

日本法學

第七十八卷 第四号 2013年3月

論 說

「白山比咩神社奉賛会発会式」市長参列訴訟の問題点……………百地 章

集団的自衛権の行使に関する政府見解概評……………青山 武 憲

翻 訳

英米法におけるダイシー理論とその周辺……………A・V・ダイシー

——ダイシー「ブラックストンの英法積義」……………加藤 紘 捷

菊池 肇 哉 訳

研究ノート

米国奴隷制とドレッド・スコット事件……………甲 斐 素 直

——トニー第五代長官の時代——……………

判例研究

刑罰法規の明確性が争われた事例……………

——世田谷区清掃・リサイクル条例事件——……………船 山 泰 範

平成二〇年七月一七日最高裁決定(平成二〇年(あ)第一三九号 世田谷区清掃・
リサイクル条例違反被告事件)判時二〇五〇号一五六頁、判タ一三〇二号一四頁……………山 本 善 貴

雑 報

日本法学 第七十八卷 索引

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ピニエンスの法理の適用 …坂本力也

——*Figueredo* 事件に見るコモロー法域の新展開とシウイロー法域との交錯——

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

日本法学 第七十八卷第三号 目次

論 説

航空保険の現状と課題

…松嶋 智弘

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

「白山比咩神社奉賛会発会式」市長参列訴訟の問題点

百 地 章

〔目次〕

- 1、はじめに
- 2、「白山比咩神社奉賛会発会式」市長参列訴訟
- 3、名古屋高裁金沢支部判決と金沢地裁判決との比較
- 4、最高裁判例からみた高裁判決の問題点
- 5、国および自治体首長らと宗教とのかかわり
- 6、おわりに

1、はじめに

平成二二年七月二二日、最高裁第一小法廷は白山市長の白山比咩神社奉賛会発会式への参列を合憲とする判決を下した。しかし、この判決に先立つ同年一月二〇日、最高裁大法廷は砂川空知太神社訴訟において、厳格分離説の立場から、砂川市が空知太神社に対して市有地を無償で貸与しているのは憲法違反であるとの判決を下しており、本訴訟⁽¹⁾については最高裁がどのような判断を下すか、筆者は関係者の一人として多大な関心を抱いていた。というのは、本訴訟では名古屋高裁金沢支部が市長の参列を政教分離違反としたため、筆者はこれに対する批判文を物し、これを「意見書」として最高裁に提出していたからである(本稿、2以下)。

幸い、最高裁は津地鎮祭訴訟最高裁判決以来確立した「目的効果基準」に従って、市長の参列行為を合憲としたが、砂川空知太訴訟判決により判断基準が変更されたかどうか評価が分かれていた中で、最高裁が改めて「目的効果基準」を採用し、従来の立場を再確認したことは、大変意義深いものがあると思われる。

加えて、本判決についての「解説」(判例時報二〇八七号、二六頁以下、判例タイムズNo.一三三〇、八一頁以下)は、筆者のこれまで主張してきた「行為の二面的性格」論と同様の説明をしており、この点は注目に値すると思われる。いわく、「従来の判例の考え方について、前記大嘗祭についての判決を例に取ってみると、大嘗祭に参列する行為が憲法上禁止される行為に当たるかどうかは、当該参列行為が、その目的、効果にかんがみていかなる意味を有するかによって判断されるのであって、天皇側にとつての本来的意義がいかなるものであるかを共鳴することによつて決せられるものではないとの考えに立つていたと解される。」「直接検討すべきなのは参列行為の意図・目的、宗教的意義、効果

等であり。」(傍点、引用者)と。

すなわち、地鎮祭訴訟について言えば、問題とされるべきは「市長が地鎮祭を主催した目的および効果」であって、地鎮祭を主宰した「神職」にとっての意義や目的ではない。そのような立場に立つて、最高裁は、地鎮祭が「神職」として宗教的意義がある」のは当然としつつも、「市長が地鎮祭を主催した目的は、世俗的なもの」であり、「その効果も特定宗教への援助、助長には当たらない」から「憲法違反ではない」とした。

このように考えるならば、愛媛玉串料訴訟においても、玉串料が「靖国神社」にとって宗教的意義がある」のは当然だが、問題とされるべきは玉串料を支出した「知事」の目的とその効果である。それ故、最高裁としては「愛媛県知事が玉串料を支出した目的は戦没者の慰霊と遺族の慰藉という世俗的、儀礼的なもの」であって、「その効果も特定宗教への援助、助長には当たらない」。ゆえに「憲法違反ではない」と結論付けるべきであった。ところが最高裁は、知事の「目的」については全く言及せず、その「効果」にも触れないまま、玉串料支出を違憲としてしまった。そこで、本稿では、従来の最高裁判決からみた名古屋高裁金沢支部判決の問題点を明らかにする。

2、「白山比咩神社奉賛会発会式」市長参列訴訟

平成一七年六月、石川県白山市長が地元の白山比咩神社御鎮座二千年式年大祭の奉賛会発会式に公用車を使用し出席し、白山市長として祝辞を述べたところ、これが憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動に当たり、これに関する公金支出は違法であるとして、住民訴訟が提起された。

この訴えにつき、第一審の金沢地裁は、白山市長が奉賛会発会式に出席し祝辞を述べたことは社会的儀礼の範囲の

行為であつて、憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動に当たらないとして原告の請求を棄却した(金沢地判平成一九・六・二五)。この判決は、昭和五二年の津地鎮祭訴訟最高裁判決で示され、以後、判例として確立した緩やかな違憲審査基準である目的効果基準に則つた妥当な判決であつた。ところが第二審の名古屋高裁金沢支部は、同市長が奉賛会発会式に出席して祝辞を述べた行為は、白山比咩神社の宗教上の祭祀である本件大祭を奉賛、賛助する意義・目的を有するもので、憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動に当たり、これに関する費用等につき公金を支出することは違法であるとの判決を下した。

白山市長の儀礼的な参列および祝辞をもつて憲法の禁止する宗教的活動に当たると断定した名古屋高裁金沢支部判決(平成二〇・四・七)は、津地鎮祭訴訟最高裁判決等に照らし極めて疑問であるほか、多数国民の社会通念から明らかに逸脱したものと思われる。しかして、もし本判決が最高裁で確定することにでもなれば、現在でも行われている皇族や首相、大使・行使らによる外国の宗教儀式への参列や、全国各地で従来から行われてきた自治体首長による地元神社・仏閣さらにはキリスト教の儀式への儀礼的参加まで次々と違憲とされるおそれがあり、社会的混乱を惹き起こすこと必定であろう。日本国憲法の政教分離は、旧共産圏のように宗教に対して敵対的なものではなく、逆に宗教を価値あるものとして尊重し、これをより確実に保障するためのものであることを考えるならば、宗教そのものの否定に繋がりがかねない高裁判決は明らかに憲法の解釈を誤り、憲法の精神に違背するものと考えられる。

そこで、本稿〔意見書〕では、政教分離問題に限定した上で、一、二審判決を比較考察し、従来の最高裁判決を踏まえ本件事案を再考察することによつて、本判決の不当性を明らかにすると共に、全国各地に見られる自治体首長と伝統宗教との儀礼的・習俗的な係わりをいくつか紹介することにする。

3、名古屋高裁金沢支部判決と金沢地裁判決との比較

角光雄白山市長は、平成一七年六月二五日、白山市鶴来町下東町の「レッツホールつるぎ」で開催された白山比咩神社御鎮座二千年式年大祭奉賛会発会式に来賓として招かれ、白山市長として祝辞を述べた。

原告は、白山比咩神社と事実上一体関係にある大祭奉賛会が憲法八九条にいう宗教上の組織に当たり、発会式が純然たる宗教儀式であることから、角市長が職員を随行し市の公用車を使用して本件発会式に出席し、祝辞を述べたことは、特定宗教である白山比咩神社の宗教的活動を助長、援助、促進するほか、神道に馴染まない白山市の住民等の信仰の自由を圧迫する効果があるから、憲法の定める政教分離原則に違反すること、したがって、角市長の本件発会式出席に関する公金支出は違法であると主張した。

(1) 金沢地裁判決の概要

これに対して、一審の金沢地裁は以下のような理由から、角市長が本件発会式に白山市の職員を同行して出席し祝辞を述べたこと及びこれらに関してなされた公金支出は政教分離原則に違反しないとして、原告の請求を棄却した。

すなわち、憲法二〇条一項後段、三項及び八九条の定める政教分離原則は、国家が宗教とのかかわり合いを持つことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらず行為の目的及び効果にかんがみ、そのかわり合いがわが国の社会的文化的諸条件に照らして相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするものである。よって、憲法二〇条三項にいう「宗教的活動」とは、国及びその機関の活動で宗教とのかかわ

り合いが上記にいう相当とされる限度を超えるもの、すなわち、当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいう。

そして、ある行為が「宗教的活動」に該当するかどうかを検討するにあたっては、当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意義の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない(津地鎮祭訴訟最高裁判決、最大判昭和五二・七・一三)。

そこで考えるに、大祭奉賛会は、白山比咩大神の御神徳を敬仰して、白山比咩神社の式年大祭斎行等の諸事業を奉賛することを目的として設立された団体であり、特定の宗教とかかわり合いを有するものであることは否定できないが、大祭奉賛会は独自の規約を定め、白山比咩神社とは別個の組織であることから、大祭奉賛会をもって同神社と実質的に一体であるということとはできない。

また、本会発会式は、白山比咩神社の境内ではなく、同神社外の一般施設で行われたこと、さらにその式次第が神道の儀式や祭事の形式に基いていたとは認められないことにかんがみると、本会発会式自体の宗教的色彩は希薄であつたといえる。

そして、このような本会発会式に白山比咩神社の所在する白山市の市長として角光雄が出席し、祝辞を述べることが、社会的儀礼の範囲内の行為であると評価でき、これは一般人から見てもそのように理解されるものといえることができるから、角光雄の上記行為が、一般人に対して、白山市が特定の宗教団体である白山比咩神社を特別に支援しているという印象を与えることはなく、また、他の宗教を抑圧するという印象を与えることもないといえるべきである。

したがって、角光雄の上記行為は、その目的が宗教的意義をもち、その効果が白山比咩神社あるいは神社神道を援助、助長又は促進するような行為にあたることは認められないから、憲法二〇条三項により禁止される宗教的活動には当たらない。また、角光雄が本会発会式に出席したことは、憲法二〇条一項後段で禁止されている、宗教団体が国から特権を受けることにはあたらず、憲法八九条で禁止している公金その他の公の財産を宗教上の組織又は団体の使用、便益又は維持のために支出すること又はその利用に供することにも該当しない。

(2) 高裁判決の概要

高裁判決も、一審判決と同様に、最高裁判決としては津地鎮祭訴訟判決のみをあげているだけである。しかし、その結論は全く正反対であり、角光雄白山市長が本件発会式に出席して祝辞を述べた行為は、憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動に該当するものであって、そのための公金支出は違法であると断じた。

すなわち、本判決も、一審判決と同様、限定分離説にたつて「目的効果基準」を採用した津地鎮祭訴訟最高裁判決をそのまま引用したうえ、次のようにいう。

これを本件についてみると、白山比咩神社は宗教団体に当たることが明らかであり、本件大祭は、平成二〇年に白山比咩神社の鎮座二千年となることを記念して行われる祭事であつて、同神社の宗教上の祭祀であることが明らかである。また、大祭奉賛会は、本件大祭の斎行及びこれに伴う諸事業を奉賛することを目的として、白山比咩神社が中心に関与して結成され、同神社内に事務局を置く団体であり、その目的としている本件事業は、上記祭祀自体を斎行することであるとともに、禊場、斎館、手水舎等、上記神社の信仰、礼拝、修行、普及のための施設を新設・移

設し、同神社の神社史を発刊することを内容とするもので、同神社の宗教心の醸成を軸とし、神徳の発揚を目的とする事業とされているのであつて、かかる本件事業が宗教的活動であることは明らかであるし、これを目的とする大祭奉賛会が宗教上の団体であることもまた明らかとすべきである。

さらに本件発会式は、上に述べた大祭奉賛会の本件事業を遂行するため、すなわち本件大祭を奉賛する宗教的活動を遂行するために、その意思を確認し合い、団体の発足と活動の開始を宣明する目的で開催されたものである。

とすれば、白山市長である角光雄が来賓として本件発会式に出席し、白山市長として祝辞を述べた行為は、白山市長が、大祭奉賛会が行う宗教的活動（本件事業）に賛同、賛助し、祝賀する趣旨を表明したものであり、ひいては白山比咩神社の宗教上の祭祀である本件大祭を奉賛し祝賀する趣旨を表明したものと解するのが相当である。

もつとも本件発会式は、白山比咩神社の境内ではなく、同神社外の一般施設で行われたものであり、それ自体は神道の儀式や祭事の形式に基いていたものではなく、宗教的な儀式とはいえないと解されるけれども、これらの点を考慮に入れても、上記認定判断は左右されないというべきである。また、一般に、市長がこのような発会式に出席し、市長として祝辞を述べる行為が、時代の推移によって宗教的意義が希薄化し、慣習化した社会的儀礼にすぎないものとなつているとは到底認められないし、一般人が社会的儀礼の一つにすぎないと評価しているとも到底考えられない。したがつて、白山市長である角光雄が来賓として本件発会式に出席し、白山市長として祝辞を述べた行為は、その目的が宗教的意義を持ち、かつ、その効果が特定の宗教に対する援助、助長、促進になる行為であると認めるべきであり、これによつてもたらされる白山市と白山比咩神社とのかわり合ひは我が国の社会的・文化的諸条件に照らして相当とする限度を超えるものであつて、憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動に当たり、許されないものといふべ

きである。

それゆえ、白山市長、角光雄が公用車を用いて本件発会式に出席した際、運転手に支払った時間外手当二、〇〇〇円は公金の違法な支出に当たるから、角光雄は白山市に対しこれを賠償する義務を負う。

4、最高裁判例からみた高裁判決の問題点

(1) 津地鎮祭訴訟最高裁判決

本件訴訟の一、二審判決の概要は以上述べたとおりである。両判決とも角光雄市長が本件発会式に出席し祝辞を述べた行為が憲法の政教分離に違反するかどうかを判断する上で参考にしたのは津地鎮祭訴訟最高裁判決であり、いずれも同判決の示した「目的効果基準」に従って判断したことになっている。しかし、その結論は一方は合憲、他方は違憲というように正反対のものとなっていることから、本判決の妥当性を判断するに当たっては、先ず津地鎮祭訴訟最高裁判決の意味および同判決が示した目的効果基準の内容を再確認する必要がある。その上で、本件訴訟にこの目的効果基準を正しく適用した場合どうなるかを考察すれば、本判決の問題点は自ずから明らかとなる。

津地鎮祭訴訟では、昭和四〇年一月一四日、津市体育館の起工式（神道式地鎮祭）が地方公共団体である津市の主催により、同市の職員が進行係となつて、宗教法人大市神社の宮司ら四名の神職主宰のもとに神式（修祓、降神の儀、献饌の儀、祝詞奏上、清祓の儀、刈初めの儀、鍬入れの儀、玉串奉奠、昇神の儀）に則り挙行、同市市長角永清がその挙式費用、七、六六三円を市の公金から支出したことの適法性が争われた（主催者である津市の市長ないし市の幹部は、当然のことながら、この神道式地鎮祭に「参列」し、「玉串奉奠」を行っているはずである）。この裁判は、我が国で初めての本格的な

政教分離訴訟であった。

これについて、最高裁大法廷は、先に引用したとおり、憲法二〇条一項後段、三項及び八九条の定める政教分離原則は、国家が宗教とのかかわり合いを持つことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらす行為の目的及び効果にかんがみ、そのかかわり合いがわが国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするものである。よって、憲法二〇条三項にいう宗教的活動とは、国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いをもつ全ての行為を指すものではなく、そのかかわり合いが上記にいう相当とされる限度を超えるもの、すなわち、当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいう。

そして、ある行為が「宗教的活動」に該当するかどうかを検討するにあたっては、当該行為の外形的側面のみにとられることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意義の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならぬと判示した(津地鎮祭訴訟最高裁判決、最大判昭和五二・七・一三)。

この大法廷判決は、国家と宗教の完全な分離は不可能であり、もし完全分離を貫こうとすれば、かえって社会生活の各方面に不合理な事態を生ずるとした。そしてその例としてあげられたのが「特定宗教と関係のある私立学校に対する助成」「文化財である神社、寺院の建築物や仏像等の維持保存のための補助金の支出」それに「刑務所等における教誨活動」であり、もし完全分離を貫こうとすれば、宗教系私立大学への助成をはじめすべて不可能となり、社会的に大きな混乱が生ずることを指摘している。そこで最高裁は限定分離の立場にたつて、憲法二〇条が禁止する宗教

的活動とは「国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いをもつすべての行為ではなく、相当とされる限度を超え
るものに限られる」としたわけであった。つまり、日本国憲法の採用する政教分離とは、完全分離ではなく限定分離
であり、緩やかな分離であることを初めて明らかにし、「相当とされる限度」を超えるかどうかを判断する際の基準
として、「目的効果基準」を採用した。

そして当該行為の「目的」および「効果」を判断するに当たっては、「当該行為の外形側面のみにとらわれるこ
となく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての
意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念
に従って、客観的に判断しなければならない」としている。

つまり、二審の名古屋高裁が、「完全分離」の立場にたち、神道式地鎮祭が憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動
に当たるかどうかを判断する際の基準として、(イ)当該行為の「主宰者」「主催者ではない！」が宗教家であるかどうか、
(ロ)当該行為の順序作法〔式次第〕が宗教界で定められたものかどうか、(ハ)当該行為が一般人に違和感なく受け容れら
れる程度に普遍性を有するものかどうか、というように、特に「外形側面」を重視して判断したことに対して、あ
えてこれを否定し、「当該行為の外形側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対す
る一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うに当たつての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行
為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない」と
したわけである。

しかして、問題の神道式地鎮祭について最高裁大法廷は、「本件起工式〔神道式地鎮祭〕は、宗教とかかわり合い

をもつものであることを否定しえないが、その目的は建築着工に際し土地の平安堅固、工事の無事安全を願ひ、社会の一般的慣習に従つた儀礼を行うという専ら世俗的なものと認められ、その効果は神道を援助、助長、促進し又は他の宗教に圧迫、干渉を加えるものとは認められないのであるから、憲法二〇条三項により禁止される宗教的活動にはあたらないと解するのが、相当である。」とした。

(2) 津地鎮祭訴訟最高裁判決からみた本件判決の問題点

①これに対して、高裁判決では、以下のように、「当該行為の外形的側面」にとらわれ、「当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うに当たつての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情」を十分に考慮することなく、「社会通念」を無視して、白山市長が本件発会式に出席し祝辞を述べた行為をもって、「目的」が宗教的意義を持ち、その「効果」が特定の宗教に対する援助、助長、促進になる行為であると断定してしまつた。

つまり、判決は、(i)「白山比咩神社」は「宗教団体」であり、(ii)「本件大祭」は、同神社の「宗教上の祭祀」であることが明らかであること、また、(iii)「本件奉賛会」は、本件大祭の齋行及びこれに伴う諸事業を奉賛することを目的とし、白山比咩神社が中心的に関与して結成され、同神社内に事務局を置く団体であり、その目的としている本件事業は、本件大祭(宗教上の祭祀)自体を齋行することであるとともに、禊場、齋館、手水舎等、上記神社の信仰、礼拝、修行、普及のための施設を新設・移設し、同神社の神社史を発刊することを内容とするもので、同神社の宗教心の醸成を軸とし、神徳の発揚を目的とする事業とされているのであつて、かかる本件事業が宗教的活動であること

は明らかであるし、これを目的とする大祭奉賛会が「宗教上の団体」であることもまた明らかである。

さらに(iv)「本件発会式」は、上に述べた大祭奉賛会の本件事業を遂行するため、すなわち本件大祭を奉賛する宗教的活動を遂行するために、その意思を確認し合い、団体の発足と活動の開始を宣明する目的で開催されたものである。

とすれば、(v)「白山市長である角光雄が来賓として本件発会式に出席し、白山市長として祝辞を述べた行為」は、白山市長が、大祭奉賛会が行う宗教的活動(本件事業)に賛同、賛助し、祝賀する趣旨を表明したものであり、ひいては白山比咩神社の宗教上の祭祀である本件大祭を奉賛し祝賀する趣旨を表明したものと解するのが相当である、と断定してしまった。

②確かに、(i)から(iii)については、これを「外形的側面」から見れば、判決のいうとおりであろう。つまり、(i)「白山比咩神社」は「宗教団体」であり、(ii)「本件大祭」は、同神社の「宗教上の祭祀」であること、また(iii)「本件奉賛会」は、本件大祭の斎行及びこれに伴う諸事業を奉賛することを目的とするもので、本件事業そのものは宗教的活動とみられることから、大祭奉賛会が憲法でいうところの「宗教上の団体」にあたることは否定できないであろう。また、その意味から(iv)「本件発会式」に「宗教的意義」があることは事実であると思われる。ただ、一審判決が指摘しているように、「本件発会式は、白山比咩神社の境内ではなく、同神社外の一般施設で行われたこと、また、その式次第は神道の儀式や祭事の形式に基いていたとは認められないことにかんがみると、本件発会式自体の宗教的色彩は希薄であった」とみるのが自然ではないか。

問題は、本件判決が(iv)「本件発会式」に「宗教的意義」があるという理由だけで、(v)「白山市長が本件発会式に出

席して祝辞を述べた行為」まで、「宗教的意義」ありと断定してしまったことである。これは津地鎮祭訴訟最高裁判決のいう「当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等」を無視したものである。この点についても、一審判決は「このような本件発会式に白山比咩神社の所在する白山市の市長として角光雄が出席し、祝辞を述べることとは、社会的儀礼の範囲内の行為であると評価でき、これは一般人から見てもそのようなように理解されるものということができる」から、本件行為の「目的」が「宗教的意義」をもつとは認められないとしている。

このように、高裁判決の(i)から(v)にかけての極めて表面的、形式的な論理展開をみると、判決が最高裁の判示するところとは裏腹に「外形的側面」のみにとらわれ、「当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意義の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情」を十分考慮しないまま、「社会通念」を無視ないし軽視して結論を下してしまったものであることは明らかであろう。事実、本判決は具体的根拠を何も示さないまま「白山市と白山比咩神社とのかかわり合いは我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものである」と断定している。

③しかしながら、わが国には全国各地に有名、無名の神社、仏閣等が数多く存在しており、地元首長らが、それら神社、仏閣等の祭礼行事に、折に触れ儀礼的に参列して祝辞を述べたり、奉賛会の役員に名を連ねたりすることは、後述(第四章)のとおり、古くから行われており、今日でもそのような伝統や慣習が各地に残っている。それ故、「わが国の社会的・文化的諸条件」に照らし、「社会通念」に従って考えるならば、観光地としても有名な白山比咩神社

の地元市長が、奉賛会の発会式に儀礼的に参列して祝辞を述べるといふのはさして不自然なことではなく、白山市と特定宗教とのかかわりも「相当」なものとするべきであろう。現に、本件奉賛会では、原告も指摘しているように、「国及び地方自治体の首長（総理大臣、県知事、市長、町長、村長）が公人として役員に就任している」ではないか。地元紙の社説が「政教分離をここまで狭く解釈されれば、首長は同様の会合でおちおち祝辞も述べられない」（北國新聞 平成二〇年四月九日 社説）と嘆じているのも当然といえよう。

ちなみに、原告の池上宏氏は、現地で「政教分離を推める会」の代表を名乗り、旧松任市（白山市は、平成一七年二月に、旧松任市ほか七つの町村が合併してできた）時代の平成一六年から足掛け四年にわたって政教分離に関わる住民監査請求を一〇回も行い、うち九件は訴訟を提起するまでに至ったという経歴の持ち主である。その請求内容を類型化するとおよそ四つのグループに分かれるという（『奉賛会出席訴訟』の原告は訴訟マニア）『政教関係を正す会 R & R』（No. 二六四）参照。

一つは、松任市または白山市が作成した観光ポスターやパンフレット・映像などに於いて、神社や寺院、更には郷土を代表する宗教家が紹介されていることを問題にし、二つ目は市が主催して行った文化財や人物の展示に神社や宗教家が対象となっていることを糾弾するタイプで、それぞれ三件、三つ目は、宗教家などの銅像や石碑が市有地に建てられていることに反発したもので、最後の一つが宗教団体またはそれに関係する団体の大会に市長や市議会議長が出席し、祝辞ないし挨拶をしたことに異議を申し立てたもので、それぞれ二件あるが、その一つが本件訴訟である。すでに確定判決が言い渡されているものの方が圧倒的に多く、その内訳は地裁判決が一件、高裁判決が三件、最高裁判決が四件の計七件で、原告の主張はことごとく却下もしくは棄却されており、現在係争中のものは二件あるのみである。

わが国の伝統や宗教的風土などの現実を無視し、杓子どおりの「完全分離」を目指す、このような原告の「主張」が、果たして「一般人の宗教的評価」であり、「社会通念」といえるであろうか。

④そこで改めて、津地鎮祭訴訟最高裁判決の立場から本件参列の合憲性を再検証してみることにしよう。

津地鎮祭訴訟のケースでは、地元神社の神職が主宰する「神道式地鎮祭」を津市みずから主催して市長らが参列し、玉串奉奠を行ったほか、その経費として、公金七、六六三円が市から支出された。神道式地鎮祭は紛れもない「宗教儀式」であり、市長はその宗教儀式に直接「参列」し、「玉串奉奠」という宗教行為を行ったわけである。にもかかわらず、地鎮祭が今日では世俗化した慣習となっていることを理由に、宗教的意義は希薄であり、宗教への援助、助長には当たらないとした。

これに対して、本件では、地元市長が出席したのは「奉賛会発会式」であって、白山比咩神社の「宗教儀式」そのものではない。また、「発会式」は市が主催したわけではなく、市長は単に招待され参列したにすぎない。しかも市長の行為は、地鎮祭における「玉串奉奠」のような「宗教行為」ではなく、単に「祝辞」を述べたというだけである。つまり、市長と宗教団体(白山比咩神社)との関わりは間接的であり、その行為も広く慣習的に行われている地元首長の「祝辞」という社会的・儀礼的な世俗行為にすぎない。

さらに、白山比咩神社の鎮座二千年祭は、同神社やその氏子、崇敬者達にとっては宗教的意義があるのは当然であるが、白山市長や一般市民達にとってみれば全国的にも有名な白山比咩神社の祭礼といった観光の意味があり、同市長がこれを白山市の重要な観光資源と考えて奉賛発会式に儀礼的に参加したとしても決して不自然ではない。事実、

白山市の観光協会のホームページでは、白山国立公園を全面に打ち出し、「美しい白山はわたしたちの誇り」としたうえで、「白山市の観光名所」の筆頭に「白山本宮白山比咩神社」をあげ、白山比咩神社のことを紹介している。本件訴訟の原告によれば、このような市による「神社の紹介」でさえ憲法違反ということになるが、まさか本件訴訟の名古屋高裁金沢支部といえどもこのような乱暴な主張に賛同することはあるまい。とすれば、地元白山市長が、白山比咩神社鎮座二千百年祭を格好の観光イベントと考え、政教分離原則に違反しないかぎりでその行事にかかわることは当然ありうることであつて、本件発会式への参列と祝辞も許される範囲のものといえよう。

そのようなさまざまな事情を検討してこそ、最高裁判決のいう「当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情」を考慮したことになる。ところが、本件判決は、「奉賛会」が白山比咩神社の「大祭の斎行及びこれに伴う諸事業」を奉賛することを目的とするものであり、その「発会式」が「大祭を奉賛する宗教的活動を遂行するために、その意思を確認し合い、団体の発足と活動の開始を宣明する目的で開催された」ことだけを根拠に、市長の発会式への「出席」と「祝辞」まで「大祭奉賛会が行う宗教的活動（本件事業）に賛同、賛助」するものであり、ひいては「白山比咩神社の宗教上の祭祀である本件大祭を奉賛」するものと断定してしまった。

しかしながら、単に儀礼的に「祝賀」を述べることと、宗教的活動そのものに「賛同、賛助」することは別であつて、儀礼的に「祝辞」を述べたからといって、それが直ちに「宗教心や信仰の表明」ということにはならない。それゆえ、白山市長が地元首長としての立場から、「世俗目的」（観光事業の支援の目的）でもって発会式に出席し祝辞を述べたからといって、直ちに宗教的活動への「賛同、賛助」とみ、宗教的意義ありとするのは、それこそ「当該行

為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度」を考慮に入れない、表面的・図式的な解釈つまり最高裁判決が排斥したはずの「形式的側面」のみにとらわれた解釈であつて、「社会通念」を無視したものであるといえよう。

また、本件高裁判決は、白山市長の奉賛会発会式への参列および祝辞がなぜ白山神社に対する「援助、助長、促進」に当たするのか、明確な説明は何もなく、単に、一般人が本件行為をもつて「大祭を奉賛しているとの印象を抱くのが通常であると解される」、白山市長が「本件行為が白山比咩神社の祭祀である本件大祭を奉賛するという宗教的意義・効果を持つことを十分に認識、了知して行動したものと認めるのが相当である」といつているだけである。

これでは、高裁判決が本件行為の「目的」および「効果」について、何ら明確な認定もしえないまま、宗教的意義があり、宗教団体への援助であるとの結論だけを強引に導き出したものと批判されても、抗弁の余地はなからう。

(3) 愛媛玉串料訴訟最高裁判決からみた本判決の問題点

次に、愛媛玉串料訴訟最高裁判決をもとに、高裁判決の妥当性を検証することにしてしよう。

この愛媛玉串料訴訟最高裁判決は、津地鎮祭訴訟最高裁大法廷判決において最高裁が定立し、その後の殉職自衛官合祀訴訟判決、箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟判決等を通じて確立した、緩やかな政教分離解釈の基準である「目的効果基準」を採用しておきながら、玉串料支出の合憲性については極めて厳格に解釈した矛盾したものであつた。また、判決は目的効果基準を採用しておきながら、肝腎の玉串料支出等の「目的」や「効果」については具体的に明確な認定をしないまま、強引に違憲の結論を導き出していると思われる。そのため、判決の結論を支持する玉串料違憲論者の

憲法学者の間でさえ、結論に至るプロセスの曖昧さや、目的効果基準の適用の仕方等について様々な疑問ないし批判が提示されてきた。⁽²⁾

ところが、本判決をみると、判決は津地鎮祭訴訟最高裁判決だけを引用しておきながら、実際の目的効果基準の適用の仕方については愛媛玉串料判決の手法を採用しているように思われる。そこで、仮に愛媛玉串料訴訟最高裁判決の立場から本件判決を見た場合、果たして問題は存しないかを検討することにする。

①初めに、高裁判決の判示するところを再確認してみよう。

(i) 「白山比咩神社」は、憲法二〇条一項の「宗教団体」に当たること、(ii) 「本件大祭」は、同神社の「宗教上の祭祀」であることが明らかであること、(iii) 「大祭奉賛会」は、大祭の斎行及びこれに伴う諸事業つまり宗教活動を目的とするものだから、「宗教上の団体」であることもまた明らかというべきであること、(iv) 「本件発会式」は、大祭を奉賛する「宗教活動を遂行」するために、「その意思を確認し合い、団体の発足と活動の開始を宣明する目的で開催」されたものであること、(v) したがって、白山市長である角光雄が「本件発会式」に出席し、白山市長として祝辞を述べた行為は、白山市長が大会奉賛会の行う「宗教的活動に賛同、賛助し、祝賀する趣旨を表明したものと解するのが相当であること、(vi) 「一般人の宗教的評価」としても、本件行為は白山市が「本件大祭を奉賛しているとの印象を抱くのが通常」であると解されること、(vii) 白山市長角光雄は、「主観的にも、大祭奉賛会が行う本件事業を賛助する意図があったものと推認され」「本件大祭を奉賛するという宗教的意義・効果をもつことを十分に認識、了知して行動」したものと認めるのが相当であること、(viii) 「一般に、市長が、上記説示のような発会式に

出席し、市長として祝辞を述べる行為が、時代の推移によって宗教的意義が希薄化し、慣習化した社会的儀礼にすぎないものとなつているとは到底認められないし、一般人が社会的儀礼の一つにすぎないと評価しているとも到底考えられない」こと、(ix)「以上によれば、本件行為は、本件事業ひいては本件大祭を奉賛、賛助する意義・目的を有しており、かつ、特定の宗教団体である白山比咩神社に対する援助、助長、促進になる効果を有するものであったといわなければならない」

②これに対して、玉串料訴訟最高裁判決は、次のような論理構成になっている。

(i)「靖國神社および愛媛県護國神社」は宗教法人であり、憲法二〇条一項の「宗教団体」に当たること、(ii)「例大祭及び慰霊大祭」は「神道の祭祀」であり、各神社が行う「恒例の祭祀中でも重要な意義」を有する。また、「みたま祭り」は、靖國神社の「祭祀中最も盛大な規模」で行われること、(iii)「玉串料及び供物料」は、「例大祭又は慰霊大祭」において宗教上の儀式が執り行われる際に「神前」に供えられ、「献灯料」は「みたま祭り」において境内に奉納者の名前を記した灯明が掲げられるもので、いずれも「各神社が宗教的意義を有すると考えていることが明らか」であること、(iv)「一般に、神社自体がその境内において挙行する恒例の重要な祭祀に際して右のような玉串料等を奉納すること」は、神道式地鎮祭と異なり、「時代の推移によって既にその宗教的意義が希薄化し、慣習化した社会的儀礼にすぎないものになるとまでは到底いうことができず、一般人が本件の玉串料等の奉納を社会的儀礼の一つにすぎないと評価しているとは考え難い」「そうであれば、玉串料等の奉納者においても、それが宗教的意義を有するものであるという意識を大なり小なり持たざるを得ない」こと、(v)「地方公共団体が特定の宗教団体に

対してのみ本件のような形で特別のかかわり合いを持つことは、一般人に対して、県が当該特定の宗教団体を特別に支援しており、それらの宗教団体が他の宗教団体とは異なる特別のものであるとの印象を与え、特定の宗教への関心を呼び起こすものといわざるを得ない」こと、(vi)「以上の事情を総合的に考慮して判断すれば、県が本件玉串料等を靖國神社又は護國神社に前記のとおり奉納したことは、その目的が宗教的意義を持つことを免れず、その効果が特定の宗教に対する援助、助長、促進になると認めるべきであり」「県と靖國神社等のかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものであって、憲法二〇条二項の禁止する宗教的活動に当たる」

③このように、高裁判決は、明らかに愛媛玉串料訴訟最高裁判決の手法を真似たものであって、津地鎮祭訴訟最高裁判決の示す「目的効果基準」の適用の仕方を誤ったものである。しかも、本判決は、愛媛玉串料訴訟最高裁判決の立場から考えてもいささか無理があるにもかかわらず、本件市長の「出席」と「祝辞」をもって宗教的意義があり、特定宗教への援助、助長、促進になる効果を有すると強引に結論付けてしまった。

愛媛玉串料訴訟のケースで問題とされたのは、被告県知事が「靖國神社」「護國神社」において行われた「例大祭」「慰霊大祭」といった「宗教儀式」に際して、「玉串料」「供物料」といった神社特有ないし神道、仏教に特有の名称を付して公金を支出したことであった。これに対して、本件訴訟では、市長が「出席」し「祝辞」を述べたのは、「白山比咩神社」において行われた「祭祀」ではなく、白山比咩神社二千年年大祭を奉賛する「奉賛会」が、神社の境内地外に在る「民間の施設」において開催した「奉賛会発会式」に市長が「出席」し、「祝辞」を述べたということとどまる。つまり、玉串料の奉納のように、「神社」で行われたわけではなく、「奉賛会発会式」もそれ自体「宗教

儀式」ではなく、神社の「例大祭」や「慰霊大祭」と比べれば宗教性はきわめて希薄である。しかも問題となったのは、「玉串料」「供物料」といったそれ自体「宗教性を帯びたもの」と異なり、市長が行ったのは単に「発会式」に「出席」し「祝辞」を述べるといふきわめて「世俗的な行為」ととどまる。これは自治体の首長らが、様々な儀式行事に「出席」し「祝辞」を述べると全く同質の社会的儀礼的行為である。

すなわち、本件市長が奉賛会発会式に「出席」し「祝辞」を述べた行為は、地鎮祭と同様、世俗的、習俗的な行為であり、しかも神道的地鎮祭のように、もともと宗教儀式だったものが「時代の推移によって既にその宗教的意義が希薄化し、慣習化した社会的儀礼にすぎないものになっている」ものとは異なり、それ自体が本来、世俗的な行為である。したがって、本件判決が「一般に、市長が、上記説示のような発会式に出席し、市長として祝辞を述べる行為が、時代の推移によって宗教的意義が希薄化し、慣習化した社会的儀礼にすぎないものとなっているとは到底認められないし、一般人が社会的儀礼の一つにすぎないと評価しているとも到底考えられない」と述べているのは、単に愛媛玉串料判決の言い方を真似ただけであって、実体の伴わないきわめて不当な判断である。本件市長自身はもとより、市民ら一般人も、市長の行為をもって地元の最も有力な観光資源の一つである白山比咩神社関係の儀式に「社会的儀礼」の一つとして参加しただけであって、宗教的意義は希薄であると評価しているはずであり、白山比咩神社の宗教的活動を特に援助、助長、促進したり、逆に他宗教に対して圧迫、干渉を与えるものとは考えていないはずである。

したがって、仮に愛媛玉串料訴訟最高裁判決の立場にたち、その「目的効果基準」の適用の仕方に倣ったとしても、神社の境内地の外で行われた、それ自体「宗教儀式」でない「奉賛会発会式」への、本件市長の単なる「出席」と「祝辞」をもって「宗教的意義」があり、「特定宗教への援助、助長」に当たるとみることが、たとえば様々な「事情を

総合的に考慮して判断」したとしても、相当な無理があると考えられるし、地元市長と白山比咩神社とのこのような「間接的なかかわり合い」が「我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるもの」であり、「憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動に当たると判断することはできないと思われる。

5、国および自治体首長らと宗教とのかかわり

(1) 国家と宗教とのかかわり―各種宗教儀式への儀礼的参列

国家と宗教とのかかわりは、国際社会でも国内でもしばしば見受けられるところである。皇族をはじめとして、首相や知事らが公人としての資格において各種の宗教儀式に儀礼的に参列する例は多く、ここでその例をいくつか紹介することにしよう。⁽³⁾

国王の戴冠式や国葬などが宗教儀式として行われるのは世界の常識であり、これらの宗教儀式（カトリック、プロテスタント、イスラム教他さまざま）には、わが国からも皇族や首相らが参列している。いささか古い例ではあるが、以前調査したものを紹介するならば、一九六三年一月二五日、アメリカの故ケネディ大統領の国葬が、ワシントン市内にあるカトリックの聖マタイ教会で催された際には、我が国から池田勇人首相と大平正芳外相が参列している。葬儀はクッシング枢機卿の司式で行われた純然たるカトリックの宗教儀式であった。翌二六日には、東京の聖イグナチオ教会でも同大統領の追悼ミサが行われたが、このミサには、天皇・皇后両陛下の御名代として皇太子殿下・同妃殿下が参列されている。また、一九五九年五月二七日、ワシントンのナショナル大聖堂のベツレヘム礼拝堂で行われた故ダレス前国務長官の「公葬」の場合にも、わが国からは藤山愛一郎外相が参列し、さらに一九五三年六月二日、ロ

