

法律の不遡及原則の歴史的展開

齋藤 健一郎

- I. 序 論
- II. 戦前日本の立法動向
- III. 不遡及原則の確立と展開
- IV. 公法における不遡及原則の変容
- V. 結 論

I. 序 論

法律の時間的適用範囲に関する原則の一つに、法律の不遡及原則がある。本稿の目的は、この原則の日本法における歴史的展開の様子を明らかにすることにある。

戦後間もなく、自作農創設特別措置法の昭和22年改正（昭和22年12月26日法律第241号）により同法に基づく行政処分に対する訴訟の出訴期間が短縮された際には、改正法の施行前になされた処分にも改正法が適用されたことから（附則7条1項）、これは遡及立法として許されないのではないかが争われた。この当時、すでに不遡及原則は一つの法原則として知られていたようである。だが、原則の内容・射程については必ずしも共通理解があったわけではない。

学説では、遡及処罰の禁止を定める憲法39条を行政法令にも類推適用すべきと主張されたが¹⁾、最高裁は、「刑罰法規については憲法第39条によって事後法

1) 参照、田中二郎『行政法総論』（有斐閣、1957年）168頁注5、杉村敏正『全訂行政法講義総論（上巻）』（有斐閣、1969年）33頁、成田頼明『行政法序説』（有斐閣、1984年）74頁。

の制定は禁止されているけれども、民事法規については憲法は法律がその効果を遡及せしめることを禁じてはいない」と解した²⁾。「公共の福祉」や裁判を受ける権利との関係で一定の限界があることは示唆されたものの、「改正前の法律による出訴期間が既得権として当事者の権利となるものではない」との判断も示された。もちろん、以上は明示的な遡及立法の合憲性を認めたにとどまり、法律の不遡及原則それ自体が否定されたわけではない。最高裁は、昭和26年には、実体法と手続法とを区別した上で、実体的規定については経過規定がない限り遡及効を認めるべきではないと判断している³⁾。

公法学説においては、法律の不遡及原則に関しても、戦後の代表的な論者が田中二郎であったことは疑いない。田中は、「行政法規の効力発生前に終結した事実に対しては、その行政法規の適用のないこと」が原則であり、その反面、「継続した事実 (Daueratbestände) に、新たな法規の適用を妨げるものではない」と解していた⁴⁾。そして、不遡及原則は「既得権」の尊重のために要請される⁵⁾。そうであるからこそ、例外的に遡及立法を制定する（あるいは新法を遡及適用する）には、「そのことについて予測可能性が存在したことを当然の前提とし、既得権との調整（何らかの代償等）をなすこと」が条件とされる。また、「継続した事実」に対する新法適用に関しても、「原則として、人民の既得権 (die wohlerworbenen Rechte) を侵してはならないという制限を受ける」と解された⁶⁾。田中二郎の所説においては、法律の不遡及原則と既得権の尊重とが密接に関連し合っていたように思われる。

田中の所説あるいは田中も参照していたドイツ法学説（特にフォルストホフ）

2) 最大判昭和24年5月18日・民集3巻6号199頁。同旨として、最判昭和33年4月25日・民集12巻6号912頁（農地の遡及買収が争われた事例）。

3) 最判昭和26年4月28日・民集5巻5号336頁、最判昭和28年11月20日・民集7巻11号1246頁（地方議会での懲罰に関する会議規則の適用が争われた事件）、最大判昭和34年7月20日・民集13巻8号1103頁（住民訴訟制度の創設時の事件）。

4) 田中・前掲注(1)164頁。

5) 田中二郎『新版行政法上巻 [全訂第二版]』（弘文堂，1974年）66頁。同旨として、杉村章三郎『行政法要義上巻 [新版]』（有斐閣，1970年）21頁。

6) 田中・前掲注(1)168-169頁注5，164-165頁。

は、戦後の論者に影響を与えた⁷⁾。多くの裁判紛争が生じた租税法規に関しては、遡及効の許容性の判断基準として私人の予測可能性や不利益の重大性を考慮するという点で、田中説が浸透している。しかし、憲法84条に基づき租税法規の不遡及原則が論じられてきた⁸⁾ことを除くと、不遡及原則の内容や関連する法概念についての具体的事例を踏まえた分析は十分にはなされてこなかったように思われる。租税法以外の法律はその時間的適用範囲をめぐって争われることが少なく、しかも、この問題が関係していたはずの事件でも必ずしも争点化されてはこなかった。そもそも、日本の法令は、通例、経過規定により時間的適用範囲を整備しているため、実務的な疑義が顕在化することは少なかった⁹⁾。

その一方で、現在ではあまり知られていないが、戦前の法令には経過規定が整備されていなかった場合があり、そうした法令をその施行前に生じていた事実に対して適用するならば遡及適用となるのではないかが裁判上で争われていた。しかも、明治期の法典編纂に際しては不遡及原則を法律の一規定とすることが試みられた経緯があり、この立法動向を契機として、戦前には、不遡及原則について学説上でも議論がなされていた。これらの議論は、戦後の裁判所や論者にとって思考の前提になったものと思われる。実際、最高裁は前述のとおり戦後早くに不遡及原則を認めており、田中もまた戦前の行政法講義案において簡潔ではあるが言及をしていたことから¹⁰⁾、戦前には、不遡及原則がすでに確立していたか、少なくとも一定の観念が形成されていたようである。

7) 参照、杉村(敏)・前掲注(1)32-33頁、成田・前掲注(1)74-75頁、室井力「行政法令不遡及の原則——公害防止事業費事業者負担法3条に則して」『行政の民主的統制と行政法』(日本評論社、1989年)39-47頁。もっとも、昨今では既得権には言及されていない(例えば、塩野宏『行政法I [第6版]』(有斐閣、2015年)72頁)。

8) 参照、金子宏「租税法の基本原則」『租税法理論の形成と解明上巻』(有斐閣、2010年)60-61頁(初出、1974年)。

9) 法律の時間的適用範囲や経過規定に関する戦後日本の司法・議会・学説での議論状況については、参照、拙稿「経過規定の法理論」商学討究66巻2・3号(2015年)229頁以下。

10) 田中二郎『行政法I』(昭和12年)66頁、同『行政法講義案(一・二)』(昭和14年)23頁。

そこで、本稿は、日本法における法律の不遡及原則の歴史的展開を辿ることにより、その淵源を明らかにすることを目的とする。具体的には、まず、この原則に関する戦前日本の立法動向として、法例の立法過程を検証する(Ⅱ)。次いで、判例・学説によりこの原則がどのように理解されたのかを明らかにするとともに(Ⅲ)、公法における独自性の有無を探る(Ⅳ)。そして最後に、本稿の結論と今後の検討課題を示すこととする(Ⅴ)。

なお、法律の不遡及原則それ自体は、前述の最高裁判決が述べているように遡及処罰を除き立法権を直ちに拘束するものではない。むしろ、この原則は、法令に経過規定がない場合におけるその時間的適用範囲や、経過規定の意味内容について、解釈上の指針を与えるものである。遡及立法が憲法上で禁止されていない限りは黙示的な遡及立法の余地も排除できないように思われることから、あくまで解釈指針にとどまると言えよう。

こうしたことから、このような意味での不遡及原則の歴史的展開について考察を行う本稿では、遡及立法それ自体に関する問題は取り上げないこととする。具体的には、不遡及原則を前提にして生じうる問題として、杉村章三郎は、「例外として遡及効の許さるべき場合及び法令が特に遡及効を認定せる時に於てその許さるべき限度如何」¹¹⁾を指摘していた。これに関しては、不遡及原則の射程やその憲法上の位置づけ、また遡及立法に関する戦後の裁判例も踏まえた別個の考察が必要となるため、本稿の対象からは除くこととする。

なお、戦前の文献・裁判例における文語体の文章を引用するにあたっては、旧字体の漢字は新字体に直し、カナ文字は平仮名に置き換えるとともに、濁点および句読点を加えた。ただし、戦前の法令の条文を引用する場合は、すべて原文どおりとした。

11) 杉村章三郎『日本行政法講義要綱上巻』(有斐閣, 昭和13年)19頁。

Ⅱ. 戦前日本の立法動向

1. 旧法例における法律の不遡及原則

法律の不遡及原則に関する日本での議論の始まりは、明治期にまで遡る。周知のとおり、明治期の法典編纂において最初に模範とされたのはフランス法であったが、1804年に制定されたフランス民法典には、その冒頭に、法律一般に関する総則的規定が幾つか置かれている。これは、「序章 (Titre préliminaire) ——法律一般の公布、効力および適用について (De la publication, des effets et de l'application des lois en général)」と題されている。そして、その2条は、「法律は将来についてしか規定せず、遡及効を有するものではない (La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif).」と定めており、法律の不遡及原則を宣言しているのである。

日本においても、フランス法の影響が強かった明治初期には、これと同じ規定が「法例」という法律の法案の中に置かれていた¹²⁾。すなわち、2条が、「法律ハ将来ノミヲ規定シ溯及ノ効力ヲ有セス」と定めていたのである。こうしたことから、法例の法案の審議に際しては、法律の遡及・不遡及に関しても議論がなされることとなったのである。

法例は明治21年には草案が作成され、審議の中で修正がなされた上で、旧民法と同じく明治23年(1890年)に法律として制定・公布された(明治23年10月7日法律第97号)。この法例の施行は明治26年1月1日を予定していたが、法典論争の渦中で二度にわたって施行延期となった。そして、全面改正といえる程の抜本的な修正を経て、新たな法例は明治31年(1898年)に制定され(明治31年6月21日法律第10号)、同年7月16日に施行された。以下では、明治23年の法例を「旧法例」と言い、明治31年の法例を「新法例」あるいは単に「法例」と

12) さらに遡ると、民法草案の一つである「民法仮法則」(明治6年)の中に、法律の不遡及原則を宣言する規定が置かれていた(民法仮法則の全文については、参照、石井良助『民法典の編纂』(創文社、1979年)29-45頁)。

言うこととする¹³⁾。旧法例には不遡及原則を宣言する規定があったが、新法例になると、これは削除されてしまう。

以下では、旧法例2条を中心として法例の立法過程を辿り、不遡及原則をめぐる日本での最初期の議論の様子を明らかにする¹⁴⁾。最終的に2条は削除されてしまうものの、ここでの主要な論点は不遡及原則それ自体の妥当性ではなく、これを法律で規定することの是非であった。それ故、旧法例2条をめぐる議論からは、法律の時間的適用範囲（あるいは経過規定）のあり方に関して現在にまで通じるとと思われる立法実務の基本的立場が浮かび上がってくるであろう。

(1) 旧法例草案

旧法例の草案は、明治21年10月頃に、ボワソナードによって作成されたと考えられている¹⁵⁾。この点に関連して注目すべきは、明治6年（1873年）に来日したボワソナードはその翌年から司法省法律学校においてフランス法の講義を行ったが、その中で、法律の不遡及原則にも言及していたことである¹⁶⁾。そし

13) なお、法例は2006年に全面改正され、「法の適用に関する通則法」（平成18年6月21日法律78号）となったため、厳密に言えば明治31年の法例も“旧”法例なのであるが、本稿で通則法が議論対象となることはないので、本文のとおりと呼称を用いることとする。

14) 法例の立法過程に関する本文以下の記述については、参照、川上太郎『日本国における国際私法の生成発展』（有斐閣、1967年）5-101頁、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法 第1巻』（有斐閣、2011年）3-25頁（櫻田嘉章執筆）、久保岩太郎「現行法例の成立について（身分と総則の部）——法典調査会議事速記録を中心として」青山法学論集4巻3号（1963年）15頁以下。法例の名称については、参照、穂積陳重「法例題号の由来」『法窓夜話』（1916年）所収。

15) 参照、川上・同上22-24頁。なお、草案の作成にあたって、不遡及原則に関して実質的に参考とされたのは、ベルギーのガン（ヘント）大学の教授であったフランソワ・ローラン（François LAURENT）の手によるベルギー民法典の改正草案であったと思われる。ローランは、*Principes de droit civil*を著した後、1879年にベルギー民法典の改正案の起草を政府から任じられ、1884年までに草案を完成させた（*Avant-projet de révision du Code civil*, 6 vol., 1882-1885として公表されている）。1884年の政権交代の結果、改正作業は中止された（Cf. John GILISSEN, 《Codifications et projets de codification en Belgique au XIXe siècle (1804-1914)》, *Revue belge d'Histoire contemporaine* 1983, 1-2, pp. 203-285）。

16) ボアソナード『法律大意講義 完』（司法省、明治13年）97-98頁（同書の復刻版

て、そこでは、当時のフランス法学説で広く支持されていた理論、すなわち、不遡及原則を既得権不可侵の原則として理解する“既得権論”が紹介されていたのであった。ただし、これは立法者を拘束する原則ではない。

さて、旧法例の草案には、「第二 法律ノ時ニ関スル効力」の中に全5カ条（2条から6条）が置かれていた。ここには、確かに、ボワソナードが紹介した理論が反映されていた。以下では、草案の内容とその趣旨を概観する。

A) 草案の概要

まず、原則的規定である草案2条は、「法律ハ将来ノミヲ規定シ溯及ノ効力ヲ有セス」と定めていた。そして、3条から6条は、不遡及原則の適用の有無について2条を具体化する規定となっている。この点に関する草案の基本的立場は、①法律により私人が被る影響の性質（権利を害するものか、利益を損なうに過ぎないか）、②法律の目的（公益の実現か、私益の保護か）を基準として原則の適用を判断すべきというものであったと言える。

すなわち、公益目的の法律では、遡及立法により私益を害することは許されるが、既得権を害してはならない。このことを、3条が、「社会ノ公益ヲ主タル目的ト為ス法律ハ各個人ノ私益ヲ害スルニ拘ラス溯及ノ効力ヲ有ス」と定めるとともに、4条が、「社会ノ公益ニ関スル法律ト雖モ各個人其身分又ハ資産ニ付既ニ獲得シタル私権ヲ害スルコトヲ得ス但シ其権利ノ行用又ハ保存ノミヲ

として、ボアソナード文献双書14（宗文館書店、1986年）。また、旧法例や旧民法の制定後ではあるが、ボワソナードは「法律不遡及論」を主題とした詳細な講義も行っている。参照、ボアソナード（森順正訳）『民法原理 法律不遡及論』（和仏法律学校、明治28年）（同書の復刻版として、ボアソナード文献双書9（宗文館書店、1984年））。後者は、和仏法律学校における講義を口述筆記したものである。講義では、日本民法の制定によって旧来の身分関係や取引関係などの扱いが問題となり得ることを念頭に置いて、主に、民法の時間的適用範囲が論じられた。なお、同書には、ボワソナードが同じ講義を帝国大学においても行ったと記されており、現に、総論部分のみであるが、明治24年の法学協会雑誌（9巻4号、6号、7号）においてボワソナードの「法律不遡及論」が公表されている。そこでは旧法例（明治23年）について言及があることから、講義は明治23年から24年頃に行われたものと思われる。

