

日本法學

第七十九卷 第三号 2014年1月

論 說

明治後期における大逆罪・内乱罪の交錯……………新井 勉

千賀鶴太郎博士の二つの自歴譜について……………吉原 達也

翻 訳

憲法問題としての環境政策と裁判的統制にのつての帰結……………フィリップ・クニーヒ
藤井康博 訳

研究ノート

ロックナー時代……………甲 斐 素 直

——ホワイット第九代及びタフト第一〇代長官の時代——

日本法学 第七十九卷第一号 目次

論 説

国際取引における域外適用ルール統一化 ……藤川 信夫
ならびに秩序形成に向けて

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
— A・V・ダイシー「コモン・ローの発展」 — ……加藤紘捷
菊池肇哉 訳

研究ノート

南北戦争後の憲法秩序 ……甲斐素直
— チェイス第六代長官の時代 — ……
GHQ憲法草案第八二条の皇室財政規定と「世襲財産」 ……山田亮介

日本法学 第七十九卷第二号 目次

論 説

近代日本における大逆罪・内乱罪の創定 ……新井 勉
法の極みは不法の極み ……J・シュトルー
吉原達也 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「代議制統治の形態は永遠のものか」 — ……加藤紘捷
菊池肇哉 共訳

国家と社会の機能変動…憲法と国際秩序への挑発 ……フィリップ・クニーヒ
高橋雅人 訳

第一四修正と裁判所 ……甲斐素直
— ウェイト第七代長官及びフラッド第八代長官の時代 — ……
航空会社経営破たん時の旅客保護に関するEU法制 ……工藤 聡一

資 料

「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に関する意見 ……日本法学会民法研究会

判例研究

第三者を搭乗させる意図を秘して自己に対する
搭乗券の交付を受ける行為と詐欺罪 ……設楽 裕文
— 最高裁平成三年七月二九日第一小法決定、平成二〇年(あ)第七二〇号 ……淵脇 千寿保
詐欺被害事件、刑集六四巻五号八二五頁 — ……

論 説

租税条約におけるLOB条項の意義と問題点 ……今村 隆
— 我が国の視点からみた同条項の考察 — ……

明治後期における大逆罪・内乱罪の交錯

新井 勉

はじめに——朝憲紊乱とは何か

一 大逆罪の確定

- (一) 前史
- (二) 前期の改正論
- (三) 後期の踏襲論

二 内乱罪の確定

- (一) 前史
- (二) 前期の改正論
- (三) 後期の踏襲論

三 大逆罪・内乱罪の交錯

- (一) 内乱罪を二分する
 - (二) 死刑廃止を退ける
- おわりに

はじめに——朝憲紊乱とは何か

明治一三年(一八八〇年)刑法は創定した内乱罪を目的犯とし、その目的を「政府ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ僭窃シ其他朝憲ヲ紊乱スルコト」と記した。明治四〇年(一九〇七年)刑法も内乱罪を同じく目的犯とし、右の箇所をそのまま踏襲した。昭和二二年(一九四七年)の刑法の一部を改正する法律が皇室に対する罪の章を削除し、外患に関する罪の章を大きく修正したさいも、内乱に関する罪の章は何ら手を加えなかった。そのため、平成七年(一九九五年)の刑法の一部を改正する法律が表記平易化を標榜して、内乱罪の条文からこの語を削るまで、明治・大正・昭和の三代に亘って、朝憲紊乱の語は内乱罪の条文を飾り続けたのである。

明治一三年刑法、いわゆる旧刑法は、これを公布した政府自ら、繰り返し全面改正を試みた。施行直後の参事院の改正案を別として、政府が帝国議会に全面改正案を提出すること、五回に及んだ。改正案が提出された議会は、第一議會、第一五議會、第一六議會、第一七議會、第二三議會で、第二三議會の改正案が貴族院・衆議院でそれぞれ修正され、両院協議会をへて、明治四〇年刑法が成立した。

まず、第一六議會貴族院の本會議審議のさい、改正案第九二条の内乱罪について、加藤弘之が「朝憲と云ふのか私

は分りませぬか、是は国憲とも違ひ憲法とも違ふ。是までも斯う云ふ字かありますか。一体朝憲と云ふことの定義はどう考へて宜しうございますか」と質問した。^①これに政府委員石渡敏一が「朝憲の文字は現行法から使つてありますので、現行法の百二十一条に在りますので、成る程此意味は極て広くして、如何なるものか這入るかと云ふのは現行法と雖も困難だと思ひます。それ故に草案では此文字を其儘に用ひたのであります」と答えた。^②すなわち、政府委員は、朝憲の意味が広すぎるため内容を確定できず、現行法のまま用いていと認めたのである。

次に、第二三議会議院の委員会中、小委員会審議のさい、改正案第七七条の内乱罪について、花井卓蔵が「政府顛覆とはどう云ふことであるか、邦土僭窃とはどう云ふことであるか、朝憲紊乱とはどう云ふことであるか、其解釈并に実例を示して載きたい。現行法は無理に斯う云ふ文字を使ひ来つて居るのである。学者も裁判官も刑法典の執筆者も分らぬ儘書いて居ると云ふことは明白であるから、私は之を問ひたい」と尋ねた。^③これに政府委員倉富勇三郎が政府顛覆、邦土僭窃の解釈に続き「朝憲紊乱と云ふのは、是は余程広きことでありますか、憲法に規定してある事を想像すれば種々な事があります。之を言ふと甚た如何はしい事件になりますけれども、私事（私が）皇室に関する事云つたのは必しも不当でなからうと思ひます。天皇の大権を規定してある、其大権を変更すると云ふやうな事を目的として暴動を起すならば、則ちそれか朝憲紊乱である」と答弁した。^④ここで、舌鋒を以てなる花井が、朝憲紊乱の語は「刑法典の執筆者も分らぬ儘書いて居る」と指摘したのが、実に印象的である。もつとも、政府委員は、さらりと聞き流し、単純な解釈論へ話をそらせた。

このように旧刑法改正案の議会審議を一瞥したところ、朝憲紊乱の語の意味が必ずしもはつきりせず、いわば漠として空を掴む感じを残すことから、想起されるのは旧刑法の草案編纂時の議論である。フランス刑法第八七条を模倣

する内乱罪の原案を刑法草案編纂委員らが見直す過程で、編纂委員はボアソナードに、条文の中に朝憲の紊乱か蔑如の語を用いることを求めた。^⑤ 編纂委員はこのとき、朝憲云々と記すと「国事犯中何事にも通し用ゆへきの便利あらんとす」とか、あるいは「日本文の朝憲蔑如の語は所謂不応為の罪名と同じく国事犯中何事にも通し用ゆへきもの」^⑥ とか主張した。編纂委員はこの語が一般条項としての利便性をもつことを、十分認識していたのである。

話がとぶが、旧刑法の草案編纂から半世紀近く後、第四五議会は、政府提出の過激社会運動取締法案を巡り、議会の内外で反対運動に曝らされた。この法案は、第一条第一項「無政府主義共產主義其ノ他ニ関シ朝憲ヲ紊乱スル事項ヲ宣伝シ又ハ宣伝セムトシタル者ハ七年以下ノ懲役又ハ禁錮ニ処ス」と規定していた。貴族院の法案審議中、刑法学者の牧野英一が、法律新聞紙上「朝憲紊乱とは何ぞ」という論説を発表した。牧野は、朝憲紊乱は「其の概念に於ては甚だ明かでない。之を以て、国家の基本組織の不法なる変革と解するのが一般の説明」ながら、国家の基本組織の何たるかは必ずしも明白でなく「従来の判例に於ても、第一審第二審第三審の見る所にそれぞれ相異なるものあることが寧ろ常例たるかの如き観があるにしても、そこに其の内容が時勢の如何に依つて変遷し得る長所がある。なほ民法に於ける『公の秩序善良の風俗』の適用のその如しと考ふるも不可なからう」と論じた。^⑦ ここで牧野は、新聞紙法の定める朝憲紊乱(第四二条)や森戸辰男事件の判決(三審とも大正九年)をとりあげて、朝憲紊乱は概念が明確でない指摘するとともに、この語が公序良俗と同じ一般条項だと考えてよいと論じたのである。

実は、明治一〇年頃までは、政府(裁判機関を含む)は、百姓一揆を朝廷、あるいは朝憲を憚らざる所業だとして断罪したし、不平士族の暴発を、これも同じく朝憲を憚らざる所業だとして断罪した。^⑧ 前にみたように、旧刑法草案の編纂時、編纂委員がこの朝憲を憚らざるの句を、朝憲紊乱・蔑如の語として内乱罪にもちこんだ。しかも、この語

が一般条項としての利便性をもつことを認識して、もちこんだのである。旧刑法改正案を審議する帝国議会で、朝憲紊乱の語の意味が政府委員にも議員らにもわからなかったのは、当然の話である。この事情もあつて、過激社会運動取締法案は結局廃案においこまれた。

すなわち、内乱罪の目的たる朝憲紊乱は、元々、概念が明確ではなかった。昭和に入ると、五・一五事件（昭和七年）の大川周明らの裁判で、大審院が、この点をとりあげ、朝憲紊乱とは「国家の政治的基本組織の破壊」だと言及した。⁹これは、牧野の「国家の基本組織の不法なる変革」という解釈と一致する。ところが、大審院は一方で、朝憲紊乱の例示たる政府顛覆とは「行政組織の中核たる内閣制度を不法に破壊する如きことを指称するもの」だ¹⁰と限定的に解釈して、五・一五事件について内乱罪の成立を退けた。拡大可能な概念を、いわば方向を逆にして縮小したのである。もっとも、本稿は、このことを追究しない。本稿は、朝憲紊乱の語が長く使い続けられることにより、内乱罪と大逆罪、正確には内乱罪と皇室に対する罪が交錯した事情を追究しようと思う。舞台は、明治四〇年刑法の成立に至る立法の過程である。

(1) 高橋治俊・小谷二郎編『刑法沿革綜覧』増補版（信山社・日本立法資料全集別巻、一九九〇年）五九二頁。引用のさい、片カナ書きを平かな書きに直した。濁点がないのは元のまま。原本は一九二三年の発行。なお、この第一六議會貴族院の委員会審議のさいも、菊池武夫が朝憲の語を曖昧だと指摘し、政府委員（石渡）が率直にそれを認めた（本書九七二頁）。

(2) 注(1)と同じ。

(3) 注(1)一九一六頁。花井の質問中、実例を示して「載」きたい、というのは誤植。

(4) 注(1)一九一七頁。倉富の答弁中、私「事」というのは、本文で訂正したように誤植。

- (5) 新井勉「近代日本における大逆罪・内乱罪の創定」(日本法学第七九卷第二号、二〇一三年) 一一〜一二頁。
- (6) 早稲田大学鶴田文書研究会編『日本刑法草案会議筆記』第二卷(早稲田大学出版部、一九七七年) 六四〇頁、六四一頁。
引用のさい、片カナ書きを平かな書きに直した。濁点がないのは元のまま。
- (7) 牧野英一「朝憲紊乱とは何ぞ」(法律新聞第一九五六号、大正一一年三月二〇日発行) 一一頁。
- (8) さしあたり、新井勉「明治四〇年刑法の成立と内乱罪」(日本法学第七三卷第一号、二〇〇七年) 一九頁以下。
- (9) 団藤重光編『注釈刑法』各則①(有斐閣、一九六五年) 一〇頁。
- (10) 注(9)と同じ。政府顛覆に関する大審院の解釈は、五・一五事件(昭和一〇・一〇・二四)も、神兵隊事件(昭和
一六・三・一五)も、ほぼ同じ。

一 大逆罪の確定

旧刑法は、第二編公益に関する重罪軽罪の第一章として、皇室に対する罪をおいた。第一章は、第一一六条天皇らに対する危害罪、第一一七条天皇らに対する不敬罪、第一一八条皇族に対する危害罪、第一一九条皇族に対する不敬罪、第一二〇条不敬罪に監視を附加すること、という五箇条である。第一章の中核は、第一一六条「天皇三后皇太子ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス」である。この第一一六条にも、第一章の他の箇条にも、さらに旧刑法のどこにも、大逆や、大逆罪という語はみあたらない。しかし、第一一六条の定める天皇もしくは(天皇に準じる)三后・皇太子に対し危害を加え、または加えんとした行為を、一般に大逆罪と称したのである。

一方、明治四〇年刑法も、第二編罪の第一章として、皇室に対する罪をおいた。第一章は同じく、第七三条天皇らに対する危害罪、第七四条天皇らに対する不敬罪、第七五条皇族に対する危害罪、第七六条皇族に対する不敬罪、と

いう順の四箇条である。この刑法は附加刑を没収一つを除き廃止したから、監視を定める条文がおちている。ここでも、第一章の中核は、第七三条「天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子又ハ皇太孫ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス」である。新旧刑法の大逆規定を比べると、一目みてわかるように、明治四〇年刑法第七三条の方に皇太孫が追加されている以外は、内容が同じである。

(一) 前史

旧刑法第一一六条の母法は、フランス刑法の第八六条である。フランス刑法は、第八六条の皇帝（国王）に対する侵害（アタンタ）と、第八七条の政府顛覆などを目的とする侵害を、どちらについても、第八八条既遂・未遂を区別することなく処罰し、第八九条予備も陰謀も処罰した。この点は一八一〇年の刑法、一八三二年の改正法、一八五三年の改正法、皆同じである。¹¹⁾

旧刑法の草案編纂のさい、編纂委員が大逆罪も内乱罪に揃えてほしいと希望したため、ボアソナードは、フランス刑法の第八九条に倣い自らも工夫して、二人以上の協議による前条（天皇らの身体に対する犯罪）の欠効犯は任意的一等減刑、未遂犯（狭義）は一等減刑、予備犯は二等減刑、陰謀に止まるときは三等減刑、単なる陰謀の発言は四等減刑、という一条をおいた。¹²⁾これを編纂中の草案と比較すると、総則が定める通常の欠効犯・未遂犯や、第三編人に対する重罪軽罪中、尊属親（あるいは祖父母父母）に対する罪の章の、幾分か加重された欠効犯・未遂犯より、なお一、二等重い。

しかし、司法省の編纂委員は、一人の場合は通常の減刑、二人以上の場合には特例の減刑と、人数で区別して二様に

罰するのは不都合だと批判した。編纂委員は、天皇らに対する犯罪は子孫が祖父母父母に対する犯罪に同じと定めるからには、未遂以下もその場合と同じとしなければ刑法の体裁を失すると論じて、特例を求めたのは編纂委員の方だと不満顔のボアソナードを尻目に、この一条を削ってしまった。¹³ このときの編纂委員の言葉を、次に掲げる。¹⁴

○編纂委員・鶴田皓(明治一〇年下期)

元来天皇に対し已に謀殺を行はんために着手したる者は假令其目的の罪は遂げさるとも、之に減等法を用ひ其本罪と同刑に処せざるは、却て世道人心に背馳する場合あらんとす。故に此未遂犯罪の法(特例規定)は刑法上に判然と示し置かさる方、日本の實際に於ては大に便利なる事あるへしと思考す。

(中略)

然らば寧ろ此第三百三十条(特例規定)は全く之を削るへし。天皇陛下と雖も、其天皇に対する罪は総て子孫の祖父母父母に対する罪と同じく論ずれば、格別不満足にもあらざるべし。一体此天皇に対する罪は刑法中各罪の開卷第一に置くべき正条に付、成丈け不都合なく奇麗に立てんことを要す。

このうち目をひくのは前段である。天皇の謀殺に着手して果さなかつた者を、総則の減等法により本罪の殺親罪の刑(死刑)にしないのは世道人心に背馳する、というのである。ここで想起されるのは、初め草案中に天皇に対する罪をおくことを決定したとき、編纂委員が天皇に対する罪だけは未遂犯・欠効犯を本罪と同じく死刑にしたいと主張して、ボアソナードと長々と論争を続けたことである。¹⁵ これは、編纂委員がボアソナードからフランス刑法の輪郭を学びながら、依然律の思考法を残していることの片鱗かもしれない。唐律は反を謀るだけで皆斬に処し、明律・清律は謀反大逆を共に謀るだけで皆凌遲して(斬り刻んで)死に処するのである。

結局、司法省の「日本刑法草案」は、第一三一条「天皇皇后及ヒ皇太子ノ身体ニ対シタル犯罪ハ子孫其祖父母父母ノ身体ニ対シテ犯シタル重罪軽罪ニ同シ」と定め、予備や陰謀の規定をおかなかつた。そのため、第四〇九条祖父母父母に対する罪の加重（総則は欠効犯は一、二等減刑、未遂犯は二、三等減刑）により、欠効犯は一等減刑、未遂犯は二等減刑となる。予備も陰謀も、処罰されない。実は、元々、ボアソナードや編纂委員が母法としてフランス刑法第八六条を選んだときから、編纂される草案の大逆規定は律の伝統と縁をきっていた。何よりも象徴的なのは、犯罪の客体として、皇后・皇太子を天皇と同列に並べたことである。

次に、政府が特設した刑法草案審査局は、この日本刑法草案を修正して「刑法審査修正案」を纏めた。この修正案は、第一一六条「天皇皇后及ヒ皇太子ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス」として、祖父母父母に対する罪と切り離して大逆規定をおいた。フランス法の模倣を修正したのである。さらに、危害を「加ヘントシタル者」も死刑に処するとして、日本刑法草案を大きく修正する一方で、第一一八条皇族に対する危害（危害を加えた者は死刑、加えんとした者は無期徒刑）の規定をおいた。続く元老院は元老院で、第一一六条の皇后を修正して、三后と改めた。このように客体を広げることが、律の思考法から隔たること遠いものがあつた。

（二）前期の改正論

繰り返すと、旧刑法は、第一一六条天皇、三后、皇太子に対する大逆規定をおいた。①草案編纂段階の特例規定は削除したまま、これを復活させなかつた。②行為を規定するのに「危害ヲ加ヘタル者」に止めず、危害を「加ヘントシタル者」を追加した。この加えんとしたる者が未遂（広義）をさすのなら、刑法草案審査局は一方でフランス刑法

第八六条の殺親罪の刑に倣うのをやめながら、他方で第八八条のアタンタの処罰法に倣ったことになる。

この点を確かめる恰好の書物が、法制官僚村田保の著した『刑法註釈』である。卷三の巻頭で、村田は第一一六条に注釈をふして「天皇、三后及び皇太子の玉体に対し危難、傷害を加へたる者は(謀故殺、毆打創傷、若くは健康を害す可き物品を施用し、其他、監禁、脅迫、遺棄等の罪を云ふ)勿論、之を加へんとしたる未遂犯罪の時と雖も死刑に処す」といいきつている¹⁷⁾。刑法草案審査委員の一人で、元老院で内閣委員として刑法審査修正案の説明にあつた村田が危害を加えんとしたる者を未遂犯だというのだから、審査局は未遂犯も死刑にするため、ただそれだけのためにこの箇所を追加した、とみることが出来る。

旧刑法は無論、総則中に未遂規定をおいている。第一一二条「罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙(しようがい)若クハ舛錯(せんさく、手違い)ニ因リ未タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス」が、それである。第一一六条の危害を「加ヘントシタル」は、この罪を「犯サントシテ」の言い回しと同じである。村田が加えんとしたる者を未遂犯だというのだから、審査局において何ら議論がなかつたらしい。

そのため、同じ法制官僚で、最初の頃刑法草案審査委員を務めた井上毅が、古律は謀反や謀大逆を予謀のとき誅鋤する(殺しつくす)が、第一一六条は危害を謀る者を罰しない、と旧刑法の大逆規定を激しく批判した。井上の批判は、これに止まらず、大逆罪・内乱罪の分離という旧刑法の編成にも及んだ。井上の強力な働きかけもあって、参事院は、旧刑法の全面改正案を纏めた¹⁸⁾。問題の第一一六条は、次のようである。

○参事院改正案(明治一六年七月)

第一百十六条 皇室ニ対シ悖逆ヲ謀ル者ハ死刑ニ処ス

ここで、危害を加えんとしたる者が未遂をさすかどうかの一点に焦点をあわせよう。司法省法学校第一期生の高木豊三は、これを單純に未遂をさすと解釈した。高木は、この点を「総則に扱はれは未遂の犯罪は既遂の罪に一等若くは二等を減するを以て例とす。然るに此条危害を加へんとしたる者、即ち未遂犯罪にして既に危害を加へたる者と同じく之を死刑に処するは何そや。蓋し此条の罪の如きは前既に云へる如く實に重罪中の最も重大なる者なれば、特に其罰を厳にし之を他の罪と別ちたるに過ぎざるなり」と記している¹⁹。一方で、高木は、重大の危害を加えたる者と輕小の危害を加えんとしたる者を同じく死刑に処するのは「實に太疎の法律にして不権衡も亦甚し」と記している²⁰。

同じ司法省法学校第一期生の磯部四郎は、高木とは逆に、この加えんとしたる者は「未遂犯及び未遂犯に至らざる者を包含するものと解釈せざるへからず。即ち意思、隱謀、予備の所為と雖も之を同一に論せざるへからず」というのである。磯部は、その理由として、ボアソナードが仏文草案の中でおいた特例規定を、編纂委員が和文草案を作成するとき削除してしまったが「其精神をも削除したるにあらず。唯『加ヘントシタル云々』の法語を用ゐて、其中に各等の所為を包括したるに過ぎず」と論じている²¹。しかし、ボアソナードの特例規定は、欠効犯以下、未遂犯、予備犯と刑を減減させるのであり、無差別に死刑に処するものではなかった。

二人と同じ司法省法学校第一期生で、法学校で受講したボアソナードの講義を『性法講義』や『仏国刑法撮要』と題して翻訳した井上操も、この加えんとしたる者は未遂に止まらないう。井上は「余思ふに、此皇室に対する罪は、草案の意を以て、論すへきにあらず。反て是れ我古法に倣ひ、唐律に基きしものなり」と論じて、日本刑法草案の天皇・祖父母父母の同視を退ける一方で、大宝律の謀反の注釈「臣下將に逆節を凶らんとす。君を無(な)みするの心あり」や、唐律疏議のひく公羊伝の「君親に將(まさにせんとす)なし。將れば必ず誅す」を特記して「蓋し之

に基きしなり。故に既遂、未遂は勿論、予備、予謀も、亦尽く極刑に処す」と記している。⁽²³⁾

磯部の解釈は一見フランス法の思考法を根拠とするかにみえるが、論理性を欠き、高木の非難する不権衡を広げればかりである。井上の解釈はフランス法の君主・尊属親の同視を退けるあまり、ひたすら律の思考法に傾倒しようというのである。もしボアソナードが教え子たる磯部や井上の主張を耳にすることがあつたなら、さぞ落胆したに違いない。それは、二人の解釈、特に井上の解釈を以て第一一六条を修正した改正案を、ボアソナードが酷評したからである。ボアソナードは明治一六年五、六月の交、参事院で旧刑法の改正作業が進行する中、議長の山県有朋から法制部の纏めた改正案について意見を求められた。ボアソナードはこれを精査し逐条批判するとともに、条約改正交渉上の不利益を指摘する意見書を、七月九日、山県に提出した。第一一六条に関するボアソナードの批判は、次のようである。⁽²⁴⁾

○ボアソナードの批判(明治一六年七月)

皇室に対し悖逆を謀るとは如何なる意義なるや、明瞭ならず。悖逆を遂げ若くは試みたるとなれば其意を解す可しと雖も、悖逆を謀るとの文字は了解する能はさるなり。

(中略)

此の如き条款の、単に一箇にても存するときは、日本刑法は遂に世界中最も野蛮なる法律中に排置せらるゝに至る可し。

さて、外務省から司法省へ移管された法律取調委員会は、裁判所構成法をはじめ、民法、商法、民事訴訟法、刑事訴訟法を編纂した。政府はこれらを、明治二三年中に数回にわけて公布した。委員会は同年五月、旧刑法の改正案を

議了したが、どのような事情があつたのか、これは公布しなかつた。政府が第一議会に旧刑法の改正案を提出したのは、翌二四年一月一七日である。天皇らに対する大逆規定、および皇族に対する危害罪は、次のようである。²⁵⁾

○第一議会提出案（明治二四年一月）

第百十八条 天皇、三后、皇嗣、皇嗣ノ妃及ヒ摂政ノ生命ニ対シ危害ヲ加ヘタル者ハ已（い）遂、未遂ヲ分タス
死刑ニ処ス

其身体ニ対シ危害ヲ加ヘタル者ハ已遂、未遂ヲ分タス無期懲役ニ処ス

第百十九条 ①略（皇族の生命に対する危害は死刑、未遂犯は無期懲役）

②略（皇族の身体に対する危害は無期懲役、未遂犯は一等有期懲役）

第百二十条 前二条ニ記載シタル重罪ノ予備ヲ為シタル者ハ未遂犯ノ刑ニ一等ヲ減シ其二人以上陰謀ヲ為シタルニ止マル者ハ二等若クハ三等ヲ減ス

この改正案は、第一一八条の客体として皇嗣の妃・摂政を加える一方、生命に対する危害の、既遂・未遂は死刑に処するが、予備は無期懲役、陰謀は一等（一〇〜一五年）か二等の有期懲役（七年〜一二年）に処する。このように客体を広げるのも、予備・陰謀の刑を遞減するのも、律の思考法によるものではない。この刑の遞減について、司法省の「改正刑法案説明書」が、旧刑法の危害を加えんとしたる者が未遂をさすのか、予備、陰謀を含めるのか明瞭でなく「未遂犯のみを指したるものとせんか其予備、陰謀の所為は之を不問に措かざるへからず。若し其予備、陰謀をも包含したるものと為すときは其刑厳酷に過ぐるやの感あり。因て改正法に於ては未遂犯と予備、陰謀とを區別して相当の刑罰を科することとせり」と説明している。²⁶⁾もつとも、この改正案は、衆議院で審議らしい審議もなく、審議

未了に終った。

(三) 後期の踏襲論

司法省は、明治二五年一月、旧刑法の改正を進めるため、刑法改正審査委員を任命した。二月、三好退蔵(総務局長)を委員長とする委員会組織に改めた。横田国臣、倉富勇三郎、古賀廉造、石渡敏一らが委員である。この委員会が、明治二八年改正案、および明治三〇年改正案を纏めた。明治二八年改正案の作成に係わる「刑法改正審査委員会決議録」が、明治二七年までの三年分残されている。大逆規定の箇所は、次のようである。²⁷⁾

○刑法改正審査委員会(明治二七年五、六月)

第七十七条 天皇、三后、皇太子、皇太孫ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス

本条は甚だ漠然たる規定にして用語の範圍更に分ち難し。之を以て多少修正を加へんとの説出てしも、本条は猥りに臣子の議すべき所にあらされは、暫らく現行法の儘存せしむ。只皇太孫の文字を加へたるは、不測のことに因り皇太子の薨去あらせられたるときは、皇太孫は即ち皇位を継かせらる可き地位にあらせ玉ふことなれば、皇太子に対する犯罪と均しく嚴刑を以て処分するの必要あるものと認めたるに因る。

漠然たる規定だというのは、危害とは何か漠然としている、ということだろう。一方、用語の範圍が区別できないというのは、太上天皇は天皇に入るか、皇妃は三后に入るか、ということなのか、加えんとしたる者が未遂に止まるか、予備・陰謀を含むか、ということなのか、はつきりしない。ともあれ、委員会は「本条は猥りに臣子の議すべき所にあらされは、暫らく現行法の儘存せしむ」る、という方針をきめたのである。そのため、委員会の作成した明治

二八年改正案の大逆規定たる第九〇条も、明治三〇年改正案の大逆規定たる第九一条も、右の第七七条と全く同一である。⁽²⁸⁾

商法・民法が施行延期となったのをうけて、政府は、明治二六年三月、法典調査会を設置し、再び法典編纂に着手した。調査会の努力が実を結んで、政府は、同三二年三月には、法例、民法、民法施行法、商法、商法施行法などの公布をおえた。そこで調査会を改組し、第三部をして刑法、刑事訴訟法の起案・審議を担当させた。第三部は、横田が部長、倉富、古賀、石渡が起草委員、富井政章、三好退蔵、村田保らが委員である。第三部は、明治三〇年改正案を基礎として旧刑法の全面改正作業を進めた。第三部が改正案第九一条「天皇、三后、皇太子、皇太孫ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス」を審議したのは、第二四回の会議（明治三二年一二月四日）で、その日の会議日誌は「第九十一条より審議し、第九十一条は原案の通可決し（中略）第九十六条は重大の問題なるを以て連合会に於て議決することに決す」と記している。⁽²⁹⁾第九六条は内乱罪、連合会は各部連合会である。

その後、政府は、調査会の纏めた明治三四年改正案、明治三五年改正案を、次々に第一五議會、第一六議會に提出した。どちらも、審議未了となった。続いて、政府は、法律取調委員会（明治三九年六月設置。横田、倉富、古賀らが委員）の纏めた明治三九年改正案を、第二三議會に提出した。この改正案が貴衆両院を通過し、成立した。三四年案が三后を太皇太后、皇太后、皇后に改め、三五年案が皇太子「又ハ」皇太孫の接続詞を加えたので、広くしられるように、明治四〇年刑法の大逆規定は、第七三条「天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子又ハ皇太孫ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス」である。

さて、政府提出の旧刑法改正案が、議会で本格的に審議されたのは、貴族院は第一六議會、衆議院は第二三議會に

おいてである。まず、第一六議會貴族院の委員会、第八回會議（明治三五年二月一二日）において、菊池武夫が三五
年案の第八七条の「危害」と第一一三条公務執行妨害罪の「暴行又ハ脅迫」の間に差異があるか、前者の「加へ」と
後者の「為シ」の間に意味の違いがあるか、と尋ねた。政府委員古賀廉造が「此皇室に対する罪は成るべく現行法の
儘て宜しくはあるまいかと云ふ積りて、已むを得ない文字丈を変へたのであります」と答えると、富井政章（調査会
第三部委員）が「本章の規定は事柄か事柄でありますから、成るべく現行法の規定に障らないやうにしやうと云ふ跡
か見えて居ります。それは誠に結構なことであると思ふのであります」といいそえた³⁰。政府としては、貴衆をとわず
議会の批判・修正を好ましからざるものとする思いを答弁で示したのである。

次に、第二三議會衆議院の委員会中、小委員会の第三回會議（明治四〇年三月一日）において、板倉中が三九年案
の第七三条の「又ハ加ヘントシタル者」について質問した。すなわち、危害という言葉の中には「無限に広きことを
網羅して居る」が、次に加えんとしたる者という「此『加ヘントシタルモノハ』と云ふは、加へんと欲したるものに
又這るのてありますか、即ち意思も加はるのでありますか」と質問した³¹。これは、加えんとしたる者が未遂に止まる
か、予備・陰謀を含むかという問題とズレがある。板倉は、予備や陰謀を含めた上で、危害の意思が入るかどうかを
尋ねているらしい。政府委員倉富勇三郎の答弁は、次のようである³²。

○政府委員・倉富勇三郎（明治四〇・三・一）

此第七十三条にありますところの「危害ヲ加ヘントシタルモノ」此文字は現行の刑法の文字を其儘襲用した
のてあります。それで成程危害を加へんとしたるものと云ふ文字は、余程其範圍は広く思はれますか、唯今御説
の通りに單純に考へて居るところの意思までを、此処に含んで居るものとは現行法の解釈として、私共考へない

のてあります。併なから此法条はついと是まで、裁判所て適用したことはない箇条てあります。裁判例に依つて如何なる趣意であると云ふことを御答することは出来ませぬけれども、兎に角現行法て此点に就いては改正するの必要はない。斯う云ふ考て其儘に置いた次第てこさいます。

(注) 最初の裁判例は、大審院の明治四四年一月一八日、幸徳秋水らに対する判決。

(11) さしあたり、司法資料第二五八号（一九三九年）の『仏蘭西刑法典』二四〇二五頁、および中村義孝編『ナポレオン刑事法典史料集成』（法律文化社、二〇〇六年）一八七〇一八八頁。

(12) 注(6) 『日本刑法草案会議筆記』第二卷五五五頁、五七九頁。五五五頁は刑法草案第一稿、五七九頁は刑法草案第二稿。

(13) 注(6) 五八〇〇五八四頁。

(14) 注(13)と同じ。濁点の不揃いは元のまま。引用中の注（特例規定）は、引用者。

(15) 注(6) 四七二〇四八五頁。

(16) フランス刑法は第八八条で、既遂・未遂の二つを以てアタンタだと定義した。そのため、第八六条皇帝（国王）に対するアタンタの処罰は、既遂も未遂も同じである。すなわち、未遂であれ、殺親罪（パリスッド）の刑により死刑である。

(17) 村田保『刑法註釈』卷三（一八八〇年）二葉表。和装本、全八冊。初版は明治一三年七月の発行。翌一四年五月の再版は洛陽の紙価を高めた。引用のさい、片カナ書きを平かな書きに直し、読点をふした。濁点がないのは元のまま。

(18) 新井・前掲「近代日本における大逆罪・内乱罪の創定」第二節、二二頁以下参照。

(19) 高木豊三『校訂刑法義解』第二編（信山社・日本立法資料全集別巻、一九九六年）三四三〇三四四頁。原本は一八八二年の発行。

(20) 注(19)三四四〇三四五頁。太疎は、大雑把なこと。

(21) 磯部四郎『改正増補刑法講義』下巻第一分冊（信山社・日本立法資料全集別巻、一九九九年）四〇頁。原本は一八九三年

の発行。なお、磯部は一方で、第一議会提出案の予備、陰謀の刑の通減を可としている(六一頁以下)。

- (22) Shi-hō-Shō, *Projet de code pénal pour l'Empire du Japon*, août 1879, pp. 41-42.
- (23) 井上操『刑法述義』第二編上巻(信山社・日本立法資料全集別巻、一九九九年)二四〇二五頁。原本は一八八八年の発行。
- (24) ボアソナード「刑法修正案意見書」四六一頁。内田文昭ら編『刑法(明治40年)①―1』(信山社・日本立法資料全集、一九九九年)資料②。これに対する参事院の反論(ボアソナードに送られたかどうか不明)は、悖逆の罪はわが国体上特別の罪だ、というのである(資料②四七二―四七三頁)。
- (25) 司法省編『改正刑法草案・改正刑法案説明書』(一八九一年)所収、「改正刑法草案」五四―五五頁。
- (26) 注(25)所収、「改正刑法案説明書」二九頁。
- (27) 刑法改正審査委員会「決議録」一〇三頁。第五四回・第五五回(明治二七年五月二日、六月六日)合併号。内田文昭ら編『刑法(明治40年)②』(信山社・日本立法資料全集、一九九三年)所収、資料②。
- (28) 明治二八年「刑法草案」一四五頁、明治三〇年「刑法草案」一四五頁。注(27)所収、資料③④。
- (29) 法典調査会「會議日誌」六頁。第二四回(明治三二年二月四日)。法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書第二八卷(商事法務研究会、一九八六年)所収。
- (30) 注(1)『刑法沿革綜覧』増補版九六一―九六二頁。
- (31) 注(1)一九〇八―一九〇九頁。
- (32) 注(1)一九〇九頁。倉富の答弁中、ついと是までというのは、ついで誤植。

二 内乱罪の確定

旧刑法は、第二編の第二章として、国事に関する罪をおいた。第二章は二節の構成で、第一節が内乱に関する罪で

ある。第一節の中核は、第一二一条の「政府ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ僭窃シ其他朝憲ヲ紊乱スルコトヲ目的ト為シ内乱ヲ起シタル者ハ左ノ區別ニ從テ処断ス」である。同条は行為者を四類に區別して、首魁・教唆者は死刑に処し、第二類以下、第三、第四類と刑を逡減する。

明治四〇年刑法は、第二編の第二章として、内乱に関する罪をおいた。第二章の中核は、同じく第七七条の「政府ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ僭窃シ其他朝憲ヲ紊乱スルコトヲ目的トシテ暴動ヲ為シタル者ハ内乱ノ罪ト為シ左ノ區別ニ從テ処断ス」の一条である。同条は行為者を三類に區別して、首魁（教唆者なし）は死刑か無期禁錮に処し、第二、第三類と刑を逡減する。新旧刑法の内乱規定を比べると、明治四〇年刑法の第七七条は、かなり修正されている。

（一）前史

旧刑法第一二一条の母法は、フランス刑法の第八七条である。一八五三年改正法の第八七条は、政府の顛覆、帝位継承順序の変更、武器を以てする皇帝権力への反抗の煽動を目的とする危害（アタンタ）を隔離流刑とした。旧刑法の草案編纂のさい、編纂委員が内乱規定に朝憲紊乱の語を用いるよう強く求めたため、ボアソナードの作成する仏文草案の「³³国政ニ於ケル天皇ノ権利及ヒ特権ヲ減少スル」の箇所を和文は「朝憲ヲ蔑如スル」と記すという、不思議な結果を招いた。³⁴ 日本刑法草案は、第一三四条が「国家ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ僭窃シ其他朝憲ヲ蔑如シ若クハ皇嗣ノ順序ヲ紊乱スルコトヲ目的ト為シ内乱ヲ起シタル者ハ左ノ區別ニ從テ処断ス」と記されている。

次に、刑法草案審査局は、この第一三四条を旧刑法の第一二一条「政府ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ僭窃シ其他朝憲ヲ紊乱スルコトヲ目的ト為シ」云々に修正した。首魁・教唆者の処罰も、草案の無期流刑から死刑へ変更した。政治犯にも

死刑を科することで、これもフランス法の模倣を修正したのである。一方で、草案が行為者を三類、旧刑法が四類に区別して処罰する点で、律の思考法(謀反は首従の別なく斬に処する)とは異なっている。

(二) 前期の改正論

旧刑法第一二二条の政府顛覆も、朝憲紊乱も、多義的な語である。刑法草案審査局が、日本刑法草案第一三四条の国家(ディナステイ)顛覆を政府顛覆に直し、第一三四条の皇嗣順序の紊乱を削ったのは、どのような事情があったのか。あるいは、これが容易にわかるかと、村田保の著した『刑法註釈』を開くと、卷三の巻頭から数葉、次のような注釈がふされている。⁽³⁵⁾

○村田保『刑法註釈』第一二二条

本条は、内乱を起す可きの目的を掲げて、国事犯と称す可き者を示すなり。

政府を顛覆すとは、例へは立君政体を廢して共和政府を創立せんと欲し、又は内閣を變更し、若くは各官署を興廢せんと欲するの類。邦土を僭窃すとは、例へは九州或は蝦夷地方に割拠して旗を挙げ、若くは土地を掠略し又は占有して独立するの類。朝憲を紊乱すとは、例へは政体若くは法律を改革し、又は皇嗣の順序を紊乱し、或は郡県の制を廢して封建に改めんと欲するの類。(後略)

これをよんで気づくことが、二つある。①村田は、審査局の政府顛覆への修正を使い、君主政体から共和政体への轉換に、内閣の變更や、各官署の興廢を内乱罪の目的に加えている。この各官署の興廢は、審査局がばつさり削った草案第一三五条の「官省地方各官署ヲ傾覆若クハ變更シ又ハ其長官ヲ黜除シ」云々という内乱罪の一部を、政府顛覆

の中に含めるのである。村田はさらに、審査局が削った草案の「皇嗣ノ順序ヲ紊乱スル」を、朝憲紊乱の中に含めている。このような解釈が可能なため、おそらく審査局は修正や削除を行ったのだろう。②村田は、内乱の目的を政府顛覆、邦土僭窃、朝憲紊乱と三つ並べて説明している。前二者が後者の例示だという理解がなかったらしい。

この皇嗣順序の紊乱を朝憲紊乱の中に含めて解釈することが、後々、内乱罪と皇室に対する罪が交錯する代表例として指摘されることになる。これは後にみる。今一つ、内乱罪の目的として政府顛覆、邦土僭窃、朝憲紊乱を並列的に扱うのは、高木豊三、堀田正忠、磯部四郎らポアソナードの教え子に共通している³⁶。これは、旧刑法第一二一条の母法たるフランス刑法第八七条が、政府の顛覆、帝位継承順序の変更、皇帝権力への武装反抗の煽動を並列して内乱の目的とし、ポアソナードの作成した仏文草案も、日本の皇統（ディナステイ）の顛覆など四つの事項を内乱の目的として並べたことが、おそらく影響しているのだろう。

