

日本法學

第七十八卷 第三号 2013年2月

論 說

航空保険の現状と課題

松嶋智隆之弘

コンピュータ・ネットワークに関連する犯罪と刑事立法(二・完)

南部篤

変化する司法審査の基準

——合衆国連邦最高裁判所——

青山武憲

研究ノート

米国違憲立法審査権の確立

——マーシャル第四代長官の時代——

甲斐素直

日本法学 第七十八卷第一号 目次

論 説

古代日本の謀反・謀叛について

——大逆罪・内乱罪研究の前提として——

…新井 勉

名の法をめぐる民法草案と全国物体戸籍法の対峙

——明治六年小野組転籍事件をととして——

…小林 忠 正

米国ドッド・フランク法における銀行持株会社ならびにM&A取引規制等にかかる考察

…藤 川 信 夫

パンデミック対策に関する憲法的考察

——国家の公衆衛生に関する責務とその限界についての憲法的アナトミー——

…大 林 啓 吾

資 料

再生可能エネルギーによる事故発生に関する被害者救済システム

——私法学の観点から——

…松 嶋 隆 弘

判例研究

脱線転覆事故における安全対策責任者の過失

——尼崎JR脱線事件——

…船 山 泰 範

日本法学 第七十八卷第二号 目次

論 説

中世日本の謀叛について

——大逆罪・内乱罪研究の前提として——

…新井 勉

イギリス救貧法におけるright to reliefの形成について

——新救貧法の成立まで——

…矢 野 聡

コンピュータ・ネットワークに関連する犯罪と刑事立法(二)

…南部 篤

研究ノート

米国初期の憲法判例

…甲 斐 素 直

米国の裁判所で提起された外国仲裁判断確認訴訟におけるフォーラムノンコンベニエンスの法理の適用

…坂 本 力 也

——*Figuerola*事件に見るコンロー法域の新展開とシウロイ法域との交錯——

判例研究

流動動産譲渡担保権に基づく物上代位

…清 水 恵 介

航空保険の現状と課題

松 嶋 隆 弘
中 島 智 之

一．はじめに

本稿は、航空事業が円滑に運営されるためにその存在が不可欠である航空保険につき、そのあらましを述べた上で、現在実務が直面している問題点につき整理を試み、空法学及び空法実務の発展に資せんと試みるものである。航空保険は、海上保険等の他の保険と比べると、損害額が巨大であることに比べ、リスクの平準化を図るためのリスク数が限定的であるため、実務では、再保険の活用やプール制度の創設等様々な工夫をしているところ、湾岸戦争、米国内時多発テロといった新しい戦争危険の登場により、航空保険、特に戦争保険が試練にさらされた時期があった。

筆者のうち松嶋は、航空保険のうち戦争保険が試練にさらされた時期に、航空保険につき整理を試みたことがある者であり、^①同中嶋は、航空会社法務部員として航空保険の業務に携わり、かつ、日本大学法学部比較法研究所研究員として、自己が携わる実務の理論化に取り組む者である。両者は、その重要性にも関わらず、依拠すべき文献が乏しい航空保険につき、航空保険に関する研究の出発点を確認するため、その概念と課題を整理する必要があるという認識で意見の一致をみるに至り、ここに本稿を共著で執筆することにした。具体的手順として、まず、航空保険の意義及び種類につき整理した上で、航空保険の課題を整理してみたい。

二・ 航空保険の意義及びその種類

1. 航空保険の意義

(1) 総説

保険は、運送事業が円滑に運営されるために不可欠であり、海上運送の分野においては古くから海上保険の制度が発達してきた。この理は航空運送事業においても同様である。高価な航空機の財産的価値を保全するためにも、航空機を調達するファイナンスの場面において投資の安全性を図るためにも、また、乗客や機外の第三者に対する損害賠償の原資を保全するためにも、保険の存在は必要不可欠である。かかる場面において利用されるのが、航空保険(aviation insurance)である。航空保険は、航空機の発達とともに発展してきた新種保険の一つであり、海上保険を母体とする。

ただ、航空保険には、危険の巨大性に比して対象案件数が限定され、統計的安定性を確保することが困難であるこ

とから、保険事業運営に必要な安定性に乏しい面があった。航空保険の持つこの脆弱性は、湾岸戦争や米国をおそつた同時多発テロによつて明らかになったが、現在では制度が再構築されている。ここでは、航空保険制度の問題点をも含め、包括的に概説を試みたい。

(2) 航空保険の定義

まず前提として、航空保険の概念について確定する必要があるのだが、航空保険の範囲は歴史的に変動してきており、明確ではない面がある。ここでは、航空保険が特別な市場として成立したのは、Aviation Risksという危険の特殊性によるとの指摘に留意しつつ⁽²⁾、航空保険が有するとされる特質について指摘し、現行実務上行われている航空保険について解説することにした。

(3) 航空保険の特質

以上のとおり、航空保険の範囲については必ずしも一貫した共通認識があるわけではない。ただ、一般に航空保険とされるものには、下記の特色があり、この特色が他の保険と異なる航空保険の特質をかたちづくっている⁽³⁾。そこで、これらの特色についてみてみたい。

① 危険の巨大性

まず、航空保険の特色として危険の巨大性が挙げられる。航空機事故はいったん発生すると機体のみならず、多くの乗客や第三者の生命・身体・財産に影響を与える。したがつて、これに対応する航空保険も、填補限度額が巨額になり、引き受ける危険も巨大なものならざるを得ない。例えば機体保険でも場合によっては一機で数百億円になりうるし、乗客等に対する賠償保険については補償限度額が数千億円にのぼることもある。航空機同士が衝突すれば、

額は一気に倍増する。史上最大の損害額となった米国同時多発テロにおいては、損害額が七十億米ドル程度と見込まれている。このような巨大な危険を引き受ける航空保険の分野においては、一社だけで保険を引き受けることは到底できず、全世界レベルでの再保険の活用が不可欠であり、航空保険プールの役割が重要なものとなる。この点については後述する。

② 国際性

危険が巨大な航空保険においては、危険を分散するため再保険の手段を用いることが不可欠であり、しかもかかる再保険は、国際的規模のものにならざるを得ない。このことは他面において、海外の再保険市場の影響を受けやすくする。いずれにせよ、かかる国際性も、航空保険の特色の一つといえることができる。

③ 事故原因の複雑性

航空機事故は、様々な原因が重なって発生することが多く、その上いったん事故が生じた場合に全損となる確率が他分野と比べて高い。そのため、事故の原因説明が他の事故に比べ困難である。また、国際政治の動向を反映しやすい航空業界においては、これまで予想もしなかった事故が発生しがちである。例として、米国同時多発テロをあげることができよう。

④ 市場変動のボラティリティの高さ⁴

航空保険においては、リスク数が保険制度の前提となる大数の法則が機能するレベルに達していないため、市場の成績が不安定になりやすい。このため収入保険料に比して支払保険金が少ない場合（例えば、事故の少ない時期…ちなみに保険金を保険料で除したものを損害率という。）には、保険者の引受能力の供給意欲が高まることによって市場の競争

原理が働き保険料が低下に向かう（ソフト・マーケット）。他面、いったん巨大な事故が発生すると損害率が上昇し、保険市場は保険料の引き上げを志向する（ハード・マーケット^⑤）。このように航空保険は、市場の変動の度合いが激しく、これが特色の一つとされる。

⑤ 担保内容の多様性

航空機の運航には、様々な業務（航空機の誘導、牽引、清掃から手荷物・貨物の積みおろしや機内食の手配まで）が付随する。また航空会社は何らかの損害を被る可能性のある事態は、単に航空機事故に限るわけではない。こうした航空事業の性格を反映して、いきおい航空保険も幅広い危険を担保することが必要になる。このため、航空保険は、多種類の危険を総合的に担保するものとして商品設計が行われている。

⑥ 契約条件の柔軟性

航空保険においては、契約者の数も、契約対象たる航空機の数も家計分野の保険に比べて極めて限られる。また、航空会社ごとに保険手配に対する方針等は異なっている。こうした状況により、航空保険は、保険契約者の意向や状況を反映した契約条件を設計することが可能となっており、定型性の強い自動車保険や火災保険などとは異なり、保険契約内容は個別交渉に委ねられ、自由裁量の余地が大きい。

⑦ 専門性

航空保険の契約対象は、主に航空会社であるので、基本的に航空保険は、関係当事者がすべて航空に関する専門的知識を有しているといつてよい。航空保険は海上保険と同様、深い知見を有する専門家によって購入される保険のひとつである。ただし、自家用機を保有する個人や、行政目的のために航空機を所有する官公庁が航空保険契約を締結

する例など、例外もある。

(4) 航空保険の引受

危険の巨大性に見合う危険平準化が困難な航空保険においては、すべての危険を一社だけで引き受けることは不可能に近い。そこで、危険を分散して消化するために航空保険プール制度が重要な役割を担うことになる。航空保険プールとしては、ロンドンに本部を置くGLOBAL (Global Aerospace Underwriting Managers) が有名だが、わが国においても航空保険の事業を行っている損害保険会社全てが加盟している日本航空保険プールが存在している⁽⁶⁾。ちなみに日本航空保険プールに対しては、独占禁止法の適用が除外されている(保険業法一〇一条、一〇二条)。

日本航空保険プール会員である保険者(元受保険会社)は、同プールが対象とする契約(プール物件)について航空保険を締結した場合、自己の責任で元受契約を行い、自己の名で保険証券を発行する。しかし、プール物件の保険料・料率は、すべて日本航空保険プールが決定することとされている。このため、同一物件・同一条件であれば、誰が引き受けても同一の保険料・料率となる。また、プール会員は、引受額全額について一旦再保険に出さなければならぬ。つまりプール会員が引き受けた航空保険契約は、一度全部プールに投入され、所定の割合で会員に再配分される。会員の消化能力を上回る分については、海外にさらに再保険に出される⁽⁷⁾。

他方、日本航空保険プールが対象としない物件(非プール物件・例えば、空港の保険、飛行船・グライダーやPL保険の一部等)⁽⁸⁾については、保険者が独自に引き受け、引受限度を超えるものについては、再保険に出される。

その他に保険者によっては、海外の航空保険プールに加盟し、その参加分についての再保険手配を行う場合や、海外の保険ブローカー(ロンドンのブローカーのことが多い)を通じて再保険を引き受ける場合もある。後者の場合は、

危険の規模からいってすべてではなく一定の割合を決めて引き受けることになろう。

2. 航空保険の種類

(1) 航空保険の分類

航空保険は、損害の対象及び事故原因によって分類することができる。⁽⁹⁾ まず損害の対象を基準にすると、物保険と損害賠償責任保険とに大別できる。前者は、(i)航空機自体に関する保険である。機体保険 (Hull Insurance)、(ii)航空機装備品・予備部品保険 (Spares Insurance) 等が挙げられる。なお、機体保険に任意に付保する保険として、(iii)捜索・救助費用保険 (Search and Rescue Insurance)、(iv)航空機使用不能損害保険 (Loss of Use Insurance)、(v)航空機未経過保険料保険 (Unearned Premium Insurance) 及び(vi)担保違反保険 (Breach of Warranty Insurance) 等がある。

後者としては、(i)乗客損害賠償責任保険 (Passenger Legal Liability Insurance)、(ii)第三者損害賠償責任保険 (Third Party Legal Liability Insurance)、(iii)航空機搭乗者傷害保険 (Aviation Personal Accident Insurance) 及び(iv)貨物賠償責任保険等が挙げられる。

次に、事故原因によって分類すると、悪天候、機材の故障、操縦ミス等の事故など、免責事項に該当しない限りあらゆる損害を対象とする保険(これを「オール・リスクス保険」という)と、戦争、ハイジャック等による損害に限定して対象とする戦争保険 (War and Allied Perils Insurance)⁽¹⁰⁾ とに分けることができる。

戦争保険については三二で後述するので、ここでは、まずオール・リスクス保険について説明する。⁽¹¹⁾

(2) 航空機に関する保険

① 機体保険 (Hull Insurance)

(i) 意義

機体保険は、航空機(被保険航空機¹²)自体に関する物的損害(physical loss or damage to an aircraft)を担保する保険である。中でも代表的な位置づけを占めるのは、航空機に生じる物的損害をオール・リスク条件で担保する機体オール・リスク保険(Aircraft Hull All Risks Insurance)である。

機体保険には、大きく分けて保険価額型(insured value)と協定保険価額型(agreed value)とがある。これは保険填補の限度を定める基準の違いによる分類である。前者は、契約締結時に填補最高限度額だけ決めておき、保険価額は保険填補実行時に損害発生の日航空機の市場価格を基準として合意するのに対し、後者は、契約締結時に航空機の保険価額までも予め合意しておくものである。全損の場合両者の効果が違ってくる。すなわち前者において、保険者は保険価額を支払うか、同等の代替航空機を提供するかを選択権を有するのに対し、後者においてかかる選択の余地はなく、保険価額の支払いがなされることになる。被保険者が定期航空会社の場合、航空機の修理等に相当の経費を有する定期航空会社に対して保険者が代替航空機を手配し、現物填補することは実情にそぐわず、後者によるのが一般的である。

(ii) 損害及びその支払

機体保険の支払の対象となる損害は、墜落、衝突等偶然な事故によって生じた物的な損害に限られ(直接損害)、間接損害を含まない(間接損害を填補する保険としては、後述の航空機使用不能損害保険がある)。

機体保険には、通常、約定された金額まで保険者は保険金支払義務を負わないとする免責金額 (Deductible) が設定される。⁽¹³⁾ 免責金額による自己負担が大きく、最終的な自己負担を軽減したい場合の保険として、航空機免責金額保険 (Deductible Insurance) が用意されている。

直接損害は全損と分損とに分けられる。全損とは、被保険航空機を事故発生直前の状態に復旧することが物理的にもしくは技術的に不可能な場合や修理費が協定価額を超える場合または被保険航空機が行方不明となった場合をいう。全損の場合には免責金額の適用はない。

分損は、全損以外の場合であり、分損の場合、損害額または保険金額のいずれか低い額から保険証券記載の免責額を差し引いた額が支払われる (ただし約款で、現物による支払の選択肢を留保する例もある)。

(iii) 免責

ただ、オール・リスクスといっても、免責とされる場合があるので、注意が必要である。

免責事由としては次に掲げるものが挙げられる。

(i) 保険契約者、被保険者、保険金を受け取るべき者またはこれらの者の同居の親族もしくは法定代理人 (保険契約者、被保険者が法人である場合には、その理事、取締役または法人の業務を執行するその他の機関) の故意により損害が生じた場合

(ii) これらの者が被保険航空機の耐空性の維持または航行の安全性に関する法律等に故意に違反した場合

(iii) 詐欺・横領の場合

(iv) 注意すべきなのは、自然の消耗 (wear and tear : 反復して使用している間にシャフト軸受部がすりへり、シャフトが折

損した場合)、機能の低下(長期間使用している間に規定のエンジン出力が得られなくなった場合)及び故障(電気的なトラブルにより計器が動かなくなった場合)といった、急激かつ偶然な外来の事故によらずに発生した損害については、免責とされていることである。

免責が適用される範囲は、これらの損害が生じる原因となった部分と機能的に一体となった航空機の部品の最小単位(単位部分)に限られる。したがって、損害が他の部分に波及した場合には、他の部分についての損害は支払の対象となる。また、免責となる単位部分が原因となり、航空機に墜落、爆発等の二次的損害が発生した場合、原因となった単位部分を除いて、保険金が支払われる。

(ホ) また、戦争危険、戦争関連危険(例えばテロやハイジャック等)についても免責の対象とされているが、この中の一部は戦争保険(三二で後述する)で復活担保される。

② 航空機装備品・予備部品保険 (Spares Insurance)

地上及び輸送中にある間、航空機装備品・予備部品の物的損害を担保する保険であり、オール・リスク条件である。限度額を定めるに当たっては、事故・品目・輸送・場所等さまざまなものが用いられる。航空機に取り付けられていない予備エンジンも対象としうる。機械の故障が免責事由とされていることは、機体保険の場合と同様である。

③ 捜索・救助費用保険 (Search and Rescue Insurance)

これは、航空機が遭難したり行方不明になった場合において、航空機や搭乗者の捜索や救助活動にかかる費用を担保する保険である。

④ 航空機使用不能損害保険 (Loss of Use Insurance)

機体が損傷すると、被保険者は航空機を修理している間使用できず、予定した収入が得られない。航空機使用不能損害保険は、この間接損害を填補するためのものである。

⑤ 航空機未経過保険料保険 (Unearned Premium Insurance)

これは、全損発生日時から満期時までの間の割当分保険料を担保する保険である。

⑥ 担保違反保険 (Breach of Warranty Insurance)

これは、被保険者が保険契約の担保条件に違反した場合でも、保険者が填補義務を負うとする特約保険であり、追加保険料の支払を前提とする。運送人が保険契約の担保条件に違反して、保険金を受け取ることができなくなるリスクをカバーするものであり、航空機が担保に供されていたり、リースが組まれている場合に実益がある。

(3) 損害賠償保険

① pay on behalf of 型¹⁴ indemnity 型¹⁵

航空保険における損害賠償保険の型については、大きく分けると、被保険者が支払うべき賠償額を保険者が被保険者に代わって支払う型 (pay on behalf of) と、被保険者がまず被害者に賠償金を支払い、その後保険者が被保険者に対し補填する型 (indemnity) とがある。¹⁴¹⁵ どちらの場合にせよ、実務上は保険者が被保険者の代理人たる弁護士を選定への助言を行い、当該弁護士と協働する等、賠償プロセスに深く関与することが一般的なので、あまり大差がないともいえる。

② 強制保険

賠償責任の履行を確実にし、被害者を保護するための手段として、付保を強制することがある。これを強制保険といい、わが国の例でいうと、自動車保険におけるいわゆる自賠償保険が挙げられる。では、航空保険においてはどうか。

まず、現行法をみてみる。わが国では、国土交通大臣は、公共の福祉を阻害している事実があると認めるときは、わが国の航空運送事業者に対して、航空事故により支払うことあるべき損害賠償のため保険契約を締結することを命ずることができる¹⁵とされている(航空法一一二条六号)。学説の中には、航空法に基づき、航空運送事業の許可を申請する際に、当該申請が法に掲げる許可基準(航空法一〇一条一項)に適合する旨の説明を求められる中で(航空法施行規則二一〇条三項一号イ)、相当の付保が指導されるとしても当然であると説くものもある¹⁶。

次に条約についてみてみる。これまで航空運送の分野においては、直接的に付保を強制する条約はみあたらなかった。付保の強制はもっぱら間接的な手段によりなされてきた。例えば、公の安全の見地から外国航空機の飛行を禁止・制限するシカゴ条約九条は、ローマ条約(一九五二年)の規定に従った付保を行わない航空運送人に対しても適用されることを挙げる¹⁷ことができる。

ところが、モントリオール条約(一九九九年)は、条約として初めて、直接的に付保を強制する規定を設けている。すなわち、同条約五〇条は、「締約国は、自国の運送人に対して、この条約に基づく責任についての適切な保険を維持するよう要求する。運送人は、締約国の領域内への運送を行う場合に、当該締約国から、この条約に基づく責任についての適切な保険を維持している旨の証拠を提出するよう要求されることがある。」と規定する。同条約は、ワル

ソー条約を置き換えたものであるが、同条のような規定はワルソー条約には存在せず、モントリオール条約において初めて創設されたものである。この規定の評価については、同条により、これまで以上に乗客が保護されることになると積極的に評価する見解¹⁸⁾と、航空運送の世界では付保は当然になされていることであり、付保を求めるとしても国内法に基づいてなせば足り、あえて条約で規定する必要はないとする見解¹⁹⁾とがある。

③ 免責金額

損害賠償保険については、機体保険と異なり、通常は免責金額は設定されない²⁰⁾。したがって、保険者が承諾した適正な賠償額全額が支払われる。

④ 乗客損害賠償責任保険 (Passenger Legal Liability Insurance)

これは、被保険航空機の所有、使用もしくは管理に起因し、または運送契約の履行に起因し、偶然の事故によって、乗客の生命もしくは身体を害し、あるいは乗客の手荷物を滅失、破損もしくは汚損することにより、被保険者が法律上の損害賠償責任を負担することによって生ずる損害を担保する保険である。

乗客とは、被保険航空機に飛行の目的をもって搭乗中または乗降中の者で、被保険航空機の乗組員としての職務に従事する者を除くすべての者をいう。

乗組員は本保険でなく、航空機搭乗者傷害保険の対象とされる。

乗客の手荷物とは、乗客が携行もしくは装着する機内持込手荷物または運行者等が原則として乗客の搭乗する航空機で運送することを目的として乗客から受託した受託手荷物（積載中、積み込み中または積みおろし中の物に限る。）のうち、見回品（日常生活の用に供する動産）等の財物をいう。

通常、対人・対物賠償共通で、一事故あたりの填補限度額を設定する。

⑤ 第三者損害賠償責任保険 (Third Party Legal Liability Insurance)

これは、被保険航空機の所有、使用もしくは管理に起因し、または運送契約の履行に起因し、偶然な事故によって、機外の第三者の生命もしくは身体を害し、あるいは機外の第三者の財物を滅失、破損もしくは汚損することにより、被保険者が法律上の損害賠償責任を負担することによって生ずる損害を担保する保険である。

例えば、飛行機が空中衝突し、他の航空機、空港その他の関連施設や人員に損害を与えた場合、航空機の墜落あるいは機体、積荷の落下により地上の第三者に損害を与える場合等が挙げられる。自動車保険という対人・対物賠償責任保険に相当するが、自動車保険と異なり、機内の搭乗者は対象とならない。これらは前述した乗客損害賠償責任保険の対象となる。

飛行機が頻繁に離着陸する空港周辺では、落下物等により第三者に損害が発生しても、落下物を落とした飛行機を特定することが困難である。本邦の成田空港乗り入れ航空会社では、このことを考慮して、全ての保険契約の特約条項の章に「成田空港落下物条項」を入れて対処している。これは、航空会社、空港公団、保険会社により作られた審査機関が、落下物を落としたと思われる航空会社の範囲を指定し、指定された航空会社は共同して補償を行うとともに、右補償すべき責任を各航空会社の航空保険で担保するというものである。²¹⁾ 航空保険の特徴である契約条件の柔軟性が発揮された一例である。

なお、第三者賠償責任保険は、乗客損害賠償責任保険と組み合わせ、単一の填補限度額を定める場合もある。これを第三者・乗客包括賠償責任保険という。この場合、両保険の間で填補限度額を相互に融通処理できる利点がある。

⑥ 航空機搭乗者傷害保険 (Aviation Personal Accident Insurance)

これは被保険航空機に搭乗中または乗降中の者（被保険者）が急激かつ偶然な外来の事故によって身体に傷害を被った場合に、一定の保険金が支払われる保険である。乗客損害賠償責任保険の対象とならない乗組員も対象とすることができるので、労務管理上有益である。

もちろん飛行機に乗り込む者が自分自身を被保険者として契約することも可能である。（なお、空港等で自動販売機により購入できる保険は、保険カバー内容はこれと似ているが、航空保険ではなく、傷害保険のひとつである。）

本保険は定額払いの保険であり、運送人の責任の有無、実損害如何にかかわらず一定の保険金が支払われる。したがって、乗客損害賠償責任保険が支払われない場合でも本保険により支払がなされうる。本保険は、乗客損害賠償責任保険の補完的機能を営んでいる。逆に、運送人に賠償責任が発生する場合、本保険から保険金が支払われても、当然に賠償金に充当されるわけではない。本保険は、通常の傷害保険と異なり、被保険者の氏名を特定せず、事故当時に被保険航空機に搭乗していた者全員を被保険者とすることができる。

⑦ 貨物賠償責任保険

これは、航空運送人の貨物に対する賠償責任を担保する責任保険である。貨物に関する保険としては、この他に、貨物の所有者または荷主として貨物に生じる損害を担保する物保険としての貨物保険もある。²²⁾

三・戦争保険と航空保険の課題

1. はじめに

多数の人命を運ぶ航空機は、戦争、テロ、ハイジャックなどの対象となりやすく、しかも一転損害が発生すると多数の人命に関わる損害を発生させるので、特に定期航空会社としては、かかるリスク（戦争リスク）に対しても航空保険を付保する必要がある。ところが、二・でみたオール・リスク保険はいずれも、原則として戦争危険を免責対象としているので、オール・リスク保険とは別に、付保しなければならない。

戦争保険は、オール・リスク保険よりも新しく、第二次世界大戦以後に生まれ、その後ハイジャックの頻発を機にハイジャックをも担保されるように独自の発展を遂げてきたが、近時湾岸戦争や米国の同時多発テロにより、さらに大きく変容した。⁽²³⁾ここでは、定期航空会社の航空保険を前提として、戦争保険の概要と変遷について検討する。

2. 戦争危険に対する航空保険のカバー

(1) 航空機機体賠償責任保険 (Hull and Liability combined Policy)

航空保険の種類としては、二・で述べたように実に様々なものがあるが、定期航空保険会社が通常付している航空保険は、保険の種類毎に個別に契約するのではなく、包括的な契約方式（航空機機体賠償責任保険：Hull and Liability combined Policy 通常、メインポリシーと呼ぶ。）がとられている。

図1は、同時多発テロ発生以前に、定期航空保険会社が通常付していた包括的な航空保険を示している。すなわち、メインポリシーは、機体損害については、戦争リスクを担保しないが、乗客に対する賠償責任損害及び

〈図1〉

	機体損害	乗客に対する損害	第三者に対する損害
オール・リスクス (通常の危険)	航空機機体賠償責任保険 →特約付加にあたり追加保険料		
戦争危険	機体戦争保険	特約 (AVN52C) により メインポリシー自体で復活担保 (支払限度額一事故あたり15~20億米ドル)	

第三者に対する賠償責任損害については、戦争危険までも復活担保していた。航空保険において、戦争危険は一般的な免責条項とされているが、免責とされる戦争危険による損害のうち、乗客、第三者に対する賠償責任損害 (AVN48Bという免責条項) については、特約条項 (図1でいうとAVN52Cという特約) で担保していたのである。これは、一旦排除した戦争リスクを引き受け直すことから、復活担保とカライトバック (Write back) と呼ばれている²⁴⁾。

(2) 機体戦争保険 (Hull War Insurance)

メインポリシーは、機体損害に関して戦争危険を担保しないので (機体保険については、ライトバックが行われない)、機体損害を担保するためのものとして、別途機体戦争保険 (Hull War Insurance) が用意されている。戦争保険が、オール・リスク保険とは別に発展してきたことを反映し、機体戦争保険は、ライトバックではなく、メインポリシーの航空保険市場とは別に主としてロイズの再保険者によって引き受けられている。ちなみに、機体戦争保険においては、三機分程度の填補限度額 (aggregate limit) が付されるのが一般である。

このように機体保険については、オール・リスクスと戦争危険とが峻別されている。このため、発生した事故がどちらによるか特定できない場合の処理が問題となる。

一九八五年六月にインド航空のボーイング747機がアイルランド沖に墜落した際に、この問題が顕在化し、一億米ドルを超える機体保険金をどちらの保険で支払うのかが議論となった。この事件においては、当初両方の保険事業者が半分ずつ負担して支払い、その後時間をかけて事故の原因調査を行い、その結果を待つて仲裁により、いずれの対象とするか決することとし、後日回収された機体片の鑑定により、戦争危険によるものとされ決着をみた。

現在では、どちらの保険で支払うべきか決しきれない場合は、双方の保険事業者が仮に半分ずつの割合で保険金を支払い、その後仲裁でいずれが支払うか決めることとされ、かかる旨の条項がロイズの標準文言集に収録されている。これをファイティ・ファイティ条項 (50/50 Provisional Claims Settlement Clause) と²⁵いう。

ちなみに、賠償保険については戦争危険がライトバックされているので、かかる問題は生じない。

3. 戦争保険における二つの制約

(1) 七日前解約予告条項 (7 Days Cancellation Clause)

注意すべきは、戦争保険には、二つの重大な制約がある。一つは、七日前解約予告条項 (7 Days Cancellation Clause) である。これによると被保険者・保険者は、七日前に予告すれば、相手方の同意なしに契約を解除することができる。但し、解約の発効以前に、両者が新しい保険料率、条件、適用地域に合意すれば、契約を更新することができる。規定の上では保険者・被保険者が対等に解除権を行使できるようであるが、被保険者がこの条項を利用することはまず考えられないので、実際上は保険者側に有利にできた条項である。

この条項は、一九九〇年八月、イラクがクウェートに侵攻した際に発動され、一九九一年二月イラクが降伏し、湾岸危機が一応の解決を見るまで、湾岸地域一帯について全くの無保険状態が生じた。

このような状態の下で、救援機などを派遣する場合、個別に救援機を担保する保険を手配せざるを得ないが、かかる保険が常に手配できるとは限らず、仮に手配できても保険の有効期間が数日に限られるなど、不十分なものになりがちである。

この条項は、同時多発テロの際にも問題となった。この点については4.で後述する。

(2) 自動終了条項 (Automatic Termination Clause)

もう一つの制約は、自動終了条項 (Automatic Termination Clause) である。核兵器の使用、五大国 (イギリス、アメリカ、フランス、ロシア、中国) 間における戦争勃発の場合には、通告の有無にかかわらず、保険契約は自動的に終了する旨の条項である。これらの場合には、保険契約が前提としている社会秩序が失われるという趣旨から、全ての戦争保険契約の中に挿入されている。かかる場合は、民間の保険事業者でなく国家による措置が必要となる。

この条項が発動されると、前述のライトバックされた分を含め、全世界の戦争保険が自動的に終了するため、不安定な状態が出現する²⁶⁾。

4. 同時多発テロの戦争保険に対する影響と対策

(1) はじめに

二〇〇一年九月一日に発生した米国同時多発テロは、死者約三〇〇〇名という重大な人的被害と莫大な経済的損失をもたらした。ハイジャックした航空機自体を武器として使用するというテロは、航空の安全に対する認識を根底から揺るがせた。当然の事ながら、これにより航空保険、特に戦争保険のシステムは、大きな影響を受けざるを得ないことになった。そこで、同時多発テロにより惹起された戦争保険に関する問題について、整理・検討することとし

〈図2〉

	機体損害	乗客に対する損害	第三者に対する損害
オール・リスクス (通常の危険)	航空機機体賠償責任保険 →特約付加にあたり追加保険料		
戦争危険	機体戦争保険 →追加保険料	キャンセル&ライトバック (AVN52D) (5000万米ドルのサブリミット)	

たい。

(2) 同時多発テロ直後の保険カバー：AVN52Dによるライトバック

同時多発テロの際にも、ライトバックされた分を含むオール・リスクス保険の保険者サイドから七日前解約予告条項が行使された。すなわち、二〇〇一年九月一七日二三時五九分（グリニッジ標準時）に、保険者から、同条項に基づき、前記AVN52Cの特約を解除するとの通知が、世界の各航空運送事業者に対してなされた。

ただこのときは、解約の発効直前に、保険者から免責条項を一部ライトバックする新たな特約 (AVN52D) が提示され、全くの無保険状態は回避された。

同時多発テロ直後の保険カバーは、図2のようになった。

一見すると、図1と変わらないようであるが、戦争保険カバーの範囲が大きく縮小され、かつ、航空運送事業者の負担が大きなものとなった。⁽²⁷⁾

まず第一に、戦争危険による第三者に対する賠償責任損害に対して、支払限度額が一事故あたり二〇億米ドルから一事故及び期間中五〇百万米ドルに引き下げられ、第三者に対する損害に対する賠償保険の範囲が限定された（なお、乗客に対する賠償保険の範囲は従来どおりである）。いくつかの保険会社は、さらに追加保険料の支払いで五〇百万米ドルから一〇億米ドルまでカバーする損害賠償保険を

引き受けることになった。

第二に、AVN52Dの特約付加にあたり、有償旅客一人あたり一・二五米ドルの追加保険料が要求されるようになった。第三に、機体戦争保険においても、総機体保険金額 (Average Fleet Value) の〇・〇五%の追加保険料の支払を要求し、支払わなければ保険をキャンセルされることになった。

(3) その後の状況

以上のとおり、同時多発テロ直後の戦争危険に対する航空保険によるカバーは限定的であったため、多くの国において政府による援助措置がとられることになった。

イギリスでは、政府が TROIKA と称する保険会社を設立し、二〇億米ドルまでの政府保険制度を二〇〇二年一月まで実施したし、アメリカでは、政府が二〇〇一年九月中に民間保険の上乗せ分の第三者賠償保険を提供した。アメリカではさらに同時多発テロの個人被害者に対する VICTIMS FUND も形成された⁽²⁸⁾。

日本においては、平成一三年一〇月二日の閣議決定で、「国会の議決を条件として、本邦航空運送事業者が運航する航空機へのテロ等により航空機事故が発生し、第三者に損害が生じた場合には、当該事故により発生した損害の賠償金の支払いが可能となるよう、適切な措置を講ずる。」ものとされ、民間保険で填補可能な金額(一〇億米ドル)を超える部分について、二〇億米ドルを上限に政府が補償することが定められた。しかしながら、その後、一〇億米ドルを超える第三者損害についても、民間保険で填補できる体制が整ったことから、この措置は、平成一五年一二月一日に終了した。

二〇一二年現在の保険カバーの状況は、図3のとおりである。

〈図3〉

	機体損害	乗客に対する損害	第三者に対する損害
オール・リスク (通常の危険)	航空機機体賠償責任保険 →特約付加にあたり追加保険料		
戦争危険	機体戦争保険 →追加保険料	キャンセル&ライトバック (AVN52E) (1億5000万米ドルのサブリミット)	

一時保険料が高騰した、戦争危険に起因する第三者への賠償責任保険の提供を事業機会と捉え、保険会社の新規の市場参入が増加したこともあり、現在では、追加保険料の支払いで二〇億米ドルまでをカバーする、世界の保険者による引受体制が構築されている。また、前述の七日前解約予告条項 (7 Days Cancellation Clause) についても、現在では、核兵器の敵対行為としての爆発 (pure War Risk のみ) による自動終了以外は解約されない保険が提供されている。

ただし、航空賠償責任保険契約は通常一年契約であることから、長期間に渡る付保が確約されているわけではなく、戦争やテロの危険性が世界的に再び高まった場合には、戦争危険に起因する第三者への賠償責任保険市場から一部の保険者が撤退し、世界的な引受体制が再び脆弱となる可能性は否定できない。

四．結びに代えて

本稿の執筆者両名の手になる本稿は、共著者の一人松嶋による前著²⁹⁾を、その後の航空保険の実務の発展に照らし、共著者の一人中島が、全面的に加筆訂正を加え、さらに両名の共同討議により執筆されたものである。討議の場としては、本学部比較法研究所管の現代空法研究会を活用させていただいた。戦争保険に関する課題は以前に比べて限定的なものになっており、現在においては、世界の保

険者による安定した引受体制が構築されている。だからこそこの時期が、航空保険の現状を俯瞰し課題を整理するにもっとも適しているというのが、我々両名の認識である。本稿が、依拠すべき文献が少ない航空保険につき、隙間を埋める基礎文献となることを願っている。

なお、執筆にあたっては、全日本空輸株式会社法務部長菅原貴与志氏から全面的バックアップがあつたとともに、東京海上日動火災保険株式会社からは、航空保険の現状に対する情報提供と原稿に対するチェックをいただいた。ここにそのことを特記し、感謝申し上げます。もちろん文責がすべて我々両名にあるのは当然のことである。

- (1) 藤田勝利編『新航空法講義』（平成一九年）二五九～二七八頁（松嶋隆弘）
- (2) 原茂太一「イギリス法における航空保険」（平成三年・財団法人損害保険事業総合研究所）二二頁、なお、同「航空保険の意義およびその範囲―イギリスの法と実務を中心にして」空法三三二号（平成三年）一頁
- (3) 阿部紘一「定期航空会社の航空保険について」空法三三三号（平成四年）三三三頁以下、羽原敬二『航空機ファイナンスの諸問題』（平成九年・関西大学経済・政治研究所）六一頁以下
- (4) 本稿執筆に際し、東京海上日動火災保険株式会社から、「航空保険市場はVolatileではあっても、言葉の厳密な意味でSpeculativeではない（ただし、9・11直後に限っては、きわめて例外的に投機的な動きを示した保険者が存在したことは事実である）」旨の指摘を受けた。敢えてここに記しておくことにしたい。
- (5) もっとも単一の事故が損害率に影響を及ぼす場合は、よほどの規模の場合（例えば日航の御巣高事故クラス）に限られよう。
- (6) 坂本昭雄・三好晉『新国際航空法』（平成一二年）三三三頁。ちなみに日本航空保険プールは、外国からの保険の引受けは行わず、外国への再保険のみを行う出再プールである。阿部・前掲三四頁

- (7) 羽原・前掲書一一五頁
- (8) 羽原・前掲書一一四頁
- (9) 阿部・前掲二五頁
- (10) ハイジャックがオール・リスク保険と戦争保険のいずれで担保されるかが問題となった事例 (Pan Am. World Airways, Inc. v. Aetna Cas. & Sur. Co., [1974] Lloyd's Rep 207, [1975] Lloyd's Rep 77,505 F. 2d 989 (1974), 12 Avi Cas 18,069, 13 Avi Cas 17,340) を紹介するものとして、羽原・前掲書九四頁。ちなみに、米国同時多発テロにおいても、このことが問題となりうる旨指摘するものとして、Erwin E. Cabin, War-Risk, Hijacking & Terrorism Exclusions in Aviation Insurance: Carrier Liability in The Wake of September 11, 2001 (2003) 68 Journal of Air Law and Commerce, p.421.
- (11) なお、本文に述べたほかに航空に係る保険として、空港施設所有・管理者賠償責任保険 (Airport Owners and Operators Liability Insurance)、航空機製造物責任保険 (Aviation Products Liability Insurance)、航空機乗員免許喪失保険 (Air Crew Loss of License Insurance)、人工衛星に関連する宇宙保険 (Space Insurance)、飛行船保険、グライダー保険等がある。
- (12) 被保険航空機とは、保険証券記載の航空機をいう。
- (13) 免責金額の定め方については、羽原・前掲書二九頁
- (14) 阿部・前掲三一頁
- (15) 本稿執筆に際し、東京海上日動火災保険株式会社から、「米国が pay on behalf 方式、英国が indemnity 方式」という説明は、歴史的沿革の説明であれば該当する面もあるが、現状の説明としては正確ではない旨指摘を受けた。敢えてここに記しておくことにしたい。
- (16) 坂本Ⅱ三好・前掲書三四九頁
- (17) I. H. Diederiks-Verschoor, An Introduction to Air Law (7th ed., 2001) p.175.
- (18) Ibid. p.183