規定スルハ此例ニ在ラス」と定めていた（4条但書は、公益上の地役の設定や公証方法の設定のように権利の内容・維持のみに関する場合を指している）。

私益目的の法律では、私権だけでなく私益をも害してはならない。このことを、6条が、「私益ヲ規定スルコトヲ目的ト為ス法律ハ各個人ノ私権ヲ害セサルトキト雖モ溯及ノ効力ヲ有セス但シ法律ノ明文ヲ以テ溯及ノ効力ヲ附シタル場合ハ此例ニ在ラス」と定めていた。

私益と対比される私権とは、4条が定めるように、「個人其身分又ハ資産ニ付既ニ獲得シタル私権」を指す。こうした私権は、後述の理由書（5条関連）において、「既に一個人の資産中に入り他人の力を以て左右するを得ざる権利」のことでありと定義されており、「既得権」とも呼ばれていた¹⁷⁾。これに該当する典型例は所有権であるとされるが、草案では、フランス法が「既得権の思想を推広」していることを踏まえて、5条1項から3項が置かれた。

すなわち、第一に、「身分ハ其獲得ニ必要ナル条件ノ完備シタルトキ又資産ヲ組成スル権利ハ其由テ生スル行為ノ完結シタルトキハ其権利ノ未必ニ係ルトキト雖モ之ヲ既得権ト為ス」（1項）（例えば、婚姻による身分獲得や贈与契約）、第二に、「人ノ能力及ヒ法律ノ直チニ附与スル権能ハ既得権ト為サス但シ其能力ニ依リ為シタル行為及ヒ其権能ノ行用ニ依リ得タル利益ハ此限ニ在ラス」（2項）（例えば、行為能力や相続権）、第三に、「権利行使ノ法式及ヒ証拠ハ其行為ヲ為シタル当時ノ法律ニ従ヒ其適法ト否トヲ決定スヘキノ点ニ於テハ既得権ト為ス」（3項）。

B) 起草理由

旧法例の草案が法律取調委員会の審議に付託された際には、草案の『理由

17) なお、理由書での私権（既得権）の定義は、旧民法草案における財産の定義と同じであった。すなわち、「財産ハ各人又ハ公私ノ法人ノ資産ヲ組成スル権利ナリ」（1条1項）と定義されており、しかも、財産の対象となる物には無体物も含まれる（旧民法6条3項）。そうした意味での物が特定人に帰属し、その資産を構成する財産をなしているとき、つまり、そうした物に対する権利を有しているとき、それは旧法例では私権（既得権）なのである（例えば契約上の債権も既得権となる）。

書』¹⁸⁾が提出されており、これにより起草理由を知ることができる。

まず、2条に関しては、不遡及原則を法律で規定することの必要性が次のように説明されている。「本条は、仏民法の規則を其儘掲載したるものにして、其規則は甚だ簡単にして何人と雖も其至当なることを了解す可し。然れども、此規則の適用に付ては實際無数の混雑を生ぜり。仏国に於ては、裁判例に依り、法律の効力を既往に及ぼす場合と否らざる場合とは漸く確定するに至りたれども、我国の法律は其完全なるを要するを以て、此原則の適用を規定するは必要なる可し。且つ、世人は此規則を文字の如く了解し、尠しく其利益を害するあれば、法律の効力を既往に及ぼすものと云ひ批難駁撃して止まざるなり。故に、本条の意義を了知せしむるは、無用の駁撃を止め、法律の尊重を増すの利益ある可し」。

このように、草案は、不遡及原則の適用が「無数の混雑」を生じさせ得ること、新法による不利益を非難する口実として遡及立法であると主張され易いことを踏まえて、原則とその意味内容を法律それ自体によって明確に定めるという方針を採ったのである。3条から6条が不遡及原則の適用例を示したのは、こうした理由からであった。

そして、3条から6条において実質的に重要なのは、法律により影響を受けるのが既得権（私権）か否かという区別であった。法律の目的が公益でも私益でも何れにしても、既得権を侵害し得ないとされていたからである（4条、6条）。この点に関しては、次のように説明されている。

「法律は遡及の効力を有せずとは、即ち、各個人既得の私権を害す可からずと云ふに在り。故に、法律の効力を既往に及ぼす可きや否やは、利益と権利との区別を為すに在り。私益を害すること如何に重大なりと雖も、立法官之を顧慮するに及ばず、随意に法律を改正するを得可しと雖も、人民の私権に至ては、社会の公益上如何に必要な場合あると雖も、決して之を害すべからず。何とな

18) 『民法草案人事編理由書 上巻』石井良助編『明治文化資料叢書 第三巻 法律編 (上)』（風間書房、1959年）14頁以下所収。これは熊野敏三が起稿したと記されており、旧法例の立法過程に関する唯一の史料である。草案の全文も収録されている。

れば、各人の社会に棲息するは其権利を確保せんが為めにして、決して之に優るの公益あらざればなり」(4条関連)。

もっとも、草案は、既得権の有無に加えて、法律の目的を補助的な基準とした。前述のとおり、私益目的の法律は既得権だけでなく明文規定がない限りは個人の利益を損なうことも許されないが(6条)、公益目的の法律は不利益を課すことも許されるとされた(3条)。公益目的の法律とは、理由書によれば、「憲法及び行政法」、「刑事及び民事裁判所の構成及び管轄に関する法律」、「刑事及び民事の訴訟手続及び裁判執行に関する法律」、「其他民法中公益に関する条例」のことである(3条関連)。

そして、公益目的の法律に関しては、利益の毀損が許されることから、法律不遡及はむしろ例外として位置づけられていた。理由書は、このことを次のように説明している。「第2条の規則は絶対の原則に非ずして、却て一箇の例外に属す。法律の改正は社会の改良を目的とするものにして、弊法を改正するに当り、若し新法の効力を将来のみに限るときは、決して社会を一新し旧法の弊害を一掃すること能はざる可し。故に、公益に関する法律は各個人の利益を害することありと雖も、其適用を既往に及ぼさざる可らず。法律の改正は必ず人民の利益を障害するものにして、若し此利益の為め躊躇するときは社会の進歩は得て期す可らず」(3条関連)。

なお、草案および理由書では、遡及効の概念が曖昧であったことに留意する必要がある。というのも、上記のとおり、不遡及原則とは既得権の不可侵であると説明される一方で、公益目的の法律については「各個人ノ私益ヲ害スルニ拘ラス溯及ノ効力ヲ有ス」(3条)と規定されていたことからすると、既得権の有無とは関係のない何らかの遡及効の観念が前提とされていたようにも思われる。だが、後者について特に説明はなされていない。

(2) 旧法例の制定

旧法例の草案は、上記の2条から6条の他に、全35カ条からなっていた。草案は法律取調委員会における審議により一部が修正・削除された後、全17カ条

の確定案が元老院での審議へと付託された。確定案になった段階で、法律不遡及に関する規定は2条のみになり、文言も「法律ハ既往ニ遡ル効力ヲ有セス」というように修正がなされた。そして、これと同じ規定が、明治23年の旧法例2条となったのである。

こうした削減・修正については、法律取調委員会の審議録が残されておらず、その経緯は明らかでない。ただ、旧法例の草案は各方面に送付されて意見が寄せられたという経緯があることから、寄せられた意見が参考にされたと考えられている¹⁹⁾。実際、草案2条から6条に関しては、司法省法律顧問であったカークードおよびパテルノストロ（パレルモ大学の憲法・国際法の教授）による意見書²⁰⁾がある。カークードの意見書は3条・4条の必要性について若干の疑問を呈するのみであったが、パテルノストロの意見書は比較的詳細であり、しかも、結論的には草案の修正の方向性と一致していた点が注目される。

パテルノストロは、既得権論を支持してはいたが、草案の基本的立場を根本的に批判したと言える。というのも、草案3条から6条が不遡及原則の適用のあり方を示している点について、「凡そ法典中に義解を掲ぐるは、殊に異議多き事項に関しては甚だ弊害あり」、その理由として、「其関する所の事項は実に数多の適用を生ずべき所のものにして、旧法より新法に移るの時に当りては到底同一の論決を下す事能はざるものなり」と指摘したのである。つまり、新旧法の適用関係をめぐっては、今後制定される数多の法律により多様な事例が生じうるが、そこでは異なる結論が求められるかもしれないのであるから、法例によって予め画一的に規定すべきではないと批判したのである。

その上で、パテルノストロは、草案2条の文言を「法律ハ既得ノ私権ヲ害シ遡及力ヲ有スルヲ得ス」と修正するとともに、3条から6条は削除し、既得権の尊重の具体的なあり方については「中間法」を制定すべきと提案した。これ

19) 参照、川上・前掲注1430頁。

20) 「カークード氏民法人事編（自第一条至第三十五条）ニ関スル意見」日本學術振興會『民法編纂ニ関スル諸意見並雜書 三』所収、「パテルノストロー氏民法草案（第一編）ニ関スル意見」日本學術振興會『民法編纂ニ関スル諸意見並雜書 二』所収。

は、個々の法律がその時間的適用範囲についても個別的に定めるべきという主張である。

さて、こうした意見書の実際上の影響は明らかでない。ただ、この後に旧法例が全面的に修正される中で、確かに経過規定の役割が重視されるようになるのである。

2. 旧法例2条の削除と経過規定主義

明治26年、民商法や法例を修正するために法典調査会が設置された。そこでの審議に付す原案の作成にあたって、旧法例の修正案の起草委員には穂積陳重と梅謙次郎が任じられ、補助委員として山田三良が加わった。実際には、穂積陳重によって明治30年1月には修正案の原案が作成されたと考えられている²¹⁾。

修正案は、法例を法の適用に関する通則について定める法律へと純化しており、抵触法（国際私法）に関する規定が大半を占めていた。以下で検討するように、修正に際しては、旧法例に唯一置かれていた不遡及原則に関する2条も削除されてしまう。この点、実は旧法例の制定後から、2条は学説によって批判されていた。穂積の修正案の中で、特に2条の削除に関しては、こうした動向を踏まえるとともに、ドイツ法を参考にしたものであったと考えられる。

(1) 明治初期の学説

明治23年に旧法例が公布されると、法律学校での講義用である『法例』と題する文献が数多く著された²²⁾。そこでは、“法律の時に関する効力”という項

21) 参照、川上・前掲注1471頁。

22) 秋月左都夫『法例』（和仏法科学校、明治27年）、磯部四郎『法例釈義』（東京専門学校、明治26年）（これには、復刻版として、『民法釈義』日本立法資料全集（信山社、1997年）別巻90（民法（明治23年）釈義）がある）、織田萬『法例』（東京専門学校、明治29年）、榊原幾久若『法例講義』（明治法律学校講法会、明治34年）、岸本辰雄『法例正義』（明治法律学校講法会内新法註釈会、明治24年）（これには、復刻版として、日本立法資料全集（信山社、1996年）別巻64がある）、同『法例講義〔第4版〕』（明治法律学校講法会、明治32年）、児玉錦平『法学通論・法例講義』

目が置かれ、法律の不遡及原則についても解説がなされた。各論者の中で、不遡及原則の根拠づけについて若干の相違はあったが、この原則を既得権の不可侵として理解する点では概ね一致していた²³⁾。

しかし、当時の学説は、不遡及原則を法律で規定することには強く反対した。その主な理由は、旧法例2条の文言が一般的かつ簡潔に過ぎるということであった。

最も強く批判したのは、穂積八東である。すなわち、①旧法例1条が法律の施行日（公布から20日後）を定めているため法律の効力が将来的に生じることは明らかであり、「到底第2条は無用重複の規定たるを免れざるべし」、②2条の趣旨を「法律の効力は過去に成立する権利義務に及ばずとの意味に解せん乎、実際立法の結果を見るに、既得の権利義務と雖も、法律を以て変更することは往々遭遇する所なれば、到底不当の原則たるを免れざるべし」²⁴⁾。

②に関連して、穂積八東は、明示的な遡及立法や黙示的遡及があり得ることから、法律不遡及は「絶対的に之を推測することを得」ないはずであるが、この点について旧法例2条の「法文は不明瞭」である、とも指摘している²⁵⁾。こうした批判は、既得権論を支持していた論者にも見られた。織田萬は、不遡及原則には例外を認めざるを得ず、結局は法律ごとに遡及効の有無を判定しなければならぬため、「故らに之を一箇の原則として法例中に掲げずとも、毫も

（明治法律学校、明治27年）、坪谷善四郎『日本民法注釈第1巻 法例・人事篇』（博文館、明治24年）、中山正一郎『日本民法問答正解 法例・人事編之部』（図書出版会社、明治23年）、堀田正忠『法例釈義』（明治23年）、穂積八東『法例』（東京法学院、明治26年）、丸尾昌雄『法例』（東京専門学校、明治32年）、山口弘一『法例講義』（明治法律学校講法会、明治33年）、両角彦六『法例』（専修学校、明治27年）。

なお、これより以前にも、明治19年には論文が公表されている。参照、飯田慶三郎「時二関スル法律ノ効果ヲ論ス」法学協会雑誌30号（明治19年）15頁以下。

23) 例えば、織田萬によれば、不遡及原則は「既得権傷害の有無を以て標準」とし、「既得の権利とは、……個人が享受する所の利益が既に資産の一部を成し、相手方又は第三者の行為を以て消滅すること能はざるものを謂ふ」（同上33頁）。

24) 穂積八東・前掲注②27-28頁。本文①と同旨として、参照、仁保亀松「法律の効力を論ず」日本法政新誌10巻6号（明治39年）1頁以下、7号5頁以下（7号7頁）。

25) 穂積八東「法例に対する意見」上杉慎吉編『穂積八東博士論文集』（大正2年）287-289頁（288頁）（初出、明治25年）。

不可なきものに似たり」，しかも2条は法律には絶対に遡及効がないかのように規定しているため適当でない，と批判したのである²⁶⁾。

こうした問題点があることから，穂積八束は，旧法例2条は「精細に注解するに非ずんば未だ以て法律の適用上に資すること能はず」，結局は「無用若しくは有害の規定」とまで批判した²⁷⁾。そして，当時，2条を法律の一規定として残すことを積極的に支持した日本人はいなかった。

興味深いことに，こうした日本人学者の態度に対して，ボワソナードは不満を露わにしていた。そもそも旧法例草案の3条から6条が削除されてしまったことについて，次のように反論していたのである。「若し，法例を以て其〔注，不遡及原則に対する〕制限を併せ定めたらんには，学者の之を論ずる者又裁判官をして法律の解釈適用を容易にすることを得せしむ可かりしに，立法の方法此に出でざりしは，少く缺典なりと謂はざる可からず」²⁸⁾。

