

日 本 法 學

第八十卷 第四号 2015年2月

論 說

行政警察活動と犯罪の事前捜査(上)……………加藤 康 榮
わが国における法益關係的錯誤説に対する疑問……………野 村 和 彦

翻 訳

『タナクイルの伝承』序説抄……………J.J.バオルフジ 著
吉原達也 訳

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法に
おいて予防目的が重要であることに対する例としての
消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効……………マルティン・ホイプライン 著
永田誠 訳
永田洋平 訳

英米法におけるダイシ―理論とその周辺……………A.V.ダイシ― 著
加藤紘捷 訳
「ハーヴァード大学におけるコモン・ロー教育に学ぶ」……………菊池肇哉 訳

研究ノート

解釈か、改憲か？ドイツでは誰が基本法(憲法)を支配するか……………小 林 宏 晨
社会を変えた最高裁判所……………甲 斐 素 直
——ウォーレン第一四代長官の時代——……………

大韓民国国税基本法第七章の二納税者の権利の概要……………阿 部 徳 幸

インターネットの紛争に関するアメリカ合衆国の一国際私法理論……………中 村 進

判例研究

柔道指導における過失責任……………船 山 泰 範

雑 報

日本法学 第八十卷 索引

日本法学 第八十卷第二号 目次

日本大学法学部

創設百二十五周年記念号

日本法学 第八十卷第三号 目次

山川一陽教授古稀記念号

現代私法学における課題と展開

行政警察活動と犯罪の事前捜査（上）

加藤 康 榮

はじめに

I 本稿の課題

- 1 行政・司法警察区分要否論と事前捜査積極説からの区分不要説の是非問題
- 2 行政・司法警察区分の経緯とその内容の整理

II 行政・司法警察区分の歴史

- 1 戦前の警察活動と刑事手続
- 2 黎明期の近代的警察制度と警察活動
- 3 大陸法系における警察活動の区分状況
- 4 小括

III 行政・司法警察区分要否論の検討

行政警察活動と犯罪の事前捜査（上）（加藤）

- 1 行政・司法警察区分不要説の台頭
- 2 行政・司法警察区分不要説の概観
- 3 行政・司法警察区分不要説の問題点とその検討
- 4 憲法と行政手続に関する判例と学説の検討
- 5 行政・司法警察区分必要説の論拠
- 6 行政・司法警察区分論に関する判例
- 7 小括

(以上、(上) — 本号)

IV 犯罪の事前捜査、特に事前強制捜査の可否

- 1 事前捜査可否論と行政・司法警察区分必要論との関連性
- 2 事前捜査の可否論
- 3 事前捜査に関する判例・裁判例
- 4 事前捜査に関連する現行法上の規定
- 5 いわゆる「共謀罪」の新設と事前捜査

V 管見の整序

- 1 行政・司法警察区分必要論と事前捜査可否論との基本的関係性の有無・再構成
- 2 行政・司法警察の区分論再構成の必要性
- 3 「犯罪」と「捜査」の新しい概念構成
- 4 犯罪の事前強制捜査の要件提示と立法化論

VI おわりに

(以上、(下) — 次号)

はじめに

警察の活動（作用）は、その目的・機能等の違いとその由来もあって、行政警察活動と司法警察（捜査）活動とに区分されている。行政警察活動は、固有の目的を個人の権利・自由の保護を含む公共の安全と秩序の維持・回復に置き、なかならず、防犯、すなわち、犯罪の予防・鎮圧を図ることをその中核とする。これに対し、司法警察活動は、主として犯罪の訴追・処罰の準備としての捜査を目的とする。そして、捜査に関しては、従来から犯罪発生の前後で担任領域を区分することとされてきたところ、通信傍受を検証令状で実施することに関連して、犯罪の事前捜査（犯罪発生前の捜査）、特にその強制捜査も許されるのではないかということが議論されてきた。その後、通信傍受に関しては特別法が制定されたが、事前捜査全体としては依然としてこの議論は残ることから、本稿では改めて各見解を整理し、これに立法化を視野に検討を加えようとするものである。

捜査は、既発の犯罪（現に発生した犯罪）の事後捜査が通常である。ところが、ここで「犯罪の事前捜査」とは、未だ犯罪が発生していない段階において、その発生（未遂・既遂）が予測される場合に、これに対する犯罪の事前の捜査、特に逮捕を除く搜索差押・検証令状の発付を得る事前の強制捜査についての可否問題を指す。この問題の対象となる場合、従来は、予備罪・陰謀罪・共謀罪が認められた各時点での更なる将来の実行予測犯罪に対する令状発付の場合と、その他覚せい剤等の禁制品の密輸事件のように、飛行機や船舶に搭乗した時点で当該犯罪の着手（それで終われば未遂罪の成立）を認めて、既遂に向けての将来の実行予測犯罪に対する令状発付の場合とがその議論の核となっていた。しかし、本稿ではこれら類型のほか、特に特定の犯罪が一般的に辿る未だ計画・共謀状態にあって、実行に

着手する前段階にあるときでも、将来現実に実行される蓋然性の下に、当該犯罪に対して未着手時点での令状の準備と、場合によつては未発生段階での令状の執行までをも認めるといふ態様の事前捜査の可否問題を視野に検討しようとするものである。

I 本稿の課題

1 行政・司法警察区分要否論と事前捜査積極説からの区分不要説の是非問題

警察の作用からの行政・司法警察区分の要否と近時の事前捜査の必要性からの区分融合の是非問題がある。

警察の活動(作用)は、個人の権利・自由の保護を含む公共の安全と秩序の維持に当たるとを目的とし、その実現のために国民に対し命令・強制等の公権力を行使することを内容とするものである。そして、従来からその職務の目的内容に応じて行政警察と司法警察とに区分してその活動内容・範囲が論じられてきたところ(警察作用の二元論)、犯罪に関しては行政警察が犯罪の予防・鎮圧を、司法警察が既発犯罪の捜査をそれぞれ目的とする活動として扱われてきた。しかし、これは戦後新たに制定された警察法(昭和二十九年六月八日法一六二号公布。同法二条一項では「警察は、個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当たることをもつてその責務とする。」と規定する。)、及び現行刑事訴訟法下においても戦前からの前記作用区分を引き継ぐ考え方であった。

ところが、近時はこのような活動における行政警察・司法警察の区分論に対しては、区分不要説が当初、主として警察実務家から議論されるようになった。一方、現実の捜査手法も、従来のおとり捜査(将来の犯罪を対象とすること

となる薬物犯罪等への企図・親和者に対する誘引捜査である。)のほか、コントロール・デリバリー、テレビカメラによる犯罪監視、薬物犯罪等捜査に対する検証令状による通信傍受及びその法制化への発展などの例が見られる。そして、更には将来発生する蓋然性の高い未発生の犯罪に対する事前対策が、一般的な行政警察活動として行われるだけでなく、進んで捜査対象として、それも任意捜査に止まらず、その対象への捜索・差押え・検証等の強制捜査を行う必要性・有効性が議論されるところまでに至っている。

この事前捜査の可否問題は、捜査を行うのが警察官（一般司法警察職員）だけでなく、薬物犯罪を取り締まることを専務として、権限上は一般的な行政警察活動としては関わらない麻薬取締官等の特別司法警察職員も含まれ（麻薬及び向精神薬取締法五四条五項等）、また、検察官も第二次捜査機関として捜査権限を有するものであることから、その可否問題は権限上も捜査の適否を左右する極めて重要な論点となっている。

2 行政・司法警察区分の経緯とその内容の整理

そこで、これまでの行政・司法警察区分論の議論の経緯と内容を整理し、犯罪の事前捜査、特に事前強制捜査の可否問題について、これを容認することへの人権侵害の危険性等を憂慮する見解などを分析した上で、自説の展開を試みることにした。

この犯罪の事前捜査の問題に対しては、従来から行政・司法警察の区分必要説からは消極に解し、区分不要説からは積極的に解する基本的なトレンドにあった。私は、その区分は依然として重要であり必要なものと考えているが、他の多くの区分必要説の論者とは違って、犯罪の事前捜査は闇雲に消極とは考えず、むしろ理論的には強制捜査も含めてその許容範囲を限定した上での実施の限りにおいては、肯定することができるものと考えているものである。しかし、その

被疑事実・捜査手段の特定性や実施上の困難性、あるいは人権侵害の危険性の回避等の隘路があることは否めない。

そこで、令状主義の前提となる刑訴法一九七条一項但書が規定する強制処分法定主義の法意思にも立ち返って、通信傍受法(犯罪捜査のための通信傍受に関する法律)制定の経緯同様、現行法の解釈でできる通常の事前捜査の範囲を超えるか、あるいはその実施に相当の疑義が残る場合の対象事例については、可及的速やかに段階的立法を経てその犯罪対象や要件等を限定しての立法化を図ることが必要であることを提言するものである。

なお、政府は組織犯罪処罰法(組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律)の一部改正として、組織的な一定の重大犯罪に係る共謀罪の処罰規定を新設する法案を提出しているが(一旦廃案となっているが、再提出を図っている)、これも犯罪の事前捜査に関わる問題点と関連することから、併せて本稿での検討対象とする。

II 行政・司法警察区分の歴史

1 戦前の警察活動と刑事手続

まず、戦前の司法警察活動と刑事手続の流れを概観するに、戦前の警察官が行う司法警察活動は、検事の補助役としての位置付けであったが、その所属する内務省は、固有の警察行政のほか内務及び地方行政に関する広範にして強大な行政権限を有するメガ官庁であった。

そして、活動実態は、国体の変革・私有財産制度を否認する結社の取締りを目的とする治安維持法下において、行政警察活動の一環として治安取締りが強化され、行政執行法に基づく公安を害するおそれのある人物に対する予防検束(身柄の拘束)や、違警罪即決例に基づく警察署長の即決処分権限による各警察署たらい回しとなる身柄拘束の継

続など、これが権限濫用の歴史を残すところとなった。また、戦前までの検事（現行刑事訴訟法上は、新たに副検事制度が制定されたことに伴い検事と副検事を総称して「検察官」との呼称となる。）は、判事（裁判官）と同じく司法官として裁判所検事局に属し、検事・判事（裁判官）共に司法省に属して司法大臣の監督下にあつた。

我が国の明治以降の刑事手続は、当初はフランスから招聘したボアソナード・パリ大学教授の下でナポレオン法典に倣つて起草された治罪法に始まる（明治一三年（一八八〇年）太政官布告三七号で公布、二年後に施行）。そして、治罪法施行までは、明治五年以降、司法省職制章程並検事職制章程、断獄則例、検事職制章程並司法警察規則、糺問判事職務仮規則等が相次いで制定されて刑事手続が運用されていた。それが、明治三二年（一八八九年）二月一日に大日本帝国憲法（いわゆる明治憲法）が公布されたことに伴い、その翌年には旧々刑事訴訟法（明治三三年法九六号のいわゆる明治刑法）がドイツ刑訴法的な改正も加えて新たに制定された。しかし、同法は基本的には治罪法を承継する刑事手続法であつた。ところが、その後はドイツ刑訴法を基に内容を改めて旧刑事訴訟法（大正一一年（一九二二年）法七五号のいわゆる大正刑訴法）が制定され、二年後の一月一日から施行されるに至つた。^①

2 黎明期の近代的警察制度と警察活動

次に、我が国の刑事手続法の変遷の下での近代的警察制度の始まりと行政・司法警察の区分の流れを概観する。

我が国の近代的警察制度は、全国の警察事務を統括する組織として、警保寮職制が布かれたことが始まりとなる。当初、司法省所管下で司法省警保寮職制として明治五年（一八七二年）一〇月太政官布告一七号で公布された（なお、翌六年一月に警察・地方行政その他内務行政を所管する内務省が設置されたことに伴い、その翌七年一月にこの警保寮職制は司法省から内務省へ移管された。）。この警保寮の任務は、「国中ヲ安静ナラシメ人民ノ健康ヲ保護スル為ニシテ、其安静健

康ヲ妨クル者ヲ豫防スルニアリ」として、行政警察事務を権限事項とする部署と定められた(明治七年一月制定の警保寮事務章程一条。なお、警保寮は以後警視局を経て明治一四年から警保局として変遷改編)。その後、行政警察と司法警察の活動(作用)は両者職域が一時混交する時期もあつたが、やがて一貫して警察活動は行政警察と司法警察とに区分されるに至っている。すなわち、検事職制章程並司法警察規則(明治七年一月太政官達一四号)によつて、犯人探索・逮捕等の犯罪捜査権限は、司法警察活動に属するものとして、各府県の司法警察吏が、検事(予審制度の下で検事が司法官として捜査の実質主宰者になる。)を補助し、検事の指揮の下で犯罪捜査に従事することとして定められていた(司法警察規則四条、一〇条。以後もこの活動法制は、治罪法六〇条、明治・旧々刑訴法四六条・四七条、大正・旧刑訴法二四八条・二四九条へと引き継がれていった)。また、行政警察については、明治八年三月の太政官達二九号になる行政警察規則において、人民の凶害を予防し安寧を保全する行政警察作用のみが警察の固有事務とされた(一条)。また、司法警察との関係につき「行政警察豫防ノ力及ハスシテ法律ニ背クモノアルトキハ其ノ犯人ヲ探索逮捕シルハ司法警察ノ任務トス」と規定していた(四条)。そして、警察官の職務において、司法警察と行政警察の両職務が相互牽連しつつも基本職務の各区域が当然あることも「司法警察ノ職務ト行政警察ノ職務トハ互ニ相牽連スルヲ以一人ニテ其二箇ノ職務ヲ行フ者アリト雖モ基本務ニ於テハ判然区域アリトス」と規定して確認されている(司法警察規則一一条)。要すれば、行政警察事務が警察固有の事務であること、司法警察の活動は刑事手続の補助的活動で間接的には社会秩序の維持確保に資するものの、警察作用(行政警察)とは本質を異にすること、しかし、政策的制度上、警察官が司法警察事務を扱う司法警察吏との身分を兼ね、同じく内務大臣の任免監督下にあることに変わりはない。この点については、フランスの歴史同様、我が国の警察においても司法の補助として、そして、兼担の形態においても司法警

察を警察組織に取り込む政策を採ったことについては、「司法的な強制権限を留保しようとする行政権拡張の政治的意図がかくされていた」とする指摘もあながち的外れとも言えないように思われる。⁽²⁾

3 大陸法系における警察活動の区分状況

ここで、我が国が戦前まで依拠したフランスやドイツの大陸法系の刑事手続における警察活動を概観する。

大陸法系の刑事手続は、フランスにおいて革命を経て一七九〇年八月一六―二四日法により、行政権と司法権の権力分立がなされたことに由来するとされている。そして、一七九五年制定の法典でもその警察作用は目的・機能の違いに従って、行政警察（公共の秩序維持―犯罪の予防）と司法警察（犯罪捜査）に区分された。

その区分は、一八〇八年の治罪法制定の際に廃止されたが、その後も理論上区分が維持され、それが一九五一年判例を契機に判例法として定着するに至り、その後フランス刑法に引き継がれていった。その司法警察活動では、警察吏が犯罪を捜査しその証拠を収集して犯人を裁判所に引き渡す。したがって、治安裁判所・予審判事はいずれもこの司法作用を行使することとされている。そして、両警察作用のうち特にその違法手続の救済手続に関して、行政警察活動上のものであれば行政裁判所へ、司法警察活動上のものであれば司法裁判所へ訴えるという裁判管轄の結び付きの違いにこれが顕れて、伝統的にこの行政・司法警察区分の意義が保持されてきたとされ、この区分はドイツ等にも採用されていた。ただ、英米法系では、そもそも行政・司法警察という区別概念自体がないものである。⁽³⁾

4 小括

如上のように、戦前までの我が国の警察作用は、警察官が幅広い権限を有する内務省に所属し、行政警察の職務は警察固有の権限である一方、司法警察としての活動は検事の指揮を受けその補助者としての任務であったことから、

両警察作用の目的・性質・機能の違い、執行主体・根拠法の違いをもつて、行政警察と司法警察の職務区分は必然的であり、その区分の意義があつたものである。

Ⅲ 行政・司法警察区分要否論の検討

1 行政・司法警察区分不要説の台頭

戦後警察制度は、GHQ（アメリカを中心とする連合軍総司令部）の指令によつて内務省が解体され、そこで残された固有の警察行政組織は終戦直後の昭和二二年（一九四七年）制定時の警察法（旧法）では、前文において「国民に属する民主的権威の組織を確立する」との目的を掲げ、地方分権のアメリカ法に倣つて国家地方警察と自治体警察組織併存の組織構造とした。しかし、これが昭和二九年（一九五四年）全面改正されて現行警察法が誕生し、内閣総理大臣の所轄下に国の公安に係る警察運営をつかさどる国家公安委員会（委員長は国務大臣）を置き、これに国家警察の組織とする警察庁を設置して管理することとした。そして、全国都道府県単位で知事所轄の下で都道府県公安委員会が管理する警察本部を置いて、これを警察庁が統括（指揮監督）する中央集権型の全国的警察組織として編成替えを遂げ、「民主警察」を標榜して発展を続け、今や「刑事手続の警察化」との新しい問題が指摘されるほどまでに成熟している。

また、日本国憲法の制定に伴い司法権が立法権・行政権と並んで独立（三権分立）し、検事も行政権の一部として現在の法務省（旧司法省から法務庁、法務府と組織変遷を経て一九五二年に現在の法務省となる。）に特別の機関の「検察庁」が置かれてこれに属するところとなつた。⁴そして、それまで検事の補助役であつた警察官の捜査権限は、行政警察と

並んで警察独自の責務として創設されたことから（警察法二条一項）、現行刑事訴訟法上、捜査権限が検事から独立し第一次捜査機関として、「司法警察職員」という位置付けとなり、その権限と規制の下で刑事手続の最前線において独立して活動する地位が与えられることとなった（刑訴法一八九条二項、一九九条等）。

このように、戦後の司法権の独立や検察官・警察官の地位の変革等の司法・警察等制度の改革により、警察作用を従来通り行政警察と司法警察とに区分することの実益がなくなっているのではないかとして、区分の意義が問い直され、行政・司法警察区分の不要説が台頭し始めた。⁵⁾

2 行政・司法警察区分不要説の概観

(1) 警察作用の検討と行政・司法警察の区分不要説を概観する。

警察作用は、本来、個人の権利・自由の保護を含む公共の安全と秩序の維持・回復を目的として、その実現のために国民に対して公権力を行使するという行政作用である。この警察作用の概念においては、「司法警察」に對置される「行政警察」こそ、固有の「警察概念」になるものである。捜査は、行政法規ではない刑事手続を規律する刑事訴訟法に基づく活動、すなわち、刑事司法に從属する作用である以上、その呼称が「司法警察」であつても、「行政警察」を本務とする警察活動とは概念を異にする。しかし、同じ行政機関になる警察官に両者を兼務させるとき、「司法警察」という呼称でもつてこれを「行政警察」と區別する必要性がなお存すべきものであろうかという疑義も残る。

他方、戦前における警察では、この公共の安全と秩序の維持・回復という目的の中には、他の行政と関係なく警察独自で行われる固有の保安警察（選挙・風俗・出入国に関する警察等）だけでなく、これに狭義の行政警察として交通・

公衆衛生・食品・医薬品・産業・経済・労働分野等々の活動対象を広く包含させていたところ、戦後は内務省の解体に伴って、現行警察法を制定し二条一項により、保安・交通分野だけは残して、他の分野の規制や取締り対象のこれら公共の安全と秩序維持等に関する事項は、第一次的には各行政機関の管掌として従来の警察権限を非集中化(分散)させている。ただ、これら他の行政機関に第一次的に管掌させた事項も、警察の責務に関連性があることから、直接の各担任機関と一体的にその関連行政を警察においても担わせることとしたものである。しかし、その一方で、警察法二条一項において、本来的には警察作用ではない捜査に關しても警察の責務として明記することで、従来の「司法警察」としての(補助的)捜査権限も、警察の独立に伴って警察官の管掌事項として明確化した⁶⁾。この点を捉えれば、現行の警察法(二条一項)自体が保安・交通・捜査の責務を渾然一体として規定することで、行政警察・司法警察の区分を殊更行っていないとして、これが行政・司法警察の区分不要説を支持する有力な根拠ともなし得よう。

(2) この区分不要説の主要な論拠としては、次の四説が挙げられる。

① 説は、行政・司法警察の各責務が一体として広義の公安の維持の実現が図られるからとか、捜査自体に刑罰権発動という司法目的と同時に犯罪の予防・鎮圧としての公共の安全と秩序維持という行政目的が包含されているなどとする実質論になる。② 説は、現行憲法下では、警察が行う作用はすべて「行政」であるとの形式的論拠から、同じ警察作用中、公共の安全と秩序維持を目的とする警察作用は警職法が、また、刑事裁判のための警察作用は主に刑訴法がそれぞれ規律するという事に過ぎず、結局、両者とも行政作用(広義)であることに変わりはないとする、いわば形式的な行政手続一元論になる。次に、③ 説は、両概念そのものから具体的な法的効果を導くべきではなく、さらに権限濫用の具体的認定をする上では区分が決定的な意味を持たず、その区分には実質的意義がないとして、区分不

要説を導く。その指摘事項は多岐にわたるが、その一例として、憲法第三章（国民の権利及び義務）中の三二条（法定手続の保障）以下が、刑事手続に関する規定であると解することで、行政警察概念を維持させようとすることは許されないなどとも指摘する。そして、④説は、犯罪の取り締まりに関し、その発生が未然か既然（既発）かで区別することの不合理性を指摘し、事前捜査積極説からする区分不要説である。⁷¹

3 行政・司法警察区分不要説の問題点とその検討

(1) そこで、区分不要説の問題点をまず概括的に検討する。

戦後は警察官の行う捜査権限が検事（検察官）から独立して第一次捜査機関の位置付けとなったこと、現行警察法二条一項が規定する警察官の責務の中では、捜査権限も他の行政目的のためにする警察作用と区別することなく両者並列的・一体的に警察の責務としたこと、警察官が属する組織は行政機関であるから、その権限行使も行政作用として一元的に捉えるべきとする見解も形式論理的には言えないわけではないこと、捜査が刑罰権発動の司法目的になるとしても、行政警察も犯罪の予防・鎮圧に関わるもので両者は目的的に表裏一体の関係にあり、また、警察の現場でもそのような運用を行っているのが実際ではないかということ、先進諸国では犯罪者の犯行前に捜査の開始がなされる「プロアクティブ」（事前捜査）の実施も既に定着化しつつあり、我が国でも一定の重大犯罪を対象にしての通信傍受法の制定もなされるなどして、現に行政・司法警察の区分自体がボーダレス化している状況にあること、などからすれば行政・司法警察の区分不要説にも一定の理由があることは否めないものと言えよう。

(2) しかし、区分不要説①②に対しては、以下のような問題点が指摘されよう。

まず、①説の実質論である。この見解は、両者の目的の一体的な実現過程に着目する捉え方であり、戦前からあつ

たものであるところ、それは前述した通り、かえって行政警察活動の名において身柄拘束など権限濫用に繋がる反省すべき人権侵害の歴史を残したことに留意すべきである。また、その目的実現過程では相互に目的に適う効果を及ぼし合う場合があるとしても、それは当該目的に対する実現活動ではなく、いわば一方の活動の反射効と言えるものに過ぎないものである。例えば、重大事件が相次いで発生する状況にあつて、その刑事手続を履践する中で犯人が逮捕され刑罰権が発動されるに至つたことにより、秩序が回復され社会不安が払拭される効果をもたらしたとしても、司法警察の目的実現のための犯人逮捕の捜査過程は刑事手続の中で行われるものであつて、公共の安全と秩序維持という行政警察の目的(作用)とは嚴格に区別されるべきものである。両者の目的が、表裏一体的に効果をもたらさし合う関係にある場合があるとして、そのこと故に両者の区分を曖昧にすることは妥当でないと言ふべきである。

次に、②説の行政手続一元論である。ところが、警察官が捜査を行つてもそれは司法作用を直接実現するものではないのであるから、いかに検事の補助から独立して権限行使ができるようになったとしても、それは警察組織という行政機関内の職務として明確化されただけである。しかも、その捜査権限の行使も、依然として検察官の指揮を受け(刑訴法一九三条・一九四条)、刑事訴訟法の規定を厳守して行わなければならないから、両者の区分不要説の論拠としては決定的でないと言えよう。それに行政法理論では、行政警察作用とは公共の安全と秩序維持等のために、一般統治権に基づき私人に命令・強制し、その身体・財産等に制限を加える行政作用一般のことであるから、それは警察法にいう警察組織が行う活動のみに限定されるわけでもなく、法律の根拠を以てその活動を現に担う機関である以上、行政機関の如何を問うものではないとするのが伝統的解釈である。⁽⁸⁾それは、警察官が行う捜査(司法警察活動)も、司法作用の補助行為として担うものであつて、警察固有の権限、すなわち行政警察とは法律上の性質・地位を異にす

るものである。したがって、同じ警察官が行政警察権限を行使するとともに、いわば一人二役で場合により司法作用の補助行為である司法警察にも従事する権限を有するに過ぎないものと捉えるべきである。⁹⁾

してみれば、司法警察も警察が責務の中で管掌するという意義以上のものはなく、両者を同じ行政作用（広義）であるとして、行政・司法警察の区分を認めず一括りに捉えようとする行政手続一元論になる②説は、両者の本質的な法的性質の違いを軽視するものであり、しかもその勢い口に規制の緩やかな行政警察概念で統合する流れを導くおそれもあると言えよう。もとより、裁判所の作用中も、司法作用は「裁判」だけである。例えば、司法権が行う裁判官の人事等の作用は司法「行政」であるし、裁判長が法廷の秩序維持のために行使する「法廷警察権」も、裁判権に付随する司法「行政作用」と一般に解されている（刑訴法二八八条二項後段、裁判所法七一条・七一条の二・七二条）、あるいは、行政機関が司法警察として司法作用の補助行為に従事するのは、各行政機関になる特別司法警察職員の場合も同じく当てはまるものである。また、この行政手続一元論では、警察官の捜査手続過程での処分行為に対する救済手続はその手続内での不服申し立てで対応されるべきものとする、刑訴法四三〇条一項・二項の準抗告の規定（同条三項は、「前二項の請求については、行政事件訴訟に関する法令の規定は、これを適用しない」と規定する。）の本旨をも曖昧にし兼ねない危険にも繋がる論と言うべきでもあろう。¹⁰⁾

(3) 区分の実質的意義を否定する③説は、アプローチが別異になる。

その一例として、憲法三一条以下の適用対象が基本的に刑事手続であるとの解釈を前提にして、区分必要説の論者が行政警察の作用は行政手続であるからとの理由によって、その活動を憲法の適用外として活用しようとする底意を警戒する。この点は、「行政調査手続と捜査の関係」の論点になる。行政調査の類型は、一つには、行政法規違反の

嫌疑を前提に調査を開始する手続であつて、その調査対象が同時に犯罪に該当するとしても、あくまでもその調査手続の目的は犯罪捜査とは無関係とする。その場合、強制調査権限を定めた法律には、「その権限が犯罪捜査のために認められたものと解してはならない。」との目的規定を置く(所得税法二三四条二項、薬事法六九条四項、金融商品取引法一九〇条二項等)。二つには、犯則調査である。これは法律上、後に刑事手続へ移行することを前提に構成された行政手続である(国税犯則取締法一八条、金融商品取引法二二六条等)。そして、三つには、犯罪の予防・鎮圧目的の行政警察における手続としての監視カメラの設置等(警察法二条、警職法二条)や、より捜査に発展する場合が多い手続として、不審者に対する職務質問とそれに付随する所持品検査、任意同行(警職法二条)、あるいは保護(同法三条)、犯罪の予防・制止等(同法五条等)がある。これら行政手続と犯罪捜査の区別自体は、法律上は明確に謳われているが、行政調査活動はしばしば捜査の端緒となる上、犯罪が判明すれば調査手続で得られた資料等の捜査における活用の可否問題が顕れる。犯罪捜査よりも規制の緩い行政手続で獲得された証拠資料等を、刑事手続においてフリーで活用できるとすれば、より厳格な刑事手続の潜脱行為の危険性はほらみ、憲法三一条、三五条、三八条一項との関係で問題点が指摘される。

4 憲法と行政手続に関する判例と学説の検討

(1) ③説については、項を分けて行政手続の憲法三一条以下適用の是非問題等について、判例の流れを概観する。⁽¹⁾

①最大決昭四四・一二・三(刑集二三卷一二号一五二五頁)

国税犯則取締法二条により収税官吏がした差押処分に対する不服申立て事件に対して、判旨は、その差押手続が刑事手続ではなく一種の行政手続であるとした上、同申立ては、「行政事件訴訟法に定める訴訟の方法によるべきで

あつて、刑訴法四三〇条の準抗告の規定を準用すべきではない。」として、収税官吏の差押手続の刑事手続性を否定し、適用区分を判示したものである。すなわち、「国税犯則事件の調査手続は、刑訴法上の捜査手続と類似するところがあり、また、犯則事件は、告発によつて被疑事件に移行し、さらに告発前に得られた資料は、被疑事件の捜査において利用されるものである等の点において、犯則事件の調査手続と被疑事件の捜査手続とはたがいに関連するところがある。」としたものの、「しかし、現行法制上、国税犯則事件調査手続の性質は、一種の行政手続であつて、刑事手続（司法手続）ではないと解すべきである。」と判示した。

②最大判昭四七・一一・二二二（刑集二六卷九号五五四頁）——川崎民商事件

判旨は、憲法三五条一項は、本来、主として刑事責任追及の手続における強制について、それが司法権による事前の抑制下におかれるべきことを保障した趣旨であるが、収税官吏による所得税に関する調査につき、当該手続が刑事責任追及を目的とするものでないとの理由のみで、その手続における一切の強制が、当然に憲法三五条一項の保障の枠外にあると判断することは相当でないこと、旧所得税法六三条、七〇条一〇号に規定する検査は、あらかじめ裁判官の発する令状によることをその一般的要件としないからといって、憲法三五条の法意に反するものではないこと、憲法三八条一項の保障は、純然たる刑事手続以外においても、実質上、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する手続には、ひとしく及ぶものと解するのが相当であることなどを判示したものであつた。この判決は、一見しては明快ではなく、「収税官吏の検査は、もつぱら、所得税の公平確実な賦課徴収のために必要な資料を収集することを目的とする手続ではない」こと、「強制の態様もその目的、必要性にかんがみれば、実効性確保の手段として、あながち不均衡、不合理なものとはいえない」ことなどとして、結論的には、行政手続への

一般的適用は否定する旨の判示をしている。

③最判昭五九・三・二七 (刑集三八卷五号二〇三七頁)

判旨は、「国税犯則取締法に規定する犯則嫌疑者に対する質問調査手続についても、憲法三八条一項の規定による供述拒否権の保障が及ぶものとする」と判示するものである。同判例では、横井大三裁判官の「憲法三八条一項にいわゆる供述拒否権の保障は、要するに、自己が刑事責任を問われることとなるような事項について供述を強要されないことを保障するものであるから、そのような事項について供述を強要することになるものである限り、刑事手続はもちろん刑事手続に準ずるものとされる国税犯則取締法による調査手続のみならず、外国人登録法による登録手続のような行政手続にも及ぶと考える。そうすれば、国税犯則取締法の刑事手続との直結性を強調する必要もなくなるであろう。」「行政上の必要があるという理由だけで、一般国民に、自己が刑事事件を問われるような供述を罰則をもって強制するような手続があれば、それは刑事手続に準ずるものでなくても、憲法三八条一項に違反するものというべきであろう。」などの詳細な意見も付されている。私も基本的には右横井裁判官の意見に与するところではあるが、行政手続と刑事手続の区別は明確にして、その目的規定も置きながら、行政手続から刑事手続への移行に伴って同手続で先の行政手続で得た結果を利用できるかとの可否問題は残る。これは、収税官吏の調査手続として規定する質問、検査、領置、臨検、搜索、差押等の各種手段は、刑訴法の規定する被疑事件の捜査手段と実質的には変わらない上、犯則事件は告発によって被疑事件に移行するが、その告発前に得られた資料も被疑事件の捜査に利用されることを認めるべきとの見解を示すのである。

④最決平一六・一・二〇（刑集五八卷一号二六頁）

判旨は、「法人税法（平成一三年法律第一一九号による改正前のもの）一五三条ないし一五五条に規定する質問又は検査の権限の行使に当たって、取得収集される証拠資料が後に犯則事件の証拠として利用されることが想定できたとしても、そのことによつて直ちに、上記質問又は検査の権限が同法一五六条に反して犯則事件の調査あるいは捜査のため的手段として行使されたことにはならない。」と判示するものである。そして、原判決が「上記質問・検査の権限が犯則事件の調査担当者から依頼されるか、その調査に協力する意図の下に証拠資料を保全するために行使された可能性が排除できず、一面において、犯則事件の調査あるいは捜査のための手段として行使されたものと評することができる」旨判示した点は是認できないとしたが、上記質問・検査の権限行使及びそれから派生する手続により取得収集された証拠資料の証拠能力を肯定していることから、結論においては是認できるとしたものである。これは、行政調査の結果は同手続内での行政決定のために利用されなければならないとする法の目的規定も、それだけにしか利用してはならないとの制約付きの解釈まで包含するものではないとする判示であり、前記「想定」の範囲でも証拠資料の利用を認めるとする注目すべき判例と位置付けられる。

学説も、憲法三八条一項などについて行政手続等にも適用されるとの説が多い¹²。憲法三一条以下の規定が本来的には刑事手続を対象としていることを前提にしても、被処分者に不利益を及ぼすような手続については行政手続といえども適用すると考えるのが学説・判例の趨勢と云うべきであろう。

(2) このように、憲法三一条以下の規定（明らかに刑事手続が対象の三三条を除く。）が行政手続に適用される場合があることを認めるとしても、その行政手続で得られた結果（証拠資料等）をその後の刑事手続に利用することは認

め得ることであるから、両手続を明確に区分した上でこれを検討しないと、むしろ緩やかな運用に流れるおそれがあるのではないか。

つまり、③説が憂慮する理由に拠って憲法三二条以下の適用対象に行政手続をも含ませることとすることが、行政・司法警察の区分を不要とする結論を導かなければならないような論理に必然的な関係にはないと言ふべきである。すなわち、論者の抱く懸念があればこそ、かえって区分を厳格に捉える方向での結論を導くべきではないかということである。行政・司法警察の目的・機能の違いから、手続対応の違いを導くのは当然であり、だからと言って、行政手続を濫用するのではないかとの懸念をすることは別問題と言えるものである。

また、③説からは、区分必要説の論者のうち、両者の目的・性質等の違いを理由に行政警察活動上の違法性は後行の司法警察活動への承継はないとする違法性断絶説¹³があることに対しては、形式論であるとの批判がなされる。ここでは、警察官が違法な保護手続中に覚せい剤使用の捜査目的で採尿行為に及んだ場合などで、その先行行為(警職法三条一項に基づく保護手続)の違法が後行行為(刑訴法一九七条一項本文に基づく任意捜査としての採尿手続)に影響を及ぼすか否かの「違法性の承継問題」の例を挙げて検討を加える。その事例で、区分必要説に立ちながら、行政警察活動に違法があつてもその主体は同じ警察官であり、いずれの目的によるかも警察官の主観に基づく曖昧さがあるのが実際であることを照らし、身柄逮捕にまで至ったときには遡って捜査活動として行われたものと解すべきとする通説も、理論的でないとする。このような事例では、採尿を行うために保護手続を採ったなどという潜脱の利用関係があつた場合は違法性が承継されることは当然であるが、そうでない場合であれば、保護手続の間に任意に採尿したとしても違法とは言えないとする。その他、区分不要説が主張する両者の目的が表裏一体だとする点も、捜査の厳格性を曖昧

にすることになり許容できないことや、あるいは有形力の行使の場面で任意手段の幅の広い行政警察活動の範囲・程度まで捜査の任意手段を拡大することなどの懸念事項があることを指摘するなどしつつ、結局、行政・司法警察の両概念そのものから具体的な法的効果を導くものではないとし、両者の区別自体には実質的な意義がさほどみられないと結論付けて、区分不要説に至るものである。¹⁴

④説の事前捜査積極説からの区分不要説は、事前捜査を認めることにより犯罪の予防・鎮圧を目的とする行政警察活動と重なることから、必然的に両者の区分不要説を導く。特に有力説は区分の沿革、比較法的分析を行った上、戦後の行政裁判所の廃止により権利救済の管轄裁判所の区別も意味がなくなっていること、犯罪の嫌疑という観点からは犯罪の事前か事後かで相違があるわけではなく、その点での捜査に区別を設ける理由はないことなどから、結局、区分不要説を説く。¹⁵しかし、この見解に対しては、事前捜査を積極に解するからといって、両者は未然・既然（既発）の違いそれ故のみの理由でその区分を不要にするような本質的・必然的關係にはないのである。この疑問が指摘できよう。現に、区分不要説に立ちながら事前捜査は消極に解する立場もある。その論者の区分不要の理由付けは、戦後は裁判所と検察官は分離されて司法権の独立が徹底され、検察官は行政官と位置付けられ捜査活動を「司法」とよぶ必要がなくなったこと、捜査から裁判までを一貫して実体形成過程と観念するのはふさわしくなく、警察が第一次捜査機関として独立し検察官は捜査に「司法」的性格を付与する媒介項たる意義を失っていることなどの事情を挙げ、したがって、強いて性格付ければ、司法の一翼から離脱した検察官と公権力の実現をめざす警察官の両者による行政的活動であって、司法との関係は、裁判Ⅱ司法へ向けて準備の役割・効果をもつだけであるから、捜査は「行政的捜査」「当事者主義的捜査」と称するべきとする。ただ、事前捜査については、現行法の解釈上は消極説を基本と

すると解さざるをえないと思われると結論付ける。⁽¹⁶⁾

5 行政・司法警察区分必要説の論拠

(1) 次に、行政・司法警察の区分必要説における積極的な理由付けを概観する。

この点、先に不要説に対して指摘したいいくつかの反論をその必要説の理由付けとするほか、行政警察活動には公共の安全と秩序維持に対する侵害を事前に予防するという目的の実現のために、迅速かつ効率的活動が要請されるのに対し、司法警察活動、すなわち捜査においては、司法作用の補助行為として、その刑事訴訟法が定める手続的正義の規制下での厳格な諸手続の制約を履践しながら、真相解明の目的を達成することが要請されるという基本的な違いを根拠として示す。したがって、区分必要説からは、区分不要説では捜査にあっても、秩序回復のためにその厳格な手続を効率性・迅速性優先の余りこれを緩和させるなど、この区分領域のルーズ化をもたらすことにもなり兼ねない危険性をはらむことが指摘される。それは捜査目的であるにもかかわらず、その手続的規制を潜脱する意図で行政執行法等に仮借した身柄拘束(「逮捕」行為)をするなどした戦前の目的濫用の歴史にも例を見るところであり、行政・司法警察両者の区分は依然として重要であることが説かれる。⁽¹⁷⁾

また、警察官が行政警察活動として不審者に対する職務質問や所持品検査を行う過程で、その不審者が特定の犯罪を犯していることが明らかになり、以後は捜査目的で警察署への任意同行と取調べに発展するというよく見られる事例について、区分不要説はこれをもって、その行政・司法警察の両者が競合ないし発展する経過は、すなわち、両者の区分を不要とする例であると主張する。この点について、区別必要説からは、捜査に際して警職法に規定する行政警察の手段を用いることができるかとの問題があるが、同法一条一項では「他の法令の執行等の職権職務を忠実に遂

行するため、必要な手段を定めることを目的とする。」と規定し、八条では「警察官は、この法律の規定による外、刑事訴訟その他に関する法令及び警察の規則による職権職務を遂行すべきものとする。」と規定しており、同法の解釈からは行政警察と捜査がそれぞれ併存して活動することを否定する理由はないとする。

この点は、裁判例（大阪高判昭二九・四・五高等裁判所刑事判決特報二八号二一五頁）でも、暴行事件の捜査のために被疑者に警職法二条の挙動不審者に対する質問と同行を求めた警察官に対し、被疑者が暴行を加えた傷害・公務執行妨害事件において、弁護人は「この被疑者に対してとつた警察官の」質問同行は犯罪捜査の段階においてではなくその前提である犯罪予防の段階においてのみ警察官等に与えられた権限であつて犯罪捜査のためには逮捕手続以外に連行を求めることは憲法及び刑事訴訟法上許されていない。」などと主張したのに対し、「警察官及び警察吏員は犯罪捜査のためにも挙動不審者に対し警察官等職務執行法（昭和二九年改正前の法律名には「等」が付されていた―筆者注）第二条第一項に基づき質問をすることができ同条第二項の場合には質問のため附近の警察署又は巡査派出所等^マ同行を求めることができるのであつて所論の如き犯罪予防の場合にのみ限られるものでないことは文理上極めて明瞭である。∴そして右の質問又はそのための同行はもとより強制的なものでなく刑事訴訟に関する法律の規定によらないかぎり身柄を拘束されまたはその意思に反して連行され若しくは答弁を強要されることはないのである（同条第三項）から右の措置は憲法及び刑事訴訟法に抵触するものではない。」と判示する。

区分不要説の③説から、「不特定であれ犯罪の嫌疑のある者に対する職務質問は被疑者取調べと同性質とみれる。この結果、実質的には捜査手段である以上、警職法一条二項・同二条三項のみならず、警職法上の規制も及ぶと考えべきである。したがって、不特定であれ犯罪の嫌疑が濃厚になつた段階や長時間に及ぶ場合、派出所・警察署など

へ任意同行後さらに職務質問を継続する場合には刑訴法一九八条二項に準じて黙秘権を告知するなどが必要になってくる。」として両警察活動の融合の意義も説かれる。¹⁸ もっとも「行政警察目的の反面、捜査目的にも機能しうるという考え方をすべき」として、区分必要説に立って、捜査目的自体の職務質問を消極に解する見解もある。¹⁹ また、職務質問から捜査に発展する事例でも、それは行政警察活動であつて捜査とは異なることは、警職法二条の職務質問が犯罪の予防・鎮圧を目的とするもので、そこには「既に行われた犯罪」も含まれ、その全てが行政警察権を規定していることと解するのが条文解釈上も相当であること、同法が行政警察権限に関する一般法であるという法律の性格があること等を指摘した上、「犯罪の嫌疑ある者に対する職務質問と捜査は常に一体をなしているものといえるが、理論的には全く別個のものであつて、両者を区別し、各々の要件を検討する必要がある。」とする見解がある。²⁰ 両者が一体的に遂行されることが多いことを認めた上で、両者にはその目的・要件が違うものであるから安易にその混在を認めず基本的・理論的な違いを吟味して区別すべきものとして、解釈自体は相当と言ひ得る。そのような事例ならば、なおさら両者の法的規制の違いの法意思に従つて捜査の法規制の適用の明確化を図り遵守させるべく区分が重要であることが説かれるところである。²¹

(2) さらに、行政・司法警察区分の必要性を職務質問を例に検討する。

犯罪の嫌疑が濃厚の者に対しては、職務質問の必要性はより高くなる。その場合、捜査すなわち、逮捕の要件の吟味や証拠の収集活動としての職務質問(取調べ)が既に開始されているとも言えよう。ただ、それが所持品検査なども経るなどして逮捕(現行犯・緊急逮捕)までに発展する過程では、警察官の両目的意識は混在している場合も多く、結局、その主観的判断に拠るほかはない。したがつて、少なくともその移行過程では行政・司法警察の両目的・作用

の併存自体までも否定するのが法意思とまでは言えないであろう。両者の境目が曖昧であることが、区分不要説を導く必然的関係にはないと言うべきである。むしろ、そのような事例ではなおさら区分の必要性を認めた上で、その吟味を基本とすべきである。両者の活動が連続・移行・発展的、あるいは重複（競合）ないし交錯状況下では、遡及的評価でなく前後一体的に捉え、より手続的に厳格な捜査要件を基準として、その適法性を評価するのが相当と言わべきであり、その意味でも区分必要説が相当である。つまり、両者の目的の違いから、その活動にはそれぞれ固有の要件が設定されていて、犯罪捜査を目的とする司法警察の法意思には、強制処分法定主義と令状主義という行政警察に比してより厳格な規制の要請があり、あるいは独自の権限が付与されている。また、行政警察の法意思にも危険・障害の緊急的除去の目的から司法警察にはない権限もある。このように、それぞれ異なる法意思に基づく規制・要件が支配していることは歴然とした区分であることから、互いに目的を仮借ないし流用したりしてその権限を濫用することはもとより許されないことである。しかし、その一方において、職務質問は、犯罪の予防・鎮圧目的の行政警察活動であると同時に、それが犯人検挙や証拠収集目的である司法警察活動も併存するか、またはこれに資するものであり、両者の目的・活動の競合が常態的であつても何ら違法ではない。その意味でも、両要件具備を吟味して競合状態を厳格にチェックすることは必要かつ有意義でもあると言える。²²

また、この両者併存の例は、行政警察活動から司法警察活動への移行過程では見られるが、逆に司法警察活動から行政警察活動へ移行する事態は殆ど考えられない。戦前では、当時効力を有した治安維持法下で司法警察活動として「罪を犯す虞あること顕著なる」者に対する予防検束（同法三九条一項）を裁判所に求めたところ、これを不許可とする決定が出された場合に以後、行政警察活動として行政執行法の行政検束に移行する例とか、違警罪即決例の適用で

警察署長限りの身柄拘束から釈放されたとき以後の監視活動例等があったものの、戦後はこの司法警察から行政警察への移行パターンは殆ど例を見なくなっている(少年事件では、少年法六条の二で警察官等による触法少年の事件の調査権限が規定され、必要に応じて刑事法の搜索差押え等を準用して実施できることも規定し―その刑事法規定中の「司法警察員」等の規定は、少年法では「司法警察員たる警察官」等と読替するとの規定も置く(同法六条の五)―これら押収証拠や、その他捜査手続で収集の証拠を同法による保護処分資料とされることとなっている)。

6 行政・司法警察区分論に関する判例

最高裁は、行政警察と司法警察との区分を当然のこととする判断枠組みを示している。

①米子銀行強盗事件の最判昭五三・六・二〇(刑集三三卷四号六七〇頁)

この判例は、銀行強盗事件の緊急手配を受けた警察官が、手配の者に似た被疑者A、Bに対し職務質問をして、被疑者らを警察署まで警察車両で任意同行後も所持品検査に応じるよう説得を継続中に行われた所持品検査の合法性に関する判断である。同検査は、侵害留保の原則との関係から、明文の根拠が求められるところ、判旨は「所持品検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、警職法二条一項による職務質問に付随してこれを行うことができる場合がある」との理由でその合法性を認められたものである。その上で「職務質問ないし所持品検査は、犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察上の作用であつて、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正にこれを処理すべき行政警察の責務にかんがみるとき」として、具体的な許容要件を判示している。すなわち、職務質問が行政作用法の警職法に規定する行政警察活動であるから、それに付随する所持品検査もまた行政警察活動であるが故に承諾のない所持品検査も許される場合があるとするもので

ある。

同判決では、また、先に無施錠のボーリングバッグのチャックを少し開けたところ大量の札束が入っているのが見えたため、続いてもう一つのアタッシュケースの錠前をドライバーでこじ開け、被害銀行の帯封付き大量の札束を発見した警察官の行為につき、「前記ボーリングバッグの適法な開披によりすでに被疑者を緊急逮捕できるだけの要件が整い、しかも極めて接着した時間内にその現場で緊急逮捕手続が行われている本件においては、アタッシュケースをこじ開けた警察官の行為は、被疑者を逮捕する目的で緊急逮捕手続に先行して逮捕の現場で接着してされた捜索手続と同視しうる」として、押収した在中品の証拠能力は肯定できるとしている。これは、先行する行政警察活動によつて発見された証拠物について、その後競合・移行した捜査活動によつて被疑者を緊急逮捕し、所持品を押収した一連の手続を適法としてその押収物の証拠能力も認められた判例でもある。

②最決昭五五・九・二二（刑集三四卷五号二七二頁）

この判例は、所持品検査と同じく明文の規定のない自動車検問について、その合法性を行政警察活動として認められたものである。すなわち、判旨は「警察法二条一項が『交通の取締』を警察の責務として定めていることに照らすと、交通の安全及び交通秩序の維持などに必要な警察の諸活動は、強制力の伴わない任意手段による限り一般的に許容されるべきものであるが、任意手段によるからといって無制限に許されるべきものでないことは同条二項及び警察官職務執行法一条などの趣旨にかんがみ明らかである」とした上、「しかしながら、自動車の運転者は、公道において自動車を利用することを許されていることに伴う当然の負担として、合理的に必要な限度で行われる交通の取締に協力すべきものであること」などと、行政法理論上の一定の行政目的実現のための行政指導にも類似・共通する一面を有

するとも、あるいは相対的な特別権力関係論(最判昭五二・三・一五民集三一巻二号三三四頁参照)にも通ずるような論拠も挙げるなどして根拠付け、その適法性を判示する。

前記①②いずれの判例も、行政警察活動を司法警察活動とは明確に区別して、その固有の位置付けを示している。これは、警職法は刑事訴訟法の法領域には属さず、あくまでもその本質は行政法規であること、すなわち、職務質問・所持品検査や自動車検問は司法警察活動(捜査)に密接な関わりは持つが、その法的性質が異なることは歴然としており、ただ、捜査の端緒になるだけであることなどを明確に示しているところである。

7 小括

如上のように、行政・司法警察の区分要否論は、我が国の刑事法体系がその区分を生みこれを維持する大陸法系に由来することから、戦後もその区分を承継し維持してきたのが判例・多数説であった。しかし、警察の捜査権限が第一次捜査機関として独立したことを核にして、区分の融合を主張する見解が台頭してきた。それが、近時は、事前捜査積極説(前記④説)との関連において、捜査の性質・機能、その高度の必要性からの分析で区分融合を説く流れが生まれつつあり、その検討では区分の意義の再検討ないし構成のし直しも視野に入れての議論が注目されるようになってきている。

そこで、④説は、項を改めて次号において行政・司法警察区分要否論の検討を引き続き加えながら、事前捜査の可否論を検討することとする。

【注】

(1) 戦前の司法警察と行政警察の歴史に関して、新井裕「司法警察と行政警察とに関する試論」警察研究(一九四六年)一七

卷四号二頁以下、宮下明義「司法警察制度論」警察研究（一九四八年）一九卷一〇号二二頁以下、広中俊雄『戦後日本の警察』（一九六八年版）一〇頁以下等参照。また、司法省の当時の構想等詳しい警察成立の歴史・経緯について、大日方純夫『日本近代国家の成立と警察』（一九二二年版）六四頁以下、由井正臣・大日方純夫『日本近代思想体系―官僚制警察』（一九九〇年）四二六頁以下参照。なお、井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』（有斐閣一九九七年）一四五頁における注三五六―一六三頁では、旧刑法時代の警察が行政執行法等を濫用したとの批判に対し「その当時としては厳格な司法警察ないし刑事手続上の要件・手続に従って行うことが難しいため、それらが比較的緩やかな行政警察上の処分を転用したという―むしろ、行政警察活動が司法警察的目的のために濫用される危険があることを示す―ものであって、司法警察活動が行政警察的目的のために濫用され易いことを例証するものではない」と反論する。

(2) 田宮裕「変容を遂げる捜査とその規制」法曹時報四九卷一―号（一九九七年）二八九六頁（四頁）、二八九九頁（七頁）参照。前掲新井二頁以下参照。横井大三「検察官と司法警察職員」『日本刑法学会刑事法講座』（一九五三年）九七三頁注（五）、九七七頁注（一）参照。青柳文雄「日本の検察」『法学セミナー増刊 現代の検察（一九八一年）』二九頁以下参照、松尾浩也「西ドイツ刑事司法における検察官の地位」法学協会雑誌八四卷一〇号二二八五頁（二三頁）参照。

(3) 白取祐司「司法警察と行政警察」法律時報六九卷九号三五頁（一九九七年）、小田中聰樹・村井敏邦・川崎英明・白取祐司編『盗聴立法批判』（日本評論社一九九七年）「白取」一六八頁以下。なお同一六九頁は「フランス刑法一四一条一項は、司法警察は『刑罰法規の違反行為を確認し、証拠を収集する』と規定していることを紹介する。岡部正勝「フランス警察行政法における行政警察と司法警察」『渥美東洋先生古稀記念―犯罪の多角的検討』（有斐閣二〇〇六年）二七三頁参照。岡部正勝・國本惣子「フランス警察行政法ノート」警察学論集五五卷五号一八二頁は、一七九五年法典の「革命暦四年ブリュメール（霧月）三日法」が「警察は、行政警察と司法警察とに分かれる。行政警察は、各地における公の秩序の日常的な維持を目的とする。主として犯罪の予防を行う。司法警察は、行政警察が発生を防ぐことができなかつた犯罪を探索し、証拠を収集し、犯人を、その処罰が法により任務とされている裁判所に引き渡す。」ものとされていたことを紹介している。他に、前掲井上一四三頁、田宮裕・河上和雄編『大コンメンタール警察官職務執行法』（青林書院一九九三年）「渡辺修」六三頁以下、村井敏

邦・川崎英明・白取祐司編「第一三講―捜査概念の再検討」『刑事司法改革と刑事訴訟法上巻』(日本評論社二〇〇七年)「梅田豊」三七三頁参照。

(4) 検察官の行う事務を統括する官署が検察庁であり、法務省の特別の機関として置かれるようになった(検察庁法一条一項―昭和二二年四月一六日法六一号公布。国家行政組織法八条の三、法務省設置法一四条による。)

(5) 前掲村井ほか編書「梅田」三七三頁。

(6) 田中二郎『新版行政法下巻(全訂第二版)』(弘文堂一九八三年)三一頁。杉村敏正編『行政法概説各論「第三版」』(有斐閣一九九〇年)七二頁以下参照。田上穰治『警察法「新版」』(有斐閣一九八三年)四三頁参照。金子宏ほか編書『法律学小辞典「第四版補訂版」』(有斐閣二〇〇八年)二一八頁参照。

(7) 行政・司法警察区分不要説の紹介は、前掲田宮・河上編書「渡辺修」六七頁以下、前掲村井ほか編書「梅田」三七三頁以下参照。①説は、上原誠一郎『警察官等職務執行法解説』(立花書房一九四八年)三四頁、高石和夫「講学上の『警察』概念と警察行政(下)」『警察公論』三五卷一一号(一九八〇年)四七頁、芦田一良「行政警察と司法警察に関する考察(二・完)―警察概念の検討―」『警察研究』一八卷九号(一九四七年)四三頁等参照。②説は、田村正博『警察行政法解説』(東京法令出版一九八九年)一〇頁以下参照。③説は、前掲田宮・河上編書「渡辺修」六六頁以下参照。また、④説は、前掲井上一四二頁以下、長沼範良「犯罪・差押目的物の存在の蓋然性」『刑法雑誌』第三六卷第三号四二五頁(一九九七年)等参照。

(8) 行政法理論については、前掲田中三二、三三三頁参照。藤田宙靖『行政法総論』(青林書院二〇一三年)一〇四頁注(2)、三二二頁注(1)参照。

(9) 美濃部達吉「警察と刑事作用」『警察研究』(一九三一年)二卷八号九頁以下は「警察官吏は、警察作用を行ふと共に此の限度に於いて刑事作用をも行ふ権能を有するもので、其の本来の性質に於いては刑事作用であつて警察作用ではないのにも拘らず、それが警察機関に依つて行はるるが為に、フランスの用語例に倣つて之を司法警察と謂ひ慣はして居る。併し之を司法警察と称するとしても、それを以て警察作用の一部分と為してはならぬ。それは全然警察とは性質を異にし、又法律上の地位を異にして居るもので、唯同じ機関が警察を掌ると共に、又此の別種的作用をも管掌して居るといふに止る。それは純然たる刑

罰権の作用で、性質上司法に属し行政に属するものではない。」と指摘する。また、前掲田上四三頁は「司法警察は、本来行政機関の地位にある者が犯罪を捜査する職務を担当する場合に、この職務として行われる作用を意味する。それは、特定の犯罪に対する刑罰権の作用であって、刑事訴訟法の適用を受けるから、実質的意義の警察でなく、ただ原則として警察官の職務に属することで、形式的意義の警察といえるのに過ぎない。」とする。

(10) 前掲小田中ほか編書「白取」一六六頁以下参照、前掲田宮・河上編書「渡辺修」六八頁以下参照。前掲村井ほか編書「梅田」三七二参照。なお、最大決昭四四・一一・三(刑集三三卷一五二五頁)は、「国税犯則事件の調査手続の性質は、一種の行政手続であって、刑事手続(司法手続)でない」と解すべきである。」として、結局、「国税犯則取締法二条により収税官吏がした差押処分に対する不服申立は、行政事件訴訟法に定める訴訟の方法によるべきであって、刑訴法四三〇条の準抗告の規定を準用すべきではない」とする。

(11) 笹倉宏紀「行政調査手続と捜査」ジュリスト増刊刑事訴訟法の争点(有斐閣二〇一三年)一〇〇頁以下参照。松井茂樹記「行政手続におけるデュー・プロセス」ジュリスト一〇八九号一七三頁以下(一九九六年)参照。川出敏裕「行政警察活動と捜査」法学教室二〇〇二・四NO二五九―七三頁以下参照。

(12) 法学協会編『註解日本国憲法上巻』(有斐閣一九五三年)六六一頁、清宮四郎編『憲法辞典』(青林書院一九五九年)二二四頁。酒巻匡「憲法三八条一項と行政上の供述義務」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集下巻』(有斐閣一九九八年)七七頁以下。なお、佐藤功教授は、かつて、憲法三八条一項は行政手続には適用がないとしていたが(ポケット注釈全書旧版『憲法』二四六頁)、同教授は『日本国憲法概説[全訂第五版]』(学陽書房一九九六年)二五六頁では、「憲法三二条、三三条以下は行政手続にも及ぶと解すべきであるが、このことはすべての行政手続に一律的・機械的に、刑事手続と同様の保障がなされなければ、すべて違憲であるということではない。すなわち、行政作用は行政目的に応じて多種多様であり、一律に刑事手続と同じ手続を要するとはするのでは行政目的を達成し得ない場合がある。第三三条・第三五条の定める令状主義についても、公衆の自由に入入りする場所や広く公衆に販売される商品などについては、令状主義を緩和することが認められよう。・令状主義についていえば、行政手続にも原則として令状主義の保障は及ぶとした上で、個々の行政作用の性質に即して、どの程度まで

合理的な例外を認めることが許されるかを、具体的・個別的に検討することが必要である。」と解するに至っている。

(13) 河上和雄「任意同行をめぐる若干の問題」警察研究四一卷一号(一九七〇年)五〇頁、前掲田宮・河上編書「河上」八六頁以下参照。

(14) 前掲田宮・河上編書「渡辺修」六五頁以下参照。前掲村井ほか編書「梅田」三七五頁参照。逮捕に至った場合に先行行為に遡って刑訴法の捜査とする通説は、熊谷弘「任意同行と逮捕の限界」『捜査法大系Ⅰ』(日本評論社一九七二年)五二頁等。田宮裕『捜査の構造』(有斐閣一九七一年)一一七頁以下は、警職法上の任意同行を例に「それによる拘束が長時間に及び、強制的な身柄の拘束たる逮捕とみうる場合には、全体を逮捕として、もし違法があれば刑事手続で制裁(たとえば勾留却下)すべきものと考える」などとする。なお、判例も違法性断絶説は採っておらず、例えば、最決平三・七・一六(判例時報一三九六号一五七頁)は、警察官は錯乱状態の被疑者を警職法三条に基づき保護した後、強制採尿手続により被疑者から採尿した尿の鑑定書の証拠能力を認めている。また、裁判例として、大阪高判昭六〇・一一・二六(判例時報一一八七号一五三頁)は、警察官が被疑者を警職法三条の保護の名目でなされた違法な身柄拘束の過程で差し押さえた注射器の証拠能力を否定した(ただし、他の関係証拠によって有罪判決を維持した)。

(15) 前掲井上一四三頁以下参照。なお、川出敏裕「組織犯罪と刑事手続」ジュリスト一一四八号(一九九九年)二三八頁以下参照。

(16) 前掲注(2) 田宮九頁以下。

(17) 前掲村井ほか編書「梅田」三七二頁以下参照。前掲小田中ほか編書「川崎」一三七頁以下、同「白取」一六六頁以下参照。

(18) 前掲田宮・河上編書「渡辺修」六〇頁以下。

(19) 河上和雄『注釈警察官職務執行法「全訂」』(日世社一九九一年)五四頁。前掲田宮・河上編書「河上」八七頁では、警職法五条が、現行犯についても可能とする裁判例(秋田地判昭五一・四・五刑裁月報八卷四〇五号二七五頁等)からも、行政警察権を行使し得ることは明らかであるとして、「犯罪捜査によらず、行政警察権の行使としての職務質問や任意同行をすることも可能である。説論などで事態を收拾する場合を考えれば、明らかであろう。」とする。前掲田宮・河上編書「渡辺咲子」

一〇二頁は、本文の前掲大阪高判昭二九・四・五特報二八号一一五頁の判示について、「警職法上の職務質問・任意同行は犯罪予防の段階に限られ、犯罪捜査の場合任意同行は許されないとする弁護人の主張に答えたもので、いささか正確さを欠くが、その言わんとするところは、犯罪成立後も警職法による職務質問・任意同行が可能であること、及び、刑事訴訟法上の任意捜査として、派出所等への同行が可能であることを判示したものと解される。」とする。なお、渡辺咲子「行政警察権の行使と犯罪捜査」河上和雄編『刑事裁判実務体系一一―犯罪捜査』（青林書院一九九九年）五九頁以下参照。

(20) 前掲田宮・河上編書「渡辺咲子」一〇三頁以下、二二四頁参照。

(21) 前掲小田中ほか編書「白取」一七二頁以下参照。前掲村井ほか編書「梅田」三七六頁は「実質的に捜査（被疑者取調べ）とみなされるような場合については、極力もはや行政警察活動ではなく司法警察活動（捜査）であると捉え、直接刑事法上の規制が及ぶと考えるほうがよいのではなからうか。」とし、先に一応両者併有説を採った自説を変更して明確化することを試みている。

(22) 河上和雄・國松孝次・香城敏磨・田宮裕編『講座日本の警察―第二卷刑事警察』（立花書房一九九三年）「警察権限法の判例理論」〔香城敏磨〕二四八頁参照。前掲田宮注（14）『捜査の構造』一一六頁以下は「職務質問は犯罪の予防・鎮圧に係した活動であり、その意味では司法に密着したものはあるが、その本質は行政作用であることに疑いがない。警察法は刑事訴訟法の一部ではなく、行政法規たる本質を有し、職務質問は捜査処分ではなく、場合によって捜査の端緒たりうるだけである。」「理論的には、警職法上の任意同行と刑事法上のそれは截然と区別すべきものであるが、その区別は結局のところ警察官の主観にしかない。しかもその区別の標準はいままで実際には存在しないに等しいほどである。こういう状況のもとでは、警察官が手続を濫用しようと思えば、すべて警職法上の処分だというだろう。・・・こうして実際問題として、身柄が逮捕にまで至ったならば、すべて刑事法上の任意同行と解釈すべきものなのである。」とする。また、前掲注（2）田宮二九〇頁（九頁）以下では、行政・司法警察の区分は否定的であり、同二九一五頁（二三三頁）では、行政取締りにについても、強制処分性とその必要性があれば、司法的コントロールによるという規制方法が考えられてよいとする。

わが国における法益關係的錯誤説に対する疑問

野村和彦

目次

- 第一章 はじめに
- 第二章 わが国における法益關係的錯誤説の展開
 - 第一節 学説における展開
 - 第二節 法益關係的錯誤説が批判する裁判例について
- 第三章 法益關係的錯誤説に対する批判的検討
 - 第一節 罪刑法定主義との関係
 - 第二節 何が法益關係的か
 - 第一款 概観
 - 第二款 検討

わが国における法益關係的錯誤説に対する疑問（野村）

三五（二四九一）

第三款 結果無価値論の限界の一場面

第三節 被害者の意思決定過程の評価における法益論および法益衡量論の限界

第四章 まとめ

第一章 はじめに

(1)被害者の同意^①とは、法益を享受している主体が自己の意思決定に基づいて刑法による法益の保護を放棄し、他者による自身への法益侵害行為を許容すること、である。被害者の同意は、犯罪論における位置づけに関して相違こそあれ、犯罪の成否に関わる事由であり、あるいは、同意の有効性が犯罪の成否の場面では否定されたとしても、刑を減輕する事情として量刑上考慮されうることには、異論がないと思われる。

わが国における被害者の同意をめぐる議論は、ドイツ刑法学における議論に触発されながら、着実にその射程範囲を広げ、個々の点において深化している^②。とくに一九八〇年代以降は、法益関係的錯誤説^③や被害者の自己答責性を重視した解釈論^④が展開され、因果関係論や正犯および共犯論など他の領域にも影響を及ぼし^⑤、自己決定権との関係についても考察が加えられ^⑥、さらには被害者の同意の要件^⑦についての検討も進み、最近では三分説という新しい視点から被害者の同意を捉える試み^⑧も提案されている。

(2)被害者の同意をめぐるかような議論状況の中で、拙稿においては、法益関係的錯誤 (Rechtsgutsbezogener Irrtum) 説に関する検討を行う。同説を最初に提唱したのはアルツトである^⑨。八〇年代以降、同説は、山中敬一や佐伯仁志、

山口厚らにより、わが国の学説において有力に展開されている。被害者の同意の錯誤を考える上で、被害者の意思決定過程ではなく、法益処分に対する被害者の認識に目を向けさせたのが同説である。同説は、従来から主張され、対立してきた、重大な錯誤説や動機の錯誤説に再考を迫った。結果無価値論の台頭とも相まって、同説は、支持者を増やしただけでなく、詐欺罪の構造をどう捉えるかなど、被害者の同意が問題となる各論の解釈論にも大きな影響を与えている。たしかに、一方で、法益関係の錯誤説に対する批判も強まり、同説を貫くことによる矛盾が指摘されているものの、わが国においては法益関係の錯誤説は未だ有力に展開されているといえよう。¹⁰⁾

(3)ところが、ドイツの議論状況を鳥瞰すると、わが国のそれとは異なることに気づく。たしかに、欺罔によって動機の錯誤に陥った被害者の同意は無効とする通説的見解を批判する根拠として同説がしばらくの間は援用されていた。¹¹⁾しかしながら、九〇年代以降、同説はわが国ほどには有力に展開されていない印象を受ける。¹²⁾

輸血には同意したが報酬額について欺罔されていた場合や、隣人も輸血を申し出ていると欺罔され、隣人にひけは取りたくないと考え輸血に同意した場合、手術に対する医師への報酬の額などの付随事情の錯誤の場合、法益関係の錯誤説はこれらの錯誤は法益に関係しないとして有効とされる。しかしながら、かりに法益関係の錯誤がないとしても、被害者の自己決定が自律的であったか他律的であったかが問われるべきことが指摘されている。そして、この観点から、被害者の同意が否定される場面として、法益関係の錯誤が存在する場合だけでなく、法益関係の錯誤がなかったとしても、あたかも脅迫によって同意を得るような状況がある場合も加えるべきとされている。

法益関係の錯誤説が以前と比べ勢いを失っている要因として、被害者の意思決定過程を重視する見解や、客観的帰属論など、法益関係の錯誤説とは異なるアプローチを提唱する見解が有力に展開されていることが指摘されている。¹³⁾

(4)同説をめぐる日独の議論状況を比較すると、このように温度差があるように思われる。そこで、拙稿においては、いまいちど法益関係的錯誤説の妥当性について再検討を試みたいと思う。法益関係的錯誤説がわが国において展開されてから約三〇年が経ち、議論も深化してきた。彼国においては勢いを失いつつある法益関係的錯誤説がわが国において有力に主張されている背景には、わが国特有の議論状況があると推察される。かような問題意識に立ち、以下、分析を加えたい。

第二章 わが国における法益関係的錯誤説の展開

第一節 学説における展開

(1)行為者の欺罔行為によって得られた被害者の同意の効力を刑法上どう取り扱うべきかについて、学説においては、法益関係的錯誤説が登場する以前においては、重大な錯誤説と動機の錯誤説が対立していた。重大な錯誤説とは、欺罔行為がなければ被害者の同意は存在しなかったであろう関係が存在するときに被害者の同意の効力は失われる、とされる。これに対して、動機の錯誤説は、単なる動機の錯誤にすぎない場合は、同意は有効であるとする。

二つの見解が鮮やかに割れたのが、最判昭和三三年一月二一日の事案であった。心中を申し出た被害者に対して、追死の意思なく青化ソーダを与え死亡させた事案について、同判決は、大判昭和八年四月一九日¹⁴および大判昭和九年八月二七日¹⁵を引用および参照し、次のように判示した。「被害者の意思に重大な瑕疵がある場合においては、それが被害者の能力に関するものであると、はたまた犯人の欺罔に基づくものであるとを問わず、要するに被害者の自由な

真意に基づかない場合」においては、被害者の同意の効力は否定されるとし、本件については、「本件被害者は被告人の欺罔の結果被告人の追死を予期して死を決意したものであり、その決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思である」として、囑託承諾殺人罪ではなく通常の殺人罪の成立を認めた。

重大な錯誤説は右判旨を支持した。これに対し、動機の錯誤説は、被告人が追死するとの欺罔は動機の錯誤にすぎず、被害者は自死に対しては適切に認識していたとして刑法二〇二条が成立すると反論していた。

(2)そして八〇年代に至り、両説に疑問を呈し、とりわけ重大な錯誤説を鋭く批判する学説が登場した。これが法益関係の錯誤説である。同説の提唱者である山中敬一と佐伯仁志の問題意識を探ってみよう。

山中は、八〇年代初頭における被害者の同意をめぐる議論状況について次のように指摘する。同意本質論および犯罪論上の位置づけに関する議論はなされてきたものの、同意の対象の問題や同意の範囲、同意の有効要件については、包括的に論じられたことなかった¹⁶、とされる。そして、被害者に錯誤があった場合や同意の相手方によって欺罔や脅迫が加えられた場合の問題は、総論的角度から議論がなされるというよりは、むしろ各論における実際の処理が先行していたとする¹⁷。そこで、独自の視点も交え¹⁸、被害者の同意を、拙稿第三章第二節において触れるように、体系的に考察しよう¹⁹と試みた。

(3)佐伯は、文化祭において最初から金を払う気がないのに客を装ってビニール製のハンマーでモグラ学生の頭を叩き、そのまま金を払わない、モグラ叩き事例¹⁹について、重大な錯誤説は暴行罪の成立を肯定するのであるが、それは次の理由により妥当でないとする。すなわち、モグラ学生が陥った錯誤は暴行罪の保護法益である身体の安全に關してあるのではなく、詐欺罪の保護法益である財産的利益に關して存するにすぎない。このような場合に暴行罪を適

用するのは疑問である、とする。⁽²⁰⁾

もつとも佐伯は動機の錯誤説に対しても問題を提起する。高価な壺なのに偽物で価値は何らないと誤信させ壺の破壊を被害者に同意させた事例について、壺の持ち主にとってその財産的価値が重要なのであって、この点について錯誤がある場合はその有効性を否定した方がよい、とされる。つまり、法益の内容に関する錯誤があれば、被害者の同意は無効とするべきではないか、とされる。⁽²¹⁾

佐伯は、法益関係的錯誤論を支える理論的支柱として、罪刑法定主義と刑法による法益保護の在り方を指摘する。佐伯は次のようにいう。すなわち、「刑法が罪刑法定主義に基づいて各構成要件にそれぞれの保護法益を相互に區別して規定している趣旨は、法益侵害に対する被害者の承諾を考えるうえでも（それが構成要件レベルであれ違法性レベルであれ）尊重されるべきである。人を欺した者は、「悪いこと」をしているとしても、刑法では何罪との関係での「悪さ」かが問題とされるべきである」⁽²²⁾とされる。

そしてこれとの関係で、法益保護の在り方にも言及する。すなわち、もし、ある構成要件の保護法益と無関係な利益についての欺罔行為を、被害者の承諾を無効にすることを通じて当該構成要件で処罰するならば、実質的には当該法益を錯誤が関係する別の法益に変換することになるか、あるいは、欺罔から自由であるという意思活動の自由一般を保護することになってしまふ、とされる。⁽²³⁾⁽²⁴⁾

もつとも、同説の課題は何が法益関係的錯誤なのかである⁽²⁵⁾とした上で、これを一義的に答えることはできないとして、個々の構成要件が保護する解釈を通じて、法益関係的錯誤の範囲を明らかにすることを試みる。⁽²⁷⁾とりわけ、詐欺罪の解釈論に一石を投じようとした。⁽²⁸⁾すなわち、詐欺罪は法益関係的錯誤が被害者にある場合を規定しているとす

る。加えて、動機の錯誤説が、偽装心中では動機の錯誤は考慮しないとしながら、詐欺罪においては動機の錯誤も処罰しうる、と論拠を異にしていることを批判する。

(4)法益関係の錯誤説は、被害者の同意をめぐる従来の議論に再考を迫るだけでなく、刑法一九九条と二〇二条の區別、同意傷害、逮捕監禁、性犯罪、住居侵入などの領域において、その捉え直しを促し、近年においては、詐欺罪の基本的性格を再検討する契機となっている。

しかしながら、同説に対しては、拠って立つ違法論に関わらず、厳しい批判がなされている。それは重大な錯誤説を支持する立場から²⁹だけではない。法益関係の錯誤説がある程度肯定しつつ法益関係の錯誤がない場合でも、なお、被害者の同意を否定すべき場面があることを指摘する見解が³⁰現れ始めている。

第二節 法益関係の錯誤説が批判する裁判例について

(1)法益関係の錯誤説に対して裁判例はどう対応しているのだろうか。総じていうならば、裁判例は学説と比べると、同説を積極的に受け入れている印象をもたない。特に、法益関係の錯誤説によって論難されている裁判例、特に殺傷罪に関する裁判例を採りあげて、裁判例の姿勢をみることにしたい。

(2)さきにも触れた、刑法一九九条か二〇二条かの擬律が争われた最判昭和三十三年一月二二日について、法益関係の錯誤説は、欺罔がなければその同意はなかったとの因果関係の観点から判示している（これを重大な錯誤説だとして）と指摘して批判を加える。管見によれば、かような捉え方は若干違和感を覚える。

たしかに本事案においては被害者を欺罔することによって得た同意の効力が問題にはなっていた。しかし、「犯人

の欺罔による錯誤に基づくものとを問わず」と「被害者の自由な真意に基づかない場合」という表現から垣間見えるとおり、欺罔による錯誤の問題は一例にすぎないとの捉え方も可能であると思われる。つまり、同判決は、被害者の同意が被害者の自由な意思決定によるものかを核に据えている、と解した方がよりよいのではないかと思われる。右に触れたように、同判決が引用している大審院の二判例は、被害者の同意能力が問題となった事案と被害者が行為者に対し全幅の信頼を寄せていた事案であった。昭和三三年最高裁判決を引用する大阪地判昭和五六年三月一日の事案は、「もうあかんわ。一緒に死んでくれるか。」との言葉に被害者が頭を縦に振ってうなずいたものであるが、被害者の首筋に被告人が包丁を当てた上でのものであった。この被害者の同意は、暴行または脅迫によるものであった。すなわち、暴行または脅迫、欺罔であることに関わらず、被害者の自由な意思決定を最重要視するのが裁判例の一つの動向であると思われるのである⁽³¹⁾。しかも、殺人に関するその後の裁判例をみると、行為時および行為前後の事情をふまえ、被害者の意思決定過程をかなり丁寧に分析するものが登場している⁽³²⁾。

第三章 法益関係的錯誤説に対する批判的検討

第一節 罪刑法定主義との関係

(1)法益関係的錯誤論の理論的根拠づけとして罪刑法定主義が挙げられている⁽³³⁾。そもそも罪刑法定主義とひとことにいっても、そこには様々な意味合いが込められている。論者のいう罪刑法定主義や構成要件の捉え方を敷衍すると次のようになろう。違法性の本質は法益侵害(結果無価値)であり、この観点から犯罪を類型化、すなわち保護法益ご

とに類型化するべきである。その構成要件は故意の認識対象である。この図式を、被害者の法益処分に関する認識に持ち込むのが論者の狙いである。いわば、被害者の『故意』を問題にしようとしているのである。論者は欺した者の罪責を明確にするとはしているが、その内実はかようなものである。

かりに右の推測が正しいとするならば、それには賛同できない。論者のいう罪刑法定主義はその一側面を誇張しているにすぎない。構成要件と法定刑を成文化化することの核心は、国民に対して法益侵害行為の禁止を訴えかけるところにある。これは国民に道徳を教えるためではなく、まさしく法益を保護するためである。したがって刑法の規範性は行為規範性が中心に据えられなければならない。裁判規範性はこの行為規範性をふまえたものでなければならぬ。

罪刑法定主義をかように捉えるとき、被害者の同意論の構図は変わる。被害者の同意を論ずる際、処分法益に対する被害者の認識だけでは足りないのである。それに先だって禁止が要求される、被害者の同意を導いた行為者側の行為も問題とされなければならない。行為者の行為が被害者の法益処分決定にどのような影響を及ぼしたのが考慮に入れなければならない。

(2)法益関係的錯誤説は処分した法益に対する被害者の認識を基礎に据える。たしかに、各人には自己決定権があり、刑法によって保護されている法益の処分についても、最終的決定権は個々人に委ねられている。

しかしながら、保護法益とその内容について刑法が法益を放棄しようとする者に教えることは乏しいといわなければならない。被害者がわが国の刑法典をながめるとき、生命は他の法益よりも重く保護されていることは法定刑をみればある程度わかる。財産保護についていえば、財物と財産上の利益が保護の対象になっていることもわかる。しか

し、被害者が刑法典からわかる法益に関する内容はその程度のレベルにとどまる。もちろん、法益処分に関する被害者の認識は同意の有効性を論ずる際には無視しえない。しかしながら、刑法が法益の内容について被害者側に教える内容は極めて乏しい以上、法益関係的錯誤説が法益処分に対する被害者の認識を最重要視することは妥当でないように思われる。むしろ、規範遵守による一般予防を通じて法益を保護することに刑法の役割があるならば、被害者の同意は行為者の規範違反行為との関係の中で論じられるべきであると思われる。

(3)被害者の同意の有効性を判断する枠組みに行為も採り入れることにより、さしあたり次の二点が帰結される。

第一に、たとえ被害者の同意が適切に存在していたとしても、当該実行行為自体に重大な法益侵害を惹起する危険性が典型的に備わっているならば、行為の一般予防を優先させるべき場面が存在することを認める。下級審裁判例は同意傷害について、当該実行行為の法益侵害の危険性に着目して、これに対する違法判断を被害者の同意よりも優先させる傾向にあるが、それは適切といえる⁽³⁴⁾。同意がありさえすれば被害者に重傷害を負わせてもよいことを一般的に認めると、身体法益だけでなく生命法益を軽視する風潮を招くおそれがある。

行為の一般予防をも考慮して被害者の同意の有効性を判断する視座からは、拙稿の論題との関係では、第二に、行為者の欺罔行為に基づく被害者の錯誤も、被害者の法益処分に対する認識よりも、刑法による禁止が要求されうる、欺く行為の内容が問われなければならないこととなる。この点、詐欺罪についてではあるが、近時、最高裁判例に注目すべき動きがあることが指摘されている。すなわち、欺く行為の要件の中で、何が取引上重要な事項だったのかを明確にしようとする動き⁽³⁶⁾である。それはまさしく、被害者が財産処分をする際に決定的だった動機を明らかにすることといえる。被害者にとって決定的だった動機に働きかける欺罔行為は法益保護のために禁止する必要があるとい

うことでもある。もとより、詐欺罪に関していえば、取引上重要な事項でなければ、欺罔行為とはいえないとする大審院判例が存在していた。³⁷⁾

被害者の同意について統一的な視座を求めようとするとき、この詐欺罪の欺く行為をめぐる動きは無視し得ない。なぜなら、欺く行為のこうした理解の仕方が、他の犯罪の解釈においても参考にされるべきであるとの主張が十分に可能だからである。

第二節 何が法益関係のか

第一款 概観

(1) 法益関係の錯誤説によれば、被害者が自らの法益処分についてどのように認識していたかが重要である。しかしながら、どこまでが「法益関係的」錯誤といえるかについては、同説支持者からも「最も焦眉の課題であり、現実的なものであり、かつ、困難なものである」³⁸⁾、「法益関係の錯誤とは何かという問題が残されている」³⁹⁾とされている。

(2) 山中は、ドイツにおける当時の議論において示されていた多様な事例をふまえ、自ら体系的に整理して、次のように分類する。すなわち、①反対給付に関する錯誤⁴¹⁾、②法益の意義・範囲に関する錯誤⁴²⁾、③具体的客体に関する錯誤⁴³⁾、④行為者の同一性に関する錯誤⁴⁴⁾、⑤目的・縁由に関する錯誤⁴⁵⁾、⑥緊急状態に関する錯誤⁴⁶⁾である。この中で明らかに法益関係の錯誤といえないものとして、①⑤を挙げる。①の錯誤も無効であるとしたならば、およそ、意思活動の自由、法益処分の自由を保護することにつながることを指摘する。⑤についても①と同様に、「法益の担い手による法益の放棄によって追求される法益と無関係な目的に関する法益に関する欺罔は、法益関係的ではない」⁴⁸⁾ことを挙げ

る。なお、⑥は、むしろ被害者の同意の自由に関わるとされる。

このような、山中による分類は、被害者の同意が各論レベルの問題とされがちだったことを意識し、この問題を総論の問題として捉える意図から出たものと考えられ、正当と思われる。また、かような方法を採用したからこそ、法益関係的錯誤説の限界も露呈されている。

(3) 佐伯は「法益関係的錯誤説を採用するならば、個々の構成要件が保護する法益の解釈を通じて、法益関係的錯誤の範囲を明らかにしていくことが必要である」として⁴⁹、錯誤の要件とその範囲を各論解釈に委ねた。法益侵害の結果や承諾の意味の範囲を一義的に画することは難しいとするのがその理由である⁵⁰。

そこで佐伯が指摘する法益関係的とされる範囲をみると、ある概念をどう取り扱うかが一つの課題となっていることに気づく。それは、法益処分の社会的意味の問題である。心中の社会的意味⁵¹、監禁行為の社会的意味⁵²、性的行為の社会的意味⁵³、財産処分行為の社会的意味⁵⁴、被害者が適切に認識していることを要するかを問う。そして財産処分行為の社会的意味については法益関係的とし、性的行為の社会的意味については客観的に性的行為といえるかを判断する場合においてのみ考慮し、それ以外の場合については法益関係的ではないとされる。

法益関係性を否定する論拠は次の通りである。殺人罪に関しては、刑法は生命それ自体を保護しており、「生命を「他との連関において持つ価値、重要性」において保護しているわけではない」ことを挙げる⁵⁵。監禁罪については、行動の自由は何らかの目的と関係しており、「自由の処分について社会的意味を問うことは、結局すべての目的についての錯誤を法益関係的錯誤とすることに繋る」⁵⁶とされる。性的行為の社会的意味についても、その客観的意味以上に考慮することは性的自由の保護とは無関係の目的をも考慮しかねないとする⁵⁷。これに対して、財産的処分行為につ

いて社会的意味を問う理由として、次のようにいう。すなわち、「その理由は、財産（特に金銭）という保護法益の性質にある。∴財産という法益は、交換経済の下において、経済的利用・収益・交換の手段として保護に値する。特に金銭は、それ自体の価値においてではなく、交換手段、目的達成手段としてのみ保護に値する。そして、人間が財産的給付によつて得ようとするのは経済的利益だけでなく社会的目的の達成も含まれる」⁽⁵⁸⁾からとする。

(4)法益関係の錯誤説が提唱されてからの議論状況を詳細に追跡した森永は、緊急避難類似状況や博愛的な目的に関する欺罔・錯誤の場合において、承諾が無効となる場面は想定しうることを念頭におき、社会的連帯感を利用した錯誤を主張する⁽⁶⁰⁾。森永によると、被害者の承諾を有効とするためには、法益関係の錯誤が存在しないことを確認することに加え、法益処分の意味に関する錯誤の存否も問われなければならないとする。社会的連帯感を利用した錯誤は後者の錯誤と関連する。とりわけ、「正当化状況類似状況」⁽⁶¹⁾、「予防目的」⁽⁶²⁾、「法益主体自身の利益保護」⁽⁶³⁾、「使用先に関する錯誤」⁽⁶⁴⁾において社会的連帯感を利用した錯誤が存在した場合は、被害者の同意の有効性を否定する。かような社会的連帯感を利用した欺罔および錯誤は法的に重要であるとされる。

(5)法益関係の錯誤説を詐欺罪において一段と展開させることを試みる橋爪⁽⁶⁵⁾は財産という法益を次のように捉えている。財産は保持するだけではなく、それと交換することによつて反対給付を得、あるいは、何らかの社会的・経済的目的を実現することにも重要な価値を見いださるとされ、交付した財産それ自体の内容や価値に関する錯誤だけでなく、反対給付の価値や内容、さらに財産交付によつて実現しようとした社会的・経済的に重要な目的の成否に関する錯誤も、詐欺罪における法益関係の錯誤に含まれるとされる⁽⁶⁶⁾。たとえば、誘拐された子どもが殺されないようにするために財産を交付する行為も、社会的目的の範囲内に含まれるとされ、被害者の自由意思を失わせる錯誤のほとん

どは法益關係的錯誤に解消されるとする。⁽⁶⁷⁾ それでも強度に被害者の自由意思が失われる場合は脅迫の問題として恐喝罪の成立を認めればよいとする。⁽⁶⁸⁾ そして社会的・経済的な目的の達成については、「付随的事情」が常に法益關係的でないわけではないとされ、⁽⁶⁹⁾ 詐欺罪の法益關係とされる範囲をさらに拡張することを容認する。

(6) 小林は、法益処分の自由も法益關係的とされる場合があることを指摘する。⁽⁷⁰⁾ それによると、法益処分の自由とは、構成要件ごとに想定されており、一定の属性の変更がどのような評価を受けるかに關係するとされる。その評価は構成要件が保護しようとしている法益と關係する。そして、法益処分の自由が保護法益の範囲内に収まる限りにおいて、法益關係的錯誤とされる場合があることを認める。

(7) ちなみに、右のように法益概念を拡張する傾向は、被害者の同意論における他の領域においてもみられる。刑法二〇二条の保護法益に関する議論をみてみよう。

まず、その保護法益を、将来における自己の被覆決定の自由とする見解⁽⁷¹⁾がある。法益侵害結果を「各構成要件の着目する属性の有意的な不良変更」⁽⁷²⁾と捉え、その変更を被害者が甘受したならば結果は欠き、⁽⁷³⁾ その被害の惹起が被害者の自手によるのが行為者の他手によるのが關係ないとする。⁽⁷⁴⁾ ただし、生命保護については自殺関与罪と同意殺人罪が存在しているため、自説との整合を図らなければならない。そこで、刑法二〇二条の保護法益の転換をかように提案するのである。

また、刑法二〇二条の法益について、個人が社会共同体のメンバーであることについての社会共同体の期待とする見解⁽⁷⁵⁾が出されている。すなわち、刑法一九九条で「個人の生物学的基盤としての生命(個人的法益としての「人」)」を保護する一方、刑法二〇二条では「個人が社会共同体のメンバーであることについての期待(社会的法益としての

「人」を保護しているとする。

いずれの見解も、被害者が任意に法益処分したならば、その意思を最大限に尊重するところから発する。法益処分をもたらしたのが自手なのか他手なのかは関係がない。人の生命についても、自説を貫徹させるならば、財産法益などと同様に処分が可能であるというのが根底にあると思われる。したがって、刑法二〇二条の存在自体を疑うとするのが最もわかりやすい。しかし、刑法二〇二条が存在する以上、自説と矛盾することなく説明する必要に迫られた結果、両説ともに保護法益を転換するに至ったのだと推測される。

第二款 検討

(1)被害者の錯誤が法益関係的である場合に限り被害者の同意の有効性を否定する法益関係的錯誤説が、どこまでが法益関係的かが最も悩ましい課題であるとしている点は興味深い。おそらく、保護法益の内実の解明につながるからこそ、難しい課題と捉えられているものと思われる。何が法益関係的に迫ることにより、錯誤を検討する前提となる保護法益を具体的に把握しようとする動きは同説から看取される。山中が指摘した緊急状態の錯誤も、かような把握があつたからこそ、その問題性が明らかになつたといえよう。

しかしながら、個々に主張されている内容を全体として捉えたときに、いくつかの問題点が浮上する。これを左にみていくことにする。

(2)第一に、法益の内容を拡張させることにより、法益関係の範囲を広げようとしている点である。佐伯のいう「社会的意味」、橋爪のいう「社会的・経済的目的の不達成」はその例である。

まず、法益処分行為の「社会的意味」について、佐伯は保護法益ごとに考慮に入れたり除外したりしようとしている。しかしながら、法益放棄の判断を行う被害者の立場からすれば、法益処分の社会的意味はすべての法益において関係すると思われる。もしかような理解が正しいとするならば、そのような方向で法益概念を拡張することが妥当か、が問われなければならない。管見によれば、法益処分行為の社会的意味は、保護法益の内容に関わる事情というよりは、むしろ、被害者の意思決定に影響を与える事情とみたほうが腑に落ちるように思われる。

詐欺罪で保護されるべき「社会的・経済的目的」を考慮する見解も一考を要する。橋爪は、佐伯の発言を引用しつつ、その目的を限定しようとはしている⁷⁷。しかしながら、そのように試みても、なお、管見によれば、財産犯としての詐欺罪の保護範囲を著しく拡張しているように思われる。一般に、法益が現実に侵害される場合、第一次的に保護しようとしている法益だけでなく、それに付随する副次的利益も侵害される⁷⁸。そこで立法者は、第一次的に重要な法益を構成要件として示し、副次的法益の侵害は量刑事情とし、この評価を裁判官に委ねる。そして当該法益侵害の違法性の程度を裁判官は判断していく。かような構図に従えば、社会的・経済的目的の不達成は財産法益の侵害にともなう副次的法益侵害にとどまる。社会的・経済的目的の不達成は財産法益の侵害と同質とは全く言い得ないと思われる。前者を後者に含めるならば、詐欺罪の解釈論にとどまらず、他の財産犯の解釈論に波及し、その結果、あらゆるかたちで処罰範囲が制約されている財産犯⁷⁹それ自体を弛緩化させるおそれがある。さらに、社会的・経済的目的の達成は他の法益においても問題となるから、他の犯罪においても処罰範囲を拡張させる方向にはたらく可能性がある。それだけでなく、先に述べたように、社会的・経済的目的の不達成が問題となる場面は、法益論に属するというよりは、やはり行為者の法益侵害行為とそれに対する被害者の自己決定の問題に本来は属すると思われる。

法益処分の自由を法益関係とする見解にも疑問が生じる。たしかに、小林は、法益処分の自由が包括的かつ独立した法益とされることを回避するために、各構成要件における保護法益を基準に、法益処分の自由の存否を決めようとしている。⁽⁸⁰⁾ いわば、法益処分の自由は、各構成要件の観点から制限をかけ、保護法益の範囲内において法益処分の自由を認めようとしている。しかしながら、法益の構成要素として法益処分の自由を含める論法の中に、すでに法益概念を拡張しようとする姿勢を看取しうる。

思うに、法益処分の自由は法益というよりはむしろ被害者の法益処分行為に関わる。被害者による法益処分が自由であったか否かは、行為者側の行為との関係で決せられるべき事柄のように思われる。

(3) 第二に、法益内容の希薄化である。森永のいう「社会的連帯感」はおそらく法益と解されていると思われる。なぜなら、法益処分の意味に関する錯誤の判断に際し緊急避難の構図を仮定的に用いると⁽⁸¹⁾とされており、緊急避難において法益間の衡量をその基準としているからである。さて、この「社会的連帯感」とは何なのであるか。国民の誰かが甘受しなければならぬ不利益とか家族のような密接な関係など⁽⁸²⁾とされている。もしこの社会的連帯感がひとつの「法益」とされているならば、その根拠はどこから来るのだろうか。この場合、むしろ、法益概念の中身を稀薄にし、著しく抽象化している印象を受ける。

管見によれば、社会的連帯感とは法益ではなく、法益侵害行為の質に関わり、それは被害者の意思決定に重大な影響を与える事情であると思われる。

(4) 第三に、個人法益を脱個人法益へと転換する動きである。その動きは端的に刑法二〇二条の保護法益をめぐる議論にみられる。その背景には、先に指摘したように、被害者の自律、ここでは被害者の法益処分の自由を最優先に据

えようとすると同時に、現行法との矛盾ない説明を試みようとする狙いがある。

しかしながら、被害者の自律を貫徹するために法益を変更するという議論の仕方は、はたして妥当なのだろうか。そもそも、被害者の法益処分を問うためには、その前提となる法益侵害が確定的に存在しなければならぬはずである。しかし、ここで提唱されている非個人法益は、実態が把握しづらいものである。さらに、人の生命への侵害を社会法益化するということは、同意論を受け入れる余地を限りなく狭めることにもつながる。