- (19) 坂本 三好・前掲書三五頁を参照
- (20) ただし、損害賠償保険のうち、手荷物に関しては、一般的に一二五〇ドルの免責金額が付けられる。
- (21) 阿部・前掲三八頁
- (22) 大野和雄『航空貨物損害賠償の実務』（平成三年・成山堂書店）四五頁、来見田實『新訂航空貨物の理論と実務』（平成七年・成山堂書店）一五八頁
- (23) 中村克己「テロに起因する第三者賠償責任の現状と考察」空法四四号（平成一五年）一三三頁
- (24) 図1では、貨物や航空機部品について触れていないが、貨物の賠償責任保険としては、航空貨物賠償責任保険（Freight Liability Insurance）が、航空機部品については、航空機部品保険（Aircraft Spare Parts Insurance）があり、それぞれオール・リスク条件であるだけでなく、戦争危険までも担保する。ライトバックについても、本文に述べたところが当てはまる。阿部・前掲二六頁、羽原・前掲書七七頁
- (25) 阿部・前掲四〇頁、羽原・前掲書九四頁
- (26) 湾岸戦争の際には、イスラエル・アラブ間で核兵器の使用が予測されたため、日本航空は、七日間に限り、機体のハイジャックリスクを担保する保険を作出した。ただ、担保リスクがハイジャックに限定されており、賠償保険については実現できなかった。阿部・前掲四四頁
- (27) 中村・前掲二六頁の他、平成一七年五月二七日における淡路信広氏の空法学会報告「米国同時多発テロ後の航空保険マーケットの動向」による。Rod D. Margo, 11 September 2001 - An Aviation Insurance Perspective (2002) 27 AIR & SPACE LAW, p.389.
- (28) Raymond L. Mariani, The September 11th Victim Compensation Fund of 2001 and The Protection of The Airline Industry: A Bill for The American People, (2002) 67 Journal of Air Law and Commerce p.141.
- (29) 藤田・前掲書（前注1）

コンピュータ・ネットワークに関連する犯罪と刑事立法（二・完）

南 部 篤

- I はじめに
- II コンピュータに関連する犯罪の概念
 - 1 検討対象とコンピュータ「犯罪」
 - 2 コンピュータ犯罪の登場
 - 3 コンピュータ犯罪の広がり
 - 4 コンピュータ犯罪からネットワーク犯罪へ
- III 法解釈による対応の限界
 - 1 データの侵害と文書犯罪
 - 2 コンピュータを用いた不正な財産的事務処理と財産犯罪
 - 3 コンピュータを利用する業務への加害行為など（以上前号、以下本号）

IV ネットワーク犯罪をめぐる刑事立法の動向

1 コンピュータ犯罪刑事立法

2 不正アクセス刑事規制立法

3 ネットワーク犯罪刑事立法

V ネットワーク犯罪刑事規制の課題

1 ネットワーク犯罪刑事立法の検討

2 刑事立法のあり方——フランス刑法との比較から——

VI むすび

IV ネットワーク犯罪をめぐる刑事立法の動向

1 コンピュータ犯罪刑事立法

(1) 一九八七年(昭和六二年) 刑法一部改正

一九八〇年代ころのコンピュータ関連犯罪をめぐる法状況は、すでにみたように、①データの改ざん行為と偽造罪、②コンピュータへの加害行為と業務妨害罪、③コンピュータ・システムを用いた財産的利得行為と財産犯罪、④データの消去行為と毀棄罪などの点で、法解釈上の困難性から刑事規制が大きな課題に直面し、拡張的解釈による対応が限界点に達した感があった。さらに、⑤データの不正入手、⑥コンピュータの無権限使用・無権限アクセス等、新たな犯罪化の要否が検討を迫られる状況にあった⁶²。

そのような背景の下で、一九八六年から刑事立法に向けた具体的な動きがはじまり、翌一九八七年五月二七日、コンピュータ犯罪関係の処罰規定の新設を重要部分とする「刑法等の一部を改正する法律」（以下「一九八七年改正」という。）が成立し、同年六月二日に公布された。

この改正は、「もともと現行刑法による的確な処罰が可能であった行為と同様の行為であるにもかかわらず、コンピュータの出現に伴い事務処理形態が変化したため、的確な処罰が困難となった類型の行為について、処罰規定を整備しようとする」趣旨の下に、上の①から④の点に関する処罰規定の新設を行うことを中心とするものであった。⁶⁴ ①ないし④の点が、従来の文書偽造罪・業務妨害罪・財産犯罪・毀棄罪に対応する行為であり、それらの罪の分類とも合致するのに対して、⑤と⑥の点については、新しい問題であり保護の範囲・程度などさらに種々の観点から検討すべき点が多いことから、法制審議会での審議の段階で立法化は見送られた。⁶⁵

改正の主な内容は、①データの改ざん行為を捕捉するための「電磁的公正証書原本不実記録・供用罪（一五七条・一五八条）」、「電磁的記録不正作出罪（二六一条の二）」、「不正作出電磁的記録供用罪（二六一条の二第三項・第四項）」、②コンピュータへの加害行為を捕捉するための「電子計算機損壊等業務妨害罪（二三四条の二）」、③コンピュータ・システムを用いた不正な財産的利得行為を捕捉するための「電子計算機使用詐欺罪（二四六条の二）」、④データの消去行為を捕捉するための「電磁的記録毀棄罪（二五八条・二五九条）」、の処罰規定を新設し、また、「電磁的記録の定義（七条の二）」を設けるものであった。⁶⁶

この改正の特徴は、まず、コンピュータ犯罪処罰規定を盛り込んだ特別法を制定するという方式に依らず刑法典中に規定を新設する方式がとられたこと、また、法典中に「電子情報処理組織に関連する罪」のような独立の章を設け

るのではなく、上にみたように、文書偽造罪、業務妨害罪、詐欺罪、文書毀棄罪といった既存の犯罪類型を修正・拡張した類型を創設し、それらを従来の条文の前後に配置し、あるいは従来の条文中に組み入れるという方法をとった点にある。

内容的には、「不正作出」の概念の導入により、記録の有形偽造的行為、無形偽造的行為を区別せずに不正なデータを作り出す行為を捕捉することとした点が重要である。これにより処罰範囲は実質的に拡張されたともいえる。文書偽造と電磁的記録不正作出とをパラレルに考えると、「文書の信用性（証明機能）の保護」のために作成名義の偽りの有無が問題になるのだから、「データの信用性（証明機能）の保護」のためには、そのデータの作成名義を問題にせざるをえないのではないかと思われる。そうすると、この電磁的記録不正作出罪は、従来の文書偽造罪の保護法益とパラレルにとらえられるもの（データの信用性・証明機能）とは大きく異なる、「情報処理の正しさ」とでもいべきものを保護法益とする、情報処理阻害を処罰する規定になってしまっており疑問があるという見方もできることとなる。⁶⁷

電子計算機損壊等業務妨害罪については、従来の業務妨害罪に比して重い法定刑が設定された点など、特に厚くコンピュータの保護を計ろうとした側面もないわけではない。⁶⁸

しかし、諸外国の立法例と比べれば、概して慎重な態度をとった比較的制限的な立法といえるものであるとの評価が一般的であった。そして、従来の犯罪の周辺にある当罰性が明白な行為に絞って犯罪化が行なわれたため、不正アクセスなどシステムへの侵害行為や、コンピュータの無権限使用、システム中のデータの不正取得（入手）などが欠落した立法となったこと、すなわち、それらの最も大きな問題を孕んだテーマを、いわば「積み残された課題」とした点が、このわが国初のコンピュータ犯罪刑事立法の最大の特徴といえるであろう。

(2) 二〇〇一年(平成一三年) 刑法一部改正

今日、クレジットカードやキャッシュカード、プリペイドカードなど多種多様なカードが普及し、その利便性と安
全性等から代金・料金の支払い、預貯金の引き出しなどに広く用いられている。このような各種カードの著しい発展
が、自動化された電子的決済によって瞬時に確実に事務処理が行われることに支えられていることはいうまでもない。
そして、そのような処理は、消費者の所持する各種カードに組み込まれた電磁的記録を専用の機器が読み取るなど、
自動化された所定の処理が行われることにより実現されている。すなわち、ここでも、社会生活がこのような電子的
処理・決済手段の働きに大きく依存するようになってきていることが背景となっているのである。

すでに見たように、キャッシュカードの偽造事案などを契機として、電磁的記録の不正作出行為を犯罪化するよう
立法的手当てが行われていたが、その後、「スキミング」とよばれる手口でクレジットカードの電磁的記録中の情報
のみを不正に入手して、偽のカードを作り出して使用するという犯行が組織的に行われる等被害が急増した。ところ
が、偽造されたクレジットカードの所持や偽造の準備行為を処罰する規定がなかったため、大量の偽造カードを所持
する者が発見されても、スキミング行為が確認されても、検挙できなかったのである。また、支払い決済手段という
社会的機能の共通性にもかかわらず、クレジットカード、キャッシュカードの改ざん等は文書偽造・電磁的記録不正
作出で処罰され、他方、プリペイドカードは有価証券偽変造と扱われることで、処罰される行為の態様や法定刑に不
均衡を生じていたのである。⁶⁹⁾

このような事情を背景に、二〇〇一年六月二六日、各種支払用カードを構成する電磁的記録の不正作出、所持、そ
の情報の不正取得などの処罰規定を整備する「刑法の一部を改正する法律」(以下「二〇〇一年改正」という。)が成立し、

同年七月四日に公布された。

改正の内容は、刑法典の「第十八章 有価証券偽造の罪」の次に、新たな章である「第十八章の二 支払用カード電磁的記録に関する罪」を追加し、①支払用カード電磁的記録不正作出（一六三条の二第一項）、②不正作出支払用カード等供用（一六三条の二第二項）、③不正作出支払用カード等譲渡・貸与・輸入（一六三条の二第三項）、④不正作出支払用カード等所持（一六三条の三）、⑤支払用カード電磁的記録不正作出準備（一六三条の四）の各規定を新設するものである。⑤の電磁的記録不正作出の準備行為に関する規定は、⁽⁷⁰⁾①カードの不正作出のための情報を取得する行為と情報を提供する行為を（同条一項）、⁽⁷¹⁾②その情報を保管する行為を（同条二項）、⁽⁷²⁾③不正作出のための器械、原料の準備行為を（同条三項）を処罰対象として規定している。

立案当局の見解では、本罪は、支払用カードを構成する電磁的記録の真正、ひいてはこれら支払用カードを用いた支払いシステムに対する社会的信頼を保護法益とするものであり、通貨偽造の罪、有価証券偽造の罪と並ぶ偽造罪と位置づけられている。⁽⁷¹⁾しかし、電磁的記録部分を有する各種の支払用カードの多くが、自動化された機械に用いることを予定しており、中にはプリペイドカードのように対人的な使用を想定していないものも多いことから、人の判断作用を前提とする従来の各種偽造罪とは異なる性質の法益を保護する犯罪類型となっているのではないか、という疑問が生じる。⁽⁷²⁾この点は、後に検討を加える。

なお、支払用カード電磁的記録不正作出準備罪（一六三条の四）は、電磁的記録の情報の取得、提供、保管の処罰を規定した。この、情報自体を、初めて構成要件の中に侵害行為の向けられる客体として取り込む規定が設けられた点は重要であろう。これは、偽の支払用カードを不正に作る目的で行われるカード情報の「スキミング」という、ま

さに物の占有を害することなく、情報だけをすくい取る手口を直接捕捉しようとする規定であることから分かるように、刑法が、容易に物から分離して取得・複製・保存・利用される情報を、正面から捉える必要に応えたものであるとみることができると思われる。⁽⁷³⁾

2 不正アクセス刑事規制立法

(1) 不正アクセス禁止法制定の背景

すでに見たように、一九八七年改正の際、コンピュータ・システムへの不法侵入（不正アクセス）行為については、今後の検討課題として犯罪化が見送られた経緯がある。そこでは、不正アクセスは、結局のところ、データの不正操作・不正入手、コンピュータの無権限使用・破壊といった諸類型の予備的手段であり、コンピュータの情報処理機能に対する実質的加害とは必ずしも言えないということが理由とされた。⁽⁷⁴⁾ 外部からのコンピュータへのアクセス行為が管理されている状態は、未だ刑罰的保護が必要なものとは評価されなかったのである。

しかし、一九九〇年代半ば以降のインターネットの急激な普及により状況は一変する。ハードウェア・プログラム・データなど個々の部分の保護から、それらの機器、通信環境、技術の結合により実現される「コンピュータ・ネットワーク・システム」の機能が、社会の最も重要なインフラとして働くようになると、その保護の必要性が自覚されるようになる。たとえば、従来、閉じた内部ネットワークを介してコンピュータを利用していた研究機関や行政機関、金融機関等のコンピュータも、今日では一般に開放されたインターネット接続環境の中で利用されているのである。⁽⁷⁵⁾

このような事情を背景に、一九九九年八月一三日、不正アクセスを禁止し、罰則その他の規定を定め、ネットワー

クを介して行われる犯罪の防止とネットワークに関する秩序の維持を図ることを目的とする「不正アクセス行為の禁止等に関する法律」が成立し、同年二月に公布された。⁽⁷⁶⁾

(2) 不正アクセス罪の保護法益と問題点

本法が処罰対象とする行為の中心、不正アクセスとは、アクセス制御機能のあるコンピュータに、電気通信回線を通じて、権限なく接続を確立する行為をいう(同法二条四項)。これは、「アクセス制御機能の存在」と「無権限のアクセス」との組み合わせによつて、アクセスコントロールの侵害を捉え処罰しようとするものである。すなわち、このような不正アクセス行為を処罰する理由は、「アクセス制御機能による利用権者等の識別に対する社会的信頼を害することにより、コンピュータ・ネットワークにおけるハイテク犯罪の抑止力を失わせてこれを助長するおそれを生じさせるとともに、ネットワークを無秩序な状態にし、安心してネットワークを利用できない事態を招いてネットワーク相互の接続を抑制し、ひいては高度情報通信社会の健全な発展を阻害する危険性を有する」⁽⁷⁷⁾からにほかならない。したがつて、本罪は、コンピュータ・ネットワークの秩序に対する社会的信頼を保護法益とするものと考えられる。

一九八七年改正以来の状況の変化が、ネットワーク外部からのコンピュータへのアクセスが管理されている状態自体を刑罰で保護すべき、との認識を導いたといつてもよい。無権限のアクセスを財産犯罪等の予備的な行為とする認識⁽⁷⁸⁾は、ネットワーク社会の発展段階が、適正なアクセスコントロールが及んでいる状態自体に刑罰による保護の必要性を認めるほどに達していなかったからにほかならない。

なお、本罪が財産犯罪等の予備的性格のものではないとしても、本罪Ⅱ不正アクセス行為を手段に、(それ自体は直接の罰則を欠く)コンピュータの無権限使用やデータの不正入手が行われる場合は、不正アクセス罪で捕捉可能と

なった段階で処罰が可能となるのは当然である。すなわち、情報の不正取得等の手段として行われた無権限のアクセスを処罰することにより、結果的に、ネットワーク上の情報に対する刑罰的保護として働くものとなっているともいえる。⁽⁷⁹⁾

さらに、二〇〇三年の改正によって「不正競争防止法」に導入された、営業秘密の不正取得、使用および開示を処罰する規定⁽⁸⁰⁾は、「管理侵害行為」によつて取得された営業秘密を不正に使用する行為、開示する行為等を処罰しているが、ここにいう管理侵害行為の一つとして「不正アクセス行為」が規定されており、不正アクセス行為によつて得られた一定の情報の不正使用等が可罰的なものとされている。⁽⁸¹⁾

3 ネットワーク犯罪刑事立法

コンピュータ・ネットワークの発展・普及が一層進むなかで、ネットワークを利用する犯罪や、ネットワークを侵害対象とする犯罪は猛威をふるい続けた。⁽⁸²⁾ 前者のネットワーク利用犯罪には、詐欺をはじめとして多様なものが含まれるが、①電子メディアを用いたわいせつ物頒布等の罪の適用に関し解釈上の問題を生じていた。後者のシステムを侵害する不正行為には、不正アクセスなどが含まれるが、②コンピュータ・ウイルスの問題に関し、立法による対処が待たれていた。また、「ヨーロッパ評議会サイバー犯罪に関する条約 (Council of Europe Convention on Cybercrime) (二〇〇一年一月八日、ヨーロッパ評議会閣僚委員会採択、同月二三日、わが国も署名) の批准に向け、国内法整備の一環として法改正を要する事態が続いていた。

このような背景の下で、当初の法案提出から七年あまりを経て、二〇一一年六月一七日、サイバー犯罪関係の罰則等の整備を中心とする「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律」が成立し、同月二四日

に公布された。⁽⁸³⁾ 以下に、上の①、②の点に関する改正内容について検討を加える。

(1) わいせつ物頒布等の罪関係

改正前のわいせつ物頒布等の罪(刑法一七五条)は、「わいせつな文書、図画その他の物」の陳列行為等を処罰の対象としていたため、有体物以外は客体とすることが困難であった。典型的なものとしては、写真や絵画のようにわいせつな映像がそこに表示された可視的対象物が想定されていたが、映画フィルムやビデオテープ、録音テープなど再生用機器を用いてわいせつ情報を発現させることのできる形態の物も含めて客体とされてきた。⁽⁸⁴⁾

陳列行為の客体は、フィルム、ビデオテープ、録音テープというわいせつ情報が固定された有体物と考えられており、このような解釈手法は、やがて登場したパソコン通信、さらにインターネットを用いたわいせつ画像提供行為をわいせつ物陳列罪に問う多くの裁判例——そこではわいせつ画像データを保存したコンピュータのハードディスクが客体と捉えられた——に引き継がれていき、やがて最高裁により承認されることとなる。⁽⁸⁵⁾

この決定については、「わいせつ性の顕在化の容易性を条件として、その物自体から直接的なわいせつ性の認識可能性までは要求せず、他方でその物についての有体物性は堅持するという、一七五条の罪の客体性についての従来からの判例解釈上の展開を踏襲するもの」⁽⁸⁶⁾とか、「従来、すでに実務上固まっていたと見ることができ」⁽⁸⁷⁾このような法的処理が、「最高裁によつて是認された」⁽⁸⁷⁾との評価が示されたが、画像データ自体を陳列の客体とする構成を採る裁判例や、画像データ自体を客体と解する学説も⁽⁸⁸⁾あり、学説上の争いは収束したとはいえない状況にあった。

また、最高裁により承認されたハードディスク客体説は、その説明が不自然で技巧的な印象を与える点を除けば、妥当な結論を導く無難な解釈といえるかもしれないが、電子メールを用いたわいせつ画像送信事案の発生が、そのよ

うな法解釈の限界をあきらかにした。すなわち、ネット上の広告に応じて代金を支払った客宛に画像データを電子メール添付で送信したケースである。このような事案に、わいせつ物販売罪の成立を肯定するためには、画像データ自体を同罪の客体と認めるほかなかったのである。実際にこれを認めて有罪を言い渡した二件の判決が現れたが、いずれも、客体の有体物性の要求を説得力の不十分な説明で乗り越えようとしたことから強い批判にさらされたのである。⁹¹

こうして、電子データを用いた事案のような、当罰性において従来のわいせつ物販売とまったく変わらないもの——法益侵害性の点ではより悪質ともいえる事案——の処罰が不可能になり、立法的解決が必要とされるにいたったのである。

そこで、この改正により、①一七五条の客体に、「電磁的記録に係る記録媒体」がつけ加えられ、②同条後段に、「電気通信の送信によりわいせつな電磁的記録その他の記録を頒布した者」を、同様に罰する規定が設けられたのである。この①頒布と公然陳列の客体の例示に、「電磁的記録に係る記録媒体」を付け加えた部分は、前述の最高裁の判例を追認したものであり、処罰範囲を明確にするという意義を認めうる。これに対して、②の電気通信の送信によるわいせつな電磁的記録の頒布を処罰する規定を設けた点は、処罰範囲を拡張し、電子メール送信のようなケースを捕捉可能にするという意義を有するものである。

しかし、陳列による場合は、客体が有体物に限定されるが、頒布による場合は有体物であると、無形の電磁的記録自体であることを問わないことになるが、ネットワーク経由で送信する頒布の場合は客体足りうるのに、ネットワーク経由の陳列の場合は客体足りえないこととなるのはなぜかという疑問が生じる。また、「電気通信の送信によりわい

せつな電磁的記録その他の記録を頒布した」とは、電子メールへのファイル添付による場合を想定したものと思われるが、前段にいう、記録媒体の公然陳列が想定する、ウェブページによるわいせつ画像の提供も、「電気通信の送信」による電磁的記録送付行為とみる余地があるのではないか。⁽⁹²⁾ これらの点からは、この改正が、一方で有体物性の要求に拘りながら、同時に処罰の間隙を埋めるために電磁的記録等の送信行為を捕捉しようとし、そのため、電子データ等と物との関係の整合的な把握を欠いたままに規定の新設が行われたのではないか、という疑問を払拭できないのである。⁽⁹³⁾

(2) 不正指令電磁的記録作成関係

「コンピュータ・ウイルス」は、コンピュータに侵入してユーザーの意図とは異なる動作をさせるよう作られた不正なプログラムを、生物に感染する病原体になぞらえて用いられるようになった表現であるが、一九八四年にアメリカの研究者によって使われたのが最初の用例とされる。⁽⁹⁴⁾ わが国においては、一九八八年にアメリカ製輸入ソフトのウイルス感染が初めて発覚し、また同年に、日本電気社が主催する国内最大級パソコン通信のPC-VAN上でウイルスが発見され、その後次々とウイルスの被害が明らかになり、情報化社会を脅かす大きな脅威として注目を集めた。「コンピュータウイルス元年」などと呼ばれたが、いずれもインターネット普及以前の事案であり、一般のユーザーのなかにネット経由でウイルスが感染力・破壊力を発揮する時期の到来以前のことである。⁽⁹⁵⁾

コンピュータ・ウイルスは、経済産業省の「コンピュータウイルス対策基準」(通商産業省告示・第一三九号)によれば、「第三者のプログラムやデータベースに対して意図的に何らかの被害を及ぼすように作られたプログラムであり、①自己伝染機能(自らの機能によって他のプログラムに自らをコピーし又はシステム機能を利用して自らを他のシステムにコ

ピーすることにより、他のシステムに伝染する機能)、②潜伏機能(発病するための特定時刻、一定時間、処理回数等の条件を記憶させて、発病するまで症状を出さない機能)、③発病機能(プログラム、データ等のファイルの破壊を行ったり、設計者の意図しない動作をする等の機能)のうち、いずれか一つ以上の機能を有するものをいう。」と定義される。⁽⁹⁶⁾ また、警察庁は、「コンピュータウイルスとは、不正プログラム(不正命令)であつて、増殖機能を有するもののうち、正常なプログラムに組み込まれた状態で存在するものをいう。」と定義づけている。⁽⁹⁷⁾ なお、コンピュータ・ウイルスは、コンピュータ・システムの正常な動作に害をもたらす多種多様な不正プログラムの「家族の一員」である——刑事規制の対象とすべきは、ウイルスを含むそれら不正プログラムの総体ということになる——といわれている。⁽⁹⁸⁾

前出の「コンピュータウイルス対策基準(経済産業省(制定時、通商産業省)告示)」に基づいて、感染被害を発見した場合、「被害の拡大および再発を防止するために必要な情報を経済産業大臣が別に指定する公的機関に届け出ること」とされているが、その指定公的機関である情報処理推進機構(IPA)によれば、ウイルス届出件数は、制度が開始した一九九〇年の一四件から、二〇〇〇年に一〇、〇〇〇件代に急増し、二〇〇五年のピーク時には五四、一七四件となり、二〇一〇年には一三、〇〇〇件あまりと、現在はやや減少傾向をみせているもの⁽⁹⁹⁾、ウイルスがコンピュータによる円滑な情報処理を阻害する要因となつており、刑事立法による対応が必要な事態が続いてきたことはいうまでもない。なお、このような状況にもかかわらず、平成一六年第一五九回国会に最初の法案が提出されて以来、本刑事立法が実現するまでに七年を要した理由は、法案中に「組織的な犯罪の共謀罪の新設を含む：罰則規定が含まれており、特に同罪の新設について様々な意見があつたこと」にあるとされる。⁽¹⁰⁰⁾

この間には、たとえば人気アニメ画像の入ったウイルスを不特定多数に配布・感染させ、コンピュータの動作阻害

等を惹起したケースに、器物損壊罪適用を断念し、著作権法違反で立件した事案¹⁰¹や、本改正法施行の約一年前の「タコイカウイルス」と呼ばれる不正プログラムを他人のパソコンに感染させてデータを使用不能にしたケースに、ウイルス作成を直接罰する規定がなかったことから、ハードディスクの物理的破壊をとみなわれないにもかかわらず器物損壊罪を適用して有罪判決を言い渡した判決が出されるなど、¹⁰²刑法解釈の限界線上で処罰の要求に応えようとする実務の対応がみられたのである。

この改正により、刑法典の「第一九章 印章偽造の罪」の次に、新たに「第一九章の二 不正指令電磁的記録に関する罪」の章が挿入され、一六八条の二（不正指令電磁的記録作成等）と一六八条の三（不正指令電磁的記録取得等）の二つの条文が新設された。また、一九八七年改正により設けられた二三四条二（電子計算機損壊等業務妨害）の罪の未遂処罰規定が新設された。

中心となる不正指令電磁的記録（以下「ウイルス」という）作成罪は、「正当な理由なく、他人のコンピュータで実行させる目的で、ユーザーの意図に沿う動作をさせず、またはその意図に反する動作をさせるような不正な指令を与える電磁的記録等を作成し、提供する行為」を処罰する犯罪類型（一六八条の二第二項）である。加えて、ウイルス供用・取得・保管の各罪（一六八条の二第二項・同三項・一六八条の三）¹⁰³が設けられた。

本罪は、人がコンピュータを使用するとき、「コンピュータのプログラムが、その意図に沿った動作をさせず、またはその意図に反する動作をさせるような不正な指令を与えるものではない」との信頼、すなわち、そのような「コンピュータのプログラムに対する社会一般の信頼」を保護法益とするものであつて、文書偽造の罪等と同様に社会的法益に対する罪であるとされる。¹⁰⁴

ウイルスによる実害発生に着目し、電磁的記録毀棄罪や電子計算機損壊等業務妨害罪の予備罪的構成とすることも可能であったところ、立法者は、コンピュータ・プログラムに対する社会的信頼を保護法益とし、ウイルスのもたらす各種実害とは無関係の独自の犯罪類型としたわけである。すでに法案段階において、ウイルス作成行為は、「社会に害悪をもたらす根源を生み出す行為として、重い犯罪性を備えたものと評価されることになり、それは単なる加害行為の予備との評価にとどまるものではないことになる。これは、通貨偽造罪が：単なる詐欺罪の予備にとどまるものではないことと同様である。」⁽¹⁰⁵⁾と述べ、このような罪質・構造の類型として構想することを肯定的にとらえる見解が示されていた。これに対して、本罪が実害と切り離された独自の類型とされた点について、このような構成は、法益の抽象化によって事実上の処罰の早期化を図るものであり、また、適用範囲の重複など未解決の問題もある等から、ウイルス罪を予備罪的行為を処罰する罪と構成した上で処罰範囲の限定を図るといふ選択肢もあつたのではないかとする批判も加えられている。⁽¹⁰⁶⁾この点については、後に検討を加える。

(62) また、コンピュータ犯罪は一定のレベルに情報化が達成された社会に必然的に生じる問題現象であり、この時期の先進諸国に共通の重要課題の一つでもあつた。一九七〇年代から州法、連邦法の立法の動きが始まつたアメリカ合衆国では、一九八四年に連邦法が成立し、一九八五年にカナダ、一九八六年に西ドイツ、一九八七年に日本（本法）、一九八八年にフランス、とコンピュータ犯罪処罰のための刑事立法が相次いだことがそれを物語っている（廣畑史朗「コンピュータ犯罪と諸外国の立法（上）・（下）」警察學論集三六卷四号八八頁・三六卷五号一二三頁（一九八三）、山口厚「アメリカにおけるコンピュータ犯罪処罰法」ジュリスト八四六号（一九八五）三五頁、井田良「西ドイツにおけるコンピュータ犯罪への対応」同誌同号四二頁、河村博「イギリスにおけるコンピュータ関連刑事立法」同誌同号四七頁、林幹人「アメリカにおけるコンピュータ犯罪規制立

- 法(上)(下)判例時報二二〇二号六頁・二二〇四号二二頁(一九八六)、クラウス・ティーディマン(神山敏雄訳)「コンピュータ犯罪と一九八六年の西ドイツ刑法改正(二)・(三完)」警察研究五九卷二号三頁・三号一六頁(一九八七)、神山敏雄「西独における第二次経済犯罪対策法の制定」法律時報五八卷一―号(一九八七)五三頁、山口厚「アメリカにおけるコンピュータデータの刑罰による保護」刑法雑誌二八卷四号(一九八八)五四九頁、瀬川晃「イギリスにおけるコンピュータ犯罪とデータの保護」刑法雑誌二八卷四号(一九八八)五九一頁、拙稿「フランスのコンピュータ犯罪と刑法」法学紀要二九卷一―六九頁(一九八八)、拙稿「情報処理関連不正行為に関する一九八八年一月五日の法律第八八―一九号」国学院法学二六卷一―号二七九頁(一九八八)、拙稿「コンピュータ犯罪と一九八八年のフランス刑法一部改正」日本法学五五卷四号九三頁(一九九〇)、恒光徹「フランスの一九八八年コンピュータ犯罪立法について」岡山大学法学会雑誌三八卷四号(一九八九)九三頁、など参照。
- (63) 法制審議会に対する、「電子計算機による情報処理組織の普及にかんがみ、緊急に刑法その他の罰則整備する必要があるか。あるとすればその骨子を示されたい。」との諮問が行われ、審議が開始され、翌年、所定の改正を行うべきことを内容とする「刑法一部改正の骨子」が採択される(米澤慶治編『刑法等一部改正法の解説』立花書房(一九八八)一三頁以下)。
- (64) 米澤慶治「刑法等一部改正法の概要」ジュリスト八八号(一九八七)六五頁。学説の側からも、「今回の改正は、いわゆるコンピュータ犯罪について整備された処罰規定を設けるというのではなく、現行法上の犯罪類型を基礎にして、コンピュータの普及によって生じた可罰性の間隙を埋め…あるいは、コンピュータ利用に関わる不正行為の重大性に見合った処罰を規定する…というものである」って、「今回の改正提案は当面の必要に即した抑制的なものだといえる」という評価が加えられていた(中森喜彦「コンピュータ犯罪と刑法の一部改正」法学教室八一号(一九八七)九三頁)。
- (65) 米澤慶治編『刑法等一部改正法の解説』前掲(註(63))一四―一五頁。
- (66) この改正を扱った論稿はかなりの数にのぼるが、主なものとして、〈特集コンピュータ犯罪と刑法改正〉山口厚「電磁的記録と文書犯罪規定の改正」、芝原邦爾「コンピュータ犯罪による情報処理と業務妨害罪」、西田典之「コンピュータの不正操作と財産犯」ジュリスト八八号四頁(一九八七)、古田佑紀・多谷千香子「刑法等一部改正法概説(二)」警察学論集四〇

卷八号三一頁（一九八七）、的場純男・川村博「同（二）」同四〇卷九号一二九頁（一九八七）、鶴田六郎Ⅱ横島裕介「同（三）」同四〇卷一〇号一九一頁（一九八七）、横島裕介「同（四）」同四〇卷二一号一〇七頁（一九八七）、横島裕介「コンピュータ関連犯罪に対処するための刑法一部改正の概要（一）」（三完）NBL三八〇号一三頁、三八一号三六頁、三八二号三〇頁（一九八七）、川村博「刑法等一部改正法の概要について」警察研究五八卷一〇号三三頁（一九八七）、的場純男・河村博「コンピュータ犯罪Q&A」三協法規（一九八八）、日弁連編『コンピュータ犯罪と現代刑法』三省堂（一九九〇）などがあり、また、この改正法施行直後の適用事例について検討を加えたものとして、渡辺恵一Ⅱ角田正紀「刑法一部改正（昭和六二年）以後のコンピュータ犯罪（一）・（二）・（三）・（四）」警察公論四四卷一一号三八頁・同誌同卷一二号三八頁、同誌四五卷一七七八頁、同三号七〇頁（一九八九、一九九〇）がある。

(67) 山口厚「電磁的記録と文書犯罪規定の改正」前掲（註(66)）五頁以下。

(68) 神山教授は、わが国の立法は三つの類型に限定するなどアメリカ、ドイツに比してその規模においてやや控えめであるとしながらも、それぞれの中身はかなり包括的で随所に「コンピュータの特権化」が見られると批判した（中山研一Ⅱ神山敏雄編『コンピュータ犯罪等に関する刑法一部改正（改訂増補版）』成文堂（一九八九）四五頁以下「神山敏雄」）。

(69) 長瀬敬昭「刑法の一部を改正する法律について」警察學論集五四卷九号（二〇〇一）一〇二頁。

(70) この改正の経緯および内容については、長瀬敬昭「支払用カードの偽造等の犯罪に対処するための刑法改正に関する要綱案（骨子）の概要」金融法務事情一六〇二号（二〇〇一）六頁、長瀬敬昭「支払用カードの偽造等の犯罪に対処するための刑法改正の概要」金融法務事情一六一九号（二〇〇一）一〇頁、今井猛嘉「支払用カードの保護に関する刑法の一部改正」法律時報七五卷二号（二〇〇一）四五頁、川端博Ⅱ西田典之Ⅱ河村博Ⅱ笠井治「〈座談会〉支払用カードの偽造等に対処するための刑法の一部改正をめぐって」現代刑事法三〇号（二〇〇一）五二頁、井上宏「刑法の一部を改正する法律」同誌同号六四頁、夏井高人「支払用カード罪新設のための刑法一部改正とその問題点」判例タイムズ一〇六一号（二〇〇一）六四頁、を参照。

(71) 井上宏「刑法の一部を改正する法律」ジュリスト一二〇九号（二〇〇一）一〇頁、同「支払用カードの偽造等の犯罪に対処するための刑法改正に関する法制審議会の答申について」ジュリスト一一九五号（二〇〇一）一〇四頁、長瀬敬昭「刑法の

一部を改正する法律について」前掲(註(8))一〇七頁。

(72) 西田典之「カード犯罪と刑法改正」ジュリスト二二〇九号(二〇〇一)一六頁、同『刑法各論(第四版補正版)』弘文堂(二〇〇九)三二八頁。

(73) 拙稿「情報、電子データと物概念の変容」日本法学七六卷四号(二〇一一)五四九頁。この点について、情報窃盗の処罰に一步を踏み出すことになるのではないかという危惧を示す指摘がある(川端博ほか「座談会」支払用カードの偽造等に対処するための刑法の一部改正をめぐって」前掲(註(70))六二頁「笠井治発言」)。

(74) 米澤慶治編『刑法等一部改正法の解説』前掲(註(63))一二頁。

(75) この間の変化については、本稿「II 4 「コンピュータ犯罪からネットワーク犯罪へ」」を参照。

(76) 不正アクセスの規制問題については、研究者、実務家等が参加し、多くの研究機関や官庁により詳細な検討が行われた。たとえば、情報セキュリティ調査研究委員会『情報セキュリティ調査報告書』日本実業出版(一九九七)、情報セキュリティビジョン策定委員会『情報セキュリティビジョン策定委員会報告書』東京法令出版(一九九八)、警察庁・情報システム安全対策研究会・不正アクセス対策法制分科会『不正アクセス対策法制に関する調査研究報告書』(一九九八)警察庁ウェブサイト<<http://www.npa.go.jp/cyber/research/h10/housei/nsreport.html>>visited on Dec. 25, 2011. なす。

(77) 不正アクセス対策法制研究会編著『不正アクセス行為の禁止等に関する法律(補訂第二版)』立花書房(二〇〇八)六六頁。

(78) 米澤慶治編『刑法等一部改正法の解説』前掲(註(63))一二頁。

(79) もとより、ネットワークを介することが「不正アクセス」の前提であるため、他人のパソコンのマウス、キーボード等を直接操作してパソコン内部のデータを無断で自分の持ち込んだメディアに複製し取得しても、同罪に問うことはできない。

(80) この改正は、従来、「営業秘密が有体物(財物)に化体していない場合」にあつては、直接的には刑事的保護が図られていなかった。しかしながら、経済社会の情報化等の進展に伴い、有体物(財物)に化体していない営業秘密が害されるリスクが増大し、このような『処罰の間隙』について罰則を設ける必要性が高まっていた」こと等をその理由とするものであった(経

済産業省知的財産政策室編著『逐条解説・不正競争防止法(平成一八年改正版)』有斐閣(二〇〇七)二二頁。

(81) もとより、アクセス制御に対する社会的信頼が不正アクセス罪の保護法益と解するべきである以上、この不正アクセスの概念に、「情報の不正入手」などの意味を混入させる理解は正しくないであろう(園田寿「ネットワーク犯罪の現状と法的対応」刑事法ジャーナル一五号(二〇〇九)五頁)。

(82) 近時の情勢について、警察白書は、サイバー犯罪の検挙件数が増加の一途をたどっており、二〇一〇年には過去最多となり、なかでもネットワーク利用犯罪は前年の三一・三%増加し過去最高となったことをつたえている(警察庁編『平成二三年度警察白書』(二〇一三)二〇頁)。

(83) 杉山徳明・吉田雅之「『情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律』について(上)、(下)」法曹時報六四卷四号(二〇一三)一頁以下、五号(二〇一三)五五頁以下。法案段階で検討を加えた論稿として、北村篤「ハイテク犯罪に対処するための刑事法の整備に関する要綱(骨子)」ジュリスト一二五七号(二〇一三)六頁、山口厚「サイバー犯罪に対する実体的対応」ジュリスト一二五七号(二〇一三)一五頁、山口厚「サイバー犯罪の現状と課題」現代刑事法六巻一号(二〇一四)四頁、今井猛嘉「ネットワーク犯罪」法学教室三〇三号(二〇一五)五六頁など。

(84) わいせつ情報の多様な発現形態に関する判例については、塩見淳「猥褻物と猥褻情報」判例タイムズ八七四号五八頁以下(二九九五)、佐久間修『最先端法領域の刑事規制』現代法律出版(二〇一三)二九七頁以下、拙稿「わいせつ情報とわいせつ物頒布等の罪の客体」『現代社会型犯罪の諸問題』勁草書房(二〇一四)所収を参照。

(85) 最決平成一三年七月一六日刑集五五巻五号三一七頁。

(86) 永井善之『サイバー・ポルノの刑事規制』信山社(二〇一三)一六四頁。

(87) 山口厚「サイバーポルノとわいせつ物公然陳列罪(最高裁平成一三年七月一六日第三小法廷決定)」平成一三年度重要判例解説一六六頁以下(二〇一三)。

(88) 岡山地判平成九年一二月一五日判時一六四一号一五八頁以下。

(89) 堀内捷三「インターネットとポルノグラフィ」研修五八八号三頁以下(一九九七)、拙稿「わいせつ情報とわいせつ物

頒布等の罪の客体」前掲(註(22))。なお、データ説を明言するものではないが、画像データは、電子的方式により組み立てられた一まとまりの電子データ化された情報であつて、「保存性・可搬性」を備えたものといえらるゝと見解が示峻的である(林陽一「わいせつ情報と刑法一七五條」現代刑事法六卷一号(二〇〇四)一〇頁)。