穂積・織田の批判とボワソナードの反論は，旧法例2条の簡潔さを問題とする点で，表面的には同じことに向けられていた。ただ，日本人学者は，解釈指針や例外類型を予め法律によって規定するという方針を支持しなかった。ここには，不遡及原則に限らず，立法スタイルのあり方をめぐる対立が関係していたであろう。ボワソナードとしては，「日本民法の編纂者は，法律の条規は或は浩漭に失するあらんことを恐れ，草案中此条無用なり，彼条掲ぐるに及ばずとして，偏に削除するの癖ありしが如し」²⁹⁾というように，当時の日本人の態度を嘆いたのであった。

26) 織田・前掲注(22)46頁。

27) 穂積八束・前掲注(22)21頁，35頁。

28) ボワソナード・前掲注(16)『民法原理 法律不遡及論』22頁。

29) 同上66頁。

(2) 穂積陳重による修正案の作成

旧法例の修正作業は、穂積が作成した修正案の原案に基づき、明治30年11月から法典調査会で審議された。法典調査会において旧法例2条の削除案は一度否決されたようであり、穂積は改めて削除を提案するにあたって、その理由を同会で説明している³⁰⁾。削除理由は、概ね、学説による前述の批判を踏襲していたと言える。

すなわち、第一に、穂積は、法律不遡及は憲法原則ではないため、これを法律で定めることは「無理」だと考えた。法典調査会では、旧2条を残しておかないと遡及立法が制定されかねないという懸念が表明されたようである。これに対して、穂積は、「固より立法上の規則〔注、立法者を拘束する原則と同義〕でないと言ふことは言ふを俟たぬことであります。或国では立法上の規則としてありますけれども、我邦に於ては是は立法上の規則ではないのでありますから、既往に遡る効力を有せぬと書くのも無理なことである」と反論したのであった。

この点、法律不遡及が憲法原則ではないとしても、当時、法律それ自体によって後の法律の効力を制限できるか否かについては議論があり、全くの自明ではなかったはずである³¹⁾。ただ、穂積にとって第一の理由はあまり重要ではなく、

30) 本文以下の引用は、法典調査会の審議録である『法例議事速記録』（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代法資料叢書26』（商事法務、1986年）所収）2-4頁からのものである。なお、明治31年に法例修正案が帝国議会に提出された際には、議員への趣旨説明のためとして、『法例修正案参考書』（法例質疑会、1898年）が作成された。これは、起草の補助委員であった山田三良の手によるものであると、山田が自ら回顧している（山田三良『回顧録』（非売品、1957年発行）34-36頁）。『参考書』2-3頁に旧法例2条を削除した理由の説明があり、内容的には法典調査会での穂積陳重の趣旨説明と同旨であるが、より整理されている。また、穂積は、法例修正案の提案理由を帝国議会において自ら説明している（第12回帝国議会衆議院議事速記録3号、明治31年5月22日官報号外18頁以下）。

31) 例えば、貴族院令が、「将来此勅令ノ条項ヲ改正シ又ハ増補スルトキハ貴族院ノ議決ヲ経ベシ」と定めたことに関して、この規定により貴族院令を勅令によっては改正し得なくなるのかが議論となった。当時は、肯定説（憲法の規定に違反しない限り、法令相互の形式的効力を定めることは可能）が多数説であったようである。参照、岩田宙造「法令ノ効力ニ関スル疑義」法学新報12巻6号（明治35年）

以下の第二・第三の理由が決定的であったと思われる。

第二に、穂積は、学説による批判と同じく、旧法例2条の文言が「広きに失する」と考えた。すなわち、「此原案の如き規定でありますれば、例の如く余り広きに失しまして、到底実行することが出来ないのです。〔諸外国の立法では〕一般に法律と云ふものは既往に遡って効力を持たないものであると云ふことが定めてありますからして、もう学者の議論でも裁判例でも是は既往に遡って宜しいと云ふ事柄に付ても、〔法律の明文規定により〕総て例外を設けてあります。又、従来の弊害を除くとか或は刑罰を免除するとか云ふやうな既往に遡って効力を生ずるやうなことまでも、総て『既往ニ遡ル効力ヲ有セス』と書いてあるから、原案の如くではそれが出来ない」（括弧内の補足は本稿筆者による）。

そして、一般的規定とともに、「其法律の性質上遡るべきもの又は明文上遡らせるものは此限に在らず」というような例外の可能性を法律自らが明記することも、法律として無意味であるとされた。なぜなら、それでは「誠に意義も何もない法律になって、遡るべきものは遡り、遡るべからざるものは遡らず、と云ふことになって仕舞ひますから、どうもさう云ふ風を書くことは出来ない」。

第三に、穂積自身も、法律の時間的適用範囲を明確にすることの意義は否定しなかったが、それでも、一般的規定を設けることは「無用」と考えた。このことは、次のように説明されている。「併し、一般の疑はしい場合の如きはどう適用して宜しいかと云ふことに付ては、往々既往に遡るべきものと遡るべからざるものとの間に疑ひを生ずることがあり得るのでございます。それは現行刑法にもありまするし、定めて〔ママ〕改正になりまする刑法にもありませうが、刑法の如きものは、先づ遡らないものに、遡って刑罰を適用すると云ふことはいかぬ。又、刑法に特別の明文があります。公法上の事に付て之が当っ

13頁以下（岩田は反対説を主張した）。

また、衆議院議員選挙法（大正14年法律第47号）は、選挙区・議員数について別表で定めるとともに、「本表ハ10年間ハ之ヲ更正セス」と規定した。ただ、大正8年の選挙法にも同様の規定があったにもかかわらず、10年を経たずに大正14年に改正されていた。参照、清宮四郎「違法の後法」『国家作用の理論』（有斐閣、1968年）75-99頁（初出、昭和9年）。

ては却て不都合であります。民法等に関しましては、既に施行法の中に遡るべきものと遡るべからざるものを書き、其遡るべきも合には〔ママ―「其遡るべき場合には」の誤植と思われる〕遡る程度等を詳しく示してあります。此處に斯う云ふ一般に汎くして實際行ふべからざる原則を置くと云ふことは、無用なことであらうと、斯ふ思ひまして、法律適用の総則中に一般規定、広い規定を置くと云ふことを止めました。

つまり、穂積は、法律の時間的適用範囲は各法律の性質に応じて決まるものであり、しかも、旧法例の修正作業と同時期（明治30年）には、それぞれの法分野において個別的に経過規定や施行法の整備が進められていたという事情を考慮したのである。実際、明治13年の旧刑法は、「法律ハ領布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ス」（3条1項）と定めており、また、民商法に関しては、それぞれ施行法の制定が進められていた。こうした立法動向を踏まえて、穂積は不遡及原則を宣言する一般的規定は無用であると判断したのであった。この点、『法例修正案参考書』においては、「之に関して一定の通則を掲ぐるは、却て法律の適用を誤らしむるの危険あるを免がれず」とも説明されていた。

以上を要するに、個々の法律で「特に此原則を掲げるの必要があります場合は、必ず之に関します規定が設けられるのでありますから、之をなくして仕舞ったと云ふのではありませぬ」というのが、穂積にとって旧法例2条を削除すべきことの実際上重要な理由であったと思われる。

穂積の理由説明に対して法典調査会において異論を述べる委員はおらず、明治31年5月には、削除を反映した法案が第12回帝国議會に提出された。不平等条約の改正を控えていたことから審議は迅速になされ、同年6月10日に可決、6月21日に公布、7月16日に施行となった（これと同時に旧法例は廃止）。

(3) 修正案の背景—ドイツ法の影響

ところで、遡及すべきか否かは必要に応じて個別法において規定すればよい、という穂積陳重の立場には、おそらく、ドイツ法の影響があったものと思われる。

旧法例2条の削除理由において、穂積は、一度だけであるが、ドイツ民法施行法に言及していた³²⁾。そもそも、穂積が法例修正案の原案を作成するに際して、少なくとも国際私法に関しては、ドイツ民法典のゲープハルト草案（総則編に関する草案であって国際私法の規定を含む。）の第二草案（1887年）が大きく参照されたと考えられている³³⁾。ゲープハルト草案中の国際私法に関する部分は、後に民法典からは切り離され、1896年（明治29年）にドイツ民法施行法（Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch）に編入されている³⁴⁾。そして、ドイツ民法施行法では、民法典の施行にともなう経過措置が民法典の個別条項ごとに極めて詳細に整備されたのである（153-218条が民法典に関する経過規定であり、153-169条が総則、170-179条が債権、180-197条が物権、198-212条が家族、213-217条が相続に関するものである）。

ドイツでも、例えばプロイセン一般ラント法（1794年）には、「新しい法律は、すでに生じた行為および事件に対して適用することができない（Neue Gesetze können auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden）。」（序編14条）、という原則規定が置かれていた³⁵⁾（これに加えて、公布状において新法の適用関係を個別的に整備していた）。しかし、ドイツ民法施行法の制定に際しては、不遡及原則の意義・内容は明確性を欠くこと、多様に解釈されてきたことが問題視された。そのため、個々の法律により経過規定を設けるべきであり、明文規定がない場合には立法者の意思を探求すべきとの立場が採られたのであった。

なお、穂積だけでなく、織田もまた、旧法例2条を批判する文脈でドイツ民

32) 『法例修正案参考書』には、明確に、「獨逸民法編纂委員の如きは、此原則〔注、不遡及原則〕を全く無用なりとし、之を民法の総則に掲げざることに決議せり」との説明がある。

33) 参照、川上・前掲注1475頁。

34) ドイツ民法施行法の制定経緯に関しては、参照、川上太郎『国際私法の法典化に関する史的研究』（有信堂、1963年）22-28頁。

35) 参照、石部雅亮＝野田龍一「イエーニゲン稿『サヴィニー・プロイセン一般ラント法講義』(二)」法政研究48巻2号（1981年）457頁以下（特に、459頁および注19-21）。

法典の草案に言及していた³⁶⁾。

3. 小 活

法例の立法過程では、法律の不遡及原則を法律の一規定とすることの是非が問われた。そして、旧法例2条を削除する理由としては、一般的規定のみでは例外を認めないかのように解釈されるおそれがあること、また、個々の立法に際して、遡及させるべき場合やそうでない場合には必ずそれぞれ明文規定が置かれるはずであること、が指摘されていた。

ここでの議論は外国法の継受による法典編纂の作業の一環によるものであり、その背景にどのような現実的問題があったかは定かでない。ただ、当時、民法等の適用関係については施行法による個別的整備が進められていた。こうした事情は、旧法例2条の削除に大きく影響したと思われる。そうであるとすると、その削除をめぐって、実質的には、法律の時間的適用範囲に関する立法政策のあり方が問われていたと言えるのではないだろうか。

実際、法例と同じく明治31年6月21日には民法施行法（明治31年法律第11号）が制定されたが、その審議では、民法の時間的適用範囲を不文法理によって決めるべきではないとの発言（梅謙次郎³⁷⁾）があった。民法施行法はこの立場をとっており、1条が、「民法施行前ニ生シタル事項」については2条以下に明文の経過規定がなければ民法を適用しないという原則を示した（なお、商法施行法1条にも同旨の規定がある）。ここからも、法律の時間的適用範囲の問題は法律それ自体によって明確に定めるべきという立法政策が窺われる。この問題は、立法的解決によるべきことが志向されたのである。

36) 織田・前掲注2248頁。

37) 「契約其他の法律行為に付ては、理論上は倅措き、今日の実際に徴し見れば、成文のあるものは之に依り、慣習あらば之に依り、慣習なきときは条理に依るなり。而して、此条理の範囲如何と云ふに、極めて漠然にして一定の区域なる頗る不安心なり。故に、悉く本条〔注、1条〕の如くせり」（「第一回民法施行法議事要録」法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代法資料叢書14』（商事法務、1988年）所収）。

こうして、法典編纂の時期には、すでに、立法政策としての経過規定主義が打ち立てられていたと考えられる。この場合、個々の立法に際しては、新設や改正される条項との関係において経過規定の有無・内容の検討が求められることになる。もっとも、それは立法技術的に難しい作業であり、戦前日本の立法実務に、当初から確固とした執務要綱のようなものが存在していたわけではない。したがって、この後、立法実務の蓄積だけでなく、判例・学説も一定の役割を担うことになったのである。次章では、まず大審院判例を分析し、次いで学説の展開を辿ることとする。

Ⅲ. 不遡及原則の確立と展開

1. 大審院判例³⁸⁾

明治以降、個々の法律の時間的適用範囲をめぐる裁判紛争が生じることは少なくなかった。立法政策としての経過規定主義が予定されていたにもかかわらず、経過規定が置かれなかったり不十分な場合があり、そのため、特に遡及適用の有無・是非が争われた。そして、そうした事例を通じて大審院は法律の不遡及原則を確立するに至るため、以下では、大審院判例について分析する。

(1) 明治期の裁判例

A) 最初期の事例—民法施行法1条

民法や法例の制定から間もなく、民法の適用関係を個別的に整備した民法施行法の解釈が争われた。旧法例2条を削除する理由の一つとして念頭に置かれていた法律でさえも解釈上の疑義を生じさせたことから、経過規定主義の困難さが見えてくると思われる。

さて、民法施行法1条は、「民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別段

38) 戦前の大審院判例の整理として、参照、西村信雄「私法法規の時間的適用範囲に関する一考察」関西大学研究論集3号（昭和10年）37頁以下。

ノ定アル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セス」と定めている。これは民法の不遡及原則を宣言しており、「事項」の時間的前後関係を基準にして不遡及原則を適用しようとしたのである。だが、「民法施行前ニ生シタル事項」が何であるかは難しい問題であり³⁹⁾、法律の時間的適用範囲に関する日本法として最初の実解釈問題を生じさせたのであった。

民法施行法1条に関しては多くの裁判例があるが⁴⁰⁾、その中で、大審院が一般的解釈を示したのものとしては、明治36年の判決⁴¹⁾がある。そこでは、「民法施行法第1条の『事項』とは、民法施行前に生じたる事実及び法律関係を包括する文詞」であるとの判断が示されたのである。

この事件では、民法の制定以前、文久元年に生まれた非嫡出子たる原告Xには認知請求権が認められておらず、認知は父が自らする場合に限定されていたが⁴²⁾、民法が非嫡出子に認知請求権を認めたため（旧835条）、その適用関係が争われた。民法施行法に、この点に関する規定は置かれていなかった。Xは、認知請求権は自然の親子関係ないし血縁関係に基づき認められるべきであり、民法施行時にそうした関係がある以上は「民法施行前ニ生シタル事項」ではないと主張した。これに対して、認知請求を受けた被告Yは、認知請求権にはそれを基礎づける事実が発生した時点（すなわち子の出生の時点）で有効な法令を適用すべきであると主張した。

そうしたところ、大審院は、前記引用の解釈を示した上で、「民法施行前に於ける出生なる事実に基づく関係は、固より〔民法施行法1条の〕所謂事項に属する」と解し、Yの主張を容れたのであった。つまり、出生という事実を基準にして認知請求権の有無を判断すべきと解したため、Xに対して民法は適用さ

