsworth supra note 2, at pp.55-56.
- (9) 19 *Eq.* p.465. as cited by Holdsworth supra note 2, p.56, n.2.
- (10) *Ibid.*, n.3.
- (11) *Pollock, Contracts*(9th ed.) 380. as cited by Holdsworth supra note 2, p.56, n.4.
- (12) *Anson, Contracts*(12th ed.) 221 (n) as cited by Holdsworth supra note 2, p.56, n.5.
- (13) Holdsworth supra note 2, p.57, n.1.
- (14) *Ibid.*, n.2.
- (15) *Ibid.*, n.6.
- (16) *ibid.*, n.7.
- (17) *ibid.*, p.58, n.2.
- (18) Holdsworth supra note 2, vol.2, p.468, n.3.
- (19) 22 *Edward IV.* c. 5. を見よ。 Holdsworth supra note 2, vol.2, p.468, n.2.
- (20) 2 *Bulstr.* 136. as cited by Holdsworth supra note 2, vol.8, p.58, n.3.
- (21) Holdsworth supra note 2, vol.8, p.58, n.4.
- (22) *Ibid.*, p.59, n.1.
- (23) *Prugnell v. Goose* (1649) *Alleyne* 67. as cited by Holdsworth supra note 2, vol.8, p.59, n.2.
- (24) Holdsworth supra note 2, vol.8, pp.59-60.
- (25) 1 *P. Wms.* 181-186. as cited by Holdsworth supra note 2, vol.8, p.60, n.1-5.
- (26) Holdsworth supra note 2, vol.8, p.61, n.6.
- (27) この事件を通じて、consideration という言葉が専門用語としても、非専門用語としても、用いられているが、誤解を招く元であり、誤った概念の原因になっていると指摘されている。 Holdsworth supra note 2, vol.8, p.62, nn.1 and 2.
- (28) [1916] 1 *A. C.* 688. as cited by Holdsworth supra note 2, vol.8, p.62, n.6.

#### IV 債務者拘禁と破産手続

第三幕第一場でシャイロックは、債務証書の期限が来る2週間前にアントニオの破産のニュースを聞いて債務不履行の債務者の収監Committalの準備に役人に近づいている。次に第三幕第三場でシャイロックは、アントニオが鎖につながれて引っ張られている所で遭い、慈悲を懇願されている。アントニオは債務者拘禁をされているのである。

ここで、イングランドにおける債務者拘禁と破産手続を概観する。

## 1. 債務者拘禁の歴史

多くの法体系において債務者の義務は完全に文字通り個人的なものであり、債務者の身体が債権者によって捕らえられた。債権者が団体としてcollectively債権を強制する機構が存在しなかったからである。しかし、産業と商業が登場すると、このような原始的な考えは忽ち修正される。債権者の権利を債務者の身体に対してではなく、その財産に対して強制できる限り、又、詐欺を防ぎ全ての債権者の平等な扱いを促せる限り、債権者が団体として債権を強制する手続が発達してくる。そこでは、不運によって支払い不能になる者と債務者自身の不注意や詐欺によって支払い不能になる者とを一般的に区別するようになる。こういう展開は中世時代には先ずイタリアの都市でローマ法の採用の形で起こった<sup>(1)</sup>。しかし、次の点ではローマ法とは異なると言われる：1. 支払い停止により、支払い不能と破産行為が推定される点。2. 破産の少し前に行われた取り引きが無効とされる点。3. 多数決により、債権者は、債務者が事業を行う時間的猶予を与えて事業再開を許す点<sup>(2)</sup>。イタリアの都市は更に、修正された破産手続 Cessio Bonorum をも採用し、不運により支払い不能になった債務者は逮捕を免れ得る事とし、全財産を提供すれば責任を免除された。フランスでは南部の習慣として現れ、北部では13世紀後半に現れたと言われる<sup>(3)</sup>。このような形態の手続はイタリアから他の国々へ広まって行った。他国同様イングランドでも同じ発展が起こった。

コモン・ローで判決債権者 judgement creditor には、如何なる救済が判決債務者 judgement debtor の財産と身体に関して認められていたか。判決債権者が自分の請求権を実現する方法は二つで、先ず強制執行令状 writ of fieri facias によれば、債権者に支払わなければならないと判決された額に至るまで債務者の人的財産や動産 chattel を差し押え、競売して弁済を強制すべき事を州奉行 sheriff が命じられた。次に、writ of levari facias によれば、債務を返済するに至る迄、人的財産を差し押えて売却し或は土地の収益 profits を取り立てる事を州奉行が命じられた。何れにしても、債務者の身体を捕らえることは許されていなかった。コモン・ローでは、人間が自分の身体を債務弁済の担保にする事は認められなかった<sup>(4)</sup>。

しかし、もっと遡り、例えばアングロ・サクソンの時代には、飢饉のときなどに人間が自らを奴隷として売る事が認められていた<sup>(5)</sup>。その他、奴隷になる原因は、戦争で捕虜になる事や犯罪人として有罪になる事などであった。この様に債務奴隷 wite theow<sup>(6)</sup>が主人に支払うべき債務を自らの労働で返す事はしばしば行われていた。従って、コモン・ローのこの点、債務者の身体を捕らえることを許さなかった点は、注目すべきなのである。責任が厳格に個人的人格的な personal のものだという原始的概念は、古代法体制の結論、債務者の身体を捕らえる事が支払い義務を強制するのに適切な唯一の方法である、という結論を導いたが、この考えをコモン・ローは、成熟したローマ法の影響を受けて、払拭したと言われる<sup>(7)</sup>。