(5)第四に、法益内容を捉える視座が一貫していないことである。たしかに個々の刑罰法規において主として保護されている法益はそれぞれ個性をもっている。そのことを無視することは不当であろう。しかしながら、それが法益関係の錯誤説と絡められる場合に、いくつかの疑問が生じる。

第一に、法益の基本的性格をどう理解するかの問題である。たとえば、佐伯は、生命法益や身体法益はそれ自体を保護しており、その理由として、生命は他との連関において持つ価値や重要さを保護しているわけではない、とされる。たしかに、それらの法益の相対化は許されない。しかしながら、そうだとすると、法益関係の錯誤が認められる範囲は、財産よりも狭められてしまう。かような理解の仕方は、実は、法益関係の錯誤説を論ずる以前に、すでに一定の法益保護の在り方を前提にしていると思われる。

第二に、行為者の欺罔行為と被害者の法益処分に対する認識および処分の意思決定の関係は、いかなる事案においても共通して問題となるはずなのに、その効果が保護法益の内容に左右されるのはなぜなのか。たしかに法益関係の錯誤説のいうとおり、被害者の同意を無効とする処罰が、当該刑罰法規が保護しようとする法益とは異なる法益の保護につながるおそれがあることはたしかである。しかしながら、法益保護とは無関係な処罰を回避する任務を法益に

だけ担わせるのは無理があるように思われる。

第三款 結果無価値論の限界の一場面

(1) 右にみたように、何が法益関係的なのかを法益関係的錯誤説が問題としたことにより、法益内容は具体的に把握されるようになった。反面、法益内容を拡張し希薄化し脱個人法益化する傾向をもっていることも明らかになった。

右のような傾向を法益関係的錯誤説が示すのはなぜなのだろうか。この点の検討は、同説に痛烈な疑問を感じる筆者に課された問題であるが、目下のところ、論者が扱って立つ結果無価値論とその法益保護の在り方に起因しているように思われる。

(2) 結果無価値論は犯罪の成否を決める場面において、行為の問題を捨象し、最終的には行為者の意思に関わらしめる。⁸⁵これを被害者の同意論にもちこみ、法益に対する被害者の認識を問い、被害者の法益処分の有効性、逆からいえば、行為者の可罰性を判断しようとする。ところが、たしかに法益処分に対する被害者の認識および決定は存在するものの、後に触れる緊急状態の錯誤のように、その決定過程において被害者の自由が行為者の欺罔行為により制約されている事案の説明に窮した。つまり、被害者の錯誤は法益関係だけでは決められないことが明らかになったのである。

法益関係的錯誤説を維持しつつ、これを迎え撃つ方法は、二つあると思われる。ひとつは行為者の行為が被害者の自己決定にどのような影響を及ぼしたのかを捉える道である。しかし、行為無価値をも考慮することにつながるこの道は、おそらく自己の採る違法論とは相容れないことになろう。そこでもう一つの行き方として、被害者の認識が問

われる法益についてその概念を拡張および希薄化する道である。このような理解が正しいとすると、はたして後者のような議論の方向性は妥当なのだろうか。

おそらく不当と思われる。第一に、法益概念を拡張および希薄化することにより、法益関係性を拡張し、被害者の同意の効力を容易に否定できるようにしているとするならば、それは自説の欠陥の弥縫策にとどまらず、法益の役割を無に帰するおそれがある。第二に、法益侵害行為と法益侵害結果との区別が明確になっていない。被害者の自由な意思決定に影響を及ぼしその自由を制約する事情は、本来的には法益侵害行為の問題に属するはずである。にもかかわらず、かような事情を法益侵害結果の問題とするならば、法益の中身を過剰に膨張させ、その結果、それこそ、犯罪を類型化するという意味における罪刑法定主義に逆行すると思われる。第三に、法益概念を拡張および抽象化することは、侵害犯の脱侵害犯化および非個人法益化を促し、その結果、法益侵害の実体自体が把握しづらくなる可能性がある。被害者の同意の問題を考える際には、客観的な法益侵害の存在を前提とした上でなければならぬと思われる。⁽⁸⁶⁾ 第四に、かように拡張化・抽象化された法益に対する被害者の認識を問うということは、まさに、被害者の同意の問題を、過度に被害者の認識の問題として取り扱うことになる。それは、法益侵害の存否を被害者の意思に依存させることを意味する。⁽⁸⁷⁾

(3) 何が法益関係的かは、まさしく法益の役割をどう捉えるかに帰着する。その解明に取り組んだ伊東は、法益とは「国家として憲法に従って構成される(べき) 社会内における当該社会構成員の共同生活の存立のために必要不可欠な条件であって、且つ、純粹規範によって保護されている(べき) 因果的に変更可能な対象である」としている。⁽⁸⁸⁾ 結果無価値論は行為規範による法益保護を取り除く見解であるが、その代償が現れているひとつが、被害者の同意論を

めぐる問題なのではなからうか。⁽⁸⁹⁾ すなわち、法益侵害結果とそれに対する被害者の認識だけでは、被害者の同意の問題は捉えきれないのである。

第三節 被害者の意思決定過程の評価における法益論および法益衡量論の限界

(1)法益関係的錯誤説によると、「法益関係的錯誤がなければ原則として同意は自己決定によっており、任意に法益が放棄されたと考えられる⁽⁹⁰⁾」とされている。しかしながら、なぜそういえるのかがむしろ問われなければならないであろう。処分する法益と被害者の意思決定との関係を同説がどのように捉えているのか。これを考察する適例として、緊急状態の錯誤がある。法益関係的錯誤説を支持する論者からも、当初からその位置づけについて課題として提出されていたのが、緊急状態の錯誤の事例である。この点は、山中がすでに指摘していたところであり、佐伯も自説に対する最も重要な批判として緊急状況に関する錯誤を挙げていた。⁽⁹²⁾

なぜ、法益関係的錯誤なければ被害者の意思決定は原則として自由とされるのか。これを法益関係的錯誤説はどう捉えてきたのか。行為者側の行為と法益の性質、被害者の意思決定の三つの関係が絡んでいる。以下、分析したい。

(2)まず、行為者の行為と被害者の意思決定についてである。法益関係的錯誤説は、脅迫行為や強制行為の場合、被害者は法益処分について正しく認識している、すなわち法益関係的錯誤はないと捉える。しかも、欺罔行為による場合と比較して、被害者の法益処分に対する認識は脅迫の方がより明確としている節がある。

山中は、「同意者によって表示された意思は「真意」に合致しないが、同意者自身そのことを知っており、法益放棄に関する効果意思自体は存在するのであって、その意思形成過程に瑕疵があるにすぎない。したがって、脅迫は法

益關係的である。」⁹³とされる。また、被害者を利用した殺人の擬律に關し、佐伯は「脅迫と欺罔を單純に比較する場合には疑問がある。脅迫による殺人は、害悪を告知して被害者に死を選択させるわけであるが、刑法が生命を最も重要な法益としている以上、生命の喪失よりも重大な害悪を認めることは困難である。従つて、脅迫・威迫を用いて死ぬことの認識のある被害者を利用した殺人罪を認めるのは、欺罔を用いる場合に比べて著しく困難であると思われる」とされる。佐伯の見解によれば、処分法益をはつきりと認識しているのは、欺罔された被害者ではなく、脅迫された被害者としている。それゆえ、脅迫された被害者は処分法益の内容を明確に認識しているため、背後者が被害者を意のままに統制することはできない、としている。

(3) 法益処分の内容と被害者の認識との關係についても考察を加える必要がある。生命侵害や生命への危険性の高い重傷害をめぐつて、法益關係的錯誤説は、それらの法益は、何かの動機に基づいて、あるいは何かの目的のために処分されてはならず、それ自体が保護されるべきであるから、そこには法益処分の自由は認められない、とする。

しかしながら、素朴に矛盾を感じる。第一に、財産法益と比べて、保護の必要性が高いはずの生命および身体法益について、法益關係的錯誤を認める余地がなぜ狭まるのか。そこで、最近、生命と生命侵害の危険の高い傷害との間に、保護の相対化を認める見解も法益關係的錯誤説の陣營から出されている。⁹⁵それによると、生命侵害の危険性の高い傷害の場合は、被害者の同意の存在は認めうる、つまり本来的には不可罰であるが、まさしく生命保護の観点から同意の有効性を否定することができるとする。しかしながら、この図式を生命に当てはめると、重大な傷害の場合と比べて、保護が手薄になることに気づく。これが第二の疑問である。すなわち、自死に關する被害者の同意について法益關係的錯誤がなく有効の場合は刑法二〇二条が成立するが、それを上回る生命保護の必要性の余地は認めないの

である。

なぜ右のようなスタンスを法益関係的錯誤説は採るのか。私見によれば、法益の価値の内容と被害者の意思決定の問題が実は連動していると思われる。おそらく次のように捉えているものと推測される。

自己が享受している法益を放棄することは、他者による自己に対する適法な侵害行為を許容するものであり、本来、被害者はそのような事態は受け入れられない。とりわけ、生命や身体のように自己の重大な法益を処分することは、自己の存在自体を否定することにつながりかねず、一般的にはありえない。いいかえれば、その重大な法益を被害者が処分するということは、決意するまでの間にさまざまな規範的障害が通常あつたはずである。特に、生命および身体の重要部分を処分する決定を被害者が下すことは、通常は考えられないため、その決定は、相当な規範的障害を乗り越えたはずであり、そこには被害者の自由がはたらいっている⁹⁶。したがって、被害者は処分すべき法益を適切に認識しており、ことに重大な法益の場合にはなおさらのように評しうる、と。

(4) 行為者側の行為と被害者の意思決定、および、法益の内容と被害者の意思決定、の分析が私見のようなものであるとするならば、緊急状態の錯誤は、法益関係的錯誤説の趣旨に従えば、法益関係的錯誤はない、とするのが筋であろう。

緊急状態の欺罔は、被害者側からみれば脅迫に近いかたちで心理面が圧迫される。処分が迫られる法益の内容を被害者側は適切に認識している。法益を処分するに際しては規範的障害があるのが通例であり、その法益の価値が高ければ高いほど、相当な規範的障害が通常存在しうるから、そこでの法益処分の決断は自由の所産であると見るべきである。しかも、自己の法益を処分する決断をしなければ、他の重要な法益が侵害されるかもしれない。このように、

緊急状態の錯誤においても規範的障害が存在する。それを乗り越えるのだから、被害者の意思決定は自由であった。法益関係的錯誤説の本旨に従えば、やはり法益関係的錯誤はないとしなければならぬはずである。

(5) しかしながら、同説支持者から、緊急状態の欺罔による錯誤については自説を貫徹できない旨の主張がなされている。

山中は「同意者が、優越する法益に迫る侵害の急迫する危険があると錯誤して自らの法益の放棄を決意したような場合には、その決意は価値的に自由になされたとは言い得ない」とされる⁹⁷。他人を救助するために自分の法益を犠牲にすることは「いわば人間の価値観・倫理観に拘束されて自らの法益を放棄するよう決意せざるを得なかった事情」があり、⁹⁸「刑法は、人間の本能に根差す、自由を奪われた状況における行為を非難し処罰することはできない」からである⁹⁹。その後、右見解を敷衍して次のようにいう。「緊急状態下にあるより大きいと思われる法益を救うために、それとの相関関係（傍点、管見）において、自らの犠牲にする法益の相対的価値について錯誤したがゆえに、法益の相対的価値の錯誤がある¹⁰⁰」として、法益関係的錯誤が存在する場合に準じて取り扱い、その有効性を否定する。

山口は、山中が緊急状態の錯誤を法益関係的錯誤と関連づけて説明することに警戒を示し、¹⁰¹「緊急状態の錯誤独自の問題」として把握し、猛獣射殺事例と角膜移植事例を念頭におき、次のように説明する。

第一に、緊急状態が現実存在した場合もそれが欺罔された場合も、被害者の意思が抑圧された程度に差はないとして、林（幹）の主観的自由意思喪失的錯誤説を批判する¹⁰²。

その上で、第二に、緊急状態の錯誤が現実存在した場合をまず検討する。ここでは脅迫的強要事例（行為者が事実を支配）と緊急状態事例（行為者以外の事情に起因）とを比較する¹⁰³。前者については、行為者が現に存在する緊急状態

を利用することにより被害者の自由意思を制約し強制しているとして、被害者の同意を無効とする。これに対し、緊急状態事例は、行為者によって脅迫されているのではないから法益主体が意思決定を行う自由がなお存在する。

第三に、緊急状態が欺罔された場合、まずそれが真実であったと仮定したときに法益関係の錯誤があるかを問う¹⁰⁴。猛獣射殺事例については、真実ならば緊急避難が可能であるから、猛獣の法益価値に関する錯誤があるとし、法益関係の錯誤があるとすると、これに対し、角膜移植事例については、それが真実だとしても緊急避難にはあたらないから法益の価値が客観的に制約されているわけではなく、加えて、身体法益は何かの目的のために使用してはならないから、法益関係の錯誤はない。

しかし、第四に、角膜移植事例においては被害者の意思が強く抑圧されていることは否めず、被害者の自由意思が制約されている点では、脅迫的強要事例と同じである、として、同意の有効性を否定する。

(6) 右の諸見解は、「法益関係の錯誤がなければ被害者の意思決定は自由である」という法益関係の錯誤説の前提は修正しなければならないことを認めている。被害者における、法益放棄の認識とその意思決定過程とを区分けせずに、また両者の関係を考慮することなしに、意思決定は自由であると断定してしまうところに同説の欠陥があるといえよう。この点、山中の見解は理解できる。緊急状態の錯誤を脅迫的強要事例とパラレルに扱い被害者の意思決定過程を重視した山口の見解も首肯しうる。

しかし、山口説に対してはいくつか疑問がある。第一に、脅迫と欺罔とを比較したときに、法益関係の錯誤説は従来から前者の方が処分法益を適切に認識していると捉えてきたように思われるが、これとの矛盾に対してどう考えているのかは不明である。第二に、法益関係の錯誤の有無を検討し、それが無い場合に、さらに被害者の意思決定過程

を検討するが、なぜそのような二段構えを採らなければいけないのか、である。第三に、身体法益の保護の在り方である。人の身体はあくまでも全体として保護対象になるとされる¹⁰⁵。移植術は、ある程度重要な部分を他者に提供する術である。ここでは他者の健康状態をよりよくする目的のために、自己の身体部分を提供する。しかしながら、移植術をめぐる錯誤は法益關係的錯誤はないとすると、身体の保護にやはり欠けるように思われる。

(7)被害者の同意の有効性を判断する上で重要なのは、法益關係的錯誤よりもむしろ被害者の意思決定過程であることが明らかになった。しかし、そこからさらに問題となるのは、被害者の意思決定が自由になされたのか否かを定める基準である。管見によれば、行為者側の行為との關係で捉えなければならぬと考えているが、拙稿においては今後の課題とせざるをえない。ただし、緊急避難の法益衡量が被害者の意思決定の自由を判断するに役立つとの指摘がなされているので、このことに異を唱えたい。

緊急避難の法益衡量的枠組みが被害者の意思決定の自由を判断する際にどう役立つかは、いくつかなお検討を要すると思われる。緊急避難はその性質上、被侵害法益と保全法益との均衡が厳しく求められる。

この図式を、被害者の法益処分、裏面からいえば、そのような被害者に対する法益侵害行為を正当化できるかが問われている場合に当てはめると、いくつかの疑問が出てくる。第一に、被害者の生命、すなわち被害者の自死が問題となる事例に当てはめると、被害者の同意が無効となる余地は極めて狭まると予想される。生命を犠牲にしてまでも保全すべき法益は考えられないとされるからである¹⁰⁷。現に、福岡高宮崎支判平成元年三月二十四日について、三、四ヶ月刑務所に入るだけであったことを理由に、殺人罪とした判決に疑問を呈する見解がある¹⁰⁸。また、自殺の意味に対する判断能力が鈍っているとは生命という法益の性質上考えづらいとされる¹⁰⁹。第二に、逆に、保全法益の方が被侵

害法益よりも価値が高い場合、被害者の同意は自由になされたという方向に傾きやすいが、はたしてそう言えるのかは、なお一層の検討を要する問題である。

法益関係的錯誤説が緊急状態の錯誤において自説を貫徹することをやめるのは、法益に対する認識だけで意思決定の自由を判断しようという前提自体に誤りがあるからである。

第四章 まとめ

以上、わが国における法益関係的錯誤説に対する疑問を析出してきた。

第一に、刑法の行為規範性を重視する観点から眺めるとき、たとえ被害者が放棄すべき法益を正確に認識していたとしても、欺く行為を禁止しなければならない場面は十分にありうる。第二に、「法益関係的」とされる範囲が著しく拡張された結果、法益の内実が希薄化され、脱個人法益化がなされているが、それは法益論的観点から許容されるのだろうか。第三に、処分法益に対する行為者の認識を同説は重視し、法益の価値と被害者による意思決定の自由を連動させようとするが、そもそも、その手法自体に誤りがあるのではないか。

右の論点を析出したところで拙稿の作業は小休止せざるをえない。右の更なる解明は自己の責務である。ただし、おそらく、法益関係的錯誤説を貫くことは、管見によれば、難しいと思われる。行為規範性に依拠する法益保護を目指す刑法の観点から、被害者の同意論は再構築されなければならず、欺罔によって得られた被害者の同意については、重大な錯誤説に正しさがあると考ええる。しかしながら、序論的考察に終わってしまった。必ず他日に対案を示してい

きたい。

- (1) 拙稿では、さしあたり、構成要件該当性阻却事由としての合意と違法性阻却事由としての同意とを同じ問題と捉え、被害者の同意の語を用いる。
- (2) 一九八〇年ごろまでのわが国における議論動向については、川原広美「刑法における被害者の同意(1)」北法三二巻一
号(一九八〇年)二一〇頁を参照。川原によると、三つの段階があつたと指摘している。第一に、公的利益を侵害しない限り
で正当化事由としての同意を承認すること、第二に、同意の具体的要件の設定、同意効力の限界を画す基準の提示といった個
別的问题に関心が向けられていること、第三に、より一般的な理論分析に加えて、もう一度その先の前提を洗い直そうとする
こと、である。法益関係の錯誤説は第二、第三の段階に関わるといえよう。
- (3) 山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関法三三巻三・四・五合併号(一九八三年)二七一頁以下、佐伯仁志「被
害者の錯誤について」神戸法学年報一号(一九八五年)五一頁以下。
- (4) 主な研究書として、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(法律文化社、二〇〇四年)、須之内克彦『刑法における被害者
の同意』(成文堂、二〇〇四年)。
- (5) 被害者にも焦点を当てた代表的著作として、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(東京大学出版会、二〇〇二年)な
どがある。
- (6) 加藤摩耶「刑法における自己決定の意義と射程」『共生』を視点に入れた序論的考察」『広法二六巻三号二五一頁以下。
- (7) 深町晋也「危険引き受け論について」本郷法政紀要九号(二〇〇〇年)一二二頁以下、同「主観的正当化要素としての同
意の認識の要否」同意の処罰阻却効果の「絶対性」との関係について」『岡法五一巻四号七六一頁以下。
- (8) 佐藤陽子『被害者の承諾——各論的考察による再構成——』(成文堂、二〇一二年)。
- (9) Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung (1970).

- (10) 小林憲太郎「いわゆる「法益関係的錯誤」の意義と限界」同『刑法的帰責』（弘文堂、二〇〇七年）所収二二七頁以下は、「法益関係的錯誤説の市民権をいっそう強化」（二二八頁）することを狙う。
- (11) Vgl., z.B., Lenkner, in: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 18. Aufl. (1978), S.403, Rn. 50.
- (12) Lenkner, Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 29. Aufl. (2014), S.588ff, Rn. 29-31, 32f, 46-48.
- (13) ドイツにおける議論を捉えたものとして、森永真綱・後掲論文（注59）二四四頁注一八、同「欺罔により得られた法益主体の同意」川端・浅田・山口・井田編『理論刑法学の探究4』（成文堂、二〇一二年）所収一三五頁以下を参照。
- なお、ドイツにおいて、欺罔および強制によって得られた被害者の同意の有効性をどのように捉えるべきかをめぐり、次のような見解が提唱されている（Vgl., Thomas Rönau, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl. (2006), Zweiter Band, Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff, S.191ff.）。すなわち、一律無効説（Amelung など）。近年有力になりつつあるとされる。なお、Amelung 説については、須之内・前掲注（4）一〇六頁以下を参照。）、個別判断説（ライヒ裁判所や連邦通常裁判所の立場）、法益関係的錯誤説（Arzt, Rudolphi, Schmidhäuser 5）、客観的帰属説（Hirsch, Roxin 5）が存在する（Rn. 198）。
- このうち、欺罔に基づく同意を有効とする法益関係的錯誤説に対しては、法益関係的錯誤がなかったとしても被害者の意思決定は自由といえない場面があり得るという指摘（Rn. 198）や、被害者が法益を犠牲にした目的を同説が度外視し、被害者にとって完全に意味のない意思決定の責任を被害者に負わせているとの批判、さらに、法益の交換それ自体も刑法による保護の範囲に含めなければ刑事政策的に耐えがたいとの指摘がある（Rn. 199）。そして、もはや法益関係的錯誤説以外の解決を模索する動きが有力化しつつある（Rn. 200, 201）。
- なお、ドイツにおける法益関係的錯誤説をめぐる議論状況に関する分析は、本稿では立ち入らず、別稿に譲ることにしたい。
- (14) 保険金を詐取するため、愚鈍にして被告人を厚く信頼していた被害者を欺き、被害者に自殺させた事案。弁護人は、被告人がけしかけた行為が荒唐無稽であり実現不可能であることを被害者が認識していたこと、生活困窮のためすでに自殺意思を被害者が固めていたこと、被害者は知能の面にも問題がなかったこと、をあげて、一九九条には該当しないと主張していた。
- (15) 被告人は、自己の犯した不倫を清算するため、子四名と無理心中を図り、本人はそれを遂げることができなかった事案。

弁護人は、子のうち、五歳一か月の長男は被告人に対し「早く死すべき」旨を催促したのだから、刑法二〇二条が成立すると主張していた。

- (16) 山中・前掲論文(注3) 二七三頁。
- (17) 山中・前掲論文(注3) 二七三―二七四頁。
- (18) 緊急状態の錯誤の問題を指摘した。
- (19) 佐伯・前掲論文(注3) 五一頁。
- (20) 佐伯・前掲論文(注3) 五四頁。
- (21) 佐伯・前掲論文(注3) 五四頁。
- (22) 佐伯・前掲論文(注3) 五九頁。
- (23) 佐伯・前掲論文(注3) 五九頁。Vgl. Arzt, a.a.O. (前掲注6), S.17f, 20f. アルツトは、刑法は保護法益を個別に設定しており、法益を超えた被害者の利益を保護することを刑法は断念するべきである、とする。
- (24) 山口厚は佐伯のこの見解(前掲注23)をより一般化し、法益関係的錯誤説の決定的論拠は保護法益の内実を客観的に限定的に理解することであり、処罰規定の保護目的を逸脱する処罰を防ぐ役割を同説は担うとする。山口「欺罔に基づく」被害者」の同意」廣瀬・多田編『田宮裕博士追悼論集上巻』(信山社出版、二〇〇一年)所収三二―三三頁。
- (25) 佐伯・前掲論文(注3) 六一頁。
- (26) 佐伯・前掲論文(注3) 六一頁。
- (27) 佐伯・前掲論文(注3) 六二頁。
- (28) 佐伯・前掲論文(注3) 六三―六五頁。
- (29) 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、二〇〇五年)一九九頁以下。
- (30) 結果無価値論陣営からも批判的見解が出されている。林美月子「錯誤に基づく同意」松尾・芝原編『刑事法学の現代的状況』内藤謙先生古稀祝賀論文集(有斐閣、一九九四年)所収二二頁以下。林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」芝原・西田・

井上編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』（有斐閣、一九九八年）所収二三四頁以下、同『刑法総論〔第二版〕』（東京大学出版会、二〇〇八年）一六九頁以下。

林（幹）の説く主観的自由意思喪失的錯誤説は次のようなものである。「被害者が自由意思を喪失したかどうかを問題とするにあたっては、彼がその処分した法益にどれほどの価値を認めていたかを問題とし、他方、処分することによってもたらされると思われた利益にどれほどの価値を認めていたかを問題としなければならぬ。被害者自身の価値観にとつて、もたらされると信じた利益の価値が処分される法益の価値をはるかに凌駕するため、もはや衡量の余地なく問題の法益を処分せざるをえないと考えたのであれば、彼はその法益処分の意思決定について、不自由である。」（林（幹）・「錯誤に基づく被害者の同意」二五〇頁）とされる。

(31) 最判昭和三十三年のあとに次のような判決が出されている。仙台高判昭和三六年一〇月二四日（高刑一四卷七号五〇六頁、判タ一二七号五九頁）は、出産されては離別できなくなると悩んだ被告人が内縁の妻に対して、墮胎をしなければ離別するが墮胎をすれば籍を入れる、と心にもないことを申し向け、その結果、妻が墮胎を承諾した事案について、墮胎させて身軽にした上で離別しようという被告人の悪意を事前に知っていたならば被害者は墮胎に同意しなかったであろうし、入籍して法律上の夫婦になることは内縁関係にある妻が等しく願うことであろう、として、墮胎の同意を否定した。

(32) 新潟地判昭和四六年一月一二日（刑月三卷一一号一四七五頁、判タ二七四号三五三頁。暗黙の承諾を認定）、横浜地判昭和五九年一月二六日（判時一一〇号一二三五頁。嘱託殺人未遂。訴因は普通殺人未遂）、浦和地判平成四年一月二五五頁（判時一五〇五号一五九頁）、横浜地判平成一七年四月七日（判タ一一九二号二九九頁。予備的訴因の承諾殺人罪を認める）など。

(33) 前掲注22、注23。

(34) 例えば、大阪高判昭和四〇年六月七日（下刑七卷六号一一六六頁）、東京地判昭和五二年六月八日（判時八七四号一〇三頁）、東京高判昭和五二年一月一九日（東高刑時報二八卷一一号一四三頁）、大阪地判昭和五二年一月二六日（判時八九三号一〇四頁、判タ三五九号三〇九頁）など。なお、最高裁も局部の切断について被害者の同意があったとしてもその違法性は

阻却されないとしている(最決昭和二五年一月一六日、裁判集刑三六号四五頁)。なお、中山研一「被害者の同意と暴行・傷害の故意(1)―「同意傷害」に関する判例の分析―」北陸七巻四号(二〇〇〇年)一頁以下、同「被害者の同意と暴行・傷害の故意(2・完)―「同意傷害」に関する判例の分析―」北陸八巻一号(二〇〇〇年)一頁以下もあわせて参照。

ただし、性交の手段たる暴行は被害者の同意によって違法性が阻却され、それにより死亡した場合は過失致死罪にすぎないとする大阪高判昭和二九年七月一四日(高刑特一卷四号一三三頁)がある。

(35) これに対し、最決昭和五五年一月一三日(刑集三四巻六号三九六頁)の論理および結論には問題がある。同決定によれば、被害者の承諾が存在する事情だけでなく、①承諾を得た動機、目的、②身体傷害の手段、方法、③損傷の部位、程度、を考慮する必要があるとしたうえで、本件は保険金騙取という違法な目的のためになされたものであるから、承諾は違法であるとした。しかし、問題となった傷害は暴行罪とも傷害罪とも評価しうるほど軽微なものであった。したがって、この場合は被害者の同意を有効とするべきであった。

なお、最高裁昭和五五年決定を受けた東京高判平成九年八月四日(高刑五〇巻二号一三〇頁)は、非医師による豊胸手術により被害者が死亡した、傷害致死罪が争われた事案に対して、①豊胸手術において一般に要求される術前・術中・術後の管理がなされていないこと、②鼻部や乳房に麻酔をかけて皮切した点、を重要視し、同手術は、身体に対する重大な損傷を与え、生命に対する危難を招来しかねない極めて無謀かつ危険な行為であるとして、被害者の承諾は無効であるとした。

(36) 最決平成一九年七月一七日(刑集六一巻五号五二二頁)、最決平成二二年七月二九日(刑集六四巻五号八一九頁)、最決平成二六年三月二八日出された三判例(事件番号はそれぞれ、平成二五年(あ)三号〔刑集六八巻三号五八二頁。無罪〕、平成二五年(あ)七二五号〔刑集六八巻三号六四六頁。有罪〕、平成二五年(あ)九一一号〔裁判所ウェブサイト掲載判例。D1-Law判例ID28221971。無罪〕)、最決平成二六年四月七日(裁時一六〇一号六頁、判時二二二八号二一九頁、判タ一四〇三号八八頁)。

(37) 大決昭和三年一月二二日(大審院刑集七巻七七二頁)。ここでは、因果関係を超えた限定を加えて、詐欺罪の成立を否定している。偽医師が相当対価の薬品を被害者に販売した事案について、弁護側の上告趣意を容れ、詐欺罪の成立を次のよう

な理由により否定した。すなわち、かりに医師であることを詐称して被害者を誤信させ、被害者が薬品を購入した事実があったとしても、詐欺罪を構成しない。なぜなら、被害者は毫も財産上不正の損害を被った事実はなく、被告人においてもこれにより不法の利益を享受したものとはいえないからである、と。

(38) 山中・前掲論文(注3) 三一〇頁。なお、アルツトによると、まず、行為者による反対給付が例外的に法益関係的となりうることを認める(例えば治療行為)。そして、動機の錯誤については、同意者が放棄した法益を明確に認識していないときに限り法益関係の錯誤を認める。同意者が放棄する法益をはつきりと認識していた場合、その者が追求した目的の錯誤は、放棄した法益とは無関係である以上、法益関係の錯誤はないとする。目的の錯誤については、刑法は強要罪の範囲においてのみ、保護しようとする。Vgl. Arzt, a.a.O. (前掲注6), S.22f.

(39) 佐伯・前掲論文(注3) 六一頁。

(40) もつとも、さまざまな事例は挙げられていたが、山中のように、体系的に整理するところまでの状況にはなかった印象を受ける。

(41) 山中・前掲論文(注3) 三〇三頁以下。アルツトは、被害者の同意を根拠に反対給付や交換の自由一般の保護を刑法的に及ぼすことの不当性を論証するために、平手打ち事例や輸血事例を挙げる。Vgl. Arzt, a.a.O. (前掲注6), S.18, 21.

(42) 山中・前掲論文(注3) 三〇九頁以下。

(43) 山中・前掲論文(注3) 三二四頁以下。

(44) 山中・前掲論文(注3) 三二五頁以下。

(45) 山中・前掲論文(注3) 三三二頁以下。また、前掲注(38)も参照。

(46) 山中・前掲論文(注3) 三四四頁以下。

(47) 山中・前掲論文(注3) 三〇三頁以下。また、前掲注(41)も参照。

(48) 山中・前掲論文(注3) 三三二頁。

(49) 佐伯・前掲論文(注3) 六二頁。

- (50) 佐伯・前掲論文(注3) 六一頁。
- (51) 佐伯・前掲論文(注3) 七一頁。
- (52) 佐伯・前掲論文(注3) 八三頁。
- (53) 佐伯・前掲論文(注3) 九四―九五頁。
- (54) 佐伯・前掲論文(注3) 一一六―一一七頁。
- (55) 佐伯・前掲論文(注3) 七一頁。
- (56) 佐伯・前掲論文(注3) 八四頁。
- (57) 佐伯・前掲論文(注3) 九四―九五頁。
- (58) 佐伯・前掲論文(注3) 一一六―一一七頁。
- (59) 森永真綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤(二)」関法五二卷三号(二〇〇二年) 二二四―二二五頁。
- (60) 森永・前掲論文(注59) 二二八―二二九頁、二二八頁以下。
- (61) 森永・前掲論文(注59) 二二八―二二九頁。
- (62) 森永・前掲論文(注59) 二二九―二三九頁。
- (63) 森永・前掲論文(注59) 二三〇―二三一頁。
- (64) 森永・前掲論文(注59) 二三一―二三二頁。
- (65) 橋爪隆「詐欺罪の成立の限界について」植村立郎判事退官記念論文集『現代刑事法の諸問題第一卷』(立花書房、二〇一一年) 所収一七五頁以下。
- (66) 橋爪・前掲論文(注65) 一七七頁。
- (67) 橋爪・前掲論文(注65) 一七九頁。
- (68) 橋爪・前掲論文(注65) 一七九頁。
- (69) 橋爪・前掲論文(注65) 一八四頁。

- (70) 小林・前掲注(10) 二二三頁以下。
- (71) 小林憲太郎「被害者の関与と結果の帰責」千葉一五卷一号(二〇〇〇年) 一六二—一六九頁。
- (72) 小林・前掲論文(注71) 一四二頁。
- (73) 小林・前掲論文(注71) 一四四頁、一五四—一五五頁。
- (74) 小林・前掲論文(注71) 一四七—一四八頁。
- (75) 深町・前掲論文(注7) 一二六頁。
- (76) 佐伯・前掲論文(注3) 一一七頁の「客観化可能で具体的給付に内在し、かつ経済的に重要な目的」を達成するための処分かどうか錯誤がある場合に、法益関係的錯誤、したがって詐欺罪の成立を限定してよいと考える。」との発言。
- (77) 橋爪は「個人の主観的な関心の域にとどまらず、当該取引の性質にかんがみて、財物交付によって達成されるべき目的として一般的に了解されており、財物その自体の効用と評価できるような目的達成」との絞りをかける(橋爪・前掲論文(注65) 一八六頁)。
- (78) このあたりの問題状況を明確化したのは、量刑論の展開に拠るところが大きい。
- (79) 過失財産犯は処罰されず、客体は財物と財産上の利益に限定し、財産犯の各罪は行為態様によってさらに限定されている。
- (80) 小林・前掲注(10) 二三一—二三二頁。
- (81) 森永・前掲論文(注59) 二二五頁以下。
- (82) 森永・前掲論文(注59) 二二八頁以下、二二九頁。
- (83) 佐伯・前掲論文(注3) 七一頁。山口も「人の生命・身体については、処分価値・交換価値もが保護の対象とされている財産とは異なり、その存在価値のみが(殺人罪、傷害罪、暴行罪などの規定による)保護の対象となる」とし、「人の生命・身体は、他の獲得手段と事実上なりうる場合があるとしても、あくまでも自己目的として、それ自体の価値において保護されるべきだと」とする。山口・前掲論文(注24) 三三三頁。
- (84) その他、林美月子「生命は最も重要な法益であるので、生命を放棄してでも守るべき法益(暴行を避けることによる身体

の安全性、脅迫を避けることによる意思決定の自由ないし意思決定の平穩)があるとは考えられない」と解する(林(美)・前掲論文(注30)四五―四六頁)。

(85) 板倉宏「結果無価値論と犯罪論の主観化」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第一卷』(成文堂、一九九八年)所収二〇一頁以下。

(86) 林幹人「2項犯罪の現状―東京高裁平成21年11月16日判決を契機として―」高橋他編『曾根威彦先生 祝賀論文集下巻』(成文堂、二〇一四年)所収一四七頁。

(87) 林・前掲論文(注86)一四六頁。法益関係的錯誤説を支持する佐伯はすでに詐欺罪の保護法益について「財産的意思決定の自由である」と述べていた。佐伯・前掲論文(注3)一〇四頁注一三三を参照。

(88) 伊東研祐『法益概念史研究』(成文堂、一九八四年)四一四頁。

(89) 山中は、欺罔による同意に関して、構成要件該当性の存否は被害者の同意にかかっているのであって、欺罔行為にあるのではない、とする(山中・前掲論文(注3)三五―一頁)。しかしながら、被害者が法益処分を行うに際し、欺罔行為をもとに判断することは否めず、かようにドライに割り切ることは妥当でないとと思われる。

(90) 林(美)・前掲論文(注30)一八頁。

(91) 山中・前掲論文(注3)三四四頁。

(92) 佐伯仁志「被害者の同意とその周辺(1)」法教二九五号(二〇〇五年)一一七頁。

(93) 山中・前掲論文(注3)三五二―三五三頁。なお、アルツトも山中と同様に、脅迫は常に法益関係的とされるが、それは、被害者の現実の意思とその法益侵害とが矛盾するゆえ、と説明する。ちなみに、この点につき、両者の説明は異なるようにみえる。アルツトは、被害者に法益放棄に対する効果意思はある、とは解していないように思われる。

加えて、アルツトは、脅迫による同意を一律に無効とすることには批判的である。法益主体は法益処分権に関し法益に対して責任を負っていること、そのことが、意思活動の自由を保護し、そのために格別に強度な脅迫を必要とする強要罪とも整合的であることを理由に、「被害者」による自己答責的法益放棄という考えを導く。たとえば、被害者の同意が完全に自由になさ

れたものではなく、むしろ脅迫の影響下でなされ、しかしながらその脅迫が強要罪における強さに達していないならば、法益主体は自己答責的に法益を放棄した（その限りにおいて脅迫に基づく同意は有効）というのである。Vgl., Arzt, a.a.O. (前掲注6), S.31ff.

- (94) 佐伯・前掲論文(注3) 六八頁注五一。
- (95) 山口厚「法益関係的錯誤」説の解釈論的意義」司研二二二号(二〇〇四年)一〇四—一〇五頁。
- (96) 主観的自由意思喪失的錯誤説を説く林(幹)も、処分法益の価値が小さければ意思決定は自由である反面、それが大きければ不自由であるとされる(同・前掲論文(注30)二五二頁)。しかし、かような捉え方に管見は疑問をもつ。
- (97) 山中・前掲論文(注3) 三四五頁。
- (98) 山中・前掲論文(注3) 三四五頁。
- (99) 山中・前掲論文(注3) 三四五頁。
- (100) 山中敬一『刑法総論(第2版)』(成文堂、二〇〇八年)二二五頁。
- (101) 山口・前掲論文(注24) 三三五頁注二三。法益の相対的価値の錯誤を強調すると、他の目的実現のために法益を処分する状況において、「重大な錯誤」説に至りうる、と警戒する。
- (102) 山口・前掲論文(注24) 三三八頁。
- (103) 山口・前掲論文(注24) 三三九頁以下。
- (104) 山口・前掲論文(注24) 三三九頁以下。
- (105) 山口・前掲論文(注24) 三三五—三三六頁。
- (106) 林(美)・前掲論文(注30) 三四—三五頁、山中・前掲論文(注3) 三四四頁。
- (107) 林(美)・前掲論文(注30) 四五—四六頁。
- (108) 林(美)・前掲論文(注30) 四七頁。
- (109) 林(美)・前掲論文(注30) 四七頁。ここでは、精神的に被害者が追い詰められている過程が、生命という法益を理由に、

日本法学 第八十卷第四号（二〇一五年二月）

考慮から外されているように見受けられる。

七二（一五二八）

『タナクイルの伝承』序説抄

J・J・バハオーフェン 著

吉原達也 訳

解題

1. 本稿は、J・J・バハオーフェン（一八一五―一八八七年）『タナクイルの伝承』（一八七〇年）の緒言及び序説の部分を抄訳したものである。省略した箇所は「……」と記した。脚注も原則として省略し、部分的に典拠などを示した略注を付するにとどめた。

底本として、J.J.Bachofen, *Die Sage von Tanaquil, Eine Untersuchung über den Orientalismus in Rom und Italien*, Heidelberg (Akademische Verlagbuchhandlung J.C.B. Mohr) 1870.により、現代の刊本である全集版 J.J.Bachofen, *Die*

Sage von Tanquil, Eine Untersuchung über den Orientalismus in Rom und Italien, in: *J.J. Bachofens Gesammelte Werke*, Bd.6, Basel, 1951. を参照した。なお、抄訳にあたって、Bachofen, *Mutterrecht und Urreligion*, hrsg. von Rudolf Marx, Stuttgart (Kröner), 1927; 6., erweiterte Aufl. hrsg. von Kippernberg, Hans, Stuttgart (Kröner), 1984; *Myth, Religion, & Mother Right. Selected Writings of J.J. Bachofen*, translated by R. Manheim, and with a preface by G. Boas and an introduction by J. Campbell, Princeton (Bollingen) 1967. も参照させていただいた。

2. バハオーフェン⁽¹⁾は、一八一五年スイスのバーゼルで、絹織物業経営者であり都市貴族の父の長男として生まれた。彼はバーゼル、ベルリン、パリ、ケンブリッジの各大学法学部で学び、一八四一年、二六歳にしてバーゼル大学ローマ法教授に就任する⁽²⁾。しかし四四年にはこの職を辞し、以後ディレッタントとしての生涯を過ごすことになる。一八四二年に行った最初のイタリア旅行は彼の思索の大きな転機となった⁽³⁾。そこで古代墓碑の装飾とそこに現れた死者崇拜を調べるうちに、忘却されたままの世界の象徴的遺物が秘められていることを感じとった。これが母権制の原体験であった。彼は古代の美術と神話の象徴を解読して、それらは人類が従来の学問的資料とされた歴史的記録には残されなかった、男性ではなく、女性が権力を握っていた時代の忘却された記憶⁽⁴⁾、観念層を表現していると考えた。その後十数年の時を経て、『古代墳墓象徴試論⁽⁵⁾』(一八五九年)、『母権制⁽⁶⁾』(一八六一年)が世に問われることになる。もとより両書とも、専門家から冷淡にあしらわれ、文献学、歴史学、法律学からはまったく注目されることはなかった。しかしバハオーフェンが描いた壮大な見取り図は、エンゲルスやルイス・H・モルガンのようなさまざまな思想傾向の人々の注意を引きつけることにもなった。その後『オルペウス教の不死説⁽⁷⁾』(一八六七年)を経て、独自のローマ史の構想の最終的な展開が『タナクイルの伝承⁽⁸⁾』である。

3. 先に、『タナクイルの伝承』⁹⁾をめぐって、その神話・伝説・歴史論に関する若干の考察の機会を得たので、詳細についてはこれに譲ることとしたい。ここで序説から要点のみを繰り返すことを許されたい。『タナクイルの伝承』序説は、バハオーフェン自身の古代学Ⅱ歴史研究の一つの到達点を示している。そこには、当時の批判主義的歴史学、文献批判的方法に対する、独自の学問的立場が貫かれている。序説は、バハオーフェンの歴史学の方法とくに「神話」と「歴史」の関係をどのように捉えていたか、そしてそれが当時の歴史学方法論といかなる関係にあったかを考える上でも重要である。バハオーフェンは「歴史的真実という永遠に望みのない検証」に対して「神話の現実性」を対置してみせる。神話は「宗教的信仰に関する民族体験の叙述である。」「起こりえないようなことがかならず考えられていた。内的真実が外的真実にとって代る。事実性の代りにわれわれは精神の営為を発見する。歴史の領域から排除されていた伝説は：思想世界の記念碑である。この観念的要素こそわれわれが証明を要する唯一のものである。われわれの比較研究の対象となるのは、歴史的なものではなく、伝説の観念圏である。」(Bd.VI, S.10)、とされる。

バハオーフェンの言葉を少し敷衍してみよう。現世の人間行為のいっさいがあわただしい流れのうつろいのなかで過ぎ去るのは人の世のつねであるので、現実過程自体は、考察の対象にはなりえない。むしろうつろいゆくものを固定するために「伝承は媒介の役割を果たす」。しかし伝承もその根本になっているできごとの本性を分有している。外的行為同様、観念や伝承の形成という内的行為も安定的で不可変な能力ではない。行為がつかのまの移ろいであるように、そして生命活動を行うすべてのものと同じく内的行為自体歴史に従属する。そのことから次のことが導かれる。歴史的研究の対象は、「発展及び発展的形成に服する精神的現象」であり、伝承の現実的要素と観念的要素は併列しているのではなく、相互に交錯したものであること、過去の歴史にとってつねに必要なとされうるのは現実的真理

ではなく、精神的真理である、といったことである (Cf. Bd.VI, S.50)。

その一方、こうした古代の完結した観念体系を構成するだけにとどまらず、歴史的認識をも行い、現実性を付与しようとする。バハオーフェンにとって、歴史研究 (歴史学) と自然探究 (自然学) とは、「同質性」を有するとされ、歴史と自然という「二つの被造物の領域をまったく別のものとして区別する古い見解と、歴史をも物質的諸力によって動かされている自然との混交物と見る新しく流布している見解」との架橋が試みられる (Bd.VI, S.49)。過去の遺物の実見から獲得される観照的方法と文書伝承と口頭伝承による歴史認識は「自然探究的方法」によって結びつけられる。こうしたことにも、バハオーフェンの歴史をめぐる複雑な思考の一端が示されている。彼によれば、「研究の成果はドグマに固着した先入見によって無用とみなされているが、しかし大いなる世界過程の連関には欠くべからざる歴史的事実へとわれわれを連れ戻す。方法は歴史の本質についてのわれわれの観念に依拠しておりこの聖なる思想の最高の現象領域「歴史」は低次の自然現象とその絶対的起源、その合法則性、最終目的つまり研究の条件をも分有している。」 (ibid., S.49)、とされる。

4. タナクイル伝説の研究は、断片的な伝説のなかにいかにローマの伝承が歴史構築に用いられるべきかを示している。『タナクイルの伝承』は、副題に「ローマとイタリアにおけるオリエンタリズムに関する研究」とあるように、古代イタリア文化が、ギリシアからの影響以前に、オリエントからの影響を受けたという彼の仮説を証明しようとする。タナクイルはローマの王統神話に登場する女性たちの一人であり、女性たちをめぐる伝説がいかに形成され、それが歴史にとっていかなる意味を有するかが、本書の主要なモチーフとなっている。バハオーフェンは、エトルリア人やサビニ人など、ローマ建国以前の近隣諸部族において、そしてローマ建国後の初期の時代には、エトルリアとサ

ビニの王たちのあいだに、不明瞭なかたちをとって母権制の痕跡が認められると考えている。タルクイニウス・プリスクスの后タナクイルに関連する一連の伝説 [Cf. Liv. 1, 34]、セルウィウス・トゥリウスとタルクイニウス・スぺルブスという二人の王の即位にまつわる物語はその証明であるとされる。タナクイルはセルウィウス・トゥリウスの誕生を秘儀的儀式のように司り、美しい侍女オクリシアに、炉の灰のなかからあらわれる陽根の幻と合体するように命じる [Cf. Liv. 1, 39]。タルクイニウス・スぺルブスはその王権を妃トゥリアの犯した罪に負ってこる… [Cf. Liv. 1, 46ff.]。こうした伝説を伝える主な文献は、ローマ時代の歴史家リウィウスの書いた『ローマ建国史』である。⁽¹¹⁾ピエール・クロソフスキーによれば、バハオーフェンは、「リウィウスによつて流布された伝説には、ローマが一定の好ましからざる要素を嫌うことから生まれた意図的な脱落があることを看破した。彼はほかの地方に伝わる伝説との照合をおこないながら、そこにアジア的表象の残像が認められると考えた」、とされる。⁽¹²⁾

5. バハオーフェンは一八五四年の『自叙伝』において新しい「イタリアの歴史」の構想を示している。『古代墳墓象徴試論』、『母権制』はその成立過程に示されるように、⁽¹³⁾ある意味で、この「イタリアの歴史」の巨大な習作としての性格をもつものである。まず、『自叙伝』に示されるように「古代の遺物を実見しそれに直接触れることによつて喚起され、媒介物なしに一気に真理を把握するファンタジーの方法」による観照的方法の適用の成果として『古代墳墓象徴試論』誕生した。ついで文献的伝承のついての方法が模索され、ローマ以外の諸民族の文献的歴史にこれを適用したのが、『母権制』である。実際『母権制』の中にもローマ史、ローマ法に言及する部分が多いのであるが、それらは各所に断片的にはめ込まれているような仕方論じられており、一見ローマ史ないしイタリア史とは無縁であるかのような様相を呈している。バハオーフェンの「イタリアの歴史」構想は、それから一〇年の年月を経て、『タ

ナクイルの伝承』において具体化したといえる。もとよりそこにはなお様々な矛盾や歴史の「内的構成」についても楽観的すぎる面もあるが、その時にバハオーフェンをはじめとモムゼンらの批判的方法に対する攻撃の火蓋を切ることとなった。具体的には、『タナクイルの伝承』の補論という形で発表された「テオドル・モムゼンによるグナエウス・マルキウス・コリオラス説話批判」はまさにモムゼンを名宛人とする批判的方法に対する公然たる異議申立であった。コリオラス説話の大意は次のようなものである。コリオラス、すなわちコリオリの征服者という異名をもつ英雄が民衆の不興を買い、国外へ亡命を余儀なくさせられる。かつての仇敵のもとに身を寄せた主人公は復讐心を抱いてローマに攻め上がる。そのとき母と妻の懇願については受け入れてローマを去る。その結末は、悲劇的な最期を遂げるという筋立て以外にもさまざまな異伝がある。ヒロインの一人ウアレリアは、バハオーフェンの愛する母と同名ということもあり、バハオーフェンにとつてきわめて愛着の深い説話であったといえる。モムゼンは、前年一八六九年二月にベルリン学士院での講演をもとに、翌一八七〇年、「コリオラス説話批判」という題名の論稿を、『タナクイルの伝承』とほぼ時を同じくして刊行された『ヘルメス』誌に掲載している。¹⁴ ここでもバハオーフェンにとつて重要なコリオラス説話は、「虚構に基づくファンタジーの産物」であり、ローマ史にとつて「価値のないもの」とされる。これに対する批判として執筆された補論は、標題も体裁も、『ベルリン学士院紀要』のそれに似せて作成されたといわれ、その戦闘的な調子は、本論よりも舌鋒鋭く、批判的方法に対する他の刊行物の記述にまして、バハオーフェンの独自の視点が顕著に示されるものとなっている。¹⁵ コリオラス説話をめぐるバハオーフェンのモムゼン批判については、稿をあらためて論じることとしたい。¹⁶

- (1) バハオーフェンについては、上山安敏『神話と科学』岩波書店、一九八四年、二七三頁以下。吉原達也「バハオーフェンの古代学」『広島法学』第一〇巻四号（一九八七年三月）一四五頁以下。自叙伝については、吉原達也訳『母権制序説』筑摩書房、二〇〇二年、七頁以下所収。Johann Jakob Bachofen, Eine Selbstbiographie, zugleich ein Gedenkblatt zu seinem hundertsten Geburtstag (22. Dezember 1915), hrsg. von Josef Kohler, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, Bd. 34 (1916), SS.337-380.; Autobiographische Aufzeichnungen von Prof. Johann Jakob Bachofen, hrsg. von Herman Brocher, *Basler Jahrbuch* 1917, SS.295-348.
- (2) 平田公夫訳「自然法と歴史法の対立（就任講演・一八四一年）」『岡山大学法学会雑誌』第六一巻四号（二〇一二年二月）七二—七五頁を参照。この講演はバハオーフェンと歴史法学、とくにサヴィニーとの関係を考えるための手がかりを与えてくれる。J.J.Bachofen, Das Naturrecht und das Geschichtliche Recht in ihren Gegensätzen, in: *Bachofens Gesammelte Werke*, Bd. 1, S.5. 詳しくはシモニウスによる解説 (*op.cit.*, S.469ff.) も参照。他の刊本として、J.J.Bachofen, *Selbstbiographie und Antrittsrede über das Naturrecht*, hrsg. von Alfred Baumler, Halle/Saale (Max Nieyer), 1927.
- (3) 「自叙伝」『序説』三四頁。平田・前掲・訳者あとがきを参照。
- (4) 上山・前掲書。
- (5) 平田公夫・吉原達也訳『古代墳墓象徴試論』作品社・二〇〇四年がある。
- (6) 吉原達也・平田公夫・春山清純訳『母権制』上・下巻、白水社・一九九二—一九九三年。吉原訳『母権制序説』筑摩書房・二〇〇二年。
- (7) Die Untsterblichekeitslehre der orphischen Theologie, Nach Anleitung einer Vase aus Canosa im Besitze der Herr Prosper Biardot in Paris, 1867, in: *Bachofens Gesammelte Werke*, Bd. 7, Basel 1953, S.5ff.
- (8) 『タナクイルの伝承』は三部構成からなり、序説に続いて、第一部 タルクイニウス・プリスクス及びセルウィウス・トゥリウス両王戴冠伝承、第二部 セルウィウス・トゥリウス王誕生譚、第三部 アジア的伝承のローマ的変容、補論第一 エトルリア人家族の母性原理、第二 Th. モムゼン「コロラヌス説話批判」及び補説からなっている。

- (9) J.J.Bachofen, *Die Sage von Tanagwil, Eine Untersuchung über den Orientalismus in Rom und Italien*, in: *Bachofens Gesammelte Werk*, Bd.6, Basel, 1951. バハオーフェンについては、吉原・平田・春山訳『母権制』上・下巻、白水社・一九九二―一九九三年、吉原訳『母権制序説』筑摩書房・二〇〇二年、平田・吉原訳『古代墳墓象徴試論』作品社・二〇〇四年所掲の解説、解題を参照されたい。
- (10) 吉原達也「バハオーフェンにおける神話・伝説・歴史——『タナクイルの伝承』をめぐって——」*広島法学第三二巻四号* (二〇〇八年) 一六七頁以下。
- (11) リウイウス『ローマ建国史』第一巻の邦語訳として、リウイウス・鈴木一州訳『ローマ建国史』(上)、岩波書店・二〇〇七年及び岩谷智訳『リウイウス・ローマ建国以来の歴史1 伝説から歴史へ(1)』*京都大学学術出版会*、二〇〇八年がある。
- (12) Pierre Klossowski, *Origines culturelles et mythiques d'un certain comportement*, 1968. ピエール・クロソフスキー／千葉文夫訳『古代ローマの女たち』平凡社・二〇〇六年、二九頁以下を参照。
- (13) Vgl. K. Meuli, *Nachwort*, in: *Bachofens Gesammelte Schriften*, Bd.II, S.1068ff.: in Bd.II, S.1079ff.
- (14) Theodor Mommsen, *Die Erzählung von Cn. Marcium Coriolanus, Hermes*, Bd. 4 (1870), 1ff.=*Römische Forschungen*, Bd.2, Berlin 1879, S.111ff. Kienzle, *Nachwort*, in: *Bachofens Gesammelte Werke*, Bd.6, S.453 n.6. モムゼンは、論文集への収録にあたって、バハオーフェンの批判には「さう触れるとさうはなう」。
- (15) C.A. Bernoulli, *Bachofen als Religionsforscher*, Leipzig 1924, S.37f.
- (16) 上山・前掲書・二七九頁以下、吉原「古代学」一四九頁以下。Lionel Gossman, *Orpheus Philologus, Bachofen versus Mommsen on the Study of Antiquity*, Philadelphia 1983. コリオラヌス説話について、近時、安井萌「コリオラヌス伝説考」『岩手大学教育学部研究年報』第七三巻(二〇一四年)三七―五五頁を参照する機会を得た。フォルトウナ・ムリエブリス神殿起源譚をめぐる物語の「古い層」の発掘をはじめ、貴重な示唆をえることが出来た。

J・J・バハオーフェン『タナクイルの伝承―ローマとイタリアにおけるオリエンタリズムの研究―』（一八七〇年）

緒論及び序説

研究の課題、根本観念及び方法

イタリアの文化はその土地固有のものであるのか、それとも外来のものであつたのであろうか。外来の諸影響の中で、ギリシア文化の影響だけを認めるべきなのか、それとも、それ以前のオリエントの影響を受けた時代が存在するのか。このことこそ、本書がその答えを探求するところの問題なのである。この問題の重要性を否定する者は誰もいないであろう。実際、イタリア半島の後世の歴史に正しい視点を持ちうるかは、ひとえにその起源の理解にかかつているからである。しかし、明確な解決が可能なのか問われれば、疑問は深まる。古代の伝承を根こそぎ一掃して久しいことを誇る時代が、アジアからの移住に関する記録にいかなる価値を認めることができるのか？ローマ人やエトルリア人の伝承の一致、そして、両者と、さまざまな稀少の伝説圏との一致によつて、イタリアの最も重要な二つの民族「ローマ人とエトルリア人」がオリエント起源を信じていたことに高い蓋然性があると指摘することが何の役に立つのか？これらの民族が、自らのアジア起源をかつて知っていただけではなく、決して忘れることもなかつたというのを、そして、彼らの運命の変転にもかかわらずこの伝統を忠実に守りぬいてきたことを指摘することが何の役に立つのか？このような直接的な証拠を現代の批判主義的説明はずつと認めたことはなく、自らの知性と才を誇る多くの学者たちの中で、これらに耳を傾け、決定的に重視しようとする者は誰一人としていない。これらの学者た

ちが求めているのは、証明の証明であり、この証明のために必要なより高い信頼性なのである。

このままでは前進すべくもないので、探求は唯一の情報源として記念碑に向けられることになる。文学、言語、建築やさまざまな芸術作品が、ある民族の特質や由来について、多くの解明をもたらしてくれることは誰も否定できないであろう。実際、学問のあらゆる分野で用いられる比較的方法は、人間精神の最も豊かな道具に属する。しかし、ここで、新しい問題、つまり、一つには、現存資料に由来する問題が、また一つには、時代精神の要求に由来する問題が生じる。十分な碑文資料がなければ、比較言語学は何を達成しうるだろうか？ チグリスユーフラテスの地「メソポタミア」の言語に比べ、言語に関する残存資料に乏しいエトルリアは我々に何をもたらしてくれるであろうか？ 確かに、絶滅した民族「エトルリア人」が後世に伝える建築遺物や他の遺物ははるかに豊富であり、しかも、それらには、謎解きの難しさもなければ、偽造の疑いなどまったくない。しかし、そのようなものも、我々の時代精神の要求を満たしてはくれない。さまざまな神話的モチーフの選択、多くの芸術形式、神々の観念や表象、度量衡制度における議論の余地なきオリエントの影響の証拠も、最も信頼でき粘り強く自立した観察者であるコネスタビレ^①やノエル^②、デールベルジェ^③やドゥウィット^④や晩年におけるミカリ^⑤のような権威ある人物をもつてしても、これまでのところ、対立的な歴史的体系「ヘレニズム」に対するエトルリアのオリエンタリズムの何らかの勝利も、我々の研究への大きな影響力も手に入れていない。ギリシア文化の擁護者たちには他に何の反対もないということとは、通常の学術研究の対象をギリシアだけに限定して、かけ離れた対立物を認めない十分な理由となっているのである。

このように我々は最も見込みのある研究手段を騙し取られているのである。イタリアにおけるギリシア文化以前の時代、つまりオリエント文化の時代など、大多数の見解からすれば、とんでもないことなのである。古代の直接的な

証拠が彼らの仮定のためにはじめから主張することは許されず、比較言語学が検証のための資料をもたず、記念碑に信頼できる証明力が与えられないとすれば、いつさいの解明手段は枯渇し、学問はイタリア史の枢要を永遠に不明のままにする烙印を押されることになるのである。

しかし、たとえ何世紀にわたって取り扱われてきたにしても、現存の歴史資料から、何も明らかにならなかったように、我々が利用可能なあらゆる手段を用いて真偽を判断することができる根本的事実は存在しないのである。言語や人間の手による作品以外に、われわれの比較研究には、記念碑の第三部門、つまり神話もまた提供される。まさにこの神話こそ、さまざまな民族の文化的な関係について、我々に最も豊かで信頼できる認識を与えてくれるものなのである。というのは、民族移動の結果、故郷と言語を異にすることもまれではなく、他の民族との接触によってだちにわからないくらい言語が変形し、芸術作品や工芸品は気候やその他の地域的な事情に大きく依存するとしても、いかなる民族も、場所が変わっても、信仰する神や、基本的な宗教観念、伝統的な儀式習慣などは変わらないのである。神話は、宗教的信仰に照らした、その民族経験の表現にほかならないのである。以上のことから、相互にまったく離れた民族間における神話の観念や形式の一致は、文化的関係がそれ自体民族移動によってしか説明できないということがある。

ローマがエトルリアを破壊し、その文化的な痕跡を根絶やしにした、信じられないほどの怒りをもつてしても、この種の記念碑を根絶やしにしようことはできなかったのである。民族はもとよりその文芸や言語まで何もかも消滅した後でさえ、ローマの歴史の中に、エトルリアの歴史の断片は保存されていた。のちに勝利を収めた民族「ローマ人」は、一世紀にわたって、最終的には征服したこの民族「エトルリア人」に従属していたのであった。エトルリ

ア出身の三人の権力者たち「タルクイニウス・プリスクス、セルウィウス・トゥリウス、タルクイニウス・スペルプス」は、ローマの王統を閉じた。彼らをめぐる物語には、隣人たる強大な民族「ローマ人」の心象が、彼らの神話には、当時の思想世界が反映されているのである。

この時代の伝承の中で際立った地位を占めるのが、タナクイル伝承である。タナクイル伝承は、初代タルクイニウス「・プリスクス」の歴史に織り込まれているだけではなく、セルウィウス・トゥリウスの歴史にも、より親密に織り込まれ、さらには、スペルプス王登極の際にもあらためて言及されおり、かくして異民族支配の一世紀にわたってまるまる広がっている。その豊かな内容の展開は、重要ならざるはない意味をこの伝説に与えてくれる。タナクイルの意味は、自分の愛でし者たちに王冠を授けたということに限定されるのではない。タナクイルは、セルウィウス王の出生伝説にも登場し、そこではまったく新しい役割を果たしている。タナクイルは、ついには墓絵や神殿壁画にも描かれ、象徴、慣習、その起源が理解できなくなったのはるか後まで残存する宗教的市民的顕彰の中に反映されている。かくして、分析対象たる資料は、太古の伝承に関する第一級の材料を与えてくれるのである。

従来の研究「批判主義の立場にある学者たち」は、無関心にも、この豊かでよく記録された伝承を無視してきた。従来の研究は、もっぱら歴史的眞実という永久に望みのない探求にのみ向けられるあまり、奇跡物語やありえない話に満ちているため、歴史的な出来事という領域からは排除される素材にまったく関心を示すことはできなかった。従来の研究は、否定し無視することで満足するだけであった。しかし、伝説は、その歴史性を否定されても、その意味を奪われることはできない。起、こ、り、え、ぬ、は、ず、の、こ、と、も、や、は、り、人、間、が、考、え、た、こ、と、な、の、で、あ、る。つ、ま、り、内、的、な、眞、実、は、外、的、な、眞、実、に、取、つ、て、代、わ、る。我々が見出そうとするのは、事実性ではなく、精神の活動である。タナクイルの伝承は、

歴史の領域からは排除されてはいるが、しかし思想世界の記念碑なのである。この観念的な要素こそ、我々の証明を託すにふさわしい唯一のものである。我々の比較研究の対象となるのは、歴史的なもの「出来事、史実的なことがら」ではなく、伝承の理念圏「伝承のなかに具体化された観念」である。同じ思想世界が、それに対応する表現様式をもたらしただころでは、我々は親密な文化的関連を想定してもよい。もし、我々が、類似の神話圏の中で、どの神話が指導的根本観念により忠実に結びついているか、これに対して、どの神話がそうした観念からより離れているかを決めることができれば、我々は、どの民族がどの民族からその神話を受け継いだのかという問題にも答えられるだろう。民族間の親近性や差異の判断を比較言語学者に委ねる時代であれば、理念及び神話の比較にも同様に証明力を与えないわけにはいかないのである。

我々は研究を一つの記念碑だけに限定することにはしない。確実な論証は、類比物の数によってではなく、とくに顕著な類比物の一つを徹底的に扱うことによって達成される。「……」以下の概観において、我々は、読者に、我々の理念の漸進的な展開を示すと同時に、個々の論証部分が相互に関連づけられた内的連関を明らかにすることとしたい。

我々が注目するのは、タナクイルの注目すべき姿で登場する伝説の一場面であるが、その場面は、歴史叙述においても、最も重要な役割を果たしている。タルクイニウス・プリスクスは、一人の女性の助けを得てローマの王位に即くことができた。表現形式の違いはあるが、同じモチーフは、セルウィウス・トゥリウスの即位についても繰り返されている。いずれも王冠は女性からの贈り物であり、いずれも予期せぬ幸運の運命であった。最後に、タルクイニウス・スペルブスは、同じ理念に即して、悪女トゥリアの助けで最高権力を獲得している。トゥリア自身、タナクイル

の似姿である。つまり、ここには、最高権力が女性に由来するという根本観念が示されているのである。これは、ローマ的観念なのであるか？ そう主張する者は誰もいないであろう。それどころか、この観念はローマの政治原則とはまったく対照的なので、オリエント的観念がローマにおいて認められるようになった帝政末において若干の類例が見出されるばかりである。そして、ギリシア世界も何ら結節点を提供してくれない。これに対して、アジアの神話物語に、非常に多くの類比的関係が認められることからすると、ローマとオリエントの観念との関連があつたと言わざるをえないのである。アジアの王朝伝説はタナクイルという一人の女性よりも多くのことを明らかにしてくれる。アッシリア世界ではつねに、王座を与えるのは女性である。伝承によればとくにオリエントとの関係が深いとされる、三つのイタリア民族「エトルリア人、テュレニアリリユディア人、サビニ人」は、ただちに注目すべき対応関係を示している。我々がまず関心を持つのはまさにこれらの民族である。これに続くのが、カリヤ人とミュシヤ人、アラマンニ人とフェニキヤ人、ペルシヤ人とアッシリア人の伝承である。神話の形式は多種多様であるが、その観念はつねに同一である。非常に多くの民族の間に、このような共通点があるということは、閉じられた一大文化時代に顕著な特徴として、王権が女性に由来するという観念が存在したことを証明している。

今や、我々は、以上のような基礎に基づいて、これらのような対応関係を詳細にたどることができる。外観的な類似性では十分ではない。我々は、アジアの王妃の個性的な特徴「王権を授ける女性という特徴」がタナクイルにも繰り返されていることを示す。以下のような三つの特徴が随所で見出される。すなわち、アジアの王朝の王妃は例外なくヘタイラと考えられ、例外なくヘラクレスと関係があり、そして最後に、例外なく、その娼婦的性格ゆえに、男性パートナーを支配している。もし、タナクイルが、これらのアジアの王妃たちの列に加わるなら、彼女の伝説にも同

じ特徴が繰り返されるに違いない。

ここで、我々の探求は困難に陥る。ローマの伝承は王権が女性に由来するという理念をそのまま変わることなく受容したが、オリエント世界において王権を授ける女性がそなえるかのすべての特徴をタナキルの姿から奪ってしまった。実際、王権史におけるこの崇高な女性はローマ帝国末期においてさえ非常に尊敬されていたが、その尊敬は何よりも、オリエントの低次の感覚的な観念とは相反する特質の名声に基づいているのである。もし、この最後の伝説の形が最初のものであり、タナキルが、発展したローマがこの女性に見たものにほかならないのであるのなら、大筋では一致しているにもかかわらず、対比は無に帰し、このような方針で証明することを断念せざるをえない。――したがって、ここで我々は探求の方向を転換しなければならない。我々は、記念碑から何世紀にもわたってそれに付け加えられた変化を取り除き、後代の随意的な変更から、その本来の内容を区別しなければならない。「……」というのは、後代の観念によつて、記念碑がいかに徹底的に変容を加えられようとも、決して根本観念がまったく隠されてしまうこともなく、そのひび割れや隙間ももとの状況がまったく分からなくなるほどに覆い尽くされることもないからである。タナキル伝説の個々の場面では、オリエントのヘタイラの観念や習慣がはっきりと認められる。ローマ人はそれらをできるだけ隠蔽し、正反対の自分たちの感覚や好みに合わせて新しく解釈し直したのである。しかし、このような説明は決して十分なものではなく、そしてまさにこの不十分さこそが、より古くまったく異なった形成原理から生まれたものを新しい見地から解釈するための試みがなされたことを示しているのである。このようなことを知ることよつて、我々は後代の観念から初期の観念へ、ローマ国家のタナキルからアジアの王妃「王権を授ける女性」というもとの形へ、東洋と西洋の対立から一致へと遡ることができるのである。この女性は、後代ではあらゆる

婦人にふさわしい美德の化身であったが、もともとはアジアの娼婦的王妃たちの仲間であった。

タナクイルとヘラクレスとの関連も同様に確実なものである。確かに、史実伝承においては、はっきりと表現されるわけではないが、奇跡の力をもたらすタナクイルの像を建立し、彼女の婦人用装身具を納める場所として、クイリナリス丘にあるヘラクレス神殿が選ばれたことは、王権の担い手にして授ける女性を随所でヘラクレスの愛人とするアッシリアの宗教体系によって説明される。「……」そして、もともとは娼婦的な妻による配偶たる夫に対する女性支配的な優越がオリエント的思想圏の確実な認識徴表と呼ばれるのであれば、この点でも、本来のタナクイル像に正確な対応物が欠けることはないのである。後代のローマの伝承になお残される女性の権力や自立は、まさしく古くからのより徹底した女性支配の名残りにほかならないのである。タナクイルは、ローマ婚姻法の範囲における「夫を支配する妻 *imperiosa coniunx*」⁽⁵⁾とされ、まさにそのように、彼女の名前自体ローマ時代末期にまで諺のように残っていただけではない。彼女とヘラクレスの本来の関係は、リュディアのオンパレとその肉体的魅力によって支配され、墮落してしまった夫との関係と同じでもあった。しかし、西洋のより崇高な道德感情は、オリエント的な態度のこのような側面に断固として対立する。ローマの政治思想は、父親や夫のみに与えられる排他的な権利に基づいており、そのようなタナクイルを過去の尊敬すべき女性像の中に置くことを認めるものではない。このことは、あらゆるオンパレのような特徴を持つ者の本来の姿が、時代錯誤の説明によって徹底的に塗りつぶされ隠蔽されたことから明らかである。しかし、ここでふたたび、古い時代への探求によって鍛えられた目をもてば、新しいものと古いものとの境界線を容易に発見し、この二つの相互に重なり合う理念層のそれぞれに、それぞれに属すべきものを正しく分配することができるのである。

タナクイルの故郷エトルリアにおいて、オンパレーヘラクレスの神話が普及したということを出発点として、他の学者たちはリュディアからの移住伝説へと遡っていったが、我々は、この探求の道標としてこれを選択しなかった。その代わりに、我々は、タナクイル像と装身具が納められているヘラクレス神殿のサビニ起源を結びつけ、タナクイルのヘラクレスとの関係という初期の意味を明らかにするためにサビニの伝承を調べることにしたのである。我々の望みは欺かれることはない。権力を授け、夫を従属させんとするヘタイラの王妃に関するオリエンツ的な理念圏は、ローマ化されたタナクイル伝説よりもサビニ神話の中により純粹にそのまま保存されている。権力を授けるタルペイアや、ヘラクレスとラレンティアとの情事、フローラとマルスーヘラクレスとの類似した関係についての伝承や、昔の娼婦的な祭の始まりについての伝説はすべてサビニ人に由来する。そして、これらのオリエンツ的な記念碑は、これまで軽視され誤解され続けてきた伝説と密接に関係しており、この伝説は、サビニ人家族におけるアマゾンのものにまで高められた女性支配的原理を明らかに示しているのである。もし、我々が、初期の文化段階における信仰の掟と市民生活の原則との乖離がなおまったく無縁であったことを考えるなら、タナクイルとサビニのヘラクレスとの関係は、リュディアのオンパレーとヘラクレスとの関係に対応して、女性に服従する男性という意味でのみ理解されていたと言えるだろう。そして、このような結論は、我々がヘラクレス神殿にあるタナクイル像と共に納められ、後代にまったく新しい解釈がなされた婦人用装身具の解明によつてまったく確実なものとなるであろう。この点で、我々はタナクイルとオリエンツ的な王妃とを確実に同一視してもよいだろう。タナクイル神話は、女性からの権力の授与というアジアの王統伝説の基本的なモチーフを具体化したものであるだけでなく、さらにタナクイルの原形はリュディアのオンパレーで最も明白に例証されているオリエンツ的な王妃のあらゆる特徴を表しているのである。

第三に、なお考慮を要すべき点がある。もし我々の示す対応関係が支持されると、ちょうどタナクイルとアッシリアのリュディアのヘタイラが一致するのと同じように、ヘラクレスとヘラクレスータナクイルの関係とアッシリアのベルーヘラクレスとの関係はあらゆる点で一致するはずである。サビニ人であるタナクイルの配偶者は、クイリナリス神殿に祭られていて、セモ・サンクス・ディウス・フィディウスという固有の名を有する。そうすると、ここで、まず明らかにされるべき問題を定式化するならば、サビニ人やその後のローマ人がセモ・サンクスにおいて見た神は、アッシリアのベルーヘラクレスと同じ側に立つのか、それともそれとは異なるのか、ということである。もしそうなら、ローマのタナクイルーヘラクレスと、リュディアのアッシリアのオンパレーヘラクレスや、類似のオリエントのペアが一致していることが確かになり、アジアの伝承の断片だけではなく、オリエントのヘラクレスについての伝承体系の全体が、イタリアに移植されたということが確実になる。もしそうでなければ、我々の論証は、単に名前の一致にのみ基づいたものであつて、事実上の一致に基づいていないという理由で断念されなければならない。我々が比較宗教学研究のこの部分に、大きな精力を注ぐのはまったくゆえなしのことではない。読者諸氏におかれては、神話資料を扱う一般的な方法は、ここで、まったく不十分なものとして放棄されたことがお分かりになるう。我々は、事実とできるかぎり十分な証拠の収集に取り組むだけでなく、それにもまして何よりも理念と理念比較とに結びつけなければならないのである。我々は、何よりも、ベルの宗教体系におけるアッシリアのヘラクレスの地位を確定し、最も純粋なヘラクレス理念が、地母神信仰の官能性に屈してヘタイラの奴隷となつた英雄へと墮するに至るさまざまな段階を示さなければならない。それから、我々は、サビニとローマのヘラクレスがアッシリアーフェニキアの神に直結していることを論証するという方法で、この複合観念と、サビニのセモ・サンクス・ディウス・フィディウスに

まつわる観念を比較しなければならぬ。学者が異質な観念に立ち入ろうとすると、その能力を最も厳しく問われることになるのである。

だが、我々の苦勞がより豊かな発見によつて報われることもまた他のどこにもないのである。我々の比較は、派生的で、あらゆる点でまったく衰えてしまったギリシア的なヘラクレス理念を通じては得られず、これまで理解できなかったイタリア宗教の最も暗い部分に光りを投げかけた。さらに、サビニ人は、イタリアにおける一連のオリエンタリズムの担い手たちの中で最も重要な地位を占めており、かなり以前に、厳密にはK・O・ミュラーによつてすでに指摘されたことであるが、これまで学界からは取り上げられなかったエトルリアのヘラクレス崇拜と関わりを持っているのである。――最後に、タナクイルと、アッシリア文化圏の伝説に登場する王妃たちが対応していることが、それぞれのローマとアジアでの夫が一致していることによつて補完されるのだが、このことは、間違いなく、イタリアでオリエンタ文化の時代があったという歴史性を示しているのである。

神話という唯一の記念碑が、我々をこの結論に導いた。しかし、オリエンタ理念がこのように豊かであるということは、オリエンタ民族がイタリアの地にいたことを前提にするものであり、これらの観念が深く根ざしているということは、アッシリア文化の時代が長く継続していたことを示しているのである。アペニン半島は、強力なギリシアの植民地となるはるか以前には、アジアの植民地であった。いつの時代もイタリアでは同じような現象が起こつていた。イタリアは、常に、衰えかけたどこか他の場所の文化や、衰えつつある観念や、敗北した集団の最終的な避難所であつた。ここで、オリエンタの宗教は深く、決定的な根を下ろし、ギリシア文化が最も影響力を持った時代でさえ、ギリシアはそれを根絶することができなかったのである。

ローマの伝承形成が、王権を授けるアプロディテー・ミュリッタ「イシュタル」というオリエントの原型に完全に従属することが、我々の研究を通じて明らかにになった。このことは、二人の伝説上の女性とヘラクレスとの関係が同一であることや、ヘラクレスについてのアッシリア・リュディアとサビニーローマの観念が対応していることによつて確認された。我々の比較研究の目的であつた証明は、もはや欠けるところはない。しかし、この正しさをさらに検証することが望まれるのである。そのために必要な材料は我々に確保されている。それは、タナクイルをめぐる伝説の第二グループ、つまりセルウィウス・トゥリウスの出生神話に求められる。この神話については、本書第二部で検討されることになる。つまり、もし王権を授ける女性としてのタナクイルの立場が、究極的にはアッシリアのミュリッタの観念を反映するものであるなら、タナクイルの出生伝説との関係は、ミュリッタの儀式の原理や慣習に起源を持つに違いないからである。二つの伝承は、密接な関係で結ばれているので、同じ起源に由来するに違いない。我々が最初の研究で達した結論は、第二の研究によつて、あらゆる疑問を一掃されるか、もしくは論駁されるか、いかになる。

これまでの探求から明らかになったことによれば、ローマの王政期に関する最も流布した伝承の一つが、アッシリア宗教、つまり、最も無規律な娼婦制に顕現する自然母神と関係があることはもはや驚くべきことではありえない。しかし、また思いもかけず、女性原理のアプロディテ的理解に最も奔放で西洋的精神とは最も矛盾した表現を賦与する宗教慣行がまさに、ローマのセルウィウスの伝承のあらゆる個々の点を規定している最も直接的な原型であることをこのうえもなくはっきりと認識させてくれることにもなった。というのは、我々のタナクイル神話についての第二グループは、単にサカエア族や卑しく官能的なミュリッタの掟を完全に表現した祝祭の儀式を物語化したものなので

ある。ローマの伝承の特徴は、バビロニアやアッシリアの娼婦的奴隷祭にも同じように共通している。つまり、タナキルの機能は、サカエア族の神聖な女王に帰される機能の似姿なのである。ローマの伝承をこの原型まで遡れば、多くの矛盾は解決されよう。一見したところは相いれない要素が首尾一貫した統一一体になり、外観は変則のようであつても、完全に首尾一貫した構造の一部をなしているのである。「……」

ここで次々に行われた探求の過程で、本書第一部の類比から明らかとなつた事実が繰り返して示されている。イタリアでは、断片的で、非常に様々に手が加えられた断片からしか見分けることのできないものが、オリエントでは、完全で首尾一貫したものとしてみ出されるのである。我々が扱うばらばらな断片が、今、本来の場所に位置づけられるのは、この完全に保存されてきたアジアの先例のおかげである。「……」

このような比較によつて確固とした方針が与えられれば、我々は、これらの神話を説明しようとするローマの試みなど無用のことに冷静に心をいたすことができる。「……」そのような説明は、ローマ国家のイデオロギーと初期の思想世界との対比を明らかにしてくれる点で、有用である。しかし、目下の探求目的にとつてはるかに重要なのは、宗教的祝祭とのあらゆる関係と同様に、新しい時代理念の変形的な影響をあまり受けていない宗教的伝承の類である。というのは、セルウィウスの出生にまつわる伝承が、サカエア族の儀式に起源をもつということは、我々が、この種の祝祭がイタリアやローマにおいても開催されていたことを証明することができてはじめて、蓋然的になるからである。一般的なイタリアの民族精神は、固有の慣行からは知ることのできない宗教的な原型にしたがつて、愛でられし王の出生についての観念をいかにして形成することができたのであろうか？「……」

我々の神話学が与えてくれるものは、事実的なものを超えることはない。それらは、創造的な根本観念や根本理念

については何も語らず、すべては謎に包み隠されたままである。「……」。我々は、まず、ローマやラティウムにおける多くのサカエア族類似の祝祭に注目する。ノナエ・カプロティナエ祭、クインクアトルス・ミノレス、トゥビルストリア「喇叭の清め」祭、フロラリア祭、アンナ・ペレンナの日や市外のテブレ川の土手沿いで祝われるセルウィウス・フォルトゥナの日が現在にも伝わる。それらは、古い観念や古い精神から離れながらも、その祭りが近年に至るまでなお人気があるのは、貴賤を問わずあらゆる階級の人々を無規律な快楽がひきつけたからであるが、たとえそうであっても、これらの祝祭すべてにサカエア族の祝祭を確かに見出し得ることを妨げるものは何もない。我々は、文化的諸慣行の十全たる内的発展に心を留めなければならない。それらは、主に、西洋の健全な精神からは許されぬ慣習の抑制によって、オリエントの先例とは異なるものとなった。

以上の二つの特徴に加えてさらに第三のもの、すなわち、儀式の起源が語られる一方、個々の驚くべき祝祭慣行を正当化しようとする試みがなされるさまざまな重要な神話を取り上げるならば、対応関係を構成するために、これ以上豊かで一貫した信頼できるものはないほどの素材が得られるのである。我々はふたたびローマ末期の試みた説明なしでもやっていけることを納得する。こうした説明は、奇妙に思えてきた儀式を新しい時代精神と一致させることを意図した応急措置であり、説明が行われた時代に関する知識の源となっても、起源の理念にとつては無意味なのである。古きものが保存されてきたのは、しばしば、その根本観念が失われたにもかかわらず、そして失われたからこそ保存されてきたのであって、その根本観念が理解されてきたからではないのである。ローマやラティウムにおけるサカエア族の痕跡の研究の最後には、東洋と西洋の対応関係が、タナクイルの伝承自体に我々が期待していたよりもはるかに広範に及ぶ。しかし、当該の神話が属する思想圏を越えることを、非難する者は誰もいないであろう。厳密な

論証を行うことに関しては、思想圏を越えることを注意深く避けているが、一方で、事実に関しては、タナクイルと共通の起源を持つあらゆる現象を考察することが必要不可欠なのである。健全な思考の価値は、それがよく分からないう部分を探らすことにあり、探求の価値は、それが一見関連のない事柄の精神的な関係を発見することにある。

第二部における諸探求から導かれる最終的な成果は以下のようなものである。すなわち、ローマ共同体の樹立者にして、民族の自由の創始者たるセルウィウス王は、彼を敬愛した同時代の人々の観念では、娼婦的奴隸祭から生まれた子供であった。そして、この奴隸祭とは、アッシリアの文化圏の諸民族が、人々が生命の大母の掟への回帰、全員の自由と平等への回帰を陶酔的な熱狂で祝ったものである。神話のあらゆる側面はこの観念と一致するのであり、そしてこの観念は、たとえこの上なく謎めいていようともすべて報告に説明を与えてくれるのである。命や王権について恣意的に取り決める娼婦、我々がタルクイニウス・プリスクスの王妃に見た娼婦は、豊満かつ奔放な自然生活を自らに顕現するサカエア族の娼婦的女神にほかならず、そして、幼年のセルウィウスの養母にして守護神として現れるのもこの女神である。彼女が双方の神話で果たす役割は、それぞれ二つの異なった結末へと展開されようとも、同じ宗教体系から生じたものであり、同じ根本観念を示しているのである。ここで、いつものように、伝承に形式を与えた民衆の精神は完全に首尾一貫しているのである。それは自然創造の合法性に匹敵する合法性を表し、もう一度、それが見えてこない原始の文化的段階を明らかにするのである。

以上に要約された探求において、我々は、語源学や比較言語学の助けなしで、タナクイル神話のオリエント起源を論証してきた。我々の目的は、理念の一致にのみ基づいた対応関係を確立することであつた。しかし、もはやこの目的は達成されたと見なされるとすると、今や、事実在即した推論が神々の名称による推論にも対応するかどうかい

う問題が、密接に関連した関心事となるのである。「……。」

この言語的な補論に続いて、本書第二部は、ローマのセルウィウス・トゥリウスと明らかに類似していると考えられるスパルタのデマラトス王の出生神話が考察される。「……。」我々の課題は、ヘロドトスによってきわめて正確に伝えられる彼の神話⁷の個々の点を、ヘラクレスーベルの宗教体系へと還元し、スパルタの出生伝説が、もう一方のローマの伝説と同様に、作り話から生まれたのではなく、いずれもが自然的形成の合法性に則り、民族の宗教的觀念から生まれたことを示すことにある。この比較の過程で、スパルタとローマの神話の対応関係や、それらがアジアの原型に由来することが完全に明らかになる。セルウィウスの出生伝説のあらゆる特徴が、ふたたび我々の前に登場する。―母系出自と父系出自の觀念は同じなのである。異なった表現の中に、我々は、イタリア神話の觀念の各段階にめぐり会うことになる。

このように、方やスパルタとアジア本土と、方や西方のイタリアとの間に、民族的な関係が明らかとなれば、これと関連した伝承の価値、はたまたそれが不可欠であることも明らかである。というのは、我々が神話の比較によって達する結論は、古代人にとっては、歴史上の信念だったからである。サビニ人は、我々が、イタリアにおけるオリエンタリズムの主な継承者の一つとして認識するようになり、その部族の神であるセモ・サンクスやセルウィウスの守護神であるタナキイルと密接な関係を持っていたが、この同じサビニ人は、今や、サカエア族のアジアにおける故郷と、同時にデマラトウス神話の故郷スパルタと関連していると見なされるのである。そして、タナキイルの神話とは全く関係のないように見えた探求が、最後にはタナキイル神話に戻って来るのである。「……。」

次に、我々は、オリエント的伝承がイタリアの地において被った運命に全面的に注目する。このことを探求する第三部の目的は、人間の文化的発展が依拠する最も強力な要因のうちの第二のものを十全たる意味において明らかにすることにある。これまで、我々は、イタリア民族がオリエントからきわめて広範に観念や習慣を自らのもとに受容してきたことを見てきた。今や、我々は、この受容力に、これらの導入された要素を変化させ、自分たちの考え方に適応させたその変成力に対応することを確信する。というのは、アジアの王妃にしてオンパレにも匹敵するアマゾンの娼婦たちの同行者、乱交祭で崇拜されるサカエア族の母神アナイス「アナヒタ」が、ローマの作家たちに描写されて現代に伝わるタナクイルへの変身ほど注目されるべきことはほかにはありえない。このタナクイルは、ラテン語学校の本ENCHI以来、我々の心に、あらゆる娼婦的痕跡やアマゾンの傲慢さが消し去られ、あらゆる婦人としての美德と尊厳を持ち、純然たる家庭生活における道徳的な観点を完全に表すものという印象を与えてきたのである。そして、内的な宗教的観念が歴史上の性格へと変質し、宗教的な観念や習慣が人間関係や運命の組織へと変質したことも、同じように驚くには値しない思考過程ではないのか？

この点、我々はこの歴史的過程それ自体の解明や、人類の発展の秘密の説明を試みることはできない。歴史科学や自然科学の方法では発展の謎を解明することはできないのである。我々は、植物が土壌によって変わることに、一新しい国土では果物は異なった味がすること、完全な発展には一回以上の気候の変化が必要であろうことを知っている。しかし、こうしたことだけでは、発展それ自体の本質を見極めることはできない。我々はただ、変化の事実を証明し、それを我々の科学的経験の一部とみなすことができるだけである。しかし、いま考えている事柄においては、東洋版のタナクイルの伝承と西洋版のそれを比べるだけでは不十分であり、新しい観念が当然の変化の中でより古い観念に

由来するに違いないということを証明しなければならない。「……。」その変化には二つの側面があるが、それぞれを明らかにするため、それらを別々に取り上げることにはしたい。

第一に、娼婦的な王権を与える女性から全ての品格ある女性の徳のモデルへの変化を考えてみる。この点我々は、娼婦的観念の抑制にもかかわらずローマのタナクイルの中にオリエンタ的娼婦の特徴がまだ認められ、その結果、新しい観念はただ初期の観念の見方の下でのみ理解されるにすぎないことを証明する。傲慢にも女性支配により男性を奴隷と化し、女性へと貶めたオンパレとして、タナクイルは、ローマ民族の記憶と尊崇の中に留まりえたわけではなかった。タナクイルは、娼婦的性格やアマゾンの性格を脱ぎ捨て、男性が厳しく主張する実定的な市民法から与えられた妻及び家族への権力インベリウムに対する母権制の保護者となり、その威信は、ローマ国法が徐々に母なるものを排除するにつれてますます大きくなっていった。彼女のヘラクレスとの関連は、同じように解釈され、その重要性を保持した。もはや男性は、肉体的な官能の濫用により女性の虜とはならず、残ったのは、家庭内の仕事を厳格に行う婦人に対する男性側からの敬意であった。糸巻き棒を持ちサンダルを履いた、ディウス・フィディウス神殿のタナクイル像は、義務に忠実なローマの女性たちにとり、男性の横暴や不正に対する復讐者によって与えられた保護のシンボルとなった。伝統的な関係は残されたが、そこにローマは、固有の精神と、より高度な道徳を吹き込んだ。そして新しいタナクイルは、依然として、サカエアで具体化されたような、一人の母から生まれた子たちとして、人類におけるの普遍的な自由と平等の原則の表現であった。確かに、アジアがこの理念に与えた、低次の感覚的な表現形式は、ローマ人の間には残りえなかった。しかし、その奴隷階級の子供の養母は、厳格な国家法に対する奴隷階級の自然的権利の擁護者としても、一般民衆の記憶の中で厚く敬われつづけた。――娼婦的なアプロディテ主義からの脱却が決定的になる

につれ、高尚な愛と献身の理念はこのアジア起源のサカエアの母神の姿に結びつけられて印象を深めていった。厳格な実定的な国家制度に囚われた社会の中で、彼女は随所で博愛の擁護者となったのである。

我々は続けて、いかにして他の古代サカエアの制度の後継者が同様の変化を経たのか、いかにして一般の人々は、ノナエ・カプロティナエにおいて彼らの行進を率いたトゥテラ・ピロティスや、自由を切望する平民の優しい養母ポウイラエのアンナをタナクイルやオクリシアに対するのと同様の感情をもって見たのか、最後に、いかにして厳格な国法を通して母神に対して犯された罪の意識が、多くの宗教的儀式や神話において、またまったくの歴史上の出来事においてさえ表現されたのか、ということを証明する。そのような罪の贖いの祭は、アジアのサカエア族を貶めた娼婦的過剰を、完全とはいわないまでも——サビニ人のフロラリア祭を考えてみればよい——、ほぼ大部分は払拭していた。しかし、初期の自然にかなった社会秩序の幸福への断続的回帰の観念は、まだ、伝統的形態の中にその表現を見出した。オリエントの考え方や宗教的慣習は、捨てられずに、より節度ある形へと変えられた。世界中に非生産的な西方世界では一切が冷静で、すべてのものがより高貴な生活観に資するように作り直された。そしてアジア的伝統は、まったく異なった精神世界の下で生き残ることができた。

我々は、かくも注目すべき思考の発展を比較しないままにしておくことはできない。確かに我々の研究は、その難解な性格の大部分を一掃したが、我々が類似の現象を証拠として挙げることでこの一貫性を示すことができない限り、我々はそれを完全には受け入れることはできない。奇妙に見えるかもしれないが、我々は、その望まれた対比をいくつかのあいまいな二次的領域にではなく、神官法の最も重要な局面の一つに見出す。フラメン神官ほど国民的な神官

職はなく、神官階級において第一の地位を占め、神祇官団にすら優越する、三大フラメン神官の神官法ほど、起源的で純粹にローマ的なものはない。しかし、この土着性は幻想である。タナクイル及びその神話圏と同様に、フラメン神官は、その儀式とともに、彼らが奉じる三神によつても、そして、ローマ的ないしギリシア的觀念ではまったく説明がつかない多くの儀式規則によつても、そのオリエント起源を示す。その上、ローマの神官職は、その規則とともに、タナクイルと同様、ベルーヘラクレスの体系、すなわち、我々が以前の研究においてその最も高次の段階と最も低次の段階を知り得た体系から生じたのである。また、本書第一部及び第二部において見出されたすべてが登場する母の優位、娼婦的觀念、夫に優位する娼婦的な妻による権力の授けや、オンパレのような女性支配者とヘラクレスに帰依する男性配偶者との関連、これらのアッシリアのヘラクレス信仰の特徴はどれも、フラメン女官のフラメン神官との原型的な関連においてもふたたび認識されるべきものであり、各々が、そのオリエント的な背景から遠く離れて發展した後代においてはもはやそれに対して適切な解釈を見出すことができなかった神官規則の出発点である。しかし、これらの伝承の要素は、タナクイル神話の基礎をなす伝承の要素と同様、変形を免れることはできなかった。イタリアでは、古いものには新しい精神が吹き込まれ、その結果、完全な変化を経験した。「……」フラメン女官は、オンパレのような娼婦から、その徳性により尊敬されるローマ婦人の原型となった。娼婦的アマゾン主義の痕跡はすべて消し去られた。そして、崇高な独立性だけが残った。その独立性は、フラメン女官がフラメン神官との関係において保持し、タナクイルの類似の地位と同じく、すべての婦人が、忠実な妻が厳格な市民法に侵されることない証として、喜びと自尊心をもつてみなしたものであった。これらの対応関係は完全である。「……」。

耐えがたくなるに至つた異国の觀念に対する意識的な反動が与える力を考慮せずして、ローマの諸規則の厳格さが

説明され評価されえないという広範な経験は、承認された真実である。我々はたびたび、ローマ人のいわゆる歴史的装飾について論じる。そのとき我々は、この無意味な言葉で説明していると誤って信じているものは闘争の産物であること、そして、そのような闘争なくしては、民族も個々人もその強さや特性を完全に発展させることはできないということをおぼれている。もし我々が、オリエンタリズムをローマ的背景から切り離して考え、また、そのオリエンタリズムがイタリアにおいて何世紀にもわたって根を下ろしてきた深いルーツを忘れているならば、ローマが情け容赦なく、国家を宗教より上位に、父権制を母権制より上位に、嫁資の支度を売春によつて少女が自分で支度するよりも上位に置き、フラメン女官の行為作法が、非常にモーセ的な厳格さで規定されていたのかということをおぼえ、我々はどうしても理解することができないのではないか？