ンドンのウェストミンスター寺院で行われたエリザベス女王の戴冠式は、当然のことながらイングランド国教会の宗
教儀式として行われたが、この戴冠式には、わが国から天皇陛下の御名代として、皇太子殿下が参列されている。

また、比較的最近の例としては、一九九六年一月一日、フランスのミッテラン元大統領の逝去を悼むフランス政
府主催の追悼ミサがパリのノートルダム寺院において行われたが、わが国からは村山富市首相の特使として竹下登元
首相が参列している。さらに、バチカン大使にいたっては、年中、カトリックの儀式に参加しているわけであり、そ
れが大使としての仕事である。

他方、国内にあっても、昭和五五年一〇月一五日、奈良県・東大寺の大仏殿修理の落慶法要に際して、鈴木善幸首
相の代理として内閣官房副長官が参列し、慶讃分を奏上しているし、後で詳しく述べるように、毎年三月と九月、東
京都慰霊堂において執り行われる戦災殉難者、大正地震災遭難者のための仏式の慰霊大法要には、東京都知事や都議
会議長らが参列し、追悼の辞の朗読や焼香行っている。また、毎年一月、横浜市英連邦墓地において行われる英連
邦戦没者慰霊祭は、キリスト教・ヒンズー教・ユダヤ教・イスラム教・仏教合同の式典であるが、これには外務大臣、
防衛庁長官（防衛大臣）、神奈川県知事および横浜市長らが参列している。

これらの例も、本判決の「完全分離」の立場からすれば一切許されないはずであるが、それで友好的な外交関係や
社会関係を維持することができるというのであろうか。

(2) 全国各地の自治体首長と宗教とのかわり

また、古くから地域共同体の中心的役割を果たしてきた神社や仏閣、さらに地域によってはキリスト教会などが、

人々の生活とともに存続し、郷土文化を育んできた。そして、そこで行われる数々の宗教行事は、共同体の構成員としての意識の確認と、連帯感の醸成のため貢献しており、地域共同体の代表としての地元首長が、儀礼の範囲内ですれらの行事に出席して祝辞を述べたり挨拶をしたりすることも、わが国では古くから行われてきたところである。そのような例は、我々のごく身近なところでもしばしば見られるところであるが、ここでは特に、いくつかの注目すべき自治体首長と宗教とのかわりの例をあげてみよう。

①まず、東京都慰霊堂における仏式の慰霊祭に、毎年春と秋に、都知事以下が参列している例を紹介することによろう。この東京都慰霊堂は関東大震災の遭難者の慰霊ため、昭和五年に都有地上に建立された仏式の大伽藍であり、後に東京大空襲の犠牲者も合わせて祀られるようになった。堂内の祭壇には関東大震災ならびに東京大空襲の遭難者の霊位牌が並祀されている。この慰霊堂は都有財産であるが、昭和二〇年九月以来、財団法人「東京都慰霊協会」によつて管理されており、毎年三月一〇日と九月一日には「都内戦災殉難者・大正震災遭難者慰霊大法要」〔現在は「関東大震災・都内戦災遭難者慰霊大法要」と呼んでいる〕が営まれ、東京五山（護国寺・増上寺・浅草寺・寛永寺・本門時）の住職が輪番で大導師を勤め、東京都仏教連合会が協力して行うことが慣例になっている。そして、この恒例の仏式慰霊法要には、都知事、都議会議長らが参列して追悼の辞を述べ、焼香し、東京都職員が公務として式典に関与している。

次に、宮城県水沢市の「後藤寿庵廟」で行われているカトリックの儀式に地元市長らが参列している例であるが、水沢市の市有地上にはチャペル様式の建物、後藤寿庵廟が存在する。この廟は伊達政宗の家臣でクリスチャンでも

あつた後藤寿庵を祀るべく、昭和六年に建設された。建物の中央の扉の中には、十字架の下に「贈従五位後藤寿庵先生之碑」と書かれた碑が安置され、当初は神式で「寿庵祭」が営まれてきたが、戦後間もなくカトリック式に改められて今日に至っている。「寿庵祭」は、五月下旬の日曜日に地元のカトリック教会の主催で「後藤寿庵大祈願祭」と称して行われ、水沢市長をはじめ地元関係者や県内外の信徒が参列し、五穀豊穰等が祈られる。平成一〇年の「後藤寿庵大祈願祭」は、五月二四日にカトリック水沢教会の主催、仙台司教区・胆沢平野土地改良区の後援で営まれている。⁴⁾

第三に、熊本県天草市の天草殉教公園において行われている「天草殉教祭」であるが、この殉教祭は天草、島原の乱で散華した幕府勢および一揆勢の霊を慰めるため、昭和三十一年に仏式、神式、カトリックによる合同慰霊祭を行ったことが始まりである。祭典は、毎年一〇月の第四日曜日に行われるが、平成一四年度の場合、天草殉教祭は午前九時から「神道祭典」、午後四時から「仏式法要」が行われ、続いて午後五時から「カトリック・ミサ」が行われた。神道祭典では市長・市議会議長・教育長・福祉部長など二〇人ほどの参列者が「玉串」を奉奠し、仏式法要では同じく市長ら約二〇人が「焼香」、その後行われたミサにも市長・市議会議長ら約二〇人に加え、信者ら約二〇〇人が参列している。ミサ終了後には、殉教祭のクライマックスともいえるべきキャンドル行進が行われ、十字架を先頭に、イエス像をかたどった旗、花まき少女、マリア像、司祭団に続いてカトリック信徒や一般市民が手に手にキャンドルを持って行進し、本渡カトリック教会に到着して行進は終了した。⁵⁾

第四に、孔子およびその弟子を祭る祭儀「釈奠（せきてん）」及び「釈菜（せきさい）」であるが、これらは、東京都湯島聖堂や佐賀県多久市の多久聖廟の他、全国に存在するいくつかの聖廟、聖堂で行われている儒教の祭典である。このうち、佐賀県多久聖廟は土地・建物ともに国有で、春秋二回の祭典が営まれており、祭典に奉仕する祭官のうち

「献官」（神道の祭典における斎主に相当）は市長、「掌儀」（神饌を検閲する役）は市議会議長、「司尊」（献官の爵に酒を注ぐ役）は教育長が奉仕するなど、文字通り市を挙げての祭典となっているが、これまで市長らが祭典に奉仕することで問題が起こったことはほとんどないという。^⑥

第五に、京都の「祇園祭」であるが、これは一ヶ月にわたって行われる八坂神社の祭である。京都を代表する観光まつりとして山鉾巡行で知られているが、祇園祭は八坂神社への参拝に始まり、三基の神輿が市内を巡航する神道の祭である。にもかかわらず、京都市長は山鉾巡行の順番を決める「くじ取り式」に立会い、山鉾巡行中の「くじ改め」にも市長が奉行となつて順位を正したりしている。^⑦つまり、八坂神社のお祭りである祇園祭も、京都市にとってみれば観光行事そのものと位置づけられるから、市が積極的に関わっていることがわかる。本件訴訟の原告や、名古屋高裁金沢支部の本判決担当裁判官にとっては、これも特定宗教とのかかわりであり政教分離違反ということになるのだろうが、果たしてそれが多数国民の「社会通念」といえるであろうか。

②他方、神道およびわが国仏教の縁ゆかりの地、三重県伊勢市と和歌山県高野町のケースを見てみよう。

まず、伊勢神宮であるが、神宮の式年遷宮は持統天皇の御代に始まり、以後、二〇年に一度、ご遷宮が行われてきた。そして来る平成二五年には、第六二回式年遷宮が行われる。今回の御遷宮は平成一七年五月の「山口祭」に始まり、平成二五年までの八年間、さまざまな祭典や行事が繰り広げられることになるが、地元伊勢市では市長以下、市をあげてこれに協力しており、これが伊勢市の永い伝統でもある。山口祭に続き、平成一七年六月に木曾谷国有林で、古式通りに行われた「御杣（みそま）始祭」（遷宮用のご用材を切り出す御杣（みそま）山から、御樋代木（みひしろぎ）ご神

体をお納めする器をつくる用材)を伐り出す重要なお祭り)には北白川道久神宮大宮司、加藤光徳伊勢市長をはじめ、地元の人々や上松中学校の生徒、報道関係者など約七〇〇人が出席、内宮および外宮用に使われた天然ヒノキのご神木二本の前に祭場が造られ、お祓い、献饌、祝詞奏上、伐採の儀などの祭儀が行われている。

また、平成一八年二月には、ご遷宮のためのご用材を搬入する「御木曳(おきひき)」の開始に向けて「奉曳本部」が結成されたが、本部長は加藤伊勢市長であり、同市長は「ご勅許のとき以来、身の引き締まる思いです。四市町村の合併の時期にも当たり、新伊勢市の力を結集して迎えたい」と語り、総委員長の伊勢商工会議所会頭も「神宮は日本の聖地。民族に流れる日本の心の伝承を大切に、たくさんの人を受け入れたい」と話している⁽⁸⁾。

伊勢神宮は現在、宗教法人とされているが、昭和三〇年一月に鳩山一郎首相が「参拝」して以来、歴代総理がほぼ毎年、「参拝」していることは良く知られている⁽⁹⁾。また、式年遷宮は神宮にとって最も重要な宗教行事であるが、地元の伊勢市にとってみれば全国的に知られた重要な観光資源でもある。伊勢市のホームページ「伊勢市のプロフィール」には「伊勢市は、三重県の中東部、伊勢平野の南端部に位置する、比較的温暖な気候に包まれた都市です。(略)伊勢のまちは『お伊勢さん』と呼ばれ、古くから日本人の心のふるさととして親しまれ、神宮御鎮座のまちとして栄えてきました。今でも、全国各地から多くの観光客が訪れています」とある。つまり、伊勢市が文化的にも経済的にも伊勢神宮と切っても切れない関係にあることがわかる。となれば、伊勢市長が二〇年に一回の御遷宮諸行事に地元市長としてかわりを持ち、宗教儀式に儀礼的に「出席」したり「祝辞」を述べたりしたからといって何の不思議もあるまい。

次に、高野山真言宗総本山金剛峯寺の存在する和歌山高野町の場合であるが、ここでも年間を通じて行われる真言

宗の様々な祭や関係行事との関わりなしに町政が行われているとは考え難い。事実、インターネットで検索しただけでも、例えば弘法大師の誕生日六月一五日に行われる「高野山青葉祭り」は町を挙げての祭であり、宗祖降誕会（しゅうそごうたんえ）や華やかな花御堂渡御（はなみどうとぎよ）と呼ばれるパレードを中心に、弘法大師の誕生日を祝うお祭りが盛大に繰り広げられるという。祭は一四日の夕刻より始まり、町中をねぶた十数基が練り歩く。そして一五日の当日には、午前九時より高野山大師教会に僧侶約一〇〇人が参加して誕生会法会が執り行われ、午後〇時からメインイベントの花御堂渡御が行われる。この渡御には全国の有名なお祭りが弘法大師の誕生日に奉納するため高野山を訪れ、祭は最高潮に達する。そして午後二時から金剛峯寺前広場で、金剛峯寺座主や高野町長の挨拶のあと、大餅まきが行われ、青葉祭りが終了すると紹介されている¹⁰。

しかし、この高野山金剛峯寺の祭や諸行事と高野町とのかかわりも歴史伝統に基づくものであって、高野山金剛峯寺の地元高野町のホームページには、「沿革」として「いまからおよそ一二〇〇年前の高野山開創から明治初年まで寺領として管理され、明治四年廃藩置県によって和歌山県に属し、明治一一年郡区町村編成法の実施とともに高野山外の一三大字で高野村を組織し、明治二二年四月、町村制の施行により高野村となった。昭和三年一月一日に町村制を施行して高野町となり、さらに昭和三三年六月一日、町村合併促進法に基づいて、富貴村と合併、今日に至っている。町の中心である高野山上は、町人口の約七〇%を占め、産業、文化、経済の中心地であり、またわが国有数の山岳仏都、観光の町として発展している…」とあり、高野町自体がもともと高野山金剛峯寺の寺領であったことがわかる。そして「山岳仏都、観光の町」とあるように、町では高野山金剛峯寺を観光の名所として位置づけ、全国に向けて積極的にPRしていることが窺われる。とすれば、高野町が高野山金剛峯寺の様々な宗教行事にかかわり、町長が

これらの行事に儀礼的に「出席」し「祝辞」を述べたとしても不自然ではなく、これを政教分離違反とするのはそれこそ「社会通念」を無視したものと思われる。

③ここに挙げたのはほんの一例に過ぎない。しかし、歴史的にみると全国各地で多くの自治体が何らかのかたちで地元の神社、仏閣、あるいはキリスト教会などと文化的、経済的、社会的に様々なかかわりをもち、それがそれぞれ町の町や村の独特の伝統文化を形成する上で一定の役割を果たしてきたことは間違いあるまい。そしてこのような自治体と宗教とのかかわりの中には、むろん戦前から、つまり日本国憲法制定以前のはるか遠い昔より続いてきたものも多い。津地鎮祭訴訟最高裁判決が、「憲法二〇条三項にいう宗教的活動とは、国及びその機関の活動で宗教とかかわり合をもつ全ての行為を指すものではなく」、「わが国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるもの」を指すとしているのは、このような自治体と宗教とのかかわりあいも視野に入れてのことであると思われる。

6、おわりに

以上述べてきたように、平成一七年六月、石川県白山市長が地元の白山比咩神社御鎮座二千年式年大祭の奉賛会発会式に公用車を使用して出席し祝辞を述べたことをもって、本件第二審の名古屋高裁金沢支部が、白山比咩神社の宗教上の祭祀である本件大祭を奉賛、賛助する意義・目的を有するものであり、憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動に当たると判示したのは、津地鎮祭訴訟最高裁判決および愛媛玉串料訴訟最高裁判決のいずれに照らしても妥当性を欠くものであると思われる。

すなわち、津地鎮祭訴訟のケースでは、地元神社の神職が主宰する「神道式地鎮祭」を津市みずから主催して市長らが参列し、玉串奉奠を行ったほか、その経費として、公金七、六六三円が市から支出された。神道式地鎮祭は紛れもない「宗教儀式」であり、市長はその宗教儀式に直接「参列」し、「玉串奉奠」という宗教行為を行ったわけである。にもかかわらず、地鎮祭が今日では世俗化した慣習となつていることを理由に、宗教的意義は希薄であり、宗教への援助、助長には当たらないとした。

これに対して、本件では、地元市長が出席したのは「奉賛会発会式」であつて、白山比咩神社の「宗教儀式」そのものではない。また、「発会式」は市が主催したわけではなく、市長は単に招待され出席したにすぎない。しかも市長の行為は、地鎮祭における「玉串奉奠」のような「宗教行為」ではなく、単に「祝辞」を述べただけである。つまり、市長と宗教団体（白山比咩神社）との関わりは間接的であり、その行為も広く慣習的に行われている地元首長の「祝辞」という社会的・儀礼的な世俗行為にすぎない。

さらに、白山比咩神社の鎮座二千年祭は、同神社やその氏子、崇敬者達にとっては宗教的意義があるのは当然であるが、白山市長や一般市民達にとつてみれば全国的にも有名な白山比咩神社の祭礼といった観光の意味があり、同市長がこれを白山市の重要な観光資源と考へて奉賛発会式に儀礼的に参加したとしても決して不自然ではない。とすれば、地元白山市長が、白山比咩神社鎮座二千年祭を格好の観光イベントと考へ、政教分離原則に違反しないかぎりでのその行事にかかわることは当然ありうることであつて、本件発会式への参列と祝辞も許される範囲内のものといえよう。

また、高裁判決は、津地鎮祭訴訟最高裁判決のみ引用しておきながら、実際には愛媛玉串料訴訟最高裁判決の手法

を真似たものであり、津地鎮祭訴訟最高裁判決の示す「目的効果基準」の適用の仕方を誤ったものであると思われる。しかし、本判決は、仮に愛媛玉串料訴訟最高裁判決の立場にたつて考えても無理があると考えられる。

すなわち、愛媛玉串料訴訟のケースで問題とされたのは、被告県知事が「靖國神社」「護國神社」において行われた「例大祭」「慰霊大祭」といった「宗教儀式」に際して、「玉串料」「供物料」といった神社特有ないし神道、仏教に特有の名称を付して公金を支出したことであった。これに対して、本件訴訟では、市長が「出席」し「祝辞」を述べたのは、「白山比咩神社」において行われた「祭祀」ではなく、白山比咩神社二千年大祭を奉賛する「奉賛会」が、神社の境内地外に在る「民間の施設」において開催した「奉賛会発会式」に市長が「出席」し、「祝辞」を述べたというにとどまる。つまり、玉串料の奉納のように、「神社」で行われたわけではなく、「奉賛会発会式」もそれ自体「宗教儀式」でなく、神社の「例大祭」や「慰霊大祭」と比べれば宗教性はきわめて希薄である。しかも問題となったのは、「玉串料」「供物料」といったそれ自体「宗教性を帯びたもの」と異なり、市長が行ったのは単に「発会式」に「出席」し「祝辞」を述べるというきわめて「世俗的な行為」ととどまる。これは自治体の首長らが、様々な儀式行事に「出席」し「祝辞」を述べるのと全く同質の社会的儀礼的行為であると解される。

全国各地の自治体首長と宗教とのかかわりの例については、すでに述べたとおりであるが、特に伊勢市と伊勢神宮の関係や和歌山県高野町と真言宗金剛峯寺との関係などをみると、永い歴史を通じて両者は様々なかかわりを有し、社会的、文化的、経済的に密接な関係を保ってきた。したがって、地元伊勢市長が伊勢神宮の諸行事を重要な観光資源とみなし、儀礼的にそれら行事に「出席」し「祝辞」を述べたりすることがあっても何ら不自然ではないし、高野町長が金剛峯寺の諸行事にかかわりをもったりするの、同じように評価できよう。これらは、まさに津地鎮祭訴訟

最高裁判決のいう「わが国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度」内の行為であると考えられる。

とすれば、永い歴史を有する本件、白山比咩神社とその地元、白山市が歴史的、文化的、経済的に様々な繋がりをもってきたのも自然なことといえよう。それ故、地元白山市長が白山比咩神社御鎮座二千年式年大祭の諸行事にあたり、それを白山市にとつての一大観光行事として位置づけ、儀礼的に大祭の奉賛会発会式に「出席」し「祝辞」を述べたからといって、その「目的」が宗教的意義をもち、その「効果」が白山比咩神社の信仰を援助、助長するものなどと決め付けるのは、最高裁の排したはずの「形式的側面」のみにとらわれ、「社会通念」を無視したものであり、名古屋高裁金沢支部のこの判決にはきわめて問題があるものと思われる。

注

- (1) この最高裁判決に対する批判は、拙稿「砂川・空知太神社訴訟最高裁判決の問題点」『日本法学』第七六卷第二号、四八七頁以下。
- (2) 拙稿「愛媛玉串料訴訟最高裁判決をめぐって」『日本法学』第六三卷第四号、四七頁以下、参照。
- (3) 拙著『政教分離とは何か―争点の解明―』（成文堂）、三四七頁～三四八頁。
- (4) 大原康男「問題視されない政教関係事象」『国学院大学日本文化研究所報』Vol.三五 No.四、二頁～四頁。
- (5) 同「プロジェクト報告 熊本市本渡市の『天草殉教祭』」―「問題視されない政教関係事象」の一つとして―『国学院大学日本文化研究所報』Vol.三九 No.五、三頁～六頁。
- (6) 同「プロジェクト報告 国や地方自治体と積奠」―「問題視されない政教関係事象」の一つとして―『国学院大学日本文化研究所報』Vol.三八 No.五、一頁～四頁。
- (7) 「祇園祭の主な祭事と日程」『祇園町の祇園祭』（<http://www.kyoto-gion.jp/gion/rist.html>）

(8) ISEインターネット放送局「日本の心」伝える「二十年に一度」の祭 遷宮チャンネル」(<http://isenet.jp/senguu/>)
より

(9) 拙著『伊勢神宮と公民宗教』伊勢神宮崇敬会叢書九、五五頁。

(10) 「高野山 青葉祭」『スタッフのお勧めスポット』高野山』(<http://cache.vahoofs.jp/search/cache>)

集団的自衛権の行使に関する政府見解概評

青 山 武 憲

はじめに

平成二四年一月一日、産経新聞の「主張」は、衆議院に於ける代表質問を契機とした論説で、「集団的自衛権もつと語れ」と題して、首相自らも集団的自衛権の議論を活性化すべきだと述べた。代表質問に於いては、安倍晋三自民党総裁が集団的自衛権の行使を可能にすれば、日米同盟はより対等となり強化されるとしながら、集団的自衛権の行使の容認に向けて、権利を保有しているが行使できないと云う政府の憲法解釈の変更についての見解を質したのに対して、野田佳彦首相は、集団的自衛権の行使は違憲であり、野田内閣で解釈を変えることはないとする一方で、「さまざまな議論があつてしかるべきである」と応えた。この野田首相の答弁は、同年七月二四日の本会議答弁⁽¹⁾を繰り返したものであった。

同じ一月一日、佐々江賢一郎駐米大使も、同じ新聞の「単刀直言」と云う欄で、「集団的自衛権議論を」と題して、「集団的自衛権の行使の問題は、大いに議論すべきだ」と述べた。その際同大使は、日米同盟関係の土台は揺らいでいないとしながらも、更なる同盟の強化の必要を説いている。また、大使が「日米同盟関係の土台は揺らいでいない」と本来揺らぎがないことが当然であるべき日米関係について殊更に触れたのは、日米関係の現況に不安材料が顕現していたからであろう。その場合、大使が「更なる同盟の強化」によって何を意図したかは不明であるが、論題からして、集団的自衛権の行使に係る問題が脳裏にあったものと思われる。

わが国は、長い間、連合軍最高司令官総司令部（GHQ）によって押し付けられたいわゆる戦争を放棄した日本国憲法の下で、かたちの上では昭和二十七年に独立したが、その後も完全には独立し得ず、実質上、双頭の鷲の翼下にあつて、その安全を米国に依存して、只管経済的な繁栄を追求した。その結果、一応の目的は達したが、その間にも、完全な独立を志向する動きは絶えず、国防の努力もなされ続けた。それでも、米国依存の基本姿勢には変わりなく、未だその状態を脱却し得ていない。ところがこの所、わが国が頼りとした米国には、翳りが見られる。それでも、米国側には、「日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約」（以降、「安保条約」と云う。）の下、依然としてわが国の国防安全に寄与する姿勢がある。ところが、安保条約に於ける相互協力とは名ばかりで、わが国には、米国の国防やわが国の国防安全に寄与する米国の行為に対して必ずしもきちんとして協力する体制が無い。わが国には、米軍の存在による侵略に対する抑止と云う恩恵を無視あるいは軽視して、「旦那三百、我五百」とする姿勢があるどころか、一部には米国の戦争に巻き込まれるとし、安保条約の破棄を説く者さえいる。他方では一時期、わが国の国防安全に命をかけようとする姿勢を有する米国への協力費に対して、「思いやり予算」^②として金で用心棒を雇うかの

如き言辞を弄した者が存した。核の脅威さえ存在した時代、米国がわが国の頼りであったにも拘わらず、独力で十全の国防体制を整えもせず、一方的に米側の恩恵に服しながら、およそ日本人らしくない謙虚さを欠く姿勢をとった者がいたのだ。尤も米国を頼りとし、米国にとって片務的な現況を潔しとせず、自国の国防の充実を説く一方で、「友を得る唯一の方法は、自らその人の友となることにある」(the only way to have a friend is to be one)⁽³⁾として、日米の両国関係を真に対等友好関係としようとする声も絶えず存在した。この所、そのような声は、以前に比して高まっている。集団的自衛権の行使の見直し論は、そのような声の一つであり、冒頭の産経新聞の「主張」等は、そのような顕現の一例である。

以降では、そのような主張を生み出している国防安全に関する体制の法的基盤の概況を論ずる。

一 戦争の放棄から安保条約へ

1 日本国憲法九条の原初的法意と自衛権

日本国憲法は、GHQによって原案が練られ、それを基本としてGHQの掌の上で審議され制定されたものであった。その憲法の中に、諸説があり発想者は必ずしも明らかではないが、いわゆる戦争放棄の規定が設けられた。その起草に先立って、マッカーサーには、わが国による自衛戦争をも放棄させる考え方があった。いわゆるマッカーサー・ノートの二項が、次のように規定していたのである。

「国家の主権的権利としての戦争を廃棄する。日本は、紛争解決のための手段としての戦争、および自己の安全

を保持するための手段としてのそれをも放棄する。日本はその防衛と保護を、今や世界を動かしつつある崇高な理想に委ねる。

いかなる日本陸海空軍も決して許されないし、いかなる交戦者の権利も日本軍には決して与えられない。」

この戦争放棄に関するマッカーサーの意向は、ハッシーによって手を加えられて、「国権の発動たる戦争は、廃止する。いかなる国であれ他の国との間の紛争解決の手段としては、武力による威嚇または武力の行使は、永久に放棄する。陸軍、海軍、空軍その他の戦力をもつ権能は、将来も与えられることはなく、交戦権が国に与えられることはない。」としてGHQ案作成の段階で前文に挿入された。その際、自衛戦争の放棄に関する部分は削られたが、マッカーサーは、そのように重要な訂正を含む右の部分を一条に回すように指示しただけで、何ら咎めだてをしなかった。それは結局、GHQ案の八条となって規定されたが、右のメモ以来、自衛戦争の放棄の部分が復活されることはなかった。⁽⁴⁾

そのような経緯があつたにも拘わらず、日本国憲法の審議に際して、「自国を護るための戦争」「正しい戦争」の規定の必要を説く日本共産党野坂参三の主張に対して、内閣総理大臣吉田茂は正当防衛権に依る戦争をも否定し、金森徳次郎国務大臣は、実際の具体的事象を想定しなければ答弁し難いとしながらも、「普通の形」を想定すれば、わが国は日本国憲法九条によつて全ての戦争を放棄することになる⁽⁵⁾とした。この時期、赤かつたが故にホワイト・パージの恐れも無かつたから、わが国が大東亜戦争の開戦で宣した自衛戦争のようなものを認める当然の法理を公的な場で「堂々と」主張し得たのは、日本共産党のような政党や一部の者だけであつたかも知れなかつた。当時は、GHQに

よるページと検閲は繁く、真に自由であり得たのは、GHQのメガネに適った者たちあるいはそれに与した者たちだけであったのだ。将来独立する国家の根幹の原案を押し付けられた日本国憲法についても、GHQの掌中で物言えた者たちには決して押し付けられたと云う認識など生まれる筈もなく、他人によって練られた憲法であることを恥とせず、恰も親に作業して貰った宿題に少しく自分で手を加えてわが作業として悦ぶ子供の如く、その出来を評価する者は少なくない。そのような憲法で言論、出版その他一切の表現の自由や職業選択の自由が保障された筈である（憲法二二条、一二二条）が、検閲が行われ、ページの波は、やがてホワイトからレッドへ移ることになる。その時代、愛国心を前面に出してわが国の国防を公然と論ずることは、勇気を要することであった。

日本国憲法が発効したのは、昭和二二年のことである。当時わが国は、依然として被占領下にあった。わが国が独立したのは、昭和二七年である。日本国憲法制定当時、わが国にとって憲法に優位したポツダム宣言に基づき、全日本国軍隊は無条件降伏をし（ポ宣言一二項、降伏文書）、わが国の軍隊は解体されていた。そのように軍隊が解体された状態で、軍事力によるわが国の防衛に責任を負ったのは占領軍であり、わが国には、軍事力による国家自らの防衛の能力と責任とが、法的にも事実上も欠けていた。防衛の責任も能力も無いわが国が、日本国憲法に於いて戦争放棄条項を設けた（憲法九条）としても、そのことに法的な意味は無かった。戦争は、原則として軍隊と軍隊とに依るものであったからだ。日本国憲法施行時、戦争の放棄の規定は、三歳の幼児が親の債務を返済すると云う証文を書いたようなものでしかなかったのだ。それは法の問題ではなく、単なる政治的事象でしかなかったのである。わが国が戦争放棄のような法的決断をすることに法的意味が生じるのは、わが国が超憲法的存在であったGHQによって軍隊の設置を認められるか、あるいは独立した場合以外になかったのだ。

しかしそのことは、わが国が当時自衛権を持たないことを意味したわけでは決してなかった。わが国は、無条件降伏をしたわけではなかった。⁶⁾ 連合国最高司令官等は、飽くまでも「ポツダム宣言ヲ実質スル為」の存在であった(降伏文書)。それ故、彼らがポツダム宣言に反する国家の存立を危うくするような行為をとつたり、わが国に対する侵略に対してわが国を防衛する行為をとらなかつた場合、わが国には、自衛権と軍隊による戦争行為以外の方法によるその行使権とが留保されていたのである。自衛権について、ポツダム宣言と降伏文書とによって行使の方法を制限されたに過ぎなかつたのだ。一体、自衛権は、法の本質に関するいかなる学説に於いても、それを行使するか否かはともかく、国家形成と共に、国民のためにすべての国家に伴う固有の権利なのだ。⁷⁾ およそ国家が存続しない限り、人々の生命、自由、安全および幸福追求に対する害悪を回避することは、至難だからだ。個人では、国家その他の集団からの攻撃には対抗し得ないのだ。その危険を回避するために国家が構築されるが、その国家が存続するための自衛権を持たなければ、すべては無に帰するのだ。それ故、自衛権の存在は、当時、吉田首相も認めたところであった。彼は、「自衛権も放棄せねばならぬのか」と云う日本進歩党の原夫次郎の質問に答えて、「戦争放棄に関する本案の規定は、直接には自衛権を否定しては居りませぬが、第九条第二項に於て一切の軍備と国の交戦権を認めない結果、自衛権の発動としての戦争も、又交戦権も抛棄したものであります。」と答弁しているのである。⁸⁾ ただ当時、戦力の不保持や交戦権の否認に関する日本国憲法の規定は、軍隊の解体を定めたポツダム宣言等の延長上のものであった。当時わが国は、自衛戦争などできる筈もなく、政府の説明による交戦権など存在し得なかつたのだ。したがって、右の答弁は、わが国の当時の当然の法的状態を確認したものであったのである。そのような規定があろうと無かろうと、わが国は、侵略戦争はもとより、あらゆる戦争ができない状態にあつたのだ。僅かに可能であつたのは、自衛権に基

づく軍隊あるいは戦力に依らない手段に限られたのである。実際、金森徳次郎国务大臣によれば、「第二項は、武力を持つことを禁止して居りますけれども、武力以外の方法に依つて或程度防衛して損害の限度を少くすると云う余地は残つて居ると思ひます。」と云うことであつた。また同大臣によれば、交戦権が否認されても、国際法で知られる群民蜂起、ルヴェー・アン・マスについては、緊急必要な正当防衛の原理が当て嵌まると云うことであつた。⁹⁾

要するに、政府によれば、わが国は、日本国憲法制定の前後も自衛権を有した。その憲法が、侵略戦争はもとより自衛権の行使としての戦争の放棄を政治的に宣言したが、それは、当時の状況の確認に過ぎなかつた。自衛権の行使がすべて放棄されたわけではなかつたのだ。

2 自衛権行使の装置の創設と拡充

第二次大戦後、共産主義勢力は、東欧を席卷し、世界各地に浸透を始めた。西欧でも東アジアでも、共産主義との平時の戦いが存在した。¹⁰⁾ 米国では、共産主義への警戒からマッカーシズムが勢いを示した。¹¹⁾ 中国では、共産党が台頭して国家を奪い、朝鮮半島には、北の南侵に伴う赤化戦争が勃発した。朝鮮半島の影響は、直ちにわが国にも及んだ。在日米軍の朝鮮半島への出動に伴い、わが国の治安維持等と海岸線の保安等のために、それぞれ七万五千人から成る「国家警察予備隊」の設置と海上保安庁に八千人の増員が認められた。米国には、朝鮮戦争勃発以前に日本を再軍備する策動が既にあつたが、日本の再軍備に必ずしも積極的ではなかつたマッカーサーは、朝鮮戦争が勃発しても、緊急時に対応する組織の創設に対して「警察以上、しかし軍隊以下」を企図した。¹²⁾ 経済、財政を重視した吉田首相も、マッカーサーによつて押し付けられた憲法の戦争放棄の問題にも留意して自前での再軍備に必ずしも積極的ではな

かった。そのような状況で設けられた警察予備隊の任務は、警察予備隊令により「わが国の平和と秩序を維持し、公共の福祉を保障するのに必要な限度内で、国家地方警察及び自治体警察の警察力を補う」ものとなった。その警察予備隊について、発足の時からそれを違憲の再軍備とする意見も生じたが、時代の状況もあって、国論を割るような論議とはならなかった。しかし、その装備と組織の改編とが進むに伴い、日本国憲法九条の論議、戦力の論議が、次第に活発化し始める¹³。

昭和二六年九月八日には、「日本国との平和条約」（以降、「平和条約」と云う。）が調印され、同時に、全く不足しているわが国の自衛権を補うために安保条約も調印された。平和条約は、戦力の不保持を定める日本国憲法九条の内容を確認する内容のものではなかった。それどころかそれは、日本が国連憲章五一条の個別的又は集団的な固有の権利を持ち、占領軍が撤退した後の集団的安全保障の取極を認め、その取極に基づく外国軍の駐留を認めさせた。安保条約は、その平和条約第三章の取極であり、世界の無責任な軍国主義に対応するためのものであった¹⁴。その際米側は、その軍隊の駐留を暫定的なものとし、「日本国が、攻撃的な脅威となり又は国際連合憲章の目的及び原則に従って平和と安全を増進すること以外に用いられるべき軍事をもつことを常に避けつつ、直接又は間接の侵略に対する自国の防衛のため漸増的に自ら責任を負うこと」に期待した。この時期、わが国で独立の機運が高まるに伴い、再軍備や米軍基地問題に対する自由な批判も活発になり始めたが、吉田首相には独立国家に相応しい再軍備構想と計画が存在した。その際、吉田首相は朝鮮戦争の国際化やソ連軍の日本侵略には疑問を抱いていたから、彼の脳裏にあったのは、軍事面の量的拡大と云うより質的拡大であった。しかし米側には、吉田首相の防衛構想は悠長で危機感に乏しいもの¹⁵に思えた。それでも、大勢は吉田首相の思惑で進んだ。

警察予備隊令が平和条約の発効一八〇日後に失効することに伴い、わが国は、昭和二七年七月保安庁法を制定し、翌月には保安庁を発足させ、一〇月には警察予備隊から保安隊の体制へと改編あるいは移行させた。保安庁法には、「警察力の不足を補う」と云う文言こそなくなったが、保安隊は、依然として警察と云う認識の下の存在であった。¹⁶ この保安隊への改編は、間接侵略に対する備えを意味しても直接侵略に対するものではなかった。

昭和二九年三月八日には、国連憲章の体制内に於いて、同憲章の目的および原則を支持し、個別のおよび集団的自衛のための効果ある方策を推進する能力を高めるべき自発的措施によって、国際の平和および安全保障を育成することを希望して日米相互防衛援助協定（いわゆるMSA協定）が調印された。これによりわが国は、安保条約上の責務である軍事的義務の履行の決意を確認し、自国の政治や経済と矛盾しない範囲で自国の防衛力および自由世界の防衛力の発展および維持に寄与し、防衛力の増強に必要なすべての合理的措置をとることになった。この協定の後、同年五月一四日、合衆国艦艇の貸与に関する協定が調印され、更に、日米相互防衛援助協定等に伴う秘密保護法も制定された。¹⁷ ところで米国には、地域的協約およびその他の集団的協約に關与する前提として継続的かつ効果的な自助と相互扶助を前提とすることを謳ったバンデンバーグ決議があった。警察予備隊や保安隊は、その性格上警察であったから、自助体制さえ無かつたわが国は、侵略に直面して米国の協力を得られる体制にはなかった。そのようなこともあって、昭和二八年、吉田自由党総裁と重光保改進黨総裁とは直接侵略に備えるために自衛力の増強の申し合わせをし、保安隊を自衛隊に改編することとした。その結果、昭和二九年七月一日には、防衛庁設置法および自衛隊法が施行された。この自衛隊は、直接侵略および間接侵略からわが国を防衛することを主務とした実力部隊であり、これによって、従来の警察を補充する目的の組織は、存在するかも知れない侵略国家に備えた国防組織へと改編された。¹⁸

安保条約の締結に先立ち、「日本の用意した条約案は、日本の平和と安全を守るとはとりもなおさず太平洋地域およびアメリカの平和と安全を守ることであるから、日本が武力攻撃を受けた場合にはアメリカは日本を防衛し日本はこれに可能な協力をする、すなわち、両国は集団自衛の關係に立つことを規定し、両国がこのような關係にあるから日本は合衆国軍隊の日本に駐留することに同意するという趣旨を根幹とするものであった。あくまで国連憲章の枠内での結びつきを考えたものであ¹⁹」¹⁹ったが、わが国の「可能な協力」にはバンデンバーグ決議に照らして不足があり、両国は真の集団自衛の關係にはなかつた。その時期、わが国の国防力は著しく欠け、米国にはわが国を守る義務はなかつたから、わが国の存立と安全とは、唯々米軍の駐留による事実の威圧する力に依存していたのだ。両国は、集団自衛の關係には程遠かつたのである。それでも自衛隊の創設は、日米両国の集団自衛の關係への一步前進を意味した。

二 安保条約と集団的自衛権

1 安保条約

(1) 日本側の「条約案」

安保条約締結当時、集団的自衛と云う概念やそれと日本国憲法との關係は、それ程重要視されたわけでは決してなかつた。燃え滾るような国民的議論とはならなかつたのだ。それは、当時未だ十分に言論の自由がなかつた所為かも知れなかつた。あるいは、生活に困窮した国民に未だ憲法問題を論ずる余裕がなかつた所為であつたかも知れなかつた。否、占領軍によつて野に放たれ労働運動等激しい動きを示していた共産勢力に危機を覚え始めていた者が少なかつた所為かも知れなかつた。共産主義者に対する警戒は自由主義社会で高まり、わが国でも、昭和二五年以降は、

徳田球一以下日本共産党中央委員二四人等が公職を追われ、マスコミ等にも同様の動きが生じた時代であった。同年朝鮮半島に勃発した戦争による特需の恩恵が全ての者に直ちに及んだわけでもなかった。その故か、共産党員以外には明らかに自由のない体制を追求した共産勢力の激しい足音が国の内外で高まっていたのだ。暴力革命を企てる勢力と自由を守ろうとする勢力との冷戦構造は、米国をしてわが国にも戸締りを要求させる一方で、わが国の自由世界への貢献をも要求させた。安保条約はそのような時代が要求したところであって、そのような時代の産物であった。

