

# 日本法學

第八十一卷 第一号 2015年6月

## 論 說

古代ローマにおける incestum について ..... 吉原達也

集团的自衛権と憲法の変遷論 ..... 小林宏晨

行政警察活動と犯罪の事前捜査(下) ..... 加藤康榮

## 翻 訳

人的結合体が意思形成をする場合の法的安全性という視点  
——瑕疵ある決議の公表を例として決議の拘束力と法律行為論の要請との間の緊張関係について——  
..... マルティン・ホイプライン  
益井公司 訳

## 研究ノート

財政改革と連邦最高裁判所  
——バーガー第一五代長官の時代—— ..... 甲斐素直

## 判例研究

経営破綻した大手スーパーの社債の購入者らによる、  
社債販売会社(証券会社)、社債管理者(銀行)に  
対する損害賠償請求に関する事件 ..... 松嶋隆弘  
(マイカル投資家訴訟名古屋事件・名古屋高判平成二二年五月二八日  
判時二〇七三号四二頁、判タ二二三六号一九二頁(変更・確定))

## 論 説

ポテイエ『法準則論』中の「一般的法準則」における方法論分析...  
ポテイエ「新序列」とドマ「自然的序列」の相克と統合 ..... 菊池肇哉

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

日本法学 第八十卷第四号 目次

論 説

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関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……………ジ・バ・オーフジ吉原達也 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…マルティン・ホイプライン永田誠 訳  
消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効…永田洋平永田洋平 訳

英米法におけるダイシ―理論とその周辺……………A・V・ダイシ―加藤紘捷 著  
——「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

## 古代ローマにおける incestum について

吉原達也

はじめに 問題の所在

バハオーフェンは『母権制』<sup>(1)</sup>のなかで「自然法」(ius naturale, Naturrecht)という用語を頻繁に使用する<sup>(2)</sup>。この用語は、大きく分けてつぎに三つの意味で使われている。かりにこれを識別のためにつぎのような形容詞をつけて、一 アプロディテ(ウエヌス)的乱婚制的自然法、二 デメテル(ケレス)的婚姻的自然法、三 思弁的自然法と区別することにしたい。バハオーフェンの用語は同じ表現を持ちながら、それがさまざまな観点から照射される。自然法という言葉にしても同じことがいえる。自然法という観念を便宜的にここでは発展段階的に捉えておくことにしよう。バハオーフェンが人類の家族の歴史を乱婚制(娼婦制 Heterismus)から母権制を経て父権制へと発展段階的に捉えて見せたことはよく知られている。それぞれの段階にそれに対応する自然法がある。アプロディテ(ウエヌス)は、バハ

オーフェンによれば、乱婚制的段階を表象する女神である。そしてその段階の法のあり方も自然法と呼ぶのである。バハオーフェンは、人間が始原において採集と狩猟によつてひたすら感覚的な快楽だけを求める生活を営んでいたと考える。こうした状態が乱婚的 (heirärisch) とバハオーフェンによつて呼ばれるものであり、その形象は泥土に繁茂した植性である。始原において女性を含めていつさいのものが共同である、つまり「所有権は存在しない」。この段階の法が「最初の自然法」、動物と人間に共通の「素朴な自然法」であるとされる。『母権制』冒頭のリュキアの章は、ヘロドトス『歴史』の読解から始まることはよく知られる。<sup>(3)</sup> そこから数多くの文献資料を駆使して初期の自然法状態を描き出していく。同章第六節で、母権制が婚姻とそのきわめて厳格な貞潔と結びついて注目に注目し、ローマの家族法の問題に言及し、<sup>(4)</sup> その後、第七節に至り、バハオーフェンは、ローマ帝政期の詩人オウィディウス『変身物語』を引き合いに出して、<sup>(5)</sup> インセスト・タブーの問題に言及している。詩人は父親キニユラスに対する娘ミュルラの打ち勝ちがたい愛情を歌い上げる。

だつて自然の情は、／このような愛を非としているとはおもわれぬのです。ほかの獣たちは、けへだてなしに交わっている。自分の父親を背中に乗せることも、／雌牛にとつて恥とおもわれぬし、雄馬は自分の娘を妻にする。／雄山羊は、みずから生んだ雌山羊たちの群れにはいつて行くし、／鳥も、自分の父親の子をみごもるのだ。／そんなことがゆるさされているものたちこそ、しあわせだ！／なのに、人間のおっせかいが、意地悪い法を定め、自然が許していることを／嫉妬深い掟が拒否している。でも、人種によつては、／母親が息子と、娘が父親と一緒になり、／二重の愛によつていつそう情が深まるとか。  
(二〇・三三二以下、中村善也訳『変身物語』下・岩波文庫・一九八一年による、改行省略)

バハオーフェンは、法は女性的自然原理との関係では自然法則という性格しかもちえない。このことはどのような意味をもつかは自然法と市民法Ⅱ実定法との対立から明らかになる。その決定的な違いは実定的な市民法が素朴な

動物物的物質的生活の法則に敵対しこれを排除する点である。人間のより高次の定めによれば、実定法は多くの点で物質的な生活法則を打破し、その支配を奪い取る。その例証が父親キニユラスに対する打ち勝ち難い愛情に捉えられたミュルラである。物質的自然法によればこうした結婚は許されるが、市民法には違背する。インセスト・タブーは実定法上のものであり、素朴な物質的生活の法則に無縁である。自然法の支配は特定のきわめて重要な人間生活の領域で市民法によつて排除される。そこに自然法から市民法への進歩が示されている。そのようにバハオーフェンは人間の法觀念の変化を捉えている。<sup>⑥</sup>

本稿では、『母権制』それ自体の分析を離れ、その一つのテーマであるインセスト・タブーの問題が古代ローマにおいてどのような意識されたかという点について考えてみたい。こうした関心は、わが国では一九七〇年代、従来の法制史的研究をふまえながら、ローマの家族の実態を具体的に描き出そうとする試みとして、弓削達氏らによるローマの日常生活史からのアプローチをあげることができる。ここではユウエナリスらの諷刺詩人などを素材にしなが、古い家族制度の解体に伴う家族的紐帯の弛緩、「解放された」妻や子供、母親の地位の向上、横行する離婚、乱れた性道德のありようが生き生きと描き出された。<sup>⑦</sup> 本村凌二氏は、「ローマ帝国における「性」と家族」<sup>⑧</sup>という論稿の中で、ローマ帝政初期・中期に生きる人びとの心性あるいは感性を社会生活の深層構造として探究する姿勢が自覚されるべきであり、この立場から、社会生活の最も基本的な単位をなす家族をめぐって、性関係を基軸としてそのあり方を捉え直すことを試みられた。姦通 *adulterium*、淫行 *stuprum* といった言葉の意味変化に注目され、その背景として、「結婚」に基づく家族という生活形態が、帝政期を通じて徐々に普及し、下層市民はいままでもなく、兵士や奴隷にまで広く浸透している形跡がうかがえることを指摘された。

筆者は、先に、姦通処罰に関するユリウス法<sup>9)</sup>に関する註解が収録された『学説彙纂』第四八卷第五章について若干の検討を試みたことがある<sup>10)</sup>。本稿ではこれを手がかりに、古代ローマにおける性にまつわるさまざまな罪の種類を個別に検討したいと考えている。共和政期には、性倫理の違反はしばしば公法廷「民会裁判」の審理の対象であった<sup>11)</sup>。アウグストゥスによる姦通処罰法が、婚姻外の性関係を初めて通常犯罪に組み入れて以後、*adulterium* は、*stuprum* とともに、性的犯罪に関する法発展の焦点となった。さらに、売春に関する犯罪として、売春の幫助 *lenocinium* と売春それ自体について、その他の性に関わる犯罪として、同性愛、誘拐及び強姦の問題も検討の対象に加えたいと考えている。自由身分の男性や少年との同性愛は共和政期には禁じられていたとされるが、ギリシアの影響を通じて少なくとも奴隷や男娼との同性愛は許容されていたようである。本稿は、法学文献の中で、法学者たちがこのような性に関わる問題をどのように考えていたかの検討を通じて、古代ローマにおける性をめぐる意識の変化を法学の世界の中にいかに反映されているか、その一端を明らかにすることにしたいと考えるものである。こうした対象を検討するにあたって、以上に掲げたように検討すべき課題は多く、将来に委ねることとしている。差し当たり、本稿では、古代ローマにおけるインセスト *incestum* の問題について限定して若干の考察を行うことから始めたい。

### 一．インセスト *incestum*<sup>12)</sup>

まず、*incestum* に関連する語彙について、主に Charlton T. Lewis, Charles Short, *A Latin Dictionary* 及び『オックスフォード・ラテン語辞典』第二版<sup>13)</sup>によりながら、代表的な用例を概観しておきたい。

形容詞の一般的用法：*cum verborum contumeliis optimum virum incesto ore lacerasset* 「汚い口から出てくる罵りの言葉で、

その立派な人を罵倒して」*Cic. Phil.* 11, 2, 5: saepe Diespiter Neglectus incesto addidit integrum 「無視された神ユピテルは  
まま善人を悪人の仲間に加えたり。」*Hor. C.* 3, 2, 30: catervae Incestarum avium 「(遺体を啄む) 汚らわしい鳥たちの群れ」  
*Stat. Th.* 9, 27: profana illic omnia, quae apud nos sacra: rursum concessa apud illos, quae apud nos incesta 「我々のユピテルに  
なるすべては彼ら「ユダヤ人」にとって瀆神的であり、我々のところでは incesta なものは彼らのところでは許される」*Tac. H.*  
5, 4: an triste bidental Moverit incestus 「忌むべき落雷の地を不敬にも汚したからか」*Hor. A. P.* 472.

形容詞形 *incestus* は、このように、「不敬な」のように宗教的なニュアンスから「汚い」「汚れた」世俗的な意味  
合いにまで広範に及んでいることがうかがえる。*incestus* は *integer* つまり「けがれない」「高潔な」、*sacer* 「清め  
られた」「聖別された」と対照され、善と悪、神聖と不敬のような対応関係が一般的なかたちで観念されている。

もう一つの意味合いは、不貞な、節操のない、淫らな、不浄なと表現できるような、ある種の道徳のないし倫理的  
なものとの関係で観念される層を見出すことができる。

*Ilion Fatalis incestusque iudex .. verit In pulverem* 「節操のない裁き手や異国の女はイリオンを灰燼に帰した」*Hor. C.* 3,  
3, 19の「節操のない裁き手」はヘラ、アテナ、アプロダイテの三女神をめぐる審判におけるトロイアの王子パリスのこぼ  
れ結果として異国の女ヘレネの関係がトロイアの滅亡をもたらした。「節操なき王」*Plin. Pan.* 52, 3: 「不純な愛」*Hor. C.* 3, 6,  
23: 「不倫な恋情」*Tac. A.* 12, 4: 「不倫な結婚」*nuptiae*, *id. ib.* 11, 25 *fn.*: 「近親相姦たる結婚」*Suet. Claud.* 26: 「不倫な夜」  
*Plin. Pan.* 63, 7: 「汚らわしい言葉」*Ov. Tr.* 2, 503: *pellicere aliquem incesto sermone* 「いかかわしい言葉のかの者を口  
説く」*Liv.* 8, 28, 3: *incestus manus intra terminos sacros inferre* 「汚れた手を聖なる神域の中へともたらしたと言われる」  
*id.* 45, 5, 7: *corruptor et idem incestus*, 「不敬なる誘惑者」*Juv.* 4, 9. など。

これらは限られた範囲ではあるが、形容詞形の *incestus* がとくに男女の性的な関係と結びつけられて観念されて

いることがうかがえる。こうした用例から、名詞としての *incestum* は、不貞、不身持、淫奔、みだらな、下卑た、猥褻なことを意味する用法が生まれてくる。とくに宗教法違反として、近親相姦の觀念が登場する。

*incestum pontifices supremo supplicio sanciunt* 「近親相姦は、高級聖職者はこれを最高刑をもって罰すべし」*Cic. Leg. 2, 9, 22: concubuit cum viro ... fecit igitur incestum* 「男と同衾せり、*ヌ*すれば不倫を犯せり」*id. Inv. 1, 40, 73: committere, Quint. 4, 2, 88; Dig. 23, 2, 39: ex incesto, quod Augustus cum Julia filia admisisset* 「アウグストゥスが娘のユリアと犯した近親相姦より「実の母が生まれたと誇った」」*Suet. Calig. 23; cf.: incesti cum sorore reus, 「姉妹との近親相姦のかどび」* *id. Ner. 5: cum filia commissum* 「娘と近親相姦を犯した」*Quint. 5, 10, 19: incesto liberatus, Cic. Pis. 39, 95: incesti damnata* 「近親相姦の廉で有罪となった女」*Quint. 7, 8, 3: 「この名がこの場所に付けられたのは不貞に由来する」* *ab incesto id ei loco nomen factum, Liv. 8, 15, 8: incesti poena ... in viro in insulam deportatio est* 「*incestum* の罰は、... 男子に於ては島地への重流刑である」*Paul. Sent. 2, 26, 15. — In plur.: stupra ... et adulteria, incesta denique, たとえ不義、姦通、密通、そして近親相姦と* *いったすべて厳しく非難されるべき恥辱を除外したとしても* *Cic. Tusc. 4, 35, 75: super sororum incesta* <sup>14)</sup> *妹たちとの不倫な關係を別として* *Suet. Calig. 36: Vestalium virginum, 「ウエスタ巫女たちのふしだらな行跡」* *id. Dom. 8.*

以上に挙げた用例は、キケロ、リウィウス、スエトニウス、タキトゥス、クインティリアヌス、ホラティウス、ユエナリスらであり、時代的に共和政末から帝政期にかけてと時代的には限られている。またそれぞれが語られた文脈、法廷弁論であったり、歴史叙述であったり、詩としてであったり、また法廷弁論の訓練のための題材であったり、実際にはより精密にその内容を検討しなければならぬのであるが、ここでは *incestum* にかかわる語義の範囲を確定するに留めることを許されたい。

古代ローマでは *incestum* は父祖の慣習とも言うべき伝統的なモラルに反する罪とされていた。*incestum* は、神法



*fas* の領域に由来する概念であり、ここでは宗教的規範に反する不貞行為を意味する、とされる<sup>(15)</sup>。この宗教的インセストの一つの事案が、ウエスタ巫女による貞潔宣誓違反であり、これは宗教的違背行為として神官団の管轄に属し、伝承ではさまざまに死刑犯罪として言及されている<sup>(16)</sup>。ウエスタ巫女に対する刑罰は、まず鞭打ちが行われたあと、生き埋めによって行われるが、これは神に仕える巫女への直接的な殺害は *nefas* とされたからである、とされる。この神官による刑罰権行使について、古くは、モムゼンらに代表されるように、ウエスタ巫女に対する大神官 *pontifex maximus* の家長権 *patria potestas* に由来するとみなされ、これによれば、ウエスタ巫女が共同体の娘であり、まさにそのようなものとして大神官の家権力に服したと考えられた<sup>(17)</sup>。その後、ヨルダンらによって、家長権行使というよりはむしろ夫権の行使の結果であるという学説が提示された。大神官が神の代理人であり *manus* に対応する権力の保持者としてウエスタ巫女のインセストの際に家長権というよりはむしろ夫権の行使であるとする説が有力に唱えられた。その根拠としては、巫女服とローマ婦人の婚礼衣装との同一性からそれゆえ神との婚姻の締結のための象徴とみなされること、さらに神官の刑罰権が姦夫にも拡張され、民会で鞭打ちされたという事実とも符合すること<sup>(18)</sup>が指摘される。

*fas* に属しながら、その他の面では不分明な *incestum* の概念は、しだいに世俗法の領域へと移され、その中で特定化され、近親相姦を詳細に画することになる。古くは血族間の性的関係は、婚姻の形であれ単なる同衾という形をとろうとも、神法秩序に反し、それゆえここでも神官団が禁止への従属を管理しなければならなかった<sup>(19)</sup>。しかし血族として問題になるのは、法によって六親等までのものが親族として考慮された<sup>(20)</sup>。

広範な婚姻制限に対する反動はすでに比較的早くから起こっていたことを示す初期の記録としては、リウィウス

第二〇巻要略<sup>(21)</sup>がある。これによれば、前三世紀末、P・クロエリウス Cloelius について伝えるところであり、彼はじめて父祖たちの慣習に抗して七親等の親族者を妻に迎えた。たしかにクロエリウスはそれゆえに死刑裁判に巻き込まれたが、最終的には無罪となった、と伝えられる。爾来四親等間の関係が許される。共和政期には、インセストが姻戚関係の場合にも問題となるかどうかは必ずしも確定的なことではない。おそらくキケロ『クルエンティウス弁護』五、六に<sup>(22)</sup>照らし見れば否定されるとするのが一般的である。ここでは義理の母と以前の義理の息子との婚姻というきわめてスキャンダラスな事件が取り上げられているが、必ずしも法的には禁止されていないことがうかがえる。

## 二・学説彙纂の中の incestum

そこで次に、ローマ法学者が incestum の問題をどのように捉えていたのであろうか。アウグストゥスによる姦通処罰に関するユリウス法 Lex Julia de adulteris においても、本来期待されるような incestum に関して、詳細な規定も罰もなかった。根本的に、こうした commune crimen について、法律の特別規定は一般的に提供されていない。これは、incestum 自体が同時に adulterium の要件と重なり合っていたからであると考えられる<sup>(23)</sup>。

ユステイニアヌス『学説彙纂』第二三巻第二章は婚姻の儀式についてと題される。同章の中で、incestum に関して、次のような法学者パウルスの見解が伝えられる。

D.23.2.39.1, Paul 6 ad Plaut.: Si quis ex his, quas moribus prohibemur uxores ducere, duxerit, incestum dicitur committere. 「もしある者が習俗により妻に娶ることを禁じられる女たちの中から妻を娶った場合には、その者は incestum をなしたと云われる。」<sup>(24)</sup>

これによると、習俗上妻として娶ることを禁じられた者たちという範疇があり、その範疇に属する者を妻とする（*incestum*）であると考えられる。

パウルスは別の箇所で、奴隸身分から解放されて自由身分になった場合の問題を取り上げている。

D.23.2.14.2, Paul 35 *ad ed.*: *Serviles quoque cognationes in hoc iure observandae sunt. Igitur suam matrem manumissus non ducet uxorem: tantundem iuris est et in sorore et sororis filia. Idem e contrario dicendum est, ut pater filiam non possit ducere, si ex servitute manumissi sint, etsi dubitetur patrem eum esse. Unde nec volgo quaesitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in contrahendis matrimonii naturale ius et pudor inspicendus est: contra pudorem est autem filiam uxorem suam ducere.* 「奴隸の血族関係もこの法において考慮されるべきである（*Serviles quoque cognationes in hoc iure observandae sunt*）。したがって解放自由人は自己の母を妻に娶ることはできない。姉妹並びに姉妹の娘においても同様のことを法にかなう。反対に、父と娘は、彼らが奴隸身分から解放された場合には、たとえその者が父であることが疑われようとも、父親が娘を娶ることはできないと言われるべきである。それゆえ、実の父が結婚状態から儲けた娘を娶るということがあつてはならない。婚姻の締結にあたっては自然法と貞潔が遵守されなければならないからである。娘を自らの妻に娶ることは慎みに反することである。」

これによれば、まず、*incestum* は、法律 *leges* はでなく、習俗 *mores* に基づくものとされる。それは自然法に関わ

り、市民法上の能力を有さない奴隷の血縁関係にもあてはまる。それゆえ解放自由人の場合、実際に血縁関係が疑わしい場合でも、「婚姻の締結にあたって自然法と貞潔が遵守されなければならないので」、婚姻上の娘にあたる女性と結婚することはできない、とされた。<sup>(25)</sup>

*incestum* に対する厳しい宗教的な嫌悪は、キリスト教普及以前のローマ異教の文献に存在しないとされる。<sup>(26)</sup> *incestum* はたしかに道徳に反するとしても、しかし殺人ほどの嫌悪を生まなかった。*incestum* はアウグストゥスの姦通処罰に関するユリウス法自体には明示的に規制されていたか否かについては争いがある。<sup>(27)</sup> *incestum* に言及する法文は例えば次のようなものがある。

D.48.5.8 (7.1), *Papinian 2 de adulteris: Incesti commune crimen adversus duos simul intentari potest. Incestum* についての共同告訴は同時に二人の者に対して提起できる。」

D.48.5.40 (39).7, *Papinian 15 resp: Incesti commune crimen adversus duos simul intentari potest. Incestum* に関する共犯の罪は、二人に対して同時に問われうる。」

*incestum* は、要件としては *adulterium* と重なり合うことはいうまでもない。しかし、明確に *adulterium* と区別される点があった。<sup>(28)</sup> 例えば、*adulterium* の場合は、告発に関して、当事者の一方がまず有罪となつてはじめて、他方の告発が可能となつたのに対して、*incestum* の場合には、二人を同時に告発することができた点である。たしかにそうした取扱い上の違いはあるとしても、*incestum* は、ユリウス法上の *adulterium* または *stuprum* のいずれかの要件を充足していたと思われる。姦通処罰に関するユリウス法に関する註解を収めた『学説彙纂』第四八卷第五章におい

て、法学者の関心が incestum にも向けられているのは、そうした理由からであると考えられる。そして、incestum の事案も、adulterium に関する査問所 (questio de adulteris ないし cognitio) によって管轄されたと思われる。<sup>(29)</sup> 時効に 関して、adulterium の場合は五年間であったが、adulterium を伴う incestum の場合には、五年の時効が認められな いという違いがあった。<sup>(30)</sup>

D.48.5.40 (39).5, Papinian 15 resp.: Praescriptione quinque annorum crimen incesti coniunctum adulterio non excluditur. 「五年の時効によつて、adulterium と結びついた incestum の罪は免れない。」

共和政期には、キケロの法廷弁論、例えば『シロ弁護』にもうかがえるように、奴隷の拷問が認められたのは、主人の incestum について告発があった場合に限られている。<sup>(31)</sup>

Cicero, *pro Milone* 22.59: De servis nulla lege questio est in dominum nisi de incestu... 「奴隷に関しては、… incestum 不倫行為に關係する場合をのぞいては、主人に不利益となるような拷問はいかなる法律によつても認められていない。」

ユリウス法では、主人の adulterium について奴隷の拷問が許されたが、これも incestum に関わる場合に限られる。<sup>(32)</sup> incestum に関わる adulterium は当事者の一方の死亡後も提訴することができた。<sup>(33)</sup>

incestum は当然ながら通婚能力 conubium と関連しており、incestum に関する法学者の議論の多くは、『学説彙纂』

第二三卷第二章婚姻の儀式についての章において、*incestum*を回避する文脈で記されている。四親等より近い近親者間の婚姻は禁じられる。換言すると、いとこ同士の婚姻は許されることになる。<sup>(34)</sup>

