

# 日本法學

第七十九卷 第四号 2014年3月

論 說

大津事件における立憲制の危機

新井 勉

傷害概念と精神障害

野村 和彦

翻 訳

EUと構成国間の権限構造に関する

ペーターM. フーバー

ドイツ連邦憲法裁判所の理解

中西優美子 訳

研究ノート

憲法革命前後

甲斐素直

——ヒューズ第一一代長官の時代——

担保権侵害に対する一般的救済手段の相互関係

清水 恵介

——担保権者固有の損害賠償請求権を中心として——

判例研究

共謀加担後の暴行が共謀加担前に他の者が既に

生じさせていた傷害を相当程度重篤化させた場合の

設楽 裕文

傷害罪の共同正犯の成立範囲

淵脇 千寿保

——最高裁平成二十四年一月六日第二小法廷決定、同年(あ)第三号

傷害、強盗、建造物侵入、窃盜被告事件、刑集六六卷一―号二二八―頁——

雑 報

日本法学 第七十九卷 索引

## 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

### 翻 訳

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  
加藤紘捷 共訳

——ダイシー「代議制統治の形態は永遠のものか」——…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・クーニヒ  
高橋雅人 訳

### 研究ノート

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イ第八代長官の時代——…藤 聡 一

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……………日本大学法学部民事研究会

### 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九日第一小法決定、平成〇年（第七二〇号）………淵 脇 千寿保

詐欺被害事件 刑集六四巻五号八二九頁——

### 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——

## 日本法学 第七十九卷第三号 目次

### 論 説

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ついての帰結……………フィリップ・クーニヒ  
藤井康博 訳

### 研究ノート

ロククナー時代

——ホワイト第九代及びタフト第一〇代長官の時代——……………甲斐素直

## 大津事件における立憲制の危機

新井 勉

はじめに——『明治時代史大辞典』の大津事件像

明治二四年五月の大津事件は、一般に、政府の裁判干渉に対して大審院がこれに抵抗し、司法権独立を守った事件と理解されている。比較的新しい『日本史大辞典』を開き、大津事件の項の説明をよんで、読者はそれ以上の歴史的意义を拾いあげることが困難である。今一番新しい歴史辞典たる『明治時代史大辞典』は、大津事件の項に右の辞典の五、六倍、約一六〇〇字の説明をふしているが、不思議なことに事情は全く同じである。<sup>②</sup>

前者は各項目の説明の分量が少なく、読者に通説的な知識を与える目的で編集された辞典である。執筆者は匿名である。これに対して、後者は各項目の説明に詳細さと正確さをきし、十分な分量を配当して、読者に最新の研究成果を与える目的で編集された辞典である。各項目は署名入りの説明をふしているが、大津事件の署名者は外交史家の伊藤

信哉氏である。

大津事件の現在の研究水準からみて、なぜこのように平凡な説明しか読者に提供されないのか、読者の一人として不思議でならない。説明の末尾にふされる参考文献をみると、①安斎保『大津事件に就て』司法省刑事局・思想研究資料をはじめ、②児島惟謙『大津事件日誌』東洋文庫、③尾佐竹猛『大津事件』岩波文庫、④田岡良一『大津事件の再評価』新版、⑤新井勉『大津事件の再構成』および、⑥山中敬一『論考大津事件』が掲げられている。

伊藤氏が参考文献として大津事件の研究書のみならず、大津事件に関する史料も選んだことは、②があるから誤りない。それなら、大津事件が日露外交上の重要事件だったことから、大津事件に関する外交文書を中心として一〇〇通近い文書を収める、外務省編『日本外交文書』第二四巻の「露国皇太子大津ニ於テ遭難一件」が、何よりも重要である。第二に指折るのは、大津事件が犯人処罰をめぐる紛糾したことから、やはり①安斎保『大津事件に就て』である。第三に指折るのは、国立公文書館所蔵の「公文別録」中、大津事件関係文書を収める、我部政男氏ら編『大津事件関係史料集』の下巻である。この下巻は大津事件の外交、内政、および裁判干渉に関する重要文書を数多く所収している。<sup>④</sup> 本書なくして、大津事件を語ることはできない。伊藤氏は①を含めて、これら三つの書物の文書や史料を参照しなかったし、⑤の研究書も参照しなかった。氏は④の研究書ただ一つを参照したらしい。

国際法の大家、田岡良一氏の④『大津事件の再評価』が、学問の香り高い優れた研究書であることは、これを一読した人が齊しく抱く思いである。田岡氏は、本書で、ロシア皇太子ニコライの来遊の前、外務大臣の青木周蔵と駐日ロシア公使のデイミトリ・シェーヴィツチの間で「滞在中、万一ロシア皇太子に危害を加える者がたら、日本の皇太子に危害を加えた者と同じく、刑法第一一六条により処罰する」と約束していた、というのである。氏はこれを

名づけて、青木・シェーヴィツチ協定とも称した。氏はこの協定の存在を、伊藤博文の手記、児島惟謙の手記および林董の回顧録を根拠として主張した。

このうち、伊藤手記が記すシェーヴィツチの陳述は約束の存在を示すものではないし、林の回顧録が記す約束文書の存在は単なる伝聞にすぎない。根拠として一番確かそうな、児島手記が記す松方首相の内情説明にしても、これが果して国際法上意味をもつ約束といえるかどうか疑わしい。シェーヴィツチ本人が吹聴したのか、別の人が吹聴したのか、青木がシェーヴィツチに約束したという話は、貴族院の人々の耳に入った。津田三蔵に判決が下って僅か三日後、東久世通禧や谷干城らは、松方首相にあてた質問書中で、甚だしい「怪説」として、話の真偽を問い質したのである<sup>(5)</sup>。松方はそういう話はなかったと否定したに違いない。火のない所に煙はたたないから、何かそれに類する話があったのかもしれない。しかし、外交上の要求は通常文書で行い文書で回答するが、約束に関する遣り取りは『日本外交文書』第二四巻の中にみあたらない。もし青木・シェーヴィツチ協定と称するものがあったなら、日本側に副本が残るはずながら、これがみあたらない。もし協定が存在したならロシア側はその履行を求めるはずながら、協定を履行して三蔵を死刑にせよ、と求める文書もみあたらない。第二四巻の「露国皇太子大津ニ於テ遭難一件」の文書により日露の交渉をみていくと、逆に約束や協定が存在しなかったと考える方が辻褃があうのである。田岡氏が考察の前提として掲げる、約束なり協定なりが存在したという根拠は、ごく薄弱である。

大津事件の現在の研究水準からみて、なぜ伊藤信哉氏が平凡な説明に終始したのかという疑問は、実は容易に氷解する。伊藤氏は専ら田岡良一『大津事件の再評価』一つを参照したが、この書物の中核をなす青木・シェーヴィツチ協定は、単なる田岡氏の学説にすぎない。田岡氏はこの学説を展開して、大津事件における政府の裁判干渉の裏事情

を説明してみせた。しかし、この裏事情なるものが空中に描いた楼閣として霧散した後には、ただ大津事件における司法的過程の側面、すなわち、政府の裁判干渉に対して大審院がこれに抵抗し司法権独立を守った、という通説しか残らないのである。

広く知られるように、社会科学は自然科学と異なり、厳密な立証に限度がある。しかし、大津事件における外交面を論じるのに、一番の基本資料たる『日本外交文書』第二四卷の「露国皇太子大津ニ於テ遭難一件」の文書に一顧も与えない研究、この「露国皇太子大津ニ於テ遭難一件」の文書から出発しない研究には、研究者の一人として危うさを感じる。第二四卷の発行は占領末期の昭和二十七年三月である。この頃外務省の『日本外交文書』編纂者が大津事件の文書の取捨に何らかの作為を加える事情は、まずなかったことだろう。青木・シェーヴィツ協定の副本が本書に収められなかったのは、それが存在しなかったために違いない。

大津事件に関する史料は、これまでにほぼ出揃った観がある。大津事件に関する研究は、これまで汗牛充棟の観があるが、これからもなお出続けることだろう。今後の研究の進展のためには、汗牛充棟の研究のうち、根拠の不確かなものや誤りのあるものを指摘し、排除しておかなければならない。まず、小さなものとして「京都の旅館におけるロシア皇太子」と題される一枚の写真がある。中央にニコライと思しき人が椅子に左足をくんで座り、左右・背後にはずらっと日本の皇族や重臣が居並んでいる。昭和二六年の『画報近代百年史』第六集が最初にこれを掲載し、昭和四一年の『写真図説日本近代史』第四巻も続いて掲載した。近くは平成二年の保田孝一『最後のロシア皇帝ニコライ二世の日記』増補版や平成一〇年の礪川全次『大津事件と明治天皇』が、どちらも『画報近代百年史』第六集の写真を、その説明とともに転載した。<sup>⑥</sup>

しかし、このニコライは、一目みてわかるが別人である。<sup>(7)</sup>さらに、ニコライと一緒にいるはずのギリシア皇子の姿がないし、大津事件のさい京都にいないはずのない伏見宮貞愛や山県有朋らの姿がある。この写真の一系列目、むかって左に大隈重信、板垣退助、右に西郷従道、桂太郎が、ロシア皇族、伏見宮、有栖川宮威仁らを挟んで座っていることからみて、撮影時期が隈板内閣のときだと推測できる。それなら、このロシア皇族はニコライの叔父ヴラジミールの長男キリール大公で、<sup>(8)</sup>撮影したのが明治三一年七月、撮影場所が大公の宿舎たる芝離宮だろうということも、およそ見当をつけられるのである。

次に、大きなものとして、犯人処罰のための詔勅発布をめぐる、研究者の理解の混乱がある。津田三蔵がサーベルでニコライを襲ったのが五月一日、正確には午後一時四〇分頃である。伊藤博文の手記は、五月一五日午前、京都御所の重臣会議で、青木外相が発案し、詔勅を発布して、外国の皇太子に対する犯罪をわが国の皇室に対するものと同視しようと企図したことを記している。田岡良一氏はこれを、明治憲法第八条の緊急勅令を発布することだと理解した。氏は、この理解を念頭において、五月二一日以後の緊急勅令発布論についても言及している。氏の書物の影響力の大きさが懸念されるため、この点の誤りは、誰かが一度正確に訂正しておかなければならない。

伊藤信哉氏が参考文献の一つにあげた、新井勉の『大津事件の再構成』は、二昔前の書物である。本書は、この点を「詔勅により法律の規定をこえて裁判を行わせる。それは立憲制度をあらさまに否定するものであった。その上詔勅は天皇の言葉であつて、緊急勅令以上に天皇に責任が及ぶのであった」と記している。<sup>(9)</sup>詔勅発布論が立憲制度の否定に繋がるという理解である。一方、大津事件一〇〇年にあたる平成三年五月、関西大学が大津事件に関する講演会やシンポジウムを開催したことがある。講演会やシンポジウムの記録は、翌四年三月、書物に纏められた。書物の

名称は「危機としての大津事件」である。<sup>10)</sup> この書物の主たる関心は、何といたっても司法的過程の危機にある。従たる関心の一つに、明治立憲制の危機がある。本稿は、この立憲制の危機に重点をおいて、大津事件を考察しようと新たに稿を起すものである。

- (1) 日本史広辞典編集委員会編『日本史広辞典』全一卷(山川出版社、一九九七年)三二六～三二七頁。
- (2) 宮地正人ら編『明治時代史大辞典』第一卷(吉川弘文館、二〇一一年)三五九～三六〇頁。
- (3) 吉川弘文館の『明治時代史大辞典』広告のパンフレット。
- (4) 我部政男ら編『大津事件関係史料集』全二巻の内容の概略、および研究史上の意味について、新井勉「大津事件研究史における『大津事件関係史料集』刊行の意味」(山梨学院大学社会科学研究所・社会科学研究所第二六号、二〇〇一年)参照。
- (5) 松方首相あて東久世通禮ほか一二名質問書、明治二四年五月三〇日付。大久保達正監修・松方峰雄ら編集『松方正義関係文書』第一巻(大東文化大学東洋研究所、一九九〇年)三二二頁。
- (6) 保田孝一『最後のロシア皇帝ニコライ二世の日記』増補版(朝日選書、一九九〇年)四八頁、磯川全次『大津事件と明治天皇』(批評社、一九九八年)二〇三頁。
- (7) 写真のニコライが別人だ、ということについて、新井勉「大津事件研究動向覚書②」(日本法学第六一卷第四号、一九九六年)一三〇～一三一頁。
- (8) 明治天皇紀、明治三一年七月八日条に「露西亞大公キリル・ウラジミロウイチ来朝す」の記事がある。宮内省臨時帝室編修局編『明治天皇紀』第九巻(吉川弘文館、一九七三年)四六八頁以下。
- (9) 新井勉『大津事件の再構成』(御茶の水書房、一九九四年)八三～八四頁。
- (10) 関西大学法学研究所編『危機としての大津事件』(関西大学法学研究所、一九九二年)。

## 一 詔 勅

初代首相、初代枢密院議長を歴任した伊藤博文は、初代の貴族院議長として最初の議会をおえると、これで初物をくつたと辞表をだし、神戸に遊んだ。その後帰京したが、次に箱根塔の沢へ湯治にでかけ、伊藤が環翠楼と名づけた元湯すぎきという屋号の旅館に逗留していた。そこに、五月一日夜に入って、東京の松方首相からニコライ遭難の急電が届いた。伊藤は急遽上京し、深夜参内して、天皇に拝謁した。伊藤は、一二日早朝、新橋駅に天皇を見送った後、黒田清隆を誘い、昼前の汽車に乗車し京都へむかった。一三日早朝、京都に到着するや、旧知のシェーヴィッチを見舞うことから始め、日露間の友好維持に務めるなど、側面から事後処理を進めた。

大津事件が無事片づいた後、伊藤は五月一日午後八時、塔の沢で夕食中に急電が届いたときから筆を起し、事件に関する手記を書き始めた。擱筆したのは、五月一六日の夕方、伊藤や榎本武揚が神戸でシェーヴィッチと会見した模様を記録しおえたときである。この五月一六日は、昼前、神戸居留地の東洋ホテルで、青木外相がシェーヴィッチから、今回の事件につきロシア側は求償権を放棄すると伝達された<sup>(11)</sup>、日本側の記憶に残る日である。この伊藤の手記の中に、五月一五日午前、京都御所控えの間における重臣会議で、青木の発案により詔勅を發布しようとした記事がある。全文次のようである。<sup>(12)</sup>

十五日午前十時参朝。列坐の人員は前日に同し。但、井上伯、野村子及三好検事長も参会す。前日来処刑の論あり。何れも皇室罪に擬するは異議なし。三好検事は、東京政府は各大臣大に尽力せられ、皇室罪を以て罰せんことを主張せらるれとも、大審院判事<sup>(13)</sup>中異議を挟むるもの多く、謀殺未遂罪にあらされは或は纏り難きを説く。

青木子は、詔勅を發し、外国の皇帝及其継嗣に對したる罪犯は、法律上に於て之を我皇室に對し犯したるものに擬せんと意を以て勅書案を提出す。余、其文案に加筆す。青木子、伊東樞密院書記官長を呼び、其意見を問。

伊東の所論大に反對す。詔勅の論、茲に於て止む。午後に至り尚朝來の議論一定せず。(後略)

前日の五月一四日、京都御所控えの間における重臣會議に列座したのは、西郷従道内相、青木周藏外相、土方久元宮相、伊藤博文宮中顧問官、黒田清隆樞密顧問官の五人である。この日は、天皇が東京からよびよせた樞密顧問官の榎本武揚、内閣の連絡役としてきた元外相の井上馨、駐仏公使の野村靖や、検事總長の三好退藏が参加した。この日の詔勅發布の議論について、發案者の青木の自伝は、次のように記している<sup>13</sup>。

公使の來意は、予より西郷・土方・伊藤・黒田の諸氏に伝へたるを以て、諸氏は津田を如何にして重刑に処すべきか、換言すれば、刑法の孰れの条項に依て彼を処分すべきかとの疑問を起し、土方宮内大臣は率先して、

「津田を死刑に処すべし。」

と主張せり。(中略)

衆議は予の意見を、偏狭にして此の事變に処する適當の案に非ずとなし、第一百六条適用説を固執せしも、予は断乎として之に反對し、且曰く、

「司法官の見解如何は予の干与する所に非ざるも、要するに、行政官として、法律の正文を曲解すべく司法官に要求するが如きは、一層不可なり。然れども、聖慮優渥、露太子の奇禍を悲ませられ、露国の憤怨を慰むべく適當の策あらば実施すべしとの思召あらば、茲に好意を表彰すべき一案あり。其は他なし。詔勅を發して『朕は他国の皇族を自国の皇族と同一視す』と宣はせらるること是れなり。此の類の変則は、往昔伊太利に於て実行せ

られたる事あり。故に、此の詔勅発せられたらんには、或は司法官の見解を多少動すことを得ん。」  
と。此の説には、伊藤伯も大に賛成の意を表し、

「本案は実に青木の一本槍なり。」

と讃歎せしも、伊東巳代治氏の反対せし為め、終に実行せらるるに至らざりき。

天津事件に関する伊藤の手記には、思い違いがあればそれを別として、おそらく作為や曲筆はないだろう。伊藤にとって、その必要がなかったからである。一方、青木の自伝は、史料として中々の曲者である。自伝中、天津事件の部分を記したのが明治四一年以後であることは、右の中略のところ、刑法第一一六条に「現行刑法第七十三条」と注記があることからわかる。時間的な隔たりが内容の不確かさを招き、右の重臣会議の月日・場所について、伊藤が五月一四、一五日、京都御所においてと記しているのに、青木は月日も場所も記すことなく、二日間の出来事を一緒くたに扱っている。しかも、青木が天津事件に引責し外務大臣の辞職におこまれたこと<sup>14</sup>、辞職により軌道にのつていたイギリスとの条約改正交渉が頓挫したこと、二つの無念の思いが青木自伝に大きな影をなげかけている。作為や曲筆が生じる素地は十分あった。のみならず、天津事件における青木の対応の不手際は、青木自身が三蔵の死刑論を真つ先に力説しなければならぬ立場にいたし、そのため伊藤と並んで死刑論を力説しながら、<sup>15</sup>自伝ではこれを隠蔽し、逆に自分が死刑論に反対したと記す曲筆となった。

詔勅発布論の今一人の関係者は、青木、伊藤に発布を断念させた枢密院書記官長の伊東巳代治である。伊東は天津事件に関する手記を残さなかつたらしい。昭和一三年、晨亭会が編集した『伯爵伊東巳代治』は、昭和九年に没した伊東の本格的な伝記である。しかし、これをみても、伊東が反対した詳しい事情はわからない。本書は、伊藤手記の

五月一五日の記事をそのまま引用するにすぎない。念のため、前後の記述を次にひいておこう。<sup>(16)</sup>

伯も亦京都に出張を命ぜられたるを以て、宮廷列車に陪乗して同夜京都に入り、木屋町大可樓に止宿して、連日京都御所に出務し、還幸の後神戸に転じて、数日の後東京に帰着したり。而して伯の京都滞在中は、伊藤の命を受けて機務に参加したるのみならず、我が皇室と露国帝室との間に交換せられたる、数次の御親電御宸翰の起案翻訳にも尽瘁する所多大なりしと云ふ。(中略)

此の擬律問題に就いても、伯は終始其の議に参して尽力する所多かりしなり。殊に伊藤公秘録の中に(中略)と見えたるが如く、当時伊藤を始め元老大臣等は、窮余の一策を案出し、詔勅を奏請して司法部を制圧し、飽くまでも皇室罪に問はしめんと企図したりしが、伯の反対によりてその議沙汰止となり、能く司法権の独立を保持することを得たるは、実に特筆大書すべき事績なりと謂はざるべからず。

詔勅問題を考察する上で、伊東の伝記は大した史料ではない。やはり伊藤手記と青木自伝によるしかない。二つを比べてわかるのは、詔勅は青木が起案し、伊藤が加筆したが、伊東巳代治が反対して発布中止となった、というのである。五月一日、事件突発の日の午後九時、天皇が勅して、ロシアとの善隣の好誼を毀傷することなかれ、と松方首相に命じた勅語は、<sup>(17)</sup>かなりしられるとおり、伊東が起案した。我部政男ら編『大津事件関係史料集』下巻は、この勅語の原案を所収している。<sup>(18)</sup>しかし、五月一五日の勅書案は容易にみあたらない。もつとも、幸いなことには、青木自伝の校注者たる坂根義久氏がこれを発見し、自伝の中で紹介している。<sup>(19)</sup>

青木は、

「帝国と善隣の好を締結したる、各国の主権者及嗣継者は今日以後法律上、朕之を帝国の皇族として識認す。

汝衆庶此意を体し、法律上に於ても之を待つに皇族の資格を以てすべし」〔外務省記録〕の緊急勅令案を起草、伊藤が加筆修正している。

嗣継はあとつぎを意味し、継嗣ともいい、皇太子をさす。識認は見慣れないが、明治十一年、久米邦武編の『米欧回覧実記』は、例言の第三で「今より後は、之を上にして、政府の下に事を執るもの、此意を識認し、盛運を維持せざるへからず、之を下にしては国民たるもの、亦此意を識認し、盛運に競励せざるへからず」と使っている。<sup>(20)</sup>ここで問題は、坂根氏が勅書案を緊急勅令案と記したことである。同じ誤りが、大久保利謙氏の次の記述の中にもある。<sup>(21)</sup>

政府大官は、色をなして不満の意をあらわした。閣僚中青木外相は緊急勅令をもって、皇室罪の非常適用の手段をとろうとし、大審院の堤正巳以下の担当判事に個別説得を行って、その目的を達しようとした。青木外相が、このような苦肉の策を強行しようとしたのは、かれがロシア側に犯人津田は死刑に処せられるはずだという言質をあたえていたからであった。

大久保氏は高名な近代史家である。氏にして、一般書とはいえ、右の記述は杜撰である。青木が皇室罪の非常適用の手段をとろうとした、というのはよい。しかし、五月一八日昼すぎ、八重洲の司法省で、堤正巳ら四人の担当判事を個別に説得したのは、山田顕義法相、大木喬任枢相、および陸奥宗光農相の三人である。<sup>(22)</sup>京都にいる青木がそれに関与できたはずはない。確かに、五月二〇日六時頃、京都御所で、拝謁をおえた堤ら五判事に対して、青木が西郷とともに説得を行った事実はある。<sup>(23)</sup>これは個別説得とはいわない。さらに、緊急勅令をもって、というのは、おそらく青木自伝中、右にひいた坂根氏の緊急勅令案を鵜呑みにしたものだろうが、これが誤っている。青木や伊藤は詔勅の発布を企図したのであり、緊急勅令発布を企図したのではない。なお、大審院で三蔵の裁判長を務める堤は、兎島の

手記が正巳と記しているが、三蔵の判決書の署名は正巳である。<sup>24)</sup>

さて、大久保氏も坂根氏も国史畑の近代史家だから、詔勅と緊急勅令の区別がわからなくても無理はない。ところが、困ったことに、法律畑の国際法の大家にして、二者の区別が誤っている。これは無論、田岡良一氏の『大津事件の再評価』を念頭においている。問題の箇所を引用すると大きな場所をとるが、引用者の恣意が入らないようにするため、そのまま引用しておこう。<sup>25)</sup> そのあとで、立憲制の危機について論じようと思う。

青木の発案になる詔勅とは「朕は我が国と国交を結んでいる各国の君主および継嗣を、今後法律上わが国の皇族として認める。故に国民もこの意を体して、法律上皇族の資格をもって待遇せよ」という意味のものであり、その意図する所は、わが国法のうち天皇または皇太子の特殊地位を定めた部分は、すべてその適用範囲を外国の君主および継嗣にまで拡張しようとするのである。従ってこれまでの法律を広範囲に亘って修正することになる。これを普通の勅令でなすことはできない。普通の勅令とは、天皇の一存（従って行政部の一存）で出す勅令をいうのであるが、この種の勅令で法律を修正したり廃止したりはできない。勅令でこれができるのは、憲法第八条に基づいて出される緊急勅令だけである。緊急勅令とは、国会が閉会中に緊急の必要が生じて、法律を修正したり新たな法律を作ったりせねばならぬ場合に出されるもので、次の国会が開かれたときこれに付議して賛成を得なければ、以後効力を失う。この勅令は、一時的とはいえ法律と同等の効力をもつ重要なものであるから、政府の一存で直ぐ出すことは許されない。必ず枢密院に付議してその意見を聞かねばならぬ（明治二十一年四月発布、枢密院官制。明治二十三年十月修正第六条ノ三）。青木の考えた詔勅は、わが国の法律を広い範囲に亘って修正することになるものであるから、緊急勅令の形式をとるより外は不可能であった。青木が伊東枢密院書記官長を

呼んで意見を聞いたのは、予め枢密院の空気を打診しようとしたからであろう。

もしこのような緊急勅令が出たとしたら、わが国の法令の中で、皇室および皇族についての規定を含んでいるものは、みな外国の皇室および皇族に適用せねばならぬことになり、わが国の蒙る不都合と迷惑とは計り知れないであろう。(後略)

田岡氏の所論の最初は、青木の詔勅である。氏が記す詔勅の内容は、坂根氏が紹介する勅書案を口語訳したものである。氏はこの詔勅の意図するところは「わが国法のうち天皇または皇太子の特殊地位を定めた部分は、すべてその適用範囲を外国の君主および継嗣にまで拡張しようとする」というが、法律ないしは緊急勅令でこれを定めるのならともかく、この見方は疑わしい。詔勅の意図するところは、青木のように、大審院判事を動かす、圧力をかけることにあった。もつとも、この点は深入りしない。氏は、続いて「これを普通の勅令でなすことはできない。普通の勅令とは、天皇の一存(従って行政部の一存)で出す勅令なのであるが、この種の勅令で法律を修正したり廃止したりはできない。勅令でこれができるのは、憲法第八条に基づいて出される緊急勅令だけである」ときっぱり断言している。この箇所には大きな早とちりがある。

正確にいうと、この箇所自体に誤りはない。氏がいう普通の勅令とは、明治憲法第九条の独立命令をさす。第九条は「但シ命令ヲ以テ法律ヲ変更スルコトヲ得ス」という但し書きがふされている。明治憲法が議会制を採用し、帝国議会が天皇の立法権に協賛すると定める以上、行政権の発する普通の勅令が法律を変更することはできない。法律を変更できるのは、氏が指摘するとおり、第八条の「法律ニ代ルヘキ」緊急勅令だけである。しかし、青木が発案したのは詔勅であり、起案したのは勅書案である。詔勅は詔書であれ勅書であれ、明治立憲制の下で憲法、法律、命令の

順に効力の上下を以て組織される国法体系の枠外にあった。それだからこそ、勅書案はわざわざ「法律上」という句を二度繰り返し返したのである。もし青木の起案したのが緊急勅令案だったなら、緊急勅令として成立すれば当然に新法が旧法に優越し「法律上」という句は記す必要がなかった。伊藤手記、青木自伝、伊東巳代治の伝記が揃って詔勅と記すものを、田岡氏はなぜこれを緊急勅令と早とちり、思い違いをしたのか。氏は青木が「予め枢密院の空気を打診しよう」として伊東をよんだというが、これも誤っている。五月一日夜の勅語発布を発案し起案したのは、伊東である。駢儷体を以て記す詔勅の起案に長じる人は数が少なく、葉山の井上毅を別にすれば、伊東巳代治が第一人者である。青木は勅書発布について意見をきき、勅書案を添削させるため、伊東をよんだのである。

この辺りで、伊東の役回りをごく簡単にみておこう。伊東は、井上毅、末松謙澄、金子堅太郎とともに、伊藤博文の幕僚四天王の一人である。明治二二年五月、井上法制局長官が枢密院書記官長兼務を辞したのに伴い、枢密院書記官兼議長秘書官から書記官長へ昇任した。尾佐竹猛の『大津事件』<sup>(26)</sup>は、明治二四年五月一日、事件突発直後の松方内閣の狼狽と、善後策を提出した伊東の活躍を描いている。この書物の記述は誇張がすぎるが、その日午後、伊東が松方首相によびだされ、同じ宮城内の枢密院から内閣にいき、勅語発布を発案し起案したことは、まず確かなようである。<sup>(27)</sup> 天皇から京都への出張を命じられ、翌一二日早朝、お召汽車に乗車して京都へ下ったことは、一三日付の官報に記事がある。<sup>(28)</sup> 毎日京都御所へ出務し、日露宮廷間の親電や宸翰の起案・翻訳にあたったことは、伊東の伝記が記すとおりだろう。伝記中「機務に参加したる」うちの一つが、おそらく詔勅発布の阻止をさしている。

話を元に戻そう。明治立憲制は、広くしられるように、明治憲法の下、帝国議会の協賛をへて天皇が裁可する法律を国法体系の中心においた。憲法第二三条は、国民は法律によらなければ裁判をうけることはないし、処罰をうける

こともない、と定めていた。津田三蔵を死刑に処するには、刑法を修正するしかない。幸い、第一議会が終了し議会が閉会中のため、法律と同位の緊急勅令を発して、刑法の修正と同じ効果を招来することは可能だった。発布の要件を具備するかどうかの疑問はあったが、緊急勅令の発布は一つの方法だった。しかし、このとき、青木や伊藤が企図したのは、国法体系の枠外にある天皇の詔勅に頼ることだった。

古代養老の公式令は、天皇の命令を下達する文書として詔書、勅書の二つを定めた。注釈書たる『令義解』によると、詔書は臨時の大事、勅書は尋常の小事に使用する。明治四〇年の公式令<sup>29</sup>は、詔書、勅書の内容と発布の手続きを定め、皇室の宣誥や大権施行に関する勅旨の宣誥に詔書を使用すると規定した。しかし、明治一九年の公公式は法律、命令の発布手続きを定めるだけで、詔勅に関して何も定めなかった。明治四年の廃藩置県の詔も、明治一四年の国会開設の詔も、どちらも詔書の形式によったのは、おそらく古くからの伝統に従ったものだろう。公公式の下における明治二四年の政治社会において、青木や伊藤が企図する詔勅は、五月一日夜の勅語と同じく、天皇に勅語を下してもらうことにあったに違いない。この勅語も一日夜の勅語と同じく、官報号外の詔勅欄に登載され、広く全国に知らされる。ちなみに、法律や、勅令は、それぞれ官報の法律欄、勅令欄に登載される。法律に代るべき緊急勅令も勅令欄に登載されることは、五月一六日の枢密院会議が全会一致で可決した、緊急勅令第一号の「新聞紙雑誌又ハ文書図画ニ関スル件」<sup>30</sup>を嚆矢とする。

明治憲法編纂の功績は、伊藤博文を以て第一とする。先に憲法発布の日、天皇は、この功により伊藤に最初の旭日桐花大綬章を親授した。ロシア側の出方が不明とはいえ、伊藤が青木にひきずられ、詔勅を発して法律の内容を修正しようとしたのは、伊藤の立憲制の理解の乏しさを露呈したものである。明治二四年五月一五日、天皇、副首相格の

西郷内相、初代首相の伊藤、第二代首相の黒田が揃った京都御所は、正しく国家権力の中枢だった。京都から急電により東京の松方首相に勅語を下せば、官報号外が直ちにこれを全国に報じるのである。誰の副署もない、天皇の意思が、帝国議会の定める法律を修正し、裁判所に対して言い渡す刑を指定するのである。これは、明治憲法が立憲制を標榜する下で、立憲制が封じる、いわば天皇の私的権力を発動させることにほかならなかった。青木や伊藤は、薩摩の重臣をまきこんで、揺籃期の明治立憲制を危機に陥れようとしていた。

政治史家の楠精一郎氏は、児島惟謙論において、青木の詔勅発布論に言及した。ただ、氏は「緊急勅令案に類する手段はすでに政府部内において検討されてはいるものの、法制官僚の反対で一旦は沙汰済みになっている」と記しているだけで、深入りしていない。伊藤手記の記事を簡略になぞるにすぎない<sup>31</sup>。民俗史家の礪川全次氏は、大津事件の史料や研究を博搜し、大津事件研究について多くの創見を提出した。氏の『大津事件と明治天皇』は、伊東巳代治の活躍についても、一章をあてている。しかし、青木のいう詔勅について、氏はこの章で「詔勅案の法的性質」という小見出しをふした中で、田岡良一氏の所論を引用するばかりである<sup>32</sup>。

(11) 外務省編『日本外交文書』第二四卷 (日本国際連合協会、一九五二年) 一四五～一四六頁。なお、注(9)新井『大津事件の再構成』二六頁。

(12) 岩壁義光編『伊藤博文文書』第三六卷、秘書類纂・大津事変 (ゆまに書房、二〇一〇年) 二二二～二三頁。本書は、原本の影印本である。引用のさい、カタカナをひらかなに直し、句読点をふした。平塚篤編『伊藤博文秘録』(春秋社、一九二九年) 所収の「大津事変」二五四頁は、大審院判事申異議を「さし挟むる」もの多く、と記して二字衍字がある。

(13) 坂根義久校注『青木周蔵自伝』(平凡社東洋文庫、一九七〇年) 二五二～二五三頁。

- (14) 五月二十九日、青木は外相を辞職した。引責辞職である。五月一七日、大山巖が陸相を辞職し即日枢密顧問官となり、六月一日、芳川顕正が文相を辞職し即日宮中顧問官となったが、青木には次の官職がなかった。青木が駐独公使として官界に復帰するのは、八カ月後の明治二十五年一月二十七日。
- (15) 安斎保編『大津事件に就て』下巻(東洋文化社、一九七四年)六五二〜六五三頁。安斎氏は、元大津地方裁判所予審判事の三浦順太郎の手記をのせ、三浦が三好退蔵からの伝聞として、五月一日の重臣会議で、伊藤、青木の二人が強く死刑論を唱えたと記しているという。三浦順太郎『大津事変実験記』(酒井書店、一九二九年)三六頁参照。
- (16) 晨亭会編『伯爵伊東巳代治』上巻(晨亭会、一九三八年)一五六〜一五七頁。
- (17) さしあたり、明治天皇紀、明治二十四年五月一日条。『明治天皇記』第七卷(一九七二年)八一四〜八一五頁。
- (18) 我部政男ら編『大津事件関係史料集』下巻(成文堂、一九九九年)二二五〜二二六頁。
- (19) 注(13)二五七頁。
- (20) 久米邦武編『米欧回覧実記』第一卷(岩波文庫、一九七七年)一〇頁。引用のさい、カタカナをひらかなに直した。
- (21) 大久保利謙「立憲政治の開始」一〇三頁。大久保利謙編『明治日本の開花』図説日本の歴史第一五卷(集英社、一九七六年)所収。
- (22) 児島惟謙『大津事件手記』(築地書店、一九四四年)二七〜二八頁。
- (23) 伊藤博文あて土方久元書簡、明治二十四年五月二〇日付。伊藤博文関係文書研究会編『伊藤博文関係文書』第六卷(塙書房、一九七八年)四五四頁。
- (24) 注(10)『危機としての大津事件』冒頭掲載の判決書の写真。
- (25) 田岡良一『大津事件の再評価』新版(有斐閣、一九八三年)九一〜九二頁。我が国、わが国の不揃いは、原文どおり。
- (26) 尾佐竹猛『大津事件』(岩波文庫、一九九一年)五八頁以下。
- (27) 注(16)一五四〜一五五頁。
- (28) 明治二十四年五月一三日付の官報、叙任及辞令欄に「御用有之京都出張被仰付、枢密院書記官長伊東巳代治」とあり、これ

に続く、内閣の「御用有之京都出張ヲ命ス、内閣書記官松浦良春」と扱いを異にしている。内閣官報局『官報』明治編第四卷⑰（龍溪書舎、一九八五年）一四五頁。

(29) 明治四〇年の公式令については、さしあたり、増田知子『天皇制と国家』（青木書店、一九九九年）四九頁以下。

(30) 明治二四年五月一六日付の官報号外、勅令欄。注(28)『官報』明治編第四卷⑰、号外につき無頁。なお、緊急勅令第一号の「新聞紙雑誌又ハ文書図画ニ関スル件」については、注(9)新井・前掲書一七九頁以下。

(31) 楠精一郎『児島惟謙』（中公新書、一九九七年）七二頁。

(32) 注(6)礪川・前掲書一〇七頁以下。なお、本書は、一〇九頁で「十五日の会議の席で、伊東がどのような主張をしたのかは明らかでない。しかし、法制通の伊東は、この詔勅は枢密院の批准を要することや詔勅の内容が事後法禁止に触れることについても、当然指摘したはずである」という。批准とは諮詢のことだろうが、詔勅は枢密院に諮詢しない。これは、田岡氏の詔勅Ⅱ緊急勅令論にひきずられたものだろう。

## 二 戒厳令・緊急勅令

明治二四年五月の時点で、日本滞在中の外国皇太子に対する傷害や殺人未遂などの犯罪が突発したさい、裁判所が犯人に適用する法令は、明治一三年公布の刑法である。この刑法は、明治憲法発布より前、政府が太政官布告という形式で公布した法令ながら、憲法の末条、すなわち第七六条により、憲法第三七条の定める、帝国議会の協賛をへた法律と同一の扱いをうけた。憲法第二三条は国民は法律によらなければ裁判をうけることはなく処罰をうけることもないと定めていたから、裁判手続きについては、明治二三年一〇月、政府が法律という形式で公布した刑事訴訟法により、裁判所が傷害や殺人未遂などの犯罪に適用する罰条は、無論、刑法によるのである。

刑法は、草案を起草したボアソナードを通して、一九世紀西欧刑法学の罪刑法定主義を受容した。第二条「法律ニ正条ナキ者ハ何等ノ所為ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス」が、それである。第二条は、刑法以前の法律ニ「法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ス」として、遡及時代の類推解釈を禁止した。<sup>(33)</sup> 刑法は、続く第三条で「法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ス」として、遡及処罰を禁じた。第三条は、犯罪時に法律が存在することを要し、裁判時の急拵えの法律は適用しない、という意味である。第二条、第三条の存在は、西欧の刑法学者が日本刑法を評価する大きな要素だった。<sup>(34)</sup> しかし、津田三蔵が大津でニコライの額をサーベルで斬ったとき、刑法には外国皇太子に対する犯罪の規定はみあたらなかった。三蔵を無理やり死刑に処するには、この第二条、第三条が壁になった。それを回避する一つの方法が詔勅の発布で、別の方法が戒厳令の発令や、緊急勅令の発布だった。

## (一) 戒厳令

このうち、戒厳令の発令については、伊藤博文の手記や、児島惟謙の手記に記事がある。伊藤手記をみると、五月一二日朝、新橋駅に天皇の京都市行きを見送った後、永田町の首相官舎で、閣僚、および伊藤や黒田清隆らが、朝餐を供された。その席上、三蔵の処罰が議論となった。山田法相が「裁判官中処刑の事に付、両説あり。即ち之を罰するに皇室罪を以て擬すると尋常謀殺を以てするとなり」というと、伊藤は「今般の事変は実に重大にして結局予め逆視すへからざるものあるを以て、其重きを取らざるへからず。万一異説百出しし処罰に困難なるに際せば、不得止戒厳令を発するも可なり。国家の危険を防禦する為めには非常の処置も亦施さるを得ざる旨」をのべたという。<sup>(35)</sup>

次に、児島手記をみよう。五月一三日、児島が同じ八重洲町、大審院の北隣りの司法省を訪ねた。児島が大審院の

部長や古参判事は「露国皇太子と雖も、通常法律に拠るを至当なりと解釈一致せり」と伝え、山田は「裁判官に於て其法文を固執して内閣の苦心を容れざる時は、内閣は不満のみならず、如斯国家の大事を裁判官に一任する訳に至らず。戒厳令を發し臨機の処置を為すの議起るへし」と困惑の色をみせたという。<sup>36</sup>

元大津地方裁判所予審判事三浦順太郎の手記は、検事総長の三好退蔵からの伝聞として、五月一五日の重臣会議の様子を描いている。この手記をみると、三好が裁判官の意見は通常謀殺論だということ、伊藤が「果して然らば、戒厳令を布き、極刑に処せしむることとせん」と言い放ったという。<sup>37</sup>一方、兎島手記をみると、五月一八日午前、兎島が松方から宮城桔梗門内の内閣によばれたさい、松方が「今裁判所に於て其適用の成らざるものとせば、我政府の威信を内外に失するに至るへし。依て止を得ず臨機の処置、則ち戒厳令を發し加害者津田三蔵をして死刑に処分するの外なかるへし」と、三蔵の死刑を迫ったという。<sup>38</sup>

大津事件において天皇や政府が何より憂慮したのは、ロシアの出方である。ところが、五月一六日、神戸で、青木外相はシェーヴィツ公使から、今回の事件につきロシア側は求償権を放棄すると伝達された。そのため、一八日の松方の戒厳発令の脅しは、それ以前の伊藤の放言や山田の懸念と、まず質の違ったものである。これは、五月一六日以前なら、ロシアの出方次第で、伊藤が戒厳発令へ一歩ふみだしたかもしれないという意味である。

明治憲法には、確かに、第一四条「天皇ハ戒嚴ヲ宣告ス。戒嚴ノ要件及効力ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」という規定がある。すなわち、明治憲法は、天皇大権の一つとして戒厳大権をおいた。そして、戒厳の内容は法律で定めるといながら、実際は、明治一五年、政府が太政官布告で公布した戒厳令という名称の法令一つを以て、憲法施行後も間にあわせたのである。

それなら、後に尾佐竹猛が脅露病者と謗る伊藤が、戒厳発令へ一步ふみだしたとき、①戒厳発令が実現する可能性があったかどうか。②戒厳令下、戒厳司令官がロシア皇太子を傷つけた犯人の裁判を通常裁判所からとりあげることが可能だったかどうか。陸軍省が戒厳令案を政府に上申したのは、明治一四年一二月。政府は、この草案を参事院に審査させた後、翌一五年六月、修正案を元老院に付議した。初代の参事院議長は伊藤博文ながら、審査中に憲法調査のため渡欧し、伊藤の戒厳令の理解がどの程度か疑わしい。後に、明治一〇年代後期に始まる憲法編纂過程で理解を深めたかもしれないが、発令すれば裁判を通常裁判所からとりあげられると軽くみていた節がある。

そこで、戒厳令を一瞥すると、第一条で「戒厳令ハ戦時若クハ事変ニ際シ兵備ヲ以テ全国若クハ一地方ヲ警戒スルノ法トス」と規定する。戦時というのは、外患または内乱が発生したさい政府が布告を以て定める<sup>39</sup>。事変とは何かを定める法令はみあたらない。全国に発令する場合があるとしながら、第二条以下は専ら一地方に発令することを想定して、発令区域を臨戦地境、合围地境に二分する。臨戦地境は戦時・事変のさい警戒を要する区域、合围地境は敵軍に包囲されるか攻撃されるかしている区域である。実例をあげると、日清戦争初期の明治二七年一〇月、最初の戒厳令は、大本営をおく広島全市と宇品を臨戦地境とした。日露戦争中の明治三七、八年、長崎、佐世保、函館の各要塞地帯などに発せられたのも、臨戦地境の戒厳令である。<sup>40</sup>合围地境としての戒厳令は一度も発令されなかった。太平洋戦争末期の沖縄本島にすら、これは発令されなかった。

第一条からわかるように、戒厳とは、戦時・事変のさい兵力を以て住民を対象として警戒し、治安を維持するのである。すなわち、戒厳発令により軍隊が出動し、戒厳司令官が地方の行政事務や司法事務を管掌するとともに、軍隊が集会や印行の自由を停止したり所有権を侵害したりなどする。司法について、第九条が臨戦地境内においては地方

の「司法事務ノ軍事ニ関係アル事件ヲ限り其地ノ司令官ニ管掌ノ權ヲ委ネル者トス」と定め、第一〇条が合圍地境内においては地方の「司法事務ハ其地ノ司令官ニ管掌ノ權ヲ委ネル者トス」定めている。これは司法卿の管掌する司法事務を戒嚴司令官に移すという意味であり、区裁判所や地方裁判所の裁判権をとりあげるものではない<sup>(41)</sup>。

しかし、合圍地境内においては、軍事に係わる民事、および犯罪のうち、皇室に対する罪、国事に関する罪、静謐を害する罪、謀殺故殺の罪、殴打創傷の罪、強盜の罪、放火失火の罪などは、軍法會議が裁判する。これは第一一条の規定である。その場合、第一三条で控訴上告を禁止する。元老院會議で内閣委員が「第十三条の場合には、戦時審問中の者も、戒嚴終るの日よりは之を普通裁判に引渡すなり。又其初普通裁判に属するものも、合圍地内に入るときは之を引取り、而して控訴上告は許さざるへし」と説明した<sup>(42)</sup>。すなわち、立法趣旨からみて、戒嚴令を合圍地境に発令するとき、裁判を通常裁判所からとりあげられるのである。

伊藤が口にした戒嚴令は、合圍地境を区画して発令すれば、戒嚴司令官が三蔵の裁判を通常裁判所からとりあげることは、確かに可能だった。これは明治憲法にくみこまれた天皇大権に基づくものだから、一見発令は明治立憲制を危機に陥れるものではないようにみえる。しかし、一人の巡査がサーベルを振り回したのを、第二条「敵ノ合圍若クハ攻撃其他ノ事變<sup>(43)</sup>」たと称して合圍地境を区画するのは、乱暴であり無理なことだった。事件直後、大津兵營の歩兵第九連隊が派兵し、兵士が滋賀県庁近辺に展開した。一人の敵兵もいなかった。この大津町を擬似合圍地境とするのも、軍法會議が三蔵に死刑を言い渡すのも、立憲制の運営を大きく誤らせるものである。

法制上、合圍地境内においては通常裁判所の裁判をとりあげられるが、戒嚴令運用の準備もなく、合圍地境内軍法會議の手續きも不明なまま、伊藤が戒嚴発令へ一歩ふみだすときは、伊藤は自らの手で構築した立憲制を動揺させる

のである。もつとも、この問題には、今一つの論点がある。伊藤がこれをやろうとして、果して戒厳発令が実現する可能性があったかどうか、という論点である。明治憲法第一四条の戒厳宣告は、法制上、それに先立ち枢密院に諮詢することを求めていた。しかし、諮詢した場合、井上毅や田中不二麿らが反対することは、目にみえていた。伊藤が一步ふみだしても、諮詢なしに発令するしか実現は難しかった。

枢密院官制は、明治二三年一〇月の改正により、第六条諮詢事項中に第三号「憲法第十四条戒嚴ノ宣告同第八条及第七十条ノ勅令及其他罰則ノ規定アル勅令」を掲げていた。枢密院の諮詢は憲法上の要件ではないため、この手続きをへず戒嚴令を発令しても、政治上の物議を醸すかもしれないが有効である。状況が状況だったものの、大正一二年の関東大震災のさい、政府は諮詢をへることなく、緊急勅令により戒嚴宣告を行った。日清戦争、日露戦争下の軍事戒嚴と違い、関東大震災、および明治三八年の日比谷騒擾、昭和一年の二・二六事件のさいの戒嚴令は、緊急勅令に基づき、戒嚴令中の第九条、第一四条を適用する行政戒嚴である。<sup>(44)</sup>

## (二) 緊急勅令

津田三蔵を無理やり死刑に処するには、今一つ、緊急勅令の発布があった。政府が司法部に圧力をかけ、裁判官に類推解釈をさせようとしたら、裁判官は泥を被らない。青木外相や伊藤博文が天皇の詔勅を発しようとしたら、伊東巳代治が反対した。伊藤が戒嚴令を振り翳したが、これも大した見通しがあったわけではない。残るのは、急遽緊急勅令を発布することである。刑法は、第三条で「法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ス」をおき、裁判時の急拵えの法律は適用しないと定めるが、それは構ってられない。緊急勅令はこの遡及処罰の禁止に抵触するが、それ

は構ってられないのである。

田岡良一『大津事件の再評価』は、児島惟謙の行動の法律学的批判の章の中に、第三節「緊急勅令発布の問題」という一節をおいた。新井勉『大津事件の再構成』は、特に章や節を設けなかったが、緊急勅令を扱うことに吝かではなかった。田岡氏の書物の記述にさしたる誤りはみあたらない。最初に一つだけ誤りを引用した後、本稿では、新井の書物の記述を整理して、緊急勅令の問題を点描するに止める。田岡氏の話は五月二四日深夜のことである。

何故に児島はこの時期に至って突然緊急勅令のを持ち出したのか。「この時期に至って」というのは、津田を処刑する便宜上緊急勅令を發布しようという案は、すでに五月十五日京都において青木外相が伊藤博文に提案してその賛成を得たが、伊東枢密院書記官長の反対に逢って放棄したことなのである。もともと青木案は不成立に終わったものゆえ、内密に付せられて外部には伝わらず、児島もこのいきさつは知らなかったかも知れぬ。しかしそれにしても此の時は、児島の判事らに対する干渉が効を奏し、このまま明二十五日の公判に持ち込めば、児島の欲するとき判決がなされる見込みがついたときである。(後略)

ここに、田岡氏が詔勅と緊急勅令の二者を混同しているのが、明確に示されている。氏は、五月一五日の詔勅発布論が未発のうちに葬られたことを、児島がしらなかつたかも知れないと推測している。児島は、三好退蔵からきいてしっていたかもしれないし、やはりしらなかつたかも知れない。それは問題ではない。氏が「何故に児島はこの時期に至って突然緊急勅令のを持ち出したのか」という自問は、的外れの自答を招いているが、これもさしたる問題ではない。的外れは氏が五月二〇日の勅語の意味を捉え損なつたためである。この自問に対する答えは、新井『大津事件の再構成』が次のように記している。<sup>46</sup>

