

日本法學

第八十卷 第一号 2014年6月

論 說

キケロ『カエキーナ弁護論』における争点に関する一考察……………吉原達也

金融機関の融資局面における情報提供義務に関する一考察……………鬼頭俊泰

翻 訳

国際法のドイツ環境法への影響……………フィリップ・クレーニヒ
甲斐素直 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 著
加藤紘捷 訳

——「英国法は大学で教えることが可能か？」——

菊池肇哉 訳

研究ノート

戦争と連邦最高裁判所……………甲斐素直
——ストーン第一二代長官及びヴィンソン第一三代長官の時代——

訴因の特定と訴因変更の要否

——平成一三年決定と訴因の機能——……………三 明 翔

判例研究

民法九〇〇条四号但書前段と憲法一四条一項をめぐる……………百 地 康 章
非嫡出子の法定相続分問題……………小 関 康 平

——最大決平成二五年九月四日金融法務事情一九七八号三七頁（平成二四年（ク）第九八四号）
第九八五号遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件）——

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とつての帰結…フィリップ・クーニヒ
藤井康博 訳

研究ノート

ロックナー時代

——ホワイ特第九代及びタフト第一〇代長官の時代——…甲 斐 素 直

日本法学 第七十九卷第四号 目次

論 説

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

ドイツ連邦憲法裁判所の理解……………ベーターM. フーバー

——財政危機克服のための結果——…中西優美子 訳

研究ノート

憲法革命前後

——ヒューズ第一一代長官の時代——……………甲 斐 素 直

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
傷害罪の共同正犯の成立範囲……………設 楽 裕 文

——最裁平成四年二月六日第二小法廷決定(同案第三号)

傷害、強盗、建造物侵入、窃盗被害事件、刑集六卷二号二六二頁——

雑 報

日本法学 第七十九卷 索引

キケロ『カエキーナ弁護論』における争点に関する一考察

吉 原 達 也

「審理員諸君よ、私は、最初に別の審理で行なったのとは全く違った方法によって本日の弁護にのぞむのである。なぜならば、その当時、われわれの弁護が成功するかどうかは私の弁護の仕方にかかっていたが、今は、相手方の自白にかかっているからである。」(Cicero, *Caec.* 3)

一．はじめに

先にシュトルー『法の極みは不法の極み』について検討する機会を得たが、その構想の中でローマ法学とレトリックをめぐって、キケロの民事弁論の一つ、前六九年の『カエキーナ弁護論』*Pro Caecina*に重要な位置が与えられている。⁽²⁾ 本弁護論は、いわゆる占有をめぐる非常に複雑な事実関係と「暴力に関する特示命令」の解釈をめぐる法的議

キケロ『カエキーナ弁護論』における争点に関する一考察 (吉原)

論の展開を含んでいる点で、当時のローマ法の具体的な様相を示すものとして興味深い事案である。実際キケロのすべての弁論の中でも、『カエキーナ弁護論』はおそらく当時の市民法に最も密接に関係した事案であるといっても過言ではないであろう。しかしながら、法廷弁論におけるキケロの論点は多岐にわたり、しかもそれらは状況に応じて相互に結びつけられまた切り離されて、きわめて複雑な様相を呈し、期待されるような明確な法の実像へとただちに導いてくれないのもまた事実であるといえよう。実際、この事件が提起する重要な法律問題について長い学説の積み重ねの歴史があり、現在も法学者間で必ずしも同意が得られているとはいえないこともこうした事情を物語っているのである。⁽³⁾ 事実、キケロがカエキーナを弁護した理由、目的、真意を言葉通りとして信頼してよいかはまた別の問題といわなければならない。キケロの陳述は、もとよりきわめて詳細であり、明らかにカエキーナを非の打ち所のない人物のように語っているが、はたしてそのこと自体も果たして真実であるのか、これを明らかにすることは望むべくもないことである。こうした問題を留保しつつ、本稿では、『カエキーナ弁護論』の中にうかがえるキケロと相手方弁護人ピソとの間で交わされた法廷論争がどのような内容のものであったか、再検討することを通じて、ローマの法廷弁論がどのように組み立てられているのか、その一端を明らかにすることを試みたい。

『カエキーナ弁護論』は、審理員面前での第三回聴聞におけるキケロの弁論であるとされる。⁽⁴⁾ 冒頭に引用したように、キケロは、この三度目の弁論において、事件の弁護方法が、これまでの審理とは違ったものとなることを記している (Caec. 3)。キケロが記しているように、これまではキケロ自身の、つまり「私の弁護に in defensione mea」にかかっていたが、今回は、「相手方の自白に in confessione adversarii」と被告側が提出した証人に依拠したかたちに組み替えられている (Caec. 29)。キケロは、原告が争っていることを被告側が認諾しながら、法律をめぐる些末な議

論に持ち込もうとすることこそ、まさに自らの責任を認めているのだと論じている。キケロによれば、この被告側の戦略変更は二度の延期をもたらし、判決の大幅な遅滞をまねいたと批判される (Caec. 5-9)。

例えばフライヤー⁽⁵⁾は、この第三回聴聞におけるキケロの戦略における変更について考察を試みる。被告側の仕掛けに対抗するために、原告側弁護士キケロはどのようにその主張を練り直したか。『カエキーナ弁護論』に伝えられるかぎりで、それまでの原告側・被告側双方がもともとどのような戦略を立てていたか、そしてそれがどのように変更されているか。第三回目の弁論において、キケロがなぜ当初の戦略を抛棄したのか、もしそうだとすれば、その理由は何かということも考えてみなければならない問題である。キケロの当初の弁論は、自分自身の主張と証人とに依拠していたと思われる。しかし『カエキーナ弁護論』では、原告側証人への言及は終盤の第九四節で一度だけにとどまる。それはカエキーナがフルキニウス農場を訪ねて、コロヌス (colonus、小作人、賃借人⁽⁶⁾) の勘定書を受け取ったことに関する証言であった。原告側キケロの弁論は、当初この点に一つの論拠を置いていた。第三回目の弁論ではこの点は後景に退き、相手方証人の証言から有利な状況を作り上げようとする。

二・事件の概要

ここで本事件の概要をキケロ (Caec. 10-23) によりながら記しておきたい。⁽⁷⁾

マルクス・フルキニウスは、エトルリアのタルクイニイの出身で、故郷でも立派な人と評価されており、ローマで手びろく銀行業を営んでいた。⁽⁸⁾ フルキニウスは、同郷のカエセンニアと結婚した。彼女もまた生前の行ないや遺言からもうかがえるように立

派な女性であった (Caec. 10)。

フルキニウスはカエセンニアとの結婚にあたってタルクイニイにある土地を妻に売却した。それは、妻が持参してきた嫁資たる金銭を土地に投資させる形式をとらせ、彼女が安全に財産をもちつづけられるようにするためであった。その後しばらくして、フルキニウスは銀行業をやめ、妻の所有となっていたさきの土地に隣接する土地を購入した。その後、フルキニウスは死亡し、遺言で、妻との間にもうけた同名の子マルクスを自身の相続人に指定し、そして、同時に、妻の方は、遺贈を通じて、その息子マルクスと共同して、フルキニウスの全財産を使用・収益する権利を取得した (Caec. 11)。

ところが間もなくその息子マルクスも死亡する。その遺言で、息子のマルクスは、プブリウス・カエセンニウスなる人物を相続人に指定し、自身の妻には多額の金を、財産の大部分を母カエセンニアに遺贈しておいた。 (Caec. 12) 相続人が遺贈を決済するために相続財産の競売を行なったとき、本件の被告にあたるアエプティウスが登場してきた。彼は、親族でも友人でもないにもかかわらず、寡婦カエセンニアにとりいり、取引に無知なのを利用して、自身の利益を得ていた。 (Caec. 13) キケロによれば、アエプティウスに対する評価は、「実際のところ、彼はたちのよくない男である」と手厳しい。 (Caec. 14)

ローマでの競売のさいに、カエセンニアは、友人や親戚の勧めもあって、遺言によってえた現金で、亡夫から購入していたあの土地に隣接する彼の土地を購入しておくのがこのさい得策であると考え、自身のために土地を購入するように他ならぬそのアエプティウスに委任した (Caec. 15)。多くの競売買主が現われたが、カエセンニアへの遠慮もあり、結局その土地はアエプティウスが落札し、彼は銀行業者に金銭を支払うことを約束した。カエセンニアは、この競売がなされると、その購入代金をアエプティウスに支払った (Caec. 16)。以上のことを経て、カエセンニアは土地を占有し、それを他人に賃貸した。

その後時をおかずカエセンニアは、カエキーナと再婚した。そして、最終的には、以下のような遺言をのこして死亡した。すなわち、カエキーナに七二分の六九、前夫フルキニウスが解放してやった奴隷に七二分の二、そして問題のアエプティウスに七二分の一という割合で相続人に指定したのである。この七二分の一が問題の焦点で、カエセンニアはこれをアエプティウスの今までの忍耐と骨折への報酬と考えたが、一方、アエプティウスは、これをすべての対立の源であると考えるのである。 (Caec. 17)

アエプティウスは、まず、カエキーナの出身市ウオラテッラエ市の住民が蒙った不幸のために、カエキーナが完全なローマ市民

権を保有しておらず、そのために彼にはカエセンニアの相続人になる資格はないというところから異議を唱えた。(Caec. 18) これに対して、相続財産を占有していたと主張するカエキーナは、積極的に遺産分割を請求する手段に出た。威嚇が成功しなかったのも、アエブティウスは、今度は、作戦をかえて、カエセンニアの委任で購入したあの土地は、彼自身のものである、つまり、自身のために購入したと主張した。キケロによれば、カエセンニアは購入から死亡の日まで四年間何の問題もなく占有し続けていたのであるが、この事実について、アエブティウスは「前夫フルキニスに遺言によって死亡まで彼女にその土地の使用・収益権を与えていた。」という主張することに対抗した (Caec. 19)。

カエキーナは、このようなアエブティウスの策略に対して訴訟で応戦することを決意した。訴訟開始の前提として、カエキーナが問題の土地へ行き、慣行にしたがって、そこから形式的に放逐される必要があり、双方が約束で決めた日に、その近くへカエキーナや友人たちが行ってみると、その土地には、アエブティウスの被解放奴隷や奴隷が武装して待機していることがわかり、アエブティウス自身もやってきて、その中に入れば生きて帰さないなどと威嚇した。(Caec. 20) しかし、カエキーナ一党はそれをつたなる威嚇にすぎないと考えて、当該土地へ近づいた。しかし、問題の土地へはもちろん、もう一方の土地へ通ずる道も全部ふさがれていて、どちらの土地に入ろうとしても阻止された (Caec. 21)。しかし、カエキーナは、アエブティウスが、アンティオクスという奴隷に、境界をこえて一步でも入れば、誰でも殺せという命令を下したのを聞いていながら、あえて友人たちとともに突入したが、恐怖のために全員で逃げ帰った (Caec. 22)。これらのことがなされたあとで、法務官プブリウス・ドラベッラは、慣例にしたがって、「武装した者による暴力に関して」という特示命令を發布した。これは、なんらの例外も認めないかたちで、ただ、アエブティウスが追払ったところへカエキーナを回復するようにという内容だけを含むものである (Caec. 23)。

キケロはこの事件のあらましを以上のような流れとして描き出している。単純に考えると、カエキーナは、カエセンニアから相続したといわれる土地について実際に所有権を有しているのか、もしそうであれば、その根拠はキケロが主張するようなことであるのか、ということがまず重要な争点となりそうであるが、そのことは、弁論の展開の中

では中心的な主題としては扱われず、キケロの弁論ではその末尾で一言触れられるにとどまっている。事件はこのように所有権の問題を正面から争うのではなく、カエキーナが自らの占有を保護されるべく占有特示命令の発令を求めるといふ方向で展開する。しかし現実に発令の前提となるべきカエキーナに当該土地についての占有があったといえるのかということも実は曖昧なままである。むしろ状況はカエキーナに現実的な占有はなく、事件自体は、あった占有から排除されたゆえに占有特示命令による保護を求めるというのではなく、あえていえば占有特示命令の発令が認められれば、そのことが逆にカエキーナの占有を証明することになるという逆転した構造をもっているのである。その結果として、本弁護論の中では、占有特示命令の発令の可否が争われることになり、特示命令に含まれる暴力という文言をめぐる解釈問題が大きな論点として浮かび上がってくる。発令の前提として、暴力が行使されたかどうか、そもそも暴力とは何かといった問題をめぐって、両当事者の間で丁々発止のやりとりが行われたはずであるが、アエブティウスⅡピソ側の直接的な弁論は現存せず、キケロの『カエキーナ弁護論』からある程度再構成することができるとどまるのである。以下では、まず、『カエキーナ弁護論』にうかがえる限りで、カエキーナⅡキケロ側とアエブティウスⅡピソ側との間で、所有権、占有、占有特示命令をめぐる、どのようなやりとりが行われたか、それぞれを対比する形で取り出して提示してみること⁽⁹⁾にしたい。

三・『カエキーナ弁護論』の争点

1 所有権について

キケロは、『カエキーナ弁護論』最終節 (Caec. 104) 末尾ではじめて、カエキーナがフルキニウス農場を所有していたことを証明したと主張する。もとより所有権という語が果たしてこの場合に適切であるかどうかは留保しつつ、ここで所有権という語で念頭に置いているのは、fundum esse Caecinaeという文言に示される事態である⁽¹⁰⁾。

Caec. 104: 「事件についてだけ審理員諸君が問うならば、暴力をめぐる裁判において、被告が、武装した者によって暴力を使用したと自白し、衡平ではなく、文言によって自身を弁護し、そして、諸君もご覧の通り、被告のこの文言「による弁護」自体も破綻し、きわめて法学識ある人々の権威がわれわれを支持し、アウルス・カエキーナが占有していたか否かはこの裁判の対象とはならないとしても、やはり彼が占有していたことが証明され、まして況や当該土地がアウルス・カエキーナの所有であるか否かは問題にするまでもないが、やはり私はその土地がアウルス・カエキーナの所有であること自体を証明して見せたのであるが、以上のことに照らしてみれば、武装した者については国家の情況が、暴力については相手方の自白が、衡平についてはわれわれの決定が、法については特示命令の理念が、それぞれいかなる判決が下されるようあなた方にうながしているか、何とぞご決定いただききたい。」

キケロによれば、カエキーナのいわゆるフルキニウス農場に対する所有権に関する論点は、『カエキーナ弁護論』では直接的な争点ではなかったが、それにもかかわらず、キケロは、末尾で唐突なたちで、カエキーナに占有があるのはもちろん、所有権もあること、すなわち、「カエキーナのものであること」を証明したというのである。現存

の弁論には証明そのものに関する具体的な弁論が存在しないので、実際に相互にどのようなやりとりがなされか、キケロの真意が奈辺にあるかは不明である。その証明については、それまでの審理の中で取り上げられていて、そこですでに決着がついているとして、最終弁論では積極的に取り上げられなかったということも可能性として考えることができる。⁽¹¹⁾

所有権をめぐる論点について、キケロの主張は、さきにあらましをみた『カエキーナ弁護論』のいわゆる陳述部にあたる箇所からうかがえる。カエキーナの権原は、フルキニウス息子の遺産競売に遡る、⁽¹²⁾とされる。アエブティウスは、カエセンニアからの委任で、遺産買主として行動した〔銀行業者の帳簿を購入して保管した〕⁽¹³⁾。カエセンニアはその後アエブティウスに購入代金を支払い (Caec. 16)、占有の取得とコロヌス (小作人＝賃借人) への賃貸借によつて所有者となった (Caec. 13-17, 94)。その論拠は、キケロによれば、カエキーナはカエセンニアの主相続人であり (Caec. 12)、ウォラテッラエ住民の市民権不存在ゆえカエキーナは民法上の相続権をもたないというアエブティウスの異議にもかかわらず、相続能力を有した、という点にある (Caec. 8, 95-102)。⁽¹⁴⁾

以上のような点が、論点として取り上げられていたが、現存の弁論では、末尾の数節でようやく言及されるというかたちになっている。キケロによれば、もとより所有権という争点は、本事件のような占有に関する特示命令手続をめぐる争いにおいてはそれほど重要ではなかった、とされる (Caec. 104) のであるが、それが法律論として成立するかどうかはペンディングのままにおかれている。結語の末尾で、キケロはカエキーナの権原、所有権の存在を断固として主張するのは、一つには、審理員たちに被告の行動を評価するために必要な背景について最後の瞬間に印象を喚起するという弁論技法上の効果をねらったものとも思われる。

これに対して、アエブティウスⅡピソ側の主張はどのようなものであったか。⁽¹⁵⁾ピソは、キケロの弁論に対して、証人とキケロの言葉によれば「自白 confession」をもって答えた。キケロは、相手方が出してきた証人たちの証言から自らに有利な状況を作り出すという戦略に出ているのである。では相手側の証人たちの証言とはどのようなものであったか。まず列挙された十人の証人たちの名前からアエブティウスⅡピソ側の法廷戦略がどのようなものであったかをうかがうことができる。キケロはピソの主張に対してより詳しい言及をしていないが、ピソ側の主張は次のようなものであった。二人の証人はフルキニウス農場へのアエブティウスの正当な権原を認めた。その二人とは、P・カエセンニウスで、競売を手配した土地管理人であり、セクストウス・クロディウス・フォルミオで、競売にあたって金を出した銀行家である。この銀行家の帳簿には取引が記録されており、これも証拠として提出された (Caec 16-17)。この帳簿の存在は係争土地の所有権がアエブティウスにあることを積極的に証明すると思われるものであり、カエキーナⅡキケロ側には不利な証拠となる。キケロとしてはその存在を否定しなければならない。残りの八人の証人は全員まさにその農場で遭遇したことを証言した。そのうち四人は、彼ら自身の奴隷も同行したことを認めた (Caec 24, 27)。一人は、両当事者間で加った人数に大きな開きがあったことを語っている (Caec 26)。三人は、アエブティウスのカエキーナに対する威嚇を耳にした。そして二人は、カエキーナが手続きに従って追い出されることをなお望んでいると答えたことを証言した。一人は、カエキーナがその土地に入ることに固執するなら (Caec 25)、彼自身がアエブティウスの奴隷に対してカエキーナを攻撃せよと命じたと語り、一人は、カエキーナの逃走を援助しようとしたことを語った (Caec 26, 44)。ただ一人、最後の被告側の証人、評判の芳しくない元老院議員フィディキュラニウス・ファルキュラの証言は本質にかかわる詳細部分に関して揺れがあり、その曖昧で矛盾した証言は、被告側を非常

に当惑させた、とキケロはいう。(Caec. 28-30)。ピソはアエブティウスの弁護ために印象的な論証を構築するために、これらの証人を出したはずであるが、キケロはこれらの証人の証言から、相手方の自白として自らに有利な状況を作り上げ、結果的に彼の依頼者たるカエキーナの反論が確証されるとみなしている(Caec. 24, 31)。しかしこの弁護弁論はキケロの当初の主張の弱点を覆すものであった。

証拠書類も証人たちの証言も、アエブティウスが競売の時点で農場を入手したことを示している(Caec. 16-17, 19, 25)。それと対照的に、キケロは「カエセンニアが農場を購入するつもり」であり、それゆえ彼女が競売にあたつてアエブティウスに農場の購入代金を支払つたと主張するが、そのことを示す証拠を提出することはできなかった。また、カエセンニアが彼女自身を農場の所有者だとみなしていたことについても確固たる証拠もなかった。P・カエセンニウスとセクストゥス・クロディウス・フォルミオに対するキケロの非常に口汚い非難(Caec. 27:「その権威たるや体重ほどの重みもない」¹⁶)は、裁判とは無関係な人格攻撃によつて、軽薄な人物という印象を作り出してその証言が信頼できないという状況を作り出そうとするものである。競売の時点で、カエセンニアがアエブティウスに委任していたことを「皆が知っていた」というキケロの主張にとつて、これらの証人たちの証言がいかにも不都合であつたかを物語るものである。

カエキーナの所有権をめぐるもう一つの論点は、カエセンニアの財産をめぐるカエキーナの相続能力の問題であつた。ピソはこの点について当初より争つていたと考えられるが、キケロはこの問題も弁論の末尾に近い、第九五節後半以後、とくに第一〇一―一〇二節のところで言及するにとどまる。

Caec. 101:「審理員諸君よ、たとえこの法^{ユス}について多くの事柄を省略するとしても、やはり、あなた方の判決理由にとって必要以上に私が詳しく述べすぎたということに気づかないわけではない。実際、私はそのようにしたのであるが、それは、この裁判において、このような弁護をあなた方が望んでおられるからではなく、市民権というものが、誰からも奪われず、また、奪うこともできないものであることをすべての人に理解してほしいと考えたからである。私は、スッラが不法を行なおうとした人たちにも、また、すべての他の新旧市民にもこのことを知っていただきたいと思ったのである。というのは、もし市民権が新しい市民から奪われることがあるならば、すべての貴族、すべての由緒ある市民からはなぜ奪われえないのかと、その理由を説明できないからである。

102: 実際のところ、このような「市民権にまつわる」問題が本件とは無関係であることは、第一に、あなた方がその問題に關して判決権限がなく、第二には、スッラ自身が、市民権についての法を定めるに当たって、その対象となっている人々の行為能力^{ネグサ}と相続能力を奪わないようしたということからも、すでに明らかなことだからである。実際、スッラはアリミヌムの人々と同じ法が適用されるよう命じているのであるが、彼らが、十二植民市の一つに属し、ローマ市民から相続財産を取得することができたことを誰が知らないということがあろうか？　ところで、万一にも市民権がアウルス・カエキーナから奪われるということがありえたとしても、やはり、善き人士たるわれわれは誰しもまず心すべきは、いかにして、卓越の極み、節制の誉れ、このうえなき判断力、徳性、家内における權威を備えた市民を不正から守ることができるかということであり、まして況や、今、市民権の中から何も失いえない時に、セクストウス「・アエブティウス」よ、愚かさや恥知らずさの点で君に似て、この人から市民権が奪われていたと主張するような輩が、貴様以外に、現われはしないかと懸念することなど無用のことなのである。」

キケロが主張するカエキーナの所有権に関する論拠の一つは、カエセンニアからの相続という点にかかっているが、アエブティウス^{II}ピソ側は、スッラがウオラテラエの人に課した市民権の喪失のために、カエキーナはカエセンニア

の土地を相続する能力を有しなかった、それゆえカエキーナが相続によって土地所有権を取得することはできないと主張を展開していたと考えられる⁽¹⁷⁾ (cf. Caec. 18; 95-102)。

2 占有について

占有に関するキケロの主張は第九四〜九五節前半に要約されている⁽¹⁸⁾。

Caec. 94: 「そして、私は、この点でカエキーナを弁護することはない。審理員諸君よ、なぜならば、カエキーナは占有していたからである。しかし、たとえそのこと「カエキーナの占有」が事件と無関係だとしても、やはりこの点について簡単に言及しておきたい。それはあなた方が共通の法を守るのと同じように、この人自身「カエキーナ」を守ってやろうする意欲をもあなた方にぜひ喚起していただきたいからである。君「ピソ」はカエセンニアが用益権によって占有したことを否認しない。カエセンニアからその土地を賃借していた小作人^{コロヌス}が、その賃借に基づいてその土地にいた以上、もしその彼が土地にいたそのときカエセンニアが占有していたとすれば、彼女の死後、相続人としてのカエキーナが同じ権利^{ユス}によって占有したことに何の疑問があるのか？ 次に、カエキーナ自身は、当該地所を巡回したとき、この土地に赴き、小作人^{コロヌス}から計算書を受取った。そのことについては証言がある。

§次[§]に聞くが、アエプティウスよ、もしカエキーナが占有していなかったのであれば、君はなぜ他の土地——もし君がその土地を持つていればのことであるが——ではなく、むしろこの土地「フルキニウス農場」のことをカエキーナに告知したのか？ さらに、カエキーナは、なぜ本人が慣行に基づいて放逐されることを望んだのか？ そして、なぜ、友人たちの、さらにガイウス・アクイリウスの意見に従ってそのように君に答えたのか？」

ここには、おそらくキケロの当初からの主張のあらましが示されていると考えられる。もとよりピソの異議による

修正をふまえている、と思われる。キケロの占有に関する主張は以下のようなものであった。すなわち、カエセンニアの用益権は、フルキニウスの遺言により指定相続人たる息子と共同して、つまり、遺贈を通じてフルキニウスの全財産を使用・収益する権利を取得したことに基づく。この用益権に基づき、カエセンニアは、息子の死亡以前でも、彼女に農場に対するある種の占有を有したのであり、このことは被告側も認めるところである。その後息子が死亡し遺産の競売手続が行われた後、カエセンニアは当該「土地を占有しそして賃貸した *Caesennia fundum possedit locavique*」(Caec. 17) ことにより、彼女はコロヌスを通じて占有を保持した⁽¹⁹⁾ (Caec. 94)。以上が、キケロがカエセンニアの占有を主張する論拠である。キケロがカエセンニアの占有と賃貸借を併置するのは、キケロが賃貸借自体を占有者としての行為と見ていることをうかがわせる。キケロによれば、カエセンニアが亡くなった時、カエキーナは、主相続人として、「同じ権利によって *eodem iure*」、つまり同じコロヌスを通じて占有を保持し続けることができた (Caec. 94)。カエキーナが農場に入り、コロヌスの計算書を受け取ったのは、亡妻の遺産たる土地を巡回する過程の一部分としてである (Caec. 94)。この行為は、カエキーナがカエセンニアの「財産占有に *in possessione bonorum*」あった、つまり、法務官法上相続した (Caec. 19) ことに基づく。最後に、アエブティウス自身のその後の行動はこのことを証明する。キケロは「アエブティウスがカエセンニアの指示で購入したことを私が証明した財産が自分のものであった、自分で自分自身のために購入したのだ、と告知した」(Caec. 19) と述べているが、これは、アエブティウスが、カエキーナが以前占有を取得していたと考えなければ、意味をなさない主張だということになる (Caec. 95)。以上が、カエキーナが「慣行に基づく放逐」つまり形式的な暴力行使によって農場から追い出されるよう申し出たとき、告知をカエキーナがどのように解釈したかの内容である (Caec. 20, 95)。キケロは第三弁論において占有の問題は

重要ではなく、「争点外 *extra causam*」を主張する (Caec. 94) のであるが、それ以前の段階で、この問題について証人を召喚したのは、最初の二回の弁論では占有がより大きな役割を果たしていたことをうかがわせる。

これに対するピソの主張はどのようなものになるか。ピソは、カエセンニアがフルキニウス農場に対する用益権を有していたのは息子の死亡の時までである、とする。ピソがカエセンニアの用益権を争ったのは、カエセンニアの息子マルクスの死亡時から彼女自身の死亡時までの四年間についてである (Caec. 19)。ピソは、カエセンニアが農場を他人に賃貸したのは、占有に基づくのではなく、この用益権の行使の一部分として解釈していたということである。結果として、ピソは、アエブティウス自身が競売直後から、カエセンニアとアエブティウスの間で争いなく経過した四年間も含めて継続して農場を占有していたと主張しようとしたということになる。いずれにせよ、競売買主としてアエブティウスに所有権があるとするピソの主張がアエブティウスの占有に関しても十分な効果を有することは明らかである。というのは、もしカエセンニアが実際に所有権者であったなら、そのとき彼女の農場の賃貸借契約は、彼女の占有権の行使とも解釈されてよいが、しかし、もし彼女が所有者でないのであれば、そのとき、彼女の賃貸借契約を結んだという行為は、占有を主張する根拠とはなりえないということになる。²⁰⁾

もう一点、カエセンニアの死後、カエキーナが農場を訪れたことはキケロにとつては重要な論点であるが、ピソがこの点をどのように評価したかは必ずしも明確ではない。キケロは、アエブティウスがカエキーナの農場訪問を彼自身の所有権を脅かすものとみなしていた、と論じている (Caec. 19, 95)。この点で、ピソは、カエキーナの農場訪問が必ずしも占有取得を意図するものではなかったと主張することもできたであろう。いずれにしても、ピソは、訴えられた出来事よりも、カエキーナの農場訪問以後もアエブティウスが当該農場を占有し続けているという事情を強調し

ていることを確認しておきたい。⁽²¹⁾

3 特示命令の適用について

カエキーナは、係争土地であるいわゆるフルキニウス農場はカエセンニアの遺言による遺産の一部である、と主張する。これに対して、アエブティウスは、競売手続きによる当該農場の購入は自らのためであつて、カエセンニアのためではなかった、それゆえ当該土地は自分の所有であるとして対立する。カエキーナはそこで自らの占有の確認を求めて、法務官に暴力に基づく特示命令 *interdictum unde vi* の発給を求めるのであるが、実はカエキーナは一度も占有したことがない状況にある。しかしそのことをペンディングにして、発給を求め、その前提として、アエブティウスが慣行に基づく暴力と放逐 *vis ac deductio moribus* 手続⁽²²⁾によってカエキーナを農場から排除した上で、儀礼的な暴力行使がなされたことにして、裁判の土俵に乗せ、法廷においていずれにその農場が帰属するか決定することになった。しかしアエブティウスは武装集団を組織し、カエキーナ一党の農場への立入を阻止したために前提が崩れてしまったのであるが、カエキーナ側は、法務官に対してあらためて特示命令の発給を求める。結果として、武装暴力に関する特示命令 *interdictum unde vi armata* が発給され、これに基づいて、カエキーナとアエブティウスの間の裁判が開始された。

特示命令の適用について、キケロとピソの議論は以下のように再構成することができる。⁽²³⁾そこではとくに特示命令の文言としての暴力が何を意味するのかが大きな比重をもって展開される。⁽²⁴⁾

カエキーナは農場の占有を相続によりカエセンニアから承継した。しかし訴訟開始の前提として慣行に基づく放逐

deductio が約束されたが、これは実行されずに終わった。⁽²⁶⁾ この約束の放逐の日の以前に、アエブティウスは当該農場を占拠していた。カエキーナは法律上彼の所有であるとするその農場に再度立ち入ることを試みたが、アエブティウスは、武装した暴力を用いて、カエキーナを農場から追い返した。キケロはこの騒動について原告側の証人を尋問し、その事実を確認した (Caec. 3, 24)。武装した暴力に関する de vi armata 特示命令は、被告に対して、彼が暴力によって追い出した者にその財産を回復することを命じる。キケロは、カエキーナが当初占有していたと主張するのであるが、それを明示的に証明することはできない。そこでキケロは、カエキーナが武装した暴力が行使された時点でおお占有の地位にあったかは重要ではない、という主張を強調することになる (Caec. 64-66, 75-77)。カエキーナが当該農場に入るのを阻止しようとしたアエブティウスの行動は、特示命令にいう追い出し deiecio にあたり、この行為は明らかに武装した暴力を含む (Caec. 41-63)。このキケロによる特示命令の解釈はおそらく法律家ガルス・アクイリウスに負っていると考えられる。アクイリウスはしばしばそれまでも聴聞のさいにキケロの支持者の中にその姿を現している (Caec. 77)。キケロはさらにピソが法律家の権威を批判したことを取り上げるが、ピソが批判しようとしたのは具体的には、追い出し deiecio に関するアクイリウスの柔軟な解釈であったと考えられる (Caec. 65)。

以上のように、キケロは、カエキーナが特示命令手続において勝訴すべきであると論じた。一見したところ、キケロの論拠はきわめて強力であるように見える。しかしそれを裏づける明白な証拠だけがなかったのである。⁽²⁸⁾

キケロが、相手方の自白として語っていることは、このピソの主張のうち、特示命令の適用に関する部分に關っている。この点に、キケロは第三回目の弁論の矛先を集中する。キケロは、『カエキーナ弁護論』のさまざまな箇所、自らが想定する被告側の自白を拡張的に敷衍している。キケロによる要約のトーンはもとより中立的ではないが、し

かし要約とはいえ、ピソの主張について、その主要な流れを明らかにしてくれる。

第二四、三一、三四節において、キケロは、ピソの主張を要約のかたちで三度審理員たちに提示してみせる。その際、本文では、あたかもアエブティウス自身が自白したかのように、一人称に置かれている。「反対に、以下のような相手方の弁護のしかたが、審理員諸君の眼にすばらしいものと映ったのだろうか？」と述べて、ピソの主張を要約しながら、その不当性を審理員たちに印象づけていく。⁽²⁹⁾

Caec. 24: 『私「アエブティウスのこと」は人を召集し、集め、武装させた。死の恐怖と生命の危険とによって、君「カエキーナのこと」がその土地へ立ち入るのを妨げた。武器で。』と。彼は言う。『武器で。』しかも、彼は法廷でこうも言った、『君を追ひ返して reject、脅かした。』と。』

Caec. 31: 『私は追ひ出したのではなく non deici、しかし追ひ返した reject のだ。実際のところ、私は、君がその土地に立入ることを許さず、武装した者たちを配置したのであるが、それは君がその土地に足を踏み入れた場合にはただち命がなくなるであろうことを君に覚らせるためであった。』と。』

Caec. 34: 『私は、たしかに何もかも君の言う通りのことを行つたし、たしかにこれらのことは乱暴であり、無謀であり、危険なことでもある。しかしだからどうしたと言うのだ？ 私はそのように行つたからといって、別に罰せられることはない。なぜならば、市民法に基づいても、法務官法に基づいても、君は私を訴えることなどできないのだから。』と。しかし、審理員諸君よ、実際にそうなのだろうか？ 諸君はこのような主張に同意されるのか？、諸君の前でこのようなことが何度も語られるのをそのまま見過ごされるのか？』

このように、ピソは、アエブティウスが武装された集団を使ってカエキーナがフルキニウス農場に立ち入ることを妨害しようとしたことを率直に認めている。事実、彼の十人の証人のうち八人からの供述は、キケロによれば、この「自白」を支持するものであった。しかしピソは、アエブティウスのこの行動にキケロの解釈とはまったく違った解

釈を与えた。第一に、ピソはその事件で、誰も殺された者もなければ負傷した者もなかったと主張することによって、暴力が最小限のものであったと主張する（Caec. 41）。アエプティウスの暴力の行使は決して過度なものではなかった。こうした行為は、特示命令にいう暴力には該当しないとピソは主張する。

Caec. 41: 「ピソの言い分とはこうである、『もしそうだったとしたら、残念なことだ。それにもかかわらずやはり、アエプティウスはこの特示命令に拘束されることはないのだ。』と。ではその理由とは何か？『カエキーナに暴力は加えられなかったからだ。』と。この事件において、武器があったところに、多勢の人が集められたところに、武装した者が編成され、特定の場所に配置されたところに、脅威と危険と死の恐怖とがあったところに、そこに暴力が存在しなかったと言えるのだろうか？ 彼「ピソ」は『誰も殺されも怪我もしなかった。』と言う。君「ピソ」の言い分とは何か？ 占有の争いについて、また、私人同士の法をめぐる対立についてわれわれが論じるにあたって、もし血が流され殺害がなされない限り、暴力は行使されなかったと、君は主張するのか？」

これに対して、キケロは「私としては、大部隊が、誰も死なず、負傷もしていないのに、しばしば、まさに敵に対する恐怖によって、また敵襲を受けただけで、攪乱され逃げ出すことが往々にしてあることを指摘したい。」として、直接的な暴力の行使でなくとも、威嚇のような間接的な方法により相手が逃走したような場合にも暴力は成立する³⁰という主張を対比する。

第二に、ピソは、アエプティウスの暴力の行使は裁判の対象にはならないとも主張した。

Caec. 34: 「私は、たしかに何もかも君の言う通りのことを行つたし、たしかにこれらのことは乱暴であり、無謀であり、危険なことでもある。しかしだからどうしたと言うのだ？ 私はそのように行つたからといって、別に罰せられることはない。なぜならば、市民法に基づいても、法務官法に基づいても、君は私を訴えることなどできないのだから。』と。しかし、審理

員諸君よ、実際にそうなのだろうか？ 諸君はこのような主張に同意されるのか？、諸君の前でこのようなことが何度も語られるのをそのまま見過ごされるのか？ われわれの父祖たちはきわめて細心かつ慎重であり、重大きわまる事件はもとより、きわめて些細な事件も含めて、ありとあらゆることについて、法を定められ作られたはずである。もしある者が私の家から私が出ていくように武器で強要するさいには私が訴権を有するされながら、ただ一つ、私がそこに入るのをある者が阻止する場合には訴権を有さないというような、きわめて重大な事柄を放置しておいたというようなことがあるのだろうか？ 私は、目下のところカエキーナの事件について論じているわけでも、われわれの占有の権利について主張しているのでもない。グナエウス・ピソよ、私が異議を申し立てているのは、君の弁護のしかたについてにほかならないのである。」

ピソの主張は、特示命令における動詞 *deicere* の彼の解釈に依拠するものである。この特示命令は、被告が原告を追いつ出す（「汝が追いつ出した *deiecitisti*」）ことを要件とした。ピソは、文字通りの意味でアエプティウスがカエキーナを追いつ出したのではなく、たんに追いつ返して、農場に立ち入らせなかったただだと主張した。これに対して、キケロは、一人称を使って、ピソの主張を随所に織り込みながら、審理員への印象づけを繰り返して喚起していった。⁽³¹⁾

Caec. 31: 「私は追いつ出したのではなく、しかし入るのを阻止したのだ。 *non deieci, sed obstitui*」

Caec. 38: 「この私は君を武装した者によって追いつ返した (*reieci*) ことはあつても、追いつた (*deieci*) ことはない。 *eieci ego te armatis hominibus, non deieci*」

Caec. 64: 「私は追いつ出したのではない、なぜならば私は入ることを許さなかったからである。 *non eieci, non enim sivi accedere*」

Caec. 84: 「私は追いつ出したのではなく、追いつ返したのだ。 *non deieci, sed eieci*」

このピソの主張に対して、キケロは第六六節でキケロは皮肉を込めて自らの主張を敷衍していく。

Caec. 66: 「しかし、本件において、君は、文言と文字「の曖昧さ」によって自らを弁護する。君はこう主張した、すなわち、『君が追払われたのはどこか？君が入ることを禁じられたその場所からか？しかし、君は追出されたが、追払われはしなかった。』と。君はまたこうも弁論した、すなわち、『私は人々を集めたことは認める。私は彼らを武装させたことを認める。私は君を死の危険で脅かしたことを認める。もし意図と衡平さが妥当するならば、この法務官の特示命令によって私が訴えられることを認める。しかし、この私は、特示命令の中にただ一つの文言を見出している。そこへ私はかくれようと思う。つまり、私は、君が入ることを私が禁じたその場所から君を追払ったのではないのだ。』と。とどのつまり、こうした弁明において、君は、助言者たち「つまり、法学者」が文言ではなく衡平の理を尊重すべしと考えていることを非難しているのではないのか？」

ピソは、こうした解釈を、ある氏名不詳の法律家から教えられたとする⁽³²⁾。ピソ自身この人物の名前を挙げていないが、キケロは当の法学者を知っている。この法律家は、キケロと会った際にも、「ある者がいたその場所からでなければその者が追い出されたと立証できない」という主張し続けていた (Caec. 79)。この法律家はそれゆえに、ピソの主張の核心部分、つまり、カエキーナが農場にいなかった以上、彼は、追い出されることはありえない、という解釈を支持している。

ピソは、このあまり文言的でない解釈を次善の策として主張した。この論拠が登場したのは、フライヤーによると、ピソの最初の弁論ではなく、ようやく二回目の弁論のときのことである⁽³³⁾。最初の立場に対するキケロによる批判に対する反応というかたちでのことであつたとされる。キケロにとって当初ピソがむしろより緩かともいえる立場に立っていたことを物語るものであり、結果的に、この論拠を持ち出すことが、ピソの弁護方針の挫折を示すものであつた (Caec. 90)。キケロは、このピソ側の主張を以下のように説明している。

Caec. 90: 「審理員諸君よ、あなた方が事柄を吟味しようとも、あなた方がわれわれの主張に従って判決することにはや何の疑問もないのであるが、すでに打倒され打破されたすべての論拠の中から、ここで、今や、そのとき占有している者なら追い出されるが、占有しない者はいかにしても追い出されえないという弁護を相手方は持ち出してきた。それによるなら、もしこの私が君の建物から追い出されるならば、私が回復される必要はないが、もし君自身「が君の家から追い出されたの」なら、回復されなければならない、というのである。ピソよ、この弁護の中でどれほど多くの偽りがあるかを数えてみたまえ。第一に、注目していただきたいのは、君は、ある者がそのときいたその場所から出なければ、彼が追い出される余地はないと君が主張するからには、君はもはやあの論法を用いることができないということである。実際、先に、君は、追い出されうると認められたのである。それにもかかわらず、今、君は占有しない者が追い出されえないと主張されているのである。」

この最後の文章は、これに続く第九一節でも、あらためて二回繰り返されている。

Caec. 91: 「それでは、もし占有しない者が誰も追い出されえないのなら、あの『そこからかの者が暴力によつて私を追い出した「当の」そこから』という文言の通常の特示命令の中に『私が占有していたとき』という文言がなぜ付加されるのか、あるいは、もし当人が占有したかどうかということが問題とされる必要があるならば、この武装した人々に関する特示命令においてはなぜ何も付加されないのか？ 君は、占有する者以外は追い出されることはないと主張する。そうであれば、もし武装しもしくは集合した者によらずにある者が追い出された場合、自分が追い出したと自認する者は、相手が占有していなかったことを証明すれば、誓約訴訟に勝訴することになってしまふと私は申し上げたい。君は、占有する者以外は追払われることはないと主張する。しかし『武装した人々に関して』というこの特示命令については、追い出された者が占有していなかったということを証明できる者でも、当人を追い出したとを自ら認めるならば、誓約訴訟で敗訴するということにならざるをえない、と私は申し上げたい。」

ここでは、さしあたり、フライヤーに拠りつつ、二点を指摘しておきたい。⁽³³⁾ 第一に、この次善の策は、ピソの当初の主張とは次の点で異なっている。当初の主張では、追い出す *deicere* とは、いた場所から身体的に強制的に排除された人だけでなく、あるものを占有していて、実際に占有できない人にも適用できるとされていた。この新しい論拠に立とうとすると、ピソは、それゆえに、カエキーナが借主の勘定書を受け取るために農場に入ったにもかかわらず、カエキーナが農場を占有できなかったことを証明しなければならない。

Caec. 94: 「そして、私は、この点でカエキーナを弁護することはない。審理員諸君よ、なぜならば、カエキーナは占有していたからである。しかし、たとえそのこと「カエキーナの占有」が事件と無関係だとしても、やはりこの点について簡単に言及しておきたい。それはあなた方が共通の法を守るのと同じように、この人自身「カエキーナ」を守ってやろうする意欲をもあなた方にぜひ喚起していただきたいからである。君「ピソ」はカエセンニアが用益権によって占有したことを否認しない。カエセンニアからその土地を賃借していた小作人^{コロヌス}が、その賃借に基づいてその土地にいた以上、もしその彼が土地にいたそのときカエセンニアが占有していたとすれば、彼女の死後、相続人としてのカエキーナが同じ権利^{ユス}によって占有したことに何の疑問があるのか？ 次に、カエキーナ自身は、当該地所を巡回したとき、この土地に赴き、小作人^{コロヌス}から勘定書を受取った。そのことについては証言がある。」

おそらく、ピソの主張は次のようなものであつたであろう。すなわち、カエキーナの農場への立ち入り以前に、農場を占有していたのはアエブティウスであり、その後もアエブティウスが占有し続けていた、それゆえにカエキーナはこの特示命令を用いることができない、と。

第二に、裁判の文脈の中で、いづれにせよキケロは、明らかにピソの論拠はなりふりかまわぬ言い逃れという性格を有していた⁽³⁴⁾ということを強調する。

Caec. 90:「審理員諸君よ、あなた方が事柄を吟味しようとも、あなた方がわれわれの主張に従って判決することにはや何の疑問もないのであるが、すでに打倒され打破されたすべての論拠の中から、ここで、今や、そのとき占有している者なら追払われうるが、占有しない者はいかにしても追払われえないという弁護を相手方は持ち出してきた。それによるなら、もしこの私が君の建物から追払われたならば、私が回復される必要はないが、もし君自身「が君の家から追払われたの」なら、回復されなければならない、というのである。ピソよ、この弁護の中でどれほど多くの偽りがあるかを数えてみたまえ。第一に、注目していただきたいのは、君は、ある者がそのときいたところにおいてでなければ彼が追払われる余地はないと君が主張するからには、君はもはやあの論法を用いることができないということである。実際、先に、君は、追払われうると認められたのである。それにもかかわらず、今、君は占有しない者が追払われえないと主張されているのである。」

キケロは、このようにピソがその主張を明らかにあまりにも極論にすぎるといふ論法にもつていこうとする。その意味でキケロによるピソが法廷戦術を変更したという文脈は重要である。というのは、結果として、聞き手である審理員、ひいては聴衆に対して、相手方がなぜ戦略を転換したのかという疑問を喚起させると同時に、相手方にはその転換の理由に容易に答ええない状況が作り出されることになるからである。たしかに、ピソの新しい主張は、その当初の主張よりも弁護に有利であるように思われるので、ピソが最初からそう主張していたら、支持を得ることもありえたかもしれない。しかしながら、ピソはこの二つの見解の間を揺れ動いた印象を与え、結果としてキケロにつけ入るすきを与えることになったのである。⁽³⁵⁾

ピソは、キケロが予想したよりも特示命令の解釈に時間を費やしたと思われる。⁽³⁶⁾キケロは、冒頭陳述において、裁判がアエプティウスの邪悪さではなく、むしろ法の問題、具体的には特示命令の文言に関する解釈に関心を示すようになったことへの彼の苛立ちを表現している (Caec. 4)。つまり、ピソが以前には法の問題について詳細な議論を展

開しなかったことをうかがわせるものであり、相手方の方針変更は、特示命令文言の解釈、その適用について、審理員たちにも同様に困惑を与えた、とキケロは主張する。⁽³⁷⁾ キケロは弁論の冒頭で審理員たちが二度裁判を中断していることについて二つ理由があることをはっきり述べている。審理員たちが法に詳しくないこと、不当な判決を下して、不本意にも被告の世評を傷つけてしまうことを危惧したからであるというのである (Caec. 6)。キケロの陳述は明らかに審理員たちに対する挑発を目的としたものであり、実際、審理員たちは、法的問題が双方の論争を通じて明らかにされるまで、評決を躊躇した。フライヤーによれば、第三回弁論のときまで、キケロの当初の主張は、ピソの攻撃によつて深刻に切り崩されていた。フルキニウス農場のカエキーナの所有権は、十分には立証されず、彼の農場の占有も疑わしいままであった。そして特示命令それ自体、不明瞭かつ不確かであることを示していた。一方で、ピソの立場も、特示命令の解釈に関しても変わっていた。彼は自分の当初の見解は、少なくとも何らかの法学的な支持があったと思われるが、これを断念し、新たな見解へと向かう。この段階がまさに本件の第三回目にして最終の聴聞にあたった。⁽³⁸⁾

四・小結

『カエキーナ弁護論』の構成は、一般にレトリック教科書による構成に依拠しつつ、状況によるアレンジが加えられている。もう一度ここで『カエキーナ弁護論』の全体構成をふり返っておこう。⁽³⁹⁾ 序論部 (Caec. 1-9) は、被告の過去と現在の行動の厚かましき (Caec. 1-3) と評決に至らない審理員の臆病さに力点が置かれている (Caec. 4-9)。陳述

部はキケロが審理員たちに理解してもらいたいように、事件の事実を語るべく進行する (Caec. 10-23)。長い立証部 (Caec. 23-102) が通常でないのは、キケロが、自分自身の主張の立証に移る前に、被告人の自白と証人を論じる点だけである (Caec. 23-31)。第三一節で、被告人の法的主張は原告の事件への橋渡しとして利用されている。第三二節の冒頭で、キケロは論証を形式的に事実に関する問題と文言に関する問題という二つの部分に分けている。事実に関する問題の部分 (Caec. 32-85) は、カエキーナに対する侵害行為について特別な法的救済策がある主張することで始まっている (Caec. 32-40)。キケロはこれに続けて以下の点を強く主張していく、アエブティウスの行動が特示命令における暴力 *vis* を構成すること、*deiectio* という語は、アエブティウスの行動に適用できること (Caec. 49-64)、法律家アクイリウスの特示命令解釈—キケロにとって有利な—が擁護されるべきは法律家としての彼の地位と所有権保護のもたらす利益のゆえであること (Caec. 65-79)、最後に、無名の法律家の見解—当該人物の回答がピソによって引用されている—は、それは結局原告に有利なものであるとしても、明らかに非常識であること (Caec. 79-85)、こうしたことをキケロは主張する。キケロは、弁論のこの部分で、*deiectio* の意味に関するピソの主要な見解だけを取り扱っている。

論証部の後半は、特示命令の文言に関係している (Caec. 86-95)。キケロは、*unde deieicisti* という文言が、その場所から文字通り追いつくことだけでなく、誰かがそこに近づくのを阻止することも含むべきことを示すことから始めている (Caec. 86-89)。そのあと、*deiectio* の意味に関するピソの論拠に転じ、暴力に関する特示命令と武装した暴力に関する特示命令との文言の相違が、占有が後者の特示命令の要件とされていないことを証明していると論じる (Caec. 90-93)。キケロは少なくともカエキーナが占有していたということは「争点外」であると簡単に論じて締めく

くっている。ポイントはウォラテラエの市民権の問題についての逸脱が挿入され（Caec. 95-102）、弁論は終結に向かう。キケロは、これまでのアエプティウスに対する弁論において示した主要なポイントを繰り返して述べ、依頼者カエキーナの確固たる信念をたたえて、結語を締めくくる（Caec. 103-104）。

本稿では、『カエキーナ弁護論』のうち、キケロとピソとの間で交わされた、所有権、占有、特示命令の適用という争点について、可能な限り両者の主張を対比できるかたちで、検討を加えてきた。それぞれの争点について、二人の弁護人が法廷の場でどのように立論し、相互に反駁し合ったか、その一端を見ることができたと思われる。両者にとって、それぞれの主張を勝ち抜くための決定的な論拠を見出せないとき、いかにして自らの主張を支えるための間接的な論拠から、聞き手たる審理員たちを説得し、自分たちに有利な判断をひきだそうしたかがその具体的な場面の中に示されている。残されたキケロの法廷弁論自体、言うまでもなく決して論理的に一貫した主張が展開されているわけではない。キケロの一見晦渋とも思われる文章は、個々の論点の積み重ねからポイントをかせいで、最後に勝利するという弁論の醍醐味を十二分に味合うことができる。

最後に、こうしたキケロの弁論をどのように評価できるのであろうか、この点についての見通しを述べて、本稿の締めくくりとしたい。『カエキーナ弁護論』をめぐる問題の一つは、キケロの言説がレトリックによって黒を白と言いくるめようとしているのか、それともその言説は真実のうえに組み立てられたものであるのかという問題である。もとよりそれは程度の問題であることはいうまでもないが、ローマ法学とレトリックないしはキケロの言説との関わりについて、『カエキーナ弁護論』は一つの手がかりを与えてくれる。そうした意識を鮮明にしたのはやはりサヴィニーの『占有法』が投げかけた問題であつたともいえる。サヴィニー以後の研究史は『カエキーナ弁護論』の個々の

論点をめぐって汗牛充棟ともいえる膨大な研究を積み重ねてきた。その一つの傾向は、サヴィニーの提起した問題をどのように考えるかという点にある。『カエキーナ弁護論』に登場する二つの特示命令について、サヴィニーは、これらが実は一つにして同じものであると考えることから出発する。⁽⁴⁾ キケロは、慣行に基づく放逐を伝える。これは、当時、所有物返還請求訴訟を導入するために用いられた象徴的な行為であり、二つの暴力に関する特示命令は現実の暴力に関わる。サヴィニーは、二つのうち、暴力に関する特示命令だけがユスティニアヌス法においてもなお意味を有したのであり、それゆえ、慣行に基づく放逐についてそれ以上の関心を示さない。サヴィニーは暴力に基づく特示命令は現実に追い出された時点に占有にあった場合にのみ適用があると考えるのであるが、キケロは武装暴力に関する特示命令の場合には占有は必要ないと主張する。このことがサヴィニーに問題を投げかけることになる。サヴィニーによれば、たとえば第九四節でカエキーナが農場を占有していたと主張する点で、キケロは事実をねじ曲げているということになる。このキケロの主張こそ彼の弁論の生命線にあたるのであり、結果を左右することになる。それゆえ、キケロにとってはカエキーナが占有にはなかったことを曖昧にしておくことが肝要であったのであり、キケロの議論はカエキーナの占有を確証するものではなく、まさにこの点で真実を語り得なかったという結論になる。キケロは武装暴力に関する特示命令の適用にあたっては、原告は占有を必要としないと主張する。サヴィニーはこの点でもキケロは事実を歪曲していると考える。第九一節についてこう語っている。「キケロはここで特示命令文言を援用する。これは広く認められたのであり、それゆえ、実際に認められるにはそれなりの理由があつたはずであるが、この点で、しかし何か虚偽の解釈が施されたのである。おそらく事態は以下のように説明されよう、すなわち、この特示命令は通常に、つまり暴力が用いられない場合に適用される。その方式において

「そこ^ウから^デかの^ウ者が^イ暴力^イによ^ツつて私^メを追^デい出^イした^エ場合^ト、私が暴力により隠秘により容假により占有していたのでないときに」という文言が求められた。付加部分は三つだけ例外を列挙しているが、「私が占有していたとき」という文言はこの例外にのみ関係があり、占有一般を示すためのものではない。占有自体は「そこからの者が私を追いつ出した」という文言によって十分明らかにされているのである。武器が用いられた場合には、これらの例外は当てはまらず、方式から付加部分全体（「私が…占有していたとき」）が省略されたのであるが、だからといってこの場合でも占有が訴権の基礎付けのために必要なかったというわけではないのである。それゆえ、キケロがかの省略を利用したのは、カエキーナのために不正とはいえ必要不可欠な結果を導き出すためだったというのはきわめて蓋然なことである。⁽⁴¹⁾

サヴィニーによると、「近代の法律家たち」はキケロの言を真実とみなし、武装暴力事件の場合には、特示命令発給のためにたんなる所持つまり、法的占有がなくても十分であるかのように説明してきたとして、キュジャスらを例に挙げている。⁽⁴²⁾『カエキーナ弁護論』はサヴィニー『占有法』を通じてその理解に新しい方向を歩み始めたともいえる。そうした傾向は、例えば、ニコシアの研究も、サヴィニー的理解を前提として、キケロの言説を三つのトリックとしてとらえようとする点で新機軸を有するものであるともいえる。シュトローは、レトリック研究の立場から、キケロの法廷弁論に関する独自の構想を展開したものである。⁽⁴⁴⁾『カエキーナ弁護論』について、法的な側面について、サヴィニー、ニコシアらの理解を前提として、これにレトリックの部分に強調点をおいた研究と位置づけることもできよう。こうしたサヴィニー以来の『カエキーナ弁護論』研究の系譜については稿をあらためて検討の機会をもちたいと考える。

(1) J・シュトルー／吉原達也訳「法の極みは不法の極み」『日本法学』第七九卷第二号（二〇一三年）、三七～一〇八頁。Stroux, Johannes, *Summum ius summa iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte der interpretatio iuris* (Aus der im ganzen nicht erschienenen Festschrift für Paul Speiser-Sarasin zum 80. Geburtstag am 16. Oktober 1926), Leipzig/Berlin 1926; Nachdr. in: ders., *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Potsdam 1949, S.7-66. シュトルーの学説史的な意味について、武藤智雄「ことばと意思」（一）『阪大法学』第二一号（一九五七年）、一～三四頁、（二・完）同第二三号（一九五七年）、一～二二頁、真田芳憲「共和政末期における弁論術 Rhetorik と法学の解釈方法」法学新報七四卷（一九六七年）一三三頁以下。西村隆蒼志『ローマ損害賠償法理論史—法律論の歴史的過程—愛媛大学法学研究叢書・一九九九年、六三頁以下、とくに六九頁以下及び第四章九四頁以下を参照。最新の文献として、Falk/Luminati/Schomoeckel. (Hrsg.), *Fälle aus Rechtsgeschichte*, München 2008, S.14ff., Fall 2 Causa Curiana (Halbwachs); U・ファルク／M・ルミナティ／M・シュメーケル編著、小川浩三他監訳『ヨーロッパ史のなかの裁判事例』シネルヴァ書房・二〇一四年、「Case 2 クリウス事件」（飛世昭裕訳）、一三三～四六頁。

(2) 柴田光藏「ローマ法における特示命令訴訟の一考察—カエキーナ弁護論をめぐって—」『法学論叢』第九四卷三・四号（一九七四年）、一一七～一八〇頁。吉原達也訳「キケロ『カエキーナ弁護論』」（一）『広島法学』第二四卷四号（二〇一一年）、一三五～一四八頁、（二）同第三五卷一号（二〇一一年）、九一～一〇六頁、（三・完）同第三五卷第二号（二〇一一年）、五二～六六頁。以下『カエキーナ弁護論』の引用は断りなき限りこれに依拠するが、訳文については文脈等の関係で修正を加えて、*ケケロ*がもつ。Boulangier, André, *Cicéron, Discours vol. VII*, Paris, 1929. Frier, Bruce W., *The Rise of the Roman Jurists, Studies in Cicero's pro Caecina*, 1985, Princeton; Stroh, Wilfried, *Taxis und Taktik, Ciceros Gerichtsreden*, Teubner, 1975.

(3) Savigny, *Das Recht des Besitzes, Eine Civilistische Abhandlung*, 6. Aufl., Giessen 1837, S.505ff. 所掲の文献を参照。差しあたゝ J.W. Tellegen, Savigny's System and Cicero's pro Caecina *OIR* II (1996), 86-112.

(4) 『カエキーナ弁護論』に登場する主な人物を略記すると以下の通りである。

キケロ『カエキーナ弁護論』における争点に関する一考察（吉原）

(a) 法廷関係者：法務官 ドラベッラ (Publius Cornelius Dolabella; RE.Nr.14) 当事者：原告 カエキーナ (Aulus Caecina; RE.Nr.6) 原告弁護士 キケロ (Marcus Tullius Cicero)。被告 アエブティウス (Sextus Aebutius; RE.Nr.9) 被告弁護士 ピソ (C. Calpurnius Piso; RE.Nr.63)。

(b) 事件関係者 ①マルクス・フルキニウス (Marcus Fulcinus タルクイニイ出身、ローマで銀行業を営む。後、帰郷)。②カエセンニア (Caesennia ①の妻、タルクイニイ出身 ③の母。カエキーナと再婚)。③マルクス・フルキニウス Marcus Fulcinus ①と②の子)。アエブティウス (Sextus Aebutius カエセンニアの自称財産管理人)、プブリウス・カエセンニウス (P. Caesennius ②の指定相続人、係争土地の競売人 auctor fundi)、セクストゥス・クロディウス・フォルミオ (Sextus Clodius Phormio 競売を差配した銀行家)、一〇人の被告側証人 (氏名省略、アエブティウスとカエキーナの慣行に基づく放逐の際の状況を証言)、カエキーナ (カエセンニアの再婚相手、事件の原告)。

(5) Frier, *op.cit.* (n.2), p.104sq.

(6) コロヌスの意味について、長谷川博隆「キケロの法廷弁論にあらわれるコロヌス」『古代ローマの自由と隷属』名古屋大学出版会・二〇〇一年、一〇四～一六八頁 (初出「キケロの法廷弁論にあらわれる colonus — 「colonus と clientela」 による』『名古屋大学文学部研究論集』六八巻 (一九七六年))。

(7) Hodge, H. G., *Cicero IX Pro Caecina*, Loeb Classical Library, Cambridge 1927, Introduction; Boulanger, André, *Cicéron, Discours vol. VII*, Paris, 1929, Fuhrmann, Manfred (übersetzt), *M. T. Cicero Sämtliche Reden Bd I, Rede für Caecina*, Zürich und Stuttgart, 1970, S.263ff., Einleitung; 柴田・前掲 (前註(2)) 一二九頁以下。長谷川・前掲書 (前註(9)) 一二二頁以下。吉原訳「キケロ『カエキーナ弁論』」前註『広島法学』第三四巻四号 (前註(2)) 一四八頁以下を参照。角田幸彦『キケロ裁判弁論の精神的考察』文化書房博文社・二〇一〇年。

(8) フルキニウスの銀行業について、Andreau, *La vie financière dans le monde romain, Les métiers de manieurs d'argent (IV^e siècle av. J-C-III^e siècle ap. J.-C.)*, Roma, 1987, p.414sq. 木庭顕『法存立の歴史的基盤』東京大学出版会・二〇〇九年、九五五頁註八におけるその評価を参照。

- (9) 以下の叙述は主としてフライヤーの研究に拠りながら個々の論点を整理していくこととする。Frier, *op.cit.* (n.2), p.97/sq.
- (10) *dominium* について、木庭・前掲書（前註(8)）、九七〇頁以下。なお、ローマ法の所有権概念とその登場について一般について、木庭顕『ローマ法案内』羽鳥書店・二〇一〇年、一四一頁以下を参照。
- (11) 柴田・前掲（前註(2)）、一七七頁以下。
- (12) 相続財産及び競売に関して、木庭・前掲書（前註(8)）、九三二頁註六（九三八～九四〇頁所掲）を参照。
- (13) Caec. 16-17. Thilo, Ralf Michael, *Der Codex accepti et expensi im Römischen Recht, Ein Beitrag zu Lehre der Literalobligation*, Göttingen, 1980, 以下に Caec. 16. 17 について S.232-235. なお同書の紹介として瀧澤栄治「ローマ法における文書契約—Thiloの研究の紹介として—」『法学』六三卷（一九九九年）七四九頁。文書契約の性質について、証書説（成立要件として固有の文言形式での証書を作成する）と考える。Siber, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, Bd.2, Berlin, 1928, S.180f. テオフィルスの注釈に依拠）と、帳簿記入説（帳簿 das Hausbuch=Codex accepti et expensi への記入、現金出納簿、収入欄と支出欄の二つの項目からなる帳簿、現在の出し入れを記入して現在高を示す。当座勘定簿、取引相手ごとに見開き二頁のそれぞれに借方 Soll と貸方 Haben を示す。Savigny, *Vermischte Schriften, Bd.1* Berlin, 1850, S.205ff. が通説かと思われるが、批判として Heck, *Der alte römische Literalkontakt*, in *AcP* 116(1918), S.129-156 がある。Groß Keller, *Ein Beitrag zu der Lehre von dem römischen Literal-Contracte*, in *Sell's Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts*, Bd.1 (1841), S.93-115. Beigel, R., *Rechnungswesen und Buchführung der Römer*, G. Braunschen Hofbuchdruckerei, 1904; Thielmann, Georg, *Die römische Privatauktion*, Berlin 1961 以下。ローマの帳簿記入に関する研究として de Ste. Croix, G.E.M., *Greek and Roman Accounting*, in: Littleton and Yamey (ed.), *Studies in the History of Accounting* (ed. Littleton and Yamey), London, 1956 (repr.1 978) p.14-74. Gröschler, Peter, *Die tabellae Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden* (Freiburger rechtsgeschichtliche Abhandlungen, n.F., Bd.26) Berlin, 1997, 421p. ウェッヘス裁判の例について、木庭・前掲書（前註(8)）、九六二頁も参照。Wieacker, Franz, *Cicero als Advokat*, Berlin 1965, S.8ff.