三親等内の血族については、四九年の元老院議決は、クラウディウス帝「在位四一—五四年」とその兄ゲルマニクスの娘アグリッピナとの婚姻を成立させるために、父系の伯叔父とその姪との婚姻を認めた。<sup>(35)</sup> スエトニウスは、彼の例に倣ったのはただ一人のおべつか使い、解放自由人の第三列歩兵隊長だけであつたと伝えている。<sup>(36)</sup>

ところで、不法と合法とのこの微妙な境界線を越えるようなことがどのくらいの頻度で起こつたのであろうか。姉妹の娘と結婚した男に対する告発についてのパピニアヌスの註解<sup>(37)</sup>を見てみると、そのような事態が起こる場合、ローマ皇帝による裁可を得ることが求められたようである。<sup>(38)</sup> 裁可が得られればかかる結婚は許されたということである。しかしこのような緩和措置は三四二年にコンスタンティウス二世「在位三三七—三六一年」によつて撤廃された。<sup>(39)</sup> その後、ゼノ帝「在位四七一—四七五年」は、はつきりとあらゆる姪との結婚の禁止するに至る。<sup>(40)</sup>

姻族関係も、通常血族関係と同様の親等関係が考慮されている。ポンポニウス法文やユステイニアヌス『法学提要』では、男は継娘や彼女の娘と結婚できず、<sup>(41)</sup> 実際義理の娘「嫁」とも義理の母「姑」とも結婚できないとされる。<sup>(42)</sup> このルールは、アグナティオ家族——血縁関係がない場合もありうる——とコグナティオ家族という二つの家族関係の混在によつて複雑なものとなつたと考えられよう。養子は、養子縁組の解消後も、継母にあたる養父の妻と結婚できず、同様に、養父も、もとの養女と結婚できないとされる。<sup>(43)</sup> 卑属・尊属関係にあつた者同士の結婚は、つねに *incestum* にあたる、とされる。グレーゾーンは、離婚女が再婚相手の夫との間に儲けた娘と、前夫は結婚することができるか、という問題である。この場合血縁関係も直系でもないが、そのような結婚は、とくにユリアヌスによつ

て、道徳的理由から、暗黙のうちに慎むべきとされた<sup>(44)</sup>と、ウルピアヌスは伝える。これらの直系関係にあたる場合は *incestum* の疑いがあるが、しかし傍系の関係にすぎない場合、実際の血縁関係だけが考慮される。例えば、家長権免除された者が養女であった姉妹と結婚しても、その姉妹との間でアグナティオ関係が解消されていれば、不法ではない、とされた<sup>(45)</sup>。

### 三・勅法の中の *incestum*

帝政後期においては、おそらくキリスト教の影響下にあつて、亡妻の姉妹との結婚や、兄弟の寡婦との結婚は禁じられており<sup>(46)</sup>、いとこ同士の結婚も、皇帝の許可がない限り禁じられていた<sup>(47)</sup>。

*incestum* は、婚姻だけでなく、内縁関係その他の同様の関係にも拡張されたであろう<sup>(48)</sup>。*incestum* の罪は性行為の既遂がない限り成立しないとされる<sup>(49)</sup>。

親や、兄弟などの一親等、二親等以内の親族関係の *incestum* には弁解は認められなかった。事実の認識は通常ありえたであろうから、この場合には法の不知という余地はなかった。女性側が義理の娘、嫁、継女、養女や継母、養母、姑であった場合、女性は男性と同様に罰せられた。*adulterium* とは無関係に *incestum* とみなされる<sup>(50)</sup>。

母親が実の息子に人倫に反する愛情を抱いていると疑われ、その結果息子を自殺に追いやつた場合、下の息子を守るため、彼女は一〇年間追放されたという一つの事例が伝えられている<sup>(51)</sup>。女性は通常自然法（万民法）によつて禁止されている関係だけが *incestum* とされ、もしその関係が市民法によつてのみ禁止されていた場合、彼女は告発を免れることができた<sup>(52)</sup>と考えられる。法の不知は直ちに男性に適用されなかったが、年齢は、性別と同様に抗弁となると

された。しかし姦通の場合は、これと異なり、年齢は抗弁とならなかった。<sup>(53)</sup> 男が錯誤により (合法とされている兄弟の娘ではなく) 姉妹の娘と結婚した場合、淫行に及ばなければ、ありうることを許されたように思われる。<sup>(54)</sup> こうしたことは、結婚が行われたという事実が、両当事者の錯誤にもかかわらず名譽ある意思を示しているので、incestum であつても、結婚に至つた場合は、姦通より重大ではなく、もし彼らがそれ以上の性的な関係を止め、離婚したら、罪はないという有力な見解によつて支持された。<sup>(55)</sup> マルクス・アウレリウスとルキウス・ウェルスはこの点についての勅令を出し、<sup>(56)</sup> デイオクレティアヌス帝とマクシミアヌス帝もまた同様の法を制定した。<sup>(57)</sup>

その一方、帝政後期の勅法では、男女が近親関係にあることを申し立てて *adulterium* (おそらく *stuprum* 淫行も) の告発を免れながら、その後結婚した場合、以前の告発を証明したものと看做され、有罪として罰せられるべきものとされた。<sup>(58)</sup>

*incestum* に対する制裁は、通常死刑であつたが、文字通りのこともあれば、<sup>(59)</sup> 追放刑ないし島地への流刑<sup>(60)</sup> という形になることもあつた。しかしとくに女性に対して、<sup>(61)</sup> 恩赦が認められる場合以外にも、時に緩和されることもあつた。もとより *incestum* は、合法婚姻ではなく、無効であつた。<sup>(62)</sup> これが *incestum* における「妻」が姦通を犯した時、彼女の「夫」が夫としてではなく、第三者の権利によつてしか告発することが出来なかつた理由である。<sup>(63)</sup>

例えば、後見人と被後見人との結婚など、他のいくつかの禁止された結婚は、刑法犯罪として扱われたように思われる。<sup>(64)</sup> 法学者の解釈は軍人や属州役人と属州の女性との結婚、<sup>(65)</sup> 元老院階級の者と被解放自由人ないし卑層身分者との結婚は、ユリウス・パピリウス法の下で禁止された結婚に分類されたが、それ以外の結婚は、少なくとも元首政の時代には刑法犯罪とされなかつた。他の生来自由人は被解放自由人の女性と結婚することができたが、演芸に従事する



者又はその父母がこれに従事する者など、卑層身分の女性とはできなかつた。<sup>(66)</sup>

帝政後期では、解放自由民と女主人や、男主人の（死別または離婚した）妻や娘との間の結婚は犯罪になつた。<sup>(67)</sup> キリスト教徒とユダヤ教徒との結婚もまた禁止されて<sup>(68)</sup>いた。異教徒との結婚は禁じられていた訳ではなかつたので、おそらく宗教というより慣習の理由から禁じられていたとも考えられよう。またローマ人（ここでは属州民のことである）と異民族との結婚も禁止され、この場合違反者は死刑になつた。<sup>(69)</sup> 姦通者同士<sup>(70)</sup>の結婚もまた無効とされ、罰せられる。これについては、*adulterium* 自体の検討の際にさらに詳しく考察することにした。しかしながらこれがあてはまるのは、女性の方が姦通行為自体で有罪になつた場合限られた。<sup>(70)</sup>

古典法上禁じられた結婚——曖昧性の残る問題であるが——に対する罰は、まさに婚姻が無効となつたのではなく、ことが露見したときにも、あたかも本人たちが結婚していなかつたときとされ、婚姻身分についてのユリウス法とパピウス・ポップアエウス法の範囲で、罰則に留まつた。<sup>(71)</sup> キリスト教帝国たる帝政末期になると、他の犯罪と同じように、みせしめの罰で威嚇されることとなつた。

#### 四・小結

本稿は、以上のように、バハオーフェン『母権制』のオウィディウス『変身物語』に見られるインセスト・タブーの問題から出発して、古代ローマにおける *incestum* の観念の変化をたどつてきた。本稿では、この問題と関係の深い、アウグストゥス帝による姦通処罰法に関して、若干触れることができたにとどまる。ローマ法学者による註解文献における *adulterium* と *stuprum* という語をめぐる議論<sup>(72)</sup>、*incestum* と関連する、*stuprum* と *adulterium* との関係、

また両者の違いなど、あるいは後の法学者たちがこれらの語に用語上の区別を設けている事態があらためて注目されなければならない<sup>(73)</sup>。遅くとも三世紀初頭には、法学者たちは *adulterium* と *stuprum* とを明確に区別することを主張しているように見える。本村氏のように「この間に何らかの事態の変化、あるいはそれに伴う考え方なり感じ方の変容があつたことに気づかざるをえない」のか、このような事態が生じる背景に、ローマ社会における「家」あるいは「家族」のあり方の変質が想定できるのか、キリスト教の影響など問題は多く残されている<sup>(74)</sup>。次稿では、冒頭に掲げた問題を含めて、アウグストゥスによる姦通処罰法に関するローマ法学者の議論の分析を試みたいと考える。

- (1) Bachofen, *Das Mutterrecht, in Bachofens Gesammelte Werke II, III*, Basel (Benno Schwabe & Co) 1948. 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。
- (2) バハオーフェンにおける法の觀念について、吉原達也「バハオーフェン『母権制』における法の諸相」『広島法学』第二九卷二号（二〇〇五年）、一四五頁を参照。
- (3) 吉原他訳『母権制』上巻・七七頁以下。
- (4) 同書九四頁以下。
- (5) 同書一〇〇頁以下。
- (6) 同書一〇二頁。
- (7) 弓削達『素顔のローマ人』生活の世界歴史4・河出書房新社・一九七五年、とくに一三二頁以下。
- (8) 本村凌二「ローマ帝国における『性』と家族」弓削達・伊藤貞夫編『ギリシアとローマ——古典古代の比較史的考察』河出書房新社・一九八八年、二七五―三〇〇頁。これは以下に収録されている。『ローマ人の愛と性』講談社現代新書、一九九九年、改題『愛欲のローマ史——変貌する社会の底流』講談社学術文庫、二〇一四年。

- (9) 金晃賢「アウグストゥスの姦通法における殺害権の性格とその法の立法目的」『地中海研究室紀要』一号(二〇〇三年)、一七―三二頁。藤野奈津子「アウグストゥスの支配と家―Lex Iulia de adulteriisにおける殺害権の考察をてがかりとして―」『早稲田法学会誌』第四九卷(一九九九年)、二六九―三一頁、「アウグストゥスの社会政策―Lex Iulia de adulteriisにおける告発権の検討を通じた一考察―」(一)『早稲田法学会誌』第七五卷(二〇〇〇年)、一一―一四八頁、(二)第七六卷(二〇〇〇年)、四五―七五頁。吉原達也「ユスティニアヌス帝『学説彙纂』第四十八卷第五章姦通処罰に関するユリウス法註解」『広島法学』第三五卷第三号(二〇一二年)、二五―四三頁所収。
- (10) 吉原達也「ユスティニアヌス帝『学説彙纂』第四十八卷第五章姦通処罰に関するユリウス法註解」『広島法学』第三五卷第三号(二〇一二年)、二五―四三頁所収。
- (11) 例え<sup>66</sup> Plut. *Marc.* 2; Val. Max. 6.1.7-8 & 11; Liv. 25.2.9; cf. Gellius, NA 4.14.3; Bauman (1974).
- (12) Lotmar, P., Lex Iulia de adulteriis und incestum, *Mélanges P. F. Girard*, Paris 1912, 119-43. Guarino, A., Studi sull'incestum, ZSS 63 (1943), Rom. Abt., 175-267. Manfredini A.D., La donna incestuosa, *Annali dell'Università di Ferrara. Scienze Giuridiche*, ns. 1 (1987), 11-28.; Treggiari, S., *Roman Marriage*, Oxford 1991, 37-9. Robinson, O. F., *The Criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore: John Hopkins, 1996.
- (13) *A Latin Dictionary* edited by Charlton T. Lewis and Charles Short, 1879; *Oxford Latin dictionary*, edited by P. G. W. Glare, 2nd ed, Oxford (Oxford University Press) 2012.
- (14) 女性名詞形として incesta, ae 「(既婚者の) 愛人、情人、情婦、姦婦」: hunc (adamanta) dedit olim barbarus incestae 「かつてこの夷狄の男「アグリッパ」が近親相姦の女「妹」にこれ(ダイヤ)を与えた」 Juv. 6, 158. 副詞: incesté (incesté, Sen. *Contr.* 2, 13). A. 一般的に。不浄に、みだりに、罪深く。Lucr. 1, 98: facere sacrificium Dianae, 「<sup>67</sup>この不浄の<sup>68</sup>ディアナ女神に犠牲を捧げようとするのか。」Liv. 1, 45, 6. B. とくに。不貞に。ideo aquam adduxi, ut ea tu inceste uterere? 「私が水道をひいたのは、おまえが不謹慎な飲食のあとで水を使うためだったか。」Cic. *Cael.* 14, 34: libidinatium 「不義密通」 「母子相姦の情欲」 Suet. *Ner.* 28: agit incestus res suas 「[「ユピテルは」不貞にもわが思いを遂げた。], Arn. 5, 170. やるごと

関連語として、同じく不貞、インセストを意味する *incestus* (主にキケロとされる) の用例がある。 *quaestio de incestu* 不倫行為に関する訊問, *Cic. Mil.* 22, 59; *id. Brut.* 32, 122; 124; *id. N. D.* 3, 30, 74 「ペドゥゥカエウスの訴えによつて審理されたインセストの罪」; *Liv.* 4, 44; *Val. Max.* 6, 3, 7.

(15) *incestum* という観念がいかに形成されてくるかという点については RE 9-2 (*incestum*) を参照。差し当たり、Latte, Kurt, *Römische Religionsgeschichte*, München 1960, 47sqq., 262-249. OLD<sup>2</sup> の該当項目によれば、形容詞形 *incestus* は「一般に純潔な、貞潔な、敬虔な、信心深い、神聖な、高潔な、清廉などを表す *castus* と否定辞の *in* からなる」とされる。Latte によれば、本来的にはこうした一般的に宗教的な不浄が観念されたと考えられるが、のち、性的なタブーに限局され、とりわけウェスタ巫女の違背行為さらにインセストないし近親相姦という観念が生まれてきた」とされる。

(16) ウェスタ巫女の貞潔喪失がインセスト *incestum* に数えられた。共和政末については Asconius, *toga cand.* 91 (Stangl 70) 及び *in Milon*, 46 (Stangl 40) を参照。Marshall, Bruce A., *A Historical Commentary on Asconius*, University of Missouri Press 1985, 309-11. 前者は「前七三年の事件として伝えられる。キケロの最初の妻テレンティアの姉妹にあたると思われるウェスタ巫女ファビアと、キケロの仇敵カティリナとの関係が問題として取り上げられる。ファビアは結果的には無罪となったと伝えられる。R. G. Lewis, *Catilina and the Vestal, The Classical Quarterly*, New Series, Vol. 51, No. 1 (2001), 141-149. Cornell, T., Some observations on the crimen incesti, *Le Délit religieux dans la cité antique: table ronde* : Rome, 6-7 avril 1978 (Collection de l'École française de Rome, 48) 1981, 27-37. 神官による故意の宗教的犯罪の他の事例は「王政時代の M・アティリウス Atilius の事件だけであったと指摘していることは興味深い。アティリウスは、親殺しの如く、袋詰め海に投げ込まれた——DH 4.62.4; Val. Max. 1.1.13. 「M・アティリウスは買収されてサビニ人ペトロニウスに自分の書庫にあったローマの秘儀に関する書を写させた。タルクィニウス王は彼を袋に詰めて海に投げ入れるよう命じた。これははるかのかのちに法によつて親殺しのための刑罰と同じであるが、これは親と神に対する侵害行為は等しい罰をもって償われるにあたいするからである。」

(17) *Mommien* *Römisches Staatsrecht II*, Leipzig 1877, 54sq.; *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 18f. Marquardt,

Römische Rechtsstatutenverwaltung III, 2. Aufl., besorgt von G. Wissowa, Leipzig 1885, 315, 341.

- (18) Jordan, H., *Tempel der Vesta und das Haus der Vestalinnen*, Berlin (Weidmann) 1886; Dragendorff, *Rheinische Museum*, 51, 281-302; und Brassloff, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 22, 140sq: に代表される。この項に G. White, Ed. L., *The Vestal Virgins of Ancient Rome*, *Classical Weekly*, Vol. 12, No. 20, 153-155. を参照。
- (19) Cf. Roszbach, A., *Untersuchungen über die römische Ehe*, C. Mäcken 1853; repr., Keip 2002.
- (20) *Plut. quaest. Rom.* 6. 「なぜローマでは近親にキスをするのか。……それとも互いに結婚を禁じられている近親同士では愛情を表すのにせいぜいキスマでだからか。今でも伯叔母や姉妹と結婚してはならないように、昔は血族結婚はしなかったが、大分後従兄妹同士は構わなくなったのは、ある貧乏で堅気でみんなに好かれていた男が後嗣に残された従妹と結婚したために遺産目当てという罪に問われたが、事情が判明し無罪と決まっただけという話もある」。河野與一訳『プルターク『倫理論集』の話』岩波書店・一九六四年、一〇二頁以下を参照。Polzb. VI 11a, 4. 「女は自分や夫の親族に対して、いとこの子にいたるまで全員に口づけをしなければならぬ。」
- (21) Mommsen, Th., *Anecdoton Livianum*, *Hermes* IV (1870) 372= *Scholium in codicem Parisiensem Latinum* 3858. Livy, XIV, Loeb Classical Library 404, 1959, 180: P. Cloelius patricius primus adversus veterem morem intra septimum conationis gradum duxit uxorem. Ob hoc M. Rutilius plebeius sponsam sibi praeripi novo exemplo nuptiarum dicens seditionem populi concitavit, adeo ut patres territi in Capitolium perfugerent. 「パトリキたる P・クロエリウスは初めて古くからの慣習に抗して七親等の親族の者を妻として娶った。このことにより、プレプスたる M・ルティリウスは、自分の婚約者が先例のない結婚によって奪われたと主張し、国民の反乱へとかき立てたので、父祖たちはこれを恐れてカピトリウム丘へと退去した。」但しこの事件の詳細は不明。
- (22) *Cic. pro Cluentio* 5.6. クルエンティウスの母サッシアは、娘の夫である若者メリヌスへの愛欲にとらわれた。娘はこの夫と離婚、「鳥占いを述べる者も婚姻を許可する者もなく、あらゆる人々のあらゆる不吉な予感の中で、姑が娘の夫と結婚したのである」と。上村健一訳『キケロー選集』第1巻・岩波書店・二〇〇一年、九六頁以下を参照。

- (23) D.48.5, 8, 40, 7, 18, 4, 5.
- (24) D.23.2.39.1, Paul 6 *ad Plaut.*: Si quis ex his, quas moribus prohibemur uxores ducere, duxerit, incestum dicitur committere. 「もしある者が、習俗により妻に娶ることが禁ぜられているもの〔たちの中〕から、妻を娶った場合には、インセスト incestum をなしたと云われる。」以下、第二三卷第二章については、以下、京都大学西洋法史研究会訳『法学論叢』第六六卷四号4頁以下を参照させていただいた。
- (25) D.23.2.14.2, Paul 35 *ad ed.*: Serviles quoque cognationes in hoc iure observandae sunt. 「奴隷の血族関係もまた本法において遵守せらるべきである。」及び非嫡出的な関係について。Inst.1.10.10: Illud certum est serviles quoque cognationes impedimento esse nuptiis, si forte pater et filia aut frater et soror manumissi fuerint. 「奴隷間の血族関係も、またもし例えば父及びその女兒又は兄弟及び姉妹が解放せられたるときは、ひとしく婚姻の障碍たるべきは確実なりとす。」D.23.2.8, Pomponius 5 *ad Sab.*: Libertinus libertinam matrem aut sororem uxorem ducere non potest, quia hoc ius moribus, non legibus introductum est. 「解放自由人は自己の解放自由人たる母、姉妹を妻に迎えない。蓋しこの法は法律によらずに習俗によつて moribus, non legibus 導入されたからである。」
- (26) Coll.6.4.1-8. ティオクレティアヌス及びマクシミアヌス両帝の勅法は道德教化的な術語で表現されている。一定の日数以内に別れたカップルには恩赦が与えられた。Coll. 6.7.1-9はモーセ律法的である。
- (27) Robinson (n. 12), 55; Guareschi, A., Le note di Marciano ai de adulteriis libri duo di Papiniano, *Index* 21 (1993), 453-488. はかかる説を提唱する。
- (28) D.48.5.8 (7.1), in 2 *de adulteriis Papiniani* において、パピニアヌスは以下記す: Incesti commune crimen adversus duos simul intentari potest. 「近親相姦についての共同告訴は同時に二人の者に対して提起できる」と。D.48.5.40 (39). 7, Papinian 15 resp. も同様。以下に見るように、姦通の場合、一方がまず有罪とされ、その後はじめて他方が告発されなければならぬ——D.48.5.16 (15). 9, Ulpian 2 *de adult.*; 48.5.18 (17). 6, *ibid.*
- (29) Robinson (n. 12), 55; Mommsen (n. 17, 1899), 668 は「証拠がまったくない」とだけ述べている。

- (30) D.48.5.40 (39).5, Papinian 15 *resp.*: Praescriptione quinque annorum crimen incesti coniunctum adulterio non excluditur. 「五年の時効にてもて、adulterium と結びつた incestum の罪は免れなご。」
- (31) 柴田光蔵「ローマ法における殺人訴訟の一考察(一)」『法学論叢』第一〇五卷一号二二—二四頁、山沢孝至訳「ミロー弁護」『キケロー選集2』岩波書店・二〇〇〇年、二八八頁を参照。cf. Val. Max. 6.8.1. 弁論家マルクス・アントニウスが incestum の廉で告発され事案について。
- (32) D.48.5.40 (39).8, Papinian 15 *resp.*: De servis quaestionem in dominos incesti postulatos ita demum habendam respondi, si per adulterium incestum esse contractum dicatur. 「incestum の廉で告発された主人について奴隷の拷問が認められるのは、adulterium による incestum が結ばれたと知られる場合でも。」D.48.18.4, Ulpian 3 *disp.*: In incesto, ut Papinianus respondit et est rescriptum, servorum tormenta cessant, quia et lex Iulia cessat de adulteris. 「incestum について、パピニウスが解答し勅令で定められたように、奴隷の拷問は用いられない。というのは、ユリウス法は adulterium について拷問を用いないからである。」cf. D.48.18.17.1, Papinian 16 *resp.*: Sed et in quaestione stupri servi adversus dominum non torquentur. 「つかし stuprum の糾問にあたって、奴隷は、主人の不利のために拷問されることはない。」但し、同所前文では、pr. Extrario quoque accusante servos in adulterii quaestione contra dominum interrogari placuit. Quod divus Marcus ac postea maximus princeps iudicantes secuti sunt. 「家外人が adulterium について告発する場合にも、主人の不利のために奴隷が拷問されるのが通説である。」この「つかし」は、淫行 stuprum ではなく、姦通 adulterium の告発が必要とされている。
- (33) D.48.5.45 (44), Papinian 4 *resp.*: Defuncta quoque socru gener incesti postulabitur, ut adulter post mortem mulieris. 「女の死後も、姦夫 adulter であるが、義母が死亡した後も、婿は incestum の廉で告発されであろう。」
- (34) Ulp. *Reg.* 5.6; Coll. 6.2.2, Ulp. *Inst.* 1.10.4 「二人の兄弟あるいは二人の姉妹の子又は一人の兄弟及び一人の姉妹の子は結合せらるるを得。」親等を計算するために、ローマ人は一方当事者から共通の祖先に遡り、そこから他方当事者まで下がって計算した。ローマの親等計算の方法について、佐藤篤士「親等計算方法の系譜」『講座家族6』弘文堂・一九七四年所収を参照。
- (35) G.1.62: Fratris filiam uxorem ducere licet: Idque primum in usum venit, cum divus Claudius Agrippinam, fratris sui filiam,

uxorem duxisset: Sororis vero filiam uxorem ducere non licet. Et haec ita principalibus constitutionibus significantur. 「兄弟の娘を妻とすることは妨げない。そうして、この慣例は、神皇クラウディウスがその兄の娘アグリッピナを妻としたことから始まった。これに反して、姉妹の娘を妻とすることは許されない。そうして、これは諸勅法によつて規定された。」(船田享二訳『ガイウス法学提要』を参照。) さらに Ulpian in Coll. 6.2.2によつても伝えられている。

(36) Suet. *Claud.* 26. 兄ゲルニクスの娘アグリッピナとクラウディウスの結婚についての動議に関する。Tac. *Annals* 12.5-7; cf. Suet. *Dom.* 22.