(90) 横浜地裁川崎支判平一二・七・六、横浜地裁川崎支判平一二年一月二四日(いずれも公刊物未登載。事案の内容等については、拙稿「わいせつ情報とわいせつ物頒布等の罪の客体」前掲(註(84))を参照。ほかには、二〇〇一年に東京都知事と長野県知事宛に電子メールに添付してわいせつ画像を送信した疑いで三人の中学生が自宅の搜索を受け、わいせつ凶画公然陳列の事実で書類送検されたケースがある(二〇〇一年三月二七日付け毎日新聞、同年四月四日付け同紙)。

(91) 園田寿「わいせつ画像データを有料で送信した行為にわいせつ凶画販売罪が認められた事例」判例セレクト二〇〇一(二〇〇一)三七頁、永井・前掲書(註(86))二四八―二四九頁。

(92) インターネットを用いた多くのわいせつ物陳列罪に関する裁判例の判決文中に、「画像を送信し」、「わいせつ画像データを送信し」、「データを送信し」といった表現がみられる。

(93) こういった点に関しては、法案段階で、「このことは、従来の有体物を客体とする規制構造との連続性を重視しすぎた立法態度に原因があるように思われる。有体物を客体とする場合と無体物を客体とする場合とは、異なつた文言による規制を模索すべきであろう。客体の特性に応じた確かな行為態様を含む立法が為されることが望まれる。」との批判が示されていた(渡邊卓也『「電腦空間における刑事的規制」成文堂(二〇〇六)三〇九頁)。

(94) 細貝康夫『「コンピュータウィルスの安全対策」につかん書房(一九九二)六〇頁、岡田好史『「サイバー犯罪とその刑事法的規制」専修大学出版局(二〇〇四)七四頁以下。

(95) 一九八八年から一九九〇年までの主な感染事例二二件を挙げる資料をみると、感染したコンピュータの利用状況は、①大学・研究所等が三件、②コンピュータ・ショップ三件、③コンピュータ・メーカー三件、④パソコン通信会員が二件、⑤ゲームソフト・メーカー一件、となつており、この時期のコンピュータ・ネットワークがまだ発展途上であつたことが反映していることがわかる(細貝康夫『「コンピュータウィルスの安全対策」前掲(註(94))三三―三四頁)。

- (96) このウィルスの定義を示した「コンピュータウイルス対策基準」については、経済産業省ウェブページ (<http://www.meti.go.jp/policy/netsecurity/cvirusCMG.htm>) visited on Jan. 9, 2011.)。
- (97) 警察庁コンピュータ・システム安全対策研究会「コンピュータ・ウィルス等不正プログラム対策指針」(一九八九)(同指針については、細貝康夫『コンピュータウイルスの安全対策』前掲(註(94))八頁以下を参照)。
- (98) それらウィルスの登場以前から知られているものも含めて、不正プログラムには、「トロイの木馬(Trojan Horse)」「論理爆弾(Logic Bomb)」「時限爆弾(Time Bomb)」「ワーム(Worm)」「トラップドアまたはバックドア(Trap Door or Back Door)」「サラミ攻撃(The Salami Attack)」「ボギーバック(Bogyback)」「コバート・チャンネル(Covert Channel)」「ガーベージ・コレクション(Garbage Collection)」「スーパージッピング(Superzapping)」など多様なものがあるが、「コンピュータ・ウィルス(Computer Virus)」の特徴は、ワームなど他の不正プログラムがOSのもつ自動実行機能を利用するのと異なり、被害者による実行を利用する点にあるとされる(細貝康夫・前掲書(註(94))八一―一六頁)。
- (99) コンピュータ・ウィルス届出件数の動向等については、情報処理推進機構(IPA)ウェブページ <http://www.ipa.go.jp/security/outline/todokede-j.html> visited on Jan. 9, 2011. による。
- (100) 榊清隆『情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律』の概要「刑事法ジャーナル三〇号(二〇一一) 四頁。
- (101) 二〇〇八年一月二四日付毎日新聞夕刊。
- (102) 二〇一一年七月二〇日付毎日新聞夕刊。
- (103) すでに本改正法の施行(二〇一一年七月一四日)後、最初の適用事案として、①インターネットのファイル交換ソフトの利用者に感染させる目的でウィルスをパソコンに保管していたとして警視庁が被疑者を不正指令電磁的記録保管罪(一六八条の三)で逮捕したケース(二〇一一年七月二二日付毎日新聞夕刊)、②他人のウェブサイトにウィルスを送信したとして栃木県警が被疑者を不正指令電磁的記録供用罪(二六八条の二第二項)で逮捕したケース(二〇一一年一月二日付毎日新聞朝刊)がみられる。

(104) 榑清隆・前掲(註(39))「『情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律』の概要」四頁。

(105) 山口厚「サイバー犯罪に対する実体的対応」前掲(註(83))一九頁。なお、山口「コンピュータ・ウイルス罪の論点」法とコンピュータ三〇号(二〇一一)五九頁以下参照。

(106) 渡邊卓也「サイバー関係をめぐる刑法の一部改正」刑事法ジャーナル三〇号(二〇一一)二八―二九頁。

V ネットワーク犯罪刑事規制の課題

1 ネットワーク犯罪刑事立法の検討——ネットワークの刑法的保護の視点から

(1) 一九八七年(昭和六二年)刑法一部改正の意義

一九八七年の刑法一部改正は、わが国初のコンピュータ関連犯罪に対する刑事立法であるが、すでにみたように、その性質上現行刑法による的確な処罰が可能であった行為と同様の行為であるにもかかわらず、コンピュータの利用に伴い事務処理形態が変化したため、処罰が困難となった類型の行為を的確に捕捉・処罰できるよう処罰規定を整備しようとする趣旨で行われたものであつて、各種のコンピュータ関連犯罪に一体的に対応する特別法ではなく、文書偽造罪、業務妨害罪、詐欺罪、文書毀棄罪といった刑法典中の既存の犯罪類型を修正・拡張した類型を創設し、それらを従来の条文中に組み入れたり、その前後に配置するという方法に依つたものであつた。⁽¹⁰⁷⁾ 新たな犯罪化を、従来の犯罪と実質的に同質性を備えた当罰性の明らかな行為に絞つた、必要最小限の立法的手当ての枠を踏み外さない、控えめな立法例との評価が一般であつた。また、これら刑法典の規定に加えられた改正(後の二〇〇一年刑法一部改正も

含めて)は、「いずれも、旧来の偽造罪や財産罪の処罰範囲を拡張したにすぎ」ず、「実質的にも、刑法典の枠組みを何ら変えるものではない」との評価もみられる¹⁰⁸。要するに、この一九八七年改正は、コンピュータの無権限使用や不正アクセスを将来の課題として切り捨てた点に象徴されるように、新たに社会のインフラを形成しつつあるコンピュータ・システム固有の機能の保護を考慮の外にいたものである、との見方が一般的である。

しかし、そう言い切れるかには疑問がある。わたくしは、情報処理システム——ひいてはコンピュータ・ネットワーク——の機能阻害自体を保護しようとする指向は、すでにこの一九八七年改正のなかに現れているのではないかと考えている。

すなわち、電磁的記録不正作出罪(二六一条の二)は、その客体を権利、義務または事実証明に関する記録に限定している点から、従来の文書偽造罪文書の証明機能を保護するのとパラレルに、電磁的記録の証明機能に着目した規定であつて、その限りでは偽造罪の保護法益を変容させるようなものではない。しかし、電磁的記録の性格上、その作成名義人を認識することが困難であることから、立法者は、作成名義の偽りの有無によって有形偽造と無形偽造を区別し、私文書については有形偽造のみの処罰を原則とする——私文書の無形偽造行為に対しては作成名義人への追及可能性により、作成名義人への信用を介して文書の信用性確保をはかる——という文書偽造に関する従来の規定方法を放棄したのである。その結果、電磁的記録不正作出罪は、文書偽造とは正反対に、作成名義の真偽ではなく、内容の真偽こそが処罰の可否を決する要素となる犯罪類型となつている。本罪は、電磁的記録(コンピュータ・データ)の証明作用ではなく、情報処理が正常に行われることに重点をおいたものと考えらるべきであろう。そうだとすると、一九八七年改正による本罪の新設は、コンピュータ・データの信用性保護を超えて情報処理阻害的不正行為の捕捉に

向けられたものとの評価できるのではないだろうか。¹⁰⁹⁾

また、電子計算機損壊等業務妨害罪(二三四条の二)についても、従来人により行われていた作業がコンピュータにより行われるようになりつつある現状をふまえ、コンピュータに向けられた加害を手段とする業務妨害行為をとらえて処罰しようとするもの、との従来の業務妨害罪の加重処罰類型にすぎないという立案当局の説明¹¹⁰⁾にもかかわらず、特にその「又は使用目的に反する動作をさせて」という部分について、コンピュータが機械自体としては正常に機能している場合を想定しているので、「使用目的に反する」か否かが決定的な判断要素となり、「使用目的」の解釈ひとつで、犯罪化を見送ったはずのコンピュータの無権限使用やデータの不正入手を処罰範囲にとりこんでしまうことにもなりかねないものとなっている。このような点で、本罪も、電磁的記録不正作出罪とらんで、情報処理阻害的行為の捕捉への指向——コンピュータ・ネットワーク・システムへの加害行為の捕捉への指向——を含んだものとなっているように思われる。¹¹¹⁾

(2) 二〇〇一年(平成一三年) 刑法一部改正の意義

二〇〇一年改正により新設された支払い用カード電磁的記録に関する罪については、前述したように、支払用カードを構成する電磁的記録の真正、ひいてはこれら支払用カードを用いた支払いシステムに対する社会的信頼を保護法益とするもの、というのが立案当局の見解であった。通貨偽造罪や有価証券偽造罪と並ぶ偽造罪と位置づけられたわけである。しかしここでも、伝統的なそれら偽造罪の保護しようとする価値・利益をはみ出す新しい犯罪類型への指向性を読み取ることができるよう思われる。¹¹²⁾

すなわち、電磁的記録部分を有する各種の支払用カードが普及発展したことの理由は、それが自動化された機械に

用いることを予定したものであって、従来の人間の手作業による財産的事務処理・決済とは比較にならない効率化が図られた点にある。プリペイドカードのように対人的な使用をほとんど想定していないものも多いことを考えると、そもそも人の判断作用を前提とする従来の各種偽造罪とは異なる性質の法益を保護する犯罪類型となっていることを率直に認めるべきではないだろうか。この点、西田教授は、本罪の客体にプリペイドカードやデビットカードのような機械に対してのみの使用が予定されているものも含まれており、ホワイトカードに磁気テープ等を貼り付けただけのカードの作製にも本罪の成立が肯定されるので、保護法益は、「電磁的記録を構成部分とする支払用カードによる支払決済システムの安全かつ円滑な運用であると解すべき」と指摘している¹¹³。また、今井教授は、「支払用カード電磁的記録に関する罪の重点は、直接的には人の信用を向け得ない（直接的な可読性を欠く）電磁的記録にあり、その保護法益は、電磁的記録を構成部分とする支払用カードによる支払い決済システムの安全性にある」とされる¹¹⁴。このような観点からは、本罪は、コンピュータ・ネットワークシステムによって実現される取引決済システムの機能保護を指向する点で、ネットワーク犯罪規制の役割を果たすべき規定と位置づけることができるものと考えられる。

なお、支払用カード電磁的記録不正取得の罪（二六三条の四）は、いわゆるスキミング行為によって電磁的記録にかかるカード情報を不正に取得する行為を処罰するものであるが、これは、一九八七年改正の際見送られた「データの不正入手」の一部——ごく一部の限定されたデータ入手行為ではあるが——を犯罪化したものともみることができるとように思われる。

（3）一九九九年（平成一一一）不正アクセス禁止法制定の意義

不正アクセス禁止法は、わが国初のネットワーク犯罪を正面に見据えた刑事立法というべきものであるが、そのよ

うな立法が行われた背景には、コンピュータに関連する各種の不正行為・犯罪現象の動向における重点の変遷があったと考えられる。従来から論じられてきた「コンピュータ犯罪」は、「現在においては、情報通信ネットワークの大規模な展開により、『ネットワーク犯罪』へと変貌を遂げ、それに伴いその問題性は変容を見せ、かつ大きな広がりを示すに至っている」⁽¹⁶⁾のである。

すでに検討したところから、上の一九八七年改正および二〇〇一年改正が、コンピュータ・システムによる情報処理の機能保護を指向し、さらには、コンピュータ・システムにより実現される自動化された取引決済システムの機能保護をはかるものであることを確認したが、この一九九九年の不正アクセス行為の禁止等に関する法律による不正アクセス行為の犯罪化（不正アクセス罪、同法三条・八条）は、さらにすすんで、具体的な財産等各種利益の侵害を念頭においた各種犯罪の予備罪的性質の行為の犯罪化をはかったものではなく、正面からコンピュータ・ネットワークの機能自体を保護しようとするものであることも疑いない。同法が定める不正アクセス罪が、コンピュータ・ネットワークに対する信頼をその保護法益とするものと考えられることはすでに述べたとおりである。⁽¹⁷⁾

この点について、不正アクセス罪のこうした保護法益の理解に疑問を投げかける見解は、不正なアクセスという行為態様（ネットワーク経由でアクセス・コントロールを破ってコンピュータに侵入すること）ではなく、不正アクセスしたネットワーク内部で行われるデータ処理の観点から同罪の罪質を理解すべきであるという視点から、「電子計算機の利用とはその本質的な部分はデータの処理にあるといえることからするならば、アクセス制御機能を付加する対象は（電子計算機そのものではなく（註：筆者）電子計算機において処理されるデータであると解すべき）であって、同罪の保護法益としてとらえるべき処罰の実質は、「ネットワークにおける情報処理に関するセキュリティにあるとみるの

が適切である。」より具体的には、「データに対するアクセス制御という意味での情報の保持の側面における情報のインテグリティがここではもつとも重要なものとして理解されるべきである。」と述べる。¹¹⁸このような見解は、不正アクセスの罪質をネットワーク内部の情報処理との関係で把握する点で基本的に正しい方向性をもつものといえるが、立法者は——論者自身が指摘するように¹¹⁹——情報へのアクセスを捕捉・処罰することが情報窃盗を処罰することにながるとの懸念もあつて、こうした規定方法を採用しなかつたものと思われる。

不正アクセスの刑事規制は、わが国では刑法典中に規定を設ける方法——たとえば次項で検討するフランスのやり方——に依らず、特別法の制定により行われた。このような立法形式のあり方については、不正アクセスに代表される情報犯罪・サイバー犯罪の名称にふさわしい刑事立法が、その都度個別的な特別刑法によって行われてきたことに関し、「こうした犯罪類型を刑法典中に取り込むのを放棄して、もっぱら特別立法にゆだねるならば、情報犯罪やサイバー犯罪に対する刑法典の役割は、ますます低下してゆくであろう。」との指摘が行われている。¹²⁰

その後、警察庁が、企業を装ったサイトに電子メールの受信者を誘導してID・パスワードをだまし取る「フィッシング」に関するアンケートをおこなつたところ、九五%がフィッシングの犯罪化を支持し、不正アクセス罪の法定刑の引き上げについても八八%が支持する回答があつたということが報じられたが、警察庁、総務省、経済産業省およびインターネット関連の民間事業者で不正アクセス対策を検討する「官民意見集約委員会」は、不正アクセス禁止法改正に向けた検討作業を進め、二〇一二年三月には、右のような新たな犯罪化、処罰範囲の拡張、処罰の強化等を含む内容とする「不正アクセス行為の禁止等に関する法律の一部を改正する法律」が成立、同年五月一日に施行されている。¹²²不正アクセス罪は、「既に、ネットワークにおけるデータ通信並びに利害関係人の信用を保護する上で、不可欠

の存在になったと言えるであろう。」との評価がなされていたが、ネットワーク犯罪規制の中心を担う法制としてさらなる整備がはかられたのである。⁽¹²³⁾

(4) 二〇一一年(平成二十三年) 刑法一部改正の意義

この改正によつて、「不正指令電磁的記録に関する罪」が刑法典中に新設され、すでにみたように、「正当な理由なく、他人のコンピュータで実行させる目的で、ユーザーの意図に沿う動作をさせず、またはその意図に反する動作をさせるような不正な指令を与える電磁的記録等を作成し、提供する行為」を罰するウイルス作成罪などの犯罪類型が設けられ、それまで処罰規定を欠いていたコンピュータ・ウイルス関係の不正行為の犯罪化が行われた。この改正については、実害と切り離された、コンピュータ・プログラムに対する社会的信頼が保護法益とする独自の類型との理解が(法益の抽象化により処罰の早期化を図る点など問題があるとする批判もあるが)⁽¹²⁴⁾ 大方の承認をえるところとなっている。

コンピュータによる正常な情報処理に向けた社会一般の信頼が保護法益とされる点に関しては、この改正が、従来 of コンピュータ犯罪立法と異なり、ネットワーク侵害に伴う現実社会の損害や不利益を捉えるのではなく、「仮想社会のインフラであるネットワークそれ自体を直接に保護しようとする」意味において、「初めて、サイバー犯罪を正面から捉えた」ものとする評価が示されている。⁽¹²⁵⁾ こうした見方は、コンピュータ犯罪が登場した当初の、ハードウェアやデータ、プログラムなど部分的な刑事的保護の対応にとどまった「コンピュータ犯罪」の時期、さらにはその犯行手段の巧妙化・大規模化・国際化の脅威を印象づけた「ハイテク犯罪」といった過渡期を経て、今日、サイバースペースに形成された仮想社会の基盤を担うコンピュータ・ネットワークが刑法による保護の対象となりつつある「ネットワーク犯罪」が問題となる現実を示唆している点で、正当なものと考えられる。

本罪については、すでにみたように、法益の抽象化により処罰が早期化すること、また、電子計算機損壊等業務妨害罪とその未遂罪との関係で適用範囲の重複など未解決の問題が残ることなどの批判があり、また、不正指令電磁的記録作成等の罪の客体に、「その他の記録」として、ウイルスをアナログデータとして記録してある紙媒体等も含まれるので、実行可能な状態にないウイルス・コードの記述も客体となる点で、「法益に対するものではなく、電子計算機の作動障害及びそれに起因する損害に対するもの」という意味でも、極めて抽象度の高い危険を処罰するもの」との指摘¹²⁶も行われているが、反対に、この改正は、本罪を刑法典の偽造罪と偽証罪の中間に位置づけるといって、未だ情報伝達・事実証明の手段という側面に囚われており、刑事規制の対象とされるのは不正な指令を含むプログラムに限定され、「ネットワーク設置者自身による不正操作も含め、およそ虚偽の情報流通を阻止して、サイバー社会の安全性を確保しようとする趣旨ではない」として、さらなるネットワークの保護の徹底の必要性を主張する見解¹²⁷も示されている。このような主張は、「コンピュータは、個人人が使用するものであるが、コンピュータの利用が社会全般に普及した現在においては、コンピュータの作動を基礎付けるプログラムの正常性は、不特定多数人の利害に直結しており、この意味で社会的に重要な利益になっている。」という現状認識に支えられたものであるということが¹²⁸きよう。

なお、ウイルス作成罪と同供用罪とが同等に位置づけられている点について、供用罪が想定するのはウイルスが実行可能な状態にされていて被害惹起の危険が具体的になっているのに対して、作成罪は未だその危険が抽象的な段階にとどまっているのに、その法定刑が同一とされるのはなぜか——ウイルス作成と供用とが同等に評価されるのはなぜか——という疑問が提起されている¹²⁹。たしかに、各種偽造罪においても、通貨・文書の偽造、支払用カード電磁的

記録不正作出行為が行使・供用行為と同じ刑罰評価が行われている。「使う行為」に至らないその前段階にあたる「作る行為」が、使う行為と同等に扱われているのである。しかし、同じ社会的法益に対する罪であっても、わいせつ物頒布等では、実際に頒布・陳列などによりわいせつ情報を社会に拡散するという法益侵害惹起に直結する行為以前の「わいせつ表現物の製造」自体は処罰すらされないのである。そうすると、問題は、作成されるもの自体の危険性——コンピュータ・ウイルスの危険性——をどのように考えるか、に帰着することになる。すなわち、立法者が、ウイルス作成行為を、コンピュータ・ネットワーク社会に害悪をもたらす根源を生み出す、重い犯罪性を備えたものと評価されるべきものであつて、単なる各種の加害行為の予備にとどまるものではないと¹³⁰考えたことが読み取れるのである。

コンピュータウイルスの犯罪化に踏み切ったこの立法は、立法者が好むと好まざるとにかかわらず、コンピュータ・システムの利用によって実現される個々の業務の保護や、システムによる処理に置き換えられた決済手段の運用の保護の前提となる、具体的な個々の権利・利益・価値の保護とは次元を異にする、コンピュータ・ネットワーク・システムの正常な機能（サイバースペース独自の働きと秩序）それ自体の保護を指向するものとなりえているのではないかと考えられるのである。

2 刑事立法のあり方——フランス刑法との比較から——

以上に、わが国のコンピュータ・ネットワークに関連する犯罪にかかわる刑事立法の検討を試みたが、わが国とほぼ同時期に情報処理技術の利用・普及がすすみ、同程度の社会の情報化が達成されたフランスでも、やはりほぼ同じころにコンピュータ犯罪関連の刑事立法が行われている。そこで、最後に、大陸法の枠組みの刑法システムをもつ点

でも共通するフランスが、コンピュータ犯罪ないしネットワーク犯罪にどのような刑事立法で対応したかを見ておくこととする。

(1) コンピュータ犯罪刑事立法前の状況と「バダンテール法案」

フランスにおいて、コンピュータ犯罪に関する最初の刑事立法の動きといえるのは、一九八六年に上院に提出された刑法典改正法案（当時の司法大臣の名をとり「バダンテール法案」とよばれる¹³¹）の中に「情報処理に関連する犯罪」の章をおいていたことである。後に廃案となったこの法案の関係部分は以下のとおりである。¹³²

第七章 情報処理に関連する犯罪 (Les infractions en matière informatique)

第三〇七一条 自動情報処理システムのプログラム、データ、またはその他すべての構成要素を不法に取得する行為は、拘禁刑三年および罰金一〇〇万フランで罰する。

第三〇七二条 他人の権利を無視して、自動情報処理システムのプログラム、データ、またはその他すべての構成要素を使用し、伝送し、または複製する行為は、拘禁刑三年および罰金一〇〇万フランで罰する。

第三〇七三条 故意に、かつ他人の権利を無視して、自動情報処理システムの全部または一部を破壊もしくは改変し、またはその機能を阻害し、もしくは誤らせる行為は、拘禁刑五年および罰金二五〇万フランで罰する。

第三〇七四条 自動情報処理システムを不法に使用することによって、違法な利益を得、または他人をしてこれを得させる行為は、拘禁刑五年および罰金二五〇万フランで罰する。

ところで、フランス刑法は、財産犯の体系を含めてわが国の刑法とかなりの程度基本的共通点を持つものであるが、当時の法状況を比較すると、わが国の「司法機関は、実際にコンピュータ濫用の事件が発生すると、伝統的犯罪規定の下で巧みな解釈技術を駆使し、その殆どのものを処罰してきた。」¹³³と評されるものであったところ、フランスにおいても、一般に先端技術を用いて行なわれる新しい手口の不正行為への伝統的条文の適用には、刑法学者は慎重であるが、「裁判官たちがこういった新たな状況に対して伝統的条項を適用することに躊躇することはほとんどない」という傾向にあったようである。¹³⁴

ただし、詐欺罪に関する部分では、①パリのデパートの情報処理技術者が、偽造クレジット・カードを使用して購入した商品の価格金額が計上されないようにコンピュータの操作を行ない、総額約一千万フランの不法な利得を得ていたというケースや、¹³⁵②銀行から銀行への口座の振り替え指示を傍受し、金額があたかも正当な口座へ振り込まれるかのようにメッセージを偽造したというケース、¹³⁶③銀行預金の利息の端数を、一定の端数以下は切り捨てるようにプログラムを行ない、これを行為者があらかじめ用意していた別の口座に振り込まれるようにプログラムを操作したという「鬻 (perruque)」と呼ばれる手口を用いたケース¹³⁷などの虚偽のデータの入力やプログラムの不正操作による財産上の不法な利益の取得行為に対しては、詐欺罪の適用が可能とされている点が注目される。ここでは、そのような手段が「コンピュータを欺いた」といい得るかが問題となりそうである（この点が、わが国の刑法上詐欺罪成立の最大のネックとなり、電子計算機使用詐欺罪（日本刑法二四六条の二）を生んだ）¹³⁸が、フランスにはパーキング・メータの不正使用について詐欺罪の成立を認めた一九七〇年の破棄院の判例があり、¹³⁸「機械の背後に人間が、コンピュータの背後に銀行・企業の責任者がいることは全く明白」だから、コンピュータが常に人間に使用されている以上、「この障害は

容易に克服され得る」こととなるのである。¹³⁹⁾

なお、盗罪——わが国の窃盗罪に相当——の適用に関しては、他人のカードでCD機から不正に現金を引き出すような行為について、「交付の任意性」を理由に盗罪の成立を否定する学説もある¹⁴⁰⁾。しかし、自動支払機からの取得という人間が介在しない状況にもかかわらず、前述のパーキングメータのケースに関する破棄院の判例の論理に加え、フランス刑法が欺罔行為による場合のほかに、「偽名または虚偽の資格の使用」があつたときにも詐欺罪の成立を認める規定となつてのことから、この学説は、詐欺罪での処罰を肯定している¹⁴¹⁾。このように、詐欺罪の射程範囲の点を除けば、おおむね当時のフランスの財産犯罪等の適用関係はわが国とほぼ類似の状況にあつたといつてよいと思われる。

これに対して、直接情報それ自体に向けられた「盗み見」「傍受」等のコンピュータ・スパイのようなケースは、わが国同様、いかなる伝統的犯罪規定もこれを捕捉しえない状況にあつた。情報が「物」の観念と相容れない性質のものであることはいうまでもないが、それは単に「無形のものである」という理由だけで排除されているわけではない。フランスの判例は盗電行為に盗罪を認めている¹⁴²⁾が、情報の性質を電気との対比において考えると、「電気はそれを作り出した者によつてそれを使用するために受け取る消費者へと引き渡され、物質的に確認され得る伝送の効果によつて、最初の者の所有から次の者の所有へと移動するものである以上、刑法（筆者註…フランス旧刑法）三七九条の意味における『物』とみなされるべきものである。この比較は、情報の領得行為が同様の方法——電話回線上で通信の方向を変更するように接続を行なうこと等——で行なわれれば、ますます類似してくる。しかしながら、この情報の領得行為は、知られているように、やはり単なる電磁波のキャッチにより行なわれ得るのであり、このことは『家

庭用の『電気とコンピュータの記憶装置に蓄えられた情報との間の還元不能の性質上の差異をはつきりと示しているように思われる。情報は、量的に把握することは出来ないし、測定することも出来ない。つまり、水道盗または電気盗に関するすべての判例が、まさに、『不正に変更された』メーターはその変更された部分の測定が可能であるという事実¹⁴³に根拠を置いているのに対して、情報は測定できないからである。』¹⁴³ということになる。データはその性質上盗罪の客体たりえず、またそれは複製という形で取得されるので、元のデータがなくなるわけではなく元のままにある(情報の非移転性)からである。さらに、詐欺罪の適用も困難である。欺罔的手段が認められても、可動の有体物が対象でなければならず、データはもちろんそのようなものにはあたらないからである。¹⁴⁴

コンピュータの無権限使用についてはどうか。フランスでは、「時間盗(vol de temps)」、「マシン・タイムの盗用(vol de temps-machine)」などと呼ばれるが、やはりハードウェアそのものの奪取がない以上、考えられるのは可罰的な「使用盗罪(vol d'usage)」の適用のみであるが、この自動車の不正使用処罰を念頭に判例が認めた可罰的な使用盗罪は、「所有者としてふるまう意思」を要件としているため、複数の者が一台のコンピュータを「同時に」使用するような形態(タイムシェアリング)を前提とすると、通常想定される無権限使用は、そのシステムの「所有者としてふるまった」とは到底いえず、不可罰とせざるをえない¹⁴⁵。もとより単純な無権限アクセス、「面白半分の不法侵入(viol Judique)」¹⁴⁶については、当時のわが国と同様に、これを捕捉できるいかなる罰条もないという状況にあった¹⁴⁶。このような法状況の下、コンピュータ犯罪への対策の必要性が自覚され、上にみたように刑法改正法案の中に「コンピュータ関連犯罪」として盛り込まれていったのである。このいわゆる「バダンテール法案」は廃案となるが、そのコンピュータ犯罪に関する部分は、その後の立法作業に強い影響をもたらした、とされる。¹⁴⁷

(2) 一九八八年刑法一部改正

フランスの最初のコンピュータ犯罪刑事立法となったのは、従来、刑罰法令による捕捉が不可能なし困難なままにおかれていた情報処理領域の不正行為を、刑法上の犯罪として処罰しようという構想の下に、一九八六年、ゴドフラン議員により下院にその法案（ゴドフラン法案とよばれる）が提出され¹⁴⁸、その後上下両院による一年あまりをかけた審議を経て、翌一九八七年に可決成立し「情報処理関連不正行為に関する一九八八年一月五日の法律第八八一一九号」¹⁴⁹となったものである。立法の背景には、伝統的犯罪類型による処罰の体系に、コンピュータ犯罪の入り込みうる種々の空隙が生じており、立法による介入が不可欠という状況にあったことが指摘しうる¹⁵⁰。

この立法が、刑法領域に新しい「コンピュータ犯罪」のカテゴリーを導入し、刑法典に新しい独立の章を創設するという本格的な刑事立法でありながら、速やかな立法作業となったのは、「この種の立法の必要性につき議会において合意があったから」であるが、同時に、審議を通じて幾度も両院を往復し、大幅な修正が加えられた結果、可決された時点では「形式的にも内容的にも当初の姿を全くとどめなくなっていた」という点については、情報処理領域に固有の犯罪の処罰体系を構築することの技術的困難さを示しているというべきであろう¹⁵¹。本法の主要関係部分（犯罪類型の規定部分）は以下のとおりである。

唯一条 刑法典第三部第二編中第二章の後に、次の第三章を挿入する。

第三章 情報処理関連犯罪 (De certaines infractions en matière informatique)

第四六二条の二 不正に、データの自動処理システムの全体もしくは一部にアクセスし、または滞留した者は、二

月以上一年以下の拘禁および二、〇〇〇フラン以上五〇、〇〇〇フラン以下の罰金で罰し、またはこれらいずれかの刑で罰する。

② 前項の行為に因り、同システム中に収納されたデータの消去もしくは改変、または同システムの動作の悪化を生じさせたときは、本条の拘禁は二月以上二年以下とし、罰金は一〇、〇〇〇フラン以上二〇〇、〇〇〇フラン以下とする。

第四六二条の三 故意に、他人の権利を無視して、データの自動処理システムの動作を妨害しまたは狂わせた者は、三月以上三年以下の拘禁および一〇、〇〇〇フラン以上一〇〇、〇〇〇フラン以下の罰金で罰し、またはこれらいずれかの刑で罰する。

第四六二条の四 故意に、かつ他人の権利を無視して、直接または間接に、データの自動処理システムにデータを入力し、または同システムに収納されたデータもしくはは処理・伝送に関する方法 (modes) を消去もしくは改変した者は、三月以上三年以下の拘禁および二、〇〇〇フラン以上五〇〇、〇〇〇フラン以下の罰金で罰し、またはこれらいずれかの刑で罰する。

第四六二条の五 他人に損害を与えるような性質の、情報処理記録の偽造を行なった者は、その記録の形式の如何を問わず、一年以上五年以下の拘禁および二〇、〇〇〇フラン以上二二、〇〇〇、〇〇〇フラン以下の罰金で罰する。

第四六二条の六 事情を知らながら、前条の客体である情報処理記録を使用した者は、一年以上五年以下の拘禁および二〇、〇〇〇フラン以上二二、〇〇〇、〇〇〇フラン以下の罰金で罰し、またはこれらいずれかの刑で罰する。

この改正によって、①システムへの不正アクセス・滞留の罪、②システムの動作妨害の罪、③データの無権限入力およびデータ、プログラムの消去・改変の罪、④情報処理記録偽造および同記録使用の罪の各犯罪類型に関する規定が（ほかに全ての罪の未遂処罰、共謀の処罰および没収に関する規定が）設けられた。

この立法の特徴は、まず、処罰規定を特別法によらず刑法典中に設けたことである。この点はわが国と同じであるが、異なるのは、情報処理犯罪に関する規定を一つにまとめて規定し法典中の独立の章とした点である。すなわち、新たな章「第三章 情報処理犯罪」は、刑法典第三部第二編「個人に対する重罪および軽罪」中の第一章「人身に対する重罪および軽罪」、第二章「財産に対する重罪および軽罪」に続く第三章として法典のなかに位置づけられた。コンピュータ犯罪に関する規定が、財産犯の章に含められることなく、独立の章として配置されることとなったのは、コンピュータ犯罪の類型を財産犯体系へ導入することが、ファイルやソフトウェアなど無形のもの所有権を事実上是認してしまうことに通じるのではないかという立法者の懸念に由来するもの¹⁵²のようである。このような法典中の位置づけは、実際の規定の解釈・適用上さほど重要な意味を持つわけではない¹⁵³としても、新たに犯罪化された類型を、財産犯とは別の「情報処理に関連する (en matière informatique)」(ある種の (de certaines)) 犯罪 (infractions)」と位置づけた点は重要であろう。すなわち、ゴドフラン議員により提出されたときの最初の法案は、「一方において当該領域のすべての不正行為を網羅すること、他方において盗罪や詐欺などの従来の犯罪類型の適用における判例の躊躇と学説の反対を一扫することを目的とし」¹⁵⁴、各種の犯罪の客体に情報処理記録を加え、盗罪の節中にデータ、プログラムの不法入手罪を新設するなど、コンピュータ犯罪処罰に関わる全ての問題を立法により解消することを目指した包括的な刑事立法を目指すものであった。このような意図をもった法案は、後の大幅な修正により情報盗などの規定を

廃し、コンピュータ犯罪に限定するいくつかの条文を独立の章にまとめたかたちの本法となったのである。

コンピュータ(情報処理)関連犯罪に関する刑事立法に際して、伝統的な財産犯罪の原則への考慮が強く働き、最終的には技術革新が生んだ新しい脅威に対する刑事規制にあたっては、控えめな立法態度に収束して行った点は、やはりわが国と共通の指向がみられる。伝統的な法原則を尊重するところに安定感を見出す点では共通のものがあると思われる。しかし、フランスのこの一九八八年改正法の特徴は、上にみたように、情報処理に関連する不正行為を、他の既存の類型と切り離した情報処理領域特有の犯罪類型として構想し、最初のコンピュータ犯罪刑事立法である本法において、典型的なネットワーク侵害行為である不正アクセスの処罰に焦点を当てた点にある。わが国も、ほぼ同時期(一九八七年)に刑法一部改正によるコンピュータ犯罪対策立法を行っているが、すでにみたように不正アクセスの犯罪化は見送られ、文書偽造罪、業務妨害罪、詐欺罪、文書毀棄罪といった既存の犯罪類型を修正・拡張した類型を創設し、それらを従来の条文の前後に配置し、あるいは従来の条文中に組み入れるという方法をとったのである。こうした方法は、新設された犯罪類型を既存の類型の延長線上に位置づけ、既存の類型と共通性を有する行為に処罰範囲をとどめようとする力が働く(たとえば電磁的記録不正作出罪を文書偽造罪とパラレルに理解しようとする保護法益論などにそれがみられた)ため、新しい価値の保護を指向する刑事立法の発展にとってはブレーキとなってしまうのではないだろうか。

わが国では、不正アクセスの刑事規制は特別法の制定によって実現したが、刑法典中におかれたフランスの不正アクセス罪(四六二条之二)は、その成立に何らの侵害結果の発生も要求しない点で共通する。また、コンピュータへのアクセスが可罰的であるためには、「不正に」それが行なわれることを要する点でも共通するように見える。しか

し、わが国の不正アクセス禁止法上の不正アクセスは、すでに見たように、ネットワーク経由で、セキュリティ措置の施されたコンピュータ・システムに侵入する行為を指し、その「不正アクセス」は「無権限アクセス」を意味するものである。これに対して、フランス刑法における不正アクセス罪の「不正に (Frauduleusement)」とは、その意味を異にしている。すなわち、その立法過程では、不正アクセス罪の客体を無権限アクセスからの保護措置 (セキュリティ手段) を備えたシステムに限定することが主張されたが、このセキュリティ手段の要求は、「不正に」という文言からその条件が当然に導かれるとされ、結局明文化されなかつた経緯がある¹⁵⁵。すなわち、本罪の客体は一定の保護措置 (ID・パスワードによるアクセスコントロールのような) が施されたシステムに限定されるものではないということになる。このように保護装置についての明文を欠いたことについては、システムの管理者 (maître du système) の意思に反するシステムへの侵入一般を不正と解し得るようになった結果、「ある一人の人物が情報の全体を『私物化』し、情報の検索についての絶対的な独占権を確保することが承認される」ことにもなりかねない、との批判が加えられた¹⁵⁶。「立法者はその本来の意図以上に処罰領域をかなり拡大したように思われる。」¹⁵⁷との指摘のように、本罪は、運用如何によつては、立法者の意図を離れて過度に広範な処罰を招く可能性が無いとはいえないであろう¹⁵⁸。

フランスの一九八八年一月五日法は、以上のとおり、データの自動処理システム——電子計算機ではない——の概念を中核に、それへの不正アクセスをはじめとする、コンピュータの登場に伴つて初めて現われた情報処理領域固有の不正行為を捉えようとするものであつた。そしてとくに、本法は、通信回線を経由して容易に行なわれる不正アクセスの規制や、データ伝送のモード (通信に関するソフトウェア) の保護などの点で、コンピュータと電気通信の結合を念頭に、ネットワーク犯罪規制への指向性を明確にした立法例といえる。

本法は、各種の定義規定を置かず、客体の限定の明文化を避け、不正アクセス罪をはじめ相当広い処罰範囲もつ類型をおき、更にすべての罪の未遂、共謀の処罰の規定を置いたことなどから、全体としてかなり広範囲な処罰領域を有する立法の外観を呈している。その点では、わが国と対照的な立法例のようであるが、しかし、他方で、最初に議会に提出された法案は、データ・プログラムの不正取得などに関する類型を持つていた¹⁵⁹ところ、そういった角度からの犯罪化は注意深く避けられ、不正アクセスに関する罪の規定に取って代わられた。つまり、不正アクセス罪の射程を広くとつたことにより、直接の処罰を避けた情報の不正入手を、間接的に刑事規制の枠内におさめようとしたとも考えられる。