裁判官も検察官も、勅語を下賜されて天皇の意思がどのようなものかを確実にしつつ、天皇が速やかな死刑判決を望んでいることは明らかであった。検察官はともかく、裁判官は、それが法律の無理な適用をしいるものであることに苦慮した。勅語と法律の板挟みになった。深刻な苦悩に陥った。そこで公判を翌日に控えた五月二四日午前一時、児島院長・三好総長は、山田法相に対して緊急勅令発布を求めたのであった。

緊急勅令の発布論は、発案者と時期を違え三度問題になった。①五月一三、四日頃か、陸奥農相が閣内で主張したが、法制局部長の尾崎三良や、枢密顧問官の井上毅が反対した。②五月二一日、穂積陳重ら大学教授総代が首相官舎に松方を訪ね発布を勧めたが、黒田清隆が松方に自重を求めた。③五月二四日深夜、大津の児島、三好が山田法相に発布を求めてきたため、政府は二四日、二五日と閣議を開き発布を議論した。これに対して井上、尾崎に加え、司法省の箕作麟祥次官、河津祐之刑事局長らが発布に強く反対した。緊急勅令は、詔勅や戒厳令と異なり具体化しそうにみえたが、結局、政府は発布を見送ったのである。

さて、緊急勅令の発布は、明治憲法第八条としてくみこまれた大権に基づくものである。すなわち、天皇は「公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其ノ災厄ヲ避クル為緊急ノ必要ニ由リ」帝国議会閉会の場合に「法律ニ代ルヘキ勅令」を発するのである。手続き上は、戒厳宣告のさいと同じく、枢密院の諮詢をへることになっていた。現に、五月一六日、政府は天皇の名において「新聞紙雑誌又ハ文書図画ニ関スル件」を発布した。

児島は緊急勅令の発布を求めたが、内容を起案したわけではない。穂積らも口頭で開陳したかもしれないが、事情は同じだろう。陸奥宗光は自ら起案し、あるいは下僚に起案させたかもしれないが、内容はわからない。緊急勅令の発布を主張する人々は、三蔵を死刑に処そうという動機から主張するのだから、その内容はおよその輪郭を推測する

ほかない。おそらく青木の起案した詔勅案を、法律案ないしは勅令案の文体に直したものであるだろう。外国皇太子を特別扱いするのはおかしいため、外国君主をもちだし「今日以後外国ノ君主及皇太子ニ対スル犯罪ハ日本ノ天皇及皇太子ニ対スル犯罪ト同ク処断ス」というものだろう。

このような緊急勅令案を前提として、尾崎三郎の反対論をみてみよう。五月一日、尾崎は風邪で気分が悪いのをおして宮城内の内閣へいき、松方に意見書を提出した<sup>47</sup>。尾崎は、①三蔵を法律の許す限りの厳刑に処するが、法律を枉げてはならない。②刑法の一部改正、あるいは緊急勅令により、外国皇族に対する犯罪をわが皇族に対する犯罪と同刑に定め将来を戒めるのは、ロシア、日本、二国の感情を慰めるのによい。しかしと、次のように論じた<sup>48</sup>。

或る論者の如く、今日緊急命令を発し、之を以て直に既往の犯人を罰せんとすることは、苟も憲法を実施する国家に於ては決して為すべからざるの事なり。刑法に曰く、何等の所為といへとも法律に正条なきものは罰することを得すとあり。若し又論者の如く、犯人を縛し然る後法律を作り、之を以て其囚人を罰することを得と為せば、凡そ人民の扱て以て生命財産を托して安心する所のあるなし。法律の保証又あることなし。暴政焉より甚しきものあらじ。

我十数年来拮据経営して以て法治国と為し憲法国と為し、漸く信を内外に得て将さに彼れ外人をして我法権の下に服従せしめんとするに際し、若し此の如き不法の所置を為さば、我信用の根底を覆へし十数年の苦心経営も一朝水泡に帰せんとす。

尾崎は、急拵えの法律、事後の法律を以て遡及処罰をしてはならない、と力説した。三蔵のニコライ襲撃は国家の汚点ながら「国家の憲章は破壊すべからざるなり。其れか為め一時の感情を慰し或は先方一時之歡心を得べきか如し

といへとも、我國家に一層の汚点を添付するなり。前の汚点は一狂夫の所為なり。憲法破壊の汚点は（もしあらは）國家責任者共同の所為なり」と指摘した。<sup>49</sup>

この尾崎の主張は、井上毅、箕作麟祥、河津祐之らの反対論を代表するものである。尾崎は五月二五日、永田町の首相官舎へいき、再び意見書を提出した。今回は具体的に第二三条をもちだし「憲法第廿三条に曰、日本臣民は法律に依るにあらされは審問処罰せらるゝことなしと。此法律とは則現在するの法律を云ふものにして、決して犯罪人を捕縛したる後に制定したる法律を言ふにあらざるなり」と、前回の論旨を繰り返した後、次のように論じた。<sup>50</sup>

仮令へ憲法に背反するも当局者責任を負ふて決すれば可なり、との説もあらん。然れとも此言は行政処分上又は憲法上与へられたる事柄に於て言ふべきことにして、万一国民の非難を受くるときは自ら咎を引き、以て累を聖徳に及さゝらんとの言なり。然るに憲法に背くの緊急命令は縦令へ諸公自ら責任を負はせらるゝも、終に聖徳を累し奉り、汚辱を後來に遺すべきものなり。

明治立憲制の下で、立憲制が封じる詔勅を發布するよりは、戒嚴令と同じく、明治憲法にくみこまれた緊急勅令を發布する方が、余程無難なようにみえる。しかし、ここでも、戒嚴令の場合と同じく、①緊急勅令發布の要件を具備していたかどうか。②緊急勅令を以て刑法第三条「法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ス」を修正し、遡及処罰を可能にすることが可能だったかどうか。このうち、前者は、新聞紙・雑誌などの検閲を許す緊急勅令の場合と異なり、枢密院へ諮詢すれば井上毅や田中不二麿らが強く反対するのは、目にみえていた。もし政府が強硬な姿勢で反対を踏み潰して發布する場合、今一つの論点、後者の問題が浮上した。果して緊急勅令は遡及処罰を禁じる刑法の条文を修正できるのか。これは可否二説が考えられるが、憲法第八条が緊急勅令を「法律ニ代ルヘキ」勅令と定める

以上、政府は刑法の基本原則たる条文であれ裁判所構成法の主要条文であれ、修正にふみきつたに違いない。憲法の位置づけからは、新法が旧法に優越するという、法の一般原則が働くだけの話である。ところが、問題の刑法第三条は、刑法第二条「法律ニ正条ナキ者ハ何等ノ所為ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス」と並んで、憲法第二三条の「法律ニ依ルニ非スシテ」処罰をうけることがない、という条文を以て、憲法上の保障に格上げされていた。もし政府が修正にふみきると、尾崎三良のいう、第二三条違反の虞れがあつた。無論、緊急勅令を以て憲法の条文を修正することはできない。政府が緊急勅令發布へ一歩ふみだすときは、尾崎の指摘するように、松方首相らが立憲制の運営を大きく誤らせるのである。

(33) ボアソナード著、森順正訳『刑法草案註釈』上巻(宗文館書店、一九八八年)四六〇―四七頁。本書は、司法省一八八六年発行の原本の復刻版。

(34) さしあたり、ハーメル著、高橋太郎訳「日本新刑法論」五二八―五二九頁。内田文昭ら編『刑法(明治四〇年)①―1』(信山社・日本立法資料全集、一九九九年)所収。五七六―五七七頁も参照。

(35) 注(12)一二頁。

(36) 注(22)一三―一四頁。引用のさい、カタカナをひらかなに直した。

(37) 注(15)三浦・前掲書三七頁。

(38) 注(22)二〇―二二頁。

(39) 明治一五年の太政官布告第三七号は、名称なし、内容は「凡ソ法律規則中戦時ト称スルハ外患又ハ内乱アルニ際シ布告ヲ以テ定ムルモノトス」である。内閣官報局編『法令全書』明治一五年(原書房、一九七六年)二九頁。なお、元老院への議案名は、第三四二号議案「戦時ヲ定ムルノ儀」。太政官布告第三六号が戒厳令である。

- (40) 三浦恵一『戒嚴令詳論』（松山房、一九三三年）一四〇―一五頁。
- (41) これは、明治一五年七月一〇日、元老院第一読会における内閣委員渡正元の説明。明治法制経済史研究所編『元老院会議筆記』前期第一二巻（元老院会議筆記刊行会、一九六六年）六二五―六二六頁。
- (42) 注(41)六二四頁。引用のさい、カタカナをひらかなに直し、句読点をふした。
- (43) 注(40)三浦・前掲書は、事変というのは「例へば明治十年の西南事変や北清事変、西伯利亞事変の如く戦争に近い事変を指称する」という。同書五頁。大津事件がこれらの事変の中に入らないのは、いうまでもない。
- (44) 日比谷騒擾、関東大震災、二・二六事件のさいの戒嚴令は、大江志乃夫『戒嚴令』（岩波新書、一九七八年）参照。
- (45) 注(25)田岡・前掲書一八八―一八九頁。
- (46) 注(9)新井・前掲書七六頁。引用のさい、公判を「前日」に控えた、という誤りを訂正した。
- (47) 伊藤隆、尾崎春盛編『尾崎三良日記』中巻（中央公論社、一九九一年）四八九頁。この日記にも、緊急勅令反対の記事がある。
- (48) 松方首相あて尾崎三良意見書、明治二四年五月一日付。注(5)『松方正義関係文書』第一一巻三〇七―三〇八頁。引用のさい、カタカナをひらかなに直し、句読点をふした。
- (49) 注(48)と同じ。（もしあらは）は、割り書き。
- (50) 松方首相あて尾崎三良意見書、明治二四年五月二五日付。注(5)三一五―三一七頁。文末の累し奉りは、わずらわし奉りとよみ、巻き添えにするという意味。

## おわりに

本稿は、今一番新しい歴史辞典の大津事件の項をみて、説明の平凡さに驚かされたことから出発している。この項

に關係する児島惟謙についても、同じ辞典の児島の項を一見して、今度は説明の誤りに驚かされた。執筆者は、児島が明治二四年五月六日、大審院長に就任し「同月十一日に、ロシア皇太子が遭難する大津事件が起り、戦争を恐れた政府は、未遂罪でも死刑にできる皇室に対する罪を、被告人に不利に類推解釈して適用するよう圧力をかけ、大審院も政府に屈服したが、児島惟謙は、政府の解釈は憲法・刑法に違反すること、国際社会は正義が支配していて裁判の結果に乗じて侵略する道理はないことを主張して、裁判官を説得し、司法権の独立を守った」と記している<sup>51</sup>。被告人に有利な類推解釈が存在するか疑わしく、裁判官を説得して司法権独立に反しないか疑わしいが、この点は問題ではない。問題は「戦争を恐れた政府」という記述が事実かどうか、という点である。五月一六日昼前、ロシア側が求償権を放棄すると日本側に正式に伝えてきたから、この時点で、ほぼ外交上の決着がついていた。戦争を恐れた政府が司法部へ圧力をかけた、という見方は誤りである。

本稿は、大津事件の今後の研究の進展のためには、これまでの研究のうち、根拠の不確かなものや誤りのあるものを指摘し排除する必要性を主張している。本稿はその代表例として、田岡良一氏の『大津事件の再評価』が青木外相発案の詔勅を緊急勅令の形式で発布する、と誤ったことを俎上にのせた。明治立憲制を正しく理解する上で、田岡氏の誤りは継承されてはならない。五月一五日、青木や伊藤博文は、司法部の躊躇や抵抗をおしきり、津田三蔵を死刑に処するため、天皇が詔勅を発する、実際上は勅語を下すやり方を考案した。二人が西郷内相や黒田清隆ら他の重臣をまきこんで勅語の下賜へとふみだしたとき、二人は揺籃期の立憲制を危機に陥れようとしていたのである。

五月一五日の際どい局面は伊東巳代治が抑えこんだ。しかし、伊藤をはじめ重臣の間で、詔勅発布論はなお燻っていた。そこで五月二〇日夕方、京都御所で、大審院の判事・検事らに対して、天皇が「今般露国皇太子に関する事件

は国家の大事なり。注意して速かに処分すべし」という、勅語を下したのである。五月二四日、井上毅は、小田原の伊藤博文に書簡を送り、この勅語下賜を批判した。井上は、犯人処罰について刑法を類推解釈せよというのが「聖上」の特旨なりとの風評パツト相聞え候。乍恐憲法御発布之聖詔及宣誓もあらせられ、今更法律外之特旨あらせらるへき理やあるへき。是れ政府か直接之責を逃るへき方略也とは尤も苦々布輿論之攻撃点となるべく、而して此の攻撃点は主として閣下に集るなるへし。是れ裁判官之誤謬也との弁解は三尺之童を欺くに足らざるへし」と指摘した<sup>52</sup>。伊藤らが立憲制を動揺させた、と批判したのである。一五日の伊東巳代治の論理も同一だったに違いない。

本稿は、事のついでに、戒厳令、および緊急勅令についても考察した。どちらも明治憲法に根拠をもつから、戒厳の宣告や緊急勅令の発布の方が、立憲制の運営に馴染むかという仮定の下に考察してみた。どちらについても、答えは不可である。天津町を擬似合圍地境として戒厳令を発令し、三蔵の裁判を天津地方裁判所からとりあげ、軍法会議が三蔵に死刑を言い渡す、これは無理である。立憲制の運営を大きく誤らせるものである。新聞紙・雑誌などの検閲を許す緊急勅令と同じく、二つ目の緊急勅令を発して刑法第三条を修正し、大審院をして三蔵に死刑を言い渡させるのも、憲法第二三条違反の虞れがあった。これもまた、立憲制の運営を大きく誤らせるものである。

(51) 注(2)『明治時代史大辞典』第一卷九八二頁。執筆者は、法制史家の市川訓敏氏。なお、市川氏は、兎島の裁判官説得について「当時の状況からすれば、司法権の独立を行政権の不当な干渉から守り、憲法を擁護して公正な裁判を維持することが緊要の課題であった」と論じている。しかし、この所論には、天皇の裁判干渉の事実が考慮されていないし、公判前に兎島が大審院判事らに対して三蔵に言い渡す刑罰を指示したことについての考察が欠落している。

(52) 伊藤博文あて井上毅意見書、明治二四年五月二四日付。注(5)三二三～三二五頁。ひらかな、カタカナ混交の原文を引用するさい、ひらかなに統一した。パット、は元のまま。引用のさい、句読点をふした。井上は憲法第二三条を引用して「憲法第二三条を如何せん」と大書している。

### ○附記

本稿は行論上、多くの史料を引用している。史料中、傍線をふしているのは、引用のさい、引用者がふしたものである。

### ○追記

山川出版社発行『日本外交史辞典』新版（一九九二年）一一〇頁に「大津事件」の項がある。ここでも、近代史家の安岡昭男氏が、青木外相が「緊急勅令」を提案したと記している。

# 傷害概念と精神障害

野村和彦

## 目次

第一章 はじめに

第二章 裁判例における傷害概念と精神障害

第一節 大審院および最高裁による傷害概念の定義づけ

第二節 精神障害が傷害概念に含まれるかが争われた裁判例

第一款 肯定した裁判例

第二款 否定した裁判例

第三章 学説の対応

第一節 従来の議論

第二節 否定説とその検討

第四章 傷害概念の再考は必要なのか

第一節 傷害罪の存在理由

第二節 傷害概念の相対性

第一款 判例における区別的取り扱い

第二款 身体保護と精神保護は対等でよいのか

第三款 身体傷害における相対性

第四款 精神障害の相対性

第五款 故意による傷害と精神障害

第五章 残された課題

第一章 はじめに

被告人が四名の女性をそれぞれ監禁し、その結果、各女性に外傷後ストレス障害（以下、PTSDとする）<sup>(1)</sup>を発症させた事案について、最高裁は、監禁致傷罪を肯定した第一審および第二審<sup>(2)</sup>を支持し弁護側の上告を棄却する一方、「なお書き」の中で、監禁行為によるPTSDの発症は刑法上の傷害概念に当たるとの判断を示した。<sup>(3)(4)</sup>

たしかに、本決定は事例判断であるから射程を狭く捉えるべきではないかとの見方もありうる。しかしながら、その内容は、次の三点において、事例判断にとどまらないものを含んでいる。第一に、精神障害も刑法上の傷害概念に含まれるとする立場を最高裁として初めて明らかにしたことである。なお、これまで下級審裁判例においては、刑法上の傷害概念に精神障害を含める判断が昭和五〇年代から続いていたことに留意する必要がある。第二に、特にPTSDの発症を傷害と認定した点である。精神医学界において、診断基準をめぐり統一的な指針がなく、その要件をめぐっても争いがあったことから、PTSDを傷害と認めることに警戒する声も存在していた。しかし、裁判所はあらゆるかたちでPTSDを考慮する裁判例を積み重ねてきている。最も多い取り扱い方は、PTSDを量刑事情として考慮するやり方である。さらに一歩進んで、PTSDを傷害として認定した下級審裁判例も出ている一方、これを否定した裁判例も出ている。第三に、監禁致傷という結果的加重犯との関係で、このことを肯定した点である。従来、下級審裁判例において精神障害を傷害概念に含ませてきたのは、主として暴行によらない傷害罪の事例であった。その後、PTSDを傷害と評価した熊本地判平成一一年一〇月一四日を破棄自判し、傷害罪の成立を否定した福岡高判平成一二年五月九日が、PTSDなど一定の精神障害が結果的加重犯における傷害に該当しうる可能性を示唆していた。

こうした状況の中であらためて検討を要するのは、そもそも刑法上の傷害概念に精神障害を含ませうるか否かである。<sup>⑦</sup>これが拙稿に与えられた課題である。まず、裁判例および学説における傷害概念を再検討するとともに、傷害概念を再考する必要性、傷害概念を相対的に捉えることの必要性について、検討を加えることにしたい。ただし、PTSDや精神疾患そのものの問題については、本稿の射程外としたい。けだし、それは筆者の能力を超えるだけで

なく、そもそも、本問題は特定の精神疾患にとどまらず精神障害全般と刑法上の傷害概念とに関わる問題だからである。

## 第二章 裁判例における傷害概念と精神障害

### 第一節 大審院および最高裁による傷害概念の定義づけ

まず大審院や最高裁がこれまでに傷害をどのように定義づけてきたのかを確認したい。

腫脹が旧刑法における「創傷」<sup>8)</sup>に該当するかが争われた事案において、大判明治四三年四月四日（大審院刑事判決録一六輯五一六頁）は「創傷」を次のように定義づけた。すなわち、現行刑法における傷害と同じく、身体内外の発生を問わず、身体の生理的機能を毀損することであつて、身体における生理状態を不良に変更すること広く含む、とした。これを受けてか、大判明治四五年六月二〇日（大審院刑事判決録一八輯八九六頁）において、毛髪や髭を裁断あるいは剃去する行為は暴行罪にとどまると判示したことから、大審院は傷害概念について生理的機能障害説に立っていたとみることも不可能ではない。しかしながら、その実体は、身体傷害に関する限り完全性侵害説的な判示を繰り返していたとみるべきであろう。<sup>9)</sup>

戦後、加療一週間の擦過傷が問題となった事案において、最高裁は昭和二四年七月七日判決（最高裁裁判集刑事二二号二三三頁）において、傷害を「健康状態の不良変更など生活機能に障害を与える場合を包含する体躯の完全性を害すること」と定義づけ同事案につき傷害を肯定し、大審院から続く身体完全性侵害説的な立場を示した。さらに、疼痛が問題となった事案について、最決昭和三二年四月二三日（刑集一一卷四号一三九三頁）は、「他人の身体に対する暴

行によりその生活機能に障害を与えることであつて、あまねく健康状態を不良に変更した場合も含む」と定義し、疼痛は傷害に当たるとした。

ところで、この最高裁昭和三二年決定は、従前の判例とは異質な内容をもっている。問題となつた疼痛は、暴行によつてもたらされたが、皮下溢血や腫脹、肋骨骨折などの打撲痕が認められないものであつた。傷害の成立を否定する行き方もあつたはずだが、昭和三二年決定は傷害罪を肯定した。弁護人は医師による診察および診断に信頼性はな<sup>(10)</sup>いと主張したが、最高裁は全治一〇日とした医師の診断は信頼しうる前提に立つたものと思われる。

さて、疼痛を傷害に含めることに反対した弁護人は、上告理由の中で、その根拠として、腫脹を傷害とした大判明治四三年四月四日、皮膚の表裏を剥離したことによる搔傷を傷害とした大判大正一一年二月一六日（大審院刑事判例集一卷七九九頁）、被害者を一時人事不省（意識不明）に陥らせた一方、身体に故障を来さない場合は傷害に含まれないとした大決大正一五年七月二〇日（法律新聞二五九八号（一九二六年）九頁、法律学説判例評論集一五卷（下）二八九頁）を挙げた。本件における疼痛は、たしかに腫脹や搔傷のように身体組織の変更や外傷はなく、人事不省の事案のように身体に支障を来すものでもない。弁護人は疼痛が傷害に該当しない理由を右のように捉えたものと考えられる。これに対し、最高裁は、それらの判例は、「前示（あまねく健康状態を不良に変更した場合を傷害とする判断・筆者注）と同趣旨に帰する判断を示している」とした。

ここで注目すべきは、大決大正一五年七月二〇日との関係である。強姦目的で頸部を締め、被害者を約三〇分間、人事不省に陥らせた事案であつた。大審院決定によれば、傷害とは器械的暴力により身体の一部あるいはその官能を損傷することをいい、必ずしも身体の組織を物質的に破壊することは必要ないとした上で、精神身体に影響を及ぼす

べき打撃を加え人事不省の状態に陥れた場合は、観念上においては官能の傷碍による精神的障害があるといいうる、とした。たしかに、当該事案においては、意識が三〇分後に回復し身体に故障を来さなかった点を捉え、強姦致傷を否定している。これをどう捉えるべきか。身体の生理的機能を重視する姿勢を貫いたとも解しうる。しかし、精神障害も傷害に該当しうる場合があることを示唆したとも解しうる。二通りに解釈できる大審院決定を最高裁昭和三十二年決定は支持したのである。昭和五〇年以降、一定程度の精神障害を傷害に含める下級審判例が続くが、その礎を作ったのは、この大審院決定に従った昭和三十二年最高裁決定であつたと評しえよう。<sup>11</sup>ただし、傷害罪に含まれる精神障害は、その程度を問わないのか、精神と身体との関連性が必要なのか、精神と身体との関連性を要する場合に身体組織の障害が証明されなければならないのか、それともそこまでは必要なく、精神障害に起因する身体的症状の存在が確認されればよいのかは、未だ説明されていなかったといえよう。

この点、戦後の両決定において、「生活機能障害」に言及している点に注目するべきである。生活機能が何を意味するかは必ずしも明らかではない。<sup>12</sup>しかしながら、どちらかといえば事実<sup>12</sup>に即した判断になじみやすい生理的機能障害や完全性侵害と比べ、生活機能障害は、より規範的な概念であるといえよう。私見によれば、生活機能障害の観点から、傷害概念の洗い直しが必要である。

## 第二節 精神障害が傷害概念に含まれるかが争われた裁判例

### 第一款 肯定した裁判例

最高裁平成二四年決定以前に、精神障害が刑法上の傷害概念に該当すると判示した裁判例を左にみてみよう。

精神衰弱症が傷害罪に該当するかが問題となった東京地判昭和五四年八月一〇日（判時九四三号二二三頁）は、これを肯定した。被告人は約半年にわたり、呼び出し音を鳴らし無言電話をするなどして、被害者に対し加療三週間を要する精神衰弱症を負わせた。同判決は特段の理由を示すことなく傷害と認定した。

入院加療約三か月を要する不安および抑鬱状態に被害者を陥らせた事案につき、名古屋地判平成六年一月一八日（判タ八五八号二七二頁）は傷害罪の成立を肯定した。被告人は約半年間にわたり、被害者宅の前の路上や周辺において、怒号を発したり騒音を発するなどをした。同判決は傷害について、「人の生理的機能を害することを含み、生理的機能とは精神的機能を含む身体の機能全てをいう」とし、医学上承認された病名にあたる精神的・身体的症状を生じさせることは傷害に該当するとした。

富山地判平成一三年四月一九日（判タ一〇八一号二九二頁）は、被害者に対し三年にわたり、のべ一万回以上の嫌がらせ電話をかけ続け、その結果、被害者に心的外傷後ストレス障害を発症させたことにつき、傷害罪の成立を認めた。本判決も生理的機能障害説に立ち、精神的機能もそこに含まれるとし、医学上承認された精神的・身体的症状を発症させることは傷害罪に該当することは明らかであるとした。

自動車に同乗していた熟睡中の被害者女性の下着に手を入れその陰部を手指で弄ぶなどのわいせつ行為をし、入院加療約三七日間を要するPTSDを負わせた事案につき、山口地判平成一三年五月三〇日（公刊物未搭載）は、強制わいせつ致傷罪の成立を肯定した。本判決は控訴が棄却され確定されたようであるから、PTSDが傷害であることを結果的加重犯において認めた最初の事案といえる。<sup>14</sup>

東京地判平成一六年四月一九日（判時一八七七号一五四頁）は、一ヶ月半にわたり約二千回にわたり嫌がらせ電話を

かけ続け、その結果、被害者が心的外傷後ストレス障害を増悪させた事案につき、傷害罪の成立を肯定した。傷害罪が成立する根拠は明示されていないが、生理的機能障害説に立ったものと思われる。

九歳の女兒に対し姦淫を遂げ、その際、処女膜裂傷を生じさせるとともに、全治不明のPTSDを発症させた事案につき、大阪地判平成一九年二月一九日(DI-Law.com判例体系の判例ID・28135106)は強姦致傷罪を肯定した。おそろく、身体傷害と精神障害とを総合して致傷を認めたものと思われる。

東京地判平成二三年九月二〇日(同判例ID・28181505)は、強姦目的で被害者に暴行・脅迫を加えたが姦淫は遂げなかった事案について、それが原因で全治約一年一〇か月のPTSDを被害者が発症した点を捉え、強姦致傷の成立を認めた。

右の諸裁判例をみると、いくつかの特徴が浮かび上がる。第一に、傷害概念について、いずれも生理的機能障害説に立ち、身体的機能のみならず精神的機能も生理的機能に含まれると解されている点である。第二に、精神的ストレスそれ自体は傷害とは捉えていない点である。精神的ストレスから症状が一步進んだ段階を傷害と捉えている。いずれも、精神医学上の疾患にあたりとされ、精神疾患を治療するため一定の加療期間が要されている。

## 第二款 否定した裁判例

福岡高判平成一二年五月九日(判時一七二八号一五九頁、判タ一〇五六号二七七頁)<sup>15)</sup>は、暴行行為によって被害者に全治三か月を要する心的外傷後ストレス障害を与えたとして傷害罪を認めた第一審判決を破棄し、被害者の症状は犯罪被害に通常伴う心理的ストレスの域を出ないとして、暴行罪の成立にとどめた。<sup>16)</sup>

生理的機能障害説に立つ同判決が、傷害罪の基本犯である暴行罪のみの成立を認めた理由として、精神的ストレス状態はいわば犯罪構成要件にすでに織り込まれていることを挙げている。同判決の捉え方は次のようである。第一に、心理的ストレス状態は、犯罪行為によって直接的ではなく、犯罪の恐怖から、間接的・派生的・二次的にもたらされるものである。つまり、犯罪被害による憤りや強い被害感情、恐怖心から、興奮状態や不眠、心理的不安定が生ずる。第二に、このような心理的ストレス状態は、いわば構成要件に織り込み済みと考えるべきである。本件でいえば、心理的ストレス状態は暴行罪の量刑事情として考慮される可能性があるにとどまるのであって、これを理由に致傷罪（傷害罪）を認めるのはわが国の刑法典が予定するところではない。精神障害について致傷罪を認めるためには、相当程度の精神障害を呈するものでなければならない、と。

このように同判決は、致傷罪に該当する精神障害が相当程度でなければならないとの絞りをかけている。翻つてみると、無形的方法による精神障害の惹起の場合、精神的ストレスそのものを傷害として捉えている裁判例はなかった。福岡高裁判決は精神障害の程度については裁判例の傾向に従ったものとみられるが、結果的加重犯の成否が問題となった事案に対してそれを及ぼしている<sup>17</sup>。それにとどまらず、心理的ストレス状態は致傷罪の基本犯に織り込み済みとしているが、まさしく、それが基本犯にどう織り込まれているとみるかが新たな課題として提出されたといえよう。その他、神戸地判平成二一年四月一七日（同判例ID・28153877）は、被告人から送信された恋愛感情を吐露したメールを四ヶ月間、約一〇〇〇通を受け取った被害者がPTSDを負ったとされた事案について、当該体験が心的外傷体験に該当するか疑問が残るとして、傷害を否定した。

東京高判平成二二年六月九日（判タ一三五三号二五二頁、東京高等裁判所（刑事）判決時報六一号一八頁）は、衝突され

た自動車に同乗しており、かつ、身体傷害を負わなかった者がPTSDを発症した点について、自動車運転過失致傷罪を肯定したさいたま地判平成二二年二月二五日（同判例E・28175833）を破棄した。その理由として、被害者の体験はPTSDの診断基準における心的外傷体験にあたらないこと、再体験・回避・覚醒亢進といった体験後の心身の不調もないこと、さらに、事故後三日でPTSDの診断をしていることはPTSDの診断基準に該当しないこと、を挙げた。

右の否定例はいずれも精神障害を傷害に含めることに否定的ではない。ただし、福岡高裁判決と同じく、傷害概念に精神障害が含まれるかにつき、いくつかの問題が提起されている。第一に、PTSDの診断方法に対する信頼性やPTSDの診断基準をどのように捉えるべきかである。第二に、基本行為によって惹起される精神障害は、基本行為の危険性が直接的に実現された相手方に生じなければならぬかである。東京地判平成二二年六月九日は、この問題を提起している。

### 第三章 学説の対応

#### 第一節 従来議論

傷害概念に精神障害も含まれるかにつき、学説はおおかたこれを支持しているといえよう。<sup>18</sup> しかしながら、その根拠について言及した見解は、それほど見受けられないように思われる。その中で、傷害概念と精神障害について言及している見解を左にみよう。

生理的機能障害説に立つ岡田朝太郎は、身体の機質と機能とを区別し、機質が侵害される場合だけでなく、機質の

侵害は明確でなくても機能が害されれば傷害を認めうるとして、その例として精神病を挙げている。岡田は、機質を損壊せず機能を悪化することが可能かにつき、医家や生理家になお定説はないが、刑法においては、機能が悪化した事実があれば、機質を損壊した証拠を挙げることでない場合であっても傷害であるとし、その例として、脳の物質の毀損を立証することができない種類の精神病を挙げて<sup>19</sup>いる。身体完全性侵害説を支持する滝川幸辰は精神面への影響に言及していた。たとえば婦女の頭髪を切断することは、外部的完全性を侵害するだけでなく、被害者の精神面に無限の打撃を与えることを指摘していた<sup>20</sup>。さらに滝川は、苦痛感や生理的機能の毀損がなくても身体の完全性の毀損を肯定できる例として、大決大正一五年七月二〇日、すなわち一時的に人事不省の状態を引き起こした例も挙げている<sup>21</sup>。伊東研祐は、生理的機能障害説を一貫することができない一例として、原因行為が精神面に影響を与えそれにより生理機能障害が発生した場合（例としてPTSDを挙げる）を指摘し、身体の内部的完全性をも考慮する必要性があるとする<sup>22</sup>。

生理的機能障害説と身体完全性侵害説は身体の外部的侵害をめぐっては対立している。しかしながら、右のように、その両説から、精神に対する打撃に言及する見解や精神障害を傷害概念に含める見解が提出されていることに注意すべきである。

## 第二節 否定説とその検討

かような議論状況の中にあつて、精神障害を傷害概念に含めることに慎重な見解<sup>23</sup>や反対する有力説<sup>24</sup>が存在している。ここでは反対説を取り上げる。論者は生理的機能障害説に立ちつつも、そこにいう「生理的機能」とは身体的機

能に限定されるべきことを、以下の理由を挙げて主張する。<sup>(25)</sup>

第一に、どのような意味で精神的機能は生理的機能に含まれるのか、それが十分に論証されていない。身体と精神とを別々に捉える見方も成り立ちうる。第二に、不安や鬱、恐怖、パニックなどに支配されたなら、それだけで傷害罪成立してしまうおそれがある。第三に、そもそも刑法は、精神・心理・感情の領域を、生命・身体とは区別して保護している、と。ただし、論者は、物理的・生理的存在としての身体には脳・神経も含まれており、それらが生体において重要な器官であることはまちがいないから、精神的ストレスを与えることにより、それらの器官に対して生理的機能障害・不健康状態を生ぜしめた場合は、傷害罪を肯定する。<sup>(26)</sup>

さて、右の否定説の妥当性を検討する前に整理すべき点がある。否定説は「生理的機能障害説」と称しているが、むしろ、「身体器質障害説」と呼ぶ方が、誤解が少ないように思う。<sup>(27)</sup> 古くに指摘されていた通り、「生理的」という言葉は「身体の組織（機質あるいは器質）および機能」を含むといわれる。それゆえ、生理的機能障害説は、身体組織あるいは身体機能のいずれかに重点を置くことが可能な見解といえる。したがって、生理的機能障害説に立つ否定説を、拙稿においては、「身体器質障害説」と呼ぶことにする。

身体器質障害説は、精神的障害そのものを傷害に含めると処罰範囲が不当に拡大しかねない点を警戒している。そこで、行為者の行為が被害者に精神的ストレスをもたらすだけでなく、それによって身体的傷害を惹起したことを要求すれば、処罰範囲の拡散が防げると考えている。精神的ストレスによる身体症状が生じた場合や、身体症状が顕著でなくとも精神的ストレスが脳や神経の障害をもたらした場合に限り、傷害罪を肯定しようとする。逆からいえば、脳や神経など身体組織の障害が証明されないかぎり、精神障害は傷害概念に含まれないこととなる。<sup>(28)</sup> したがって、裁

判例において現れた精神障害をめぐる事案については、そのことが証明されていないため、同説によれば、ことごとく傷害罪の成立を否定することになる。

たしかに、精神障害の発症は被害者側が負っている要因が左右するといわれる<sup>29</sup>。したがって、傷害概念に精神的障害を安易に含ませると、処罰範囲が著しく拡大するという懸念は、正当である。しかしながら、その懸念にもかかわらず、左の理由により、身体器質障害説は妥当でないように思われる。

第一に、人の身体は身体組織だけでなく、それを働かせる精神からも構成されている。いわば身体と精神は密接不可分な関係にある。人は精神なき存在ではない。したがって、人の身体を侵害する行為に対する非難を検討する際、精神に対する影響を一切捨象することは妥当でない。

第二に、たとえ身体器質の障害が証明されていない場合でも、精神医学上、客観的に症例と承認されているならば、それを尊重するべきである<sup>30</sup>。たしかに、たとえば、PTSDについては有力な診断基準が複数存在し、診断基準の要件をめぐっても、裁判例にも現れている通り、対立がある。さらにそれを診断する方法についても信頼性が問われる場面もある。しかしながら、精神障害を傷害概念に含ませる裁判例が登場したのは、精神医学の発展と関係していると思われる。しかも、法益保護を任務とする刑法の観点からしても、精神障害の中には、身体傷害に匹敵するものがあると解しうる。

第三に、身体器質障害説のいう懸念とは裏腹に、精神障害を傷害とした裁判例をみると、単なる精神的ストレスを理由に傷害罪を肯定しているものはない。精神的ストレスの程度を越えて、それがさらに、精神医学上の症例に該当する程度の精神的障害に発展した段階で傷害罪の成立を認めている。これは、判例が採ってきた、傷害罪の成立範囲

をむやみに拡散させない一つの知恵と捉えるべきである。

第四に、たとえば、精神的ストレスにより脳や神経が損傷したことが証明された場合、その場合の量刑は、どのようなものになるのだろうか。脳や神経という身体の中でも重要な器官が損傷された点を捉えれば、比較的重い障害と評価され、それ相応の刑罰を要すると考えているのだろうか。否定説のように、身体器質障害を構成要件の結果とし、それを推認させる量刑事情として精神的障害を位置づける見方は、犯罪の成否の議論は明確なものにするかもしれないが、事案の実体を十分に捕捉できないと思われる。思うに、ここで重要なことは、行為者が、脳や神経を損傷させたこともさることながら、被害者にいかなる精神障害を発症させ、それが被害者にどのような影響を与えているのかという点ではなからうか。

ところで、身体器質障害説は、厳密に言うところ、精神障害を傷害罪で評価することを否定する説ではない。なぜならば、身体傷害を裏付ける量刑事情として精神障害を位置づけようとしており、この姿勢は、精神障害の惹起をも傷害罪という構成要件の保護範囲に含まれることを暗に肯定しているからである<sup>31</sup>。そこでは、構成要件要素とされる身体傷害とその量刑事情とされる精神障害との距離が著しく接近している。もしも、被害者に影響を与えているのが精神障害の方であるならば、むしろ、精神障害を構成要件の結果として捉え、脳や神経の障害をその量刑事情として正面から認めた方が、事案の実体を明確に把握しうるのではなからうか<sup>32</sup>。

第五に、精神障害が傷害概念に含まれない理由として立法者意思を挙げているが、立法者は現行の二〇四条を制定する際に精神的障害を傷害から除外する立場を必ずしもとっていないことが指摘されている<sup>34</sup>。この点も、否定説への疑問として加えうる。

## 第四章 傷害概念の再考は必要なのか

### 第一節 傷害罪の存在理由

右に検討した否定説は、たしかに不当ではあるが、それが提起した問題は無視しえないものがある。傷害概念に一定の精神障害が含まれることについて、学説はおおむねこれを支持している。しかし、その論証は十分になされていないとはいえないのが現状である。まさに傷害罪の保護法益、ひいてはその存在理由が問われなければならない。

じつは、傷害罪の保護法益はそれほど自明なものではない。たとえば、生理的機能を障害することだけでなく外貌に著しく変更を生じさせることも傷害概念に含ませる見解に対して、生理的機能障害説を支持する者から、傷害罪の保護法益に異質なものを含ませているのではないか、との疑問が示されている。<sup>(35)</sup> たしかに、生理的機能障害と外部的完全性侵害という従来から対立しているものを同居させようとしているわけだから、かような疑問は至極正当である。しかしながら、同じ疑問は、生理的機能障害説に対しても跳ね返ってくる。第一に、そもそも生理的機能がなぜ他者による侵害行為から保護されなければならないのかは明確でない。たとえば、生命はその存在自体が保護されなければならないが、身体の場合は必ずしもそうとはいえない。第二に、生理的機能には組織（器質）と機能の両側面があるが、いずれを重視するかにより、傷害概念の内実は変化しうる。このことは、すでに指摘されていた。さらに、一方あるいは両者を重視するとき、その理由も定かではない。第三に、生理的機能障害の程度をめぐり見解が帰一していない。その有無にのみ着目する立場と、<sup>(36)</sup>それが一定程度継続する必要があるとする立場があるが、前者あるいは後者をなぜ採るのかの説得的な説明はなされていない。

私見によれば、傷害概念をめぐる提案されてきた各説には、共通項がある。それは身体の機能面、すなわち被害者の生活機能が害される点である<sup>38</sup>。婦女が毛髪を切断された場合に完全性侵害説が傷害を肯定するのは、外貌の完全性が侵害されたことだけでなく、被害者がそれまで享受してきた生活を送るのが難しくなった点を考慮しているものと思われる。一見矛盾しているようにみえる、生理的機能障害と著しい外部的完全性侵害を傷害に含める見解も、人が社会生活を送るための機能が害されることを媒介にしていると思われる。さらに、傷害概念を相対的に捉える見解、すなわち軽微な身体を傷害罪から除外する学説や一部の下級審裁判例も、その傷害が被害者の日常生活にどのような影響を及ぼしうるかを考慮したに違いない。

こうして人の身体機能を重視するならば、傷害概念から精神障害を除外することはおよそ困難である。なぜならば、精神障害の程度いかんによつては、被害者の認識・判断・行動能力に支障を来し、その結果、被害者が享受していた従前の生活が著しく変更を余儀なくされうるからである。これを傷害概念から外す積極的理由はないし、特定の犯罪によるPTSDのみを傷害と限定的に解す理由もない。まさに、傷害とは生活機能障害であり、<sup>39</sup>そこには身体傷害のみならず精神障害をも含むと解すべきである。ただし、ここでいう生活機能とは、他者との関係構築が困難となるという意味ではなく、被害者本人の身体活動および精神活動に支障が出るという意味に解すべきである。したがって、外貌に変更が加えられただけでは、被害者本人の身体活動あるいは精神活動は害されていないため、傷害と評価することはできない<sup>40</sup>。

## 第二節 傷害概念の相対性

### 第一款 判例における区別的取り扱い

最決平成二四年七月二四日によれば、傷害概念に含まれる精神障害は医学上病名がつく程度のものでなければならず、単なる精神的ストレスは同概念に含まれないとした。これは、傷害概念の相対性を、精神障害においては認めざるものといえよう。現に、同決定が支持する原審において、傷害の相対性について触れられている<sup>(41)</sup>。

ところで、従前、身体傷害の相対性について、大審院および最高裁は一貫して否定的であった。これに対して、下級審においては、傷害概念の相対性を認め、軽微な傷害については傷害の成立を否定し、基本犯の成立のみにとどめたものがあつた<sup>(42)</sup>。ここで問題とされるべきは、傷害概念の相対性を、身体傷害においては否定する一方、精神障害においてはこれを肯定する姿勢に矛盾はないか、ということである<sup>(43)</sup>。

右の疑問を解明するため、第一に身体と精神との関係、第二に身体傷害の相対性と精神障害の相対性について、左に検討することにした。

### 第二款 身体の保護と精神の保護は対等でよいのか

刑法上の傷害概念には身体傷害だけでなく精神障害も含まれると解するとき、両者の保護は対等でよいのかという問題がまず生ずる。

たしかに精神的機能も傷害罪の保護法益に含まれるとしても、身体的機能の保護に劣後すると見るべきであろう。その理由は以下の通りに考えられる。第一に、身体的機能の侵害は死亡に結びつくことが典型的に想定されるのに対

し、精神的機能の侵害については、それが類型的に死亡に結びつくとは必ずしもいえない。第二に、被害者の日常生活に対する影響は、身体的傷害の方が精神的障害よりも、より顕著に深刻に現れうる。身体的傷害の場合は、受傷後、受傷前の状態に症状が回復する場合もあるが、受傷が固定されてそれが以後の社会的生活に大きく影響を及ぼす場合がある。これに対して、精神的障害の場合は、その障害が固定する可能性は、たとえ回復までの期間が不明との医学的診断が出たとしても、身体的傷害と比較して、より少ないと思われる。

身体は精神よりも優位に立つ論拠は、積極的安楽死をめぐる議論の中にも現れている。積極的安楽死の是非はともかく、この議論においては、積極的安楽死を許容する要件の一つとして肉体の耐えがたい苦痛が挙げられ、肉体的苦痛を伴わない単なる精神的苦痛はそこから除外されている<sup>44</sup>。たしかに、いずれの苦痛も他者による加害行為によってもたらされたものではないし、積極的安楽死の議論においてはそれらの苦痛から解放するために生命を犠牲にしてよいかが問われているのだから、法益それ自体の優劣に関する議論とは無関係とする見方もできる。しかしながら、ここでは「苦痛」の原因となっている障害の深刻さが重視されているのではないだろうか。

したがって、同じ傷害概念に属するとしても、身体傷害と精神障害は相対化が許されると思われる。さらに、これを現行法の枠組みにおいてどう保証するかがさらに問題となる。思うに、致傷罪の法定刑の上限方向を用いるのは原則的に身体傷害に限るとする理屈が必要となる。

### 第三款 身体傷害における相対性

私見によれば、精神障害のみならず、身体傷害においても、その内における相対性は肯定されるべきである。軽度

の身体傷害は基本行為の法定刑の枠内で評価しうることは、精神障害と何ら変わらないからである。そこで、傷害概念の相対性を認める下級審裁判例もふまえつつ、<sup>45</sup> 身体傷害の相対性を保証する可能性を模索したい。

暴行罪と傷害罪を例に考えよう。軽微な身体傷害は基本犯に随伴するゆえに、基本犯の成立を認めれば足りるとし、致傷罪の成立を否定する見解の狙いは、どこにあるのだろうか。たしかに、両者の法定刑の下限が同一であることを理由に、軽微な傷害を致傷罪において評価することは可能である。<sup>46</sup> あるいは、同じ理由から、軽微な傷害が暴行罪と傷害罪のいずれに該当するかは一概に言えないとする見方もありうる。<sup>47</sup> いずれの見解も、量刑の場面で調整が可能との判断が、根底にあるものと推測される。しかしながら、法定刑の下限方向だけでなく上限方向も考慮すると、そのような考え方には一抹の不安が残る。すなわち、軽い身体傷害に対し不当に重い刑（致傷罪の法定刑の上限方向）が科せられる可能性がある。したがって、これを回避する必要がある。たとえば、暴行罪と傷害罪の関係でいえば、軽微な身体傷害に対する科刑を暴行罪の法定刑の上限（懲役二年）に抑えるのである。そして、暴行罪の法定刑は暴行行為の量刑事情と化した軽傷害を賄うのに対し、軽傷害を超える程度の傷害は構成要件要素に格上げされ、傷害罪の法定刑がそれを射程に収める、とみるのである。傷害罪の法定刑の下限が引き上げられたことも、このような見方を助力する。

右のような把握の仕方は、遺棄致傷罪や逮捕監禁致傷罪、強制わいせつ致傷罪のように、基本行為の構成要件と致傷罪の構成要件の法定刑が下限方向で一致あるいは近似し、かつ、両者の法定刑が下限方向および中程度の領域で重なり合う場合にも当てはまると思われる。ここでは、軽い傷害に対する重罰を阻止することが課題となるからである。強姦致傷罪や強盗致傷罪のように、基本犯の構成要件と致傷罪の構成要件に対応する法定刑がほとんど重なり合っ

ているような場合にも、軽い傷害に対する軽い処罰を確保するために、右の考えを応用しえよう。

#### 第四款 精神障害の相対性

問題となるのは、精神障害の相対性と傷害概念との関係である。たとえば、暴行罪と傷害罪の法定刑の下限の近さを根拠に、致傷罪にあたる精神障害を大幅に限定することは不可能であるとの見解もある。<sup>48</sup> これらの見解は、軽微な身体傷害を傷害罪の法定刑の下限方向で捕捉することを前提とし、傷害概念に含まれる精神障害もそれと同様に取り扱おうとしているとみられる。それだけでなく、故意犯処罰の原則からして、故意犯としての傷害罪を軸に問題を捉えようとしているのかもしれない。

たしかに、精神障害と身体傷害を並行的に扱おうとする姿勢は概念的には正しいかもしれないが、精神障害が問題となる事案の現実と矛盾する。さらに、傷害概念はそれ自体、再考する必要があるが、既存の思考を前提とするところに疑問を感じる。加えて、傷害概念の問題は、故意犯としての傷害罪だけでなく結果的加重犯にも共通する問題であるし、それだけでなく、結果的加重犯と未遂犯処罰規定を欠く故意侵害犯としての傷害罪という、それぞれの犯罪構造の相違にも目配りする必要がある問題である。右の諸点を考慮しないと、結果責任を行為者に対して追及するおそれが生じる。

したがって、むしろ、ここで模索すべきは、精神障害の相対性に関する枠組みを提示し、これをなるべく明確化することである。私見によれば、軽微な身体障害の取り扱い方に基本的に沿うべきである。すなわち、軽度の精神障害は基本犯における構成要件該当行為の違法性の程度を裏付ける量刑事情として位置づけ、<sup>49</sup> その程度を上回るときに致

傷罪の成立を肯定する方向である。その際、軽度の精神障害を基本犯が受け止めうる内容を有しているかが問題となるが、たとえば、基本犯の保護法益に相違があるとしても、また基本犯の保護法益自体に争いがあるとしても、被害者の精神障害を考慮しうる余地は十分にあるので、その懸念はないといえる<sup>50</sup>。

ただし、精神障害は身体傷害に劣後する拙稿の立場によると、なお検討を要する課題に直面する。たしかに、結果的加重犯としての暴行罪・傷害罪の関係や逮捕監禁罪と逮捕監禁致傷罪との関係、保護責任者遺棄罪と保護責任者遺棄致傷罪の関係のように、有期懲役刑の範囲において、基本犯の法定刑の上限と致傷罪の法定刑の上限が明確に区別されている場合は、身体傷害の相対性に関する枠組をそのまま用いても問題は生じない。