(37) Coll. 6.6.1, Papinian *de adulteris*; cf. D.48.5.39 (38). 1, Papinian 36 *quaest.*: 1. Stuprum in sororis filiam si committatur, an adulteri poena sufficiat mari, considerandum est. Occurrit, quod hic duplex admissum est, quia multum interest, errore matrimonium illicite contrahatur an contumacia iuris et sanguinis contumelia concurrant. 「姉妹の娘[姪]に対す<sup>o</sup> stuprum が犯される場合、男に adulterium の罰が十分であるか、考察されねばならない。この場合二重の罪が犯されたということが生じたので、違法ではあるが誤つて婚姻が締結されると、法の拒絶と血の軽侮[という二重の罪]が同時に起こる[競合する]のとは大きな違いだからである。」Diocletian in Coll. 6.4.5.

(38) D.3.2.10, Paul 8 *ad ed.* は、皇帝は慣習的に服喪期間中の婚姻の許可を求められたと伝える。Dio 68.2は、ネルウァ帝は、男性が自分の姪との結婚を禁じたと伝える。cf. C.Th.3.10.1=CJ 5.8.1 (409) ただしいかなる種類の結婚が禁止されたかは不明である。

(39) C.Th. 3.12.1 (342). 「何者かがその兄弟または姉妹の娘をその妻としようとおえてする程にいまわしいとき、また彼がその女の抱擁に入るときは、死刑の宣告を受けるべきである。」伯叔母と甥との婚姻につき、Gai. *Ep.* 1.4.3-4.

(40) CJ.5.8.2 (年代不明、ゼノ帝) 「兄弟または姉妹の娘との婚姻という最も不敬な冒瀆は、最も神聖な諸勅法によつて最も重大な刑罰の強制をもつて有責とされたところであり、現在の神聖な制裁をもつて繰り返して吾人はこれをあらゆる方法によつて禁止する。」5.5.9 (476-84、ゼノ帝)。

(41) D.23.2.40, Pomponius 4 *ex Plautio* 「継娘と同様継娘の娘をも妻に娶られえない」とアリストーは答えた。」; *Inst.* 1.10.6



87. 「姻戚関係の尊敬によってもまた婚姻を拒絶することは必要である。これは嫁又は継女子となったときにとくに解するを要する。というのは、もしいまだ嫁であるとき、つまり汝の息子と婚姻したときは汝は他の理由をもってその女を娶ることができないからである。…外姑及び継母を娶ることもまた禁止せられたり。」

(42) アウグストゥス帝はこれをたんに婚約しただけの者の母親にも拡張した——D.23.2.14 pr-1,4, Paul.35 *ad ed.*

(43) G.1.58, 63 Item amatam et materteram uxorem ducere non licet. Item eam, quae mihi quondam socrus aut nurus aut privigna aut noverca fuit. Ideo autem diximus 'quondam', quia, si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest neque idem duas uxores habere. 「父方または母方の伯叔母を妻とすることも許されない。かつてわたしの義母もしくは義女または継女もしくは継母であった者を妻とすることも許されない。「かつて」という理由は、かような姻戚関係を生じた婚姻の存続中は、他の理由によつて、わたしはこれらの者を妻としないことにある。なぜなら、同一の女子が同時に2人の夫をもち、または同一の男子が同時に2人の妻をもつことは不可能だからである。」(船田訳参照。) D.23.2.6, Paul. *ad SC Turpilianum*; Coll.6.3.1-3 (=PS 2.10.3-5). これは、伯叔母と伯叔父、大伯叔母と大伯叔父などもカヴァーする——G.1.62; Inst.1.10.1,3 &5.

(44) D.23.2.12.3, Ulpian 26 *ad Sab.*: 3. Si uxor mea post divortium alii nupserit et filiam susceperit, putat Iulianus hanc quidem privignam non esse, verum nuptiis eius abstinendum. 「私の妻が離婚後他の男性と結婚し娘をもうけた場合、たしかにこの娘は「私の」義理の娘ではないが、このような女性との結婚は慎まなければならない」とユリアヌスは考える。」; Inst. 1.10.9. 「もし汝の妻が離婚後他の者より娘を生むときはこれまったく汝の継女子ではない。また父の許嫁女は継母にはあたらない。しかしかかる婚姻を自ら避けることはより正当且つ適法な行いである。」

(45) G.1.61: Sane inter fratrem et sororem prohibita sunt nuptiae, sive eodem patre eademque matre nati fuerint sive alterutro eorum: Sed si qua per adoptionem soror mihi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere; cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere; sed et si ego emancipatus fuero, nihil impedimento erit nuptiis. 「兄弟姉妹が、父母を同じくするところの一方だけを同じくすることを問わず、

相互に婚姻を締結できないことは明らかであるけれども、或る者が養子縁組によってわたしの姉妹となったときは、その養子関一係の存続中は、わたしと同人との間に婚姻が成立しえないことは明らかであるけれども、父権免除によって養子縁組が解消したときは、わたしは同人を妻とすることができ、さらに、わたし自身が父権免除を受けたときにも、何の婚姻故障もないであろう。」Coll. 6.3.2, Paul; Inst. 1.10.2,3 前婚の夫の子供が妻の前婚の子供と結婚することも許された。—Inst. 1.10.8.

(46) CTh.3.12.2 (355), 4 (415) ; CJ.5.5.8 (475).

(47) CTh.3.10.1, interp. (409). 同じく同士の結婚について。cf. Ambrose Ep. 60 = 58 in CSEL. アンブロシウスは、友人パテルヌスに対して彼の息子と娘の娘との結婚をめぐって、神と人の法を犯してはならぬと説く。

(48) D.23.2.56, Ulpian 3 disp.; 25.7.1.3, Ulpian 2 ad legem Iuliam et Papianam, 同所で、ウルピアヌスにかかる行為を刑法犯として禁じられると記しているが、兵士が自分の姉妹の娘を内縁者とする<sup>6</sup>ことは、adulteriumであって、incestumではないと考えられているように思われる—D.48.5.12 (11).1, Papinian de adulteriis. 子供たちはまた父親の内縁者との結婚を反宗教的として禁じられたが、その罪は淫行 stuprum に分類された：CJ.5.4.4. (228).

(49) D.48.18.5, Marcian 2 inst.; cf. Cicero pro Cluentio 5. クルエンティウスの母サッシアの娘婿メリヌスに対する愛欲について。

(50) D.48.5.39 (38) pr., Papinian 36 quaest.: Si adulterium cum incesto committatur, ut puta cum privigna nuru noverca, mulier similiter quoque punietur: id enim remoto etiam adulterio eveniret. 「例えば、養女、嫁、義母を相手とする incestum を伴った adulterium が犯される場合、女も同様に罰せられる。とこののは、adulterium とは関係なく、incestum は起るからである。

(51) Tac. Annals 6.49 「同じ頃、執政官級の家柄の人セクストゥス・パピニウスがだしぬけに見苦しい死に方を択ぶ。窓からまっ逆かさまに身を投じたのである。原因は彼の母に帰せられた。彼女はずっと前に離婚していたが、息子に媚びを売り不倫な情欲に誘い入れ、そこから脱出するには、もう死ぬ以外に道がないという土壇場まで、息子を追い込んだものと推定された。そのため彼女は元老院に告訴される。議院の膝元にまろび伏せ、このような不幸の場合、人が誰しも抱く愁傷や、とくに弱い

女性の気持ちについて語る。そして同じような痛ましい調子で、くどくと苦しみや悲しみを訴える。しかし彼女は都での生活を、十年間禁じられた。その間に年下のほうの息子が滑りやし青春から、ぬけ出しているだろうと、考えられたからである。」(国原吉之助訳『年代記』上二八二頁)；cf. D.48.5.45 Papinian 4 resp. 「婦女の死後も姦夫であるごとく、義母が死亡した後も、婿は incestum の廉で告発されるであろう。incest 的關係は、義理の母と義理の息子の間にも存在したように思われる。」

(23) D.48.5.39 (38) 2, Papinian 36 quaest.: Quare mulier tunc demum eam poenam, quam mares, sustinebit, cum incestum iure gentium prohibitum admisserit: nam si sola iuris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata. 「それゆゑ、女が男と同じ罰を受けるのは、万民法上禁じられた incestum を犯した場合に限られる。というのは、もしわれらが法の遵守だけが問題になる場合には、女は incestum の罪を許されることにならうからである。」

(24) D.48.5.39 (38) 4: Papinian 36 quaest.: Fratres denique imperatores Claudiae crimen incesti propter aetatem remiserunt, sed distrahi coniunctionem illicitam iusserunt, cum alias adulterii crimen, quod pubertate delinquitur, non excusetur aetate. Nam et mulieres in iure errantes incesti crimine non teneri supra dictum est, cum in adulterio commisso nullam habere possint excusationem. 「兄弟皇帝がクラウディアの incestum に関する罪を年齢のゆえに許したが、不法な關係が解消されるよう命じたが、他の場合に、成熟者が行った姦通の罪が年齢のゆえに許されることはない。実際、女が法を誤ったときには、上述のように近親相姦の罪について拘束されないが、姦通が犯された場合にはいかなる救済も与えられない。」7. Incestum autem, quod per illicitam matrimonii coniunctionem admittitur, excusari solet sexu vel aetate vel etiam puniendi correctione, quae bona fide intervenit, utique si error allegetur, et facilius, si nemo reum postulavit. 「よびいで、不法な婚姻關係によつて犯される淫行は、性、年齢、もしくは善意に行われる悔い改めにより許されるのをとねとする、そもそも過ちが許されるのであれば、ましていかなる者もその者を告発しなければ、さうである。」

(25) D.48.5.39 (38).1, Papinian 36 quaest. Stuprum in sororis filiam si committatur, an adulterii poena sufficiat mari, considerandum est. Occurrit, quod hic duplex admissum est, quia multum interest, errore matrimonium illicite contrahatur an contumacia iuris et sanguinis contumelia concurrant. 「姉妹の娘〔姪〕に対する stuprum が犯される場合、男に adulterium の

罰が十分であるか、考察されねばならない。この場合二重の罪が犯されたということが生じたので、誤って婚姻が違法に締結されると、法の拒絶と血の軽侮「という二重の罪」が同時に起こるのとは大きな違いだからである。」

(55) D.48.5.39 (38). 3,7pr., Papinian 36 *quaest.*

(56) D.48.5.39 (38). 4-6, Papinian 36 *quaest.*

(57) Coll.6.5.1, Diocletian.

(58) C.Th.9.7.8=C.J. 9.9.33 (34) (393). Imperatores Theodosius, Arcadius, Honorius. Si qui adulterii fuerint accusati et obtentu proximitatis intentata depulerint, per commemorationem necessitudinis fidem crimini derogando, dum existimatur non debere credi quod adlegatur, non potuisse committi, hi si postmodum in nuptias suas consortiunqve conuenerint, facinus illud, in quo fuerint accusati, manifesta fide atque iudiciis evidentibus publicabunt. 1. Unde si qui eiusmodi reperti fuerint, iussimus in eosdem severissime vindicari et veluti convictum facinus confessumqve puniri. 「皇帝テオドシウス、アルカディウス及びホノリウスから近衛都督ルフイヌスへ。姦通の廉で告発された者が近親関係を理由に告発に抗弁し、それゆえに犯罪を犯したという主張が信じられるべきではない、又はそのようなことが犯されようはずもなかったと主張しながら、その後彼等が結婚する場合、告発されたその犯罪が、まさにこの事実のみによつて、明確にかつ法的証拠によつて証明されたものとみなされるべきである。一、それゆえに、そのような者たちに遭遇した場合には、朕はその者たちが、その犯罪で有罪とされ、そのことを告白したかのように、厳しく罰せられるよう命じるものである。」(三九三年)

(59) Tac. *Annals.*, 6.19. ヒスパニアの資産家セクストゥス・マリウスが娘を犯した廉でタルペイユス崖から突き落とされた事案。Dio 58.22; C.Th.3.12.1 (342) 兄弟姉妹の娘と関係をもつた場合死刑、C.J.9.9.3 (393).

(60) D.48.18.5, Marcian 2 *inst.*: Si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit, in insulam deportandus est, quia duplex crimen est et incestum, quia cognatam violavit contra fas, et adulterium vel stuprum adiungit. Denique hoc casu servi in personam domini torquentur. 「人あり自己の血族にして其の者とは婚姻をなし得ざる寡婦若しくは他人の妻を誘拐したる場合、島地への重流刑に処せらるべし。何となればその犯罪は二重たればなり。すなわち血族

の女を法に反して誘拐したるが故に親族相姦たり、而して姦通若しくは私通を不可したるなり。」PS.2.26.15. 「不倫婚の刑罰は、男子に於ては島地への重流刑たり云々。」訳文は、田中周友「ローマ帝政時代に於ける居住制限の刑の觀念」『法学論叢』第四六卷第六号九二頁を参照。

(61) PS.2.26.15 (=Coll.6.3.3) 同所では *adulterium* の問題は扱われていないが、法の錯誤は女性について宥恕され得た。不倫婚に関する NovJ 12 (535) は、一般的により厳格であるが、女性が故意に法の遵守を怠った場合にのみ男性と同様に罰せられた。田中秀央・田中周友訳「儒帝新勅法第九号乃至第十三号邦訳」『法学論叢』第二九卷第三号五九頁以下を参照。

(62) G.1.64: Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur neque liberos: Itaque hi, qui ex eo coitu nascuntur, matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique, nec ob id in potestate eius sunt, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit: Nam et hi patrem habere non intelleguntur, cum is etiam incertus sit; unde solent spurii filii appellari vel a Graeca voce quasi spor] dhn concepti nel quasi sine patre filii. 「したがって、或る者が不浄かつ乱倫の婚姻を締結したときは、妻も子もまたないと認められる。したがって、かような結合から生まれた子は、母をもつとは認められるけれども、決して父をもつとは認められることがなく、それゆえに、父の権力に服することはない。これらの者は母の私生子にひとしい地位にある。なぜなら、私生子もまたその父が不確定なので、父をもつとは認められないからである。したがって、これらの者はスプリーと呼ばれることをつねとする。この語はギリシア語にいわゆるスポラデン（みだりに）懐胎された者またはシネ・パトレ（父のない）子という語から出たものである。」Coll. 6.2.4, Ulpian; Inst. 1.10.12.

(63) D.48.5.14 (13).4, Ulpian 2 de adult.; 論理的に告発は *adulterium* と *stuprum* の区別を必要とする。Sed et si ea sit mulier, cum qua incestum commissum est, vel ea, quae, quamvis uxoris animo haberetur, uxor tamen esse non potest, dicendum est iure mariti accusare eam non posse, iure extranei posse. 「妻が近親相姦 *incestum* の相手方であったり、妻としての心づもりがあろうと、「何らかの障碍によって」妻たりえない場合、夫の権利によって彼女を告発することはできないが、家外人の権利よれば可能であると云われるべきである。」

(64) D.23.2.66, Paul 2 sent. 後見人は被後見人の身分に応じて罰せられた: pr. Non est matrimonium, si tutor vel curator

pupillam suam intra vicesimum et sextum annum non desponsam a patre nec testamento destinatam ducat uxorem vel eam filio suo iungat: quo facto uterque infamatur et pro dignitate pupillae extra ordinem coeretur. Nec interest, filius sui iuris an in patris potestate sit. 「後見人または保佐人が、父によつて婚約させられておらず遺言において指定されていない二六歳未満の被後見女を妻に娶るかもしくは彼女をその息子に娶せたときには、何ら婚姻は存在しない。それをなした場合には、両者は破廉恥を宣告され、かつ被後見女の権威に応じてとくに厳しく罰せられる。息子が自権者であるか家長権に服しているかは問うべからずである。」 D.48.5.7, Marcian 10 *inst.* 被後見人と結婚した後見人は元老院議決のもとで、父親がかかる結婚を欲しない旨明言した場合、姦通により告発されたと述べている。 D.25.2.17pr, Ulpian 30 (34?) *ad ed.*; CJ.5.6 *passim*.

(95) D.23.2.63, Papinian 1 *defnitionum*, Praefectus cohortis vel equitum aut tribunus contra interdictum eius provinciae duxit uxorem, in qua officium gerebat: matrimonium non erit: quae species pupillae comparanda est, cum ratio potentatus nuptias prohibuerit. Sed an huic quoque si virgo nupsit, non sit auferendum quod testamento relictum est, deliberari potest: exemplo tamen pupillae nuptae tutori, quod relictum est potest mulier consequi. Pecuniam tamen in dotem datam mulieris heredi restitui necesse est. 「歩兵隊または騎兵隊の長官、あるいはまたトリブヌスが特示命令に反して、彼が職務を司ったところの属州の女を娶った。その婚姻は成立しないであろう。この種のもは、権力関係が婚姻を禁じたことについて、被後見女の場合と比較考慮されるべきである。しかし未婚女がかかる男と婚姻した場合にも、遺言によつて遺されたものが取り上げられべきではないのだろうか、ということについて熟考されるべきである。しかしながら後見人と婚姻した被後見女の例によつて、妻は遺されたものを得る。それにもかかわらず、嫁資として贈与された特有財産がその女の相続人に返還されるのは当然である。」 D.23.2.38, Paul 2 *sent.*

(98) D.23.2.42.1, Modestinus *de ritu nupt.*; D.23.2.44, Paul 1 *ad l. Iuliam et Papianam*; Ulp. *Reg.* 13.1-2.

(99) PS.2.19.9; CTh.9.9.1=CJ.9.11.1 (326/9) は、自身の奴隷との——秘密裏の——性的関係をもつた婦人を厳格に取り扱った。元首政期のクラウディウス元老院議決 SC Claudianum は性的道德よりも子供たちの財産権に関わっている。 D.1.6.3.27, Paul 7 *resp.* における解放自由人たる女性と奴隷の同棲の冷静な受容を比較せよ。

- (68) CTh.9.7.5=3.7.2=CJ.1.9.6 (388). この種の所謂結婚は姦淫と同じと考えられるべきである。「朕茲に制して基督教徒たる婦女が婚姻によりてユダヤ人を夫となすことを禁じ又は基督教徒たる男子のユダヤ教の婦女と婚姻して之を妻となすことを禁ず。この禁制に違反して婚姻したるものは之を姦通罪の犯人として処罰すべきものとす。故に何人と雖もこの重大犯罪を告発すべきものとす。」テオドシウス二世第二年。佐伯好郎訳「欽定勅法彙纂邦訳十七」『法律論叢』第一八卷四号一一五頁を参照。
- (69) CTh.3.14.1 (368/73).
- (70) D.48.5.30.1, Ulpian 4 *de adulteriis*: Quod ait lex, adulterii damnatum si quis duxerit uxorem, ea lege teneri, an et ad stuprum referatur, videamus: quod magis est. Certe si ob aliam causam ea lege sit condemnata, impune uxor ducetur. 「姦通の廉で有罪とされた者を妻とした場合、法律に基づいて「売春斡旋 [lenocinium] の」罰を科されると当該法律が述べたところは、stuprum にもあてはまるかわれわれは考えてみよう。通説によれば、姦通以外の事件で有罪とされた者を妻としても罰を受けないのは確かだとされる。」
- (71) D.23.2.48.1, Ter. Clemens 8 *ad l. Iuliam et Papianam* は禁じられた結婚を特権の剥奪以外は成立していると看做している。Ulp. Reg. 16.2は、かかる結婚をアウグストゥスの立法の反独身条項の軽減とは看做していない、と語る。
- (72) 本村・前掲・二七八頁以下。
- (73) *adulterium* と *stuprum* について、前者を「姦通」(夫のある女性がほかの男性と関係すること)、後者を「淫行」(みだらな関係)とでも訳せば「理解しやすい」とされる、本村前掲・二七八頁参照。
- (74) 本村・前掲二八一頁。

\*本稿は、二〇一三年度～二〇一六年度基盤研究(C)「ローマ法におけるレグラエの研究」研究課題番号2538013の研究成果の一部である。この場を借りて御礼申し上げる。





# 集団的自衛権と憲法の変遷論

小林 宏 晨

はじめに…

- I. 国連憲章第五条…個別的・集団的自衛権
  - II. 個別的自衛権
  - III. 集団的自衛権
  - IV. 集団的自衛権の適用例…湾岸戦争…朝鮮戦争との比較において
  - V. 憲法の変遷論
  - VI. 日本国憲法に於ける集団的自衛権
- 結論と展望

はじめに..