39) この点の指摘として、参照、富井政章『民法原論 第1巻総論 [訂正増補版]』（有斐閣、大正11年）111頁。

40) 参照、『大審院民事判例要旨類纂』（法曹会、昭和9年）716-719頁。

41) 大判明治36年2月10日・民録9輯153頁。同旨として、大判大正12年3月15日・民集2巻159頁。

42) 明治6年布告第21号「妻妾ニ非サル婦女ニシテ分娩スル兒子ハ一切死生ヲ以テ論シ其婦女ノ引受タルヘキ事ノ但男子ヨリ已レノ子ト見留メ候上ハ婦女住所ノ戸長ニ請テ免許ヲ得候者ハ其子其男子ヲ父トスルヲ可事」。

れないと結論づけたのである。

大審院の判断を一般化するならば、原則として、民法はその施行日以前に生じた事実及び法律関係には一切適用されない、ということになる。では、不遡及原則の適用に関して、事実や法律関係の発生時点しか考慮しないという立場をとったのであろうか。この点、その後大審院が民法施行法1条に関して一般論を展開することはなかった。

B) 既得権論?—建物保護法

経過規定がない場合における法律の時間的適用範囲が裁判上で正面から争われた最初の事例は、「建物保護ニ関スル法律」(明治42年5月1日法律第40号)をめぐってであったと思われる。この事例で注目すべきは、大審院が、明治42年の判決⁴³⁾により、既得権論をとったようにも読める判断を下したことである。

建物保護法は、民法上、土地賃借権はその登記をしなければ第三者に対抗できなかつたところ、日露戦争後の地価高騰に際していわゆる地震売買⁴⁴⁾が横行したため、その弊害をなくすために制定された法律である。1条1項⁴⁵⁾により、土地賃借権や地上権に基づき建物を所有している者は建物の登記さえ行えば第三者(新所有者)に対抗できることとしたのであった。

しかし、建物保護法には経過規定が置かれていなかったため、その時間的適用範囲が問題となった⁴⁶⁾。すなわち、地上権が設定された土地の上にある建物

43) 大判明治42年10月4日・民録15輯741頁。同旨として、大判大正2年3月26日・法律評論2巻民法165頁、大判大正3年4月4日・法律評論2巻諸法63頁。

44) 地震売買とは、土地賃借権に基づき建物を有している者に対して、地主が地代の値上げを求めたが承諾が得られなかった場合に、当該土地について第三者との間で行われた仮装売買のことである。土地賃借権の登記を欠いていた場合、そうした借地権者は土地を買い受けた第三者(新所有者)に対抗できず、第三者は土地の明け渡しを請求することができたため、借地権者としては地代の値上げに応じざるを得ず、そうでないと土地を更地にして明け渡ししなければならなかった。

45) 「建物ノ所有ヲ目的トスル地上権又ハ土地ノ賃借権ニ因リ地上権者又ハ土地ノ賃借人カ其ノ土地ノ上ニ登記シタル建物ヲ有スルトキハ地上権又ハ土地ノ賃借権ハ其ノ登記ナキモ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得」。

46) なお、「地上権ニ関スル法律」(明治33年3月27日法律第72号)には、地上権者

を、建物保護法の施行前に建物所有者Aから買い受けたが地上権の登記をしていなかったYに対して、土地の所有者Xが土地の明け渡しを請求したところ、同法の施行後にはこれが適用されるのかが争われたのである。しかも、この事件では、やはり同法の施行前の明治40年に、Xは本件土地の元の所有者Bから土地を買い受けていた。

こうした事案の下で、大審院は次のように判示して、Xとの関係では建物保護法を適用せず、Xの請求を認容したのであった。「本件土地の売買は明治42年法律第40号建物保護に関する法律の施行以前に行はれたるものなれば、上告人〔Y〕は同法の規定に依り保護を受くべき謂われあるべからず。何となれば、法律の効力は既往に遡及せざるを原則とするものなれば、同法の定むるが如き民法第177条又は第605条の登記に代ゆるに借地上に存する建物の登記を以てし彼と是と殆んど同様の効力あらしむる絶大の効果を同法施行以前の法律関係に及ぼさしむるが如きは、例外の最も甚しきものなるを以て、特別の明文を待たざるべからざればなり。同法中斯る明文の存せざるに拘はらず同法施行以前に発生したる事項に対し同法を適用すべしとせば、其当時の法律の下に於て既に権義の關係確定せるものに対し、後の法律を以て之を攪乱するに至るべく、第三者は為めに既得の権利を害せられ不測の損害を蒙るに至らん。固より、同法制定の目的は、従来土地の売買に関して往々起因したる時弊を救済し、併せて借地権者を保護するに出でたること明なりと雖も、之を同法制定の必要と其目的とに稽ふれば、同法の適用は適當の範囲に限定せざるべからず」。「本件〔X〕は、前示の如く、同法施行以前に於て第三者の地位に立ちたるものなるが故に、同法の適用を受くるべきにあら〔ず〕」（傍点は本稿筆者による。本稿以下も同様である。）。

このように、大審院は、特別の明文規定がない限り「法律の効力は既往に遡

はその登記をすることにより第三者に対抗できるとの規定とともに（2条1項），「前項ノ規定ハ本法施行前ニ善意ニテ取得シタル第三者ノ権利ヲ害スルコトナシ」（同2項）という規定があった。

及せざるを原則とする」ことを認めた⁴⁷⁾。しかし、このことから直ちに結論を導いてはならず、建物保護法を「同法施行以前に発生したる事項」に対して適用することが一切禁止されたのではない。この点で、前述の民法施行法に関する大審院判決とは異なっている。本件において、大審院は、建物保護法を遡及適用するならば、民法の規定により「既に権義の關係確定せるもの」が覆されてしまい、「第三者は為めに既得の権利を害せられ不測の損害を蒙むる」という理由を付け加えたのである。

つまり、明治42年の時点で、大審院は既得権論に依拠したかのようなのである。ただし、「既得の権利」が何であったかは判然としない。別件の同種事例では、建物保護法の施行前後で土地所有者は同じままで、施行前に地上権者のみに変更があった場合において、「本件借地権は同法施行以前より引続き存在し、土地所有者に変更なき場合にして、同法律の適用あるべきものなればなり」と判断されたからである⁴⁸⁾。そうすると、大審院は、建物保護法の施行前から存在していた土地所有権それ自体が「既得の権利」である（したがって同法が適用されない）と考えたわけではない⁴⁹⁾。実は、同様の判断は、本件の大審院判決でも述べられていた。すなわち、「〔建物保護〕法制定の必要と其目的」に鑑みてその適用範囲を画定すべきとの立場から、「借地権其ものに付ては、獨り同法施行以後に於て発生したるものみに止まらず、其施行以前より引続き存在するものにも付ても、均しく同法の適用あるべしとするを妥当とす」とも判示していたのである。

47) 大審院と同様の見解として、参照、池田寅二郎「建物保護法の遡及効」法学協会雑誌27号（明治42年）1271頁以下。

48) 大判明治42年11月12日・民録15輯905頁。

49) なお、山中静次『建物保護法積義』（巖松堂、明治44年）13-23頁は、本件の大審院判決に関して、建物保護法1条1項の「第三者」を「本法施行以後に於けるものみに限局せらるるもの」と解した上で、施行前に土地所有者に変更があった場合には同法は適用されず、したがって登記のない借地権者は新所有者に対抗できないと説明していた。ただ、大審院の裁判例には、すでに、「地上権譲渡の法律行為の当事者に非ざる者は、総て之を第三者と称すべきもの」と判示するものがあった（大判明治39年2月6日・民録12輯174頁）。この点につき、山中は、「大審院判決は本文卑見と反対なり」と述べるに留まる。

もっとも、この後の大審院判決では「既得の権利」という表現は見られなくなるため、本件は初期の一事例として位置づけるべきものと思われる。

(2) 判例の確立—改正利息制限法

大審院判例における法律の不遡及原則は、改正利息制限法に関する事例において確立したと言える。だが、それは同時に、大審院と学説との相違を露わにすることでもあった。

利息制限法（明治10年9月11日太政官布告第66号）は大正8年に2条が改正され（大正8年4月10日法律第59号、同年5月1日施行）、契約上の利息の上限利率が概ね5%縮減された。だが、改正法には、その時間的適用範囲について経過規定が置かれていなかった。そのため、改正前に生じた債権であっても改正後においては改正法の上限利率が適用され、それを超える分の利息は請求し得なくなるのかが問題となったのである。

A) 大審院判決

下級審では、「新法の規定せんとする處如何に考へ、理論に依りて之を決するの外なく、絶対に遡及効を認むべからずといふ理由あることなし」という前提の下で、サヴィニーの所説を取り入れた当時の民法学説⁵⁰⁾に倣い、上述の問題に関して改正利息制限法の適用を認める判断が示されていた⁵¹⁾。これに対して、大審院は、大正8年の判決⁵²⁾において以下のように判示し、法律の不

50) 鳩山秀夫『民法総則上巻』（大正7年度東京帝国大学講義）35-38頁には、後注の東京控訴院の判旨と同じような記述がある。同旨として、鳩山一郎『民法総論前編』（巖松堂、大正5年）72-75頁、嘉山幹一『民法総論』（巖松堂、大正9年）33-34頁、法律評論8巻（大正15年）諸法481-487頁。もっとも、鳩山秀夫は後に説明を改めている。参照、『民法総則』（大正9年度東京帝国大学講義）22頁、『民法総則上巻』（国文社、昭和3年）14頁、『日本民法総論 [増訂改版]』（岩波書店、昭和5年）11-12頁。

51) 東京控訴院大正8年12月8日判決・法律新聞1655号17頁。

52) 大判大正8年12月15日・民録25輯2303頁（これは前注下級審判決の上告審ではない）。同旨として、大判大正9年12月2日・民録26輯1883頁、同大正10年5月23日・民録27輯957頁、同大正10年5月26日・民録27輯999頁。

遡及原則にしたがい、改正利息制限法はその施行後になされる契約に対してのみ適用されると解したのであった。

「明治10年太政官布告第66号利息制限法第2条は、大正8年4月法律第59号を以て改正せられ、本件の如き元金100円以上1000円未満の金額に付ては、之が利息の歩合は1ヵ年100分の12、即ち年1割2分以下となりたりと雖も、同法には之が制限を旧法施行時に約定したる利率にも適用する旨の規定あることなく、而かも法律は既往に遡らざるを原則とするを以て、該改正法律たる新法は其施行以後に約定する利率に対して始めて適用あるものにして、旧法施行時に契約したる利率に付きては、仮令其利息の発生が新法施行以後に係り其歩合が新法所定の制限利率に超過したるときと雖も、依然として其効力を有するものと解釈せざるべからず。果して然らば、約定利率を標準として定むべき所謂遅延利息に付ても亦、従来約定利率により其金額を算定するを以て当然なりとす」。

このように、大審院は、特別の明文規定がない限り「法律は既往に遡らざるを原則とする」ことを認めた。しかも、その適用にあつては、既得権（建物保護法の事例）には言及せず、原則の当然の帰結であるかのように、「旧法施行時に契約したる利率」には改正法が適用されないとの結論を導いたのであった。

B) 評釈

法律の不遡及原則を正面から認めたかに思える大審院判決について、多くの学説は反対の立場をとった。学説は、概ね、契約締結が改正法施行前であったとしても改正後に生じる利息については改正法が適用されるべきと主張したのである。ただ、その根拠づけについては見解が分かれた。

まず、①利息制限法は強行法規であるため、良俗に反する行為を無効とする民法90条の適用が主張された⁵³⁾。しかし、この説に対しては、②民法90条に反

53) 小島愛三郎「改正前の利息制限法と年二割の利息」法学新報30巻10号(大正9年)

するか否かは契約時を基準にして判断されるため、事情変更によって履行不能となることはあり得るものの、新法が制定された後も契約の効力それ自体は有効なままである、との批判がなされた。そして、改正法を適用すべき根拠として、改正法の施行後においては、利息を生じさせる基本的債権が同法の上限利率を超える分について法律上履行不能になるとの主張がなされた⁵⁴⁾。

また、③社会的事情が変わったことに応じてなされた利息制限法の改正の目的を重視して、過去の事実に対しては、新法施行前であれば旧法を適用し、施行後は新法を適用すべきという主張もなされた⁵⁵⁾。こうした時間的適用範囲の画定の仕方は、ドイツ法学説に依拠したものであり、間接的遡及効あるいは弱い遡及効という性質づけがなされる。したがって、改正利息制限法には、この意味での遡及効を認めるべきと主張されたのである。立法目的を重視する論者の中には、大審院判決は「極めて形式論理的であって、傾聴に値しない」⁵⁶⁾とまで批判する者もいた。

これに対して、④過去に締結された契約に対して改正法をその施行後に適用しても遡及とはならないという主張もなされた。これは、我妻栄の見解である。すなわち、「利息制限法を以て単に利息契約の効力を制限したものと解すれば、旧法時の契約は原則として何等の影響を蒙らずと云ふことも出来やうが（これは不遡及の原則である）、反之若し、制限法を、現在の法律状態を規律するものとなせば現に発生する利息は悉く制限を受けるものと見るのが至当なこととなるのである。（これは法律に遡及効を認むることではない）」⁵⁷⁾。

98頁以下。

54) 法律評論9巻（大正9年）諸法516-523頁。

55) 菅原春二『民法判例批評第1巻』（弘文堂、大正13年）137-145頁。

56) 西村・前掲注3848頁。

57) 我妻栄「判批」法学協会雑誌40巻1号（大正11年）141頁以下（143頁）。なお、本文引用の説示と同趣旨が、後には次のように説明されており、我妻の意図を知る上で参考になる。「借金の契約とか借地・借家の契約などのように、法律関係が後々まで継続するものについて、その関係を制限する法律が制定された場合には、契約すること自体を制限する趣旨か、契約から生ずる法律効果を制限する趣旨かによって、結果が違ってくる。後の場合には、その法律が効力を生ずる以前に契約されたものについても適用される。これは遡及効を認めることではない」（我妻

このように、我妻は、契約の効力すなわち契約の有効性と、契約に基づく現在の法律状態とを区別し、法律の規律対象が何れであるかに応じて遡及効の有無の判断が異なると解したのである。そして、利息制限法は後者を規律するものであると性質づけられたが、ここでの区別のためには、「法律の有する使命」をも考慮すべきとされた。我妻にも、「此の法律の効力を茲まで及ぼさねば其意義が少ないのではなからうか」という実質的考慮があったのである。

結局のところ、我妻も法律の時間的適用範囲を決めるために立法目的を考慮しており、この点に限れば他の論者と径庭はない。ただし、法律の規律対象の区別によって遡及効を定義しようとした点や、過去に生じた法関係であっても継続していれば新法が適用されるべき場合があり、そうした適用が遡及ではないこともあり得ると主張した点は、注目に値する。

そして、こうした我妻説は、実は当時の学説と大きく異なってはならず、むしろ概念的な整理を試みたものと位置づけることができる。というのも、法例制定後の戦前の学説は、一方では遡及効の定義を厳密化するとともに、他方では新法の適用範囲をできる限り広めようとしていたのである。そこで次に、戦前の学説の展開を辿ることとする。