極端なものは、その正反対のものによつてしか説明することはできず、そうすることは抵抗を生み出す。極端な娼婦主義は、同様に極端な純潔主義を生み出す。人類文化の発展が両極端の衝突を通してのみ促進されるということは、矛盾ではなく、すべての歴史を通して証明された偉大な真理である。貧弱な理屈ではあるが膨大な人生経験を持ったローマ人だけが、この真理を悟らなかつたのであろうか。もし私が間違つてなければ、最も幅広く全てのローマ人著述家たちを読んだ結果が、イタリアにおけるフラメン神官やオリエンタ文化の歴史についての私の見解を十分に支持している。ウエルギリウスはその叙事詩において、アエネアスをフラメン神官として、デイドをフラメン女官として描いている。彼にとつて、ローマとカルタゴの人物に聖なる性格を付与し、その背後に国家的な性格を包み隠すことでは十分でなかつた。その描写の基礎になっているのは、フラメン神官がすべての神官職の中で第一位にして最高位であることである。そして、アエネアスとデイドはともにそのルーツをオリエンタに持ち、ウエルギリウスの考えの

中で彼らはテュリア人⁽⁸⁾とトロイア人の間の親族関係を通して親密に関係づけられていたので、詩人は、フラメン神官を前ローマ的起源、すなわちアジア起源としなければならなかったのである。

カルタゴにおける二人の邂逅というエピソードは決定的である。それは、古くは結びついてきた文化の分岐点を示している。デイドは、その娼婦的な術策をもつて男を虜にしようとする、オリエントの王権を授ける女性であった。彼女は、オンパレがヘラクレスを、セミラミスがニヌスを、デリラがサムソンの支配したように、アエネアスを支配しようとする。彼女は、アジアがその娼婦的な女王に与えた権力を夫の人生や王座の上に具現化しようとする。デイドがその逃亡した不誠実な恋人を責めるとき、彼女の非難はまったく伝統的なアジア的法的地に基づいており、また、デイドはそれ以外のものは知らない。しかし、アエネアスは新しい生き方を代表している。そして、ローマは、人間をその新しい生き方に高めることを運命づけられていた⁽⁹⁾。彼のすべての過去がアジア文化に根ざしたものであり、彼のヘラクレス的な性格が、そこからデイドが彼女の法を引き出したとても深い宗教観念に基づいているにもかかわらず、彼の目は、彼の新しい家や新しい時代へと向けられている。そして彼は、それをより高い定めの中で新しく開くことを運命づけられていた。甘い思い出や彼らに共通のアジア起源という認識は、彼を動揺させることはできない。ローマの国民的英雄の衝撃の下、クレオパトラが再び樹立することを望んだオリエント的娼婦の王権は滅び去る。ゾガネスとその原型であるヘラクレスを結びつけるために燃やされたアッシリアのサカエア族の薪の山は、征服されたデイドを破滅させる。しかしアエネアスは、生命のない肖像だけが燃やされる。これは転換点である。古いフラメン神官職の上に新しいフラメン神官職が立ち上がり、アエネアスは新しいフラメン神官職を勝利に導き、デイドは西方世界で古いフラメン神官職を永遠にしようとむなしく努力する。ラティウムにおいて、フラメン女官は、命令

するオンパレであることをやめ、清浄なる光の聖職者の純粋な配偶者となる。アジアの娼婦的母性は、時代精神が新時代の生誕地として選んだこの地に決して到達することはないのである。

ウエルギリウスはこの観念に最も大きな広がりを与える。彼は一つの神官職にだけそのようにしているのではない。トロイアの英雄がティベル川の河口に到着する時、すべてのアジア的なものは破壊される。ここでもアエネアスはヘラクレスのイメージであるが、彼はアッシリア人の先祖と、彼女自身は娼婦的な王権を与える女性であるデイドを、死者が治めるクマエ王国に訪ねる。この人たちは、アジアの過去の歴史の外では生命のない影以上の何者でもなくなってしまうていた。彼らも、彼らの住む死の世界も、再び、ラティウムで生活することはないであろう。アンキセス、クレウサ、乳母カイエタ、パリヌルスといったオリエン的な観念の全代表者たちは約束の地に到達することはない。アエネアスは娼婦キルクの魅力的な小島を避けている。結局、最初のラテン王国を築くのはアエネアスではなく、子供の頃に誘拐されたアスカニウスである。『アエネイス』をその観念を求めて読むと、我々はいたるところで、ある一つの観念を見出す。ウエルギリウスは、すべての文化的発展の根底にある二つの要素、すなわち、伝承との結合と、伝承を超える将来の発展をそれぞれ等しく強調している。ウエルギリウスはただイタリアとアジアの繋がりをだけを考えていたという近年の通説的見解は、まった一面的なものである。オリエン的な伝承の束縛からのローマ世界の解放も同様に重要である。実際、叙事詩の全体に行き渡っている中心的観念は、東方世界で打ち破られたオリエン文化は遠く離れた西方世界でより高度な運命を実現するというものである。アジア的な基礎の上に建てられたローマはアジアの究極の征服者になった。ここに『アエネイス』の本質がある。「トロイアは、その名とともに滅んだし、滅んだことにしておくよう」¹⁰。

ローマの歴史についてのこの詩人の解釈は正しかったのであろうか？ 彼の物語はローマ的西方世界の現実の発展と一致したものであるのだろうか？ また、彼の物語はローマ民族の觀念を表しているのだろうか？ この問題は我々の研究とは関連性のないものである。もし、タナクイルやフラメン神官職の変化がイタリアにおけるオリエントの伝承の運命を表しているのならば、ローマの全歴史も同様の變化に従うに違いない。部分は全体と同じ法則をどうしても持たないとして、外部の發展と内部の發展は絶対に一致しないのであろうか？ 我々はオリエントの精神的征服を、同様の方向「西↓東」でなされた民族的闘争なくして想像することはできないのであろうか。確かに、イタリアとオリエントの關係がローマの歴史の一般的外觀を構成している。この發展における最大の成果と重要なことは、世界の文化の中心を東方世界から西方世界へ移すことであつた。すべての決定的転換点がこうした中心的觀念の周りに集まつてくる。

何世紀にもわたつてイタリアは、永遠にアジアに従属すべく定められていたであらう。陸や海、ヘレスポント海峡やアドリア海、イベリア半島を通つて、オリエントの民族ないしオリエント文化圏の民族がイタリアへ押し寄せた。海岸地帯や島々を備え、地中海域の中心に位置するイタリアの港は半島を民族の出会いの場にすることを運命づけられていたであらう。初期と同様、中期のイタリアの歴史の先駆けとなつた大移動の波乱に富んだ時代の後には、アジアの人々と信仰がアルプスの麓からナポリの肥沃な原野にいたる全土を占めていることがわかる。ローマの北と南では、エトルリア人の大多数は、太古からの文化的伝統に基づき、イタリア、とくにローマに大きな影響を及ぼした。中部山岳部のサビニ人は、一般に考えられている以上にエトルリア人と關係があるが、オリエント文化の主要な担い手の一つであつた。西部の平野において、アルバ王国は同様の王国群の中で最も重要であつた。すべてのものが起源

や伝承において純粹にアジア的なものであった。ローマは彼らの内部から生じ、彼らから強さや考え方を引き出した。ローマもまたその歴史を、輝かしいギリシア文化よりも、むしろ死につつあるアジアに求めることができ、また、ギリシアの血統や文化が最もその名を高らしめていた時代においてさえ、この考え方を保持した。ミュリッタの息子、そして神官王でありローマの国民的英雄であるトロイア人アエネアスは、まさしく神政的なアジアを象徴し、彼の中のオリエント的な部分はギリシア化された英雄像により決して覆い隠されることはなく、ずっとそのままに維持された。また、ここで忘れるべきでないのは、ギリシアの植民活動は決してティベル川北部に足がかりを得ることはなかったということである。アルバから荒れ果てた湿地帯への移住は、将来の繁栄の希望を約束されていたわけではなにもかかわらず、伝統的束縛からの解放の最初の試みを表わすものであった。それにもかかわらず、サビニの神官王の王朝や、彼らの追放後はエトルリアの王たちの王家は、未来に満ちた都市において、オリエント的觀念に新たなそして多くの援助を与えた。キケロが我々に、タルクィニウスの時代においてさえギリシア文化はオリエント的觀念に對する鬭争をローマにおいて真劍に引き継いでいた、と語っているにもかかわらず、またマスターナの命令が、古い時代はすでに、むしろ、いまだ崩壊寸前であることを示しているにもかかわらず、セルウィウスの伝承がもつばらアジアの原型にのみ基づいて構想され發展させられたという事實は、オリエント的信仰がイタリアに深く根つき、何世紀にもわたってその影響力が保持されたことを示している。尋常ならぬ長く苦しい徒弟期間が、人間をより高度な存在の段階へと持続的に上昇させるというローマの使命のために十分に準備されていたといつてもよい。この西方世界の国々の第一国ローマにとつて、それは不可欠なものであった。

長く続けられて来た反動の最初の巨大な爆発は、最後のタルクィニウス——彼は真にオリエントの特徴を備えた支配

者であり、歴史は両極端のおかげで最も偉大な発展を遂げることを我々にもう一度示している――の没落に明らかに示されている。「……」ローマ発展のすべての歩みは、西洋精神のより純粋な生活観の勝利である。ローマ的―西方的な国家観、エトルリア人の王政復古に対する闘争の中で強固なものになった。ローマ人は、彼らとその周りの外国の文化との対立、同時に彼らの歴史的使命をますます明確に意識するようになっていった。アジア的要素の破壊は、第一にローマの存在に、次にその権力に、一般的には同時に両方に不可欠なものであった。

それゆえ、新しい観念に同化され得なかつたすべてのものを地球上から一掃した比較しようもない激しさと、つねに同じ目標に向かって中途半端な手段も妥協も認めない、同様に驚くべき頑固さと頑強さがそこにある。ポルセンナの一時的な成功も何も成し遂げえなかつた。タルクイニウス家を復活させることも、ローマから平和な取引と産業の地という意味を奪うこともできなかつた。アルバが没落したように、ウェイイや他のエトルリアの諸都市といったオリエンタリズムの拠点が次々に没落した。カプアは、その近さゆえに二重に危険であるが、歴史がいかに軽蔑してその最もうぬぼれた富や芸術や優雅さの居所を粉碎することができるか、ということを我々に教えてくれる。たった一年の間に、二つの世界の交差点であり、アフロディテ由来のコリントとフェニキアが破壊された。これらはすべて、人類―その生活のより純粋な段階への進歩のために古い官能主義的文明と彼らの商業的、産業的基盤の破壊が必要であつた―のために起こつたのである。メソポタミアの廢墟のように、見捨てられた古い文明の諸都市は、断罪された世界時代の終焉を表している。それらのうち多くはローマの軍門に下つたのであつた。

ポエニ戦争は、この偉大な歴史的過程に結びつけられなければ、適切に評価することはできない。ここ、すなわち西方世界において、アジアの最後の軍勢が決戦に向けて集められた。ヨーロッパの人々はふたたび、そしていまや永

遠にオリエントの生活原理に屈する運命であつたのか？ アジアに隣接するギリシアは、より早く、より完全にアジアの支配を振り払つた。しかし地域的な利益追求が、いかなる偉大な国家的理念からもすぐに彼らの方向をそらさせた。偉大性よりも天才のひらめきに耽ること、彼らは触れるものすべてを、そして何よりもより完全に彼ら自身の手で崩壊させた。彼らギリシア人の英雄たちがオリエントの権力に対して行つた業績は、我々に、若くして名声を得てその後すぐに忘れ去られたあのオリンピック優勝者たちを思い起こさせる。ギリシア人の天才の典型は、アキレウス、アレクサンドロス、ピュロスであり、彼らは歴史の地平線の上の流星のように名を上げ、忘れ去られた。ギリシアは、仕事は始めるがそれを完結させるだけの決定的な精神的な強靱さを欠いていた。マケドニアはその生氣あふれる生命力でアジア世界やギリシア世界に同様の破滅をもたらした。そして最後には自分自身にも。ピュロス戦争と同時代を生きたりュコプロンが考えたこととは^⑩反対に、ヘロドトス『歴史』の主題であつた東方世界に対する千年戦争を終結させたのは、アレクサンドロスではなくローマであつた。それゆゑ、普遍的君主制を東方世界から西方世界に移動させ、古来の世界を終わらせたのは、ギリシアではなくローマであつた。ハンニバル戦争と比較して、マラトンの戦いやサラミス及びプラタイアイの戦いはいかなるものであつたか？ アテナイの権力の数十年間という非常な短さはローマの永遠性と比べれば儂いものである。ローマの戦闘と比較して、カルタゴに対するアガトクレス「前四—三世紀のシュラクサイの僭主」の戦いはどのようなものであつたのか？ このギリシア人にとって、かのフェニキア都市を征服するのは容易なことと思われた。では彼は何を成し遂げたのか？ カルタゴの破壊、この人類の運命における最も重大な分岐点は、共和政ローマの指導の下に組織されたイタリア民族の手によるものであつた。そして、それは、他のどんな功績以上に西洋的精神の最も深い核心部から生じたものであつた。この時、その都市はその真の歴史

史的使命を果たしたのである。この時、西方世界は東方世界の遺産を永遠に手中に収め、勝利を得た民族はその倫理的頂点を極めた。

大いなる叡智と経験がアフリカの女王「カルタゴ」の滅亡によって失われたことを我々は嘆きはしない。その地球規模の事業が復興されたのはようやく一五〇〇年以上後のことであつた。しかし、アジアの卑しい官能主義に対する西ヨーロッパの人々の高次の倫理原則の勝利は、我々にこのアジア的官能主義の貧弱さを忘れさせる。ローマ国民はその決戦の最中、ローマがアジアに起源を持つということに二重の意味で意識するようになった。ハンニバルの災難からイタリアを救うため、形なき隕石が母国であるフリギアからローマにもたらされた。アプロディテの都市ローマは、その母なるものへの全くの無関心と政治的原理である父権制への疑いなき信仰におびえた。ウェルギリウスは、ポエニ戦争とアエネアスの神話の親密な関係を悟り、それらを何千年も昔に始まった発展の絶頂だとみなした最初のローマ人でも、唯一のローマ人でもなかつた¹³。スキピオと同時代の人々はすべてそのように考えていた。そして、正しく判断したいなら、等しく、広範な時代区分で考慮しなければならない。なぜなら、歴史はいつも長大な展望の中で作用するからである。何が食べたいのか、飲みたいのか、どのように服を着て楽しむかを知っているなら大部分のものには満足している我々一九世紀の人間は、アエネアスの伝説のような一般的な伝承は言うまでもなく、高尚な目的によりすべての人に与えられる活力を正しく評価するのは困難である。我々は、それら一般的伝承を、文学的創作物、文学的論争の主題、後世のおとぎ話もしくは歴史的出来事の神話的原型とみなす。しかし、古代の人々にとってそれら一般的伝承は、活力の要素であり、我々に馴染み深いウィリアム・テルの伝説のように民族の志気や歴史の方向性に重大な影響力をもっていた。ウェルギリウスの詩は、ほかならぬその中にローマ人が自分自身や自らの運命、

民族的觀念の指針が示されているという理由で、ローマ人のお気に入りであった。

ローマはハンニバルとの戦闘の後は対外的な戦闘のみを行った。東方世界におけるアレクサンドロス軍、西方世界におけるカルタゴ軍が一時的にしか占領できなかったものを、永久に西洋のアエネアスの後裔が手に入れることになった。ローマの頹廢が増大しているにもかかわらず、西洋はどこでもその精神の強さの長所を持って、より高次の觀念を強要した。内乱の時代の大きな混乱の中においてさえ、東洋か、西洋か、という世界問題は、どちらの党派なのかということに密接に関連していた。ポンペイウス、ブルトゥス、カシウス、とりわけアントニウスと共に東方世界は西方世界に敗れ、彼らの破滅はアジアの没落を決定的なものにした。歴史精神が帝権の確立という仕事を任せたのは、エジプトのクレオパトラの恋人同様、伝説がメロエのカンダケとめぐりあわせた彼の前任者であるアレクサンドロスではなく、東洋の王権を与える女性の第二の征服者で、親殺しの復讐者、新しいオレステス⁽¹⁴⁾であるオクタウィアヌス・アウグストゥスであった。その西洋的觀念は現代文明の根底にあるものである。オリエント世界の戦士たちは我々には異質で不可解に見える。我々は、ハンニバル、ミトリダテス、ユグルタのような男たちから我々を引き離す超えがたい溝があるのを感じる。しかし、スキピオ一族やカトー一族、ユリウス一族の中に、我々が理解することのできるヨーロッパ精神は生きている。彼らが作り上げた国家と法の中に、今日でもなお我が物とすることが可能な觀念の核心が存在するのであって、われわれはつねにそれを求め続けるとともに、しばしば慰めを与えられることにもなる。

ローマは、何か全く新しいものを世界に導入した。ローマ国民は誇りを持ってイダ山麓の平原を振り返ったに違いない。なぜなら、彼らのトロイア起源は単なる妄想ではなかったからである。しかしアイアコスの末裔であるピュロ

スが自分自身に言い聞かせようとしたように、テベレ川の川岸で生まれ変わったのはトロイア人でもアッシリアのヘラクレスの後裔でもなかった。¹⁵むしろ東方世界の遺跡から、新しい西洋政治思想は生まれた。カエサルがその起源への回帰を意図していたと信じる人々は理解を欠いていた。¹⁶確かに彼の家系の発祥地はアジアにあつたが、そのオリエント的アフロディテの息子は西洋の帝国を創つた。カエサルは際立つて西洋的な英雄であつた。彼が築いたローマ帝国は、西洋的基盤に全く依拠して、このように二千年の間にわたつて西洋と同一視されてきた。ローマの使命は、克服された生活原理へ人間を後退させることではなく、オリエントのギリシア化によつて二重に危険となつた東方世界の強大な反動に対する新しい原理を守り、補強することであつた。

東方世界は、その宗教を通じて、西方世界にふたたび軛を課そうとした。アジアとエジプトの母神たちは凱旋の道を止めることはなかつた。その帝国西部の最遠の地に至るまで、西方精神は、ギリシア民族宗教の擬人神たちが決して持つことがなかつた力を振るう、このきわめて娼婦的な女神たちに動揺した。アジア的ディオニソス・サンドンの密儀の墮落は、一度はイタリアの荒廢によつて失われたのは避けられぬ必然のことであつたが、今や、皇帝エラガバルス「ヘリオガバルス」は帝国のまさに中心においてセミラミス信仰に匹敵するバビロニアのミュリッタ原理の影響力を全面的に復活させるに至つた。ニトクリスの如き女性たちが、ローマ皇帝の玉座を取り巻き、国家生活の基盤を揺るがせた。しかし、反撃は、あらゆる高次の原理がいかなる墮落にも必ずや勝利させる内的力によつてついに輝かしい勝利を収める。パルミュラのカンダケたるゼノビアは、アウレリアヌス帝によつて意気揚々とローマ市中引き回された。それは、三五〇年前にクレオパトラの自殺により挫折したオクタウィアヌスの望みを実現するものであつた。

我々はこの発展を支配する内なる法則性を理解しているので、今や、カルタゴの陥落及びエルサレムの破壊以来最大の出来事を、ローマの歴史の中の適切な場所へ割り当てることができる。ヤーヴェ神殿の破壊は、ローマに、そしてこれを通じて、西方世界に、新しい絶対的支配権を、つまり宗教に対するそれを相続させた。それは、まさにフラウイウス家がユリウス家以来のカエサル主義「皇帝崇拜」を完成させ、ユリウス・キウイリスを打破して、北部国家「ガリア帝国」を建設せんとしてローマからの独立をはかったの最初の企図をくじいたのと同じ時期のことである。カルタゴとエルサレムの陥落は、ローマの歴史の全ドラマの中で最も注目すべきもののなかでとりわけ悲劇的な出来事であるだけでなく、世界史の二大転換点でもあった。スキピオの功績が東洋からの西洋の政治的解放を永遠に保証する一方で、フラウイウス家の勝利と今日もなお残る記念碑——古代の記念碑の中で最重要のもの「ティトゥス門」はこれを記念して造られた——は、将来の宗教のモーセ的オリエンタリズムからの解放を意味し、東方世界に対するローマの精神的相続権を告げている。エルサレムに取って代わったのは、ビザンチウムでもアンティオキアでもなく、またアレクサンドリアやアフリカのヒッポでもなく、まさにローマであった。キリスト教は西洋的になり、この同化を通してローマは西方世界と同一視されることとなり、以後の時代のオリエントに対する闘いはすべてその共同作業と見られるほどである。

イタリアは、かつて東方世界由来の宗教観念を自らに受け入れ保持した親密さをあらためてキリスト教にも示した。次いで、ローマはこの外来のものをわがものごとく慈しみ、自らの個性に沿うべく決定的に改変し、かくて、この輸入品はやがて国産品たる様相を呈するまでになり、最後に、これらの伝来の観念の中で最古のもの、つまりオリエント的な神官観念を長きにわたって、ひいては、まったく異なった世界観のもとにある現代に至るまで、保持するこ

とができたのであり、この観念の上に、ギリシアが早くに福音書を受け入れながら成し遂げることができなかった世界支配を樹立した。しかし、これらの考察はいかに有益であろうとも、目下の研究の範囲外である。ローマが、古代史の過程を通じて、我々が見てきたタナクイルの神話の歴史に具体化されていたのと同じオリエント世界との二重の関連を、つまり、一方でオリエントへの従属、他方で内面的な並びに外面的な意味におけるアジア的な人間観及び世界観の克服という二重の関連を示していることを指摘すれば十分である。「……」ローマの雄々しき軍隊は、わがアルプス山脈に到達するよりも早くチグリス川ユーフラテス川に到達した。イタリアの門に接する北の世界は、ローマにとり、新たな予感はあるがいまだ知られざるままのより高次の時代の隠された種子であった。本研究の目下の目的が必要とすると思われる以上に、こうした一般的な歴史的考察に留まることは、本書の最終的な目的によつて正当化されよう。なぜなら、我々の意図するところは、ある一つの記念碑の分析を通して歴史の普遍的法則の認識を見出すことであり、また、生活のあらゆる領域におけるローマの発展過程を理解するために不可欠でありながら、今日に至るまでまったく無視されてきた観点を構築することだからである。

イタリアにおけるタナクイル像の変容は、マトロナ「ローマ貴婦人」的観念による娼婦的観念の排除にとどまらなかった。西方世界の新しい精神はさらに別の方向に向かう。タナクイルは、アジアの王朝の娼婦的王妃から、ローマ人の婦女の徳と尊敬のモデルとなるだけではなく、さらに内的な宗教的形象から歴史的人物へとも変質する。そして、このような思考過程は、ローマ人の精神の本質及びアジアの古い文化に対する関係に新しい光を投げかける。東方世界は自然的観点を奉じ、西方世界はそれを歴史的観点に置き換えた。ローマは、とりわけすべてのものを、その国家

生活と緊密な関係に置いた。本研究は、物質的観念から歴史的・政治的観念への移行を明らかにする多くの実例を示す。タナクイルと同様に、サカエアに由来するすべての人物像は、ローマ国家及びその内的・外的発展における転回点と結びつけられる。トゥテラ・ピロティスも、ボウイラエのアンナ・ペレンナも、その尊崇を、もはや彼女たちとその儀式を生み出したアジア的自然観念ではなく、神話が語るように、何よりも彼女たちが政治的出来事に及ぼした影響力に拠っており、同様のことは、他のすべての祭祀領域にも示される。いかなる神殿も重要な宗教儀式も、結局のところその威信が歴史的動機に基づかないものは一つとしてない。こうした人間理念への神理念の従属を、初期の崇高な観点からの墮落過程における最終段階とみなそうとしたと感じることもできよう。そして、実際のところ、生命と王権を授ける女性という観念を生み出し、世界規模にまで広まったベルーヘラクレス信仰と比べて、日々の生活に適合された運命により、ローマの伝承のなかで擬人化されたタナクイルは、貧弱であり、巨大なオリエント的観念とは比べ物にならないということを、誰が否定することできようか。しかし、タナクイルのこのような退行は、きわめて重要な進歩の萌芽を含んでいる。なぜなら、それ自体、宇宙的・自然的生活観念という不自由な軛からの精神の解放とみなされるべきものだからである。

最も広範で崇高な自然体系は、人間を歴史の第一にして最も重要な要因と認める精神的意味に到達できない。何がオリエントの文化を、娼婦的女性の崇拜という低次元の官能主義に変容させたのか、そして、これに対して、何がローマをして、これを克服させ、巨大な破壊作業を正当化する優越性を授けたのか、を問うならば、前者については、自然的諸力の支配のゆえであると答え、後者については、自然的観念に対する歴史的意識の優越による品位なき軛の破壊を本質的な原因と答えることに、誰が異を唱える者があるか。この点でもローマはふたたびまったく新しいも

のを世界にもたらした。ギリシアの天才たちは、その最も偉大の業績の領域において、物質的生活の外的な現象との關係を決して棄てることはなかった。ギリシア人は、その美の理想を通じていかなる時代にも官能主義を惹起し、倫理的に衰えた人々の基準たる審美的判断に生命を吹き込んだ。他方、ローマの中心的觀念、すなわちその歴史的国家や法律の基礎となつている觀念は、物質からまったく独立したものであり、それ自体倫理的賜物であり、古代がもたらし、後世に残したもので最も精神的なものである。ここでも、あらためて、我々の西洋的生活がまさにローマから始まるということが認識されるのである。

ヨーロッパ人が自らの足跡を地球全体に刻むことを準備した觀念、すなわち、諸民族の運命を決めるのは自然法則ではなく精神の自由な活動のみとする觀念はローマ的である。エトルリア人が自らの種族の儂さを思つて悲嘆に暮れるのに対して、ローマ人は、まったく疑う余地なき、国家の永遠性を享受した。ウェイイの陥落の伝説¹⁵の中で、オリエントの人々は無気力な運命論に身を委ねるのに対して、ローマ人は意識的に未知なる自然現象に立ち向かい、物質的必然の掟を拒絶し、オリエントの人々を恐懼させた洪水を克服した。まさに同じ原理により、アジアの人々が些細極まりない自然現象に受動的に従い、その精神の力を自然の微かな動きにこわごわ費やしたのに対して、ローマ人は、ト占の拒絶により、人間精神の優越性を擁護した。随所でローマ人は自身を歴史的¹⁶生活の第一原因とみなし、オリエントの自然主義により課された鎖をいやいや耐えながら、宗教をして、あらゆる虚構をもつて、国家目的に役立たしめるとともに、宗教が次第に凶暴化する国家にとつていよいよ不可欠となることに気づいていた。最初ではなく最後の言葉が決定的なものであるという原理や、ヨーロッパ人の特質であるたゆみなき苦闘と闘争はローマとともに支配することになり、それゆえに、ローマ人の古代世界に対する勝利が、キリスト教の歴史的方向を規定する、自然的必

然性からの自由のための偉大な闘争の端緒をなすのである。

この観点において、我々はタナクイル神話の歴史化を考える。この歴史化は、伝統的理念の不動性を人間の行為及び運命の生命感ある形象に変質させ、宗教的観念を国家の発展史の中に組み込み、自然観念を、その要請に合わせてすべてを変える政治的観念によって排除する。我々は、同様の現象が、多くのよく知られた歴史的神話の中にも見ることができ。しかし、タナクイルの伝承は、歴史化をもたらした精神的過程に他の伝承にまして深い洞察力を与えてくれる。祭祀的要因と歴史的要因をかくも明確に分けるものは他にはない。タナクイルの場合、その宗教的意味が、理念及び起源の上で親近性を有する他の母神、すなわち、プラエネステのフォルトゥナに移された結果、エトルリアの王妃の歴史化に自由な道が開かれる、という事情が注目される。我々は、まず、このような、異国の女神像から土着の女神像への変化を探求する。我々は、いかにして将来的なラティニ的要素がタナクイルからフォルトゥナに転じたのか、いかにして、ラティニ的要素が、そのタナクイルの伝承からエトルリア的要素だけでなく、これと親近性を有するサビニ的要素をも排除しようとしたのか、また、いかにして、その寵児にして自由の創設者たるセルウィウス・トゥリウス王を、タナクイルとの関係から解放し、フォルトゥナの息子としてローマのフォルトゥナ崇拜の感謝されるべき創設者とするに至ったのかを証明する。しかし、原初の観念をローマ人は脱ぎ捨てることはできなかった。アジアの王妃の顕著な特徴は、我々がすでにタナクイルの中に見たように、すべてフォルトゥナにおいて復活する。「……」セルウィウスとフォルトゥナの関係に関する神話の中に、アジア的ミュリッタ原理の娼婦的根本理念が忠実に表現されている。歴史化されたタナクイルの伝承の中では物語の生き生きとした副次的な状況となった娼婦的慣習は、その宗教的性格をフォルトゥナの伝承の中で保持した。サカエア族でさえ、タナクイル神話の中ではもはや単な

る断片的な記憶に留まったにすぎないが、ラティニ的女神の崇拜の中に生き残ったのである。

我々は、「……」オリエントの娼婦的原理に對するマトロナのローマ的觀念の鬭争、官能主義に對するより高次の倫理性の鬭争がいかにもフォルトゥナ崇拜の歴史に反映されているか、そしてここでも同じ成果を収めたか、そして、いかに母性の娼婦的觀念とともに女性優位自体も破壊されず、むしろフォルトゥナ・ムリエブリスが、タナクイル及びフラメン女官と同じく、貞節な妻たちを男性の傲慢さから守護神としての意味を分かち持ったかを証明する。もし我々の思慮が足りなければ、他の誰よりもローマの政治的發展に寄与した王が同時に宗教及び神話における母性の尊重が着せられるのと同じ王であることに注目できないことであろう。母性の尊嚴は、ローマ国法から排除され、宗教及び宗教的理念から生じた歴史的な神話の中において保持される。ここで母性は、市民法の容赦ない制約に對する有効な防壁、すなわち、ローマ人の頑固な徹底性という特性に倍する必要な防壁を見出す。宗教においてフォルトゥナがタナクイルに取って代わったことについての我々の研究は、最後にそのことがローマの本質についての洞察にとつて重要な意味を有することを知る。ローマ民族は、彼らの經驗を何一つ棄てることはなかった。ローマは、およそその精神に反するものをすべてを抑制しようと努めた。しかし、ローマは、当初激しく戦ったものを、ひとたびこれに勝利したあとは、その目的に役立てるすべを心得ていた。古い要素は、国家觀念の下に置かれたが、それが及ばないところで、なお、その影響力や威嚴を保持し続けた。

タナクイルの宗教的意味のフォルトゥナへの完全な移行と、セモ・サンクス神殿の奇跡を行うタナクイル像が次第に宗教的崇拜の対象ではなくなることによつて、伝統的な宗教的觀念の歴史化は、もはや何ものにも妨げられることはない。この發展は二つの段階に區別される。第一段階においては、宗教的觀念のみが重要なのであり、第二段階に

において、それは単に人間の歴史的可能性だけを考える貧弱な實用主義に置き換えられる。以下ではこれらの段階をそれぞれ別々に考察したい。

歴史的タナクイル伝承の形態は、その宗教的原型の正確なコピーである。その正確な写像は、物語の大まかな概略においてだけでなく、細部に至るまで明らかである。「……」民族精神はまだ、伝承の形象に人間的に理解可能な動機づけを与える必要性を示さない。人物や出来事は、人間関係の中に置かれたにもかかわらず、それらを生み出した超自然的な発祥地をかいま見せる。人間と神は分け隔てなく、歩みをともしにする。人間の寿命という時間的限界は重要ではない。年代的関係は無視される。まだ、物語を仕上げることも必要はない。太古の世代の建造物におけるように、群れなして立ち、モルタルで固められることも、技巧的に仕上げられることもない。それらは古代の雄大さと永続性を印象づける。宗教観念がその構想力を保持し理解されつつける限り、何も変わることなく、不足も感じられない。

宗教観念が曖昧になり、それを理解するための手がかりが失われると、発展の第二段階が始まる。今こそ人間の實用主義の樹立が求められる。超自然的なもの、奇跡的なもの、彼岸的信仰の残滓は抵抗を呼び起こす。それらは、理性的な因果関係に置き換えられるか、愚かな過去の幼稚な産物として嘲笑される。「……」古代の建物のひび割れや裂け目は小石でふさがれ、人気のない場所に生命が吹き込まれ、年代的な不可能が取り除かれ、系譜が改良され、以前にはなかったところに名前が付けられる。およそこうした方法により物語が創り出され、近代精神はそれを楽しむことができる。

物語形成の第一段階に比べると、この第二段階は、その方法において小器用で、わざとらしく、些事へのこだわり

にあふれている。神的真理の代わりに、人間的真理が求められる結果、どちらにも中途半端となる。古いアジアの人間の宗教的形象から最新型の死すべき人間存在への一連の変容の行き着く先は結局のところ些末な経験的実用主義である。「……」原初の物語化はもっぱら民族の作品であるのに対して、後代の加工は個々の批判家の産物である。前者は無意識的自然活動の創造物であるのに対して、後者は合理化をはかる時代悟性の産物である。また、前者は、最初の山々と同じく、荒削りの素材において法則的であるのに対して、後者は谷底の花園のように技巧的にアレンジされたものである。

かかる対立は、それがローマ人の気質を示す闘争の結末を我々に教えてくれることでとりわけ示唆的である。合理主義はその目的を遂げられない。それも個別的な試みの一つに留まり、こうした試みだけでは総合的な認識を獲得できない。民族精神は、その創造物を保護し、宗教的性格がその産物を神聖不可侵によつて覆う。いかなる年代記作家もこの民族的財産を敢えて侵害しようとはしなかったであろう。それが当時の人間のやり方であった。彼らの出来事理解を、不完全で偽造された不確かなものと考えるのは愚かであり、そのような理解は、完全無欠の産物であり、絶対的に完全かつ徹底的に真正な伝承を、その実、宗教的な伝承だけを伝えることのできる文化段階の産物であり特徴である。正確な写実主義を生み出しそしてこれに支持するのはようやく後代になってのことである。ローマのためにこれを始めたのは、ギリシア人のポリュビオスであり、彼自身の祖国はすでに発展の限界に達していた。より古い精神段階は、すべてのものを信仰という観点から捉えて判断し、人間的真理よりも宗教的真理に優位を置いている。ローマは、決して完全にこの観念を克服することはなかった。しかし初期においては、この観念だけが唯一支配的なものであった。これまで検討してきた伝承が含むものの中で、まったくの虚構に基づいているものは何一つなく、

一筆たりとも無から取り上げられたものではなく、ギリシアの神話作家のむやみな空想からは生まれたものは何もない。すべては、宗教的観念に準拠して形作られ、そのままの形で、ローマの年代記作家によって見出され、後世のために記録された。イタリア民族は、ただ一種類の想像力ファンタジーを、つまり宗教的な想像力を所有しているだけであった。勝手な空想はこれを慎み、歴史的伝承の形成には何の役割も演じなかつた。信仰から、総じて最古の伝承を特徴づける厳粛の気風は生まれ、そしてそれは、後世の正確な歴史的写実主義が決してふたたび成し得ないものである。タナクイルの伝承を全体として見るならば、そこには、神の恩寵と怒り、罪と罰、罪悪と破局の理念が満ちている。すべてが審判であり、民族的良心の充足である。この悲劇の中では、現世的なものは、神との関係によってのみ評価される。このような民族の運命へのアプローチが崇高でなく正しくないなどと誰がいえようか？我々はそのような主張を一方的と呼んでよい。なぜなら、人間的真理がなければ、神的真理が西洋的精神を満たすことはできないからである。しかし、今日、絶対的なものとして賞賛されるその対極の考え、人間的真理だけの強調など、神的真理がなければ不毛で尊重されえない以上、思い上がりもはなはだしいことなのである。

以上に終えた本書の分析に何らかの注意力を持って付き添ってきた読者なら、本書が支配的な見解と矛盾した立場に立つことを見過ごすことはないであろう。実際この矛盾は、これ以上顕著なものとは考えられず、結論及び方法論において徹底的なものである。結論は、ドグマと化した偏見によって根拠なしとみなされながら、実際のところ偉大なる世界過程の連関にとって不可欠な歴史的事実を我々に想起させる¹⁸。方法は、我々の歴史の本質についての考え方に、すなわち、この、神の観念の最高の領域と、低次の自然現象とが、その絶対的起源によっても、その法則性に

よつても、その究極目的によつても、ひいてはその探求の条件によつても、並び立つという考え方に基づく。私は、こうした類似性が、一方で、その創造の二つの領域をはつきり区別されるとする古い考えとも、他方で、歴史をも物質的諸力によつて運動を引き起こされた自然の漂積物としてのみ把握し、その結果、神的一觀念的啓示と神的―現實的な啓示の間のいかなる區別をも排除する新しく広く共通な考えとも、異なることを哲學的に論証するつもりはないし、また、キリスト教及び不朽なるものの啓示によつて導かれた後代の人間と比較して、古代人が存在の自然的側面に大いに親しみ、物質的な軛からの解放のための闘いの中においてさえ、この性格を捨て去ることができなかつたということ、そしてそれはなぜかということを指摘するといつてもいい。ただ、私が自分の責務と感ずるのは、この措置された対応關係が我々の研究にもたらす結論の論理的必然性を可能な限り明らかにすることだけである。

我々の自然探求的方法と、好んで自らを批判的と称する現代的方法とを區別するものは、主として研究対象に対する我々の考え方と態度である。研究対象について言えば、以下のことは争われえない。現世における人間の営みはすべて束の間のうちに過ぎ去るものであるので、出来事の現実的な経過は決して我々の研究の対象にはなりえない。むしろこの儂いものを固定するために、伝承が手段とならねばならない。しかも、伝承は根本をなす出来事という性質をも併せもっている。外的活動と同様、觀念及び伝承形成という内的活動は、つかの間の不安定で永遠に移ろいゆく力の産物であり、行為が流動的かつ一時的であるごとく、すべての生命活動に属するのと同じく、歴史の対象となるのである。このことから、第一に、歴史的研究は發展及び發展的形成に服する精神的現象をつねに対象とすること、第二に、伝承の現実的要素と觀念的要素は、並列しているのではなく、いかなる區別の試みも受け入れないほどに交錯したものであること、最後に、過去の歴史に関して我々が到達し得る真理は、現実的なものではなく、純粹に精神

的なものであるということが導かれる。自惚れた学者が、いかに「すべてが現実に生起したのか？」のかという疑問を持って伝承（例えば、タルクィヌス・プリスクス及びセルウィウス・トゥリウスの即位に関するような）に取り組み、いわゆる批判的に手元の資料を吟味することで出来事の現実の経過を見定めようとすることは、原理的に正しくないことであり、それゆえ彼らの事実性に関する否定「二つの伝承の内容を「批判的方法」はそのように判断する」に事実性の肯定をもって反証し、基本的な連関の可能性によって何らかの新たに考え出された歴史仮説を吟味すべく、「私から」闘争を求めることはまったくもって無駄なことであろう。なぜなら、そんな議論をするということが、過去の時代に関する探求が、精神的真理よりもむしろ事実に基づく真理の発見を中心に、また、伝承の中に明らかにされているような時代の精神よりもむしろ経験的出来事を中心に展開している、という誤った考えを容認することになるからである。

まさに上に述べたことよりも強力に経験によって支持される真理はない。正統派の歴史家と異端の歴史家の過熱した論争はどれも、出来事の記述が事実に基づくことも基づかないことも誰にも納得させたことはなく彼らの証明も反証もまったく人を信じさせることもできなかつたこと、うぬぼれた懐疑者がすべての時制を変化させるような無目的な主観的な歴史づくりがちまちまち煙となって消えてしまう与太話以外の何ももたらさなかつたこと、天国と地獄の間をふらふらして一途に信じる勇氣も断固として否定する勇氣もなくしてしまい、いくつか主要な特徴だけを受け入れて他のすべて捨て去ることによって、二つの相矛盾する精神的傾向を調停しようとする多くの現代の物書きたちの中身のない話、これらすべてのことが、伝承、結果的には観念し創造する人間精神を媒体として伝えられる知識について、重要なのは、「伝承の中の」事実の实在性ではなく、観念の实在性であり、すべての行動及びそれに付随的状况

の蓋然性の大小ではなく、媒介する要素「としての伝承」を正しく理解することである、ということを経明しているのではないか？

それでは、自然探求の方法は、この伝承という対象をどのような観察するのか？ もしここでかかる観察が何を要求し何を排除するかということを経明的に挙げる必要がないならば、その質問には一言で、純粹に客観的な観察とだけ答えれば十分である。以下のすべてに出発点として役立つことから始めよう。客観的歴史的研究は、まず探求対象をその偽りない純正さにおいて示すことに注意を向ける。伝承は、その発展のあらゆる段階を通じて唯一著作物からすくい取られるべきものであるので、我々は、各々の著者が述べたことを探求し、典拠の真正性ないし解釈の正しさに向けられたあらゆる反論から、その作業の成果を守ることから始める。文献学的批判は嚴格にこの範囲に限定される。自然探求の方法の本質によれば、語られたことがそれ自体蓋然性を有するか否か、理性的であるか否か、ありうるのか否か、論理的か否かといった問いを評価の領域に引き入れることは文献学的批判には禁じられている。なぜなら、記録の存在は、その内容の信頼性のなさ、不可能性ないし論理的破綻によっては反論されないからである。同様に、機械的な形式主義によって実行される操作、つまり、史料批判とか史料管理という輝かしい名称のもとに推奨され、つねに科学的調査の高次の機能の一つとされる中に分類されている操作は、すべて排除される、すなわち、伝承の無価値宣告、比較的後世に属するとか、より古い史料の欠缺、それゆえの証明不可能性、不注意な利用という理由での著作家に対する嫌疑、他の典拠を犠牲にして一つだけを典拠として選択すること、一つの特徴だけを大事にして記録を捨て去ること、他を捨て承認された断片だけを継ぎ合わせてまったく新しい話を作り出すこと、著者が実際に匿名であったりそう装っているようなことなどもがすべて排除される。なぜなら、外的手段を用いて決定しようと

する問題はすべて、その解決策を文献学の領域にではなく、理解ある者によっても理解なき者によっても伝えられる素材のすぐれて完全無欠な認識を有無を言わず前提する理念の解明という高次の領域に見出すからである。私は、古代研究をますます単調なもとする究極の原因の一つを、古代研究を言語学——字句の詮索や文字のがらくたを最初ではなく、むしろ究極の最高の目的と考えさせるに至った——の単なる一付属物とする態度や、仮説上のインド・ゲルマン語族の語形の中に確かな歴史的発展過程の正確な認識のための守護神を大まじめに想定しようとする態度に出す。若さゆえの横柄さで増長した言語学のこうした不当な権力拡大に抗して、我々は、真の歴史研究の究極の目標が達せられるべき方法をより正確に発展させることを命じられているのである。

以上により、私は真に客観的な歴史観察の最重要課題、すなわち、如上の仕方では検証された伝承資料へのアプローチの問題に到達する。この点でも、正反対の方法に顧慮せずに自然探求的方法「科学的方法」の結果を説明するのは私には困難である。我々は、伝承に示される現象のすべてを、独立し、その存在によつて正当化され、それ自体で完結した精神的有機体とみなし、すべてをその発生の法則に従つて理解し、いかなる理念もそれ自体によつてのみ説明しなければならぬ、と主張するにとどまらない。この原理に対する最大の犯罪行為は、観察対象に接するに当たつて、自分の考えを他の事物に押しつけ、これらの事物の理念を自らのものとしなぬことであり、また、我々自身を現象に従属させてその現象に特有の性質を見極める努力の代わりに、非難と理屈でもつていわば自然に對峙することであるとも、付け加えておこう。以上の全体的考察に個別的適用が結びつけられるならば、伝承の性質について先に記したところのことが想起される。常住ならざる出来事は、我々の推論からすれば、伝承という媒体を必要とするが、伝承の形成には、ある特定の時代の思考様式及び知的教養に、その結果、一定の確固たる法則に従う精神的行為を要

するので、真の客観主義は、現象を厳密に経験的に観察することを通して、その現象を生み出した形成法則の認識に到達することのみあり得る。その精神的性質のため、伝承は、変化や発展を免れず、むしろ思想の変化に従わざるをえない。

かくして何世紀もの間に、さまざま伝承形式が生まれ、それらはそれぞれ一定の形成法則に従っている。その結果、我々が先に客観性の問題とした解明という課題は、一度きりでなく、現象が変化する度に果たされなければならない。その際、こうした連続の各部分を一つ一つ注意深く区別し、各々の伝承の形成法則を、それぞれの部分から認識し、それぞれの固有の言葉で語ることが肝要である。伝承の発展は、人間精神の発展と同様、漸進的にしか起こり得ず、それゆえ部分的なものであり、また、(伝承の発展の)どの段階にも古い伝統的な観念と新来の観念が混在していると考えられるので、真の客観的研究は、決して唯一つの現象や特定の時代に留まることを許されず、あらゆる時代を前後の時代と関連づけねばならないのであり、その結果、個別の研究をつねに全体の精神において営まねばならないのである。

我々の至高の根本法則より導かれる三つの帰結を実現するためには、精神のはるかに大きな深化及び、今日ますます日常的関心事の婢女成り下がりがつつある学問の愛好される現代化原理よりはるかに大きな労苦を必要とすることは否定できない。しかし、近代自然科学が暗闇の中での長い手探りの後にその偉業と威信を確立したその成果と同じように、我々は他の方法では確固たる成果を示すことはできない。我々の方法の主な利点は、歴史の内的構造へと我々を到達させてくれることである。歴史的自然探求は、次第に積み重ねられてきた精神様式の重なり合った層を認識し、それぞれの層にそれぞれに付随した現象を割り当てること、理念の起源を示す。このように現実のすべての段階を

涉獵しながら、科学的アプローチは、時代の移り変わりを通してもはや存在しない我々の精神がかつてどのようなものであったか、ということをお我々に気づかせてくれる。このようにして生まれた学問的構築物は、いかなる仮説、見込み、推測によつても動揺させられたり不安定にされたりすることはない。また、その科学的体系は、全ての主観的判断や意見の支配を受けず、徹底的に完全な確言から成り立っているものである。観念的な啓示の世界は、法則的構造の様相を呈し、物質的な発展が従っている物質的領域と同様、確固として、グラつかないものである。真理は、全部分の必然的結合体、すなわち、断片ではなく全体の文脈において理解される。とりわけ、無常の事物をそれらに表されている理念にまで高めるのは、もはや外的事実というたんに経験的な真理ではなく、より高次の真理、すなわち、本質的に唯一本当の精神的な真理の仕業である。したがって、成果は方法の根本観念に即応する。我々の研究は学問的原理を帯び、それをもつて、いわゆる批判的学派の知らぬ確たる目的を有する。

タナクイル神話についての我々の研究は、一つの断片を研究することによつて、いかにローマの伝承が将来の歴史構築のために利用できるか、ということを示そうとしたものである。確かに我々の研究は、その指導的理念の域までには達していない。なぜなら、勇気と決断を持ってしても、完全な客観性には少しずつの積み重ねによつて初めて到達できるにすぎないからである。しかし一冊の書物でも、完全になしえないことでも、その穴を埋めることはできるのであつて、いかなる書物が、それ以上の高い要求を掲げたことがあるのか？ 我々は、力が許す限り目標を遠くに設定し、その目標に向かつて、渾身の力を振るつて邁進しなければならぬ。

一八六九年夏、バーゼルにて

- (1) Giancarlo Conte Constabile (1824-1877) ‘イタリヤの考古学者、エトルリア学者、ペルーシア大学教授。
- (2) Joseph Marin Adolphe Noël des Vergers (1805-1867) ‘フランスの考古学者、トスカナにおける発掘者。
- (3) Jean Jos. Antoine Marie De Witte (1808-1889) ‘ベルギーの古銭学者。
- (4) Giuseppe Micali (1767-1844). イタリヤの考古学者。
- (5) Ovid, *Ibis* 536;
- (6) K.O. Müller, *Die Etrusker*, vol.1, p.103; vol., pp.44, 66ff.
- (7) Herodotus 6, 61-75.
- (8) Virgil, *Aeneid* 1,574.
- (9) Virgil, *Aeneid* 4,338; 4,373.
- (10) Virgil, *Aeneid* 12,828: Occidit occideritque sinas cum nomine Troia. 訳文は泉井久之助訳『アエネイス』岩波文庫による。
- (11) Cicero, *De re publica* 2, 34.
- (12) Lycophron, *Cassandra* [Alexandra] 1439ff.
- (13) Virgil, *Aeneid* 10, 11-15; 4,622ff.
- (14) Pausanias 2,17,3.
- (15) Pausanias 1,12,1.
- (16) Suetonius, *Julius Caesar* 79.
- (17) Livy 5, 15-22.
- (18) Herodotus 1, 94; Strabo 5,221; Tertullian, *de spectaculis* 5.

本稿は、二〇一四年度科学研究助成基金基盤研究(C) 研究課題番号 25380013 による研究成果の一部である。深

甚なる謝意を表すものである。

『タナクイルの伝承』序説抄（吉原）

一一七（一五八三）

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法に おいて予防目的が重要であることに対する例としての 消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効

I 導入

日本では、現在債権法の改正作業中であると伺いました。その関連で、普通取引約款（約款）の組み入れ及び有効性に関する規定が設けられようとしています。そのため、以下の考察が、皆様の関心を引くことを願っています。

マルテイン・ホイプライン
永田 誠 翻訳監修
永田 洋 平 翻訳

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに対する 一一九（一五八五）
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効（永田（誠）・永田（洋））

ここでは、二つの観点を中心にお話したいと思います。

第一に、タイトルで述べた法秩序において、いわゆる「条項規制」(Klauselkontrolle)についての特別規定は、部分的に、消費者保護の手段と見受けられる、ということが明確にされるべきです。そうであるとするならば、約款が使用されたということではなく、事業者と消費者の間で契約が結ばれたということが、法律上の規制基準の中心的な前提要件になります。ドイツの法秩序はその点では別のアプローチを選びました。即ち、基本的には、条項規制を約款の存在に結合させているのです。

第二に、この分野が特に私の関心事なのですが、濫用条項の無効の射程を浮き彫りにすることです。つまり、内容規制 (Inhaltskontrolle) の法律効果に関わる問題です。濫用条項は、それが濫用的であると認められる範囲においてのみ無効なのでしょうか。それとも、その条項全てが無効なのでしょうか。この問題はドイツ及びオーストリアでは「効力維持的縮小解釈」(geltungserhaltende Reduktion) という標語で議論されています。ドイツ及びオーストリアの立法者は「ヨーロッパの立法者」¹と同様にこの問題を過小評価していました。ともあれ、欧州司法裁判所 (EuGH) はこの件に関して、この数ヶ月の間に興味深い判決をいくつか出しました。私に与えられた短い時間内で、法律効果の評価の問題を論じつくすことは出来ませんので、私の立場から最も決定的な観点、即ち予防の観点、これは、より具象的に威嚇とも呼ぶことができますが、に焦点を絞ることに致します。

II 消費者の保護、もしくは均衡の取れていない約款からの保護

1 歴史的回顧

a 一九七〇年代に、ドイツ、オーストリア及びヨーロッパのレベルでも、濫用的な契約条項からの保護に焦点を当てる立法者の努力が強く見受けられるようになりました。その背景として、企業が、法律上の任意規定を自らの有利に変更するという実務が広範に見受けられていました。

この実務の無謀な行き過ぎに対抗するために、国内の裁判所は、当時、契約法の一般的な法規、例えば契約解釈や法律行為の公序良俗に関する規定を適用しなければなりませんでした。しかしながら、事業者が私的自治を一方的に悪用することに対しての効率の良い保護は、このような方法では樹立することはほとんど不可能でした。一般的な法律の規定は、当事者の取り決めへの介入を例外的にしか認めていないからです。というのは、それは両当事者が契約の規則を、締結の自由、形成の自由に基づいて自由に取り決めた、という前提に立っているからです。しかし、その時からすでに、文献、及び部分的には裁判所においても、当事者の一方が契約形成に全く影響を及ぼさないうときには、私的自治の機能条件が害される、ということが認められていました。それがその当事者の無関心によるものではなく、その理由が客観的にもつともであると見受けられるときには、^②立法者はこの問題に取り組み、濫用条項からの保護を樹立する動機が確立するのです。

b 先ず、焦点は消費者保護に当てられました。しかしながら、一九七四年の第五〇回ドイツ法曹大会 (Deutscher

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに対する 一三二 (一五八七)
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効 (永田 (誠)・永田 (洋))

Juristentag) は、予定されていた法律上の規定を最終消費者に限定することに対して反対の立場を取りました。⁽³⁾ ペーター・ウルマー (Peter Ulmer) は当時、ドイツ法曹大会の本会議で報告者として、特別な消費者立法には「これらの人々の典型的な保護必要性及び消費者保護対策の政治的牽引力にも拘らず、基本的な疑念を抱く」と言及しました。そのウルマーの疑念は、とりわけ以下の理由によります。つまり、「消費者の経済的劣勢は、普通取引約款の使用の結果ではなく、構造的な理由に基づくものであるので、そのような特別法は、個別的取り決めをも組み入れながら拡大してしまう傾向にある。そのため、当然のことながら、消費者保護としての約款規定は、包括的な民法上の消費者法への第一歩と見られる。それは、私的自治を大幅に押しつける形で、事業者と最終消費者の、物品及びサービスの取引を統括的に形成してしまう。⁽⁴⁾」

立法者はこの批判を受け容れ、ドイツで一九七七年に施行された普通取引約款法 (AGB-Gesetz)⁽⁵⁾ は消費者のみを保護するという形を取りませんでした。その基本的方向性において、ドイツ法は現在も、不相当な約款によって不利益を被る全ての者を保護しています。

欧州経済共同体レベルでの発展は、ドイツのそれとは異なっていました。その努力は一九九三年に、事業者との契約における濫用条項から消費者のみを保護するという内容の指令 (Richlinie) となつて姿を現しました。⁽⁶⁾ オーストリアはいわば中間的な道を歩みました。許容されない規定についての広範なカタログを含む消費者保護法 (Konsumentenschutzgesetz-KSchG) が一九七九年に公布されました。それと同時に、著しく不利益を与える約款は無効であると規定する第八七九条第三項がオーストリア一般民法典 (ABGB) に新たに加えられました。

2 現行法規範の概観

a 欧州経済共同体閣僚理事会指令九三／一三二(条項指令—Klauselrichtlinie)⁽⁷⁾

一九九三年に公布された当時の欧州経済共同体の条項指令第六条第一項によると、加盟国は、事業者と消費者間の契約における濫用条項は消費者にとって拘束力がないという規定を設けなければなりません。その他の点では、濫用条項を取り除いても契約が存続できる場合は、その契約は、両当事者に対して、契約自体を根拠として、拘束力を保たなければなりません。そのことによつて、物品、人、サービス及び資本を自由に、即ち一切の制限なく、交流することのできる欧州単一市場を実現することが追及されます。ヨーロッパの法規範立法者の観点では、そのような単一市場は、他の加盟国で契約を締結しようとする消費者がある程度の保護レベルを有することが前提となります⁽¹⁰⁾。そのような保護なくしては、消費者は即ち他の加盟国で物品を購入したりサービスを受けたりすることをためらうことがあるからです。

この指令により、欧州経済共同体の加盟国は、そのような法律がまだ国内で存在していない場合には、一九九四年末までに相応な法律を制定する義務がありました(条項指令第一〇条参照)。このことを理解するためには、指令というものは、規則(Verordnungen)と異なり(EUにおける作業方法に関する条約＝AEDV＝第二八八条第二項参照)、加盟国の国内私法において、直接効力を発揮するものではなく、国内法化が必要になる、ということを知っておく必要があります(加盟国はAEDV第二八八条第三項及び第四条第三項に含まれる連合に対する忠誠の要請により、そのようにする義務があります)。

契約条項は、この指令によると、それが信義誠実の要請に反して、当該契約の下で生じる当事者の権利及び義務の

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに對する 一三三二(一五八九)
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効(永田(誠)・永田(洋))

重大な不均衡によって消費者に損害をもたらす場合に、濫用的とみなされます(第三条第一項)。この一般条項を具体化するために、指令は付則を設けて、そこに条項の規範を例示的に挙げています¹¹⁾。これによると、例えば消費者が死亡したとき、もしくは身体的な侵害を受けたときに、事業者の法的責任が排除もしくは制限される場合は、信義則の違反だと見なされ得ます。さらに、契約に書かれた適切な理由なくして、事業者は、契約条項を一方的に変更する権利を与える条項も、そこに挙げられています¹²⁾。これは、おおむね消費者に特に不利になる条項で、広く使われているものです。

指令は当初は、個々の交渉して決められた規定にも適用されるはずでした。しかし最終的にはそれらは適用範囲から除外されました(指令第三条第一項及び第一三検討理由参照)¹³⁾。とはいえども、指令は、その適用範囲を普通取引約款の存在とは連結させていません。「条項」という概念が使われているにも拘らず、消費者は、事業者が普通取引約款を使用したことを証明する必要はありません。というのは、指令は、事業者が条項を多数の契約に用いる意図があること、及び、事業者が条項をドイツ法の意味合いにおいて「設定」したかということを、要求していないからです。しかしながら、指令によって規制の対象となる契約条件は、少なくとも予め定型化されているものに限るかという問題について、議論があります。欧州司法裁判所もこの問題をまだ取り扱っていません¹⁴⁾。それを肯定するならば、消費者は、そのことを証明しなればなりません。

多大な実務的な重要性を持つ規定として、透明性の要請(Transparenzgebot)があります。指令によると(第五条第一文)、書面に記載された条項は、全て常に明確で平易なものでなければなりません。それは、濫用規制が適用されない、契約の主たる部分を定める条項に関しても同じことです(第四条第二項参照)。とりわけ欧州司法裁判所は、つ

い最近この透明性の要請から、ドイツにおいてガス供給契約で広範に使用されている条項について、ある結論を導き出しました。この条項は、供給者にガスの価格を一方的に変更させる権利を認めるといえるものですが、欧州司法裁判所¹⁵は、透明性の要請により、それらの条項が濫用的であるか否かの判断は、以下の基準によって決定される、ということとを結論付けました。即ち、対価が変更される場合、その動因と様式について、契約に透明に記載されているか、つまり消費者がその対価の変更を、明確で分かりやすい判断基準によってあらかじめ察知することができるかが基準になります。ドイツ連邦裁判所 (BGH) はこの基準に依拠して、該当する条項は不透明なので無効だと判示しました。¹⁶

b ドイツ民法典 (BGB) 第三〇五条ないし第三一〇条

ドイツ法は、指令とは異なり、条項規制を普通取引約款の概念と結び付けています。¹⁷ 普通取引約款とは、契約当事者の一方 (使用者) が契約の締結に際して相手方に対して設定する、多数の契約に用いるために予め定型化されたあらゆる契約条件をいいます。¹⁸ この定義において、悩ましいメルクマールは、多数というものの判断基準¹⁹及び契約条件の設定²⁰です。

ヨーロッパ法における国内法化の要請 (上記2. a 参照) に従って、ドイツは消費者契約の規制を普通取引約款²¹という要件要素から切り離さなければなりません。事業者は通常、契約規定を普通取引約款という形で設定しますが、そうでないこともありますし、消費者が、普通取引約款が問題となっていることを証明できないこともあります。ドイツ法は、消費者保護の不備を避けるために、契約内容の審査に関する規則 (内容規制—第三〇七条ないし第三〇九条参照) は、予め定型化された契約条件が一回限りの使用を予定している場合であっても、適用されることを、

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに対する 一三五 (一五九一)
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効 (永田 (誠)・永田 (洋))

一九九六年から定めています。しかしこれは、契約条件が予め定型化されていることによって、消費者がその契約条件の内容に影響を及ぼすことができなかつた場合に限り、(民法典第三二〇条第三項第二号参照)。

このドイツ法の規定は、今述べましたように普通取引約款が使用されない場合でも適用されることがありますが、それにも拘らずおおむね「普通取引約款法」と呼ばれています。その中心にあるのは強化された内容規制です。その基本法規は民法典第三〇七条第一項第一文(以前の普通取引約款法第九条第一項)です。この(大きな)一般条項によると、普通取引約款に含まれる規定は、当該規定が信義誠実の要請に反して約款使用者の契約相手方を不当に不利益に取り扱うときは、無効となります。

「不当に不利益に取り扱う」という不確定な概念は、さらなる二つの(小さな)一般条項によって具体化されています。不当なのは、第一に、疑わしいときは、法律の規定を回避し、その法律の本質的基本思想と相容れない契約条件です(民法典第三〇七条第二項第一号)。立法者はつまり規制尺度として、任意成文法(dispositives Gesetzrecht)に立ち返っています。それが適切な利益調整を含んでいるからです。しかしながら、「本質的基本思想」から逸脱する場合に限り、疑わしい場合は、契約条件の無効が導き出されます。どの法律規定がそのような基本思想を含んでいるのかは、もちろんそう容易に答えることはできません。²²⁾

次に、法律は、契約の性質から生じる本質的な権利又は義務を著しく制限し、契約目的の達成を危殆ならしめる規定は、疑わしきは、不当で、つまり無効であると定めています(民法典第三〇七条第二項第二号)。この法規の本来の意義は、本質的な権利及び義務が法律上定められていないときにあります。さもなくば、即ち、原則として前に述べたケースグループ(民法典第三〇七条第二項第一号)が適用されません。²³⁾

立法者の見地から、何が不当で、つまり無効であるかは、二つの詳細なカタログにさらに具体化されています（民法典第三〇八条、第三〇九条）。ここで立法者は、実務で広範に使用されている、契約相手方に著しく不利益を与え規定を取り上げています。その際、常に無効となる条項と、裁判官の査定的量定によって無効と判断される条項と区別されます。最初のカテゴリーには、契約相手方の生命、身体及び健康の侵害から生じる損害に対する約款使用者の責任を排除し若しくは制限する条項が含まれます（民法典第三〇九条第七a号）。二つ目の部類には、約款使用者が、合意された給付を変更し又はこれと異なる給付をする権利の合意があります。なぜならそのような条項は、約款使用者の利益を考慮した変更又は逸脱が契約相手方にとって期待可能である場合は有効であり得るからです（民法典第三〇八条第四号）。指令とは異なり、ドイツ法のカタログは単なる指摘²⁴、ないしは条項が無効であることの示唆を含んでいるだけではありません。これに違反した場合は、（民法典第三〇八条に関しては先ほど述べた価値留保を前提として）当然に無効と判断されます。

最後に、ドイツ民法典は、指令の国内法化の際に透明性の要請を明記しましたが（民法典第三〇七条第一項第二文）、これによると、契約規定が、明確かつ平易に書かれていない場合にも、不当で不利益な取り扱いとなります。

c オーストリア消費者保護法第六条及びオーストリア一般民法典第八七九条第三項

先ほど述べましたように（上記II. 1. b）、オーストリアでは二重路線的解決（zweigliedrige Lösung）を創設しました。一方で、消費者保護法（KSchG）による内容規制において消費者が保護され、もう一方で一般民法典（ABGB）は、全ての人を、即ち事業者も、不利益な普通取引約款から保護しています。以上述べたことを背景に、以下のことを強調し

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに対する 一三七（一五九三）
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効（永田（誠）・永田（洋））

たいと思います。

消費者保護法第六条は一般条項を定めていません。二つのカテゴリーにおいて、消費者に対して拘束力を持たない契約規定を詳細に明示しています(第六条第一項及び第二項参照)。ここで規制にかかる規定事項は、ドイツ民法典第三〇八条及び第三〇九条に近似しています(例えば、消費者保護法第六条第一項第九号には、事業者の人的損害の賠償義務を排除若しくは制限する条項を明記しています⁽²⁵⁾)。しかしながらドイツとは異なり、事業者と消費者の間での契約規定が、個別に取り決められた場合でも、内容規制は行われます(消費者保護法第六条第一項⁽²⁶⁾)。その点においては、オーストリアにおける消費者保護は、条項指令第二条を超えたものとなっています。そのような結果は指令によって認められています(条項指令第八条)。しかし、国内における透明性要請の規定は、指令とは異なり、普通取引約款のみに適用されるので(消費者保護法第六条第三項参照)、この点において、ヨーロッパ法的な適合性が疑われます⁽²⁷⁾。

消費者契約であるかどうかにかかわらず、一般民法典第八七九条第三項の一般条項によると、普通取引約款⁽²⁸⁾における契約規定は、全ての事情を考慮して、一方当事者に著しい不利益をもたらすと認められるときは基本的に無効となります。いつそのような不利益が認められるのかは、法律には定められていません。しかしこの関連において、任意成文法からの回避は重要な意味を持ち、つまりこの点、ドイツ民法典第三〇七条第二項と軌を一にします⁽²⁹⁾。ドイツ法とは異なり、オーストリア法は、何が普通取引約款であるかという点を詳しく定めていません。そのため、今日においても、約款の概念をどう理解すべきかについては不確実さが残ります⁽³⁰⁾。この点に関して、オーストリア最高裁判所(OGH)も含め、通説はドイツ法の定義をそのまま取り入れています⁽³¹⁾。

Ⅲ 法律上の法律効果指定の射程問題

1 問題状況の意義

概観で述べたことから（上記Ⅱ、2参照）、法律効果の面で以下のことが分かります。ドイツ法においては、契約相手方を不相当に不利益に取り扱う約款は、無効となります（民法典第三〇七条ないし第三〇九条）。オーストリア法は、著しい不利益を基準とし、法律効果として条項は無効であると定めています（一般民法典第八七九条第三項）。この点、非常にドイツ法と似ています。他方で条項指令は、濫用条項は「消費者に対して拘束力を持たない」と規定しています（条項指令第六条第一項。オーストリア消費者保護法第六条第一項の文言も非常に相似しています）。この表現は、加盟国の国内法秩序を考慮した上で、妥協的に選ばれたものです³²。私法的ドグマ上、この法律効果をどう位置づけるかは、簡単ではありません。欧州司法裁判所³³は、条項が拘束力を持たないということは、消費者が自らの権利を知り、それを援用するかどうかに影響されないことを明らかにしました。裁判所は職権によりそれを考慮しなければならぬのです。これは、ドイツ民法典による無効と同じことです³⁴。他方において、約款使用者が、自分の有利になるように条項の無効を援用することができないという点において、指令の文言はよりはっきりしています。しかしこれも内容的にはドイツ法と変わりはありません³⁵。実体法上は、この点も同様で、相違はありません。

ドイツ、オーストリア及びヨーロッパのレベルにおいても、条項が無効であること、もしくは拘束力を持たないということの射程範囲がしばしば問題になり、それを明瞭にする必要性が伺われます。この問題は、判例の事例を手がかりに明白にするべきでしょう。

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに對する 一三九（二五九五）
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効（永田（誠）・永田（洋））

・スペインのある銀行の普通取引約款は、貸付金の返金が遅滞した場合、年間二九%の金利を定めていました(実質金利は九%未満でした)。

・あるオランダの賃貸人の普通取引約款によると、賃借人が賃借料の支払い期日を守らなかった場合に、月一%及び毎日二五ユーロの違約金を支払わなければなりませんでした。

・オーストリア及びドイツでは、賃貸人の多くは、住居を賃貸する際に賃借人に、そのような義務は任意成文法には見受けられないにも拘らず、修復する義務を課そうとしました。そのような条項は例えば以下のように表現されます—住居は契約の終了時に修復をした状態で返却しなければならない。

全ての事例において、裁判所は、ここで紹介した内容規制の規定の意味において、各条項が不利益を与えるものと判断しました。ここでは、その法的な見解がどのように理由付けられたのかは問題にしないことにします。ここで取り上げるのは、各契約規定が部分的に維持されることができるか、それとも、それは完全に排除されなければいけないのか、という問題です。後者が当てはまる場合は、契約上の取り決めがなくなるため、消費貸借の借主及び使用賃借人の義務は、法律に依拠することになります。

最初の二つの事例においては、条項の部分的維持は、金利もしくは違約金を減額することと同じ意味を持ちます。第三の例においては、使用賃借人の不利益とは、例外なく、つまり契約開始時の住居の状態及び契約の存続期間に関係なく、修復する義務を負うことにあります³⁶。ここでは部分的維持とは、例えば、賃借人に、入居時に修復された住居が引き渡されており、それを返却する時点で更なる修復が必要な状態にあるときに限り、賃借人は修復義務を負う、

という形で可能です。他方において、もし条項が部分的に維持されないとするならば、銀行の顧客、または借入人は、法律で定める遅延利息のみを払う義務を有し、違約金を支払ったり住居を修復をしたりする義務は負わないこととなります。

2 各法秩序におけるこの問題の法的解決についての概観

各法規立法者は、部分的に法律に違反した契約条項の問題について、少なくともその適用範囲全体についての認識はしていなかったでしょう。⁽³⁷⁾これに関しては、一方では、いわゆる効力維持的縮小解釈を禁止する見解―これはドイツでは通説なのですが⁽³⁸⁾、他方では、条項はその全部が効力を失うのではなく、法的に許される範囲までその内容を（効力を維持しながら）縮小解釈するという見解まで、さまざまな説があります。後者の見解は、オーストリアにおいて、消費者保護法を除く範囲で、通説となっています。⁽³⁹⁾オーストリア及びドイツにおいて、それぞれ通説となっている見解は全く正反対なのです。しかしながら消費者契約に関しては、オーストリアでも、効力維持的縮小解釈を禁止しています。これは概ね透明性の要請（消費者保護法第六条第三項）をもって理由付けられます。⁽⁴⁰⁾

オーストリアとドイツで見解が異なるため、欧州司法裁判所が、条項指令の解釈に関して、どのような立場を表明するのか、今や遅しと待ち受けられています。欧州司法裁判所は、極く、最近、縮小解釈禁止の立場を取り、その理由を―これはオーストリアでの議論を背景に強調すべきことなのですが―透明性の要請に求めませんでした。欧州司法裁判所はその法的見解の起点として以下のことを強調しました。即ち、加盟国は条項指令に基づき、⁽⁴¹⁾濫用条項の使用に終止符を打つために、相当かつ有効な手段を設けなければならないのです。もし裁判所の裁量で、濫用条項の

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに対する 一四一（二五九七）
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効（永田（誠）・永田（洋））

内容を変更することが可能であるとするならば、この目的の達成が危ぶまれるということ。というのは、もしそうであれば、約款使用者にとって、濫用条項が全く適用されないことから生じる威嚇的效果がなくなってしまうからです。他方では、条項の部分的維持が許される場合は、事業者は該当する条項を使用したがりません。それは、その条項が無効だと判断された場合でも、事業者は、裁判所による効力維持によって、自らにとって有利な条項が維持できることを期待できるからです。⁽⁴²⁾

これをもって、欧州司法裁判所は、完全に予防目的に照準を合わせたのです。しかも、判決が出された裁判はいわゆる個別訴訟、つまり契約当事者間の争いであるにもかかわらずです。欧州司法裁判所は、威嚇／予防の観念を、団体訴訟 (Verbandsklage) の制度——これは条項指令でも、濫用条項を防止するための一手段として挙げられているのですが——に委ねるのではなく、まさに個別訴訟における法の適用の際にこそ、それを要求するのです。効力維持的縮小解釈の禁止について、それ以外の観点も挙げられています⁽⁴⁴⁾が、国内法秩序においても、禁止を決定的に正当化する観点はこの予防目的であると私は確信しております。

このことは、先ほど述べた(Ⅲ・1)事例について、次のような結果をもたらします。消費者行為が問題となっている場合は、濫用条項は基本的にその全部がなくなります。約款使用者は、法定利息を超える額の遅延利息を請求することも、違約金を請求することも、住居を修復した状態で返却するように求めることもできません。後者は、契約に適した使用により住居が修復を必要とするような状態にある場合であつてもです。というのは、(ドイツ及びオーストリアの)任意成文法によると、通常の使用による消耗は賃借料の支払いで賄われているからです。しかしながら、ドイツと異なり、オーストリアにおいては、銀行は消費貸借の借主が消費者でない場合に限り、高額すぎる遅延利息

が容認できる程度まで引き下げられることが期待できます。このことは、事業者の賃借の場合にも準用されます。⁽⁴⁵⁾

3 縮小解釈禁止の限界

効力維持的縮小解釈の禁止の限界（限度）の問題は、ここでは示唆することしかできません。ドイツにおいては、若干の例外が認められています。⁽⁴⁶⁾ 欧州司法裁判所でも、これまでは少数の事例しかその判断の対象になっていませんでしたが、遅かれ早かれそのような例外を認めるであろうことが予測されます。なぜなら、例外は、部分的に物事の本性によって条件付けられているからです。

縮小解釈の禁止は、例えば、条項の部分的維持が契約の相手方の有利になるとときには、適用されません。というのは、保護される者の負担で予防をするということに説得力が欠けるからです。さらなる限界は、契約条項をどう理解するかを確定する必要性から導き出されます。価値判断的に物事を考える法律家にとっては、条項が外見上どう形成されているか、例えばある規定が独立したひとつの文章を形成しているか、それともひとつの段落を形成しているか、のみを基準として判断することは、それ自体受け容れ難いことです。連邦裁判所は、確立した判例で以下のように述べています。言語的、内容的に分けて考えることができる条項は、規定の無効である部分のみを単純に削除することによって分離できる場合、残りの部分を維持することが可能である（いわゆるブルーペンシルテスト⁽⁴⁷⁾）。縮小解釈の禁止は、条項を許容できる規定部分と許容できない規定部分に分けることができ、許容できる部分がそれ自体で意味をなす場合は、適用されないと。

連邦裁判所は、この条項の部分削除の際に常に首尾一貫しているわけではなく、分離することのできない条項にお

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに対する 一四三（一五九九）
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効（永田（誠）・永田（洋））

いてもさえも、補充的な契約解釈 (ergänzende Vertragsauslegung) によって約款使用者に対する過酷さを軽減する用意があります。⁽⁴⁹⁾ これはつまり効力維持的縮小解釈に他ならないのですが、これに対する批判者からは、禁止のドグマが到底支持できるものではなく、もはや放棄すべきことの例証として見られています。⁽⁵⁰⁾ しかし、私の見解からすると、この要求は行き過ぎています。個別訴訟を通じても予防を促進するという懇望は正当なものです。なぜなら、過去数十年の経験が物語るように、団体訴訟はドイツにおいてもオーストリアにおいても全面的に投入されていないからです。消費者保護組織は人事的、財政的なりソースが限られており、市場全体に目を付けることはできません。ですから、小さい企業は通常、約款を問題に訴えを起こされることを恐れる必要がありません。小企業に対しては、その契約条件が一方的すぎる場合、具体的な契約関係において不利益を脅かす方が効果的なのです。したがって、法律学の課題は、縮小解釈禁止の限界についてできる限り整合的なシステムを創出し、それを立法者が必要に応じて、土台として利用できる環境を作り出すことにあると私は確信しています。

IV 特に法政策的な価値を考慮しての結論

オーストリアとドイツの法秩序を見ることによって、両国において、普通取引約款を使用する際に形成の自由の内容を制限する規定が存在することが明らかになりました。オーストリアでは普通取引約款という概念が成文法上存在しないのはマイナス点であり、そのことによつて、ある意味、法的不安定な状態にあります。強化された内容規制は、両国において、消費者が契約当事者でない場合も行われます。つまり、該当する規範は、約款使用者の契約相手が、類型的な考察においてより弱い立場にあるから保護するのではないのです。立法者はむしろ、契約規定の一方的定型

化及び個別的取り決めの欠如によって私的自治の機能条件が乱されることに対応しているのです。

事業者が消費者に対して契約規定を使用する場合には、オーストリアにおいては、契約が個別に取り決められた場合でも強化された内容規制が行われます（消費者保護法第六条第一項）。その背景には、条項が個別に取り決められたことによっても、当事者間の不均衡を取り除くことができない、という法政策的な価値が見受けられます。他方において、条項指令は個別的取り決めに適用範囲から除外しています（第三条第一項⁵¹）。

ドイツ法においても同じことが言えます。指令の国内法化において、消費者契約の内容規制は、契約規定が予め定型化されたものであり、それによって消費者が影響を与えることができないということが前提になっています。この条件が当てはまる場合、約款使用者がその条項を多数の契約に使用する意図がない場合も規制は行われず。つまり規制の対象は普通取引約款に制限されないのです（民法典第三二〇条第三項第二号）。このアプローチによると、立法者の介入は、ある特定の人々の典型的な劣勢から導かれるものではありません。一方の当事者が条項を予め定型化すること、及びそのことによって他方の当事者が契約形成の際に全く影響を及ぼせないことが、私的自治の機能条件を妨害し、そのことによって初めて規制が正当化されるのです。

重大な実務上の意味を持つのは、法律上の効果の評価です。予防の観点からは、オーストリアにおいて、消費者法の範囲の外で有力である見解、即ち条項の規定内容は法律上許容される範囲まで縮小解釈されるべきであるとする見解と対立します。ですから、立法者は、この複雑な問題を包括的に規定できないとしても、少なくとも個別訴訟においても予防という考え方に意味を持たせ、かつ特に法律上の効果の評価を通じて、相当にして透明な契約形成へと導きたいのか否かを、はっきりさせるべきでしょう。

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに対する 一四五（一六〇一）
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効（永田（誠）・永田（洋））

あとがき

本稿はインスブルック大学教授マルティン・ホイプライン博士が日本大学法学部の招へいを受けて、平成二五年一二月一八日に行つた特別講義の翻訳である。翻訳は永田洋平が行い、その監修の任に永田誠が当たつた。翻訳に当たつては、本稿が講義の形で行われたため、本文は口語体にしておいた。

なお、ドイツ語の原稿は日本大学法学部比較法研究所の Comparative Law Vol. 31 に掲載される予定である。

平成二六年一月一八日

- (1) これは当時の欧州経済共同体 (Europäische Wirtschaftsgemeinschaft-EWG) の機関を指す。一九七六年に欧州経済共同体閣僚理事会の閣議で可決された決議は、加盟国に、不当な取引約款から消費者を保護するための有効な処置を取ることを推奨した。これに関して、Kapnopoulou, Elissavet, Das Recht der missbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union, 1997, S. 53 (決議は、一七四頁以下に掲載)。
- (2) Miethaner, Tobias, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, 2010, S. 63 ff. は、具象的に、契約相手方の「正当な無知」 („legitime Ignoranz“) と述べている。それは、簡略して言うと、とりわけ約款について協議する際に多大な取引コストが生じる上、約款使用者は約款を変更することによって合理化の利益を失いかねないが故に、成功の見込みが確実ではないことから導き出される。
- (3) Verhandlungen des 50. DJT, 1974, Band II, S. H 221, 225を参照。
- (4) Ulmer, Peter, a.a.O., S. H 40を参照。
- (5) 二〇〇二年一月一日より、この法律に総合されていた規定はとりわけ民法典第三〇五条から第三二〇条に取り込まれた。

手続法的規定は、それ以降、差止訴訟法 (UKlaG) の中に存在する。

(6) 消費者契約における濫用的条項に関する一九九三年四月五日の欧州経済共同体閣僚理事会指令九三／一三 (条項指令) — <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:DE:NOT> を参照。

(7) この指令の発足に関し、Kapnopoulou, Ellissavet, Recht der missbräuchlichen Klauseln, 1997, S. 52 ff.; Kretschmar, Christian, Die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und das deutsche AGB-Gesetz, 1998, S. 53 ff.; Nobis, Steff, Missbräuchliche Vertragsklauseln in Deutschland und Frankreich, 2005, S. 91 ff. 等に詳し。

(8) マーストリヒト (一九九二年) とリスボン (二〇〇七年) の条約により、欧州経済共同体は一九九三年に欧州共同体 (Europäische Gemeinschaft-EG) になり、その後二〇〇九年に欧州連合 (Europäische Union-EU) になった。

(9) 公式なドイツ語訳では「商業人」 („Gewerbetreibender“) と書かれているが、少なくとも本質的にはドイツ法における事業者 (Unternehmer) の概念と同一である。条項指令第二 c 条及びドイツ民法典一四条を参照。

(10) これに関して、条項指令の第一、第二、第五及び第六検討理由参照。国内法を水準化する際の欧州経済共同体の権限界限 (「限定された個別授権の原則」 „Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung“ — 概観は、Schroeder, Werner, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 7 Rn. 5 ff. 参照) から、条項指令の規定必要性が導き出された — Mietaner, Tobias, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, 2010, S. 102 ff. 参照。

(11) これに関しては、二〇〇四年四月一日欧州司法裁判所 (C-237/02) 「Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter」参照 — 第三条第三項が指摘する付則には条項がリストされているが、このリストは無効であると判断され得る条項を指摘するに止まり、その条項全てを列挙したものでない。リストに挙げられた条項は必ずしも無効であると見なされるわけではなく、またそれと反対に、リストに含まれていない条項でも無効であると判断され得る。

(12) 条項指令第三条第三項への付則 i、a 及び j 参照。

(13) この変更は一九九二年九月に、理事会の共同見解 (ZIP 1992, 1591 ff. に掲載) によって実行された。これは、個別的取り

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに對する 一四七 (一六〇三)
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効 (永田 (誠)・永田 (洋))

決めの内容規制を強化することに、ドイツの通説が消極的な見解であったことによって（これに関して、脚注(4)の引用参照）、妥協の必要性（脚注(51)参照）が生じたからである。

(14) 条項の定型化の意味合いについて、条項指令第三条第二項参照。ある見解によると、これは個別の取り決めがない場合は条項は定型化されたものだという法的定義を含み、別の見解によると、これは定型化の単なる一つの例に過ぎない— Miethaner, Tobias, *AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung*, 2010, S. 106 f. にその旨の記載がある。

(15) 二〇一三年三月二一日欧州司法裁判所 (C-92/11) 「RWE Vertrieb AG/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.」以前にも既に似たような判例が存在する—二〇一二年四月二六日欧州司法裁判所 (C-472/10) 「Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/Invitel Tavközleszi Zrt.」。

(16) 二〇一三年七月三一日連邦裁判所 (VIII ZR 162/09), ZIP 2013, 1964参照。

(17) 民法典第三〇五条から第三二〇条には「普通取引約款による法律行為上の債務関係の形成」という題目が付けられている。

(18) この民法典第三〇五条第一項第一文の法的定義を、同第二文及び第三文は以下のように補っている。即ち、「普通取引約款の諸規定が、外見上は契約書とは分離されているか又は契約書自体の中に取り込まれているか、いかなる範囲を有するものか、どのような字体で記載されているか、及び、契約がいかなる形式をとっているかは、問わない。契約条件が契約当事者間で個別に交渉して取り決められた場合は、普通取引約款とはならない。」

(19) この判断基準は、判例によると、一般的に使用者が予め定型化された条件を少なくとも三回使用する意図があれば、満たされる—これに関して、二〇〇一年九月二七日連邦裁判所 (VII ZR 388/00), NJW 2002, 138等参照。同じ契約当事者に対して、少なくとも三回使用するという意図があれば足りる—二〇〇三年十一月一日連邦裁判所 (VII ZR 31/03), NJW 2004, 1454

(20) Besedow, Jürgen, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 305 Rn. 20 ff.; Schlosser, Peter, in: Staudinger (2013), § 305 Rn. 26 ff. 等参照。

(21) これは、民法典第三二〇条第三項に、事業者と消費者との間の契約と定義されている。

(22) この点に関して、Wurmest, Wolfgang, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 307 Rn. 64 ff. 等参照。

- (23) Wurmnest, Wolfgang, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, S. 307 Rn. 70を参照。
- (24) 前掲脚注(11)参照。
- (25) 消費者保護法第六条がドイツ普通取引約款法の要件を参考に行っていることについて、Krejci, Heinz, in: Rummel, ABGB, 3. Aufl. 2002, S. 6 KSchG Rn. 6参照。
- (26) しかしながら、第六条第二項に含まれる条項カタログについては、事業者は、契約規定が個別に取り決められたということとを証明することが許されている。
- (27) これに関して、Kathrein, Georg, in: Koziol/Bydinski/Bollenberger, ABGB, 3. Aufl. 2010, S. 6 KSchG Rn. 31等参照。これによると、ヨーロッパ法に適合するような法の適用を通じて、全ての定型化された契約条件がここに含まれるとされている。
- (28) 同法は普通取引約款だけでなく、契約の定型用紙も挙げているが、しかしこれは通説によると約款の定義に含まれる。
- (29) 二〇〇四年八月一二日オーストリア最高裁判所 (1Ob144/04) は、著しい不利益の「主な事例」に、任意成文法からの回避を挙げている—これに関して、二〇〇三年八月五日オーストリア最高裁判所 (7Ob179/03d), SZ 2003/91も参照。このことは、任意成文法からの回避は、それが事物の性質に照らして正当化されない場合は、著しい不利益になり得るとする確立された判例に依拠している。
- (30) Leitner, Max, immolex 2012, 242を参照。このタイトルは「普通取引約款とは厳格には何であるのか」 („Was genau sind eigentlich AGB...?“) である。
- (31) 二〇〇八年四月二八日オーストリア最高裁判所 (7 OB 89/08a), JBl 2008, 789; Bollenberger, Raimund, in: Koziol/Bydinski/Bollenberger, ABGB, 3. Aufl. 2010, S. 864a Rn. 1; Rummel, Peter, in: Rummel, ABGB, 3. Aufl. 2000, S. 864a Rn. 1°
- (32) 条項指令第六条第一項の沿革について、Tenreiro, Mário/Karsten, Jens, in: Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 1999, S. 223, 245を参照。この文は、この文言は欧州議会によって、加盟国が承認できる程度まで薄められてしまった、と考えている。
- (33) 二〇〇六年一月二六日欧州司法裁判所 (C-168/05) 「Elisa María Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium SL」。この判決はドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに對する 一四九 (一六〇五) 例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効 (永田 (誠)・永田 (洋))

は、多くの参考文献が挙げられている。二〇一二年六月一四日欧州司法裁判所 (C-618/10) 「Banco Español de Crédito, SA/Joaquín Calderón Camino」。これは確立した判例である。

(34) オーストリアの通説は、一般民法典第八七九条第三項は、「相対的無効」の結果をもたらす、つまり、他方の契約当事者は、条項の無効を援用しなければならない。一九九六年五月二九日オーストリア最高裁判所 (30b2004/96v), SZ 67/127を参照。消費者保護法第六条においても同様の見解が取られている。このことは、Bydlinksi, Peter, *Bürg. Recht Bd. I: Allg. Teil*, 6. Aufl. 2013, Rn. 7/44を見れば分かる。ただしこの文献は通説を当然のことながら批判している。ともかく指令の適用範囲においては、国内の裁判所はヨーロッパ法上、条項が効力を持たないということを職権をもって考量しなければならない。これに關して、Kathrein, Georg, in: Koziol/Bydlinksi/Bollenberger, ABGB, 3. Aufl. 2010, § 6 KSchG Rn. 5を参照。

(35) 一九九七年二月四日連邦裁判所 (VII ZR 187/96), NJW-RR 1998, 594, 595参照。これによると、約款使用者は条項の無効を援用することはできない。今日では、民法典において消費者を不利益に取り扱うある特定の規定を事業者が援用できないとする表現も部分的に見受けられる—民法典第四七五条第一項参照。

(36) 無効の理由を逐一論述することは、この講演の範囲を遥かに超えてしまう。連邦裁判所及びオーストリア最高裁判所がドイツ及びオーストリアの最終修復条項を無効だと判断する論法について、Schrader, Paul, wobl 2013, 127の比較法的記述を参照。

(37) これに關してドイツ法については、Heinrichs, Helmut, in: 10 Jahre AGB-Gesetz, 1987, S. 23, 35を参照。Heinrichsは、立法者は部分的に条項禁止に違反する普通取引約款の問題を全く認識していなかったと述べる。

(38) とりわけ、判例はほぼ例外なくして効力維持的縮小解釈を禁止する。他方で、文献では注目に値する反対の立場が有力にならざるを得ない。見解の状況に關して、Uffmann, Katharina, *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*, 2010, S. 2 f.を参照。縮小解釈を禁止する判例の原点として、主にBGHZ 84, 109に掲載されている判例が挙げられる。しかし、連邦裁判所はそれ以前から幾度となく、条項を補充的な契約解釈によって、一方で約款使用者にできる限り有利に、他方で法的に許容されるぎりぎりの範囲に理解することは、裁判官の役目ではないことを強調している—一九七八年二月一〇日連邦裁判所 (VII

ZR 220/77), BGHZ 72, 206, 208-BGHZ 62, 323, 327を引用している—等を参照。

(39) 違約金の減額を明示的に判断した例として、一九八三年四月二三日オーストリア最高裁判所 (10b581/83) SZ 56/62 = JB1 1983, 534-Bydlinski, Franz の評釈。さらに、一九九六年五月二九日オーストリア最高裁判所 (30b2004/96v), SZ 67/127 及びそこに掲げている文献も参照。他の文献では異なる見解も部分的に見受けられる—Fitz, Hanns, Festschrift für Schnorr, 1988, S. 645参照。

(40) 特に、二〇〇八年八月五日オーストリア最高裁判所 (70b179/03d), SZ 2003/91 (傍論) Leitner, Max, ÖJZ 2002, 711。Bydlinski, Peter, Bürg. Recht Bd. I: Allg. Teil, 6. Aufl. 2013, Rn. 7/9に引かれた批判的である。

(41) 指令第七条第一項及び検討理由第二四からそのことが伺える。

(42) 二〇一二年六月一四日欧州司法裁判所 (C-618/10) 「Banco Español de Crédito, SA/Joaquín Calderón Camino」。ついで、二〇一三年五月二〇日欧州司法裁判所 (C-488/11) 「Dirk Frederik Asbeek Brusse/Jahani BV」に引かれた承認された。

(43) 前掲脚注 (42)。

(44) 例えば、約款使用者は条項が完全に無効になるリスクを負う (いわゆる使用者のリスク—Augenhofer, Susanne, JZ 2007, 792, 794を参照)。もしくは「一方で約款使用者にできる限り有利に、他方で法的に許容されるぎりぎりの範囲に、普通取引約款を見出すことは、裁判官の役目ではない」ことが挙げられる (一九八二年五月一七日連邦裁判所 [VII ZR 316/81], BGHZ 84, 109, 117)。しかしながら私の考えでは、どちらの論拠も縮小解釈の禁止を正当化するものではない。

(45) 貸借人が消費者ではなく事業者である場合、不当／重大な不利益を認めるための前提が異なるかという問題はここでは取り扱うことはできない。

(46) Uffmann, Katharina, Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, 2010, S. 57 ff. に概観がある。

(47) 特に、一九九七年九月一〇日連邦裁判所 (VIII ARZ 1/97), BGHZ 136, 314, 322。二〇一三年一〇月一〇日連邦裁判所 (III ZR 325/12), MDR 2013, 1388。連邦裁判所は、普通取引約款法施行直後にこの道を歩んだ—一九八一年一〇月七日連邦裁判所 (VIII ZR 214/80), NJW 1982, 178, 181及び Schmidt, Harry, Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und der Unwirksamkeit

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに対する 一五一 (一六〇七)
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効 (永田 (誠)・永田 (洋))

Allg. Geschäftsbedingungen, 1986, S. 69 in Fn. 99における広範な文献を参照。

(48) 例えば使用貸借法で広範に使用されている修復条項において。Häublein, Martin, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 535 Rn. 122を参照。

(49) これに関しては、比較的新しい二〇一三年一月二三日連邦裁判所 (VIII ZR 80/12), NJW 2013, 991を参照。

(50) 全体の一部分 (pars pro toto) とし、Uffmann, Katharina, Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, 2010, S. 147 f. 及び各所の広範な文献を参照。

(51) これは、とりわけ当時のドイツ普通取引約款法とフランス法が歩み寄って成立したものである——Basedow, Jürgen, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 310 Rn. 67。このことから、少なへともドイツの文献においては、指令の法政策的な目標についての重要な結論が導き出されていゝ——Mietaner, Tobias, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, 2010, S. 103。即ち、弱者を一括して保護するとはない。

英米法におけるダイシー理論とその周辺

——「ハーヴァード大学におけるコモン・ロー教育に学ぶ」——

A・V・ダイシー 著
加藤 紘 捷 訳
菊池 肇 哉

訳者解題

本稿で翻訳の対象にしたのは、一八九九年の十一月に英国の雑誌である「The Contemporary Review」誌に掲載されたA・V・ダイシーの論文（原題）“The Teaching of English Law at Harvard”である⁽¹⁾。原文からは単に「ハーヴァードにおける英国法教育」と訳すべきであるが、内容を取ってこのように訳した。一つには、当論文のテーマは、アメ

英米法におけるダイシー理論とその周辺（加藤・菊池）

一五三（一六〇九）

リカのハーヴァード大学における教育であるのに、なぜ英国法を教授しているのかという読者の混乱を避けるためであり、英米法という用語は避け、コモン・ローという語を使用した。また、本邦では英国法という表現はほとんど姿を消しているという事情もある。

興味深いことに、一九世紀末から一九三〇年代当時のアメリカ及び英国の法学者は、アメリカ法 American Law という表現をほとんど使用せず、「英国法」という表現を好んで使ったようである。一方で、周知の通り、当時のアメリカ法は既に、英国法と独立した重要な差異を含んでいた。この事は、民法や国家主権に対するコモン・ロー法学者の自らの法体系に対する（大陸法とはおそらく異なる）自意識の問題として、将来の研究・分析の対象ともなりえよう。