- (14) 市民権の不存在についての論点について、柴田・前掲(前註(2))、一七九頁。木庭・前掲書(前註(8))、九五一頁。Frier, *op. cit.* p.97-103.
- (15) Frier, *op. cit.* (n.2), p.109.
- (16) 木庭・前掲書(前註(8))、九五一頁。
- (17) Frier, *op. cit.* (n.2), p.97sq. これに対する批判として、木庭・前掲書(前註(8))、九五一頁及び註一八(九五六頁所掲)を参照。
- (18) Frier, *op. cit.* (n.2), p.106sq.
- (19) この用益権の性質について、木庭・前掲書(前註(8))、九四一〜九五八頁。とくに九四四頁以下、九四七頁註二三。J.W.Tellegen & O.Tellegen-Couperus, Joint Usufruct in Cicero's Pro Caecina, in: P. Birks (ed.), *New Perspectives in the Roman Law of Property*, 1989, 195-205; Nicotia, Giovanni, Propter usum fructum possidere? Osservazioni su Cic. Pro Caec. 32, 94, in: *Studi in onore di Gaetano Zingali III*, Milano Giuffrè, 1965, pp.497-532. Bretone, *La nozione romana di usufrutto* I, Napoli, 1962, p.43sq. フロートンの書註によつて Gordon, W.M., in: *The Journal of Roman Studies* Vol. 54, Issue 1-2 (November 1964), pp 214-215. *Caec.* 11, 19, 94〜95 の記載をローヤ法学との関係によつてはあらためて検討した。D.7.2.8, Ulpianus 17 ad Sab.: Si mulieri cum liberis suis usus fructus legetur, amissis liberis ea usum fructum habet: sed et matre mortua liberi eius nihilo minus usum fructum habent iure adcresecendi. nam et Iulianus libro trigensimo digestorum ait idem intellegendum in eo, qui solos liberos heredes scripserit, licet non ut legatarios eos nominaverit, sed ut ostenderet magis velle se matrem ita frui, ut liberos secum habeat fruentes. sed et Pomponius quaerit: quid si mixti fuerint liberi et extranei heredes? et ait filios legatarios esse intellegendos et per contrarium, si voluit eos liberos simul cum matre frui, debere dici matrem legatariam esse intellegendam et per omnia similem esse et in hoc casu iuris eventum. 「若し婦人にして其諸兒子と共に用益権の遺贈せられたる時諸兒子にして我配当分を失うとあらば婦人は之を取得すべく然るに婦人にして我配当分を失うことあらば諸兒子は之を取得すべし。皆是れ増加の権に由るものとす。又ユリアヌスの法学大全第三十巻の中に記す所に拠れば

婦人の存する時其諸兒子のみを相続人に指定したる場合に在りても之と同一の法理を適用すべし。何となれば遺言の真意は諸兒子を受益者を為すとは明示せずとも其母をして之と共に其用益権を享有し得しむるに在ること明瞭なればなり。然るにポムポニウスは更に一問題を出して諸兒子と他人とを混じて相続人と為したる時は如何と云い而して之に自答したる所に拠れば此場合には其母に關係なく諸兒子は用益権の遺贈を受けたりと解し得べしと雖も若し遺言の真意にして、諸兒子に其母と共に用益権を行使せしめんと欲したるものとせば其母をも別に用益者と認むべく随つて法理上の効果は爰にも万事前掲の場合と同一なりと謂わざるべからず」と云えり。」(訳文は千賀鶴太郎訳による。) D.7,2,4 Iulianus 35 Dig.: Si tibi proprietas fundi legata fuerit, mihi autem et maevio et tibi fundi eiusdem usus fructus, habebimus ego et maevius trientes in usu fructu, unus triens proprietate miscabitur. sive autem ego sive maevius capite minuti fuerimus, triens inter te et alterutrum nostrum dividetur, ita ut semissem in usu fructu habeat is, qui ex nobis capite minutus non fuerat, ad te proprietas cum parte dimidia usus fructus pertineat: 「若し汝に地所の所有権を遺贈せられ而して予とマエウィウスと汝とに其地所の用益権を遺贈せられたる時、予とマエウィウスとは各々用益権の三分の一を取得し汝は他の三分の一を所有権と混化す。然るに若し予及びマエウィウスの中一人にして身格を減ぜらるることあらば其人の配当分たる三分の一は他の一人と汝との間に分割せらる。随て他の一人は用益権全部の一半を有し汝は他の一半を兼ねて所有権を有す。」 Fragmenta Vaticana, 86-88; FIRA II, 484-485. この点に關して、Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1959, S.300ff., 303-305 を参照。

(20) Frier, *op. cit.* (n.2), p.109sq. 木庭・前掲書 (前註(8))、九五〇頁及び註一六(九五六頁所掲)を参照。

(21) 木庭・前掲書 (前註(8))、九七三頁以下。Falcone, Giuseppe, *Ricerche sull' origine dell' interdetto uti possidetis*, *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo* vol. 44, Seminario Giuridico della Univ. di Palermo, 1996, p.382.

(22) 慣行に基づく放逐について、小菅芳太郎「Uti possidesis 特示命令に關するガイウス文 (Gai. 4, 148) に於けるインテルポラティオの可能性について (一)」『国家学会雑誌』第七一卷、三〇一頁以下、『カエキーナ弁護論』当該箇所及び『トゥッリウス弁護論』との関連、その学説史について、差しあたり、三〇二頁註九九。柴田光藏「ローマ法における損害訴訟の一考察—キケローのトゥッリウス弁護論をめぐって」『法学論叢』第九二卷四・五・六号(一九七二年)も参照。長谷川・前掲書

(前註(6)) 一一五頁註一〇。Gelzer, M., *Zwei Civilprozeßreden Ciceros, Kleine Schriften I*, Wiesbaden 1962, S.297ff.

(23) キケロの言葉からうかがえるピソの主張は以下の二点に要約できる。①件の状況の下で、*deiectio* は問題にならず、アエブティウスはたんに当該土地への外からの立ち入りを阻止したにすぎない。アエブティウスとその一党は、カエキーナとその一党の誰も殺されも負傷もしたわけではないので、暴力 *vis* が行使されたとはいえない。②特示命令文言の *deiectio* というのは、人が特定の場所から追い出された場合だけを意味する。しかしカエキーナにはもともと当該土地について占有はなく、それゆえ特示命令を実行することはできない。これに対する、キケロの主張は、① *deicere* は、ある土地から追い出されていた者が当該土地にふたたび立ち入るのを阻止された場合にも適用がある。アエブティウスとその武装した一党はカエキーナとその一党に対して暴力を行使すると威嚇した以上、すでに特示命令の意味での暴力行使にあたる。②通常の暴力に関する特示命令は、「私が占有していたとき」と「自らの占有が暴力、隠秘、容假による占有でないと証明しない限り」という二つの節を含む。後者は占有瑕疵の抗弁に係わり、同特示命令の発給を求める者は、その占有に瑕疵がないことが要件となる。前者の文言も通常特示命令発給の要件である。これら二つの要件が満たされなくても、武装暴力に関する特示命令が発令可能である。これこそキケロがカエキーナのために求めたものである。本特示命令の発令には占有の瑕疵があるかないかは重要でなく、原告に占有が現実にあることも必要ではない。それゆえカエキーナはこの特示命令の発給を申請できる。しかもカエキーナが占有を有するかは「争点の外」である、というのがキケロの主張の骨子である。

(24) 差しあたり、佐々木健「L・ラブルーナの暴力 *vis* 論」(一)(二完)『法学論叢』第一五五卷一号(二〇〇四年)、一三一頁、二号(二〇〇四年)、一〇〇頁以下、とくに一〇二頁を参照。角田・前掲書(前註(8))、一七二頁以下。木庭・前掲書(前註(8))、九七九頁以下、註一、一二、二三を参照。

(25) 暴力に関する特示命令の文言：D.43.16.1pr.: Praetor ait: “Unde tu illum vi deieicisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit pervenerit, iudicium dabo”. 法務官曰く『一年間において、君がかの者を暴力により排除したか、または、君の *familia* が排除した場合に、そのときにかの者がその場所に有していたものについて、一年を経過したあとは、暴力により排除した者に帰属することになったものについて、本

職は訴訟を付与するであらう』²⁶」 Cicero, *pro Tullio*, XII, 29: 'Unde dolo malo tuo, M. Tulli, M. Claudius aut familia aut procurator eius vi detrusus est' ... 「マルクス・トゥリウスよ、君の悪意により、マルクス・クラウディウスまたは」彼のファミリアもしくはプロクラトルが暴力により駆逐された場合」 Cicero, *pro Tullio*, XIX, 44, 'Unde tu aut familia aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi deiecisti' ... 'cum ille possideret' ... 'quod nec vi nec clam nec precario possideret' ... 「君または君のファミリアもしくはプロクラトルがその者またその者のファミリアもしくはプロクラトルを一年間において暴力で君が排除した場合に」 ... 「その者が占有していたときに」 ... 「その者が暴力、隠秘または容仮によらず占有ものを」。Cicero, *ad Fam.*, VII, 13, 2: 'Quod tu prior vi hominibus armatis non veneris' ... 「君が以前に暴力により並びに武装した人々によって相手方の占有を排除するに至ったので」。Lenel, *Edictum Perpetuum*, 3. Aufl. S.461ff. S.467f., §245b: 'Unde tu illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti aut familia tua deiecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas'. 「過去一年間において、占有していた―君から暴力にも隠秘にもプレカリウムにもよることなしに占有していた―彼〔原告〕を君〔被告〕又は君の奴隷が暴力によって排除した場所へ、君は彼を復帰させよ。そして彼が被排除時にその場所で持っていた物を返還せよ。一年を経過後は、暴力によって排除した者に帰属するところのものについて、本職は訴訟を付与するであらう。」特示命令と『カエキーナ弁護論』『トゥッリウス弁護論』に伝えられる文言との関係に関する告示再構成上の問題については、稿を改めて検討したいと考える。差しあたり、柴田・前掲（前註(2)）²⁷、一二〇頁以下。小菅・前掲（前註(22)）²⁸、二六五頁註二二を参照。

(26) 小菅・前掲（前註(22)）、二〇一頁以下。Nicosia, Giovanni, *Studi sulla "Deiectio"* vol.1, Milano Giuffè, 1965. 木庭・前掲書（前註(8)）、九七三頁以下。

(27) 法学者アクィリウスについて、林智良「ガイウス・アクィリウス・ガッルス C. Aquilius Gallus の周辺：共和政末期ローマの政治的・社会的・法学的文脈において」『法と政治』第六二巻一号（二〇一一年）、一九七～二二五頁、とくに二〇〇～二〇二頁を参照。Frier, *op.cit.* (n.2), p.139～155は『カエキーナ弁護論』を分析する作業の一貫として共和政末期の法発展という背景の中にアクィリウス・ガッルスを位置づけ、詳細な検討を加えている。林智良『共和政末期ローマの法学者と社会

変容と胎動の世紀』法律文化社・一九九七年。Harries, J., *Cicero and the Jurists from Citizen's Law to the Lawful State*, London, 2006.

- (28) Frier, *op. cit.* (n.2), p.107.
- (29) Frier, *op. cit.* (n.2), p.110sq.
- (30) Frier, *op. cit.* (n.2), p.111.
- (31) Frier, *op. cit.* (n.2), p.112.
- (32) Frier, *op. cit.* (n.2), p.112sq.; 171sq.
- (33) Frier, *op. cit.* (n.2), p.113.
- (34) Frier, *op. cit.* (n.2), p.111sq.
- (35) Frier, *op. cit.* (n.2), p.112.
- (36) Frier, *op. cit.* (n.2), p.114; 175n.142.
- (37) Frier, *op. cit.* (n.2), p.114sq.
- (38) Frier, *op. cit.* (n.2), p.115.
- (39) Frier, *op. cit.* (n.2), p.115sq.
- (40) Savigny, *Das Recht des Besitzes, Eine Civilistische Abhandlung*, 6. Aufl., Giessen 1837, S.505ff. サヴィニーの占有法については、小菅芳太郎「サヴィニー『占有法』雑感」『北大法学論集』第三三巻二号二一八頁以下。木庭顕「Savignyによる占有概念の構造転換とその射程」海老原明夫編『法の近代とポストモダン』東京大学出版会・一九九三年、一六七頁以下。吉原達也「何人も自己自ら占有の性質を変更することを得ず」というローマ法準則・再考―サヴィニー『占有法』における占有概念をめぐって―」『広島法学』第三五巻第二号（二〇一一年九月刊）、一〇二五頁。
- (41) Savigny, *op. cit.* (n.40), S.513.
- (42) Savigny, *op. cit.* (n.40), S.514, n.1. Cuiacius in Paul. V.6, 3 及び L.18, de vi. (Lib.20, Quaest. Papin. Opp.IV. p.652) が引

用される。

- (43) Nicosia, Giovanni, *Studi sulla “Deiectio” vol. I*, Milano Giuffè, 1965.; Nicosia, Propter usum fructum possidere? Osservazioni su Cic. Pro Caec. 32, 94, in: *Studi in onore di Gaetano Zingali III*, Milano Giuffè, 1965, pp.497-532.

- (44) Stroh, *op. cit.* (n.2)., p.80sqg.

* 本稿は、二〇一一年度～二〇一四年度基盤研究 (B) 「ギリシア・ローマ民事訴訟再検討―裁判手続と法廷弁論―」研究課題番号 2330003 (研究代表・葛西康徳教授) に関する研究並びに二〇一三年度～二〇一六年基盤研究 (C) 「ローマ法におけるレグラエの研究」研究課題番号 25380013 の研究成果の一部である。この場を借りて御礼申し上げます。

金融機関の融資局面における情報提供義務に関する一考察

鬼 頭 俊 泰

一 はじめに

本稿は、近時のシンジケート・ローン（以下、「シ・ローン」という。）に関する裁判例を手掛かりとして、金融機関の融資局面における情報提供義務につき、検討するものである。

シ・ローンは、複数の金融機関が協調してシンジケート団を組成し、一つの契約書にもとづき同一条件で同一の借入人に対して融資を行うための手法であるため、シ・ローン全体のとりまとめを行うアレنجヤーと呼ばれる金融機関が必要となる。シ・ローンでは、貸付額や貸付枠を除く主要条件（たとえば、貸付条件、貸付実行日、返済日、利息等）を揃えた上で、借入人と貸付人となる複数金融機関との間で個別に金銭消費貸借契約が締結される⁽¹⁾。ただし、アレنجヤーは、借入人との間ではシ・ローンを組成するにあたって委任または準委任の関係となるものの、各貸付人との

間には特段の契約関係は発生しないとされている。⁽²⁾ そのため、参加を検討している金融機関に対しては、適宜必要と判断される情報の追加開示をアレンジャーに求めるなどしたうえで、アレンジャーから伝達された情報を基に、自己の責任でシ・ローンへの参加を決定することが求められることとなる。⁽³⁾

具体的に、シ・ローンにおけるアレンジャーの情報提供義務の法的な問題は、アレンジャーがシ・ローンの取りまとめ役であることや借入人のメインバンクであることが多いという経済実態と、アレンジャーと参加金融機関との間に特段の契約関係は発生しないと考えられている法形式との間で、アレンジャーには参加金融機関に対する情報提供義務が存在するの可否か不明確であることに起因する。また、シ・ローンにおけるアレンジャーは通例メインバンクが担っており、⁽⁴⁾ 日ごろの与信管理によって培われた情報保有者であることから、いわば「利益相反情報の塊」である可能性が高い。そのため、メインバンクとしての守秘義務とアレンジャーとしての情報提供義務の問題が生じる。換言すればシ・ローン契約における個別独立性の確保とシンジケート団の公平性・団体性の確保との間で、アレンジャーが板挟みになっていることが情報提供にかかる問題を複雑にさせている。すなわち、借入人がデフォルトに陥り、貸付金の返済が見込めなくなった場合に、メインバンクには情報提供義務の問題が顕在化するため、金融機関同士の情報提供義務（あるいは守秘義務）をどのように整理すべきか議論がなされているものの、⁽⁵⁾ 実務上の指針となるべき裁判例の蓄積は現状では乏しく、解明すべき論点が多く残っている。

本稿ではかかる状況を踏まえ、検討の対象をシ・ローンにおける近時の裁判例に絞り、その分析を手掛かりに金融機関の融資局面における情報提供義務につき検討したい。

具体的な検討手順としては、まずシ・ローンに関する二つの公判裁判例を紹介し、判例実務にみるシ・ローンにお

けるアレنجヤーの責任を整理する。そのうえで、シ・ローンにおけるアレنجヤーの情報提供義務を具体的にどのように位置づけるべきか、ケーススタディ方式で検討していくこととする。

二 最判平成二四年一月二七日の事実の概要

1 本件事件の概要

地方銀行であるY（被告・被控訴人）は、信用金庫X₁・同X₂・地方銀行X₃（原告・控訴人）が参加して締結された総額九億円のZ石油向けシ・ローン（以下、「本件シ・ローン」という）におけるアレنجヤー兼貸付人である。Zは、石油製品の卸売等を目的とする株式会社であり、主要仕入先にA物産が、石油の販売先の一つにガソリンスタンドを経営するDが、Zの関連会社にFがあった。シ・ローンによる融資実行後、Zが主要仕入先であるAから取引を解除され、また、粉飾決算を理由としてメインバンクであったB銀行から融資の継続を打ち切られるなどしてその経営が破綻し、民事再生手続の開始決定がされるに至ったため、回収不能となった貸付金相当額の損害を被ったと主張して、XらがYに対し、債務不履行ないし不法行為に基づく損害賠償を求めた。

本件事件において最高裁判所は、シ・ローンのアレنجヤーが、その招聘に応じてシ・ローンに参加した金融機関に対して、信義則上、情報提供義務を負うと判断し、不法行為による損害賠償を初めて認めた。

2 シ・ローン組成と訴訟の提起に至るまで

本件において、Yがシ・ローンを組成し、XらがYに対して訴訟を提起するに至る経過は、以下のとおりである。

(1) 平成一九年二月二六日頃、Yは、平成一七年二月頃から取引のあったZにつき、ZのメインバンクであったB銀行より別件のシ・ローン（以下「別件シ・ローン」という）の参加招聘を受けたところ、これに参加せず、Yをアレシジャー兼エージェントとする本件シ・ローンに取り組むこととした。

平成一九年八月二八日ないし同月二九日ころ、BはZ代表取締役Cに対し、Zの平成一九年三月期決算書に不適切な処理があることの疑念および決算書に関して専門家による財務調査を行う必要がある旨指摘し、財務調査を行わなければ同年九月末以降の別件シ・ローンの継続ができない旨を告げてこれを行うよう要請し、Cはこれを承諾した。また、Cは、別件シ・ローンの各貸付人に対して前記指摘を記載した書面を作成・送付し、（細部につき当事者間で争いはあるものの）同指摘をY担当者のEに伝えた。

なお、ZはDからD振出の約束手形を預かり、資金繰りに利用するなどしていたところ、平成一九年三月期決算書中の受取手形につき約二億七八〇〇万円分の計上漏れがあったことが財務調査によって後に判明している。

(2) 平成一九年八月二九日、YはZより正式にアレシジャーとなるよう依頼を受けて本件シ・ローンのアレシジャーとなり、同日頃から同年九月上旬にかけて、同年九月一日を回答期限としたうえでX₁らを含む各金融機関に対して本件シ・ローンへの参加招聘を行った。Yは参加招聘に際して、書面（①平成一九年三月期決算書、②参加案内資料、③補足説明資料）および口頭（④本件シ・ローンの貸付金の使途がZの主要仕入先であるA物産に対する前渡金として使用すること、⑤Yの貸付額四億のうち、三億円については既にZに融資している三億円の回収資金に充てさせてもらうこと）で本件シ・ローンを説明した。

(3) かかる招聘を受け、いずれも本部稟議を経るなどした上で、X₁は平成一九年九月二〇日に二億円で参加を決

定、 X_2 は翌日に同額で参加を決定、そして X_3 は、同月一八日に一億円で参加を決定した。同年九月二一日、EはZ社長室にて本件シ・ローンXら担当者がCの連帯保証意思の確認等のため入れ替わり訪問する中で調印手続を完了させ、同月二八日に本件シ・ローン契約が締結され、同日貸付が実行された。同契約の他の主な内容は、①平成二〇年三月二八日を第一回目の返済日とし、②半年毎に九〇〇〇万円ずつ一〇回払い、③各回の弁済額はシ・ローン参加割合に応じて按分、④物的担保なし、⑤Cを連帯保証人、とするものであった。なお、本件貸付金九億円のうち、三七八〇万円は、アレンジャーフィーないしエージェントフィーとしてZからYに対し支払われ、二億円はFの口座に入金され、その後、FからYへの借入金返済に充てられ、一億円はZからYに対し借入金返済として支払われ、残り約五億五〇〇〇万円がZのAに対する買掛金債務の弁済に充てられた。そのほか、本件シ・ローンの参加手数料（パーティシペーションフィー）として、 X_1 及び X_2 が各二一〇万円、 X_3 が一〇五万円（個別融資額の一%及びこれに対する消費税相当額）を、受領している。

(4) しかし、同年一〇月一九日、Zは、Aから同月一七日をもって取引を解除する旨の通知を受け、さらに、平成一九年一〇月三二日には、別件シ・ローンの継続ができないとして、BからZに対し期限の利益喪失通知がなされ、経営が破綻した。その後Zは、平成二〇年三月二八日に民事再生手続開始の申し立てを行い、同年四月一日に民事再生手続きの開始が決定された。

(5) かかる事態を受け、XらはYに対し、アレンジャーとして適正な情報をXら参加金融機関に提供すべき義務を怠り、融資金の使途についてZと共謀して虚偽の情報を伝え、融資当時Zに粉飾決算の疑惑があったことを開示しなかった等の債務不履行または不法行為があったとして、融資金の回収不能による損害につき賠償を求めて提訴した。

3 下級審（名古屋地判平成二三年三月二六日・名古屋高判平成二三年四月一四日）⁽⁶⁾の判旨⁽⁷⁾

(1) まず第一審は、「Yは、そもそもシンジケートローンに参加する金融機関の利益の確保に努める主体ではない上、招聘を受けた金融機関であるXらは、自己の権限と責任において融資の可否を判断すべきものであり、融資の可否の判断に関しYに一方的に依存する関係にはないから、本件シンジケートローンにおいて、Xらが主張するような一般的・抽象的な信認義務をアレنجヤーたるYに課すべき法的根拠はないというべきである。」としたうえで、Xらの主張する信義則上の情報提供義務違反を債務不履行責任と位置づけるべき旨の主張については、XらとYとの間に契約関係がなく、契約上の義務ないしその付随義務を観念する余地がないとした。

ただ、「シンジケートローンへの参加を検討する金融機関は、適正な情報に基づき参加の可否の意思決定をする法的利益を有するというべきであり、具体的事情の下でアレنجヤーが故意・過失によりかかる法的利益を侵害したといえる場合には不法行為責任を負うことがあると考えられる。」とし、「信義則の適用に当たっては、当該情報の内容・性質、アレنجヤーが当該情報を入手した経緯等の諸般の事情に照らし、当該情報を提供しないことが取引通念上容認し得ないといえるか否かという観点から判断するのが相当である。」とした。

かような判示に続き、第一審判決は特定の情報を提供しないことが取引通念上容認し得ないというために必要な次の二つの要件を掲げた。

- ① 当該情報が、招聘を受けた金融機関の参加の可否の意思決定に影響を及ぼす重大な情報であり、かつ正確性・真実性のある情報であること
- ② アレنجジャーにおいて、そのような性質の情報であることについて、特段の調査を要することなく容易に判断

し得ること

その上で第一審は、Xらが主張する粉飾決算に関する情報提供を怠ったYの行為につき、認定された事実からは「YがXらに対し信義則上提供する義務を負っていたものとはいえず、この点に関する情報提供義務違反をいうXらの主張には理由がない。」「本件シンジケートローンの契約書一式への調印日にZを訪問したEに対し本件書面を見せた旨をいう証人Cの証言はたやすく採用できず、証拠によっても、そのような事実があったとは認められない。そして、他にこれを認めるに対する証拠はない。」「決算書に粉飾がある疑いがある旨の指摘を受けている旨の情報は、それが招聘を受けた金融機関の参加の可否の意思決定に影響を及ぼす重大な情報であり、かつ正確性・真実性のある情報であることについて、Yにおいて特段の調査を要することなく容易に判断し得るものではなかったといえ、かかる情報について、YがXらに対し信義則上提供する義務を負っていたとまでは言えないというべきである。」などとして、Yに対するXらの請求を棄却した。Xらは第一審判決を不服として控訴した。

(2) 次に、控訴審は第一審判決を取消したうえで、Xらの請求を一部認容し、次のとおり判示した。

控訴審は、債務不履行責任につき「アレنجヤーのYは、本件シ・ローンに参加する金融機関に参加を働きかける（招聘する）ものの、参加金融機関との間に契約その他の何らかの法的関係を合意をすることはなく、そのような証拠もないから、YがXらに対し契約上の債務としての情報提供義務を負うとは認められない。また、アレنجヤーが参加金融機関に対して法定の情報提供義務等を負う旨を定めた規定も存在しない」として、第一審判決と同様に否定した。

他方、「アレنجヤーたるYと参加金融機関であるXらとの間に契約関係があるとはいえないが、……アレنجヤーは、一般に参加金融機関に対する招聘活動の中で、慣習上、借受人の財務状況等について記載したインフォー

メーシヨン・メモランダム及び契約条件を記載したシートを参加金融機関に交付し、その記載事項について参加金融機関からの質問に答えることとされ、反対に参加金融機関は、アレنجジャーに上記の質問をすることはできるが、借受人に対して直接質問することはできないとされ、現に本件ではそれに沿った取扱いがされている。……アレنجジャーであるYは、参加金融機関にとって取得することが困難でありながら、参加するかどうかを決定する上では重要な情報を、借受人との従前からの金融取引等によつて了知・取得していることもある。」とし、慣習上、シ・ローンにおいてアレنجジャーが他の参加金融機関と比べて情報面において優越的な地位にある実態を認めている。

そして、「アレنجジャーは、信義則上、上記のような重要情報を参加金融機関に提供すべき義務があるというべきであり、アレنجジャーがこれを故意に怠った場合（インフォメーション・メモランダムに重要情報と異なる記載を故意にした場合を含む）、あるいは故意に匹敵するような重大な過失により参加金融機関の判断を誤らせた場合（例えば、情報自体は知っていながら、それが参加金融機関に伝えるべき重要情報に当たらないと誤って判断するような場合）には、アレنجジャーは、信義則上参加金融機関に対して当該情報を提供すべき義務に反し、不法行為責任を負うことがあるというべきである。」とした。

また、「Zの平成一九年三月期の決算書に不適切処理がある旨の疑念をBが有していること、およびC作成の本件書面の存在と記載内容とをBから指摘されたところ、それらは、参加金融機関にとっては本件シ・ローンに参加するかどうかを判断する上で極めて重要である」にもかかわらず「……上記情報をXらに開示しないまま、本件シ・ローンを実施したのであるから、Yにはアレنجジャーとしての情報提供義務違反があるというべきである。」とした。

さらに、平成一九年九月五日にYとCとでなされたとされる、Bが指摘するZにおいてDの受取手形を融通手形と

して利用しているのではないかとの疑念、Zが粉飾決算をしているのではないかとの疑念に関する会話（以下「九・五会話」という）「の内容の真偽につき、Eは、格別の確認・検証もしないで、Cの話が信用でき、メインバンクのBが別件シ・ローンの他に本件シ・ローンを計画しているZやYの動きを妨害するために茶々を入れていただけ、Zに粉飾決算等の疑念はないと判断したところ、その判断は、客観的には誤りであったわけで、余りにも安易であったといわざるを得ない。また、本件九・五会話の翌日、Bの担当者がCに謝罪に来たとの連絡がCからEにあったという話も、真に受けてよいか通常なら不安になるはずである。したがって、Yが、格別の検証・確認調査をしないでCの話が信用でき、Bが妨害のために茶々を入れてきただけであると判断したのは、重大な過失であるといわざるを得ない。そうすると、このような安易な誤った判断に基づき、本件九・五会話があったことやその内容をXらに開示しなかったのは、Yにおいて、Bのいうとおりの事実があつてこれを知っていたにもかかわらずXらに伝えなかったこと（故意があるといえる場合）とほとんど変わらないのであり（故意があつたことに匹敵する重過失があるということができ）、Yがアレンジャーとしての情報提供義務に反したというべきである。」とした。

Yは、Xらが、金融機関として貸付取引に精通しており、Yが本件シ・ローンのアレンジャーであるからといって、Xらに対する情報提供義務を負うものではないと解すべきで、控訴審の判断は民法七〇九条の解釈適用を誤っているとして上告した。

三 最判平成二四年一月二七日の判旨⁽⁸⁾

最高裁は、次のとおり判示し、Yの上告を棄却した。

(1) まず最高裁は、「Yが本件シ・ローンのアレンジヤーであるからといって、Xらに対する情報提供義務を負うものではないと解すべき」として、アレンジヤーという地位にもとづく情報提供義務の存在を否定した。また、BがZ決算書の精査を強く指示したうえ、その旨を別件シ・ローン参加金融機関にも周知させたという「本件情報は、Zの信用力についての判断に重大な影響を与えるものであつて、本来、借主となるZ自身が貸主となるYらに対して明らかにすべきであり、Xらが本件シ・ローン参加前にこれを知れば、その参加を取り止めるか、少なくとも精査の結果を待つことにするのが通常の対応であるということができ、その対応をとっていたならば、本件シ・ローンを実行したことによる損害を被ることもなかった」としている。他方、本件情報の入手可能性についても、「別件シ・ローンに關与していないXらが自ら知ることは通常期待しえないもの」としている。

(2) そして、「Xらとしては、Yから交付された資料の中に、資料に含まれる情報の正確性・真実性についてYは一切の責任を負わず、招へい先金融機関で独自にA社の信用力等の審査を行う必要があることなどが記載されていたものがあるとしても、Yがアレンジヤー業務の遂行過程で入手した本件情報については、これがXらに提供されるように対応することを期待するのが当然といえ、Xらに対し本件シ・ローンへの参加を招聘したYとしても、そのような対応が必要であることに容易に思い至るべきものといえる」とした。

(3) 結局、守秘義務も本件情報がCからEに提供された状況から問題とならないとされ、「本件シ・ローンのアレンジヤーであるYは、本件シ・ローンへの参加を招聘したXらに対し、信義則上、本件シ・ローン組成・実行前に本件情報を提供すべき注意義務を負うものと解するのが相当である。そして、Yは、この義務に違反して本件情報をXらに提供しなかったのであるから、Xらに対する不法行為責任が認められるというべきである」と結論を下した。

(4) なお、本判決には次のとおり、田原裁判官による補足意見がある。

まず田原裁判官は、BがZの平成一九年三月期決算書に不適切処理の疑いがある旨を指摘し、専門家による財務調査を行わなければ別件シ・ローンの継続ができない旨Zに告げた事実を「同社の信用の根幹にかかわる重要な情報」と位置付けたうえで、「Zにおいて、本件シ・ローンへの参加の呼びかけに応じようとしている金融機関に対して信義則上開示すべき重要な情報であるといえる」とした。

次に田原裁判官は、アレンジャーとシ・ローンへの参加を希望する参加金融機関との間の契約関係を否定しつつも、「アレンジャーがその業務の遂行過程で得た情報のうち、相手方が参加の可否を判断する上において影響を及ぼすと認められる一般的に重要な情報は、相手方に提供すべきものであり、それを怠った場合には、参加希望者を招聘する者としての信義則上の誠実義務に違反するものとして、不法行為責任が問われ得ると言える」とした。

そして田原裁判官は、Zの提供した資料の真実性・正確性を揺るがす情報を、Xらが融資契約締結の可否を判断するうえで重要な影響を及ぼし得る情報であり、当該情報をアレンジャー業務の遂行過程で入手したものであるとしたうえで、「Yは……Xらに直ちに本件情報を開示すべき信義則上の義務を負っていたものといえることができるのであり、その違反に対しては不法行為責任が問われて然るべきである」と結論付けた。

ここまで、シ・ローンにおけるアレンジャーの法的責任が問われた最判平成二四年一月二七日の事実の概要と各審級段階における判旨の内容を紹介した。以下では章を改めて、関連裁判例や英国のケースを紹介し、最判平成二四年一月二七日の事案との比較を行うこととした。

四 検討

1 わが国における関連裁判例（東京地判平成二五年一月二六日）の検討

(1) 最判平成二四年一月二七日は、シ・ローンにおけるアレنجヤーの情報提供義務を認めた初めての最高裁判決である。それを検討するに当たり、その後、シ・ローンにおける情報提供義務が問題となった東京地判平成二五年一月二六日も併せて検討することが議論を進化させるために有益である。

この事件の概要は、以下のとおりである。

都市銀行であるY（被告）は、第二地方銀行Bを含む五つの金融機関が参加して締結された総額一〇億五〇〇〇万円のA株式会社（土木、建築工事等を目的とする会社）向けシ・ローンにおけるアレنجヤー兼エージェント兼貸付人である。Aはシ・ローン融資実行後、程なくして経営破たんし、かつ、シ・ローン貸付金再検討を担保すべき工事に係るAの建設会社であるCに対する請負代金債権が実存せず、Bの貸付金一億円の大半が回収不能となった。かかる事態を受け、BはYに対し、平成二二年二月一七日、貸付に係る金員の残金相当額八二二万八千五百七十五円を損害金として二週間以内に支払うよう同月一六日付け通知書をもって催告した。Bを吸収合併し、その権利義務を承継した地方銀行であるX（原告）はYに対し、貸付金の回収不能にかかる損害がシ・ローンのアレنجヤーまたはエージェントとしての義務をYが怠ったために生じたものであるなどと主張して、主位的に債務不履行、予備的に不法行為にもとづき損害賠償を求めた。

(2) 判決内容の概要は以下のとおりである。

(ア) 裁判所は、日本ローン債権市場協会による「ローン・シンジケーション取引における行為規範」(以下、「JSLA行為規範」という)を引き合いに出したうえで、「シ・ローンに係る参加金融機関が、貸付取引のプロとして、当該シ・ローンへの参加の意思決定のために必要な信用情報を自ら特定し、その情報を入手するための方法を自ら模索した上で、自ら適切と認める資料及び情報等に基づき、自らの責任で参加の意思決定を行うべきであること、アレシジャーが、借入人の依頼を受けてローン・シンジケーションの組成を行うものであって、借入人の意向に沿って単に情報を伝達するただけの主体と位置づけられるものであることは、平成一九年当時、我が国におけるシ・ローン取引に関わる金融機関等の関係者間においては、認識として共有されていたものとみられる」とした。

(イ) また、本件シ・ローンにおけるインビテーションレターに前記(ア)の趣旨が明示されていることや、参考検討資料がAからの提供資料等をもとに作成されたものであり、Yはその内容の正確性、真実性及び完全性についても何ら保証をするものではなく、それらの内容が正確、真実又は完全でなかったことにより金融機関が費用、損害その他の損失を被った場合でも、その理由のいかんを問わず、Yはそれについて何らの責任も負わない旨等が明記され、Bにおいてもそれらの内容を十分に了知していた、という事実を認定した。

(ウ) さらに、Bは、本件シ・ローンへの参加の意思決定のために必要な情報を特定し、追加情報が必要であると判断すればYを経由してAに対してその開示を要請し、それでも満足な情報を得ることができなければその参加自体を行わないことよってリスクの回避を図ることが可能であったことから、「本件シ・ローンのアレシジャーであるYが、Xが主張するような義務を一般的に負っていたものと認めることはできないものというべきである」とし、アレシジャーによる情報提供義務の対象となる融資前提情報を調査・確認する義務の存在を否定した。

(エ) 他方、Y従業員らが、①ACとの間で本件請負契約を締結していないとの事実、または②YがAから本件請負契約に係る契約書の写しの提出を受けておらず、その原本の存在が未確認であるとの事実、を認識しながら、故意にまたは重大な過失により、Bに対してそれらの事実を伝えなかったことが、本件シ・ローンのアレンジャーであるYが負うべき信義則上の義務としての情報提供義務に違反するとXから主張がなされた。これに対し、裁判所は①については、AC間で請負契約が締結されていないという事実を認めつつも、Y従業員らがその事実を知らなかったためXの主張自体を失当であるとし、②については、Y従業員らが注文書の写しの原本確認を行っていないことを認めつつも、前記(ア)(イ)のとおり、「それ自体が直ちにYのBに対する何らかの義務違反に当たるものとは認められず、そうであれば、当該事実、基本的にはY自身のAに対する融資審査の在り方に関する事実とみるべきものであって、BがYに対して上記確認の有無に係る情報の照会等を行ったことが窺われない前記認定の事実経緯の下では、Yの従業員らが上記事実をBに対して伝えていなかったとしても、そのことが直ちにYのBに対する信義則上の情報提供義務に反することとなるものと認めることはできない」とした。

(3) 小括

アレنجヤーの情報提供義務をどのように位置付けているのか、最高裁判決（最判平成二四年一月二七日）と下級審判決（名古屋地判平成二三年三月二六日・名古屋高判平成二三年四月一四日）、そして関連裁判例（東京地判平成二五年一月二六日）をそれぞれ比較してみたい。

シ・ローンにおけるアレنجヤーの情報提供義務につき、最高裁・下級審判決（関連裁判例も含む）はいずれも、シ・ローンにおけるアレنجヤーと参加金融機関との間の契約関係を否定し、他方、融資の参加を決める重要な情報

をアレンジャーが知っていたにもかかわらず参加金融機関に対して提供しなかった場合等、具体的事情のもとで信義則上の情報提供義務違反にもとづく不法行為責任を負うことがあると判示する点は共通する。

ただ、控訴審判決が疑念の段階にとどまる情報であつても情報提供義務の対象となる可能性を示していることや、アレンジャーが前記重要情報の提供義務を故意もしくは故意に匹敵する重過失により怠っている場合に不法行為が成立するとしている点で他の判決と異なる（最高裁判決は明示せず、第一審判決は単に「故意・過失により」としている）。また、アレンジャーの借入人に対する守秘義務についても、最高裁判決ではシ・ローンの組成等をゆだねているため問題とならないとしているのに対し、第一審判決では商慣習上または契約上、当該顧客との関係において守秘義務を負うとし、控訴審判決では、借入人は、シ・ローンの組成を依頼するにあたり、情報提供を黙示的にあるいは慣習上容認しており、アレンジャーは守秘義務を負担しないとし、一様ではない。^⑨

第一審判決では守秘義務の存在を認めただうえで、重要情報につき単に故意過失要件とし（最高裁判決は明示していない）、控訴審判決では守秘義務を認めず、重要情報につき故意または故意に匹敵する重過失要件としているため、結論部分では大きな差異は生じないようにも見える。もともと、控訴審判決の枠組みに従うと、広範な情報につき一つ一つ当該情報が重要情報であるか否かをアレンジャーが調査し明らかにしなければならなくなるため、アレンジャーに負担が過度に集中する可能性がある。

前記事案に対し東京地判平成二五年一月二六日（判決内容については、四1(2)を参照）は、アレンジャーが参加金融機関に対して提供すべき情報を提供しなかった、という点で共通するものの、そもそも必要情報の提供自体がなかったのではなく、必要情報の提供はあつたが当該情報が事実と異なっていた点で異なる。そのため、かかる相違を考慮

すると、問題は情報提供義務というよりむしろ、借入人の不法行為責任あるいはアレنجヤーの融資審査体制の問題として取り扱うべきであろう。^⑩ また、アレنجヤーが故意に虚偽情報を参加金融機関に対して提供したことによって損害が発生した場合には、詐欺の問題としてアレنجヤーが責任を負う可能性もある。

前述のように、わが国では裁判例の蓄積が乏しいため、さらに詳細にアレنجヤーの情報提供義務について考慮するためには、この分野で議論が進んでいる英国のケースを探求することが必要となる。そこで次に、英国におけるアレنجヤーの情報提供義務に関する議論を参照し、わが国におけるアレنجヤーの情報提供義務に関する検討の手掛かりとしたい。

2 英国におけるアレنجヤーの情報提供義務に関する議論の紹介

(1) 情報提供義務にかかる議論状況

英国においてもわが国と同様に、アレنجヤーの情報提供義務が問題となっており、ここでは借入人の破たんによつて損失を被つたシ・ローン参加金融機関はアレنجヤーに対して、主に不実表示、注意義務違反そして信認義務違反といった理由で責任を追及している。^⑪

近時のシ・ローンに関する英国の裁判例において、アレنجヤーの参加金融機関に対する信認義務は認められていないが、アレنجヤーと参加金融機関との間に信認関係が存在する場合や信認義務に位置づけられるような特別な義務に違反する場合には、アレنجヤーの信認義務違反が認められる可能性がある。ただ、アレنجヤーの信認義務については、シ・ローン取引が独立当事者間取引であることや、そもそもシ・ローン市場がアレنجヤーに信認義務が

課されることを望んでいないことなどを理由に否定する見解が有力である。⁽¹²⁾

しかし、アレンジャーの信認義務は否定されているものの、そのことがアレンジャーの情報提供義務の存在を否定するわけではない。アレンジャーは、参加金融機関に対して提供した情報が虚偽であった場合や参加金融機関が当該情報を信頼して参加を決定した場合に、責任を負う可能性があるからである。⁽¹³⁾ その際、当該情報が、故意または過失によつて参加金融機関に対して提供された場合、アレンジャーに対して損害賠償を請求することができる。不実開示につき英国では、裁判所による救済が困難であるというコモンロー上の制約を克服するため、不実表示に関する制定法として、一九六七年不実表示法が整備されている。一九六七年不実表示法二条一項は、ある者が契約の相手方によつて不実表示がなされた後に契約を結び、その結果として損害を被ったときは、その不実表示が詐欺的になされていたならば不実表示者がそれに関する損害賠償の責任を負ったであろう場合に、不実表示者は、契約締結時まで表示された事実が真実であると信じるにつき合理的な理由を持ち、かつ、現実にそう信じていたことを証明しない限り、表示が詐欺的になされたものではなくとも、責任を負う、と規定する。また、同法二条は、契約が①契約締結以前に契約当事者によつてなされた不実表示を理由としてその当事者が負うかもしれない責任、または、②そのような不実表示を理由として契約の相手方が利用しうる救済手段を排除または制限するような条項を含んでいる場合に、一定の例外を除き、当該条項自体を無効であると規定する。

なお、過失による不実表示に関する一般的なケースにおいては、アレンジャーが参加金融機関の要請に従つて正確で誤解を招かない情報を提供しなければ注意義務も問題となる。⁽¹⁴⁾

（2）英国におけるアレنجジャーの情報提供義務に関する裁判例

次に近時の英国の裁判例を見てみるに、アレنجジャーと参加金融機関との間に信認関係を認めず、もっぱらアレنجジャーが参加金融機関に提出した情報が不正確あるいは誤解を招くものであったかどうか、正確な情報がアレنجジャーから提供されていれば参加金融機関は参加していたかどうか、といった点が問題とされている。

たとえば、*IFE Fund SA v Goldman Sachs International* 事件¹⁵は、投資ファンドである原告が、仏国の会社が英国の会社の買収の一環として発行した債券への投資によって発生した損失に関し、買収のために組成されたシ・ローンのアレنجジャーである銀行に対し、不当表示や過失を理由に損害賠償を請求した事案である。裁判所は、被告が提供したインフォメーション・メモランダムには明示的にも黙示的にも情報の正確性について表明しておらず、また、明示的または黙示的な情報開示義務を被告に課することをシ・ローン市場関係者がそもそも念頭に置いていないこと、などを理由に衡平でないとした。

また、*Sumitomo Bank Ltd v Banque Bruxelles Lambert SA* 事件¹⁶は、原告である銀行が、アレنجジャーである被告銀行の招聘によってシ・ローンに参加し、不動産ローン損失補償保険（Mortgage Indemnity Guarantee）をつけたうえで貸し付けたところ、借入人デフォルト後に当該シ・ローン組成額がそもそも補償対象額を超えていたことが判明し、保険会社からの支払いを原告が拒絶されたため、アレنجジャーである被告銀行に対し損害賠償を請求した事案である。裁判所は、不動産ローン損失補償保険の存在が原告のシ・ローン参加決定につき不可欠なものであったことを認め、被告が招聘に際して不動産ローン損失補償保険の存在を説明していなかったことが注意義務違反に当たると判示した。このように、英国においてもわが国と同様に、アレنجジャーの情報提供義務が問題となっている。また、そこでな

されている議論も、アレنجジャーの個別具体的な行為内容が、不実表示や注意義務違反に当たるか否かというものである。

日英両国間においては、司法制度において違いは見られるものの、アレنجジャーと参加金融機関との間に契約関係を認めず、借入人と各金融機関との間に個別の契約関係が発生するとするシ・ローンの法的構成や、シ・ローンの組成・実行の際になされた個別具体的なアレنجジャーの行為が、不実表示や注意義務違反に当たるか否かによってアレنجジャーの法的責任を判定するという点で共通する。そのため、シ・ローンにおけるアレنجジャーの法的責任に関する英国の議論はわが国の議論にとっても有益であり、場合によっては影響を与えるものである。

3 シ・ローンにおけるアレنجジャーの情報提供義務

さて、以下ではわが国の議論に立ち戻り、シ・ローンにおけるアレنجジャーの参加金融機関に対する情報提供義務について検討したい。

アレنجジャーと参加金融機関との契約関係の有無については、判決は一致して両者の契約関係の存在を否定する（最高裁判決では明示していないものの、三(4)で前述した田原裁判官の補足意見の中で述べられている）。また、アレنجジャーの信認義務についても、最高裁判決では触れられていないものの、第一審判決では明示的に、控訴審判決においても契約関係の存在自体を否定していることから、いずれにしてもその存在を否定している。この判断枠組み自体は、JSLA行為規範と共通するものである。¹⁷⁾

ただ、アレنجジャーと参加金融機関との間に、シ・ローン組成という合意形成に向けた信頼関係の下での協力関係

が存在し、かかる関係をもつて事実上の契約関係ないし契約類似の関係とする余地もあるように見える。

そこで、シ・ローンにおけるアレنجヤーと参加金融機関の関係につき、直接契約関係にない多数当事者の調整を行うという点で共通する社債制度における社債管理者（と社債権者）とを対比させながら検討していくこととする。

まず社債管理者とは、社債権者のために、弁済の受領・債権の保全その他の社債の管理を行う者であり（会社法七〇二条）、銀行などの金融機関でなければならない（同法七〇三条）。この社債管理者の役割は、通常多数に上る社債権者の保護を十分なものとするため、金融機関が社債管理者となり社債権者に代わって債権の弁済を受けたり、債権の実現を保全したりすることである。契約関係に目を向けてみると、社債管理者を設定するにあたっては、社債管理者委託契約が締結されるところ、同契約の当事者は社債管理者と社債発行会社となる。なぜなら、社債管理者と社債権者との間には直接の契約関係にはないうえ、社債発行会社に対して貸付債権を有する取引銀行であつても社債管理者の資格を有するため、社債管理者と社債権者とは潜在的に利害対立状態にあるといえるからである。⁽¹⁸⁾

実際に、名古屋高判平成二一年五月二八日判時二〇七三号四二頁は、大手スーパーM社の社債権者Xらが社債管理者であつたY銀行に対し、M社が破たんする一か月前にM社から担保の供与を受けたとして、平成一七年改正前商法三二一条ノ二第二項（会社法七一〇条）の責任等があると主張して、Xらの被つた損害の賠償を求めて訴えを提起したものであるところ、「経済的窮境に陥つた社債発行会社に対して社債管理会社が担保を徴して救済融資を行うことは、これを機会に自己の従前からの債権の優先的な回収を図るなどの行為に及ばない限り、原則として、社債発行会社及び社債権者にも有利であるから、社債管理会社が誠実になすべき社債管理を怠らなかつた場合に当たり得るというべきである。」とした。

本稿で取り上げた事例はいずれも、アレンジャーと参加金融機関との間に信認関係を認めていないが、前記社債管理者と社債権者の間で契約関係がないにもかかわらず信認関係が発生していることに鑑みると、たとえば最判平成二四年一月二七日の事案でアレンジャーであるYの行動が債権の優先的（抜け駆け的）な回収を図る行為であると考えられる場合には、別途、信認義務違反に基づく損害賠償責任を負うとも考えられよう。⁽²⁰⁾

もつとも、一般的にプロフェッショナルとされるシ・ローン参加金融機関を、アマチュアであることを念頭に置く社債権者の保護レベルにまで引き上げることは、かえってプロ市場の健全性・柔軟性を損なう結果をもたらすとも考えられる。⁽²¹⁾それはとくに、アレンジャーの法的責任が明文化されていないのに対して、社債管理者の責任・義務について、会社法七〇四条において「社債管理者は、社債権者のために、公平かつ誠実に社債の管理を行わなければならない」と明文化しない。社債管理者は、社債権者に対し、善良な管理者の注意をもつて社債の管理を行わなければならない⁽²²⁾と明文化されている点に現れている。社債権者になるのは、一般投資家も含めた多数の債権者であり、多数の者の権利義務関係を整理する必要があるため義務を明文化する必要があったとされているところ、⁽²³⁾少数のプロだけで組成されるシ・ローンにおけるアレンジャーに、そのような明文化された義務が必要であるかは疑問である。もちろん、アレンジャーは信義則に反する行為が行われた場合には責任を取らなければならないが、そもそもシ・ローン自体、業法によつていわば「雁字搦め」に規制されている金融業界において、業界慣行によつて運用がなされている現状に鑑みると、敢えて明文化をし、市場を規制する必要性を見出しがたい。つまり、本稿で取り上げた裁判例の中で語られている信認義務・信認関係とは異なる意味合いのものによつてシ・ローンは運用されるべきである。それは、個別の契約関係に基礎づけられる信認義務・信認関係とは異なる次元、すなわち、金融業界というプロ集団内で、他のプロに信

義則に違反するような行為、たとえば抜け駆け的な回収を行わない・真正でない情報に基づく参考資料を提出しないといった業界内の信認関係が存在するとみることでもできよう。⁽²⁴⁾ 当然、そこで信認関係を破壊するような行為を行えば、業界内での何らかのサンクションに晒されることとなる。⁽²⁵⁾ いずれにしても、シ・ローンに特有の業法が課されておらず、また、アレレンジャーの責任・義務が明文化されていないことにはそれぞれ実務上の意義・意味があると考える。⁽²⁶⁾

五 結びに代えて

本稿で取り上げた裁判例は一貫して、アレレンジャーと参加金融機関との間に直接の契約関係を認めず、不法行為法上の情報提供義務のみを認めている。ただ、情報提供義務の中核をなす重要情報については一定の枠組みが示されたものの、個別具体的な事案においてアレレンジャーから提供された情報が重要情報に該当するか否かについては不透明性が残る。かかる問題を解決する一つの手段として、シ・ローン契約の締結に当たって作成される統一契約書に表明保証条項を盛り込むなどの措置が考えられよう。⁽²⁷⁾

他方、本稿で取り上げた事例ではいずれも認定されているわけではないが、重要情報の不提供によるアレレンジャーの抜け駆け的回収がなされた場合など、アレレンジャーの有する秘密情報の管理方法についても検討・対応の必要がある。本件で問題となっている参加金融機関への情報提供義務の問題は、借入人に対する守秘義務の問題と表裏の関係にあるため、借入人の利益（情報を外部に漏らされない）を重視する立場と、参加金融機関の利益（シ・ローン組成に当たって必要な重要情報を受領する）を重視する立場とで、提供すべき情報の範囲につき結論が分かれることになる。アレレンジャーが守秘義務を盾に、重要情報不提供による抜け駆け的回収を行うことを防止するためには、アレレンジャー

の借入人に対する守秘義務の存在を否定した上で提供されるべき情報の対象を拡げることが必要となる。もともと、借入人からの守秘義務違反に基づく訴訟提起リスクを回避するためには、シ・ローン契約の中にアレンジャーから参加金融機関に提供される情報の性質・内容等に関する規定を盛り込むことも必要となろう。最高裁判決が事例判決の形をとり、民集登載判決とはならなかった理由はまさにここにあると考える。

なお、本稿では、情報提供義務と守秘義務との関係については詳しく検討することができなかったため、この点については他日を期すこととしたい。

(1) 菅原雅晴ほか『シンジケートローンの実務【改訂版】』（金融財政事情研究会、平成一九年）二五頁。従来、会社が相当数の投資家から負債（デット）によって資金を調達する場合は、社債の発行が一つの手段であった。ただ、社債と比べてシ・ローンは、基本的に相對の契約関係であるため、契約内容によって柔軟な対応が可能であり、社債の場合のように決議事項や決議方法などについて会社法の社債権者集会の規定の射程距離に頭を悩ますことなく、比較的自由に契約法の問題として処理できるメリットがある（西村総合法律事務所編『ファイナンス法大全 下』（商事法務、平成一五年）三二四頁（川上嘉彦ほか）。これは視点を変えると、銀行と証券との棲み分けをどのように図るのかという問題に帰着する。鴻常夫「社債法改正の基本問題」『社債法の諸問題Ⅰ 商法研究第三卷』（有斐閣、昭和六二年）一四五頁では、「社債発行市場の基本的在り方の問題というのは、形式的には、商法・担信法と証取法の間をどのように調整するかという問題であるが、実質的には、金融機関と証券業者との間の業務分野の調整という難しい問題である。」とする。かかる指摘を近時の状況に置き換えると、銀行グループにおけるグループ会社（銀行および証券）間の調整の問題、あるいは商業銀行と投資銀行の違いの問題、とみることができる。

(2) 日本ローン債権市場協会（JSLA）「ローン・シンジケーション取引における行為規範」（平成一五年）四頁。原文につ

いては、日本ローン債権市場協会ホームページ <https://www.jsla.org/ud0200.php> にて公開されている。

(3) 日本ローン債権市場協会・前掲註(2)三頁。

(4) シ・ローンにおけるメインバンクと他の金融機関との関係を検討するものとして、小塚莊一郎「わが国におけるシンジケートローン取引といわゆるメインバンク・システム」上智法学論集五〇巻三号（平成一九年）一頁がある。なお、神田秀樹ほか『金融法講義』（岩波書店、平成二五年）二一九頁は、シ・ローン普及の背景につき、メインバンク制度によって発生した過度の与信集中を避けるためのリスクシェアリング機能であるとし、債権回収不能リスクを分散することが可能となる点や、拠点のない地域の借入人に対しても貸付けを行うことができる点などをメリットとして指摘する。

(5) シ・ローンにおけるアレنجジャーの責任につき、森下哲朗「シンジケート・ローンにおけるアレنجジャー、エージェントの責任」上智法学論集五一巻二号（平成一九年）一頁、道垣内弘人「アレنجジャー、エージェントの法的責任（1）」ジュリ一三六八号（平成二〇年）九七頁、小塚莊一郎「アレنجジャーの責任に関する理論とあてはめと政策論」金法一九二五号（平成二三年）二五頁、木下正俊「シンジケートローン市場の拡大と課題」広島法科大学院論集九号（平成二五年）九頁、大西邦弘「シンジケートローンにおけるアレنجジャーの参加金融機関に対する情報『提供』義務」法時八五巻二一號（平成二五年）九七頁など。シ・ローンにおける当事者関係の複雑性を指摘したうえで、債権者の異なる複数の債権を担保するための方法を検討するものに、長谷川貞之『担保権信託の法理 いわゆるセキュリティ・トラストの基本構造と運用』（勁草書房、平成二三年）一三二頁がある。

(6) 名古屋地判平成二三年三月二六日を評釈するものとして、大上良介「シンジケートローンにおけるアレنجジャーの責任」銀法七一八号（平成二二年）四頁、近江幸治「シンジケートローンによる融資を受けた借入人が経営破綻して融資金の返済が不能となった場合において当該シンジケートローンのアレنجジャーがその招聘に応じてシンジケートローンを組成した貸付人に対して損害賠償責任を負わないとされた事例」判時二一四号（平成二三年）一七〇頁、森下哲朗「シンジケート・ローンにおけるアレنجジャーの責任に関する裁判例（金融商事の目）」金判一三四〇号（平成二二年）一頁、がある。

(7) 名古屋高判平成二三年四月一四日を評釈するものとして、大垣尚司「情報提供に係る注意義務の内容を規定する要素」金

法一九二二号（平成二三年）五八頁、大西義朗ほか〈座談会〉「アレシジャーの情報提供義務と今後の実務影響」名古屋高裁シ・ローン判決を契機として」金法一九二五号（平成二三年）三四頁、鬼頭俊泰「シシシケット・ローンによる融資を受けた借入人が経営破たんして融資金の返済が不能となった場合において当該シシシケット・ローンのアレシジャーがその招聘に応じてシシシケット・ローンを組成した貸付人に対して不法行為責任を負うとされた事例」税経通信六七卷一二号（平成二四年）一九九頁、小塚・前掲註（5）二五頁、高部眞規子「アレシジャーのシシシケット・ローン参加金融機関に対する情報提供義務（上）（下）」金法一九三四号（平成二三年）三二頁、一九三五号（同年）八八頁、松田和之「シ・ローンにおけるアレシジャーの情報提供責任」名古屋高判平二三・四・一四を契機として」金法一九二五号（平成二三年）六二頁、森下哲朗「シシシケット・ローンにおけるアレシジャーの責任」銀法五五卷八号（平成二三年）五頁、吉田光碩「シシシケット・ローンにより融資を受けた会社の破綻とローンを組成した参加金融機関に対するアレシジャーの不法行為責任」リマックス四六号（平成二五年）六六頁、渡辺達徳「シシシケット・ローンを招聘したアレシジャーが参加金融機関に対して負う情報提供義務」金法一九二九号（平成二三年）一八頁、がある。

（8） 最判平成二四年一月二七日を評釈するものとして、川口恭弘「シシシケット・ローンにおけるアレシジャーの情報提供義務」民商一四八卷一号（平成二五年）九六頁、栗原由紀子「シシシケット・ローンにおけるアレシジャーの責任」青森法政論叢一四号（平成二五年）一五三頁、道垣内弘人「シシシケット・ローンにおけるアレシジャーの情報提供義務」リマックス四八号（平成二六年）六頁、奈良輝久「金融機関Yをいわゆるアレシジャーとするシシシケット・ローンへの参加の招聘に応じた金融機関らに対し、Yが信義則上の情報提供義務を負うとされた事例」金判一四二六号（平成二五年）八頁、早川結人「シシシケット・ローンにおけるアレシジャーの参加金融機関に対する情報提供責任」最三判平成二四年一月二七日を契機として」名古屋大学法政論集二五四号（平成二六年）六二九頁、本多正樹「シシシケット・ローンの参加金融機関に対するアレシジャーの情報提供義務違反が認められた事例」金法一九七七号（平成二五年）一八頁、松浦聖子「シシシケット・ローンにおける情報提供義務違反と不法行為責任」法セ七〇二号（平成二五年）一一〇頁、三宅雅之「シシシケット・ローンにおけるアレシジャーの信義則上の情報提供義務」銀行実務四三卷四号（平成二五年）九六頁、森下哲朗「シシシケット・ローンにおけるア

レンジャーの責任に関する最高裁判決」金法一九六八号（平成二五年）六頁、がある。

(9) とりわけ、シ・ローンへの参加を検討している金融機関が借入人に対して直接質問できないという慣習があった点につき、実務と異なるとして批判するものに、浅田隆Ⅱ本多知則「異例なアレンジャー業務の事例判決」金法一九二二号（平成二三年）六七頁。日比野俊介「アレンジメント業務の実務的観点からの検討」銀法七三二号（平成二三年）一九頁、松田・前掲註(7)六七頁、がある。

(10) 東京地判平成二五年一月二六日におけるアレンジャーYは、別件で貸付先Aの代表者およびA取締役に対して、受注したかのような偽造注文書を提出して融資を受けたと主張して、共同不法行為（民法七一九条一項）に基づき、残元金相当額の損害賠償およびこれに対する遅延損害金の支払いを求めて提訴している。東京地判平成二四年四月二三日は、被告二名の内A取締役の責任を認め、結果としてYは約六億円の債務名義を取得している。YのAに対する債権額は八〇億円以上におよぶものの、東京地判平成二五年一月二六日で問題となっているYのシ・ローン貸付額は七億円であることから、他の金融機関から抜け駆けるに債権回収を図ったと評価することもできよう。

(11) AGASHA MUGASHA, THE LAW OF MULTI-BANK FINANCING: Syndicated Loans and the Secondary Loan Market, 2007, p.137.

(12) Leo Clarke & Stanley F. Farrar, Rights and Duties of Managing and Agent Banks in Syndicated Loans to Government Borrowers, 1982 U. ILL. J.L. REV. 269 (2005).

(13) AGASHA MUGASHA, *supra* note 8, p.137.

(14) *Id.* at 157.

(15) IFE Fund SA v Goldman Sachs International 1 Lloyd's Rep. 264 (2007).

(16) Sumitomo Bank Ltd v Banque Bruxelles Lambert SA 1 Lloyd's Rep. 487 (1997).