しかしながら、債務者の身柄 person を最後の手段として拘束する可能性を完全に除外す

る事はなかなかむずかしい。いつの時代でも道徳的に余りに下劣で、社会一般の商道徳が与える信用を良心の呵責無く濫用する手合は絶えない。こんな輩には、彼らの行為の結果を身を以て痛感させてやる他に仕様がな。債務者を拘禁しても、債権者にお金が返って来るとは限らないが、それでも、信用の悪用を抑制する効果は期待できよう。

債務者拘禁無しではやっていけないとコモン・ローが認識する様になった。現に特定の種類の債務については早くから債務者拘禁が認められているのであって、具体的には1285年に制定法13 Edward I. st. 3. が、商人たる債権者に、この方法を認めている。即ち、商人たる債権者は債務者をロンドン市長（他の市の場合は chief warden）の前に召喚できる。債務が確認されれば、弁済時点が決められ、それまで弁済がなければ、債権者は再び訴える application が、この段階で裁判所は債務者を投獄できる。これから三か月の間は債務者は、自分の土地を売って債務を弁済するか或いは、三か月経っても弁済しなければ、債務者の全ての土地と人的財産が債権者に引き渡される<sup>(8)</sup>。

但し、債務者拘禁が導入されたのは段階的且つ間接的にであった。元々、応訴の為の勾引令状 writ of capias ad respondendum は、暴力による侵害 trespass vi et armis 訴訟における中間令状 mesne process の一部であった。この令状が13世紀に財産保全管理人 receiver<sup>(9)</sup> 及び荘園代官或は執行代理人 bailiff に対する訴訟又は商人同士の訴訟である勘定訴訟 action of account に拡張された<sup>(10)</sup>。次いで14世紀には、債務訴訟、動産返還請求訴訟 detinue 及び動産占有回復訴訟 replevin に拡張された<sup>(11)</sup>。又16世紀初め即ち1504年には、特殊主張訴訟 action on the case<sup>(12)</sup> に拡張された<sup>(13)</sup>。エドワード三世の治世下では、応訴の為の勾引令状は、被告を裁判所に引き出す為にあり、弁済の為の勾引令状 writ of capias ad satisfaciendum は、判決の履行を確保する為にあると言われていた。この結果、実際には殆ど全ての場合に債権者が債権を執行するために債務者の身柄を拘束 taking できる事になった。かくしてイングランドではヨーロッパの他の多くの国々に於てよりも、債務者の拘束が、より一般的な方法となった。しかも、この方法の導入が間接的に行われたせいで、他の多くの国で要求されていた、この方法の運用に対する制限や規制をイングランドは欠いていた。例えばフランスでは、既に1254年に聖ルイ王が、この方法を補助的例外的なものにする規定を置いた<sup>(14)</sup>。イングランドでは、この方法の濫用が長く続き、ディッケンズの小説に描かれているほどである<sup>(15)</sup>。

この事態に対する批判は古く、ヘンリー八世（在位1509～1547年）の頃からあり、ロンドン市民で呉服商人の Brinklow が、1542年頃に書いた「Moderyck Mors の不平」という本の中で、英国の法が他国の商法より遅れている事、特に債権者間の不平等の欠点の著しい事を指摘している。「商人が…海の事故、悪い使用人 evel servantys, 悪い債務者、火事その他によって other wyse, … 支払い期日に、借金 credyte を払えなくなったとき、…早い者勝ちになり、或る者は全額弁済を受け、残りの者には何も残っていない事になる。…この様な機会が生じたら、債権者の大半且つ債権の大半（を有する債権者団体）が、残りの人を拘束して、大半の債権者と同じ時間を与える。そして…各人が、彼（債務者）の財産でできるだけ、平等な金を与える様にイングランドでも他の国と同じ様にするのが、公平な godly 方法である<sup>(16)</sup>。」

Brinklowは、債権者の側面での法の不適切さを指摘しているが、当時の法は、債務者の側面でも不適切である。正直だが、不運な債務者は投獄された後は、他人の慈善に頼るか、自前で生きるか、飢えて獄中死するしかない。実際にも1551年の判決が、債務者の扶養義務が州奉行にも債権者にも無い事を明言し「他人から何も貰えなければ神の名において死ぬに任せよ<sup>(17)</sup>。」と言っている。自業自得だというのである。尤も、1572年には救貧法が定められ、囚人を救う為に県税の賦課 *assessment of county rates* が定められた<sup>(18)</sup>が、余り効果が無かったと言われる。フリート監獄その他の監獄の貧しい囚人達からの請願でも、永遠の拘禁を債務に対する処罰としている国は他に無いと指摘されていた<sup>(19)</sup>。しかも、この事態は債権者にも何の利益ももたらさなかった。

他方で自分の不注意で勝手に支払い不可能に陥った不誠実な債務者は、不正に手に入れた物を隠匿し、監獄の中で比較的快適に過ごして、債権者が和解に応じる様に仕向けるという怪しからぬ事態もあった。貴族院への請願では、馴れ合いで支払い不能という事にして貰った債務者が相当額の収入を実際には確保しながら、14年間も名目だけ囚人として在監し、人身保護令状その他を悪用して好きな所へ手下を監視人 *keeper* として連れて旅行をしながら、債務の弁済など歯牙にもかけない、例が挙げられている<sup>(20)</sup>。