また、その一方で、当論文は、先に訳出したダイシーのヴァイナー教授就任論文「英国法は大学で教えることは可能か？」の内容を明確に受けており、その意味で、論文の連続性を示すためには、原題通り、「ハーヴァードにおける英国法教育」とした方が、各種論文相互間の相関関係が明確になり、通りが良いというジレンマが存在している。当訳文を読む際の「英国法」の含意に、読者諸賢の問題意識を乞うものである。

この論文が生み出された背景にはダイシーの次の経験がある。ダイシーは一八九八年、ハーヴァード大学学長チャールズ・エリオット Charles Eliot (March 20, 1834 - August 22, 1926) の要請により、同学に招聘され、同大学の学生に向けて同年一〇月から一月にかけて英国法を講じた⁽⁵⁾。コスグローブによれば、ダイシーは当時「比較憲法論」の構想に行き詰まっております、エリオットがそれに対し気分転換として十九世紀における法と世論の関係をハーヴァードで講義することを薦めたとされる。周知の通り、後にオックスフォードに於ける五年間の講義による洗練を経て

『法律と世論』として一九〇五年に公刊の日の目を見たのは当講義である。ここで訳出した論文は、そこでの経験に基づいて、翌一八九九年の十一月に上に述べた英国の雑誌 The Contemporary Review 誌に “The Teaching of English Law at Harvard” として掲載されたものであり、同論文は、翌一九〇〇年一月、Harvard Law Review 第五号に同名のタイトルで掲載された。当訳文にあたり、日本大学経済学部所蔵の 一八九九年刊 Contemporary Review 誌の論文を使用しながらも、確認のため同大学法学部所蔵の Harvard Law Review のリプリント版を底本とした。両者には二ヶ月間という時期の近接性から、当時は船便であった事を考慮すると再掲載でありながら、ほぼ同時期に原稿を送ったものと推測される。

既に、我々は前稿でダイシーのヴァイナー教授位着任記念論文「英国法は大学で教えることが可能か？」と二六年後のヴァイナー教授位離任記念論文「ブラックストンの『英法積義』を訳出してきた^(註)。両者ともコモン・ローを大学教育に根付かせるという「ヴァイナー教授位」職責に応じた「コモン・ロー教育改革」もしくは「コモン・ローの学識化・法科学化論」ともいうべき特質が極めて色濃いことを指摘し、両者を阿形吽形に例えた。本稿に訳出するダイシー論文は、彼のヴァイナー教授としてのキャリアの丁度中頃に属するオックスフォード大学就任後一七七年に発表した「ハーヴァード大学における英国法教育」である。

前稿「ハーヴァード大学における英国法教育」における解題中で説明した通り、伝統的にコモン・ローの実務法曹教育を担ってきたのは法曹学院 Inns of Court であつて、そこには、上辺だけの記念講義のほか、現在で言う OJT (On the Job Training) にあたる「弁護士事務所でのリーディング Reading in Chambers」の類しか一九世紀には存在しなかつた。オックスブリッジを代表とする大学における「学問・科学」としてのコモン・ロー教育の導入は、ブラッ

クストンによる『英法釈義』が一時的に成功を収めたのも束の間、本来、法廷弁護士は「弁論家 *narrators*」であり大学では古典教養を学ぶべきであつて、大学で何年も職業訓練をするなど無意味であるとの風潮も強かつたため、一九世紀中に何度も司法教育改革をしたものの、ダイシーらの世代以降に至るまで、成功しなかつたのである。⁽⁶⁾ 現在でこそ、英語圏のどの大学でも、コモン・ローを大学で学習し、その学位を取るのがキャリア上当たり前となつていゝるが、それは、英国では決して当然の事ではなかつたことを想起されたい。

前稿「英国法は大学で教えることが可能か？」の解題中で、我々は二六年という長い年月にもかかわらずダイシーの一九世紀当時の英国法学の状況把握は、多少の精緻化を含みながら一貫していることに驚きをもつて言及したが、当論文でも問題意識の継続性は明確であり、論文冒頭で、「英国法は大学で教えることが可能か？」を引用し論を進めており、ここでも議論に一貫性・継続性が感知される。

ダイシーは、ヴァイナー教授位の辞任とともに直ちにオックスフォードを去つたわけではなく、後三年、徳俵のように別の「国際私法」を講ずる教授職につくのであるが、その時の記念論文が「オックスフォードにおける法学教育の拡張『The Extension of Law Teaching at Oxford』」であり、これもハーヴァード・ロー・レビューに一九一〇年に掲載されているが、本稿で提案されたカリキュラム改革案を受けたものと思われる。⁽⁷⁾

ただし、本稿のタイトルをから、誤解してはならないのは、当論文を「ハーヴァードにおいて、ハーヴァード・ロー・スクールの英国法教育を褒め称えたダイシーの着任記念講演⁽⁸⁾」ではないということである。そのような理解を仄めかす先行研究は少なからず存在する。しかし、当論文は、そうではなく、オックスフォード大学の学生にあててなされた講演という形で、「アメリカのハーヴァード・ロー・スクールによる英国法教育から、英国オックスフォード

大学法学部の我々の学べることはなにか？」という視点で、書かれている。ダイシー自身も以下のように述べている。「本講演における私の目的は、ハーヴァードにおけるコモン・ロー教育の現状及び特質を詳説し、そうすることによりその成功の原因を説明した上で、もしハーヴァードにおける経験から我々オックスフォード大学のロー・スクールが学び得る教訓が（仮にもしあるなら）何であるかを考察することである。」

本論文の特質

オックスフォードとハーヴァード…ヴァイナー教授位とデーレン教授位…

近代英米法のルーツとしてのコモン・ローの「科学化」

それではダイシーはこの論文を通じて、ハーヴァード大学の法学教育から何を学ぶべきかといいたいのであろうか。本論文でまずダイシーは、一六年前の一八八三年の自身のヴァイナー教授就任記念論文で理論的に論じた「英国法は大学で教えることが可能であるか？」という命題について触れている。コモン・ローの体系的把握とオックスフォード大学における教育は初代ヴァイナー教授ブラックストーンにより先鞭がつけられていたが、それでも実務教育は法曹学院で徒弟的に行われるという伝統がまだまだ強く、十九世紀中なんども試みられた法学教育改革にも関わらず形骸化していた。その流れを変えたのが一八八三年のダイシーのヴァイナー教授位就任とその同僚たるヴィノグラードフ、アンソン、ホランドらの協力であった。

ダイシーは、本論文冒頭で「英国法が大学で教育可能である」という結論はアメリカにおける経験により確信的であり真実であることを実証しているが、その一方で、英国においては、未だそれは「二律背反」であると認識されているとする。ダイシーは、オックスフォード大学における「ヴァイナー教授位 Viner Professorship」と、ハーヴァード大学における「デーネ教授位 Dane Professorship」^(ix)とを並置・同格化する。実は、ダイシーがオックスフォードにおける自己のコモン・ロー教育改革を実行する上で、模範としたのは、ハーヴァード・ロー・スクールにおけるストリー以来の中興の祖であったラングデルの一八七〇年からの改革であった。それは、ダイシーの英国における改革を一三年先取りしており、ラングデル自身の言は、本論文で長く引用される。ラングデルはケース・メソッドの創始者であり、かつ、「科学としての法学 law as science」の唱道者でもあった。^(x)

「科学としての法学」論は、なにも、アメリカのみの特質ではなく、ダイシーに影響を与えた一八六一年のメイン『古代法』第一章の中で著者によりすでに次のように述べられていることに気づくであろう。

「それら原初的司法概念に対して、概して、極めて皮相的な調査しか許してこなかった拙速さ及び偏見というものに鑑みれば、「法律学という科学 the science of jurisprudence」が未だ不満足な状況にあることが分かるとの誇りをまぬかれえぬものであろう。実際、観察 observation が仮説的提言 assumption としての位置になるまでは、法学者の探究というものは、物理学者や生理学者の探究と同様に遂行されるものである。社会や法の原始の歴史というものに関して、自然法論や社会契約論といった、ありそうではあり理解もしょうが全く実証を経えない諸理論といったものが、普遍的に、現実的なさめた研究に対して「目下のところ」好まれており、かかる「非科学的・非実証的な」諸理論というものは、そのような真実が見出され得る唯一の「実証的歴史研究という」分野から注意を逸らさせること

によつてのみならず、一旦、享受し信念を得たなら、後代の発展段階の法律学に対して極めて現実的かつ極めて重大な影響力を行使するその影響力を通じて、真理を隠蔽するものである。⁽⁸⁾」

しばしば引用されるラングデルのハーヴァード法学二五〇周年記念講演（一八八七年）における図書館論によれば、「我々は、図書館とは常に、法学教授のみならず学生にとり最適な工房であり、科学者や物理学者にとつての大学の実験室、動物学者にとつての自然史博物館、植物学者にとつての植物園にあたるものが、我ら全員にとつての図書館であるという考えを折に触れ、新たに参りました。」とある。

このように「自然科学」に模倣した「科学性」は多くの分野で一種の一九世紀的時代精神でもあった。

特筆すべきは、ここでの「科学としての法学」の内実中に大陸法の大学で教育される法学としての「学識法 Learned Law: Droit Savant, Gelehrtes Recht」というニュアンスが明確に含まれていることである。ダイシーは「英国法は大学で教えることが可能か？」において、大学で教えられるべき法学の要素として（1）「法全体の体系的把握及び論理一貫性」、（2）「法原則 legal principle」⁽⁹⁾の強調、（3）「法律用語の定義の明確化」を挙げたが、とりもなおさずこれらは、当時の大陸法学にみられる特徴と言つてよい。周知の通り、第三の点については。二〇世紀には自由法学派からパンデクテン法学は「概念法学」との批判を浴びるが、極めて一九世紀的な著作家であつたダイシーには、そのような欠陥はまだ必ずしも認識されてはいなかつた。

ダイシーによれば、「しかしながら、仮にこれら二者（メイン、オースティン、マコーレー）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、サヴィニー Savigny、ファンゲロウ Vangerow、マンチーニ Mancini、ブ

ルンチュリ Bluntschli 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遥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。^(註)とされる。

比較法的にもこの点は極めて重要であり、このことへの理解には英国憲法学にとどまらぬ非常に浩瀚な視点が必要とされる。ハーヴァードのストーリー (一八三〇年代から改革) やランゲデル (一八七〇年代から改革) にしても、オックスフォードのダイシー (一八八〇年代から改革) にしても、一九世紀当時の仏民法典 (一八〇五年) とその解釈学派に代表される啓蒙的理性的フランス法学及び、ドイツ法学における「Rechtswissenschaft 法科学 (サヴィニーの造語とされる) 論を自覚的に意識しながら、土着法、職業法としてのコモン・ローの學術化、大学教育プログラムへの編入、すなわち、コモン・ローとコモン・ロー教育の近代化の問題に取り組んでいたのである。

一方で、フランス法学の影響を鑑みれば、近代的分野として、ポティエ『債権債務論』に代表される「契約法」が、ハーヴァードのケース・メソッドによる教育中心になった事は決して偶然ではない。一九世紀に「世界化された契約法」は謂わば新しい「実定法ベースに基づく自然法」(内部矛盾を含む言葉であるが…ドマの「法論」などにおいて「法律」は一種の契約、合意とも観念されたことも想起されたい。) のような機能を有していた。また、ストーリーやダイシーの国際私法は、サヴィニーの「国際私法論」と『占有権論』をコモン・ロー的に消化し直したものと比べてよい。加えて、ダイシーに影響を与えたオースティン「法理学」は、チボアの「論理的法解釈論」の影響を色濃く受けてい

る。もつとも、むしろ、かかる知的交流が大陸法から英米法へと一方的に行われたと見るのは誤りである。一九世紀における英国国制論や「議会制度」「陪審制度」などの影響力は瞠目すべきものであるし、ベンサムの大著作は単純化した読みやすいフランス語版でこそ初めて人口に膾炙した。しかしながら、殊に、一六世紀以降成立した「国民法学」の「学識化」、「近代化」に関する限り、英米法は大陸法を範型としていたといつてよいであろう。

大学制度が近代国家に取り込まれていくに際して、経験主義的な「判例法」に基礎をおき、職業集団による徒弟制教育 apprenticeship に任されてきたコモン・ロー教育というものを大学が受け持ち国家統制すべきかと、いうなれば本来は仲間団体内の親方資格に近い存在であった「弁護士資格」を「国家資格」「国家試験」として統一化するかという問題がアメリカでも英国でももちあがっていたのである。その解決に関しては、実務法曹という profession の長い伝統を引きずる英国の方が遥かに立ち遅れていた。

英国では、既に初代ヴァイナー教授であるブラックストンにより、コモン・ローの大学教育の先鞭がつけられたが、以降、ダイシーの登場までは同教授位は有名無実化されており、教育改革は進まなかった。それに対し、アメリカにおいて初代デーデン教授に任命されたストーリーの改革は、一八二九年に始まり、一定の成果を見せ、一九世紀中葉には一時停滞したものの、一八七〇年からのラングデルのデーデン教授就任により更なる飛躍的發展を遂げていた。

当論文でダイシー自身に引用されている一八八七年のラングデルによるハーヴァード大学建学二五〇年祭における「記念講演 Address」(当講演はラングデルのケース・メソッドに関して必ず引用される有名な作品である。前掲注(ix)松浦論文参照。)の別の一部分(当ダイシー論文では引用されず)を見てみよう。

「当時(※ラングデルのデーデン教授位就任記念講演時…一八七〇年)は、英語圏における法学教育の「非典型性」という

ものに注意を喚起いたした。その非典型性というのは、これら英語圏諸国におきましては、法学識というのは、概して、法実務及び司法、もしくは、それらとの接触を通じて初めて取得されるのに対して、他の全てのキリスト教圏諸国におきましては、法は常に大学において教授学・学習されてきたという事です。その折に、**大胆にも私は、本アメリカ合衆国の法学教育の真の利益のためには、この点に関しては、我々は最早、英国の足跡を辿るのをやめ、英国以外の文明圏諸国と調和的になるべきであるとの見解を表明した。**」(傍点訳者)

上記で、明確にランゲデルは、「大胆にも」と留保しつつも、英国法型法学教育を捨て去り、大陸法型法学教育への舵取りを模索したことを示唆している。ランゲデルは一八七〇年から一八九五年の長期(歴代最長)に渡って、デーン教授 Dane Professor とハーヴァード・ロー・スクールの学長 Dean を務めたが、ダイシーが当論文を書いた一九〇〇年当時には既に学長をやめて五年が経ち、一八九五年からその死の一九一〇年までデーン教授及び学長は、ランゲデルの弟子のエイムズ James Barr Ames (June 22, 1846 - January 8, 1910) が務めていた。

ダイシーによれば、「他の高名な人々がこのストーリーを助け、かつ、その後ろに続いたのであるが、ハーヴァードにおける法学教育の「中興の祖」、もしくは、「第二の創立者」とまで我々が言つてよいのはランゲデル教授である。ランゲデル教授の努力は同僚たるゼアー^(xvii) Thayer、グレイ Gray、エイムズ Ames 他諸氏により気高くも支援を受けたのであるが、これら諸氏はみな、英国の教養ある法律家みなにその名や作品が知られており、完全な成功を収めている。」とされる。

ダイシーの当論文と同じ一九〇〇年に発表されたそのエイムズの論文『法学教授の使命 The Vocation of the Law Professor』^(xviii) では、英国の教育改革とともにアメリカの法学教育の実情と有り得べき姿が語られており、ダイシーと

同じ問題関心が読みとれる。本ダイシー論文のみならず、エイムズ論文でも、どこでアメリカの話をしているのか、どこから英国の話が始まるのか、しばしば混乱するほどである。また、ダイシーがしばしば名前を上げる証拠法学の大家ジェームズ・ブラッドレー・ゼアー James Bradley Thayer も本論文の五年前、一八九五年に『大学におけるコモン・ロー教育 Teaching of English Law at Universities』^(xviii) という同趣旨の論文をハーヴァード・ロー・レビューに書いており、ダイシーと共通する問題関心を提示している。

本邦で、我々が所謂「英米法」、すなわち Anglo American Law の共通の特質として理解している様々な性質は、このような一八七〇年代から一九三〇年代にまで至る^(xix)、ダイシーやヴィノグラードフやホームズなどとの交流からパウンドへと至る人的交流の中で、抽出されてきたものである。ホームズ『コモン・ロー The Common Law (1881)』やパウンド『コモン・ローの精神 The Spirits of the Common Law (1921)』などの古典的名著は、コモン・ローの法科学化という近代化の要請の中で、大陸法と比較・対決していく渦中で、コモン・ロー固有の特質を抽出し、描かれていったものであった。このことは、返す刀で、Anglo American Law と言われるものの実質が、果たして大西洋を挟んで英国とアメリカの内にとどの程度存在するのかとの偏差と同一性の難問を我々の喉元につきつけてもいる^(xx)。ハーヴァードをオックスフォードにおける法学教育改革の一モデルとして提示しようとしたダイシーの本論文も、かかる国際的思潮と法文化的相互干渉のダイナミズムの中で位置付けが可能なのではないだろうか。

ダイシー論文には、「英国法大学教育論」の系譜というべき、論文の系譜が存在し、そのことは、彼のヴァイナー教授位の職責と分かちがたく結びついている。本解題では、「英国法の大学教育」という、ともすれば、地味で等閑視されがちな主題が、大陸法と英米法の比較法学にとっても、本邦英米法学の講学上の基礎にとっても一大鉅脈にな

りうるのでは無いかという点を指摘させて頂きたい。ダイシーによる「英国国制史」から抽出された原則に則した「不文憲法習律」の実定法化による「英国憲法学」の創設や、大英帝国の取引準拠法としての契約法延長としての「英国流国際私法の構築」はかかる文脈を離れてはあり得ない。先例があまり存在しないところからの「新しい法学」の創造であった。そこにダイシーの無人の荒野を涉猟せんとする「進取の精神」が感じられる。むろん、複雑な原典の価値はかかる視点のみに留まるものではなく、評価は、読者諸賢各自の読後感に委ねたい。

- (i) A. V. Dicey, “The Teaching of English Law at Harvard”, *The Contemporary Review*, 76 (Nov., 1899), pp. 742-58, *Ibid.*, *Harvard Law Review*, No. 5, Vol 13, (Jan., 1900), pp. 422-440.
- (ii) Cosgrove (1980), pp. 170-1. この時の講義は後にダイシーの代表作の一つ『Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century 一九世紀英国における法と世論の関係性に関する講義集』(初版一九〇五年・第二版最終版一九一四年)として結実した。清水金次郎訳・菊地勇夫監修 A・V・ダイシー『法律と世論』(法律文化社・一九七二年), p. 3を参照。
- (iii) この構想は未完のまま終わったものの W. F. Allison ed. *Oxford Edition of Dicey II: A. V. Dicey, Comparative Constitutionalism*, (OUP, 2013) として近時公刊され陽の目を見た。
- (iv) 加藤紘捷、菊池肇哉「英米法におけるダイシー理論とその周辺—A・V・ダイシー「英国法は大学で教えることが可能か?」『日本法学』第八〇巻第一号, (2014, 6), pp. 85-141; 「英米法におけるダイシー理論とその周辺—A・V・ダイシー「ブラックストンの英法釈義」『日本法学』第七八巻第四号, (2013, 3), pp. 65-118.
- (v) 深尾祐造「一九世紀後半イングランド法曹養成制度の展開とその帰結:セルボーン卿総合法科学学校設立法案に関連して」『法と政治』第五五巻二号 (2004), pp. 307-359.

- (i) A. V. Dicey, “The Extension of Law Teaching at Oxford”, *Harvard Law Review*, 24 (1910), pp. 1-5.
- (ii) ただし、かかる講演は、ハーヴァードにおけるダイシーの「着任記念演説」として、存在した可能性が高いが公刊されていない。(ダイシーの遺言執行人であり友人でありその伝記作家でもあったライト Rait 博士 (Robert S. Rait, *Memorials of Albert Venn Dicey, being chiefly letters and diaries*, (Macmillan, 1925)) によりダイシーの所属したオックスフォード大学・オール・ソールズ・カレッジ・コドリンズ・図書館に生前の手稿は信託されており (Dicey Papers in the Codrington Library of All Souls College, Oxford) ’) ’)に含まれている可能性はあらず。 W. F. Allison ed, *Oxford Edition of Dicey I: The Law of the Constitution*, (OUP, 2013), p. vii.
- (iii) 七代目のダイシーに至るまでのヴァイナー教授位の軌跡については、Harold Grenville Hanbury, *The Vinerian Chair and Legal Education*, (Oxford: OUP, 1958), pp. 1-97. を参照。ヴァイナー教授位をアメリカ、ヨーロッパを含んだ大西洋的・国際的視点で分析した貴重な論文として、M. D. Gordon, “The Vinerian Chair: An Atlantic Perspective”, in Peter Birks ed, *The Life of the Law: Proceedings of the Tenth British Legal History Conference Oxford 1991*, (London, 1993), pp. 195-209.
- (ix) デーン教授位及びストーリーの役割については、田中英夫『アメリカ法の歴史(上)』(一九六八年), pp. 278-280. Robert Bocking Steven, *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*, (The University of North Carolina Press, 1983).
- (x) 松浦好治「Law as Science」論と一九世紀アメリカ法思想(一): ラングデル法学の意義』『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): ラングデル法学の意義』『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): ラングデル法学の意義』『阪大法學』, 125 (1982), pp. 51-86. (未完)
- (ix) Sir Henry Maine, *The Ancient Law*, (London, Everyman’s Library ed, 1965), p. 3.

現在の標準的訳である安西文夫訳メイン『古代法』(一九四八年)は、非常に練り込んだ優れた味のある翻訳であるものの、この部分に関しては多少の誤訳が見られたので文意が明瞭でなく訳し直した。大陸法・ローマ法の有する法学教育における意義について、メインの最初期の論文でもある Henry Maine, *Roman Law and Legal Education*, in Cambridge Essays, (CUP,

1856), pp. 1-29.

Michael H. Hoeflich, *Roman and Civil Law and the Development of Anglo-American Jurisprudence in the Nineteenth Century*, (University of Georgia Press, 1997), p. 81.

(ii) Peter Stein, *Regulae Iuris*, (Edinburgh, 1966).

(xiii) 加藤紘捷、菊池肇哉「英米法におけるダイシー理論とその周辺—A・V・ダイシー「英国法は大学で教えることが可能か？」『日本法学』第八〇巻第一号, (2014, 6), p. 122.

(xiv) サヴィニーと同概念については、世良晃志郎『歴史学方法論の諸問題』（木鐸社：一九七三年），pp. 23-4. ドイツ歴史学派のアメリカ法学へ影響関係についての近時の研究として、Marthias Reimann, *Historische Schule und Common Law: Die deutsche Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts in amerikanischen Rechtsdenken*, (Berlin, 1993).

(x) Bernard Schwartz, *The Code Napoleon and the Common-Law World: The Sesquicentennial Lectures Delivered at the Law Center of New York University, December 13-15, 1954*.

(xi) ゼイヤ、サイヤ、セイヤ、セアとも。田中英夫『英米法辞典』ではサイヤ、小山貞夫『英米法律用語辞典』では「セアの推定 [Thayer Presumption] を扱ってセアと読まれる。もともと「民衆」を意味する苗字で英語の They と同語源であるらしいので経験から「ゼアー」と読む。しかし、つづり字から Th を「セ」と澄んで読む人物も多い。中間の音は pain の「ai エイ」と同じで基本読むが、濁音とともには実際は聞こえない場合も多いので「ゼアー」とした。

(xii) James Barr Ames, “The Vocation of the Law Professor”, *The American Law Register*, 48, no. 3 (1900, 3), pp. 129-146.

(xiii) James Bradley Thayer, “The Teaching of English Law at Universities”, *Harvard Law Review*, 9(3) (1895, 10), pp. 169-84.

(xiv) ダイシーの伝記研究者であったコスグローブは、このような観点を出发点として、Richard Cosgrove, *Our Lady the Common Law: An Anglo-American Legal Community 1870-1930*, (New York UP, 1986). を書こうとしたが、正しく、私的の視点と重なる。もっとも本書はほとんど注目をされていない。

(xv) 英国法とアメリカ法の偏差については、Roscoe Pound, “The Development of American Law and It’s Deviation from

English Law”, *Law Quarterly Review*, 67 (January, 1951), pp. 49-66. 邦語訳として、内田力蔵訳「アメリカ法の発展とそのイギリス法からの離脱点」、『社会科学研究』二卷二号（1950）、三卷二号、三号（1951）、『内田力蔵著作集第三卷』（信山社：二〇〇六年）、pp. 317-377. に再掲。

英米法におけるダイシー理論とその周辺

「ハーヴァード大学における英国法教育に学ぶ」

A・V・ダイシー 著
加藤紘捷 訳
菊池肇哉 訳

「英国法は大学で教えることは可能か？」この問いは十六年ほど前、オックスフォード大学におけるわが「ヴァイナー教授位」就任記念演説で提起されたものである。そのときに理論的根柢に基づいて与えられた解答というものは、しかるべき資格を有した教員により、しかるべき知性を有した生徒に対しなされるなら、英国法は各大学において効率的に教えることが可能であるというものであった。今では、合衆国における経験の反駁能わざる成果により、思索により導き出されたこの我が結論の正しさが証明されたと自信をもって私は主張することが出来る。アメリカ大陸において英国法の優勢な地域においては、最良の教育を受けた最も有能な法曹というものは、法学教授によりコモン・ローの諸原則の基礎を教えこまれた者たちである。ニュー・ヨーク、シカゴ、オンタリオ、ノバ・スコシア、ポストン、そしてなかならずハーヴァードのロー・スクールはかかる事実を証しており、英国法は大学において教授可能で、かつ、大学教授により教授可能であるという（我が英国の古臭い学派の弁護士の言いそうな言葉でいうところの）パラドックスに対し信憑性を与えるものである。実際、大西洋の向こう側では、この結論の真実は決着のついた過去の論争として扱われている。さらに、アメリカ全土をとおして、このハーヴァード大学におけるほどコモン・ローが徹底的に

教授されているところが無いことは全ての有能な裁判官たちの認めるところである。ハーヴァード・ロー・スクールは米国の他の機関と比較して「古い歴史」を有している。実質的に、その存在はストーリーの努力に負っており、そして、ヴァイナー Viner の高潔な寄付行為 *endowment*⁽³⁾ が、英国法学習に与えるその効果において、かの基金創設者の当初の期待、夢を凌駕したという事実は、ブラックストンにより講義が行われたそのカレッジのメンバー全員にとつて関心の的である。なにしろ、ヴァイナー氏の寄付金は、直接的には、高名な『英法積義』を産み、間接的にはハーヴァード・ロー・スクールの今日の繁栄を導いたのである。というのも、ヴァイナーの範例の影響によりデーネ *Dane*⁽⁴⁾ 氏は―彼も興味深いことにヴァイナー同様「法要録」*Abridgement of Law* の作者であったのだが―ストーリーにより最初に占められることとなった教授位を創設したからである。他の高名な人々がこのストーリーを助け、かつ、その後ろに続いたのであるが、ハーヴァードにおける法学教育の中興の祖、もしくは、第二の創立者とまで我々が言つてよいのはランゲデル教授であろう。ランゲデル教授の努力は同僚たるゼアー Thayer、グレイ Gray、エイムズ Ames 他諸氏により気高き支援を受けてきたのであるが、これら諸氏はみな、英国の教養ある法律家みなにその名や著作が知られており、完璧な成功の栄冠を手に行っている人々である。当ロー・スクールの繁栄と偉大さはまさに目を見はるほどある。その名声により、ロー・スクールには惜しめない寄付金が集められ、大規模な財政資源を獲得することとなった。同ロー・スクールは一種の「大学内大学」を形成している。その法学図書館は、世界中の英語を話す地域における英民族の最も完全な法的記録の収集を擁している。しかるに、英国においては、匹敵するものを我々には有してはいないのである。ハーヴァードの図書館においては、英国及びアメリカの法学著作者の全作品を見出すことが出来る。そこには、アメリカの判例集―これには連邦裁判所判例集及び四五州すべての判例集が含まれる―のみな

らず、英国の判例集及び制定法集、並びに、英国の植民地及び属国の判例集及び制定法集の完全なコレクションが所蔵されている。ロンドンにおいても、オックスフォードにおいても、枢密院司法委員会においても、植民地統括事務所 Colonial Office においてすら、アメリカ法の完璧な判例集のコレクションも、(驚くべきことに聞こえようが) 英国植民地の判例集の完璧な収集も、存在していないのである。ハーヴァードの法学図書館は訓練された法律家及び学生双方の需要(もつとも、両者はまったく異なる)を満たしている。これまで、私は長々と図書館について述べてきたのだが、なぜなら、それがハーヴァード・ロー・スクールに生命を与える研究精神及び研究への情熱の外的な目にし得る「象徴」であるからである。しかしながら、ハーヴァードにおける真の栄光は、その学生及び教授、混雑した講義室、賞賛すべき教育活動の内に見出されよう。そして、その教育の徹底性を誇る教師陣が過去十五年以内の間に学生数を一五〇人から約五五〇人にまで引き上げたことは、現行のハーヴァード・システムにおける更なる進展への障害、それもまさに真の障害は学生数に存するということを考えをめぐらせれば、まさに偉大な事である。目下のところ、学生数の多さは、教師陣の体力的限界を今にも上回らんとしている。それにもかかわらず、ハーヴァードにおける教授活動が最終的に成功をおさめるであろうことは、英国法の伝統に精通する英国人のみが正にその偉大性を評価し得る。コモン・ローというのは大雑把なやりかたで修練すべき「手工芸」handicraftであり、弁護士事務所 chambers や法律事務所 offices における徒弟制度を通して、初めて習得可能なものであるとの根深い誤解を、ハーヴァードの教授陣はアメリカ全土でついには雲散霧消し、実務法曹に向け勉強する者たちに、英国法というものは、理性的根拠に立脚しその一般原則に精通した人物により法実務で成功しようとする生徒たちが徹底的に理解できるように解説されることの可能性、一つの科学 science であると、確信させるに至った。

本講演における私の目的は、ハーヴァードにおけるコモン・ロー教育の現状及び特質を詳説し、そうすることによりその成功の原因を説明した上で、もしハーヴァードにおける経験から我々オックスフォード大学のロー・スクールが学び得る教訓が（仮にもしあるなら）何であるかを考察することである。

ハーヴァード・ロー・スクールはコモン・ローの実務教育を目的とする「職業的学校」professional schoolであり、その運営は教授陣により行われる。

上の命題は、ハーヴァード大学に対する批評家が決して見失ってはならない根本的事実を體現し、それらには二つの異なる論点が含まれるが、それら各論点は異なった扱いを要する。

1. 「ハーヴァード・ロー・スクールは「職業的学校」(professional school)である。」

その教室に参加するのはハーヴァードもしくは他の大学での自由学芸学士(BA)であり、既に適切な一般的教育を受けている者たちである。彼らは、必ずしも、もしくは私の信ずるところでは、概して、コモン・ローの基礎さえ習得したことの無い者たちである。この点は、彼らはオックスフォードの法学部 Jurisprudence School において勉強を開始する学部学生と同位置にいる。しかし、ハーヴァード・ロー・スクールの学生は他の点において、オックスフォードの学部生とは異なる。彼は二二歳から二三歳の男性で学部教育の課程を終えた後、実務法曹界へ向け準備しようとしている者であり、コモン・ロー学識を得るといふ実務的目的を持ってロー・スクールに参加している。「英国で法曹学院の正式メンバーたる法廷弁護士となるために要求される」所定回数、先輩バリスタと夕食を消化しながら「弁護士事務所でのリーディング」を開始しようとしている法曹学院の学生や、事務弁護士事務所の若い短期事務

員で最終試験合格のために「事務弁護士組合」⁽⁵⁾ (the Incorporated Law Society) の講義に参加している者たちと、彼は比肩されるべき存在である。ハーヴァードの学生たちはロー・スクールに最低三年間はとどまり、入念に準備された三年コースを体験する。学位取得には最低一五種の授業に参加しなければならない。講義は各学年の学生の需要を満たすべく配分されているが、残り二年間、学生には自由教科選択が許される。各学年末に、彼が参加した教室の教授によりその講義科目の考査を受け、試験官を満足させなければ次学年進級は許されない。「学位」は毎年度の試験に合格することにより与えられ、特別の成績で試験合格した生徒には英国の「席次表」class listのようなものにおける「優等」merits が認定される。しかしながら、ここで留意すべきは、英国とは違い学位それも優等学位取得がロー・スクール学生の主目的ではないということである。合衆国のロー・スクール学生の野心とは、英国法習得の後、教授陣と仲間の学生内の双方で法学識の「高い評判」を得ることなのである。⁽¹⁾

ハーヴァードの学生たちが注意を向ける広大な法領域を支配する「諸原則」を習得した者なら誰でも、そして、根気の要る仕事を達成したかかるロー・スクール学生の大半は、英国の有能な法廷弁護士が、弁護士業に足を踏み入れるにあたって、習得していることなどめったにないか、「弁護士事務所でのリーディング」を開始するにあたって英国の若者が、一般に、決して有してはいない量の学識とともに実務家生活を疑い無く開始することであろう。しかしながら、即時法実務を開始しようとする者にとってかかる「予備的学識」の有用性は明白であるにもかかわらず、英国法曹界の伝統と慣習が染み付いた英国法律家は経験からある「好奇心にあふれた疑問」を必ず言いだすであろう。

つまり、一体なぜそれほどまでに人生の戦いにおける現実の成功に敏感極まりない合衆国の若者が、例えば、二二歳から二五、六歳という三年ないし四年という人生最良の期間を「予備的職業学習」などというものに自発的に費や

しようとし、あまつさえ、熱望さえするのか？英国法曹界で高名を得ようと躍起な英国の若者ならそのようなことは夢想すらせぬであろうに、訳がわからぬと。換言するなら、英国の若者にとり「弁護士事務所におけるリーダーイング」が占めるのとはほぼ同じ地位を、米国の若者にとって「ロー・スクールにおける勉強」が占めるようになったのは一体全体なぜかということである。

完璧とは言わぬまでも部分的なその理由を与えろとは出来ようが、その説明は英国の批判者にとってはいつでも「パラドックス」と感じられるに違いない。

高位の法学位、いやむしろ、実のところ、大学で取得する全ての学位は、英国でも合衆国でも「弁護士業入門の方策」としてはほぼ無用の長物である。しかしながら、ハーヴァード大学で得られた広域かつ正確な法学識や、法的議論の巧さの「評判」は合衆国では、実際に法曹としてのその若者の成功を実社会で十分に後押しするのであるが、それに対し、英国の大学における学生の「評判」は彼の実務法曹界における成功をそのように後押しすることは無い。合衆国においては「法廷弁護士」と「事務弁護士」の区分は存せず、「法廷弁護士」と「事務弁護士」をあわせた仕事を法律事務所 *firms* が取り扱う。また、合衆国における弁護士数は膨大なもので、実業家でも宗家でもない人間はみな法律家であるといっても誇張では無いほどである。ゆえに、ハーヴァードでその法的才能について「評判」を得た学生は、大学同期生の間での名声に、いろいろと、彼の職業において彼にとって現実的価値を持つようにする方策を見つけて出すのである。²⁾かくして、遠方にまで広く彼の同級生によって彼の名は広められるのであるが、その学生時代の仲間というのは、実質上、英国の我々で言うところの地方事務弁護士 *country solicitors* のような立場にあり、きつと、彼が法律事務所の正式メンバーになったり、よくあることであるが、自身で独立した折には、彼に仕事を

もつて来る傾向があるに違いないのである。いずれにせよ、私が確信しているのは、他面におけるその利点及び欠点
がなんであれ、これら「アメリカにおける英国での「法廷弁護士」と「事務弁護士」という」「二法実務部門の融合」
というものが、有能かつその同世代人の評判の高い合衆国の若者が仕事を得ることを容易にさせており、その程度は、
英国において実務に従事している法律家が容易に想像できない程であるということである。もしあなたがこの問題に
つき熟考するならば、この結論の正しさが浮き彫りとなろう。顧客は相談する弁護士に経験と能力の双方を要求する
が、そのうちでは経験がより重要である。目下のところ、英国で敷衍している法学教育制度下では、駆け出しの法廷
弁護士は、よしんば彼がエルドンの法学識とアースキンの弁論術の天才を有していたとしても、経験に関しては何の
主張も為し得ない。しかしながら、当の同じ若い法廷弁護士が「有名な法律事務所」に受け入れられたとするならば、
その法律事務所がより年かさで指導的な共同経営者たる人物から経験を補充するであろうし、特別の才能を有した若
者の方では、彼の新しいもしくは特異な才能を法律事務所の中に持ちこむこととなる。実のところ、これが合衆国
の実情なのである。仮に、ジョーンズ氏がハーヴァードで彼の学年でもつとも頭の切れる同輩の一人だと依頼人が
知っていたとしても、法律事務所に来る依頼人がその案件をジョーンズ氏に信任するとは期待できないが、もし
ジョーンズ氏の未熟さがブラウンやロビンソンといった年上の共同経営者たちの成熟した思慮分別により矯正される
とすれば、彼がジョーンズ氏にその案件を信任することもあろう。このことに加え、よくよく道理に則つて考えてみ
れば、事務員としてであれ共同経営者としてであれ、若い才能を取り入れることは、法律事務所にとり有益でもある。
この法則は実効性があるが、英国の実務法曹間では注目を受けていない。確かに、ごく最近になり、英国でも優れた
「事務弁護士事務所」ではその人物の才能と性格のみに基づいて彼を共同経営者にとりたてることも時にはあり、こ

の習慣は法廷弁護士の間では「下働き弁護士」「devils”の雇用と認識されているのであるが、明らかに法的共同経営制度 (a system of legal partnership) の発展を示すものである。しかし、このことが何であれ、アメリカにおいては「大学での評判」というものは、英国より遙かに職業上、口を利く。ボーウェン卿 Lord Bowen の魅力的な伝記を読んだことのある者は、実務法曹としての彼の成功が数年間疑問視されており、その約束された文学界における成功の輝かしさにより法廷弁護士という報われぬ労苦から場合によつては身を引くことにもなりかねなかつた瞬間があつたことにお気づきになろう。ボーウェン卿のような天才的才覚を有した人物がハーヴァードのロー・スクールに現れたなら、彼は「その小説家としての高い評判の故に」法曹資格を得て後も数年間もその法的才能が知られ実業という實際的形態で認知されるようになるのを待つことを強要されることは合衆国では無かつたであろうと私は確信している。このように、ロー・スクールにおいて得られる「評判」の価値というものが、なぜ若者たちが彼の若い最良の時期の三年間をロー・スクールの課程に進んで捧げようとするのかのまさに第一の理由なのである。しかるに、第二の理由というものは、彼らがハーヴァードで受ける教育というものがまさに彼らの知的需要を満たしているという事である。

2. 「ハーヴァード・ロー・スクールは「大学教授による学校」(professorial school) である。」
この言葉は、単にハーヴァードの法学教育が教授陣により運営されているという事実の以上のことを物語っている。つまり、ハーヴァードにおける教育の目標は学生に対して英国法を一つの「科学」として解説することであり、そのことにより、各種の法の「根本的諸原則」を彼らの心に刻みつけることである。

ランゲデル教授は、その有名な演説の中で、彼のみちびきにより、ハーヴァード・ロー・スクールのシステムが構

築されてきた各指針を定義する。

「私は、ハーヴァードにおける法学教育と研究を大学の名に相応しからしむべく、今日生誕二五〇年を祝う尊敬すべき機関を真の大学の名に相応しかるべくすべく、そして、その学部中で少なからぬ評判のロー・スクールを、合衆国の様々な異なった状況の許す範囲において、ヨーロッパ大陸諸国の各法学部と伍する存在の地位に置くべく、今日まで我が微力を尽くしてきた。」

「かかる目標達成のため、…以下の二つの事柄の確立が不可欠であった。第一に「法は科学」であるということ。第二に、その科学に使用可能な素材は全て「印刷された書籍」の中に包摂されていること。仮に、法が科学で無いとするならば、大学はその威信にかけてその教育を固辞した方がよい。なぜなら、法が科学ではなく、なんらかの手工芸であるとするならば、実務家へ弟子入りにより習い覚えた方が良からうから。しかるに、いやしくも、科学であるとするならば、法は様々な科学の中で法が最も偉大で困難なものであり、最も啓蒙された学問の中心地が与え得る知性の輝きすべてを要求するものであることは論争の余地のないことである。また、大学において法は印刷された書籍を通じて初めて学習・教育可能である。それゆえ、もし印刷された書籍を通じて学習する以上の他のより良い方法があったり、印刷された書籍が他の方法―弁護士事務所での仕事や法廷手続きへの随伴―とあわせて使われることが最も効果的ならば、かかる手段は大学では供給不能であることを白状せねばなるまい。しかるに、印刷された書籍が全ての法学識の究極の淵源であり、科学としての法に通曉しようとする全ての学生がこれら究極の淵源に依拠せざるを得ず、そのような学生が得ることの出来る支援は彼以前にかかる旅路を旅してきた教員たちによってのみ与え得ると

するならば、その場合、大学、そして、大学のみが、法の学習・教育に奉仕しうるすべての設備を提供可能である。法学教員というものは学生にとって見知らぬ旅路に付きしたが、以前にしばしばそこを旅をした経験からその路によく通曉した人物でなければならぬと私は強調させていただきたい。ゆえに、かかる法教育の資格は、弁護士事務所での仕事の経験でもなければ、対人交渉の経験でもなければ、審理もしくは請願理由主張の経験でもない。端的に言えば、かかる資格は、「法使用」の経験ではなく、「法学習」の経験によって与えられる。いわば、ローマの法廷弁論家や法務官、いわんや属州長官の経験ではなく、ローマ法学者の経験により与えられるのである。」

「ゆえにこそ、わが同僚と私自身は、法は科学であり、本から学習されねばならぬという信念に基づき常に行動してきたのである。⁽³⁾」

それゆえ、ハーヴァード・ロー・スクールを支える中核的理論は二つの言述に纏めることが可能である。第一に、英国法は単なる手工芸や技芸ではなく限られた諸原則から演繹されるべき科学である、こと。第二に、これら諸原則の本質及び適用は書籍から、つまり、この格律 *maxim* が実際にハーヴァードで解釈されているところによれば、判例集から習得されなければならない。

ランゲデル教授及び彼の著名な同僚たちはこの理論に徹底的にこだわることにより彼らの法学教育に科学的（つまり、論理的）であると同時に実務的であるという特質を与えてきた。

彼らの法学教育は、その総体的目的が英国法の諸原則を明確化することにあるがゆえに科学的である。

彼らハーヴァードの法学教授たちは、「弁護士事務所におけるリーディング」によって得られる利点を軽視する、

もしくは、我らが英国の制度で育ってきた法律家の視点からすれば軽視しすぎるくらいがある。⁽⁴⁾ 彼らは法というものは常に部分的には「手工芸」たることをまぬがれ得ず、法曹界の徒弟制度に参加することで現実の法運用に良くなじみ親しむことから科学的な法学識でさえ増加するものであるという事実を些か忘れてしまいがちであるように見受けられる。法実務が知的に理解可能であるために理論を必要とするならば、科学理論の方は非現実性回避ために法実務を必要とする。もつとも、それにもかかわらず、実質上は、かのロー・スクールの教授たちの論は正当である。大雑把な方法での純粹な経験による法格律 *legal maxims* と「実務」の習得というものは、「特に英国においては長い間」過度に強調されすぎてきており、それゆえに、「コモン・ローという」ある偉大な法制度の論理的側面を前面に出し著名なものとせんがために「彼らハーヴァードの」法学教授たちははしかるべく適切な努力をしているのである。

その上、ハーヴァード教授職の教授活動というものは科学的であるにもかかわらず抽象的であることとは、可能な限り、ほど遠く、その言葉の最も良い意味で、現実的・実務的である。

ハーヴァードの法学教授たちは、弁護士としての成功という職業上の決定的目的のために自分たちが生徒を教育とすることを認識しており、英国コモン・ローへというよりむしろ英民族「の生活様式のありかたそのものの探求」に激しい情熱を有しているので、思索的法学者が陥りやすい非現実性や曖昧性から無縁であることができる。彼らは英国法の使徒である。事実、彼らの自由な精神は異なった法制度の比較から得られる教訓を不当に低く評価することを許さぬ。しかしながら、法理学やローマ法といった科目は結局のところハーヴァードの課程では副次的な位置を占めるに過ぎない。ハーヴァードの教授たちの意識はコモン・ローの諸原則の明確化に傾注されており、合衆国で発達した形体での、それら諸原則の歴史及び充実な意義を生徒たちの心に刻み込むことに日々腐心している。そして、かか

る英国法の基礎的諸概念への執心はハーヴァード・ロー・スクールにおいて支配的な思考様式そのものにある特定の傾向を与えている。ホームズ『コモン・ロー Common Law』、ラングデル『契約法要諦 Summary of the Law of Contracts』、グレイ『永久保有禁止原則 Rule against Perpetuities』、ゼアー『コモン・ロー証拠法入門 Preliminary Treatise on Evidence in the Common Law』、例えば「約因」などの様々な主題に関するエイムズ教授の極めて興味深い諸論考などを見れば、それらの作者らが並はずれた知的能力の持ち主であることが（いやしくも、かかる証明が必要であるとされるならば）証されるであろう。しかるに、同時にこれらの作品は彼らの理論的思索が英国法の深遠な研究より生じてきたものであることを証するものである。実のところ、ハーヴァード・ロー・スクールの教育のみならず思索・研究さえも見間違えようもない、ラングデル教授の天才の刻印を受けているのである。彼の『契約法』をみてみよう。それは、しばしば極めて明瞭な表現であらわされた鋭敏な論理的思考に満ちている。もつとも、一方で、法的な根拠付けにおいて教授ほど熟練してもおらず、教授のような英国判例法の歴史に対する詳細かつ比類無き知識を持つがごとく自任することも能わないもののそれなりの訓練を積んだ弁護士すら当惑させる粗野さと簡潔さを時に垣間見せることもあるのではあるが。それは疑い無く思想家の作品である。しかるに、ラングデル教授自身のすばらしい分析能力は英国法研究により刺激され磨き抜かれてきたものである事と、同時に、ラングデル教授は弟子たちの英国法研究にも依拠してもいるのだが、そのことは徒（あだ）とはならず、すべての教訓の中で最も大切な教訓、自らのために思索することを、彼らに教育する手段であることがその随所から感知される。

ハーヴァードから我々の手元に送られてきた最新かつ最も完成されたゼアー教授の著作も注意深くみてみよう。彼の『証拠法入門』は法的博学の重量においてほぼ過酷とさえ言えるものであり、自身の知的能力の半分ももたず、そ

の徹底性の半分をもつてすら証拠法を探求したものが誰もいないような、裁判官たちや理論家たちによって表明されてきた様々な見解を解説したり、調和させたりすることに、この教科を自らのものとし決定的な權威を持つて語ることの出来る著作家たるゼアー教授は努力すべきだと、揚げ足とりもしくは怠惰な批評家たちは嘆き得ましょう。彼の陪審制に関連した証拠法準則の発達の入念な解説は法史への彼の熟練を示すものである。また、彼の証拠法諸原則の論理的叙述はその鋭敏な分析能力を示すものでもあるが、その結論自体が表明される仕方があまりにも明晰であるという事実そのものため過小評価されがちである。しかしながら、当面の目的のために私が最も強調して詳論せねばならぬ要点は、ラングデル同様ゼアーはコモン・ローに耽溺しているということである。両者はともに徹底した法律家で自らのために法哲学の体系というものを案出せざるを得なかった。つまり、例えば、サー・ヘンリー・メインのような法学者はその法理論及び歴史問題に対する興味に後押しされて英国法の諸原則を研究するように至ったのであるが、その一方で、ラングデルやゼアーに典型的に代表される一団のアメリカの教育者もしくは思想家たちは、その英国法への情熱に後押しされて法哲学及び法史学の達人となるに至ったのである。

当ハーヴァード・ロー・スクールの指導者たちによって持たれているこの英国人民の具体的な法に対する特別の愛着というものは特筆の価値がある。というのも、かかる特別の愛着というものは、「科学的」であると同時に「実務的」であるというその特異な教育方式を彼らをして維持せしめることに優れて裨益しているからである。彼らハーヴァードの教授たちは、根本的諸原則を学習し、法的問題の解決に論理学を厳密に適用するように、学生を訓練する。しかしながら、そうするに際して、彼らは学生をして常に法的事実から遊離しないようにさせているのである。彼ら自身 The Reports^(註) の存在を忘れることは無いし、学生に忘れさせることも無い。彼らは常に心中の目前にアメリカ

の各裁判所の記録された様々な判決を解説・調和させる必要性を感じている。ゆえに、彼らの生徒たちは思考することのみならず、かかる表現が許されるなら、法的に思考することを教育され、計り知れぬほど貴重な判例の知識のみならず、いかに適切に議論の根拠として判例を使用するかという知識を獲得する。

ここに至り、我々はハーヴァードの教育メソッドの最も明瞭かつ根源的な特質に触れることになる。この指導の特質もしくは特色は判例研究に基礎をおくハーヴァード・ロー・スクールに存在し、形式としては教理問答的である。このシステムの運用方法は興味深い。ハーヴァード・ロー・スクールに入学したばかりの殆どの学生がそうであるように、まったく法的予備知識を持たぬ学生が、筆者がその幸運を得たように、エイムズ教授の契約法の講義に参加したと想定しよう。その講義に参加するやいなや、まず彼の手にはランゲデル教授編集の分厚い契約法判例集が渡される。それらの判例は「申込みと承諾」といったような項目ごとに分類され、各項目下の判例は時系列順に配列されている。われらが学生は印刷された評釈の援助をこうむることも無ければ、同時にそれに惑わされることの無いような状態に置かれる。彼は判例頭注の補助すらないままに放置されるのだが、彼は、授業の予習、例えば、最初の九つか十ほどの判例を、時に適切にそう称されるように、「実習」*“exercise”* しなければならぬことを理解はしている。可能なら、彼はそれら判例の論点を理解しなければならぬ。察するところ、彼は問題となる項目を有する契約法のなんらかの書籍を自身で読むことであろう。そうした上で彼は百名から二百名の同輩らとともに講義に望む。エイムズ教授は受講者名簿を眼前に有しており、特定の判例の成果を述べるように順繰りに学生を指名していく。エイムズ教授は、質問の形式で、当該判例の応用例を示唆した上で、観察所見の形式で、その真の意義を述べる。このように、いきなり生徒を判例の山の中に頭から突っ込ませるといふ方法を、人が初めて聞いたならば、絶望的なものと感じら

れるであろう。それにもかかわらず、エイムズ教授のような達人の手によるかかる方法論の成功というものは明白である。それは法に適用されたソクラテス・メソッドであり、刺激的この上ない。常に教室全体が活気に満ちたものとされる。馬鹿げた解答や生意気で場違いな解答―後者については私はついぞ聞いたことも無いが―といったものは、教授の能力及び教室全体の意見により阻止される。誰も自らの級友らの前で好き好んで馬鹿を晒そうとは思わぬであろう。私にとり、より驚きであったのは、熟練した教理問答があらゆる判例を尽くすのみならず、当該諸判例や一対の判例が例証する一般的原则を導き出すその方法であった。すべての契約法教授が徹底的に知悉していると考える判例があるとすれば、それは、ウイリアムズ対カワディン事件^(註)であろうが、私をはじめて教室に参加した際には、このウイリアムズ対カワディン事件をエイムズ教授とその学生たちは愛情を込めてじっくりと論じていたのだが、そこでの議論を私は忘れることが出来ない。そこでの議論は完全に秩序だつて行われ、熱意に満ちていた。その議論に含まれていた原則というものは、これまで見た事もないものであり、私は感銘を受けた。というのも、ウイリアムズ対カワディン事件ほどの手垢のついた判例が、私がこれまで思いもしなかったような更なる「法」を包摂していることが提示されたからである。

もつとも、契約法や不法行為法といった法分野にこのような教理問答方式を適用することは極めて容易であるが、一方で、物的財産法のような他の分野にはそれほど適していない。ゆえに、ここでの方法論が問題と混和されるその配合率というものは、教えられるべき論題の特質に基づきその教授の判断に従い調整されねばならない。もつとも、かかる問答形式に依拠すべき程度には講義により相当な差があるものの、判例学習に基づいたかかる教理問答の方法論というものは、ハーヴァードにおいて、多かれ少なかれほぼすべての英国法の分野に適用されている。そして、高

名な法律家によつて運用される当制度には二つの特別な利点が存在する。

第一に、若人たちは自らを教えられるがままにおくというより自身の学習せんとする努力に頼らざるを得なくなり、このことは詰込勉強の弊害に対する大いなる予防策となるに違いない。このことはハーヴァードの学生たちに、弁護士になるために勉強を開始し弁護士事務所に入り、初めて、権利請求の草案や鑑定意見を作ったりする英国の若人たちに対するのと同種の刺激を与える。その権利請求は間違つた方式で草案されているし、鑑定意見など無価値であるが、学生自身の与えられた事件に自己の精神を適用することによつて知識を得ようとする努力の方が二〇ほどの講義よりも上なのである。

第二に、ハーヴァードのこの制度は教室全体の人間の論争本能を掻き立てる。まさに、対立意見をぶつけ合わせる技術の価値は偉大である。若者は読書より論争から多くを学ぶ。教室での問題が学生寮での論争に発展し、オックスフォードでは「私の学んだ」四〇年ほど前には、そうしていたし今でもそうしているものと私は信じているのであるが――アリストテレス『ニコマコス倫理学』や『政治学』により提示された諸問題を若者たちが論じていたのと同様の活気と無知とをもつて、論ぜられるのである。純粹に教育的視点からも、ハーヴァードの自由学芸学士はオックスフォードの学部学生が論争から得るのと同等のものを得ることが出来よう。ある合意が詐欺防止法の第四節に該当するのかどうかとか、契約上の債権債務の真の基礎は實際の精神による合意か単なる意思表示かとか、恩恵授与者は、見かえりとして自己が愛されること以上に恩恵授与の対象を愛しているのかを決定したり、良き市民は良き人間で常にあるのかとかいった論題は等しく知的に刺激的なものであろう。しかし、職業的見地から言えばハーヴァード自由学芸学士が確かに最良のものである。なぜなら、私が未だぼんやりと覚えているアリストテレスの問題というのはそ

れ自身の利点はあったが、それに対する解答と言うものは現実の生活にとりなんの重要性を持たなかったからである。それに対し、実務法曹にとって、詐欺防止法の解釈や契約の諸要素の徹底的理解といったものは大いに裨益することとなる。

かかる目的の達成は両者ともハーヴァード特有のものである二制度により促進される。

第一のものは、法学クラブ the Law Clubs と模擬法廷 the Moot Courts である。⁽²⁾ 実際に、私がこの会合の一つへの参加招待の榮譽を得たパウ・ワウ Pow Wow という法学クラブを例に取ってみよう。それは学生により創立・運営されるクラブで、オックスフォードで夕べに行われる宗教、倫理、政治、芸術に関する小論発表会の団体と似たようなものである。しかしながら、このクラブは真剣なもので、実際そのように運営されている。その目的は法的議論をなすことにあり、それは可能な限り現実の法廷で為されると同様の形式性と条件に基づいて執り行われる。実のところ、パウ・ワウは「一法廷」というより「一団の諸法廷」の入念な模倣である。パウ・ワウの複雑な組織体制の習熟には骨が折れ、その細部を正確に説明すれば、読者諸君の興味を削ぐことである。しかし、その組織の本質を知るために、二、三の事実は言及に値する。第一学年の八人が高等裁判所判事に、第二学年の八人が最高裁判所判事に、第三学年の八人が上訴裁判所判事と言う風に、クラブは三法廷を選出する。これら三法廷における各段取りは、最高度の真剣さをもって行われるが、そこで目標とされ達成される目的は法廷の前でクラブのメンバーにより法的討論が行われることであるが、そうするに際し裁判官役の学生は、法廷の面前で論争を展開する弁護士役の学生よりは、その地位からより優れた法学識を有しているべきであるし、それゆえに、權威を彼らに対して有していることが期待される。そこでの議論に堅固さと真剣さをあたえるためにあらゆることがなされ

る。第一に、非常な注意を持って案件が創作されるが、それは、合意事実の陳述 an agreed statements of facts か、特別票決 special verdict か、防訴抗弁 demurrer かのいずれかの形式をとる。案件は議論中に議長役を務める人物により「裁決」“settled”されるが、彼は概して当該案件が聴聞される裁判所のすぐ上の審級裁判所の裁判官役である。クラブの会員から法廷弁護士役として二人が議論において案件の主張（ここでは常になんらかの難しい論点が提示されるのであるが）を為すべく割り当てられる。法廷弁論の一週間前に法廷弁護士役は自らの引用するであろう権威的典籍のリストを提出する。そうすることで、法廷に立ったときには裁判長役とその同僚裁判官役に当該案件のもつすべての意味合いが事前に周知され、裁判長役は法的議論を理知的に導くことが可能となるのである。⁵⁾かくして、弁論前日には大部分のクラブ会員が案件につき了解している。会員らは法的議論に徹底した批判精神で望む。法廷の面前で当案件は非常に注意深く主張が為され、各裁判官の「判決」judgement—アメリカ流に言えば、「裁判官見解」opinion—の言い渡しにより終審するが、裁判長役は一週間程度で書面での判決を提出しなければならぬ。これらすべては一聴、見戯にも聞こえようが、断じてそのようなものではない。法廷弁護士役も聴衆もみな一様に真剣である。弁護士役の方は自己の法学識と議論の巧みさで評判を得ようとしているし、聞き役の方は自身の法的批判力及び理解力を研ぎ澄まそうと来会する。その成果は極めて満足なものである。幸いに私が臨席する幸運を得た聴聞では、すべての物事が極めて秩序だつて行われた。部外者ならあたかも法廷手続きを傍聴しているかのごとく錯覚したかもしれない。実のところ、何らの特筆すべき賢明さを持った見解はそこでは何も語られることはなかったのであるが、聴衆は間違いなく関心を示していたし、そこでの法的理由付けは健全かつビジネス・ライクであった。事実、そこでの主張はもし若い法廷弁護士により為されていたら英国の裁判官たちが注意を向けるような類のものであった。これらの法的主

張を為した青年らがみな初年度の若人たちであったことを知ってはじめて、批評家にかかる一連の作業の効果を十分に認識できよう。適切な指導下で、若人たちがいかに迅速に精神の法的習慣を吸収会得するかを目の当たりにし、私は驚嘆を禁じ得なかつた。

教授陣の支持を受けているとはいえ、法学クラブが学生の創立によるのに対して、模擬法廷 the Moot Courts は大学の制度である。模擬法廷ではロー・スクール全体が招集される。一人の法学教授が裁判官役をするのに対して、概して第三学年の若者らがある法律上の難題を例えば合衆国最高裁判所に法廷弁護士が出頭した際に要求されるような方法で論ずる。合衆国全域のロー・スクールにこのような模擬法廷が存在し、彼らが法実務を開始した際に、参加することを要求されるようなあらゆる種類の議論に関して若者らを訓練すべく注意が払われている。例えば、その目的がハーヴァードに比べればより直接的に実務的であるものの優れた機関であるボストン・ロー・スクールの模擬裁判において、私は、二人の若い紳士が訴答の修正を要求するのを傍聴したことがあるが、そこでのやりとりもこれ以上ないほど良く執り行われていた。実のところ、それが法学クラブであれ模擬裁判であれ計り知れぬほどの実務的訓練を若者らは受けており、かかる経験の欠如ゆえに、いかに彼が有能で学しく豊かであっても、初めて本物の陪審員にむけ演説したり、本物の裁判官の面前で法的主張を為したりするに際してすべての英国の法廷弁護士は躊躇させられることとなる。しかしながら、法学クラブや模擬法廷が学生たちの法律問題への熱烈な関心に火をつけることと比べれば、これらの制度から得られる実務的利点などと言うものは存在しない無いも同然のものとなる。

第二のものは、ハーヴァード・ロー・レビューである。

法学クラブが討論を刺激するとすれば、レビューは研究を促進するものである。レビューにはアメリカの弁護士や

法学教授の錚々たる面々からの賞賛すべき作品が含まれている。法的思索に関心のあるすべての英国人に当レヴューは知られる一方で、かの重要な季刊學術雑誌がロー・スクールの学生により運営されているという事実を認識する英国人は殆どいないであろう。一六名から一七名からなるその編集グループに参加を認められることは上級学年の学生らの当然の目標となつている。ハーヴァード・ロー・レビューの編集作業に携わることとは、二四歳から二五歳の年齢に達し健全な法学識習得の道程をそこまで進級した第三学年の学生にとつての最高の仕事である。著名な法律家たちの指導による継続的かつ科学的な判例研究、法学クラブや模擬法廷における実習、ロー・レビュー編集における根強い努力…これらすべての手段を通じてハーヴァードの教授たちは英国及びアメリカの「生きる法」により提示される諸問題に対しての生徒の生き生きとした関心を維持している。そして、かかるごとくして、ハーヴァード・ロー・スクールの輝かしい真の成功は齎されているのである。

「ブランドイス氏^(x)は「学生の情熱」につき描写する。」ハーヴァード・ロー・スクールについてエイムズ教授は一〇年前（※一八八四年）に次のように書いている。「実際、今日、ハーヴァード・ロー・スクールに横溢する勤勉精神と情熱はハーヴァードの歴史上のいかなる時代のものといふよりも未だ過ぎた誇張には程遠い。」当時真実であつたことは少なくとも今日でも同様に真実である。学生たちは法的思考の雰囲気の中で生活をしている。彼らの法学への関心は熱病のごとく滾（たぎ）っている。ハーヴァード・ロー・スクールのある教授は自身の学生の九割は熱心に勉強していると私に告げた。ハーヴァード大学において彼らが怠惰な時間を過す⁽⁶⁾とすれば、それは自由学芸課程の時代のことである。ロー・スクールへの入学を彼らは実社会へ入る出発点ととらえている。」

では、これらを踏まえた上で、ハーヴァードの範例からオックスフォードが学ぶべき教訓は何であろうか？

『あるオックスフォード人の目から見たハーヴァード・カレッジ Harvard College by an Oxonian』^(x)による描写で私があるアメリカの大学を良く知るようになった特にわが友人バークベック・ヒル博士のような一部の観察者たちや、ハーヴァード・ロー・スクールの魅力とその生活の虜となつた私自身のような者にとつて、自然に示唆され得ると思われる結論は以下のようなものである。オックスフォードの法学教授たちは合衆国で達成された事柄に注意を払い同様のことを為すべきであり、それは彼に取り比較的容易と思われる様々な改革を通じてであり、ハーヴァード・ロー・スクールの名声に比肩しそれを共にするような制度を立ち上げるべきである⁽⁷⁾。かかる見識は、外部者からごく当然に受け入れられるものであり、それに加えて、―私は大胆にも我が批評家に保証するものであるが―それが任期制教授であれ、チューターであれ、リーダーであれ、講師であれ、オックスフォード大学教員で熱意を持ってその作品に傾注する者なら誰でも、もし可能なら、喜んで受け入れるであろうものである。しかし、それにもかかわらず、ヒル博士の理論は当然のものでありながらも、内部からアメリカや英国のロー・スクールの働きを吟味したことのある合衆国及び英国のいかなる弁護士たちにも受け入れることは出来ないものである。該当頁に指摘されていたように、両校の位置付けには根本的差異が存する。確かに、ハーヴァードにおけるロー・スクールの目的は科学的法学教育の促進であり、それはオックスフォードにおけるロー・スクールの目的でもある。しかしながら、ハーヴァードにおけるロー・スクールの目的は職業的であり、その学生は実務法曹業に向け勉学している。それに対し、オックスフォードにおけるロー・スクールの目的は、相当程度、教育的なものであり、また、そうでなければならぬ。オッ

クスフォードのロー・スクールの参加者は大学教育の課程を通過せんとする若者たちである。それゆえ、前者における努力の契機は法原則を会得し職業弁護士として成功することであるのに対して、後者における努力の契機は席次表において良い席次を取るという願望―それはまったく合法的願望ではあるのだが―である。しかるに、加うるに、職業的名声を求めて現実的学識を得ようとする願望の方が、「優等学位」the First Classを得ようとする熱望よりも、概して、遙かに強力かつ遙かに健全である。これらの差異は根源的であり、我々の願望がどんなものであるかに関わらず、見落とすこと能わざるものである。また、それらは、相当程度、その教育課程を規定するものである。例えば、ローマ法、法理学、国際法といった、高い教育的価値を有するが、一般に法廷弁護士が自身の職業的義務を遂行するには大して役に立たぬような思索的教科がハーヴァードに比べオックスフォードでは遙かに幅を聞かせている事実をこれら両者の差異は説明しよう。法廷弁護士は幸いにも大きな実務経験を得ることは確かであろうが、向こう十年間、ローマ法や国際法の知識をその解決に必要な事件に出くわすことは無いであろう。また、ここで指摘された両者の差異は、オックスフォードにおいて与えられる考査と席次表の大きな力点と、それに対して、合衆国においてそれらに与えられる比較的軽微な力点をも説明し、おおいに正当化することであろう。彼がはじめての熱心な職業的野望に駆り立てられている時に、若者に優等学位を望んだり落第を恐れて勉強するよう強制したりしむけたりしたりする必要はまったくない。自己の眼を見開いている教員ならだれでも、大学を修了し法廷弁護士事務所や事務弁護士事務所に移った多くの若者たちの勤勉さのみならず知的活力に感銘を受けることであろう。

英国の大学が法学教育に関してハーヴァードをそのまま真似ることが出来ないと言うことは、その偉大なアメリカのロー・スクールの経験がオックスフォードの我々に価値のある教訓を含んでないと言うこととはまったく別である。

ランゲデル教授により始められ、教授自身とその同僚らにより遂行されてきている実験は判例研究に適用された教義問答的システムの極めて高い価値を証するものである。ハーヴァードで追及されている教育制度に対してなんらかの批判がありうるとすれば、それはせいぜい、英国やヨーロッパ大陸諸国の大学で聴講されているような講義によりその制度がより高い程度に補填されるならば、現状よりその利点は大きなものとなるうということぐらいである。ハーヴァードの教授たちは法理論の賞賛すべき解説者であり、教理問答方式の実習に自らを限定しなければならぬ理由はなにもない。友人として加えて言うことが許されるとすれば、教授と学生間の個人的関係の存在を現在観察される以上に推し進めることさえ出来れば、ハーヴァードにおける法学教育—恐らく他学科の教育もそうであろうが—は、教育手段としての役割をより高めることが出来るであろうということである。かかる親密な個人的関係と言うものはそれ自体が学寮生活における果実とみなされるべき「オックスブリッジ」におけるチュートリアル制度の偉大なる利点なのである。かかる留保には服するものの、ハーヴァード・メソッドは、適用可能である限りにおいて、端的に賞賛に値するものである。教室で生徒が与えられた質問に口頭で解答し、講義参加前にあらかじめ各判例を注意深く準備するかぎりにおいて、これ以上に刺激的で教訓に満ちた法学教育のプランはない。また、たとえ望まれる目的を達成する困難が相当なものであろうとも、オックスフォードの学部学生が要式手続きにのつとつた法学的議論のための団体を自らのために設立することが不可能であるに違いないと言うような理由は決して何も無い。教理問答方式の拡張及び法学クラブ設立の奨励は、我らがオックスブリッジ双方の大学の熱心な法学教授団が決してその視野から見失ってはならぬものである。

第二に、アメリカの経験は、それが可能であるなら、英国におけるその教育が科学的であると同時に職業的である

法学教育の大学院課程設立の要請を明らかにするものである。オックスフォード大学の現状は、いずれにせよ、この目的を部分的に達成する手段の一つを示唆するものである。「オックスフォード大学法学部」(Jurisprudence school)に進学する学部学生の多くは極めて前途有望な生徒たちである。かれらは大学の課程を履修中で未だ学位をとっておらぬのだが、実務法曹の門戸をたたこうとしている。「市民法学士」B.C.L.に進もうとする「自由学芸学士」B.A.は、大体においてハーヴァードの学生と同じく、大学の学部課程を成功裏に修了し、まさに弁護士になろうとする者たちである。市民法学士試験は、我が友人たるブライス氏とホランド教授の努力により、賞賛すべきものとなっている。市民法学士に取得に向ける人々は、法原則習熟のために真剣に傾注する学生に対し推薦可能たるべく、健全な法学識の基礎形成にむけ入念に計画付けられた、その教育課程に従事することとなる。オックスフォード大に関する限り、当該教育課程の一つある欠陥は、市民法学士に取得に熱意を持つ彼らは、「弁護士事務所でのリーディング」の必要から、めったにオックスフォードに留まらず、それゆえ、そうでなければ可能であったように、真摯な大学院教育の対象となることが可能な学生の一団を形成し得ないということである。ゆえに、オックスフォードの全教授は、B.C.L.学位に向け勉強に励む学生をしてオックスフォードにおける彼らの研究をせめて一年でも継続させるようにしむけることが出来るかを慎重に考慮せねばならない。いずれにせよ、将来、ロンドンに法的大学(university)が設置された暁には、コモン・ローの実務法曹業開始条件としてのあらゆる試験をB.C.L.学位保持者には免除させるべきだとの要求―かかる要求の認知の対しては既に我々は十分な合理的かつ倫理的権利を有しているのであるが―を実現することが期待出来るよう。しかし、かかる成果は我々自身の努力によっては到達不可能なもので、オックスフォード大にとりより直近の問題は、他大学で自由学芸教育を受けた人間の多くはオックスフォードでのB.C.L.学位取得を高く評価すること

あろうが、我々の制度の小手先の改革では、彼らがオックスフォードにとどまり研究するように誘致できないということである。しかし、ここはこの問題を詳細に議論する機会ではなからう。少なくともここで確実に主張し得る事は、オックスフォード大学とその教授陣は、B.C.L. 学位取得のための研究を支援すべくあらゆる手段を講ずるべきであり、そうすることにより、各自の大学の学部課程を修了した学生による真摯な法学研究の場を、可能であるならば、オックスフォードに作るべきということだけである。

しかしながら、このハーヴァードにおける経験が齎す最良の成果は、この経験が、英国法を真摯に教育しようとするすべての者にとり大きな励みになるということである。ハーヴァードでの経験から、良好な条件下では、英国法は大学の教授及び教員らによつて限らない成功と共に教えることが可能であるということを我々は知る。また、この問題を公平に考慮するならば、我々オックスフォード法学部の学生数がハーヴァードより少なく、ハーヴァード・ロー・スクールほどは成功していないという事実も、なんら気落ちする真の理由にはならぬ。私が主張したように、英国及び合衆国でコモン・ローが基礎的諸条件は異なっており、我々はみな我が英国の学識の場においてコモン・ロー研究の意欲的再生が為されたのがいかにほんの最近であるかを失れがちである。興味深いパラドックスにより、コモン・ロー研究の再生では英国よりアメリカの方が古いのである。大西洋の向こう側アメリカにおいてはコモン・ロー研究の再生は少なくともストーリーの時代にまでは遡る。もし、ブラックストンの後に「注釈者(※ブラックストンの異名)」同様の名声と熱意を持った一連の後継者が続いているれば、今ごろ英国の状況はアメリカの現状とほぼ同じであつたことであろう。しかし、そうであつたとしても、この三十年少しの期間で英国で為された改革は偉大なものである。かかる期間のうちに、オックスフォードとケンブリッジにおけるコモン・ロー教育は現実のものとなり、今で

は大学生生活の重要な一部となっている。そこにおける大学教授たちのエネルギーは、もつとも懸命なことに各理論的初等教科書 institutional works の改善へと向けられることとなった。ポロックとメイトランドによりはじめられた記念碑的作品『英国法の歴史』や、デイグビー『物的財産権法の歴史』、ホランド『法理学』、モイル版『ユ帝法学提要』などの各書―それらの長所は英国のみならず合衆国全土にわたって知られるところであるが―は、コモン・ローを英国文学の一部とせんとする活動の表徴である。これは時代精神を反映している。ハーヴァード大学の歴史は結局のところかかる時代精神の影響を証明するものである。英国におけるロー・スクールはアメリカのロー・スクールのそのままの写しとはなり得ぬが、オックスフォードにおける真摯な学生が、ハーヴァードにおける最良の学生同様、コモン・ロー教育の真の目的を達成し、「法的思索の雰囲気の中で生活する」よう教わることが出来ぬ理由などというものは決して何も存しない。

了

原注

(1) ハーヴァード・ロー・スクールの学生により追及される研究というものは、ある非常に傑出した生徒により遂行された学習課程の短い要覧を与えることにより恐らく最もよく理解されるであろう。

第一次

- (1) 契約法 (2) 不法行為法 (3) 物権法 (物的及び人的財産権…地主と借主の関係、等) (4) 刑事法 (5) コモン・ローにおける民事手続法

第二年次

- (1) 証拠法 (2) 物権法 (物権移転・遺言及び遺言執行人、等) (3) 手形小切手法 (4) 信託 (5) 衡平法の管轄権
及びその手続法 (改革前の英国の大法官府裁判所における手続法等)

第三年次

- (1) 憲法 (2) 会社法 (3) 協同組合法 (4) 物権法 (封建条件付物権・永久保持禁止原則、等) (5) 衡平法、その
管轄権と手続き法 (特定履行等)

(2) この問題について徹底して良く情報を持っているある私の友人はハーヴァードからの私宛の手紙の中で次のように述べた。「我々の優等を取った生徒たちはその法的问题を扱う能力ゆえに好ましい人材として認識され、概して、最初は給料の安い「職掌・職業上の地位」(offices)をまず確保する。私は毎年ボストン、ニューヨーク、シカゴなどの都市の弁護士から私が彼らの事務所での「職業上の地位」(office)に推薦できる「優等で cum laude (※ラテン語「賞賛とともに」の意味)」「卒業しそうな人間の名前を教えてほしいという手紙を受け取るのである。そのような「優等卒業生」は一クラスの八分の一から五分の一を占める。」

(3) ラングデル教授の記念演説『ハーバード・カレッジ創立二五〇周年記念祝典記録一八八六年一月五日から八日』、八四―八六頁。(※原テキストではTwo hundredのTwoが飛んでおり一五〇周年記念になっているが誤り。)

(4) かかる推測はソリシター事務所と似ている弁護士事務所 Lawyer's office におけるリーディングが、一流バリスターの事務所 chambers におけるリーディングや (学生らにとつて大いなる損失であることに今日では不可能となってしまった) 特別訴答人の事務所におけるリーディングとは知的な同等物ではないという事実により危殆化されるかもしれない。

(5) 模擬裁判の一例。ストーリー対タウゼント事件 ストーリーは一画の土地を保有していたが、タウゼントはその土地の権原を彼の友人たるイートンが取得することを望んで、ストーリーが同地をイートンに引き渡すことを条件として、ストーリーに対し千ドルを支払うむね合意した。契約両当事者は履行を約束した。合理的期間経過の後、ストーリーは同地の執行及び引き渡しを申し出たのであるが、タウゼントはストーリーを引き渡し義務から開放した上で、千ドルの支払いを拒絶した。そ

れに対し、ストーリーは契約不履行に基づく損害賠償訴訟を提起した。

(6) Birkbeck Hill, *Harvard College by an Oxonian* (1894), p. 261.

(7) *Harvard College by an Oxonian*, pp. 246, 265.

訳注

(i) 後に明らかになるように、当論文は英国において英国のオックスフォード大学における人間の目線でハーヴァード大学ロー・スクールにおける法学教育の成功の秘訣を分析すべく書かれているので「大西洋の向こう側」とはこの文脈では英国ではなくアメリカのことである。

(ii) *endowment* は *endow* 寄付する・贈与するという動詞の名詞形であるが、寄付行為によって創出された基金もしくは財団も含意する。現実のヴァイナー教授位の設定は信託設定により行われたようである。ゆえに、具体的には「信託基金」の事である。

(iii) ダイシー自身の所属しそのメンバーでもあったオックスフォード大学オール・ソールズ・カレッジのこと。

(iv) デーン教授位はハーヴァードの卒業生ナーサン・デーンの寄付により設置された教授位。

(v) 実際に現在に至るまでオックスフォード大学に存在しているのは「法科大学院」と訳されるロー・スクールではなく「法学部」の方であるが、ダイシーのアメリカに対する異常な愛情が、オックスフォードとハーヴァードを等値化させそう呼ばせたのであろう。もともと、今日のオックスフォードでも、正式でないカジュアルな名称として、オックスフォード・ロー・スクールと自称することもある。

(vi) 小山貞夫『英米法律語辞典』の訳語による。

(vii) *The Reports* は定冠詞付きで通常、クック『判例集』をいうが、一九世紀のこの文脈では近代判例集を意味した可能性もあり不明。アメリカの判例集である可能性も文脈上あり得る。

- (viii) ここでダイシーが言及しているウイリアムズ対カワディン事件 *Williams v. Carwardine* [1833] EWHC KB J44⁴⁷、一八三三年に出された有名な契約法に関する判例である。
- (ix) *Pow Wow* パウワウはアメリカインディアンの言葉で呪術師を元来意味したが、今日では族長会議など現実の重要な会議を除く、歌や踊りを含むインディアンの交歓会やお祭りのようなもので外部者でも誰でも参加できるものをさす。ここで言及されるハーヴァード・ロー・スクールでのパウワウは一八七〇年代から一九三〇年代にまでかけ存在したインディアンの族長会議に引っかけた学生用の法学討論クラブである。学生らしい冗談であるが、今日かかる名称を使用すれば人種差別の謗りをまぬがれぬであろう。
- (x) ルイス・デンビッツ・ブランダイス *Louis Dembitz Brandeis* (November 13, 1856 - October 5, 1941) は、ボヘミアから移住したユダヤ人の両親の間にケッタッキー州ルイスビルで生まれたユダヤ系アメリカ人。ハーヴァード・ロー・スクールの卒業したのちに、ボストンに法律会社を設立。一八九〇年代を中心にハーヴァード・ロー・レビューで初めて「プライバシー権」を提唱したことも有名。社会主義法的な概念も唱え、大企業による独占や大量消費への反対、労働法の違憲性の主張など様々な社会主義運動を、法曹活動を通じて推進した運動家でもあった。ブランダイス・ブリーフという趣意書の形式を発明したことでも有名。ホームズとも親友であり、ハーヴァードで教鞭をとった。急進派の両者 *Great Dissenter* 「偉大なる反対者」として令名を博した。一九一六年にウイルソン大統領との関係を構築したのは一八一六年から一八三九年まで合衆国最高裁判所陪席判事を務めニューディール政策を支持する判決を出しつづけた。晩年は、ルーズベルト大統領（一九三三―四五）の非公式顧問として影響力を維持した。アメリカ国内では人道的運動に尽力した一方で、パレスチナに侵略・入植しユダヤ人国家イスラエルを建設するシオニズム運動のアメリカにおける中心的指導者でもあった。
- (xi) この場合のカレッジはオクスブリッジの学寮ではなく、アメリカ特有の総合大学 *university* 内の単科大学たるカレッジを含意し、ハーヴァード大学内のハーヴァード・ロー・スクールのことを指す。
- (xii) 現在でもオックスフォード大学及びケンブリッジ大学では、学部及び大学院の学生一人一人に教授が三〇分から一時間ほど定期的に個人的指導を与える「チュートリアル制度」 *tutorial system* という非常に贅沢な教育制度が機能している。訳者の

一人も長年お世話になった制度であり、内実を知るとは外部からは困難であるのでこの機会の説明をお許しいただきたい。「学寮生活の成果」とダイシーに言われるのは、オックスブリッジでの学生はたいがい親元を離れて「学寮」とも訳される各「カレッジ」に寄宿しており、彼らの生活指導やケアも含めて、多くは、教授自身の起居するカレッジの私室で研究指導を受けるからである。多くの場合、そこで師弟関係が形成される。学部生に対してもこのような手間をかけた指導が行われるが、教授自身も優秀な若者たちとの対話から知的刺激を受けることが多い制度だとされる。オックスブリッジ以外に現代の英国大学にはチューター制度は存在せず、個人的にはこの制度が維持されているのは、英国アカデミズムが貴族主義的な身分社会であることの名残で外国ではかかる贅沢な制度の実施は不可能であろうとも感じている。ダイシーはオックスフォードの誇るこのチューター制度をハーヴァードの制度に勝るものと胸を張っているのである。ハーヴァードでの教授と学生の関係は、師弟関係というより、昔から良くも悪くもビジネス・ライクであったようである。その点がダイシーは少し物足りなかつたのであろう。

(xiii) オックスフォード大学法学部の正式名称。

(xiv) 「法的大学」と翻訳した原文は legal university でありダイシーの意図せんとした内実は不明。ロンドンにそのようなものを要求したのは、当時のコモン・ロー法実務はロンドンを中心としていたからである。既にペンサムの設立したロンドン大学 UCL 法学部において一九世紀前半にそのような試みがおこなわれ成功したことは周知の事実だが、ダイシーからは一貫してペンサムの設立による UCL の活動は無視されている。現在では高等法院の近くの the Strand にあるロンドン大学連合のキングス・カレッジが法廷弁護始業を兼務する QC の称号を持つ大学教授を多数擁し、比較的法実務に密着した教育をしている。

解釈か、改憲か？ドイツでは誰が基本法（憲法）を支配するか

小林 宏 辰

問題提起

ドイツでは、第二次世界大戦後の占領時代の状況を引きずって、憲法 (Verfassung) が未だに基本法 (Grundgesetz) と呼ばれている。現在憲法理論の中で問題とされているもの一つに「法律国家から裁判官 (判例) 国家へ」との認識がある。何故なら、連邦憲法裁判所がその管轄を逸脱しているのではないかと懸念が生じているからである。つまり具体的には、連邦憲法裁判所が基本法 (憲法) を保護・維持する代わりに、専断的に改正しているのではないかと疑われているからである。

周知の如く、憲法改正権限は、立法者のみに与えられている。連邦憲法裁判所の上記の傾向を問題視した識者の一人がコンスタンツ大学定年法学教授ベルント・リュターズ⁽¹⁾である。氏はその見解を二〇一三年一〇月フランクフルター・アルゲマイネ (FAZ) 紙に発表した。氏の論旨を紹介し、氏が批判する連邦憲法裁判所第二法廷の二〇一三年五月七日付判決を吟味し、両者の対立点を対比しながら、この問題の論点を分析し、同時に日本の最高裁の最近の判例への示唆も試みたい。

本稿では、EU法適用諸国における同性婚の扱いの比

較法的考察も連邦憲法裁判所の(憲法改正と憲法変遷に
関わる)一般の権限に対する一般的考察も検討対象とは
せず、対象を専ら連邦憲法裁判所第二法廷の二〇一三年
五月七日付判決とリュターズ教授の論考に限定したい。

なお本稿の「見出し」は、リュターズ論文のそれでも、
連邦憲法裁判所のそれでもなく、筆者が内容を勘案して
表示した事実を指摘したい。従って詳しくは、「註」を
通し、原文を指針としてチェックされたい。

I. リュターズの論点…

1. ドイツ連邦憲法裁判所の機能…

連邦憲法裁判所は、ドイツの争いある憲法問題につい
て最終審として決定し、しかもその判決を以て基本法の
内容を連邦及び諸ラントの全ての憲法諸機関、全ての裁
判所ならびに諸官庁に対して拘束的に確定する(基本法
第九三条及び連邦憲法裁判所法第三一条第一項)。

つまりドイツでは憲法が基本法からのみならず、本質
的部分において連邦憲法裁判所の「裁判官法(判例法)」
から成っていると理解されている。²⁾

2. 基本法の永続規定…

そこから生ずる問いとして、リュターズは、「憲法判
例法に対する法的限界が存在するのか、そして何処にそ
れが存在するのか?」との自問を提示する。

曰く、一般的に諸憲法は、憲法制定権者によって信賴
における法的枠組みを長期にわたって保障する意図を以
て制定されている。基本法は第七九条の中で、一定の中
核領域(第一条と第二〇条)の改正を排除する言わば永
久条項を内包している。しかもこれに加え、許される憲
法改正でも連邦議会と連邦参議院の定数の三分の二の多
数を通して困難化されている。³⁾

ここでは改正不可能な「永久条項」と改正困難条項が
並列的に提示される。

3. 基本法の継続形成と補足の為の常設機関としての 連邦憲法裁判所…

他方現代社会は、あらゆる生活領域において急激に変
化している。その事は、生活状況(テクノロジ、経済
的・社会的諸構造)及び価値観にも該当する。この状況

は、基本法がその成立以来二〇〇九年までに五七回改正・補足されると言う結果をもたらしている。

しかしながら、リユターズによれば、この事によつて、実際の憲法改正の実数が把握されている事にはならない。

曰く、多くの大小の変革は、管轄諸機関によつてそれ自体として認識されないか、あるいは、公の意識に現れなかった。このように、例えば連邦最高諸裁判所の規範設定の拡大ならびにこれと結びついたドイツ国家の法律国家から判例国家への争われ得ない暗黙の変遷が見られる事になる。連邦憲法裁判所は、自らの法的管轄の確認に際して、的確にも自身を基本法の継続形成と補足を目的とする常設機関と理解している。^④

ここでは、連邦最高諸裁判所、とりわけ判例法の育成における連邦憲法裁判所の卓越した権限・業績が強調されている。

4. 裁判官による法の継続形成は不可避かつ正当な永続的任務…

裁判官による法の不可避な継続形成は、リユターズに

よれば、司法の正当な永続的任務である。

曰く、基本法の短い文章に鑑みて、憲法においても確認（定）が不可欠である事は疑いが無い。判例法は我々の運命そのものなのだ。憲法適合的秩序における権力構造に対する卓越した帰結故に、この事実に対する高い関心が不可欠である。^⑤

ここでは、憲法条文の確認作業の不可欠性とそれに関連する権力構造への関心の不可欠性が強調されている。

5. 継続形成と憲法改正との間の境界が不明確…

しかし問題は、リユターズによれば、裁判官による憲法の継続形成と憲法改正との間の境界が不明確な事実にある。

曰く、連邦憲法裁判所の判決に際しては、憲法制定権者によつて規定されなかったか、あるいは規定されなかった諸問題における基本法の（不可欠な）継続形成を目的とする決定と連邦憲法裁判所が基本法の中で規定された価値基準から離れるか、あるいは、これらの価値基準を他の価値基準に替える、つまり憲法を変える決定と

を区別しなければならぬ。この区別は、基本法内容の支配に対して根本的意味を有する。⁶⁾

ここでは、憲法の継続形成と憲法改正の概念的区別の必要性が強調される。

6. 基本法第二〇条と第七九条

出発点は、基本法第二〇条の諸原則である。

- (1) ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的連邦国家である。
- (2) 全ての国家権力は人民から発せられる。この権力は、人民によって、選挙と投票を通して行使される。
- (3) 立法者は、憲法適合的規定に、執行権力及び裁判は、法律と法に拘束される。

憲法改正は基本法第七九条に完結的に規定されている。

- (1) 基本法は、基本法の語句を明示的に変更あるいは補足する法律を通してのみ改正できる。
- (2) この様な法律は、連邦議会の定数の三分の二、及び連邦参議院の票数の三分の二の賛同を必要とする。

- (3) 連邦の諸ラントによる構成、立法に於ける諸ラントの原則的協働、あるいは、第一条及び第二〇条に規定される諸原則に触れる基本法の改正は許されない。⁷⁾

7. 基本法は連邦憲法裁判所の基本法改正権限を排除

つまりリユターズによれば、基本法は、基本法改正への連邦憲法裁判所の権限を排除している。その事は、憲法制定権者の一致した見解に合致している。

曰く、連邦憲法裁判所は、憲法の自律的改正ではなく、憲法の保護を目的とする国家機関なのである。これに反対する見解は、基本法第七九条の明白な語句ならびに基本目的を無視せざるを得ないことになる。

連邦憲法裁判所による憲法改正に対する更なる極めて高い制限は、基本法第七九条第三項である。この規定によれば、「立法に於ける諸ラントの原則的協働、あるいは、第一条及び第二〇条に規定される諸原則に触れる」あらゆる基本法の改正は許されない。連邦憲法裁判所による、憲法改正には諸ラントが参加していないのだ。⁸⁾

ここでは、連邦憲法裁判所が憲法の改正ではなく、憲

法の保護を目的とする国家機関である事が確認され、更に憲法改正への諸ラントの参加義務も指摘されている。

8. 憲法規範設定権の限界…

連邦憲法裁判所の自律的憲法規範設定権限の限界について、リユターズは、既に過去に、新たな「諸基本権」に付いての一連の諸判決に際して活発に論議されたと述べる。

曰く、それらは、情報上の自決権、個人的名誉の保護（基本法第五条第二項）ならびに婚姻と家族の他の共同体形態との同置（基本法第六条第一項）の問題であった。この為の切っ掛けを与えたものは、制定された諸法律の憲法適合性に限定せず、将来制定されるべき諸法律の内容をもあらかじめ規定する諸判決であった。真剣に遂行された論議の背景にある中核問題は、「憲法の保護者としての連邦憲法裁判所が基本法改正の権限を有するか？」である。

ここでは連邦憲法裁判所の権限拡大の実践に付いての懸念が表明されている。従って、中核問題として憲法の

保護者たる裁判所の憲法改正権限問題が提示されている。

9. 憲法裁判所判事の宣誓形式…

そこでリユターズは、以下の憲法裁判所判事の宣誓形式「私は、公正な判事として常にドイツ連邦共和国の基本法を忠実に守り、かつ全ての人々に対する私の判事としての義務を良心に従って遂行する事を誓う。神の御加護あらん事を！」を提示し、「基本法の維持は、この裁判所の管轄を根拠付け、しかも限定する。」と結論付け、更にその若干の諸判決に対して、不断に以下の問いが呈示された事実を強調する。

「この裁判所は未だ現状に留まるのか、あるいは、裁判官による憲法改正を通して憲法の支配者になるのか？」

曰く、四人の国法学者が、この裁判所の創立六〇周年記念論文集の中でこの裁判所に以下のタイトルを与えた。「限定を越えた裁判所…六〇年後の批判的総括」。このタイトルは、この裁判所の限定逸脱問題、つまり自らの管轄限定違反の問題が益々ドイツの国法学者達の関心事となつている事実を追認している。新たな諸論文の多くが

このテーマの現実性と衝撃性を証明している。¹⁰⁾

ここでは、連邦憲法裁判所の憲法改正行為に基づく憲法の支配者となる傾向に対して危惧が表明され、この傾向に対する著名な国法学者の批判の事実も提示されている。

10. 二〇一三年五月七日付連邦憲法裁判所第二法廷判決…

連邦憲法裁判所第二法廷の二〇一三年五月七日付ホモペアの為の「夫婦合算課税適用判決」は、リユターズによれば、再びこの論議を先鋭化した。

曰く、事物の明確化の為に言うならば、ここでは、管轄問題が重要なのであって、事物内容（婚姻と同性婚の平等）でも、これに付いての裁判所の決定が重要なのではない。婚姻と同性婚の平等化の公共体に対する望ましさ、合目的性ならびに予測される帰結に付いて、人は、宗教的、世界観的及び社会政策的な事前理解からして、異なった見解を持ち得る。¹¹⁾

11. 政治的形成・規範設定権力者は議会か、連邦憲法裁判所か？

更にリユターズは、ここで重要な中心問題として、「誰が民主的法治国家において政治的形成・規範設定権力を有しているのか？議会か、あるいは連邦憲法裁判所か？具体的には…裁判所のこの決議は、基本法を「解釈した」のか、あるいは変えたのか？これまでの憲法状況と反対に、同性ペアの生活共同体の「婚姻と家族」との完全な平等化を憲法的拘束効果を伴って命令する事が裁判所の権限に所属するのか？」と自問する。¹²⁾

12. 憲法内容の変更の先例…

この根本問題はリユターズにとって、新しい事項ではない。曰く、この事は既に、人格保護と名誉保護に関する裁判所の判決で示され、しかも強く批判された。基本法は、その第五条第二項で「個人的名誉の権利」と規定している。この基本権は、諸判決の帰結の中で、裁判所の言語慣用からほぼ消え去り、しかも一般的人格権と言う明確な法概念の中に埋没した。「兵士は殺人者」判決、十

字架判決ならびに絵の中に呈示され、しかも憲法裁判所判事によって「芸術」と評価され、かつ保護された「連邦国旗への小水かけ行為」に関する判決裁判所の管轄限界に該当する。

また変化する時代精神に沿って裁判官が実行した憲法内容の変更の更なる用例は、刑法上の強制（刑法第二四〇条）の検査の枠内に於ける「座り込み」に関する判決が提供している。「暴力」概念の裁判官による変更と八〇年にわたる判決伝統からの離反は、第一法廷における僅か一票の多数によって行われた¹³。

ここでは、憲法内容変更の用例として、一連の判例が挙げられている。

13. 婚姻者と同性生活パートナーとの不平等扱いは一般的平等規定と相容れないか

更にリユターズは、憲法政策的形成効果の用例として、基本法第六条第一項に関する二〇一三年五月七日付判決を挙げる。

曰く、この判決によれば、婚姻者と同性生活パート

ナーとの不平等な扱いは、基本法第三条第一項の一般的平等規定と相容れない。基本法第六条第一項における婚姻と家族の特別保護は、これによって、広がっている見解によれば、「古臭い」と宣言され、「裁判所の判決により廃止され」、しかも「屑物」となったのだ。¹⁴

14. 第二法廷は憲法制定権者の意図を無視

自らの判決を根拠として、第二法廷は以下の様に述べる。

婚姻と家族の特別保護は全く侵害されていない。これは、婚姻と家族への他のパートナーシップ（同性婚）モデルの適応が行われたに過ぎない。

法廷の上記の主張に対し、リユターズは以下の様に反論する。

法廷は、憲法制定権者が婚姻と他のパートナーシップ・モデルとの正にこの適応を、自らの観点からして、社会と国家の維持の為に婚姻と家族の唯一かつ不動の意義故に、排除しようとした事実を無視しているのだ。基本法第六条の成立に関わる憲法制定審議会の議事録を見たらば、あらゆる疑念が排除されたはずである。¹⁵

婚姻と家族への他のパートナーシップ(同性婚)モデルの適応可能性に關し、第二法廷は、これを肯定し、リユターズは否定する。

15. 第二法廷の根拠は一般的平等条項…しかし平等とは？

リユターズは更に、裁判所の根拠付けが一般的平等規定に基づいているが、しかしこれは、同じ事項が同じく扱われる場合にのみ説得的であると主張する。

曰く、平等規定の適用に際しては、「平等」概念が「理性」と同様に——不可避的に、利用者とその基準の世界観的(イデオロギー的)予備理解を含んでいゝる事実を考慮しなければならぬ。その事は既にグスタフ・ラートブルッフが的確に記述している。^{15a} 決定的問題は以下の通りである。如何なる価値評価の下で何が「同じ」で、何が「同じでない」のか？平等もしくはは差別に關する判定は、何時でも、世界観的に事前刻印された諸基準下の既存の不平等の抽象化である。「平等」問題の爲の決定的点は、憲法制定権者が一九四九年「婚姻と家族が国家秩序の特別の保護下に置かれなければならぬ

い」と確定した事実である。¹⁶

ここでは、平等規定の適用に際して、同じ事項が同じく扱われる場合にのみ説得的であるとされ、更に、「平等」概念が利用者とその基準の世界観的(イデオロギー的)予備理解を含んでいゝる事実を考慮しなければならぬいと指摘され、しかも。「平等」問題の決定的点として、憲法制定権者が一九四九年「婚姻と家族が国家秩序の特別の保護下に置かれなければならぬ」と確定した事実が指摘されている。

16. 婚姻の「特別保護」は一般的平等規定による均等化を許さない…

つまり婚姻と家族は、リユターズによれば、憲法制定権者の評価の中で、同性の生活共同体に対して、根本的に異なっている(つまり同じではない)のである。

曰く、婚姻の「特別保護」は、勘違いされた「より高い」一般的平等規定の援用を通して均等化されてはならないのだ。その反対が基本法第六条第一項で明示的に規定されているので、連邦憲法裁判所に対しても、自らの

判例により、たとえ平等規定を超法的自然法のレベルに高めようとしても、その均等化は、禁じられているのだ。敢えてこれをしようとする者は、憲法を改正しなければならぬ。一般的平等規定は、たとえば裁判所が平等の可変的内容を遷した時代精神に向けようとも、基本法第七九条の変更を目的とする一般的投入可能な闘争条項ではない¹⁷⁾。

ここでは、「同じでない」事項に、たとえば法廷であっても、安易に平等条項が適用できない点が強調されている。敢えて平等条項を適用しようとする場合には、憲法条項の改正が必要とされると看做されている。

17. 婚姻保護条項の規範目的は？

リユターズによれば、基本法第六条第一項の保障内容の適切な解釈には、基本法の始祖（制定者）達によって一致して確認されたように、先ずはこの規定の内容と立法によって追求される規範目的が問われる事が所属したはずである。

曰く、一九四九年に支配した社会的確信ならびに家族

法及び刑法規定に鑑み、婚姻と家族の同性生活共同体との急進的で完全な同置が可能と考えられるとか、あるいは意図されたとする事は、考え難いばかりか不適當である¹⁸⁾。

ここでは憲法制定権者の本来的意図が規範目的として提示されている。つまり婚姻と家族の同性生活共同体との完全な同置が不適切であったとされたのだ。

18. 法比較及び法史の概観・国連の関連諸宣言

更にリユターズは、法比較及び法史の概観も有用であるとして、国連の以下の関連諸宣言「家族は社会の自然的基本単位である。」「家族は社会の自然的中核細胞である。」を挙げ、以下の様に結論付ける。

曰く、連邦憲法裁判所は、その決定を以て、基本法第六条第一項の本来的基本目的から離れている。しかし正にこの目的こそが、あらゆる方法に対応する憲法解釈の放棄できない出発点なのである。裁判所は婚姻と家族の優先的保障を除去してしまったのである¹⁹⁾。

国連が家族を「社会の自然的の基本単位、自然的中核細胞」と指摘しているにもかかわらず、法廷判決が基本法第六条第一項の本来的基本目的から離反している事実が指摘されている。

19. 裁判所は『憲法の保護者』の地位から離れている…

リユターズは、連邦憲法裁判所が「憲法の保護者」としての機能を個別ケースにおいてばかりか、役割変更の意味で、益々変更し、且つこれから離れていると主張する。

曰く、裁判所は、憲法を社会的変革のエンジンとして判例法的に「柔軟化し」、変形し、しかも基本法的諸保障を古臭い（時代錯誤）と宣言し続けている。この様に連邦憲法裁判所は、憲法の保護者から、基本法で予定されていない憲法変更機関となっている。しかもこの決定は、憲法的序列を伴って判例法的に命じられた婚姻と同性婚の同置なのだ。憲法裁判所自体あるいは立法機関の憲法改正多数のみがこの状況を変更できるのだが。²⁰

ここでは、裁判所が、「憲法の保護者」としての機能

から離反し、憲法を判例法的に「柔軟化」し、婚姻と同性婚とを同置する事によって、憲法変更機関と化していると主張されている。

20. 憲法の規範目的、規定目標及び制度保障の無視は

許されない…

この指摘はリユターズによれば、婚姻と家族ならびに同性の生活共同体をそれぞれの憲法秩序及び法秩序の限界内で相互に接近させるか、あるいは同置する事が立法者あるいは憲法制定権者に禁じられている事を意味するのではなく、憲法の規範目的、規定目標及び制度保障を無視する事、つまり基本法を自律的に判例法的に変更する事が、その判決の枠内で連邦憲法裁判所に帰属するか否かの問題に他ならないのだ。

曰く、この配慮なしに憲法改正における権力移行を目的として行われた『戦闘条項』としての平等原則の適用は、その時々々の時代精神の変更的解釈に任意に規範効果を付与する危険を含むのだ。このようにして投入された平等概念は、意図すると否とに関わらず、それぞれの解釈者の世界観的事前理解を実現する事になる。²¹

ここでは、憲法の規範目的、規定目標及び制度保障への配慮を無視した、「闘争条項」としての平等原則の安易な適用が、解釈者（法廷）の世界観的事前理解を実現する危険を孕む事になると警告されている。

21. 時代精神に満ちた「平等」の可変的イデオロギー

への従属が問題…

リユターズによれば、この種の決定資料の中核では、いかなる方式で社会構造、行動方式及び価値観が憲法秩序の内容に影響すべきかが重要である。

曰く、平等規定による根拠付けは、以下の中核問題を隠ぺいする。つまり裁判所が目標とする「婚姻と家族」の同性的生活共同体との広範囲な同置の結果が、疑念のある「事実の規範力」の原則か、あるいは同様に問題のある、勘違いされた「イデオロギーの規範力」のフィクション、つまり、その時々々の時代精神の意味における「平等」の可変的イデオロギーに従う事になるのだ。法廷によって行われた基本法の解釈変更（基本法第六条第一項及び第三条第一項）は、並行する内容の本来的規範目的から離れた設定を通して基本概念たる「婚姻及び家

族」に到達したのだ。法基本諸概念のこのような解釈変更は、近年のドイツ法史における警告的「モデル」に他ならない。²²⁾

ここでは、平等規定による根拠付けは、裁判所が目標とする「婚姻と家族」の同性的生活共同体との広範囲な同置の結果が、「事実の規範力」の原則か、あるいは「イデオロギーの規範力」のフィクション、つまり、その時々々の時代精神の意味における「平等」の可変的イデオロギーに従う事になると言う中核問題を隠ぺいする危険を孕む事が指摘されている。

22. 差別とは？…

リユターズによれば、婚姻と同性婚の同置に対する法廷の主根拠は、異なった扱いが、その性傾向を理由とする同性生活パートナーの差別にあるとするその見解である。

しかしながら差別は、リユターズによれば、婚姻と同性生活共同体が本質的諸点に於いて異なっている場合には、除外される。

曰く、これに加え、事実的にも、又社会的意識に於いても子供はドイツでは今日に至るまで多数は婚姻から生じている事実が確認されなければならない。同性婚からは、いずれにせよ子供は期待できない。この事実を連邦憲法裁判所も変える事ができない。この根本的生物学的不相違は、そこに基本法第六条第一項の主根拠と国家側からの婚姻及び家族に対する財政的優遇措置の正当化を認めるべきか否かを検査するきっかけを裁判所に与え得るし、しかも与えなければならぬはずであった。この相違の比重は、指摘された憲法条文と国際法的諸規範にも反映されている。⁽²³⁾

ここでは、婚姻と同性的生活共同体が本質的諸点に於いて異なっている場合には差別が除外される旨が指摘され、更に婚姻内部に於ける子供の存在、つまり婚姻と同性婚間の生物学的相違も指摘され、異なる対象の異なる扱いが正当化されている。

23. 憲法的唯一重要問題は「誰が憲法を支配しているか？」だ..