(17) 日本ローン債権市場協会・前掲註(2)八頁。

(18) 森まどか『社債権者保護の法理』（中央経済社、平成二二年）二〇二頁。

(19) 信認関係の内容につき、四宮和夫『信託法「新版」』（有斐閣、平成元年）二二一頁以下参照。

(20) 鬼頭・前掲註(7)二〇四頁。なお、アレンジャーが借入人から組成を委任された受任者として借入人に対して負う善管注意義務の一環として、借入人に対して情報を開示するよう助言すべきものとして、清原健二「三橋友紀子「シンジケートローン」におけるアレンジャーおよびエージェントの地位と責務」金法一七〇八号（平成一六年）九頁。また、松井智予「利益相反取引とベター・レギュレーション」岩原紳作ほか編『会社・金融・法「下巻」』（商事法務、平成二五年）四四五、四八五頁は、利益相反の観点から、アレンジャーである金融機関の責任を検討するにあたっては、プリンシプル・ベースの事前規制と、スタンダード・ベースの私法規律（不法行為・善管注意義務）の事実上の連動関係に注意を払う必要がある、とする。

(21) 森下哲朗「シンジケートローンの法的問題と契約書」金法一五九一号（平成一二年）六頁。ただ、プロである金融機関を一律に横並びのものとして位置付けることが困難であることも事実であろう。それはたとえば、都市銀行・地方銀行・信用金庫・信用組合といった各種金融機関を、企業規模・資金力・情報力・交渉力などにおいて同列に取り扱うことが困難であることから明らかである。

(22) 江頭憲治郎編『会社法コンメンタール（16）社債（付…担保付社債信託法）』（商事法務、平成二二年）一三七頁以下〔藤田友敬〕。

(23) ただし、社債管理者が同一の発行者による複数回の社債管理を引き受けている場合に、かかる社債権者に対して公平義務を負うかという点については見解が分かれている。異なる回の社債権者との関係でも公平義務を負うとする見解として、神作裕之「社債管理会社の法的地位」落合誠一ほか編『現代企業立法の軌跡と展望―鴻常夫先生古稀記念』（商事法務、平成七年）二〇五頁、北村雅史「社債管理会社の義務と責任―利益相反関係を中心として」ジュリ一二一七号（平成一四年）一七頁などがあり、否定する見解として、森・前掲註(18)二〇九頁がある。

(24) アレンジャーと参加金融機関との法律関係につき、貸付債権の回収や権利行使の局面における団体性をとらえ、貸付人間に一種の組合契約（民法六六七条）的関係が存在しているとする見解がある（大垣尚司『金融と法』（有斐閣、平成二二年）三八四頁、長谷川貞之「シンジケート・ローンにおける担保取得と担保権信託の活用」日本法学七五巻三号（平成二二年）

二二二頁、二四二頁。ただし、前者は貸付債権を準合有（民法六六八条・六七六条）しているとまではいえないとしているのに対し、後者はそれを肯定する）。

(25) 例えば、金融業界におけるプレゼンスやレピュテーションの低下、金融庁による行政処分などを招くことが予想される。

(26) 大垣尚司『金融と法』（有斐閣、平成二二年）三八一頁は、社債発行については会社法上の手続きが厳格なうえ、金融商品取引法上も様々な義務や責任が課せられるのに対して、シ・ローン形式をとればこうした規制を回避・軽減することができ、ることを指摘する。

(27) シ・ローンにおける表明保証条項の利用実態を紹介し、シ・ローンにおける借入人の表明保証の機能は、M&A取引における売主の表明保証機能と比べ、限られたものであるものとして、井上聡「金融取引における表明保証」金法一九七五号（平成二五年）四五頁。

国際法のドイツ環境法への影響

フィリップ・クーニヒ

甲斐素直 訳

1. 概念及びテーマ

本稿のテーマとして、いま一度、私はドイツ環境法をとりあげる。⁽¹⁾ 環境法という概念については、前稿で次の様に述べた。(国内) 環境法とは、自然資源、すなわち水・土・空気の状況・維持・保全を目的とする法規である。これに加え、これらの環境要素の相互関係、特に生物に関する法規、または一定の物質から生じる危険を防止する目的の法規、例えば化学物質審査法 (Chemikalienrecht) や食品衛生法 (Lebensmittelrecht)、あるいは植物の保護に関わる法規なども含まれる。もはや製造目的に合致した利用は不可能であり、それ故に経済的な利用価値を失ったために、環

境財（Umweltgüter）⁽²⁾に悪影響を及ぼす可能性を持つようになったものがある。廃棄物がその典型であるが、それ以外にも、本来の目的以外には利用が可能であるために依然として経済的価値がある財もこれに該当する。

環境法は、したがって、いずれにせよ自然環境への危険が生じるという共通点を有している多数の物や状況に関わっている。それは、一方においては経済的な製造過程による生産物ないし副産物に関わり、他方においては日常生活にも関わる。すなわち消費行動の結果や、下水および糞便の場合には——人間という存在の直接的結果である。

あらゆる現代国家は、その完成度や保護水準にはばらつきはあるが、各国独自の環境法を有している。例えば、水域を保護する法規は従前の国家組織中に存在していたし、今日の公害（Immission）⁽³⁾防止法の前身にあたる法規は、欧州においても日本においても一九世紀に近代工業生産が開始された当時にすでに制定されていたが、上述した状況のできるだけ多くを包括的に規制しようとする環境法は、比較的新しい現象である。特別の環境法制が制定される以前の段階では、最初是一般警察法が同時に環境保護法として機能していた。ここで、私がこの点に言及しているのは、環境法領域（その概念がまだなかった時代にも）は、危険防止のための国内立法の中心領域に属し、また公共の安全と秩序の維持に属しているということを、説明したいからである。

この領域では、国際法からの影響は、どの程度の意味を有しているだろうか？そうした影響は、他の古典的な国内政策分野ではむしろ稀だからである。

この疑問を検討するに先立ち、私は「国際法からの影響」とは何を意味しているかと考えているかを説明しなければならぬ。本稿において「国際法」とは、多くの場合には国際公法を意味するが、他方欧州法 (Europarecht) をも意味する。欧州法は、現在のドイツ法秩序を理解するためには重要であり、本稿で対象としている環境法では特にそう言える。私が思うに、この点は日本における研究では、二つの理由から関心の対象となりうる。第一は、ドイツ法を理解するために必要、との理由である。第二は、今日では欧州経済統合共同体モデルは同時に法律上の統合でもあり、このことが、多くの人びとから模範とされているという理由である。統合共同体を設立したり、少なくともそれに近づけようとしたりすることは他の地域にも見られ、アジア圏においても法に基づき経済的な関連を高めようとすることが問題となっていることは知られている。そこで、二国間の統合はどこまで進めることが可能か、または進むべきか、この統合が加盟国の法秩序、およびその国民にどのような結果を発生させるかが問題となる。

しかし、まずは国際法に戻ろう。古典的国際法は、国家間の法であり、法に規制される主体、すなわち第一義的には国家が、自分で自らを拘束する規範を制定する点に特徴がある。国家は、その成立後に自らが服することになる法を、合意の下に、すなわち、二ヶ国間または多国間の条約を通じて、ないしは、国際法では非常に重要であるが、法規を発展させる慣行、すなわち慣習法を通じて創造する。市民と国家の関係とは異なり、そこには、上位の法制定機関は存在しない。⁽⁴⁾

法の執行の段階でも、同様の基本構造が妥当する。普遍的な法秩序としての国際法秩序には、極めて部分的にしか

司法権が整備されておらず、また、統一的な執行機関も、ほとんど整備されていない。紛争の解決や違法行為に対する制裁も、主として合意の下に、分散的に行われているに過ぎない。少なくとも原則としてはそうであり、この原則からの例外は、これまでのところ部分的にしか成立しておらず、その機能は拙劣である。

古典的国際法も国際組織を認めており、その中には、加盟国間の条約により創造された独自の法人格を有し、その独自に制定した規制により加盟国を相互協力させ、その意思形成に、加盟国を服させることができる組織体も存在する。但し、通常は、それら組織は、加盟国に対し、特定の行動をとるように法的に義務付けることはできず、単に勧告を行うにとどまる。そして自ら加盟国に対して法的義務を制定できる場合にも、従来の型の国際組織は、いずれにせよ、加盟国の国内法に直接に機能せず、それ故に国内法秩序のうちにある法的主体に対して義務を課し、権利を与えるような法規範を創造するような地位にはなく、したがって、市民その他の経済主体に及ぶことはできない。

この点は、欧州法では異なる。ここに欧州法という概念は、欧州経済共同体として成立し、後に欧州共同体と称され、現在は欧州連合（European Union）として存在する組織の形成物を意味するものとして使用する。この組織は、当初は中欧の六ヶ国によって設立され、五〇年以上をかけて加盟国を拡大し、欧州の政治的分裂も前世紀の九〇年代に克服された結果、当初は排除されていた加盟国も、この拡大の対象となった。

この欧州の統合組織も、古典的な国際法上の組織として出発した。現代の欧州法は、国際法上の基礎を有し、今日も国際法上の組織としての面を有するが、同時に、私が先に述べた国際法上の基本構造を超える側面も有している。

すなわち、欧州法は、加盟国に優越する立法権を有している。欧州法は、独自の執行および監督機構を發展させた。欧州法は独自の司法権を有している。特に次の諸点が重要である。欧州法は、加盟国内法秩序を直接的に規制し、その法に服する市民に義務を課し、権利を与えるという形で拘束するのであり、その意味において欧州法は、国内法秩序の構成要素として、各国の国内裁判所の判断基準になる。

このような効果は国際法秩序の枠内においても、裁判所としては任意に認めることができる。但し、それは原則に對する例外に過ぎないのに対し、欧州法ではそれが原則となる。

2. 国際法および欧州法の国内法への影響の方法と効果

国際法の国内法に対する関係については、学説の対立がある。いわゆる二元論と一元論が対立し、若干の中間説もある。しかし、これらの理論の実務における実益は限られたものと考えるので、本稿では、これに言及しない。⁵⁾

私の検討の出発点は、国際法は、確かに、諸国家に対し、すべての拘束力を有する規制に配意し、遵守することを要請しているということである。その規制とは、当該国家が加盟した条約、および普遍的または地域的な拘束力を有する国際慣習法、およびすべての法体系で共通する一定の法の一般原則である。他方、国際法は、単に結果としての遵守を要求しているに過ぎず、国際法上の法規をどのような方法で遵守するかは、当該国家に委ねられている。換言すれば、国際法の国内法化は、各国が自らの定めるところによる。各国は、国際法秩序を結果として遵守する義務を

負うが、その結果をどのように保障するか、という問題については、自己責任で判断できる。

この点については当該国家の国内憲法秩序の問題となる。ドイツの場合は、以下のとおりである。国際法上の条約は、国内立法機関が法律制定の方式と手続により承認した場合には、憲法の定めるところにより、法律としての効力を有する⁽⁶⁾。したがって、国内法秩序において法律として効力を有する。他の法律との矛盾が発生する場合、一般的な抵触規定が妥当する。より具体的な法律がより一般的な法律に優先する、または、より新しい法律がより古い法律に優先するなどの原則である。それに対し、国際慣習法は、ドイツ憲法によると、国内ではこのような承認行為がなくても妥当する⁽⁷⁾。したがって、それは憲法とその他の法律の『中間』の効力を有する。

この点について他の国家での法的状況を検討することは、学問的にも実践的にも非常に興味深い問題であるが、ここにはきわめて多様な類型がある。英国のようなコモン・ロー諸国においては当然のことながら、国際法がコモン・ローとして機能する場合があるが、その場合にはそれに抵触する成文法が優越するという条件下にある。合衆国憲法は明確に国際条約について規定しているが、不文の国際慣習法は、そこでも連邦法の一部として効力を有し、それ故に州法に優越するが、合衆国憲法には劣後する。イタリアでは、すべての国際慣習法がイタリア国内法秩序の構成要素とされるが、憲法と同等の地位を有するか否かについては争いがある。ギリシアでは、一般に認められている国際法上の原則および国際条約が、あらゆるギリシア国内法に優越するので、ドイツとは異なっている。トルコでは、国際条約法のうち、人権に関わる部分が法律にも、そして憲法規定にも優越する。

このように、様々の国家を検討対象とすることができ、今は、そのための時間がない。日本での状況については、以下のように理解している。日本国憲法九八条二項により、国際条約法および国際慣習法に原則として拘束力があるが、日本国憲法の国際法に対する優越は強く主張されているわけではない。それに対し、裁判実務において、これらの問題が重要となるのは稀である。なぜならば、最高裁判所は、国際法上の問題については、第一義的には内閣・国会の判断に委ねているからである。ドイツでは、状況がまったく異なる。ドイツには連邦憲法裁判所があり、そこが国際慣習法の範囲および内容について判断する権限は、他のすべての国家機関に対し、優越的な拘束力を有しているからである。憲法異議手続きの枠内においてさえ、連邦憲法裁判所が国際法上の条約について判断することができる。なぜなら、その効力や内容によって、国民が基本権に対する制限受忍の要否という問題が決まる場合があるからである。

欧州法は、国際法について上述したところと比較すると、その新しい段階であることを示している。欧州法は、それにより義務を負担している権利主体、すなわち欧州共同体加盟国に、国際法とは異なり、欧州法の優越的適用を認めさせている。この点についても、欧州連合設立条約（これは既に数次の改正を経ているが）の解釈について、また国内憲法秩序の観点から、極めて激しい論争がある。しかし、欧州法が国内法に優越する点については、見解は完全に一致している。通説によると、欧州法は、欧州連合の機能を確保するための原則が必要とするために、国際法上の原則を放棄したのである。ルクセンブルク所在の欧州連合裁判所は、一九六四年に決定的な判例変更を行い、欧州法の加盟国における統一的適用を要求した。⁽⁸⁾ ドイツでは、この欧州連合法による規範命令は、ドイツ憲法が現行の形

式を維持する限り、憲法に抵触するという問題は生起しないと考えられている。

このような原則に関する問題から離れて、欧州連合法の種類という観点に立つと、それは混乱と多様化を極めている。まず、いわゆる一次法と二次法の区別が存在する。一次法とは、いかなれば欧州連合の憲法で、欧州連合設立条約またはそれに加えて、欧州連合法のうち、法的一般原則に関する規定からなる。二次法は、欧州連合ないしその機関が制定した法で、様々な決定形式がある。特に重要なのが規則（Verordnung）という法形式で、これは、加盟国の国内法として、直接的に適用される法である。これに対し、指令（Richtlinien）は、加盟国の立法府に対する拘束的指図であるが、適切な国内法化が行われていない場合には、また制限期間の満了後であれば未だ国内立法化がなされていない場合でも、一定の条件の下において、あたかも法律であるかのように直接に適用される場合がある。その結果、指令それ自体が無視された場合には、国民がそれを現行法として主張できることになる。この発展についても、ルクセンブルク所在の欧州連合裁判所が判例変更を行っている^⑨。

国際的な法の、この二種類の、全く異なる機能は、ドイツにおける環境法に対して何を意味しているだろうか？この点を検討するために、まずは、環境保護分野で国際法および欧州連合法においてどのような規制があるか、との点について視線を向ける必要がある。

3. 国際法と環境保護

国際法上の環境保護は、様々な段階で発展した^⑩。最初は二か国間・地域条約により、特に国境に近い河川等の保護

を目的とする環境保護条約より出発した。次の段階は、慣習法による法規定の形成であった。その際も、国境を超える環境被害に関する責任および賠償が問題となった。前世紀の三〇年代にアメリカ・カナダの仲裁裁判で決定された「トレイル精錬所 (Trail Smelter)」事件は、有名である。^①この事件では、国境を越えて効果が生じた空気汚染による損害が問題となった。当時の法状況を基準とする場合、仲裁裁判はこの事件の判断を誤ったと思われる。なぜなら、当時は、未だ該当する慣習法が整備されていなかったからである。しかし、その後、この判決は国家の実務および学問での議論で多く賛成され、この判断を法の発展の成功として評価できる。今日では、いずれの国家も他国の環境被害について原因を与えた場合には、慣習法に基づく責任を一般に問われるとされる。したがって例えば、チェルノブイリの惨事に起因する欧州各国の被害については、ソ連（当時）が責任を問われることになる。

前世紀の後半になって、初めて、国際法による環境保護の第三段階に到達した。すなわち、国内的規制では除去ができないか、あるいは国内的規制では十分な実効性のない環境問題に関する多国間条約が締結されるようになった。多数の国際条約が海洋環境保護の領域で成立した。特に重要なものとして、船舶航行による海洋汚染問題、海洋のゴミ捨て場としての使用問題ないし河川から海洋に流入する汚染物質問題に関する条約がある。このことから、国際法は、規制の必要性が示され、その必要が明白となり、国際合意が可能となった段階になって、初めて反応することが分かる。そのことは、とりわけ八〇年代以降に締結された大気汚染防止、気候変動防止及び生物多様性に関する条約について言える。

国際法による環境保護の最後の第四段階は、環境保護の人権問題としての発見である。大きな人権条約は環境保護に触れていないが、しかし、特に国連の枠組みでの環境政策会議を見ると、国際法による環境保護は個々人の利益のためのものであり、したがって国家の利益ではなく、世界の人びとの利益に奉仕するものであることに、疑問の余地はない。この点は、特に欧州人権条約で具体化された。より正確に言えば、欧州人権条約の監督のために設立されたシュトゥラスブルク所在の欧州人権裁判所は、個々の人権規定の拡大解釈により、結果として公害の防止についての個人の権利を認めた。¹²

4. 環境保護と欧州連合法

一九八七年、欧州経済共同体の設立からおよそ三〇年を経過したこの年に、初めて固有の意味における環境政策の根拠権限が条約に追加された。¹³しかし、それ以前においても、この領域では多数の規制が行われており、それに際しては、その権限は、加盟国間で環境領域における規制が異なることが競争に影響する結果、直接的に域内市場に影響を与えることから導かれた。それ以外の立法の根拠権限も、環境政策を形成するために幅広く利用された。アムステルダム条約では、すでに国連で具体化された持続可能な発展の原則が明示的に採用された。¹⁴環境保護の推進は、現在の状況下においては、持続可能な発展の推進という形で欧州連合の政策を確立し、実施することが求められている。現在の一般に承認された欧州連合の目標として、環境保護に大いに努力を傾注し、産品移動の自由に対する制限を正当化できるものとされている。この関係において重要なことは、加盟国が欧州連合法の水準以上に強力な保護政策を制定し、実施することも許されていることである。このことは、もちろん比例原則による制限に服するし、差別的な

効果を発生させることも許されず、また、欧州連合委員会に報告しなければならない。

欧州連合が環境保護の領域で一番多く利用している行動形式は指令である。これについては、加盟国の立法を拘束する命令ではあるが、期限内に国内法化しなかったり、不十分な国内法化をしたにとどまったりする場合には、加盟国の国内法として直接的效果が生じる場合もあることについては、すでに前述したとおりである。

欧州連合の環境保護法には、実体法ばかりでなく手続法も含む。特に指令（稀には規則）の形式を使用して、媒体関連の環境保護（例えば物質法⁽¹⁵⁾および生命環境保護⁽¹⁶⁾）について制定されている。水質汚濁防止、空気汚染防止、気候変動防止、騒音防止及び自然保護が同様に制定され、これに加えて廃棄物法、化学物質法、バイオ技術および遺伝子組み換え技術についてのものがある。公害の防止および軽減のための指令は、媒体を超えて、総括的な構造により、加盟国の国内においても様々の法律で改正を必要とした。実体法と並んで、手続法的側面に関しても指令により、環境に負担となる計画の際に、環境アセスメントを要求する指令、NGOによる原告適格の認容、国民への情報公開および意見募集手続きに関する規制等が定められている。

5. 国際的な法のドイツ環境法への影響についての評価

以上の結果、ドイツ環境保護法への外部からの、したがって国際的な影響は、作用機序の面ばかりでなく、内容面でも、包括的かつ多様な状況にある。国際法上の要請は、近時、国際的な規制利益が特に明白である対象、すなわち、

海洋、気候および生物多様性のような対象に集約されている。それに対し、その小規模性の故に、一貫して国内的な問題である環境政策領域については、自制している。特に、国内の行政手続きについての効率要請については関わりを持たない。欧州連合法は、その点、全く異なっている。欧州連合は共通の価値および共通の文化に基づく統合体であるため、加盟国に対して、伝統的な国内領域についても、環境政策のように、生活水準全体に重要である領域については、規制する傾向がある。さらに、環境保護についての水準が異なる場合には、共通の競争条件を実現する域内市場の実現を困難とするおそれがあった点も、配慮する必要があった。法を手段とする環境政策は常に経済的自由に対する制限を伴い、法的正当化の必要性が生じるので、必然的に環境問題は、欧州連合制度の問題ともなった。

より詳細に検討すると、以下のことがいえるが、それに際しては、ドイツが（北欧諸国や、例えばオランダと並んで）伝統的にヨーロッパで比較的環境保護水準が高い国であったことを考慮する必要がある。ドイツ環境法は、個人の権利保護および司法化を重視する法治国家の形を特徴としており、前世紀の七〇年代以降、環境利益が政治的により重視されるようになり、そのことにより選挙で勝つことが可能であることも判明した結果、国際的な影響を配慮しなくても比較的順調に発展した。それでも、ドイツの環境法は、二つの国際領域から多くの影響と刺激を受けた。

国際法的観点からは、私がここで説明した環境国際法のすべての発展段階についてこのことが言える。公海、排他的経済水域または接続水域のように、国家の支配下に無い領域に対する多国間条約による規制は、領海同様に、ドイツ法の構成要素となったので、規制当局の承認や制裁の決定基準である。生物保護および生物多様性の保護についても、同様である。国連の気候変動枠組協定を具体化した京都議定書は、多くの複雑な問題点を抱えているが、削減義

務の合意により、国内における公害の防止にも影響を及ぼすなど、実体的な規制を行ったばかりでなく、排出権取引に関する規定を整備することにより、政策措置の形式を増やし、さらに、定期的な報告義務を導入したことにより、監視の仕組みを強化した。

国家間における隣接国家への保護に関する環境国際法の慣習法的規制は、ドイツでは直接憲法を根拠に適用されるが、国内における立法が国際慣習法より基準が厳しい限り、実務上の効果はない。環境財にかかる国際法上の人権保護は、欧州人権条約が最終的に権利保護可能性を補完しているので、実際問題として、ドイツにおける環境保護が憲法問題であり、人権上の保護義務の対象となることと重層構造をなしている。

したがって、ドイツの環境政策の立場からみた国際法の機能は、ドイツの環境政策の決定要素というよりは、経済と環境の政策目標に関する優先順位が、特に大陸間において依然として異なることを考えると、むしろ、ドイツの外交が地球規模の環境政策に貢献するための手段であると思われる。

これに対し、欧州法の影響に対する評価は異なる。今日では、ドイツの環境法の決定のおよそ七〇％は欧州連合法に基づいて行われている、と推定されている。それにあたり、必要な実施行為が多くの場面で不足していた。例えば、ルクセンブルク所在の欧州連合裁判所が、ドイツにおける大気汚染防止の領域における欧州連合法の要求は不十分¹⁷しか実施されていない、と判断したことがある。それに際しては、環境保護の内容に関する水準が低いということ

はなく、様々な規制方式について生じる難しい手続が問題となった。すなわち、行政的に不満足というよりは、規範的な不十分さが問題なのである。全体として評価すれば、従来は加盟各国の国内法を比較すると、ドイツが先導役を務めていたが、それが部分的に欧州連合に引き継がれたのである。同時に、国内の環境保護法の欧州連合化傾向には、例えば非常に詳細な規制である点、複雑な点、全体が見えない点、体系的秩序を欠けている点など、批判を必要とする副作用を伴うことも、確認しなければならない。従来はドイツ国内で規制の氾濫および多様化が著しいと判断されたため、既存の法制を体系化し、環境法典としてまとめるという発想が求められたが、今や、その批判は欧州連合段階の環境法についても妥当している。但し、このような計画がいつか実現できるかについては、現時点では予見できない。

国際法秩序は、純粹な国家間の制度として成立し、未だ第一義的には個別国家の利益を追求しているが、このことについて、私個人としては、次のように問題を提起すべきであると考ええる。国際法においても、すべての法律と同様に、個人の利益と発展の機会が調整されるべきであるという認識に基づき再編の必要性がある。それに加えて、国際法による効率的な環境保護が必要であり、それは国家の支配下でない領域や地球規模の環境問題だけに限定されてはならない。国内の環境保護水準は、従前以上に強力に、国際的規制の対象としなければならない。このことは、各国の憲法が、従前以上に明確に国際法秩序をその一部とし、それに対応して法的保護の可能性を高めることを通じて法治国家を完成することを必要としている。

欧州というテーマについては、ドイツでは、統合の今後をどのように考えるべきなのか、今までの道が最終的に統合欧州国に導くのか、そして導くべきなのか、というまったく異なる問題が提起される。ドイツでは他国とは異なり、私は、ドイツ憲法は、それに対して克服できない限界を設定することはできないと信じている。最近、本年九月一二日の連邦憲法裁判所の世界的に注目された判決¹⁸を通じて、国家債務及びその取り扱いという政治及び人びとを動かしているテーマ、すなわち統合の限界については、国内裁判所は判断できず、全欧州的なプロセスの中で判断しなければならぬが、この手続きは現在、民主主義の欠如という問題を抱えており、また、権力を有する経済的アクターの利益が、社会的平等のなかで個々人の自由の可能性を維持・保障する目的に優越している、との問題が明確になった。

そのことから、以下の結論が導かれる。統合がさらに進めば、おそらくドイツ環境法は今以上に強力に欧州化されることになる、その結果、実施の不足および体系の欠如に対応することが課題となる。換言すれば、法治国家における立法の品質に関し一般的に認められてきた業績を、そこでもより強力に実現することが課題となる。環境政策が憲法問題である点から、欧州環境法の進展を焦点としなければならないという結論が導かれる。欧州憲法は、それが成文か否か、あるいは憲法制定手続を通じて成立したか、判例法を通じて形成されたかに関わりなく、各国の憲法学が積み重ねた法治国家および民主主義についての要求を尊重しなければならない。尊重しない場合、我々は、統合により我々の本質を失うことになる。

〔訳注〕 この論文“Internationalrechtliche Einflüsse auf das Deutsche Umweltrecht”の原文は、COMPARATIVE LAW Vol.30

2013 一二頁以下に上梓されている。

- (1) 「原注」この問題については、すでに「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」„Umweltpolitik als Verfassungsfrage und die Konsequenzen für die gerichtliche Kontrolle“において取り上げている。

〔訳注〕この論文の原文は、COMPARATIVE LAW Vol.29 2012 四三頁以下に、また、その翻訳は、日本法学七九巻三号九一頁以下(藤井康博翻訳)に、それぞれ上梓されている。

- (2) 「訳注」環境財…消費の排除不可能性と消費の集合性という公共財と同じ性質を持ち、おもに自然によって供給されるものと定義されている。例えば、自然景観、野生動植物はもちろん、均衡した自然な状態としての空気や、未開の原生林などもこれに該当する。なお、公共財の例としては、公共の道路や施設がある。

- (3) 「訳注」ここで公害と訳した語の原語は「Immission」である。ドイツ環境法の分野においては、Immissionとは、典型的にはガス、煙、悪臭、騒音、振動など環境に影響を与えるあらゆる因子による権利侵害を意味し、日本語の公害よりは広い概念である。

- (4) 「原注」この点については私の次の論文を参照。

Ph. Kunig, Das Völkerrecht als Recht der Weltbevölkerung, in: Archiv des Völkerrechts, 41 (2003), 327 ff.

- (5) 「原注」この点については、私の次の論文に詳述してある。

Ph. Kunig, Völkerrecht und staatliches Recht, Kap. II, in: W. Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Aufl., 2010.

- (6) 「訳注」ドイツ憲法五九条は、一項において大統領の条約締結権を予定し、これを受けて二項一文において、次の様に定めている。

「連邦の政治的関係を規律し、又は連邦の立法の対象に関わる条約は、それぞれ連邦の立法について権限を有する機関の、連邦法律の形式による承認又は協力を必要とする。」

- (7) 「訳注」ドイツ憲法二五条は次の様に定めている。

「国際法の一般的諸原則は連邦法の構成要素である。それらは、法律に優先し、連邦共和国の住民に対し直接的に権利及び

義務を生ぜしめる。」

(8) 「訳注」 欧州裁判所が一九六四年七月一五日に下したコスタ (Flaminio Costa) 対 E.N.E.I. (Ente nazionale Energia elettrica impresa già della Edisonvolta) 事件 (6/64) の判決である。事件は、イタリア政府が、民間電力会社 E.N.E.I. を国営化したのに対し、同社の株主であり、国有化に反対していたフラミニオ・コスタが、その抗議を表すために電気代の支払いを拒否し、そのうえで国営化はローマ条約第八六条、第八七条に違反するとして、同社を訴えたというものである。この判決で、欧州裁判所は、欧州連合法の、加盟国の法に対する絶対的な優越性を宣言した。

(9) 「訳注」 欧州裁判所が一九九一年一月一九日に下したフランコヴィッチ (Andrea Francovich) 事件 (C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, 5357ff) 判決が代表的である。判決は、加盟国が指令を期限内に国内法化しなかった場合には、指令が規定する結果が個人への権利付与を伴うこと、指令の規定に基づいて権利の内容が特定可能であること、及び、加盟国の義務違反と損害との間に因果関係が存在することが要件として、個人に対する損害賠償を認めた。

(10) 「原注」 この点については、私の次の論文に詳述してある。

Ph. Künig, Völkerrechtliche Staatenverpflichtungen bei Gefährdungen und Schädigungen der Umwelt, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 32, 1991, 9 ff.

(11) 「訳注」 コミンコ (COMINCO = Consolidated Mining and Smelting Company) という企業が、カナダのブリティッシュコロンビア州トレイルで、一八九六年以降、鉛と亜鉛の精錬所を運営していた。精錬所からの煙は、カナダと米国の国境を越えて、米国側の森林や農作物へ被害をもたらした。コミンコと、その製錬事業により影響を受ける土地所有者との間の紛争は、直接交渉では解決できなかったため、一九二七年、米国はカナダに対して苦情を申し立てた。一九三五年八月三日、両国は本件解決のための仲裁協定を締結し、仲裁裁判で問題を解決することとした。その結果、一九三八年に中間判決が出され、一九四一年に最終判決が下されて決着した。

(12) 「訳注」 ロペス・オストラ事件 (López Ostra v. Spain, Serie A 303-C, § 51 ff.; EuGRZ 1995, S. 530)。訴えを起した女性が家族と住んでいた家の隣に、民間の会社がなめし革製造廃棄物処理施設を設置し営業を始めたが、この施設は、健康

に有害な環境汚染を引き起こした。これに対し、欧州人権裁判所は、欧州人権条約八条違反を認定して被害者を救済した。

(13) 「訳注」 一九八七年一月七日に発効した単一欧州議定書 (Einheitliche europäische Akte) を意味している。

(14) 「訳注」 アムステルダム条約 (Amsterdamer Vertrag) は、一九九七年一〇月二日に調印され、一九九九年五月一日に発効した欧州連合の基本条約。それまでのマーストリヒト条約等にくらべ、市民権や個人の権利をより尊重する内容となっている。その前文において、「…持続可能な発展の原則を考慮し、域内市場およびより強固な結束の達成ならびに環境保護を背景としつつ、各国民のための経済的および社会的な進歩を促進すること…」と述べられている。

(15) 「訳注」 物質法 (Stoffrecht) とは、特定の物質そのものを規制する立法を意味する。代表的なものとして危険物質指令 (正式には「危険な物質の分類、包装及び表示に関する法律、規則及び行政規定の摺り合わせに係る一九六七年六月二七日理事會指令67/548/EEC」) がある。

(16) 「訳注」 生命環境保護 (Vitaler Umweltschutz) とは、自然保護、森林保護および動物保護などを指す。

(17) 「訳注」 ドイツは一九六四年に「大気清浄維持に関する技術指針 (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft = 通常 TA-Luftと略称)」という名の大気汚染防止基準を制定した。一九七四年に「連邦公害防止法 (Bundes-Immissionsschutzgesetz) が制定され、TA-Luftはその下位の行政規則となった。これに対し、一九九一年、欧州法裁判所は、法的拘束力がなく、裁判規範性に欠ける行政措置では不適切であるとして、指令の不十分な実施と判決した (Slg. 1991, I-2567HV, 170)。

(18) 「訳注」 二〇一二年九月一二日判決とは、欧州安定制度 (Europäische Stabilitätsmechanismus (EMS)) に対するドイツ連邦憲法裁判所の判決を意味する。

英米法におけるダイシー理論とその周辺

——「英国法は大学で教えることが可能か？」——

A・V・ダイシー 著
加藤 紘 捷 訳
菊池 肇 哉

訳者解題

今回翻訳の対象とした本論文は、一八八三年四月二日にダイシーがオックスフォード大学において始めてコモン・ローを専門に講ずる「ヴァイナー教授位」に「就任」した際の「特別記念講演論文」(An inaugural lecture)である。オックスブリッジにおけるこのような「就任記念論文」は、現代にいたるまで、三〇頁程度の独立した赤い小冊子

英米法におけるダイシー理論とその周辺 (加藤・菊池)

八五 (八五)

として出版されることが多い。今回の訳の底本も、講演の後、ロンドンの「マクミラン社」から独立冊子として出版されたものである。⁽²⁾ 訳者らが今回翻訳の対象として使用した同マクミラン社の刊本は、オックスフォード大学の中央図書館として著名なボドリー図書に所蔵されているものから電子化されたものを使用した。⁽³⁾

ところで、本「就任記念論文」は、訳者らが最初に訳出した、一九〇九年に、ダイシーが「ヴァイナー教授位」を（一九〇九年に）「離任」する際に講演して残した「特別記念講演論文（『ブラックストンの『英法釈義』』⁽⁴⁾）（以下単に「離任記念論文」と称する。なお、就任・離任論文とも原文では区別なく *inaugural lecture* と称される）と言わば「対となる」ものである。その意味で、両論文は、ダイシーの「大学におけるコモン・ロー教授活動」たる「ヴァイナー教授」としての活動をはさみ対峙する、謂わば、狛犬の「阿形吽形」であり、「最初であり、終わり」である。

訳者らにとっては「驚くべき」ことに、細部に留意しながら、両論文を比較考察していくと、両者には対応する部分が非常に多く、本論文で必ずしも筆を尽くしていないと思われる所説や、十分に紹介しきれないと思われる学者名・著作作品などは離任記念論文である「ブラックストンの『英法釈義』」と比較・併読することで、より理解が深まるということが明らかとなった。（この点については可能な範囲内で訳注内でも言及するつもりでいるので参照頂きたい。）読者諸氏は、当ヴァイナー教授位「就任記念論文」と既に訳出したヴァイナー教授位「離任記念論文」との間には二六年もの長き歳月の隔たりがあることに気づかれよう。それにもかかわらず、理論の「精緻化」は見られるものの、基本的な一九世紀コモン・ロー法学の「現状認識」には、大学者ダイシーらしい骨太の「同一性」と「一貫性」が看取されるのである。

また、本就任記念論文の掉尾ではブラックストンについて短く触れられるが、離任記念論文では前者と違ってその

構造が裏返り、ブラックストンの英法釈義がテーマとされる。周知の通り、このブラックストンこそは、コモン・ローを大学で教育し始めた英国における法学教育の伝統中の変換点・特異点とも言いうる人物であり、辞任講演での『ブラックストン論』は、ブラックストンの「評価の浮沈」に係づけた、「背景・ネガ」としての一八世紀から一九世紀の「コモン・ロー法学の進化の俯瞰図」でもあったとも言い得る。

一九世紀初頭の『フランス民法典』（二八〇四年）の成立と、それに続くフランス法学の隆盛、本論文でダイシーが「その方面に注意を向けたことのある者ならみな、サヴィニーの「占有理論」が英国法の様々な難問を解決したことを知っている。その理論は「時効による権原取得」(title by prescription)の諸準則を明確化し、「トレスパス」の本質や、「動産侵害訴訟」(action of trover)に関わる原則など明らかに技術的な諸問題に光を投げかけ、「本拠地法」(the law of domicile)を論理的に一貫した全体へと構成することを可能とし、奇妙なことに、『詐欺防止法』(Statutes of Frauds)第一七節という、よく学ばれてきた「ある制定法」における「難題」の、少なくとも一つを、「理解可能」にしたのである。⁽¹²⁾」と言及している同世紀初頭のサヴィニー『占有法』（二八〇三年）や、ダイシーに影響を与えたとして知られる「法理学の祖」オースティンのドイツ留学中に影響を与えたチボー『パンデクテン法体系』（二八〇三年）『ローマ法の論理的解釈』（二八〇四年）などの諸論考⁽¹³⁾。これらは、「法典ベース」の「現代の法律学」にまでつながる新しい「科学としての実定法学」であった。英国におけるベンサムによるブラックストンへの攻撃と、それにつづく功利主義者達の立法改革運動、それに符合するかのようその後「法の社会化」を促進した立法による法改革は、かかる国際潮流に対応したコモン・ローの近代化への試行として理解されるであろう。

しかしながら、一方で、英国でのコモン・ロー各分野での「理論化」「体系化」は、学者の論理的思考分析を経ず、

専門教育を「法曹学院」に任せていたため立ち遅れていたとも認識されていた。ダイシーは、「我々の法学作品改革の要請」というものは正当に最も注目すべき知的運動²⁰、もしくは「改革」と呼び得る現象の一面に過ぎない。この三〇年間で三人の天才が法学研究に新たな衝撃を与えてきた。」と述べ、かかる「コモン・ロー法学の理論化の革新」の立役者として、ヘンリー・メイン (Henry James Sumner Maine, 1822-1888)、ジョン・オースティン (John Austin, 1790-1859)、トーマス・マコーレー (マコーリーとも) (Thomas Babington [or Babbington] Macaulay, 1st Baron Macaulay, 1800-1859) の三者を挙げている。奇しくも、その内、メイン『古代法』初版とオースティン『法理学の領域の確定』のサラ夫人の手による第二版は同じ一八六一年(ダイシーは当時二六歳である)に出版されたが、離任記念論文の方では、ダイシーはこの年を「法学革命」の出発点としている⁽²¹⁾。

ダイシーにとって英国コモン・ローの学問化はあくまでも一九世紀後半、自己の青年期になって初めて花開いたばかりの新しい改革運動であった。

本論文では、「科学としてのコモン・ロー」の英国における成立への情熱が一貫して語られるが、これは「大学における法学教育の使命」と表裏一体の関係にある。この議論には、ダイシーより九歳年上で、当時のハーバード・ロー・スクールで主に一八七〇年代からケース・メソッドによる教育を牽引していたランゲデル (Christopher Columbus Langdell, 1826-1906) の「科学としての法学」(law as science) 論⁽²²⁾の影響は明らかである。しかしながら、ダイシーの視座は、より浩瀚で、本論文では、法系を超えて、大陸法学のポティエやサヴィニーにまで触れられている。一貫してそこで語られているのは、「法全体の体系的把握」、「法原則 legal principle」の強調、「法律用語の定義の明確化」である。ダイシーによれば、それらは、大学による「講義」で磨きぬかれた「理論書」(treatise)の構築によつ

てのみなされ、「法典編纂」もその延長線上であると唱導される。

先にあげた「法原則」の強調・把握の必要性に関して、ダイシーは当時の「判例集」におけるある欠点に関してコモン・ロー法律家独自の視点で、今日では看取され得ないであろう、非常に示唆的かつ鋭い指摘をしているので、本邦訳の中から以下を引用させていただきたい。

「この悪徳というのは、『例外』や『非典型的事例』に際限無く注意を注ぎ、その結果、これらの「例外」が言及しているより重要な『規範』や『法準則』をないがしろにしてしまうものである。かかる欠陥の大本の理由は、英国法は『判例』を根拠として組み立てられており、それゆえに、すべからく『判例集に収録された判例』というものは、いずれにせよ何らかの意味で『ある一般原則の例外』であるというその事実に見出されるであろう。それゆえ、我々英国の法律家はみな、ある高名な法曹が名づけたように『当然のこととしてみなされた法』に多く依拠せざるを得ないのである。この『当然のこととしてみなされた法』⁽¹¹⁾という言い回しこそ、記録された様々な例外事例からの推論により抽出された「法科学」の一般原則に他ならない。(旧来の英国法の)教科書は例外を繰り返し、様々な一般原則に注意を払うことを概して省略している。」

最後に、ダイシーのかかる問題意識の背景として、一八三〇年代から一八九〇年代にまたがる一九世紀を通じたコモン・ローに対する議会による「立法改革」と平行して、「コモン・ロー教育改革」が、一九世紀中、常に議論の俎上に上がっていたことも忘れられてはならない。オックスフォード大学でのコモン・ロー教育は、まさにダイシーの

登場(一八八三年)まで、ブラックストン以降停滞状態にあったが、ロンドン大学最初のカレッジであるユニバーシティ・カレッジ・ロンドン (University College London: UCL) では、アンドリュー・エイモス (Andrew Amos) が一八二八年に最初の「英国法担当教授」に就任し、既にコモン・ローを講義していたことに留意すべきである。なぜなら、このことは大学教育とストランドの実務法曹を結びつけた点で画期的な出来事であったからである。後に、一八三九年にはユニバーシティ・カレッジにおいて英国で最初のコモン・ローの学位が授与された。著名な一八四六年の法学教育改革のレポートでは、大学は法律学の「主要諸原則」elementsを教えること(この点、ダイシーの当論文での「法原則」principlesと称するものに関する持論と一致する)に専念し、実務教育施設(法曹学院)では実務教育に専心(これに対し、ダイシー自身は分業制よりアメリカのように実務法学の入り口として大学の於けるコモン・ロー教育を位置づけようとした)するようという提言がなされ、それに呼応して実務法曹界は一八五二年に法曹学院のためのThe Council of Legal Educationを設立したが、法曹資格試験が義務化されたのはようやく一八七二年になってからのことであった。一八四九年から一八五〇年にかけてはオックスブリッジ両校で、B. A. course in Jurisprudenceが設立され、一八五八年にケンブリッジ大は初めて独立した「法学学位試験」(Law Tripos)を設置した。一八五〇年にはバーミinghamのクイーンズ・カレッジにおける法学部が設立された。しかしながら、これらの「教育改革」は、バリスターは本来法廷における「弁論者」[羅 narratores]であり、大学においては、「法学」よりリベラル・アーツを学ぶべきとする知的伝統に阻まれ、むしろ、事務弁護士志望者の方を法学部へと惹きつけるだけの結果となり、必ずしも成功を収めたとは言えなかった。そのような一九世紀を通しての教育改革の掉尾を飾る総仕上げともいえる段階がダイシー、ポロック、アンソンによるオックスフォード大学での法学教育改革であった。それが成功を収め、今日までその伝統

が続いている^(と)。一八八〇年代から一九三〇年代はアメリカ法学においても英国法学においても「知的巨人の時代」The Age of Giantsと称されることがある。高柳賢三氏や末延三次氏などによって基礎づけられた日本の戦後英米法学に独特の「講学上の伝統」もホームズ『コモン・ロー』など、この時代の作品に多くを負っているのではないかと訳者らは密やかに確信めいたものを感じつつもある。その中でも中核的であったのは、英国オックスフォードにおけるダイシーやポロックらとアメリカ・ハーヴァードにおけるランゲデルやホームズらとの人間的連帯であった。ポロック、アンソンとも、ダイシーの今回のヴァイナー教授位獲得のよき競争者であり、互いの友情は生涯続いた。激烈な使命感と情熱的性格を有したダイシーがその中で最年長者であり、音頭役でもあった。それゆえにこそ、本記念論文は、謂わば、一九三〇年代まで続く、オックスフォード大学における最初の「コモン・ロー教育改革のマニフェスト」と言つてよく、英国における「近代のコモン・ロー法学(教育)の産声」でもあるのである。

本ダイシー論文の特質

周知の通り、ブラックストンは一八世紀中葉に初代「ヴァイナー教授位」に就任した言わばダイシーの先人であったが、ブラックストン以降ヴァイナー教授位によるコモン・ロー教育は言わば有名無実化しており、他ならぬダイシーこそがこの「ヴァイナー教授位」の言わば「中興の祖」であった。

ここでダイシーがとったアプローチは旧来の(「法曹学院」内での)「実務弁護士事務所内でのリーディング」(reading in chambers)の短所・長所の分析と、それを補足し得るものとしての大学教授における「講義」の役割・長所との対

比である。日本の「英米法学者」たる我々にとって、特に興味深いのは、「法廷弁護士」(バリスター)として教育を受け実務経験を積んだ人物にしか実情のわからぬ当時の実務教育制度のダイシー自身による記述である。

ここで、我々は、ダイシーは、一八八三年時点では、四七歳の齢で、ヴァイナー教授位に任命されるこの時まで、大学教授ではなく、講師として散発的に法学教育に従事し、一八六三年以降、一九年間もの間、「実務法曹」として糊口を凌いできたことを想起する必要がある。近年(二〇〇五年)、石井幸三氏^(註)が、ややユーモラスに「ダイシーは御大師様か?」と提言されたように、本邦のダイシー観は、明治期以降の伝統の中で、「知的超人」としてのダイシーの偉大性のみを強調し、弱さを含めた「人間ダイシーとの対峙」を、赤裸々なコスグローブの伝記的研究(二九八〇年)^(註)以降ですら、「神棚に祭り上げつつも、敬して遠ざけ、丁重ながら、ないがしろにしてきた」感も否み切れぬとも思われる。とまれ、ヴァイナー教授位に任命されるこの時点までのダイシーは、生涯の友人たるブライスの援助を陰に陽に受けてきた、ある意味で、非常なる苦勞人でもあった。

最初のパラグラフで、「公正に留意されねばならぬのは、」と前置きし、もう一度、「我が能力が能う限り極限の公平性をもって、」という言葉があるように、「公平性」を、ことさらダイシーが強調したのは、「実務法曹」たる仲間や先人たちへの「新人法学者」として、就任時には未だに存在していた、ある種の「遠慮」からであろうとも思われる。その反面、実務活動に従事していた若かりし頃の、様々なダイシー論文では、「法学教育批評家」「政治的運動家」「学者」といった、アカデミックであり、ジャーナリスティックであるという側面の方が強調されており、「法実務家」としての側面の強調を、敢えて避けてきたようにも見受けられるのである。ダイシーがキャリアとして第一に望んでいたのは、無論のこと、アカデミックであり、それに焦点を当てた論文を書くのは、当然の仕儀であった。そ

の面で、皮肉なことに、ダイシーの「実務法曹としての実体験」がこれほど、ことさらに色濃く抽出・反映された論文は珍しく、それが逆に、彼の「大学教授」としての出発点となった点、興味深い。

もともと、新しい、オックスフォード大学における「コモン・ロー専門の法学教授」という、人生の未知の領域に踏み込んでいくにあたって、結局のところ頼りに出来たのは、今まで積み重ねてきた「実務法曹」としての「偽らざる経験の蓄積」であつたのであろうことは想像に難くない。

「ヴァイナー教授位」は英国の大学で初めて「英国法」を教授するためにオックスフォード大学に設立された教授位である。ダイシーは実務法曹による教育機関「法曹学院」での実務教育の自身の経験を題材としながら、旧来の職業的訓練方法の長所・短所を共に論じた上で、コモン・ローを大学で講義する「大学教授」（すなわちダイシー自身）にいかなる使命が課せられているのかを明らかにしようとしたその「就任記念講演」が当論文である。その意味で、ホームズをしてラスキへの書簡で「かのステイーブン家の血脈」（※That Stephen blood is a powerful one. It...accounts for Dicey.）かのステイーブン家の血脈というものは強烈だ。ダイシーという人物は…それで説明がつく。）とまで言わしめたダイシーの「型破り、かつ、芸術家肌」な一面は、本ダイシー論文ではすっかりなりを潜め、非常に生真面目かつ几帳面な彼の側面が目立ち、「自己の与えられた職責」についてのテーマで「訥々と」書いている人生の一大転機を前に緊張しきった大学者ダイシーの姿が眼裏に浮かぶかの如く、訳者らには感じられる。通常、オックスブリッジの就任記念論文というものは、もう少し自由にテーマの幅を持たせることが出来、気の利いた瀟洒なものも多く、ここまですべて無骨に自己の職責に関して正面から論じる論文は珍しい。もともと、「コモン・ローの学術化」というこの問題こそがダイシーの主要な関心事の一つであつたことは疑いがないのではあるが。今日知られているダイシー最大の偉業た

る「英国憲法の実定法ルールとしての結晶化」はかかる文脈上に存在する。

非常に興味深いことに、一八八三年の当論文では、英国憲法については全く触れられておらず、直近の著作である『本拠地法』（一八七九年）のテーマである国際私法が未だより強く意識されている。ダイシー『憲法序説』は二年後の一八八五年に初版され、まさにここで就任したヴァイナー教授位の職責としてダイシーが果たした「講義」に基礎を置き、その精華である。つまり、本就任論文の後、非常に短い期間の間に、ダイシーは「憲法学」の構築に自己の学問的標準を合わせたこととなる。

もつとも、ダイシーにより本論文で語られている要素は極めて多彩・多様で、原作の価値や読み方はかかる分析のみに決して留まるものではない。最終的判断は、読者諸賢の本文を読まれての読後感にお委ねしたい。

(i) *Can English Law be Taught at The Universities? An Inaugural Lecture delivered at All Souls College, 21st April, 1883, by a. V. Dicey, B. C. L., Hon. LL.D., Barrister-at-Law, Vinerian Professor of English Law in the University of Oxford, and Fellow of All Souls College*, (London, Macmillan and Co.; 1883): Price One Shilling.

(ii) J. W. F. Allison ed, A. V. Dicey, *The Law of the Constitution: The Oxford Edition of Dicey vol. 1*. (Oxford, 2013, 12, 17), pp. 489-503.

なお、同就任記念論文は、昨年暮れ、二〇一三年一月にケンブリッジ大学の senior lecturer ション・アリソン (J. W. F. Allison) の編集により出版されたばかりの二巻組の Oxford Edition of Dicey, 2 vols のうち第一巻として、ダイシー『憲法序説』（ダイシー生前の全版の異同を含む決定版ともいうべきテキスト）の巻末にも、Appendix I として再録・出版されているので併せてご覧頂きたい。

(iii) 加藤紘捷、菊池肇哉訳「英米法におけるダイシー理論とその周辺：ダイシー「ブラックストンの英法釈義」、『日本法学』

78 (4) (2013), pp. 65-118.

(iv) 原典 1 op. cit, pp. 19-20.

(v) Michel Lobban, "Austin and the Germans" in Michael D. A. Freeman & Patricia Mindus eds, *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*, (Springer, 2013), pp. 255-70.

(vi) 加藤紘捷、菊池肇哉訳「英米法におけるダイシー理論とその周辺：ダイシー「ブラックストンの英法釈義」、『日本法学』78 (4) (2013), p. 103. (本論文の後半部本文に付けられた訳注^(xvii)と訳文同箇所も併せて参照。) 本論文では「今となつては二五年か三〇年前にまで遡る「かの改革」(the reform)の起つるまでは」ともう少し時期に幅を持たせてある。そこに基本理解にブレはないものの、ダイシーの若干の「認識・理論の精緻化」を読み込むことも可能であろう。離任記念論文(一九〇九年)の理解では、本論文執筆時一八八三年からだとい八六一年は一九年前に当たる。本論文では、他にも「この二五年ほど」の表現が見られるので、「法学革命」が起こってから「四半世紀かそこいら」とダイシーはもう少しだけ幅を持って考えていたことは少なくとも確かであろう。

(vii) ラングデルの「科学としての法学」論については、松浦好治「Law as Science」論と一九世紀アメリカ法思想(一)：ランゲル法学の意義』『中京法學』16 (2) (1981), pp. 50-76; 「Law as Science」論と一九世紀アメリカ法思想(二)：ランゲル法学の意義』『中京法學』16 (4) (1982), pp. 24-53; 「Law as Science」論と一九世紀アメリカ法思想(三)：ランゲル法学の意義』『阪大法学』125 (1982), pp. 51-86.

(viii) 原典注(i) op. cit, p. 14.

(ix) 加藤紘捷、菊池肇哉訳「英米法におけるダイシー理論とその周辺：ダイシー「ブラックストンの英法釈義」、『日本法学』78 (4) (2013), pp. 96-7.

(x) 本パラグラフの記述は、J. Baker, *An Introduction to English Legal History*, (4th ed, 2004), p. 171に依拠した。

(xi) 石井幸三「ダイシーの法思想：『憲法序説』を素材として(一)」、『龍谷法学』38 (3) (2005), pp. 514-68.

(xii) Richard A. Cosgrove, *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist Studies in legal history*, (1980).

- (iii) Mark D. Walters, “Dicey on Writing the “Law of the Constitution”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 32 (1) (2012), pp. 21-49, at. p. 26. 一九一八年二月二日付のホームズからラスキへの書簡中の文言。文学者であり『英国人名録』の総編集者でもあったレズリー・ステイブンや刑法学者のジェームズ・フィッツジェームズ・ステイブンはダイシーにとって母方の名門ステイブン家の年長の従兄弟達である。ステイブン家は奴隷解放を強力に主張した英国のキリスト教の一セクトと強い関係にある英国の「知的貴族」とも言える家柄で、小説家のヴァージニア・ウルフはレズリー・ステイブンの娘である。ダイシーの社会活動家的で芸術家的な過激な側面は、確かにステイブン家の影響が多分にあるであろう。

「英国法は大学で教えることが可能か？」

A・V・ダイシー
加藤紘捷
菊池肇哉 訳

仮に、もし、頭記の「英国法は大学で教えることが可能か？」との案件形式の質問を、高名な法廷弁護士の一団（法曹学院）になしうるとしたら、いかなる答えになるかは明らかである。全会一致、かつ躊躇なしに、「英国法というものは「経験により」習得せねばならぬものであり、「講義では」教授され得るはずもなく、習得しうる場所は、唯一法廷か、実務法曹事務所しかない」と、彼らは返答することであろう。公正を期して書きとめねばならぬこととして、バリスター職に備わっている蘊奥なるものは、実務活動によってしか習得され得ない、と主張し、もしくは、そう考えるバリスターは、その確信を支持する強力な一つの論拠を有している。というのも、彼には何代にもわたる金床で鍛えられた普遍的経験則に依拠できるという自負があるからである。この最近二五年に至るまで、英国の法曹というものは、法に対する直接の訓育や授業といったものを、全くといって受けては来なかったのであるし、今現在に至っても、テンプルやリンカーンズ・インの法曹学院内の大講堂において為される高名な教授たちによる「講義」はコモン・ロー教育の「不可欠の部分」と言うよりは、むしろ、「儀礼的誇り」(ornament)とでもいうべきものである。何世紀にも渡って、かくあり続けてきたように、現在でも未だ、コモン・ロー学識は、現実の「法廷実務」か、もしくは、「弁護士事務所でのリーディング (reading in chambers)」と誤称される擬似的実務により獲得されている。

本就任演説における目的は、能力が能う限り極限の公平性をもって、現行の法学学習の顕著な利点のみならず、隠れた欠点の依って立つところを指摘し、法学教授による「学問的教育」に「現行の（実務法曹による法学）教育制度」が期待しうるいかなる領域が未だ開拓されぬままに残されているかを、示そうとするものである。

他の英国の機関におけると同じく「弁護士事務所でのリーディング」（reading in chambers）において、支配的な方法は、ほぼ「我々が生活慣行の一部」であり、その「奇妙さ・特殊性」といったものに、我々英国人はほとんどといって衝撃をうけることは今更ないのではあるが、確かに、外国人ならば、意味不明とまでは言わぬまでも、奇妙なものとして驚きを受ける教育方式であろう。ある著名な実務法曹が、最終的に彼を「大法官位」（the woolsack⁽ⁱⁱⁱ⁾）にまで導いたその法学訓練法の記録に対して与えた（と言われる）ある解説は、その様々な「本質的要素」をまさに的確に突いている。

「〔弁護士事務所〕（chambers）におもむいたその初日に、私は一对の「訴答」の草案作成をしたが、我が「訴答人」（pleader）（※教育係）からの、草案の行間を以降、訂正スペースのため、もう少し開けるようという指示とともに、それらは原告と被告の名前以外のすべての文言に訂正を加えて私に戻されてきた。かかる「差止命令」（injunction⁽ⁱⁱⁱ⁾）が、今に至るまでに、コモン・ローで私が教育を受けたその全てであった。」

この言葉で、卿が意図したのは、弁護士事務所で彼が何も修得することが無かったということではむしろなく、彼の実務訓練が「自身の師事した訴答人」が実際にいかにして「訴訟（plead）をしたのか」もしくは「見解を付与した

のか」を「見ることに」のみによって成り立っていたという事実である。卿のかかる経験は、決して特異なものであったわけではない。「実務法曹をめざし勉強する」(reading for the bar) 学生が、あるバリスターの「事務所」に赴く際に、その生徒と教官間の「約束事」というのは、いささか「奇妙」なものである。生徒の方では、「学ぶことを引き受ける」わけでもないし、バリスターの方も決して「教えることを引き受ける」わけでもない。我らが生徒の方は一〇〇ギニーを支払い、バリスターの方は自身の事務所内での全仕事を彼の生徒に、「見て」、かつ、「自らの手でそれを試みる」機会を持つことを請け負うというものである。このことが生徒にとって、真のそして最も価値ある利点なのである。彼の受けることの出来る教育(仮に、そのようなものがよしんばあるとするならば)というものは、まったくの偶然の産物である。多くの一流弁護士は教師としての才能を全く有してはいない。また、バリスターで称賛すべき教授になれそうな者は、仮にそのつもりはあっても、自身の仕事に忙殺され生徒を教育する暇がない。実務法曹教育を受ける我らが若人らは自身がその事務所内で師事する教官や語らいあう仲間生徒たちから、計り知れぬ間接的援助を受ける機会があらうし、実際のところ、かかる援助をしばしば受けているのであるが、しかしながら、彼が「権利」として有するのは、事務所に日々舞い込んでくる書類を現実に見て、それをもとに仕事をするこのみである。コモン・ローを学ばんと欲するなら、自ら習い覚えねばならぬ。これは決して生半な務めではない。生徒用の部屋の机上の書類を読む事のできる特権を有する若人は、当初は難題の迷路を前に途方に暮れることとなる。彼は、何らかの「法学入門書」を、以前に読んだことがあるかもしれないし、ないかもしれない。そして、彼の読書はその面を去来する書類に対し当を得ているか、恐らくは、全くのところ当を得ておらぬ事であらう。彼は、きつこのこと、自身の考慮せねばならぬ法的問題の、まさに当の用語に対して、無知であらう。たとえば、「用船契約」(charter

party) に関する書類を読むに際して、「用船契約とは何か」を知るためにマクラ克蘭 MacLachlan^(iv)を彼は渉猟することであろう。また、彼は「為替手形」に基づいてブラウンがジョーンズを訴えることが出来るか? という問題を解決しようとして、バイルス Byles^(v)を参照して「手形引受人」(acceptor) と「手形裏書人」(endorser) の違いを理解しようとするであろう。また、彼は、「海上保険契約」(maritime insurance) の複雑性にどつぷりと浸かり込み、「荷主に対する船員の不法行為」(barratry) と「積荷担保冒険貸借」(bottomry) との間の曖昧な混同に当惑しつつも、アーノルド Arnould^(vi)を読んで、「単独海損」('particular' average) と「共同海損」('general' average) の差異を習得しようとするであろう。いくつかの事情が、この初心者の難局をさらなるものとする。幸運にも彼が「良い事務所」("good chambers") に入れたとすれば、ある日に彼が学んだ書類は、次の日には消え失せてしまう。月曜に彼が読み始めた一連の書類は「為替」(a bill of exchange) について言及していた。火曜日に彼の手元に舞い込んでくる運命になった書類は土地経営の「合意書」(covenant) に注意をうながすものであった。水曜日には彼は「保険契約」を理解しようとする。木曜日には彼は「物品運送」(the carriage of goods) における「鉄道会社の責任」を理解しようとする努力にかかりきりになると共に、「抗弁書」(a statement of defense) か「証拠に基づいた意見書」(an opinion upon evidence) の草案を作成することであろう。ある瞬間には、彼はほんの些細な法的知識があれば即時に解決できるような困難に気持ちをくじかれるであろうし、次の瞬間には、彼は後に貴族院をすら困惑させるような運命にある難題にどつぷりと浸かり込むことになる。彼は、指針を得るためにどの本を参照すべきなのか殆ど知っていることはないし、かりに正しい本を見つけることが出来たとしても、それを使用することの出来る能力は彼には殆ど無い。ある種の「法律辞典」である「フィッシャーズ・ダイジェスト」(Fisher's Digest)^(vii)は(※裁判官による)その託宣を参照す

ることを学んだ者にとつては、計り知れぬ価値を持つ友人であるのだが、コモン・ロー初心者にとつては、ギリシャ語アルファベットさえ覚つかず、ギリシャ語文法を全く知らない大学の学部生にとつて「リデル・アンド・スコット」(Liddell and Scott)^(viii)の古典ギリシャ語大辞典が有するのと、同程度の価値しか持たない。これら全ての事情に加え、「事務弁護士」(attorney)^(ix)により送り込まれて来る案件というものは、「判例編纂者」(reporter)により無関係な物事が全て捨象され、教科書の題材としてコメントを加えるために処理された同一案件とは、一瞥の限りでは、全く異質なものに見えるのである。われらが生徒らにとつて、事務弁護士により上に上げられてくる事件といったものは、言わんとする要点が分からないし、しばしばその「専門用語」も半知半解であるといった、難渋かつ、多くの場合、「消化不良の陳述」(ill-digested narrative)である。「果たして、AがBを訴えることが出来るか?」というまったく単純な問題を決着するには、まず当該問題の「関連事実」を決めなければならぬのであるが、そうするに際して、対極にある失敗の、どれか一方か、酷い場合には、両方を、まず、彼は犯してしまうであろう。というのも、紛争開始何年も前の取引であるとか、開始令状発給の何ヶ月も後の手紙であるとか、原告の忘恩であるとか、被告のとてもない不誠実性であるとかいった事柄は当事者やその事務弁護士が興味津津な多くの細目的情報ではあるものの、つまるところ、ある特定の「手紙」が「詐欺防止法」でいうところの「合意の適切な覚書」(a proper memorandum of agreement)を構成するかという当の問題には何の関係もないことが彼には全く理解出来ず、全てひっくるめて関連事実とってしまうであろうし、またそうでなければ、今度は、この我々が初心者君は、自身が注意を払うべくおかれている諸種の状況の九割は重要性を持たないことを理解はしているものの、それが故に、問題全てがそこに関わるその肝心の残り一割の状況を無視してしまうであろうからである。端的に言えば、彼は麦藁抜きで、というよりは、むしろ

ろ、煉瓦の作り方を教わることに無しに、煉瓦作りをするような状況に置かれているのである。奇妙なことに、やがて、彼は、主に「模倣」という過程を通じて、「全く許容可能な煉瓦」を制作出来るようになるのである。なぜなら、このような現実の法実務との直接の接触から習得するという準備万端とはいえぬ、荒っぽい方法論には、ある種の計り知れぬほど大きな利点が存在しているからである。法廷もしくは弁護士事務所でこそ習得することが出来、他の場所では習得不可能な、三つの極めて価値の高い物事が存在する。

第一に、「押印証書」(deeds)の起草や「権利請求」(claims)の起草、「裁判での主張」(arguing of cases)などの法実務の仕組みというものは、「弁護士事務所」か、「法廷」で習得されねばならぬものである。言い伝えによれば、法律家としてより、小説家として、よく知られていたある法廷弁護士(counsel^(x))は、彼の実務の不適切さをその豊富な想像力で補っていた(と言われていたのだが)、彼の門人たちは、「虚偽声明」(sham declarations)をし、「擬制的請願」(fictitious pleas)により答弁し、「推測的防訴抗弁」(speculative demurrers)を生み出したと言われている。しかしながら、かかる「想像力に富んだ法実務」の範例は、成功というよりは、むしろ悪名をもたらし、模倣者は続かなかった。アメリカの「ロー・スクール(実務法学校)」や、「英国の」「法曹学院」の少なくとも一つにおいて最も成功した「模擬裁判法廷」(Moot Courts)においては、生徒もしくは若い法廷弁護士によって、経験ある法曹の面前で、厳格な法廷手続きにしたがって行われる議論の形式で、非常に多くのことが教えられ、かつ、学ばれる。しかしながら、容易にそれ自身明瞭な様々な理由から、この訓練方法をオックスフォードやケンブリッジで実践することは不可能である。第二に、弁護士事務所もしくは現実の法実務によつてのみ、多くの細々したことから事案に重要な事実を引き出し、「適切な法原則」を社会的事象に適用するという、計り知れぬほど貴重な習慣が身につくのである。既に指摘した通

り、このことを為すためには、弁護士事務所の生徒によってなされなければならない様々な難しい仕事のうちでも、最も難易度の高い仕事を実行する必要がある。「法原則」を習得する以前に初心者が事実関係を扱うことを奨励する現行制度の欠陥によつて、不必要に困難になつてはいるものの、それでも、若者らをして「日常生活の中の現実の取引に関連して法を考える必要性」を持たせること以上に、この「半可通状態での勉強」(reading-in half)が、有益である点は無いのである。

第三に、「健全な法的見解」(sound opinions)を形成する能力というものは実務経験によつてしか習得し得ないものである。十分な学識と勤勉さを有し訓練された実務法曹というものは、概して、所与の案件に関して有り得る様々な法的見解を、対立する「二つの説得力を持つ法見解の一方」にまで縮約還元することが出来る。複雑かつ疑義の多い問題を対立する二つの有りうる見解にまで、落としこみ狭めるという、そのこと自体だけでも、決して容易な業ではない。しかしながら、「真の困難」は、二つの競合する法的見解から(弁護士稼業のスラングで言うところの)「より良き見解」(“better opinion”)というものを決定することに存する。このことは、換言すれば、法的実験(legal experiment)における真の試練たる「裁判官たちによる判決」の下に付された時に、究極的に「正しいもの」(right)と成る見解を選択するということである。かかる離れ業の達成に、高度な法的能力の基準が見出されるのである。同様の知識、同様の勤勉さ、他の様々な点でも同等の能力をもった法曹の間ですら、この「健全な見解」(sound opinions)を形成する能力においてほど差異の生ずるものはない。深遠な学識、限りなき創造性、尽くされぬ精妙性といったもの全てを兼ね備えながらも、その「法的見解」というものがたった一つの欠点、つまり、彼の見解は貴族院判決とは決して一致しないという欠点を有しているような法曹が存在することを、我々はみな、知っている。その一方で、彼の見解

が将来的に、実際の判決により、「正しい」見解であると判明するような資質を有しているという理由から、その飾らぬ見解が限らない重みを有しているような法曹も存在するのである。むろん、かかる法的見解の「健全さ」につながる資質というものは、主に、「良識」(good sense)の果実である。しかしながら、良識というものは学習により涵養することが可能であるし、良識自体は、何が司法的に良識ある見解と判明するであろうかを斟酌する能力とは、厳密には異なるものである。「経験」及び「実務」というものは、「人間精神」を「司法見解」と調和させることに大いに裨益しうる。かかる「実際の決断における思慮分別」(judiciousness)というものは、大学における「講義」では育成不可能な果実である。

煎じ詰めるなら、現行制度の利点は現実性 (reality) の一言に尽きる。現行制度は、学生をして現実の実際に行われる「実務」と接触せしめ、それがいかに優れたものであろうとも「理論的講義」によつては決して育成することの出来ないような素養を学生の中に育くむ。当意即妙の対応、専門的技術、現実の人間的狀況に確立した法準則を適用する習慣、ある複雑な案件の途方に暮れるような様々な細かい情報から、法的主張形成に必要な特質のみを捨象し抜き出す能力といったものは、それらが生来の才能ではないという限りにおいて、実務によつて、そして、実務のみによつて、獲得さるべき資質である。そして、もし仮に、若人が、極めて学識高く極めて能弁な大学教授の「講義」を聴講するために、様々な奇妙な点はあるものの、何世代もの間、次々と偉大なる法律家たちを訓練・生育してきた「弁護士事務所におけるリーディング」の機会を犠牲にするとするならば、彼は全くのところ自己の利害というものを見誤っているのである。しかしながら、「弁護士事務所におけるリーディング」によつて他の訓練方法では代替することの出来ない何らかの物事、それも、非常に価値のある物事を学ぶことが出来るということを認めるとか、むしろ

ろ、積極的に主張するということと、このような、その日暮らし的な習得制度の下で、実務法曹へとむけ勉強する若人たちが突如、事実関係の細目の中に投げ込まれ、偶然の機会に任せて、「法的原则」を理解するよう「放置」されている現状が、「完全な制度」であるとか、重大な害悪を生み出すような明白な欠点を何一つ提示しないと認めることは全く別の事柄である。マンスフィールド、エルドン、キャンベル及びウェストバリー^(xii)を輩出してきた制度が批判される余地がないということは、全くもつてしばしば語られてきた所である。しかしながら、かかる「尊崇に訴求する詭弁」(appeal ad verecundiam)^(xi)というものが排斥される事は「常識」であらう。英国における「法律教育」が「重大な欠陥」を有していること、そして、現代的状況が、その欠陥をほんの五〇年前と比べても遥かに重大なものとしたことは立証可能である。

私は、法廷弁護士事務所における勉強の有する様々な測り知れぬ利点を忌憚なくこれまで述べてきた。かかる勉強法が内在的に有する欠陥というものは法廷弁護士もしくは代弁人の弟子によって追求される勉強の過程を最低限度叙述するだけで、自ずから、明らかとなる。その欠陥は三種類ある。法廷弁護士事務所で得られる知識は、断片的、非体系的であり、時間と手間を無駄にする。

第一に、弁護士事務所で得られる知識は断片的である。なぜなら、現行制度では不可避免的に極めて不完全な法準則の把握へと導かれざるを得ないからである。

事務所での修習が終わった生徒は、「保険」、「特許」、「連結株式会社」(joint stock company)^(xiii)といった彼の教官たる法廷弁護士が優れている分野の何らかの法の「特化した部門」に関してかなりの知識を得ることになるかもしれない。もつとも、彼はそれ以外は何も知らないのである。「法分野全域に浸透する一般的原则」については、彼は何も

知らないというところの騒ぎではない、なぜなら、彼は、「この伝統的教育方式により」そのような「諸原則」が存在するかさえ疑問視するようになってきているからである。しかるに、いかなる「懷疑主義」の形式もこれほどそれ自身、事実無根な馬鹿げたものは存在しないし、「法的名声」を勝ち取るのにこれ以上に致命的な特質も有り得ぬであろう。なぜなら、誰であれ知性を持って最近の『判例集』を研究する者は、「細目的事実の問題」というよりは「原則の問題」が法曹や裁判官たちにとっての難題 (perplexity) の真の主題であることに、即座に確信を抱くことになるであろうからである。スコットランドの住人が英国で契約した婚姻は、「英国婚」であるのか「スコット婚」であるのか？詐欺により外国で得られた判決を英国で強行することは可能であるのか？その妻の為に契約に対する夫の責任 (仮にもしあるとすれば) の正確な内容はなんであるのか？「合法的集会」 ("lawful assembly") という言葉は、何を意味するのか？「討論の自由」 (liberty of discussion) が「キリスト教は「国法」の一部である」という教義に対して持つその「意味合い・影響」 (bearing) とはなにか？これらの他、二〇ほどが最近、我々が裁判所を悩ませていた難題である。これら全ては、原則に関する問題を扱っており、その中の一部はコモン・ローのまさに基礎にまで触れている。日々の実務の各細部にまで「一般的格律」 (general maxims) を適用することに全く慣れていない者がかかる様々な問題の探求を扱い得ると想定することは知性の怠慢であろう。

第二に、法廷弁護士事務所で得られる知識は「非体系的」である。なぜなら、学生をして法全体を学ばしめるべく誘導するコモン・ロー学習の確立した「様式」というものは存在していないからである。

実務法曹で、コモン・ロー及び衡平法における「根本的原理」、もしくは法のたった一分野の「根本的原理」にすら、通曉しようとみずから試みるものはほとんど居ない。英国法全体を浸潤・支配している「規律」を把握している

者は、また、さらに稀であろう。「弁護士事務所におけるリーディング」の本質について考察するに際して、偉大な能力を与えられ、かつ、長い間倦むこと無く精勤し法実務に従事していた人間でさえ、その法学識の範囲が狭隘なことがしばしば判明するのは、一体なぜかというその理由については、「自体、自明のものであり」我々の探求してみる必要は殆ど存し無い。