旧刑法の施行から約一年、参事院法制部の纏めた改正案（太政官調査修正案）は、僅かに第一二一条文頭の「政府ヲ顛覆シ」を「政体ヲ変更シ」に直すに止まった。ところが、その後、総会議をへて、参事院が纏めた旧刑法の全面改正案は、第一二一条の元の構成要件が大きく修正されていた。問題の第一二一条は、次のようである。政体変壊と朝憲紊乱を並列的に扱うのは、あるいは、朝憲紊乱の一般条項としての利便性をアテにしていたのだろうか。

○参事院改正案（明治一六年七月）

第二百一十一条 政体ヲ変壊シ又ハ朝憲ヲ紊乱スルノ目的ヲ以テ兵乱ヲ起シタル者左ノ區別ニ從テ処断ス

次に、第一議会の旧刑法の改正案をみよう。衆議院の本会議（明治二四年二月二三日）冒頭、政府委員箕作麟祥が趣旨説明を行い、旧刑法は「とうも専制政治のときに設けたものであるので、今日の最早立憲政体になりました所て

はどうしても不都合の点があります。不都合な点、権衡を失した点があります。例へて申しますと、内乱に関する罪に就きましても、皇室に関する罪と政府に対する罪とは区別が出来て居りませぬ」と、問題点を指摘した³⁷⁾。そこで改正案においては、旧刑法第一二一条の内乱規定を、皇室に対する内乱罪、政府に対する内乱罪の二つにわけたのである。次のようである。

○第一議會提案(明治二十四年一月)

第二百二十四条 皇室ヲ傾覆シ皇嗣ノ順序ヲ紊乱シ邦土ヲ僭窃シ其他国憲ヲ変更スルコトヲ目的トスル内乱ニ与シタル者ハ左ノ區別ニ從テ処断ス

- 一 首魁及ヒ煽動者ハ死刑ニ処ス
- 二 群集ノ指揮ヲ為シ其他枢要ノ職務ヲ為シタル者ハ無期禁獄又ハ一等有期禁獄ニ処ス
- 三、四 略

第二百二十五条 政府ヲ傾覆シ政務ヲ変乱シ其他政事ニ関スル事項ヲ目的トスル内乱ニ与(くみ)シタル者ハ前条ノ例ニ照シ各一等ヲ減ス

司法省の「改正刑法案説明書」は、内乱罪は兵をあげ、政府に抗敵する点では同じでも、目的に差異があり「一は帝国の基本を侵害せんとするに在り。又一は政府の当路者と政治上の意見を異にする所より其政治の方針を変更せんとするに在り。而して第一の場合は第二の場合に比すれば罪状の重きは言を疎たさる所」だから、改正案はその区別を明らかにした上で、各自相当の刑罰を科することとした、と説明している³⁸⁾。すなわち、皇室の傾覆をはじめ、帝国の基本を侵害する内乱罪は、罪状が重く首魁らに死刑を科するしかない。これに対して、政事に関する事項を目的と

する内乱罪は、前条の例にてらし各々刑一等を減じるのである。

(三) 後期の踏襲論

刑法改正審査委員会は、明治二八年改正案で、旧刑法第一二一条の構成要件中、目的の内容を踏襲しながら「内乱ヲ起シタル者」を「暴動ヲ為シタル者」と改めた。この改正案の作成に係わる委員会の「決議録」は、国事犯ないしは内乱罪について、種々の議論があつたことを伝えている。そのうち、内乱を暴動に改めたことに関する議論は、次のようである。⁽³⁹⁾

○刑法改正審査委員会（明治二七年九、一〇月）

第八十五条 政府ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ僭窃シ其他朝憲ヲ紊乱スルコトヲ目的トシ暴動ヲ為シタル者ハ

国事犯の定義に付き前□回に生したる修正説に対し、本回に於て第八十五条の如く決したるものは、要するに現行法第二百一条の定義は強ひて修正を加ふべきものにもあらず。只同条の「内乱ヲ起シ」の数字は、内乱と称すべき行為の区域確立せざる為め或は国事犯を常時（事）犯と誤認する者あるの嫌ひなきにあらざるか故に此数字を削除し、而して朝憲紊乱等の目的を以て為したる暴動は之を国事犯とし罰せん為め、内乱云々を暴動云々と修正するに止めたるに因るなり。廢立を謀りし者は朝憲紊乱の内に包含せしむ。

（中略）

以上の諸説に因り遂に内乱を起しの数字を削除するに至れり。而して国事犯の目的を以て暴動を為したるときは、現行法の内乱に至らざるものと雖も、本条に依り国事犯として処分せしむることと為せり。

第一の段落のいうのは、国事犯・兇徒聚衆罪を互いに誤認するという類いのことらしい。これでは内乱の語を暴動に改めた理由にはならない。暴動の語に改めたのは、第二の段落のいう理由のためである。この点を別として、委員会は、旧刑法の構成要件を踏襲する方針をきめた。明治二八年改正案の内乱規定たる第九五条も、明治三〇年改正案の内乱規定たる第九六条も、⁽⁴⁰⁾構成要件は右の第八五条と同じである。

法典調査会は第三部が、明治三〇年改正案を基礎として旧刑法の全面改正作業を進めた。第九六条は重大問題だとして、第三部が単独で審議することをさけ、各部の刑法連合会を開いた。まず、尾崎三良が憲法政治の行われる今日では、現行の内乱規定を死刑を科する邦土僭窃・皇嗣順序の変更を目的とするもの、死刑を科さない政府顛覆・政務執行の妨害を目的とするものに二分するのが適当だろうと提案した。⁽⁴¹⁾尾崎の提案は、政府の第一議会提出案の二分法と一致したし、⁽⁴²⁾国事犯の死刑廃止を高唱する村田保の主張とも一致した。これに対して、起草委員の石渡敏一が、次のように説明した。なお、刑法改正審査委員会の第八五条以来、首魁の刑は死刑または無期禁錮である。

○起草委員・石渡敏一（明治三二・一二・二〇）

一応之を拵へました趣意を述べて置きます。（中略）

吾々は此規定（原案の第九六条）は従来の儘にして置きましたのです。唯「内乱」を「暴動」と替へた丈けであります。朝憲紊乱の中には皇統を紊す、皇室典範に依て極まつたる皇統を暴動で紊しやうと云ふのも此中に這入る。又政府を顛覆すると云ふ中には陛下の思召をば暴動を以て替へやうと云ふのも此中に這入る。斯う云ふ考へで書きましたから政府を顛覆し邦土を僭窃し朝憲を紊乱すると云ふ辞を用ゐたのです。趣意は現行法と少しも変はりませぬ。唯今の（尾崎の）御説の如く旨く分けられますれば宜からうと思ひますが、分けることは困難

であると思ひますからして従来の儘にして置いたのであります。

二分法は無理だから、現行のままにしたというのである。賛否入り乱れる中で、同じ起草委員の古賀廉造が「吾々の趣意は寧ろ政府顛覆、邦土僭窃は不用の積りであつたので、もう『朝憲紊乱スルコトヲ目的トシテ暴動ヲ為シタル者ハ』云々でも宜いと云ふ趣意であつた」と説明したのも、尾崎や村田らの主張する二分法を退けるようというのである。なお、次に掲げる石渡の補足説明も、⁴⁴国事犯の死刑廃止を主張する二分法の根柢を弱めるものである。

○起草委員・石渡敏一（同）

先程言ひ残しましたが九十六条の一号の所を「首魁ハ死刑又ハ無期禁錮ニ処ス」とした。外国の法律を見れば無期刑になつて居りますから極く仕方のない者は死刑にしよう、併ながら場合に依ては首魁であつても無期禁錮にしよう。それで「死刑又ハ無期禁錮ニ処ス」として此範圍を以て判事の判断に任かせた。従来の刑法のやうに悉く死刑のみと云ふことでなくして無期禁錮に処することも出来るとなつて居りますから、今日の程広（酷）くはなからうと思ひます。私は矢張り此案の通りが宜からうと信じます。

政府は明治三四年改正案を第一五議會に提出し、明治三五年改正案を第一六議會に提出したが、どちらも審議未了となつた。第二三議會に提出した明治三九年改正案が、兩院を通過して成立した。これら改正案の内乱規定中、政府顛覆、邦土僭窃、云々の構成要件は、三四年案、三五年案、三九年案、どれも同一である。ただ一つ、これらが二八年案、三〇年案と違うのは、暴動を為したる者は「内乱ノ罪ト為シ」という句を加えたことである。

さて、政府提出の旧刑法改正案が、議会で本格的に審議されたのは、貴族院は第一六議會、衆議院は第二三議會においてである。まず、第一六議會貴族院の本會議（明治三五年二月二四日）において、加藤弘之が朝憲の語の定義を

質したさい、前にみたように、政府委員石渡敏一が「成る程此意味は極て広くして、如何なるものか這入るか」と云ふのは現行法と雖も困難だと思ひます。それ故に草案では此文字を其儘に用ひたのであります」と答えた。続いて加藤が「憲法とも違ふのでありますね」と尋ね、石渡が「憲法より広い意味を持つて居ります」と答えた後、加藤と石渡の間で、次の遣り取りがあつた。⁽⁴⁵⁾

○第一六議會貴族院本會議 (明治三五・二・二四)

加藤、さうしますと先づ朝憲と云ふのは刑法改正の起草者の所てさう云ふ風に解釈してある。別にしつかりしたものはなにか、此起草委員でさう云ふ風に解釈したものと考へられるのですね。

石渡、唯我々考へるのみならず先づ一般にさう考へられて居るやうてあります。

ここで石渡が一般にというのは、刑法学者をはじめ、法律畑の人々のことをさしているのだろう。明治大学の宮城浩蔵(故人)は「其他朝憲を紊乱するとは其意甚た広く、或は皇嗣の順序を紊らんとする如き、或は中央若くは地方官憲の制を廢せんとする如き、苟も我朝廷の憲法制度を變更せんとする者は皆な此語中に包含せざるはなし」と解釈している。⁽⁴⁶⁾ 帝国大学の岡田朝太郎は「朝憲を紊乱するとは天皇の特権を侵犯するを謂ふ極めて汎き語」で、政府顛覆も邦土僭窃も朝憲紊乱の例示である。前二者どちらでもなく「朝憲の紊乱と謂ふへきは、皇嗣の順序を變し、代議制を君主專制に改め、現内閣を退けて異主義の新内閣を組織し、市町村の制を罷めて封建の古に復し、宗教自由の憲法を刪つて一の国教を立つる如き、総て其適例なり」と解釈している。⁽⁴⁷⁾ 宮城も岡田も、確かに朝憲紊乱の包摂する範圍が広いことを力説している。

第一六議會で貴族院は明治三五年案を修正可決したが、衆議院は委員会が審議中会期末を迎えたため、三五年案が

審議未了となった。この衆議院の委員会中、小委員会（三月六日）の審議のさい、改正案第九条主刑の第一に掲げる死刑について、花井卓蔵が国事犯には廃止してほしいと求めた。政府委員倉富勇三郎は「此点に就きましては、立法の本から変へて来て、其以上の御論とあれば、絶対に反対をする考へは無いのであります。併し此改正案では、内乱に関する部分は、大概現行法を其儘写して参りましたからして、とうも矢張死刑を廃すると云ふことに参り兼ねるのてあります」と答えた。⁴⁸すなわち、三五年案は二分法によらず、現行法を踏襲した、という答弁である。

次に、第二三議會衆議院の委員会中、小委員会の第三回會議（明治四〇年三月一日）において、望月長夫が三十九年案第七七条中、首魁は「死刑又ハ無期禁錮ニ処ス」を「十年以上ノ禁錮ニ処ス」に直す、などという修正意見を提出した。政府委員の倉富勇三郎は「第二章にある中には、甚だ如何はしき例がありますけれども、皇室典範等に定めるところの皇嗣の順序を変更すると云ふやうなことは、朝憲を紊乱の内に含まれて居る。斯の如き犯罪であるならば、苟も刑法上死刑か存してある以上は、之を死刑に処することは適當であらうと思ふ」と答えた。⁴⁹これは、政府として、現行法の死刑を踏襲する姿勢を明確に示したものである。ちなみに、望月は続く委員会（委員總會）で「死刑又ハ」の削除意見にきりかえたため、委員会はこれを可決し、本會議もこれを支持し、同条第一号のこの四字を削除した。しかし、貴族院が反発し、両院協議会が一度削除された「死刑又ハ」を元に戻したのである。

明治四〇年（一九〇七年）四月、第二三議會で成立した刑法が公布された。同年九月、衆議院の刑法改正案委員会の委員長を務めた磯部四郎が、早くも改正刑法に関する著書を発行した。大逆罪を定める第七三条が旧刑法第一一六条をそのまま踏襲しているのに対して、内乱罪を定める第七七条は旧刑法第一二一条を基本的に踏襲しながら、構成要件においてすら修正が加えられている。この点について、磯部は次のように記している。⁵⁰

○磯部四郎『改正刑法正解』第七七条

他の一方に於て、旧法に於ける本条に該当する条文は其字句甚た不明にして前二要素を具備したるもの以外に於て尚ほ内乱罪あるか如く解せらるゝの虞ありたるを以て、本法は其趣旨を明示し即ち前二要素を具備するものは内乱罪にして、又内乱罪は前二要素を具備するものに限るべきことゝ為したるものとす。

第一要素、朝憲紊乱を目的とすること。

(中略)

第二要素、暴動を為したること。暴動とは如何なる意義を有するや、之を旧法に参照するに旧法は本条の行為は主として戦争を意味したる如く解釈せらるべき傾ありと雖も、本法に於ては未だ戦争に至らざるものも尚ほ本条を適用すへき必要ありとし之を明示すへき趣旨なり。故に暴動とは戦争に至らざる行為をも包含すへき広汎の意義を有するものとす。

(33) Shi-hô-Shô, op. cit., pp. 43-44.

(34) 新井・前掲「近代日本における大逆罪・内乱罪の創定」一一～一三頁。

(35) 注(17)『刑法註釈』卷三、六葉裏～七葉表。

(36) 新井勉「旧刑法における内乱罪の新設とその解釈」(日本法學第七二卷第四号、二〇〇七年)四三～四六頁。宮城浩蔵は、ポアソナードの教え子の中で、政府顛覆、邦土僭窃の二つは、朝憲紊乱の例示だと捉えている。宮城浩蔵『刑法講義』第二卷(信山社・日本立法資料全集別巻、一九九八年)五〇～五一頁。原本は第四版、一八八七年の発行。

(37) 注(1)『刑法沿革綜覧』増補版一四〇頁。濁点の不揃いは元のまま。皇室に「関」する罪も、原文どおり。

- (38) 注(26)「改正刑法案説明書」三〇頁。なお、改正案第一二四条の国憲変更について、新井・前掲「明治四〇年刑法の成立と内乱罪」三三～三四頁。
- (39) 注(27)「決議録」一〇五～一〇六頁。第五八回・第五九回(明治二七年九月二五日、一〇月二日)合併号。
- (40) 注(28)明治二八年「刑法草案」一四六頁、明治三〇年「刑法草案」一四六頁。
- (41) 法典調査会「刑法連合会議事速記録」一六四頁。注(29)前掲・日本近代立法資料叢書第二五卷(一九八六年)所収。内乱罪を巡る、第七回各部連合会の審議の詳細については、新井・前掲「明治四〇年刑法の成立と内乱罪」三九～四四頁。
- (42) 注(41)一六五頁。引用中の注(原案の)や(尾崎の)は、引用者。
- (43) 注(41)一七〇頁。
- (44) 注(41)一七二～一七三頁。石渡の補足説明中、今日の程広く、というのは、本文で訂正したように誤植。
- (45) 注(1)五九一頁。
- (46) 注(36)宮城・前掲書五〇～五一頁。原本は第四版、一八八七年の発行。
- (47) 岡田朝太郎『日本刑法論』各論之部(信山社・復刻叢書法律学篇、一九九五年)三二頁。原本は訂正増補再版、一八九六年の発行。
- (48) 注(1)一四四六頁。
- (49) 注(1)一九一一頁、一九一三～一九一四頁。
- (50) 磯部四郎『改正刑法正解』(信山社・日本立法資料全集別巻、一九九五年)一七四～一七五頁、一七七～一七八頁。原本は一九〇七年の発行。本書の内乱罪を一見すると、既視感がある。磯部は、注(47)岡田・前掲書を下敷きにしたのか。

三 大逆罪・内乱罪の交錯

冒頭で、本稿は、朝憲紊乱の語が使用されることを通して、内乱罪と大逆罪、正確には内乱罪と皇室に対する罪が交錯した事情を追究する、舞台は、明治四〇年刑法の成立に至る立法過程だと記した。その前提として、明治四〇年刑法で確定する大逆規定、内乱規定の歩みを、これまでざっと一見した。そのさい、大逆規定が内乱規定へ越境する局面に出会わなかった。これと逆に、内乱規定は事毎に皇室に対する罪へ越境していった。

まず第一議会で、政府は、旧刑法第一二一条の内乱罪を二分して、皇室に対する内乱罪と、政府に対する内乱罪をおこうとした。法典調査会でも、尾崎三良ら少数派が二分法により起草するよう主張した。しかし、どちらも実現に至らなかった。その後、法典調査会・法律取調委員会も、司法省も、改正案の内乱規定として、旧刑法第一二一条を基本的に踏襲した。そのため、国事犯に対する死刑廃止論が、貴族院、衆議院で繰り返し登場したのである。矢面にたつ起草委員や政府委員は、改正案の内乱規定のうち朝憲紊乱の語に皇室に関する事項が含まれている、と反論するのをいわば常套とした。

(一) 内乱罪を二分する

旧刑法第一二一条の原型たる日本刑法草案第一三四条は、フランス刑法第八七条を模倣した。第八七条は、政府の顛覆、帝位継承順序の変更、皇帝権力への武装反抗の煽動を目的とする危害を隔離流刑とした。草案の第一三四条は国家(ディナステイ)の顛覆、邦土の僭窃、その他朝憲の蔑如、もしくは皇嗣順序の紊乱を内乱を起す目的と定めた

から、仮に邦土僭窃を棚上げにしても、国家顛覆も皇嗣順序の紊乱も元々皇室に対する罪に属する。

旧刑法は、草案の国家顛覆を政府（グヴェルヌマン）顛覆に改め、朝憲蔑如を紊乱に改め、さらに皇嗣順序の紊乱を削った。この修正を行った刑法草案審査委員の一人、村田保は、注釈書の中で、政府顛覆とは「例へは立君政体を廃して共和政府を創立せんと欲し」朝憲紊乱とは「例へは（中略）皇嗣の順序を紊乱し」と記している。この注釈書を見る限り、刑法草案審査局が国家を政府に改めても、この政府はディナスティという意味ももち、皇嗣順序の紊乱を削っても、朝憲紊乱の中にこれが含まれる、というのである。すなわち、政府顛覆も朝憲紊乱もこの意味において皇室に対する罪に越境していくのである。

村田の注釈書がその頃、およびその後の解釈にどの程度影響を与えたのか、はつきりしない。明治一〇年代、二〇年代の刑法書にあたると、その解釈の多くは村田と径庭がない。①政府顛覆については、高木豊三、堀田正忠、宮城浩蔵、磯部四郎、岡田朝太郎、どの刑法書も、君主政府を共和政府へ変更する、ないしは、政体を変更する、と解釈している。⁵¹ ちなみに、堀田は、現政府を顛覆して無政府となすのもこの中に入ると解釈し、岡田は、これを「政体ノ変更又ハ皇統ノ廃換」だと解釈している。②皇嗣順序の紊乱については、高木、堀田、宮城、磯部、岡田、どの刑法書も、申し合わせたように、これを朝憲紊乱の一例だ、と解釈している。⁵² なお、磯部一人は、朝憲紊乱の例の筆頭として、皇室の傾覆をあげている。⁵³ ともあれ、刑法学者が一致して、政府顛覆・朝憲紊乱が皇室に対する罪へ越境していくことを認める、どちらも皇室に対する罪と重なることを認めるのである。

憲法を公布し議会を創設して、何とか立憲国家の建設をなしとげると、政府は、旧刑法第一二一条の、正にこの点を問題とした。第一議会で箕作司法次官が旧刑法改正案を説明して、旧刑法の草案の成ったのは今を隔てる一〇数年

前、専制政治のときであり、今日立憲政体の下では不都合の点があるとして、まず内乱に関する罪を名指ししたことは、前に紹介した。改正案中、内乱規定は、これも前にみたが、第一二四条「皇室ヲ傾覆シ皇嗣ノ順序ヲ紊乱シ邦土ヲ僭窃シ其他国憲ヲ変更スルコトヲ目的トスル内乱」と、第一二五条「政府ヲ傾覆シ政務ヲ変乱シ其他政事ニ関スル事項ヲ目的トスル内乱」の二つにわけた。後者は、前者の例にてらし各々刑一等を減じるのである。

刑事局長の河津祐之も政府委員として、同じ衆議院の本会議(明治二四年二月二三日)で、内乱罪を二分したことについて言及した。河津は、現行法の国事犯は死刑をおくが、改正案は国事犯を二つの種類にわけて、皇室を傾覆し皇嗣の順序を紊乱するという「大罪、大逆極まるものは死刑に処しまする」が、政府を顛覆しようという「誠に愛国の心から生したる所」の通常の国事犯は無期禁獄をおいた、と説明した⁵⁴。これは、前掲「改正刑法案説明書」の記述をなぞったものである。もつとも、改正案の提出が遅かった上、議会の焼失にあい、衆議院の委員会は数回開会しただけで、審議未了に終わった。

次に、法典調査会の刑法連合会では、これも前にみたが、尾崎三良が内乱規定を邦土僭窃・皇嗣順序の変更を目的とするものと、政府顛覆・政務執行の妨害を目的とするものに二分しようとして提案した。石渡敏一は、二つにわけるのは困難だろうから従来のままにしておいたと説明した。村田保、梅謙次郎らが尾崎に賛意を表したが、土方寧が政府顛覆であれ刑を軽減することに反対し、委員の多くがこれに同調したらしく、連合会は提案を否決した。

(二) 死刑廃止を退ける

政府は旧刑法の全面改正案を、五回議会に提出した。第一議会で審議未了となった後、政府は第一五議会、第一六

議會、第一七議會、第二三議會と立て続けに改正案を提出した。第一五議會は貴族院（先議）が碌に審議しないうちに会期がつき、第一七議會は貴族院（先議）が審議に入ろうとした日に衆議院の解散となった。改正案が議会で本格的に審議されたのは、貴族院は第一六議會、衆議院は第二三議會においてである。

まず、第一六議會である。貴族院（先議）の本会議は、刑法改正案委員会の報告の後、第二読会（明治三五年二月二四日）を開き、逐条審議に入った。改正案第九条の掲げる死刑を廃止するよう熱弁をふるいながら、議場から黙殺された村田保が、第九二条の内乱罪を捉え、せめて国事犯については死刑を廃止するよう主張した。政府委員の石渡敏一が、これに答えた。石渡は「今一遍申上げて置かねはならぬことかあります。此内乱罪は其政府を倒さんとする行為のみを御認になつたやうに思はれる。か、此案並に現行法を見ますれば、政府を顛覆したり邦土を僭窃し朝憲を紊乱すると云ふことかあります。此中には皇統を紊る、男統を変して女統にする、皇統の順序を変更すると云ふ如きも此中に包含して在るのである。既にそれを包含すると見たならば、前の皇室に対する罪と権衡はとうてあらうかと思はれ、とうしても死刑か此中に無ければならぬ」というのである。⁵⁵

皇統を紊るといふのは、皇室典範の定める皇位継承法を紊すことをいい、皇統の順序を変更するといふのは、皇位継承順序を変更することをいう。石渡は、第九二条の朝憲紊乱の中にはこれが含まれるから、第一章の皇室に対する罪との権衡上どうしても死刑がなければならぬ、という。これは、清国との戦争に勝利し条約改正に成功した天皇制国家において、異論を唱えることを許さない論理である。

しかし、古参の村田は、食いさがった。①第九二条の罪質が皇室に対する罪と同じなら（首魁は死刑または）無期禁錮でなく、なぜ無期懲役にしないのか。②朝憲紊乱の中に皇統の順序を変更することが含まれるといふのは、何を

参照したのか。石渡は、次のように答弁した。⁵⁶ 一見して、石渡の①に対する答弁は、苦しい答弁である。仮に皇統に關する内乱罪が惹起した場合、関係者各々の役割りを区別することなく、一律に死刑に処することなどできるはずがない。村田は発言を控えた。貴族院で皇室事項について政府委員をやりこめたところで、ただ孤立を深めるばかりである。第九二条は、原案どおり（死刑を科したまま）本会議を通過したのである。

○政府委員・石渡敏一（明治三五・二・二四）

現に皇室典範を見まして、皇室典範の中に皇統の順序から男統・女統の規定までも設けてあります。是は国の根本と為る法律と考へます。現行法で所謂朝憲なるものは国の根本法と考へますれば其中に這入るのか当然ではないかと思ふので、それ故に現行法の儘に朝憲と云ふ字を使つて居ります。

内乱罪に關する犯罪には色々種類かあると思ふので、種類か一つではこさいませぬ。それ故に死刑も必要なり又禁錮も必要である。或る部類の、皇統を変すると云ふ目的の如きものであつたらは、殆ど皆前の皇室に關する罪と同じに死刑に行くたらうと思ひます。それ故一種類でないかために死刑又は無期禁錮としたのであります。

(注) 石渡は、まず②の問いに答え、次に①の問いに答えた。

第一六議會において、衆議院の委員会中、小委員会（三月六日）の審議のさい、改正案第九条の掲げる死刑を国事犯には廃止してほしいと求める花井卓蔵に対して、政府委員の倉富勇三郎が改正案の内乱規定は現行法を踏襲したとして一蹴したことは、前に紹介した。倉富は、続いて、現行法の国事犯のうち邦土僭窃や朝憲紊乱は場合により死刑の必要があるが「若し此改正案で死刑に処することの必要なりと云ふ、其事項を挙げて、即ち其事項だけを、皇室に對する罪に移すことか出来たならば、さうすれば内乱罪の方は、死刑を除いても不都合は無いと思ふけれども、先刻

も申します通り、内乱罪の中に、矢張場合に依つては、皇室に關することかあり得るのでありますから、それかために死刑と云ふことを、残して置いたのであります」と答弁した。⁵⁷二分法によらず、現行法を踏襲する以上、改正案の内乱規定中、朝憲紊乱や邦土僭窃には皇室に關する事項が含まれている、というのである。

次に、第二三議會である。政府が提出した改正案は、第一六議會で貴族院が行つた修正をほぼ全面的にとりいれるものだったから、貴族院で大きな波乱なく、主たる審議の舞台は衆議院に移つた。この衆議院の委員会中、小委員会で、望月長夫が改正案第七七条中、首魁は死刑または無期禁錮に処すを単に一〇年以上の禁錮に直すという修正意見を提出したこと、政府委員の倉富勇三郎が朝憲紊乱のうちに皇嗣の順序を変更するという類いが含まれるから、これを死刑に処することが適當であると答弁したことも、前に紹介した。倉富は、このとき、答弁の中で「單純に政府の顛覆のみの内乱であるならば、唯今御述へになりました理由か適當であらうと思ひますか、其後に『邦土を僭窃』とある。其他『朝憲の紊乱』と云ふことか一の目的になつて居る。斯の如き犯罪は其實やはり皇室に対する犯罪となるのであります」ともいつている。⁵⁸倉富の答弁が功を奏したのか、修正意見は賛成少数により敗れたのである。

衆議院の刑法改正案委員会中、小委員会は、第五回會議で逐条審議を終了した。続く委員会（委員總會）の第三回會議（明治四〇年三月一日）で、望月長夫が今度は改正案第七七条中、首魁は死刑または無期禁錮に処すを「死刑又ハ」を削るといふ動議を提出した。政府委員倉富勇三郎が「本条には朝憲紊乱と云ふことも含んで居るのでございます。成程多くの立法例としては国事犯者に死刑を科せないと云ふことは認めますけれども、本邦には又本邦の特別なる必要もございませうからして、此死刑を廢すると云ふことには反対を致します」と反論した。⁵⁹委員会はこれを可決し、本會議もこれを支持し、同条第一号のこの四字を削除したのである。

貴族院は、首魁の死刑を廃止する、この四字削除に反発した。両院協議会（三月二三日）が開かれると、富井政章が「此案に規定してあるところの内乱罪と云ふものは、列国て謂ふやうな国事犯と同一視することは出来ないと思ひます。我建国以来の国体上から考へても、決して外国にあるやうな単純なる性質の犯罪でない。同時に皇室に対する最も重い罪とも見ることも出来るのであります。それ故に他の規定との権衡上から考へても此刑と云ふものは、どうしても存して置かなければならぬ」と論じて、⁶⁰真つ向から反対した。望月や花井（協議委員）には、富井の「我建国以来の国体上から考へても」という議論は、倉富の「本邦には又本邦の特別な必要もこさいますから」の繰り返しをきかされる思いだったに違いない。貴族院の強硬な姿勢で改正案が不成立となる恐れが生じ、西園寺公望を首班とする政府の改正案を成立させるため、結局、衆議院は譲歩し「死刑又ハ」の四字を復活させたのである。

(51) 高木・前掲書三六〇頁、堀田『刑法釈義』第二篇（信山社・日本立法資料全集別巻、二〇〇〇年）二八頁、宮城・前掲書

五〇頁、磯部・前掲書八九頁、岡田・前掲書三〇頁。発行年は順に、明治一五年、一七年、二〇年、二六年、二九年。

(52) 高木・前掲書三六〇頁、堀田・前掲書二八頁、宮城・前掲書五一頁、磯部・前掲書九〇頁、岡田・前掲書三一頁。

(53) 磯部は、憲法・皇室典範の制定後は、憲法に規定するところの紊乱は政府顛覆に属し、皇室典範に規定するところの紊乱は朝憲紊乱にあたる。朝憲とは専ら朝廷の典憲をさす、と解釈している（磯部・前掲書九〇～九二頁）。

(54) 注(1)『刑法沿革綜覧』増補版一四五～一四六頁。

(55) 注(1)五九〇～五九二頁。石渡の答弁中、此内乱罪は其政府を倒さんとする行為のみを御「認」になった、というのは、あるいは御「説」の誤植か。

(56) 注(1)五九一～五九二頁。

(57) 注(48)と同じ（刑法沿革綜覧一四四六頁）。

(58) 注(49)と同じ(同一九一三〜一九一四頁)。

(59) 注(1)二〇二四〜二〇二五頁。

(60) 注(1)二〇八五〜二〇八六頁。富井も「死刑と云ふものは総ての場合に付いて廢するならば、一つの問題であらうと思ひます。苟も死刑と云ふものを刑法に存する以上は此場合に付いて除くと云ふことは、甚だ同意を表し兼ねることてあります」というのである(二〇八六頁)。

おわりに

本稿は、明治一三年刑法(旧刑法)の大逆罪、内乱罪が、明治四〇年刑法の大逆罪、内乱罪として確定するまでの歩みを、個別にざっと一見した。それも、旧刑法の規定を改正しようとした時期と、一転して、それを踏襲しようとした時期の、二期にわけて通覧した。その上で、内乱罪と大逆罪、正確には内乱罪と皇室に対する罪が交錯した事情を、要点を並べていく形で追究した。そのさい、結果として、内乱罪の改正論議を対象とすることになった。

旧刑法は、フランス刑法を模倣しながら、一九世紀ヨーロッパの刑法典に例のないやり方で、大逆罪から内乱罪を分離した。しかし、君主その人と君主の位を区別することなく、どちらに対する攻撃も大逆罪の概念に包摂していたものを大逆罪、内乱罪の二つに区別しても、天皇制を戴いて近代国家を建設した明治日本において、極度に政体転換をおく内乱罪の相当数が天皇制の存続に影響を及ぼしかねないことは、戊辰戦争の記憶が薄らがない中で、改正論議に係わる人々が容易に想像できたに違いない。これを端的に示すのが、内乱罪を二分し、皇室に対する内乱罪を明記した第一議会提出案である。法典調査会の少数派の主張は、この亜流である。

一方、ボアソナードの言説やオルトランの翻訳を通して、近年ヨーロッパ諸国が国事犯（政治犯罪）の死刑を廃止し、あるいは廃止する傾向にあることが、かなり広く知られるようになった。法典調査会や貴族院では、数人の廃止論者が死刑をおく改正案の内乱罪を批判し、衆議院では多数の廃止論者が盛んに改正案を批判した。この矢面にたつ起草委員や政府委員は、旧刑法第一二一条を踏襲する改正案の内乱規定の目的のうち、朝憲紊乱の語に皇室に関する事項が含まれていることを理由として、廃止論を退けるのを常套手段とした。これが功を奏したらしく、明治四〇年刑法は内乱罪の首魁に、依然として死刑（または無期禁錮の選択）をおいたのである。

以上、本稿を記して、不思議に思うことが一つある。旧刑法やその改正案は、内乱罪の目的として「政府ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ僭窃シ其他朝憲ヲ紊乱スルコト」をあげた。第一議会提出案の場合は、政府委員は帝国の基本を侵害するとか皇室を傾覆する大罪にして大逆極まるとかいって、政体の転換を含む政府顛覆を重視した。一方、第一六議会や第二三議会では、政府委員は政府顛覆を忘れて、専ら朝憲紊乱の語を振り翳した。それも、朝憲紊乱の中に皇嗣順序の紊乱が含まれているといつて、国事犯の死刑廃止論を抑えこんだ。皇嗣の語は、明治初年箕作麟祥がフランス刑法第八七条のシクセシビリテ・オ・トローン（皇位継承）を意識したものである。旧刑法は、日本刑法草案の並べる国家顛覆・朝憲蔑如などのうち、皇嗣順序の紊乱を削った。村田保の注釈書がこれを朝憲紊乱の中に含めると、政府委員も多くの刑法学者も、これに倣った。もつとも、国内に王位継承を主張する王家が複数あるヨーロッパの国々と異なり、日本は中世の大覚寺統・持明院統を除き、複数の皇統が存在しない。これが、あるいは、旧刑法が草案から皇嗣順序の紊乱を削った、真の理由かもしれない。このような目で、皇嗣順序が死刑廃止論を抑え込むのを見てみると、国家権力の一翼を担う帝国議会で兎戯に類する遣り取りが繰り返されることが、ただただ不思議である。あるいは

は、皇嗣順序の語が立ち入ってはならない禁忌を示していたのかもしれない。

○追記

本稿第一節は、フランス刑法第八六条や、旧刑法第一一六条の大逆罪を扱うことから、未遂(犯)を俎上にのせている。中止未遂を別として、未遂には、着手未遂と、実行未遂(欠効犯)がある。本稿において、単に未遂(犯)というときは、広義に使って、二つを総称している。一方、欠効犯と未遂犯を並べているときは、狭義に使って、この未遂犯は着手未遂をさしている。一々区別して記す煩雑さをさけたが、文脈からわかると思う。

○補論

日本法学第七九卷第二号掲載の「近代日本における大逆罪・内乱罪の創定」は、本稿の姉妹編である。前稿を校了とするさい、追記をふし「司法省改正案の扱いに、おそらく思い違いがあることに気づいた」と記した。思い違いというのは、次のようである。信山社・日本立法資料全集、内田文昭ら編『刑法(明治40年)』①全三卷(一九九九年)(二〇〇九年)は、参事院による旧刑法全面改正の企ての前提となる、司法省の改正案を幾つか収めている。①梧陰文庫(井上毅)の刑法改正案がその一で、②吾園叢書(細川潤次郎)の刑法改正案がその二である。さらに、③資料解題に説明がないが、梧陰文庫(か吾園叢書)の所蔵らしい、刑法改正案がその三である。前稿二八頁は、司法省が政府に提出した全面改正案として、学問的な手続きを何一つ記すことなく、ただ安易に②を参照し、これを注記してしまった。井上毅の働きを考察しながら、①を参照しなかったのは、一見して、未定稿だとはつきりしているため

あるし、資料解題が①の改訂草案という、③を参照しなかったのは、これも朱書による改正案（成案）の上にさらに墨書を加え、やはり未定稿らしいためである。参照するべきは、②しかない。おそらく②は、司法大輔細川潤次郎の手元に副本の一本として残されたものだろう。前稿は、現在複数紹介されている司法省の改正案を扱いながら、事情を記さず安易に議論を展開した。ここに、資料の扱いに関する思い違い（＝軽率さ）を記す次第である。

千賀鶴太郎博士の二つの自歴譜について

吉原達也

はじめに

「真夏の太陽は、港の波に銀色に反射していた。明治三十二年八月、一人の紳士が神戸港に降りた。彼の名前は、千賀鶴太郎、私の母方の曾祖父である。この九月に京都帝国大学に法科大学が設置されることになり、教授として迎えられたための帰国であった。明治十七年、ベルリン大学に留学が決まり、日本を後にして以来あしかけ十六年ぶりに帰って来た祖国である。」⁽¹⁾

この文章は、本文にあるように、千賀鶴太郎博士の曾孫にあたる方が、ある雑誌に寄せた一文の冒頭の部分である。千賀鶴太郎博士は、明治一七（一八八四）年から明治三二（一八九九）年八月までベルリンにあり、一五年ぶりの

千賀鶴太郎博士の二つの自歴譜について（吉原）

四一（五五九）

帰国の際の思いはいかなるものであったらうか。博士はその九月京都帝国大学法科大学教授に任じられ、最初の「羅馬法講座担任」⁽⁴⁾となった。筆者は、かつて大正期における博士の「羅馬法講義」口述録の翻刻と、同時に共編として博士の著作目録を公表する機会をえた。千賀博士が京都帝国大学に赴任するまでの経緯は不明な点が多い。今回、ベルリンの「プロイセン枢密公文書館」(Geheimes Staatsarchiv Preussischer Kulturbesitz, Berlin/Dahlem)における資料調査を通じて入手しえた千賀博士自筆の自歴譜(Curriculum vitae)を通じて、ベルリン大学東洋語学校 Das Seminar für orientalische Sprache der Universität zu Berlin 日本語講師に就任するまでの事蹟について再度検討する機会を得た。

「プロイセン枢密公文書館」は、ベルリンのダーレム地区、ベルリン自由大学の近傍に位置している。ベルリン大学関係の文書類の中に、I Hauptabteilung (HA) Rep. 76 Kultus- ministerium Va Universitäten Bd. 1 (Sektion 1-2), Generalia, Universität Berlin として、ベルリン大学東洋語学校の歴代日本人講師に関する記録が保存されている。そこには初代の井上哲次郎博士に始まり、歴代の担当者の記録が個人毎につづられている。⁽⁷⁾その中に、二代目の担当者として千賀博士に関する記録 (No. 17-29) が収められている。千賀博士記録の冒頭にあたる No. 17 には、Curriculum vitae と題するドイツ語文の自筆の自歴譜(以下これを「自歴譜1」と呼ぶこととする)が記されており、一枚ずつ通し番号が印字されている。これは、千賀博士が明治三三(一八九〇)年六月に日本語講師として採用されるにあたって東洋語学校長ザッハウ博士に宛てて提出されたもので、罫線ノート二枚(二枚ずつ印字された通し番号では一九葉と二〇葉にあたる)表裏に記載され、全体で四頁からなっている。執筆の日付は同年六月二二日であり、東洋語学校の受付印は同二五日付になっている。

千賀博士には、もう一つドイツ語文の自歴譜が存在する。「自歴譜1」が書かれた七年後、明治二九（一八九七）年にベルリン大学に提出されるにあたり、印刷刊行された博士論文 *Gestaltung und Kritik der heutigen Konsulargerichtsbarkeit in Japan*, Druck von Leonhard Simion [1897] の末尾にも、同く *Curriculum vitae* と題するドイツ語文自歴譜（これを「自歴譜2」と呼ぶこととする）が収録されている。⁽⁸⁾ この「自歴譜2」は「自歴譜1」に比較すると簡略なものとなっているが、両者はともに千賀博士の前半生を検討するための多くの手がかりを与えてくれる点で重要な資料であると思われる。本稿では、これら二つの自歴譜の読解を通じて、博士の前半生を辿ると同時に、その時代の人間関係の一端を描き出してみることにはしたい。

一 自歴譜1

Curriculum vitae

[19-1] Ich, Tsurutaro Senga, bin am 10 ten Februar 1857 als ersten Sohn des Bezirksgouverneur Bushiro Senga, aus dem Ritterstand (shizoku) in Okayama, einen Stadt des Fürstenthums Bizen, geboren. Nachdem ich bei einem Privatlehrer Schreiben und Lesen gelernt, busuchte ich von 11ten Jarhen an die höheren Schule “Gakko” — später “Ihokwan” genannt — eine Schule für das Studium der chinesischnen Classiker in Okayama, deren Lehrplan nach dem fast zwei hundert Jahren alten Statut ungefähr dem heutigen Gymnasium und der chinesischnen philologischen Abtheilung der heutigen Universität entspricht. Zur Zeit meines Aufenthaltes wurde in dieser Schule der englische

Unterricht eingeführt, und so habe ich neben chinesischen Classikern auch englische Bücher (geographische, physikalische, historische, moralische psychologische und volkswirtschaftliche) gelesen.