事態の改善は、第一に枢密院 *the Council* の裁判権によって、第二に立法権によって行われた。内容的には、正直だが、不運な債務者に対して法を緩和・改正する事と身勝手に不誠実な債務者に対しては法を厳格にする事で改善が計られた。破産法はこの最後の動きから生じたのである。

- (1) W. H. Holdsworth, vol.8, *A History of English Law*, 2nd ed., p.229.
- (2) *Ibid.*, pp.229-230, n.6.
- (3) *Ibid.*, p.230, n.1.
- (4) *Ibid.*
- (5) Kemble, *Saxsons* 196, 197; Thorpe II19. as cited by Holdsworth, *supra* note 1, vol.2, p.40, n.8.
- (6) *wite* は罰金の意味 (田中英夫, 英米法辞典, 1991, p.914); *theow* は奴隷の意味 (Holdsworth, *supra* note 1, vol.2, p.659.)
- (7) Holdsworth, *supra* note 1, vol.8, p.230.
- (8) Holdsworth, *supra* note 1, vol.3, p.131, n.8 and p.132, n.1.
- (9) *receiver* は裁判所によって任命される事もあり, その場合には裁判所の役人 *officer of the court* である。D. M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, 1980, p.1040.
- (10) 52 Henry III. C. 23; 13 Edward I C. 11; Holdsworth, *supra* note 1, vol.8, p.231.
- (11) 25 Edward III. C. 17; Holdsworth, *supra* note 1, vol.8, p.231.
- (12) 他の侵害訴訟では被告を逮捕し, 法外放置できるのに対して, 特殊主張訴訟では1504年迄できなかった。また侵害訴訟は直接的損害を対象とするのに, 特殊主張訴訟は間接的派生的損害 *consequential harm* を対象とする点に違いがあった。(Walker *supra* note 9, p.21-22.)
- (13) 19 Henry VII. C. 9; Holdsworth, *supra* note 1, vol.8, p.231.
- (14) Holdsworth, *supra* note 1, vol.8, p.232, n.1.
- (15) 穂積重遠, 新版やさしい法学通論, 1963, p.102.
- (16) Holdsworth, *supra* note 1, vol.8, p.232.

- (17) *Dive v. Mannigham* (1551) as cited by Holdsworth, *supra* note 1, vol.8, p.233, n.1.
- (18) 14 Elizabeth C. 5. § 38, and 39 Elizabeth C. 3. § 13; Holdsworth *supra* note 1, vol.8, p.233, n.1; R. B. Pugh, *Imprisonment in Medieval England*, 1968, p.330, n.3.
- (19) Holdsworth *supra* note 1, vol. 8, p.233, n.1.
- (20) *Ibid.*, n.2.

## 1. 不運な債務者の為の法の修正

### イ. 枢密院の活動

正直だが不運な債務者の為に枢密院は、高利貸しの場合と同じ理由で、度々積極的に介入し、時には債権者との和解・示談compositionを整え、ときには強制enforceさえした。このような和解・示談が16世紀半ばに頻繁であった事は、1543年に発行されたPhayrs<sup>(1)</sup>の本で取り上げられている此の種の捺印証書deedの先例から明らかである<sup>(2)</sup>。

但し、此の種の和解・示談も、債権者が頑固だと無駄になった。その様な債権者には圧力を掛けて捺印証書を作成する様命令した。具体的には、債務者の航海から期待される利益が現実のものとなるまで待つ様に債権者に命令したり、拘禁されている債務者の言い分casesを調べる為の委員会を任命したり、債務者がフランスで入手予定のお金を得るまで困窮したdistressed商人の邪魔をしない様に命令したり、1581年の例では、窮状にある商人に穀物輸出の特許状を与えさせている<sup>(3)</sup>。

これらの枢密院の委員会には行き過ぎもあった様で、これらが行使した権限の合法性が疑わしいと問題にされたこともある。1608年Cokeが上げた理由は、コモン・ロー裁判所で裁判できる問題についての審査権を枢密院の委員会に与える事は、直接の目的であってはならず国事に関する問題でなければならない、という事らしい<sup>(4)</sup>。

委員会が提案した和解・示談を受えない債権者には、具体的には、債権者が委員会の言う事を聞かなければ、債権者が困ったときに、枢密院から好意を受けられなくなるという脅しであった<sup>(5)</sup>。

この枢密院の管轄権は十七世紀前半を通して行使された。1637年のある例では、枢密院は「極めて多くの人々が一般的に慈悲深い合意をするのに反して、小数の(債権)者の(和解・示談の合意をしようという)意志を確固たるものにする為に」破産手続の脅しを用いるのは合理的ではない、と言っている<sup>(6)</sup>。

又、国璽尚書 Lord Keeper は、破産委員会によって再度の支払いを強制されるかも知れないと恐れている債務者は、恐れる必要がない。何故なら国璽尚書が、その様な委任状を発行しないからだ、尚書自らが債務者を安心させる事に努めている<sup>(7)</sup>。

支払いを拒否した全ての債務者と、示談・和解への合意を否定した全ての債権者は、枢密院への出頭を命じられた。国王も示談を容易にする為の保護命令を出す issuing protection 慣行があった様である<sup>(8)</sup>。