第三に、法廷弁護士事務所で得られる知識は「時間と手間を無駄にする」。現行法曹教育の最大の欠点は、これまでに語られることのなかった努力の浪費に際して、法実務の観察というかけがえない経験によって獲得されるものの半分を学生から奪い去ってしまう。

ここでも、事物の理非は、事実の描写により自ずと明らかとなる。もし、学生が自己の眼前の「法実務」に傾注するならば、彼には「書物」を読む時間など無い。その一方で、彼が各種「理論書」(treatises)や「判例集」(reports)の精読に耽溺するならば、彼には「準備書面」(briefs)や「訴答」(pleadings)を作成している時間など無いのである。加えて、「学習スキーム」をまったく与えられず、どのような書物が彼の注意に値するのかの指導すらまったく与えられない様な学生が読書をしたところで、大して効能はない。そのような訳で、彼の眼前を去来する「法実務」というものは、その「教育的有益性」の半分を喪失してしまうこととなる。そして、見当違いの指導による自己の骨折りにより、大いなる機会をずいぶん無駄にしたものであるという後味の悪さとともに学生は、研修を終えてのち法廷弁護士事務所を後にする羽目に陥ってしまうのである。

既存の法学教育に内在するこれらの「欠陥」を踏まえた上で、二つの特別に重要な「観察」が存在する。

これらの観察の第一ものは、現状では、熱心な学生がいかにも根気強く「法学作品」を学んだところで、「弁護士事

務所におけるリーディング」の様々な欠陥を矯正することは不可能であるということである。というのも、今となつては二五年か三〇年前にまで遡る「かの改革」(the reform)^(xvi)の起るまでは、「法学作品」というものは、「旧来の職業的」法学訓練の様々な欠陥のまさにその特質全てを再生産し、ステレオタイプ化してきたものであったからである。我々にとって最良の作品たるスミスの『主要判例集 (Leading Cases)』などは、結局のところ、有用であるというよりは興味深い知識の「バラバラの論点」に対する「覚書」(notes)の単なる「寄せ集め」にすぎない。これらの作品には、「一般的概念」、「原則の把握」、「方法論」という思考そのものがまったく欠如している。自らの「稼業」をこのような「大雑把な方法で」(by rule of thumb) 学んだ著作者たちというものは、未だかつて、「法的諸概念の正確な分析や定義」を有したことは無いし、否、試みたことすらもないのである。それゆえに、「法的テクニカル・ターム」というものは、他のいかなる専門分野にも引けを取らぬほど粗悪なものである。それらは技術的・専門的であるのに正確性には欠け、一見して明らかに「普及」している場合には、「隠された曖昧性」に満ち満ちている。「債権的權利」(“chose in action”)^(xvii)、「人的財産権」(“personal property”)^(xviii)、「無効契約」(“void contract”) などといった用語を確立した「権威的典籍」により「定義」することを試みてみるがいい。あなたがたは、私の批判に同意するのみならず、かかる絶望的な混乱状況をもたらしたその理由に、すぐさに思い当たることであろう。何世代にもわたって、英国の実務法曹は「定義」と言うものに興味を持つことは無かつたし、実のところその「本質」や「有用性」について理解してもいなかったのである。例えば、二〇年前にはその著作が学生の契約法に対する入門書であつたある著作者に目を向けてみよう。J・W・スミス氏は彼の理論書の最初の章に「契約の本質及び分類」と名づけその書を開始している。契約の本質については彼は自己の読者に対し何も述べてはいない。彼が実際に述べているのは合意と言うものは「記

録契約」(contracts of record)^(xviii)「押印契約」(contracts under seal)「単純契約」(simple contracts)の三種に分類されると言うことである。氏は最初に、「分類」をもって「定義」に代用するのであるが、その分類にいたっては、まったく学ぶべきところの無いもので、例えるなら、全動物を「ドード及びライオン」と、「ドード及びライオン以外の動物」に区分するような分類方法であった。というのも、スミス氏の分類の無意味さというものは、「単純契約」(simple contract²⁾)という用語が「記録契約」でもなく「押印契約」でもない全ての契約を意味する単なる「消極的表現」であるということを知って、初めて十分に理解されるからである。実際、この「分類」について様々な視点から「長大な注解」を与えることも可能である。しかしながら、この分類の最も特徴的な特質として、誰の目にも気づかれずにおかれぬのは、「記録契約」という非一般的かつ稀な取り決め(arrangement)であり、生徒の注意を悩ませる(それがいやしくも契約であるのなら)契約の種類としては最もあり得ないものを高名な位置にまで押し上げたという、その「馬鹿馬鹿しさ」である。契約の真の要素たる「申込み」(offer)、「承諾」(acceptance)、「約束」(promise)についてはこの教師は何も述べていない。J・W・スミス氏の「無益な分類」と、わが友人で「法理学教授」(the Professor of Jurisprudence)であるサー・W・アンソン Sir W. Anson の著作の中に見出される「有益な分類」を比較する者なら誰でも単一のトピックにおいてすらその原則を習得すること無しに法学を学んだ作者によって導入される「混乱」がどれほど酷いものであるのかを即座に理解することであろう。加えて、J・W・スミスは、他の瞠目すべきチティ Chitty^(xix) やアディソン Addison^(xx) といった著作家たちと同様に、その全ページを我々の法学作品全体について最近まで敷衍しており、何らの是正手段が存在しないゆえに、英国の法曹の知的習慣に感染してきた、「ある欠陥」を持って描写していることを、「批評家」は観察することであろう。この「悪徳」というのは、「例外」(exceptions)や「非典型

的事例」(anomalies)に際限無く注意を注ぎ、その結果、これらの例外が言及しているより重要な「規範」(canons)や「法準則」(rules)そのものをないがしろにしてしまうものである。かかる欠陥の大元の理由は、英国法は「判例」を典拠として組み立てられており、それゆえに、すべからく「報告された判例」(reported case)というものは、いずれにせよ何らかの意味で「ある一般原則の例外」であるというその「事実」自体に見出されるであろう。それゆえ、我々「英国の法律家」はみな、ある高名な法曹が名づけたように「当然のこととしてみなされた法」("law taken for granted")に多く依拠せざるを得ないのである。この「当然のこととしてみなされた法」と言い回しこそ、記録された様々な例外事例からの推論により抽出された「法科学」の「一般原則」に他ならない。旧来の英国法の教科書は例外を繰り返し、様々な一般原則に注意を払うことを概して省略している。

第二の重要な観察は、もし生徒が、彼が弁護士事務所で得ることの出来なかった教訓を得るべき諸要素を読書中に発見できなかったのなら、既存の法学教育制度を歪ませているかかる「欠陥」は、我々の祖先におけるよりも今日の我々に対して、より大きな悪影響を与えることとなるであろうという事である。

今世紀の初め、もしくはもっと最近にいたるまで、「法学作品」を計画的に全て読み尽くすことが可能であった。「コモン・ローの全領域」を探索する能力のある学生は、法の複雑精妙さを会得するのになんらの計画も必ずしも必要としなかったのである。クックの時代の頃には、英国法について書かれた典籍というものは、現在のロー・レポーで換算して三〇巻分か四〇巻分を超えることは恐らく無かつたであろう。前世紀の末に掛けて著作し、その目的として、法的諸原則の学習の困難さを控えめに言うよりは大げさに言おうとしたある著作家によれば、「立法院による制定法と各最高裁による判例を含めたこの国の法は、フォリオ版の書籍にして五〇冊を下ることは無い」とされる。

恐らく大きくはその知らされた情報に誤っているところはないであろうものの、「道德神学者であった」ペイリー^(xvi)の上記の証言が、法的事柄についての「權威的典籍」たり得ないと主張するならば、我々は『判例報告者たち』(The Reporters)という著作の中で述べている「一九世紀アメリカの法律家で自身アメリカ最高裁判所判例の報告者でもあった」ウォレス Wallace 氏^(xvii)の言なら絶対的な信頼をおくことが出来るよう。彼によれば、一七七六年までの英国のコモン・ロー及びエクイティ双方に関する著作は一五〇巻を多く超えることは無かったとされる。それゆえ、半世紀前ですら、キャンベル卿 (Lord Campbell) のような熱心かつ勤勉な人間は、コモン・ローのほぼ全領域に渡る著作を読破することが出来たのである。このことに加え、いずれにせよ、一世紀前には、「組合法」(the law of partnership)、「契約法」(the law of contracts)、「代理法」(the law of principal and agent)、「国際私法」(private international law)と一般に称せられる法準則、「合同株式会社法」(the law of joint stock companies)といった全ての法領域は、最近になるまで発達が不完全であったか、もしくは、存在すらしていなかったとさえ言っているような状態であった。また、学習者が「包括的な学習体系」を試みようとするに際して遭遇するかかる困難性が、「判例集」の分量が増えたことや、法の領域の範囲そのものが成長していることにより、どれほどまでに増大したのか我々には計り知ることとは出来ないのである。ジョージ二世即位(一七一四年)以来一八三〇年頃にいたるまで、議会に関する限り英国法の諸原則というものは、変更されなかったし現実上変更不能であった。エルドン卿 Lord Eldon は、一八八二年「既婚女性財産法」(Married Woman's Property Act, 1882)で採用されたような方策によるような、「君主制廃止法案」をすぐに提議し得もしたことであろう。このような状況の全ては今では変化してしまった。今では「判例集」(Reports)は一三〇〇巻から一五〇〇巻の規模に達しているし、一八六八年までの『改正制定法集』(Revised Statutes)は巨大な

フオリオ版で優に一五巻を数える。毎年、「判例集」は一〇巻ずつ増加し、制定法集も議会ごとにその量をふやしており、それらの各巻には、時には我々の法制度そのものを実際に震撼したりそうするであろうと思われる「重要な改革案」が目白押しである。目下のところ、実務法曹は英国の「判例集」のみならず海外の「判例集」をも参考にすることを余儀なくされている。一七七六年時点ではそしてその何年か後にいたるまで、「アメリカ法判例集」というものは一卷も存在してはいなかった。しかしながら、今や、合衆国は四〇〇〇巻もの判例集により「豊穰化」とされると同時に、「圧迫」とされてもいる。今、「ミドル・テンプル」の図書館にあるアメリカ法の「判例集」の分量は、アメリカ独立宣言当時に存在した「英国の全法的書籍の分量」をはるかに凌駕している。全法分野を包括的に読破する方法論というものは現在では、厳密な意味では、不可能になってしまった。それはもはや「過去の伝統」である。エリザベス一世治世もしくはジョージ三世治世の時代においてすら英国の商業にはそれまで十分であった、各種「帆船」による通商を続けていくことが現在では不可能であるのと同様に、クックCokeやホウルトHoltやブラックストーンBlackstoneの方法論、そして、「比較的最近の」キャンベルCampbellの方法論にしたがつてさえ、法的読書を完遂することが、読者諸氏には、今の時代、最早、到底不可能となっているのである。

それゆえ、現代の学生たちは、その父祖たちの世代以上に、法学学習の上での「指針」を必要としているのだが、いかなる運命の悪戯か、彼の先人たちが依拠した人々の助けによる「指針」を失っているのである。「訴答人」(pleader)らは悪評を有しており、彼らが生業(art)は我らが言語たる英語(the language)の「法的風刺作品」の最良の「題材」にまでなってしまうている、しかしながら、その「訴答人たち」にこそコモン・ロー及びその法律家たちは最も重く感謝すべき「負い目」(debt)を負っているのである。「訴答の科学」(the science of pleading)というものは、

「事実からの法の厳密な区別」により成り立っていた。訴答人たちの事務所で訓練を受けた学生たちは、その日常の実務を追求するうちにコモン・ローの諸原則を法廷から離れたことが無く、それゆえに、法的諸原則についての何らかの理解なしには訴答において優れることは不可能であった、その師匠（たる訴答人）から法を学ぶ以外なかったのである。前世紀においてコモン・ローにおける高名な法律家で、「特別訴答人」(special pleaders)^(xiii) によつて訓練されなかったものは誰もいなかった。現在では、「訴答」は廃止され、真のコモン・ローの教授たる「訴答人」(pleaders)は、遠からず「忘れられた種族」と化すことであろう。

「弁護士事務所におけるリーディング」の短所及びそれに勝る長所を認識することは、どの程度まで大学においてコモン・ローというものは「教授可能」であるのかを確定することと同義である。オックスフォード大学における学的教育は、ロンドンにおける実務観察のための「適切な準備段階」を構成していなければならない。大学教授の活動にとつて適切な領域は、直接的、間接的を問わず、一面的な現行の法実務教育制度により生み出される様々な「欠陥」に対して、「手当て」を与えることである。「法全体」を論理的に首尾一貫するものとして解説すること、つまり「法的な諸概念を分析・定義」すること、法的諸準則の一団を秩序だつた一連の諸原則にまで還元すること、そして法的作品の改革もしくは革新を、援助し刺激し導くことが、法学教授の「責務」である。

なにがしかの注意をもつて学術的教育に対し与えられている各領域を「概観」するために、私に多少の時間をいただきたい。

1 「大学」においては、学生はコモン・ローを「全体」として考慮し、英国法の一部門を他の一部門と関連させて考察するように教育されることが可能である。「ローマ法研究の再興」、英国法の混乱した総体を何らかの形式へと

まとめるのに既に多くの寄与を果たしてきたが、この「淵源」にこそ、この二〇年間の法的作品の「明晰性」(clearness) 及び「均整」(symmetry) における進展の多くを負うことは疑いないことである。しかしながら、「事物の本性」として、英国法が「明晰で秩序立った法準則及び法概念の取り決め」その「範例」としてそれ自身で提示されてはならない理由は決して存在しない。それに、学生に「ローマ法」と唯一対抗できる顕著な「体系」として主張可能な「英国法の概要」(outlines of English law) が与えられる、もしくは、よりよい方法として、学生が自ら自身にそれを与えるように教育されてはならない理由など、決して存在しないのである。そのような「海図」を手にした学生は単に彼の知識を増やす以上のことを為し遂げることとなる。彼は学習の「枠組み」(scheme) を得たのみならず、その断片的知識を「相互につなぎあわせる」、ある種の「計画表」(plan) を手にしたのであり、そのように知識相互間をつなぎ合わせるにより、「弁護士事務所におけるリーディング」や「実務」において得る知識を効率的に記憶することが可能となる。実務法曹をめざし勉強を開始する若人が、ドイツ、フランス、スコットランド、合衆国におけるように、彼の教科に対しての、かかる「一般的学識」を入手していることが可能となれば、その「弁護士事務所でのリーディング」(reading in chambers) や「法廷への随伴」(attendance in the court) を通して、長年、「法廷」に立ちつづけて来た法廷弁護士がしばしば得てきたものよりも、より多くの法学識を、彼は簡単に学び得るようになるかもしれないのである。

2 大学においては、事物の本性から、「弁護士事務所」では決して学び得ないものを「教授」することが可能である。つまり、それは「法的諸概念を分析し定義する習慣」である。かかる「分析」というのは、「法実務の日々の要求」にかかりきりになっている人物の仕事ではない。しかしながら、その重要性というものはいくら大げさに見積

もつても足り得ないほどのものである。「法学研究」及び「法実務」における困難の半分は「法律用語」の「不正確性」及び「曖昧性」に起因することは、どれほど有能な裁判官といえども異論を唱え得ない事実であろうと敢えて大胆にも、私は申し上げたい。「合意の注意深い分析」が、「契約法の明晰化」にいかほどのものをもたらしてきたのかを、我々はみな知っている。その方面に注意を向けたことのある者ならみな、サヴィニーの「占有理論」が英国法の様々な難問を解決したことを知っている。その理論は「時効取得」(title by prescription)の諸準則を明確化し、「トレスパス」の本質や、「動産侵害訴訟・拾得動産横領訴訟」(action of trover)に関わる原則など明らかに技術的な諸問題に光を投げかけ、「本拠地法」(the law of domicile)を論理的に一貫した全体へと構成することを可能とし、奇妙なことに、『詐欺防止法』(Statutes of Frauds)第一七節という、よく学ばれてきた「ある制定法」における「難題」(perplexity)の少なくとも一つを、「理解可能」にしたのである。実際、「法的専門用語」の「解説」・「単純化」・「分析」以上に大学教授が精を出すのに適切かつ有益な分野は存しない。「法的専門用語」が他の諸国において為されたように大学教授による教育により再審査され確定されぬ限りは、英国法のためとなるに値する「法典」(code)を英国が有することは不可能であろうとすることは、決して極端な予見ではないのである。

3 現状では、法を一連の「諸準則と例外」として理解し、確立した「諸原則」の「正確な限界」を注意深く確定することを教育することは、大学においてのみ可能な事柄であり、それ以外の場所ではほぼ不可能である。このことは「例外」は覚え、明白な「諸原則」については忘却するという、例のコモン・ロー法律家に伝統的な、「致命的傾向」への真の「処方箋」である。有能な「教師」の第一の義務は、法というものは、「一对の法準則とその例外」へと還元することが可能であると、自ら自身とその生徒たちに印象付け、一般的でありふれた普通の「諸原則」の方が

例外的でめずらしく普通でないものよりもはるかに重要なものであるとの感覚をその「聴講者」たちに持たせることにある。

「適切な学習」と「注意深い思考」により、コモン・ロー全体を「秩序」へと還元可能であり、一〇〇の判例を「まとめた二、三の原則」の形で提示可能であるのである。しかして、これらの諸原則が依拠している判例の名前を覚えることすら不可能である場合にも、そのようにすることにより、「理解・記憶」することが可能となるのである。私の意味するところの「一例」を挙げたい。誰にでもよいが、「英国臣民」であると主張し得る人々に関する様々な階級を（成文法典に見らるような形の）各種の「準則 (rule)」と例外 (exception) よりなる「確定的言述」 (definite statement) の形で定義することを試みさせてみるがよい。この仕事自体はなんの克服不能な困難性を提示するものではない。三つか四つの短い「制定法」及びせいぜい一〇から一二ほどの「判例」で必要とされる素材は足りよう。しかしながら、私の提案に基づき行動するものは誰でも、この仕事時間がかり、かつ、困難なものであることを理解し、同時に、もしそれがしかるべく実行されたならば、彼の脳内には「英国籍の得失」に関わる「一連の諸命題」が存在することとなり、そのことは彼をして永久に「国籍」というある難題の達人にしていることが了解されるのである。また、彼は、いくつかの点において「国籍法」 (the law of nationality) というのは厳密には「未解決」のままであるということも見出すことであろう。彼はどこに真の難問が存在するのか分かることであろうし、そして、実際に最近起こったように、判例でこれらの争点に決着がつけられた場合、彼はその判決の効力について簡単に「留意」し、かつ、「記憶にとどめておく」ことが出来るであろう。その上、彼はさらに、「既存の法の錯綜点」 (the intricacy of the law) は、歴史的に、支持される「二大対立理論」間の「摩擦」と、両者の「究極的な妥協」より、生ずるのである

ということを学ぶことであろう。このように我々の「狭い主題の内部」で成し遂げられたことは、徐々に、「英国法全域」に対して達成可能なこととなることであろう。たった一人の「大学教授」や、たった「一学部大学教授たち」では、限られた期間の中で、この英国法全体をこの「自然的な成文法典」(natural code)の形式へと変換するという事業は達成し得ぬ。しかしながら、人は自信を持って以下のように主張することが可能である。「学問的」にも「法実務」のためにも、コモン・ローを「一連の諸準則」として認識する「習慣」以上に学生に教授されるのに価値のある物事など存在しないし、さらに、「かかる心理的傾向」(this turn of mind)を有する「学派」は、コモン・ロー全体の「混乱した法原則の総体」を、徐々に、「明晰かつ、論理的、均整のとれた形式」へと変換することであろうと。しかるに、ここにおいて我々は、大学教授が精魂を注ぐべき領域の、最後の、最も興味深く、そして恐らくは最も重要な、その境界線へと到達しているのである。

4 つまり、大学で、そして他ならぬ大学においてのみ、極めて必要とされている法学文献の「改革」、もしくは私が「創造」とすら呼ばんとするものの、「援助」・「刺激」・「指導」がなされることが可能である。

我々の英国ほど司法的判決の豊富な国はない。一五〇〇冊以上もの「判例集」はわれらが英国法及びわれらが裁判官の「健全な感覚」(sound sense)、司法、洞察力、知的能力、その文学的表現力といった実質的な諸利益へと供せられる、「もつとも高潔な記念碑」である。しかしながら、「法学作品」(legal literature)^(xxvii)と呼ぶに真にふさわしい全ての作品を収めるのにはミドル・テンプルの図書館における本棚一つで十分におつりがくることであろう。我々はその名にふさわしい「英国法全体の歴史」を未だ有してはいないし、他国の偉大な法律家の諸作品に比肩する作品として我々が有するのは「理論書」(treatises)の数は二〇を超えていない。「判例集」におけるわれらが「豊潤」が、われ

らが裁判官たちの偉大性の「柱立する記念碑」であるとするならば、われらが「法学作品」の「貧困」は、最近にいたるまで(コモン・ローの)「法学教授位」が存在しなかったことの一つの「結果」に、確かに、他ならぬ。いずれにせよ、この「法学作品」の改革もしくは再生の「助成」という、非常に重要かつ有益な仕事は、「大学教師」の双肩に、当たり前のこととして、かかるのであるが、かかる「法学作品改革」こそが、この三〇年間で最も目を見張るべき現象の一つなのである。我々の学生の需要を考えるならば、彼らにコモン・ローというものは合理的な「学問」であり、他の「科学」と同じく「明晰かつ合理的かつ興味深い方法」で扱うことが可能であると認識させることを可能とするような作品を供給することが明らかに最も重要である。我が「オックスフォード大学の」同僚の一人以上の者が、かかる仕事を手がけ、既に抜群かつ定評のある成功を収めている。もし若き生徒らに謝意を表することが可能であるならば、アディソン Addison の「勿体ぶった重苦しい混乱」(ponderous confusion) や、J・W・スミスによる無意味な精妙さを理解しようとする試みにより両肩に課せられた「無意味な徒労」といったものから解放してくれたことに、サー・ウィリアム・アンソン Sir William Anson やポロック Pollock 教授^(xxviii)に対し、日々の感謝を捧げる学生の大規模な一団が存するであろうことは確実である。かかる状況に基づく「絶対的必要性」が全ての教師に彼の扱う分野にふさわしかるべき「理論書」^(xxix)の創造を示唆するのは必然であるが、もう一つの動機も精力的教師をして法学作品の著作業の道へと向かわしめる。つまり、「法学教授」というものは、「教授活動」とその「作品」によりコモン・ローの「形式」のみならずその「実体」に一般的に信じられている以上に遥かに強い影響力を及ぼすことが可能なのである。非常に柔軟であると考えられる「コモン・ローの諸法準則」(the rules of law) というものは、大部分は、「裁判官の立法行為による法定立」(enactments of judicial legislation) であり、(※学者による)「権威的見解」

(authoritative opinion) の圧力により、この「裁判官による法定立」が簡単に左右されること以上に目を見張るほど自明な事柄は存在しない。生起してくる判例を扱う多忙な「行政官」「たる裁判官」は、その「原則」を「教科書作者」から採用するのである。最近ですら、特定の著作者たちにより、コモン・ローの全ての分野の「範型」が「形成された」、否、「無から創造された」とすら言い得る事は周知の事実である。「訴答」(pleading) というものは五〇年前に極めて優れた論理的能力を有したある法律家により学問として「体系化」されたし、「損害賠償法」(law of damages) というものは、いまなお存命中のある著作家の影響下で成長したと言われている。「国際私法」(private international law) と俗称される広大な領域は英国においてはフーベル^(xxx) (Huber) から導き出された三、四の原則と、ストーリー『国際私法』(Conflicts of Laws) により解説された諸理論により「今にいたるまでに大まかに体系化されて来た」(has been mapped out)。しかるに、他の場所と同じく英国において、「一作者」により行使される影響力というものは、「学派を形成する教師たち」によって生み出される影響力とは比ぶべくも無いのである。

読者は、一貫して本講演では、「教育者」としての大学教授の役割と、大学教授の「研究もしくは著作活動の義務」との間に、何らの対立的線引きをして来なかった事に気づかれていることであろう。区別をしてこなかった理由は、そもそも、両者間にかかる対立関係は存しないからである。必然的に無知な階級に何度も繰り返し基礎的理論を教える過程というものには、実際なんらかの手間の無駄が存在する。(真実とともに言えることは)「学生などを意識した」「説明的分析」(exposition) というのは「学識」(erudition) ではないということである。しかしながら、かかる「手間の無駄」というものは「講義をする者の立場でいること」の二つの利点により、十二分に報いられているか、報いられてしかるべきものである。彼は、すぐに、自分の理解しておらぬ物事は説明出来ないことを理解することであ

ろう。「平易かつ明瞭な講義」というものは、「熱心な読書」と、苦痛とは言わぬまでも「長き思索」の成果である。「銜学趣味」、「偏執狂」、「浮世離れ」といったものは、確かに、所謂「机上の法律家」(“paper lawyers”)に属する悪徳であり、私の敢えて推測するところでは大学教授や法学者の研究にも感染しうる短所でもある。ここでも、自己の思想を自分自身のみならず他人に対しても明確に説明する必要性というものは、かかる悪徳矯正の最も賞賛すべき方法である。いずれにせよ、「学術的法学教育」を際立たせる様々な資質―我々の「コモン・ロー」という主題を全体として観ずる習慣」とか、(常に受け入れられた「権威的見解」及び「事実」に目配りをしつつ、同時に、「法的観念」や「理念」を「定義」し「単純化」しようとする願望であるとか、「法」を、理解しやすく、かつ、裁判所判例と実務法曹の見解にも一致した、「一連の諸命題」に転換する努力―といったものは、現実の法を明晰かつ効率的に解説するという要請により、全て、促成されるものであり、これらはみな「法学作品」の「記念碑的労作」を創出しようと望むような「著作者」の中に見出されるべき特質である。かりにもし英国においても、他国と同じように「常に自身の講義における生徒という聴衆を意識した法学者」によって「法学書」が編纂されていたとするならば、果たして、それ自身全く無意味な、「山積する注釈により」(pile after pile of notes)、言わば、判例が「層を為して」(in layer after layer)おり、山積するその「注解」の重みで自己崩壊してしまっているスミス『リーディング・ケース』のような「文学的奇形」(literary monstrosities)の成長を目撃することになったとは想像しがたいし、我々全員が経験したように、セント・レナード卿 Lord St. Leonards の「へそ曲がりの学識」^(xxxii)に頭をかかえることになったとも想像し難い。また、各「法領域」が順に、その尊大性とあの手のやり方のみならず、その「洞察力の欠如」においても、負けず劣らず度を越した「著作家」たちの「厄災の如きその情熱」^(xxxiii)の犠牲となるのを何世代にかけて、目のあたりにすることに

なつたとも想像はし難いのである。しかしながら、「著作家」と「教育者」——我らの当論文での目的のためにはこれらを区別する必要は無いのであるが——の「法」に対し有する計り知れぬ影響というものは「解説的分析」(exposition)というものの持つ、一般的に考慮されているよりも「はるかに強い影響力」というものによつても証明され得るかもしれない。この問題に関して、我々は、広範かつ多様な経験からの教訓を参照し得る。我々の「法学作品改革の要請」というものは正當に最も注目すべき「知的運動」もしくは「改革」と呼び得る現象の一面に過ぎない。この三〇年間で三人の天才が法学研究に新たな衝撃を与えてきた。マコーレー^(xxxiv) Macaulay は新たな「法典化」(codification)の形式を創設したことで知られる。「歴史家」としてのマコーレーは確かに学派の「領袖」ではなかったが、「法改革者及び立法者」としては、恐らくはその名声が彼の歴史学の記憶より永続するであろう立法院による「諸種法典」の父祖としてのみならず、チャルマー氏 Mr. Chalmers の『為替法』(Laws of Bills of Exchange) やサー・ジェームズ・スティーブン Sir James Stephen 『刑事法提要』(Digest of Criminal Law) など「公式」のものではないものの、測り知れぬほど貴重な、全ての英国法の「ダイジェスト形式」の書物の父でもある。前出のチャルマー『為替法』は既に「立法院による「法」としての権威」(legislative authority)を獲得しており、後出のスティーブン『刑事法提要』も、恐らくは、将来においてそれを獲得する運命にあるであろう。オースティン Austin は「法学的哲学的思索」(legal speculation)に新たな衝撃を与え、その見解を支持しない著作者たちや、公然と彼の「論理学的分析システム」(system of logical analysis)を採用しない著作者たちをも、彼らの自覚的意識を遥かに超えて影響を及ぼしている。サー・ヘンリー・メイン Sir Henry Maine は歴史学研究の新分野を切り開き、オースティンとともに「ローマ法」に対する公共的関心を再燃させた。これらの三者のうち二人は「大学教授」であるが、マコーレーは、彼の激しい「解説」

(explanation) への愛とその「例証」(illustration) への情熱を持って、「四季裁判所」(quarter sessions)、『巡回裁判』(circuit)、『ナイサイ・プライアス』^(xxxv)、『貴族院』(House of Lords) においてすら輝きを發揮する「法廷弁護士」の類型というよりは、「大学教授」の類型に遙かに近接したのである。しかしながら、仮にこれら三者の影響は「大学教授の教育」の影響を「間接的に」例示するものでしかないといわれるなら、我々はより広い見解を持つためにその視座を広げねばならぬであろう。ポティエ Pothier^(xxxviii)、サヴィニー Savigny^(xxxvi)、ファンゲロウ Vangerow^(xxxvii)、マンチーニ Mancini^(xxxviii)、ブルンチュリ Bluntschli^(xxxix)といった令名は、海外の法学者による偉大な作品を想起するに十分であるが、彼らの教説の結果もしくは体现であるところの各種「理論書」(treatises) 及び「法典」(codes) といったものは、多くの場合、多かれ少なかれ、彼らの「講義」から直接的に発展したものである。しかるに、我々が視点をより近く英国内に戻しその法的状況を検証すると、確かに、コモン・ローは本来受けてしかるべきその注意より遙かに少ない注意しか、英国内では、受けてはいないのである。

また、スコットランドは「判例集」に関する限り英国ほど潤沢ではない、しかしながら、ざっと観察しただけで、スコットランドは少なくとも「法学提要形式の理論書著作者」(institutional writers)^(xxxix)を少なくとも三、四人は有していることが分かるし、同様の利点を持った英国の「著作家」で、彼らに比肩し得る者を見出すことは困難である。この研究に際して、私はスコットランド法史で現存する権威の中で最高の人物から、情報を得たのであるが、スコットランドにおける最高の「法学提要形式の理論書」というものは実のところ「講義」の産物であるとの事であった。ヒューム男爵 (Baron Hume)^(xi) の『犯罪の定義及び処罰に関する注釈』(Commentaries on the Definition and Punishment of Crime)^(xi)、ジョン・アースキン (John Erskine)^(xii) の『スコットランド法の諸原理』(Principles of the Law of Scotland)^(xii)

ジョージ・ジョーゼフ・ベル (George Joseph Bell) ^(xii) の『スコットランド法の諸原理』(Principles of the Law of Scotland) は、みなすべてエジンバラ大学において為された「講義」の成果である。厳密な言葉の定義通りにではないにしても、実質、同様の事柄がスコットランド法の理論書の中でも最も著名なステア『スコットランド法提要』についても言及され得る。ステア卿はグラスゴー大学で学び、彼は「法学教授」であつたことは一度も無かつた。満足いくとはいへぬまでも、その事実に対する「十分な理由」は、前世紀初頭に至るまで、同大学には「法学教授職」そのものが存在しなかつたためであつた。しかしながら、あるステア卿の「伝記作家氏」から伝え聞いたところによれば、ステア『提要』の「哲学的部分」は、確実に、彼がグラスゴー大学の「理事」(Regent)であつたときにした「講義」に遡ることが出来るとの事である。

もしある者が、「ローマ法」に依拠した制度というものは、「英国法」に比べそれ自身で大学教授による解説により適しているのであると示唆するとすれば、かかる示唆はすぐさま「事実に基づく抗告」(appeal to facts)に出くわし得ることとなる。この点に関して、そして実際のところ、合衆国における経験が、本講演の主題全般に関して、示唆に富んだものとなる。合衆国市民は、確かに、「銜学家」(pedants)ではないし、概して、「理論家」(theorist)でもないのだが、アメリカの各カレッジでは、現在、英国法が教えられており、それも、素晴らしい形で講義されているのである。もしあなたが「実務法曹」^(xiii)たるニューヨークにおける鋭敏な弁護士に対して、彼らの大部分がその生徒であるか、そうであつた「ドワイト Dwight 教授の講義からは、知るに足る知識を全く学ぶことが出来ない」などと示唆しようものなら、アメリカの弁護士はあなた自身の面前でそれを「一笑」に付すことであろう。マサチューセッツ州の実務に従事している法廷弁護士は、「法廷実務に関する最良の準備」というものは、ラングデル Langdell 教授と

その同僚たちによるハーバード大学の「教室における勉強」であると、疑い無く、あなたに告げることであろう。留意されねばならぬのは、米国におけるこのような事態は一日、一世代のみの経験ではないということである。学識深く精確なケント『米法釈義』はニューヨークのコロンビア・カレッジで「講義」として行われたものである。ストーリー『抵触法』(Conflict of Laws)『衡平法学』(Equity Jurisprudence)『代理法』(Law of Agency)といった一連の「作品」は、「英語」という言語で書かれた同種の著作中では最良のものであるのだが、実のところ、全て、ハーバード大学の「デーン講座教授」(Dane Professor^(xiv))として彼がなした「講義」の成果である。これに加えて、同じく米国においては、コモン・ローの「実務的知識」と「理論的解説」との間に「齟齬」が存在するというような考え方が鼓舞されたことは一度たりとも無かったということである。ケントは、「高位裁判官職」を引退して「大学教授」に就任した。ケント『米法釈義』は、アメリカの法学著作者のうちでも最も高名な人物^(xv)により再編集され続け、ついには本家『釈義』と同じく極めて有用性の高い「全く新しい作品」へと生まれ変わったのであるが、その作者は、当時ハーバードにおける「教授職」から栄誉あるマサチューセッツ州の「高等裁判官職」に転職したばかりの人物であった。ストーリーの「各講義」は、ストーリー自身が首都ワシントンにおいて飛びぬけて高名な「最高裁判所裁判官」であつた時に同時に行われていたのである。

これに対し、英国における経験はこれまでのところ「コモン・ローの大学教育」に好意的ではなかったと言い得よう。何世紀もの間、「コモン・ローの法学の」「教授職」という階級が存しなかった国においては、我々の「法学書」(law books)が他の国々とは違って「講義」の成果ではなかったという事実からは、なんらの確たる推論も引き出すことは出来ぬ。しかしながら、幸いにも、我々は、ここにおいて同様の法則を証するかかる「例外」を一つ有してい

る。当大学、当カレッジ^(xvi)において、「英国文学」の中で高位かつ永久の地位を要求することの出来るある一つの「法学書」が生み出されたが、それは、元来はオックスフォード大学での「講義」であつたということは、目下のところ、忘れ得ぬ真実である。かの「偉大な注釈者」^(xvii)は、極めて稀な才能の配合を併せ持った人物である。と、真実とともに力説し得る。彼は法廷の「耳目」をほしいがままとした高名な「法廷弁護士」の広範かつ実務的な「法経験」と、傑出した「文人」に期待さるべき「文学的手腕」及び「文体の洗練」を「統合」したのである。^(xviii)彼の作品は、また一方で、今日の「法学教授」に要請されるまさにその通りのものでは必ずしも無かつた。このことはまったくの「真実」である。ブラックストン『英法釈義』が我々に与えてくれるのは、「そのまま模倣すべき雛型」(model for imitation) というよりはむしろ、「励みとなる実例」(an example for encouragement) である。それにもかかわらず、ブラックストンの『釈義』を構成した「法学教授」の手になる「講義」の与えたまさに「顕著な影響力」というものは、目下の主題に関して我々がどのような経路から取り組もうともそこに行き着く、その「結論」の、ほぼ抗らい難きほど魅惑的な論拠ではある。現行法学教育制度の計りしれぬ「長所」及び明白な「短所」、コモン・ローを学ぶ若人らの「需要」、英国の「法学作品」(legal literature) を台無しにした様々な「欠陥」、それによりかかる「欠陥」が日々、矯正し除去されている「改革運動」(movements of reform)、ヨーロッパ大陸、スコットランド、アメリカ、それら全てにおける「経験」、そして、「英国自身」という参照し得る「特異な実例」(single instance)、これら全てを考え合わせれば、当初の「設問」に対しある「解答」が導き出せよう。「弁護士事務所でのリーディング」と「大学における教育」の間には何らの真の対立関係も存しない。教師が有能で、かつ、明晰に彼らの「教授活動」の「限界」及び「目的」を把握してさえいれば、「英国法」は、教授可能であるし、それも、他ならぬ、この英国の各大学

において教えることが可能である。

了

(i) Inner Templeを指すのかMiddle Templeを指すのか、この表現だけでははっきりとしない。両者とも法曹学院の寄宿舎が、テンプル騎士団の敷地を間借りしていたことからその名がある。後に、ダイシーの所属していたミドル・テンプルへの具体的な言及があるので、恐らくは、ミドル・テンプルのことがダイシーの念頭にあったのであろうと推測される。

(ii) 原意はそのまま「羊毛袋、羊毛製の袋」であるが、英国貴族院の正面奥の国王席の前面にある中央の議長席(主要議壇)におかれている赤布で覆われた羊毛製のクッションもしくは座席をあらわす。一四世紀にエドワード三世が、フランスに対抗して、以降、彼の大法官が議会に臨席するときには英国の羊毛貿易の優秀性を象徴するため「羊毛袋」の上に座することを命じたことに由来する。そのことから転じて、「Lord Chancellor 大法官職」を象徴的に意味する。当初は文字通り袋状のクッションだったのであろうが、現在では赤い小型ベッドほどの大きさの長方形のクッション状の座席で、その中央には、背もたれが配備されている。国王の臨席がない通常の貴族院議会(開会演説のときには女王自身が臨席しアドレスを読み上げるのでその限りではない)では、王権の象徴として、国王臨席の代わりに「ロイヤル・メイス」(Royal Mace: メイスは「戦闘用の棍棒」の事で権力の象徴)がこのウール・サック中央の背もたれの後ろにおかれる。つまり、大法官はウール・サックにおいて「王権」を文字通り「背負って」貴族院に臨席する。大法官席の正面にそれを上回るより巨大な赤いウール・サックが存在しており、国王臨席の State Opening of Parliament の時には、上院議員の中で裁判官の役割を持った Law Lords によって占められ、Judges' Woolsack と称される。このことから、貴族院の「貴族院裁判官」(Law Lords) のことを象徴的に「the wool sack」と称することもある。ゆえに、厳密にはこの場合、ダイシーが「大法官」を意味していたのか、「貴族院裁判官」を意味していたのか特定不能である。より可能性の高い「大法官」の方で訳出した。これに続く、引用部分を訳者らはどうしてもソースを

特定できなかった。それゆえ、大法官であるとしても具体的に誰なのかは現在のところ特定できないでいる。

(iii) 衡平法上の制度たる「差止命令」(injunction)に比喩した暗喩的言及であろう。全体のバランスを見ての実務上の端的な教員役弁護士からのアドバイスを大法官からの訴訟指揮に使われる「差止命令」に例えたわけである。自身が大法官たる高位実務法曹ならではの韜晦的暗喩であろう。

(iv) デービット・マクララン David MacLachlan 『商船契約論 A Treatise on the law of merchant shipping』に関する言及であろう。訳者らが参照できたのは第二版の David MacLachlan, *A Treatise on the law of merchant shipping*, (London, 2nd ed, 1876) である。初版は一八六〇年。ダイシーの時代は商船法についての非常に高名な実務書であったようである。ロンドンの Sweet and Maxwell 社で一九三二年の第七版まで版を重ねている。ダイシーの当記念講演が一八八三年に行われていることを勘案すると、時代的に合致する。次注以降で扱う今日でも著名なバイルスやアーノルドと違い、デービット・マクラランの名は今日の英米法学ではほとんど認知されていない。

(v) サー・ジョン・バーナード・バイルス Sir John Barnard Byles (11 January 1801 - 3 February 1884) に関する言及であろう。

John Barnard Byles, 『為替、約束手形、銀行券、小切手論』 *A Treatise on the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Bank-Notes, and Cheques*, (London, 1829). 契約法で有名なチティの弟子であり英国インナー・テンプル所属のバリスター、裁判官で有価証券論と自由経済論の大家として有名。

バイルスの有価証券論は、Chitty on Contract と同様じ Byles on Bills の名称で当時から親しまれており、バイルスは自分の馬に Bills と命名して彼が来る『Here comes Byles on Bills』バイルスがビルズの背にまたがりやってきたよ (※バイルス『有価証券論』のお出ました！と掛けた駄洒落)』と冗談にしたことが知られている。Sweet & Maxwell 社から二〇〇一年には第二七版が出版されている。近代英米法の古典的名著の一つ。

(vi) サー・ジョゼフ・アーノルド Sir Joseph Arnould (12 November 1813 - 16 February 1886) は英国とインドの裁判官、作家、ジャーナリスト、詩人。オックスフォード大学で自由学芸で学士号をとった後、ミドル・テンプルに所属し法曹資格を取

得、デイリー・ニュース紙で数年記者として働いた後、一八五九年にボンベイ最高裁の判事に任命される。Joseph Arnould, *Law of Marine Insurance* として一八四八年に初版が出された本書もティヤバイルス同様、一五〇年以上も版を重ねてきている英米法実務の伝統的古典である。Arnould's *Law of Marine Insurance and Average* アーノルドの『海上保険、(共同)海損法』として知られる。二〇一三年四月にも Sweet & Maxwell 社から第一八版が出された。

(vii) 一九世紀後半 Robert Alexander Fisher により、英国で継続出版されていた辞書型の実務判例要覧。特に一八七〇年から一八八〇年にかけてのものが著名である。Fisher は一八七九年に他界。

(viii) ヘンリー・ジョージ・リデル Henry George Liddell (6 February 1811 – 18 January 1898) ‘ロバート・スコット Robert Scott (26 January 1811 – 2 December 1887)’ ‘ヘンリー・スチュアート・ジョーンズ Henry Stuart Jones (15 May 1867 – 29 June 1939)’ によって編纂された『古典ギリシャ語辞典 A Greek-English Lexicon』。Liddell=Scott=Jones の頭文字を取り、LSJ とも愛称される。Oxford University Press から出版。初版は一八四三年で、現行版は第九版の一九二五年版以降、現在まで Supplement が増補され発売されている。現在でも古典ギリシャ語研究には不可欠の辞書である。初学者にとっても最初に目につくものだが「当初はどうにも扱いに困る」という点では共通している。

(ix) バリスターの事務所に「送り込まれて来る」の文言から、前段階としての所謂「事務弁護士」ソリシターのことであろう。古い時代に英国ではソリシターのことを attorney と称した時期があった。ここでは、「ソリシター」の訳である「事務弁護士」と訳したが、本来の「ソリシター」は「衡平法部門」のみを管轄し、一八七三年『最高法院法』Supreme Court of Judicature Act 1873 で教会法、海法分野の proctor と attorney、旧ソリシターが統合され、現代でいうところの solicitor 「事務弁護士」(solicitor of the Supreme Court) となった。ダイシーが当論文を書いた一八八三年は、既に、この改革後であるが、恐らくは一九世紀で一八七三年司法改革以前の「衡平法専門の旧ソリシターとは区別されたコモン・ロー専門の事務弁護士」たる、ダイシー自身が訓練を受けた時代の attorney をイメージしているものと思われる。R. Robinson, *The Attorney in 18th Century England*, (1959).

一九世紀には、事務弁護士の「attorney」に対して、バリスターはしばしば「counsel」と称されるが、これもQC「勅撰弁

護人資格 Queen's Counsel」などを有した「高位裁判官」(つまり国王の「諮問官」(Counsel)としての「裁判官職」などより古い意味に繋がる)などを意味する場合もあり、当論文でも厳密には特定不能な箇所がある。

アメリカでは「事務弁護士」と「法廷弁護士」の区分はなく、「弁護士」は全て attorney と呼ばれ、ダイシーの頃から現在に至るまでそうである。当論文の後半でアメリカの教育について言及する際に「attorney」として語られているのは「弁護士」と訳してある。

(x) 恐らくは、「チャールズ・ボーウェン卿」²²⁾ Lord Charles Bowen; Charles Synge Christopher Bowen, Baron Bowen QC, PC (1 January 1835 - 10 April 1894) への言及であろう。グロースターシャーの「ウラストン(ウルストンとも)」(Woolston) 出身で、オックスフォードの「ベイリオール・カレッジ」で「給費生」として学び、一八五八年には同カレッジの「フェロー」となる。以降、一八六一年にロンドンに移りリンカーンズ・インに所属しながら実務法曹として始めたが、最初はまったく振るわず、『サタデー・レビュー』や『スペクテーター』という雑誌に小説を投稿し始めむしろ「小説家」(novelist) として成功した。しかしながら徐々に法律業にも頭角を現し、一八七九年には女王座部の裁判官となり、一八八二年には「控訴院裁判長」(Lord Justice of Appeal) 一八九二年には辞職したハンネン卿 Lord Hannen の後を継いで、ボーウェン男爵 Baron Bowen として「貴族院裁判官」(Lord of Appeal in Ordinary) に任命されたが、この当時には既に健康を害しており、「貴族院裁判官」(Law Lords) として実際の判決に参加することはなかった。「合理的注意義務違反」の認定に際し、「一般的教育を受けた架空の常識人」として「The man on the Clapham omnibus クラハムのオムニバスに乗る人物」という表現を案出したことで有名。

この表現はウォルター・バジエット(バジヨットは誤り)の『英国憲法論』における“Public opinion .. is the opinion of the bald-headed man at the back of the omnibus”「世論とは…乗合馬車の後ろにいるようなやかん頭の見解のことである」に影響を受けたとも言われている。この場合の「omnibus」とは「だれによっても omnibus」乗れる「乗合馬車」とか「公共バス」「トラム」などの時代があった表現である。つまり、「勤め人の多い南ロンドンのクラハムの乗合馬車に乗りあわせているような一般人」という意味である。二〇世紀前半まではコモン・ロー圏の裁判ではよく使われた表現である。地域的バリエーション

ンもあり、オーストラリアでは「ボンディ・トラムの男 the man in Bondi Tram」とか「バーク・ストリート・トラムの男 the man on the Burke Street Tram」とか、かつての「英領香港」では「筲箕灣トラムの男 the man on the Shaukiwan Tram」などの表現が使われた。このように、洒落の効いた茶目っ気の多い人物であって、様々な「創作的」工夫をコモン・ローにもたらしたようである。ここでのダイシーによれば「想像力に富んだ法実務」(imaginative practice)と称され、「悪評高く模倣者が続かなかった」とされるが、実際は、このように影響を行使し続け、現代の英米法に国際的に足跡を残している。

ダイシーの一六年後の別論文『アメリカにおける英国法教育』では、名指しで肯定的な例として出されており、その間にダイシーが彼に対する認識を改めたものか、興味深い。一八三五年生まれのダイシーと同一年の名物判事で、当論文が書かれた一八八二年には「控訴院裁判長」に指名されており未だに出世の途中である。(ボーウエンのかかる傾向は一つには世代的にメイン『古代法』(一八六一年)に影響を受けた世代であり「Legal Fiction (法的擬制)」による「法革新論」を自覚的に意識していた裁判官でもあったことであろう。既に訳出したダイシー「コモン・ローの発展」を参照。)「Traditions were at one time current of a Counsel, better known as novelist than as a lawyer」とぼかして、恰も「伝説」のように語っているが、ダイシーの同時代人それも同い年の人物であり、「韜晦的暗喩」でありダイシー独特の「抑制されたユーモア」でもあろうか。当時の「聴衆」はみな誰のことか分かったはずである。

(xi) 初代エルドン伯爵であった法廷弁護士であり裁判官、庶民院議員でもあったジョン・スコット John Scott, 1st Earl of Eldon (4 June 1751 – 13 January 1838) の事。一八〇一年から一八〇六年と一八〇七年から一八二七年の二回、大法官を務めた。保守党の政治家であり、当時のフランス革命とナポレオンの敗走によるウィーン体制への復帰の中で、自由主義的改革に反対した人物としても知られる。

(xii) ジョン・キャンベル John Campbell, 1st Baron Campbell (17 September 1779 – 24 June 1861) は一九世紀に活躍したスコットランド出身の裁判官であり自由党の政治家で、文人としても知られる。セント・アンドリューズ大学で学んだ後、リンカーンズ・インで法曹教育を受ける。一八二七年には上級法廷弁護士 (silk) となり、一八三〇年には庶民院議員となり不動産法、地方自治法の改革などに取り組んだ。彼の改革は基本的に煩雑になりすぎた法的技術性を単純化し現代化することに

あったと言われる。法務次長（一八三三―一八三四年）、法務総裁（一八三四―一八四一年）、女王座部の首席裁判官（一八五〇―一八六一年）を経て大法官（一八五九―一八六一年）となり死去まで順調な出世を遂げる。ナイサイ・プライアスの主に陪審裁判に関わる四巻組の判例集でも有名。

エルドン卿の次の世代の有名な大法官である。『文書誹謗法』 Libel Acts 1843 & 1845¹ 『死亡事故法』 Fatal Accidents Act 1846²などは「キャンベル法」とも称される。

(xiii) 初代ウェストバリー（ウェストベリー）男爵ことリチャード・ベセル Richard Bethell, 1st Baron Westbury (30 June 1800 – 20 July 1873) の事。自由党の政治家であり、一八六一年から一八六五年まで、大法官を務めた。エルドン卿やキャンベル卿ほど有名ではないが、キャンベルに次ぐ偉大な大法官。当箇所での言及は一九世紀の主たる大法官の「時系列順」であることが分かる。

(xiv) 直訳するに「*ad verecundiam*」[尊崇 (verecundia) への] 訴求 (appeal)。より一般的には「権威からの議論」 Argument from authority (Argumentum ab auctoritate) として知られる古来より伝統的『詭弁論理学』で提示された詭弁の形式。つまり、「事物の真実性」に基づく議論ではなく、あの権威ある人がそのように言っているのだから、それは真実であると主張する詭弁の形式である。ここではマンスフィールド卿など錚々たる法律家が教育を受けた制度であるから批判の対象外であるという権威主義的議論を指す。自由主義者であるダイシーは、そもそもそんな理屈は常識からあり得ないと、切って捨てている。

(xv) 現代の「株式会社」の元ともなった英米法上の制度であるが、定訳は存在せずカタカナで言及されるのが通例である。一応、「連結株式会社」という訳を当ててみた。元々は、「法人格」が認められていなかったところに特色がある。一九世紀初頭は法人格のない会社、もしくは組合で、譲渡可能な持ち株証券を有するものをこのように称したが、一七二〇年 Bubble Act で規制を受けた後、Joint Stock Companies Act 1844及び Limited Company Act 1855により、実質、法人格を有した有限株式会社として現在英国では扱われている。アメリカでは現在でも法人格を持たないが、持ち分証券を流通させている営利企業を言い、法人格を持たない partnership 「組合」と法人格を有する company 「会社」との中間的形態として存在している。

(xvi) ここでは、「二五から三〇年前」と幅をもたせているが、ダイシーは辞任のための特別記念講演「ブラックストンの『英

法釈義』においては、この年号を一八六一年と確定し、メイン『古代法』が出版され、オースティン『法理学の範囲の確定』がサラ婦人の努力で再販された年だと説明している。その場合、当論文が一八八三年なので、明確に二三年前ということになる。ただし、今一人の「法学革命」の立役者マコーレーの業績については年代的に特定して扱いつらいので、辞任講演では同様に触れているものの少し分けて論じられている。

(xvii) chose in action は、債権的訴権により担保される「物 chose」という意味で、それだと「債権的物権」という意味不明な訳語になるので、「債権(的財産)」「訴訟による実現可能財産」「無体動産」「債権的権利」などと訳される。対義語として chose in possession がある。コモン・ローの用語の混乱の例としてダイシーが指摘するのも首肯される。

(xviii) 権限を有する裁判所により「確定された金額を強制的に支払う債務」。「記録」(record) というのは裁判所により保管される「記録簿」で、判決に伴いそこへの記入により法律上当然に支払い義務を生じるものを言う。ローマ法の「出納簿」への記入による「文書契約」や大陸法の確定判決を同等の効力をもつ「公証人証書」を足して二で割って裁判所の判決作用を関与させたような制度である。当事者の自由意思による「合意」ではなく厳密には「債務」であるが「契約」ですらない。ゆえに、ダイシーの批判はもつともであろう。

(xix) 小チティ Joseph Chitty, the Younger (1796-1838), *A Practical Treatise on the Law of Contracts, Not Under Seal*, 2 vols, (London, 1st pb, 1826). くの言及であらう。Chitty on Contract の愛称で知られ今日まで版を重ねる。

(xx) Charles Greenstreet Addison, *A Treatise on the Law of Contracts*, (London, 1845) くの言及。

(xxi) 道徳神学者であり功利主義者でもあったウィリアム・ペイリー William Paley (July 1743 - 25 May 1805) くの言及である。彼の主著の一つ『道徳及び政治哲学の諸原則 The Principles of Moral and Political Philosophy, (1785)』は、ダイシー『憲法序説』でも引用され一九世紀を通じて英国で最も読まれた「自然神学書」とも言われる。

(xxii) 一九世紀のアメリカの法律家ジョン・ウィリアム・ウォレス John William Wallace (February 17, 1815 - January 12, 1884) への言及。アメリカ合衆国最高裁判例の第七代目の判例報告者として一八六三年から一八七四年まで勤めた。自身も「英国の歴代判例報告者 (reporters)」について叙述した『判例報告者』(The Reporters) (Philadelphia, 1774) で有名。この

でダイシーが言及しているのはこの作品である。

- (xiii) 実務法曹の中で、現実に法廷に出て弁論による弁護活動をしたり、法的意見を出すこと無く、高度に技術化した「訴答」pleadingに特化した法曹を「特別訴答人」special pleaderと称した。「特別」というのは「訴答に特化した」という意味である。その多くは法廷弁護士（バリスター）の資格を持った「プロ中のプロ」であったが、法廷で実際の弁護に立たないためバリスターの資格を必ずしも有している必要はなかった。そのため一八世紀から一九世紀の近代では弁護士資格を持つ以前に「特別訴答人」special pleaderとしてその事務所で働くことが一般化していたようである。「前世紀においてコモン・ローにおける高名な法律家で、「特別訴答人」(special pleaders)によって訓練されてこなかったものは誰もいなかった。」とダイシーが述べているのはこの「弁護士資格を持つ以前」に「弁護士資格の必要ない特別訴答人事務所」で「訴答」の修行を積むという法曹学院の「reading in chambers」以外での実務法曹教育の伝統に言及しているものと思われる。本パラグラフでのpleaderは明確に「特別訴答人」のことであるが、それ以外では、「バリスターの旧称」ぐらいの意味で使用されており、「訴答人」と訳したが、この意味でのpleadは狭義の技術的「訴答」(pleading)より「訴訟行為・法的嘆願」を意味する広範な意味である。
- (xxiv) 後者は、小山貞夫『英米法律語辞典』での新訳による。この項目の解説は従来の田中英夫『英米法辞典』より多く力が割かれている。

- (xxv) 『詐欺防止法』一七条は当時のホットトピックであったようで、一八八五年に創刊されたLaw Quarterly Review 第一号の最初の論文がフィッツジェームズ・ステイブンとポロックによる『詐欺防止法』一七条の分析とその改正案の論文である。James Fitzjames Stephen & Frederick Pollock, “Section 17 of the Statute of Fraud, redrawn and illustrated”, *Law Quarterly Review*, 1 (1885), pp. 1-24. 因みに、この刑法学者ステイブンはダイシーの母方の六歳年上の従兄弟であり、その下のダイシーより三歳年上の従兄弟がDNBの主幹でレズリー・ステイブンである。『詐欺防止法』一七条本文は何度も改正を受けているため、原文を探するのが困難であり、訳者らも難航したが、上記のLQR論文内に含まれている。ここで、ダイシーが述べているのは、現実の占有の「引き渡し」(traditio)を必要としない「actual receipt」の理解に関するサヴィニー『占有論』の影響であろう。所有と占有の文理という権利論の難しい問題を扱うサヴィニー『占有論』は、現実による占有と「自主占

有」などに関わる引き渡し意思を分離し、この簡易の占有たる「事実上の引き渡し (actual receipt)」をローマ法本文のパウルス文 D. 41.2.1.21; ‘Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem iusserim alii dare. non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint: et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint.

「仮に、その時に物が現在している場合に、売り手に対し私の代理人に物を引き渡すように私が命令した場合には、プリスクスは、私に対し引き渡しが行われたものとみなされるが、それは私が債務者に対し他の者に金銭を与えるように命令した場合も同様であると述べる。なぜなら柱など大きな重さのために移動できない物の場合に、現物を前に合意するだけで、引き渡されたものと理解される事に例証されるように、占有を得るためには、有体物による接触は必要なく、視認と意思にのみでも可能であるからであるからである。同様にして、ワイン蔵の鍵を買主に引き渡した場合も、ワイン自体が引き渡されたものと見なされる。」を利用して論じている。つまり、動産であるが簡単に動かすことが無理な「柱」などは、実際に「目で (oculis) 見て「体素」としての占有を満たし」「心素」として自己の占有を相手方に移転する意思 (affectus)」を有するだけで十分であるとしたのである。この「*possessio naturalis*」(自然上の占有)と「*possessio civilis*」(ローマ市民法上の占有)を分離する理論が「売買文書を作成」していない場合の「対価的牽連性確保」の保護要件として『詐欺防止法』一七条で触れられている「正式の占有引き渡し」ではない「事実上の引き渡し (actual receipt)」とは一体何かの難題を判例法で確定したが、恐らくはこのことを意識しているであろう。サヴィニー『占有法』(一八〇四年)は一八四八年にアースキン・ペリー Erskine Perry によりサヴィニー生前の最終版第六版の英訳が出され、英国の判例でも引用されている。ダイシーが読んだのはこの一八四八年版ペリー訳であろう。ダイシーに影響を与えた、オースティンもサヴィニーの『占有法』については絶賛している。

サヴィニーの『占有法』に関しては、小菅芳太郎「サヴィニー『占有法』雑感」『北大法学論集』, 23 (2) (1972), pp. 218-

236：吉原達也「何人も自己自ら占有の性質を変更することを得ず」というローマ法準則・再考・サヴィニー『占有法』における占有概念をめぐって」『広島法学』，35 (2) (2011)，pp. 1-25.

(xxvi) ここで「法学作品」と翻訳した legal literature という用語はダイシーにとって独特の含意を有する用語であり、論理的に首尾一貫した「理論書」であると同時に、「文学作品」としての資質も有していることが要求される。既に我々が訳出した、ダイシーのオックスフォード大学のヴァイナー教授位「離任時」の記念論文「ブラックストンの『英法釈義』」でも、ダイシーは legal literature の先駆的作品としてブラックストン『英法釈義』をあげ、その中で、ブラックストンの「文体」(style) について長々と論じているが、このあたりの感覚は、法学専門用語を「外国語の翻訳用語」で日常の日本語とは隔絶されたものとして、日本語の美的特質を「敢えて無視してきた」日本法学の伝統とは全く異なる。その時は、legal literature に「法的文学作品」という訳語を当てた。ダイシー自身の代表作である『憲法序説』にもそのような「文体上」の美意識が透徹しており、ダイシーが『憲法序説』の毎回の改定により手を入れたことを嫌い、最終的に Introduction により後の法改定を包括的に扱う手法に落ち着いたのもこのような「文体論的美意識」に基づく。「法学作品」の「作品」と訳した「作品性」の中に「文学的作品性」もダイシーの用語法では含意される。

(xxvii) この要請は、ホールズワースの大著『英国法の歴史』A History of English Law で満たされることとなる。ダイシーの辞任記念論文では Reeves' History of the English law への言及が見られ、この部分も対応している。メイトランドの有名な記念論文 *Why the History of English Law is Not Written*, (London, 1888) を参照。

(xxviii) 同僚のアンソン及びポロックの契約法の新しいタイプの理論書について述べている。両者ともダイシーの若き同僚であると同時に、このヴァイナー教授位の座を争った競争相手であった。アンソンの『契約法』は明治時代に本邦でも安氏『契約法』として親しまれたほか、アンソンはダイシー『英法釈義』と競合する形での『英国憲法』の理論書でも有名である。ポロックはポロック&メイトランドの腐朽の名著で法制史家として著名なほか、その「原則」に注目した『契約法原則』でも高い評価を受けた。この三者は言わばオックスフォード大学の法学部における三羽鳥のような形で一八八五年の「Law Quarterly Review」の創刊・運営にも関わり終始、緊密な学問的関係を保持しつづけた。

(xxix) *Treatises* をいっでは「理論書」と訳した。本来はラテン語の「tractare 論ずる・学問的に論ずる」という動詞から派生した「Tractatus」という言葉から派生した。一四世紀のバルトルスの時代前後から Tractatus という形式が現れ、それまでの「テキストの序列」に基づいた「注釈型」それに続く「注解型」の形式から、「特定の主題」についてまとめて論ずる「理論型叙述」への端緒が見られる。中世ローマ法の文脈では「単行論文」や単に「論」と Tractatus は訳されることが多い。しかしながら、近代における英語の treatise の用法は一八世紀広範に出されたロベール・ポティエの各種主題についての理論書である *Traité* の英訳としての影響が大きいであろう。特に一八〇四年初版の David Evans 翻訳 *A Treatise on the Law of Obligations, or Contracts. Translated from Pothier, 2 vols* の影響は大きい。コモン・ローにおける近代的な「理論書的方法」の登場は一九世紀に始まった。その意味で一貫して当論文では「理論書」と訳し、後ろに英語を付した。一九世紀英国・米国ではこのような影響もあり、新しい理論書形式の書物として、様々な *Treatise* の名を冠する書籍が出版されていた。

(xxx) この部分も先に訳したダイシー「ブラックストンの『英法釈義』」と対応しており、同論文ではヘンリー・ジョン・ステイブン・スミス Henry John Stephen Smith (2 November 1826 – 9 February 1883) の名が語られ詳しく解説が為されている。ここで暗示されているのは *A Treatise on the Principles of Pleading in Civil Actions*, (London, 1824) である。Henry John Stephen は優れた数学者であり論理学者、古典学者であつて、その論理的思考を「訴答」という最も複雑な実務領域に適用、理論化したことで知られる。現在でも彼の評価の根本部分はダイシーの論文に依っている。ステイブンはブラックストン『英法釈義』を編集し注解を付けアップデートし実質上別作品へとした『新英法釈義』の注釈者として有名である。ダイシー本論文で名前を伏せているがホームズの注解によりケント『米法釈義』が実質上新しい作品へと生まれ変わったと評価している(訳注^(xviii))ホームズの解説と訳文本文の該当部分を参照)のは、おそらくこのステイブン『英法釈義』を意識していることであろう。

(xxxi) ウールリック・フーベル Ulrik (Ulric) Huber (March 13, 1636 – November 8, 1694)。一七世紀に活躍したオランダ・フラーネカー大学の法学教授であり、政治哲学者、歴史学者、弁論術学者。フラーネカー、ウトレヒト、ハイデルベルクなどに学び若い頃からフラーネカー大学の弁論術と歴史学教授として務めた後、一六六五年に同大学の法学教授に就任した。今日ではビー

ル Joseph H. Beale などの紹介によりバルトルス「衝突法」の理論のほうが著名であるが、「国際私法の祖」としても知られ、ここで言及されているのは、その面での主著 Ulrich Huber『様々な帝国における様々な諸法の抵触 *De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis*』(1684) である。Ernest G. Lorenzen, “Huber’s *De Conflictu Legum*”, *Illinois Law Review*, 13 (1919), 375 ff. 煥場準一「ウールリクス・フーベルス『法抵触論』注解」『一橋研究年報』59 (5), (1972), pp. 63-381. 一七世紀のフーベル以降、国際私法の分野で有名だったのは一八世紀のサヴィニーであった。英米法圏の Joseph Story, *Commentaries on the Conflicts of Laws*, (1834) や、ダイシーの『本拠地法 (The Law of Domicile as a Branch of England, (1879))』とそれを発展させた『国際私法論 A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws (1898)]』もそのようなフーベルやサヴィニーによる国際的潮流の延長線上にある。本論文は一八八三年に書かれ、有名な『憲法序説』(1885) は既に出版されていた『本拠地法 (1879)]』の次に書かれた。その意味でダイシーの国際私法への関心が強く反映されていると言えよう。この国際私法に関する部分だけは、離任記念論文とは明確に異なる。

(xxxii) 初代セント・レナード男爵 (卿) であったエドワード・サグデン Edward Burtenshaw Sugden, 1st Baron St Leonards PC (12 February 1781 – 29 January 1875) への言及である。

(xxxiii) 若干、表現自体は修飾過多で分かりづらい嫌いがあるが、要するに、一八世紀から一九世紀を通じて行われた功利主義者たちによる法律学の各分野への執拗な攻撃にうんざりしていたのをかかると表現でダイシーが当てこすったものであろう。

(xxxiv) トーマス・バビントン・マコーレー (マコーリーとも) Thomas Babington Macaulay, 1st Baron Macaulay (25 October 1800 – 28 December 1859) は一八世紀の英国を代表する歴史家であり、立法家、政治家。典型的なホイッグ史家として知られる他、法律家としての彼の提言がインド刑法典 (一八六〇年)、インド刑事訴訟法 (一八七二年) として結実したことも有名。

(xxxv) 「ナイサイ・プライアス」一八世紀、特に Judicature Act 1873 以後には「王座部 King’s Bench Division」で判決される審判すべてをさす用語となり、二〇世紀には地方の巡回裁判所で中央から派遣された裁判官の前で審理される判決を意味するようになったが、一九七一年に巡回裁判所が廃止されて以降は使われることがなくなった。时期的に前者の意味でダイシーは使

用している。本来は、一二八五年『ウェストミンスター第二法』(Statute of Westminster II 1285) により「民事事件の事実審」の第一審は地方の巡回裁判所で行われるように規定されており、その原告の居住地のある地方の巡回裁判所で「ある期日以前に nisi prius (聴聞が) 行われなかったならば」ロンドンに陪審員たちが出頭するようにと命令するシェリフ名義の「礼状」(writ) の「最初の二文字」がこの名称の由来である。陪審の後、一度、原審の地方巡回裁判所に差し戻された後、もう一度財務府裁判所へ上告も可能であるという流れであった。一八七三年の司法改革以後は、すべての民事裁判はこの「ナイサイ・プライアス」で行われることが必須となり、かつ管轄が、「王座部」へと移行しその管轄権の俗称として用いられるようになった。

(xxxvi) 原典では Vangerow とあるが、Vangerow で誤植であり、音韻からくるダイシー本人のミスであろう。カール・フィリップ・アドルフ・フォン・ファンゲロウ Karl Philipp Adolph von Vangerow (June 5, 1808 - October 11, 1870) は、マールブルク及びハイデルブルク大学のローマ法教授。一八四〇年以降、死の一八七〇年に至るまで三〇年間ハイデルブルク大学のローマ法教授を務めた。一九世紀後半を代表するパンデクテン法学者の一人。彼の『パンデクテン教本』はアルンツやウィントシャイトの『パンデクテン教本』と同様に一九世紀末から二〇世紀初頭にかけての英国のローマ法学者には広く読まれた。

(xxxvii) イタリアの国際法学者であり政治家バスクアーレ・スタニスラオ・マンチーニ Pasquale Stanislao Mancini (March 17, 1817 - December 26, 1888) への言及か。ナポリ大学の教授を務めた。一九〇四年にノーベル平和賞を機関として受賞したベルギーの「国際法機関」(Istituto di diritto internazionale) の初代所長も務めた。

(xxxviii) ヨーハン・カスパー・ブルンチュリ (本邦では上記の音で通用している。今回、調べた限り実際の発音はブルンシリヤブルンシュリに近いが、確信を持ってないので慣用に従う。) Johann Caspar (also Kaspar) Bluntschli (March 7, 1808 - October 21, 1881) はスイスの法学者であり政治家。チューリッヒに石鹸・蝋燭工場主の息子として生まれ、同地の「政治学院」(Politische Institut) を卒業後、ベルリン大学とボン大学で学び一八三〇年に法学博士号を取得。同年、『チューリッヒ市憲法論 Über die Verfassung der Stadt Zürich (1830)』と『民衆と主権者 Das Volk und der Souverän (1830)』を相次いで出版、一八三七年にはチューリッヒ大議会の議員となる。一八四八年にはミュンヘン大学の憲法学教授に就任し、『国家学概説

Algemeines Staatsrecht (1851-1852)』『近代国家論 *Lehre vom modernen Staat* (1875-1876)』を出版する傍ら法改革を手がけ、『*Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* チューリッヒ州私法法典』(1854-1856) も出版。一八六一年にはハイデルブルク大学の『国家法』教授に就任、『一般国法学及び政治史 *Geschichte des allgemeinen Staatsrechts und der Politik* (1864)』を出版。一八六六年のオーストラリア・プロイセン戦争に際しては『近代戦争法 *Das moderne Kriegerrecht* (1866)』『近代万民法 *Das moderne Völkerrecht* (1868)』など国際公法にまで著作を出版した。上述のマンチーニと同じくベルギーのゲントに一八七三年に設立された「国際法機関」の設立者の一人でもある。

(^{xxxix}) J. W. Cairns, “Institutional Writings in Scotland Reconsidered”, *Journal of Legal History*, 4 (1983), pp. 76-117. 角田猛之「近代スコットランド法思想研究：Lord Stairの法思想 (一)」『中京法學』19 (2) (1984), pp. 1-24, 「近代スコットランド法思想研究：Lord Stairの法思想 (二)」『中京法學』19 (3) (1985), pp. 22-50. 角田論文 (一) において「institutional writer」の語は英語のまま、訳語は与えられていない。

(ix) David Hume (1757-1838) スコットランド法をユ帝『法学提要』のスキームに準じて包括的に叙述した Institutional writer の一人。同時代の同姓同名の哲学者 David Hume (1711-1776) と区別するために、通常こちらは「バロン・ヒューム」と称される。哲学者の David Hume の甥に当たる。一七八六年から一八二二年までエジンバラ大学のスコットランド法教授 (Professor of Scots Law) を務める。主著は『スコットランド判例集』*Reports of Decisions, 1781-1822* の他、ⁱⁱ などで言及されている *Commentaries on the Laws of Scotland respecting Crimes* (1797-1800)。

(xli) ジョン・アースキン John Erskine of Carnock (1695-1768) スコットランドの名門アースキン家に生まれ、一七一九年に法曹資格取得。一七三七年から一七六五年までエジンバラ大学の Professor of Scots Law を務めた。主著は、*Principles of the Law of Scotland in the order of John Mackenzie's Institutions of that Law*, (1754)。これは一九二〇年代までスコット法の標準的な教科書として版を重ね、利用された。晩年には四巻組のより大部の *The Institutes of the Law of Scotland* にも着手しており彼の死後、一七七二年に出版され、一八七〇年には第八版を数えた。

角田猛之「ジョン・アースキンの法概念論」(内容は英文原稿：JHON (※マム) ERSKINE'S CONCEPT OF LAW;

BASED ON "AN INSTITUTE OF THE LAW OF SCOTLAND" (8th. ed. 1871) 『中京法學』 23 (1) (1989), pp. 1-31.