Nachdem ich diesen Hochschullehrer 9 Jahren hindurch genossen hatte, wurde ich zum Hilfslehrer ernannt; dann ging ich nach Tokio, um hier weiter zu studieren. Hier war damals zuvor eine höhern universitätsartige Schule, aus der sich dann späteren die heutigen Universität in Tokio entwickelt hat; aber die philosophische und staatswissenschaftlichen Gebiete waren hier noch zu gering kultiviert, so daß ich keinem Nutzen hier studieren konnte. So wurde ich durch diese Umstände gezwungen für mich selbst zu studieren. Aber in welcher Weite sollte man studieren? Ja, diese Frage war ein Rätsel, welches kein Japaner damals lösen konnte; denn die alte Methode war bereits untergegangen, und eine neue noch nicht gefunden. Es waren damals in Japan die zwei Schlagwörter en vogue, [19-2] "Civilisation" und "Freiheit", die Parole für alle Fragen geistigen Strebens-- was ja heute auch uns Japaner lächerlich erscheint. Und so schien es mir durchaus nöthig, von allem "On liberty" von J.S. Mill und "history of civilisation" von Buckle zu lesen. Ich habe den bezaubernden Stil (wenigstens nach unserer Auffassung) so wohl, wie die Schärfe der überraschenden Deduktion von "Liberty" die der Feder des chinesischen Classikers 蘇東坡 auffällig ähnlich ist, sehr bewundert mehr noch als die Kühnheit Buckles, der die europäische öffentliche Meinung in Bezug auf den Einfluß des Christenthums so ganz und gar verachtet. Weiter wurde ich nun veranlaßt, die philosophischen und national ökonomischen Werke J.S. Mills zu studieren, und bald war ich einer der ersten Japaner, welche "System of logic" wirklich durchstudiert hatten. Inzwischen wurde ich auch als Docent der englischen Literatur in der

Unterrichtsanstalt “Doninsha” in Tokio angestellt, welche heute noch existiert aber seit zwei Jahren den Plan und die Ziele des Unterrichtes gänzlich verändert hat. Ich war dann kaum zwanzig Jahre alt, obwohl die Mehrzahl der Schüler weit älter war, als ich, der Lehrer! Das mag wohl sonderbar klingen, aber waren, solche Verhältnisse eine der nothwendigen Erscheinungsformen der so plötzlichen und fast gewaltsamen Umwälzung, die sich zum Sieg des europäischen Gedankens überall vollzog. Ich bin in dieser Anstalt 7 Jahre thätig gewesen und hatte in den höheren Classen die Bücher moderner englischer Philosophen (insbesondere Behthams, J.S. Mills, H. Spencers etc.) zu erklären. Aber mit Vorliebe studierte ich in diesen Zeit, staatswissenschaftliche, besonders nationalökonomische Bücher. Indessen gar bald entdeckte ich, daß die englische Literatur in Bezug auf Staatswissenschaft hasten doch sehr mangelhaft und besonders in Bezug auf Nationalökonomie in gar macher gar einseitig ist. [20-1] Im Sommer des Jahrs 1884 begab ich mich nach Berlin, um im Diensten der Berichtserstaltung an die Zeitung “Tokio nichu nichu shimbun” neben deutsche Staatswissenschaften studieren zu können. Wenige monaten vor meiner Abreise wurde ein philosophischer Verein in Tokio errichtet welcher aus den Professoren und Studierende der obersten Classe der Tokio Universität besteht und den Zweck hat, chinesische, indische und europäische Philologie zu erforschen und zu verbreiten.

Die Unterrichtsanstalt “Doninsha” sollte ihren Vertreter in diesen Verein schicken, um an dessen Berathung zu theilzunehmen, und ich hatte die Ehre, als Vertreter gewählt zu werden. Aber nur der ersten Versammlung des Vereins konnte ich beiwohnen und habe hier den Dr. Inouye kennengelernt.

In Berlin erlernte ich genug die deutsche Sprach und es wurde mir möglich, bereits im Winter des Jahres 1885 in der philologischen Facultät der Berliner Universität immatrikürt zu werden. Während 8 Semester habe ich vorzugsweise staatswissenschaftliche Vorlesungen gehört. Aber gar bald gewann ich die Überzeugung daß es mir doch nöthig sei, ein juristisches Studium durchzumachen, und so ließ ich mich in verfloßenen Winter in der juristischen Facultät von neuem immatrikürt; auch habe ich gleichzeitig angefangen, Lateinisch zu lernen.

Was meine publicistische Thätigkeit anbetrifft, so habe ich, außen den Arbeit an den Zeitung, eines Band aus "Life and Times of Stein" von Seeley auf Aufforderung des japanischen Staatsministeriums in das Japanische übertragen und ferner habe ich zwei kleine Broschüren [20-2] "Beikoku seito heigai ron" (Nachtheil des politischen Parteiwesens in Nordamerika) und "Issei Naporeon hogen" (Tischgespräche des Napoleon des ersten) publiciert. Mit der Bemerkung, daß ich im Monat Mai d. J. die Ehre gehabt habe, für das Seminar für orientalische Sprachen als Lector engagiert wurden zu sein---Q.D.B.V. [Quod deus bene vertat]--schließ ich mein von mir geforderetes Curriculum vitae.

Geschrieben in Berlin, am 22ten Juni 1890.

Tsurutaro Senga

An

den Director des Seminars für orientalische Sprachen

Herrn Prof. Dr. Sachau

Hochwohlgebornen.

「自歴譜1」

「一九葉表」 私儀、千賀鶴太郎は、一八五七「安政四」年二月一〇日、備前藩城下の岡山に、士族・郡目付・千賀武四郎しろうの長男として生まれた。私は家庭にて読み書きを学んだのち、一一歳にして上級学校にあたる「學費」——のちに「遺芳館」と呼ばれる——、すなわち、岡山の漢籍学校に入った。その教程は、二〇〇年来の古式により、ほぼ今日の日ギムナジウム及び大学の漢文学科に相当するものである。私の在籍中この学校において英学の授業が導入され、その結果私は漢籍と並んで英書類（地理学、自然学、歴史学、倫理学、心理学、国民経済学に関する）を読んだ。

この上級学校の授業を九年間にわたって受けたあと、私は助教に任じられた。その後私は東京に出て、この地でさらに勉学に努めた。この地には当時以前より上級の大学相当の学校があり、同校はその後今日の東京大学にへと発展した。しかし哲学及び国家学の分野はここではなお十分には進んでおらず、私はここで必要なことを学ぶことができなかったのである。結果として私はこうした状況により自学自修せざるを得なかったのである。しかし人はどれほど勉強すべきであったか？ 実際、こうした問いは、当時の日本人は誰一人として解くことのできない謎であった。というのは古くからの方法はすでに衰退し、新しい方法はなお発見されるに至っていないからである。当時日本には二つの合言葉が流布していた。／「一九葉裏」すなわち、「文明」と「自由」である。これらは精神的努力のためのあらゆる問いに対するスローガンであったが、このようなことは、実際のところ、今日では私たち日本人にとっても笑止のことように思われるのである。そこで、私には、何よりもJ・S・ミルの『自由論』、バックルの『文明史』を読むべきと思われた。私は魅力的なスタイル（少なくともわれわれの理解によればのことであるが）に驚嘆した。中国哲学者の蘇東坡の文章に驚くべく類似する、『自由論』の魅力的な演繹論理の鋭さにいたく驚嘆し、同じくバッ

クルの奔放さに驚嘆したものであった。同書はキリスト教に関するヨーロッパの公論を徹底的に軽視したものであった。さらに、私はJ・S・ミルの哲学的及び国民経済学的著作を学ぶべく喚起され、やがて私はその『論理体系』⁹⁾を実際に学び尽くした最初の日本人の一人であった。その間、私は、東京の学塾「同人社」において英学講師に任じられた。この学校は今日もなお存続しているが、二年來履修法「カリキュラム」と目的をまったく変えてしまったのである。当時私は二〇歳ほどの年齢であったが、学生の大多数は教師である私よりはるかに年長者であった。このことはたしかにとくに心をときめかせるものであったが、しかしこうした関係は、随所でヨーロッパ的思考の勝利へと至った急激かつ烈しい変革をもたらした必然的な現象形式の一つであった。私はこの学校で七年間活動し、当代の英国哲学者たち(とくにベンサム、J・S・ミル、H・スペンサーなど)の書類を上級クラスにおいて講じなければならなかった。しかし進んで、私はこの時期に、国家学、とくに国民経済学に関する書物を勉強した。それにもかかわらずやがて私は、国家学に関して英書類は実際のところきわめて不十分であり、とくに国民経済学に関してはまったくもって一面的であることを見出した。／「二〇葉表」一八八四「明治一七」年の夏、私は、「東京日日新聞」の通信員として、ドイツ国家学を学ぶべく、ベルリンに赴くこととなった。出発までの数ヶ月間、東京において、東京大学教授陣及び最上級クラスの学徒からなり、中国、インド、ヨーロッパの文献学研究とその普及を目的とする哲学会が設立された。¹⁰⁾学塾「同人社」はこの学会の運営に参加するために代表を派遣することとなり、私はその代表に選出される榮譽にあずかった。しかし私は学会の最初の会合に参加することを得たにとどまるが、ここで井上博士との知己を得たのであった。ベルリンにおいて、私はよくドイツ語を学び、すでに一八八五「明治一八」年の冬「学期」にはベルリン大学哲学部に学籍登録され得るまでになった。八学期の間、私は主に国家学に関する講義を聴講した。しかし

やがて私は法学を修める必要があると確信するに至り、私は過ぐる冬学期に法学部にあらためて学籍登録したのである。そしてまた同時にラテン語の学修をも開始したのであった。私の公刊された活動に関して、私は新聞の仕事のほか、シーリー (Seely) の『シュタインの生涯と時代』を日本政府の求めに応じて日本語に翻訳し、⁽¹¹⁾ さらに私は二冊の小冊子／＼『二〇葉裏』『北米政党弊害論』(Nachheil des politischen Parteiwesen in Nordamerika)⁽¹²⁾ 及び『第一世拿破利翁放言』(Tischgespräche des Napoleon des ersten)⁽¹³⁾ を公表した。

本年五月私は東洋語学校講師に採用されるという栄誉に浴したことを記し——Q.D.B.V (神はこのことをよくなさしめたまえ)——私にご要望の自歴譜を締めくくることが出来る。

一八九〇〔明治二三〕年六月二二日ベルリンにて記す

千賀鶴太郎

東洋語学校長 教授サツハウ博士閣下御許

二 自歴譜²

Curriculum vitae

Ich, Tsurutaro Senga, bin am 10. Februar 1857 als der Sohn eines Bezirks-Vicegouverneurs (Metsuke) im

千賀鶴太郎博士の二つの自歴譜について (吉原)

四九 (五六七)

ehemaligen Fürstenthum Bizen, Bushiro Senga, aus dem Ritterstande (Shizoku), su Okayama in Japan geboren. Mein Glaubensbekenntnis ist Zenshiu (resp. Sodo-shiu), eine Buddhistische Konfession. Nachdem ich bei einem Privatlehrer Elementarunterricht genossen hatte, besuchte ich eine höhere Schule für das Studium der chinesischen Klassiker, deren Lehrplan ungefähr den japanischen und chinesischen Kursen des hetuigen japanischen Gymnasiums und der chinesisch-literarischen Gruppe der philologischen Fakultät der Tokio-Universität entspricht. Zur Zeit meines Aufenthalts wurde in dieser Hochschule der englische Unterricht eingeführt, und so habe ich neben chinesischen Klassikern auch englische Bücher gelesen. Als ich diesen Unterricht neun Jahre hindurch genossen hatte, ging ich nach Tokio, um hier englische Staatswissenschaften zu studieren. Hier war damals zwar eine höhere, universitätartige Schule, aus der sich dann später die hetugie Universität zu Tokio entwickelt hat, aber die europäische Staatswissenschaft war zu schwach vertreten, so dass ich hier mit Nutzen nicht studieren konnte. So wurde ich durch diese Umstände gezwungen, für michallein diese Studien zu betreiben. Später wurde ich als Docent an der Unterrichtsanstalt für englische Literatur „Doninsha“ in Tokio angesterlt und hatte in den höheren Klassen die Werke der neueren englischen Philosophen (insbesondere Benham, J.S. Mill, H. Spencer etc.) zu erklären. Als ich aber entdeckte, dass die englische Literatur in Bezug auf Staatswissenschaften sehe mangelhaft und einseitig ist, beschloss ich, deutsch zu lernen. Im Sommer des Jahres 1884 begab ich mich, um deutsche Staatswissenschaften studiren zu können, in Dienste der Berichtstattung für die politische Zeitung „Tokio nichu nichu shinbun“ nach Berlin. Wenige Monate vor meiner Abreise wurde ein philosophischer Verein in Tokio gegründet, welcher aus

Professoren und Studirenden der obersten Klasse der Tokio-Universität bestand und den Zweck hatte, die europäische Philosophie neben Altindischer zu durchforschen un zu verbreiten. Die Unterrichtsanstalt „Doninsha“ sollte ihren Vertreter in diesen Verein schicken, um an seinen Beratungen theilzunehmen, und ich hatte die Ehre, als Vertreter gewählt zu werden. Leide konnte ich nur der ersten Versammlung des Vereins beiwohnen. In Berlin erlernte ich zuerst die deutsche Sprache, und es wurde mir möglich, bereits im Winter des Jahres (1885) in der philosophischen Facultät der Berliner Universität immatrikulirt zu werden. Während der folgenden vier Jahre habe ich vorzugsweise staatswissenschaftliche Vorlesunge gehört. Im Winter des Jahren 1889 liess ich mich in der juristischen Facultät von neuem immatrikuliren und studirte weitere acht Semester ohne Unterbrechung. Auch das Lateische habe ich durc Privatunterricht erlernt.

Seit den Winter des Jahrens 1890 bin ich als Lektor des Japanischen am Seminar für orientalische Sprachen an hiesiger Universität angeschlossen. Was meine literarischen Arbeiten anbetrifft, so habe ich ausser einer fünfjährigen Thätigkeit für die oben genannte politische Zeitung — unter anderen Uebersetzungen aus den Englischen und Deutschen — auch eine Band des Werkes: „Life and times of Sein“ von Seeley auf Aufforderung des japanischen Staatsministeriums in das Japanische übertragen.

「自歴譜2」

「私儀、千賀鶴太郎は、一八五七「安政四」年二月一〇日に、旧備前藩の郡目付、士族、千賀武四郎の子として、

千賀鶴太郎博士の二つの自歴譜について (吉原)

日本の岡山に生まれた。私の宗旨は仏教の禅宗（即ち曹洞宗）である。私は、私塾において初等教育を終えた後、漢籍を学ぶために上級学校「藩覺」に進んだが、その学制は、今日の日本のギムナジウムの和漢学課程及び東京大学文学部の漢学科のそれにほぼ匹敵するものである。私の在籍中に、この上級学校に英学授業が導入されることとなり、私は漢籍と並んで英書も講読したのである。九年の学業を終え、私は東京に出て、この地でイギリス国家学を学んだ。たしかに東京には当時大学にあたる上級学校「東京開成学校」——ここはのちに東京大学に発展した——があつたが、ここでのヨーロッパ国家学「政治学」はあまりに貧弱にすぎず、私の学修の用をなさぬものであつた。それゆえ私はこれらの学問の自修を余儀なくされたのである。その後私は東京の英学塾「同人社」の講師に採用され、その本科において、近時英国の哲学書類（とくにベンサム、J・S・ミル、H・スペンサーら）の講義を担当することとなった。しかし、私は英書類が国家学には関してきわめて不十分かつ一面的であると感じるようになり、私はドイツ語の学修を決心したのである。一八八四「明治一七」年夏、ドイツ国家学を学ぶべく、政治新聞『東京日日新聞』のベルリン通信員となつたのであるが、その出発に先立つ数ヶ月前に東京大学の教授陣及び最上級の学徒らの集まつて、ヨーロッパ哲学並びに古代インド哲学の探究と普及を目的とする哲学会が創設された際、同人社からも協議に参加するために代表を派遣することとなつたが、私がその代表に選出されたことは名誉なことであつたが、最初の会合にしか参加することができなかつたことは私の遺憾とするところである。ベルリンにあつて、私はまずドイツ語を学び、一八八五「明治一八」年冬学期には哲学部に学籍登録を許された。その後四年にわたり、私は国家学の講義を受講した。一八八九「明治二二」年冬学期に至り、法学部に改めて学籍登録を許され、その後八学期をたゆまなく学問に費やしてきたのである。

一八九〇〔明治二三〕年冬学期には、本大学東洋語学校の日本語講師に採用され、五年にわたる上記政治新聞の活動―とくに英語とドイツ語からの翻訳―のかたわら、シーリー著『シュタインの生涯と時代』[Seeley, Life and Times of Stein]の―書を日本政府の要請により日本語に翻訳したのである。〕

三 千賀博士伝試論

出生

千賀鶴太郎博士は、安政四（一八五七）年二月一〇日に岡山で生まれた、とされる。千賀家は岡山藩士の家系であるが、初代が池田藩に仕官したのは、池田光政の時代、寛文二（一六六二）年のことである。岡山大学に所蔵されている池田家文庫には、代々の藩士が一定の年数毎に藩に提出した「奉公書」が残されている。¹⁴千賀家に関する最も古い記録は、元禄九（一六九六）年の仙賀武左衛門によるものであり、当初「仙賀」姓を名乗っていたようである。家老の「上坂外記組」に属し、当年「六十六歳」と記されているので、その生年は正確に特定できないが、寛永七（一六三〇）年の頃であったであろう。記録では、養祖父・仙賀利右衛門、養父・片山四郎右衛門、実祖父、実父の事蹟に触れたあと、自らの仕官までの経歴が簡潔に記されている。これによると、養祖父・仙賀利右衛門は生国は三河、堀尾帯刀に仕えたが、その後浪人中に病死した。養父・片山四郎右衛門はその子と考えられるが、奥平美作守に属する片山家の養子となってその姓を名乗っているようで、その後浪人して、池田家家老・池田伊賀（片桐家）方にあったが、寛文四（一六六三）年に病死とある。仙賀武左衛門の実祖父は、原小左衛門といい、一時松平大膳大夫（毛利

家)に仕えていたが、その後浪人して、伊予で病死した。実父・原市兵衛は生国は長門で、その後伊予国にあり、寛永一二(一六三五)年に病死している。当の武左衛門は、生国は伊予、おそらく実父の死により、四歳の時より正保四(一六四七)年、一六歳の時まで、その地で伯父に養育されたという。伊予の松平隠岐守家に仕官を求めたようであるが、当時先に挙げた池田伊賀「片桐家」方にあつた伯父・片山四郎右衛門を頼り、その関係で、同じく家老・池田出羽(天城池田家)方に出仕するようになり、しばらくして寛文二(一六六二)年に、池田藩に正式に仕官した。寛永七年の生まれとすると、すでに三〇歳になっていたであろう。仕官後の記録は詳細である。二つ目の記録も武左衛門の手になるものであり、時期は宝永元(一七〇四)年、七三歳の時である。この時には「千賀」姓の署名となっている。次の記録は、宝永六(一七〇九)年、千賀平助(介)によるものであり、一八歳とある。前年の宝永五(一七〇八)年に、義父・武左右衛門が病死したことが記されている。享年七八、その当時としては長命な生涯であつたと思われる。養子・千賀平助(介)は、その後、武左衛門と改名し、元文三(一七三三)年一月から寛保三(一七四三)年二月まで屋敷奉行、そのあと、宝曆二(一七六二)年二月まで、二〇年あまり樋方奉行を勤めている。五代の祖・武左右衛門より、高祖父・平助改め武左衛門成久、曾祖父・千之右衛門(小源太朝成、武左衛門朝成とも)、祖父・武大夫(憲助(天保四年没)、父・武四郎成之(鎔之丞)を経て、千賀博士へと継承されていく。

千賀博士の父・武四郎成之は、初めは鎔之丞といい、弘化元年二月晦日(一八四五年にあたる)に記された文書に、「二十五歳」とあることから、生年は文政三(一八二〇)年前後と思われる。祖父・武大夫が没し、その跡目を継いだのは、天保四(一八三三)年、おそらく一三歳の頃と考えられる。天保一〇(一八三九)年に小姓組、天保一三(一八四二)年年頭には武四郎に改名している。安政三(一八五六)年三月、房総御領所御郡目付として派遣されるこ

となり、翌四月四日に一門をあげて出立し、ひと月後の五月四日に現地房総の北條御陣屋に到着する。そして、その翌年安政四（一八五七）年二月一〇日に、千賀博士は出生されているのである¹⁵。一家が岡山に帰参するのは、房総勤番のあと、大阪勤番を経た安政六（一八五九）年三月のことである。その二年後の文久元（一八六一）年には、武四郎は病気のため役職を辞め、さらに二年後の文久三（一八六三）年八月に四四歳で没している。池田家文庫の『千賀武四郎跡目僉議書』は、一〇月三日の日付が記されているものの、年号が明確に記されていない。文久元年までの記事が記されているので、その年のようにも見えるが、おそらく二年後の文久三年八月父没後の一〇月のことである。一〇月三日の日付とともに、「千賀武四郎倅 千賀鶴太郎 十五歳」と記されている。文久三年であれば、千賀博士はいまだ満六歳のはずである。

岡山時代

千賀博士は、幼くしてすでに実父・武四郎を失っていた。自歴譜に、「家庭にて読み書きを習った」ということから書き起こされている。千賀博士は、後年、明治四三（一九一〇）年に、「余の修養法¹⁶」と題する文章の中で、その時代を振り返っている。「余は七歳の時から家庭に於て四書の素読をさせられた」（二二頁）。七歳の頃、その時に父・武四郎はいまだ健在であったのであれば、「家庭に於て四書の素読をさせられた」とは、父の薫陶をうかがわせるものかもしれない。あるいは父の亡き後も、幼い当主を育て上げるそのような環境があったのであろう。

博士の生家は、当時岡山城下の花畠というところにあつた。岡山城から旭川を挟んで東南の川筋附近にあたる。『角川日本地名大辞典³³ 岡山県¹⁷』の「花畑」の項目によれば、古くは遊息地として造成されたことから花畑と称さ

れた。初期には徳川秀忠の霊屋が置かれ、寛永期に熊沢蕃山の文武教場（花畠教場）が設けられたが、その廃止後慶安末年頃から武家屋敷が建つようになり、次第に武家町化していった、とのことである。博士の生家もそうした武家町の一角にあつたものと思われ¹⁸⁾。日本最初の藩校であつたとされる花畠教場もこの地名に由来する¹⁹⁾。

「自歴譜1」によると、博士は、「一一歳にして上級学校にあたる「學費」——のちに「遺芳館」と呼ばれる——、すなわち、岡山の漢籍学校に入った。」「自歴譜1」では「その教程は、二百年来の古式により、ほぼ今日のギムナジウム及び大学の漢文学科に相当するものである。」と続くが、『自歴譜2』では微妙にその表現が変わっている。「その学制は、今日の日本のギムナジウムの和漢学課程及び東京大学文学部漢学科のそれにほぼ匹敵するものである。」、と。両者を比較すると、『自歴譜2』では、「二百年来の古式により」という文言が消え、ギムナジウムにおける和漢学、大学における漢文学と、ギムナジウムから大学への漢学の連続性への意識が一層強調されている。この違いは『自歴譜1』が東洋語学校の日本語講師採用にあたって就職用に提出されたものであるのに対して、『自歴譜2』が博士論文の提出に付されたという目的の違いが反映しているだけかもしれない。しかし、二つの自歴譜に表れる「ギムナジウム」「東京大学」という名称が博士にとって何か特別に意識すべき存在であつたことをうかがわせないだろうか。そのあと、どちらの自歴譜でも、明治になって、藩学校のあり方も大きく変化せざるをえなくなった事情の中で、博士の英学への傾斜が語られる。

家における素読の時代から藩校を中心とした生活の時代に移っていく。「自歴譜1」では、「一一歳」とあり、「余の修養法」では、「九歳か十歳」とあり、満年齢か数えの年齢か、表現に違いが見られる。この時代のこととは、二つの自歴譜からは必ずしも明らかにすることはできないので、ここでは、「余の修養法」によりつつ、博士がこの時代

いかなることを学んだかを確認しておきたい。

「余が九歳か十歳の頃かと思ふ（岡山）藩の塾に入ったが、其塾といふのはかの有名なる新太郎少将（池田光政のこ）と）が熊澤蕃山をして督せしめた三百年を^マ「の？」歴史を有する藩校である、当時は未だ洋学と云ふものはなく漢学一方であつて第一に小学から、孝経、忠経、四書、易、春秋といふ順序であつた、かくの如くに始めから漢学一方を以て頭脳を造つた為に天下の真理は漢学ばかり、十分として成すべきの事業は治国平天下より外には無いと思ひ込んでをつたのである。忠義、仁義、大義名分など、云ふ事だけが深く脳裡に染み、深い印象を与へて呉れた、是が余が七歳位から一四歳位までに読書から得た修養である。」（「余の修養法」一二三頁）

岡山藩の藩校の歴史は古い。²⁰江戸期の諸藩の藩校が、四書五経に因む独特の名称をもつのが一般であるが、岡山藩のそれは、たんにそのまま、「学黌」（学校）とか、藩の学校という意味で、「藩学」とのみ呼ばれる。「余の修養法」に記されるように、「新太郎少将」つまり、備前池田家初代、池田光政（一六〇九〜一六八二）によつて、熊沢蕃山（一六一九〜一六九二）を招いて設立させたのが始まりである、とされる。²¹光政は通称を新太郎と言ひ、寛永三年に左近衛権少将に任官すると新太郎少将と称され、光政自身もその名称を好んで終生にわたつて用いた、といわれる。幕末から明治初年にかけて、千賀博士が在学した時代にもそうした気風が伝わっていた。

明治初年の藩学校の変遷を、志賀正道『岡山藩学校史』によりながら、簡単に見ておくことにしよう。明治二（一八六九）年に版籍奉還があり、藩主池田章政が知藩事に任じられ、同年三月家臣牧野権六郎に命じて学校一新取調掛を兼務させ学制改革が行われた。改定された学制では、従来の「儒教偏修」を改め、「皇漢洋の三学を兼修して以

て文明開化の時勢に順応せんとした。²² 又職員組織にも改革が加えられ従来からの「学校領」が廃され、学校費として三千俵を藩庁より支給されることになった。明治四(一八七二)年一月には「英国人オスホルン」を雇い士族子弟一三人を選んで英学を学ばせるなどした。²³ 明治四年七月廃藩置県の命が下り、一月に岡山県が置かれ、藩学校の施設は県の管轄に移され、その結果藩校はその歴史を閉じることになった。このように藩学校は廃藩置県の際に一度廃絶するに至ったが、明治五(一八七二)年一月に西毅一が督事となり、「普通学校」と改称して英仏の学を講究させるとともに、同じく皇漢の二学所を設けて古典を講ぜしめることとなった。しかし同年八月の学制頒布にともない「普通学校」の称を廃し岡山県第一中学区第一番小学兼教員養成所と改められ、八月には皇漢二学所が廃止される。六(一八七三)年一〇月督学局の達により一番小学の称が廃され、一月に至り、文部省の允許を得て私立学校ともなってもっぱら有志の義金を得てこれを維持することとなり、「遺芳館」と改称して専ら英仏の学が講じられることとなった。千賀博士が在学した時代は、明治維新を迎え、まさに藩学校は大きく変貌せざるをえない事態に直面していた。当初は、千賀博士の学問の始まりは伝統的な教程に基づくものであった。「自歴譜1」にも漢学を中心に、小学に始まり、孝経、忠経、四書(論語、大学、中庸、孟子)、五経として、易、春秋が挙げられている。小学は、朱熹が劉子澄に編纂させた儒教的な初等教本であり、²⁴ 『孝経』は孔子の後継者、曾子によって著されたとされ、わが国でも古くから第一に、また幼いころから学ばれた経書であったとされる。²⁵ 『忠経』は、中国の経書の一つ。『孝経』に擬した述作される。

「余の修養法」には、学校組織が一変する様子が描かれている。

「其後藩の学校の組織が一変して何でも漢学ばかりではいけぬといふ事になつて、所謂学は和漢洋を兼ねべしといふので、洋学の氣運が起つて来た、藩校に於ても深く鑑みる所あつて、洋学を入れ、苟しくも洋学をやらぬものは藩校には居る（こと）を許さぬと云ふ有様であつた、其時藩校へ洋学の先生として来た人は福澤塾の出身者で中々能く出来た人であつた、かかる事から漢学は漸次に衰へ四書五経は恰かも反古同様に捨てられて了つた。」（「余の修養法」一二頁）

新しく採用された洋学は、ミルとスペンサーであつた。「自歴譜1」「自歴譜2」にもミルやスペンサーへの関心が示されている。「余の修養法」からは千賀博士の関心がどのような方向を向いていたか知ることができる。

「其時分藩校で教へた洋学といふものは、ミルとかスペンサーとかいふものであつたが、余自身はスペンサーには左程の趣味を有して居らなかつたが、ミルの道德論や、經濟史、又は自由之理などには其議論の宏大、論理の緻密なのに大に感じ、就中其道德の思想に対しては特に感じ、其後ミルの宗教論を見たるに至つて頗る自分に利益のあつた事を思つた。／ミルの宗教論は基督教を赤裸々に解剖し、以て其眞価を評して居るが其論案は実に千百の鉄案で、基督教の所謂神などはミルによると根底から破壊されて居る、其と同時にミルは基督の社会的の価値を認め、歴史的、社会的には大なる功績ありとして居る、ミルの宗教觀は其論理と云ひ、見識と云ひ、穩健中正実に間然する所なきものである。此は余が読書から得た第二の修養であつた。／ミルの精透緻密な論理は東洋流の粗大なる事のみを考へて居つた余をして幽玄な思索に耽らしむるの効はあつた、然し、基督教の聖書と論語とを并べて何れを取るかと云へば、其は矢張り論語の方が情意兼到りて居ると云ふ考は、消えなかつた。」（「余の修養法」一二頁）

千賀博士は、大正一三年『小松原英太郎君事略』⁽²⁶⁾に寄せた「回想談」の中、「岡山在学中」という一節でもこの時期のことに触れている。小松原英太郎(一八五二―一九一九)との邂逅は千賀博士の上京そしてドイツ留学への道を開いていくことになる。

「岡山中山^{なかさんげ}下の所謂学校「藩黌、藩校」なるものは藩士に経学を専修せしむるの目的を以て新太郎公(池田光政)の創設せられたるものなるが、小松原君は初め児供衆の名目を以て同校に入られたり、予の同校に通学を始めたは九歳の時なるが、君は已に十五、六歳にして喫茶所に児供衆として詰められ読書せられ居るを見たり、蓋し当時君は猶ほ士分に非るを以て所謂学房に入るを許されざりしならん、其後三ヶ年を経て始めて新太郎公以来の学制を改めて和漢洋の所謂三学鼎立と為したる際予は直ちに主として洋学を修むることに決したりしが君は尚ほ漢学を専修せられ居りたりと記憶す、然るに久しからずして「明治四(一八七二)年廢藩置県の際」同校に大改革を行ひ全然旧制度を廢し之を純然たる英学校と為し名をも普通学校と改めたり但し此名も後「明治六(一八七三)年」には更に改めて遺芳館(池田光政の謚芳烈公に因む。)と称したり、君は普通学校時代より英学を始められたりと記憶す、是に於て君も予も同じく同校の寄宿舎に入りたれば始めて互に学友の關係を生じたり、当時寄宿舎の生活は極めて謹嚴にして土曜の夕に帰宅するの外は夕飯後と雖も散歩の爲めにも外出するもの少し況んや酒樓に登るものをや但し規則として之を禁じたるには非ず旧来の岡山の藩士の美風尚ほ存したるに由る、君も土曜の晩より日曜の晩までの外は嘗て外出せられたるを聞かず且つ君の勉強は実に非常なるものにて人々之に喫驚せざるはなかりき、他日「明治二一(一八八八)年一〇月」同二二年一〇月山縣内相渡欧」予の伯林に於て山縣内務大臣に謁し談偶ま君に及びし時大臣の言はるゝに

「小松原ほど勉強する者は他に一人も見たることなし例へば一法案の起草又は調査を托すると幾夜も睡眠せずして之に従事す其勉強と誠実とは眞に驚嘆に堪へたり」と君の勤勉は少時より終世変らざりしものと思はる。²⁷

上京

明治七（一八七四）年九月、千賀博士は岡山を離れて、小松原英太郎とともに上京し、慶應義塾に入塾している。²⁸この年、千賀博士は一七歳。この間の事情について、『小松原英太郎君事略』に寄せた「回想記」の中で、「七人輪講」（二〇四頁）という一節で触れている。輪講とは、言うまでもなく数人のグループで参加者が順次発表者となり、論文または書籍の内容を互いに発表し講義するとともに、質疑応答を通じて相互の理解を深めていくことである。こうした形式は、岡山藩学校の伝統的な方法でもあったようで、通常の講義のほかに、輪講に学修上の重要な意味を与えられていたのである。²⁹

「明治七年（一八七四年九月）に君も予も遺芳館を辞して共に出京したるは木庭〔実家は坪田〕繁氏（一八五三—一九〇〇）の勧誘に由るなり、抑も木庭氏は岡山の旧学校時代に秀才の名を博したりしが早くも東京に遊学して明治六年（一八七三年）の頃一時帰岡したれば我輩好学の徒は氏に就きて東京の諸学校及学生の状態を知悉するを得たり、而して氏は頻りに人々に出京を勧誘し遂に六人（即ち小松原、関、万代、山脇、波多野及び予）木庭氏の嚮導の下に遊学する事に決し明治七年に七人同船して東京に向けて出発せり、著京すると木庭氏先づ発議して曰く英学は尚未だ大に發展して居らず慶應義塾を始とし孰れの学塾に入るも諸君の未だ読まざるの書又は解し難き書を科目として授業する所あらず、然れども二三の義塾には優秀なる教員なきに非ず故に七人を抽籤にて三組に分ち三箇の義塾に分入し毎組

各々異なりたる書にして且解し難きものを研究し仍て優秀なる教員に懇請して其難解の処を質問すべし普通の講義には必ずしも出席するを要せず、斯くして一ヶ年の後は各組悉く退学し仍て毎日七人一堂に会して自ら研究したる所を互に交換すべし読書力を養ふには此に過ぎたる良策あらずと、乃ち六人皆之に賛成し直ちに抽籤したるに小松原君と予とは共に慶應義塾に入る事と為りたり、当時同義塾は我邦に於て第一位を占めたる英学校なりき、後日の東京大学の前身は当時已に存したれども難解の英書を読み得る程の学力ある教員も居らず故に木庭氏は全然之を眼中に置かざりしが如し、然るに我輩兩人同義塾に入り予定の如く毎日兩人にて未読の書を輪講し二三の教員に懇請して不審の処を質問し始めたりしに教員は初めは之を快諾したりしも質問の中には教員も即答し難き処多く之が為めに遂に多忙を口実にして質問に応ずることを避くるに至れり、小松原君は予を責めて予の質問が余りに峻厳なりし為めに教員の感情を害したるならん教員が答へに苦むと察したらば解したる風を為して他の質問に移るべしと云はれたれども予は斯くては質問の効能なく全然質問せざるに如くはなしと思ひたれども別に君と口論は為さざりき、斯くの如くして木庭氏の読書案も同義塾に於ては立どころに失敗に終りたり他の二組も予想の如くには該案を実行するを得ざりき、是に於て半歳ならずして三組の者悉く其義塾を退き「明治七年一二月慶應義塾退塾」七人同宿して毎日午前と夕飯後は各自に研究し午後は七人輪講を為したり、輪講に依るも疑義の解し難き処は姑く問題として置き更らに進みて輪講又は独読する中に漸くに前日解し得ざる処を後日に至りて解するに至ることを発見したり、是に於て少くとも予は読書力は唯多く読書することに依りてのみ進歩するものと悟り乃ち如何に難解のものとも雖も独力を以て必ず解するを得んと確信せり、因に云ふ方今大学生の読書力の極めて微弱にして輪講時代の我輩にも遙に及ばざるは縦令高等学校を経るも難解の書を多く読まざるに由ると思はる、右七人の同宿と輪講とは明治八年の一二月まで継続し小松原関万代山脇

の四君は既設の新聞社若しくは雑誌社に入り木庭君は少しく晩れて草莽雑誌³⁰なる者を起して激論を唱へ予は中村敬字先生の創設せられたる同人社に入りて其英学教員と為り独学にて研究を続けんと決し波多野君は容易に出身の方向を定めざりしが遂に航海に従事せられたれども不幸にして夭せり。」(『小松原英太郎君事略』二〇四―六頁)

千賀博士は小松原君とともに一時期慶應義塾に入学している。その理由は、「当時同義塾は我邦に於て第一位を占めたる英学校」であり、「後日の東京大学の前身は当時已に存したれども難解の英書を読み得る程の学力ある教員も居らず故に」であった。「自歴譜1」に見られる「その後私は東京に出て、この地でさらに勉学に努めた。この地には当時以前より上級の大学相当の学校があり、同校はその後今日の東京大学にへと発展した。しかし哲学及び国家学の分野はここではなお十分には進んでおらず、私はここで必要なことを学ぶことができなかったのである。」や「自歴譜2」の「九年の学業を終え、私は東京に出て、この地でイギリス国家学を学んだ。たしかに東京には当時大学にあたる上級学校「東京開成学校」――ここはのちに東京大学に発展した――があつたが、そこでのヨーロッパ国家学はあまりに貧弱にすぎず、私の学修の用をなさぬものであつた。それゆえ私はこれらの学問の自修を余儀なくされたのである。」と軌を一にするところである。

同人社の時代

「自歴譜1」にもあるように、明治九(二八七六)年の頃、千賀博士は中村敬字の主宰する英学塾同人社に入る。³¹このきつかけが慶應義塾の教員派遣によるとされる。³²同人社は、明治六(一八七三)年創設、同二二(二八八九)年九月

杉浦重剛(一八五五～一九二四)等に経営委託し、同二四(一八九二)年六月七日中村敬宇逝去の後、東京英語学校に合併され、その使命を終えたとされる。千賀博士は、同人社の英文科教員として、英国の哲学書類を教授し、『同人社文学雑誌』の最後の編集長にもなっている。旧旗本高橋鏢次郎の長女佐多子と結婚したのはこの頃と思われる。中村敬宇夫人鐵子はこの高橋鏢次郎の妹であり、佐多子夫人とは叔母と姪との関係にあたる。佐多子夫人の三妹録は明治二〇年代に国文学者の今泉定助と結婚している。³³ 千賀博士の嗣子孝善³⁴氏の出生は明治二四(一八八二)年のことであり、博士洋行の時点で三歳であった。のち京都帝国大学法科大学卒業後、司法官、検察官を勤めている。博士が同人社で講師を務めていた時代は同人社内で居住していたようである。³⁵ ただ中村敬宇との関係は必ずしも密ではなかったように思われる。「余の修養法」には次のように記されている。