フランスのコンピュータ犯罪立法は、わが国で規制が見送られた部分をむしろ中心的にとり込んだ、立法形式、内容ともに対照的なものであるが、同時期のコンピュータ犯罪立法例としてこれほど差異がみられる理由には、フランス刑法の体系と関わる観点からの考慮を除けば、情報通信の発展という点で当時のフランスがわが国より一歩先を歩んでいたという事情があつたかもしれない。当時のフランスは、世界に先駆けて家庭や職場に置かれた端末をセンタールのコンピュータと結び、情報の利用、やり取りをするヴィデオテキストの普及に国をあげて取り組んでおり、「ミニテル (minitel)」と呼ばれる専用端末が無料配布され、人々の生活の中に入り込んでいた。はじめ電子電話帳サービスとして一九八三年にスタートしたが、一九八九年当時で四七〇万台が設置済といわれていた¹⁶⁰。このような事情とコンピュータ犯罪との関係について実証的な考察は行なわれていないようであるが、「フランスにおいては、ミニテルの急激な普及以来コンピュータ犯罪は急速に増加しており」、「三〇〇万台のミニテルが、コンピュータに慣らされた一〇〇〇万人近くの人々を作り出したという状況にあつては、今後もコンピュータ犯罪が増加しないというこ

とはありえない」との指摘がなされていた。¹⁶¹ さらに、「ミニテルの使用の増加は、情報や金銭の横領を助長する傾向を導く」として、料金を支払わずに不正にデータ・ベースを使用する手口を紹介する意見も散見された。¹⁶² フランスが情報通信の保護をも念頭においた情報犯罪型のコンピュータ犯罪立法を行なった背景として、その影響は間接的であるかもしれないが、¹⁶³ 以上のような事情の存在も考慮されよう。同じく急速な情報化がすすんでいる時期であっても、わが国のように、研究機関や一部の企業、金融機関などにユーザが限定されていたコンピュータの利用形態の社会と、それがネットワーク化により一般に広く用いられていた社会とでは、不正行為の発現形態や性質に違いが生じるともいえるのではないだろうか。

(3) 一九九二年刑法全面改正

フランスは、一九九二年七月に、それまでの刑法典（二八一〇年制定のナポレオン刑法典）を全面改正した（施行は一九九四年三月一日）¹⁶⁴ が、上にみた、情報処理関連不正行為に関する一九八八年一月五日法により設けられた規定は、ほぼそのまま新刑法典に継承された。本法成立時の情報処理犯罪主要関係部分（犯罪類型の規定部分）は以下のとおりである。

第三章 データの自動処理システムに対する侵害

第三三三―一条【不法アクセス等】① 不法に、データの自動処理システムの全体または一部にアクセスし、ま

たは滞留する行為は、一年の拘禁および一〇万フランの罰金で罰する。

② 前項の行為により、システム中のデータの消去もしくは改変、またはシステムの動作の悪化が生じたときは、

その刑を二年の拘禁および二〇万フランの罰金とする。

第三三三―二条【コンピュータ業務妨害】 データの自動処理システムの動作を妨害し、または不調にする行為は、三年の拘禁および三〇万フランの罰金で罰する。

第三三三―三条【データの不正操作】 不法に自動処理システムにデータを入力し、または、そのシステムが収納するデータを不法に消去もしくは改変する行為は、三年の拘禁および三〇万フランの罰金で罰する。

一九九二年刑法改正に伴い、情報処理記録（コンピュータデータ）の偽造罪のみが削除されているが、これは、文書偽造罪の客体が「文書その他すべての思想表現手段」へと拡張されたことによるものであるが、¹⁶⁵他はほとんど同様の形式・内容を維持して新法典に移植されている。

(4) 二〇〇四年刑法一部改正

その後、フランスは、「ヨーロッパ評議会サイバー犯罪に関する条約（Council of Europe Convention on Cybercrime）」（二〇〇一年一月八日、ヨーロッパ評議会閣僚委員会採択）の批准に向けた国内法整備の一環として、二〇〇四年に法改正¹⁶⁶を行い、上の「データの自動処理システムに対する侵害」の章にウィルス作成罪など新たな規定を付加する等、刑法典に修正を加えている。その主な内容は、¹⁶⁷①第三三三―三条の後に、次の新たな規定を設けるもの、である。

第三三三―三―一条 正当な理由なく、第三三三―一条ないし第三三三―三条に定める一つまたは複数の罪を犯す目的で考案され、または特別に調製された設備、機器、コンピュータ・プログラム、またはすべてのデータを、

輸入し、所持し、提供し、譲渡し、またはその用に供する行為は、各罪について定めた刑、または最も重く罰せられる罪について定めた刑で罰する。

また、②三三三―一条の一項（不法アクセス罪）の法定刑を「一年の拘禁および一〇万フランの罰金」から、「二年の拘禁および三万ユーロの罰金」に引き上げ、二項（加重処罰）の法定刑を「二年の拘禁および二〇万フランの罰金」から、「三年の拘禁および四万五〇〇〇ユーロの罰金」に、¹⁶⁸同様に、③三三三―二条（コンピュータ業務妨害罪）の法定刑を「三年の拘禁および三〇万フランの罰金」から、「五年の拘禁および七万五〇〇〇ユーロの罰金」に、¹⁶⁹④三三三―三条（データの不正操作罪）の法定刑を「三年の拘禁および三〇万フランの罰金」から「五年の拘禁および七万五〇〇〇ユーロの罰金」に、¹⁷⁰それぞれ引き上げる内容のものである。

新たに付加された三三三―一条の罪は、サイバー犯罪条約批准に向けた国内法整備の一環として、コンピュータ・ウイルス処罰を定めたものである。¹⁷¹サイバー犯罪条約は、コンピュータ・システムの「装置の濫用（六条）」として、「（違法なアクセス・傍受・システム妨害等の）犯罪を主として行うために設計され又は改造された装置（コンピュータ・プログラムを含む。）を、これら「犯罪を行うために使用されることを意図して」、「製造し、販売し、使用のために取得し、輸入し、頒布し又はその他の方法によって利用可能とすること」の犯罪化を要請しているが、¹⁷²本罪の規定はほぼ忠実にその要請にこたえようとする内容となっている。¹⁷³

この改正は、他の情報処理犯罪の法定刑を大きく引き上げたことも含めて、フランスのネットワーク関連犯罪の状況に対応すべく、情報処理領域固有の刑事法制の整備を積極的に図ったものにほかならない。そして、もつとも重要

な点は、それが、広範なコンピュータ・ネットワークの形成により実現されたサイバースペースを基盤にした経済活動等の発展を見据えた法改正であることである。この二〇〇四年の刑法一部改正は、「デジタル経済における信頼(の確保)のための二〇〇四年六月二日・法律第二〇〇四一五七五号」¹⁷⁴の制定によつて行われたが、同法は、インターネット等コンピュータと通信テクノロジーの活用により行われる経済活動のインフラとなるサイバースペースの維持発展を図るというデジタル経済 (economie numérique) に関するフランスの政策の一環として、多数の法令に修正を加える総合的・包括的な立法措置の一部として行われたものなのである。わが国でも「サイバーエコノミー」や「サイバーモール」という表現がポピュラーになりつつあるが、¹⁷⁵広範で高度なネットワーク化の進展により出現したサイバースペースで行われる経済活動がますます活発化して行くことが予想されるとすると、このような政策の推進が強く求められることになる。¹⁷⁶

以上に見てきた、フランスのコンピュータ・ネットワーク関連犯罪に関する立法態度については、他国と比べ特に犯罪現象自体多いとはいえないのに、そのような犯罪に対処可能な立法上の武器を、「世界に先駆けて用意している点特徴的」であり、「早くからハイテク犯罪立法を行い、議論を積み重ねてよりよい規定に整理・統合していったフランスの姿勢には、日本も見習うべき点が少ない」¹⁷⁷との評価が行われている。日本とフランスの立法方式のどちらが優れているかは一概に断じられないが、少なくとも、一貫して強くネットワーク犯罪の刑事規制を行うことにより、新しい価値の保護を指向し続けてきたフランスの態度は、今日、刑法典がサイバー犯罪の規制に取り組む選択肢を積極的に模索すべきである¹⁷⁸とすれば、参考にする意義は大きいと思われる。

(107) コンピュータ犯罪に対する刑事立法の方法には、「(一) コンピュータに関連した反社会的行為を広くコンピュータ犯罪として捕捉し、総合的なコンピュータ犯罪処罰法を指向する考え方と、(二) コンピュータの適正な機能を害する行為に限定して刑事立法を行う考え方とがあるが、今回の改正は(二)の方向に沿ったものである。」との評価が示されている(曾根威彦「コンピュータとデータの保護」刑法雑誌二八巻四号(一九八八)四六八頁)。

(108) 佐久間修「情報犯罪・サイバー犯罪」ジュリスト一三四八号(二〇〇八)一〇九頁。

(109) これに關し、批判的な立場から、山口教授は、電磁的記録の作成名義の真偽を問題としない規定のあり方について、そのような方法には、「データの証明機能ではなく、情報処理の正しさを保護法益とすることにならざるをえないのではないかと、基本的な問題があるように思われる」としたうえで、「コンピュータについてだけ、情報処理阻害を処罰する実質的理由があるか、疑問がある」と指摘している(山口厚「電磁的記録と文書犯罪規定の改正」前掲(註(66)八一―九頁)。また、「電磁的記録不正作出罪における『不正』は、『権限なく』よりもはるかに抽象的であり、立法趣旨も有形偽造に限定することを意識的に避け、無形偽造をも処罰する意図で右のような表現をしたということであれば、文書に比較して電磁的記録の特権化するもの」との批判も加えられている(中山研一ほか「コンピュータ犯罪等に関する刑法一部改正」前掲(註(68)四六頁「神山敏雄」)。

(110) 米澤慶治編『刑法等一部改正法の解説』前掲(註(63)九六頁以下)。

(111) この点について、芝原教授は、こうした困難な問題を生じるのは、「この部分の実体がコンピュータに関する情報処理阻害行為の処罰を意図しているところにある。本罪の背景には、器物毀棄による業務妨害と、情報処理阻害による業務妨害の二つの『原型』が存在するとみることができる。」とし、立案作業の過程で情報処理阻害を正面から処罰する方針が捨て去られた後も、「この情報処理阻害罪の実質は、試案の『不正動作』や骨子の『使用目的に反する動作』(改正案では『使用目的二違フ動作』)というかたちで取り込まれているとみることができる。」と指摘している(芝原邦爾「コンピュータ犯罪による情報処理と業務妨害罪」前掲(註(66)一五頁)。

(112) 本稿「IV 1 (2)」参照。

- (113) 西田典之「カード犯罪と刑法改正」前掲（註(72)）一七頁、同『刑法各論』前掲（註(72)）三一八頁。
- (114) 今井猛嘉「支払用カードの保護に関する刑法の一部改正」前掲（註(70)）四六一―四七頁。なお、渡邊卓也「電子マネーの不正取得と電磁的記録不正作出罪」姫路ロー・ジャーナル五号（二〇一一）二五頁以下は、「カード」以外の形状の記録媒体（たとえば「おサイフケータイ」機能を有する携帯電話機中のチップ）に保存された電磁的記録についても、支払用カード中のそれと同等に保護を図る必要があることを主張している。
- (115) 佐伯教授は、本法成立の前に、無権限アクセス規制に関して、ネットワーク経由での外部からの侵入に対するセキュリティ措置が施されたコンピュータ・システムに無権限で侵入する行為に限って処罰する方向が考えられる、としたうえで、「このような方向は、無権限アクセスをコンピュータ犯罪よりもネットワーク犯罪として位置づけるものである。」としていた（佐伯仁志「無権限アクセス規制に関する覚書」研修六〇二号（一九九八）一一頁）。
- (116) 山口厚「情報通信ネットワークと法」岩村正彦ほか編『現代の法六 現代社会と刑事法』岩波書店（一九九八）一〇五頁。
- (117) 本稿「IV 2 (2)」参照。
- (118) 石井徹哉「不正アクセス禁止法の意義と限界」千葉大学法学論集一九卷三号（二〇〇四）二五頁、三五頁。
- (119) 石井徹哉「不正アクセス禁止法の意義と限界」前掲（註(118)）一七頁。
- (120) 佐久間修「情報犯罪・サイバー犯罪」前掲（註(108)）一一五頁。
- (121) 二〇一一年二月八日付け毎日新聞夕刊。
- (122) 二〇一一年二月二三日付け毎日新聞朝刊。成立した「不正アクセス行為の禁止等に関する法律の一部を改正する法律（平成二四年法律第二二号）」については、四方光「不正アクセス禁止法改正の背景・経緯及び不正アクセス対策の今後の課題」警察学論集六五巻六号（二〇一一）一三頁以下、蔵原智行「不正アクセス行為の禁止等に関する法律の一部を改正する法律」について」同誌同号二二頁以下、蔵原「フィッシング行為、ID・パスワードの不正取得等の禁止・処罰等」時の法令一九〇九号（二〇一一）四頁以下を参照。
- (123) 今井猛嘉「ネットワーク犯罪」前掲（註(83)）五五頁。

- (124) 本稿「IV 3 (2)」参照。
- (125) 佐久間修「情報犯罪・サイバー犯罪」前掲(註(108))一三三頁。
- (126) 伊東研祐『刑法講義各論』日本評論社(二〇一一)四二八頁。
- (127) 佐久間修「情報犯罪・サイバー犯罪」前掲(註(108))一一三頁。
- (128) 今井猛嘉「ネットワーク犯罪」前掲(註(83))五七頁。
- (129) 園田寿『情報社会と刑法』成文堂(二〇一一)六八頁以下。
- (130) 山口厚「サイバー犯罪に対する実体法的対応」前掲(註(83))一九頁。
- (131) PROJET DE LOI portant réforme du code pénal, Journal officiel No 300/SÉNAT, Annexe procès-verbal de la séance du 20 février 1986, Imprimerie du Sénat.
- (132) 詳細はこの改正法案を検討する、拙稿「フランスのコンピュータ犯罪と刑法」前掲(註(62))一六九頁以下、恒光徹「フランス一九八六年刑法典改正法案(四)・完」岡山大学法学会雑誌二八卷二号(一九八八)一三五頁以下、参照。
- (133) 中山研一・神山敏雄編『コンピュータ犯罪等に関する刑法一部改正』前掲(註(68))三九頁。
- (134) Jean Pradel et Christian Feuillard, Les infractions commises au moyen de l'ordinateur, Revue de droit pénal et de criminologie, 1985, p.307.
- (135) Pierre Sargos et Michel Massé, Le droit pénal spécial né de l'informatique, Informatique et droit pénal, Cujas, 1983, p.26.
- (136) Pradel et Feuillard, op. cit., p. 309.
- (137) Ibid., p. 310.
- (138) Crim. 10 décembre 1970, D.S. 1972, J. 155.
- (139) Pradel et Feuillard, op. cit., p.311.
- (140) Pradel et Feuillard, op. cit., p.314.
- (141) Ibid., p. 315.

- (142) Crim. 3 août 1912, S. 1913, I, 337.
- (143) Sargos et Massé, op. cit., p.28.
- (144) Pradel et Feuillard, op.cit., pp.317 et 318.
- (145) Ibid., p.320.
- (146) Ibid.
- (147) Françoise Chamoux, La loi sur la fraude informatique: de nouvelles incriminations, J.C.P. 1988, I, 3321, n° 2.
- (148) Proposition Assemblée Nationale, n° 352, 5 août 1986.
- (149) Loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique, J.O. 6 janv. 1988; J.C.P.1988, III, 61042. 本法を解説する拙稿「情報処理関連不正行為に関する一九八八年一月五日の法律第八八一―一九号」國學院法學二六卷一号二七九頁以下(一九八八)、拙稿「コンピュータ犯罪と一九八八年のフランス刑法一部改正」前掲(註(62))、を参照。なお、情報処理犯罪全般について Raymond GASSIN, Informatique (Fraude informatique), Repertoire de droit pénal et de procédure pénal, 1995, p.2 et seq. 参照。
- (150) Hervé Croze, L'apport du droit pénal à la théorie générale du droit de l'informatique, J.C.P., 1988, I, 3333, n° 1.
- (151) 恒光徹「フランスの一九八八年コンピュータ犯罪立法について」前掲(註(62)) 九八頁。
- (152) Chamoux, op. cit., n° 3.
- (153) Croze, op. cit., n° 2.
- (154) 恒光徹「フランスの一九八八年コンピュータ犯罪立法について」前掲(註(62)) 九九頁。
- (155) 恒光徹「フランスの一九八八年コンピュータ犯罪立法について」前掲(註(62)) 一〇九頁。
- (156) Croze, op. cit., n° 10.
- (157) Ibid.
- (158) この点については、不正の概念による限定は裁判官により最大限尊重されることとならうとする立法者の認識 (Rapport

René André, *Assemblée Nationale*, n° 744 (1986-1987), p.13.) や、「不正行為の概念は判例によってよく限定されている」ので「この表現はフランス法に適合した申し分のないもの」とする評価 (Chamoux, *op. cit.*, n° 5.)¹⁵⁹⁾ が示されている。

(159) この法案は、その第四条で、「故意に、権限無く、記録されたデータまたはプログラムを取得した者」を罰すべきものとしていた (*Proposition Assemblée Nationale*, n° 352, 5 août 1986.)。

(160) 一九八九年一月二〇日付け毎日新聞夕刊。設置台数を比べると、一九八八年の資料では三〇〇万台と、同時期のわが国の「キャプテン・システム」の四万五〇〇〇台、イギリスの「プレステル」の七万六〇〇〇台と驚異的な開きがある (一九八八年一月三日付け以降連載の読売新聞「生活情報新世紀——ミニテルの冒険——(一)——」)。

(161) Chamoux, *loc. cit.*

(162) Philippe Rosé, *La criminalité informatique*, Presses Universitaires de France, 1988, p.65.

(163) このような見方に否定的な見解として、恒光徹「フランスの一九八八年コンピュータ犯罪立法について」前掲(註(62))九五頁。

(164) このフランスの新しい刑法典については、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス新刑法典』法曹会(一九九五)を参照。なお、同書の情報処理犯罪に関する部分は筆者が翻訳を担当しているので、以下の条文の訳文は同書からそのまま引用する。

(165) 島岡まな「フランスにおけるハイテク犯罪の最近の動向」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集(第三卷) 現代社会と刑事法』成文堂(二〇〇〇)二一九頁。

(166) Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000801164&dateTexte=>> visited on Dec. 26, 2011. 本法の解説として Emmanuel DERIEUX, *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et le droit de la communication*, JCP n° 29, 14 juillet 2004, 1305.

(167) Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, art. 46-1.

- (168) Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, art. 45-I.
- (169) Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, art. 45-II.
- (170) Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, art. 45-III.
- (171) Frédérique CHOPIN, Cybercriminalité, Répertoire de droit pénal et de procédure pénal, 2009, p.3 et seq.
- (172) 渡邊卓也「サイバー関係をめぐる刑法の一部改正」前掲(註(106))二七―二八頁。
- (173) 法案段階で、フランスがこのような改正を選択すれば、サイバー犯罪条約の求める最小限の要求に応えるのにいかなる不都合もなくなるであろう」との指摘もなされていた (Jean-François FORGERON et Virginie PRAT, Le projet de la loi portant approbation de la Convention sur la cybercriminalité, Gaz. Pal., 2004, 1, Doctr. 80.)。
- (174) Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. 前掲(註(166)) 参照。
- (175) 本稿「II 4 (3)」参照。
- (176) 平成二二年版の情報通信白書は、その後のフランスが、デジタル経済を将来の成長のエンジンと位置づけ、包括的な国家戦略「デジタルフランス二〇一二」を発表し、大規模な投資を行おうとしていることを紹介している (総務省編『平成二二年版情報通信白書』(二〇〇九) 八頁以下)
- (177) 島岡まな「フランスにおけるハイテク犯罪の最近の動向」前掲(註(165))一三五頁。
- (178) 佐久間修「情報犯罪・サイバー犯罪」前掲(註(108))一一六頁。

VI むすび

コンピュータ犯罪研究の創始者として知られるパーカーは、一九八〇年代前半の著書の中で、コンピュータ犯罪は一つの犯罪類型ではなくあらゆる犯罪の変異型であって、やがてはこの変異型の方が優勢になり、将来は非コン

コンピュータ犯罪とコンピュータ関連犯罪を区別する意味がなくなるであろう、と述べている。¹⁷⁹ その専門性と結びついた特殊な例外的な犯罪として登場したコンピュータ関連犯罪が、やがてコンピュータ・テクノロジー利用の普及・普遍化・インフラ化にともない増殖し、旧来の犯罪を念頭においた犯罪統制手段を凌駕するにいたることを予言したものと受けとれる。事態は、情報処理と進化する通信テクノロジーとの融合という要因によって、パーカーの予測が前提としていた状況とはその方向性をやや変えたが、コンピュータ・ネットワークに関連する犯罪が、今や不断にそれへの対策を講じなければならぬ普遍的な重要課題となっていることは疑いない。¹⁸⁰

本論文は、このような刑法学の直面する今日の課題を意識しながら、コンピュータ・ネットワーク犯罪対策刑事法制の発展の経緯を跡づけ、今後の方向性を探る作業を試みた。

そこで、まず確認しなければならないのは、わが国最初のコンピュータ犯罪関連立法以降の部分的・断片的といわれる立法的対応が、すでにその中に伝統的な法益保護をはみ出した部分、すなわち情報処理の機能、ひいてはコンピュータ・ネットワークの機能の保護への指向を胚胎していた点である。さらにいえば、一九八七年の最初のコンピュータ犯罪対策立法前夜に、ネットワーク犯罪の捕捉を指向する刑事立法発展を示唆する見方は現れていた。たとえば、「コンピュータ・システムの性能の向上と普及の進展は、通信システムの分野にも波及し、電子交換機等の機器の導入により通信ネットワーク自体がコンピュータ・システムとみなし得るものとなり、あるいはそのようなネットワークを介して複数のコンピュータ・システムの間で情報の通信や処理が行われるようになるなど、コンピュータ・システムと通信ネットワークが融合化し、一体となって情報処理と情報通信を行う『情報システム』を形成するようになりつつある。¹⁸¹ (傍点筆者)」との警察当局の認識などがそれである。

次に、コンピュータの利用に関連して生じた不正行為に直面し、刑事司法と刑法学説が、伝統的な刑法の保障原則をふまえた解釈と、合理的・効率的な犯罪統制を目指す解釈との間で揺れ動きつつ、立法の方向が模索され、わが国独自の情報処理領域の刑事立法が発展してきた経緯を跡づけた。ここでは、フランスのような情報処理犯罪固有の規制に焦点を合わせた総合的立法方式を採らず、既存の処罰の体系を尊重する控えめで現実的な対応を選択したともいえる方法が選択されたことが確認された。それは、刑法システムの枠組みへの大きな変革を避けようとする慎重な姿勢のあらわれかもしれない。大胆な変革を迫る主張に応えるよう、今後の立法が方向を転換すべきなのかはひとまず措くとして、最初の刑事立法以来、特別法を含めたコンピュータ・ネットワーク犯罪関連の刑事規制法制の体系が、情報処理とネットワークの保護の方向性をもって、徐々に形成されつつある現状を注意深くみまもる必要がある。

(179) パーカー『コンピュータ犯罪研究総論』前掲(註(8))「序Ⅺ―Ⅻ」。

(180) 佐久間教授は、刑法典誕生百年に際して、「近年の立法論および解釈論において、刑法典に最も多くの課題を突きつけたテーマが、情報犯罪・サイバー犯罪の領域であり、とくにその背景には、「コンピュータ・ネットワークの構築を契機とした仮想(バーチャル)社会の出現がある」ことを指摘している(佐久間修「情報犯罪・サイバー犯罪」前掲(註(108))一〇八頁)。

(181) 警察庁長官官房編『情報化とセキュリティネットワーク社会への対応』ほうしゅう出版(一九八六)「はしがき」。

変化する司法審査の基準

——合衆国連邦最高裁判所——

青 山 武 憲

はじめに

憲法上、基本的人権を含む基本権を保障する一方で、それをいかに規制するかは、永遠の問題である。それは、換言すれば、憲法で保障された基本権の範囲を確定する問題でもある。

アメリカ合衆国（以降、「合衆国」と云う。）では、基本権規制の合憲性の問題は、最終的に連邦最高裁判所によって判断される。その問題に関連して、こんにちでこそ然程に注目されていないが、一時期、合衆国では、連邦最高裁判所が人格的な権利（または自由）あるいは非経済的な権利（または自由）と財産権あるいは経済的な権利（または自由）との間に二重の審査基準を設けていた。実際、連邦最高裁判所には、取り分け Warren コートから Burger コートに

変化する司法審査の基準（青山）

七九（四一九）

かけての一時期、後者に比して前者に対する憲法の保護を強める扱いをした際立った時代が存したのだ。すなわち、連邦最高裁判所で右の意味の「二重の基準」論が非常な勢いを示し、しかも、かなりの評価を受けた時代が存したのである。

二重の基準論そのものは、後述する如く、必ずしも明確な理論ではない。それがどのような根拠で何に基準を置くかによって様々で一概には論じられないからだ。それでも、右に触れたような「二重の基準」論が注目されるようになったのは、それが G. Gunther と N. Dowling の共著で論じられ、また、Harry H. Wellington がその論文で、Guntherらの共著や *U.S. v. Carolene Products Co.*, 1938⁽³⁾における Stone 判事による法廷意見の有名な「註の四」の考え方に触れながら、それを論じて以降のことである。ただ、H. H. Wellington が正しいとした二重の基準論は、右の如き「二重の基準」論ではなく、政策と原理との区別としてのそれであった⁽⁴⁾。しかし、二重の基準論の多くは、Stone 判事の商業的取引を意識した「註の四」的理解に基づくものである⁽⁵⁾。たとえば、Henry J. Abraham と Barbara A. Penny が、その共著で政府の経済規制が常に寛大に認められているのに対して、非経済的な市民の自由や権利の規制が非常に細密に審査されていると説いた如くである⁽⁶⁾。実際、連邦最高裁判所は、ニュー・デール後も暫時維持したそのいわば古典的自由主義姿勢が Roosevelt 大統領による威圧の影響を受けるやその姿勢を大きく変え、⁽⁸⁾ 経済的な権利あるいは財産権の規制の合憲性の審査を緩めた。それも、その姿勢をかなりの期間維持もした⁽⁹⁾。しかし、そのような連邦最高裁判所の動向に対しては、比較的早い時期に批判的な見解が示された。West Virginia State Board of Education v. Barnette, 1943⁽⁷⁾における Frankfurter 判事の異見や一九五八年の Harvard 大学の Oliver Holmes Wendell 講座において、Learned Hand 判事による疑問が呈された如くである。それらにおいて、自由に関して経済的な価値に比し人格的

な価値を優位させる憲法上の根拠の有無に関する疑問が投げ掛けられたのだ。⁽¹⁰⁾ そのような疑問が呈されたこともあって、一九七〇年代の後期から一九八〇年代の初期にかけて「註の四」的な「二重の基準」論に翳りが現れ始めた。⁽¹¹⁾ してこんにち、そのような理論は、その面影はともかく、影を潜めている。連邦最高裁判所の基本権規制に対する審査には、時代と共に変化が確認されるのだ。

一 「註の四」的「二重の基準」論の盛衰

1 「註の四」的「二重の基準」論の生成

(1) Lochner 時代の連邦最高裁判所

自由規制の審査基準を自由の性格に基づいて差別する結果を齎した「註の四」的「二重の基準」論への思想的萌芽は、憲法上の契約の自由が確と認められたLochner時代に存する。Lochner時代とは、連邦最高裁判所が適正手続規定を実体的に分析してその規定に憲法が明示に定めていない契約の自由の存在を認め、その種の基本権を社会労働立法から守護した時代を云う。それは、通常、一八九七年から一九三七年とされるが、⁽¹²⁾ その時代の原理であるいわゆるLochner主義は、適正手続規定における「人」の中に法人を含めたSanta Clara County v. Southern Pacific Railroad Co., 1886⁽¹³⁾や州のいわゆる禁酒法違反が争われたMugler v. Kansas, 1887⁽¹⁴⁾に芽生えた原理である。とりわけMugler事件で、連邦最高裁判所は、立法府がその権限を超えているか否かの問題と取り組む場合に単に事の形式あるいは外形だけでなく、事の実質あるいは中身に目を向けることができるとし、公衆の衛生、道德若しくは安全を守る為の立法が実質的にその目的と関係を持っているか否か、憲法上の権利を侵害していないかどうかを審査する責務

を有するとしたのである。⁽¹⁵⁾ そのような動きの延長上で、*Allgeyer v. Louisiana*, 1897⁽¹⁶⁾ および *Lochner v. New York*, 1905⁽¹⁷⁾ において、合衆国憲法修正(以降、「修正」と云う。)一四条の適正手続によって不当な政府の侵害から憲法に明示に規定されていない契約の自由と云う実体的な権利が保護されることが、連邦最高裁判所によって確と認められた。連邦最高裁判所が、合理的な理由も無く経済的基本権を規制しているとして実体的適正手続論を説き、Holmes 判事が Herbert Spencer の「社会静学」(Social Statics) 的論法と批判した判決を繰り返す時代に入ったのだ。この Lochner 期は、連邦最高裁判所が社会労働立法を拒否し続けたことから、自由放任主義と評された古典的リベラリズムと云うことばによって特徴づけられた時代なのだ。ただこの Lochner 時代に、経済的な基本権だけでなく、同じ法理で非経済的な基本権が認められたことも看過されてはならない。たとえば、*Meyer v. Nebraska*, 1923⁽¹⁹⁾ で、身体的自由権だけでなく有益な知識を取得する権利や婚姻をする権利等が精神的な自由権や身分的な権利として確認されたし、また、*Pierce v. Society of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary*, 1925⁽²⁰⁾ で、両親や後見人の子供を養育および教育する自由も認められた如くである。⁽²⁰⁾ 実体的適正手続で保障される自由の範囲が拡大されたのだ。それでもその時代、それらを規制する合憲性の審査基準が経済的自由のそれと区別されたわけではなかった。合理性の審査基準が最初に用いられたのは、*Munn v. People of State of Illinois*, 1876⁽²¹⁾ と思われるが、その時代、基本権の性質に関係なく、その審査基準がすべての自由の規制に関して貫かれたのである。⁽²²⁾

その Lochner 時代、Roosevelt が大統領になると、連邦最高裁判所に変化が現れた。*Nebbia v. People of New York* (一九三四) で州の農業・市場法の下でミルク規制委員会によるミルクの販売価格の規制の合憲性が認められたのだ。⁽²³⁾ 経済的自由に対する強い保護が緩和されたのだ。それでも、*Nebbia* 事件は、Lochner 時代の終焉を意味しなかった。

その後も、*United States v. Butler*, 1936では、農業調整法下の課税が違憲とされたし、*Carter v. Carter Coal Company*, 1936でも、石炭産業を規制する立法が無効とされたのだ。⁽²⁵⁾ *Lochner* 主義が真に覆されたのは、婦人の最低賃金規制を認めた *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 1937⁽²⁶⁾ においてであったのだ。⁽²⁷⁾ *Lochner* 時代、連邦最高裁判所は、取り分け経済的実体的適正手続の領域で政府の行為に対してほぼ反抗的あるいは否定的であったのだ。

しかし、その *Lochner* 時代、*Holmes* 判事、*Roscoe Pound*、*Cardozo* 判事に見られる如く、実用主義を法解釈学に持ち込み、彼らが自由放任主義的なものと看做した *Lochner* 主義と対峙する動きが存在した。またいわばニュー・リベラリズムへの姿勢を有した *Holmes* 判事には、*Abrams* 事件におけるいわゆる明白で差し迫った危険のテストの法理において、「危険なあるいは悪性の傾向」(dangerous or bad tendency) 論の延長上の) 明白で現在の危険が説かれた *Schenck* 事件⁽²⁸⁾ 以上に言論の自由を強く保護する考え方も確認された。⁽²⁹⁾ 合理性の基準に関する変化こそなかったが、連邦最高裁判所の内外で、社会労働立法の擁護や、就中言論あるいはプレス⁽³⁰⁾ の自由に対する思い入れの動き、二重の基準論への滴となる動きが存したのだ。

(2) 二〇世紀半ばの連邦最高裁判所

連邦最高裁判所は、一九三四年の *Nebbia* 事件判決および一九二七年の *West Coast Hotel Co.* 事件判決において経済的実体的適正手続の分野における政府の規制に対する攻撃的な姿勢から後退する兆候を示した。予てより、連邦最高裁判所は、政府による規制の目的と方法とを審査する方法によって立法に挑戦する姿勢をとって来たが、これらの判決で立法に対して敬意を払い始めたのである。それらの判決において契約取り決めの最も基本的なことを規制する立法が、肯認されたのだ。⁽³¹⁾

West Coast Hotel Co. 事件以降、一九四〇年代および一九五〇年代を通じて、連邦最高裁判所における経済的実体的適正手続に係る立法尊重の姿勢は、常態化した⁽³²⁾。その事件以降、個人の経済的権利は、政府の規制によって縮減されたのだ。Lochner 主義に批判的で法曹界で際立った存在であった Holmes 判事、R. Pound、L. Hand、Charles Warren らの影響を受けて、経済的あるいは社会的労働立法の審査に際して司法の謙抑主義が現実化し始めたのである。

Lochner 時代の終焉間もなく、一九二七年には、連邦最高裁判所による「二重の基準」論の明確な予兆が現れた。第一級殺人で有罪とされたことが問題となった *Palko v. State of Connecticut*, 1937⁽³³⁾ においてである。その事件で、Cardozo 判事が、「権利の章典」が保障しているものを基本的なものとし、また、それらは修正一四条に吸収して含まれているとして、そこに含まれた言論の自由に関する規制が経済規制に用いられた審査に比してより厳しい審査を受けることを示唆したのだ⁽³⁴⁾。州際通商に係る *Carolene Products Co.* 事件では、さらに明確な予兆が現れた。その事件の法廷意見で Stone 判事が付した「註の四」⁽³⁵⁾が、それである。そこで Stone 判事は、憲法が修正一〇条までの規定において文面上立法を特別に禁止していると思われる場合には、立法に対してなされる合憲性の推定は、比較的に狭くなる旨を述べたのだ⁽³⁶⁾。したがって、憲法上の権利に係る立法について合憲性が推定されるものとそうでないものがあることが示唆されたのである。したがって、一定の権利に関する立法府の判断に対して司法が尊重する場合とそうでない場合とがあることが示されたわけである。より具体的には、通常の商業取引に係る立法に対する合理的な司法審査と「権利の章典」上の権利に係る立法に対するより厳格な司法審査とがあることが示されたのである⁽³⁸⁾。

その後、*Skinner v. State of Oklahoma, ex rel Williamson*, 1942⁽³⁹⁾では、常習犯罪者に対して一応に適用されるわけではない差別的な強制避妊を定めた州法について厳しい審査が行われた。連邦最高裁判所は、「不愉快な差別」と云

うことばを用いて、差し迫った政府の目的が無い限りそのような差別に従来の合理的審査と異なる基準を用いたのだ。その際、婚姻や生殖は人種の存続に基本的なものとされ、人の基本的な市民権の一つと看做されている。そして、避妊に関する権限が行使されると、名状し難い極端に破壊的な結果が齎らされ得るとされ、避妊は、永遠に基本的な自由の一つを奪うものとされたのである。その結果、州が避妊法で行う差別に対する厳しい審査は、「不愉快な差別」がなされないようにするために不可欠のものとしてされたのである。⁽⁴⁰⁾ この *Skinner* 事件は、連邦最高裁判所における「二重の基準」論の走りといえるものであった。

それ以前、多数意見とはならなかったが、*Stone* 判事は、信教を理由として国旗敬礼を拒絶したことで事件化した *Minersville School District v. Gobitis*, 1940の反対意見で、少数者が有する修正一条および修正一四条の自由に対する規制立法に対する入念な司法審査の必要を説いていた。⁽⁴¹⁾ そこで示されたいわば非経済的な自由を強調する主張は、*Stone* が連邦最高裁判所長官（以降、「長官」と云う。）となった後、更に明確なかたちで説かれた。*Skinner* 事件と同じ年、*Jones v. City of Opelika*, 1942の反対意見において、修正一条は言論の自由や宗教の自由をそれらを一掃しようとする差別的な試みから守っているだけでなく、その条項と修正一四条とによってそれらの自由を優越的な地位 (preferred position) に置いている旨を述べたのだ。⁽⁴²⁾ *Stone* 長官は、修正一条に注目しながら、このいわゆる優越的な地位の理論によって、成文となつている自由と成文化されていない契約の自由との間に解釈上の楔を打ち込んだのだ。そのような *Stone* 長官の見解が連邦最高裁判所の意見として受け容れられたのは、宗教的出版物の販売に免許税を課した州の条例の合憲性が問題となり、*Douglas* 判事が法廷意見を述べた *Murdock v. Com. of Pennsylvania*, 1943においてであった。そこでプレスの自由、言論の自由および信教の自由が優越的地位にあることが確と認められたのだ。⁽⁴³⁾

この優越的地位の理論は、一九五〇年代の初期まで、かなりの裁判官によって陰に陽に認められている。⁽⁴⁴⁾

第二次世界大戦中の強制収容に係る *Korematsu v. United States*, 1944⁽⁴⁵⁾では、民族的な存続が政府の強度の利益であることが認められ、特定の人種の公民権を制限するすべての法的規制が、差し迫った公共の必要がある場合を別として、「直ちに疑わしい (immediately suspect) 差別」として最も厳しい審査に服するとされた。⁽⁴⁶⁾ *Korematsu* 事件では、軍当局によって示された背信行為の証拠が認められて、強制収容の違憲性は否定されたものの、ここで示された *Skinner* 事件における厳しい審査から最も厳しい審査への変化は、将来、差別の問題における合憲性の審査の三重の基準⁽⁴⁷⁾の出現を暗示させるものであった。

一九五三年に *Warren* コートが誕生すると、一定の差別および一定の人格的、非経済的権利に係る事件において政府の行為に対して強められた審査 (*heightened scrutiny*) がなされるようになり、他方で、経済的権利に係る事件では、合理的な審査がなされた。そのような動向を反映して、一九六〇年代から一九七〇年代の初期にかけては、すなわち、*Warren* コートおよび初期の *Burger* コートにおいては、「二重の基準」論は、憲法判断に際しての中心的な地位を占めるようになっていく。⁽⁴⁸⁾

(3) 「二重の基準」論と基準の変化

一九六〇年代に入ると、連邦最高裁判所は、日曜日法と修正一条との関係の問題に取り組んだ。⁽⁴⁹⁾ その際、*Warren* 長官には、日曜日を休日とすることが宗教色を失い始めており、その日に前週の労働からの回復と次週の労働への準備の日とする世俗性を認め、問題の法律を宗教を支援するものではないとする考えがあった。⁽⁵⁰⁾ このような問題における合憲性の審査は、合理的な根拠の基準によって行われた。⁽⁵¹⁾ ところがその二年後、*Warren* コートに変化が現れた。