(xlii) ジョージ・ジョーゼフ・ベル George Joseph Bell (26 March 1770 - 23 September 1843) はスコットランドの実務法曹 (advocate) であり、法学者。一八二二年から一八四三年までエジンバラ大学のスコット法教授 (Professor of Scots Law) を務めた。一八〇四年に彼は *A Treatise on the Law of Bankruptcy in Scotland* を出版したがこれを増補・加筆したのが一八二六年の *Commentaries on the Law of Scotland and on the principles of Mercantile Jurisprudence* である。あまり知られていない事実であるが、海を越えて、同作品はアメリカ法の創成期の法学者、ケントやストーリーに絶賛を受けた。一八三一年にはスコットランド最高裁の裁判長に任命される。アースキンと同名の *Principles of the Law of Scotland* も出版しており、長い間、スコットランド法の標準的教科書として読まれた。ダイシーが強調している「原則」 principles という言葉が題名に入っていることを注意されたい。

(xliii) テオドア (シオドア) ・ウィリアム・ドワイト Theodore William Dwight (July 18, 1822 - June 28, 1892). アメリカの法律家であり教育家。古典学の教師として働いた後イェール大学で法学を学び一八四五年に法曹資格。一八四二年から一八五八年までハミルトン大学で、法学、歴史学、政治学、社会経済学の教授として働いた後、一八五八年に新設されたニューヨークのコロンビア大学「法学部」に教授として招聘されるが、一八七三年にコロンビア大学ロー・スクールとして改変・拡大されるまで同校の唯一の教授であった。謂わば、コロンビア大学ロー・スクールの生みの親である。ドワイト・メソッドと言われる法学教育を実践し、理論書の学習、判例学習、模擬裁判の三者を組み合わせた一種のケース・メソッドを展開していたことが知られる。ハーバードの教育改革がランゲデルの「ケース・メソッド」により行われたとすれば、コロンビア大学ロー・スクールの教育改革はほぼ同年代のドワイトにより推進されたと言える。ランゲデルより四歳年長である。

(xliv) ハーバード大学の卒業生ナーサン・デーン Nathan Dane の寄付によって一八二九年に設立された教授位で、最初の Dane Professorship にデーン自身がストーリーを名指しで任命したことも有名。一八二七年時点では、ハーバード・ロー・スクールは教師一人、生徒一人にまで衰退していたと言われるが、この教授位の設立とストーリーの努力でハーバード・ロー・スクールの教育は蘇ったと言われる。この「寄附行為」に関しては、当時の *The American Jurist and Law Magazine*, 2

(1829), pp. 189-192に詳細が語られるほか、ストーリー自身の就任記念論文が小冊子で、Joseph Story, *A discourse pronounced upon the inauguration of the author, as Dane Professor of Law in Harvard University, on the Twenty-Fifth Day of August*, (Boston, 1829) として出版されており参照可能である。

(xlv) 経歴から推察するにオリバー・ウェンデル・ホームズ(※ホウムズとも) Oliver Wendell Holmes Jr. のこと。一八八二年ハーバード大学教授に就任。同年から一八九九年までマサチューセッツ州最高裁判所裁判官に就任しているのでダイシーの記述が正確なら一八八二年のことであろう。つまり、当論文の「前年」のことである。一八七〇年のブライストンのアメリカ旅行に際して、ダイシーの従兄弟のレズリー・ステイブンの紹介でホームズはダイシーと会っており、友人関係にある。上のボズウェルの例にも見られるように、ダイシーの当論文では、「良く知っている人物の今現在の話」を「遠い過去の伝説のように話す韜晦」が散見されるようである。

(xlv) この特別記念講義がなされたオックスフォード大学オール・ソールズ・カレッジ (All Souls College) の事。ダイシーの就任した「ヴァイナー教授位」はオール・ソールズ・カレッジ付属の教授位として創設された。現在でも学生は一人も所属しておらず、学者のみが所属しており、オックスブリッジの中でも、ある種特殊な閉鎖性の高い特権的「学寮」(college) である。(xlvii) 「かの偉大なる注釈者」(the great commentator) は、ブラックストンの主著『英法釈義』からの「二つ名」である。離任記念論文でも同一の表現が見られる。

(xlviii) この一文に、二六年後の離任記念論文「ブラックストンの『英法釈義』」によるダイシーのブラックストン評価が端的に濃縮されており、ここでもダイシーの見解に強い整合性が見られる。

戦争と連邦最高裁判所

—— ストーン第一二代長官及びヴィンソン第一三代長官の時代 ——

甲 斐 素 直

「はじめに」

一九三〇年代半ばに、米国では、世界大戦に再度巻き込まれることを憂慮する声が高まり、連邦議会は米国の中立性を強制する一連の措置を取った。すなわち一九二五年中立法 (Neutrality Act of 1935) で、議会はまず交戦国に対する米国からの「武器、弾薬及び軍需品」の輸出を許可制とした。ルーズベルト (Franklin Delano Roosevelt) 大統領は当初、法案に反対したが、

強力な議会と世論に直面して折れた。一九三六年中立法では、議会は交戦国への米国人によるいかなる融資も禁止した。一九二六年にスペイン内戦が勃発すると、一九三七年中立法では規制をさらに強化し、米国民が交戦国の船に搭乗すること、米国商船は、米国外で生産された武器であっても、交戦国に武器を輸送することを禁止した。ただ、現金で購入した軍需物資を非米国船によつて輸送すること (cash-and-carry) は禁じていないという例外が存在するだけだった。

第二次世界大戦は、一九三九年九月一日にドイツ軍がポーランド領内に侵攻したことに對し、イギリスとフランスが九月三日にドイツに宣戦布告したことで開始された。

一九三九年一月に制定された最後の中立法は、現金購入Ⅱ非米国船輸送の場合には、軍需物資に加え、武器を輸出することまでは認めたが、融資及び米国船による輸送は、依然として禁止した。

しかし、一九四一年一月七日（ハワイ時間。日本時間では八日）、日本軍がハワイの真珠湾を奇襲したことにより、太平洋戦争が勃発した。二月八日に米国は日本に宣戦を布告する。日本が参戦したことで二月一日、日独伊防共協定を根拠に、ドイツ、イタリアが米国に宣戦布告した。こうして、米国は、欧州と太平洋の両戦争に参戦することになった。

一九四五年八月一日に日本の降伏で第二次大戦が終わると、今度は、共産圏諸国との間での冷戦が始まる。この冷戦が、一九五〇年六月二五日に、北朝鮮軍が、突如として南朝鮮を侵略したことにより、熱い戦争に変わる。この戦争は、一九五三年七月二七日に休戦が成立す

るまで続くこととなる。

こうして、米国は、一二年間にわたり、事実上戦時体制下に存在することになる。

（一） 大統領と最高裁人事

民主党のルーズベルト第三代大統領は、先例のない四選を果たし、一九三三年から一九四五年まで、一二年にわたり、その地位にあった。一九四五年四月一二日に脳卒中で死去すると、副大統領トルーマン（Harry S. Truman）が第三代大統領に昇格した。トルーマンは、その後再選に成功し、一九五三年一月までその地位にあった。この結果、二代、合計約二〇年間にわたり、民主党大統領時代が続いたのである。

憲法革命後、連邦最高裁判所には、高齢判事の退職、あるいは死去が続いた。その後任として、ルーズベルトは、当然、政府の閣僚や民主党の上院議員など、彼自身と意見の近い者を、続々と任命した。

ヒューズ第一代長官は、そうした最高裁における人事交代の最後近く、一九四一年六月三〇日に退職した。ヒューズが引退した時点では、憲法革命時の判事で在職していたのはストーン（Harlan Fiske Stone）とロバー

ツ (Owen J. Roberts) の二人だけであった。そして、この時点での共和党員はこの両判事のみで、後は総て民主党員となっていた。ちなみにロバーツは一九四五年に引退した。その時、トルーマンは、清教徒的精神からか、ロバーツの後任に、敢えて共和党上院議員のバートン (Harold Hitz Burton) を任命するという例外的な人事を行った。

ルーズベルトは、ヒューズの後任に、三銃士の一人である陪席判事ストーンを昇格させた。ストーンはコロンビアアロースクール学長から、連邦司法長官を経て連邦最高裁判所入りした。学者出身者では、最初の最高裁判所長官である。最高裁判所の席次は就任順で決まる結果、ストーンは、末席から長官までのすべての席に座る、という珍しい記録を打ち立てた。半年後には日本との戦争が始まる時期である。そして、一九四六年四月二二日に、すなわち第二次世界大戦終了の翌年に、ストーンは急死する。わずか五年という彼の長官在任期間は、第二代ラトリッジ、第三代エルスワースに次いで短い。

ストーンの急死を受けて、トルーマンはヴィンソン (Frederick Moore Vinson) 財務長官を、最高裁判所長

官に任命した。

ヴィンソンは、弁護士、地方検事を経て、一九二四年、ケンタッキー州下院議員に当選した。一九三七年、コロンビア特別区高等裁判所裁判官に指名されて、司法府に転身する。その後、一九四二年にはストーンから非常事態裁判所長官^①に指名されて、この職を兼務した。一九四三年五月に、ヴィンソンは経済安定事務所長^②に任命された事を皮切りに、戦時中の各種役職を歴任した後、同年七月二三日、トルーマン大統領から財務長官に任命され、最高裁判所入りするまでその職にあった。

財務長官としてのヴィンソンの最大の功績は、一九四四年のブレトンウッズ会議を主導し、第二次世界大戦後の世界経済を長く支配することになる、いわゆるブレトンウッズ体制を確立したことである。そして、同体制の両輪と言わべき国際復興開発銀行 (International Bank for Reconstruction and Development=IBRD=世界銀行) と国際通貨基金 (International Monetary Fund=IMF) の設立を指揮し、両者の初代のトップを務めた。ヴィンソンも、一九五三年九月八日に心臓発作で急逝した。この在職期間も、ストーンに次いで短い。朝鮮戦

争が終わって、間もない時期である。

(II) 冷戦 (Cold War)

ストーン・コートが第二次世界大戦という熱い戦争の時代であったのに対し、ヴィンソン・コートは冷戦時代であった。すなわち、第二次世界大戦で押さえつけられていた東西両陣営の敵意は、共通の敵を失ったことで一気に吹き出し、激しい対立が生まれていた。

東側の、いわゆる鉄のカーテンに対抗するため、トルーマンは、一九四七年二月一二日に、一般教書演説で、欧州、特にソ連の拡張の当面の矢面になっているギリシアおよびトルコの防衛を引き受けるとする、いわゆる「トルーマン・ドクトリン (Truman Doctrine)」を宣言した。さらにマーシャル (George Marshall) 国務長官がヨーロッパ復興計画 (European Recovery Program = ERP = マーシャル・プランの通称で知られる。) を発表し、西欧諸国、特にドイツの西側占領地域へ大規模援助を行って、その復興を助けることを明らかにした。さらに、一九四九年四月四日には北大西洋条約機構 (North Atlantic Treaty Organization = NATO) が誕生し、西側諸国は軍事的に一体化した。

ソ連は、こうした封じ込め政策に対し、ルーマニア、ブルガリア、ハンガリー及びスロバキアにソ連軍を進駐させて、抵抗勢力を武力で押さえつけ、共産主義勢力を中心とする政府を相次いで樹立した。一九四八年六月には、ソ連はベルリン封鎖^③を敢行した。米国は、これに対抗して空の橋 (Luftbrücke) と呼ばれる大空輸作戦を展開し、大量の物資を空路西ベルリンに送り込んで、ソ連がベルリン封鎖を断念するまで、これを支えた。

こうした東西対立の末に、一九四九年には、ドイツ人の意思を無視する形で、西側占領地域にドイツ連邦共和国 (西ドイツ) が、ソ連占領地域にドイツ民主共和国 (東ドイツ) がそれぞれ成立させられ、東西冷戦の最前線として、互いに敵対することが強制された。

一九五五年には、西ドイツ憲法が改正され、西ドイツが再軍備し、その軍が北大西洋条約機構へ編入された。これに対して、ソ連を中心とする東欧諸国は、ワルシャワ条約機構^④を設立した。これにより、東西の軍事的対決模様は一段と強まった。

(III) マッカーシズム (McCarthyism)

東西冷戦の激化は、米国内に共産主義に対する強い恐

怖感を醸成することになった。それがもつとも醜悪な形で吹き出したのが、マッカーシズムである。すなわち、一九五〇年二月に連邦上院で、共和党議員マッカーシー (Joseph Raymond McCarthy) は、突如として「二〇五人の共産主義者が国務省職員として勤務している」と告発した。これをきっかけに、大規模な「赤狩り (Red Scare)」が巻き起った。

マッカーシーは、院内に非米活動委員会 (House Committee on Un-American Activities) を組織し、その調査対象を米国陸軍やマスコミ関係者、学者にまで広げて、証言を強要し、拒否すると裁判所に告発し、裁判所侮辱罪で投獄するなどの弾圧を行った。これにより、マッカーシズムは一九五〇年代初頭の米国を恐怖に包み込んだ。その後、次第にマッカーシーに対する批判が広がり、一九五四年十二月二日に、上院は六七対二二でマッカーシーに対する譴責 (condemn) 決議を可決する^⑤ことで、事実上の不信任を突きつけ、ここにマッカーシズムは終焉を迎えることになる。

しかし、これは冷戦のもたらした歪んだ恐怖が原因となつて生起された社会現象であり、したがってマッカー

シーが没落しても、冷戦が継続する限り、「赤」への不信心は米国社会の底辺に根強く残され、保守意識の基盤を形成した。

(四) 保守的立法

そうした米国社会のゆがみは、それ以前の時代なら考えられない様々な異常な立法を促進することになった。代表的な立法をあげる。

1 スミス法 (Smith Act)

正式には一九四〇年外国人登録法 (The Alien Registration Act of 1940) とこう。すべての外国人成人住民に対し、政府に登録する義務を定めるとともに、米政府の転覆を提唱した者に対する刑事処罰を定めた。つまり政府の転覆行為を行ったとか共謀したというのではなく、単にそれを理論として唱えただけの者に対して刑事罰を課すると定めたのである。その通称は、スミス (Howard W. Smith) 下院議員に依る。

成立時期から判るとおり、本来は戦時立法であるが、マッカーシズムの下に猛威を振るい、計二一五人がこの法律の下に、共産主義者等として起訴された。ウォーレン・コートになった一九五六年及び一九五七年に下され

た一連の判決により法律が違憲とされるまで、スミス法に基づく訴追は続けられた。

2 タフト＝ハートレー法 (Taft-Hartley Act)

第二次大戦中はストライキを控えていた労働組合は、戦後、一斉にスト攻勢を掛けるようになった。一九四六年秋の中間選挙では、そうした労働運動に厳しい姿勢を示した共和党が民主党から多くの議席を奪い、上下両院で過半数を獲得した。この勢力を背景に、共和党は労働組合規制強化の方針を打ち出し、その下に一九四七年労働関係法 (Labor Management Relations Act of 1947) が成立した。その通称は、タフト (Robert Taft) 上院議員及びハートレー (Fred A. Hartley, Jr.) 下院議員に依る。

この法律は、ワグナー法 (Wagner Act=National Labor Relations Act of 1935) の改正という形式をとっている。したがって、労使関係の基本構造としてはワグナー法と同一であるが、労働組合側にも不当労働行為制度を適用して活動を制限したほか、スト冷却期間、緊急のスト禁止制度の設置、組合役員への非共産主義者宣誓の強制などを盛り込んだ。このため、労働組合の内部運営に政府

が介入できるようになった。

トルーマンは、「この法案は、全体として我が国労働政策の基本的方向を逆転させ、前例のない規模で民間の経済事情に政府を介入させ、我々の民主主義社会の重要な原則と矛盾している」として、拒否権を発動したが、⁶⁾ 議会はこれを、下院では三三一对八三、上院では六八対二五の多数で覆して、法律を成立させたのである。

その後、クリントン政権などで廃止が試みられたが失敗し、今日も有効である。

3 マッカーラン＝ウォルター法 (McCarran-Walter Act)

正式には一九五二年移民・国籍法 (Immigration and Nationality Act of 1952) というこの法律は、合衆国への移民と国籍に関する事項を定めた法律で、一九五二年一月二四日、マッカーシズムの嵐が吹き荒れているさなかに発効した。その通称はマッカーラン (Patrick Anthony McCarran) 上院議員とウォルター (Francis E. Walter) 下院議員に依る。

同法は、一七九〇年帰化法 (Naturalization Act of 1790) を改正したもので、受け入れる移民として、三種

類の類型を定めた。第一類型は特別の技能を有する者や米国民に親戚のいる者で、これについては無制限に移民を受け入れた。第二類型である平均的な移民の場合には、国籍や地域への割り当て制 (quota system for nationalities and regions) を定めることで、アジア系移民を制限した。第三類型は難民で、これは基本的に受け入れることとした。一七九〇年法が、「道徳的な人格 (good moral character)」を有する「自由な白人 (free white persons)」のみに米国への移民資格を認めていたのに比べると、第二類型に大きな問題があるにせよ、それ自体としては進歩的な立法であった。

しかし、問題は、マッカーシズムの影響から、政府が、移民や帰化した市民で破壊活動に従事していた者を国外追放することを認め、また、破壊活動の疑いがある者に対して入国禁止を許可していた点にある。その結果、東欧から共産主義者の迫害を逃れてきた移民たちが、共産党やそのシンパとされて、その入国を政府が拒否する手段として使われた。共産党と絶縁して数十年も経った者でも拒否される事態が発生した。

この法律に対しても、トルーマンは、非米国的である

として拒否権を発動したが、議会は、下院で二七八対一一三、上院で五七対二六という多数でこれを覆し、成立させた。

この法律は今日も有効で、二〇〇一年九月一日の同時多発テロ以降は、移民制限が強化された愛国者法 (the Patriot Act) による修正が加えられた。^⑦

一 クイリン審問事件

この Ex parte Quirin, 317 US 1 (1942) 事件は、米国で、第二次大戦時に、ドイツ秘密工作員が米国内で破壊作戦を展開しようとした事件に対し、連邦最高裁判所が軍事裁判の管轄権を認めたものである。戦中、戦後期における軍による人権侵害を、連邦最高裁判所が容認する際の先例として使われたという意味で、きわめて重要な判例である。

(一) 事実の内容

パストリアス作戦 (Operation Pastorius) は、ナチスドイツが米国内で計画した一連の破壊工作作戦の総称である。ドイツ軍事諜報機関長官であるカナリス (Wilhelm Canaris) 提督の総指揮の下、ナイアガラ滝

に設けられていた水力発電所、イリノイ、テネシー及びニューヨーク州のアルミニウム工場等、米国の軍事的重要性ある経済拠点を破壊する事を目標として、一九四二年六月にドイツからUボートで計八人の秘密工作員が米国に潜入した。そのうち、ダッシュ (George John Dasch) とバーガー (Ernst Peter Burger) の二人は、この機会に米国に亡命することに決め、ダッシュはFBIに自首した。当初、彼は気違い扱いされたが、秘密工作資金として有していた八万四、〇〇〇ドルの現金を担当官の机の上にぶちまけて、ようやく信用された。その結果、残り七人の秘密工作員も全員が逮捕された。彼ら八人は、全員ルーズベルトの特別指示に基づき、軍事裁判にかけられた。

クイリン (Richard Quirin) は、一九〇八年にベルリンで生まれたが、一九二七年に米国に移住し、ニューヨークでゼネラルエレクトロニック (GE) 社に勤務していた。しかしヒトラーの支持者であったため、ドイツ諜報機関にリクルートされ、一旦ドイツで訓練された後、再びUボートで米国に密入国していた。

クイリン等七人は、一般市民として、民事法廷で裁判

されることを求めて、連邦最高裁判所に上告した。

(二) 判決の内容

最高裁判所は、全員一致で上告を退けた。ストーン長官が判決を執筆した。

「戦時国際法は、交戦国の軍隊及び民間人を分かつと同様に、合法戦闘員と非合法戦闘員の間の区別を定めている。合法戦闘員は敵対する軍隊により戦争捕虜として逮捕され、拘留される対象となる。非合法戦闘員は同様に逮捕・拘留の対象となるが、それに加え、彼らはその非合法的な交戦活動に関与したことに對し軍事裁判と処罰の対象となる。戦時において、軍事交戦ラインを通過して秘密裏に制服を着ること無く侵入するスパイ、軍事情報を収集し、敵側と連絡し、あるいは敵性戦闘員として制服を着ること無く、生命や財産を破壊する戦いを挑む目的で前線を秘密裏に突破する者は、交戦国の戦争捕虜としての地位を与えられない好例であり、軍事法廷による裁判と処罰の対象となる犯罪者である。」

(三) その後

クイリン等六人は、一九四二年八月八日に電気椅子に

より死刑となった。しかし、バーガーはルーズベルトの命令により終身刑、ダッシュは三〇年の懲役を宣告された。戦争終了後、彼ら二人はトルーマン大統領の命令により減刑され、一九四八年に二人ともドイツに強制送還された。二人とも、米国への再入国を求めて努力を続けたが、許可は得られず、バーガーは一九七五年に、ダッシュは一九九二年にそれぞれ死亡した。

二 ヒラバヤシ対合衆国事件

一九四一年一二月七日、日本軍は真珠湾を奇襲した。この翌日、米国連邦議会は日本に宣戦を布告した（合衆国憲法一条八節一一項参照）。

一九四二年二月一九日、ルーズベルトは行政命令（Executive Order）第九〇六六号を公布した。この命令は、米国西海岸地区司令官デウィット（John L. Lesesne DeWitt）中将に、その出自や市民権に関わりなく、特定人を閉じ込め、あるいは軍事地域から退去させることを許可していた。数週間後、同司令官の名により、米国西海岸地域に住む日系人に対し、夜間外出禁止令（Curfew）が出され、さらに指定された軍事地帯からの

退去命令（Exclusion Order）、内陸部に急遽設置された収容所への移転命令（Relocation Order）など、明白に日系人だけを差別する命令が相次いで下された。さらに、これらの命令の強制力を確保する為、命令違反には刑罰を科するという連邦法（Act of Congress, 56 Stat. 173）が一九四二年三月二日に制定された。同法は、次の様に規定していた。

「何人も、規定の軍事地域ないし軍事地帯へ立ち入る場合、そこに留まる場合、そこから立ち去る場合、またはそこで行う行為を行う場合にも、大統領行政命令、陸軍長官ないし陸軍長官の任命した軍司令官による命令の支配下にあるものとし、何人も、このような地域ないし地帯に適用される制限に反した場合、または陸軍長官ないし上記軍司令官による命令に反した場合は、もしこれらの制限ないし命令の存在と自らの行為がこれらに反していることを知っていたか、または知っていたはずであることが明らかな場合は、軽犯罪に当たるものとし、有罪判決を受けた場合は各々の規則違反に対して五、〇〇〇ドルを超えない罰金ないし一年を超えない

い懲役、または両者を科されるものとする。」

なお、日本と同時に米国と戦争状態に入っていたドイツ系及びイタリア系の米国人に対しては、このような措置は一切執られなかった。

当時、米国には合計一二万六、〇〇〇人の日系人がいたが、そのうち、一万二、〇〇〇人が西海岸に居住していた。そのうち、三分の二は米国生まれで、したがって、米国民であった。そこで、これらの命令の合憲性を争う訴訟が相次いで提起された。ここに紹介するヒラバヤシ事件 (Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 81 (1943)) は、それら一連の訴訟のうち、連邦最高裁判所が判決を下した最初の事件であり、したがって、それ以降の訴訟に対し、先例としての位置を占めることになった。⁸⁾

（二） 事実関係

ヒラバヤシ事件については、最高裁判所判決の他、ヒラバヤシ本人が同志社大学の研究者からのインタビューに答えているので、以下の記述はそれらに依存している。⁹⁾

ヒラバヤシ (Gordon Kiyoshi Hirabayashi＝平林潔) の両親は、日本から米国に移住し、その後、一度も日本に帰ったことがない。ヒラバヤシ本人は一九一八年にシ

アトルで出生し、ワシントン州公立学校で教育を受け、逮捕時点では、ワシントン大学四年生であった。彼は日本に行ったことがなく、日本に住んでいる日本人とも何ら交渉を持っていなかった。

ヒラバヤシは、この命令の不当性を訴えるため、第一に、日系人に対して出された市民排除令 (Civilian Exclusion Order) により、軍事地帯からの退去命令に必要な登録をするために一九四二年五月十一、一二日のいずれかの日に市民管制所 (Civilian Control Station) へ出頭を課せられたのに、これを敢えて怠った。第二に、夜間外出禁止命令に反して、一九四二年五月九日午後八時以降に敢えて外出した。その上で、FBIに自首した。上記罪状に対し、ヒラバヤシは、連邦刑務所で合計三ヶ月の服役という判決を受けた。これに対し、ヒラバヤシは次の二点を主張して、連邦最高裁判所に上告した。第一に、連邦議会が退去、移転、外出禁止についての規則制定権限を軍司令官に与えたことは、憲法に違反する立法権の委任である。第二に、仮に制定された規則が正当な授權に基づくものであったとしても、日系米国民だけを他の米国民から差別することは、第五修正に違反する。

補足するならば、第一点はシェクター事件 (A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935)) 判例に依れば、当然に違憲と判断されるべきであり、第二点は、同じくキャロリーヌ事件 (United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144 (1938)) 判決脚注四に言うところの社会的少数者に対する差別に該当するので、それら判決の先例としての拘束性を承認するならば、同じく違憲という判決が下されるべき事例であつた。

(二) 判決の内容

最高裁判所は、全員一致で訴えを退け、命令の合憲性を承認した。法廷意見はストーン長官自身が執筆した。ストーンは、まず戦時における大統領及び議会の持つ権限の特殊性を述べる。

「憲法は戦況のあらゆる変化の中でこの戦争遂行権を行使することを大統領と議会に託しているのであるから、憲法は迫っている損害または危険の性格、程度を決定しそれに対抗するための手段を選択するに際しての広範な判断と裁量の行使権を両機関に必然的に与えているのである。両機関が本件で行った

如く戦時情況が上記の判断と裁量権の行使を求め、かつ憲法が戦争行使の責任を課した政府のこれらの部門による手段の選択を要求する場合には、これら機関の行為の可否について裁判所が審査したり、それらの機関の判断を、裁判所の判断に置き換えたりするべきではない。」

こうして、戦時の問題に対する司法審査権そのものを、裁判所は自ら大幅に自制してしまう。その上で、日本軍の真珠湾に対する奇襲攻撃を非難し、その後の太平洋地域における戦闘状況を紹介する。それを受けて、本件外出禁止令を問題にする。

「この外出禁止令はその地域に住んでいる国民が日系人である場合にのみ、適用されることになっていたので、当法廷が調べることは、議会と軍司令官が一致を見た次の判断には、すべての事実と状況に照らしての実質的根拠が存在していたか否かと言うことが問題となる。その判断とは、適用されている外出禁止令は戦争結果に重大な影響を与え、かつ敵の侵入に力を貸すと考えられるサボタージュやスパイの脅威に対処するために合理的に見て必要な防衛

手段であるという判断である。〈中略〉日本軍が我が国を攻撃する恐れが存在している時点で、敵国日本への我が住民の抱いている愛着の性質は、したがって重大な関心事項であつた。」

この後、米国にいる日系人の数とその歴史について議論を展開する。

「日系国民のわが国に対する忠誠心に関して当法廷がどのような見解をとろうとも、当法廷は、これら国民中に忠誠で無い者がいる（その数と力は迅速に確定できない）という軍当局と議会の判断を根拠無しとして、退けることはできない。危急の時にあつてこの様な人物をすぐに分離したり、識別したりすることはできないことから、国家の防衛、安全に対する一つの脅威になつているので、この様な脅威を防止するために緊急かつ適切な処置が執られることが、国家防衛上必要とされていると考えるだけの理由を、政府の戦争遂行担当部門が持つていなかったとは、当法廷としては言えない。」

このように論じて、立法が不当な委任では無いとする。今度は第五修正を問題とする。

「第五修正は、何ら平等保護条項を含んでいない。したがつて同条は適正手続きの否定に至るような連邦議会による差別立法のみを規制するのである。（判例略）連邦議会はそれほど明白でも緊急でもない一般的危険に対して防衛手段を講じないままでは特殊な危険が明白な場合、それに対処することは認められている。」

このように一般論を述べた上で、しかし、基本的にはヒラバヤシの主張を肯定する。

「祖先の違いのみを理由にして国民間に区別をおくことは、まさにその性格から、平等の原則を制度の基本としている自由社会の人びとにとっては受け入れられないことである。その故に、立法上の区別または差別は、しばしば平等保護の否定であると判断されてきた。（判例略）戦時で、侵略される恐れがある中で、スパイとサボタージュの危険性があるということから、危険地域に住んでいる住民の忠誠心に関するすべての関係事実を精査するように、軍当局が求められたという特殊情況が存在していなかったら、これらの先例が本件を拘束するであろう

と当法廷は考える。」

その上で、この事件は例外になると宣言する。

「戦争と侵略される恐れという危険を前に、特定の国家の出身に属する者が、他の者より以上に国家の安全に脅威を与えているという事を示す事実の認識に立って、国家の安全のための手段を政府が採用することは、憲法上の制約を少しも超えていない。その他の多くの状況においては、人種区別は不適切であると言うだけの理由で、非難されるべきではない。」

(三) その後

1 ヒラバヤシについて

最高裁判所判決が下った時点では、ヒラバヤシは保釈を受けて、ワシントン州スポケーンで働いていた。その時の経緯は興味深いので、同志社大学インタヴューから紹介する。

「(地方検事が) いうには、おまえが入所すべき連邦刑務所は西部防衛地帯内にある。そこに立ち入らせることはできない。その地帯外で一番近いのは、ツーソン (Tucson, アリゾナ州にある。) だという。

キャタリナ山脈の中で、一、六〇〇マイルも離れている。地方検事には、鉄道旅行を許可したり、人をつけて送り届ける権限はないという。そこで私は保釈中でもあるのだから、自分で行くのはかまわないだろうというと、それならO.K. だという。〈中略〉刑務所行きの旅費を自分で払うようなことはしかなかった。ヒッチハイクすることにした。戦時中であつたし、ガソリン制限があつたりして、ヒッチハイクは簡単ではなかった。一週間かかってソートレイク市までたどりつき、そこからまた一週間かかってツーソンに着いた。」

ところが、そんなに苦労してたどり着いた刑務所には、彼に関する連絡は来ていなかった。普通の犯罪者なら、これ幸いと退去するところだろうが、彼の場合には、担当者の尻を叩いて、各地に連絡を取らせ、また書類を探させて、ようやく服役することができたのである。米政府や軍、そして連邦最高裁判所といった上層部のヒステリックな対応とは裏腹に、現場レベルではヒラバヤシという人物が、ひいては日系人が、全く危険視されていなかったことが、よく判るエピソードである。

戦争終了後、ヒラバヤシはワシントン大学に復学して社会学の博士号を取り、世界各地で教職に就いた。インタビューに応じた一九六七年当時は、カナダのアルバータ大学教授であった。二〇一二年一月二日、九三歳で死去した。

2 行政命令九〇六六号の廃止

一九六〇年代になると、アフリカ系市民を中心とした公民権運動の盛り上がりの影響を受けて、日系人の間においても、マイノリティとしての自分たちの歴史の見直しの一環で、戦時中の強制転住措置を正義に反する行為として、これに対する補償を政府に対し求める運動が盛り上がった。

これを受けて、一九七六年二月一九日、すなわち行政命令九〇六六号が発令されたのと同じ日を敢えて選んで、フォード (Gerald Rudolph Ford, Jr.) 大統領は、ホワイトハウスにおける公式の式典で、布告四四一七号に署名し、次の様に行政命令九〇六六号の取り消しを表明した¹⁰。

「二月一九日は、米国の歴史の中で非常に、非常に悲しい日の記念日である。一九四二年のこの日、結果として非常に多くの忠実な米国人を強制移住さ

せた大統領令九〇六六号が發布された。一〇万人以上の日系人が、自分の家から退去させられ、特別収容所に拘禁されることで、移転させられた。

我々は今、その退去が単に誤ったものであっただけで無く、日系人達は忠実な米国人であったことを知っているべきであったことを知っている。戦場で、そして家庭で、日系人の名は、我々のこの共通の国家における幸福とこの安全のために為された犠牲と貢献の米国史の中に書かれており、今後も書きつがれていく。

大統領令九〇六六号は、第二次世界大戦の終わりにその効力を失ったが、それを終了させるという正式な宣言はなかった。その明白な文書により、今日においても何らかの影響が存在する可能性があることが、日系人の間で懸念となっている。私が今日ここに署名する宣言は、その実際上のすべての疑いを除去するものである。

私は、米国の人々に、過去の悲劇的経験から学んだ生粋の米国人の約束として、米国の個々人が享有する自由と正義という宝は永遠のものであり、二度

とこのような過ちが行われることがないことを、私とともに再確認することを要請する。」

日系米市民連盟 (Japan American Citizens League ≡ JACL) は、一九二九年に設立された米国で一番古いアジア系市民のための団体であるが、一九七九年二月に、補償の実現に至るまでの過程として、当時の政治情勢と世論の動向にかんがみて直接補償を求めず、まず強制立退き・転住・抑留についての調査委員会を設置し、事実関係を調査し、その結果を議会に報告し、次に調査委員会の報告に基づいた補償法案を議会に提出するという二段がまえの方針を採択した。この方針に基づく調査委員会法案が日系議員により連邦議会に提出され、一九八〇年七月、「戦時における民間人の転住・抑留に関する委員会」(Commission on Wartime Relocation and Internment of Civilians ≡ CWRIC) 設置法として成立した。

調査委員会は、一九八一年七月から十二月までワシントン D.C. やロサンゼルス等で公聴会を開き、日系人、元政府職員、元軍幹部、一般市民、歴史学者など約七五〇人から証言を得るとともに、一九八一年七月から一九八二年十二月にかけて政府機関・大学等で所蔵する

文書類の調査・収集を行った。その結果、調査委員会は、一九八三年二月に、国家としての謝罪と一人あたり二万ドルの補償及び名誉回復措置を勧告する報告書『否定された個人の正義』をまとめ、公表した。^①一九八八年八月に、連邦議会は、調査委員会の勧告に従った「市民自由法 (Civil Liberties Act of 1988)」を制定した。八月一〇日、レーガン大統領は、謝罪の言葉と共に、約六万人と見積もられた生存中の元抑留者に、一人二万ドルの支払いを行うこの法律に署名した。

三 コレマツ対合衆国事件

この Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944) 事件は、基本的には上記ヒラバヤシ事件と同様の事件である。ただ、ヒラバヤシが問題にしたのが、外出禁止という比較的軽い強制であったのに対し、コレマツ事件は、日系人の強制収容それ自体が問題とされた点で、より深刻な内容となった。

(一) 事実

フレッド・コレマツ (Fred Toyosaburo Korematsu ≡ 是松豊三郎) は、一九一九年一月にカリフォルニア州

オークランドで生まれ、高校卒業後は、溶接工として働いていた。一九四二年五月三日に、デウィット中将が日系米国人に対して、五月九日までに手荷物以外の財産を処分して、当局に出頭したうえで、速やかに収容所へ移ることを命じた。彼は、強制収容所に入ることを嫌って住所地从り逃亡し、スペイン系ハワイ人と名乗ってバークレーのトレジャー会社で溶接工として働いていたが、日系人と気付かれて五月三〇日に逮捕された。

米自由人権協会^⑫は、彼の事件をテストケースとして法廷で戦おうと考え、彼もこれを承諾した。

九月八日にコレマツは、軍令違反により、北カリフォルニア州連邦地裁で有罪判決を受けた。ただし、コレマツが法廷で米国に忠誠を誓う宣誓をしたことにより、禁固刑ではなく五年の保護観察に置かれることとなった。

この判決に対し、コレマツは連邦最高裁判所に上告した。

（二） 判決の内容

判決は一九四四年一月一日に言い渡された。連邦最高裁判所は、六対三で有罪判決を下した。判決意見はブラック判事が執筆し、ストーン、リード、ラトリッジ、

フランクファーターがこれに同意した。フランクファーターは補足意見を書き、また、ロバーツ、マフィー及びジャクスンが反対意見を書いた。

最高裁は、この事件でも、ホームズ判事の作り出した明白かつ現在の危険基準を用いて判断している。

「ヒラバヤシ事件で当法廷が表明した原則に鑑みて、実施時点で西海岸の戦争地域から日系人を追放することが議会及び行政府の戦争権限を超えたものである旨、当法廷として結論することはできない。

確かに、毎日午後八時から翌日午前六時まで自宅に閉じ込められるより、自宅のある地域から強制退去させられることははるかに大きな権利の剥奪である。また、軍当局が公共の安全に対する最も重大な差し迫った危険が存在すると判断する場合でなければ、憲法上正当化されるものではない。」

その上で、次の様に結論を下す。

「コレマツは、彼、あるいは彼の人種に対する敵意のために、軍地区から排除されたのではない。彼が排除されたのは、われわれが日本帝国と戦争をしていたからであり、正当に設立された軍当局が西海

岸への侵攻を恐れ、適切な警備対策をすることを強いられていたからであり、状況の軍事的緊急性に鑑み、軍当局が、日本人の先祖をもつすべての市民を西海岸から一時的に隔離すると決定したからであり、そして最後に、議会は戦争を行うに当たり、軍事指導者を信頼し——それは当然のことであるが——軍当局は少なくとも、まさにこれを行う権限を持つべきだと決定したからである。

一部日系人の中には忠誠を欠く者があつた証拠があるので、軍当局は、行動を起こす必要性は高く、その時間は限られていると考えていた。静かに過去を振り返っても、その当時のこれらの行動が正当ではなかったと、いま言うことはできない。」

(三) 補足意見

フランクファーター判事は、次の様に補足意見を述べている。

「戦争遂行権の下でとられた行動の効力は、完全に戦争の状況の中で判断されねばならない。このような行為は、平時に行われていれば違法になるという理由で非難されてはならないのである。」

(四) 反対意見

1 ロバーツ判事

ロバーツ判事は、本件は本人の祖先のみを理由にしたもので、本人の合衆国に対する忠誠については、何の調査もせずに処罰している点で、その違憲性は明白であるとしている。

2 マーフィー判事

マーフィー (William Francis Murphy) 判事も、本人個人に対する評価では無く、集団に対する評価を基に処罰している点で違憲とする。

マーフィー判事は、このような事件の場合には、「この剥奪行為が公共の危険に合理的に関連していて、それは遅滞を許さないほどに非常に差し迫ったものであり、この危険を軽減するためには通常の憲法上の手続の介入を認めないほどのものかどうか」という審査基準を提案し、本件排除命令はこの基準を満たしていないとする。

「その血液の中に日本人の血が流れている者全部を一時的にせよ、永久的にせよ、排除することは、何らこの様な合理的関連性を有していないのである。なぜなら、この排除命令が合理的であるためには、

必然的に日系人すべてがサボタージュやスパイ活動を行ったり、敵日本軍をこれら以外の方法で援助したりするという危険な傾向を有しているという仮定に依拠しなければならぬからである。理性、論理、経験のすべてをもつて考えても、このような仮定を支持することはできない。」

3 ジャクソン判事

ジャクソン判事も、これを集団に対する評価で個人を処罰している点で違憲とする。

「提出された証拠からして、この命令が合理的に見て当を得た軍事的予防手段であったとも、無かつたとも言ふことはできない。しかし、例えこの命令が軍事上許された処置であつたとしても、私はこの命令が憲法上許されるものであつた、という事は到底できない。」

(五) その後

一九八一年、カリフォルニア大学サンディエゴ校のアイアンズ (Peter Irons) 教授が、コレマツ事件に関して情報公開請求をして調査した結果、その当時における訟務長官フェイ (Charles H. Fahy) が、FBI及び軍

情報部から提出されていた、日系市民には何ら安全上の問題は無い、という報告を握りつぶしていたことを発見した。これは、軍が連邦最高裁判所で偽証を行い、政府の代理人達が故意に虚偽の告発を行っていたことを示す。コレマツは、一九八二年一月に有罪判決を覆すべく、連邦裁判所に自己誤審令状 (writs of error coram nobis) の発給を上申した。一九八三年一月一〇日、サンフランシスコの米連邦地方裁判所のパテル (Marilyn Hall Patel) 判事は、正式に有罪判決を取り消した。この判決により、コレマツの前科は抹消された。

一九九八年、クリントン (Bill Clinton) 大統領は、次の言葉とともに、一般市民としては最高位の勲章である大統領自由勲章 (Presidential Medal of Freedom) をコレマツに授与した。

「私たちの国の正義探索の長い歴史の中で、一部の一般市民の名前、すなわちプレッシー、ブラウン、パークス等の名は何百万の魂の前に立っている。その著名なリストに、今日我々は、フレッド・コレマツの名前を追加する⁽¹³⁾。」

この言葉の中にあるプレッシーは、Plessy v. Ferguson

(1896) 事件の主役であり、ブラウンは、その判決を半世紀後に覆した Brown v. Board of Education (1954) の主役である。

パークス (Rosa Louise McCauley Parks) は、一九五五年にアラバマ州で公営バスの運転手の命令に背いて白人に席を譲るのを拒み、人種分離法違反のかどで逮捕されて著名となった人物である。このパークス事件を契機にモンゴメリー・バス・ボイコット¹⁴⁾事件が勃発し、アフリカ系米国人 (黒人) による公民権運動の導火線となったことで、彼女は米国史上の文化的象徴と見なされ、米国連邦議会から「公民権運動の母 (the mother of the freedom movement)」と呼ばれた。¹⁵⁾つまり、彼らはいずれも自ら事件を引き起こした点で特徴がある。コレマツは、ヒラバヤシと違って、受動的に事件に巻き込まれた点で、他の者とは少し異質であるが、事件の歴史的重要な性から、クリントンは彼らと並べたのであろう。

コレマツは二〇〇六年四月一二日、八六歳で死去した。

四 山下対スタイヤー事件

1) の Yamashita v. Styer, Commanding General, U.S.

戦争と連邦最高裁判所 (甲斐)

Army Forces, Western Pacific, 327 U.S. 1 (1946) は、日本陸軍の山下奉文大将^{17) ④ 甲}に対する軍事裁判に関わる事件である。

この事件で問題になったのは、一九〇七年ハーグ陸戦条約¹⁶⁾四条及び五条であった。

第四条 捕虜は敵の政府の権限に属し、これを捕らえた個人、部隊に属するものではない。捕虜は人道をもつて取り扱うべし。兵器、馬匹、軍用書類を除き、捕虜の所有するものを没収してはならない。

第五条 捕虜は都市、城塞、陣営その他の場所に留置され、一定の地域外に出ざる義務を負う。しかし、やむを得ない保安手段としてその幽閉が許される。

米軍は、あえてこの条項を無視し、山下將軍を、本人が感知しない間に行われた部下の非行に対する監督責任不履行という理由で、死刑にしたのである。

この判決は、戦争犯罪における指揮責任 (Command responsibility) を問題にしたもので、これが採用した判断基準は、山下基準 (Yamashita standard) と呼ばれる。

(一) 背景となる事実

山下は、明治一八年(一八八五年)生まれで、太平洋戦争の緒戦において第二五軍司令官としてマレー作戦を指揮し、シンガポールを攻略した。その後、敗色が濃厚となった昭和一九年(一九四四年)に第一四方面軍司令官に起用され、日本軍が占領していたフィリピンの防衛戦を指揮した。マッカーサーらの指揮する連合軍に対して善戦するが、徐々に兵力差で圧倒され、最終的には山岳地帯へ退いての持久戦に追い込まれ、昭和二〇年(一九四五年)九月二日にフィリピンのバギオにおいて降伏した。

降伏時は捕虜として扱われたが、すぐに戦犯とされ、フィリピンのマニラにおいて軍事裁判にかけられ、シンガポール華僑虐殺事件⁽¹⁷⁾、マニラ大虐殺等⁽¹⁸⁾に関し、「違法に、指揮官として、彼の部下が戦争犯罪に関与することを禁じるによりその行為を制御する義務を果たさず、失敗した責任という、一種の不作為責任を問われ、一九四五年一二月七日、つまり、真珠湾奇襲の日から四年目にあたる日を選んで、絞首刑という判決が下された。死刑判決後、米陸軍の法務将校からなる山下の弁護団

は、判決を不服としてフィリピン最高裁に、死刑執行の差止めと人身保護令状の発出を求める上申書を提出した。上申理由は、次の四点である。

- (a) 申立人に有罪判決を下した軍事委員会は適法に組織されていない。申立人を戦時国際法に違反した廉で罰そうとしている軍事委員会を、日米両国軍の間で停戦後に合法的に招集することはできない。
- (b) 申立人の利益に反し、戦時国際法違反の廉で告発することはできない。
- (c) 軍事委員会は、訴訟手続において一貫して供述録取書、宣誓供述書及び伝聞証拠を許可しており、そのような証拠を認める委員会の裁定は軍律⁽¹⁹⁾二五条及び三八条並びにジュネーブ条約⁽²⁰⁾に違反しており、第五修正の定める適正手続条項に違反して公正な裁判を受ける権利を侵害している点において、権限も管轄権もなく、申立人を裁いた。
- (d) 軍事委員会は、ジュネーブ条約六〇条で要求される交戦国としての日本の利益を代表する中立国に、申立人の裁判の予告を与えていない点におい

て、権限も管轄権もなく申立人を裁いた。

フィリピン最高裁判所は、同最高裁の管轄権が、裁判に申立人を配置する委員会の管轄の問い合わせに限られていたこと、軍事委員会は、スタイヤー將軍の命令により有効に組織されており、申立人に対する管轄権を有していたこと、を理由として、人身保護令状の発布を拒否した。そこで、弁護団は米連邦最高裁判所に上申した。

(二) 判決の内容

判決は六対二で上申を退けた。⁽²¹⁾ 法廷意見はストーン長官が執筆した。ラトリッジ判事及びマフィー判事が反対意見を書いた。

「クイリン審判において、我々は戦時法に違反した敵性戦闘員の裁判を行う軍事委員会を創設するに当たり、その法源、性格及び権限に関し詳細に考察する機会を得た。我々は、その際、議会が合衆国憲法一条八節一〇項の定める権限を実施するにあたり、議会は『国際法（戦時法はその一部である）に反する攻撃を定義し、罰する』ために、軍律に依つて軍司令官が『軍事委員会』を任命することが、従前から合衆国軍に実行上行われており、それが戦時法に

違反してなされた攻撃に対する裁判と処罰を行う適切な法廷である事を認識した。」「我々はここで改めてクイリン審判を強調する。すなわち、人身保護令状の申請に対し、我々は申立人の有罪か無罪かを判断しないことである。我々は、ここでは単に申立人の攻撃行為に対して司法判断を行おうとする委員会が、合法的な権限を有するか否かだけを考慮する。本事件では、それは、議会が定めた軍律によって判断する軍事法廷が支配し、判決する権限を有する裁判所であるか、という点だけが本法廷の審査対象である。」

このように、自らの権限をきわめて狭めた上で、その権限内の点について次の様に審理を行った。

「政府の主張は、スタイヤー將軍の命令により組織された軍事委員会は、申立人という、戦時中に米領土を占領した間に、好戦的な敵が犯した戦時法違反に対し、敵軍を指揮していた申立人を裁く、ということのみを目的とする権限を付与していることである。我々の第一の審査は、したがって、この委員会が合法的な軍事的命令により組織されたものか

否かであり、仮にそうとすれば、その権限は日米両軍の間の休戦後に申立人に対して裁判することを与えるものか否かである。」

そして、事実としては次の様なことがあると認定した。

「大統領命令に基づき、米軍統合参謀本部は、一九四五年九月一二日に、裁判を続行するには太平洋方面米軍最高司令官であるマッカーサー將軍は、日本軍の戦争犯罪者に対して、適切な軍事法廷の前に『逮捕され、またはその可能性がある』旨を教示していた。そして、一九四五年九月二四日のマッカーサー將軍の命により、スタイナー將軍は、具体的に申立人の裁判を続行するように指示した。この命令には、マッカーサー將軍が戦争犯罪者の裁判のために指令した細則および規制を伴っていた。これらの規制は、とりわけ軍事委員会によって審査にあたり、『承認、軽減、付託された権限、減刑、差し止め、緩和ないし判決を変更する権限』が定められ、死刑判決は、太平洋方面米軍最高司令官によって確認されるまで、実施すべきでないことが定められていた。」

これにより、裁判は合法的なものであると認定されたのである。連邦最高裁は言う。

「戦争の遂行にあたり重要な事は、軍司令官による対応を承認することである。それは単に敵を撃退し、打倒することでは無く、誰が、我々の軍事的努力を妨害し、または妨害しようと試みるにあたり、戦時法に違反したかを把握することである。戦時法違反行為に関与した敵性戦闘員に対する裁判と刑罰は、このような違反に対する予防措置として戦争行為の一部であるだけでなく、システムを管理するために、議会によって行政庁に認可された権限の遂行でもあると認められる。〈中略〉我々は、少なくとも平和が、正式に、条約や政府の宣言によって認定されるまでは、その停止前に関与された戦時法の違反を裁く委員会を招集する権限が消滅する、と言う事はできない。そのような権限が、停戦で消滅すると考えた場合には、實際上、ほとんどの場合、戦時法の下における軍事裁判システムは、機能しないであろう。戦闘の中止後でなければ、犯罪者の大半及びその首魁が逮捕され、裁判に課することは可能で

はないからである。」

(三) 反対意見

反対意見はマーフィ判事とラトリッジ判事が述べた。特にマーフィ判事の反対意見が興味深く、ラトリッジ判事の主張は多分にそれと重複しているので、ここではマーフィ判事の意見だけを紹介する。マーフィ判事は、ある意味で逆説的な表現から議論を始める。

「本法廷が直面している問題の重要性を過大評価してはならない。米軍事委員会は征服された国家の投降した指揮官を、戦争犯罪の廉で裁こうとして組織された。そのような行為の根拠は、合衆国憲法一条八節一〇項の『合衆国法に反して国家を攻撃したものを…定義し処罰する』という規定にある。この事件に関して提起される厳粛な問題は、そのように組織され、権限を与えられた軍事委員会が、被告人の有する憲法上の手続き的権利、特に第五修正の適正手続き保障を無視できるかである。

答えは単純である。第五修正の保障する適正手続きは、合衆国政府によって、あるいはなんらかのその機関によって、罪を犯したとして訴追されている

『何人 (any person)』にも保障されている。いかなる例外も、戦争犯罪で訴追されている場合にも、ないしは敵性戦闘員としての地位を有する者にも、認められない。実際、そのような例外は、憲法を現在あるような偉大な文書たらしめている、人権に関するあらゆる哲学に反するであろう。第五修正によって保障されている、適正手続き保障を含む個人の不可侵の権利は、単に戦場において他に勝利した国の構成員のみに属するものでは無く、ないしは民主主義的イデオロギーに与する者だけに属するものではない。それは、勝利者であるか被征服者であるか、あるいはその人種、皮膚の色もしくは信仰にかかわらずなく、世界のあらゆる人びとに属している。それは、あらゆる熱狂や狂乱を生き延びてきた。いかなる裁判所もしくは立法府ないし行政府も、世界最強の軍隊でさえも、それを破壊できたことはかつてない。それは、権利の普遍的かつ不滅の性質であり、第五修正の適正手続き条項は、生命及び自由が脅かされている時、合衆国の権威の美德によって認められ、保護するのである。」

このような前提の下であれば、適正手続きを完全に無視した、このような裁判が合憲のはずは無い。さらにマーフィは次の様に述べる。

「私の意見では、このような手続は、我が人民の、人類共通の理想を高めるために行ってきた計り知れない犠牲の伝統に照らし、あるまじきものである。その時の感情の高まりは、確かにこれによって満たされるであろう。しかし、冷静になれば、今日の制裁のための措置のもつ無限界性と危険な意味合いが理解されるであろう。軍隊内で指揮を執る立場にいる、軍曹から将軍に至るまでの誰もが、それがもたらす未来を逃れることができず、合衆国大統領とその主席閣僚や軍事顧問の運命もまた、この決定によって封印されている可能性がある。しかし、さらに重要なのは、この前例のない手続から、憎悪や嫌悪が成長しているということである。それは、個人の過失の要素を無視して刑罰を課するというあらゆる手段の持つ必然的な結果である。この事例の効果は、残念ながら、ここで我々は、国際的なレベルで人権を扱っているがために、無限に拡大される。敵

性戦闘員を不公平な裁判に掛け、本人が認識していなかった犯罪で彼を処罰することにより、または彼に私達の応報感情を発散することは、平和な世界に必要な和解を妨げる。」

確かに、合衆国大統領は合衆国憲法上、軍の最高司令官と明記されているのであるから、この山下裁判の論理が通用するならば、米軍のあらゆる非道な活動²²⁾に対して、大統領は死刑判決を受けることになるはずなのである。

（四）その後

一九四六年二月二三日、山下の絞首刑が執行された。処刑にあたっては軍服の着用も許されず、囚人服のままで行われた。

しかし、彼を死刑にするだけでは、フィリピンから追い出されたマッカーサーの復讐感情は満足しなかったらしく、開戦当時にフィリピン方面軍司令官であった本間雅晴中将も、フィリピンに連れ戻されて、同じく軍事法廷で裁かれ、死刑判決を受けた。本間中将の弁護団も、山下事件と同じく連邦最高裁判所に上告したが、同じく六対二の判決で却下された²³⁾。それでも本間中将は、銃殺刑となった点で、山下大将に比べると、軍人として処遇

されたと言えるかもしれない。

この後、東京裁判で広田弘毅元総理大臣も、近衛内閣外相として南京事件での残虐行為を止めなかった不作為の責任を問われて死刑判決を受けたため、マッカーサーを相手取り、連邦最高裁判所に上告した。連邦最高裁判所はこれを受理したが、この山下判決を先例としてあげ、「連合軍代理人としてのマッカーサー将軍によって設置された軍事法廷は、米国の裁判所ではなく、したがって米国の裁判所は、この事件を、見直し、確定し、取り消し、あるいは肯定するいかなる権限も有しない」という理由の下に、人身保護令状の発給は拒まれ、広田は死刑となった。²⁴

同様に、ドイツにおけるニュルンベルク裁判でも、この判決が先例として機能することになった。

五 ウェストバージニア州教育委員会対バーネット事件

戦争は、意外なところに意外な影響を与える。その端的な例が、この West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943) 事件である。

戦争と連邦最高裁判所（甲斐）

米国では、国旗に対し、学童が毎朝敬礼し、忠誠の誓い²⁵を述べることが全国で行われている。この誓いの言葉は、ベラミー（Francis Bellamy）及びその従兄弟の（Edward Bellamy）により、一八九二年に起草された。その時点においては、学童は、国旗に向かって右手を斜め上方に高く上げ、忠誠の言葉を唱えることになっていた。ハリソン大統領の発案により、この忠誠の誓いは、一八九二年一〇月一二日のコロンブス・デーに、公立学校で初めて行われた。但し、この時には単発の行事であった。

他方、エホバの証人（Jehovah's Witnesses）という宗教団体がある。この団体の最大の特徴は、キリスト教の教義を、聖書に照らし、厳格に遵守する点にある。よく知られているとおり、キリスト教は偶像崇拜を禁止する。エホバの証人は、この禁止を厳格に捉え、国旗のような政治的象徴に対する敬礼もまた、偶像崇拜に属するとして禁止する。

一九四〇年に、ゴビティス事件（Minersville School District v. Gobitis, 310 U.S. 586 (1940)）が起きた。ペンシルベニア州マイナースヴィル学区の小学校が、国旗

への敬礼及び忠誠の誓いを拒否したという理由で、エホバの証人の信者である児童二人を退学処分にした事件である。エホバの証人側は、国旗への敬礼は第一修正の保障する「信教の自由 (Free exercise)」条項を侵害すると主張したに対し、連邦最高裁判所は、八対一の多数で、その処分を合憲とした(ただ一人の反対意見はストーン長官である)。多数意見を書いたフランクファーター判事は、国旗への忠誠は、国家統合の意識を高めるためのものであり、国家の統合こそが国家安全保障の基礎であるから、州議会が国旗への敬礼を国民統合の手段として選んだことを、連邦最高裁判所は尊重しなければならない、と説いた。

(一) 事件の事実関係

ゴビティス事件最高裁判所判決を受けて、ウェストバージニア州議会は、州内のすべての学校に対し、合衆国の歴史、公民、憲法を教えることを要求する立法を行った。

州教育委員会では、一九四二年一月九日に、ゴビティス判決の意見を大幅に採用した形で、国旗への忠誠義務を定めた。それによると、すべての教師及び生徒は「旗

によって象徴される国家を称える敬礼に参加しなければならない」とされ、国旗に対する敬礼の拒絶は、不服従の行為と見なされ、それに応じた処分が下されるものとしていた。

エホバの証人の信者であるバーネット姉妹は、教義にしたがって敬礼を拒否し、退学処分を受けた。この点で、この事件は、ゴビティス事件と基本構造においては違いが無い。

違っていたのは、第一にこれが、米国がドイツとの死闘の最中だったという事である。ドイツにおいて、鍵十字の旗に対して「ハイルヒットラー」と叫んで、一斉に片手をあげて敬礼する光景は、米国の人びとに強い印象を与えていた。ベラミー式の敬礼は、それとまったく同一のポーズを取る。このため、この州教育委員会の決定は、PTAやボーイ・ガールスカウト、赤十字等に「まるでヒットラーのようだ (being too much like Hitler's)」と評判が大変悪かったのである。

第二に、エホバの証人側は、ゴビティス事件における信教の自由侵害の主張に換えて、同じ第一修正であるが、「言論の自由 (Free speech)」の侵害であると立論した

点である。この結果、特定宗教の問題では無く、一般的な人権の問題へと変容した。

(二) 判決の内容

判決は、六対三でゴビティス判決を覆し、州教育委員会の規定を違憲とするものであった。反対意見は、ゴビティス判決の執筆者フランクファーター判事及びロバーツ、リード両判事であった。法廷意見はジャクソン判事が執筆した。当然のことながら、ジャクソンの立論は、フランクファーターの意見の、合憲とした根拠の妥当性を一つ一つ問題にするものとなった。

第一に、フランクファーターは、国旗への敬礼儀式は、国民の団結がそれに依存していると信じている「凝集感情 (cohesive sentiment)」を構築するための適切な方法であるとしていた。これをまずジャクソンは否定する。ジャクソンは、ローマ人のキリスト教を駆逐するための努力、スペインのユダヤ人に対する異端審問、ソ連の反体制派のシベリア流刑を例証として引用し、民衆の一致した感情を外敵に向かうよう強制的に変換するための「究極の無益」な努力とした。ジャクソンは、反対意見の強制排除を、「反対意見の強制排除を開始した人々は、

すぐに自分自身が反対者として根絶される。意見の強制的統一は、墓地における全会一致の実現である。」と述べ、強く否定した。

第二に、フランクファーターは、敬礼の強制に生徒が従わないことを選択した場合は、退学処分をすることで威嚇することが、国家の統一を促進するために許容される方法であったとしていた。フランクファーターは、それに不服があれば反対者は投票箱で解決するべきだとしていた。

それに対し、ジャクソンはいう。

「権利章典がまさに目的としているのは、特定の権利を、政治的意見の変遷から守り、それを多数派及び官憲の手の届かないところに置き、それを裁判所によって適用される法的原則として、確立することにあつた。個人の言論の自由、報道の自由、礼拝と集会の自由、および他の基本的権利は投票の対象とはならない。それは選挙の手の届かないところにある。」