筆者が集団的自衛権と取組んだ時期は、防衛研修所の西岡朗氏を座長とする一九八三年の「自衛権」に関する共同研究においてであった。その成果が一九八七年発刊の「自衛権再考」<sup>（知識社）</sup>であった。前記共同研究から凡そ三〇年を経て、ようやく集団的自衛権の適用問題が政治の日程に上り、しかも日本が国際法上この権利を有するのみか、憲法上もこの権利を適用できるとする閣議決定にまでも到達した。筆者にとって、この決定は極めて遅いとはいえ、まさに隔世の感がある。このテーマは将来に向けての理論的裏付けが不可欠である。

本稿は従って、再びこのテーマを検討の対象としたい。第一に、一般的に国連憲章第五条の個別的・集団的自衛権を、第二に、個別的自衛権を、第三に集団的自衛権を、第四に、集団的自衛権の適用例として、朝鮮戦争との比較に於ける湾岸戦争を、第五に、憲法の変遷論を、そして最後の第六に、日本国憲法に於ける集団的自衛権適用のあるべき位置付けについて検討したい。

## I. 国連憲章第五条.. 個別的・集団的自衛権

個別的・集団的自衛権についての検討に先立ち、国連の二つの原則について言及する必要がある。それは、諸国家間の「紛争の平和的解決義務」と「一般的武力禁止義務」である。

## 1. 国際紛争の平和的解決義務

国連憲章第二条第三項により、すべての加盟国は、その国際紛争を平和的手段によって国際の平和及び安全並びに正義を危うくしないように解決しなければならない。

## 2. 武力の一般的禁止義務

国連憲章第二条第四項により、その国際関係において、武力による威嚇、又は武力行使をいかなる国の領土保全又は政治的独立に対するものも、また、国際連合の目的と両立しない他の如何なる方法によるものも、慎まなければならない。

## 3. 武力の一般的禁止義務の例外

ところが武力の一般的禁止義務の例外として許容される武力行使は、一般国際法及び国連憲章第五条に基づく。つまり国連憲章第五条は以下の様に規定する。

「この憲章のいかなる規定も、国連加盟国に対して武力攻撃が発生した場合には、安全保障理事会が国際の平和及び安全の維持に必要な措置を採るまでの間、個別的又は集団的自衛の固有の権利を害するものではない。この自衛権の行使に当たって加盟国が執った措置は、直ちに安全保障理事会に報告しなければならない。また、この措置は、安全保障理事会が国際の平和及び安全の維持又は回復の為に必要と認める行動をいつでも採るこの憲章に基づく権能及び責任に対しては、いかなる影響も及ぼすものではない。」

前記国連憲章第五条規定につき若干の特徴について説明する必要がある。

その第一は、国連加盟国の個別的及び集団的自衛権が「固有の権利」(英文)<sup>(3)</sup>もしくは「自然権」(仏文)<sup>(4)</sup>と記述されている事実である。その意味するところは、全ての国連加盟諸国もしくは(国連加盟国でない)例えば、スイス、ヴァチカン市国、台湾)全ての主権国家は、適用可能な個別的・集団的正当防衛の自然権を有している事実である。

その第二は、個別的・集団的自衛権は、国連憲章第五条規定によって始めて創設されたものではなく、既に以前に一般国際法によって確立している事実である。つまり国連憲章第五条は、一般国際法によってすでに確立している権利を確認しているに過ぎない。そうでなければ、例えばスイスは、この権利を持たず、武力攻撃の対象となつた場合でも、他国に支援を求める事さえできない事になる。台湾も同様の立場に置かれる事になる。

なおこれに加え、国連憲章第四二条による国連安保理事会の委託による国家の武力的平和回復活動、ならびに、国連憲章第五三条及び第一〇七条によるいわゆる「敵国条項」の問題が存在する。

しかし前者の国連委託の軍事行動(第四二条)については、未だ先例がない事、後者の「敵国条項」については、既に筆者が扱っている<sup>(5)</sup>ので、本稿では検討対象としない。

## II. 個別的自衛権

自衛権は、あくまでも武力攻撃を前提とする武力反撃の権利である。なお武力攻撃は、国家によるものと国家によらないものに分類される。前者は通常の形態であり、後者は、一定の国家領域から発せられるが、必ずしもその国家から発せられない（例えばテロ集団による）ものである。

### 1. 国家による武力攻撃に対応する自衛

自衛を正当化する武力攻撃には、戦争に至らないものと戦争そのものとに分けられる。これらへの対応としての自衛の形態は自ずと異なる。

#### 1) 戦争に至らない武力攻撃

戦争に至らない武力攻撃に対応する自衛の措置には凡そ二つの性格付けが行われる。第一は「限定的対応」(On-the-spot reaction)」、第二は「防御的武力報復」(Defensive armed reprisals)」、第三は外国在住の自国民の保護である。<sup>(6)</sup>

#### i) 「限定的対応」(On-the-spot reaction)

相手国の限定的武力攻撃に対しては、自衛としての対応措置も限定的でなければならない。国家による自衛としての対応措置も国連憲章第五条と慣習国際法によって規定される。この為の用例としては、国境に於ける小規模武力

紛争<sup>(7)</sup>ならびに国際海峡における艦船間の武力衝突<sup>(8)</sup>等が挙げられる。

自衛として正当化される限定的反応に対しては、三つの条件との調和が要求されている。それらの条件は、必要性 (Necessity)、比例適合性 (Proportionality) 及び即時性 (Immediacy) である。即時性は、限定的対応の本質に内在し、武力反応が惹き起こされる軍事攻撃と時間的に編み合わされている。従って、即時性と必要性の判断は、地方レベルの司令官に委ねられている。比例適合性の意味するところは、武力攻撃とこれに対する反撃の「規模」と「効果」が類似的でなければならぬ事である。過剰反応は、許容される限定的反応の範囲を超える事になる。

ii) 「防衛的武力報復」 (Defensive armed reprisals)

一般的に武力報復は、対象とされる国家の事前の不法行為がない場合には不法である様な対応措置を意味する<sup>(9)</sup>。結局武力報復は、戦争に至らない武力攻撃を前提とした限定的反応形態による自衛の措置である<sup>(10)</sup>。

国際法は、明らかに学術論文ではなく主に諸国家の実践の中で創設される。現代国際法の中で諸国が報復の権利遂行が許されない事が理論的レベルで明白であつても、その事実は寧ろ法的分析への理論的接近への不信に導く<sup>(11)</sup>。

国連憲章発効以来、関係政治家達が「報復」という用語の使用を回避したにもかかわらず、国連安保理の常任理事国を含めて、多くの諸国によって、防衛的武力報復が遂行された記録がある。一例を挙げるならば、一九八六年 (アメリカ人二名の死と多くの他の人々の傷害を発生させた) リビア政府の支援によるテロ攻撃への対応としてアメリカ政府

は、自衛権の行使として、リビアの複数の目標に対する空爆を遂行した<sup>12</sup>。しかし実質的には、この空爆は防衛的武力報復行為と見做される<sup>13</sup>。

国連安保理が数回にわたって武力報復を「国連の諸目標と諸原則に相容れない」として非難した事は事実である<sup>14</sup>。しかしこれらの諸決定の詳細な検討は、安保理事会が徐々に、「合理的」報復の部分的受け入れに動き出している事実を示している<sup>15</sup>。この進展は、理論と実践に於けるある賛同を見出している<sup>16</sup>。

### iii) 外国在住の自国民の保護

A国の領土内におけるB国民に対する武力行使は、多くの専門家の中で、B国に対する武力攻撃と見做される。この場合、B国が適用する強制対応措置は、自衛措置と位置付けられる。その為の三条件は、既に指摘したように、必要性、比例適合性及び即時性である<sup>17</sup>。

ハンフリー・（ワルドック）卿は、外国在住の自国民保護のより良いコンテキストに合致する異なった表現を提示している。第一に、自国民傷害の急迫的脅威の存在、第二に、自国民を保護する領土主権者側の失敗あるいは不能、第三に、障害から自国民を護る目的に厳格に限定された保護措置がこれである<sup>18</sup>。

国際的実践は、ある国が自国民を保護あるいは救済する為に他の領土で武力を行使し、これを自衛と訴える事件に満ちている<sup>19</sup>。二三の用例を挙げよう。

\*一九六四年自国民の救出を目的とするコンゴでのベルギー・アメリカ共同作戦。<sup>(20)</sup>

\*より疑問のあるケースは、一九六五年自国民保護を目的とするドミニカ共和国に対するアメリカ軍の上陸。<sup>(21)</sup>

\*対立的論議のケースは、一九八三年アメリカ軍の対グレナダ作戦であった。アメリカ政府は、グレナダのカオス的狀況に鑑みて、一千人に及ぶ（その大部分は医学生）自国民の保護を根拠とした。<sup>(22)</sup>

この作戦をハンフリー卿の条件と一致させることは極めて困難である。問題視された中心事項はアメリカ市民の避難完了後グレナダ占領が数カ月続いた事実であった。<sup>(23)</sup> 比例適合性の原則は、この種の如何なる侵害も当事国の主権への最小の侵害を以て可能な限り早期に終結する事を要求している。<sup>(24)</sup>

\*ハンフリー卿がリストアップした三つの条件を充足した最も明白な用例は、一九七六年のエンテベ空港における救出作戦であった。<sup>(25)</sup> この作戦は、テロリストによってハイジャックされ、イディ・アミンの支配下のウガンダ政権の了承の下に、人質として留めおかれたフランス航空機内のイスラエル人及び他のユダヤ系旅客の救出に成功した。<sup>(26)</sup> たとえ外国滞在の自国民の武力救出が自衛権の行使として無条件には承認され得ないとしても、デインシユタインによれば、エンテベ空港襲撃の正当化に供せられる以下の一連の特徴が存在する。

(a) テロリスト達がウガンダをその作戦の通常基地として利用しなかったが、ウガンダ政府は、人質の留め置きに



直接関与したと看做された。B国国籍者がA国政府側の共謀無しに攻撃されるA国における内乱のケースと、A国政府の承認を伴ったB国国籍者に対する行動とは区別されなければならない。

テロリストの人質のエンテベタイプの救出ミッションは、関係国（ウガンダ政府）がテロリストと協力している場合、自衛行為として正当化される。しかし、ウガンダ政府側の正式の瑕疵が見出され得ない場合には、外国からの軍事作戦は、関係政府との事前の合意が必要と見做されている。<sup>(27)</sup>

(b) 人質達は、その母国に対する政治行動の一部として捕えられた。人質への攻撃は、その所属政府への攻撃と看做された。<sup>(28)</sup>

(c) イスラエル国籍者達は自発的にウガンダ（エンテベ空港）に行ったのではなく、その意思に反して、国際法（の対人主権）に違反して連れて行かれた。<sup>(29)</sup>

(d) エンテベ急襲は、外科手術的軍事攻撃の典型であり、他の種類の大きかりな軍事干渉（例えばグレナダ）と比べられる。数カ月に及ぶ占領を伴った対グレナダ作戦と異なり、エンテベ作戦は、極めて短い救出作戦（hit-out operation）に終始した。<sup>(30)</sup>

結論として、イスラエル軍によるエンテベ空港の救出作戦は、国連憲章第五条によるイスラエルの自衛の軍事対

応措置と見做される<sup>(31)</sup>。

なおこの救出作戦により、非イスラエル国籍者も救出された事実は、イスラエルの軍事作戦の合法性に疑念を呈する理由とはならない。この事実は寧ろ主要軍事作戦の副産物と見做されよう<sup>(32)</sup>。

## 2) 戦争

自衛行為としての戦争は、武力攻撃への対応における対抗措置の包括的適用を意味している。戦争が正当な措置であり得る事を把握する事は時には困難である。しかしながら、ある状況下において自衛権が戦争に訴える権利である事は疑いがない<sup>(33)</sup>。換言するならば、自衛の強制行為が戦争と言う結果と成り得るのだ。自衛の戦争のコンテキストの中で生じる顕著な問題は、必要性、比例適合性及び即時性の三条件の作戦に関わっている。

### i. 必要性

自衛の戦争が包括的進入によって引き起こされる場合、必要性の事項は通常無意味となる。個別的武力行使に続いて戦争が開始される場合、必要性が議論の対象となる。自衛する国家は、全面的敵対行為を開始する前に、紛争の合理的解決への到達が友好的方法で可能であるかについての確認義務を有する<sup>(34)</sup>。

### ii. 比例適合性

比例適合性の条件は、自衛戦争のコンテキストに於いて、特別の意味を持つ。限定的対応あるいは防衛的武力報復

が関わる場合、比例適合性は不法な武力と合法的な反撃間の「規模と効果」に於ける相似性あるいは近似性に視点を当てる。そこでは攻撃的武力と反撃的武力の量、発生する傷害の事後比較が重要である。この種の比較は、戦闘の開始から最後の戦闘までの全体比較である。

この意味における比例適合性は限定的対応と防衛的報復の為の適合にも拘らず、自衛戦争の正当性の調査には適合しない。一度戦争状態が発生すれば、戦争前の比例適合性の条件にも拘らず、自衛力の行使は、敵軍のせん滅を目指す。つまり戦争状態では、戦争に至るまでの比例適合性の原則が外される。

自衛戦争への比例適合性原則の適用可能性のより良い理解は、核兵器の先行利用の法的分析によって容易にされよう。一九九六年の「核兵器の威嚇あるいは使用の合法性」に関する（一一対三の）勧告意見の中で国際司法裁判所は、以下の様に述べた。

「慣習国際法においても条約国際法においても、核兵器それ自体の威嚇と使用の包括的かつ一般的禁止は存在しない。<sup>(35)</sup>」

更に国際司法裁判所は、核兵器の使用が、一般国際人道法、とりわけ二つの主要原理、i. 戦闘員（あるいは軍事目標）及び非戦闘員（あるいは民間目標）の区別、ならびに ii. 戦闘員に対する不必要な苦しみの禁止に照らして、違法であるか否かの問題と取組む。<sup>(36)</sup>

核兵器のユニークな性格に鑑みて、裁判所は、この使用がこのような要求の尊重との一致は極めて困難であると考

える。それにかかわらず裁判所は、このような使用が「あらゆる状況下の軍事紛争における適用可能な諸原理や法の支配と必然的に相容れない」との結論付けを決定的に拒否した。<sup>(37)</sup>

裁判所の多数（七対七）裁判長の賛成）は、「国家の存続がかかっている自衛の極限状況下において」核兵器に頼る可能性を拒否しなかった。<sup>(38)</sup>

更に裁判所は、その存続がかかっている自衛国家が通常兵器のみに限定している侵略国家に対して核兵器に訴える事が出来ると結論付ける。換言するならば、その存続が脅威にさらされている自衛国家は、侵略者の兵器との比例不適合にも拘らず、大量破壊兵器を使用できる。裁判所は特別に以下の見解を採る。

「比例適合原理は、それ自体あらゆる状況下における自衛に於いて、核兵器の使用を排除するものではない。<sup>(39)</sup>」

当然の事に、核兵器（及び他の兵器）の標的の選択は、一般国際人道法の規定と一致しなければならない。<sup>(40)</sup>

結論として、戦争状態が発生すると共に、戦争状態に至る前の軍事攻撃とそれへの対応に於いて適用された比例適合性の原理は外される事になる。

### iii. 即時性

自衛戦争は原則的に、相手の個別的武力攻撃後、長い時間を経た後に遂行されてはならない。とは言っても、この原則には二つの条件が付されている。

第一に、自衛戦争は、武力攻撃後数分でも又数日後でも可能ではない。攻撃対象となっている国家は、平和から戦争へのシフトが即時には不可能である。前線の司令官と参謀本部との通信、しかも民主国家では、政府と議会との調整に応分の時間が必要である。

第二に、このような状況下において、武力攻撃と自衛戦争間の間隙が長くとも、この遅延は状況によって正当化される。その間に、紛争の平和的解決が試みられれば、攻撃対象となった国家にとつてはさらに有利に作用する<sup>(41)</sup>。後に取り上げる予定の「湾岸戦争」では、イラクの対クエート武力攻撃開始後、対イラク軍事作戦が開始されるまで、ほぼ半年を要した。その間に、国連内部で多くの平和的解決の試みがなされた。

自衛権を行使する国家の軍事作戦の正当な遅れの用例としては、更にイギリスとアルゼンチン間のフォークランド紛争（一九八二年）が挙げられる<sup>(42)</sup>。

なおA国領土内からのテロ集団によるB国への軍事攻撃に対する反撃の権利、（自衛権）については本稿では扱わず別の機会に扱う事にする。

### Ⅲ・集団的自衛権

国連憲章第五一条に規定される集団的自衛の用語の把握は容易ではない。この規定の詳細な検討は単なる二分類以上のものが関わっている事実を示している。

## 1. 集団的自衛の意味

従ってディンシュタインは、自衛の四つの分類を提案する…つまり、

- i. 個別的に行使される個別的自衛、
- ii. 集団的に行使される個別的自衛、
- iii. 個別的に行使される集団的自衛、
- iv. 集団的に行使される集団的自衛、<sup>(43)</sup>がこれである。以下前記の分類に従って検討したい。

### i. 個別的に行使される個別的自衛

第一の範疇は、最も直接的な遂行を示している。つまり、A国がB国に対し武力攻撃を行い、これに対しB国が自衛の武力反撃を行う事である。これは一対一の遭遇であり、個別的に適用される個別的自衛権である。

### ii. 集団的に行使される個別的自衛

第二の範疇は、同一侵略国（A国）による複数の諸国（B、C、D国）に対する、同時か、あるいは逐次の武力攻撃に対する集団的反應に関わる。B国及びC国は、A国に対しそれぞれ個別的自衛措置を行使できる。B国及びC国は、例えばその歴史的対立関係からして、相互の協働行為への意欲がない場合、個別的に自衛措置を講ずる事になる。

しかしながら、大がかりな武力攻撃が進行し、これに対応せざるを得ない場合、B、C両国は、過去の対立を忘れ、「敵の敵は味方」の原則に従い、軍事連合を形成し、個別的自衛を集団的に行使する事になる。連合の真髄は、そのメンバー諸国がその自衛の集合した諸権利を有効化せしめることにより、共同で行動するところにある。つまり国連

憲章第五一条に規定される「集団的自衛」は、『集団的に行われる個別的自衛の複合の行為に他ならない。』<sup>(44)</sup>

### iii. 個別的に行使される集団的自衛

集団的自衛は、別の意味を有する。A国は、B国に対し武力攻撃を仕掛け、これに対し、C国は、A国の武力攻撃の対象となっていないにもかかわらず、B国を救済する為にA国への武力反撃を行う。国連憲章第五一条は、疑いもなく、原則的に武力攻撃を受けた国の武力救済を国連加盟国に許している。慣習一般国際法もその例外ではない。

例えば、日本の軍艦、飛行機、領土もしくは外国で日本国民が武力攻撃の対象となった場合に、アメリカが武力によつて、攻撃国に対応する場合、あるいはアメリカの軍艦、飛行機、領土もしくは外国でのアメリカ国民が武力攻撃の対象となった場合に、日本が武力によつて、攻撃国に対応する場合、個別的に行使される集団的自衛となる。(憲法問題の検討は後の部分に譲る！)

これには当然の事に、地域もしくは対象の事前限定を行う事が可能である。

### iv. 集団的に行使される集団的自衛

第四の範疇は、集団的に遂行される集団的自衛である。二カ国あるいはそれ以上の国々(C国、D国、E国)がA国の武力攻撃の犠牲国(B国)の支援を共同で行うケースがこれである。問題は分析的観点からして、いったい武力攻撃の対象となっていないかつたC国によつて単独あるいは他の諸国(D国及びE国)と協働でB国の為に遂行された武力行使が適切に「自衛」と見做され得るか否かである。時にはこの構想に反対が提示されている。<sup>(45)</sup>しかしこの種の諸

国家集団の集団的自衛の存在を否定する説得的理由は存在しない<sup>(46)</sup>。B国の安全と独立がC、D国の安全と独立にとって重要と見做される場合、A国の武力攻撃の排除を目的とするC国等によるB国への武力支援は、C国等の自衛措置と見做され得る<sup>(47)</sup>。

結論として言い得る事は、国連内部における集団安全保障システムが有効でない限り、集団的自衛が武力攻撃に対する唯一の保障を創設している<sup>(47a)</sup>。

## 2. 集団的自衛の現象形態

集団的自衛は武力攻撃への無計画な対応として自然発生的に行使されるか、あるいは潜在的武力攻撃に配慮した事前合意に基づいて計画的に行使される。法的にはこれらの双方が可能である。

前者の用例としては、クエートに対するイラクの武力攻撃に対して国連安保理事会の承認を得たアメリカ主導の軍事連合作戦が、後者の用例としては、北大西洋条約機構（NATO）と今は無きワルシャワ条約機構が挙げられる。

## 3. 集団的自衛の法源

一九八六年のニカラガケースで国際司法裁判所は集団的自衛権が国連憲章第五条においてばかりか、慣習国際法においても確立していると述べた<sup>(48)</sup>。

しかもそこでは小田判事が正当にも、その反対意見の中で、集団的自衛権が国連憲章以前の慣習の中で「固有の権



利」(仏語 *droit naturel* ≡ 自然権)であるとの構想を十分に評価されていないと批判している。<sup>(49)</sup>

筆者の観点からしても、集団的自衛権は、個別的自衛権と異なって国連憲章第五条によって初めて創設されたものではなく、既に国連憲章以前に確立していた主権国家の自然権(固有の権利)が、憲章第五条によって確認されずに過ぎないのだ。

この為の説得的用例はパリ不戦条約(一九二八年)前文で確認される。曰く、

「その相互関係における一切の変更は、平和的手段によりてのみこれを求むべく、又平和的にして秩序ある手続きの結果たるべきこと、及び今後戦争に訴えて国家の利益を増進せんとする署名国は、本条約の供与する利益を拒否せらるべきものなることを確信し…」

前記の前文の意味するところは、この条約署名国がひとたび他の条約署名国に武力攻撃を開始した途端に、他の全ての条約署名国に、個別的であれ、あるいは集団的であれ、条約違反国に対する武力行使の権利が発生することになる。

しかしながら、集団的自衛権は、国連以前の慣習国際法にまで遡及され得るか否かに関わり無く、なかんずく国際慣習法の統合要素を構成している事実<sup>(50)</sup>に疑いをさしはさむ事は出来ない。従って、国際連合加盟国でない主権国家も加盟諸国と同様に、集団的自衛権を行使できるし、又同時にこの権利からする利益を共有できる。

#### 4. 条約にみられる集団的自衛

将来の武力攻撃に先駆けて、諸国は、一定形式の条約を締結できる。その為に主要な三範疇は、i. 相互支援協定、

ii. 軍事同盟あるいは、iii. 保障協定、である。なお前二者は、中立国には開かれていない。しかも中立国は場合に よつては保障協定の享有者にはなり得るが、保障者そのものにはなり得ない。何故なら、永世中立は、戦争事態にお ける当事国の義務付けと相容れないからだ。<sup>(51)</sup>