そこでリユターズは、最後に、憲法的重要問題として、「誰が憲法を支配しているか？」との問いを発する。

曰く、問題となっている判決の中で、基本法は維持されず、変更されている。この事実は、ランダウ判事とケッサル・ヴルフ判事の反対意見の中で確認される。つまり法廷は、「この為に唯一正当な立法者に代って自らの見解を設定している。社会的変遷を取り入れ、評価し、しかも場合によってこの為の法的形体を用意する事は、立法者の事項であって、憲法裁判所の事項ではあり得ない。」⁽²⁴⁾

結論として、「社会的変遷を取り入れ、評価し、しかも場合によってこの為の法的形体を用意する事は、立法者の(管轄)事項であって、憲法裁判所の事項ではあり得ない」にもかかわらず、連邦憲法裁判所第二法廷は、その判決の中で、自らの見解を設定し、基本法の変更を行い、結果的に、憲法を支配していると主張されている。

24. 裁判官は本業に徹すべき

付加的注目の対象としてリユターズは、最近しばしば手続きの外側における将来の諸決定に関する裁判所判事の注釈あるいは予測を挙げる。

曰く、ランメルト・ドイツ連邦議会議長は、これに関連して、「基本法の解釈を越える連邦憲法裁判所の形成渴望が存在している様な」印象を受けると述べている。この裁判所の判事がその判決に付いて、専ら判決と反対意見に限定し、手続きの外側で、記者会見、専門誌、あるいは「背景対話」の中で発言しない方が裁判所の威信を高める事になる。この裁判所が自らを基本法の変更要素と誤解するならば、時代精神を指向するジャーナリストを歓喜させるかもしれないが、これによって憲法の保護者としての任務には失敗する事になる。²⁵⁾

「裁判官は本業に徹すべき」とするリユターズの主張は、誠にその通りであり、コメントの必要が認められない。

以下、リユターズの批判対象とされている、連邦憲法裁判所第二法廷の二〇一三年五月七日付判決自体の検討

を試みよう。

II. 連邦憲法裁判所第二法廷の判例

はじめに

二〇一三年五月七日連邦憲法裁判所第二法廷は、合算課税方式における婚姻と登録済生活パートナー（いわゆる同性婚）間の不平等な扱いを憲法違反と判定した。²⁶⁾ 連立与党の自由民主党（FDP）は、キリスト教民主・社会同盟への厳しい警告であると述べた。何故ならドイツの諸政党の中で、与党キリスト教民主・社会同盟のみが婚姻といわゆる同性婚の税制上の完全平等に反対していたからである。²⁷⁾

登録済生活パートナー関係にある同性婚も合算課税の受益者となるべきだと言うのが第二法廷の結論である。従って、婚姻と登録済生活パートナー関係の不平等な扱いが違憲とされたのである。

判決の根拠として、第二法廷は、性的性向を根拠とする不平等な扱いが基本法の平等条項に違反するとした。

法廷は更に、この違憲法律が二〇〇一年八月一日まで遡及して改正される事を要求した。しかも法廷は、夫婦の為の合算課税規定（夫婦の収入を合算して二分した額に課税）が新たな規定が成立するまでの間、過渡的に登録済パートナー関係（いわゆる同性婚）にも適用されるとした。これによって、第二法廷は、税法に於いて、婚姻者と同性の生活パートナーを（いわゆるホモ・レズ婚姻者）を完全に同置した。

これまでキリスト教民主・社会同盟を例外として、連邦議会に代表される全ての諸政党がこの様な平等化に賛同していた。

連立与党である自由民主党書記長パトリック・ドエーリングは、「キリスト教民主・社会同盟がこれまで自発的に法改正と取組まなかった事は悲劇だ！」とまで述べた。

野党社会民主党（SPD）の院内総務トーマス・オツパーマンは、判決が連邦政府に対するビンタを意味すると見做し、「メルケルの連立は、第二法廷によって追い込まれたにも拘らず、時代が既に婚姻と同性婚の完全な

平等の為に熟している現実を認めようとしなさい。」と述べた。

緑の党の連邦議会事務局長フォルカー・ベックは、この判決は、「同権、同等の愛、そして平等な婚姻」関係を明確化し、ホモやレズに対する最良の日であると表明した。

左派党は、なかんずく、婚姻がレズ・ホモにも開かれるべきと主張した。

キリスト教民主・社会同盟の中にも、既に以前からホモ・レズペアの権利強化に賛同し、今般の法廷判決を支持する集団が存在する。

ドイツ・レズ・ホモ連盟（LSVD）は、第二法廷の判決を歓迎し、性的性向に関わりなく、平等原則が全ての市民に妥当するとし、婚姻の扉が完全に開かれるべきとの見解を強調した。

同性婚の税制上の平等化への法廷判決は既に早くから予測されていた。この平等化要求は、更に養子縁組から土地取得税にまで至る。

夫婦所得合算制（税制上の夫婦優遇措置）は、夫婦の所得を合算・二分し、本来は累進課税に対応する。両者のどちら側が所得に寄与するかは重要ではない。夫婦の一方のみが稼ぎ手の場合に最も有利に作用する。これに対し、夫婦双方が同等の所得を有する場合には、如何なる優遇措置も期待できない。従って家族政策者の中には、夫婦合算制度を廃止し、これに代って（子供も含む）家族合算制度の導入を主張する者も存在する²⁸。

以下第二法廷判決自体を紹介しよう。

連邦憲法裁判所第二法廷二〇一三年五月七日付判決²⁹…

「登録済生活パートナー制の夫婦合算課税制度からの排除は違憲。」

夫婦合算課税制度における登録済生活パートナー制と婚姻の不平等な扱いは違憲である。所得税法のこれに関連する諸規定は一般的平等規定に違反する。何故なら、この不平等な扱いに対する十分な根拠が欠けているから

である。

これを連邦憲法裁判所第二法廷が今日公表した決議の中で決定した。この法的状況は、二〇〇一年八月一日の生活パートナー関係法まで遡及して変更されなければならない。過渡的に夫婦合算課税の現行規定が登録済生活パートナー制にも適用されなければならない。この決定は、賛成六、反対二の多数で行われた。

ランダウ判事とケッセル・ヴルフ判事は、共同で反対意見を提出した³⁰。

判決の背景とされる諸根拠…

1. 合算査定を巡る連邦憲法裁判所への異議申立…
所得税法は、夫婦がいわゆる合算税率の適用に導く所得税の合算選択を可能にしている（所得税法第二六条、二六条b、三二条a第五項）。異議申立人は、登録済生活パートナー関係の創設後二〇〇一年と二〇〇二年の為にそれぞれの生活パートナーとの合算査定を申請した。税務行政は、これに対して個別査定を実行した。これに

反対する訴えは、財務裁判所に於いても、連邦財務裁判所に於いても成功しなかった。これらの諸判決に対し、異議申立人は、憲法異議申立を行った³¹⁾。

2. 所得税法規定の生活パートナーへの夫婦と異なる

適用は平等条項に違反…

第二法廷は、「所得税法第二六条、二六条b、三二条a第五項は、夫婦とは異なつて、登録済生活パートナーに合算査定の可能性とこれと関連する合算手続の適用を開かない限り、基本法第三条第一項と相容れない。」とし、攻撃対象諸判決を破棄し、事案を再審の為に連邦財務裁判所に差し戻した³²⁾。

a) 婚姻と同性婚間の不平等扱いは性的性向を理由とする少数派の差別…

法廷によれば、夫婦合算課税方式の規定に於ける既婚者と登録済生活パートナー間の不平等扱いは、基本法第三条第一項の一般的平等規定を基準とすべき性的性向を理由とする間接的不平等扱いを提示し、たとえこれ自体が家族内身分に結びついていても、婚姻あるいは

登録済生活パートナー制に対するこの決定は、性的性向と不可分に結びついている。

曰く、人的諸集団の不平等な扱いのケースでは、通常比例適合原則の必要に対する立法者の厳しい拘束が存在する。人的関連メルクマールが基本法第三条第三項に接近すればするほど、つまり不平等な扱いが少数派の差別に導く危険が大きいほど、正当化への要求は厳しくなる。この事は、性的性向に従つた差別の場合に該当する³³⁾。

b) 婚姻の特別保護命令の指示だけでは生活パートナー制度差別の根拠とはならない…

法廷によれば、基本法第六条第一項における婚姻と家族の特別保護だけでは、婚姻と登録済生活パートナー制の不平等扱いを正当化できない。基本法第六条第一項の価値決定は婚姻を相互義務拘束の低さによって刻印される他の生活共同体に対してよりよい地位を付与する事に適合する客観的区別根拠を形成する。婚姻の特権化が他の比較的に法拘束的に規定された生活形態の冷遇と並行して現れる場合、婚姻の保護命令への指示だけでは、こ

の区別を正当化しない。

曰く、立法者は、この生活パートナー制を当初から婚姻と比較可能な方式で包括的に制度化された責任共同体として把握し、しかも既存の相違を継続的に削減した。婚姻と同様に、この生活パートナー制は、非拘束的パートナー関係とも、親戚間の法関係とも異なっている³⁴。

c) 生活パートナー制度に対する婚姻の優遇を正当化する根拠無し…

従って法廷によれば、基本法第六条第一項の指摘を越えて、生活パートナー制に対する婚姻の優遇をそれぞれの規定対象及び規定目標を基準として正当化するには、十分な根拠を必要とする。このような根拠は合算課税手続きに對し、所得税における規範目的からも、立法者の類型化権限からも引き出し得ない³⁵。

aa) 生活パートナー制度は税法上の設定に際し基本的様相で婚姻と比較可能…

法廷によれば、一九五八年に導入された合算課税手續の目的は、夫婦間の所得配分に関わり無く、同一総合所

得に同一課税を行うことである。

曰く、合算課税手續は、婚姻の民法的基本思想を収入と消費の共同体として受け入れている。登録済生活パートナー制度も収入と消費の共同体として形成されている。既にその二〇〇一年の導入以来、生活パートナー制度は、税法上の設定にとって本質的なその基本的様相で、婚姻と比較可能である。生活必要の充足の為の業務における相互義務権限ならびに自らの財産に対する処置権の制限は、両制度において同一に規定されている。これに加え、既に二〇〇一年以来、生活パートナー達は、生活パートナー契約の締結意思がない場合、(夫婦財産の) 剰余共同制の為の規定が妥当するいわゆる調整共同制に合意しなければならなかった。二〇〇五年一月一日には、明示的に剰余共同制が通常の財産分配規定として導入された。更に離婚に際して、一九七七年以来導入された、扶養調整が生活パートナー制度の廃止にも及んだ³⁶。

合算課税手續で婚姻と生活パートナー制度の不平等扱いは正当化できない…

法廷によれば、家族政策的意図は、合算課税手續に関

する婚姻と登録済生活パートナー制の不等扱いを正当化できない。所得税法によれば、合算課税利点の付与は、夫婦が永続的に別居していない婚姻のみに依存している。これに対し子供の存在ならびに婚姻中の夫婦間の共同の子供が生まれる可能性は関わりがない。³⁷⁾

合算課税制は、婚姻内部の任務配分に際して、夫婦の活動余地を広げる…生活パートナー制度も同様…

法廷によれば、合算課税制は、婚姻内部の任務配分に際して、夫婦の活動余地を広げ、しかも、とりわけ一方の側が（子供の教育あるいは養育故の）家族内労働故に、就業していないか、あるいは部分的にしか就業していない家族の為に考えられた規定とも見做されている。しかしながら生活パートナー制度法も婚姻法と同様に当事者に自らの個人的及び掲載的生活遂行に関して形成の自由を承認し、しかも家族内労働と就業活動の同価値から出発している。

不平等扱いを正当化出来る様な婚姻者と生活パートナー間の生活状況の相違は、その限りにおいて確認できない。一方で全ての婚姻に子供がいるわけではないし、

しかも全ての婚姻が子供を指向しているわけではない。他方で生活パートナー制度に於いても益々子供が育成されている。その限りで形成が考えられるし、しかも生活パートナーの一方が重点的に子供の養育を引受ける事は全く稀な事ではない。³⁸⁾

bb) 立法者は婚姻の特権化を類型化権限を以て正当化できない

法廷によれば、生活パートナー制度との関係における婚姻の特権化は、このような背景からして、税法における立法者の類型化権限を以て根拠づける事は出来ない。

曰く、類型化とは本質的諸要素に於ける一定の同質の生活関係を規範的に要約することである。現実の諸設定は、規範目的を指向しなければならない。類型化は、そこから生ずる苦境や不公正の回避が極めて困難であり、比較的少数がこれに該当し、しかも平等規定への違反が必ずしも高密度でない事が前提とされる。

類型化に対する立法者の余地は、基本法第三条第一項の外側の憲法的課題が重ければ重い程、狭くなる。その余地は、基本法第三条第二項及び第三項の特別差別禁止

が該当するところで終わる。

登録済生活パートナー制と婚姻が同等に、消費と収入の共同として設定された状況は、類型化する集団形成に際して、税制上の平等な扱いを命ずる。

子供の育成奨励の観点からしても、合算課税手続における夫婦の登録済パートナーに対する類型的優遇措置は考えられない。連邦財務省の算定によれば、合算課税総額の九一%が現状もしくはかつての税関連の子供達を伴った夫婦に該当する。合算課税制度の利点は、パートナー間の所得差が大きければ大きい程大きいので、登録済パートナー制は、婚姻と同様に、内部で子供が成長し、しかもそれによつて、ペアの一方が就業していないか、あるいは部分的にしか就業していない場合、合算課税制から利益を得る事になる。登録済パートナー制における子供の割合が夫婦の割合よりもはるかに低い事実は、合算課税手続を婚姻ペアに類型的に限定するには十分ではない。合算課税手続における生活パートナー制の冷遇は、立法者と行政に対する大きな困難なしに回避が可能である。生活パートナー制内でも子供達が成長している事実

を見落とす事は、パートナー達の正に性的性向を理由とする間接的差別に導いて行く³⁹。

3. 立法者は憲法違反状態を二〇〇一年八月一日に遡及して排除

立法者は、確認された憲法違反を生活パートナー制度の導入時点の二〇〇一年八月一日まで遡及して排除しなければならぬ。立法者はこの為に多様な可能性を有している⁴⁰ので、両立不能宣言のみが考えられる。立法者が迅速に行わなければならない新规定の発効までの間、所得税法第二六条、二六条b、三二条a第五項は、法的状況に関する不安定を回避する為に、登録済み生活パートナーも二〇〇一年八月一日以降、夫婦に有効な諸前提下に、合算及び合算課税手続の適用を請求できるとの条件を伴って適用できる⁴⁰。

Ⅲ・ランダウ判事とケッサル・ヴルフ判 事の共同反対意見…

1. 生活パートナー制度は二〇〇五年一月一日まで婚姻と比較可能な収入と消費の共同と見做されていない…

登録済生活パートナー制度が二〇〇五年一月一日の生活パートナー制度法修正法の発効まで立法者の明示的意思に従い、婚姻と比較可能な収入と消費の共同として形成されていなかった事実を法廷は誤認している。既にこの事実は、基本法第六条第一項を引き合いに出す必要なしに、訴訟対象たる課税対象額査定年二〇〇一年、二〇〇二年における婚姻の特権化を正当化する⁴¹⁾。

a) 婚姻は憲法により収入と消費の共同と看做される…
婚姻は憲法によって収入と消費の共同と構想され、ここでは夫婦の一方側が他の側の収入と負担のそれぞれ半分に参加している。所得税法第二六条、第二六条b及び第三二条aは、婚姻の民事法制及び社会保険法制を取り入れ、しかもこれらを所得税法の領域の為に継続した。

立法者は、この合算課税手続を（夫婦財産の）剰余共同制の「反映」と見做した。この合算課税手続は、基本法第六条第一項の保護課題に従い、収入と消費の婚姻共同体を維持・強化している。婚姻の一方側に対し、税制上の損失無しに永続的あるいは過渡的にパートナー労働をするか、あるいは専ら、家族労働に従事するかの決定を可能にしている⁴²⁾。

b) 過渡規定は生活パートナー制に対して強制的遡及延長を規定していない…

従って比較可能性の基準に対しては、財産法及び扶養調整法がとりわけ重要である。これに社会保険法における、とりわけ遺族扶養の為の補助的諸規定が付加される。これらの設立的特徴は、しかしながら二〇〇五年一月一日の効力を以て初めて登録済生活パートナー制に拡大された。過渡規定は、既存の生活パートナー制に対して強制的遡及延長を規定していない⁴³⁾。

c) 異議申立人の生活パートナー制は課税対象額査定
年二〇〇一年、二〇〇二年には合算課税規定の意味
における収入と消費の共同とは見做され得ない

従って、異議申立人の生活パートナー制は、いずれに
せよ、訴訟対象たる課税対象額査定年二〇〇一年、
二〇〇二年だけは、合算課税規定の意味における収入と
消費の共同とは見做され得ない。遺産相続税、贈与税、
土地取得税及び給与法的家族手当に関する連邦憲法裁判
所判例への法廷の指摘は、これに対立する結果を根拠づ
ける事に向いていない。指摘された諸判決のどれもが、
所得税法の領域に対し、ためらいなく適用可能な諸原則
を設定していない。これらの判決への指摘を通して法廷
は、これまでの諸判例の単なる純粹に型どおりの継続と
の批判に晒されている⁽⁴⁴⁾。

法廷は唯一の権限者たる立法者に代って自らの判断を
設定…

二〇〇五年以前の課税対象額査定年への登録済生活
パートナー達への合算課税手続の延長は、そこから鏡像
的に生ずる生活パートナー間の諸義務が比較可能に近い

規模でさえ存在しない状態で、収入と消費の共同の所得
税法上の利点の付与を目的としている。法廷の根拠付け
は、立法者が意識的に完全な同置を見合わせ、しかも正
に両パートナーの経済的自立を法的指導像として際立た
せた事実も曖昧にしている。これによって法廷は、この
為に唯一招聘されている立法者に代って自らの判断を設
定している⁽⁴⁵⁾。

2. 立法者の類型化権限が不平等扱いを正当化しない
との推定は根拠に欠ける…

立法者の類型化権限が婚姻と生活パートナー制の確認
された不平等扱いを正当化しないとする法廷の推定は、
充分な根拠に欠ける⁽⁴⁶⁾。

a) 婚姻の類型的特権化は正当化される…

確かに法廷は、立法者が一九五八年の合算課税手続の
導入を以て、家族政策的目的も追求した事実を追認した。
しかし法廷は、そこから、たとえ婚姻が比較方式で法的
に拘束的に規定されていても、この家族政策的機能で
あつても原則的に他の生活形態に対して婚姻の類型的特

権化を正当化する事に適していると言う必要な結論を引き出していない。社会的現実に応じて立法者は、合算課税手続の導入に際して、婚姻の極めて大きな多数が子供の教育を指向し、しかもこれが類型化され、婚姻の存続に掛けられてはいるが、子供の存在には掛けられてはいない事実から出発できた。⁴⁷⁾

b) 類型化方式での合算課税手続の遡及適用は説得的にあらざる。

今日では登録済生活パートナー制においても子供の育成が増加傾向にある。

しかし、そこから必然的に、既に課税対象額査定年二〇〇一年と二〇〇二年に、登録済生活パートナー制全体に類型化方式で合算課税手続を開くべきであったとする結論は引き出し得ない。税制上の利点が生活パートナー制においても、特別に子供を伴ったパートナー制にプラスになるとの法廷の推定は証明されていない。これに加え、子供を教育する生活パートナー制の割合がどの程度であるかと言う、類型化にとって決定的な問いにも答えられていない。⁴⁸⁾

子供を教育している、あるいは教育した登録済生活パートナー制の有り得る不平等扱いは、この限定された合算課税手続の開始を通して考慮され得た。

このような解決の発端は、専ら生活パートナー制の類型化の導入に視点を置く法廷によって深化されなかった。⁴⁹⁾

3. 法廷は遡及的不両立宣言を以て立法者の評価余地を狭めた。

最後に合算課税手続の家族政策的規範目的に鑑みて、立法者に対し先ずは家族と世代帰結の為の登録済生活パートナーの事前活動に対し彼等を評価し、しかもそこから場合によっては税制上の帰結を引出す事を承認すべきであった。立法者のこの様な評価余地を法廷は、その遡及的不両立宣言を以て無視し、しかも立法者の形成可能性を付加的に狭めている。その際に法廷は、憲法状況が十分に説明されていない場合、立法者が基本法と相容れない法的状態を遡及的に排除する必要があるとする連邦憲法裁判所の従来の判例を無視した。⁵⁰⁾

IV・三者（第二法廷、反対意見及びリユ
ターズ）それぞれの見解の要点…

1. 第二法廷の見解

1) 婚姻と同性婚間の不平等扱いは性的性向を理由とする少数派の差別…

夫婦合算課税方式の規定に於ける既婚者と登録済生活パートナーの不平等扱いは、基本法第三条第一項の一般的平等規定を基準とすべき性的性向を理由とする間接的不平等扱いを提示する。

人的関連メルクマールが基本法第三条第三項に接近すればするほど、つまり不平等な扱いが少数派の差別に導く危険が大きいほど、正当化への要求は厳しくなる。この事は、性的性向に従った差別の場合に該当する。⁵¹⁾

2) 婚姻の特別保護命令の指示だけでは生活パートナー

ナー制度差別の根拠とはならない…

基本法第六条第一項における婚姻と家族の特別保護だけでは、婚姻と登録済生活パートナー制の不平等扱いを正当化できない。婚姻の特権化が他の比較的に法拘束的

に規定された生活形態の冷遇と並行して現れる場合、婚姻の保護命令への指示だけでは、この区別を正当化しない。立法者は、この生活パートナー制を当初から婚姻と比較可能な方式で包括的に制度化された責任共同体として把握し、しかも既存の相違を継続的に削減した。⁵²⁾

3) 生活パートナー制度に対する婚姻の優遇を正当化する根拠無し…

基本法第六条第一項の指摘を越えて、生活パートナー制に対する婚姻の優遇をそれぞれの規定対象及び規定目標を基準として正当化するには、十分な根拠を必要とする。このような根拠は合算課税手続きに対し、所得税における規範目的からも、立法者の類型化権限からも引き出し得ない。⁵³⁾

4) 生活パートナー制度は税法上の設定に際し基本的

様相で婚姻と比較可能…

合算課税手続は、婚姻の民法的基本思想を収入と消費の共同体として受け入れている。登録済生活パートナー制度も収入と消費の共同体として形成されている。既に

その二〇〇一年の導入以来、生活パートナー制度は、税法上の設定にとって本質的なその基本的様相で、婚姻と比較可能である。二〇〇五年一月一日には、明示的に剰余共同制が通常の財産分配規定として導入された。⁵⁴⁾

5) 合算課税手続で婚姻と生活パートナー制の不平等

扱いは正当化できない…

家族政策的意図は、合算課税手続に関する婚姻と登録済生活パートナー制の不平等扱いを正当化できない。⁵⁵⁾

6) 合算課税制は、婚姻内部の任務配分に際して、夫

婦の活動余地を広げる…生活パートナー制度も同様…

合算課税制は、婚姻内部の任務配分に際して、夫婦の活動余地を広げ、しかも、とりわけ一方の側が（子供の教育あるいは養育故の）家族内労働故に、就業していないか、あるいは部分的にしか就業していない家族の為に考えられた規定とも見做されている。しかしながら生活パートナー制度法も婚姻法と同様に当事者に自らの個人的生活遂行に関して形成の自由を承認し、しかも家族内労働と就業活動の同価値から出発している。

不平等扱いを正当化出来る様な婚姻者と生活パートナー間の生活状況の相違は、その限りにおいて確認できない。⁵⁶⁾

7) 立法者は婚姻の特権化を類型化権限を以て正当化

できない

生活パートナー制度との関係における婚姻の特権化は、このような背景からして、税法における立法者の類型化権限を以て根拠づける事は出来ない。⁵⁷⁾

8) 登録済生活パートナー制と婚姻が同等に、消費と

収入の共同として設定された状況は税制上の平等な

扱いを命ずる

登録済生活パートナー制と婚姻が同等に、消費と収入の共同として設定された状況は、類型化する集団形成に際して、税制上の平等な扱いを命ずる。子供の育成奨励の観点からしても、合算課税手続における夫婦の登録済パートナーに対する典型的優遇措置は考えられない。合算課税手続における生活パートナー制の冷遇は、立法者と行政に対する大きな困難なしに回避が可能である。⁵⁸⁾

9) 登録済生活パートナー制の夫婦合算課税制度からの排除は違憲。

夫婦合算課税制度における登録済生活パートナー制と婚姻の不平等な扱いは違憲である。所得税法のこれに関連する諸規定は一般的平等規定に違反する。何故なら、この不平等扱いに対する充分な根拠が欠けているからである。

この法的状況は、二〇〇一年八月一日の生活パートナー関係法まで遡及して変更されなければならない。過渡的に夫婦合算課税の現行規定が登録済生活パートナー制にも適用されなければならない。攻撃対象諸判決は破棄され、再審の為に連邦財務裁判所に差し戻される。⁵⁹⁾

2. 反対意見…

1) 生活パートナー制度は二〇〇五年一月一日まで婚姻と比較可能な収入と消費の共同と見做されていない…

登録済生活パートナー制度は二〇〇五年一月一日の生活パートナー制度法修正法の発効まで立法者の明示的意思に従い、婚姻と比較可能な収入と消費の共同として形

成されていない。法廷が誤認しているこの事実は、基本法第六条第一項を引き合いに出す必要なしに、訴訟対象たる課税対象額査定年二〇〇一年、二〇〇二年に限定した婚姻の特権化を正当化する。⁶⁰⁾

2) 婚姻は憲法により収入と消費の共同と看做される…婚姻は憲法によって収入と消費の共同と構想され、立法者は、この合算課税手続を（夫婦財産の）剰余共同制の「反映」と見做した。この合算課税手続は、基本法第六条第一項の保護課題に従い、収入と消費の婚姻共同体を維持・強化している。⁶¹⁾

3) 過渡規定は生活パートナー制に対し強制的遡及延長を規定していない…

比較可能性の基準に対しては、財産法及び扶養調整法がとりわけ重要である。過渡規定は、既存の生活パートナー制に対して強制的遡及延長を規定していない。⁶²⁾

4) 生活パートナー制は課税対象額査定年二〇〇一年、二〇〇二年には合算課税規定の意味における収入と消費の共同とは見做され得ない

異議申立人の生活パートナー制は、訴訟対象たる課税対象額査定年二〇〇一年、二〇〇二年だけは、合算課税規定の意味における収入と消費の共同とは見做され得ない。⁶³

5) 法廷は唯一の権限者たる立法者に代って自らの判断を設定..

二〇〇五年以前の課税対象額査定年への登録済生活パートナー達への合算課税手続の延長は、そこから鏡像的に生ずる生活パートナー間の諸義務が比較可能に近い規模でさえ存在しない状態で、収入と消費の共同の所得税法上の利点の付与を目的としている。これによって法廷は、この為に唯一招聘されている立法者に代って自らの判断を設定している。⁶⁴

6) 立法者の類型化権限が不平等扱いを正当化しないとの判定は根拠に欠ける..

立法者の類型化権限が婚姻と生活パートナー制の確認された不平等扱いを正当化しないとする法廷の推定は、充分な根拠に欠けている。⁶⁵

7) 婚姻の類型的特権化は正当化される..

法廷は、立法者が一九五八年の合算課税手続の導入を以て、家族政策的目的も追求した事実を追認したが、この家族政策的機能であっても原則的に他の生活形態に対して婚姻の類型的特権化を正当化する事に適していると、言う結論を引き出していない。⁶⁶

8) 類型化方式での合算課税手続の遡及適用は説得的にあらず..

今日では登録済生活パートナー制においても子供の成長が増加傾向にある。

しかし、そこから必然的に、既に課税対象額査定年二〇〇一年と二〇〇二年に、登録済生活パートナー制全体に類型化方式で合算課税手続を開くべきであったとす

る結論は引き出し得ない。⁽⁶⁷⁾

9) 法廷は遡及的不両立宣言を以て立法者の評価余地を狭めた..

合算課税手続の家族政策的規範目的に鑑みて、法廷は、先ずは家族と世代帰結の為の登録済生活パートナーの事前活動に対し彼等を評価し、そこから税制上の帰結を引出す事を立法者に対し承認すべきであった。法廷は、立法者のこの様な評価余地をその遡及的不両立宣言を以て無視し、形成可能性を付加的に狭めている。その際に法廷は、憲法状況が十分に説明されていない場合、立法者が基本法と相容れない法的状態を遡及的に排除する必要がないとする連邦憲法裁判所の従来判例を無視した。⁽⁶⁸⁾

3. リュターズの見解..

1) 政治的形成・規範設定権力者は議会か、連邦憲法裁判所か？

誰が民主的法治国家に於いて、政治的形成・規範設定権力を有しているのか？議会か、あるいは連邦憲法裁判所か？具体的には..裁判所のこの決議は、基本法を「解

釈した」のか、あるいは変えたのか？これまでの憲法状況と反対に、同一性の生活共同体の「婚姻と家族」との完全な平等化を憲法的拘束効果を伴って命令する事が裁判所の権限に所属するのか？⁽⁶⁹⁾

2) 第二法廷は、婚姻者と同性生活パートナーとの不平等扱いは一般的平等規定と相容れないとする..

この二〇一三年五月七日付判決によれば、婚姻者と同性生活パートナーとの不平等な扱いは、基本法第三条第一項の一般的平等規定と相容れない。基本法第六条第一項における婚姻と家族の特別保護は、これによって、広がっている見解によれば、「古臭い」と宣言され、「裁判所の判決により廃止され」、しかも「屑物」となったのだ。⁽⁷⁰⁾

3) 第二法廷は憲法制定権者の意図を無視..
第二法廷の見解によれば..

婚姻と家族の特別保護は全く侵害されていない。判決は、婚姻と家族への他のパートナー制（同性婚）モデルの適応を行ったに過ぎない。

リユターズの見解によれば…法廷は、憲法制定権者が婚姻と他のパートナー制モデルとの正にこの適応を、自らの観点からして、社会と国家の維持の為に婚姻と家族の唯一かつ不動の意義故に、排除しようとした事実を無視しているのだ。基本法第六条の成立に関わる憲法制定審議会の議事録を見たならば、あらゆる疑念が排除されたはずである。⁽⁷¹⁾

つまり、婚姻と家族への他のパートナーシップ（同性婚）モデルの適応可能性に関し、法廷は、これを肯定し、リユターズは否定する。

4) 第二法廷の根拠は一般的平等条項…しかし平等とは？

第二法廷の根拠付けが一般的平等規定に基づいているが、しかしこれは同じ事項が同じく扱われる場合にのみ説得的である。

平等規定の適用に際しては、「平等」概念が — 「理性」と同様に — 不可避的に、利用者とその基準の世界観的（イデオロギー的）事前理解を含んでいる事実を

考慮しなければならぬ。

グスタフ・ラートブルッフの確な記述…決定的問題は以下の通りである。如何なる価値評価の下で何が「同じ」で、何が「同じでない」のか？平等もしくは差別に關する判定は、何時でも、世界観的に事深刻印された諸基準下の既存の不平等の抽象化である。「平等」問題の為の決定的点は、憲法制定権者が一九四九年「婚姻と家族が国家秩序の特別の保護下に置かれなければならない」と確定した事実である。⁽⁷²⁾

5) 婚姻の「特別保護」は一般的平等規定による均等化を許さない…

婚姻と家族は、リユターズによれば、憲法制定権者の評価の中で、同性の生活共同体に対して、根本的に異なっている（つまり同じではない）のである。

婚姻の「特別保護」は、勘違いされた「より高い」一般的平等規定の援用を通して均等化されてはならないのだ。その事は、その反対が基本法第六条第一項で明示的に規定されているので、連邦憲法裁判所に対しても、自らの判例により、たとえ平等規定を超法的自然法のレ

ベルに高めようとしても、禁じられているのだ。これをしようとする者は、憲法を改正しなければならない。

一般的平等規定は、たとえ第二法廷が平等の可変的内容を変遷した時代精神に向けようとも、基本法第七九条の変更を目的とする一般的投入可能な闘争条項ではない。⁷³

6) 婚姻保護条項の規範目的は？..

基本法第六条第一項の保障内容の適切な解釈には、基本法の始祖達によって一致して確認されたように、先ずはこの規定の内容と立法によって追求される規範目的が問われる事が所属したはずである。

一九四九年に支配した社会的確信ならびに家族法及び刑法規定に鑑み、婚姻と家族の同性生活共同体との急進的で完全な同置が可能と考えられるとか、あるいは意図されたとする事は、考え難いばかりか不適當である。⁷⁴

7) 法比較及び法史の概観・国連の関連諸宣言

法比較及び法史の概観も有用である。国連の関連諸宣言「家族は、社会の自然的基本単位である。」「家族は、社会の自然的中核細胞である。」は重要である。

それにもかかわらず、第二法廷は、その決定を以て、基本法第六条第一項の本来的基本目的から離れた。しかし正にこの目的こそが、あらゆる方法に対応する憲法解釈の放棄できない出発点なのである。法廷は、婚姻と家族の優先的保障を除去した。⁷⁵

8) 第二法廷は『憲法の保護者』の地位から離れている..

連邦憲法裁判所第二法廷は、「憲法の保護者」としての機能を個別ケースにおいてばかりか、役割変更の意味で、益々変更し、且つこれから離れている。

法廷は、憲法を社会的変革のエンジンとして判例法的に「柔軟化し」、変形し、しかも基本法的諸保障を古臭いと宣言し続けている。この様に法廷は、憲法の保護者から、基本法で予定されていない憲法変更機関となっている。

しかもこの決定は、憲法的序列を伴って判例法的に命じられた婚姻と同性婚の同置なのだ。憲法裁判所自体あるいは立法機関の憲法改正多数のみがこの状況を変更できるのだが。⁷⁶

9) 憲法の規範目的、規定目標及び制度保障の無視は許されない…

婚姻と家族ならびに同性の生活共同体をそれぞれの憲法秩序及び法秩序の限界内で相互に接近させるか、あるいは同置する事は、立法者あるいは憲法制定権者に禁じられている事を意味するのではなく、憲法の規範目的、規定目標及び制度保障を無視する事、つまり基本法を自律的に判例法的に変更する事が、その判決の枠内で連邦憲法裁判所に帰属するか否かが問題なのだ。

この配慮なしに憲法改正に於ける権力移行を目的として行われた『戦闘条項』としての平等原則の適用は、その時々々の時代精神の変更的解釈に任意に規範効果を付与する危険を含むのだ。このようにして投入された平等概念は、意図すると否とに関わらず、それぞれの解釈者の世界観的事前理解を実現する事になる。⁽⁷⁷⁾

10) 時代精神に満ちた「平等」の可変的イデオロギーへの従属が問題…

この種の決定資料の中核では、いかなる方式で社会的構造、行動方式及び価値観が憲法秩序の内容に影響すべ

きかが重要である。

平等規定による根拠付けは、以下の中核問題を隠ぺいする。つまり裁判所が目標とする「婚姻と家族」の同性の生活共同体との広範囲な同置の結果が、「事実の規範力」の疑念のある原則か、あるいは同様に問題のある、勘違いされた「イデオロギーの規範力」のフィクション、つまり、その時々々の時代精神の意味における「平等」の可変的イデオロギーに従う事になるのだ。法廷によって行われた基本法の解釈変更（基本法第六条第一項及び第三条第一項）は、並行する内容の本来の規範目的から離れた設定を通して基本概念たる「婚姻及び家族」に到達したのだ。法基本諸概念のこの様な解釈変更は、近年のドイツ法史における警告的「モデル」に他ならない。⁽⁷⁸⁾

11) 差別とは？…

婚姻と同性婚の同置に対する法廷の主根拠は、異なった扱いが、その性傾向を理由とする同性生活パートナーの差別にあるとするその見解である。

しかしながら差別は、婚姻と同性の生活共同体が本質的諸点に於いて異なっている場合には、除外される。

これに加え、事實的にも、又社会的意識に於いても子供はドイツでは今日に至るまで婚姻から生じている事実が確認されなければならない。同性婚からは、いずれにせよ子供は期待できない。この事実を連邦憲法裁判所も変える事ができない。この根本的生物学的相違は、ここに基本法第六条第一項の主根拠と国家側からの婚姻及び家族に対する財政的優遇措置の正当化を認めるべきか否かを検査するきっかけを裁判所に与え得るし、しかも与えなければならぬはずであった。この相違の比重は、指摘された憲法条文と国際法的諸規範にも反映されている。⁽⁷⁹⁾

12) 憲法的唯一重要問題は「誰が憲法を支配しているか？」だ..

最後に、憲法的な重要問題として、「誰が憲法を支配しているか？」が問われる。

問題となっている決議の中で、基本法は維持されず、変更されている。この事実、ランダウ判事とケツサル・ヴルフ判事の反対意見の中で確認される。つまり法廷は、「この為に唯一正当な立法者に代って自らの見解

を設定している。社会的変遷を取り入れ、評価し、しかも場合によってこの為の法的形体を用意する事は、立法者の事項であつて、憲法裁判所の事項ではあり得ない。⁽⁸⁰⁾」

V. 争点..

争点の対象..

本件では、争点の対象となつてゐるテーマは三つあり、その第一は平等原則の適用問題、その第二は婚姻及び家族の憲法による特別保護の問題、その第三は、連邦憲法裁判所の機能の問題である。

1. 平等原則の適用問題..

ここでは、第二法廷が極めて積極的に平等原則の適用を推し進めているに対し、反対意見とリユターズは、この適用に対して消極的な態度を示す。

1) 第二法廷..

第二法廷によれば、婚姻とホモ婚姻間の不平等扱いは性的傾向を理由とする少数派の差別に該当し、婚姻の特別保護命令の指示だけでは生活パートナー制度差別の根

扱とはならず、生活パートナー制度に対する婚姻の優遇を正当化する根拠は存在せず、合算課税手続で婚姻と生活パートナー制の不平等扱いは正当化できない。従って、夫婦合算課税制度における登録済生活パートナー制と婚姻の不平等な扱いは一般的平等規定に違反し、違憲となる。

2) 反対意見..

反対意見によれば、婚姻は憲法により収入と消費の共同と看做される。しかも立法者は、この合算課税手続を(夫婦財産の) 剰余共同制の「反映」と見做した。これに対し、生活パートナー制度は二〇〇五年一月一日の生活パートナー制度法修正法の発効まで、立法者の明示的意思に従い、婚姻と比較可能な収入と消費の共同として形成されていなかった。第二法廷が誤認したこの事實は、基本法第六条第一項を引き合いに出す必要さえなしに、課税対象額査定年二〇〇一年、二〇〇二年に限定した婚姻の特権化を正当化する。立法者の類型化権限が不平等扱いを正当化しないと第二法廷判定は根拠に欠ける。婚姻の類型的特権化は正当化される。類型化方式での合

算課税手続野遡及適用は説得的ではない。

3) リユターズの見解..

リユターズによれば、第二法廷の根拠付けが一般的平等規定に基づいているが、しかしこれは同じ事項が同じく扱われる場合にのみ説得的である。平等規定の適用に際しては、「平等」概念が不可避免的に、利用者とその基準の世界観的(イデオロギー的) 事前理解を含んでいる事実を考慮しなければならない。

2. 婚姻及び家族の憲法による特別保護の問題..

ここでは、平等原則の場合とは反対に、第二法廷は、極めて消極的、反対意見及びリユターズは、積極的態度を示している。

1) 第二法廷..

第二法廷によれば、婚姻の特別保護命令の指示だけでは生活パートナー制度差別の根拠とはならず、しかも生活パートナー制度は税法上の設定に際し基本的様相で婚姻と比較可能であり、合算課税制が婚姻内部の任務配分

に際し、夫婦の活動余地を広げるならば、生活パートナー制も同様である。従って立法者は、婚姻の特権化を自らの類型化権限を以て正当化できない。生活パートナー制と婚姻が同等に、消費と収入の共同として設定された状況は、税制上の平等な扱いを命ずる。

2) 反対意見..

反対意見によれば、生活パートナー制は、課税対象額査定年二〇〇一年、二〇〇二年には合算課税規定の意味における収入と消費の共同とは見做され得ない。しかも過渡規定は生活パートナー制に対し強制的遡及延長を規定していない。従って、生活パートナー制に対する合算課税手続の遡及適用は説得的ではない。

3) リユターズの見解..

リユターズによれば、第二法廷は、「婚姻と家族の特別保護は全く侵害されていない。判決は、婚姻と家族への他のパートナー制（同性婚）モデルの適応を行ったに過ぎない。婚姻と家族の特別保護は全く侵害されていない。」と主張するが、法廷は、憲法制定権者が婚姻と他

のパートナー制モデルとの正にこの適応を、自らの観点からして、社会と国家の維持の為に婚姻と家族の唯一かつ不動の意義故に、排除しようとした事実を無視しているのだ。基本法第六条の成立に関わる憲法制定審議会の議事録を見たならば、あらゆる疑念が排除されたはずである。

グスタフ・ラートブルッフの的確な記述によれば、決定的問題は、如何なる価値評価の下で何が「同じ」で、何が「同じでない」のか？平等もしくは差別に関する判定は、何時でも、世界観的に事前刻印された諸基準下の既存の不平等の抽象化である。「平等」問題の為の決定的点は、憲法制定権者が一九四九年「婚姻と家族が国家秩序の特別の保護下に置かれなければならない」と確定した事実である。

婚姻の「特別保護」は、一般的平等規定による均等化を許さない。

3. 連邦憲法裁判所の機能..

ここでは当然の事に、第二法廷は自らを憲法改正権力とは見做していないし、従って自らがその判決を通して

憲法を改正したとも見做していない。これに対し反対意見とリユターズは、第二法廷とは異なった見解を提示する。

1) 第二法廷..

第二法廷によれば、夫婦合算課税制度における登録済生活パートナー制と婚姻の不平等な扱いは一般的平等規定に違反するが故に違憲である。何故なら、この不平等扱いに対する十分な根拠が欠けているからである。

この法的状況は、二〇〇一年八月一日の生活パートナー関係法まで遡及して変更されなければならない。過渡的に夫婦合算課税の現行規定が登録済生活パートナー制にも適用されなければならない。攻撃対象判決は破棄され、再審の為に連邦財務裁判所に差し戻される。

2) 反対意見..

合算課税手続の家族政策的規範目的に鑑みて、法廷は、先ずは家族と世代帰結の為の登録済生活パートナーの事前活動に対し彼等を評価し、そこから税制上の帰結を引出す事を立法者に対し承認すべきであった。法廷は、立

法者のこの様な評価余地をその遡及的不両立宣言を以て無視し、形成可能性を付加的に狭めている。その際に法廷は、憲法状況が十分に解明されていない場合、立法者が基本法と相容れない法的状態を遡及的に排除する必要がないとする連邦憲法裁判所の従来判例を無視した。

3) リユターズの見解..

リユターズによれば、婚姻と家族ならびに同性の生活共同体をそれぞれの憲法秩序及び法秩序の限界内で相互に接近させるか、あるいは同置する事は、立法者あるいは憲法制定権者に禁じられている事を意味するのではなく、憲法の規範目的、規定目標及び制度保障を無視する事、つまり基本法を自律的に判例法的に変更する事が、その判決の枠内で連邦憲法裁判所に帰属するか否かが問題なのだ。

最後に、憲法的重要問題として、「誰が憲法を支配しているか？」が問われる。

問題となっている決議の中で、基本法は維持されず、変更されている。この事実は、ランダウ判事とケッサル・ヴルフ判事の反対意見の中で確認される。つまり法

廷は、「この為に唯一正当な立法者に代って自らの見解を設定している。社会的変遷を取り入れ、評価し、しかも場合によってこの為の法的形体を用意する事は、立法者の権限事項であつて、憲法裁判所の事項ではあり得ない。

VI・結論

民主的法治国家においては、東京裁判の様な例外的悪例が見られるとしても、刑法の遡及適用は原則的に禁じられている。民事・社会・労働法領域においても、不利益・冷遇扱いの遡及適用も原則的には禁じられている。これに対し、個人あるいは一定集団の不平等あるいは冷遇措置の遡及的是正措置は、原則的に禁じられていない。本件は、正に個人あるいは一定（少数）集団の不平等あるいは冷遇措置の遡及的是正措置に該当する。しかも本件では、一定少数集団の保護の観点も関連している。しかしだからと言って、憲法によって特別保護対象とされる婚姻及び家族を登録済生活パートナー制とを、「比較可能」である事実を理由に、同置し、しかも憲法原則たる「平等原則」を適用して、不両立宣言を行い、

遡及是正命令を以て、憲法改正を正式に立法者に課する事無しに、「婚姻及び家族」の「特別保護」を実質的に無視する行為には疑義が提示される。

たとえば場合によっては、方向として、第二法廷判決と同一結果となろうとも、憲法改正立法者に、決定の余地を与えるための配慮が必要ではなからうか。

同様に、最近の日本の最高裁の「非嫡出子」に関する判決も、欧米とは異なる、非嫡出子の割合が極めて少ない社会的背景からして、最高裁の「勇み足」とは見做されないだろうか。この判例の本格的評価は別の機会に試みたい。

- (1) Bernd Rütters, *Wer herrscht über das Grundgesetz*, in: FAZ vom 17.11.2013 参照。
- (2) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.1 参照。
- (3) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.1f. 参照。
- (4) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.2 参照。
- (5) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.2 参照。
- (6) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.2f. 参照。
- (7) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.3 参照。

- (8) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.3f. 参照。
- (9) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.4 参照。
- (10) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.4 参照。
- (11) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.4f. 参照。
- (12) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.5 参照。
- (13) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.5 参照。
- (14) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.6 参照。
- (15) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.6 参照。
- (15a) Radbruch'sche Formel aus Wikipedia 参照。
- (16) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.6 参照。
- (17) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.6f. 参照。
- (18) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.7 参照。
- (19) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.7 参照。
- (20) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.7f. 参照。
- (21) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.8 参照。
- (22) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.8f. 参照。
- (23) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.9 参照。
- (24) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.9 参照。
- (25) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.9f. 参照。
- (26) AZ.:2BvR 909/06 u.a.
- (27) Ehegattensplitting gilt auch für Homo-Ehe, in: Süddeutsche.de vom 6.Juni 2013 参照。
- (28) Ehegattensplitting, (註 27) (2013), S.1-3 参照。
- (29) Pressemitteilung Nr.41/2013 vom 6.Juni 2013 : 2BvR 909/06 u.a. ; BVerfG,2BvR 909/06 vom 7.5.2013,Absatz-Nr.1-151 参照。
- (30) Pressemitteilung Nr.41 (註 28) (2013), S.1 ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013,S.1-3 参照。
- (31) Pressemitteilung Nr.41 (註 28) (2013), S.1 ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013,Abs.19 参照。
- (32) Pressemitteilung Nr.41 (註 28) (2013), S.1 ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013,Abs.72 参照。
- (33) Pressemitteilung Nr.41 (註 28) (2013), S.1f.; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013,Abs.77,78,79 参照。
- (34) Pressemitteilung Nr.41 (註 28) (2013), S.2 ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013,Abs.80,84, 参照。
- (35) Pressemitteilung Nr.41 (註 28) (2013), S.2 ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013,Abs.80,89 参照。
- (36) Pressemitteilung Nr.41 (註 28) (2013), S.2 ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013,Abs.93ff. 参照。
- (37) Pressemitteilung Nr.41 (註 28) (2013), S.2 ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013,Abs.96,97 参照。
- (38) Pressemitteilung Nr.41 (註 28) (2013), S.2f. ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013,Abs.98 参照。
- (39) Pressemitteilung Nr.41 (註 28) (2013), S.3 ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013,Abs.101ff. 参照。
- (40) Pressemitteilung Nr.41 (註 28) (2013), S.3f ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013,Abs.107ff.. 参照。

- (14) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4 ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013, Abs.117ff. 参照。
- (15) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4 ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013, Abs.120-126 参照。
- (16) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4 ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013, Abs.128f. 参照。
- (17) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4 ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013, Abs.133ff. 参照。
- (18) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4 ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013, Abs.136f. 参照。
- (19) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4f. ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013, Abs.138 参照。
- (20) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.5 ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013, Abs.140-143 参照。
- (21) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.5 ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013, Abs.144 参照。
- (22) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.5 ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013, Abs.145 参照。
- (23) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.5 ; BVerfG, 2BvR 909/06 vom 7.5.2013, Abs.147-151 参照。
- (24) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.1f..
- (25) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.2
- (26) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.2
- (27) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.2
- (28) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.2
- (29) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.2
- (30) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.2
- (31) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.2
- (32) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.2
- (33) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.2
- (34) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.2
- (35) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.2
- (36) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.2f.
- (37) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.3
- (38) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.3
- (39) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.1
- (40) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4
- (41) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4
- (42) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4
- (43) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4
- (44) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4
- (45) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4
- (46) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4f.
- (47) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.5
- (48) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.5
- (49) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.5
- (50) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.5
- (51) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.5
- (52) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.5
- (53) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.5
- (54) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.5
- (55) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.2
- (56) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.2f.
- (57) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.3
- (58) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.3
- (59) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.1
- (60) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4
- (61) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4
- (62) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4
- (63) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4
- (64) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4
- (65) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.4f.
- (66) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.5
- (67) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.5
- (68) Pressemitteilung Nr.41 (註'83) (2013), S.5
- (69) Bernd Rütters, (註'1) (2013), S.5 参照。
- (70) Bernd Rütters, (註'1) (2013), S.6 参照。
- (71) Bernd Rütters, (註'1) (2013), S.6 参照。
- (72) Bernd Rütters, (註'1) (2013), S.6 参照。
- (73) Bernd Rütters, (註'1) (2013), S.6f. 参照。
- (74) Bernd Rütters, (註'1) (2013), S.7 参照。
- (75) Bernd Rütters, (註'1) (2013), S.7 参照。
- (76) Bernd Rütters, (註'1) (2013), S.7f. 参照。
- (77) Bernd Rütters, (註'1) (2013), S.8 参照。
- (78) Bernd Rütters, (註'1) (2013), S.8f. 参照。

- (79) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.9 参照。
- (80) Bernd Rütters, (註 1) (2013), S.9 参照。

社会を変えた最高裁判所

——ウオーレン第一四代長官の時代——

甲 斐 素 直

「はじめに」

ヴィンソン長官が一九五三年九月八日に急死したのを受けて、アイゼンハワー (Dwight David Eisenhower) 第三四代大統領により、第一四代長官に任命されたのが、ウオーレン (Earl Warren) である。一九五三年一〇月二日に就任した。この時点では、上院は閉会中であつたため、彼の就任が上院によつて承認されたのは、翌一九五四年四月一日であつた。

ウオーレンは、一八九一年三月一九日にカリフォルニア州ロサンジェルスでノルウェー移民の父親とスウェーデン移民の母親の間の子として生まれた。カリフォルニア大学バークレー校 (University of California, Berkeley) を経て、そのロースクールを卒業し、一九一四年に法曹資格を得た。^①

第一次大戦に従軍後、カリフォルニア州議会司法委員会書記官となり、一九一九年からオークランド (Oakland) 市の検事補を務め、ついで一九二〇年、ア

ラムダ郡^②の地方検事補となり、一九二五年、同郡検事が他の公職に就くため任期途中で辞職した後を受けて、その職に任命された。そして、有能な検事として人気を集め、四年任期のこの職に三度まで選出されたため、一九三九年まで在職することになる。

一九三九年にカリフォルニア州司法長官の選挙に、共和党から出馬して当選した。しかし、その業務を当時のカリフォルニア州知事が妨害することから、一九四二年一月にはカリフォルニア州知事選挙に出馬して、当選した。一九四六年の再選時には、共和党、民主党および革新党の予備選挙に勝利するという珍しい結果となり、投票総数の実に九〇%以上の票を集めるといふ圧勝であった。一九五〇年にも知事に当選した。カリフォルニア州知事で三期続けて知事になった人物は、彼が最初であった。なお、一九九〇年にカリフォルニア州憲法が改正され、今後は二期までとされたので、今後は出ることはない^③。

彼が、自ら、その生涯の汚点としているのは、第二次世界大戦中、司法長官及び知事として、日系アメリカ人に対する強制収容を積極的に支持し、推進したこと

であった^④。

カリフォルニア州知事在職中の一九四八年に、ウォーレンはデューイ (Thomas E. Dewey) の副大統領候補として合衆国大統領選挙に出馬した。しかし、彼らは民主党のトルーマンに敗北した。

一九五二年に、ウォーレンは、今度は自ら共和党の大統領候補の一人として予備選挙に出馬した。地元カリフォルニア州の予備選では勝利したが、党大会でアイゼンハワーに敗れた。

翌一九五三年に、ヴァインソンの急死を受けてウォーレンは、前述の通り、アイゼンハワー大統領によって最高裁判所長官に指名された。アイゼンハワーは、ウォーレンが前述の通り、日系人の強制収容などの人種差別的な政策を推し進めたので「穏健」、即ち保守的な判決を下すであろうという読みから、ウォーレンを最高裁判官に指名したという^⑤。しかし、実はウォーレンは、戦後、日系人に対する差別政策は誤っていたと考えるようになり、深く後悔していた。その結果、ウォーレン・コートの判例の流れは、アイゼンハワーの期待したものとは全く違うものとなった。

ウォーレンは、辣腕の政治家の技量を發揮し、まれに見る強いリーダーシップで最高裁判所を率いた。ウォーレン・コートは、歴代のどの最高裁判所長官の下での法廷よりもリベラルな傾向を持ち、人権擁護のための画期的判決を相次いで下すこととなった。この結果、彼は「社会を変えた最高裁判所長官 (Chief Justice for Social Change)」と呼ばれるまでになるのである。⁶⁾ウォーレンは、最高裁判所長官以外にも、様々な社会活動を行っている。⁷⁾

ウォーレン・コートによる、社会を変えた判決は、多方面にわたる。そこで、以下では、分野別にそれを紹介していきたい。

一 人種隔離政策への違憲判決

(一) その前史

ブラウン対トピーカ教育委員会事件 (Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas, 347 U.S. 483 (1954)) 判決は、ウォーレン・コートにおいて、長年合憲性が認められてきた人種隔離政策へ下された違憲判決として名高い。これは、ドレッド・スコット事件判決と並んで、

社会を変えた最高裁判所 (甲斐)

米国最高裁判所の最大の汚点といわれる、一八九六年に下されたプレッシー対ファーガソン事件判決⁸⁾を、半世紀ぶりに書き直した重要判決である。しかし、これは決してウォーレンが最高裁判所長官になった事から、突然に下された判決では無かった。

第二次大戦の激闘の中で、白人と肩を並べて戦い、互いに命を預け合った経験は、黒人に、米国民としての権利意識を明確に植え付け、それまでのような差別をモはや許さないようになってきていたからである。そのため、公民権運動は、この時期大きな盛り上がりを見せ、その影響を受けて、判例の流れはヴィンソン長官の時代に、既に徐々にかわり始めていた。

1 スウェット対ペインター事件

この *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950) 事件で問題となったのは、テキサス州憲法が、白人と黒人の統合教育を禁止していたことを理由に、テキサス大学ロースクール総長のペインター (Theophilus Painter) が、黒人学生スウェット (Heman Marion Sweat) の入学を拒否したことであった。

スウェットが職務執行令状 (writ of mandamus) の発

行を求めたトラビス郡 (Travis County) 州地方裁判所は、その審議をなんと六ヶ月も行った。これは、テキサス州に、テキサス州大学黒人校 (Texas State University for Negroes)⁽⁹¹⁾ という、黒人専用のロースクールをヒューストンに作る時間的余裕を与えるためであった。

そして、この黒人専用ロースクールの存在を理由に、職務執行令状の発行を拒否した第一審裁判所の決定は、控訴裁判所及びテキサス州最高裁判所によっても支持された。全米有色人種地位向上協会 (National Association for the Advancement of Colored People = NAACP) によつて支援されていたスウェットは、これに対して連邦裁判所に訴えを提起したが、プレッシー事件という先例を根拠に敗訴したので、さらに連邦最高裁判所に上告したのである。

これに対し、連邦最高裁判所は、全員一致で、下級審判決を覆した。その理由は、分離教育が合憲とされたのは、その質が白人校と実質的に平等 (substantive equality) であることが前提であるのに、黒人ロースクールは、その設備と教育水準という両面において、白人校とは明確な差異があると判断したためである。

すなわち、大学院教育を考える際には、実質的平等の一部として、無形固定資産 (intangible factors) が考慮されなければならないが、白人校と黒人校では、次のような違いがある。

○ テキサス大学ロースクールには一六人の常勤教授と三人の非常勤教授がいるのに対し、黒人ロースクールには常勤教授五人がいるだけである。

○ テキサス大学ロースクールには八五〇人の学生がおり、その図書館には六五、〇〇〇冊の蔵書があるのに対し、黒人ロースクールには二三人の学生と一六、五〇〇冊の図書があるにすぎない。

○ テキサス大学ロースクールには多数の模擬法廷があり、また民間や官庁で弁護士実務に就いている多数の卒業生いるのに対し、黒人ロースクールには、模擬法廷は一つしか無く、またテキサス弁護士会に加入している卒業生が一名いるだけである。

こうして、実質的に平等という条件を満たさないので、入学拒否は違憲であると判断したのである。

2 マクロリン対オクラホマ州理事会事件

オクラホマ州法では、アフリカ系アメリカ人の場合に

は、州によって支えられている大学に進学するに当たり、白人と黒人が混合して教育を受ける学校からの進学を禁じられた。McLaurin v. Oklahoma State Regents, 339 U.S. 637 (1950) 事件では、連邦最高裁判所は、この州法を合憲とした下級審判決を覆した。

この事件の原告であるマクローリン (George McLaurin) は、すでに教育学の修士号を持っていた。そこで、教育学博士号を取るために、オクラホマ大学への入学を求めたが、上述の州法を理由に、同大学理事会に入学を拒否された。そこで、マクローリンは、同法が第一四修正に違反していることを主張し、同大学への入学許可を得るために、オクラホマ州西部地区連邦地方裁判所に提訴した。裁判所が調査したところ、オクラホマ州法を満たす別の施設をオクラホマ州は提供していないという怠慢により、彼の憲法上の権利が侵害されていたことが判明した。しかし、裁判所は原告が要求した、差止命令による救済を行わず、単に「法律が宣言したこと

を、州は遵守するべきである」と判決した。この判決を受けて、同大学はマクローリンの入学を認めたと、彼にはカフェテリアにおける特別テーブル、図

書館内の指定された机及び講堂のドアのすぐ外に置かれた机と、きわめて限定した形で施設を提供したのみであった。

そこで、マクローリンは、改めて連邦地方裁判所に対し、彼が他の学生と完全に対話できるように、利用施設の限定を解除するように、オクラホマ大学に命ずるよう申し立てた。しかし、裁判所は、その申立てを却下した。そこで、マクローリンは連邦最高裁判所に上告した。

判決は、前述のスウェット対ペインター事件と同日の一九五〇年六月五日に、同じく全員一致で下された。そして、連邦最高裁判所は、高等教育を行う公的機関が学生の人種にのみ基づいて、学生を別異に扱うことは、第一四修正の要求する平等保護条項に違反すると判決したのである。

こうして、分離すれども平等 (Separate but equal) は、高等教育という一角においては、この二つの判決によって明確に否定されることになったのである。残る問題は、初等中等教育であった。

3 ブリッグス対エリオット事件

この *Briggs v. Elliott*, 342 U.S. 350 (1952) 事件は、

一九五四年のブラウン事件の前哨戦と位置づけられる事件である。事件の舞台となったのは、サウス・カロライナ州のクラレンドン郡であった。⁽¹⁾

この当時、全米で一七の州が白人と黒人の分離教育を要求しており、サウス・カロライナ州はその一つだった。同州の一八九五年憲法一条七節は「分離された学校が白人及び有色人の児童に提供される。いかなる児童も、他の人種のために提供された学校に出席することは許されない。」と定めていた。これを受けて、同州一九四一年法五三七七節は「ある人種の生徒が、教育委員会によつて他の人種のために提供された学校に出席することは違法である」と定めていた。

この訴訟では、上述の高等教育の場合とは異なり、クラレンドン郡の学校設備が不平等か否かは問題にならなかった。この訴訟で、当初、問題になったのは、通学用のバスである。黒人用の学校は、単に分離され、設備的に劣っているだけでなく、通学用のバスが提供されていなかったのである。このために、例えばある児童は学校まで一八マイルも毎日歩いて通学しなければならなかったなど、長距離の徒歩通学を必要としていた。また児童

は、学校内の暖房のため、しばしば森に薪を集めに入らねばならなかった。他方、白人用の学校には、クラレンドン郡の場合、合計三三台のバスが通学用に提供されていた。

そこで、ブリッグス夫妻 (Harry and Eliza Briggs) は、他の二一の家族と共に、児童の通学用にバスを、一台だけでも提供するように求めた。しかし、地域の学校監督官 (local school superintendent) のエリオット (R.M. Elliott) は、バスの提供を拒んだ。その理由は、黒人市民は、バスを購入するのに十分な税金を払ってはならず、したがって白人の納税者に黒人用のバス代を負担するように求めるのは不公平だ、という事であった。

一九四九年に、NAACPは、この訴訟を支援することを承諾した。そこで、クラレンドン郡に住む一〇〇名以上の者がクラス・アクション (Class Action) を起した。ABC順から、ブリッグスの名が最初にあげられたため、訴訟に夫妻の名が冠されることとなった。訴訟に名を連ねた者達は、次々に解雇された。例えばブリッグス夫妻はともに職を失い、その後の一〇年間は、ブリッグスは、フロリダ州に転居して家族を養わねばなら

なかった。

一九五二年に連邦最高裁が事件を審理したところ、クラレンドン郡学校監督官は、設備を等しくする措置を実施している最中であると主張したので、最高裁判所は、再調査のため地方裁判所に事件を差し戻した。地方裁判所が再調査をしたところ、確かに平等に向かつて一定の進捗が認められた。

これに対し、マーシャル (Thurgood Marshall) 弁護士は、改善が行われていることは真実かもしれないが、本当の問題は、分離教育が存在している限り、学校は不平等な点であると主張し、最高裁判所に再上訴した。

この上告を受けて、この事件は、ブラウン事件に併合して審理されることとなった。

(二) ブラウン事件の概要

1 ブラウン対トピーカ市教育委員会事件

この事件も、上記ブリッグス事件と同じく、クラス・アクションで、そのため、ABC順の最初に来るブラウンの名が訴訟の名となった。

カンザス州トピーカ市⁽¹²⁾に住むオリバー・ブラウン

社会を変えた最高裁判所 (甲斐)

(Oliver Brown) の娘で、小学三年生のリンダ・ブラウン (Linda Brown) は、カンザス州法が黒人と白人の通学校を分離することを認めていたため、自宅からわずか五ブロック離れた所に白人の小学校があるにも関わらず、二ブロック (約一・六km) も離れた黒人小学校まで通学しなければならなかった。そこでオリバーは、娘を近くの白人校に入学させようとしたが、拒否された。一九五〇年、NAACPは、オリバー・ブラウンなどの黒人の親たちに、クラスアクションを起こすよう依頼した。そこで一九五一年に、オリバーなど一三家族三三人が、トピーカ市教育委員会を提訴したのがこの事件である。

連邦最高裁判所による、いわゆるブラウン事件判決においては、このブラウン事件及び上述のブリッグス事件に加えて、なお次の三件の事件が併合して審理された。

2 デイヴィス対プリンス・エドワード郡教育委員会事件

ヴァージニア州におけるこの Davis v. County School Board of Prince Edward County (Docket number: Civ. A. No. 1333; Case citation: 103 F. Supp. 337 (1952)) 事

件の場合、プリンス・エドワード郡⁽¹³⁾の黒人校である郡立モートン高校 (R.R. Moton High School) の施設が、きわめて劣悪であったことが問題となった。同校には体育館もカフェテリアも、教員用トイレもなかった。教室には机も黒板もなかった。本来一八〇人の生徒のために設置された施設であるのに、四五〇人も在学しているという大幅な定員超過状況のため、一部の生徒は、校外に放置されている老朽化したバスの中で授業を受けねばならなかった。それにも関わらず、学校側の設備充実要求は、全員が白人で構成されている郡教育委員会によって拒否された。

そこで、一六歳のジョーンズ (Barbara Johns) がリーダーとなって、一九五一年四月に抗議のためにストライキを決行した。この活動に対し、NAACPが援助を行うことを決めたことから、訴訟に移行した。訴訟の名称が、リーダーであるジョーンズではなく、デイヴィスとなっているのは、例によってABC順に記載した際に、最初に来たのが Dorothy Davis という第九学年の女生徒であったためである。

3 ゲバート対ベルトン事件

デラウェア州のこの Gebhart v. Belton, 33 Del. Ch. 144, 87 A.2d 862 (Del. Ch. 1952), *aff'd*, 91 A.2d 137 (Del. 1952) 事件は、ブラウン事件で一括審理となった事件のうちで、唯一、原審段階で、原告が勝利していた事件である。

この事件は、正確に言うと、二つの事件が複合している。

訴訟の名称となった Belton v. Gebhart 事件は、デラウェア州クレイモント地区⁽¹⁴⁾に住む八人のアフリカ系米国人の高校生の親である、ベルトン (Ethel Belton) 及び六組の両親が提起した訴訟である。デラウェア州は、南北戦争では北軍側に属した州であるが、その州憲法は、明確に黒白分離教育を定めていた。その結果、ベルトン等の子ども達は、至近距離に設備の整った白人用の高校があるにも関わらず、ウィルミントン (Wilmington) にある黒人用のハワード高校 (Howard High School) まですバス通学を強いられていた。このハワード校は、デラウェア州内でただ一つ、黒人用の大学に進学することが可能な高校だったのである。

今ひとつの *Bulah v. Gebhart* 事件は、デラウェア州ホーカシン地区⁽¹⁶⁾に住むサラ・ブラー (Sarah Bulah) という女性が、その娘のシャリー (Shirley) が、設備の整った白人専用校への進学を拒否され、同校の傍にある一クラスしか無い有色人種用校に進学させられた事に対して提起した訴訟である。白人校には通学用のバスが走っているのに対し、シャリーは、アフリカ系米国人は乗せないとして、それへの乗車を拒まれ、学校まで徒歩通学を強いられていた。

この両事件は、N A A C P により、デラウェア州衡平裁判所に一九五一年に提起された。同裁判所は、分離すれども平等原則は、プレッシー対ファーガソン事件において、連邦最高裁判所により合憲と判断されているので、下級審としてこれを覆すことは出来ないとして、黒人校と白人校の設備が同等でない事を理由に、黒人校の生徒を直ちに白人校に統合するべきだと判決した。

4 ボーリング対シャープ事件

いわゆるブラウン判決で、直接に判決が下されているのは以上の四件であるが、併合審理された第五の事件がある。それがこの事件で、この事件で問題になったのは

ワシントン D. C. の法律が定めていた、白人と黒人の別学条項の違憲性であった。他の事件は州法の違憲性が問題なので、第一四修正の平等保障条項が焦点となった。それに対し、ワシントン D. C. の場合には、連邦直轄であるため、第一四修正は適用が無く、第五修正の問題になる。しかし、第五修正には、第一四修正と違って平等保障条項が無いため、理論的には別の問題になる。その結果、この事件についてはブラウン事件と併合審理されたものの、ブラウン事件とは切り離して判決が下されることになった。

一九四九年以降、ワシントン D. C. のアナコステア (Anacostia) 地区に住む親のグループは、ワシントン教育委員会に、近日開校される予定のジョン・フィリップ・スーザ中学校 (John Phillip Sousa Junior High school) を人種統合学校とするよう陳情した。しかし、教育委員会は、陳情を受け入れず、同校は白人校としてオープンした。そこで、一九五〇年に親のグループが一人のアフリカ系米国人の入学を申請したが、拒否された。そこで訴えが提起された。入学を申請した学生のうち、A B C 順で最初に来たのがボーリング (Spottswood

Bollings) であつたため、この訴訟名となつた。

(三) 第一次ブラウン判決

この判決が下るまでの、この事件を取り巻く最高裁判所内外の状況には、きわめて興味深い点がある。この判決は、それが下される以前から激しい政治圧力が加わつた。例えば、アイゼンハワー大統領は、わざわざウォーレンをホワイトハウスに招いて、人種隔離に合憲判決を下すよう、露骨に働きかけていた。¹⁶

それにも関わらず全員一致で違憲判決が下つた経緯を、ウォーレン自身は、次の様に述べている。

「最高裁判所という団体組織の実にすばらしい伝統に従つて、裁判官が一人残らず自主的に考えて下した判断の象徴が、この判決なのだ。公務員としての私の生涯で、これほど、情勢が重大だという意識を持ち、構成員ができるだけばらばらにならないで、すなわちなんとかみんなが一つにまとまりたいという気持ちで、一心不乱に事件を解決した人たちにあつたためしはない。全員がいかに統一戦線を張りたいと思つていたか。それは、心臓麻痺に襲われた

結果、一カ月くらい入院していたロバート・ジャクソン判事が、この判決公表のため、ぜひ身支度して出頭するといつてきかず、私たち全員を驚かせたことでもわかるだろう。無理をするおそれがあるのではないか、と私は気がかりだつた。しかし、当の訴訟は至極重大なので、最高裁全員の顔ぶれがそろふ必要がある。―相手は口をすっぱくしていつたものだ。そして結局、その主張が通つたわけである。¹⁷」

これに対して、ウォーレンが述べるような各判事の自発的判断ではなく、ウォーレンの強い働きかけの結果であると主張する者もある。¹⁸ しかしながら、前述の通り、ブラウン判決は突然に下されたものではなく、スウェット対ペインター事件以降、全員一致の判決が積み上げられてきた流れから考えると、ウォーレンのこの記述を信用したい。

1 ブラウン判決の内容

こうして全員一致となつた裁判所の意見をウォーレン長官自身が執筆した。この判決文は、最高裁判決によく見られる難解な言い回しが少なく、複雑な事実関係はすべて脚注に落とし、簡明に見解を主張したものである。

これは、政治家としての訓練から生じた文体と言えそうである。

ワシントンD.C.を舞台するものを除くこれら四件の事件を併合審理する理由について、ウォーレンは次の様に述べている。

「これらの事件は、それぞれカンザス州、サウスカロライナ州、ヴァージニア州及びデラウェア州の各地から上告された。彼らはそれぞれ異なった事実と異なった地域の状況を前提としているが、この統合意見においては、共通する法的問題をまとめて判断する。各事件においては、黒人種の未成年者が、その法定代理人を通じて、自分たちの地域における、分離教育ではない公立学校への入学許可を得るための裁判所の援助を求めている。それぞれの下級審では、彼らは人種に応じて分離教育を要求している法律の下で、白人の子供が通学する学校への入学を拒否されていた。この分離教育は、憲法第一四修正の定める法の平等な保護を、原告から奪っている主張した。」

このように併合審理する理由を述べた後、今日におけ

社会を変えた最高裁判所（甲斐）

る公教育の重要性を論じ、次の様に言う。

「この問題に対処するにあたっては、我々は、時計の針を第一四修正が採択された一八六八年に、あるいはプレッシー対ファーガソン判決の書かれた一八九六年に戻すことはできない。我々は、公教育をその完全な発展と全国におけるアメリカ人の生活の中での今日的位置に照らして考慮しなければならぬ。このような方法によつてのみ、公立校における分離が告人から法の平等保護を奪っているか否かを決めることができるのである。」

こう述べて、先に紹介したスウェット事件やマクローリン事件の判例を紹介した上で教育学の議論を展開し、「人種だけを理由に彼ら（黒人）を年齢も資格も同じ他の者から隔離することは、社会における彼らの地位について劣等感を与え、彼らの心にいやしがたい影響を及ぼすかもしれない。」

こうした議論の積み重ねの上に、次の様に結論を下す。「我々は、公教育の分野では、『分離すれども平等』政策はもはや適用すべき場面がないと結論する。独立した教育施設は、本質的に平等ではない。それ故

に、我々は、原告及び他の同様の状況にあり、クラス・アクシヨンの効力の及ぶすべての者は、分離されているという理由において、第一四修正によって保障されている法の平等な保護を奪われているとする。この処分には、このような分離が、第一四修正の適正手続き条項にも違反したか否かを論じることが不要である。」

しかし、影響する範囲が大きいため、具体的な救済方法については引き続き審理する、とした。

2 ボーリング対シャープ事件判決の内容

併合審理された五件の事件のうち、この事件だけは、連邦直轄地であるワシントンD.C.であるため、州を対象とする第一四修正ではなく、連邦を対象とする第五修正が問題となる。第一四修正と違って、第五修正には平等保護条項が存在していないため、原告を救済するには、ブラウン判決においては、議論は不要であると述べた適正手続き条項に頼るほかはない。そのように、結論に至る憲法理論に違いが生じるので、切り離して別に判決が下された (Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954))。しかし、同じ日に、同じく、ウォーレン長官によって、言

い渡されたことには違いが無い。

ウォーレンは言う。

「我々は今日、第一四修正の平等保護条項は、人種的に分離された公立学校を州が設置することを禁止していると判決した。ワシントンD.C.の法的問題は、しかしながら若干異なっている。ワシントンD.C.には第五修正が適用になるが、同修正には平等保護条項がなく、他方、第一四修正は州にのみ適用になるのである。しかし、平等保護と適正手続きという概念は、いずれも、我々アメリカの公平性の理想から導かれたものであり、相互に排他的なものではない。『法の平等保護』は、不公平さを防ぐため、『適正手続き』よりも明確な保護手段であり、それ故に我々は両者が常に相互互換的な条項であると暗示したりはしない。しかし、当法廷が認識したとおり、概念区別は、適正手続きを侵害したことになるほど、厳密なものでは無い。」

この様な少々強引な論法で、適正手続きを平等保護と読み替えて、ブラウン判決がこの場合にも適用可能であると論じたのである。

(四) 第二次ブラウン判決

ジャクソン判事が一九五四年一〇月に死亡したため、ハーラン (John Marshall Harlan) 判事が任命された。その関係でブラウン事件に関する最終的な判決が下されるのは、遅れて、翌一九五五年五月三十一日となった (第二次ブラウン判決＝349 U.S. 294 (1955))。第一次ブラウン判決からこの時までの間に、最高裁判所は、連邦法務長官に加え、公共教育において分離教育を実施している州の法務長官からもその見解を質した。また、政党、連邦及びフロリダ州、ノースカロライナ州、アーカンソー州、オクラホマ州、メリーランド州及びテキサス州も口頭弁論に参加した。

それらの主張も考慮した上で、ウォーレンは、第一次ブラウン判決で、分離教育は違憲であるとした大原則をベースに、次のように宣言する。

「連邦、州、または地方自治体の法であつて、そのような差別を要求したり、許容したりするあらゆる条項は、この原則の前に放棄されなければならない。そこに考慮すべき問題として残っているのは、いかなる方法で救済を与えるかである。

これらの事件は異なる地域的条件から生じており、その性質には様々な地域的問題を含んでいるので、我々は、その救済の問題をさらなる議論に委ねることにした。

各州等の陳述は、当法廷にとり、人種差別から公教育システムを解放するにあたり、その移行時に発生する複雑な問題を検討する上で、有益で役立つものであつた。陳述では、公立学校における人種差別をなくすための実質的なステップは、単に本件事件が生じた諸州においてのみならず、法廷助言者 (amici curiae) として出廷した諸州においても、すでに踏み出されている事を明らかにした。実質的な進展は、ワシントン D.C. においても、この訴訟に関係するカンザス州及びデラウェア州の地域社会においても行われている。サウスカロライナ州とヴァージニア州から我々の助けを求めてきた者は、当法廷の救援に関する決定を待っている。

これら憲法原則の完全実施には、様々な地域における学校の問題を解決する必要がある場合があるであろう。学校当局は、その問題を評価し、解決する

第一義的な責任を有している。裁判所は学校当局の行動が、憲法原則の実施を、忠実に実現するかどうかを考慮する必要がある。地域の状況や、さらなる聴聞の必要性を可能ならしめるためには、もともとこの問題にかかわっていた裁判所がもつとも適切に司法的な鑑定評価を行うことができる。そこで、我々はそれらの裁判所に事件を差し戻すことが適切と考えている。」

このように問題状況を整理し、実際の解決は連邦地方裁判所に委ねることを明らかにした上で、ウォーレンは、次にこの問題に対して、裁判所がどのように対応するべきかを述べる。

「命令を形成し、施行する場合において、裁判所は、衡平の原則によって導かれる。伝統的に、衡平法(「エクイティ」)は、公的・私的必要性を調整するための施設に関し、救済方法を形成する上における実用的な柔軟性によって特徴付けられている。」

すなわち、この問題の解決に当たっては、エクイティ裁判所としての権限により、法令にとらわれない柔軟な解決方法を模索すると宣言したのである。教育委員会は、

連邦地裁の指示と監督の下に、それぞれの管轄区域内の公立学校の人種統合を実現する義務を負わされたのである。換言すれば、裁判所が、立法府や行政府に代わって人種隔離制度の撤廃に向けての推進者としての役割を引き受けたことになる。

「下記の判断は、デラウェア州の事件を除けば、状況に応じて好転しており、事件が地方裁判所に差し戻され、この判決の意見にしたがい、必要かつ適切に、人種の無差別を基本として公立学校に、適切な速度で (with all deliberate speed)¹⁹ 適用されること が求められる。」

(五) スウォン対シャーロット・メクレンバーグ教育委員会事件

南部諸州は、このブラウン判決に強い拒絶反応を示し、「司法権の明確な乱用」をしたとして非難する南部宣言 (Southern Manifesto) が、南北戦争で南軍側だった一州選出の、一九名の上院議員と八二名の下院議員によって署名された²⁰。また、アイゼンハワー大統領も、この判決の実効性確保に全く協力しなかった。

なお、ブラウン事件の地元であるトピーカ市では、この連邦最高裁判所の第二次判決後に選挙があり、政治状況に変化が生じていた。その結果、トピーカ市教育委員会では、一九五三年八月には学校の統合作業に着手しており、一九五六年一月には全ての統合が完了していた。したがって、第二次ブラウン判決はトピーカ市においては実際に機能を発揮することは、なかったのである。

しかし、南部諸州においては、ブラウン判決中の「適切なスピードで (with all deliberate speed)」という言葉は絶好の逃げ口上となり、白人校と黒人校の統合は遅々として進まなかった。そこで、NAACPは、第二次ブラウン判決の発動を狙った訴訟を計画した。

ノースカロライナは穏和な地域で、統合への抵抗も他に比べると弱かったが、それでもシャーロット・メクレンバーグ教育委員会の校区をみると、若干の黒人は白人校に通学していたが、大多数は依然として黒人校に通学していた。そこで、公民権グループでは、六歳のスウォン (James Swann) に訴えを提起させた。スウォンが選ばれたのは、彼の父親が神学の教授であり、地域からの仕返しを受けにくい立場だったからである。連邦地方裁

判所は、校区内の白人対黒人の人口比である七一対二九の比率を各学校で実現させるための対策を教育委員会に検討させるとともに、外部の専門家にも検討を依頼した。教育委員会は十分な対案を提出しなかったのに対し、外部専門家はバス通学を提案したので、地裁はこれを採用して、同校区にある一〇五校に上る学校を人種的に統合するよう命じた (このため、事件を担当したマクミラン (James B. McMillan) 地裁判事は地域から阻害され、彼の事務所や自宅、車は爆破された。)

連邦最高裁はバーガー・コートの時代に入っていたが、この命令の当否を巡る上告審で、最高裁判所はやはり九対〇で、地裁の決定を支持した (Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education 402 U.S. 1 (1971))。判決は、問題の地域が、第二次ブラウン判決が出た後も、故意に人種隔離を維持し、地裁判事の忍耐強い努力にも拘わらず、承認を得られるような独自案を押し進める明白な義務の履行を怠ったことを強調している。

この判決により、全米にバス通学が広がることになる。

二 刑事被告人等の権利

ウォーレンは、地方検事補、地方検事、司法長官と、長いこと刑事司法の領域で活躍してきた人物であるから、当然ながら刑事司法に造詣が深く、その結果、ウォーレン・コートの重要な判例は、その領域に数多く存在している。

(一) ギデオン対ウエインライト事件

この *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963) 事件は、連邦最高裁判所の歴史に残る画期的な判決である。

第六修正は次の様に定めている。

「すべての刑事上の訴追において、被告人は、犯罪が行われた州の陪審であつて、あらかじめ法律で定めた地区の公平な陪審による迅速かつ公開の裁判を受ける権利を有する。被告人は、訴追の性質と理由について告知を受け、自己に不利な証人との対質を求め、自己に有利な証人を得るために強制的手続きを利用し、かつ、自己の防禦のために弁護人の援助を受ける権利を有する。」

この末文が弁護人条項 (Assistance of Counsel Clause) と呼ばれる規定で、これにより、連邦レベルであれば、弁護人を求める権利が存在することに對する憲法上の保障が存在していた。

1 その前史

連邦最高裁判所は、弁護人条項を受けて、すでに *Johnson v. Zerbst*, (304 U.S. 458 (1938)) 事件において、重罪事件において、弁護士を求める権利を承認していた。⁽²¹⁾ それに對し、州レベルにおける裁判に對しては、連邦最高裁は、上記ジョンソン事件より前の一九三二年に、パウエル対アラバマ州事件⁽²²⁾において、死刑判決を受けているような特別の条件 (special circumstances) があれば、第一四修正の適正手続条項を媒介に、第六修正の弁護人条項を州レベルに適用できると判決していたと理解されていた。

一九四二年のベッツ対ブレイディ事件においては、裁判所は、死刑事件ではない事件でも、特に弁護人がいないことが適正手続きの否定につながるような場合には、その審理は不公平に運用されているとして、パウエル事件の「特別の事情」ルールを拡張できる可能性を示した。⁽²³⁾

しかし、文盲とか痴愚などの特別な条件があるか、あるいは特に複雑な事件で無い限り裁判所として特に弁護士を任命する必要は無いとしていた。

そして、その後の二〇年間に、最高裁は、さらにいくつかの事件において、それらの事件では弁護士が必要だった、との個別の判決を下した。しかし適正手続きの否定につながるという高い基準をクリアしていることを証明することが困難なため、救済されたのは、すべて死刑が申し渡されていた事件であった。

2 事件の概要

フロリダ州パナマ市の港のビリアード場で、一九六一年六月三日の真夜中から午前八時までの間に、事件は起きた。何者かがドアを破り、たばこ販売機とレコード・プレーヤーを破壊し、レジから現金を盗んだのである。その日のうちに、ギデオン (Clarence Earl Gideon) が朝の五時半頃、ワインの瓶を持ち、現金をポケットに入れてそこから歩み去るのを見たという証人が現れた。この告発のみに基づいて、ギデオンは住居侵入窃盗で逮捕され、起訴された。住居侵入窃盗は、フロリダ州法では、重罪 (felony) とされるが、死刑に繋がる犯罪ではない。

法廷で、ギデオンは、自分が貧しすぎて弁護士を雇えないと述べ、彼のために弁護士を選任してくれるよう裁判所に依頼した。

連邦最高裁判所判決は、ギデオンの依頼に、裁判所が次の様に答えたと書いている。

「ギデオンさん、申し訳ないが、この事件であなたを代理する弁護士を任命することはできません。フロリダ州法によれば、被告人を代理する弁護士を法廷が任命出来るのは、被告人が死刑を求刑されている場合だけです。申し訳ないが、この事件であなたを守るために弁護士を任命するようというあなたの請求は却下せざるを得ません。」

この結果、ギデオンは自己弁護を強いられ、審理の結果、陪審は有罪と評決し、懲役五年の判決が下された。フロリダ州の獄中から、ギデオンは、刑務所の図書館を利用し、刑務所の備品である鉛筆と紙を使用して、フロリダ州更正課 (Department of Corrections) 有罪となった犯罪者の処置を管理する州政府の部門) の長 (その時点ではコックラン (H.G. Cochran) であったが、後に退職し、代わってウェインライト (Louie L.