### ロ. 議会による立法

十七世紀後半には枢密院は、この管轄権の行使を止めたので、逆に法の苛酷さを和らげ

る必要を議会が感じるに至った。1660年に貴族院に困窮した商人の二通の請願書が提出され、1662年と1664—1665年に彼らを救う法案が同院で審議された。後の請願では、監獄が、金持ちで資金に余裕のある者にとっては聖域あるいは隠れ蓑となっており、貧しい男女にとっては残酷な殺人窟となっていると糾弾されていた<sup>(9)</sup>。しかし、議会の行動が結実したのは、1670—1671年の制定法(22, 23 Charles II. C. 22.)に依ってであり、これに依り、治安判事が債務を理由とする如何なる被拘禁者をも、判事の前に召喚できる事になった。当該囚人が10ポンドを越える不動産estateを持っていないと誓えば、或は又、債権者を欺罔する為に自分の不動産を譲渡conveyedした事がないと誓えば、証明書が其の囚人に与えられ、次の四半期の裁判所開廷期間 quarter session に出頭すべき通告noticeが債権者に出される(同法第一条)。そのとき、囚人の誓いを原告＝債権者が反証disprove出来なければ、その囚人は釈放dischargeされる(同条)。

囚人が釈放されても、債務者拘禁を許した判決は有効なままだから、囚人の財産に対して新たに執行を訴える事は出来る(第四条)<sup>(10)</sup>。この1670—1671年の制定法(22, 23 Charles II. C. 22.)は、1678年に、中間札状mesne processで収監される人々にも適用される様に拡大された(30 Charles II. C. 4.)が、後者の第八条(30 Charles II. C. 4. § 8.)は、囚人が釈放されても保証人まで釈放される訳ではない点に注意を喚起している<sup>(11)</sup>。

囚人を釈放すべき場合でも、もし債権者が債務者を監獄に閉じ込め続けたければ、その債権者は囚人の生計費を週毎に支払いさえすればよい(第二条)。但し、生計費は典獄に対してではなく、囚人に対して払い込まなければならない。(第三条)<sup>(12)</sup>

重罪人と債務者拘禁による囚人とは相部屋にしない事が定められ、典獄gaolersや獄吏their officersによる一定の虐待も禁止された(同法第十一条及び第六ないし八条)。

債権者が支払う生計費によって収監されている囚人については、治安判事の判決の三か月以内に彼に属する不動産が発見されなければ、釈放しなければならない。(第三条)第十一条によれば、囚人の扶養義務を負う親族a relation liable to maintainが生計費を支払える場合には、その扶養義務者が支払わなければならない。

債務者が労働者labourersであるときには、作業場に移す事ができるが、逆に、彼らは二年後に釈放を要求できる。これは、労賃を評価したと思われる。

この法律が適用されるのは、在監六か月以上の囚人だけであり(第九条)、債務が五百ポンドを越える囚人には適用されない。(第十条)<sup>(13)</sup>更に外国で契約された場合、当該外国人についても適用されない。(第十八条)

釈放の条件は、債務者拘禁されている囚人の人的財産effectsと囚人自身に対する他人の債務の全てを開示disclosureする事である。(第十九条)

馴れ合い訴訟collusive actionsによって債権者を欺く為、わざと債務者が、自ら監獄に入れられる様に仕組んで、此の法律を悪用する事を防ぐ試みが、1690年になされた<sup>(14)</sup>。

更に1694年<sup>(15)</sup>と1695—1696年に<sup>(16)</sup>修正が加えられ、法律適用制限の対象として、犯罪の罰金を支払わないために、強制執行executionで捕らえられたtaken債務者(第八条)、国王への債務を負っている者(第九条)或は重罪たる不法行為による

損害賠償責任を負う者（第十五条）が明示された。第十四条では、応召を確保するため四十歳未満の者は、自ら応召するか、他人を勧誘して応召させるかしないと、釈放されないと定められた<sup>(17)</sup>。

これらの法律が多いのは、債務者拘禁から釈放する事のむづかしさと典獄などによる虐待が止まなかった事を窺わせると言われる。典獄達は、貧しい債務者よりも、豊かな債権者の方に付いた様であり、治安判事には荷が重すぎた様である。結局、法律よりも枢密院が16～17世紀前半に執った措置の方が効果的だった様である<sup>(18)</sup>。

- (1) ウェイルズ生まれでオックスフォード大学とリンコルンズ・インで教育を受け、ウェイルズとの国境における法務官となった。(W. S. Holdsworth, vol.5, A History of English Law, 1924, p.388.)
- (2) Holdsworth, supra note 1 vol.8, p.233.
- (3) Ibid., p.234.
- (4) Holdsworth supra note 1, vol.5, p.433, n.3 . の本文。教会裁判所を国王とコモン・ロー裁判所に従属させる議論であり、法治主義の確立にも関係している様である。
- (5) Holdsworth supra note 1, vol.8, p.234, n.5.
- (6) Ibid., p.234.
- (7) Ibid.
- (8) Ibid., n.7.
- (9) Ibid., n.9.
- (10) Ibid., p.235.
- (11) Ibid., n.5.
- (12) Ibid., n.11.
- (13) 後に 7, 8 William III. C. 12 § 9. によって百ポンドまで引き下げられた。Ibid., n.14.
- (14) 2 William and Mary Sess. 2 C. 15. ; Holdsworth supra note 1, vol.8, p.234, n.17. 尚William三世とMary二世の共同君主は1689年から1695年までである。
- (15) 5, 6 William and Mary C. 8; Holdsworth supra note 1, vol.8, p.235, n.18.
- (16) 7, 8 William III. C. 12; Holdsworth supra note 1, vol.8, p.235, n.19.
- (17) Holdsworth supra note 1, vol.8, p.235, n.22.
- (18) Ibid., p.236.