(三) その後

上述のように、ベラミー式の国旗への敬礼方法がナチ

ス式の敬礼と酷似していた事から、ルーズベルト大統領は「忠誠の誓い」と国歌斉唱の際の民間人による敬礼として、ベラミー式の代わりに右手を心臓の上に置く姿勢を制定した。合衆国議会は、国旗への忠誠を一九四二年六月二二日から全米の公立小学校で強制することにしたが、その際には、このルーズベルト式敬礼が行われることとなった。

六 国際製靴会社対ワシントン州事件

この International Shoe Co. v. Washington, 326 U.S. 310 (1945) 事件は、これまでに紹介した判例と異なり、戦争とは関係が無い。州内に営業拠点を持たない企業に対する州の課税権を問題としたものである。しかし、同様の問題に対する先例として、今日においてもきわめて重要な、ストーン・コートを代表する判決であるので紹介する。

問題となったのは第一四修正における適正手続き条項の、特に対人管轄権の問題である。

(一) 背景となる事実

原告であるワシントン州は、雇用者に対する新しい課

税制度を設立した。その目的は州内で新たに失業した者への資金援助に使用する資金を提供することであった。

被告である国際製靴株式会社は、デラウェア州で設立され、ミズーリ州セントルイスに主たる営業所をもつ米国企業だった。同社では、ワシントン州内では、一一人のセールスマンを、歩合制賃金で雇用していた。

セールスマンは、訴訟が提起された時点で、三年間にわたってワシントン州住民であった。同社は、ワシントン州内事業に関しては永続的な営業拠点を設けておらず、セールスマンは、モーターやホテルを利用して見込み客に会ったり、時折はディスプレイを設置するスペースを借りて営業活動を行ったりしていた。しかも、セールスマンには、契約をする権限も、代金徴収の権限も、与えられていなかった。

すべての注文は、ミズーリ州の営業所に送信され、そこが顧客と契約を締結するかしないかを決定していた。契約した場合には、工場から顧客に直接出荷された。

このような営業活動の結果、毎年、セールスマンは、合計すると約三万一、〇〇〇ドルの歩合給及び営業活動に対する実費の補償を、同社から受け取っていた。

このような営業形態であることを理由に、国際靴株式会社は、本件税金を納付しなかった。そこで、ワシントン州は、同社セールスマンの営業活動が同州内で行われていることを根拠に、同社に課税すると、ミズーリ州の営業所に通知した。

ワシントン州の第一審裁判所は、被告会社に対する対人管轄権を持っているとし、この判決はワシントン州最高裁でも支持されたので、同社は連邦最高裁判所に上告した。

(二) 判決の内容

連邦最高裁判所の判決は、審理に参加しなかったジャクソン判事を除く全員一致で下された。判決はストーン長官自身が執筆した。

ここで問題となったのは、ワシントン州内に存在しない企業に対し、ワシントン州は人的管轄権を有するか、ということである。

ストーンは、企業ないしその代理人が、単一の事件のために偶然に州内に滞在するだけの場合には、その企業に対し人的管轄権を確立することに十分ではないとした。管轄に対する同意は、企業の存在と正規代理店の活動を

通じて、州内における活動から示されるというのである。

「他州企業の雇用しているセールスマンの、州内における活動は、商品サンプルを展示し、見込み客からの注文を募り、あるいは州外にある企業の営業拠点の判断によって拒絶するというもので、州内の活動は体系的かつ継続的であり、大量に行われている州際事業である。そして、州の法律は、雇用者に対し州の失業補償基金による州内の従業員に対するサービスのために、支払われた賃金の指定した割合を支払うことを求めている。」

すなわち、ワシントン州内における被告企業の活動は、不規則なまたは偶発的であったというよりは、はるかに体系的かつ継続的であった。したがって被告は、州の法律の恩恵と保護を受けているので、そこに管轄権に従うものとするしたのである。

(三) その後

この判決は、裁判所の対人管轄権に関する重要な先例となった。この判決を受けての著名事件としては、例えば、*Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462, 105 S. Ct. 2174, 85 L. Ed. 2d 528 (1985) がある。

ルージェヴィッツ (John Rudzewicz) は、ミシガン州でバーガーキング社とフランチャイズ契約を締結して、店を開いた。バーガーキング社は、フロリダ州で設立されていたため、契約は、フロリダ州法にしたがって行う事とされていた。契約に依ればルージェヴィッツはミシガン州で二〇年にわたり、バーガーキングの商標およびサービスマークを使用することができるとされていた。しかし、経済不況に伴う減収から、ルージェヴィッツは、契約で義務づけられているフランチャイズ料を払うことができなくなった。

そこで、バーガーキング社は、フロリダ州南部地区裁判所でルージェヴィッツに対して、訴訟を提起した。ルージェヴィッツ側は、彼らがフロリダ州と関わりを持たないため、対人管轄権を持っていないことを理由に訴えを却下するよう求めた。しかし、裁判所はルージェヴィッツの申立てを却下した。そこで、控訴したところ、控訴審では、裁判所はルージェヴィッツに対する対人管轄権の行使は、根本的に不公平で、適正手続違反であると判示した。そこでバーガーキング社が、連邦最高裁判所に上告したという事件である。

連邦最高裁判所は、本事件を先例とした上で、特定の活動が別の場所の管轄に従うには、公正な警告が存在しなければならなかった。この事件の場合には、バーガーキング社とのフランチャイズ契約により、ルージェヴィッツは二〇年にわたって、フロリダ州に設立されている会社との関係から利益を得る事が可能になっていた。ルージェヴィッツ側が、意図的にバーガーキング社と接触を持ったという事実に基づき、州との接点は最小限であつたにもかかわらず、人的管轄権を行使することができるとしたのである。

七 全米通信連合対ドウズ事件

頭書の通り、第二次大戦の終了と共に冷戦が勃発し、様々な共産主義者に対する差別立法が行われた。この American Communications Association v. Douds, 339 U.S. 382 (1950) 事件は、タフト・ハートレー法の定める、労働組合幹部の非共産党員宣誓義務づけの合憲性が問題になったものである。問題になったのは、第一修正の言論の自由及び第一条第一〇節の定める私権剥奪法 (bill of attainder) である。

(一) 事件の内容

全米通信連合 (ACA) は通信技術者の労働組合であった。同組合幹部は、左翼的傾向が強く、大半は米国共産党のメンバーであり、この結果、組合は米国共産党の指揮下に活動していた。

タフト・ハートレー法九条h項は、労働組合指導者に対し、米国共産党のメンバーでは無く、また米連邦政府の暴力的転覆を主張しなかったという宣誓供述書を、全国労働関係委員会 (National Labor Relations Board (NLRB)) に提出することを求めており、労働組合がその供述書を提出しなかった場合には、組合は労使関係法 (NLRA) の保護を失うと定めていた。

全国通信連合の指導者たちは、その宣誓の強制が、第一修正の権利を侵害しているとの理由で、反共産主義の宣誓供述書に、断固としてサインを拒んだ。一九四七年一〇月二九日に、全国労働関係委員会のニューヨーク州地域管理者であるドウズ (Charles T. Douds) は、全米通信連合を、NLRBを監視する労働組合選挙から排除する旨の決定を下した。そこで、全米通信連合は、タフト・ハートレー法の規定が、第一修正の権利等を侵害し、

違憲であると訴えた。

(二) 判決の内容

判決は、五対一で訴えを退けた⁽²⁶⁾。補足意見を、フランクファーター判事とジャクソン判事が執筆した。反対意見は、ブラック (Black) 判事である。

多数意見は、ヴィンソン長官が執筆した。ヴィンソンは、記述の内容を、論文スタイルに明確に章にわけて記述した。

ヴィンソンは、第一章ではタフト・ハートレー法の概要を説明した上で、第二章で、直面している問題を次の様に要約した。

「我々はタフト・ハートレー法九条h項を、単に根拠もなしに政府により特権を奪う規定と取り扱うことも、ないしは組合事務所から宣誓供述書に署名しない者を排除する特権の規定と取り扱うことも妥当ではないと考える。この状況の実用性は、この両極端のどこか中間に九条h項の禁止を置くことである。そこから現れる難しい問題は、憲法第一修正と矛盾すること無く、議会は、法律によって、特定の信念や所属政党によって識別される特定の人の労働

組合における指導的立場を否定するように、圧力を掛けることが可能かどうかである。」

第三章では、州際通商条項を通じて、議会は政治ストを防ぐ権限をもつか、という問題をとりあげ、それは、それに対する救済策は適切に設計されているかという問題と、共産党による脅威は、政治ストライキの使用及び暴力の唱道という点で非常にユニークであることにあるが、議会がそれを取り上げることが許されるかという問題になるとする。ヴィンソンは、いずれの間にも肯定的に答えた。そこではヒラバヤシ対米国事件判例などを引用して、憲法はしばしば、特定の、限定された状況で、そういう状況下でなければ無関係な信念とか、個人の特性、ないし雇用上の地位に基づいて、特殊な状況の場合には、人権侵害を許可することが許されると述べた。

これを受けて第四章で取り上げた問題は、共産党はどのような特殊な状況と言えるかである。組合側は、これは憲法第一修正の問題なので、「明白かつ現在の危険テスト（“clear and present danger” test）」が同法に適用されると主張していた。これに対し、ヴィンソンは、このテストを機械的に適用することを拒否した。議会はタフ

トIIハートレー法の制定にあたり、共産主義の信念を表現することを危険だとしたわけではなく、州際通商に対する障害を排除しようとしたただけだからである。

ヴィンソンの述べるところに依れば、政治ストの問題は、『思想の市場（marketplace of ideas）』における言論ではなく、力と強制であり、これに対しては、議会は、規制するためのあらゆる権限を持っている。組合側は、政治ストは厳格な審査に抵触するような差し迫った危険を構成するものではない、と主張する。これに対し、ヴィンソンは、それはこの場合にはふさわしくないテストであるとして、再度、その機械的適用を拒否した。そして、いくつかの判例を引用した上で、比較考量テスト（balancing test）を採用するべきであるとした。

第五章でヴィンソンは、政治ストが、言論の自由のような重要な問題を提起しているか否かを論じた。そして、本件のような議会の決定事項に対して、裁判所の判決がその代わりを果たすことを拒否した。強力な組合を育てる上での政府の権威を受け入れるにあたり、ヴィンソンの見るところでは、裁判所は、繰り返し、時には個人の自由に対するかなり侵害的方法による政府の権威を認め

てきた。タフト―ハートレー法の罰則は、ヴィンソンの見解に依れば、自由に対する直接侵害ではなく、裁判所が過去に承認していた厄介な侵害には該当しない。ヴィンソンは、立法が厳格に定められていないという示唆を拒絶した。

ヴィンソンは次の様に主張する。

「州際通商がこうしたストライキの継続的な脅威から保護されなければならないという立法部の判断は、この場合、許容しうる。非常に多数のこうしたストライキが、外部的、内部的危機の要因になるであろうという可能性、そしてこの種違法行為を取り締まる上で生じるであろう実務上の困難性を考慮するならば、州際通商に対する損傷が既成化するという事実、議会が脅威を排除する上で、行為を罰することを制限することで、無力なものとしてはならない」ということは、説得力ある要因である。」

第六章ではヴィンソンは、制定法が、米国政府の暴力的転覆を求める唯一の政党として、共産党を標的にして禁止することの是非を論じた。もし、政府を暴力で倒すことを提唱すれば、制定法により罰せられるならば、そ

こから新たな憲法上の疑義が生じるとヴィンソンは論じる。しかし、法令は可能な限り合憲と解釈されるべきであることが、裁判所の長年の信条であったとする。結論として、ヴィンソンは九条h項を、狭く、組合幹部に、実際に政府の転覆を提唱している人がなる事を禁止しているのみで、例えば彼ら自らの助けを借りずとも、政府の転覆が起こるだろうと信じている人は含まないと解釈した。

「信念と所属政党の区別は、前者の場合には、なら『あからさまな行為』が存在しないことに基づく。それは証拠の問題に関連している。ある者が、自分は共産主義者ではないと偽って誓ったことを証明するには、政党に加入しているという行為は、一方において、彼が力によって政府の転覆することを信じていないと宣誓で嘘をついたことを証明し、他方において、彼の精神状態の証明になるという点で非常に重要である。その程度まで、この二つは異なる。〈中略〉宣誓供述書に署名する際における虚偽の宣誓は、精神状態が問題になっている他の例と同様に、精神状態が外部に現れた行動によって証明さ

れなければならない。共産党に加入するという行動と同程度に『あからさまな行為』が存在しない限り、偽証であるとして起訴に成功することはありえない。」

第七章では、ヴィンソンは九条h項が曖昧性故に、および／または私権剥奪法であるが故に、ないし事後法であるが故に、違憲か否かを問題にしている。ヴィンソンは、法の用語が曖昧なものと解釈されるかもしれないことを認めた。しかし、裁判所の長年のルールに従えば、狭義に解釈すれば、法に曖昧さはなかったと主張した。組合は同法が過去の判例に照らせば私権剥奪法であると主張した（判例省略）。しかし、ヴィンソンは、それらの判例は過去の行為を処罰するものであるのに対し、九条h項は、将来の行為のみを処罰の対象にしている点で異なるとした。

（三） 反対意見

ブラック (Hugo Black) 判事の反対意見を簡単に紹介する。

ブラックは、第一修正は政府が信条を規制することを許容していないと説く。そして、多数意見が過去の多数

の判例を引用しているのに対して、「引用されたいかなる判例も、通商条項が考える権利 (right to think) を制限することを認めたものは無い」とする。九条h項が組合幹部に『宣誓の試練 (test oath)』を課すものであるが、それは憲法がきわめて明白に禁止したものであるとする。多数意見が、これはごく少数の人びとに影響するだけなので、第一修正違反の問題は生じないとしたのに対し、第一修正の意義は、ごく少数の非正統的な少数者を保護することにある、とする。

さらに、ブラックは、多数者が、信条に基づいて少数者を排除することが許されるなら、民主党は同じテストを共和党に対して行い、共和党員を組合事務局から効果的に閉め出すことが可能となると論じる。

また、ジャクソンが補足意見で、共産党は外国の支配に服していることを、宣誓の試練に服させる根拠としたのに対し、宣誓の試練は、一六世紀の英国で、プロテスタントが、カトリック信徒が法王の支配に服しているとして行ったものに由来していると指摘し、ジェファースン大統領でさえも、合衆国よりもフランスに忠誠を尽くしていると非難された例を引用する。憲法が宣誓の試練

を禁じているのは、この様なことを防ぐためであると言
う。

「我々が、彼らが唱道している思想を嫌っている
からという理由で、単に政党その他の団体に加入し
ているということだけから有罪とされてはならな
い。」

(四) その後

九条h項によりA C Aに課せられた罰則は、次第に
A C Aを崩壊させた。一九四九年五月に、A C Aの上部
団体である産業別労働組合会議 (Congress of Industrial
Organizations = CIO) は、その加盟組合に、その指導者
たちは反共産主義の誓いに署名するよう命じた。
一九四九年一月上旬の年次大会で、CIOはA C Aが
要求された宣誓を提出しない廉で有罪であるとして、会
議からの追放を命令した。N L R Bの保護を欠き、さら
にCIOと米国労働総同盟 (American Federation of
Labor = AFL) からの浸食の結果、いくつかの地区組合
は脱退し、A C Aは急速に縮小し、結局一九六六年に
チームスターズ (Teamsters) という組合に吸収されて
消滅した。

一年後、最高裁は、ガーナー対公共事業委員会
(Garner v. Board of Public Works, 341 U.S. 716 (1951))
で、ドウズ事件における地方政府の忠誠テストの合憲性
を再確認した。この時には、バートン、フランクファ
ー、ダグラス及びブラック判事が反対意見を書いている。

八 デニス対合衆国事件

この Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951) 事
件は、連邦最高裁判所が、デニス (Eugene Dennis) 等
の米国共産党 (Communist Party USA) の党員には、
彼等が政府の転覆を企てているが故に、合衆国憲法第一
修正が定める言論の自由、出版の自由、集会の自由が保
障されないとした事件である。

スミス法二条及び三条は、何人も米国政府を武力と暴
力によつて転覆し破壊することを故意に唱道する行為、
及びそのようなグループを組織し、あるいは組織化を助
ける行為、あるいはそれを共謀する行為を犯罪としてい
た。

米国共産党は、第二次大戦中が最盛期で、党員数八万
人程度に達した。その後、米国内の反共産主義的風潮の

高まりと共に人数を減らしたが、それでもこの事件当時は六万人程度の党員を有していた。

連邦検察庁は、一九四九年に、米国共産党のデニス（Eugene Dennis）事務局長等、計一人の党幹部を、スミス法に反したとして起訴したのである。

（一）事件とその背景

ニューヨーク地方裁判所での公判は、米国史上最長の訴訟の一つとなった。起訴状には一万六、〇〇〇頁の記録が付されており、その結果、証拠調べだけで九ヶ月を要したからである。その間、被告の支持者は、毎日のように裁判所の外で活動を抗議した。また、被告側弁護人は、裁判官と検察の強引な審理に頻繁に抵抗したので、審理を妨害したとして、そのうち五人が法廷侮辱罪で投獄され、うち二人は弁護士資格を剥奪された。

審理期間中の一九四九年八月二九日に、ソ連は最初の原爆実験に成功し、核兵器は米国の独占物では無くなった。さらに中国の内戦においても、国民党軍は戦いに敗れ、一九四九年一〇月一日に共産党による中華人民共和国が成立した。こうした状況から、米国内世論は被告側に不利になった。この結果、一〇ヶ月にわたる審理の末

に、一九四九年一〇月一四日、陪審員団は被告全員を有罪とし、裁判所は被告各人に五年の懲役と一万ドルの罰金を判決した。

そこで、デニス等は、スミス法は、第一修正その他の権利章典の規定に違反するとして控訴した。

第二巡回区高等裁判所は、一九五〇年六月二日から二三日にこの事件の口頭弁論を開催した。その一ヶ月前の一九五〇年五月に、最高裁判所は、ドウズ事件判決を下していた。ドウズ事件で、ヴィンソン長官は、前述の通り、明白かつ現在の危険テストの採用を拒み、それにかわって比較考量テストを採用した。また、口頭弁論が終了した二日後、六月二五日に、北朝鮮軍は突如として三八度線を突破して韓国を侵略し、朝鮮戦争が開始された。

こうした状況下で、一九五〇年八月一日、高等裁判所は、ドウズ判決に従い、そこで導入された比較考量テスト方式を採用した上で、全会一致で有罪判決を支持した。そこで、デニス等は連邦最高裁判所に上告した。

（二）判決の内容

判決は、六対二であった。多数意見は、ヴィンソン長

官により執筆された。意見をフランクファーター判事とジャクソン判事が書き、ブラック判事とダグラス判事が反対意見を書いた。

ヴィンソンは、ドウズ事件同様、判決文を五章にわけて記述した。基本的事実関係を紹介した第一章に続き、第二章ではスミス法の目的を論じた。

「制定法の明白な目的は、平和的、適法かつ憲法上の手段ではなく、暴力革命やテロによる変化から現存する政府を保護することである。武装反乱から合衆国政府を守ることが議会の権力内にあることは、議論の要はない。」

第三章では、唱道というような言論レベルの行動を規制することの妥当性を論じる。まず前提として次の様に言う。

「私たちは、ドウズ事件で指摘したとおり、憲法第一修正の基礎は、言論には言論を以て反駁しうるのであり、プロパガンダにはプロパガンダをもって答え、思想の自由討論が最も賢明な政府の政策になるという仮説である。本法廷が自由な言論の本質的な価値を認識しているのはこのためである。」

その上で、シェンク事件 (Schenck v. United States) 判決を引用して、言論の自由には一定の限界があると述べ、明白かつ現在の危険テストについての他の判例を検討する。その結果、次の様に結論する。

「ハンド裁判長⁽²⁷⁾は、多数意見を代表して次の様に述べた。『それぞれの事件において、法廷は、悪^レをその発生蓋然性 (improbability) の程度に応じて判断し、言論の自由に対する侵害を、危険を回避するための必要性から正当化するかどうかを尋ねなければならぬ』。我々は、このルールを採択する。ハンド裁判長の言葉は、我々がこの時点で工夫できる他のいかなる基準よりも簡潔かつ包括的である。」
こうして、明白かつ現在の危険テストを変形させるのである。以下、ハンド裁判長の見解に沿って議論を展開する。

第四章では、改めて立法の適用違憲の可能性を問題にし、次の様に結論する。

「我々は、議会が阻止する権利を有していた実質的な悪に関し『明白かつ現在の危険』が存在する場合に、法律の適用を留保する。」

第五章では、立法文言の曖昧性を問題にする。スミス法は、明らかに極めて曖昧な用語を使用しているからである。しかし、次の様に述べて、無造作にこの主張を切って捨てる。

「この事件の上申者は、陪審の認定したところに依れば、事情が許す限り早く政府を転覆することを意図していたという事情の下においては、説得的なものでは無い。」

(三) 反対意見

これに対するブラック判事の反対意見が有名であるので、その書き出しを紹介する。

「上申者は、決して政府を転覆しようと試みたことで起訴されているのではない。彼らは政府を転覆するように計画した何かを述べたり書いたりしたことで起訴されているわけでもない。彼らは後日、特定の思想を整理し、討議し、出版することに合意したことで起訴されているのである。告発されているのは、彼らが共産党を組織し、将来的に音声や新聞などの出版物を使用して、政府を強制的に転覆させることを教え、唱道したということである。何と言

葉を飾ろうと、それは私が第一修正が禁じていると信じている言論の事前検閲の病理的一類型である。私は、この事前抑制は、文面上、そして適用上違憲と考える。」

(四) その後

この公判の成功に力づけられて、検察側はスミス法違反でさらに多数の米国共産党役員を起訴した。彼らを弁護すると、法廷侮辱罪に問われる可能性が高いため、彼らは弁護士を見つけることさえも困難な状況になった。一九五七年、デニス事件の初公判から八年の後、米国連邦最高裁判所は、*Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957) 事件判決を下した。イエーツ判決で、連邦最高裁判所は、被告が何らの行動を示していなくとも、その信念の故に起訴することができると判示した。その判決により、一連の訴訟が終了した。この一連の訴訟により、米国共産党は、その幹部をすべて失い、ほぼ壊滅状態となった。

一九六九年、ブランデンバーク対オハイオ州 (*Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)) 事件において、連邦最高裁判所は、暴力の「単なる唱道 (mere

advocacy)」は、憲法上保護された言論に当たると判示した。このブランデンバーク判決は、事実上のデニス判決の撤回であった。

九 ヤングスタウン鉄板・鉄管製造会社 対ソーヤー事件

ハ Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952) 事件は、鉄鋼業接収事件 (The Steel Seizure Case) の別名で知られる。戦時下における大統領権限が問題となった事件である。大統領権限については、立法府の権限と異なり、憲法上、明確な規定が無い。そのため、どの範囲で大統領が権限を有するかについては、以前から論争があった。

対外関係については、一九三六年二月二日に判決が下された合衆国対カーティスライト社事件 (United States v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 U.S. 304 (1936)) という明確な先例がある。しかし、対内関係の権限については、そのような明確なものが存在していなかった。この事件は、その意味で、画期的な重要性をもつ事件である。

(一) 合衆国対カーティスライト社事件

一九三二年から一九三八年にかけて、南米のボリビアとパラグアイの間でチャコ戦争 (Guerra del Chaco) が行われた。これは、両国中間に広がるグラン・チャコ (Gran Chaco) 平原に石油の埋蔵があるという仮説 (実際には無かった) を受けて行われた、その地域の争奪戦である。米国議会は、戦争当事国への武器の輸出禁止を決議した。決議を受けて、ルーズベルト大統領は禁輸を定めた大統領命令を発した。しかし、カーティスライト社はボリビアに爆撃機や戦闘機を売却したことから起訴された。

被告企業は、議会の決議は、非委任の法理 (non-delegation doctrine) に反し、大統領に過大な権限および立法権を付与しており、無効であると主張した。

連邦最高裁判所は、マクレイノルズ判事が反対意見を書いたほかは、全員一致で被告企業の上告を退けた。サザランド判事が法廷意見を執筆した。それに依れば、

「連邦政府の権限は、国外問題と国内問題では、その起源と性質のいずれもが異なっている。連邦政府が、具体的に憲法に列举されたもの、ないし暗黙

の権限として認められていない限り、権限を行使出来る来ないというのは、国内問題においてのみ、真実である。」

（二）事件の背景

朝鮮半島は、第二次大戦前は日本が統治していたので、一九四五年八月一五日の日本の敗戦に伴い、連合軍の管理下に移行した。その時点で、ソ連軍は朝鮮半島に進撃を開始しており、日本が降伏した後も進撃をやめなかった。そこで米国は八月一六日に朝鮮半島の分割統治をソ連に提案し、ソ連もこれを受け入れた結果、北緯三八度線以北をソ連軍が、同以南を米軍が管轄することとなった。

朝鮮の統治問題をめぐって一九四七年一〇月二〇日に米ソ共同委員会が決裂すると、米国は朝鮮問題を国連に移管し、国連の監視下で南北朝鮮総選挙を実施すると共に、国会による政府樹立を監視する国連臨時朝鮮委員団を朝鮮に派遣するという提案を国連総会に上程し、これは、十一月一四日に賛成四三票、反対九票、棄権六票で可決された。

しかし、ソ連は朝鮮委員団の来訪を拒否した結果、国

連では、朝鮮委員団が「任務遂行可能な地域」、すなわち南朝鮮でのみ、単独選挙を実施し、この選挙の結果を受けて一九四八年八月一五日に南側で、米国は「大韓民国」樹立を宣言した。これに対し、ソ連は九月九日に北側で「朝鮮民主主義人民共和国（北朝鮮）」の樹立を宣言した。この結果、北緯三八度線は占領境界線ではなく、事実上両国の国境線に変化した。同年一二月に、ソ連は、軍事顧問団を残すだけで、軍そのものは撤退した。一九四九年六月には、米国も軍政を解き、やはり軍事顧問団を残して、軍そのものは撤収した。

こうした状況の中、一九五〇年六月二五日に、北朝鮮軍は突如として三八度線を突破して韓国の侵略を開始した。この当時、国連安全保障理事会で拒否権を有していたソ連は、国連で「中国」を代表するのが中華人民共和国では無く、中華民国とする国連のスタンスに抗議する意味から、理事会をボイコットしていた。この結果、同日開催された理事会は全会一致で北朝鮮を侵略者と認定し、「国際連合安全保障理事会決議八二」⁽²⁸⁾を採択した。さらに六月二七日に、理事会は韓国を防衛するため、必要な援助を韓国に与えるよう加盟国に勧告した。⁽²⁹⁾

トルーマン大統領は、この緊急事態に、議会の宣戦布告を待っていたのでは第二次大戦同様に手遅れになると判断し、国連決議だけに基づいて、米軍を朝鮮に送り込み、ここに朝鮮戦争が始まった。したがって、朝鮮戦争は、米国にとっては、理論的には戦争では無く、大統領権限に基づく警察活動である。

そのため、朝鮮戦争中、トルーマンは、第二次大戦中のような物価統制は実施しなかった。その代わりに、賃金安定化委員会 (Wage Stabilization Board=WSB) を一九五〇年九月九日に創設し、その活動を通じて物価に対するインフレ圧力を軽減しようとした。WSBは一方で賃金及び消費者物価の高騰を抑制し、他方で労働紛争を可能な限り回避することを目指していた。しかし、この試みは、米国鉄鋼労働者組合 (United Steel Workers of America) が、WSBが提案した賃上げ額を拒絶し、一九五二年四月四日に、全国的ストライキを四月九日午前零時一分に開始する旨の通知を行った時に、失敗に終わったことがはっきりした。

トルーマンは、どのような程度であれ、鉄鋼業でストライキが行われた場合には、軍需物資の製造に深刻な影

響を与え、ひいては国内経済全体に影響すると判断した。ストライキの開始までほとんど時間の余裕が無いために、労使双方を仲裁して、双方が納得する賃金を決める事は不可能と考えられた。そこで、トルーマンは、鉄鋼業そのものを連邦政府が接收することで、ストライキを阻止することに決め、四月八日、ストライキの始まる数時間前に、ソーヤー (Charles W. Sawyer) 商務長官に対し、「商務長官に対する、特定の鉄鋼会社の工場や施設を接收し、操業する命令」⁽³⁰⁾と題する大統領命令 (Executive Order 10340) を発した。

大統領は、その命令の前半においては、戦時における鉄鋼業の重要性を縷々述べた上で、
「したがって、今、米国の憲法および法律によつて私に帰属する権限に基づき、そして米国大統領及び米国軍隊の最高司令官として、次のとおり命令する。」

と述べて、同命令に添付された企業の設備を接收し、それを操業させ続けるよう詳細に商務長官がとるべき行動を指示した。

これを受けて、商務長官は、直ちに自らの接收命令を

発し、同時に接收した会社の社長に対し、引き続き、自らの会社の操業責任者として働くよう命じた。

翌朝、大統領は自らの行動を、議会に対し報告した。一二日後の四月二一日、さらに二番目の報告を行った。これに対し、議会は何の行動も起こさなかった。

トルーマンが接收の根拠法としたのは、タフトⅡハーレー法中の国家緊急条項であった。問題は、タフトⅡハーレー法は、労働紛争の解決のためには、原則として接收とは別の方法を予定している点にあった。すなわち、同法は、大統領は全国的ストライキの危険を認識したときには、まず調査委員会を設立し、その後に、必要があれば、八〇日間のストライキ差し止め命令を出し得るとしていた。

国家緊急条項以外にも、この問題を解決するいくつかの選択肢が大統領にはあった。しかし、いずれも翌日に突入を予定しているストの回避のためには時間が足りなかった。例えば、トルーマンは、議会に対し、接收を正当化する追加権限を乞うことは、その成立に時間がかかりすぎるという理由で断念した。そのかわりに、大統領の国家の緊急事態に対応して行動する大統領固有の権限

を利用することにしたのである。

鉄鋼会社の反応は、極めて迅速であつた。⁽³¹⁾ 彼らはトルーマンの演説が終わつた三〇分後には、弁護士をワシントンD.C.の連邦地方裁判所に派遣し、大統領命令差止めの仮処分を申請していた。地方裁判所も、これに迅速に対応し、翌日の一時三〇分には仮処分決定の是非を論じる口頭弁論を開催した。二日後には、地方裁判所は、大統領には接收した製鉄所を保有し続ける権限がないことを根拠に、大統領命令を差止め、政府による接收を禁じる命令を発した。鉄鋼労働者は、差止命令の発表から数分以内にストライキを開始した。

連邦政府はこれに対し上訴し、高等裁判所は、四月三〇日大法院を開廷して、政府の延期申請について、五月二日までに政府が裁量上訴 (certiorari) の申立てを行い、最高裁判所が、それを受理するまでという条件付きでストライキの差し止めを認めた。

そこで、政府は五月二日に裁量上訴の申し立てを行った。同時に鉄鋼会社側も同様の申し立てを行った。

(三) 判決の内容

連邦最高裁判所は、六対三で大統領の主張を退けた。

しかし、統一的な見解を示したとは、到底言えない結果となった。判事の意見は実に七つに分裂したのである。すなわち、多数意見を執筆したブラック判事の意見に無条件で賛同した判事は一人もおらず、フランクファータ、ダグラス、ジャクソン、バートンの判事がそれぞれ補足意見を書き、クラーク判事に至っては結論にのみ賛成して、ブラックの論理そのものには全面反対という始末であつた。それに対し、反対意見のヴィンソン長官、リード判事、ミントン判事は意見を一本化出来たから、もつとも多数の判事の賛成を得た意見は反対意見であるという異常な判決となった。どの判事も、この判決の歴史的意義を感じて、極めて長文の意見を書いている。そのために却つて、普通の判例紹介では、どの意見も紹介されないほどである。以下、簡単に各意見を紹介する。

1 ブラック (Hugo Black) 判事

ブラックの意見は基本的に権力分立制に則つたオーソドックスなものである。彼は言う。

「わが国の建国者達は、善し悪しを問わず、連邦議会にのみ立法権を託した」
したがつて、議会は私有財産を公益のために収用する

権限を与えることも出来るし、労使の関係を規制し、労働争議を解決するための手続を定めることも出来る。それにも関わらず、本件の場合、議会はストライキを阻止し、争議を解決する手段として、大統領に私企業の接収を許す法律を制定していなかった。

法律がない以上、大統領がその様なことを命じるには憲法そのものによる授權が必要であるが、その様な規定はない。

「連邦議会が鉄鋼所の接収を命じることができた以上、大統領は、議会の事前の授權無しにその様な行動をとる権限が存在する余地は全くなかった。」
こうして、接収命令は無効とする。

2 フランクファータ (Felix Frankfurter) 判事

フランクファータは、一方において、ブラック同様に権力分立制を強調したが、同時に次の様に述べて、裁判所の権限を限定的に理解した。

「建国者達は、しかし、司法府を我々の政府の監督者にはしなかった。彼らは、米国のいくつかの州において裁判官に委ねられていた監視機能に精通していたが、そのような権限を裁判所に与えることを

拒否した。司法権は、唯一、ウェストミンスター式の裁判所の伝統的な事項のみを行使し得、法律専門家の感覚で『事件 (Case)』または『争訟 (Controversies)』に該当する場合のみを取り扱うことが出来る。司法業務の不可欠の要素である質問でさえも、それはそれを必須とする従来 of 訴訟に関わっていない限り、そして、その範囲でなければ裁判所にはそれは認められない。司法機能の狭い範囲を厳格に遵守することは、特に憲法に関して提起された争訟に求められている。このような問題に直面したとき、この裁判所がその義務にアプローチに当たってとるべき態度は、通常、一般公衆に認められるそれとは正反対である。」

このように述べて、タフト＝ハートレー法の解釈に限定して議論したのである。先に触れたとおり、同法は、このような非常事態が発生した場合には別の方法を予定していた。実は、その条項を審議するに当たって、議会は当時、接収という手段を認めるかどうかも議論し、それを排除して定めたのである。したがって、同法の規定に照らし、大統領が接収することは許されないと、フラ

ンクファーター判事は述べたのである。

3 ダグラス (William O. Douglas) 判事

ダグラスは、立法権の作用が遅く、緊急事態にふさわしくないことは認めつつも、憲法が立法権を議会にのみ与えていることを強調する。

「大統領は収入を得る何らの権限も有していない。

その権限は憲法一条八節の定めるところにより議会に帰属している。大統領は、接収を正当化することが出来れば、接収することを許されるかもしれない。しかし、議会が行動しない限り、そしてするまでは、いかなる収用も合法ではない。政府機関は、接収する権限を有し、かつ大統領がそれを合法的になし得る場合にのみ、接収に対する補償金を支払う権限を有する。これは第五修正の補償規定の必然的結論であると私には思われる。これが、ブラック判事が唱え、私が賛同したチェック・アンド・バランスの理論と整合する。」

4 ジャクソン (Robert Jackson) 判事

ジャクソンは、議会と大統領の権力の間には、何らかの固定的な境界があるとは考えない、という柔軟なアプ

ローチを採用した。すなわち、大統領の権限を、対議会関係では三つのカテゴリに分けて考えるとした。すなわち、(1)大統領が議会からの明示的または黙示的な権限に基づいて行動していた場合、(2)議会が完全に沈黙を守っている場合、(3)大統領が議会の命令に反抗した場合。そして、ジャクソンは、この事件を第三のカテゴリに該当すると分類し、それを無効と判定した。

5 バートン (Harold Hitz Burton) 判事

バートンは次の様に述べた。

「接収に関する大統領命令の効力は意思決定の機が熟している。その妥当性は、議会と大統領の間における政府権力の憲法上の規定にかかっている。憲法は、我々がいま直面している国家非常事態において行動を承認する権力を議会に委譲している。この責任を自覚し、議会はそれに応えてきた。それは、大統領のために少なくとも二つの方法を提供していた。」

バートンは、このようにタフト・ハートレー法の規定を説明し、議会は接収については権限を与えていないことを根拠に、接収権限を否定した。

6 クラーク (Tom Campbell Clark) 判事

クラークは、大統領の権限に関する問題は、一五〇年も前にマーシャル長官に依って解決済みだというのは *Little v. Barreme* (6 U.S. 170 (1804)) という判決で、フランスの港に行く途中で拿捕された「トビウオ (Flying Fish)」という名の船の接収に関する事件である。その事件を引用しつつ、クラークは次の様に述べた。

「合衆国大統領は『法律が忠実に実行されるように配意する』という高度の義務を負い、合衆国陸海軍の最高司令官として、合衆国の武装艦艇の指揮官に対し、密貿易を行った米国船を、その時あるがままの状態で、その目的のために何ら特別の権限を与えること無く、拿捕し、護送することを命じている。しかし、公海上で、フランスの港に向けて航行中の船舶を拿捕するための、特別な権限を与えられた場合には、議会は、その法律が執行府によって実施されることを予定している、と見ることができ。したがって、当法廷は、全会一致で、大統領の命令は権限なしに下されていたとみなし、彼らは『特別の指示なしには、単純な侵入だった行為を合法化する

る』ことはできない。」「大統領の権力の限界はあいまいである。しかし、第一条はもちろん、第二条の一部も『多年にわたる試練に耐え、結果として人間の様々な危機に適用されてきた』⁽³²⁾のである。我々の大統領のある者、例えばリンカーンは『さもなくれば違憲となると感じられることが、国家の保全を通じて、憲法の保全に不可欠になることで、合法的になるかもしれない』⁽³³⁾と述べている。」

このように述べて、議会が特別の法律を作っている場合と、存在しない場合とで大統領の権限の範囲に差が出るとしたのである。

そのため、ブラックやダグラスの絶対的なアプローチを拒否し、大統領には非常事態においては、一定の固有の権限を有しているという見解をとった。しかし、クラークは同時に、その権限の境界を定義することを拒否した。彼の見解では、議会はタフト―ハートレー法、選抜徴兵法 (Selective Service Act) や国防生産法 (Defense Production Act) で、⁽³⁴⁾ 行政政府が利用しうる一定の⁽³⁵⁾ 手続を提供していたという事実は、大統領の任意の固有の権限に頼ることを禁じている、と判断したのである。

ちなみに、クラークは、トルーマンが判事に任命する以前には、四年間にわたって、トルーマン政権の司法長官を務めていた人物である。

7 反対意見

ヴァインソン長官及びミントン、リード両判事は反対意見において、歩調をそろえた。ヴァインソンは次の様に書き始める。

「当裁判所は一部のメンバーは、大統領は非常事態の下であつても、明示の立法的な権限無くして行動することはできないとの見解である。他のメンバーは、特定の条項に対する自らの解釈に基づいて同様に結論を下す。我々は、法廷意見はいかなる根拠に基づいても適当なものと認めることはできず、かつこの問題は、この重要な訴訟の重要性を超越し、大統領の権力そのものに、そして将来において危機に当たって大統領がいかに行動すべきか、という問題にも関わるので、この反対意見を収録するよう、敢えて主張せざるを得ない。」

以下、明らかに当初は法廷意見になると考えて執筆されたと思われる、全六章に達する詳細な議論が展開され

ている。第二章で、ハミルトンの次の言葉を引用している。

「活力ある行政府は、良い政府の定義の重要な性格である。それは、社会を外国の攻撃から保護するに当たつての不可欠の要素である。時として通常の正義の仮定を遮る不正規かつ横暴な侵害から財産を守り、党派的、あるいは無政府的な野望に基づく企てや攻撃から自由を保障することは、法律の確実な執行に劣後する要素では、決して無い。³⁴」

これを受けて、大統領職が独立した権力機関として作られたことは明らかだとする。

「もちろん憲法起草者が、ほしのままに権力を横領しかねない専制君主を作り出したわけではない。しかし、共和国自体の存続が危機に瀕している時期に、自動人形的に政府の権限を行使する存在を作り出したわけでもない。」

こう述べて、今度は、先にクラークも引用していたマーシャルの『多年にわたる試練に耐え、結果として人間の様々な危機に適用されてきた』という言葉を用いし、憲法起草者が予見できなかった問題が発生したような場

合には、憲法が新しい状況に適應する生きた文書として扱われてきた、と主張する。

「しかし、我々は、今、新たな状況を満たすために憲法を拡張する必要に迫られているわけではない。なぜなら、この事件の場合、我々は歴史と憲法古来の原則、すなわち我々の歴史を通して、政府のあらゆる部門に継続的に適用されている原則に目を向けるだけでよいからである。」

過去の行政活動を見直せば、わが国の大統領が多くの場面で、憲法起草者が意図したとおり、リーダーシップを発揮していることが判る。憲法が『法律の忠実執行義務 (take Care that the Laws be faithfully executed)』を定めているのは、それは彼への信頼を示しているのである。明示的な法的権限の有無を問わず、大統領は、国家の緊急事態においては、少なくとも議会が行動することができるまで、行動する権限がある。そして、議会と裁判所は一貫して当該イニシアチブを承認してきたとして、その例として、初代大統領のワシントンは国家歳入法 (national revenue law) がペンシルベニア州から軽視された時、議会の依頼を待たずに、民兵を召集し、法

律の忠実な執行を確保するための決定的な措置を講じた事件を上げる。⁽³⁵⁾

以下、ジェファースンによるルイジアナ購入、リンカーンの戦争宣言抜き南部反乱との対処や鉄道及び電信線の接収その他、歴代大統領の同様の行動例を紹介した後、今度はニール事件やデブス事件⁽³⁶⁾その他の判例に言及している。

結論として、トルーマンの接収は、危機における適切な行動だとするのである。大統領は、決してメッセンジャーボーイ“the messenger-boy concept of the Office”ではないと、ヴィンソンは述べている。

(四) その後

裁判所の判決から数分以内に、トルーマンは各所有者に製鉄所を返すようにソーヤー商務長官に命じた。ソーヤーはその命令に直ちに従った。接収が解除されると、各鉄鋼所の労働者は再びストライキに突入した。ストライキは、大統領が選抜徴兵法の定めるやや面倒な手続きによって、再び鉄鋼所を接収するまで五〇日間以上にわたって続いた。

「おわりに」

憲法革命前の連邦最高裁判所のように、事実上の立法府的役割を果たし、連邦議会の制定する法律を片端から違憲と判断するのは、明らかに異常である。しかし、このストーン・コートのように、大統領の明らかに異常な命令を、戦争という異常状態の下とは言え、二重の基準を忘れ、精神的自由権に属する問題についてまでも無批判に受け入れ、合憲判決を出し続ける裁判所もまた異常と言うほかはない。

人権の最後の砦という意識を忘れた裁判所ほど、無用の長物はないのである。

(1) 非常事態裁判所 (Emergency Court of Appeals) は、一九四二年非常事態物価統制法 (Emergency Price Control Act of 1942) に基づき、第二次大戦中に設置された臨時の裁判所で、物価や賃金の統制問題の監督をその任務とした。物価統制に違反した場合、担当行政庁による処分があり、その処分不服がある場合には、この裁判所に訴えることができた。その判決に不服がある場合には連邦最高裁判所に上告できる (同法が合憲であることは

Lockerty v. Phillips - 319 U.S. 182 (1943) 参照。同判決中に、この制度の詳しい説明がある。

(2) 経済安定事務所 (Office of Economic Stabilization) は、非常事態管理事務所 (Office for Emergency Management) の下部機構で、一九四二年一〇月に一九四二年安定法 (Stabilization Act of 1942) に基づき、第二次大戦中のインフレを、物価を統制し、賃金を増額することで管理する権限を有していた。ヴァインソンは、その第二代の所長となった。

(3) ベルリン封鎖：一九四八年六月二四日から、ソ連は西ベルリンへ通じる鉄道を運休し、運河を経由した船舶輸送も停止し、検問所にはバリケードを設置するという方法で、物流を完全に停止させるとともに、東ベルリンから西ベルリンへの電力供給も停止した。

(4) ワルシャワ条約機構 (Warsaw Treaty Organization)：ポーランドの首都ワルシャワで一九五五年に、ソ連に加え、アルバニア、ブルガリア、ハンガリー、ポーランド、ルーマニア、チェコスロバキア及び東ドイツの各国が締結した条約に基づき設立された、ソ連を盟主とする軍事同盟である。一九八九年の冷戦終結に伴って始まった東欧革命に伴い、一九九一年七月に解散している。なお、同年一二月にはソ連が崩壊した。

(5) マッカーシー上院議員に対する上院の譴責決議に関する出典＝United States Senate, Historical Office, “The

Censure Case of Joseph McCarthy of Wisconsin (1954)”. Retrieved January 4, 2010.

(6) タフト＝ハートレー法に対し、トルーマンが、拒否権発動にあたって発表した文書は、きわめて長文のもので、本文に引用した言葉は、その冒頭に近い一節である。参照＝<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=12675>

(7) 二〇〇一年愛国者法は、正式名称を「テロリズムの阻止と回避のために必要な適切な手段を提供することによりアメリカを統合し強化する二〇〇一年法 (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001)」という。その頭文字をよめるUSA PATRIOTとなるところから愛国者法の通称がある。同法は、当局がテロに関係があると疑った移民を拘留し、あるいは国外追放する際の規制を緩和した。

(8) 連邦最高裁判所は、ヒラバヤシ事件判決を下した同じ一九四三年六月二一日に Yasui v. United States, 320 U.S. 115 (1943) 判決も下している。ヒラバヤシ事件と同じく、日系人の夜間外出禁止令等に対し、故意に違反し、そのまま自首してでた点では、ヒラバヤシ事件と同様である。しかし、ヤスイ事件の場合には、ヤスイ (安井稔) は、弁護士としてシカゴの日本総領事館のために働いていたことを理由として、市民権没収処分を受けていたた

め、ヒラバヤシのように全く日本と関わりが無かった人物ではなかったことから、その後の一般日系米人に対する差別的取り扱い事件における先例性が低い。

- (9) ヒラバヤシのインタビューについては、同志社大学「日系アメリカ人事件―ゴードン・ヒラバヤシ氏とのインタビュー記録」『同志社アメリカ研究』一四、一九七八年三月二五日刊一〇頁以下参照。

- (10) Proclamation 4417 - An American Promise に基づくフォード大統領の宣言は、ホワイトハウスの一九七六年二月一九日付けの記者用リリースから引用した。

<http://www.fordlibrarymuseum.gov/library/document/0248/whpr19760219-017.pdf#whpr19760219-018.pdf>

- (11) 調査委員会の報告書「否定された個人の正義 (Personal Justice Denied)」については、次のサイトを参照。

http://www.nps.gov/history/history/online_books/personal_justice_denied/

- (12) 米自由人権協会 (American Civil Liberties Union = ACLU) は、一九二〇年に設立された、連邦憲法で保証されている自由、特に第一修正、平等権、適正手続、プライバシー等を守ることを目的とした、NGO 団体である。政府などにより言論の自由が侵害されている個人や団体に弁護士や法律の専門家によるサポートを提供している。第二次大戦中に日系人の強制収容が命じられた当

時からその違憲性を訴えて戦っていた数少ない団体である。参照ⅡACLUホームページ <https://www.aclu.org/aclu-history>

- (13) クリントンがコレマツに勲章を授与するに当たっての原文は次のとおりである。

In the long history of our country's constant search for justice, some names of ordinary citizens stand for millions of souls. Plessy, Brown, Parks ... to that distinguished list, today we add the name of Fred Korematsu.

- (14) Montgomery Bus Boycott : ローザの逮捕を知った社会運動家のニクソン (Edgar Daniel Nixon) は、若きキング牧師 (Martin Luther King, Jr.) らに、バス乗車ボイコット運動の組織化を持ちかけた。キング牧師らが、バスへの乗車のボイコットを呼びかけると、多くの市民がこれに応じた。その結果、市のバス事業は財政破綻の危機に瀕した。また、一九五六年十一月三日、連邦最高裁判所は、地方裁判所の判決を支持する形で、モンゴメリーの人種隔離政策に対して違憲判決を下した (Browder v. Gayle, 142 F. Supp. 707 (1956)) ので、運動は一九五六年十二月二〇日に公式に終了した。

- (15) 連邦議会は、一九九九年五月四日に、106th Congress Public Law 26 という特別法を制定して、ローザ・パークスに金メダルを贈呈したが、「公民権運動の母」という言葉は、この法律中に書かれている。

参照＝<http://www.spo.gov/idsys/pkg/PLAW-106publ26/html/PLAW-106publ26.htm>

- (16) ハーグ陸戦条約とは、一八九九年にオランダ・ハーグで開かれた第一回万国平和会議において採択された「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」(Convention respecting the Laws and Customs of War on Land)並びに同附属書「陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則」のことをいう。本事件で問題になっているものは一九〇七年に開かれた第二回万国平和会議で改定されたものである。

- (17) シンガポール華僑虐殺事件 (Sook Ching massacre) : 山下奉文の指揮の下、シンガポールを占領した日本軍は、中国やイギリスを支持していた華僑ゲリラ及び抗日分子を排除するため、各所に検問所を設け、抗日分子と認められた者を処刑したという事件。

なお、参照シンガポール政府公文書館サイト＝<http://www.s1942.org.sg/>

- (18) マニラ大虐殺 (Manila massacre) : 一九四五年一月九日に、山下奉文が守るルソン島に連合国軍が上陸し、二月三日に米軍はマニラ市内へ突入した。その結果、両軍の間で、三月三日まで激しい市街戦が展開された。その間に、マニラ市内の約七〇万人のフィリピン人のうち、約一〇万人が死亡した。この裁判では、彼らは日本軍によって虐殺されたとされた。

- (19) 軍律 (Articles of War) : 一七七五年六月二〇日に、

戦争と連邦最高裁判所 (甲斐)

第二次大陸会議が大陸軍の行動を支配するために定めた六九箇条からなる規範である。これは一七八九年に、合衆国憲法が批准され、議会が一条八節一〇項によって軍を規律する権限を与えられたことに伴い、合衆国に対しても有効となった。その後、海軍が設立されたのに伴い、一八〇六年四月一〇日、連邦議会は軍律を改定し、陸海軍双方に適用される一〇一箇条にまとめた。これは、一九五一年五月三十一日に、軍事司法統一法典 (Uniform Code of Military Justice) が発効するまで有効であった。現行の法典については次のサイトを参照。

<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/10/subtitle-A/part-II/chapter-47>

- (20) 山下事件で問題となったのは「俘虜の待遇に関するジュネーブ条約 (Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva July 27, 1929)」である。これはハーグ陸戦条約を補充する形で作られ、日本政府は署名を行ったが、軍部、枢密院の反対により、批准しなかった。反対理由は、日本軍人が俘虜となることはあり得ないので、この条約は日本に片務的な義務のみを負わせるものというものであった(官房機密第一九八四号の三『俘虜の待遇に関する千九百二十七年七月二七日の条約』御批准方奏請に関する件回答『参照』)。しかし、米国は批准しており、したがって、その遵守義務を負っていた。
- (21) ジャクソン (Robert Houghwout Jackson) 判事が裁

判に加わっていないため、この時期の最高裁審理は、八人で行われている。ジャクソンは、一九四五年五月二日にトルーマン大統領より「戦犯訴追に関するアメリカ合衆国代表」に任じられたため、連邦最高裁判所を休職していたのである。ナチ戦犯法廷をニュルンベルクで開くことにしたのも、同裁判における犯罪の定義、法廷の構成、訴訟手続き、刑罰なども、ジャクソンが中心となつて決定しており、裁判では検察を代表して論告求刑を行った。

(22) 米軍の非道な活動例としては、ベトナム戦争中のソンミ村虐殺事件が有名である。一九六八年二月一六日に、南ベトナムに展開する米陸軍第二三歩兵師団第一一軽歩兵旅団に属する部隊が、南ベトナム・クアンガイ省ソン・ティン県にあるソンミ村のミライ集落(人口五〇七人)を襲撃し、無抵抗の村民五〇四人(男一四九人、妊婦を含む女一八三人、乳幼児を含む子ども一七三人)を無差別射撃などで虐殺し、集落を壊滅させた事件である。参照・シーモア・ハーシュ著小田実訳『ソンミーミライ第四地区における虐殺とその波紋』草思社、一九七〇年刊

(23) 本間中将に関する連邦最高裁判所判決は次のものである。

Homma v. Patterson, 327 U.S. 759 at. 762 (1946)

(24) 広田弘毅の事件では、マーフィ判事が少数意見を書

き、ダグラス判事が補足意見を書いたほかは、全員一致(Per curiam)の判決となっている。

Hirota v. MacArthur, 338 U.S. 197 (1948)

この時、同時に土肥原賢二陸軍大將 (No. 240, Dohihara v. MacArthur)、木戸幸一内大臣その他 (No. 248, Kido et al. v. MacArthur) の二事件も判決が下され、同様に退けられた。

(25) 忠誠の誓いの文言は次のとおりである。

I pledge allegiance to the Flag of the United States of America, and to the Republic for which it stands, one Nation under God, indivisible, with liberty and justice for all.

(私はアメリカ合衆国国旗と、それが象徴する、万民のための自由と正義を備えた、神の下での分割すべからざる一国家である共和国に、忠誠を誓います)

(26) ドウズ事件の当時、ダグラス (William O. Douglas)、クラーク (Tom C. Clark) 及びシントン (Sherman Minton) の三判事は、負傷等の個人的理由から、審理に関与していないため、審理及び判決は六人の判事で行われた。

(27) ハンド (Billings Learned Hand) (一八七二年—一九六一年): ニューヨーク州南部地区地方裁判所判事を務め、後には第二巡回区高等裁判所判事を務めている。彼は、しかし、判事として以上に法哲学者として著名で、

本判決に示されるように、連邦最高裁判所を含む多くの判決で、彼の著述は頻繁に引用されている。

- (28) 安保理決議第八二号「大韓民国への侵略に対する非難」の内容については、次のサイトを参照。

<http://www.issue.net/sun/sc/1950/0082.html>

- (29) 安保理決議第八三号「大韓民国への侵略に対する非難」の内容については、次のサイトを参照。

<http://www.issue.net/sun/sc/1950/0083.html>

- (30) 大統領令一〇三四〇号「Directing the Secretary of Commerce to Take Possession of and Operate the Plants and Facilities of Certain Steel Companies」の原文については、次のサイトを参照。

<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=78454>

- (31) 判決名には Youngstown Sheet & Tube Co. という企業のみ名が出ているが、実際には政府の接収が予定された企業七社が名を連ねて、訴えを提起している。筆頭に出ている Youngstown 社はオハイオ州コロンバスに本社を置く世界最大級の鉄鋼加工会社である。Republic Steel 社は、全米第三位の鉄鋼会社で、オハイオ州 Youngstown に本社を置く。Armco Steel は今日では AK Steel という会社になっている。A は Armco を、K は Kawasaki を意味する。つまり、日本の川崎重工との合併企業である。やはりオハイオ州に本社がある。Bethlehem Steel 社は全米第二位の鉄鋼会社であり、第一位の造船会社であった

が、二〇〇一年に倒産した。United States Steel 社は米国最大の鉄鋼会社で、ペンシルベニア州ピッツバーグに本社がある。Jones & Laughlin Steel 社は、全米第四位の鉄鋼会社である。E. J. Lavino & Co 社は、蒸気機関車製造で名高いメーカーであったようであるが、今日存在しておらず、どのような企業であったのか、把握できなかった。

- (32) この二重括弧の中は、トビウオ号事件ではなく、マーシャルのマカラック事件 (McCulloch v. Maryland) 判決の一節である。全文を引用すると、次の様な言葉である。

「大事なことは、国家の福祉が本質的に依存している、その偉大な権力を実施することである。その権力を与えた者の意図は、人間の慎重さが保証できる限り、その適切な行使を保障することである。これは、議会の権力に適切であるかもしれない何かを残すこと無しに、最後まで指揮するという狭い制限を課するという方法を選択することでは、なす事が出来ない。この規定は多年にわたる試練に耐え、結果として人間の様々な危機に適用されてきた。」

なお、この事件そのものは、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―」参照。

- (33) これはリンカーンが一八六四年四月四日にホッジズ (Albert Gallatin Hodges) へ宛てた手紙の一節である。

ホッジズは、ケンタッキー州の新聞社主で、リンカーンの助言者の一人であった。

(34) ヴィンソンがその少数意見中に引用したハミルトンの言葉は、『フェデラリスト (The Federalist)』七〇節の中の一節である。

(35) 本文でヴィンソンが述べた事件は、ウィスキー税暴動 (Whiskey Rebellion) 事件である。建国後、連邦政府は、独立戦争時の負債を諸州分も含めて引き受けた。一七九一年、ハミルトン財務長官は、その償還の原資として、連邦議会に蒸留酒に課税することを認めさせた。連合規約の下では、連邦政府に課税権はなかったので、この課税は合衆国憲法の効力を象徴するものであった。これに対し西部各地で反対が起こり、武装蜂起に至った。ワシントンには、一七九四年八月七日、ペンシルベニア州等で民兵隊を招集し、それを自ら指揮して暴動の鎮圧に向かった。暴徒は、軍の到着以前に解散した。これは、独立後、連邦政府が軍を動かした最初の事件でもあった。

(36) ニーグル事件 (In re Neagle, 135 U.S. 1 (1890)) : 連邦保安官 (U.S. Marshal) のニーグル (David Neagle) は、検事総長の命によりフィールド (Stephen J. Field) 判事のボディガードを務め、同判事を、その判決への不満から襲撃したテリー (David S. Terry) を射殺したため、殺人罪に問われた。ボディ・ガードを行う法的根拠が存在していなかったため、問題となったが、連邦最高裁判

所は、大統領の権限にそれが含まれているとしてニーグルを無罪とした。

(37) デブス事件 (In re Debs, 158 U.S. 564 (1895)) : デブス (Eugene V. Debs) は、米国鉄道労働組合 (American Railway Union) のトップとして、一八九四年、プルマン争議 (イリノイ州プルマン (Pullman) の町で始まった争議が拡大したため、この名がある) を指揮し、全米の鉄道網を麻痺状態に陥れた。政府は連邦裁判所に依頼して差止命令 (injunction) を発させたにも関わらず、デブスはこれを無視したため、法廷侮辱罪で起訴された。なお、争議そのものは、クリーブランド大統領が軍隊を出動させて鎮圧した。問題は、そもそも連邦に、州際並びに州内向けの中止命令を発する権限があるかであった。連邦最高裁判所は、大統領に固有の権限として、治安目的で差止命令を請求することも、軍隊を出動させることも出来るとした。

訴因の特定と訴因変更の要否

——平成一三年決定と訴因の機能——

三 明 翔

一 はじめに

二 訴因の明示と訴因変更の要否を巡る学説と判例

1. 平成一三年決定以前の学説と判例

2. 平成一三年決定

3. 近年の議論の傾向

三 訴因制度の機能の分析

1. 裁判所との関係における機能

2. 被告人との関係における機能

四 検討

1. 訴因の特定

2. 訴因変更の要否

五 おわりに

一 はじめに

最決平成一三年四月一日刑集五五卷三号一二七頁
(以下、「平成一三年決定」という。)は、訴因の明示・

特定と訴因変更の要否に関して、学説・判例が理論的に包含していた「不整合の感」^①の一部を取り除き、「訴因の果たすべき機能」^②に遡った分析的考察の必要性を明らかにした。同決定の影響は大きく、両論点に関して再検討の機運を高めている。^③訴因の機能については、裁判所に対する審判対象画定の機能と、被告人に対する防禦対象の告知・限定の機能（防禦権保障機能）^④があることが通説・判例となっているが、裁判所との関係、被告人との関係でさらに整理・分析の余地があるように思われる。そこで本稿は、まず平成一三年決定までの学説・判例の展開とそこに包含されていた不整合感、同決定の意義とそれ以降の学説の動向を概観した後、訴因制度の機能を整理・分析し、訴因の特定、訴因変更の要否に関して学説と同決定の妥当性について検討を行う。

二 訴因の明示と訴因変更の要否を巡る学説と判例

1. 平成一三年決定以前の学説と判例

（1）訴因の特定を巡る学説と判例
刑事訴訟法（以下、法という。）二五六条三項は、起

訴状において、訴因を明示した公訴事実の記載、即ち、「できる限り、日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定」することを要求する。訴因の特定の程度に関して、従来、識別説と防禦権説が対立するものと解されてきた。^⑤識別説は、検察官が訴追対象とした犯罪事実を他の事実から識別・区別し得る程度の記載があれば足りるとする立場で、防禦権説は、それだけではなく被告人が防禦権を十分に行使できる程度までの記載が求められるとする立場とされる。両説とも訴因の記載が、裁判所の審判対象の画定と被告人の防禦範囲の明示の両方の機能を果たすと解する点では共通する。だが、識別説は、審判対象画定機能を重視し、審判対象画定機能が果たされる限りの記載で、訴因の防禦権保障機能も果たされるという「表裏」の関係があると解するのに対し、防禦権説は、防禦権保障機能が独立して要求する記載事項があると解する。両説とも、具体的に記載が要求される事項については必ずしも明確ではないところがあるが、両説を分ける一つの指標として、実行行為を行っていない被告人の共謀共同正犯の訴因において、謀議の日時・場所等が検察官に判明している場合に、その記載が要求

されると解するか否かがある^⑥。識別説は、実行行為の記載により他の犯罪事実との識別はできるので謀議の日時等の記載を不要とし、防禦権説は、被告人の防禦上重要だとして記載を必要とするのである^⑦。防禦権説に対しては、基準が明確でないこと、捜査の長期化、裁判官の予断、公判審理の硬直化を招くこと、防禦権保障は起訴状提出以後の手続で遺憾なきを期待すれば足りること等の批判が向けられ^⑧、学説では識別説が有力となった。

実務においては、共謀共同正犯の訴因において、「共謀の上で」という記載が一般的に認められており、識別説に立った運用がされているといわれる^⑨。ただ後述するように識別説が徹底されているのかに疑問が生ずる判例もある。

(2) 訴因変更の要否を巡る学説と判例

裁判所が訴因と異なる認定するにあたって検察官の訴因変更(法三一二条一項)を経なければならぬのはいかなる場合か。このいわゆる訴因変更の要否に関しては、審判対象論における訴因対象説、訴因論における事実記載説が確立したことにより^⑩、裁判所の認定と訴因の間に「事実」のずれが生ずる場合に訴因変更を要するが、煩

雑さを避ける観点から、事実のずれが被告人の防禦に実質的な不利益がある場合に行われればよいとする立場が通説となった。議論の中心はむしろ、防禦上の不利益を、当該事案の被告人側の防禦など審理の具体的経過を考慮して判断するか(具体的防禦説)、それらを捨象して一般的・類型的に判断するのか(抽象的防禦説)であつた。具体的防禦説に対しては、基準が曖昧であるとか、事実のずれが被告人側の立証に起因することが多いため、同説の徹底は多くの場合に訴因変更不要の結論を招く等の批判が向けられ^⑪、次第に抽象的防禦説が優勢となった。

学説の展開は判例に支えられてきた側面もある。昭和二六年には既に、訴因変更は、「裁判所が勝手に、訴因又は罰条を異にした事実を認定することに因つて、被告人に不当な不意打を加え、その防禦権の行使を徒勞に終らしめることを防止するに在るから、かかる虞れのない場合には」、訴因変更を要しないとする判例が存在した^⑫。初期の判例は具体的防禦説に立つものとみられ、例えば、昭和二九年には、「裁判所は、審理の経過に鑑み被告人の防禦に実質的な不利益を生ずる虞れがないものと認めるときは、公訴事実の同一性を害しない限度において、

訴因変更手続をしないで、訴因と異なる事実を認定しても差支えない」として、窃盗の共同正犯の訴因に対して、被告人が主張していた幫助の事実を認定することに訴因変更は不要とされた¹³。ところが、昭和三〇年代後半になると、収賄の共同正犯の訴因に対し、被告人が積極的に主張していた贈賄の共同正犯を訴因変更を経ずに認定することは、「行為の態様が全く相反する犯罪であるから、…被告人に不当な不意打を加え、その防御に実質的な不利益を与える虞れがある」として違法とする判断が登場するなど、判例は抽象的防御説へと立場を転換したと評されることが多い¹⁴。その後は、具体的防禦説の見地を完全に排していないとも評される判断が存在するものの¹⁵、基本的には抽象的防御説の立場が踏襲されていた¹⁶。

(3) 従来の学説・判例が包含していた不整合感

平成一三年決定以前の学説と判例は、このように一応の安定をみせていたが、いくつか不整合感も指摘し得た。

第一に、訴因の特定に関して学説・実務で多数説とされる識別説が徹底されているのか疑問とする余地があった¹⁷。例えば、日時・場所・方法等に幅のある訴因の記載が許される場合につき、リーディングケースの白山丸事

件判決は¹⁸、「これを詳らかにすることができない特殊事情」があることを要件の一つに掲げ、後の吉田町覚せい剤事件決定は¹⁹、「検察官において起訴当時の証拠に基づきできる限り特定」していることが必要であることを前提とした。しかし、識別説の下では、概括的な日時・場所・方法等の記載でも他の犯罪事実と区別が可能といえるかが重要なはずである。その観点からは、白山丸事件であれば、起訴されたのが白山丸での帰国行為に対応した出国行為であること、吉田町覚せい剤事件であれば、尿の鑑定結果に対応する直近の使用であることが冒頭手続や冒頭陳述で明らかにされたことが、それぞれの事案で争点となった概括的な訴因の適法性を支えたと解される²⁰。したがって識別説を徹底するならば、そうした他の事実との識別を可能とする事情がある限り、「特殊事情」や「できる限り(の)特定」の有無は関係ないはずである。ところが学説においてそれらの判例の要件に異論は少なく²¹、下級審判例には、覚せい剤自己使用の訴因につき起訴当時の証拠からできる限りの特定がされなかったことを不適法と評価したものもあるのである²²。