「其後十七、八歳にして東京に遊学し、或人の周旋を以て中村敬宇先生の同人社に外国語の教師として雇はれる事となつたけれども中村先生からは余り直接に大なる感化は不幸にして受けなかつた、やはり感化ともいふべきものは読書から得たもの、方が多い。

其の頃同人社には外国宣教師が居つて日曜日には聖書の講義をして居つた、余も折々は聴きに行つた、而して基督をば絶対に信仰もしなければ排斥もせぬ、全く興味を持たずに終つて了つた、この時代に於てもやはり論語の方がバブルよりはよい、儒教があれば基督教はいらぬと思ふておつた。

中村敬宇先生も余と同じよふに別に基督を信じてはおらぬらしかつた、唯西洋人の秩序正しいのに感服しておられた位で、其教義を別段に信じては居らぬようであつた、而して宣教師の説教にも別段干渉はせぬ、実に人物の大きい

所があつた、この辺は深く感じて居る次第である。

要するに余は先輩又は人間の感化に由つて修養するよりも間接に読書の上から修養した、即ち初めは四書五経、次ではミルの道徳論、この二つによりて余は修養したといふてもよい。」（余の修養法」二二―二三頁）

ベルリン留学へ

千賀博士は、明治一七（一八八四）年七月ベルリンに向けて横浜から出航した。足かけ一五年にわたるドイツ滞在の始まりである。『小松原英太郎君事略』第二編 自叙経歴一斑」によれば、「同年「明治一七年」七月十三日、予は欧州に向け横浜を出発した。／此行駅逡総監野村靖氏「一八四二―一九〇九」一行（随行小倉、高橋通信書記官）と旅程を共にし千賀鶴太郎石坂剛次郎及予の弟強次郎も予と同行した。」とある。千賀博士は、後年ベルリン留学のことについて、『小松原英太郎君事略』に付された「二人洋行」という文章の中で以下のように振り返っている。

「明治十七「一八八四」年の洋行の際小松原君と予との關係に就きて知る人少なければ爰に説明して置かん、君が新聞記者を罷めて仕官し東京に定住せられし以来互に頻りに往来せしが談偶々英文には政治上の書籍の極めて貧弱なることに及びしに君の言はるゝに政治に関しては独逸が学問に於ても實際に於ても世界に冠たりとの説あり我輩は今より独逸語を学ぶに如くならんと、然れども当時医家を除くの外は少しにても独逸語を解する者は極めて稀なりしかば何人に就きて之を学ぶべきかの問題も未解決の儘にて荏苒歲月を過ぎたりしが、一日君を訪ひしに君の曰く我運動成效し万難を排して伯林に往くことと為りたりと喜色满面たり、予は大に之を祝して歸れり、其後君の出発の期日も略ぼ定まり岡山県人も君の爲めに送別の宴をも開きし後に至りて、予は復君を訪ひ卒然曰く僕も同行せんと、君

大に驚き曰く費用は如何にするかと曰く僕は内閣より囑託せられたる英文翻訳に由りて収得したる金額は不時の用に供する為めに尙未だ一錢も消費せず之を以て往復の旅費と一ヶ年の伯林滞在費の充つるに足らん、且つ僕は八年間の同人社の為めに尽力したれば敬宇先生も多少は僕を扶助して呉らるゝならんと、君は姑らく考へられて曰く一ヶ年には不充分なり爰に良策あり方今一流の新聞社は伯林に通信員を置くの必要を感ずるならん、予先づ福地「源一郎、桜痴、一八四一〜一九〇六」と謀らんと予大に君の好意を謝せり、乃ち東京日日新聞の常置通信員として君と同行し実は独逸の政治上の學術を研究せんことを目的とせること猶ほ君の公使館書記官として奉職せらるゝも実は予と同一の目的を抱かれたるが如し、伯林到着後は兩人ともに独文を解するに全力を注ぎたる際なれば相見ること甚少なかりき、君は例の非常なる勉強力を發揮せられたれば僅かに二年を経て帰朝せられたる際には已に行政に関する独逸書を能く解し得らるゝまでに君の讀書力は上達し居たりと認めたり、予は此より君と離れて明治三二「一八八九」年に京都帝国大学に法科を設けらるゝまで伯林に留りたり。」(『小松原英太郎君事略』二〇六〜七頁)

哲学会のこと

「自歴譜1」の中で、ドイツ留学の直前に設立された「哲学会」への参加のことが言及されている。

哲学会の設立は明治一七(一八八四)年一月二六日のことであり、千賀博士の出発にさかのぼること半年前のことである。当事者の記録によれば、学会設立の機運はまず当時新進気鋭の学士であつた井上圓了、井上哲次郎、有賀長雄、三宅雄二郎、棚橋一郎等の間で熟し、これに加藤弘之、西周、西村茂樹、外山正一等が賛同し、会員二九名をもつて発足したという。明治一九(一八八六)年には役員を定め、会長加藤弘之、副会長外山正一とした。³⁶⁾ 翌明治

二〇（一八八七）年二月、機関誌として月刊『哲学会雑誌』第一冊第一号が発行された。その巻頭に会長加藤弘之の「本会雑誌ノ発刊ヲ祝シ併セテ會員諸君ニ質ス」と題された一文があり、当時の学界一般の風情がうかがわれて興味深い。³⁷ 哲学会は元来は明治期における広義の哲学の領域全体をおおうものであった。月例会その他の会合における講演にせよ、『哲学会雑誌』『哲学雑誌』（明治二五年六月から改題）に掲載される論文や記事にせよ、それらの内容はきわめて多種多様であり、あらゆる方面の学者が相寄って研究を発表し、意見を述べ、討論の花を咲かせていた、とされる。³⁸ 「自歴譜1」にはこの哲学会を通じて井上哲次郎との知己を得たことが記されており、このことがベルリン東洋語学校日本語講師の後任となるきっかけの一つであったことがうかがわれる。「自歴譜1」にあるインド哲学への言及は、井上圓了のほかに、原坦山らの名前を想起させる。³⁹

ベルリン時代

千賀博士が、明治一七（一八八四）年七月に横浜を発ち、秋にはベルリンに滞在する。「自歴譜1」にあるように、最初の一年間はドイツ語の修得に専念していたと思われる。ベルリン大学哲学部に学籍登録するのは、翌明治一八（一八八五）年冬学期からのことであり、⁴⁰ 森川潤氏の研究によると、千賀博士は、明治二六（一八九三）年夏学期まで、一六学期間通して学籍登録していることが確認される。⁴¹ 四年八学期の在籍期間の制限を考えると、「自歴譜1」にあるように、明治二三（一八九〇）年冬学期以後は法学部への学籍登録であったように思われる。

ベルリンにおいて千賀博士がどのような交友関係を結んでいたか、断片的にしかうかがうことができない。『小松原英太郎事略』巻頭に「独逸公使館書記官時代 一」、「同二」と題する二葉の明治一九（一八八六）年に撮影された

写真が掲載されている。「二」の写真には、小松原英太郎、夫人、家庭教師の女性、小松原実弟・小松原強次郎、有森新吉(一八六〇～一九三三)とともにベルリン時代の千賀博士の姿が写し出されている。小松原英太郎は三五歳、千賀博士二九歳。有森新吉は、千賀博士、小松原と同郷の備前・岡山の出身、東京大学を出て、この時期ベルリン大学法学部に学籍登録中。帰国後、学習院教授、函館商業校長、山陽新報社社長、川崎造船所取締役などを歴任、明治四五年衆議院議員(当選三回、庚申倶楽部)となっている。もう一枚の「一」の写真には、小早川四郎、毛利元忠、野村三十郎、伊藤博邦、井上勝之助、伊達武四郎の名前がある。この二枚の写真はおそらく同日、同じ写場で撮影されたと思われる。小早川四郎(一八七一～一九五七)は、山口藩主毛利一四代元徳の四男で、実兄小早川三郎の養子となり、明治一七(一八八四)年七月八日に男爵となっている。毛利元忠(一八六五～一九一三)は、父が長門清末藩八代藩主、毛利元純であり、明治一七(一八八四)年に子爵となり、貴族院議員ともなった。伊藤博邦(一八七〇～一九三〇)は、井上馨の甥、井上勝之助の弟であり、伊藤博文の養子となった。ドイツ留学ののち宮内省にはいり、式部次長、式部長官などをつとめた。明治四二年伊藤博文の跡を継ぎ、公爵、貴族院議員となっている。井上勝之助(一八六一～一九二九)は、井上馨の甥、叔父・馨の養嗣子となる。明治初年イギリスに留学し法律学を学ぶ。帰国後、明治二三(一八八〇)年に大蔵省雇となり、明治一九(一八八六)年一月外務省に転じた。写真の頃は、外務書記官・ドイツ公使館在勤中のことであると思われる。明治三一(一八九八)年駐ドイツ公使(一時ベルギー公使を兼務)。明治三九(一九〇六)年には公使館の大使館昇格により、初代の駐ドイツ大使に就任。明治四四(一九一〇)年六月、貴族院議員(勅選)。大正二(一九一三)年、駐イギリス大使。⁴²⁾野村三十郎(一八六六～一九一五)は、山口県東浦賀の出身、ドイツに留学し森林経済学を学んだ。この時期ベルリンにあり、このあとミュンヘンに移っている。帰国後は栃木県

の技官であったとされている。⁽⁴³⁾ 小松原英太郎は翌明治二〇年に帰国するが、この時期ベルリンの小松原の周辺にはこのような人々が集まっていたのである。詳細な検討はここではできないが、例えば「自歴譜1」が書かれた明治二三（二八九〇）年夏学期のベルリン大学法学部学籍登録者の中に、伊達武四郎、梅謙次郎、横田国臣らの名前を見ることが出来る。梅謙次郎はリヨン大学で博士号を取得したあと、明治三二（二八九）年の冬学期からの二学期間ベルリンに滞在していた。

鷗外『独逸日記』の中の千賀博士

千賀博士がベルリンに滞在していた初期は、鷗外のドイツ滞在の時期と重なり合っている。千賀博士と森鷗外とがベルリンで接触していたことについてはすでに識者により指摘されているところである。⁽⁴⁴⁾

鷗外『独逸日記』はベルリンに到着した翌日の明治一七年一〇月一二日に書き始められ、明治二二年五月一四日の記事をもって終っており、ドイツ滞在中の大部分をカバーしている。鷗外は当初これを漢文で記し「在徳記」と題していた。鷗外のドイツでの生活は滞在地により主に四期に分かれる。明治一七年一〇月二二日から同一八年一〇月一一日までのライプツヒ時代、一八年一〇月一二日から一九年三月七日までのドレスデン時代、二〇年四月一五日までのミュンヘン時代、そして最後のベルリンでの生活である。明治二〇年、鷗外はベルリンに戻ってくる。ミュンヘンの時代までの記述とベルリン時代の記述が大きく性格を異にすることはつとに指摘されているところである。その淡々とした記述の中に千賀博士の痕跡が示されている。鷗外『独逸日記』の中に、明治二〇年一月二〇日、同年一二月一八日条に千賀博士と思しき「仙賀」なる人物が登場する。鷗外『独逸日記』明治二〇（二八八七）年一月

二〇日「夜ミュルレルを訪ふ。哲二郎も亦至る。東洋語学の事を論ず。後仙賀と話す。日日新聞の通信員なり。経済学を修む。曰く。独逸の学士分類立系の癖あり。経済論中生産消耗の両章を分つに至る。無益ならずや云々。」とあり、一二月一八日「仙賀と哲学を談ず。」とある。『独逸日記』では、このように「千賀」ではなく、「仙賀」の字が当てられている。その理由は詳らかにはできないが、千賀家の初代の頃には「仙賀」姓を名乗っていたこともあり、そのように通用していたのかも知れないし、鷗外が耳にした「せんが」に「仙賀」の字を当てたのかもしれない。その年の年末、『独逸日記』一二月二七日程には「夜ミュルレルを訪ふ。」という記述がある。ちょうどこの時期鷗外の上司である石黒忠憲(一八四五―一九四二)がベルリンに滞在しており、その時期の日記を⁴⁵残している。同日の石黒日記を見ると、「微雪 火……○午後七時半ミュルレルノ招ニ應ス十二時帰ル 石黒 田口 森 千賀、ミュルレル夫人 北川〔後略〕」とあり、この日の夜、ミュルレル宅を訪れていたのは、鷗外、石黒とともに、千賀博士もその一人であったことがうかがえる。石黒日記には、翌 明治二二(一八八八)年六月二四日程にも「○夜ミュルレル招ニ應シ十一時帰ル小生 森 多胡 千賀 田口 北川及ミュルレル夫婦……」とあり、鷗外『独逸日記』の「仙賀」が千賀博士その人であることは疑いないところである。

ベルリン東洋語学校⁴⁶

千賀博士がベルリンの東洋語学校の日本語講師を勤めた期間は、明治二三(一八九〇)年から京都帝国大学教授に就任するために帰国する明治三二(一八九九)年の一〇年間に及ぶ。初代の井上哲次郎は三年、最初の卒業生を送り出して帰国している。千賀博士の後任者たちは、辻高衡⁴⁷を例外として、任期二年を勤めていることが多い。

一八八七年一〇月一八日、ベルリン大学哲学部の附属教育・研究施設として、東洋語学校、即ち「オリエント語ゼミナール」(Das Seminar für Orientalische Sprachen an der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin)が開設された。⁴⁸ 通常、大学でのゼミナールは、指導教授のもとで与えられた課題を小人数の学生が調査・研究して、教授・学生間の討論によって結論に導く授業形式を指すのであるが、ここで言うゼミナールは、インスティトゥート Institut (研究所)と同義で、学部所属の正教授を所長 (Seminar-Direktor) として、独自の研究用の図書・資料室を備えた研究・教育施設のことである。実際、千賀博士が在籍されたのは、創設から三年目の一八九〇年秋からであり、当時東洋語学校は、ベルリン城近く、ルストガルテン六番地の旧証券取引所 (Alte Börse) 跡に開設されていた。⁴⁹ その位置は「博物館の島」のルストガルテン北東隅、シュプレー河畔、現在のベルリン大聖堂北側の広場にあたる。一七三九年の創建になる建物自体は一八九三年に取り壊された。

ベルリン大学は、創立七〇年の一八八〇年代に入ってから、『ベルリン大学史』(一九一〇—一九一八)全四巻の著者マクス・レンツが言うように、「世界の大学」(Weltuniversität)としての威容と名誉をかち得た。⁵⁰ 一八七一年のドイツ第二帝政の成立以降、とくにアルトホフ (Friedrich Althoff, 1839-1908) がプロイセン文部省大学政策部門に在任中(二八八二—一九〇七)の二五年間に、ベルリン大学に付置されたゼミナール、インスティトゥートは急激に拡張されていくが、東洋語学校が新設されたのも、まさにこのようなベルリン大学の膨張期においてであった。東洋語学校は、実学中心の、実務型の人材育成を目的とし、具体的にはオリエント・東アジアの言語に通暁して、現地で多面的に活躍できる人材を育成することに置かれていた。初代校長ザツハウは、「将来現地に派遣される領事館の通訳、守備隊の将校、裁判官、税関吏のための授業は、当然のことながら詩と哲学という言語適用領域に心を奪われてはならない」⁵¹

と明言している。一八八〇年代におけるこの種の実学的施設の出現は、ベルリン大学の開学理念を大きく変えるものであった、といえよう。

井上哲次郎が日本を出発してベルリンに向かったのは、千賀博士渡独の五か月前、明治一七(一八八四)年二月一五日のことである。それから三年、文部省の留学費の期限が迫り、延長手続を始めた頃のことである。その『懐旧録』によると、アルトホフから直接日本語講師就任への依頼があったのは、明治一九(一八八六)年末のことであった。⁽⁵²⁾「余は早速教務省に行つて、アルトホフ氏に会つて事情を訊いたところが、アルトホフ氏が云ふのには、今年の四月から独逸の政府ではベルリン大学の附属として東洋語学校を建設することになったに就いては、貴君に日本語の授業を依頼したいと思ふが、やつて貰へるだおるか、かういふ話であつた。……我が文部省の留学費として貰つて居る金額を下さればそれで宜しいというかう云つたところが、その金額は幾らかと単刀直入に問はれたから、一ヶ月約三百マルクであるとかう云つたところが、三百マルクは遣るからどうか引受けてくれといふやうな話であつた。それではやりませうと云うて、忽ち約束は成立したのである。」これはアルトホフ自身が直接に日本語講師の人選に当たっていたことを物語っている。井上哲次郎の日記は、⁽⁵³⁾この間の事情をあまり物語っていない。明治二〇(一八八七)年三月一〇日「文部大臣森有礼氏東洋学校教師云々ノ儀ニ付願書ヲ送ル」とあり、一四日にベルリン大学を退校して、半年間フランス留学の旅に出る。一〇月に東洋語学校開学に合わせて、ベルリンに戻る。一〇月二日「ランゲ氏ト共ニ教授ザハウ氏ヲ訪フヒ、東洋語学校講師(Lektor)タルベキ条約ヲ結」び、四日「普国文部大臣ゴスレル氏ヨリ東洋学(校)講師ニ命ストノ辞令書ヲ受」けている。二七日「東洋学校開校式アリ、文部大臣ゴスレル、グラフビスマルク大学長シウエндеネル東洋学校長ザハウ氏ノ演説アリ」三十一日「始メテ開講、聴者十五人」であつた。

井上哲次郎と千賀博士とのベルリンにおける交流は井上日記『懷中雜記』第一冊及び第二冊から断片的に拾うことができる。

明治一九（一八八六）年五月二七日「夜グールベ氏ニ招燕セラル、千賀氏亦来ル、一二時ニ帰ル、此日烈風雷雨。」

明治二〇（一八八七）年二月一六日「小松原英太郎氏ニ招燕セラル、千賀氏亦来会ス」。二月二一日「千賀氏来訪」、
一二月一七日「千賀氏書状ヲ送ル」。

明治二一（一八八八）年五月二三日「太沽（多湖？）千賀二氏ト共ニWerderト云ヘル一小邨ニ行テ桜花ヲ觀ル、花白ク紅色ヲ帯ビズ、樹小ニシテ風趣ニ乏ク、路悪ク塵多ク、日東ノ山水ニ及バザルコト遠シ」。七月五日「博多川端并ニ千賀氏ニ書状ヲ送ル尙氏来訪ス」。九月二六日「夜千賀氏ニ書状ヲ送ル」。一〇月二〇日「倫敦ノスタンフアルド氏、巴里ノマレスク氏并ニ千賀鶴太郎井上円了両氏ニ通信ス」。

井上哲次郎は明治二二（一八八九）年五月二四日、「明年八月を以て日本に還ることに決定」した。その旨の書状を同日文部大臣榎本氏に送っている。「自歴譜1」で千賀博士がかつて哲学会を通じて井上哲次郎との知己を得たことを記しているが、ベルリン東洋語学校日本語講師の後任に選ばれることに一定の役割を果たしたと思われる。その年の九月二九日「印度人杜留華、拿沙爾、支那人張德彝、姚文棟、陶榘林、桂林、潘飛声、暹羅人一名并に日高真実⁵⁴千賀鶴太郎の一〇名を招燕す、拿沙爾及び暹羅人故ありて不_レ来」とある。このうち、桂林、潘飛声の二人は東洋語学校の中国語教師として招聘されていた人物で、桂林は日本でも外国語学校で教えた経験のある人物である。外国語学校と関係のある集まりに千賀博士も招かれている。日高真実（一八六四〜一八九四）は「最初の帝国大学教育学教授」と呼ばれ、日本の教育学の礎を築いた人物である。明治二三（一八九〇）年年頭一月一日「千賀鶴太郎来訪」とあり、

四月一日「黒田多湖シユミット三氏に書状を送る、」潘飛声と共に千賀氏を訪ふ、。七月二六日「千賀、日高、加納、潘、桂、グラマツキ、マンヘン、フランツ、田中館、九名を招燕ス」。八月一日「東洋学校閉校 知己ノ人三〇余人ヲ一酒店ニ招燕ス、……。」と、東洋語学校の講義を終えて、帰国に向けての宴に千賀博士が招かれ、五日には千賀博士から井上哲次郎への返礼の宴が設けられたようで、その際に博士から送別の詩二篇が送られている。「……夜、千賀氏ニ招燕セラル、氏送別ノ詩アリ、其一ニ云ク「胸中自有古人道、高遠深思入ニ神島」、天下滔々趁ニ世潮」、憑レ君欲レ返狂瀾倒」、其二ニ云ク「心蓄経邦策方言、海東帰去別開別レ門、要レ伸鴻鵠凌霄志、遮莫雀声燕語喧」。六日「……千賀、ブリル、ホンベルト、プロジト四氏ニ書状ヲ送ル。」七日「……午後七時伯林城ヲ出発ス三好、吉川、有森、篠田、二宮、日高、田中館、久保、千賀諸氏并ニ清人桂林姚文棟、潘飛声、其外東洋学校生徒フンベルト、ベック、プロジト等送来。」井上哲次郎の見送りの中に千賀博士の姿もあった。

この間に、千賀博士の東洋語学校日本語講師の人事が進められている。公文書館の千賀博士のファイルには、「自歴譜1」のほかに、契約に関する文書が綴られている。No.18は、明治二三(一八九〇)年五月二九日付で契約内容を示した文書であり、これに先立つ五月一六日付の六項目にわたる条件提示の文書があり、それを受けた内容になっている。その第三項には年俸二、四〇〇マルクと記されている。その後No.19、20も、それぞれ明治二六(一八九三)年一月三一日付、明治二九(一八九六)年一月三〇日付で契約更新に関する文書であり、第三項は同じである。東洋語学校の三年課程であることに合わせ、千賀博士の場合、三年毎の更新が行われていたようである。⁵⁵⁾

結びにかえて

以上、ベルリン・ダーレムにあるプロイセン国立公文書館に所蔵されている千賀鶴太郎博士の「自歴譜1」と博士論文第一部末尾に記された「自歴譜2」を手がかりに、千賀博士の前半生を辿ってきた。後年に書かれた千賀博士の種々の回想記を除くと、日記など博士自身が書かれたものが実際に存在するかどうかも確認できていない。そのため本稿では、間接的なかたちで、二つの「自歴譜」の背景を探るにとどまざるをえず、ベルリン大学における博士の学生生活の実情については殆ど触れることができなかった点も今後の課題としたい。⁵⁶ 千賀博士自身の研究とは離れるため、東洋語学校に関する検討も部分的にしかなしえなかったが、東洋語学校という一つの「ゼミナール」組織の検討を通じて、かつて上山安敏氏が『ウェーバーとその社会』⁵⁷の中で取り上げられた一九世紀末におけるドイツ・アカデミズムの問題にもあらためて近づけるように考えている。アルトホフが哲学部のオリエント語教授ザッハウを校長に据え、プロイセン政府と帝国政府との間を巧みに立ち回りながら、東洋語学校というゼミナールを設置し、さらには大学自体から独立したアカデミーを創出するというアルトホフの大きな構想を知る時、あらためて彼の大学・学問政策について検討が必要なものに思われるのである。⁵⁸

(1) 渡辺利喜子「千賀鶴太郎と森鷗外——「独逸日記」と「舞姫」をたどる」『作文』第一六〇集、平成七年五月一日刊、二六頁。

(2) 千賀博士の経歴をについて主として参照したものは以下の通りである。①『大日本博士録（一八八八〜一九二〇）第一卷

〈全六巻之内〉法学博士及薬学博士之部』（発展社、大正一〇年一月一日刊五八、五九頁、②矢田一男「明治時代のローマ法教育（1）」『法学新報』第四四卷第三号（昭和九年三月刊）九八、九九頁、③『日本人名大事典（新撰大人名辞典）』第三巻（平凡社、昭和十二年一〇月三日初版第一刷刊。昭和五四年七月一〇日、覆刻版第一刷刊）、④田中誠一編著『備作人名大辞典 乾巻』（備作人名大辞典刊行会、昭和一四年四月一日刊。復刻・臨川書店、昭和四九年八月二〇日刊〈全二冊〉）四三三、四二四頁、⑤『京都帝国大学史』（京都帝国大学、昭和一八年二月二〇日刊）（法科大学創立前記）…八八、八九頁、（国際公法）…一七二頁以下、（羅馬法）…二〇三頁以下等。『京都大学七〇年史』（京都大学、昭和四二年一月三日刊）三四八、三六八、三八四頁。『京都大学百年史 部局史編 一』…二四三、二四四、二四八、二五〇、二六七、三〇九、三一一、三三三、三三九、三三〇頁。なお、佐藤篤士「日本におけるローマ法学の役割—日本におけるローマ法研究の歩みにたいする一つの反省—」『早稲田法学』第40巻第一号（昭和四〇年一月二〇日刊）五三—九九頁、とくに五九、六三頁、同『古代ローマ法の研究』敬文堂出版部、昭和五〇年四月二五日刊に、第一章「日本におけるローマ法学の発達—日本におけるローマ法研究の歩みにたいする一反省—」と改題して再録、一—四六頁。

(3) 明治三三年九月一日付『官報』四八六一号 明治三三年九月二二日。

(4) 明治三三年九月二日付『官報』四八六二号 明治三三年九月二三日。

(5) 吉原達也編「千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』（1）『広島法学』第三三巻第三号（平成二二年一月二二日刊）、（2）同第三三巻第四号（平成二二年三月二〇日刊）、（3）同第三三巻第一号（平成二二年六月三〇日刊）、（4）同第三三巻第二号（平成二二年一〇月三〇日刊）、（5・完）同第三三巻第三号（平成二二年一月二二日刊）。

(6) 吉原丈司・吉原達也編『千賀鶴太郎博士・戸水寛人博士・池辺義象氏略年譜・著作目録—日本ローマ法学七先生略年譜・著作目録（千賀博士・戸水博士限定追加版）—』ローマ法・法制史学者著作目録選（第九輯）—平成二二（二〇一〇）年三月三十一日刊。冊子版、CD版あり。同『春木一郎博士・原田慶吉教授・田中周友博士・船田享二博士・武藤智雄教授・千賀鶴太郎博士・戸水寛人博士・池辺義象氏略年譜・著作目録—日本ローマ法学七先生略年譜・著作目録（新訂版）—』ローマ法・法制史学者著作目録選（第一〇輯）—（平成二五年九月一日刊）に新訂版が収録されている。本稿を草するにあたり、種々の

文献資料及び知見をつねに提供してくれている共編者吉原丈司にこの場を借りて御礼申し上げます。

(7) この綴りには、日本語講師 (Lektor) として、1. Dr. Tetsujiro Inouye (井上哲次郎), 1888/1890¹ 2. Tsurutaro Senga (千賀鶴太郎), 1890³ 3. Dr. Kinji Tajima (田島錦治), 1899⁴ 4. Rinich Makita, 1900⁵ 5. Helmann Plaut (Sprachlehrer) 1900⁶ 9. Suyewo Iwaya (巖谷季雄) [小波], 1900⁷ 7. Takahira Tsuji (辻高衡), 1902. の記録 (1888-1903) が収録されている。

(8) 一八九七年の千賀博士のドイツ語博士論文刊本には二種類のものが存在する。一は、Gestaltung und Kritik der heutigen Konsulargerichtsbarkeit in Japan, Druck von Leonhard Simion, Berlin [1897], iv, 106 p. 23cm の九州大学附属図書館、京都大学法学部 図書室、独立行政法人国際交流基金情報センターライブラリー、名古屋大学附属図書館中央長谷川文庫、一橋大学附属図書館古典ギールケ文庫に所蔵されている。今一つは、Gestaltung und Kritik der heutigen Konsulargerichtsbarkeit in Japan, R.L. Prager, Berlin 1897, vi, 160p. 24cm の京都大学法学部図書室、東京大学総合図書館書庫参考、一橋大学 附属図書館古典ギールケ文庫及び日本大法学部図書館に所蔵されている。このほかに名古屋大学法学部図書室所蔵の後者の復刻版がある。二種類の博士論文は、同じ題名で同じ年に刊行されているが、前者の総頁がiv、一〇六頁、後者のそれはvi、一六〇頁という違いがあるだけでなく、前者が Druck von Leonhard Simion、後者が R.L. Prager という別々の出版社から刊行されているのである。以下では、入手しえた一橋大学所蔵本の部分コピーと、日大法学部所蔵本を参照しながら、この二冊の異同を略述する。前者について、一橋大学所蔵本の表紙には、Gestaltung und Kritik der heutigen Konsulargerichtsbarkeit in Japan./INAUGURAL-DISSERTATION/ZUR/ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE/GENEMIGT/VON DER JURISTISCHEN FAKULTÄT/DER/KÖNIGLICH FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BERLIN/UND/ZUGLEICH/MIT DEN ANHÄNGTEN THESEN/ÖFFENTLICH ZU VERTHEIDIGEN/am 22. Juli 1897/VON/Tsurutaro Senga//OPPONENTEN: Herr cand. iur. Georg Kutzner/"cand. iur. Walter Metzner/" stud. iur. Hans Gentzen/Berlin/Druck von Leonhard Simion/Wilhelmstrasse 121 への表紙裏には、Die vollständige Arbeit, von der mit Bewilligung der hohen juristischen Fakultät hier nur die erste Abtheilung gedrückt ist, wird im Verlag R.L.Prager in Berlin

erschienen. つまり「法学部の承認を得てここに第一部のみ印刷されたる本書完全版は、ベルリンの R・L・プラガー書店より刊行の予定」と記されている。また頁下部に、二三頁注六二の誤植訂正が記されている。これに対して、後者の表紙には、Gestaltung und Kritik/der heutigen/Konsulargerichtsbarkeit/in Japan/Zwei Abtheilungen von/Tsurutarō Senga/Dr.iur. utr./Berlin/Verlag von R.L. Prager/1897とだけ記されている。前者は、その表紙裏に記されているように、博士論文の第一部のみを印刷して公表されたものであり、後者は、その後第二部も収録した完全版という関係にある。前者の目次は、表紙から数えて iii ~ iv 頁にあたり、次頁から本文が始まる。今目次によりその章立てだけを記すと、序説 日本における領事裁判権の法的基礎 / 第一部 日本における領事裁判権の現代的形成 / 第一章 領事裁判所の管轄権 / 第二章 領事裁判所の組織 / 第三章 領事裁判所の手続 / 第四章 適用されるべき実体法 / 付説 領事の警察的権限、とある。後者の表紙の裏には、プラガー書店のマークがあり、iii 頁目に前書が記され、iv 頁目は空白とされ、v ~ vi 頁に目次が収録される。その内容は、第一部について前者の章立てと同じであり、これに続いて、第二部 日本における現代領事裁判権批判 / 第一章 領事裁判権と日本国家主権との対立 / 第二章 領事裁判権の理論的実務的形成の法的瑕疵、が付け加えられている。vii 頁目は誤植訂正表、viii 頁目は空白となっている。そのあとの本文については、i ~ i〇六頁までは、基本的に同じ判型そのまま使われていると思われる。vii 頁に記されている七つの誤植訂正のうち、二三頁注六二のそれはすでに前者の表紙裏に記されながら、後者の本文での訂正は行われていないからである。両者の相違はもちろん、本文の第二部が収録されているかないかということであるが、構成上の相違としてさらに二点指摘しておきたい。一つは、前者第一部末尾一〇六頁の次頁に、課題 These とし、「1 主観的意味における権利は、Wollen-dürfen と同一である。」 / 2 1.63 D. de re iudicata 42, 1 で言及されている質の例は信託のみと関係するという見解は支持することはできない。 / 3 教皇は主権者である。 / 4 保護民は日本における領事裁判権に服することはできない。」の四問が掲げられている。この課題は、前者の表紙に記されている三人の対論者との公開討論の課題であると考えられる。二は、その裏頁に、Curriculum vitae と題するドイツ語文の自歴譜が記されている点であり、この自歴譜は完全版には収録されていない。

(6) John Stewart Mill, *A system of logic, ratiocinative and inductive: being a connected view of the principles of evidence,*

and the methods of scientific investigation (John Stuart Mill collection; 1) London: John W. Parker, 1843, 2 vols.; *A system of logic, ratiocinative and inductive: being a connected view of the principles of evidence and the methods of scientific investigation*; editor of the text, J.M. Robson; introduction by R.F. McRae (Collected works of John Stuart Mill; v. 7-8), Toronto: University of Toronto Press/London: Routledge & Kegan Paul, 1973-1974.

(10) 哲学会雑誌第一冊第貳号四一頁「哲学ノ必要ヲ論シテ本会ノ沿革ニ及フ(前号ノ続)」今其創立以来ノ記事ヲ略叙スルニ明治一七年一月二六日有志数十名学習院内ニ相会シ本会創立ノ事ヲ議シ規則八条ヲ設ク之ヲ本会創立第一会トス当日入会ノ承諾ヲ得タルモノ加藤弘之西周中村正直西村茂樹外山正一原坦山島地默雷北島道龍氏以下總シテ二九名ナリ」

(11) J.R. Seeley (シーリー、一八二四〜一八九五): *Life and times of Stein or Germany and Prussia in the Napoleonic Age*, 3 vols., Cambridge University Press, 1878. ただし刊本には各種ある。同書について、発智止三郎(一九二二〜一九七一)「J.R. Seeley によつて Stein の伝記—政治家 Stein とその時代—」『横浜国立大学人文紀要 第一類、哲学・社会科学』第六輯(昭和三三年九月二〇日刊)四三〜六八頁参照。後、『発智止三郎—論文と思ひ出—』発智千恵子、徹夫編、大学教育社、昭和五〇年一〇月二〇日刊、五六〜八七頁に再録。

(12) シキマン著、千賀鶴太郎抄訳『政党弊害論 全』東京・丸家善七、明治一六年四月刊(表紙による。奥付では同年二月刊 *Am. Rev.* 六九頁。原著は Seaman, Ezra C. 1805-1880, *The American system of government. Its character and workings, its defects, outside party machinery and influences, and the prosperity of the people under its protection.* New York, Scribner, 1870) 及びその第二章からの抄訳とどうも体裁をよつてゐる。第二章の原題と各節名を以下に掲げらる。CHAPTER II. WORKINGS OF OUR SYSTEM OF GOVERNMENT—OUTSIDE PARTY ORGANIZATIONS AND MACHINERY TO CARRY IT ON, AND THEIR INFLUENCES—REMEDIES SUGGESTED FOR ITS DEFECTS, 55-124. Sec. 1. Popular elections, and their influences upon politicians and people. SEC. 2. Partisanship, and its influence upon the mind, and upon the conduct of man. Sec. 3. Party organizations and nominating conventions—how man-aged. Sec. 4. Corrupting tendencies of bad party practices and theories. Sec. 5. Objects and purposes of party organizations, creeds, and plat-forms. Sec. 6. The party

cry of principles not men, is delusive. Sec. 7. Both parties should be represented upon every administrative, corporate, and election board of officers. Sec. 8. Necessary qualifications of public officers, and of voters. Sec. 9. Elements of character, which commend men to the favor of party politicians. Sec. 10. Tendencies and effects of party organizations, creeds, and platforms, and party discipline. Sec. 11. Practical sovereignty—how exercised. Sec. 12. The exercise of the appointing power, and party services to be rewarded. Sec. 13. Differences of race and language, religion and manners, are all sources of clannishness and discord. Sec. 14. Uses of negro suffrage, and of the exercise of political power by the negro, as an experiment. Sec. 15. Party committees and political societies and clubs, and their influences. Sec. 16. The newspaper press—its party dependence—intolerance—slander and abuse of public men. Sec. 17. Corporations, and the abuses of power by their officers. Sec. 18. Prominent party abuses of power. Sec. 19. Remedies suggested for political evils. 本書は二〇年後明治三十六年に復刊されている。シキマン著、千賀鶴太郎抄訳『政党弊害論』(訳者兼発行者：千賀鶴太郎、発兌元：京都・経済時報社、東京・富山房、明治三十六年一月一〇日復刊発行(表奥付では初版は明治一六年三月二日出版とある。)、五五頁。復刊緒言を以下に掲げる。「政党弊害論復刊緒言／余初めて茲書を上梓せしは明治一六年の春にして我議會第一回の選挙に先つこと実に七ヶ年なりき当時輿論は已に翹首企踵して大憲の制定を望みたりと雖も何人も議會の開設に因りて我邦に如何なる政党を生ずべきかを予想する能はず況んや其利病得喪の如きは誰か之を討究せしものあらむ此時に方り余偶々米国人シーマンなるもの、書を繙きて北米合衆国の政党に容易ならざる弊害を醸せしことに注目したれば試に之を抄訳して一小冊子と為し政党弊害論と題して我政客の参考に供したり是れ我邦に政党起らば或は米国の覆轍を履むに至らんことを恐れたるが為めのみ其後我議會の開設と共に我世界の有力者は各々旗幟を掲げて鹿を中原に逐ふに至りたるも余は明治一七年より凡一六ヶ年の間歐洲に留まりたれば遂に我政黨の実況如何を知悉するに違あらず方今其趨勢の向ふ所果して米国の覆轍を履みつ、ありや否や余敢て之を断言せず然りと雖も一にも斯る傾向ありとせば我邦の不幸之より大なるは莫からむ是れ再び茲書を梓行して聊我政界に規する所あらんと欲する所以なり／明治三五年一二月第一七回議會解散の当日加茂林中の草庵に於て一九年前の訳者識」。

(13) バコン著『第一世拿破利翁放言』(訳者兼出版人：千賀鶴太郎、発兌書林：岡山県西尾吉太郎、初版：明治一四年五月一

日刊、二版：明治一九年一〇月九日刊、七五頁。拿破利翁：ナポレオン（一七六九～一八二一）、バコン：英国人 中村敬宇（正直）の序文あり。評点：関 新吾、小松原英太郎。国立国会図書館近代デジタルライブラリー〈<http://kindai.ndl.go.jp/index.html>〉に収録。原著は Blumer, Edith Walford (ed.), *Napoleon I The Table Talk and Opinions of Napoleon Buonaparte*, London, Sampson Low, Son, and Marston 1868. 〈http://books.google.com/books?id=cxeMNZg4JCU&printsec=frontcover&hl=ja&source=gbs_v2_summary_r&cad=0#=onepage&q=&f=false〉 著者が「バコン」とされるのは、当該表紙の題辭に「sic cogitavit? Bacon」『彼はかく思惟した』—「ベイコン」と記されていることの誤解によるのではないかと思われる。この Bacon がフランシス・ベイコン Francis Bacon (1561～1626) であることは、「sic cogitavit?」なる題辭は、一六二〇年に刊行された『ノウム・オルガヌム』(Novum Organum) の巻頭に記された「Franciscus de Verulamio sic cogitavit?」フランシス・デ・ヴェルラミオはかく思惟した」という言葉から始まる冒頭の一節に由来するものと思われる。この序詞自体は厳密には『ノウム・オルガヌム』を第二部とする『諸学の大革新』全体のそれにあたるが、第二部が先行して出版された関係で、国王への献辞とともに、第二部本文の前に置かれることが多い：cf. Graham Rees/Maria Wakely, *The Oxford Francis Bacon: The Instauration Magna Part II: Novum Organum and Associated Texts* (Oxford English Texts), 2004, Oxford University Press on Demand; illustrated edition, p.2-3. 「ヴェルラムのフランシスはかく思惟し、かつ自ら次のような見解を立て、これが現存および後世の人々に知られることが、彼らにとって深い係わりありと信じた。…。」桂寿一訳『ノウム・オルガヌム』(岩波文庫、昭和五三年六月一六日刊) 一三頁。ベイコンは、一六一七年一月に大法官となり、七月にヴェルラム男爵に、さらに一六二一年一月にはセント・オールバンズ子爵に叙せられている。なお、同書に先立って、一六〇七年に執筆された一六五三年に初めて印刷公刊された *Cogitata et Visa* (in: *The Works of Lord Bacon, with an introductory Essay, and a Portrait*, vol. 2, London 1865) という作品でも「Franciscus Bacon sic cogitavit?」フランシス・ベイコンはかく考えた」という文言で始まり、各パラグラフの冒頭で *cogitavit et illud* という言葉が繰り返される形式が踏まれている。なお、アメリカの詩人で外交官としても知られるジェイムズ・ラッセル・ローエル James Russell Lowell (1819～1891) に「Franciscus De Verulamio Sic Cogitavit?」フランシス・オブ・ヴェルラムかく思惟したり」と題する詩 (*The Complete Writings of James*