#### i. 相互支援協定

相互支援協定は、協定当事諸国が当時諸国の一国への軍事攻撃を当事諸国全体への攻撃と看做す、この状況下にお いて相互支援を行う事を宣言する構想である。相互支援協定は、二国間的でも、多国間的でもあり得る。一九五三年 の米韓がその用例とされる。<sup>(52)</sup>

相互支援協定では、これを欠点と看做すか否かはともかくとして、現実に原則として関係国が、この協定が締結さ れた過去よりも行動を起こす時点で、自らの行動が自国の重大な利益に関わっていると判断した場合のみ武力対象 国の支援の為に武力支援を行っている。これに対し、A国がB国に対し武力攻撃を行った場合、C国は、B国との相 互支援協定がない場合でも、自国の重大利益に関わる場合、B国が反対しない限り（あるいは国際司法裁判所の見解に よれば、B国の要請がある場合<sup>(52a)</sup>）、B国の支援に駆けつける事ができる。

この種の相互支援協定は、法的保障を提供するよりは、寧ろ当事諸国の友好諸国に対しても、あるいは対立諸国に 対しても、協定文書の政治的領域における意思表示の効果を狙っているのである。

相互支援協定の典型的歴史的用例は、一九三九年の英国・ポーランド相互支援協定である。<sup>(53)</sup> 両国間の協定は一九三九年八月二五日に締結、ナチスドイツの対ポーランド侵攻が九月一日に開始され、イギリスの対ドイツ戦争宣言が九月三日になされ、これが第二次世界大戦の勃発となった。十日以内の出来事であった。

## ii. 軍事同盟

相互支援領域における現実の実践上の問題は、事前調整に欠ける場合、たとえ集団的自衛措置への政治決定が行われたとしても、主権国家のそれぞれの軍にとって侵略者に対する統一的行為は極めて困難である事実である。この事実こそが平時軍事同盟を相互支援取決めの根拠としているのだ。

この種の同盟は、古来からの格言「平和を望むなら戦争に備えよ (si vis pacem, para bellum)」によって動機づけられている。軍事同盟は、武力攻撃の場合に於ける相互支援の為の抽象的関与を越え、しかも当事諸国は、将来の武力攻撃の懸念に導かれ、自らの共同防衛権の準備を開始するのである。これには、例えば、共同軍事参謀本部、兵器運用の統一化、共同軍事演習、政治・軍事情報データの交換等々が含まれる。

確かに、武力攻撃の対象となった同盟国の支援において、武力対応（そして最終的には戦争）を行うか否かの政治決定は、それぞれの同盟国政府に留保されている。<sup>(54)</sup> しかし統合軍事参謀本部の設置は、個々の同盟諸国の決定の自由を大幅に制限する。<sup>(55)</sup>

iii. 保障協定

この事項については本稿では検討対象としない。

5. 集団的自衛の法的制限

1) 国連憲章の優先

現在では武力攻撃は国連憲章違反とされている。しかも国連憲章第一〇三条は、「国際連合加盟国のこの憲章に基づく義務と他のいずれかの国際協定に基づく義務とが抵触するときは、この憲章に基づく義務が優先する。」と規定する。<sup>(56)</sup>

国連憲章第一〇三条の解釈について争いがないわけではないが、国連憲章からする義務の優先的地位そのものについては争いがない。従って国連憲章がNATO条約と(今は存在しない)ワルシャワ条約を支配する事になる。<sup>(57)</sup>

2) 武力攻撃の必要性

ニカラガ・ケースにおいて国際司法裁判所は、諸国が国連憲章においても、あるいは慣習国際法においても、武力攻撃を構成する行為への対応以外に、集団的自衛で武力を行使する権利を有しない事を強調した。<sup>(58)</sup> 従って、C国は、集団的自衛を発動してA国に対して武力に訴える場合、B国に対してA国による武力攻撃が開始された事実を示さなければならぬ。<sup>(59)</sup>

国際司法裁判所は更に、国家が集団的自衛の権利を状況の自前評価に基づいて行使してはならないと命じている。<sup>(60)</sup> 先ずは武力攻撃の直接の犠牲国がこの種の攻撃の対象となった視点を形成し、且つ宣言しなければならぬ。<sup>(61)</sup> これに加え、支援要請は、犠牲国によって行われなければならない。この種の要請が欠落している場合、第三国による集団的自衛は排除される。<sup>(62)</sup>

国際司法裁判所の前記の見解には、以下の諸根拠からして疑念が提示される。

第一に、歴史的に、一九三八年三月ドイツによるオーストリアの軍事併合に対し、オーストリアは一切の抵抗を行わなかった。それでもなおドイツの軍事行動の違法性（具体的にはパリ不戦条約違反<sup>(63)</sup>）は排除できない。

第二に、ある国は、パリ不戦協約に違反した場合、条約が提供する保護を享有できない。つまり、第三国は、条約違反国に対して武力反撃を遂行できる。

第三に、集団的自衛権は、自衛の為の一形態であり、その限りで、当事国は、第三国ではなく、集団的自衛の権利を行使する当事国である。

第四に、国連の集団安全保障制度の不完全性故に、集団的自衛権に基づく補完制度が重要視されている現状で、いたずらにこの制度を制限する試みは、必ずしも成功しない。

第五に、集団的自衛の権利は、あくまでも権利であって、相互軍事支援条約がない限り、当事諸国の義務とはならない。この権利の中核機能を麻痺させるほどの法的制限は望ましくない。<sup>(63)</sup>

### 3) 集団的自衛権行使の他の諸条件

自衛権の行使に先立つ三要件<sup>64</sup>—必要性、比例適合性、即時性—は、個別的自衛と同様に、集団的自衛にも適用要件とされる。この事は、ニカラガ・ケースにおいて、国際司法裁判所によって強調されている<sup>65</sup>。

更に、国連憲章第五一条は、自衛権を行使する国家に対し、安全保障理事会に直ちに報告する義務を課している。この報告義務の確立の中で第五一条は、個別的自衛と集団的自衛間の区別を行っていない。その事は、自衛の措置に訴えるそれぞれの国家がこの種の報告を提出しなければならないとするニカラガ・ケースに於ける判決から生ずる<sup>66</sup>。

#### IV. 集団的自衛権の適用例…湾岸戦争…朝鮮戦争との比較において

集団的自衛権の最も典型的な用例として挙げられるものが一九五〇年の朝鮮戦争とその四〇年後に勃発した一九九〇年の湾岸戦争である。

以下朝鮮戦争との比較において湾岸戦争を検討しよう。

#### 1. 朝鮮戦争

朝鮮戦争は、一九五〇年六月二五日、中華人民共和国ではなく、中華民国（台湾）が国連代表である事をソ連が不満として、国連安全保障理事会をボイコットしている最中に勃発した。アメリカはこの間隙をぬって、ソ連抜きで四常任理事国（米、英、仏、中華民国）で、三つの安全保障理事会決議を成立させた。

1) 一九五〇年六月二五日決議<sup>(67)</sup>

この決議に於いて、安全保障理事会は、「大韓民国に対する北朝鮮軍による武力攻撃を非常な憂慮を以て」注目し、「この行為は、平和の破壊を構成している」と決定し、北朝鮮当局に対し、「敵対行為の即時停止と三九度線までその兵力を撤退する事」を要請し、更に、「全ての国連加盟国に対し、この決議の執行において国際連合にあらゆる援助を与え、かつ北朝鮮当局への援助を慎む事」を要求している。

ここで注目される点は、安保理事会が「武力攻撃」を指摘する事によって暗黙裡に安保理事会の要請に応ずる加盟国の行動が国連憲章第五条（自衛権）下の行動となる可能性を前提とし、更にこの「武力攻撃」が「平和の破壊を構成する」と指摘する事によって、暗黙裡に国連憲章第三九条（安保理事会の任務）に従った行動となる可能性を前提としている<sup>(68)</sup>。又「敵対行為の即時停止と、北朝鮮当局に対する、北緯三八度線までの兵力の撤退」の要請は、国連憲章第四〇条の意味での「事態の悪化を防ぐ為の暫定措置」の要請である事が推定される。更に安保理機会の決議は、韓国が国連憲章第五一条の意味での自衛権の適用下にある事を前提としており、安保理事会がこの条項（個別的・集团的自衛権）を国連の非加盟国（韓国は当時非加盟国！）にも適用できると解釈している事を示唆している。しかも「すべての加盟国に対し、この決議の執行において、国際連合に援助を与え、かつ北朝鮮当局への援助を慎む事」を要求する事によって、暗黙裡に国連憲章第二条第五項の適用を前提としている<sup>(69)</sup>。

しかし、この決議のどの部分においても国連憲章第五条も第三九条も第四〇条も又第二条第五項も明示的には規

定されていない事が特徴となっている。<sup>(70)</sup>

2) 一九五〇年六月二七日決議<sup>(71)</sup>

この決議に於いて、安保理事会は、前回の六月二五日決議を指摘した後、「武力攻撃を撃退し、且つ、この地域における国際平和と安全を回復するに必要な程度、韓国に援助を提供することを国連加盟国に勧告」した。

ここで注目される点は、北朝鮮の武力攻撃の撃退が国連加盟国に勧告されている事実である。つまりここでは、暗裡に国連憲章第五条の集団的自衛権の適用、つまり武力の行使が「勧告」<sup>(72)</sup>されている。当然の事に、安保理事会の武力攻撃支援「勧告」は、「決定」ではないので、加盟国が国連憲章第二五条もしくは第四八条に従って公的に拘束される事は無い。つまり朝鮮戦争におけるいわゆる「国連軍」は、実は安保理事会の勧告に自発的に応じた国連加盟諸国の軍隊の混成軍であった。

3) 一九五〇年七月七日決議<sup>(73)</sup>

この決議において、安保理事会は、

第一に、武力攻撃に対して自衛する韓国を援助し、且つこの地域における国際の平和及び安全の回復の為に与えられた迅速かつ積極的な支援を歓迎し、

第二に、前掲の安保理決議に従って、軍隊その他の援助を予定している全ての国連加盟国が、この軍隊およびその他の援助をアメリカの指揮下にある統合司令部に利用できるようにする事を勧告し、



第三に、アメリカにこれらの軍隊の為の司令官を任命する事を要請し、

第四に、この統合司令部に対北朝鮮作戦に参加する多様な諸国の旗と並んで、その裁量に従って、国連旗を使用する権限を与え、

第五に、アメリカに、統合司令部下に遂行される行動に際し、報告を安保理事会に提出する事を要請した。

この決議で注目される点は、「武力攻撃に対して自衛する韓国を援助」するとの表現によつて、より明確に国連憲章第五条の「集団的自衛権」の行使を加盟国に勧告している事実、ならびに北朝鮮に対して武力行使する軍の司令部に国連旗を使用する権限を与えている事実である。<sup>(74)</sup>

#### 4) 対北朝鮮軍事行動は「国連」の行動に非ず

対北朝鮮軍事行動が国連そのものの行動と看做す考えが浮上した。その為の論拠として、第一に、統合軍に国連旗の使用を認める安保理決議、第二に、一九五〇年七月七日の安保理で議長が「この行為は、国連の行為である。<sup>(75)</sup>」と明示的に述べた事実が挙げられている。

しかし結論として、朝鮮戦争におけるいわゆる「国連軍」は、国連憲章第五条の「集団的自衛権」を適用する行動を行う限り、形式的に国連の旗を掲げても、実質的には国連安保理の任務を遂行する「国連軍」とは言い得ない。つまり、厳密には安保理の勧告に応じた多国籍（同盟）軍と言う事になる。<sup>(76)</sup>

## 2. 湾岸戦争

### 1) 国連安保理決議…

一九九〇年八月二日、力による現状変更を指向するサダム・フセイン支配下のイラク軍による対クエート侵略戦争（総合・包括的武力行使）が開始された数時間後に国連安保理理事会は第一回目の六六〇号決議を行った。<sup>(77)</sup>そこで安保理理事会は、イラクの進入による国際の平和と安全の破壊の存在を確認し、国連憲章第二十九条（安保理理事会の任務）と第四〇条（暫定措置）に従った行動を指摘し、かつイラク軍の即時無条件撤退を要求した。

その後安保理理事会は、次々に決議を積重ね、終に一九九〇年十一月二十九日以下のような第一二回目の第六七八号決議を公表した。<sup>(78)</sup>

- 1) イラクが六六〇決議及びその後の全ての諸決議を無条件に履行する。
- 2) イラクが前記諸決議を一九九一年一月十五日までに完全に履行しない場合に、クエート（亡命）政府と協力する全ての加盟国に第六六〇号決議とこれに続く全ての諸決議を有効化し、執行し、且つこの領域における国際平和と安全を回復する為に必要なあらゆる手段を投入する権限を与える。
- 3) 全ての関係当事国に対し、当該決議の第二項と第三項に従って執られた措置について、安保理理事会に定期的に報告する事を要請する。

これまでの対イラク安保理諸決議の特徴を要約するならば以下の様になる。

安保理事会は、国連憲章第三九条、第四〇条、第五一条、第七章、一般国際法原則たるスチムスンドクトリン（武力併合の法的無効宣言）を指摘し、国連憲章第七章適用下における経済制裁の実効化目的での海上での（限定的武力行使を含む）必要な措置を執る事を国連加盟国に要請し、第四ジュネーヴ協定を含む人道国際法へのイラクの全面責任を指摘し、国連憲章第二五条（決定の拘束力）、第四八条（加盟国の履行義務）、第一〇三条（憲章義務の優先）、を指摘し、イラクに外交・領事関係に関するヴェーン条約と国際法の順守を要求し、イラクによる人権侵害、損害賠償責任の追及を決定し、国際平和と安全の回復のための武力行使の正当化を明示的に指摘している。

実際に、アメリカ主導の多国籍軍は、一九九一年一月一六／一七日ミサイル攻撃及び空爆を開始し、二月二八日には、陸軍による攻撃を開始し、百時間以内にクエートの開放ばかりか、イラク領土の約一五％を制圧した。一九九一年二月二八日、アメリカのブッシュ政権は敵対行為の停止を一方的に宣言した。これを一九九一年三月二日の第六八六号安保決議<sup>79</sup>が追認し、更に一九九一年四月三日の第六八七号安保決議<sup>80</sup>が休戦条件をイラクに強いた。これらの休戦条件をイラクはしぶしぶ受け入れたが、結局イラクによる完全実行は行われなかった。

## 2) 安保理決議の法的評価

第一に、前記の第六七八号安保理決議は、言わばイラクに対する期限を付した「最後通牒」と見做されると同時に、クエートを支援する加盟諸国に、イラクに対する武力行使の権限付与を行っている。つまり「必要なあらゆる手段」には、当然「武力攻撃手段」も含まれる。しかも「この領域における国際平和と安全を回復する」目標は、単に「ク

エートの軍事的解放」に留まらず、バグダッドを含むイラク全土の占領も法的に可能であった。

第二に、アメリカ主導のクエート支援同盟軍は、国連軍か否かと言う問いがある。これには否定的な回答が提示される。安保理事会は、どの時点においても対イラク戦闘目的で国連軍を設立しなかつた。<sup>(81)</sup> 安保理が行つた決議の主要事項は、イラクの対クエート武力攻撃が国際の平和と安全の破壊を意味（第六六〇号決議）し、国連加盟諸国がイラクの武力攻撃対する国連憲章第五条による個別的・集団的自衛の自然権を有する事を確認（第六六一号決議）し、イラクが全ての決議を一九九一年一月一五日までに完全に実行しない場合、クエート政府と協力する全ての加盟国に、第六六〇号決議とこれに続くすべての諸決議を有効化し、且つ執行し、この領域における国際平和と安全を回復する為に必要なあらゆる手段を投入する権限を与えた事（第六七八号決議）である。

つまり、対イラク反撃同盟軍は、国連の集団安全保障を担保する国連軍ではなく、集団的自衛権の適用下に武力反撃の権限が付与あるいは正当化された国連加盟諸国の連合軍に他ならない。

第三に、通常想定される時系列からすれば、個別的もしくは集団的自衛の固有の権利（自然権）に基づいて武力反撃を行う国家は、その行動の内容を安保理に報告し、安保理がこれについて事後に調査を開始する。しかし、湾岸戦争においては、アメリカ主導の軍事同盟諸国が事前に、武力攻撃の犯罪国に対する集団的自衛権を行使する為の青信号の獲得を求め、これを獲得した。

しかも安保理がひとたび集団的自衛権に基づく武力反撃の要請もしくは正当化を行った場合、これを制限あるいは

中止させる決議は実質上行い得ない。何故なら、この方向に関心を有する常任理事国（五大国）の一国が拒否権を發動し得るからである。

背景は異なるが、類似的行動は、朝鮮戦争の場合にも成功裏に行われた。

第四に、法的には第六六〇号安保理決議で、イラクの武力攻撃によって、国際の平和と安全が破壊されたとの確認のみで、既に集団的自衛権に基づく対イラク武力反撃が法的に可能になった。しかも極論するならば、クエートに対するイラクの包括的・総合的武力攻撃の開始を以て、戦争事態が発生したので、個別的武力行使の開始から、徐々にエスカレートし、ついには戦争事態が発生するというプロセスが省略されたので、『比例適合性』の原則の適用も省略された。

背景は異なっても、この点では朝鮮戦争と湾岸戦争は酷似している。

第五に、湾岸戦争は、同盟軍の作戦遂行に関する限り、国連集団安全保障体制と言うよりは、むしろ集団的自衛権遂行の表明であった。朝鮮戦争もこれに類似する。両戦争において、安保理事会は、国連の集団安全保障を強化する為の加盟国を法的に拘束する決議（国連憲章第四一条及び第四二条）を回避し、寧ろ集団的自衛権の行使（国連憲章第五一条）を勧告・要請・正当化した。<sup>(82)</sup>

第六に、朝鮮戦争では、切れ目なく軍事作戦が継続されていたに対し、湾岸戦争では、一九九〇年八月二日に包括

的軍事作戦を開始したイラク軍は、完全にクエート全土を占領し、この占領が既成事実としてアメリカ主導の連合軍が戦闘を開始するまでの一九九一年一月一六／一七日まで続いた。

確かに自衛権適用の三要件としての、必要性、比例適合性及び即時性の中、イラクによるクエート軍事併合への強い意思表示、ならびに包括的軍事行動により、必要性和比例適合性の要件は満たされ、残るは依然として即時性の要件である。つまり、イラクの総合的軍事攻撃が開始された後約六カ月にわたって軍同盟諸国の武力反撃が開始されなかった。これは反撃側の事情による。つまり反撃側は、十分な軍事的準備を整え、更に国連安保理から集団的自衛権に基づく武力反撃の為の「錦の御旗」を得るために、約六カ月を費やしたのである。

第七に、朝鮮戦争では、全く偶然に、ソ連側の安保理ボイコット中に朝鮮戦争が勃発したので、国連安保理は、短期間中に残る四常任理事国で重要な三つの決議をする事が出来た。これに対し、ソ連と中国の力が相対的に脆弱化し、緊張緩和が開始されたとはいえ、両国を説得する為の時間が必要とされた。

結論として、湾岸戦争も朝鮮戦争も、国連集団安全保障とは異なる集団的自衛権行使の典型的形体と看做される。

## V. 憲法の変遷論

日本国憲法の平和主義は、その前文と第九条に基づいており、現在（二〇一五年）でも与野党を問わず、平和主義そのものに反対する政党は存在しない。しかも日本の憲法学者（学理解釈の担い手）の圧倒的多数は、憲法解釈の帰結

として、日本の「非武装中立」を結論付け、更にその中の多数が憲法政策的に、憲法解釈上の『憲法変遷』にも、「憲法改正」にも反対している。

筆者の解釈的結論は、前記の双方と対立する。その為の第一の根拠は、国際法的に「非武装」と「中立」が相互に相容れない関係にある事実、第二の根拠は、「変法の変遷」は、憲法学の中で、原則的に、「憲法改正」の前段階として、重要な位置付がなされている事実である。

従って本節の目的は、憲法変遷の本質並びに日本国憲法第九条の「変遷」を検討対象にするところにある。

## 1. 憲法変遷の本質

### 1) 憲法

一国の憲法は、具体的歴史的状況から生じ、この状況によって条件づけられ、且つこの状況と共に変化し、規範の中に表明される一国の法的状態である。<sup>(83)</sup>

人間の性格と同様に、憲法も二つの傾向を持つ。それは持続的傾向と変化の傾向である。

憲法理論によって憲法の持続的傾向が強調される場合には、その改正の難しさ(例えば、日本国憲法では、両議院定数の三分の二十国民投票での過半数の賛同、ドイツ基本法では、連邦議会議院及び連邦参議院定数の三分の二の賛同)によって他の諸法律と区別される規範が憲法規範と表示される事によって法的意味における憲法の本質的特徴とされる。これに加え、ドイツ基本法第七九条第三項では、「ラントによる連邦の編成、立法に際する諸ラントの原則的協働、または基本法第一条及び第二〇条に規定される諸原則に抵触する」基本法改正が許されないと宣言されている。基本法の憲

法制定権者は、この憲法規範に表明されている具体的、歴史的状況を永続的に保持し、高価な遺産として後世に引き継ごうとしている。

他方において、全ての憲法に内在する変化の傾向は、不断に表明されている。憲法の変化的性格と状況依存性は、憲法が実定法規範の総体である限り、本質的なものである。従って、全ての実定法は、憲法を含めて、その本性からして変化するものであり、柔軟で、状況によつて条件づけられ、歴史的で、従って、恒常的変遷下に置かれている。

## 2) 憲法と「事情変更の原則」(clausula rebus sic stantibus)

共同体における権力の構成と配分を目的とするすべての法規範(憲法)は、暗黙裡に、立法原理としての「事情変更の原則」の留保を前提としている。

換言するならば、権力配分的規範は、これらの規範が発生した状況が本質的に変化せず、しかも法秩序の不可欠な部分として規範の背景にあり、規範と共に「意図していた」規範の「意義」が廃止を要求しない限り、有効であるという留保がこれである。<sup>84)</sup>

事情変更の原則は、全ての憲法の不可欠な構成要件であり、如何なる憲法規定によつても排除され得ない。その意味でこの原則は、「契約順守 (pacta sunt servanda)」の原則と同様の機能を有している。両者は、法制度の本質からして、実定化が行われない場合でも、直接適用可能な一般的法原則と見做されている。