Wainwright) になった。)を相手取って、彼の弁護士人依頼権という、第一四修正を媒介して州レベルに適用される第六修正で保障されている権利が侵害された、とする人身保護令状の発布を求めた。

最高裁判所は、この問題に新たな光を当てる意図で、サーシオレイライとして取り上げた。当然、そこでの問題は、ベッツ事件判決を再検討するべきか否かである。

3 判決の内容

最終判決は、一九六三年三月一八日に下された。判決文はブラック (Hugo Black) 判事が執筆した。全員一致の判決であったが、クラーク、ダグラス及びハーランが補足意見を執筆した。

ブラックは、冒頭、ベッツ事件とギデオンの類似性を指摘している。

ベッツも、ギデオンと同じく、貧しくて、自分では弁護士を雇えないとして、裁判所に弁護士を選任するように求めた。しかし、メリーランド州法は、殺人又は強姦の場合以外には裁判所は弁護士を選任出来ないとしたのである。そして、同じく無罪を主張したが、陪審によって有罪とされ、八年の懲役を宣告されたのである。

ギデオンと同様に、ベッツも人身保護令状の発布を求めたが、適正手続条項は、必ずしも重罪に対して弁護士を任命することを定めていないとされて、すべての救済を絶たれたのである。

このように、ベッツ事件を紹介した上で、「我々は徹底的に見直した結果、ベッツ事件判例を変更すべきであると結論した」と述べる。

「我々は、ベッツ事件において当法廷が、連邦による権利侵害からの本質的な防御として権利章典に書かれた保障が、等しく第一四修正の適正手続条項によって、州に対する侵害から保護されていることを認めるに十分な先例があったと思う。」

こう述べて、ブラックはパウエル事件判決等を引用する。パウエル事件で、サザランド判事は次の様に述べていた。

「主張を聴取される権利は、多くの場合、弁護士に相談する権利を包括しない場合、ほとんど役に立たないであろう。知的で教養のある者であっても、素人は法律学ではわずかな技能しか持っておらず、ときには全く持っていない。犯罪で起訴された場合、

普通の人は、起訴が良いのか悪いのかを、自分自身のために決定することは不可能である。彼は証拠法に慣れていない。弁護士の助けを借りずには、彼は適切な保護も無しに裁判にかけられ、不当な証拠や、問題とは無関係、あるいは排除されるべき証拠によって、有罪判決を受けるであろう。彼は無罪であつても、自らを防御する技能と知識の両者を欠いているからである。彼は、自らに対する刑事手続のあらゆる段階で弁護士の導きの手を必要としている。それ無しには、例え無罪であつても、自らの無実を確立する方法を知らないので有罪判決を受ける危険に直面している。」

このサザランド判事の言葉を紹介した上で、ブラック判事は次の様に結論を下している。

「ベッツ対ブレイデイ事件で、当裁判所は、パウエル対アラバマ州事件で当裁判所が保有していた健全な知恵から離れてしまった。フロリダ州では、他の二つの州と同様に、ベッツ対ブレイデイ判決をそのまま遵守することを要請された。それに対し、当法廷の友人である二二州では、ベッツ事件判決は『下

されたときに、既に時代錯誤』だったし、今ではそれは却下されるべきであると主張している。我々は、それに同意する。」

このように述べて、事件をフロリダ州に差し戻したのである。

クラーク (Tom C. Clark) 判事は補足意見で、憲法は死刑事件か否かは全く述べていないのだから、弁護士への相談権は、あらゆる事件で保障されるとしている。ハーラン判事の補足意見は、単なる重大な犯罪の告発は、それ自体、特別な事情に当たるとしている。なお、ダグラス (William O. Douglas) 判事の補足意見は、権利章典と第一四修正の関係に関する歴史を簡略に紹介したものである。

4 その後

このギデオオン事件判決により、フロリダ州だけで約二〇〇〇人の人間が釈放された。

ギデオオン自身は、弁護士付きの新しい裁判を受けることができた。彼の弁護士は、ギデオオンを目撃したという証人が信頼出来ないことを証明し、またギデオオンをそのピリアード場から運んだタクシー運転手を見つけ出し、

ギデオンがその時ワインの瓶どころか何も持っていなかったことを証言させるのに成功した。陪審は、わずか一時間の審理でギデオンを釈放した。

5 日本との対比

一九四七年に制定された日本国憲法三七条三項は次の様に規定している。

「刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する。」

さらに、一九四八年に制定されたわが国刑事訴訟法二八九条は、次の様に規定している。

「死刑又は無期若しくは長期三年を超える懲役若しくは禁錮にあたる事件を審理する場合には、弁護人がなければ開廷することはできない。」

つまり、米国で言う重罪に当たる犯罪の場合には、例え被告人が弁護士を付けずに訴訟したいと言っても、強制的に弁護士が付されるのである。

この規定になじんでいる我々から見れば、アメリカにおいて一九六三年になって、ようやくこの規定と同じ内

容が、最高裁判所判決によって宣言されたというのは、信じられない気がする。

日本におけるこれらの規定は、マッカーサー草案二六条三項に由来する。

“At all times the accused shall have the assistance of competent counsel who shall, if the accused be unable to secure the same by his own efforts, be assigned to his use by the government.”

人権に関する章は、ロウスト (Pieter K. Roest) 陸軍中佐がリーダーとなり、ワイルズとシロタ (Beate Sirota) の三人のチームが担当したが、刑事基本権に関する条項は、ワイルズによると言われる。マッカーサー草案に書かれていたのは、極めて先駆的な理想であったことが判る。

6 米国の公選弁護制度

ギデオン判決に直ちに追随したのは、事件の舞台となったフロリダ州である。同州では、一六ある州巡回裁判所 (circuit court) のすべてに公選弁護人 (public defender) を設置した。また、被告人が公平な裁判を受けるにふさわしい能力を公選弁護人が持つように訓練制

度が設けられた。いくつかの州と郡 (counties) がこれに続いた。例えば、ワシントン D.C. は、公選弁護人のための研修プログラムを作成した都市の一つである。ここでは、弁護士は就任に先立って訓練を受けるばかりで無く、就任後も最新の能力を確保出来るように、訓練を受け続けなければならないという。

(二) ミランダ対アリゾナ州事件

この Miranda v. Arizona (384 U.S. 436 (1966)) 事件は、ミランダ警告 (Miranda warning) を与えることを警察に義務づけることにより、犯罪者の権利を明確にしたという意味で、きわめて名高い判決である。この判決は、単一の事件ではなく、同様の事実関係があった Vignera v. New York 事件、Westover v. United States 事件及び California v. Stewart 事件の三つと共に、併合審理されたものである。これらの中で、ABC順に並べると、被告人の名前で最初に来るのがミランダであったため、これら事件が彼の名で総称されるようになった。この判決は、その少し前にでたエスコベド事件 (Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964)) を更に発展

させたもので、当時としては行き過ぎという意見も強かった。そこで、順序としてエスコベド事件から紹介する。

1 エスコベド対イリノイ州事件

先に紹介したギデオンの事件では、起訴後における弁護士依頼権が問題となったが、ここで問題となったのは、起訴前における弁護士との接見権である。背景には一九六〇年代になって、各地の弁護士会が被疑者の権利擁護のために司法援助活動を強化したことがある。

エスコベド (Danny Escobedo) の妹グレースの夫が一九六〇年一月一九日の夜に射殺された。そこで、エスコベドは翌朝、何の警告も与えられることなく逮捕され、尋問されたが、エスコベドは完全に黙秘し、その午後には釈放された。その後、別件で逮捕されていた者が、エスコベドの妹がその夫によって虐待されていたことから、エスコベドは殺意を持ってその夫を射殺したのだと警察に告げた。そこで、一月三〇日に、警察は再びエスコベド及びその妹グレースを逮捕し、自白を迫った。エスコベドは、弁護士と接見することを求めたが、警察は、エスコベドは拘留されているが、いまだ正式に起訴されて

いないことを理由としてその要求を拒んだ。エスコベドの弁護士は警察署に向き、繰り返し接見を求めたが、拒まれた。結局、警察及び検察は、合計で一四時間半エスコベドを拘留して尋問を続け、その間、弁護士との接見を拒み続けた。その尋問中に、エスコベドは問題の犯罪に関する知識がある旨の供述を行った。殺人によつて起訴された後、エスコベドは弁護士との接見を拒まれたことを主張して、連邦最高裁に上告した。

判決は一九六四年六月二二日に言い渡されたが、五対四というきわどいものとなった。法廷意見はゴールドバーグ (Arthur Goldberg) 判事が執筆し、これにウォーレン長官、ブラック、ダグラス、ブレナン各判事が賛同した。ハーラン、スチュワート、ホワイト、クラークの各判事が反対に回った。

ゴールドバーグは、単なる証人に対する質問と異なり、特定の被疑者に対する尋問は、それが起訴前であれ、起訴後であれ、そこで誘発された自白が被疑者を起訴する際の証拠と使われることに違いは無いので、弁護士に接見する権利は等しく認められなければならないらず、それを否定することは第六修正に違反するとした。

これに対し、反対意見は、判事により程度の差はあるが、基本的に犯罪者の権利を強く認めることは犯罪との戦いにおいて、警察を不利にすると言うことであつた。

2 ミランダ事件の概要

一九六三年三月一三日、ミランダ (Ernesto Miranda) は、アリゾナ州で、状況証拠に基づき、その一〇日前に一七歳の女性を誘拐し、強姦した罪で逮捕された。警察に二時間尋問された後、ミランダは「私は、ここに、この供述書は任意かつ私の自由意思によるものであり、いかなる強制、脅迫及び免責の約束もなく、かつ私の法的権利に関する十全の知識に基づき、私が行った供述は私に不利に使用されることを理解していることを誓う²⁵」という文章が、予めタイプされた供述書にサインした。

しかし、実際にはミランダには、彼が弁護人と相談する権利があることは告げられておらず、彼に黙秘権があることも、尋問中の供述が彼に不利に使用されることも、一度も告知されないうままに、彼が既に口頭で行った自白を、前述の誓約文の入った形式で書くように求められたのだつた。

裁判において、ミランダの供述書は証拠として提出さ

れたので、ミランダに対し裁判所が任命した弁護士は、供述書は実際には任意に書かれたものでは無いという事実を根拠に、証拠から排除するよう求めた。しかし、弁護人の異議は却下され、ミランダは誘拐及び強姦の罪に關し、いずれも有罪とされ、前者に二〇年、後者に三〇年の判決が言い渡されたが、二つの刑期は同時に進行することとされた。

ミランダはアリゾナ州最高裁判所に控訴したが、同最高裁判所も下級審の判決を支持した。この判決においてアリゾナ州最高裁判所は、ミランダが具体的に弁護士を要請しなかったという事実を強調した。

そこでミランダの弁護士は、連邦最高裁判所に上告した。

3 判決の内容

連邦最高裁判所は一九六六年六月一三日、判決を下した。評決は六対三となり、エスコベド事件より多数意見に賛同する判事が増えた。すなわち、ウォーレン長官が判決文を執筆し、ブラック、ダグラス、ブレナン、フォータス判事がこれに同意した。またエスコベド事件では反対意見に回ったクラーク判事も、理由は異なるが、

結論に同意した。これに対し、エスコベド事件で反対意見を書いたハーラン、スチュワート、ホワイトの各判事は、この事件でも反対意見を書いた。

(1) 多数意見

ウォーレン長官は、判決文を「我々の前にある事件は、米国の刑事司法概念の根源 (roots) に迫る問題を提起している。」と莊重に書き出す。そして、前記エスコベド判決を引用した上で、次の様に述べる。

「我々はこの問題の特定の側面を近時 *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964) で取り扱った。今、我々の前にある四つの事件は、法の執行に当たる官憲が被疑者を勾留し、自白を得る目的で、警察署内で彼を尋問したというものである。警察官は、彼に黙秘する権利や弁護士に相談する権利があることを適切に告知しなかった。むしろ、警察は、彼が殺人を犯したと主張する共犯者と対面させている。そして、被疑者が告発を否定し、『私はマヌエルを撃つていない。撃つたのはお前だ』と言ったところ、彼に手錠を掛け、尋問室に連行した。そこで、手錠を掛けられ、立たされたまま、彼は四時間も自白する

まで尋問された。尋問の間、警察官は、彼の、弁護士と相談したいという要求を拒み、彼が依頼した弁護士が警察署に来て彼と相談するのを妨げた。我々は、このような方法で作られた供述は、憲法的に許容できない。(中略)

我々は、エスコベド事件で述べたとおり、我々の判断は司法の革新ではなく、長きにわたって認識され、他の場面では適用されてきた原則の運用だという前提からスタートする。我々は、エスコベド判決とそれが述べている原則の完全な再検討を行い、再度確定する。あの事件は、我らが憲法に宣明されている基本的な権利——『何人も、刑事事件において、自己に不利な証人となることを強制されない』²⁶及び『被告人は自己の防禦のために弁護人の援助を受ける』²⁷権利という、官憲の強引さから生じる危険を抑止するために置かれた権利を解釈したものに過ぎない。これらの貴い権利は、我らの憲法に、数世紀にわたる迫害と奮闘の未定められたものである。マーシャル長官は、『来たるべき歳月に、人間の制度に可能な限り不死に近づくように設計されている』²⁸と

述べている²⁹。以下、マーシャル以降における幾つもの判例が引用される。また、ウィッカーシャム委員会の報告を引用する³⁰。その上で、非常に早い段階で、次の様に結論を示している。

「起訴に当たっては、拘留尋問から抜き出した供述を、自己負罪禁止特権の確保に有効な手続的保護手段がとられていることを示すもので無い限り、無罪であれ、有罪であれ、証拠として使用してはならない。拘留尋問とは、人が身体を拘束され、ないしは、何らかの顕著な方法により行動の自由を奪われた後に、法執行官によって行われる尋問を意味する。採用されるべき手続的保護措置として、他の完全に有効な手段が、訴追されている者に黙秘権及びそれを行行使するための継続的な機会を確保するために工夫されていない限り、以下の対策が必要である。いかなる事情聴取にも先行して、人は、彼が黙秘権を有すること、彼が行う供述は彼に不利な証拠として用いられること、そして割り当てられたか自ら依頼するかした弁護士の同席を求める権利があることを警

告されねばならない。被告は、これらの権利を放棄することができるが、その放棄は、自発的、かつ知識を持ち、理解してなされなければならない。そして、彼が、どのような方法であれ、いかなる段階であれ、供述する前に弁護士に相談したがつていることを示した場合には、もはやいかなる質問も許されない。同様に、もしその者が一人であり、いかなる方法であれ、尋問されたくないことを示していれば、警察は彼に質問してはならない。彼がいくつかの質問に答えたり、自発的に何らかの供述をしたりしたという単なる事実、彼が弁護士に相談するまではさらなる質問に答えることを控え、その後質問に答えることに同意する権利を奪うことはない。」

その上で、なぜこの様な結論に至ったのかをウォレンは説明していく。それに当たっては、数多くの判例を引用するばかりでなく、警察官が尋問用に使用しているマニュアルを引用し、その中で、自白を引き出すためには取調室で孤絶させることを勧めているとして、次の文を紹介している。

「実用的な観点からすれば、尋問は捜査官のオフィ

スで、または少なくともその選択した部屋の中で行われるべきである。被疑者はすべての心理的な優位性を奪われるべきである。自分の家では、彼は、自信を持つたり、憤慨したり、反抗的になったりすることもしない。自宅の壁の中では、彼は自らの権利をきちんと認識し、自らの過ちや犯罪行為を供述することを嫌がる傾向が強い。さらに、彼の家族や友人が側におり、彼らが存在していることで、精神的な支援が与えられる。捜査官自身の事務所では、捜査官は、すべての点で有利である。雰囲気は、法律の力の無敵を示唆している。」

以下、このような調子で、数冊の警察の使用しているマニュアルの内容を紹介していく。しかし、マニュアルは、このように被疑者に対し心理的に強制する手段を紹介すると同時に、黙秘権等の権利の告知義務があることも述べている。こうした一連のマニュアルの記述を、ウォレンは次の様に総括している。

「尋問技術のこれらの代表的なサンプルから、マニュアルで規定され、実際に見られる設定が明らかになる。本質的に、それはこういうことである。被

疑者と二人だけになることが、被疑者が注意散漫になり、外部からの支援を奪う上で不可欠ということである。被疑者が有罪だという自信のオーラが、被疑者の抵抗する意志をくじくものである。被疑者は単に警察が持っている先入観に基づいて描かれた話を確認するだけである。忍耐と粘り強さにより執拗な尋問が行われている。自白を得るために、尋問者は『根気よく自分自身を操り、あるいは所望の目的が達成されるだろう位置に自分自身を置く』ようにしなければならない。通常の手順では、必要な結果を得るのに失敗した場合には、警察は虚偽の法律上の助言を与えるなどの偽計に頼ることもある。大事なことは被疑者のバランスを崩させることで、例えば被疑者自身やその周囲に対する彼の不安と取引することである。警察はその後、トリックや説得により、彼の憲法上の権利を行使しないよう彼をなだめる。」

その上で、ミランダ事件等四件の事件における警察側の行動と、貧しさや学校中退など、被告人側の不利な状況を簡略に紹介する。

また、FBIに問い合わせを行い、FBIでは、被疑者の権利を告知した上で取り調べを行っていることを確認している。要するに、実務的には、このミランダ警告を導入しても問題がないことを論証したのである。

アメリカ自由人権協会が、最高裁判所に、警察での全ての尋問には「警察署」付き弁護士の同席を「義務」付けるよう要請したが、ウォーレンはそこまでやることを拒否し、「即座に」弁護士を要求することは被疑者の利益を守ることにになると示唆することも含めて拒否した。どちらにしても有能な弁護士であれば警察に何も言わないように依頼者に忠告するであろうことから、尋問は無益になるものと考えられた。

ウォーレンは、FBIが実際にやっている方法や軍事司法統一法典の規則で、そのどちらも被疑者に黙秘を行使する権利があることを伝えるように要求していることを指摘した。FBIの警告には弁護士に相談する権利を告げることも含まれていた。

(2) ハーラン判事の反対意見

多数意見に不同意だった判事達は、提案された警告が、究極的に大きな不利益に繋がると考えた。一日警告され

た被疑者は常に弁護士を要求し、警察が自白を求める能力を否定すると明らかに考え、その結果高圧的尋問の問題に過剰に反応していると非難した。

(3) クラーク判事の意見

前述の通り、クラーク判事は結論において多数意見と同じであるが、その論理は異なっていた。クラークは、多数意見の論理については、「余りに遠くまで、余りに早く (too far too fast)」行き過ぎたと述べた。クラーク判事は、ミランダ判決の論理の替わりに「ヘインズ事件」⁽³¹⁾で連邦最高裁判所が導入した「関連性総合テスト (totality of the circumstances test)」を、この事件でも使うべきだとした。

このテストは、被告の憲法上の権利が、自白を得るに当たり侵害されたかどうかを評価するためのものである。これは、申し立てられた権利侵害の特定の側面を見るのでは無く、それに関係するすべての状況を総合的に判断して違憲か否かを判断するというものである。そして、このテストでも同じ結果が導かれると論じたのである。ミランダ判決が確定した結果、このテストは、その後、自白の任意性評価には使われることはなくなった。ただ

し、現在では、被告が令状なしの検索に同意したか否か、あるいは捜索令状発給に当たって合理的な理由が存在したかどうかを決定するためには使用されている⁽³²⁾。

4 ミランダール

ミランダは改めて審査された。その際には検察が自白を証拠に用いなかったが、目撃者その他の証拠を使って立証した結果、ミランダは一九六七年に有罪とされ、二〇年ないし三〇年の禁固を宣告された。ミランダは一九七二年に仮釈放された。釈放後は元の居住地に戻り、一九七六年一月三十一日に酒場で喧嘩になり刺されて死んだ。

「ミランダ」判決の後、米国中の警官は、逮捕された者に「ミランダ警告 (Miranda warning)」と呼ばれる形式で、その権利を教えるよう要求されることになった。それにあたっては、地域による違いがあるが、典型的には、次のような文言が使用される。

1. You have the right to remain silent. (あなたには黙秘権がある。)
2. Anything you say can and will be used against you in a court of law. (あなたが言うことは、法廷であ

なたに不利な証拠として用いられる事がある。)

3. You have the right to have an attorney present before and during questioning. (あなたは、取り調べに先立ち、あるいは取調中に、弁護士の立会いを求め権利がある。)

4. If you cannot afford an attorney, one will be appointed for you before any questioning, if you wish. (もしあなたが自分で弁護士に依頼することができず、かつ弁護士を望むならば、国は、あなたに、取調べに先立ち、弁護士を任命する。)

5. If you decide to answer any questions now, without an attorney present, you will still have the right to stop answering at any time until you talk to an attorney. (今、あなたが何らかの質問に対し、弁護士の立会抜きで答えることにした場合にも、あなたは何時でも、弁護士と相談するまで回答を中止する権利を有する。)

6. Knowing and understanding your rights as I have explained them to you, are you willing to answer my questions without an attorney present? (あなたは、

私があなたに説明した自分の権利を知り、かつ理解した上で、弁護士の同席無しに私の質問に任意に回答しますか?)

5 その後 デイックارسン対合衆国事件

議会は、ミランダールを廃止し、関連性総合テストを復活させようとして、一九六八年総合犯罪防止・安全市街地法 (Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968) を制定し、被告人がミランダ警告を受けていたかどうかに関係なく、自白が自主的に行われた場合には、連邦裁判所判事は、刑事被告人の自白調書を承認すると定めた。しかし、検察は、違憲判断が下されるのを恐れて、同法に依ろうとはしなかった。

これに対し、カッセル (Paul Cassell) ユタ大学ロースクール教授が、ミランダールは裁判所が作り出した法であつて憲法上の要請では無く、したがって連邦議会がそれを総合犯罪防止・安全市街地法で置き換えた以上、ミランダールは、連邦レベルでは妥当しないとする説を発表した。

デイックارسン (Charles Thomas Dickerson) は、火器を使用した銀行強盗の罪で逮捕された。これは連邦犯

罪である。ディッカーソンは、彼がミランダ警告を受ける前に、FBIに告白を強要されたと主張した。地方裁判所は、この主張を認めたので、連邦側は高等裁判所に控訴した。第四巡回高等裁判所は、カッセル教授の説を採用し、ミランダルールは憲法上のものでは無いので、議会はそれを立法によつて覆すことができる」と判決した。そこで、連邦最高裁判所は、高裁レベルにおける判決の不統一を避けるため、この事件を取り上げることになった (Dickerson v. United States, 530 U.S. 428 (2000))。最高裁判所は、カッセル教授の主張を聴取した上で、七対二で、ミランダルールは憲法上のものであると判決した。レンクイスト長官は次の様に述べた。

被疑者の告白は、強制又は非任意的なものである場合には受け入れ難い。米国法の起源となった英国法の要求はそこまでである。しかし、時が過ぎると共に、第五修正は警察の尋問に対する被疑者の権利の独立した源泉と化してきた。

「ミランダで、我々は、強制によつて告白が得られる事態の増加に対する懸念をもたらし、近代的な警察の拘留中の取調べが出現したことに注目した。」警察によ

る拘留尋問は、その必然的な性格から「孤立した個人に対する圧力」となる結果、人は罪を犯していなくとも、しばしば告白に追い込まれる。ミランダ事件で、裁判所は、まさにこの様な害悪に対する手段を開発したのである。

このように述べて、ミランダ判決以降における判例の流れを紹介する。そして、次の様に結論づけた。

「以上をまとめれば、我々は、ミランダ判決は、議会が立法的に優越することの許されない憲法上のルールを述べていると結論出来る。先例拘束性のルールに従い、我々は、ミランダ判決を我々自身で破棄することを拒否する。」

こうして、ミランダルールは、その後、様々な攻撃を受けつつも、今日まで生き延び、もはや確固たる基盤を得ていると言える。

(三) カッツ対合衆国事件

この Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967) 事件は、オルムステッド対合衆国事件⁽³³⁾判例を変更し、プライバシーの権利と捜索の法的意味を一新させた判決として、

極めて重要である。

問題となったのは第四修正である。念のため、条文を紹介する。

「国民が、不合理な搜索および押収または抑留から身体、家屋、書類および所持品の安全を保障される権利は、これを侵してはならない。いかなる令状も、宣誓または宣誓に代る確約にもとづいて、相当な理由が示され、かつ、搜索する場所および抑留する人または押収する物品が個別に明示されていない限り、これを発給してはならない。」

オルムステッド事件判決では、搜索 (search) や差し押さえの対象を有体物 (tangible property) に限定し、かつ搜索を、物理的侵入を伴うものに限定していた。その結果、有体物への物理的侵入を伴わない通信傍受は、搜索に該当せず、令状を伴わない場合でも証拠能力が否定されることはない。

その後、科学技術の進歩により、電子機器の小型化が急速に進展した結果、小型の盗聴装置 (Bug) を利用して、電話や屋内の会話を傍受する (Bugging と呼ばれる) 方法が広く使われる様になり、それが許されるか

否かが問題になった。しかし、連邦最高裁判所は一九四二年のゴールドマン対合衆国事件³⁴において、その場合にも、オルムステッド判決の法理が適用になる事を明らかにした。

この数十年にわたって支配していた法理を覆したのが、このカツ判決である。

1 シルバーマン対合衆国事件

一九六一年三月六日に下された *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505 (1961) 判決は、そのカツ判決の前哨戦となる判決である。

上述のとおり、オルムステッド判決は、有体物と物理的侵入の二つを、令状を要する搜索の要件としていた。このシルバーマン判決において、連邦最高裁は、この法理のうちの「有体物」要件を変更したのである。

(1) シルバーマン事件の概要

一九五八年春、ワシントン D.C. の警察は、特定の住居がワシントン D.C. の法に反して賭博場に使用されているという疑いを持つに至った。そこで、警察は空き家になっていた隣家を、その所有者の同意を得て、問題の住居の監視拠点とした。そこから警察はスパイクマイク

(spike mike) と呼ばれるマイクで隣家での会話の盗聴を行った。

問題になっているマイクは、アンプ、パワーパック、イヤホンが一体となった長さ一フィートほどの道具で、捜査官はこれを空き家と問題の住居の隔壁に、何か硬いものに当たって入らなくなるまで数インチ程度挿入することにより、隣家の音声を盗聴するのに成功した。その硬いものとは暖房用のダクトだったことが後に明らかになった。下級審は、その盗聴は、何ら物理的侵入とは言えないとして、その盗聴記録に基づいてシルバーマン等に有罪の判決を下した。そこで彼らが連邦最高裁判所に上告し、連邦最高裁判所はこれを受け入れた。

(2) シルバーマン判決の内容

連邦最高裁は全員一致で、次のとおり判決した。

「当裁判所は、連邦官は、令状ないし同意を得ることなく、個人の事務所若しくは住宅に物理的に侵入して密かに観察し、あるいは盗聴することによって見たり聞いたりしたものを、その個人の刑事裁判に関係させることができる」と判示したことはない。ゴールドマン事件で使用された電話盗聴器と、こ

の事件で使用されたスパイクマイクの区別は、控訴審裁判所は明確に区別し得ない差異しかないとした。当裁判所は、不同意の場合においては、各人の権利は、インチの単位で測定されるべきであると信じらる。」

要するに、連邦最高裁は、マイクが壁の裂け目に差し込まれて暖房ダクトに接触したという点をとらえて、「物理的侵入」の要件が満たされっていると判断したのである。この判決は、有体物に当たらない会話の傍受に対する第四修正の適用を認めた点で、オルムステッド判決の変更であった。

2 カッツ対合衆国事件

(1) カッツ事件の概要

カッツ (Charles Katz) は、賭博に関する情報を、ロサンジェルズからマイアミ及びボストンの胴元に連絡するに当たり、常に公衆電話を使用していた。そこで、米連邦捜査局 (FBI) は、カッツの知らないうちに、彼がよく使う公衆電話ボックスの外側に電子盗聴装置を取り付け、それを介して、彼の会話を記録した。会話内容は証拠として提出され、カッツは、これらの盗聴記録に

基づいて有罪判決を受けた。そこで、彼は、その録音は第四修正によって保障された権利の侵害により得られた結果であると主張して、証拠から排除しよう主張した。公衆電話ボックスそれ自体には物理的な侵入がなかったため、控訴審裁判所は、その主張を取り上げなかった。そこで、カツツは連邦最高裁に上告し、連邦最高裁判所は上告を受け入れた。

(2) カツツ判決の内容

判決は七対一となった。スチュワート (Potter Stewart) 判事が多数意見を執筆したが、ダグラス、ブレナン、ハーラン、ホワイトの各判事が補足意見を執筆した。反対意見を執筆したのはブラック判事である。

(ア) 一般的なプライバシー権

「第四修正は、一般的な憲法上の『プライバシー権』として解釈することはできない。この修正条項は、一定の種類政府による不法侵入から個人のプライバシーを保護する。しかし、その保護は更に踏み込んで、プライバシーと関係を持たないものも多い。憲法の他の規定は、他の形態による政府の不法侵入から個人のプライバシーを保護する。しかし—他人

から一人にしておかれる権利—という個人の一般的なプライバシー権の保護は、その者の財産及び生命を保護するように、大部分が個々の州法にゆだねられている。」

(イ) 本件事実関係に基づくプライバシー侵害

「第四修正は、場所よりも人を保護するものである。ある人物が、自ら承知の上で公に明らかにした事柄は、それが自宅や事務所の中であつたとしても、第四修正の保護の対象とはならない。しかし、その人物が、私的に維持したいと思う事柄は、それが一般の人の目に触れる領域内であつたとしても、憲法上の保護を受けることができる。」

「オルムステッドとゴルドマンの裏づけは、当裁判所が、その後の判決で、そこで宣言された『不法侵害』の原則はもはや支配力を持ち得ないと考えたことよつて完全に失われたと、当裁判所は結論付ける。上訴人の言葉を電子的に傍受し記録した政府の行為は、同人が電話ボックスを利用する際に、当然そこに存在するものであると信じていたプライバシーに対する侵害であり、よつて、そうした行為は

第四修正の意味する範囲での『搜索・差押え』を構成する。その目的を達成するために用いられた傍受装置が、たまたま電話ボックスの壁を貫通しなかったという事実は、何ら憲法上の重要性を持ち得ない。」

(ウ) ハーラン裁判官の補足意見

本件で重要なもう一つの点は、ハーラン裁判官の補足意見である。裁判官は、第四修正の保護範囲について、「先例から生じたその法則に関する私の理解は、二つの要件が存在するということである。第一は、個人が現実の（主観的な）プライバシーへの期待を示したということであり、第二は、当該期待に対して社会が『合理的』であると承認する用意があるということである」と述べた。この二つの要件（reasonable expectation of privacy）は、関連するその後の判決に、大きな影響を与えることとなった。

(3) その後の展開

連邦議会が、ミランダ判決の空洞化を狙って、一九六八年総合犯罪防止及び街頭安全法（Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968）を成立さ

せたことは、先にディッカーソン事件で紹介した。しかし、それは同法の一部である。ここで問題となっているのは、同法の第三編「電話盗聴及び電子的監視」（Wiretapping and Electronic Surveillance）で、これはカッツ事件判決を受けて制定されたものである。同編は有線及び口頭での通信に関するプライバシー保護を定め、無令状による電話盗聴及び電子的監視を禁止している³⁵。

この法律は、その後、一九八六年電子通信プライバシー法（Electronic Communications Privacy Act of 1986）によって改正された。また、二〇〇一年九月一日の同時多発テロを受け、二〇〇一年一月二六日、愛国者法、すなわち「二〇〇一年テロリズム活動を阻止及び防止するため求められる適切な手段を提供することにより、米国を団結し、強化する法（Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001＝頭文字を取るとUSA PATRIOT-Actとなる）」が制定され、テロ対策を目的とした無令状傍受の権限を拡大する規定が追加された。例えば、令状申請を認める事例の中に、化学兵器を用いた犯罪やテロリズムが追加され、国家安

全を目的とする場合に、捜査官が他の法執行官等との間で傍受した情報を共有できる規定が追加された。

3 合衆国対連邦地方裁判所事件

U.S. District Court, 407 U.S. 297 (1972) 事件は、バーガー・コートの時代になってから下されたものであるが、このカツツ事件判決のいわば後衛戦とでもいふべき性格を持つ事件なので、ここで合わせて紹介する。この事件は「ケース事件 (Keith Case)」の名でも知られている。

(1) 事件の概要

連邦政府は、シンクレア等三名の人物をCIAのミシガン州アン・アーバー (Ann Arbor)³⁷ にあつた施設をダイナマイトで爆破しようとしたとして、政府財産の毀棄に関する共謀罪及びダイナマイト爆破の罪で逮捕した。被告らは、正式事実審理前に、電子的監視が行われたことを裏付ける情報の開示を求める申立てを行った。他方、政府は、司法長官の宣誓供述書を提出した。そこには、国内組織が政府の現体制を攻撃し、また転覆させようとする試みから、国家を守るために必要とみなされる軍事

情報を収集する目的で、傍受を許可した旨が記してあった。宣誓供述書及び監視のログに基づき、政府は、たとえ令状がなくとも、国家安全を守るための大統領権限の合理的な行使として適切であると主張した。

連邦政府の主張の根拠となったのは、一九六八年総合犯罪防止及び街頭安全法第三編のうち、合衆国法律集 (United States Code) 第一八編の第二五一条 (三) 項二二である。次の様に定めていた。

「…本章のいかなる規定も、武力又は他の違法な方法による政府の転覆、又は、その他政府組織又は政府の存在にもたらされる明白かつ現在の危険に対し、大統領が、アメリカ合衆国を守るために必要と考える対策を講じるための、憲法上の権限を制限するものとみなしてはならない」

ミシガン州東地区連邦地方裁判所のケース (Dannon Keith) 判事は、当該監視は第四修正に違反すると判断し、政府に対し、被告人に関して傍受した会話をすべて開示するよう命じた。連邦政府は控訴したが、第六巡回区連邦高等裁判所もケース判事の判断を支持したので、さらに上告した。

(2) 判決の内容

連邦最高裁は、結論的には全員一致で、連邦控訴裁判所の判断を支持した。多数意見をパウエル判事が執筆し、これにダグラス、ブレナン、スチュワート、ブラックマンの各判事が賛同した。これとは別にバーガー長官、ダグラス判事、ホワイト判事が補足意見を執筆した。

パウエル判事はいう。

「大統領の監視権限に関する限りで、第二五一条

(三) 項の文言は中立である」という政府の主張を認めると、「本件の監視が適用除外規定に含まれるか否か、また、そうだとすると、法律上の適用除外規定そのものが憲法上有効か否かを検討しなければならぬ。しかし、第二五一条(三) 項は、議会の免責条項であり中立的に表現されている。当裁判所は、この法律は、本件において主張された大統領の権限行使の手段とはならないと判断する。むしろ、当裁判所は、大統領の憲法上の権限を検討しなければならぬ。」

「当裁判所の役割は、政府が国内の安全を守る義務と、個人のプライバシーと表現の自由に対する不合

理な監視によってもたらされる潜在的な危険という、本件において危機にさらされている基本的な価値を検討し、衡量することである。」

「中立で独立した裁判官が事前に審査を行うことは、第四修正の権利を達成するために行われてきた長年の手段である。」

「司法長官には幾らかの負担が課せられるであろうが、この不自由は、憲法上の価値を保護するために、自由な社会において正当化される。当裁判所は、政府の国内監視権限が相当程度減殺されるであろうとも思わない。令状主義は、監視の有効性を推定させ、監視後の司法審査を正当化させるための負担を最小化する。法を遵守している市民に対する無差別の傍受や盗聴を生じさせず、一般国民を安心させることが最重要であることはいうまでもない。」

ただし、連邦最高裁は、本判決の専程範囲を、国家安全に関する国内問題のみに限定し、外国勢力の活動は範囲外であること、第三編は大統領の権限を定義したり範囲を定めたりするものではないこと、本判決は他の様々な政策や実務的考慮のもとに行われる監視行為には適用

されないことなどを強調している。⁽³⁸⁾

(四) ブランデンバーグ対オハイオ州事件

この Brandenburger v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969) 事件判決は、一九一九年のシエンク事件以来、米国判例を支配してきた「明白かつ現在の危険」基準が変更され、その新しい定式化としてブランデンバーグ・テストが宣言されたことで極めて重要である。

ブランデンバーグ・テストとは、「唱導が差し迫った非合法的行為を扇動し、若しくは生ぜしめることに向けられ、かつ、かかる行為を扇動し、若しくは生ぜしめる蓋然性がある場合を除き、唱導を禁止できない」とするテストである。

1 事件の概要

オハイオ州のクー・クラックス・クラン (Ku Klux Klan = KKK) のリーダーであるブランデンバーグ (Clarence Brandenburg) は、テレビ局に連絡をとり、一九六四年にKKKの集会を撮影させた。集会で、人々は白衣を着てフードをかぶり、黒人 (niggers) やユダヤ人 (Jews) やその支援者達に対して遺恨を晴らす

(revengeance) とか、我々の大統領、議会及び最高裁は白人種の弾圧を続けていると発言した。このため、ブランデンバーグは、一九一九年に制定されたオハイオ州刑事暴力革命禁止法 (criminal syndicalism statute) に抵触するとして起訴され、一〇〇〇ドルの罰金と一〇年の刑を宣告された。そこで、ブランデンバーグは、同法が、第一修正及び第四修正の保障する言論の自由を侵害しているとして上告した。なお、同法と類似する法律は二〇の州及び二つの準州でも制定されていた。

2 判決の内容

米国最高裁判所は、全員一致⁽³⁹⁾で、政府は憲法や法令を抽象的に侵害する者を罰することができないとして、ブランデンバーグに対する有罪判決を覆した。

判決は多数の判例を引用し、特にデニス事件⁽⁴⁰⁾を引用した上で、次の様に述べる。

「これらの判決は、言論の自由及び報道の自由に対する憲法上の保障は、国家が、唱導が差し迫った非合法的行為を扇動し、若しくは生ぜしめることに向けられ、かつ、かかる行為を扇動し、若しくは生ぜしめる蓋然性がある場合を除き、その様な行為を禁

止することは許されないと原則を形成している。」

これが、今日、ブランデンバーク・テストと呼ばれる審査方法である。

三 投票権の平等

ウォーレン・コートの前までは、連邦最高裁判所は、政治問題 (Political question) には介入しないという立場を貫いてきた。

政治問題の法理とは、わが国でいわれる統治行為論と類似した理論で、米国では司法権の限界と密接に結びついて論じられてきた。古くは、マーベリ対マディソン事件で、マーシャル長官がその事を述べている。すなわち、マーシャルは、国務長官が純粹に自由裁量に属する問題、例えば大統領に対する政治的事項についての助言を行った場合には、何ら法的に特定できる問題を述べたわけではないので、その事務の処理は、裁判所の審査対象にはならないとした。

政治問題という言葉を使用して、司法審査権の発動を最初に拒んだのは、一八四九年のルーサー対ボーデン事

件における、トニー長官の判決といわれる。⁽⁴¹⁾

また、一九四六年に判決されたコルグロブ事件において、フランクファーター判事が述べた「裁判所はこの政治的茂みに介入するべきではない (Courts ought not to enter this political thicket)」という言葉は、この政治問題の法理を象徴するものとして有名である。⁽⁴²⁾

この理論は、統治行為論と同じく、連邦政府の機関相互間の紛争に介入したくないという司法府の欲求に根ざしている。その理論的根拠は、その様な問題は、有権者が投票箱という政治過程によって解決するのが最善であるという点にある。

(一) ベイカー対カー事件

この伝統的な法理を大きく変更したのが、この Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962) 事件である。

1 事件の概要

原告であるベイカー (Charles Baker) は、テネシー州シェルビー郡の住人だった。⁽⁴³⁾

テネシー州憲法第二条は、次の様に定めていた。

第三節 立法権限及び任期…この州の立法権限は

州議会 (General Assembly) にあり、上院と下院から構成され、いずれも人口に依存する。任期は総選挙の日から二年間とする。

第四節 国勢調査・有権者名簿及び議会における議員の配分は、一八七一年に行い、以後一〇年ごとに行わなければならない。

第五節 下院議員の配分・下院議員数は、その期間ごとに、それぞれの有権者数に応じて、郡または選挙区間で配分されるものとし、州の人口が一五〇万人までは七五人を超えてはならず、その後も九九人を超えてはならない。人口比で三分の二を超える郡は一議席を割り当てられる権利を有する。

第六節 上院議員の配分・上院議員数は、その期間ごとに、それぞれの有権者数に応じて、郡または選挙区間で配分されるものとし、下院議員数の三分の一を超えてはならない。異なる郡の間で上院議員を配分するに当たっては、下院議員の配分に当たって失われるかもしれない端数を、可能な限り補えるように、上院議員の選挙区を構成しなければならぬ。選挙区が二以上の郡で構成されているとき、そ

れは隣接していなければならない、また郡は選挙区を形成するに当たり分割してはならない。

このように、州議会の選挙区は上下両院共にほぼ等しい人口に区割りされるように、連邦政府が一〇年毎に実施する国勢調査に基づいて再編することを要求していた。

一〇年ごとの議員配分の見直しは一八七一年から一九〇一年までは、きちんと行われていた。一八八一年の見直しにより、上院議員数は二五名から三三名に、下院議員数は七五名から九九名にそれぞれ増員されていた。しかし、その後は六〇年以上にわたって、一度も議員数の見直し及び選挙区割の再編を実施していなかった。一九〇一年のテネシー州の人口は二〇二万〇、六一六人で、そのうち四八万七、三八〇人が有権者であった。一九六〇年には三五六万七、〇八九人に増加しており、そのうち二〇九万二、八九一人が有権者となっていた。⁴⁴

バイカーが訴えを提起した時点では、シエルビー郡内の彼の居住する選挙区の人口は、近隣の農村部の選挙区に比し、約一〇倍の人口を有するまでに人口移動が発生していた。その結果、農村部住民の選挙権は、都市住民の選挙権よりも価値が一〇倍も価値があることになっ

ている。そこで、ベイカーは、テネシー州公職選挙法は、第一四修正の定める平等保護条項に違反していると、テネシー州国務長官であるカー (Joe Carr) を相手取って訴えを提起した。選挙区割りの再編の責任を負っているのは州議会であるが、カーは州選挙の実施のために、選挙区割り地図を公表する上で、最終的に責任ある地位にあったのである。

これに対し、テネシー州は、上述のフランクファーター判事の言葉を引用し、州議会選挙区割の問題は、本質的に政治問題であって、司法権の審査に服する問題では無い、と主張した。

連邦地方裁判所はこの事件を取り扱うに当たり、(a)裁判所は、その事物管轄に服する問題についてのみ司法審査権を有する、(b)訴訟になじむ事件は、原告が裁判によって適切な救済を受けられる権利を有しているものであること、(c)被告は、原告がテネシー州公職選挙法に関して、問題を提起している、と分析し、この事件では原告は、裁判所が憲法上の権利の侵害を発見したとしても、裁判所としてそれを救済することができないので、訴えは不適切であるとして、却下した。

ベイカーは連邦最高裁判所に上告した。

2 判決の内容

判決は一九六二年三月二六日に下された。結果は、六対二で、ベイカー事件は司法審査の対象となるとした。反対意見はフランクファーター判事及びハーラン判事である。また、ウイテカー (Charles Evans Whittaker) 判事は、自ら表決に参加しなかった。意見がまとまらなかったためといわれる。この後、同判事は健康問題を理由に辞職する。

法廷意見はブレナン (William J. Brennan, Jr.) 判事が執筆した。

ブレナンは、まず合衆国憲法第三条第二節が「合衆国の司法権は、この憲法、合衆国の法律および合衆国の権限にもとづき締結された、または将来締結される条約のもとは発生するコモン・ロー上およびエキイティ上のすべての事件に及ぶ。」と述べているのを引用し、この事件が合衆国憲法に基づき提起された事件である事は明らかであると宣言する。

被告側がコルグロブ事件判決を、こうした問題が裁判所の事物管轄に属しない先例として引用したのに対

し、ブレナンは、被告側は同判決を誤読していると決めつける。なぜならば、同判決に関与した七人の判事のうち、反対意見を書いたブラック、ダグラス及びマーフイ判事は、管轄権があると明確に述べており、補足意見を書いたラトリッジ判事も、結論に同意しており、そして、多数意見を書いたフランクファーター判事（これにリード、バートン両判事が同意している）は、管轄があることに疑問を呈しているが、その様な疑問は判決論旨と首尾一貫していないとしているからである。

そして、中心問題と言うべき司法判断適合性については次の様に分類して論じた。

- ① 外交問題 (Foreign relations)
- ② 敵対行為の期間の日付
(Dates of duration of hostilities)
- ③ 制定案の妥当性 (Validity of enactments)
- ④ 政府の共和政体
(Republican form of government)

これらのそれぞれに詳しく論じているが、この事件の中心が、この第四の問題である事は明らかである。ブレナンはルーサー事件のトニー長官の議論を詳しく紹介

する。トニーは、その判決で、次の諸点を主張した。

- (1) もしも裁判所が、問題となっている期間、憲法に従った政府が法的に存在しないとして、不当な被告の行為を認めた場合は、その政府の行動のすべてのこと、すなわち法律の制定、税金の徴収、給与の支払い、財政の運営、命令の公布、等々はすべて無効になる。そして、政府の命令を実施した官憲は、仮にそれが犯罪にならない場合にも、侵入者として釈明しなければならない。そのような、原告の問題となっている行動を打破した官憲の行為が、法的に認められない場合に、それを事実上有効化するいかなる理論も、もちろん存在しない。原告の決定は必然的に、いかなる尺度に照らしても、重要な混乱を引き起こし、憲法を尊重し擁護する司法の義務を自制しなければ、その結果は避けるべき結果を生み出していたであろう。
- (2) いかなる州裁判所も、州政府の権威の中心にある問題に対して、司法責任を負うとは認識されていない。実際、ロードアイランド州の裁判所は、いくつかの事件で「憲法に基づく政府を排除すべ

きか否かの決定は、政治部門に委ねられている」と述べ、何の行動も行わなかった。

(3) 「問題が、完全に州の憲法及び法律に関係」している限り、連邦裁判所は、それを覆す連邦憲法上の根拠がない限り、州裁判所の決定に従わなければならない。

(4) 合衆国憲法には、第四条四節の共和政体保障条項を除き、この目的のために使える適切な条項はない。すでに述べたように、政府の選択に関しては、独立して行動する裁判所によって作ることができる基準は存在しない。

このような問題を解決するための理論としてトニー長官が打ち出したのが、政治問題の法理なのである。これ以降、連邦最高裁判所は政治問題法理によりおびただしい事件を処理してきたとして、ブレナンはその判例を列挙する。

その上で、ブレナンは、この事件と先例との違いを指摘する。次の様に述べる。

「この事件は、ある意味では、州内の政治権力の配分を伴わないので、控訴人は、共和制保障条項に基

社会を変えた最高裁判所（甲斐）

づく請求を追加した可能性がある。我々が見てきたように、もちろん、その条項へ依存することは無益であろう。しかし、共和制保障条項への依存が成功しなかったことにより、上告人が、平等保護条項にやるべきできないということにはならないし、実際に彼らはそうしている。第一四修正に基づく主張は政治問題の要素に巻き込まれないということは、共和制保障条項が実際に現実の政治問題それ自体であるが故に非司法的であるのと同様に真実である。しかし、我々はこの問題は発生しないことを発見した。」

つまり同じ問題でも、共和制保障条項からのアプローチであれば政治問題であるが、平等保護条項からのアプローチは政治性を持たないと言うのである。ここから、例によってこの主張に都合の良い先例がいろいろと紹介される。

「我々は、したがって、共和制保障条項に依存する訴えが、我々が『政治的』と考える問題の具体化から提起されるが故に非司法的であることは、この事件の場合における平等保護の要求という問題の司法

判断適合性になんら影響を与えることはできない、と結論する。」

これに対し、フランクファーター判事は、その反対意見（ハーラン判事はこれに賛同）で次の様に述べた。

「原告は投票する権利及びそれを計数される権利を有しているが、彼らは投票を許され、その投票は既に計数されている。彼らの主張は彼らの投票が十分に強力なものでは無い、と言うことである。彼らは、救済を、裁判所では無く、立法制度に求めるべきである。」

3 その後

この判決により、立法府の選挙区は、同等の重みを持つように設定されなければならないと言う原則が確立した。ウォーレンは、その回想録中で、この判決を、彼の在任中の最重要判決と述べている。⁴⁵⁾

(二) グレイ対サンダー事件

この Gray v. Sanders, 372 U.S. 368 (1963) 事件は、各政党が行っている予備選挙という、いわば政党内の私的行事にも、ベイカー事件の法理が適用になる事を、連

邦最高裁判所が宣言したという意味で、極めて重要である。さらに、この判決こそが、有名な一人一票 (one person, one vote) という基準が確立された判決である、という意味でも重要である。

1 事実の概要

サンダー (James Sanders) は、ジョージア州フルトン郡⁴⁶⁾に住む有権者であるが、民主党の州執行部委員であるグレイ (James H. Gray) を相手取って、同州の予備選挙制度 (ジョージア州では County Unit System と呼ぶ。各郡にユニットと呼ばれる投票権を割り当てているからである。) の違憲性を主張して、訴えを提起した。ジョージア州では民主党が強く、その結果、民主党内における予備選挙が、通常は、州の公職を決定する機能を有しているからである。

サンダーは、民主党の予備選挙方法は、小さな郡に強い力を与えているという点で、不平等だと主張した。農村部に位置する郡には、ジョージア州の人口の三分の一しか住んでいないのに、州の投票権総数四一〇ユニットの過半数を出せることになっているというのである。それに対し、その時点で、フルトン郡にはジョージア州総

人口の一四・一一%の人口が住んでいるのに、与えられている投票権は六ユニットで一・四六%にすぎない。例えば Echols 郡はジョージア州で最小の郡で、人口はわずかに九三八人と、総人口の〇・〇五%に過ぎないのに、同郡には一ユニットの投票権（すなわち全体の〇・四八%）が、予備選挙制度の下では割り当てられている。この結果、両郡の投票権には一〇倍もの格差があるというのである。

2 判決の内容

判決は八対一となった。反対意見はハーラン判事である。判決文はダグラス判事が執筆した。ダグラス判事は、判決冒頭で、端的に述べる。

「我々は、この政党の予備選挙という活動が、第一四修正の適用となるステイツ・アクションであるとした、原審判決に同意する。」

その原審判決は、次の様に述べていたのである。

「我々は、これらの規定は、州は、それが必要とする管理者を介して、予備選挙に協力し、党のルールにしたがって、その権力を行使していると考ええる。それは公選機構の一部として、予備選挙制度を採用

している。政党の予備選挙による有権者の排除は、州による強制排除の効果を有する」

その上で、予備選挙における一票の格差を問題にし、次の様に述べる。

「独立宣言、リンカーンのゲティスバーグの演説、そして第一五修正、第一七修正、および第一九修正が述べている政治的平等の概念はただ一つ、一人一票を意味する。⁴⁷」

この下りが、連邦最高裁判所が一人一票の原則を明確に宣言した最初であり、以後、投票権の平等に言及するすべての判例が、この判決を引用することになる。

(三) レイノルズ対シムズ事件

この Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964) 事件は、連邦最高裁判所が州議会における一票の格差を問題にした事件である。しかし、上記ベイカー事件判決を受けて、一層踏み込んだ判決を下したのが、この事件である。

この訴訟は、アラバマ州ジェファーソン郡⁴⁸の住民であり、有権者であり、納税者であるシムズ (M. O. Sims) 等が提起したクラスアクションである。

1 事件の概要

アラバマ州は二院制を採用しており、その議席数及び、それをアラバマ州の各地域にどのように配分するかは一九〇一年アラバマ州憲法が定めていた。

それを示すと、次のとおりである。

第四条五〇節

議会は、最高三五名の上院議員と、最高一〇五名の下院議員から構成され、この憲法の述べるところにしたがい、数地区及び郡に配分される。上述の数の下院議員に加え、今後創設される新しい郡には一名の下院議員が配分される。

第四条一九七節

上院議員の総数は、下院議員の総数の四分の一以上、三分の一以下とする。

第四条一九八節

下院は、最高一〇五名の議員より構成される。但し、新しく郡が設置された場合にはその郡には一名の下院議員が配分される。下院議員は、議会により、一〇年ごとに行われる合衆国の国勢調査の結果確定された各郡の住民の人口に応じて、州の

郡に配分されなければならない。ただし、次の合衆国国勢調査が行われた後に開かれる最初の会期までは、改正の対象とはならない。

第四条一九九節

一九一〇年に行われる合衆国国勢調査、そしてその後一〇年ごとに行われる国勢調査の後、最初の会期に、国勢調査による各郡の住民の人口に従い、下院議員の数及び州内の郡への配分を行う法律を確定することは、議会の義務である。各郡は少なくとも一名の下院議員を配分される。

第四条二〇〇節

一九一〇年に行われる合衆国国勢調査、そしてその後一〇年ごとに行われる国勢調査の後、最初の会期に、国勢調査による各郡の住民の人口に従い、上院議員の数及び州内の上院選挙区への配分を行う法律を確定することは、議会の義務である。上院選挙区は、議員数だけ設置され、各選挙区は、その住民の人口がほぼ等しくなるように分割され、各選挙区には一名の上院議員だけが配分される。そして、選挙区は一度設定された後は、次の合衆

国勢調査の後に開催される配分のための会期まで変更されることはない。配分会期の後に新しい郡が創設された場合には、その郡は既存の常勤選挙区に編入される。いかなる郡も二つの選挙区に分割されることは無く、いかなる選挙区も互いに隣接しない二つ以上の郡から構成されることはない。

第一八条二八四節

議会の選挙制度は人口に基づき、選挙制度が人口に基づくことは、憲法修正が無い限り変更されることはない。

アラバマ州では郡の数が一九〇三年に一つ増加して六七になったことに伴い、この訴訟の時点における上院議員は三五名、下院議員は一〇六名となっていた。ところが、アラバマ州の公職選挙法における選挙区は、一九〇〇年の国勢調査以降、変更されていない。それから一九六〇年までの間に、人口の増加率は均等では無く、その結果として、ジェファールソン郡等は、定数の不均衡により、「自由かつ平等な選挙における平等な投票権」が侵害されるに至っている。そこで、原告は、連邦裁判

所に対し、アラバマ州の公職選挙法がアラバマ州憲法及び第一四修正の平等保護条項に違反していることを確認する宣言及び選挙法が改正されない限り、一九六二年一月の選挙の差し止め命令を求めて、一九六一年八月二六日に出訴した。

これに対し、アラバマ州議会は一九六二年七月二日に臨時会を開き、一九六六年の選挙から効力を有する二つの再配分計画を採択した。

第一のそれは州憲法の改正を提案するもので、六七上院議員修正と称される。すなわち、下院については、一〇六名の議員を、アラバマ州の六七郡に一名宛配分し、残りは人口に応じて等しく配分されるとするものである。上院は六七名に増員され、一名宛各郡に配分される。議会は、この憲法修正を一九六二年一月に行われる通常選挙の際、選挙民の投票に付することとした。

第二の定数は正案は、通常法律として議会で採択され、アラバマ州知事の署名により成立した。正式名称を、一九六二年アラバマ議席再配分法 (Alabama Reapportionment Act of 1962)、通称をクロフォード・ウェッブ法 (Crawford-Webb Act) とし、この法律は、

憲法改正案が州の有権者の過半数の承認が得られなかった場合、もしくは有権者の承認は得られても連邦裁判所が憲法改正案を第一四修正の要件に適合していないとして拒絶した場合の、予備の法律である。内容は、上院議員については三五の上院選挙区を代表する三五人の議員によつて構成されるとし、それまでの選挙区を一部だけ修正したものである。下院の一〇六議席の配分は、法定の措置は、各郡にそれぞれ一議席を与え、残りの三九議席を、ラフに人口比例で配分する方式であつた。クロフォード・ウェップ法はまた、この議席配分は「議会が、法律に基づいて再配分されるまで」それが有効であると定めていた。

先に紹介したとおり、連邦最高裁判所は、一九六二年三月二六日に、ベイカー対カー判決を下した。そこで、アラバマ州の連邦地方裁判所の審理は、この判決に準拠して行われることになった。

一九六二年七月二一日に、事件を審理していた連邦地裁は、アラバマ州議会におけるこれまでの代表制は、第一四修正の平等保護条項に違反していると判断した。現行の規定に、一九六〇年国勢調査の数値を適用すると、

州の総人口のわずか二五・一%の住んでいる地域が上院議員の過半数を選出しており、同様に総人口の二五・七%が住んでいる郡が下院議員の過半数を選出していた。上院の場合には一票の価値の格差は四一对一に達しており、下院の場合でも一六対一になっていた。ブルック郡 (Bullock County) の人口は一万三、四六二人、ヘンリー郡 (Henry County) の人口は一万五、二八六人なのに、両郡はそれぞれ二議席をアラバマ下院に有している一方、モバイル郡 (Mobile County) は三二万四、三〇一人もの人口があるのに与えられているのはわずか三議席であつた。ジェファーンソン郡 (Jefferson County) は、この時点の人口は六三万四、八六四人もあつたのに、これに対し、七議席しか与えられていなかった。上院議員に関しては、アラバマ州憲法の規定が、一郡に一議席以上を与えることを解釈されていたので、ジェファーンソン郡は六〇万人以上の人口があるのに、上院議員は一名しか配分されていない一方、ラウンズ郡 (Lowndes County) は人口一万五、四一七人、ウィルコックス郡 (Wilcox County) は一万八、七三九人なのに、一名が与えられていた。

ついで、地方裁判所はアラバマ州議会が提案している憲法改正案とクロフォード・ウェップ法について、現行の違憲状態を解消するに適当なものであるか否かを検討した。その結果、そのいずれも、連邦憲法の平等保護条項に照らし、違憲であると結論した。

憲法改正案についていうと、現行制度では州の総人口の二五・一%の住んでいる地域が上院議員の過半数を選出している点で問題であったのに、この改正案だと総人口の一九・四%の人びとが上院の過半数を支配出来ることになってしまふのである。つまり、三四の小さな郡は、その人口の合計がジェファアソン郡に届かないのに、三四議席と上院の過半数を出せることになるのである。ないしは将来憲法改正がある場合には、総人口の一四%の人びとがそれを阻めることになる(アラバマ州憲法では、いずれかの院の総議員の五分の二が反対すれば、憲法改正を阻めるからである)。そして、一票の格差は、元の四一对一から五九対一に拡大してしまうのである。考えられる唯一の合理化案は、上院についても人口比例を認めることであると、地方裁判所は結論を下した。もちろん、アラバマ州憲法第一八条二八四節の人口に

基づくとする原則そのものを改正すれば、今次憲法改正も可能であるが、アラバマ州最高裁判所は、既に同節の修正は、憲法改正会議 (constitutional convention) によらなければ不可能としているので、通常の憲法改正手続で修正することはできないのである。

同様に、クロフォード・ウェップ法による場合には、総人口の三七%が、下院の過半数を選出しようこととなる。確かに、一票の格差は現行の一六対一よりは小さくなるが、それでも五対一に達する。同法は、「正しい方向への一歩ではあるが、極端に小さな一歩である」と地方裁判所は評価した。同法の上院に関する改革も否定する。例えばビブ郡 (Bibb County) とペリー郡 (Perry County) という二つの郡で構成される上院選挙区の住民の投票は、ジェファアソン郡の住民の投票より二〇倍も価値がある。また、最小の六郡で構成された選挙区の住民は、ジェファアソン郡の有権者のそのの一五倍の価値がある。こうしたことから、地方裁判所は、クロフォード・ウェップ法が、恒久法の一部として、アラバマ州憲法の下で、少なくとも次回の国勢調査の後まで有効と定めていることを「全く容認できない」と結論づけ

た。

そこで、地方裁判所は一九六二年一月の選挙のために、上院に関して憲法改正案とクロフォード・ウェツプ法に含まれている規程から成る暫定的な定数は正計画を採用することとした。その理由について「クロフォード・ウェツプ法における上院の定数は正提案は、恒久法の一部として受け入れられないが、絡まった結び目は壊さないかもしれない」と述べた。一九六二年七月二五日、地方裁判所はこの命令を発した。

地裁の決定後、憲法改正案とクロフォード・ウェツプ法を決定したのと同じ臨時会期において、裁判所の命じた臨時定数再配分法が可決され、直ちに発効し、新しい予備選挙も、そして、一月の選挙もそれによって行われた。

アラバマ州議会の議員は両院とも四年の任期なので、次の選挙は一九六六年まで行われぬ。一九六二年の通常会で、議会は定数配分改善のための活動を全くせず、次回の会期は一九六五年まで開催しないことを決めた。

この結果、アラバマ州議会の議員定数配分の不均衡問題を解決する効果的な政治的な救済策が示される可能性

はほとんどない。また、住民による直接請求 (initiative) 制度は、アラバマ州法には存在しない。州憲法の改正は、議会の両議院の議員の五分の三以上で採択した後、州民投票で過半数の同意を得て、始めて実現する。

こうして他に手段が無いため、当初の原告は、再び裁判所の救済を求めて出訴した。

2 判決の内容

票決は七対一となった。唯一の反対意見はハーラン判事である。判決文はウォーレンが執筆した。ウォーレンは、冒頭、次の様に宣言する。

「紛れもなく、合衆国憲法は、連邦の選挙と同様に、州の選挙においても、投票する資格を有するすべての市民の権利を保護する。参政権の権利を否定または制限しようとする試みを含んでいる事件では、当法廷は一貫して、この不可侵性を明確にしてきた。」
このように述べた上でベイカー事件等の判例を引用し、さらにサンダー事件を引用して、一人一票の原則をこの場合にも適用する。

ハーラン判事のこの事件における反対意見は少し興味深いので、紹介する。彼は、多数意見は第一四修正が定

める平等保護条項の本来の目的を無視し、この条項は本来投票権には及ばない、と主張する。最高裁判所が自らの「善き政府 (good government)」の概念を各州に押し付けるのであれば、それは創造性を窒息させ、連邦制の侵害だとする。ハーランはさらに、合衆国憲法自体が、各州に、その人口の多寡に関わらず二名の連邦上院議員を認めていることを踏まえ、もし原告レイノルズが正しいのなら、人口がまちまちである各州に上院二議席を与える制度の正当性も疑われることになる、と論じたのである。

この箇所は、ちよつと聞くと説得力がある。そのために、事実の概要で州憲法の詳細な紹介を行ったのである。すなわち、本件の場合には、州憲法は明確に上院も人口に基づくとしているのに、ハーランはそれを無視しているのである。

わが国参議院に、人口比の規定はない。したがって、仮に国会が参議院について、都道府県ごとに二名の議員と定めても、それは違憲ではない。最高裁は、一票の価値の平等を機械的に参議院にも適用し、憲法四四条が保障している国会の立法裁量権を否定しているが、それは

おかしいと考えている。

「おわりに」

ウォーレンの主導した一連の判決を非常に嫌っているニクソンが、一九六八年の選挙で大統領の座を獲得した。そこで、ウォーレンは、自分の後継者の選定に影響力を確保するべく、ジョンソンが大統領の間に辞任することを考え、ジョンソンに通知した。ジョンソンは、その後、ウォーレンの後継者として、フォータス (Abe Fortas) 判事を昇格させ、そのフォータスの後任には、司法長官のホームー (Homer Thornberry) を任命しようとした。しかし、議事妨害に直面して、フォータスの指名は撤回された。ニクソンは就任後に、バーガー (Warren Burger) を、最高裁判所長官を任命し、ウォーレンは、正式に一九六九年六月二三日に引退した。

退職後に、彼は回顧録を執筆した。それは彼の死後の一九七七年に出版された。一九七四年にウォーレンは、心臓発作に見舞われ、死去した。

冒頭に述べたとおり、彼の改革はきわめて革新的なものであった。それまでストーン及びヴィンソンの二代に

わたる連邦最高裁判所がきわめて保守的であっただけに、その革新性は際立っている。そして、ニクソンの意に反し、バーガー第一五代長官も、このウォーレン・コート判例を多くの場合に引き継いだ結果、その方向性は、今日まで脈々と伝えられているのである。マーシャルと並ぶ優れた最高裁判所長官ということができらるであろう。

(1) ウォーレンは、その引退後に回想録を書いた。

ウォーレンは一九七四年に死亡したが、その回想録は『The Memoirs of Chief Justice Earl Warren』の表題で Doubleday 社から一九七七年に刊行された(二〇〇一年に Madison Books より再刊されている)。わが国では、昭和六一年(一九八六年)に『ウォーレン回想録』彩流社刊(森田幸夫訳)として刊行された。本稿執筆に当たっては原書を参照しているが、注記に当たっては、読者の便宜を考え、翻訳書の頁を示すこととする。この回想録によると、この当時はまだ司法試験が無く、ロースクールを卒業すると、教授の推薦により法曹資格が与えられたという(同書八六頁参照)。

(2) アラミダ郡 (Alameda County) : サンフランシスコ湾を挟んで、サンフランシスコの対岸に広がる郡で、オークランドを郡都とし、ウォーレンの出身校の所在す

るバークレーなども所在する。サンフランシスコ・オークランド・ベイブリッジにより、サンフランシスコにつながっているため、その郊外として発展している。

(3) 二〇一〇年に Jerry Brown がカリフォルニア州知事に三選された。ただし、彼は一九七四年、一九七八年と二期続けて知事になった後、二八年経った二〇一〇年に当選したのであり、ウォーレンのように連続して三期続けた訳ではないため、禁止規定に該当しないのである。

(4) ウォーレンは、回想録中で次の様に述べている。

「私は立ち退き命令と、それを支持した自分の証言を深く後悔している。そもそも立ち退き命令は、アメリカ人の自由という概念とも、市民の諸権利ともあいまいなものである。家庭とか学友とか、気に入った環境から遮断無二引き離された罪のないいたいな子どもたちに思いをはせると、いつも良心のうずくのを感じる。たとえ国家の治安上、立ち退きの動機は正当だと思われたにしろ、日系人が不忠誠だというはつきりした証拠もないのに、ああも一時の感情にかられて即応したのは、まちがいだった。」(注一紹介回想録二五〇頁)

(5) アイゼンハワーの、ウォーレン任命の動機については、注一紹介回想録二四頁参照。

(6) “Chief Justice for Social Change” というのは、D.J. Herda によって書かれたウォーレンの伝記の表題 (Enslow Publishers (1994)) である。

(7) ウォーレンの、最高裁判所長官在職中の、裁判所業務とは関わりのない重要な活動として、ウォーレン委員会 (Warren Commission) がある。ケネディ大統領暗殺事件を検証するため、一九六三年一月二九日にジョンソン大統領により設置された「ケネディ大統領暗殺に関する大統領特命調査委員会」のことで、委員長をウォーレンが務めたことから、こう通称される。詳しくは、注一紹介回想録五六三頁以下参照。

(8) ドレッド・スコット事件については、拙稿「米国奴隷制とドレッド・スコット事件―トニー第五代長官の時代―」日本法学七八巻四号一一九頁以下参照。

(9) プレッシー対ファーガソン事件について、拙稿「第一四修正と裁判所―ウェイト第七代及びフラウラー第八代長官の時代―」日本法学七九巻二号一七五頁以下参照。

(10) この黒人校は、一九五一年に名称が変更され、テキサス南大学サーグッド・マーシャル・ロースクール (Thurgood Marshall School of Law at Texas Southern University) と名づけた。Thurgood Marshall は、黒人で、このスウェット事件の弁護士を務め、第三項に紹介しているブリックス事件でも弁護士を務め、さらにブラウン事件の弁護士も務めている。そして、一九六七年には、黒人初の連邦最高裁判所判事となった。

(11) クラレンドン郡 (Clarendon County) は、サウスカロライナ州の中部に位置する郡で、ブリッグス事件当時

の一九五〇年の人口が三二、二一五人、二〇一〇年の人口は三四、九七一人と、ほとんど人口変動もない小さな郡である (人口は国勢調査による)。

(12) トピーカ市 (City of Topeka) は、カンザス州東部にある都市で、カンザス州の州都である。一九五〇年の人口は七万八、七九一人、二〇〇〇年の人口は一二万三、三七七人である。

(13) 同名の郡はいくつかあるが、ここで問題のプリンス・エドワード郡 (Prince Edward County) は、ヴァージニア州中央部に位置する郡で、一九五〇年の人口は一万五、三九八人、二〇一〇年の人口は二万三、三六八人である。

(14) クレイモント (Claymont) : 日本と異なり、米国では、地域住民が地方自治体としての法人格を欲する場合のみ、地方自治体資格が与えられる。クレイモントは、その意味で地方自治体では無く、単に国勢調査上、調査を行う上でその単位とされている地区である (Census-designated place; CDP)。デラウェア州最北端に位置する地区で、一九五〇年当時の人口は不明であるが、一九七〇年は六、五八四人、二〇一〇年の人口は八、二五三人であるから余り人口変動のない地区である。

(15) ホーカシン (Hockessin) は、クレイモントに隣接する地区で、同様に地方自治体では無く、国勢調査地区である。事件当時の人口は不明で、最初の国勢調査データは二〇一〇年であるが、それによれば、人口は一万

三、五二七人である。

(16) アイゼンハワーによるブラウン判決への政治的圧力については、注一紹介のウォーレン回想録四七二頁以下参照。

(17) ジャクソン判事が、無理に判決に立ち会った経緯に關しては、注一紹介のウォーレン回想録一九頁以下より引用。

(18) 阿川尚之は、ブラウン判決が、ウォーレンの強い働きかけの結果、全員一致になったと記述する。

「一九五二年に最高裁がこの事件を取り上げたときには、フレッド・ヴィンソン判事が首席判事をつとめていた。この年の一二月、口頭弁論が終わった後、判事たちは会議を開いて判決の方向性について検討した。

一部の判事は憲法の解釈上、違憲にはできないと主張した。意見はまとまらず、結局翌年もう一度口頭弁論を開くことが決定される。おそらくは時間稼ぎの意味もあつたのであろう。国論を二分するこの事件に性急な結論は出したくない。判事たちはそう考えた。

ところがここで予期せぬことが起こる。一九五三年の九月にヴィンソン首席判事が急死したのである。〈中略〉新しい首席判事は、最高裁判事の意見が割れれば、国論も大きく割れるであろうと考えた。そこで、その年の一二月に再度口頭弁論が行われたあと、判事一人ひとりを粘り強く説得し、全員一致の判決を出そうと努力する。

何人かの判事は憲法上の解釈として、また最高裁の先例に照らして、『隔離すれども平等』の法理をくつがえすのに抵抗を覚えたが、人種別学をそのままにしておくのが道徳上もまた政治的に正しくないことも認識していた。中でも南部出身のスタンレー・リード判事は人種別学を違憲とするのに最後まで抵抗したものの、ウォーレン判事の説得に最後は折れて同意する。」(阿川尚之『憲法で読むアメリカ史』下巻PHP新書、二四二頁より引用)

これが真実であるならば、ウォーレンの行動は、大津事件における児島惟謙を彷彿とさせるもので、一方において確かに最高裁判所の権威を守ったが、他方において個々の裁判官の自由に対する露骨な侵害が行われたことになる。膝詰め談判を執拗に繰り返した、という点から見れば、平賀書簡事件よりも悪質と評価しても良いであろう。しかし、阿川は、この重大な記述について、その出典を書いていない。

(19) “with all deliberate speed” という語については、『原典アメリカ史第六巻』(岩波書店刊)、『英米判例百選』(有斐閣刊)等では、「可及的速やかに」という訳を与えている。それに対し、注一紹介書四六八頁では「もっぱら慎重な速度」という訳を与えており、定訳が存在してない。

(20) 南部宣言については、連邦下院の次のホームページを参照。

<http://history.house.gov/Historical-Highlights/1951-2000/The-Southern-Manifesto-of-1956/>

(21) Johnson v. Zerbst, (304 U.S. 458 (1938)) 事件：ジョンソンは、偽造通貨を所持し、使用し、流通させたという重罪に当たる罪で起訴され、弁護士抜きの裁判で有罪を宣告された。ジョンソンは、第六修正の権利が侵害されたという理由で、人身保護令状の発布を求めた。下級審は否認したが、連邦最高裁判所は、六対二で、意図して弁護士を付ける権利を放棄しているので無い限り、第六修正違反であると宣言した。

(22) パウエル対アラバマ州事件 (Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932)) については、拙稿「憲法革命前後—ヒュース第一二代長官の時代—」日中法学七九巻四号一〇四頁以下参照。

(23) ベッツ対ブレイディ (Betts v. Brady, 316 U.S. 455 (1942)) 事件：ベッツは強盗罪で起訴され、弁護士を要求したが拒否され、自己弁護を強制された。そこで、人身保護令状の発布を求めて、連邦最高裁判所まで争ったが、六対三で認められなかった。その判決理由中で、ロバーツ判事は、第一四修正は、裁判の公平性と権利という一般的かつ基本的な考え方に反する裁判による投獄を禁止しており、特定の事件で弁護士を求める権利は、このような基本的な公平性に欠けているがために有罪判決につながるかもしれない場合に考えられるが、修正条項

が、あらゆる被告人に弁護士による代理が必要とまでは言うことができないと述べた。

(24) ワイルズ (Harry Emerson Wildes)：一八九〇年生まれ、ハーバード大学卒業後、一九二七年まで慶應義塾大学で教鞭を執っていたという。一九二七年、ペンシルベニア大学より、社会学の博士号を取得。Social Currents in Japan (1927) ' Japan in Crisis (1934) ' Aliens in the East (1937) など、日本に関する研究書を刊行しており、第二次大戦中は連合国軍最高司令官総司令部 (SCAP、日本では普通GHQと呼ばれた。)で政治顧問を務め、そのため憲法執筆チームに編入されている。その後、Typhoon in Tokyo: The Occupation and Its Aftermath (1954) という本を刊行している。William Penn等の伝記作家としても知られる。

(25) 供述書の誓約文の原文は次のとおりである。

I do hereby swear that I make this statement voluntarily and of my own free will, with no threats, coercion, or promises of immunity, and with full knowledge of my legal rights, understanding any statement I make may be used against me.

(26) ウォーレンが引用しているのは、第五条修正の「自己負罪禁止条項」と呼ばれる規定である。

(27) ウォーレンが引用しているのは、第六修正の「弁護人依頼権条項」と呼ばれる規定である。

(28) ここでは、ウォーレンは、マーシャルの原文から敢えて主語を落として「for ages to come, and... designed to approach immortality as nearly as human institutions can approach it」と引用している。元の文章を完全に紹介すれば、次の様な文章である。

A constitution is framed for ages to come, and is designed to approach immortality as nearly as human institutions can approach it.

(29) *Cohens v. Virginia*, 6 Wheat. 264, 387 (1821) 事件：拙稿「米国違憲立法審査権の確立—第四代マーシャル官の時代—」『日本法学』七八卷三号一四九頁参照。

(30) ウィッカーシャム委員会：フーバー大統領が、ウィッカーシャム (George W. Wickersham) 元検事総長を委員長に、一九二九年に設立した、正式には「法律遵守および執行に関する国家委員会」(National Commission on Law Observance and Enforcement) と呼ばれる委員会である。これは、第一八修正による禁酒法施行のため、米国内に脱税が蔓延し、犯罪組織の成長を促していたことから、その対策を検討したものである。

(31) *Haynes v. Washington*, 373 U.S. 503 (1963)：これは、エスコベド事件に先行する、自白の任意性に関する連邦最高裁判所判例である。ワシントン州裁判所において、ヘインズは、強盗として有罪判決を受けた。彼はこれに対し、彼は一六時間にわたって隔離拘禁され、さらに自

白の調書は、彼が署名するまで、彼は彼の妻を呼び出すことができないと言われた後に署名されたものであるとして控訴した。自白の任意性という問題に関しては、陪審員が決定するという地元の慣行のため、その文書は一般判決に提出されていた。最高裁判所は、自白は任意では無く、その提出は第一四修正の定める適正手続条項に違反すると判決した。

(32) 例えば *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983) 事件。この事件で、警察当局はゲイト夫妻がコロンビアから麻薬を運んでいると述べた匿名の手紙に基づき捜索令状を得、同夫妻が帰宅したところで捜索を実施して、その家屋内で多量のマリファナを発見した。この事件では、匿名の情報源に基づく捜索令状の合憲性が問題となったが、レンクイスト (William Rehnquist) 判事は、関連性総合テストにより合憲と判決した。

(33) *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928) については、拙稿「ロックナー時代—ホワイト第九代及びタフト第一〇代長官の時代—」日中法学七九卷三号一四八頁参照。

(34) *ゴールドマン対合衆国事件* (*Goldman v. United States*, 316 U.S. 129 (1942))：弁護士ゴールドマンやシュールマン (Shulman) は、破産手続内で金銭を受領し又はその取得を試みたことから、連邦破産法違反の共謀罪で起訴され、有罪判決を受けた。その捜査の際、捜

査官は盗聴器を隔壁に取り付け、音波を受信し、その音を拡大するという方法に依り彼らの会話を聞き取っていた。多数意見を執筆したロバーツ判事は、オルムステッド事件とこの事件との間に線引きできるとする合理的又は論理的な区別は存在せず、したがって捜査官の行為は第四修正に違反しないと判決した。

(35) 同法第三編 (Title III) は、国内で行われる有線、口頭、電子的通信の傍受を対象とし、連邦捜査当局に対し、裁判所への通信傍受令状を請求する権限を付与している。令状請求の要件は、合衆国法律集第一八編第二五一八条(一)項に定めが置かれている。同条項は、「本章に基づく有線、口頭、又は電子的通信の傍受を許可又は承認する命令の各申請は、宣誓又は確約を記した書面により、管轄権のある裁判官に対し行われなければならない、当該申請に際しては、申請人の権限を陳述しなければならぬ」と規定し、申請書に記載すべき事項として、捜査官又は法執行官の身元、当該犯罪の詳細、傍受を行う機器の性質及び場所、対象となる通信の詳細、被疑者の身元、傍受時間等を列挙している。令状申請を受けた裁判官は、①対象となる罪が犯され又は犯されようとしていることを信じるに足りる相当の理由が存在し、②傍受によって対象となる罪に関する特定の情報を得られるであろうことを信じるに足りる相当の理由が存在し、③通常の捜査手順が失敗し又は失敗するであろうことがもつともであ

ると思われ、傍受対象の機器が対象犯罪との関連で用いられるであろうと信じるに足りる相当な理由が存在する場合に、令状を發布することができる。

また、令状には、傍受対象者、傍受対象となる通信機器の性質及び場所、対象となる通信の類型に関する説明、許可を受けた機関の属性又は人物の身元、傍受を許可する期間を記載しなければならない。

(36) 逮捕されたのは、John Sinclair, Larry Plamondon 及び John Forrest である。彼らは、シンクレアを党首とするホワイト・パンサー (White Panther) と名乗る政治組織の構成員であった。この政党は、公民権運動においてブラック・パンサー (Black Panther Party) を支援することを目的とした過激な反人種差別集団であった。

なおブラックパンサーとは、一九六六年、カリフォルニア州オークランドにおいて都市部の貧しい黒人が居住するゲットーを警官から自衛するための組織として結成され、その後、マルコムXの暴力主義を受け継ぎ、黒人民族主義運動・黒人解放闘争を展開していた急進的な政治組織である。共産主義と民族主義を標榜しており、革命による黒人解放を提唱し、アフリカ系アメリカ人に対し武装蜂起を呼びかけた。しかし、ニクソン政権の執拗な弾圧により党員が次々と逮捕され、一九七一年には政治的に柔軟化し、以後は貧困層の児童に対する無料の食事配給や、治療費が無料の「人民病院」の建設を行うな

ど、地域社会における奉仕活動に専念したが、一九七〇年代半ばにはほぼ消滅していた。残存した強硬派は黒人解放軍を名乗り、銃撃戦や爆弾攻撃、脱獄などで一九八〇年代初頭まで抵抗を続けた。

(37) アン・アーバー(アナーバーと発音される場合もある)は、ウォッシュトノー郡 (Washenaw County) の郡都で、二〇一〇年の国政調査では人口一万二、九三四人で、ミシガン州では六番目に大きな町である。ミシガン大学のキャンパスがあることで知られる。

(38) この問題に関しては、総務省情報通信政策研究所の海外情報通信判例研究会報告書第一集が非常に参考になる。

http://www.soumu.go.jp/main_content/000050881.pdf

(39) 全員一致という場合、通常は unanimous decision という形式によるが、この判決では Per curiam という形式がとられた。これはラテン語で「裁判所によって (by the court)」ということの意味する。各裁判官が個別に意見を述べる通常の判決に対し、簡潔に「これは裁判所としての判断だ」とまとめたものである。この形式を採用すると、通例の判決と異なり、その意見に賛同した判事の名前が付されない。但し、少数意見の判事がいれば、その名は記される。その意味で、Per curiam は全員一致でない場合にも採用することができる。この形式を採用すると「法的に新たな論点はない」というニュアンスを

持つ。

(40) デニス事件 (Dennis v. United States, 341 U.S. 494, at 507 (1951)) : 拙稿「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—」日本法学八〇巻一号一七七頁参照。

(41) Luther v. Borden (48 U.S. 1 (1849)) 事件 : ロードアイランド州憲法は、一六六三年に制定されたが、それによると一八四〇年代においては少なくとも一三四ドル以上の価値ある土地の所有者である男性だけが選挙権を有していた。しかし産業革命の影響で多くの人びとが都市部に集中した結果、白人男性の六割は選挙権が否定されていた。その多くは、その当時アイランドから移民してきたカトリック信者だった。彼らは、ロードアイランド州憲法は、英国王の認可によって発効しており、かつ、白人男性の四割しか選挙権を持たないのは、合衆国憲法四条四節の共和制保障条項(合衆国は、この連邦内のすべての州に対し共和政体を保障する)に違反しているとして運動を起こした。運動は暴力的なものへと変化した(指導者の Thomas Wilson Dorr の名からドル暴動 (Dorr Rebellion) と呼ばれる)。ルーサー (Martin Luther) は、その運動に参加していて警官のボーデン (Luther M. Borden) によって逮捕された。ボーデンは、さらに、ルーサーの自宅を搜索し、その財産を没収した。そこで、ルーサーは、ロードアイランド州政府が違憲の

存在であるが故に、ボーデンは無権限であったとして訴えた。トニーは、共和制保障条項の強制は、大統領と議会の権限であつて、本質的に政治問題 (political question) であり、司法審査の対象外であると判決した。

(42) *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946) 事件：コーグロブは、イリノイ州議会が一九〇一年以降、議会の選挙区の再編を行つていなかった結果、人口一、〇〇〇人の農村郡と一〇万人の都市部住民が等しい投票権を持つていゝという不均衡が生じているとして訴えたが、連邦最高裁判所は、これは政治問題であつて、非司法的事項であるとして訴えを退けた。なお、この判決は、ストーン長官が死亡し、ジャクソン判事がニュールンベルク裁判で不在であつたため、七人の判事で下され、四対三という僅差の判決であつた。

(43) シェルビー郡 (Shelby County)：アメリカ合衆国のテネシー州西端、ミシシッピ川に面する郡であり、郡都はメンフィス (Memphis) である。メンフィスは、州都ナッシュビルを上回る同州最大の都市 (二〇一〇年の国政調査の人口は六四万六、八八九人) であるため、シェルビー郡全体の人口は、二〇一〇年の国政調査では九二万七、六四四人に達している。

(44) 一九二〇年、婦人参政権を承認した合衆国憲法第一九修正が成立したが、テネシー州では臨時会を開いて同修正を批准した。この結果、一九〇一年に比べて、

一九六〇年は人口に占める有権者の割合が著しく増加している。

(45) 注一紹介回想録四九八頁において、ブラウン事件よりも、ベイカー対カー事件「こそ称賛されて当然だと思われた」と述べている。

(46) フルトン郡 (Fulton County) は、ジョージア州の西部に位置する郡で、その郡都は、州都でもあるアトランタ (Atlanta) 市である。同市はジョージア州最大の都市である (二〇一〇年の国政調査で四二万〇、〇〇二人) から、フルトン郡もまた人口最大の郡で、二〇一〇年の国政調査の結果に依れば、九二万〇、五八一人となる。

(47) 連邦最高裁判所が一人一票原則を宣言した原文を次に紹介する。

The conception of political equality from the Declaration of Independence, to Lincoln's Gettysburg Address, to the Fifteenth, Seventeenth, and Nineteenth Amendments can mean only one thing - one person, one vote.