これに対して、強盗罪と強盗致傷罪や強姦罪と強姦致傷罪のように、基本犯の法定刑と致傷罪のそれとが有期懲役の範囲においてほとんど重なり合っており、かつ致傷罪の法定刑に無期懲役刑が設定されている場合には、いくつかの問題が生じる。第一に、基本犯の法定刑が重めに設定されていることから、軽微な精神障害にとどまらず、相当程度の精神障害まで基本犯の構成要件にその量刑事情として織り込まれているとみるべきかどうかである。第二に、致傷罪には無期懲役が法定刑に設定されているが、精神障害についても無期懲役の適用の可能性を認めるべきかである。管見によれば、それらの基本犯の構成要件は、軽微な精神障害だけでなく、たとえば強盗行為や強姦行為、強制わいせつ行為は、被害者の身体のみならず精神面に対し相当な打撃を加えうる行為であるし、このことは、基本犯の法定刑の重さが裏付けている。無期懲役刑も設定されている致傷罪に該当するべき精神障害は、無期懲役をもって臨む必要性のある、極めて重い場合、たとえば精神障害によって被害者が従前享受していた日常生活を一切送ることができないような場合、に限定するべき

だと思われる。

これに対し、PTSDの診断基準に該当すれば直ちに致傷罪の成立を肯定する見解<sup>51</sup>やPTSD概念の成立過程に鑑みて強姦や強制わいせつ、監禁致傷についてのみPTSDによる致傷罪を認める見解<sup>52</sup>もある。しかし、次の理由により支持できない。前者については、医学的診断基準をそのまま傷害の該当性を判断する法的基準に持ち込む点に問題<sup>53</sup>がある。PTSDの診断があつても、その診断には相当な幅があるのが現状である。刑法としては、PTSDが個々の被害者の生活にどのような悪影響を及ぼしているかを考慮するべきである。最終的な決め手は、たしかに概念の詰め甘さがあつたとはいえ、やはり刑法における傷害概念でなければならぬ<sup>54</sup>。この問題は後者の見解にも当てはまる。そのみならず、PTSDによる精神障害を傷害と評価してよい犯罪とそうでない犯罪との区分が法的にうまく説明できていない。かりに、強盗行為によって被害者がPTSDを発症した場合に、その精神障害の存在をま<sup>55</sup>ず受け入れ、その上で、それが被害者の生活機能にどのような影響を与えたのかを判断するべきである。致傷罪の成否はかような手順で決せられるべきである。

さて、先の管見のように解する場合、罪刑法定主義違反との批判を受けることが予想される。なぜなら、「傷害」の文理から予想される処罰の可能性が十分に担保されていないからである。たしかにその謗りは免れない。しかし、本問との関係でいえば、そこで文理解釈を採ることは、すなわち傷害概念の相対性を否定することを意味する。私見によれば、罪刑の均衡の観点から、傷害概念を絶対的に捉えることこそ不当である。ましてや精神障害の場合においてはこれを相対的に把握することがますます必要であると解される。

## 第五款 故意による傷害と精神障害

精神障害を傷害概念に含める先例が積み重ねられたのは、故意による傷害の場合であった。さきにも触れたように、精神的ストレスのみを根拠にして傷害罪の成立を肯定した判例は存在しない。そこには、傷害概念に含まれる精神障害は一定程度以上のもでなければならぬとの考え、すなわち精神障害を相対的に捉える思考がはたらいっていると推察される。このことと、傷害未遂を不可罰としている現行法との整合性が問題となる。

たしかに、傷害罪の法定刑の下限が、暴行罪と比較して重めに設定されるようになったとはいえ、依然として低く設定されていることをふまえると、たとえば身体的にせよ精神的にせよ障害が軽度でも生じさえすれば、故意犯としての傷害罪は既遂に至るとする見方はありうる<sup>55</sup>。しかしながら、傷害未遂があえて不可罰とされており、かつ、被害者が被害者の日常生活にいかなる影響を与えたかを問題とするならば、少なくとも精神的ストレスといったレベルの精神障害に関する限り、不可罰とする捉え方は可能である。

たとえば、最決平成一七年三月二九日<sup>56</sup>は、約一年半にわたり、ラジオの音声や目覚まし時計のアラーム音を大音量で連日連夜隣家に鳴らし続けるなどして精神的ストレスを与え、その結果、被害者が慢性頭痛症や睡眠障害、耳鳴り症を発症させた事案について、傷害罪に該当するとした原審の判断を正当とした例を考えてみよう。同決定は原審である奈良地判平成一六年四月九日<sup>57</sup>が示した傷害行為の定義を支持している。その定義とは、「傷害罪の実行行為は、人の生理的機能を害する現実的危険性があると社会通念上評価される行為」である。そして、当該事案について、原審は「被害者に対して精神的ストレスを生じさせ、さらには睡眠障害、耳鳴り、頭痛等の症状を生じさせる現実的危険性のある行為と十分評価できるから、傷害罪の実行行為にあたるというべきである」と判断した。もしも精神障

害および身体傷害についておよそ相対性を認めないならば、精神的ストレスを生じさせ、さらに、日常ありうる不眠あるいは一時的な耳鳴りや頭痛を生じさせる行為をとった段階で、既遂を肯定しなければならなかったはずであろう。右の定義は、精神障害については明らかに段階を認め、身体傷害についてはそれがあり得ることを示唆している。

私見によれば、右の判例の姿勢の中にも、傷害概念を相対的に捉えようとする姿勢を読み取ることができる。まず既遂と未遂の違法性の程度に差異があることを前提<sup>57</sup>とした上で、精神障害や身体傷害がわずかでも生じさえすれば既遂と評価するのではなく、それらの障害が被害者の生活にどのような影響を及ぼしたのかまでが考慮に入れられている。そして障害の程度が軽度かそれ以上かを判断し、軽度の場合は可罰性の低い未遂犯に、それ以上の場合は可罰性の高い既遂犯に含める、というものである。

## 第五章 残された課題

最決平成二四年七月二四日を起点として、傷害概念に精神障害が含まれるかについて検討を加えてきた。傷害概念から精神障害を排除することは不当だが、精神障害を傷害概念に含めるためには、傷害概念の洗い直しや傷害概念の相対性を肯定することが必要であることを指摘した。

ただし、残された課題がある。行為面と精神障害との関係についてである。傷害として評価可能な精神障害を惹起しうるのは、結果的加重犯と故意侵害犯、過失侵害犯である。それぞれの行為、すなわち、故意の基本行為、傷害の実行行為、過失行為が精神障害を惹起したものと評価するためには、いかなるメルクマールが行為面において必要なのか。<sup>58</sup>また、様々な生活領域において、被害者に精神障害を与える事象が存在しているが、これらも刑事制裁に服す



号(二〇一三年) 一五七頁以下、田川靖紘「PTSDと傷害(致傷)の成否」刑事法ジャーナル三五号(二〇一三年) 一四五頁以下がある。

(5) 杉山雅彦「PTSD(心的外傷後ストレス障害)と刑事事件―混迷を深めるPTSD概念―」判例タイムズ一〇七二号(二〇〇一年) 五二頁以下がある。同氏によれば、PTSDの診断基準は、WHOのICD-10とアメリカ精神医学会のDSM-IVとが存在しており、それらにおける「外傷的出来事」の定義も異なるとする。

(6) 東京高判平成一四年二月一〇日(判時一八二二号一五二頁、東京高等裁判所(刑事)判決時報五三卷一一〇頁〔新潟少女監禁事件控訴審判決〕)、東京高判平成一五年一月二二日(判例ID・28085347)、東京地判平成一五年七月一七日(判例ID・28095194〔被害者の母親が事件を目撃し発症〕)、旭川地判平成一五年一〇月三〇日(判例ID・28095006)、大阪地判平成一六年六月二八日(判例ID・28095574)、福井地判平成一六年九月一六日(判例ID・28095609 犯行現場に居合わせた被害者以外の者に発症)、京都地判平成一六年九月二四日(判例ID・28105013)、名古屋地判平成一六年一月一七日(刑集六〇巻六号四九八頁)、横浜地判平成一六年二月二〇日(判例ID・28105359)、大阪高判平成一七年九月七日、福岡地判小倉支部平成一七年九月二八日(家月五八巻三号一四九頁、さいたま地判平成一九年四月二六日(判例ID・28095609 〔殺害現場に居合わせた者に発症〕)、東京地判平成一九年二月一九日(判例ID・28145469)、大阪高判平成二三年五月一九日(判タ一三六三号二〇八頁)など。なお、以上および後掲注における判例IDは、D1-Law.com判例体系のものである。

(7) なお、藪中悠「刑法における傷害概念と精神的障害―オーストリア刑法における議論を中心に―」法学政治学論究九七号(二〇一二年)は、オーストリア刑法における議論を参照しながら、両論点およびその背後にある問題点を析出したものとして重要である。

(8) 旧刑法三〇一条一項。

(9) たとえば、下村康正は、判例は生理的機能障害説を説いているが、実例をみると身体完全性侵害説によっていることを指摘する(同「傷害および暴行」『総合判例研究叢書刑法(7)』〔一九五七年〕所収一〇頁以下)。また、渡辺咲子は、判例は生理的機能障害説に立っているといわれているが、身体の完全性の毀損の有無を立証上のアプローチとして認めていることを指

摘する（大塚仁他編『大コンメンタール刑法（第二版）第一〇巻』（二〇〇六年）所収三九三頁以下〔渡辺咲子執筆〕）。

(10) なお、對島・後掲評釈（注(56)）二〇七頁は本事案について次のようにみる。すなわち、疼痛として「認識」されるに至るまでの、暴行による痛覚神経細胞の反応とその刺激の伝達という「生理的過程」を含め、それを「健康状態の不良変更」として評価したものと解されうる、と。その上で、判例は傷害を、生理的過程だけでなく、心理的過程及び精神的過程を含めた「健康状態の不良変更」と捉えていると指摘する。

(11) 小倉正三は、精神障害を傷害とする判例が登場したのは、最高裁昭和三二年決定以降であることを指摘していた（同「心的外傷後ストレス障害（PTSD）」と傷害罪の成立』（『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』（二〇〇六年）所収三四三頁）。拙稿も本文に指摘した通りの理由により、かような見方を支持する。

(12) 昭和三二年決定について、林幹人は「生活機能」という基準は、判例自身によつてなされているように、「健康状態の不良変更」と置き換えられるし、「生活機能」というだけでは、髪髭などを含むと解する完全性説との区別が困難となる」と指摘する。林・後掲論文（注(24)）四頁。ただし、同決定が出た過程をみる限り、かように理解することについては疑問が残る。

(13) 杉山・前掲論文（注(5)）。

(14) 本判決は公刊物未搭載。本判決の評釈として佐藤弘規「強制わいせつの被害者が受けた精神的ストレスをPTSDと認定し、強制わいせつ致傷罪の成立を認めた事例」警察公論（二〇〇一年）五九頁以下がある。佐藤は、アメリカ合衆国精神医学協会が作成した診断基準であるDSM-IVにおける「実際に又は危うく死ぬ又は重傷を負うような出来事」にあたるかを被害者の主観に従つて判断した同判決について、傷害に当たるかはいくまでも法的判断であり、かようなかたちで傷害を認めないと常に致傷罪の成立を肯定しかねないことを指摘している（同六二頁以下）。

(15) 評釈として、甲斐行夫「心的外傷後ストレス症候群（PTSD）」による傷害罪が否定された事例」研修六三九号（二〇〇一年）二九頁以下、緒方あゆみ「精神的機能障害と傷害罪の成否」同志社法学五四巻（二〇〇二年）一号二九二頁以下がある。

(16) 熊本地判平成二年一〇月一四日（判例ID・28175513）。

(17) ただし、同判決によると、行為者が「直接的・積極的に被害者を心理的なストレス状態やノイローゼ状態に陥らせることを意図し、脅迫や恐怖体験を与える行為を繰り返すなどして、殊更に被害者にそのような症状を生じさせた場合は、それが比較的軽度のものでない」傷害罪を構成する場合は明らかであるとする。

(18) 精神障害を傷害に含めることを明言、あるいは、関連判例を引用するなどしてそれを示唆している者は以下の通りである。牧野英一『刑法各論』(一九五一年)三七二頁(大正一五年七月二〇日判決について、たちまち心身が回復したのは不当とされた)、江家義男『刑法各論(増補)』(一九六三年)二〇一頁以下、青柳文雄『刑法通論Ⅱ各論』(一九六三年)三〇七頁、沢登佳人「暴行・脅迫の意義」日本刑法学会編『刑法講座第5巻』(一九六四年)所収二三九頁(著しい精神生理的苦痛)、柏木千秋『刑法各論(再版)』(一九六五年)三三五頁、植松正『全訂刑法概論Ⅱ各論』(一九六八年)二五四頁以下、団藤重光編『注釈刑法(5)各則(3)(再版)』(一九六八年)七五頁(小暮得雄執筆)、小野・中野・植松・伊達『ポケット注釈全書刑法(新版第三版)』(一九六八年)四二二頁、藤木英雄『刑法各論』(一九七二年)五頁(「持続的な精神錯乱」)、同『刑法講義各論』(一九七六年)一九三頁以下、井上正治・江藤孝『全訂刑法学「各則」』(一九七九年)二五頁、齊藤誠二『刑法講義各論Ⅰ(新訂第四版)』(一九八〇年)一四九頁、一五八頁、団藤重光『刑法綱要各論』(一九九〇年)四〇八頁以下(生理的機能障害の例として発狂を挙げる)、平川宗信『刑法各論』(一九九五年)五二頁、香川達夫『刑法講義「各論」(第三版)』(一九九六年)三七六頁以下、福田平『全訂刑法各論(第三版増補)』(二〇〇二年)一五一頁、船山泰範「嫌がらせ電話によりPTSDを負わせ、傷害罪が認められた事例」現代刑事法五巻三号(二〇〇三年)六一頁、板倉宏『刑法各論』(二〇〇四年)三一頁以下、大塚仁『刑法概説(各論)(第三版増補版)』(二〇〇五年)二五頁以下、山口厚『傷害の意義』法学教室三〇三号(二〇〇五年)九三頁以下、中山研一『新版口述刑法各論(補訂第二版)』(二〇〇六年)二九頁(傷害は多少なりとも継続的なものである事を要する)、前田雅英『刑法各論講義(第四版)』(二〇〇七年)三一頁以下、井田良「傷害の概念をめぐって」刑事法ジャーナル六号(二〇〇七年)一一七頁以下、萩原滋『刑法概要(各論)(第三版)』(二〇〇九年)一五頁以下、大谷實『刑法講義各論(新版第三版)』(二〇〇九年)二四頁(生理的機能の障害にPTSDを含める)、西田典之『刑法各論(第五版)』(二〇一〇年)四一頁、高橋則夫『刑法各論』(二〇一一年)四五頁以下、松宮孝明『刑法各論講義(第三

- 版』(二〇一二年) 三六頁以下、佐久間修『刑法各論(第二版)』(二〇一二年) 三六頁以下(犯人が意図的に精神障害を惹起した場合には、その度合いに応じて、PTSDによる傷害罪の成立を認めるべきとする)。
- (19) 岡田朝太郎『刑法論(各論) 第三版』(一九二八年) 二六八頁以下。
- (20) 瀧川幸辰『刑法各論』(一九三三年) 団藤他編『瀧川幸辰刑法著作集』第一卷(一九八一年) 所収四三七頁。
- (21) 瀧川幸辰『刑法各論(第三版)』(一九五三年) 四一頁。
- (22) 伊東研祐『刑法講義各論』(二〇一一年) 三三頁以下。その他、団藤『注釈刑法(5) 各則(3) (再版)』(前掲注(18))。
- (23) 川端博『刑法各論講義』(二〇〇七年) 三四頁以下、山中敬一『刑法各論(第二版)』(二〇〇九年) 四〇頁。
- (24) 林美月子「PTSDと傷害」神奈川法学三六卷三号(二〇〇四年) 二一九頁以下、林幹人「精神的ストレスと傷害罪」判例時報一九一九号(二〇〇六年) 三頁以下、同『刑法各論(第二版)』(二〇〇七年) 四八頁。
- (25) 林(幹)・前掲論文(注(24)) 四頁以下。
- (26) 泉二新熊も、林(幹)と同様の考えを示していた(この点はすでに藪中・前掲論文(注(7)) 一二二頁注八八が指摘している)。すなわち、人を恐怖に陥れるような精神作用の惹起は傷害罪には該当しない。法律は脅迫罪などの特別の罪を規定しているからである。ただし、精神作用の惹起により脳の機能を害するときは傷害罪が成立しうる、と。泉二新熊『刑法大要(第三七版)』(一九三九年) 五五四頁。
- (27) すでに藪中・前掲論文(注(7)) が、精神障害はそもそも傷害概念に含まれないとする見解を「身体症状限定説」と呼んでいる。その趣旨に拙稿も従いたい。ただし、拙稿においては後述のように傷害概念の洗い直しを想定しているため、本文の用語を使うことにしている。
- (28) 精神的障害による神経障害を要求するのは、林(美)・前掲論文(注(24)) 一三六頁以下。
- (29) 現に、精神障害を傷害に含ませた裁判例の中には、被告人が嫌がらせの対象としていた人以外の人に、精神障害が発症しているものもある。
- (30) 身体の疾患においても、その機序に争いがあったりそれが明確でない場合もありうる。

- (31) 小池信太郎「量刑における構成要件外結果の客観的範囲について」慶應法学七号(二〇〇七年)は、構成要件外に生じた結果を量刑にどのように用いるかにつき、構成要件の保護範囲内であれば構成要件外結果といえども量刑上考慮しうる「構成要件(規範)の保護目的論」を展開している。その中で、構成要件の結果・行為そのものの属性とは異なる危険を伴い、本来的な保護法益とは異なる利益の侵害を惹起することがあることを指摘した上で、そうした副次的利益の侵害も量刑において考慮しうるとする(同七〇頁)。この見地に立ち、暴行や脅迫によって被害者に恐怖体験を強いる犯罪類型については、そのような精神的苦痛も量刑評価の対象に含めうるとする(同七二頁、七五頁)。
- (32) たとえば、女児の連続強姦や放火、殺人未遂などが争われた大阪地判平成一九年二月一九日(判例ID・28335106)は、九歳の女児が処女膜裂傷を負った点について強姦致傷罪の成立を認め、それに起因して発症したPTSDを強姦行為の悪質さを示す量刑事情として評価している。しかし、精神的障害を構成要件に格上げするならば、むしろPTSD自体が致傷罪たる実体を示すことになり、処女膜裂傷は精神的障害の程度を示す量刑事情と解しうることになる。ただし、本文において後述するように、精神障害を傷害と評価するかは、構成要件ごとに異なる。その際、法定刑の設定の仕方に着目する必要がある。
- (33) 林(幹)・前掲論文(注(24))四頁。
- (34) 藪中悠「刑法二〇四条の成立過程にみる傷害概念―精神的障害に関する議論を中心に―」法学政治学論集九八号(二〇一三年)五三頁以下の検討が詳しい。ここでは、保護法益に関し、旧刑法における「殴打創傷の罪」と現行刑法の傷害罪との間に、連続性があることが指摘されている。
- (35) 平野龍一『刑法概説』(一九七七年)一六七頁。
- (36) 最高裁判例にはその傾向がうかがわれるし、学説においても、よほど軽微な傷害を除き、法定刑の下限の低さを根拠に、幅広く傷害概念に含めるものもある。
- (37) 一定程度継続説を採るのは、宮本英脩『刑法大綱(第四版)』(一九三五年)二八三頁、中義勝『刑法各論』(一九七五年)三四頁、植松・前掲書(注(17))二五五頁(相当程度継続的)、中山・前掲書(注(17))など。
- (38) 河上和雄によれば、判例は「生理的機能障害に止まらず身体の完全性毀損をも含めて傷害の意義を考えている」というべき

である。つまり、生活機能傷害をもって、傷害としていっていると考えてよい」として、この意味における生活機能障害説を採用する。『同「傷害概念の再検討」』『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（二〇〇二年）所収三〇五頁。身体完全性侵害説に対する批判の文脈ではあるが、渡辺咲子は「傷害罪の趣旨が、人の人間としての営みを完全に行うためにその身体が保護されるべきところにあるとすれば、その「機能」を害されることに傷害の本質があるのではなからうか」と述べる（大塚仁他編『大コンメンター刑法（第二版）』第一〇巻（二〇〇六年）三九二頁〔渡辺執筆〕）。

(39) 私見によれば、生理的機能障害と完全性侵害が被害者に生活にどのような影響を及ぼしているが明確でない点で、河上説には疑問が残る。この点、渡辺説が、「人の人間としての営みを完全に行うこと」と傷害概念との関係を捉えている点は賛同しうる。

(40) 女性の頭髪を切除裁断する行為について、東京地判昭和三八年三月二三日（判タ一四七号九二頁）は暴行罪ではなく傷害罪の成立を認めたと、その理由として、頭髪は身体の中樞をなす頭脳を外力から防護する生活機能を有する点、女性の毛髪は女性の社会生活上重要な要素を占めている点を考慮している。かような判断は傷害概念を過度に規範化していると思われる。

(41) 原審である東京高判平成二二年九月二四日（前掲注（2））は、傷害概念について、「後者（医学。筆者注）において診断される傷害が、社会通念上それ自体傷害として意識されるものであり、少なくとも日常生活における支障が一时的なものにとどまらず、通常一定の治療行為が必要とされる程度に達するものである限り、刑法上の傷害に該当することには異論がない」としている。

(42) 傷害概念の相対性を肯定するものとして、大阪地判昭和三六年一月二五日（下級裁判所刑事裁判例集三卷一一・一二号一一〇頁〔強盗傷人罪〕）、名古屋高判令沢支部昭和四〇年一〇月一四日（高等裁判所刑事裁判例集一八卷六号六九一頁、判タ一八五号一三六頁〔強盗傷人罪〕）、熊本地判玉名支部昭和四二年一月一〇日（下級裁判所刑事裁判例集九卷一一号一三七二頁〔暴力行為等ノ処罰ニ関スル法律〕）、福岡地判昭和四七年一月三二日（判タ二七七号三七二頁〔傷害罪〕）など。

(43) 藪中・前掲論文（注（7））一二三頁注九四はこのことを「保護法益間の傷害概念の相対性」と呼んでいる。

(44) 横浜地判平成七年三月二八日（判時一五三〇号二八頁、判タ八七七号一八四頁〔東海大学病院安楽死事件〕）。

(45) 前掲注(42)の諸判例のうち、とくに大阪地判、名古屋高判令沢支部、熊本地判玉名支部を参照。

大阪地判は、生理的機能障害説・健康状態不良変更説に立ちつつも、「刑法上という傷害とはそれが法律上の価値概念である以上は、医学上人の身体の生理的機能の毀損あるいはこれの不良な変更とみるべき一切の場合をいうものではなく、右のうちから合理的な基準によつてどのようなものを刑法上の傷害と考えるべきかを決めて行くべきである」とした。その上で、暴行によつて多少なりとも生理的機能や健康が損なわれることは通常であり、これを全て傷害とすることは暴行罪が成立する余地はほとんどなくなること、社会通念も考慮すると、「本人が傷害として意識せず、別段の治療を施さないでも短時間に快癒する程度のもので、その間日常生活に支障を来さないような軽微なものは、刑法上の傷害には該当しないものと解すべきである」とした。

名古屋高判令沢支部も、大阪地判と同じ問題意識に立った上で、生理的機能障害が、①日常生活に支障を来さない、②傷害として意識されないか、日常生活上看過される程度である、③医療行為を特別に必要としない、ときは、傷害ではなく暴行にとどまるとした。ただし、これらの基準は一応の標準にすぎず、暴行罪の法定刑の下限だけでなく上限も考慮に入れた上で、「主として量刑上の差異を考慮し、その犯罪の法的評価を、両罪のいずれを以て行うのが妥当であるかとの観点から個々の具体的場合に依りて決めて行く外はない」とした。

熊本地判玉名支部は、健康状態の不良変更および生理機能障害を傷害と解した上で、暴行によつて被害者に痛感やショック感、恐怖感、不快感を生じさせることは通常とであること、法定刑にも差異がつけられていることを考慮する必要があるとし、「法律上傷害と評価されるに値いするところの健康状態の不良変更とか生理機能の障害とはそれが現象的にやや持続的なものであることを要し、短時間に回復する一過性のものは含まれず、かつ右不良変更や障害は表顕的であるか、または被害者において苦痛意識をもつものであつて、日常生活行動に不利な影響の存するものであることを要するものと解するのが相当」としている。

(46) 高橋貞彦「傷害と暴行の意義」中山他編『現代刑法講座第四卷刑法各論の諸問題』（一九八二年）所収一五一頁以下。

(47) 団藤重光は、軽微な傷害の扱いについて、日常生活において一般に看過される程度の極めて軽微な傷害は傷害に該当しな

いが、個々の場合について社会通念に従って判断するしかない、とする。その理由として、傷害罪と暴行罪の法定刑の下限が一致していること、暴行罪の法定刑（上限・筆者注）がある程度引き上げられたことから、量刑上実質的な不都合は生じない、とする（団藤・前掲書〔注(18)〕四〇九頁）。

(48) 安田拓人「暴行による心理的ストレス状態と結果的加重犯としての傷害罪の成否」法学教室判例セレクト（二〇〇一年）三一頁、佐々木和夫「暴行を受けたことによる心的外傷後ストレス障害による傷害罪の成立が否定された事例」現代刑事法三九卷（二〇〇二年）七一頁以下、田川・前掲評釈（注(4)）一四九頁。

(49) 単なる精神的苦痛が傷害とされることの不都合については、沢登・前掲論文（注(18)）二四〇頁以下が肌身にわかる説明をしている。

(50) たとえば、致傷罪の基本犯である暴行罪、逮捕監禁罪、強姦罪、強制わいせつ罪は相互に保護法益は異なるが、いずれの基本行為も被害者に精神的障害を与えうる契機を含んでいる。したがって、軽度の精神障害はそれらの基本行為の違法性の程度を裏付ける量刑事情として考慮しうる。

また、暴行罪の保護法益それ自体について争いはあるが（齋野彦弥「暴行概念と暴行罪の保護法益」神奈川法学二八卷〔一九八八年〕四三七頁以下）、暴行罪の保護法益の一つとして行動の自由を想定し、同罪の内実を、物理的作用としての有形力を行使し被害者の外形的行動を制約すると解した（同・四四八頁以下）としても、当該行為の違法性の程度を裏付ける量刑事情として被害者の精神的苦痛を考慮することは必ずしも否定されないものと思われる。なぜなら行動の自由がどの程度制約されたのかを判断する際に、右事情を考慮することは不可避だからである。

(51) 神村昌通は、PTSDの認定には慎重さが必要だが、それに該当すれば傷害罪の成立を肯定する（神村・前掲評釈（注(4)）二四頁以下）。

(52) 小倉・前掲論文（注(11)）三六四頁。

(53) 甲斐行夫・前掲評釈（注(15)）五〇頁は「DSM-IVやICD-10は、あくまで診察や診断のためのガイドラインであり、あたかもこれを法律規範のように考えて、これに当てはあるかどうかを考えるという態度は問題がある」と指摘している。

- (54) 島岡・前掲評釈(注(4)) 一五三頁。
- (55) 林(美)・前掲論文(注(24)) 一三三〇頁。その他、福岡高判平成二二年五月九日(前掲注(17))も参照。
- (56) 評釈として、島岡まな「隣家の被害者に朝から深夜までラジオの音声及び目覚まし時計のアラーム音を大音量で鳴らし続けた行為が傷害罪の実行行為にあたる」とされた事例」法学教室三〇一号(二〇〇五年) 八四頁以下、江口和伸「自宅から隣家の被害者に向けて連日ラジオの音声等を大音量で鳴らし続け、慢性頭痛症等の傷害を負わせた行為が傷害罪に当たるとされた事例」研修六八五号(二〇〇五年) 一七頁以下、豊田兼彦「傷害罪の成立が肯定された事例」法学セミナー六一三号(二〇〇六年) 一二二頁、内海朋子「自宅から隣家の被害者に向け連日連夜ラジオの音声などを鳴らし続け慢性頭痛症等を生じさせた行為と傷害罪の成否」ジュリスト一三三〇号(二〇〇七年) 一六三頁以下、對島直紀・判例時報一九六二号(判例評論五八〇号)(二〇〇七年) 二〇六頁以下、大野勝則・最高裁判所判例解説刑事編(平成一七年度)(二〇〇八年) 五九頁以下など。
- (57) 未遂犯規定はたしかに任意的減軽であるが、既遂と同様に未遂を処罰してよいという考えは主観主義をとらなければ不能である。
- (58) 故意の傷害行為による場合に限定するべきことを示唆するのは、井田・前掲論文(注(18)) 一一九頁。また、過失犯においては、被害者が精神的に特にダメージを蒙りやすい性格によって精神的障害を発症するであろうことについて、予見可能性を要求するのは、林(美)・前掲論文(注(24)) 一三五頁。
- (59) たとえば、いじめや種々のハラスメント(パワハラ、セクハラ、アカハラ)を受け、その結果、被害者が精神障害を負った場合、それは傷害に係る罪の対象外とされてきたと思われる。しかし、精神障害を傷害概念に含める以上、いかなる意味でそれらの行為が可罰的あるいは不可罰的なのか、精査を要するといえよう。ハラスメントに対する刑事規制の必要性を指摘している者として、労働法学者の山崎文夫による一連の研究がある。同氏によって最近著されたものとして、同『セクシャル・ハラスメント法理の諸展開』(二〇一三年)がある。

# EUと構成国間の権限構造に関する ドイツ連邦憲法裁判所の理解

——財政危機克服のための結果——

ペーターM・フーバー

中西優美子 訳

〔翻訳者による前書き〕

本稿は、二〇一三年九月三〇日に日本大学法学部で行われたドイツ連邦憲法裁判所裁判官Peter M. Huber氏による講演原稿を翻訳したものである。講演の原題は、“Das Verständnis des Bundesverfassungsgerichts vom

EUと構成国間の権限構造に関するドイツ連邦憲法裁判所の理解（中西）

六七（七四七）

Kompetenzgefuge zwischen der EU und den Mitgliedstaaten - Konsequenzen für die Bewältigung der Finanzkrise-, がある。本文における脚注は、Huber 氏の原稿にあったものをそのまま載せている。しかし、それだけでは、日本の読者には判りにくいと思われる点について、翻訳者の責任で、適宜訳注を付している。

### I. マーストリヒトからギリシヤ支援まで

EEC (後のEU) と構成国間の権限構造に関するドイツ連邦憲法裁判所の見方は、裁判所が欧州統合に携わるようになってから、すなわち一九七〇年代初頭から、根本的には変化していない。過去四〇年において声のトーンは変化したものの、根底は変化していない。この文脈で特に重要なのは、一九九三年一〇月一二日のマーストリヒト条約<sup>(1)</sup>判決、二〇〇九年七月三〇日のリスボン条約判決<sup>(2)</sup>並びに二〇一一年九月七日のギリシヤ支援及びユーロ援助に関する<sup>(3)</sup>判決である。

### 1. EU法の適用の優位

これらの長きにわたる判例の基礎となっているのは、EUが国家連合及び憲法連合であるということである。構成国は、常に条約の主人 (Herren der Verträge) であり、この役割を失うのは、少なくともドイツに関する限り、憲法制定権力の行為によつてのみ、つまり、ドイツ基本法一四六条<sup>(4)</sup>に基づく国民投票によつてのみである。従つて、EUは、構成国が移譲した権限のみを行使できる (権限付与の原則<sup>(5)</sup>) のであり、またあらかじめ書き込まれた統合プログラム (Integrationsprogramm)<sup>(6)</sup> の範囲内である限りにおいてのみ、EUの行動が民主主義的に正統化される。また、この統合

プログラムの枠組において、EU法の国内憲法を含む国内法に対する適用の優位が原則的に通用する<sup>(4) (6) (7) (8) (9) (10)</sup>。

## 2. 適用優位の限界としての憲法アイデンティティと統合プログラム

適用の優位は、(細かな点においては各国において相違はあるものの)<sup>(5)</sup>すべての構成国において国家の法適用命令(Rechtsanwendungsbefehl)である。ドイツでは、EEC条約とその改正諸条約の同意法律がそれにあたる。これを前提とすると、適用の優位の限界も国内法から導出される。具体的には、過去二〇年においてとりわけ国内憲法アイデンティティ<sup>(6)</sup>と統合プログラムがその限界として形成されてきた。

a) 国内憲法に対するEU法の優位に関するEU司法裁判所の判例は、原則的に構成国において支持者をもたないSolange<sup>(7)</sup>及びマーストリヒトドクトリンをもつドイツ連邦憲法裁判所並びに「controlomiri」説<sup>(7)</sup>をもつイタリア憲法裁判所は、フランスの憲法院(Conseil constitutionnel)<sup>(8)</sup>、ギリシャの枢密院(Staatsrat)<sup>(9)</sup>、イギリス上院、ポーランド憲法裁判所<sup>(10)</sup>に他の構成国の憲法及び上級裁判所の大半と同列に並んでいる。このことは、オーストリア憲法裁判所にも当てはまる。同裁判所は、確かにEU加入条約に依拠して、国内憲法に対するEU法の優位を認めているが、よく見ると、それはEU加入条約により承認された共同体既得事項(アキ・コミュニテール)<sup>(11)</sup>にのみ当てはまるのであって、後のEU条約改正及びそれに基づき採択される第二次法(EU立法)には当てはまらない<sup>(13)</sup>。

EU法の優位が貫徹しているように見えるのは、これまで国内(憲法)裁判所は、(優位し)尊重されるべきEU法と国内憲法の要請の間において具体的な紛争をあえて起こさずとはしてこなかったからである。すなわち、ドイツ連

邦憲法裁判所<sup>(14)</sup>、フランス憲法院、イギリス上院<sup>(15)</sup>、イタリア憲法裁判所、デンマークの裁判所及び他の構成国の裁判所は、具体的な事件の判断において、国内憲法のEU法適合解釈によって、あるいはEU法の憲法適合解釈によってEU司法裁判所との紛争を避けてきた。ドイツ連邦憲法裁判所のSolange判決<sup>(16)</sup>またはイタリア憲法裁判所の「caminio comunitario」が示しているように、結果としてEU法に対する実質法的な要請を取りやめることが賢明であると判断するに至った。それゆえEU法の(適用の)優位は原則として保障され、EU司法裁判所との紛争は実質的な例外の場合に限定されている。もつともEU法の側においてもEU条約は構成国のアイデンティティへの考慮を明示的に義務づけるようになり(EU条約四項二項一文及び三項)、また、EU司法裁判所はそれを考慮するようになってきている<sup>(18)</sup>。

b) 憲法アイデンティティの保護の理由の他にEU法の適用の優位の例外が存在しうるのは、EUが権限超越(ultra-vires)行為を行った場合である。この場合は、そもそも構成国はEUに権限を移譲していないので、どの国内同意法律によってもその行為の実効性は保障されえない。

EU機関に付与された権限の遵守、つまり「統合プログラム」の射程範囲が、対立の対象になることは避けられない。EU機関の権限コントロールを任されたEU司法裁判所(EU条約九条二項二文)が逸脱した法行為を認容し、自ら権限超越的に行動するとき、憲法上の問題が引き起こされる。ほぼすべての構成国の(憲法)裁判所は、統合プログラムから逸脱した、すなわち「権限超越」的と分類されるEU機関の措置に対し構成国の高権の領域における承認を拒絶するという要求をしている。このことは、最初にドイツ連邦憲法裁判所のマーストリヒト条約判決<sup>(19)</sup>において明

示的に述べられ、その後、リスボン条約判決<sup>(20)</sup>において強化され、さらに、ハニーウェル (Honeywell) 判決<sup>(21)</sup>において明確化された。このドイツ連邦憲法裁判所による国家性維持の主張は、他の構成国—スウェーデン<sup>(22)</sup>及びハンガリー<sup>(23)</sup>の統合立法、デンマーク裁判所のマーストリヒト判決並びに初めてEU司法裁判所の判決を権限踰越行為であると認定したチェコの憲法裁判所の判決<sup>(24)</sup>—においても広い支持がみられる。

ドイツ憲法裁判所がEU司法裁判所のマンゴルド判決<sup>(25)</sup>における権限踰越行為の存在を多数決で否決し、また、これまでEU司法裁判所の判決を権限踰越行為であると認定した事件がチェコの一件のみであるとしても、この国家性維持という留保が効果を持たないことを意味しない。国内 (憲法) 裁判所の大多数がEU司法裁判所の権限踰越行為を国内法の基準で評価することを要請するという事実<sup>(26)</sup>は、EU司法裁判所にそのような紛争を回避させる誘因となる。たとえば、EU司法裁判所はアイルランドの憲法における墮胎の禁止をあいまいな理由をつけヨーロッパ法上問題としなかった<sup>(26)</sup>、また、ドイツ基本法で二〇〇〇年まで含まれていた、武器に関連した女性による任務の禁止については、法務官が基本法七九条三項の意味における統合を許容しない (integrationsfeste) 規定が問題となっていないという<sup>(27)</sup>ことを確定した後にはじめて指令76/207に対する違反であると認定した。

### 3. 基本法の憲法アイデンティティ (基本法七九条三項)

基本法二三条一項三文に基づいた統合を許容しないドイツの憲法アイデンティティは、いわゆる永久条項により定められ、またそれによつてのみ定められる。そのことは、ドイツだけ特別ではない。国内憲法の大半が統合の限界に関する明示的または黙示的—判例及び学説により形成された—規定を含んでいる。もつともそれがどのように具体的

に実施されるかは、これまで構成国において実際には明確にされてこなかった。<sup>(27)</sup>

a) 例えば、ギリシャにおいては人権及び民主主義的国家秩序の基礎(ギリシャ憲法二八条二項及び三項)並びにギリシャ憲法一一〇条一項の解釈から発展した保護対象、「大統領的」議会民主主義、人間の尊厳、公的機関への平等のアクセス、人格の自由な形成権、人の自由またはギリシャ憲法二六条に規定された権限分立が統合を許容しないものとして形成されている。デンマークでは、主権的国家性の要請、イギリスでは議会主権、イタリア及びフランスでは共和制的国家形態、オーストリアでは一九九四年のEU加入条約<sup>(32)</sup>に関連する「連邦憲法の基礎法律」がそれに当たる。スウェーデンでは、「国家の状況に関する原則」を統合に対する限界(二〇章§5)として示され、それに関して、学説ではとりわけ出版の自由、透明性、文書へのアクセスが想定されている。<sup>(33)</sup> 他方、スペインでは正確な輪郭は不明なものの憲法裁判所がスペイン憲法において統合を許容しない「価値と原則」の「核」を認識している。<sup>(34)</sup>

b) ドイツでは連邦憲法裁判所は長年にわたる判例<sup>(35)</sup>の中で再三再四ヨーロッパ化と同時に現れる基本法の基準の相対化には限界が有ることを強調してきた。一九九二年以前の基本法二四条一項の国際機関への授権について、連邦憲法裁判所は二四条一項が「国家間組織に対して高権の授与の方法を通じた基本構造への侵入により現行の憲法秩序のアイデンティティを放棄すること」を許容するものではないと判示してきた。<sup>(36)</sup> 憲法改正立法者は、この判例を基本法二三条一項三文に法典化し、次のように定めた。「EUの創設及びその条約上の基礎の変更及びそれに応じてこの基本法の内容を変更補充し、あるいは変更補充を可能にする規則の改正については基本法七九条二項及び三項が適用さ

れる。<sup>(37)</sup> この限りにおいて「州における連邦の編成、立法の際の州の原則的協力または一条及び二〇条に定められている諸原則」の変更は、統合に参与するドイツの立法機関に禁止されている。換言すれば、憲法改正立法者に示された限界は欧州統合の進展に関しても妥当する。

aa) リスボン条約判決において連邦憲法裁判所はこのことをより詳細に示そうと試み、基本法がドイツの（主権的）国家性を保障し、<sup>(38)</sup> 憲法改正立法者と統合立法者を拘束すると強調した。いわゆる *pouvoirs constitués*（創設された機関）としての連邦議会、連邦参議院及び連邦政府は、国民の頭を超えて主権国家としてのドイツを取り除く権限は有していない。それには、むしろ憲法制定権力（*Pouvoir constituant*）の承認を必要とする（基本法七九条三項、一四六条<sup>(39)</sup>）。連邦憲法裁判所は、次のように判示した。EUは、多元的憲法主義の概念に結びつけられるユートピアではなく、国際法的な基礎に基づく国家及び憲法連合である。それゆえ構成国は、将来においても―第六次付加価値税指令の決定の中ですでに言われたように―「条約の主人」<sup>(40)</sup>であり、その地位にとどまる。EUは、国家により支えられ、また、基本法の民主主義原則は、ドイツの立法機関に統合に対する特別な責任（*Integrationsverantwortung*）<sup>(41)</sup>を課し、さらに欧州の事項において国内議会のより積極的な役割を要請する。その国内議会の積極的な役割は、EU条約一二条、EUにおける国内議会の役割に関する議定書並びに補完性及び比例性原則の適用に関する議定書にも定められているように現在EU法においても要請されているが、<sup>(41)</sup> 憲法上（基本法二三条二項から六項において定められた）の国内議会の役割に対応する。

このことは、EUと構成国間の権限構造に関して、構成国が一方的に脱退する権利を維持しなければならないこと

(現在EU条約五〇条に明示的に定められている)、またEUに権限権限 (Kompetenzkompetenz) を移譲してはならず、権限付与の原則が権限配分の基礎におかれるということ<sup>(42)</sup>、構成国が「マーストリヒト条約判決で言われたように――「任務と権限の優位 (Übergewicht von Aufgaben und Befugnissen)」をもつ存在にとどまらなければならぬことを意味している<sup>(43)</sup>。この定式をリスボン条約判決は一定の政治的分野の例示列挙により具体化しようとした。すなわち、その列挙とは、国民であること、警察及び軍隊の独占、クレジット設定を含む収入と支出並びに基本権の実現に対する侵害事実の内容、とりわけ刑事司法あるいは収容措置における自由剥奪のような集中的な基本権の侵害、言語、家族、教育の形成の自由、言論、出版及び集会の自由の秩序あるいは宗教もしくはは世界観的信条の扱いのような文化的な問題である<sup>(44)</sup>。

bb) 最近、裁判所は、とりわけ憲法アイデンティティの財政的側面を明確にする機会をもった。ギリシャ支援及びユーロ救済支援に関する判決<sup>(45)</sup>並びに欧州安定メカニズム (ESM) <sup>(46)</sup>に関する判決<sup>(46)</sup>において連邦憲法裁判所はドイツ連邦議会の財政的な責任をドイツの憲法アイデンティティの本質的な部分であるとし、財政政策の全責任を免除できないとした。文言は、以下の通りである。「この判例においてドイツ連邦議会は他のアクターへの範囲が不明確な財政政策分野の授権により財政的責任を移譲することはできない。特に連邦議会は、全体なコンセプトに基づくものであれ、個々の措置の全体的評価に基づくものであれ、事前の設権的同意なしに見通せない財政に影響をもつ負担 (支出であれ収入の不足であれ) につながる効果をもつメカニズムに法律によっても参加することはできない。財政的責任の放棄の禁止は、立法者の予算権限を許容されていないなどとして制限するのではなく、その維持を目的とする<sup>(47)</sup>。」

## II. 民主主義原則と憲法アイデンティティ

### 1. 基本法上の民主主義コンセプトの特殊性

ギリシャ支援及びESMに関する判例の背景には、ドイツの特別な民主主義コンセプトが存在する。それは、KPD（ドイツ共産党）判決<sup>(48)</sup>においてすでにその根が明白であったとしても再統合の後ようやく明確に形成されたものである。その民主主義コンセプトは、核においては、基本法二〇条一項及び二項における民主主義の原則と国民権の保障の下で人間の尊厳（基本法一条一項）に依拠した政治的自己決定への要請が存在することを目的としている。また、同コンセプトは、基本権のように、それと結びつく可能性の漸進的拡大を強く求める傾向にある<sup>(49)</sup>。ドイツにおける民主主義は、それゆえ単に、選挙等をもって顧慮する抽象的な帰責原則（Zurechnungsprinzip）ではない。同民主主義は選挙人として個人を真に受け、個人を臣民、つまり国家のコントロールと監督の対象という役割から実際にも開放する。

この要求の多い民主主義コンセプトによりドイツ、また連邦憲法裁判所は、ヨーロッパとの比較においてかなり独特である。EU条約九条以下の意味における民主主義的な原則及び他の構成国の民主主義コンセプトにはドイツのそれに匹敵する深さと教義上の浸透性が欠けている<sup>(50)</sup>。ヨーロッパの「最も民主主義的な」国、スイスは、そもそも民主主義原則を知らない<sup>(51)</sup>。スイスの民主主義は、民主主義的意思形成に関して見られる手続が民主主義的であることにつぎる。

ドイツにおける民主主義コンセプトの特殊性には、歴史的な理由があり、歴史家が言わせると「特別な歴史

（Pfadabhängig）」になる。その民主主義コンセプトは、イマニユエル・カント<sup>(52)</sup>が要請した、政治の特別な「法化（Juridifizierung）」の結果である。法化は、すでに一四世紀以降古代帝国の経験の中にその痕跡が見出され、帝国最高法院及び帝国枢密顧問官（Reichshofrat）の表現の中にも見られる。一九世紀にドイツに特有の法治国家が生み出されたことは、特徴的でありうる<sup>(53)</sup>。その誕生は、法律の優位と留保でもって市民に民主主義の断念を甘受させ、我々の法と裁判所への信用を徐々に准宗教的な機能へと高めた。ドイツにおける民主主義は、政治的な多数決の奮闘のみならず、法の助けを借りた問題克服でもある。

## 2. 民主主義の三段階説

より具体的に捉えた（ここでは基本法の民主主義原則が他の構成国におけるそれと類似する）政治的な決定の正統化への段階的要請並びに根本において「実質性」の基準に方向づけられる高権のEUへの移譲への段階的要請を取り扱う。

a) 第一段階において通常の政治的決定は議会における単純多数決を必要とする（基本法四二条二項一文）。その下に法律上の構成員の数の多数決も入る（基本法二二一条）。これは、高権の移譲にも原則的に当てはまる（基本法二三一条一項一文）。

b) これに対して、言ってみれば第二段階に当たる、憲法に介入されるあるいは事によってはそのような介入が可能となる場合、それが基本法を形式的に変更する法律によるにせよ（基本法七九条一項）、高権の移譲によるにせよ

(基本法二三条一項三文)、それには立法機関における三分の二の多数決が必要である(基本法七九条二項)。

c) それに加えて憲法のアイデンティティへの介入がなされた場合、これは第三段階に当たりますが、基本法一四六条に基づく国民自体の自由な決定を必要とする。基本法七九条三項は、ドイツ連邦憲法裁判所の本来の見解によると、「基本法の改正が許容されない核に触れることになる、憲法改正法律を国民決定の方法で正当化する」ということを排除している。その場合、基本法一四六条は、憲法違反でない憲法規範であるとしたら、法は権力に最後には常に屈さなければならぬという意味のない簡潔な指示にすぎなくなるだろう。しかし、このことは、方法的に正しい憲法解釈の結果ではない。なぜならそのような解釈は憲法規範とその包括的な有効性の要求を見誤っているからである。さらに、基本法一四六条を基本法七九条三項と関連付け、オーストリア憲法四四條三項、スイス憲法一九三条またはスペイン憲法一六八条と同じく、そこに基本法の全体の改正への授權を見て取る場合、意味のある解決が差し出される。それに基づき国民が基本法七九条三項の永久保障を無視し、ドイツの憲法アイデンティティを変更することができらる。

ドイツに政治的な変革の時期においても最大限の安定性を保障するのが基本法の願望であることを認識すれば、基本法が「憲法制定権力」と「憲法により創設された機関」をはっきり区別していること、また、両者の「権力」の間の境界線が引かれていることが明確である。そのように理解すると、基本法七九条三項の実質法上の内容は、創設された国家権力の形成可能性に決定的な限界を設定するものである。実質法上の内容が永久保障される保護物への介入に対して憲法制定権力の権限を参照するように指示することによって、実質法上の内容はネガティブな権限決定を行

うことになる。民主主義に特有の考慮はこの解釈の代弁をする。確かに、基本法七九条三項により保護されている領域への介入を内容とする決定を徐々に解釈の変更によっても正当化することはできるであろう。<sup>62</sup> その変更は、ドイツ憲法裁判所またはその裁判部の半分が国民の代理という結果になるものである。しかしながら、これは、適当ではないように思える。基本法のアイデンティティの新しい規定ないし他の共和国への移行のような国家と社会のまさに存在そのものにかかわる行為は、基本法七九条三項の永久保障への介入以外の何物でなく、国民によつてのみなされる最も広範囲の民主主義の基礎<sup>63</sup>に基づく公的な討論の中で熟する意識的な政治的な決定を要求する。

### 3. 国内民主主義コンセプトの政治的な意義

上述した形成における民主主義原則の強調と政治的な決定への異なる要請は、法学が好む構築の結果であるだけではない。この背景には、経験を満足させる認識が存在する。その認識とは、多数決原則の適用及びそれと結びついた多数を制させるという覚悟が、一定程度社会的な緊密な結びつきと利益の調和を要求する、歴史、文化、経済及び政治的な前提条件を有するというものである。(ドイツ) 国民国家においてこれが保障され、約一五〇年経験されている。このことがどの範囲においてEUに対しても当てはまるかは不明であり、一括的に答えられず、むしろ個々の政治的分野による。いずれにせよヨーロッパレベルでの多数決の下でのドイツの服従は、ドイツまたはドイツ人個人が多数派に入るといふ現実的な機会を有し、ヨーロッパ化が現状に対して持続的な利点をドイツにもたらすときのみ意味をなす。この「さらなるヨーロッパ」へのあからさまな要請は、この背景において少なくとも複雑なものではない。これが財政政策に関してどうであるかは目下のところほとんど評価できない。経験はいずれにせよ注意を促す。基