2. 戦前の学説

旧法例には法律の不遡及原則を宣言する規定（2条）が置かれていたため、既述のとおり、『法例』という文献では“法律の時に関する効力”が論じられていた。だが、明治31年に新たな法例が制定されたとき、旧2条は削除された（法例の規定内容は大半が国際私法に関するものになったため、法例という法律は『国際私法』の文献の中で扱われるようになった）。これに伴い、議論の場は、明治30年頃から多く著されるようになった法学概論の教科書である『法学通論』⁵⁸⁾と

栄『新版民法案内I』（一粒社、1967年）140頁）。我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、1965年）23-24頁にも同旨の記述がある。

58) 明治7年に東京帝国大学の前々身である東京開成学校でイギリス法が教授されていた時には法律大意（General Outline）という講義があったが、穂積陳重が明

いう文献に引き継がれた。

この文献を中心とする明治後半以降における学説の展開としては、明治31年(1898年)から明治末(1912年)と大正以降とを分けることができる。以下では、順次、学説を整理・分析する。

(1) 明治後期から大正まで

新法例が制定されてから暫くの間『法学通論』⁵⁹⁾では、概ね、それまで『法例』で論じられていた内容と同じく、不遡及原則は既得権の尊重として理解されている。もっとも、遡及の定義について、サヴィニー⁶⁰⁾などのドイツの学説を参照する論者が少しずつ現れるようになった。すなわち、法律を「其以前に生じたる事項に適用すべからず」というものとして不遡及原則を説明するよ

治14年に東京帝国大学の講師となった際に、ドイツの大学には法学概論を扱う Enzyklopädie der Rechtswissenschaft という講義があり、日本で同様の講義を設けるにあたって「法学通論」と呼ぶこととしたようである(参照、穂積陳重『続法窓夜話』(岩波書店、1936年)139-140頁)。『法例』が多く著されていた明治20年代までの『法学通論』としては、参照、牧兎馬太郎『法学通論』(博文館、明治21年)61-62頁、手塚太郎『法学通論』(日本同盟法学会、明治26年)59-67頁、窪田静太郎『法学通論』(明治26年)91-98頁、磯谷幸次郎『法学通論』(日本法律学校編集部、明治29年)194-201頁。

59) 以下、明治末までの『法学通論』(書名に若干の相違あり)を出版年順に挙げておく。熊谷直太『法律汎論』(博文館、明治31年)117-123頁、岸本辰雄『法学通論』(明治法律学校講法会、明治32年)26-29頁、羽生慶三郎『法学通論』(東華堂、明治32年)134-144頁、岡村司『法学通論』(明治法律学校、明治32年)144-154頁(同『法学通論』(和仏法律学校、明治34年)445-454頁も若干の表現を除いて同内容)、肥田平次郎『法学通論』(東京法学院、明治32年)85-96頁、宮本平九郎『法学通論』(明治法律学校講法会、明治33年)107-117頁、鈴木喜三郎『法学通論』(東京専門学校出版部、明治33年)29-33頁、中島玉吉『法学通論』(和仏法律学校、明治35年)92-99頁、松尾国太郎『法学通論』(高等成師学会、明治35年)80-95頁、伊谷亀太郎『法律大意』(東枝律書房、明治36年)58-62頁、奥田義人『法学通論』(東京法学院大学、明治38年)196-212頁(これには、復刻版として、日本立法資料全集・別巻794(信山社、2012年)がある)、島田俊雄『法学通論』(日本大学、明治37年)136-142頁、草刈融『簡易法学通論』(松華堂、明治42年)34-36頁、飯島喬平『法学通論』(早稲田大学出版部、明治43年)131-137頁。

60) 法律の不遡及原則に関するサヴィニーの所説については、参照、拙稿「法、時間、既得権——法の時間的効力の基礎理論的研究」筑波大学博士(法学)学位請求論文(2015年)206-208頁。

うになったのである⁶¹⁾。

明治後期から、学説は、このようにドイツの学説の影響を受けつつ、法律の時間的適用範囲に関する概念を精密化していったと言える。そして、これにより、議論枠組みにも変化の兆しが現れるようになったのである。

A) 山田三良の『法学通論』

戦前における学説の変遷を象徴するのが、明治最後の年に著された山田三良の『法学通論』⁶²⁾である。同題の文献において民法施行法にも言及して日本法としての詳細な解説をしたのは山田が唯一であり、しかも、法例の制定に関わった人物でもある。山田の議論では、不遡及原則に関する従来どおりの説明が多くみられるものの、その一方で、法律の時間的適用範囲の議論枠組みに一石を投じるような指摘がなされたことが注目される。

すなわち、不遡及原則は私法においては既得権の不可侵のことであり、既得権とは「特定の人が特定の取得原因に依りて取得したる権利」⁶³⁾である。しかし、遡及・不遡及を論じる前提として問題領域の区別に留意すべきであると述べられていたことが、ここでは重要である。山田によると、「時に関する法律の効力は、唯だ法律として存在する間のみ継続するものなりと雖も、其規定せる法律関係より云へば、〔①〕其法律が廃止せられたる後に於ても尚旧法の効力が引続き存在するものと認めらるる場合もあり、又之と反対に、〔②〕法律は其施行前に発生したる事実に対しても尚其効力を及ぼすものと認めらるることもあり。如此法律が其施行前に発生したる事実効力を及ぼすことを称して、法律は既往に遡るの効力を有すと云ふ」⁶⁴⁾(数字は本稿筆者が挿入)。

つまり、山田は、旧法の効力の存続と遡及効とを区別したのである。①に関

61) 肥田・前掲注5987頁、奥田・前掲注59201頁（デルンブルクを参照）、山田三良・後掲書117頁（サヴィニー、ギールケを参照）。

62) 山田三良『法学通論』（明治大学出版部、明治45年）118-142頁。

63) 同上123頁。

64) 同上117頁。

する具体例（旧法の効力の存続が認められなかった例）としては、明治維新に際して諸侯から領土を返還させ、神社仏閣の土地を上地させたことが挙げられている。山田によれば、これらは一定の制度を廃止するとともに、その下で従来認められていた法律関係をも今後は認めないこととするものであり、確かに既得権を害している。だが、こうした場合については、「従来存在したる権利を将来存在せしめざるものにして、敢て法律自体が既往に遡りて其効力を発生するものにあらず」⁶⁵⁾と解したのであった。

このように、山田は、〈不遡及原則＝既得権の不可侵〉という理解は維持しているものの、必ずしも〈既得権侵害＝遡及〉ではないことを明確にした。ここでは、既得権を法律の施行前後で分断できることが前提となっている。そうすることで、法律の施行前の問題と、施行後における旧法の効力（旧法により認められた権利の帰趨）の問題とを切り離し、不遡及原則が問題となる場面を前者に限定したのである。つまり、既得権を法律が将来的に剥奪するだけであれば遡及してはならず、したがって不遡及原則により禁じられるものではないと解したのである。

B) 改正華族世襲財産法の時間的適用範囲

山田三良が提示した議論枠組みは、後述のとおり、大正以後の学説において広く共有されることになる。ただし、大正の間、学説は必ずしも一様ではなかった。このことを如実に示していると思われる一例として、改正華族世襲財産法の時間的適用範囲をめぐる問題を挙げることができる。

華族世襲財産法（明治19年4月28日勅令第34号）は大正5年に改正され（大正5年9月20日法律第45号）、これ以後、華族の不法行為によって損害賠償請求権を得た場合は華族の世襲財産を差し押さえることが可能になった（18条1項⁶⁶⁾）。だが、新たに認められた差押えに関して、改正法には経過規定が置か

65) 同上127頁。

66) 「世襲財産及第十六条ニ掲クル権利【※】ハ世襲財産ノ管理ニ因リテ生シタル権利及不法行為ニ因ル損害賠償ノ請求権ニ基ク場合ヲ除クノ外民事上ノ強制執行ノ

れなかった。そのため、旧法下で成立した損害賠償請求権についても改正法は適用されるのが問題となったようであり、当時、鳩山秀夫と石坂音四郎がこれを検討している⁶⁷⁾。結論それ自体は両者においてほぼ一致しており、差押えという強制執行の対象となり得る財産を定めるだけでは債権の効力に触れるものではないため、旧法下で成立した不法行為上の債権に関して改正法を適用しても改正法は遡及していないと解された。ただ、その前提としての不遡及原則の理解をめぐっては、見解に相違があった。

まず、鳩山秀夫は、不遡及原則の実質的根拠の観点から改正法を補足的に検討しているが、そこでは既得権論に依拠していた。すなわち、「旧法時代に成立したる私法的法律要件に対して、新法に依りて特殊の公法上の保護〔注、強制執行を可能とすること〕を与ふるも、之に因りて既得権を害し法律秩序を攪乱するの虞なし」、そもそも、「債務者は公法上の保護を与へしめざる権利を有したるものに非ず」⁶⁸⁾。

これに対して、石坂音四郎は、仮に改正法の適用により旧法下で生じた債権の効力に変更が及ぶとしても、改正法は遡及していないと解した。なぜなら、「権利が旧法の下に生ずるも、新法の下に於ても現に権利として存在す。故に、現在の法律に依りて現在の権利の効力を定むるに外ならず。故に、此場合に法律の効力は既往に遡ることなし（或は、旧法の下に生ぜる事実新法を適用する場合、例へば、旧法の下に生ぜる不法行為の成立要件を定むるに新法に依る場合には、法律の効力が既往に遡すと云ふことを得べし。蓋、過去に生ぜる事実は過去の事実として観察する外なきが故なり。然れども、権利は縦令旧法の下に生ずるも尚新

目的ヲ以テ之ヲ差押へ又ハ一般ノ先取特権ニ基キ之ヲ競売スルコトヲ得ス」。【※】16条に掲げる権利とは、世襲財産の法定果実を取得する権利、株券が世襲財産である場合には利益や利息の配当を受ける権利である。16条により、これらの権利および世襲財産は譲渡や質権・抵当権の目的とすることができない。

67) 鳩山秀夫「改正華族世襲財産法ニ関スル遡及効問題」法学志林18巻11号（大正5年）31頁以下、石坂音四郎「改正華族世襲財産法ニ関スル遡及効問題」同39頁以下。なお、改正法全般については、参照、石坂音四郎「華族世襲財産法改正法律案概評」『民法研究第4巻』（有斐閣、大正6年）341頁以下。

68) 鳩山・同上37頁、38頁。

法の下に存続するが故に、同一に論ずることを得ず)」⁶⁹⁾。

そもそも、経過規定がない場合について、石坂は、「法律不遡及の原則に従ふことを得ず。寧ろ、現在の法律即新法を適用するを以て原則となさざるべからず」というのが立法趣旨であると解していた。注目すべきは、その理由である。すなわち、「旧法は新法の施行に依りて其効力を失ふが故に、新法の下に在りて旧法を適用することは（縦令其適用を受くる事項が旧法の下に生ぜるものなるも）論理上許さざる所なるが故なり。若し旧法を適用せんとせば、特に明文あることを要す」⁷⁰⁾。

このように、一定の財産が差押えの対象とならないという華族の特権は、それを認めていた旧法が改正された以上は消滅すると解された。ただ、その論旨には若干の混同がみられるように思われる。新法の不遡及と旧法の効力の存続とが異なることを山田三良は論じていたが、石坂は、改正法を適用しても遡及してはいないと述べるだけであったのである。

何れにしても、石坂が新法をできる限り広く適用すべきと考えていたことは間違いない。当時、石坂の見解について、刑法学者の宮本英脩は「之を遡及と称すると否とは、主として用語上の問題に関するもの」であると指摘しつつ、賛意を表していた⁷¹⁾。次の取り上げる大正以後の『法学通論』をみると、こうした傾向が広まったことが分かるであろう。

(2) 大正から終戦まで

さて、大正以後の『法学通論』⁷²⁾は、山田三良が示唆していた議論枠組みを

69) 石坂・前掲注67「改正華族世襲財産法ニ関スル遡及効問題」42-43頁。

70) 同上43-44頁。

71) 宮本英脩「刑罰法令ノ遡及効及ヒ追求効ヲ論ス」京都法学会雑誌13巻1号（大正7年）1頁以下（13-14頁）。

72) 以下、大正から終戦までの『法学通論』を出版年順に挙げておく。岡田朝太郎『法学通論』（中外印刷工業、大正8年）18-20頁（これには、復刻版として、日本立法資料全集・別巻483（信山社、2008年）がある）、野村信孝『法学通論』（巖松堂書店、大正11年）148-159頁、石原雅二郎『法学通論』（法制時報社、大正11年）158-161頁、金森徳次郎『法学通論』（日本大学、大正11年）68-71頁、丸岩閑弥『法

理論的に整理し、また、各概念をより明確化していった。その結果、不遡及原則と既得権の概念とは分離させられることになったのである。

第一に、遡及の概念についてである。この点、例えば金森徳次郎（大正3年から法制局参事官、昭和9年から法制局長官）は、「法の効力存在せざる間に発生したる事実に付き効力を生ずる場合……、法の効力を遡及すると云ふ。但、効力其のものが法の施行期日前に発生するにはあらず、施行期日前の事実に基き施行期日後に効力が発生存在するのみ〔である〕」⁷³⁾と述べている。ここでは、遡及の定義において、法律の効力の発生時期ではなく適用対象事実の発生時期が考慮されていることが重要である。

第二に、こうした遡及の定義の結果として、不遡及原則は、法律はその施行日以前の事実・行為に対して効力を及ぼすものではないという意味で理解されるようになった。そのため、新法以前に生じた事実・行為ないしは法関係が新法施行後にまで継続する場合には、新法を適用しても遡及しているとは解されないため、不遡及原則はこうした場合の新法適用を禁止してはいないことになるのである。

もちろん、新法の適用による法生活の安定への影響が無視されたわけではない。旧法の改正・廃止にもかかわらず、その下で生じた法関係を維持するために旧法を適用し続けるべき場合があることは認められている。だが、大正以後の学説は、こうした旧法の適用を、法律不遡及ではなく、既得権の尊重として位置づけたことが注目される。そして、金森が私法においては「既得権の存在

学通論』（佐藤正三商店印刷部、昭和5年）126-130頁、小山松吉『法学通論』（尚文堂、昭和8年）226-228頁、三濑信三『近世法学通論〔新訂版〕』（有斐閣、昭和9年）220-222頁、武市春男『法学通論』（創生社、昭和10年）79-80頁、中村進午『法学通論』（巖松堂、昭和13年）85-88頁、天野徳也『最新法学通論』（巖松堂、昭和13年）290-291頁、孫田秀春『法学通論〔全訂〕』（有斐閣、昭和14年）129-131頁、高井忠夫『法学通論〔新訂〕』（久野書店、昭和14年）104-107頁、山岡通暉『新稿法学通論』（松山房、昭和19年）47-48頁、林信雄『法律学入門〔新訂〕』（巖松堂書店、昭和19年）200-202頁、峯村光郎『法律学序説〔改訂版〕』（巖松堂、昭和19年）125-127頁。