Sherbert v. Verner, 1963) おいて、土曜日を安息日とする安息日再臨派 (Seventh-day Adventist) に係る事件で、修正一条の権利を規制するには、「強度の州益」が必要とされたのだ。⁽⁵²⁾ 「厳格な審査」がなされたのである。その後の二〇年間、連邦最高裁判所は、*Wisconsin v. Yoder*, 1972⁽⁵³⁾ を例外として、同種の事件でこの「強度の国 (あるいは州) 益」のテストを用いている。⁽⁵⁴⁾ 因みに、*Yoder* 事件では、特定宗派の信徒の子供に対する教育の強制が問題となったが、義務教育制を採る州に基本的な教育の管理と期間に関して合理的な規制権が認められた。したがって、この時期、信教の自由の問題に係る二重の基準が存したのである。

そのような動きの中で、修正一条の言論の自由に関連した変化は、信教の自由の領域におけるほど劇的ではなかった。しかし、それよりも複雑であった。一九六〇年代および一九七〇年代は、連邦最高裁判所が言論の自由に係る複雑な問題に対処できる概念上の枠組みの構築と取り組んだ時代であった。その取り組みには、先ず、喧嘩ことば⁽⁵⁵⁾、猥褻な言論⁽⁵⁶⁾、児童ポルノ⁽⁵⁷⁾ および (差し迫った無法の行為を志向した言論と云う) *Brandenburg* テストを適用した暴力の扇動⁽⁵⁸⁾ といった内容に基づいて保護されない言論と云う範疇を設けた範疇化があった。この範疇の言論には、部分的にはあったが、名誉毀損や商業言論も含まれた。それらのうち全く保護されない範疇の言論は、非言論であるかのよう⁽⁵⁹⁾ に規制された。それらは、社会にとって価値が最も少ない (*de minimis*) あるいは無価値なもので、修正一条によって保護されないとされたのだ。また部分的に保護されないとされた範疇の言論の規制は、保護された言論に比してより緩やかな審査に服した。⁽⁶⁰⁾ したがって、連邦最高裁判所には、修正一条の言論に関連して、厳しい審査を受けるものとそうでないものとの二重の審査が存することになったが、より精確には、保護される言論、部分的に保護されないもの、および保護されないもの⁽⁶¹⁾ と云う種別が存することになったわけである。

連邦最高裁判所によれば、この言論の自由は、プレスの自由、平穩な集会の権利および苦情の救済を請願する権利と同根のものとされている。⁽⁶¹⁾ それらを表現の自由と云うことばで総括できるとすれば、⁽⁶²⁾ その表現の自由に係る連邦最高裁判所の扱いには、表現の内容規制はもとより、不公平な差別が無ければ、場所、時、手段あるいは方法による規制が可能なことに鑑み、⁽⁶³⁾ 多様な審査基準の存在が確認される。それ故、視点次第では、単純に二重の基準を論ずることとはできない。⁽⁶⁴⁾ たとえば、一九三九年、連邦最高裁判所には、言論の規制を判断する重要な要素として場所に注目したパブリック・フォーラム論が現れた。⁽⁶⁵⁾ 連邦最高裁判所は、官有地を私有地と同じ理屈で支配できるとする *Davis* 法理⁽⁶⁶⁾ を放棄し、街路や公園や公有地等について集会のために広範にあるいは制限的に使用することを市民の権利として認め始めたのだ。Kalvin の小論あるいは Robert 判事に由来すると思われるこのような理論が連邦最高裁判所に現れたのは、*Hague v. C.I.O.*, 1939 においてである。⁽⁶⁸⁾ このフォーラム論は、以降、およそ七〇年間、かなり論じられるが、一九六〇年代および一九七〇年代になると、連邦最高裁判所における「フォーラム」の分析は、非常に流動的となった。⁽⁶⁹⁾ たとえば、*Police Dept v. Mosley*, 1972⁽⁷⁰⁾ では、それが修正一条と密接に関連した平等の保護の問題としても論じられた。⁽⁷⁰⁾ その後一九八〇年代に入ると、州立大学の学生宗教団体によって大学のオープン・フォーラム政策に対してなされた異議が事件化した *Widmar v. Vincent*, 1981 を契機として、⁽⁷¹⁾ その理論には、従来論じられた伝統的パブリックでもノン・パブリックでもない第三のフォーラムが生まれた。⁽⁷²⁾ 制限されたあるいは指定されたパブリック・フォーラムである。このパブリック・フォーラム論と時や方法による規制とが密接であることは、論ずるまでもない。たとえば、開放された公の場所における門限による規制は可能であるし、⁽⁷³⁾ また、場所次第では、音量や無秩序な行動を規制することが認められる如くである。⁽⁷⁴⁾ なを、最近では、言論の自由を支持するためにパブリック・フォーラムの

分析は必要ではなく、その種の分析に変えて古い起源を有する自然的あるいは基本的な財産権に基づいた警察権の分析によって論ずる仕方が現れている。上位の権威によって正当に規制されない限り、人はあらゆる所で広範な言論権を持つと云う主旨の見解を示しているのである。⁽⁷⁵⁾

連邦最高裁判所では、言論の自由と云うことは、取り分けプレス（新聞）の自由と云うことばと互換的に使用されている。その場合、その自由を享受する手段である印刷によるメディアと電波によるメディアとは、当然に法的扱いに差異がある。印刷メディアの規制は、電波メディアのそれに比してより厳しい審査を受けるのだ。電波メディアの場合、電波の稀少性を認めそれを公のものとする考え方があり、⁽⁷⁶⁾その規制の審査は、前者に比してより緩やかになるのだ。その意味では、この言論の手段に鑑みた「註の四」的ではない二重の基準論が可能となる。

平等に係る分野における政府の行為に対する審査基準は、一九六〇年代および一九七〇年代非常に厳しさを強めた。この平等の問題に関する審査基準の変化の予兆は、既に *Hirabayashi v. U.S.*, 1943⁽⁷⁷⁾ & *Korematsu* 事件等に存した。少しく既述したが、それらにおいて、連邦最高裁判所は、専ら人種に基づいた差別を「不愉快な」ものと述べ、⁽⁷⁸⁾また「直ちに疑わしい」ものとして最も厳しい審査に服する旨を宣したのである。⁽⁷⁹⁾ Warren コートは、それらの判例を踏んで、異人種婚姻に係る *Loving v. Virginia*, 1967⁽⁸⁰⁾において、人種差別を「不愉快な」なものとし、それを正当化するには「正当で最も重要な目的」(legitimate overriding purpose) が必要であると宣べている。⁽⁸⁰⁾ 一九七一年にも、在留外国人に対する福祉法上の差別が問題となった *Graham v. Richardson*, 1971⁽⁸¹⁾において法廷意見を宣べた Blackmun 判事が、伝統的な平等の保護の原理の下では、合理的な理由がある限り、州に経済および社会福祉の分野における差別に対する広範な裁量権があるが、しかし、在留外国人に対する差別は、民族性あるいは人種に対するものと同様、元々疑わ

しいものであり、司法の精査に服すると宣べている。その際、Blackmun 判事は、一つの階層としての在留外国人は、分散し孤立した少数の典型的な例であるとし、彼らのために強められた司法の配慮は適切であるとも宣べている。⁽⁸²⁾しかし、そのGraham 判決後程なくして、連邦最高裁判所は、二つの分野で在留外国人に関連して合理性の根拠の基準を用いている。その基準によって、先ず、在留外国人を行政、立法あるいは司法の広範な公共政策の形成、執行あるいは審査に直接に参加する重要な任命職の職位から排除したのである。⁽⁸³⁾在留外国人に対する伝統的な厚遇を貶める意図はないとしながらも、外国人が民主的な政治機関へ参加することを排除した州の歴史的権限を認めた Sugarman 判決⁽⁸⁴⁾の考え方を拡大して、「州の特権」に対する司法の審査を緩和したのである。⁽⁸⁵⁾次に、連邦最高裁判所は、移民および帰化に関しても連邦議会の裁量権を広く認めている。連邦業務に係る雇用事件で個々の州が受け入れることができない特別の連邦立法を正当化する非常に重要な国益の存在を認めたのである。⁽⁸⁶⁾連邦最高裁判所は、平等な保護の分野ですべてを厳しい審査に付させるどころではなく、分野次第では、合理的根拠の審査基準への回帰をしたわけである。ただ、平等に係る問題について、連邦最高裁判所が単に経済的な基本権と非経済的な基本権に基づく「註の四」的な「二重の基準」に限られないこと、および、一九七二年には既に、G.Gunther がその問題に係る審査の多様性を認めていたこと⁽⁸⁷⁾は、看過されてはならない。この頃、連邦最高裁判所は、たとえば、性に係る問題で、Reed v. Reed, 1971⁽⁸⁸⁾では合理的根拠の審査を、Weinberger v. Weinberger, 1975⁽⁸⁹⁾では厳格な審査を、そして Craig 事件⁽⁹⁰⁾では、中間的審査を行って⁽⁹¹⁾もいる。連邦最高裁判所による審査に三重の基準が確認されるのだ。

そのようなこともあって、一九七〇年代後期から一九八〇年代初期になると、「註の四」的な「二重の基準」論に対する注目は薄れ始めた。特に一九八六年に Rehnquist 判事が長官に昇格すると、「二重の基準」論に対する執着は、

明らかに失われ始めた⁹²。より普遍的な審査の基準が、模索され始めたのである。

そのことに関連して Stone 判事が注目した適正手続との関係については、次項の中心的問題として改めて論ずる。

2 「註の四」的「二重の基準」論の後退

(1) 「二重の基準」論の絞り込みの可能性

もともと Hughes 長官の考え方に依拠した Stone 判事による *Caroline Co.* 事件における「註の四」は、連邦最高裁判所によるその後の「二重の基準」論の起源となったものである⁹³。Stone 判事による「註の四」を典拠としている「二重の基準」論は、多くの人が最も口にするところなのだ。そこでは、本文規定と相まって経済分野における基本権の規制に関する司法審査を緩和するが、次のような場合には、緩和されることが示唆された。第一に、立法が憲法規定上特別に禁止された範囲内にあるかどうかを審査する場合、第二に、立法が投票権、情報の伝播、政治組織等の政治過程を制限するものか否かを審査する場合、第三に、立法が宗教的、民族的あるいは人種的な少数に向けられた偏見であるか否かを審査する場合である。これらのうち第三のものについては、経済的自由と人格的自由との識別とは必ずしも結びつかないが、Stone 判事には、それら二つの種類の自由における司法による審査基準の差異と経済的自由に対する人格的自由の優先とを説く底意が、明らかに確認された。

この「註の四」的な「二重の基準」論が発展したについては、次のような理由があった。適正手続に係る連邦最高裁判所の解釈に変化が生まれたことである。適正手続が実体的権利をも保護しているか否かについては、こんにち依然として意見の一致があるわけではない⁹⁴。南北戦争以前の連邦および州の判例は、適正手続規定を手続的権利に関する

るものと解していた。否、南北戦争後も暫らくの間、連邦最高裁判所は、経済的自由を適正手続条項によって保障したわけではなかった。その条項によって実体的権利の保障が認められたのは、一九世紀末、*Allgeyer v. Louisiana*, 1897⁽⁹⁵⁾においてである。折しも、経済的格差の発生に伴い、社会的不平等を是正する民主的な動きが生まれていた。社会福祉立法への動き、立法による社会的経済的規制による配分的正義実現の動きである。この動きに立ちほだかったのが、実体的適正手続であった。Lochner時代の連邦最高裁判所が、適正手続規定によって実体的な自由を保障する動きを示し、平均的正義保持の姿勢を示したのだ。法学における社会学的な動きを法哲学の動きと同視し、社会の動きや法の運用を重視したR.Pound⁽⁹⁶⁾は、そのようなLochner時代初期の事象に実体的適正手続と契約の自由あるいは経済的自由との同一化を読み取った程であった⁽⁹⁷⁾。連邦最高裁判所は、経済的自由も警察権によって規制されることを認めながらも、その警察権についても、経済的実体的適正手続の下で規制の目的とその方法とは制限されるとして経済的自由を保護する動きを示したのだ⁽⁹⁸⁾。一九世紀後半から二〇世紀に入って暫くの間、合衆国は、民主制の論理(*logique de la democratie*)に立脚して経済あるいは労働の社会状況に配慮した政策を企てた連邦議会あるいは州議会の民主主義と憲法の論理(*logique de la constitution*)に立脚して国権の支配から解放される原理を貫こうとした連邦最高裁判所の自由主義との二つの原理の相克の時代あるいは、(合衆国がリベラリズムを建国のイデオロギーとしていることに鑑みれば)、いわば古典的リベラリズムとそれを修正しようとするニュー・リベラリズムとの抗争の時代であったのだ。Keynesの影響を受けた政策で民衆の支持を得ていたRoosevelt⁽⁹⁹⁾は、一九三七年、Adam Smith的に古典的な自由の砦となっていたといわれるLochner時代の経済的実体的適正手続⁽¹⁰⁰⁾との争いに勝利した大統領であった。彼は、有名な炉辺談話によって、Lochner主義を維持する連邦最高裁判所に圧力をかけ、社会計画推進立法に対する実体的適正手

続を用いた連邦最高裁判所による妨害を抑え込んだのだ。⁽¹⁰⁾ この時期の合衆国憲法の政策と原理との衝突が顕現した時代は、他には少ない。そして一九三七年は、いわば政策が原理に勝利した年であった。

第二次世界大戦後、*Lincoln Fed. Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co.*, 1949⁽¹⁰²⁾では、最早適正手続の下で経済規制は精査されなかった。その事件で法廷意見を宣したBlack判事は、Lochner主義を貫きたいわゆるAllgeyer-Lochner-Adair-Coppage憲法論等に触れながらも、他方で、*Nebbia*事件⁽¹⁰³⁾における動きや、*West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 1937⁽¹⁰⁴⁾、*United States v. Darby*, 1941⁽¹⁰⁵⁾、*Phelps Dodge Corp. v. National Labor Relations Board*, 1941⁽¹⁰⁶⁾の姿勢に注目して、連邦であれ州であれ、それらの立法府が事業や産業の状況を抑止しようとする場合にも公共の福祉に反すると云う理由で厳しく締め付けられているので、適正手続条項が極端に広く解釈されることは最早無い旨を述べ、立法に対する信頼を示したのだ。そのような動きに対して、William O. Douglas判事は、*Nebbia*事件から*Day-Brite Lightning, Inc. v. State of Missouri*, 1952⁽¹⁰⁷⁾に至る一連の判決に注目しながら、一九五五年に経済的実体的適正手続の完全な死を宣言している。⁽¹⁰⁸⁾ 二重の基準について論じたWellingtonによれば、以降、経済立法に関する司法審査は最小 (*de minimis*) となり、善かろうと悪かろうと、司法は、厳しく自己規制をしたと云うことである。⁽¹⁰⁹⁾

R.PoundのLochner時代初期についての論究にも拘わらず、Lochner時代、単に経済的自由だけでなく、たとえば*Meyer v. Nebraska*, 1923⁽¹¹⁾や*Pierce v. Society of the Holy Names of Jesus and Mary*, 1925⁽¹¹⁾等において、実体的適正手続規定に基づき人格的自由等が既に認められていたことについては、既に述べた。それでもその時代、それらの自由に対する規制が経済的自由のそれに比して厳格な司法審査を受けていたわけではなかった。それが実体的適正手続規定の下で司法部による強い保護を受けたのは、プライバシーが問題となった*Griswold v. Connecticut*,

1965⁽¹¹⁾においてなのだ。West Coast Hotel Co. 判決は、連邦最高裁判所による経済的実体的適正手続の放棄の信号を送った分岐点たる判決と評されているが、Douglas 判事による Griswold 判決もまた、適正手続規定からその規制に厳しい審査を受ける基本権を導き出した分岐点と評される判決なのだ。⁽¹⁴⁾ それは、Randy E. Barnett が「註の四プラス」と呼んだ⁽¹⁵⁾ 実体的適正手続時代の先触れをなした判決なのだ。この Griswold 事件において、Roosevelt 大統領による連邦最高裁判所裁判官の政治的任用によって死滅したかのように見えた実体的適正手続の特質が、いわば復活したのである。このような動きの根底には、*Poe v. Ullman*, 1961⁽¹⁴⁾ における Douglas 判事と John Harlan 判事の反対意見があった。Douglas 判事が、明示に規定されていない憲法上保障される自由の広さを説く一方で、社会立法に対する審査基準との違いを述べていたし、⁽¹⁶⁾ Harlan 判事も、司法の役割を説き、修正五条や同一四条の適正手続に存する憲法が保護している自由である個人の自律を定義し確立するように述べた一方で、適正手続規定における自由を規制する立法に厳格な審査がなされるべきものがあることを説いていたのだ。⁽¹⁷⁾ 斯くして、連邦最高裁判所は、「註の四」の範囲を超えた憲法で列挙されていない権利を司法の解釈で採用しその保障を強めることによって新たな実体的適正手続の茂みに入り込んだのだ。⁽¹⁸⁾ かつて「註の四」で憲法上認められた明示の権利と同様に、新たに導き出された権利の中にも厳格な審査に服するものがあることが認められたのである。R.E. Barnett によれば、このような「註の四プラス」を説く、したがって、Griswold 判決等に固執する人々を『再構築された』Roosevelt ニュー・デール法学者」と呼ぶことができる⁽¹⁹⁾ と云うことである。その後、たとえば、避妊権を未婚者にも拡大した *Eisenstadt v. Baird*, 1972⁽²⁰⁾ 墮胎を選択する女性の権利に係る *Roe v. Wade*, 1973⁽²¹⁾ あるいは一六歳未満の者に対する避妊具の販売等を禁ずる州法が問題となった *Carely v. Population Servs. Intl*, 1977⁽²²⁾ における性や生殖のような問題に係る個人の権利を確定するに際し

ても、適正手続条項の下で保障されている自由に重要で絶対的な範囲を有しているものがあることが認められている。R.E. Barnett が説くように、「註の四プラス」が、実体的適正手続規定の中に「註の四」で述べられた憲法上明示の自由や権利と同様のそれらの規制に強められた審査を受けるものがあると云うのであれば、「註の四」的な「二重の基準」論ではなく、二重の基準論を専ら修正五条や同一四条の実体的適正手続規定における自由に限って厳しい審査を受けるものと合理的な審査を受けるものとを説くことこそ、適切となる。その規定の中の自由について異種性の存在を示すことが可能だからであり、他方で、憲法で明示に規定されている自由に限っても、その規制に必ずしも厳格な審査がなされるとは限らない場合があるからである（尤も、右の適正手続規定における自由について、何種あるかの問題があり、他方で、明示に規定されている自由についても、何種の審査基準があるかの問題があるが）。

(2) 「二重の基準」論の後退

「二重の基準」論の花が開いたのは、一九六〇年代の Warren コートから一九七〇年代初期の Burger コートにかけてである。⁽¹²³⁾たとえば、信教の自由が問題となり、精密な審査の時代に入った *Sherbert v. Verner*, 1963⁽¹²⁴⁾ 学校長による言論の自由の規制が問題となった *Tinker v. Des Moines Independent Community School*, 1969⁽¹²⁵⁾ 人種の差別がなされている公共の施設の利用に際して治安の妨害が問題となった *Brown v. Louisiana*, 1966⁽¹²⁶⁾ アマン派 (the Amish) の親子の教育問題に係る *Wisconsin v. Yoder*, 1972⁽¹²⁷⁾ 等は、「二重の基準」論が確認されるのである。

しかし、一九八〇年代に入ると、Burger コートにおいて「二重の基準」論に後退の兆しはつきりと現れた。たとえば、アマン派は、社会保障給付の受領を禁止していただけでなく、社会保障制度のための納税をも禁じていたが、そのアマン派に対しては、社会保障税が限定的に免除されていた。そのアマン派にもなされた課税権の行使と信教の

自由との問題が事件化したのが、*United States v. Lee*, 1982¹²⁸であった。その事件において、Burger 長官による法廷意見は、州には課税を命ずるに際して「非常に重要な政府の利益」(an overriding government interest) を立証する責任があるとし、課税と抵触する宗教上の信念も社会保障制度を支えるために(宗教的信念をもつ)雇用者に対して課税に抗するための根拠を与えるものではないと説いたのだ。¹²⁹それも、社会保障制度のために義務的且つ継続的にその制度に参加させ、また税を確保する政府の利益は、非常に重要であると説いたのだ。¹³⁰その事件で同意意見を述べた Steven 判事は、特別に法律の適用の免除を受ける特異な理由があることを立証する責任は信教者の側にあると云う見解を示している。¹³¹それ以外の Stevens 判事の見解は、*Goldman v. Weinberger*, 1986 および *O'Lone v. Estate of Shabazz*, 1987¹³³において結実している。それらのうち Goldman 事件とは、軍隊と云う特殊な分野におけるもので、正統派ユダヤ教徒の信者が勤務中に空軍の服装規範に反してヤルムーク (yarmulke) を被っていたことで懲戒処分を受けた事件であった。Rehnquist 判事は、その事件で、軍務の本質を個人の欲求や利益を軍務の必要に従わせることにあるとした。¹³⁴そして、修正一条を根拠にして異議が唱えられた軍規を審査する場合には、市民社会を規制する法規に対して憲法に基づいてなされる審査の場合に比して遥かに敬意が払われるものであると述べた。¹³⁵それも、司法裁判所が宗教的に動機づけられた行為を軍の必要によって特別に制限することが正当化されるかどうかを審査するときには、特別の軍役の重要性に関する軍当局の専門的な判断に対して大いなる敬意を払わなければならないとも述べている。¹³⁶次に、O'Lone 事件は、監獄規制と公民権とが衝突した事件であった。収監されているイスラム教徒による勤行 (Jumu'ah) への出席を妨げた獄吏の行為が事件化したのだ。この事件でも、長官となった Rehnquist が法廷意見を述べた。そこで彼は、判例を引用しながら、収監者も修正一条によって保護されるが、収監と云う事実と適切な監獄管理に伴う制

限を受けるとし、⁽¹³⁸⁾ 監獄規制を厳しい審査基準ではなく、合理性の審査基準を用いて合憲とした。長官によれば、司法裁判所がそのように合理性の審査基準を用いたのは獄吏に対して敬意を示すためである。⁽¹³⁹⁾ 一九八〇年代後半、連邦最高裁判所は、このいわゆる特別権力関係と云える領域以外に於ける判決でも「二重の基準」論を重用しなかった。たとえば、Burger から Rehnquist へ移行した年、テクノロジーが人の魂を奪っていると信ずるアメリカ原住民によって連邦の社会保障番号の使用の合憲性が争われた *Bowen v. Roy*, 1986)において、⁽¹⁴⁰⁾ 法廷意見と共に Powell 判事や Rehnquist 判事が加わった意見を述べた Burger 長官は、社会保障番号の使用が信教の自由条項の下の原住民の権利を侵害することはないと断じたのである。⁽¹⁴¹⁾ その際、長官は、信教の自由の条項は政府が個人に対して行ってはならないことを規定しているが、個人が政府から引き出し得るものについて定めたものではないとしながら、政府の内部的な手続行為を指図することになるような個人の権利を否定している。⁽¹⁴²⁾ そして厳格な審査を否定し、社会保障番号は宗教上中立的で、正当で重要な公益を促進するためのものであり、その目的を促進する合理的な手段と解したのである。⁽¹⁴³⁾ Rehnquist が連邦最高裁判所長官に就任したのは、一九八六年のことであった。Rehnquist が長官になると、原住民が宗教的な目的で使用していた国有林地地域の道路建設や伐採を許可する森林局の計画が争われた *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Ass'n*, 1988)において、⁽¹⁴⁴⁾ 右の計画のための強度の必要性についての政府による立証責任は否定された。⁽¹⁴⁵⁾ それも、法廷意見を述べた O'Connor 判事は、修正一条がすべての市民に同様に適用されるものであること、信教の自由を侵さない公共の計画に関する拒否権を何人にも与えていないこと、および、多くが宗教的信念に基づく様々な競合する政府への要求を憲法は調整していないし、裁判所が調整できるわけではないことを論じながら、そのような調整の任務は、立法府その他の機関に属するとして、⁽¹⁴⁶⁾ 司法権の限界を論じている。

S. Buchanan は、その Rehnquist 長官期の連邦最高裁判所を専ら合理性の根拠に基づいた審査による解決法をより普遍的に用いる方向へと顕著な動きを示した裁判所と解している。¹⁴⁵

二 基本権の審査基準

1 二重の基準の不明性と「二重の基準」論の不完全性

合衆国憲法は、権利の目録が少ないと云う特徴を持つが、その修正一条は、珍しく信教の自由、言論の自由、プレスの自由、平穏な集会の権利および苦情の救済を政府に請願する権利と、僅かとは云え、権利の目録を掲げている。連邦最高裁判所は、それらのうち信教の自由を除く自由や権利を同一のものとしてではないが、不可分の同根の権利と看做した¹⁴⁶。そのような権利の行使に限っても、非経済的なもの、経済的なものおよびその選別が困難なものがあることは、改めて論ずるまでもない。一体、「二重の基準」論は、非経済的なものとそうでないものとの二つに大別したことに当初より無理があった。それも、類似の大別は、その他にも可能であった。たとえば、宗教的なもの・非宗教的なもの・その選別が困難なもの、政治的なもの・非政治的なもの・その選別が困難なもの、文芸的なもの・非文芸的なもの・その選別が困難なもの、学問的なもの・非学問的なもの・その選別が困難なもの等々種々存在し得るからである。同様のことは、「権利の章典」が定める権利全部についても云える。たとえば、Heller 判決による武器を携帯する権利¹⁴⁷(修正二条)の解釈が正しいとした場合にも、研究の対象としてその権利を主張する場合とその他の場合、文化あるいは趣味としての武器の所有と自己防衛のためのそれとでは、規制の基準は異なり得るのである。その他にも、たとえば、販売のため、展示のため、その他と携帯の態様は種々である。さらに、修正一条に戻って、たとえば、

既述した如く、プレスあるいはメディアの自由に限っても、印刷（あるいは活字）メディアと電波（あるいは放送）メディアとでは、規制に基準の違いが存在し得る。¹⁴⁸ この分野には、近年、ワイヤ・メディア（we-dia）あるいはwe-media）と云う分野も現れている。更にまた、コミュニケーション・メディアと一般人との間で規制の基準の異同の問題もある。¹⁴⁹ 平穏な集会の権利についても、集会の目的・内容、集会の時間、屋内集会と屋外集会、場所の公私あるいは環境、集会の移動の有無、開かれた集会と秘密の集会等規制の基準の異同は、二重にも三重にも問題となり得るのだ。

「註の四」的な「二重の基準」論を論ずる場合にも、たとえば、無体財産権とその他の非財産権との関係は、その理論によって説明できない。より具体的には、財産権である著作権の如きは、言論や出版等による表現者の特別な表現行為を妨げるものであつて、非財産権である自由に表現する権利を抑制することができるものである。それもこの著作権は、発明権と共に、「権利の章典」より二年前に批准された憲法一条八節八項で明示に規定された権利である。連邦議会は、その章典を制定する以前の二七九〇年に著作権法を制定してもいる。にも拘わらず、一七九一年に確定された「権利の章典」は、言論やプレスの自由等に対して無条件の保障の仕方をしている。「註の四」的な「二重の基準」論においては、右のような著作権の合憲性は、当然に問題となり得る。無体財産権が言論やプレスの自由を制限することになるからである。財産権が非財産権を制限することは、右の「二重の基準」論とは矛盾するのだ。通常は、連邦議会が認めた憲法上の権利も修正一条によって審査されることを免れない。実際、たとえば、*Regan v. Time, Inc.*（一九八四）においては、憲法一条八節六項に従つて制定された通貨偽造防止法が、修正一条の下で無効とされている。¹⁵⁰ 憲法によれば、著作権や発明権が独占的に一定期間保障されるのは、科学（Science）および有用な学芸（useful Arts）の進歩を促進するためとされており、連邦最高裁判所によれば、憲法一条八節八項の背後にある経済哲

学は、個人の利得 (gain) を通して個々人の努力を奨励することが科学や有用な学芸における著作者や発明者の才能によつて公共の福祉を促進する最善の方法と云う信念にあり、¹⁵¹ 憲法起草者は、たとえば、著作権を表現の自由の動力源 (engine) として意図したと云うことである。¹⁵² しかし、P. Cronin によれば、憲法の著作権条項および修正一条の制定期に両者の関係が精査されたと云う証拠はないそうである。¹⁵³ ところで、右に個人の利得は、現実には財産的権益を意味すると思われ、実際、特許権とか著作権は、無体財産権と呼ばれる財産権であるが、である以上、連邦最高裁判所には、財産的権益が必ずしも非財産権に常に劣後するとは限らないとする姿勢が存在することになる。一九九八年、Sony Bono 著作権延長法は、著作権保護期間をそれまでの死後五〇年から七〇年へと延長したが、それによつて、著作権者を除く者の表現の自由は、さらに二〇年間制限されることになった。それは立法部の政策であり、そのような著作権が認められる以上、多くの者の非財産権である表現の自由がより長く制限されることになったわけである。であるとするれば、憲法上の財産権に比して非財産権を優遇する「註の四」的な「二重の基準」論は、必ずしも一貫したものである。連邦最高裁判所は、特許権の場合と同様、そのような保護期間の延長を合憲と看做しているのだ。¹⁵⁴ その期間が短ければ短い程多くの人の表現の自由が保障されることになるにも拘わらずである。右の規制の合憲性の判断に際しては、連邦最高裁判所は、憲法の著作権条項の立法権が合理的に行使されたかどうかを審査基準としてい¹⁵⁵る。これは、連邦議会に実質的に敬意を払い、「註の四」的な「二重の基準」論とは明らかに矛盾する。「憲法」論として著作権や発明権を修正一条の例外と論ずることは不可能ではないが、科学とか学芸の概念、「一定の期間」あるいは「科学あるいは有用な学芸の発展の促進」の範囲が不明であることから、現実には、非財産的権利が、財産権によつてかなり侵蝕されているのだ。

2 基本権と合憲性の審査基準の変化

基本権を制限する立法府の行為を審査する基準として「註の四」的な「二重の基準」論の名残りは存するが、その理論には、明らかに不足がある。そのこともあって、Rehnquist 長官の指導力は、そのような基準に囚われた姿勢から連邦最高裁判所を脱却させた。

ところで、本稿では、その基本権を憲法上明示にあるいは暗黙に保障される権利のすべてと云う意味で用いているが、Adam Winkler によれば、合衆国では、基本権について少なくとも次の三つの定義があり得ると云うことである。その第一は、「権利の章典」の八条までに保障された個人の権利であり、その第二は、「権利の章典」上の州にも適用される権利であり、第三は、人間の尊厳あるいは民主的自己統治を促進する機能を営むために優先された権利である¹⁵⁶。墮胎を基本権とする Antonin Scalia 判事の基本権理解も本稿の使用と同様と解されるが、彼によれば、厳格な審査は彼らが基本的と考える権利が剥奪される場合に適用されると云うことである¹⁵⁷。また、A.Winkler によれば、「権利の章典」上の権利のうち言論、結社および信教の自由といった修正一条の権利を侵害する法律と修正五条の適正手続と平等の保護を制限する法律だけが厳格な審査に服するとされる¹⁵⁸。連邦最高裁判所における合憲性の判断に際して、(本稿的意味の)基本権、取り分け右の二つの条項上の権利が厳格な審査に服する場合は、間違いない。しかし、連邦最高裁判所において、基本権およびそれら二つの条項上の権利に対する規制のすべてが厳格な審査に服させられているわけでは決していない。連邦最高裁判所による基本権を侵害している立法か否かの審査に際しては、立法府の判断を尊重する姿勢をとる(合憲性を推定する)場合と、(合憲性の推定をせず)強められた審査をする場合とがある¹⁵⁹。その意味では、二重の審査基準が用いられているわけである。しかし、連邦最高裁判所の姿勢は、それ程すつ

きりしたのではない。より具体的に見れば、連邦最高裁判所は、修正一条に関連して、たとえば、動物を捧げる祭祀が問題となった事件では厳格な審査を行い、次に言論を規制する時、所および方法が内容的に中立である事件では中間的審査を行い⁽¹⁶¹⁾、さらに収監された者による会費を払った出版物の受領に対する規制については合理性の基準を用いた⁽¹⁶²⁾。また連邦最高裁判所は、修正五条の平等保護条項に関連して、たとえば、人種に基づくあるいは「疑わしい」(suspect) 差別については強度な政府の利益に奉仕するように狭く絞り込む狭整合化 (narrowly tailor) を求めて厳格な審査に服するとし⁽¹⁶³⁾、また、性に基づく差別あるいは差別の動機等が窺われるいわゆる「ある程度疑わしい」(quasi-suspect) 差別については重要な政府の目的およびその目的と手段とは実質的に関連しなければならぬと云う中間的審査に服するとし⁽¹⁶⁵⁾、さらに、経済的差別立法については合理的な根拠の基準を用いている⁽¹⁶⁶⁾。適正手続条項に関連しては、墮胎が問題となった事件で厳格な審査がなされ⁽¹⁶⁷⁾、経済あるいは税に係る立法については合理的な根拠の審査がなされた⁽¹⁶⁸⁾。学説的には、適正手続に係る事件に中間的審査を認めるものもあるが⁽¹⁶⁹⁾。

かつて連邦最高裁判所は、適正手続に係る事件の場合を除き、かなりの場合、立法に関して合理的根拠の審査、中間的審査および厳格な審査のいずれかを行って来たのだ。その際、憲法上の権利を制限する目的およびその目的と効果との関係が注目された。それぞれの審査に際して、憲法上の権利を規制する説得力ある必要性が求められた。もとより、連邦最高裁判所は、時として、権利自体の本質、制限された利益および侵害の程度に応じて右の三つ以外にも審査基準をも設けている⁽¹⁷⁰⁾。元々すべてに用いられたわけではないが、右のいわば三重の審査基準も崩れ始めているのだ。多くの事件では、合理的な根拠の審査がなされ、特定の場合に厳しくされた (heightened) 審査がなされているという意味では、二重の基準論は、不可能ではない。しかし、厳しくされた審査のうち中間的な審査の中には、厳格な

審査に接近したものが一方、最小限のあるいは合理的な根拠の審査に接近しているものもある⁽¹⁷²⁾。そのようなこともあって未だ必ずしも一般的ではないが、連邦最高裁判所には、法廷意見で用いられたことばではないものの、*Woodward v. Metro Bank of Dallas, 1975*に起源するといわれ、*Brennan* 判事が触れた伸縮 (sliding-scale) 審査として説かれる考え方も現れた⁽¹⁷⁴⁾。(既に指定された紙数を超えており、この審査基準について詳述することはできないが) たとえば、言論の自由等のような権利も、政府の規制に従うが、その規制の合憲性を審査する裁判所の厳しさの程度には、従来確立された基準と別なものがあり、裁判所による立法府への敬意の程度が問題とされ、その審査が厳しい程に敬意は少なく、合憲性が認められるための政府の利益は、重大でなければならぬと云うのである⁽¹⁷⁵⁾。権利が重要である程に、またその侵害が大きい程に規制をする政府の正当化事由は強い必要性を要し、規制と正当化事由との関係はよりしつかりと噛み合ったものでなければならぬと云う訳である。そのような観点から、その審査の基準として司法の裁量の幅を拡張するのである。そのような審査によって、裁判所は、従来の厳格な審査はもとより、それ以上に厳しい審査も可能とし、憲法上疑わしい立法を厳しい審査に服させて少数の理念を実現したり、多数の意思である立法を矯正することを可能とするのである⁽¹⁷⁶⁾。そのような立場で、*Souter* 判事は、投票権の行使に際して写真証明を求めた法令が問題となった事件の反対意見で伸縮審査を啓発的に説き、司法は一切の投票条件に疑いの目を鍛えねばならず、選挙は公明正大であるべきで、民主過程には秩序が必要であるから、規制の合憲性の審査はその規制の効果と共に変化する旨を述べている⁽¹⁷⁷⁾。このような審査は、司法を恣意的にし兼ねないが、それでも、学説としてこれを一定の分野で適用すべきとする見解は、散見されるところである⁽¹⁷⁸⁾。

おわりに

連邦最高裁判所については、既にそれとなく伸縮審査を採用しているという見方が存在する⁽¹⁷⁹⁾。たとえば、Marshall 判事には、かなり早くから自身の伸縮審査への動きと連邦最高裁判所が伸縮審査を用いて来たとする認識とが確認されたとされる⁽¹⁸⁰⁾。彼には、基本権に係る問題で、特別に憲法で保障されているものと憲法上のものでない利益との関係が緊密化している場合には、後者はより重要性を有するものとなり、差別によってその利益が侵害された場合の司法審査には、調節される必要が生じ、連邦最高裁判所は、調節して来たとする見解が窺われた⁽¹⁸¹⁾と云うのである。しかし、伸縮審査の基準は、そのことばあるいはその基準の定義が、必ずしも明確ではない。多くの司法審査は、一つの問題の解決に際してその都度何らかの特定された基準を用いて来ているのである。その場合、今までなされて来た三重あるいは三層の基準も、一貫性を有したものでは決してなかった。かつて、事案次第では、必要性⁽¹⁸²⁾、利益衡量⁽¹⁸³⁾や歴史の基準⁽¹⁸⁴⁾その他の審査基準が用いられたり、いろいろな審査基準が併用されたりしたのである。それでも、連邦最高裁判所は、問題のその都度の便宜的あるいは流動的な解決基準に依存するのではなく、類型化され得る問題について普遍的な基準を模索しなければならない。これは、裁判官の専断を防ぎ、立憲政治、法の支配、法的な安定性の要求するところである。確かに合衆国憲法によって明示にあるいは暗示に認められた自由や権利の性格は単純に示され得るものではなく、時代や技術等の変化と共に複雑さを増し変化することはあり得ることである。たとえば、憲法修正一条のプレスの概念は、かつては主として活字や描画等に係るものであったが、電気や電波の技術と共にその範囲を広げている。国によって憲法の扱いは異なるが、少なくとも合衆国でラジオやテレビ等に関連してその範疇に含

まれる場合がある如くである。そのような概念の変化とそれに係る自由や権利の行使とその規制との関係について特定の時代に普遍的な公理を見出すことは、至難である。それでも、その発見については、連邦憲法裁判所に限らず、自由主義圏の多くの裁判所が努力を要するところであり、苦悩しているところでもある。

- (1) G.Gunther & N.Dowling, *CASES AND MATERIALS ON CONSTITUTIONAL LAW* 1-49 (8th ed, 1970).
- (2) Harry H.Wellington, *COMMON LAW RULES AND CONSTITUTIONAL DOUBLE STANDARD:SOME NOTES ON ADJUDICATION*, 83 *Yale L.J.*221 (1973).
- (3) 304 *U.S.*144 (1937).
- (4) H.H.Wellington, *supra* note 1, at 285.
この点については、本書の基準論を註ひておきたい。また、このテーマについて論じられるのが難題である。
- (5) Marius Emberland, *PROTECTION AGAINST UNWARRANTED SEARCHES AND SEIZURES OF CORPORATE PREMISES UNDER ARTICLE 8 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS:THE COLAS EST SA V.FRANCE APPROACH*, 25 *Mich.J.Int'l L.*77, at 110FN110 (Fall, 2003).
- (6) H.J.Abraham & B.A.Perry, "Freedom and the Court:Civil Rights in the United States"11-37 (5th ed. 1988) citing in Ernest A.Young, (2012 Constitution on State Health Care & Privacy Regulation After Sorrell V.Ims Health Symposium-October 14. 2011 Vermont Law Review & University of New Hampshire Law Review) *SORRELL V.IMS HEALTH AND THE END OF THE CONSTITUTIONAL DOUBLE STANDARD*, 36 *Vt.L.Rev.*903, at 914FN63 (Summer, 2012); Abraham & Perry, *ibid.* citing Michael W.Dowdle, (Note) *THE DECENT OF ANTIDISCRIMINATION:ON THE INTELLECTUAL ORIGINS OF THE CURRENT EQUAL PROTECTION JURISPRUDENCE*, 66 *N.Y.U.L.Rev.*1165, at 1168FN17 (October, 1991).