本法一一五条の意味における古い負債の限界は、同条によると新しい負債は投資の合計により限定され、全経済的均衡の障害となる場合のみ例外が可能であるので、ほとんど何も生じさせない<sup>64</sup>。かつてベルリンは、ベルリンの憲法裁判所が無効と判示した憲法違反の予算を作成した（特に特筆すべき効果はなし）。また、ノルドライン・ヴェストファーレン州において同様のことが起こった。安定成長協定及びEU運営条約一二六条における超過赤字の回避に関する規定は一九九七年以来約六〇回破られてきた。

### Ⅲ・民主主義原則に照らしたギリシャ支援と救済措置

上述した問題が実際的になったこれまでの中で最も重要な事例は、ギリシャ支援と欧州安定基金へのドイツの参加に関する二〇一一年九月七日のドイツ連邦憲法裁判所の判決である<sup>65</sup>。同判決の中で連邦憲法裁判所は、基本法七九条三項と結びついた二三条一項三文から統合に対し設定された限界が国際条約法への鞍替えによっては迂回されないことを明確にしただけでなく、個々人が基本法三八条一項一文から引き出されるその遵守への権利を有していることも明確にした。学界からの批判に対してこの再度の拡大は以下のように正当化される。

「議会が政治的な自己決定の核になる部分を放棄し、それでもつて市民から継続的に民主主義の影響力が取りさらわれてしまうのであれば、最終的に人間の尊厳に根をもつ民主主義への市民の要求は、無効になってしまおうであろう。基本法は、基本法七九条三項並びに二〇条一項及び二項における選挙権と国家権力の関係を不可侵のものと宣言した。…憲法改正立法者は、新しい基本法二三条の条文によりEUの発展への委任はある一定の憲法上の構造準則の継続的な維持に結びついていること、また、基本法七九条三項により憲法アイデンティティの保護に関し…絶対的な限界を

設定されていることを明確にした(基本法三三一条一項一文)。基本法七九条二項と両立しない議会による権限の放棄に對して市民は憲法上抵抗することができなければならない。ただ広範囲の告訴権を基本法は規定していない。それゆえ基本法三八条一項の防禦法的側面は、次のような場合に用いられる。その場合とは、現在のまたは将来の連邦議会の権限は市民の政治的意思の実現に向けられた国民の意思の議会の代表が法的にも実際にも不可能になるような方法で空洞化される危険性が明白に存在する場合である。また、申し立て権限は、結果として、選挙権が空になりうるということが実質的に示された場合のみ与えられる。基本法三八条一項に関する異議申し立て権限は、∴基本法一一五条一項に基づく保証授權が、国際条約的合意によつて置き換えられ、それにより財政自律性の重大な侵害となりうる場合にのみ与えられる。<sup>(66)</sup>」。

このとりわけ基本法二〇一条一項及び二項並びに七九条三項に依拠した判決の事項的に重要な中心問題は、ドイツ連邦議会が明確に定められていない財政政策的授權により他のアクターに財政的責任を移譲し、「メカニズムが全コンセプトに基づくにせよ、個々の措置の全評価に基づくにせよ、事前の構成的な同意なしに見通せない財政的な負担につながる<sup>(67)</sup>」影響力のあるメカニズムに自己を委ねてはならないということにある。この背景において裁判所は、他の国家の意思決定に對する責任の引き受けという結果になる継続的な国際条約法上のメカニズムが、(とりわけメカニズムが見積もることのできない効果と結びつく場合)創設されることを不可能とした。さらに、自由になる手段の取扱いの方法に對する議会の影響が十分に存在することが確保されなければならない。<sup>(68)</sup>ドイツがこのような保証に對して責任を負わなければならないか否かの蓋然性に関して、立法者に当然のことながら相当な評価裁量が与えられている。この裁量は、連邦財政の将来的な負担能力及びドイツの経済的履行能力の評価のように連邦憲法裁判所により尊重さ

れるべきものである。<sup>(69)</sup>

当該法律（通貨同盟財政安定法律<sup>(70)</sup>とユーロ安定メカニズム法律<sup>(71)</sup>）を裁判所は実質的に承認することができた。なぜなら当該法律から生じうる義務が合計の限界値、時間的な限定、厳格な条件及び全会一致の要請により十分に定められていたからである。この背景においてユーロ安定メカニズム法律の執行の連続したコントロールの下で予算委員会に委任するということが十分のように見えた。なお、裁判所は、このコントロールが保証の引き受けの前に生じなければならぬということを経済安定メカニズム法律一条四項一文の（少なくとも限界値的な）憲法適合的解釈に基づき確定した。<sup>(73)</sup>

#### IV. 統合に対する責任 (Integrationsverantwortung) と特別委員会

立法者は、上述した狭い枠組の中で許容される統合に対する責任の詳細についての予算委員会への委譲を九人の議員からなる特別委員会にユーロ救済の議会的同伴 (parlamentarische Begleitung) を割り当てる機会として利用したいと考えた。このことを連邦憲法裁判所はユーロ安定メカニズム法律の三条三項の改正法の発効に対し仮命令の公布の契機とするだけでなく、<sup>(74)</sup> ドイツ連邦議会の対内組織に関する根本的な決定の契機とした。<sup>(75)</sup> この判決の核は、ドイツ連邦議会が、原則的に全体としての代表機能を個々の議員、議員グループあるいは議会の多数ではなく、そのすべての構成員の参与により引き受けるべきという原則の確認にある。このことは、とくに予算権と財政政策上の全責任に当てはまる。「ドイツ連邦議会の予算権と財政政策上の全責任は、原則的に本会議における交渉及び決定により承認される…。予算法律による決定、財政に影響を与える法律またはその他の本会議の構成的な決定による…。各議員は、基

本法七十七条一項一文及び一一〇条二項一文と結びついた三八条一項に基づき連邦政府の予算案の判断への権利及びこれにつき修正の申請の判断への権利を有する。議員は、財政資金の使用可能性についての考えを述べ、それにより予算案についての決定に影響を与えることができる。：さらに、ドイツ連邦議会の議員は根本的な財政政策上の決定についてコントロール権限を承認する権限があり、かつ、そのことを義務づけられている。：<sup>(76)</sup>」。

ただ、このことは、制限なく当てはまるわけではない。委任の自由と平等（基本法三八条二項一文）は、憲法レベルの他の法益、例えば議会の機能性により制限される。このことは、実質性の考えに方向づけられ、かつ、比例性原則により導かれる、区別を目的とする。連邦憲法裁判所の言葉を借りれば、次のようになる。

「決議委員会への決定権限の委譲により議員が議会の決定への参与から除外されてしまう限り、これは憲法レベルの他の法益の保護かつ比例性原則の厳格な維持のもとでのみ許容される。自己組織化の権限は、議員から権限を完全に奪うことを許していない。<sup>(77)</sup>」。

## V. 結語

基本法は、EUと構成国間の権限構造の形成にとって実質的な基準のみを含んでいるのではなく、当然ながらとりわけドイツ連邦議会によるEUの決定の民主主義的正統化とコントロールも含んでいる。それは、現実の危機において、財政市場の迅速な対処を事実上または推定上要請される行動委任を躊躇させるかもしれない。その結果、IWFの議長、Christine Lagardeがあるインタビュで示したように、民主主義は危機克服の際には事実上の障害であることが証明された<sup>(78)</sup>。ただそれは、我々及び我々の子供の自由及び自己決定のために我々が支払わなければならない代

償である。アウクスブルク出身の Berthold Brecht は、まず飯だ、道徳はその次だと言ったが、それは常に当てはまるわけではない。

- (1) BVerfGE 89, 155 ff. — Maastricht.
- (2) BVerfGE 123, 267 ff. — Lissabon.
- (3) BVerfGE 129, 124 ff. — Griechenland-Hilfe und Euro-Rettungsschirm.
- (4) EuGH, Rs. 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, 1251 (1269); Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125, Rn. 3; Rs. 106/77, *Simmenthal*, Slg. 1978, 629, Rn. 17 ff.
- (5) Siehe *Peter M. Huber*, Offene Staatlichkeit: Vergleich, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), IPE II, 2008, § 26 Rn. 34.
- (6) Siehe *Huber*, (Fn. 5) § 26 Rn. 83 ff.
- (7) *Carlo Panara*, Offene Staatlichkeit: Italien, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), IPE II, § 18 Rn. 20 ff., 34, unter Hinweis auf die Urteile *Frontini*, *Granital* und *Fragd v. Amministrazione delle Finanze Nr. 232*.
- (8) *Catherine Haguenau-Moizard*, Offene Staatlichkeit: Frankreich, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), IPE II, § 15 Rn. 28.
- (9) *Patrick Birkinshaw/Martina Künnecke*, Offene Staatlichkeit: Großbritannien, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), IPE II, § 17 Rn. 17.
- (10) PolnVerfGH, K 18/04, EuR 41 (2006), S. 236; *Stanislaw Biernat*, Offene Staatlichkeit; Polen, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), IPE II, § 21 Rn. 45.
- (11) *Franz C. Mayer*, Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*.

- Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 559 (578 ff.); *Karl Peter Sommermann*, Offene Staatlichkeit: Deutschland, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), IPE II, § 14 Rn. 61.
- (21) *Christoph Grabenwarter*, Offene Staatlichkeit: Österreich, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), IPE II, § 20 Rn. 50, 53.
- (31) *Grabenwarter*, (Fn. 12) § 20 Rn. 55, 69.
- (4) Zuletzt BVerfGE 102, 147 ff. — *Bananenmarkt*.
- (51) *R v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame*, [1991] AC 603; [1991] 3 All ER 769.
- (91) BVerfGE 37, 271 (280) — Solange I; BVerfGE 52, 187 ff. — Vielleicht; BVerfGE 73, 339 ff. — Solange II.
- (17) *Panara*, (Fn. 7) § 18 Rn. 20 ff.
- (81) EuGH, Rs. C-36/02, *Omega*, Slg. 2004, I-9609 Rn. 39; Rs. C-208/09, Sayn-Wittgenstein./Landeshauptmann von Wien, Slg. 2010, I-13693, Rn. 25 ff., 92 ff.; weitere Nachweise *Peter M. Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2011, Art. 19 EUV Rn. 65.
- (61) BVerfGE 89, 155 (188, 195, 210) — Maastricht.
- (20) BVerfGE 123, 267 (398 ff.) — Lissabon.
- (13) BVerfGE 126, 286 ff. — Honeywell; dazu *Alexander Proelß*, Zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Kompetenzmäßigkeit von Maßnahmen der Europäischen Union: Der „ausbrechende Rechtsakt“ in der Praxis des BVerfG, EuR 46 (2011), 241 ff.
- (23) *Jockim Nergelius*, Offene Staatlichkeit: Schweden, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), IPE II, § 22 Rn. 21.
- (23) *Pal Somneviend*, Offene Staatlichkeit: Ungarn, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), IPE II, § 25 Rn. 24 f.
- (24) Tschech. VerfG Pl. ÚS 5/12 — Slovak Pensions.
- (28) BVerfGE 126, 286 (308 ff.); siehe aber das Sondervotum *Landau* S. 318 ff.
- (29) EuGH, Rs. C-159/90, *Grogan u.a.*, Slg. 1991, I-4685.

- (72) *Huber*, (Fn. 5) § 26 Rn. 83; für eine restriktive Interpretation in Deutschland: *Sommermann*, (Fn. 11) § 14 Rn. 25.
- (73) Zu den Auslegungsproblemen *Julia Iliopoulos-Strangas*, Offene Staatlichkeit: Griechenland, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), IPE II, § 16 Rn. 41 ff.
- (74) Oberster Gerichtshof, Højesteret, Urt. v. 6.4.1998 I 361/1997, EuGRZ 1999, S. 49, 52 Rn. 9.8; *Fredrik Thomas*, Das Maastricht-Urteil des dänischen Obersten Gerichtshofs vom 6. April 1998, ZaöRV 58 (1998), 879 (898).
- (75) Zu der Frage, ob es verfassungsrechtliche Prinzipien gibt, die auch das souveräne Parlament nicht abschaffen darf, *Birkinshaw/Kinnecke*, (Fn. 9) § 17 Rn. 41.
- (76) Art. 89 FrzVerf.; *J. F. Flauss*, Rapport français, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, S. 25, 79: „... la principe de la souveraineté du peuple français ou/et le principe démocratique ne pourraient être abrogés que par le corps électoral agissant non pas dans le cadre d'un acte de révision constitutionnelle, mais au moyen d'un acte constituant nullifiant la constitution préexistante“.
- (77) *Grabenwarter*, (Fn. 12) § 20 Rn. 34, 55; *Theo Öhlinger*, Verfassungsrechtliche Aspekte des Vertrages von Amsterdam in Österreich, in: Hummer (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, 1998, S. 297 (300 f.).
- (78) *Nergelius*, (Fn. 22) § 22 Rn. 19, 34.
- (79) STC 64/1991; DTC 1/2004; *Antonio López Castillo*, Offene Staatlichkeit: Spanien, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), IPE II, § 24 Rn. 21, 63 ff.
- (80) BVerfGE 37, 271 ff. — Solange I; 73, 339 ff. — Solange II; 75, 223 ff. — 6. UStRIL; 80, 74 ff. — e. A. Fernsehrichtlinie; 89, 155 ff. — Maastricht; 123, 267 ff. — Lissabon.
- (81) BVerfGE 73, 339 (375 ff.) — Solange II.
- (82) Für einen eher spielerischen Umgang mit diesen Grenzen *Jürgen Schwarze*, Ist das Grundgesetz ein Hindernis auf dem Weg nach Europa?, JZ 1999, 637 (640).

- (88) BVerfGE 123, 267 (346 ff.) — Lissabon; früher schon *Peter M. Huber*, Maastricht — ein Staatsstreich?, 1993, S. 22 ff.
- (89) BVerfGE 123, 267 (348 f.) — Lissabon; erstmals wohl *Peter M. Huber*, Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung, AöR 116 (1991), 210 (250); *ders.*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 1. Aufl. 1996, Art. 146 Rn. 19; *Horst Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), GG, Band III, 1. Aufl. 2000, Art. 146 Rn. 16.
- (90) BVerfGE 75, 223 (242) — 6. USt.-RiL; 89, 155 (190) — Maastricht; *Peter M. Huber*, Recht der Europäischen Integration, 2002, § 5 Rn. 13 ff.
- (91) Siehe dazu BVerfG, NVwZ 2012, 954 Rn. 98 — Informationsrechte.
- (92) Früher schon BVerfGE 75, 223 (242) — 6. USt.-RiL.
- (93) BVerfGE 89, 155 (186) — Maastricht.
- (94) BVerfGE 123, 267 (358 f.) — Lissabon.
- (95) BVerfGE 129, 124 (179 ff.) — Griechenlandhilfe und Euro-Rettungsschirm.
- (96) BVerfG, NJW 2012, 3145 ff. — ESM-Vertrag, Fiskalpakt.
- (97) BVerfGE 129, 124 (179 ff.) — Griechenlandhilfe und Euro-Rettungsschirm.
- (98) BVerfGE 5, 85 (204 f.) — KPD-Urteil.
- (99) Grundlegend BVerfGE 107, 59 (91 f.) — Wasserverbände NRW; 123, 267 (342 ff.) — Lissabon; *Peter M. Huber*, Demokratie in Europa — Zusammenfassung und Ausblick, in: Bauer/*ders.*/Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa (Hrsg.), 2005, S. 491 (495 f.); *Sebastian Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, passim.
- (100) *Peter M. Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2011, Art. 10 EUV Rn. 9 ff.
- (101) *Karl Peter Sommermann*, Demokratiekonzepte im Vergleich, in: Bauer/Huber/*ders.* (Hrsg.), Demokratie in Europa (Hrsg.), S. 191 ff.
- (102) *Immanuel Kant*, Werke in Zwölf Bänden, Band 7, Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen, S. 642: „Das

Recht muss nie der Politik, wohl aber die Politik jederzeit dem Recht angepasst werden.“

- (32) Siehe *Friedrich Julius Stahl*, Philosophie des Rechts, 3 Bde., 1830–1837.
- (34) So noch BVerfGE 89, 155 (180) — Maastricht.
- (35) *Richard Bartlspenger*, Verfassung und verfassungsgebende Gewalt im vereinten Deutschland, DVBl 1990, 1285 (1300 f.); *Bernhard Kempen*, Grundgesetz oder neue deutsche Verfassung?, NJW 1991, 964 (966 f.).
- (36) Zu dem methodischen Gebot BVerfGE 8, 210 (221).
- (37) Siehe auch *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, Band III, 2. Aufl. 2008, Art. 146 Rdn. 17 mit weiteren Beispielen.
- (38) *Peter M. Huber*, Die Anforderungen der Europäischen Union an die Reform des Grundgesetzes, ThürVBl. 1994, 1 (8).
- (39) *Paul Kirchhof*, Die Identität der Verfassung in: Isensee/ders. (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 21 Rn. 21.
- (40) *Hans-Uwe Erichsen*, Die Verfassungsänderung nach Art. 79 GG und der Verfassungsbeschluß nach Art. 146 GG, Jura 1992, 52 (53).
- (41) *Huber*, (Fn. 58), ThürVBl. 1994, 1 (7).
- (42) *Peter Lerche*, Europäische Staatlichkeit und die Identität des Grundgesetzes, in: FS für Redeker, 1993, S. 131 (141).
- (43) *Huber*, Recht der Europäischen Integration, 2. Aufl. 2002, § 4 Rn. 65 f.; *Christian Tomuschat*, Das Endziel der Europäischen Integration, DVBl 1996, 1073 (1078 f.).
- (44) BVerfGE 79, 311 (338) — HHG 1981: 119, 96 (137 ff.) — HHG 2004 mit Sondervotum *Di Fabio und Mellinshoff*.
- (45) BVerfGE 129, 124 ff. — Griechenlandhilfe und Euro-Rettungsschirm.
- (46) BVerfGE 129, 124 (169 f.) — Griechenlandhilfe und Euro-Rettungsschirm.
- (47) BVerfGE 129, 124 (179 f.) — Griechenlandhilfe und Euro-Rettungsschirm.
- (48) BVerfGE 129, 124 (180 f.) — Griechenlandhilfe und Euro-Rettungsschirm, unter Hinweis auf BVerfGE 123, 267 (356 ff.) — Lissabon.

- (69) BVerfG, a. a. O.
  - (70) BGBl. I 2010, 537.
  - (71) BGBl. I 2010, 627.
  - (72) BVerfGE 129, 124, (184 ff.) — Griechenlandhilfe und Euro-Rettungsschirm.
  - (73) BVerfGE 129, 124, (186) — Griechenlandhilfe und Euro-Rettungsschirm.
  - (74) BVerfGE 129, 284 ff. — e. A. EFSSF.
  - (75) BVerfG, NVwZ 2012, 495 ff. — Sondergremium.
  - (76) BVerfG, NVwZ 2012, 495 ff. — Sondergremium, Rn. 110.
  - (77) BVerfG, NVwZ 2012, 495 ff. — Sondergremium, Rn. 119.
  - (78) *Christine Lagarde*, 16.12.2011: “Demokratische Prozesse verhindern oft schnelle Entscheidungen. Der Zielkonflikt zwischen den Erwartungen der Märkte und der politischen Realität müsse gelöst werden.”
- 〈i〉 マーストリヒト条約判決についての邦語文献として、西原博史「ヨーロッパ連合の創設に関する条約の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ』(信山社、二〇〇六年)三九五—四〇〇頁。
- 〈ii〉 リスボン条約判決についての邦語文献として、中西優美子「ドイツ連邦憲法裁判所によるEUリスボン条約判決」貿易と関税 Vol. 58 No. 2 二〇一〇年 七五—六七頁。
- 〈iii〉 ギリシャ支援及びユーロ援助に関する判決についての邦語文献として、小場瀬琢磨「ギリシャ金融支援実施法のドイツ憲法適合性」貿易と関税 Vol. 60 No. 9 二〇一二年 七五—六九頁。
- 〈iv〉 ドイツ基本法一四六条「この基本法は、ドイツの統一と自由の達成後は、全ドイツ国民に適用されるが、ドイツ国民が自由な決断で議決した憲法が施行される日に、その効力を失う。」樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集』四版 二〇〇二年 三省堂 参照。

- 〈v〉 権限付与の原則は、EU条約五条に規定された、権限に関する三原則の一つである。
- 〈vi〉 EU条約及びEU運営条約にはこの文言は存在せず、ドイツ憲法裁判所が用いる独特の文言であるが、ドイツ基本法二三条に結びついた欧州統合の目的・目標計画を意味すると考えられる。
- 〈vii〉 EU法の優位は、一九六四年のCosta v ENEL事件 (case 6/64 [1964] ECR 585) により確立した原則であるが、ドイツの学説においては、優位に関し、適用の優位 (Anwendungsvorrang) と効力の優位 (Geltungsvorrang) に分け、EU法の優位は、適用の優位を意味するとされている。
- 〈viii〉 ドイツ連邦憲法裁判所によるEU法 (当時EC法) を取り扱った有名な判決の通称名。Solange I 判決 BverfGE 37, 385 (一九七四年)；Solange II 判決 BverfGE 73, 387 (一九八六年)。
- 〈ix〉 EU条約、EU運営条約など基本条約の他、EU機関が採択した措置、判例法など、EU法の総体を意味し、加盟申請国はこれらを受諾しなければならぬ。中西優美子「一〇章『連合既得事項』概念とその機能」同『EU権限の法構造』二〇一三年 信山社 三〇九―三二六頁。
- 〈x〉 Honeywell 判決に関しては、邦語文献として中西優美子「ドイツ連邦憲法裁判所によるEU機関の行為に対する権限踰越コントロール」自治研究八九巻四号二〇一三年 一四七―一五五頁。
- 〈xi〉 チェコの憲法裁判所の判決に関する邦語文献として、須網隆夫「先決裁定に反する憲法裁判所判決」貿易と関税 Vol. 61 No. 2 二〇一三年 七九―七一頁。
- 〈xii〉 Case C-144/04 Mangold [2005] ECR I-9981: これに関する邦語文献として、橋本陽子「年齢差別の成否と平等指令への国内法の強行的適合解釈義務」貿易と関税 Vol. 54 No. 9 二〇〇六年 七五―七〇頁。
- 〈xiii〉 基本法に適合した形での統合を推進する責任で、要は、EU条約等について、ドイツの国家機関が基本法二三条一項の要請を満たすものであるか否か審査した上で、承認する責任を意味する。リスボン条約判決 (Rn. 236) の中で導入された概念である。
- 〈xiv〉 ESMに関する判決についての邦語論文として、中西優美子「欧州安定メカニズム条約と財政規律条約のドイツ基本法と

日本法学 第七十九卷第四号 (二〇一四年三月)

の合憲性」貿易と関税 Vol. 61 No. 4 二〇一三年 一〇七—一〇〇頁。

九〇(七七〇)

## 憲法革命前後

——ヒューズ第一一代長官の時代——

### 甲 斐 素 直

〔はじめに〕

タフト (William Howard Taft) は、一九三〇年二月三日に、健康状態の悪化を理由に連邦最高裁判所長官を辞職した。その五週間後、三月八日に死去した。わずかの違いではあるが、現職のまま死去しなかったのは、第三代長官エルスワースが病気で辞任して以来、はじめてのことであった。

後任として、一九三〇年二月一三日に第一一代連邦最

高裁判所長官の地位に就いたのは、ヒューズ (Charles Evans Hughes, 1862 - 1948) である。

彼は、一八八四年にコロンビア大学ロースクールを卒業し、弁護士を開業する。その傍ら、コーネル大学ロースクール教授 (一八九一—一八九三) やニューヨーク大学ロースクール講師 (一八九三—一九〇〇) をつとめていた。ニューヨーク大学ロースクール時代の教え子にウィルソン (Woodrow Wilson) がいたのは有名なエピソードである。優れた弁護士活動の結果、一九〇七年に

はニューヨーク州弁護士会の会長に就任している。

公的経歴は、その一九〇七年にニューヨーク州知事に、共和党から当選したことに始まる。一九一〇年に連邦最高裁判所陪席判事に、大統領時代のタフトによって任命されている。しかし、一九一六年に、共和党の大統領候補となるため、最高裁判事を辞職する。これはウィルソン大統領の二期目にあたる選挙である。ヒューズは、ルーズベルト元大統領の進歩党 (Progressive Party) の支援も受けたので、元教え子のウィルソンとの公認争いは激戦となったが、結局は惜敗している。その後は大統領選挙に出馬しようとはせず、弁護士を務めていた。

しかし、一九二一年にハーディング (Warren G. Harding) 大統領の依頼で、國務長官に就任する。これは、一九二一年一月に開かれたワシントン軍縮会議 (Washington Disarmament Conference) で、米国の首席代表を務めるためであった。

第一次世界大戦が終結した後、戦勝国となった連合国側は、どこも海軍力 (特に戦艦) の増強を進めたが、そうした軍備拡張に伴う経済負担は各国の国家予算を圧迫した。例えば、日本の場合、八八艦隊計画 (戦艦八隻と

巡洋戦艦八隻を根幹とする艦隊整備計画) を推進していたが、当時の日本の歳出総額が一五億円であったのに対し、仮にこの艦隊がすべて建艦できた場合には、その年間維持費だけで六億円と、総歳出の三分の一以上を占め込む必要があるという、財政的には不可能に近い軍拡計画であった。

同じような状況は、どの国にも存在していた。そこで、ハーディング大統領の提案で開催されたのがこの会議で、無用の軍拡競争を避けるため、第一次大戦の戦勝五ヶ国が、同時に軍縮を行うこととしたのである。会議の結果、一九二二年に締結された海軍軍縮条約により、条約は建造中の艦船を全て廃艦とした上で、米・英・日・仏及び伊の保有艦の総排水量比率を五・五・三・一・七五・一・七五と定めた。

ヒューズの、この首席代表以外の國務長官としての主要業績には、一九一六年以来、米国の占領下にあったドミニカ共和国の独立を認めた (一九二二年) ことがある。ヒューズはハーディングが死亡した後は、副大統領から昇格したクーリッジ (Calvin Coolidge) 大統領の下でも國務長官を務めたが、クーリッジが再選した一九二八

年に辞任している。同年、ハーグの国際司法裁判所判事 (Court of International Justice) に就任する。

フーバー (Herbert Hoover) 大統領がヒューズを連邦最高裁判所長官に任命したことは、彼の、このような法曹としての履歴を見れば不思議ではないが、実際には強い反対に直面した。一方において、ヒューズは弁護士時代に大企業の代理人を務めることが多かったために進歩派からの反対があり、他方、進歩党の支援を受け、思想的にはニューリベラルに属するところから、保守派からの反対も強かった。しかし、上院は五二対二六の多数で、彼の任命を承認したのである。

#### 一 憲法革命とは

### (1) 大恐慌 (The Great Depression)

第一次世界大戦後、一九二〇年代の米国は先に紹介したとおり、空前の経済的好況を手に入れた。その結果発生したバブルから、ダウ平均株価は五年間で五倍に高騰し、一九二九年九月三日には、ダウ平均株価は三八一ドル七セントと史上最高の価格を記録した。市場はこの後、様々な理由から調整相場的な様相を示した。

しかし、一九二九年一〇月二三日木曜日、理由は全く判らないが、突然売り注文が殺到し、株式価格は暴落した。

「午前一時ごろ、いきなりボストン、ブリッジポート、メンフィス、タルサ、フレズノなど全国の遠い場所から大規模な売り注文が入った。主要銘柄の株価は勢いよく下がりはじめた。それから一時間、主要指標は二〇%下落し、投機銘柄の指標のようなRCAは三五%以上も下がった。さらに泣きつ面にハチで、嵐によって通信網がかく乱され、電話は混み合っつながら、大勢の投資家が証券会社に注文を通せなくなった。」<sup>①</sup>

この日だけで一、二八九万四、六五〇株が売りに出されてしまった。これが暗黒の木曜日 (Black Thursday) と呼ばれる事件である。

その週末に、全米の新聞が暴落を大々的に報じたため、翌週の二八日月曜日にはさらに大幅な下落が起こった。

「この日の終わりには九〇〇万株が売買されて、ダウは四〇ポイント、ほぼ一四%下がった。一日の下げ幅としては歴史上最大で、アメリカ株の価値の

一四〇億ドル分が消え失せた。」<sup>(2)</sup>

この日は、暗黒の月曜日 (Black Monday) といわれる。投資家はパニックに陥り、翌火曜日になると株の損失を埋めるため、様々な地域・分野から資金を引き上げ始めた。これにより、銀行倒産が連続し、米国の金融システムが停止してしまった。この日は悲劇の火曜日 (Tragedy Tuesday) と呼ばれる。

こうした大恐慌に対し、一九二九年一月二三日、フーバー大統領はアダム・スミスの古典経済学の理論に従い、神の見えざる手が自由に働くよう、政府の活動を可能な限り縮小するとともに、前年に成立したばかりの一九二八年所得税法 (Revenue Act of 1928) よりも、所得税を一律一% (一六〇万ドル) 削減する減税法案を議会に提出した。議会は、それを速やかに、その年の内に承認した。<sup>(3)</sup>

他方、一九二〇年代においては、世界的には貿易の自由化が叫ばれていたが、米国内ではむしろ農産物を中心とする国内産業を外国産品から守るために、関税を高めべきだという議論が盛り上がった。そこで、大恐慌前の一九二九年四月頃、ホーリー (Willis C. Hawley) 下

院議員は、関税法引き上げ法案を議会に提案し、下院は五月二八日に可決した。スムート (Reed Smoot) 上院議員もこれに協力し、一九三〇年六月一四日に法案は議会を通過し、フーバーもこれにサインした。このスムート・ホーリー法 (Tariff Act of 1930 = Smoot-Hawley Tariff Act) のために、米国の平均関税率は四〇%前後まで引き上げられた。<sup>(4)</sup>

これにより、米国の輸入は抑えられたので、海外へのドルの流出は止まった。これに対し、大暴落とは関わりなく、第一次大戦後、世界の工場となっていた米国には、金本位制の下における貿易の結果、大量の金 (Gold) が流入し続けており、この当時においては、世界の通貨準備としての金の四〇%は米国に集中し、また、フランス中央銀行にも少なからぬ金が集中する結果となっていた。

欧州各国は、金本位制を維持するためには、国内に一定量の金を確保する必要があった。

ここに、FRB (アメリカ連邦準備制度理事会) とフランス中央銀行の金融政策のミスが重なった。普通であれば、国際市場でドルが買われれば、ドルの為替レート

が強くなる。しかし、FRBは、その非中央集権型の構造から発生する内部対立から、無策であった。また、フランス中央銀行は、むしろ金が集まることを歓迎した。

このため、金の流出に苦しんだ各国は、自国からの金の流出を抑えるために、自国の国内景気とは無関係に、貸し出し金利を引き上げざるを得なくなった。こうして、各国の国内景気も、米国に歩調をそろえて悪化することとなり、本来であれば、米国の国内的な恐慌に過ぎなかつたものが、世界恐慌へと発展していった。

一九三一年九月、金の流出に耐えきれなくなったインランド銀行が、金本位制を放棄した。それをきっかけに英連邦諸国が金本位制を放棄し、さらに連鎖的に北欧諸国など、英国と緊密な経済関係にある国々による金本位制の放棄が続いた。

これにパニックを起こした人々が、米国が金本位制を放棄することを恐れて、一斉に持つドルを金に兌換し始めた。こうして米国からの金の流出が始まった。

「金の流出は、春にシカゴで始まった銀行倒産の波にさらわれかけていたアメリカの銀行制度にとつて、とりわけ重大な局面で生じた。〈中略〉英国の

金本位制離脱からわずか一ヶ月で、アメリカでは五二二の銀行が破産した。年末には預金総額一七億ドルに上る二二九四行、一〇行に一行が事業を停止していた。<sup>5)</sup>」

大恐慌が進捗すれば、税収が落ち込むのは当然である。それに対して、この当時の米国は、小さな政府であるため、政府歳出は、多くが人件費でしめられているので、減少しない。その結果、一九三〇年になると、早くも財政収支は赤字に転じ、その後、上記のような理由から急速に悪化した。

やむを得ず、フーバーは、一九三二年になると増税をせざるを得ないことになった。この増税は、最低課税率は、それまで一・一二五%であつたものを四・〇%に上げ、一〇万ドル超の所得のある者に課せられる最高税率に至つては、二五%であつたものが、一挙に六三%にはね上がるという大幅な増税であつた。<sup>6)</sup>

不況時に大幅増税を実施するのであるから、その結果が最悪のものになるのは当然で、不況は急速に深刻化していった。一九三三年には工場労働者の二五%、そして農場労働者の三七%が完全に職を失つていた。

一九三二年の大統領選挙は、現職の共和党フーバーと、民主党のルーズベルト (Franklin D. Roosevelt) が戦った。厳しい不況下で、何ら効果のある対策を打ち出せていない現職に対し、ルーズベルトは、具体的な内容は明らかにならないながら、新規まき直し (New Deal) を叫んだ結果、当時四八あった州のうち、メイン、ニューハンプシャー、バーモント、コネチカット、ペンシルベニアの五州以外のすべての州で勝利し、全選挙人数の八九%を獲得するという地滑り的大勝利を上げた。

また、同時に行われた上下両院選挙でも、民主党は上院では過半数を越し、下院でも大幅に勢力を伸ばした。つまり、ルーズベルトは三権のうち、二権の掌握に事実上成功したのである。

## (二) ニューディール政策

一九三三年三月四日に大統領に就任すると、ルーズベルトは、それまでアメリカの歴代政権が取ってきた、市場への政府の介入も経済政策も限定的にとどめる古典的な自由主義的経済政策から、政府が市場経済に積極的に関与する政策へと、政策の歴史的転換を敢行した。内容的に言えば、これは二つの R、すなわち Relief (救済)、

Recovery (回復)、Reform (改革) の実現を図った政策である。これにより、失業者や貧困層を救済し、元のレベルに経済を回復し、そして不況に対して金融システムが誤った対応をしないように改革しようとしたのである。その主たる手段としては、大企業や銀行を援助し、農産物を買って上げて農民を保護し、また、テネシー溪谷開発公社 (TVA) に代表される地域開発事業など公共投資の増加による私的資本の投資への刺激と失業対策を行い、労働者の生活を保障するとともに、景気の回復をはかるうとした。

ニューディール政策を支えた最も重要な法律として、全国産業復興法 (National Industrial Recovery Act of 1933 = NIRA) がある。これは、一方で企業にカルテルや独占を許容することにより、各産業の生産量を規制して企業に適正な利潤を確保させ、公共事業計画を立案して過剰な労働力を吸収し、他方、労働者には団結権や団体交渉権を認め、最低賃金を確保させることにより、生産力や購買力の向上を目指そうとしたものである。その施行を管轄する行政機関として、全国復興庁 (National Recovery Administration = NRA) と、公共事業庁

(Public Works Administration = PWA) が設立された。それまで、日本で言う公共事業に当たるものは、陸軍工兵隊による軍事目的とされる事業しかなかったのに対し、この時初めて、米国で本来の意味の公共事業が行われたのである。

今ひとつの重要法律として、農業調整法 (Agricultural Adjustment Act = AAA) がある。これは、一方では農民に補助金を支払って作付け制限や過剰家畜の屠殺を行うことで農業生産を抑制し、これによって農産物価格を安定させ、農民の救済と購買力回復を目指したものである。その施行を管轄する行政機関として、農業調整庁 (Agricultural Adjustment Administration = AAA) が設立された。

これらの政策により、政府支出の GDP に占める割合は、四・五% (一九三二年の平均) から九・五% (三三三～三六年の平均) へと急拡大した。これは、今日の米国政府の占める四〇%内外の数値に比べれば、まだはるかに低い、明らかに大きな政府への第一歩であった。

### (三) 連邦最高裁判所の対応

連邦最高裁判所は、このニューディールという、米国

史に残る大政治改革を前にして、それに賛同する進歩派 (リベラル派) と、それに反対する保守派とが激しい対立を示した。

進歩派はブランドイス (Louis Brandeis)、『ストーン (Harlan Fiske Stone)』それにカードゾ (Benjamin Cardozo) の三判事で、マスコミは彼らを、『デュマの小説をもじって』三銃士 (Three Musketeers) と呼んだ。

それに対し、保守派はバトラー (Pierce Butler)、『マクレイノルズ (James Clark McReynolds)』、『サザランド (George Sutherland)』、『ヴァン・デバンター (Willis Van Devanter)』の四判事だったので、マスコミは彼らを、『聖書の黙示録をもじって』四騎士 (Four Horsemen) と呼んだ。

長官のヒューズとロバーツ (Owen J. Roberts) 判事は、いわば中間派を形成した。すなわち、その時々的事件において、この二人がどちらの側に付くかで、判決は大きく左右に揺れることとなった。このため、この二人は振り子投票者 (Swing Voter) と呼ばれた。もっとも二人の間にも若干の温度差があった。ヒューズは、進歩党から大統領に推薦されたことから判るとおり、リベ

ラル派である。これに対し、共和党員のロバーツは、どちらかといえば保守派だった。

ルーズベルト政権の初期においては、最高裁判所は三銃士と中間派が手を組んで、四騎士の反対を押し切ってニューディール立法を肯定した。しかし、一九三五年になると、四騎士が中間派と手を組んで、パナマ石油事件 (Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 (1935)) でニューディール政策の根幹とも言うべき全国産業復興法 (National Industrial Recovery Act = NIRA) の一部を違憲とし、さらにシェクター家禽社事件 (Schechter Poultry Corp. v. United States 295 U.S. 495 (1935)) において、全国産業復興法全体について違憲とした。農業分野政策の根幹である農業調整法 (Agricultural Adjustment Act = AAA) についても、バター事件 (United States v. Butler, 297 U.S. 1 (1936)) で違憲と判決した。また、四騎士はロバーツと手を組んで、違憲とされた全国産業復興法の炭鉱業分野における後継法を、カーター事件 (Carter v. Carter Coal Company, 298 U.S. 238 (1936)) で違憲とするなど、徹底的に否定していった。また、例えばニューヨーク州における最低賃金法を、

モアヘッド事件 (Morehead v. New York, 298 U.S. 587 (1936)<sup>(8)</sup>) で違憲とするなど、労働分野の立法でもその保守性を発揮した。

なお、三銃士といえども、絶対的にニューディール政策を支持していたわけではなく、上記シェクター事件に關しては、違憲判断に賛同している。

こうした連邦最高裁判所の一連の違憲判決により、ニューディール政策は機能不全の状態に陥ってしまった。これは、大統領および議会が大恐慌を克服しようと努力しているのを、四騎士達が妨げているとみられ、そのような姿勢はロックナー判決の延長線上にあるとみられた。この時期をロックナー時代 (Lochner era) と呼ぶのは、これが理由である。

一九三六年の大統領選挙で、しかし、ルーズベルトは、一般投票で六〇・八%という空前の得票率を得、四八州のうち四六州を制するという地滑りの勝利を掴み、その結果、選挙人選挙ではわずかに八票を逃しただけという、モンロー第五代大統領の二期目の選挙 (事実上、共和党しか存在していなかった) という異常な例を除けば、空前の勝利を得た。

この国民の絶対的な人気を背景に、連邦最高裁判所の活動に対して、ルーズベルトは思い切った対策を考えた。それは司法手続改革法案 (Judicial Procedures Reform Bill of 1937)、またの名を裁判所抱き込み計画 (court-packing plan) と呼ばれるものである。

この法案の中心であり、最も物議を醸した規定は、七〇歳と六ヶ月以上の年齢の最高裁判事がいる場合には、最大六人まで、大統領は、別途、最高裁判所判事を任命する権限を有する、とするものである。

つまり、この法案は、九人の判事のこの時点における年齢が大きな要素となっていた。そこで、各判事の生年を紹介すると、四騎士は、バトラー一八六六年、マクレイノルズ一八六二年、サザランド一八六二年、ヴァン・デバンター一八五九年となっていた。したがって、ルーズベルトの第二期目の初年一九三七年という時点で切ると、四騎士は全員が七〇歳以上になる。

それに対し、三銃士は、ブランドアイス一八五六年、ストーン一八七二年、カードゾー一八七〇年であり、そして中間派はヒューズ一八六二年、ロバーツ一八七五年となっているから、ブランドアイスとヒューズは七〇歳を超

えているが、他の判事は七〇歳未満である。つまり、この時点で七〇歳を超えている判事は六人おり、そのうち四人が四騎士だったのである。

したがって、この法案が成立すれば、大統領としては、四騎士を追い出すことができなくとも、ニューデイルに好意的な判事を最高裁に送り込むことにより、四騎士の意見を相殺することが可能になり、最高裁判所の判決の流れを逆転できる。

ルーズベルトは、政策を国民に呼びかける手段として「炉端談話 (Fireside chat)」と称するラジオ放送を好んで使っていた。この法案が公表されたのは一九三七年二月五日のことである。しかし、最高裁判事を含む一般国民がその内容を知ったのは、三月九日の炉端談話で、ルーズベルトはこの法案の必要性を国民に詳しく語りかけた時であった。

当時、巷間で言われたことに依れば、この法案にもっとも衝撃を受けたのが、保守的中间派であったロバーツ判事である。その結果、彼は、放送後間もない三月二九日に下されたウェストコーストホテル対パリッシュ (West Coast Hotel Co. v. Parrish) 事件で、突如それま

での姿勢を替えた。彼の姿勢変更により、判決は五対四で、女性および年少者の最低賃金を定めたワシントン州法を合憲としたのである。これは、「アトキンス対児童病院事件 (Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923))」で確立されていた判例が、変更された瞬間であつた。<sup>10)</sup>この判決がロックナー時代の終わりを告げたとされるのは、このような事情からである。

彼のこの変心は、政治的圧力から最高裁判所の独立を救おうとの意図からと言われた。このため、「九人を救ったタイミングの良い転換 (the switch in time that saved nine)」と呼ばれる。

司法手続改革法案そのものは議会を通過しなかったが、このロバーツの転向をきっかけに、最高裁の判例の流れは大きく変わるのである。これ以前をオールド・コート、これ以降をニュー・コートと呼び、この事件を憲法革命 (Constitutional Revolution) と呼ぶほどの大変化が、この後の判例に起きることになる。

本稿においては、憲法革命の前後で、判例はどのように変化したのかを具体的に見ていきたい。

## 二 初期の重要判例

この時期には、当然のことながら、憲法革命には影響を受けなかった重要判例も数多く存在している。本節では、それらを紹介する。

### (一) ニア対ミネソタ州事件

この Near v. Minnesota 283 U.S. 697 (1931) は、報道機関の報道の自由が問題になった歴史的に重要な判決である。ここで問題になったのは事前抑制禁止の法理である。

#### 1 事件の内容

一九二七年に、ニア (Jay M. Near) は、ギルフォード (Howard A. Guilford) と共同で、ミネアポリスで「反カトリック、反ユダヤ、反黒人、反労働者 (anti-Catholic, anti-Semitic, anti-black and anti-labor)」をテーマにした『サタデープレス (Saturday Press)』紙の刊行を開始した。

ヘネピン郡 (Hennepin County) 検事であるオルソン (Floyd B. Olson) は、同紙の記事によって自分自身が誹謗されたとして、一九二五年公共迷惑防止法 (the

Public Nuisance Law of 1925) に基づき、ニアおよびトギルフォードに対して訴えを提起した。同法は、悪意や、スキャンダラスな記述や中傷が書かれている新聞を販売、配布、または公開することにより、「迷惑」を作りだした者に対して、永久的な差し止め命令を発することができるとしていた。このため、同法は別名ミネソタ言論統制法 (Minnesota Gag Law) として知られている。オルソンは一九二七年九月二四日から同年一月一九日まで間に刊行された合計九記事で、彼及び記事中で名指されたその他の公務員に対して、悪意のあるスキャンダラスな記事と中傷に専念した定期刊行物を発行し、回覧した結果、同法に違反していると申し立てた。

すなわち、記事中で、ニアは、次の様に述べていた。ユダヤ人のギャングがミネアポリス市内のギャングブル、酒の密造および強請行為を牛耳っており、それを取り締まるべき地位にいる官憲であるデイヴィス (Charles G. Davis) とその部下達は、精力的にその義務を果たしているとは到底言えない。最大の責任者は警察署長であるフランスキル (Frank W. Brumskill) である。彼は、その義務を果たそうとは全くしないばかりか、ギャングと

非合法な関係を持っており、その利益の分け前を得ている。そして、ヘネピン郡検事であるオルソンは、そうしたことを承知しながら、適切な措置を執っていない。市長のリーチ (George E. Leach) は非効率と職務放棄の廉で非難されている。そして、ヘネピン郡の一九二七年一月に大陪審を構成していた者の一人はギャングのシンパである。その他の者については、無能の故か、故意なのかはともかく、よく知られた犯罪行為、特にニアの共同発行人であるギルフォードがこうした記事が出た直後にギャングによって狙撃され、生死の境を彷徨っている事件について、その調査および起訴に失敗した。

また、少なくともサタデイプレス紙に掲載された話のうち、顧客の服を損壊すると脅迫することで、地元の下ライクリーニング店を脅迫していたバーネット (Big Mose Barnett) と呼ばれるギャングについては、記事が起訴につながった。

一九二七年一月二二日に、ヘネピン郡地方裁判所のボールドウィン (Matthias Baldwin) 判事は、被告がサタデイプレスその他同種の記事を掲載する出版物を編集、出版、または回付させることを禁止した仮処分命令を発

した。この仮処分命令は、被告に事前に告知聴聞を行う事なく、オルソンと裁判官の間での話し合いに基づいて発せられた。しかも、その禁止期間は、被告が、永久的にその新聞を公開禁止とするべきではないという理由を、裁判官に証明するための審理の日まで延長されることとなっていた。

聴聞は一二月九日に開催された。ミネアポリスの次期市長ラティマー (Thomas Latimer) は、被告の活動は、合衆国憲法およびミネソタ州憲法によって保護されていたと主張し、訴えに異議を唱えた。しかし、ボールドウィン判事は異議を却下した。そこで、事件はミネソタ州最高裁判所に上告された。

州最高裁判所は、スキャンダラスな出版物は、多くの人びとの快適さと安らぎを危険にさらすものであり、密造酒販売所、売春宿、宝籤、犬や雑草と同様に「迷惑」を構成するものであるとした。また、スキャンダラスな記事は平和を乱し、攻撃を誘発する傾向があるので、新聞は安全を危険にさらす可能性があるとした。

ミネソタ州憲法一条三項の下、報道の自由があるというニアとギルフォードの主張に対しては、州最高裁判所

は、その権利はスキャンダラスな記事の公開を保護することを意図されたものではなく、正直、慎重かつ良心的な報道に対して保護を与えているのであって、人の誹謗中傷を言いふらす人のための盾になるものではなく、そうした人は、その虐待を甘受しなければならぬ、とした。

この後、事件は一端原審に差し戻され、再度州最高裁判所に上告されたが、ニアの主張は結局認められなかった。そこで、ニアは連邦最高裁判所に上告した。

## 2 判決の内容

連邦最高裁判所は、三銃士および中間派の五人対四騎士の五対四に分かれた。法廷意見はヒューズが執筆した。法廷意見は、報道の自由は歴史的に認められており、それに対する検閲は、わずかな例外を除き、違憲であるとした。

「以上の理由から、我々は、本法は、二八五条一項bが本件処分を認めている限度において、第一四修正によって保障されている報道の自由を侵害するものと判断する。これに加え、我々は、特定の定期刊行物に掲載される記事の真実性の問題を考慮せず

に、その運用と効果に基づいている本決定も違憲とする。この事件で、公務怠慢として名指しされた公務員が、無罪のように見えるということにより、本法が公表に対して制約を課していることの違憲性は解消されない。」

この判決は、このように、表現の自由を保障している第一修正ではなく、第一四修正を根拠として示している点に特徴がある。いうまでもなく、第一修正の名宛て人は連邦であつて州ではない。しかし、第一四修正の適正手続き保障の内容として、第一修正をこの判決は読み込んだのである。この判決は、マスメディアに対する事前抑制は、憲法第一修正に違反するという事を明確にした最初の判例でもあつた。これは、本来連邦のみを対象としていた第一修正から第一〇修正までの人権規定を、州法にも適用することにより、今日、権利章典と呼ばれるようになる、そのきつかけを作り出したという点において、きわめて重要な判決である。

但し、次のような例外を許容した点で、その保障を若干弱いものとした。

「仮に事前抑制が常に禁止されるものとみなされ

た場合、事前抑制であることに基づく免責という原則はあまりに広汎に認められと言う異議が申し立てられている。それは疑いもなく正しい。事前抑制に対する保護は絶対無制限ではありえない。しかし、その制限は例外的な場合にのみ認められる。『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』(シエック対合衆国事件)。何人も、政府が行う兵の募集業務に対する実際の妨害、輸送船の航行データや軍隊の数及び所在地の公開を抑制する事に疑問を呈することはないであろう。同様の理由により、良識の要求からわいせつな出版物に対して実施される場合がある。日常生活の安全性は、平穏な政府を暴力で転覆することを扇動する行為から保護される要がある。」