73) 金森・同上67-68頁。

する限度に於ては旧法も尚ほ存在し、唯新事実に適用なきのみとなり」⁷⁴⁾と述べているように、旧法の効力が存続するために旧法がなおも適用されるのであって、新法が遡及しないために旧法が適用されるのではないと解されたのである。

実際、文献上、不遡及原則と既得権の尊重とは、項目を分けて説明されることが一般的になった。ただし、両者の実質的關係については、不遡及原則に「關係して」⁷⁵⁾、あるいはその「結果として」⁷⁶⁾既得権の尊重が問題になると述べられることがある一方で、両者を「混同すべからず」⁷⁷⁾と指摘されることもあり、微妙な相違が見られた。

第三に、不遡及原則からは分離させられた既得権については、その尊重が望ましいとしても原則ではないと解された。ここには、当時の権利観が影響していると言える。すなわち、「法律上の状態（人格権利義務等の類）は、法律あるが故に存在するものにして、法律なくむは権利義務等は存在する理由なし。故に、法律が全然廃止せられたるときは、其の法律に基きて存在する法律状態は亦之と共に消滅すとなすと当然とする」⁷⁸⁾。

もっとも、この点に関しても各論者の中で微妙な相違があった。田中耕太郎は、「法の力に依りても奪ふことを得ざる既得権なるものは存在し得ない」⁷⁹⁾とまで述べており、前述のとおり石坂音四郎も新法適用を原則としていたが、その一方で、金森は既得権の尊重が私法においては立法者意思であるはずだと解していた。

第四に、既得権の尊重（旧法の効力の存続）のあり方については、結局、立法実務に委ねることとされた。この点を、例えば野村信孝は次のように説いて

74) 同上70頁。

75) 野村・前掲注(72)150頁、三瀧・前掲注(72)220頁、山岡・前掲注(72)48頁、林・前掲注(72)201頁。

76) 武市・前掲注(72)80頁、峯村・前掲注(72)126頁。

77) 三瀧信三『民法総論提要上巻 [全訂改版]』（有斐閣、昭和6年）21頁。

78) 金森・前掲注(72)70頁。

79) 「時際法（経過規定）」末弘嚴太郎・田中耕太郎編『法律学事典Ⅱ』（岩波書店、昭和10年）1097-1101頁（本文引用は1100頁）（田中耕太郎執筆）。

いる。「特定の法が遡及効を有するや否や、既得権に影響を与ふるものなりや否やは、具体的場合に付、立法者の意思を明白にし法の性質を尋ね之を決せざる可らず。然るに、具体的法を採り其の効力の及ぼす適用範囲を決定するは、事実上頗る困難なる問題にして、特に旧法時代に其の原因を發し新法時代に其の結果を見たる社会現象に対しては、新法に依るべきか旧法に依る可きかは容易に之を決定し難きものなり。此の故に、重大なる法規の制定に際しては、立法者は概ね明文を以て新法の適用範囲を定め、以て旧法との調和を図るを例とす。之所謂経過法〔である〕」⁸⁰⁾。

経過法ないし経過規定に関しては、明治35年には、ドイツの時際法論が日本に紹介されている⁸¹⁾。その後、『法学通論』での言及は山田三良が転換点であった。法例の立法過程では、既述のとおり法律の時間的適用範囲を経過規定で規律すべきことが前提とされていたが、学説では、これに加えて、既得権の尊重についても経過規定によるべきと考えられるようになったのである。

IV. 公法における不遡及原則の変容

1. 学説

法律の不遡及原則が日本において議論されるようになった最初期から、公法は不遡及原則の一大例外領域をなすと考えられてきた。例えば、不遡及原則を明文で定めようとした旧法例草案には、「社会ノ公益ヲ主タル目的ト為ス法律ハ各個人ノ私益ヲ害スルニ拘ラス溯及ノ効力ヲ有ス」(3条)という規定が置かれていた。学説でも、「公法の部類に至りては、法律に依り既得の権利を生ぜざるが故に、法律の効力を過去の事実及ぼすこと着々見る所なり」(穂積

80) 野村・前掲注(72)151頁。金森・前掲注(72)70頁も「経過法」に言及している。

81) 中村進午「時際法ヲ紹介ス」法学志林27号(明治35年)1頁以下。これは、Friedrich AFFOLTER, *Das intertemporale Recht*, Verlag von Veit und Comp., T. I, *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, 1902, T. II, *System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts*, 1903の紹介である(第1巻の『時際私法の歴史』は、ヨーロッパ各国の立法・学説・判例を歴史的に幅広く取り上げている)。

八東)⁸²⁾とか、「公法は……既往に遡りて其効力を及ぼすを以て原則とす。即ち、租税法、兵役に関する公法、其他各般の行政法は皆新法の規定に依りて直に処分せらるべきものにして、法律に反対の規定なき限りは、旧法の下に発生したる事柄にでも、尚新しき法律に依りて処分せらる可きものとす」(山田三良)⁸³⁾という記述が見られた。

こうした指摘は具体的に何を意味していたのか。以下では、この点について公法学説を概観した上で、行政裁判所および大審院の裁判例を分析する。

(1) 既得権論への批判

公法における既得権の概念を正面から批判したのは、柳瀬良幹である。昭和9年に公表された論文⁸⁴⁾では、公用収用における補償の問題を念頭に置きつつ、立法権・行政権の限界をなすものとして説かれてきた既得権の理論が検討された。遡及効の問題が直接に論じられたわけではないことには留意が必要であるが、ただ、柳瀬自身、既得権の理論は不遡及原則にも関係があることに言及しており⁸⁵⁾、実際、そうした文脈で柳瀬の所説が参照されることもあった⁸⁶⁾。

さて、柳瀬の主眼は、ドイツ法学説の既得権論を幅広く検討することを通じて、既得権(erworbene Rechte)とそうではない権利との区別を批判することにあった。

すなわち、「凡そ権利の発生には、法の規定の外、必ず何等かの要件(Tatbestand)を要し、之なくして法より直接発生する権利なるものは想像し得られない。一見しかく見える出生に依り取得する権利又はすべての国民に等

82) 穂積八東・前掲注2228頁。

83) 山田・前掲注62122頁。

84) 柳瀬良幹「既得権の理論——国権の一般的限界としての既得権学説の素描」『行政法の基礎理論 第2巻』(清水弘文堂書房、1967年)121頁以下(初出、昭和9年)。なお、柳瀬の所説に対する批判としては、参照、仲野武志「法律上の争訟と既得権の概念(一)」法学67巻2号(2003年)36頁以下(77-80頁)。

85) 同上121頁、126頁。

86) 廣濱嘉雄「法の当然効・遡及効・追求効」民商法雑誌3巻5号(昭和11年)809頁以下(820頁)。

しく与へらるる権利の如きも、なほそれと法との間には『出生』又は『国民たること』の要件が介在するので、換言すれば、法の要求する要件が存在することに依り、法の規定する客観的な法 (objektives Recht) は現実の主観的な権利 (subjektives Recht) となるので、此の意味に於ては、すべての権利は法に基づくと同時に一定の要件に基づき、『法律上の権利』であると同時に『既得権』であって、唯その要件に各種の区別があるに過ぎないのである⁸⁷⁾。

既得権とそうではない権利との区別を否定する柳瀬としては、すべての権利は法律上の権利でしかないと考えたようである。しかも、この場合、法律所定の要件を満たしたと等の事情は一切考慮されず、権利と法律は不可分に結びついているものとされる。柳瀬は、「法は国家の所産である」ことから、「一切の権利は国家の意思を以てその存立の根拠とするもので、従って国家が之を認むる限度に於てのみ存在」すると解したのである⁸⁸⁾。

そうである以上、国家権力は既存の権利をそれ自体として尊重する必要はないことになる。立法権も行政権も、適法である限りは任意にこれを覆すことができるという帰結を引き出したのであった。

なお、柳瀬の所説を戦前の学説の中に位置づけてみた場合、同旨のことが、柳瀬以前にも主張されることがあった。例えば、穂積八束は、明治42年に公表した論文において、「予は未だ所謂既得権と未得権との別の何たるを明瞭に領解すること能はざるなり」と述べていた⁸⁹⁾。また、公法に限らず、権利はその根拠法規が改廃されることで消滅するという見解も、既述のとおり『法学通論』で指摘されていた。したがって、柳瀬の主張は、同時代において決して特異なものではなかったと言える。

87) 柳瀬・前掲注84)163-164頁。

88) 同上168-169頁。

89) 穂積八束「行政処分ノ取消変更」上杉慎吉編『穂積八束博士論文集』(大正2年) 888頁以下(895頁)(初出、明治42年)。

(2) 概説書

戦前の行政法の概説書に目を転じると、行政法の時間的適用範囲についての項目は殆ど置かれておらず、そのため不遡及原則を論じる文献は希であった⁹⁰⁾。

例外的に「行政法の時に関する効力」の項目を置いている文献においても、行政法に固有の議論は展開されておらず、大正以後の『法学通論』の記述と変わりはなかった。例えば、中谷敬寿によると、「行政法も亦、他の法と同様に、将来一定の事実の発生すべきことを予想して規定され、その事実が現実に発生した場合に始めて之に対して適用せられるものであるから、当該行政法規の成立以前に発生した事実に対しては、その行政法を適用すべきでない。即ち、行政法の時に関する効力に就いては、その法規自体に反対規定を設けざる限り、矢張一般に、法規不遡及の原則が行はれる」⁹¹⁾。野村淳治もまた、これと殆ど同旨を述べており、「行政法規の効力は既往に遡らないのが原則である」と解していた⁹²⁾。

さらに、田中二郎は、戦前に初めて講義案を公表した際には、公法に不遡及原則が妥当しないという見解に反論するかのような説示をしていた。すなわち、「行政法規は他法と違ひ、遡及効が比較的多いと云はれる。建築・衛生に関する法規は、例へば既に存立する建築にも新法が適用されるのに依るが、これは

90) もっとも、憲法学では議論がなされていた。大日本帝国憲法76条1項の経過規定の註釈として、参照、清水澄「帝国憲法第76条第1項」法学新報26巻10号（大正5年）75頁以下。また、大日本帝国憲法の成立前あるいは成立後から施行までの間における憲法の効力については、参照、清宮四郎「憲法の時間的通用範囲」国家学会雑誌57巻4号（1943年）1頁以下（同『憲法の理論』（有斐閣、1969年）所収）。清宮が論じた実践的問題は、明治22年に大日本帝国憲法が公布された際、「帝国議会ハ明治23年ヲ以テ之ヲ召集シ議會開会ノ時ヲ以テ此ノ憲法ヲシテ有効ナラシムルノ期トスヘシ」（上論4項）とされ、そして、明治23年11月25日に第一回帝国議会が召集されて同月29日に開会したことに關して、憲法は具体的には何時から施行されたと解すべきかであった。なお、「これに關連して法の『遡及効』の問題が起るがこれについての論述は省略する」（102頁注(2)）とされた。

91) 中谷敬寿『行政法総論講義案』（甲文堂書店、昭和11年）32頁。

92) 野村淳治『行政法総論上巻』（日本評論社、昭和12年）55頁。増訂版（昭和17年）57頁においても記述に変化はない。

民法の借地法・借家法等と何等性質を異にしない。行政法規は新しい法を画一的に適用を要求するから遡及効の如く見えるがさうではない。殊に租税・行政上の処罰の法規等は遡及効を持たない。他の法と区別すべき点はない」⁹³⁾。

何れにしても、戦前の行政法の概説書においては、公法における不遡及原則の否定論を展開する者はいなかった。しかも、希ではあるが、行政法における既得権の存在に言及する者もいた⁹⁴⁾。杉村章三郎も、「原則として行政法規の遡及効は認定すべきものに非ざるべし」、「旧法の下に於てその効果の確定せる法律関係又は旧法の下に於ける既得権はこれを侵害することを得ざるべき」⁹⁵⁾と述べていた。

2. 裁判例

以上の公法学説の背景にどのような現実的問題があったのかは、必ずしも定かではない。私法に関して多くの事例があったこととは対照的に、公法では、法令の遡及適用が明確に争点となった裁判事例は殆ど見当たらないのである。

例えば、美濃部達吉の『行政法判例』(大正14年)、『続行政法判例』(昭和3年)、『公法判例大系』の上下巻(昭和8年)、昭和8年度から昭和17年度までの『公法判例評釈』には、「法令」という項目の中に法令の効力が問題となった事例も収められているが、刑罰関連⁹⁶⁾を除くと、時に関する効力については1件しか収められていない(この事例は、後述(2)-A)で取り上げる)。これ以外にも

93) 田中二郎・前掲注(10)『行政法 I』66頁。ただし、この後の前掲注(10)『行政法講義案(一・二)』23頁では、不遡及原則を簡単に解説するだけであった。

94) 浅井清『行政法の基礎概念』(高原書店, 昭和4年)53-54頁, 同『日本行政法総論』(巖松堂書店, 昭和7年)58頁。なお、浅井の著作における既得権への言及は、明らかにケルゼンに倣ったものである。ハンス・ケルゼン『一般国家学』の「国家秩序の時間的通用領域」(25節)および「既得権論」(26節)に、同旨の記述がある。

95) 杉村・前掲注(11)19頁。

96) 刑罰に関して法令の適用関係が争われた事例は、『公法判例評釈』の昭和11年度には3件(3-7頁), 昭和12年度には1件(14-16頁), 昭和13年度には1件(12-14頁), 昭和14年度には1件(2-4頁)が収められている。

後述のとおり幾つか関連する事例はあるものの、何れも、公法の時間的適用範囲について正面から判断を示すものではなかった。

このように事例は限られているが、それでも、行政裁判所や大審院の裁判例は重要な問題を示唆していたように思われる。結論から言うと、公法においては不遡及原則が妥当しないかのような判断が示されることがあったのである。

(1) 行政裁判所

A) 行判大正3年3月31日・行録25輯394頁⁹⁷⁾

この事例は、大阪市職員が明治39年1月に退職し、退隠料の支給を請求したところ、市吏員退隠料条例の明治40年の改正により、在職中に市吏員としての体面を汚損する行為をした者には退隠料を支給しないという規定が追加され、これが本件職員に対して適用され得るかが争われた。本件職員は、明治35年から36年にかけて横領をした罪により、明治40年7月に大阪地方裁判所で宍有罪判決を受けたため、明治42年9月1日、大阪市参事会は上記請求に対して明治40年の改正条例を適用し、その施行日以後は退隠料を支給しないと通告したのであった。

しかし、行政裁判所は次のように判示して、本件では改正条例は適用できないと判断した。「新条例第8条は旧条例第9条を改正し権利喪失の原因として新に第3号を追加したるものなれば、同号の規定は特別の規定なき限り旧条例に依り退隠料を受くる権利を有する者に対しても適用せらるべきこと明らかなり。然れども、旧条例に依る権利者に対して之を適用するには、特別の規定なき限り、其失権の原因たる事実が新条例施行後に発生したることを要す」。