- (7) Adrian Vermeule, POLITICAL CONSTRAINT ON SUPREME COURT REFORM, 90 Minn.L.Rev.1154, at 1163FM38 (May, 2006).
- (8) West Coast Hotel Co.v.Parrish, 300 U.S.379 (1937).
- (9) See, Olsen v.Nebraska, 313 U.S.236 (1941);Lincoln Fed.Labor Union v.Northwestern Iron & Met al Co., 335 U.S.525 (1949);Williamson v.Lee Optical Co., 348 U.S.483 (1955).
- (10) See, 319 U.S.624, at 648 (1943);L.Hand citing G.Sidney Buchanan, A VERY RATIONAL COURT, 30 Hous.L.Rev.1509 (Winter, 1993).
- (11) Ibid. at 1511.
- (12) See, Joseph F.Morrissey, LOCHNER, LAWRENCE, AND LIBERTY, 27 Ga.St.U.L.Rev.609, at 638-639 (Spring, 2011);Dennis D.Hirsch, THE RIGHT TO ECONOMIC OPPORTUNITY:MAKING SENSE OF THE SUPREME COURT'S welfare rights decisions, 58 U.Pitt.L.Rev.109, at 114, 136 (Fall, 1996);Kyle T.Murray, LOOKING FOR LOCHNER IN ALL THE WRONG PLACES:THE IOWA SUPREME COURT AND SUBSTANTIVE DUE PROCESS REVIEW, 84 Iowa L.Rev.1141, at 114 7FN38 (August, 1999), etc..
- “Lochner era” (Lochner 時代) とは、ハジメが連邦最高裁判所の判決の中に現れたのは、一九七七年に Lewis Powell 判事の多数意見の中で G.Gunter “Cases and Materials on Constitutional Law 550-96 (9th ed. 1975)” を引用して用いられた時である (L.Powell, J., in Moore v.City of E.Cleveland, 494, at 502 (1977))。尤も、その用語法は、それ以前に連邦最高裁判所における弁論趣意書の中にも一九四四年に用いられたこと (Dicks v.Naft, 415 U.S.958 (1974) (No.73-1128) citing David E.Bernstein, LOCHNER V.NEW YORK:A CENTENNIAL RETROSPECTIVE, 83 Wash.U.L.Q.1469, at 1520FN332 (2005))。G.Sidney Buchanan 著、その Lochner 時代を一九〇〇年から一九三五年と述べている (supra note 10, at 1509)。
- (13) 118 U.S.394 (1886).
- (14) 123 U.S.623 (1887).

- (15) See, *ibid.* at 661.
- (16) 165 U.S.578 (1897).
- (17) 198 U.S.45 (1905).
- (18) *Ibid.* at75 (Holmes, J., dissenting).
- (19) 262 U.S.390 (1923).
- (20) 268 U.S.510, at 534-535 (1925).
- (21) 94 U.S.113, at 132 (1876).
- (22) See, *Meyer v. Nabraska*, 262 U.S.390, at 399 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S.510, at 534-535 (1924).
- (23) 291 U.S.502 (1934).
- (24) 297 U.S.1 (1936).
- (25) *West Coast Hotel Co.* 300 U.S..
- (26) 300 U.S.379 (1937).
- (27) E.g., *Adkins v. Children's Hosp.*, 261 U.S.525 (1923); *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S.587 (1936).
- (28) 249 U.S.47 (1919).
- (29) Holmes判事が、明白で現在の危険のテストを説いたとき、それは、いわゆる危険な傾向論の延長上のものであった (see, *Schenck v. U.S.*, 249 U.S.47 (1919))。しかし、彼が、同じ年、法廷意見に対する反対意見で、明白で差し迫った危険のテストを説いたとき、それは、危険な傾向論を離れて、言論の自由のために歩を進めたものであった (*Abrams v. U.S.*, 250 U.S.616 (1919))。
- (30) なぎ、G.S.Buchanan, *supra* note 10, at 1519-15; *Craig v. Boren*, 429 U.S.190, at 197 (1976) に目を向けながら、Lochner時代の合理性の審査基準は、こんにちのそれより厳しかったとし、こんにちの用語法によるならば、実質的には、中間的審査基準であるところにある (see, *ibid.*, at 1519 FN49)。

- (31) G.S.Buchanan, *supra* note 10, at 1520.
- (32) E.g. Olsen v. Nebraska, 3131 U.S.236 (1941); Lincoln Federal Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co., 335 U.S.525 (1949); William v. Lee Optical Co., 348 U.S.483 (1955).
- (33) 302 U.S.319 (1937).
- (34) *Ibid.* at 326-327 (1937); G.Sidney Buchanan, *supra* note 10, at 326-327).
- (35) 304 U.S., at 152 FN4.
- (36) *Ibid.* at 152-153 FN4.
- Stone 判事には、通常の商取引に影響を及ぼす立法に対する緩やかな司法審査と権利の章典で保障された権利に係る立法に対するより厳しい司法審査と云う見解が存したのである。
- (37) *Ibid.* at 152.
- (38) *Ibid.* at 152-153 FN4.
- ここで司法による審査が緩和されないものとしては、(1)文面上第一〇修正条項までに規定された特に禁止されていることに関する立法、(2)投票権、情報の流布、政治組織、平穏な集会に係るような、通常、望ましくない立法を取り除くことが期待される政治過程を制限する立法、(3)特定の宗教とか、民族とか、人種とかで少数を対象とした立法が示されている (*ibid.*)。
- (39) 316 U.S.535 (1942).
- (40) *Ibid.* at 541. ハッパベ 「不愉快な差別」として、特定の人種や国籍に対する抑圧が例示されている。
- (41) 310 U.S.586, at 606-607 (Stone, J., dissenting).
- (42) 316 U.S.584, at 608 (Stone C.J., dissenting). See, “Freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in a preferred position” (Douglas, J., for the Court). Murdock v. Com. of Pennsylvania, 319 U.S.105, at 115 (1943); Prince v. Massachusetts, 321 U.S.158, at 164 (1944); Follett v. McCormick, 321 U.S.573, at 575 (1944); Marsh v. Alabama, 326 U.S.501, at 509 (1946); Salia v. New York, 334 U.S.558, at 562 (1948), etc..

- (43) 319 U.S.105, at 115 (1943).
- (44) G.Edward White, THE AMENDMENT COMES OF AGE:THE EMERGENCE OF FREE SPEECH IN TWENTIETH-CENTURY AMERICA, 95 Mich.L.Rev.299, at 330 (November, 1996).
- (45) 323 U.S.214 (1944).
- (46) Ibid. at 216, 217-218.
- (47) 合衆國の第一級三層 (three-tiered) の裁判システムを鑑みよる。
- (48) G.S.Buchanan, supra note 10, at 1525.
- (49) McGowan v.State of Md., 366 U.S.420 (1961);Braunfeld v.Brown, 366 U.S.599 (1961);Gallagher v.Crown Kosher Super Market of Mass., Inc., 366 U.S.617 (1961);Two Guys from Harrison -Allent own Inc.v.McGinley, 366 U.S.582 (1961).
- (50) See, Micahel R.Belknap, GOD AND THE WARREN COURT:THE QUEST FOR “A WHOLESOME NEUTRALITY”, 9 Seton Hall Const.L.J.401, at 416-417 (Spring, 1999).
- (51) McGowan 366 U.S., at 425-426;Braunfeld 366 U.S., at 607;Gallagher 366 U.S., at 623;Two Guys 366 U.S., at 590.
- (52) 374 U.S.398, at 406 (1963).
- (53) 406 U.S.205 (1972).
- (54) Thomas v.Review Bd.of Indiana Employment Sec. Division, 450 U.S.707, at 718 (1981);United States, 455 U.S.252, at 257-258 (257-258);Bob Jones University v.United States, 461 U.S.574, at 603-604 (1983).
- (55) Chaplinsky v.New Hampshire, 315 U.S.568, at 571-572 (1942);Gooding v.Wilson, 405 U.S.518, at 522-523 (1972).
- (56) Paris Adult Theatre I v.Slaton, 413 U.S.49, at 54-55 (1973);Miller v.California, 413 U.S.15, at 23-24 (1973).
- (57) New York v.Ferber, 458 U.S.747, at 756, 764-765 (1982).
- (58) Brandenburg v.Ohio, 395 U.S.444, at 447-448 (1969).
- (59) Chaplinsky, 315 U.S., at 571-572;R.A.V.v.City of St.Paul, Minn., 505 U.S.377, at 400 (1992).

- (9) G.S.Buchanan, *supra* note 10, at 1536-1537.
- (10) Thomas v. Collins, 323 U.S.516, at 5529-530 (1945).
- (29) See, Michael J.Perry, FREEDOM OF EXPRESSION:AN ESSAY ON THEORY AND DOCTRINE, 78 Nw.U.L.Rev.1137, at 1137-1138 (December, 1983).
- (33) Cox v.New Hampshire, 312 U.S.569, at 576 (1941).
- (64) パブリック・フォーラムについては、一九六〇年代および一九七〇年代は、流動的な状態にあったし、こんにち依然として、指定されたパブリック・フォーラムと制限されたそれとは必ずしも確定的に識別されているわけではないが、伝統的なもの、制限されたパブリック・フォーラム・指定されたパブリック・フォーラム、非パブリック・フォーラムと云うように種別され色々な審査が行われてくる (G.S.Buchanan, *supra* note 10, at 1540-1544;Perry Educ.Ass'n v.Perry Local Educators' Ass'n, 460 U.S.37 (1983);Norman T.Deutsch, DOES ANYBODY REALLY NEED A LIMITED PUBLIC FORUM, 82 St.John's L.Rev.107 (Winter, 2008);Ronnie J.Fischer, (Comments) "WHAT'S IN A NAME":AN ATTEMPT TO RESOLVE THE "ANALYTIC AMBIGUITY" OF THE DESIGNATED AND LIMITED PUBLIC FOR A, 107 Dick.L.Rev.639 (Winter, 2003).
- (59) Hague v.CIO, 307 U.S.496, at 515 (Robert & Black, JJ., concurring).
 パブリック・フォーラムとは「一九六五年」Harry Kalven, Jr. の命名によるものであり (THE CONCEPT OF THE PUBLIC FORUM:Cox v.Louisiana, 1965 Sup.Ct.Rev.1)。
- (59) Davis v.Massachusetts, 167 U.S.43 (1987).
- (62) See, Ian R.Scheinman, FIRST AMENDMENT — FREEDOM OF SPEECH — BECAUSE AIRPORT TERMINAL CONSTITUTE NONPUBLIC FORA, A BAN ON SOLICITATION IS REASONABLE, WHILE A BAN ON THE DISTRIBUTION OF LITERATURE IS UNCONSTITUTIONAL — INTERNATIONAL SOC'Y FOR CONSCIOUSNESS, INC.V.LEE.112 S.CT.2701 (1992), 3 Seton Hall Const.L.J.571, at 78FN28 (Fall, 1993). この註文は「パブリック・フォーラム論をHague事件におけるRobert判事の付随的意見に起源を求め見る見方も紹介されている」。

- (89) 307 U.S.496 (1939).
- (69) G.S.Buchanan, *supra* note 10, at 1540.
- (70) 408 U.S.92, at 95 (1972).
- (71) 454 U.S.263, at 267-268 (1981).
- (72) *Perry Educ.Ass'n v.Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S.37, at 45-47, 47F.N7 (1983).
- (73) *Edwards v.South Carolina*, 372 U.S.229, at 236 (1963).
- (74) *Grayned v.Rockford*, 408 U.S.104, at 120-121 (1972).
- (75) *David A.Thomas, WHETHER THE PUBLIC FORUM DOCTRINE:HAS THIS CREATURE OF THE COURTS OUTLIVED ITS USEFULNESS ?*, 44 *Real Prop.Tr. & Est.L.J.*637 (Winter, 2010).
- (76) Arthur Martin, (Comment) *WHICH PUBLIC, WHOSE INTEREST ? THE FCC, THE PUBLIC INTEREST, AND LOW-POWER RADIO*, 38 *San Diego L.Rev.*1159, at 1168 (Fall, 2001).*Federal Radio Commission v.Nelson Bros.Bond & Mortg.Co. (Station WIBO)*, 289 U.S.266, at 279 (1933); *Red Lion Broadcasting Co.v.F.C.C.*, 395 U.S.367, at 400-401 *Columbia Broadcasting System, Inc.v.Democratic Nat. Committee*, 412 U.S.94, at 101 (1973).
- (77) 320 U.S.61 (1943).
- 尤も、本件に先立ち、専ら人種に基づいた立法上の差別を平等の保護を否定するものとする判例は、既に存在していた (Yick Wo, v.Hopkins, 118 U.S.356 (1886); Yu Cong Eng v.Trinidad, 271 U.S.500 (1926); Hill v.Texas, 316 U.S.400 (1942))。
- (78) Hirabayashi 388 U.S., at 100.
- (79) Korematsu 323 U.S., at 216.
- (80) 388 U.S.1, at 11 (1967).
- (81) 403 U.S.365 (1971).
- (82) *Ibid.* at 371-372.

- (83) *Foley v. Connellie*, 435 U.S.291 (1978). See, *Ambach v. Norwick*, 441 U.S.68 (1979); *Cabell v. Chavez-Salido*, 454 U.S.432 (1982).
- (84) *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S.634, at 648 (1973).
- (85) *Ibid.*
- (86) *Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 U.S.88, at 100 (1976) and *Mathews v. Diaz*, 426 U.S.67 (1976).
- (87) G.Gunther, SEARCH OF EVOLVING DOCTRINE IN A CHANGING COURT:A MODEL FOR A NEW EQUAL PROTECTION, 86 Harv.L.Rev.1 (1972).
- (88) 404 U.S.71, at 76 (1971).
- (89) 420 U.S.636, at 642-643, 651 (1975).
- (90) *Craig* 429 U.S., at 197. See FN30.
- (91) *George C.Hlavac*, (The D.C.Circuit Review -September 1991-August 1992 Equal Protection) INTERPRETATION OF THE EQUAL PROTECTION CLAUSE:A CONSTITUTIONAL SHELL GAME, 61 Geo.Wash.L.Rev.1349, at 1364FN103 (June, 1993).
- (92) *Ibid.* at 1511.
- (93) James L.Oakes, 'PROPERTY RIGHTS' IN CONSTITUTIONAL ANALYSIS TODAY, 56 Wash.L.Rev.583, at 587FN11 (November, 1981).
- (94) See, Robert E.Riggs, SUBSTANTIVE DUE PROCESS IN 1791, 1990 Wis.L.Rev.941 (1990).
- (95) 165 U.S.578 (1897).
- (96) R.Pound, THE SCOPE AND PURPOSE OF SOCIOLOGICAL JURISPRUDENCE, 25 Harv.L.Rev.510 (1912).
- (97) R.Pound, LIBERTY OF CONTRACT, 18 Yale L.J.454 (May, 1909).
- (98) *Lochner v. New York*, 198 U.S.45, at 58-59 (1905).

- (96) へのような見方は、異論もあろう (Alan J.Meese, WILL, JUDGMENT, AND ECONOMIC LIBERTY:MR.JUSTICE SOUTER AND THE MISTRANSLATION OF THE DUE PROCESS CLAUSE, 41 Wm. & Mary L.Rev.3, at 48FN211 (December, 1999))。
- (97) R.Pound, *supra* note 97, at 456,404 U.S.71, at 76 (1971).
- (98) See, Joseph J.Lazzarotti, PUBLIC USE OR PUBLIC ABUSE, 68 UMKC L.Rev.49, at 67FN155 (Fall, 1999).
- (99) 335 U.S.525 (1949).
- (100) Nebbia 291 U.S.502 (1934).
- (101) West Coast Hotel Co. 300 U.S..
- (102) 312 U.S.100 (1941).
- (103) 313 U.S.177 (1941).
- (104) 342 U.S.421 (1952).
- (105) Williamson v.Lee Optical of Oklahoma, 348 U.S.483, at 488.
- (106) See, H.W.Wellington *supra* note 1, at 273.
- (107) 262 U.S.390 (1923).
- (108) 268 U.S.510 (1925).
- (109) 381 U.S.479 (1965).
- (110) Michael J.Phillips, ANOTHER LOOK AT ECONOMIC SUBSTANTIVE DUE PROCESS, 1987 Wis.L.Rev.265, at 282 (1987).
- (111) Geoffrey G.Slaughter, (Note) THE NINTH AMENDMENT ROLE IN THE EVOLUTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS JURISPRUDENCE THE ENUMERATION IN THE CONSTITUTION, OF CERTAIN RIGHTS, SHALL NOT BE CONSTRUED TO DENY OR DISPARAGE OTHERS RETAINED BY THE PEOPLE, 64 Ind.L.J.97, at 99 (Winter,

1988); Mitchell F. Park, (Comment) DEFINING ONE'S OWN CONCEPT OF EXISTENCE AND THE MEANING OF THE UNIVERSE THE PRESUMPTION OF LIBERTY IN LAWRENCE V. TEXAS, 2006 B.Y.U.L.Rev.837, at 851 (2006).

このような見方は、随胎と同姓愛について論じた Michael J. Sandel 教授の議論 (see, Sandel citing David L. Fitzgerald, (Note) LET JUSTICE FLOW LIKE WATER: THE ROLE OF MORAL ARGUMENT IN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, 65 Fordham L.Rev.2103, at 2106 (April, 1997))。実体的適正手続の分岐点となった判決は、避妊具の販売を規制した立法を無効とした Eisenstadt v. Baird, 405 U.S.438 (1972) である。

(15) R.E.Barnett, (The 100th Anniversary of *Lochner v. New York*, 198 U.S.45 (1905)) FORWARD: WHAT'S SO WICKED ABOUT *LOCHNER*?, 1 N.Y.U.J.L. & Liberty 325, at 328 (2005).

(16) 367 U.S.497, at 516-517 (Douglas, J., dissenting).

(17) Ibid. at 542-543, 548 (1961) (Harlan, J., dissenting).

(18) See, M.F.Park, supra note 114, at 852.

(19) R.E.Barnett, supra note 115, at 328.

(20) 405 U.S.438 (1972).

(21) 410 U.S.113 (1973).

(22) 431 U.S.678 (1977).

(23) G.S.Buchanan, supra note 10, at 1512-1513.

(24) 374 U.S.398, at 403 (1963).

(25) 393 U.S.503, at 511 (1969).

(26) 383 U.S.131, at 142 (1966).

(27) 406 U.S.205, at 233-234 (1972).

(28) 455 U.S.252 (1982).

- (129) Ibid. at 257.
- (130) Ibid. at 258-259.
- (131) Ibid. at 262 (Stevens, J., concurring).
- (132) 475 U.S.503 (1986).
- (133) 482 U.S.342 (1987).
- (134) See, Orloff v. Willoughby, 345 U.S.83, at 92 (1953).
- (135) Goldman 482 U.S., at 507.
- (136) Goldman 482 U.S., at 507.
- (137) Bell v. Wolfish, 441 U.S.520 (1979); Cruz v. Beto, 405 U.S.319 (1972), etc..
- (138) Procunier v. Martinez, 416 U.S.396 (1974); Pell v. Procunier, 417 U.S.817 (1974).
- (139) O'Lone 482 U.S., at 349.
- (140) 476 U.S.693 (1986).
- (141) Ibid. at 700.
- (142) Ibid. at 694, 707-710.
- (143) 485 U.S.439 (1988).
- (144) Ibid. at 452.
- (145) G.S.Buchanan, supra note 10, at 1512.
- (146) Thomas v. Collins, 3232 U.S.516, at 530 (1945).
- (147) 筆者が、武器を携帯する権利を民兵との関係で理解するのべ¹ District of Columbia v. Heller, 554 U.S.570 (2008) の法理を支持しない。
- (148) See, David Sheldy, (Note) ACCESS TO THE PRESS: A TELEOLOGICAL ANALYSIS OF A CONSTITUTIONAL

DOUBLE STANDARD, 50 Geo. Wash. L. Rev. 430, at 431, 445, 454, etc. (March, 1982)。

(149) *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374 (1967) では、言論やプレスのためだけでなく、すべての人に保障されている権利を認めつつも (ibid, at 389)。

(150) 468 U.S. 641 (1984)。

そこでは、規制が合憲であるためには、時、所および方法が三つの要件に合致しなければならないとしながら、第一に、言論の内容若しくは題材に基づいてなされるはならぬこと、第二に、重要な (significant) 政府の利益のためであること、および第三に、情報を伝達するために十分な代替通信路が開かれていることを示し、郵趣の、古銭学の、教育の、歴史の若しくは報道の目的のためにのみ合衆国の通貨のイラストを公にすることを認める立法は、内容に基づいた差別であり、認めることは必要ないこととされた (ibid. at 648)。

(151) *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, at 219 (1954)。

(152) *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, at 558 (1985)。

(153) Patrick Cronin, THE HISTORICAL ORIGINS OF THE CONFLICT BETWEEN COPYRIGHT AND THE FIRST AMENDMENT, 35 Colum. J.L. & Arts 221, at 224 (Winter, 2012)。

(154) *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, at 202-204 (2003)。

(155) Ibid. at 204.

(156) A. Winkler, FUNDAMENTALLY WRONG ABOUT FUNDAMENTAL RIGHTS, 23 Const. Comment. 227, at 228 (Summer, 2006)。

(157) *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, at 568 (1996) (Scalia, J., dissenting)。

(158) Ibid. at 229.

(159) Louis D. Billionis, THE NEW SCRUTINY, 51 Emory L.J. 481 (Spring, 2002)。

(160) *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Healeah*, 508 U.S. 520, at 531 (1993)。

- (161) *Heffron v. International Soc. for Krishna Consciousness, Inc.*, 452 U.S.640, at 654ff. (1981).
- (162) *City of New Orleans v. Duke*, 427 U.S.297, at 303 (1976).
- (163) *Johnson v. California*, 543 U.S.499, at 508 (2005).
- (164) Jeffrey D. Jackson, PUTTING RATIONALITY BACK INTO THE RATIONAL BASIS TEST: SAVING SUBSTANTIVE DUE PROCESS AND REDEEMING THE PROMISE OF THE NINTH AMENDMENT, 45 U.Rich. L.Rev.491, at 534 (January, 2011).
- (165) *United States v. Virginia*, 518 U.S.515, at 533 (1996).
- (166) *Kahn v. Shevin*, 416 U.S.351 (1974).
- (167) *Roe v. Wade*, 410 U.S.113 (1973).
- (168) *Lawrence v. Texas*, 539 U.S.558, at 579 (2003).
- (169) Richard H. Fallon, Jr., SOME CONFUSIONS ABOUT DUE PROCESS, JUDICIAL REVIEW, AND CONSTITUTIONAL REMEDIES, 93 Colum.L.Rev.309, at 317 (March, 1993).
- (170) See, Michael J. Habib, (Notes) THE FUTURE OF GUN CONTROL LAWS POST-MCDONALD AND HELLER AND THE DEATH OF ONE-GUN-PER-MONTH LEGISLATION, 44 Conn.L.Rev.1339, at 1365-1366 (April, 2012).
- (171) *Clark v. Cmty. for Creative Non-Violence*, 468 U.S.288, at 293 (1984).
- (172) *Reed 404 U.S.*; *Schlesinger v. Ballard*, 419 U.S.498 (1975); *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S.636 (1975); *Michael M. v. Superior Court*, 450 U.S.464 (1981); *Rosker v. Goldberg*, 453 U.S.57 (1981).
- (173) 522 F.2d 84 (1975).
- (174) See, F.C.C.v.Pacific Foundation, 438 U.S.726, at 762-763 (1978) (Brennan, J., dissenting); *Burdick v. Takushi*, 504 U.S.428, at 433-434 (1992); *Regents of University of California v. Bakke*, 265, at 35 7FN30 (1978) (Brennan, J., concurring). Also, see *Crawford v. Mrison Cnty. Election Bd.*, 553 U.S.181, at 210 (2008) (Souter, J., dissenting).

O'Connor 判事は、適正手続規定について柔軟で特別の事態が必要としている手続的保護を求めているとし、伸縮をその手続が適切であるかどうかを決定する基準とした。彼女は、その要素として私益の問題、現存する手続が過ってその私益を侵害する危険があり、特別の手続的保障による治癒の可能性の問題、およびその手続を回避する政府の利益なるものを上げている (Pacific Mut.Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S.1, at 53 (1991) (O'Connor, J., dissenting))。

- (175) See, M.J.Habib, *supra* note 170, at 1369-1370.
- (176) See, Randall T.Perdue, THE COUNTERMAJORITARIAN “IDEAL”:THE ROLE OF JUDICIAL REVIEW UNDER REGULATORY TAKINGS ANALYSIS, 2 Geo.Mason U.L.Rev.333, at 337 (Spring, 1995).
- (177) Crawford v.Marison County Election Bd., 553 U.S.181, at 210 (2008) (Souter J., dissenting).
- (178) For transgender persons, see Silpa Maruri, (Note) HORMONE THERAPY FOR INMATES:A METONYM FOR TRANSGENDER RIGHTS, 20 Cornell J.L. & Pub.Poly 807, at 828-829 (Spring, 2011);for right to bear arms, M.J.Habib, *supra* note 170. at 1339.
- (179) Peter S.Smith, THE DEMISE OF THREE-TIER REVIEW:HAS THE UNITED STATES SUPREME COURT ADOPTED A “SLIDING SCALE” APPROACH TOWARD EQUAL PROTECTION JURISPRUDENCE ?, 23 J.Contemp.L.475, at 478 (1997).
- (180) Dandridge v.Williams, 397 U.S.471, at 508ff. (1970) (Marshall J., dissenting);San Antonio Independent School Dist. V.Rodriguez, 411 U.S.1, at 71ff. (1973) (Marshall J., dissenting).
- (181) Rodriguez, 397 U.S., at 109 (Marshall J., dissenting).
- (182) See, McCulloch v.Maryland, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, at 418 (1819);Rindge Co.v.County of Los Angeres, 262 U.S.700, at 707 (1923).
- (183) Mathews v.New York v.Ferber, 45 Eldridge, 424 U.S.319 (1976);8 U.S.747 (1982), etc..
- (184) Dimick v.Schiedt, 293 U.S.474, at 476 (1935);Markman v.Westview Instruments, Inc., 517 U.S.370, at 372 (1996), etc..

(18) See, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art.5; Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft Art.17.

米国違憲立法審査権の確立

——マーシャル第四代長官の時代——

甲 斐 素 直

「はじめに」

初代および第三代連邦最高裁判所長官の時代にも、憲法判例と言えるものは、少数ではあるが、存在していたことは、「米国初期の憲法判例」(以下「前稿」という)に紹介したとおりである。

しかし、第四代連邦最高裁判所長官となったジョン・マーシャル (John Marshall) が、米国の連邦憲法裁判所を方向付け、今日に向けての礎を築いた偉大な人物で

あったことは疑う余地がない。本稿では、彼の代表的な判例であるマーベリ対マディソン事件 (Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)) 判決を、それを理解するのに必要な同時代史を紹介した上で、詳細にしたい。

また、往々にして、マーシャルの業績としては、マーベリ対マディソン事件のみが紹介される。しかし、彼の業績はそれに尽きるものではない。マーシャルは、それ以外にも、今日まで影響を与える幾つもの重要な憲法判決を下している。本稿では、その中から、代表的な判決

の概略を紹介したい。

一 マーシャルの最高裁判所長官就任までの略歴

第四代連邦最高裁判所長官に就任したジョン・マーシャル (John Marshall) は、いわゆる建国の父には属さない二世代である。

ウィリアム・ランドルフという人物がいる。^② バージニア州の植民地建設にあたって重要な役割を果たし、その妻と共にバージニア州のアダムとイブと呼ばれる。マーシャルも、そしてマーシャルと対立し続けるジェファースンも、そのランドルフの子孫である。つまり、この、マーベリ対マディソン事件で敵味方に分かれて法的な死闘を演じた二人は親戚関係にある。

マーシャルは独立戦争後に弁護士となり、バージニア州の連邦党組織結成のリーダーとなるが、あまり政治権力には魅力を感じなかった人らしく、公職に就くことは拒んでいる。一七九五年に、ワシントン大統領は司法長官 (Attorney General) への就任依頼及びフランス全権大使への就任依頼を行っているが、彼はいずれも拒んで

いる。

しかし、一七九七年にフランスとの関係が紛糾し、疑似戦争と呼ばれる状態になると、アダムズ大統領の依頼に応じてフランスに赴き、XYZ事件に遭遇した(詳細は後述する)。

一七九八年に、マーシャルはアダムズ大統領から連邦最高裁判所判事に就任することを依頼されたが、これも拒み、代わりにブッシュロッド・ワシントン^③を推薦している。ワシントンは、マーシャルの連邦最高裁判所に就任した後においては、その良き右腕となる。

一七九九年に、担ぎ出されてマーシャルはしぶしぶ下院議員選挙に立候補した。リッチモンドを中心とする彼の選挙区は共和党の強い地域であったが、XYZ事件の知名度などがものを言って無事に当選した。

その一七九九年にアダムズはマーシャルを國務長官に任命することになる。前任者であるピカリング (Timothy Pickering) が、対仏交渉を巡ってアダムズ大統領と激論になり、免職されたため、緊急に後任が必要になったためであった。

そして、エルスワースが病気のため引退し、他に適任

者がいないという理由から、アダムズはマーシャルを、國務長官兼任のまま、連邦最高裁判所長官に任命するのである。

このように連邦最高裁判所長官への就任も含めて、この人の公務歴は、すべてなりたくてなったのでは無く、他に人がいないためやむを得ず、という傾向が強い。それにも関わらず、引き受けたからには誠実にその職務を果たすのである。

二 大統領選挙の死闘

米国における連邦最高裁判所の違憲立法審査権を明確に確立したといわれるマーベリ対マディソン事件は、一八〇〇年の大統領選挙の結果として発生した事件である。そして、一八〇〇年大統領選挙は、その前回の一七九六年選挙と密接な関わりがあるので、両選挙の概況をまず説明したい。そして、この二つの大統領選挙は、連邦党と共和党の激突の物語であった。

(一) 一七九六年大統領選挙

初代大統領ワシントンは、二期大統領を務めたが、三

米国違憲立法審査権の確立(甲斐)

期目の出馬は拒んだ⁽⁴⁾。そこで、現職の副大統領アダムズ⁽⁵⁾が連邦党の大統領候補となることになった。そして、トマス・ピンクニー⁽⁶⁾を副大統領候補とした。

これに対し、ジェイ条約を期に、連邦党と袂を分かつて共和党を結成したジェファースンは、同党の大統領候補として自ら出馬し、副大統領候補にバー⁽⁷⁾を選んだ。

この選挙には、この四人の他に、連邦党系の立候補者としては、エルスワース(合衆国最高裁判所長官)、アイアデル(合衆国最高裁判所陪席判事)、ジェイ(ニューヨーク州知事)、チャールズ・コーツワース・ピンクニー⁽⁸⁾、ジョンストンの五人が立候補していた。また、共和党系の立候補者としてはサミュエル・アダムズ⁽⁹⁾、クリントン、ヘンリー⁽¹⁰⁾と計三人が立つという大乱戦となった。その他に立候補していないワシントンにも少なからぬ票が入った。この時が米国で本格的に大統領選挙が行われた最初の例となった。

この選挙の時点では、合衆国憲法には、副大統領候補という制度はなく、すべての候補者が等しく大統領候補として扱われていた。すなわち、この時点における合衆国憲法三条三項は次の様に定めていた。(傍線部が、こ

の選挙で問題となった点)

「選挙人は、各々の州で集会して、無記名投票により二名に投票する。そのうち少なくとも一名は、選挙人と同じ州の住民であつてはならない。選挙人は、得票者と各々の得票数を記した一覧表を作成し、これに署名し認証した上で、封印をほどこして上院議長に宛てて、合衆国政府の所在地に送付する。上院議長は、上院議員および下院議員の出席の下に、すべての認証書を開封したのち、投票を計算する。最多数の投票を得た者の票数が選挙人総数の過半数に達しているときは、その者が大統領となる。選挙人総数の過半数に達した者が二名以上あり、かつ、得票数が同数の場合は、下院は直ちに無記名投票により、その中の一名を大統領に選出しなければならぬ。過半数に達した者がいないときは、得票者一覧表の中の上位得票者五名の中から、同一の方法で下院が大統領を選出する。但し、この方法により大統領を選出する場合には、投票は州を単位として行い、各州の議員団は一票を投じるものとする。この目的のための定足数は、全州の三分の二の州から一名ま

たは二名以上の議員が出席することを要し、大統領は全州の過半数をもつて選出されるものとする。いづれの場合にも、大統領を選出した後に、選挙人の投票の最多数を得た者が、副大統領となる。但し、その場合に同数の得票者が二名以上あるときは、上院は無記名投票でその中から副大統領を選出しなければならぬ」

このように、大統領を選ぶのは原則として各州が選出する選挙人である。選挙人から最高の票を得た者が大統領、次点が副大統領となる制度であった。このように定めていた理由は、建国の父達が、政党というものは悪と考へ、高い倫理に基礎づけられた国家では、そのようなものは出現しないと考へていたためであった。⁽¹³⁾

どのように選挙人を選出するかは各州の裁量である。この時の選挙で、選挙人をどのように選出するかについては、各州でかなりのばらつきがあった。⁽¹⁴⁾

連邦党と共和党の勢力は伯仲していたので、連邦党はアダムズに、民主共和党はジェファースンに、それぞれ投票を集中させた。その結果、選挙人総数二六四のうち、連邦党のアダムズが七一票を獲得して大統領となったが、

第二位には、連邦党の副大統領候補ピンクニーの五九票を押さえて、共和党のジェファースンが六八票で入って副大統領となる、という皮肉な結果となった。

この結果、連邦党の大統領の下に、共和党の副大統領がいるという呉越同舟状態が発生した。さらにややこしいことには、大統領のアダムズは、連邦党の事実上の党首であるハミルトンを、個人的に好まなかった。このため、ハミルトンは閣僚とならず、ニューヨークで弁護士を開業した。しかし、その他の閣僚については、ワシントン政権との連続性を強調するため留任させた。しかもアダムズは、往々にしてニューヨーク州の私邸に引込んでファイデルフィアを留守にするという習慣を持っていたため、閣僚達は、アダムズと相談する代わりに、⁽¹⁵⁾ ニューヨークにいるハミルトンの助言を求めるといふ奇妙な状態が発生した。⁽¹⁶⁾

アダムズ政権下において、フランス革命政府との間に疑似戦争 (Quasi-War) と呼ばれる武力紛争状態が発生した。フランスはイギリスに対する経済封鎖を名目にアメリカ船舶の取締りを強化したため、多くのアメリカ船舶が損害を被ったのである。そこでアダムズは、この情

況を解決するために、マーシャル及びチャールズ・コーツワース・ピンクニーとゲリーの三人をフランスに派遣した。⁽¹⁸⁾

しかし、フランス外相のタレーラン⁽¹⁹⁾は、外交交渉を個人的な利得の場と考える人物で、交渉を開始するに当たり、贈賄を公然と要求したため、交渉は、その開始以前の段階で決裂した。このタレーランの贈賄要求をアダムズに知らせたマーシャルの書簡が、有名なXYZ書簡である。⁽²⁰⁾ アダムズが議会にこの書簡を公表したため、米国内に反フランス的な世論が形成された。その結果、米仏間の交易は途絶し、フランスの私掠船は米国船舶を憚ることなく拿捕し始めた。そこでアダムズはフランスとの外交関係を一時的に断絶させる一方で一七九八年一月、海軍省の創設と陸軍を戦時体制に置くための資金を議会に求めた。その結果、四月三〇日に海軍省が創設された。このため、アダムズは米海軍の創設者とされる。一七九八年七月七日、議会によって米仏同盟は破棄され、米仏の決裂は決定的になった。

当時、米国にはアイルランド系の移民が流入しつつあり、彼らは、フランスが英国と敵対していることからフ

ランスびいきであった。そこで、連邦党は外国人・反政府活動取締法の制定に踏み切った。²¹これに、フランスびいきの共和党は反発し、激しく非難した。これに対し反政府活動取締法による厳しい言論統制が行われたことから、連邦党の人気は急落することになる。

この様な反フランス的行動にも拘わらず、アダムズは、一七九九年に独断でマレー²²を対フランス全権大使に任命して、再度フランスとの交渉に当たらせることにした。連邦党がこの独断に強く反対したので、妥協策として、アダムズは、特使としてエルスワースとパトリック・ヘンリー²³をマレーに同行させることには同意した。この交渉の結果、「一八〇〇年の協約 (Convention of 1800)」と通称される条約が締結された。²⁴こうしたフランスとの交渉は、それに反対した国務長官のピカリング²⁵を、アダムズ大統領が罷免するという騒動に発展した。これが、連邦党を分裂させ、共和党のさらなる優勢を導くことになる。

(二) 一八〇〇年大統領選挙

一八〇〇年一月に行われた合衆国大統領選挙は、時

として「一八〇〇年の革命 (The Revolution of 1800)」とも呼ばれる、歴史上の重大事件であった。

戦いは前回と同じくジョン・アダムズとジェファースンの戦いとなった。一七九六年選挙は、合衆国憲法に元々あった欠陥から正副大統領が対立党から選出されるという呉越同舟状態を生み出したが、この一八〇〇年選挙は、憲法の欠陥をさらに大きく露呈した。