ヒューズは、この点を補足して次の様に述べている。

「報道の自由が悪用されるかもしれないという事実は、事前抑制禁止の保障を報道機関から除外して

良いという理由にはならない。〈中略〉公務員が自らに関する話が公開されるか否かを決定できれば、より深刻な悪が生じる。」

これに対する四騎士の反対意見は、当然、第一四修正に第一修正等を読み込むことはできない、というものである。

### 3 その後

ギルフォードは、この後も同種刊行物の発行を続けてミネアポリス市の犯罪の摘発を続けたが、一九三四年に再び狙撃されて死亡した。

この判決は、報道の自由に関する重要な先例として存し続け、New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964) & Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988) 等を受け継がれていくことになる。また、わが国における北方ジャーナル事件などの判例も、この判決の延長線上にある。

### (二) パウエル対アラバマ州事件

この Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932) 事件は、スコッツボロ・ボーイズ事件と呼ばれ、小説「ものまね鳥を殺せば」(ピューリッツ賞受賞)<sup>(11)</sup>、映画「アラバマ

物語」(アカデミー賞を主演賞等三部門で獲得)<sup>(12)</sup>、ミュージカル「ザ・スコッツボロ ボーイズ」<sup>(13)</sup>などの素材になった、米国では、きわめて有名な事件である。

### 1 事実の概要

一九三一年三月二五日に、アラバマ州で、一緒に列車で旅をしていた九人の黒人少年が、同じ列車内にいた二人の白人女性 (Ruby Bates 及び Victoria Price) を強姦したとして起訴された。

当時のアラバマ州法では、黒人が白人女性を強姦すると死刑とされていた。裁判は、当初、アラバマ州スコッツボロ (Scottsboro) で行われた。裁判所の外には、リンチをしようとする多数の白人が集合し、被告人を守るために一八名もの警官が動員されるという異常な環境下の裁判であった。

四月六、七日に開催された裁判で、ノリス (Clarence Norris) 事件当時一九歳) 及びウィームズ (Charlie Weems) 一六歳) に死刑判決が下った。七、八日の裁判で、パターンソン (Haywood Patterson) 一八歳) にも死刑判決が下った。八、九日の裁判で、モントゴメリー (Olen Montgomery) 一七歳)、パウエル (Ozie Powell

＝一六歳)、ロバースン (Willie Roberson＝一六歳)、ウィリアムズ (Eugene Williams＝一二歳) 及びアンドリュー・ライト (Andrew Wright＝一九歳) にも死刑判決が下った。ロイ・ライト (Roy Wright＝一二歳) は、陪審員団の評決が死刑一一、無期一と割れた結果、唯一死刑判決を免れた。

この、弁護士に相談する暇もない異常に早い審理、被告の若さ、そして極刑に、全米の世論はアラバマのどっち上げ事件と、激しく反応した。米国共産党の法律部門である国際労働防衛機関 (International Labor Defense Ⅱ I.L.D.) が支援に乗り出した。被告はアラバマ州最高裁判所に上告し、その判決が出るまでの間、死刑の執行は差し止められた。

翌一九三二年一月になって、被害者の一人、ベイツ (Ruby Bates) がボーイフレンドに宛てて書いた、彼女らは強姦されていないという手紙が公表された。

三月二四日、アラバマ州最高裁判所は六対一の評決で、八人の死刑判決のうち、七人については上告を棄却して判決を確定させたが、一二歳のウィリアムズ (Eugene Williams) については、少年であるとして差し戻した。

死刑判決を確定させることに、ただ一人反対したのは長官のアンダーソン (John C. Anderson) であった。被告が、公平な陪審員団、公平な裁判、有効な弁護活動を拒否されたことが理由であった。

そこで、死刑判決となったパウエル等四人が、その裁判は第一四修正の保障する適正手続き条項に違反するとして、連邦最高裁判所に上告した。

一九三二年三月二七日、連邦最高裁が、この事件を聴聞することに決定した。

## 2 判決の内容

判決は、一九三二年一月七日に言い渡された。七対二となった。多数意見を執筆したのはサザランド判事である。少数意見は、バトラー、マクレイノルズ両判事であった。

サザランドは、被告人は、判決によって有罪と宣告されるまでは、無罪と推定されているので、彼らが公正な裁判を受ける権利を否定されることがないよう、配意するのは裁判所の義務であるとする。サザランドは、アラバマ最高裁のアンダーソン長官が、次の点を指摘していたことを引用する。

「彼らはこの地の住人ではなく、二つの他の州に散らばっている自分の家族や友人と連絡をとる時間も機会もほとんど与えられず、また、評決直後に、又はその後ほどなく現れた弁護人の活動から判断して、裁判が適切に遅延させられていけば、彼らには有能な弁護人によつて代理されていたであろうことは明らかである。」

そして、英国と異なり、米国では建国以前から、諸邦の憲法で、裁判で弁護士を代理人として使うことは認められてきたと、数多くの例証を示しつつ述べる。その結果、第六修正も規定されたのである。

そして、次の様に述べる。

「被告人が無知で文盲であり、年少で、死刑が求刑されているという環境下にある場合、そして、収監され、軍の監視下に置かれており、彼の友人や家族は他州にあり、連絡は困難であることに加え、彼らが生命の危機に立っていたことを考えると、彼らに適切な時間と、弁護人を確保する機会を与えることなく裁判が行われたという過ちは、適正手続の明白な否定であると考ええる。」

この記述は、この事件の描写としては極めて正しいものであるが、同時に後世に禍根を残すものとなった。なぜなら、ここに述べられているような特別の条件の存在が、弁護士依頼権を裁判所が認めねばならない場合の条件と考えられて、一人歩きしてしまつたからである。

サザランドの、次の一般的な記述は、その結果、長いこと無視されてしまつたのである。

「主張を聴取される権利は、多くの場合、弁護士に相談する権利を包括しない場合には、ほとんど役に立たないであろう。知的で教養のある者であつても、素人は法律学ではわずかな技能しか持つておらず、ときには全く持つていない。犯罪で起訴された場合、普通の人は、起訴が良いのか悪いのかを、自分自身のために決定することは不可能である。彼は証拠法に慣れていない。弁護士の助けを借りずには、彼は適切な保護も無しに裁判にかけられ、不当な証拠や、問題とは無関係、あるいは排除されるべき証拠によつて、有罪判決を受けるであろう。彼は無罪であつても、自らを防御する技能と知識の両者を欠いているからである。彼は、自らに対する刑事手続

のあらゆる段階で弁護士の導きの手を必要としている。それ無しには、例え無罪であっても、自らの無実を確立する方法を知らないので有罪判決を受ける危険に直面している。」

### 3 その後

裁判はアラバマ州の下級審に戻って再開された。

一九三三年一月、I. L. D.は無償で少年達のために弁護を引き受けて入れるよう弁護士のリーボウィッツ (Samuel Leibowitz) に依頼し、彼はそれを受諾した。

パターソンから裁判は行われた。裁判は、今度はアラバマ州デイクイター (Decatur) というクー・クラックス・クランの勢力の強い町で行われた。陪審員団は依然として白人だけだった。

四月六日、リーボウィッツは、被害者のベイツを被告側証人として喚問した。彼女は、友人のプライス (Victoria Price) と車内で行動を共にしたが、二人とも強姦はされていないと証言した。事件直後に二人を診察した医師も、二人に多数人から強姦された痕跡はなかったと証言した。他方、プライスはそれまでの証言を変えなかった。

四月九日、陪審員団は有罪として電気椅子による死刑を宣告した。

これに対し、判事は事態の沈静化のため、時間をおき、六月二二日になって、審理無効を宣言し、再度の裁判を行うこととした。

一月二〇日、少年刑務所に移送された年少の二人を除く七人が裁判所に出廷した。三度、パターソンに対して、死刑が宣告された。そこで、パターソンはサーシオレーライを求めて連邦最高裁判所に上告した。

一月三〇日に、ノリスに対する再度の裁判も開始された。裁判は同様の経過をたどり、二月五日、陪審員団はノリスに対しても死刑を宣告した。そこで、ノリスも連邦最高裁判所に上告した。

パターソンからの上告を連邦最高裁が受理して下ったのが、Patterson v. Alabama, 294 U.S. 600 (1935) である。判決は一九三五年四月一日に下った。多数意見をヒューズ長官が執筆した。同日に連邦最高裁判所はノリスに関する Norris v. Alabama, 294 U.S. 587 (1935) 判決も、同じくヒューズ長官が下した。

パターソン判決の原文を入手できなかったので、ノリ

ス判決で代替すると、その内容は基本的には、パウエル判決と同一内容であるが、重要な点は、陪審員団の構成を問題にした点である。ヒューズは、いくらジョンソン郡の様なところでも、黒人の陪審員候補がいなかったわけではなく、教育委員会のメンバー、黒人校の管理責任者その他、資産所有者や住居保有者等もいたのに、ジャクソン郡における『良い黒人 (good negroes)』として『健全な陪審員 (sound judgment)』としての資格が欠如しているとして、すべてを欠格としたことを問題とした。そして、黒人が起訴された事件で、黒人を体系的に大陪審及び小陪審から排除したのは、第一四修正の保障する平等保護条項に違反すると判決した。

この結果、パターソン事件は再びアラバマ州の下級審に戻された。一九三七年一月二三日、四度目の判決において、パターソンは強姦罪を以て七五年の刑を宣告された。南北戦争後、黒人が白人女性を強姦したとされながら、死刑が宣告されなかった最初のケースとなった。一九三七年六月にアラバマ州最高裁が下級審判決を承認し、ここに判決は確定した。

同年七月一五日、ノリスには死刑判決が下った。同じ

く二二日、アンドリュウ・ライトには九九年の刑が下った。二五日、ウィームズには一〇五年の刑が下った。

しかし、この辺りから流れが変わり始める。

パウエルは、これより先、刑務所内で看守と争い負傷させ、彼自身は顔を撃たれて、脳に恒久的な障害を負った。彼に対しては、この看守襲撃に対する二〇年の刑期が宣告された。強姦罪については、司法取引の結果、州側が訴状から落としていた。パウエルは、一九四六年には刑務所から釈放された。

残り四人の被告、すなわちモントゴメリー、ロバースン、ウィリアムズ及びロイ・ライトについては、州側は強姦罪で訴追することを断念した。

一〇月、連邦最高裁判所は、パターソンの上告を棄却する。翌一九三八年六月、アラバマ州最高裁は、ノリス、アンディ・ライト及びウィームズの判決を確定する。しかし、七月に、アラバマ州知事グレーブズは、ノリスの刑を終身刑に減刑する。こうして、死刑判決はすべて消えたことになる。この結果、強姦罪で有罪となり、服役することになったのは四人だけとなった。

同年十一月、ウィームズは仮釈放となる。

一九四四年一月、アンディ・ライトとノリスは仮釈放となる。しかし、同年九月、仮釈放条件に違反してアラバマ州をでたことから、仮釈放は取り消され、ノリスは一〇月には再び収監された。ライトは一九四六年一〇月になって収監された。

一九四六年六月、パウエルが仮釈放となる。

同年九月、ノリスは再び仮釈放となる。彼は再び保釈条件を無視してニューヨークに行き、そこで結婚して二人の子を設けた。一九七六年にニューヨークで発見されるが、全米有色人種地位向上協会がアラバマ州知事ウォーレスと交渉した結果、特赦が与えられた。彼は「The Last of the Scottsboro Boys」という自伝を書き、一九七九年に出版した。一九八九年に死亡する。

一九四八年七月、パターンソンは脱獄する。一九五〇年、彼は「The Scottsboro Boy」と題する本を出版する。それがきっかけとなって、六月にFBIが彼をデトロイトで逮捕するが、ミシガン州知事は、彼をアラバマ州に移送する書類にサインするのを拒み、アラバマ州は彼の再収監を断念する。<sup>(17)</sup>

一九五〇年六月、アンドリュウ・ライトが再び仮釈放

となる。彼はニューヨークに居住することを認められた。こうして、死刑判決から全員が減刑され、さらに、その異常に長い刑期にも拘わらず、全員が早い時点で仮釈放されるという形で、この事件は一応幕を下ろしたのである。<sup>(18)</sup>

この事件により、刑事弁護を受ける権利及び適切な構成の陪審の裁判を受ける権利が確立した。この判決がこだまして、日本国憲法三七条の文言となっている。

しかし、刑事弁護を受ける権利の真の拡充は、ウォーレン・コートにおける *Gideon v. Wainwright* 372 U.S. 335 (1963) 判決まで待たねばならない。

### 三 憲法革命前夜

#### (一) パナマ石油精製会社対ライオン事件

一九三五年一月七日に判決が下された、*Hot Oil Case* (別名 *Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935)) 事件は、連邦最高裁判所 *Hot Oil Case* (別名 *Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935)) は、連邦最高裁判所がルーズベルトのニューディール政策に対して一連の違憲判決を下す、その冒頭に位置しているという点に歴史的意義があるので、簡単に紹介する。

判例名にはパナマ石油事件だけが出ているが、正確には、Amazon Petroleum Co. v. Ryan という事件との複合審理である。審理の対象となったのは、ニューデイル政策の根幹とも言うべき全国産業復興法 (NIRA) 中の九条c項である。

### 1 事件の内容

一九三三年七月一日、ルーズベルトは大統領命令六一九九号「州際および国際貿易において、いずれかの州法ないし何らかの行政庁、委員会、係官その他正式な権限ある者により有効な規則または命令に基づき定められた限度を超える石油の生産品を輸送することの禁止令」を発した。

この大統領命令は、全国産業復興法九条c項を根拠としていた。同項は、上記大統領命令と同文の記述の後に、それに違反した場合には六か月以下の懲役または（及び）一〇〇〇ドル以下の罰金を科することを定めていた。要するに、国内需要を超えて過剰に生産された石油商品（これがホットオイルと呼ばれる）の州際及び国際取引を禁止したのである。これは、表向きは「密輸石油 (contraband oil)」から国内産業を保護するために制定

されたとしているが、実際には石油製品の価格下落を安定化するために、業界に官製カルテルを作らせるというものであった。

### 2 判決の内容

連邦最高裁判所は、カードゾ判事を唯一の例外として、他の判事の一致した判断で、同規定が、貿易等制限の権限を大統領に委任するに当たり、明確な定義を置いていなかった点が白紙委任にあたるとして違憲判決が下した。これに対しては、カードゾ判事だけは、規定の内容は十分に具体的であるとして、反対意見を書いた。

### 3 その後

ルーズベルト側は、これに対しては、一九三五年にコナリー・ホットオイル法 (Connally Hot Oil Act of 1935) を制定して、指摘された問題を解消した上で、実質的に全国産業復興法第九項(c)を復活させた。同法は、当初は一九三七年六月一六日に失効するとした時限立法であったが、結局法改正されて恒久法となった。

### (二) シェクター家禽社対合衆国事件

一九三五年五月二七日に下された、この A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495

(1935) は家禽産業に対する規制を、非委任の法則<sup>19)</sup>及び連邦議会の通商条項に基づく権力の不適切な使用という理由に基づき、連邦最高裁判所が無効とした事件である。この事件では、連邦最高裁判所が、全員一致でニューヨークの中核をなす全国産業復興法を違憲と判断した、という大事件である。

## 1 事実

ニューヨーク市は、生きた家禽に関する米国最大の市場で、合衆国全体の九六%のシェアを有していた。家禽の四分の三は鉄道で市場に到達し、委託販売人または受取人によって取り扱われていた。委託販売人は荷主の代理人として取引の大半を行い、又、自らの名義で取引を行う。

シェクター家禽社 (A.L.A. Schechter Poultry Corp.) は、鶏を屠殺し、鶏肉を小売商に販売するビジネスに従事していた。同社では、他州から船で市場に供給されていた生きた鶏を、市場における委託販売人から購入して自らの屠殺場に輸送した上で処理し、それを小売販売店に送って消費者の手に渡らせていた。そのような処理工程において、全国産業復興法三条に基づき大統領によつ

て発された「ニューヨーク市内及び近郊の生きた家禽産業のための公正競争規則（以下「公正競争規則」という）」に従わなかったとして起訴されたのである。

申し立てられた違反は次のとおりだった。

- ① 従業員のための最低賃金と最長労働時間に関する規制を遵守しなかった。
- ② 顧客が特定の協同組合等から個々の鶏を選択することを可能にしなかった。
- ③ 食用に適さない鶏を販売した。
- ④ 地方自治体の検査規則を遵守せずに販売した。
- ⑤ 検査規則において屠殺業者および販売業者としての免許を得ていなかった。
- ⑥ 毎日の価格と販売量に関して虚偽の報告を行った。

これらの訴因の中でも最大の問題は、当然、食用に適さない鶏肉の販売および検査を経えない鶏肉の販売である。

## 2 判決の内容

判決は全員一致で下された。ヒューズ長官が執筆した。それによると、大統領の発した「公正取引規則」は、憲法の定める権力分立制に違反し、行政府に対する立法権

の委任であつて許されないとし、また、全国産業復興法の規定は、通商条項の下で与えられている議会の権力を踰越していると判示した。

裁判所は、立法府が憲法に基づいて行使できる州際通商の直接的権限と、間接的な、したがつて純然たる州法の権限である問題との区別を論じた。先に述べたように生きた家禽のほとんどは他州からニューヨークに送られるから、家禽の飼育と販売は州際通商問題と言える。しかし、その流れは、シエクター屠殺場が購入した段階で完全に止まる。それを買い手に販売する行為は州内の問題である。したがつてシエクターに対する州際通商の効果は間接的であつて、連邦政府の手は届かない、という論理である。

ヒューズは、連邦議会の権限を述べた憲法の規定を用した上で、次の様に述べている。

「現在提示されている問題の側面は、パナマ石油精製会社事件の場合とは異なっている。その際には、法定禁止の対象を定義するという問題だった。〈中略〉全国産業復興法三条の下における『公正取引規則』に關してはより根本的な問題がある。

それは、この規則が対処すべき問題に対して、適切な定義があるのかという問題である。

同法で使用されている『公正な競争』とはどういう意味なのか？ それは法律でカテゴリを確立し、それに従つてその範囲内で規則を制定しうることなのだろうか？ そうではなくて、それは何であれ、法律が特定の貿易や産業のための規制を提案し、大統領が承認するかもしれないものは何でも含めることのできる便利な指定（一定の制限を受けるにせよ）なのではないのか、ないしは同法第一条で述べられているように、再建、是正および拡充という広い目的を達成できるように、大統領が、貿易や産業に対して賢明で慈悲深い規定を自ら処方できるように用いられるものなのでは無いのか？」

ここから、ヒューズは公正な競争という言葉について、明確な定義ができないかどうか様々に検討する。その上で次の様に述べる。

「以上を要約し、この点について結論を下すならば、復興法第三条は前例のない規定である。これは、いかなる貿易、産業や活動のための基準を一切提示

していない。これは、適切な行政手続きによって決定された特定の事実状態に適用されるべき行動の規範を何ら定めていない。行動の規範を処方する代わりに、それらを処方するために規則の制定を認めている。その立法を行うために、第三条は何らの基準も設けておらず、別途第一条で述べられた再建、是正および拡充という一般目的の宣言があるだけである。その広範な宣言の範囲であれば、そして全国の貿易と産業の政治という性質上存在しているいくつかの制限はあるものの、大統領は事実上束縛されない。我々は、この規則制定権限の授権は、違憲である立法権の委任であると考える。」

### 3 その後

こうして、ニューヨークの一家禽屠殺業者が、病禽肉を販売したことを取り締まったという、信じられないような小さな事件で、全国産業復興法はあっさりとはどめを刺され、制定後二年足らずで廃止されてしまうことになる。

それでも議会は、以下に説明するように、同法に代わる様々な立法を行って、最高裁判所の違憲判断に抵抗を

続けるのである。

### (三) 合衆国対バター事件

この一九二六年一月六日に判決が下った *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936) は、ニューデールの全国産業復興法と並ぶ柱であった一九三三年農業調整法 (*Agricultural Adjustment Act of 1933 = AAA*) が違憲判決を受けた事件である。

農業調整法は、主として綿花や煙草価格の暴落に苦しんでいた南部の農家を救うために、黄金時代と言えた一九〇九年～一九一四年の農産物価格を基準に、農産物価格標準 (*parity*) を定めた。それを達成するためには余剰生産を排除しなければならないが、それを実現する手段として政府は農民と減反契約を締結した。農民は、契約の見返りとして減反をしなければ通常得られたであろう額の補助金を政府から得られたのである。その補助金の原資として、農産物の加工業者から加工税を徴収することとされていた。

#### 1 事実の概要

この事件では、農業調整法第九条および第一六条が問題となった。

第九条 a 項は、国家の経済的緊急事態であるために発生する臨時の費用にあてるため、以下に定める加工税 (processing tax) を徴収することとし、農務長官 (Secretary of Agriculture) が、基本的農産物に關し、資金の貸与または支払いを行わなければならないと決定した場合には、長官は、その決定を公布するものとし、加工税を当該農産物に、その決定のあつた市場年度<sup>20</sup>のはじめに遡つて課するものとしていた。加工税は、その農産物が国内生産されたものか、輸入されたものかを問わず、国内において農産物の加工が行われた場合には、それに対して課され、徴収される。加工税は加工者が支払う。

また、b 項は、加工税は、現時点における農産物の平均生産者価格と、公正交換価値の差に等しい税率となるように定めるものとするが、ただし、農務長官が、税額が余剰在庫の原因となり、あるいは農産物価格の暴落原因となると信じるに付き相当の理由がある時は、調査、告知及び聴聞の後、余剰在庫が蓄積及び農産物価格の暴落を防ぐように税額を再調整するものとする、としていた。

同じく c 項では、農産物の公正交換価値とは、直接には農家が基準期間中に持っていたと同じ購買力を与えるような価格のことであり、農作物の公正交換価値及びその現時点における平均生産者価格は、農務長官が、農務省で利用可能な統計に基づき確定されるものとするとしていた。

同じく一六条は、床税 (floor tax)<sup>21</sup> は、加工税が課されることになった日付において加工が行われたとした場合に、農産物に支払い可能な額を考慮して、定められることとされていた。一九三三年七月一日に、大統領の承認を得て、農務長官は、彼が貸与ないし給付する金銭の支払は、綿に關してなされるべきであると宣言し、その商品の市場年度は、一九三三年八月一日に開始したことをとし、法律の定める条件に従つて綿の加工税率及び床税率を算定し、確定した。

合衆国政府は、法九条及び一六条に従い、綿糸会社であるフーザック・ミルズ社 (Hoosac Mills Corp.) に対し、綿の加工税及び床税を徴収する旨告知した。これに対し、ミルズ社はそれに応じられないと回答したため、合衆国政府は地方裁判所に訴えた。地方裁判所は、税金

は有効なものであるとして、その支払いを命じた。ミルズ社の控訴に対し、高等裁判所は判決を逆転させた。そこで、合衆国政府は連邦最高裁判所に上告した。

## 2 判決の内容

連邦最高裁判所では、四騎士に中間派が多数意見を構成し、それに対し、三銃士が少数意見となった。判決文は、中間派のロバーツ判事が書いた。

彼はまず、同法が定める租税制度について、簡単に紹介する。

「税は規制の計画に不可欠な役割を果たしている。農業調整管理者が述べたように、それは『法の精神』であり、パリティ価格と農家の購買力という二つのことを同時に達成するために意図され手段である。農務長官が貸与または給付が必要であると判断した場合には、税は自動的に農産物に対して発動する。貸与または給付をやめる時には、自動的に消滅し、中止となる。税率は、作物在庫の減少と価格の引き上げをもたらすことを目的に決定されている。それは現在の平均農場価格と公正な交換価値の間の差と等しくすることである。余剰在庫の蓄積を防ぐ

ことができるようにそれは変更することができる。」この税制に対する様々な議論を紹介した上で、次の様に結論を下す。

「我々は、本法は農業生産を規制している立法であると結論する。税はその様な規制の単なる偶発事である。」

すなわち、裁判所は、同法に言う「税」は真の意味の税ではない、とした。なぜなら農家への支払いは違法かつ威圧的な契約に結合され、収益金は所定の条件を遵守する農民の利益のために充てられているからである。また、政府の、計画された作物の削減に対して農家へ補助金を支払うことは、国家政府の権限を踰越していると示した。

ロバーツは言う。

「同法は国家に予定された権限を逸脱している。これは、農業生産を規制し、管理しようとする法定計画であり、それは、連邦政府に委任された権限を踰越している。税、ないし調達した資金の処分及びその支払いのための指示は、計画の一部に過ぎない。それはしかし、違憲な目的のための手段である。」

### 3 その他

連邦議会は一九三八年二月一六日に、一九三八年農業調整法 (The Agricultural Adjustment Act of 1938) を制定した。これは、違憲とされた一九三三年法の問題箇所を修正したものである。すなわち、この法律では、減反のための資金は、連邦政府によつて提供されるのであつて、加工税や床税ではない点を除いて、以前の農業調整法の規定を復活させている。

#### (四) アッシュワンダー対テネシー溪谷開発公社事件

この一九三六年二月一七日に下された *Ashwander v. Tennessee Valley Authority, 297 U.S. 288 (1936)* 事件は、ニューディール政策の今ひとつの大きな柱であつたテネシー溪谷開発公社 (Tennessee Valley Authority ≡ TVA) の合憲性が問題となつたものであるが、憲法革命前としては珍しく、合憲判決を受けた事件である。

しかし、この判決の重要性は、そこにあるのではなく、ブランドイス判事の補足意見中で、ブランドイスルールが明確に述べられたことにある。すなわち、米国における憲法訴訟史の中でも、憲法判断回避準則を明確に確定した、という点において、極めて重要な判決である。

#### 1 テネシー溪谷開発公社とは

テネシー川 (Tennessee River) は、テネシー州東部でホルストン川とフレンチ・ブロード川が合流した後の名称で、そこから川は、南西方向に流れてアラバマ州に入り、西にながれたのち北に向かつてふたたびテネシー州に入り、ケンタッキー州パデューカ (Paducah) 付近でオハイオ川に合流する、オハイオ川最大の支流である。そして、そのオハイオ川は最終的にはミシシッピ川に合流する。



この当時の

テネシー川は、洪水が頻繁に発生し、また水深の差も大きく、河川交通には適していなかった。それを抜本的に改造したが、テネシー

溪谷開発計画である。その中心となったTVAの活動内容は、その設立根拠法の、ひどく長い正式名称に端的に示されている。すなわち「テネシー川の航行を改善し、治水、森林再生とテネシー川流域における限界耕作地の適切な使用、同溪谷の農業や工業の発展を提供し、国家防衛を提供し、アラバマ州マッスルショールズおよびその近隣地における政府財産を管理するための公社を設立するための法律」というものである<sup>22</sup>。

アラバマ電力会社 (The Alabama Power Company) は、アラバマ州法によつて設立された、発電事業及び同州内の顧客への送電を行う会社である。

一九三四年一月四日に、テネシー溪谷開発公社は、アラバマ電力会社と(1)同社の所有する送電線、変電所及びそれに関わる資産を購入することとし一〇〇万ドルを支払うこと、(2)同電力会社から一定の不動産を購入し、その代価として一五万ドルを支払うこと、(3)水力発電によるエネルギーを交換し、公社より電力会社に、その余剰電力を売却すること、(4)電力販売サービスを提供される地域における相互の制限について契約を締結した。契約は一九三四年二月一三日と五月二四日に一部改訂され、

特定の細部について補完された。

原告であるアシユワンダー等は、アラバマ電力会社の優先株式の保有者である。彼は、上記契約は、連邦政府の憲法上の権力を超えているものであるため、TVAとの契約は企業の利益に反すると考えた。そこで、彼らは電力会社の取締役会に抗議を提出し、TVAとの契約を破棄することを要求した。しかし、取締役会はこれを拒否した。また、コモンウェルス・アンド・サザン・コーポレーション (Commonwealth & Southern Corporation) は、電力会社の全ての普通株式の保有者であるが、株主総会を招集するに必要な行動をとることを断つた。

こうして、抗議が無益であったことから、原告は、契約の無効確認とその履行の差し止めを求めて本件訴訟を提起した。その訴訟に当たっては、原告は当面の訴訟物である、TVAに関する当該契約の問題にとどまらず、TVAの方針や計画を問題とし、それが憲法に矛盾していることを理由に、その活動の差し止め判決を求め、また、様々な関係におけるTVAの権利に関する一般的な宣言的判決を求めた。

高等裁判所は、訴訟物を一九三四年一月四日の契約の

効力と有効性に関する議論に制限した。地方裁判所の確定したところによれば、その契約に基づいて購入された送電線はウイルスンダムで発電される電力の送電だけに使われ、他のダムや発電所には必要が無い。そこで、高等裁判所は、ウイルスンダムの建設に関する憲法上の権限を検討した。

ウイルスンダムは、第一次大戦中に陸軍工兵隊の手によつて建設されたものである。したがって、それは議会の、戦争と州際通商権限に基づくものであるとした。

そこで、最高裁判所に上告された。

## 2 判決の内容

多数意見をヒューズ長官が執筆した。ヒューズは、法人における議決権付き優先株式を所有する少数株主は、その地位に基づき、合衆国機関と取締役がその名前で締結する契約は違憲であり、その履行は法人の利益に回復不能の損害を引き起こすという理由に基づいて、訴えを提起する権利を有する、とした。

しかし、「司法権は、抽象的な問題に対する決定にまで伸びることはない (The judicial power does not extend to the determination of abstract questions.)」(P. 297参

照)とした。

そして、マッスルショールズでテネシー川をせき止めている、ウイルスンダムの名で知られるダムは、一九一六年国防法という、連邦政府の憲法上の権限のために制定された法律に基づき、戦争目的の工業に電力を供給し、川の航行を可能にするために建設されたので、合憲であるとしたのである。

## 3 補足意見

この判決を有名にしているのは、TVAの合憲性が認められたという事よりも、その補足意見に書かれたブランドイス判事の、いわゆるブランドイスルールのためである。

「訴えの妥当性を考慮するに当たり、我々は、長期の判例に照らし、連邦議会議法の合憲性を判断することは、我々の司法機能の適切な遂行にあたり、そうする義務がない限り、控えることが求められている (判例引用省略)。

私は長官が発表した憲法上の問題についての結論に反対しない。しかし、私の考えでは、高等裁判所の判決は、それについて判断することを見送る形で

維持されるべきである。政府は、訴訟を通じて、原告が法律の妥当性に挑戦する資格がないと主張している。本件訴訟の適格性に関するこの異議は、決して法案に対するエクイティとしての申立てによっては克服されず、エクイティルール二七の求める前提条件を遵守していない<sup>(23)</sup>。障害となっている問題は、手続き的なものではない。それは法の本質に内在するものであり、確立したエクイティのルールであり、そして立法の合憲性を伴う事件では実体法に内在している。地方裁判所によって確定された事実に基づく限り、訴えを却下するべきであった。」

以下、この事件に関する検討が延々と続き、その後有名なブランドイスルールが書かれることになる。

#### (五) カーター対カーター炭鉱会社事件

一九三六年五月一八日に判決が下された *Carter v. Carter Coal Company*, 298 U.S. 238 (1936) 事件は、一九三五年に成立した瀝青炭保安法 (The Bituminous Coal Conservation Act = Guffey-Snyder Act 又は Guffey Coal Act と呼ばれる。) の合憲性が問題となった事件である。同法は、違憲判決を受けた全国産業復興法に代わ

るものとして、議会により急遽制定された法律の一つである。

新法は、違憲判決で概念が不明確とされた公正な競争基準、生産基準、賃金、就業時間、及び労働関係を明確なものとするために、炭鉱労働者、炭鉱所有者及び公益代表から組織される労働委員会を設けた。すべての炭鉱は石炭生産量の販売価格または市場価格の一五%相当の税金を支払うように要求された。同法は炭鉱労働者の賃金、労働時間、労働条件等について規制していた。その規制の遵守は強制的なものでは無かったが、その規制を遵守している炭鉱には一五%の税率の九〇%が返金された。

#### 1 事実

カーター (James W. Carter) は、カーター炭鉱会社の株主であったが、炭鉱が政府の計画に加わるべきであるとは考えなかった。同社の取締役会は、会社には税金を払う余裕がないので、計画に加わって返還金を受け取る必要があるとした。そこでカーターは、炭鉱における石炭の採掘は州際通商に該当せず、したがって、連邦政府による規制に服する必要は無いと炭鉱会社を訴えた。

## 2 判決の内容

四騎士とロバーツが多数意見を形成し、ヒューズ及び三銃士が反対意見を述べた。

多数意見を要約すると、次のとおりである。

石炭が州境を超えて販売される場合に、それは州際通商に該当するが、その石炭がその州から移送される以前には、州際通商とは言えない。石炭の採掘は、決して州際通商では無く、地域的事業であり、従って州に管理及び課税の権限がある。

州際通商に関する最初の判例は、ギボンス対オグデン事件 (Gibbons v. Ogden, 9 Wheat. 1, 189, 190) で、マーシャル長官が下したものである。<sup>24</sup> その際、マーシャルは通商に関して、次の様に述べた。

「通商とは疑いなく交通 (traffic) のことであるが、しかし何かがそれに加わる。それは交換 (intercourse) である。」

多数意見はこれを引用して、「通商」という語は「取引の目的のための交流 (intercourse for the purposes of trade)」という語句と等価とした。石炭の採掘は、この定義に該当しない。労働委員会が有するのは、生産に関

する権限であつて、通商に関する権限ではない。そして、生産は純然たる地域的活動である。仮に、個人の石炭生産活動が州際通商に直接的効力を有しないならば、多数人による石炭生産活動も又、州際通商に直接的効果を持ち得ない。

このように論理を展開して、次の様に結論した。

「連邦の規制権力は、州際通商の限界で終わる。そして、その権力は、州際の商業的交流が始まるまで連邦に帰属することはない。」

ここで、問題は、同法の労働条項は州際取引に該当しないが故に無効であるとしても、それ以外の部分はどうなのか、という点である。憲法訴訟論で可分性 (separability) といわれる問題である。連邦議会は、全国産業復興法に対する違憲判決を経験した後でこの法律を制定しているので、最高裁判所が特定部分について違憲判決を下すことを想定して、予め同法第一五条に、この法律の一部が無効であつたとしても、他の部分はその影響を受けない旨の規定を設けていたのである。

しかし、四騎士達は、同条の効力を否定し、法律の可分性は、最終的には立法者の意図は何であつたのか、と

いうテストによって導かれるという主張を否定する。すなわち、基本的にあらゆる法律は不可分なものと推定される。その上で、不可分推定は『立法者は残っているもので満足した、という明白な蓋然性が存在する場合にのみ排除される』とし、この場合はそれに該当しないと見て、法律全部を違憲とするのである。

### 3 少数意見

ヒューズ長官は、多数意見が、石炭の採掘は連邦権限に属さない、とした点については賛同し、それは違憲としたが、同法の労働条項と市場条項は分離して判断することが可能であるとした。多数意見の可分性に関する議論は、結局のところ憶測の問題となる。議会が可分と言っているか、不可分と言っているかが明白な場合にはそれに依るべきだといっているのである。

三銃士の一人、カードゾ判事の反対意見は、同法の価格決定条項は、連邦の権限に属している。なぜなら、それは州際通商に直接の関わりがあるからというものであった。ストーン判事及びブランドイス判事もこれに賛同した。

### 4 その後

議会は、一九三七年四月二六日に、新法 (The Bituminous Coal Act of 1937 = Guffey-Vinson Coal Act と呼ばれる。) を制定した。同法は、最高裁判所が違憲とした賃金や労働時間等の規制部分を、その指摘を回避する形に改正し、他のすべての条項を復活させたものである。<sup>25</sup> 要するに、上記可分性の問題に、議会は明白に立法で回答したのである。同法の租税条項も、後に訴訟となったが、一九四〇年に連邦最高裁判所は合憲と判決した。<sup>26</sup>

## 四 憲法革命後の判例

### (一) ウェストコーストホテル対パリッシュ事件

先に述べたとおり、ロバーツ判事は一九二七年三月二九日に下された、この West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937) 事件で、アトキンス事件で自らが採った意見を変更し、ルーズベルトによる干渉から最高裁判所を救ったと言われる。そして、これを境に、以後、ニューコートとなる。その意味で、歴史的な重要性を持つ判決である。

## 1 事実の概要

パリッシュ (Elsie Parrish) は、彼女の夫と一緒にワシントン州のカスカディアアンホテル (Cascadian Hotel) ウェストコーストホテル社が所有) で勤務していたが、ホテルを、彼女が支払われていた週あたり四八時間労働で一四・五〇ドルの賃金は、ワシントン州法に基づき、産業厚生委員会 (Industrial Welfare Committee) 及び産業における女性監督官 (Supervisor of Women in Industry) の定める最低賃金との差額を求めて訴えた。第一審裁判所は、アトキンス事件を先例として使用し、被告勝訴の判決を下した。ワシントン州最高裁判所は、飛躍上告を受理し、第一審判決を逆転し、パリッシュ勝訴の判決を下した。そこでホテル側は、米国最高裁判所に控訴した。

## 2 判決の内容

最高裁判所は、三銃士及び中間派の計五人対四騎士に分かれた結果、パリッシュ勝訴判決を下した。判決はヒューズが執筆した。

ヒューズはミューラー対オレゴン州事件 (Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908)) と同様、コミュニテイ、

健康と安全、または弱者を保護する州法に対しては、契約の自由の制限が認められるとした。

## 3 その後

ロバーツ判事は、一九四五年七月三二日に退職した。その退職に際して、カードゾ判事の後任として一九三八年に連邦最高裁判所判事に就任していたフランクファータ判事は、ロバーツの変心と呼ばれる有名な問題が真実なのか否か、メモを欲しいと依頼した。ロバーツは九月九日にフランクファータ判事にメモを手交した。ロバーツは一九五五年五月一七日に死去した。そこで、フランクファータは、ロバーツメモ (Roberts Memorandum) を、メモを入手した経緯に関する説明も付して、ペンシルベニア大学ローレビュー一九五五年一二月号に公表した。<sup>27)</sup>

その文書の、ポイントの部分だけを紹介すると次のとおりである。

パリッシュ事件の上告を受理するか否かが一九三六年一〇月一〇日に評決された際、四騎士はアトキンス事件等の先例があることを理由に却下を求めた。それに対し、ロバーツは上告受理に賛成票を投じた。四騎士が驚いて、

「ロバーツは一体どうしたんだ (What is the matter with Roberts?)」とささやきあつたのをロバーツは聞いている。

「ストーン判事は、一〇月一四日頃に病気になった。事件は一二月一六日と一七日に、ストーン判事が欠席のまま審議された。その時、彼は、自宅で、昏睡状態で横たわっていた。一二月一九日に会議で検討される時が来た。私は、肯定する方に投票した。長官、ブランダイス及びカードソ判事も同様に投票した。他の四人は、反対に投票した。

もしも判決が、そのまま下された場合は、事件は賛否同数評決 (divided Court) とされた<sup>(28)</sup>だろう。その場合は不運な結果と考えられたであろう。法廷にいる誰もが、ストーン判事の見解を知っていたからである。そのため、事件はストーン判事が参加することができるよう、さらなる検討のために据え置かれるものとされた。ストーン判事は、一月は回復期で、一九三七年二月一日から裁判所の執務に戻った。私はパリッシュ事件が一九三七年二月六日に、ストーン判事が関与する会議で取り上げられたと記

憶している。これにより、事件の割り当てを行うことが可能になった。下級裁判所判決を確定する判決は一九三七年三月二九日発表された。」

サーシオレーライを採用している以上、パリッシュ事件が連邦最高裁判所に受理されるためには、最低四人以上の判事が賛成している必要がある。三銃士プラスヒューズ長官がこの四人に達しているが、その時点で、既にロバーツ判事は意見を変えていたというのである。そして、この判決が三月九日の炉端談話の後に下されることになったのは、その冬にストーン判事が重病であったためだというのである。このメモを信頼する限り、炉端談話をきっかけにロバーツ判事が変心したというのは、伝説に過ぎないことになる。

## (二) 全国労働関係委員会対ジョーンズ・ラフリン鉄鋼会社事件

一九三七年四月一二日に下されたこの判決も、パリッシュ事件同様、三銃士プラス中間派の五人が多数意見を形成し、四騎士を押しえた判決である。

賃金や労働時間等の労働条件に関する規制に関しては、全国産業復興法の違憲判決後である一九三五年七月五日

に急遽、制定された全国労働関係法 (National Labor Relations Act) による規制対象となった。同法は、通称は起案した民主党のワグナー上院議員に因んで、「ワグナー法 (Wagner Act)」と呼ばれる。

同法は、最低賃金、最高労働時間、労働者の団結権と代表者による団体交渉権を保障し、不当解雇、御用組合、差別待遇を禁じた。また雇用主による不当労働行為の禁止を規定した。不当労働行為とは、労働者の団結権や団体行動の自由に対して、使用者が侵害または干渉などの妨害行為を行うことである。この法律の遂行機関として、全国労働関係委員会 (National Labor Relations Board ≡ NLRB) の設置を規定した。

NLRBは、独立行政委員会で、労働組合の代表者選挙及び不当労働行為を調査し、是正を有する権限を有している。NLRBは五人の委員<sup>(29)</sup>で組織される委員会及び訟務検事 (General Counsel) で構成され、彼らは上院の同意を得て大統領によって任命される。委員は、五年の任期で任命され、訟務検事は、四年の任期で任命される。訟務検事は検察官として活動すると共に、委員会の一員として活動する。

○ National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation, 301 U.S. 1 (1937) 事件では、全国労働関係委員会 (NLRB) の合憲性が問題となった。この判決が、ニューディール政策における経済立法に対する連邦最高裁判所の否定的活動に終止符を打ち、これ以降、通商条項に基づく連邦議会の権力を増加させることとなる。

### 1 事実の概要

ジョーンズ・ラフリン鉄鋼会社 (Jones & Laughlin Steel Corporation) はアメリカ第四位の巨大鉄鋼メーカーである。同社のペンシルベニア州アリキッパ (Aliquippa) で働いていた従業員一〇人を、彼らが労働組合に加入しようとしたことに基づき、解雇したことが、不当労働行為として訴えられたのである。NLRBは、会社に対し、再雇用と俸給の支払いを命じたのに対し、ジョーンズ・ラフリン鉄鋼会社は、全国労働関係委員会設置法が違憲であるという理由で、それに従うことを拒否した。

### 2 判決の内容

先に述べたように、判決は五対四で下された。

ヒューズ長官が多数意見を代表して、次の様に述べた。

「NLRBの活動は、ばらばらに考えた場合には、州内で行われているかもしれないが、その活動は州際通商と密接かつ本質的に結びついている。すなわち、そのコントロールは負担及び障害物から州際通商を本質的かつ適切に守ることであるので、連邦議会が権力を有することを否定できない。」

### 3 芦部信喜の評釈

芦部信喜は、この判決を、ブランダイスの第七ルールの典型的な例として評釈しているので、その主要部分を紹介する（『憲法訴訟の理論』有斐閣一九七三年刊、三〇〇頁）。

「ここでは、違憲性から『法律を救済する』ことと『重大な疑いを回避する』こととは、観念的には区別されている。前者は文字通りの『合憲解釈のプローチ』であり、そこでは原則として合憲判断を行うことが前提とされている。ところが後者は、ある法令の条項について甲という解釈をとればその合憲性について重大な疑いが生ずるので、少なくともその解釈だけはとらない、というような場合を指す

と考えられるので、ここでは右法条にたいする明確な合憲判断は原則として前提になっていない。甲という違憲になる可能性の強い解釈は排除されたが、そのほか、たとえば乙という解釈をとっても『重大な疑い』が生ずるのか、合憲解釈としては丙という解釈を採用しなければならぬのか、しかし丙という解釈が合理的に成立する可能性がはたしてあるのか、というような点は原則として未解決の状態におかれ、したがって当該法令そのものの合憲・違憲については何ら触れられていないからである。」

### 4 その後

この日以降、短時日のうちに、次に示すとおり、多数の事件で合憲判決が相次いで下され、NLRBの合憲性を明確に確立することになる。

NLRB v. Fruehauf Trailer Co., 301 U.S. 49 (1937)

NLRB v. Friedman-Harry Marks Clothing Co., 301

U.S. 58 (1937)

Associated Press v. NLRB, 301 U.S. 103 (1937)

Washington, Va. & Md. Coach Co. v. NLRB, 301 U.S.