昭和二五年には、安保条約の締結に先立って、わが国では、「条約」のためのAからDまでのタイトルをつけた四つの作業が行われていた²⁰。そのうちA作業は、「A-1・対日講和問題に関する情勢判断」「A-2・米国の対日条約案の構想」「A-3・米国の対日条約案の構想に対応するわが方要望方針(案)」「A-4・対米陳述書(案)」を検討したものであり、ここでは、米軍の駐留がわが国を防衛する国連の「機能を体现して、その衝に当る」のが米国であると云う「枠組み」の中で実施されるものとされた。しかし吉田は、これを「野党の口吻の如し、無用の議論一顧の値無し、経世家的研究に付一段の工夫を要す」として評価しなかった。B作業は、全一二条から成る「安全保障に関する日米条約案」を練ったものであり、その作業の論理は、A作業を継受したものであって、国連との結び付きを明確にしたものであった。その案の基調には、国連憲章五一条の適用を謳う一方で、「もちろん、われわれは、実質的にわが国の防衛を米国に依頼し、そのため、米国に対して一切の協力援助をなさねばならないということを理解している。しかし、単刀直入的に防衛条約を締結するとすれば、これは第三国を目標にしたものであるということが余りにも露骨に現れる。実体はそうであろうとも、形式上は、何人からも指弾されない名分の立つ条約にしなければならぬ。そうして初めて、わが憲法第九条(戦争放棄と無軍備)に違反するか否かの憲法論も避けられるし、また、わが国

民感情も納得するであろう。」とする考え方があった。唯、国連憲章五一条の挿入によって、A作業が国連による集団安全保障の発想の上に立っていたのに対して、集团的自衛権の方に傾斜し、「日本と米国一国との特殊関係」に傾斜したと云われる。C作業は、「北太平洋六国条約案」を考案したものであり、吉田による「(イ)日本・朝鮮の非武装、(ロ)一定地域の空軍基地の撤廃、(ハ)西太平洋における海軍の縮小を基幹とする安全保障条約案」の構想を具現したものである。この「夢のまた夢」の案は、提示することによって相手の反応を探る観測気球的案に過ぎなかった。D作業は、(米大統領の特使ダレスとの間でなされる)「ダレス会談に臨まれる総理の参考に供すべく」「A作業に代わるべき」ものを準備したものである。この作業で安全保障問題はB作業の案を基調に作成されたが、米軍駐留に関して国連総会の決議に根拠を求める考え方は削除された。ここでは、米国はわが国の防衛について国際連合に代わってわが国を防衛するのではなく、(米国のための論拠は不明ではあったが)わが国と「共同の責に任ずる」とされたのである。その論拠については、昭和五一年にそのD作業案に訂正版が出され、「合衆国の責務」を定めた第一条の冒頭で、「合衆国は、日本の平和と安全が太平洋地域とくに合衆国の平和と安全と不可分の関係にあることを認める。」と謳われた。日本の安全と米国のそれとが「不可分の関係」であるが故に、「共同の責に任ずる」とされたのである。このD作業の訂正版は、最終的に日本側の条約案となったものである。

(2) 安保条約の成立

昭和二六年一月、ダレス使節団は、対日講和七原則に関する文書と共に、米国側が予定している会議の議題表を吉田首相に手交した。その議題表には、領域、安全保障、再軍備等一三項目が掲げられていた。わが事務当局は、吉田首相の命を受けて米側文書の検討と対策の起草に入ったが、その結果纏められた「対処案」は、D作業の最終案が底

本となったものであった。その「対処案」は、「一般原則について」と「特定事項について」の二部で構成され、そのうち「特定事項について」の「(2)安全保障」においては、D作業の前文を踏まえて国連を媒介とした日米間の協力体制の構築が提起された。また「(3)再軍備」では、大戦の経験や結果に伴う問題や独力での国内治安維持等に触れ、さらに、C作業の「非武装・中立地帯案」について明記した。なを、「非武装・中立地帯案」は、対処案の改訂版では削除され、「国際連合が前述の責任を実効的に果たしうるようになるまで、日本区域における国際の平和と安全の維持のため、日本は米国との協力体制を取りきめ、応分の協力をなす用意がある」と云う部分が吉田首相の口述に基づく「日本は、自力によって国内治安を確保し、対外的には国際連合あるいは米国との協力（駐兵の如き）によって国の安全を確保したい。」と云う文言に改められた。

日米の折衝では、D作業の安全保障に関する「提案」が「相互の安全保障のための日米協力に関する構想」と云う題となって米側に提出された。そしてそれについて、逐条的に検討しながら質疑応答がなされた。「構想」に明記されないものとしては、第三国軍のわが国に於ける駐留が論議されたが、わが国側は、米軍の駐留のみを希望する旨を伝えた。右の「構想」を基礎にして、米側からその対案として「相互の安全保障のための日米協力協定」案が提出されたが、それは、米側の基本姿勢を集約したような内容のものであった。その案は、平和維持を目的とし、国連憲章に沿ったわが国の再軍備を前提としたものであった。日本国内に於ける敵対行為については、警察予備隊や他のすべての日本の軍隊は、米国政府が指名する最高司令官の統一指揮下に入るようになっていた。わが国側にして見れば、それは、好感の持てる提案では決してなかった。米国側には、わが国に駐留したい欲望を隠してわが国による米軍駐留の希望に応えろと云う（したがって、駐留を義務ではなく権利とする）姿勢が貫かれていた。その際、わが国による有

事に於ける協力の内容は、最も知りたいことのものであった。日本側には、再軍備に関しては憲法問題の不安があった。そこで日本側は、「国内治安のための警備力という概念のうちにはいるフィジカル・フォースによって、再軍備の目的を實際上達成する外途がないと考える。」と応えている。そのような考えに基づいて、わが国は、「海陸をふくめて新に五万の保安隊（仮称）を設ける。この五万人は、予備隊と海上保安隊とは別個のカテゴリーとして訓練し装備においても両者より強力なものとし、国家治安省の防衛部に所属させる。この五万が、日本に再建される民主的軍隊の発足とする」と云うことを内容とした「再軍備の発足について」と云う文書を米国側に手交した。

そのような経過を辿った後、米側から「平和条約」「日米協定」「実施協定」と云う三つの文書が提出された。そのうち「日米協定」は、正式には「日本国連合国間平和条約および国際連合憲章第五条の規定にしたがい作成された集団的自衛のためのアメリカ合衆国および日本国間協定」案と云う長たらしい名称であった。しかしそれは、その名称と異なり、前文と四条から成る簡明なものであった。この案では、わが国が米国側に直ちに「貢献」できないことが前提とされた。米国側の権利である駐留は、「専ら外部からの武力攻撃に対する日本国の防衛」が目的であるときとされた。わが国による第三国への基地の提供は否定された。駐屯の規律条件が日米両政府間の行政協定で定められることとされた。最後に協定の存続期間が定められた。因みにこの期間については、わが国の意向が汲まれ、日本区域に於ける平和と安全を維持するための国連の取極、またはそれに代わる措置が有効になったと合衆国および日本国の政府が認めたとき効力を失うとされた。したがって、これを米国側から見れば、米国側が望む間、協定は存続することになるわけである。

次に「実施協定」（「行政協定」）の正式名称は、「集団的防衛のため締結した協定の規定を実施するためのアメリカ

合衆国および日本国間行政協定」である。それは、全四章二〇項から成り、「米軍が日本に於いて有する地位とか軽費とか共同委員会とか緊急事態にたいする措置を規定する」ものであった。これが行政協定の本体から切り離されたのは、これを政府間協定とすることにより、国会の承認が必要な条約締結の手続（憲法七三条二号、六一条）を回避するためであった。

右の「日米協定」および「実施協定」は、その後締結される安保条約の母体となったものである。それらの成立過程に於いて、米国による基地駐留の恩恵主義を除けば、総じてわが邦の要求は通っている。しかし、出来上がった「日米条約」は不完全なもので、特に「実施協定」は全般的に改められることになる。

右の如くしていわゆる旧安保条約が誕生したが、それは、国連憲章五一条の集団的自衛権を模してそれを不完全なかたちで組織化したものであった。わが国が独立していなかったこともあって、その条約と国連憲章との脈絡はなかった。しかし、昭和三二年、藤山・マッカーサー交換公文は、その条約と国連憲章の二つを関係あるものとした。

わが国が独立し、自衛隊も創設され、昭和二九年、鳩山一郎内閣が誕生すると、旧安保条約に欠けた双務性・対等性の実現への動きが始まる。昭和三二年、短命に終わった石橋湛山内閣を継いだ岸信介は、条約改正に内閣の命運をかけた。改正の狙いは、国連憲章との関係や政治・経済分野の協力関係・米国の日本防衛義務・条約地域の明確化、わが国の義務の憲法の範囲内限定、米軍駐留の容認と米軍の域外活動・重要装備に関する事前協議制の導入、内乱条項の削除、第三国軍隊の駐留・通過等に関する米国の事前同意制の廃止、条約の円滑運営のための協議条項の導入、一〇年の期限と廃止条件としての一年前の予告制にあった。その狙いのほぼすべてを内容とした改正条約、いわゆる新安保条約が調印されたのは、昭和三五年一月一九日である。⁽²¹⁾この条約は、日米の相互援助と共同防衛行動とを定めて、⁽²²⁾

バンデンバーグ決議に謳う「継続的かつ効果的な相互援助」の関係をさらに一歩進めたものであった。また、国連憲章との脈絡も明確につけられた条約であった。

2 集団的自衛権

(1) 自衛権

本稿の目的である集団的自衛権の法問題の追究を急ぐ。

旧安保条約はその前文で、わが国が「武装を解除されているので、平和条約の効力発生の際に於いて固有の自衛権を行使する有効な手段をもたない」ことを確認している。前文のこの部分は、「日本国との平和条約」が締結された時点のことを宣べたもので、およそ国家には自衛権が存在すること（自衛権の国家固有性）、わが国がポツダム宣言九項に基づいて軍が解体されている状態にあったし、現に（当時）あること（降伏条件としての無戦力）、したがって、独立したわが国が自衛権行使のために最も有効である手段を欠いていること（有効な自衛力行使手段の欠如）を改めて確認したものである。

自衛権の国家固有性は、およそ人が国家を構築する場合の不可欠の内容である。人が安全や福利を期待する国家が存続しない限り、その期待は無に帰するからである。一九二八年、不戦条約を結ぶに際して、実質的な発案国である米国の国務長官ケロッグは、「不戦条約に関する米国の草案には、自衛権を少しでも制限し、または、害するものは何もない。すべての国はいつでも条約の規定にかかわらず攻撃または侵入に対し自己の領土を防衛することが自由である。」⁽²³⁾と述べたが、軍隊を解体された大東亜戦争後のわが国のごとく、自衛権の行使が制限されることがある例

外を除き、その云う所は正しい。そのような法理の当然として、吉田首相は、既述した日本国憲法制定過程に於いても⁽²⁴⁾わが国の被占領状態に於いてもわが国が自衛権を有するとする姿勢では一貫していた。たとえば昭和二五年、吉田首相は、「戦争放棄によつて、あたかも日本の安全保障が危険になつたというようなふうに感ずる向きがあつて、しきりに安全保障ということが出ますから、武力によらざる自衛権は国家として存在する。」と断言していたのである。⁽²⁵⁾ 国務大臣木村篤太郎にも、「要するに九条一項において『国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久に放棄する。』…この意味から申しますと、再び侵略戦争の愚を繰返すようなことをさせないということが根本であります。この規定の裏から見ても、自衛権を否定したものでもなし、又自衛権の裏付である自衛力を否定したものでないと考えております。併しながら自衛権の行使の下に往々にして侵略戦争のような愚を繰返す危険があるからして、第二項においてさようなことに行使される大きな力、即ち戦力を持たせないということここで抑えて言つているのであります。その裏から返せば、自衛権が否定されるものでもなし、その裏付である自衛力も否定されておらない。…国家である以上は、自衛権を持ち自衛力を持つのは、これは当然であると思つております。」⁽²⁶⁾と云う答弁が確認される。当然のことであるが、政府の自衛権不放棄の姿勢には、一貫したものがあつたのである。

その場合、自衛権に対する政府の見解は、「急迫不正の侵害に對しましてわが国を防衛するために、ほかに手段がないという場合におきまして、これを防衛するために必要最小限の実力を行使する」⁽²⁷⁾ことで、国際法上国家に認められた権利とされて⁽²⁸⁾いる。これは、個人に於ける正当防衛権の理論を国家レベルで応用したものである。⁽²⁹⁾すなわち、自衛権は、その行使のために「急迫不正の侵害」「代替手段の不存在」「必要最小限の実力行使」の要件を必要とする

云うわけである(しかし、正当防衛権は被害者だけの権利ではないから、(後述することく) 自衛権をもって自国を守るためだけのものとする見解をもつ右の政府の説明では、不十分である。たとえば、わが国は、台湾に武力攻撃がなされた場合、自衛する台湾を守ることはできないのである。)

政府によれば、右の要件のうち「急迫不正の侵害」と云うためには、武力攻撃があればよく、現実には被害が発生する必要はない⁽³⁰⁾。ただ「急迫不正の侵害」と云う表現には、問題が無いわけではない。政府委員は、「急迫」と云うことばについて、「武力攻撃のおそれがある」という時期ではございません。現実には武力攻撃があつたという時期」と説明している⁽³¹⁾。そのような説明は、小規模な武力攻撃の場合はともかく、兵器が発達しているこんにち、国民に多大な被害を生じさせたり、あるいは国家の存立さえ危うくし兼ねない。武力攻撃と云う事態が、牧歌的な戦争の時代のそれと大いに異なっているのである。「武力攻撃のおそれ」と云うだけでは自衛権行使のために不十分であるとしても、「急迫」ということばを現実の武力攻撃の存在と同義に解するわけには行かない。「急迫」ということばは、武力攻撃の現実の発生よりも幅を持たせ、武力攻撃と云う行為が発生した事態だけでなく、文字通りに、明らかにその行為が差し迫っている急な事態をも含めることによつてのみ意味が生じるのだ。

次に「不正」と云うことばにも、問題がある。わが国に対する武力攻撃に対して「非不正」のものを認めるわけには行かないからである。国連の決議に基づくわが国に対する武力による制裁行為は、少なくとも国連のあるいはそれに与する立場に於いては違法性を欠く。個人の正当防衛の場合には、刑の執行を含む正当な職務行為によつて制限される場合があるが、しかし、法的に確立されているとは云えない国際社会の現状では、わが国から見れば、そのような国連の行為も不正の行為である。わが国に対する武力攻撃は、すべて不正のものと看做されるべきなのだ。自衛権

の行使の要件に「不正」と云う文言は、必ずしも必要ではないのである。さらに「侵害」と云うことばは、政府委員の答弁からも明らかなように被害の発生を必要としない。である以上、そのことばも、必ずしも必要ではあるまい。要するに、第一の要件は、武力攻撃の事態あるいは明らかに武力攻撃が予想される事態と改められるべきである。

第二の代替手段の不存在は、その判断が困難な事態もあり得る。しかし、自衛権行使の要件として不合理ではない。現実には、余程に小規模な場合はともかく、武力攻撃が発生していたり、明らかに武力攻撃が予想される事態には、最早、代替手段を考える余裕などあるまい。

第三に、必要最小限と云う要件も理論的には正しい。しかし現実には、自衛権行使の事態に於いて、自衛権行使の結果はすべて勝利でなければならぬ。武力攻撃に対して余程に余裕がある場合あるいは武力攻撃が局部的・限定的な場合には比例の原則を働かせ得るが、⁽³²⁾ 実際には、遵守し難い要件である。

(2) 自衛力と戦力

わが国の独立は、主権の完全回復を意味したから、日本国憲法の解釈についてGHQ等からの束縛はなくなった。それでもわが政府は、政治的意味合いを有したに過ぎない日本国憲法九条の解釈を維持し、すべての戦争を放棄している⁽³³⁾と云う解釈を維持した。その当否はともかく、それが法的なわが政府の有権解釈となったわけである。それでも政府は、自衛権による自衛力の充実には努力した。その際当然に、日本国憲法九条が不保持を定めた戦力と自衛力との差異が問題となった。この点に関して政府には、日本国憲法九条の「戦力」について一定の確たるものはないとしながらも、「近代戦を有効且つ適切に遂行し得る装備と兵力」とする考え方があった。⁽³³⁾ 昭和二十七年、内閣法制局は、より詳しく次のような『戦力』に関する統一見解⁽³⁴⁾なるものを示している。

- 一 憲法第九条第二項は、侵略の目的たると自衛の目的たるとを問わず「戦力」の保持を禁止している。
- 一 右に云う「戦力」とは、近代戦争遂行に役立つ程度の装備、編成を具えるものを云う。
- 一 「戦力」の基準は、その国の置かれた時間的、空間的環境で具体的に判断せねばならない。
- 一 「陸海空軍」とは、戦争目的のために装備編成された組織体をいい、「その他の戦力」とは、本来は戦争目的を有せずとも実質的にこれに役立ち得る実力を備えたものを云う。
- 一 「戦力」とは、人的、物的に組織された総合力である。従って単なる兵器そのものは戦力の構成要素ではあるが、「戦力」そのものではない。兵器製造工場のごときも無論同様である。
- 一 憲法第九条第二項に云う「保持」とは、云うまでもなくわが国が保持の主体たることを示す。米国駐留軍は、わが国を守るために米国の保持する軍隊であるから憲法第九条の関するところではない。
- 一 「戦力」に至らざる程度の実力を保持し、これを直接侵略防衛の用に供することは違憲ではない。このことは有事の際、国警の部隊が防衛にあたるのと理論上同一である。
- 一 保安隊および警備隊は戦力ではない。これらは保安庁法第四条に明らかなく、「わが国の平和と秩序を維持し人命および財産を保護するため、特別の必要がある場合において行動する部隊」であり、従って戦争を目的として組織されたものではないから、軍隊でないことは明らかである。また客観的にこれを見ても保安隊等の装備編成は決して近代戦を有効に遂行し得る程度のものではないから、憲法の「戦力」には該当しない。

しかし、このような「戦力」に関する見解は、余りにも不明瞭であった。ここで「近代戦争」とは、学問的に説か

れる歴史的区分に基づくものではなく、当時で云う「現代」を意味し、「近代戦争遂行能力」とは、一定の水準に達した国家の実力（装備、編成）の能力を意味したのであろう。さもなければ、近隣諸国について見た場合だけでも、非常に戦争遂行能力に差があり過ぎたのだ。その能力の水準をどこに置くかによつて装備、編成等に違いが出て来る。ともあれ「近代戦争遂行能力」の判定は、抽象的で決して明らかではない。そこで政府は、「戦力」に関して近代戦争遂行能力とする見解を放棄することなく、少しく説明を改め、昭和二九年一月以降、それを必要最小限度を超える実力と定義している。³⁵この場合、「戦力」であるか否かの判断は、実力組織が「どういう個々の兵器を持つているかどうかということによつて決められるものではなくして」、実力組織である「人的、物的の組織体がどういう実戦的な能力を持つているかどうか」というようなことを総合的に判断される」とされる。³⁶要するに政府の立場は、近代戦争遂行能力を持ち、必要最小限度を超える実力が、日本国憲法九条の「戦力」とされているのである。その際政府は、近代戦争遂行能力の判断に際して「近代戦に必要なあらゆる機能」と云う新たな基準を加えた。たとえば、自衛隊については、敵の基地を叩くような装備は持たないし、したがって、近代戦争に必要なあらゆる機能のうち攻撃的な機能を持たないから、近代戦争遂行能力を有する実力組織と云えないとしている。³⁷

政府は、戦争放棄条項を持つ日本国憲法の下、既述したような見解によつていわゆる専守防衛を基本姿勢としているのである。しかし、自衛権とその行使が専ら専守防衛に限定されるかについては、疑問なしとしない。古来、攻撃は最大の防衛と云うことばもある。武力攻撃を待った専守防衛によつては自衛権およびその行使の目的が達成し得ない場合は、あり得ることである。そのようなあり得る事態に備えるには、自衛のための抑止力を生むための軍拡（自衛力の拡充）と明らかに武力攻撃が予想される事態に対する自衛のための先制攻撃による攻撃地破壊（先制的自衛）と

が考えられる。そのうち前者を単独で行うには、兵器の開発、生産、実験、訓練等のために膨大な財政や人や物や空間を必要とする。これに代わるものの一つが、集団的自衛権である。

(3) 集団的自衛権

国際法上の自衛権の観念の理解は、必ずしも一つではない。それ故、日本国憲法上の自衛権が国際法上のそれと一致しているとは云えない。それが一つになっている場合にも、およそ最高法規である日本国憲法(憲法第一〇章)の概念は、国際法上の固まった概念を尊重することはあっても(憲法の国際協調主義³⁸)、それと一致するとは限らないのだ。集団的自衛権と云うことばは、日本国憲法の規定にはないが、国連憲章にはある(憲法五一条)。日本国憲法には自衛権と云うことばもないが、およそ国家には、自衛権は固有のものとして存在する。国連憲章は、自衛権に個別的自衛権と集団的自衛権とを認めている(憲法五一条)が、日本国憲法上の自衛権にもその構成部分として集団的自衛権は含まれていると見てよい。その場合、日本国憲法上の集団的自衛権は、締約国との間に於いて自衛権を合併し自衛すべき状態に陥った締約国の要請あるいは同意の下に共用する権利である。これを換言すれば、その実、締約国同士がそれぞれの自衛権を自衛すべき状態に陥った締約国の要請あるいは同意を得て行使しなければならぬ責務である³⁹。それは、飽くまでも自衛権であるから、わが国が締約国の自衛権の行使以外の行為に協力する義務はない。この集団的自衛権とその行使について、政府は、

「集団的自衛権、これは換言すれば、共同防衛または相互安全保障条約、あるいは同盟条約ということでありまして、つまり自分の国が攻撃されたと同様にみなして、自衛の名において行動するということは、一般の国際法か

ら出て来る権利ではございません。それぞれの同盟条約なり共同防衛条約なり、特別の条約があつて、初めて条約上の権利として生れて来る権利でございます。ところがそういう特別な権利を生ますための条約を、日本の現憲法で締結されるかどうかということは、先ほどお答え申し上げましたようにできないのでありますから、結局憲法で認められた範囲というものは、日本自身に対する直接の攻撃あるいは急迫した攻撃の危険がない以上は、自衛権の名において発動し得ない、そういうように存じております。」

と云うように述べて、集団的自衛権を特別の条約上のものとし、その行使を日本国憲法上認められないとしている⁽⁴⁰⁾。この姿勢は、政府に一貫したもので、林修三政府委員も、「要するに自国と非常に関連のある他国が侵略された場合に、その他国を援助する、これはいわゆる国連憲章上違法な武力行使にならない、ということだと思います。」としながら、次のように説明している。

「平和条約には、確かに日本固有の権利としての集団的または個別的の自衛の権利を有すると書いてございます。国際法的には、日本は集団的または個別的の自衛権を持つているということは言えると思います。ただ、そういうことが日本の憲法のいわゆる自衛権の範囲に入るとかと云われれば、これはいろいろあると思います。内容は必ずしも一に限らないと思うわけでございます。ただ、∴、外国の領土に、外国を援助するために武力行使を行うという点だけにしぼって集団的自衛権ということが憲法上認められるかどうかということをおつしやれば、それは今の日本の憲法に認められている自衛権の範囲に入らない、こういうふうに言うべきであろうと思います。」⁽⁴¹⁾

政府に於いてわが国による集団的自衛権の行使は、一般国際法上のもではなく、国連憲章上認められているところで、それは「外国への援助」であり、「国連憲章上可能、憲法上不可能」と説明されているわけである。しかし、およそ自衛権が国家に固有のものである以上、国連加盟国だけでなく国連非加盟国もその自衛権の内容として集団的自衛権を有し、それを行使する権利をも有しているものと思われる⁴²。自然法思想を導入している日本国憲法（憲法一一条、九七条）に於いては、自衛権を国際社会に於ける自然権と明言して良いが、集団的自衛権は、その自然法に基づいて合従連衡が行われた古代からその内容の一部として生育した国際社会に於ける確立された慣習（憲法九八条）と云える。国連憲章五一条は、「個別的又は集団的自衛の固有の権利を害するものではない」と云う規定の仕方から明らかのように、その存在を確認して規定したに過ぎないのだ⁴³。それは、締約国への援助ではなく義務であるが、その行使は、国際連合へ加盟した場合、その加盟と云う自己規制によって非加盟国に比して国連憲章による規制を受ける。わが国もその例外ではない（憲法前文、九条、九八条）が、日本国憲法の解釈上は、自衛を必要とする状態に陥った締約国の要請があるにも拘わらず、これを拒否するとすれば、「自国のことにみに専念し他国を無視する」ことを普遍的な政治道徳の法則に反するものとする日本国憲法の原則（憲法前文第三段）に反する。わが国の政府の集団的自衛権の行使に関する解釈と姿勢は、その法則に従って「自国の主権を維持し、他国と対等関係に立たうとする」国家の責務（憲法前文第三段）を放棄しているわけである。したがって、その解釈および姿勢は、日本国憲法上わが国民が達成しようとしている「理想と目的」（憲法前文第四段）にも反していることになる。

(4) 新安保条約

最後に、現在わが国と米国との間に存在するいわゆる新安保条約について簡単に触れて置く。この条約は、(イ)「日

米間の平和・友好関係の強化、民主主義の諸原則・個人の自由および法の支配の擁護」の希望、(ロ)「経済的協力の促進と経済的安定・福祉条件の助長」の希望、(ハ)国連憲章の目的・原則の信念とすべての国民およびすべての政府と共に平和的に生きる願望」の再確認、(ニ)「国連憲章上の個別的・集団的自衛の固有の権能の所有」の確認、および(ヘ)「極東の国際の平和・安全の維持に共通の関心を持つこと」の考慮の上に締結されたものである。

この条約は、第一に、国際連合の精神を尊重し、その強化を真つ先に謳い、国際連合に期待する姿勢を示している(条約一条、五条、七条)。条約の失効条件の一つにも、その期待が顕現している(条約一〇条)。

この条約は、第二に、経済の相互協力の促進を定めた(条約二条)。経済は、国家の安定や国民の福利のためだけでなく、両国の防衛力を含むすべての協力の強度の基盤であるから重要な規定である。およそ経済力は、国力の最大の基礎となる力なのだ。

この条約三条が、武力攻撃に抵抗する能力の維持・発展について「継続的かつ効果的な自助及び相互援助」を規定したのは、バンデンバーグ決議に留意したものであり、「憲法上の規定に従うことを条件として」と定めたのは、日本国憲法九条に留意したものである。その際相互協力を謳ったのは、日米間の一体感を強調したものである(条約三条)。

この条約は、わが国の安全だけでなく、極東に於ける国際の平和および安全に配慮している(条約四条、六条)。その場合、締約国が「自国の憲法上の規定及び手続に従つて」共通の危険に対処するのは、「日本国の施政の下にある領域における、いずれかの一方に対する武力攻撃」とされている(条約五条)。ここで「憲法上の手続」ではなく、「憲法上の規定」と定めているのは、憲法上の実体規定にも留意する姿勢を示したものであろうが、その場合、基本権規定がいわゆる「憲法の論理」(logique de la constitution)によるもので少数者の権益を定めたものである以上、そ

れと「公共の福祉」(憲法一三条)との均衡の重要な憲法問題を生じさせ防衛行動に障害を生じさせる虞れがあり、その適用に際して慎重な判断を要する。またわが国の安全に寄与するための米国の艦船や航空機がわが施政権外の極東内にあつて攻撃を受けた場合のわが国の防衛協力義務の不存在は決して日本国憲法を根拠とするものではなく、外交の駆け引きに於けるわが国の利益に過ぎず、独善を排除した日本国憲法(憲法前文第二段)とは矛盾する。

わが国に於ける米軍の駐留の根拠がわが国による許与と定められた(条約六条)のは、旧安保条約に比してわが国の地位を高めたものである。

一般的に安全保障に関するものを含めて条約は、外交上の交渉の結果であるから、国際社会に於いていろいろなかたちがあるが、安保条約五条は、本来的な集団的自衛権を定めたものとは云えない。

おわりに

以上は、すべてわが政府の日本国憲法に関する解釈あるいは姿勢を前提に論じたものである。既述したような解釈あるいは姿勢の政府が継続している以上、それは、多くのわが国民の日本国憲法に対する解釈および姿勢と云えよう。ハッシー・メモ以来のマッカーサーの本意は、必ずしも明らかではない。被占領時、わが国には、真の言論の自由は存在しなかった。それ故、国防の真の審議は、不十分であつたし、軍の解体が国際約束であつた以上、わが国には、元々国防を論議する法的資格もなかった。そのような状況で制定された日本国憲法についていわゆる立法者意思にのみ基づく解釈では十分ではない。そこでいわゆる法律意思に基づく解釈をすれば、日本国憲法九条は、「一切」の戦力の不保持を定めていない。日本国憲法二一条では、「一切」の表現の自由を保障しているにも拘わらず、例外がある。

とすれば、戦力の不保持にも、例外があるはずである。日本国憲法九条二項の「前項の目的を達するため」と言う文言は、同条一項による侵略戦争の放棄を意味する。要するに、自衛のための戦争や戦力は放棄されていなかったのである。それ故にこそ、ソ連の圧力もあって文民条項（憲法六六条）が設けられたのだ。およそ軍人が存在しないところに、文民条項など不必要なのだ。実定法上他に存在しない交戦権なることばは、意味不明である。わが政府は、これをマッカーサー・ノートにもあった「交戦者としての権利」と解し⁴⁴、筆者もかつてそのように解した。しかし、これは宣戦権を意味するのであろう。消極的に自衛戦争しかできない国には、元々不必要な権利なのだ。したがって、交戦権の否認の条項は、単なる確認規定に過ぎない。すべての戦争を放棄すると云う高邁な理想を追求しながらも、現実を見詰めてわが国の平和と安全を維持しようとしている政府の工夫と努力を評価するが、右のような解釈をすれば、政府が行って来たような戦力の不保持に伴う複雑で難解な解釈あるいは姿勢は不必要なり、また自衛権に基づく国家の行為をより有効なものとなし得る。最後に、条約は国益を追求する外交の駆け引きの所産であるから、安保条約が自国に偏った有利さを持つことを否定しないが、それでもその在り様については、日本国憲法の問題に従って、独立国家としての矜持と締約国を含めた国際的な信用を喪失しないように努めながら、わが国の真の平和と安全に役立つよう検討されるべきである。その際少なくとも現在の集団的自衛権の問題については、現存の片務性を見直す必要がある。

(1) 衆会議録第一八〇回国会本会議第三〇号二頁（平成二四年七月二六日）。

(2) 昭和五三年六月衆議院内閣委・金丸信防衛庁長官答弁に由来（BIGLOBE百科事典、jiten.biglobe.ne.jp/j/f9/cf/f4/）

32326590ce8e19582a2ea..)

- (3) Ralph Waldo Emerson, wiki.answers.com/Q/The_only_way_to_have_a_friend_is_to...
- (4) 拙稿『新訂憲法』(平成二十二年、啓正社) 一二四頁。
- (5) 清水伸編『逐条日本国憲法審議録』(増訂版第二巻)(原書房、昭和五十一年) 四一頁―四二頁、四六頁。
- (6) 『ポツダム』宣言受諾二閱スル八月一〇日附日本国政府申入』、『八月一〇日附合衆国政府ノ日本国政府ニ対スル回答』、『ポツダム宣言』五項以下参照。

この場合、わが国との関係を契約関係ではなく、「無条件降伏を基礎とする」とした『連合国最高司令官の権限に関するマックアサー元帥への通達』は、わが国を拘束するものではない。一体、国家の無条件降伏とは、その実、国家の消滅と同義であつて、これを人で云えば、人がその全人格を失い、死して物となつたに等しいことを意味する。そのことは、無条件降伏をした全日本軍隊が解体されたことから明らかである。一体、わが国は、不平等な契約関係に立つたのであつて、契約に反して、たとえば、ポツダム宣言八項にも拘わらず、本州や九州等をどこかの国に分譲させられることは無いのである。

- (7) 国際司法裁判所は、慣習国際法下および国連憲章下で固有権あるいは自然権と宣べている (Eustace Chikere Azubuike, *PROBING THE SCOPE OF SELF DEFENSE IN INTERNATIONAL LAW*, 17 *Ann.Surv.Unt'l & Comp.L.* 129, at 147 (Spring, 2011))。
- (8) 清水編『前掲書』八一頁―八二頁。
- (9) 『前掲書』七二頁、七九頁。
- (10) See, Mark J. Roe, *LEGAL ORIGINS. POLITICS, AND MODERN STOCK MARKETS*, 120 *Harv.L.Rev.* 460, at 500-501 (December, 2006).
- (11) See, Neil W. Hamilton, (Symposium) *FOREWORD: SYMPOSIUM ON ZEALOTRY AND ACADEMIC FREEDOM*, 22 *Wm. Mitchell L.Rev.* 333 (1996).
- (12) 増田弘『自衛隊の誕生』(日本の再軍備とアメリカ) 五頁―六頁、九頁(一七七五年、中公新書)。

- (13) 憲法調査会第三委員会『憲法運用の実際についての調査報告書』—天皇・戦争の放棄・最高法規—一一八頁—一二二頁
(昭和三九年、憲法調査会報告書付属文書第五号)。
- (14) 平和条約前文。
- (15) 増田弘『前掲書』四四頁、四六頁。
- (16) 憲法調査会第三委員会『前掲書』一二三頁—一二三頁。
- (17) 『前掲書』一二三頁—一二五頁。
- (18) 『前掲書』一二五頁—一二六頁。
- (19) 豊下櫛彦『安保条約の成立』—吉田外交と天皇外交—三頁(一九九六年、岩波文庫)。
- (20) 以後本項は、特註無き限り、暫時、『前掲書』六頁以降に依る。
- (21) 憲法調査会第三委員会『前掲書』一五七頁—一六〇頁。
- (22) 新安保条約三条、五条。
- (23) 『前掲書』一六八頁。
- (24) 見よ、一の二。
- (25) 衆会議録第七回国会一五号二〇五頁(昭和二五年一月二八日)。
- (26) 参予算第一六回国会二三号一〇頁(昭和二八年七月二五日)。
- (27) 船田中国務大臣答弁、参予算第三二回国会一四号二頁(昭和三四年三月一九日)。
Caroline 事件(一八四二年)では、比例性、必要性、即時性、不可忍耐性および代替性と熟慮時間の不存在を上げている
(Aaron Schwabach, THE LEGALITY OF THE NATO BOMBING OPERATION IN THE FEDERAL REPUBLIC OF
YUGOSLAVIA, 11 Pace Int'l L. Rev. 405, at 409 (Fall, 1999))。
- (28) 高辻正巳政府委員、衆予算第五回国会八号二頁、同九号一四頁(昭和四四年三月一〇日)。
- (29) 船田中国務大臣、参内閣第二四回国会一一号一頁。

- (30) 吉国一郎政府委員、衆内閣第七一回国会三三二号一七頁―一八頁(昭和四八年六月二日)。
- (31) 『前掲書』。
- (32) 国際司法裁判所は、武力行使が無い行為に対する集団的な武力行使を否定した (Major Joshua E. Kasteborg, THE USE OF CONVENTIONAL LAW IN COMBATING TERRORISM: A MAGINOT LINE FOR MODERN CIVILIZATION EMPLOYING THE PRINCIPLES OF ANTICIPATORY SELF-DEFENSE & PREEMPTION, 55 A.F.L.Rev. 87, at 109 (2004))。
- (33) 木村篤太郎國務大臣、参予算第一三回国会一七号(昭和二七年三月一〇日)。
- (34) 拙稿『前掲書』一三六頁。
- (35) 吉国政府委員、参予算第七〇回国会五号二頁(昭和四七年一月一三日)。
- (36) 金丸信國務大臣、参決算第八四回国会一一号三頁(昭和五三年四月一四日)。
- (37) 伊藤圭一政府委員、参決算第八四回国会一一号一〇頁―一一頁(昭和五三年四月一四日)。
- (38) 日本国憲法前文、九条、九八条。
- (39) 国際司法裁判所は、犠牲国家による武力攻撃を受けたことの宣言と要請とを集団的自衛権行使の要件としている(豊下 檀彦『集団的自衛権とは何か』三二頁(二〇〇七年、岩波書店)。
- (40) 下田武三政府委員、衆外務第一九回国会五七号四頁―五頁。
- (41) 参予算第三二回国会一一号二七頁(昭和三四年三月一六日)。
- (42) E.C.Azubuike, *supra* note 7, at 147, 174.
- (43) See, John Alan Cohan, Esq, THE BUSH DOCTRINE AND THE EMERGING NORM OF ANTICIPATORY, 15 Pace Int'l L.Rev. 283, at 315 (Fall, 2003).
- (44) 参内閣第一九回国会四二二号三頁。

英米法におけるダイシー理論とその周辺

——ダイシー「ブラックストンの英法積義」——

A・V・ダイシー
加藤 紘 捷
菊池 肇 哉 訳

訳者解題

本稿は、Cambridge Law Journal（一九三二年第四号）に掲載された英国の憲法学者ダイシー（Albert Venn Dicey 一八三五年二月四日—一九二二年四月七日）論文「ブラックストンの『英法積義^{*1}』」の邦訳である。ダイシーは多くの論文を世に残したがその多くは必ずしも邦訳されていない。本稿ではその中の代表的な論文をいくつか摘出して邦訳し

英米法におけるダイシー理論とその周辺（加藤・菊池）

六五（五六九）

て行きたい。そのため、頭に「英米法におけるダイシー理論とその周辺」と冠した。その最初の邦訳の対象としたのが本論文である。この論文は一九〇九年六月一二日、ダイシーが七四歳でオックスフォード大学を離任するに際して、オール・ソールズ・カレッジにおいて読まれた特別記念講演 *inaugural lecture* としての貴重な講演原稿である。周知の通り、演題のウィリアム・ブラックストン (William Blackstone 一七二三年七月一〇日—一七八〇年二月一四日) は、オックスフォード大学のヴァイナー講義の初代教授として英国史上初めて同国法を大学で講じた法学者である。講義にあたって書かれたのが、後に彼の代表的な著作となるこの『英法積義』(四巻本) “*Commentaries on the Laws of England*” (一七六五年—一七六九年出版) である。それは英国のみならず、アメリカなどコモン・ロー諸国においても、コモン・ロー研究の普遍的文献となった。

ブラックストンの英法積義は、自然法主義の観点から書かれており、それに抗して功利主義から厳しく批判したベンサム (Jeremy Bentham) らによる攻撃がとに有名であるが、ブラックストンと同じくオックスフォード大学のオール・ソールズ・カレッジに所属し、後に同じくヴァイナー講義担当教授となったダイシーがブラックストンの英法積義をどのように評価するかは関心が高いにも関わらず、これまで必ずしも知られてこなかった。その意味でダイシーがこの論文でブラックストンの英法積義をテーマに取り上げたことはこれ以上に相応しかるべき主題は無かったわけである。ホイッグ的正義感が強く、自由主義的思想からしばしばラディカルとも言える発言を繰り返したダイシーにとってオックスフォード大学は必ずしも居心地の良い場所ではなかった。そのため、晩年にオックスフォード大学を離れ、ロンドン労働者大学 *Working Men's College* の学長としてその死までを過ごすことになるが、古巣オール・ソールズ・カレッジにおける離任の送辞として書かれたのが本論文である。ダイシーの学者人生においても一つ

の節目となる論文ともなったことで意味深い。

このダイシー論文は最初一九〇九年、ロンドンに本拠を持ち一八八三年に創設され一九六〇年まで続いた保守党系の雑誌 *National Review* 第五四号 (pp. 653-75) に掲載されたが、日本国内にはオリジナルの雑誌の所蔵は今も探索中で、参照は必ずしも容易でない。ここで訳出されたのはまだ創刊間もない *Cambridge Law Journal* (CLJ) の第四号 (一九三二年、pp. 286-307) において、ホールズワース *Sir William Searle Holdsworth* (一八七一年五月七日—一九四四年一月二日) による『ブラックストーン及び氏の「英法釈義」の諸側面』 *Some Aspects of Blackstone and His Commentaries* (pp. 261-285) という論文の直後に、“companion article” (随伴論文) として再掲載されたものである。^{※2} ダイシーによる同テーマの重要論文ではあるが雑誌 *National Review* より学術雑誌の色濃い CLJ が刊行されたことにより、恐らくはホールズワース博士自身のリクエストにより同雑誌の許可を得て、CLJ にて再出版されたものと推測される。CLJ の編者により四角カッコの編者注以外はオリジナルの “exact copy” であるとの断わり書きがあるのでそれを前提にして邦訳する。