連邦党は、上述のとおりジョン・アダムズ政権下において大きく人気を落としていたために、この選挙では、選挙戦そのものは共和党の圧勝であった。しかし、なんと、共和党の大統領候補のジェファースンと、その副大統領候補であるバー²⁶が、共に選挙人数七三票となって、同点となったのである。この結果、大統領を決定するのは、合衆国憲法三条二文の定めるところにより下院の手に委ねられることとなった。

一八〇〇年に行われた下院議員選挙では共和党は大統領選挙以上に圧勝していて、共和党六五議席、連邦党四一議席となっていた。しかし、大統領を決定する権限を有しているのは、共和党が優位に立つ改選後の下院ではなく、一七九八年の下院議員選挙により連邦党が優位

に立つ任期満了直前の、死に体状態にある下院であった。大統領の決定に当たっては、下院は個々の議員が投票するのではなく、選出母体となった州ごとに一票を持つ。当時は当初の一三州から三州増えて一六州²⁷だったので、過半数を取るためには九州以上の支持が必要だった。

ジェファークソンが大統領候補であり、バーがその副大統領候補であることは周知の事実であった。しかし、連邦党は、党派の敵であるジェファークソンに投票することを渋った。この結果、連邦党の支配する八州のうち六つまでがバーに投票したのである。これに対し、共和党の支配する七州はすべてジェファークソンを選んだのに加え、連邦党の支配するジョージア州がジェファークソンに票を投じたので、ジェファークソンは八州を獲得することになった。二月一日から二月一七日まで下院では実に三五回の投票が繰り返されたが、毎回、ジェファークソンの獲得州は八州と、絶対多数に一つ足りないままであった。

この混乱に終止符を打ったのは、デラウェア州代表のバイアード (James Asheton Bayard) だった。それまでバーに投票をしていたデラウェア州は三六回目の投票で

白票に転じたのだ。これに引きずられて、それまではバーに投票していたサウスカロライナ州が同じく白票に転じた。さらにメリーランド州およびバーモント州で州の意思を決めるに当たって連邦党議員が棄権したため、それまで白票だったこの二州がジェファークソン支持となった。この結果、三六回目の投票でついにジェファークソンが一〇対四で勝って大統領となり、バーは副大統領に決まった²⁸。

この事件で、合衆国憲法二条三項に深刻な欠陥がある事が明らかになったので、一八〇四年に合衆国憲法第一二修正が批准された。これにより、先に紹介した二条三項の傍線部に対応する箇所は、それぞれ次の様になった。

第一の箇所…大統領として最多数の投票を得た者の票数が選挙人総数の過半数に達しているときは、その者が大統領となる。

第二の箇所…副大統領として最多数の投票を得た者の票数が選挙人総数の過半数に達しているときは、その者が副大統領となる。

この修正により、今日では選挙人は大統領と副大統領

の候補をはつきりと区別して投票することとなった。

三 司法権法の二度の改正

初代連邦最高裁判所長官のジェイは、その職にありながら、外交活動に忙しかったことは前稿に紹介した。エルスワースも同じような立場にあり、上述のとおり、一七九九年から一八〇〇年に掛けて渡仏していた。エルスワースは、この大西洋を渡る旅が原因で重病に罹り、一八〇〇年一二月、アダムズ大統領に辞職を申し出た。

そこで、アダムズはジェイに、その後任として再就任を依頼したが、拒絶された。先に説明したとおり、エルスワースが締結に関わった条約を巡って、国務長官のピカリングを罷免していたアダムズは、その後任にジョン・マーシャルを起用していた。適当な人物を見つけれなかったアダムズは、マーシャルを、国務長官在任のまま、連邦最高裁判所長官に任命することを決断した。この当時は、ジェイやエルスワースが連邦最高裁判所長官のまま外交官職務を果たしていたことから判るように、今日と違って、兼職の禁止と言うことが喧しく言われなかったのである。

前稿で、エルスワースとマディソンが、その成立に大きな役割を果たした一七八九年司法権法 (Judiciary Act of 1789) について説明した。同法には、一つの大きな欠陥があった。連邦最高裁判所判事は、長官も含め、常に各地に存在する高等裁判所を巡回して高等裁判所審理に参加する責務を負っていたのである。当時の合衆国は、北米大陸の東海岸に沿って、日本列島に匹敵するほど南北に長く展開していた。したがってこれは、老齢にある最高裁判事にとって肉体的負担が大きかった。さらに、多くの最高裁判事が、常に最高裁判所を留守にしているため、最高裁の審理がはかどらない、という問題を生じさせていた。そこで、最高裁判事の高裁への巡回を廃止し、最高裁判所と高等裁判所を明確に分離するべきだ、という事が常に言われていた。エルスワースの辞任も、最高裁判事の職が激務であることに原因の一つがあった。そこで、アダムズは、一八〇一年二月に、司法権法の改正法 (the Judiciary Act of 1801) を制定することとした。²⁹ この新法は、最高裁判事の巡回任務を解くと共に、定数を六名から五名に減らすこととしていた。高等裁判所については、従来は三カ所に巡回裁判所があった

ものを、倍の六カ所に常設裁判所として設けることとし、ここに一六名の専任の裁判官を任命することとした。これ自体は、誠に妥当な法改正であった。

問題はそこから先にある。先に述べたとおり、一八〇〇年の選挙で、連邦党は大統領選挙で敗れただけではなく、同時に行われた上下両院選挙でも大敗していた。そこでアダムズ大統領は、この司法権法の改正を利用して、司法府に連邦党の勢力を存置しようと考えた。すなわち、上述した欠陥是正のための改革に加え、ワシントンD.C.に高等裁判所を新設すると共に、地方裁判所も再編成し、人口の増加に応じて既存の地方裁判所を分割したり、オハイオ地裁を新設したりした。高等裁判所の権限も強化した。そして大統領が必要と認めるだけの数の治安判事、執行官、事務官等の職の新設を認めることとした。そこに、連邦党員を任命することとしたのである。

法律が成立してから、ジェファアソンが就任するまでに一九日間あったので、その間を利用して、アダムズは可能な限り迅速に、同法によって新たに創設された一六名の連邦高等裁判所判事と、四二名の連邦治安判事(Federalist justices of the peace)の任命を進めた。こ

これらの判事は、真夜中の判事 (the Midnight Judges) の異名で知られる。なぜなら、アダムズは判事の任命をジェファアソンが就任する前日の真夜中まで続けたと言われたからである (実際には前日に発令されたのは三名の辞令だけであった)。

政権を引き継いだジェファアソンの方では、この様な政党本位の人事を認めるつもりはない。そこで、この人事を否定する手段として一八〇一年司法権法の改正を行った。それが一八〇二年司法権法 (Judiciary Act of 1802) である。³⁰ 同法は、一八〇一年法の導入した連邦裁判所システムを再構成を、改めて再構成する。この法律は、一八〇一年法に基づいてアダムズが新規に任命した連邦党の判事の職を奪うことが目的で制定されたから、一七八九年法の欠点を除去し、あるいは人口の変動に対応するという観点から見た場合には、完全に改革に逆行するものであった。

すなわち、同法も、高等裁判所を六ヶ所にした点は一八〇一年法と一緒にあるが、そこに、その時点で在職していた六人の最高裁判事を一人ずつ任命することとした。したがって、一八〇一年法と違って、それらの高裁

では、新しい高裁判事職は生じないのである。そのおかげで最高裁判事は、自分の担当する区域において、地方裁判所判事と共に、一年の大半の期間を、再び「馬に乗っての巡回裁判“riding circuit”」をする羽目になった。また、一八〇一年法が設置したケンタッキー、テネシー及びメイン等の高等裁判所は、新判事の任命を防ぐため廃止された。

地方裁判所に関しては、ノースカロライナ地方裁判所の地域をアルベマール、ケープフィア、パムプティコの三地区に分割し、またテネシー州についても東西二地区に分割した。しかし、ここでも新たな判事職は創設されず、ノースカロライナ州とテネシー州の地区の地方裁判所判事は、巡回裁判をすることになった。

この改正の結果、高等裁判所はわずか二名の裁判官で構成されることになったので、同法は、二人の意見が一致しない法律問題については最高裁判所に問い合わせる権利を認めた。また、地方裁判所判事は、自分自身が担当した事件の控訴審については担当できないこととなった。この結果、その種事件については、最高裁判所からの巡回判事が一人で決することとなった。

そのことを逆から言うと、控訴審法廷を開くには只一人の判事しか必要ないということになる。その結果、最高裁判所判事は、しばしば地方裁判所判事に控訴審を委ねることが可能になった。結果として、最高裁判所判事は、多くの場合に、控訴審の開廷を地方裁判所判事に頼ることになった。従来最高裁判所判事にとって非常に大きな負担であった馬に乗っての巡回を行わずに済ませられることになったのである。この規定は、一八四〇年に、この巡回裁判制度が消滅するまで、最高裁判所判事を“riding circuit”の激務から救う上で、大きな重要性を持つことになった。

この様な改正により、ジェファークソンは、一八〇一年法が作り出した新規の司法官職を消滅させてしまったのである。しかし、この改正法が成立したのは、真夜中の判事たちが就任してから一年以上も経ってからであった。合衆国憲法三条一節二項は「最高裁判所および下位裁判所の裁判官はいずれも、非行なき限り、その職を保持することができる。」と定めている。したがって、一度判事として任命されれば、例えば法改正によって、その職を行うべき法廷が消滅しても、辞任しない限り、任期一

杯はその職を保持することが出来る。そして、治安判事は五年の任期の間、二〇ドルの報酬を受けることが出来る³¹とされていた。ここにマーベリ対マディソン事件が発生する理由がある。

四 マーベリ対マディソン事件

(一) 事件の内容

本件における原告マーベリ (William Marbury) は、一八〇一年司法権法に基づき、アダムズ大統領により、ワシントン特別区における連邦治安判事の一人に任命された。連邦判事の任命は上院の同意により成立する。同意はすべて正規に得られていた。その後、辞令 (commission) はすべて、アダムズ大統領により正規に署名され、正規の合衆国の封印がマーシャル國務長官によつて張られた。ただし、任命の発効には辞令が任命された者に送達される必要がある。辞令の送達はマーシャル國務長官の責務であつた。しかし、数名の者については任期内に辞令の交付に至らず、その送達は後任の國務長官であるマディソンに委託された。

ジェファースンは大統領に就任すると、三月五日にマ

サチュールセッツ選出の下院議員リンカーン (Levi Lincoln) を司法長官に任命すると共に、國務長官となる予定であつたマディソンがワシントン特別区にいなかったため、マディソンが正式に國務長官に着任した一八〇一年五月二日まで國務長官代行に任じた。ジェファースンは、同時にリンカーンに、残っていた辞令を送達しないように命じた。これは一七八九年國務省設置法一条が明確に定める辞令の送達義務に違反しており、違法な行為である。³²

一八〇二年司法権法が一八〇一年司法権法を廃止した結果、一八〇二年司法権法に述べられていない点については一七八九年司法権法が復活した。同法一三条に次の規定がある。

“The supreme court shall also have ...writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States.”

最高裁判所は…法の原則と慣行により認められた場合には、職務執行令状を、合衆国の権限下に設置

されたすべての裁判所ないしは官職にある者に発する権限を有する。

そこで、この辞令交付の拒否という事態に当たり、任命される予定であったマーベリ等は、同条に基づき、マディソン国務長官を相手方として、辞令の交付を命じる職務執行令状 (writ of mandamus) の発付を求めて、合衆国最高裁判所に訴えを提起した³²⁾。

この結果、この訴訟では、ジョン・マーシャルは前国務長官として証言すると共に、合衆国最高裁判所長官として判決を書いている。これも今日であれば考えられない。

この判決は、判決形式という点でも画期的なものとなった。前稿で述べたように、ジェイ・コートからエルスワース・コートまでは、英国の判決形式の伝統を引き継ぎ、判決に関与したすべての判事が、その席次の順に自分の意見を書いていく形式だったので、判決の結論はどのようなものかということが判りにくかった。マーシャルは、この判決で、今日の判決に見られるように、まず多数意見に基づき意見を書くという形式を確立したのである。

この事件で、マーシャルは非常に難しい立場にいた。既に述べたように、ジェファースンは法律を無視して辞令の交付を行っていないのである。したがって、法律に従えば、職務執行令状を出さねばならない。しかし、令状を出してもマディソンが辞令を交付するとは考えられない。ジェイが下したチザム対ジョージア州事件判決と同じように、判決を被告人から無視されたのでは、連邦最高裁判所の権利は失墜する。さりとて、法律を無視して令状を出さないと決定し、違法行為の追認をしたのでは、やはり連邦最高裁判所の権威は失墜する。つまり、令状を出しても出さなくても、権威の失墜を招くという情況に置かれていたのである。

その難しい局面で、マーシャルが選んだ第三の道が、違憲立法審査だったのである。

(二) 判決の内容

マーシャルは、アダムズの任命行為そのものは完了していた、と認定した上で、上述した一七八九年司法権法一三条の解釈を行う。

そこで問題となるのは、司法権に関する憲法の規定で

ある。その点に関して、合衆国憲法三条二節二項は次の様に定めている。

「大使その他の外交使節および領事にかかわるすべての事件、ならびに州が当事者であるすべての事件については、最高裁判所は、第一審管轄権を有する。前項に掲げたその他の事件については、最高裁判所は、連邦議会の定める例外の場合を除き、連邦議会の定める規則に従い、法律問題および事実問題の双方について上訴管轄権を有する。」

つまり、この規定によると連邦最高裁判所が第一審裁判所になれるのは外交関係か、州関係の事件だけである。それなのに、一七八九年法は、それに加えて令状の交付に関する第一審裁判所としていたわけである。

マーシャルは言う。

「憲法は最高裁判所及び議会が時に応じて制定し、設立する下級裁判所に、合衆国全体の司法権を授与している。この権力は、明示的に合衆国の法に基づいて生じたすべての事件に及び、その結果、何らかの形で、本事件の上に行使することができる。なぜなら、主張された権利は、合衆国の法によつて与え

られたものだからである。

仮に立法府の裁量に基づいて司法権を最高裁判所と下級裁判所との間で配分することが意図されていた場合には、司法権とそれに基づくべき裁判制度を定義することは無用だったであろう。若しそのような構成されていた場合には本節以降の部分は、単なる余剰で、完全に無意味である。仮に議会が、憲法が本法廷を第一審と宣言したものに関し上訴裁判とし、憲法が上訴裁判と宣言したものに關し第一審裁判権を与える自由を有するならば、憲法が行った司法権限の配分は実質を持たない形式に過ぎない。

したがって、公務員に職務執行令状を発行するという、合衆国司法制度を創設する法律によつて最高裁判所に与えられた権限は、憲法で保証されていないように見えるので、司法権にそのような権限を授与できるか否か検討する要がある。」

ここから、マーシャルは憲法の理念を説く。

「人々は将来の政府のために原則を定立する固有の権利を有している。彼らの意見によれば、人びとの幸福を最も良く導くであろうその原則が、すべての

米国の構造が樹立されている基礎である。この固有の権利の行使は、非常に偉大なる活動であり、しばしば繰り返して行使されることは出来ず、行使されるべきでもない。それ故にそのようにして樹立された原則は、基本的なものともみなされる。そして、彼らに由来する権力は最高のものであり、めつたに行使されることはなく、永久的なものとして設計されている。

この固有かつ最高の意思が政府を組織し、各部門に、それぞれの権力を割り当てている。それは、これらの部門が止まるべき所を示し、ないし踰越することの出来ない限界を創設している。

合衆国政府に關しては後者の記述がある。立法府の権力は定義され、限定されている。そしてそれらの限定は、誤解されたり、忘れられたりすることのないように、憲法に記述されている。もし、それらの限界が、立法府が制限しようとする目的で権力は限定されるのであれば、何の目的で権力は限定される、その限定が記述されているのだろうか？ もしそうした限定が責務を課せられた人を制限せず、ま

た、もし法が禁止し、あるいは許容することが義務の違いをもたらさないならば、政府の権力の限定と無限定の区別は廃止されることになる。

この選択肢の間に中間的折衷の余地はない。憲法は、超越的で最高の法であり、通常の方法では改正できないものであるか、あるいは通常の立法府の法律であつて、他の法律と同様、立法府が改正したいと望めば改正しうるものであるかのどちらかである。

もし前者の選択肢が真実であるならば、立法府の制定した法律で、憲法に違反するものは法では無い。もし後者が真実であるならば、成文憲法は権力の本来的無限性を制限しようという、人々の不合理な試みの一つである。

間違いなく、成文憲法で枠組みを作ったすべての人びとは、国家の基本的かつ最高の法を制定するに当たつて、この問題を熟考した。結論として、あらゆるそのような政府に關する理論は、憲法に抵触する立法は無効であるという事であらねばならない。」
こうして、わが国憲法で言えば、九八条一項に相當する結論を理論的に導いたわけである。問題は、それを裁

判所が言うことができるか、という点にある。言えれば、裁判所は違憲立法審査権を有するか否かが問題になる。

「憲法に反する議会の法律が無効である場合、その無効にかかわらず、裁判所を拘束し、その効力を認める義務があるだろうか。言い換えれば、それが法では無いにも関わらず、それがあたかも法であるかのように取り扱われるべき規範を構成しているのだろうか。

これは、実際、一見した限りでは主張の不条理さが大きすぎ理論的に確立されたものを実際に転覆する、と思われる。しかしながら、そう言うにはさらに多くの検討を必要とする。

何が法であるかを言うことは、明らかに司法部の範疇に属し、その義務である。特定のケースに規範を適用する者は、必然的に規範を説明し、解釈しなければならぬ。仮に二つの法が互いに抵触する場合には、裁判所は、それぞれの機能を決定する必要がある。

したがって、法が憲法に反している場合、もしも法と憲法の両者を特定事件に適用した場合には、裁

判所は、法に従って憲法を無視するか、あるいは憲法に従って法を無視してその事例を判断する、いずれかの必要がある。裁判所は、その事件を支配するこれらの競合する規範のいずれに依るかを決定する必要がある。これは司法の義務の絶対的本質である。

裁判所は憲法を尊重しなければならず、憲法は議会の制定する通常の法律よりも優越するとするならば、それら両方が適用される事件では、それら通常法律ではなく、憲法がその事件を支配しなければならぬ。

憲法は裁判所において最高法であると考えられるという原則を否定するということは、裁判所が憲法に目を閉じ、法のみを参照して法廷を維持する必要性に還元される。

この教義は、あらゆる成文憲法の基礎を覆すであろう。それは、我々の政治体制の原則と理論によれば完全に無効である法律が、それにも拘わらず、実際には、完全に強制力を有すると述べていることになる。それは、議会が明示的に禁止されていること

をあえて行う場合にも、そのような法律は、明示的な禁止にもかかわらず、現実には有効なであると述べていることになる。それは、議会に、その権限を狭い範囲に制限しているのと同じ限度で、実行上、実質的に全能を与えることになる。それが記述している限界は、任意に踰越しうることを宣言している。

こうして、それは私達が政治制度上の大きな改善と判断したもの、すなわち成文憲法を無に帰し、成文憲法をあれほど畏敬の念を持ってみた米国において、その構造を否定するに他ならない。しかし、合衆国憲法の独特の表現は、その否定を支持する補足的議論を提供する。

合衆国の司法権は、憲法の下で生じたすべての事件に拡張される。

憲法を検討するべきではない、という事が、この権力を与えた人々の意図でありうるだろうか？ 憲法の下で発生する事件を、それが発生した手段を調べることなく決定されるべきなのだろうか？

これは余りにも無駄というものである。

ある事件では、したがって、憲法が裁判官によつ

て検討される必要がある。そして、彼らがそれをそもそも行うことができるとするならば、そのどの部分か、彼らが読み、あるいは従うことを禁じられているのだろうか？

こうして、マーシャルは違憲審査を行うのが正義だと論じる。問題は、日本国憲法と違って、合衆国憲法には違憲審査を許容する明文の規定が存在していないことである。しかし、マーシャルは、黙示的に違憲審査を予定している規定が合衆国憲法中に多数存在していると説く。第一にマーシャルが取り上げたのは、合衆国憲法一条九節五項である。

「憲法は『各州から輸出される物品に対して、租税または関税を賦課してはならない』と宣言している。綿、煙草ないし小麦粉に対する課税があり、それを取り戻すための訴訟を考えてみよう。この事件で、裁判所は判断を放棄すべきだろうか。裁判官は憲法に目を閉じて、法律のみを見るべきだろうか？」

第二にマーシャルが取り上げたのは、合衆国憲法第一条第九節三項である。

「憲法は、『私権剥奪法³³または事後法を制定しては

ならない。』と宣言している。

しかしながら、もしも、そのような法案が通過されるべきであり、ある人がその下に起訴される場合に、裁判所は、憲法が守ろうと努力している、それらの犠牲者に対し死刑を宣告しなければならぬのだろうか？」

第三にマーシャルが取り上げたのは、後にバーがジェファソンから反逆罪で訴えられた際、彼の身を守ることとなった合衆国憲法三条三節二項である。

「憲法は『何人も、同一の外的行為についての二人の証人の証言、または公開の法廷での自白によるのでなければ、反逆罪で有罪とされない。』と宣言する。

ここでは、憲法の文言は、特に裁判所に宛てたものである。それは、直接裁判所に対し、採用すべきでない証拠に関する規則を規定している。仮に、議会がその規則を変更し、証人は一人で、もしくは法定外における自白で足りると宣言した場合、憲法上の原則は議会の法律に屈しなければならないのだろうか？」

米国違憲立法審査権の確立(甲斐)

第四にマーシャルが取り上げたのは、合衆国憲法六条三節が定める裁判官の宣誓義務である。同節は、次の様に定めている。

「この憲法に定める上院議員および下院議員、州の立法部の議員、ならびに合衆国および各州のすべての行政官および司法官は、宣誓または宣誓に代る確約により、この憲法を擁護する義務を負う。但し、合衆国のいかなる官職または信任による職務に就く資格条件として、宗教上の審査を課してはならない。」

この宣誓義務は、日本国憲法で言えば、九九条が課している公務員の憲法忠実義務に相当するものということができるであろう。

この規定について、マーシャルは次の様に説明する。

「これらの規定及びその他多くのものから、憲法起草者が、裁判所の統制ばかりでなく、議会統制の道具として憲法を考えていることは明らかである。

そうでなければなぜ、それは裁判官にそれを擁護することを宣誓するように指示しているのだろうか？ この宣誓は、確かに彼らの公的性格に依じて、

一三七(四七七)

その行為に特別な方式でなされる。もし、彼らが自ら擁護すると宣誓したことを侵害するための道具として扱われるべきであるならば、道具であることを知っている彼らにその義務を課することは何と不道德的なことであろうか。

就任時の宣誓は、これも又議会によつて課せられているのであるが、この問題に対する議会の見解を完全に示している。それは次の言葉である。

『私は厳粛に、私が人に関係なく正義を管理し、貧しき者にも富める者にも等しく権利を認めることを誓う。そして、私は忠実かつ公平に私の能力と理解の最善を尽くして合衆国の憲法と法律にしたがう。』³⁴

もし憲法がその統治のための規範を形成していないならば、なぜ裁判官は合衆国憲法に従つて彼の義務を遂行すると誓うのだろうか？ もしも彼には禁じられ、彼によつて審査することが許されない場合
に？」

このように、成文憲法上、あきらかに違憲審査を予定している認められる規定を列挙した上で、マーシャル

は言う。

「国の最高法でなければならぬと宣言するには、米国の法律一般ではなく、憲法それ自体が最初に言及されることに加え、法律が憲法の遂行として制定されるといふ階層をもっているとしなない限り、それを遵守する価値は全くない。

このようにして、米国憲法の特定の表現が確認され、あらゆる成文憲法において、憲法に反する法律は無効であるという原則が本質的なものとされるといふ原則が強化される。裁判所は、他の部門と同様、この法律文書に拘束されるのである。

規範は守られねばならない。」

こうして、マーシャルは、連邦最高裁判所は、合衆国憲法の述べている限られた場合にしか第一審として活動することはできないことを理由として一七八九年司法権法一三条を違憲とし、それに基づき、マーベリ等の訴えを退けたのである。

五 マカラック対メリーランド州事件

このマカラック対メリーランド州事件 (McCulloch v.

Maryland, 17 U.S. 316 (1819)) は、日本で紹介される米国憲法訴訟ではあまり取り上げないが、米国のその後の歴史に重大影響を与えた、きわめて重要な判決である。

(一) 事件の背景

マーベリ対マディソン事件が、一八〇〇年の選挙を知らないという理解できないのと同様、米国中央銀行の歴史を知らないという、この判決の意味は理解できない。そこで、簡単に中央銀行の歴史を説明する。

こんにちの米国には他国と違い、中央銀行は存在しないが、独立後間もない時期の米国には第一次合衆国銀行 (First Bank of the United States) (一七九一年) 及び第二次合衆国銀行 (Second Bank of the United States) (一八一六年) として知られる中央銀行が存在した。マクラック対メリーランド州事件そのものは、第二次合衆国銀行に関する事件であるが、事件のベースになった中央銀行の合憲性の問題は、第一次合衆国銀行でも同一であった。

これらはいずれも戦後処理のために設立された中央銀行である。すなわち、第一次合衆国銀行は、一七九一年

に財務長官ハミルトンによって、イングランド銀行 (Bank of England) 正式名称は the Governor and Company of the Bank of England) を模範として提案された。イングランド銀行は、名誉革命後の長期にわたる英国の戦争戦費を見事に支えたため、その制度は英国では財政革命 (Financial revolution) と呼ばれる。第一次合衆国銀行は、それに倣って、基本的に独立戦争の間に合衆国が負担した膨大な債務を処理する手段として考案されたのである。

しかし、國務長官のジェファースンや議員のマディソンは、連邦が銀行を設立するというアイデアそのものに激しく反発した。「ジェファースンに言わせれば、銀行とは、貧乏人から金を巻き上げ、農家を圧迫し、質素な共和主義を墮落させるぜいたく好きを生むための仕掛けだった。⁽³⁵⁾」そして、中央銀行の設立は違憲であると主張した。

一七八七年にフィラデルフィアで開かれた憲法制定会議では、マディソンは、連邦政府が必要とする会社設立の権限を連邦議会に与えるように提案していたが、通らなかった。中央銀行設立の提案も検討されはしたが、州

の反対を引き起こし、憲法の批准が危うくなることを恐れて議題にさえ載せていなかった。この結果、合衆国憲法には、どこにも中央銀行設立を許容する文言は存在していないのである。ジェファアソンやマディソンの反対の理論的な根拠はそこにあった。

「ジョン・マーシャルは著書『ワシントンの生活 (Life of Washington)』の中で、アメリカの政党の始まりが、この合衆国銀行をめぐる怨恨に満ちた論争であったことを明らかにしている。彼に依れば、この議論によつて『性格のまったく異なる二つの政党が明確に組織として完成した。権力をめぐるその長く先行き不透明な戦いにおいて、〈中略〉アメリカはこれら政党に芯まで揺さぶられた。』」

合衆国銀行設立法案は、ハミルトンの強い影響力で無事に上下両院を通過した。しかし、大統領のワシントンも、ジェファアソンやマディソン同様に農園主であったために、銀行に関しては消極的だった。これに対し、ハミルトンは大部の意見書を徹夜で書き上げ、ワシントンに提出した。

ハミルトンが中央銀行を合憲と主張する根拠は憲法一

条八節にあった。同節は、連邦議会の権限を個別に列挙した後、次の条文で締めくくっている。

「上記の権限およびこの憲法により合衆国政府またはその部門もしくは官吏に付与された他のすべての権限を行使するために、必要かつ適切なすべての法律を制定する権限。」(傍線は筆者)³⁷⁾

この傍線を付した「必要かつ適切 (necessary and proper)」条項により、議会は必要と認められる機関を創設できるのだとハミルトンは主張したのである。ワシントンはこの主張を受け入れ、署名して中央銀行法は発効した。ハミルトンの意見書は、この後、連邦政府の権限の拡大に一貫して重要な役割を演じることになる。

同法は、二〇年間の期間、銀行の存続を認め、その後は連邦議会の議決により更新可能とされていた。しかし、一八一一年に二〇年の期限が来たとき、議会は一票の差で更新を否決してしまい、第一次合衆国銀行は消滅する。第二次合衆国銀行を提案したのは、皮肉なことに、第一次合衆国銀行の設立に猛反対したマディソンであった。ジェファアソンの後を受けて第四代大統領となっていたマディソンは、一八一二年に勃発した米英戦争(第二次

独立戦争とも呼ばれる⁽³⁸⁾の戦費を賄うためにどうしても中央銀行が必要になったのである。反対派の中心であったマディソン自身が提案したのであるから、法案はほとんど反対無く議会を通過し、第二次合衆国銀行は一八一五年に創設された。

しかし、各州レベルでは依然として中央銀行の存在に對して反発が強く、いくつかの州は合衆国銀行の支店の営業を禁止したり、多額の課税を行ったりするなどの挙に出た。その一つがメリーランド州である。

この当時、米国の紙幣は、個々の民間銀行がそれぞれの信用に基づいて発行していた。メリーランド州は、同州の公認ではないすべての銀行の紙幣に税を課すという法律を制定した⁽³⁹⁾。法律の文言による限り、それは一般的な法規であった。しかし、実際にはメリーランド州公認でない銀行で、メリーランド州内で紙幣を発行していたのは、第二次合衆国銀行の支店のみであった。つまり、州は、この法律により、合衆国銀行の運営を妨げようとしたのである。それに対し、合衆国銀行ボルチモア支店長マカラック (James William McCulloch) がその税を支払うのを拒絶したために裁判となった。

(二) 判決の内容

この裁判では、メリーランド州側は、合衆国銀行の合憲性を問題とした。

1 連邦最高裁判所の権限

この事件では、連邦議会の制定した法律と州議会の制定した法律が真つ向から衝突している。そのような場合に、誰が決定権を持つのがまづ問題となる。マーシャルは、次の様に述べて、それは連邦最高裁判所であると宣言した。

「ここで問題となっている事件においては、被上告人である主権国家 (a sovereign State) は、連邦議会によつて制定された法の義務を否定し、上告人はその州議会が可決した法律の有効性を争っている。我が国憲法において、連邦政府とその構成員の権力の衝突は、その最も興味深く重要な部分であり、それに関する意見は本質的に政府の重要な活動に影響を与えるものなので、憲法の定めるところに従つて考慮されなければならない。その決定に含まれる重要性と重大な責任の深い意味抜きで、この問題にア

プローチできる裁判所は存在しない。しかし、それは平和的に決定されねばならず、ないしは対立する立法という、おそらくはさらに深刻な性質の対立を解決する必要がある。そして、もしそれがそのように決定されるべきものであるならば、本法廷のみが単独でその決定を行うことができる。合衆国最高裁判所に、わが国憲法は、この重要な任務を委譲している。」

この場合、マーシャルは合衆国憲法をそのように解する根拠を、判決文中には何ら示していない。当然にマーベリ対マディソン事件判決を念頭に置いたものである。

2 合衆国主権の意義

この裁判で争点となった第一の問題は、連邦議会が中央銀行を設立する権限が憲法上存在しているのか、という事である。

この質問を議論するにあたり、メリーランド州の代理人は、憲法は、人民から生じたものでは無く、主権を有する独立国の行為により制定されたと主張した。連邦政府の権限は州から委任されたものであり、州のみが真の

主権国家であり、したがって合衆国政府は、唯一最高の支配権を持つ州に従属して、その権限を行使しなければならぬ、と主張した。

これはきわめて重要な主張で、南北戦争時における南部政府側の、連邦脱退の根拠もこの主張にあった。

これに対して、マーシャルは言う。

「その主張を維持することには無理がある。憲法を制定した会議は、実際、邦の議会によって選出された。しかし、憲法は、彼らの手から離れた時点では、何の義務も権利も伴わない単なる提案であった。それは、その時点で存在していた連邦議会に、『各邦議会の同意と批准のために、その人民によって選ばれた邦代表者の会議に提出される要求』⁴⁰として報告された。

制定に当たっては連合会議でも、連邦議会でも、邦議会でもこの手続方法が採用され、憲法は人民に提出された。人民が憲法に対し、安全かつ効果的に賢明に行動する唯一の方法、すなわち会議で組み立てるといふ方法がとられた。それはいくつかの邦で組み立てられた——それ以外にどんな方法があると

いのか？ いかなる政治的夢想家も、州を分ける線を破棄するというほど乱暴ではない。結果として、彼らが行動するときは、彼らは州の中で行動し、アメリカ人民を一般的集団として作り上げることになる。しかし、彼らは採用する手段は、その様なわけで、人民それ自身の手段であり、ないしは州政府の手段となるのである。

これらの会議から、憲法の全権限が導かれる。統治は人民から直接導かれる。統治は『制定し、確定する』⁽⁴¹⁾のであり、『より完全な連邦を形成し、正義を樹立し、国内の平穩を保障し、共同の防衛に備え、一般の福祉を増進し、われらとわれらの子孫のために自由の恵沢を確保する目的をもって』⁽⁴¹⁾宣言されたのである。

主権を有する各州の同意は、会議の招集では暗黙裏になされ、それ故に憲法は直接に人民に提出されている。人民にはそれを受け入れるか拒否する完璧な自由があり、彼らは終局的にそれを受け入れた。それは州政府による確認や否認を要しなかった。憲法は、こうして採択されたときに、完全な義務とな

り、各州の主権を拘束するものとなる。

人民はすでに国家主権に対するすべての権力を放棄し、与えるべき何もなかったと言われてきた。しかし、確かに、彼らが政府に与えた権限を取り戻し、変更できるかという問題は、この国では定着し、疑問ではない。多くの一般政府の正当性は、国によつてはそれを疑われるかもしれない。国家主権に委任された権限は人民自身によつて行使されるのであつて、人民によつて作成された別個の、独立した主権によつて行使されるのではない。かつての連合のような同盟の形成には、国家主権は確かに有能であつた。しかし、『より完全な連邦を形成するため』⁽⁴¹⁾は、この同盟を変更し、より効果的な政府にする必要があり、それは強大な主権的権力を保有し、直接に人民に働きかけ、人民に属する必要がある、その権力は人民から直接に導かれる、そのすべてが感じられ、認められるもので無ければならない。連邦の政府は、それ故に（この事件に関する事実に影響するものは何であれ）、絶対的かつ真に人民の政府である。その形式及び実質において、それは人民

から発する。その権力は、人民によって与えられ、人民に直接行使され、その利益は人民のものである。」

このマーシャルの主張こそ、南北戦争でリンカーン大統領が依拠したものである。特に、この末文には、リンカーンの有名なゲティスバーグ演説（人民の、人民による、人民のための政府）の原型が明らかに読み取れる。

3 連邦の中央銀行設立権

こうして、連邦には州とは別個独立に、州と同様に直接人民から信託された主権があるとした場合、この事件のように連邦と州の主権が衝突した場合には、問題はどのようにに解決されるべきだろうか。

マーシャルはここで、合衆国憲法六条二節を引用する。次の様な条文である。

「この憲法、およびこれに準拠して制定される合衆国の法律、ならびに合衆国の権限にもとづいて締結された、または将来締結されるすべての条約は、国の最高法規である。すべての州の裁判官は、州の憲法または法律に反対の定めがある場合でも、これら

のものに拘束される。」

このうち、マーシャルは「この憲法、およびこれに準拠して制定される合衆国の法律：は、国の最高法規である」という部分を取り出して、次の様に論じる。

「この要求により、州議会の構成員並びに州の行政官および司法官は、合衆国憲法に対する忠誠を宣誓しなければならぬ。合衆国政府の権力には確かに制限があるが、それは最高であり、その法は、憲法の実現のために制定された場合には、『州の憲法または法律に反対の定めがある場合でも』国の最高法規である。」

その上で、マーシャルは、銀行の設立が、合衆国憲法上、連邦の権限に属するか否かを検討する。

「憲法に列挙された権限中に、我々は銀行を設立し、または法人を設置する事に関する条項を見つけないとできない。しかし、合衆国憲法中には、連合規約のように、従属的または暗黙の権限を除き、信託された全てが明示的に細かく記載しなければならぬ」とする規定はない。⁴²⁾

ここで、マーシャルは第一〇修正に言及する。第一〇

修正は次の様な条文である。

「この憲法が合衆国に委任していない権限または州に対して禁止していない権限は、各々の州または国民に留保される。」

これが、州側のもつとも強力な形式上の根拠である。しかし、これに対してマーシャルは言う。

「興奮で過剰となった嫉妬を静める目的のために設けられた第一〇修正でさえも『明示的』という言葉を省略し、単に『合衆国に委任していない権限または州に対して禁止していない権限は、各々の州または国民に留保される』ことだけを宣言することにより、問題となった特定の権限が合衆国政府に委任され、または禁止されているかは、憲法全体の適正な構造に依存して判断されるように制定されている。この修正条文を記述し採用した人びとは、連合規約のこの単語の挿入に起因する混乱を経験していたので、おそらくそれらの混乱を避けるために、それを省略したのである。」

この第一〇修正に関する議論は、相手側の論拠を否定する消極的なものである。それに対して積極的に中央銀

米国違憲立法審査権の確立(甲斐)

行を設立する権限が存在することをマーシャルは論証する必要がある。憲法中に銀行設立に関する規定はないのである。

もちろん、あらゆる国家の権限を憲法に記載することは無理であり、そこから銀行設立権を導くことはできる。問題は、その権限は連邦と州のいずれに属するかである。そこでマーシャルは、企業の設立は、それ自体が目的ではなく、ある目的を達成するための手段なのだと言

く。そこで登場してくるのは、ハミルトンが第一次合衆国銀行に関してワシントンに提出されたハミルトンの意見書で述べた憲法一条八節にいう『必要かつ適切』条項である。

そこで、マーシャルはこの『必要』という語の意味について様々に検討をし、最終的に次の様に結論を下す。

「第一に、この語句は、議会の権力に関する規定中に置かれており、決してその権力の制限規定中に置かれていないわけではない。」

第二に、その条項は政府に信託された権力を縮減する目的ではなく、拡大する趣旨である。それは、

一四五(四八五)

既に付与されている権限の制限ではなく、追加する趣旨である。連邦議会の裁量権を拡大する文言により、それを狭める意図を隠していると考えられる理由は無い。」

この前提の下にさらに検討した上で、連邦最高裁判所は、合衆国銀行設立法は合憲であり、各州法に優越すると宣言する。

4 各州の課税権

次の論点は、中央銀行が合憲であるとして、各州はこれに課税する権限を有するのか、という点である。言うまでも無く、課税権は国家の本質的権力であり、連邦が課税権を有するからと言って、州の課税権が否定されることはあり得ない。

「各州によって合衆国銀行に課税することが、それを破壊することは否定できないことは余りにも明白である。しかし、課税権が、憲法に明示的に規定するもの以外のいかなる制限にも服しない絶対的な権力であり、他の主権に基づく権力と同様にそれを信託されたものの裁量に依存していると言われている。」