142 (1937)

こうした一連の判例により、NLRBの地位は確立し、今日に至る。

### (三) スチュワード機械会社対デヴィス事件

Steward Machine Company v. Davis, 301 U.S. 548 (1937) は、一九三五年社会福祉法 (Social Security Act of 1935) の合憲性が問題となった事件である。

アメリカのような自由主義の国では、本来は、社会福祉法は許されない。しかし、大恐慌下における社会的弱者救済のために、一九三五年に制定されたのがこの法律で、連邦老齢年金制度を確立するとともに、高齢者、視覚障害者、肢体不自由児、母子福祉及び公衆衛生を規制するとともに失業補償法規定を設けた。そうした支出の原資として、同法は雇用主への課税を定め、その管理に当たる機関として社会保障委員会 (Social Security Board) という独立行政委員会を設けている。

この事件では、同法の規定のうち、失業者救済規定が問題となった。

#### 1 事件の内容

一九三五年社会保障法の失業補償規定は、その原資として雇用主への課税を定めていた。但し、州がそれとは

別途に失業補償制度を確立している場合には、納税者に、連邦税の九〇%に相当する額の控除を認めている。このように、同法は、州が資金調達や失業補償金の支払いのための一貫した法制度を導入するよう誘導する目的で、その課税構造を定めていた。

スチュワード社は、連邦が、税金という手段によって州に社会保障制度の導入を強制しており、したがって連邦議会の権限から逸脱していると主張して、納税を拒否した。

#### 2 判決の内容

判決は、一九三七年五月二四日に下された。例によって三銃士に中間派が加わった五人が多数意見を形成し、少数意見の四騎士と対立した。判決はカードゾ判事が執筆した。

「問題は、便宜的に導入された手法が権力の限界を超越しているか否かである。法を問題視する人は、その主たる目的・目標は、州議会を失業補償制度よる経済的圧力という鞭の下で駆り立てることである」と言う。」

その鍵になるのは、法がそれを消費税とみなしている

点である。

「消費税は憲法第一〇修正の禁止する州への強制では無く、連邦制度による暗黙の制限に違反したものでもないので、無効ではない。」

このように述べて、判決は、連邦議会の立法は憲法の範囲内にあるとした。裁判所は、次に、税とその控除の組み合わせは、強制の武器では無く、州の自律性を破壊したり損なったりするものではない、とした。

「脅迫と誘導との間に理性的に線を描くことは、今では常識事項である失業問題に対して対応する必要があるからである。」

こう述べて、全国的な経済状況について触れた後、裁判所は次の様に言う。

「速やかに明らかになった事実は、州が必要な救済を与えることができなかつたということである。問題は、今や領域 (area) においても大きさ (dimension) においても全国的となった。人々が餓死しかかっている場合には、国家による救済が必要である。寛容の精神で話を聞くには、現在の危機は極端で、失業者とその扶養家族の負担を軽減するた

めには、一般的な福祉の推進よりも狭い何らかの目的のために、国家資金の使用が必要である。」

そして、申立人の主張について論じる。

「申立人の主張の問題点は、動機と強制力とを混同していることである。すべての税金は、ある意味において規制の尺度である。ある範囲内においては、他の者が課税されていないのと比較すれば、課税活動は経済的障害となる。あらゆる租税の払い戻しと同様に、租税措置のあるものは誘導的である。しかし、動機や誘導が、強制とみなしうるものであるためには、法律を無限の困難さに直面させる。」

### 3 その後

一九三九年に、行政庁再組織法 (Reorganization Act of 1939 (P.L. 19, 76th Cong, 1st sess.)) により連邦保障局 (Federal Security Agency) が、やはり独立機関が設立され、社会保障委員会は合衆国公衆衛生局 (United States Public Health Service)、食品医薬品局 (Food and Drug Administration)、市民保全部隊 (Civilian Conservation Corps)、教育局 (Office of Education) とともに、その下部機関とされた。

一九四六年に、社会保障委員会は社会保障局 (Social Security Administration) へと改称された。一九五三年に、また大きな行政組織改革が行われて、連邦保障局は廃止され、代わって保健教育福祉省 (Department of Health, Education, and Welfare) が設けられ、社会保障局は、その傘下機関となつて独立性を失つた。保健教育福祉省は一九八〇年に改組されて保健社会福祉省 (Department of Health and Human Services) になる。しかし、一九九四年にクリントン大統領は、社会保障局を、再び元の独立行政機関に戻した。

#### (四) 合衆国対キャロリーヌ社事件

U.S. 144 (1938) 事件は、一九三八年四月二五日に下された。判決本体は、連邦議会による通商条項の発動に対して、完全に無批判となつてしまつていゝるもので、むしろニューコートの恥部とでも言うべきものである。それにも関わらず、この判決が重要なのは、二重の基準論の判例法的根拠と言うべき、脚注四が書かれているが故である。

判決は、ストーン判事が執筆し、ヒューズ長官、ブラ

ンダイス、ロバーツ及びブラックの各判事が賛成し、バトラー判事が補足意見を書き、マクレイノルズ判事のみが反対意見を書いている。

#### 1 事件の内容

ここで問題となつたのは一九二三年に制定された添加ミルク禁止法 (Filled milk act) である。添加ミルクとは、脱脂粉乳に、牛乳以外の何かからとつた脂肪、通常は植物油、を添加して再構成されたミルクのことである。一般的には風味が悪く、そのままでは飲料には適さないが、コーヒー用のミルクや調理用には十分に使用に耐える。キャロリーヌ社は、二〇世紀初頭に、添加剤として椰子の実油 (ココナッツオイル) を使用したものを、ミルナッツ (Milknut) という商品名で発売してヒットした。当時はフィリピンが米国統治下にあつたため、椰子の実油は、極めて安価にフィリピンから輸入されていた。この頃は、普通の牛乳を冷凍輸送したり貯蔵したりすることが困難なため、ミルナッツは、広く利用可能な乳製品として急速に普及していった。

そこで、ボーデン社等既存の乳製品業者は、議会で運動して添加ミルク禁止法を制定させたのである。これは、

脱脂ミルクに乳脂肪以外の脂肪や油を混入してミルクに類似させた添加ミルクは、公衆の健康を損なう不純食品であつて、その販売は公衆に対する詐欺であり、州際通商に載せることを禁ずるといふ趣旨のものであつた。幾つかの州でも同様の法律が制定された。

キャロリーヌ社は、この連邦法に違反して、起訴された。

## 2 判決の内容

ストーン判事は次の様に述べた。

「その文面に照らし、連邦議会の委員会報告を含む裁判所にとり明白な事実から、同法は州際取引及び適正手続きに関する議会の規制権限の中にあると推定される。起訴状に対する異議は却下する」

## 3 脚注四

原文は長文であるが、以下に、その中心的な部分を紹介する。

「立法が、憲法の特定の禁止に文面上該当すると思われる場合には、合憲性の推定の作用の範囲は狭いものかもしれない。例えば、はじめの一〇箇条の修正条項のような場合であり、これらは、修正第

一四条の中に包摂されると判断された場合にも、等しく特定のと考えられる。〈参照判例略〉

望ましくない立法の廃止をもたらすことが通常期待されうる政治的プロセスを制約する立法が、修正第一四条の一般的な禁止の下で、他の種類のほとんどの立法よりも、より厳格な司法審査に服すべきか否かを、今検討することは必要ではない。〈参照判例略〉

また、特定の宗教的少数者〈参照判例略〉、あるいは出身国から見た少数者〈参照判例略〉、若しくは人種的少数者〈参照判例略〉に向けられた法律の審査に類似の考慮が働くかどうか、切り離され孤立した少数者に対する偏見が、少数者を保護するため通常は頼りになる政治的プロセスの作用を著しく制約する傾向を持ち、それ故、相当したより厳格な司法審査を要求するかもしれない特別の条件かどうかについても検討する必要は存しない。〈参照判例略<sup>30)</sup>」

## 4 その後

連邦法としての添加ミルク規制法は、州際取引を禁止しているだけなので、この判決後も、キャロリーヌ社は、

イリノイ州など、州内におけるこの商品の販売を規制していない州で、ミルナッツの販売を継続した。その後、第二次大戦により椰子の実油の輸入が止まったので、使用する植物油を大豆油に変更し、商品名をミルナッツからミルノット (Milnot) へ変更した。

一九四一年、同社の社長ハウザー (Charlie Houser) 等は、ミルノットを、州境を越えて販売した罪により、ウェストバージニア州連邦裁判所で起訴された。

ハウザーは事実関係については争わなかったが、添加ミルク規制法は違憲であるが故に無罪であると主張した。しかし、地方裁判所は一九三八年最高裁判所判例を引用して同法を合憲とし、ハウザー等に懲役一年、その後二年間の保護観察と罰金一〇〇〇ドルを言い渡した。第四巡回区高等裁判所もこの判決を支持した。

最高裁判所は上告を受け付け、リード (Stanley Forman Reed) 判事が判決を書いた (Carolene Products Co. v. United States - 323 U.S. 18 (1944))。この事件で裁判所が審理したのは、添加ミルク規制法が第五修正の適正手続条項に抵触していないかという点である。リード判事は様々な検討を行ったが、しかし結論として

は一九三八年判決を維持した。

ハウザーは服役したが、大統領の特赦により出獄することができた。以後、同社は生産拠点のある州内の販売に特化した。一九五〇年にキャロリーヌ社はミルノット社 (Milnot Company) に社名を変更した。

一九七二年になって、同社は、イリノイ州地方裁判所において、ついに添加ミルク規制法は第五修正の適正手続条項に違反し、違憲とする判決を勝ち取ることができた (Milnot Company v. Richardson, 350 F. Supp. 221 - Dist. Court, SD Illinois 1972)<sup>(31)</sup>。この判決に対して、連邦政府は上級審に上告しなかったため、一九七三年、同法は違憲であることが確定した。

これをきっかけに、州法で添加ミルクを規制していた一一の州は、いずれもその法律を廃止した。ハウザーは裁判所の判決後の一九七六年に九四歳で死亡した。<sup>(32)</sup>

### 【おわりに】

わが国では、芦部信喜等の紹介により、一般に、二重の基準は、自由権に関する審査基準であるとされる。しかし、本稿に示したロックナー判決から憲法革命までの

判例を、そして憲法革命によって変更された判例を見ると、ロックナー事件がパン屋労働者の労働時間制限法であり、パリッシュ事件が女性労働者の最低賃金法であることに端的にしめされているように、そのほとんどは労働権の擁護に関連する社会法の領域に属する問題である。あるいは反トラスト法などの経済法領域の問題である。したがって、わが国の感覚で言うならば、経済的自由権の問題と言うより、社会権が問題になったという方が正しい。

また、本稿冒頭に憲法革命に影響を受けなかった重要判例として紹介したニア事件は報道の自由、すなわち知る権利に奉仕する権利の問題であり、スコッツボロ・ポーズ事件は刑事基本権というように、文字通りの精神的自由権というよりは広い概念である。

こうした社会権領域に属する立法に対する違憲審査が、自由権の審査という形式を取ってしまうのは、一方において米国議会が資本主義の爛熟に伴って発生する社会問題に真摯に取り組んでいるのに対し、連邦最高裁判所が、世界最古の憲法が適切な修正を受けないままに、そうした新しい社会立法に対して判断を下すことを求められた

結果発生した苦闘ということが出来る。

したがって、我々としては、米国法との比較を考えるに当たり、二重の審査基準と社会権との関係を、より慎重に検討する必要があるであろう。

- (1) ライアカット・アハメド著(吉田利子翻訳)『世界恐慌』下巻一四頁(筑摩書房二〇一三年刊)より引用。同書は、二〇一〇年にピューリッツァ賞(歴史書部門)を獲得した『Lords of Finance: The Bankers Who Broke the World』 by Liaguat Ahamed (The Penguin Press) の全訳である。

(2) 注(1)紹介書一七頁より引用。

- (3) この一九二九年減税法は、正式名称を「Reducing rates of income tax for the calendar year 1929」ところ。

この当時の所得税は基本税率と付加税率という二つの課税で成り立っていた。一九二八年法の場合、基本税率は年収〇〜四〇〇〇ドル以下のものは一・五%、四〇〇〇ドル超八〇〇〇ドル以下の者は三%、八〇〇〇ドル超の者は一律五%であった。付加税率は八〇〇〇ドル以下の者にはなく、八〇〇〇ドル超の者は五%、一万ドル超の者は六%と累進していった。一〇万ドル超の者は二〇%となっていた。したがって最高税率は五十二〇〇〇〇二五%であった。

この減税法は、基本税率の最低を上記一・五%から〇・五%に、二%を二%に、五%を四%にそれぞれ引き下げた。また、法人税の基本税率も一二%であったものを同じく一%下げて一%とするなど、広い範囲で、税率を一律一%引き下げるといふものであった。

(4) 一九三〇年関税法は、正式名称を「To provide revenue, to regulate commerce with foreign countries, to encourage the industries of the United States, to protect American labor, and for other purposes」という。二万品目以上にわたって、大幅に関税の引き上げを定めた法律であった。

(5) 注(1)紹介書二二頁より引用。

(6) 一九三二年租税法 (Revenue Act of 1932) では、基本税率は、年間所得が〇〜四〇〇〇ドル以下のものが四%、四〇〇〇ドル超の者が一律八%となっていた。付加税率は、六〇〇〇ドル未満の者は〇%で、六〇〇〇ドル以上の者は一%、八ドル以上の者は二%というように累進していった。一〇万ドル以上の者は五五%となる。したがって一〇万ドル以上の者の税率は八五五〇六三%となる。この結果、年収四〇〇〇ドルの者を例にとると、一九二九年減税法の下では二〇ドルであったのに、一九三二年には一六〇ドルと一気に八倍の増税となった。

(7) 黙示録の四騎士…新約聖書の最後にあるヨハネの黙

示録に書かれている四人の騎士のことで、四騎士はそれぞれが、支配、戦争、飢饉、死を象徴していると言われる。したがってこの四騎士という表現は、決して好意的なものでは無い。

(8) モアヘッド事件 (Morehead v. New York, 298 U.S. 587 (1936)) は、基本的にロックナー判決と同一論旨のため、本稿では個別判例には取り上げていないので、ここで簡単に注記する。ニューヨーク最低賃金は、労働規制立法に対する連邦最高裁判所の狭い許容範囲に備えて、州労働委員会にサービスマン分野ごとに固定賃金を修正する権限を与えているという工夫をしていた。しかし、それでも連邦最高裁判所は、第一四修正の保障する契約の自由を侵害するとして違憲とした。

(9) ルーズベルトが、この日の炉端談話で語った内容の詳細は、次のサイト参照。

<http://www.wyzant.com/resources/lessons/history/hpol/fdr/chat/>

(10) アトキンス対児童病院事件については、拙稿「ロックナー時代—ホワイト第九代及びタフト第一〇代長官の時代—」日本法學七九卷二号参照。

(11) 小説「ものまね鳥を殺せば」は、日本リーダーズダイジェスト社が一九六二年に邦訳を刊行した際の表題である。残念ながら絶版となっている。Harper Lee 著「To Kill a Mockingbird」が原書で、一九六一年に「ユリーッ

ツァ賞小説部門受賞作である。これはGrand Central PublishingのReprint版(1988/10/11)が入手可能である。

- (12) 映画「アラバマ物語」というのは邦題で、原題は『To Kill a Mockingbird』で、前注に紹介した作品の映画化である。一九六二年度アカデミー賞を主演男優賞(グレゴリー・ペック)、脚色賞、美術賞の三部門で獲ったほか、同年度ゴールデングローブ賞でも、主演男優賞及び作曲賞を獲った傑作である。

- (13) ミュージカル『The Scottsboro Boys』は、ニューヨーク・ブロードウェイで上演された作品で、二〇一〇年度トニー賞でミュージカル作品賞等計一部門にノミネートされたという傑作であるが、不運にも、一つもトニー賞を取ることができなかった。

- (14) 連邦最高裁に上告したのは、Ozie Powell, Willie Roberson, Andy Wright及びOlen Montgomeryである。

- (15) 全米有色人種地位向上協会(National Association for the Advancement of Colored People=NAACP)は、一九〇九年二月二日に設立された、米国で最も古い公民権運動組織の一つである。ちなみにこの創立日は、リンカーン生誕の一〇〇年目に当たる。後のブラウン事件等で中心的な役割を果たす団体である。NAACPの歴史及び活動については、次を参照。

<http://www.naacp.org/pages/naacp-history>

- (16) George Corley Wallace Jr.は、アラバマ州知事を四

度務め、一九六八年にはアメリカ合衆国大統領選挙に候補として立候補した政治家である。彼がアラバマ州知事に当選した時のスローガンは「今日も人種隔離を！明日も人種隔離を！永遠に人種隔離を！」(I say segregation now, segregation tomorrow, segregation forever)というもので、骨の髄までの人種差別主義者であった。その彼でさえ、特赦を与えた点にこの事件の特徴が表れている。彼の有名なスローガンを含む演説は、次に収録されている。

[http://web.utk.edu/~mfitzgel/docs/374/wallace\\_seg63.pdf](http://web.utk.edu/~mfitzgel/docs/374/wallace_seg63.pdf)

- (17) 一九五〇年一月二日に、パターンソンは別件で、殺人罪で告発され、一九五一年九月六年〜一五年の不定期刑を宣告される。一九五二年八月、癌のため死亡。

- (18) スコッツボロ・ボーイズの、連邦最高裁判決後の運命については、多数のサイトがあるが、互いに若干の矛盾がある。本文の記述は、基本的には次の二つのサイトに依存しているが、矛盾する点については、他のサイトも参照し、多数の一致するところに従って記述している。  
<http://www.pbs.org/wgbh/amex/scottsboro/timeline/timeline2.html>

[http://en.wikipedia.org/wiki/Scottsboro\\_Boys#Final\\_decisions\\_and\\_aftermath](http://en.wikipedia.org/wiki/Scottsboro_Boys#Final_decisions_and_aftermath)

- (19) 非委任の法則(doctrine of nondelegation)とは、国

家のある権力府は、他の権力府に属する機関に対して、憲法上自らに託された権力を委任することは許されない、という法則である。それを認めては、権力分立制は無意味なものとなるからである。

(20) 市場年度 (Marketing year) とは、特定の商品に関して行われる年度を意味する。農産物の場合には、通常、その収穫期から次の収穫期までを一市場年度とする。

(21) 床税 (Floor tax) とは、倉庫に格納されている商品に課される租税を言う。

(22) テネシー溪谷開発公社法の法律の正式名称を英語で示す。

An Act To improve the navigability and to provide for the flood control of the Tennessee River; to provide for reforestation and the proper use of marginal lands in the Tennessee Valley; to provide for the agricultural and industrial development of said valley; to provide for the national defense by the creation of a corporation for the operation of Government properties at and near Muscle Shoals in the State of Alabama, and for other purposes.

(23) 本文でブランダイスが言及しているエクイティールとは、The Federal Equity Rules のことと思われる。これは、連邦裁判所に係属するエクイティ訴訟に適用するため、連邦議会の授權法に基づき連邦最高裁判所によって作成され、議会の承認によって成立したものであ

る。一八二二年に最初に制定され、その後数次の改正を経た後、一九三八年に Federal Rules of Civil Procedure に全面改正された。このため、この判決当時のルール二七が正確にどのような内容なのか、把握できなかった。

(24) ギボンズ対オグデン事件については、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—」日本法学七八巻三号一五〇頁参照。

(25) 新法の詳しい内容については次を参照。  
<http://www.nber.org/chapters/c2882.pdf>

(26) Guffey-Vinson Coal Act を合憲としたのは、次の判決である。

Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins - 310 U.S. 381 (1940)

(27) ロバーツメモが掲載されたのは、the University of Pennsylvania Law Review の一九五五年 December の巻頭である (通算三〇三頁)。

(28) 連邦最高裁判所の表決において、欠席者がいるために賛否同数となった場合には、判決はそれで確定するが、判決としての拘束力は無く、status quo ante (原状どおり) とされる。その判決には、判事の意見は付されず、ただ一行「判事は、賛否同数評決と決した」とのみ記述される。

(29) General Counsel : 訟務検事と訳したのは、それが司法省に属する検察官としての身分を有し、通常、各省庁

または政府関係機関で勤務しているという点で、わが国  
訟務検事と類似しているからである。しかし、本文にも  
述べたように、個別の組織ごとに任命され、任期制であ  
る点で、わが国の訟務検事とは異なっている。

(30) キャロリーヌ事件判決の脚注四については、松井茂  
記『二重の基準論』有斐閣一九九四年刊、一八頁より引  
用

(31) この事件は、立法の違憲確認訴訟であり、被告であ  
る Elliot Richardson は、連邦健康・教育・福祉省長官  
(Secretary of Health, Education and Welfare of the  
United States) で、その職責が本件添加ミルク規制法を  
含む食品や薬品を管轄しているところから、職責として  
被告となったものである。

(32) 本稿で記述したハウザーに関係する細かな事実関係  
は、次のサイトに依存している。このサイトの筆者 Josh  
Blackman は、南テキサス法科大学 (South Texas College  
of Law) の准教授である。

[http://joshblackman.com/blog/2012/09/06/  
constitutional-faces-carolene-products-defendant-charles-  
hauser-returns-to-the-supreme-court/](http://joshblackman.com/blog/2012/09/06/constitutional-faces-carolene-products-defendant-charles-hauser-returns-to-the-supreme-court/)



# 担保権侵害に対する一般的救済手段の相互関係

——担保権者固有の損害賠償請求権を中心として——

清水 恵 介

## 一 序 論

### (一) 抵当権侵害論から担保権侵害論へ

本稿は、「担保権侵害」に対して担保権者に一般的に付与される各救済手段の相互関係の考察を通じて、その体系的整理を目指すものである。したがって、所有権侵害その他の物権侵害よりは狭いが、抵当権侵害よりは広いテーマ設定となる。また、従来、担保物権法（あるいは不法行為法）の体系書等では、「抵当権侵害」が特に

採り上げられて解説・検討されてきた経緯<sup>①</sup>に鑑みるならば、本稿は、そうした動向に対するアンチテーゼともなるであろう。

確かに、いわゆる非占有型の担保権であって目的物の利用に原則として干渉できない抵当権（民法三六九条以下）への侵害については、所有権侵害などと比較した場合の特殊性が顕著に見出される。また、現実問題としても、いわゆる執行妨害事案に直面して、抵当権に基づく妨害排除請求の可否がしばらく大きな裁判上の論点とし

て争われてきた歴史的経緯もある。<sup>(2)</sup>

しかし、理論的には、**抵当権に限らず、担保権全般が侵害対象としての特殊性をもつ。**なぜなら、担保権の存在価値が被担保債権の回収を容易にする点にあるものと考ええる以上、**担保権の侵害は、究極的には債権侵害としての実質を有し、<sup>(3)</sup>所有権侵害その他の物権侵害とは必ずしも同列に論ずることができないはずだからである。**担保権侵害の効果として、**期限の利益喪失(民法一三七条二号)**や**増担保請求権**といった他の物権侵害にはみられない固有の効果が語られるのも、その証左といつてよいであろう。

したがって、この観点からは、**妨害排除請求権の方こそがむしろ、有体物を対象とする非占有型の担保権に固有の特殊な救済手段として位置づけられることとなる。<sup>(4)</sup>**しかも、現在では、**民事執行法上、各種の保全処分(同法五五条・一八七条等)**が認められていることから、**法的な妨害排除請求権の重要性は相対的に減少してきてもいる。<sup>(5)</sup>**

そこで、本稿では、**抵当権侵害に特有の妨害排除請求に関する議論には立ち入らず、担保権侵害に共通するよ**

り一般的な救済手段、すなわち、**損害賠償請求権・増担保請求権・期限の利益喪失に焦点を当て、これらの相互関係を踏まえた体系的な整理を試みること**としたい。そうすることで、**抵当権に限定されない担保権侵害の真の特質がみえてくるはずであるところ、従来、教科書・体系書以外において、そのような形での検討が正面からなされたことはなかったように思われるからである。<sup>(6)</sup>**

また、本稿では、**本課題を検討するにあたり、現在の担保権侵害論が暗黙のうちに依拠すると思われるドイツ法からあえて離れ、やや異なった法的処理がみられるフランス法を参照することとした(一)。**その参照を通じて、**日本法の特徴が担保権者固有の損害賠償請求を一般に認めている点にあることを示すとともに、この問題の検討(二)から、日本法の下における担保権侵害の法的処理のあり方について、一定の示唆を得たいと思う。**

## (二) 担保価値維持義務論との関係

なお、本課題を検討する上で、今日では、**議論のいつその展開が期待されている「担保価値維持義務」論との関係を避けて通ることができないであろう。なぜなら、<sup>(7)</sup>**

担保権設定者等による担保権侵害は、見方を変えれば担保価値維持義務への違反行為として捉えることができ、その射程範囲が重なっているようにみえるからである。

この点、まず明らかにし得ることは、純然たる第三者による担保権侵害の場面を想定した場合、一般には、担保権設定者及びその者からの義務承継人について認められる担保価値維持義務<sup>8)</sup>は問題とならず、担保権侵害だけが問題になるということである。

しかし、他方で、設定者からの占有剥奪を伴う質権のように、むしろ担保権者の側で担保価値維持義務を負担する場合（民法三五〇条・二九八条参照）を想定すると、そこでの質権者自らの手による義務違反行為（いわば自己加害行為）<sup>9)</sup>は、担保権侵害としては捉え難いものであるから、その場合はむしろ担保価値維持義務だけが問題となろう。

また、近時主張されているように、担保価値維持義務論によれば、「同義務の懈怠および違反に対するサンクションとして、債権者代位権・詐害行為取消権の行使を認めるという制度設計<sup>10)</sup>」も可能となるのであって、その場合は、一般債権者への責任の引当てとなる共同担保、

いわゆる一般担保権をも射程に収める方向で、担保権侵害論をより発展させる契機としての積極的意義も認められる。

ただし、本稿では、かかる先端的な問題（及び、担保権者の自己加害行為）にはこれ以上触れず、従来取り上げられてきた担保権侵害に対する一般的な救済手段に問題を絞り込むこととしたい。すなわち、設定者の不作為（債権者代位権）や法律行為（詐害行為取消権）による担保権侵害は扱わず、主に、設定者又は第三者の事実行為による担保権侵害の場面を念頭において検討を進めることとしたい。

もともと、そうではあっても、後述のとおり、増担保請求権や期限の利益喪失を基礎付ける上では、担保価値維持義務の概念が有用であると思われる、その限りにおいて、担保価値維持義務論との接点をなお見出すことができることをあらかじめ付言しておく。

## 二 フランス法における担保権侵害の法的処理

### (一) 従前の体系にみられるドイツ法の影響

現在の担保法学において普遍的にみられる「**抵当権侵害**」体系の基礎を築いたのは、**我妻栄**であった。我妻は、自らが著した担保物権法の体系書<sup>12)</sup>の中で、「**抵当権**のその侵害に対する効力」と題する独立の一款を設け、**抵当権規定**の注釈にとどまらない**抵当権侵害**の体系化をいち早く試みた。

我妻による**抵当権侵害**の体系を概観すると、**総論**としての①**抵当権侵害論**の特殊性、及び、②**抵当権侵害**の意義に続けて、各論となる**侵害の効力**につき、③**抵当権**に基づく**物権的請求権**、④**抵当権**に基づく**損害賠償請求権**、⑤**期限の利益の喪失**、及び、⑥**増担保請求権**の四点を並べている。具体的論述内容はさておき、このような体系的枠組み自体は、今日の担保物権法の教科書・体系書にもほぼ例外なく受け継がれている。

しかも、そこで語られている内容のうち、**物権的請求権**以外の部分は、他の担保物権にも妥当し得るものであ

り、したがって、その内容において既に、**抵当権侵害論**から**担保権侵害論**へと展開させる素地が認められる<sup>13)</sup>。例えば、我妻が**総論**において指摘する中で、「**目的物が毀損**されても、**被担保債権**を満足させるに十分な価値が残っておれば**損害**がないというべきであり、しかも果して充分かどうかは**競売の結果**によらなければ確定しない、というような事情」などは、**担保権**一般に妥当し得る事情であるから、**抵当権侵害**の特殊性というよりはむしろ**担保権侵害全般**の特殊性を示すものといえる。現に、一部の学説の中には、**抵当権**以外の**担保権**をも視野に入れた総合的な**担保権侵害論**を構築しようとする動向がみられる<sup>14)</sup>。

このような**担保権侵害**体系の中で、こと**損害賠償請求権**に関しては、従来、その可能性に疑いの目が向けられることはなかった。我妻もまた、「**抵当権**の**侵害**によって**不法行為**が成立しうることも疑いない」などと述べるのみで、**担保権侵害**による**賠償請求**の可能性を当然視していた<sup>15)</sup>。その前提には、当時のドイツ法の状況があったようである。すなわち、「**元来**、**抵当不動産**を**滅失毀損**した者に対する**損害賠償**の**請求権**は早くから認められた

が、ドイツの普通法時代にその保護が次第に拡張され、本来の被担保債権の弁済期が到来しなくとも、抵当権の実行を可能ならしめ、さらに妨害行為の排除や予防の請求を認められるようになったものであり、「わが民法の解釈としても、ほぼ同様の結果を認めるべきだと思われる」と述べ、ドイツ民法の体系書<sup>16</sup>までが引用されているのである<sup>17</sup>。

確かに、我妻が同書中に一部を引用するように、ドイツ民法典中には、抵当権侵害に関する明文規定がみられない(民法典二二三三条、二三四条)、この規定を土台とする議論も一定程度蓄積されているようである。したがって、この成果を日本法に採り入れることは十分考慮に値するであろう。

しかし、ここでは、ドイツ法以外の法状況にも目を向けておきたい。とりわけ、日本民法の母法の一つであり、先取特権 [privilege]・質権 [gage・nantissement・antichrèse]・抵当権 [hypothèque] などといった日本法類似の担保権類型を擁するフランス法において、抵当権その他の担保権の侵害がどのように扱われているかが注目されよう。その勘案を通じて、これまでの担保権侵害

論が特殊ドイツ的ではなかったかが検証されるとともに、体系の再構築にあたっての多角的な視点が得られるように思われるからである。

## (二) 担保権設定者による担保権侵害

ここでまず、フランス法が、担保権設定者(債務者兼設定者と物上保証人)<sup>18</sup>による担保権侵害をどのように処理しているか、見ておきたい。

まず、日本法と同様、債務者による担保権侵害<sup>19</sup>に対しては、被担保債権についての期限の利益喪失 [déchéance du terme] が帰結される(フランス民法典一一八八条)。同条は、「債務者は、破産したとき、又は契約によって債権者に与えた担保を自己の行為によって減少させたときは、もはや、期限の利益を主張することができない<sup>20</sup>」と定める。

その上で、フランス法は、抵当権に関して更に、増担保請求の規定をおく。この点は、規定を欠いている日本法との違いである<sup>21</sup>。すなわち、二〇〇六年担保法改正後の現行フランス民法典二四二〇条二号本文は、「抵当権に服する現在の不動産を滅失させるか、又は債権の担保

のために不十分になるほどに損傷した者」は、「将来の不動産 [immeubles à venir] について合意することができる。ただし、債権者がその時から返済を追及する権利を妨げてはならない」と定める。

これらの文言からは判然としないものの、二〇〇六年の担保法改正前は、民法典二二三〇条一項が、「将来の財産には、抵当権を設定することができない」との原則を定めていたのを受けて、次条の二二三二条が、「同様に、抵当権に服する現在の一又は数個の不動産が債権者の担保のために不十分となるほどに滅失し、又は損傷を被った場合には、債権者は、あるいは直ちにその償還を追行し、あるいは抵当物件の補充 [un supplément d'hypothèque] を得ることができると定めていたところ、当時の体系書は、この規定を、二二三〇条一項の原則に対する三つの例外の一つとして説明していた<sup>23</sup>。そのため、これらの規定を、「抵当権は、原則として、現在の不動産にしか設定することができない」(改正後民法典二四一九条)として規定ぶりを改めた上で、次条において、三つの例外を、将来の不動産に抵当権を設定できる前条の例外場面として明確に位置付け、これらをまと

めて規定する形(改正後民法典二四二〇条各号)としたものにすぎない<sup>24</sup>。

したがって、実質的な変更点はなく、増担保請求に関する規定として捉えるべきものといえる<sup>25</sup>。

また、二〇〇六年改正担保法は、いわゆる非占有質 [gage sans dépossession] を新たに導入したことを受けて、民法典二三四四条二項に、「質権が占有剥奪なくして設定された場合に、設定者が質物の保存義務を果たさなかつたときは、債権者は、担保される債務についての期限の利益を喪失させ、又は質物の補充 [un complément de gage] を請求することができる」と定め、増担保請求の新たな根拠条文を創設した。

したがって、担保権侵害のおそれが高い非占有型担保である抵当権と非占有質については、期限の利益喪失のみならず、増担保請求による救済が可能であるというのが、設定者による担保権侵害に対するフランス実定法上の処理となっている。

ところで、ここで注目したいのが、期限の利益喪失と増担保請求との関係である。明文上は、債権者の側に両救済手段の選択権が与えられているかのようにあるが、

学説上は、むしろ債務者側に選択権があり、債務者が増担保を提供するならば、債権者は訴権を失うとの見解がみられる。<sup>(26)</sup> すなわち、この見解の下では、債務者自ら十分な増担保を供与することで、期限の利益喪失の結果を回避する権利を債務者に承認することこそが法の趣旨であると捉えることとなる。<sup>(27)</sup>

### (三) 第三者による担保権侵害

以上に対し、純然たる第三者による担保権侵害の場合には、日本法の解釈と同様、期限の利益喪失はもちろん、増担保請求も認められない。ただ、災害時に借借人又は隣人が不法行為に基づいて支払うべき損害賠償金については、明示的な指図を要することなく、先取特権者又は抵当権者に、その順位に従って与えられる旨の規定をおく(フランス保険法典L. 111-113条三項)。したがって、少なくともこの要件を具備する限りでは、損害賠償請求を通じた担保権侵害の救済が可能である。

もつとも、かかる賠償請求の法理論構成は必ずしも明らかでない。過去、学説上様々な見解が提唱されてきたが、その中ではとりわけ、物上代位〔subrogation

reelle〕構成<sup>(28)</sup>と直接訴権〔action directe〕構成とが有力である。しかし、いずれにせよ直接的な担保権侵害を根拠とするものではない。前者の構成はもちろん、後者の構成においても、間接的な被害の直接的な救済を意味するにすぎないからである。

ならば、いわゆる間接損害〔dommage par ricochet〕論に依拠した間接被害者たる担保権者による損害賠償請求が可能かが問題となるも、フランス法上、この点の論及もみられない。そもそも被担保債権の中心である金銭債権自体が被侵害利益として特殊であって、金銭債権を第三者に対して保護する通常的手段は詐害行為取消権〔action paulienne〕(フランス民法典一一六七条)であるなどとも指摘されている。<sup>(30)</sup>

ただ、詐害行為取消権による救済は、債務者による法律行為としての詐害行為に対して認められるにすぎず、一般の担保権侵害にみられる事実行為に対しては、そもそも適用の基礎が欠けている。結局、フランス法上、担保権侵害に由来する損害賠償請求は、物上代位ないしは直接訴権を通じた形でしか認められないこととなろう。逆に言えば、物上代位又は直接訴権が可能であるときは、

担保権者に損害を与えないと理解されているようである。<sup>(31)</sup> この点に関連して、フランス人、ボワソナードの起草にかかる旧民法債権担保編二〇一条一項本文の存在が想起されよう。同条項は、「意外若クハ不可抗ノ原因又ハ第三者ノ所為ニ出テタル抵当財産ノ滅失、減少又ハ毀損ハ債権者ノ損失タリ但先取特權ニ関シ第一三三二条ニ記載シタル如ク債権者ノ賠償ヲ受ク可キ場合〔物上代位〕ニ於テハ其權利ヲ妨ケス」(括弧内は筆者)と定めていた。つまりは、この法文上、第三者の不法行為による抵当財産の滅失は抵当権者の損失に帰し、当該第三者に対する損害賠償請求については、物上代位のみが許容されて、担保権者固有の請求が否定されているかのように読めるのである。<sup>(32)</sup> これは、フランス法の現状と同様の立場といえよう。

結局のところ、不法行為の成立上、権利侵害の要件が求められない(民法典一三八二条参照) フランス民法体系の下では、抵当権ないしは担保権を侵害対象として特に括り出して損害賠償請求の可否を問うといった発想自体がまずみられない。

また、物権・債権を法典上峻別するドイツ流のパンデ

クテン体系を採用せず、むしろ今般の二〇〇六年改正では担保法を分離して独立の一編としたフランス民法体系の下では、担保物権を用益物権(地上権・地役権など)と横並びにして理解する必然性がない。

実際の学説上も、各種の担保物権を「付随的物権」<sup>(33)</sup> ないしは「二次的物権」として理解していることから、この担保物権を独立の侵害対象として捉えず、あくまで担保の対象となる権利(主には所有権)への侵害を通じて、副次的な侵害をもたらすに過ぎないと考えることには、一定の有理性が認められる。詳言するならば、フランス法上の担保物権は、担保の対象となる「権利上の権利」として捉えられている。<sup>(34)</sup> なぜなら、担保物権は価値の支配権であるとはいえ、その価値とは、物自体の価値というよりは、換価の対象である物上の権利の価値であつて、その価値を支配するのが担保物権の本質だからである。<sup>(35)</sup>

したがって、副次的な被害者にすぎない担保権者に対して物上代位による間接的な救済だけを認めるというフランス法の立場は、かかる担保物権の理解に照らすならば是認されよう。

### 三 日本法における担保権者固有の損害賠償請求権

#### (一) 賠償請求否定論

以上にみたフランス法との対比において、担保権侵害の処理に関する日本法の大きな特色は、担保権者固有の損害賠償請求が一般に認められている点にあるといえる。

しかし、日本法の下でもこれを否定する立場がとれないわけではない。一部の学説が既に明らかにしているように、担保権侵害は、担保目的物の侵害自体に意味があるのではなく、更には、被担保債権そのものの侵害でもなく、より直接的には、被担保債権の「回収の容易性」に対する侵害である。したがって、その場合の損害額は、本来、目的物の実損額そのままではあり得ないはずである。担保権はあくまで被担保債権の回収を容易にする法的手段でしかない点に鑑みるならば、担保権侵害は、不法行為の成立が厳格となりがちな債権侵害の場合以上に債権への間接的な侵害であって、<sup>36</sup>成立を認めるとしても更に厳格な判断が要求されるのではないかが問題となる。すなわち、<sup>37</sup>伝統的学説によれば、「債権の目的たる

給付を侵害するが債権は消滅しない場合」の債権侵害では、侵害者の主観的要件として、債務者を教唆するか少なくとも債務者との通謀といった意味での故意を要するものとされるのであるから、担保権侵害の場合も同様の主観的要件が課されて然るべきであるともいえる。<sup>38</sup>

また、担保権侵害によって被担保債権そのものが消滅することはないのであるから、少なくとも、債務者本人による侵害に対しては、損害賠償請求権を成立させたところで、被担保債権との併存に通常、実際上のメリットはない。<sup>39</sup>そればかりか、被担保債権が存続する以上、賠償すべき損害はないのではないかとさえ疑われよう。

このことを考察する上で、一般債権者への責任の引当となる共同担保（いわゆる一般担保権）の構成財産を侵害する法律行為に対して、損害賠償請求ではなく、詐害行為取消権（民法四二四条）による原状回復的な救済手段を付与するにとどめている点が参考になる。学説上は更に、詐害行為取消権を個別の担保権の保全のために転用すべきことが主張されているものの、<sup>40</sup>それ以上に損害賠償請求権を付与すべきことまでは主張されていない。想定される場面の相違ということもあるが、少なくとも

設定者の法律行為による担保権侵害に対しては、基本的に、原状回復的な救済手段で必要十分であると理解されているように思われる。

この点に関して、いわゆる代担保提供請求権説と呼ばれる加藤雅信の見解が注目されよう。<sup>41)</sup> この説は、被担保債権の弁済期前に担保権者がなしうる請求の内容を、原状回復的な代担保提供請求権として構成する。なぜなら、弁済期後に担保権が実行されるまでは、目的物が損傷を受けても担保権者にいまだ具体的な財産上の損害がなく、不法行為に基づく損害賠償請求権(民法七〇九条)を認める素地を欠くものと考えられるからである。ここでは、将来の弁済の現実性を減少させる法律事実である担保権侵害を、法的効果として忠実に反映させることが企図されている。そして、この立場を基本的に踏襲する見解も有力に主張されている。<sup>42)</sup> したがって、これらの見解は、抵当権侵害による不法行為の成立に何らの疑いも抱くことがなかった我妻体系に対するアンチテーゼとして捉えられるよう。

## (二) 賠償請求の理論的正当化

### 1 裁判例の動向

しかしながら、判例実務に目を転ずるならば、抵当権侵害による不法行為の成立は、今日に至るまで、特段の議論もないまま承認され続けている。

例えば、最高裁判例の中には、担保権侵害につき、「担保が失われたことによりその担保権から債権の満足を受けられなくなったこと自体を損害として把握することができ」として、担保権実行による逸失利益をそのまま損害額とする形での賠償請求を認めるものがある。<sup>43)</sup> その他、数は多くないものの、担保権侵害による損害賠償請求を認めた公判裁判例もいくつか存在している。<sup>44)</sup>

もつとも、その場合の賠償額をいかに算定すべきかはなお問題となるであろう。この点、古くは、大判昭和七年五月二七日民集一一卷一二八九頁が、「不法行為二因ル現実ノ損害ノ賠償範囲ヲ定ムルニ付テハ不法行為二因リ他人ノ所有物ヲ滅失セシメ又ハ毀損シタル場合ト異リ不法行為ノ当時ヲ標準トスルコトナク抵当権実行ノ時又ハ抵当債権ノ弁済期後抵当権実行前ニ於ケル賠償請求權行使ノ時ヲ標準トスヘキモノトス從テ訴訟手續ニヨリテ

其ノ権利ヲ行使スル場合ニハ事実裁判所ニ於ケル最終ノ口頭弁論ノ時ヲ標準トシテ抵当物件ノ価格カ抵当債務総額ニ不足スル限度ニ於テ滅失セシメラレタル抵当物件ノ価格ヲ算定シ該金額ヲ以テ右損害額ナリト為ササルヘカラス」と判示しており、そこでは、①担保権実行前における賠償請求の許容、及び、②被担保債権不足額による賠償額の限定のほか、③所有権侵害とは異なる賠償額算定期、及び、④債務者無資力の不問<sup>45</sup>といった立場が採用されていた。

また、近時も、最三小判平成一八年一月二四日訟月五四卷一二号二九五三頁<sup>46</sup>が、「特許庁の担当職員の過失により特許権を目的とする質権を取得することができなかつた場合、これによる損害額は、特段の事情のない限り、その被担保債権が履行遅滞に陥つたころ、当該質権を実行することによつて回収することができたはずの債権額というべきである」とし、しかも、「仮に損害額の立証が極めて困難であつたとしても、民訴法二四八条により、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づいて、相当な損害額が認定されなければならない」として、一種の担保権侵害につき、最高裁としての見解を明らかに

した。<sup>47</sup>

## 2 賠償請求の実益と政策的配慮

したがって、実際問題としては、このような判例による規範形成の努力を無にしてまで、担保権者固有の損害賠償請求を否定してよいかである。

この点、担保権侵害には多様な類型があり、所有者につき損害賠償請求権が常に生ずるわけではない点に配慮すべきであろう。債務者兼設定者や物上保証人、第三取得者といった担保目的物所有者が自ら侵害した場合はもちろんのこと、純然たる第三者による侵害であっても、執行妨害行為として想定される債務者と第三者の共同不法行為（民法七一九条）による侵害の場合には、担保目的物の所有者に損害賠償請求権は発生しないため、同請求権を対象とする物上代位や、同請求権を前提とする直接訴権も認める余地がない。つまり、物上代位や直接訴権による救済が現実化するものは、純然たる第三者による侵害の場合に限られることとなる。担保権侵害の場面全体からみて、物上代位等による救済はあくまで例外ではないのである。<sup>48</sup>

そこで、以上の考察にもかかわらず、担保権侵害による直接的な不法行為の成立を認めることにも一理あるといえよう。ただ、これを認める場合には、損害賠償請求権を付与するに値する被侵害利益を、担保権や被担保債権そのものではなく、「被担保債権の回収の容易性」にまで政策的に緩和したものと捉えるべきこととなるように思われる。いわゆる規範的損害論の視点である。<sup>49</sup> そうすると今度は、そうした政策の正当性が検討に付されよう。

### 3 増担保請求権付与の意義

この点、先にみたように、担保権侵害に対しては、原状回復的救済手段こそが適格的であると捉えるならば、前記加藤説と同様に、担保権者に増担保請求権を付与すれば足りるとも考えられる。すなわち、法律行為による担保権侵害に対する救済手段として適格的であるのが詐害行為取消権であるとするならば、事実行為による担保権侵害に対する救済手段として適格的であるのが増担保請求権であるとの理解である。この点、確かに、侵害された担保権と同等の増担保を設定し直すことで侵害前へ

の原状回復を果たし、当事者間の担保契約関係が再度軌道に乗ることを可能にするとの意味において、むしろ担保権侵害に対する本来的手段として位置づけることも可能である。

また、例えば、侵害者の不法行為による法的効果は、損害賠償請求権の発生が唯一絶対のものではなく、名譽毀損の不法行為における謝罪広告の請求（民法七二三条）にみられるように、被侵害利益の性質に応じて他の救済手段を選択する余地も封じられてはいないのであるから、損害賠償請求権に代わる担保権侵害の効果の一つとして増担保請求権を捉えることも不可能ではない。

そこで、これを近時の担保価値維持義務論と結び付けるならば、増担保請求権の法的性質は、担保価値維持義務違反による担保権侵害につき認められた特殊な原状回復請求権であると理解できよう。<sup>50</sup>

もちろん、これが単なる一般債権者としての立場であるならば、せいぜい担保目的物の所有者が加害者に対して有する損害賠償請求権に対して債権者代位（民法四二三条）を認めるといった程度の救済で事足りるであらう。しかし、これが担保権者としての立場であるなら

ば、あえて債権者代位権を介するまでもなく、元来の担保権を有していたのと同様の法的地位を回復させる直接の救済手段として、担保権者に増担保請求権を付与することこそが望ましいといえる。<sup>51)</sup>

#### 4 担保的賠償義務

ただ、明示又は黙示の約定なくして増担保請求を法律上当然に認めることができるか（法定の増担保請求の可否）<sup>52)</sup>がそもそも問題であるし、仮にこれを認めたととしても、具体的に実効性のある形での権利行使が可能かについても懐疑的な見方が強いように思われる上に、<sup>53)</sup>その法的性質を形成権として捉えない一般の見解の下では、請求に基づく増担保の設定が完了するまでの間、担保権者は、被侵害部分につき無担保の一般債権者と同じ立場におかれることとなる。したがって、このタイムラグを埋めるためにも、侵害者につき、いったん担保権者に対する直接の損害賠償義務を負担させておくことには意味がある。

とりわけ、物上保証人・第三取得者による担保権侵害の場合に顕著な利益をもたらすであろう。その場合、当

該物上保証人等は、担保権侵害行為により、物上保証人等としての地位を喪失する反面、増担保を提供するまでの間、担保権者に対する損害賠償義務を負担することで、今度は人的担保としての保証人的地位に立つこととなるからである（いわば担保的賠償義務<sup>55)</sup>）。

もちろん、単なる保証人に対する請求権には優先弁済的効力が付与されず、その点で担保権者の立場は弱くなつてはいるものの、当該物上保証人等に対して何らの請求もなし得ないと解するよりはなお優遇されている。

これを一般化するならば、「債務なき責任」を負うにすぎない物上保証人・第三取得者といえども、その責任を不当な原因によって果たさない場合には、その本来の「責任」に相応する「債務」をなお負担すべきであるといえないだろうか。

#### 5 小括

以上に従えば、広く、責任財産減少行為に対する救済手段として捉えられるものの中で、担保権侵害による損害賠償請求権が占める位置付けは次の表1のようにまとめられよう。

表1 責任財産減少行為に対する救済手段

	一般債権者の救済	担保権者の救済
法律行為による侵害	詐害行為取消権	詐害行為取消権の転用？
事実行為による侵害	損害賠償請求権上の債権者代位権	損害賠償請求権〔+増担保請求権〕

結局のところ、結論的には、判例・通説と同様、担保権者固有の損害賠償請求権はなお正当化され得るものと考えられる。物上保証人による担保権侵害の場合など、担保権者と侵害者との間に直接の契約関係が存する場合には、当該担保権侵害は、担保権設定契約関係から生じる担保価値維持義務への違反行為と捉えられるがゆえに、債務不履行（民法四一五条）を根拠として、また、その他の場合には不法行為（同七〇九条）を根拠として、それぞれ損害賠償請求が認められる。

### (三) 他の救済手段との関連性

もつとも、そのように考えてもなお、当該賠償請求権が一般の賠償請求権と比べてかなり特殊であること  
は否定できないであろう。なぜなら、

以下に述べるとおり、担保権侵害に際して行使され得る他の権利、すなわち、増担保請求権や被担保債権等との関連性を無視して、純然たる独立の権利として賠償請求権を捉えることはできず、いわば担保法的性質を併有する特殊な損害賠償請求権（いわば担保的賠償請求権）として構成されるように思われるからである。

#### 1 増担保請求権との関連性

担保権設定者による侵害の場面を想定したとき、損害賠償請求権は増担保請求権と競合することとなる。そして、それらの関係は、選択的なものとして捉えるべきである。

もつとも、侵害者の立場からすれば、損害賠償義務を履行するよりは、原状回復的に増担保を提供した方が望ましいと考える場合も存するであろう。その場合に、担保権者としては、増担保の提供を拒否してなお損害賠償の請求を選択することができるかも問題となる。いわば売買契約における売主の不履行に関して、買主側の損害賠償請求権と売主側の追完権との関係が問われているように、ここでも、担保権者側の損害賠償請求権に対する

関係で、侵害者側に増担保に関する追完権（いわば増担保的追完権）を認めるべきかを問うことが可能である。

そして、結論的には、かかる追完権を認めて差し支えないといえるであろう。侵害者としては、最低限度、侵害前の状況に原状回復させれば責任を果たしたことになるし、担保権者にそれ以上の利益を付与する必要性もないからである。したがって、フランスの一部の学説が期限の利益喪失と増担保請求との間で債務者側に選択権を与えているのと同様に、損害賠償請求と増担保請求との間にも侵害者側に選択権を与え、すなわち、担保権侵害による損害賠償請求権は、増担保請求権に対する関係では、侵害者が増担保を提供しない場合の二次的・補完的な責任追及手段として捉えることができよう。<sup>56</sup>

以上は、担保目的物所有者（債務者兼設定者・物上保証人・第三取得者）による担保権侵害を念頭においた考察であるが、ここで、純然たる第三者による担保権侵害の場合についても併せて考察しておきたい。つまり、かかる第三者に対して増担保請求権を行使することの可否の問題である。

この点、もともと何らの担保の負担もなかった第三者

担保権侵害に対する一般的救済手段の相互関係（清水）

につき、その担保権侵害行為を機縁として、新たに担保の負担を課すといった責任転嫁の論理をいかに正当化するかが問題となるも、侵害者としては、最低限度、侵害前の状況に原状回復させれば責任を果たしたことになるし、担保権者にそれ以上の利益を付与する必要性もないとの先に述べた論理からすれば、当該第三者につき増担保的追完権を認めて差し支えないように思われる。

もつとも、これとの対応関係から、担保権者の側に強制的な増担保請求権を付与することについては、それが担保価値維持義務違反を前提とする限り、純然たる第三者に対する関係では認められないものと解されよう。

## 2 被担保債権との関連性

実際には、担保権が侵害された結果、被担保債権の回収は困難となるため、被担保債権の債務者よりも侵害者からの賠償金による債権回収の方が期待される状況にはなるであろうが、そうではあっても、実体権としての被担保債権が当然に消滅するものではないし、結果的には、他の財産からの回収や、債務者の弁済資力の回復により、被担保債権が満足を受けて消滅に至るケースも十分考え

られる。そこで、担保権侵害による損害賠償請求権と被担保債権との法的関連性について考察することにも、一定の意義が認められる。

この点、担保権侵害による損害賠償請求権は、あくまで侵害された担保権の代替的権利にすぎないのであるから、究極的には被担保債権と運命をともにするものというべきである。

つまりは、まず、担保権侵害としての性質上、その賠償額が被担保債権額を超えるということはあり得ず、また、被担保債権の回収とは別に二重の利得を得させる理由もないために、例えば、被担保債権が何らかの理由で消滅すれば、当該損害賠償請求権も消滅するといった意味で、担保権と同様のいわゆる付従性が認められるものと解すべきである。

他方、付従性の理屈によるものではないが、担保権者固有の損害賠償請求権が弁済等により消滅した場合もまた、被担保債権への弁済充当の指定の有無にかかわらず、当該被担保債権を消滅させる効力をもつものといえる。これはあたかも、債権者代位によって行使された損害賠償請求権が弁済等により消滅した場合に、それが被保全

債権を消滅させる効力をもつと同様の理屈に基づくものといえる。

また、被担保債権が第三者に譲渡されれば、当該賠償請求権も併せて譲渡されるといった意味で、いわゆる随伴性が認められるものと解される。付従性を肯定する以上は、他方で随伴性を否定し、被担保債権の債権者と損害賠償請求権者とが分離する状況を容認することで、いわずらに複雑な権利関係を作成させるべきではないからである。

以上の点において、担保権侵害による損害賠償請求権は、被担保債権との関係で、一般の不法行為債権にはみられない特殊な性質を具有するものといえる。<sup>57)</sup>