## 2. 不正直な債務者に対する措置

### イ. 枢密院の活動

この時期の初めから、枢密院が詐欺的な破産に関与し、法を発動させるか、特別の場合には命令を下した。不正直な債務者に対する場合は、不運な債務者に対する場合と異なり、枢密院の活動は支持されたが、後期も早いうちから立法措置が取って代わった<sup>(1)</sup>。

### ロ. 立法機関による立法

破産法の起源は、不正直な債務者に対する法律にある。詐欺的破産者を対象とする法律の目的は、破産者の救済ではなく、破産者に対する債権者の利益の為に破産者の財産を確保する事に置かれた。これらの最初の法律が、制定されたのは1452—1543年で「他人の財産の相当額を狡猾にせしめて自分の債務や義務を債権者に対して返済や履行する気など

更々無くて突然に行く方をくらし、或は自分の家に立て籠もる keep their houses…人々」を対象としていた<sup>(2)</sup>。大法官 Lord Chancellor その他一定の役人及び二人の首席裁判官が、この法により、債務者の財産を差押seize身柄を投獄し、財産を債権者達に配分する権限を与えられた。これらの債務者に対する債務者或はこれらの債務者の財産をいくらかでも占有していると疑われる何人をも召喚summonし、審理し、支払いや返還restitutionを要求するrequireする権限も与えられている。これらの債務者に対する債務者或はこれらの債務者の財産をいくらかでも占有していると疑われる者に対しては、知っている事実を開示する様要求も出来る<sup>(3)</sup>。

逃亡債務者から不当に優先弁済 undue preference を受けた債権者は処罰され、債務者から馴れ合いで取り立てた債権の回収recoveriesは取り消される。これらの手続が適用される対象は、債務履行を免れる為にイングランドから出国した者、行く方をくらました者及び自分の家に立て籠もる者である<sup>(4)</sup>。

上の制定法は、1571年の、より包括的な法律に代わられ、次いで1604年と1623年の修正により、拡大された<sup>(5)</sup>。

#### (a) 破産主体

誰が破産者となり得るかについては、これらの全ての法が、商人tradersに限定していた。東インド会社、アフリカ会社或は漁業会社 Fishery company の株主であるだけでは商人とは認められなかった<sup>(6)</sup>。破産する特権！がイングランド銀行の株主に拡張されたのは、法律 8, 9 William III. C. 20. § 47. によってである。1698年の判例で農民や旅館経営者inn-keeperも商人とは認められなかった<sup>(7)</sup>。

初めの二つの法律では、破産者はイギリス臣民でなければならないとされた。しかし、1623年の法律により外国人でも破産者となり得る事が認められ、債権者としても自らを証明出来る様になった<sup>(8)</sup>。この法律が制定される前でも、外国に居住するイングランド人債務者が、外国人の債権者から債務を免れようとして、財産をイングランドへ移して自らも帰国した場合に、大法官裁判所が外国人債権者を救済する為に関与した様である<sup>(9)</sup>。

1700年に、未成年者の債務が無効である故に未成年者を破産者にする事ができないとの判決が出された<sup>(10)</sup>。

#### (b) 破産行為

1571年の法律 13 Elizabeth C. 7. は、次の行為が、債権者を欺き或は妨げる意図で行われた場合に破産行為とすると定めている：イングランド王国からの出国；家に立て籠もる事或は家を留守にする事；聖域に逃げ込む事；債務者として拘禁される事 suffering oneself to be arrested for debt；法外放置者outlawedとされる事或は投獄される事；及び家から離れる事。（第一条）

1604年の法 1 James I. C. 15. は、表現を若干変更し、破産行為の要件として、債権者を妨げ或は遅滞在させる意図を持って行う事とした。同法は、破産行為として次の二つを加えた：上の意図を持って人的財産goods及び動産chattelsを差押させるattached事並びに土地及び人的財産を譲渡する事conveyanceの二つである。更に、次の行為は上の意図の有無に拘らず破産行為になるとして追加した：債務者拘禁されて既に六か月入獄している

事1 James I. C. 15. § 2. 並びに委員会に召喚されても出廷しない事1 James I. C. 15. § 6. である。

1623年の法律21 James I. C. 19. § 2. は更に次の行為を破産行為として追加した：当初の債務<sup>(11)</sup>、よりも小額しか強制しない様に債権者に債務者が頼む事 presenting a petition, 或は支払い期限を長くする様頼む事、又は、百ポンド以上の債務があり逮捕されたのに六か月以内に返済しない事などである<sup>(12)</sup>。

ここで逮捕arrestに言及しておけば、1661年の法律13 Charles II. st. 2 C. 2. § 1. は、悪意で被告を逮捕する悪習を止めさせる為に、令状中に真実の訴訟原因 cause of action を記載していない限り、何人も監獄に拘禁できないと定めた。又出廷の保証金を40ポンドを越えてはならないと定めた<sup>(13)</sup>。債権者の訴訟を遅らせる為に債務者が監獄に入っている場合に、その債権者を救ける為に、囚人に対する判決を求める訴訟を起こす途<sup>(14)</sup>を開いた。

