

みなす・推定・準用・適用 —法令用語釈義 その5—

平野 敏彦

1 はじめに

条文の基本構造は、法律要件と法律効果の仮言結合（もし～ならば、…。）である。このように理解することにより、形式論理学の三段論法の推論式である前件肯定式（「 p ならば q かつ p ゆえに、 q 」。正式には、混合仮言三段論法であるが、略して構成式ともいう。ラテン語の *modus ponens* である。）が、命題の性質としての存在命題と当為命題の差異はともかくとして、あくまでも形式的にはあるが、「法的」三段論法に転用可能になる。

条文は、文法的に見ると、条件文であり、法律要件の部分が従属文（副文）、法律効果の部分が（主文）という複文形式の一文であるが、表現形態としては、法律要件の部分は、修飾された名詞のことも多い。たとえば、刑法第199条の殺人罪の法律要件（犯罪の場合は、通常、構成要件という語が用いられているが、どちらもドイツ語の「*Tatbestand*」（略して、*TB*）の翻訳である。）は、「人を殺した者」であり、この場合には、主語（主体）－目的語（客体）－述語（行為）が明示できるように、「もし、（ある）者が人を殺したならば」とリライトすれば、条文の基本構造がはつきりする。これが基本文型である。このリライト作業は、条文解釈作業の出発点である文理解釈をする際の条文の構文論（統辞論）的分析を行う基本的テクニックである。とりわけ、主語が文の表面に表れないことが多いという日本語の特徴に鑑みれば、主語に敏

感になる一つの方法として有効である。

今回のテーマは、法律効果文の分析である。法律効果は、一言でいうと、権利・義務・法律関係の変動（発生・消滅・変更）という規範内容を指図するので、「～しなければならない」、「～してはならない」、「～できる」、「～できない」等の分析と思われるかもしれないが、それらはまた別の機会に譲ることとし、本稿では、同一の法律効果が発生させるいくつかの表現に焦点を当ててみた。

2 同様とする

さて、法律要件が異なっているにもかかわらず、法律効果を指示する表現が全く変わりが無い二つの規定がある。別の規定であるから、それぞれに同じ文言で法律効果を定めてもよいのであるが、条や項などの条文単位が連続する場合や同一の条中や項中で前段・後段の二文が含まれる場合には、繰り返しの煩を避け、文字数を減らす工夫がなされており、そのために「同様とする」という表現が使用される。「～ときも、同様とする。」、「～についても、同様とする。」、「～者も、同様とする。」というパターンが大半を占め、数少ないが、「場合も」、「～後も」、「～間も」や名詞に「も」を付けたものもある。前に「も、」を必ず伴い、後段の場合は「～も、同様とする。」、項が改まった場合は、「～も、前項と同様とする。」となる。

法律効果が定められている先行規定と、法律効果がそれと「同様である」と定められている後続規定の間のそれぞれの法律要件の関連は、規定の配列が連続していることがもつ関連性は当然あるとしても、必ずしも密接なものでもなくともかまわない。専ら条文数を減らすという実用的理由が優先している。

「同様とする」が用いられている条文の意味をとるには、指示されている項や段の法律効果の規定を、ワープロ操作風に言えば、コピペして「同様とする」

に上書きすればよだけの容易なものである。

○民法 第197条(占有の訴え)

占有者は、次条から第202条までの規定に従い、占有の訴えを提起することができる。他人のために占有をする者も、同様とする。

後段は、「他人のために占有をする者も、次条から第202条までの規定に従い、占有の訴えを提起することができる。」となる。

○刑法 第61条(教唆)

- ① 人を教唆して犯罪を実行させた者には、正犯の刑を科する。
- 2 教唆者を教唆した者についても、前項と同様とする。

第2項は、「教唆者を教唆した者についても、正犯の刑を科する。」となる。

○刑法 第176条(強制わいせつ)

13歳以上の男女に対し、暴行又は脅迫を用いてわいせつな行為をした者は、6月以上10年以下の懲役に処する。13歳未満の男女に対し、わいせつな行為をした者も、同様とする。

後段は、「13歳未満の男女に対し、わいせつな行為をした者も、6月以上10年以下の懲役に処する。」となる。この条文について、学部1年生からよく受ける質問が、「刑罰がまったく同じなのに、なぜ13歳で区別してるんですか。」というものである。「前段と後段をじっくり読んでみなさい。犯罪の質がどう違うかわかりますか。13歳未満の男子に対しても、女子に対しても、強制わいせつ罪が成立するためには、「暴行又は脅迫」という手段は要件とされていないんですよ。」と答えることにしている。また、上記の例からもわか

るように、前段を後段で受けるときは単に「同様とする。」だけでよいが、条や項をまたぐときは「前項と同様とする。」というように指示する必要がある。

なお、カタカナ文語体の条文では、「同様とする」と同じ意味を表す表現として、「亦同シ」が明治期以来用いられてきた。「亦」という漢字は、受験漢文の参考書による記憶法の説明では「モマタのマタ」と呼ばれるものであり、「サラマタのマタ」（又）や「マタマタのマタ」（復）と区別するという工夫がなされている。用法的には、「亦」は主語が別で述語が同じ文をつなぐ場合、「又」一念のために言うと、選択の接続詞「又は」と混同してはならない—は主語が同じで述語が別の文をつなぐほか、「さらに、そのうえ」という追加の意味を表す場合（たとえば、憲法第12条後段「又、国民は、これを濫用してはならないのであつて…」で用いられているのは、この「又」である。）、そして「復」は再度の意味を表す場合に使用される。法科大学院の法律科目の成績を例にとると、「民法優也、亦刑法優也」、「民法優也、又刑法良也」、「民法優也、復民法優也」で、最後の場合は、中間試験でも期末試験でも民法は優であるという意味である。

したがって、法令用語として「亦同シ」を用いるのは、漢文脈では正則の用法なのである。ただし、「モマタ」の意味であるとしても、「亦」を常に「もまた」と訓じるわけではなく、書き下し文で必要に応じて（たいていは口調で）、前の字に送り仮名として「モ」が振られることになる。条文の場合も、「亦同シ」の前には「モ」は付けられないが、それ以外の場合には「モ亦～」とされる。又、大正15年6月1日の閣訓号外「法令形式ノ改善ニ関スル件」において濁点の使用をすることが定められたので、それ以降に制定される法律では、「亦同ジ」が用いられる。たとえば、昭和7年7月15日公布の手形法（昭和7年法律第20号）や昭和8年7月29日公布の小切手法（昭和8年法律第57号）では、「亦同ジ」となっている。

民法の一部を改正する法律（平成16年法律第147号：同年12月1日公布、平成17年4月1日施行）により行われた民法現代語化に際し、ほとんどの「亦

同シ」はほぼ機械的に「同様とする。」に置き換えられた。一例として、上記の民法第197条を見てみよう。

○民法 第197条 [占有の訴え] …平成16年改正前の規定

占有者ハ後五条ノ規定ニ従ヒ占有ノ訴ヲ提起スルコトヲ得他人ノ為メニ占有ヲ為ス者亦同シ

カタカナ文語体の条文には、句読点がない(ただし、「又ハ」、「及ヒ」、「其他ノ」等で列記される字句を区切るためにのみ、読点が用いられる。)ので、動詞の終止形(「得」〔読みは「ウ」])を判別して、前段と後段の区切りをしなければならない。なお、現行条文では、「後五条」は、「次条から第202条まで」に改められている。

○民法 第715条 (使用者等の責任)

2 使用者に代わって事業を監督する者も、前項の責任を負う。

<平成16年改正前>

② 使用者ニ代ハリテ事業ヲ監督スル者モ亦前項ノ責ニ任ス

上述したように、カタカナ文語体条文の「亦同シ」は、ひらがな口語体条文では「も、同様とする。」に置き換えられたのだが、戦後の一時期まで、「同様である。」という表現が併存していたことがある。学生がよく目にする法律では、昭和23年7月10日公布の刑事訴訟法(昭和23年法律第131号。昭和24年1月1日施行)と昭和22年12月22日公布の民法親族・相続法の全部改正条文(昭和22年法律222号。昭和23年1月1日施行。この改正により、民法は第1編～第3編はカタカナ文語体、第4編・第5編はひらがな口語体の法典となった。全部がひらがな口語体になるのは、平成16年改正によってである。)がある。

○刑事訴訟法 第 92 条 [保釈と検察官の意見]

- ① 裁判所は、保釈を許す決定又は保釈の請求を却下する決定をするには、検察官の意見を聴かなければならない。
- ② 検察官の請求による場合を除いて、勾留を取り消す決定をするときも、前項と同様である。但し、急速を要する場合は、この限りでない。

○民法 第 735 条（直系姻族間の婚姻の禁止）

直系姻族の間では、婚姻をすることができない。第 728 条又は第 817 条の 9 の規定により婚姻関係が終了した後も、同様とする。

<平成 16 年改正前>

直系姻族の間では、婚姻をすることができない。第 728 条又は第 817 条の 9 の規定によつて婚姻関係が終了した後も、同様である。

平成 16 年民法改正では、昭和 22 年の親族・相続編改正の部分についても、様々な改良が施された。それ以前の条文と比べてときに、見た目の変化があるのは、促音・拗音の小書き（つゃゅょの使用）や条文見出しと項番号の付加であるが、そのほかに細々とした用語統一があり、「同様とする」と「同様である」の併存状態の解消もその一つである。そのおかげで、民法では「同様である」は姿を消したが、刑事訴訟法では現在もなお併存状態が続いている。（そのほかにも、たとえば、「ただし」と「但し」に代表される漢字書き用語とひらがな書き用語の併存や送り仮名の不統一など、表紙面での混乱がひととき目立っている。）

この同一の法律効果は発生させることを指示する「同様とする」の反対の意味を持つ用語は、同一の法律効果は発生させないことを指示する「この限りでない」（カタカナ文語体の条文では、「此限ニ在ラス」）である。「～も同様とする」が前段に対する後段で用いられることが多いが、「この限りでない」

はもっぱらただし書の結びで用いられる。ただし書の基本的用法が、原則を定めた本文に対する例外規定を定めることなので、ある特定の場合には、本文で定められた法律効果は発生させないことを意味する表現である。もっとも、「同一」でないということとどまり、具体的どののように異なる法律効果が発生するのかについては、明確に指示するものではない。