Russell Lowell, Moulton Press 2008, p.208) があつた。

- (14) 岡山大学附属図書館コレクション「池田家文庫」先祖【並】御奉公之品書上」千賀家関係、原本未見、平成二三年六月マイクログ資料閲覧と複写による。同じく「千賀武四郎跡目僉議書」「池田家文庫」U藩士(奉公書) D3 資料番号 D3-3282-10) リール番号 YDC-017 コレ番号 155 RI <http://ousar.lib.okayama-u.ac.jp/ikedake/micro/metadata/15902> 跡目：倅・千賀鶴太郎、内容年次 寛文二「一六六二」年～文久元「一八六一」年も参照。池田家文庫については、倉地克直・監修・執筆『池田家文庫』岡山大学付属図書館、平成二〇年三月一日刊(電子カタログ：www.lib.okayama-u.ac.jp/ikedake/tanbou/)、倉地克直編『岡山藩家中諸士家譜五音寄』第一巻、岡山大学文学部研究叢書 七、岡山大学文学部、一九九三年三月刊、第二巻、一九九三年三月刊、第三巻、一九九三年五月刊を参照。
- (15) 京都市内某寺塔頭内に博士の墓所がある。過日展墓の機会を得たが、その墓碑には「安政四年二月十日相州鶴ヶ岡八幡ノ陣営ニ生ル昭和四年三月十九日京都下鴨瀬見川庵ニ薨ス」と記されている。墓碑に出生地が「相州鶴ヶ岡八幡ノ陣営」とされることについてはなお検討を要すると思われる。「池田家文庫」(岡山大学附属図書館コレクション)の前出資料中、千賀武四郎の項には、幕末期岡山藩の海防従事で房総に居りし(安政三(一八五六)年三月～安政六(一八五九)年四月 房州北条定詰 但房総御預所)とあり、この近辺には「関東の三鶴」(鎌倉鶴ヶ岡八幡宮、市原鶴峯八幡宮、北条(館山)鶴ヶ谷八幡宮)として有名な「鶴ヶ谷八幡宮」が存在する。墓碑にいう「相州鶴ヶ岡八幡」ママ、鶴ヶ岡八幡「云々」は、碑銘を刻された嗣子・千賀孝善氏又は千賀鶴太郎博士御自身の御記憶と何らかの関係があるのかもしれない。詳細については、CD版『千賀鶴太郎博士略年譜・著作目録』(前註(6))一八頁註9を参照のこと。
- (16) 千賀鶴太郎「余の修養法」『弘道』第二二二号(日本弘道会事務所、明治四三(一九一〇)年八月一日刊)一二～一三頁。本文中、「ノ」は改段、「」内は補註を示す。漢字は常用漢字など通用のものに改めてある。
- (17) 『角川日本地名大辞典 33 岡山県』「角川日本地名大辞典」編纂委員会編 角川書店、平成元(一九八九)年七月八日刊、九〇四頁。
- (18) 前掲『角川日本地名辞典』項目によれば、現在の岡山市に江戸期から昭和四二年にかけてあつた地名で、昭和四二年さく

ら住座、御幸町、新京橋一〜三丁目、門田屋敷本町となった、とある。

(19) 花島教場について、『池田光政公伝』(次註を参照)。花島教場は存在せず、学校でなく「会」であり、最初の藩校は、寛文四年の「石山仮学院」であるという説もある。柴田一『吉備の歴史に輝く人々』吉備人出版 二〇〇七年、一一七頁。

(20) 岡山藩校に関しては、石坂善次郎編『池田光政公伝』上巻 昭和七年、一九三二年、三〇頁以下、詳細には八二七頁以下を参照。

(21) 谷口澄夫『池田光政』吉川弘文館一九六一年、新装版一九八七年、一五三頁以下。倉地克直『池田光政』ミネルヴァ書房、平成二四年五月一〇日刊参照。

(22) 志賀正道『岡山藩学校史』細謹舎書店、昭和九(一九三四)年、三二頁以下。学科内容は以下の通り。皇学 下生 語学 助業 本辞、中生、令義解 助業 律二代格 職原抄、上生 日本紀 助業 古事記伝 古史伝略、漢学 下生 孝経 史略 助業 孟子 綱鑑易知録、中生 左氏伝 詩経 助業 学庸 史記 文範、上生 書経 通鑑 文章 助業 經史子、洋学 下生 地理学、中生 窮理学、上生 政治学。

(23) おそらくパーシヴァル・オズボーン (Osborn, Percival, 1842-1905) のことであろう。ロンドン生まれ、慶應三「二八六七」年に来日、加賀藩最初のお雇い外国人といわれ、当時設けられた七尾語学所で教鞭をとった。明治三年に語学所が廃止されたあと、加賀を離れ、そのあと一年あまり岡山で教師生活を送っていたようである。その後神奈川県の翻訳官として一七年間帰国まで従事した。なお、オズボーンについては、今井一良『オズボン紀行…侍の娘と結ばれた英人一家を追って』北国新聞社、一九九四年も参照。

(24) 宇野精一『小学』新釈漢文大系 三 明治書院・昭和四〇年。

(25) 孝経について、安岡正篤『孝経入門』金雞学院、一九三四年(聖賢遺書新釈叢刊 第二二)、加地伸行『孝経 全訳注』講談社・二〇〇七年を参照。

(26) 千賀鶴太郎『回想談』『小松原英太郎君事略』小松原英太郎君伝記編纂実行委員会、大正一三(一九二四)年二月三〇日刊。復刻本・大空社、伝記叢書五五、昭和六三年一〇月二五日日刊。

(27) 二〇三〜二〇四頁。小松原英太郎自身の回顧は『小松原英太郎事略』第二編「自叙経歴一斑」の中に記されている。「一八歳の時、藩の句読教師に挙げられ貳拾俵貳人扶持を給せらるゝことになつた、明治四年廢藩置縣の際藩費に大改革を施され、西穀一氏が校長を命ぜられ従来の漢学を廢して和洋兼修の普通学校となし英語科仏語科を置き、慶應義塾其他より英仏語の教師を聘し來りて洋学を始むることとなつた、当時坪田繁岡本覬谷川達海諸氏は之を憤慨し漢学の廢すべからざることを主張し、遂に山田方谷先生を閑谷覺に聘して別に一旗幟を樹つるに至つた、尤も坪田氏は其後東京に出て木村某に就て英学を修め終に洋学者となつたのである、予は当時漢学を棄てて洋学に就き英語科に入り、入塾して専ら英学を修めた。

／右の改革に依て成りたる普通学校は明治六年に至り政府が財政上の都合に依り従来特別に下附した経費支給を廢止することとなつたので、遂に廢校の不得止に立ち至り、西氏は校長の職に退いた、然るに吾々同志者は我藩の名君芳烈公の創設せられたる歴史を有する名譽を廢絶するに委するに忍びず、種種苦心し先輩にも協議したる末、青木兼太郎氏主となり生徒中の先輩たる吾々も自ら教鞭を執りて学校を維持することとなり、校を遺芳館と称し私立経営とした、依て予も歴史其他一部の教授を担当し且予等同志各塾舎の舎長を兼ね塾長青木氏を輔佐して風紀振肅の任に當つたのである、是より先き西穀一氏が校長となりて藩費を改革するや青木兼太郎氏を挙げて塾長兼生徒監と云ふ如きものとし、青木氏は生徒に兵式体操を課し自ら大隊長となりて之を訓練した、当時予等塾生の氣節を重んずる者十数名互に相結びて忠孝節義を尚び、廉恥を重んじ、義の為には生命を鴻毛に比すること、国家に緩急あるときは其急に赴き死生を顧みざること等数条の盟約を立て、常に氣節を磨礪して居つたのであるが、遺芳館となりて以来塾生を率ゐて一層躬行実戦の範を示さんことを心掛け、且風教に關しては時時当局者に建言等をなし、烈公、蕃山の志を継ぎ遺芳館の精神を發揚せんことを期したのである。

予等漢学を廢し洋学を始めてより以来二年有余、孜々として文法より讀本及万国史等を読みたるも実に乾燥無味何等の興味なく、殊に歴史を講ずるに及んで時の君主に対して反抗し、遂に大逆言ふに忍びざる事を為すに至れる事実あるを見、卷を掩ふて嘆息し、洋学を修むるも我国の政治に於て何の得る所なく又益する所なし、寧ろ之を廢せん哉の嘆を發せしこと一再に止まらなかつたのである、其頃杉山岩三郎中川横太郎諸氏森田節齋翁の弟月瀬翁を聘して孟子及史記列伝の講筵を開きたるを以て、予等遺芳館塾生も亦請ふて之を聴講せり、森田翁は史記列伝を説くに節齋翁の口伝、書入れを用ゐたるを以て其講義は恰

も節齋翁の講釈を聴く如く尋常のものに非ざるの感あらしめた、予等は此講義を聴き且維新前我勤王志士の間に愛読せられたる諸書を閲読し、其興味あり精神あり志気を磨礪するに於て益あるを覚へ、益洋学の無益なるを感ずるに至つた。

此時に当て（明治六年秋と覚ゆ）偶々坪田繁氏東京より「ウェーランド」氏の修身書と經濟書とを修めて帰り、其説大いに味ふべく又益する所あるを聞き關新吾千賀鶴太郎沢田正泰山脇巍萬代義勝波多野克巳等の同志と共に坪田氏に就て其講義を聴きたるに修身書の如きは往々儒教と合致する所あり、經濟書に至りては未だ曾て聞知せざる新説にして極めて有益の学たるを知り、始て洋学の益研究せざるべからざることを覚り、日々坪田氏の許に集りて熱心研究することとなつた。」

(28) 『慶應義塾入社帳 第一卷』（慶應義塾、昭和六一年二月一六日刊）六八八頁には、明治七（一八七四）年一〇月一二日に小松原英太郎とともに慶應義塾に入社した際の千賀博士本人記載の書類が写真復刻されている。この時、千賀博士一七歳八月、小松原氏二二歳九月とのことである。

(29) 前掲『池田光政公伝』

(30) 第一号 明治九年三月刊く第六号 明治九年七月刊。

(31) 高橋昌郎『中村敬字』新装版・吉川弘文館・昭和六三（一九八八）年二月一日刊、同人社の設立について、一一五頁以下、その盛衰について、一九六頁以下、『同人社文学雑誌』について、二〇六頁以下を参照。石井民司『自助的人物典型中村正直』東京成功雜誌社、明治四〇（一九〇七）年も参照。

(32) 『慶應義塾五〇年史』（慶應義塾、明治四〇年四月二二日刊）三八三頁（「義塾教員派遣の諸学校」三八〇〜三八四頁）に千賀博士の名前が記載されている。但しここでは年代は不明とされている。明治七年一〇月に慶應義塾に入塾し、半年しないで、小松原英太郎によればその年の一二月には退塾していることからすると、退塾後の千賀博士と慶應義塾との関係は必ずしも明らかにできない。

(33) 今泉定介と禄夫人との関係については、高橋昊「今泉定助先生正伝研究 今泉研究所―その国体論と神道思想史上の地位―」『今泉定助先生研究全集』第一卷、日本大学今泉研究所、昭和四四年九月二一日刊、一五二〜一五三頁。

(34) 千賀孝善氏は識者によれば戦後まもなく逝去との由である。明治三七（一九〇四）年七月第三高等学校大学予科第一部法

科卒〔第二高等学校一覽 明治三七年九月起明治三八年八月止〕〈第三高等学校、明治三八年一月一三日刊〉一三六頁(近代デジタルライブラリー〈<http://kindai.ndl.go.jp/>〉にあり。75コマ)、明治四〇(一九〇七)年七月京都帝国大学法科大学卒、司法官歴任。『京都法学会雑誌』第二卷第七号(明治四〇年八月一〇日刊)「会報」(九九頁以下)に拠れば、「法科大学卒業生第一試問八一人」(九九頁)、「本年度試問論文 刑法之部 不真正不作为ノ因果關係」(二〇三頁)に、同氏の氏名がある。また、千朶木仙史編『学界文壇時代之新人』(天地堂、明治四一年六月二六日刊)二四四頁(「千賀博士の子」)参照。『日本法曹界人物事典』第一卷(第三卷(全一〇卷、下記のもの)の復刻。ゆまに書房、平成七年八月二五日刊)(第一卷:『帝国法曹大観』〈帝国法曹大観編纂会、大正四一年一月三〇日刊〉六〇二頁、第二卷:『改訂増補 帝国法曹大観』〈改訂第二版、帝国法曹大観編纂会、大正一一年一月三〇日刊〉八四六頁、第三卷:『御大礼記念 帝国法曹大観』〈改訂第三版、帝国法曹大観編纂会、昭和四年三月二五日刊〉六二四頁、第四卷:『大日本法曹大観』〈改訂第三版、帝国法曹大観編纂会、国民社、昭和一一年一月一七日刊〉)には、記載なし。)なお、同氏には、『刑事訴訟法概論(第1分冊)』(京都・凡進社、昭和九年二月一五日刊)がある。

(35) シキマン著、中村正直校閲、千賀鶴太郎抄訳『政党弊害論』明治一六年三月(表紙では四月)奥付によると、明治一六(一八八三)年三月時点の住所として「東京市小石川区江戸川町一八番地寄留」とある。

(36) 『哲学会雑誌』第一冊第一号(明治二〇年二月五日刊)三九頁「哲学会員姓名」に「千賀鶴太郎」の記載が見られる。『明治雑誌目次総覧』第四卷〈「哲学会雑誌 哲学雑誌」〉〈哲学書院・哲学雑誌社、明治二〇年二月〜昭和三年一月、全五〇〇冊〉、ゆまに書房、昭和六〇年一〇月二五日刊を参照。

(37) 「然ルニ我邦ニ至リテハ前述ノ如ク今般始メテ一個ノ哲学雑誌ヲ発行スルヲ得ルニ至リタル程ノ幼稚ナル状態ナレバ、各派其学会ヲ設立シテ相ヒ競争スル如キハ固ヨリ思ヒモ寄ラヌ事ト云ハザルベカラズ。是ヲ以テ今日ニ於テハ印度哲学者モ支那哲学者モ西洋哲学者モ皆相合シテ此一哲学会ヲ組成シテ、其中ニ於テ互ニ相研究スルヲ以テ足レリトセザルヲ得ザルナリ。所謂猫モ杓子モ共ニ合同セル哲学会ニシテ、恰カモ八百屋哲学会ノ名ヲ下シテ可ナラント思ハル程ノモノナリ。是レ今日ノ我邦ニ於テハ已ムヲ得ザルノ事ニシテ、各派学会ノ競争ノ如キハ猶之ヲ数十年ノ進歩ノ時二期セザルヲ得ザルナリ。

我哲学会ノ幼稚ナル状態ハ前述ノ如シト雖モ、然レドモ苟モ哲学ニ志ス者ハ哲理ノ進歩發達ヲ以テ其本旨トスベキハ固ヨリ論ヲ俟タズ。故ニ印度若クハ支那ノ哲学ヲ奉ズル人々ノ如キモ、必ズシモ釈迦孔孟ヲ以テ万世不朽ノ本尊ト崇ムルノ意念ヲ抱ク事ナク、只管真理ノ在ル所ヲ探討尋究スル事ヲ以テ其志トセザルベカラズ。即チ真理是レ本尊トスルノ心ナカルベカラザルナリ。然レドモ又西洋諸派ノ哲学ヲ修ムル人々ノ如キモ、強チ釈迦孔孟ノ主義ヲ以テ陳腐ノ空論トナサズ、其中猶真理ノ存スルモノアラバ好テ之ヲ採択スルノ念慮ナカルベカラザルハ勿論ナリ。然ラザレバ是亦西洋主義ヲ以テ本尊トナスモノナレバナリ。是レ皆真理ヲ探究スルノ道ニ反シ、哲学ノ本意ニ戾ルモノト云フベキナリ。先ヅ本尊ヲ立テ而シテ之ニ頼リテ真理ヲ求ムルガ如キハ、是レ即チ宗教ニシテ決シテ哲学ニアラザルナリ。本会ハ宗教会ニアラズ全ク哲学会ナレバ、本尊是レ真理タリトノ妄念ヲ棄テ、真理是レ本尊タリトノ主義ヲ取ルコソ当然ナルベシト余ハ思考スルナリ。今本誌ノ發刊ニ際シ聊カ卑見ヲ述ベテ會員諸君ニ質ス。」

(38) 『東京大学百年史 部局史1』東京大学百年史編集委員会編・昭和五九（一九八四）年一月刊、文学部の項を参照。

(39) 原坦山については、木村清孝「原坦山と「印度哲学」の誕生…近代日本仏教史の一断面」『印度学仏教学研究』第四九巻二号（通巻第九八号）、二〇〇一年三月二〇日刊、二七～三五頁、同「詳論・原坦山と「印度哲学」の誕生…近代日本仏教史の一断面」『木村清孝博士還暦記念論集…東アジア仏教—その成立と展開』二〇〇二年一月一六日刊、五～三〇頁を参照。

(40) Rudolf Hartmann, Lexikon Japans Studierende - Japans Studierende in Deutschland 1868-1914. <http://crossasia.org/digital/japans-studierende/> in: Staatsbibliothek zu Berlin, Ostasiendept., Digitalisierte Sammlungen. <http://staatsbibliothek-berlin.de/die-staatsbibliothek/abteilungen/ostasien/projekte/digitalisierte-sammlungen/> プロイセン文化財団ベルリン国家図書館東アジア部門のサイトに置かれているデジタル・コレクション中、ルドルフ・ハルトマン博士編『ドイツ大学在籍日本人総覧 1868-1914』は、一八六八～一九一四年の間にドイツの大学に在籍した日本人に関して、関係の公文書資料によって確認できる限りの情報をまとめている。森川潤（1949～）「〈資料紹介〉ドイツ大学の学籍登録者名簿の概要—記載内容について—」『広島修大論集 人文編』第四八巻第一号（通号第九一号）（平成一九年九月刊）三八一～四一三頁。
〈<http://www.ob.shudo-u.ac.jp/jimuhp/souken/web/magazine/pdf/hum/jin48-1-13%20morikawajun.pdf>〉 森川潤

- 『明治期のドイツ留学生—ドイツ大学日本人学籍登録者の研究—』雄松堂出版、平成二〇年二月一〇日刊、一七二頁。
- (41) 森川潤・前掲書、一六〇～一七八頁「Senga Thurutaro」の項目及び学籍登録者索引二六六～七頁を参照。
- (42) 以上の諸氏については秦郁彦編『日本近現代人物履歴事典』東京大学出版会、二〇〇二年。衆議院・参議院編『議会制度百年史—貴族院・参議院議員名鑑』一九九〇年、『新訂 政治家人名事典 明治～昭和』日外アソシエーツ、二〇〇三年。千田稔『華族総覧』講談社(講談社現代新書)二〇〇九年、『明治時代史大辞典』第一卷・吉川弘文館・平成二三(二〇一一)年二月二〇日刊、第三卷・平成二五(二〇一三)年二月二〇日刊各項目などを参照。
- (43) Rudolf Hartmann, *Lexikon Japans Studierende* (前註(40)を参照)、Nomura Sanjūrōの項による。
- (44) 小堀桂一郎『若き日の森鷗外』東京大学出版会、昭和四四年、五〇七頁。『舞姫』の主人公太田豊太郎がエリスと同棲し、生活費を工面するため、新聞社のドイツ駐在通信員という職を得た、というモチーフについて、「仙賀」から発想の可能性が指摘されている。『鷗外全集』第二〇、二二卷(日記第一、第二)(岩波書店)中の「独逸日記」(昭和二二年刊)、なお、ちくま文庫版『独逸日記／小倉日記』森鷗外全集13、筑摩書房、平成八年七月二四日刊、二〇二、二〇九頁参照。本件については、平成二四(二〇一二)年五～一〇月山下萬里先生、渡辺利喜子氏の貴重な御示教に与った。渡辺利喜子「千賀鶴太郎と森鷗外」『作文』〈国分寺・作文社、平成七年五月一日刊〉第一六〇集二六～三二頁、山下萬里「『舞姫』の二人のモデル(上)」『森鷗外記念会通信』No.一七六〈森鷗外記念会、平成二三年一〇月三一日刊〉九～一〇頁、同「千賀は「ちが」か「仙賀」か—『舞姫』の二人のモデル(下)」『鷗外』第九一号〈生誕一五〇年記念号〉、森鷗外記念会、平成二四年七月三一日刊。上記「『舞姫』の二人のモデル(上)」の続稿」四五七～四七四頁各参照。
- (45) 竹盛天雄「不田文庫蔵 石黒忠憲日記について」『鷗外全集』第三五卷(昭和五〇年一月二二日刊)月報三五、一二～一四頁、竹盛天雄編「石黒忠憲日記抄(二～三)」、一『鷗外全集』第三六卷(昭和五〇年三月三一日刊)月報三六、五～一頁、二『鷗外全集』第三七卷(昭和五〇年四月二八日刊)月報三七、五～一〇頁、三『鷗外全集』第三八卷(昭和五〇年六月二八日刊)月報三八、五～一三頁。
- (46) 井上哲次郎『懐旧録』春秋社、昭和一八年八月二〇日刊。ベルリン東洋語学校の件、二二二～二二六、三一九～三一九頁。

復刻本：『シリーズ日本の宗教学2 井上哲次郎集 第八巻 懐旧録、井上哲次郎自伝』クレス出版、平成一五年三月二五日刊。
Tetsujiro Inouye, Die Anfänge des Studium der deutschen Sprache in Japan, *Nippon, Zeitschrift für Japanologie* Jahrgang 1935, 18-32. 上村直己「ベルリン東洋語学校日本語科概説」『国際統合の進展のなかの「地域」に関する学際的研究』（熊本大学共同研究報告、熊本大学人文社会科学系大学院博士課程設置委員会、平成八年二月刊）一三七〜二四四頁。ベルリンの東洋語学校について、Josef Kreiner, Zur 100. Wiederkehr der Gründung des Seminars für Orientalische Sprachen, Berlin/Bonn, *Orientierungen* 1/1989, S.1-24. 及び S.24所掲の文献。Wolfram Wilss, Das Seminar für Orientalische Sprachen Berlin, *Lebende Sprachen*, Nr. 2/2000, S.59-63. 杉浦忠夫「ベルリン大学オリエント語ゼミナールとアルトホフの大学政策」(その1)『明治大学教養論集』通巻四五一号(二〇一〇年一月刊)、三二〜四三頁、(その2) 同誌通巻四五四号(二〇一〇年三月刊)、九五〜一〇八頁。

(47) 上村直己「ベルリン東洋語学校教師・菅野養助」『九州の日独文化交流人物誌』二〇〇五年二月二〇日刊、八九頁によれば、辻高衡は巖谷小波の後任として一九〇二年(明治三五)夏学期以来、東洋語学校の講師を勤めた人で、日独戦争(第一次大戦)の時も解雇されなかったほどランゲ教授とザッハウ校長の信任が厚かった、とされる。

(48) 杉浦・前掲「その1」三三二頁以下。

(49) 杉浦・前掲「その1」三五頁。三九頁以下、一八八七年八月五日付省令第一条。一九〇四年以後は大学の北側に隣接するドロテーン通り七番地に所在したが、現在建物などは存在しない。

(50) 杉浦・前掲「その1」三三二頁。Max Lenz, *Geschichte der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität, zu Berlin* 2. Bd. 2. Teil, Halle 1918, S.371..

(51) 杉浦・前掲「その1」三三二頁、「その2」九九頁。

(52) 井上哲次郎『懐旧録』三三〇頁以下。

(53) 福井純子「井上哲次郎日記 一八八四―九〇」『懐中雑記』第一冊』『東京大学史紀要』第一一号(一九九三年三月刊)二五〜六三頁、同「井上哲次郎日記 一八九〇―九二」『懐中雑記』第二冊』同一二号(一九九四年二月刊)一〜三五頁。

(54) 東京大学卒業後明治二一(一八八八)年に教育学専修のためベルリンに留学、三年余りの勉学の後、二五(一八九二)年春に帰国し、高等師範学校教授 兼文科大学教授となり教育学を担当していたが、二年後の明治二七(一八九四)年に亡くなった。平田宗史「日高真実伝——最初の(東京)帝国大学教育学教授」『福岡教育大学紀要』第四八号第四分冊(一九九九年)、九五〜一〇九頁、(2) 第四九号第四分冊(二〇〇〇年)、七一〜九一頁、(3) 第五〇号第四分冊(二〇〇一年)、六五〜七一頁。同『日本の教育学の祖・日高真実伝』溪水社、二〇〇三年刊。

(55) No.21〜29までは、主として千賀博士と東洋語学校との間の種々のやりとりが断片的に記録されており、俸給をめぐって後任者の田島錦治に渡したと思われるメモもこの中に含まれている。

(56) 野田正太郎「欧州の日本語学校 土京君士但了墨に於て」『時事新報』第三三二七号、明治二五(一八九二)年四月一日第二面に、東洋語学校に関する千賀博士の書翰が引用されている。前掲C D版『千賀博士著作目録』七四―七五頁を参照。

(57) 上山安敏『ウェーバーとその社会』ミネルヴァ書房、一九七八年、新装版 一九九六年。「古典的大学像の崩壊」について、とりあえず同書二頁以下、アルトホフ体制に関しては、二九頁以下を参照。

(58) この点に関して、杉浦・前掲「その二」一〇〇頁以下及び所掲の文献を参照。

* 本稿を執筆するにあたり、山下萬里先生及び山下先生にご紹介いただいた千賀博士の曾孫にあたられる渡辺利喜子氏のお二人からさまざまなご示教をたまわったことを心より感謝申し上げます次第である。

* 二〇一〇〜二〇一一年度科学研究費補助金基盤研究(C) 研究課題番号22530008及び二〇一三〜一六年度科学研究費補助金基盤研究(C) 研究課題番号25380013に基づく研究成果の一部であり、深甚なる謝意を表するものである。

憲法問題としての環境政策と裁判的統制についての帰結

フィリップ・クーニヒ

藤井康博 訳*

1. 環境政策の概念について
2. 環境政策の憲法上の決定要素
 - (a) 国家と社会
 - (b) 民主的な諸相
 - (c) 法治国家の諸原理
 - (d) 憲法任務たる持続的発展
 - (e) 環境保護の基本権？
3. 帰結・環境政策の包括的な裁判的統制

憲法問題としての環境政策と裁判的統制についての帰結（藤井）

1. 環境政策の概念について

環境政策を、我々は、環境に関わる国家の行態〔行為・態様〕と理解している⁽¹⁾——これは国家活動の三権すべて、すなわち、立法、行政によるその執行、および、その裁判的統制に関わる。この裁判的統制は、とりわけ、私的領域へ影響を及ぼすところの、環境政策目標によって動機づけられた国家作用に対する〔個人の〕防衛に関わり、また逆に、そうした国家作用を要求することに関わる。しかしながら、裁判所は、法治国家において独立しており、独立しなければならぬ。それゆえ、裁判所は、判断できるオプションの下で自由な選択の中から選択できず、さらに、同様に法律で方向づけられた行政に譲歩して判定余地と裁量余地を容認しなければならない。それゆえに、環境政策の概念（これは通例一般に判断できるオプションを前提とする）は、最初に挙げた二つの権力に関わる。つまり、憲法秩序の枠内で選択すなわち政策的にオプションを行使できる立法権と、しばしば法律によって判断余地を認められる執行権である。執行権の長、政府は、さらに立法者により採られた道へ重大な進路を定めること〔路線転換すること〕によって、同様に法の枠内において「政策的に」〔„politisch“〕行動する。

「環境」行動計画 (Agenda „Umwelt“) に関わる政策は、通例の概念理解によれば、自然の状態への決定的な衝動が生ずるような出発点であり、自然によって共に定まる生活条件〔生命条件〕が生ずるような出発点である。それは、第一には人間の生活条件であるが、そのみならず生物の生活条件〔生息条件〕の出発点でもある。その際、環境という概念は、本来はつきりしていないものである。というのも、言語上、その環境概念は、我々の環^{まわ}り (um-) を取

り巻く世界 (Welt) それ自体を意味しているからである。

こうした世界は、もはや久しく「自然的」(„Natürlich“)ではなく、百年前より、一部は元来すでに千年前より、その世界の状態において人間の活動によって造られている。全くの自然のままの環境はない、あるいは、ほとんどない。そのことは、結果として、いずれにせよ近代的人間の生活条件にとって有利であり、近代的人間の生活様式の前提である。我々は、原生林に住みたがっておらず、そこで働きたがってはいない。そのように見ると、徹頭徹尾プラグマティックな概念理解たる今日の理解における環境政策に際して、次のことが問題である。その問題とは、人間のための健康な生活条件を維持し、促進し、または、もたらすために、とりわけ国家が保存しつつ制御しつつ個々のいわゆる環境媒体へ作用することである。その際、死期を延ばす意味ないし疾病のないという意味での健康の問題であるのみならず、それを越えて快適と感じられる生活条件の問題なのである。快適性のいかなる水準が達成されうるのか、あるいは、追求されうるのか——それはすでに政策問題である。その回答は、歴史的および文化的におそらく様々な異なる結果にもなる。その答えについては、場合によって、可能な限り多くの人間にその作用領域において等しく快適な環境条件を提供できるように社会秩序が向かっていくか否かに依っても、重要なパラメーターが明らかになってくる。環境政策は社会政策でもある。

私は先に環境媒体について説いたわけであるが、それに関連し、以下の通例の体系的な区分が引き合いに出される。すなわち、環境媒体は、水、土壌および大気である。その際、三つ全ての自然資源につき機能を侵害する汚染に対す

る保存〔防護〕(Bewahrung)の意味での維持(Erhaltung)が重要である。水という環境媒体の場合は、かなり以前から、量的側面と並び、質的側面が重要な役割を演じている。すなわち、水を管理することであり、別の凝集状態〔液体や固体〕へ変化することに対して事前措置をとる意味で水の豊かさを維持することである。大気という環境媒体の場合は、質的側面と並び、大気は音波を運ぶものであり、すなわち、大気汚染のみならず騒音対策も問題であるという状況がある。水法、土壤保護法、および、イミシオン防護法〔生活妨害・公害防止法^②〕(イミシオンの概念は大気を汚染する作用や騒音〔の侵入〕も意味する)は、すなわち環境法である。

しかし、環境媒体に基づく区分へ滞りなく当てはまるものではない環境法もある。このことは、一つに、諸々の環境媒体の相互依存と関わり合わざるをえず、もう一つに、ある環境媒体への作用からしばしば別の環境媒体にも達する効果が生ずることに向けられる。相当数の物質が始めから等しくあらゆる環境媒体を侵害しているので、その物質に関する規律は(水、土壌または大気が達する)イミシオン〔生活妨害・公害〕について未だ定められていない。そうしたイミシオンについて定めのないことは、化学物質に当てはまり、核エネルギー製造と核エネルギー利用の影響に当てはまる。また、廃棄物〔ここでは使用済み核燃料物質も含む〕にも当てはまる。その利用〔廃棄物再利用・核エネルギー利用〕直後か、種々の中間段階後、いわゆるリサイクリングまたは再処理〔核燃料サイクル〕後か、いずれかの後に、結局、経済循環を打ち切るような廃棄物〔核廃棄物〕にも当てはまるのである——同時に、この廃棄物は、エコロジー循環を打ち切ることはできずして、経済循環を打ち切るような廃棄物である。そのように媒体の環境保護と並んで概念上——体系上、物質に関する環境保護が成り立つ。そして、ここに付け加えられるのが、いわ

ゆるる生に関わる環境保護〔自然的生活基盤の保護〕(der vitale Umweltschutz)である。それに伴い、直接に生物に該当する規律、とりわけ人間に該当する規律だが、生物〔有機物〕の自然界にも該当する規律が意図されている。その自然界の維持に、人間が利害を有しうるのである。なぜなら、とりわけ、人間は自然界の資源を利用したがっている(そのために再生を必要としている)から、そうでなければ、例えば保養目的のためという理由である。ちなみに、このこと、いわゆる自然保護は、水域問題と並んで、環境政策によつて最も初期に確認されて最も初期に法的にも形成された諸領域に含まれる。

私は、ここまで二つの点を、時間の都合から詳しく根拠づけようとせずに、前提としてきた。すなわち、一つ目の点としては、以下の事実がある。環境政策は——自明のことだが——政策形成手法としての法を用いるが、その面においては法の境界内でのみ働きうるにすぎない。その際、環境法それ自体は、高ランクの法によつて、とりわけ憲法によつて、また国際法⁽³⁾によつて設けられた境界内にある。二つ目の点としては、私が冒頭で述べたことで、環境政策がそれゆえ環境法も人間中心主義によつて型どられていることを、私は出発点としているということが察せられるであろう。このことは自明ではないが、実践的な現状と対応している。動物と植物は、近現代の世界の政策と法において、法主体ではなく、所有権に服する客体、物である。この領域に、その点では根本的な転舵を求められるか否か〔動植物の権利を認めるように転換するか否か〕という法理論的に法哲学的に興味深い考察がある。しかしながら、本日、それは私のテーマとすべきではない。⁽⁴⁾

2. 環境政策の憲法上の決定要素

何が環境政策の下で想定されうるか、ここまで私は概説してきた。さて、さしあたり、どの程度まで環境政策は「憲法問題」(„Verfassungsfrage“)であるか、という問題を扱う。その憲法問題は次の問いを意味する。すなわち、どの範囲まで環境政策は憲法によって決定されているのか？

(a) 国家と社会

まずは、肝要であるのは、政策形成の観点——いかに、あらゆる政策分野とあらゆる活動について、それらにおいて国家が形成を実施するか——である。国家は諸機関を通じて行動するので、その時々諸機関を任意に用いることができる行為形式へ視線が向けられる。私が国家について説くならば、それと同時に社会の領域を必ずしも徐々に消滅させることはない。社会の領域も、環境政策の全体像にとって重要な刺激の出発点となり、社会のアクターも環境政策に作用する。たとえ国家と社会の分離があらゆる近代的法治国家システムの基礎をなしているとしてもである。あらゆるそうしたシステムについて詳しくいえば、形式的に区別されるのが、一方で人間の国家公務と、他方で——例えば——事業者としての人間(通例、そうならば法人として現れる限りで)または環境政策の事件に参与しているアクターとしての人間(環境を侵害する者としてであれ、環境を維持する活動家としてであれ)である。たとえ、こうした国家と社会の分離線が、その他の点では国家組織法上すべて多様に構築されているものについても、今日、根本的であると観ることができるとしても、しかしながら、一方で国家の活動面と他方で社会の活動面は緊密に織り合っているの

である。⁵⁾ こうした場合があるのは事実そのとおりである。なぜなら、国家の法は、社会空間における環境政策の諸活動を制限・促進・制御できるからである。どの程度まで社会空間における環境関連行為が阻まれ、または、道具化もされるのか、という問題に関して、国家は、いわば最後の一言「主導権」をもっている。たとえば、そうした社会での行為から、環境を侵害する効果または環境保護を促進する効果いずれかが生じるとしても、そうである。

それゆえ、私は、以下のように国家に論点を集中していく。国家は、前述したように、諸機関を通じて行動し、それについて国法は諸形式を前もって定める。一般に法定立についてと同様に、特別に環境政策について実質的な要請も憲法から読みとられる。その環境政策は、標語のように法治国家と民主制という集合概念によって束ねられうる。

(b) 民主的な諸相

民主制の観点から、正統化〔正当化〕によってどれほどのものを環境政策の立法が示さなければならぬかについて、または、この正統化がどのように確立されているかについて憲法が判定する限りで、環境政策は、憲法問題である。その際、私は以下のことに限定する——そして、このことは、私がテーマとしたい更なる法的な諸相にも一般的に当てはまる——まさしく特別に環境政策にとって法理論上または憲法実践上も意義があるような諸相に限定し、そうして、私は、ドイツにおいて目下進展している特に経験と議論から例を読みとるのである。

すなわち民主的正統化である。それは、合憲性（これは、場合によっては様々な次元で裁判上も統制されうる）であり、

法律上の規律すべての効力の前提である) に向けて、立法行為が国民意思へ還元できるものでなければならぬことを通じて、確立されるべきである。このことは、ドイツにおいて特に代表民主制のモデルの意味でなされる。直接民主制の構造を、我々は、ドイツ連邦制システムの枠内で、たしかに単独ではないが本質的に環境法の責任を負う連邦の次元ではなく、一六の連邦州においてと——この州内の——地方自治団体において見出すことができる。こうした直接民主制の構造は、環境形成にとって確かな役割を演ずる。しかし、私は直接民主制を掘り下げはしないであろう。なぜなら、ドイツにおける環境法の全体像は、連邦と州における議会の立法によって形成されているということが出来る。その限りで、国民の参加は、議員をその職務へ就かせた選挙行為に限定される。目下のところ、これについて本質的なことを変えてしまうような、成功の見込まれる企てもない。

環境政策の立法の際に、決定的な「民主的」(demokratische) 問題は、執行の決定の正当化にとって、ないし、執政すなわち政府「政権」側の決定の実施にとって、議会制定法律「議会が制定する法律」の形式が必要とされるか否か、または、どこまで必要とされるか、という問題である。詳しくいえば、議会による立法は、立法権の複数のオプションの一つであるにすぎない。政府によって制定される法規範としての法規命令もあり、地方自治団体も含む自治行政体「地方自治体」によって各々の管轄領域のために制定される法規範としての条例もあり、法規範としての行政規則もある。この行政規則は、純粹に執行権内部で作用し、法律の適用を制御し、法律で委ねられた特に判断余地の具体化を制御するが、その際、国家と社会の間の対外的関係において社会を拘束しない。にもかかわらず、行政規則は、事実上意義のある規準を社会にもたらすことができる。

こうした規範ピラミッドの枠内で、議会制定法律は、民主的正統化の観点から最上位の段階に立つ形式である。それゆえ、よく云われているように、法律およびその適用と、自由および所有〔固有なるもの、プロパティ〕への介入〔侵害、制約〕(Eingriffe in Freiheit und Eigentum)——そのように、すでにヴァイマル時代に慣用されていた伝統的な定式化が謳う——とが常に結びついているところでは、議会制定法律による正統化が必要となる〔いわゆる侵害留保説〕。近現代の憲法発展において、展望は、拡大して、介入概念から解き放たれた。今日、よく言われているように、市民の基本権行使にとって本質的な意義のある作用が規律から生ずるならば(注意されたいのは、法的意味での市民は企業もあり、その企業に対して規準となる統制が環境政策の際に真っ先に問題となる)、議会制定法律が常に必要となる。このことが、いわゆる本質性理論(Wesentlichkeitstheorie)である——一つの標語であるが、その語によって、上述の思考〔理論〕が基礎をなしている相当数の連邦憲法裁判所判例を包括的に特徴づけることが試みられている。ちなみに、このことが、環境法の問題の文脈での判例であった。例えば、原子力政策についてであった。しかし、そうした環境法問題のみでは決していない。今日、問題は似たように差し迫って提起されている。例えば、データ保護の領域において、ないし、インターネットの現代世界から生じる危険に晒された状況の領域において、テロリズム対策のための国家措置、または、脱税捜査の際の国家措置にも関しても、問題提起がなされている。

いわゆる本質性理論は、もちろん「理論」ではなく、実際は頼りどころのなさを証明している。すなわち、その「理論」は、以下のことを指示し、前提とするよう要請している。ある規定(一定の規律)は議会制定法律という民主的に高い方のランクの手続を要するか否か、または、ある規定は低いランクの規範定立段階に委ねたままにできる