ダイシーは、日本では、オックスフォード大学において弱まりかけていたブラックストンの伝統を、オースティン (John Austin) の法理学などの影響を受けながら復活させたと評される。しかしながら必ずしもこの「ブラックストンの伝統」というものがはつきりしないのである。本論文の読者の多くは、「憲法学者としてのダイシーがどのようにしてブラックストンを理解していたのか」、換言すれば「ダイシーにおけるブラックストンの伝統とは一体何んであったのか」を理解しようと期待されて読まれることであろう。

しかしながら、このような期待は若干の外れに終わることになるかもしれない。本論文ではあまり憲法理論そのも

のについては述べられていない。しかるに、非常に興味深い一節として「ブラックストンの時代以来、憲法においては、何んにせよ英国の法律家たちによつては何の進展も為されて来なかつた。」とダイシーは当時の憲法理論がブラックストンの時とあまり変わっていないことを認めているのである。これは大事なことである。なぜならブラックストンの生きた時代はダイシーの生きた時代と重なる自由主義時代あるいは個人主義時代であり、ダイシーの晩年に訪れる集産主義はまだ登場していなかつたため憲法論は比較的同質だつたからであろう。

本論文で語られているのは、むしろ一八世紀中葉にブラックストンが初めて英国コモン・ローの包括的叙述と講義をオックスフォード大学においてなして以来、一九世紀を通じ、そして、二〇世紀初頭に至るまでの英国の法律学の学界展望と、その背後にある歴史的、政治的、文化史的な諸要因の理解である。

ブラックストン『英法積義』は、ダイシーも評しているように、出版当初に大歓声をもって各方面から迎えられた後、ベンサム、オースティンなど功利主義者の攻撃にあい一九世紀初頭ぐらいからその評価は低迷するが、また一八八〇年代ぐらいから再評価されるようになる。ダイシーがこの論文で描き出そうとした目的はまさにこうしたブラックストン『英法積義』に対する奇妙な評価の浮沈であり、そこから示唆される二つの問題を検証することにあるという。(1)一つは、このような評価の奇妙な浮沈の原因は何か、ブラックストンの『英法積義』の評価をわかりづらくしたのはどのような歴史的状況だつたのであろうか？(2)二つ目は、果たして今日におけるブラックストンの労作の恒久的な真価もしくは成果はなんであろうか？という二つの疑問に答えるためダイシーは本論をすすめる。

その意味で本論文は二つの部分に分かれる。前半部(1)の疑問に対する答えとして、(ア)ブラックストンの『英法積義』がほとんどオリジナルの形で読まれず再編集されたステイブソン『新英法積義』の形で読まれたこと。(イ)ベンサ

ムなど功利主義者たちからの執拗な攻撃(ウ)ブラックストン『英法積義』には内在的に保守的な現状擁護論的色彩があったことなどが挙げられる。

後半部(2)の疑問に対する答えとしては、(ア)黎明紀のアメリカ法学に対するブラックストン『英法積義』の与えた顕著な影響(イ)一八六一年のヘンリー・メイン Sir Henry James Sumner Maine(一八二二年八月一日—一八八八年二月三日)『古代法』Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas, (London, 1861) の出版とオースティン John Austin (一七九〇年三月二日—一八五九年二月一日)『法理学の(固有)領域の特定』The Province of Jurisprudence Determined: An Outline of a Course of Lectures of General Jurisprudence Or the Philosophy of Positive Law, (London, 1832) の再出版に始まる当時一九〇九年における「法学的文学作品」の再興とよばれる現象の、ブラックストン『英法積義』は、その原点になり、現代において「法学教授」の果たすべき責務の規範となっていることが挙げられる。

その一八世紀、一九世紀の英国政治史や精神史に対する透徹した視点は確かに憲法学者ダイシーの面目躍如たるどころであろうが、本論文でのダイシーはむしろ法制史学者として機能している点が注目されよう。法制史学者であるホールズワース博士の同テーマでの論文と比べてもダイシー論文は遜色ないどころか、恐ろしいことに、ホールズワースも基本的にダイシーによって構築されたブラックストン像の延長線上から逃れることが出来ていないのである。またそのゆえにこそ、ホールズワース博士は自己の論文のすぐ後にダイシーの二三年前の論考を再掲したのである。

しかしながら、皮肉なことに、憲法学者としてのダイシーの独自性は、憲法史と実定近代憲法学を分離したと言えないであろうか？ 今日において、古典的主権理論のダイシー的伝統が語られる場合、その意味するところは、英国近

代憲法理論について語ろうとする場合ダイシー以上に遡る必要がないが、同時に、最低限ダイシーまでは遡らなければならぬということである。ダイシー以降、ジェニングス (Sir William Ivor Jennings) などの世代は実定近代憲法学として成立しており、「憲法史」とは事実上、袂を分かつている。

そこで理解されねばならないのは一九世紀における「英国憲法史」の特殊性である。確かにメイトランド (Frederic William Maitland) 以前には、「英国法の歴史」というものは近代的意味で現物の公文書館の資料を読んでその史料批判から書かれることがなかったが、師シジック Henry Sidgwick の影響とともにメイトランドに決定的に影響を与えた書物がある。ヘンリー・ハラム Henry Hallam (一七七七年七月九日—一八五九年一月二二日) 『英国憲法史』 *The constitutional history of England: from the accession of Henry VII to the death of George II, 2 vols.* (London, 1827) である。一九世紀のヨーロッパにおいて憲法上常に他国に関心を持たれ、他国に影響を与えた国が二つある。フランスと英国である。フランスが関心をあつめたのはフランス革命による急進的な社会主義的思想によってであり、英国が関心をあつめたのは、王権が非常に安定して強固なものにも関わらず、その臣民は事実上、最大限の自由を保障されているという逆説によってである。

また一八世紀中葉に始まった産業革命により英国の富は他のヨーロッパに先んじて蓄積されていた。そのような状況から一九世紀を通じて、「英国憲法史」に関する本は繰り返し頻繁に出版されており、その伝統がある意味ポロック & メイトランドに始まる「英国法制史」Pollock & Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I* の前史となったのである。本質的に慣習法であるコモン・ローにおいては、その歴史的由来と実定法を完全に分離することは不可能である。しかしながら、ヴィノグラードフ (Paul Gavrilovich Vinogradoff) やメイトランドに

よる史料批判に基づいた近代的英国法制史学の確立は、同時に、専門科目としての実定法と法制史の分離を意味していた。ダイシーは、メイトランドより一五歳年長であり、まさに彼もそういう境目の時期を生きた人物なのである。

本ダイシー論文においては、「professorial 大学教授の」という形容詞が非常に多用される。ダイシーが努めて主張しているのが「法学教師、教員としての法学教授」の役割である。ここでは歴史的知識は法学教師として必要なだけしか要求されない。ダイシーは自らを法学教師、法学教授として努めて任じ、そうすることで、ある意味、必要以上を除いては歴史と決別し職業的義務として割り切ろうとしているかのように見受けられるのである。またそのような態度をダイシーが保とうとするにあたって、規範となったのがブラックストンであった。ダイシーによれば、法と歴史をその類まれな文学的才能で融合させたことこそが、ブラックストンの業績であった。しかしながら、ブラックストンの歴史的知識には当時の学識では仕方がないレベルの間違ひが多いことが指摘されてきており、ダイシーによれば、ブラックストンは「正に法学教授に必要なだけの量の歴史的知識を有していたのである。」

ここにブラックストンはダイシーにとって近代的法学教授の理想像として立ち現れるわけであるが、その中にはダイシー自身の「憲法史」に対するアンヴィヴァレントな感情が感じられるのである。

最後になるが、この時点で早急に結論を出すことは不適切であろうが、ダイシーを読むたびに感じることは、彼が（自由の）「唱道者」であり続けたという思いである。また、ダイシーの文章を精読したり、訳出する際に感じることはその文の論理構造の濃厚さと、裏にある斬りつける裂帛の気迫のようなものである。短い文章でもダイシーを読むことは非常に集中を掻き立てられ、消耗する。この気迫のようなものが、一文一文収斂性に富み、短いが雄弁な、ダイシーのスタイル・文体の根底に横たわっている。洋の東西を問わぬ時代精神のようなものであろうか、ダイシー

をして近代的合理性とともに明治文化人の気骨に共通するものを感じるのである。かかるダイシーの濃厚さや気迫を訳文で少しでも表現できたか読者諸賢のご批判を仰ぐものである。なお本ダイシー論文では多くの著名な引用文が駆使されているが、奇妙なことに出典はその殆どを読者に委ねられている。訳出に当って出来るだけ原典に忠実たるべしとして著者名、文献名のみ表記するにとどめたので悪しからずご了解頂きたい。

※1. Dicey, *Blackstone's Commentaries*.

※2. 同名のウォルター・バジヨット (Walter Bagehot) などによって一八五五年に創刊され一八六四年まで続いた *National Review* という雑誌があるが別雑誌である。アメリカの有名な同名雑誌とも区別されなければならない。

ブラックストンの『英法積義』

A・V・ダイシー

ブラックストンの『英法積義』は出版されるや、溢れんばかりの賞賛の声をもって迎えられた。それは筆舌に尽くしがたい独自性を持った著作物であると感じられた。作者は一夜にして偉大な注釈者達の仲間入りを果たしたのである。ブラックストンの初期の作品を知る読者にとって、彼ほど学識に富む法曹家はなく、読み手の心を惹きつけてやまない文筆家であると同時に、深遠な法学者でもあった。当時バーク(三)により編纂されていた一七六七年『書誌年

報』Annual Register に本書に対する長文の賞賛文が掲載されている。当書評はバーク自身の手によって書かれたと考えて難くないであろう。

「現状を鑑みるに、我が国の法制度に含まれる曖昧性を幾らかでも除去し、それにより法制度全体をより理解可能なものとする事業に取り組む能力があり、かつそれに刻苦してとりこむような紳士には一方ならぬ恩義を我々英国国民は負うものである。法というものがあらゆる学問の中で最も理解しがたく、無味乾燥で嫌に重苦しい性質のものであるとみなされてきており、活発で天才肌の学生にはかかる学問に入門することを妨げられ、全く正反対の気質の学生が、個々の原則がいかに優れたものであろうとも、かかる粗雑で無秩序な状況で叙述されている法律学に伴う著しい困難に遭遇するに最適な者であるとされているという事実を考えを巡らせれば、かかる恩義はやがてより大きなものとなるう。」

「このような恩義を我々英国国民はブラックストン氏に負うものである。氏は英国法の埋もれていたゴミを完全に除去し、それを明確で簡潔かつ理解可能な形で公衆の面前に提示してみせた。この練達の文人はただ法学者から重荷を取り去るのみならず、歴史学者及び政治学者を法律家に統合せしめた。氏は我々の法が最初に確立された時の淵源をたどり、そこに依拠する諸原則を発展せしめたのち、個々の原則の特質及び効果を精査し、時にはそれらをどのように改良すべきかを指摘してみせる。」

ほぼ同時期に、マンズフィールド卿^⑤は、実務法曹に向け勉学する若人にどのような書籍を推薦するおつもりか問われて次のように答えた。

「私は、最近になるまでかかる問いに答えうる満足な回答を持ち得なかつたのであるが、ブラックストン氏の『英法釈義』が出版されて以降、途方に暮れるようなことは有り得なくなりました。同書においてあなたのご子息は分析的理論というものが快適かつ明瞭な文体で叙述されているのを見いだされることでしょう。ご子息は我らが素晴らしき法がその基礎を置く様々な第一原則を無意識のうちに吸収するでしょうし、また、同書では多くの初学者達をうんざりさせ、気落ちさせてきた『クック、リトルトン』『土地保有権論』注解^⑥が人々を魅了せざるを得ない現代的な衣装を今や身にまといつておりますから、この垢抜けせず難解な著作にもご子息はきつと精通していくことになるでしょう。」

しかし、時代の経過にともない、かかる手放しの賞賛の中にも、時折、罵倒とも取れるような非難が現れてくることとなった。哲学的な根本的変革主義の代表者である一八二六年のジョン・オースティンの見解を聞いてみよう。

「ブラックストンにより彼の余りにも有名な『英法釈義』で遵守されている方法論は、ヘイル^⑦が彼の小品で未完の作品のままとなつている『コモン・ローの分析』の中で大まかに提示した極めて不完全な方法論の隷属的で無様な猿真似である。彼の『釈義』の徹頭徹尾、ブラックストンはその荒削りで概略的なモデルの

様々な間違いを盲目的に採用しており、ヘイルの著作が彼の注意を引いた豊穡ではあるが曖昧な様々な提案の意味を、驚くべき不適切性という格好をもって、常に理解し損なっているのである。そして、これらの提案は、目利きで創造性に富んだ著作者をならば、比較的正しい体系へと導いたのである。彼の著書の一般的枠組みにおいても細部においても、独創的で特徴的な思索是一片たりとも存在しない。彼は幾ばくかの本を読んではいるのであるが（もつとも、一般にそう信じられているよりは遙かに少ない量である）、読書したその主題を何らの取捨選択も批判的考察もなしに鵜呑みにしているのである。彼の著作の人気は、いい加減で効果的なペテンのおかげによるものであり、その利点も貧弱かつ表面的に過ぎなかった。彼は邪悪な権益と有害な権力の偏見に媚びへつらい、当時のイングランド人民全体を心から楽しませていた彼らの国民的もしくは特殊な諸制度への行き過ぎた自惚れに対しお世辞を使ったのであるが、幸いな事にこのような国粹主義的自惚れは今日では理性の進展の前に消滅してきているものである。このようないい加減だが効果的なペテンの上にブラックストーンは耳をくすぐるような誘惑的な文体を加えたが、それは深刻な男性的嗜好を決して、もしくは、滅多に、満足させるものではなかった。なぜなれば、彼の無駄話の多い修辞的方法論は当面の現実的問題の解決には適さなかった。それは常に叙述の規範となるローマ法学者の方法論ではなかった、もつとも、ローマ法学者の意味するところ（※解釈）ほど間違いに満ちたものはないのではあるが。それはローマ法学者たちの私心がなく有能だが神経質なスタイルではなく、ミリナー人形（ミレー）のドレスにも似たケバケバしく薄っぺらなスタイルであり、古代ギリシャ立像の優美で堂々とした赤裸々なスタイルからもかけ離れたものであった。」

オースティンほどの高名で上品に気取った思想家にしては極めて似つかわしくない罵倒の言葉なのであるが、このような罵倒の言葉に何らかの軽視するような言葉が続くこととなる。一九世紀半ばを少し過ぎたあたりから、明白な様々の理由から現代的要求を満足することが出来なかつた同書の長所というよりは欠点を長々と叙述することが流行となつた。しかしながら、過去三〇年間（※本論文は一九〇九年に執筆された）においては、明確な個別的欠点にもかかわらず、未来永劫古典的地位にありつづけるであろうこの学術的論考は、学者たちによる賞賛を受け続け、サー・ケネルム・デイグビー⁽⁶⁾、裁判官スティーブン氏⁽⁷⁾、とりわけメイトランド教授といった有能な批評家たちから高い評価を受けている。

本論文での私の目的はこれらの奇妙な評価の浮沈により示唆される二つの問題を検証することにある。それらは、第一に、いずれにせよ、一時的にブラックストン『英法積義』の価値を分かりづらくした状況とは何であつたのかという問題、第二に、この法学古典の本質的真価は何であつたのか、そして、ブラックストンの労作の恒久的な成果とはなんであつたのかという問題である。

ブラックストンと彼の『英法積義』の名声を曖昧にした状況に関しては、その人物と彼の著作は相互に不可分なものであり、三項目のもとに総括され得る。

一・一 スティーブソン『新釈義』の存在

第一に、英国の法律家たちはほぼ一世紀半もの間、初期のイングランド法の知識をブラックストンの労作に負っていたのであるが、ここ六〇年かそれ以上の間、彼らはブラックストンの『英法釈義』をその著作が作者により出版された形態では殆どか全くと置いていいほど読んではいないのである。英国人はほとんどの場合、ブラックストンの『英法釈義』ではなくスティーブソン上級法廷弁護士(Esq.)の『新英法釈義(部分的にブラックストンに基づく)』(Stephen's *Commentaries on the Laws of England*) を読んで来ているのである。英国の法律家は、自身が注解者ブラックストンの後継者であることの技術的な請求権を持たない限りは、ブラックストンの作品全体をオリジナルの形で学んだことがないことを少なくとも告白せねばならない。

ここで、我々は興味深いが簡単に説明可能なある逆説、つまり、他の幾らかの場合と同様にこの場合、ブラックストンの直接的名声は彼の恒久的な名声を傷つけるものであったという事実遭遇することとなる。『英法釈義』の法外な成功は他の競合者たちをかき消してしまった。注解者ブラックストンの名前は一種の畏怖の念を喚起した。彼の死後(※一七八〇年)、六〇年間もの間、矢継ぎ早に様々な版が相次いで出版された、バーン(Barnes)、クリスチャン(Christy)、コールリッジ(Colledge)、チテイ(Chitty)といった編者たちは恭しい尊敬を込めた注意を持って『釈義』に注釈を加えた。一八四一年以来、英国においてはブラックストンのテキストは二度と再出版されなかつたと言われている。理由は明白である。一八三〇

年代以降からの国会立法による急速かつ莫大な法変革によってブラックストンの著作を単純な注という手順だけで再出版させていくことが不可能となったのである。一八四一年にステイブソン上級法廷弁護士は「新しい釈義」を作成すべき時期が来たと認識した。彼はこのような仕事にうってつけの人物であった。ステイブソンはブラックストン同様にコモン・ローの崇拜者であった。かれはコモン・ローの秘儀的学理に非常に親しく精通していた。かれは既に見る独創性を持った「訴答」に関する著作で令名を得ていた。天才のひらめきによりステイブソンは曖昧な格言が特定の訴答人にとつてのみの秘密だった専門職的分野をすべての教養ある読者が理解可能な論理的根拠に基礎をおいた科学へと転換したのである。この科学において、彼は個別の原則を論理的序列に配列し、それらを一連の比類なき明晰さと簡潔性をもった法準則により表現した。彼の明晰かつ正確な叙述スタイルはその精妙な知性により到達された様々な結論に的確な表現を与えたのである。もしかりにステイブソンが大胆に自らの道を切り開いたならば、一八世紀の終末にかけてブラックストンにより我々に手渡された英国法像よりもより完全かつ論理的なイングラント法の解説書を、一九世紀中葉に、彼は我々に残してくれたことであろう。彼の謙虚さと注解者ブラックストンに対する強い尊崇の気持ちに彼をしてその先駆者との競争に入ることを禁じた。彼は新書を書かずに『英法釈義』の文言を維持し、必要な場合にその文言に修正を加えることを決意したのである。彼はこの著名な学術書の最初から最後までを再構成した。限らない労苦及び正確性を伴った努力により、ステイブソンはブラックストンのオリジナルの表現を維持するのが可能な場合はすべてそれを残し、導入した新しい変更点は全て明確に指摘し区別した。同時に、彼はブラックストンの言葉にそれらがステイブソン執筆当時の現行法に精緻に対応するように変更を加えた。ステイブソンの正確性と洞察力がブラックストンの文学的優美さと表現力と結合し、二人の著作者の異なった長所が両方生かされ

た作品を生み出すであろうことが期待されたが、かかる期待は実現されなかった。各人の名声はこの文筆上の共同作業により損なわれることとなる。ステューブン上級法廷弁護士はなにもものにもまして論理学者であった。ブラックストンの作品を編集するに際しては、彼の知性の（論理的）区別上における洗練を開陳する十分な機会を見いだせなかったのである。一方で、ブラックストンは鋭い論理的明晰性という点ではいささか難があつた。彼は何にもまして文人であつたのである。彼の編集者のブラックストンの論理的欠陥を修正しようとする努力は、論理的正確性の要求を満たすこと無しに、『英法積義』の文学的魅力をも台無しにしてしまった。ステューブンの苦心は学生たちをして英国法をブラックストンに依拠して学ぶことを可能にせしめたが、一方で、もつとも読みやすい英国法の著作がその作者のまさに意図して書いた様には滅多に読まれることはないという結果に繋がつたのである。ブラックストンのすべての批評家たちに対して、全てのイングラント法の学生にかんして、私は躊躇なく次のアドバイスを与えたい。「勉強・研究をブラックストン自身の『英法積義』を読むことから始めなさい」。まず本書は一八世紀の終わりにかけての時期の英国法をそのままに叙述するものであるということを心に留めた上で、注や注釈を使用することなく『積義』を読みなさい。

一・二二 功利主義者たちの攻撃

第二に、彼の『積義』は講義録としてのみ知られたものであつたとはいへ、ブラックストンの法学教授としての名声は、長い目で見れば彼の作品の名声に莫大かつ損失的に影響したある奇妙な厄災を彼の上にもたらしたのである。

致命的な不運はこのようなことであつた。その授業の評判は当教授の授業に一人の若者、というよりはむしろ私は一人の少年と呼びたい、を呼び寄せることとなつたのである。一四、五歳であつたジェレミー・ベンサムはブラックストンの講義を聴講に来たのであり、その特権に対する報酬として彼が支払つたのは、ところで、六ギニーであつた。ジェレミーは子供より少し大きくなつた程度の少年であつたが、子どもらというものはすべからず論理的である。また、子供らは批判的である。また、子供らは残酷でもある。あらゆる教員に覚えがあるように、最も前途有望な生徒というものは、最も情け容赦ない教員への批判者なのである。ベンサムはブラックストンの講義に来て、それを聞き、それを糾弾した。彼はその師の自然的権利にかんする謬説を見ぬいた。彼はブラックストンの各概念はつまらぬ非論理的で無益なものであるという確信のもとに教室を後にしたのである。ブラックストンの不運はここに留まるものではなかつた。二五歳の青年ベンサムは、一五歳の青年として自己の下したこの判断に完全な効力を与えたのである。彼はその『統治論断片』を執筆した。それは、彼の学説が学識者の世界では深遠な真実として受け入れられている師に対する若き弟子による有史以来もつとも辛辣な批評であつた。『統治論断片』は計画された『ブラックストンの英法』積義への注解』のほんの一角を占めるものに過ぎず、批判に晒される余地のあるものであつたが、その非難は完全なる成功を達成した。本書により決定的に、ブラックストンは計り知れない弁証的能力を有するある論争者に対峙し、注解者ブラックストンは卓越した法律家であり偉大な文人でありながらも、詰めの甘い思想家であるということが証明されたのであつた。『統治論断片』は匿名で出版されたが学会を驚愕させた。ジョンソン博士は、本作をダニングに帰したと言われている。マンズフィールド卿はブラックストンの文学的手腕を十分に理解していたが、ブラックストンの理由付けに対するこの攻撃を楽しんだと伝えられている。思想家たちの間におけるブラックストンの深遠な法学

者との評判は『統治論断片』の作者に一撃を被って、後はついぞ回復することはなかった。

たまたまベンサムの進路に居合わせたというブラックストンの不運は、単に議論上の敗北だけに終わらなかった。それは功利主義学派全体のブラックストンに対する敵意に密接に関連しており、後者がブラックストン『英法釈義』の評価を下げた第三のそして最も深刻な原因である。『統治論断片』により体现された批判は実際のところ、半世紀以上もの間、ベンサム及び彼の弟子たちによつて注解者ブラックストンの影響力と名声に反して繰り広げられた組織的闘争（キャンペーン）の最初の小競り合いであつたのである。功利主義学派全体にとつてブラックストンは「（公敵）となつた。最初の呐喊の声をあげたのがベンサムであつたことは我々も見えてきたとおりである。我々が問いかけてしかるべきは、この敵意の源泉というものは何であつたかということである。ブラックストンはベンサム同様一八世紀の申し子であつた。彼は博愛主義者であつた。先に見た『書誌年報 Annual Register』の批評中に見出される次の一節は注目に値しよう。「彼の隔てなき人類愛、彼が人間性的理由を唱道するその雄弁さ及び優雅さはどのような場合も、彼をして最大の好意とともに受け入れられせしめたのである」。ブラックストンは公共的精神の高い人物であつた。彼は危機的状況下で、ニューカースル公爵 Duke of Newcastle の庇護と彼の政治的独立を引き換えにすることを拒絶した。彼はトーリーでも頑迷な主義者でもなかつた。彼は英国において理解され、ロックにより解釈された市民的、宗教的自由の信奉者であつた。彼は眞実、典型的オールド・ホイッグ（※保守的自由党员）であつたのである。実際、一七八〇年に死去した彼はフランス革命の開始により刺激された情熱といったものに関して（※生存中は）何も知ることはなかつたのである。よしんば後十年彼が生きたところで、そのような人物が次のような詩と情を共にすることは決して有り得なかつたであらう。

「かかる時代の黎明に生きたところの何たる至福か、

若くしてあるということは正に天上の法悦」

しかしながらベンサム自身も革命的情熱というものには何らの同情も抱かず、天賦人權の理論を唾棄して、『フランス』人権宣言』に含まれていた様々な謬説を容赦無い論理を駆使して暴きだした。また、ブラックストンは恐怖政治への憤懣に刺激された恐慌的な保守党の反動的激情といったものを共有するまでには長生きしなかったのである。少なくとも彼に次のような願望の責任を負わせしめることは不可能である。

「密かに正義を侵害し、自由を終わらせる」

一・三 ブラックストンの内在的保守性コモン・ローと英国国制の擁護者としてのブラックストン

ここで我々は、では、なぜ功利主義者たちはブラックストンを彼らの敵と見なさねばならなかったのでしょうか問いかけてみよう。それに対する解答はベンサム主義者たちと注解者ブラックストンとの間の衝突は事物の本性から不可避なものであったということである。ベンサムは生まれながらにして改革者であった。彼自身及び彼の弟子たちにとって、法自体、功利主義哲学により指し示された道筋に従って人類の進展を強制する一手段としてしか価値を持たないものであった。彼らが自らをそうみなしていたところの改革の唱道者にとっては、世界の福祉を無限に増大させ

ることが目的であり、物事の現状に満足することを説く穏健な保守主義以上に憎むべきものなどなかった。ここで、ブラックストンは、彼が革命的ホイッグであったというまさにその理由から、モンテスキュー、ヴォルテール、チャタム、パークといった彼の世代の最大の賢人たちと同様に、英国の中に恣意的統治など知らず法律により固定された準則により個人の弁論と行動の自由が保障された一つの偉大な自由国家を見ていた。このことから、彼の英国の法と制度への強烈な崇拝が説明できる。彼は常に（英国法の）擁護者としての役割を受け持った。また、いくらブラックストンを暖かく崇拝したところで彼の擁護が時に不条理ストレスにまで迫っていることを我々から隠すことはできない。最もつまらない慣習にまで何らかの合理的根拠を与えようとしたり、擁護不能な慣行を言い繕おうとする欲望は、ブラックストンをして時折、彼の時代に特徴的であった常識というものを忘却せしめた。例えば彼によれば、

「王室魚である、クジラを沿岸で捕鯨するに際しては、クジラは国王 king と王妃 queen の間で分売されねばならない。その頭部は国王のみの財産であり、その尾部は王妃のものである：我らの古代の記録によると、この奇妙な分配の理由は女性用コルセット (whalebone) を王妃の衣装箆笥に備え付けるためにである。」

『英法積義』の後の歴代編者はかかる理由は確かに酷く「奇妙である」と指摘してきた。なぜなら、クジラ髭 (whalebone 女性用コルセットの異称) というものは全て王室魚の頭部に存在するものであるからである。

また同様にブラックストンによれば、

「夫は妻に対し穩健な矯正行為を与えることがありうる……。しかしながら、我々においては、より礼節を守るチャールズ二世の時代からこの矯正的権能は疑われるようになってきており、現在では妻は夫に対して平穩の保証を得ている……。しかるに、常に古きコモン・ローを好む下流階級の人々の間では、未だに彼らの古来の（※夫の妻に対する矯正的行為の）特権を要求し行使しているのである。」

確かに、ここではブラクトンの大胆さは（体制の）擁護者の英知といったものより突出しすぎている、つまり、市場の呼び売り商人がかみさんの鼻を殴ってへし折るのはコモン・ローへの情熱に突き動かされたゆえであると彼は言っているのである。最後に、ブラックストンのイングラント国制(text)に対する崇拜が偶像崇拜と隣り合わせにまで行っている例を観察しよう。

「かかるごとく賢明に創り出され、かかるごとく力強く養育され、かかるごとく高貴に仕上げられた国制については正當にかつ真剣にふさわしかるべき賞賛なしに語ることは困難である。徹底して注意深く国制を考察すること自体がそれに対する最高の賛辞となろう。しかるに、その現実の執行が成功であるとはいえ、その国制の確固とした諸基礎を吟味し、その広範なプランを明瞭に輪郭付け、その各部の用途及び分配を説明し、これら各部の調和的併存から国制全体の優美な均整を提示することが本『英法積義』の企画であり続けてきた。折にふれて、我々は可能なすべての場面で古代の單純性の氣高き記念碑と現代の人為のより興味深い洗練を見てきた。また、その欠陥を我々の視界から隱蔽することもしてこなかった。なんとすれば、国

制の有する欠陥を利用して、我々がそれを人為の構造以上のものと思ってしまうことを防止せんがためである。かかる国制の欠陥は主に時の経過による腐食に発するものであるか、もしくは後の時代の不器用な改良の被害によるものである。この高貴なる堆積の美を維持、修復することが主に貴族階級、そして議会に各州から派遣される王国のかかる紳士たちに命ぜられた使命なのである。「英国における自由」の保護こそが、彼らが、それを享受する彼ら自身、そしてそれを手渡した祖先たち、そして最良の生来的権利であり人類の最も高貴な遺産を将来自らの手に要求することになる子孫たちに対して負っている義務なのである。」

この二〇世紀初頭において、知性ある批評家なら誰でもこのブラックストンの誇張された楽観主義は多くのところ彼の英国における自由への愛情と外国の専制制度に対する嫌悪に由来することを簡単に理解することが出来る。功利主義の改革者たちにとってブラックストンのこのような幾分グロテスクともいえるもろもの（※現状）擁護論は、人類の福祉が依拠する様々な改革の妨害ための故意の戦略による裏切り行為であると見えたのである。（※これから見るように）ベンサムに対して問題となっているブラックストンのありかたが自己を提示してみせたのはまさに確かにこのような光の下になのである。

「（法を改革するという）事業のためには我々はいかなる著作家も好んではならない、特に、有名で「あるところの」著作家は全てである、そしてそのような場合に期待可能な範囲内で、決心の堅い粘り強い敵である」と「自ら固く公言する」ごとき人物に対しては私は何を言うべきであろうか？改革の利点及びそれを通じて

獲得される人類の福祉は、彼の作品の凋落、つまり、それらの作品がどのような題名の下でそれらを得たとしても、大部分においてその作品の尊敬と影響の凋落に不可避的に関わっていると我々は言わなければならぬ。

かかる敵に対して、つまり、著名な『英法積義』の作者に少なくとも私の見た限りでは、好意を感じたことは、私にとつての不運であった(そしてその不運は私のものではない)。彼の作品は、他と比較にならないほど広く流通しており、有史以来現れたその主題に関するいかなる著作者たちよりも(しかも多くの理由から争い得ない題名でもって) 尊崇と賞賛のゆえに影響のより多くの部分を勝ち取っているのである。」

時の経過とともにベンサムその「敵」に対する辛辣さは勢を強めた。ブラックストーンについて彼はこう書いている。「彼に帰せらるべきは「卑劣なる隷属の罪 *foedus crimen servitutis*」であり、これは知性の汚点の中で最も卑劣なものであり人格を損なうものである。」擁護者ブラックストーンはベンサムの目には最早、裏切り者となるに至ったのである。オースティンに至っては、既に見たように、『英法積義』の作者のように厭わしい作者の中にはその文学的な種類の長所すらも認めることが不可能になっている。

ブラックストンの擁護論的樂觀義がベンサム主義の改革者たちの憎悪の火に油を注いだのだとすれば、彼の些細な欠陥や、ましてや現代の批評家の目からは長所とみられうるであろう特質さえもが、功利主義者たちにとっては強烈な不快の念を催すものであった。彼の時代の流儀にのっとりブラックストーンは自然的権利の实在の信念を認める言葉を使用したのであるが、それはバークにとつてと同様、ベンサムにとつて胸の悪くなるものであった。限られた程

度ではあるが、ブラックストンは後の歴史的方法論を先取りしていた。しかしながら、彼自身の（※功利主義の）視点からは正当なことに、ベンサムは確かに法的歴史の研究を全くの時間の浪費であるともみなしており、おそらくはその直感的洞察により歴史的精神は功利主義の原則に則った土地法の修正に不利であると見抜いていた。しかしながら、このことが真実であろうとなかろうと、少なくとも二世代以上にもわたって継続したベンサム主義者たちのブラックストンの影響力に反対するキャンペーンは当然であるのみならず不可避なものであった。実際、彼らの運動はブラックストンの作品の凋落よりも価値低下に寄与したのである。

二

では、『英法積義』の恒久的な長所とはいわずに見いだされるべきであろうか？

それらの利点のすべては二、三の文章で総括することができるであろう。その書物は教養ある文筆家であった著名な法律家による作品であり、法学的知識と文学的天才の双方により彼は英国法に関するその一論考を書き上げたのである、それは、英国文学の一部として永久に在り続けるに違いない。『英法積義』はそのスタイル・文体によって生きのびていくのである。

かかる主張はそれ自身説明を要する。ここでの「スタイル・文体」という言葉はその可能な限り広義かつ普通でない意味で理解しないことには誤解を生じる。ほとんどの読者にとってその言葉は膨大かつ適切な語彙の人物の操語能力という意味でしかない。この単なる言語的熟練でさえ、我々のうちの多くの者が知覚している以上のものである。我々は常にコールリッジ(ケイ)の次の言葉を胸に刻まなければならない。「言葉の科学と運用には理解不能なほど大きな分

量の人間の知識及び人間的能力が必要とされる。」その上で我々はスタイルを自由に操れるということとは、その作家が少なくとも三種の稀な才能を有していることを含意していることに気付く、つまり、表現力、目的の明確性、文学的判断力もしくは感性である。これら三特性のすべてにおいてブラックストンは傑出していた。

二・一 表現力

ブラックストンの表現の卓越性はベンサムにとつても十分に認識可能であつたのであり、彼は注釈者ブラックストンを適切にも次のように表現している。彼は「体系的著述者（著者）の中で法律学をして学者及び紳士階級の言葉をもつて語らせしめた最初の人物である。」ベンサムの言葉によれば、ブラックストンのスタイルはその最狭義の意味においてすら、「正確、優美、意義についてこちらが当惑されるような余地が残らず、かつ壮麗」である。彼のスタイルは（サミュエル・）ジョンソンの学派（学派）により訓練された当世代から一様な賞賛を受けた。現代的嗜好の水準に比して見るに、ブラックストンの文体はいささかもつたいぶつて気取つてはいるものの、常に清澄である。ブラックストンは自己のまさに意図したところを明晰に表現し、主題の要求するところに応じ彼のトーンは高くもなり低くもなりした。法技術的問題を扱うときにはその文体は簡明になり、対して、英国国制の栄光を主張せんがときにはその文体は威厳に満ちたものとなる。

二・二 目的の明確性

第二に、ブラックストンの作品は完璧な目的の明確性により他と一線を画している。彼はイングランド法全体を扱おうと意図した、そして彼はその事業に成功を収めたのである。

「(評して妙であるが)ブラクトン (Bracton) はブラックストンが五〇〇年後に現れるまで英国の法律学著作者において彼に並ぶ者を得なかった。英国史において英国人はまさに二度、動機たる意思、勇氣、能力をもつて英国法全体を叙述する読みやすくかつ合理的な偉大な著作を書き得たのである。」

これはメイランド教授の言葉である。まさにその当のメイトランド氏自身を除いては、ブラクトンとブラックストンの両者により達成された偉業を繰り返すことの可能な英国人は誰も我々の時代には現れ得なかったのである。^(註) 運命の皮肉ではあるが、(※メイトランド氏が急逝していなかったならば)、我々は氏から著名な『英法積義』に含まれていたものよりより完全で、ブラックストンには知るすべもなく一八世紀では実のところ達成不能であった、歴史的知識と哲学的洞察の深遠さにより特徴づけられた、英国法の包括的研究を当然うけとっていたことであろう。

「(サー・J・F・ステューベンによれば)ブラックストンは英国法を混乱からはじめて救い出した。彼はクックが一五〇年ほど前に酷く下手なやり方で達成したことを一八世紀の終わりにかけ、それを達成したの

だが、酷く上手に達成してみせたのである、つまり、彼は勉強するのが可能なレベルで英国法全体を説明してみせ、しかもそれは、嫌悪感を伴わないのみならず、興味と実益を伴うものであった。ブラックストンによつて触発された大法官ケント(Kent)による『アメリカ法積義』(Cases)は我々が除外するならば、いかなる国のものでも一国の法制度を包括的に叙述しようと意図する書物の中でブラックストンと同等の長所を有する書物が存在するか疑わしいと私は考える。」

二・三 文学的判断力もしくは感性

ブラックストンが最高度の文学的判断力もしくは感性を生まれ持つて与えられていなかったとすれば、彼の言語表現力も目的の確定性も極めて困難な仕事を成功裏に達成することを保証し得なかったであろう。文学的判断力の行使における彼の卓越した技量を示す例としては彼が歴史と英国法の解説の融合に比類なき成功を収めたこと以上のことは無いであろう。この二者の融和をいかにしてなし得るかという難題は英国の現行法を適切かつ理解可能に説明するという仕事を引き受けたあらゆる教員を絶望へと叩き落としてきた。というのは、法それ自体は様々な歴史的要因の結果であり、しばしば非常に曖昧模糊としており、仮に記録が残っていたとしても、何世紀にも及ぶ様々な判決や一連の制定法の中に存在するものであるからである。それゆえ、かかる制度においては途方に暮れた法解説者は、一方において歴史的考察を蔑ろにすれば論理的正式性の悪癖に陥るが、もう一方においていかなる法の歴史でも追求しすぎると術学的懐古主義の迷路に迷いこんでしまうということを程なく理解するのである。これらの両極の過ちを避け