3 みなす

(1) 定義の検討

「みなす」という法令用語は、様々な表現で定義されている。そこで、版を重ねている二つの法令用語の辞典における表現をまず対比し、次に他の文献、つまり他の執筆者の表現を突き合わせるという方法で、定義について考察してみたい。

一つは、初版発行が1950年、最新版が2016年の第10次改訂版である学陽書房発行の『法令用語辞典』である。編集は歴代の内閣法制局長官が務め、編集は現行版では11名の長官経験者の名前が編者として列記されており、筆頭編者は角田禮次郎である。執筆者一覧は現参事官・元参事官の同窓会名簿のごときであるが、各人に執筆者略称が付されており、この略称を辞典の各用語の末尾に記載することによって、その項目の執筆担当者がわかるようになっている。この辞典の編集姿勢は、初版はしがき(佐藤達夫執筆)で述べられているように、「本書中所々に意見がましいものが出ているが、これは、いうまでもなく各執筆者の私見であり、公の意見でない」というものである。「公の意見でない」ということは、内閣法制局には確固とした統一見解があるわけではありませんと白状しているようなものである。

もう一つは、初版発行が1993年、最新版が2012年の第4版である有斐閣発行の『有斐閣 法律用語辞典』である。編集は法令用語研究会であるが、この研究会は「内閣法制局の職務を経験した者による私的研究会」である。「経

験した」というと法制局から離れた者だけかと思えばさにあらず、現職の関係者も参加しており、当然のことながら学陽書房版辞典とも一部執筆者が重なっている。現職の長官は編集・執筆に参加していないが、後に長官に昇格する第一部長や次長が研究会代表を務めており、第4版当時(2012年)の研究会代表・横島裕介は、2014年5月に法制局長官に就任している。しかしながら、「私的」研究会を明言するこちらの辞典も「この辞典の項目の解説については、各執筆者の個人的見解であることを念のために付言しておきたい」と初版はしがき(編集代表・津野修執筆)に書かれている。もっとも、このような断り書きがなくても、両辞典の項目を対比させてみれば、内閣法制局関係者の間でも、見解が必ずしも一致をみておらず、また共有されてもいないことは一目瞭然である。これも好意的な目で見れば、日々工夫がなされ、改善の努力が継続されているということでもある。

この2冊以外の文献(その大半は、元又は現職の法制局関係者の単独執筆である。)での定義は、出典表示が明示されていなくとも、このいずれかを参考にして表現を修正していると推測してもよい場合が多い。その意味でこれら2冊は権威をもつ辞典と言えよう。以下、定義の各項目の中で他の表記例としてバリエーションをあげたが、煩わしくなるので、執筆者や書名の挙示を省略したことをお断りしておきたい。

「みなす」の基本文型は、「AをBとみなす。」であり、「(Bとは異なる)Aを、法律上、B(と同一のもの)として取り扱う」ことを意味する。カタカナ文語体の条文では、「看做ス」(「見做ス」ではない。)と漢字で書き、「みなす」と読んでいた。

実際の条文の表現から見ると、むしろ「Aは、Bとみなす。」を基本文型とするほうがよいかもしれない。しかし、「は…と」文は、「を…と」文の構造(要素間の関係性)を変えずに、表現が変わっているだけなので、別形文型と見ることと十分であると思われる。

この別形文型の「Aは、Bとみなす。」文のAは、主語だと言われることもある。しかし、動詞「みなす」がとる目的語Aを、副助詞「は」を用いて、先行して提示したものであるという文法的説明に依拠するほうが、法令文の特質の理解に資すると思われる。この場合の「は」は、主題や目的語を提示する機能を果たしている。

たとえば、大日本帝国憲法第1条「大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」は、「天皇(ガ)大日本帝国ヲ統治ス」(漢文調なので、主語を示す「ガ」は省略されている。)という文の目的語を、「ハ」を用いて最初に「大日本帝国ハ」と提示し、本来の目的語のあるべき位置に形式目的語の「之ヲ」を置くという語のレトリカルな配置換えをほどこした文である。

これは動詞の受動態を極力避けるという法文作成の「美学」にも適うので、やや古くさい印象を与える部分もあるが、ひらがな口語体条文でも使用される。字数が俳句と同じ五・七・五なので読み上げる際にリズム感がよい日本国憲法第23条「学問の自由は、これを保障する。」は、「(国が)学問の自由を保障する。」の変形であって、提示の「は」を使うことによって、保障の対象を文の先頭にあげて目立たせるという効果を發揮している。けっして「学問の自由が《何か》を保障する」という趣旨の条文ではなく、あくまでも「これを」は形式目的語であって、「学問的自由」を指すものなのである。また「学問の自由」が主語なら、動詞は受動形の「保障される」のはずである。もともと、ある時期以降、形式目的語の「これを」を用いない方針で起案するようになっており、附則の施行期日を定める文言は、かつては、「この法律は、△年△月△日からこれを施行する。」となっていたが、現在では単に「この法律は、△年△月△日から施行する。」となっている。(蛇足であるが、五・七・五の条文は、このほかに、民法第822条「相続は、死亡によって開始する。」がある。)

みなす		
	学陽書房	有斐閣
①	ある事物と性質を異にする他の事物を	A（ある事柄や物等）と性質の異なるB（他の事柄や物等）を
②	一定の法律関係につきその事物と同一視して	一定の法律関係について同一のものとして
③	そのある事物について生ずる法的効果をその他の事物について生じさせる。	Aについて生ずる法律効果と同一の法律効果をBについて生じさせる。
④	同一の事物でないということの反証を許さず、一定の法律関係に関する限り、絶対的にこれを同一視する。	同一のものでないということについて反証を許さない。

① AとBの関係についての部分である。「本来はAと性質の異なるBを」というように「本来の」を伴う場合が多いが、直接適用すべく定められている要件要素のAでは、通常包摂しきれないBという要件要素に置き換えるという視点を明示することは望ましいことである。なお、「読み替える」は、「準用する」の操作にのみ限定して用いるのを原則として、「みなす」の説明の中では「読み替える」という表現を用いないほうがいいだろう。

② 「みなす」が用いられる場合、「一定の法律関係」のケースに限定されることの指示として、条文では、「～のときは」、「～については」、「～場合には」等で示される。その場合、AとBをどう処理するかであるが、「同一（のもの）として」や「同一視して」のほか、「同様に取り扱い」との表現で、A=Bと扱うことが指示される。Bを拡張解釈してAを含むとするわけではない。後の例に見るように、「胎児」と「出生児」には決定的な差異がある。

③ 同一の法律効果を発生させる趣旨を伝える表現であるのだから、「法律効果」の文言を用いず、「法律の定めにより同様のものとして取り扱う」、「法令上認定してしまう」、「同じもと見る」という表現では不適切である。なお、「一定の事実関係があるものとして法律上取り扱う」というように「事実関係」に言及する際には、事実関係の法律要件にかかわり、それを前提として法律

効果が発生するというプロセスが暗黙の前提になっていると見てよい。

④ 反証不可は、「推定する」との差異を明確にする必要があるので、言及したほうがよい。これに関連して、「当事者間の取り決めや反証を許さず、一定の法律関係に関する限りは絶対的に同一なものとして扱う。」「事実がどうであっても、その法律上の認定と異なる判断をすることはできない。」「反論はだめで、有無を言わさない。」「確定的に評価する。」等、絶対性について様々な表現が用いられる。

また、学生の理解を容易にするために、理論用語の使用を減らし、「いくら当事者の間で、それは違うと言っても認めない。いわば法律の力で白(あるいは白か黒かわからないもの)を黒といいくるめてしまう。」とか、「本当はピッタリとはこないかもしれないが、法律上の関係については、そういうものとして扱う。」という柔らかい表現も見られる。なお、白黒は正反対の比喩として用いられているが、間に無彩色の灰色がある観念なので、不用意に用いるべきではないと思う。特に、「みなす」については、赤を青でも可能なのである。

このように反証を挙げて覆すことができないのが原則であるが、民法第32条の失踪宣告のように、手続が法定されている場合は、特別に認められる。

以上を総合して考察すると、「みなす」とは、法律要件要素AとBは、正確な言葉の関係から見ると「 $A \neq B$ 」であるが、両者の関係が立法上の価値判断により「 $A \equiv B$ 」と見るべきであると考えられる場合には、その両者の差異を無視して、つまり法律上は「 $A = B$ 」と同一視して、AをBに置き換えた新たな条文を観念し、Aを含む法律要件に付されていたのと同じ法律効果を付与するという思考操作を意味する表現だと言える。差異は無視するとの判断が根底にある以上、AとBが異なるという事実を持ち出した反論、つまり効果を否定する主張は許容されない、すなわちみなされたことから発生する効果は絶対的なものであるとならざるを得ないのである。

（2）用例

「みなす」を含む規定の読み方は、AとBを見極め、「Aは、事実はBでないにもかかわらず（Bであるという事実はないのに）、所定の条件の下では、B（と同一のもの）として取り扱われる」というパターンに当てはめればよい。

○刑法 第242条（他人の占有等に係る自己の財物）

自己の財物であっても、他人が占有し、又は公務所の命令により他人が看守するものであるときは、この章の罪については、他人の財物とみなす。

「自己の財物」は「他人の財物」ではないのに、所定の場合には、「他人の財物」として取り扱われる。自分の物が他人物でないことは、であることは明々白々たる事実であるのに、そのことの主張は意味をもたず、法律上は、他人の物であるという扱いは絶対に覆らない。だから、例えば、友人に貸してやった自分の物を、その物を占有している友人の承諾をとらずに、勝手に持ち帰ってしまえば、窃盗罪が成立するのである。自分の物を自分が持ち帰ただけだという言い分は認められない。いったん占有が移ってしまえば、自分の物であるという事実は継続しているのに、法律上は、他人の物扱いされるのである。