(48) ジェファーソン郡 (Jefferson County) は、アラバマ州中央部に位置する郡で、郡都は同州で最大の人口を持つバーミングハム市 (二〇一〇年の国勢調査では二二万二、三三七人) であり、同郡も、二〇一〇年の国勢調査人口は六五万八、四六六人と多い。

大韓民国国税基本法第七章の二納税者の権利の概要

阿 部 徳 幸

1. まえがき

国税通則法が改正されたのは二〇一一年度税制改正で
のことである。そもそもこの改正は、二〇一〇年一二月
一六日に閣議決定された「平成二二年度税制改正大綱」
(以下「大綱」という。)に基づくものであり、ここでは納
税者権利憲章の制定が予定されていた。そしてこの憲章
制定に併せ、第一条の目的規定が、さらにはその法律名
までもが改正される予定であった。この目的規定の改正
は、税務行政における納税者の権利利益の保護を図る趣
旨を明らかにすることにあり、また題目変更も、法律名

が改正後の法律の内容をよく表すものとするためのもの
であった^①。つまりこの改正により、そして納税者権利憲
章の制定を前提に、国税通則法が「納税者権利保護法」
へと変身することが予定されていたのである。しかし、
これら改正はいずれも見送られ、わが国税法上、「納税
者の権利」の実現は遠のいてしまった。

ところでこの「納税者の権利」とは、いったい何をい
うのであり、また、どのように定義づけられるべき性格
のものなのであろうか。この納税者権利憲章の制定をい
う大綱にも何らその記述はない^②。一方、隣国である大韓
民国(以下「韓国」という。)税法、すなわち国税基本法

(二〇一四・〇一・〇一―二二六二号、以下単に「法」という。)では、「第七章の二納税者の権利(납세자의 권리)」と章立てされ、規定がおかれている。

ここでは今後のわが国における「納税者の権利」を考察するうえでの材料とすべく、この「第七章の二納税者の権利」の内容をみることにしたい。

今回、同章に規定される条文のみに留まらず、各条文に係る大統領令、すなわち国税基本法施行令(二〇一四・〇二・二二―二五二〇一号、以下「施行令」という)、及び国税庁法規課による国税基本法執行基準(二〇一二・〇七・二七制定、以下「執行基準」という^③)も併せて翻訳を試みた^④。さらに適宜、国税基本法施行規則(二〇一四・〇三・一四―四〇四号、以下「施行規則」という)並びに国税庁長による訓令、例規及び告知を含め、できる限り本章に関連するすべての項目にふれてみた。それゆえ異例かとも思われるが、本稿ではまず法律そのものを、そして逐次、その法律に関連するこれらを列記することとした。なお、韓国においてもわが国における法令解釈通達に該当する国税基本法基本通則(二〇一一・〇三・二二、以下「基本通則」という)も存在するが、現在、本章に

関連する「基本総則」は発遣されていない。さらには各条文等に随時注記を付してみた(ただし、いずれも二〇一四年一〇月一日現在のものである)。

2. 第七章の二納税者の権利

(二〇一〇・〇一・〇一改正)

第八一条の二【納税者権利憲章の制定及び交付】

① 国税庁長は、第八一条の三から第八一条の一六までに規定された事項及びその他納税者の権利保護に関する事項を含む納税者権利憲章^⑤を制定して告示しなければならない。(二〇一〇・〇一・〇一改正)

② 税務公務員は、次の各号のいずれかに該当する場合合には、第一項に規定する納税者権利憲章の内容が収録された文書を納税者に交付しなければならない。(二〇一一・一一・三二改正)

一 国税の課税標準及び税額を決定又は更正する目的で質問をし、当該帳簿・書類又はその他の物件を検査・調査し、その提出を命ずる場合(「租税犯処罰手続法」に規定する租税犯則調査を含む。以下この章において「税務調査」という)(二〇一一・一一・三二改正)

二. 削除 (二〇一一年・一二・三二)

三. 事業者登録証を発行する場合 (二〇一〇・〇一・〇一改正)

四. その他大統領令で定める場合 (二〇一〇・〇一・〇一改正)⁽⁶⁾

③ 税務公務員は税務調査を開始するに当たり、調査員証を納税者又は関係者に提示した後、納税者権利憲章を交付してその要旨を直接朗読し、調査理由、調査期間、権利救済手続などを説明しなければならない。(二〇一四年・〇一・〇一新設)

執行基準八一の二—〇—一【納税者権利憲章の交付】

税務公務員は、次の各号のいずれかに該当する場合に、納税者権利憲章の内容が収録された文書を納税者に交付しなければならない。

一. 国税の課税標準及び税額を決定又は更正する目的で質問をし、当該帳簿・書類又はその他の物件を検査・調査し、その提出を命ずる場合 (「租税犯処罰手続法」に規定する租税犯則調査を含む。以下この章において「税務調査」という)

大韓民国国税基本法第七章の二納税者の権利の概要 (阿部)

二. 削除

三. 事業者登録証を発行する場合
四. その他大統領令で定める場合

*現在、大統領令は規定されていない

第八一条の三【納税者の誠実性の推定 (二〇〇六・二・三〇新設)】

税務公務員は、納税者が第八一条の六第三項各号のいずれかに該当する場合を除き、納税者は誠実であり、納税者が提出した申告書などは真実なものであると推定しなければならない。(二〇一四年・〇一・〇一改正)

執行基準八一の三—〇—一【納税者の誠実性の推定】

税務公務員は、納税者が第八一条の六第二項 (定期選定による調査以外の税務調査) に該当する場合を除き、納税者は誠実であり、納税者が提出した申告書などは真実なものとして推定しなければならない。

二九七 (一七五三)

第八一条の四【**税務調査権濫用禁止** (二〇〇六・一二・三〇条番改正)】

① 税務公務員は、適正かつ公平な課税を実現するために必要最小限の範囲で税務調査を実施し、他の目的などのために調査権を濫用してはならない。

(二〇一〇・〇一・〇一改正)

② 税務公務員は、次の各号のいずれかに該当する場合を除いては、同一税目及び同一課税期間の再調査をすることができない。(二〇一三・〇一・〇一改正)

一・ 脱税の疑惑が認められるだけの明白な資料がある場合 (二〇〇七・一二・三二改正)

二・ 取引の相手先に対する調査が必要な場合 (二〇〇七・一二・三二改正)

三・ 二以上の課税期間にわたり誤謬があると認められる場合 (二〇一三・〇一・〇一改正)

四・ 第六五条第一項第三号⁽⁷⁾(第六六条第六項と第八一条⁽⁸⁾で準用する場合を含む)に規定する必要な処分の決定によつて調査をする場合 (二〇一〇・〇一・〇一改正)

五・ その他第一号から第四号までに類する場合として大統領令に定める場合 (二〇〇七・一二・三二改正)

③ 何人も、税務公務員に法令を違反させ、その地位又は権限を濫用するなど公正な税務調査を阻害する行為をさせてはならない。(二〇一四・〇一・〇一新設)

施行令第六三条の二【**再調査ができる場合** (二〇一四・〇二・二二題目改正)】

法第八一条の四第二項第五号に規定する「大統領令に定める場合」とは、次の各号のいずれかに該当する場合をいう。(二〇一四・〇二・二二改正)

一・ 不動産投機、買占め売惜しみ、無資料取引等経済秩序かく乱等を通じた脱税疑惑がある者に対する一斉調査を実施する場合 (一九九六・一二・三一新設)

二・ 各種課税資料の処理のための再調査や国税還付金の決定のための確認調査などをする場合 (二〇一〇・〇二・一八改正)

三・ 「租税犯処罰手続法」第二条第一号に規定する租税犯則行為の疑惑を認められるだけの明白な資料がある場合。ただし、当初の税務調査(法第八一条の

二第二項第一号に規定する税務調査をいう。以下この章で同じ。)において、当該資料に対し「租税犯処罰手

「続法」第五条第一項第一号により租税犯則調査審議委員会における租税犯則調査の実施に関する審議の結果、租税犯則行為の疑惑がないと決議した場合には、租税犯則行為の疑惑を認められるだけの明白な資料があると認定しない。(二〇一四・〇二・二一新設)

執行基準八一の四—〇—一【税務調査権濫用の禁止】

① 税務公務員は、適正かつ公平な課税を実現するために必要最小限の範囲で税務調査を実施し、他の目的などのために調査権を濫用してはならない。

② 税務公務員は、次の各号のいずれかに該当する場合を除いては、同一税目及び同一課税期間の再調査をすることができない。(二〇一三・〇一・〇一改正)

一・ 脱税の疑惑が認められるだけの明白な資料がある場合

二・ 取引の相手先に対する調査が必要な場合

三・ 二以上の課税期間にわたり誤謬があると認められる場合

四・ 異議申立て、審査請求、審判請求に規定する必要な処分の決定によって調査をする場合

五・ その他第一号から第四号までに類する場合として次のいずれかに該当する場合

ガ・ 不動産投機、買占め売惜しみ、無資料取引等経済秩序かく乱等を通じた脱税疑惑がある者に対する一斉調査を実施する場合

ナ・ 各種課税資料の処理のための再調査や国税還付金の決定のための確認調査などをする場合

ダ・ 租税犯則調査、所得税・法人税・附加価値税の決定又は更正のための調査など、賦課処分をするための実際調査をせず、再更正をする場合。

ハ事例▽

① 二次税務調査は、一次税務調査と課税期間、税目及び調査対象者は同一であるが、積極的なロビー活動と賄賂を使って追徴税額を減少させたことや、検察庁の検事長が捜査において確保した課税資料の真偽を調査し、その結果の報告を受けることを目的としてなされたものであつて、これは各種の課税資料の処理のための再調査に該当する。(ソウル高等法院二〇〇八ヌ三八三六二、二〇一〇・一〇・二〇)

② 検察の捜査過程において確保された資料の真偽を

確認するためのもので、重複調査禁止の原則に反しない。また、再調査実施によって確保された客観的資料により脱税の事実が裏付けられるので、根拠課税原則にも反しないものである。

(大法院二〇〇七DU一六五四七・二〇〇七・一〇・二二五)

- ③ 納税者の事業場を管轄する税務署長が実施した税務調査は、附加価値税の更正処分のための調査であり、調査目的と調査対象が附加価値税額の課税漏れの確認に限定され、その結果、附加価値税の増額更正処分だけがなされており、住所地を管轄する税務署長が実施した税務調査は個人諸税全般に関する特別調査であり、その結果による総合所得税の増額更正処分などがなされている場合、総合所得税賦課処分に關する上記各調査は、同じ税目及び同じ課税期間に對する重複調査には該当しない。(大法院二〇〇四DU一七七八・二〇〇六・五・二二五)

- ④ 脱税の疑惑が認められるだけの明白な資料がある場合とは、脱税事実が確認される相当な程度の蓋然性が、客観性と合理性の裏付けられる資料によって認められる場合として嚴格に制限されなければなら

ない。従って、客観性と合理性が裏付けられない限り、脱税の情報提供が具体的という事情のみでは、これに該当するものとは認め難い。(大法院二〇〇八DU一〇四六一・二〇一〇・一二・二三)

- ⑤ 納税義務の確定には問題はなくとも、その徴収を不可能にさせ若しくは著しく困難とさせる場合にも脱税罪は成立する。(大法院二〇〇五DO九五四六・二〇〇七・二・一五)

第八一条の五【税務調査時に援助を受ける権利(二〇一〇・〇一・〇一題目改正)】

納税者は、税務調査を受ける場合に、弁護士、公認会計士、税務士をして調査に参加するよう求め、また意見を述べるように求めることができる。(二〇一一・一一・三二改正)

執行基準八一の五―〇―一【税務調査時に援助を受ける権利】

納税者は、税務調査を受ける場合に、弁護士、公認会計士、税務士をして調査に参加するよう求め、また意見

を述べるように求めることができる。

第八一条の六【税務調査管轄および対象者選定

(二〇一四・〇一・〇一題目改正)】

- ① 税務調査は、納税地管轄税務署長又は地方国税庁長が執行する。ただし、納税者の主たる事業場等が納税地と管轄が異なる場合、納税地管轄税務署長又は地方国税庁長が税務調査を執行することが不適切と認める場合など、大統領令に定める事由に該当する場合には、国税庁長(同じ地方国税庁又は所管税務署の管轄調整の場合には、地方国税庁長)がその管轄を調整することができる。(二〇一四・〇一・〇一新設)
- ② 税務公務員は、次の各号のいずれかに該当する場合には、定期的に申告の適正性を検証するために対象を選定(以下「定期選定」という)して税務調査をすることができる。この場合、税務公務員は客観的基準により公正にその対象を選定しなければならぬ。(二〇一四・〇一・〇一項目改正)【附則】
- 一・ 国税庁長が納税者の申告内容の定期的な誠実度分析をした結果、不誠実の疑いがあると認められた場

合(二〇一〇・〇一・〇一改正)

- 二・ 直近四課税期間(または四事業年度)以上、同一の税目の税務調査を受けていない納税者に対し、その税務調査を受けていないことにより、業種、規模、経済力集中などを考慮して、大統領令で定めるところにより、申告内容の適正性要否を検証する必要がある場合(二〇一四・〇一・〇一改正)
- 三・ 無作為抽出方式で標本調査をしようとする場合(二〇一〇・〇一・〇一改正)
- ③ 税務公務員は第二項の定期選定による調査の他、次の各号のいずれかに該当する場合には税務調査をすることができる。(二〇一四・〇一・〇一改正)
- 一・ 納税者が税法で定める申告、誠実申告確認書の提出、税金計算書又は計算書の作成・交付・提出、支給明細書の作成・提出などの納税協力義務を履行しない場合(二〇一〇・〇五・〇二改正)
- 二・ 無資料取引、偽装・加工取引など取引内容が事実と異なる疑いがある場合(二〇〇六・一一・三〇改正)
- 三・ 納税者に対する具体的な脱税情報提供がある場合(二〇〇六・一一・三〇改正)

四. 申告内容に脱税や誤謬の疑いを認めるだけの明白な資料がある場合 (二〇〇六・一二・三〇改正)

④ 税務公務員は、課税官庁の調査決定によって課税標準と税額が確定する税目の場合、課税標準と税額を決定するために税務調査をすることができ。

(二〇一四・〇一・〇一改正)

⑤ 税務公務員は、次に掲げるすべての要件に該当する者に対しては、第二項に規定する税務調査を実施しないことができる。ただし、客観的な証拠資料によつて過少申告であることが明白である場合にはこの限りでない。(二〇一四・〇一・〇一改正)

一. 業種別収入金額が大統領令に定める金額以下である事業者 (二〇一〇・〇一・〇一改正)

二. 帳簿記録などが大統領令に定める要件に該当する事業者 (二〇一〇・〇一・〇一改正)

施行令第六三条の三【税務調査の管轄調整】(二〇一四・

〇二・二二新設)

法第八一条の六第一項但し書きに規定する、納税者の主たる事業場等が納税地と管轄が異なる場合、納税地管

轄税務署長又は地方国税庁長が税務調査を執行することが不適切と認める場合など、大統領令に定める事由に該当する場合」とは次の各号のいずれかに該当する場合をいう。(二〇一四・〇二・二二新設)

一. 納税者が事業を実質的に管理する場所の所在地と納税地管轄が別である場合 (二〇一四・〇二・二二新設)

二. 一定の地域で主に事業を営む納税者に対し、公正な税務調査を実施する必要がある場合など納税地管轄税務署長又は地方国税庁長が税務調査を実施することが不適切だと判断する場合 (二〇一四・〇二・二二新設)

三. 税務調査対象納税者と出資関係にある者、取引関係がある者又は特殊関係人に該当する者などに対する税務調査が必要な場合 (二〇一四・〇二・二二新設)

四. 税務官署別業務量と税務調査人員などを考慮して管轄を調整する必要があると判断される場合 (二〇一四・〇二・二二新設)

施行令第六三条の四【長期未調査者に対する税務調査

基準（二〇〇二・一二・三〇題目改正）】

法第八一条の六第二項第二号により実施する税務調査は、納税者の履歴や税務情報などを考慮して国税庁長が定める基準に従う。（二〇一三・六・一一、二〇一四・二・二二改正）

施行令第六三条の五【小規模誠実事業者に対する税務調査免除（二〇〇七・〇二・二八新設）】

① 法第八一条の六第五項第一号に規定する「業種別収入金額が大統領令に定める金額以下である事業者」とは、次の各号のいずれかに該当する事業者をいう。（二〇一四・〇二・二二改正）

一・ 個人…「所得税法」第一六〇条第三項による簡便帳簿対象者（二〇〇七・〇二・二八新設）

二・ 法人…「法人税法」第六〇条により法人税課税標準及び税額申告書に記載すべき当該法人の収入金額（課税期間が一年未満の場合には一年で換算した収入金額をいう）が一億ウォン以下である法人（二〇一〇・〇二・一八改正）

② 法第八一条の六第五項第二号に規定する「帳簿記

録などが大統領令に定める要件に該当する事業者」とは、次の各号のすべての要件を備えた事業者をいう。（二〇一三・〇二・一五、二〇一四・〇二・二二改正）

一・ すべての取引事実が客観的に把握できるように複式簿記方式で帳簿を記録・管理していること（二〇一〇・〇二・一八改正）

二・ 課税期間開始以前に「与信専門金融業法」によるクレジットカード加盟店に加入して、当該課税期間に法第八四条の二第一項第三号の各項目に掲げる行為をしていないこと（「所得税法」第一六二条の三第一項及び「法人税法」第一一七条の二第一項により現金領収証加盟店に加入しなければならない事業者に限る）（二〇一三・〇二・一五改正）

三・ 課税期間開始以前に「租税特例制限法」第一二六条の三による現金領収証加盟店に加入して当該課税期間に法第八四条の二第一項第四号の各項目に掲げる行為をしていないこと（「所得税法」第一六二条の三第一項及び「法人税法」第一一七条の二第一項により現金領収証加盟店に加入しなければならない事業者に限る）（二〇一三・〇二・一五改正）

四. 「所得税法」第一六〇条の五に規定する事業用口座を開設して使用していること (個人事業者に限る)

(二〇一〇・〇二・一八改正)

五. 業種別平均収入金額増加率などを考慮して国税庁長が定めて告示する収入金額などの申告基準に該当すること (二〇〇七・〇二・二八新設)

六. 当該課税期間の法定申告納付期限終了日現在、直近三年間租税犯として処罰を受けた事実がないこと (二〇一三・〇二・一五改正)

七. 当該課税期間の法定申告納付期限終了日現在、国税の滞納の事実がないこと (二〇一三・〇二・一五改正)

【小規模誠実事業者に対する定期調査免除の際に適用する誠実申告基準告示】

国税庁長告示第二〇一二年一四二号 (二〇一二・〇八・二二)

国税基本法第八一条の六第四項第二号及び同法施行令第六三条の五第二項第五号において、国税庁長に委任した誠実申告基準を次のように改正し告示します。

二〇一二年八月二一日

第一条「目的」

この告示は、国税基本法第八一条の六第四項第二号及び同法施行令第六三条の五第二項第五号において、国税庁長に委任した誠実申告基準に関する事項を定めることを目的とする。

第二条「誠実申告基準」

誠実申告基準は、当該課税期間の収入金額を直前課税期間の収入金額と比べ一〇〇分の一〇以上増額申告し、かつ、当該課税期間の所得金額を直前課税年度の所得金額以上で申告することとする。

第三条「除外基準」

事業場の移転 (拡張) 又は業種の変更など次の各号のいずれかに該当する事由により収入金額又は課税標準が増加する場合には、これを誠実申告基準から除外する。

1. 事業場の面積が直前課税年度より一〇〇分の五〇 (事業場を移転する場合は一〇〇分の三〇) 以上増加する場合

※ 事業場の面積は、直前年度と当該年度の事業場

面積の積数にて計算して比較

2. 韓国標準事業分類による場合、他の大分類に属する業種を追加する場合

第四条「再検討期間」

「訓令・例規等の発令及び管理に関する規定」（大統領訓令第二四八号）により、この告示発令後における法令や現実与件の変化などを検討し、この告示の廃止、改正等の措置をしなければならぬ期限は、二〇一五年八月二〇日までとする。

「附則」

第一条（施行日）この告示は発令した日から施行する。

第二条（適用例）この告示は、告示施行日が属する課税年度分から適用する。

執行基準八一の六—〇—一【**税務調査対象者の選定**】

① 定期選定（定期的に申告の適正性を検証するための対象選定）の事由

- 一・ 国税庁長が納税者の申告内容の定期的な誠実度分析をした結果、不誠実の疑いがあると認められた場合

二・ 直近四課税期間（または四事業年度）以上、同一の

税目の税務調査を受けていない納税者に対し、その税務調査を受けていないことにより、業種、規模などを考慮して申告内容の適正性要否を検証する必要がある場合。この場合、納税者の履歴や税務情報等を考慮し国税庁長が定める基準による

三・ 無作為抽出方式で標本調査をしようとする場合
② 第一項による定期選定による調査以外の調査の事由

一・ 納税者が税法で定める申告、誠実申告確認書の提出、税金計算書又は計算書の作成・交付・提出、支給明細書の作成・提出などの納税協力義務を履行しない場合

二・ 無資料取引、偽装・加工取引など取引内容が事実と異なる疑いがある場合

三・ 納税者に対する具体的な脱税情報提供がある場合
四・ 申告内容に脱税や誤謬の疑いを認めるだけの明白な資料がある場合

③ 小規模誠実事業者に対する税務調査免除
税務公務員は、次に掲げるすべての要件に該当する者

に対しては、税務調査を実施しないことができる。ただし、客観的な証拠資料によって過少申告であることが明白である場合にはこの限りでない。

一・業種別収入金額が大統領令に定める金額以下である事業者

ガ・個人…所得税法第一六〇条第三項による簡便帳簿対象者

ナ・法人…法人税法第六〇条により法人税課税標準及び税額申告書に記載すべき当該法人の収入金額（課税期間が一年未満である場合は、一年で換算した収入金額をいう）が一億ウォン以下の事業者

二・帳簿記録などが次に掲げる要件をすべて備えた事業者

ガ・すべての取引事実が客観的に把握できるように複式簿記方式で帳簿を記録・管理していること

ナ・課税期間開始以前に「与信専門金融業法」によるクレジットカード加盟店に加入して、当該課税期間に法第八四条の二第一項第三号の各項目に掲げる行為をしていないこと（「所得税法」第一六二条の三第一

項及び「法人税法」第一一七条の二第一項により現金領収証加盟店に加入しなければならない事業者に限る）

ダ・課税期間開始以前に「租税特例制限法」第一二六条の三による現金領収証加盟店に加入して当該課税期間に法第八四条の二第一項第四号の各項目に掲げる行為をしていないこと（「所得税法」第一六二条の三第一項及び「法人税法」第一一七条の二第一項により現金領収証加盟店に加入しなければならない事業者に限る）

ラ・「所得税法」第一六〇条の五に規定する事業用口座を開設して使用していること（個人事業者に限る）

マ・業種別平均収入金額増加率などを考慮して国税庁長が定めて告示する収入金額などの申告基準に該当すること

バ・当該課税期間の法定申告納付期限終了日現在、直近三年間租税犯として処罰を受けた事実がないこと

サ・当該課税期間の法定申告納付期限終了日現在、国税の滞納の事実がないこと

第八一条の七【税務調査の事前通知と延期申請

(二〇〇六・一二・三〇条改正)】

〇一改正)

① 税務公務員は、税務調査（「租税犯処罰手続法」に

施行令第六三条の六【税務調査の事前通知（二〇〇七・

規定する租税犯則調査を除く。）を実施する場合には、

〇二・二八条改正)】

調査を受ける納税者（納税者が第八二条により納税管

法第八一条の七第一項により、納税者又は納税管理人

理人を定め、管轄税務署長に申告した場合には、納税管

に税務調査に関する事前通知をする場合には、次の各号

理人。以下この条において同じ。）に対して、調査を開

に掲げる事項を記載した文書により通知しなければならない。

始する日の一〇日前までに、調査対象税目、調査期

ない。（二〇一〇・〇二・一八改正）

間及び調査理由、その他大統領令に定める事項を通

一・納税者又は納税管理人の氏名及び住所又は居所

知しなければならない。ただし、事前に通知するこ

（一九九六・一二・三二改正）

とが証拠隠滅などにより、調査目的を達成できない

二・調査期間（一九九六・一二・三二改正）

と認められる場合にはこの限りではない。

三・調査対象税目及び調査理由（一九九六・一二・三二

② 第一項に規定する通知を受けた納税者が天災・地

改正）

変その他大統領令に定める事由により調査を受ける

四・その他必要な事項（二〇一〇・〇二・一八改正）

ことが困難と認められる場合には、大統領令に定め

るところにより管轄税務署長に対して調査の延期を

施行令第六三条の七【税務調査の延期申請（二〇〇七・

申請することができる。（二〇一〇・〇一・〇一改正）

〇二・二八条改正)】

③ 第二項により延期申請を受けた管轄税務署長は、

① 法第八一条の七第二項に規定する「大統領令に定

延期申請承認の要否を決定し、その結果を調査開始

める事由」とは、次の各号のいずれかに該当する事

前までに通知しなければならない。（二〇一〇・〇一・

由をいう。（二〇一〇・〇二・一八改正）

一・ 火災、その他の災害により事業上厳しい状態にある場合 (二〇一〇・〇二・一八改正)

二・ 納税者又は納税管理人の病気、長期出張などで税務調査の実施が困難であると判断される場合 (一九九六・一二・三二改正)

三・ 権限のある機関に帳簿、証拠書類が押収、領置されている場合 (二〇一〇・〇二・一八改正)

四・ 第一号から第三号までに規定する場合に準ずる理由がある場合 (二〇一〇・〇二・一八改正)

② 法第八一条の七第二項により税務調査の延期申請をしようとする者は次に掲げる事項を記載した文書を該当行政機関の長に提出しなければならない。

(二〇一〇・〇二・一八改正)

一・ 税務調査の延期を受けようとする者の氏名及び住所又は居所 (二〇一〇・〇二・一八改正)

二・ 税務調査の延期を受けようとする期間 (二〇一〇・〇二・一八改正)

三・ 税務調査の延期を受けようとする理由 (二〇一〇・〇二・一八改正)

執行基準八一の七—〇—一【税務調査の事前通知と延期の申請】

① 税務公務員は、税務調査（租税犯処罰手続法）に規定する租税犯則調査を除く。）を実施する場合には、調査を受ける納税者（納税者が国税基本法第八二条により納税管理人を定め管轄税務署長に申告した場合には、納税管理人。以下この条において同じ）に対して、調査を開始する日の一〇日前までに、調査対象税目、調査期間及び調査理由、その他大統領令に定める事項を通知しなければならない。ただし、事前に通知することが証拠隠滅などにより、調査目的を達成できないと認められる場合にはこの限りではない。

(二〇一一・一一・三二改正)

② 第一項に規定する通知を受けた納税者が天災・地震その他大統領令に定める事由により調査を受けることが困難と認められる場合には、大統領令に定めるところにより管轄税務署長に対して調査の延期を申請することができる。(二〇一〇・〇一・〇一改正)

③ 第二項により延期申請を受けた管轄税務署長は、延期申請承認の要否を決定し、その結果を調査開始

前まで通知しなければならない。(二〇一〇・〇一・〇一改正)

第八一条の八【税務調査期間(二〇〇六・一一・三〇新設)】

- ① 税務公務員は、調査対象税目・業種・規模、調査難易度などを考慮し、税務調査期間が最小限になるように努めなければならない。ただし、次の各号のいずれかに該当する場合には税務調査期間を延長することができる。(二〇一〇・〇一・〇一、二〇一一・一一・三二、二〇一四・〇一・〇一改正)
- 一・ 帳簿・書類等の隠匿、提出の遅延、提出拒否など調査を忌避することが明らかな場合(二〇一〇・〇一・〇一改正)
- 二・ 取引先の調査や現場確認、金融取引の現場確認が必要な場合(二〇一〇・〇一・〇一改正)
- 三・ 脱税の疑いが確認されたか、調査の過程において調査類型を租税犯則調査に切り替えた場合(二〇一一・一一・三二改正)
- 四・ 天災、地変、労働争議で調査が中断された場合

(二〇一〇・〇一・〇一改正)

- 五・ 第八一条の一六第二項に規定する納税者保護官又は担当官(以下この項において「納税者保護官等」という)が、脱税の疑いと関連して更なる事実確認が必要であると認める場合(二〇一四・〇一・〇一改正)
- 六・ 税務調査対象者が脱税疑惑に対する解明などのために税務調査期間の延長を申請し、納税者保護官等がこれを認める場合(二〇一四・〇一・〇一新設)

- ② 税務公務員は第一項により税務調査期間を決定する場合において、調査対象課税期間中、年間収入金額又は譲渡価額が、最も高額な課税期間の年間収入金額又は譲渡価額が一〇〇億ウォン未満の納税者に対する税務調査期間は二〇日以内とする。(二〇一〇・〇一・〇一新設)

- ③ 第二項により期間を定めた税務調査を第一項の規定により延長する場合において、最初の延長の場合には管轄税務署長の延長承認を受けなければならないが、二回目以降の延長の場合には管轄上級税務官署長の延長承認を受けて、それぞれ二〇日以内で延長することができる。ただし、次の各号に該当する場合に

は第二項の税務調査期間の制限及びこの項本文の税務調査延長期間の制限を受けない。(二〇一四・〇一・〇一新設)

一・無資料取引、偽装・加工取引など取引内容が事実と違うとする疑惑が認められる場合に、実際の取引内容に対する調査が必要な場合(二〇一四・〇一・〇一新設)

二・「国際租税調整に関する法律」⁽¹⁾第二条第一項第一号に規定する国際取引を利用して税金を脱漏し、国内脱漏所得を海外で変則流出した疑惑が認められるために調査する場合(二〇一四・〇一・〇一新設)

三・名義偽装、二重帳簿の作成、借名口座の利用、現金取引の脱漏などの方法を通じて脱税の疑惑が認められるために調査する場合(二〇一四・〇一・〇一新設)

四・偽りの契約書作成、未登記譲渡などを利用した不動産投機等を通じた脱税の疑惑が認められるため調査する場合(二〇一四・〇一・〇一新設)

五・相続税・贈与税調査、株式変動調査、租税犯則調査及び出資・取引関係にある関連者に対し同時調査をする場合(二〇一四・〇一・〇一新設)

④ 税務公務員は、納税者が資料提出を遅延するなど大統領令に規定する事由により、税務調査の進行が困難であると認められる場合には、税務調査を中止することができる。この場合、その中止期間は第一項から第三項までの税務調査期間および税務調査延長期間に算入しない。(二〇一〇・〇一・〇一新設)

⑤ 税務公務員は、第四項により税務調査を中止した場合において、その中止理由が消滅した場合、直ちに調査を再開しなければならない。ただし、租税債権の確保など緊急に調査すべき必要があると認められる場合には、税務調査を再開することができる。(二〇一〇・〇一・〇一新設)

⑥ 税務公務員は、第一項の規定により税務調査期間を延長する場合には、その理由と期間を納税者に文書で通知しなければならず、また第四項および第五項により税務調査を中止又は再開する場合にはその理由を文書で通知しなければならない。(二〇一〇・〇一・〇一改正)

⑦ 税務公務員は、税務調査期間を短縮するために努力しなければならず、帳簿記録及び会計処理の透明

性など納税誠実度を検討し、これ以上調査する事項がないと判断される場合には、調査期間終了前でも調査を早期に終結することができる。(二〇一四・〇一・〇一新設)

施行令第六三条の八(二〇一四・〇二・二二削除)

施行令第六三条の九(二〇一四・〇二・二二削除)

施行令第六三条の一〇【**税務調査の中止**(二〇一〇・〇二・一八新設)】

法第八一条の八第四項に規定する「納税者が資料提出を遅延するなど大統領令に規定する事由」とは次の各号のいずれかに該当する場合をいう。(二〇一〇・〇二・二二、二〇一三・〇二・一五、二〇一四・〇二・二二改正)

一. 法第八一条の七第二項に規定する税務調査延期申請理由に該当する事由があり、納税者が調査中止を申請した場合(二〇一〇・〇二・一八新設)

二. 国外資料の収集・提出又は相互協議手続の開始に
より、外国の税務当局との協議が必要な場合
(二〇一〇・〇二・一八新設)

三. 次に掲げるいずれかに該当するため税務調査を正

常に進めることが困難であると認める場合
(二〇一三・〇二・一五改正)

ガ. 納税者の所在が不明な場合(二〇一三・〇二・一五改正)

ナ. 納税者が海外に出国した場合(二〇一三・〇二・一五改正)

ダ. 納税者が帳簿・書類等を隠匿、若しくはその提出を遅延又は拒否した場合(二〇一三・〇二・一五改正)

ラ. 労働争議が発生した場合(二〇一三・〇二・一五改正)

マ. その他にこれらに類する事由があると認められる場合(二〇一三・〇二・一五改正)

四. 削除(二〇一三・〇二・一五)

五. 第六三条の一五第二項第四号(同条第三項で委任した場合を含む)により法第八一条の一六第二項に規定する納税者保護官又は担当官が、税務調査の一時中止を要請する場合(二〇一四・〇二・二二改正)

施行規則(二〇一四・〇三・一四)一部改正

第三六条の二【**税務調査期間延長通知**】

法第八一条の八第六項に定める税務調査期間延長通知は別紙第五号の三書式の税務調査期間延長通知書による。

執行基準八一の八—〇—一【税務調査期間及び延長】

① 税務公務員は、調査対象税目・業種・規模、調査難易度などを考慮し、税務調査期間が最小限になるように努めなければならない。(二〇一二年・〇七・二七改正)

② 税務公務員は第一項により税務調査期間を決定する場合において、調査対象課税期間中、年間収入金額又は譲渡価額が、最も高額な課税期間の年間収入金額又は譲渡価額が一〇〇億ウォン未満の納税者に対する税務調査期間は二〇日以内とする。(二〇一二年・〇七・二七改正)

【税務調査期間延長】

《延長の事由》

- 一. 納税者が帳簿・書類等の隠匿、提出の遅延、提出拒否など調査を忌避することが明らかの場合
- 二. 取引先の調査や現場確認、金融取引の現場確認が

必要な場合

三. 脱税の疑いが確認されたか、調査の過程において調査類型を犯則調査に切り替えた場合

四. 天災、地変、労働争議で調査が中断された場合

五. 法第八一条の九により税務調査の範囲が拡大される場合

六. 第八一条の一六第二項に規定する納税者保護官又は担当官が、脱税の疑いと関連して更なる事実確認が必要であると認める場合

七. 税務調査対象者が、脱税疑惑に対する解明などのために、税務調査期間の延長を申請し、第八一条の一六第二項に規定する担当官等がこれを認める場合
八. その他、税務調査期間の延長することがやむを得ない場合として国税庁長が定める場合

《延長の期間》

税務調査期間を延長する場合において、最初の延長の場合には管轄税務署長の延長承認を受けなければならない、二回目以降の延長の場合には管轄上級税務官署長の延長承認を受けて、それぞれ二〇日以内で延長することができる。

*例外…税金計算書に対する追跡調査が必要な場合など次の各号のいずれかに該当する場合には、

税務調査期間の制限及び税務調査延長期間の制限を受けない。

一、無資料取引、偽装・加工取引など取引内容が事実と違うとする疑惑が認められる場合に、実際の取引内容に対する調査が必要な場合

二、「国際租税調整に関する法律」第二条第一項第一号に規定する国際取引を利用して税金を脱漏し、国内脱漏所得を海外に変則流出した疑惑が認められるために調査する場合

三、名義偽装、二重帳簿の作成、借名口座の利用、現金取引の脱漏などの方法を通じて脱税の疑惑が認められるために調査する場合

四、偽りの契約書作成、未登記譲渡などを利用した不動産投機等を通じた脱税の疑惑が認められるために調査する場合

五、相続税・贈与税調査、株式変動調査、犯則事件調査及び出資・取引関係にある関連者に対し同時調査をする場合

六、その他、長期間の調査が必要な特別な事由がある場合として国税庁長が定める場合

《通知》

税務調査期間を延長する場合には、その事由と期間を納税者に、施行規則別紙第五條の三様式の「税務調査期間の延長通知書」により通知しなければならない。

執行基準八一の八―〇―二【税務調査の中止と再開】

税務公務員は、納税者が資料提出を遅延するなど、税務調査の進行が困難であると認められる場合には、税務調査を中止することができる。(二〇二一・〇七・二七改正)

① 税務調査の中止

《中止の事由》

一、法第八一條の七第二項に規定する税務調査延期申請理由に該当する事由があり、納税者が調査中止を要請する場合

二、国外資料の収集・提出又は相互協議手続により、外国税務当局との協議が必要な場合

三、納税者が帳簿・書類等を隠匿するか、その提出を遅延又は拒否するなどによって、税務調査を正常的

に進めるのが難しい場合

四・労働争議などが発生し税務調査を正常に進めることが困難であると認める場合

五・令第六三条の一五第二項第四号及び同法第三項により納税者保護官又は担当官が税務調査の一時中止を要請する場合

六・その他、税務調査を中止すべき特別な事由がある場合として国税庁長が定める場合

《調査期間不算入》

税務調査中止期間は、税務調査期間及び税務調査延長期間に算入しない。

《通知》

税務調査を中止する場合にはその理由を文書で納税者に通知しなければならない。

② 税務調査の再開

税務調査を中止した場合において、その中止理由が消滅した場合、直ちに調査を再開しなければならない。ただし、租税債権の確保など緊急に再開すべき必要があると認められる場合には、税務調査を再開することができる。

《通知》

税務調査を再開する場合にはその理由を文書で納税者に通知しなければならない。

第八一条の九【税務調査範囲拡大の制限(二〇一〇・〇一・〇一新設)】

① 税務公務員は、具体的な脱税疑惑がいくつかの課税期間又は他の税目にまで及ぶと確認できる場合など大統領令に定める場合を除いては、調査進行中、税務調査の範囲を拡大することができない。(二〇一〇・〇一・〇一新設)

② 税務公務員は、第一項により税務調査の範囲を拡大する場合には、その理由と範囲を納税者に文書で通知しなければならない。(二〇一〇・〇一・〇一新設)

施行令第六三条の一【税務調査範囲の拡大(二〇一〇・〇二・一八新設)】

① 法第八一条の九第一項に規定する「具体的な脱税疑惑がいくつかの課税期間又は他の税目にまで及ぶと確認できる場合など大統領令に定める場合」とは、

次のいずれかに該当する場合をいう。(二〇一〇・〇二・一八新設)

一・ 具体的な脱税疑惑が他の課税期間・税目又は項目にも認められ、他の課税期間・税目又は項目に対する調査が必要な場合(二〇一〇・〇二・一八新設)

二・ 調査の過程において「租税犯処罰手続法」第二条第三号に規定する租税犯則調査に切り替える場合(二〇一〇・〇二・〇二改正)

三・ 特定税目の明白な脱税疑惑又は税法適用の錯誤などが他の課税期間にまで及び、その項目に対する他の課税期間の調査が必要な場合(二〇一〇・〇二・一八新設)

四・ その他、具体的脱税疑惑があり税務調査の範囲を拡大する必要がある場合として企画財政部令に定める場合(二〇一〇・〇二・一八新設)

執行基準八一の九―〇―一【税務調査範囲拡大の制限】

① 税務公務員は、具体的な脱税疑惑がいくつかの課税期間又は他の税目にまで及ぶものと確認されるなど次の各号のいずれかに該当する場合を除いては、

調査の進行中、税務調査の範囲を拡大することができない。(二〇一二・〇七・二七改正)

一・ 具体的な脱税疑惑が他の課税期間・税目又は項目にも認められ、他の課税期間・税目又は項目に対する調査が必要な場合

二・ 調査の過程において「租税犯処罰手続法」第一条に規定する租税犯則調査で切り替える場合

三・ 特定税目の明白な脱税疑惑又は税法適用の錯誤などが他の課税期間にまで及び、その項目に対する他の課税期間の調査が必要な場合

四・ その他、具体的脱税疑惑があり税務調査の範囲を拡大する必要がある場合として企画財政部令に定める場合

*現在、企画財政部令の定めはない。

② 税務公務員は、第一項により税務調査の範囲を拡大する場合には、その理由と範囲を納税者に文書で通知しなければならない。(二〇二一・〇七・二七改正)

第八一条の一〇【帳簿・書類保管禁止(二〇一〇・〇一・〇一新設)】

〇一新設】

① 税務公務員は、税務調査の目的で納税者の帳簿又は書類等(以下この項で「帳簿等」という)を税務官署に任意に保管することはできない。ただし、納税者の同意がある場合には、その目的に必要な最小限の範囲で税務調査期間に限り、一時保管することができる。(二〇一四・〇一・〇一改正)

② 第一項の規定により一時保管している帳簿等に対し、納税者が返還を要請した場合には、調査に支障がない限り直ちに返還しなければならない。この場合、税務公務員は帳簿等の写しを保管することができ、その写しが原本と相違ないという事実を確認するための納税者の署名又は捺印を要求することができる。(二〇一四・〇一・〇一改正)

③ 第一項により納税者の帳簿等を税務官署に一時保管しようとする場合、税務公務員は、納税者、所持者又は保管者など正当な権限がある者から一時保管同意書を受け、一時保管証を交付しなければならぬ。(二〇一四・〇一・〇一新設)

執行基準八一の一〇——一【帳簿・書類保管の禁止】

① 税務公務員は、税務調査の目的で納税者の帳簿又は書類等を税務官署に任意に保管することはできない。ただし、納税者の同意がある場合には、税務調査期間に限り、一時保管することができる。(二〇一二・〇七・二七改正)

② 第一項のただし書きより一時保管している帳簿又は書類等に対し、納税者が返還を要請した場合には、調査に支障がない限り直ちに返還しなければならない。この場合、税務公務員は、帳簿又は書類等の写しを保管することができ、その写しが原本と相違ないという事実を確認するための納税者の署名又は捺印を要求することが出来る。(二〇一二・〇七・二七改正)

第八一条の一【統合調査の原則(二〇一〇・〇一・〇一

新設)】

税務調査は、特定の税目のみを調査する必要があるなど大統領令に規定する場合を除いては、納税者の事業と関連し税法により申告・納付義務がある税目を統合して

実施することを原則とする。(二〇一〇・〇一・〇一 新設)

施行令第六三条の一二【統合調査原則の例外

(二〇一〇・〇二・一八 新設)】

① 法第八一条の一一に規定する、特定の税目のみを調査する必要があるなど大統領令に規定する場合は、次のいずれかに該当する場合はいう。

(二〇一〇・〇二・一八 新設)

一・ 税目の特性、納税者の申告類型、事業規模、脱税疑惑などを考慮して特定税目だけを調査する必要がある場合 (二〇一〇・〇二・一八 新設)

二・ 租税債権の確保などのために緊急に調査する必要がある場合、又は疑惑内容が特定事業場、特定税目又は特定取引にだけ限定され、これに関連した特定税目だけを調査する必要がある場合 (二〇一〇・

〇二・一八 新設)

三・ その他、税務調査の効率性、納税者の便宜などを考慮して特定税目だけを調査する必要がある場合として企画財政部令に定める場合 (二〇一〇・〇二・一八 新設)

執行基準八一の一―〇―一【統合調査の原則】

原則…税務調査は、納税者の事業と関連し税法によって申告・納付義務がある税目を統合して実施することを原則とする。

例外…次のいずれかに該当する場合には、特定税目のみを調査することができる。

一・ 税目の特性、納税者の申告類型、事業規模、脱税の疑惑などを考慮して特定税目だけを調査する必要がある場合

二・ 租税債権の確保などのために緊急に調査する必要がある場合、又は疑惑内容が特定事業場、特定税目又は特定取引にだけ限定され、これに関連した特定税目だけを調査する必要がある場合

三・ その他、税務調査の効率性、納税者の便宜などを考慮して特定税目だけを調査する必要がある場合として企画財政部令に定める場合

*現在、企画財政令は規定されてない。

第八一条の一二【**税務調査の結果通知** (二〇一〇・〇一・〇一条番改正)】

税務公務員は、税務調査を終了した時には、その調査結果を書面で納税者に通知しなければならない。ただし、廃業など大統領令に定める場合にはこの限りでない。(二〇一一年・一二・三二改正)

施行令第六三条の一三【**税務調査の結果通知** (二〇一〇・〇二・一八条番改正)】

法第八一条の一の但し書きに規定する「廃業など大統領令に定める場合」とは、次のいずれかに該当する場合をいう。(二〇一〇・〇二・一八改正)

- 一・ 廃業した場合 (一九九六・一二・三一新設)
- 二・ 納税管理人を定めず国内に住所又は居所を置かない場合 (一九九六・一二・三一新設)

施行規則 (二〇一四・〇三・一四一部改正)

第三七条【**税務調査の結果通知**】

法第八一条の一二に規定する税務調査の結果通知は、別紙第五六号書式の税務調査結果通知書による

執行基準八一の一―〇―一【**税務調査の結果通知**】

- ① 原則… 税務公務員は、税務調査を終了した時には、その調査結果を書面で納税者に通知しなければならない。
- ② 例外… 次のいずれかに該当する場合は調査結果を通知しない。

通知しない。

- 一・ 廃業した場合
- 二・ 納税管理人を定めず国内に住所又は居所を置かない場合

第八一条の一三【**秘密保持** (二〇一〇・〇一・〇一条番改正)】

- ① 税務公務員は、納税者が税法で定めた納税義務を履行するために提出した資料や国税の賦課・徴収のために業務上取得した資料など (以下「課税情報」という) を、他人に提供、漏洩するなど目的以外の用途に使用してはならない。ただし、次の各号のいずれかに該当する場合には、その使用目的の範囲で納税者の課税情報を提供することができる。(二〇一〇・〇一・〇一改正)

一・ 地方自治体等が法律で定める租税の賦課・徴収などの目的で課税情報を要求する場合（二〇一〇・〇一・〇一改正）

二・ 国家機関が租税争訟や租税犯訴追のため課税情報を要求する場合（二〇一〇・〇一改正）

三・ 裁判所の提出命令又は裁判官が発行した令状によつて課税情報を要求する場合（二〇〇六・一二・三〇号番改正）

四・ 税務公務員間で国税の賦課・徴収又は質問・検査に必要な課税情報を要求する場合（二〇一〇・〇一・〇一改正）

五・ 統計庁長が国家統計作成目的で課税情報を要求する場合（二〇〇九・〇二・〇六新設）

六・ 「社会保障基本法」第三条第二号に規定する社会保険の運営を目的に設立された機関が関係法律に規定する所管業務を遂行するために課税情報を要求する場合（二〇一四・〇一・〇一新設）

七・ 国家行政機関、地方自治体又は「公共機関の運営に関する法律」に規定する公共機関が、給付・支援などのための資格の調査・審査などに必要な課税情報

報を当事者の同意を受けて要求する場合（二〇一四・〇一・〇一新設）

八・ 他の法律の規定により課税情報を要求する場合（二〇一四・〇一・〇一号番改正）

② 第一項第一号、第二号及び第五号から第八号までの規定により課税情報の提供を要求する者は、文書で当該税務官署長に要求しなければならない。（二〇一四・〇一・〇一改正）

③ 税務公務員は、第一項および第二項に反する課税情報の提供が要求された場合にはその要求を拒否しなければならない。（二〇一〇・〇一・〇一改正）

④ 第一項により課税情報を知ることとなった者はこれを他人に提供、漏洩するなどその目的以外の用途で使用してはならない。（二〇一〇・〇一・〇一改正）

⑤ 本条により課税情報を提供されて知ることとなつた者のうち公務員でない者は、「刑法」その他の法律により罰則を適用する場合には公務員とみなす。（二〇一〇・〇一・〇一改正）

執行基準八一の一三—〇—一【課税情報の提供】

(二〇一二・〇七・二七改正)

- ① 原則…税務公務員は、課税情報を他人に提供、漏洩するなど目的以外の用途に使用してはならない。
- ② 例外…次の各号のいずれかに該当する場合には、その使用目的の範囲で納税者の課税情報を提供することができる。
 - 一. 地方自治体等が法律で定める租税の賦課・徴収などの目的で課税情報を要求する場合
 - 二. 国家機関が租税争訟や租税犯訴追のため課税情報を要求する場合
 - 三. 裁判所の提出命令又は裁判官が発行した令状によつて課税情報を要求する場合
 - 四. 税務公務員間で国税の賦課・徴収又質問・検査に必要な課税情報を要求する場合
 - 五. 統計庁長が国家統計作成目的で課税情報を要求する場合
 - 六. 他の法律の規定により課税情報を要求する場合
- ③ 形式…第二項第一号、第二号、第五号及び第六号により課税情報を要求する場合には、文書

で当該税務官署長に要求しなければならぬ。

執行基準八一の一三—〇—二【課税情報】

- ① 課税情報とは、単に納税者から提出を受けた資料や納税者等から取得した資料のみを意味するのではなく、税務公務員が、税務業務を遂行するに当たり取得した個別納税者に関する資料一切を意味するものと解されるので、納税者から提出を受けた資料だけではなくこれらの書類を基礎に自ら作成・制作した書類も含まれる。(ソウル行政裁判所二〇〇九グ合二五五七六、二〇一〇・〇一・二三、ソウル高等裁判所二〇〇二ヌ一九〇八六・二〇〇三・一一・二二)(二〇一二・〇七・二七改正)
- ② 共同事業者の構成員のうち一人が、事業者登録訂正申告書を提出した場合、構成員のうち他の一人が事業者登録訂正申告書、事業者登録現地確認調査書等の情報公開を請求したところ、これらの情報は国税の賦課徴収と直接的な関連がないため、課税情報に該当しない。(ソウル行政裁判所二〇一〇グ合

二四九九九、二〇一〇・九・三〇）（二〇一二・〇七・二七改正）

第八一条の一四【情報提供（二〇一〇・〇一・〇一一条番改正）】

税務公務員は、納税者が納税者の権利行使に必要な情報を要求した場合、速かにその情報を提供しなければならない。（二〇一〇・〇一・〇一改正）

第八一条の一五【課税前適否審査（二〇一〇・〇一・〇一条番改正）】

① 次の各号のいずれかに該当する通知を受けた者は、その通知を受けた日から三〇日以内に通知をした税務署長又は地方国税庁長に対して、通知内容の適法性に関する審査（以下この条で「課税前適否審査」（課税前適否審査）という）を請求することができる。ただし、法令と関連し国税庁長の有権解釈を変更すべきであるか、新しい解釈が必要な場合など大統領令に定める事項に対しては、国税庁長に請求することができる。（二〇一〇・〇一・〇一改正）

一・ 第八一条の一に規定する税務調査結果に対する書面通知（二〇一〇・〇一・〇一改正）

二・ その他大統領令に定める課税予告通知（二〇一〇・〇一・〇一改正）

② 次の各号のいずれかに該当する場合には第一項は適用しない。（二〇一〇・一二・二七改正）

一・ 「国税徴収法」¹² 第一四条に規定する納期前徴収の事由があるか、税法に規定する随時賦課の事由に該当する場合（二〇一〇・〇一・〇一改正）

二・ 「租税犯処罰法」違反により告発又は通告処分をする場合（二〇一〇・一二・二七改正）

三・ 税務調査結果通知及び課税予告通知をする日から国税賦課除斥期間の満了日までの期間が三ヶ月以下である場合（二〇一〇・〇一・〇一改正）

四・ その他大統領令に定める場合（二〇一〇・〇一・〇一改正）

③ 課税前適否審査請求を受理した税務署長、地方国税庁長又は国税庁長は、それぞれ国税審査委員会の審査を経て決定をし、その結果を請求を受理した日から三〇日以内に請求人に通知しなければならない。

(二〇〇八・一二・二六改正)

④ 課税前適否審査に対する決定は次の各号の区分による。(二〇一〇・〇一・〇一改正)

一・請求が理由ないと認められる場合…採択しないという決定(二〇〇六・一二・三〇条番改正)

二・請求が理由あると認められる場合…採択する決定。ただし、請求に一部理由あると認められる場合には一部採択する決定をする(二〇〇六・一二・三〇条番改正)

三・請求期間が経過している場合又は補正期間に補正しない場合…審査しないという決定(二〇一〇・〇一・〇一改正)

⑤ 課税前適否審査については、第五八条¹³、第五九条¹⁴、第六一条¹⁵第三項、第六二条¹⁶第二項、第六三条¹⁷、第六四条¹⁸第一項但し書き、第六四条¹⁹第二項および第六五条¹⁹第四項を準用する。(二〇一〇・〇一・〇一改正)

⑥ 課税前適否審査については、「行政審判法」第一五条²⁰・第一六条²¹・第二〇条²²から第二二条²²まで・第二九条²³・第三九条²⁴および第四〇条²⁵を準用する。この場合「委員会」は「国税審査委員会」と読み替える。

(二〇一〇・〇一・二五改正)

⑦ 第一項各号のいずれかに該当する通知を受けた者は、課税前適否審査の請求を経ず、通知をした税務署長又は地方国税庁長に通知された内容の全部又は一部について、課税標準及び税額を早期に確定し、更正決定することを申し出ることができる。この場合、該当税務署長又は地方国税庁長はその申請を受けた内容にしたがい、直ちに確定又は更正決定をしなければならぬ。(二〇一〇・一二・二七改正)

⑧ 課税前適否審査の申請、方法、その他に必要な事項は大統領令に決める。(二〇〇八・一二・二六改正)

施行令第六三条の一四【課税前適否審査の範囲及び請求手続など(二〇一〇・〇二・一八条番改正)】

① 法第八一条の一五第一項各号以外のただし書きに規定する「法令と関連し国税庁長の有権解釈を変更すべきであるか、新しい解釈が必要な場合など大統領令に定める事項」とは、次の各号のいずれかに該当する事項をいう。(二〇一〇・〇二・一八改正)

一・法令と関連し国税庁長の有権解釈を変更すべきで

あるか新しい解釈が必要な場合（一九九九・一二・二八改正）

二・ 国税庁長の訓令・例規・告示などと関連し新しい解釈が必要な場合（一九九九・一二・二八改正）

三・ 税務署又は地方国税庁に対する国税庁長の業務監査結果（現地で是正措置をする場合を除く）により、税務署長又は地方国税庁長が行う課税予告通知に関する場合（二〇一〇・〇二・一八改正）

四・ 第一号から第三号までの規定に該当しない事項のうち課税前適否審査金額が一〇億ウォン以上である場合（二〇一〇・〇二・一八改正）

② 法第八一条の一五第一項第二号に規定する「大統領令に定める課税予告通知」とは、次の各号のいずれかに該当する通知をいう。（二〇一〇・〇二・一八改正）

一・ 税務署又は地方国税庁に対する地方国税庁長又は国税庁長の業務監査結果（現地で是正措置をする場合を含む）により、税務署長又は地方国税庁長が行う課税予告通知（二〇一〇・〇二・一八改正）

二・ 調査現場で確認された当該納税者以外の者に対す

る課税資料及び現地確認調査により税務署長又は地方国税庁長がする課税予告通知（二〇一三・〇六・一一改正）

三・ 納税告知をしようとする税額が三百万ウォン以上である課税予告通知（二〇〇九・〇二・〇六改正）

③ 法第八一条の一五第二項第四号に規定する「大統領令に定める場合」とは「国際租税調整に関する法律」により租税条約を締結した相手国が相互協議手続の開始を要請した場合をいう。（二〇一〇・〇二・一八改正）

④ 法第八一条の一五第一項により課税前適否審査請求を受理した税務署長・地方国税庁長又は国税庁長は、その請求に対する同条第三項に規定する決定があるまでは、課税標準及び税額の決定や更正決定を留保しなければならない。ただし、法第八一条の一五第二項各号のいずれかに該当する場合、又は同条第七項に規定する申請がある場合にはこの限りでない。（二〇一〇・〇二・一八改正）

⑤ 法第八一条の一五第一項各号のいずれかに該当する通知を受けた者は、課税前適否審査請求をする際、

当該通知をした税務署長・地方国税庁長(同項の規定に該当する場合には国税庁長)に対して、次の各号に掲げる事項を記載した課税前適否審査請求書を提出しなければならない。この場合において、証拠書類や証拠物件があればこれを添付しなければならない。(二〇一〇・〇二・一八改正)

- 一. 請求人の住所又は居所と申請する旨(二〇〇九・〇二・〇六新設)

二. 税務調査結果通知又は第二項各号の通知を受けた日(二〇〇九・〇二・〇六新設)

三. 請求税額(二〇〇九・〇二・〇六新設)

四. 請求内容及び理由(二〇〇九・〇二・〇六新設)

- ⑥ 課税前適否審査請求書が法第八条の一五第一項各号のいずれかに該当する通知をした税務署長・地方国税庁長以外の税務署長・地方国税庁長又は国税庁長に提出された場合には、該当課税前適否審査請求書を所管税務署長・地方国税庁長又は国税庁長に直ちに送付し、その旨を該当請求人に通知しなければならない。(二〇一〇・〇二・一八改正)

⑦ 第一項から第六項までに規定した事項のほか、課

税前適否審査請求の決定、通知などに必要な事項は企画財政部令で定める。

執行基準八一の一五―〇―一【課税前適否審査】

① 請求の範囲

次の各号のいずれかに該当する通知を受けた者は、通知を受けた日から三〇日以内に通知をした税務署長又は地方国税庁長に対して、通知内容の適法性に関する審査を請求することができる。

一. 税務調査結果に対する書面通知

二. 税務署又は地方国税庁長に対する地方国税庁長又は国税庁長の業務監査の結果(現地では正措置する場合は含む)により、税務署長又は地方国税庁長が行う課税予告通知

三. 調査現場で確認された当該納税者以外の者に対する課税資料及び現地確認調査により税務署長又は地方国税庁長がする課税予告通知

四. 納税告知をしようとする税額が三百万ウォン以上である課税予告通知

② 国税庁長に請求できる事由

- 一．法令と関連し国税庁長の有権解釈を変更すべきであるか新しい解釈が必要な場合
 - 二．国税庁長の訓令・例規・告示などと関連し新しい解釈が必要な場合
 - 三．税務署又は地方国税庁に対する国税庁長の業務監査結果（現地では正措置をする場合を除く）により、税務署長又は地方国税庁長が行う課税予告通知に関する場合
 - 四．第一号から第三号までの規定に該当しない事項のうち課税前適否審査金額が一〇億ウォン以上である場合
- ③ 請求排除事由
- 一．「国税徴収法」第一条に規定する納期前徴収の事由があるか、税法に規定する随時賦課の事由に該当する場合
 - 二．「租税犯処罰法」違反により告発又は通告処分をする場合
 - 三．税務調査結果通知及び課税予告通知をする日から国税賦課除斥期間の満了日までの期間が三ヶ月以下である場合

- 四．「国際租税調整に関する法律」により租税条約を締結した相手国が相互協議手続の開始を要請した場合

④ 決定結果の通知

課税前適否審査請求を受理した税務署長、地方国税庁長又は国税庁長は、それぞれ国税審査委員会の審議を経て決定し、その結果を請求を受理した日から三〇日以内に請求人に通知しなければならない。

⑤ 請求に対する決定

一．請求が理由ないと認められる場合…採択しないという決定

二．請求が理由あると認められる場合…採択する決定。
ただし、請求に一部理由あると認められる場合には一部採択する決定をする

三．請求期間が経過している場合又は補正期間に補正しない場合…審査しないという決定

⑥ 請求の効力

課税前適否審査請求を受理した税務署長・地方国税庁長又は国税庁長は、その請求に対する決定があるまでは、課税標準及び税額の決定や更正決定を留保しなければならない

らない。ただし、③請求排除事由及び⑧早期決定申請がある場合にはこの限りではない。

- ⑦ 不服請求に対する準用
- 一. 関係書類の閲覧及び意見陳述権 (法第五八条)
- 二. 代理人 (法第五九条)
- 三. 請求期間に対する一部規定 (法第六一条第三項)
- 四. 請求手続に関する一部規定 (法第六二条第二項)
- 五. 請求書の補正 (法第六二条)
- 六. 決定手続に関する一部規定 (法第六四条第一項但し書き第二項)
- 七. 補正期間の決定期間不算入 (法第六五条第四項)
- ⑧ 早期決定申請
第一項各号に該当する通知を受け取った者は、課税前適否審査請求を経ず、通知をした税務署長又は地方国税庁長に通知を受けた内容の全部又は一部について、課税標準及び税額を早期に決定するか更正決定することを申し出ることができる。この場合、当該税務署長又は地方国税庁長は申請を受取った内容にしたがい、直ちに決定又は更正決定をしなければならない。

第八一条の一六【国税庁長の納税者権利保護 (二〇一〇・〇一・〇一新設)】

- ① 国税庁長は、職務を執行するに当たり、納税者の権利が保護され、実現されるように誠実に努力しなければならない。(二〇一〇・〇一・〇一新設)
 - ② 納税者の権利保護のために国税庁に納税者権利保護業務を総括する納税者保護官を置き、税務署及び地方国税庁に納税者権利保護業務を遂行する担当官をそれぞれ一名置く。(二〇一〇・〇一・〇一新設)
 - ③ 国税庁長は、第二項に規定する納税者保護官を開放型職位で運営し、納税者保護官及び担当官が業務を遂行するに当たって独立性が確保されるようになければならない。(二〇一〇・〇一・〇一新設)
 - ④ 納税者保護官及び担当官の資格・職務・権限など納税者保護官制度の運営に必要な事項については大統領令にて定める。(二〇一〇・〇一・〇一新設)
- 施行令第六三条の一五【納税者保護官及び担当官の資格・職務など (二〇一〇・〇二・一八新設)】
- ① 法第八一条の一六に規定する納税者保護官は、租

税・法律・会計分野の専門知識と経験を備えた者として学歴・経歴などを考慮して国税庁長が定める基準を満たす者とする。(二〇一〇・〇二・一八新設)

② 納税者保護官の職務及び権限は次の各号に掲げる事項とする。(二〇一〇・〇二・一八新設)

一. 税に関する苦情・嘆願の解消など納税者権利保護に関する事項(二〇一〇・〇二・一八新設)

二. 納税サービス関連制度・手続き改善に関する事項(二〇一〇・〇二・一八新設)

三. 違法・不当な処分(税法に規定する納税の告知を除く。)に対する是正要求(二〇一〇・〇二・一八新設)

四. 違法・不当な税務調査の一時中止及び中止(二〇一〇・〇二・一八新設)

五. 違法・不当な処分が行われることが予想できると認められる場合、その処分手続きの一時中止及び中止(二〇一〇・〇二・一八新設)

六. 納税者の権利保護業務に関して税務署及び地方国税庁の担当官(法第八一条の一六第二項に規定する担当官をいう。以下二項において「担当官」という)に対する指示・監督(二〇一〇・〇二・一八新設)

七. その他に納税者の権利保護と関連して国税庁長が定める事項(二〇一〇・〇二・一八新設)

③ 納税者保護官は、第二項に規定する業務を効率的に執行するために担当官にその職務と権限の一部を委任することができる。(二〇一〇・〇二・一八新設)

④ 担当官は国税庁所属公務員のうち、その職級・経歴などを考慮して国税庁長が定める基準を満たす者とする。(二〇一〇・〇二・一八新設)

⑤ 担当官の職務及び権限は次の各号に掲げる事項とする。(二〇一〇・〇二・一八新設)

一. 税に関する苦情・嘆願の解消など納税者権利保護に関する事項(二〇一〇・〇二・一八新設)

二. 第三項により委任された業務(二〇一〇・〇二・一八新設)

三. その他に納税者権利保護に関して国税庁長が定める事項(二〇一〇・〇二・一八新設)

第八一条の一七【納税者の協力義務(二〇一四・〇一・〇一新設)】

納税者は、税務公務員の適法な質問・調査、提出命令

に対し誠実に協力しなければならぬ。(二〇一四・〇一・〇一新設)

第八一条の一八【納税者保護委員会(二〇一四・〇一・〇一新設)】

① 次

① 次の各号に掲げる事案を審議するため税務署及び地方国税庁に、納税者保護委員会を設置する。(二〇一四・〇一・〇一新設)

一・ 税務調査対象課税期間において、年間収入金額又は譲渡価額が最も多額な課税期間の年間収入金額又は譲渡価額が一〇〇億ウォン未満(附加価値税に関する税務調査の場合、一課税期間の供給価格額の合計額が五〇億ウォン未満)である納税者(以下この項で「中小規模納税者」という)以外の納税者に対する税務調査(「租税犯処罰手続法」第二条第三号に規定する「租税犯則調査」を除く。以下この項において同じ。)に対する税務調査期間の延長。ただし、第八一条の八第一項第六号により調査対象者が解明など延長を申請した場合を除く。(二〇一四・〇一・〇一新設)

二・ 中小規模納税者以外の納税者に対する税務調査範

囲の拡大(二〇一四・〇一・〇一新設)

三・ 第八一条の八第三項に定める税務調査期間延長に

対する中小規模納税者の税務調査の一時中止及び中

止要請(二〇一四・〇一・〇一新設)

四・ 税務調査進行中における、違法・不当な税務調査

に対する納税者の税務調査一時中止および中止要請

(二〇一四・〇一・〇一新設)

五・ 税務署長及び地方国税庁長が審議を要求する事案

(二〇一四・〇一・〇一新設)

六・ その他に納税者保護担当官が審議を必要と認める

事案(二〇一四・〇一・〇一新設)

② 納税者保護委員会は第一項第四号に規定する要請

がある場合、委員会の議決で税務調査の一時中止及

び中止を税務公務員に要求することができる。この

場合、納税者保護委員会は、正当な理由なく委員会

の要求に従わない税務公務員に対し、国税庁長に懲

戒を建議することができる。(二〇一四・〇一・〇一新設)

新設)

③ 納税者保護委員会の委員長は次の各号に掲げる者

が就任し、委員は委員長一人を含め一八人以内で構

成する。(二〇一四・〇一・〇一新設)

一・ 税務署に設置する納税者保護委員会…公務員以外の者で税務署長の推薦を受けて地方国税庁長が委嘱する者(二〇一四・〇一・〇一新設)

二・ 地方国税庁に設置する納税者保護委員会…公務員以外の者で地方国税庁長の推薦を受けて国税庁長が委嘱する者(二〇一四・〇一・〇一新設)

④ 納税者保護委員会の委員は、税務分野に専門的な学識と経験が豊富な者と関係公務員の中から、国税庁長(税務署に設置する納税者保護委員会の委員は地方国税庁長)が任命または委嘱する。(二〇一四・〇一・〇一新設)

⑤ 納税者保護委員会の委員は、業務に関連して知り得た課税情報を他人に提供、漏洩するなど目的以外の用途に使用してはならない。(二〇一四・〇一・〇一新設)

⑥ 納税者保護委員会の構成及び運営などに関して必要な事項は大統領令で定める。(二〇一四・〇一・〇一新設)

⑦ 納税者保護官は、納税者保護委員会の議決事項に

対する履行の有無などを監督する。(二〇一四・〇一・〇一新設)

施行令第六三条の一六【納税者保護委員会(二〇一四・〇二・二二新設)】

① 法第八条の一八に規定する納税者保護委員会(以下この項において「委員会」という)は委員長一人を含む次の各号に規定する委員で構成する。(二〇一四・〇二・二二新設)

一・ 税務署に設置する委員会…一四人以内の委員(二〇一四・〇二・二二新設)

二・ 地方国税庁に設置する委員会…一八人以内の委員(二〇一四・〇二・二二新設)

② 委員会の委員は、次の区分に従いそれぞれの者が就任する。(二〇一四・〇二・二二新設)

一・ 税務署に設置する委員会…次の各号に規定する者(二〇一四・〇二・二二新設)

ガ・ 地方国税庁長が税務署所属公務員の中から任命する者五名以内(二〇一四・〇二・二二新設)

ナ・ 法第八条の一六第二項により税務署に納税者権

利保護業務を遂行するための担当官一名(二〇一四・〇二・二二新設)

ダ・ 税務署長が推薦する弁護士、税務士、教授など、法律又は会計に関する学識と経験が豊富な者で地方国税庁長が委嘱する者八名以内(二〇一四・〇二・二二新設)

二・ 地方国税庁に設置する委員会…次の各号に規定する者(二〇一四・〇二・二二新設)

ガ・ 国税庁長が地方国税庁所属公務員の中から任命する者七人以内(二〇一四・〇二・二二新設)

ナ・ 法第八条の一六第二項により地方国税庁に納税者権利保護業務を遂行するための担当官一名(二〇一四・〇二・二二新設)

ダ・ 地方国税庁長が推薦する弁護士、税務士、教授など、法律又は会計に関する学識と経験が豊富な者で国税庁長が委嘱する者一〇名以内(二〇一四・〇二・二二新設)

③ 委員会の委員長(以下この項において「委員長」という)は委員会を代表して委員会の業務を総括する。(二〇一四・〇二・二二新設)

④ 委員長がやむを得ない理由により職務を遂行できない場合には、第二項各号に規定する委員で、地方国税庁長(地方国税庁に置く委員会の場合には国税庁長)が委嘱する委員(以下この項において「外部委員」という)の中から委員長があらかじめ指名した委員がその職務を代行する。(二〇一四・〇二・二二新設)

⑤ 委員長と外部委員の任期は二年とする。(二〇一四・〇二・二二新設)

⑥ 地方国税庁長(地方国税庁に置く委員会の場合には国税庁長)は、委員長と外部委員がその職務遂行に支障があると認める場合には委嘱を解除することができる。(二〇一四・〇二・二二新設)

⑦ 委員長は、法第八条の一八第一項各号の案件に対する審議が必要だと認めた場合、第二項一号及び同項二号に規定する担当官(以下この項において「納税者保護担当官」という)である委員の要求がある場合には、期日を定めて委員会を招集し、その議長に就任する。(二〇一四・〇二・二二新設)

⑧ 委員会は、委員長、納税者保護担当官である委員と次の各号の区分により委員長が、納税者保護担当

官である委員の意見を聴取のうえ、会議ごとに指定する委員で構成する。ただし、外部委員が過半数になるように委員を構成しなければならない。

(二〇一四・〇二・二二新設)

一・ 税務署に設置する委員会…五名(二〇一四・

〇二・二二新設)

二・ 地方国税庁に設置する委員会…七名(二〇一四・

〇二・二二新設)

⑨ 委員会の会議は第八項により構成された委員過半数の出席で成立し、出席委員過半数の賛成で議決する。(二〇一四・〇二・二二新設)

⑩ 委員会の会議は公開しない。ただし、委員長が必要と認める場合、納税者保護担当官である委員の意見を聴取のうえ公開することができる。(二〇一四・〇二・二二新設)

⑪ 委員会にその事務を処理するために幹事一人を置き、幹事は税務署長(地方国税庁に設置する委員会の場合には地方国税庁長)が所属公務員の中から指名する。(二〇一四・〇二・二二新設)

⑫ 第一項から第一一項までで規定した事項のほか、

委員会の構成及び運営などに必要な事項は国税庁長が定める。(二〇一四・〇二・二二新設)

(1) 大綱五〇六頁

(2) 平成三二年度税制改正大綱(二〇〇九年一月二二日閣議決定)にも仮称としてはあるが納税者権利憲章が登場する。それでも、納税者の税制上の権利を明確にし、税制への信頼確保に資するものとして「納税者権利憲章(仮称)」を早急に制定します、という記述にとどまり、納税者の権利の具体的内容は明らかにされていない(同大綱二一頁)。

(3) 法、施行令並びに施行規則等の改正が二〇一四年に実施されたものの、執行基準は二〇一二年に制定されたまま、二〇一四年一月一日現在、そのグレードアップはなされていない。

(4) なお、この翻訳については、李信愛韓国税務士に多大なる助言をいただいた。ここに感謝申し上げます。

(5) 納税者権利憲章

納税者権利憲章

納税者の権利は、憲法と法律の定めるところにより尊重され、かつ保障されなければなりません。

このため国税公務員は、納税者が神聖な納税義務を信

義に基づいて誠実に履行するように、必要な情報と便益を最大限提供しなければならず、納税者の権利が保護され実現できるように最善を尽くして協力する義務があります。

この憲章は、納税者に保障される権利を具体的にお知らせするために制定されたものです。

1. 納税者は、記帳・申告等納税協力義務を履行していない場合、若しくは、具体的な脱税の疑い等がない限り誠実であり、納税者が提出した税務資料は、真実なものと推定されます。

2. 納税者には、法令に定める場合を除いて、税務調査の事前通知と調査結果の通知を受ける権利があり、やむを得ない事由がある場合には、調査の延期を申請し、その結果の通知を受ける権利があります。

3. 納税者には、税務調査の際、租税専門家の援助を受ける権利があり、法令が定める特別な事由がない限り重複調査を受けない権利があります。

4. 納税者には、法令が定めるところにより税務調査期間が延長される場合に、その理由と期間を文書によって通知を受ける権利があります。

5. 納税者には、自分の課税情報に対する秘密の保護を受ける権利があります。

6. 納税者には、権利の行使に必要な情報を、迅速に提供される権利があります。

7. 納税者には、違法又は不当な処分を受け、また、必要な処分を受けなかったことにより、権利若しくは利益が侵害された場合には、適法かつ迅速な救済を受ける権利があります。

8. 納税者には、違法又は不当な処分によって、権利若しくは利益が侵害される恐れがある場合にはその処分を受ける前に、適法かつ迅速な救済を受ける権利があります。

9. 納税者には、国税公務員からいつでも公正な待遇を受ける権利があります。

国税庁長

(6) 現在、大統領令は発遣されていない。

(7) 法六五条【決定】、同条第一項二号「審査請求に理由がある場合に処分の取消・更正決定をするか必要な処分
の決定」

(8) 法六六条【異議申請】

(9) 法八一条【審査請求に関する規定の準用】

(10) 法八二条【納税管理人】

(11) 国際租税調整に関する法律二条【定義】

(12) 国税徴収法一四條【納期前徴収】

(13) 法五八条【関係書類の閲覧および開陳権】

(14) 法五九条【代理人】

(15) 法六一條【請求期間】

- (16) 法六二条【請求手続】
- (17) 法六三条【請求書の補正】
- (18) 法六四条【決定手続】
- (19) 法六五条【決定】
- (20) 行政審判法一五条【選定代表者】
- (21) 行政審判法一六条【請求人の地位承継】
- (22) 行政審判法二〇条【審判参加】、同二二条【審判参加の要求】、同二二条【参加人の地位】
- (23) 行政審判法二九条【請求の変更】
- (24) 行政審判法三九条【職権審理】
- (25) 行政審判法四〇条【審理の方式】

インターネットの紛争に関するアメリカ合衆国の一国際私法理論

中 村 進

- 一 はじめに
- 二 Berman のコスモポリタン理論における国際私法の役割
- 三 若干の検討
- 四 おわりに

第一章 はじめに

今日では、インターネットが取引を行う際の一手段であることが広く認知されている。それは、国内取引に限らず国際取引においても同様であり、既に以前より、例えば日本のネット事業者が中国語や韓国語によるサイト

を作成し、ネット通販事業を行い^①、また、日本の自動車中古部品流通企業がインターネット上で在庫・価格情報を提供するサービス^②をアジアやアフリカで展開することまで行われている。政府も、情報通信技術が新たな産業の育成と雇用の拡大に有用と考え、積極的にコンテンツの国際競争力の強化に向けた取組みを推進している^③。こうした国境を越えた電子商取引の一般化に伴って、国境を越えた電子商取引紛争も増加している^④。

電子商取引の先進国であるアメリカでは、既に電子商取引を巡る無数の国際・州際事件が発生し^⑤、特に国際裁判管轄についての議論が学説上でも盛んである^⑥。しか

し、裁判管轄の議論と比較すると、準拠法の問題について検討されることは少ないように思われる。その根拠として、電子商取引紛争についても伝統的抵触法理論が妥当し、改めて特別なルールを考える必要はないとみていうというよりも、アメリカの判例においては、元来、裁判管轄の議論が中心で、法廷地州の裁判管轄が容認されると、自動的に法廷地州法を準拠法とする傾向が強いこと^⑦と、アメリカ抵触法上、法廷地のポリシーを考慮すべきだとする法廷地法優先の考え方が有力に存すること^⑧、準拠法選択と法廷地選定とがほぼ同一のファクターを考慮し、合一的に処理される傾向があることなどに起因するように思われる。そうした中で、新たな理論を展開させ、その中で抵触法が重要な役割を果たすようになる主張しているのが、本稿で紹介と簡単な検討を行う、ベアマン (Paul Schiff Berman) の一連の論文である。

ベアマンは、二〇〇二年に公表した論文を嚆矢とし、以来、様々な著作を公表するが、その中でほぼ一貫した自説を展開する。本稿は、ベアマンの抵触法についての考えが最初に且つ最も反映されていると思われる二〇〇五年の論文を中心^⑩に、その前後に公表された諸論文の中の

幾つかにも触れながら紹介し、最後に若干の検討を行うことを目的とする。ベアマンはこれらの論文で、彼が「コスモポリタンの視座 (cosmopolitan vision)」と名づける理論に基づいて独自の抵触法理論を展開しているが、彼自身は専ら抵触法上の問題を論じる研究者というよりも、インターネット法や国際法上の問題を扱う研究者であり、そこで取り上げられているケースは特に初期に書かれた論文においてはインターネットに関するものが中心である。また、ベアマンが展開する理論は、抵触法に関する基本的なコンセプトを述べただけであって、具体的な準拠法選択のルールを示したのではなく、そのコンセプト自体も、過度な理想主義に立ち、必ずしも現実的ではないと思われる。しかし、にも拘わらずここで紹介しようと考えたのは、今後ますます発展すると思われるインターネットが関わる国際的紛争の準拠法の問題を考えるにあたって、その理論に参考になる点が少ないと考えたからである。このような事情を考慮して本稿のタイトル上はインターネットに関する紛争に限定したが、ベアマンは、その理論をインターネット関連紛争に限定し展開しているのではなく、現代のようなグ

ローバル化された社会においては最も適切な紛争解決方法として提唱している。その意味においても、国際私法全体にとって興味のある理論と考えている。

第二章 Bermanのコスモポリタン理論 における国際私法の役割

本章では、ベアマン自身が準拠法選択と外国判決の承認に関する「コスモポリタンの視座」と称する理論を簡単に紹介する。しかし、ベアマンがこの理論を展開するのはここで紹介する二〇〇五年の論文が初めてではない。既にそれ以前に、この視座を始めて示した長大な論文¹³を公表し、その中で「裁判管轄のコスモポリタンの多元的概念 (cosmopolitan pluralist conception of jurisdiction)」と名づけた裁判管轄理論を展開している¹⁴。そこで先ず、準拠法の決定の問題に関する主張とも密接に関連するため、そのベアマンの裁判管轄についての理論を最初に紹介したい。

1. ベアマンの裁判管轄理論

ベアマンは、所属 (affiliation) や構成員たることを示

す基準として、物理的所在や国家的アイデンティティだけでなく、他に日々の生活の中で所属する様々なコミュニティがあるとする。しかし、インターネットが登場し、オンライン・コミュニケーションの発達とグローバル化が進展したことによって、社会的環境が変化したため、裁判管轄システムは、場所、距離、国境及びコミュニティといった現在の社会概念に合致していないとベアマンは見る。そして、なぜ国家だけが司法権における唯一のプレイヤーであるのか、また法が容認できる別のコミュニティ所属の形態は存在するのかの問題を提起する。その上で、現在の裁判管轄システムは、地理的な領域に基づき、主権を有する団体つまり国家が唯一可能なコミュニティ所属の概念であることを当然と考えるが、物理的領域と地理的国境は、コミュニティを決定するための唯一のものでもなければ、適切なものでもない。過度に狭く国家のみに絞ることは、その他に世界中に存在する複数の、相互に重複している、非国家的なコミュニティ概念を正当に評価するものではないと断定する¹⁵。

つまり、人は国家、郡、町といった政治的グループに所属するだけでなく、宗教法人、業界団体、組合、イン

ターネット・チャット・グループなど多種多様の非国家的グループに所属するが、政治的な所属の場合だけでなく、非国家的コミュニティに所属する場合にも、コミュニティ内の規範にも拘束され、その中には我々の行為に強大な力を発揮する場合もあるというのである。¹⁶ 例えば、銀行や信用調査機関を拘束する非公式的な基準、手続及び合意中に具体化されている規則は、政府との関わりがない場合であっても、拘束力を有する。同様に、国際的な分野でも様々な非政府の基準設置団体が法的効力を有する詳細な標準システムを構築し、また、多くの金融市場活動に関する規制が、株式市場や同業組合といった私的な権威に託されている。こうした同業組合グループやその私的な基準設置団体は、産業規範となる任意的な基準の創設の際に大きな影響を及ぼす。従って、こうして非国家主権的コミュニティによる裁判管轄の判断や法的（または準法的）規範にも注意を払わなければならないとする。¹⁷

かくしてベアマンは、裁判管轄の判断について、地理的所在との結び付きに基礎を置いたものに制限すべきでなければ、関係のコミュニティ所属の範囲を制限すべき

でもないとする。そして、裁判管轄コミュニティを構成する要素をより広範囲に捉えること、つまり、人々が複数の、ときには非領域的なコミュニティに所属する可能性があることを容認すること、また、裁判管轄が国家の承認を受けた裁判所によって代表されるものであることを超えて、コミュニティによって行使されることを容認することを提唱し、これを自ら裁判管轄のコスモポリタンの多元主義概念と称するのである。¹⁸

以上がベアマンの主張する裁判管轄に関する理論であるが、多元的な規範に関する研究自体は彼のオリジナルではなく、古くから主張されるものである。ベアマンはその例として、近代国家体制成立以前から、ローマ法は地域の法の効力を容認していたこと、中世ヨーロッパでは、自治体及び独立国家の制定法と並んで、ローマ法、カノン法及びゲルマンのロンゴバルド法の三つの成文法が存在していたこと、二〇世紀に入っても、イギリスの植民地法は、その行政体制の中に、実質的にヒンズー教、イスラム教及びキリスト教の属人法 (Personal Law) を組み入れていたことなどを挙げる。更に、現代においても、グローバル化の進展に伴い、国際法が規範と考える国家

間及び多数国間条約や国際慣習法などとともに、国際的団体、非政府機関 (NGOs)、多国籍企業及び業界団体などの規範も注目されつつあることを指摘する¹⁹。また、インターネットとの関係では、既にベアマンの指摘²⁰以前から、地理的な領土主権を基礎とする伝統的な裁判管轄理論がいわゆるサイバースペースには合わないとする「セルフ・ガヴァナンス」(Self-Governance) 論を展開する主張があった²¹。

「セルフ・ガヴァナンス」の論者らがその主張の論拠とするところは、無数の小さなコンピュータ・ネットワーク・グループをつなぎ合わせて一つの巨大なネットワークにしたもの (a network of networks) であるインターネットに本来的な、分散的、自律的な特性にある²²。つまり、インターネットには情報を集中的にストックする場所やコントロールするポイントがなく、インターネット内を移動する情報をコントロールすることが技術的に不可能であり、また、www (World Wide Web) や hypertext といった機能についても、それをコントロールする唯一の団体や集中管理ポイントもない²³。このようなインターネットの特性を捉えて、「セルフ・ガヴァナ

ンス」論者らは、地理的な領土主権に基づく現実世界 (real world) の裁判管轄や準拠法の考え方はサイバースペースには適合しないと断じるのである²⁴。このような理論の影響を受けていると思われるベアマンの準拠法選択と外国判決の承認に関する「コスモポリタンの概念」を次に紹介したい。

2. ベアマンのコスモポリタンの視座と抵触法

インターネットの登場により国境を越えた活動が増加し、様々なオンライン活動の規制、商標権、契約関係、プライバシー規範などに関して「領域に基礎を置いた」(territorially based) 規則を執行しようとする多くの国家法や裁判所の判断が下されているが、こうした国内の権威による判断は、裁判管轄、法選択及び判決の承認という抵触法に関する古典的な三つのトピックについて学問的な興味を復活させていると述べた上で、ベアマンは、領域に基礎付けられた法域の概念はもはや適切とはいえないとし、それに代えて、人々が複数の、ときには非領域的なコミュニティに所属している可能性と裁判管轄権が裁判所のみならずコミュニティによって行使されるこ

とを容認する「コスモポリタンの多元的概念」の視点に立って、抵触法と外国判決の承認と執行について検討する。

ベアマンの考察は、先ず、(1)インターネット紛争に関する三事案の紹介を行い、その後、(2)自身が主張する法選択に関するコスモポリタンの視座と(3)外国判決の承認に関するコスモポリタンの視座について論じ、(4)自己の法選択と外国判決の承認に関するコスモポリタンの視座の最初の三事案への当てはめの順で行われ、最後に(5)結論が導かれている。そこで取り上げられている事案はインターネットに関するものとしては既にやや旧く、また展開される理論もやや冗長であるが、これまでに提唱された他の研究者らの理論とは異質のものであるベアマンの理論を理解するためには必要であり、この順に従い紹介してみたい。

(1)三事案の検討

事案は、法選択問題に関わる二つのドメイン名紛争事案と、フランスの判決がアメリカ裁判所における承認が問題となった事案である。ベアマンは、そのすべての事

案が本来であれば、法選択についての検討がなされるべきであるにもかかわらず、アメリカ法の適用が前提とされ、法選択については、十分な検討がなされていないと批判する。⁽²⁶⁾

① GlobalSantaFe. Corp v. Globalsantafe.com 事件⁽²⁷⁾

A・Bの二社が合併し、新会社を設立することが公表された直後に、大韓民国住民 Jongsun Park が、globalsantafe.com のドメイン名を韓国の登録機関である Hangang に登録したため、二社は、ACPA (Anticybersquatting Consumer Protection)⁽²⁸⁾に基づいて連邦地裁に提訴した。Park の登録は、アメリカではなく、大韓民国の機関へのものであったが、連邦地裁は、ACPA の登録される登録簿がある司法区に対物管轄権を付与する規定に基づいて、⁽²⁹⁾法人の “.com” 登録簿を管理する VeriSign がバージニア州にあるとして、裁判管轄権を行使できると判断した。その上で、ACPA の実質規定が満たされるとし、Hangang と VeriSign の双方に対して GlobalSantaFe にドメイン名を移転するとあらゆる適切な手段を講ずるよう命じた。これを受けて Park は、Hangang がドメイン名を移転しないよう命じ

ることを要求し、大韓民国のソウル地方裁判所に差止め請求訴訟を提起した。同裁判所は、バージニア州の裁判所は適切な裁判管轄権を有していないとし、暫定的に差止め命令を与えたため、Hangang はドメイン名の移転を拒否した。そのため GlobalSantaFe は VeriSign に対して “.com” の登録簿から侵害ドメイン名の取消しの追加的命令を求めて再訴した。これを受けて連邦地方裁は、VeriSign がバージニア州にあることを理由に、ACPA に従い本件の裁判管轄を有することを再確認し、Park が ACPA の実質規定に違反したことを繰り返す述べて、VeriSign がドメイン名の取消と移転を命じた。

この結論につきベアマンは、抵触法上の視座から最も特筆すべき点は裁判所が専ら裁判管轄にのみ焦点を当て、ACPK が唯一適用可能な関連法制であるとして、大韓民国法やその他の法を適用できるか否かについての検討をまったく欠いていたことを明らかにする³⁰。また、裁判所が、アメリカ法の適用を結論付けたのち、最後に「国際礼让の問題」(concerns of international comity) について触れ、大韓民国の裁判所が行った差止め命令に服従すべきか否かを検討するものの、同国の商標法の内容を検討し

なかったことを指摘する。裁判管轄に関する権限と裁判所の競合についてのみ判断する裁判所のこのような方法は、法選択的な考え方を排除するもので、抑制された法廷地法の適用や国際的判決の調和から、長期的な視点でみると得られるべき法廷地の利益を考慮していないと批判する³¹。

② Barcelona.com, Inc. v. Excelentísimo Ayuntamiento de Barcelona 事件³²

主たる関係者がスペイン国内に所在するにもかかわらず、控訴審の第四巡回区裁判所が法選択の争点をあまり考慮することなくスペイン法の適用を回避し、ACPA の適用を主張して結論に到達した事案である。スペイン人 Noguera は、バージニア州に本拠を置くドメイン名登録機関 Network Solutions に barcelona.com を登録し、その後、アメリカ法に準拠して Bcom, Inc 名の会社を設立したが、アメリカ国内にはオフィス、従業員などを持たず、Noguera と Bcom のサーバーもスペインに所在していた。Barcelona 市議会は、Noguera に対しドメイン名登録の移転を要求したが拒否されたため、世界知的所有権機構(WIPO)に提訴した。WIPOのパネ

リストが市議会を支持する判断を行ったため、Bcomは連邦地裁に対し、barcelona.comの登録が違法でないとの宣言的判決を求めて提訴した。

連邦地裁は、WIPOの行政手続を「重視しない」(no weight)と判断したのち、アメリカ法とスペイン法の双方に基づき検討を行い、両当事者はともにアメリカの商標権を有しないが、スペイン法上、市役所の許諾ない商標登録はできず、NoguerasとBcomはそのような許諾を得ていないとして、市議会が有効なスペイン商標を所有するとした。その上で、Noguerasにドメイン名登録からの利益を得ようとする悪意の意図があるとし、Bcomが求めた宣言的判決を行うことを拒否した。それに対して控訴審である第四巡回区裁判所は、連邦地裁が有効な商標を市議会が所有しているか否かにつきスペイン法を適用した点を問題として、破棄判決を下した。同裁判所は、ACPAの一―四(2)(v)を引用し、争点は登録又はドメイン名の使用がランダム法(Lanham Act)上違法か否かであり、アメリカ法だけが有効な商標の存在又はその侵害の可能性の判断につき適用され得るとし、BarcelonaはACPA法上、商標保護の資格の

ない地理的な記述用語であると結論づけ、Noguerasによるbarcelona.comの登録に何らの違法性はないと判断した。かくして第四巡回区裁判所は、属地性の原則を発動し、主要な紛争当事者の全てがスペインに所在していたにもかかわらず、アメリカ登録機関が管理するドメイン名に関わるアメリカ会社によってアメリカ裁判所に提訴された本件にアメリカ商標法の適用することによって、ACPAはアメリカ商標法が基礎とする属地主義の原則と調和するとした。

この判決に対しベアマンは、一八八三年のパリ条約に由来する属地主義の原則は、それによって単に自国法に基づいて商標を許可するだけで「世界的標章」を創ることを阻止できるものであるが、ドメイン名を考察する際、属地主義だけを強調することは、それ自体、相当の域外効果を有する法を創造するかも知れないと指摘する。つまり、GlobalSantaFe事件では、アメリカと意味ある接触を何ら持たない大韓国内の登録者と登録機関に対し、アメリカ商標法の適用を強要し、また本件においては、主要当事者がスペインに所在し、且つスペイン都市名と結びつくドメイン名に関する紛争についてアメリカ商標

法を適用する。従って、少なくともドメイン名との関係では、属地主義の硬直的な観念を適用することで、アメリカ法の域外的適用を強要する危険を、そして属地主義の原則が回避しようと意図していたまさに一種の世界標章を創造する危険を冒していることを証明すると³³。また、裁判所は商標の衝突の調整又は適用規範法の決定の必要性を回避するために属地主義の原則を利用し、安易に法廷地が決定した権利を容認し、法廷地法を適用しているが、グローバル化した時代において、属地主義を国際商標法に関する指導原理としては疑問があるとベアマンは指摘する。特にインターネットがそのような縄張り争いを非現実的なものとしたため、非場所的な (non-local) 活動の場所づけは社会の現実から準拠法を引き離し、妥当性を損なうことになるからである。従って、商標紛争につき常に法廷地法を適用する伝統的な方法ではなく、適切な法規範を決定するための法選択原則の適用を裁判所に求める必要がある。その場合、国家が自国の商標制度を国際的ネットワークに連結させる機能的部分であるとみることが勿論のこと、当事者が実際に所属するコミュニティを適切に考慮する法選択体制が有用であ

るとする³⁴。

③ Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme Et L'Antisemitisme 事件³⁵

本件は外国判決の承認の事案である。インターネットの登場により、ある国に所在する者がオンライン上に掲載した内容が別の国の法を破ることが可能となるため、今後、このような国際的な判決の承認の事案がより頻繁に発生することになるとベアマンは予測する。

パリの大審裁判所は、Yahoo!.com に対し、そのサイト上でナチの記念品などアイテムを販売するオークション・サイトへのフランスからのアクセスを防ぐためのあらゆる可能な処置を講ずることを命じる仮差止命令を出した³⁶。フランス子会社である Yahoo. fr は要求に従ったが、同裁判所は、Yahoo.com に対しても、フランス国民がマウスをクリックすることで簡単に Yahoo.com 中のサイトに入ることができることを理由に、フランス内からフランス以外のサーバー上の同サイトへのアクセスを禁止する措置を求めた。一方、裁判の中で Yahoo! は、裁判管轄権を争うとともに、命令に従うにはサーバーから該当の全ページを排除する必要があるが、フランス国

民以外の者は、自国法上そのようなマテリアルへのアクセス権が容認されているにもかかわらず、それが否定されてしまうこと、領域を超越してアメリカのウェブ上のコンテンツを検閲することは、アメリカ憲法の修正第一条に抵触すると主張したが、受け入れられなかった。この決定を受けて、Yahoo!がアメリカ連邦地裁に対し、フランス裁判所の命令は修正第一条によりアメリカ国内では執行し得ないとする宣言的判決を求めて提訴したのが本件である。

連邦地裁は、アメリカ法を適用すべきとの前提からスタートし、他国が自国内のユーザがアクセス可能であることを根拠にアメリカ国内のアメリカ住民による言論を規制することが、アメリカ憲法と法律に矛盾するか否かが争点であると判断した。その上で、フランス判決は許されざる差別的扱いであり、憲法に違反し、フランス裁判所の命令の執行は修正第一条に違反すると結論付けた。連邦地裁はまた、礼讓について述べ、外国判決はその執行が国家の利益に不利に働くか相容れないようなことがない場合には承認されるが、フランス判決に執行命令を下すことは、明らかに憲法に違反し国内の言論を萎縮さ

せるため、修正第一条を擁護する義務が礼讓の原則に勝ると判断した。

この連邦地裁の判断についてベアマンは、表面上は判決の承認の原則を述べながらも、最終的に、判決がアメリカ国内で下されると憲法違反であるならば、そのような判決の執行は憲法違反であるか、少なくとも礼讓の原理を凌駕するような州の利益に反するとみる考えに戻っていると指摘する。それにより、判決を下すことと判決を執行することの相違を無視し、判決執行原則の適用や、外国規範の適用によりアメリカの利益が脅威に晒される³⁷かも知れない状況の考察を怠ったと批判する。

以上のように三事案の紹介と簡単な批評を行ったのちにベアマンは、アメリカの抵触法理論の検討を行い、コスモポリタンの視座との相違を明らかにする。

(2) 抵触法のコスモポリタンの視座

次にベアマンは、抵触法上の主要な三理論、つまり、①ピール (Joseph H. Beale) らの「既得権」アプローチ、②カリー (Brainerd Currie) らの「統治利益」アプローチ、そして③ヴァン・メーレン (Arthur T. von Mehren) や

ジエンガー (Friedrich Juenger) らの実質的方法論と比較することで、自らが提唱する④ Cosmopolitanism アプローチとの相違を明らかにしようとする³⁸⁾。

① 得権アプローチについて

既得権理論は主権の厳格な属地的観念に由来し、訴訟原因の構成要素となる本質的行為の物理的場所のみ焦点を当て、不法行為の場所、契約地、又は問題となる財産所在地に注目し、訴訟原因を「場所づけ」することで、訴訟原因が「既得」となった国の法を適用することができる³⁹⁾と結論づける。この場所づけを行う試みは、抵触法のコスモポリタンの理解を得るうえでも重要であるとして、ベアマンは次の三点につき検討を行う。

第一は、ビールの理論が属地主義にのみ焦点を当て、コミュニティ所属のような重要な非領域的な要素を無視する点である。純粹に領域的な法選択アプローチは、国境を越える取引や輸送がごく日常的で、より流動的な世界に住み、領域的な境を越えた遙か遠方の地から影響をもたらすものに対してまで裁判管轄を主張する現代社会においては、対処が困難である。従って、コスモポリタンの観念は、人は単なるその領域的場所を越えて多元的

コミュニティに加入でき、少なくともある特定の状況下において、その活動に非局所的な法の適用が適切であることを容認することが必要となる。第二は、一つの国の法だけが何か特定の活動に常に適用できることを前提するビールの著しい非コスモポリタンの思想についてである。グローバル化した世界において、起こり得る非常に様々な国に関わる活動に一国の法だけを適用すべきとの主張は、今日では問題が多い。そのような制約を回避するため、コスモポリタンのアプローチは、複数国の規範を紛争の異なる部分に適用することや、または問題の活動に関わる様々な規範体系を考慮するため、規範を融合させることも容認する。第三は、既得権アプローチが、実定法中に根拠づけられるのではなく、むしろ先験的な方法論を採り、必ずしも特定国の法に含まれるわけではない原則に基づき、法選択の判断も適用される実質規範とは無関係に行われている点である。そもそも単に実定法を通して何らかの法選択の制度を発展させることは、不可能である。どの国の実定法を選択・適用すべきかの選択は、どこかの一国の実定法に準拠して行うことができず、必然的に、結果を導く実質法とは無関係に作用す

る諸原則に基づき必要があるからである。結局、法選択判断は、紛争に対しその規範を適用することがコミュニティにとって合理的であるかに係っているが、その合理性の問題は必然的に、コミュニティの定義、所属、及び政府への衝突する要求を巡る紛争といったものを中心に展開し、法規範の内容とは関係がないと述べる。³⁹⁾

このように述べてベアマンは、既得権アプローチの属地主義的性格と一国の法だけを適用する考えは否定し、法選択を先験的に探究する考えを取り入れるが、同アプローチのように領域的空間の中で活動を場所づけるのではなく、コミュニティがその規範を紛争に適切に（または合理的に）適用できるか否かを決定するために、コミュニティへの所属、定義、及び効果についての先験的議論を行うことになる⁴⁰⁾とする。

② 統治利益アプローチについて

法的現実主義に基づき、法選択は特定の政策目的に焦点を当てるべきであり、裁判所は現実の国家の法規則のみに向くべきであるとするカリーの理論は、特定の国家の立法により権限を付与された裁判所はその国の法を適用するとの仮定に基づく。そのため、法廷地の政府が紛

争に「利益」(interest)を有すると判断する限り、ケース中の争点である出来事が複数国に関わるとしても、法廷地法が常に適用されるもので、法廷地法有利な偏狭的バイアスで満たされていたと批判する。カリーはまた、統治利益について、裁判官は、立法が推進しようとする自国の政策を先ず確定し、その政策が当該事実⁴¹⁾に法を適用することによって促進される場合に「利益」を有すると判断する。統治利益の唯一の決定要因は、特定の法の適用が問題となる国の住民を勝訴させるのに有用か否かであり、国家はその住民を勝訴させるのに有用である場合にのみ利益を持つと考える。かくして統治利益は、短期的にはその住民を勝訴させるためだけに付与され、各国の法がそれぞれ住民を支持する「真の」⁴²⁾抵触のケースでは、⁴³⁾またもや法廷地法を選択することで「均衡」を破る。その結果、利益の偏狭な分析は、単に当事者のドミサイ

ルと関係の法規範が居住者を勝訴させるのに有用か否かだけに焦点を当てる偏狭な一連のデフォルト・ルールと結びつく⁴⁴⁾と批判する。

ベアマンは、国際的な視点からも批判を行う。カリーのような国際関係の現実主義者らは、国家は自らの利益

追求を制限することになる「より高次元の」(higher)法規範の存在を否定し、その偏狭な地政学的な利益に基づき、そうすることが国家の利益である場合にのみ国際法に従うことを当然と考える。この国家的利益を重要視する統治利益分析と国際関係の現実主義は、偏狭な国家利益にのみ焦点を当てるために多数国法規範を拒否し、短期的目的に役立つ利益だけを国家的利益と考える。この考えに対しては、既に、国家の利益が世界の体制上の多くの要因によって影響を受けていること、形式上実行力が無くても、民衆の法的意識に重大なインパクトを与えること、諸国家は国際的規範の遵守を証明することによってソフト・パワーを行使することを認めていることが指摘されている。これらの批判の多くは、統治利益理論に対しても当てはまる。

第一に、国家は、特定ケースにおいてその国民の勝訴にのみ利益を有するのではなく、一連の相反する利益と負担を持つて分かち合う世界体制から利益を得ているのであり、短期的な利益を追求して過度に偏狭的であるならば、他の諸国家から信頼を得ることができず国家の長期的目標にダメージを与える。それに対しカーリーは、国

家が従う多数国家の抵触法システムを確立することから得ることができるとする利益を無視する。第二に、国際法規範は、必ずしもそれが強制力を行使する団体によって発せられた規範でないことを根拠にその規範的パワーを失うことはない。しかしカーリーは、国家の利益だけに関与を持ち、その利益は国家が国際的体系の一部である事実によって影響を受けないことを前提とする誤った前提に立つ。この点につきコスモポリタンのアプローチは、個々の国家の観点ではなく、グローバルな法体系の観点を持った法選択規範を採用し、法選択問題の解決を試みる。第三に、カーリーは、国家の法体制に根拠のない先験的な法選択規範を創設する必要があるため、国家が当該紛争において利益を有するか否かの判断につき必然的に当事者のドミサイルに注目するが、では、なぜ当事者のドミサイルが最も重要な連結素であり、他の関連性ではないのか。ビールと同様に先験的哲学的立場であるカーリーは、これに対する答えを実定法の権威に求めることができな

い。最後に、統治利益の概念は、統治利益自体は政府が追求すべき適切なものであることを前提とするが、例えば、ある国の環境保護法が世界中で適用されるべきとき

れる場合、カリーによれば、関係の両当事者がその国の住民でない国に提訴されたケースでは、法廷地法の適用を強く主張しないであろう。つまり、統治利益分析を言うのであれば、より一般的な正当性原則から導き出されるものであって、立法政策のみに由来するものではない。⁴²⁾