### 3) 「事情変更原則」実現の三つの方法

憲法に於ける「事情変更の原則」は、三つの異なる方法で実行される。

第一に、事情変更の要請は、憲法に規定される方式で、改正権限のある機関が憲法規範を改正、廃止もしくは補充する正式の憲法改正によって実現される。

第二に、事情変更の要請は、革命もしくはクーデタによって、現行憲法の廃止もしくは新たな憲法の制定によって実現される。<sup>(85)</sup>

憲法的「事情変更の原則」と革命（及びクーデタ）及び反逆罪の関連は、国際法的「事情変更の原則」と戦争の関連に類似する。武力によって現存の法秩序を変更する試みとしての戦争は、国際法における革命に該当する。事情変更を根拠として憲法改正が、暴力を平和的法創造に向けるが故に、国内法秩序の最高の任務である如く、事情変更の原則適用に「平和的移行 (peaceful change)」の可能性を開く事が国際法の目標である平和秩序の維持に対する最高の手段と見做される。<sup>(86)</sup>

第三に、事情変更の要請は、暗黙の憲法変遷 (stillter Verfassungswandel) によって実現される。暗黙の憲法変遷とは、憲法の文面の変更無しに、実定憲法規範の意味を本質的に変更することである。つまり憲法改正と憲法変遷と憲法違反は、明確に区別する必要がある。

憲法改正は、憲法自体に規定されている方法で憲法条文を変えることである。憲法違反は、憲法の文面と意味に対する意識的違反行為である。これに対し、憲法変遷は、違法意識が存在しない本来的憲法条文の文面の意味の変更である。憲法変遷を実現する同時代の人々には、違法意識が欠けているばかりでなく、しばしば意味の変遷すら意識し

ない場合もある。また別の場合には、意味の変遷は意識されても、違法性は意識されない。この意味変遷の違法性の意識が憲法変遷を除外し、憲法違反を提示することになる。<sup>(87)</sup>

憲法変遷は、進化の一種として、正式の憲法改正と革命の中間に位置付けられ、憲法改正を先取りし、少なくとも一定期間革命を阻止する。

#### 4) 憲法変遷と憲法解釈

憲法変遷は、表現手段として憲法解釈を利用する。憲法解釈は、先ず実現された暗黙の憲法変遷を確認する。憲法解釈は、憲法変遷において決定的な役割を果たし、先ず憲法変遷に正式の道を開き、変遷に実行の為の手段を与える。つまり暗黙の憲法変遷は、解釈の下で、そして解釈を通して実現される。解釈利用の古典的例証は、アメリカ憲法の歴史である。この拡大解釈 (Broad interpretation) は、最短の、従って最も賢明なアメリカ憲法の若さを保ち続けた。暗黙の憲法変遷の中で、アメリカ憲法は不断に再生された。<sup>(88)</sup>

#### 5) 憲法解釈の任務

憲法解釈は、憲法変遷に実質的に道を示し、憲法変遷に先立つ道標であり、憲法変遷の歩むべき道を示し、憲法変遷がこの道を踏み外し、不法に陥ることを阻止する。従って、憲法解釈は、憲法変遷において、憲法に対する監視者の役割を担っており、憲法の発展を方向づけるが、その発展を阻止しない。

その意味で、憲法解釈が憲法変遷において、法の倫理的なるものへの不可変な拘束を思い出させる限り、つまり憲

法変遷に於ける憲法の良心である限り、憲法によって招聘された保護者は、憲法解釈諸機関なのである。<sup>89)</sup>

## 6) 憲法解釈の担い手

憲法解釈の担い手は、その為に憲法によって招聘されている諸機関である。憲法の解釈機関は最終的に裁判所であり、例えばドイツでは憲法裁判所である。憲法裁判所は、憲法変遷の本来的担い手であり、監視者であり、警告者であり、有権解釈の主要な担い手である。裁判官による解釈と並んで、政治家による解釈が現れる。法は、政治的なるものの機能であり、政治行動の結果である。政治は生成途上にある法である。現在の法規範の中に昨日の政治的要請と夢が実現される。その事は、とりわけ憲法規範において妥当する。憲法は、政治家に行動の場を提供する。憲法は政治家に可能性と権力を与える。従って、政治家が行うすべてが憲法解釈の一部なのである。政治家は、その意味で全ての憲法の保護者であり、有権解釈の先兵であり、個々の規範が政治目的を充足するだけではなく、その背景にある倫理的要請をも充足する事に配慮する事が憲法の保護者の義務である事を忘れてはならない。

最後に、憲法の解釈に招聘されているのは法学者である。法学者による学理解釈 (wissenschaftliche Interpretation) は、有権解釈に重要な資料を提供する事によって影響力を行使する。法律の全ての解釈に妥当する事は、とりわけ学理解釈にも妥当する。学理解釈は、三つの段階で構成されている。

解釈の第一段階は、立法者の実際の意思の解明である。この解明は必ずしも容易ではない。若干の法律においては、立法者が明快な意思を有していたか否かを問う事もある。

解釈の第二段階において、立法者の意思の解明は、法律の意思の解明に高められ、検討される。その際法律の意思

は、最早立法者の意思ではなく、立法者が事物の状況下において、如何なる意思を持たなければならなかったかと言う事である。法律の意思のこの様な解明と共に創造的解釈が生まれる。

解釈の第三段階は、事情変更後の法律の意思の解明である。ここで法学は、過去の（*ex tunc*）法律の意思、つまり本来の法律の意思を問うのではなく、今からの（*ex nunc*）法律の意思、つまり今と明日の為に現在の法律の意思を問うのである。もし立法者が今日この具体的歴史的現在、このような唯一の状況下で、初めて規範を設定する場合には、事物の状況に従って、合理的には如何なる意思を持たなければならぬかを問うのがこれである。

前記のどの大会においても法学は何らかの意味で憲法の保護者として現れるが、第三段階でその度合いが最も強い。何故なら、法学はここでその解釈によって、憲法変遷に道と方向を示すからである。<sup>90</sup>

## 2. 憲法第九条の変遷

周知の如く日本国憲法は、占領下の異常状態の下で検閲を含む占領体制の様々な超憲法的制約の中で制定された。従って日本国民の憲法制定権力が行使されたと看做すには無理がある。何故なら、歴史的にはアメリカ占領当局が作成した憲法草案が政府草案として国会に提出され、占領当局の厳しいメディア検閲・統制・操作下に草案が審議され、多少の修正がなされ、採択・発布されたからだ。この事実からして日本国憲法は、日本国民の純粋な「憲法制定権力」の産物とは言い得ない。寧ろアメリカ占領当局（と後には極東委員会も）の意思が強く反映された言わばある種の「協約憲法」<sup>91</sup>といわなければならない。

つまり我が国憲法の制定時点では、日本国民の政府と議会が占領当局による厳しい制約下に憲法制定行為を遂行し

たことからして、日本国民の憲法制定権力が自由な自決による正式な憲法制定行為を遂行したのではなく、言わば新憲法草案の形式的提案を行ったに過ぎない。従って、その行為からする憲法の真の効力は、占領中には発揮されず、日本の独立まで、日本国民の憲法制定権力とアメリカ占領当局の双方によって留保される事となった。

しかも提案された憲法は、日本の独立（一九五二年）までは、国家の最高規範でさえなく、占領規範に従属すべきものであったことも事実である。日本国憲法は、明治憲法に代るべく予定された新たな憲法提案ではあったが、占領当局によって、その最高法規としての完全な効力が日本の独立まで留保された憲法であった。つまり占領当局にとっては、日本国憲法もその下位にある諸法律も同様に占領当局の命令に従属する規範に過ぎなかった。その限りにおいて、占領当局にとっては、日本国憲法の突破（Verfassungsdurchbruch）も変遷（Verfassungswandel）も可能であった。<sup>(92)</sup>

従って、占領下の憲法解釈も、独立するまでの間は、占領当局による不断の変更が留保されている過渡的性格のものに過ぎなかった。その辺の事情を考慮に入れないで憲法が最高法規にあらざる占領時代の憲法解釈を、独立後に、無修正に全面的に取り入れた憲法解釈は、時には欠陥商品の誹りを免れ得ないことにもなったのである。

占領時代の「協約憲法」の、とりわけ憲法第九条の解釈の中で、占領軍の政策に相應するものが軍隊保持の禁止を提唱する「多数説」であった。当然の事に、当時の占領政策は、日本の武装解除と非軍事化であった。しかも日本は、その主権が極度に制限された国家であり、自前の軍隊がなく、他国の軍隊に占領された状態にあった。

確かに憲法第九条の「芦田修正」により、侵略以外の目的の為に軍隊の保持も可能であるとの解釈も可能になった事から、憲法第六六条第二項（文民条項）の挿入が占領当局（と言うよりはむしろ中国及びソ連）から要求され、これが実現した事実があり、また文理解釈的には、軍隊の保持と不保持の双方が可能な状態にはあったが、しかし当時の外国軍の占領の現実と占領当局の非軍事化政策は、（たとえ侵略以外の目的であれ）、軍隊の設立を可能にする解釈を許す環境ではなかった。つまり占領下の日本における憲法解釈は、ひとまず「主権国家の論理」が停止した状態にあった。当時の憲法学界の主流を自他共に許していた東大憲法学は、その意味でも、占領政策に合致した解釈を展開したのである。

しかしこの解釈は占領下の現実に鑑みた憲法規範の説明ではあったが、あくまでも臨時の解釈であって、しかも主権国家を前提とする解釈ではなかった。<sup>(93)</sup>

憲法解釈に際してとりわけ注目すべき点は占領期間中に我が国憲法第九条を裏付けとする平和主義の内容を決定的に方向づける重要な立法が行われた事実である。つまり占領期間中に朝鮮戦争勃発（一九五〇年六月）を契機として、占領当局の勧告（実質は命令！）に従って制定された警察予備隊令である。これが基礎となつて独立直後の一九五二年に保安隊法が、そして一九五四年に自衛隊法が制定された。つまり占領中に開始された「再軍備」の方向づけが独立後も踏襲されたのだ。正に前記の一連の規範制定行為の中に『憲法変遷』の事実が認められる。これらの一連の行為は、あくまでも行政・政府・議会が警察予備隊令、保安庁法、自衛隊法の憲法適合性を前提とした規範制定行為であった。

しかも最高裁は、現在に至るまで、このような方向、とりわけ自衛隊の存在を違憲と見做さないどころか、日本国家の「無防備」、「無抵抗」を明確に否定している。

つまり執行機関たる政府と立法機関たる議会の多数による有権解釈が自衛隊（軍隊）を合憲と解釈して現在に至る。つまり最高裁が自衛隊を違憲であると解釈するまでは、自衛隊の合憲性の推定が成り立つ。つまり有権解釈が『憲法の変遷』をもたらしたのである。

一九五二年四月の対日講和条約発効によって、日本が国際法的に独立国家となった時点は、日本国民の憲法制定権力が自由な自決を行う事を可能にする好機であった。しかしながら、アメリカの初期の占領政策を裏付けとした日本の左派勢力たる抽象的平和主義勢力が議会で憲法改正に対する拒否勢力として三分の一以上を占め、憲法制定権力の自由な自決を実質上不可能にした。

しかも日本が独立して一九五二年四月から、提案された新憲法の真の最高法規たる憲法としての機能が開始するのである。国民の憲法制定権力の意思の表明としての日本国憲法は、国民の憲法制定権力の継続的意思として、憲法解釈の対象となったのだ。

しかし有権解釈に資料を提供する立場にある学理解釈の多数派は、主権国家となった日本の現実を受け入れず、占領時代の解釈を執拗に維持し続けたのである。なお「多数派」とは言っても、東大法学部が当時も、そして現在も大多数の憲法学者を育成した事実があるだけであって、これが必ずしも多数派の論理の正しさを証明するものではないのは自明の事であるが。<sup>94</sup>

## VI. 日本国憲法に於ける集団的自衛権

### 1. 集団的自衛権は適用可能

周知の如く、一方で自衛権への直接的言及は、日本国憲法の前文にも、また第九条に見られない。しかし他方で、憲法条文の審議過程で、野坂参三議員に対する吉田茂首相の極めて不明確な回答の中で、自衛権の否定と見做され得る様な発言を除いて、これまで日本政府は、自衛権の否定と見做され得るような説明を行っていない。しかしながら時の推移の中で、とりわけ一九七〇年代に、政府解釈は、集団的自衛権に限って、日本国がこの権利を保有するが、憲法の趣旨からして適用不可能であるとの説明を行った。

筆者は、前記の政府説明が不合理であり、国際政治の現状に合致しない旨を既に古くから主張してきた<sup>(95)</sup>。従って、今般（二〇一四年七月一日）の閣議決定が、集団的自衛権を制約された形ではあっても適用可能であるとの結論に至った事実は、以下の理由から、賛同している。

### 2. 平和に寄与する「双務性」（相互主義）の勧め

世界平和（平和主義）は、他国の安全と同時に自国の安全を度外視しては考察され得ない。世界平和の思想は、その意味で独善的一国平和主義を排除する。

国家の安全は、法治国家体制からほど遠い諸国が多数を占める国際社会にあつては、なかならず軍事的側面を度外視する事ができない。その為の事実は、例えば朝鮮戦争（一九五〇年）、湾岸戦争（一九九〇年）、コソボ戦争（一九九九年）



年)等々が如実に示した。

我が国の軍事的安全の要としては、凡そ二つの要素が挙げられる。

その一つは、当然の事に自衛隊、他の一つは、日米安保条約に基づく日米軍事協力、最後の一つは、(小児病的・抽象的平和主義の提唱者でさえも反対できない)国連による集団的安全保障体制の強化である。

しかし現在では、前記のいずれの場合でも、「双務性」(あるいは相互主義)の原則の適用(前提)なくしては、一朝有事の際にその機能がおぼつかない。つまり、自衛隊においては、平時からその社会的地位(そして憲法的地位)を承認する事、日米軍事協力においては、片務的ではなく、集団的自衛権の適用を含む双務性の確認、国連においては、その平和維持活動への自衛隊の参加を含めた国家(及びNGO)の積極的参加が緊急かつ重要な課題である。これらの全ての課題は、憲法の前文と第九条の解釈に密接に関連している。<sup>(96)</sup>

なお前記の双務性もしくは相互主義に反対する論拠として古くから持ち出されて来たいわゆる「巻き込まれ論」は、既に岸内閣時代(一九六〇年)の安保改定以来延々と続けられた証明不可能な、しかも荒唐無稽な単なる主張であって、この主張に対しては、より現実的な「抑止」理論の対置が可能である。つまり抑止が機能している限り、「巻き込まれ事態」が発生する蓋然性が低いという論理がこれである。

### 3. 集団的自衛権に関わる憲法第九条の解釈に当たつての基本理解

憲法解釈にあつての筆者の基本理解を述べる必要がある。それは、二つの基本的前提の確認である。

その第一は、「憲法制定権者とはだれか」と言うことを先ず確認すること、

その第二は、「憲法第九条の国際性」を認識することである。

この二つを見落とした憲法第九条の解釈は、不完全に留まらざるを得ない。

### 1) 憲法制定権者は誰か

筆者が敢えて『憲法制定権者』のことを問題にする理由は、法の持つ客観的意義を理解する必要性にある。全ての法解釈におけると同様に、憲法解釈においても、憲法の客観的意義、すなわち憲法に表明されている条文及びその内に潜む暗黙の限定を如何に理解するかが問題になるのであって、この憲法の起草に携わった歴史的人物がどのようなように理解したかが解釈上の決定的要因とはならないということである。憲法の起草者がどのような意図で、どのような思考を条文に注入しようとしたかということは、必ずしも解釈上の決定的要因とはならない。より具体的に言えば、現行憲法制定時において、それに携わった歴史的人物、例えば、天皇の上に君臨した最高権力者マッカーサー及びそのスタッフ（ホイットニー、ケーディス等々）がどのような意図を有していたか、吉田茂が自衛権について野坂参三の質問に対して如何に解答したか、また芦田均が如何なる意図で第九条の修正文を提出したか等々は、歴史的事実として、歴史家や歴史小説家にとつては重要性があるとしても、それがために、それが直ちに解釈上の決定的要因とはならない。というのは、憲法制定権力(者) (verfassungsgebende Gewalt) とは、この憲法の起草に携わった個々の歴史的人物ではなく、全国民（つまり我々個々の国民）の総体であるからである。このような理解は、ドイツ連邦憲法裁判所の判決理由の中にも明確に示されている。<sup>97)</sup>

すなわちこの場合、条文の中に入れられた憲法制定権者の客観化された意思が基準となるのである。しかもこの憲

法制定権者の意思は、如何なる動きや変化もなき固定された意思ではなく、その時代の要請に応じて変遷可能な「継続的意思」(Dauerwille)として理解される。

しかし、時代の要請に応じた変遷可能な「継続的意思」の解釈に当たって、恣意が入り込む危険が問題となる場合には、これに対して、憲法制定権者がこの法を通して到達しようとしている目標が顧みられなければならない。例えば憲法第九条の、また憲法全体の基調となっている究極目標は「正義の秩序を基調とした国際平和の実現」であり、その帰結として侵略戦争が全面的に禁止されているのである。この目標を離れての解釈は許されないのである。

この目標への到達の為、憲法解釈者は、絶えず規範の対象となっている状況(Normsituation)、つまり経済的・社会的・政治的事情に絶えず眼を向けながら、合理的意思を有すると言われる憲法を合目的に解釈していくべきである。つまり規範と社会関係の相応が合理的解釈とされるのだ。<sup>98)</sup>

## 2) 憲法第九条の「国際性」とは何か

憲法第九条解釈上の二つ目の前提は、第九条が持つ「国際性」の認識である。多くの識者も指摘しているように、日本国憲法の最大の特徴の一つとしてその国際性が挙げられる。この性格は憲法の前文や第九十八条は無論のこと、特にその第九条に最もよく表わされている。第九条は、「平和愛好国」となった我が国が、国際共同体の一員として、その目標としている「正義と秩序を機法としている」国際共同体の平和の実現の為に、他国との関係においていかなる行動を執るべきか(あるいは執るべきでないか)について規定したものである。

ここでは特に、他国との関係における我が国の行動と言う事が第九条の解釈上の基点となるべきである。そのこと

は、とりもなおさずこの条文の解釈において、先ず国際法的用例が基準となるべき事を意味している。このような方法による解釈（つまり条文の持つ意味の類似性を第一に国際法の中に見出す）によって、初めてここに第九条の独自性が見出されるべきであり、また見出されるのである。第九条の持つ概念（国際平和、戦争、武力行使、武力による威嚇、国際紛争解決の手段、陸海空軍、戦力、国の交戦権）は皆国際法的概念である。従って国際法的用例を無視した解釈は不十分の誹りを免れ得ない。このように国際法的用例との比較によってこそ初めて第九条の独自性が見出されるのである。国際法的用例に目を向けない日本独自の憲法解釈からは、少なくとも憲法第九条に限っては、合理的にはその独自性が見出され得ない事を知るべきである。つまり解釈上の国際法的用例の優先の原則が支配すべきなのである。<sup>99</sup>

#### 4. 集団的自衛権適用の勧め

いずれにせよ、一つのケースに自衛権を適用する場合には、武力行使の合法性を主張する際に、その理論の整合性を維持する為には、個別的自衛権そのものを拡大解釈するか、あるいは、集団的自衛権の行使の必要性を認めるかのどちらかを選択せざるを得ないケースがある事が先ず念頭に置かれなければならない。何故なら、個別自衛権の拡大解釈とは言っても、国際法学者が通常理解している内容から、あまりにもかけ離れている様な拡大解釈は行い得ないからである。

#### 1) 集団的自衛権に関する従来の政府解釈

政府見解の主要部分を抽出するならば、凡そ以下の様になる。

「憲法第九条のもとにおいて許容されている自衛権の発動については、政府は従来からいわゆる自衛権発動の三要件（我が国に対する急迫不正の侵害がある事、この場合に他の適当な手段がない事及び必要最小限の実力行使に留まるべき事）に該当する場合に限られると解している。」（一九七二年一〇月一四日 参決 政府提出資料）

「…政府は、従来から一貫して、我が国の国際法上のいわゆる集団的自衛権を有しているとしても、国権の発動としてこれを行使する事は、憲法の容認する自衛の措置の限界を超えるものであつて許されないとの立場に立っているが、これは次のような考えに基づくものである。

憲法は、第九条において、いわゆる戦争を放棄し、いわゆる戦力の保持を禁止しているが、前文において「全世界の国民が…平和のうちに生存する権利を有する」ことを確認し、また第一三条において「生命自由及び幸福追求に対する告人の権利については、…国政の上で最大の蘇張を必要とする」旨を定めていることから、我が国が自らの存立を全うし国民が平和のうちに生存する事までも放棄していかない事は明らかであつて、自国の平和と安全を維持しその存立を全うする為に必要な自衛の措置を執る事を禁じているとは到底理解されない。しかしながら、だからといって、平和主義をその基本原理とする憲法が、右に言う自衛のための措置を無制限に認めていると理解されないのであつて、それは、あくまでも外国の武力攻撃によつて国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆されると言う急迫、不正の事態に対処し、国民のこれらの権利を守るための止むを得ない措置として、はじめて容認されるものであるから、その措置は、右の事態を排除する為執られるべき最小限の範囲にとどめるべきものである。そうだとすれば、わが憲法の下で武力行使を行うことが許されるのは、我が国に対する急迫、不正の侵害に対処する場合に限られるのであつて、従つて他国に加えられた武力攻撃を阻止する事をその内容とするいわゆる集団的自衛の行使は、憲

法上許されないとわざるを得ない。」（一九七二年一月一四日 参決 政府提出資料）

## 2) 従来の政府解釈の問題点

第一に、従来の政府解釈は、自衛権発動の三要件（我が国に対する急迫不正の侵害がある事、この場合に他の適当な手段がない事及び必要最小限の実力行使に留まるべき事、あるいは、即時性、必要性及び比例適合性の原則）が個別的自衛権ばかりか、同時に集団的自衛権にも適用される事実を全く考慮せず、独断的に集団的自衛権の適用を排除している。

第二に、従来の政府解釈は、国際法の中で非常事態における自国民（邦人）救出も自衛権の適用ケースと見做され、そこでは双務性（相互主義）が厳然と支配している（つまり集団的自衛権の適用ケース）事実を無視している。この様な場合には、例えば、米国旅客機による邦人輸送の際に於ける自衛隊戦闘機による護衛、あるいは、米艦船による邦人輸送における自衛隊軍艦による護衛等々が考えられる。

第三に、従来の政府解釈は、日米共同作戦としての千カイリシーレーン防衛あるいは、場合によっては太平洋、インド洋、ペルシヤ湾防衛の可能性及び必要性を考慮していない。

第四に、従来の政府解釈は、集団的自衛権が一般国際法及び国連憲章において主権国家の「自然権Ⅱ固有の権利」として重要な位置付けが行われている事実を看過あるいは軽視している。