うる方法論を万人に教える画一的処方箋というものは存在しない。それは優れたセンスと感性の使用によってのみ見いだしうるものなのである。ブラックストンの健全な判断力が彼を助けたのはまさにこのような局面であった。彼はいつ叙述を切り上げ、いつ長くすべきかということを知っていた。ブラックストンの法制史の知識はしばしば間違つてはいたが、その過ちは多くの識者の言うように彼の時代の知識水準に叶うものであった。しかるに、ブラックストンは直感的に英国法の法準則を説明するのに必要なだけの歴史的情報の量を分かつていたのである。彼は現行英国法を理解可能にするのに必要な以上の歴史的情報も、以下の歴史的情報もその読者に決して与えることはなかった。彼は、自身が、立法改革者でも論理的理論家でも法的古事学者でもなく法学教師であるということを理解していた。彼は教師の第一の目的はその読者もしくは聴講者の知的興味を喚起することであることを覚えていた。それゆえ、ブラックストンは興味深いと同時に重要な特別の種々の解説トピックを選出しており、そのことゆえに、作品に魅了された何世代もの読者たちの賛助を得たのである。その技量の例証として私は次のリストに言及したい。英国の個々の法の誕生、進展、段階的發展、彼による封建制の素描、彼による僧職禄の理論の話、彼による信じられないような一連の法的擬制のしめやかな叙述が興味だけでなく娯楽心を刺激した、もしくはそう刺激するよう意図された不動産占有回復訴訟の説明、ついで最近までなんにせよ最良のものであり続けた彼の衡平法（エクイティ）の本質と發展の解説。なぜなら、訓練を受けた法律家ですら少なからず当惑するこの題材に関しての確かに最も理解可能な解説であつたからである。ブラックストンの学識には同時代の他の著作家と共通する不正確さがあり、彼が様々な間違いを犯したことは彼の生前以来指摘されてきたと主張することは一片の真実を含むものかもしれないが、当面の問題には無関係である。誰もブラックストンが深淵な歴史家であつたと強く主張するものはいないし、ましてや、アダム・ス

ミスが近代政治経済学を基礎づけたように、ブラックストンが法律学を新しく基礎づけた独創的思想家であったと強く主張するものはないであろう。正当な批評家が確信的に主張するであろうことは、ブラックストンは最も難解なトピックを扱うに際して英国法の解説者としての比類なき感性を示したし、特に、法の明確な理解ために彼の知っていた歴史的知識を適用することに関しては最良の判断力を示したということである。サー・J・F・ステイブンは次のように書いている。「私が判断する資格を有している限りにおいて、私はブラックストンは不要な学識に身を煩わせることはなかったと言える、彼は彼の書いた主題に関係することをほぼ全て知ってはいたが、彼が知る価値のない事柄に関してはほぼ何も知らなかったのである。」つまり、彼はまさに法学教授に必要なとされるような種類と程度の知識の下にあったということである。

そして当時において類まれなる文学的表現力がブラックストンをしてその練達の能力で、彼が自らの眼前に課した専門的教育を復興し英国法を包括的に適切な文学的表現で叙述する幸運な機会をつかむことを可能にせしめた。確かに、彼は幸運な星の下に著作したのである。ブラックストンの著作の成功は今日ではもはや存在しない幾つかの状況の助けを得ていたのである。一八世紀オックスフォードにおける知的無気力及び怠惰は誇張されすぎてきた主題である。しかしながら、彼が公開講義を開始した一七五三年のオックスフォード大学において行われていた良質な講義の数は確かに少ないものであった。魅力的な講義をする有能な教授が突然現れたのは驚くべき現象であった。ブラックストンは自分の教室にオックスフォードの若い才能を一手に引きつけることが出来たという幸運を有していた。彼の周りに集った学生の中には学問に対する何らかの嗜好や情熱を持ったすべての学生が含まれていた。加えて、『英法積義』が最初の一巻が出版された一七六五年当時の英国法は完成されており、均整のとれたものであった。コモン・

ロー及びエクイティの基礎は、当時、既に堅固に確立していた。実務的見地から見れば、我が国の法制度は確かに絶対的理性の声というものからは程遠かったものの、首尾一貫していたのである。『英法釈義』の出版と一八三〇年から開始した議会制定法による絶え間ない法改革及び法変更までには少なくとも五〇年もの間があり、後者の議会制定法による法改革は今日まで続いている。それゆえ、ブラックストンは、彼が叙述した恐らくは奇妙であるものの少なくとも確かに首尾一貫し不変的な理論体系としての英国法について、深く沈思することが出来たのである。議会（※による制定法）を媒介手段として行われた功利主義者たちによる改革は人類の幸福を推進させるものであったのかもしれないが、法学文献の成長を妨害していたことは疑いない。英国法は年々その分量を増やしその均整を失った。文学的観点からいえば、いかに巧妙な文人をしても、まさに注釈者ブラックストン本人をもつてしても、近代的制定法をどうにかすることは不可能である。議会の法案起草者の技能及び狡猾さにより創出され、政党間のさやあてによる解釈により変更を加えられた議会制定法というものは、真実をありていに言うならば、文明社会における考えうる限り最悪の英語で書かれた文書である。（※一八世紀）当時ですら、ブラックストンは、議会制定法を回避するという英知につき理解しており、器用に「詐欺防止法」Statute of Fraudsをやらりと（※制定法の文言からは、）体を躲し表面的だけをなぞって書いてみせている。最後に、ブラックストンは、知識人の世界というものが未だ現実に存在し、確立した文体の水準というものがあり、文人・知識人たちが法という題材について書いている時ですら、法専門職や、実務家や、今日「一般読者」として知られる意に満たぬ階級に対してではなく、知識階級である自分たち自身へと向けて著作することが出来た時代に生きていた。ジョンソン、バーク、ゴールドスミス、ヒューム、アダム・スミス、ギボン、バーク、そしてブラックストンといった作家たちがご機嫌を伺い、承認を得ていた聴衆というものは英国の

教養ある紳士たちにより成り立っていた。各人はお互い非常に異なっていたものの、これらの偉大な著作家たち及び同時代に属した著作家たちが、一様に文体の名人たちであったことは決して偶然ではない。端的に言えば、注釈者ブラックストンが、知識人社会が正しい表現の方法論を彼に与えてくれ、(※法と文学という)これら二つが同一事象の異なった側面に過ぎず、彼が特定の英国の学識ある紳士階級に向けて自由教育を受けた万人に理解可能な言語でもって著作することが出来たことは幸運であった。そして、かかる幸運をブラックストンは最大限に利用したのである。このことは単なる推測ではない。ブラックストンの最初の講義コースの広告文が彼の態度をまさに表現している。

「一七五三年六月二三日、^(LXX) オックスフォード

次のミカエルマス・ターム^(LXX)では

オール・ソールズ・カレッジのブラックストン博士による

英国法に対する講義コース

が開始される。

当コースは、コモン・ローの法律職を目指すオックスフォードの紳士たちのみならず、自国の国制・憲法及び何らかの程度を知っておきたいという他の生徒達も対象とするものである。

かかる目的のため、本講義は、はっきり明示的に、実務的な利点や特定の判例の細かい区分に触れること

無しに、その歴史的推移をたどり、それらの法の指導的、根本的準則を補強し明らかにし、そして、自然法および他民族の諸法と比較することにより、イングランド諸法の概括的包括的プランを規定するものであるとする。

本講義は一年で終了し、より良い便宜のために次の四つの部にわかれるものとする。第一部は一月六日火曜日に最初の講読を開始し当該学期の終わりまで週三回行われるものとする。続く部は、それに続く三つ学期に各一つずつ、順次、行われるものとする。

本コース（その費用は六ギニーとなるはず）に参加せんとする紳士たちは一〇月中に当講師に自身の名前を告げるよう望まれる。」

三

ブラックストンの業績の後世に与えた恒久的な影響

注釈者ブラックストンの天才、彼の著作の魅力、その思想の獨創性、英国国制・憲法の進歩的發展がフランス革命による暴力と恐怖によって足止めを受ける前の彼の時代の様々な環境が彼の個人的な、そして、それに値する成功を可能ならしめたのである。しかしながら、では、ブラックストンによる諸々の労苦の恒久的成果というものは何であつたのであろうか？

三・一 アメリカへの影響

実際、一つの視点からは、それらは失敗に終わった。ブラックストンは彼の作品を継続する能力のある後継者を後世に残すことはなかつた。彼の後五人のヴァイナー講座教授^(Kxiii)がつづいたが、シドニー・リー氏の非常に昔の愉快な用語を使うならば、『英国人名辞典 *The Dictionary of National Biography*』に項目を許される「資格なき death qualified (資格の死んだ)」ものであつた。その内の何人かはその英国人の著名録に認められていなかったのである。ブラックストンの直接の後継者はロバート・チャンバースであつたが、彼は、見受けられるところでは、インドにおいて裁判官職を務める傍ら、オックスフォードにおけるヴァイナー講座教授職を務めていた人物である。彼はヌンコマール事件^(Kxiii)に参加した判事の一人として記憶されている。次はリチャード・ウッドソンであるが、彼はヴァイナー教授講座の成果として生み出した法律書で自身の時代に幾ばくかの名声を獲得したが、今日では完全に忘れ去られている。第三の後継者はブラックストン自身の息子でニュー・イン・ホールの学長となつた人物である^(Kxiii)。残りの人物については何ら述べるべきところはない。ブラックストンの法学教授としての独自の名声も、彼の『英法積義』の評判も、相応しかるべきブラックストンの高等裁判官職への昇進という報奨も、ほとんどの故人である彼のヴァイナー講座教授後継者たちをして、彼の作品を継続しようという野心を持たせなかつたというのは奇妙なことである。実際の所、彼も彼の後継者たちも時代の不運の犠牲となつたのである。フランス革命及びそれに続くヨーロッパ大戦、一八一五年から一八三〇年にかけての全ての種の改革に対する反感、改革の時代がそれに続いた激烈な政治的闘争、各人全てがその過程で英国法の知的研究に検閲を入れていた。『英法積義』を崇拜していた保守党の法律家たちは大

学施設及びその他に於ける法学教授による法学教育に賛意を表するような人間では決してなかった。ベンサム主義の法改革者たちは英国の大学、特にオックスフォードを無知のみならず偏見の選びぬかれた本拠地であるともなしていた。功利主義的自由主義者たちは法制度の教育に敵意を持っており、法学教育には説明ではなく思い切った修正が必要であると彼らの目には映っていた。しかしながら、ブラックストンのライフ・ワークとして特に法学と文学との間には協力が必要であるという信念は忘れ得ない成果を生み出していった。英国において偉大な学派の形成に失敗したことは、アメリカにおける壮大な成功により相殺される。しかしながら、後者に関して英国国民はその重要性をほとんど認知していない。アメリカ人たちは、一三の植民地がその独立を確立する以前からさえ、そして今日に至るまでも法律家の国民である。アメリカ憲法はアメリカ人民が英国コモン・ローの諸原則、もしくは我々は諸々の偏見とでもいつてよいほどのものを徹底的に鼓吹されてきたという事実^①にその成立を負っているし、今日においてもその維持を負っているものである。このことから、アメリカにおける法学教育の健全性と広がり^①は、当国民の福利に深くそして明確に関わるものである。正にこの点において、そしてこれは同時にここで注意喚起されるべきことであるが、合衆国における法学教育はその当初からブラックストンの作品及びその個々の思想に影響を受けてきたのである。

「(アメリカにおいて最も著名な法学教授の一人は次のように書いた。)我々は英国の根を移植し栄養をやり発展させてきたが、一方でその本国においては、それは衰退し滅びようとしている。一八世紀の第三四半期にオックスフォードにおいて我々の法が大学で教育され、その講義がアメリカ革命(※独立戦争)からほどなくして出版されたことは偉大な実験であったが、その実験はその成果として、我々(※米国人)自身の早期

の体系的法学教育の試みに刺激と範例を与えたのである。⁽²⁾」

ブラックストンの作品はアメリカの法律家の中でも最も高名な人物に情熱をとまなう靈感を与えたのである。

「(ケント大法官は(※アメリカ独立)戦争に伴い、彼が一七七九年当時に学生であったイェール・カレッジが解体されたことを語る中で次の様に我々に伝えている。)私は田舎の村に疎開したのだが、そこでブラックストンの『英法積義』を見つけ、その四巻を読んだ：その作品は一五歳の私に畏敬の念とともに靈感を与え、他愛もなく私は法律家になる決心を固めたのである。」

そしてケントは後に自身『アメリカ法積義』の作者になり、その作品は唯一ブラックストンのものに張り合えるものであった。明らかにヴァイナー教授職の例にならないマサチューセッツ(※ハーバード大学)で教授位が設立されたが、ストーリーはその教授位で英国法のあらゆる部分を解釈し、合衆国最高裁判所の判事に昇進後でさえも、その教授職の職務を続けて果たしたのである。ケント、ストーリー、マーシャルといった名前はブラックストンの精神的な弟子であるアメリカの多くの著名な法律家の中からの二、三の例証に過ぎない。ハーバード、イェール、コロンビア、カリフォルニア、ミシガンといった著名なアメリカのロー・スクールは、真の意味で、ブラックストンの著作物及び彼の思想の成果である。その天才の力が、最も高名な教授たちが、英国の立憲君主制と同様、英国民による作品であるかの共和制連合国家(※アメリカ)の市民たちに英国法の諸原則を教授する様々な大学で感じられかつ承認されてい

る、この教育者ブラックストンの生涯に対していかなる真剣な意味での「失敗」という言葉を当てはめることは（※知性の）怠慢であろう。

三・二 現代英国法学に与えた影響

しかしながら、ブラックストンの不朽の名声を合衆国での彼のライフ・ワークの成果に基づかせる必要はなにもない。ブラックストンの精神は英国およびオックスフォードに対して様々な偉大なことを成し遂げてきた。

ブラックストンは教育者個人の才能と情熱を合わせることによつて法学教育の場面で為されうる今まで語られてこなかった効果の素晴らしい証例を示し得たのである。一七五三年におけるオックスフォードは、実際に眠りかけているとは行かないまでも、確かに完全に目を覚ましてはいえぬ状態であつた。オックスフォード大学において万人が英国法を学ぶことが出来るという思想は、英国人社会にとつて奇抜なものであり、私たちが確信できるのは、大多数のイングランドの法律家たちにとつては馬鹿げた異端であつたということである。ブラックストンの声によつてオックスフォード大学はその惰眠から目覚めた。彼はその聴講者をして、なんにせよ、法は教育を受けたすべての紳士が興味をもつことが出来る一つの科学なのであると確信せしめたのである。

今日の世代に対しては、ブラックストンは、知的機構への信頼というものに対する過去に類例なき警告を与えてくれている。今日、我々は、学問相互間の協力や、努力を共にすること、新世代の生徒たちに対して新しい魅力を提供

することの必要性といったものを多く耳にしてきている。これらすべての提案自体はそれ自身として素晴らしいものである。しかしながら、このような勧告は教育の成果がその(領域の)広さよりも少なくとも求められるものであるという事実を我々に忘れさせてしまいがちなのである。ブラックストンの記憶は我々に、教育においては教師が全てであつて、教育制度というものは比較的何の意味も持たないものであることを想起させてくれる。偉大な法学教授として不朽の名声を得た一人の英国人は、その三〇歳から四六歳までの間に彼の真のライフ・ワークを達成したのであるが、それは試験制度やそれが包摂する様々な事柄の助けも、また障害もなしに成し遂げられたことであつた。彼は独力で作業し、彼の時代において法学的古典といえるものを英国文学に対し与えたのである。かかる仕事は必然的に一人の人間の偉業によるものである。文学の分野においては、協力作業が個性を置き換えることは不可能である。千人の法律家の協力は『英国法百科事典 *Encyclopaedia of English Law*』⁽³⁾を作り出すものであることを私は信じる、しかしながら、彼らはその長に大法官をいだいても決してブラックストン『英法釈義』に匹敵する作品を生み出すことはできないのである。

最後に、注解者ブラックストンは、今日英国において最も優秀な我々の法の解説者たる教授たちによつて九〇年近くの間、追求されてきている法改革を予期しかつその道筋を明確に指し示したのである。ブラックストンの精神に触発され、彼らは「法学をして学者および紳士の言葉を語らしめる」という努力を続けてきたし、法と文学の結合を再主張、最達成し続けてきたのである。彼らは、未だ一般に認知されてないとはいえ、既に法外な成功により冠されてきている英国法研究における改革を開始したのである。

ごく最近一八五〇年時点までの状況を考えてもみよ。当時、英国には法学的文学作品と呼べるものは一切存在しな

かった。実際の所、「英国法史」は未だ書かれていなかったのである。リーブ(Reib)の『英国法の歴史』は読めたものではなかったし実際読まれなかった。歴史家たちは英国法における様々な思想と英国民の進展との間にある密接な関係性を未だ理解していなかったのである。その点、マコーレー(Macaulay)は法律家であつた。彼は類まれな独創性を持った法典編纂者であり、彼の明確な叙述の天才はインドの全法典に一定の形式を与えた。彼は英国の政治的年代誌と英国人民の知的、社会的生活を関連付けることに喜びをおぼえていた。しかしながら、王位がチャールズ二世から彼の兄弟に移転した際の一六八五年の英国の現状に対する彼の著名な叙述は、もつとも決定的時期における我々の法の発展といったものに対してはほぼなんの記述も含まなかつたのである。それは『詐欺防止法』に対する記述さえも全く含んでいなかった。当該議会制定法は様々な方法で当時の英国のおかれていた状況を説明するものであつた。かかる英国法の発達に対する説明の除外はよりもつて奇妙なものである。というのは、マコーレーはノッティンガム卿をして「古くから衡平法の名で呼ばれてきた混乱の中からコモン・ロー裁判官によつて管理運営される通常的で完成した新しい法体系を創出した最初の人物として」と叙述しているからで、だからこそ、エクイティを一種の恣意的な公平性から改良された法の新しい法体系へと移行させたことにより引き起こされた莫大な変化を彼は認識していたからである。しかしながら、一八四九年の時点では、未だ語られることのなかつた法学的思想の国民的歴史、特に英国史に対する影響といったものはほとんど理解されておらず、その発見者を未だ待ち望んでいたのである。また、法の一般的原则を扱う分析法学も法律家たちや倫理学者たちの注目をほとんど集めてはいなかつた。法や主権の本質に関するブラックストンの理論や、功利主義者たちによるそれに対する批判といったものは、当時は興味を喚起することを止めていたのである。

サヴィニーのような外国の学者に関しては、英国の法律家たちは概して何も知らなかった。⁽⁴⁾ブラックストンはローマ法に深く精通していたわけではないが、一九世紀中葉にかけて栄えたほとんどの英国の法律家よりはローマ法について知悉していた。では、ここで憲法理論に目を向けてみよう。ブラックストンの時代以来、憲法においては、なんにせよ英国の法律家たちによつては何の進展も為されて来なかつた。彼らはペイリー^(xxvii)がその『倫理哲学 Moral Philosophy』でほのめかした憲法の真の特質に関する計り知れぬほど貴重な様々なヒントを全く忘れ去つてしまつてゐるのである。英国人は、その当初の利点がどのようなものであつたにせよ、モンテスキューにより提議されブラックストンにより採用された理論を未だ保持し続けている。しかしながら、これらの理論は一九世紀半ばに差し掛かる頃には英国統治の実際の現状にほとんど適用不能となつており、ただ批判と見直しのみを必要としてゐるのである。実務家たちへの手引書としての法律書に関しては無論一八五〇年時点においても様々な価値をもしくは無価値を持つた数多くの論考が存在していたし、常に何時の時代においても存在していることであろう。知性ある読者を導くために法の各部門を支配している諸原則を明確に規定すべき教科書に関して言えば、著しい長所のあるものは全くか、ほとんど存在して来なかつた。その種の著作が卓越性の高度の度合いまで駆け上がる場合には、多くの国では法学教授による講義の成果であつた。英国において良い教科書がなかつたのは恐らくは我が国の様々な大学が法学教育に参加するのに失敗したことの結果であろう。しかしながらそのような事実がなんであれ、五〇年もしくは六〇年前には、実務法曹を目指す若人たちに推薦された著作の殆どは論理的力をほとんど有しなかつたし、文学的明瞭性に関しては全く持ちあわせていなかつた。少なくとも一八六〇年という最近まで学生の手に通常、与えられてきた契約法のある有名な論考は契約の本質について分析しようと試みることもなく、純真な読者に何らかの形で契約法の中核には『詐

『欺防止法』の第四条と第一四条が存在しているという印象だけを残した。法学図書館は、むしろ、多くの消化しきれない情報によって満たされた重量のある多くの冊子によってごった返してはいたものの、サグデンやパウーズの著作やスミスやホワイト、チューダーの『主要判例集 Leading Cases』に文学的魅力や文体の流麗さを帰さしめるというのは似つかわしくもない皮肉であった。一八五〇年当時の英国には一団の法律的文学作品というものは存在していなかったのである。

しかしながら、この五〇年弱のうちに為された変化については特筆すべきである。それは一八六一年に遡る。その年にメイン『古代法』の出版と長らく忘れられていたオースティンの『法理学の（固有）領域の特定』の再出版が一般読者の注目を集めたのである。両書とも法学教授による講義の成果であり、両書とも英国における様々の法的概念の発展及び法学的な諸問題に対する関心を再生させた。この二人の作者たちによって提示された線での思想は今日ではその弟子たちにより受け継がれているが、その多くは法学教授、もしくは私がそのように呼ぶことが許されるならば、際立って優れた教授職にある実務法曹である。このようにして、（現アメリカ合衆国最高裁判事である）ホームズはハーバード大学の法学教授としてその経歴を開始し、彼の『コモン・ロー』において英国法の法的な諸概念の曖昧な歴史から提示される論理的、法学的、歴史的な多くの込み入った諸問題を取り扱ってきた。ゼアー教授は彼の早すぎる死がその完成を妨げたある著作の中で、英国法における最も特徴的分野を構成する証拠法の特質及びその発展に関して限りない光を投げかけてきた。メインは法理学教授として、一八世紀に劣らず一九世紀においても法的諸思想及び諸準則は文学的優美さと魅力を伴って扱うことが可能であると決定的に証明してみせることによって、ブラクストンの著作の有したある一面を、他のいかなる著作者よりもより直接的に推し進めてきた。その間、ホラン

ド教授は彼の『法理学』の中でオースティンの理論からその術学性を除去し、それらを不必要で面倒な功利主義的な論争から開放すると同時に、自身の有用で独創性のある様々なアイデアで法理学をより豊かなものとした。今はすべての国民の法を自己の領域としたヴィノグラードフ教授^⑤が、年々、我々をして英国法に体现された様々なアイデアと英国人民の進歩の間にある切り離せない繋がりをより明瞭に認識することを補助してくれている。私はそのほんの概観しか述べることが出来ないが、目下の所、ヴィノグラードフ氏は我々の法の様々な記録に対して完全な研究の光を当ててきている。すべての研究は年書を読むことから開始する。セルデン協会は英国法の年代記を説明する新資料を毎年発行してきている。ポロックとメイトランドは記念碑的な『エドワード一世治世下までの英国法の歴史』を我々に与えたくれた。本書の文学的長所は注意して最初の二〇〇ページまでを読んだあらゆる読者にとって明らかであるが、本作品は同時に全ての学生を引き付けるものであり、ほとんどの法学教師が精力的思考なしには簡単に治め得ないレベルの情報と思慮分別のある理論を提供するものである。ホールズワース博士は正に今年、彼の『英国法の歴史』を完成させた^⑥が、本作は一方でポロックとメイトランドによる成果を利用する学生に適應した形態を取りながら、彼らの作品には含まれてない時代まで叙述を伸ばし、ホールズワース博士がその名誉を請求し、作者としての責任を受け止めることが出来る独創的思想を含んでいる。刑法に関しては、彼が上級裁判官職に昇進する以前には法学教授としてリンカーンズ・インにおいて教鞭をとってきたサー・J・F・ステイブンに、その歴史家を見出すことができるが、英国議会の無関心と怠惰のゆえに、彼のうちにまた刑法起草者も見出すのである。

一八六七年にはバジヨットの『英国憲法』が憲法研究に新しい生命を吹き込んだ。彼の『英国憲法』は英国の諸制度の現実的作用を隠蔽していた空文化した理論を排除し、英国および合衆国における議会による統治の本質を理解せ

んとする全ての教養人に英国内閣の非常な重要性とその本質へ注意を払うことを強要したのである。確かに、彼は法学教授ではなかった。しかしながら、彼はメインの教説に影響を受けていた。彼は法学的文学作品の復興運動に参加したのである。この運動に彼の生き生きとした独創性は計り知れない貢献をした。バジヨットの作品は、アンソンの網羅的な『憲法の法と慣習』という論考の根底に横たわる憲法と憲法習律との間の区別を間接的に考慮させることとなった。バジヨットの作品は『憲法の法と慣習』の作者をして二五年もの努力の後に、議会主権の理論と言うよりは議会主権という現実を一般大衆に対して明らかにできるといふ新たな希望を与えたのである。既に古典として認知されている二つの法学教授による著作であるブライス^(xxxx)『アメリカ共和国』とローウェル^(xxxx)『英国の統治』の二著が生み出されたことは、このようなバジヨットの刺激的な文体やそれ以上に法的文学作品の創作の目的のために英国法が普及しているすべての土地におけるその情熱のおかげなのである。言わばブラックストンが預言者たるかかる運動の成果が最も顕著に見受けられるのは我々の法学教科書の改善において以外ないであろう。この改革に対して惜しみない援助がハーンやサーモンドといった植民地における教授から与えられた。しかしながら、一論文という限界の中では私は、英国法の全領域にわたって追跡可能なこの現象の一、二の実例しか挙げることは出来ない。契約法の解説は一八六七年のリーク『契約法の基礎原理』により合理化された。それは契約法の最後の特別擁護人からのかけがえなき遺産であった。その書は旧擁護者たちの明敏な正確性と新しい学派の学者たちの法学解説を不要な技術性から解き放ちたいという願望を併合するものであった。彼の時代以降、数多くの作品が続きその進歩を推し進め、英国法に契約的合意の分析を適用していった。ポロック教授^(x)の『契約法の諸原理』は海外の学者たちからと、英国の権威的典籍の入念な研究からあつめた様々なアイデアを適用することによって学生のみならず学識ある法律家たちを悩ませてきた様々な

問題を解決するものである。アンソンの『契約法』は連合王国のみならず合衆国の法学生に最良の法的手引書の一つを与えたものであった。ケニー教授(Kenney)の『刑事法』は、仮にその証明が必要であるとするならば、文学的手腕を持って法的なトピックを扱う技術は多くの教訓のみならず多くの興味に満たされた法律学の教科書は今日においても一八世紀のブラックストンの時代に負けず劣らず提示可能であるという事を決定的に証明してみせるような方法でもって、その題材を明瞭に説明してみせた。またアンソン『契約法』およびビグロー教授(Bigelow)及びポロック教授の『不法行為法』、ストラハン『物権法』やここで数え上げるために列挙することすら出来ない数々の優れた法入門書の一連のリストは、私の主張した通り、一八五〇年当時には存在しなかった新しい種類の書籍の一つの階級を構成するものである。

法学的文学作品のこの復興は二つの効果をもたらした。今や法は紳士及び学者の言葉でもって語ることを覚え、著名な倫理学者や思想家といった素人が法的思索に対し興味を持つことを始めている。サー・レズリー・ステイブーン(Steuart)による『倫理科学』は特筆すべき明敏さを持って法と倫理との関係を描写してみせている。ジジック教授の『政治学の諸要素』は、オースティンの主権理論に対する精妙な批判を含んでいる。法的思想の伝播はまたしても英国法の数々の法準則をステイブーン『刑法提要』やチャルマー『為替手形法提要』といった一団の原則に収斂させようという努力を刺激した。そしてこれらの非正規の種々の「提要」の幾つかは議会通过して議会制定法に既になっているのだが、英国法の完全な法典へと基礎を設置しているのである。今では、この法学的文学作品の再生といったものは、ほぼ完全に法学教授の作品によってなされている。しかしながら、その法学教授たちこそが、自己の作品が完全というのには程遠く、彼らの努力の基礎にある様々な思想はブラックストンによるものであることに最初に気づいたのである。ブラックストンの名は、その天才が英国法に英国高尚文学に於けるその高く正当な地位を与えることを要求し弁

明した高名な法律家、完璧な法学教授、教養ある文人として永久に留まり続けるであろう。

了

本論文の内容は一九〇九年六月一二日土曜日にブラックストン『英法釈義』に関する公開講義としてオックスフォード大学オール・ソールズ・カレッジにおいてダイシーにより講読されたものである。

(1) リンカーン及び彼の友人の多く及び同時代人たちはブラックストンのような法学的著作者の研究と北部と南部との不可避免的政治闘争から生ずる優れて法的、憲法的な諸問題を常に論ずることによって多くの知的訓練を受けてきた。ヨーロッパではこの法学的政治的教育の成果及び充実性は過小評価されているのである。

(2) ハーバード大学ウェルド講座教授法学博士ジェームズ・ブラッドリー・ゼアーによる『(※合衆国)各大学における英国法教育 *The Teaching of English Law at Universities*, (1895)』 pp. 4, 5を参照。英国で現状より遙かにもっと知られてしるべきこのパンフレットから私のブラックストンの合衆国における影響の実例は主に採用されたのであるが、過去においてこのことは疑問とされてきた。

(3) 一九〇九年に書かれた。(※C L Jの編者はこう書くが一九〇九年に同様の百科事典は出版されていない。また百科事典が一年で書かれることも通常ない。一九〇五年に第二版の出版を終えた『英米法百科事典』への言及であろうか?)

(4) ウェストレイク Westlake氏は、彼の同時代人達が有していなかった、サーヴィニーや他のドイツの権威から得た知識を、国際私法の解釈を明確にするために適用し、そうすることにより英国における当分野での幾つかの論点において転機をもたらした。

(5) 本論文が書かれた一九〇九年当時、オックスフォード大学の法理学のコーパス・プロフェッサー。一九二五年死亡。

(6) ホールズワースの『英国法の歴史』の第二巻、第三巻の初版が一九〇九年には出版された。(※しかしながら『英国法の

『歴史』は全一七巻でその死後、後継者により引き継がれ一九六七年まで出版は続いておりここでダイシーが言うように「完成させた」というには程遠い。

(7) 一八八三年から一九〇三年までオックスフォード大学の法理学のコーパス・プロフェッサーを務める。

訳注

(i) エドモンド・バーク Edmund Burk (1729-97)

アイルランド生まれの英国の哲学者、文筆家、政治運動家。英国の自由党であるホイッグの中で当時起こったフランス革命を認めないとする「旧ホイッグ」の頭目として活動したため「英国保守主義の祖」と称される。主著は『フランス革命の省察 Reflections on the Revolution in France (1790)』。サミュエル・ジョンソンの「文学クラブ」の創立メンバーでもあった。バーク著作集はダイシーによりしばしば引用される。

(ii) マンスフィールド卿 Lord Mansfield の名で法学者からは通常親しまれているウィリアム・マレー William Murray (1705-93) は一八世紀を代表する裁判官、法改革者、国会議員。初代マンスフィールド卿。スコットランド生まれのイングランド法曹として当時、大英帝国に統合されたばかりのスコットランドからの上訴を数多く手がけその名称を不動のものとした。特に一七世紀に合意主義を取り入れた大陸より一〇〇年は遅れていた一八世紀当時のコモン・ローを新しい取引法へと改革したことで有名である。商人法及び保険法および契約法の分野において、産業改革を経て「世界の工場」として発展した英国社会の実情にコモン・ローを近代的に適応させたパイオニアとして知られる。オックスフォード大学でローマ法の欽定講座教授になれなかった失意のブラックストンに『英法積義』を書くようにアドバイスしたのはマンスフィールド卿であった。

(iii) マシュー・ヘイル Matthew Hale (1609-76)

一七世紀の内戦記英国を代表する裁判官であり法思想家。法廷弁護士として多くの王党派の弁護を担当したりもした。チャールズ二世の王政復古時の最初の財務府裁判所長官を務めた後、王座部裁判所長官を務めた。主著は王室に反する死罪犯罪の沿革を取り扱った『Historia Placitorum Coronae 王室刑事裁判所訴訟誌』(ヘイルの死後、一七三六年に、生前に指示し

た作品以外は手稿を一切出版しないようにというヘイル自身の遺言に反して出版された）及びここでオースティンに『分析』として言及されている（訳文中では題名を補完した）未完の小品である『コモン・ローの分析 Analysis of the Common Law』がある。彼の法思想はクックとセルデンの中間を行くとも評されており、自然法論ではホップスを批判した。ヘイルはセルデンの親しい年若い友人でもあった。『コモン・ローの分析』は近代的な分析的枠組みで初めてコモン・ローを叙述した名著とされ、ここでオースティンに批判的に指摘されている通り、ブラックストン『英法積義』の体系に優れて影響を与えたことが今日でも一般に、多くは肯定的文脈の中で、承認されている。

(iv) 「Milliner's Model Doll ミリナーのモデル人形」として知られる主に一八二〇年代から一八六〇年代にかけて英国などで流行した張り子細工 (Papier Mache) の顔をつけた人形の一種。胴体や手足は木製であったり、張り子であったりした。もつとも、なぜミリナーなのか名称の由来も今日はつきりしない。一九世紀末に大流行した所謂フランス人形ことビスク・ドールに比べると随分地味かつサイズも小さい。現代人の目からは比較的地味ながらもフリルなどのついたひらひらしたドレスのものが当時もあった。オースティンはそのようなものをイメージしているのであろう。

(v) サー・ケネルム・エドワード・ディグビー Sir Kenelm Edward Digby (1836-1916)

法学者であり官僚。一八九五年から一九〇三年まで Permanent under Secretary of State at the Home Office 最初オックスフォード大学コーパス・クリステイー・カレッジに学び後、実務法曹として一八六五年リンカーンズ・インに所属、一八六八年から一八七五年までオックスフォード大学で教鞭をとり、『物権法史入門 An Introduction to the History of the Law of Real Property (1875)』を出版、名声を博した。ヴィクトリア女王治世下でのグラッドストーン内閣による古典的自由主義 (Gladstonian Liberalism) の賛同者としても知られる。ディグビー家は名家で多数の有名人を輩出しておりサー・ケネルム・ディグビーと言えば、エドワードの父の弟であったケンブリッジ大学トリニティ・カレッジで学びジジックとも友人であった Kenelm Henry Digby (c. 1800-1880) もいるが、上記の『物権法史入門』で、しばしば、ブラックストン『英法積義』が引用されているので世代的にも、ダイシーはケネルム・エドワード・ディグビーに言及しているものと思われる。

(vi) ハワード Justice Stephen として言及されているのは J・F・ステイブンことジェームス・フィッツジェームス・ステープ

ン James Fitzjames Stephen (1829-1894) であり一九世紀英国を代表する法律家、裁判官、作家であった。彼はヴィクトリア女王により初代ステューブン男爵として爵位を受けており、ゆえにサー・J・F・ステューブンの本論文中では称せられている。主著は『英国刑法概観 General View of the Criminal Law of England (1863)』『自由、平等、友愛 Liberty, Equality, Fraternity (1873-4)』『英国刑法史 History of the Criminal Law of England (1883)』で主に刑法学に造詣が深かった。ブラックストンの同世代の批評家としてステューブンを称せられているのはこの人物で、次注で扱う『新英法積義』の作者のサージェント・ステューブンをやレズリー・ステューブンは区別されるべきである。一九〇一年 Law Quarterly Review 一七巻、pp. 383-92にダイシー自身の論文 A. V. Dicey, "The Life of Sir James Stephen サー・ジェームス・ステューブンの生涯" が収録されている。この論文はフランス行政法を扱った A. V. Dicey, "Droit Administratif in Modern French Law", *Law Quarterly Review*, 17 (1901), pp. 301-18 と同じ号に収録されているが、何故か殆ど知られておらず、リチャード・コスグローブによる伝記的研究のダイシーの論文・著作録からも遺漏している。Richard A. Cosgrove, *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, (North Carolina, 1980), pp. 301-7. 伊藤正巳「田島祐訳 A・V・ダイシー『憲法序説』(学陽書房一九八三年)に於ける田島祐氏の解題に於けるダイシー業績の分析 (pp. 449-466 第一章「ダイシー人と業績)」はコスグローブ(田島氏によればコスグロウヴ)論文・著作録に依拠しておりその意味で日本に於ける研究史からも取り漏らされた感のある論文である。論文や著作でしばしば折りにふれ言及されており、ダイシーの中で大きな位置をしめた同時代の学者であったことは疑いない。

(vii) ヘンリー・ジョン・ステューブンの Henry John Stephen (1787-1864) SL

西インド諸島で生を受けケンブリッジ大学セント・ジョーンズ・カレッジで学ぶが卒業しなかった。実務法曹になるが、神経質で人と争うことを嫌う人物で成功しなかった。しかしながら学究肌の作品で彼の名声は保障されることとなる。民事の訴答 pleading に対する作品『A treatise on the principles of pleading in civil actions (London, 1824)』で名声を高めた一八二八年上級法廷弁護士 Serjeant at Law に昇進、コモン・ロー委員会のメンバーになったが、内向的な性格のため裁判官への任命を固辞。一八四一年から一八四五年にかけブラックストン『英法積義』を編纂しなおしたいわゆるステューブンの『新英法積

義』四巻を出版し大成功を収め、一九世紀後半の標準的テキスト・ブックとなった。編集は彼の子ジェームズ・ステイブブン(二八二〇—一八九四)と彼の孫H. St. James Stephenへと三代受け継がれ、ダイシーが本論文を発表した前年の一九〇八年には第一五版が登場している。最終版と思われる第一六版は一九一四年エドワード・ジェンクスEdward Jenks (1861-1939)の編集で出版されている。非常に影響力を持った作品であるが、ブラックストンの名声の影に隠れ、主にダイシーの当論文によって再評価された。

(viii) リチャード・バーン Richard Burn (1709-1785)

南ウエールズのウエストモerlandに生を受け、人生の大半をそこで過ごした法学者、オックスフォードで学んだ。オートの牧師になった後、治安判事に任命され、後、カーライル教区の司教代理 Chancellor に任命された。主著は『教会法 Ecclesiastical Law (London, 1760)』。『新法律辞典 New Dictionary of Law』の作者としても知られる。『英法積義』第九版、一〇版、一一版の編者でもある。

(ix) エドワード・クリスチャン Edward Christian (1758-1823)

最初ケンブリッジ大学のピーター・ハウスで学びついでセント・ジョンズ・カレッジに移籍した法学者。ケンブリッジでウィリアム・ウィルバーフォースの知己となる、一七八二年グレイズ・イン所属。一七八六年にダウニング・プロフェッサー Downing Professor of the Laws of England に任命され一八二三年の死まで同教授位に居た。『英法積義』の版では表紙に Edward Christian Esq. (Esquire 従者、Knight 騎士の一つ下の身分) として言及される。

(x) ジョン・テラー・コールリッジ Sir John Taylor Coleridge (1790-1876)

ケンブリッジ大学を中心に活躍した法学者及び裁判官。デヴォン州ティベルトンに生を受け、ケンブリッジ大学コーパス・クリステイー・カレッジで教育を受ける。卒業すぐの一八一二年に同大エクセター・カレッジのフェローに就任。一八一九年にはミドル・テンプルに所属し、以降、主に西巡回裁判区の裁判官を務める。一八二五年には彼の版の『英法積義』を出版し名声を高める。一八三二年に上級法廷弁護士 S.L. に昇進。一八五二年にはケンブリッジ大学から市民法博士位 D.C.L. を送られる。一八五八年には枢密院司法委員会の判事に昇進。詩人のサミュエル・テラー・コールリッジの甥である。

(xi) ジョゼフ・チティ Joseph Chitty (1776-1841)

代々高名な法律家の家系で同名のジョゼフ・チティ Joseph Chitty (1729-1795) の子として生まれる。多くの商業法の実務的マニュアル書も手がけたが『万民法論 *Treatise on the Law of Nations* (1812)』やエメール・デ・ヴァッテル (1714-67)『万民法 *Le droit des gens, ou, Principes de la loi naturelle, appliques a la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1785)』の注釈付き英訳 Emer de Vattel, *The Law of Nations; or, Principles of the Law of Nature, applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns* (1833 ed.) などの国際法への業績や実務的注 practical notes 付きブラックストン『英法釈義 (一八二六年版)』の編者として特に名高い。

(xii) サミュエル・ジョンソン Samuel Johnson (1709-1783)

一八世紀英国を代表する文学者、思想家、辞書編纂者。リッチモンドフィールドに生まれ、オックスフォード大学に学んだが、貧しさのため中退し故郷に戻り一時期グラマー・スクールの教員となった。後、一七三七年からロンドンに出て、劇作を書いたり雑誌に寄稿したりしつつ、文筆で糊口をしのいだ。一七四六年に後に「文学クラブ」となる「クラブ」を創立した。同年、一七世紀にフランス学士会が四〇年掛け出版した『フランス語辞典 (一六九四)』に感銘をうけ『英語辞典 *A Dictionary of the English Language* (1855)』の企画を発表、不可能かと思われたほぼ独力による二巻組の『*A Dictionary of the English Language* (1855)』の出版で永久にその名を残した。本書は全て使われている英語を収録しようという野望的意図のもとに行われ、前人未到の大事業であった。単なる辞書というにとどまらず各アーティクルはジョンソン博士自身の痛烈なユーモアにあふれていた。他には『詩人列伝』、『シェイクスピア全集』の編纂でも知られる。ダイシーの指摘する通り近代英語の語彙や語法、ダイシーの言葉では「紳士と学者の言葉」を確立したのは、一八世紀のジョンソンの知的サークル特に「文学クラブ」のメンバー達による影響が大きい。ボズウェルによる『サミュエル・ジョンソン伝』も名著として名高く岩波文庫の神吉三郎訳や中野好之訳などで日本でも広く読まれている。

(xiii) ジョン・ダンニング John Dunning (1731-1783)

初代アシュバートン男爵。サミュエル・ジョンソンの友人。一八世紀を代表する法律家であり庶民院の国会議員、政治家。

一七五二年にシドル・テンプルに所属しロンドンで法律家業を始めた。彼の一七八〇年国会での「王権の影響力は大きくなってきており、今も大きくなっている、そしてそれは削減されねばならない。the influence of the crown has increased, is increasing, and ought to be diminished?。」というフレーズは非常に有名である。主著に憲法論『*Inquiry into the Doctrines lately promulgated concerning Juries, Libels, &c., upon the principles of the Law and the Constitution.*』がある。

(xiv) 原語は *bigot*、現代の用例では宗教・人種・政治などについてがんな偏見をもつ者、偏屈者との意味であるが、ここでは保守、過激派、左右両方の頑迷な主義者というニュアンスに理解し訳出した。

(xv) チャタムは大ピットこと、William Pitt (1708-1778) の愛称である。彼が、初代チャタム伯爵1st Earl of Chatham であったことに由来する。

(xvi) 鯨ひげは当時一般に「女性用コルセット」の原料として知られており、*whalebone* という言葉自体が鯨ひげ製品であるコルセットを示す言葉であった。ここでブラックストンは恐らく、女性用コルセットを表す *whalebone* という言葉を字義通り、「鯨の骨」と理解しており、実際は、髭クジラの頭部にある「髭」の名称であるということに無知であったわけである。なに、「女王がクジラの尾部からコルセットを取るために、尾の部分は女王に与えられているのである」と述べているわけである。当然、鯨ひげはクジラの頭部にしか存在せず、ブラックストンの理由付けは全く理屈にならない。

(xvii) この引用導入部分は原文に存在しないが明確に『英法釈義』からの引用であるので適宜挿入した。代わりに原文では C L J の編者により「he writes ブラックストンは書いている」というのが引用内に挿入されているがそれは割愛した。

(xviii) 「英国の国制」の原語は「*English constitution*」で英国憲法も含意する。ここからブラックストンを通じて語られる近代特に一八世紀イングランドを中心とした理想化された「古の国制論 *ancient constitution*」の概念に関してはポーコックによる研究が名高く日本にも紹介されて長い時間が経過している。Cf. J.G.A. Pocock, *The ancient constitution and the feudal law: a study of English historical thought in the seventeenth century*, (Cambridge, 1957).