○民法 第721条（損害賠償請求権に関する胎児の権利能力）

胎児は、損害賠償の請求権については、既に生まれたものとみなす。

○民法 第886条（相続に関する胎児の権利能力）

① 胎児は、相続については、既に生まれたものとみなす。

② 前項の規定は、胎児が死体で生まれたときは、適用しない。

胎児を「既に生まれた」というのは、事実ではないが、損害賠償の請求権と

相続については、「出生した」(民法第3条第1項)者だけに認められる私権の享有主体として扱うという目的のために、「既に生まれたもの」として法律効果を発生させるのである。その淵源は、中世ローマ法格言にまで遡ることができる。文言操作だけで処理するには、カッコ書きで「(胎児を含む。)」を付することによっても目的は達成されるが、矛盾したものを同一視するというきわめて大胆な同一視であるので、「みなす」という規定で対処しているのであろう。

○刑法 第245条(電気)

この章の罪については、電気は、財物とみなす。

明治13年刑法下の有名な大審院判決に対する立法的対応として、明治40年刑法でも明文規定が置かれたもので、電気は「物」、つまり民法第85条の定義(民法総則の規定は、すべての法律の総則であると理解されている。たとえば、期間の計算について、各法ではその特例を規定するということになる。)にいう「有体物」であるという事実はないが、窃盗罪及び強盗罪については、「物」として取り扱うというものである。第251条で、詐欺罪と恐喝罪にも準用されている。

○刑事訴訟法 第212条[現行犯人]

- ① 現に罪を行い、又は現に罪を行い終つた者を現行犯人とする。
- ② 左の各号の一にあたる者が、罪を行い終つてから間がないと明らかに認められるときは、これを現行犯人とみなす。
 - 一 犯人として追呼されているとき。
 - 二 贓物又は明らかに犯罪の用に供したと思われる兇器その他の物を所持しているとき。
 - 三 身体又は被服に犯罪の顕著な証跡があるとき。

四 誰何されて逃走しようとするとき。

第2項各号で定められた場合において、「罪を行い終つてから間がないと明らかに認められるとき」という二重限定された条件を満たす者は、「現行」、つまり、犯罪の現在進行又は現在完了を意味する「現に罪を行い、又は現に罪を行い終つた者」という定義に該当する事実はないにもかかわらず、現行犯人と同一視するという内容である。なお、第2号の「贓物」は刑法第256条第1項の「盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物」を指す平成7年改正前の用語であり、第4号の「誰何」〔「すいか」と読む。〕とは、人に「だれか？」と声をかけて呼び止めることである。

○民事訴訟法 第159条（自白の擬制）

- ① 当事者が口頭弁論において相手方の主張した事実を争うことを明らかにしない場合には、その事実を自白したものとみなす。ただし、弁論の全趣旨により、その事実を争ったものと認めるべきときは、この限りでない。

2～3（略）

口頭弁論において、一方当事者が相手方の主張した自己に不利益な事実を認めた（＝自白した）という事実がないにもかかわらず、「自白した」ものとして処理されることである。事実を争うかどうかの意思が不明確な場合は、次のステップに進めないなので、それを回避するという機能を果たす措置である。

（3）条文見出し

（a）擬制

「みなす」が用いられている条文で、それに関連する条文見出しが付される場合、たとえば上記の民事訴訟法第159条（自白の擬制）のように、通常は、

「擬制」が使用される。

○民法 第753条(婚姻による成年擬制)

未成年者が婚姻をしたときは、これによって成年に達したものとみなす。

○民事訴訟法 第263条(訴えの取下げの擬制)

当事者双方が、口頭弁論若しくは弁論準備手続の期日に出頭せず、又は弁論若しくは弁論準備手続における申述をしないで退廷若しくは退席をした場合において、1月以内に期日指定の申立てをしないときは、訴えの取下げがあったものとみなす。当事者双方が、連続して2回、口頭弁論若しくは弁論準備手続の期日に出頭せず、又は弁論若しくは弁論準備手続における申述をしないで退廷若しくは退席をしたときも、同様とする。

当事者による「訴えの取下げ」があった事実がないにもかかわらず、不出頭や無申述退廷・退席の場合には、「訴えの取下げ」があったのと同視して、裁判所に強制的に手続の打ち切りを許す規定である。非訟事件手続法(平成23年法律第51号)第64条の「非訟事件の申立ての取下げの擬制」、家事事件手続法(平成23年法律第52号)第83条の「家事審判の申立ての取下げの擬制」等も同様に規定である(もともと、非訟事件と家事事件については、「みなすことができる」と裁判官の裁量の余地を残している。)

○民事訴訟法 第277条(続行期日における陳述の擬制)

第158条の規定は、原告又は被告が口頭弁論の続行の期日に出頭せず、又は出頭したが本案の弁論をしない場合について準用する。

この条では「みなす」という用語は使われていないが、準用先の第158条の条文見出しが「訴状等の陳述の擬制」にならって、「続行期日における陳述

の擬制」とされたものであろう。

(b) みなし〇〇

本来は「擬制〇〇」となるべき場合に、「みなし〇〇」とする用例もある。

○民法 第 384 条 (債権者のみなし承諾)

次に掲げる場合には、前条各号に掲げる書面の送付を受けた債権者は、抵当不動産の第三取得者が同条第 3 号に掲げる書面に記載したところにより提供した同号の代価又は金額を承諾したものとみなす。

一～四 (略)

この「みなし〇〇」という言い方は、明文で使用されることは稀であるが、使いやすい表現として行政実務ではよく用いられている。たとえば、みなし配当 (所得税法第 25 条)、みなし相続財産 (相続税法第 3 条等)、みなし贈与 (相続税法第 5 条等) など税金関係が多いようである。我々大学教員の勤務形態として、裁量労働制を採用しているところが多いようであるが、そこに「みなし労働時間」というのが出てくる。

○労働基準法 第 38 条の 3 [時間計算] …第 38 条との共通見出し

① 使用者が、当該事業場に、労働者の過半数で組織する労働組合があるときはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がないときは労働者の過半数を代表する者との書面による協定により、次に掲げる事項を定めた場合において、労働者を第 1 号に掲げる業務に就かせたときは、当該労働者は、厚生労働省令で定めるところにより、第 2 号に掲げる時間労働したものとみなす。

一 業務の性質上その遂行の方法を大幅に当該業務に従事する労働者の裁量にゆだねる必要があるため、当該業務の遂行の手段及び時間配分の決

定等に関し使用者が具体的な指示をすることが困難なものとして厚生労働省令で定める業務のうち、労働者に就かせることとする業務（以下この条において「対象業務」という。）

二 対象業務に従事する労働者の労働時間として算定される時間

三～六（略）

2（略）

また、専門職大学院課程である法科大学院の教員組織は、研究者教員と実務家教員から構成されているが、その実務家教員の中に、「みなし専任教員」と呼ばれる教員がいる。実務家教員については、以下の文部省告示に定めがあるが、これに基づいて、「みなし専任教員」とは「実務家教員のうち、同告示同条第2項の規定により専任教員以外の者であっても専任教員とみなされる者」とされている。つまり、フルタイムの専任教員ではなく、パートタイム（広島大学の場合は、週3日）勤務で、弁護士業務も行っているにもかかわらず、非常勤ではなく専任扱いすることになるので、単なる授業担当だけでなく、教授会出席をはじめ、様々な組織運営にもかかわるということである。規定上に「みなす」という言葉が使われているわけではないが、特徴を表す簡潔な呼称として「みなし専任」は日常的に使用されている言葉である。

○平成15年文部科学省告示第53号 第2条（専攻分野における実務の経験及び高度の実務の能力を有する教員）

① 前条第1項の規定により専攻ごとに置くものとされる専任教員の数のおおむね3割以上は、専攻分野におけるおおむね5年以上の実務の経験を有し、かつ、高度の実務の能力を有する者とする。

2 前項に規定するおおむね3割の専任教員の数に3分の2を乗じて算出される数（小数点以下の端数があるときは、これを四捨五入する。）の範囲内については、専任教員以外の者であっても、1年につき6単位以上の授業

科目を担当し、かつ、教育課程の編成その他の専門職学位課程を置く組織の運営について責任を担う者で足りるものとする。

(c) 法定

また、条文見出しを次のように「法定」とすることもある。

○民法 第 125 条（法定追認）

前条の規定により追認をすることができる時以後に、取り消すことができる行為について次に掲げる事実があったときは、追認をしたものとみなす。ただし、異議をとどめたときは、この限りでない。

- 一 全部又は一部の履行
- 二 履行の請求
- 三 更改
- 四 担保の供与
- 五 取り消すことができる行為によって取得した権利の全部又は一部の譲渡
- 六 強制執行

○民法 第 388 条（法定地上権）

土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する場合において、その土地又は建物につき抵当権が設定され、その実行により所有者を異にするに至ったときは、その建物について、地上権が設定されたものとみなす。この場合において、地代は、当事者の請求により、裁判所が定める。

○民法 第 921 条（法定単純承認）

次に掲げる場合には、相続人は、単純承認をしたものとみなす。

- 一 相続人が相続財産の全部又は一部を処分したとき。ただし、保存行為及び第 602 条に定める期間を超えない賃貸をすることは、この限り

でない。

二～三 (略)

これらの場合、現実の行為として実際に追認がなされたわけでもないし、地上権が設定されたわけでもない。相続人が、相続財産の一部を処分しただけでも、「無限に被相続人の権利義務を承継する」単純承認(民法第920条)をしたことに無理やりされてしまうのである。一定の事実発生が要件を満たしたことによって、法律効果が「法律の規定によって」発生するのである。事実として追認がないとか、地上権設定がないとか、単純承認の意思表示をしていないと反論して争うことは許されない。法律が定めたことに絶対的効力を有するという意味で、「法定」と呼ばれるのである。「みなす」の重要なポイントの一つが「法定」だということが直観的に感じ取れる用例である。

通常、「法定」は法律の規定で創設的に定められたことについて用いられる。たとえば、以下の法定利率は、約定利率との対照で用いられる。

○民法 第404条(法定利率)

金銭の給付を目的とする債務の不履行については、その損害賠償の額は、法定利率によって定める。ただし、約定利率が法定利率を超えるときは、約定利率による。

同様に、法定-約定のペアは解除権(民法第541条～第543条)にもあるし、このほか、法定果実と天然果実(民法第89条第2項)、法定代理人と任意代理人(民法第106条)、法定期間と裁定期間(民事訴訟法第96条)などもある。これらで用いられている「法定」は「みなす」とは無関係であり、「法定」本来の用法である。