### 3 期限の利益喪失との関連性

では、フランス法において認められているような増担保請求権と被担保債権の期限の利益喪失との選択的追及と同様に、増担保請求権の補完的意義を有する損害賠償請求権と被担保債権の期限の利益喪失との間にも、選択的追及の関係を認めてよいであろうか。<sup>58)</sup>

この点、まずは、日本法の下で、増担保請求権と期限

の利益喪失の追及が選択的であることを確認しておきたい。すなわち、日本の民法上は、「債務者が担保を滅失させ、損傷させ、又は減少させたとき」には、「債務者は、期限の利益を主張することができない」との一般規定（民法一三七条二号）をおくのみで、他に増担保請求の規定を欠くため、仮に増担保請求が認められるとした場合に、両救済手段の相互関係が必ずしも明らかでないからである。

この点、検討するに、期限の利益喪失の一般的意義は、債務者による担保価値維持義務違反を前提に、債権回収への着手を早めることで債権者の被害が更に拡大するのを防止する点に求められるものの、体系的観点からは、契約不履行における救済手段である解除（民法五四〇条以下）との類似性を指摘できよう。とりわけ、被担保債権の主要な発生原因である金銭消費貸借契約（同五八七条）についていえば、一種の片務契約であつて、契約成立後は貸金等の返済義務が残るだけであるため、担保権侵害後に一括弁済金を受領する根拠を、貸金債権の「期限の利益喪失」によつて説明するか、金銭消費貸借契約の「解除」によつて説明するかは本質的な違いをもたら

さないように思われるからである。

確かに、形式的には、金銭消費貸借契約と担保権設定契約とは別個の契約であるとはいえ、実質的には、貸借型契約に本質的な債務者側の期限の利益と債権者側に付与される担保権とは互いに対価的意義をもつものであるから、侵害行為によつて担保権が確保されなくなった以上、この担保権と対価関係をもつ期限の利益もまた喪失させることが望ましいといえるのであつて、こうした考えに依拠するものとして説明できる期限の利益喪失制度は、双務・有償契約を念頭において設計された解除制度を、担保契約の場面に適合するよう構築し直したものとして理解できよう。つまりは、契約不履行における主たる救済手段として損害賠償請求権（民法四一五条以下）と解除権（同五四〇条以下）とが並べて紹介されるように、担保権侵害の場面において、主に損害賠償請求権に対応する増担保請求権と、解除権に対応する期限の利益喪失とが並べて紹介されることには、法体系的にみても整合性があるように思われる。

もつとも、損害賠償請求と解除とが両立をする民法の一般的扱い（民法五四五条三項）とは異なり、増担保請

求と期限の利益喪失とは両立しないものと解すべきである。なぜなら、増担保請求による救済には、損害賠償請求のような清算的意味合いをもたせる余地がなく、もっぱら担保契約関係を維持存続することが増担保請求の目的であるため、同じ清算的意味をもつ期限の利益喪失とは相容れない救済手段といえるからである。およそ、一方で期限の利益を喪失させつつ、他方で増担保請求を行うといったことは考えにくいであろう。したがって、結論としては、フランス法の立場と同様に、期限の利益喪失と増担保請求とは選択的に追及されるべきである<sup>59</sup>。

では、被担保債権の期限の利益喪失と担保権侵害による損害賠償請求権との関係も、同様に捉えるべきであろうか。

この点、当該賠償請求権が増担保請求権の補完的意義をもつことを強調するならば、これらの救済手段は両立せず、やはり選択的追及を認めれば足りるとも考えられる。しかしながら、被担保債権について期限の利益を喪失させたならば、もはや損害賠償請求をなし得ないと考えなければならぬ理由はないように思われる。また、先に述べた被担保債権に対する付従性に鑑みるならば、

逆に、被担保債権の期限の利益を喪失させないままで損害賠償請求を選択しても、期限到来分を上限とする請求しか認められないため、実効性を欠くということにもなる。

むしろ損害賠償請求の場合は、原状回復的な増担保請求とは異なり、あくまで金銭賠償による清算的な解決を図るにすぎないと考え、したがって、期限の利益喪失とは両立するものとして、その併存的追及を認めてよいと解すべきであろう。

#### 4 所有者等の損害賠償請求権との関連性

担保目的物の所有者等が別途、侵害者に対して有する損害賠償請求権との競合関係をどう考えるかも問題となる。

この場合、所有者等が有する損害賠償請求権への物上代位が可能であるため（民法三〇四条一項、三五〇条、三七二条）、これに加えて担保権者が侵害者に対して固有の損害賠償請求権を取得するとすれば、両者の関係はどうなるのか、両権利の競合を認めるのか（競合説）、それとも物上代位権の行使を優先させて競合を回避する

のか（非競合説・物上代位説）が問題とされ、現在、後説が多数説であるとされる。<sup>60</sup>

この点につき検討すると、物上代位における「差押え」（民法三〇四条一項ただし書）手続の經由による第三者（第三債務者としての侵害者や当該損害賠償請求権の譲受人などの利害関係人）への公示機能を重視するならば、<sup>61</sup>何らの公示もなされない担保権者固有の損害賠償請求権の行使を認めることは、第三者の利益を害し適切でないものと評価されよう。

しかし、少なくとも担保権者が固有の損害賠償請求権を行使するまで、所有者において自己の損害賠償請求権を行使し、あるいは処分できるものと解するならば、すなわち、それまで両請求権が併存的に行使され得るもの（いわば求償関係を生じない不真正の連帯債権関係<sup>62</sup>）と解するならば、第三債務者による二重弁済のリスクは生ずることがないはずである。また、所有者が有する損害賠償請求権の譲受人についても、特定の債権の帰属をめぐって相争う立場ではなく、連帯債権のうちの一つの債権を譲り受けた者一般に生ずるリスクとさほど変わるものではない点に鑑みるならば、担保権者との関係でその

利益を保護すべきであるとはまではいえないように思われる。<sup>64</sup>

また、前述のとおり、担保目的物の所有者と当該第三者が共同不法行為者である場合のように、必ずしも当該所有者が侵害者に対して損害賠償請求権を有するとは限らない点に鑑みるならば、担保権者に直接の損害賠償請求権を付与する意味があるし、付随的には、その分だけ侵害者に対する制裁的機能も強められる。両請求権が競合する場合であっても、担保権者の請求権を所有者のそれに吸収させ、担保権者には物上代位を認めるにとどめなければならぬ必然性はないであろう。

したがって、この点に関しては、多数説に反し、競合説<sup>65</sup>を支持することとなるほか、少なくとも担保目的物の滅失又は損傷による損害賠償請求権に関しては、物上代位の規定を無意味化することともなる。大いに批判のあり得るところであり、議論の触発を期待したい。

## 5 付言

なお、以上に掲げた担保権侵害の各救済手段のうち、いずれが付与されるかは、侵害者の類型によって異なり

表2 侵害者別の救済手段

侵害者 救済手段	債務者兼設定者	物上保証人 〔+第三取得者〕	その他の第三者
損害賠償請求権	○ (ただし、通常はメリットなし)	○	○
増担保請求権	○	○	×
期限の利益喪失	○	×	×

得る (表2参照)。

すなわち、損害賠償請求権はすべての侵害者に対する救済手段となり得るが、担保価値維持違反の効果として捉えられる増担保請求権と期限の利益喪失は、当該効果との関係で義務が課される者の範囲に対応して、前者は広く担保権設定者とその承継人である第三取得者に対する救済手段として、後者はもっぱら債務者に対する救済手段として扱われる。したがって、以上に触れた各救済手段の関連性も、それらが現実に競合し得る場面をそれぞれ念頭におきつつ検討したものであることをここに付言する。

#### 四 結 語

従来、平然と羅列するかのように説明されてきた担保権侵害に対する各救済手段であるが、以上にみたとおり、その手段間には一定の体系的関連性が認められるように思われる。また、そのように関連させて理解することで、各手段の法的性質や、法解釈上の具体的問題を解く手掛かりも得られるであろう。本稿は、各救済手段の相互関係に重きをおいたため、とりわけ各救済手段によって異なり得る要件面の解釈、例えば、侵害者の主観的要件(過失の要否、故意を要するか等)の解釈には、あまり踏み込むことができなかつた。この点については、本稿の成果を踏まえて今後、議論を展開すべきものと考えている。

また、本稿では、これら担保権侵害に対する救済手段の中で、担保権者固有の損害賠償請求権を認めるべきか、また、認めるとした場合の体系的位置付けが大きな問題となることを明らかにした。結局のところ、本稿では、判例・通説に従い賠償請求権肯定説を採ったものの、体系上生ずる様々な問題を回避する上では、フランス法におけるような否定的立場の採用も一考されてよいよう

に思われる。

これらの点を今後の課題に掲げて結びとしたい。

- (1) 近時の論文として、中井美雄「抵当権侵害とその法的保護」立命館法学二二二—二二三—二二四頁（一九九四年三月）、柴原宏昭「抵当価値権論—抵当権侵害とそれに基づく物権的請求権の限界」早稲田法学会誌四八号三四一頁（一九九八年三月）、舟橋秀明「抵当権侵害論(1)」早稲田法学七八卷二号一九五頁（二〇〇三年一月）、占部洋之「抵当権侵害に対する抵当権者の保護手段—ドイツにおける歴史的展開」大阪学院大学通信三四卷八号六〇三頁（二〇〇三年一月）、太矢一彦「抵当権に基づく妨害排除請求における『抵当権侵害』の概念」東洋法学五〇卷一—二二五頁（二〇〇七年三月）などがある。
- (2) 最大判平成一一年一月二四日民集五三卷八号一八九九頁、最判平成一七年三月一〇日民集五九卷二号三五六頁など。
- (3) 第三者の債権侵害論中、債権侵害の一類型として、債務者による責任財産減少行為を特に抽出し、詐害行為取消権（民法四二四条）との調整を説くなどは、その一例といえる（吉田邦彦「債権侵害論再考」六五一頁（有斐閣、一九九一年六月）、潮見佳男『プラクティス民法債

担保権侵害に対する一般的救済手段の相互関係（清水）

権総論（第四版）』五三九・五四四頁（信山社、二〇一二年四月）など参照。

- (4) 占有型担保権である動産質権については、奪われた質物の占有の回復手段をもっぱら占有回収訴権としている（民法三五三条・二〇〇条）。
- (5) 他にも、いわゆる担保保存義務（民法五〇四条）が、弁済による代位の制度（民法四九九条以下）によって将来の担保権取得を期待し得る代位権者の法的地位を保護する目的の特殊な救済手段として挙げられよう。
- (6) その中で、近時の論稿である、椿久美子「増担保請求権の民法上の位置づけ—期限の利益喪失および抵当権侵害と関連させて」明治大学法科大学院論集一一号一五頁（二〇一二年一〇月）は、増担保請求権を中心に、これと期限の利益喪失（民法一三七条二・三号）との関係を考究する貴重な研究成果となっている。もともと、同論稿は、銀行取引約定書の増担保条項を議論の出発点として、増担保請求権ないしは増担保義務に関する旧民法やドイツ民法の抵当権規定を参照しているため、抵当権以外の担保権への侵害や、これに基づく損害賠償請求権の成否、これと増担保請求権・期限の利益喪失との関係については正面からの検討を加えていない。本稿の執筆にあたって大いに参照させていただいたものの、同論稿の存在が、担保権侵害論を出発点とする本稿の意義を失わせるものではないと考える。

一五七（八三七）

- (7) 拙著「担保価値維持義務について—最高裁判所平成一八年一二月二二日判決に示唆を受けて—」月刊民事法情報二五〇号二〇頁(二〇〇七年七月) 参照。
- (8) もともと、片山直也「借地上建物への抵当権設定における担保価値維持義務」法学研究(慶應義塾大学) 八四卷一二号三一〇頁以下(二〇一一年一二月)は、最小平平成二三年九月九日判時二〇九六号六六頁を素材に、設定者以外の第三者にも担保価値維持(協力)義務が認められる場合があることを明らかにする。
- (9) ただし、弁済における法定代位権者(民法五〇〇条)との関係で担保保存義務(同五〇四条)を負うことはあり得る。
- (10) 片山直也「新たな合意社会における債権者代位権・詐害行為取消権—担保価値維持義務論を契機として—」『詐害行為の基礎理論』六二六頁(慶應義塾大学出版会、二〇一一年五月)〔初出、池田真朗・平野裕之・西原慎治編著『民法(債権法)改正の論理(別冊タートンヌマシ)』一七二頁(新青出版、二〇一〇年一〇月)〕
- (11) こうした問題を否定的にみる趣旨ではない旨ここで付言しておく。
- (12) 我妻栄『新訂担保物権法』三八二頁以下(岩波書店、一九六八年一月)
- (13) 実際、我妻・前掲(12)担保物権法一五五・一七七頁も、質権については侵害に対する効力を講じている。
- (14) 道垣内弘人「担保の侵害」『典型担保法の諸相』四三頁(有斐閣、二〇一三年七月)。なお、同『担保物権法(第三版)』(有斐閣、二〇〇八年一月)は、その成果を採り入れ、担保物権類型ごとに侵害の効力を解説している。
- (15) 我妻・前掲(12)担保物権法二八二・三八六頁
- (16) Ennecerus-Kipp-Wolf, *Sachenrecht*, 1957, §138 II
- (17) こうした立場の背後には、我妻が担保物権の基礎理論として採用するいわゆる価値権論の影響があるように思われる。しかし、こうした考え自体が、今日批判を浴びている(田口勉「担保権の価値権説について」関東学園大学法学紀要四巻二号一七三頁(一九九四年一二月)、太矢一彦「抵当権の性質について」独協法学四六号四四七頁(一九九八年六月)、松井宏興「抵当価値権説の検討」法と政治五三巻一号五三頁(二〇〇二年四月)、横田敏史「抵当権の価値権説再考」法学政治学論究七八号八九頁(二〇〇八年九月)など)。
- (18) いわゆる第三取得者もまた、担保権設定者たる物上保証人に準じて処遇すればよいであろう。
- (19) 日本法(民法一三七条二号)を含め、主に債務者兼設定者を念頭においた規定とみられるが、設定者でない債務者が物上保証人・第三取得者が所有する担保目的物を減少させたような場合も含めてよいであろう。なお、日本法上、物上保証人による担保権侵害についても期限の利益喪失の効果を認める見解がある(於保不二雄『注

積民法(4)』四一一頁(有斐閣、一九六七年)。

(20) 以上の訳文は、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典―物権・債権関係』八〇頁(法曹会、一九八二年一月)に従った。

(21) 旧民法債権担保編二〇一条二項は、抵当補充義務なるものを定めていたが削除され、現行民法には受け継がれなかった(削除理由につき、椿・前掲(6)増担保請求権の民法上の位置づけ三二頁以下参照)。現行民法は、一定の特殊な場合に担保供与請求を認めるにとどまる(民法二九条一項、一九九条、四六一一条一項、六五〇条二項後段、九九一条)。

(22) 以上の訳文は、法務大臣官房司法法制調査部編・前掲(20)フランス民法典―物権・債権関係三二〇頁以下に従った。

(23) H., L. et J. Mazeaud par Y. Picod, *Leçons de droit civil*, t.3, 1<sup>er</sup> vol., *Sûretés et publicité foncière*, 7<sup>e</sup> éd., 07/1999, n° 273, p. 313-315 etc.

(24) Manuella Bourassin, Vincent Brémond et Marie-Noëlle Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, 3e éd., Sirey, 1/2012, n° 2051, p. 547

(25) この点、椿・前掲(6)増担保請求権の民法上の位置づけ一九・三四頁は、二〇〇六年担保法改正により増担保請求規定が削除・廃止されたと述べるものの、本文で述べたとおり、同規定を削除・廃止したものではない。

担保権侵害に対する一般的救済手段の相互関係(清水)

もつとも、このような将来の不動産への抵当権設定として構成することが、かつての増担保請求規定(改正前民法二二二一条)とまったく同じ扱いになるかを問題にする余地はあるように思われる。

(26) Michel Dagot, *Les sûretés*, PUF, 1981, p. 329 ; Marcel Planiol et Georges Ripert par Emile Beccuq, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, LGDJ, 1953, n° 441

(27) ちなみに、日本の旧民法債権担保編二〇一条二項・三項は、「若シ抵当財産カ債務者ノ所為ニ因リ又ハ保持ヲ為ササルニ因リテ減少又ハ毀損ヲ受ケ此カ為メ債権者ノ担保力不十分ト為リタルトキハ債務者ハ抵当ノ補充ヲ与フル責ニ任ス」、「此補充ヲ与フルコト能ハサル場合ニ於テハ債務者ハ担保ノ不十分ト為リタル限度ニ応シ満期前ト雖モ債務ヲ弁済スル責ニ任ス」との規定をおいていた。一見、フランス民法典に範をとった規定であるかのように見えるものの、期限の利益喪失(同条三項)を増担保請求(同条二項)に対する補充的な救済手段と位置付けている点において、単なる選択権を付与するにすぎないフランス法の立場とは異なっている。

(28) Laurent Aynès et Pierre Crocq, *Les sûretés : La publicité foncière*, 6<sup>e</sup> éd., Defrénois, 10/2012, n° 700, p. 345

(29) C. Jamin, *La notion d'action directe*, LGDJ, 1991, n°

- 257-258 ; Jacques Mestre, Emmanuel Putman et Marc Billiau, *Traité de Droit civil : Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 721
- (30) 吉田邦彦『債権侵害論再考』四八二・四八六頁(有斐閣、一九九一年六月)〔初出、法協一〇三巻七号一四四八・一四五三頁(一九八六年七月)〕。もつとも、同書は、通常の契約とは異なる側面を有し、また競売手続との関連の考察も不可欠であるとの理由から、担保物権の侵害を扱わないものとしている(同二頁)。
- (31) Jacques Mestre, Emmanuel Putman et Marc Billiau, *Traité de Droit civil : Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 11/1996, n° 408, p. 366
- (32) もつとも、こうした法文は、フランス民法典にも存在せず、その由来は定かでない。なお、旧民法債権担保法二〇一条一項の存在にもかかわらず、第三者による抵当目的物侵害に対する抵当権者固有の損害賠償請求を肯定する見解として、井上操『民法詳解債権担保編之部下巻』四〇三頁以下(宝文館、一八九二年一月)参照。
- (33) Aynès et Crocq, *op. cit.*, n° 400, p. 173 etc.
- (34) Philippe Simler et Philippe Delebecque, *Droit civil : Les sûretés, La publicité foncière*, 5e éd., Dalloz, 02/2009, n° 381, p. 356 ; Michel Cabrillac, Christian Mouly, Séverine Cabrillac et Philippe Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd., Litec, 09/2010, n° 568, p. 415
- (35) この点は、日本法の状況も含め、太矢一彦「抵当権の物権性について―フランスにおける学説を中心として」独協法学四八号一六七頁(一九九九年六月)、同「抵当権の性質について―特にその物権性を中心として」法政論叢〔日本法政学会〕三九巻二号一四頁(二〇〇三年五月)が詳しい。
- (36) 担保物権の物権性そのものを否定する見解もあり(加賀山茂『債権に付与された優先弁済権』としての担保物権)國井和郎先生還暦記念『民法学の軌跡と展望』二九一頁(日本評論社、二〇〇二年三月)、この見解に従えば、所有権侵害その他の物権侵害と同列に論じられないことは当然という理解に達しよう。
- (37) 我妻栄『新訂債権総論』七八頁(岩波書店、一九六四年三月)
- (38) そうであるにもかかわらず、担保権侵害による損害賠償請求の主観的要件が一般的にはなぜ過失で足りると考えられているのかは、再考に値しよう。
- (39) もつとも、被担保債権が法的に無価値化する倒産手続においては状況が異なる。破産手続上、被担保債権との併存に意味が出てくる場合として、最小小判平成一八年一月二一日民集六〇巻一〇号二九六四頁参照。
- (40) 片山直也「詐害行為取消権」法時八一巻一〇号二五・二八頁(二〇〇九年九月)。例えば、集合動産譲渡担保における通常の営業の範囲を超えた不適正処分につ

き、民法四二四条を類推適用して讓渡担保権の追及効を承認すべきとする山野目章夫説（同「流動動産讓渡担保の法律行為」法時六五卷九号二三頁（一九九三年））や、抵当権の保全につき詐害行為取消権を援用する森田修説（同「抵当権に基づく権原占有の排除」金法一七六二号一八頁（二〇〇六年））が紹介されている。

(41) 加藤雅信「担保権侵害とその救済―代担保提供請求権説構築のために」『現代民法学の展開』二一五頁以下（有斐閣、一九九三年九月）

(42) 田高寛貴『クロススタディ物権法』二一九頁以下（日本評論社、二〇〇八年三月）、同「担保権侵害による損害賠償請求に関する一考察―所有権侵害に対する救済との調整の見地から」名古屋大学法政論集二二七号三四一頁（二〇〇八年二月）

(43) 最一小判昭和六一年一月二〇日判時一二一九号六三三頁・判タ六二九号一三四頁。もつとも、有体物の滅失・損傷に関する一般的事案ではなく、非典型担保の一種であるいわゆる代理受領に関する事案であるため、この判示部分をどこまで一般化してよいかが問題となり得よう。

(44) 本文で紹介した以外にも、大判昭和三年八月一日民集七卷六七頁、神戸地判昭和八年一〇月二七日新聞三六五九号七頁、大判昭和一年四月一三日民集一五卷六三〇頁、東京高判昭和二六年九月二七日下民集二卷九

号一一二四頁、大阪地判昭和三〇年一〇月二五下民集六卷一〇号二二二七頁、山形地米沢支判昭和三十一年三月三日下民集七卷三三九四九七頁、松山地判昭和三十六年三月三〇日判時二六七号五八頁、長崎地佐世保支判昭和四三年一月一八日判時五四二二七二頁、東京高判昭和四七年二月一八日判時六六一号四二頁、東京高判昭和五六年六月三〇日金判六三一三六頁、東京地判昭和五九年三月二二日判タ五二八号二〇二頁、仙台高判昭和六〇年一月三〇日判タ五五三三号一六五頁、東京地判昭和六二年三月三〇日金判七七九号四一頁、福岡高判平成一七年六月一四日判時一九二二二八号八六頁がある。

(45) 加藤一郎『不法行為〔増補版〕』一四九頁（有斐閣、一九七四年一〇月）

(46) 掲載誌として、判時一九二六号六五頁、判タ一二〇五号一五三三頁、金法一七七八号九〇頁、金判一二四〇号三三三頁。

(47) これは民集掲載判例ではないものの、調査官解説に相当するものが存在する（松並重雄・Law & Technology 三二二頁一〇一頁（二〇〇六年七月））。これによれば、「本判決の損害の有無・額についての説示は、一般の担保権侵害等の事案にも妥当するものである」とする（同 一〇五頁）。

(48) この点の指摘につき、田高・前掲(42)担保権侵害による損害賠償請求に関する一考察三三三頁以下参照。

(49) ドイツ法の議論状況につき、若林三奈「法的概念としての『損害』の意義（一）」（三・完）―ドイツにおける判例の検討を中心に―立命館法学二四八号六七二頁、二五一号一〇五頁、二五二号三二六頁（一九九六年一月）一九九七年九月）、フランス法の議論状況につき、加藤雅之「規範的損害概念への展望―間接被害者論を契機として」法学政治学論究六一号一九五頁（二〇〇四年六月）参照。

(50) 片山直也「東京高判平成一九年一月三〇日判批・金銭消費貸借契約書中の増担保条項に基づく増担保請求としての抵当権設定登記手続請求の可否」金法一八四四号三二二頁（二〇〇八年九月）は、民法上の増担保請求権を担保価値維持義務との関係において位置付ける作業が有用であろうとする。もつとも、更に歩を進めて、「担保物権（物的担保関係）に基づく物権的請求権（物的義務）として、設定者に対する『担保価値維持請求権』、設定者の『担保価値維持義務』を根拠づける方向性」をもつ近時の判例の評価（片山・前掲（10）詐害行為の基礎理論六二四頁）と結び付け、増担保請求権を一種の物権的請求権として構成することに対しては、なお慎重な検討が必要であり、態度を留保しておきたい。

(51) 債権者代位においてしばしば批判される、事実上の優先弁済機能は、優先弁済権を有する担保権者が弁済を受領する限り問題とはならないであろう。

(52) 高木多喜男『担保物権法（第四版）』一六七頁（有斐閣、二〇〇五年七月）は、明示又は黙示の特約がない場合に増担保請求は認められないとするものの、学説上は、侵害者が不法行為上の責任を負うべき場合に増担保請求を認める我妻・前掲（12）担保物権法三八八頁を筆頭として、特約なき増担保請求を肯定する見解が有力である（他に、近江幸治『民法講義Ⅲ担保物権（第二版補訂）』一七四頁以下（二〇〇七年四月）、道垣内弘人『担保物権法（第三版）』一八七頁（有斐閣、二〇〇八年一月）、加賀山茂『現代民法担保法』四一五頁（信山社、二〇〇九年一二月））。

(53) 西尾信一『銀行取引の法理と実際』二五九頁（日本評論社、一九九八年三月）、宮川不可止「増担保約定に基づく増担保請求権の効力」京都学園法学五七〇五八号一三八頁（二〇〇九年三月）など。

(54) 増担保条項に基づく増担保請求を認めなかった事例として、東京高判平成一九年一月三〇日判タ一二五二号二五二頁（形成権構成の否定）、及び東京高判平成二一年一月二八日金法一九〇六号八八頁（請求権構成の否定）参照。

(55) ただし、一般の保証とは異なり、侵害者こそが終局的な責任負担者であるから、被担保債権の債務者に対する求償関係は生じないであろう。

(56) 椿・前掲（6）増担保請求権の民法上の位置づけ五六

頁以下は、期限の利益喪失と増担保請求との間で同様の結論を導く。

(57) 加えて、被担保債権の債務者が破産免責決定を得た場合の処理も問題となる。付従性の原則的処理によれば、被担保債権の行使が認められなくなった以上、損害賠償請求も認めるべきでないが、同賠償義務を保証債務と同視するならば、免責の効力はこれに及ばず、損害賠償請求はなお可能と解されることとなる（破産法二五三条二項）。この点、担保権侵害は偶然的要素にすぎず、侵害がなかったとき以上の利得を債権者に与えるべきではないと考えるならば、賠償請求否定の見解に結び付くが、逆に、免責決定を契機として侵害者が義務を免れることこそが不当であると考えれば、法定保証としての賠償義務をなお肯定する見解に立つこととなる。後者が妥当と思われる。

(58) 期限の利益喪失において通常想定される債務者兼設定者による担保権侵害の場面を前提とする限り、前述のとおり、その者に対して理論上生じる損害賠償請求権を被担保債権と併存させたところであまりメリットはなく、両者の関連性を論ずる実益に乏しいが、債務者と第三者の共同不法行為による担保権侵害の場面を想定するならば、当該債務者に対する被担保債権の期限の利益喪失と、当該第三者に対する損害賠償請求との間で関連性を問う実益を生じよう。

担保権侵害に対する一般的救済手段の相互関係（清水）

(59) 高木・前掲(52)担保物権法一六七頁も同旨。

(60) 道垣内・前掲(14)担保の侵害六一頁以下。その他、非競合説（物上代位説）に立つものとして、鈴木祿弥『抵当制度の研究』一二五頁以下（一粒社、一九六八年四月）、加藤・前掲(45)不法行為一一頁、加藤一郎編『注釈民法(19)』七二頁（三島宗彦）（有斐閣、一九六五年九月）、幾代通（徳本伸一補訂）『不法行為法』七五頁（有斐閣、一九九三年一月）、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(中)』三一九・四四三頁（青林書院、一九八三年一月）、高木・前掲(52)担保物権法一六六頁、近江・前掲(52)担保物権法一六八頁などがある（議論状況につき、舟橋・前掲(1)抵当権侵害論(1)二二三頁以下参照）。

(61) 道垣内・前掲(14)担保の侵害六一頁参照。

(62) 担保権者の立場からすれば、所有者が自己の損害賠償請求権を自由に処分できるとすることは、固有の損害賠償請求の実効性を損ねるものと評されようが、保険法二二条三項本文や仮登記担保法六条一項のような処分禁止効を定める規定がない以上（更には、追及効も一般に認められない以上）、やむを得ないであろう。これを回避したいのであれば、所有者との事前の契約により、将来発生する損害賠償請求権を譲渡担保に供しておくべきこととなる。

(63) 栗田隆「抵当権者の損害賠償請求権と所有者の損害賠償請求権―不真正連帯債権か物上代位か―」関大法学論

集四二卷三二四号五一頁以下（一九九二年一〇月）、田高・前掲（42）担保権侵害による損害賠償請求に関する一考察三五二頁など参照。

（64）立法論としては、元の担保権が先取特権（法定担保物権）である場合を除き、「差押え」手続を要求すべきでないとの主張につき、拙著「物上代位―民法三〇四条一項ただし書を中心として」円谷峻編著『社会の変容と民法典』一三四頁（信山社、二〇一〇年三月）参照。また、解釈論としても、将来債権を対象とする譲渡担保の手法により、「差押え」手続を回避できるとの点につき、同「物的担保に基づく物上代位と債権譲渡担保―その競合と再構成」日本法学七一巻一号一六七頁（二〇〇五年五月）参照。

（65）競合説に立つ者として、田高・前掲（42）担保権侵害による損害賠償請求に関する一考察三五〇頁以下（ただし、物上代位であるか否かを問わず、弁済期前には担保権者自ら賠償金を受領することができず、所有者に対して支払うことを請求できるのみであると説く。これは、物上代位権行使の一態様としての転付命令（民事執行法一九三条二項・一五九条・一六〇条）を否定する趣旨であらうか。）などがある。

# 共謀加担後の暴行が共謀加担前に他の者が既に 生じさせていた傷害を相当程度重篤化させた場合の 傷害罪の共同正犯の成立範囲

——最高裁平成二四年一月六日第二小法廷決定、同年(あ)第二三三号  
傷害、強盗、建造物侵入、窃盜被告事件、刑集六六卷一―号二二八―頁——

設 楽 裕 文  
淵 脇 千 寿 保

## 事案の概要

一 本稿で検討する判例は、へA、Bに対し、X、Yが  
Yの暴行による傷害を含めた全体について承継的共同正  
犯としての責任を負う旨判断したのに対し、被告人は、  
暴行を加えた後、被告人が加わってさらに暴行を加え、

一連の暴行の結果、A、Bは打撲等の傷害を負った」と  
いう事案について、原判決が被告人は共謀加担前のX、

共謀加担前にXらが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為と因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によってAらの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負う旨判断した、最高裁決定（以下、「本件決定」という）である。

本件決定は、傷害罪についての事例判断であるとはいえ、承継的共同正犯の問題（先行者が犯罪の実行に着手した後、当該犯罪が終了する前に、後行者が先行者と意思を通じて関与した場合、後行者が共同正犯としての罪責を負うのはどの範囲か、という問題<sup>1)</sup>）について、初めて最高裁の判断を示したものである。

二 本件決定は、判断の前提として、次のような「事実関係」を掲げた。

「1 原判決及びその是認する第一審判決の認定並びに記録によれば、本件の事実関係は、次のとおりである。

(1) X及びY（以下「Xら」という。）は、平成二二年五月二六日午前三時頃、愛媛県伊予市内の携帯電話販売店に隣接する駐車場又はその付近において、同店に誘

い出したA及びB（以下「Aら」という。）に対し、暴行を加えた。その態様は、Bに対し、複数回手拳で顔面を殴打し、顔面や腹部を膝蹴りし、足をのぼり旗の支柱で殴打し、背中をドライバーで突くなどし、Aに対し、右手の親指辺りを石で殴打したほか、複数回手拳で殴り、足で蹴り、背中をドライバーで突くなどするというものであった。

(2) Xらは、Bを車のトランクに押し込み、Aも車に乗せ、松山市内の別の駐車場（以下「本件現場」という。）に向かった。その際、Yは、被告人がかねてよりAを捜していたのを知っていたことから、同日午前三時五〇分頃、被告人に対し、これからAを連れて本件現場に行く旨を伝えた。

(3) Xらは、本件現場に到着後、Aらに対し、更に暴行を加えた。その態様は、Bに対し、ドライバーの柄で頭を殴打し、金属製はしごや角材を上半身に向かって投げつけたほか、複数回手拳で殴ったり足で蹴ったりし、Aに対し、金属製はしごを投げつけたほか、複数回手拳で殴ったり足で蹴ったりするというものであった。これらの一連の暴行により、Aらは、被告人の本件現場到着

前から流血し、負傷していた。

(4) 同日午前四時過ぎ頃、被告人は、本件現場に到着し、AらがXらから暴行を受けて逃走や抵抗が困難であることを認識しつつXらと共謀の上、Aらに対し、暴行を加えた。その態様は、Bに対し、被告人が、角材で背中、腹、足などを殴打し、頭や腹を足で蹴り、金属製はしごを何度も投げつけるなどしたほか、Xらが足で蹴ったり、Yが金属製はしごで叩いたりし、Aに対し、被告人が、金属製はしごや角材や手拳で頭、肩、背中などを多数回殴打し、Xに押さえさせたAの足を金属製はしごで殴打するなどしたほか、Xが角材で肩を叩くなどするというものであった。被告人らの暴行は同日午前五時頃まで続いたが、共謀加担後に加えられた被告人の暴行の方がそれ以前のXらの暴行よりも激しいものであった。

(5) 被告人の共謀加担前後にわたる一連の前記暴行の結果、Bは、約三週間の安静加療を要する見込みの頭部外傷擦過打撲、顔面両耳鼻部打撲擦過、両上肢・背部右肋骨・右肩甲部打撲擦過、両膝両下腿右足打撲擦過、頸椎捻挫、腰椎捻挫の傷害を負い、Aは、約六週間の安静加療を要する見込みの右母指基節骨骨折、全身打撲、頭

部切挫創、両膝挫創の傷害を負った。」

三 右の「事実関係」からは、第一審判決及び第二審判決Ⅱ原判決の採用する承継的共同正犯の要件を充たす事実や、おそらくそれらの判決の判断の基礎にある本件における共同正犯としての可罰性を基礎づける事実を十分うかがい知ることとはできない。そこで、ここに、第一審判決（松山地判平成二三年三月二四日刑集六六卷一 号一二九頁以下）及び第二審判決（高松高判平成二三年一月一五日刑集六六卷一 号一三二四頁以下）の認定したところから、関連する事実経過を掲げておくことにする。

(1) Xは、被告人より二歳年下であり、被告人とは本件の約七年前（中学生当時）に知り合い、本件の頃は被告人と親しく付き合っていた。Yは、被告人より三歳年下であり、被告人とは平成二〇年一月頃に知り合っており、親しく付き合うようになった。

(2) X、YとAとは以前からの知合いであった。Xは、AがXの知人女性から五万円を借りて返さなかったことに不満をもっており、平成二二年五月二〇日頃、Aに対し利息も含めた支払を要求し、一五万円を支払うとの約

束をさせた。また、Xの遊び仲間であるZも、Aに貸したバッグが返却されないこと等に不満を抱いていた。

(3) 五月二二日深夜ないし二三日未明に被告人、X、ZとA、Bとがゲームセンターで会った際、共通の友人であるCが被告人やその仲間の悪口をいっているという話が出たことから、被告人は、Aに対しCを呼んでくるように指示した。しかし、Aが帰ってこず電話にも出なかったため、被告人らはAが逃げたものと受け止めた(第二審判決は、このときAが帰らなかったため「被告人は、Aに対し、逃げたとして立腹していた」と認定している。―刑集六六卷一一号一三三〇頁参照)。

(4) 五月二二日夕方に被告人らとAが会った際、被告人は、Bのいる場で、Aに対し、傘や素手で殴るなどの暴行を加えて、「二万円を段取れ」などといい、その後、A、Bは、被告人らに会わないようにするため外出を避けるようになった。被告人、X、Yは、それぞれAに対し腹を立て、Aを捜した。

(5) 五月二五日夕方、被告人は、X、Y、Zを呼び出し、集合し移動した後、カラオケに行くこと告げてXらと別れた。X、Y、Zは、Aを捜し出して殴ろうと相談し

ており、被告人と別れた五月二五日の深夜頃、Zの妹やその友人女性を使って、AをDショップ伊予店に誘い出した。Aは、行動を共にしていたBとともに、Dショップ伊予店に向かい、五月二六日午前三時頃に到着した。その後のA、Bに対するX、Y、被告人による暴行の態様は、前掲(二)の「事実関係」のとおりである。

(6) 被告人は、A、Bに対する暴行を終了した後、Aに対し「二万円を今日中に段取れ」などといい、Aは、知人に電話して金を借りようとしたものの、Bが先に金を借りていたので金を借りることができなかった。このことをAから聞いた被告人は、Bに対し「おれがもらう金やったんやが」「お前も一緒に段取れ」などといった。Xは、Bに対し「今持つとる金、どのくらいあるんぞ」と聞きつつBのポケットに触り、Bは、隠しきれないと思つて、現金約四八〇〇〇円の入っている財布を差し出した。A、Bに対し、Xは、財布を取得した後、被告人があと一万五〇〇〇円を用意するよう伝えていたと伝え、被告人も自ら一万五〇〇〇円を要求した。

以上の(1)から(6)までの事実経過に鑑みると、被告人は、X、Yらとグループを形成しており、本件の暴行は、被

告人が五月二二日夕方にAに対し暴行を加えて二万円の金員を要求したことに端を発しているといえなくもない。もつとも、第一審判決、第二審判決ともに本件暴行は「制裁目的」で加えられたものと認定している。いずれにしても、被告人は、共謀加担以前のX、Yによる暴行について無関係というわけではない。

四 被告人は、前掲(二)の「事実関係」の事実に関して傷害罪、前掲三(6)の財物強取の事実に関して強盗罪、さらに、本件とは直接の関係はないものの、X及びWと共謀の上、X、Wが実行した建造物侵入罪、窃盗罪の公訴事実で起訴された。

第一審において、傷害罪の公訴事実につき、検察官は、X及びYがA、Bに対して暴行を加えていたところ、被告人は、それを認識・認容し、それに加担する意思の下、途中から犯行に加担して、A、Bに暴行を加え、両名に傷害を負わせたものであって、傷害罪の承継的共同正犯が成立する旨主張した。これに対し、弁護人は、被告人とX及びYとの間に共謀はなく、被告人の暴行とA、Bの各傷害結果との間に因果関係はないので被告人に傷害罪の承継的共同正犯は成立しない旨主張した。

この点について、第一審判決は、A及びBの傷害の大半は、被告人が本件現場に到着する前のX及びYの加えた暴行によるものか、あるいは被告人が加わった後の暴行によるものかが、証拠上必ずしも明らかではなく、傷害罪の成立を考える上で、いわゆる承継的共同正犯の成否が問題となるとして、「当裁判所は、承継的共同正犯は、後行者において、先行者の行為及びこれによって生じた結果を認識・認容するにとどまらず、これを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思の下に、実体法上の一罪(狭義の単純一罪に限らない。)を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、上記行為等を現にそのような手段として利用した場合に限られると解するのを相当とし(大阪高判昭和六二年七月一〇日高刑集四〇巻三号七二〇頁同旨)、このような観点から、本件事案に即して検討を加える」とした上で、結論として次のように述べた。

「X及びYによる先行行為としての暴行と、被告人加担後の暴行とは、一体性が強いこと、X及びYとしても、本件現場において本格的な暴行を振るうことを予定し、本件現場に向かう途中、Yから被告人にAを捕まえたこ

とを連絡したこと、その時点で、Xらは、被告人が本件現場到着後にAらに暴行を加えることを予測して被告人に協力しようと、被告人も、Xらが、Aに対して暴行を加えていることを予測してこれに加担しようと考えていたこと、被告人が本件現場に到着し、B及びAの様子を見て、両名が負傷していることを認識した上で、X及びYと共謀の上、両名に対し暴行を加えたこと、被告人は、加担後は、終始積極的に激しい暴行を加えており、これにより、両名の傷害は相当程度重篤化したことなどからすれば、被告人は、X及びYが、自らが本件現場に到着するまでの間に、B及びAを捕まえて暴行を加え、その暴行の結果両名が負傷していることを認識、認容の上、B及びAがこれらの暴行等により抵抗できなくなった状態を、制裁目的での暴行という、自己の犯罪遂行に積極的に利用する意思の下に、X及びYの暴行に途中から共謀加担したものと認められる。「改行」したがって、被告人は、被告人が加担する前のXやYによる傷害も含めた全体について、承継的共同正犯としてその責任を負う。」

宣告刑は、懲役六年（未決勾留日数中一〇〇日算入）

であった。被告人は、訴訟手続の法令違反、事実誤認、法令適用の誤り及び量刑不当を理由に控訴した。

五 第二審において、弁護人は、傷害の事実につき、被告人とX及びYとの間に事前共謀、現場共謀ともなく、被告人の暴行とB及びAの傷害との間に因果関係はないから、被告人には傷害罪の共同正犯（承継的共同正犯を含む）は成立しない旨主張した。

第二審判決は、「この点については、後行者において、先行者の行為及びこれによって生じた結果を認識、認容するにとどまらず、自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、実体法上の一罪を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、上記行為等を現にそのような手段として利用した場合に限り、共謀成立以前の先行者の行為についても責任を負うものと解される」とし、本件の傷害は「Dシヨップ付近での暴行からアイロット〔本件現場〕での暴行に至るまで、単一の犯意に基づく強い一体性を有するもので、被害者毎に一罪を構成するものであること、被告人は、Yから連絡を受けた時点でAの身柄を拘束していることを知ったが、XらがAらをアイロットに連行するまでの間に、その身柄を確

保し、さらに逃走や抵抗を封じるために、ある程度の暴行を加え、今後も加える可能性があることを認識していたものと考えられること、他方、X、Yらは被告人がAを捜していたことを知っており、YがAらの身柄を確保した旨を被告人に連絡した趣旨は、被告人が制裁目的でA及びAと同行していたBに暴行を加えることを予期し、自己の制裁目的を実現すると共に、まさに被告人の制裁目的に供するため、Aらを被告人に差し出すことにあつたと考えられること、被告人がアイロットに到着した際には、AやBが流血していたことを認識していたものと認められ、既にXやYから相当程度の暴行を受け、逃走や抵抗が困難であることを認識したうえで、さらに、制裁目的で上記のとおりAやBに対して相当激しい暴行を加え、これにより両名の傷害が重篤化したと思われることなどの事実関係に照らせば、被告人において、X、Yの行為及びこれによって生じた結果を認識、認容し、さらにこれを制裁目的による暴行という自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、一罪関係にある傷害に途中から共謀加担し、上記行為等を現にそのような制裁の手段として利用したものであるから、被

告人は、被告人が加担する以前のXやYによる傷害を含めた全体について、承継的共同正犯として責任を負うものと解される」と判示した。弁護人の他の主張も排斥され、結局、控訴は棄却された。

六 被告人が上告し、上告審において、弁護人は、傷害の事実につき、原判決が、被告人が加担する以前にX及びYが加えた暴行による傷害の全てについてまで被告人が責任を負うと判示したのは責任主義に反し、原判決のいうように承継的共同正犯の成立する場合を限定しても、被告人にはXら先行者の暴行を利用する意思はなく、利用してもいなかったのであつて、原判決には重大な事実誤認がある旨主張した（刑集六六卷一一号一一九六―一二九七頁）。本件決定は、弁護人の上告趣意は、憲法違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認の主張であつて、刑事訴訟法四〇五条の上告理由に当たらないとしつつ、本件の傷害罪の共同正犯の成立範囲について職権による判断を示した。

### 決定要旨

本件決定は、傷害罪の共同正犯の成立範囲について、

前掲(事案の概要二)の事実関係を「1」に掲記し、  
「2 原判決は、以上の事実関係を前提に、被告人は、Xらの行為及びこれによって生じた結果を認識、認容し、さらに、これを制裁目的による暴行という自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思の下に、一罪関係にある傷害に途中から共謀加担し、上記行為等を現にそのような制裁の手段として利用したものであると認定した。その上で、原判決は、被告人は、被告人の共謀加担前のXらの暴行による傷害を含めた全体について、承継的共同正犯として責任を負うとの判断を示した」とした上で、次のように述べた(傍線は刑集)。

「所論は、被告人の共謀加担前のXらの暴行による傷害を含めて傷害罪の共同正犯の成立を認めた原判決には責任主義に反する違法があるという。

そこで検討すると、前記1の事実関係によれば、被告人は、Xらが共謀してAらに暴行を加えて傷害を負わせた後に、Xらに共謀加担した上、金属製はしごや角材を用いて、Bの背中や足、Aの頭、肩、背中や足を殴打し、Bの頭を蹴るなど更に強度の暴行を加えており、少なくとも、共謀加担後に暴行を加えた上記部位についてはA

らの傷害(したがって、第一審判決が認定した傷害のうちBの顔面両耳鼻部打撲擦過とAの右母指基節骨折は除かれる。以下同じ。)を相当程度重篤化させたものと認められる。この場合、被告人は、共謀加担前にXらが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によつてAらの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である。原判決の上記2の認定は、被告人において、AらがXらの暴行を受けて負傷し、逃亡や抵抗が困難になつている状態を利用して更に暴行に及んだ趣旨をいうものと解されるが、そのような事実があつたとしても、それは、被告人が共謀加担後に更に暴行を行った動機ないし契機にすぎず、共謀加担前の傷害結果について刑事責任を問ひ得る理由とはいえないものであつて、傷害罪の共同正犯の成立範囲に関する上記判断を左右するものではない。そうすると、被告人の共謀加担前にXらが既に生じさせていた傷害結果を含めて被告人に傷害罪の共

同正犯の成立を認めた原判決には、傷害罪の共同正犯の成立範囲に関する刑法六〇条、一一〇四条の解釈適用を誤った法令違反があるものといわざるを得ない。」

本件決定は、右の法令違反は一罪における共同正犯の成立範囲に関するものとどまるものであって罪数や処断刑の範囲に影響を及ぼすものではなく、量刑不当ともいえないので、本件については刑事訴訟法四二一条を適用すべきものとは認められないとして、上告を棄却した。なお、千葉勝美裁判官の補足意見がある（これについては後述する）。

## 研究

### 一 序

前述（事案の概要一）したように、承継的共同正犯の問題については、これまで最高裁判例がなく、下級裁判例や学説は、肯定説、否定説、中間説などに分かれている<sup>②</sup>。本件決定は、（無限定ないし完全）肯定説とは相容れないと評価されるものの<sup>③</sup>、とりわけ千葉裁判官の補足意見（以下、「補足意見」という）を併せ読むと、（完全）否定説を採ったものとも即断し難い。「異例の判例

とも感じる」との評価さえある<sup>④</sup>。そこで、以下、従来の裁判例及び学説との関係を踏まえて、本件決定を検討してみることとする。

### 二 本件決定以前の判例

#### 1 概観

承継的共同犯の問題（先行者の行為及び結果について、実行行為が完了する前に中途から加功した者が共犯として刑責を負うか、という問題―これに「承継的共同正犯の問題」は包摂されるともいえる）について、従来、リーディングケースとされてきたのは、大判昭和一三年一月一八日刑集一七卷八三九頁である。この判決は、〈夫から強盗目的でAを殺害した旨を知らされた被告人が蠟燭で照らして夫の金品奪取を容易にした〉という事案について、「該強盗殺人罪ノ一部タル強取行為ニ加擔シ之ヲ幫助シタルトキハ其ノ所為ニ対シテハ強盗殺人罪ノ從犯ヲ以テ問擬スルヲ相當ト」すると述べて、強盗殺人罪の幫助が成立するとした（ただし、刑は強盗罪の幫助と同様の懲役二年〔執行猶予三年〕とした）。その根拠は、強盗殺人罪が強盗罪と殺人罪の結合した単純一罪であり、被告人が、Xにおいて強盗殺人罪を犯した事実

を知悉しながら強盗殺人罪の一部である強取行為に加担した、というところにある。それでも、この判決は、強盗殺人罪の共同正犯が成立するとはしていないし、宣告刑が軽いものであることから、必ずしも(完全)肯定説に従ったものではないといえる。

最高裁時代になってからの下級審裁判例は、右の大審院判決と同様に、(ア)一罪の一部に関与していることから、後行者は先行者の行為及び結果を認識して加担すれば全体につき共犯責任を負うとするもの、(イ)後行者は関与以前の先行者の行為及び結果につき共犯責任を負わないとするもの、(ウ)後行者が先行者の行為等を自己の犯罪の内容に取り入れたか、あるいは自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したといえるか、といった基準により判断しているもの、に大別することができる<sup>5)</sup>。さらに、近時は「後行者が関与する以前の先行者の行為等につき後行者に共同正犯の責任を認めなかった高裁判決が相次いでいた」との指摘もある<sup>6)</sup>。

## 2 傷害罪、傷害致死罪の裁判例

ここでは、本件決定に類似する、傷害罪、傷害致死罪の下級審裁判例を紹介する。

(裁判例1) 名古屋高判昭和四七年七月二七日刑月四卷七号二二八四頁

〔暴力団組長Xの指示により、組事務所において、午前二時三〇分頃から、幹部組員Yの指揮の下、組員らが、Aに対し、木刀などを用いて暴行を加え、午前五時頃、被告人(Xの舎弟分)が組事務所に着してAの胸や肩あたりを数回蹴とばし、さらに、午前六時過ぎ頃、Xが組事務所に戻ってきて、Aに対し、木刀や鉄パイプ製の折りたたみ椅子で頭部を殴打する等の暴行を加えた。Aは、午前一一時頃、右硬脳膜下出血により死亡した〕という事案について、判決は、「共同正犯の成立要件としては、〔…〕共同実行の意思と共同実行の事実とが必要であり、しかも、共同実行の意思と共同実行の事実とが同時期に存在すべきことが必要であるといふべきであるから、一般的には、事後の認識、認容があるからといって、先行者の行ったことが当然に後行者に帰責されるものではなく、後行者は、共同実行の意思をもつて介入した時以後の共同実行についてのみ共同正犯としての責任を問われるべきであると解するのが相当である。しかしながら、結果的加重犯の場合においては、その結果発生