第二に、訴因の特定の場合では、訴因の審判対象画定

機能が強調され、識別説の優位性が説かれるにも拘らず、訴因変更の要否の場面では、専ら訴因の防禦権保障機能が問題とされ、審判対象の画定機能の見地が姿を見せないことである。確かに、審判対象画定機能と防禦権保障機能が表裏の関係にあるとの理解を前提とすれば、審理の具体的経過の考慮を排する抽象的防禦説は、実は審判対象画定の見地を裏側から判断していたのだという説明も論理的には可能である。⁽²³⁾とはいえ、従来、そのような説明が正面に表れていなかったところをみると、審判対象画定の見地から訴因変更が必要となる場合があることを認めつつも、その明確な基準を定立することが必ずしも容易ではないので、⁽²⁴⁾その見地から訴因変更が必要となる可能性がある場合は、さしあたり抽象的防禦説の下、一般的・類型的に被告人の防禦の利益を保護すべきと説明して、訴因変更が必要と処理するほうが便宜であったという側面もあるのではなからうか。仮にそうだとすれば、従来の抽象的防禦説の基準は、理論的に整理の余地を残したものであったといえる。平成一三年決定以前から一部の論者はこの点に関する不整合感を指摘し、⁽²⁵⁾また審判対象画定の見地を正面に出した訴因変更の要否の基

準を定立しようとする見解もみられた。⁽²⁶⁾

2. 平成一三年決定

(1) このような学説と判例の理論状況の中、訴因変更の要否につき、「訴因の果たすべき機能から理論的反省を迫った」⁽²⁷⁾と評される平成一三年決定が下された。

同決定の事案では、殺人罪の共同正犯につき、起訴状訴因では、被告人とAのいずれが実行行為者か特定されていなかったところ、公判審理の後半、検察官の請求により、被告人を実行行為者と特定する訴因に変更されたが、結局、第一審は、実行行為者を、「被告人又はAあるいはその両名」と認定した。実行行為者を被告人と特定する訴因に対して、訴因変更を経ないまま、実行行為者の択一的な認定が行われたことの適否が上訴で争われ、最高裁はこれを適法と結論した。その際、次のような判示がなされた。

「訴因と認定事実とを対比すると、……犯行の態様と結果に実質的な差異がない上、共謀をした共犯者の範囲にも変わりはなく、そのうちのだれが実行行為者であるかという点が異なるのみである。そもそも、殺人罪の共

同正犯の訴因としては、その実行行為者がだれであるかが明示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえないと考えられるから、訴因において実行行為者が明示された場合にそれと異なる認定をすることも、審判対象の画定という見地からは、訴因変更が必要となるとはいえないものと解される。とはいえ、実行行為者がだれであるかは、一般的に、被告人の防禦にとって重要な事項であるから、当該訴因の成否について争いがある場合等においては、争点の明確化などのため、検察官において実行行為者を明示するのが望ましいということができ、検察官が訴因においてその実行行為者の明示をした以上、判決においてそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要するものと解するのが相当である。しかしながら、実行行為者の明示は、前記のとおり訴因の記載として不可欠な事項ではないから、少なくとも、被告人の防禦の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益である

とはいえない場合には、例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為者を認定することも違法ではないものと解すべきである。」
⁽²⁾ 平成一三年決定の判示は、次のように整理し得る。⁽²⁸⁾

- ① 訴因に記載される事項には、
 - (a) 審判対象の画定のために訴因の記載として不可欠な事項があるほか、
 - (b) 一般的に被告人の防禦にとって重要であることから、被告人が訴因の成否を争う場合等は、争点の明確化などのために訴因への記載が望ましい事項がある。
- ② 訴因変更は、
 - (a)' (a)の事項が変動する場合は、審判対象の画定の見地から、常に必要となる。
 - (b)' (b)の事項が変動する場合も、被告人の防禦権保障の見地から、原則として必要だが、例外的に、少なくとも、(i)審理の具体的な経過に照らして被告人に不意打ちを与えるものではなく、(ii)認定される事実が訴因に記載された事実と比べ

て被告人にとってより不利益でないときは、不要となる。

③ 殺人罪の共同正犯の当該訴因における実行行為者の如何は、(a)の事項ではなく(b)の事項に該当するため、原則として訴因変更が必要だが、(b)の(i)と(ii)の要件を充たす限り、例外的に訴因変更は不要となる⁽²⁹⁾。

このように同決定は、訴因の特定の問題にも関わる訴因の記載事項について言及し、それと結びつける形で、訴因変更の要否を判断する基準を定立した。以下、それぞれの意義について敷衍する。

(3) 訴因の記載事項

平成一三年決定は、訴因の記載事項の中に、「訴因の記載として不可欠な事項」、即ち、その明示を欠けば、「それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠ける」事項があるとした。そしてその変動には、「審判対象の画定という見地」から訴因変更が必要となることを前提としていることからすると、そこでは「訴因の記載として不可欠な事項」とは、審判対象の画定に不可欠な事項であることが分かる⁽³⁰⁾。したがって、

訴因の特定と訴因変更の要否(三明)

かかる事項の記載を欠く訴因は、およそ審判対象を設定せず、実体審理の開始を許さないものとなると解される。同決定は、共同正犯の訴因における実行行為者の如何は、審判対象の画定に不可欠な事項にあたらないとしたが、それが具体的にどのような基準から判断されるのかは明らかにしなかったため、3.で述べる通り、近年の学説の議論はこの点を巡って活発化している。

他方、平成一三年決定は、「一般的に、被告人の防禦にとって重要な事項」について、「当該訴因の成否について争いがある場合等」には、「争点の明確化などのため」記載が「望ましい」とした。一般的に防衛上重要な事項の記載を不可欠とはせず、単に「望ましい」と表現したことから、訴因の特定に関して、防御権説はとらないことが示唆されたといえる⁽³¹⁾。さて当該事案において、かかる事項にあたるとされた共同正犯の訴因における実行行為者は、変更後の訴因で現に明示されていたわけであるから、厳密には、その記載の要否や望ましさは本件で争点とはなっていない。それにも拘らず、敢えて「望ましい」という文言が挿入されたということは、最高裁がかかる事項の記載を推奨しているといえるが、その意⁽³²⁾

味では傍論の側面があり、「望ましい」という文言を過度に一般化すべきではないであろう。³³⁾

（4） 訴因変更の要否に関する二つの基準

平成一三年決定は、訴因の記載事項の分析に対応して、訴因変更の要否に関する二つの基準を定立した。

審判対象の画定に不可欠な事項については、裁判所がそれと異なる認定をする場合には常に訴因変更を要する絶対的な基準が採用された（以下、第一基準とよぶことがある。）。審判対象の画定に不可欠な事項が変動するのであれば、審判対象のアイデンティティは維持できず、訴因設定権者である検察官に訴因変更を通じて、あらためて審判対象を画定してもらうことが必要となる。そこに審理の具体的な経過等の事情を考慮する余地はないので、絶対的基準が採用されたことはもつともだといえる。四2.（1）で検討するように、平成一三年決定の枠組みは、審判対象の画定に不可欠といえる事項に変動がない限り、審判対象の画定の見地から訴因変更が必要となることはないという前提に立っており、この点で、訴因の拘束力の範囲を制限し過ぎることにならないかが問題となりうる。とはいえ、同決定の第一基準は、審判対象の

画定という訴因の機能の一つから、訴因の特定と変更の要否の二つの場面において、一貫した考察を行ったものといえる。この点で、訴因変更の要否の場面では、少なくとも明示的には、訴因の審判対象画定機能に言及せず、専ら防禦権保障機能（防禦対象告知・限定機能）の観点から、被告人の防禦上の不利益を問題としてきた従来の学説・判例よりも理論的に精緻だといえる。同決定は、従来の学説・判例の包含していた不整合感の一つを取り除く試みとも評価でき、「訴因の果たすべき機能から理論的反省を迫った」という評者の前記評価は、正鵠を射たものといえる。

他方、一般的に被告人の防禦上重要な事項については、「例外的」にはあるが、「被告人の防禦の具体的な状況等の審理の経過」を考慮して、訴因変更を不要とする余地を認める相対的な基準が採用された（以下、第二基準とよぶことがある。）。例外が認められるための要件として、(i)「被告人に不意打ちを与えるものではない」こと、(ii)「認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益でない」ことが掲げられ、第二基準の下で要否が判断される訴因変更は、被告人の防禦

権保障の見地に基づくものであることが分かる。ただし、四2.(2)で検討する通り、第二基準で問題とされる訴因変更が、訴因の固有の機能に基づくものなのかどうかについては、評者の間で理解の対立がある。さて第二基準の下で審理の具体的経過を考慮することができるのは、審判対象画定の見地からの訴因変更の要否を第一基準の下で独立して検討し、第二基準の下では、専ら被告人の防禦上の不利益を検討できるからである。平成一三年決定の分析的な判断枠組みの長所があらわれており、その重要さを示すものといえよう。

3. 近年の議論の傾向

さて平成一三年決定により、審判対象の画定に不可欠な事項とはいかなる内容を含むものなのか、審判対象の画定に不可欠な事項の記載は訴因の特定の十分条件なのか、訴因の審判対象画定機能を重視するといわれる識別説はこれらを判断する上で妥当な立場といえるのか等が、あらためて重要な検討課題となる。近年の学説の議論も、これらを巡り活発化している。

（1）言葉の純粹な意味での識別説の難点

識別説は、論者によりその具体的内容に幅があると言われるが、言葉の純粹な意味で、即ち、専ら「他の犯罪事実からの識別・区別」を問題とする見解だと捉えらるれば、訴因の特定はもとより、審判対象の画定に不可欠な事項の判断基準としても不十分だと指摘される³⁵。例えば、「被告人は、不詳の日時・場所において、不詳の方法により、殺意をもってXを殺した」という訴因の記載も、被害者の死亡は一回しかあり得ない以上、他の犯罪事実との識別は可能である。したがって言葉通りの識別説の下では、このような訴因の記載でも、常に訴因は特定されていることになってしまう。だが、このような訴因の記載は通常、構成要件を転写したに過ぎず、「罪となるべき事実」を具体的に適示したとはいえないと指摘されるのである³⁶。さらに言葉通りの識別説は、平成一三年決定が示した訴因変更の要否の判断枠組みとも整合しない³⁷。言葉通りの識別説の下で、訴因の記載として不可欠な事項に変動が生じるといえる場合には、他の犯罪事実との識別に変動が生じていることになるが、その多くの場合は公訴事実の同一性（法三二一条一項）を欠き、

訴因変更自体が許されないと考えられる（例えば、被害者が変動するとき）。そうすると、同決定が立てた第一基準はほぼ意味を持たないことになってしまう。

（2） 特定構成要件に該当することの確信を抱かせうるに足る具体的事実

このことを踏まえ、近時、審判対象の画定ないし訴因の特定に不可欠な事項には、他の犯罪事実との識別を可能とする事項のほか、「特定構成要件に該当することの確信を抱かせうるに足る具体的事実（罪となるべき事実）」が含まれると明示的に述べる見解が登場している。⁽³⁸⁾ その根拠につき、例えば、堀江教授は、「検察官は、刑罰権発動のため、最終的には裁判所に特定構成要件に該当する事実の存在を合理的疑いを超えて確信せしめるべく、公訴を提起して審判手続の開始を求めるのであるから、その出発点において、かかる具体的事実の適示が求められ、その適示すらなされなければ、「およそ審判対象を示したとはいえず、審判を開始するには値しない」からだと論ずる。⁽³⁹⁾ また訴因において特定すべき「罪となるべき事実」（法二五六条三項）は、有罪判決に示すべき「罪となるべき事実」（法二三五条一項）と、求

められる具体性の点で「対応関係にある」⁽⁴⁰⁾ ないし最低限要求される特定の程度が「同一の基準に服する」⁽⁴¹⁾ とし、二三五条一項に関する判例を援用し、「（刑罰法令）各本条の構成要件に該当すべき具体的事実を該構成要件に該当するか否かを判定するに足りる程度に具体的に明白にし、かくしてその各本条を適用する事実上の根拠を確認し得られるようにする」⁽⁴²⁾ ことが求められると論じられることもある。もつとも何をもつて特定構成要件に該当することの確信を抱かせうるに足る具体的事実となるかは、「ある程度は、犯罪類型（構成要件）ごと、事実の種類（項目）ごとに一般化して論じることでもできようが、結局のところは、事案ごとの個別的判断にならざるをえない」といわれる。⁽⁴³⁾

（3） 法二五六条三項の「できる限り」の特定

近時の有力な見解には、他の犯罪事実との識別に必要な事項、「特定構成要件に該当することの確信を抱かせうるに足る具体的事実」の記載を超えて、犯行の日時・場所・方法等の「できる限り」の特定が法二五六条三項の下で要求されると解するものがある。⁽⁴⁴⁾ 防禦権説は従来からこれに近い主張をしていたといえるが、近時主張さ

れている見解は、被告人の防禦権保障だけでなく、審判対象画定の見地にも基づくことを強調する点に特徴がある。この見解は、その根拠として、法二五六条三項の「できる限り」という文言は、記載が可能ならば記載を要求していると解されることや、「特殊事情」等がない限り、日時・場所・方法等の特定を要求していると解される前記判例と整合することを挙げる点、結論として、いわゆる「六何の原則」に従い、犯罪の主体、客体、行為・結果、日時、場所、方法について、支障のない限り、記載が要求されると解する点、このような付加的な記載は、法二五六条三項の訴因の特定に求められるが、審判対象の画定に不可欠な事項ではなく、訴因の拘束力は生じないと解する等の点で概ね共通している⁴⁵。

三 訴因制度の機能の分析

法は、公訴提起は、検察官が起訴状を裁判所に提出して行うものとし（法二五六条一項）、起訴状の謄本が、裁判所を介して遅滞なく被告人に送達されなければならないとする（法二七一条）。起訴状には、訴因を明示した公訴事実の記載、即ち、できる限り、日時、場所及び

方法を以て罪となるべき事実を特定することが要求され（法二五六条三項）、他方で、裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類等の添付やその内容の引用は禁じられる（予断排除原則。同条六項）。訴因は変更の余地が認められ（法三一二条）、検察官は公訴事実の同一性を害しない限度で訴因変更を請求することができる（同条一項）。裁判所は、訴因変更を経ずに、訴因と異なる事実を認定することが許されない場合がある（訴因の拘束力。法三七八条三号、三七九条）。このような訴因に関する仕組みを訴因制度と呼ぶとき、その機能にはいかなるものがあり、その背景にはいかなる法の関心があると解されるか。白山丸事件判決が述べたように、訴因制度は、裁判所との関係で「審判の対象の限定」、被告人との関係で「防御範囲の明示」の機能を持つことは確かであるが、現行法の諸規定に照らすとき、裁判所と被告人とのそれぞれの関係で、もう少し細かな整理・分析が可能と思われる。

1. 裁判所との関係における機能

（1）裁判所との関係において訴因制度は、法が公正

なものと予定する、裁判所の受動的な事実審理を実現するという機能を持つ。⁴⁶ 上述の通り、法は、検察官の主張する被告人の具体的犯行が、予め裁判所に明らかにされるよう要求する一方で（法二五六条三項）、それを支える証拠や書類の提出を起訴状提出時点で禁じている（法同条六項）。法は「主張先行・拳証後行」を求めているといえるが、そこで予定されている公判審理とは、予め示された検察官の具体的主張につき、それを十分に支える証拠が提出されるかどうかを、当事者の攻防から、裁判所が受動的に判定するというものである。⁴⁷ その背景にある関心は、①検察官が訴追者として、被告人の犯行を合理的疑いを容れない程度まで独力で主張・立証する義務を果たすこと、⁴⁸ そして②それに対する被告人の反論・反証が、裁判所の心証形成に十全に反映されることを担保することにあると考えられる。検察官の具体的主張が予め裁判所に示されなかったり、事件に関する証拠が裁判所に引き継がれる「証拠先行」の審理では、裁判所は自ら争点を発見し、提出される証拠から積極的・能動的に心証形成をすることになる。しかし、そのような能動的審理では、職権主義から離れた現行法の訴訟構造にお

いて公正さの基本的要求というべき前記①②を担保できない。この関心は後述のように、審判対象の画定に不可欠な事項に大きく関わるとともに、訴因の拘束力を生じさせ、訴因変更の要否に関わる。

（２）訴因制度は、裁判所による検察官の訴追意思の尊重を可能とするという機能も持つ。⁵⁰ 法は、起訴法定主義を採用せず、裁量訴追主義を採用する（法二四八条）。その趣旨は、科刑という事件処理を社会が真に必要とし、被告人を刑事裁判に付すことを正当化する十分な根拠がある場合にのみ訴追が行われるよう、刑事政策的観点や立証の難度等を考慮した柔軟な起訴判断を可能とするためである。⁵¹ 法は訴追裁量を検察官に与え（法二四七条）、検察官はそれに基づき訴因を構成するので、訴因は検察官の訴追意思を反映したものとなる。したがって裁判所が、検察官の訴追意思に反する形で訴因と異なる事実を認定し、被告人を有罪とすることは、右法の趣旨を害することになる。後述するように検察官の訴追意思をどこまで尊重すべきかは、一義的に決まるものではないが、この関心は、訴因の一定事項に拘束力を生じさせ、訴因変更の要否に関わる。

(3) 訴因制度は、裁判所に証拠等の関連性の判断をはじめとする適切な訴訟指揮を可能とする機能も持つ。⁵²⁾ 現行法において裁判所は、訴訟の主宰者として、検察官と被告人の主張・立証が、公訴事実の意味があり、関連のあるものに限られるよう訴訟指揮を行い、証拠の採否を決定しなければならない(法二九四条、刑訴規則一九〇条)⁵³⁾。関連性の乏しい証拠が裁判所に供されることは、裁判所が当事者の主張・立証から離れた能動的な心証形成を行う契機となつて前記裁判所の受動的審理を損なう虞があり、当事者が相互に不意打ちに晒され充実した攻防が実現せず、また判決に到達する心証形成の過程を不鮮明にして判決の合理性に疑いを生じさせる。⁵⁴⁾ 訴因は、関連性の判断基準を提供するものであり、この関心は訴因の特定に関わる。

(4) 訴因制度は、裁判所において、二重起訴(法三三八条三号)、一重危険(法三三七条一号、憲法三九条前段)、新証拠の必要な再起訴(法三三八条二号)、公訴時効(法三三七条四号)等の各訴訟条件の存否の判断を可能とする機能も持つ。訴因の不特定も訴訟条件の欠如の理由となり得る(法三三八条四号)。これらの訴訟

条件の趣旨はそれぞれ異なるが、不当ないし手続的に無効な訴追を打ち切り、刑事手続から被告人を解放しようとする点で概ね共通する。この関心も訴因の特定に関わり得る。

(5) 訴因制度は、裁判所において、検察官が訴因変更を請求した場合のその可否(法三二一条一項)、また検察官が別訴を提起した場合における各訴訟条件の判定を可能とする等の機能も果たす。

2. 被告人との関係における機能

(1) 被告人との関係では、訴因制度は、防禦対象の告知・限定の機能を果たす。法は、検察官の主張・立証に対する徹底的な反論・反証の機会を被告人に保障している。⁵⁵⁾ 訴因制度は、防禦対象とすべき検察官の具体的主張を予め告知し、その範囲外の事実について防禦を強いられたり、不意打ち認定をされないことを被告人に保障し、被告人が訴因の記載に安んじて防禦に集中することができるようになっている。⁵⁶⁾ このことは訴因が変更された場合に、被告人の公判手続停止の請求権が保障されていることにもあらわれる(法三二一条四項)。防禦対象の

告知・限定は、充実した防禦に必須なので憲法三七条全体から導かれる要求と解されるが、判例は、より一般的な告知・聴聞の権利に着目し、憲法三一条に根拠を求めた。⁵⁷この関心も訴因の特定と変更の要否に関わる。

(2) 訴因制度は、起訴後・第一回公判前の期間の防禦準備を可能にするための手掛かりを被告人に提供する機能を持つ。当事者・論争主義と迅速な裁判を予定する手続の下では、起訴後・第一回公判期日前の期間は、被告人にとって防禦準備ができる実質的に唯一の期間であるとして、被告人に防禦準備の専念とその充実を可能とすべき重要な期間と位置づけられる。⁵⁸訴因を記載した起訴状の謄本が公訴提起から遅滞なく被告人に送達されることを要求し、二か月以内に送達されなければ公訴提起が遡って失効するという厳格な効果を認めている現行法もこのことを前提としている（法二七一条）。

3. 以上の通り、現行法の訴因制度は種々の機能を有し、それぞれの背景には異なる法の関心があることが分かる。これらを多元的に考察することで、訴因の特定と訴因変更の要否の各種論点につき検討の手掛かりが得ら

れると思われる。

四 検討

1. 訴因の特定

(1) 特定構成要件に該当することの確信を抱かせうるに足る具体的事実（罪となるべき事実）について

(ア) 上述の分析を前提とすると、二3.(2)でみた、「特定構成要件に該当することの確信を抱かせうるに足る具体的事実（罪となるべき事実）」は、訴因の特定に不可欠な事項と考えられる。このことは、後述の通り、訴因の防禦権保障機能（防禦対象の告知・限定、公判前の防禦準備の手掛かりの提供）の観点からも支えられるが、かかる事実の記載は、裁判所との関係では、裁判所の受動的審理の実現に必要であり、審判対象の画定に不可欠な事項といえることができる。例えば、「被告人は、……漫然と自車を進行させ、前車後部に衝突させ、前車運転者に鎖骨折の傷害を負わせた」という過失運転致傷罪の訴因は、審判対象の画定に不可欠な事項を欠くと解される。⁵⁹過失という規範的要素は、注意義務違反の具

体的態様を一切示すことなしに認定することはほぼできない。⁶⁰このため、裁判所は、「速度遵守義務違反」や「前方不注視」等、無数に存在し得る注意義務違反を想定しながら、当事者の提出する証拠から能動的に心証形成をしなければならないことになりうる。三・一（一）で述べた通り、このような審理は現行法の予定するものではない。法は第一義的には、訴因制度によって裁判所の受動的審理を実現し、もって検察官が訴追者としての有罪立証の義務を果たし、被告人の反論が裁判所の心証に十全に反映されることを担保しようとしていると解されるのであって、そのためには、「罪となるべき事実」として表示可能な限り、それが認定されたとすれば、当該構成要件につき裁判所に確信を抱かせうるといえる具体的事実が訴因に記載されていなければならないのである。⁶¹

（イ） もっとも、訴因自体の記載だけでは、そのような具体的事実が記載されているのか判然としない場合がある。その場合には、検察官の立証構造、即ち、いかなる事実をいかなる証拠によって立証しようとしているのかに立ち入って判断すべきときがある。⁶²

白山丸事件判決の事案は、このことを示す典型といえ

る。同事件での「被告人は、昭和二七年四月頃より同三三年六月下旬迄の間に、有効な旅券に出国の証印を受けないで、本邦より本邦外の地域たる中国に出国したものである」という訴因の記載は、出国先を中国とし、六年という幅のある日時を示す以外は、出入国管理令六〇条二項の密出国の構成要件を転写したのと変わらない。それにも拘らず、これを適法として審理を開始できたのは、同判決も言及したように、冒頭陳述において検察官が、証拠により証明すべき事実として、①昭和三三年七月一三日に被告人が白山丸で中国から帰国した事実、②同二七年四月頃まで国内にいた事実を示したからだと考えられる。①の事実から検察官が帰国に対応する出国行為を起訴したことは明らかであり、①②の事実が立証されれば、その出国行為が合理的疑いを容れない程度まで証明される。したがって裁判所は、検察官の主張する①②の事実が具体的証拠により支えられるかどうかに焦点を合わせた受動的な審理を行うことが可能であったといえる。そして、①②の事実は、罪となるべき事実の日時・場所・方法等ではなく、被告人の犯行の立証を支える間接事実そのものであり、それらを訴因に記載するこ

とは、裁判官の予断排除との関係から適切でなかったという事情も認められる。⁶⁴

最決平成一四年七月一八日刑集五六卷六号三〇七頁についても同様の考察ができる。同決定は、「被告人は、単独又は甲及び乙と共謀の上、平成九年九月三〇日午後八時三〇分ころ、福岡市中央区所在のビジネス旅館A二階七号室において、被害者に対し、その頭部等に手段不明の暴行を加え、頭蓋冠、頭蓋底骨折等の傷害を負わせ、よって、そのころ、同所において頭蓋冠、頭蓋底骨折に基づく外傷性脳障害又は何らかの障害により死亡させた」という暴行態様、傷害の内容、死因が概括的な傷害致死罪の訴因の記載が適法とされた。同決定に対しては、傷害致死罪の「基本犯の結果としての『傷害』の明示は不可欠である」との批判もある。⁶⁵だが、本件で検察官は、①被告人らが被害者に暴行を加えたこととともに、②少なくとも被告人らの行為以外に被害者の死亡に寄与した原因がないことを証拠により証明すべき事実として示していたものとみられる。被害者の死亡に寄与する原因が被告人らの暴行以外にないとするれば、暴行の結果、何らかの傷害の事実が生じていたことは論理的に推論で

きるもので、①②が証明されれば、基本犯である傷害の事実も含めて傷害致死罪の構成要件に該当する事実は合理的疑いを容れない程度まで立証される。⁶⁶よって裁判所は、①②の事実を支える証拠が提出されるかどうかに関点を合わせた受動的審理を行うことができたといえる。そして白山丸事件の場合と同様、②の事実は、罪となるべき事実の日時・場所・方法等ではなく犯行の立証を支える間接事実であるから、それを訴因に記載することは、予断排除との関係で望ましくなかったといえる。⁶⁷

このように、訴因の記載だけを見ると、特定構成要件を転写しただけのようにもみえるが、検察官の立証構造に照らしてみれば、(i)検察官において、当該構成要件につき裁判所に確信を抱かせうる具体的な主張があり⁶⁸（したがって裁判所はその受動的審査に徹することができ）、かつ、(ii)その主張が罪となるべき事実の日時・場所・方法等として表示できない間接事実に基づくものであるため、訴因が概括的にならざるを得なかったといえる場合がある。これらのことが公判前整理手続、冒頭手続での釈明、冒頭陳述等で確認された場合には、概括的な訴因でもその特定を欠くとして、訴追を妨げる必要はない。

(ウ) このような理解には、二つの批判が考えられる。まず訴因の特定の有無が起訴後の手続、特に証拠調べ手続の一部である冒頭陳述で明らかにされる事実から判断されるというのは不当でないかという批判である。⁶⁹確かに、実質的な実体審理に入った以降、つまり証拠調べの結果得られた心証をもとに、訴因の特定の有無がはじめて判断されるというのは、主張先行・挙証後行の関係が崩れるので許されない。⁷⁰しかし冒頭陳述を含め右の各手続は、心証形成を目的とする手続ではなく、また被告人側が出席し、被告人側の主張も直ちに明らかにされる手続であるから、事実上も心証形成がなされる虞は少ない。⁷²したがって冒頭陳述より前の手続はもとより、冒頭陳述で明らかになった検察官の立証構造を考慮して訴因の特定の有無を判断しても、主張先行・挙証後行の観点からは支障はないといえる。⁷³

ただそうすると、冒頭陳述をみて有罪立証の可能性が認められる限り、訴因自体は概括的でもよいことにならないかという批判が次に考えられる。思うに、冒頭陳述等で検察官の立証構造に照らして訴因が特定に欠けていないと判断してよいのは、前記(ii)の事情が認められる場

合に限られる(その余は、訴因の補正の可否が問題となるにすぎない)。以下の二つの観点から、少なくとも当該事案の検察官の立証構造上、特定構成要件につき裁判所に確信を抱かせるのに不可欠といえる具体的事実は、罪となるべき事実の日時・場所・方法等として表示可能な限り、必ず訴因に記載されなければならないと思われるからである。第一に、裁判所の受動的審理の実現の観点からは、前述の通り、法は訴因制度によりそれを実現しようとしていると解されることに加え、検察官に訴追者として被告人の犯行を独力で立証する義務を尽くさせるためには、検察官の有罪立証の要というべき右の事実について、裁判所は特に受動的な審理に徹すべきといえる。それを担保するには、裁判所に右の事実から離れた有罪認定を許すべきでないので、右の事実の訴因への記載を要求し、訴因の拘束力を生じさせる必要がある。⁷⁴第二に、刑事裁判に伴う被告人の負担に鑑みれば、検察官は起訴の時点で有罪判決を期待し得る十分な根拠を有していなければならない。⁷⁵起訴後の捜査をあてにした見込み起訴は許されない。⁷⁶そうした見込み起訴を抑止し、実際に見込み起訴が行われた場合にはそれが事後的に判明す

るよう、少なくとも右の事実は起訴時点で訴因に記載されている必要がある。⁽⁷⁶⁾ 第三に、右の事実は、（3）で検討するように、被告人に対する防禦対象の告知・限定、公判前の防禦準備の手がかりの提供という観点から不可欠な事項であり、公訴提起から遅滞なく被告人に告知されるよう、訴因に記載される必要がある。

（2）識別説について

上述のような理解から、検察官の立証構造上、特定構成要件につき裁判所に確信を抱かせるのに不可欠な具体的事実の記載が求められると解すると、言葉の純粹な意味での識別説を別としても、⁽⁷⁷⁾ 識別説には、審判対象の画定に不可欠な事項の判断基準として不十分な場合がでてくると思われる。識別説は一般に、被告人が実行行為を分担しない共謀共同正犯の訴因においても、実行行為等が特定されていれば他の犯罪事実との識別は可能である以上、共謀の日時・場所等や実行行為者の特定を不要と解するとされる。だが、上述の理解に従えば、具体的事案における検察官の立証構造によつては、これらの事項についても、特定構成要件に該当することの確信を抱かせるのに不可欠な具体的事実として、審判対象の画定に

不可欠な事項となる場合があると思われるのである。⁽⁷⁸⁾ 謀議の日時・場所等については、例えば、被告人が首謀者であることを示す犯行計画メモ等の証拠が存在し、検察官がかかるメモによつて共謀の事実を立証しようとする場合であれば、⁽⁷⁹⁾ 記載は不可欠とはいえない。だが、そうした証拠が存在せず、検察官が専ら、特定日時・場所において謀議があつたことを前提に、被告人がその謀議に参加していたことを情況証拠によつて証明しようとする場合等には、謀議の日時・場所等も特定されなければならぬのではなからうか。実行行為者についても同様に、被告人が事前の謀議に参加していたことを証明して、共謀を立証しようとする場合は、記載は不可欠とはいえない。しかし、スワット事件⁽⁸⁰⁾、ロス疑惑銃撃事件⁽⁸¹⁾が参考になるように、検察官が専ら、特定の実行行為者との特定の関係をもちて被告人の共謀を立証しようとする場合は、記載が不可欠と考えられるのではなからうか。⁽⁸²⁾ これらの場合、共謀の日時・場所や実行行為者は、検察官の立証構造上、裁判所に確信を抱かせるのに不可欠な事実となつてゐるからである。

もとより他の犯罪事実との混同が生じ得るような事件

では通常、識別説が強調するように、他の犯罪事実との識別に足りる事項の記載が審判対象の画定に必要となる⁸³。例えば、日時を特定しない窃盗の訴因では、窃盗罪にあたる行為は複数存在し得ることから、裁判所において、当事者の提出する証拠の関連性、訴訟条件の存否、訴因変更の可否、別訴における訴訟条件の存否の判断に困難が生ずるからである。

(3) さらに特定の要否

以上の通り、「特定構成要件に該当することの確信を抱かせうるに足る具体的事実」と「他事件との識別に足る事項」は、基本的に審判対象の画定に不可欠な事項といふべきであるが、従来の防禦権説や二・三・(3)でみた近時の見解のように、それを超えた記載が法二五六条三項の下で要求されると解すべきであろうか。

(ア) 防禦権保障機能の観点

三・二でみたように訴因制度は被告人の防禦権保障機能を持つが、訴因制度が他の機能も併せ持つことから生ずる限界にも留意しなければならない。例えば、被告人の防禦上役立つものでも、証拠書類の添付や裁判官に予断を与え得る記載等は、裁判所の受動的審理を妨げるの

で許されないし、無用に訴因変更の要否の問題を生じさせるような過度の記載も望ましくない。他方、防禦権保障に資する制度は他にも、証拠保全(法一七九条)、検察官からの証明予定事実や証拠の開示(法三二六条の一三、同条の一四―一五、同条の二〇、二九九条)、検察官の冒頭陳述や釈明等があることにも留意の必要がある。これらを前提とするとき、訴因の防禦権保障機能からは、いかなる事項の記載が要求されると解されるか。

まず(1)で検討した、検察官の立証構造上、特定構成要件につき裁判所に確信を抱かせるのに不可欠な事実で、罪となるべき事実の日時・場所・方法等として表示可能なものは、被告人の防禦権保障機能からも訴因への記載が必須である。例えば、過失の態様を「漫然と」と記載する前述の過失運転致傷罪の訴因であれば、被告人は無数に存在し得る過失の態様全てに対する防禦を強いられ、公判前の防禦準備はままならず、公判では不意打ちの危険に晒されるからである⁸⁴。ところで前述の通り、検察官の立証構造に照らせば構成要件の立証が可能だが、そのことを罪となるべき事実の日時・場所・方法等として訴因に反映できない場合、冒頭陳述までにそれらが明

らかにされる限り、裁判所の受動的審理の実現という訴因の機能は基本的に損なわれなれないといえた。しかし、公判前の防禦準備の手掛かりを提供するという機能からは、冒頭陳述で防禦対象が明らかになるからよいとはいえないので、訴因が概括的な場合は、具体的弊害のない限り、起訴後速やかに、検察官の証明予定事実と請求予定の証拠が被告人に開示されることを必要と解すべきである⁸⁵。

さて防禦権説がそれを超えた記載をどこまで要求するかは必ずしも明らかでないが、前述の通り、防禦権説は、実行行為を行っていない被告人の共謀共同正犯の訴因において、謀議の日時・場所等が検察官に判明しているときには、その記載を要求するものと解されている⁸⁶。しかしこの点には疑問が残る。前述の通り、被告人の共謀は、犯行計画メモ等の情況証拠から、特定日時・場所の謀議を証明することなく立証することができる。検察官は、謀議の日時等がある程度把握していたとしても、争点の複雑化を回避する等の目的から、専ら犯行計画メモ等の立証を選択することも許される（刑訴規則一八九条の二参照）。検察官がその選択をした場合にも、被告人の防禦権保障を理由に、謀議の日時等の記載が要求されるべ

きであろうか。確かに、起こり得た謀議のどの日時にもアリバイがあることを立証して、犯行計画メモの証明力を争うという防禦方法もあり得、その場合は謀議の日時等が訴因に記載されたほうが被告人の防禦上利益といえる。だが、そのような防禦方法が可能で有効な場合は多くないと思われるし、被告人がその防禦方法を選択する場合には、公判前整理手続において、主張関連証拠として謀議の日時等に関する証拠の開示が得られる（法三一六条の二〇）。検察官に立証予定のない謀議の日時等を敢えて訴因に記載することは、却って被告人の公判前の防禦準備をミスリードする虞がある⁸⁷し、検察官に積極的な立証の意思がないため、証拠調べの結果、謀議の日時等にずれが生じる可能性も高く、訴因変更の要否の問題を無用に生じやすい。さらにいえば、公判前整理手続において、検察官の証明予定事実の明示、検察官請求証拠とその証明力判断のための類型証拠の開示が行われた後には、被告人側に防禦上の主張の明示が求められていることにあらわれるように（法三二六条の一七⁸⁸）、被告人の防禦方法とは、第一次的には検察官の当該事案の立証構造から決まってくるものである。これらに鑑みる

と、訴因の記載という防禦権保障の出発点の段階において、⁽⁸⁹⁾抽象的な防禦上の利益を理由に、検察官に立証予定のない事実の記載を求める必要はないと思われる。

(イ) では二・三・(3) でみた、防禦権保障のほか、審判対象の画定を根拠として強調し、法二五六条三項の下、六何の原則に従った「できる限り」の記載が要求されるとする近年の見解はどうか。確かにこの見解は、法二五六条三項の文言や、識別説の下では説明のしにくい前記判例の「特殊事情」や「(起訴当時の証拠に基づき) できる限り」の特定の要件と整合する点で優れている。ただこの見解も、検察官の立証構造(証明予定事実)を問わずにできる限りの記載を要求するのだとすれば、やはり難点がある。例えば、堀江教授は、「通常求められる捜査を尽くした結果詳らかできた限りで」、⁽⁹⁰⁾六何の原則に従った犯行の日時等の記載が要求されるとし、共謀共同正犯における共謀の事実についても、それが罪となるべき事実⁽⁹¹⁾に当たる以上は、右の基準で記載が要求されるとしている。仮に謀議の日時等の立証を検察官が一切予定しない場合も記載が要求されるという趣旨であれば、防禦権説と同様に被告人側をミスリードし、無用な訴因

変更の要否の問題を生じやすいという難点があり、さらに検察官の証明予定に含まれない事実の記載を検察官の審判対象の設定という見地から基礎付けられるのか疑問が残る。堀江教授は、審判対象設定の観点から犯行の日時・場所・方法等のできる限りの記載が求められる実質的根拠を、「検察官は、具体的な社会的事象が存在しそれが特定の犯罪構成要件に該当するとの嫌疑を抱き、これに基づいて、刑罰権の発動を欲して公訴を提起し、裁判所に審判を求める。……検察官が……審判対象を設定するのだというからには、そこで設定される『審判対象』もまた、(右のような) 公訴の基盤とされている検察官の現実の具体的嫌疑を反映したものでなければならぬ⁽⁹²⁾」と論ずる。だが、検察官が捜査の結果得られた具体的嫌疑に基づいて起訴を行うのは確かにせよ、起訴判断のもとにした嫌疑と、その中から、検察官が有罪判決を得る十分な根拠となるとして主張し、裁判所に審判を求めようとしている事実とは区別すべきだと思われる。現行法の予定する刑事裁判が、被告人に刑罰を科す根拠があるかどうかにつき、検察官の主張を被告人の批判的な吟味に晒して厳格に審査しようとするものだと

すれば、捜査結果から推認されるとはいえ、檢察官が公判で予定している主張から外れた事実を、審判対象の設定の観点から訴因に記載すべきとはいえないように思われる。⁹³

（ウ） こうした点に鑑みると、法二五六条三項は、訴因の記載に不可欠な事項を超えて、犯行の日時・場所・方法等の「できる限り」の記載を要求すると解すべきだが、それは、檢察官の証明予定事実にあられる範囲に限られるとすべきである。法がそのような記載を要求する実質的根拠の第一は、訴因制度の被告人の公判前の防禦準備の手掛かりを提供する機能に求められるべきであろう。先述の通り被告人の防禦方法は、第一次的に檢察官の立証構造によって決まるものとすれば、檢察官の証明予定事実是一般に被告人の防禦準備に重要というところができ、罪となるべき事実の日時・場所・方法等として表示可能な限り、訴因に記載して公訴提起から遅滞なく被告人に告知されるべきである。記載が要求されるのは檢察官の証明予定事実の範囲に限られるので、被告人側をミスリードしたり、無用な訴因変更が頻発する問題は生じ難く、檢察官に過度の負担が生じたり、捜査の緻

密化を招くこともない。また裁判所との関係でも、裁判所による関連性、各種訴訟条件、訴因変更の要否等の判断が容易になることや、「裁判所に確信を抱かせうるに足る具体的事実」については一般的な基準がないため、審判対象の画定に不可欠な事項の記載だけを要求すると誤って不十分な記載がされる虞があるので、それを避けること等も根拠と考える余地がある。無論、こうした趣旨に基づいて記載された附加的な事項は、審判対象の画定に不可欠な事項にはならない。

2. 訴因変更の要否

（1） 審判対象画定の見地からの訴因変更の要否
さて前述した通り、平成一三年決定の訴因変更の要否の判断枠組みは、審判対象画定の見地から訴因変更が必要となるのは、その第一基準の場合、即ち、同見地から訴因の記載に不可欠な事項が変動する場合に限られることを前提としている。この点については、「訴因の拘束力の範囲を制限しすぎている嫌いがないではない」と⁹⁴とか、檢察官が「訴因の特定に不可欠な範囲……を越えて、審判対象を限定する処分ができないかは、議論の余地の

ある問題⁽⁹⁵⁾」と指摘されることもある⁽⁹⁶⁾。そうした論者も、訴因の拘束力の生ずる範囲を拡張することによって検察官の訴因記載が消極化してしまう虞との衡量に基づくと解すれば、一つの選択として合理性を認め得るとか、⁽⁹⁷⁾訴因記載に不可欠な事項の変動が生じない限り、訴因の記載と異なる事実も、「潜在的にはあるが予備的に主張している」と解することができる⁽⁹⁸⁾として、平成一三年決定の立場を正当化し得るとするが、第一基準の場合以外に、審判対象画定の見地から訴因変更を要する場合はないだろうか。

三・1. でみた訴因制度の機能から検討すると、審判対象画定の見地からみた訴因変更の要否に関わるのは、裁判所の受動的審理の実現と、検察官の訴追意思の尊重の観点である。前者の観点からは、前述の通り、検察官に訴追者としての有罪立証の義務を果たさせるため、検察官の立証構造上、裁判所に確信を抱かせるのに不可欠といえる事項については、訴因の拘束力を認め、裁判所がかかる事実から離れて有罪認定を行うことを封ずる必要がある。もっとも、かかる事項を平成一三年決定のいう「訴因の記載として不可欠な事項」に含まれると解する

限り、この観点からは、同決定の判断枠組みに問題は少ない。問題は、かかる事項にあたらぬ事項で、検察官の訴追意思の尊重という観点から、さらに訴因の拘束力を認めるべき場合があるかである⁽⁹⁹⁾。この点に関しては、いわゆる縮小認定と、同一構成要件内の結果の拡大認定の問題を取り上げたい。

傷害致死罪の訴因に対して傷害を認定するような縮小認定については、早くから訴因変更が不要とされてきた⁽¹⁰⁰⁾。右の二つの観点から検討しても、縮小認定は通常、訴因変更が不要といえる。縮小認定は、「当初の検察官主張事実に対して一部消極の判断をするのであり、検察官の主張の枠外にある別個固有の事実を積極的に認定するのではない⁽¹⁰¹⁾」から、裁判所の受動的審理の実現の観点からは訴因変更は不要であるし、当初の訴因から縮小された事実には検察官の訴追意思が及ぶと通常推定でき、検察官の訴追意思の尊重の観点からも訴因変更は不要といえる⁽¹⁰²⁾。但し縮小認定でも、縮小事実であれば起訴猶予とした可能性が高いといえるような、罪質や法定刑が大幅に異なる構成要件の変動を伴う場合は、検察官の訴追意思の推定は働かず、裁判所は訴因変更なく縮小事実を認定

できないと解する余地がある⁽¹⁰³⁾。この場合、審判対象画定の見地から訴因変更が必要といえるが、縮小認定は構成要件の変動を伴うので、いわゆる黙示の予備的訴因の理論を用いれば、平成一三年決定の判断枠組みの下でも反映できると思われる。縮小事実には検察官の訴追意思が推定される場合は、黙示の予備的訴因が存在するので訴因変更不要だが、そうでない場合は、構成要件要素という審判対象の画定に不可欠な事項に変動が生ずるので訴因変更を要すると説明できるからである。

同一構成要件内の結果の拡大認定はどうか。ここでは、加療一か月の傷害の訴因⁽¹⁰⁵⁾に対して、加療一年の傷害を認定する場合を検討したい。この例の場合、傷害の構成要件の認定に不可欠な事項については受動的審理が実現しており、検察官はそれらにつき合理的疑いを容れない程度まで独力で立証する義務を果たしている⁽¹⁰⁶⁾ので、この観点からは訴因変更は不要であろう。検察官の訴追意思尊重の観点から訴因変更が不要といえるかは、検察官の訴追意思をどこまで尊重すべきと解するかで決まる。一旦起訴した以上、同一構成要件内の結果の具体的程度まで検察官の訴追意思を尊重しなくてよいと解すれば、訴因

変更は不要であり、それに対して、検察官に一罪の一部を処分した縮小訴因で訴追する権限がある以上、検察官の訴追意思を尊重すべきだと解すれば、訴因変更は必要となる。後者の立場からすると、審判対象の画定の見地から訴因変更が必要となるのは、第一基準の場合のみとする平成一三年決定の判断枠組みは、修正の必要があるということになる。縮小認定の場合と異なり、傷害の加療期間のような同一構成要件の結果の具体的程度の変動は、訴因の記載として不可欠な事項の変動とはいえないと思われるからである⁽¹⁰⁸⁾。

(2) 被告人の防禦権保障の見地からの訴因変更の要否

平成一三年決定は、一般的に防禦上重要な事項に変動が生ずる場合も原則として訴因変更を要し、例外的に、審理の具体的経過に照らして、少なくとも(i)被告人の不同意打ちにならず、かつ、(ii)認定事実が被告人により不利益でないときは、訴因変更を要しないとした⁽¹⁰⁹⁾。この第二基準に基づく訴因変更と訴因固有の機能との関係については、評者の間で大きく二通りの理解が存在している。第一の理解は、次のようなものである。即ち、訴因の

防禦権保障機能は審判対象画定機能と表裏の関係にあり、審判対象の画定に不可欠な事項が記載されている限りは、訴因固有の機能は尽くされている。一般的に防禦上重要な事項が訴因に記載された場合は、その変動時に訴因変更が必要になるときがあるといっても、それは、訴因固有の防禦権保障機能に基づくものではなく、あくまで手続一般に要請される不意打ち防止措置（争点顕在化措置）⁽¹⁰⁾を、訴因変更の手続を借りて行っているに過ぎないという理解である。⁽¹¹⁾この理解によれば、審理の具体的経過を考慮することはむしろ当然であり、同決定が訴因変更という措置を「原則として」必要としたことは、防禦の利益に相当に「手厚い配慮」⁽¹²⁾をしたことになる。⁽¹³⁾またこの理解の下では、訴因固有の機能に基づく訴因変更の要否に関しては、審理の具体的経過を捨象した基準が堅持されているといえる。したがって、従来の抽象的防禦説は、審判対象画定の見地からの訴因変更の要否を裏側から検討していたとする前述の解釈に立てば、（訴因固有の機能に基づくものに関する限り）同決定と従来の判例とで訴因変更が必要な範囲に変わりはないと説明する余地もないわけではないということになる。⁽¹⁴⁾

訴因の特定と訴因変更の要否（三）

第二の理解は、次のようなものである。一般的に防禦上重要な事項は、訴因の特定に不可欠な事項ではないにせよ、いったん訴因に記載されれば、それに基づいて審理（当事者の攻防）は進められることになる。そうである以上、被告人の防禦範囲の明示・限定というもう一つの訴因固有の機能が働き、その変動に訴因変更が必要となるのは、訴因固有の機能に基づくものだと解する理解である。⁽¹⁵⁾この理解の下では、平成一三年決定は、訴因変更の要否に関し、審判対象画定機能と防禦権保障機能のそれぞれに基づく基準を用意し、例外を持たない前者の判断を先行させ、後者の判断には抽象的防禦説を基調としつつ補充的に具体的防禦説の観点を取り入れたと解しうることになる。その理解の下では、同決定の訴因変更の要否の基準はいずれも訴因固有の機能に基づくものであるから、例外的とはいえ、審理の具体的経緯を考慮して訴因変更を不要とする余地を認めた点で、抽象的防禦説よりも訴因変更が必要な場面が狭まったと解されることになる。⁽¹⁶⁾

二つの理解の違いは、訴因に記載された一般的に防禦上重要な事項が変動するときに、被告人の防禦権保障の

観点から求められる訴因変更を、訴因固有の機能に基づくものと捉えるか否かの違いである。¹¹⁷ 三で検討した訴因制度の機能に照らすと、第二の理解が妥当と思われる。第一の理解が前提とするように、仮に訴因の記載事項が審判対象画定の見地から決まり、防禦対象の告知もその限りで足りるといえたとしても、それを超える記載が行われた結果、訴因と異なる認定が被告人に不意打ちとなる場合に、訴因の機能が害されないといえるかは別問題と思われる。前述の通り、訴因制度には、被告人の訴因の記載に安んじた防禦を可能とする機能があると解され、法は、訴因が変更された場合の被告人の公判手続停止の請求権を明文で保障している（法三二二条四項）。これらに照らすと、審判対象の変動を伴わない限り、訴因と異なる認定から生ずる不意打ちの危険は全て、本来的に一般的な争点顕在化措置で対処することが予定されているといつてよいかは疑問が残る。

そこで訴因固有の機能に基づき、専ら防禦権保障の観点から訴因変更が必要となる場合があると解するべきだと思われるが、被告人側の防禦の仕方は事件ごとにまさに千差万別である。一般的に防禦上重要な事項であつて

も、訴因と異なる事実の認定が常に被告人の訴因の記載に安んじた防禦を害するとはいえず、この観点から真に訴因変更が必要というためには、審理の具体的経過に立ち入って事案ごとに判断せざるを得ない。このことを背景とすると、一般的に防禦上重要な事項の変動に「原則として」訴因変更を要するとした平成一三年決定の第二基準は、被告人の防禦権保障の観点から訴因変更が必要な場合に、それが誤って見過ごされることがないよう保護策として採用されたものと解しうる。即ち、一般的に防禦上重要な事項の変動は、被告人に不意打ちになると推定し、それを破るような具体的な審理経過があり、かつ認定事実が被告人により不利でない場合に限り、訴因変更を不要としたということである。¹¹⁸ なお第二の理解の下では、争点顕在化措置の代用が問題となっているわけではないので、第一の理解よりも、例外的に訴因変更が不要となる場合は狭く解される傾向があると思われる。¹¹⁹

五 おわりに

以上本稿は、平成一三年決定は、訴因の特定と訴因変更の要否に関し、訴因の機能に遡った分析的考察の重要

さを示したものと理解した上で、従来、訴因の機能とされてきた審判対象画定機能と防禦対象明示機能を、現行法の諸規定に照らしてさらに整理・分析することを試み、それをもとに近年の学説と同決定の訴因変更の要否の基準の妥当性について検討を行った。本稿では、審判対象の画定に不可欠な記載事項の内容、それを超えて法二五六条三項により要求される記載事項の内容、平成一三年決定の下での縮小認定と同一構成要件内の結果の拡大認定の処理、被告人の防禦権保障の見地に基づく訴因変更の性格について検討することになったが、同決定の判断枠組みに関しては残された課題も多い。特に審判対象の画定に不可欠な事項のより具体的・実証的検討、同決定にいう「一般的に、被告人の防禦にとつて重要な事項」の類型化等は急務だと思われる。

なお平成一六年に導入された公判前整理手続が堅実に運用されることにより、訴因の特定、訴因変更の要否が争点として争われることは以前よりも減少すると考えられる。同手続で争点と証拠の整理が行われることにより（法三二六条の二三以下）、訴因の特定に疑いがある場合には訴因の補正や訂正、訴因変更の必要が疑われる場合

には訴因変更や予備的訴因の追加等が早期かつ予防的に行われると考えられるからである（裁判員裁判では特にこのことが徹底されるであろう）。とはいえ、公判前整理手続を経ても、証拠調べ、特に証人尋問の結果、事前の想定とは異なる事実が浮かび上がるなどして、訴因変更の要否が争点となることは依然としてあり得る⁽¹²⁰⁾。その場合は、平成一三年決定の判断枠組みの適用が問題となるのであり、同決定の枠組みを訴因の機能に遡って一層明確化し、修正の余地等を究明することは、依然重要な課題といえよう。

(1) 堀江慎司「訴因変更の要否について」井上正仁ら編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、二〇一二年）五八五頁、五九四頁。

(2) 大澤裕「訴因の機能と訴因変更の要否」法学教室二五六号二八頁、二九頁（二〇〇二年）。

(3) 平成一三年決定を受けて訴因に関する諸論点に検討を加えた論稿は多数に上る。例えば、大澤・前掲注(2)、加藤克佳「訴因変更の要否と判例法理」三井誠ら編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下）』（成文堂、二〇〇七年）三三七頁、大澤裕・植村立郎「共同正犯の訴因と訴因変

更の要否」法学教室三二四号八〇頁（二〇〇七年）、川出敏裕「訴因の機能」刑事法ジャーナル六号一二〇頁（二〇〇七年）、松田章①「訴因の特定と訴因変更の要否——『刑事訴因事実論』の端緒（訴因の研究一）——」慶應法学七号一〇九頁（二〇〇七年）、松田章②「訴因変更と争点顕在化措置の要否——『刑事訴因事実論』の試み（訴因の研究二）——」刑事法ジャーナル八号六三頁（二〇〇七年）、関正晴「訴因制度と被告人の防御権」日本法学七六卷二五五頁（二〇一〇年）、伊藤博路「訴因の特定に関する一考察」名城ロースクール・レビュー一八号一頁（二〇一〇年）、小林充「訴因変更の要否の基準——平成一三年判例との関係において——」法曹時報六三卷四号一頁（二〇一一年）、久岡康成「訴因の機能と訴因の特定の再検討——憲法レベルおよび刑法レベルでの防御権保障の視点から——」立命館法学三三九・三四〇号三八八頁（二〇一一年）、堀江・前掲注（1）、辻本典央「訴因変更の必要性」研修七七四号三頁（二〇一二年）、高田昭正「訴因変更の要否」井上正仁ら編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、二〇一二年）五五五頁、木谷明「訴因変更の要否に関する平成一三年判例への疑問」浅田和茂ら編『福井厚先生古稀祝賀論文集』（法律文化社、二〇一三年）二五九頁、石井一正「訴因変更の要否に関する最高裁判例の新基準について——過失犯におけるそれを中心に——」判例タイムズ一三八五号六八頁（二〇一三年）

等を参照。

- (4) 最判昭和三十七年一月二八日刑集一六卷一一号一六三三頁（白山丸事件）、田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（有斐閣、一九九六年）一八六頁等。
 - (5) 例えば、三井誠『刑事手続法Ⅱ』（有斐閣、二〇〇三年）一六四頁。
 - (6) 小林充「共謀と訴因」大阪刑事実務研究会編著『刑事公判の諸問題』（判例タイムズ社、一九八九年）二七頁、三〇頁。
 - (7) なお最判昭和三三年五月二八日刑集一二卷八号一七一八頁（練馬事件）は、『共謀』または『謀議』は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にほかならない」としている。
 - (8) 例えば、松尾浩也『刑事訴訟法（上）』（弘文堂、一九九九年）一七五頁。
 - (9) 松尾浩也監『条解刑事訴訟法（第四版）』（弘文堂、二〇〇九年）五一五頁。
 - (10) 田宮・前掲注（4）一八六頁以下参照。
 - (11) 小泉祐康「訴因の変更」熊谷弘ら編『公判法大系Ⅱ』（日本評論社、一九七五年）二五一頁、二五七頁等。
 - (12) 最判昭和二六年六月一五日刑集五卷七号一二七七頁。
 - (13) 最判昭和二九年一月二一日刑集八卷一号七一頁。
 - (14) 最判昭和三六年六月一三日刑集一五卷六号九六一頁。
- 最判昭和四一年七月二六日刑集二〇卷六号七一頁も参

照。

- (15) 例えば、小泉・前掲注(11)二五八頁。
- (16) 最決昭和五五年三月四日刑集三四卷三三九頁。石井一正「判批」別冊ジュリスト八九号(刑事訴訟法判例百選(第五版))八六頁、八七頁(一九八六年)参照。
- (17) 川出・前掲注(3)一二二―一二三頁、堀江慎司「訴因の明示・特定について」研修七三七号三頁、五頁(二〇〇九年)。
- (18) 最判昭和三七年一月二八日刑集一六卷一一号一六三三頁(白山丸事件)。
- (19) 最決昭和五六年四月二五日刑集三五卷三三九頁(吉田町覚せい剤事件)。
- (20) 但し、各判例につき他の事実との識別をどう説明するかについては、それぞれ見解の対立がある。川添万夫「判解」『最高裁判所判例解説(刑事篇・昭和三七年度)』(法曹会、一九六三年)一三九頁、一三四頁以下、中川隆夫「訴因の特定―裁判の立場から」三井誠ら編『新刑事手続(Ⅱ)』(悠々社、二〇〇二年)一八三頁、一九一頁以下参照。
- (21) 但し、酒巻匡「公訴の提起・追行と訴因(二)」法学教室二九九号七四頁、七六頁(二〇〇五年)を参照。
- (22) 東京高判平成六年八月二日高刑集四七卷二二八二頁。
- (23) 例えば、大澤・前掲注(2)三〇頁、酒巻匡「公訴の

訴因の特定と訴因変更の要否(三明)

提起・追行と訴因(三)」法学教室三〇〇号一二二頁、一二七頁(二〇〇五年)等を参照。

- (24) 大澤Ⅱ植村・前掲注(3)九八頁。
- (25) 例えば、大谷直人「判批」別冊ジュリスト一四八号(刑事訴訟法判例百選(第七版))一〇〇頁、一〇一頁(一九九八年)。
- (26) 特に松尾・前掲注(8)二六二頁、香城敏磨『刑事訴訟法の構造』(信山社、二〇〇五年)三〇三頁、岩瀬徹「判批」別冊ジュリスト一一九号(刑事訴訟法判例百選(第六版))八六頁、八九頁(一九九二年)を参照。
- (27) 大澤・前掲注(2)二九頁。
- (28) 石井・前掲注(3)七〇頁参照。
- (29) 本件では、(i)第一審公判において、被告人がAとの共謀と実行行為への関与を否定し、被告人を実行行為者だとするAの証言につき、自己の責任を被告人に転嫁するものだと主張するなどし、かつ、(ii)認定される事実も、被告人の主張を一部容れた、実行行為者がAのみである可能性を含む択一的なものであることを指摘し、訴因変更が不要な例外的な場合にあたると結論している。
- (30) 堀江・前掲注(1)五九四頁、井上弘通「判批」別冊ジュリスト一七四号(刑事訴訟法判例百選第八版)一〇二頁、一〇三頁(二〇〇五年)参照。
- (31) 池田修「判解」法曹時報五六卷七号二三七頁、二四九頁(二〇〇四年)、加藤・前掲注(3)三五二頁は、防禦権

二二五(二二五)

説に従えば、択一的方法を用いるなどして実行行為者の明示が必要になるはずだとして、平成一三年決定は識別説に立脚するものとみる。

(32) 池田・前掲注(31)二四九頁。

(33) 例えば、共同正犯の訴因における実行行為者は、被告人が訴因の成否を争う限り常に明示が望ましいとか、審判対象の画定に不可欠といえない限り、記載が望ましいといえても法的に要求されることはないといった意味まで読み込むのは適切でないであろう。

(34) 岩崎邦生「判解」法曹時報六五卷九号二六一頁、二七八頁（二〇一三年）、石井・前掲注(3)七二頁以下。

(35) 近年、純粋な言葉の意味における識別説の不十分さを指摘する見解は多い。例えば、井上和治「判批」ジュリスト一二九号一七五頁、一七七頁（二〇〇五年）、川出・前掲注(3)一二四頁、松本時夫「訴因の性格と機能について」法曹時報六〇卷六号一頁、六頁（二〇〇八年）、堀江・前掲注(17)七頁、後藤昭「訴因の記載方法からみた共謀共同正犯論」浅田和茂ら編『村井敏邦先生古稀記念論文集』（日本評論社、二〇一一年）四五三頁、四五八頁。

(36) 判例も、傷害致死罪の訴因において、特定の被害者が明示されていることをもって、当然に訴因が特定されているとする立場は取っていない。最決平成一四年七月一八日刑集五六卷六号二〇七頁等参照。

(37) 堀江・前掲注(1)六〇五頁注三六参照。

(38) 堀江・前掲注(17)六一〇頁。川出・前掲注(3)一二三―一二四頁、井上・前掲注(35)一七七頁、松本・前掲注(35)七頁も同旨。もつとも識別説の論者の多くもこのことを前提としている。例えば、香城・前掲注(26)二八六頁、平木正洋「判解」法曹時報五七卷五号三五五頁、三六三頁（二〇〇五年）。

川出敏裕「訴因の構造と機能」法曹時報六六卷一号一頁、一五頁（二〇一四年）は、かかる事実の記載は訴因の特定に不可欠と解するが、それが審判対象の画定に不可欠な事項にはあたらないと解する余地について論じている。

(39) 堀江・前掲注(17)六一七頁。井上・前掲注(35)一七七頁参照。

(40) 川出・前掲注(3)一二四頁。また川出・前掲注(38)一三頁。

(41) 井上・前掲注(35)一七七頁。

(42) 最決昭和二十四年二月一〇日刑集三卷二号一五五頁。

(43) 堀江・前掲注(1)五八八―五八九頁。また川出・前掲注(38)一四頁参照。

(44) 川出・前掲注(3)一二三頁、堀江・前掲注(17)一〇頁以下、堀江・前掲注(1)五八九頁以下、松田①・前掲注(3)一二三頁、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』（有斐閣、二〇一一年）一五五頁。

- (45) 但し松田検事は、こうした付加的な記載も「審判対象画定に必要な事項」と捉え、訴因の拘束力を認める。松田①・前掲注(3)一二三頁以下、一六二頁以下を参照。
- (46) 裁判所の公平性の確保を強調する見解に、大澤Ⅱ植村・前掲注(3)八七頁(大澤発言)、佐藤文哉「訴因制度の意義」松尾浩也ら編『刑事訴訟法の争点(第三版)(法学の争点シリーズ六)』(有斐閣、二〇〇二年)一一四頁、一九九四年)二四三―二四四頁、二五〇頁。
- (47) 渥美東洋『刑事訴訟における自由と正義』(有斐閣、一九九四年)二四三―二四四頁、二五〇頁。
- (48) これを当事者主義や適正手続の要請と位置づける見解が多いが、弾劾主義の要求だとする見解もある。渥美東洋『全訂刑事訴訟法(第二版)』(有斐閣、二〇〇九年)二七一―二七二頁。
- (49) 本文で述べた内容を当事者・論争主義の核心だと捉える見解として、渥美・前掲注(48)二六四頁以下、権橋隆幸『刑事訴訟法の理論的展開』(信山社、二〇一〇年)一九二頁以下。
- (50) 田宮・前掲注(4)一八六頁、香城・前掲注(26)二九〇頁以下、渥美・前掲注(47)二六三頁。
- (51) 渥美・前掲注(48)二四九頁以下。田宮・前掲注(4)一六九頁以下参照。
- (52) 高田・前掲注(3)五五九頁は、「訴因は、『訴訟条件』……の存否や、『証拠の関連性』の有無、『評決の単位』などを決定するうえで、『標準』を与えるという重要な機能も果たす」とし、これを訴因の識別機能と呼ぶ。

訴因の特定と訴因変更の要否(三明)

- (53) 渥美・前掲注(48)三八九頁。
- (54) 渥美東洋「訴因と審理モデル」研修三一〇号二頁、五頁(一九七四年)。
- (55) 憲法三七条。渥美・前掲注(48)二六七頁。
- (56) 権橋・前掲注(49)一九二頁、三井・前掲注(5)一七九頁以下、渥美・前掲注(48)三九五頁以下参照。防禦範圍が限定されない場合に被告人が強いられる防禦上の過度の負担それ自体の回避も重要な狙いの一つである。
- (57) 最判昭和三十七年一月二八日刑集一六卷一一号一五九三頁(第三者所有物没収事件判決)。なお久岡・前掲注(3)三九三頁以下参照。
- (58) 渥美・前掲注(48)八三頁。弁護權保障に関する著名な合衆国最高裁の判例は、一九三二年に既にこの期間を「決定的に重要な期間」と強調していた。See, Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 57 (1932). 従来わが国では集中的審理が行われず、公判期日の一部が次回公判期日の準備手続として機能する実態があつたが、裁判員裁判の導入によりその状況は変化しており、この本来の位置づけが確認されるべきである。渥美東洋『レッスン刑事訴訟法(中)』(中央大学出版部、一九八六年)五二頁以下参照。
- (59) 大澤Ⅱ植村・前掲注(3)九五頁以下(大澤発言)、川出・前掲注(38)二五頁参照。なお田宮裕『刑事訴訟法入

門』(有信堂、一九七三年)一一六頁は、「過失犯のような補充を要する未完結の構成要件では、具体的方法が解釈的に特定されてはじめて、犯罪として明示されたことになる」とする。それに対し、平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、一九五八年)一三四頁注一は、「漫然と」という記載で足りる場合もあるとする。

(60) 複数の具体的な過失態様を審理した結果、択一的・概括的な認定がされることがありうることは別論である。交通事故の過失認定については椎橋・前掲注(49)二二二頁以下参照。

(61) なお平野龍一『訴因と証拠』(有斐閣、一九八一年)一〇二—一〇三頁参照。

(62) 笹倉宏紀「判批」ジュリスト一四五三三(平成二四年度重要判例解説)一八一頁、一八二頁(二〇一三年)は、「それぞれの事案の具体的事実関係や証拠構造により左右される」とする。

(63) 白山丸事件判決の奥野健一裁判官の補足意見参照。

(64) 土本武司「訴因の特定」熊谷弘ら編『公判法大系I』(日本評論社、一九七四年)一二三頁、一四〇頁は、訴因は原則として訴因それ自体で特定されていなければならぬとの前提から、白山丸事件では、訴因に帰国の事実を記載すべきであったとし、そうしても余事記載や予断事項にはあたらないとする。しかし、被告人側も出席し、その主張を明らかにすることが予定されている公判前整

理手続や冒頭陳述と異なり、起訴状は検察官から裁判所に一方的に提出されるものであるから、そこに犯行を立証する間接事実そのものを記載することは、予断排除との関係で妥当ではないと思われる。