(4)「みなす」のバリエーション

(a) みなすことができる

法律上、一定の法律効果が発生しているが、規定の援用者にその法律効果を選択する裁量権を与える場合がある。

○憲法 第 59 条 [法律案の議決、衆議院の優越]

- ① 法律案は、この憲法に特別の定のある場合を除いては、両議院で可決したとき法律となる。
- ② 衆議院で可決し、参議院でこれと異なつた議決をした法律案は、衆議院で出席議員の3分の2以上の多数で再び可決したときは、法律となる。
- ③ 前項の規定は、法律の定めるところにより、衆議院が、両議院の協議会を開くことを求めることを妨げない。
- ④ 参議院が、衆議院の可決した法律案を受け取つた後、国会休会中の期間を除いて60日以内に、議決しないときは、衆議院は、参議院がその法律案を否決したものとみなすことができる。

憲法で「みなす」が使われている唯一の条文である。参議院は、議決していないだけで、「否決した」という事実がないにもかかわらず、「否決したもの」として取り扱える可能性が発生しており、その判断が衆議院に委ねられているのである。裁量であるから、衆議院は否決したものとして、次のステップに進んでもいいし、別にそうしなくてもいい。

○民事訴訟法 第 158 条（訴状等の陳述の擬制）

原告又は被告が最初にすべき口頭弁論の期日に出頭せず、又は出頭したが本案の弁論をしないときは、裁判所は、その者が提出した訴状又は答弁書その他の準備書面に記載した事項を陳述したものとみなし、出頭した相手方に弁論をさせることができる。

民事訴訟の当事者の一方が、第1回口頭弁論期日に出頭しなかった、あるいは出頭したが弁論しなかったというのが事実であって、「準備書面に記載した事項を陳述した」という事実がないにもかかわらず、「陳述した」こととして取り扱い、出頭した他方当事者に弁論させてもいいということを許す条文である。「できる」なので、訴訟の進行は裁判官の裁量に委ねられている。上記の憲法といい、この民事訴訟といい、手続を円滑に迅速に進めるための技術的方策として効果発生を裁量にまかせる「みなす」が活用されているのである。

(b) みなして…適用する

いったん、AをBとみなす規定を置けば、当然、その法律の中でその特定された条件を満たすAは一律にBに置き換えられるので、改めて「適用する」という文言を書き込む必要はないと言える。しかし、現行条文には、「みなして、…適用する。」という用例が若干見られる。

○民法 第446条（保証人の責任等）

- ① 保証人は、主たる債務者がその債務を履行しないときに、その履行をする責任を負う。
- 2 保証契約は、書面でしなければ、その効力を生じない。
- 3 保証契約がその内容を記録した電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）によってされたときは、その保証契約は、書面によってされたものとみなして、前項の規定を適用する。

○民法 第719条（共同不法行為者の責任）

- ① 数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯

してその損害を賠償する責任を負う。共同行為者のうちいずれの者がその損害を加えたかを知ることができないときも、同様とする。

2 行為者を教唆した者及び幫助した者は、共同行為者とみなして、前項の規定を適用する。

<平成 16 年改正前>

- ① 数人カ共同ノ不法行為ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ各自連帶ニテ其賠償ノ責ニ任ス共同行為者中ノ孰レカ其損害ヲ加ヘタルカラ知ルコト能ハサルトキ亦同シ
- ② 教唆者及ヒ幫助者ハ之ヲ共同行為者ト看做ス

民法第 719 条第 2 項を平成 16 年改正前の文言と対比すると、改正の際にこちらの表現に移行したことがわかる。実は第 446 条第 3 項もその時に新設された項である（旧第 446 条は、1 項しかない条で、第 2 項と第 3 項が新たに追加された。）「みなして、～適用する」という表現は、民事訴訟法第 11 条第 3 項と第 132 条の 10 第 2 項でも見られるが、いずれも平成 16 年法律第 152 号で追加されたものである。ということは平成 16 年頃から、一定の場合にこの文言を使用する方針が確立したと推測される。（基本法典以外のいわゆる行政法規では、それ以前から用いられていた可能性はあるが、今回、確認していない。）現在国会で審議中の民法債権法改正案では、第 151 条第 4 項、第 446 条の 6 第 3 項、第 472 条の 4 第 5 項、第 503 条第 3 項第 5 号、第 587 条の 2 第 4 項で用いられているので、今後、増加することが予想される。なお、第 446 条第 3 項も改正がなされる条項であるが、電磁的記録の後ろのカッコ書きの中の定義が削られているだけで、「みなして、～適用する」の文言は改める必要がないので、修正なしである。（定義が削られたのは、改正後の第 151 条（協議を行う旨の合意による時効の完成猶予）（改正前の条文見出しは「(和解及び調停の申立て)」である。）第 4 項に電磁的記録という用語が初めて登場するので、そこで定義を書き込んだため、第 446 条第 3 項で定義す

る必要がなくなったからである。)

(c) 適用については…とみなす

「みなす」と「適用」の併用は、「～の規定の適用については、…とみなす。」という表現ならば、平成16年以前にも見られる。しかし、これは「みなす」場合の条件提示の表現の一つにすぎず、両者にさほど密接な関係があるわけではない。

○刑法 第230条の2 (公共の利害に関する場合の特例)

- ① 前条第1項の行為が公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあったと認める場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときは、これを罰しない。
- 2 前項の規定の適用については、公訴が提起されるに至っていない人の犯罪行為に関する事実は、公共の利害に関する事実とみなす。
- 3 (略)

○民事訴訟法 第53条 (訴訟告知)

①～3 (略)

- 4 訴訟告知を受けた者が参加しなかった場合においても、第46条の規定の適用については、参加することができた時に参加したものとみなす。

(5) 外国語での「みなす」

外国語の法令用語の場合、完全に一対一対応で訳語が決まるわけではないので、代表的な対応語を見てみたい。

英語では、「deem」が用いられる。『Black's Law Dictionary』(9 ed., WEST, 2009)によると、「to treat (something) as if (1) it were really something else, or (2) it has qualities that it does not have」((あるものを)まるで(1)それが実際に

は何か他のものであるかのように、又は（2）それが持っていない性質を持っているかのように取り扱うこと」とある。名詞では「irrebuttable presumption」、つまり反論できない推定（presumption）という語があり、推定がベースであることが明確に示されている。また、婚姻による成年擬制「constructive Adult by Marriage」やみなし占有「possession in law」（擬制占有「constructive possession」）などは「法定」に近い意味合いである。後者は事実上の占有「possession in fact」に対するものである。

ドイツ語では、「A als B gelten」となり、AがBとして（Bのように）妥当するという言い回しが用いられている。この「als」（英語の「as」に当たる。）の用法は同等比較と呼ばれ、まさにAとBが同等であることを意味している。ちなみに、「als ob」（英語の「as if」に当たる。）という成句は、「あたかも～の如く／まるで～のように」という意味である。

4 推定する

（1）定義の検討

「推定する」の基本文型は「AをBと推定する。」であり、「みなす」と同様に、別形文型として「Aは、Bと推定する。」も成立する。「みなす」との差異は、反証を許し、その反証が成立すれば、法律効果が覆る点にある。

「推定する」の用例で、最も多いのは、「～のときは、Bと推定する。」であり、「～のときは」は「Bであるか、Bでないかが、ある時点で確定的に定められないとき」という条件、つまり法律要件を内容とし、これに対して、「さしあたりBとして取り扱う」という法律効果が発生するものである。あくまでも「さしあたりB」という一応の取り扱いなので、Bでないことが立証されるならば、その法律効果は発生させないという処理をすることにしてある。したがって、Aを使用せず、Bだけを使用して「～のときは、Bと推定する。」を基本文型としてもよいのだが（その場合、Aだけを使用して、「～のときは、

Aと推定する。」になるだろう。), 「みなす」との平行感が意識しやすいように、あえて「AをBと推定する。」としたのである。Aは条件節が名詞化されたものだと見ることもできよう。(英文法の仮定法で、名詞の中にif節で示されるべき条件が含意されていると見て、名詞を「もし～すれば」と和訳するほうが自然な日本語訳になる場合があるが、それとは逆方向の発想である。)

推定する		有斐閣
	学陽書房	
①		当事者間の意思、事実の存在、評価等が不明確である場合に
②	ある事柄について、法令が一応一定の事実状態にあるものと判断し	ある事項について法令上、これらを一応明確なものとして定め、
③	そのように取り扱う。	その法律効果を生じさせる。
④	反対の事実があることが証明されれば、これに基づいて判断され、処理される。	事実の不存在の反証が許される。

① 「推定する」という操作を行う必要性についての場合の例示であり、「一定の事柄が不明確である場合」、「当事者間に取り決めがない場合や事実が不明で反対の証拠が挙がらない場合」、「当事者間に別段の取り決めがない場合、又は反証が挙がらない場合」等の表現もある。一定の目的をもって、暫定的であれ、一応の「法定」を行うのであるから、必要性に言及することはなくてもかまわないものだが、後記③との関係で、予め記載することは有益である。

② 不確定（不明や未確定を含む。）な状態を、事実とはもかくとして、通常の事態を想定した場合、こうであろうという判断を基にして、法律が一応の、つまり暫定的な取り扱いを定める。「みなす」と同様の思考操作なので、「一応同一視して」、「一定の事項につき他の事項をこれと同一視して」と表現してもかまわない。あくまでも「一応の」という点が眼目である。

③ ②に基づいて、あくまでも一応の法律効果が発生する。法律効果に言及せず、「事実はこちらだと一応決めておく。」「そのような取扱いをする。」「法が一応こうであろうという判断を下す。」のような表現を用いて、②の想定事実のレベルでの表現でとどまる場合も多い。