(xix) *ソング*で言及されているコーロリッジは詩人のコールリッジである。

(xx) 原語は *institutional writer*、英国に限らずヨーロッパでは母国の慣習法を体系的に叙述する場合ローマ法のユ帝『法学提

要 *Institutiones*』の体系に基礎をおいたのでこの名称がある。英米法の「権威的典籍」であるグランヴィル、ブラクトン、クックなど全てユ帝『法学提要』に体系的基礎をおいている。特にこの文脈では、ダイシーはブラックストン『英法釈義』がマシユー・ヘイルの『コモン・ローの分析』を通じてクック『英法提要』に連なる系統上にあること意識しているのであろう。ローマン・ダッチローに基礎を置きながらコモン・ローの影響を受けたスコットランド法では *institutional writer* と言う言葉はステア卿の『スコットランド法提要』などに代表される体系的記述家を意味する言葉として多用され、一種独特の含意を有する。

(xxi) 後に「ジョンソン、バーク、ゴールドスミス、ヒューム、アダム・スミス、ギボン、バーク、そしてブラックストンといった作家たち」と実名で書かれているのがジョンソン学派と言われて良い人物たちである。先述したようにサミュエル・ジョンソンの『英語辞典』は、それまでラテン語やロー・フレンチが公用語とされ英語が顧みられなかった世代の中で初めて国民的な土着語としての英語の用法や正書法としての綴り字を確定したものである。近代英語はジョンソンに始まると言ってもいい。一八世紀を境として様々な国で国家的事業としての辞書編纂が行われ、ヨーロッパ知識人の共通言語としてのラテン語書籍の出版量は激減した。近代にラテン語やローフレンチの用例が減っていく実例に関しては、J. H. Baker, "The Three Languages of Common Law", *McGill Law Journal*, 43 (1998), pp. 5-24.

(xxii) 英国法制史学の金字塔である所謂ポロック&メイトランドこと『エドワード一世治世までの英国法の歴史』について言っているであろう。同書は一八九五年に初版が一八九八年に第二版がケンブリッジ大学出版から出版され好評を博した。同世代の学者にも主要執筆者はメイトランドであることは周知であった。一九〇九年本論文執筆時の七四歳のダイシーにとつては第二版の出版から一一年が経過している。メイトランドはダイシーより一五歳年下であるが一九〇六年にカナリー諸島で熱病を得て五六歳で死去しており既に故人であった。メイトランドの著作はタイトルの示す通り一四世紀初頭エドワード一世治世(一二三九—一三〇七)でその叙述を終える。続く一文でダイシーが言っているのは、メイトランドが急な死を遂げなかつたならば英国法史全体についての著作が得られたであろうという嘆きである。そのような英国法史の包括的叙述の要求はホールズワース *William Searle Holdsworth* (1874-1944) によって既に一九〇二年から出版が開始されていた全一七巻の大著

『英国法史（一九〇三—一九六六）』によって一応は満たされることとなる。

(xxiii) オリバー・ゴールドスミス Oliver Goldsmith (1730-1774)

アイルランド生まれの英国の詩人、小説家、劇作家。当初、ダブリン大学のトリニティ・カレッジで自由学芸を学ぶが法学や神学の勉強を疎かにしたまま卒業、教会などに就職できず、以後、エジンバラ大学で医学を志しライデン大学に留学、以降、オランダフランドル地方、フランス、北イタリアなどを遊学するが、医学の道も大成せずロンドンへと戻ることとなる。ロンドンで生活のため雑誌に書いたコラムが人気を集め後に『世界市民（一七六二年）』の名で出版。これが文筆家としての出世作となる。一七六四年にサミュエル・ジョンソンの結成した「ザ・クラブ」（後の文学クラブ The Literary Club と改名）の創立メンバーとなり様々な作品を発表した。ジョンソン・サークルの文人である。代表作は『ウェイクフィールドの牧師（一七六六）』でゲートをして小説の規範と言わしめたことで有名。『憲法序説』の最初の注（伊藤・田島訳 p. 4）で『世界市民（一七六二）』書簡四の挿絵についてダイシーは、一八世紀英国人の自国憲法への誇らしい感情をこれほど活き活きと描いているものはないと言及されている。

(xxiv) 原文ではイタリックで *Commentaries* とだけされているが *Commentaris on American Law*, (1826-30) で『アメリカ法釈義』と訳出した。

(xxv) オックスフォードで学年末試験が終わり七月頭辺りから夏休みが始まる丁度一週間ほど前の、六月末の時期である。

(xxvi) 日本の学会では研究社の英和中辞典などの影響で「ミクルマス」と発音表記することが多いが、現在のオックスフォード大学における発音は「ミカエルマス・ターム」である。英国は九月末や一〇月第一週あたりから新学年の秋学期が始まるがそれがたいいていの学生や教員が帰省する、日本で言う正月休みのなクリスマス直前まで続く。オックスフォード及びケンブリッジ大学ではこの秋学期を「法廷の開廷時期」などがそれに基づいていたキリスト教暦の伝統を次いで「ミカエルマス・ターム」と伝統的に呼んでいる。要するに新年度の新秋学期から新しい講義が始まりますよという告知・宣伝である。

(xxvii) ヴァイナー講座

チャールズ・ヴァイナー Charles Viner (1678-1756) の一万二千ポンドの遺言贈与によりコモン・ローを教えるために設定

された教授位にともなうオックスフォードに設置された講座。本講座の設置以前は、英国の大学ではローマ法とカノン法だけが教授されていた。初代ヴァイナー講座教授はブラックストーンであり、ダイシーは第七代目にあたり、ブラックストーン以降、前任者五人について簡単に説明している。ダイシーの次はゲルダート、ホルズワースへと引き継がれ、現代では一四代目をアンドリュー・アシユワースが務めている。

(xxviii) ヌンコマール事件

ヌンコマール Nuncomar として知られていたナンダ・クマール Nanda Kumar (d. 1775) は、一八世紀インド政府の高官でウォレン・ヘースティングズの長年の部下であったが、彼が一七七五年に上司ヘースティングズを公金横領の罪で訴え、本国では大問題に発展したが、まだ裁判の決着がつかぬうちに、当のヌンコマールは同年、文書偽造罪で告発され死刑にされてしまった。バークやマコレーはウォレン・ヘースティングズとインド司法長官エライジャ・インペイを、証拠隠滅のための「司法殺人」として告発したが、これを審査したサー・ジェームズ・ステイーブンは文書偽造罪の告発はヘースティングズが関与しない通常手続きで行われており、それを審査したインペイの審査も公正なものであったとし無罪の判断を下した。Sir James Stephen, *The Story of Nuncomar*, (2 vols., 1885). この一連の騒動がヌンコマール事件として知られる。彼はインドの裁判官を兼任していたので、関係したのは、ヌンコマールが文書偽造罪で訴えられた事件のほうであろう。

(xxix) 父ブラックストーンもニュー・イン・ホルルの学長であった。

(xxx) ジョン・リーブス John Reeves (1752-1829)

一八世紀後半から一九世紀前半に活躍した英国における裁判官、法学者、歴史家、官僚で保守党の活動家。バークスと同様に当時発生したフランス革命への同調者を危険視し、英国内における過激なジャコバン派の言動に対し保守的論陣を張った。代表作はここで言及されている五巻組の大作である『英国法史 History of English Law, 5 vols., (1783-1829)』。ブラックストンの影に隠れ忘れられがちな作品であるが、「英国法史」を考える上で重要な時期に位置する作品である。しかしながら、ダイシーの評価は「読めたものでないし読まれなかった unreadable and unread」と簡潔かつ仮借ないものである。

(xxxix) トーマス・バビントン・マコレー Thomas Babington Macaulay (1800-1859)

初代マコレー男爵 Lord Macaulay マコレー卿判事としても知られる詩人、歴史学者であり、法律家であり、ホイッグの政治家。ここで述べられているように、一九世紀のインドにおける様々な立法の基礎を固めた立法者でもあった。Sir George Otto Trevelyan, *The Life and Letters of Lord Macaulay*, (Oxford, 1876); G. M. Young (ed.), *Speeches by Lord Macaulay with his Minute on Indian Education*, (Oxford, 1935).

(xxxii) ウィリアム・ペイリー William Paley (1743-1805)

一八世紀に活躍したキリスト教擁護論者であり哲学者であり、功利主義者。彼の作品は所謂、自然神学に分類され同名の『Natural Theology』という本も出版している。所謂理神論の系列で、合理的理性によりキリスト教を擁護しようとしたが、興味深いことに、同時に功利主義者でもあった。ここで問題とされているのは彼の『道徳哲学 Moral and Political Philosophy』である。

(xxxiii) エドワード・バーテンシヨール・サグデン Edward Burtenshaw Sugden (1781-1875) 1st Baron St Leonards 初代セント・レナード男爵。

一八世紀から一九世紀にかけての英国の法律家、裁判官、保守党政治家。一八〇七年には既に『簡潔実務不動産売買法論 Concise and Practical Treatise on the Law of Vendors and Purchasers of Estates』を出版して高い評価を得ておりこれのことか。

(xxxiv) ジェームズ・ブライス James Bryce (1838-1922)

英国の裁判官、法学者、政治家。グラスゴー大学、ハイデルベルク大学、オックスフォード大学トリニティ・カレッジで学ぶ。ロンドンで一時実務に携わるが、すぐオックスフォードに呼びもどされ一八七〇年から一八九三年までローマ法欽定講座教授を務めた。法理学、歴史学、ローマ法、公法様々な分野で業績を残した。ここで言及されている『American Commonwealth』は一八八八年に出版された。ダイシーのオックスフォードにおける近しい友人であり、本記念講演の時も恐らくは臨席していたはずである。

(xxxv) アボット・ローレンス・ローウェル Abbott Lawrence Lowell (1856-1943)

一九〇九年から一九三三年までハーバード大学の学長を務めたアメリカの法学者。当初は『会社内における株式移転 Transfer of Stock in Corporations (1884)』など私法分野についても書いていたが、以降はほとんど統治論や世論の果たす役割など公法分野の著作が多く、一八八九年におけるハーバードにおける特別講義として『法と世論』を出版したダイシーにとって二一歳ほど年下で正に後輩のような位置にある法学者であった。一九〇九年はローウェルがハーバードの学長に選ばれた年であり、その前年アメリカの法学者でありながらここで言及されている『英国の統治 The Government of England, 2 vols. (1908)』を出版しまさに油の乗り切った時期であった。

(xxxvi) コーツニー・スタンホープ・ケニー Courtney Stanhope Kenny (1847-1930)

英国の法学者、裁判官、自由党庶民院議員。グラマー・スクールを卒業後非法律士に就職するが、ケンブリッジ大ダウニングカレッジで法学徒歴史学を学ぶ。トライボスでウィンチェスター・レディング賞を受賞、同大の生徒会長になる。「長子権」に関する歴史論文をメイトランドと共著で執筆、ヨーク賞を受賞。ここで、『刑事法』として引用されているのは、『刑法概観 Outlines of Criminal Law』であり英国、アメリカ双方で広く読まれ版を重ねた。

(xxxvii) メルビル・マジソン・ビッグロー Melville Madison Bigelow (1846-1921)

ボストン大学のロー・スクールの創立者の一人として有名な法学者。ここで言及されている『不法行為法の基礎的要素 Elements of the Law of Torts (1878)』は基本書としてアメリカで広く読まれた。

(xxxviii) サー・レズリー・ステイーブン Sir Leslie Stephen (1832-1904)

英国の文学史家、思想史家、批評家、登山家。『英国人名辞典 The Dictionary of National Biography』の主幹。三歳年上のダイシーの父方の従兄弟に当たる。ダイシーとブライスのアメリカへの憧憬とその卒業旅行はレズリー・ステイーブンの影響が大きい。アメリカの法学者ホームズとも親交があった。小説家ヴァージニア・ウルフは彼の娘。

米国奴隷制とドレッド・スコット事件

——トニー第五代長官の時代——

甲 斐 素 直

〔はじめに〕

ロジャー・ブルック・トニー (Roger Brooke Taney, 一七七七年—一八六四年) は、弁護士で、もともとは連邦党员としてメリーランド州選出下院議員に選出されたが、一八二四年の大統領選挙の際に民主共和党に入党し、ジャクソン (Andrew Jackson) の支持に回った。

トニーは一八三一年にジャクソン大統領からアメリカ合衆国司法長官に任命され、三三年までその任にあつ

た。トニーは司法長官として第二次合衆国銀行の廃止を主張したジャクソン大統領を支援した。

一九三三年、財務長官のマクレーン (Louis McLane) が合衆国銀行の存続を主張し、合衆国銀行から連邦政府の資金を引き出すことを拒絶すると、ジャクソンはマクレーンを更迭し、後任にデュアン (William John Duane) を任命した。しかし、デュアンもマクレーンと同様の態度をとったので、ジャクソンはデュアンも更迭し、トニーをその後任としてに任命した。財務長官に就任した

トニーは速やかにジャクソン大統領の政策を実行し、第二次合衆国銀行に止めを刺した。

上院は大統領による権限の強引な行使を非難し、トニーの財務長官就任に異議を唱えた。財務長官もまた、国務長官同様、大統領が指名し、上院指名承認公聴会での質疑応答を経た後、上院本会議にて出席議員の三分の二以上の賛成多数をもって就任が承認される職である。その結果、トニーは辞職せざるを得なくなった。しかし、司法長官に復帰する道を選ばず、メリーランド州に戻って弁護士を開業した。

一八三五年、ジャクソンは、トニーを合衆国最高裁判所陪席判事に指名した。しかし上院はトニーを嫌い、再び異議を唱えて、その陪席判事就任を阻んだ。

一八三六年、マーシャルが馱馬車の事故により、現職の連邦最高裁判所長官のまま死去した。そこで、ジャクソンは、その後任にトニーを指名した。今度も上院の反ジャクソン派は猛反発したが、この時にはジャクソンの民主党が上院の多数を占めていたため、辛くも承認を得ることができたのである。

このように、波乱の出発となったトニーコートであ

るが、トニーの在任期間は一八三六年三月二十八日―一八六四年一〇月一二日と三二年余に及ぶ。これはマーシャルの三四年余に次ぐ長期記録である。その間、大統領は第七代ジャクソンから第一六代リンカーンまで一〇人に達している。

裁判官としてのトニーは、ジャクソン大統領から任命を受けた他の多くの裁判官と同様に、州が強い権限を持つことを好んだ。これは前任のジョン・マーシャルとは異なる価値観であり、そのためしばしば、マーシャル時代に下された判決とは異なる判決が下されることがあった。その典型が、本稿が中心の問題とする一八五七年のドレッド・スコット対サンフォード事件である。この判決は南北戦争に至る原因を作ったという点で、連邦最高裁判所判決としてもっとも歴史に大きな原因を与えたものである。

この事件もまた複雑な背景を有する事件で、判決の意義を理解するには、当時の米国の憲法その他の法律がどうなっていたか、また、それを取り巻く政治状況はどうなっていたか、というような背景を理解する必要がある。そこで、判決の説明に入る前に、まずその背景の説明か

ら始めたい。

一 合衆国における奴隸制

(一) 合衆国法に見る奴隸条項

米国の建国初期における指導者達と奴隸制度は密接な関係がある。初代大統領ワシントンから二代大統領テイラー (Zachary Taylor) までの一二人のうち、奴隸所有者でなかったのは、二代のジョン・アダムズと六代のジョン・クインシー・アダムズの親子二人だけである。⁽¹⁾ それ位であるから、合衆国憲法そのものの中に、奴隸制を保障する規定が多数存在している。

一条九節一項の規定はその典型である。

「連邦議会は、一八〇八年より前においては、現に存する州のいずれかがその州に受け入れることを適当と認める人びとの移住または輸入を、禁止することはできない。但し、その輸入に対して、一人につき一〇ドルを超えない租税または関税を課すことができる。」

関税の対象となる「人びとの輸入」とは奴隸以外にあり得ない。また、拙稿『米国初期の憲法判例』(以下「第

一稿」と呼ぶ⁽²⁾) で述べたヒルトン事件 (Hylton v. United States) に関連して紹介した一条二節三項にある「自由人以外のすべての者の数の五分の三」と表現されている者も奴隸以外にはあり得ない。

四条二節三項もきわめて重要である。

「一州において、その州の法律によつて役務または労務に服する義務のある者は、他州に逃亡しても、その州の法律または規則によつてかかる役務または労務から解放されるものではなく、当該役務または労務を提供されるべき当事者からの請求があれば、引き渡されなければならない。」

ここにいう「その州の法律によつて役務または労務に服する義務のある者」というのが、奴隸の婉曲な表現である事は明らかであろう。要するに、これは逃亡奴隸の返還義務を定めた規定である。そしてトーニーコートの時代の連邦最高裁判所は、この規定を厳格に適用した。一八四二年にでたブリッグ対ペンシルヴァニア (Priggs v. Pennsylvania) 事件は、その代表的なものである。⁽³⁾ この条項は、南北戦争後に制定される第一三修正によつて削除されることになる。

もちろん初期においても、奴隷制度を否定する動きはあった。その端的な例が北西部条例 (Northwest Ordinance)⁴ である。これは、一七八七年七月一二日に連合規約下のアメリカ合衆国連合会議で全会一致で可決された。第一稿で、連合規約のメリーランド州の批准が大変遅れた理由として、「バージニア州とニューヨーク州がオハイオ川渓谷の領有権主張を取り下げざるまでは批准しないとしていたため」と説明した。ここでは「オハイオ川渓谷地域」と呼ばれていた地域を、この条例では北西部と呼んでいる。これは、今日のオハイオ州、インディアナ州、イリノイ州、ミシガン州、ウイスコンシン州及びミネソタ州の一部となる広大な地域である。

英国は独立戦争を



終わらせる一七八三年のパリ条約で、合衆国にオハイオ川の北およびアパラチア山脈の西のこの地域を割譲した。この地域に対し、バージニア、マサチューセッツ、ニューヨークおよびコネチカットの各州が領有権を主張した。これに反発したメリーランド州等に対する配慮から、ニューヨークは一七八〇年に、バージニアは一七八四年に、マサチューセッツとコネチカットは一七八五年に領有権主張を取り下げた。この結果北西部地域の大半はどの植民地にも属さないで、合衆国政府に所有される公共の土地となった。そこで、その土地を管理するための法律が作られる必要があった。それが北西部条例である。

拙稿『米国違憲立法審査権の確立』(以下、「第二稿」という⁵)でマカラック事件 (McCulloch v. Maryland) におけるマーシャルの判決に関連して、アメリカ法の父と呼ばれるデーモン (Nathan Dane) という人物を紹介した。デーモンは、この北西部条例の起草に当たり重要な役割を演じた。デーモンは、起草の最終段階で北西部地域における奴隷制度の禁止条項を挿入したのである。それが、条例の第六条である。

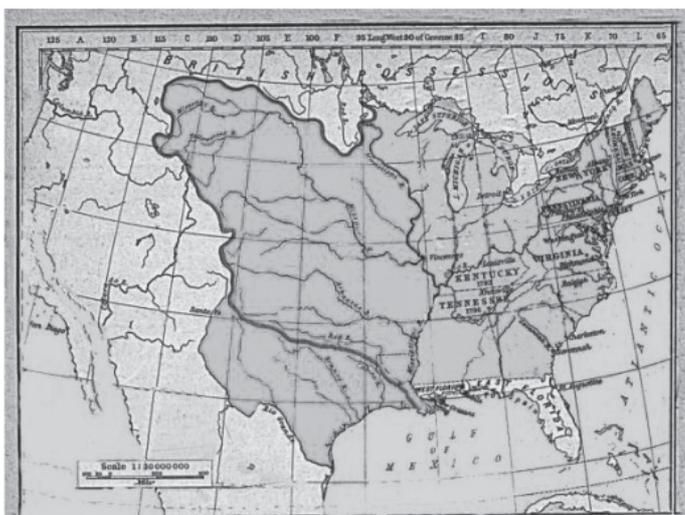
Art. VI. There shall be neither slavery nor involuntary servitude in the said territory, otherwise than in punishment of crimes, whereof the party shall have been duly convicted: Provided always, that any person escaping in the same, from whom labour or service is lawfully claimed in any one of the original States, such fugitive may be lawfully reclaimed, and conveyed to the person claiming his or her labour or service as aforesaid.

第六条 前記地域では、犯罪の処罰により有罪判決を受けて義務づけられた場合を除き、奴隷制及び意に反する隷属は存在しない。ただし、原初諸州のうち、労働やサービスが合法的に課せられている州であつて、逃亡者の合法的返還請求が定められている州から逃亡したいかなる人物も、彼または彼女の労働またはサービスを主張する人に常に提供される。

これが米国において奴隷制という言葉が、法制上で明確に使用された最初期の例である。以後、北西部地域に属した諸州は奴隷制を認めない自由州として発展し、奴隷制に経済の基礎を置く南部諸州との対立が徐々に深

まつていく。

一八〇三年、ジェファアソンは、ナポレオン一世から仏領ルイジアナ (French Louisiana) を購入した。これは、現在のルイジアナ州以外に、アーカンソー州、アイオワ州、カンザス州、ミネソタ州、ミズーリ州、モンタナ州、ネブラスカ、オクラホマ、ワイオミング、サウス・ダコタ、ノース・ダコタにまたがる広大な地域で、これを合衆国は一、五〇〇万ドルで入手した。しばしば史上最大の不動産取引と言われるが、価格についても一エーカーあたり約三セントという破格のものであった。合衆国大統領の権限として、



このような購入が可能かは、特にジェファースンの持論であった州権中心主義からすれば、憲法上疑問のあるところであったが、ジェファースンは敢えて踏み切った。これにより、合衆国の西部に向けての発展に弾みがつき、北西部及びこの旧領ルイジアナ地域から、次々と新しい州が生まれ、合衆国に加盟していくことになる。

(二) ミズーリ妥協

連邦党は一八〇〇年の大統領選挙以降、急速に衰退した。共和党のマディソンが第四代大統領となった一八〇八年の大統領選挙では、選挙人一七五人のうちマディソンは一二人をとったのに対し、連邦党のチャールズ・コーツワース・ピンクニーは四七人しかとれなかった。同じく共和党のモンロー (James Monroe) が第五代大統領となった一八一六年選挙では二七人の選挙人 (一九州) からモンローは一八三票 (一六州) を獲得したのに対し、連邦党が支持するキング (Rufus King) は、三州から三四票を獲得したに過ぎなかった。さらにモンローの二期目となる一八二〇年の大統領選挙では、連邦党は事実上消滅し、モンローは二三五人の選

挙人 (二四州) から二三一票 (二四州) を獲得した。モンローは投票人の死去による無効票の三票を除けば、あと一票でワシントンと同じく全会一致で大統領に選出されるという栄誉を手に入れることができた。⁶⁾

こうして共和党は絶頂期を迎えるのであるが、その足下に落日が迫っていた。南北対立が激化し、連邦分裂の危機が迫っていたのである。

大統領選挙の二年前である一八一八年に、ミズーリが奴隷州としてアメリカ合衆国への加盟を申請した。

そこで、その時点における奴隷州と自由州が、それぞれ何時連邦に加入したかを見よう。(表1)

このように、ミズーリ州が加盟申請した段階で、翌年正式加盟が認められる予定のアラバマ州を含めると、奴隷州と自由州の数が等しく一州ずつに分かれていた。ここで、ミズーリ州を奴隷州として認めることは、各州二人ずつの議員を出している上院で奴隷州の議員数が多くなるためにバランスを崩すことに繋がる。この理由で北部自由州は、ミズーリ州と抱き合わせの形で、メインを自由州として昇格させることを望んだ。結局奴隷州と自由州の妥協が成立し、メイン州の州昇格及びミズーリ

州の住民が州憲法を作成する権限を与えるという法律が成立した。この法律は一八二〇年三月五日に成立し、三月六日にジェームズ・モンロー大統領が批准した。この法律がミズーリ妥協 (The Missouri Compromise) と呼ばれる。

この法律のポイントは、その第八条にある。次の様な

条文である。

Sec. 8. And be it further enacted, that in all territory ceded by France to the United States, under the name of Louisiana, which lies north of thirty-six degrees and thirty minutes north latitude, not included within the limits of the state, contemplated by this act, slavery and involuntary servitude, otherwise than in the punishment of crimes, whereof the parties shall have been duly convicted, shall be, and is hereby, forever prohibited: Provided always, that any person escaping into the same, from whom labour or service is lawfully claimed, in any state or territory of the United States, such fugitive may be lawfully reclaimed and conveyed to the person claiming his or her labour or service as aforesaid.

第八条。そして、それはさらに次の点を制定する。すなわちルイジアナの名の下にフランスから米国に割譲されたすべての地域のうち、北緯三十六度三〇分の線の北にある地域においては、ミズーリ州の地域

表 1

Slave States	Year	Free States	Year
Delaware	1787	New Jersey	1787
Georgia	1788	Pennsylvania	1787
Maryland	1788	Connecticut	1788
South Carolina	1788	Massachusetts	1788
Virginia	1788	New Hampshire	1788
North Carolina	1789	New York	1788
Kentucky	1792	Rhode Island	1790
Tennessee	1796	Vermont	1791
Louisiana	1812	Ohio	1803
Mississippi	1817	Indiana	1816
Alabama	1819	Illinois	1818

出典=http://en.wikipedia.org/wiki/Slave_and_free_states

を除き、本法により、犯罪の処罰により有罪判決を受けて義務づけられた場合を除き、奴隷制及び意に反する隷属は、永遠に禁止される。〔以下略〕⁸⁾

これが、先に紹介した北西部条例六条とほとんど同一の表現であることが判ると思う。これにより、将来合衆国に加盟するであろう北緯三六度三〇分（ミズーリ州の



表 2

Slave States	Year	Free States	Year
Missouri	1821	Maine	1820
Arkansas	1836	Michigan	1837
Florida	1845	Iowa	1846

南側境界線にあたる) 以北の州は、自動的に自由州になる事が約束されたのである。
この妥協は、その後しばらくの間、表2のようにうまく機能する。

(三) テキサス加入問題

メキシコ人は主権在民、三権分立、奴隷制廃止等を叫んで独立戦争を行い、ついに一八二一年にスペインからの独立に成功した。テキサスは、当初は今日のメキシコと共にスペイン領であった。テキサス地域には、合衆国南部の住民が、奴隷を伴って入植していた。このため、メキシコの奴隷制廃止と衝突することになった。そこで、一八三六年、白人のテキサス入植者はメキシコからの独立を宣言した。これに対して攻め込んだメキシコ軍は、アラモ伝道所 (Alamo Mission) の攻略には成功したが、その後、テキサス主力軍に撃破され、メキシコ大統領サンタ・アナ (Antonio López de Santa Anna) 自身が捕虜になるという壊滅的敗北を喫して、テキサスの独立を承認することになる。

テキサスは合衆国への加盟を希望したが、自由州が新

たな奴隷州の加盟に反対したため、ひとまずテキサス共和国となった。

一八四三年、第一〇代大統領タイラー (John Tyler) は、テキサスを合衆国に加入させる条約を上院に提出したが、一六対三五の大差で否決された。

第一一代大統領ポーク (James Knox Polk) は、西部への拡大の強力な信奉者で、テキサスの併合を是非実現したいと考えた。そこで、一八四四年、上院に条約の承認を求める代わりに、両院の共同決議 (joint resolution) という手段を執ることにした。これにより、テキサスの併合は無事に認められた。翌一八四五年、テキサスは州として合衆国に加入した。加入時点で独立国であった国が、州となった唯一の例である。当然、奴隷州となった。

(四) 一八五〇年妥協

一八四六年〜一八四八年に米墨戦争 (Mexican-American War) が起った (墨とはメキシコ (墨西哥) の意味である)。

テキサス州を併合した合衆国は、テキサスとメキシコの国境をリオ・グランデ川 (Rio Grande River) と主張

した。それに対し、メキシコはグランデ川の北を流れるヌエセス川 (Nueces River) を国境と主張した。第一一代大統領ポークは米国領を確保するよう軍に命じ、軍がこれに応えてヌエセス川の南にブラウン砦 (Fort Brown) を築いたことから一八四六年四月二四日に両軍は戦闘状態に入った。そこで米国側は五月一三日にメキシコに宣戦を布告し、これを受けてメキシコは五月二三日に米国に宣戦を布告した。

米軍はその後、素早くカリフォルニアを占領し、さらにメキシコ軍を撃破してニューメキシコまでも占領した。他方海上からはベラクルスに上陸して、メキシコの一部チャプルテペック城 (メキシコシティ) も攻め落とし、一八四八年二月二日に調印されたグアダルーペ・イダルゴ条約 (Treaty of Guadalupe Hidalgo) により、メキシコは合衆国の国境線がリオグランデ川であることを認め、さらに一、八二五万ドルの現金及び三二五万ドルの債務の免除と引き換えに、今日のカリフォルニア州、ネバダ州、ユタ州、アリゾナ州、ニューメキシコ州、ワイオミング州及びコロラド州に相当する地域を米国に割譲した。この割譲により、メキシコは国土の三分の一を

失った。

こうして獲得した広大な地域をどうするかをめぐって様々な問題が発生していた。その時発生していた問題は、具体的には次の様なものであった。

第一に、上述のとおり一八四八年二月二日にメキシコから割譲されたカリフォルニアで、その直前、一八四八年一月二四日に金鉱が発見されており、以後、ゴールドラッシュが起こって爆発的に人口が増加していた。彼らは、合衆国政府の承認を待たずに、自由州とする憲法を制定し、州知事や議会議員、さらには連邦議会議員まで選出していた。しかし、ミズーリ妥協の南に位置する州であるため、奴隷州側がその自由州としての加入に反対し、南カリフォルニアを奴隷州として加入させるように主張していた。

第二に、奴隷州であるテキサスはリオグランデ川以南の土地をすべて自らの領地と主張していた。これに対し、カリフォルニアとテキサスの間にあるニューメキシコは、テキサスに抵抗し、そこを自らの土地と主張すると共に、カリフォルニア同様自由州としての加入を臨んでいた。また、テキサスはエルパソの領有も主張していた。

第三に、一八四九年にソルトレイクに入植していたモルモン教徒が、そこを中心とするデイザレット州 (State of Deseret)⁽¹⁰⁾ という州を作り出し、合衆国への加入を希望していた。

こうした問題を解決するために考え出されたのが、一八五〇年妥協 (Compromise of 1850) である。

これは、ミズーリ妥協の様な単一の法律ではなく、五つの法律の総称である。基本的にはホイッグ党⁽¹¹⁾のクレイ (Henry Clay) が発案したものであるが、成立させるのに失敗した。そこで民主党の、後にリンカーンの好敵手として活動するイリノイ州選出の合衆国上院議員ダグラス



(Stephen Arnold Douglas) が、これを五つの法律に細分化し、個別に審議させることで、成立させるのに成功したのである。

五つの法律とは、それぞれ次の法律である。⁽¹²⁾

一 テキサス州は、従来から主張してきたリオグランデ川東側の土地の領有を放棄し、そこにニューメキシコ準州の設置を認める法律⁽¹³⁾

二 カリフォルニアを自由州として合衆国加入を認める法律。⁽¹⁴⁾

三 ユタ準州を認める法律。⁽¹⁵⁾

四 一八五〇年逃亡奴隸法⁽¹⁶⁾

五 ワシントンD.C.における奴隸取引を禁止する法律。⁽¹⁷⁾

この妥協により、南北間の緊張は、四年間だけ緩和された。

この第一及び第三の法律に現れた人民主権 (popular sovereignty) 理論は重要である。すなわち、その地域の住民の投票によって、自由州となるか奴隸州となるかを決することができると言うことが、これらの法律には定められていた。これはダグラス上院議員の持論であり、

それがこの時、初めて合衆国の法律に明記された。これこそが、次に説明するカンザス・ネブラスカ問題の最大の原因となる。

(五) 流血のカンザス

仏領ルイジアナ地域のうち、今日、カンザス州及びネブラスカ州として知られる地域は、元々は合衆国とインディアン部族との条約上、シャイアン族

(Cheyenne) 及びアラチ族 (Apalachee) の居住するとされていた地域だった。しかし、一八五〇年以前に白人は不法にその土地に侵入し、やがて、その地域全体を開拓のために開放することを声高く要求した。間もなく幾つかのアメリカ陸軍の



砦がその地域に造られ、西方へ向かう道の旅人の護衛という名目の下にインディアンを圧迫し始めた。

その流れの末に、カンザス・ネブラスカ法 (Kansas-Nebraska Act)⁽¹⁸⁾ が一八五四年五月二六日に制定された。その中心となったのは、一八五〇年妥協の中心人物であるダグラス上院議員である。彼は、自分の選挙区であるイリノイ州シカゴを拠点とする大陸横断鉄道を夢見ていたが、そのためには、鉄道の路線となる地域が合衆国領土になる必要があったのである。しかし、問題は、その地域がミズーリ妥協の線の北にある事である。そこに新州を単純に作ると、自由州と言うことになり、南北バランスを崩す。そこで、ダグラスは、その地域を北のネブラスカ (Nebraska) と、南のカンザス (Kansas) とに分割し、それぞれに準州を創設して白人移住者に新しい土地を開放することをもくろみ、法案を作成した。おそらく、ダグラスの意図は、北のネブラスカが自由州に、南のカンザスが奴隷州になる事であったのだろう。

この法律が問題になったのは、ミズーリ妥協及び一八五〇年妥協の、この地域における実質的廃止が盛り込まれたからである。それを明記しなければ、カンザス

を奴隷州にすることは不可能で有り、そのために、ダグラスは、南部の要求に屈して、それを規定する必要があったのである。この法律は三七条で構成されているが、問題の規定は、一四条の末尾にさりげなく挿入されている。次の文言がそれである。

That the Constitution, and all Laws of the United States which are not locally inapplicable, shall have the same force and effect within the said Territory of Nebraska as elsewhere within United States, except the eighth section of the act preparatory to the admission of Missouri into the Union, approved March sixth, eighteen hundred and twenty, which, being inconsistent with the principle of non-intervention by Congress with slavery in the States and Territories, as recognized by the legislation of eighteen hundred and fifty, commonly called the Compromise Measures, is hereby declared inoperative and void; it being the true intent and meaning of this act not to legislate slavery into any Territory or State, nor to exclude it therefrom, but

to leave the people thereof perfectly free to form and regulate their domestic institutions in their own way, subject only to the Constitution of the United States: Provided, That nothing herein contained shall be construed to revive or put in force any law or regulation which may have existed prior to the act of sixth March, eighteen hundred and twenty, either protecting, establishing, prohibiting, or abolishing slavery.