か否か、個別事例で判定されなければならないように指示しているのである。このことは、かなりの程度、必然的に憲法裁判上の判断余地も含意しているのである。

(c) 法治国家の諸原理

民主制の概念と並んで、私は法治国家の概念を位置づけてきた。より適切に言い換えれば、法治国家性である。というのも、この専門用語によって、いずれが法治国家の規範的な諸要素であるか、あらゆる要素について一個の要素に定まりえないことが明らかになるからである。このように法治国家の観念の形態が多様であることは、比較法的にそうであるように歴史的にも明示されている。「特定の単数の」法治国家原理 („das“ Rechtsstatsprinzip) というものはない。それについては、ちなみに一一年前ここ日本大学でお話する名誉にあずかった⁽⁶⁾。そういった原理があるのではなく、諸原理が総体として共演しつつ、国家存在の法治国家性を成す諸原理の合奏があるにすぎないのである。そこへ、あらゆる国家権力、司法に対する規準が含まれる。例えば、公権力の側から諸権利を侵害されている潜在性のある各人のための、効率的で時宜に適った権利保障の前提要請「公準」がある。

立法については、いま私のテーマだが、法治国家の理念によって、法治国家の諸基準を充たすために、法律が示さなければならない種々の特質が、規準として設けられるのである。規範の明確性 (Bestimmtheit) の要請と、立法の継続性〔連続性〕 (Kontinuität) の要請について言及しよう。それだけでなく、なかならず各法律を (ちなみに各法律適用も) 限定する比例原則 (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) についても言及してもよいであろう。すなわち、「第一に」

ある法律や他のすべての国家措置〔手段〕は常に目標〔目的〕を達成するのに適合しなければならぬという比例原則の「適合性」要請である。「第二に」より負荷の少ない「より制限的でない」が同等に目標を遂行する他の選ばれる規律があつてはならないという比例原則の「必要最小限性」要請である。「第三に」規律は、一方で措置によって各々追求される目標を促進する正統性と、他方でそれによつて拘束されうる権利の侵害の程度との、結果的に均衡のとれたバランスを築かなければならぬという比例原則の「狭義の比例性」要請である。⁷⁾

さて、明確性と継続性である。両者は、互いに密接に関連している。なぜなら、両者は、法的安定性という包括的なテーマに関わり、環境政策の立法にとつて非常に重要である。明確性に際しては、法の下に服する者、とりわけ私的領域の権利主体が、以下のことを知ること、何を彼は国家によつて法律形式で要求されるのか、彼が法律に従わな
いとき、何のために彼は場合によつては制裁を甘受しなければならないのか、何を彼の側からは国家に要求できるのか、また事によつては、まさしく環境侵害の出発点となる権利諸主体への作用の意味において要求できるのか、そうしたことを彼が知ることによつて法的安定性を促進することが重要となる。その問いを具体的に言い換えれば、次のようになる。市民、例えば、施設の近隣住民は、自身に関わる自身の環境条件に負荷を与える排出施設に鑑みて、何を官庁に要求できるのか？

法治国家における法律の明確性の要請には、官と民の間の法関係を越えて至る更にもう一つの構成要素がある。法治国家における明確性は、権利諸主体が予め行動を計画できるようにするために重要であるのみならず、法治国家が

同時に包括的な裁判国家であるという理由からでもある。明確性の十分な法律のみが、有意義で効率的な裁判的統制を可能にするのに適合しているのである。法律が不明確すぎるならば、その法律は空虚となるか、でなければ、同様に不相応〔不均衡〕で望ましくないものとなるか、いずれかである。法律は、法律の基準に基づき判断する裁判所に、行為余地を与える。その行為余地は、裁判所へ判断権を移すものであり、それゆえ、権力分立を——本質的に権力バランスの要請〔公準〕を——酷使し、問題提起し、または、是正するのに適合する。このように考慮することによって、同時に、法治国家における明確性要件が同時に国家の民主的な構造全体との関連を示していることが明らかになる。すなわち、立法者が明確性の要請を充たさないことによつて任務を果たさないならば、民主的正統化も瓦解してしまう。というのも、そうならば、もはや立法者は「判断し〔決定し・はつきりさせ〕」(entscheiden) ないことになるからである。こういう場合は、つまり、将来に裁判で判決が下される諸事例について予め判断する意味で、政策判断が、立法者ではなく、より低次の政策的正統化による機関へ移ることになる。そうであるならば、前述のいわゆる本質性理論の主張は、はかなくも砂上の楼閣のように崩れ去れるであろう。

法的安定性は、立法の継続性も要請する。このことは、一方で、もっぱら外見上、常に絶え間なく相次いで連続する法律改正にとつて障壁になっている。議会制定法律に鑑みれば、法の下に服する者の信頼保護が生ずる。その者は、その経済的なまたは他の任意にできることを、現にある法律の存続に合わせなければならぬ——いわば、目下、法治国家・民主制の条件の下でつくられた経済システムにも含まれるという要請である。そこから、遡及効禁止の意味における法治国家の諸原則が導かれる⁽⁸⁾。完結した事態へ事後的に規律をもつて介入してはならない。もつとも、実際

に完結した事態は、まさに環境政策においても、むしろ例外である。典型的には、むしろ、我々は、考えられる環境負荷について、それと結びつく確率の程度についても、新たな認識を獲得することがある。あるいは、また典型的には、時代が変遷する中で政策的な景気によって、環境政策を甘受できることに関する評価結果と、責任を負う者とは、互いに区別されることがあるにすぎない。ここで、やはり再び特徴的にも、前述した比例原則が浮かび上がってくる。

法律状況の存続から生じてきたこと、そのような処分の安定性は、次のことを必要とする。ある法律は、他に選ぶ手段があつてはならず、いかなる場合も評価されるべき諸利益すべてを考慮して、相当性〔諸利益の均衡性〕や期待可能性がなければならぬのである。そうではない場合〔法律が比例原則に反して安定性を欠く場合〕には、その法律改正は、遡及効禁止に対する違反ゆえに違憲でありうるし、または、いかなる場合も賠償という結果〔法的効果〕と結びつきうる。そうした賠償の規模は、事実上、その法律改正に対する阻止としても表れてくる。

以上のように論及してきた問題性は、ドイツにおいては最近いわゆるエネルギー転換との関連で提起されている。このエネルギー転換は、しばしば、核エネルギーからの「脱却」「脱」原発〕 („Ausstieg“ aus der Kernenergie) とも呼ばれる。それは、——とりわけ他の諸相は別として——世界の世論の目の前でフクシマの核発電所〔原発〕で起きたことを考慮して、ドイツにとって政策的に理解されうるしかない出来事である。ここで部分的に法律の脇を通り過ぎて政策上の路線転換〔転轍〕がなされたことは、法治国家において批判されるべきである。他方で、理性的にまたは大衆迎合的にいつものように、他のリスク評価〔科学的アセスメントでなく政策的評価〕を以前にも増して出発点と

する政策上の航路転換〔転舵〕がなされることは、そもそも法治国家において懸念することではない。民主制の視点からも、懸念することはない。問題は、いかに以下のことが根拠づけられうるか、すなわち、エネルギー生産者の収益見込みではなく——個々人に応じて——市民の生計〔光熱費〕に関わる以上のような航路転換は、比例原則の判定基準によつて正当化されうることのみである。個人的には、その比例原則による正当化は可能であるというのが私の見解である。しかし、私は憂慮している。というのも、その正当化が、憲法上すなわち法治国家における規準の価値を十分に認めずして部分的になされているからである。

(d) 憲法任務たる持続的発展〔持続可能な発展〕

以上と関わり、環境政策は憲法問題であるということを証明すべきとする更なる局面〔様相〕へ話を進めよう。このことは、これまで扱われてきた民主的法治国家の諸原則を越えるに至っている。むしろ、環境政策の具体的な憲法規準が重要になってくる。それには二つの局面がある。

ドイツ憲法には、任務割当または政策任務の意味では内容のある規準は僅かしかない。その憲法は、一九四九年以来、そして一九九〇年には完全に、ドイツ統一の再建を国家の任務としてきた。その憲法は、同じように当初より、社会国家として現れている。すなわち、社会的公平性の確立は、三つの国家権力すべての尽力のための指導指針たるべきである。すなわち、何が多くの具体的な法学的推論のきつかけとなるのか、その指針たるべきである。さらに、我々の憲法の条文から読みとられるのではないが、その憲法から解釈によつて巧みに獲得されるのは、文化国家性の

任務である。これは、国家にとって無頓着なものであってはならないという意味で、とりわけ芸術と学問、また大学教育の備えている水準がいかなるものか、理解されるのである。ここでは、最大限に基本権で保障されるアクターの自主責任〔自主規制の余地〕を残しておくメディア政策との関連もある。これについては、いふべきことが相当ある。とりわけ現今の明白な機能不全についてもである。

更なる明示的な国家目標規定が一九九四年に基本法へ採用された。それ以来、基本法二〇a条において、国家が将来世代の利益のためにも自然的生活基盤の維持に気を配ってきたことが論題である。概念につき前置きとして注意を喚起しておきたいのだが、自然的生活基盤について、ここでは、環境政策の行為分野すべてが意図されている。その限りで、国家は何もしないことはあつてはならず、国家は能動的に影響力を行使することを義務づけられている。こうした憲法規定の定式化は、はっきりと以下のような語彙によって影響を受けている。その語彙は、とりわけ持続性(Nachhaltigkeit)という概念をめぐって巡り広まって、国際的な討議によって生み出されたものである。すなわち、国際連合の文脈、とりわけいわゆるリオ・プロセス、それが意味するのは、リオ・デ・ジャネイロで一九九二年に開催された国際環境会議であり、その一〇年後に南アフリカで再び行われており、さらに改めて行われた今年の七月に持続可能な発展(Sustainable Development)に関するリオ十二〇国連会議である。ちなみに、それは、四〇、〇〇〇名の参加者が集うものであつた。その中には五〇名以上の国家元首と約五〇〇〇名の大員もいた。通覧できないほど大量の文書が作成されており、また、四〇、〇〇〇人が二日間で何かしら有意義に協議ができるのかどうか、どのようにできるのかも疑念が抱かれている。

二〇年前のリオ・プロセスのおかげで、ドイツ憲法は、いずれにせよ環境保護の国家目標へ明文上関連づけられており、その帰結は法学的に意義深いものである。環境諸法律とその改正についての政策上の討議は、いまやいわば憲法化〔立憲化〕されている。さらに重要なのは、すなわち、法律を適用する執行権と、特に統制する司法権にとって、すでに具体的な事例判断へ取り込まれた憲法ランクを備えた新たな基準が生じていることである。しばしば私が強調してきた比例原則の審査が、環境保護のための国家目標規定によって濃縮されている。こうした国家目標規定は、衡量の際に、環境政策の利益の比重を強化し、私人の利用に伴う環境侵害への介入〔環境を害する私人の経済的自由権の制約〕を正統化する。

(e) 環境保護の基本権？

国家目標規定は、基本権ではなく、客観法であり、主観的請求権ではない。しかしながら、主観的権利〔権利〕の領域においても、環境政策は、憲法問題へと⁹⁾なった。このことを、基本法が成立した時には、見通すことはできなかった。同法の基本権カタログは、すべて第一に自由的基本権の元来の防御機能へ方向づけられている。とりわけ前世紀の七〇年代以降に連邦憲法裁判所によって促されてきた解釈上の比較的長きにわたる発展に基づき、基本権の防御機能の側面と並び、いわゆる保護機能の側面が現れてきた。このことは、革命的であって、幅広く影響の及ぶものと私には積極的に見積もられる帰結を生み出すものであった。

したがって、基本権は、もはや基本権へ介入する国家に対する不作為請求権〔差止請求権〕の意味で理解されると

ころの、妨害排除の防衛権のみではない。むしろ、仮に、基本権侵害が、国家それ自体によってもたらされるのではなく、社会の影響から生じるものであったとしても、国家は、いまや基本権のために、基本権を保護・保持・促進すべく義務づけられている。基本権は、目下のところ今日、第三者の行態に対する保護規範である。このことは、立法を必要とするものであろうし、また行政の判断に反映されているであらうし、それらに対応して司法審査においてテーマとされるであらう。市民の基本権保護を持続的に侵害するように、社会の活動が帰責の連鎖の結果として至ってしまうならば、国家は見逃してはならない。環境政策に関連して換言すれば、生命と健康の基本権保護は、こうした利益の侵害から生ずる負担に対する立法の事前対策を求める。同じように、衡量に際し、こうした視点が考慮に入られる。帰結として、裁判所に追加的な統制基準が備わるようになる。それは、どこまで立法権と執行権が保護委託〔保護任務〕を考慮するか、または、どこまで保護委託を充たしていないか、裁判所に審査させる基準である。

3. 帰結…環境政策の包括的な裁判的統制

最後に、環境政策が憲法問題であることが明らかになるという、そうした状況から出発する裁判的統制にとっての帰結で締め括りたい。さきほど扱った基本権保護義務の問題が、その帰結である。また、先に明らかになったのは、政策問題の憲法的把握が裁判的統制をも担ぎ出すことである。より適切に言い換えれば、裁判による統制可能性である。このことは、特に連邦において、また州においても、規範統制と特に個人の憲法異議〔憲法訴願・憲法抗告〕の多彩な能力を備えた憲法裁判権の次元に当てはまる。多くの環境政策の法律形成は、私が言及してきた規範的規準に拠って裁判の審査台の上に置かれたのである。さらに重要なのは以下のことである。ドイツにおける政策形成は、場

合によっては裁判上の係争になるかもしれない見通しの下に常にある。その際、連邦憲法裁判所は、たとえばある法律を破棄しなくとも、形成的に介入をする。連邦憲法裁判所は、その判断を機に、どこに憲法上の限界があるのか、いかなる形成が不可能として排除されているのか、いずれの代替手段がいかなる要件の下で考えられうるか、しばしば明らかにする。結果的にも、申立人にとって成果のないままにとどまっている法的紛争は、しばしば、その紛争から将来のための要請と手がかりが生まれるという意味において、成果がある。それゆえ、とりわけ基本権の保護機能は、環境政策の決定要素として、相当広範な射程を有している。

私は、締め括りとして、憲法裁判権を越えて、それ以外の裁判権へ視線を向けたい。それは、我々が専門裁判権と呼ぶものである。このことは、とりわけ以下の理由ゆえに、私には重要と思われる。なぜなら、日本では特別の憲法裁判権がないからであり、——いずれにせよ遠方からの観察者の印象にとっては——立法と行政に対する憲法上の規準を動員することに関していえば、環境政策の分野においても、日本における裁判権は総じてどちらかといえば控え目と思われるからである。

ドイツにおける行政法について、それを越えて総じて単純法についても、とりわけ手続法と民事実体法についても、それらの内容的な憲法化が結果として伴うのは、憲法裁判所が憲法問題を扱うことにとどまらず、以下のように定式化されうることである。すなわち、専門裁判所はそれぞれ憲法裁判所でもある、ということである。というのも、保護機能を伴う基本権秩序を含む憲法は、その基本権秩序に包含された価値の効力を発揮させるはずであるところの、

あらゆる裁判所に対して直接に効力を有するからである。⁽¹⁰⁾

付け加えれば、行政裁判権での実効的な権利保障を達成できることが、個人の基本権として各個人に保障されている。こうした権利保障によつて、——通例のように——裁量問題について判断されるべきとき、各行政裁判所に比例原則の基準を把握させる。詳しくいえば、たしかに、裁量は——日本と同様にドイツでも——行政の本来の判断余地があるという考えと結びついているが、しかし、同時に——日本と異なり——裁量も、厳しく法的に拘束されており、とりわけ比例原則を遵守しなければならないという考えが貫徹されてきたのである。その侵害は、いわゆる裁量の逸脱を意味する。この意味での判断は、行政と行政裁判権の状況をめぐる日々を共に刻んでいく。予期される権利の貫徹と、それに対応して弁護士に相談することに関し、行政裁判所への道は、疎遠でどちらかといえば回避されるべき最後のオプションというわけではなく、権利を守るための自明の一步である。その際、憲法規準について終審の行政裁判所に判断の誤りがある限りで、さらに憲法裁判権への道が開かれる。

以上のような、日本と異なる、はっきりと型どられた司法国家性の像は、環境政策が憲法問題であるという状況の帰着である。そして、同時に、私は理論的な問題について論じたのではなく、法実践的な意義もある理論的な問題について論じたことが、裏付けられよう。そのような道または同じような道を歩もうとするのかどうかは——一つのテーマである。そのテーマに、学問は——望むらくは引き続き日本とドイツの対話においても——取り組むことができる。

* 本稿は、前号に引き続き、フィリップ・クーニヒ（ベルリン自由大学教授）の講演（日本大学法学部、二〇一二年一月）に基づき論考の翻訳である。

訳注

- (1) 本講演・論考では、環境法よりも環境政策に重点がある。「環境法」は、国家が形成する「環境政策」の枠を画定する限界の面と、社会（特に企業）へ作用する「環境政策」の行動を正当化する手段の面がある。Vgl. *Martin Janicke / Philipp Kunig / Michael Stitzel, Umweltpolitik, 2. Aufl., 2003, S. 19 ff.; 161 ff.*の環境法（「クーニヒ執筆部分」）。
- (2) ここで生活妨害・公害と訳した語の原語は Immission である。ドイツ環境法の分野においては、Immission とは、典型的にはガス、煙、悪臭、騒音、振動など、人間や環境に影響を与える因子の排出 (Emission) による侵害を意味し、日本語の公害とは若干異なる概念である。
- (3) 参照、フィリップ・クーニヒ「国際法のドイツ環境法への影響」本誌次号。
- (4) そのテーマについて *Philip Kunig, Art. 1, in: Ingo v. Münch / ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl., 2012, Rn. 16*は「動物が人間の尊厳を有するわけではない。にもかかわらず、基本法一条一項「人間の尊厳」は、動物との付き合いの評価に富んでおり、国家目標規定として理想像を示す。そこへ自然と特に発生的にヒトに近い動物に対する責任も含まれる」という。また *ebd., Rn. 36*は「いずれにしても『自然の権利』の創出は「…」基本法一条一項に對立しないであろうが、もつとも、基本法一条一項それ自体は、その『自然の権利』を含まないし、あるいは、命じてもない」ともいう。このクーニヒ説の位置づけにつき参照、藤井康博「動物保護のドイツ憲法改正（基本法二〇a条）前後の裁判例——『個人』『人間』『ヒト』の尊厳への問題提起二」早稲田法学会誌六〇巻一号（二〇〇九年）四五—頁。
- (5) 参照、フィリップ・クーニヒ（高橋雅人訳）「国家と社会の機能変動」本誌前号。
- (6) この講演は公刊されていない。その定義・内容については、教授資格論文の *Philip Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 4 ff.*「[法治主義と同義とされる]法治国家性」に関するクーニヒ説につき（その師のインゴ・フォン・ミュンヒ説も

- 併せ) 参照、高田敏「『形式的法治国・実質的法治国』概念の系譜と現状」近畿大学法科大学院論集二号(二〇〇六年)三三二―三三三、五八頁〔後に同『法治国家観の展開』(有斐閣、二〇一三年)所収〕も。
- (7) Vgl. *Philip Kunig, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im deutschen öffentlichen Recht*, in: *ders. / Makoto Nagata* (Hrsg.), *Deutschland und Japan im rechtswissenschaftlichen Dialog*, 2006, S. 169 ff.; 参照、小林宏晨ほか訳「ドイツ公法における比例適合性原理」永田誠・フィリップ・クーニヒ編集代表『法律学的対話におけるドイツと日本―ベルリン自由大学・日本大学共同シンポジウム』(信山社、二〇〇六年)一五一頁以下。
- (8) Vgl. *Philip Kunig, Rechtsstaatliches Rückwirkungsverbot*, in: *Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. 3, 2009, S. 69.
- (9) 参照、フィリップ・クーニヒ(松本和彦・高田倫子訳)「ドイツにおける基本権ドグマティク」阪大法学五九卷二号(二〇〇九年)二四三頁以下、特に三五三―三五四頁。
- (10) Vgl. *Philip Kunig, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 61 (2001), S. 45 ff.; フィリップ・クーニヒ(岡田俊幸訳)「連邦憲法裁判所の最新判例からみた基本法と国際秩序との関係」比較法学四〇巻三号(二〇〇七年)一一二―一一三頁、クーニヒ(高橋訳)・前掲訳注(5)VIも。

ロッキナー時代

——ホワイト第九代及びタフト第二十代長官の時代——

甲 斐 素 直

〔はじめに〕

(一) 長官人事

フラ―第八代長官は、一九一〇年七月四日に死去した。タフト (William Howard Taft) 第二七代大統領は、ホワイト (Edward Douglass White jr.) を第九代長官に任命した。

ホワイトは、元連邦上院議員であつたが、基本的には前二代の長官同様、ほとんど政治経歴のない人物であつ

た。それ以外にも問題ある指名だつた。第一にタフトは共和党の大統領だつたのに、ホワイトは民主党員であつた。政党が確立した第四代長官マーシャル以降、いずれも時の政権党に属する者が最高裁判所長官となつた。そして、ホワイトの後も、今日に至るまで一貫して政権党員が長官に任命されてきている。したがつて、これは米国史上唯一の例外人事なのである。第二に、第二代長官ラトリッジを除けば、はじめての陪席判事からの長官昇格であつたという点でもきわめて例外的人事であつた。

タフトが彼を任命した理由は、今日も不明である。ホワイトが当時六五歳で太りすぎであったことから、タフトはホワイトが長くその地位にいないであろうから、自分がその後任となれる日が来ると期待したためと考える者もいる。実際、ホワイトが一九二二年五月一九日に現職のまま死亡すると、ハーディング (Warren Gamaliel Harding) 第二九代大統領は、タフトを後任の連邦最高裁判所長官に任命した。しかし、これは多分に結果論であろう。

タフト第一〇代長官は、行政、司法両府のトップに就任した合衆国史上唯一の人物である。タフトの経歴を簡単に紹介すると、一八八七年にオハイオ州最高裁判所判事に就任し、一八九〇年には合衆国訟務長官¹に任命され、一八九一年には第六連邦高等裁判所判事に任命されている。これから見れば、彼は確かに連邦最高裁判所長官にふさわしい司法領域の人間である。

彼の行政職の経歴は、司法職に遅れて一九〇〇年以降に始まっている。同年マッキンリー大統領は彼をフィリピンの民政長官に任命する。この時点においては、フィリピン人民は米国の侵略に対して血みどろの抵抗をして

いたから、これは大変困難な職であった。

マッキンリーが一九〇一年九月に暗殺されると、ルーズベルト (Theodore Roosevelt) が副大統領から昇格した。ルーズベルトは、タフトがフィリピン統治に優れた業績を上げたとみたのである。一九〇四年彼を陸軍長官 (Secretary of War) に抜擢した。さらに、二度目の任期が終わった一九〇八年に、ルーズベルトは、タフトを自らの後任者に指名し、タフトはその年の選挙で圧勝して大統領となった。

しかし、その後、ルーズベルトとタフトとの間に対立が生じた結果、一九一二年の大統領選では、ルーズベルトはタフトを押しつけて自らが共和党候補の指名を得ようとした。タフトが共和党候補に決まると、ルーズベルトは革新党 (Progressive Party) という新しい政党を結成し、それを背景に大統領選挙に立候補した。その結果、一九一二年の選挙戦は、民主党のウィルソンとタフト及びルーズベルトの三つ巴の戦いとなり、ウィルソンが当選、ルーズベルトが二位、タフトは三位と破れる。それを期に、タフトは公職を退き、自ら設立した平和執行連盟 (League to Enforce Peace) を通じての世界平

和の追求に時間を費やした。

その彼を、ハーディングは最高裁判所長官に任命したのである。以後、タフトは、一九三〇年、すなわち世界大恐慌の直後までの期間を最高裁判所長官として過ごすことになる。

(二) 激動の時代

一九〇五年のロックナー判決⁽²⁾から、一九二七年のウェストコーストホテル判決 (West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937)) までの期間を、憲法判例史ではロックナー時代と呼ぶ。ホワイト及びタフトが長官であった時代がほぼその中心と言える。

この時代は、米国社会が史上もつとも激しく変動した時代であった。

社会が変動した最大の原因の一つは、第一次世界大戦が、一九一四年から一九一八年までの間、米国を巻き込んで戦われたことである。この世界大戦は、それまでの戦争の常識を一変させた。それまでの戦争は、戦場と呼ばれる特定の場所で、職業軍人が戦うのであって、一般の人びとには関係がなかった。ところがこの戦争は、人類史上最初の総力戦 (Total War)、すなわち国家が国

力のすべて、軍事力のみならず経済力、技術力、科学力、政治力等を、平時の体制とは異なる戦時の体制で運用して争う戦争となった。

南北戦争に総力戦の萌芽が見られる。総力戦を実施する手段として、リンカーン大統領は、初期段階においては議会からの授權無しに独裁権力を行使した。そのため、様々な憲法問題が起こったことは、別稿で紹介した⁽³⁾。それに対し、第一次世界大戦では、ウィルソン大統領に対して、早い段階から議会から広範な権力の授權が行われた。その結果、ウィルソンの独裁権力は直接的な憲法問題は引き起こさなかった。しかし、総力戦がもたらした社会構造の変化から、様々な憲法問題が発生することになる。

その端的な表れが憲法改正である。ホワイトが長官を務めた一〇年ほどの短い期間に、何と四つの憲法改正が成立しているのである。逐次簡単に紹介する。

1 第一六修正

第一六修正は直接税を認めるものである。この修正は一九〇九年に議会を通過していたが、その後における各州の批准はかなり難航した。一九一三年に必要な数の批准

が得られて成立した。これが、第一次世界大戦で急激に膨張した財政費用を支えることになる。

2 第一七修正

同じ一九一三年に第一七修正が成立した。これは上院議員の直接選挙を定めたものである。

連邦議会においては、下院議員が全国民の代表であるのに対し、上院議員は、州代表である。そのため、連邦憲法は、上院議員は州議会で選ばれるとしていた。しかし、徐々にこの制度は問題を露呈し始めた。州議会という狭い範囲で行われる選挙であるため、贈収賄その他いかがわしい取引が横行するようになり、また、多数の州で州議会が上院議員を期限までに指名できないという事態が頻繁に発生した。

そこで、上院議員を一般選挙で選ぶという憲法改正案が連邦議会に提案されたが、なかなか連邦議会の受け入れるところとはならなかった。しかし、二〇世紀に入ると州レベルでの改革が急速に進行し、一九一二年までに二九州で、上院議員は実質的に州民の選挙で選ばれるようになった。そのため一九一一年には上院で、一九一二年夏には下院で可決されて議会を通過し、翌

一三年には早くも必要数の批准を獲得して成立したのである。

3 第一八修正

一九一九年には第一八修正として、悪名高い禁酒法が成立した。歴史がピルグリム・ファーザーズに始まる米国では、伝統的に清教徒の影響が強く、アルコール飲料に対する強い批判が一貫して存在していた。その結果、一八五一年にメイン州で最初の禁酒法が制定されたのを皮切りに、二〇世紀初頭までに一八の州で禁酒法が実施されていた。そこに第一次世界大戦に伴い、戦時の穀物不足を予防するという経済的な動機が出現し、全国的な禁酒法制定への機運が盛り上がった。ウィルソン大統領は、せめてアルコール度の低い酒は除外するように、議会に働きかけたが、清教徒的使命感に駆られている議会には通用せず、一九一七年一月一八日に第一八修正は議会を通過した。そして、一九一九年一月一六日には早くも必要数の批准が完了し、憲法修正条項が成立したのである。その時にはすでに、この憲法改正の大義名分であった第一次大戦は終了していたが、議会の勢いは止まらず、その実施法である全国禁酒法 (National

Prohibition Act＝通称ボルステッド法：Volstead Act)を制定し、一九二〇年から全米で実施した。その結果、ギャングをはびこらせることになった。この禁酒法は、一九三三年に第二一修正により廃止されるまで、米国社会を支配することになる。

4 第一九修正

一九二〇年に成立した第一九修正は、女性参政権条項である。南北戦争の結果、それまで奴隷であった黒人にさえ（少なくとも憲法的建前としては）参政権が与えられたのに、長らく女性に参政権は与えられなかった。その流れを決定的に変えたのが第一次世界大戦である。男性が兵士として欧州に送られた穴を埋めるべく、女性が社会のあらゆる場面で活動するようになったため、女性参政権に抗するのが困難になったためである。^⑤

第二の大きな変動原因は、資本主義の爛熟と産業革命である。それに伴い、労働者の搾取が、米国ばかりでなく世界的に大きな社会問題となり、労働者保護の必要性は世界各国に共通のものとなっていた。しかし、特定国だけが労働者保護を行った場合には、貿易競争において、

その国は不利な立場に立たされる。さらに各国の労働組合の運動や、ロシア革命の影響で労働問題が大きな政治問題となっていたため、国際的に協調して労働者の権利を保護するべきと考えられ、ヴェルサイユ条約に条項が組み入れられ、国際連盟の姉妹機関として国際労働機関(International Labour Organization＝ILO)が、一九一九年に同時に設立された。

米国は、ヴェルサイユ条約及び国際連盟の創立に大きな影響を与えたが、それと同様にILOの設立にも大きな影響を与えた。しかし、議会在が国際連盟への加入を承認しなかったため、自動的にその姉妹機関であるILOにも当初は加盟しなかった。しかし、一九三四年、ルーズベルト政権下において、国際連盟には加盟しないままにILOには加盟した。それに伴い、ILO条約の批准も行われるようになった。

こうした社会変動に対して、在来型の行政機関では適切に対応できないことが認識され、独立行政委員会が次々と設立されていたことも、この時代の大きな特徴である。最初の独立行政委員会は、一八八七年に設立された州際通商委員会(Interstate Commerce Commission＝

ICC) である。⁽⁹⁾

それが良く機能したので、一九一四年には連邦準備制度 (Federal Reserve System = FRS) が設けられ、その管理に当たる組織として連邦準備制度理事会 (Federal Reserve Board = FRB) がワシントンに設置された。⁽⁷⁾これが以後、今日まで、他国であれば中央銀行の果たす機能を果たすことになる。

同じ一九一四年に設立されたのが、連邦取引委員会 (Federal Trade Commission = FTC) である。これは、連邦の独占禁止法と消費者保護法を管轄する組織である。FTCは、国内市場が競争原理に基づき運用されることを確保し、活発かつ有効で、不当な制限から自由な状況を確保することを目指して活動した。

つまり、戦争に伴う行政権力の拡大に加え、こうした準司法型の行政機関が次々と生まれたことにより、米國が、それ以前とは異なる行政国家に変身し始めたのである。

(三) 一九二五年司法権法

タフトが連邦最高裁判所に残した最大の業績は、司法権法の改正である。一九二五年司法権法 (Judiciary Act

of 1925) は、別名サーシオレーライ法 (Certiorari Act) と呼ばれる。サーシオレーライとは certiorare というラテン語の受け身の現在形で、裁量上訴と訳されている。すなわち、この一九二五年法二三七条b項の成立により、連邦最高裁は、連邦地方裁判所からの直接上訴が認められる、州裁判所が連邦法や条約を無効とした事件などごく限られた事件を除けば、上訴は裁量上訴の申立てによらなければならないとされた。

上訴の申立ては、慣行的に、九人中四人以上の判事が賛成した場合に認められる。通常、重要な憲法問題や国家的に重要な論点を含む事件にしか、連邦最高裁判所は裁量上訴を認めない。上訴される事件は、現在では年間七〇八、〇〇〇件あるが、そのうち裁量上訴が認められ、判決が下されるのは一〇〇件ほどにすぎない。これにより、連邦最高裁判所の業務負担は大幅に軽減され、重要な事件に集中できるようになったのである。普通の最高裁判所長官であれば、このような劇的な法改正は困難であつたろうが、元大統領という権威にものを言わせてタフトは、同法案を議会に通過させることに成功したのである。

一 コッパーズ対カンザス州事件

産業革命に伴う労働者搾取問題の一つの表れが、この *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915) 事件である。ここでは、雇用者が、労働組合に参加しないという条件の雇用契約 (黄犬契約 = yellow-dog contracts) を締結する自由を州法が制限していることが問題となった。フラー・コートの時代に、連邦法で、黄犬契約を結ぶ自由を制約し、あるいはそれに基づいて処罰する規定を設けることが、第五修正から導かれる契約の自由を侵害し、違憲になる事は、アデア事件判決により確定していた。⁽⁸⁾ 州法でそれを定めた場合について、アデア事件先例に従ったのがこの事件の判決である。

(一) 事件の背景

カンザス州では一九〇三年に「従業員、召使い、労働者及び雇用を求める人の要件に対し強制したり影響を与えたりもしくは要求した場合に処罰する法律」⁽⁹⁾ を制定した。

同法一条は、個人またはすべての企業、代理人、公務員、会社などが従業員の任用に当たり黄犬契約を結ぶこ

とを禁止し、二条はそれに違反した場合に軽罪として五〇ドル以上の罰金もしくは三〇日以上拘留を定めていた。

一九一一年七月一日、ヘッジ (Hedges) が、セントルイス・サンフランシスコ鉄道会社に転轍夫として採用されたが、彼は北米転轍夫組合 (Switchmen's Union of North America) という労働組織のメンバーだった。コッパーズ (T. B. Coppage) は、監督として同鉄道会社に勤務しており、その職務の一環として、彼は次の契約書をヘッジに示し、ヘッジがそれに署名しない場合には、会社は彼を採用しないと告げた。

「フォートスコット、カンザス、_____、一九一二年
フリスコ線、フォートスコット監督 T. B. コッパーズ殿

私、署名者は、あなたの要求に従い、フリスコ社に勤務中は転轍夫組合から脱退することに合意します。

(署名) _____

ヘッジはこの契約書に対する署名を拒否し、労働団体からの脱退を拒否した。そこで、コッパーズは、彼を解雇した。この行為が同法違反に問われた。

(二) 法廷意見

最高裁判事は六対三に割れた。多数意見をピトニー (Mahlon Pitney) 判事が書いた。

ピトニーは、冒頭で、そもそもコッパーズは契約にサインするかどうかを尋ねただけで、何らサインを強制していないと述べた。そして、アデア事件判決を引用した上で、カンザス州法はコッパーズのデュープロセスに基づく権利を侵害しており、労使双方間における等しい交渉力を確保することは、政府の仕事ではないと判示した。

「被用者は、原則として、その労働力を売るための契約を行うに際し、それを買おうとする雇用者ほかに、財政的に独立し得ないことは常識の問題であるといわれる。疑いもなく、私有財産権が存在する限り、富の不平等は存在しなければならないし、存在するであろう。ある人が他の人よりも財産を有していなければならないことは自明である。財産の平等は契約の自由と私有財産の権利が存在することからもたらされる必然的な結果であるということを経験することなく、それらの権利を維持することは不可能である。」

ここでは、明確に自由放任主義の主張が打ち出されている。結論として交渉力の不均衡をもたらすことは、州のポリスパワーに属しないとされる。

(三) 反対意見

ホームズ (Oliver W. Holmes, Jr.)、デイ (William R. Day) 及びニューズ (Charles E. Hughes) が反対意見を書いた。

ホームズの反対意見は、ロックナー事件における自分の反対意見を引用し、カンザス州法に違憲の点はないと述べた簡単なものである。

デイが書き、ヒューズが加わった反対意見は、通常の立法においては契約の自由を支持するが、この法律に関しては公共の福祉を増進しているかどうかを問題とすべきだとした。また、彼は多数意見に反対して、この契約は強制的なものであり、自由に契約されたものでは無いとして、「男は彼の人生や彼の自由、または彼の本質的な権利を物々交換はできない」としている。

(四) その後

この判決により、州法レベルでも、黄犬契約を禁止することはできなくなり、米国の労働運動は冬の時代に入る

ることになる。典型的なロックナー時代の判決である。

二 グイン対合衆国事件

同じ一九一五年に下された *Guinn v. United States*, 238 U.S. 347 (1915) 事件は、オクラホマ州憲法の祖父条項 (grandfather clause) の合憲性が争われた事件である。

(一) 事件の背景

オクラホマ州は、当初はその全体が「涙の道事件」¹⁰などで、本来の居住地から追放されたインディアン部族を、強制移住させる目的で制定されたインディアン移住法 (Indian Removal Act) に基づき作られた、インディアン準州 (Indian Territory) であつた。しかし、一八九〇年五月二日、連邦議会はオクラホマ基本法 (Organic Act of 1890) を成立させ、インディアン準州の西半分をオクラホマ準州 (Territory of Oklahoma) として分離し、東半分だけをインディアン準州として、インディアン部族の支配下に残した。さらに、一九〇七年一月一六日には、この残ったインディアン準州さえも廃止し、オクラホマ準州と合わせてオクラホマ州とし、合衆国

四六番目の州に昇格させたのである。

州に昇格した際、その州憲法は合衆国憲法第一五修正に準拠して、すべての人種の男性が平等に投票できるとする制度を採用していた。しかし、州として認められるとすぐ、州議会は次の様に、参政権条項を改正した。

「何人も、オクラホマ州憲法の任意の条項を読み書きすることができない限り、この州の選挙人として登録されてはならず、またこの地で行われるいかなる選挙において投票することを許可されない。いかなる者も、一八六六年一月一日またはそれより前の時点において何らかの形態の政府において投票権を認められておらず、または何らかの外国に居住しておらず、またはその者の直系卑属でない者は、登録して投票する権利を、本憲法の条項を読み書きする能力を有しない場合には否認される。選挙区調査官は、登録の際、登録の時点におけるこの条項を構成する権限を有する。登録を行うに当たっては、本条項は選挙区官吏によって強制されるものとする。」
持つて回った表現であるが、要するに有権者となるには識字テストに合格する必要があると定めたのである。

ただし、祖父が有権者であったか、外国市民であったことを証明すれば識字テストを受けることなく有権者と認められる。これが祖父条項である。その結果、文盲の白人は投票することができた。それに対し、黒人の場合、祖父はほぼすべてが奴隷だったので当然一八六六年前には有権者ではなかったため、識字テストを受けねば投票できないこととなった。そして、その識字テストは非常に恣意的に行われたので、実際には文盲でなくとも、黒人は識字試験に合格できなかった。

オクラホマ州は、このような改正により、文言的には第一五修正に抵触することなく、その規制を潜脱することを目指したのである。オクラホマ州の憲法改正後、これに倣って南部諸州の多くが、州憲法に同様の祖父条項を設けた。

この改正は、一九一〇年一月八日に実施されたオクラホマ州議会議員選挙の前に施行された。そして、その選挙期間中に選挙区官吏であったグイン (Frank Guinn) 及びビール (J. J. Beal) は、黒人の投票権を認める第一五修正及び第一五修正に基づく投票権を保障すると定めているオクラホマ州法に違反して、故意に違法

かつ不正に剥奪したことが、合衆国刑法の次の条項に違反したとして起訴された。⁽¹¹⁾

「二名以上の者が共謀して、合衆国憲法または合衆国法によつて市民に与えられている何らかの権利または特権の自由な行使を、侵害し、抑圧し、脅かし、もしくは威迫した場合、〈中略〉五、〇〇〇ドル以下の罰金及び一〇年以下の懲役に処すると共に、将来に向かつて公民権が剥奪される。」

彼らは有罪判決を受けたので、連邦最高裁判所に上告した。

(二) 判決の内容

判決は一九一五年六月二二日に、一人の反対意見も無く下され、ホワイト自身が申し渡した。ホワイトは、事実の概要及び関係法を紹介した後、自らに向かつて次の様に問を發する。

「第一に、オクラホマ州の憲法改正は、有効に行われたのか？」

第二に、憲法の任意の条項を読み書きできた場合を除き、オクラホマ州議会議員候補者に投票する権利のないし特権を、もしその様な規定がなければ有し

ていた黒人合衆国市民から、一八六六年一月一日あるいはそれ以前の時点において、彼らが奴隷であったために、何らかの形態の政府において投票権を認められておらず、または何らかの外国に居住しておらず、またはその者の直系卑属でないという理由から剥奪することを試みたとして、その改正を無効とできるか。」