④ 反証では覆らない「みなす」の④の裏返しで、反証で覆る条件が示される。「証拠をあげて否定すれば、この一応の事実認定は覆る。」「本当の事実と異なる場合に、証拠（反証）をあげて否定することができる。」「反証をあげれば、同一視するという法律効果は生じない。」等、様々な言い回しで表現される。「そうでないと主張する者がそうでないことを証明できたら、別の扱いをする。」「別段の取り決めがあったり、反対の事実が判明したりした場合には、この取り決めや反対の事実に基づいて処理される。」「反対の事実があることが証明されれば、これに基づいて判断され、処理される。」等、覆った後の取り扱いに言及するものもある。「そうしないほうがいいという事実が見つければ、推定をやめる。」という柔らかい表現もある。

反証がない限り、効果が継続しているという点に着目すれば、取消権が行使されるまでは、効力が継続している「取消し」と類似の思考法である。取り消されると行為時に遡って効力が無効になる点も類似している。

法律で定められた効果が否定されるのであるから、その厳格さに応じて、反証が裁判の場でなされるべきことが要求されることが多い。否定をする側が反証しなければならぬというのは、立証責任が転換されていると見ることもできる。

（2）用例

「推定する」を含む規定の読み方は、「Bと推定する」のBについて、「Bか、Bでないかは不確定・不明なので、一応Bとして取り扱う」というパターンに当てはめればよい。

○民法 第772条(嫡出の推定)

- ① 妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。
- 2 婚姻の成立の日から200日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。

子供の父親が、夫か、夫以外かが不明なので、一応、夫として取り扱うということである。法律婚をして夫婦関係にある男女の間で、女(妻)が妊娠した場合、その男(夫)の子である場合が圧倒的多いはずである。しかし、女の不倫関係のため、その子の父親がその男以外である場合もあるであろうが、子の父親が不明であるために、様々な法律関係が処理できない不都合は多い。そこで、通常の場合を想定して、夫が父親であると父子関係の事実を一応決めておくわけである。その事実、つまり嫡出を否認するための反証手続は、嫡出否認の訴えを家庭裁判所に提起し(民法第775条)、そこで反対の事実を立証するという措置をとることになっている。この「推定する」が「みなす」であるとすると、事実関係が覆らないことになるので不都合であることは一目瞭然なので、両概念の用法の区別の例として、法学入門の授業などでよくとりあげられる条文である。

○民事訴訟法 第159条(自白の擬制)

- ① (略)
- 2 相手方の主張した事実を知らない旨の陳述をした者は、その事実を争ったものと推定する。
- 3 (略)

一方当事者は、相手方の主張した事実を知らないと言っている(不知の陳述)だけで、その事実を争う意思があるのか、ないのかが不明確であるが、それでは訴訟が進行しないので、「事実を争う」と陳述した事実があると取り

扱うのである。見出しが「自白の擬制」となっているのは、前述の第1項だけに着目した命名である。第159条は、第1項が「みなす」、第2項が「推定する」、第3項が「準用する」という法令用語オンパレードの条文である。

このように「みなす」と「推定する」は、反証を許すかどうかが対照的なので、厳密に使い分ける必要があるが、過去の法律では混乱している場合がある。たとえば、手形法第16条第1項の規定は、通説では、「看做ス」ではなく、反証を許す「推定スル」と規定されるべきであったので、立法上の過誤であると理解されている。なお、第1項は、段が4つある規定であり、かつ、段を区切る句点もないので、段番号（前段・中段・後段では足りないので、番号とならざるを得ない。）を付記した。（濁点は原文通りである。）

○手形法 第16条【裏書の資格授与的効力】

[第1段] 為替手形ノ占有者ガ裏書ノ連続ニ依リ其ノ権利ヲ証明スルトキハ之ヲ適法ノ所持人ト看做ス [第2段] 最後ノ裏書ガ白地式ナル場合ト雖モ亦同ジ [第3段] 抹消シタル裏書ハ此ノ関係ニ於テハ之ヲ記載セザルモノト看做ス [第4段] 白地式裏書ニ次テ他ノ裏書アルトキハ其ノ裏書ヲ為シタル者ハ白地式裏書ニ因リテ手形ヲ取得シタルモノト看做ス

(3) 外国語での「推定する」

英語では、「presume」が用いられるが、ある事実の存在から他の事実の存在を推認するという訴訟法的な意味合いが濃いようである。有名な「無罪の推定（presumption of innocence）」は、被告人又は被疑者は、合理的な疑いを超える（beyond reasonable doubt）犯罪事実の証明がなされない限り、有罪とはされず、それまでは無罪だと推定されるという刑事裁判の大原則である。また、この刑事手続に関して、他の証拠による反証によって覆されるまでは、一応真実であると認められ、判決の基礎としてよいとされている証拠は「一応の証拠（prima facie evidence）」と呼ばれる。「prima facie」〔プリーマー・ファ

キエー]』とはラテン語の形容詞(原級を欠く不完全形容詞)で、「より前の」を意味する比較級 *prior* (男性・女性), *prius* (中性) と「最も前の, 最初の」を意味する最上級 *prmus, prima, primum* のうち, 最上級女性単数奪格形の *prima* と「外観, 外から見た姿・様子」を意味する第5変化女性名詞 *facies* の単数奪格形の *facie* が結合したもので, 全体が奪格なので, 「一見したところでは」という副詞的意味になる。形容詞と名詞が結合して奪格で副詞的意味を持つものという構造が同じで, 法学で有名なのは「善意で」を意味する「*bona fide* [ボナー・フィデー]」であろう。

また, イギリスの道徳哲学者で直観主義的義務論を唱えた W.D.Ross が提唱した「一応の義務 (*prima facie duty*)」という概念も, 倫理学分野では有名である。

なお, ドイツ語で推定するは「*vermuten*」を用い, たとえば, 同時死亡の推定は「*Vermutung des gleichzeitigen Todes*」という。

5 準用する

(1) 定義の検討

「準用する」は, 最近では読替規定とペアにして規定されることが多くなったが, このことによって, 「準用する」の特徴である「読み替える」という操作の認識が容易になったように思われる。「準ずる」という思考様式の表現である「読み替える」というのは, 準用先の条文を一部変更・修正するという操作を指すが, 英語表現にこのことが顕著に現れるので, 日本語の定義を検討する前に, 英語表現を見ておきたい。

英語で「準用する」に当たるのは, 「*apply mutatis mutandis*」である。「*apply*」は「適用する」を意味する最も一般的な語であり, それにラテン語の「*mutatis mutandis*」が付加されている。(「*m.m.*」と略記される場合もあるが, 「マリリン・モンロー」を意味するのではない。)「*mutatis* [ムーターティース]」は「変更

する」を意味する第1変化動詞「*muto*〔ムートー〕」の完了分詞「*mutatus*〔ムータートゥス〕＝変更される」の中性複数奪格形、「*mutandis*〔ムータンディース〕」は同じく「*muto*」の動形容詞「*mutandus*〔ムータンドゥス〕＝変更されるべき」の中性複数奪格形が名詞化したものである。両者が奪格形で結合しているのは、ラテン語文法で絶対的奪格（*ablativus absolutus*）と呼ばれる用法で、節に当たる文の主語を奪格形にし、動詞を分詞の奪格形にしたものを接続詞を削除して、原因、条件、時、譲歩、付随的状况を表す副詞句として用いる。（英文法の分詞構文の用法と類似している）。したがって、「変更されるべきものが変更された上で＝必要な変更を加えて」を意味し、英語で逐語訳すると「*things being changed which should be changed*」などとされるが、ラテン語ではなく英語を用いる場合は「*with necessary modification*」のような語が付加される。日本語では、「『適』用する」と「『準』用する」という対比になるが、英語では、「*apply*」と「*apply*」＋「*mutatis mutandis*」という対比になり、字面の上から、どちらにも「適用する」という操作が共通していることが見えやすいのは英語のほうであろう。

なお、憲法では「準用する」は2箇所あり、英文では「*will be applicable*」（第5条後段）と「*applies also*」（第61条）とされている。

ドイツ語では、「適用する」は、通例、「*anwenden*」で表現されるが、日本語での「準用する」に一番近い操作は「*entsprechend gelten*」であろう。「妥当する。有効である。」を意味する「*gelten*」に、「一致する、合致する、相応する、相当する」を意味する動詞「*entsprechen*」の現在分詞の形容詞用法の副詞化されたもので規定されている。「*gelten*」は本義的には効力を表現する動詞であるが、「*Geltungsbereich des Rechts*」と「*Anwendungsbereich des Rechts*」を同義扱っている辞典もあり、「*anwenden*」と互換的に使用できる語である。

「準用する」の基本文型は「Aの規定をBに準用する。」である。Aは準用先の条項（第〇〇条、第〇〇条第〇項、前項などのほか、大小様々な単位で表記される。）を指示するため、必ず「規定」とともに書かれるので、「Aの

規定」としておくことにした。またBは各種の名詞を用いた「Bに」となるほか、「～場合に」、「～ときに」、「～については」で指示される。とりわけ、後段では、「この場合においては、Aの規定を準用する。」という用例が頻繁に出てくる。

別形文型である「Aの規定は、Bに準用する。」も当然成立するが、戦後数年間に制定された法律においては、漢文脈の形式目的語「これを」（文語体条文での「之ヲ」）をとる表現があり、たとえば刑事訴訟法第12条第2項「前項の規定は、受命裁判官にこれを準用する。」というふうに「は」と「を」が併存している用例がある。（第14条第2項もまったく同じ文言である。）

準用する		
	学陽書房	有斐閣
①	ある事項に関する規定を	ある事項に関する規定を
②	それと本質の異なる事項について	他の類似事項について
③	当然必要な若干の変更を加えつつ	必要な修正を加えつつ
④	当てはめる。	あてはめる。

① どちらの辞典も基本文型を想定した定義の形式になっており、準用先の条項が「規定」でもって表現されている。②との関連で「ある事項について／関する」とか「一定の」が付加される場合が多い。

条文では、条単位（第〇条、前条、前2条、第〇条及び第△条、第〇条から第△条まで、等）、項単位（第〇項、前項、前条第〇項、第〇条及び第△条、等）、条や項の一部（前項後段、前項ただし書、等）のほか、もっと大きく章・節・款等を一括して丸ごとの形で指示される。この小さなくりの場合には、「前項の質権については、この節に定めるもののほか、その性質に反しない限り、前3節（総則、動産質及び不動産質）の規定を準用する。」（民法第362条第2項）のように、準用先をカッコ内に明示する用例も見られる。