1696—1697年の制定法8, 9 William III. C. 27. の規定では、債務者拘禁で収監されている者の逃亡を許した典獄を罰する事になっている；逃亡囚人に対して更に訴訟を提起する事を債権者に認める；WhitefriarsやSavoyの様な準聖域に逃げ込んだ債務者を逮捕する義務が州奉行に科せられた（第十四条<sup>(15)</sup>）。

誤審令状を持ち込んで裁判を遅延させようとの試みを防ぐために1606年の法3 James I. C. 8. の規則を1661年の法13 Charles II. st. 2 c. 2. § 7. が拡張して、判決で支払うべきものとされる金額と裁判費用の二倍の保証金securityを積まなければ、判決の執行を延期してはならないとした。原判決が肯定された場合には、誤審を理由とする裁判を起こした原告が、裁判費用の二倍を払わなければならない<sup>(16)</sup>。

#### (c) 破産に対する管轄権

1571年の法律13 Elizabeth C. 7. § 2. により大法官が委任する「賢明で正直で慎重な人々」に管轄権が付与された。普通は councilor of law に何人かの市民や商人が加わった。更に債権者の中から一名か二名が配分資金の保管人treasurerに指名された<sup>(17)</sup>。

#### (d) 委員の権限

委員は破産者の身柄を拘束takeでき、債権者の為に破産者の財産を取り上げ、処分できた<sup>(18)</sup>。破産者か彼の妻に、宣誓させた上で、取り調べるexamine事ができた。財産に関する質問に答えなければ破産者を投獄できた<sup>(19)</sup>。破産者が偽証すれば、耳を切り取られ、晒し台pilloryに架けられた<sup>(20)</sup>。

破産者に対する債務者や破産者の財産を幾らかでも持っていると思われる全ての者を召喚し、宣誓させた上で取り調べをする権限を委員は有していた。この場合、答えを拒否すれば投獄された<sup>(21)</sup>。20ポンドまでの価値の財産を破産者が詐欺的に隠すと耳を切り取られ、晒し台に架けられた<sup>(22)</sup>。

委員は委任の執行の為に、破産者の家の扉を壊して開く権限を認められた<sup>(23)</sup>。破産者に支払われるべき債務を、破産者を経ずに直接、破産者に対する債権者に委員は譲渡assignでき、この債権者も自らの名義で上の債務の回収を訴える事を認められた<sup>(24)</sup>。委員の権限は破産者の死によっても任期が終了しない<sup>(25)</sup>。但し、法律5 George III. C. 30.

§ 44. 迄は国王の死によって任期が終了した。

(e) 債権者と破産者に対する委員の義務

破産者の債務を全て履行したdischarge後は、残余が幾らかでもあれば、破産者に支払わなければならない<sup>(27)</sup>。

(f) 分配すべき破産者の資産

1571年法によれば、破産者が破産後に得た財産でも債権者に分配できるとされたが、破産前に善意で bona fide 譲渡された財産は分配できないとされていた<sup>(28)</sup>。

(g) 破産の効果

破産者から債権者に対して支払いをなした限度でしか、破産者は責任liabilitiesを免除されない。1571年法は、返済されない債務について債権者が持っている全ての救済手段remediesを持ち続けると、わざわざ断っている<sup>(29)</sup>。

Cokeによれば破産法の目的は、債権に比例して破産者の財産を債権者に分配する事によって平等に債権者を救済する事にあった。破産者は破産後は自分の財産を処分する事が許されず、処分すれば詐欺的優先弁済fraudulent preferenceをした疑いが生じる<sup>(30)</sup>。

破産時点は破産行為を行った日とされ、委員が認定するが、コモン・ロー裁判所が再審する権限を留保している。同様に人身保護令状によっても委員の関与の合法性を問題にする事ができた<sup>(31)</sup>。

破産手続を執られる対象が商人に限られたが、商人であるか否かは、間接的に、名誉毀損訴訟action for slanderでも確定された<sup>(32)</sup>。

債権者の請願に基づいてのみ委員は活動を開始できるissueが、破産行為がなされたか否かの認定も、債務の存否の認定も裁判所か大法官の再審に服した<sup>(33)</sup>。

委員が不公平な扱いをした場合には大法官裁判所が介入した。大法官裁判所は、この時期の末期には、破産管理の他の問題をも扱い始め、先例の精確化に貢献した。例えば衡平法上の一定の財産権を破産者の資産とみなして分配を許すべきか否か、具体的には、妻や子の利益benefitの為に承継的処分をしたsettled財産や父親が息子の為に承継的処分をした年金は差押られないとされた<sup>(34)</sup>。

土地の売買と破産については、1684年の衡平裁判で、土地を購入したが代金の全額を払い切っていない破産者について、売り主は、残金について、他の一般の債権者と同視すべきではなく、未払い金に土地を充てchargedしなければならないとされた<sup>(35)</sup>。

売主が代金を受け取らないうちに品物を買主への運送委託をしたところが、船が航海を終わらない間に、買主が破産した事件で、法律上はこの財産は移転したが、当該売主は、この品物を取り返す事ができると1690年に判決された。「何らかの手段で売主がこれらの品物をもう一度取り戻す事ができるのならば、或は破産者の手に入る事を防げられるならば、売主がそうする事は合法であり、衡平上、許されて当然である<sup>(36)</sup>。」