グイン側では、この点に対して、各州には自らの参政権を定める権限があり、この権限は第一五修正によっても奪うことができないと主張した。

ホワイトは、その主張は原則としては正しいという。しかし、意図的に合衆国憲法の定める参政権の基準を歪めようとしている場合には問題が違って、州のその権限を行使する際の判断は、連邦裁判所の監督に服するとし、オクラホマ州憲法は違憲とした。黒人の投票権を正面上で認められた点で、極めて進歩的な判例である。

(三) その後

その判決の結果、単にオクラホマ州ばかりで無く、メリーランド州、アラバマ州、ジョージア州、ルイジアナ州、ノースカロライナ州及びバージニア州憲法にあった

同様の祖父条項はすべて違憲とされることになった。しかし、この判決の効力は短い時間しか続かなかつた。なぜなら、州議会は直ちに州法を改正し、次の様に表記したからである。

「あらゆる人は、一九一四年に投票した者を除き、一九一六年に投票する資格を与えられるが、一九一六年四月三〇日から五月一日までの間に登録を怠った者は、病気のための欠席の例外を除き、永久に権利を奪われる。」

一九三九年になって、連邦最高裁判所は *Lane v. Wilson*, 307 U.S. 268 (1939) により、この一九一六年オクラホマ州選挙法の祖父条項も第一五修正に違反すると判決する。しかし、こうしたいたちごっこにより、せつかくの違憲判決の効力は削がれ続けたのである。

三 アダムズ対タナー事件

Adams v. Tanner, 244 U.S. 590 (1917) 事件は、有料職業紹介事業に対する規制を違憲とした、典型的なロッキナー時代判決である。

(一) 背景となる事実

民間職業紹介所には後述する大きな問題がある。そこで、一九一四年以前の一五年間に、民間職業紹介所を規制しようとする試みが広範囲で行われていた。すなわち、二四州は、法律により直接的に規制しようとした。それらの多くは地方自治体条例によって補完されていた。一九州では州立の職業紹介所を作ること、間接的に規制しようとした。七州では地方自治体による職業紹介所を作ること、間接規制をしようとした。その他、ボランティア等による無料の職業紹介所を作る試みもあった。しかし、こうした試みはいずれも不成功に終わった。民間職業紹介所は、そうした無料の職業紹介所が存在しても、しぶとく生き残ったのである。

一九一四年に公共職業事務所全米会議はその年次総会で、米国内で活動しているすべての民間職業紹介所を可能な限り速やかに撤廃することが好ましいとし、連邦議会連邦産業関係委員会 (United States Commission on Industrial Relations) 及び諸州の立法機関に対し、その廃止を考慮するよう勧告する旨決議した。これに応えて、連邦産業関連委員会は、議会に対し、次の様に述べて民

間職業紹介所の廃止勧告をした。

「規制を行う事により、民間職業紹介所による悪行を除去する試みが三一州で行われているが、少数の例外を除いて、それはむなしいものである。ほとんどの場合、その業務における誠実さをより高い水準に向上させるために努力しているが、その制度それ自体が内包している害悪を除去できないでいる。州や市が監察官や苦情処理官のために多額の費用を投じている場合には、民間職業紹介所の活動にはかなりの改善がみられたが、この規制を担当している係官のほとんどは、こうした害悪はこの『ビジネスの本質』であり、問題を完全に排除することは決してできないと証言している。したがって、彼らは民間職業紹介所の全廃を適当であるとしている。また、これは労働者間で一般的な意見であり、いくつかの州では、すでに法律でこれを達成するための試みがなされている。」

こうした状況の中で、ワシントン州ではまず間接的な規制策を実施した。すなわち、地方自治体レベルにおける職業紹介所は、シアトルで一八九四年に市憲章を改正

して設置された。同様に、タコマでは一九〇四年に、スポケーンでは一九〇五年に、そしてエヴァレットでは一九〇八年にそれぞれ設置された。こうした公共職業紹介所の増加は、しかし他州同様に、民間職業紹介所を抑制する効果を示さなかった。逆にスポケーンでは、民間職業紹介所の紹介料が一ドルから二ドルに値上がりしたほどである。根本的な問題は、産業革命に伴う慢性的な失業の増加の前に、公共職業紹介所が十分な職を提供できない点にあった。

そこで、ワシントン州では、職業紹介法¹²を定め、その中で、民間の職業紹介所が、人びとから手数料を徴収することを禁じ、それに違反した場合には一〇〇ドル以下の罰金か三〇日以下の拘留に処するとした。同法案は一九一四年に住民投票に掛けられ、一六二、〇五四票対一四四、五四四票で可決成立した。

それに対し、スポケーン市で民間職業紹介所を所有するアダムズ (Joe Adams) 等が、ワシントン州司法長官のタナー (W. V. Tanner) 等を相手取って、同法は第一四修正の定める適正手続き条項に違反し、その財産を侵害しているとして訴えた。

(二) 法廷意見

判決は、五対四の僅差で、同法を第一四修正の定める適正手続きに違反し、違憲と判決した。判決文はマクレイノルズ (James C. McReynolds) 判事が執筆し、結論として次の様に述べた。

「人が誠実な生計を営むための職業を見つけるために有償で代理を務める行為には、なんら本質的に不道徳な点も、そして公共の福祉に危険なものでも無い。それどころか、そのようなサービスは、有用であり、賞賛すべきものであり、そして大いに需要がある。」

(三) 反対意見

この事件で反対意見を述べたのは、マッケンナ (Joseph McKenna)、ホームズ、ブランダイス (Louis Brandeis)¹³ 及びクラーク (John H. Clarke) の各判事である。反対意見は、ブランダイスが執筆し、他の三判事はこれに同意している。

この立法は、ワシントン州が単独で行ったものでは無く、連邦労働省 (US Labor Department) の支援の下に行ったものであった。ブランダイスは、一九一二年に連

邦議會連邦産業關係委員會へ提出された報告書を引用して次の様に述べている。

「有料の民間職業紹介所は、今日、全米のあらゆる都市に、あらゆる規模で存在している。その業務の性質は、可能な限り不道徳なものである。その利用者である男女はほとんどの場合、ほんの一〇二ドルを持つだけであり、それ以上稼ぐ機会を求めている。彼らはたいてい知的では無く、容易に騙される。これら紹介所が、そうした求職者をいかに騙したかという話がありふれている。これら紹介所が騙すのに使っているもつとも普通の方法は次の様なものである。第一は、料金は徴収するが、申請者に職を探す努力をしない。第二は、申請者に存在しない職を通知する。第三は、申請者には何の仕事も無いか、満足な仕事のない遠隔地を通知するので、申請者は苦情を言うために戻ることができない。第四は、紹介所と使用者の馴れ合いで、申請者にはほんの数日の労働だけを与え、新しい労働者から新規に料金を徴収し、紹介者と使用者の間でその料金を山分けする。第五は、法外な手数料を徴収し、そのよ

うな手数料を支払った申請者にだけそれに見合う職を提供する。その他、職業紹介所が行う害悪としては、人びとを集めて博打その他の悪弊に誘導することである。時として紹介所の職員はそのためのサロンを施設内に設置している。(中略)

まじめに仕事をしようとしている多数の民間職業紹介所があるが、しかし、彼らは例外であり、規格外である。この仕事は詐欺の悪臭に満ちており、目に余るあらゆる種類の虐待が行われている。料金はしばしば提供される職の全額となっている。」

ブランドアイスによる民間職業紹介所の弊害に関する記述はまだまだ続くが、以下は省略する。とにかく、その実態が、マクレイノルズ判事のような、賞賛すべきもので無かったことは確かである。ブランドアイスは、弁護士時代、法のロビン・フッドと綽名されるほどに経済的弱者のために、報酬も求めずに戦った人だが、この記述にはそうした彼の態度が顕著に表れている。結論として彼は次の様に述べた。

「事実に照らすならば、マグナカルタが調印された日から今日に至るまで、法構造の改革は、たびた

び行われてきており、それが今後は行われないと仮定することは不可能であり、法はそれ自身を社会の新しい条件、特に使用者と被用者の新しい関係が生じるにつれて、それに適応するよう強制されるのである。」

ブランドイスは、こう述べて、法廷意見の依拠している古い法的正義（レッセ・フェール）を正面から否定したのである。

(四) その後

I L O は二号条約で無料の公共職業紹介所を要求していたが、一九三三年に、三四号条約として有料職業紹介所に関する条約 (Fee-Charging Employment Agencies Convention (No.34)) を制定し、その原則禁止を定めた。前述の通り翌一九三四年に米国は、国際連盟非加盟のままで I L O に加盟した。

連邦最高裁判所自身が判例を変更したのは、それより若干早く一九二八年の *In Ribnik v. McBride*, 277 U.S. 350 (1928) 事件においてである。この事件では、本件と同様の内容のニュージャージー州法が問題となり、ブランドイスの反対意見を連邦最高裁判所は全面的に支持

したのである。

四 ハマー対デイゲンハート事件

Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251 (1918) 事件は、児童の就業規制を違憲とした。

(一) 事件の背景

産業革命に伴い、必然的に発生する問題が、児童の酷使である。生産の機械化は、それまでの生産の中心的担い手であった熟練工を不要とした。その結果、使用者は、それまで徒弟として熟練工を補佐していた低賃金の児童のみを雇用し、彼らを長時間酷使することで、利潤の最大化を図ろうとするのである。その事は、日本では女工哀史という形で現れ、わが国現行憲法二七条三項は「児童はこれを酷使してはならない」と明記している。

米国においても、児童が産業で酷使される状況は日本と一緒であった。個々の州内の工場における労働時間等の規制は、州法でなければ行う事はできない。しかし、州で規制法を制定することは、様々な理由から、当時は困難であった。

連邦議会は、そこで、州際通商条項を活用し、児童を

酷使して生産した製品を、州境を超えて流通させるのを禁じるという間接的な手段により、児童労働の規制を行うことを工夫した。それが一九一六年児童労働法 (Child Labor Act of 1916) である。¹⁴ 同法は一四歳未満の児童が雇用されたり、一四歳以上一六歳未満の児童が一日八時間以上若しくは一週六日以上労働していたり、午後七時過ぎに、ないし午前六時前に就労している工場の製品の州境を超えた流通を禁止した。

ディゲンハート (Roland Dagenhart) はノースカロライナ州シャーロットの精綿工場に、その二人の息子 (一人は一四歳未満、一人は一四歳以上一六歳未満) と共に雇用されていたが、この法律は違憲であると訴えた。連邦地方裁判所は、同法が違憲であると判決したので、連邦地方検事のハママー (W. C. Hammer) が、連邦最高裁に上告した。

ディゲンハートの提起した論点は三つあった。第一に、これは州際通商の規制対象となる問題では無い、ということである。第二に、第一〇修正に違反している、ということである。第三に第五修正に違反している、ということである。

(二) 判決の内容

この事件においても、連邦最高裁判所は、五対四の僅差で、一九一六年児童労働法を違憲と判決した。判決を執筆したディ判事は、結論として次の様に述べた。

「我々の見るところ、通常の商品の州際取引に伴う移送を禁じるという方法に依って生ずる本法に必要な効果は、各州内における工場や鉱山での児童労働時間を規制するというものであり、純然たる州の権限である。したがって、本法は二重の意味で、憲法に違反している。すなわちこれは、議会に委任された商業上の権限を踰越しているばかりでなく、連邦政府の権限を拡張することが許されない純粹たる地域の問題に、権限を及ぼしている。」

こうして、連邦議会は児童によって生産された商品の流通を規制する権限を持たず、従って一九一六年児童労働法は違憲であるとした。

(三) 反対意見

この事件で反対意見は、ホームズが執筆し、マッケンナ、ブランドイス及びクラーク判事がこれに同意している。ホームズはこの事件に関する単純な疑問は、連邦議会

が、児童労働法の定めているような規制を行う権限があるか否かである、と述べ、法廷意見には基本的に同意するとした上で、次の様にいう。

「しかし、もし法律が、連邦議会に授与された権限の範囲にあるとしたならば、間接的な効果があるとしても、それにより合憲性が阻害されることにはならない。しかし、明白なことは、そうした間接的効果はあるものであり、そうした間接的効果の故に無効とする自由を我々は持たない。」

その上で、今日では、連邦議会が州際通商を規制する権限自体はもはや疑いを入れないとした上で、間接的な効力の故に、本来は合憲な規制が違憲になる事はあり得ない、と論じるのである。

(四) その後

この最高裁判所判決で同法が無効になったので、連邦議会では、一九一九年二月に今度は児童労働で生産された商品には一〇%の課税を行うという法律を成立させた (Child Labor Tax Law of 1919)。その事件が最高裁判所に上告されたのは、タフト・コートの時代になってからであるが、やはり違憲とされた (Bailey v. Drexel

Furniture Co., 259 U.S. 20 (1922))。その判決はタフト自身が執筆し、ホームズやブランドリスなども賛同して、反対意見はクラーク判事一人であった。タフトが述べたことは、この児童労働税は罰金であって課税では無く、さらに同法は租税法では無く、事業の規制法だという点であった。

こうして児童労働を防止するための二つの法律が挫折したことから、連邦議会は、今度は児童労働を規制する憲法改正を企てた。しかし、必要期限内に必要な数の州の批准が得られず、これも挫折した。しかし、多くの州では児童労働法を州法として制定するようになったので、結果として見れば、憲法改正が成功したのと同じような効果を、ある程度まで発揮した。

なお、ILOは、児童の酷使に対しては大変早い時点から防止努力をしてきた。すなわち、一九一九年の最低年齢 (工業) 条約 (第五号)¹⁵、一九一九年の年少者夜業 (工業) 条約 (第六号)¹⁶、一九二一年の最低年齢 (農業) 条約 (第一〇号)¹⁷、一九二一年の児童及年少者夜業 (農業) 勧告 (第一四号)¹⁸、一九二一年の最低年齢 (石炭夫及火夫) 条約 (第一五号)¹⁹ が、この前後の時期に制定さ

れている。いずれも、今日感覚を基準とすれば、常識なほどの長時間労働を許容しているが、当時においては、これさえも使用者の権利の大幅制限だったのである。しかし、先に述べたとおり、米国は一九三四年までILOに加盟しなかったため、これらの条約は、当初は、米国の児童労働の抑圧としては機能しなかった。

一九三四年に米国がILOに加盟したことから事態が動き、一九三八年、連邦議会は公正労働基準法 (Fair Labor Standards Act) を制定し、その二二二条で「抑圧的児童労働」で生産された商品の州際流通を禁止した。連邦最高裁判所は、一九四一年に *United States v. Darby Lumber Co.*, 312 U.S. 100 (1941) によつて、ディケンハート事件判決を、一人の反対意見も無く変更し、同法を合憲とした。同判決は、ディケンハート事件におけるホームズの少数意見を全面的に支持し、それを自明の理であるとした。

五 バンティング対オレゴン州事件

この *Bunting v. Oregon*, 243 U.S. 426 (1917) 事件はオレゴン州法が、労働時間の制限と超過勤務に対する超

勤手当の支給を定めたところ、その合憲性が問題にされた事件である。この事件では、ロックナー時代にも拘わらず、規制立法に合憲判断が下った。

(一) 事件の背景

一九一三年に制定された問題のオレゴン州法は、次の様に定めていた。

「何人も、いかなる製粉所、工場その他の製造設備においても、必要な修理を行うことに従事する従業員と警備員を除き、または生命や財産に差し迫つた危険にさらされている緊急の場合を除き、いかなる日においても一日一〇時間以上の労働を行う条件で雇用されてはならない。ただし、被用者は一日に三時間を超えない残業において正規の賃金の一・五倍の割合で手当を支払うという条件で働くことができる。」

同法違反の行為は軽犯罪を構成するとされていた。バンティング (*Franklin O. Bunting*) は、製粉工場において、被用者を一日に一三時間労働させ、しかも超勤手当を支払っていなかったため、起訴され、五〇ドルの罰金を科せられた。そこで、バンティングは、同法は第一四

修正に違反しているとして上告した。

(二) 法廷意見

この事件では、いつもはホワイト等と同調して行動しているディ判事やピトニイ判事が、ホームズ等と共に同法を合憲と判断した結果、珍しく合憲判決が出ている。

法廷意見はマッケンナが執筆した。マッケンナは第一に、一日一〇時間労働は世界の平均的なものだとした。すなわち立法府が依拠した統計に依れば、一日の労働時間はオーストラリア八時間、英国九時間、米国九時間四五分、デンマーク九時間四五分、ノルウェー一〇時間、スウェーデン、フランス、スイスでは一〇時間三〇分、ドイツでは、一〇時間一五分、ベルギー、イタリア、オーストリアでは一一時間、ロシアでは一二時間となっている、として、不当に短く労働時間を設定しているという主張を退けた。

上告人の主張は、問題の法律は、立法府の恣意以外の理由無しに、製粉所や工場、製造所を差別し、市場価値の一・五倍の対価で商品、すなわち労働を購入しなければならぬのに、他の人々は、公開市場で通常価格で労働を購入できるので、不利な立場に置かれることであつ

た。これに対しては、法律は賃金ではなく、サービスの時間を調節しているので、その主張には理由が無い、として退けた。

六 シェンク対合衆国事件

この *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919) 事件は、第一次大戦という異常環境下において、「明白かつ現在の危険」テスト (“clear and present danger” test) を確立した有名な判決である。

(一) 事件の概要

1 徴兵制度

一九一七年五月、アメリカ議会は、選抜徴兵法 (*Selective Service Act of 1917*) を可決し、ウィルソン大統領が署名して成立した。これに対し、第一三修正の意に反する苦役条項ないし第一四修正の適正手続条項に違反すると主張する多数の違憲訴訟が提起された²⁰。しかし、連邦最高裁は一九一八年一月七日、全員一致で、選抜徴兵制の合憲を宣言した。代表例として *Arver v. United States*, 245 U.S. 366 (1918) を紹介すれば、合衆国憲法一条八節一五項の定める民兵条項や、それ以来

の合衆国を守るための様々な戦いの歴史を述べた上で、最後に次の様に述べて、選抜徴兵法は第一三修正に違反しないと判決した。

「結論として、我々は人民の偉大な代表機関が宣言した戦争に起因して生じる、国家の防衛に寄与するという市民の権利と名誉という崇高にして高貴な義務の遂行を、第一三修正の禁止に違反する意に反する苦役であり、政府による強制とするいかなる理論も想像できず、我々は、その主張は、単にその文言に基づいて論破されているという結論に至らざるを得ない。」

2 防諜法

防諜法は、米国が第一次世界大戦に参戦した直後、一九一七年六月に発効した法律で、その後、多くの改正をされてきたが今日も有効である。

同法の最初の改正は一九一八年五月に行われた「扇動法 (The Seditious Act of 1918)」と呼ばれる法律によるもので、合衆国政府、国旗ないし軍隊に対して「不忠誠、不敬、下品ないし誹謗的言語 (disloyal, profane, scurrilous, or abusive language)」を用いることに対し、

五年〜二〇年の刑を科するとしていた。同法は、また、そうした文書の郵送を禁じ、郵便局長に対し処罰されるべき内容の郵便物の配達を拒絶する権限を与えていた。同法は、大戦中に限つての時限立法で、一九二〇年二月一三日には廃止された。

3 シェンク事件

米国社会党 (Socialist Party of America) は、一九〇一年に設立された。同党は、第一次大戦中、戦争に反対する方針を打ち出し、党総書記であるシェンク (Charles Schenck) は、徴兵資格のある者に向けて一五、〇〇〇枚のリーフレットを印刷・配布し、徴兵制度への反対を訴えた。このリーフレットは、基本的に兵役は、第一三修正の禁止する意に反する苦役に該当するとの見地から、「脅迫に屈するな」「貴方の権利を主張せよ」「もし貴方が権利を主張し支持しなければ、合衆国の全ての市民と住民が保持する厳粛な義務である権利を否定し、軽んじることには手を貸していることになる」と呼びかける声明が入っていた。

これが合衆国の徴兵業務を妨害した点及び郵送を禁じられている文書を郵送した点において、防諜法に違反す

るとして起訴された。これに対し、シエンクは、防諜法が第一修正の保障する表現の自由を侵害していると主張して争った。

(二) 判決の内容

判決は全会一致で下された。ホームズ判事が執筆した。

「我々は、多くの場所で、そして通常の時であれば、被告人が回状で主張することは、彼の憲法上の権利に含まれるものであることを承認する。しかし、すべての行為の性格は、それが行われる事情に依存する(判例引用略)。言論の自由をもつとも厳格に保護したとしても、劇場内で偽って火事だと叫んでパニックをひきおこすような人を保護しないだろう。それは、あらゆる強制力ある差し止め命令に違反して発言する人を保護することもない(判例引用略)。問題は、使用される言葉が、議会が防止する権限を有する実質的害悪をもたらす明白かつ現在の危険(clear and present danger)をつくり出すような状態で述べられたかどうか、かつそのような性質のものであるかどうかである。それは近接と程度の問題(question of proximity and degree)である。」

その上で、その劇場内で偽って火事と叫ぶのに比すべき状況として、第一次世界大戦という総力戦の最中であるということを指摘し、次の様に述べる。

「国家は、戦時においては、平時と異なり、その戦争のための努力を妨害されることに耐えられないので、人が戦っている限り、いかなる法廷もあらゆる憲法上の権利が保護されると言うことはできない。」

(三) その後

九対〇という判決の結果としてシエンクは監獄に六ヶ月間収監された。

明白かつ現在の危険テストは、この後、様々な紆余曲折を経ながらも長期にわたって絶対的なものとして維持され、それに対する疑問の提起は、ウォーレンコートにおける *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444まで待たねばならない。

七 バルザック対プエルトリコ事件

ここからはタフト・コートの判例である。
プエルトリコ島は、カリブ海で、イスパニョーラ島



(現在、ハイチ共和国及びドミニカ共和国に分かれている)の東方に浮かぶ島である。スペインの植民地であったが、一八九八年四月に勃発した米西戦争で米軍に占領され、その戦争を終結させたパリ条約により米国の領土となった。一九〇〇年にフォラカー法 (Foraker Act) が制定され、プエルトリコに自治政府設立と一定の自治権を認めた。しかし、米国連邦法のすべてがこの島にも適用されるとしつづ、島民はプエルトリコの市民権を持つが、これは米国市民権とは異なるとされるなどの差別規定が設けられた。

その後、一九一七年に制定されたジョーンズ法 (Jones Act) によって島民は米国市民権を得たが、合衆国大統領選挙への選挙権は、依然として与えられなかった。制定時期で判るとおり、ジョーンズ法は島民を徴兵

の対象とするための手段であり、第一次世界大戦では二万人のプエルトリコ人が徴兵され、米軍兵士として戦った。つまり、この時代には、プエルトリコは米国領土であり、その住民は米国市民ではあるが、連邦に編入されていないという奇妙な地位にあったのである。この結果、プエルトリコその他、フィリピンやグアム島など、米西戦争の結果、米国が新たに獲得した島々の住民には、どの範囲で合衆国憲法が適用になるかが問題になった。De Lima v. Bidwell, 182 U.S. 1 (1901) 事件判決を嚆矢とした一連の島嶼事件 (Insular Cases) と呼ばれる判例において、連邦最高裁判所は、合衆国憲法中の特定条項は、連邦に編入されていない地域には適用にならないと判決し続けた。この Balzac v. Porto Rico, 258 U.S. 298 (1922) 事件は、そうした島嶼事件判例の締めくくりとも言うべきものである。

(一) 事件の背景

バルザック (Jesus M. Balzac) はプエルトリコで発行される新聞 El Baluarte (堡壘) の編集者であった。彼は、同紙に書いた記事の中でその当時の植民地知事であったイェーガー (Arthur Yager) に間接的に言及した。

これが当局によりイエーガーに対する名誉毀損になるとして判断されて起訴された。プエルトリコの刑法は軽犯罪に關しては陪審を保障していなかった。そこで、バルザックは、ジョーンズ法により米国市民として認められているにも拘わらず、陪審裁判を受ける権利を保障した第六修正に基づく彼の権利が侵害されたと主張して争った。プエルトリコ最高裁判所は、権利章典の規定は、ジョーンズ法の成立後であってもプエルトリコには適用できないと判示して、彼の主張を退けた。そこで彼は連邦最高裁判所に上告した。

(二) 法廷意見

連邦最高裁判所は全判事の一致により、訴えを退けた。判決はタフト長官自身が申し渡した。タフトの判決文を要約すると、次のとおりである。

一八九八年の米西戦争終結後、プエルトリコは米国の統治下にあるが、その領域は州としての地位を有してはおらず、連邦議会は合衆国憲法のどの条項が適用になるかを決定する権限を有する。一部の憲法条項は、市民権に基づいては無く、その所在地に基づいて適用される。プエルトリコは、米国に占領される以前、四〇〇年以上

にわたってスペイン法の下にあったので、その住民は陪審裁判になじんでいない。その結果、地方政府は、自らの法を決定しなければならない。

「議会は、フィリピン人やプエルトリコ人のような、陪審制度を持たない司法制度の下で、簡素で昔ながらの社会に暮らし、明確に自らの習慣と政治概念を持つ人びとは、どの程度まで、そして何時、アングロサクソン流の制度を適用したいと考えるかを自ら決定することを許容されなければならない。

〔中略〕憲法中の基本的な人権に対する保障、例えば何人も、法の適正な過程によらずに、生命、自由または財産を奪われることはないという保障は、あらゆるフィリピン人やプエルトリコ人に完全に適用になる。そして、我々の司法制度でもっとも実り豊かなこの条項は、当然にプエルトリコにおける同様の争訟に適用になる。』

(三) その後

この判決により、島嶼事件に關しては、必ずしも合衆国憲法の人権条項が適用にならないことが完全に確定した。ただし、裁判所はこの判決中で、人権を、基本的な

ものとそうでないものに分けたが、何が基本的人権としてプエルトリコ人にも適用になるかについては明確にできなかった。その結果、米国の海外植民地における人権は、極めて流動的な状態に置かれることになった。

プエルトリコでは一九三〇年代以降、独立運動が激化し、島内の様々な町で蜂起や反乱事件が続いた。こうした事態を重く見た連邦政府は一九五二年には米国のコモンウェルスとして内政自治権を付与し、今日に至っている。

一九七九年、バーガー・コートにおいて、トレス (Torres v. Puerto Rico, 442 U.S. 465 (1979)) 事件判決が下された。この事件は、プエルトリコ政府が一九七五年に、プエルトリコ警察に米本土から来る者の荷物を検査する権限を与えた法律を制定したことが問題となった。トレス (Terry Torres) はフロリダ州の住民であるが、マイアミから空路プエルトリコの首都サン・ファンに降り立った際、トレスの挙動に不審な点があるとして警察が荷物を検査した結果、一オンスのマリファナと二五万ドルの現金を所持しているのが発見され、三年間の懲役が宣告された。

トレスは、プエルトリコ法は、第一四修正の定める適

正手続きに違反して無効であると主張してプエルトリコ最高裁判所に上告したが、同裁判所は上告を退け、下級審判決が確定した。そこで、トレスはさらに連邦最高裁判所に上告した。連邦最高裁判所は、プエルトリコ法を第四修正に違反し、違憲と判決した。判決文の中で、バーガー長官は第四修正が直接適用になるのか、第一四修正を通して適用になるのかは明確にできなかった。これに対し、ブレナン (William J. Brennan) 判事は、補足意見中で、島嶼事件判例は、一九七〇年代には既に時代錯誤なものとなっていると述べた。

八 アトキンス対児童病院事件

この *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923) は、女性及び年少労働者に限定して最低賃金を定める法律を違憲としたもので、ロックナー時代の典型判決の一つである。

(一) 事件の背景

一九一八年、連邦議会は、ワシントン D.C. における女性及び子供の最低賃金を定める法律を制定した。同法は、使用者、被用者及び公益代表の三人からなるワシン

トンD・C.最低賃金委員会 (the Minimum Wage Board of the District of Columbia) を設置した。

同法は、委員会に「(1)ワシントンD・C.内の雇用場所の相違に応じ、女性及び年少者の賃金を査察し、(2)女性及び年少者である被用者の賃金問題に何らかの形で属するか、関係するあらゆる書類、支払い帳、ないし記録を委員会委員ないしその代理人が調査し、(3)雇業者にその雇用する女性及び年少者に対して支払われた賃金の完全かつ真実の記録を要求する」権限を与えていた。

それに基づき、委員会に「(a)ワシントンD・C.内の任意の職場における女性のための最低賃金の標準、及びそれを下回る賃金は、そのような女性労働者に、良好な健康状態を維持し、その道徳を守るために生活に必要な費用を供給するには不十分であること。(b)ワシントンD・C.内の任意の職場における年少者のための最低賃金の標準、及びそれを下回る賃金が年少労働者に不合理に低額であること」を定める権限を与えていた。

そして、上記標準を下回る賃金しか支払われていない場合には、委員会に雇業者及び被用者の代表からなる会議を招集し、その賃金が妥当なものかどうか勧告させる

権限を与えていた。勧告を受けて委員会は適正賃金額を決定する。その決定に対しては当事者に異議申し立て権がある。最終的に決定された賃金を支払わない場合には、軽犯罪として罰金または拘留に処せられた。

(二) 事件の内容

最高裁判所に上告された事件は二つあって、一括して判決が下されたが、ここでは便宜上児童病院についてのみ紹介する。上告人は、ワシントンD・C.の子どもたちのために病院を経営する企業であった。同病院は、様々な職種に極めて多数の女性を雇用しており、彼女たちは病院と賃金や手当が十分なものであることに合意していたが、いくつかの職種では、同法に基づき委員会の制定した規則に定められた最低賃金未満になっていた。同病院が雇用している女性はすべて成年で、何ら法的無能力状態には無かった。そこで、同法が第五修正の保障する適正手続きに違反しているかどうかが問題となった。

こうした理由から、児童病院は、委員会を構成するアトキンス (Jesse C. Adkins) その他の委員を被告として訴えを提起した。

(三) 法廷意見

この事件では、ブランドアイスは審理に加わっておらず、八人の判事により審理された。評決は五対三で、同法を違憲と判決した。判決はサザランド (George Sutherland) 判事が執筆した。サザランド判事の判決は、ミューラー対オレゴン州事件⁽²²⁾及びバンティング対オレゴン州事件、ロックナー事件を前例として引用している。

サザランドは、このミューラー事件は、女性の労働時間の上限を定めたものであるのに対し、本件法律は最低賃金を問題にしているとして、先例性を否定した。最長労働時間については、本件法律とは異なり、賃金とは無関係に交渉することが可能である。さらに最低賃金は、人為的に雇用者の側だけを制約している。もし、立法者が最低賃金を定めることが許されるならば、彼らは最高賃金を定めることも許されるはずであるとした。

さらにサザランドは、ミューラー判決以降の大きな客観情勢の変更点として、憲法第一九修正の存在を指摘している。彼はミューラー事件等では、男性と女性のための特別な保護を正当化するような女性との違いを強調していたと指摘している。第一九修正によって生じた女性の契

約上、政治上の、そして、市民の地位の変更は、そうした男女差がほとんど消滅していることを示しているとした。こうしてミューラー事件の先例性を否定し、ロックナー事件に従って、同法を違憲としたのである。

(四) 反対意見

タフト長官、ホームズ及びサンフォード (Edward T. Sanford) 両判事は反対意見を執筆した。ここでは、普段はロックナー時代判決の支持者であるタフトが、どのように反対意見を述べたのを見てもこう。タフトは、最低賃金法と最長労働時間制限法には、両者が共に契約に制約を加えているという点において、なんら法的差異はないとする。そして、彼はロックナー事件の先例性はミューラー事件及びバンティング事件によって覆されると主張している。

(五) その後

この判例は、その後、ウェストコーストホテル事件 (West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937)) によって覆されることになる。通常、このウェストコーストホテル事件判決が、ロックナー時代の終わりを告げる判決とされる。

九 シカゴ市商品取引所対オルセン事件

Chicago Board of Trade of City of Chicago v. Olsen, 262 U.S. 1 (1923) は、その前年、一九二二年に下されたヒル対ウォーレス (Hill v. Wallace, 259 U.S. 44 (1922)) 事件判決を事実上覆した判決である。この二つの判決は、いずれもシカゴ商品取引所における穀物先物取引に課税する二つの法律の合憲性が問題となった事件である。

(一) ヒル対ウォーレス事件

この事件では、穀物の先物契約 (Future Contract)⁽²³⁾ に対し、課税を行うことを定めた先物取引法 (Future Trading Act of 1921)⁽²⁴⁾ の合憲性が問題となった。この当時、小麦は一ブッシェル⁽²⁵⁾あたり一ドル以下で取引されていたが、先物取引法は、先物取引される穀物一ブッシェルあたり二〇セントの課税を行う事を定めていた。ただし、シカゴ市商品取引所会員の場合には課税対象外とされた。したがって、この課税は事実上、シカゴ市商品取引所会員以外の者による取引を禁止する機能を果たしていた。

ここから、連邦最高裁判所は全会一致で、これは課税

では無く、罰金であるとした。そしてこの罰金で、(1)証券取引所のメンバーになることを適正手続きに依らずに強制しており、これは法の適正手続きによらずに個人の財産を奪う行為であって、第五修正に違反し、(2)それは、外国ないし州際通商ではなく、完全にイリノイ州内部の穀物取引を規制している点で、州際通商規制権限を逸脱しており、(3)イリノイ州の権利を侵害している点において第一修正に違反しているとしたのである。

(二) 事件の背景

先物取引法に対する違憲判決からわずか二週間後に、連邦議会は穀物先物法 (Grain Futures Act) を成立させた。連邦議会は、前法に対して違憲判決が下ったのは、前法の段階では先物取引の機能を連邦最高裁判所が正確に理解していなかったことに原因があると考えたらしく、この法律では実際の機能について詳しく説明を盛り込んでいる。

判決文からその要点を紹介すると、シカゴ商品取引所は一八五九年に制定されたイリノイ州法によって設立された機関で、一、六〇〇人の会員がおり、理事会は一八名で構成され、理事のうち一名が総裁 (president) で

ある。取引所法の定めるところにより、商品交換所そのものは、穀物の売り買いをすることは無く、商品の交換を仲介する事務所であるに過ぎない。その会員は州際取引に従事しているが、取引所自体としては、いかなる意味でも州際取引機関ではない。ただし、通常の業務時間中に、取引場内において、現金あるいは先物取引でその初値を付け、あるいは価格の変更を行い、そうした価格情報を、電報会社を通じて会員等に伝達する業務を行っている。

同じく、商品取引所は、会員の入会金二万五、〇〇〇ドルと年会費によつて維持されている。年会費は、毎年度、その業績評価に応じて変動する。取引所はこれらの資金を蓄積し、それによつて取引場の為の巨大な施設と事務所を運営している。

同法は、先物契約に関わる一切の取引は、取引所理事会の定める規則に従い、シカゴにあるイリノイ州から公共倉庫業務を行う許可を得ている計一、二〇〇万ブツシエルの容量を有する一二の倉庫から発行された穀物倉庫領収書を交付することによつてのみ行うことが可能なこと、穀物は他者の所有に属する穀物と混合保管されて

いるので、領収書保有者は領収書が発行されたときに保管されている穀物を取得したのではないこと、等を定めている。

先物取引の大半は、穀物商人、製粉業者などによつて穀物の価格変動に対して自身を守ることを目的として行われ、その販売、出荷、または製造のための出荷と相殺取引することによって決済される。しかし、同法の述べるところによれば、先物取引の別の大きな部分は、価格に影響を与える市場環境を研究し、将来価格を予想して財産上の利益を得ようと試みる、いわゆる投機家によつて行われている。そのような投機家の一部は市場に有意的な影響を与えられるほどの資本を持ち、大規模な単一の購入を行う。国内の先物取引の七分の六はシカゴで行われているが、過去一五年間、同取引交換所規則の強制及びシャーマン反トラスト法の効果により買い占めは実行されていらないこと等を述べている。

この法律でも、交換所の会員で無いものや、現物を有しない者の取引には、一九二一年先物取引法と同様に、やはり一ブツシエルあたり二〇セントの課税を行っていた。

(三) 法廷意見

連邦最高裁判所は、八対二で同法を合憲とした。法廷意見はタフトが執筆した。

その要点を紹介すると、

- ① 穀物先物法は、州際取引に対する規制であるので、先物取引を課税権の行使により規制することは合憲ではないとするヒル対ウォレス判決の効力は及ばない。
- ② すなわち、穀物の流通経路は、まずシカゴ市場に他州から搬入され、暫定的に保管され、シカゴ商品取引所で売却され、再びその大半は他州ないし外国に搬出されるので、これは連邦議会の有する州際取引事項である。
- ③ 穀物が西部諸州から東部諸州に搬送され、その過程でシカゴにおいて、それを保管し、検査し、計量し、等級付けし、混合し、所有者・荷受人若しくは方向を変更し、しかる後に同一契約、同一料率の下に搬出されることは、シカゴにある間に地方が課税を行う事を妨げるものではないので、連邦議会が権限を有する州際取引規制権の外にあるとする必要は無い。

(四) その後

一九三六年に同法は、穀物以外の先物取引も対象とした商品取引法 (Commodity Exchange Act) に改正された。さらに一九七四年に商品先物取引委員会 (Commodity Futures Trading Commission) が設置された。一九八二年には業界の自治機関である全米先物協会 (National Futures Association) が設置された。

一〇 キャロル対合衆国事件

この *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925) は、警察が、令状無しに自動車の捜索を行うことの合憲性が第四修正との関係で問題となった事件である。

(一) 事件の内容

連邦覆面捜査官は、密造酒取扱業者であるキャロル (George Carroll) を騙して酒を買う契約を結んだが、酒を受領できなかった。捜査官はその後に、定期パトロールの途上、キャロルとキロ (John Kiro) がハイウェイで車を走らせているのを発見した。捜査官はこれを追跡した。そして、令状無しに、キャロルの自動車を捜索した結果、後部座席の後ろに違法な酒が隠匿されて

いるのを発見し、禁酒法違反で起訴した。

令状無しに搜索したのは、全国禁酒法が次の様に定めていたからである。

「二六条…禁酒法委員、助力者、捜査官その他の官憲が、法に違反して、酒を何らかのワゴン、バギー、自動車、船舶、航空機その他の乗り物で輸送しているところを発見した場合には、法律に反して輸送されているすべての酒を発見することは、その義務である。不法に酒を輸送し、または所有していた場合には何時でも官憲によつて押収される。官憲は、自動車、ボート、船、航空機その他いかなる手段を問わず搬送に使用される物を押収し、その任に当たつていた者を逮捕しなければならない。」

そこで、キャロル達は、禁酒法が令状に依らない逮捕・搜索を禁じた第四修正に違反していると、連邦最高裁に上告した。

(二) 法廷意見

連邦最高裁は八対二で、禁酒法の同条項を合憲とした。法廷意見はタフトが執筆した。

裁判所は、禁酒法が建物と自動車等の乗り物を区別し

て、令状の有無を定めている点に注目した。すなわち、同法二五条は、酒の違法な販売のために使用されている民間住居 (private dwelling) に限り、搜索令状の発行を認めていた。この違いは、自動車等は速やかに捜査官の管轄区域の外に移動することができるため、そのような状況下では、搜索令状の発給を強制するのは実用的ではないとしたのである。同時にタフトは、その権限の限界を次の様に述べた。

「禁酒法取締官が、仮に酒を発見するために、ハイウェイを合法的に使用しているあらゆる車両を停止させ、搜索する権限を付与されていると解釈した場合には、それは耐えがたく、又不合理である。〔中略〕仮に官憲が令状なしに自動車を搜索し、または酒を押収し、その後その事実が非難と没収の判決として正当化されない場合には、官憲は、その押収が合理的可能性を有していたことを示すことができる。その押収によつて与えた損害賠償を免れることができる。その押収の適法性の基準は、搜索官憲が停止し、押収した自動車が違法に酒を輸送していると信じるための合理的な、または可能性のある原因