② 準用元条文（単に準用条文と言われる場合、文末が「準用する。」となっている準用元条文を指す場合もあるし、そこで指示される準用先条文を指す

場合もあり、用語が混乱している。)の対象である事項の記載である。通例、上述のAと、Aとは何らかの点で異なる別のBの関係についての言及がなされるが、「類似／似ている」（「多少」のように程度が示されることもある）を用いる場合はともかく、「本来の対象ではない」、「本来その性質が異なる」、「それとは異なる」、「本質上これと異なる／違う」と異質性を強調される場合と、「本質的には同じような性質をもつ」と同質性・近似性が強調される場合があり、それを融合したような「本来の対象以外の類似の対象」、「多少違うがだいたい類似している」という表現も見られる。

最も重要なポイントは、AとBは同一の類（genus）に属する2つの種（species）同士のつながりであり、その種差（differentia）を無視して、同じものとして取り扱うという点である。仮に、語の「置換え」という用語で説明してしまうと、AとBに重なる部分がないケース、極端な場合ではBを非A（Aでない）と見て、Aと非Aを置き換えるケースも成立することにつながる。これは「みなす」（及び、覆ることを留保した上での「推定する」）では許容されるが、「準用する」はここまで広げていくわけにはいかない。「類似性」の枠を超えないというのがその限界になると思われる。

AとBは、「違うところはあるけれども、だいたい同じ」なのか、それとも、「同じだけれども、ちょっと違うところがある」のか、いずれの場合も「同じではないが、似ている」という言葉を使うことは許される。顔が似ているというのは、目元とか鼻筋とか口元とか額の形とか、顔の造作の一部がほぼ同形であることを言っているのだと考えれば、結局は、共通するポイントの多寡に帰着するように思われる。だとすると、法律の条文が似ているというのは、法律要件の要素の重なり合いがある、つまり重複する要素の個数が多いということの意味していると考えるのが妥当であろう。条文の法律要件Aは、 $[a + b + c]$ の三個の要素が満たされたときにその条文の法律効果を発生させる条件だとすれば、Bが $[a + b + d]$ である場合、cをdに置き換えて（条文を読むという作業からすれば「読み替えて」）同じ法律効果を発生させてよ

いという立法的判断がなされるならば、その操作を指示する法令用語を決めればいいだけの話であり、その用語が「準用する」なのである。

実のところ、この思考操作は広義の解釈技法としてのいわゆる類推解釈（アナロジー。類比推理とも呼ばれる。）と共通している。広義のと言ったのは、実際は、条文の直接適用を行う際の技法ではなく、欠缺補充の際に条文を間接適用する技法だからである。したがって、正確には、類似からの論法（*argumentum a simili*）と言うべきなのである。準用と類推の違いは、法律で定められている、つまり立法者がこの方法を指示してるかと、その指示がないところで、解釈者（裁判官、学者等）が独自にこの方法を用いるかの点にある。換言すれば、条文の文言で「準用する」が使われていない規定を、裁判官や学者が「準用」と同じ扱いをすることを「類推解釈をほどこした」と言うべきなのである。法律の明文で規定されていないのであるから、一種の目的論的考察が背後にあり、それ故、立法趣旨や法の存在理由を持ち出して、その操作を正当化する必要がある。判例の中に類推解釈が用いられた場合、「第〇条を類推的に適用して」という文言が用いられていることが通例であるが（「法意」への言及も多い）、かつては「第〇条を準用して」と表現されたこともあり、用語の混乱が見られた。学者の文章の中にも「準用」と呼んでいるものも散見される。しかし、「準用」は、条文によって明文の指示がある場合に限定して用いる語であり、「類推解釈」をそれに含めるのは、明らかに誤用である。「類推解釈」の問題は、他の解釈技法と比較し、広義の法解釈の枠内に正当な位置づけをすべきであるので、本稿では問題の指摘にとどめる。

③ 前述のcをdに置き換えるという操作は、「変更」又は「修正」という表現で示される。これもいろいろのパターンがあり、学陽書房版では「当然必要な若干の変更」と表現されているが、そのほか、「必要な変更は自明のこととして」、「適当な修正を加えて」、「必要最小限の手直しをして」、「多少読替えを加えつつ」、「多少法文に修飾を加えつつ」、「読替えという形で適宜修正して」でも表現される。読替規定については、後述する。

④ 「当てはめる」、「働かせる」またはそれを結合して「当てはめて働かせる」などのパターンがあるが、「適用する」の定義に含まれる用語であるので、端的に「適用する」又は「法律効果を発生させる」のほうがいいように思われる。

準用の最大のメリットは、同じ取り扱いになる、つまり同一の文言で同一の法律効果の発生を指示することになるものについて、文言での規定の繰り返しを避けることができ、条文の総量の圧縮が可能になり、思考経済にも適っている点である。だから、「条文の借用」という言葉で、準用の特徴が表現されることもあるのである。まさに、要件の一部を変更された条文がある「かのように」扱うことになるので、「als ob」又は「as if」の世界の構築である。

見た目の条文数は少なくなるが、実のところ、既存の条文に「必要な変更」を加えて産み出されるいわば「観念的」条文は莫大な数に昇ることになる。かつて、会社法が新制定される以前に会社法を学んだ者は、商法「第2編 会社」の部分が、追加条文の枝番号と準用の多さに辟易した記憶をもつであろう。しかし、極力、準用を避ければ、明文の条文数の増加はやむを得ないことである。

（2）読替規定

「準用する」の本質が、準用元に適合するように、準用先の規定に「必要な変更を加えて」適用する点にあるという理解は、法律専門家の間ではいわば暗黙の前提として共有されているものであった。したがって、どこをどのように変更するかは、いわば実務家と学者の「常識」にまかせればよいというのが、長い間の了解事項であった。だからこそ、必要な作業が、「変更」又は「修正」という何らかの形で適用者側の判断を要求する表現が通常は用いられ、「読替え」という立法者自身の指図通りに処理すればそれでよいという表現は、当初は用いられなかったのである。

しかし、とりわけ行政法規では、行政主体が変わるだけで、その他は共通

している規定が数多く発生する。たとえば、道路法（昭和27年法律第180号）では、国道については国土交通大臣が、都道府県道については当該の都道府県知事が、市町村道について当該の市町村長が、それぞれ関与する規定がかなりある。それらの法律効果はほとんど同一であることも多い。そこで、「準用する」の出番となるわけだが、複数の要件要素にまたがって必要な変更を加えることになると、何をどのように変更すべきかが錯綜してくる。行政に携わる者は各種機関にわたって数多くいるので、「常識」に委ねてしまうわけにもいかず、明文で明確に規定することが、基本法典以上に必要になる。そこで、「[A₁]とあるのは[B₁]と、[A₂]とあるのは[B₂]と読み替えるものとする。」という表現の「読替規定」が設けられることになる。機械的に語を入れ替えるだけでよいので、思考操作は格段に楽なのである。

特別法やいわゆる行政法規に比べると、基本法典の読替規定は、比較的最近の改正部分で使用されているくらいで、現在のところ、それほど多くない。今のところ、複数の準用先の一部の規定で、特別扱いにできず、「常識」でまかないきれない場合に限られるようである。

○民法 第808条（婚姻の取消し等の規定の準用）

- ① 第747条及び第748条の規定は、縁組について準用する。この場合において、第747条第2項中「3箇月」とあるのは、「6箇月」と読み替えるものとする。
- 2 第769条及び第816条の規定は、縁組の取消しについて準用する。

○民法 第747条（詐欺又は強迫による婚姻の取消し）

- ① 詐欺又は強迫によって婚姻をした者は、その婚姻の取消しを家庭裁判所に請求することができる。
- 2 前項の規定による取消権は、当事者が、詐欺を発見し、若しくは強迫を免れた後3箇月を経過し、又は追認をしたときは、消滅する。

婚姻と養子縁組は、新たな身分関係を創設するという点が類似しているもので、その法的効果が共通しているものも多く、そのうち、第 808 条では、第 747 条（詐欺又は強迫による婚姻の取消し）、第 748 条（婚姻の取消しの効力）、第 769 条（離婚による復氏の際の権利の承継）、第 816 条（離縁による復氏等）を「準用する」ことで処理されている。読替規定で指示される部分以外は、準用先の「婚姻」を「養子縁組」に読み替えばいいことは「常識」レベルの処理で足りるが、第 747 条第 2 項の「3 箇月」を「6 箇月」と読み替えることは、実は「読替規定」の本来の用法を超えており、改正前は、「但し、第 747 条第 2 項の期間は、これを 6 箇月とする。」というただし書で処理されていたのである

○民事訴訟法 第 327 条（特別上告）

- ① 高等裁判所が上告審としてした終局判決に対しては、その判決に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があることを理由とするときに限り、最高裁判所に更に上告をすることができる。
- 2 前項の上告及びその上告審の訴訟手続には、その性質に反しない限り、第二審又は第一審の終局判決に対する上告及びその上告審の訴訟手続に関する規定を準用する。この場合において、第 321 条第 1 項中「原判決」とあるのは、「地方裁判所が第二審としてした終局判決（第 311 条第 2 項の規定による上告があった場合にあっては、簡易裁判所の終局判決）」と読み替えるものとする。

上告とその上告審の訴訟手続が一括して準用されているが、そのうち、第 321 条第 1 項の規定中にある「原判決」についてのみ、読替えが指示されている。

読み替える語句が多くなると、対照が複雑になるが、それを少しでもわか

りやすくするために、表形式が採用されることもある。平成26年にこれまでの法律を廃止し、新規制定された行政不服審査法(平成26年法律第68号)では、3つの別表が用いられている。

○行政不服審査法 第61条(審査請求に関する規定の準用)

第9条第4項、第10条から第16条まで、第18条第3項、第19条(第3項並びに第5項第1号及び第2号を除く。)、第20条、第23条、第24条、第25条(第3項を除く。)、第26条、第27条、第31条(第5項を除く。)、第32条(第2項を除く。)、第39条、第51条及び第53条の規定は、再調査の請求について準用する。この場合において、別表第2の上欄に掲げる規定中同表の中欄に掲げる字句は、それぞれ同表の下欄に掲げる字句に読み替えるものとする。