(65) 井上・前掲注(35)一七九頁。中川孝博「判批」法学セミナー五七九号一一〇頁参照。

(66) 佐藤隆之「判批」ジュリスト一二四六号一八一頁、一八三頁(二〇〇三年)。

(67) 前掲最決昭和五六年四月二五日(吉田町覚せい剤事件)も同様の考察が可能であろう。堀江・前掲注(17)八頁参照。

(68) 堀江・前掲注(17)八—九頁、川出・前掲注(38)一四頁参照。

(69) 冒頭陳述を考慮することに批判的な見解として、時国康夫「判批」別冊ジュリスト五一号(刑事訴訟法判例百選(第三版))九五頁、小田中聰樹『ゼミナル刑事訴訟法(上)』(有斐閣、一九八七年)一四〇頁。

(70) したがって検察官が請求する証拠の具体的な証明力の程度は考慮されるべきではないと思われる。なお酒巻・前掲注(21)七八頁参照。

(71) 松尾監・前掲注(9)六二八頁参照。

(72) このことは公判前整理手続についてもいえる。椎橋・前掲注(49)三〇九—三一〇頁。

(73) 冒頭陳述の考慮を許す見解として、金築誠志「判解」

『最高裁判所判例解説（刑事篇・昭和五六年度）』（法曹会、一九八五年）一〇三頁、一〇九頁。

(74) かかる事項は裁判所の受動的審理に必要な事項であるから、審判対象の画定に不可欠な事項としてその変動には訴因変更が必要となる。

(75) 松尾・前掲注(8)一四九頁、渥美・前掲注(48)三七五頁。

(76) 勿論、補正の余地を一切否定するべきではないが（最判昭和三十三年一月二三日刑集一二卷一号三四頁参照）、見込み起訴の疑いが強い場合は補正を許さず、訴因の不特定を理由に公訴棄却すべきである（法三八八条四号）。河上和雄ら編『大コンメンタール刑事訴訟法（第二版・第五卷）』（青林書院、二〇二三年）一五二頁。

(77) 言葉の純粹な意味での識別説の下では、本文で述べた過失運転致傷罪の訴因も、被害者が特定されている以上、他の犯罪事実との識別は可能だとして、適法ということになってしまう。

(78) 堀江・前掲注(17)八頁も、『共謀の上』との記載だけで、（実行には関与していない）共謀共同正犯の共謀への関与について裁判所に確信を抱かせるに足るだけの（最低限の）具体的事実を示したことになるのか、少なくとも……全ての事案においてかかる記載で足りるとしてよいかは、疑問とする余地がある」とする。

(79) 最判昭和五八年一月二三日刑集三七卷一〇号

訴因の特定と訴因変更の要否（三明）

一五八一頁（よど号ハイジャック事件判決）の判示は、共謀共同正犯について、事前の謀議の日時を明らかにしない立証の余地を肯定していると読める。

(80) 最決平成一五年五月一日刑集五七卷五号五〇七頁。

(81) 東京高判平成一〇年七月一日高刑集五一卷二号一二九頁。

(82) 加藤・前掲注(3)三六〇頁参照。なお平成一三年決定には、共同正犯における実行行為者は、訴因の記載に不可欠な事項となることは一切ないと解しているようにも読めるが、同決定の事案では、検察官は事前の謀議への参加も主張しており、検察官の立証構造上、実行行為者の特定は不可欠ではなかったものであり（大澤Ⅱ植村・前掲注(3)八八頁（植村発言）参照）、当該事案を前提に述べたものと解すべきである。

(83) 但しここでも、検察官の審判対象の設定の仕方、立証の構造と無縁ではないと思われる。この点に関しては、覚せい剤の自己使用の訴因の記載が検討を要するところであるが、その検討は他日に期したい。

(84) 後藤・前掲注(35)四五八頁、中野目善則「判批」法学新報九六卷五号三三七頁、三四二頁（一九九〇年）。

(85) 渥美東洋「訴因の特定・明示の意味」研修四四五号三頁、一一頁（一九八五年）。従来わが国では、前掲注(58)で述べたような審理が行われていたため、防衛上の大きな不利益が生じなかったことから、訴因が概括的な

場合の速やかな証拠開示は徹底されてこなかったが、公判前の防御準備の手掛かりを提供するという訴因本来の機能、そして集中的審理を目指す今日の法状況に照らせば、その徹底が求められる。

(86) 仮に謀議の日時等が検察官に判明していなくとも、常に共謀の日時等の表示が要求されるという厳格な防御権説があるとするれば、それは妥当ではないことは明らかであろう。検察官請求証拠の早期の開示を前提に公判でそれらの証明力を争うことは可能であり、それでも充実した防御が困難だというならば、それを考慮した慎重な認定のための注意則を發展させる等の方策が検討されるべきであって、訴追そのものを類型的に許さないというのは極端に過ぎるからである。

(87) 訴因の過度な記載が却って防禦権保障機能を弱める虞を指摘する見解として、関・前掲注(3)五一九頁。

(88) 立法担当者は、「これらの手続が終わった後であれば、被告人側に、公判においてすることを予定している主張があるときは、これを明らかにするよう求めても、被告人側の防御の利益を損なうものではない」とする。落合義和ほか『刑事訴訟法等の一部を改正する法律及び刑事訴訟規則等の一部を改正する規則の解説』（法曹会、二〇一〇年）一五〇頁（辻裕教担当）。

(89) 田口守一『刑事訴訟の目的』（成文堂、二〇〇七年）二二三頁。

(90) 堀江・前掲注(17)一四頁及び注二六を参照。

(91) 堀江・前掲注(17)一五頁、川出・前掲注(3)一二三頁。但し、川出・前掲注(38)一八頁を参照。

(92) 堀江・前掲注(17)一三頁。

(93) このことは、「罪となるべき事実」と「日時・場所・方法等」の関係をいかに理解するかも関わってよう。土本・前掲注(64)一二六頁参照。

(94) 加藤・前掲注(3)三五三頁。

(95) 大澤・前掲注(2)三一頁。

(96) 堀江・前掲注(1)六〇〇頁も参照。

(97) 大澤・前掲注(2)三一頁、加藤・前掲注(3)三五三頁。

(98) 堀江・前掲注(1)六〇一頁。

(99) なお検察官の訴追意思の観点からは訴因変更が不要だが、裁判所の受動的審理を実現する観点から訴因変更が必要という場合もあると思われる。例えば、最判昭和四六年六月二二日刑集二五卷四号五八八頁は、停車中の前車への追突という業務上過失致傷の事案で、クラッチペダルを踏み外した過失の訴因に対し、ブレーキをかけた遅れた過失を認定するには訴因変更を要するとした。この場合の訴因変更の必要を、過失態様が検察官の訴追意思の形成に関わるからと説明する見解もあるが（香城・前掲注(26)三二三頁参照）、この程度の差異について検察官の訴追意思が左右されるとは思われないし（川出・前掲注(38)二三三頁参照）、検察官の訴追意思を尊重すべき場

合とも思われない。当該事案への適用の可否は別として、同判決の理論構成は、過失の具体的態様という檢察官の有罪立証の成否の要となる事実について、裁判所がそれと異なる事実から有罪認定を行うことを許すべきでない、という裁判所の受動的審理の実現という観点に基づくものと解すべきだと思われる。

(100) 最判昭和二十六年六月一五日刑集五卷七号一二七七頁。なお本稿では、縮小認定は構成要件の変動を伴うものであることを前提とする。

(101) 酒巻匡「審理・判決の対象(二)」法学教室三七六号八〇頁、八六頁(二〇一二年)。加藤克佳「縮小認定と訴因変更の要否」研修七〇九号三頁、九一—一〇頁(二〇〇七年)。

(102) なお防禦権保障の観点からも、縮小事実について防御が尽くされていることが多いので訴因変更が不要といえることが多いであろう。

(103) 香城・前掲注(26)三〇六頁、三井誠「訴因の機能——訴訟条件と『縮小理論』」研修五〇一号三頁、七一—八頁(一九九〇年)。加藤・前掲注(101)一一頁、酒巻・前掲注(101)八六頁は、訴追意思の打診や確認が必要だとする。

(104) 香城・前掲注(26)三〇五頁以下参照。

(105) 大澤Ⅱ植村・前掲注(3)八八頁、松田②・前掲注(3)八七頁参照。

(106) 毛利晴光「訴因変更の要否」平野龍一ら編『新実例

訴因の特定と訴因変更の要否(三明)

刑事訴訟法Ⅱ』(青林書院、一九九八年)四七頁、五七頁。勿論、そう解した場合でも、防禦権保障の観点から訴因変更が必要といえるかは別論である。松本芳希「訴因・罰条の変更」大阪刑事実務研究会編著『刑事公判の諸問題』(判例タイムズ社、一九九四年)四〇頁、四八頁参照。

(107) 大澤Ⅱ植村・前掲注(3)八八頁(大澤発言)。香城・前掲注(26)三〇九頁。

(108) それに対し、現金の窃盗における金額や覚せい剤所持における所持量の拡大認定の場合は議論の余地がある。

(109) なお平成一三年決定で(i)(ii)の例外要件に付されている「少なくとも」という文言は、最決平成二四年二月二九日刑集六六卷四号五八九頁では付されなくなっている。

(110) 前掲最判昭和五八年一月一三日(よど号ハイジャック事件判決)。具体的には求釈明等によって行われる。池田・前掲注(31)二五九頁注一八参照。

(111) 大澤・前掲注(2)三二頁、田口・前掲注(89)二一六—二二七頁、関・前掲注(3)五三四頁、古江頼隆「訴因の変更」法学教室三六四号二一頁、二四頁(二〇一一年)。

(112) 大澤・前掲注(2)三二頁。

(113) 平成一三年決定のこの立場に対しては、「具体的な争点に関する被告人の防禦権の保障問題は、訴因制度とは次元の異なる問題と考えるべき」という批判もある。田

口守一『刑事訴訟法（第六版）』（弘文堂、二〇一二年）三三三頁。判例の立場を肯定的に捉える見解として、大澤・前掲注（2）三三三頁注二六、関・前掲注（3）五三四頁以下。

（114）前掲注（23）参照。とはいえ、従来の抽象的防御説が、一般的に防御上重要な利益と認めながら、訴因変更を不要とする余地を残す理論であったのか疑問も残る。川出・前掲注（3）一二五頁参照。

（115）川出・前掲注（3）一二五—一二六頁、井上・前掲注（30）一〇三頁。堀江・前掲注（1）五九四頁も同旨か。なお松本・前掲注（106）五八頁注一〇も参照。

（116）小林・前掲注（3）七頁以下、高田・前掲注（3）五八一頁。

（117）中村真利子「判批」法学新報一二〇巻五・六号三二七頁、三二四頁（二〇一三年）。

（118）認定事実が被告人により不利益でないことが例外の要件とされたことには批判もあるが（例えば、大澤Ⅱ植村・前掲注（3）九〇—九一頁）、第二基準が本文で述べたような政策的衡量に基づく保護策だと解すれば、必ずしも不合理ではないといえる。

（119）例外が認められる場合の広狭については、理解の違いがみられる。小林・前掲注（3）九頁、加藤・前掲注（3）三六二頁は、求釈明等の争点顕在化措置がとられた場合に緩やかに例外を認めるのに対し、大澤Ⅱ植村・前

掲注（3）九〇頁（植村発言）は、訴因として掲げた以上は訴因を変更するのが本筋であるとしてこれに与しない。

（120）公判前整理手続後の訴因変更が許される場合があるとした判断に、東京高判平成二〇年一月一八日高刑集六一巻四号六頁がある。

民法九〇〇条四号但書前段と憲法一四条一項をめぐる 非嫡出子の法定相続分問題

——最大決平成二五年九月四日金融法務事情一九七八号三七頁（平成二四年（ク）第九八四号・第九八五号遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件）——

百 地 章 小 関 康 平

《事案概要》

《決定要旨》

《評 釈》

- 一 合憲性審査の構造
- 二 立法事実としての総合的に考慮すべき社会事情等
- 三 法律婚尊重の意義とその間接的担保としての法定相続分規定

- 立法目的の正当性及びそれに対する立法目的達成手段の合理的関連性の検討を併せて
- 四 憲法上の理念と民法上の制度
 - 四―一 法の下の平等と相続制度——変容を受ける個人尊重（尊厳）の原理
 - 四―二 遺言による相続と法定相続分による相続——本件規定の補充性について

五 違憲判断の効力
結語に代えて

《事案概要》

本件は、平成一三年七月に死亡した被相続人Aの遺産につき、Aとその亡妻Bとの間の嫡出子X1及びX2、並びに、AB間の嫡出子である亡Cの代襲相続人X3及びX4（申立人・被被告人・被特別被告人）が、ABとの婚姻中にAと申立外Dと間において出生した非嫡出子たるY1及びY2（相手方・被告人・特別被告人）に対して、遺産分割の審判を申立てた事案である。

Y1及びY2は、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の二分の一と定める民法九〇〇条四号但書前段は、憲法一四一条一項に違反すると主張したが、第一審は、最高裁決定を踏襲し、「……非嫡出子に嫡出子の2分の1の法定相続分を認めることにより、非嫡出子を保護しようとしたものであり、法律婚の尊重と非嫡出子の保護との調整を図ったものと解される……」^③として、これを認容せず、Y1及びY2は抗告。抗告審もまた、平成七年最大決後

の「……社会情勢、家族生活や親子関係の実態、本邦を取り巻く国際的環境等の変化等を総合考慮しても、本件相続開始時……に上記規定〔民法九〇〇条四号但書前段〕が違憲であつたと認めることはできない」として第一審と同様の憲法判断をした為、Y1及びY2は本件特別抗告に及んだ。^④

《決定要旨》

原決定破棄差戻し。

（1）「憲法14条1項は、……事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものである……」。

（2）「……相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならぬ。さらに、現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等を離れてこれを定めることはできない。これらを総合的に考

慮した上で、相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断に委ねられているものというべきである」。

- (3) 平成七年最大決は、法律婚主義を採る我が国においては本件規定が憲法一四条一項に違反しないとす
るが、「法律婚主義の下においても、嫡出子と嫡出
でない子の法定相続分をどのように定めるかという
ことについては、前記2「Ⅱ決定要旨(2)に相当」
で説示した事柄を総合的に考慮して決せられるべき
ものであり、また、これらの事柄は時代と共に変遷
するものでもあるから、その定め合理性について
は、個人の尊厳と法の下の平等を定める憲法に照ら
して不断に検討され、吟味されなければならない」。
- (4) 「昭和50年代前半頃までは減少傾向にあった嫡出
でない子の出生数は、その後現在に至るまで増加傾
向が続いているほか、平成期に入った後においては、
いわゆる晩婚化、非婚化、少子化が進み、これに
伴って中高年の未婚の子どもがその親と同居する世
帯や単独世帯が増加しているとともに、離婚件数、
特に未成年の子を持つ夫婦の離婚件数及び再婚件数

- も増加するなどしている」。また、昭和三十二年民法
改正当時に参照された諸外国の法制度は、既に今日
においては変化を遂げているし、平成五年に国連自
由権規約委員会が本件規定の削除を勧告している。
更には、平成三十二年に、児童の権利委員会が、本件
規定の存在を懸念する旨の見解を改めて示している。
- (5) それにも関わらず本件規定が存続するに至ってい
るのは、「欧米諸国の多くでは、全出生数に占める
嫡出でない子の割合が著しく高く、中には50%以上
に達している国もあるのとは対照的に、我が国にお
いては、嫡出でない子の出生数が年々増加する傾向
にあるとはいえ、平成23年でも2万3000人余、
上記割合としては約2・2%にすぎないし、……家
族等に関する国民の意識の多様化がいわれつつも、
法律婚を尊重する意識は幅広く浸透しているとみら
れること」がある。
- しかしながら、本件規定の憲法適合性判断にあ
たっては、「種々の要素を総合考慮」されなければ
ならないものの、「法律婚を尊重する意識が幅広く
浸透しているということや、嫡出でない子の出生数

の多寡、諸外国と比較した出生割合の大小は、上記法的問題の結論に直ちに結び付くものとはいえない」。

（6）平成七年最大決以来、当裁判所は本件規定を合憲と判断してきたが、当該決定においても既に反対意見・補足意見が付されており、特に、「……最高裁平成15年3月31日第一小法廷判決以降の当審判例は、その補足意見の内容を考慮すれば、本件規定を合憲とする結論を辛うじて維持したものとみることができる」。更に補足意見の中には、速やかな立法措置を求めるものもある。

（7）「本件規定の補充性からすれば、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等とすることも何ら不合理ではないといえる上、遺言によっても侵害し得ない遺留分については本件規定は明確な法律上の差別というべきであるとともに、本件規定の存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねないことをも考慮すれば、本件規定が上記のように補充的に機能する規定であることは、その合理性判断において重要性を有しないというべきで

ある」。

（8）「……〔以上を〕総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。そして、法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものといえることができる」。

「以上を総合すれば、遅くともAの相続が開始した平成13年7月当時においては、立法府の裁量権を考慮しても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われていたというべきである」。

したがって、本件規定は、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項に違反していたものというべきである」。

(9) 本決定は、平成七年最大決が、「それより前に相続が開始した事件についてその相続開始時点での本件規定の合憲性を肯定した判断を変更するものではない」。

「……本件規定は、本決定により遅くとも平成13年7月当時において憲法14条1項に違反していたと判断される以上、本決定の先例としての事実上の拘束性により、上記当時以降は無効であることとなり、また、本件規定に基づいてされた裁判や合意の効力等も否定されることになろう」。

しかしながら、本決定は、「……その違憲性を当裁判所として初めて明らかにするものである。……それにもかかわらず、本決定の違憲判断が、……いわば解決済みの事案にも効果が及ぶとすることは、著しく法的安定性を害することになる」。

だとすると、「……確定的なものとなったといえる法律関係までも現時点で覆すことは相当ではないが、関係者間の法律関係がそのような段階に至っていない事案であれば、本決定により違憲無効とされた本件規定の適用を排除した上で法律関係を確定

的なものとするのが相当であるといえる」。「したがって、本決定の違憲判断は、Aの相続の開始時から本決定までの間に開始された他の相続につき、本件規定を前提としてされた遺産の分割の審判その他の裁判、遺産の分割の協議その他の合意等により確定的なものとなった法律関係に影響を及ぼすものではないと解するのが相当である」。

(10) 尚、金築誠志、千葉勝美、岡部喜代子各裁判官の補足意見がある。

《評 釈》

一 合憲性審査の構造

本件規定については、平成七年最大決^⑤において合憲判断が下されているが、本決定は、それを判例変更したものである。平成七年最大決が採る合憲性審査の構造^⑥については、一般に、いわゆる合理性の基準であるとされる。このような理解に基づく論稿においては、その多くが、先ず、厳格審査基準、厳格な合理性の基準、合理性の基準について紹介した上で、平成七年最大決は、このうち

の合理性の基準に依拠しており、厳格な合理性の基準が採用されるのが妥当である旨を論ずる^⑦。

ところが、平成七年最大決が、合理性の基準に依拠しているとするのとは、別種の理解も少なからず存在する^⑧。それにも関わらず、平成七年最大決の採用する合憲性審査の構造について、このような異なる理解を対照しようとする論考は余り見られない^⑨。そもそも、いわゆる合理性の基準とは、①立法目的が正当（legitimate）であつて、②かかる立法目的とその為の規制手段（立法目的達成手段）とが合理的に関連してゐるか（rationally related）否かを審査するものである^⑩。だが、平成七年最大決に対する別種の理解は、そもそも、同判決が立法目的とその為の規制手段という構造に拠ることなく、これ故に、両者の間の合理的関連性を審査していないと考察する。その論ずるところ即ち、目的——手段構造を明確に採用しているとされる尊属殺重罰規定違憲判決を差し置く、平成七年最大決の「……法廷意見には、アメリカでいう rationality の基準を引き合いに出して判例の「合理的区別」論を説明しようとする学説（および本件決定「Ⅱ平成七年最大決」の反対意見）に対して、違和感を表明し

ている、とみる余地がある」と^⑪。

翻つて本決定を見るに、「……本件規定の合理性については、前記2及び(2)で説示したとおり「Ⅱ本稿における決定要旨(2)及び(3)に相当」、種々の要素を総合考慮し「て」、……判断されるべき」として、具体的には、決定要旨(4)及び(5)に示されるような検討を行っている。これを要するに、「種々の事柄」——この点については次節において扱うが——が変遷を遂げるなどしており、「……遅くとも……平成13年7月当時においては、立法府の裁量権を考慮しても、嫡出子と嫡出でない子の法廷相続分を区別する合理的な根拠は失われていたというべきである」と論ずる。しかしながら、ここで述べられているところの失われた「合理的な根拠」とは、本決定がいかなる合憲性審査手法を採用しているのかについて考えるとき、何について語られているものなのか不明なところがある。即ち、立法目的の正当性について論ずるものであるのか、立法目的と立法目的達成手段との合理的関連性について論ずるものであるのかについてである。

本件規定の立法目的（ないし立法理由）については、

法律婚の尊重と言われる。この法律婚の尊重という立法目的が正当なものであるか否かは、——評釈三において述べるように——法律婚主義を採用すること自体の正当性ないし憲法適合性によって決せられることとなる。しかし、本決定は、「我が国は」いわゆる事実婚主義を排除して法律婚主義を採用し「ている」と述べた上で、「民法が法律婚主義を採用している以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇してこれを定めるが、他方、非嫡出子にも一定の法定相続分を認めてその保護を図ったものである」¹⁹との平成七年最大決の説示を引用するに留め、それに対する独自の評価を与えてはいない（尤も、法律婚主義それ自体の正当性ないし憲法適合性について精緻な検討を加えていないことは、平成七年最大決においても同様である）。この上で、本決定は、決定要旨（3）のごとく説き、同（4）に略述した検討に入っている。ここでは、本件規定に関わるものの、家族観の変化、諸外国立法の趨勢、我が国が批准した条約等の社会事情等について、その変遷が詳細に紹介されており、これを主要な論拠として本件規定が「合理的な根拠」を失ったと最終的に結論付けている。

従って、本決定は、法律婚の尊重という本件規定の立法目的について、その合憲性審査を行っていないか、あるいは、合憲であることを前提にして論を進めているものと思われる。確かに、先例と同様の憲法適合性評価を行う場合にあっては、立法目的についての審査は省略され、立法目的達成手段のみ審査に付されることもあり得よう。だが、本決定においては、先例としての平成七年最大決とは異なった憲法適合性評価を結論付けており、立法目的についての審査は改めて精緻に行われるべきはずであった（あるいは反対に、本決定が法律婚の尊重という立法目的が合憲であることを前提としているのであれば、左に論ずるように本件規定については合憲判断が妥当である）。

こうした本決定のごとき合憲性判断の構造は、しかし、（平成七年最大決における反対意見や、より明確には尊属殺重罰規定違憲判決が採るような）目的——手段の構造把握によって合憲性判断を行っていることが明らかであるとは言えなからう。従って、本決定について、「……その（「本件規定の」今日における合理性を否定したのであり、平成七年決定反対意見の視点を基本的に

採用したものといつてよからう」⁽¹³⁾との見解があるものの、これが本決定において厳格な合理性の基準が採用されたということを意味するものであれば、俄かには賛同しかねる。と言うのも、こと本決定で採られた合憲性審査の手法については、——結論こそ異なるが——寧ろ平成七年最大決における多数意見に対する前出の別種の理解に近似した見方も成立し得るからである。⁽¹⁴⁾

尤も、評釈二において見るように、本決定は、社会事情等について検討を加えているものの、これは立法目的達成手段が効果的なものとなり得るか——即ち、立法目的との間の合理的関連性——のみに接続し得るものであつて、立法目的の正当性ないし重要性を基礎付ける内容のものとはなっていない⁽¹⁵⁾。しかも、立法目的の正当性ないし重要性は、評釈三において見るように、主として法律婚制度それ自体の正当性ないし憲法適合性に依拠すべきものとなろう。

二 立法事実としての総合的に考慮すべき社会事情等

平成七年最大決も本決定も一様に、立法府がその裁量において相続制度を策定するに際しては、「それぞれの

国の伝統、社会事情、国民感情など」（本決定）（決定要旨（7））、そして、「その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等」（平成七年最大決）（以下、社会事情等という）が総合的に考慮されなければならない旨を示している。

そして、本決定は、かような社会事情等は、「時代と共に変遷するものでもあるから、その定め（『本件規定』の合理性については、個人の尊厳と法の下の平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない）（決定要旨（3））」とし、昭和二十二年民法改正の際に本件規定は現行民法に引き継がれたことを挙げた上で、同民法改正以後における上記の社会事情等の変遷を決定要旨（4）のごとく詳細に紹介している。その上で、このような社会事情等の変遷は、「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に意識されてきたこと」（決定要旨（8））を明らかにするものとし、このことを、憲法適合性判断を導く一根據としてみるとみることができるとみられる。

本決定は、しかしながら、同時に決定要旨（4）のような社会事情等の変遷にも関わらず、我が国において本件

規定の存続してきた背景を語る中で、「我が国においては、嫡出でない子の出生数が年々増加する傾向にあるとはいえ、平成23年でも2万3000人余、上記割合としては約2・2%にすぎないし、……家族等に関する国民の意識の多様化がいわれつつも、法律婚を尊重する意識は幅広く浸透しているとみられること」（決定要旨(5)）についてもまた認定している。ところが、先に見たように、本決定の憲法適合性判断を導く一根拠がこうした考慮すべき社会事情等の変遷にあるにも関わらず、この点については、「種々の要素を総合考慮」するとしつつも、「……個人の尊厳と法の下の平等を定める憲法に照らし、嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否かという観点から判断されるべき法的問題であり、法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していることや、嫡出でない子の出生数の多寡、諸外国と比較した出生割合の大小は、上記法的問題の結論に直ちに結び付くものとはいえない」（決定要旨(5)）との判断を下した。

相続制度の策定においては、社会事情等が総合的に考慮されなければならないとして、既に見たようなかたちで本決定の憲法適合性判断を導く一根拠とされている。

他方でまた、諸外国の例とは異なった我が国の「社会事情」と言える非嫡出子出生数の相対的少なさや、我が国の「国民感情」と言える法律婚を尊重する意識の幅広い浸透については、「法的問題の結論」には結び付けられてはいない。本決定の憲法適合性判断の一根拠となった社会事情等と、本決定のいう「法的問題の結論に直ちに結び付くものとはいえない」社会事情等との間隙に、いかなる性質の差異が存在するのかについては、本決定中において必ずしも明かではないと言わざるを得ない。

三 法律婚尊重の意義とその間接的担保としての法定相続分規定

——立法目的の正当性及びそれに対する立法目的達成手段の合理的関連性の検討を併せて

(1) 本件規定の立法目的（ないし立法理由）は法律婚尊重とされるが、そもそも、法律婚尊重の手段を考える場合に、一つには、法律婚を構成する当事者やそれに基づく婚姻共同体に対して——事実婚等の非法律婚の場合に比して——一定の法的保護を与えることと、今一つに、民法が「いわゆる事実婚主義を

排して法律婚主義を採用し」（本決定及び平成七年最大決）ている以上、法律婚が形骸化せしめぬという意味において法律婚という法制度を保護することとが考えられる。このうち後者の趣旨が何故に導出されるのかと言えば、法律婚が正に一つの法制度であれば、法はそれに対する服従を欠いては最早（少なくとも実効的な）法ではなくなるということに他ならず、法が制度を定立するということは——即ち、民法が法律婚主義を採用するということは——論理必然的にそうした側面を含まざるを得ない。

そのことは、本件規定に関する政府委員の国会における説明において、「正当な婚姻から生まれた子供とそうでない子供との間において区別をするということは、これは正当な婚姻を奨励、尊重するという¹⁷（こと）」（圏点——評者）とされていることからよく看取できる。要するに、法律婚という制度は利用されて初めてその法定されている実質的意義を示すものであるから、右に見た法律婚尊重の意義のうち、後者の法律婚という法制度保護とは、法律婚による婚姻関係を普及せしめることを包含していると

言える。

だとすると、結局のところ、民法が法律婚主義を採っていることの正当性ないし重要性が本件規定の立法目的のそれを直接根拠付けることとなろうが、この点については本決定及び平成七年最大決は殆ど立入っておらず、その合憲性を前提に論を進めているものと思われる。従って左にごく簡潔に私見を付しておく。

（2）法律婚による婚姻関係が普及するならば、法律婚によらない異性関係数は、相対的に少なくなろう。他方で、立法が法律婚を尊重する立場を放棄し、法律婚を結ぶことの動機付けが法制度上において、用意されていないか、あるいは、それが相対的に少なくなれば、非法律婚にして、かつ、非内縁の関係は¹⁸相対的に増加することとなる¹⁹。このことは、ヨーロッパ諸国において、「……1960年代以降、婚姻や離婚に対する種々の法的制限が緩和され、婚姻外での同棲、事実婚が増加し、その結果、婚姻外で生まれる非嫡出子も増加の一途を辿った²⁰」（圏点——評者）とされることから明らかである。従つ

て、非法律婚にして、かつ、非内縁関係数の増加が何らかの社会的害悪を齎し得るものであるか否かが、本件規定の立法目的の正当性ないし重要性を根拠付けることとなる。

この点につき検討するに、例えば、既に法律婚を結んでいる者は、我が国の法制下においては重ねて法律婚を結ぶことはもとより（民法七三二条、刑法一八四条）、貞操義務を生ぜしめるが故に配偶者以外の者と異性関係を結ぶことは許されていない（民法七七〇条一項一号）。だが、法律婚に至らない異性関係については、内縁準婚姻論の下に内縁関係の要件が満たされない限り、このような法的規律は存在しない。このような非法律婚にして、かつ、非内縁の異性関係については、法的規律が及ぶことはないから、かかる異性関係を構成する当事者にあつては、法律婚による婚姻関係を構成する当事者に比して、複数の異性関係を形成する可能性が増幅すると言える。このことは、単婚（一夫一妻制）を社会通念とする⁽²¹⁾——あるいは現在の法律婚制度そのものが単婚を前提としている——現代の我が国においては、

国民の異性関係形成についての道徳観・倫理観の敗退を招来させるものとなり得よう。⁽²²⁾

(3) しかもまた、私法的規律のみによつて、国民の異性関係形成についての道徳観・倫理観が保持せしめようとするシステムは、——評釈二において既にみたように——我が国のように法律婚を尊重する国民感情が根強いところにおいてのみ、実効性を発揮する。

尤も、法律婚を構成している当事者であつても、不貞行為に及ぶことはあり得るのであつて、本件規定の存在を以つて、国民の異性関係についての道徳観・倫理観を完全に確保し得るものではない。しかしながら、法律婚を構成している当事者であつても——即ち配偶者による損害賠償請求という私法的制裁が用意されているにも関わらず——、そのような抽象的可能性が想定できるということは、やはり、非法律婚にして、かつ、非内縁関係を構成する当事者にとつては、かかる可能性は一層に高まるものと言える。

他方で、不貞行為につき——戦前の姦通罪やこの

行為主体を男性にまで拡張したような罪の規定のごとくして——刑事罰を以ってして処罰することでもまた、国家権力による私生活への過度な介入との誹りを免れ得ないであろう。してみると、私法的制裁を以って法律婚による夫婦共同体を保護していることは、一面で国民生活への国家権力の過度な介入を自制しつつ、国民の異性交際上の道徳観・倫理観の維持に寄与しているものとみることができる。

（4）更に、かかる社会的利益の保護に加えて、このような非法律婚にして、かつ、非内縁の異性関係を構成する当事者が、複数の異性関係を形成している場合にあつて、その何れかの異性関係において子があつた場合には、かかる子の家族共同体への帰属意識の不安定化、それに伴う精神衛生上の好ましからざる影響もまた懸念されるものとなるう。

（5）この他、「婚姻共同体によつて財産が形成され、その過程においては苦勞もあつたのに、そこに属さない、後から出てきた非嫡出子に、その構成員である嫡出子と同額の財産を持つていかれることに果たして合理性はあると言えるのか²³」との批判は、それ

が妥当する事例は非嫡出子相続問題一般ではない——即ち、平成七年最大決における事例には妥当しない——とは思われるものの、本件のごとき事例においては、一定の説得力を有するものと言える。このことは、我が国の家族法制の運用において現在もなお「家産」概念が前提されていることとも関係しよう。確かに、民法七六二条において夫婦別産制が採用されているものの、他方で財産の名義を問わず、財産分与等において、民法七六八条三項の規定の下に、いわゆる「内助の功」が認められることがあるからである。

（6）要するに本件規定は、国民が広く法律婚を利用する為の動機付けの一つであり、かつ、婚姻共同体によつて財産形成がなされることを考慮すると、十分に根拠のある財産配分の方法であるから、その目的の正当性及びそれに対する手段の合理的関連性は肯認せられよう。

四 憲法上の理念と民法上の制度

四―一 法の下の平等と相続制度――変容を受ける個人

人尊重（尊厳）の原理

本決定においては、本件規定の合理性判断にあたって、右にみたような社会事情等を総合考慮するとともに、「……個人の尊厳と法の下の平等を定める憲法に照らし」て、検討されなければならない旨が頻りに強調されている。そして、社会事情等の変遷によって、「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきた」とし、そのような状況下においては既に本件規定の合理性は失われているとの判断をしている。だが、本決定においては、法の下の平等と相続制度中の本件規定との関係について言及のあるものの、法の下の平等と相続制度それ自体との関係については、何ら言及はない。そこで、この点について改めて検討しておきたい。

そもそも憲法一四条における法の下の平等を、機会の平等と解するならば、①経済活動の自由もまた、かかる自由の等しい機会の保障を確保されねばならない。そして、②そのような個人の経済的活動の所産に対する権利は、本来的には、かかる個人のみに帰属し、これは財産

権として憲法二九条の下に憲法的保護を受ける。

ところが、①相続制度それ自体ないし相続権は、そのような機会の平等の阻害要因になり得る。と言うのも、相続によって取得し得たところの財産とは、相続人個人の経済活動によって生じたものではなく、これ故に、ある個人が相続によって財産を取得することは、そのような財産取得の具体的可能性のない個人との関係において平等問題を生ぜしめることとなるからである。これ故に、このような前提に立脚すれば、②相続権が法律上の権利であることに疑いはないものの、²⁴しかしそれは自然権的淵源を有するものではあり得ない。しかもまた、――本決定も援用する、憲法一三条（個人の尊重）ないし憲法二四条二項（個人の尊厳）に示されるように――個人主義を標榜する現行憲法の理念の下においては、相続権が単に財産に対する権利だからと言って憲法上の財産権として憲法的保護を受け得る憲法上の権利でもなからう。

確かに、憲法二四条二項は、明示的に相続について列挙した上で、これが「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚」されなければならないことを要求しており、このことが相続権の憲法上の権利性を裏付けるものであるか

のようにも思える。だが、かかる条文から看取し得ることは、第一に、憲法が相続制度それ自体を必要的なるものとして、その設計を法律に委任しているものではなくて、相続制度を定立する場合の要件を示しているということである。第二に、同条項は、憲法上の「財産権」と共に「相続」を列挙しており、このことから、少なくとも憲法上の財産権に「相続」制度に基づく相続権が含まれないものと言ひ得る。⁽²⁵⁾だとすると、相続制度それ自体を採用するか否かからして既に立法政策の問題に過ぎないと言わざるを得ない。⁽²⁶⁾尤も、——憲法適合性の次元ではなく政策当否の次元からは——死亡者の財産が無主物となるようなことがあれば、財産管理上問題を来す虞が多分にあり、その意味で政策的には妥当ではないし、また、相続制度を認めずに死亡者の財産を国庫に帰属せしめることもまた、我が「国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮」（決定要旨（2））したものとは到底言えまい。

だが、相続制度それ自体の定立が単なる立法政策の問題に過ぎないとしても、あるいは、相続権それ自体が憲法的保護を受け得るものでないとしても、右第一を前提とすれば相続制度を設ける以上、そのような法律上の相

続権の（合理的理由のない）不平等取扱は、憲法一四条及び二四条二項の法意に反する虞をなしとしない。しかしながら、「個人の尊重」あるいは「個人の尊厳」という理念が立脚するところの個人主義自体が、そもそも相続という制度を相容れるものではないことは本節において前述した通りである。それにも関わらず、憲法二四条二項において相続について言及のあることは、——それ自体が憲法適合的な制度として——個人主義的理念に一定の変容を憲法自身が予め要請しているものとして解釈されねばならない。だとすると反対に、——同じくそれ自体が憲法適合的な制度とされている（この点については評釈三参照）——法律婚主義もまた、現行憲法が標榜する個人主義に変容を齎しているとの読み方が可能となる。それは即ち、法律婚制度を形骸化せしめない為の——少なくとも——比較的緩やかな手段との関係において、憲法二四条二項における「個人の尊厳」が変容を受けるということを意味しよう。

本件規定の合憲性を懐疑的に考察し、あるいは、合憲性審査基準について緩やかな審査を否定しようとする論——本決定及び平成七年最大決における反対意見を含め

て——は、しばしば、非嫡出子という地位は非嫡出子自身の意思によつては不可変のものであるという⁽²⁷⁾ことを、根拠の一つに数えようとするところがある。しかしながら、第一義的な遺産分割の方法であるところの、遺言による相続の場合は、相続人らにとつて、いかに不合理な遺産分割を示す遺言であつても、嫡出子でさえ——遺留分の点を差し置けば——、遺言による相続につき何らの法的規律が存在しないことについて合憲性が前提とされるならば、その憲法適合性は論じ得ないこととなろう。正に、「自己のかけがえのなさ」を認識することを困難⁽²⁸⁾にさせられてゐる非嫡出子であれ、「かけがえのない」嫡出子でさえ、有効な遺言の前には、平等であるということである。

しかもまた、我が国の現行制度においては遺産分割の方法は第一義的には被相続人の遺言を通じた自由な意思に拠るべきものとされているところ、そのこと自体が合憲の評価を受けるのであれば、既に評釈四―二で述べる意味において、この趣旨を補完すべき本件規定について、単に抽象的な次元で憲法が個人尊重（尊厳）の原理を定めているから違憲とするのは、理由として不十分な

きらいが拭いきれるものではない。

四―二 遺言による相続と法定相続分による相続——

本件規定の補充性について

法定相続分規定の補充性については、平成七年最高決も本決定もこれについて言及しているが、決定要旨⁽⁷⁾に示したように、その法的評価は、全く異なっている⁽²⁹⁾。

我が国の民法の定める相続制度は、法定相続分規定が有効な遺言が存在しない場合に初めて適用されるという補充性の側面からも明らかのように、どの程度の遺産を・誰を相続人として相続させるかについては、——遺留分を度外視すれば——被相続人の判断に拠ることを原則として⁽³⁰⁾いる。本決定は、本件規定の補充性を以つて嫡出子・非嫡出子の法定相続分を平等とすることは何ら不合理ではないと論ずる。けれども、本件規定の補充性から導かれる、かような遺産相続における原則が、本件規定の意義の一つを物語っているとみることができる。

そもそも、非嫡出子の法定相続分規定が問題となる場合には、非嫡出子同士には法定相続分の差はないのであるから、法定相続人が非嫡出子のみである場合ではなく

て、非嫡出子とともに嫡出子が法定相続人に含まれてい³¹る場合となろう。即ち、そのような事例にあつては、被相続人において複数の異性関係が存在するわけだが、その中から被相続人が法律婚をなすところの配偶者を選択するに際しては、通常は、最も厚遇を以て遇すべき者を法律婚の相手方するものと思われ³²る。だとすると、そのような配偶者との間に出生した嫡出子について、一般に被相続人が非嫡出子に比して多くの遺産を相続せしめよう³³と考えることは、容易に想定できる。このような一般的想定の下に本件規定があると考えることができらば、我が国の法制度は前述のように第一義的には遺産相続については被相続人の判断に拠ることとしているのだから、本件規定が遺言によって示されるであろう、第一義的な遺産分割方法と全く無関係に存在するものとみることが妥当ではなからう。これ故に本件規定は、被相続人の有効な遺言が存在しない場合に、それを残した場合になしたであろう意思を——少なくとも抽象的次元で——推定したもの³⁴とみることができ（法規定によるそのような推定に反する意思が被相続人において存する場合には、遺言によってそれを示すことで無論足りる）、こ

のような意味においても本件規定は、遺産相続は被相続人の判断に拠ることとする原則に適うものと言える。だとすると、本件規定の憲法一四条に対する違憲性が論ぜられるならば、そもそも被相続人の遺言における遺産分割につき、何らの法的規律が存在しないことの憲法適合性から問われなければならないことになってしまうのではなからうか。

しかしながら、かような論理を前提とすれば、他方で、遺留分規定に限っては、これは遺言によっても覆し得ない強行規定であり、遺言によって非嫡出子の遺留分を嫡出子と同等とし得る法制でない限り、憲法適合性の問題を生ぜしめる余地もまた残されていると言えよう。

五 違憲判断の効力

本決定は、その効力の範囲につき、決定要旨（9）のよ³⁵うに判示している。尚、この点については、金築裁判官及び千葉裁判官の補足意見においても言及がある。しかも、両補足意見ともに、この点に関する判示が *obiter dictum* ではなく、*ratio decidendi* であることを殊更に強調している。

多数意見が「事実上の」という留保を付していることから、また、金築・千葉両裁判官の補足意見においては明確に示されているように、本決定もまた一般的理解と同様に、我が国の違憲審査制の下における違憲判断の効力については、個別的効力説を採っているものとみることが出来る。それにも関わらず、本決定が、本決定それ自体の先例としての事実上の拘束性を認め、「本件規定に基づいてされた裁判や合意の効力等も否定されることになるう」として、本決定の正に「事実上の」効力が及び得る範囲を画定していることは、千葉裁判官の補足意見にもあるように、——注意深くも「事実上の」というある種の限定が付されていることを考慮しても——「異例」であると言えよう。

確かに個別的効力説に立つとしても、一般的効力説・個別的効力説の両説について問題点が明らかにされ、接近傾向が示されている今日にあつては、違憲判断の「事実上の拘束性」は否定できるものではない。「すなわち従来の通説とみられる個別的効力説をとる論者の多くは、当該法律規定については合憲性推定原則が排除されたり、国会での改廃措置や行政機関による執行の差控

えが礼讓として期待されたり、あるいはそれを政治道徳義務や法的義務であると説くなど、何らかの論議を付け加えることによって、実質的には一般的効力に近いものを目指している³⁵⁾」。

ところが、多数意見ないし金築・千葉裁判官の補足意見の表現にあるように、あるいは、個別的効力説・一般的効力説の両説近接化傾向においてもみられるように、違憲判断の「事実上の拘束性」を認めるにしても、本決定における遡及効についての判断は、これを以って説明しきれものではない。と言うのも、付随的審査制の下における個別的効力説・一般的効力説の理論対立の構図が念頭においているのは、具体的事件について、ratio decidendiとして示された違憲判断が、一般的効力を持ち得るのか否かということだからである。しかしながら、本決定の遡及効についての判断は、具体的事件に対する判断の他の事件に対する「事実上の拘束性」についてのものではなくて、——千葉裁判官の補足意見も「対象となる事件の処理とは離れて、他の同種事件の今後の処理のあり方に関わるものとしてあらかじめ示す」ものと認めているように——具体的事件とは離れた判断の、他の

事件に対する「事実上の拘束性」について語るものとなっている。だとすれば、この点に関する裁判所の判断が許されるか否かというのは、違憲判断の効力という問題構制の下におけるものではなくて、付随的審査制の下において可能か否かという問題であるはずであろう。

更に、最高裁判所の違憲判断の「事実上の拘束性」とは、金築裁判官の補足意見において「……相続開始に係る他の事件を担当する裁判所は、同判断に従って本件規定を違憲と判断するのが相当である」としているように、あるいは、千葉裁判官の補足意見において「本件遡及効の判示は、この作用（立法による改正法の附則による手当）と酷似して「いる」としているように、下級裁判所に対する影響としての司法部門に対する「事実上の拘束性」と、国会・内閣に対する影響としての政治部門に対する「事実上の拘束性」と見出すことができると思われる。

このうち、前者にあつては、遡及効に関する判示が「予測される混乱を回避する方途を示す〔もの〕」（金築）であつたにせよ、「〔違憲無効とすることによって〕法的安定性を大きく阻害する事態を避けるための措置」（千

葉）であつたにせよ、——事実上のものであるとは言え——決定中において「拘束性」を示すがごときは、（個々の裁判官の）司法権の独立に対する尊重ないし配慮を欠くものとみることができ。また、後者との関係で言えば、遡及効に関する判示が「最高裁判所の違憲審査権の行使に性質上内在する、あるいはこれに付随する権能ないし制度を支える原理、作用の一部」（千葉裁判官・補足意見）か否かは差し置くとしても、従来このような措置——即ち、ある法令を違憲と判断することによつて生ずる混乱や法適用の不平等についての是正——は、政治部門においてなされてきたものである。尊属殺最高裁違憲判決の出された昭和四八年の段階で、既に尊属殺人罪を適用され有罪判決が確定している者のうち、「酌量すべき情状があるにもかかわらず、法定刑が死刑及び無期懲役のみであるため重い刑が言い渡されたと認められるものについて」、個別恩赦（常時恩赦）をすることによつて、法適用の不平等についての是正を図ろうとしたことは、その一例と言えよう。³⁷⁾

結語に代えて

我が国における非嫡出子出生数の多寡、法律婚を尊重する国民感情などのような立法事実に大きな変化が見られないにも関わらず（評釈二）、このような憲法判断に至ったことは、本件規定の実体的評価とは別に、司法作用の有り方としての問題を惹起せしめるのではないだろうか。現に平成七年最大決に際し本件規定が改められるべきだと考える立場の論者の中にも、「……いったん形成された判例を社会事情の変化もないのに、安易に変更することは慎むべきであろう³⁸⁾」と評する者もいる。

尤も、憲法適合性は単なる社会事情等の変遷によつて決せられるものではない。しかしながら、本件規定の立法目的及びその達成手段を考慮するとき、法律婚主義を採用する以上、それが一定の合理性を有することは既に見た通りである（評釈三）。更に、相続制度あるいは法律婚主義という民法の採るシステムと、憲法上の個人尊重（尊厳）という理念とがいかにして有機的に把握できるかについても検討したことで、本件規定の憲法適合性も根拠付けられた（評釈四）。

けれども、法律婚を尊重する国民感情が諸外国と比し

ても殆ど認められないほどに希薄化するとか、非嫡出子数が急激に増加するなどの社会事情が認められるに至る将来においては、右において論拠付けられた本件規定の意義も再検討を要することとなる³⁹⁾。だが、そのような事情の認められない現在において、本件規定につき違憲判断をした本決定については、「遅きに失した感⁴⁰⁾」を憶えるというより、寧ろ、早計に失したとの感を否め得るものではなからう。

ところで、本稿執筆中のことであつたが、本決定を受けて、昨年（平成二五年）二月五日に、非嫡出子の法定相続分を嫡出子と等しくする内容の民法改正が成立し、同月一日公布・施行された。今般の改正によつて、我が国の法律婚主義・一夫一婦制に基づく家族観は、いかなる変容を強いられるのか、あるいはまた、それは単なる杞憂に過ぎないのか、その動向を今後とも注視することとしたい。

註

- （１） 東京家決平成二四年三月二六日金融・商事判例 一四二五号三〇頁。

(2) 最大決平成七年七月五日民集四九巻七号一七八九頁・判時一五四〇号三頁・判タ八八五号八三頁。以下、本評釈において「平成七年最大決」という。

(3) 東京高決平成二四年六月二二日金融・商事判例一四二五号二九頁。

(4) 最大決平成二五年九月四日金融法務事情一九七八号三七頁。尚、本決定に関しては、八木秀次「婚外子」「不当相続」から家族を守る——民法改正の秘策」正論二〇一三年一月号一三八頁以下、高井裕之「判批」別冊ジュリスト二一七号 憲法判例百選Ⅰ(第六版)(二〇一三年一月) 六二頁以下などを参照している。

(5) 平成七年最大決に関する判例評釈としては、例えば、内野正幸「判批」法学教室増刊憲法の基本判例(第二版)(一九九六年四月) 五一頁以下、建石真公子「判批」法学セミナー五二二号(一九九八年五月) 七〇頁以下、熊田道彦「判批」別冊ジュリスト一五四号憲法判例百選(第四版)(二〇〇〇年九月) 六四頁以下、村重慶一「判批」判例タイムズ九一三号(一九九六年九月) 一七四頁以下、糠塚康江「判批」法学教室一八六号別冊付録判例セレクト⁹⁵(一九九六年) 七頁、野山宏「判批」ジュリスト増刊最高裁時の判例Ⅲ私法編(2)(二〇〇四年二月) 四四〇頁以下、「判批」法律時報六八巻一号(一九九六年一月) 八八頁以下、吉田克己「判批」別冊ジュリスト一九三号家族法判例百選(第七版)(二〇〇八年一〇月)

一一八頁以下、石川健治「判批」法学協会雑誌一一四巻一二号(一九九七年一月) 一五三三頁以下、久保田浩史「判批」みんけん四六二号(一九九五年一〇月) 五二頁、米倉明「判批」法学セミナー四九〇号(一九九五年一〇月) 四頁以下、小林武「判批」(一九九六年六月) 南山法学二〇巻一号一四一頁以下、川井健「判批」私法リマックス一三三号 1996(下) 平成7年度判例評論(一九九六年二月)、右近健男「判批」ジュリスト一〇九一号臨時増刊平成7年度重要判例解説(一九九六年六月) 七三頁以下、菱沼誠一「判批」立法と調査三二二号(二〇一一年一月) 二六頁以下、呉煜宗「判批」法学(東北大学) 六一巻二号(一九九七年六月) 四〇二頁以下、中川淳「判批」戸籍時報六四一号(二〇〇九年五月) 八三頁以下、青柳幸一「判批」別冊ジュリスト一八六号憲法判例百選Ⅰ(第五版)(二〇〇七年二月) 六四頁以下などがある。

(6) 例えば、内野・前掲(註(5))「判批」五三頁、建石・前掲(註(5))「判批」七一頁、熊田・前掲(註(5))「判批」六四頁、村重・前掲(註(5))「判批」一七五頁、糠塚・前掲(註(5))「判批」七頁、野山・前掲(註(5))「判批」四四二頁、前掲(註(5))「判批」法律時報六八巻一号八九頁。

(7) 但し、小林・前掲(註(5))「判批」一五一―一五二頁は、「……私見は、婚外子がまさしく出生によって決定

され、自己の意思をもってしては変えること・離れることのできない固定的地位としての「門地」に該るものであつて、また本件の婚外子相続分差別規定が婚外子に対する社会的偏見を増幅するものであることからすれば、「厳格審査基準」が用いられるべきである、というにある」としている。

(8) 例えば、吉田・前掲(註(5))「判批」一一九頁、石川・前掲(註(5))「判批」一五四二・一五四四頁、久保田・前掲(註(5))「判批」五五頁。本決定に対する評釈である高井・前掲(註(4))「判批」六三頁も平成七年決定について論ずる中で同様の立場を採っている。

(9) 但し、菱沼・前掲(註(5))「判批」三〇頁は、この点を比較的明確に意識しているものと思われる。

(10) 芦部信喜『憲法学Ⅲ——人権各論(1)』増補版(有斐閣、二〇〇〇年)二八頁。

(11) 石川・前掲(註(5))「判批」一五四二頁。

(12) 平成七年最大決中の非嫡出子に対する配慮を立法目的に数えることに異論を唱えるものとして、小林・前掲(註(5))「判批」一五三頁。

(13) 高井・前掲(註(4))「判批」六五頁。

(14) 寧ろ、本決定において採られている合憲性審査の方法は、本件規定によって実現される立法目的(公益)の正当性ないし重要性の程度と、本件規定によってもたらされる非嫡出子が甘受すべき不利益の程度との間の、単

純な比較衡量論的色彩のあるものとの見方も成立し得よう。一応のところ付記するに、比較衡量論とは、「それを制限することによつてもたらされる利益とそれを制限しない場合に維持される利益とを比較して、前者の価値が高いと判断される場合には、それによつて人権を制限することが出来る」ものとして理解されている。芦部信喜『憲法』第五版(岩波書店、二〇一一年)一〇一—一〇三頁参照。

(15) 但し、一般的には立法事實は立法目的及び立法目的達成手段の両者を基礎付けるものとして理解されることを付記しておく。芦部信喜『憲法学Ⅱ——人権総論』(有斐閣、一九九四年)二〇一—二〇三頁参照。

(16) Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hg.), HStR II, 3. Aufl, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2004, § 15, Rn. 99. は、権力の一つの役割は、法への服従を用意することである旨を述べるが、後に触れるように、本件規定が法律婚を尊重する国民感情が根強いところにおいて、その意義を発揮するものであるとしたら、法律婚の尊重にとつて法律婚制度の利用(「法への服従」)は、本件規定が——visの意味で——権力的でないだけに、一層欠かせないものとなる。その他、法の拘束力については、差し当たり、笹倉秀夫『法哲学講義』(東京大学出版会、二〇〇二年)七六頁以下参照。

(17) 奥野健一政府委員の答弁。最高裁判所事務総局『民法改正に関する国会関係資料』(家庭裁判資料第三四号)(一九五三年)五〇六頁。他に、野山・前掲(註(5))「判批」四三頁、中川・前掲(註(5))「判批」八六頁参照。

(18) ここで非内縁関係も含めることの趣旨は、我が国の民法学説及び判例においては、周知の通り、内縁について内縁準婚理論——内縁について婚姻類似の法的効果を認める理論——が一定程度浸透していることに拠る。但し、内縁準婚理論については、近時、これを撤廃すべきとの立場からも、これを発展的に解消すべきとの立場からも、批判に晒されている。この点につき、『婚姻外カップル』として諸外国との比較において検討を加えるものとして、差し当たり、山下純司「婚姻外カップルの関係」ジュリスト一八三四号(二〇〇九年九月)七五頁以下参照。

(19) 八木・前掲論文(註(4))一四五頁もまた、嫡出子・非嫡出子の法定相続分平等化について、法律婚に対する法的保護の相対的低下と、それを契機とする一夫一婦制の瓦解を憂慮している。

(20) 棚村政行「嫡出子と非嫡出子の平等化」ジュリスト一三三六号(二〇〇七年六月)二九頁。棚村は、欧米諸国における嫡出子・非嫡出子の平等化の動向を紹介した上で(同二七頁以下)、我が国の法定相続分規定について、「生まれることに何の責任もない子どもに、相続分差別と

いう重大な不利益を及ぼして、法律婚の尊重や保護を図ろうとするのは決して合理的な根拠のあることとは言えない」と評している(同三六頁)。

(21) 文明・歴史発展とそれに伴う婚姻形態の変遷については、差し当たり、関口裕子『日本古代婚姻史の研究上・下』(塙書房、一九九三年)、関口裕子他『家族と結婚の歴史』新装版(森話社、二〇〇〇年)参照。

(22) 八木・前掲論文(註(4))一四五頁は、「非嫡出子相続「差別」撤廃はもともと……力点は、どのような形で子供を産もうが自由であるという親のライフスタイルの問題に置かれている。……つまり、非嫡出子「差別」は子供を産む親の生き方を左右するもので、親の「ライフスタイルについての自己決定権」を行使する際の障害になる。……不倫関係に基づくものであるうが何であろうが、とにかく子供を産む自由を保障しろ、どんな形で子供を産もうが、それに対して他人からとやかく言われる筋合いはない。こんな主張だ」と纏めている。

(23) 八木・前掲論文(註(4))一四〇—一四一頁。

(24) 事実、経済側面における個人主義の立場を強調・精鋭化したとみられるリバタリアニズムの思想にあつては、そもそも相続制度それ自体ないし相続権に、正当性が認められないと考える見解も存在している。浅野幸治「遺産相続権の道徳的正当性」豊田工業大学ディスカッションペーパー三号(二〇〇九年五月)一頁以下参照。その

中で述べられている相続権の正当性を否定する主要な根拠を整理するに、(1)死者は権利享有主体としては認められないこと、(2)遺産相続制度は、自由主義社会の下で求められる機会の平等を阻害するファクターになり得ること、である。

しかしながら、相続制度ないし相続権の道徳的正当性が認められないとする見解もまた、一面的なものに過ぎない。寧ろ、森村進『自由はどこまで可能か——リバリアニズム入門』(講談社、二〇〇一年)の整理に拠れば、「多くのリバリアンが、相続という制度を私的所有権の一環として安易に認めてしま〔い〕」(同書一五五頁)、「大部分のリバリアンは、私的財産権の尊重を主張し、相続への課税に対して批判的である」(同書一五三頁)とされる。尤も、森村自身は、こうした「多くの」あるいは「大部分の」リバリアンの立場とは、対峙する見解を採っている。

(25) この点について、内野・前掲(註(5))「判批」五四頁は、「……相続権は、憲法一九条にいう財産権の一環をなすものといえる」としている。右評釈も紹介するように、相続権を財産権の一つとして捉えようとする見解は、緩やかな合憲性審査基準を適用せしめようとする見解と結びつく場合が多いように思えるが、本評釈本文において示したように、管見に従えば、相続権を憲法上の財産権の一類型として理解することは妥当ではないと思われる。

(26) 尤も、相続制度が経済活動の自由について機会の平等を阻害するファクターになり得ることは確かであろうから、相続制度ないし相続権の正当化根拠を見出す見解を採るとしても、そのような阻害要因を除去せしめる必要性から相続税制について一定の要請が生じ得るとの論——その妥当性をここでは検討しないが——もまた、あり得よう。このような文脈の下に、笠井潔『国家民営化論——ラディカルな自由社会を構想する』(光文社、二〇〇〇年)五六頁は、「自由主義の理念は、たとえば相続における累進課税の極大化を要求せざるをえない」と述べている。

(27) 例えば、小林・前掲(註(5))「判批」一五一—一五二頁、棚村・前掲論文(註(20))三六頁、内野・前掲(註(5))「判批」五四頁。吉田・前掲(註(5))「判批」一一九頁など。

(28) 青柳・前掲(註(5))「判批」六五頁。

(29) 決定要旨(7)に示したような本件規定の補充性についての理解は、既に、平成七年決定中の尾崎追加反対意見においても示されているし、あるいは米倉・前掲(註(5))「判批」一〇頁においても、「……『補充性』論は違憲説の支柱に十分なり得る」として指摘されている。その他、内野・前掲(註(5))「判批」五四頁においても、この点につき言及がある。

(30) 高梨公之「相続と扶養——相続意思とこれを阻止す

るもの——」ジュリスト一四七号（一九五八年二月）四六頁は、現行民法の相続制度について、特に旧民法における家督相続との比較において、「……民法の定めた分割相続は、分割そのものよりも、被相続人や相続人の意思に基づく相続の形式ということにより力を注いでいるようにみえる。そうして、それが、多分に非意思的な家督相続……を一編の支柱としている旧相続編と対比して、新しい相続編の根本的特色とみることはできないだろうか」（圈点——原文）として、遺産分割が第一義的には被相続人の意思に基づくものとしていることを現行相続制度の特色に数えている。

(31) 八木・前掲論文(註(4))一三九頁。

(32) このような考察は、本件規定が——妾制度のごとき——正式な配偶者以外との異性関係を黙示的に承認しているとするものでは無論ない。そのことは、法律婚関係において貞操義務の生ずることを併せ考えれば明らかであらう。

(33) これに対して、米倉・前掲(註(5))「判批」一〇頁においては、(平成七年最大決にかかる事案に関して)「……C『非嫡出子』にしろ嫡出子にしろ同一の母A『被相続人』の子であつて、Aにしてみれば等しくかわいいに相違なく、婚外の父が往々にしてそうでないのと異なる」とされ、あるいは、中川・前掲(註(5))「判批」八七頁において、「……一般的に非嫡出子に対して親子と

しての愛情にもとづいて財産を承継させる意思をもつことも十分ありうることである」とされる見解も存在するが、後述するように本件規定については、被相続人の推定的意思と捉えることが妥当であらう。

(34) 高梨・前掲論文(註(30))四七頁もまた、「……相続は、その死亡によつて帰属者を喪つた個人財産の、相続関係者の自由な意思が明瞭なときはそれにより、それが不明なときは法定の枠によつた(妻・夫や子へという)いわば推測された意思による帰属である」(圈点——原文)としている。ここにいう「相続関係者」とは何を意味するのか、必ずしも明らかではないが、コンテクストからして被相続人及び相続人を指しているものと思われ、被相続人の意思とは遺言による遺産分割、相続人の意思とは協議分割をそれぞれ意味しているのであらう。そして、それらが不明なときに、「法定の枠」すなわち法定相続分に遺産分割はよることとなり、これが「推定された意思」とされているということは、法定相続分の規定の趣旨が、被相続人が遺言をしたときになしたであろう推定的意思に基づいていることを示しているものと言えよう。

(35) 野中俊彦他『憲法Ⅱ』第三版(有斐閣、二〇〇一年)三〇〇頁〔野中俊彦執筆〕。

(36) この点に関して付言すると、最高裁判所自身もまた自らの判断に拘束されるが、これは、小法廷では裁判をすることができない場合(大法廷で裁判をしなければな

らない場合)について定める、裁判所法一〇条三号において、「憲法その他の法令の解釈適用について、意見が前に最高裁判所のした裁判に反するとき」と規定されていることからすると、こと最高裁自身に対する拘束については、「事実上の」拘束ではなからう。

(37) 法務省『犯罪白書 最近の犯罪と犯罪者の処遇——社会の変動と犯罪——』(昭和四十九年版)第2編第4章第4節参照。

(38) 平成七年決定に対する評釈である、川井・前掲(註(5))「判批」八五頁。

(39) 平成七年決定に対する評釈で、本件規定につき違憲説の立場を採る、米倉明「判批」法学セミナー四九〇号(一九九五年一〇月)は、当時の世論調査の結果が、法律婚を尊重する国民感情が浸透していることを示しているのを考慮して、「……非嫡出子の法定相続分平等化の実現はおそらく一〇〇年後であろう」(同一二頁)とか、あるいは、「古代から引き継いでいる家の思想が生き残っており、かつ、ことが損得に大きくかわる以上、何回世論調査しても結果は常に変わらないか、法律婚尊重↓非嫡出子に相続権なし、とせよとまで進むかも知れない」(同一二頁中註(31))として、多分に皮肉めいた批判を展開しているが、本決定において、法律婚を尊重する国民感情が未だ幅広く浸透しているにも関わらず、違憲判断を下されたことは、如上の期待を彼の見解に親和的なた

ちで裏切ったこととなろう。しかし同時に、このことは、本決定が本件規定の合憲性審査に際して、我が国における法律婚に対する尊重意識の高さという、立法事実等を閑視し過ぎているということの証左でもまたあり得る。

(40) 高井・前掲(註(4))「判批」六三頁。

(41) この点、既に改正法が施行されるに至った現在、八木・前掲論文(註(4))一四一—一四二頁以下が次のように述べていることは、今後の相続政策の設計に大いに参考に値しよう。即ち、「我が国が制度として法律婚主義を採用し、その程度は別として他の男女関係よりも婚姻共同体を保護する必要があると言う以上、「子」の相続分を平等とするのであれば、配偶者の保護については、その分、現行法より手厚くしなければなるまい。……今回の「決定」が従来の判断を改めるにあたっての国内外の事情の変化の一つとするフランスも、非嫡出子の相続分を平等にした二〇一〇年の民法改正で、同時に年老いた配偶者が家を失う事態を避けるために配偶者の取り分を増やしている。我が国でも、財産が家屋だけの場合、今後の法改正により非嫡出子の取り分が増える分、残された配偶者が遺産分割で住まいを失うという事態は十分生じうる。現行は二分の一とする配偶者の相続分を増やしたり、居住権を保護したりするなど、婚姻共同体の保護という視点に配慮したものにしなければなるまい」(傍線——評者)と。

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

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

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

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区三崎町 2-3-1
(T E L) 03-5275-8510
(F A X) 03-5275-8537
(E-mail) kenjimu@law.nihon-u.ac.jp

執筆者紹介
掲載順

吉原達也 日本大学教授
鬼頭俊泰 日本大学助教（商学部）
甲斐素直 日本大学教授
加藤紘捷 元日本大学教授
菊池肇哉 法学部比較法研究所研究員
三明明翔 日本大学助教
百地章 日本大学教授
小関康平 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 矢野聡
副委員長 新井勉
委員 大岡聡
新谷眞人
稲葉陽二
江島泰之
長谷川貞夫
藤井昭三
別府三奈子
百地章
諸坂利章
湯浅敏
渡辺一郎
大熊圭
小野圭典
矢田尚
石川登

日本法学第八十卷第一号

平成二十六年六月 十五日 印刷
平成二十六年六月 二十五日 発行
非売品

編集責任者 日本大学法学会
杉本 稔

発行者 日本大学法学研究所
電話〇三（五二七五）八五三〇番

東京都千代田区猿樂町二一ー四 A&Xビル
印刷所 株式会社 メディオ
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. 80 No. 1 June 2014

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

Tatsuya Yoshihara, *The Struggle between Cicero and Piso in the Case of A. Caecina*

Toshiyasu Kito, *A Study of the Duty to Supply Information in the Financing Aspects of Financial Institutions*

TRANSLATIONS

Philip Kunig, *Internationalrechtliche Einflüsse auf das deutsche Umweltrecht, übersetzt von Sunao Kai*

A.V. Dicey, *Can English Law be Taught at the Universities?*, translated by Hirokatsu Kato & Toshiya Kikuchi

NOTES

Sunao Kai, *War and the Federal Supreme Court*
—*The Period of Stone, the 12th Chief Justice, and Vinson, the 13th Chief Justice*—

Sho Miake, *Required Specificity and Necessary Amendments of Counts in Criminal Prosecution*

CASE COMMENT

Akira Momochi, Kohei Ozeki, *The problem of the legal portion of legacy for an illegitimate child between the No. 4 proviso of the Civil Code article 900 and the paragraph 1 of the Constitution article 14*