ベアマンは、以上のように統治利益理論を批判するが、既得権理論の硬直的な属地主義から解放し、国家の利益がグローバルな超国家的システムの中にある可能性を認める点を評価する。だが、カリーの偏狭的な利益の概念を拒否し、代わりにコスモポリタンの視座は、超国家な規制と複合的コミュニティ所属の結合する世界的システムの一部であるというより広範な統治利益を検討すると述べる。⁴³⁾

③ 実質的方法論について

ヴァン・メーレンらは、涉外事案において特別な実質法規範を創出する裁判官の権限を強調する法選択方法を構築する。ヴァン・メーレンは、特別な複数法域に関わる規範は様々な関係国が有する価値観の間の歩み寄りを伴うと示唆する。ディンウッドイ (Graeme Dinwiddie) も、国際的著作権紛争に関する実質法的アプローチを肯定的

に論じ、裁判所は自身が一国の法を完全に他国の法を制して選択すべきではなく、関係の複数国家や当事者の利益を反映する「複合的な」(hybrid) 規則を自由に創出すべきであると主張する。⁴⁴⁾

このような事実上の法創造についてベアマンは、次の点から特に国際的な文脈では重要とみる。第一に、国家の立法機関は、国際的な紛争や行為を視野に入れて法を制定することは稀で、外国の活動を考慮する場合でも、自国の政策優先を追及する点である。第二に、涉外的事案において、適用規範を国内的・国際的な規範を混合したものから抽出する方法は、グローバル社会において市民の行為を規律する複雑で錯綜する影響力を反映することができるとため、裁判官に様々な国内的・国際的な規範に基づいた追加的な要因を考慮し、法を創造することを求め得ることである。これらの点から実質的方法は大いに推奨されるべきである。それは、紛争の涉外的性質を重視し、潜在的に関わる多数コミュニティを調和させる方法を見出すことによって、裁判官に創造的なコメント・ローの解釈を要求するものであり、また、国際条約のプロセスを経るよりも迅速に国際的な規範を創造する

ため、技術革新に直面する現在、法規範のより迅速な発展を可能にするからである。⁴⁵⁾

このように実質的方法について評価しながら、次の二つの問題があることをベアマンは指摘する。第一に、裁判官に自国実定法に根拠を持たない国際的な又はハイブリットな法創造を求める方法は、内国法上の妥当性の観点から重大な批判を受ける。第二に、実質的方法は、適切な法規範の選択に関し、形式的な基準よりも適用されるべき法の本質に焦点を当てるため、裁判管轄よりも準拠規範を決定することの必要性を強調するが、立法管轄権に関する考察を行わないことにより失われるものがある。従って結局、法選択の考察は、法が適用される可能性のある国々に対する当事者の関連性の程度が関わりと考えるのが妥当である。この考察においてはまた、事案中の様々なコミュニティの定義や所属に関する議論と物理的地理的な場所が相変わらず法選択を導くかどうかの議論が中心となる。かくして実質的方法論は、裁判官に紛争の国際的局面の顧慮と、創造的でハイブリットな解決方法の適切な構築を求めるが、民主主義的な正統性の問題を生み、立法管轄権の妥当な範囲に関する重大な議論

を回避するとベアマンは批判する。それに対してコスモポリタンのアプローチは、規範自体について述べる前にコミュニティの法規範の範囲に関する議論を行う。この議論を経てのみ、重複する規範を孕むグループが増えている世界において、法的コミュニティの適切な理解に関する諸原則をコモン・ローは発展させることができる⁴⁶⁾と述べる。

このようにアメリカ抵触法上の主要理論とコスモポリタンの視座を比較したのち、ベアマンは、その主張の基礎をなすコスモポリタニズムについて検討する。

④ Cosmopolitanism

法選択の議論は、どの準拠法が適用されるかの問題に留まらず、特に領域的場所の重要性のない世界においては、コミュニティの定義や所属といった問題を扱う。法選択の枠組みとしてのコスモポリタニズムの長所は、複数のコミュニティ所属の問題を理解することにあり、人は常に複数コミュニティに所属し、単なる空間的な場所から切り離し得るという前提からスタートする。このように述べてベアマンは、自身のコスモポリタニズム観によるコミュニティについて以下のように説明する。⁴⁷⁾

コスモポリタニズム自体は、人は皆、二つのコミュニティに居住すると論じたストア学派にまで遡ることができ、その後も、国際的な調和や標準化という意味の国際的市民ではなく、人々が同一化または排斥を求めることなく他者との結び付きを容認する「フレキシブルな市民」(flexible citizenship) をモデルとし、人が様々なグループに所属し、それにより自身のアイデンティティの一部が形成されること、コミュニティは必ずしも排他的ではなく、相互に影響し合い、入交じりまた重なり合い、所属コミュニティが移る場合もあることを容認する。

このようなコスモポリタンの法選択概念は、抵触法の必要のない一つの普遍的な「世界的コミュニティ」ではなく、領域的場所と地理的国境への厳格な信頼を回避する一方で、また普遍主義というゴールも拒否する。唯一の世界的コミュニティの考えは、理想的ではあるが、多数のコミュニティへの所属を一つのグローバルなコミュニティの中に溶解させること、人々が固有な国際的または地域的コミュニティに感じる情緒的な絆を捉えていないこと、地域的差異を克服する普遍的法規範の創造のため、重複するコミュニティ特性についての議論を排斥す

ることなどの問題点があり採ることができない。逆に法選択のコスモポリタン概念は、領域的であれ非領域的であれ、個人の多数コミュニティへの定着を容認するため、唯一の世界的コミュニティを信奉する普遍主義者を必要としない。⁽⁴⁸⁾

このコスモポリタンの原理の上に構築される法選択システムは、裁判所に対し紛争と潜在的な結び付のある多くの規範コミュニティへの顧慮を求めるため、裁判官は自分自身を内国的、多数国的及び国際的な規範の結合ネットワークの一部と見なければならず、それによりコスモポリタンの現実を反映する法学を発展させることができる。この法学における法源の第一は、紛争の影響を受ける国家の国内法規範である。このアプローチは、どの国家規範を最も重要視するか判断の中で、当事者のコミュニティ所属と影響を受ける国家の政策に与える様々な規範の効果を考察し、また、一つの内国規範の選択のみを求めるのではなく、どの国家体制とも調和しない可能性のあるハイブリッドな規則を発展させることも裁判所に認める。法源の第二は、国際条約、協定あるいは他の国際的又は多数国的規範である。第三に、業界標

準、非政府組織が推奨する行為規範、コミュニティ規範、更にインターネットの利用のような特定の活動と結びついた規則といった、国家と結びつかないコミュニティ所屬を裁判所は考慮する。第四は、伝統的な法選択原理である。

このアプローチは、法選択判断に様々な要因の顧慮を容認する（第二次）抵触法リストメントと類似するが、同リストメントが領域的な結びつきから紛争との最密接関係地を求めるのに対し、コスモポリタニズムは、関連性の判断に住民であることや領域を根拠としない所屬をも含める点で相違がある。しかし、コスモポリタンのアプローチは、外国関係法のリストメント（第三次）と基本的教義を共有する。⁴⁹だがコスモポリタン概念は、コミュニティ所屬に焦点を当てるため、コミュニティの変化する性質、人の帰属意識、及びスペースや距離及び国境の社会的概念など、リストメントとは異なる調査を促す。しかし、最も重要な相違は、このアプローチがコミュニティ帰属に焦点を当てるため、非国家的なコミュニティの考慮への途を開き、政府の外側で創造された規範がどの程度、下位の、上位の、及び多国

籍のコミュニティを拘束するかに関する多元的考察を認める可能性が高いことにある。従って、コスモポリタニズムは、国際私法の国家間の衝突からではなく、異なるグローバル社会領域間の衝突から派生する「システム間抵触法」(inter-systemic conflicts law)への途を開く。⁵⁰

法選択のコスモポリタンのアプローチは、既得権理論による実質規範とは分離して法選択を考えることの重要性を評価し、実質法の適用を検討する前に、関連のコミュニティ所屬とその相対的重要性について議論すべきと考える。このアプローチはまた、拡大された統治利益分析を基礎に、複数のコミュニティ所屬を考慮して、多数国間紛争の解決のためのハイブリットな規範を發展させることがグローバルなコミュニティに参加することへの国家の広範な関心をもたらすと考える。このアプローチは更に、実質的方法論の特質である実質規則の過度な重視を拒否するが、この方法論と同様、裁判所に対し、自身を法規範に関する国際的対話に取り組む国際的・多国籍的主体と見るように求めるため、裁判所は世界的法システムを構築する最善の方法を考察し、多数国間紛争の解決のためのハイブリットな規範を發展させることが

できる。その結果、このアプローチは、裁判所に対しコミュニティ所属の適切な定義と立法管轄権の適切な範囲に関する相互対話を求め、国際的規範の発展を要求すること、国際的訴訟の発生の可能性を抑制することができる。このような国際的コモン・ロー裁判は、条約等の国際的立法が煩雑で技術的又は社会的変化への対応に遅々としているのに対して、遥かにずっとダイナミックで有用である。

勿論、コモン・ロー規範を発展させるこの方法論は、法規則の予測可能性を弱める懸念がある。しかし、この懸念は、立法管轄権の行使を正当化するための充分な関係の判断についての法規範を裁判所が発展させることで弱まる。そもそも、今日の法選択分析自体が既に非常に予測不可能で、ときに任意的であり、固定的な実質的な原則をほとんど持たない国際的商事仲裁が紛争解決のポピュラーな手段となっている事実がある。また、裁判所がある法選択体制から他の体制へ移行する際に若干の不確定要素を取り入れる例もあった。更に、コスモポリタンのアプローチを採用する裁判所は法廷地法を適用しないため、それが違法とされる懸念がある。この点につき、

既得権理論も他の州法の適用を裁判所に求めていたし、統治利益理論を広義に理解することで、このアプローチを採用する裁判所がその法的権威を負っている政府の長期的利益からやむを得ず離れることを懸念する理由もない。最後に、重要なことは、コスモポリタンの立法には非選出の国際的規制当局者または官僚ではなく、内国の裁判官が携わっていることである。その裁判官は、国内的手続を経て裁判官となった、国家の政策の影響を受けた国民である。従って、国際的規範を発展させる内国裁判所が明白な司法の行き過ぎを再検討できる内国の立法的または政治的単位と結びついているため、裁判所は、コスモポリタン概念をその体制に組み入れる場合にも、涉外紛争中の新たな(コスモポリタンの)内国規範を構築する一つの地域的主体として、それを行うことになる。

かくして、コスモポリタニズムは、人々が必ずしも自然地理学と結びつかない複数コミュニティ所属を形成している現実を反映する法選択規則の創造を裁判所に提案する。この複数所属の考察によって、立法管轄権の変容する範囲に関する論議の場が提供され、それにより政府の他部門が国際的規制に関する和解協議へと駆り立てら

れ、現実に長期に及ぶ国際的な協調の促進へとつながる。また、連結し合う世界秩序の一部を形成することの中に、ある国家の長期的利益を容認することで、裁判所は、ダイナミックで超国家的な立法作業、即ち渉外的紛争に適用される国際的、多国籍的またはハイブリットな規範の発展と適用に携わることができる。⁵¹⁾

(3) 判決承認についてのコスモポリタンの視座の明確化

次にベアマンは、判決承認に関するコスモポリタンのアプローチの考えへと展開する。⁵²⁾

判決承認に関するコスモポリタンの視座は、法選択の場合と同様、裁判官に自分自身を国際的な裁判所ネットワークの一部と見なし、当事者らを潜在的に複数コミュニティに所属すると見るよう要求する。これらのコミュニティが自己の規範を所属する当事者らに強要すること合法的に求める際、外国判決の執行判断に直面した裁判所は、法廷地の公序がその執行を排除すると決めつけるべきではなく、当事者らの所属がオリジナル裁判所の判断に正当性を与えるか否かに関する審査を引き受けなければならない。法廷地国の地域政策も重要であるが、

国際的裁判システムの構築というシステム全体の利益に対しては劣後する。この点について、アメリカの裁判所は州際事案において既にそれを行い、最高裁判所もまた、州は他州判決の執行拒否のために公序を発動できないと判示してきた。外国判決の場合においても多くの同様な原則が関わる。最も重要なものは、十分な信用と信頼の指令の基礎を成し「抵触的価値」(conflicts values)と呼び得るものが判決承認の判断システムの一部をなすことにある。それにより、裁判所は連結する国際的法システムへの参加の重要性を認識し、訴訟当事者も場所の変更による不快な判決を回避することができない。コスモポリタンの世界では、他の裁判所への恭順は長期的な相互利益を持つと考えるため、当事者の法廷地への所属が重要でない場合、裁判所は、競合する抵触的価値に直面して内国公序に従うことを主張する根拠を有しない。それは、外国判決は常に執行されるべきというのではなく、判決承認により達成される抵触的価値の重要性を認め、外国判決の執行が最初に判決を下すこととは根本的に異なることを認識するということである。⁵³⁾

アメリカの裁判所は、広く抵触価値を引き合いに出し、

礼讓の問題として外国判決を執行してきた。礼讓は、第二次リステートメントにおいて、「外国国家で下された判決は、…有効であるならば、通常、他州の判決と同様の効力が与えられる⁵⁴⁾」とされ、その有効性は、判決を下した裁判所が当事者に対して適切な人的裁判管轄権を有し且つ本質的に不公正でない手続を用いていたか否かのみに基づく規定される⁵⁵⁾。裁判所にはまた、受け入れ難い判決の執行を回避するために公序による例外が認められるが、その例外は非常に狭く解釈され、原請求が執行の請求される国家内で適切且つ正当であるという基本的な考えと矛盾する場合に執行を拒否できるに過ぎない。更に、外国仲裁判断の承認と執行に関する国連条約及び統一外国金銭判断承認法は、詐欺があるかまたは執行が執行法廷地の公序に反する場合を除き、判決または仲裁判断の執行をアメリカの裁判所に要求する。そのため、公序による例外はあるにせよ、ほとんどの事案で裁判所は外国判決を承認してきた。

しかし、アメリカの裁判所は、少なくとも憲法上の価値が問題になると思われる場合には、「違憲な」(unconstitutional) 判決の執行はそれ自体憲法違反である

と見なしてきた。その結果、事実上、アメリカとの重要な関連性がない外国紛争にもアメリカ憲法規範を強いて来た。だが、アメリカ憲法が執行訴訟に必然的に関係すると考える根拠はなく、外国判決の執行拒否は、事実上、憲法規範をその国に強要するものである。このような判決承認における偏狭さは、法選択におけると同様に、懸念材料となる。また、憲法上の根拠は判決執行の拒否の充分な公序発動の理由となり得るが、当事者双方がアメリカと何らの特別な関係も有せず、アメリカの公序と関係しないような場合もある。つまり、憲法上の価値や公序により判決執行が拒否されることがあるとしても、執行を妨げる規則のための根拠はなく、紛争とアメリカに重大な関連性がない場合は、外国判決の執行を拒否する根拠もほとんどない。従って、外国判決の執行により達成される抵触的価値を重く捉え、その価値の重要性と地域的公序または憲法上の規範の相対的な重要性を天秤に掛け、その上で当事者の法廷地との結びつきの程度を考察すべきである。裁判所はその際、紛争の超国家的特徴とコスモポリタンの世界におけるコミュニケーション⁵⁶⁾の柔軟な性質を考慮することができる。

このように法選択と外国判決の執行についてのコスモポリタンのアプローチを説明した上で、ベアマンは、上述の三事案にそのアプローチを当てはめる。

(4) コスモポリタンの視座の適用

法選択と判決承認に関するコスモポリタンのアプローチは、ケース分析について他の方法論とは著しく異なる枠組みを提供する。最終結果に違いはないが、コスモポリタニズムは、裁判官に対し渉外的事案における自身の役割についての見方に影響を与えるとベアマンは指摘する。

① GlobalSantaFe 事件について

法選択のコスモポリタンの視座に立つ裁判所は、本件当事者のコミュニティ所属が大韓民国法またはアメリカ法（または双方の一部組合せ）の適用を正当化するかどうかを問う。大韓民国住民 Park はそれまでアメリカの登録機関にドメイン名を登録していなかったため、アメリカとのインターネットを介したわずかな接触をも欠いていた。そうした文字通りの「接触」(contacts) への依拠は、属地主義の遺物である。コスモポリタンの視座は、所属

に注目する。Park は、新設のアメリカ会社のドメイン名を、まさにそれが新設の企業であるからこそ意図的に登録した。偶然にドメイン名が同一であったのではなく、アメリカ会社を知り、混乱に便乗し、ドメイン名を会社に売りつけるために、意図的に名前を選択したのである。Park のこの行為がアメリカ国内に本拠を有するアメリカ会社を標的としていたことに注目し、コスモポリタニズムの視野に立つ裁判所は、本件にアメリカ商標法を適用する。大韓民国裁判所もまた、同様な視座を有するならば、判決承認のケースと判断し、Park の自発的なアメリカへの所属を認め、ここに発生する一種の裁判の手詰まりを回避するためにアメリカの判決を執行すべきであった。それが接触的価値の重要性である。

このことは、商標権保有者が持つ市民権が常に法選択判断に影響を与える意味ではない。本件で、Park が知らずに且つ利益を得る意図もなくドメイン名を登録していた場合、アメリカへの自発的な所属はなく、また、アメリカ会社が韓国国内に本拠を置かずかまたは実質的活動を行っている場合も、両当事者は大韓民国へ所属するため、同国商標法が適用される。コスモポリタンの法選

択の視座はまた、登録会社の場所が法選択判断に何らかの意味を持つという地方裁判所の考えを支持しない。それは、大多数の人がトップレベル・ドメインの登録の消息または関わりについて無知であることを考えると、非常に恣意的方法でインターネット取引を領域化するものである。実際問題としても、登録会社の物理的な場所の強調は、近い将来、すべてのドメイン名紛争（少なくとも、最も一般的な“.com”、“.net”または“.edu”の紛争）がアメリカ法に基づき解決されることになることを意味する。この登録会社の恣意的な場所を優先するシステムは、統一性を生むが、受け入れ難いほど偏狭的であり、異なる法的規則が異なるトップレベル・ドメイン名に適用されるため、ドメイン名システムの長期的分割を誘発する。逆に、コスモポリタンの視座は、予測不可能な場合もあるが、少なくともどの国家法がどの紛争のタイプに適用されるべきかについてのコモン・ローの長期的コンセンサスを発展させる可能性を秘める⁵⁷。

② Barcelona.com 事件について

本件は、アメリカとの関係がわずかである。スペイン訪問者向け旅行ポータル製作のためにスペイン都市名

を使用するドメイン名を登録したスペイン市民が、この登録を保持する目的でアメリカに現実的存在を有しないアメリカ会社を設立し、そのドメイン名を移転したものである。法選択のコスモポリタンの視座は、法人格付与地のような法的形式ではなく、コミュニティへの実質的所屬に焦点を当てる。本件は、重要なものの全てがスペインに在り、スペイン訪問を考える者のためのウェブ・ポータルに関する紛争でもある。これらは、強いスペインへの所屬である。そのためコスモポリタンの視座は、地裁のアプローチを認め、市がBarcelonaの語を含む名称に有効な商標権を持つか否かの判断にスペイン法を適用する。第四巡回裁判所は逆に、スペイン法の域外適用を認めず、アメリカ商標法を適用した。グローバルに相互接続されるコミュニケーション・システムが関わる場合、このような控訴裁判所の見解は、何らかの域外的な効果を持つ判決を回避する方法がないため、問題がある。控訴裁判所は、会社が形式上アメリカ国内に所在するに過ぎないにもかかわらず、同会社に関する事案にスペイン商標法が適用されることへの不安に焦点を当てる。このようなアプローチは、スペイン商標権者、両ス

ペイン当事者及びスペイン旅行者向けウェブ・ポータルに関わる事案にアメリカ法を適用するため、同様に域外適用である。従って、ある国家の商標法を域外的に適用するだけでは法選択問題に何らの解決をもたらさないため、属地主義に頼るのではなく、裁判所は、当事者の実質的なコミュニティ所属を分析するための法選択原則を用いて深く調べるべきである。

本件に第三のコミュニティ規範群、即ちアメリカでもスペインでもない、WIPPO仲裁人によって示された規範が存在することは注目すべきである。この規範は、インターネット管理機関 Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) が公表した統一的紛争処理政策 (UDRP) の産物で、裁判所はこの非国家的なコミュニティ所属を尊重することもできた。ICANNは合法的な管理団体か否か、サイト運営者とICANNの関係が大部分無意識であるため、容認可能なコミュニティ所属かといった問題があるが、WIPPO仲裁の存在は、非国家的団体が規範の重要な源であり、少なくとも何らかの抵触的分析の中で考慮されるべきことを気付かせる⁵⁸。

③ Yahoo!, Inc 事件について

本件も域外適用の問題が生じている。Yahoo!は、フランス判決がインターネット表現に関するフランスによるグローバル規則の強要であり許されないと主張する。だが、禁止マテリアルへのフランス住民によるアクセスをフランスが阻止できなければ、事実上、アメリカによる第一修正条項の世界への押付けとなり、再び域外適用問題が避けられない。

本件は、非常に困難な事案である。修正第一条が憲法上の命令であるだけでなく、アメリカ人の帰属意識の核心を突き、アメリカ民主主義を明らかにすることに有用であるため、本件におけるアメリカの公序は非常に強い。またYahoo!は、アメリカに本拠を置くアメリカ会社であり、修正第一条による保護の資格は強固である。一方、関係する抵触的価値を比較すると、本件が単にフランスがその国内に所属を有しない団体に対しその規範を強要する問題ではないことは明白である。Yahoo!は、世界中からユーザを得ることを目的とするビジネス・プランと、フランスに子会社を持つ多国籍企業である。Yahoo!は、サイトの内容について指示するなど、フランス子会

社の実質的な統制を行い、フランスのユーザを標的にするためにフランス語の広告を用い、定期的にプロファイリングも行っていった。これらのフランス市場を利用する努力とフランスとの関わりは、Yahoo!のフランスの「域外適用的な」(extraterritorial)判決に対する異議に十分な根拠を与えない。

かくして本件は両極の間に入る。一方の極は、両当事者と紛争の双方が関わるコミュニティ所属が専ら外国にあり、その国の判決の執行が適切な事案、他方の極は、例えばアメリカの一地方に本拠のあるサイトが、そのサイトに入手可能な物があるとの理由だけでフランスで訴追されるような事案である。後者の場合、このサイトの、フランスへのコミュニティ所属の欠如は、フランス判決がアメリカ国内で執行されるべきではないことを意味する。修正第一条の強い価値は、承認裁判所が国際的司法コミュニティの共同組合員として留まるために判決を執行する必要性を凌ぐ。本件は、アメリカとフランスへの二つの重大な所属があるが、コスモポリタンのアプローチでは、最終的にYahoo!のビジネス活動が海外に及ぶ限り、フランス判決を正当化し、アメリカにおいて

も執行可能と考える。だが、最終結果に関係なく、執行判決が関わる抵触的価値を実質的に考慮することなく、修正第一条の引用や外国判決の執行の拒否ができないことは明白である。⁵⁹⁾

(5) 結論

コスモポリタンの視座に基づいて三つの事案の再検討を行ったのち、ベアマンは、その見解を次のようにまとめる。

F. Hoffman-La Roche Ltd. 事件⁶⁰⁾において最高裁は、少なくとも被害を外国の原告が蒙っている限りにおいて、外国の反競争的な活動を域外規制するためにシャーマン法を適用することを拒否した。反トラスト法の域外適用に関して規定は明確ではなかったが、最高裁は、外国においてのみ損害を引起す外国反競争的行為に適用するよう法を解釈することを拒否し、法帝国主義的にアメリカの反トラスト政策を強要することはなかった。

本件裁判所の「法帝国主義」(legal imperialism) についての見解は有益である。高度に相互依存の世界では、法的帝国主義に対する懸念は、軍事的帝国主義などと同様

に重大である。法規範の国際的協調への期待は現実的でないが、コスモポリタンのアプローチは、裁判官に対して、多数国共同事業の一環として法選択規則を進展させる間、複数のコミュニティ所属の評価を容認する。

勿論、抵触分析は、国境を越えて発生する解決困難な諸問題を評価するための序列化原理を創設する試みの一手段である。従って第一歩は、裁判所が抵触分析を重く受け止め、渉外事案に抵触の諸原理を用いることにある。安易に内国法を適用するのではなく、その内国法が紛争に適用されるべき程度について分析しなければならない。加えて、抵触事案の判断に関する特別な規則が重要である。それは、根のレベルで抵触規則が変化するコミュニティ所属の定義を反映するからである。抵触分析は、常にいかなる場合にコミュニティがその規範を他のコミュニティが関わる紛争に強要することが妥当かについて問う。かくして抵触法は、グローバル化問題を徐々に解決するための交戦分野である。

グローバルな相互交流の時代において、重要事象の領域的場所のみ基礎を置く抵触法学は過度に限定的で、様々な非領域的所属の人や企業を実際の姿で捕捉できず、

偏狭な法廷地法の優先に基づく抵触規則は法帝国主義へと向かう傾向がある。また、渉外事案において妥協的なコモン・ローの創造の自由を裁判所に認めるのは理にかなうが、コミュニティ所属の問題を個別分析を行わず実質法問題に包摂するには重要すぎる。最後に、外国判決承認の判断において裁判所は、それがアメリカの法または公序と合致しない場合にも、外国に所属を持つ当事者は外国判決に適切に服す可能性があるため、単純に地域優先が当然に勝ると考えてはならない。

これらの要請に応えるため抵触法のコスモポリタンの視座は、領域よりもコミュニティ所属に焦点を当て、法的な視線を地理的場所との形式的な接触よりもグローバルな相互交流の実態に向ける。また、複数コミュニティ所属を前提とし、法廷地法を優先する根拠がないことを認め、国家は必然的に国際的システムの中に組み入れられるため、グローバルなコミュニティの協力メンバーであることに重大な利益を持つとみる。更に、一つの包括的なグローバル法の創設は実際上見込みがなく、好ましくもないことから、裁判所は、各コミュニティの特殊性と複数コミュニティの効果的な規制の必要性の双方に

えるため、抵触法原則に関する継続的で微妙な論議を行わなければならない。このような分析では、コミュニティ所属、超国家的システムの機能的な要求、そして複数規範の発展の可能性を検討することになる。また、外国裁判所の判決の検討の際に裁判官は、長期的な抵触価値の重要性を分析し、地域的規範に頼ってはならない。

勿論、法抵触事案の解決に最適なコミュニティ所属を捉える方法に関する法的原則の発展には課題が山積する。コスモポリタンのアプローチは、抵触規範を創出するための国際的な司法判断や外交交渉を容認することで、コミュニティ所属の分析方法に関する継続的議論を通じて、真の超国家的法システムを生むことができる。最後に、抵触法の総合的分析は、国公認の団体の規範に限定せず、法的多元主義の洞察を含み、規範を創生する非国家的コミュニティとその規範が説得力を持つために分析すべき程度について考察する。だが現在の段階では、国境を越える抵触問題の分析のための様々な基準についての議論で充分である。複数コミュニティ所属と大局的な国家利益を認識することで、法帝国主義に陥らず、全ての国家

が機能的な超国家的システムにおいて利益を得る方法を考察することができる。協調、和解及びグローバル相互交流を強調しながら、「同化せざる異質なもの」(unassimilated otherness)を許すという抵触アプローチを検討しなければならない。また、そのような遠大な目標に到達する可能性は低いかも知れないが、徐々に深まるコスモポリタンの世界に真剣に取り組む法的規範を採用することで、我々は少なくとも重要な一步を踏み出すことができる⁽⁶⁾。

以上がベアマンの主張する法抵触のコスモポリタンのアプローチである。次の章では、このアプローチについて若干の検討を行いたい。

第三章 若干の検討

以上がベアマンのコスモポリタンのアプローチに関する主張である。ベアマンは、特にインターネットの出現により超領域的な及び非領域的な効力を持つ規範が登場すると、地域住民は徐々に領域的に遠隔地の行為や当事者に対して支配権を主張し始め、同時にまた、非局所的な当事者らは、地域の法手続の結果を回避するため、国

際的・超国家的法廷の管轄権を行使すると主張する。その結果、この双方の環境においてグローバル化を巡る闘争は、しばしば法抵触分野で行われることになる⁶²と述べて、グローバル化時代における抵触法の重要性を指摘する。先ず、このようなベアマンの裁判管轄に関する見解をまとめてみる。

インターネットの登場に伴い進展するグローバル化時代において、地理的領域に基づき国家のみを唯一の所属コミュニティと考える裁判管轄システムは、偏狭的であり、場所、距離、国境及びコミュニティといった現在の社会概念に合致していない。人は、国家や州などの政治的グループに所属するだけではなく、業界団体、組合、インターネット・チャット・グループなど多種多様な非国家的グループにも所属し、これらの非国家的グループ内の規範にも拘束され、中には国家的な強制力よりも強い拘束力を持つ場合もある。従って、裁判管轄の判断の適用の際には、このような非国家的コミュニティの規範をも考慮しなければならない。裁判管轄コミュニティの構成をより広範囲に捉え、人が複数の、ときには非領域的コミュニティへの所属の可能性を容認し、裁判管轄を

国家裁判所によるだけでなく、コミュニティが行使することも認めることを提唱し、これを裁判管轄のコスモポリタンの多元主義概念と称する。また別の個所では、国際法や国際私法の研究者らは、法は国家が公的に認めた団体の行為においてのみ存在すること、法は国家主権の独占的作用であることという従うべき二つ原理が在ると考え、国家間の関係に重点を置き、法的多元主義に注意を払わなかった。しかし、これらの原理は失われつつあり、国際的団体、非政府機関(NGO)、多国籍企業や業界団体、土着コミュニティ、国際的テロリスト、活動家ネットワークなどの非国家による、重複的超国家的管轄を検討すべきと主張する⁶³。

このようなベアマンの主張は、問題は少なくないものの、一考に値する。特定のコミュニティ内で発生した紛争につき、国家裁判所ではなく、コミュニティ内に設立された紛争解決機関にその紛争の解決を委ねる方法は既にしばしば行われているが、それを更に積極的に押し進めて、管轄権を行使し得る団体を国家により何らかの信任を得た団体に限定せず、広くその他の非国家的団体にも認めるべきと主張するからである。管轄権の行使が容認

される例として、国際通商ルールに関する紛争についての WTO の紛争解決機関 (Dispute Settlement Body) や、スポーツに関して国際オリリンピック委員会 (IOC) が設立したスポーツ仲裁裁判所が著名である。日本国内においても、民間機関による裁判外紛争解決 (ADR) 機関として、日本商事仲裁協会、日本海運集会所、業界団体、消費者団体などがあり、その中には、一九五八年のニューヨーク条約により仲裁判断の他国における執行が担保されているものがある。これらの紛争解決機関のほとんどが、諸国家が加盟する国際的機関により設立されているか、国家により紛争解決事象者として認証を受けているため、これらの機関に重複的に超国家的な裁判管轄を容認することに異論はない。これら機関の判断は、通常、コミュニティ内の事情に通じた者により行われることが多く、事情に疎い裁判官による判断よりも信頼が得られ易いことや、迅速な解決を期待できるなどのメリットがあるからである。従って、このような機関による判断が存在する場合は、その判断を尊重し、国家裁判所はその判断を控えるべきであり、実際にも、我が国では紛争解決機関の判断を尊重し、裁判所は自身の判断を

差し控えている⁶⁴。しかし、これらの事情を考慮してもベアマンの考えのすべてを容認することには、様々な問題があるように思われるが、次の点のみの指摘に留める。

ベアマンがその裁判管轄判断を尊重すべきコミュニティとして、国家や地方公共団体などの政治的コミュニティだけでなく非政治的コミュニティをも含むとし、宗教団体、業界、組合などをその例として挙げる。しかし、あらゆるコミュニティに対して紛争解決のための管轄を認めることは問題があり、その範囲が論議されるべきであろう。例えば、犯罪組織などの違法行為を行うコミュニティについて、その紛争解決の判断を尊重し、国家裁判所が判断を控えることは、その組織の存在自体の容認につながり、認めることができないう場合がある。従って、このようなコミュニティの場合には、その内部の紛争解決機関による判断が存在する場合であっても、裁判所をその裁判管轄を否定するべきものと思われる。そのため、固有の裁判管轄を認め国家裁判所が管轄権の行使を差し控えるべきコミュニティと、独自の裁判管轄を否定し、国家裁判所が判断を行うべきコミュニティをどのようにして線引きするか検討が必要となろう。この点に

ついてベアマンは、明確ではないが、裁判を積み重ねによつて徐々にその基準が確定されると考えているのかも知れない。

次に、法選択規則と外国判決の承認執行に関するベアマンのコスモポリタンのアプローチをまとめると次のようになる。領域的場所を重要視しないコスモポリタンのアプローチにおいては、人が常に複数コミュニティに所属し、単なる空間的場所から切り離し得るという考えが前提となる。渉外的事案を判断する裁判官は、法廷地国の地域的政策を重要視し、法廷地法の適用を優先的に考慮すべきではなく、自身が内国的、多数国的及び国際的な規範の結合ネットワークの役割の一端を担っていることを自覚して、裁判を行うことが必要である。それによつて裁判所は、一度の裁判で得られる短期的利益ではなく、諸国家が共同して世界秩序を形成することで得られる長期的な利益を享受することができる。だがそれは、法選択を必要としない、一つの普遍的「世界的コミュニティ」のための規範の創造を目指すべきというのではなく、人は領域的であれ非領域的であれ多くのコミュニティに所属が、国家規範だけでなく、非国家的規範であ

る所属コミュニティ内の規範を適用すること認め、事案によつては、複数コミュニティへの所属を考慮した渉外的事案を解決するためのハイブリッドな実質法規範の創造をも認めるものであると主張する。このような見解に基づいてベアマンは、インターネットに関する三つの事案の再検討を行う。

先ず GlobalSantaFe 事件については、準拠法の決定の方法について、ドメイン名の登録会社の所在地が法選択に何らかの意味を持たせる裁判所の判断を批判し、これは例えば、アメリカ国内に本拠を有するウェブ・サーバーを「訪問する」(Visiting) だけの関連性しか有しない場合であってもアメリカ法を適用することにもつながり、このようなごくわずかな関連性に基づいて特定領域の法の適用を根拠づけるのは、属地主義の遺物であると反対する。そして、このような登録会社の物理的な場所の強調は、非常に恣意的方法でインターネット取引を領域化するもので、少なくとも最も一般的な“.com”、“.net”または“.edu”の紛争がアメリカ法に基づき解決されることを可能にするもので、受け入れ難いほど偏狭的であると批判する。むしろ大韓国内に居住者の行為が

完全にアメリカ国内に本拠を有する同国会社を標的としていたこと根拠にして、同国法を準拠法とすべきであったとする。

次に、Barcelona.com 事件について連邦控訴裁判所は、アメリカ国内にほぼ実体を有しない同国会社によつて同国登録機関が管理するドメイン名に関して同国裁判所に提訴されている事案に、商標権の属地主義の原則に根拠にして、同国商標法を適用している。ベアマンは、ドメイン名紛争の法選択の問題を考察する際、属地主義の強調は、相当の域外効果を有する法を創造するかも知れないと批判する。つまり、硬直的な属地主義に考えに従いアメリカと意味ある関連性を有しない事案においても同国商標法の適用を強要するような方法は、少なくともドメイン名との関係では、同国法の域外適用を強要する危険を、また属地主義の原則が回避しようしていた一種の世界的商標を創造する危険を冒すことになる。ベアマンはまた、裁判所が商標の衝突の調整又は適用規範法の決定の必要性を回避するために属地主義の原則を利用し、安易に法廷地が決定した権利を容認し、法廷地法を適用していることを指摘する。このような属地主義的な考え

に基づく準拠法の縄張り争いは、特にインターネットの登場により非現実的なものとなり、妥当性が損なわれる結果に至ると批判する。よつて、商標の紛争についても適切な法規範を決定するための法選択原則の適用を裁判所に求める必要があり、その際、当事者が実際に所属するコミュニティを適切に考慮する法選択体制が有用であるとされる。本件においては、コミュニティへの実質的所屬に焦点を当てるとスペインへの強い所屬を示すことから、スペイン法を適用すべきであり、アメリカ法の適用はスペイン当事者らへの域外適用となり問題がある。従つて、ある国家の商標法を域外適用すべきか否かは、属地主義を頼るのではなく、法選択原則を用いて当事者の実質的なコミュニティ所屬を分析すべきであるとする。ここでベアマンは、注目すべき点として、インターネット管理機関であるICANNが公表した統一的紛争処理政策に基づいてなされたWIPPOの仲裁判断の存在を挙げ、それは非国家的団体の規範によるものであるが、少なくとも何らかの抵触的分析の中で考慮されるべき可能性があることを指摘する。

Yahoo! 事件においてベアマンは、インターネットの

隆盛により、ある場所のオンライン上のコンテンツが他の場所の法を破ることがあるため、国際的な判決承認の事案がより頻繁に発生することになると予想する。連邦地裁の判断については、表面上は判決承認の原則に触れながらも、結局、判決を下すことと判決を執行することの相違を無視して、より詳細な判決執行原則の適用や、外国規範の適用により合衆国の利益が脅威に晒されるかも知れない状況の考察を怠ったと批判する。本件についてベアマンは、アメリカに本拠を置くアメリカ会社であるYahoo!には、修正第一条による保護の資格が強固であるが、他方Yahoo!は世界中のユーザの獲得を目指し、フランスに子会社を持つ多国籍企業運営者であり、同国のサイト上のリンクと内容について指示することで、子会社を実質的に統制していたことに注目する。その上で本件を、一方の極は両当事者と紛争の双方が関わるコミュニティ所属がもつばら一国内にあり、その国の判決執行が適切な事案と、他方の極はアメリカ国内に本拠を置くローカルな小ウェブ・サイトが、そのサイト上で入手可能な物があるとの理由だけでフランスで訴追されるという仮説的な事案との中間にあると位置づける。アメ

リカとフランスへの二つの重大な所属がある本件についてコスモポリタンの視座は、一応Yahoo!のビジネス活動が海外に及ぶ限り、フランス判決を正当化し、アメリカ国内においても執行可能と結論づけるが、最終結果に関係なく、執行判決が関わる接触的価値の実質的な考慮を欠いたまま、簡単に修正第一条を引用することや外国判決の執行を拒否することはできないと述べる。このようにベアマンは、コスモポリタンの視座に基づいて事案を再検討するが、彼の法選択と外国判決の承認・執行に関する方法論について、若干の検討を行いたい。

ベアマンが論文の中で検討するために取り上げた事案はいずれもインターネットに関するものであるが、その主張するコスモポリタンの視座は、それ以外の紛争を排除しているわけではない。上述したF. Hoffman-La Roche事件は反トラスト法の域外適用に関するものであり、また一連の論文の集大成として公表した最近の著書においても、インターネット紛争以外の事例も取り上げられて⁶⁵⁾いることから、グローバル化の進展に伴い、広く涉外的事案において、コスモポリタンの視座による解決が不可欠となると考えているものと思われる。英米法系

属するアメリカの抵触法と大陸法系に属するわが国のサヴィニー型国際私法では法体系が異なるが、ベアマンのコスモポリタンの視座は、コミュニティ所属の検討を行うことによつて事案と最も密接な関係を有する規範の選択と適用を目指すもので、裁判管轄の議論を中心に置くアメリカの抵触法体系から離れて、サヴィニー型国際私法により接近するものであり、考慮に値するものと考えらる。またこの方法論は、関係国の法政策や統治利益の内容の比較衡量ではなく、コミュニティへの所属の仕方や程度（結びつき）の考察が中心となることから、必ずしも特定国の実際の法規範の適用にはこだわらず、関係国の法の比較を通じて涉外事案用の新たな内容の涉外実質法を創造することを意図したヴァン・メーレンの見解⁶⁶の影響をより大きく受けているものと思われる。従つて、裁判所にとつて関係国法の比較検討と新たな涉外実質法創造という非常に大きな負担をもたらすというヴァン・メーレンの見解に対する批判が⁶⁷、ベアマンの方法論に対してもあてはまる。むしろ、国家（州）法のみを比較検討することを前提するヴァン・メーレンとは異なり、ベアマンが非国家的規範についての考察をも前提としてい

ることから、裁判官の負担はより大きく、この批判はより一層強いものとなる。ベアマンが所属を考慮すべきとするコミュニティは無数に存在し、その態様は様々である。明確な規範を有するコミュニティがあれば、その様な規範を全く欠くコミュニティもあり、中には違法な行為を活動目的とするコミュニティさえある。また、一人の者が矛盾する規範の有する複数コミュニティに同時に所属する場合があれば、大きなコミュニティ中の一部がより小さなコミュニティを形成する場合などもある。そのため裁判官にとつて、法または規範選択の判断の際、これらの様々なコミュニティ所属の中から、考慮されるべきコミュニティ所属を選びその規範を適用することは、非常に大変な労力を要する。従つて、裁判に迅速な判断が求められている点から考えると、あまり現実的な考えとは思われない。その他にもまた、所属の強さが同程度にコミュニティが複数あった場合、裁判官は何を基準にして一方のコミュニティ所属を優先するのか、やはり法廷地とより結びつきの強い方の所属コミュニティの規範を優先することになるのかといった問題、訴訟当事者が所属するコミュニティの規範の適用を望まない場合で

あつても適用することになるのかの問題など様々な克服されるべき難問が立ちはだかっている。これらについてベアマンは、何も触れず、コスモポリタンの視座をもつた裁判官による判例の積み重ねによって明らかになると述べるに留まる。その他にも、財産関係事案のみならず家族関係事案の場合にもこの方法論によるのかという射程範囲の問題など非常に多くの問題が残るが、これらの問題についての言及も欠いているのは、やや物足りなさを感じる。しかしこの点については、法選択に関するコスモポリタンの視座についての最初の論文で、基本的観念を示したに過ぎない論文であることを考慮すれば、やむを得ないかも知れない。ベアマンによる今後の理論の展開や他の研究者らの彼の見解に対する反応にも注目したい。

最後に、ベアマンの事例へのコスモポリタンの視座の当てはめについて見る。先ず Global Santa Fe 事件でアメリカ会社を「標的」としていたことを根拠に同国法を適用すべきとする主張は、裁判管轄に関する事例ではあるが、既に同様な考え方に基づいた先例があり、⁶⁸⁾ コスモポリタンの視座独自のものではない。しかし、ベアマン

も指摘するように、ドメイン名の登録機関やサーバーの所在を主な根拠にその所在地法を適用する考えは、オンライン社会の実体を捉えたものとは言えず、標的にしていたことを準拠法決定の根拠としたことは妥当であると考ええる。わが国では、民事訴訟法三条の三第八号の国際裁判管轄規定と法の適用に関する通則法一七条規定の双方において、「不法行為」には隔地的不法行為における行為地だけでなく結果発生地も含まれると解釈されているが、法域を標的に活動を行っていたか否かを判断基準とするベアマンの見解は、わが国においても、インターネットが関わる紛争における結果発生地の判断の際に参考になると思われる。また Barcelona 事件においてベアマンは、インターネット管理機関 ICANN の統一紛争処理政策のような非国家的法の適用の可能性について指摘するが、内外のいずれかの国の法律を準拠法として適用する⁶⁹⁾と考えるわが国でも既に、「インコタームズ二〇一〇」や「荷為替信用状に関する統一規則及び慣例」などの統一的商慣習については、援用可能統一規則⁷⁰⁾として準拠法の枠内で認められるものと解されている。このように準拠法として指定し得るのは国家または国家

内の地域の法に限られるが、非国家的規範は準拠法の枠内で適用が容認されると解されるわが国の国際私法理論においては、広く非国家的規範の適用を考慮すべきとするベアマンの見解は、アメリカ法抵触法理論よりは受け入れられる素地はあるものと思われる。しかしそれでも、そのために克服されるべき難問はあまりにも多く、現在の時点では、ベアマンの理論の全面的な受け入れは不可能に近いもののように思われる。

四 おわりに

ベアマンの法選択のコスモポリタンの視座について紹介し、簡単な検討を加えてきた。最初にも述べたが、本稿で紹介したベアマンの方法論は、主として二〇〇五年に公表された論文に基づいたものである。ベアマンはその後も様々な著作物を公表し、このアプローチについて論じているにもかかわらず、このように少し古いものを紹介したのは、裁判管轄に関する問題を扱ったものを除くと、ベアマンが抵触法上の方法論について最初に本格的に論じた著作であり、その見解が最も明確に展開されていることや、彼の理論がこれまでのアメリカ法抵触法理

論と大きく異なることを顧慮したことによる。最近の著作の中においてベアマンは、基本的には本稿で紹介した方法論を展開するものの、更に詳細な根拠づけを行っているため、改めて別な機会に紹介できればと考えている。本稿にはまた、インターネットに限定するタイトルが付されているが、ベアマン自身がその方法論をインターネット紛争に限定して展開しているわけではなく、それ以外の紛争についても妥当するよう主張されている。それにもかかわらず本稿でインターネットに限定するタイトルを付けたのは、ベアマンの論文中に取り上げられ、そして検討がなされている事例がいずれもインターネットが深くかわるものであることを顧慮したからである。ベアマンのコスモポリタンのアプローチがアメリカ法抵触法理論にどのような影響を与えるかは、現在の段階での予測は困難である。アメリカでは、法抵触の関心は州際間に向いているため、伝統的に国際的な法抵触についてはその理論の当てはめによつて処理されているが、ベアマンの方法論は、内容の同質性が高い州際間の法の抵触については受け入れられる余地があるとしても、それより遥かに差異の大きな国際的な法抵触の場合における

法選択についても同様な方法論によるために、同国内での批判もより一層強くなるものと思われる。また、ベアマンはコスモポリタンの視座のアウトラインを示すのみで、生じ得る様々な詳細な問題についてまでは十分な検討を行っていないが、今後は詳細な諸問題についてのベアマン自身によるより一層の考察が行われ、それに対する国際私法研究者らの意見も出されるものと思われる。今後の展開に注目したい。最後に、ベアマンの方法論は、国際私法体系が異なるわが国では、決してそのまま受け入れられ得るものではないが、アメリカの伝統的方法是方法論から離れ、サヴィニー型の国際私法体系に近づくものであり、特に非国家的規範の適用についての議論は、わが国においても参考になるものと思われる。

- (1) 日本経済新聞、二〇〇九年一月一五日付朝刊。
- (2) 日本経済新聞、二〇〇九年二月一八日付朝刊。
- (3) 例えば、平成二五年度の情報通信白書には、「特集『スマートICIT』の戦略的活用でいかに日本に元氣と成長をもたらすか」とする副題が付けられている。
(<http://www.soumu.go.jp/johotsusintokei/whitepaper/ja/h25/pdf/25honpen.pdf>)

- (4) 海外からのメールで架空の商談が持ち掛けられ、多額の金を騙し取られる被害が急増していることが紹介されている。日本経済新聞、二〇〇九年一月二三日付朝刊。
- (5) 特に電子商取引紛争の初期の判例の紹介が多い。多くの判例が紹介されているものとして例えば、早川吉尚「米国におけるサイバースペース上の紛争と裁判管轄(1)・(2)」NBL六六三号(一九九九年)三六頁以下、六七一号(一九九九年)四九頁以下、土谷善輝/デイン・河野/ジェリー・メステッキ編著『インターネットをめぐる米国判例・法律100選(改訂版)』(ジェトロ・二〇〇一年)などがある。

- (6) インターネットが普及した一九九〇年代の半ば以降、国際裁判管轄に関する無数の文献が公表されていて、それらのすべてを挙げることはできないが、例えば、R. Michelle Boldon, *Long-Arm Statues and Internet Jurisdiction*, 67 *Bus. Law.* 313(2011-2012). Andrea Slane, *Tales, Techs, and Territories: Private International Law, Globalization, and the Legal Construction of Borderlessness on the Internet*, 71 *Law & Contemp. Probs.* 129(2008). Tim Gerlach, *Using Internet Content Filters to Create E-Borders to Aid in International Choice of Law and Jurisdiction*, 26 *Whiter L. Rev.* 899(2005). Carlos J. R. Salvado, *An Effective Personal Jurisdiction Doctrine for the Internet*,

- 12 U. Balt. Intell. Prop. L. J. 75(2003). Dan L. Burk, *Jurisdiction in a World Without Borders*, 1Va. J. L. & Tech. 3(1997). David R. Johnson & David Post, *Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace*, 48 Stan. L. Rev. 1367(1996) がある。
- (7) 道垣内正人『ポイント国際私法総論【第2版】』(有斐閣、二〇〇七年) 六六頁。
- (8) 法廷地法の優先については、例えば、松岡博『アメリカ国際私法の基礎理論』(大阪大学出版会、二〇〇七年) 二五一頁以下に指摘がある。但し、最近では制限する傾向にあると指摘するのは、小林秀夫『新版アメリカ民事訴訟法』(弘文堂、一九九六年) 六五頁。
- (9) 例えば、江泉芳信「裁判管轄と準拠法—アメリカ合衆国の製造物責任訴訟にみられる新しい観点—」青山法学論集第三二巻第一・二・三合併号四三四頁(一九八九年)。
- (10) Paul Schiff Berman, *The Globalization of Jurisdiction*, 151 U. Pa. L. Rev. 311(2002) [hereinafter Berman, Globalization].
- (11) Paul Schiff Berman, *Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era*, 153 U. Pa. Rev. 1819(2005) [hereinafter Berman, Cosmopolitan Vision].
- (12) シムンダ、一連の論文の集大成として、PAUL SCHIFF BERMAN, GLOBAL LEGAL PLURALISM -A JURISPRUDENCE OF LAW BEYOND BORDERS, (Cambridge University Press, 2012) [hereinafter Berman, Global Legal Pluralism] を著している。最初の論文からこの書の発行の間公表された論文は、本稿を主として取り上げる。Berman, *id.*, *Cosmopolitan Vision* を除く。以下がある。Paul Schiff Berman, *Conflict of Laws, Globalization, and Cosmopolitan Pluralism*, 51 Wayne L. Rev. 1105 (2005); Paul Schiff Berman, *From International Law to Law and Globalization*, 43 Colum. J. Transnational L. 485 (2005); Paul Schiff Berman, *Seeding beyond the Limits of International Law*, 84 Tex. L. Rev. 1265 (2006); Paul Schiff Berman, *A Pluralist Approach to International Law*, 32 Yale J. Int'l L. 301 (2007); Paul Schiff Berman, *Federalism and International Law through the Lens of Legal Pluralism*, 73 Missouri L. Rev. 1149(2009); Paul Schiff Berman, *The New Legal Pluralism*, 5 Ann. Rev. of L. & Social Sciences 225 (2009) [hereinafter Berman, New Legal Pluralism]; Paul Schiff Berman, *Towards a Jurisprudence of Hybridity*, 2010 Utah L. Rev. 11; Paul Schiff Berman, CONFLICTS OF LAWS AND THE LEGAL NEGOTIATION OF DIFFERENCE, IN LAW AND THE STRABGER, (Austin D. Sarat, Martha Umphrey, & Lawrence Douglas, eds., 2010).

- (13) Berman, Globalization, *supra* note 10, at 311.
- (14) 特記、*id.* at 490 ff.
- (15) この長大な論文の中で展開される理論が最もコンパクトにまとめられて記述されている部分としては、*id.* at 542ff.本文中の記述も、主にこの部分を参照してまとめている。
- (16) 例え、*id.* at 490 ff.及び Berman, New Legal Pluralism, *supra* note 12, at 15-3等。
- (17) *Id.* at 15-9. 国際的な非政府の設置基準団体の例として、ベアマンは、電気及びその他の機器をテストする団体である Underwriters Laboratories, Inc. や画の内容を評価する the Motion Picture Association of America、インターネットのドメイン名を管理する Internet Corporation for Assigned Names and Numbers、金融市場活動の規制を図る National Association of Securities dealers などを挙げる。
- (18) Berman, Globalization, *supra* note 10, at 322.
- (19) Berman, New Legal Pluralism, *supra* note 12, at 15-6.
- (20) 例え、*id.* Berman, Globalization, *supra* note 10, at 329ff. など。
- (21) アメリカにおけるセルフ・ガヴァナンス論の展開については、少し前に日本でも既に紹介されている。その代表的なものとして、サイバースペース法研究会「『サイ

- バースペース法学』とインターネットの『ハッカー』の倫理と『セルフ・ガヴァナンス』の精神」(1) (15)「国際商事法務二五巻一一号(一九九七年)一一七一頁以下、同一二号一三二一頁以下、二六巻一号(一九九八年)二七頁以下、同一号一四五頁以下、同一号一九五頁以下、同四号四一〇頁以下、同五号五二二頁以下、同六号五九六頁以下、同七号七二二頁以下、同八号八五三頁以下、同九号九五九頁以下、同一〇号一〇八五頁以下、同一一号一一九八頁以下、同一二号一三〇九頁以下、二七巻一号(一九九九年)七六頁以下、平野晋「サイバースペース法とインターネット上の裁判管轄権」電腦空間におけるセルフ・ガヴァナンスの主張と対人管轄権に関する米国主要判例の立場と分析」〔5〕「国際商事法務二五巻一二号(一九九七年)一三二六頁以下、平野晋・牧野和夫『判例』国際インターネット法—サイバースペースにおける法律常識」(プロスパイ企画、一九九八年)五三頁以下などがある。
- (22) インターネットの特性について詳細に論じ、以後の判例でも度々引用されているのが、American Civil Liberties Union v. Janet Reno, 929 F.Supp 824, 828-832 (E.D.Pa.1996) である。本稿においても、インターネットの特性についての記述は、主としてこの判決を参照した。
- (23) American Civil Liberties Union, 929 F.Supp. at 836-

838.

- (24) この理論の代表的な論者であるデビット R・ジョンソンとデビッド G・ポストは、コンピュータを基礎にする世界的な電子情報交換の登場は、地理的な国境を破壊し、「real world」から「virtual」な世界を分けるスクリーンとパスワードによって作られた新たな境界を作り出した¹⁹。David R.Johnson and David G. Post, *Law and Borders-The Rise of Law in Cyberspace*, 48 *Stan. L.Rev.*1367 (1996), at 1367. つまり、コンピュータ・ネットワークの登場は、厳格に地域的な法規制を崩壊させつつある。地域的な法規制は、活動がインターネットを通して地球規模的に分散した当事者によってなされると維持できないからである。従って、伝統的法原理に基づき、特定の領域的主権の法にインターネット上の取引を結びつける試みは満足がゆく解決策をもたらさない。国境を越える電子商取引によってもたらされる裁判管轄に関する及び現実的な困難の多くは、サイバースペースと「現実空間」との間の法的に意義のある境を容認する²⁰。サイバースペースを、法的分析の為の明白な「場」(place) として考えること²¹によって解決できる²²の主張²³がある²⁴。 *Id.* at 1378-1379.
- (25) Berman, *Cosmopolitan Vision*, *supra* note 11, at 1819-1821.
- (26) *Id.* at 1821.
- (27) 250 F. Supp. 2d 610 (E.D. Va. 2003).
- (28) 15 U.S.C. (2000).
- (29) ACPA 一一二五条(d)(2)(c)は、「対物訴訟において、ドメイン・ネームは、ドメイン・ネーム登録機関、登録簿、若しくはドメイン・ネームを登録または割り当てられた他のドメイン・ネーム機関のある裁判管轄区に場所を有するとみなされる」と規定する。従って、バージニア州にあるドメイン・ネームの登録機関会社である Network Solutions が所有するウェブサイトにドメイン・ネームをオンライン経由で登録するならば、登録者が今までにバージニア州に足を踏み入れたことがなくても、或いは同社がバージニア州会社であることを知らなくても、ACPAに基づいて、同州における商標訴訟で弁護するよう強いることができることをベアマンは指摘する。*Id.* at 1826-1827.
- (30) *Id.* at 1827.
- (31) *Id.* at 1829.
- (32) 330 F. 3d 617 (4th Cir. 2003). なお、第一審は189 F. Supp. 2d 367 (E.D.Va.2002) である²⁵。
- (33) Berman, *Cosmopolitan Vision*, *supra* note 11, at 1832-1833.
- (34) *Id.* at 1833-1834.
- (35) 169 F. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001), *rev'd on other grounds*, 379 F. 3d 1120 (9th Cir. 2004), *reh'g granted*

- en banc, 399 F.3d 1010 (9th Cir. 2005). なお、Yahoo! 事件については、既にわが国でも紹介されている。例えば伊藤敬也「ケースノート」サイバースペースの秩序と『国際』的法秩序～合衆国における Yahoo!, Inc. v. LICRA について～青山社会科学紀要二〇〇二巻二号(二〇〇二年)九一頁、拙稿「オンライン上の紛争の国際裁判管轄に関するアメリカ合衆国における最近の一動向～Yahoo! 事件の展開～」日本法学七七巻一号(二〇〇五年)四二九頁。
- (36) UEJF et LICRA v. Yahoo! Inc. Et Yahoo France, Tribunal de Grande de Paris, No. RG :00/05308, 00/05309, May 22, 2000.
- (37) Berman, *Cosmopolitan Vision*, *supra* note 11, at 1838.
- (38) *Id.*, at 1839ff.
- (39) *Id.*, at 1839-1844.
- (40) *Id.*, at 1845.
- (41) *Id.*, at 1845-1857.
- (42) *Id.*, at 1852.
- (43) *Id.*, at 1852.
- (44) *Id.*, at 1852-1853.
- (45) *Id.*, at 1854.
- (46) *Id.*, at 1854-1856.
- (47) *Id.*, at 1856ff.
- (48) *Id.*, at 1857-1861.
- (49) その例として、リステートメント(第三次)は、四〇三条(2)(b)において、裁判官に国籍、常居所または経済的活動といった関連性の考慮を求める、同項(f)中には「規制が国際的システムの伝統と一致する範囲で」といった表現があり、これらと四〇三条中の他の非排他的な「合理性」の要因は、確実に、コスモポリタンの枠組みを利用する法選択の判断を行うための基準の一つとなるとす。 *Id.*, at 1863.
- (50) *Id.*, at 1861-1864.
- (51) *Id.*, at 1864-1867.
- (52) *Id.*, at 1868ff.
- (53) *Id.*, at 1868-1869.
- (54) RESTATEMENT (SECOND) OF CONFLICT OF LAWS, § 117 cmt. C(1971).
- (55) *Id.* § 92.
- (56) Berman, *Cosmopolitan Vision*, *supra* note 11, at 1869-1872.
- (57) *Id.*, at 1872-1874.
- (58) *Id.*, at 1874-1877.
- (59) *Id.*, at 1877-1879.
- (60) 124 S. Ct. 2359(2004).
- (61) Berman, *Cosmopolitan Vision*, *supra* note 11, at 1879-1882.
- (62) Berman, *New Legal Pluralism*, *supra* note 12, at 15-

- 10.
- (63) *Id.*, at 15-6.
- (64) もちろん、仲裁判断が裁判所によって取り消される例がないわけではない。例えば、東京地方裁判所平成二三年六月二三日決定、判例時報二二二八号五八頁。
- (65) ここでは、宗教コミュニティが関わる事例が取り上げられていない。Berman, *Global Legal Pluralism*, *supra* note 12, at 286ff.
- (66) 石黒一憲『現代国際私法「上」』（東京大学出版会、一九八六年）六八頁。
- (67) 石黒・前掲注(66)、六九頁。
- (68) このように法域を標的にしていたか否かを管轄権の有無の判断基準の一つとする判例として、例えば、*Bancroft & Masters, Inc. v. Augusta National Inc.*, 223 F.3d 1082 (2000), *Young v. New Haven Advocate*, 315 F.3d 256 (2002) などがある。
- (69) 溜池良夫『国際私法講義（第3版）』（有斐閣、二〇〇五年）一〇頁以下。
- (70) 櫻田嘉章『国際私法（第6版）』（有斐閣、二〇一二年）一〇頁。
- (71) 石黒・前掲注(66)、八一頁。

※本稿は、日本大学学術研究助成金の援助を得て行った研究成果の一部である。関係の皆様方に謝意を表したい。

柔道指導における過失責任

船 山 泰 範

〔業務上過失傷害被告事件、長野地裁平二五(わ)八〇号、平成二六年四月三〇日判決〕LEX/DBインターネット
TKC法律情報データベース文献番号25503851、
有罪(確定)〕

〔事実〕

被告人は、講道館柔道四段の有段者で、柔道教室を開設して柔道指導を行っていた者である。被告人は、平成二〇年五月二七日午後九時一〇分頃、長野県松本市の市体育館二階柔道場において、同教室の生徒であるM(小学六年生)の乱取り稽古の相手となって柔道指導をして

いた。その際、被告人は、Mに対して「片襟体落とし」と呼ばれる技をかけ、Mは、背中や腕の辺りから畳に打ち付けられた。Mは、その後すぐに起き上がり、乱取り稽古を再開したが、力が抜けたようにして座り込んだため、被告人がMを畳の上に寝かせた。被告人は、Mが痙攣を見せたりしたこと、一一九番通報した。Mは救急隊員によって病院に搬送され、頭部CT検査を受け、急性硬膜下血腫の傷害を負っていることが判明したので、緊急手術を受けた。Mは、意識障害を伴う後遺症を負うに至った。

被告人について(被疑者段階で)、長野地検は、過失を

認定するには証拠が不十分として、二度にわたって不起訴にしたが、長野検察審査会が起訴すべきとの議決を二度行なった。そのため、平成二五年五月、検察官役の指定弁護士が強制起訴したのである。¹⁾

平成二六年四月三〇日、長野地裁は、以下の理由を示して、被告人に禁錮一年、執行猶予三年の有罪判決を言い渡した。

〔判旨〕

(1)判決は、まず、柔道が、「相手を投げて制圧するなど危険防止のために受け身の習得が必要不可欠とされている」という競技の性質を有するとする。その点に照らすと、「柔道指導者が柔道の指導のため技量が未熟で受け身が十分に習得されていない小中学生(年少者)に対し投げ技をかけて投げる場合、その力加減の程度はともかく、力加減をすべき義務があることは明らかである。」として、注意義務の存在を示している。

その上で、判決は、無罪を主張する弁護人の三点の主張に対して、それぞれ答えている(2)~(4)。

(2)弁護人は、①頭部を直接打たないのに架橋静脈の破

綻によって急性硬膜下出血が発症し、重大な障害を負うに至ることがあるとする知見は、柔道界では一般的でなく、被告人にとって被害者の負傷は予見できなかったとする。この点について、判決は次のようにいう。

「傷害の発生機序の詳細まで予見できなければ注意義務を認めることはできないとはいえないのであって、技量・体格等が未熟な者が強い力で投げられ、畳に打ち付けられるなどすれば、直接打撲した部分に限らず、身体各部に無理な力が加わり、そのような無理な力が加わった身体の部分に何らかの障害が発生しうることは十分に予見可能であるから、上記のような注意義務を認めることの障害にはならないというべきである。」

(3)弁護人は、②被告人は被害者の頭部を打ち付けないように注意を払っていたから、過失がない、と主張する。この点に対する判決の答えは、次の通りである。

「頭部を畳に打ち付けることはそれ自体危険なものであるから、そのような事態を予防することが重要であることは当然であるが、上記のとおり、技量・体格等が未熟な者が強い力で投げられて身体が畳に打ち付けられるなどすれば、直接打撲した部分に限らず、身体各部に無

理な力が加わる可能性があるものであり、無理な力が加わった部分に何らかの障害が発生しうることは十分に予見可能であつて、頭部を畳に打ち付けることだけが危険であり、これを防止すれば安全であるとする見解に科学的な裏付けがあるとはいえない。したがって、上記②のような配慮をしただけで注意義務を尽くしたということではない。」

(4) 弁護士は、③頭部の架橋静脈の破綻をもたらす回転加速度がどの程度であれば架橋静脈の破綻をもたらすのか、また、回転加速度をどのように制御すればどのような効果があるか明らかではなく、結果を回避する手段があるとはいえないとする。判決は、次のように答える。

「技量が未熟で受け身が十分に習得されていない小学生（年少者）に対し、受け身が取りやすいように、また、回転をゆつくりさせて投げれば、頭部に生じる回転加速度が格段に小さいものとなることは明らかであつて、回転加速度による架橋静脈の破綻が回避できたものといえる。」

(5) 一方、裁判所は、証拠の評価に関して、(イ)年少者に対する指導者として豊富な経験を有する正木証人、(ロ)被

告人と一緒に柔道教室を行っている証人、(ハ)Mと同学年で、柔道の技量も同程度であつた証人などの証言その他を参考にして、「本件年少者に対する投げ方」はいかにあるべきかを独自に検討し、次のように表現している。

「受け身が取りやすいように、また、回転をゆつくりさせて投げ、あるいは、大人同士の試合の際や高校生や中学生を投げる場合とは異なり、受け身を取りやすいように手を添えながら、ダッシュではなくウォーキングのような感覚でゆつたり投げるなどの力加減をして投げるべきものと認められる。」

その上で、判決は、Mが本件事故当時、いまだ受け身の習得も十分でない技量未熟な発育途上の小学生^③であつたと認められ、被告人としては、本件年少者に対する投げ方でMを投げる注意義務があつたと認められるとする。そこで、被告人がこの注意義務に反してMを投げたと認められるかを検討している。

この検討にあたって採られた方法は、被告人が、右の(ロ)の証人をMに見立てて投げて本件事故の状況を再現した映像の利用である。この映像は、被告人および本件柔道教室が契約していた保険会社である東京海上日動火災

保険株式会社の担当者が、調査のために再現を依頼したものである。

そして、結果として、本件再現映像に照らしても、それに対する別証人(二)による評価に照らしても、「被告人の本件事故の際の投げ方は、その力加減の点で、本件年少者に対する投げ方の程度をはるかに超えていることは明らか」であり、被告人には過失が認められるとする。

(6)以上、やや長く判決の論理を追ってきたので、判決文のまとめに相当するものを「量刑の理由」の文中から書き抜いて、示すことにしよう。

「本件は、主に小中学生を対象とした本件柔道教室を開設していた被告人が、当時小学六年生であった被害者に対し、その技量・体格等に応じた適切な力加減を怠って投げ技をかけ、重い後遺症を伴う急性硬膜下血腫の傷害を負わせたという業務上過失傷害の事案である。」

被告人は、心身ともに発達途上で柔道の初心者を含む小中学生に対し、格闘技であり、危険を伴う柔道の指導をする立場にあったのであるから、その指導に当たっては細心の注意を払うべき重い責任を負っていたにもかかわらず、それを怠り、自らが相手となって乱取り稽古を

する中で、投げ方を誤って重大な傷害を負わせるに至ったのであって、その過失は重大というほかない。」

〔評釈〕

一 本件の争点

本件では、被告人の片襟体落としての技によって被害者が長期にわたるリハビリを要する見込みの意識障害を伴う急性硬膜下血腫の傷害を負わされたことは疑いがないが、被告人にその過失責任を問うことができるかどうかが争点となる。

被告人側は、前述のように三つの点から過失犯にはあたらないと主張していることから、本件では、過失犯の捉え方に関する問題について検討作業をすることとする。

二 柔道指導における注意義務

本件の被害者は、実際には架橋静脈の破綻によって急性硬膜下出血を発症したものである。被告人側が争う第一は、被告人にはそのような結果について予見できなかったから過失責任はない、とするものである。

この弁護側の主張は、行為者が、片襟体落としてのよう

な技をかけても、頭部を直接打たなければ急性硬膜下血腫になるとは予見しえなかつた以上、過失責任を負わないとするものである。その根拠を分析すると、これは、いわゆる具体的予見可能性説に依拠する主張といえる。

この点に關し、本判決は、注意義務の内容について、傷害の発生機序の詳細まで予見する必要はないと論駁している。未熟な者が強い力で投げられれば、①直接打撲した部分に限らず無理な力が加わり、②その無理な力が加わった身体の部分になんらかの障害が発生することが予見可能である、とするのである。これは、逆の面からみると、行為をなした時点で結果発生の危惧感があればよいとするものであり、本判決を学説に当てはめてみると、危惧感説に基づいている可能性が高い。

弁護側主張の第二は、被告人は被害者が頭部を畳に打ち付けないよう注意を払っていたから回避措置として十分であるというものである。この点がその通りであるとすれば、被告人が回避措置をとっていたにもかかわらず結果が発生してしまったということで、被告人を責めることは無理なようにも思える。しかし、被害者の頭部を畳に打ち付けさえしなければよいのか、という問題があ

ることはいうまでもない。本判決は、この点に關して、無理な力は身体のあらゆる場所に及ぶ可能性がある以上、回避措置はそもそも未熟な者を強い力で投げないことである、とするのである。

弁護側主張の第三は、架橋静脈の破綻をもたらず回転加速度がどの程度のものか明らかでない以上、回避措置はとりようがないとするものである。この点について、本判決は、回避措置はそう難しいものではないとする。すなわち、年少者に対し、受け身が取りやすいように、また、回転をゆつくりさせて投げれば、結果を回避できたとする。要するに、弁護側主張は、罪を免れようとする⁽⁴⁾ことに加担する具体的予見可能性説の言いぶりであり、一方、本判決は、過失犯の重心を回避措置に置く考え方の現れといえる。

以上の、被告人側の争点の指摘とそれに対する本判決の論理展開から明らかになったことは、柔道指導者が年少者に投げ技をかけて投げる場合、相手の技量・体格等に⁽⁵⁾応じた適切な力加減が必要であるということである。

このように検討してきた柔道指導の注意義務が、「力加減をする」ことに落ちついたことに、一種の感慨を禁

じえない。その理由の第一は、予見可能性に拘束されることなく回避措置がとりうることを示しているということである。柔道指導をする立場にある者が年少者に対する関係で力加減をする必要があるという指摘は、これを一般化すれば、①主体が一定の立場にあること、②弱い被害者、③容易にとりうる回避措置、という組み合わせを示したものである。第二は、この結論は極めて常識に適っているということである。刑法理論上は危惧感説对具体的予見可能性説という形で論議が豊富だが、そんなことを余所に、日常生活では社会活動における常識が確認されるということである。

三 過失犯の二つの要素

本判決の特色になると思うのは、年少者に対する柔道指導における結果回避措置がどのようなものであるべきかを、独自に詳細に検討し、回避措置を具体的に明らかにしている点である。言葉を換えていえば、過失犯を構成する要素が予見可能性と回避措置の二つであることを踏まえて、両方の吟味をした上で、過失といえるかどうかを検討しているということである。このあたり前のこ

とが刑事裁判において必ずしもなされていないことに、過失犯論と刑事司法実務の未熟さがあると思うのである。重要なことであるので、ひとまず、本判決とはやや距離を置いて論じておこう。

過失犯が二つの要素から構成されていることを自覚して展開した判例としては、森永ドライミルク砒素中毒事件における徳島地裁判決(昭四八・一一・二八判時七二一・七)がある。この判決は、食品製造業者として消費者に安全な食品を提供するためにはどうしたらよいかを検討している。これはいうまでもなく、回避措置が何かということである。判決は、次のようにいう。第一に、成分規格が保証された局方品や試薬を使うことである。第二に、工業用薬品を用いるのであれば、まちがいはなく第二燐酸ソーダであることを確かめる化学的検査である。第三に、乳児用調整粉乳として出庫する前に有毒物が混入していないかを確かめる化学的検査である。以上の点は、万が一にも乳児が毒物混入の粉ミルクを飲まないための最低必要条件というべきである。しかも、右の第三の回避措置は、一般の消費者に母親にはできないが、食品製造業者には苦もなくてできることなのである。

弁護側が、松野製剤^⑥のような物が納入されるとは予見できなかつたから過失はなかつたと主張するのに対し、判決は、そのような具体的予見可能性があつたかないかが問題ではなく、食品に毒物が混入するような危険を回避するために、食品製造業者としてどのような回避措置をするべきであつたかが大事なのだとしているのである。

右の三つの回避措置はどこから発生するかといつたら、それは、食品製造業者の基本的注意義務にほかならない。すなわち、この点を判決文から引用すると、次のように、①地位、②職業、③立場である、とまとめることができ（引用文の傍点は筆者）。

「行為者の地位又は職業などが考慮されなければならない。刑法は保護すべき対象について精神力を集中し、法益侵害の結果を生じないように注意すべしとして注意義務を要求しているのである」。そして、食品製造業者としての義務を次のように捉えている。「食品製造業者は、その食品が人体に全く無害で安全であることを消費者に保証してこれを販売している立場になり、したがつて、そこで使用する原材料に不純物が混っていないこと及び製造過程で有毒物が混入しないようにする一般的義務を負う立場にある。」

安全な食品を提供するのは、食品製造業者の基本中の基本なのである。もともとは工場の操業などにおける従業員の安全のために用いられた言葉のようであるが、安全第一は食品製造にもそのまま当てはまる。この点を過失犯との関係で見れば、予見可能性の内容は具体的であることなどはありえず、食品の原料に化学薬品をまぜるとすれば、毒物が混入するおそれがあるという危惧感で十分ということになるのである。

他方、過失責任を否定して無罪を言い渡している判例の中には、過失犯が二つの要素からなりたっていることを忘れていかと思われるものがある。JR西日本の尼崎脱線事故に関して、判決は、被告人（山崎）が事件現場の危険性を具体的に認識していなかつたら、無罪であるとしている^⑦。しかし、被告人が鉄道本部長としてやるべきことは何であつたかという点、線路の曲線半径が短かいために、スピードを出してきた列車が転覆しないよう、部下に命じて危険なカーブを洗い出し、全路線の中で危険性の高いカーブから順にATSを設置するべきであつたのである。素人でも気がつくこのような回避措置

を怠った点は、鉄道事業のイロハのイを軽視したものと
いうべきである。この裁判に対する評価としては、裁判
所の姿勢はむろんのこと、被告人が現場の危険性を認識
していたことを立証しようとした検察官にも、過失犯の
構造に対する基礎知識の足りなさを指摘しなければなら
ない。しかも、検察官は、公判の途中から立証方針の誤
りに気づきながら、控訴をしなかった点で、揶揄するつ
もりではないが「作為義務違反」といわざるを得ないの
である。一審無罪判決が誤りだったことを肝に銘じなけ
ればならない。

四 風潮と違法性の意識

本判決の今一つの特徴といえるのは、「量刑の理由」
の部分において、柔道界の風潮に対する言及がされてい
ることである。

判決によると、「頭部さえ打ち付けなければ重大事故
は起きないと考えていた」のは、被告人ばかりでなく、
相当数の柔道指導者が同様の思い込みの上で柔道指導を
していたとする⁸⁾。判決は、「被告人が、本件柔道教室の
生徒の安全について十分な配慮ができなかったのは、こ

のような風潮にも由来するとみられる」と、被告人の心
理傾向に歩み寄る素振りも見せる。しかし、そう言いつ
つ、判決は断じて認められないとする。つまり、「技
量・体格等が未熟な者が強い力で投げられ、畳に打ち付
けられれば、身体各部に無理な力が加わり、何らかの障
害が発生しうることは十分予見でき⁹⁾、特に技量が未熟で
発達途上にあつて筋力等も十分でない小学生であれば、
そのような事故が生じうることは明らかであるから、こ
のような事情によつて、年少者に対する柔道指導者とし
て重い責任を負う被告人の刑事責任を大きく減じること
は相当とはいえない。」と、違法性の意識がなかったと
いう主張や期待可能性の主張を許さない姿勢を示してい
る。

むしろ、このような指摘の狙いは、柔道界に対する警
告のように思われる¹⁰⁾。というのは、このような風潮は、
「いまだ一掃されたとまではうかがわれない根深いもの」
との表現がなされているところに窺われるのである。わ
が国はさまざまな業界において因襲というべきしきたり
が蔓延つていて、それが「世間」の論理の支持を得て、
日本の近代化を妨げる役割を果たしている¹¹⁾。あるいは、

裁判所にそこまでの意識はないかもしれないが、業界の風潮は是正されるべきとの指摘は重く受けとめる必要がある¹²。裁判法は悪弊を除く役割を有していることを再確認することにしよう。

五 過失犯に刑事責任を問う意義

本件は、檢察審査会法による強制起訴によって刑事裁判として取り上げられた事例であるので、判例評釈の範囲を超えるかもしれないが、本判決の意義として、ふれておきたい。

本判決には、次のような特長がある。平成二二年五月から施行された新制度によって強制起訴された事例は、平成二六年七月の段階で、全国で八件であり、そのうち有罪になったのは、暴行罪に問われた徳島県石井町長と本件の二件である。しかも、町長の場合は、起訴猶予（嫌疑はある）に対するものであったが、本件は、有罪とするには証拠が足りないとする嫌疑不十分であったから、有罪へのハードルはより高かった、ともいわれている。このことで明らかのように、嫌疑不十分で檢察が不起訴にした事件に限れば、初めての有罪判決なのである。し

かも、強制起訴事件の中で過失犯で有罪とされたのは初めてなのである¹³。

過失犯罪について刑事責任を問うことに關しては、消極的な見解が多方面においてみられる。その一つの典型例は、過失犯罪について大事なのは原因究明であり、二度と同じような過ちをくり返さないようにすることだから、責任を問わないと約束して、事件関係者に原因究明に協力させるべきとの考え方である¹⁴。ただし、この考え方には疑問を呈せざるを得ない。なぜなら、東京電力福島第一原子力発電所のメルtdownによる放射能汚染に關しては、一切起訴はされていないのに、四年近くを経て、一向に原因究明はなされていないではないか。

柔道事故に關しては、多くの死傷事故がありながらほとんど刑事裁判にならなかったことが、危険性の認識が広まらなかつた要因でもあると指摘されている¹⁵ことに注意を向けるべきである。

ちなみに、これは一般の事件についても言えることであるが、刑事責任を明らかにすることは、関係者を「獄に繋ぐ」ことを意図するものではない。刑事裁判の第一の狙いは、真相解明を通して世の中の理非曲直をはつき

りさせることである。その点は、民事裁判と比べてみるとはつきりする。民事裁判では、真相解明より、関係者の法的安定の保持こそ第一義とされたりするのである。¹⁶真相解明を追求すれば、過失犯の規範的意味を正すことにもつながるはずである。¹⁷人間のあるべき姿を示す社会規範はさまざまあるが、刑法によって裁かれるということを通して事のよしあしがはつきりすることはいうまでもない。

過失犯に関して言葉を重ねれば、どの時点で回避措置をとっておくべきであったのかをはつきりさせることが、同じような過ちをくり返さないことに結びつくと思われるのである。既述のように、責任追及をしない方が真相解明につながるの考え方もあるが、東京電力福島第一原発については功を奏していない。場合によっては強制捜査の手を借りても真相解明をしないとしないこともあることを忘れてはならない。

ちなみに、責任の所在が明らかになれば、刑事司法過程の中で、各段階のいくつかの猶予制度¹⁸を用いて厳しい制裁については緩和してもよいのである。本件においても、選択刑のうち禁錮刑が選ばれ、かつ、執行猶予

がついており、被告人は実刑を免れているのである。

六 強制起訴制度の展望

本件は、強制起訴によって刑事裁判が実現され、有罪が認定された稀なものであるから、その意義について思うところを記しておきたい。

第一に、強制起訴制度は、検察官による判断に対する批判を、制度として許容したものである。一方で、検察官による不当な起訴¹⁹については、裁判において闘うことで一応の対処ができる。むしろ、そのこと自体、起訴された者にとっては大きな苦痛を伴うものである。ところが、本来起訴されるべき事案については、準起訴手続（付審判制度）以外は争いようがなかったのである。²⁰強制起訴制度によって、ようやく制度としてバランスがとれるように近づいたといえることができる。

第二に、強制起訴になるような事件は、仮に検察官の収集した証拠全体を見ても、有罪にするのは難しいという印象を受けるであろう。指定弁護士は、職務を受けた後、そのような場面に遭遇するにちがいない。その点で、今後、指定弁護士の権限強化が制度的課題になるといわ

なければならぬ。

第三に、司法への市民参加の一翼を担うものとして、その役割が認識されるべきである。裁判については裁判員裁判、公訴の提起については強制起訴と、刑事司法は市民参加をぬきにして論ずることはできなくなった時代を迎えたのである。その中で強制起訴の果たすべき役割を考えると、本件がそうであるように、公判で検証することによって事件を白日の下に晒すという意味もあるであろう。その点では、検察官と検察審査会では、起訴相当の判断基準が異なってもおかしなことではないのである。

七 まとめ

本件は、柔道指導という、広い意味での年少者に対するスポーツ教育の中で出現した事件であり、学校教育の中にも武道が導入されている今日の状況を踏まえると、重要な判決として受け止める必要がある。とくに、本判決が「適切な力加減」の必要性を明らかにしたことは、過失犯において回避措置を重心に考えるべきことを確認したものと高く評価したい。

柔道指導における過失責任（船山）

- (1) 検察審査会法四一条の一〇。
- (2) 正木道場を開設して、小中学生を含む年少者の柔道指導をしてきた県立高校教員。
- (3) 判決は、Mが対外試合にも数回にわたり出場していたが、受け身の指導を受けていたにもかかわらず十分にできないなど、運動能力の点で劣っていたとしている。
- (4) 船山泰範「過失犯における回避措置重心説」『川端博先生古稀記念論文集（上巻）』（成文堂、二〇一四年）四一―頁以下。
- (5) この点を指摘したものとして、弥彦神社事件に関する最高裁判決がある（最決昭四二・五・二五刑集二一・四・五八四）。
- (6) 実際には、第二燐酸ソーダでもなく、アルミナ製造の際でできた産業廃棄物の結晶の外観が第二燐酸ソーダに類似していたため、納入されたものであった。
- (7) 神戸地判平二四・一・一一LEX/DBインターネットTKC法律情報データベース・文献番号25480439。
- (8) この点について、公益財団法人全日本柔道連盟の発行する『柔道の安全指導』（二〇一一年第三版）では、急性硬膜下血腫について、「頭部打撲が明らかでない事例もあり」（同一頁）と記述されており、判決の指摘する通り、柔道界では、「頭さえ打ち付けなければ」という捉え方が一般であったといえる。なお、本判決直後の二〇一四年五月二日の日付で、全日本柔道連盟が、「回転

加速度損傷及び脳振盪について」というメールをわざわざ関係者に送っていることから、右のことは裏付けられる。ここでは、「頭を打たなくても、脳が激しくゆすぶられる力(回転加速度損傷)により『急性硬膜下血腫』を発症する可能性があります。」と書かれている。

(9) 判決文の読み方にかかわるが、「十分予見」できるといふのは、具体的に予見できるとも解される。他方、危惧感説の立場からみることこそ、危険性が十分にあるともみれる。

(10) 実際に柔道指導をしている研究者からも、「指導者の安全に対する配慮不足」が指摘されている(三宅仁「柔道における事故防止に関する研究―リスク回避のプロモーションに向けて―」平成国際大学スポーツ科学研究所所報第8号(二〇一三年)七頁)。

(11) 阿部謹也『日本人の歴史意識』(岩波新書、二〇〇四年)五頁は、「日本には『世間』という人と人との絆があり、その『世間』が個人を拘束している」と指摘している。

(12) 公序良俗の観念が、日本の近代化の中で「重要な社会的機能を営」んできたとされている(団藤重光『法学の基礎〔第2版〕』(有斐閣、二〇〇七年)一八頁)。

(13) 平成二七年一月の時点で過失犯について強制起訴の可能性のあるものが一例ある。平成二六年七月二二日、東京第五檢察審査会は、その任期の最後の日に(検審

一四條)、起訴相当の議決書を公表したが、これは一回目である(検審三九條の五第一項)。その事例というのは、東京電力福島第一原発の事故に関して、東京電力の勝俣元会長ら三人について起訴相当としたものであった。その後、平成二七年一月二二日、東京地検は再び不起訴処分にした。ただし、今後、檢察審査会は二回目の起訴相当の判断(起訴議決)をする可能性がある。そうなれば強制起訴になる。

(14) 日本失敗学会の基本的なスタンスである。

(15) 平成二六年五月一日朝日新聞朝刊における内田良准教授の指摘。なお、内田は、学校柔道において、二九年間で一一八名の子どもの命を落としていると指摘している(内田良『柔道事故』(河出書房新社、二〇一三年)一〇頁)。

(16) たとえば、親子関係不存在確認請求事件に関して、最高裁第一小法廷は、「子の身分関係の法的安定を保持する必要」という視点から判断を示している(最判平二六・七・一七)。もっとも、金築裁判官は、反対意見の中で、「事案の解決の具体的妥当性は、裁判の生命」であって、それを軽視してはならない、と指摘している。

(17) 企業の巨大過失犯罪については、一時点の一つの行為というより、いくつも回避措置をとるべき機会があったのにそれを逸してしまった場合が少なくない。

(18) 制度としては、刑事手続の順に、①微罪処分、②起

訴猶予、③宣告猶予、④執行猶予、⑤刑の一部の執行猶予、⑥仮釈放など、さまざまである。なお、③は現行法にはなく、⑤は、平成二八年六月までに施行されることになっている。

(19) 受訴裁判所が、不当・違法な起訴に対して、形式裁判による手続打ち切りによって対処すべきとする解釈として、公訴権濫用論がある。

(20) 準起訴手続による起訴がきわめて稀にしか認められていないことに対する批判もある。昭和二四年から平成二五年までの間に付審判決定があり、公訴の提起があったとみなされた事件は、全部で二人にすぎず、九人が有罪、一二人が無罪であった（『平成二六年版犯罪白書』）。

日本法学 第八十卷 索引

論 説

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……………一(一)	号	頁
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(三九)		
朝鮮総督府の答刑について……………	新井 勉……………二(一)		
——刑罰史的一幕——……………			
名の法をめぐる裁判権対立と参座による決着……………	小林忠正……………二(二三)		
——明治六年小野組転籍事件をとおして——……………			
『学説彙纂』第五〇巻第一七章第一法文について……………	吉原達也……………二(七七)		
——ポティエ『新編ユステイニアヌス学説彙纂』レグラエ論序章——……………			
フランスのグラランド・リヨンを範とする小規模自治体の行税財政改革……………	伊藤 悟……………二(一〇七)		
高齢者による万引きの防止に向けた一考察……………	尾田清貴……………二(一三九)		

宇宙エレベータ法	甲斐素直 ……二(一七九)
その海法、空法及び宇宙法との関係	友岡史仁 ……二(二一七)
タクシー事業の規制構造と行政裁量	百地章 ……二(二五五)
国家主権の行使としての「国籍付与」	小林宏晨 ……二(二八一)
連邦軍の国内出動の憲法適合性	喜多義人 ……二(三三三)
二〇一二年八月一七日付連邦憲法裁判所大法院判決を巡って	長谷川貞之 ……二(三七一)
日露戦争と人道主義	藤川信夫 ……二(四一五)
——松山俘虜収容所におけるロシア傷病者救護の検討——	北居功 ……三(三)
受益権化された財産権の担保と受益権質権の効力	長谷川貞之 ……三(三九)
英国スチュワードシップ・コードとApproved Persons 制度	
——域外適用と金融機関のリスクガバナンスならびに監査等委員会制度などの接点——	
譲渡無能力者による弁済	
——譲渡無能力者への弁済も含んで——	
委任における任意解除権の規範的性質	

明治二六年の敷金慣習調査について ——「土地建物貸借ノ敷金ニ関スル慣例取調書」の紹介をかねて——	岡 孝 ……三(一一七)
ファイナンス・リースと民法(債権関係)改正	高橋 めぐみ ……三(一三九)
産業廃棄物の不適正処理と行政代執行 ——環境法と民法の交錯を中心に	小賀野 晶 一 ……三(一六九)
医薬品副作用被害救済制度が医療事故補償制度の 構想に与える示唆について	山口 齊 昭 ……三(二〇三)
診療過誤と組織責任の法理 ——米国の法状況を参考にして	峯 川 浩 子 ……三(二四五)
担保化された金銭の担保法的考察 ——敷金関係を中心に	清 水 恵 介 ……三(三〇三)
中国における契約締結上の過失責任について	胡 光 輝 ……三(三二九)
原子力災害に関する法制についての一考察 ——「原子力災害」に関するハード・ロー、ソフト・ロー、ケース・ローの交錯を中心に——	松 嶋 隆 弘 ……三(三六一)
会社法下における株主総会等の決議の取消しの訴え	酒 卷 俊 之 ……三(四〇二)

忠実義務と非業務執行取締役の考察

——米国の忠実義務の規範化概念と英国会社法の一般的義務、英国スチュワード…… 藤川信夫 ……三(四三九)
シップ・コードと Approved Persons 制度等の接点——

イギリス上場会社における非業務執行取締役の独立性と監督機能 …… 大久保拓也 ……三(四九三)

航空由来カーボンの排出削減と国際社会 …… 工藤聡一 ……三(五二五)

判例における「法意」の意義 …… 藤村和夫 ……三(五五九)

金銭債権の一部請求についての一考察 …… 松本幸一 ……三(五九二)

各種社会保障制度と損益相殺 …… 金光寛之 ……三(六四七)

行政警察活動と犯罪の事前捜査(上) …… 加藤康榮 ……四(一)

わが国における法益関係的錯誤説に対する疑問 …… 野村和彦 ……四(三五)

翻 訳

国際法のドイツ環境法への影響 …… フィリップ・クーニヒ ……一(六七)
甲斐素直 訳

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 ……一（八五）
菊池 肇哉 訳 ……一（八五）

『タナクイルの伝承』序説抄

J.J.バホーレン 著
吉原 達也 訳 ……四（七三）

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法に
おいて予防目的が重要であることに對する例としての
消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効

マルティン・ホイプライン
永田 誠 翻訳監修 ……四（二二九）
永田 洋平 翻訳

英米法におけるダイシー理論とその周辺

——「ハーヴァード大学におけるコモン・ロー教育に学ぶ」——

A.V.ダイシー 著
加藤 紘捷 訳 ……四（二五三）
菊池 肇哉 訳 ……四（二五三）

研究ノート

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 ……一（二四三）

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（二九七）

解釈か、改憲か？ドイツでは誰が基本法（憲法）を支配するか……………小林宏晨：四（一九九）

社会を変えた最高裁判所
——ウォーレン第一四代長官の時代——……………甲斐素直：四（二三七）

大韓民国国税基本法第七章の二納税者の権利の概要……………阿部徳幸：四（二九五）

インターネットの紛争に関するアメリカ合衆国の一国際私法理論……………中村進：四（三三五）

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

非嫡出子の法定相続分問題……………百地章：一（二三三）

——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（ウ）第九八四号）

小関康平……………

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）——

柔道指導における過失責任……………船山泰範：四（三七五）

○ 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

加藤 康榮 元日本大学大学院教授
 野村 和彦 日本大学非常勤講師(平成国際大学准教授)
 吉原 達也 日本大学教授
 永田 誠 日本大学名誉教授
 永田 平 元日本大学法学部博士課程
 加藤 紘捷 比較法研究所研究員
 菊池 肇哉 日本大学名誉教授
 小林 宏農 日本大学教授
 斐素直 日本大学教授
 阿部 徳幸 日本大学教授
 中村 泰進 日本大学教授
 船山 泰範 日本大学教授

機関誌編集委員会

委員長 矢野 聡
 副委員長 新井 勉
 委員 新井 聡
 大岡 眞
 新谷 眞
 稲葉 陽
 江島 泰
 長谷川 貞
 藤井 昭
 別府 三奈子
 百地 章
 諸坂 成
 湯浅 利
 渡辺 敏
 大熊 圭一郎
 小野 美
 矢野 尚
 井出 真悟

日本法学 第八十卷第四号

平成二十七年二月二十八日 印刷
 平成二十七年二月二十八日 発行
 非売品

編集責任者 日本大学法学会
 杉本 稔

発行者 日本大学法学研究所
 電話〇三(五二七五) 八五三〇番

東京都千代田区猿樂町二一―一四 A&Xビル
 印刷所 株式会社 メディオ
 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. 4 February 2015

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

Yasuei Kato, *Administrative Police Activity and the Investigation of Crimes before their Occurrence (I)*

Kazuhiko Nomura, *Eine Kritik über den Rechtsgutsbezogenen Irrtum*

TRANSLATIONS

J. J. Bachofen's Preface & Introduction of the Myth of Tanaquil —A Study of Orientalism in Rome and Italy— translated by Tatsuya Yoshihara

Martin Häublein, *Unwirksamkeit missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen sowie AGB als Beispiel für die Relevanz von Präventionszwecken im deutschen, österreichischen und europäischen Privatrecht, übersetzt von Yohei Nagata, redigiert von Makoto Nagata*

A.V. Dicey, *The Teaching of English Law at Harvard, translated by Hirokatsu Kato & Toshiya Kikuchi*

NOTES

Hiroaki Kobayashi, *Auslegung oder Änderung der Verfassung. Wer herrscht über das Grundgesetz?*

Sunao Kai, *Supreme Court for Social Change —The Period of Warren, the 14th Chief Justice—*

Noriyuki Abe, *An Outline of the Chapter 7-2 Taxpayers' Right in the Framework Act on National Taxes in South Korea*

Susumu Nakamura, *A study in a theory of private international law about internet-dispute in USA*

CASE COMMENT

Yasunori Funayama, *The Responsibility for Negligence in Judo Guidance*