この判決については、田中二郎が、「古い行政裁判所の判例の中に、既得権を侵害する条例の遡及適用は許されない旨を判示したものがあつた」⁹⁸⁾と述べて

97) この事例は、田中・前掲注(1)168-169頁注5で参照されていたものである。同旨として、行判昭和14年7月21日・行録50輯6巻583頁、行判昭和15年2月14日・行録51輯1巻36頁。

98) 田中・同上。

いた。確かに、大阪市側の主張に照らすと、行政裁判所の判決はそのような趣旨での判断であったと言える。というのも、市側は、新条例による失権事由の適用は体面汚損行為の「発覚」時を基準にすべきという立場から、「新条例施行後、犯罪行為発覚の時より〔退隠料を受ける権利を〕喪失せしむるは毫も不遡及効の原則に反せざるなり」と主張していた。だが、行政裁判所は、「発生」時を基準としたのである。

行政裁判所は判決中で不遡及原則には言及していないが、戦前の学説における遡及の定義を前提にして判断をしたものと思われる。すなわち、新条例の施行前に生じた事実（犯罪行為）に対してこれを適用するならば遡及することになると考えたからこそ、「其失権の原因たる事実が新条例施行後に発生したることを要す」と判示したのであろう。

B) 行判昭和7年7月13日・行録43輯6巻659頁⁹⁹⁾

この事例は、京都市長が昭和6年3月26日に道路占用規程を改訂して電纜（ケーブル）敷道路占用料を倍増するとともに、これを年度当初の昭和5年4月1日にまで遡って適用することとし、電灯株式会社を経営する原告に対して増額分（約55000円）の納額告知書を送達したため、原告がその取消しを求めたというものである。

当時、道路法は「管理者ハ道路ノ占用ニ付占用料ヲ徴収スルコトヲ得」（28条4項）と定めており、また、京都市の道路占用規程には、「占用料ハ市長ニ於テ必要ト認ムルトキハ占用期間中ト雖モ之ヲ増減スルコトアルヘシ」（5条の3）という規定が置かれていた。

本件において、原告は、改訂規程の遡及適用は「既得権」を侵害するものだと主張した。すなわち、道路法28条4項は占用料の徴収の有無や額について管理者の裁量に委ねているため、徴収規程を制定してこれを告示しない限りは納

99) この事例は、田中・前掲注⁽¹⁰⁾『行政法講義案（一・二）』23頁で参照されていたものである。

付義務が生じないことから、その制定前において「占有者は占用料納付の義務なき法律上の地位に在るものにして、此の地位は占有者の既得権に属す」。このことは、占用料を増額する場合でも同様である。

しかし、この点、行政裁判所は次のように判示して、原告の請求を棄却した。「道路法第28条第1項の許可は単に占有権を附与するに止まり、同条第4項の占用料を徴取せられず又は一定限度以上に占用料を増徴せられざる地位を占有者に附与するものに非ず。而して、同項本文は単に『管理者ハ道路ノ占有ニ付占用料ヲ徴取スルコトヲ得』と規定するに止まり、占用料徴取の時期を制限せざるが故に、同法第52条の手続を履踐するに於ては、占有開始と同時に之を徴取するも、開始後に於て開始当時よりの分を徴取するも、將た又、従來の占有に付増額追徴する旨の規定を設くるも、凡て道路管理者の任意なりと解すべき」である。

この判決の理論的含意は判然としないが、結果的に、占用料の徴収権限を定める道路法28条4項に対して、過去の占用料を事後的に増額徴収できるという意味での遡及効が認められたことになると思われる。

C) 行判昭和16年7月25日・行録52輯7巻203頁

この事例は遡及立法に関するものではなく、また裁判所の結論に特段注目すべき点はないが、判決理由の中で、原告による既得権侵害の主張を行政裁判所が明示的に否定した点が注目される。

すなわち、原告は、昭和3年7月から金融業を営んでいたところ、「金融業取締規則」（昭和14年8月31日警視庁令第29号、同年9月1日施行）の制定により、従来は自由営業であった金融業が許可制となった。原告は昭和14年12月に許可を出願したが、原告は極めて悪質な高利貸しを行っており、私有文書偽造行使罪や詐欺罪等で有罪判決を受けていたこともあり、昭和15年6月に不許可処分がなされた。本件は、その取消しが請求された事案である。なお、本件規則4条は許可要件を明示せず、「金融業ヲ為サントスル者ハ警視総監ノ許可ヲ受クベシ」とのみ定めていたが、営業者の遵守事項（14条）や営業停止・許可取

消しの要件（21条）に関する規定は置かれていた。

本件において、原告は「既得権」を尊重すべきと主張した。すわなち、「凡そ多年一定の営業を為し来り社会的地位を確立せる者に付ては、法規の制定に依り自由営業を許可制とせるが如き場合に在りても、既得権を尊重し其の生計を保障せんとするは法規の原則的理念にして、〔本件〕規則も亦同精神の下に制定せられたるものなることは其の附則に鑑み之を窺知するに難からず」。ここで原告は附則に言及しているが、そこには、「本令施行ノ際現ニ金融業ヲ営ム者……ハ本令施行ノ日ヨリ六月ヲ限り第四条ノ規定ニ拘ラス其ノ営業ヲ営ムコトヲ得」、「前項ノ者前項ノ期間内ニ第四条ノ許可ヲ願出デタル場合ニ於テ其ノ願出ニ対スル許可又ハ不許可ノ処分ノ日迄亦前項ニ同ジ」という経過規定が置かれていた。原告としては、こうした附則から既得権の尊重という立法趣旨を読み取り、本件不許可処分はこれを無視した点で違法であると主張したのである。

これに対して、被告警視総監は、「〔本件〕規則の附則は……経過規定に過ぎずして、絶対的に……〔従来金融業を営んでいた者〕の既得権を認めたるものに非ず」、したがって、本件規則の趣旨目的に反する者を不許可とするのは当然であると反論した。

そして、行政裁判所は、本件規則14条と21条の規定に照らして本件の不許可処分は適法であると判断した上で、原告の上記主張については次のように判示したのであった。「原告は規則の附則を引用し、規則制定の精神は既得権を尊重するに在るを以て原告の出願を拒否し得ざる旨主張するも、規則の附則は従来金融業を営み居りたる者に対し、営業許可又は不許可の処分の日迄営業を為すことを得しめたる経過規定に過ぎざることは、其の文詞に徴し明なる」。

(2) 大審院

大審院においては、新たな事業規制立法をめぐって、その適用関係が争われた事例がある。法律事務取扱の取締に関するものと、戦時統制法規に関するものである。

法律の時間的適用範囲に関して、大審院はすでに、改正利息制限法の事例において「法律は既往に遡らざるを原則とする」と判示しており、明文の遡及規定がない限りは法律不遡及が原則であることを認めていた。しかし、以下で取り上げる事例において、大審院は不遡及原則に言及せず、しかも結論としては遡及適用を認めたように考えられる判断を示したのである。

A) 法律事務取扱取締法

「法律事務取扱ノ取締ニ関スル件」(昭和8年5月1日法律第54号, 昭和11年4月1日施行)(以下、「取締法」とする)は、弁護士でない者による法律事務の取扱を禁止するとともに(1条), 「何人ヲ問ハス他人ノ権利ヲ譲受ケ訴訟其ノ他ノ手段ニ依リ其ノ権利ノ実行ヲ為スコトヲ業トスルコトヲ得ス」とし(2条), これらに違反した場合には1年以下の禁錮または1000円以下の罰金に処するとした(4条)(現在では、弁護士法72条から74条に同内容の規定がある)。

この法律は昭和11年4月1日から施行することとされ、当時としては珍しく、公布から3年間の猶予期間が認められた。以前から法律事務を扱う業者が多かったことから、既存業者が転業するための期間として、あるいは、すでに譲り受けた権利を実現するための期間として、猶予期間が設けられたようである。

もっとも、取締法には、猶予期間を経過した後のこと、すなわち、その施行前に譲り受けた権利であっても施行後には実行することが禁止されるのか否かについて経過規定がなかった。そのため、売掛代金債権の譲受けと訴訟提起がどちらも取締法の施行前になされていた事案において、同法2条が適用されるのか否かが争われた。

この点、原告は「法律不遡及の鉄則、既得権保護の原則」を主張したが、大審院は、昭和12年の判決¹⁰⁰⁾において、民事事件としては取締法2条を適用す

100) 大判昭和12年7月23日・民集16巻1257頁。同旨として、大決昭和13年8月16日・民集17巻1670頁。なお、取締法2条違反の刑事事件(取締法の施行前に権利を譲り受けたが、施行後になって当該権利を実行した事案)において、大審院は、2条の適用を否定した(大判昭和12年5月26日・刑集16巻787頁)。すなわち、「数個

べきであると判断した。すなわち、「昭和8年5月1日法律第54号法律事務取扱ノ取締ニ関スル法律は、昭和11年4月1日より施行せられたるも、同法の性質上、同法施行前より同法2条所定の行為を業とする者が其の業として同法施行前に他人より譲受けたる権利を同法施行後に訴訟に依り実行することは勿論、其の権利実行の為に既に提起しある訴訟を同法施行後に遂行することも亦、之を許さざるものと解するを相当とする」。

大審院判決では、取締法の施行前に譲り受けた権利であっても施行後はこれに同法が適用されることの理由が「同法の性質上」としか示されておらず、その趣旨は曖昧であった。特に、大審院は取締法に遡及効があることを認めたのか否か（したがって、不遡及原則の例外を認めたのか否か）をめぐり、学説上、本判決の評価は分かれた。

まず、本判決を支持する立場として、穂積重遠は、「本件は一見法律不遡及の原則の例外の様に思はれるかも知れぬが、さうではないのであって、訴訟の続行其ものが右法律の施行によって不適法となったのである」¹⁰¹⁾と述べている。こうした見解は、梶田年（大審院判事）が指摘していたように、取締法の規制対象である権利譲受とその実行行為はそれぞれ別個の行為として区別できることを前提としている。取締法の施行後であれば前者だけでなく後者もそれ自体として一切禁止されると解する立場からは、本判決は「理論上不遡及原則其の儘に従った当然の解釈である」ということになる¹⁰²⁾。

の行為が相結合して一罪を構成すべき場合に於て、其の一部の行為が〔刑罰を新設する〕新法施行前に行はれたるときと雖、……其の全部に付其の罪を問ふことを得ざるものとす。昭和8年5月1日法律第54号法律事務取扱ノ取締ニ関スル件第2条の罪は、他人の権利の譲受及其権利の訴訟其の他の手段に依る実行なる分割して観察することを得べき二個の行為が相結合して一罪を構成するものなるところ、右の所為は同法施行前には適法なるものとして法の認容したところなりしに拘らず、同法の施行に依り新に犯罪を為るに至りたるものなるを以て、右権利譲受行為にして同法施行前に完了したる以上、仮令其の権利実行の行為が同法施行後に行はれたりとするも、如上の理に依り、全体として同法の適用を受くべき限りにあらずと云はざるべからず」。

101) 穂積重遠「判批」民事判例研究会『判例民事法昭和12年度』312頁以下(314頁)。

102) 梶田年「判批」法学新報48巻3号(昭和13年)133頁以下(136頁)。もっとも、梶

これに対して、美濃部達吉は本判決に反対した¹⁰³⁾。主な理由は、取締法の施行前に適法に譲り受けた一個の債権を跡始末として実行する行為だけでは継続性がなく、取締法2条の適用対象となる「業」とは見なし得ないということであったが、これに加えて、法律の不遡及原則に反すると批判した点が注目される。すなわち、「法律施行前に為された権利の譲受が完全に有効であり、譲受人は有効に権利者となったことは勿論であるに拘らず、其の後新に其の業務を禁止する法律の施行せられた為めに、其の権利が法律上の保護の無いものとなるとすれば、結局其の法律の効力は既往に遡り、法律施行前に行はれた権利の譲受を無効ならしむることに帰し、法律不遡及の基本的原理を無視するもの」と謂はねばならぬ」。

もっとも、美濃部の指摘からは、権利の実行の禁止が「結局」は以前になされた権利の譲受けを実質的には無効とすることにつき、どこに、どのような意味で遡及効があるのかは必ずしも明確ではない。しかも、本判決後、大審院は、取締法の施行後に第三者が権利を譲り受けることは取締法2条に反するとしても法律上無効ではなく¹⁰⁴⁾、また、権利の実行を業としていない第三者が施行後に譲り受けた権利を実行することは妨げられないと判断した¹⁰⁵⁾。取締法に違反しようとしても、権利の民事上の処理に関しては柔軟な判断を示したのである。そのため、美濃部の指摘に反して、大審院では取締法の施行前に譲り受けた権利が同法により一切無効になると解されたわけではない。

だが、美濃部は、おそらく、権利譲受とその実行行為は一体的であるという観点から、後者を禁止することで前者にまで遡及的に影響が及ぶと考えていた

田は、実行行為の禁止は不遡及原則には違反しないが、「既得権保護の立法上の常道に反する結果となる」と指摘していた。ただ、取締法には3年間の猶予期間があったことから、梶田はここに注目して、「既得権保護の常則は、此の法律に於ては、一定の猶予期間内丈に、之を認むることに止めて、期間経過後は認めぬといふ建前を採ったものと解せねばならぬ。即ち既得権保護の常則に制限を加へたのである」という立法趣旨を読み取った。そのため、結論としては大審院判決を支持したのであった。

103) 美濃部達吉『公法判例評釈昭和12年度』(有斐閣、昭和13年)17頁以下。

104) 大判昭和15年12月10日・法律評論30巻諸法308頁。

105) 大判昭和15年11月30日・法律新聞4654号10頁。

のではないか。こうした見解は、実際、本判決に反対した民事訴訟法学者の中村宗雄が主張していたものである。すなわち、「本件事案たる債権取立訴訟の遂行は、既に本法施行前より裁判所に係属せしものであり、而かも同じく本法施行前適法に為されたる債権譲受行為に続き之を相待ち一連の業務行為を組成して居るのであるが故に、かかる過渡期の行為に対しては、法律不遡及の原則に依り本法を適用せざるが相当であったと考へる」¹⁰⁶⁾。

つまり、取締法は「一連の業務行為」をその遂行途中に禁止するものであると解する場合、同法には遡及効があったことになり得る。そうすると、本件でそうした形での同法の適用を肯定した大審院は、不遡及原則への例外を黙示的に認めたと考えることもできるであろう。実際、こうした大審院の立場は、次に取り上げる事例において一層明確に表れている。

B) 戦時統制法規

先の大戦中には、国内であらゆる生活物資が不足することとなったため、その製造・販売や配給について統制がなされた。戦時統制法規をめぐっても前述の法律事務取扱取締法と同じような問題が生じ、しかも、この事例では規制対象となった複数の行為の結びつきは不可分であったにもかかわらず、大審院は、ここでも不遡及原則には言及せずに新法の適用を認めたのである。