周知の如く、一般国際法に於ける集団的自衛権の根拠とされるパリ不戦条約（一九二八年）の前文では、この条約に反して戦争に訴えた国家がこの条約が供与する利益が拒否される旨が宣言されている。この条約が供与する利益とは、法的に締約諸国の武力攻撃の対象とならない利益である。つまり、締約国がこの条約義務に違反して戦争を開始した場合、全ての締約諸国が違反国に対して戦争に訴える権利（つまり集団的自衛権）を留保している事になる。

更に国連においては本来目標とされた国連軍は未だ実現せず、現実には例えば朝鮮戦争や湾岸戦争における軍は、国連の承諾あるいは要請・勧告に基づいてそれぞれの国連加盟国が集団的自衛権を行使する為の自前の軍隊に他ならない。朝鮮戦争で侵略軍に対応したいわゆる国連軍は国連旗の使用が許されたが、厳密には国連の軍ではなく集団的自衛権を行使した国連加盟諸国の軍であった。湾岸戦争でクエートを侵略したイラク軍に対応した軍も国連軍ではなく、イラクに対して集団的自衛権を行使した加盟諸国の軍であった。その際には、朝鮮戦争に於ける様な国連旗の申請さえ行われなかった。

従って、国連成立以来七〇年近いこれまでの傾向をみるならば、少なくとも短中期的には、これまでの傾向が継続するとの推定が可能となる。

### 3) 第二次安倍政権における政府解釈…集団的自衛権適用の容認

二〇一四年七月一日に閣議決定された集団的自衛権に関する第二次安倍政権の政府解釈の主要部分は凡そ以下の通りである。筆者の解説を付して紹介したい。

(1) わが国を取り巻く安全保障環境の変化に対応が必要

「わが国を取り巻く安全保障環境の変化に対応し、いかなる事態においても国民の命と平和な暮らしを守り抜くためには、これまでの憲法解釈のままでは必ずしも十分な対応ができないおそれがあることから、いかなる解釈が適切か検討してきた。その際、政府の憲法解釈には論理的整合性と法的安定性が求められる。従って、従来の政府解釈における憲法第九条の解釈の基本的論理の枠内で、国民の命と平和な暮らしを守り抜くための論理的な帰結を導く必要がある。」

【ここでは、古典的国家目標たる国民の生命・財産・自由を守るに際しての安全保障環境の変化に対応する解釈の必要が指摘され、暗黙の憲法変遷論適用の必要性が示唆されているが、その際においても、論理的整合性と法的安定性への配慮が求められている。】

(2) 憲法第九条は武力の全面禁止ではなく国民の存続を守る為最小限の武力反撃を容認する

「憲法第九条はその文言からすると、国際関係における「武力の行使」を一切禁じているように見えるが、憲法前文で確認している「国民の平和的生存権」や憲法第一三条が「生命、自由および幸福追求に対する国民の権利」は国政の上で最大の尊重を必要とする旨定めている趣旨を踏まえて考えると、憲法第九条が、わが国が自国に平和と安全を維持し、その存立を全うするために必要な自衛の措置をとることを禁じているとは到底解されない。一方、この自衛の措置は、あくまで外国の武力攻撃によって国民の生命、自由および幸福追求の権利が根底から覆されると言う急



迫不正の事態に対処し、国民のこれらの権利を守るためのやむを得ない措置として初めて容認されるものであり、そのための必要最小限度の「武力行使」は許容される。これが、憲法第九条の下で例外的に許容される「武力行使」について、従来から政府が一貫して表明して来た見解の根幹、いわば基本的な論理であり。昭和四七（一九七二）年一〇月一四日に参議院決算委員会に対し政府から提出された資料「集団的自衛権と憲法との関係」に明示されているところである。この基本的論理は、憲法第九条の下では今後とも維持されなければならない。」

この部分の特徴は、国民の「平和的生存権」と生命、自由および幸福追求の権利を維持し、その存立を全うする為の自衛の措置を執ることを憲法第九条が禁じていないとの認識である。ここでは、一九五九年最高裁の「無防備・無抵抗」の否定を思い起こさせる。しかもここでは、自衛のための前提としての三要件（必要性、比例適合性および即時性）が課され、これらを一体として政府見解の根幹と見做し、この根幹の変更は将来もないとしている。」

- (3) わが国に対する武力攻撃のみならず、わが国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃によりわが国の存立が脅かされる場合に武力反撃が容認される

「これまで政府は、この基本的な論理の下「武力行使」が許容されるのは、わが国に対する武力攻撃が発生した場合に限られると考えてきた。しかし、冒頭で述べたように、パワーバランスの変化や技術革新の急速な進展、大量破壊兵器などの脅威などによりわが国を取り巻く安全保障環境が根本的に変容し、変化し続けている状況を踏まえれば、今後他国に対して発生する武力攻撃であったとしても、その目的、規模、態様等によつては、わが国の存立を脅かす

ことも現実に起こり得る。

わが国としては、紛争が生じた場合にはこれを平和的に解決するために最大限の外交努力を尽くすとともに、これまでも憲法解釈に基づいて整備されてきた既存の国内法令による対応や当該憲法解釈の枠内で可能な法整備などあらゆる必要な対応を採ることは当然であるが、それでもなおわが国の存立を全うし、国民を守るために万全を期する必要がある。

こうした問題意識の下に、現状の安全保障環境に照らして慎重に検討した結果、わが国に対する武力攻撃が発生した場合のみならず、わが国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これによりわが国の存立が脅かされ、国民の生命、自由および幸福追求の権利根底から覆される明白な危険がある場合において、これを排除し、わが国の存立を全うし、国民を守るために他に適当な手段がないときに、必要最小限の実力を行使することは、従来の政府見解の基本的な論理に基づく自衛のための措置として、憲法上許容されると考えるべきであると判断するに至った。」

これまでの政府の第九条解釈は、わが国に限定された武力攻撃への武力対応のみを対象としてきたが、わが国を取り巻く安全保障環境の本本の変容により、今後他国に対して発生する武力攻撃であっても、わが国の存立を脅かすことが現実に起こり得る。この様にわが国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、わが国の存立が脅かされる明白な危険がある場合に、必要最小限の実力を行使することは、従来の政府見解の基本的論理に基づく自衛のための措置として憲法上許容される。つまり集団的自衛権行使の容認がこれである。」

(4) 国際法上の根拠と憲法解釈を区別して理解する必要

「わが国による「武力の行使」が国際法を順守して行われることは当然であるが、国際法上の根拠と憲法解釈は区別して理解する必要がある。憲法上許容される上記の「武力の行使」は、国際法上は、集団的自衛権が根拠となる場合がある。この「武力行使」には、他国に対する武力攻撃が発生した場合を契機とするものが含まれるが、憲法上は、あくまでもわが国の存立を全うし、国民を守るため、すなわち、わが国を防衛するためのやむを得ない自衛の措置として初めて許容されるものである。」

「ここでは、一方で、国際法上の根拠と憲法の解釈を区別する必要性が強調されながら、他方で「武力行使」が国際法上は、集団的自衛権が根拠となる場合があることが示唆され、しかもその場合においても、憲法上は、目標が国民の存立にあることが強調されている。」

(5) 自衛隊出動における民主的議会統制の必要

「憲法上「武力の行使」が許容されるとしても、それが国民の命と平和な暮らしを守るためのものである以上、民主的統制の確保が求められることは当然である。政府としては、わが国ではなく他国に対して武力攻撃が発生した場合に、憲法上許容される「武力の行使」を行うために自衛隊に出動を命ずるに際しては、現行法令に規定する防衛出動に関する手続きと同様、原則として事前に国会の承認を求めるところを法案に明記することとする。」

「ここでは、集団的自衛権の適用に際して、民主国家における議会統制を確保する為の手続きについての規定が見られる。ここでは、「事前承認」に「原則として」が付されることによって、緊急事態における「例外」がありえることが示唆されている。」

#### 4) 集団的自衛権の適用を容認する政府解釈の論理

二〇一四年七月一日に閣議決定された「政府解釈」では、周知の如く集団的自衛権の適用が容認された。昭和四七（一九七二）年一〇月一四日に参議院決算委員会に対し政府から提出された資料「集団的自衛権と憲法との関係」との比較において、集団的自衛権を対象として現行政府解釈の論理の検討を試みよう。

「わが憲法の下で武力行使を行うことが許されるのは、我が国に対する急迫、不正の侵害に対処する場合に限られるのであって、従って他国に加えられた武力攻撃を阻止する事をその内容とするいわゆる集団的自衛権の行使は、憲法上許されないといわざるを得ない。」（一九七二年一〇月一四日付参決政府提出資料）

「わが国に対する武力攻撃が発生した場合のみならず、わが国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これによりわが国の存立が脅かされ、国民の生命、自由および幸福追求の権利根底から覆される明白な危険がある場合において、これを排除し、わが国の存立を全うし、国民を守るために他に適当な手段がないときに、必要最小限の実力を行使することは、従来の政府見解の基本的な論理に基づき自衛のための措置として、憲法上許容されると考え

るべきである。」(二〇一四年七月一日に閣議決定された政府解釈)

前記の二文を比較するならば、前者は集団的自衛の行使が憲法上許されないとし、後者は、他国への武力攻撃が発生した場合でも武力反撃が許される、つまり集団的自衛の行使が、場合によっては容認されると見做している。いわば、一八〇度の転換である。

この転換には、どのような根拠が提出され、しかもそれが説得的な理由づけとなっているかについて検討したい。

第一は、パワーバランスの変化や技術革新の急速な進展、大量破壊兵器などの脅威などによりわが国を取り巻く安全保障環境が根本的に変容した事実、

第二は、今後他国に対して発生する武力攻撃であったとしても、その目的、規模、態様等によっては、わが国の存立を脅かすことも現実に起こり得る、

第三は、従って、「わが国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これによりわが国の存立が脅かされ、国民の生命、自由および幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある場合に、これを排除し、わが国の存立を全うし、国民を守るために他に適当な手段がないときに、必要最小限の実力を行使することは、従来の政府見解の基本的な論理に基づく自衛のための措置として、憲法上許容されると考えるべき」との結論となる。

つまり集団的自衛権の適用を容認する政府の新解釈の論旨及びその特徴は、

第一に、新たな現象としての「わが国を取り巻く安全保障環境の根本的変容」の結果、他国への武力攻撃であつても、その目的、規模、態様等によっては、わが国の存立を脅かす事も現実に起こり得る。従つて、（他国一般ではなく、「わが国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が」わが国の存立を脅かし、国民の生命、自由および幸福追求の権利を根底から覆す明白な危険がある場合に、これを排除する為に、必要最小限の実力を行使する事は自衛のための措置として憲法上許される。」

第二に、自国のみならず、（わが国と密接な関係にある）他国への武力攻撃も、これがわが国の存立を脅かす明白な危険がある場合に、これを排除するための最小限の実力行使が憲法上許される。

第三に、政府の新解釈で新たに付加された文言は、「わが国を取り巻く安全保障環境の根本的変容」及び「わが国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃」に限定され、ほかの略全では、これまで個別的自衛権の適用要件として提示された文言が踏襲されている。とりわけ、個別的自衛権適用のための三要件は、集団的自衛権適用の際にも継続されている。

第四に、このようにして政府解釈は、集団的自衛権適用の容認を以てこれまで以上に現行一般国際法と国連憲章に近づいたと看做される。

#### 結論と展望…

既に指摘したように、今般の閣議決定による新たな政府解釈は、集団的自衛権の適用可能性を限定的に容認することによつて、慣習一般国際法と国連憲章に近づいた。

このような解釈を左派勢力は、自衛隊が海外で戦争を行い、日本が戦争に巻き込まれる事になるとの宣伝を強化している。

この主張は既に一九六〇年の岸内閣時代の安保改正過程で見られたもので、古い主張の焼き直しに過ぎない。

この種の主張には、通常伝統的な「抑止論」が対置されている。これに更に伝統的な格言「平和を望むなら、戦争に備えよ (si vis pacem para bellum)」もつけ加えられる。

換言するならば、かつて筆者の知人の元ドイツの連邦軍総監が述べたように、『連邦軍は、戦争を強いられることがないために、戦争できる状態を維持し続けなければならない。』と言う事になろう。集団的自衛権の適用可能性の容認は、前記の伝統的な知恵と密接に関連している。その意味からして、日本の左派系メディアの主張は、日本の非常識の典型と見做されよう。

近い将来の政府任務は、この閣議決定を明快な形で、自衛隊法、日米防衛協力のための指針（ガイドライン）の改定、そして不可欠な非常事態基本法、そして改正憲法の中に挿入するところにあるであろう。

「自然は飛躍しない (natura non facit saltum)」のであるから、日本も、普通の国家として、積極的に平和に関与することが不可欠である。

- (1) 安田寛、西岡朗、宮沢浩一、井田良、大場昭、小林宏晨 (共著) 「自衛権再考」知識社一九八七年参照。
- (2) 仏文 “*légitime défense*” ≡ 正当防衛、英文 “*self-defense*” ≡ 自衛
- (3) 英文 “*inherent right*”
- (4) 仏文 “*droit naturel*”
- (5) 小林宏晨 「国連憲章と旧敵国措置」 in: 「第二次世界大戦と現代」一九八六年東大出版会、一六一ページ以下、小林宏晨 「ソ連の北方領土占拠と国連憲章の敵国条項」国防一九八九年七月四二頁—五五頁参照。
- (6) Joram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Third Edition, Cambridge 2001, 一九二頁以下参照。
- (7) Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Merits), (1986) I.C.J.Rep.14,203
- (8) I.Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, 1963, 305; *Corfu channel Case* (Merits), (1949), I.C.J.Rep.4,31 参照。
- (9) O.Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 178, R.C.A.D.I.9,168 (1982)
- (10) Joram Dinstein, 註(9) (2001), 一一〇頁以下参照。
- (11) R.A.Falk, *The Beirut Raid and the International Law of Retaliation*, 63, A.J.I.L.415,430 (1060)
- (12) B.V.O'Brien, *Reprisals, Deterrence and Self-Defence in Counterterror Operations*, 30 V.J.I.L.421,463-7 (1989-90) 参照。
- (13) Joram Dinstein, 註(9) (2001), 一一〇頁参照。
- (14) Security Council Resolution 188, 19 R.D.S.C.9,10 (1964); Cf. Security Council Resolution 270, 24 *ibid.*, 4, *id.* (1969)
- (15) Joram Dinstein, 註(9) (2001), 一一〇頁参照。
- (16) D.W.Greig, *International Law* 889 (2nd e., 1976)
- (17) C.Greenwood, *International Law and the United States' Air Operation against Libya*, 89 W.V.L.R.933,941 (1986-7) 参照。
- (18) C.H.M.Waldock, *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*, 81 R.C.A.D.I.451,467 (1952).
- (19) N.Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, 30-44 (1984)



参照。

- (20) A.Gerard,L'Opérations Stanleyville-Paulis devant le Parlement Belge et les Nations Unies, (1967) R.B.D.I.242,254-6参照。
- (21) V.P.Nanda,The United States'Action in the 1965 Dominican Crisis :Impact on World Order - Part I,43 D.L.J.439,444-72 (1966) 参照。
- (22) W.C.Gilmore,The Grenada Intervention 31,56 (1984) 参照。
- (23) V.P.Nanda,The United States Armed Intervention in Grenada - Impact on World Order,14 C.W.I.L.J.395,410-11 (1984) 参照。
- (24) A.Aboramovsky and P.L.Greene,Unilateral Intervention on Behalf of Hijacked American Nationals Held Abroad, (1979), U. L.R.231,246参照。
- (25) O.Schachter, 註(9) (982),630
- (26) L.C.Green,Rescue at Entebbe - Legal Aspects,6.I.Y.H.R.312,313-15 (1976) 参照。
- (27) F.C.Pedersen,Controlling International Terrorism:An Analysis of Unilateral Force and Proposals for Multilateral Cooperation,8 U.T.L.R.209,222 (1076-7) 参照。
- (28) O.Schachter,In Defense of International Rules on the Use of Force,53 U.C.L.R.113,139n.107 (1986) .
- (29) M.Akehrst,The Use of Force to Protect Nationals Abroad,5 Int.Rel.3,21 (1977) 参照。
- (30) L.C.Green,The Rule of Law and the Use of Force - The Falklands and Grenada,24 Ar.V.173,189 (1986); O.Schachter,International Law in the Hostage Crisis:Implications for Future Cases,American Hostages in Iran 325,331 (W.Christopher et al.eds.,1985) 参照。
- (31) Joram Dinstein, 註(9) (2001), 110-115頁以下参照。
- (32) Joram Dinstein, 註(9) (2001), 110-116頁参照。
- (33) J.L.Kunz,Individual und Collective Self-defense in Article 51 of the Charter of the United Nations,41 A.J.I.L.872,877

- (1947); Cf.R.R.Baxter, The Legal Consequences of the Unlawful Use of Force under the Charter, (1968), P.A.S.I.L.68,74.
- (34) Joram Dinstein, 註(9) (2001), 207f. 頁參照。
- (35) Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, (1996), I.C.J.at 256,266.
- (36) Advisory Opinion, 註(53) (1996), 257.
- (37) Advisory Opinion, 註(53) (1996), 262-3.
- (38) Advisory Opinion, 註(53) (1996), 266.
- (39) Advisory Opinion, 註(53) (1996), 245.
- (40) M.N.Schmitt, The International Court of Justice and the Use of Nuclear Weapons, 362 N.W.C.R.91,108 (1998)
- (41) J.Barozza, Necessity (Revised) in International Law, Essays in International Law in Honour of Judge M.Lachs, 27, 41 (J.Makarczyk ed. 1984)
- (42) A.Cassese, Article 51, La Charte de Nations Unies, 769, 773 (J.-P. Cot and A.Pellet eds., 1985) 參照。
- (43) Joram Dinstein, 註(9) (2001), 111 頁參照。
- (44) R.Ago, Addendum to Eighth Report on State Responsibility, (1980), II (1) I.L.C.Ybk 13, 68
- (45) D.W.Bowett, The Interrelation of Theories of Intervention and Self-Defense, Law and Civil War in the Modern World, 38, 46-7 (J.N.Moore ed. 1974) 參照。
- (46) M.S.McDougal and F.P.Feliciano, Law and Minimum World Public Order, 248-50 (1961); Joram Dinstein, 註(9) (2001), 111 頁參照。
- (47) L.Oppenheim, International Law, II, 155 (H.Lauterpacht ed. 7<sup>th</sup> ed., 1952)
- (47a) Joram Dinstein, 註(9) (2001), 111 頁參照。
- (48) Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua Case) (Merrits), (1986) I.C.J.Rep.102-4

- (49) Nicaragua Case 註(48) (1986), 256-8 (Dissenting Opinion of Judge Oda).
- (50) S.A.Alexandrov, Self-defense against the Use of Force in International Law, 103 (1996) 参照。
- (51) A. Verdross, Austria's Permanent Neutrality and the United Nations Organization, 50 A.J.I.L. 61, 64 (1956) 参照。
- (52) United States-Republic of Korea, Washington Treaty, 1953, 48 A.J.I.L., Supp., 147 (1954)
- (52a) Nicaragua Case 註(48) (1986), 105.
- (53) Great Britain-Poland, London Agreement of Mutual Assistance, 1939, 199 L.N.T.S. 57.
- (54) Joram Dinstein, 註(50) (2001), 230 ; B.A.Beckett, The North Atlantic Treaty, the Brussels Treaty and the Charter of the United Nations 28 (1950) 参照。
- (55) M. Virally, Panorama du Droit International Contemporain, 183, R.C.A.D.I. 9, 298 (1983) 参照。
- (56) Charter of the United Nations, 1945, 9 Int. Leg. at 361.
- (57) Joram Dinstein, 註(50) (2001), 237 参照。
- (58) Nicaragua Case, 註(48) (1986), 110
- (59) Nicaragua Case, 註(48) (1986), 110
- (60) Nicaragua Case, 註(48) (1986), 104.
- (61) Nicaragua Case, 註(48) (1986), 104.
- (62) Ibid., 105
- (63) みるゝかへ' Ibid. (Dissenting Opinion of Judge Sir Robert Jennings), 544-5 参照。
- (64) Joram Dinstein, 註(50) (2001), 183ff.
- (65) Nicaragua Case, 註(48) (1986), 122-3
- (66) Nicaragua Case, 註(48) (1986), 405, 121-2.
- (67) U.N.Doc.S/1501

- (68) H.Kelsen, *The Law of the United Nations. Recent Trends*, N. Y. (1951), 927参照。
- (69) H.Kelsen, 註(89) (1951), 928参照。
- (70) 小林宏晨「湾岸危機：その背景と対応④」国防一九九一年一〇月六三頁以下参照。
- (71) U.N.Doc.S/1511
- (72) H.Kelsen, 註(89) (1951), 933参照。
- (73) U.N.Doc.S/1588
- (74) H.Kelsen, 註(89) (1951), 936参照。
- (75) U.N.Doc.S/P.V.476, pp.3-5
- (76) 小林宏晨 註(70) (1991), 六五頁以下; H.Kelsen, 註(89) (1951), 936# 参照。
- (77) Security Council Resolution 660, 45 R.D.S.C.19, id. (1990)
- (78) Security Council Resolution 678, 45 R.D.S.C.27, 27-8. (1990)
- (79) Security Council Resolution 686, 46 R.D.S.C.27, 8-9. (1991)
- (80) Security Council Resolution 687, 46 R.D.S.C.27, 11-15. (1991)
- (81) K.Boustany, *La Guerre du Golfe et le Système d'Intervention Armée d'ONU*, 28 C.Y.I.L. 379, 291-2 (1990) 参照。
- (82) L.Henkin, *Law and War after Cold War*, 15. Mar. J.I.L. T.147, 160 (1991)
- (83) F.A.Frhr.von der Heydte, *Stiller Verfassungswandel und Verfassungsinterpretation*, Arch.RSPhBd.39 (1950/51); Hiroaki Kobayashi, *Der Verfassungswandel und die Verfassungsauslegung in der japanischen Verfassung*; in Memoriam Friedrich August Freiherr von der Heydte, in: *Nihon University Comparative Law*, Vol.112 (1995), 39; 小林宏晨「日本国憲法の平和主義」(1998) 一三四頁参照。
- (84) E.Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus*, Tübingen 1911, S.124. 参照。
- (85) W.Schönfeld, *Die Revolution als Rechtsproblem*, AöR N.F.12.Bd. (1926), S.172. 参照。