を持たなければならぬということである。」
これは、キャロル・ドクトリンとして知られる。

(三) その後

一九四八年、連邦裁判所は *United States v. Di Re*, 332 U.S. 581, 68 S.Ct. 222, 92 L.Ed. 210 (1948) において、明らかに合法的に停車していた車両内の乗客を調べる場合には、このキャロル・ドクトリンを拡大することは拒否した。キャロル・ドクトリンが争われた最近時の事件として 二〇〇九年の *Arizona v. Gant*, 556 U.S. 332 (2009) 事件がある。

ガント (*Rodney J. Gant*) は、彼が自分の車を友人宅の裏庭に駐車させ、そこから歩み去った後に、一時停止違反及び運転免許証の不所持で逮捕された。ガントは、その後、パトロールカー内に身柄を拘束された。その状態において警官はガントの車を捜索し、武器及びコカインの袋を見つけたので、ガントを改めて武器及び麻薬の所持で起訴した。

この事件において、連邦最高裁のステイブンス (*John Paul Stevens*) 判事によって述べられた法廷意見によれば、逮捕者が自らの車両に接近できる可能性があると思

じられる場合にのみ、警察は令状なしで、その逮捕者の乗っていた自動車を検索することができるとした。ガント事件の場合には、上述のように、彼の自動車で容疑者が移動するチャンスは無かったので、車両を検索するには令状が必要なのである。このように、新しい条件が付け加されているが、キャロル・ドクトリンは今も有効な基準である。

一 一 マイヤーズ対合衆国事件

この *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926) 事件においては、大統領が、上院の助言と承認に基づき任命した合衆国政府の官僚を、任意に罷免する権力があるかどうかの問題となった。この事件で問題となったのは、合衆国憲法二条二節の次の条項である。

「大統領は、大使その他の外交使節および領事、最高裁判所の裁判官、ならびに、この憲法にその任命に関して特段の規定のない官吏であつて、法律によつて設置される他のすべての合衆国官吏を指名し、上院の助言と承認を得て、これを任命する。」

(一) 事件の内容

マイヤーズ (Frank S. Myers) は、一九一七年七月二二日に、上院の助言と承認を得てウィルソン大統領によりオレゴン州ポートランド第一級郵便局長に四年の任期で任命された。

一八七六年連邦法 (19 Stat. 80, 81, c. 179 (Comp. St. 7190)) は、次の様に規定していた。

「第一級、第二級及び第三級の郵便局長は大統領が、上院の助言と同意を得て、任命し、及び解任されるものとし、それ以前に法に従い解任若しくは停職されない限り、四年間その職にある。」

一九二〇年一月二〇日、マイヤーズはウィルソン大統領によつて解任された。しかし、上院はマイヤーズの解任にあたり、助言と承認の決議を行っていなかった。そこで、彼は解任を受け入れるのを拒んだ。同年二月二日、マイヤーズは、大統領の代理としての郵政長官により、郵便局から排除された。そこで、一九二二年四月二二日、マイヤーズは、大統領には自由な解任権はないとして、解任されてから任期満了までの間の彼の俸給八、八三八ドル七一セントの支払いを求めて訴えを提起した。

(二) 法廷意見

この事件では、最高裁は五対三に分かれた。法廷意見はタフトが書いた。

タフトは、憲法は、職員の任用については明言しているが、その解任については沈黙していると指摘した。タフトの文章は非常に長いものであるが、要点のみを紹介すれば、憲法制定会議の記録を調べたところ、この沈黙は意図的であることが示されたとする。すなわち、制憲会議は幹部職員の解任について議論したが、その結果、行政府の幹部職員は大統領の固有の権力の延長としての存在であるが故に、大統領が幹部職員を罷免する排他的な権力を有することを、憲法は暗黙のうちに承認していると信じられた。したがって、上述した連邦法が、解任にも上院の助言と承認を必要としていると定めていることは、行政および立法部門間の権力分立制に違反するため、同法は、違憲であるとした。

(三) 反対意見

三人の反対意見は、それぞれに興味深いので、簡単に紹介する。

1 ホームズ判事の反対意見

ホームズ判事は、議会の権力には、郵便局長の職を完全に廃止することも含まれていることに注目し、その職の給与と職務を設定することが含まれていることは言うに及ばないとし、彼は、議会はまたその地位にとどまる条件を設定することができることは問題が無いとした。

2 マクレイノルズ判事の反対意見

マクレイノルズ判事は、同様に制憲会議のメンバーの文書の徹底的な分析により、彼は、大統領にすべての任命された官僚を解雇する、無限の権力 (illimitable power) を付与されているとする文言を発見することはできなかったとしている。

3 ブランダイス判事の反対意見

ブランダイス判事は最高裁判所の権力の根本である、マーベリー対マディソン事件の次の言葉を引用して反対している。

「決定の基礎として、大統領は、単独で活動し、上院の同意により、固定的な任期で任命された下位の文官を罷免する権力を持たず、本事件は、以前に既にその様に決定されたものとみなされている。」

一一一 合衆国対ゼネラル・エレクトリック社事件

この United States v. General Electric Co., 272 U.S. 476 (1926) は、企業が特許を取得した製品を製造するために競合他社へ、価格拘束等の条件付きでのライセンスを付与した場合の契約が、反トラスト法違反に問われた際の判断を示した判例である。タフトとこの判例が思い出されるほどに有名な事件である。

合衆国憲法は、その条文で明確に特許権の保護を行っている。すなわち、一条八節八項は、連邦議会の立法事項の一つとして次の様に定めている。

「著作者および発明者に対し、一定期間その著作および発明に関する独占的権利を保障することにより、学術および有益な技芸の進歩を促進する権限。」
これにより、合衆国は特許権を保護する義務を負うと同時に、特許権は、決して特許権者に私的利益を与える制度では無く、第一の目的は「学術および有益な技芸の進歩を促進する」ことにあることも明確にしている。すなわち特許制度は、産業上有益な技術の発明者に対して、

一定期間その独占を認め、その期間経過後は、その発明を広く一般に使用させようとするものだからである。その意味で、一般国民の利益を追求しようとする反トラスト制度と本質的には同一の政策である。しかし、現代企業は、その特許権という排他的な権利を、他社との競争回避の合法的手段として利用する場合がある。それにどのように対処するかが問題となる。

(一) 事件の内容

ゼネラル・エレクトリック社 (GE) は、タングステン・フィラメントを用いて近代的電灯を作成するためのあらゆる面に関する特許を所有していた。GE社は、白熱電球の製造・販売の市場シェアの六九%を占めており、ウエスティングハウス社 (WH) は一六%を占めていた。GE社は、WH社がGE社の裁量によって決定される価格で販売するという条件の下に、WH社に対し、電球を製造・販売するためのライセンスを提供していた。

連邦政府は、GE社とWH社を反トラスト法違反で起訴した。政府側の主張は大きく二つあるが、憲法問題となるのは、GE社のWH社に対する特許権実施許諾上の販売条件および価格の制限が電灯の取引制限および販売

独占の企図という目的を実現するためのものだという点であった。

(二) 法廷意見

全員一致で、政府側の主張を棄却した。判決文はタフトが執筆している。タフトは、まず、特許実施許諾契約上の制限条項一般について次のように述べた。

「特許権者は、特許製品の製造・販売にかかわる実施許諾に、いかなる使用料や条件をそれが特許権により与えられた特許権者の報償を合理的に確保する範囲内であれば課してもよい」
その理由として、次の様に述べている。

「特許権者は、特許製品の製造に従事しつつ、同製品の製造・使用の実施権を、販売の実施権は留保しつつ、他者に譲与することができる。その場合、特許実施権者はその製品の長所を享受できる。彼はその製品を所有し、使用できる。しかし、彼がその製品を販売すれば、特許権者の権利を侵害することになる。彼は損害賠償を請求され、侵害行為を差止められるだろう。もし特許権者が一歩進んでその製品の販売権をも与えた場合、特許権者は販売条件や

価格に制限を付することができらうか。我々は、もしその販売条件が、特許権者の独占の金銭的報償を確保するために正常かつ合理的に用いられているならば、そうしてもよいと考える。特許権者の排他的権利の価值的要素のひとつは、特許製品の販売価格設定から収益を得ることである。法外な価格でない限り、価格が高いほど収益も大きくなる。もし、特許権者が他者に製造・販売の実施権を与え、また、自らも同様の権利を留保して、自己のために製造・販売している場合、特許実施権者の特許製品の販売価格は、特許権者自らが販売する同様の製品の販売価格に必ず影響を与えるだろう。特許権者が自己の実施権者に次のようにいうことは全く妥当であると考ええる。『貴社は我が社の特許を利用して特許製品を製造販売してよろしい。しかし、それは我が社が自ら製造販売して得られる収益を損わない限りにおいてである』と」

要するに、タフトは、GE社のWH社に対する価格拘束を、特許権者の通常で合理的な報償に不可欠であるという論理を展開することによって正当化し、特許実施許

諾契約の価格拘束に対しては、反トラスト法は適用にならないとしたのである。

(三) その後

次稿において詳しくは紹介する憲法革命の結果、特許実施許諾契約上の価格拘束条項に対する反トラスト法の適用という問題は、より厳しく審査されるようになった。その結果、この判決は、連邦最高裁判所の一連の判決によって、その適用範囲を限定されて行く。しかし、この判決のリーディングケースとしての先例性は、司法省反トラスト部の精力的な廃棄提唱にもかかわらず、辛くもではあるが、今日も維持されている。

一三 ラム対ライス事件

これまで、米国判例で問題となった人種差別と言えは専ら黒人差別で、若干インディアン差別事件があった程度であった。それに対し、この *Lum v. Rice*, 275 U.S. 78 (1927) 事件では、中国人に対する差別が問題になった事件である。

(一) 事件の内容

マーサ・ラム (*Martha Lum*) は、九歳の中国系米国

人である。彼女の住むミシシッピ州ポリバル学区には中国系生徒のための学校はなく、しかもミシシッピ州義務教育法 (compulsory attendance laws) の定めるところにより、彼女は通学を義務づけられていた。それにも関わらず、同学区のローズデール中等学校 (Roseedale Consolidated High School) は、一九二四年、彼女が中国系であるという理由から入学を拒否した。

下級裁判所は、原告である彼女の父ゴン・ラム (Gong Lum) の請求を認め、学校の理事会に対し、彼女の受け入れを強制する職務執行令状 (writ of mandamus) を発行した。

そこで、今度は学校理事長であるライス (Rice) 等の理事会メンバーが、ゴン・ラムを相手取って訴えを提起した。州最高裁判所は、下級審決定を覆し、マーサー・ラムを白人校から除外することを認めた。白人と有色人種の児童を分離した学校を維持することがミシシッピ州憲法の要求するところだからである。そこで、ゴン・ラムは連邦最高裁に上告した。

(二) 法廷意見

連邦最高裁は、全員一致で上告を棄却した。判決はタ

フトが執筆した。タフトは、プレッシー事件の先例に忠実に従い、次の様に論じた。

「ほとんどの分離教育は、白人生徒と黒人生徒のそれぞれに独立した学校を設立することを介して行われていることは真実である。しかし、我々は、この問題で何らかの差異があるとか、何らかの違う結果に達することができると考えることはできない。〈中略〉問題は白人生徒や黄色人種の生徒の間でも当然、同様に決定されるべきである。その決定は、その公立学校の調節状態に関する裁量の範囲内であり、憲法第一四修正に抵触するものではない。」

(三) その後

この判決が覆されるのは、一九五四年のブラウン事件 (Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483) 判決まで待たねばならない。

一四 オルムステッド対合衆国事件

この Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928) 事件は、電話の盗聴に関する米国で最初の判例である。

(一) 事件の背景

一九一四年まで、米国の司法制度では、刑事裁判における証拠の妥当性の問題に関しては、ほとんど問題にされず、証拠が得られれば、法廷でそれが得られたプロセスが問題になることは先ず無かった。唯一の制限要因は、警察官が、証拠を得るために法律を破ることはできないということであった。その結果、今日、違法な押収とされるものは、当時は普通に認められていた。

それを変えたのが、一九一四年に連邦最高裁判事が全員一致で下したウィークス (Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914)) 事件判決であった。この事件で、連邦最高裁は搜索令状無しに民間住宅を搜索して得られた証拠は、第四修正に違反すると判決した。そして、違法に得られた証拠を連邦裁判所で証拠として採用してはならないとした。その先例が存在する状況下で電話盗聴の証拠能力性が問題になったのが本事件である。

(二) 事件の内容

オルムステッド (Roy Olmstead) は、禁酒法に違反し、違法にアルコールを所有し、輸送し、販売したかどで有罪判決を受けた。この事件ではオルムステッドの他

に計七二人が起訴された、という大規模な事件であった。酒の輸送には海上船舶を使用し、シアトルには地下倉庫を備え、中央事務所には幹部の他、簿記係、セールスマン及び弁護士までが常駐していた。記録に依れば、売り上げは悪い月でも一七万六、〇〇〇ドル、全体を平均すれば一年間に約二〇〇万ドルに達していた。オルムステッドは、この事業の総支配人で、利益の五〇%を受け取っていた。

この犯罪の証拠は電話の盗聴によって得られた。盗聴器は事務所のある建物のそばの道路や建物の基礎に設置されており、禁酒法事務局がオルムステッドその他の電話の盗聴設備を設置するに当たっては、いかなる法律にも違反していなかった。盗聴は数ヶ月にわたって続けられ、その記録は明白にオルムステッド及びその被備者達の犯行を証明していた。会話に関して速記録が作成され、その正確さは政府官僚の証言によって基礎づけられた。オルムステッドは、電話の盗聴を証拠として採用することは、第四修正及び第五修正に違反しているとして、連邦最高裁判所に上告した。

(三) 法廷意見

連邦最高裁判所の意見は五対四に分かれた。タフトが判決を執筆した。まず、次の様に指摘する。

「この事件に関しては第四修正がまず侵害されない限り、第五修正が適用される余地はない。被告人等が電話を通じて会話するよう誘導するよう強制された証拠はない。彼らは継続的かつ自主的に、盗聴されていることを知らずに、ビジネスを行っていた。したがって、我々の検討対象は第四修正に限定されねばならない。」

その上で、上述のウィークス事件判例に言及する。

「ウィークス事件の顕著な結論及びそれから導かれることは、それが第四修正に関する広範な宣言であるが、しかしそれは証拠を参照したり、法廷で証拠を利用したりすることを制限しているものではなく、実際には、官憲が修正条項を侵して証拠を入手した場合に、その採用を禁止しているものである。したがって、もし問題の証拠が適切なものであれば、それを得るための方法は重要ではなく、多くの証拠は通常のコモン・ローの下に適切であると想定され

る。〈中略〉第四修正のよく知られた歴史的な目的は、一般令状ないし援助令状に対して向けられており、それは政府の武力が、個人の住宅、身体、書類及び所持品を搜索するために使用されることを防ぎ、その意に反して押収されることを防ぐことにある。」
こう述べて、ウィークス事件を含むいくつかの判例を引用する。その上で、次の様に結論を下した。

「米国は郵送された封書のように、電報や電話によるメッセージには配慮していない。修正条項は、今回の行為は禁止していない。搜索は全く行われていない。証拠は聴覚の使用によって、そしてそれのみによって獲得されている。被告人の住居ないし事務所への侵入は行われていない。五〇年前に電話が発明され、そして会話を拡大する目的でそれを利用することにより、人は離れた場所の人と会話できる。修正条項の文言を、被告人の家や事務所から到達できる全世界につながる電話線を含むように拡大解釈することはできない。電話の盗聴は、彼の家または事務所がハイウェイに沿って伸びているものでない以上、家や事務所の一部ではない。」

(四) 反対意見

この事件では、ブランダイス、ホームズ、ストーン、バトラーの各判事が反対意見を書いたが、ブランダイス判事の反対意見が極めて名高いので、それだけをここでは紹介する。

「修正条項によって保護が保障される範囲ははるかに広い。我が憲法の制定者は幸福の追求に有利な条件を確保することを約束した。彼らは、人間の精神的性質、その感性、及びその知性の重要性を認識した。彼らは、苦痛や喜び、そして人生の満足の一部だけが物質的なもので見出されることを知っていた。彼らは、米国人を、その信念、その思想、その感情、そしてその感覚に関して保護するように努めた。彼らは、政府に対して、一人でいられる権利 (the right to be let alone) という、文明的な人間にとって最も包括的かつ最も高く評価される権利を付与した。どんな手段を用いてであれ、個人のプライバシーに対する政府による不当な侵入は、第四修正の違反とみなさなければならぬ。そしてその様な不当な侵入によって得られた事実を刑事手続において

て証拠として採用することは、第五修正の侵害とみなされなければならない。」

こうして、電話線の盗聴はプライバシーの侵害であるが故に第四修正に違反し、それに違反して得られた証拠の利用は、第五修正に違反すると主張したのである。

(五) その後

このオルムステッド判決は、一九六九年になってウォーレン・コートにおけるカッツ (Katz v. United States, 389 U.S. 347) 事件判決によって変更された。

一五 ウィスコンシン州対イリノイ州事件

英米法の基礎には、コモン・ロー (common law) とエクイティ (equity) という二つの法準則があるが、この Wisconsin v. Illinois, 278 U.S. 367 (1929) 事件においては、連邦最高裁判所のエクイティ権限が問題になった。コモン・ローは、本来、イングランドのコモン・ロー裁判所が下した判決が集積してできた判例法体系である。これに対し、エクイティは、大法官 (Lord Chancellor)、すなわち今日の法務大臣を頂点とする行政機関が行った

個別的な救済が、雑多な法準則の集合体として集積したものである。

コモン・ローとエクイティの間には、主に次のような違いがある。

1 コモン・ローは契約法、不法行為法、不動産法(物権法)、刑事法の分野を中心に発展してきたのに対し、エクイティは古来のゲルマン法が対応していなかったその他の法分野を規律する法体系である。

2 コモン・ローは民事事件の救済としては金銭賠償を主とするのに対し、エクイティでは差止命令(injunction)、特定履行(specific performance)など、機動的、実地的な救済手段を認める。

3 コモン・ローの訴訟では陪審審理が用いられるのに対し、エクイティの訴訟では伝統的に陪審審理が用いられない。

4 伝統的には、コモン・ローの訴訟とエクイティの訴訟は別々の裁判所で取り扱われてきた。そして、コモン・ローは厳格な手続を採用してきたのに対し、エクイティの訴訟では比較的柔軟な手続

運営がされてきた。

このような歴史的差異のある両制度であるが、今日では、通常英米両国とも、両制度を同一の裁判所が取り扱うようになってきており、その訴訟手続きにも余り違いはなくなっている。それでも、英米法の中でコモン・ローとエクイティの違いは広く認識されている。

憲法訴訟という観点から見た場合、最大の差異は、エクイティ事件においては、上記2の差止命令や特定履行の命令を下すことが可能な点である。すなわち、憲法訴訟の最終段階において、争点になっているのが自由権の侵害の場合であれば、裁判所としてその侵害の違憲・無効を宣言し、残る被害があれば、それに対して金銭賠償を命じれば、問題は解決する。それに対し、それ以外の権利の侵害が問題になっている場合には、問題を除去するためには、何らかの救済法が必要となる。ブラウン事件におけるバス通学命令などはその典型である。

本事件においては、エクイティ裁判所としての連邦最高裁判所が、どの範囲で判決を下しうるかを明確にした点に、歴史的意義がある。

(一) 事件の背景

この事件で問題になっているのは五大湖の水利である。イリノイ州及びシカゴ衛生区⁽²⁶⁾では、シカゴ市の汚水・汚物を、下水路を兼ねる運河に排出していたが、汚物の量が増大し、不衛生になった事から、五大湖から取水して運河に注水し、強制的に押し流すという方法を使用するようになった。それを許容する法的根拠は、河川港湾法 (Rivers and Harbors Appropriation Act, 30 Stat. 1121 (1899)) にあった。すなわち、同法一〇条は、合衆国の航行可能な水域に関し、連邦陸軍長官 (Secretary of War)⁽²⁷⁾ は、航行可能な水域に架ける橋の免許や埠頭および海岸線の保守に関する広い権限を定めていた。これに基づき、連邦陸軍長官が取水許可を与えていたのである。シカゴ市の発展と共に汚物の量も増大したことから、衛生を保つため必然的にその取水量を大幅に増大し、この時期にはミシガン湖から、毎秒八、五〇〇立方フィートの取水を行うようになっていた。

この大量の取水に伴い、五大湖及びそれに接続する河川の水位が最大六インチも下がり、その水上航行に支障を来すようになった。そこで、イリノイ州以外の五大湖

及びその接続水域に面するウィスコンシン、ミネソタ、ミシガン、オハイオ、ペンシルヴァニア及びニューヨークの諸州が、イリノイ州及びシカゴ衛生区を相手取って、その取水の差し止めを求めて提起したのがこの訴訟である。他方、その下水路兼運河は、北米大陸の大分水嶺を超えて最終的にはミシシッピ川に繋がっており、これはミシシッピ川流域の諸州からシカゴへの重要な通商路として発展していた。したがって、取水制限が行われることになる、その運河の水位が下がって船舶の運航に支障が生じ、それら諸州は大きな経済的打撃を受ける恐れがある。そこで、ミズーリ、ケンタッキー、テネシー、ルイジアナ、ミシシッピ及びアーカンソーの諸州は、裁判所の許可により、イリノイ州側の共同被告となり、訴えの却下を申し立てた。

つまり、この事件では、事件名としては、二つの州名のみが上がっているが、それは紛争の当事者となっている州の筆頭になっている州名が上がっているだけで、実際には合計一三の州が原告ないし被告として訴訟に参加しているという巨大訴訟であった。

この事件は、州と州との争いなので、合衆国憲法三条

二節の定めるところにより、連邦最高裁判所が第一審裁判所である。

(二) 特別補佐官の活動

連邦最高裁は、ウィスコンシン州等の訴えに対し、専門家⁽¹⁾を特別補佐官 (special master) として選任し、調査に当たらせた。特別補佐官の見解によれば、シカゴ衛生区によって行われた毎秒約八、五〇〇立方フィートの取水は、湖及びそれに接続する水路の平均水位低下の原因となった。すなわち、ミシガン及びヒューロン湖では約六インチ、エリー湖とオンタリオでは約五インチ低下し、接続する河川および港でも同程度の低下が見られた。毎秒一、五〇〇立方フィートの追加、すなわち全体で合計毎秒一立方フィートの取水は、ヒューロン湖とミシガン湖でさらに約一インチの水位の低下を引き起こし、エリー湖とオンタリオ湖では一インチ弱の、そして接続水路内でもそれに対応する水位の低下の原因になる。

しかし、シカゴ市及びイリノイ州は特別補佐官の見解に反対し、問題の解決を遅らせたので、最高裁は一九二八年四月二三、二四の両日にわたって、裁判官全員出席の上、特別審理を行った。

(三) 法廷意見

タフトは、まず原告、被告両者の見解を整理した。

被告諸州は、本件取水は、州際通商権限に基づく連邦議会の立法の結果であり、侵害があるとしても、それは原告諸州に損害賠償が認定されない損害 (damnum absque injuria) であると主張した。

これに対し、原告諸州は、第一に、合衆国憲法の定める州際通商権限に基づく規制は、その水を、大分水嶺を超えてミシシッピ流域に移送することにより、連邦議会が五大湖の航行能力を侵害する権限を定めたものでは決して無いこと、第二に、水の移送は、ある州の港の優先順位を他の港よりも上げることが禁じている憲法に違反していること、そして、第三に、原告諸州とその市民に対し、この侵害は適正手続き保障なしに、その財産権を侵害するものであり、連邦構成員としての主権を侵害するものである、と反論している。

もし、これらの問題のいずれかが原告諸州に有利に判定されるならば、判決は彼らの優位に下され、取水は制限されねばならない。

最高裁判所の選任した特別補佐官は次の様に述べた。

「転用は衛生を主たる目的としていることに疑いの余地はない。取水した水の、ミシシッピ河への水路への分水事業や、ないしその水路での航行に貢献する可能性という利益ということがいわれているが、本当は、イリノイ州及び衛生区によるシカゴの下水の処分し、向上させ、維持し、発展させることが支配的要因となっている。

衛生上の緊急性には劣後するものの、電源を開発するために運河の流れを利用する目的は、間違いない存在している。これまでのところ、転用水は発電に使用されているが、この使用は単に偶発的である。」

タフトは、このような状況の下においては、最終的に連邦裁判所が介入するほかはないとし、次の様に述べた。

「前述の目的とその完了に必要な期間を達成するために必要な実際的な措置を決定するためには、そこに専門家の審査が必要となり、必要な法令の適切な規定は慎重な検討が必要になる。このような理由から、さらなる検査のための特別補佐官を任命することとする。彼は承認され、各当事者が提示する証

人を聞いて、彼自身の選択の証人を呼ぶように指示される。

以上、命令する。」

(四) その後

翌年になって、最終的な判決が下された (Wisconsin v. Illinois, 281 U.S. 696 (1930))。その概略を紹介すると、一九三〇年七月一日から一九三五年一月三十一日まで、年間平均で毎秒六、五〇〇立方フィートまでの取水は認める。一九三五年一月三十一日から一九三八年一月三十一日まででは、毎秒五、〇〇〇立方フィートまでの取水は認める。それ以降は毎秒一、五〇〇立方フィートまでの取水しか認めない。このように一方において取水制限を徐々に強化しつつ、一定の過渡期を認め、その間にシカゴ衛生区に下水処理場の建設を行わせる。その場合、シカゴ衛生区は、裁判所書記に、一九三〇年七月一日を第一回として、半年に一回ずつ、すなわち各七月一日と一月一日に、シカゴ衛生区によって提案されたプログラムで概説されていた下水処理場及びその設備の建設工事の進捗状況を記載した報告書を提出するものとし、それには稼働を開始した下水処理場の運転状況や効果を

記載し、また、この判決の申し渡しからその報告までの期間中にミシガン湖から取水した平均水量も記載するものとする。原告または被告は、上述した報告の提出にかわりなく、この判決に従い、それ以上の行動または救済を申告することができ、当裁判所は、上記訴訟に関し、何らかの命令や指示、ないし本判決の変更または補足、その他本争訟の主題との関係で適切であると認められるあらゆる措置を執る権限を有する。

こうして、裁判所の監視下に、シカゴ市は近代的な下水処理場を建設することで、この巨大訴訟は決着したのである。

「おわりに」

この憲法判例史的にはロックナー時代 (Rochner Era) と呼ばれる時代、社会が激しく変動するのに対応して、連邦議会はそれまでになかった様々な立法を行った。これに対して、連邦最高裁判所は、多くの場合にロックナー時代にふさわしく、社会の変化に抵抗するような保守的な判決を一般的には下している。しかし、本稿に紹介したとおり、社会変化を肯定する進歩的な判決

もいくつか下しており、その意味で全体としての方向性が不明確である。

その原因は、直接には連邦最高裁判所が進歩派と保守派の微妙な均衡の上に立っており、そのためにディ判事やピトニー判事のような中間派がわずかに意見を変えることで、判例が激しく揺れ動いたためである。しかし、より根本的には

(進歩的判決も)「その手法はホームズの消極主義と異なり、むしろ司法が積極的に州法の内容を吟味し、それが好ましいと判断すれば合憲とするものであった。したがって結果においては進歩的であつても、その手法はペカム判事などの古い世代のそれと、それほど変わらない。であれば、最高裁が何を好ましいと考えるかによって判決は左右される。保守的にも進歩的にも結果が揺れる可能性²⁸⁾がある。」つまり、基本的に司法積極主義を採用しているために、個々の判事の主観の揺れが、本稿に紹介した判例の揺れを導いたのである。

こうしたわずかの差異により判例が揺れ動き、迷走する現象は、この後いよいよ加速していくことになり、そ

の影響を受ける米国民にとって耐えがたいものとなって、次稿で取り上げる憲法革命に至るのである。

- (1) 合衆国訟務長官 (United States Solicitor General) : 一八七〇年(グラント大統領時代)に創設された官職で、連邦最高裁判所で政府が関わる訴訟を遂行し、あるいは監督する。すなわち、訟務長官は口頭弁論を自ら、あるいは副長官等を通じて行うと共に、下級審に係属した事件のどれを連邦最高裁判所に上告するかを決定することなどを任務とする。今日、連邦政府が関わる訴訟は連邦最高裁判所に係属する事件の三分の二に達している。参照 || 司法省訟務長官ホームページ || <http://www.justice.gov/osg>
- (2) ロックナー事件 (Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)) 判決については拙稿「第一四修正と裁判所—ウエイト第七代長官及びフラー第八代長官の時代—」日本法学七九卷二号一九二頁以下参照。
- (3) 南北戦争に関連して発生した憲法問題については、拙稿「南北戦争後の憲法秩序—チェイス第六代長官の時代—」日本法学七九卷一号一二五頁以下参照。
- (4) この憲法改正の原因になったポロック対農民信託会社事件については、拙稿「第一四修正と裁判所—ウエイト第七代及びフラー第八代長官の時代—」日本法学七九

ロックナー時代 (甲斐)

卷二号一八二頁以下参照。

- (5) 女性参政権の承認問題については、マイナー対ヘイパーセット事件(拙稿「第一四修正と裁判所—ウエイト第七代及びフラー第八代長官の時代—」日本法学七九卷二号一六九頁以下)参照。
- (6) 当時の鉄道会社は、競争のない地域では運賃が高く、競争のある地域では非常に運賃が低く設定するなど、その権力を濫用していた。そこで、議会は待遇に差別を設けることを禁じ、適正な料金を決める権限をICCに与えたのである。なお、一九〇五年、ICCの権限は陸上輸送委員会に移譲され、ICCは廃止された。参照 || 連邦官報事務局ホームページ || <https://www.federalregister.gov/agencies/interstate-commerce-commission>
- (7) 二つの合衆国銀行問題に明らかとなり、米国には中央銀行制度に対して、非常に根強い否定的感情がある(この点についてはマカラック対メリーランド州事件(拙稿「米憲法立法審査権の確立—マーシャル第四代長官の時代—」日本法学七八卷二号二二八頁以下)参照)。そのため、第二合衆国銀行がジャクソン大統領によって潰された後は、個々の民間銀行が紙幣を発行してきた。しかし、一九〇七年にロンドンでの米銀の手形割引拒否に端を発する恐慌が起き、アメリカ合衆国内の決済システムが混乱した。その対策として、連邦準備制度法

一五七 (六七五)

(Federal Reserve Act) 提案者の名によりオーウェン・グラス法の名で知られる) が提案されたが、依然として反対が強かった。しかし両院の間で妥協が成立し、まず下院が一九二三年一月二二日に賛成二九八、反対六〇、棄権七六で可決し、翌二三日に上院が賛成四三、反対二五、棄権二七で可決したので、その日のうちにウィルソン大統領が署名して、同法が成立した。連邦準備制度は、様々な妥協の産物で、単一の中央銀行を設立するのではなく、ワシントンD.C.に駐在する連邦準備制度理事会と一二地区に分割された連邦準備銀行により構成される非中央集権化された中央銀行とも呼ぶべきものである。

参照＝FRBホームページ＝<http://www.federalreserveeducation.org/about-the-fed/history/>

ワシントンD.C.法律図書館協会ホームページ＝<http://www.llsdc.org/FRA-LH>

(8) アデア事件については、拙稿「第一四修正と裁判所―ウェイト第七代及びフラ―第八代長官の時代―」日本法学七九卷二号一九七頁参照。

(9) この法律の原名を次に示す。

“An Act to Provide a Penalty for Coercing or Influencing or Making Demands upon or Requirements of Employees, Servants, Laborers, and Persons Seeking Employment”

(10) 涙の道事件については、拙稿「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―」日本法学七八卷二号一五二頁以下の「ウースター対ジョージア州事件」参照。

(11) 合衆国刑法の条項は次のとおりである。

5508, Revised Statutes, 19 of the Penal Code [35 Stat. at L. 1092, chap. 321, Comp. Stat. 1913, 10183].

(12) ワシントン州職業紹介法の正式名称は次のとおりである。

“An Act to Prohibit the Collection of Fees for the Securing of Employment, or Furnishing Information Leading Thereto, and Fixing a Penalty for Violation Thereof.”

(13) ブランダイス (Louis Dembitz Brandeis) は、ブランダイス・ルールなど、米国憲法訴訟理論を代表する重要な判事なので、簡単に彼の略歴を紹介する。

彼は、一八五六年にユダヤ系移民の子としてケンタッキー州ルイスビルで生まれ、ハーバード・ロースクールに入学した。一八九〇年に「プライバシーの権利 (The Right to Privacy)」という論文をハーバード・ローレビュー (Harvard Law Review) に発表し、今日におけるプライバシー論の基礎を作り出したことは、あまりにも有名である。

大学卒業後、ボストンで彼が弁護士として活動した時代、ブランダイスは弁護士として、FCCに協力して鉄

道の独占や労働者の権利侵害と戦い、FRBの創設を助け、またFTCに様々な助言を与えた。

そうした活動が評価され、彼は一九一六年に、ウィルソン大統領によって、ユダヤ人として最初の合衆国最高裁判所陪席判事に任命されることになる。本文でとりあげた事件は、彼の就任後間もない時期の判決である。

(14) この法律は形式上議員提案となっているが、実際の内容はマッケルウェイ (Alexander McKelway) 率いる全国児童労働委員会 (the National Child Labor Committee (NCLC)) の検討の成果物であり、また、その成立に当たっては、ウィルソン (Woodrow Wilson) 大統領の強力なロビー活動が寄与していた。

参照Ⅱ米国国立公文書記録管理局ホームページⅡ
<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=59>

(15) 五号条約は、工業的企業における一四歳未満の児童の使用を禁止する。日本とインドについては特殊国条項があり、日本については尋常小学校を修了した一二歳以上の児童の雇用を認めていた。

(16) 六号条約は、一八歳未満の年少者の工業的企業における夜一〇時から朝五時までの少なくとも一時間の継続の労働を禁止している。ただし、ガラス工場等における工程の性質上必要な作業においては、一六歳以上の年少者の夜間使用を認めるほか、夜間の定義において若干の柔軟規定が含まれている。

(17) 一〇号条約は、一四歳未満の児童の農業における使用を禁止する。軽易作業の場合、通常より低い最低年齢を定めることができるとの考えを初めて導入した条約である。

(18) 一四号条約は、農業的企業における年少者の夜間使用について、その生理的必要性に応じ、一四歳未満の場合には継続する一〇時間以上、一四歳以上一八歳未満については九時間以上の休息時間を確保するよう取り締まる措置を講じることを求めていた。この程度の内容でさえ、勧告という形でしか出せなかった点に、当時の世界的状況が偲ばれる。

(19) 一五号条約は、船舶において石炭夫または火夫として就業できる最低年齢は一八歳とすることなどを定める条約である。

(20) 一連の判決は、選抜徴兵法事件 (Selective Draft Law Cases) の名で知られている。一括して審理したが、判決は、その原告がどの憲法条項に依存して違憲を主張したかに応じて分けて下された。ホワイトがいずれについても判決文を執筆した。

(21) 民兵条項とは、連邦議会に次の権限があると定めた規定である。

「連邦の法律を執行し、反乱を鎮圧し、侵略を撃退するために、民兵団を召集する規定を設ける権限」

(22) Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908) とは、オレゴ

ン州の女性の労働時間制限法の合憲性が争われた事件である。最高裁判所は全会一致でオレゴン州法を支持した。この事件では、弁護士時代のブランドイスが作成した上告書類が、その後の模範となるような優れたもので、ブランドイス・ブリーフと呼ばれることでも有名である。

(23) 先物契約とは、将来における特定の商品と特定の価格で売買する事を取り決めた契約のことである。企業は、穀物を長期にわたり安定して供給を受ける必要がある。ところが、穀物価格は季節等により乱高下する。そこで、決済期日前に反対売買することでそうした変動を相殺し、同一価格での供給を受けることが可能になる(ヘッジという)。しかし、そのためには、先物取引の担保金は少額に抑える必要がある。この結果、比較的少ない資金で多額の投機を行うことが可能となるため、投機家にとっては現物市場などよりも利益を得やすい。なお、世界最初のきちんと整備された穀物先物市場は大阪の堂島の米会所で、享保一五年八月一三日(一七三〇年九月二四日)に開設された。

(24) これは、先物取引を規制する合衆国で二番目の法律である。最初のもは一八六四年対金先物取引法(The Anti-Gold Futures Act of 1864 (13 Stat. 132))で、これはグリーンバッグと呼ばれた紙幣の、市場価格の下落を防ぐために制定された。しかし、その制定自体がグリーンバッグの市場価格の暴落を引き起こしたので、わずか

二週間で廃止された。

(25) 一ブッシュェルは八ガロンで、メートル法では約三五・二四リットルとなる。

(26) シカゴ衛生区 (Sanitary District) は、一八八九年イリノイ州法Ⅱ衛生区権限付与法 (Sanitary District Enabling Act) に基づき、一八九〇年に設立された特別地方公共団体である。米国における特別区は、区内全域の資産価値を従価方式で課税評価したものを財源とし、受益者負担原則に基づき運営される広域行政機関である。通常、米国の特別区は、利用料収入を財源とするが、シカゴ衛生区の場合には、この特別法により課税権が認められていた点に特徴がある。それは、当初一八五平方マイルの面積を管轄した。その後の法律で、それはシカゴ周辺の都市圏全体に拡大し、さらにイリノイ州の南東の州境から北のクック郡の北の境界にまで伸びる、およそ四三八平方マイルの地域に増加し、この訴訟の時点では計五四市町村で構成される組織となっていた。今日では Metropolitan Water Reclamation District of Greater Chicago (MWRD) と改称され、一一九地方自治体 (Municipality)、二〇〇地域 (Township) を含む組織となっている。

(27) Secretary of War: 直訳すれば戦争長官である。米国には当初、陸軍しか存在しなかったため、軍全体を統括する役職で、閣僚であった。しかし、一七九八年に海

軍長官 (Secretary of the Navy) が閣僚に加えられたことで、陸軍に関する責任のみを負うこととなった。わが国のような社会国家と異なり、米国は自由国家（消極国家）であるため、わが国の国土交通省に相当する国家機関は存在していない。それに代わって公共事業を掌るのは陸軍工兵隊である。その結果、国土交通省が有するような許認可権は、陸軍長官に帰属するのである。

なお、一九四七年に国家安全保障法 (National Security Act of 1947) が施行され、国防長官 (Secretary of Defense) が設置されて閣僚となった結果、今日では陸軍長官は名称を Secretary of the Army に変更され、国防長官の下に置かれることになっている。

(28) 阿川尚之『憲法で読むアメリカ史 下』PHP研究所二〇〇四年刊一三四頁より引用。

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

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

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

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区三崎町 2-3-1

(T E L) 03-5275-8510

(F A X) 03-5275-8537

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

執筆者紹介

掲載順

新井勉 日本大学教授
吉原達也 日本大学教授
藤井康博 静岡大学准教授
甲斐素直 日本大学教授

機関誌編集委員会

委員長
副委員長
委員

松嶋隆弘 吉達宏也 秋山和達 坂井吉良 関正晴 高橋雅夫 長谷川貞夫 藤井昭夫 藤本信夫 山本二夫 湯浅賢二 吉野敏 石川正登

日本法学第七十九卷第三号

平成二十六年一月五日印刷

平成二十六年一月十五日発行

非売品

編集責任者 日本大学法学会
杉本稔

発行者 日本大学法学研究所

電話〇三(五二七五)八五三〇番

東京都千代田区猿樂町二一―一四 A&Xビル

印刷所 株式会社メディアオ

電話〇三(三二九六)八〇八八番

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

Vol. 79 No. 3 January 2014

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

Tsutomu Arai, *The Provisions against High Treason and Insurgency in the Penal Code Promulgated in 1907*

Tatsuya Yoshihara, *Two Curricula Vitae of Dr. Tsurutaro Senga*

TRANSLATION

Philip Kunig, *Umweltpolitik als Verfassungsfrage und die Konsequenzen für die gerichtliche Kontrolle, übersetzt von Yasuhiro Fujii*

NOTE

Sunao Kai, *The Rochner Era*

—*The Period of White, the 9th Chief Justice, and Taft, the 10th Chief Justice*—