文字数の少ないところを一部抜粋すると、以下の通りである。本稿では横書き印刷のため、左右3欄の表になるが、原典の縦書き印刷では上下3欄の表になる。上欄の条項の「規定」の中で、中欄にある「字句」は、下欄の「字句」に読み替えられるのである。表形式を用いることにより、読み替えられる語句がきれいに整理されているので、一条毎の作業は一見したところ容易に見えるが、全体となると、その数の多さに圧倒される。準用をせずに条文として書き下ろせばすむ話でもなく、なかなか難しい課題である。なお、準用された条文が他の条文で指示されるとき、通常はたとえば「前条において準用する第739条第2項の規定」(民法第765条第1項)となるが、準用に際し読替規定が定められている場合には、「第61条において読み替えて準用する第13条第1項又は第2項の規定」(行政不服審査法第22条第4項後段)のように「準用する」の前に「読み替えて」が追加される。

○行政不服審査法 別表第2(第61条関係) …部分

第 11 条第 2 項	第 9 条第 1 項の規定により指名された者（以下「審理員」という。）	処分庁
第 13 条第 1 項	処分又は不作為に係る処分	処分
	審理員	処分庁
第 13 条第 2 項	審理員	処分庁

（3）用例

「準用する」を含む規定の読み方は、指示された字句を読み替えた条文を觀念すればいいだけである。読替規定があれば、機械的な置き換えですむが、ない場合は、対応させる部分を考慮した上で、読み替える語句を適用者自身が決めていかねばならない。いずれにせよ、読替えをほどこされた要件要素からなる法律要件を構成できれば、それに同一の法律効果を組み合わせればよい。「準用する」は、まさに「同様とする」を用いた条文の増殖手段と見ることもできるのである。

○民法 第 720 条（正当防衛及び緊急避難）

① 他人の不法行為に対し、自己又は第三者の権利又は法律上保護される利益を防衛するため、やむを得ず加害行為をした者は、損害賠償の責任を負わない。ただし、被害者から不法行為をした者に対する損害賠償の請求を妨げない。

2 前項の規定は、他人の物から生じた急迫の危難を避けるためその物を損傷した場合について準用する。

第 1 項は正当防衛、第 2 項は緊急避難に関する定めである。刑法とは異なり、民法の場合は法律効果に差異はないので、準用が利用できる。第 1 項の「他人の不法行為に対して…やむを得ず加害行為をした」の部分で、「他人の物か

ら生じた急迫の危難を避けるためその物を損傷した」と読み替えれば、いいわけであるが、緊急避難者に対しても、当然、ただし書も適用される。

○民法 第722条（損害賠償の方法及び過失相殺）

- ① 第417条の規定は、不法行為による損害賠償について準用する。
- 2 被害者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができる。

○民法 第416条（損害賠償の範囲）

- ① 債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする。
- 2 特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見し、又は予見することができたときは、債権者は、その賠償を請求することができる。

○民法 第417条（損害賠償の方法）

損害賠償は、別段の意思表示がないときは、金銭をもってその額を定める。

○民法 第418条（過失相殺）

債務の不履行に関して債権者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の責任及びその額を定める。

第722条第1項は、不法行為による損害賠償の原則的方法が金銭賠償であることを定めた規定であるのに対し、準用先の第417条は、債務不履行による損害賠償の原則的方法が金銭賠償である規定である。文言を見る限り、読み替える箇所が見あたらないのだが、条文の位置から見て、裏に「債務不履行による」という文言があると理解して、そこを「不法行為による」と読み

替えるということになる。第 722 条第 2 項は、不法行為による損害の過失相殺の規定、第 418 条は債務不履行による損害の場合の過失相殺の規定であるが、前者は金額だけであるのに、後者は責任の有無まで含むので、過失相殺という概念は共通するが、性質が異なるので、準用はなされていない。なお、損害賠償の範囲について、債務不履行については、第 416 条により、発生した損害を通常損害と特別損害に区分し、前者の賠償を原則とすると定めているが、不法行為については定めがない。そこで、判例・学説一致して、第 416 条の「類推」適用をすることで解決している。筆者は、平成 16 年改正の際のパブリック・コメントで、判例・学説の見解が一致しているのであるから、明文化するべきである旨提案したが（他にも同じ意見があったようである。）、採用されるには至らなかった。今回の債権法改正では、第 416 条第 2 項と第 418 条が改正され、また第 417 条の 2（中間利息の控除）が新設されたのに伴い、第 722 条第 1 項も改正され、「及び第 417 条の 2」が追加された。不法行為の損害賠償の範囲については、規定が欠缺のままである。

（4）「準用する」のバリエーション

（a）一括準用

準用先の規定は、条や項を具体的に指示するのが原則であるが、もっと大きな単位で指示する場合、一括準用とか包括準用と呼ばれる。

○刑事訴訟法 第 404 条 [準用規定]

第 2 編中公判に関する規定は、この法律に特別の定のある場合を除いては、控訴の審判についてこれを準用する。

○刑事訴訟法 第 414 条 [準用規定]

前章の規定は、この法律に特別の定のある場合を除いては、上告の審判についてこれを

準用する。

第404条は、第一審の規定を控訴審に準用し、第414条は、控訴審の規定を上告審に準用している。「(第一審) 公判」を「控訴審」と、「控訴審」を「上告審」と読み替えればいいだけになるので、ずいぶん条文数の削減に貢献している。いずれも「特別の定めのある場合を除いて」という限定が付されているので、逆から見ると、控訴の章や上告の章の中に定められている規定は、すべて特別の定めだということになる。たとえば、「第3編 第3章 上告」の章には、上告提起期間の定めが見あたらないが、「第2章 控訴」を一括準用しているので、控訴期間の定めである第373条「控訴の提起期間は、14日とする。」の「控訴」を「上告」と読み替えて、「上告の提起期間は、14日とする。」という条文があると観念すればいいのである。

○民事訴訟法 第313条(控訴の規定の準用)

前章の規定は、特別の定めがある場合を除き、上告及び上告審の訴訟手続について準用する。

民事訴訟法の「第3編第2章 上告」の章にも、上告期間に定めは見あたらない。しかし、刑事訴訟法と同じように、第285条(控訴期間)「控訴は、判決書又は第254条第2項の調書の送達を受けた日から2週間の不変期間内に提起しなければならない。ただし、その期間前に提起した控訴の効力を妨げない。」が準用されているので、「控訴」を「上告」と読み替えて、上告期間は送達到達日から2週間だと理解すればいいのである。

(b) 広範囲にわたる準用

特定の名称があるわけではないが、準用元や準用先が広範囲にわたる場合がある。もちろん、規定している条は特定した一条であるが、カバーする範

困がわかりにくいのである。

○民法 第559条（有償契約への準用）

この節の規定は、売買以外の有償契約について準用する。ただし、その有償契約の性質がこれを許さないときは、この限りでない。

この節とは、「第3編 債権 第2章 契約 第3節 売買」である。民法の典型契約で売買以外の有償契約とは、交換、賃貸借、利息付き消費貸借、雇用、請負、有償寄託、有償委任がある。それでは、売買契約に関する規定のいかなる部分が、それぞれの契約のどの部分に準用されるのか。それぞれの契約の性質が許さないときのほか、それぞれに特別の規定が定められている場合も準用されることはないのだから、この規定の有効範囲ははなはだ茫漠としたものになる。広いようで、実際はきわめて狭いかもれない。教科書やコンメンタールも、詳しく解説していない規定で、売買契約の総則の最後に位置し、今回の改正でも手つかずで残っている。はたしてこのような規定を、それも準用規定として設ける必要があるのか、その意義自体がよくわからない規定である。

（5）「例による」

「準用する」は、個別的な規定の要件の一部を読み替えた上で、同一の法律効果を発生させる思考操作であった。個別的規定と書いたが、それが複数の規定であっても可能であり、ついには、上記のように、一括準用又は包括準用というものも生まれてきた。しかし、一対多であっても、あくまでも条文間の対応（同一の法律内だけではなく、時には他の法律が準用先とされることもある。）という形式は保持されている。

一方、「例による」は、単にその法律に含まれる他の条文だけではなく、対象が広がり、下位法令、さらには関連規定も含めて準用と同様の操作をする

ことを指示するための用語である。読み替えるという操作を含む限りでは、「準用する」の延長線上にあるので、別立てとはせず、「準用する」の中で扱うことにした。

○行政事件訴訟法 第7条（この法律に定めがない事項）

行政事件訴訟に関し、この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による。

「民事訴訟の例による」とは、民事訴訟法だけでなく、たとえば関連法律である民事訴訟費用等に関する法律（昭和46年法律第40号）や下位法令である民事訴訟規則（平成8年最高裁判所規則第5号）等をも含めて、行政事件訴訟に適合するように修正した（つまり、読み替えた）規定を用いて事件を処理することを意味している。

このほか、第11条第4項柱書には「…訴状には、民事訴訟の例により記載すべき事項のほか、…」という規定がある。さらに第19条第2項には「…民事訴訟法（平成8年法律第109号）第143条の規定の例によることを妨げない。」という特定の条文の「例による」も見られる。この箇所が民事訴訟法の初出なので、法律番号が付記されている。これは、前出の「民事訴訟の例による」が、民事訴訟法という特定の法律に限定した指示ではないことの傍証になる。

○刑法 第115条（差押え等に係る自己の物に関する特例）

第109条第1項及び第110条第1項に規定する物が自己の所有に係るものであっても、差押えを受け、物権を負担し、賃貸し、又は保険に付したものである場合において、これを焼損したときは、他人の物を焼損した者の例による。

○刑法 第3条（国民の国外犯）

この法律は、日本国外において次に掲げる罪を犯した日本国民に適用する。

一 第108条（現住建造物等放火）及び第109条第1項（非現住建造物等放火）の罪、これらの規定の例により処断すべき罪並びにこれらの罪の未遂罪

二～十六（略）

刑法には、「例による。」の用例がいくつか見られる。罪刑法定主義の原則から、「準用する」が使用できないのは当然であるが、この用例は法律効果である刑罰規定に関する部分である。「例による」の使用は、単に第109条第1項及び第110条第1項の適用だけに言及するだけではなく、それらに関連する未遂罪をも包含して適用すべきことを指示するという趣旨によるものである。