#### 破産法の欠点

当時の破産法には、大きな欠点が二つあった。まず、不幸な破産者と不注意で不正直な破産者との区別がなかった。当時の支配的考えは、破産を違法行為offenceと捉えていたから、破産手続が適用された後でも、破産者が自分の責任から解放されなかった。その結

果、悪者は免れ、正直に取引をした者が捕まるという矛盾があった<sup>(37)</sup>。

第二に、破産について管轄権を行使する者が常に有能とは限らなかった。しかも、委員の活動が不適切wronglyな場合には訴えに応じる責任が課せられていた。その為に最も有能な人々は委員になるのを嫌った<sup>(38)</sup>。破産法の適用には時間が長引き、費用も嵩む。これらの性質の異なる二種類の破産について、衡平の観点から異なる扱いを要するのは明らかだったので、この時期の後半に大法官が委員の執務に、より積極的に関与し始めた<sup>(39)</sup>。十七世紀後半には法の改正も提案され、やがて実際にも修正されていく。それにも拘らず、十九世紀の法改革までは、英法の最も弱い分野と評された。さらにこの制度を悪化させる要因として、破産手続の適用範囲が商人に限定されていたという事実と、破産に限らず、債権者を和解への合意を強制できなかったという事実がある<sup>(40)</sup>。

1641年に枢密院Councilの管轄権が廃止された為に、全ての債権者が合意しない限り、正直で不運な債務者が債権者と和解する機構が無くなった事、が悪化の原因である。確かに一時期は、大法官裁判所が遺産管理調整申立 bill of conformity を手段として多数の債権者が承認した和解案に小数の反対派の債権者も合意する様に強制した。けれども、この慣行は濫用されるに至り、この申立が専ら裁判遅延を目的とする様になった<sup>(41)</sup>。この為に1621年には、債権者が同意しなければ、この申し立てを棄却すべきであると布令 proclamationによって命令した。1623年には、更に徹底して、この申立を付託するだけで破産行為とみなすとの法律規定が置かれた<sup>(42)</sup>。

この時期の末には和解を促す法案を成立させようとする努力がなされた。1679年には、庶民院で法案が審議され、1694—1695年にも貴族院で同じ様な法案が審議された<sup>(43)</sup>。翌々会期の1696—1697年には法律 8, 9 William III. C. 18. が成立させたが<sup>(44)</sup>、次の年に廃止された<sup>(45)</sup>。この結果、債権者との正当な和解を強制する手段の規定は十九世紀まで待たなければならなかった。

但し商人に関して和解を強制する手段の実質的規定が成立したのは、1705年の法律 4, 5 Anne c. 17 (R. C. c. 4.) で、破産者が自分の財産を放棄し引き渡して次の条件を満たせば債務を免除される資格を認められた；即ち物的財産estateを換金して債務1ポンド当たり8シリング以上になった場合である（第八条）。この規定は当初は臨時のもので恒久的にするつもりはなかったとHardwick卿が或る事件で述べている。戦争が多くの貿易商に損害を与えて支払い不能に陥らせたという特殊な時代的背景を考慮したものである。財産を換金しても債務1ポンド当たり8シリングに満たなければ、委員会による酌量を受けただけである（第九条）。但し、破産者が子供の婚姻に100ポンド以上前払いしていたり、破産の前12か月以内に合計100ポンドを越えて失っていたり、特定の日5ポンドを越えて失っていたりすれば、免除の恩恵は受けられなくなる（第十三条及び第十六条）。破産者が財産を放棄しなかったり、審理を拒んだり、財産の全面的開示をしなければ、聖職者の特権を受けられずに重罪とされる（第一条）<sup>(46)</sup>。

この間にも勿論、和解の必要は痛感されていたのであって、1672年に財務府Exchequerが廃止された為に破滅したruined金工ロバート・ライウーズの場合は、他の全ての債権者が同意しているのに一人だけ反対した債権者の為に和解が成立せず、国王が債権者に

承認を強制する様介入してくれる様懇願した<sup>(47)</sup>。

上に述べた破産法の欠点を悪化させるものとして、全ての債権者が債権の執行executionに於いて債務者の身体を拘束してtaking履行の圧力をかけるopressing権限を認められていた事がある。1831—1832年のコモン・ロー・コミッショナーズは、次の様に指摘している：「苦況あるいは支払い不能に陥った者で、破産法の適用外に置かれた債務者は、悲惨な状況に陥る。…債権者の利益の為に全不動産estatesを投げ出した後で、逮捕され死ぬまで監獄に放って置かれ、解放を得る手段を与えられないという極めて残酷な幾つかの例が実際に起こっている<sup>(48)</sup>。」

こうして、イギリスの法律は、古代ローマの最も自由主義的發展を一步先んじた段階から出発して時代を遡って十二表法に逆戻りするという変化を、封建期からBlackstoneの時代にかけて、示した<sup>(49)</sup>。この途中経過の中で、シェイクスピアは、人肉という極端な違約罰を戯曲で取り上げ、苛酷な違約罰から市民を衡平裁判所が救う判例の確立に隠れた貢献をしたのではないかとさえ考えられる。或は実際にもシェイクスピアは、意識して戯曲化する事によって、法の変化を促したのかもしれない。