憲法、及び地域には適用できないものを除くすべての合衆国法は、合衆国の他の地域と同様、前記ネブラスカ準州においても同一の効力と効果を有するが、ただし、一八二〇年二月六日に制定されたミズーリの州昇格法八条が定める州及び準州における奴隷制に対する連邦議会非介入原則と矛盾している条項、及び一八五〇年の、通常、妥協策と呼ばれる法律は、ここにおいては機能せず無効と宣言される。何らかの地域または州において奴隷制を制定し、もしくはそれを除外することは、本法の真に意図するところではないが、人民に、合衆国憲法に従うこと

を唯一の例外として、自らの地域制度を形成し、規制する完全な自由を与えるものである。ただし、ここに記載されている何も、一八二〇年の法律に先行するいかなる奴隷制を保護し、確立し、禁止し、または廃止する法や規制を復活させたり、強制したりするものと解釈してはならない。

ダグラスは、南部諸州は南のカンザス準州に奴隷制を拡張できる可能性があり、他方、北部諸州は北のネブラスカ準州で奴隷制を廃止する権利があるために、こうした立法で、北部と南部の間の関係を和らげられると期待したのである。

しかし、法案の反対者は南部の奴隷勢力に対する譲歩だと言って非難した。この法案に反対し、奴隷制の拡大を止めることを目指して、同法成立後まもない一八五四年七月六日に結党されたのが、今日の共和党 (Republican Party) である。共和党は、間もなくホイッグ党を吸収して北部で支配的な勢力として台頭することになる。

事態は、ダグラス上院議員の甘い予想に反し、きわめて殺伐たる経緯をたどった。北側のネブラスカ準州が自

由州になることは、ミズーリ妥協から当然に予想されたから、焦点になったのは南のカンザス準州であった。

まずカンザス・ネブラスカ法が成立した数日後に、隣接するミズーリ州から何百人もの住人がカンザス内に流入し、この地域すべてを奴隷制擁護地域とする意図で集会を開いて、志を同じくする仲間の団結を図った。北部や東部の自由州から最初の移民が到着する前に、ミズーリ川沿いのめばしい

場所は、ミズーリ州西部からの移住者によつてすべて抑えられたのである。そして、自由州から来た移民を、その線を通り過ぎせずに追い返した。

これに対し、ミズーリ妥協の北に奴隷州を許すまいと決意していた北部側で



カンザス州北東部地図

は組織的に大量の移住者を送り込み、彼らはミズーリ川の線を迂回してカンザスの奥深くに移住し、ローレンス等の町を建設した¹⁹。彼らは自由州派 (Free-Staters) と呼ばれた。これに対して奴隷制推進派は奴隷州派 (Pro-slavery settlers) と呼ばれた。東部からの移住者が流れ込むと共に、急速に自由州派の人数が奴隷州派よりもはるかに多くなっていった。

一八五五年三月三〇日にカンザス準州議会議員の選挙が行われた。この選挙では「国境の悪漢 (Border Ruffian)」と呼ばれた奴隷州派の活動家がミズーリ州から大挙してカンザス準州内に入り込み、武力で選挙の公正を害した。この結果、議会では奴隷州派が圧倒的な多数を占めた。このため、この議会は自由州派からは幽霊議会 (Bogus legislature) と呼ばれた。同議会は七月一日に開会し、悪名高い黒人法 (Black Law) と呼ばれる一連の立法を行って奴隷州としての既成事実を積み上げていった。

これに対抗して自由州派は八月一四日に、最初の自由州会議 (Free-state convention) を開催し、自由州制憲議会議員選挙を実施して対抗した。そして一〇月二三日

には、トピーカで、トピーカ憲法 (Topeka Constitution) と呼ばれるものを採択した。同憲法は二月一五日に住民投票に掛けられ、一、七三二対四六で承認された。当然、奴隷州派はボイコットしたわけである。こうして、自由州派と奴隷州派は、それぞれ知事を選出するなど、対立を深めていく。

一月二一日に、自由州派の一人が奴隷州派に依って殺害された事をきっかけに、カンザス準州内やミズーリ州との州境では奴隷州派移民と、自由州人との間で数々の暴力沙汰が続ぎ、「流血のカンザス」 (Bleeding Kansas)⁽²⁰⁾ と呼ばれるほどの騒擾状態になった。⁽²¹⁾

一八五七年九月七日に、奴隷州派がルコンプトンの町で制憲議会 (Leecompton Constitutional Convention) を開き、ルコンプトン憲法を採択する。二月二一日にルコンプトン憲法は住民投票に掛けられ、自由州派がボイコットする中、六、二二六対四六九で可決される。

この間の一〇月五〜六日に第二回の領土議会議員選挙が行われる。この選挙では、自由州派が勝利した。新しい議会は、ルコンプトン憲法を再度住民投票に掛けることに決め、一八五八年一月四日に行われた投票でこれを

一六二対一〇、二二六で否決する。そして、レーブンワースの町で制憲議会 (Leavenworth Constitutional Convention) を開き、レーブンワース憲法を採択する。これは五月一八日に住民投票により成立する。

ところが、第一五代大統領ブキャナン (James Buchanan) は、ルコンプトン憲法を支持し、カンザス準州を奴隷州として連邦に加盟させるように、というメッセージを付けて議会に送るのである。このため、全米を二つに割った大議論が巻き起こる。これが一八六一年に南北戦争が起こる最大の原因となる。この結果、今日、ブキャナンは南北戦争を招いた最悪の大統領として記憶されている。

その後も両派がそれぞれに作った二つの憲法のいずれをとるかをめぐって紛争が続いたが、最終的に自由州派側の憲法と決まり、一八六一年一月二九日に、カンザス州は自由州として合衆国に加入した。後述するように、南北戦争の始まりとなる南部の連邦からの脱退は一八六〇年一二月には既に始まっているので、これは風雲まさに急を告げるなかでの連邦加盟であった。

それに対して、ネブラスカは逆に自由白人男子だけが

選挙権者であるという憲法を、南北戦争が終了した後の一八六六年に制定した。このため州昇格のための一八六六年権限付与法案は、議会では承認されたが、リンカーンの暗殺によって一七代大統領となったアンドリュー・ジョンソン (Andrew Johnson) の握りつぶし拒否権 (大統領が法案に一〇日間署名しない場合の間接的拒否権) の対象となった。連邦議会が一八六七年に再招集され、ネブラスカ憲法で選挙権条項を削除する修正を加えるという条件で、新たな州昇格法案が成立した。この法案もジョンソン大統領が拒否したが、議会はその拒否を三分の二の多数で無効にし、州への昇格がようやくとなった。

二 ドレッドスコット事件

この事件が起きたのは、流血のカンザス騒動の真っ最中であった。そのため、非常に大きな社会的反響を呼んだのである。

(一) 基本的な事実関係

ドレッド・スコット (Dred Scott) は一七九五

一八〇〇年に、ヴァージニア州で、ピーター・ブロウ (Peter Blow) の所有する奴隷として生まれ、一八二〇年に、ブロウに従ってミズーリ州に移住した。ブロウが一八三二年に死亡したので、その翌一八三三年に合衆国陸軍の軍医であるエマーソン少佐 (John Emerson) が彼を購入した。エマーソンは彼をイリノイ州のアームストロング砦 (Fort Armstrong) に伴い、一八三六年まで滞在した。イリノイ州は自由州であり、したがって一七八七年の西北部条例の定めるところに従い、スコットは自由となる資格を得た。

一八三六年に、エマーソンはウイスクンシン準州 (現在のミネソタ州) にあるスネリング砦 (Fort Snelling) に転勤し、スコットもそれに従った。ここはミズーリ妥協により自由地域とされていた。さらにスコットが移転する二週間



前に、合衆国議会はウイスクンシン権限付与法 (Wisconsin Enabling Act) を可決していたが、同法は明確にウイスクンシン準州における奴隷制を違法としていた。スコットはここに二年半止まった。したがって、ここでもスコットはその自由を得る資格を有していた。

そこにいる間に、スコットはハリエット・ロビンソン (Harriet Robinson) と、エマーソンの同意の下に法律上正式に婚姻した。このことは、スコットに今ひとつの自由人である根拠を与えている。なぜなら、南部諸州の法律では、奴隷に法律上の婚姻を行う権利は無かったからである。すなわち、第一に婚姻は法律上の契約であり、奴隷に契約を結ぶ権限はなかった。第二に、婚姻の法的性格を認識することは奴隷所有者の財産利益を損なう。第三に奴隷が婚姻すると、他者（奴隷所有者を含む）による攻撃から自分の妻を保護する権利と義務を生じる。しかし、この際にも、スコットは自由に関する何の試みも行っていない。

一八三七年、合衆国陸軍はエマーソンに、ミズーリ州セントルイスの南にあるジェファースン・バラックス駐屯地 (Jefferson Barracks Military Post) に転勤するよ

う命じた。しかし、エマーソンは、スコットとその妻を賃貸にして数ヶ月間ミネソタに残しておいた。自由州において、スコットを賃貸にするということは奴隷制を意味し、明らかにミズーリ妥協とウイスクンシン準州権限付与法および北西部条例に違反する違法行為であった。

その年のうちに、合衆国陸軍はエマーソンをルイジアナ州ジェサップ砦 (Fort Jessup) に転勤させた。そこで、一八三八年二月、エマーソンはエリザ・イレエヌ・サンフォード (Eliza Irene Sanford) と結婚し、スコット夫妻をミネソタから呼びよせた。スコット夫妻は、誰の監視も受けずにその旅行を行った。その旅行中、スコットの娘エリザ (Eriza) はアイオワ準州とイリノイ準州の間を流れるミシシッピ川を運行する蒸気船の上で生まれた。どちらの準州も自由州であったから、法理論的に言えば、彼女は、連邦法の下でも州法の下でも自由人として生まれたことになる。

一八三八年末に、軍は再びエマーソンをスネリング砦に転属させた。一八四〇年、エマーソンはセミノール戦争に従軍した。その間、エマーソンの妻とスコット夫妻はセントルイスに留まった。その間、スコット夫妻は再

び賃貸された。

一八四二年、エマーソンは軍を退役した。一八四三年、エマーソンは四〇歳でアイオワ準州で死亡した。エマーソンの妻は、スコットを含むエマーソンの資産を相続した。エマーソンの死後三年間、スコットとその家族は賃貸奴隷として働いていた。一八四六年二月、スコットはエリザ・イレーヌ・エマーソンから自分達の自由を購おうとしたが、彼女は拒否した。

(二) ミズーリ州裁判所における訴訟

一八四六年、スコットは、奴隷解放運動家の助言を得て、ミズーリ州裁判所に、自ら、妻及び娘の自由を求める訴訟を、エマーソンを相手取って提起した。それにあたり、スコットは以前の所有者であったピーター・ブロウの息子から経済的援助を受けた。この訴訟中に次女リジー (Lizzie) が生まれた。

一八四七年末に、スコットは、この訴訟に勝訴した。それに対して、一八四八年、エマーソン側はミズーリ州高等裁判所に控訴した。

大火災やコレラの流行から、この上告審は一八五〇年

一月まで開廷されなかった。その間、スコット家族は、エマーソンからの奴隷賃借人であったセントルイス郡保安官の管理下に置かれた。控訴審の陪審員もスコットと彼の家族は自由であると判断した。

しかし、エマーソン夫人はこの判決の受け入れを拒否して、ミズーリ州最高裁判所に上告した。この時点で彼女はマサチューセッツ州に転居したので、これ以降、彼女の兄、ジョン・F・A・サンフォードに訴訟の遂行を委任した。

一八五二年一月、ミズーリ州最高裁判所は、ミズーリ州の二八年間にわたる先例を覆し、控訴審判決を破棄し、スコット一家は、法的には奴隷であると判決した。スコット一家が自由を得るには、自由州に居住している間に訴えを提起する必要がある、というのである。

(三) 連邦裁判所における訴訟

一八五三年に、スコットは、今度は連邦裁判所に訴えを提起した。被告はジョン・サンフォードになった。彼は、この間にジョン・エマーソンの財産の執行者になっていたのである。連邦裁判所に訴えを提起した根拠は、

サンフオードがニューヨーク州の住民であったことである。合衆国憲法第三条第二節が連邦の「司法権は異なる州の市民間の紛争に及ぶ」と定めているために、連邦裁判所の管轄になると判断したのである。

一八五四年、連邦裁判所は、この訴えを受理したが、担当判事は陪審員に、自由の問題は、ミズーリ州法に依って処理するべきである旨指示した。上述のとおり、ミズーリ州最高裁はスコットは奴隷と判決していたので、陪審員はサンフオードの勝訴とした。これに対し、スコットは、連邦最高裁判所に上告した。

(四) 連邦最高裁判所判決

連邦最高裁判決は、激化する南北対立という政治情勢の下に遅延され、一八五七年三月六日になって下された。判決は、トーニーの書いた法廷意見に加え、南部系の六名の陪席判事の補足意見と、二名の判事による反対意見から成り立っていた。

1 スコットの原告適格

トーニーはこの事件が連邦司法権に属するかを問題にした。先に述べたとおり、アメリカ合衆国憲法第三条第

二節第一項は異なる州の『市民 Citizen』の間の訴訟は連邦裁判所の管轄に属すると規定している。したがって、スコットが、ある州の市民でなければ、そもそも原告適格を有していない。

トーニーは次の様に疑問を言い換える。

「質問は単にこういうことである。その祖先がこの国に輸入され、奴隷として売られた黒人が、合衆国憲法によって形成され、存在するに到った政治的社会的構成員たり得るか、そしてその様な者が、憲法によって市民に与えられているあらゆる権利、特権及び免責、特に、この事件において連邦裁判所に提訴する特権が保障されているか？」

彼は、様々に論じた末、合衆国憲法は、次の様に解釈されるべきだと結論する。

『『市民』という言葉と『合衆国人民』という言葉は、同義語であり、同じものを意味する。これらは、いずれも我々の共和国憲法によれば、主権を形成し、権力を握っている人とその代表者を通じて政治を行うものを述べている。彼らは、我々が「主権者」といつも呼んでいるものであり、すべての市民は、こ

の人民の一人であり、この主権の構成員である。我々が先に提起した質問は、上告人がこの人民の一部を構成する者であるか、そして主権者の一員であるかということである。我々は、彼らは憲法の用語である『市民』ではなく、それに含まれず、それに含まれることが意図されておらず、それ故に合衆国憲法が市民に提供し、確保されている権利と特権のいずれをも主張することはできないと考える。それどころか、その当時において、彼らは、支配的種族によつて征服された、下位の、劣ったクラスの人間であり、解放されていると否とに問わず、依然としてその権威の下にあり、権限を持つ者や政府が彼らに付与しようと考えたものを例外として、いかなる権利や特権も、有さない。」

その様に考えるべきだとするならば、それ以前にミズーリ州の裁判所がスコットの訴えを受理し、最終的には州最高裁判所までがこれを審理していたのはどうなるのか。この点についてはトニーはこう答える。

「すべての州は、誰であれ、その望む者に市民の資格を授与し、それに伴うあらゆる権利を授与する

権利を疑う余地なく有していた。しかし、この資格はもちろん、州の境界内に閉じ込められ、その者に、他の州の法律や米国の礼譲によつて彼に保障された限度を超えた権利や特権も与えることはできない。また、いくつかの州は、合衆国憲法を批准するに当たり、これらの権利と特権を付与する権限を放棄している。各州は、依然として外国人その他その州が適切と考えた者ないしは任意の階級または人の行為に対してそれらを与えることができるが、その者は合衆国憲法で使用される意味での市民ではなく、また、連邦裁判所のいずれかで訴訟を提起する権限を授与されたわけでも、他州において市民の特権及び免責権を有するわけでもない。彼が得た権利は、それらを与えた州に制限されている。合衆国憲法は、議会に帰化の統一ルールを確立する権利を授与しており、この権利は、明らかに排他的であり、当法廷でそうなるように取り扱われてきた。その結果、いかなる州も、憲法制定以来、外国人を帰化させ、その者に連邦政府の下で市民に対して保障された権利及び特権を授与することはできないが、しかし、そ

の州だけに関わる限度においてなら、疑う余地無く、その州の憲法と法律でその資格に関連づけられているすべての権利及び免除を与えることができる。」
要するに、自由州が法律で黒人を市民だと定めたからといって、それが合衆国市民になるわけではない、というのである。改めてトニーは強調する。

「黒人は一世紀以上前から劣位の人間とみなされ、社会的または政治的関係において白色人種と交際するには完全に不相当とされ、彼らが劣位である限り、白人は尊重するよう拘束されない権利を持っているので、黒人は公正かつ合法的に黒人の利益のために奴隷に留まるのである。黒人は、それを行うことで利益があると認められれば、何時でも買われ、売られ、商業取引における通常の商品として扱われた。この見解は、その当時、白色人種の文明の下においては確立し、普遍的なものだった。それは道德の原理と見なされていただけでなく、誰も論争したりする必要があるとは考えないほどの政治的原理であり、社会のあらゆる階層と地位の人びとが、日常的に習慣的に、一瞬たりともこの意見が正しいことを疑う

ことなく、自分の私生活においても、公的活動においても、行動していたものである。」
さらにトニーは、英国でも奴隷制が認められていたことを引き合いに出す。

また、トニーは、独立前の諸邦や独立後の諸州で奴隷を正式に認めていた法律や判例をうんざりするほど大量に例示する。

トニーは、その一環として米国独立宣言までも例証として掲げる。その第二節は次の様子に書き出している。

「我らは以下の諸事実を自明なものと思ふ。すべての人間は平等につくられている。創造主によつて、生存、自由そして幸福の追求を含むある侵すべからざる権利を与えられている。これらの権利を確実なものとするために、人は政府という機関をもつ。」

この文章は、普通は、文字通り『すべての人間は平等につくられている』と読む。しかし、トニーは、これをこう説明する。

「上記の一般的な言葉は、人類全体を受け入れるように見えるし、今日の同種の憲法などで使用された場合にはそう理解されるであらう。しかし、それ

には奴隷にされたアフリカ人種が含まれることを意図しておらず、この宣言を作成し、批准した人民の一部を形成していなかったことはあまりに明白である。なぜなら、仮にこの言葉が、その当時において彼らを包摂するものと理解されていた場合には、この宣言を起草し、採択した偉人達の行動は、彼らが主張した原則と甚だしく矛盾し、彼らがそうも自信を持って訴えていた人類に対する共感の代わりに、彼らは当然、広く叱責と非難を浴びることとなつていたであろう。」

確かに、独立宣言の中心起草者であるジェファソンは奴隷所有者として知られているから、彼が人間の平等という言葉に言う人間に、黒人奴隷を含めていたとは思えない。だから憲法起草者においてもそれが違うわけがない、というのである。

トニーはまた、スコットの訴えを認めると、黒人は彼らが望むときに他の州に入る権利、公衆の場や私的な場で市民が話すような主題に付いて自由に話す権利、公衆の集会を開き政治的な問題を論じる権利、および彼らが行くところどこでも武器を所有し持つていく権利を与

えることになる」と論じる。そんなことは、文明国の誰も望まないはずだと彼は言うのである。

この結果、スコットはミズーリ州の市民ではなかったとした。それ故に連邦裁判所はこの訴訟について公聴する権限を欠いていた。その点を誤認して訴えを受理した連邦裁判所は致命的な誤りを犯した、とトニーはいうのである。

2 ミズーリ妥協の違憲性

本当なら、上記のところでは判決は終わっていいはずである。しかし、トニーはさらに踏み込む。

「下級裁判所における誤りの訂正は、上訴審がその事件の記録をさらに検討する権限を奪うことはい。なぜなら、その判決が、下級裁判所によって判例として引用される可能性があるからである。確かに、上訴審がその様な権限を持つという問題についてはいかなる法も判例もないが。しかし、それは本法院にとって、そしてすべての上訴審にとって、下級裁判所の判決を破棄し、判決記録に表れた誤りが何であれ、その意見の誤りを是正することはその日常業務である。上訴審は、裁判所の沈黙は、解釈の

誤りや将来の訴訟において、その点はすでに判例にあると、当事者双方が法廷で主張する可能性につながる。それを常に自らの義務としている。」

そして、それを審査するためには、スコットが自由人であると主張した根拠であるミズーリ妥協の合憲性判断に踏み込まなければならない、としたのである。

「ここで我々が遭遇している問題は、連邦議会が制定したこの法律は、合衆国憲法によって与えられた権限のいずれかに該当するのかもしれないことである。仮にその権限が憲法によって与えられていない場合には、それが無効であり機能しないと宣言することが当法廷の義務である。そして米国の何人かが所有している奴隷に自由を付与することは不可能である。」

スコットの弁護人は、ミズーリ妥協のような立法の制定権については、合衆国憲法四条三節二項が根拠であると主張していた。次の様な条文である。

「連邦議会は、合衆国に属する領有地その他の財産を処分し、これに関する必要ないっさいの準則および規則を定める権限を有する。」

これについて、トニーニは言う。

「しかし、本法廷の判断によれば、その規定は、現在の訴訟に関係がない。そこで与えられた権力は、それがなんであれ、限定されており、その当時米国に属していた地域、ないし米国が領有権を主張し、英国との条約によって解決された境界内に限定されることを意図されており、その後外国政府から取得した領土には影響を与えないのである。それは、既知の特定の地域のための特別な条項であり、現在の緊急事態を満たすための何ものでもない。」

以下、延々と当時の歴史的状况について述べ、なぜそう解さなければならないのかを説明している。結論として次の様に述べる。

「連邦政府に、憲法が、合衆国の境界内に、あるいはそこから離れたところに、植民地を建設し、維持し、もしくは自らの利益のために支配し、統治し、あるいはその支配地域を拡大する権力は、新州の加盟の場合を除いて与えられていないのは確かである。新州加盟に当たつての権力は単純に与えられ、議会によってそれ以上の立法を必要とされていない。な

ぜならば、憲法それ自身が各州及び連邦政府相互の権利、権力及び州の義務を定義しているからである。しかし、その意味において恒久的に支配する地域を取得する権力は何ら与えられていない。」

このことから、トニーは次の様に結論を下す。

「以上のことからすれば、合衆国人民に属する地域に移住した米国の市民は、中央政府の意思に依存する単なる植民者として支配されることはなく、中央政府が適当と考えるいかなる法によって支配されることもないと確実に考えることができる。我々の統治が依存し、それ単独で存在し続ける原則は、州の連合であり、それ自身の境界内におけるその地方に關わる限度における主権と独立であり、米國領土内のすべてにおいて、州の人民によって信託された限定列挙された権限を有し、しかし、最高の權威を有する中央政府に一人民として共に拘束される。権力は、それが故に、中央政府が取得し保有する植民地においても、何ら拘束無く立法しうる独立地域においても現在の形における独自の存在とは矛盾するであろう。中央政府が取得するものは何でも、それ

を創造した各州の人民の利益のためである。中央政府は、州のために活動する受託者であり、連邦の全人民の利益を促進するため、特に授權された権限を担当するのである。」

トニーは、その具体的例として、第一修正の保障する表現の自由、第二修正の保障する武器を帯びる自由などをあげ、次の様に述べる。

「その他、ここに列挙する必要のないであろう、個人の自由と関連する権力は、表現的ないし積極的意味においては中央政府に認められないが、私有財産の権利は、これまでそれと同様に守られてきた。したがって、財産権は、個人の権利と結びつき、『何人も、法の適正な手続きによらずに、生命、自由または財産を奪われることはない』と規定している憲法の第五修正によって、同じ平面に置かれる。すなわち、合衆国市民は、米国内の特定の地域に自分の財産を運んだという以外には、何ら法律に違反する行為を犯していないのに、その合衆国市民の権利を剥奪する議会の法律は、法の適正手続きの名の下に無効である。」

これは、その後、連邦最高裁判所の判例の上で大きな威力を発揮する、実体的デュープロセス (substantial due process of law) といわれる考え方の最初の判例となる。

3 反対意見

反対意見を書いたのはマクリーン (John McLean) とカーティス (Benjamin Robbins Curtis) である。

(1) マクリーンの反対意見

マクリーンは、「我々の憲法と正義の下に生まれた者は、帰化を要せず、市民となる」と述べる。そして市民という語のもっとも一般的で適切な定義は『自由人』だとする。したがって、スコットは市民だとする。

英国に奴隷制があるという点については、英国高等法院の一七七二年の判決における首席判事マンズフィールド卿の次の言葉を引用する

「奴隷という状態は、道徳的または政治的でないか
なる理由でも是認できない性質のものであり、唯一
それを肯定する法は、それが制定された理由、機会、
時それ自体が、記録から消去されて久しい。それは
現存のいかなる法によっても支持することができな

い性質のものである。⁽²²⁾」。

憲法制定者の意思がどうだったかという点については、マディソンの文書等を抱負に引用して反論した。また、憲法の枠組みを作った者達は誰も、合衆国議会が連合会議によって制定された北西部条例を承知していたことを述べている。また、連邦政府の権限については、マクラック対メリーランド州事件判例をあげて反論している。ミズーリ妥協を無効とした点については次の様に述べている。

「この意見は、私の理解するところでは、主として、一七八七年の条例とミズーリ妥協の引いた線とを区別することに依存して成立している。しかし、その間にどのような違いがあるというのか。〈中略〉私には、この区別が理解できない。条例は、北西部地域の政府のために意図されており、その地域に限定されていたことが、認められている。それは議会の法律によって修正され、南部地域にまで拡張されて、北西部領土の一部とされた。しかし、条例が議会の法律によって効力を与えられていなければ、何の力も持たなかったであろう。私の意見では、ミ

ズーリ妥協ラインと同じく、連邦議会の法律にその妥当性を依存しているのである。」

第五修正の主張に対しても、先に挙げたマンズフィールド卿の言葉、及び多数の判例で対抗している。

(2) カーティスの反対意見

カーティスは、少し違う角度から反論する。この訴訟では、スコットが市民であるかが争点であり、その様な訴訟はコモンローの一般原則として認められるというのである。

「私はそれがそのような申立てに適用されるコモンローの原則によって判断されるべきではない、といういかなる適切な理由も見いだし得ない。確かに高等裁判所の管轄は、当事者が市民であることに依っているものであり、それを証明することは市民権を主張する原告の義務であるが、彼がそうした場合には、被告はそれに裁判所が管轄権を持っていないという疑問を差し挟み、彼が申立ての真実を証明する責務があることを示している。」

このように述べて、様々な判例や文献を紹介している。憲法起草者が、黒人を市民に数えたはずがない、とい

う点については、次の様に述べている。

「憲法は米国民により制定され、確立されたが、それは各邦の行為、または各州の法律により自身及びその邦の他のすべての市民を代表して活動する権限を与えられた人物の行為を通して行われた。我々が承知するとおり、いくつかの州では有色人がその目的の為に法律によって授けられた人であった。これら有色人は、憲法がそのために制定され確立されている『合衆国民』の本体に含まれているだけでなく、少なくとも五邦で、彼らは行動する権限を持ち、その参政権によって、憲法を批准するべきか否かという問題に対して、疑う余地無く行動していた。憲法が、それを確立した合衆国民の一部から市民権を剥奪する何かを憲法が定めているとしたら、それは奇妙であろう。」

私は憲法中に、憲法が制定された時点において市民であつた者、その批准後に自然の出生により市民であるべき者が、その憲法の力によりその市民権が剥奪するという規定を見いだすことはできないし、議会にいずれかの州の土地の上で生まれた人から権

利を剥奪する権限を認めることもできない。私の意見に依れば、合衆国憲法の下で、国家の土壌に生まれたすべての自由人は、その憲法や法律の力によってその州の市民であり、また、合衆国市民である。」第四条に対するトニーの理解にも反論している。

(五) その後の経緯

1 ドレッド・スコットのその後

ドレッド・スコットの彼の元の主人であったピーター・ブローの息子は、スコットとその家族の訴訟を支援してきたが、最終的に敗訴したのを受けて、一八五七年五月二六日にスコットとその家族を購った上で解放した。スコットは、その一年四カ月後の一八五八年九月一七日に結核で死んだ。

2 一八六〇年大統領選挙

トニーはこの判決により、奴隷制の問題を落ち着かせることができるかと信じていたが、反対の結果を生んだ。それは北部での奴隷制に対する反対運動を強化し、民主党を派閥で割り、南部の奴隷制擁護者の中の脱退主唱者を勇気付けてさらに大胆な要求をさせ、また共和党の勢

力を強めた。

エイブラハム・リンカーンは、この判決を激しく批判した。

これに対して「人民主権」の旗の下に一八五四年のカンザス・ネブラスカ法を作りだし、ミズーリ妥協を實質的に葬っていたダグラスは、最高裁判所判決に従うのが正義だと主張した。しかし、彼はドレッド・スコット判決のうち、準州議会が奴隷制制定権を持たないとした部分は傍論に過ぎず、最高裁判所の判断はまだ示されていないと主張したのである。

ルコンプトン憲法の採否をめぐる議論の中で、一八五八年に展開された二人の論戦は全米的に大きな反響を呼び、地方政治家に過ぎなかつたリンカーンが一躍全米に知られるきっかけを作った。

一八六〇年選挙で、結局民主党は候補を一本化するこゝとができず、分裂して北部民主党はダグラスを、南部民主党はブレッキンリッジ (John Cabell Breckinridge) をそれぞれ擁立した。また、ジョン・ベル (John Bell) がホイッグ党保守派によって、この年に急遽結成された立憲連合党 (Constitutional Union Party) から立候補し、

南北融和を叫んだ。こうした四巴の乱戦状況の中で、本来、本命であったはずのダグラスは、リンカーンとブレッキンリッジの南北対立に巻き込まれ、得票率では三割近かったのに、選挙人制度の魔術で、選挙人数ではわずかに四%しか獲得できず最下位に沈んだ。逆にリンカーンは得票率では四割に届かなかったが、選挙人制度の魔術で、選挙人の六割弱を獲得して当選した。

表 3

政党名	大統領候補	得票数	得票率 (%)	獲得選挙人数	獲得選挙人率 (%)
共和党	エイブラハム・リンカーン	1,865,908	39.8	180	59.4
南部民主党	ジョン・ブレッキンリッジ	848,019	18.1	72	23.7
立憲連合党	ジョン・ベル	590,901	12.6	39	12.9
北部民主党	スティーブン・ダグラス	1,380,202	28.5	12	4.0
合計		4,685,561	100	303	100

3 南北戦争と連邦最高裁判所
 (1) 南北戦争
 南部諸州は、この結果を見て、直ちに連邦の脱退に走った。すなわち同年二月二〇日には早くもサウスカロライナ州が連邦からの脱退を通告し、二四日にそれを宣言文の形で発表した。²³それを簡単に要約すれば、マカロック事件における州側の主張の繰り返しである。翌一八六一年二月までにミシシッピ州、フロリダ州、アラバマ州、ジョージア州、ルイジアナ州、テキサス州も連邦からの脱退を宣言した。二月四日にはこの



七州が参加したアメリカ連合国 (Confederate States of America) を結成、ジェファースン・デイヴィス (Jefferson Finis Davis) が暫定大統領に指名された。

これに対し、リンカーンはその就任演説で、次の様に述べた。

「私は、普遍的法と憲法を熟慮した結果、これらの州よりなる連合は恒久的なものと考える。恒久性は、仮に明示されていなくとも、あらゆる国家政府の基本法に含意されている。正当でないかなる政府も、その組織法に、その終了に関する条項を持ったものは無いと断言してよい。わが国憲法の条項に定められたあらゆる事を実施し続けるならば、連邦は、永遠に持続するのであり、憲法に書かれている条項に依らなければ、解体することは不可能である。

繰り返す。もし合衆国が正当な政府ではなく、単なる州の契約による連合であるとしても、その契約を、それを締結した全当事者に依らずして平和裏に解約できるだろうか？ 当事者の一方のみが契約を侵害する、つまり破棄することはできず、全員の合法的同意を要するのではないだろうか？」

このように論じて、リンカーンは、全州の合意無く、一部の州に勝手に連邦から脱退する自由は、憲法上予定されていないと宣言したのである。

南北戦争は、四月一二日に南軍が連邦のサムター要塞 (Fort Sumter) を砲撃したことで開始された。当時、連邦正規軍は一万数千人しかいなかった。これではとうてい大規模な反乱に対応することはできないので、リンカーン大統領は四月一五日、北部各州から七万五、〇〇〇人の民兵を召集した。憲法は、各州の民兵を指揮する権限を大統領に与えているからである。²⁴

南北戦争時、すべての奴隷州が、南部連合に走ったのではなく、メリーランド州、デラウェア州、ケンタッキー州、ミズーリ州、それにバージニア州の西部（後にバージニア州から「独立」してウエストバージニア州となる）は合衆国に残った。

(2) 南北戦争と連邦最高裁判所
リンカーンは、その就任演説の中で、連邦最高裁判所のドレッドスコット判決にもわざわざ言及している。

「私は、憲法問題は最高裁判所によつて決定されるべきだと主張する者がいることを忘れてはいない

し、いかなる事件においても判決が当事者を拘束するべきだと言うことを否定しないし、あらゆる同種事件においては政府の他の部門は、それらを大いに尊重し、考慮すべきである。その判決がある特定の事件において誤っていることが明白である場合にも、その判決の悪影響はその事件に限定されているのであるから、それが覆され、他の事件の先例にならないければ、他の行動をとることにより発生する害悪よりも耐えることができる。同時に、虚心坦懐な市民は、もしも全人民に影響を与える重要問題に対する政府の政策が、最高裁判所の判決によつて決定的に確定されるのならば、個人的問題に関して当事者間で通常訴訟が提起されたその瞬間に人民は自身の決定権を失い、その統治を実質的に高位の法廷の手に委ねたことになることを認めねばならない。この意見は、決して法廷ないし裁判官を非難しているのではない。その義務は、その面前に適法に提出された事件に尻込みしないことであり、他の者がその判決を政治的に転用しようとしたとしても、それはその責任ではない」

こうして、リンカーン大統領が、ドレッド・スコット事件判決を無視する姿勢を明確に打ち出したことから、以後、最高裁判所の権威は大幅に失墜する。その失墜を端的に示すのが、次の決定である。

(3) メリーマン決定

トニー長官は、南北戦争中、リンカーンの、憲法を軽視した強権的な行政執行に対して積極的に挑む。それがメリーマン決定 (Ex parte Merryman) である。

マサチューセッツ州民兵隊は、リンカーンの召集に呼んでワシントンに行くために、メリーランド州を通過しようとし、ボルティモアで南部連合への同調者である市民との間で衝突が起きた。これがプラット通り暴動 (Pratt Street Riot) と呼ばれる事件で、その結果、民兵隊兵士四名が死亡し、三六名が重傷を負った。市民の側では一二名が死亡し、負傷者数は不明である。サムター要塞への砲撃ではまったく死傷者は出ていなかった。この事件が南北戦争最初の人的被害を伴う騒動となった。

メリーマン (John Merryman) は、南北戦争が始まった時点においては、農園主であり、ボルティモア郡議会

議員であり、同時にメリーランド州ボルティモア郡民兵隊で騎兵隊大尉であった。プラット通り暴動が起きたことから、メリーランド州知事ヒックス (Thomas H. Hicks) は、これ以上北軍がメリーランド州を通過して、こうした衝突事件を起こさないよう、メリーマン大尉に鉄道橋を破壊し、ワシントンとつながる電信線を切断するよう命じ、メリーマンはそれに従って破壊活動を行った。

一八六一年五月二五日、メリーマンは自宅で連邦軍によって拘束され、マクヘンリー要塞 (Fort McHenry) に収監された。これに対し、メリーマンは人身保護令状 (habeas corpus) の発給を連邦裁判所に求めた。ボルティモア高等裁判所判事を兼ねていたトニーは、身柄の拘束は裁判官の発した逮捕状無しではこれを行うことができないとして、人身保護令状を発給した。しかし、リンカーンは一八六二年九月二四日人身保護令状を停止する命令を下し、マクヘンリー砦司令官に、メリーマンの釈放を拒否するよう命じた。

トニーは、反乱時の人身保護令状の停止権限は議会に属するので、議会の議決無しにリンカーンが人身保護令状を停止したのは違憲であると裁定したが、無視され

た。⁽²⁵⁾ トニーは、命令不服従で、マクヘンリー要塞の司令官の勾引状を発行したが、連邦保安官は砦内に立ち入ることを拒否された。

このメリーマン決定は、ドレッド・スコット判決を除けば、トニーのもつとも有名な判決となった。

トニーは南北戦争中の一八六四年一〇月一二日に現職のまま死亡する。一七七七年生まれであるから、八七歳であったことになる。

(1) 一三代以降の大統領で、在任中に奴隷所有者だった者はいない。ただし、一七代大統領のジョンソン (Andrew Johnson) と、一八代大統領のグラント (Ulysses S. Grant) は、南北戦争以前においては奴隷を所有していた。出典＝ <http://home.nas.com/lopresti/ps.htm>

(2) 米国初期の憲法判例：日本法学七八巻二号九一頁以下参照。

(3) Prigg v. Pennsylvania, 41 U.S. 539 (1842)：モーガン (Margaret Morgan) と、黒人女性、メリーランド州に住むアシュモア (John Ashmore) と、黒人男性の奴隷であったが、一八三二年、アシュモアは彼女をペンシルヴァニアに移送の上、自由にした。当時のメリーランド州では、所有者が正式に黒人奴隷を解放することがで

きなかったからである。アシユモアの死後、その相続人は、モーガンが依然として奴隷であると決め、逃亡奴隷の捕獲を職業とするプリッグ (Edward Prigg) に彼女を連れ戻すことを依頼した。一八三七年四月、プリッグが指揮する四人の男たちはモーガン及びその子供達 (その一人はペンシルヴァニア州で自由人として生まれていった。) をペンシルヴァニア州内で襲撃し、メリーランドに誘拐した。彼らは奴隷として売却された。プリッグはペンシルヴァニア州法に違反したとして起訴され、有罪となつた。ペンシルヴァニア州法 (An Act for the Gradual Abolition of Slavery) は、連邦の逃亡奴隷法 (Federal Fugitive Slave Law of 1793) を排除し、逃亡奴隷と推定される者に対する保護を定めていたが、それに違反したと認められたのである。これに対し、プリッグは連邦最高裁判所に上告した。この事件では、連邦最高裁判所は、全員一致で、ペンシルヴァニア州法を違憲と判断した。

- (4) 北西部条例の正式名称は、「オハイオ川の北西部におけるアメリカ合衆国の領土の統治に関する条例 (An Ordinance for the Government of the Territory of the United States, North-West of the River Ohio)」である。
- (5) 米国違憲立法審査権の確立：日本法学七八卷三号 一一一頁以下参照。
- (6) 残りの一票はニュー・ハンプシャーの選挙人の一票である。その選挙人は後に第六代大統領となつたジョ

ン・クインシー・アダムズに自分の票を投じた。その理由は、全会一致で大統領に選出されるという栄誉をワシントンだけに限りたいたいと考えたからという。

- (7) 法律の正式名称は次のとおりである。
- An Act To authorize the people of the Missouri territory to form a constitution and state government, and for the admission of such state into the Union on an equal footing with the original states, and to prohibit slavery in certain territories.