前に基本たる行為に途中より介入したものは、その結果発生は先行者の行為および介入後の後行者の行為のいずれもが結果発生に原因を与えていると認められるかぎり、結果的加重犯全体について共同正犯が成立すると解しても、実行行為分担の度合に従つて量刑を考慮すればよいのであるから、何ら不都合は生じないというべきである。本件において、被告人は結果的加重犯である傷害致死の基本たるべき行為である暴行・傷害に途中より介入し、しかも先行行為により死の結果が生じたとすべき証拠はなく、かえつて介入後の共犯者の行為により死の結果を惹起したことが証拠上蓋然性が極めて高いのであるから、結果犯たる傷害致死全体について共同正犯としての責任を負うものというべきである」と述べた。

(裁判例2) 名古屋高判昭和五〇年七月一日判例時報八〇六号一〇八頁

〈X及びYがAに制裁を加えることを共謀し、路上で、Yら三名が、Aに対し、顔面を手拳で殴打し身体各所を足蹴にする等の暴行を加え、その後、被告人が、X方に連行されてきたAに対し、顔免を手拳で殴打し身体各所を足蹴にする等の暴行を加えた。Aは、右胸部打撲傷後

胎症の傷害を負った〉という事案について、判決は、被告人は、Xらが共謀の上、「Aに対して暴行を加えたことを認識しながら」、Xが重ねてAに暴行を加えようとした際、「この一連の暴行に加担する意思で」Xらと意思を相通じて、Aに対し、暴行を加えたものであると認められ、このような場合、「被告人は、犯行介入前の暴行についても共同正犯としての罪責を負うものと解するのが相当」であるから、傷害が被告人の介入の前後いずれの暴行から生じたのか明らかでないとしても、被告人は傷害罪の罪責を免れない旨述べた。

(裁判例3) 札幌地判昭和五五年十二月二四日刑月一二卷一二号一二七九頁

〈X及びY(いずれも、被告人が副隊長をつとめる暴力団Z連合会青年隊の隊員)が、スナックにおいて、Aに対し、手拳で顔面を殴打する等の暴行を加え、その後、スナックに赴いた被告人が、X、Yと共にAを連合会事務所まで連れて行き、同所で、X、Y、Wが被告人と共謀の上、Aに対し、手拳や棒状の物で殴打するなどの暴行を加えた。Aは、一連の暴行によつて頭部等打撲傷の傷害を負った〉という事案について、判決は、スナック

における暴行と事務所における暴行とは「一連の暴行として包括一罪を構成するものと認められる」とし、被告人は、スナックにおけるX、Yによる「Aに対する暴行の存在を認識のうえ、更にこれと包括される一連の同人への暴行に介入加担する意思でX、Y、Wと共謀し」、その共謀に基づいてAに対し暴行が加えられたのであるから、「このような場合、被告人は、共謀関係介入への加担の時点より前に他の共犯者らがすでに被害者に対してなした暴行についても、承継的に共謀共同正犯としての罪責を負うのが相当である」と述べた。

(裁判例4) 大阪高判昭和六二年七月一〇日高刑集四〇卷三号七二〇頁

この判決は、本件の第一審判決、第二審判決が採用している承継的共同正犯の要件を提示したものである。事案は、〈暴力団X組組長の友人であるYが、X組組員であるZと共謀の上、某日午前二時頃、Aの居室及びAをX組事務所へ連行するタクシー内で、Aに対し、約三回顔を殴打する暴行を加え、Yらは、居合わせた他の暴力団組員Wとも共謀の上、X組事務所内(二階応接間)において、同日午前四時三〇分頃までの間、Aに対し、

こもごも、手拳、木刀及びガラス製灰皿でその顔面、頭部を数回にわたって殴打したり、その下腿部を足蹴りにする暴行を加えた。当夜、飲酒の上X組事務所三階で寝ていた被告人(X組幹部)は、階下の物音で目を覚まして応接間に現われ、Yらに殴打されて既に頭部や顔面から血を流しているAの姿やV(Yと情交関係のあった者)の説明などから、事態の成行きを察知し、YらがAに対し暴行を加えて同人を負傷させた事実を認識・認容しながら、Wの慫慂に従い自らもこれに共同して加担する意思で、Aの顎を手で二、三回突き上げる暴行を加え、その後さらに、Zにおいても、Aの顔を一回手拳で殴打した。Aは、Yらの一連の暴行によって顔面打撲等の傷害を負った」というものである。判決は、「思うに、先行者の犯罪遂行の途中からこれに共謀加担した後行者に対し先行者の行為等を含む当該犯罪の全体につき共同正犯の成立を認め得る実質的根拠は、後行者において、先行者の行為等を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したということにあり、これ以外には根拠はないと考えられる。従つて、いわゆる承継的共同正犯が成立するのは、後行者において、先行者の行為及びこれによつ

て生じた結果を認識・認容するに止まらず、これを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、実体法上の一罪（狭義の単純一罪に限らない。）を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、右行為等を現にそのような手段として利用した場合に限られると解するのが相当である」とした上で、強盗罪のように一罪であつても一連の行為により一定の結果を発生させる犯罪については、後行者が先行者の行為等を認識・認容して犯行に共謀加担すれば、多くの場合、先行者の行為等を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したと認めるのが相当であるといふけれども、先行者が遂行中の一連の暴行に後行者が暴行の故意をもって共謀加担したような場合には、「一個の暴行行為が、もともと一個の犯罪を構成するもので、後行者は一個の暴行そのものに加担するのではない上に、後行者には、被害者に暴行を加える以外の目的はないのであるから、後行者が先行者の行為等を認識・認容していても、他に特段の事情のない限り、先行者の暴行を、自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したものと認めることができず」、このような場合には共謀加担後の行為についてのみ共同正犯の成

立を認めるべきこととなる旨述べて、被告人は、YらのAへの暴行及びこれによるAの受傷の事実を認識・認容しながら共謀加担したといふもの、「前示のような暴行罪そのものの性質、並びに被告人がAに対し、現実にはその顎を二、三回突き上げる程度の暴行しか行つていないことからみて、被告人が先行者たるYらの行為等を自己の犯罪遂行の手段として利用する意思であつたとか、これを現実にならぬものとして利用したと認めることは困難である」ことから、被告人に対しては先行者の行為等を含む全体について承継的共同正犯の刑責を問うことはできないとした（なお、このような結論でも、先行者に対して傷害罪の刑責を問うことができるので、刑法二〇七条の適用によつて解消しなければならぬような著しい不合理は生じない旨も述べた）。

（裁判例5） 大阪地判昭和六三年七月二八日判例タイムズ七〇二号二六九頁

〈Xが、Y及び被告人とともに、Aの親の下に金員取立に赴く途中、被告人が所用で一時その場を離れている間に、XとYとが、偶然Aを発見し、車に乗せるために、Aに対し、腰部を殴打するなどの暴行を加えたところ、

所用を終えて戻ってきた被告人が、とっさにXらと意思を通じ合い、三名でAに対し、頸部等を手拳で殴打するなどの暴行を加えた。Aは、右下腿部、頸部、腰部打撲の傷害を負った」という事案について、判決は、被告人は、「自己が現認した被告人X及び被告人Yと右被害者との状況から、それまでの同被告人らの被害者に対する暴行の概況を認識したうえで、あえてこれに加担しようと考え、同被告人らと共謀して」暴行に及んだものであるから、「その加功前に被告人X及び被告人Yがなした暴行によるものも含め、被害者の全ての受傷につき、傷害罪の共同正犯に問擬されるものといわなければならぬ」と述べた。

(裁判例6) 東京高判平成八年八月七日東京高等裁判所(刑事)判決特報四七卷一〇二二号一〇三頁

〈Xが、Aに対し、顔面等を手拳や傘で殴打したり足蹴にするなどの暴行を加えるや、被告人が「俺にやらせろ」などといったXと共謀の上、Aに対し、顔面等を足蹴にしたり木の棒で殴打するなどの暴行を加えた。Aは、①胸部・背部打撲、②左眼瞼打撲傷、結膜下出血、③頭部・顔面打撲、左腕・前腕挫傷の傷害を負った」という

事案について、判決は、①ないし③の傷害について「被告人自身がAに対して傷害を生じさせるに足りるだけの暴行に及んでいることは認められるものの、被告人自身の暴行によって形成された傷害を独自に取り出して、その質、量を判示することは不可能であり、それらは共犯者Xが被告人と共謀する前のものを含む暴行と渾然一体となつてAの傷害を形成しているとしか認定のしようがないのである」として、先行行為者の犯行に途中から後行行為者が共謀加担した場合に後行行為者に対し加担前に先行行為者が行った行為及びその結果を含めて共同正犯としての刑責をどの限度まで問えるかを傷害事犯について考えるに当たっては「まず、途中加担後の行為とされるものがどの範囲の行為とこれによる結果等を指しているかについてみておかなければならない」のであり、「一口に加担後の行為といつても、その範囲の確定は必ずしも容易ではないときがあるのであって、その点明確な識別・分離が不可能なものについては、後行行為者は、先行行為者の行為ないしそれに基づく傷害の結果等について全体として共同正犯としての刑責を負うこともやむを得ないというべきであり、またそうする以外に適

当な処理方法がないと考えられる（これに対して、加担前の行為ないしこれによる結果等を明確に区別できる場合には、傷害事犯のように、先行行為の結果等が後行行為に影響するという関係が比較的乏しく、いわば個別の傷害行為が寄り集まっているに過ぎない罪においては、途中から加担した後行行為者が、先行行為者の行為なし結果等を自己の犯罪遂行の手段として利用したと評価すべき特別の事情でもない限り、途中加担者に対して、加担前の行為やこれによって生じた結果等についての刑責を帰属させるべき実質的根拠に乏しいと考えられる。」と述べた。そして、判決は、本件においては、「本件被告人は、犯行現場において、XがAに対して制裁行為に出ていることやAがこれによって相当のダメージを負っていることを認識した上で共謀加担し、自らも敢えて暴行に及んだのであり、その際、被告人が加えた暴行は、先行行為者が負わせた傷害とかなり広い範囲で競合している、どの傷害を被告人が加えたか識別・分離が不可能なこと前述のとおりであり、また、分離評価に適さない状態にあるから、被告人としては自己が加えた傷害を中心としつつ、これと分離不能の原判示傷害につ

いてその刑責を問われてやむを得ない場合であると考えられる」と述べて、結局、被告人が共謀加担する以前のXの暴行によって生じた傷害についても共同正犯としての責任を認めた原判決は正当であるとした。

（裁判例7）大阪地判平成九年八月二〇日判例タイムズ九九五卷二八六頁

〈被告人兩名とその友人Xが歩行しているとき、Xが、Aに対し、顔面に頭突きをし膝蹴りを加える等の暴行を加えてAを転倒させ、これを見た被告人兩名が、Xに加勢しようと考え、暗黙のうちにXと共謀の上、こもこもAの頭部を足蹴にするなどの暴行を加え、Xも引き続きAの頭部を足蹴にする暴行を加えた。Aは、一連の暴行により鼻骨骨折等の傷害を負った。その傷害が共謀成立前のXの暴行によるものか共謀成立後の被告人ら三名の暴行によるものかは知ることができない〉という事案について、判決は、（裁判例4）の大阪高判の立場に賛同し、「そこで、このような見地から本件につき検討すると、確かに、後行者たる被告人兩名は、先行者たるXが頭突き等の暴行を加えるのを認識・認容していたことが認められるが、それ以上に被告人兩名がこれを『自己の

犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思』を有していたとか、現にそのような手段として利用したとかの事実は本件全証拠によっても認めめることはできないから、結局、被告人兩名には傷害の承継的共同正犯は成立しないというべきである」と述べた。その上で、判決は、本件の傷害結果が共謀成立前の暴行に起因するのか共謀成立後の暴行に起因するのか両者が合わさって生じたものかは全証拠によっても確定できないところ、このような場合にも「一連の暴行が同一機会において行われたものである限り、刑法二〇七条が適用され全体が傷害罪の共同正犯として処断されると解するのが相当である」と述べて、被告人兩名は全体につき傷害罪の共同正犯として処断されるとした。

### 3 傷害罪・傷害致死罪の裁判例についての評価

以上の(裁判例1)から(裁判例7)までを見ると、(裁判例1)は(イ)に属するものであり、(裁判例2)(裁判例3)は(ア)に属するもの、(裁判例4)(裁判例5)(裁判例7)は(ウ)に属するものと評価できよう。そして、(裁判例6)は、結論的には(ア)に属する諸裁判例と同様に先行者の行為及び結果について共同正犯としての罪責

を負うことを肯定するものの、加担後の行為の「明確な識別・分離」が不可能であるときの立証困難性ならぬ認定困難性を理由にするものであり、特異な裁判例といえる。<sup>8)</sup>

(裁判例1)は、被告人が加担した後、Xが激しい暴行を加えたという事案につき「介入後の共犯者〔X〕の行為により死の結果を惹起したことが証拠上蓋然性が極めて高い」として、被告人も傷害致死罪の共同正犯の責任を負うとしたものであり、被告人の行為と因果関係のない結果についても共同正犯となつたものとはいえない。これに対して、(裁判例2)及び(裁判例3)は、被告人が加担する前の暴行についても共同正犯としての罪責を負うとしたものであり、まさに承継的共同正犯を認めたとはいってよい。そして、その要件は、「先行者が暴行を加えたことを認識しながら」「一連の暴行に加担する意思で」「共謀加担すること」であるといえる(裁判例3)では、包括一罪を構成するほどの一連性が要求されている。

その後、(裁判例4)が、先行者の行為及びその結果を「自己の犯罪遂行手段として積極的に利用する意思の

もとに「実体法上の一罪を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し」「先行者の行為等を現にそのような手段として利用した」という要件を提示した。この要件は、(裁判例7)や本件の第一審判決、第二審判決が採用しているものであり、(裁判例4)は裁判実務に大きな影響を及ぼしたものと認められる。もともと、(裁判例5)は、従来の(裁判例2)や(裁判例3)の基準で承継的共同正犯の成立を肯定しているものと評価できないではないものの、<sup>9)</sup> 事案を見ると、被告人はAの親の下に他の共犯者と共に取立に行く途中、一時その場を離れに過ぎず、判決に「認識したうえで、あえてこれに加担しようと考え」とあることから、(裁判例4)の系列に属するものと評価できよう。

さらに、(裁判例6)は、加担後の行為・結果の明確な識別・分離が不可能な場合には先行者の行為・結果を認識した上で共謀加担し自らも敢えて暴行に及べば先行者の暴行によって生じた傷害についても共同正犯としての責を免れないとしたものである。(裁判例4)では、被告人の暴行がAの顎を二、三回突き上げる程度のものであったことが先行者の行為等を「自己の犯罪遂行の手

段として利用する意思であつたとか、これを現実にもそのようなものとして利用したと認めること」が困難であることを基礎づけるとされているので、(裁判例6)の事案においては(裁判例4)の示した要件によっても承継的共同正犯を認めることができ、(裁判例6)の結論は不当ともいえないのかもしれない。しかし、(裁判例6)の考えの背後に前述したような「認定困難性」があるのなら、「認定困難なら被告人の利益に判断すべきである」との批判を免れないように思う。実際、(裁判例6)と同様の「識別・分離」不可能といえる事案について、(裁判例7)は、(裁判例4)の示した、「自己の犯罪遂行の手段として利用する意思」「現にそのような手段として利用した」といった要件を充たす事実が認められないとして承継的共同正犯の成立を否定しているのである(もともと、(裁判例7)が(裁判例4)と異なり、刑法二〇七条の適用を肯定したことには問題があるといえよう)。

なお、本件の第一審判決、第二審判決は、(裁判例4)の示した要件を採用しつつ、(裁判例7)と異なり承継的共同正犯の成立を認めている。これは、第一審判決が

(裁判例4)の「事案は、後行者が加えた暴行が、被害者の頸を二、三回突き上げる程度で、被害者の傷害結果の大部分が後行者の加担前に生じており、その暴行に至る経過をみても、先行者の行為を積極的に利用しようとする意思までは見出し得ない事案であって、同列に扱うことはできないというべきである」と述べていることからも(刑集六六卷一―号一三二二頁)、前掲(事案の概要三)のような事実経過や被告人の加えた暴行が激しいものであったことから、先行者の行為を自己の犯罪遂行に積極的に利用する意思が認められるとされたためであると考えられる。これに対し、(裁判例7)の事案では、XがAに暴行を加えることは、被告人両名にとつていわば予想外の事態だったのである。

### 三 本件決定の判例法上の位置づけ

本件決定は、前述の(裁判例1)ないし(裁判例7)のような下級審裁判例の考えを踏まえ、第一審判決及び原審判決が(裁判例4)の提示した要件に従って被告人に傷害罪の承継的共同正犯としての罪責を認めた事案について、共謀加担前に先行者が既に生じさせていた傷害結果については「被告人の共謀及びそれに基づく行為が

因果関係を有することはないから」被告人は共同正犯としての責任を負うことはないとしつつ、被告人がAらの(先行者の暴行による)傷害を「相当程度重篤化させた」ことを「傷害の発生」と見て、結論として、被告人は傷害罪の共同正犯としての責任を負うとしたものである。その法廷意見の「因果関係を有することはないから」共同正犯の責任を負うことはない旨述べている部分や「Bの顔面両耳鼻部打撲擦過とAの右母指基節骨折」について被告人は傷害罪の罪責を負わないとしている点をとらえれば(完全)否定説ないしこれに近い考えを採っているとみられなくもない。しかし、「相当程度(の)重篤化」を先行者の惹起した傷害結果とは別のものと考え<sup>11)</sup>て、結論として傷害罪の共同正犯となるとしていることを考えると、下級審裁判例の考えや被告人の行為の可罰性を考慮した「折衷的」な考えによつていともいえる。本件決定は「無限定な肯定説とは相容れないものの、それ以上に特定の立場を明らかにしたものではなく、一般的に『因果関係を有することのない結果については共同正犯とならない』とまで判示したものではない」という<sup>12)</sup>評価にも肯けるものはある。法廷意見と補足意見を併

せて読むと、本件決定のこのような「折衷性」はより顕著になるといえる。そこで、補足意見（刑集六六卷一一号一二八五〜一二八七頁）を検討してみることにする。

補足意見は、法廷意見を肯定しつつ、①「その場合、共謀加担後の傷害の認定・特定をどのようにすべきか」という問題と②傷害罪のほか「強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合」に承継的共同正犯の成立を認めうるか、ということに関するものである。

前者（①）について、補足意見は、次のように述べている。

「一般的には、共謀加担前後の一連の暴行により生じた傷害の中から、後行者の共謀加担後の暴行によって傷害の発生に寄与したことをのみを取り出して検察官に主張立証させてその内容を特定させることになるが、実際にはそれが具体的に特定できない場合も容易に想定されよう。その場合の処理としては、安易に暴行罪の限度で犯罪の成立を認めるのではなく、また、逆に、この点の立証の困難性への便宜的な対処として、因果関係を超えて共謀加担前の傷害結果まで含めた傷害罪についての承継的共同正犯の成立を認めるようなことをすべきでもない。

〔改行〕この場合、実務的には、次のような処理を検討すべきであろう。傷害罪の傷害結果については、暴行行為の態様、傷害の発生部位、傷病名、加療期間等によって特定されることが多いが、上記のように、これらの一部が必ずしも証拠上明らかにならないこともある。例えば、共謀加担後の傷害についての加療期間は、それだけ切り離して認定し特定することは困難なことが多い。この点については、事案にもよるが、証拠上認定できる限度で、適宜な方法で主張立証がされ、罪となるべき事実に判示されれば、多くの場合特定は足り、訴因や罪となるべき事実についての特定に欠けることはないというべきである。もちろん、加療期間は、量刑上重要な考慮要素であるが、他の項目の特定がある程度されていれば、『加療期間不明の傷害』として認定・判示した上で、全体としてみて被告人に有利な加療期間を想定して量刑を決めることは許されるはずである。本件を例にとれば、共謀加担後の被告人の暴行について、凶器使用の有無・態様、暴行の加えられた部位、暴行の回数・程度、傷病名等を認定した上で、被告人の共謀加担後の暴行により傷害を重篤化させた点については、『安静加療約三週間

を要する背部右肋骨・右肩甲部打撲擦過等のうち、背部・右肩甲部に係る傷害を相当程度重篤化させる傷害を負わせた」という認定をすることになり、量刑判断に当たっては、凶器使用の有無・態様等の事実によって推認される共謀加担後の暴行により被害者の傷害を重篤化させた程度に応じた刑を量定することになる。また、本件とは異なり、共謀加担後の傷害が重篤化したものとまでいえない場合（例えば、傷害の程度が小さく、安静加療約三週間以内に止まると認定される場合等）には、まず、共謀加担後の被告人の暴行により傷害の発生に寄与した点を証拠により認定した上で、『安静加療約三週間に要する共謀加担前後の傷害全体のうちの一部（可能な限りその程度を判示する。）の傷害を負わせた』という認定をするしかなく、これで足りるとすべきである。

〔改行〕 仮に、共謀加担後の暴行により傷害の発生に寄与したか不明な場合（共謀加担前の暴行による傷害とは別個の傷害が発生したとは認定できない場合）には、傷害罪ではなく、暴行罪の限度での共同正犯の成立に止めることになるのは当然である。」

補足意見のこの部分は、（裁判例6）の判決のような、

後行者の行為及び結果の範囲の確定が容易ではなく「その点明確な識別・分離が不可能なもの」については、後行者は「全体として共同正犯としての刑責を負うとすることもやむを得ない」とすべきであり、またそうする以外に適当な処理方法がない」といった考えに対して、「証拠上認定できる限度で、適宜な方法で主張立証がされ、罪となるべき事実に判示されれば」特定に欠けることはないとするものである。また、量刑事情としてはあるものの、「加療期間不明の傷害」としての認定・判示をすることも許されるのであって、本件のような場合には、「相当程度重篤化させる傷害を負わせた」という認定が許され、本件と異なり「重篤化したものとはではない場合」には、「全体のうちの一部の傷害を負わせた」という認定をすれば足りるとしている。このような補足意見の要請により、捜査においては被害者等からの暴行態様の丹念な聴取や凶器の有無など客観的な証拠の収集が不可欠になる旨の指摘はあるものの、<sup>13</sup>被告人の行為の危険性・可罰性を重視した傷害結果の認定がなされる可能性が高まることになる（もつとも、さすがに共謀加担前の暴行による傷害とは「別個の傷害」の発生

が認定できない場合には共同正犯の成立範囲は暴行罪の限度にとどまることにはなる。

後者(②)について、補足意見は、次のように述べている。

「なお、このように考えると、いわゆる承継的共同正犯において後行者が共同正犯としての責任を負うかどうかについては、強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合がありますので、承継的共同正犯の成立を認め得るであろうが、少なくとも傷害罪については、このような因果関係は認め難いので(法廷意見が指摘するように、先行者による暴行・傷害が、単に、後行者の暴行の動機や契機になることがあるに過ぎない)、承継的共同正犯の成立を認め得る場合は、容易には想定し難いところである。」

補足意見のこの部分は、傷害罪と異なり、強盗罪、恐喝罪、詐欺罪等の場合には先行者の行為の効果を利用することによって「犯罪の結果に因果関係を持ち」、後行者も強盗罪等の承継的共同正犯が成立しうるとするもの

のように読める。これに対しては、〈強盗罪と傷害罪とをそのように異なるものと考えてよいのか〉といった疑問が提出されうる<sup>14</sup>。いずれにしても、補足意見は、本件決定の見解が因果的共犯論を徹底させた完全否定説とは異なるものであることを明らかにしているといつてよからう。

とはいえ、(裁判例4)(裁判例7)の事案とは異なる、被告人自身、以前からA、Bに対する加害の意思を持っており、X、Yが、A、Bに暴行を加えて身柄を確保した事実をYからの連絡によって知りながら、現場に赴いてXらとともに激しい暴行を加えたという事案について、法廷意見は、「原判決の上記2の認定は、被告人において、AらがXらの暴行を受けて負傷し、逃亡や抵抗が困難になっている状態を利用して更に暴行に及んだ趣旨をいうものと解されるが、そのような事実があったとしても、それは、被告人が共謀加担後に更に暴行を行った動機ないし契機にすぎず、共謀加担前の傷害結果について刑事責任を問う得る理由とはいえないものであって、傷害罪の共同正犯の成立範囲に関する上記判断を左右するものではない」と明言しているのであるから、本件決定

を(裁判例4)の延長線上にあるものと位置づけることはできないであろう。<sup>15)</sup> 補足意見が、「強盜、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合がありますので、承継的共同正犯の成立を認め得るであろう」としていることから、(先行者の行為の効果の利用(利用行為)と結果との間に因果関係がある場合に限って強盜罪等の犯罪の成立を認めうる)というのが本件決定の考えである、とみるのが素直である。

もとより、本件決定の射程距離は、「別個の傷害」が認められる傷害事案に限定される。強盜罪、恐喝罪、詐欺罪等でどのような判断がなされるかについては不明である。

#### 四 本件決定と学説

周知のように、承継的共同正犯の問題に関する日本の学説は、<sup>16)</sup> 完全肯定説、完全否定説、中間説(限定肯定説、限定否定説)に大別することができる。完全肯定説は、一罪の一部に参与している以上、全体に対し共同正犯としての責任を負うとする見解である。<sup>17)</sup> これに対し、

完全否定説は、共同実行の意思や行為支配が事前に存在することを要求したり、因果性を重視したりすることから、参与以後の行為及び結果についてのみ責任を負うとする見解である(具体的には、先行者が強盜目的で暴行を加えた後、財物奪取のみに参与した後行者は、窃盜罪の共同正犯になるに過ぎないとする)なお、別に強盜罪の幫助の成立を認める見解もある。<sup>18)</sup> 中間説のうち、限定肯定説は、先行者の行為等を後行者が積極的に利用する意思で参与するなどの一定の要件を充たせば、先行者の行為等を含めて共同正犯の罪責を負うとする見解である。<sup>19)</sup> 同じく限定否定説は、基本的に否定説の立場に立ちながら、後行者は参与後の行為について共同正犯の罪責を負うとするものであり、これには、先行者の行為が後行者参与後も効果を持ち続けていることを重視する見解(仮に「効果説」とよぶことにする)<sup>20)</sup> と先行者が実現しようとする強取・詐取・喝取といった結果について、後行者が参与する時点で因果性を有し後行者が結果を左右しえた以上、後行者は強盜・詐欺・恐喝の罪責を負うとする見解(仮に「因果性説」とよぶことにする)<sup>21)</sup> とがある。

以上を前提に学説との関係で本件決定を位置づける。学説には、本件決定は、(裁判例4)のような限定肯定説を採ったものであると評価するものがある。<sup>(22)</sup>しかし、補足意見との類似性から見て、限定否定説中の因果性説が本件決定の考えに最も近似するものであると評価するのが素直であろう。<sup>(23)</sup>そうであるなら、完全否定説からの「それは先行者の行為まで承継することを前提としていいうるにすぎず、理由付けにおいて結論の先取りがなされておるとの指摘が可能である」といった批判が本件決定に対しても向けられることになる。

## 五 結語にかえて——本件決定についての私見

最後に本件決定についての筆者らの評価を記して結語にかえたいと思う。もともと、すでに紙幅を超過しているので、承継的共同正犯の問題についての理論の提示などは別の機会に行うしかない。

第一に、裁判例、学説において限定肯定説が有力であった状況下で、本件決定が共謀加担前に生じた結果について「因果関係を有することはない」と明言したことは、因果的共犯論の見地から、妥当なものであったと考える。刑事責任は自己の行為とそれによって発生させた

結果の範囲に限定されるべきであり、いかに規範的評価を加えても関与以前の行為及び結果について共同正犯としての罪責を負わせることはできない。

第二に、本件決定は、法廷意見と補足意見とを併せ読むと、中間説の因果性説に類似した考えに立脚しているといえるところ、このような考えに対してはなお疑問がある。強盗罪・恐喝罪・詐欺罪の事例では、確かに、関与後の行為が財物の占有移転という「結果」と因果関係を持つことはある。しかし、占有移転の原因である暴行・脅迫・欺罔といった「行為」と因果関係を持たない以上、後行者が強盗罪・恐喝罪・詐欺罪の共同正犯となるとすることは無理があると思う。この点、むしろ効果説を精緻化して、暴行・脅迫・欺罔が関与後も存在し後行者がこれに加担したと認められる場合に限定する工夫をするべきであろう。<sup>(25)</sup>

第三に、本件決定が「傷害の重篤化」を傷害罪の結果と考えたことが、今後の実務にどのような影響を与えるかが気にかかる。「相当程度の傷害の重篤化」を傷害に当たるとすることが理論上可能であっても、立証は容易ではあるまい<sup>(26)</sup>（そもそも「傷害の軽重を知ること」がで

きないという事態がしばしば起こりうるからこそ刑法二〇七条の規定が設けられているのである。裁判官が「重篤化」という傷害結果を安易に認定するようにならないことと、検察官が立証困難を回避して二〇七条に依拠した起訴をする姿勢に転じないことを願うのみである。<sup>27)</sup>

注

- (1) 豊田兼彦「傷害罪の共同正犯の成立範囲」法学セミナール六九七号一三三頁(二〇一三年)参照。なお、今までの最高裁判例が存在しなかったことについて、本件決定についての匿名解説(判例時報二一八七号一四二頁、判例タイムズ一三八九号一〇九頁―いずれも二〇一三年―以下、本匿名解説は判例時報の頁で引用する)、金山薫「承継的共犯」龍岡資晃編『現代裁判法大系30(刑法・刑事訴訟法)』五三頁(新日本法規、一九九九年)、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』二一三頁(弘文堂、二〇〇五年)、西田典之『共犯理論の展開』二一六頁(成文堂、二〇一〇年)参照。
- (2) 学説は、複雑に分岐している。例えば、斉藤誠二「承継的共同正犯をめぐって」筑波法政八号一〇〇―二〇頁(一九八五年)は、肯定説を「全面肯定説」と「限定肯定

- 説」に分け、「限定肯定説」をさらに二説に分けた上、否定説も「全面否定説」と「限定否定説」に分け、さらに、結合犯についてのみ肯定説を採用する「折衷説」があるとする。これに対し、西田・前掲注(1)二一五頁は、甲が強盗の故意でAに暴行を加えて負傷させた後で乙が金員奪取のみに関与したという事例で、乙を強盗致傷罪の共犯とする「肯定説」、窃盗罪の共犯とする「否定説」、先行者の行為の効果が後行者の関与後にも及んでおり後行者がこれを利用する限りで強盗罪の共犯とする「中間説」に分け、さらに、窃盗罪の共同正犯と強盗致傷罪または強盗罪の幫助との観念的競合とする見解を示している。
- (3) 前掲注(1)の匿名解説(判例時報二一八七号一四四―一四五頁)、高橋則夫『刑法総論』四五二頁(成文堂、第二版、二〇一三年)参照。
- (4) 前田雅英「承継的共同正犯」警察学論集六六卷一―一四三頁(二〇一三年)。
- (5) (ア)に属するものとして、札幌高判昭和二八年六月三〇日高刑集六卷七号八五九頁、東京高判昭和三四年一月二日東京高等裁判所刑事判決時報一〇卷一二号四三五頁、東京高判昭和三四年一月七日高刑集一二卷一〇号九八〇頁、大阪高判昭和四〇年一月二六日下刑集七卷一〇号一八五三頁、東京高判昭和五七年七月一三日判例時報一〇八二号一四一頁など。(イ)に属するものとして、名古屋高判昭和二九年一月二八日高刑裁特一卷

一〇号四二七頁、浦和地判昭和三三年三月二八日判例時報一四六号三三頁、広島高判昭和三四年二月二七日高刑集一二卷一号三六頁、福岡地判昭和四〇年二月二四日下刑集七卷二号二七頁、大阪地判昭和四五年一月一七日判例時報五九七号一七頁など。(ウ)に属するものとして、東京地判昭和四〇年八月一〇日判例タイムズ一八一号一九二頁、岡山地判昭和四五年六月三日判例時報六一号一〇三頁、横浜地判昭和五六年七月一七日判例時報一〇一一号一四二頁、札幌地判昭和五六年一月九日判例時報一〇四九号一六八頁、東京地判平成七年一〇月九日判例時報一五九八号一五五頁など。

(6) 前掲注(1)の匿名解説(判例時報二一八七号一四二頁)参照。そのような「高裁判決」としては、次の三判決があげられている。

①東京高判平成一六年六月二二日東京高等裁判所(刑事)判決特報五五卷一〇二五〇頁(監禁罪につき否定的な判断をしたもの)

②東京高判平成一七年一月一日東京高等裁判所(刑事)判決特報五六卷一〇二七五頁(原判決が、被告人兩名につき、他の者との共謀成立後の暴行が被害者兩名に新たな傷害を負わせ、既に負っていた傷害を「増悪」させたと認定して、強盗致傷罪の共同正犯となるとしたのに対し、新たな傷害を「生じさせることはもちろん、増悪させたとも認定することはできない」と

述べて、被告人兩名については強盗罪の共同正犯が成立するにとどまるとしたもの) — なお、前田・前掲注(4)一五二頁は、この判決を支持している。

③東京高判平成二二年三月一〇日東京高等裁判所(刑事)判決特報一〇二二五頁(Xらが、平成一九年九月下旬に、Aに対し、金員を交付するよう要求し、同年一〇月下旬に被告人に助けを求め、翌一月一三日に被告人がXら共にAに対し金員を要求したという事案について、被告人にはXらの先行行為を積極的に利用する意思があつたとは認められず、仮にそのような意思があつたと認められるとしても、「被告人がこのように時間的・場所的に離隔した先行行為をそれ自体についても共同正犯としての刑事責任を負うとすべきか否かについては、検討の余地があるように思われる」と述べて、被告人は関与以後の恐喝行為についてのみ恐喝未遂罪の共同正犯の罪責を負うとしたもの)

(7) 照沼・前掲注(1)二三〇頁は、(裁判例1)を「限定的に『承継』を認める判例」のパターンに入るものと評価している。しかし、(裁判例1)の判決は、被告人が組事務所に到着した後の組長Xを含む共犯者らの暴行につき被告人は共同正犯の罪責を負うとしているのであるから、共同正犯の關係にあるXの暴行によって死亡結果を惹起したゆえに傷害致死罪の共同正犯となるとした裁判例として評価できるように思う。もっとも、「介入後の共

犯者の行為により死の結果を惹起したことが証拠上蓋然性が極めて高いのであるから、結果犯たる傷害致死全体について共同正犯としての責任を負うものというべきである」と述べているところから、因果関係の立証困難性を考慮した判断をしているとみる余地があることは否定できない（なお、西田・前掲注（1）二一八頁は、（裁判例1）ないし（裁判例3）は「承継的共同正犯肯定説が因果関係の立証困難性を回避する手段として利用されている点」で共通するとする）。

（8） 照沼・前掲注（1）二三四～二三五頁は、（裁判例6）を「限定的に『承継』を認める判例」のパターンに入るものと評価している。これに対し、完全肯定説に立つ裁判例と評価するものとして、早渕宏毅「傷害の事案についていわゆる承継的共同正犯の成立を否定した事例」研修七七号三七頁（二〇一三年）がある。

（9） 照沼・前掲注（1）二二二頁は、（裁判例5）を「積極的に『承継』を肯定する判例」のパターンに入るものと評価している。

（10） 本件決定の背後には因果的共犯論の最高裁判例への浸透があるといつてよい。因果的共犯論は、共犯関係からの離脱（解消）の問題の解決に関して最高裁に採用されたものと認められる。例えば、最決平成元年六月二六日刑集四三卷六号五六七頁についての調査官解説は、同決定は「因果共犯論をベースにしているであろう」とし

ており（原田國男「共犯関係が解消していないとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事事篇（平成元年度）』一八二頁〔法曹会、一九九一年〕）、その後の最決平成二一年六月三〇日刑集六三卷五号四七五頁の調査官解説も因果的共犯論を基礎に置いた考察を加えている（任介辰哉「共犯者が住居に侵入した後強盗に着手する前に現場から離脱した場合において共謀関係の解消が否定された事例」『最高裁判所判例解説刑事事篇（平成二一年度）』一八一～一八四頁〔法曹会、二〇一三年〕。このようなことから、因果的共犯論が承継的共犯の問題においても用いられることは予測ないし期待されていた（林幹人「共犯の因果性―最高裁判平成二一年六月三〇日決定を契機として」法曹時報六二卷七号一三頁〔二〇一〇年〕、同『判例刑法』一五二頁〔東京大学出版会、二〇一一年〕参照）。

なお、従来、離脱に比して承継的共同正犯の因果的共犯論との距離が「やや遠かった」と指摘するものとして、嶋矢貴之「共犯の諸問題―共犯と錯誤、共犯の離脱、承継的共同正犯、共謀の射程」法律時報八五卷一号三一頁（二〇一三年）がある。

（11） 従来の学説において、（既存の傷害の重篤化は（別個の）傷害に当たるか）は十分論じられてきていない。例えば、大塚仁『刑法各論 上巻』（現代法律学全集26）六一頁（青林書院、改訂版、一九八四年）でも、「病者の病気を悪化させることなども」生理的機能障害説からは

傷害になるといふ程度の記述がされているに過ぎない。裁判例では、前掲注(6)の東京高判平成一七年一月一日を、既に負っていた傷害の「増悪」が傷害に当たるといふ解釈を前提に判断した例としてあげることができる。

なお、前田・前掲注(4)一四五頁は「共謀前に生じていた重篤な傷害に加えて、共謀参加後の者が、さして重大でない暴行により、被害者の死を生ぜしめた場合には、死亡結果について、共同正犯の責を負うであろう。そうだとすると、共謀前に加えられた重大な暴行で動けなくなつた被害者に、後から加わつて傷害を若干重くしたような場合に、傷害罪の刑責を負うことも考えられるように思われる」とする。しかし、既存の傷害とは別の新たな傷害と認められるためには、「若干重くした」程度では足りないであろう。

(12) 前掲注(1)の匿名解説—判例時報二一八七号一四四〜一四五頁。なお、早淵・前掲注(8)三〇頁参照。

(13) 丸山嘉代「共謀加担後の暴行が共謀加担前に他の者が既に生じさせていた傷害を相当程度重篤化させた場合の共同正犯の成立範囲」警察学論集六六卷二号一五六〜一五七頁(二〇一三年)参照。

(14) 早淵・前掲注(8)三一〜三二頁参照。

(15) 早淵・前掲注(8)三〇頁は、「換言すれば『動機ないし契機』にとどまらない一定の事情が認められる場合には承継的共同正犯の成立の余地を留保しているとみるこ

とができるように思われる」とする。しかし、補足意見が、傷害罪については「承継的共同正犯の成立を認め得る場合は、容易には想像し難いところである」としてのことからしても、本件決定の考えによれば、傷害罪については、共謀加担後の行為と傷害結果との間の因果関係が認められる場合に限って傷害罪の共同正犯の罪責を負うということになるのではないかと思う。

(16) ちなみに、承継的共同正犯(sukcessive Mittäterschaft)についてのドイツの判例は、一九七四年のBGH MDR 1975,365から承継を認める範囲を限定する姿勢をみせ始めており、この傾向は、「各自の行為寄与のない共同正犯は考えられない」とするロクシンによつても支持され、学説に影響を及ぼしている(Vgl. Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 2000, S. 592. 照沼・前掲注(1)二四九〜二九〇頁参照)。ドイツの判例、学説については、斉藤・前掲注(2)二〇〜三一頁、上野幸彦「承継的共同正犯の批判的検討」法学研究年報(日本大学大学院法学研究科)一四号四〜一八頁(一九八四年)参照。

(17) 小野清一郎「強盗殺人における殺人後奪取のみに対する加功」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集 第一巻』四一八頁(有斐閣、一九四一年)、植松正「強盗殺人罪における殺人後の奪取行為への加擔」日本法学五卷五号七五頁(一九二五年)など。

(18) 牧野英一『重訂日本刑法 上巻』四四六頁(有斐閣、

第六一版、一九三七年)、相内信「承継的共犯について」  
 金沢法学二五卷二号四二～四三頁(一九八三年)、曾根威  
 彦『刑法の重要問題(総論)』三三四頁(成文堂、第二版、  
 二〇〇五年)、浅田和茂『刑法総論』四二二～四二三頁  
 (成文堂、補正版、二〇〇七年)、山口厚『刑法総論』  
 三五〇～三五二頁(有斐閣、第二版、二〇〇七年)など。  
 幫助の成立を認める見解としては、齊藤・前掲注(2)  
 三一頁、照沼・前掲注(1)二四七頁、高橋・前掲注(3)  
 四四七頁、上野・前掲注(16)四一頁、井田良『講義刑法  
 学・総論』四七三頁(有斐閣、二〇〇八年)、山中敬一  
 『刑法総論』八五五頁(成文堂、第二版、二〇〇八年)な  
 どがある。

(19) 岡野光雄「承継的共犯」阿部純二ほか編『刑法基本  
 講座(第四卷)』未遂、共犯、罪数論一八七頁(法学  
 書院、一九九二年)、福田平『刑法総論』二七二頁(有斐  
 閣、第五版、二〇一一年)、藤木英雄『刑法講義 総論』  
 二九〇頁(弘文堂、一九七五年)、板倉宏『刑法総論』  
 二九六頁(勁草書房、補訂版、二〇〇七年)、大谷實『刑  
 法講義総論』四二〇頁(成文堂、新版第四版、二〇一二  
 年)、佐久間修『刑法総論』三七〇頁(成文堂、二〇〇九  
 年)、川端博『刑法総論講義』五七〇頁(成文堂、第三版、  
 二〇一三年)など。なお、団藤重光『刑法綱要総論』  
 三九三頁(創文社、第三版、一九九〇年)も(裁判例4)  
 の判例を「おおむね妥当な方向を示すものといえよう」

と評価しているので、限定肯定説に分類できよう。

(20) 平野龍一『刑法 総論Ⅱ』三八三頁(有斐閣、  
 一九七五年)、前田雅英『刑法総論講義』五〇一頁(東京  
 大学出版会、第五版、二〇一一年)など。

(21) 西田典之『刑法総論』三六七頁(弘文堂、第二版、  
 二〇一〇年)、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』  
 三八七頁(有斐閣、二〇一三年)参照。

(22) 高橋・前掲注(3)四五二頁参照。

(23) 因果性説の立場から本件決定は「因果性を重視した  
 妥当な判決である」と支持されている(佐伯・前掲注  
 (21)三八八頁参照)。

(24) 山口・前掲注(18)三五二頁参照。

(25) 先行者がAに暴行・脅迫を加えて反抗を抑圧した後、  
 後行者が現れれば、現場で後行者が先行者と協力して行  
 動すること自体、「抵抗すれば今度は二人がかりで暴行を  
 加えられる」といったプレッシャーをAに加えるものと  
 して強盗罪における脅迫に該当すると認定できる場合があ  
 ろう。このような場合に後行者が強盗罪の共同正犯にな  
 るとすることには比較的問題がないと思う(恐喝罪・  
 詐欺罪についても同様のことが考えられる。恐喝罪につ  
 き、前田雅英『最新重要判例250(刑法)』八二頁(弘文堂、  
 第九版、二〇一三年)参照)。

(26) 前田・前掲注(4)一四六頁も「相当程度重篤化させ  
 る傷害」の認定、そのための立証は非常に困難だと思わ

れる」としている。

(27) 承継的共同正犯が問題となる事案については二〇七条を適用できないとするのが多数説であり（板倉宏『刑法各論』三五頁〔勁草書房、二〇〇四年〕、大谷實『刑法講義各論』三七頁〔成文堂、新版第四版、二〇一三年〕、西田典之『刑法各論』四七頁〔弘文堂、第六版、二〇一二年〕など参照）、同条が例外的規定であることから、多数説を支持すべきであると考ええる。このことからしても、承継的共同正犯の事案を立証の簡易化のために同時犯の訴因で起訴して、情状として共同正犯に匹敵する可罰性を有することを主張するといったことは、刑事訴訟法一条の目的（事案の真相を明らかにして刑罰法令を適正に適用実現する目的）に反し許されないと思う。



日本法学 第七十九卷 索引

論 說

国際取引における域外適用ルール統一化  
ならびに秩序形成に向けて……………藤川信夫…一(一)

近代日本における大逆罪・内乱罪の創定……………新井勉…二(一)

租税条約におけるLOB条項の意義と問題点  
——我が国の視点からみた同条項の考察——……………今村隆…二(三四四)

明治後期における大逆罪・内乱罪の交錯……………新井勉…三(一)

千賀鶴太郎博士の二つの自歴譜について……………吉原達也…三(四一)

大津事件における立憲制の危機……………新井勉…四(一)

傷害概念と精神障害……………野村和彦…四(三三)

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「コモン・ローの発展」——

A・V・ダイシー  
加藤紘捷 訳 ……一 (七五)  
菊池肇哉

法の極みは不法の極み……

J・シュトルー  
吉原達也 訳 ……二 (三七)

英米法におけるダイシー理論とその周辺

——ダイシー「代議制統治の形態は永遠のものか」——

A・V・ダイシー  
加藤紘捷 訳 ……二 (一〇九)  
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・クーニヒ  
高橋雅人 訳 ……二 (一三九)

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 ……三 (九二)

EUと構成国間の権限構造に関する

ドイツ連邦憲法裁判所の理解

——財政危機克服のための結果——

ペーターM. フーバー  
中西優美子 訳 ……四 (六七)

研究ノート

南北戦争後の憲法秩序

——チエイス第六代長官の時代——

……………甲斐素直…一(一一五)

G H Q 憲法草案第八二条の皇室財政規定と「世襲財産」

……………山田亮介…一(一五二)

第一四修正と裁判所

——ウエイト第七代長官及びフラ―第八代長官の時代——

……………甲斐素直…二(一六一)

航空会社経営破たん時の旅客保護に関するE U 法制

……………工藤聡一…二(二〇五)

ロックナー時代

——ホワイト第九代及びタフト第一〇代長官の時代——

……………甲斐素直…三(一一三)

憲法革命前後

——ヒューズ第一一代長官の時代——

……………甲斐素直…四(九二)

担保権侵害に対する一般的救済手段の相互関係

——担保権者固有の損害賠償請求権を中心として——

……………清水恵介…四(一三七)

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 …………… 日本大学法学部民事法研究会 ……二二（二三九）

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  
——最高裁平成二二年七月二九日第一小法廷決定、平成二〇年(あ)第七二〇号 …………… 設 楽 裕 文 ……二二（二七九）  
詐欺被告事件、刑集六四卷五号八二九頁——

共謀加担後の暴行が共謀加担前に他の者が既に  
生じさせていた傷害を相当程度重篤化させた場合の …………… 設 楽 裕 文 ……四（一六五）  
傷害罪の共同正犯の成立範囲







○ 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](mailto:kenjimu@law.nihon-u.ac.jp)

執筆者紹介

掲載順

新井 勉 日本大学教授  
 野村 和彦 日本大学非常勤講師  
 中西 優美子 一橋大学大学院法学研究科教授  
 甲斐 素直 日本大学教授  
 清水 恵介 日本大学教授  
 設楽 裕文 日本大学教授  
 淵脇 千寿保 日本大学大学院法学研究科博士後期課程

機関誌編集委員会

委員長 松嶋 隆弘  
 副委員長 吉原 達也  
 委員 秋山 和宏  
 坂井 吉良  
 関正 晴  
 高橋 雅夫  
 長谷川 貞夫  
 藤井 昭夫  
 藤川 信夫  
 山本 二夫  
 湯浅 敏  
 吉野 正篤  
 石川 登

日本法学第七十九卷第四号

平成二十六年三月十五日印刷 非売品

平成二十六年三月二十日発行

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. 4   March   2014

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

*ARTICLES*

Tsutomu Arai, *The Constitutional Polity Crisis in the Otsu Affair*

Kazuhiko Nomura, *Der Zusammenhang zwischen Körperverletzung und psychischer Störung*

*TRANSLATION*

Peter M. Huber, *Das Verständnis des Bundesverfassungsgerichts vom Kompetenzgefüge zwischen der EU und den Mitgliedstaaten —Konsequenzen für die Bewältigung der Finanzkrise—*, übersetzt von Yumiko Nakanishi

*NOTES*

Sunao Kai, *Before and after the Constitutional Revolution*  
—*The period of Hughes, the 11th Chief Justice*—

Keisuke Shimizu, *Des relations réciproques entre les régimes généraux de responsabilité sur l'atteinte à la sûreté*

*CASE COMMENT*

Hirobumi Shitara, Chizuho Fuchiwaki, *The Scope of Culpability as a Coprincipal of the Crime of Injury in the Case where the Assault Considerably Increased the Severity of the Victims' Injuries*