- (1) W. S. Holdsworth, vol.8, A History of English Law, 1937, p.236.
- (2) 34, 35 Henry VIII. C. 4; Holdsworth supra note 1, p.236.
- (3) Holdsworth supra note 1, p.236.
- (4) Ibid., pp.236-7.
- (5) 順に夫々 13 Elizabeth C. 7; 1 James I. C. 15; 及び 21 James I. C. 19. である。Holdsworth supra note 1, p.237.
- (6) 14 Charles II. C. 24; Holdsworth supra note 1, p.237.
- (7) Meggot v. Mills (1698) I Ld. Raym. at p.287. as cited by Holdsworth supra note 1, p.237, n.4.
- (8) 21 James IC. 19. § 15; Holdsworth supra notel, p.237, n.5.
- (9) Eland v. Colley (1610-1611) Tothill 68-69. as cited by Holdsworth, supra notel, p.237, n.5
- (10) Rex v. Cole (1700) I Ld. Raym. at p.443, as cited by Holdsworth, supra note 1, p.237, n.6.
- (11) これは馴れ合いにより実際よりも過大評価された債務の事とも思われる。
- (12) Holdsworth, supra note 1, pp.237-238.
- (13) Holdsworth, supra note 1, vol.6, p.407.
- (14) 13 Charles II. st. 2 C. 2. § 4; Holdsworth supra note 13, vol.6, p.408.
- (15) Holdsworth supra note 13, vol.6, p.408, n.4.
- (16) 13 Charles II. st. 2 C. 2. § 8; Holdsworth supra note 13, vol.6, p.408, n.9.
- (17) Holdsworth, supra note 1, p.238, nn.6, 7 and 8 の本文。
- (18) 13 Elizabeth C. 7. § 2; Holdsworth, supra note 1, p.238, n.10.
- (19) 1 James I. c. 15. § 8; Holdsworth, supra note 1, p.238, n.12.
- (20) 1 James I. c. 15. § 9; Holdsworth, supra note 1, p.238, n.13.
- (21) 13 Elizabeth C. 7. § § 5, 6; Holdsworth, supra note 1, p.239, n.1.
- (22) 21 James I. c.19. § 7; Holdsworth, supra note 1, p.239, n.2.
- (23) 21 James I. C. 19. § 8; Holdsworth supra note 1, p.239.
- (24) 1 James I. C. 15. § 13; Ibid.

- (25) 1 James I. C. 15. § 17; Ibid.
- (26) Holdsworth supra note 1, p.239.
- (27) 13 Elizabeth C. 7. § 4; Ibid.
- (28) 13 Elizabeth C. 7. § § 11, 12; Ibid. pp.239-240.
- (29) 13 Elizabeth C. 7. § 10; Ibid. p.240.
- (30) Holdsworth supra note 1, p.240, nn.7, 8 and 9.
- (31) Holdsworth supra note 1, pp.240 and 241, n.2.
- (32) Ibid. p.241.
- (33) Ibid. n.7.
- (34) Ibid. nn.10, 11 and 12; vol.1, p.470.
- (35) Ibid. p.243, n.3.
- (36) Ibid. n.4.
- (37) Ibid. n.5.
- (38) これらの訴えについての規定については 1604 年の法 1 James I. C. 15. § 16. を見よ。  
Holdsworth supra note 1, p.244, n.1.
- (39) Holdsworth supra note 1, vol.1, pp.470-1.
- (40) Holdsworth supra note 1, vol.8, p.244, nn.4 and 5.
- (41) Ibid. n.8.
- (42) 21 James I. C. 19. § § 2.5; Ibid. n.10.
- (43) Holdsworth supra note 1, p.244, n.11.
- (44) Ibid. n.12.
- (45) 9 William III. C. 29; Ibid. p.245, n.1.
- (46) Holdsworth supra note 1, vol.11, p.445, nn.5-11.
- (47) Holdsworth supra note 1, vol.8, p.245, n.2. エリザベス朝時代に公衆に開かれた銀行は無く、私的銀行しか存在しなかった。しかも独立した事業ではなく、呉服商、羊毛商、金工などとの兼業であった。特に金工は貴金属を扱い慣れていたので次第に銀行業を独占するに至り、16世紀初めには両替業務を始めていたと言われる。1627年に、両替を禁止しようとの試みがあったが、効果なく、17世紀半端までにはお金の保管や紳士の地代を預かる様になり、預かり金を政府や私人に貸して運用し、利子を付けて預かり主に返した。1660年の王政復古後は、国王は、従来のようにロンドン市や商人からではなく、金工や銀行から借りる様になった。1672年の財務府廃止も、想像されるよりは影響が少なかったが、銀行家は、政府との取り引きを少なくするに越した事はないという教訓を得た。公衆も政府との取り引きが無いという事を確かめた上でないと銀行に預金しないという慎重さを身に付けた。(Ibid. p.185, nn.2-11 and p.186, nn.1-5.)大名貸しを家訓として禁じたと伝えられる三井家の逸話を彷彿とさせるものがある。
- (48) Fourth Report, Parliamentary Papers 1831-1832 Pt. I.14. as cited by Holdsworth supra note 1, vol.8, p.245, n.4.
- (49) R. Ford, Imprisonment for Debt, 25, Michigan Law Review, 1926-1927, p.28.