もっとも、当時であっても、問題の所在は意識されていたようである。統制法規をめぐって、「一番問題になったのは、例へば販売禁止或は制限等について、施行前の契約に基いて、施行後引渡をなす場合のやうに、一つの連続した行為が、法令施行の前後に跨る場合」であると指摘されていたのである¹⁰⁷⁾。この点が大審院で争われた事例としては、初めて切符制を導入した「綿絲配給統制規則」(昭和13年3月1日商工省令第6号、公布即日施行)に関するものがある。

106) 中村宗雄「判批」民商法雑誌7巻3号(昭和13年)465頁以下(469頁)(同『判例民事訴訟研究第1巻』(巖松堂、昭和14年)259頁以下に所収)。

107) 法令調査研究会『誰にも解る統制違反の判例解説 一輯』(船場書店、昭和15年)1頁。

綿絲配給統制規則は、綿絲製品の製造業者に対して各々が使用できる綿絲の数量を割当て（1条1項）、各業者には割当数量に応じた割当票を交付することとした（2条1項）。そして、この割当票との引換えでなければ綿絲を売買できないことが、次のように定められた。「工業者ハ割当票ト引換フルニ非ザレバ其ノ使用スル綿絲……ヲ買受クルコトヲ得ズ」（3条）、「工業者ニ対シ前条ノ綿絲ヲ販売スル者ハ割当票ト引換フルニ非ザレバ之ヲ販売スルコトヲ得ズ」（4条）。この規則に違反した場合には、規則制定の根拠法令である「輸出入品等ニ関スル臨時措置ニ関スル件」（昭和12年9月10日法律第92号）により、1年以下の懲役または5000円以下の罰金に処せられる（5条）。

このように、綿絲配給統制規則により、綿絲の「買受」（3条）や「販売」（4条）が制限されることとなった。だが、本件規則の施行前になされた綿絲の売買契約であって未履行のものに同条が適用されるのか否かについて、経過規定は置かれていなかった。そのため、本件規則の適用関係が争われたのである。

この点、大審院は、昭和14年の判決¹⁰⁸⁾において、本件規則の適用を認めた。すなわち、「〔本件規則〕の附則に於て、本則は公布の日より之を施行すと規定す。故に、第3条第4条の規定は、昭和13年3月1日以前に成立したる売買契約に基き同日以降に其の履行として綿絲を引渡す場合にも其の適用あるものと解するを相当とす。蓋し、(一)売買は民法の規定に依り明かなる如く、当事者の意思表示の合致により成立するものなれば、前記第3条の買受、第4条の販売を以て単に売買契約を指すものなりと解せむか、割当票と引換に非ざれば買受又は販売することを得ずとの文旨は其の意味を為さざるに至るべし。故に、割当票と引換ふるに非ざれば買受若は販売を為すことを得ずとは、割当票と引換ふるに非ざれば、所謂現実に売買は勿論、既成の売買契約に因る綿絲の引渡を為すことを得ずとの意なりと解するを相当とすべく、(二)又斯く解することは、輸出入品等に関する臨時措置に関する法律第2条、並、綿絲配給統制規則の精神に適合し、所謂国策に合するものと謂ふべし」（番号は原文どおり）。

108) 大判昭和14年3月29日・刑集18卷158頁。

このように、大審院は、切符制の実効性の確保と、統制法規の精神や国策とを理由にして、本件規則の施行前の売買契約に基づく綿糸の引渡しにも規則を適用すべきと解したのであった。

本判決後には、各種の統制法規の中に、制限される「販売」には施行後の「引渡」も含むという判決の趣旨が明文化された¹⁰⁹⁾。だが、「買受」については、その施行前になされた売買契約に基づいて施行後において買い受けること（引渡しを受けること）が許されないとは明記されなかったため、同様の争いが生じた。

しかし、この場合においても、大審院は、規制対象は「物品夫れ自体にありて、其の物品授受の権利義務の発生時期の如きは問ふ所にあらざる」¹¹⁰⁾こと、あるいは、「販売（本則施行前に為したる契約に依る引渡を含む。以下同じ。）することを得ざる旨規定し、以て右配給統制規則施行以前に締結したる売買契約に基く引渡をも同条の販売に包含せしめ、物資需給の統制の達成を期したる律意を推断し得る」¹¹¹⁾ことからすると、販売者による引渡しのみを規制するだけでは立法目的が達成されず、したがって、過去の契約に基づき引渡しを受けることも「買受」として許されないと判断した。大審院によると、上記括弧書きのような規定は「注意的規定」に過ぎないと解されたのである¹¹²⁾。

これらの判決は、一見すると、「買受」「販売」には引渡しも含まれるのかという文言の解釈が問題とされただけと言えるかもしれない¹¹³⁾。この点に限って

109) 例えば、糸配給統制規則（昭和14年商工省告示第7号）は、附則4項において、「工業者ニ対シ第三条ノ糸ヲ販売スル者ハ本則施行前ニ為シタル販売契約ニ基キ工業者ニ対シ第三条ノ糸ヲ引渡スコトヲ得ズ」と定めた。その他にも、本則中で、「販売（本則施行前ニ為シタル契約ニ依ル引渡ヲ含ム）」と明記された（石炭配給統制規則1条、物品販売価格取締規則1条、鉄鋼配給統制規則2条、鉄屑配給統制規則3条、国産羊毛の購買制限に関する件）。

110) 大判昭和14年11月9日・刑集18巻519頁。

111) 大判昭和15年3月9日・刑集19巻86頁。

112) 前掲注¹¹⁰⁾の昭和14年判決。

113) 文言解釈の問題を取り上げるものとして、参照、猪俣浩三『統制法令の臨床解釈』（有光社、昭和18年）96-107頁。猪俣は、「『販売』という法律上の既成概念を、殊更従来と意義を異にした解釈をとるといふことは拙いことだと思う」と述べて

みるならば、現実的には、物資の需給統制という目的からしても、また売買契約の日付を当事者間で書き換えることは容易であることからしても¹¹⁴⁾、大審院のように判断せざるを得なかったであろう。

しかし、「販売」「買受」に引渡しを含めるならば、そうした統制規則の適用範囲はどこまで及ぶのかが問題となり得たはずではないか。というのも、本件規則の施行前になされた売買契約に規則を適用すると契約は履行不能となるため、大審院は過去の契約を無効とすることを許容したと考えられる¹¹⁵⁾。本件でのこうした帰結は、前述の法律事務取扱取締法の事例のように一連の行為のうちで後行行為が禁止されることとは異なる。むしろ、本件規則がその施行前の事実に対して効力を及ぼしており、遡及効を認めたということになるのではないか。したがって、特別の理由づけをしない限り、前述の改正利息制限法の実例のように、経過規定がない以上は不遡及原則に従って判断されるべきであったように思われる。

もちろん、ここでの判断は、戦時中の極めて例外的状況の下でなされたものではある。だが、例外的な理論構成はとられていない。大審院は、経過規定がないにもかかわらず過去の契約に対して本件規則の遡及適用を認めており、したがって、公法においては不遡及原則を否定したかのようなのである。

V. 結 論

戦前の日本法における法律の不遡及原則の歴史的展開は、次の三点にまとめることができる。第一に、立法政策としての経過規定主義であり、第二に、判

いる。

114) 参照、前掲注(10)17頁。

115) 統制法規の遡及効と密接に関連している論点として、統制法規に違反した行為の私法上の効力の問題がある。当時、原龍之助は、配給統制規則は「需給関係の調整を図ることを趣旨」としていることから、それに違反する売買契約は無効であると解していた(原龍之助『統制と行政法の理論——統制法の一理論的研究』(有斐閣、昭和19年)326-327頁)。

例と学説の対立であり、第三に、学説における不遡及原則と既得権の尊重との分離である。第一と第三の点は、現在まで維持されていると言える。

まず、第一の点に関して、経過規定主義とは法例の立法過程において示された立場であり、法律の時間的適用範囲については個々の法律がその経過規定（あるいは施行法）によって立法上で画定すべきという立法政策である。実際、法典編纂に合わせて各種の施行法が制定されただけでなく、個々の法律が経過規定を整備する例は戦前においても希ではなかった¹¹⁶⁾。明治から大正の時期には、経過規定が置かれなかった新法の適用関係が争われることもあったが、各判決の趣旨は立法にフィードバックされたため、裁判所が判例を発展させることなく経過規定主義が強められていった。

例えば、明治42年に制定された建物保護法に関する事例において大審院はその適用範囲を一部限定したことから、これと異なる適用範囲を認めるために、大正10年の借家法には「本法ハ本法施行前ニ為シタル建物ノ賃貸借ニ付亦之ヲ適用ス」との経過規定が置かれた。また、大正8年に改正された利息制限法に関する事例では大審院が不遡及原則を認めたところ、その趣旨は後の法改正で明文化され、現在まで続く前例となっている（利息制限法（昭和29年5月15日法律第100号）附則4項、貸金業法の改正法（平成18年12月20日法律第115号）の附則など）。

経過規定主義をとる以上は、理念的には、新法・改正法の制定にあたって、旧法との適用関係の問題が生じうる条項ごとに経過規定の有無・内容を検討することが常に求められる。だが、実際には、立法例や裁判事例の蓄積を通じて、法律の時間的適用範囲に関する実務上の枠組みが固まっていくことは重要である。経過規定主義は立法的解決を志向することであって、そのためには、立法技術を経験的に精密化することが望まれたはずである。

ただ、法律の時間的適用範囲を立法によって画定すべきことと、この問題を

116) 本稿では立法例は検討していないが、戦前において経過規定が詳細に整備された例の一つに、恩給法（大正12年4月14日法律第48号）やその昭和8年改正法（昭和8年4月10日法律第50号）がある。

立法実務（とりわけ法制執務と言われるもの）に委ねることとは異なる。経過規定の内容に指針を与えるためにも、また、経過規定がない場合の解釈について指針を与えるためにも、法原則の探求や理論的検討がなされるべきであるように思われる。そして、法律の時間的適用範囲に関する原則の一つが、法律の不遡及原則なのである。

もっとも、第二の点（判例と学説の対立）に関して、戦前には、『法学通論』などの概説書において不遡及原則は殆ど同じような説明がなされていたにもかかわらず、その具体的適用となると判例と学説で見解が分かれた。特に、利息制限法の改正による上限利率の引下げの適用範囲をめぐる、対立は顕著に現れた。大審院は不遡及原則にしたがって改正前に締結されていた契約には改正法を適用できないと判断したのに対して、学説は立法目的を重視したため改正法の施行後に生じる利息に対しては改正法を適用すべきと主張した。ただ、学説上、一方で、明文規定がなくても間接的遡及効あるいは弱い遡及効が認められるべきとの見解があり、他方で、我妻栄は「契約の効力」と「現在の法律状態」（これは後に「契約から生ずる法律効果」と言い換えられている。）とを区別し、後者に対する新法適用は遡及ではないと解した。遡及効の有無について見解が異なっているが、その前提としての遡及効の定義は共有されていたと思われる。大正以後の『法学通論』の中では、一般論として、遡及効（遡及適用）の概念が、法律の施行前に生じた事実に対して当該法律の効力を及ぼすこと（あるいは適用すること）というように形式的に定義されており、そうすることで、学説は新法が適用されるべき領域を広げたのである。

また、法律事務取扱取締法の適用をめぐる、逆の対立が生じた。大審院は同法の施行前に適法に譲り受けた権利であっても施行後は同法が適用され、したがって権利の実行を業務として行うことは許されなくなると判断した。だが、学説上、これに賛成する論者はおそらく遡及効の形式的定義に依拠することにより本件では遡及適用はなされていないと解し、反対した美濃部達吉や中村宗雄は、権利の譲受と実行とに業務行為としての一体性・連続性を見出して、後者の禁止は前者に起因する業務の遂行を事後的に不可能とする点で遡及して

いと解したのであった。

第三の点（学説における不遡及原則と既得権の尊重との分離）に関しては、遡及効を形式的に定義することで、同時に、旧法下で生じた権利を新法の施行後にどのように扱うかは既得権の尊重の問題として別個に位置づけられることとなった。既得権を尊重するのであれば、その限りで旧法の効力を存続させることになるが、戦前の学説は、これは新法の不遡及とは異なると考えたのである。ただ、既得権の尊重のあり方は立法（特に経過規定）に委ねられるとされた。経過規定がない場合には、旧法下で生じた権利であっても直ちに新法の影響を受けるのであり、私法では原則として既得権が尊重されるべきとする見解も少なくなかったが、公法では殆ど一致して既得権の尊重が否定されてきた。こうした見解については、柳瀬良幹の既得権論批判に典型的に表れていたように、権利はその根拠法令が改正・廃止されることで当然に失われるという立場に基づくものであった点に留意すべきであろう。

さて、遡及効の形式的定義や、既得権の尊重の問題を不遡及原則から区別することは、概念の明確化という点では重要であるように思われる。しかしながら、戦前における判例と学説の対立を踏まえるならば、検討すべき問題点も見えてくる。

第一に、旧法下で生じた権利が新法以後にまで何らかの意味で存在しつづけている場合、経過規定がない限り、当然に新法が適用されることになるのかについて検討が必要である。すなわち、①ここに遡及効を見出さず、例外的な既得権（旧法下で生じた権利、既存の権利）の尊重として考えるとすると（つまり、旧法の効力の存続の問題として考える場合）、これは専ら経過規定の有無に依存するのであるだろうか。あるいは、②旧法下で生じた権利・事実と新法との関係についても、不遡及原則の問題として検討する余地はあり得ないのであるだろうか。不遡及原則は、その根拠・射程・限界などにつき、私人の権利利益と何らかの形で関係するのではないか。仮にそうであるとすると、不遡及原則は、法律をその施行前に生じた事実には適用してはならないという形式的な内容に限られるのか否かを再検討する必要がある。

第二に、旧法下で締結された契約が新法以後にまで継続している場合、新法の適用は許されないのかについて検討が必要である。すなわち、①特に契約上の権利については、既得権（旧法下で生じた権利、既存の権利）の尊重の問題として位置づけることができ、しかも、この場合には尊重すべきことが原則なのではないか。あるいは、②不遡及原則の問題として位置づけつつ、新法以前の契約の法効果を新法がその施行後に変えることは遡及なのか否かなど、遡及効（遡及適用）の概念を再検討する必要もある。

これらの検討については、遡及立法に関する戦後の裁判例を踏まえて、また不遡及原則の射程やその憲法上の位置づけの問題とともに、今後の課題とする。

【付記】本稿は、2015年12月に筑波大学に提出した博士論文「法、時間、既得権——法の時間的効力の基礎理論的研究」の一部（第一章と第二章）を要約するとともに、加筆・修正をしたものである。博士論文の全文は、筑波大学の機関リポジトリ「つくばリポジトリ」において公開されている（<http://hdl.handle.net/2241/00128694>）。