また、平成7年改正前の刑法では、「例ニ依ル」と並んで、「例ニ同シ」という表現が併存していた。前記の刑法第115条も、改正前の条文は、「第109条第1項及び第110条第1項2記載シタル物自己ノ所有ニ係ルト雖モ差押ヲ受ケ、物権ヲ負担シ又ハ賃貸シ若クハ保険ニ付シタルモノヲ焼燬シタルトキハ他人ノ物ヲ焼燬シタル者ノ例ニ同シ」であった。

「例ニ依ル」が5回（第68号柱書、第71条、第156条、第207条、第262条。第3条第1号の「第108条、第109条第1項ノ例ニ依リ処断ス可キ罪」を数えると、6回になる。）、「例ニ同シ」が9回（第59条、第115条、第117条第1項前段、同第2項、第120条第2項、第127条、第171条、第178条、第234条）用いられている。両者の使い分けの基準は不明であるが、平成7年の改正では、「例による」に統一された。「例ニ同シ」が「例による」に改められた例として第178条をあげるが、第178条は、立法上の過誤を含んでいたため、さらに平成16年改正によって、客体（「人」と「女子」）を区別し、第1項と第2項に分けて規定された。）

○刑法 第178条 (準強制わいせつ及び準強姦)

- ① 人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、わいせつな行為をした者は、第176条の例による。
- 2 女子の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、姦淫した者は、前条の例による。

<平成16年改正前>

人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、わいせつな行為をし、又は姦淫した者は、前2条の例による。

<平成7年改正前>

人ノ心神喪失若クハ抗拒不能ニ乗シ又ハ之ヲシテ心神ヲ喪失セシメ若クハ抗拒不能ナラシメテ猥褻ノ行為ヲ為シ又ハ姦淫シタル者ハ前2条ノ例ニ同シ

6 適用する

(1) 定義の検討

「適用する」の基本文型は「AをBに適用する。」である。

適用する	
	学陽書房
	有斐閣
①	特定の法令の規定を
②	ある人、ある事項、ある事件等に対して
③	働かせる。

① 適用するものは、一番大きい「法令」か、次に大きい「条文」か、一番小さい「規定」のいずれを用いるかで、3グループに分かれる。それが「特定の」、「一定の」、「本来の」で修飾されている場合があるが、「特定の」と「一定の」ときは、「一般的・全般的な」効力発生である「施行する」との差異に、

「本来の」のときは、一部の字句の変更を加えた修正条文を適用する「準用する」との差異に着目した定義になる。

② 法適用過程では、一般的・抽象的な表現が用いられている条文の法律要件の要素と、個別的・特定の・具体的な事実の言語的表現とを対応させ、意味の範囲についての言語的包摂 という操作が行われるので、事実が「ある」や「特定」で修飾される。また、「その規定の本来の対象」という表現は、言わずもがなであるが、「準用する」との相違点を明確にする場合には、必要であろう。

③ 効力関係の用語である「働かせる」、「発動する」、「作用させる」が用いられることが多いが、それらに「当てはめて、～」が先行する場合もよくある。しかし、法律効果の付与こそその本質であるので、その言葉を明示することが望ましい。さらに「準用する」との区別を意識したものとしては、「そのまま当てはめて」や「何らの変更を加えることなく」などが付け加えられる。

結局のところ、所定の要件が満たされれば、所定の効果が発生するということであり、要件を満たす過程が「当てはめ」という操作であり、その際に、言語の意味論的処理である法解釈が施されるのである。この意味論的作業の前提が、本稿で扱った構文論的作業なのである。

どの法令が適用されるのか、つまり適用対象の範囲についての規定は、かつては「法例」と呼ばれ、現在は「通則」と呼ばれる部分に収められる。明治以来、題名そのものが「法例」という法律があったが（明治31年法律第10号）、現在では廃止され、「法の適用に関する通則法」（平成18年法律第78号）という題名の法律がその後を継いでいる。

刑法第1編第1章も、平成7年改正以前は「法例」という章名であったが、現在は「通則」となっている。

○刑法 第1条（国内犯）

① この法律は、日本国内において罪を犯したすべての者に適用する。

2 日本国外にある日本船舶又は日本航空機内において罪を犯した者についても、前項と同様とする。

○刑法 第8条(他の法令の罪に対する適用)

この編の規定は、他の法令の罪についても、適用する。ただし、その法令に特別の規定があるときは、この限りでない。

第8条は、「法律」ではなく、「法令」(「法例」ではない。念のため。)となっている点に注意が必要である。刑法第1編が、法律のほか、条例に至るまで、刑事罰での処罰規定をもつすべての法令の総則に当たることが明言されている。

(2) 「適用する」のバリエーション

「適用する」という表現のうち、「みなして、～適用する。」と「適用については…とみなす。」は、「みなす」のバリエーション (b) で見たとおりである。ここでは、本稿に関連するそれ以外の用例を見ておくにとどめる。

(a) 読替適用

「読み替える」は、「準用する」とともに用いるのが本来であるが、「適用する」とともに用いられることがある。「適用については…読み替えるものとする」は、前述の「適用については…とみなす」と同じ文型であり、条件提示の表現である。「みなす」と「準用する」の効果の範囲を、当該適用に限定するために用いられるようであるが、あまり例のない用法である。

○行政不服審査法 第9条(審理員)

①～2 (略)

3 審査庁が第1項各号に掲げる機関である場合又は同項ただし書の特別の

定めがある場合においては、別表第一の上欄に掲げる規定の適用については、これらの規定中同表の中欄に掲げる字句は、それぞれ同表の下欄に掲げる字句に読み替えるものとし、第17条、第40条、第42条及び第50条第2項の規定は、適用しない。

- 4 前項に規定する場合において、審査庁は、必要があると認めるときは、その職員（第2項各号（第1項各号に掲げる機関の構成員にあっては、第1号を除く。）に掲げる者以外の者に限る。）に、前項において読み替えて適用する第31条第1項の規定による審査請求人若しくは第13条第4項に規定する参加人の意見の陳述を聴かせ、前項において読み替えて適用する第34条の規定による参考人の陳述を聴かせ、同項において読み替えて適用する第35条第1項の規定による検証をさせ、前項において読み替えて適用する第36条の規定による第28条に規定する審判関係人に対する質問をさせ、又は同項において読み替えて適用する第37条第1項若しくは第2項の規定による意見の聴取を行わせることができる。

前述の行政不服審査法第61条の用例では、「読み替えて準用する」であったが、第9条は、第3項が「適用については…読み替えるものとし」となっているのを受けて、「読み替えて適用する」が用いられている。

○会社法 第416条（委員会設置会社の取締役会の権限）

①～3（略）

- 4 委員会設置会社の取締役会は、その決議によって、委員会設置会社の業務執行の決定を執行役に委任することができる。ただし、次に掲げる事項については、この限りでない。

一～五（略）

- 六 第365条第1項において読み替えて適用する第356条第1項（第419条第2項において読み替えて準用する場合を含む。）の承認

七～二十 (略)

「読み替えて適用する」と「読み替えて準用する」が併存している条文である。

(b) 適用については、…とする

「読み替える」は、「準用する」を必要に応じて補充する規定なので、本来の対象に当てはめる「適用する」とは元来はなじまないはずである。そこで、「読み替える」ではなく、「…とする」という断定的表現も見られる。ここまできると「みなす」とほとんど同じ作用をしていると見ることができる。

○民法 第969条の2 (公正証書遺言の方式の特則)

① 口がきけない者が公正証書によって遺言をする場合には、遺言者は、公証人及び証人の前で、遺言の趣旨を通訳人の通訳により申述し、又は自書して、前条第2号の口授に代えなければならない。この場合における同条第3号の規定の適用については、同号中「口述」とあるのは、「通訳人の通訳による申述又は自書」とする。

2～3 (略)

○民事訴訟法 第329条 (受命裁判官等の裁判に対する不服申立て)

① 受命裁判官又は受託裁判官の裁判に対して不服がある当事者は、受訴裁判所に異議の申立てをすることができる。ただし、その裁判が受訴裁判所の裁判であるとした場合に抗告をすることができるものであるときに限る。

2 抗告は、前項の申立てについての裁判に対してすることができる。

3 最高裁判所又は高等裁判所が受訴裁判所である場合における第1項の規定の適用については、同項ただし書中「受訴裁判所」とあるのは、「地方裁判所」とする。

○会社法 第 567 条（協定の可決の要件）

① 第 554 条第 1 項の規定にかかわらず，債権者集会において協定を可決するには，次に掲げる同意のいずれもがなければならない。

一 出席した議決権者の過半数の同意

二 議決権者の議決権の総額の 3 分の 2 以上の議決権を有する者の同意

2 第 554 条第 2 項の規定は，前項第 1 号の規定の適用について準用する。

7 結びに代えて

「みなす」，「推定する」，「準用する」という法律効果の発生にかかわる法令用語をとりあげ，それに「同様とする」と「適用する」を加えて，統一的観点から考察するというのが執筆意図であった。そのために導入したのが，基本文型という発想である。「みなす」と「推定する」は「AをBと～。」，「準用する」と「適用する」は「AをBに～。」である。文言の多様性に振り回されないように，要素と関係から構成される構造が変化しない限り（チョムスキーの深層構造と表層構造という文法の説明と通底するものである。），表現の差異にすぎないものとして取り扱えばよいというのがメリットである。多様な文言が，基本文型へとリライト可能になるのである。

法令用語の定義の多様さと条文表現の多様さに表れているように，法制局の起案のプロでも，相も変わらず苦労しているということを，執筆して改めて実感した。先人の苦心の跡をなぞったに過ぎない論稿であるが，法律要件と法律効果の結合という条文の構造をさぐる一助になれば幸いである。

この「法令用語釈義」シリーズを執筆するために各種の文献資料を渉猟していつも感じるのだが，一般の教科書はもとより，コンメンタールに至るまで，法令用語の用法に関する疑義に答えてくれるものが，甚だしく少ないのである。言葉の使い方にこんなに鈍感でいて，よくもまあ，あれほどの大量の文献が産み出されているのかと，あきれるばかりである。