(8) 略した箇所は、北西部条例第六条と、事実上同一の文章である。

- (9) The Annexation of Texas Joint Resolution of Congress March 1, 1845 この共同決議という方法はハワイを州に昇格させるときにもとられた。

(10) モルモン教の正式名称は「末日聖徒イエス・キリスト教会」という。しかし、キリスト教とは関係の無い宗教である。ディザレットという名前は、モルモン教の聖典である「モルモン経 (The Book of Mormon)」の中で、ミツバチを意味する言葉から採られたという。ディザレット州は、ユタ州とネバダ州のほぼ全域に加え、カリフォルニア州とアリゾナ州の大半、コロラド州、ニューメキシコ州、ワイオミング州、アイダホ州、およびオレゴン州の一部に跨っているという実に広大な地域であった。現実問題として、その地域は他に権威を持つ機関が

存在しないため、実質的にこの州政府が支配していた。

- (11) ホイッグ党 (United States Whig Party)：第七代大統領になったジャクソンによつてそれまでの共和党が分裂し、ジャクソン一派が今日の民主党を結党した後に、その政策に反対するために共和党と連邦党の残存勢力が結集して一九三三年に結党された政党。第九代大統領ハリソン (一八四一)、第一〇代大統領タイラー (一八四一―一八四五)、第一二代大統領テイラー (一八四九―一八五〇) 及び第一三代大統領フィルモア (一八五〇―一八五三) がホイッグ党出身の大統領である。一八五三年に解党した。それに代わつて、一八五四年に現在の共和党ができる。

- (12) この五つの法律は、次のサイトで一覧できる。

<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/An+Act+for+the+Admission+of+the+State+of+California+into+the+Union>

- (13) 正式名称は 'Proposing to the State of Texas the Establishment of her Northern and Western Boundaries, the Relinquishment by the said State of all Territory claimed by her exterior to said Boundaries, and of all her Claims upon the United States, and to establish a territorial Government for New Mexico. (September 9, 1850) この法律はテキサス州に、領土主張放棄の代償として一〇〇〇万ドルの補償を受け、ニューメキシコ準州

(今日のアリゾナ州に相当する地域を含む) の設置を認め、人民主権原理の下に自らの組織を構築する権利を与えた。

- (14) 正式名称は 'An Act For the Admission of the State of California into the Union. (September 9, 1850) カリフォルニア州を自由州として合衆国に加入することを認める内容である。

- (15) 正式名称は 'An Act To establish a Territorial Government for Utah. September 9, 1850

ユタ準州はデイザレット州の北部に限られていたが、この法律はニューメキシコ準州同様、人民主権原理の下に自らの組織を構築する権利を与えたので、モルモン教徒は一応満足し、一八五一年二月三日、モルモン教徒の指導者であったブリガム・ヤング (Brigham Young) はユタ準州の初代知事に就任した。四月四日、デイザレット州議会は州を解散する決議案を可決した。一〇月四日、ユタ準州議会はデイザレット州の法律と条令を取り込み執行することを選定した。この時点ではユタ準州はモルモンの宗教国家だったのである。その後、非モルモン教徒の数が州内で増えると共に、その性格は失われていった。

- (16) それまでであった一七九三年逃亡奴隸法 (Fugitive Slave Act of 1793) 一つの州から他の州へあるいは公有の領土へ逃亡した奴隸の返還を規定するものである) を改正し、強化したもので、Fugitive Slave Act of 1850と通称される。である。正式名称は An Act To amend, and

supplementary to, the Act entitled An Act respecting Fugitives from Justice, and Persons escaping from the Service of their Masters, approved February twelfth, one thousand seven hundred and ninety-three. (September 18, 1850) とし、大変長じものである。

(17) 正式名称は、An Act to suppress the Slave Trade in the District of Columbia, 1850 この法律は、首都における奴隷売買を禁じるのであって、奴隷制を廃止するものではない。

(18) カンザス・ネブラスカ法の正式名称は次のとおりである。

An Act to Organize the Territories of Nebraska and Kansas

(19) 東部の自由州からカンザスに移住者を大量に送り込むための組織は幾つも作られた。最大の組織はタイアー (Eli Thayer) によって作られたニューイングランド移民援護会社 (New England Emigrant Aid Company) で、少なくとも二〇〇〇人の移住者を送り込んだ。その成功から Worcester Country Emigrant Aid Society 等、同様の性格の会社が設立された。ローレンスという町の名は、ニューイングランド移民援護会社の総務部長 (Company secretary) でもあった Amos Lawrence からつけられている。

出典 = <http://www.kshs.org/p/cool-things-new-england-emigrant-aid-company-sign/10231>

(20) 「流血のカンザス」は、ニューヨーク・トリビューンの名編集者グリーリ (Horace Greeley) の命名による。

(21) 流血のカンザスと呼ばれる事件は、大規模なものだけに限定しても次の様なものがある。

一八五五年一月～二月：Wakarusa War (ミズーリ州から侵入した奴隷派の軍がローレンスの町を包囲攻撃した)

一八五六年五月二四日：Pottawatomie Massacre (フラックリン郡)

同年六月二日：Battle of Black Jack (ダグラス郡ボールドウィン近郊)

同年六月四日～五日：Battle of Franklin (ローレンス近郊)

同年八月一六日：Battle of Fort Titus (ダグラス郡ルコンプトン近郊)

同年八月三〇日：Battle at Osawatomie (マイアミ郡)

同年九月一二日：Battle of Hickory Point (シェファールソン郡オスカロウサ北部)

一八五八年一月二一日：Battle of the Spurs (ホールトン近郊)

同年五月一九日：Marais des Cygnes Massacre (リン郡)

出典 = <http://www.territorialkansasonline.org/~imlskto/cgi-bin/index.php?SCREEN=timeline>

(22) 一七七二年、ロンドンで、ジェームズ・サマーセット (James Somerset) 事件が起こった。所有者はサマーセットをジャマイカで働かせるために送ろうとした。サマーセットは人身保護令状の救済を受け裁判となった。高等法院 (Court of King's Bench) 主席判事のマンズフィールド (William Mansfield) 卿は、同年六月二二日、本文に述べたとおり、それを認める法がないことを理由に「この黒人は放免されなければならない」と判決した。この結果、奴隷という身分はイギリスの法では存在しないこととされ、国内にいた一万人から一万四千人の奴隷は解放された。ただし、この判決はジャマイカや米国などには効力を持たなかった。奴隷貿易の廃止は一八〇七年の奴隷貿易法、そして植民地を含む全面的な廃止は一八三三年の奴隷制度廃止法まで待つ必要があった。しかし、ドレッド・スコット事件の時点では、イギリス及びその植民地の全域で完全に廃止されていた。

(23) 南カロライナの脱退宣言は次の文書である。

The Declaration of the Immediate Causes Which Induce and Justify the Secession of South Carolina from the Federal Union

(24) 合衆国憲法二条二節一項は次の様に定めている。

「大統領は、合衆国の陸軍および海軍ならびに現に合衆国の軍務に就くため召集された各州の民兵団の最高司令官である。」

(25) 議会の権限を定めた合衆国憲法一条の、九節二項は次の様に定めている。

人身保護令状の特権は、反乱または侵略に際し公共の安全上必要とされる場合を除いて、停止されてはならない。

刑罰法規の明確性が争われた事例

——世田谷区清掃・リサイクル条例事件——

平成二〇年七月一七日最高裁決定（平成二〇年（あ）第一三九号 世田谷区清掃・リサイクル条例違反被告事件）判時二〇五〇号一五六頁、判タ一三〇二号一一四頁

船山 泰範
山本 善貴

【事実の概要】

東京都世田谷区は、世田谷区清掃・リサイクル条例（平成一一年条例第五二号。以下「本件条例」という。）により、世田谷区長（以下「区長」という。）の指定する者以外の者が、一般廃棄物処理計画（以下「処理計

画」という。）で定める場所から、古紙など再利用の対象として区長の指定した物を収集し、または運搬することを禁止していた。被告人は、区長が指定する者以外の者であるにもかかわらず、処理計画で定める場所に置かれた古紙を回収したため、本件条例に基づき、区長から、

当該行為を行わないよう命じられた。ところが、被告人は、再び、処理計画で定める別の場所に置かれた古紙を回収したことから、本件条例の禁止命令違反罪（七九条一号、三一条の二第二項、一項）に該当するとして起訴された。

一審（東京簡判平成一九年五月七日公刊物未登載）は、次のことを根拠として、被告人に無罪を言い渡した。すなわち、処理計画には、本件条例三一条の二第一項の「所定の場所」を特定する記載がなく、「所定の場所」に関する規定が欠落している。また、仮に「所定の場所」が処理計画にいう「定められた場所」の意であると解したとしても、「定められた場所」という言葉は、特定された場所をさすものではない。さらに、一般廃棄物の排出場所を図示する「資源・ごみ集積所地図」が処理計画の付属書類ではないことなどを挙げ、「所定の場所」の位置を示す規定を欠く。

これに対し、検察官が法令適用の誤りを理由として控訴し、控訴審（東京高判平成一九年十二月一八日判時一九九五号五六頁（③事件））は、「本件条例三一条の二第一項にいう『所定の場所』とは処理計画にいう『定め

られた場所』のことであって、……区民等がごみ、資源等を分別して排出すべき場所のことを指すことは明らかである。このような解釈は、通常の判断能力を有する一般人の理解にも適うものであり、……同規定が憲法三一条の規定に違反するとはいえない。」などとして、無罪判決を破棄した。

被告人は、本件条例三一条の二第一項の「一般廃棄物処理計画で定める所定の場所」が不明確であり、憲法三一条に違反することなどを理由として上告した。

【決定要旨】

「世田谷区清掃・リサイクル条例三一条の二第一項にいう『一般廃棄物処理計画で定める所定の場所』の明確性に関し憲法三一条違反という点は、同条例三一条の二第一項、三七条、一般廃棄物処理計画等によれば、世田谷区が、一般廃棄物の収集について区民等の協力を得るために、区民等が一般廃棄物を分別して排出する場所として定めた一般廃棄物の集積所を意味することは明らかであり、『所定の場所』の文言を用いた本件罰則規定が、刑罰法規の構成要件として不明確であるとはいえない。

また、本件における違反場所は、『資源・ごみ集積所』と記載した看板等により、上記集積所であることが周知されている。」

【評 釈】

一 問題の所在

本件では、本件条例に基づく規制にかかる憲法一三条、一四条、二二条および二九条との関係、構成要件の処理計画への委任に関する適否などが争点とされた。しかし、本評釈においては、刑法の視点から、次に掲げる三つの論点を中心に検討する。

- ① 構成要件要素である本件条例三二条の二第一項の「所定の場所」が、処理計画の中で特定されず、かつ具体的に定められていないとしても、本件条例七九条一号、三二条の二第二項、一項（以下「本件罰則規定」という。）は、刑罰法規として明確性を有しているといえるのか。
- ② 禁止命令違反行為を処罰対象とすることによって、本件罰則規定の明確さは確保されるのか。
- ③ 世田谷区の内部資料である「資源・ごみ集積所地

図」、および「資源・ごみ集積所」と記載された看板は、本件罰則規定の告知機能を補完しているといえるのか。

二 最高裁判所における刑罰法規の明確性に関する考え方の変遷

刑罰法規の明確性とは、元来、犯罪行為に該当するか否かを読みとることができるようにするため、刑罰法規それ自体が明確でなければならないという要請であり、刑罰権の限界を提示することによって国民の自由を守る、罪刑法定主義の原則の一翼をなす。また、刑罰法規の明確性は、次のことを存在根拠とする。一つに、国民に対し、何が犯罪行為であるかを事前に告知して、国民の予測可能性を保障し、刑罰法規の国民に対する萎縮的效果を払拭する。二つに、法適用上の指針をあたえ、刑罰権を行使する側の恣意的判断を防止する。これらは、刑罰法規のもつ行為規範性および裁判規範性に対応する。^①

そして、刑罰法規の明確性は、直接的には、立法上の原理である。しかし、違憲審査制度をもつ我が国において、憲法三二条から罪刑法定主義の保障が導きだされることに鑑みると、刑罰法規の明確性とは、立法上の原理

であるとともに、解釈の原理にもなる。^② それゆえ、自分の行為は違法行為に該当するの否かの予測を、刑罰法規が国民に可能ならしめない場合、当該法規は罪刑法定主義に抵触し、違憲無効と判断されるのである。

ところで、刑罰法規の明確性に関する問題といえ、法規にかかる不明確さの程度が論点とされる。^③ 表現力の限界および多数の行為類型を対象とする性質上、刑罰法規には不確定概念を用いざるを得ず、法規のもつ内容の確定をばむ度合いの強弱が争点とされるのである。そこで、本決定を検討する前に、これまで、刑罰法規の明確性に関し、最高裁判所がいかなる判断を下してきたのかをみることにする。これによって、本決定の理論構造が明らかになると思われるからである。

最高裁判所が、はじめて刑罰法規の明確性を正面からとり上げたのは、蛇行進が、徳島市公安条例の規制する「交通秩序を維持すること」(三条三号)に抵触するの否かなどが論点とされた、徳島市公安条例事件判決(最判昭和五〇年九月一〇日刑集二九卷八号四八九頁。以下「徳島市条例事件判決」という。)である。最高裁判所は、刑罰法規の明確性が、国民に対する公正な告知、および

国による刑罰権の恣意的濫用の抑止を根拠とする、憲法三一条の要請であることを宣明した上で、①「通常の判断能力を有する一般人」が、②刑罰法規の文言そのものから「具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準」を読みとることができれば、当該法規は明確であるとの判断基準を示した。つまり、最高裁判所は、国民の予測可能性に重きを置いて、告知対象を一般的かつ客観的な犯罪類型と捉えた上で、事後の司法判断によるのではなく、通常の一般国民の立場から、刑罰法規の明確性を判断すべきであると述べたのである。^④ そこには、次のような最高裁判所の着想が示されている。すなわち、刑罰法規の明確性を、法律の専門家ではない一般人が処罰基準を理解し、容易に具体的場面に適用できることを刑罰法規の文言に求める理論と解した上で、通常一般人に明確な法規であれば、法的知識に優る法執行者にとっては、当然、明確であるとの理由から、刑罰法規が明確であれば恣意的執行の危険など生じることはない。^⑤

つづいて、福岡県青少年保護育成条例の処罰対象である「淫行」(一〇条一項)の明確性および非広汎性など

が争われた、福岡県青少年保護育成条例事件判決（最判昭和六〇年一〇月二三日刑集三九卷六号四一三頁。以下「福岡県条例事件判決」という。）において、最高裁判所は、明確性の判断につき、さらなるメルクマールを提示した。すなわち、①目的、定義、規定、罰則といった「条項の規定するところを総合」し、「各規定の趣旨及びその文理等に徴する」ことよって、「規定の文理から合理的に導き出され得る解釈」の結果が、②「通常の判断能力を有する一般人の理解に適うものであり」、かつ、③「処罰の範囲が不当に……不明確であるともいえない」場合であれば、刑罰法規として明確性に欠けるところはない。つまり、たとえ不明確な法文であったとしても、そのような解釈をするという解釈行為そのものが、通常一般人において可能であるならば許されると判示したのである。⁶⁾ちなみに、この福岡県条例事件判決は、民事の分野ではあるが、札幌税関検査事件判決（最判昭和五九年一二月一二日民集三八卷一二号一三〇八頁）において提示された基準にしたがったものである。

加えて、岐阜県青少年保護育成条例に基づく有害図書
の包括指定条項（六条二項）の明確性などが論点とされ

た、岐阜県青少年保護育成条例事件判決（最判平成元年九月一九日刑集四三卷八号七八五頁。以下「岐阜県条例事件判決」という。）の中で、最高裁判所は、①通常の判断能力を有する一般人が、②一般に公示されている下位規範とあいまって、具体的な基準を解釈によって読みとることのできる刑罰法規であるならば、明確性を是認することができるとの判断を示したのである。

このように、最高裁判所は、刑罰法規の明確性の基準の定立に関し、徳島市条例事件判決において、通常一般人の視点に立った文言自体の明確性をもとめて以来、福岡県条例事件判決では、法文そのものよりも、むしろ解釈の明確性を検討し、解釈結果の明確性および解釈方法の明確性を要件として掲げた。⁷⁾そして、最高裁判所は、岐阜県条例事件判決を通して、解釈の明確性が、公示された下位規範をも加味して判断されるべきことを示すに至ったのである。

以下、このような最高裁判所の基本的な考え方を踏まえて、本決定をみることにする。

三 検 討

1 本決定の論理

被告人は、本件条例三一条の二第一項の「一般廃棄物処理計画で定める所定の場所」という言葉をとり上げ、本件罰則規定にかかる明確性を争点にして上告した。

それに対し、本決定は、次のように述べたにすぎない。
①本件「条例三一条の二第一項、三七条、一般廃棄物処理計画等によれば、世田谷区が、一般廃棄物の収集について区民等の協力を得るために、区民等が一般廃棄物を分別して排出する場所として定めた一般廃棄物の集積所を意味することは明らかであり、『所定の場所』の文言を用いた本件罰則規定が、刑罰法規の構成要件として不明確であるとはいえない。」また、②実際にも、「本件における違反場所は、『資源・ごみ集積所』と記載した看板等により、上記集積所であることが周知されている。」すなわち、①本件条例および処理計画との総合的

解釈によると、処理計画にいう「定められた場所」は、本件条例三一条の二第一項の「所定の場所」を指している」と理解できることから、本件条例三一条の二第一項の

「一般廃棄物処理計画で定める所定の場所」という文言は明確である。その上、②集積所であることを記した看板等の存在が告知機能をはたしていることを論拠にして、最高裁判所は、本件罰則規定にかかる合憲性を首肯している。

このような結論を導いた根拠の詳細を語ってはいないものの、本決定は、控訴審判決と基本的に同じ考え方に基づくといわれている^⑧。そこで、控訴審判決の言葉を借りながら、本決定の考え方を検討することにする。

なお、本件が刑罰法規の明確性といった刑法の基本原則にかかわる問題をはらんでいることに鑑みた場合、判示の仕方として、単に「明らかである」と述べるだけではなく、いかなる基準に照らして当該規定が明らかであるのかという点までも明示するべきではなかったのか^⑨と思われる。

2 法文の明確性

本決定は、まず、「所定の場所」という法文にかかる明確性の判断に際し、「条例三一条の二第一項、三七条、一般廃棄物処理計画等によれば」として、処理計画も勘

案した上で、本件条例を解釈したことを述べ、控訴審が「本件条例と処理計画を全体として」検討したことと軌を一にしている。このことは、岐阜県条例事件判決の中で確認された、一般に公示されている下位規範を加味した解釈手法を、控訴審とともに本決定が採用していることを明言したといえる。その上で、本決定は、「世田谷区が、一般廃棄物の収集について区民等の協力を得るために、区民等が一般廃棄物を分別して排出する場所として定めた一般廃棄物の集積所を意味することは明らかであり、『所定の場所』の文言を用いた本件罰則規定が、刑罰法規の構成要件として不明確であるとはいえない。」とつづける。

この判示の趣旨はいかなるものか。それは、控訴審判決の次の部分にあらわれている。すなわち、「本件条例は、制定当初から、土地又は建物の占有者に対して、その土地又は建物内の家庭廃棄物を可燃物、不燃物等に分別し、各別の容器に収納して『所定の場所』に持ち出す等処理計画に従わなければならない(三七条一項)、『所定の場所』を清潔にしておかなければならない(同条二項)」と規定しており、上記三一条の二の規定は、平成

一五年条例第八一号による改正によって追加されたものである。そうすると、三一条の二の規定にいう『所定の場所』は、土地又は建物の占有者が家庭廃棄物を分別して排出すべき場所(集積所)を指していると解されるし、処理計画においても、区民等の協力義務等として、可燃ごみ、不燃ごみのほかに、古紙等の資源に分別して、『定められた場所』に排出すべきことを定めているのであるから、その『定められた場所』が本件条例三七条、ひいては三一条の二の規定にいう『所定の場所』に当たると解されるのは明らかである。したがって、本件条例三一条の二第一項の規定にいう『所定の場所』は、処理計画が定める上記の手続により決定された家庭廃棄物の排出場所ないし集積所であると解される。そして、上記のとおり、本件条例と処理計画を全体としてみれば、区長又はその指定した者以外の者は、処理計画が定める手続によって決定された、家庭廃棄物の排出場所ないし集積所から古紙等を収集等してはならないと規定されていることは明らかであって、これにより禁止命令違反の犯罪構成要件は十分に特定されているから、処理計画が『定められた場所』として具体的な場所までは規定して

いないことや、具体的な場所を示した資源・ごみ集積所地図が区に備え置かれてにすぎず、しかも同地図にすべての集積所は記載されておらず、集積所によつては看板・コンテナ等が存在しないことがあるとしても、本件条例及び処理計画によつて規定された内容が禁止命令違反罪の犯罪構成要件として欠けるところはない」という箇所である。つまり、本件条例に三一条の二が追加される以前から、「所定の場所」は集積所を示すものと理解されており、しかも、本件条例と処理計画を考えあわせると、本件罰則規定が明確性を欠くことはないと言示するのである。

ちなみに、誰の視点からみて、「所定の場所」が「一般廃棄物を分別して排出する場所として定めた一般廃棄物の集積所を意味することは明らかである」と結論づけるのか、本決定は、必ずしも明白にしていない。しかし、控訴審判決は、徳島市条例事件判決を引用して、「通常の判断能力を有する一般人の理解にも適」つて、と述べ、さらに、本決定が控訴審判決の考え方を肯定していることからすると、本決定も、本件罰則規定が通常一般人の理解に合致する法文であると判断しているものと思

われる。

翻つて本決定をみると、「所定の場所」と「定められた場所」は表現をまったく異にする文言であるにもかかわらず、同一場所をあらわす言葉として捉えられており、しかも、本決定のいうとおり、「所定の場所」と「定められた場所」が同一場所を意味する文言であると仮定したとしても、「定められた場所」の具体的な位置が特定されているとはいえない。それゆえ、処理計画の中から規制対象の特定性および基準の具体性を看取することはできず、本件罰則規定の法文に明確性をみとめる本決定には違和感を感じる¹¹⁾。

なるほど、具体的な地点、位置などではなく、一定の場所を示す言葉を構成要件の中に用いる法律も存在しており、本条例はその例に倣っているということも可能である。たとえば、本件と同様、本件条例三一条の二第一項の「一般廃棄物処理計画で定める所定の場所」という文言の明確性などが争われた他の事件の控訴審判決は、次の規定を挙げて、本件罰則規定に明確性が欠けること¹²⁾はないと説く。すなわち、道路交通法一八条一項一、二項、二二条一項の「道路標識等によりその最高速

度が指定されている道路」、一一九条の二第一項一号、二項、一一九条の三第一項一号、二項、四四條の「道路標識等により停車及び駐車が禁止されている道路の部分」、軽犯罪法一条三三二号の「入ることを禁じた場所」、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律五二条一号、二二条二号の「道路その他公共の場所」、銃砲刀剣類所持等取締法三一条、三條の一三の「道路、公園、駅、劇場、百貨店その他の不特定若しくは多数の者の用に供される場所」、鳥獣の保護及び狩猟の適正化に関する法律八三条一項四号、三八条二項の「住居が集合している地域若しくは広場、駅その他の多数の者の集合する場所」である。

しかしながら、このような規定の存在が、本決定の正当性を裏づける根拠になるとは思われない。なぜならば、本決定には、本件罰則規定が対象とする行為の性質を看過しているきらいがあるからである。換言すれば、例示した規定のように、行為の罪悪性が国民に意識され、当該行為に対する処罰が社会通念上もつともであると意識されている刑事犯と、本件罰則規定のように、行為の罪悪性が必ずしも国民には意識されておらず、当該行為の

処罰が、社会通念上、当然には知られていないため、個別の行政処分により処罰対象行為の具体化を図った上で¹³⁾ 刑罰が適用される行政犯に、犯罪は相対的に分類される¹⁴⁾。それゆえ、刑事犯に比べ、行政犯に対しては、禁止される内容を十二分に予告することが求められるにもかかわらず、本件罰則規定には、そのような措置が施されていないからである。したがって、本件罰則規定における構成要件の一部をなす場所を示す言葉は、具体的に規定されてしかるべきであると思われるのである。

ところで、控訴審は、「本件条例による規制は所定の場所における古紙等の収集行為を直ちに犯罪として処罰するのではなく、区長による禁止命令の対象とするにとどめ、この命令を受けた者が命令に違反した場合に初めて処罰の対象とすること等を併せ考えると、同規定につき処罰範囲がいまいであるとも不明確であるともいえない」と判示する。つまり、古紙などの持ち去り行為が行政処分を介して処罰される点を拠り所にして、処罰の対象行為が絞られていると解し、本件罰則規定は明確性を備えていると説く。

しかし、その結論には納得しがたい。というのは、本

件罰則規定が間接罰規定であることは、法律効果を示しているにすぎず、通常一般人に向けて、禁止行為の類型を具体的に特定しているわけではないからである。

3 告知機能の補完

本決定は、本件罰則規定の公示性につき、「本件における違反場所は、『資源・ごみ集積所』と記載した看板等により、上記集積所であることが周知されている。」とだけ判示するにすぎず、その真意はわかりにくい。その点、控訴審が次に述べることは明解である。「確かに、本件条例及び処理計画は『所定の場所』を具体的に特定するものではない。しかし、個々の集積所は、前記のように資源・ごみ集積所地図でおおむね図示されているほか、現実にも、その場所に設置された看板や収集日に古紙等がまとめて置かれている状況等によって、外観上も集積所であることが通例明らかになっていると認められる。」すなわち、法文上、「所定の場所」たる集積所の周知が不完全ではあるものの、大部分の集積所の位置が「資源・ごみ集積所地図」に示され、「資源・ごみ集積所」と記載された看板も存在し、しかも、古紙などがま

とめて置かれている集積所の実態によって、見た目、集積所であることが明らかにされていることを根拠に、本件罰則規定の告知機能に欠けるところはないと結論づけるのである。

このように、「資源・ごみ集積所地図」などの存在という、法文には謳われていない要素をも付加した上で、本件条例と処理計画との総合的解釈をおこなない、刑法法規としての明確さを判断したことが、本決定の特色である。そして、法文以外の要素をとり入れた解釈手法は、今後、本件罰則規定のような間接罰規定に限らず、直罰規定においても採用される可能性があるとの指摘もなされている¹⁵⁾。

しかしながら、「資源・ごみ集積所地図」には、すべての集積所の位置が図示されていない上、単なる区役所の内部資料であつて、その存在は一般的に周知されていない。また、道路交通法に基づく規制（四条一項など）のように標識標示主義を本件罰則規定が採用していないため、規制場所たる集積所であることの公示を看板に託しておらず、集積所によっては、看板の未設置箇所も散見される。そして、古紙などが「所定の場所」にまとめ

て置かれている状況は、世田谷区民のおこなった行為の結果であつて、立法者があらかじめ公示したものでない。以上の点をふまえると、本決定が本件罰則規定の告知機能を補完するものとして位置づけた「資源・ごみ集積所地図」などは、通常一般人に対して「所定の場所」を告示しているといひ得るのか疑問が残る¹⁶。もし事前の周知が不徹底であつたとしても、本件罰則規定に刑罰法規としての明確性を認めるのであれば、告知方法の不完全さがどの程度までであるならば公示性を是認することができるのか、本決定は、その基準をはつきりと示すべきではなかつたのかと思われる。

4 解釈の明確性

では、本決定は、いかなることを勘案して、本件罰則規定の解釈をおこなつているのであろうか。この点について、本決定が詳しく触れてはいないのと対照的に、控訴審判決は、次のように説示する。「被告人が本件行為を行った場所は、集積所や持ち去り厳禁を示す看板等によつて集積所であることが一見して明らかであつて、被告人もまたこの点を認識していたことが明らかである。

以上の次第で、原判決が上記認定事実と同じ事実を認定しながら、被告人に本件条例七九条一号、三一条の二第二項に違反する罪が成立しないと判断したのは法令の解釈、適用を誤つており、この誤りが判決に影響を及ぼすことは明らかである¹⁷。すなわち、本件条例三一条の二第一項の「一般廃棄物処理計画で定める所定の場所」という言葉を素直に読んだ場合、本件条例は「所定の場所」の定めを処理計画に委任し、その中に「所定の場所」が具体的に記されていると理解することができるものの、処理計画に「所定の場所」の詳細は明記されていない。ところが、実際、本件行為場所は、「資源・ごみ集積所地図」の中に集積所として記載され、しかも看板などの存在によつて集積所であることが明らかになつている状況の下で、被告人自身、当該場所が集積所であることを認識していたことは明白である。よつて、結論として、法文そのものが明確さに欠けるとの一事をもつて被告人を無罪にする判断をおこなうことは妥当性に欠けると述べるのである。これは、「国民からみて分かりやすい」という要請より『具体的に妥當な結論が容易に導ける』¹⁷ことをもとめて本件罰則規定を解釈し、異なる

言葉どうしを同義に読み替えた上で、控訴審判決、ひいては本決定が事案の解決を図ったことを物語っている。

法の解釈とは、法の意味を具体化した上で、その適用を可能にする準備作業であり、法のもつ意味内容を理解し、明確にすることである。したがって、法文の明確性とは「そのように解釈された」法文の明確性を意味し、福岡県条例事件判決の示すとおり、法文自体はもとより、法文の解釈も明確であることが要求される。¹⁸つまり、刑罰法規には、文言そのものの明確さのほか、一般人にとつてのわかりやすさも必要とされる。また、刑罰法規の明確性は、たとえ処罰の必要性があったとしても、事前に告知されていない行為の処罰は許されないと、罪刑法定主義の形式的原理であり、処罰の必要性¹⁹といった実質的原理の前提にも位置づけられる。それゆえ、刑罰法規の明確性を判断する際、処罰の必要性が加味される²⁰ことがあつてはならないのである。そして、次のように、本件条例二条二項に「資源・ごみ集積所」の定義規定を加え、三一条の二を全面的に改めるとともに、七九条一号を改正し、世田谷区清掃・リサイクル条例施行規則の中に「資源・ごみ集積所」であることを示す看板の

種類、様式などを規定すれば、「資源・ごみ集積所」の位置が明らかになり、わざわざ処罰の必要性を考慮した解釈をしなくても済むと思われる。

(定義)

第二条

② この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

五 資源・ごみ集積所 廃棄物を排出しようとする区民が協議の上、位置を定め、その場所を区に申し出て、区が収集可能であると確認した場所

(収集又は運搬の禁止等)

第三一条の二 資源・ごみ集積所に置かれた一般廃棄物のうち、古紙、ガラスびん、缶等再利用の対象となる物として区長が指定するものについては、区長及び区長が指定する者以外の者は、これらを収集し、又は運搬してはならない。

② 区長は、資源・ごみ集積所に資源・ごみ集積所

であることを示す看板を設置し、管理しなければならぬ。

③ 前項に規定する看板の種類、様式その他必要な事項は規則で定める。

④ 区長は、区長が指定する者以外の者が前三項の規定に違反して、収集し、又は運搬したときは、その者に対し、これらの行為を行わないよう命ずることができる。

第七九条 次の各号の一に該当する者は、二〇〇、〇〇〇円以下の罰金に処する。

一 第三十一条の二第四項の規定による命令に違反した者

つまるところ、本決定の解釈方法に対する疑問をぬぐい去ることは困難なのである。

四 結 語

本件では、本件罰則規定にかかる刑罰法規としての明確性が論点となり、本決定は、その明確性を肯定した。

刑罰法規の明確性が争われた事例（船山・山本）

しかしながら、以上の検討から明らかかなように、本件条例及び処理計画のほか、それらに拠らない要素をも付加した上で、「ただ乗りして、高価格で売却できる古紙だけを持ち去る行為は、やはり、許されない⁽²¹⁾」といった、処罰の必要性を加味した解釈をせざるを得ない法文を本件罰則規定は用いており、本件罰則規定に明確性をみとめた本決定に同調することは難しいといえよう。

やはり、最高裁判所によって、刑罰法規の明確性の要請を再認識する機会が、立法者に対して提供されるべきではなかったのかと思われる。

なお、被告人が上告趣意書の中で触れなかったため、本決定が検討を加えなかった点であるが、保護法益と目される行政回収制度⁽²²⁾は、刑罰法規を用いてまでも保護に値する利益状態といえるのかという問題が、本件罰則規定に潜んでいることを指摘しておきたい。

(1) 団藤重光『実践の法理と法理の実践』（創文社・一九八六年）三四九頁。

(2) 田宮 裕「罪刑法定主義と罰則の明確性」藤木英雄・板倉 宏編『刑法の争点（新版）』（一九八七年）

- 一四頁、団藤重光『刑法綱要総論 第三版』(創文社・一九九〇年) 六〇頁、船山泰範『刑法学講話〔総論〕』(成文堂・二〇一〇年) 四三頁。
- (3) 河上和雄「公安条例の憲法適合性に関する五〇・九・一〇最高裁大法廷判決について」法律のひろば二八卷一二号(一九七五年) 二六頁、莊子邦雄『刑法総論〔第三版〕』(青林書院・一九九六年) 二二頁、田宮 裕「刑罰法規の明確性」藤木英雄編『刑法I〔総論〕判例と学説七』(日本評論社・一九七七年) 二二頁、前田雅英「罪刑法定主義と刑法解釈」『現代社会と実質的犯罪論』(東京大学出版会・一九九二年) 三八頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第四版〕』(成文堂・二〇〇九年) 一五頁。
- (4) 門田成人「刑罰法規明確性の理論と『公正な告知』の概念(二完)」島根法学三四卷三号(一九九〇年) 八九頁以下、京藤哲久「徳島市公安条例大法廷判決」警察研究五二卷八号(一九八一年) 六四頁、田宮・前掲註(3) 二四頁、団藤・前掲註(1)三五〇頁。
- (5) 門田・前掲註(4) 九一頁。
- (6) 田宮 裕「刑法解釈の方法と限界」『平野龍一博士古稀祝賀論文集 上巻』(有斐閣・一九九〇年) 五六頁、船山泰範「青少年保護条例における淫行処罰規定の意義と罪刑法定主義——福岡県青少年保護育成条例の最高裁大法廷判決をめぐって——」『日本法学五二巻二号(一九八六年) 一七三頁、前田・前掲註(3) 三八頁。
- (7) 曾根威彦『刑法総論〔第四版〕』(成文堂・二〇〇八年) 二二頁、田宮・前掲註(6) 六〇頁。
- (8) 駒村恵吾「古紙持ち去りと刑罰法規の明確性」判例セレクト二〇〇八(法学教室別冊付録)(二〇〇八年) 一〇頁、匿名解説「世田谷区清掃・リサイクル条例における資源ごみの持ち去り規制に係る『所定の場所』と憲法三一条」判時二〇五〇号(二〇〇九年) 一五六頁。
- (9) 嘉門 優「世田谷区清掃・リサイクル条例三一条の二、七九条一号は犯罪構成要件として明確であるとされた事例」速報判例解説vol.五(法学セミナー増刊)(二〇〇九年) 一六六頁。
- (10) 奥平康弘「委任立法——一般——」行政判例百選I〔第四版〕(一九九九年) 一一一頁。
- (11) 嘉門・前掲註(9) 一六六頁。
- (12) 東京高判平成二〇年一月一〇日判時一九九五号六一頁(④事件)、匿名解説・前掲註(8) 一五七頁。
- (13) 井田 良『講義刑法学・総論』(有斐閣・二〇〇八年) 四二頁、佐伯仁志『制裁論』(有斐閣・二〇〇九年) 一七頁以下、佐藤文哉「法文の不明確による法令の無効(二)」司法研修所論集三七号(一九六七年) 九〇頁、藤木英雄『行政刑法』(学陽書房・一九七六年) 七頁、八木 胖「行政刑法」日本刑法学会編『刑事法講座第一巻 刑法(I)』(有斐閣・一九五二年) 七〇頁以下、山中敬一『刑法総論〔第二版〕』(成文堂・二〇〇八年) 一二頁。

- (14) 佐藤・前掲註(13)九〇頁。
- (15) 駒村・前掲(8)一〇頁。
- (16) 嘉門・前掲註(9)一六六頁。
- (17) 前田雅英「罪刑法定主義の現代的意義」『現代社会と実質的犯罪論』(東京大学出版会・一九九二年)四八頁以下。
- (18) 曾根・前掲註(7)二二頁、田宮・前掲註(6)六一頁、船山泰範『刑法』(弘文堂・一九九九年)二二頁。
- (19) 曾根・前掲註(7)二二頁、内藤 謙『刑法講義総論(上)』(有斐閣・一九八三年)二七頁、日高義博「刑罰法規の明確性」西田典之ほか編『刑法の争点』(二〇〇七年)六頁。
- (20) 青井未帆「過度広汎性・明確性の理論と合憲限定解釈 広島市暴走族追放条例事件判決」論究ジュリスト一号(二〇一二年)九八頁、嘉門・前掲註(9)一六六頁、曾根威彦「罪刑法定主義と刑法の解釈」西田典之ほか編『刑法の争点』(二〇〇七年)五頁、山口 厚『刑法総論第二版』(有斐閣・二〇〇七年)一八頁。
- (21) 北村 篤「資源ごみの持ち去り」研修七一一号(二〇〇七年)五〇頁。
- (22) 岡部雅人「リサイクル条例の明確性(世田谷区リサイクル条例事件) 最一小決平成二〇年七月二三日(平成二〇年(あ)第一三六号) 裁判所HP」高橋則夫・松原芳博編『判例特別刑法』(日本評論社・二〇一二年)

三〇八頁、黒坂則子「世田谷区清掃・リサイクル条例事件——東京高判平成一九年二月一八日判時一九九五号五六頁——」『環境法研究三五号(二〇一〇年) 八七頁。

日本法学 第七十八卷 索引

論 說

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 …… 一 (一)
名の法をめぐる民法草案と全国惣体戸籍法の対峙 ——明治六年小野組転籍事件をとおして——	……………	小林 忠 正 …… 一 (二九)
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 …… 一 (六五)
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 …… 一 (九三)
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 …… 二 (一)
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 …… 二 (二七)

コンピュータ・ネットワークに関連する犯罪と刑事立法(一)……………南部 篤…二(五五)

航空保険の現状と課題……………松嶋 隆弘…三(一)

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…三(二七)

変化する司法審査の基準……………青山 武憲…三(七九)

——合衆国連邦最高裁判所——

「白山比咩神社奉賛会発会式」市長参列訴訟の問題点……………百地 章…四(一)

集団的自衛権の行使に関する政府見解概評……………青山 武憲…四(三五)

翻 訳

英米法におけるダイシー理論とその周辺……………A・V・ダイシー

——ダイシー「ブラックストンの英法釈義」——

加藤 紘捷 訳…四(六五)

菊池 肇哉

研究ノート

米国初期の憲法判例……………甲斐素直…二（九一）

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ビエンスの法理の適用……………坂本力也…二（一一五）
——*Figueredo* 事件に見るコモンロー法域の新展開とシヴィルロー法域との交錯——

米国違憲立法審査権の確立……………甲斐素直…三（一一一）
——マーシャル第四代長官の時代——

米国奴隷制とドレッド・スコット事件……………甲斐素直…四（一一九）
——トニー第五代長官の時代——

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……………松嶋隆弘…一（二四五）
——私法学の観点から——

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 ……一（二五七）

流動動産譲渡担保権に基づく物上代位 ……

清水恵介 ……二（二三九）

刑罰法規の明確性が争われた事例

——世田谷区清掃・リサイクル条例事件——

船山泰範 ……四（二五五）
山本善貴 ……

平成二〇年七月一七日最高裁決定（平成二〇年（あ）第一三九号 世田谷区清掃・リサイクル条例違反被告事件） 判時二〇五〇号一五六頁、判タ一三〇二号一一四頁

○ 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

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

Vol. 78 No. 4 March 2013

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

Akira Momochi, *Gutachten über den Shirayamaschrein-Prozeß*

Takenori Aoyama, *General Comments on Official Views Pertaining to the
Use of the Right of Collective Self-Defense*

TRANSLATION

A.V. Dicey, *Blackstone's Commentaries*. Translated by Hirokatsu Kato,
Toshiya Kikuchi

NOTE

Sunao Kai, *Slavery in the United States and the Dred Scott case
—The Period of Taney, the 5th Chief Justice—*

CASE COMMENT

Yasunori Funayama, Yoshitaka Yamamoto, *The Supreme Court's Ruling on
Substantive Due Process in the Penal Code*