しかし、この議論が絶対的な条件は、課税権そのものも含め、州の主権は、合衆国憲法の下位にあり、それによって制御されているということである。合衆国憲法がどの限度まで制御するかは、その構造の問題でなければならぬ。合衆国憲法を制定するに際しては、何の原則も宣言されていないので、どこまで許容できるかは、最高政府の正当な運営を打破すると認められるかによる。それ自身の圈内にあるその活動に対するすべての障害を除去することは至上性の絶対的本質であるので、下位政府に帰属するすべての権力を、その活動に影響を与える限度で修正することができる。この効果は、文言で記述する必要はない。それは至上性の宣言に暗黙裏に含まれており、明示することにより明確にする必要は無い。憲法の解釈に当たり我々は、この視点を維持する必要がある。」

こうした議論をさらに重ねた末、マーシャルは、メリーランド州法は違憲であると宣言する。今日であれば、連邦法は州法に優越する、といえは済むことであるが、それはこのような論理によって導き出された結論が憲法

原理として確立した結果なのである。

(三) その後

第二次合衆国銀行も、第一次合衆国銀行と同様、二〇年間の時限立法で設立されていた。それ故に一八三六年に免許を更新する必要があった。一八二八年の大統領選挙で第七代大統領に就任していたアンドリュー・ジャクソンは合衆国銀行の公認の更新について強く反対し、一八三二年大統領選挙の綱領では、合衆国銀行の廃止を公約として掲げていた(彼の有名な言葉に“the bank is trying to kill me, but I will kill it”がある)。選挙に勝った翌一八三三年九月、ジャクソンは合衆国銀行に政府の資金を預託することを終わらせる執行命令を発した。これにより、合衆国銀行は実質的に中央銀行としての機能を失うことになる。

さらに、一八三六年に、議会が合衆国銀行の期間更新の議決を行うと、ジャクソンはこれに対して拒否権を発動した。これは、史上最初の、合憲であることが確定している法案に対する拒否権の発動となった。議会は強く反発したが、反ジャクソン派は大統領の拒否権を覆すに

たる三分の二の多数を確保できなかった。そこで、合衆国銀行は、州法銀行に転換して存続しようとしたが、ジャクソンのさまざまな政策によって最終的に破産に追い込まれた。その後は、一九一三年に連邦準備制度が成立するまで、米国には中央銀行に相当する機能を果たす組織すら存在しなかった。

六 その他の重要憲法判例

本稿の紙幅も尽きてきたので、マーシャルの下した憲法判例で、同時代的な影響は軽微であったが、後世に大きな影響を残した判例をいくつか、簡略に紹介したい。

(一) ダートマス大学事件

ダートマス大学事件 (Trustees of Dartmouth College v. Woodward, 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819)) は、合衆国憲法の「契約条項 (Contract Clause)」を扱ったという点で、歴史的な重要性を持つ。契約条項とは、合衆国憲法一条一〇節一項の一部である。次の傍線部がそれである。

「州は、条約を締結し、同盟もしくは連合を形成し、

船舶捕獲免許状を付与し、貨幣を鑄造し、信用証券を發行し、金貨および銀貨以外のものを債務弁済の法定手段とし、私権剥奪法、事後法もしくは契約上の債権債務關係を害する法律を制定し、または貴族の称号を授与してはならない。」

すなわち、契約条項は、遡及的に契約上の権利を損なう法律の制定を州に対して禁止している。また、契約条項は、州の法律だけではなく、裁判所判決にも適用される。憲法起草者は、州が連合規約の下においてしばしば行われた特別法に対する恐怖を解消する目的で、この句を追加した。すなわち、当時の議会は、特定人（当然だが、有力者）の債務の緩和法を議決すると言うことをよく行つたのである。また、独立戦争中及び革命後に、多くの州は、外国債権者を犠牲にし、植民地の債務者に有利な法律を可決した。憲法起草者は、そのような行為は米国への外国資本の将来の流れを危うくすると信じていた。その結果、契約条項は、売上契約および融資契約の不可侵を保障することにより、外国商人に、米国との取引の損失のリスクを低くするという狙いがあったのである。

1 事件の内容

ダートマス大学 (Dartmouth College) は、ニューハンプシャー州ハノーバー市に本部を置き、一七六九年に、英国王ジョージ三世の勅許を賜つて創立された私立大学で合衆国では一三番目に古い。創立に当たつて英国王の側近の政治家が出資しており、その代表者が、一七七二年〜一七七五年に英国政府の植民地大臣 (Secretary of State for the Colonies) を務めたダートマス二世伯爵 (William Legge, 2nd Earl of Dartmouth) であつたため、大学に彼の名がついた。ジョージ三世の勅許状 (charter) には学校の目的が綴られ、それを支配する構造を設定し、大学に土地を与えていた。つまり、勅許状は同時に大学定款である。

一八一六年、ニューハンプシャー州議会は新たに法律⁴³を制定して、ダートマス大学の勅許状を修正し、知事の手⁴⁴に大学理事の任命権限を与え、大学理事会の定員を二名から二一名に増員し、さらに大学理事会の決定に対して拒否権を有する州監督委員会を設置しようとした。この委員会は、二五名の構成員からなるが、そのうち二一名はニューハンプシャー州上下両院議長等がその地

位により就任することとしていた。これは実質的に私立大学から州立大学への変換を意味する。この法律を制定した狙いは、共和党系の州政府が、連邦党系の理事を大学から追放し、大学を共和党の支配下に置くことにあつたという。

そこで大学理事会が、議会の行動が違憲であるという宣言を求めて、州が任命した新たな理事会書記であるウッドワード (William H. Woodward) を相手取り、訴えを提起した。

2 判決の内容

そこで争われたのは、この法律が契約条項に違反して違憲なのか否かである。上記の立法経緯からすれば、このような教育機関のような慈善事業は、憲法起草者の念頭になかったことはあきらかであるが、マーシャルは「熟議の結果、当法廷の意見に依れば、これは合衆国憲法に違反することなく侵害することのできない契約である。」と宣言し、ニューハンプシャー法を違憲としたのである。

このダートマス事件判決により、連邦最高裁判所は、

民間の契約の変更または取り消しは、合理的な理由が無い限り、州法や州憲法の改正という手段に依つてでも許されないことを確立した。

歴史的に見れば、この判決は、契約条項を強化し、民間企業を含め民間の契約に国家が干渉することを制限する、最も重要な最高裁判決の一つとなった。

(二) コーエン対バージニア州事件

この *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. 264 (1821) 事件は、被告人がその憲法上の権利が侵害されたと主張した場合において、連邦最高裁判所が、州最高裁判所の判決を再審査できるといふ判例を確立したことで有名な事件である。

1 事実関係

連邦議会はワシントン D.C. 内において宝籤を発行し、販売することを認める法律を制定していた。コーエン兄弟はこの D.C. 宝籤をバージニア州で、同州の法律に違反して販売し、一〇〇ドルの罰金を科せられた。そこで、コーエン兄弟は連邦最高裁判所に、彼らの行為は連邦宝

籤法により許容されていると主張して上告した。

2 判決の内容

主たる争点は、連邦最高裁判所は、バージニア州の法廷が定めた事に対する司法権があるかという点にあった。連邦最高裁判所は、合衆国憲法三条二節が「この憲法、合衆国の法律および合衆国の権限にもとづき締結された、または将来締結される条約のもとで発生するコモンロー上およびエクイティ上のすべての事件」と定め、何らの例外を述べていないことを根拠に司法権を有すると判決したのである。

しかし、コーエン兄弟に対する告訴は支持した。連邦議会は、ワシントンD.C.の外で宝籤を販売することを意図しておらず、したがって宝籤販売を許可した連邦法と、宝籤販売を禁止したバージニア州法の間には衝突は存在していないとしたのである。

(三) ギボンス対オグデン事件

米国の歴史は、州に対する連邦権限拡張の歴史ということが出来るが、その大きな武器となったのが州際通商

条項 (Interstate Commerce Clause) であり、その最初の事件となったのが、ギボンス対オグデン事件 (Gibbons v. Ogden, 22 U.S. 1 (1824)) において、マーシャルが打ち出した州際通商条項 (Interstate Commerce Clause) に関する判例である。州際通商条項は、合衆国憲法一条八節三項が定めている。次の様な規定である。

「連邦議会は、つぎの権限を有する。〈中略〉諸外国との通商、各州間の通商およびインディアン部族との通商を規制する権限。」

すなわち、この規定は、連邦議会の権限として、外国通商条項 (Foreign Commerce Clause)、インディアン通商条項 (Indian Commerce Clause)、それに州際通商条項を定めているわけである。

しかし、連邦議会に州際通商を規制する権限があるといっても、それが具体的に何を意味しているのかは、この時までにはつきりしていなかった。それを明確にしたのが、このギボンス対オグデン事件判決なのである。

1 事件の内容

蒸気船を発明したのは、フルトン (Robert Fulton)

である。一七七七年のことであった。フルトンは、伯父のリビングストン⁽⁴⁴⁾と、蒸気船運航会社を興し、ニューヨーク州議会の法律によってニューヨーク州内の全水面で、蒸気船を運航する独占権を得ていた。フルトンとリビングストンは、後にこの権利をオグデン (Aron Ogden) に譲渡した。

他方、ギボンズ (Thomas Gibbons) は、連邦議会から、連邦の持つ沿岸貿易規制権限の一環として、ニュージャーシー州エリザベスタウンとニューヨーク市を結ぶ蒸気船を運航する特許を得た。

そこで、オグデンは、ギボンズの船の運航を差し止める訴えをニューヨーク州裁判所に提起し、勝訴した。そこで、ギボンズが連邦裁判所に提訴したのがこの事件である。

2 判決の内容

マーシャルは、ギボンズに対して勝訴判決を下した。そこで決め手になったのが、州際通商条項である。

この事件では、ニューヨーク州の法律と、連邦の法律のいずれが優越するかが問題となった。そこでの問題は、

州際 (among the several states) と通商 (commerce) という言葉が、それぞれ何を意味するかである。

マーシャルは、通商とは単なる交通 (traffic) ではなく、商品取引 (trade of commodities) ないし交換 (intercourse) であるとした。その限界は航海 (navigation) を含むという。また州「際」(among) とは、混ざり合う (intermingled with) ことだという。

このように言葉を置き換えた結果、マーシャルは「通商という言葉が付け加えられていることにより、連邦議会が航海を規制する権力は明示的に授与されている」と結論した。この結果、通商に関する議会の権限は、州法にあらゆる局面で優越するとした。

「常に理解されているように、連邦議会の主権は、特定の対象に限定されてはいるが、その対象に関しては無条件に認められる。外国及び州際通商権限は、あたかも単一の政府が有しているであろう処と同様に、絶対的なものであり、その権限の実施に対する憲法上の制約も、合衆国憲法が定めている場合においても同様である。」

3 その後

これにより、州際通商条項は、連邦議会が制定する法律の権限を大幅に拡大するものとなった。もともと、一九三五年にシェクター鶏肉加工社対合衆国事件 (Schechter Poultry Corp. v. United States) 判決では、鶏肉加工工場内の労働者の労働時間と賃金を規制する連邦法が鶏を生きたまま他州から仕入れているにもかかわらず、工場内の労働である加工と販売はニューヨーク州内で行っていることから、一つの州内のみに関わる事項であり、州際通商に当たらないとして違憲とされたことがある。

(四) ウースター対ジョージア州事件

最後に、マーシャルが実質的に敗れた事件を紹介しておく。

英国の植民地は、当初各地のインディアン部族と条約を結び、平和共存を図った。独立した米合衆国もこの政策を継承した。しかし、人口が増加し、西部開拓の圧力が増すに連れて、白人が条約を無視してインディアンの土地に勝手に入植する事件が増えていった。そこで、

ジョージア州は、インディアンに対してその土地の割譲を迫った。さらにジャクソンが大統領に就任すると、連邦が、州のこうした政策を後押しし、インディアン部族を奥地へ強制的に移住させようとした。

これに対するインディアンの対応は様々だった。チョクトー (Choctaw) 族は抵抗せず、自ら移住していった。これに対し、セミノール (Seminole) 族は、武力を持って白人の侵略に対抗した。セミノール戦争は一〇年以上も続き、合衆国政府は莫大な戦費を負担することになった。

1 事実の概要

チェロキー族 (Cherokees) は、そうした圧力を、甘受すること無く、かつ武力ではなく、法的闘争で打破しようともくろんだ。チェロキー族の抵抗の一環として幾つも起きた裁判事件の一つが、このウースター事件 (Worcester v. Georgia, 31 U.S. 515 (1832)) である。

ジョージア州にとって問題だったのは、白人宣教師がチェロキー族側の味方について活動することである。そこで、ジョージア州は、白人は州の許可無くチェロキー

族の土地に入ることを禁じる立法を行った。⁽⁴⁵⁾ ウースター (Samuel Worcester) 等二人の白人宣教師はこの法律に違反したとして逮捕され、州裁判所において有罪判決を下されて収監された。

ウースターは、このジョージア州法が違憲であると訴えて連邦最高裁判所に上告した。この刑事訴訟は、必然的に、それまでのすべてのジョージア州側のチェロキー族に対する侵略行為が争点となる。

2 判決の内容

マーシャルは、チェロキー族と合衆国の条約が存在する以上、ジョージア州の一連の立法等による侵略行為は違憲であると宣言した。なぜなら、外国との交渉においては、州ではなく、合衆国こそが絶対的な権限を持っているからである。

3 その後

ジャクソン大統領は、この判決に対してこう言い放ったという伝説がある。

「ジョン・マーシャルが判決を下した。だから彼に

それを実施させる！」⁽⁴⁶⁾

実際にそう言ったかどうかはともかく、現実には、連邦政府もジョージア州もこの判決を完全に無視した。そして、マーシャルの違憲判決は、行政府がそれを尊重しない限り、実効性を持たなかったのである。

万策尽きたチェロキー族は一八三〇年に定められたインディアン移住法 (Indian Removal Act of 1830) の下、一八三八年、一七、〇〇〇名のチェロキー族インディア及び富裕なチェロキー族に所有されていた約二、〇〇〇名の黒人奴隷が現在のオクラホマ州にある新たなインディアン居留地までのおよそ一、二〇〇マイル (一、九〇〇 km) の移住を徒歩で行った。チェロキー族の多くが、赤痢その他の病気のために移住の途上で命を落としたといわれる。⁽⁴⁷⁾ これが「涙の道 (Trail of Tears)」と呼ばれる事件である。チェロキー族の言語で、この出来事は、*nvnadaultsvyi* (我々が泣いた道) と呼ばれている。この出来事を記念するためにアメリカ合衆国議会は一九八七年に「涙の道国立歴史の道」[“Trail of Tears National Historic Trail”] を指定した。

「おわりに」

一八三五年の春、マーシャルの乗っていた馬車が転覆してマーシャルは負傷し、フィラデルフィアで治療を受けていたが、七月六日に現職のまま死亡した。享年七九歳。

彼の連邦最高裁判所長官在任期間は一八〇一年二月四日から、彼が死亡する一八三五年七月六日まで、実に三四年余に達する。彼は合衆国が始まって以来、はじめて長期にわたって長官職を勤める人物となったのである。⁴⁸

その間、大統領は第三代ジェファソンから第七代ジャクソンに及ぶ。しかも、その間、本稿に紹介した数多くの重要な判決を下すことにより、連邦最高裁の権威を大いに高め、第三権としての地位を確立したのである。彼は、米国において最も尊敬される裁判官といわれる。

わが国では、往々にしてマーシャルの名は、マーベリ対マデイスン事件とのみ結びつけて紹介される。しかし違憲立法審査権の確立は、そのような、本稿に詳しく紹介したとおり、ある意味において苦し紛れのたった一つの判決によって可能になるものではない。マカラック対

メリーランド州事件その他、連邦と州が対立した幾多の紛争において、連邦最高裁判所が行使する違憲立法審査権こそが、その紛争の最終的な解決手段として有用であることを、繰り返し証明したからこそ、その判決が尊重される伝統を確立することに、マーシャルは成功したのである。最後に上げたウースター対ジョージア州事件において、マーシャルの判決が尊重されなかったのも、この観点からすれば容易に理解できる。その事件では、連邦と州の間に対立は存在していなかったのである。

(1) 日本法学七八卷二号九一頁以下参照

(2) William Randolph (一六五〇年—一七二一年)：南北戦争で南軍の司令官を務めたリー (Robert E. Lee) も、彼の子孫である。

(3) Bushrod Washington (一七六二年—一八二九年)：ジョージ・ワシントンの弟、ジョン・ワシントンの子である。彼は伯父の援助によりウィリアム・アンド・メアリー大学 (College of William & Mary; W&M) を卒業している。この大学は一六九三年にイングランド王ウィリアム三世と女王メアリー二世による認可に基づき創設された、ハーバード大学に次いで米国で二番目に古い歴史を誇る大学である。ジェファソンや第五代大統領に

なつたモンローもこの大学の出身である。米国の大学では、優秀な学生にファイ・ベータ・カッパという組織を作らせるといふ事が行われるが、それを創設したのがこの大学であり、ブッシュロッドはその第一回メンバーであつた。なお、ジョージ・ワシントンの住まいであつたマウント・バーノンには、その死後ブッシュロッドが相続した。

彼はアメリカ植民地協会 (American Colonization Society) の設立を支援し、一八一六年にその初代会長になつた。この組織は米国内の解放奴隷である黒人をアフリカに帰還させることを目的としており、その活動により一八二〇年から実際の帰還が始まる。帰還した黒人によつて一八四七年に建国されたのが現在のリベリア共和国である。

(4) ワシントン自身は前例を作る意思はなかつたが、その後第三代大統領ジェファソン及び第五代大統領モンローが、伝統を作る意思で、二期で勇退したことから大統領は二期までという伝統が打ち立てられ、フランクリン・ルーズベルトによつてそれが破られるまで続くことになる (ルーズベルトは四期当選する)。そこで、一九四五年にルーズベルトが死去したのを機会に、大統領の三選禁止を明定した第二二修正が提案され、一九五一年に成立した。この結果、今では憲法的に二期までに制限されている。

米國違憲立法審査權の確立 (甲斐)

(5) John Adams (一七三五年—一八二六年) … 建國の父の一人である。大陸會議にはマサチューセツ湾植民地の代表として出席し、一七七六年に大陸會議がアメリカ獨立宣言を採択するときには、ジェファソンと共に起草委員會の一員となつて指導的な役割を果たした。初代の副大統領 (一七八九年—一七九七年の二期) である。なお、第六代大統領ジョン・クインシー・アダムズ (John Quincy Adams) は彼の息子である。

(6) Thomas Pinckney (一七五〇年—一八二八年) … 一七八七年から一七八九年までサウスカロライナ州知事の任にあり、同州の合衆國憲法批准會議で議長を務めた。一七九一年にサウスカロライナ州下院議員を務めたのち、駐英全權公使など外交官として活躍した。

(7) Aaron Burr (一七五六年—一八三六年) … 一七八四年—一七八五年ニューヨーク州議會議員、一七九一年—一七九七年連邦上院議員、一七九八年—一八〇一年ニューヨーク州議會議員

(8) Charles Cotesworth Pinckney (一七四六年—一八二五) … サウスカロライナ州出身、獨立戰爭では軍人として活躍し、合衆國憲法制定會議の一員であつた。トマス・ピンクニーの兄である。

(9) Samuel Johnston (一七三三年—一八一六年) … 大陸會議でノースカロライナを代表し、後に同州選出上院議員となり、第六代知事となつた。

(10) Samuel Adams (一七二二年—一八〇三年) … 建国の父の一人である。イギリスの植民地支配に反対する論客の一人として最初期から活動し、一七七三年のボストン茶会事件を組織化し、大陸会議に出席し、第二次大陸会議で独立宣言の採択を主導した。一七九四年からはマサチューセッツ州知事となる。

(11) George Clinton (一七三九年—一八二二年) … 一七七七年—一七九五年ニューヨーク州初代知事。一八〇〇年—一八〇一年州下院議員。一八〇一年—一八〇四年第三代知事。ジェファースン大統領の第二期及びそれ続くマディソン大統領の下で、一八〇五年からその死去まで、連続して八年間副大統領を務めた。彼は在職中に死去した初の副大統領である。なお、四二代大統領ビル・クリントン (William Jefferson “Bill” Clinton) とは縁戚関係は無い。

(12) John Henry (一七五〇年—一七九八年) … 一七七七年—一七九〇年メリーランド州議会議員。その間、大陸会議の代表を務める。一七八九年—一七九七年メリーランド州選出上院議員。

(13) 合衆国憲法三条二項は次の様に定める。
各々の州は、その立法部が定める方法により、その州から連邦議会に選出することのできる上院議員および下院議員の総数と同数の選挙人を任命する。但し、上院議員、下院議員および合衆国から報酬または信任を受けて

官職にあるいかなる者も、選挙人に選任されることにはきかない。

(14) この選挙の際の制度を紹介すると、次の様にきわめて区々となっていた。

① 選挙人は州議会で指名するという州が、コネチカット州、デラウェア州、ニュージャージー州、ニューヨーク州、ロードアイランド州、サウスカロライナ州、バーモント州と七州あった。

② 州を選挙人選挙区に分割し、その地区毎の選挙で一人の選挙人を選出するという州が、ケンタッキー州、メリーランド州、ノースカロライナ州、バージニア州と四州あった。

③ 州全体の投票で選挙人を選出するという州が、ジョージア州とペンシルベニア州の二州あった。

④ 州に割り当てられた選挙人のうち、二人の選挙人は州議会で指名し、残りの選挙人は下院議員選挙区毎に上位二名の得票者リストの中から州議会で選定するという複雑な制度をマサチューセッツ州は採用した。

⑤ 各選挙人は州全体の投票で選定するが、過半数を獲得した候補がない場合には、州議会が得票数上位二名を指名するという制度をニューハンプシャー州は採用した。

⑥ 州を選挙人選挙区に分割し、その中の各郡が一般投票で選挙人代議員を選出し、この代議員が各選挙区あ

たり一人の選挙人を選出するという間接選挙方式をテネシー州は採用した。

出典＝ http://en.wikipedia.org/wiki/United_States_presidential_election,_1796

(15) アダムズが大統領に就任した当時、アメリカの首都はフィラデルフィアであった。当時の大統領官邸はフィラデルフィアのロバート・モリス邸であった。しかし、アダムズ政権の末期、一八〇〇年一月一日、アダムズ大統領はワシントンの大統領官邸に入居した。ワシントンが八年の在任期間中に政庁所在地から離れていた日数は合計で一八一日間であったが、アダムズはその半分の在任期間にも拘らず、合計三八五日も政庁所在地を離れていた。

出典＝ <http://www.american-presidents.info/johndam12.html>

(16) ロン・チャーナウ著『アレグザンダー・ハミルトン 伝』下巻日経B P社二〇〇五年刊四六頁以下参照

(17) Elbridge Thomas Gerry (一七四四年—一八一四年) … 独立宣言および連合規約の署名者の一人である。その後マサチューセッツ州の知事に就任した。彼はその名が「ゲリマンダリング」(特定の政党が有利になるように選挙区を不当に設定すること)の元になったことでも有名である。一八一三年からその死まで第四代マディソン大統領の下で第五代副大統領であった。彼は在職中に死去

した二番目の副大統領である。

(18) 対仏三人委員会 (three-member commission to represent the United States in France) と呼ばれる。

(19) Charles-Maurice de Talleyrand-Périgord (一七五四年—一八三八年) … すばやい裏切りにより、革命政府、帝政、王政という大きな政体の変革を乗り越えてフランス外交の中心にあり続けた人物で、メッテルニヒの主催したウィーン会議では敗戦国が戦勝国に要求を呑ませたことで敏腕政治家・外交家としての評価が高い。それ以後も首相、外相として活躍し、四〇年にわたってフランス政治の中心に君臨した。メートル法はタレーランの提案にかかるなど功績は多い。しかし、「タレーランは、金儲けに精を出していないときは、陰謀を企んでいる」と酷評されるほどに、人格的には悪評が高い。

(20) マーシャルが、アダムズに対する書簡中でタレーランの贈賄交渉における代理人三人を、それぞれX、Y、Zと匿名で表記したため、この名がある。

(21) これは正確には、連邦党が一七九八年の第五回連邦議会で成立させ、アダムズ大統領が署名した四つの法律の総称である。

第一は帰化法 (the Naturalization Act = 正式名称は An act supplementary to, and to amend the act to establish a uniform rule of naturalization; and to repeal the act heretofore passed on that subject; ch. 54, 1 Stat. 566) の

これは一七九五年帰化法 (the Naturalization Act of 1795) を改正し、外国人が米国籍を得るための滞在期間を五年から一四年に延長するものだった。

第二は外国人法 (the Alien Act = 正式には An Act Concerning Aliens; ch. 58, 1 Stat. 570) で、これは大統領に、「合衆国の平和と安全に害があると認められる “dangerous to the peace and safety of the United States” といかなる外国人も国外追放する権限を与えた。

第三は敵国人法 (the Alien Enemies Act = 正式には officially An Act Respecting Alien Enemies; ch. 66, 1 Stat. 577) で、同じく大統領に、米国内に居住する外国人を、その祖国が米国と交戦中であれば、敵国人として国外追放する権限を与えた。なお、この法律は今日も修正されず存続している。当時はこれによりフランス系外国人の追放を狙った。

第四が反政府活動取締法 (the Sedition Act = 直訳すれば扇動法。正式には An Act in Addition to the Act Entitled “An Act for the Punishment of Certain Crimes against the United States”; ch. 74, 1 Stat. 596) で、それは政府ないし特定の公務員に対して「虚偽、スキャンダル及び悪意による記述」を交換することを犯罪とするものであった。

(22) William Vans Murray (一七六〇年—一八〇三年) : 当初はメリーランド州下院議員で、後、メリーランド選

出連邦下院議員となった。一七九三年からオランダ駐在の米国大使に任命されていた。

(23) Patrick Henry (一七三六年—一七九九年) : 独立戦争を強く主張して「自由を与えよ。然らざれば死を (give me liberty or give me death!)」という名文句を吐いてイギリスに対する抵抗運動を扇動したことで知られる。独立戦争勃発後はバージニア邦憲法の起草に参画し、一七七六年から一七七九年までバージニア邦の初代知事を務め、権利章典の制定に与ったと言われる。

(24) 一八〇〇年の協約 : 正式には “Convention Between the French Republic and the United States of America” という。内容の大略を紹介すれば、差し押さえた資産を元の持ち主に返却すること、通商に特別な規制を課さないこと、フランスは貿易において最恵国待遇を与えられること、輸出入禁止品目を明確に規定するということであった。一八〇〇年九月三〇日に締結され、米国上院は二ヶ月間にわたって討議し、一八〇一年二月三日、条件付で批准した。

(25) Timothy Pickens (一七四五年—一八二九年) : 元々は軍人で、独立戦争で活躍した。ワシントン大統領下で、一九七一年—一七九五年に郵政長官、一七九五年に陸軍長官、そして同年に第三代国務長官となり、アダムズ大統領に罷免される一八〇〇年まで同職を務めた。閣僚として通算九年間在職したことになる。

(26) 連邦党の大統領候補アダムズ六五票、副大統領候補のチャールズ・コッツワース・ピンクニーは六四票であつた。多数が立候補して乱戦となつた前回と異なり、それ以外の候補者は、今回はジェイ一人で、彼が得た票は一票だけであつた。

(27) 当初の一三州に加え、バーモント州が一七九一年三月に、ケンタッキー州が一七九二年六月に、テネシー州が一七九六年六月に、それぞれ加盟してゐた。

(28) ロン・チャーナウ著『アレグザンダー・ハシルトン 伝』下巻日経B P社二〇〇五年刊二七一頁参照。

(29) The Judiciary Act of 1801は通称で、正式名称は“An Act for the more convenient organization of the Courts of the United States”と云ふ。一八〇一年二月二三日に成立してゐる。

(30) 前注同様に、同法の正式名称は“An Act To amend the Judicial System of the United States”と云ふ。一八〇一年四月二九日に成立してゐる。

(31) 国務省設置法の正式名称は An act for establishing an executive department, to be denominated the department of foreign affairs と云ふ。

その第一条は次の様に定めている（下線は筆者）。
Section 1. Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, That there shall be an Executive

department, to be denominated the Department of Foreign Affairs, and that there shall be a principal officer therein, to be called the Secretary for the Department of Foreign Affairs, who shall perform and execute such duties as shall from time to time be enjoined on or intrusted to him by the President of the United States, agreeable to the Constitution, relative to correspondences, commissions or instructions to or with public ministers from foreign states or princes, or to memorials or other applications from foreign public ministers or other foreigners, or to such other matters respecting foreign affairs, as the President of the United States shall assign to the said department; and furthermore, that the said principal officer shall conduct the business of the said department in such manner as the President of the United States shall from time to time order or instruct.

(32) 具体的には William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, 及び William Harper の四人と云ふ。

(33) “bill of attainder” という語に對し、わが国では従来から私権剥奪法という訳語が用いられ、米国大使館の行つてゐる合衆国憲法の翻訳でもこの訳語が用いられてゐるのど、attainder は、それに従つてゐる。

確かに、attainder の本来の意味は、公権喪失とか私権

剥奪という意味で、もともとはコモンロー裁判所で有罪が確定した者に対し、議会が付加刑として没収を宣言する立法のことであった。しかし、合衆国憲法の場合には、内容から意識すれば「特定私人処罰法」とでも訳するべき特殊な立法を意味する。すなわち、本来、処罰は、法律に従って裁判所が判決という形で行うべきであり、本来の私権剥奪法もその例外では無い。しかし、合衆国憲法の場合には、裁判所をまったく経由することなく、議会が特定人に対し、その者の行為を犯罪とする立法を行い、あるいはその容疑者に対し、事実調べもなしに有罪を宣言し、その者に対する刑罰まで定める立法を意味している。いわば、議会が立法者、検察官、裁判官、陪審員の四つの役割を演じるのである。これは英国において一五三〇年代以降において、ヘンリー八世が、彼に敵対する者を合法的に処刑する手段として発展させた立法形態である。

この型の私権剥奪法は英本国だけでなく植民地にも広く適用され、これに対する植民地人の怒りが米国を独立に駆りたてる要因の一つになった。独立戦争中は、逆に独立派自身が王党派に対して私権剥奪法を連発し、王党派の弱体化に大いに利用された(有名なものとして一七七九年のニューヨーク州議会による Parker Wickham 事件がある)。

そうした不幸な歴史から、私権剥奪法の禁止を、この

条文はうたっているのである(フェデラリスト第四章参照)。今日まで五件の法律が私権剥奪法とされた。最近のものは一八九六年に制定された Elizabeth Morgan Act³⁴⁾、二〇〇三年にワシントン D.C. 控訴院によって Morgan の前夫に対し、子への面会謝絶を子の同意がない限り認められた点が私権剥奪法に該当するとされた。

(34) 連邦公務員のうち、大統領の宣誓文は、合衆国憲法二条一節八文に明記されている。これに対し、判事の宣誓文は、憲法自身は定めていなかったもので、それは議会の決定に委ねられていると考えられた。そこで一七八九年司法権法が、判事に関する宣誓文を規定した。この宣誓文の原文は次のとおりである。

“I do solemnly swear that I will administer justice without respect to persons, and do equal right to the poor and to the rich; and that I will faithfully and impartially discharge all the duties incumbent on me as according to the best of my abilities and understanding, agreeably to the Constitution and laws of the United States.”

これは、一七八九年～一八六一年に使用されていた(ただし、この末尾に“*So help me God*”という文言が、宣誓時には付加されていた)。

一八六一年の南北戦争の勃発と共にリンカーン大統領の命令により、すべての連邦公務員に宣誓義務が課され、それに伴い一八六〇年代に宣誓文は数回変更された。

最終的に一八六八年に次のものになった (5 U. S. C. § 3331)。

“I, _____, do solemnly swear (or affirm) that I will support and defend the Constitution of the United States against all enemies, foreign and domestic; that I will bear true faith and allegiance to the same; that I take this obligation freely, without any mental reservation or purpose of evasion; and that I will well and faithfully discharge the duties of the office on which I am about to enter. So help me God.”

但し、裁判官については一九九〇年に司法部改革法 (the Judicial Improvements Act of 1990) が制定された結果、現在は次の様な文言とするようになった。

“I, _____, do solemnly swear (or affirm) that I will administer justice without respect to persons, and do equal right to the poor and to the rich, and that I will faithfully and impartially discharge and perform all the duties incumbent upon me as _____ under the Constitution and laws of the United States. So help me God.”

最高裁判事に任命された者は、この宣誓に続いて一般連邦公務員用の宣誓文言を唱える合体型の宣誓を行うことも多いという。

参照 = <http://www.supremecourt.gov/about/oath/>

米国違憲立法審査権の確立 (甲斐)

textoftheoathsofoffice2009.aspx

(35) ロン・チャーナウ著・注16引用書二〇三頁より引用。

(36) 前注引用書二二二頁より引用

(37) 合衆国憲法一条八節末項の原文は次のとおりである。

To make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by this Constitution in the government of the United States, or in any department or officer thereof.

(38) 米英戦争：一八一二年六月—一八一四年一二月の間、米国と英国の間で戦われた戦争。当時欧州はナポレオン戦争の最中で、英陸軍の主力はスペインでの半島戦争に取られており、英海軍は欧州の海上封鎖を強いられていた。そこで、米国がいわば火事場泥棒的にカナダにある英国植民地を侵奪する目的で開始した戦争である。この戦争では、両軍ともインディアンと結びついて戦った結果、多くのインディアン部族が消滅寸前まで虐殺され、領土を奪われて散り散りとなった。特に英国側と結んで戦ったインディアンを追いだした広大な土地は、合衆国政府の植民地となった。これがその後の西部開拓の始まりとなる。このため、この戦争はインディアン戦争の別名で知られる。第七代大統領ジャクソンはこの米英戦争の英雄で、特にインディアン虐殺で勇名をはせた。

(39) メリーランド州法の名称は次のとおりである。

一六一 (五〇一)

an act to impose a tax on all banks, or branches thereof, in the state of Maryland, not chartered by the legislature,

(40) この引用文は、連合議会において一七八七年九月二六日に Nathan Dane によつて行われた動議の一節である。デーン (1752-1835) は、会議においてはマサチューセッツ州選出議員として活躍した。なお、デーンは、*A general abridgment and digest of American law* という著作を一八二三年に発表した。これは、最初のアメリカ法の包括的な論文といわれ、法曹を志すものなら誰でも目を通すものとなった。このため、デーンはアメリカ法の父 (Father of American Jurisprudence) と呼ばれる。

(41) この引用句は合衆国憲法前文である。全文を紹介すれば次のとおりである。

「われら合衆国の国民は、より完全な連邦を形成し、正義を樹立し、国内の平穩を保障し、共同の防衛に備え、一般の福祉を増進し、われらとわれらの子孫のために自由の恵沢を確保する目的をもつて、ここにアメリカ合衆国のためにこの憲法を制定し、確定す。」

(42) ここで、マーシャルが言及しているのは、連合規約とは、その第二条である。次の様な文章であった。

「各邦は、主権、自由、独立、および本連合規約によつて連合会議に結集する合衆国に対して明文で授權されていないすべての権力、権限、および権利を有する。」(傍線は筆者)

(43) 一八一六年六月二七に制定されたニューハンプシャー州の法律名は次のとおりである。

“An act to amend the charter, and enlarge and improve the corporation of Dartmouth College.”

(44) Robert R. Livingston (一七四六年—一八一二年)：建国の父の一人である。すなわち、アメリカ独立宣言起草した五人委員会の一人であり、連合規約下で外務長官を一七八一年から一七八三年まで務め、ニューヨーク邦憲法制定会議の代議員であった。一七八九年四月三日、リビンゲストンはニューヨーク州裁判所首席判事として、当時アメリカ合衆国の首都であったニューヨーク市のフェデラル・ホールで、ジョージ・ワシントン大統領の最初の就任宣誓を差配した。一八〇一年から一八〇四年までは駐仏公使を務めて、仏領ルイジアナ買収交渉を行った。

(45) 立法の正式名称は次のとおりである。

“An act to prevent the exercised of assumed and arbitrary power by all persons under pretext of authority from the Cherokee Indians.”

(46) ジャクソンの言葉の原語は次のとおりである。

“John Marshall has made his decision; now let him enforce it!”

(47) 涙の道の結果として死亡した者の数については、はっきりせず、様々な推測がなされている。アメリカ人

の医者で宣教師のエリザ・バトラーは、一つの隊と歩んだ者である。彼女は、宿营地で二、〇〇〇名、道中で二、〇〇〇名が死亡したと見積もった。この合計四、〇〇〇名という数字はよく引用される数字となっている。一九七三年の学者による人口統計調査では合計で二、〇〇〇名が死んだとされた。一九八四年の別の調査では合計八、〇〇〇名となった。

(48) 連邦最高裁判所初代長官のジェイは一七八九年九月二六日―一七九五年六月二九日までの約六年、二代のラトリッジはわずか半年、三代のエルスワースは一七九六年三月四日―一八〇〇年九月三〇日までの約四年であった。なお、現在の第一六代長官の John Glover Roberts, Jr. までの間、マーシャルの在任期間は最長となっている。

○ 本誌に掲載の全ての論文につきましては、以下の Web サイトで PDF を電子公開しております。

- ① 日本大学法学部ホームページ (<http://www.law.nihon-u.ac.jp/>)
- ② CiNii (<http://ci.nii.ac.jp/>)

○ 本誌の受入れに関しまして、送付先（住所・宛先等）の変更や受入辞退等が御座いましたら、以下まで御連絡ください。

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区三崎町 2-3-1

(T E L) 03-5275-8510

(F A X) 03-5275-8537

(E-mail) kenjimu@law.nihon-u.ac.jp

執筆者紹介

掲載順

松嶋隆弘 日本大学教授
 中島智之 法学部比較法研究所研究員
 南部篤 日本大学教授
 青山武憲 前日本大学教授
 甲斐素直 日本大学教授

機関誌編集委員会

委員長 野木村忠邦
 副委員長 楠谷清
 委員 秋山和宏
 伊藤正文
 岩崎正洋
 大井一二
 小川浩一
 黒川功
 関正晴
 高橋雅夫
 藤川信夫
 松嶋隆夫
 築場保弘
 谷部光一
 外園澄子

日本法学第七十八卷第三号

平成二十五年二月十五日印刷

平成二十五年二月二十五日発行

非売品

編集責任者 日本大学法学会
 杉本稔

発行者 日本大学法学研究所

電話〇三(五二七五)八五三〇番

東京都千代田区猿樂町二一―四 A&Xビル

印刷所 株式会社メディアオ

電話〇三(三二九六)八〇八八番

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 78 No. 3 February 2013

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

Takahiro Matsushima, Tomoyuki Nakajima, *Current Conditions and Issues
in Aviation Insurance*

Atsushi Nanbu, *Computer Network Crime and Criminal Legislation (2)*

Takenori Aoyama, *Changing Standards of Judicial Review
—The U.S. Supreme Court—*

NOTE

Sunao Kai, *The Establishment of Judicial Review in the United States
—The Period of Marshall, the 4th Chief Justice—*