- (86) F.A.Frhr.von der Heydte, 註(83) (1950/51), S.466. 参照。
- (87) E.Forsthoff, Festschrift Carl Schmitt, 1959, S.35ff.; A.Hollerbach, A-R Bd.85 (1960), S.241ff.; P.Lerche, Festgabe Th.Maunz, 1971, S.285ff.; J.Isensee, NJW 1977, S.548f.; H.Krüger, DIV 1961, 721ff.; Tomushat, Verfassungsgewohnheitsrecht? 1972, S.146.; F.A.Frhr.von der Heydte, 註(83) (1950/51), S.466. 参照。
- (88) K.Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd..1977, S.132f.; G.Leibholz, In Memoriam R.Smend, S.33f.; F.A.Frhr.vonder Heydte, 註(83) (1950/51), S.472f. 参照。
- (89) F.A.Frhr.vonder Heydte, 註(83) (1950/51), S.473f. 参照。
- (90) F.A.Frhr.vonder Heydte, 註(83) (1950/51), S.474ff. 参照。
- (91) 田上穰治「入門憲法」一九八二年、七頁参照。
- (92) 小林宏晨註(83) (1998), 一一一〇頁参照。
- (93) 小林宏晨註(83) (1998), 120f. 頁参照。
- (94) 小林宏晨註(83) (1998), 122f. 頁参照。
- (95) 安田寛、西岡朗、宮沢浩一、井田良、大場昭、小林宏晨(共著)、『註(1) (1987), 二五〇頁以下参照。
- (96) 小林宏晨註(83) (1998), 一一五頁参照。
- (97) Th.Maunz, Deutsches Staatsrecht, München 1959, 49; BVerfGE 1, 312参照。
- (98) 小林宏晨註(83) (1998), 一一六頁以下参照。
- (99) 小林宏晨「憲法九条と自衛力」上智大学外国語学部紀要第一号一九六六、二頁以下参照。



# 行政警察活動と犯罪の事前捜査（下）

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・司法警察の区分の歴史

- 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（下）（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）―前号）

#### 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）―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・司法警察区分要否論との関連性

(1) 事前捜査の可否論と行政・司法警察区分要否論とはどのように関連するのか。

行政警察活動は、犯罪の未然防止と鎮圧、すなわち、既に発生した犯罪の捜査をも包含する目的をもつてその作用内容とするものである（警察法二条一項。警職法二条一項の「職務質問」でも、不審事由の一つとして、「既に行われた犯罪について・知っている者」として、既発の犯罪もその対象に含まれている）。したがって、その未然防止を図る行為はその目的通りの活動であり、その活動結果として犯罪の証拠収集がなされても、その活動自体が犯罪の未然防止にあることに変わりはなく、捜査活動に当たるわけではないことはもちろんである。ところが、司法警察（捜査）に関しては、犯罪概念の捉え方につき、既発犯罪を対象とする作用に限るとする事前捜査消極説を採れば、将来の犯罪事象に対応するには行政警察活動としてか認められず、区分必要説に対応する。すなわち、捜査は、既発犯罪を対象とするものであって、司法警察職員として司法警察権限を行使できるのはその限りの場合だけであるとし、犯罪の予防・制止の行為（警職法五条）は、警察官の行政警察活動として行われるべきものとする。しかし、捜査として事前捜査も認める見解からすれば、行政・司法警察の厳格な区分は不要であるとの結論を導き易いというのがここでの論点である。<sup>23</sup>

このように、将来の犯罪の捜査の可否問題に関して、行政・司法警察の区分必要説からは事前捜査を消極に、区分不要説からは事前捜査を積極的に解する見解が多い。しかし、区分必要説を維持しながらも事前捜査を積極的に解する見解や、反対に区分不要説を採りながら事前捜査も消極に解する見解もある。従来の伝統的な考え方は、捜査概念を

「既発の犯罪」に対する捜査と捉えた上で、厳格な区分必要説に立つて、将来の犯罪に関しては犯罪の未然防止を目的とする行政警察の作用に属することを理由に事前捜査消極説を採用するものであった。

(2) これに対して、捜査概念を見直し、将来の犯罪に対しても捜査が及ぶと解する事前捜査積極説が台頭する。

そして、区分要否論との関連では、区分不要説を説いた上での積極説と、区分必要説を維持した上での積極説とがあり、さらには区分不要説ながら消極説を採用の見解とに分かれる。

そこで、区分不要説を説いた上での事前捜査積極説は、大要次のように説く。<sup>(24)</sup>

まず、一つには、従来の行政・司法警察の区分は、戦前の我が国の刑事手続法が大陸法系の区分論の法制に由来するところ、その意義もあつた不利益処分に対する救済に関する管轄裁判所の関連では行政裁判所も廃止され、また、警察も第一次捜査機関として検察官から独立したことから区分の意味も薄れたこと、二つには、大陸法系では実体法的思考が優位を占めるところ、犯罪捜査は公訴の準備であり、その公訴は国家の刑罰権を実現するためのものであつて、「犯罪が成立し、刑罰権が発生しなければ公訴権も発生せず、公訴権が生じなければ、捜査権も存在しない」との考え方が区分の基底にあつたと思われるところ、訴訟法的に見れば、犯罪の成否は裁判の結果明らかになるものであるから、その訴追行為の公訴権の発生が犯罪の成立を前提にしていると考えられることは論理矛盾であること、三つには、警察活動を行政警察でなく司法警察の方に取り込む方が濫用の危険が大きくなるとの危惧を主張する見解に疑問を呈し、フランスでは行政・司法警察が一体的・連続的になされることが多いのにそれが峻別され、裁判で緩やかな規準の行政警察作用と認定される結果をもたらしたことから、区別自体の存在意義が問い直される動きが出てきていること、などを指摘する。そして、事前の強制捜査に関しては、憲法三五条の「正当な理由」の解釈として過去の犯

罪に限る理由は不明であり、将来の犯罪の不確実性を言うのであれば、過去の犯罪に対する令状発付の段階での犯罪事実存否の判断も蓋然性にとどまるものであって絶対確実なものではなく、いずれも推認の域を出ずして本質的な差異ではないことなどを説く。

ところが、区分不要説を採りつつ、しかし事前捜査は消極とする有力説もある<sup>(25)</sup>。

従来、犯罪とは伝統的に発生後のものを指し、捜査は事後に限ると捉えていたが、それは行政・司法（捜査）警察区分論が根底にあったことから、その区分の意義、根拠、機能などをフランスの大陸型捜査から英米型捜査への視点を入れて構成し直す。そして、現行法上は行政・司法警察の区分は、少なくとも旧法時代までの基準では、もはや通用しなくなったというべきであろうとして、「捜査は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 $\parallel$ 司法へ向けて準備の役割・効用をもつだけである」とする。その上で、事前捜査の可否については、現行法の解釈上は、やはり消極説を基本とする<sup>(26)</sup>と解さざるをえないと思われるとする。

そこで、新しい区分構成をしてその必要説を維持した上での事前捜査積極説が主張されるようになった<sup>(26)</sup>。すなわち、行政・司法警察の区分は、両作用の目的・機能の違いに重点を置いたものであるから、犯罪の発生前後の区別は、通常は、公共の安全と秩序の維持を直接の目的とする作用は犯罪の発生前に行われ、犯罪の訴追を目的として行われる捜査は犯罪発生後に行われるところ、犯罪発生<sup>(26)</sup>の蓋然性が高度な場合に、発生前に捜査を行うことを禁止する趣旨まで含むものではないとして、新しい区分の意義付けを試みる区分再構成の事前捜査積極説である。

(3) また、捜査対象の形態の違いが事前捜査の可否に影響を及ぼすか否かの論点もある。

特に事前の搜索差押令状発付・執行の必要な事例として、殺人罪を例にとれば、犯行経過として次のような経過を

辿る。まず殺害の計画なり共謀なりを行い、続いて毒薬とか凶器等殺害の準備をして、これを携帯して被害者方へ赴き、いよいよ実行に着手して、その殺害の目的を遂げ、こうして殺人罪が完遂される。

ここで、将来の犯罪の捜査という問題としては、少なくとも実行の着手までにその情報を入手して、その犯行完遂に対する捜査として被疑者の身体、所持品あるいは住居等に対する搜索差押令状を事前に得てその執行を実施するという過程を辿る。この場合、事前捜査の犯罪形態として、第一類型は、特定の犯罪の始めの段階の形態、すなわち、予備罪・陰謀罪（刑法には予備罪として八種類、陰謀罪として三種類の規定を置く。）、共謀罪（明治一七年一二月太政官布告三三二号公布の爆発物取締罰則四条の爆発物使用に関する共謀罪、平成二五年一二月法百八号公布の特定秘密の保護に関する法律二四条の情報の漏えい・取得に関する共謀罪）、科刑上一罪・包括一罪や、平成三年法改正で処罰規定に追加された国外犯としての覚せい剤等の禁制品の密輸の事例で、その罪の成立段階（搭乗等の段階）で、この過去の犯罪事実を以て令状発付を得て進んで完遂に至る当該犯罪に対する事前捜査を行う場合等がある。なお、この類型の変形として、覚せい剤等の禁制品所持罪で検挙した被疑者の当該犯罪の譲り受けに係る裏付け捜査を行うための通信傍受令状の執行例は、その過去の犯罪の捜査の際に得られた当該令状執行時における電話内容自体の将来の犯罪捜査を許容する事例となる。また、第二類型としては、重大犯罪、覚せい剤・けん銃等規制品の密売や賭博場開帳等の犯行の計画・共謀段階にあって、当該犯罪には未だ着手していないのに、その段階でも高度の蓋然性に基づき搜索差押・検証令状の発付を得、更にはその執行まで至る必要性が高いような場合である<sup>27)</sup>。

この二つの犯罪形態の基本的な違いは、犯行過程の被疑事実をどこまで具体的に明示できるのか、という犯罪生起の「確実性の程度」の違いにある。しかし、この両犯罪形態の区分はあくまでも実体法的なものである。訴訟法的、

すなわち、実際の捜査においては、両形態とも共通の論点を提供する。ここでは第二類型の犯罪形態が主として問題となるが、実は第一類型の犯罪形態でも、実体法的には当該犯罪の完成に向けた初期段階でその犯人に予備罪等が成立しているのに、しかし、現実にはその犯人が予備罪等では未だ検挙されていない場合であるからこそ、既遂に向けた将来の犯罪捜査の問題となる（いわゆる監視・泳がせ捜査の場合も、検挙の時期的違いで同じ問題と言えよう）。この場合、当該犯罪の共謀者・関与者・犯行現認者らの情報提供によつて犯罪実態が明らかになったことから、捜査の必要（「犯罪があると思料するとき」となる。）が出てくるものなのである。第二類型でも、例えば密売の前日（将来の犯罪）には実体法的には既に覚せい剤の所持罪などが成立している過去の犯罪を含むものである。要は、訴訟法的、すなわち、捜査の実際としては、両犯罪形態とも共通の問題点を提供しているものなのである。

## 2 事前捜査の可否論

- (1) そこで、事前捜査、特に事前強制捜査消極説の理由を概観する。<sup>(28)</sup>  
まずは、(i) 現行法の解釈である。

すなわち、憲法三五条の「正当な理由に基づいて発せられ」る令状とは、過去の犯罪との関係で規定された要件と解されること、刑事法一八九条二項は「犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査するものとする。」と規定するが、そこでの「犯罪」とは、過去の犯罪に対するもの解すべきであること（捜査とは未然防止の活動を目的とするものではないことを指すものである。これは、刑事法三三九条の告発も犯罪が現に存在していることを前提にするものと解するのが相当であることと整合する。）、また、刑事訴訟規則でも搜索差押や検証の令状請求の記載要件として、一五五条一項四号は「罪名及び犯罪事実の要旨」と、そして、これを承けた一五六条一項は、「被疑者又は被告人が罪を犯したと

思料されるべき資料を提供しなければならぬ。」と規定して、いずれも既に発生した犯罪を予定し、将来の未だ発生していない犯罪のための事前捜査としての令状発付は予定していないとする。

また、(ii) 犯罪の発生が確実と予測される場合でも、不確定要素は避けられないのであるから、これに対して強制処分令状の事前発付を認めることは、行政警察の目的(法領域)に属し、これを司法警察の手続で行うのは相当でないとする。

これに関連して、(iii) 将来の発生するかも知れないという事実に対しては、「犯罪事実」を具体化・特定化できず不確定的とならざるを得ないから、一般的探索の禁止、すなわち令状主義に反することになることを指摘する。

さらに、(iv) 従来、積極説からは、重大犯罪であるため事前強制捜査(搜索差押・検証令状の発付)の必要性が高い事例として、薬物・けん銃等の密輸事犯が指摘されていたが、それも平成三年の法改正で外国からの輸出、我が国への輸入未遂、予備等も「刑法第二条(国外犯)の例に従う」こととされたため(麻薬及び向精神薬取締法六九条の六、覚せい剤取締法四一条の二、大麻取締法二四条の八、あへん法五四条の四、銃砲刀剣類所持等取締法三一条の一四)、これらの犯罪はその犯行の各段階で既に実行した犯罪の被疑事実として令状発付が可能になり、他にこの種犯罪の例外を認めるに足る事例もないと指摘する。

そして、(v) 将来発生が確実に予測されるとして、事前強制捜査としての令状が発付される場合を認めるとしても、その令状執行を犯罪を実行する前に実施するのであれば、犯罪の予防・鎮圧の目的を実現するための行政警察活動を、強制捜査としての令状で達成することに等しくなり、それは司法審査の本来の作用をないがしろにするものであり、このような場合は、警職法等による行政警察活動において行い、司法警察の手段で行うべきではないとする。

(2) しかし、事前捜査積極説からは次のような反論がなされる。<sup>(29)</sup>

まず、(a) 消極説 (i) の現行法の解釈についてである。

確かに、刑訴法一九九条は逮捕状による逮捕要件について、「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある」こと等を規定しており、現に発生した過去の犯罪を対象とすると解すべきである。しかし、同法一八九条二項は「犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査するものとする。」と規定していて、これは、発生後の「犯罪」に限定する趣旨まで含むものとは解されない。したがって、犯罪発生の高蓋然性が高い事案の事前捜査を禁止する趣旨までではないと解し得る。また、刑訴規則一五五条一項四号や一五六条一項が通常は過去の犯罪を指していることとは言えるが、刑訴法一九九条の逮捕要件の文言と比べれば、「罪を犯したと疑うに足りる相当な理由」の存在(犯罪の既存性)が要件となっておらず、将来発生する蓋然性の高い犯罪に対する例外的な事前捜査差押・検証令状の発付・執行を禁ずる趣旨までも含むものとは言えないと解される。そもそも犯罪の存否が裁判によって決定されるものである以上、その立証のための手続は犯罪の発生後に限定されるものではなく、「犯罪の種類・性質によっては、その実行前に捜査そのものの性質を有する処分をすべき事態があり得る」ものであり、捜査の必要に応じて発生前に行われても訴訟法上の整合性を害するものではないと解され、例外的解釈を許さないものとは思われたいとする。そして、事は政策的に事前強制捜査の許否について相当の理由があるかどうかの問題であるとも言う。

また、(b) 消極説 (ii) の将来発生の不確実性についてである。

将来発生 of 犯罪と過去の犯罪の時期による「蓋然性」の違いは、強制捜査を禁ずるほどの質的な違いではない。それは程度問題に帰し、結局、決定的な消極理由とは言えない。そうであれば、要は犯罪の態様、証拠隠滅のおそれの

有無などに照らし、捜索差押えの高度の必要性がある限り、令状発付の要件は実質的、客観的にクリアしたものと判断することに差し支えないものとする。

これに関連して、(c)消極説 (iii) の将来の犯罪の被疑事実は具体化できず一般的探索の禁止、すなわち令状主義に反するとの点についてである。

捜索差押・検証令状を例にとれば、過去の犯罪についても、捜査初期であつてみれば、被疑者自体が不詳であるとか、被疑事実の犯罪の日時・場所・手段方法等が概括的に止まる例は往々にしてあることである。他方、将来の犯罪であつても、その対象事件と疎明資料を厳格に絞ることで被疑事実もかなり具体化できる場合はあるものであつて、被疑事実が過去の事実か将来の事実かでの両者の蓋然性の比較は、結局、程度 (量的) 問題に帰するとする。

さらに、(d)消極説 (iv) の薬物・けん銃等密輸事犯の事前捜査の必要性についてである。

それらの犯罪の密輸事件は、国外犯規定に含ませる平成三年の法改正があつて、事前捜査論の必要性が減退したとしても、事案によっては、犯罪の事前捜査をする必要性が高い場合がなお存在することである。例えば、覚せい剤等の密売事件では、情報提供を受けてその取引現場で覚せい剤を押収すべく、その捜索差押令状の発付を得るため、捜査報告書の作成や情報提供者に対する取調べと供述調書の作成等の所要の任意捜査を開始することに具体的な特段の弊害があるわけではない。このような、将来の犯罪捜査一般が許されないとする理由はない上、進んで前記令状の発付を受けてこれを執行する強制捜査の必要性もなお高いものがある。また、通信傍受に関して、従来 of 検証令状で実施していた事例では、過去の被疑事実に関する裏付け捜査として、その過去の被疑事実で使われた取引電話の傍受により、結果として現在の同種事案の新しい電話内容も傍受されたとの位置付けをする。もつとも、この事例ではむしろ



る当該過去の被疑事実の関連証拠収集としての傍受と、将来の犯罪捜査としての新たな被疑事実の証拠収集としての電話傍受との二面性があることを正面から認め、しかしそうであっても、これが令状主義に反するものではないと解する方が妥当と言えよう。

そして、(e)消極説(v)の行政警察活動によって、捜査目的を達成するという、潜脱行為がなされる恐れがあるとの指摘である。

戦前に治安維持法の下で本来司法警察の手続を踏むべきところを、規制の緩やかな行政警察活動として、行政執行法や違警罪即決例に名を借りてこれを濫用した苦い歴史の教訓を生かす意義も区分必要説は説く。この点は、行政警察活動として法的に認められる手段を捜査に利用することが許されないことはもちろんであるが、捜査は刑法の規制を受け任意捜査を原則とし、強制捜査の場合は令状主義による厳格な司法審査を経なければならず、消極説の指摘は現実にも想定し難く杞憂に終わるものと評される。

### 3 事前捜査に関する判例・裁判例

ここで、事前捜査に関する従来の判例・裁判例のいくつかを検討する。

#### ①おとり捜査の最決平一六・七・一二(刑集五八卷五号三三三頁)<sup>30</sup>

おとり捜査は、いわゆる犯意誘発型(犯意のない者に特定の犯罪を實行するよう働き掛ける類型)か機会提供型(既に犯意を有しその犯行の機会を窺っている者に実行の機会を働き掛ける類型)かの形態により、将来の犯罪発生を創出ないし誘引させる特別な捜査方法である。同決定の事案は、機会提供型になるが、麻薬取締官が情報提供者の協力を得て、おとり役(大阪在住の譲受人)となり、あらかじめ証拠資料も準備してその取引場所(大阪市内のホテル)での対象者(東

京在住の譲渡人) に対する大麻樹脂の搜索差押令状の発付を裁判所から受けた(ただし、令状請求書の被疑事実の記載は、禁制品の密輸事件であれば、被疑者の搭乗の飛行機・船舶の特定とその日時場所や、到着の日時場所を記載するなど相当具体的に特定が可能であるところ、本事実もそれに類似するとも言えるが具体的な令状請求書の被疑事実の記載内容は明らかでない)。そして、大麻樹脂密売の取引現場において、前記令状を執行して譲渡人を大麻樹脂所持の現行犯人として逮捕した捜査手続を適法であると認め、その押収の証拠物の証拠能力も肯定している。おとり捜査自体の任意捜査としての適法性の判断が中心であり、犯罪の発生自体を捜査機関が任意捜査として積極的に誘引することができるとする判例ではあるが、将来の犯罪の強制捜査をも積極的に認めていることは注目すべきところである。これが認められる以上、通常の犯罪の事前捜査、特にその強制捜査を否定する理由はないものと言える。

② 防犯カメラによる監視事件の東京高判昭六三・四・一(東京高等裁判所刑事判決時報三九卷一ノ四号八頁)<sup>31)</sup>

事案は、警視庁浅草警察署が山谷地区交番前の電柱に付近山谷通りの交通の秩序維持・保護を目的として雑踏警備用のテレビカメラを設置していたところ、折から山谷争議団と暴力団との対立抗争が続いていたことで、将来発生する犯罪の予防、鎮圧及び捜査・証拠保全を目的としてその山谷通りの状況を俯瞰的に撮影・録画を実施中、山谷争議団が無許可デモ行進を行った際に警察車両に対する器物損壊事件が発生した。検察官は犯行状況が録画されていたビデオテープを証拠申請したが、その証拠能力を巡って京都府学連デモ事件の最大判昭四四・一一・二四(刑集二三卷一二号一六二五頁)との関係で問題となった。それは、デモ行進中の犯罪発生に備えて捜査官があらかじめ証拠採取のための準備をする事前捜査を含む形態の事案にあって、任意捜査としての写真撮影を認める要件として、事案に沿って、現行犯性を要件の一つに挙げた上、証拠保全の必要性・緊急性と撮影方法の相当性を挙げた(なお、最高裁はこれ

を類型的には強制捜査ではなく、任意捜査として認めたと解さざるを得ない。ただし、屋内の人物や宅配物の中味に対して赤外線等特殊写真撮影をする例ならば、類型的に強制捜査として検証令状によるべきと考えられる。そこで、本件山谷地区交番に設置したテレビカメラの監視に関しては、第一審は対象の現行犯性を維持しつつも、あらかじめ犯罪の発生が予測される場合は現に犯行に至った時点でこれを確実に撮影するための準備としてその事前撮影が許されるとの判断枠組みであった。これに対し、控訴審の東京高裁は、現行犯性を限定的要件とは解せず（同旨の裁判例として、東京地判平一七・六・二判例時報一九三〇号一七四頁参照。また、その後、最高裁は最決平二〇・四・一五刑集六二巻五号一三九八頁において、従来の最高裁昭和四四年判決―京都府学連デモ事件や、最高裁昭和六一年決定―自動速度監視装置による速度違反者の現行犯事件を挙げて、「警察官が私人による容ぼう等の撮影が現に犯罪が行われ又は行われた後間もないと認められる場合のほかは許されないという趣旨まで判示したものではない」と判示している。）、それを、「当該現場において犯罪が発生する相当高度の蓋然性が認められる場合」の要件性も認め、最高裁の判示する他の要件と相俟って、この事案では「現に犯罪が行われる時点以前から犯罪の発生が予測される場所を継続的、自動的に撮影、録画することも許される」として、事前捜査によって収集したテレビカメラの録画テープの証拠能力を認めた。防犯カメラの設置目的は、通常は犯罪の予防・鎮圧という防犯目的である行政警察活動であり、設置によって得られる利益が通行人の侵害されるプライバシーの利益より少ないような、およそ不必要な濫設置・撮影でない限り、合法であるということを確認したものとと言える。

この点、西成テレビカメラ撤去請求事件の大阪地判平六・四・二七（判例タイムズ八六一号一六〇頁）も参考になる。この事案は、大阪西成の「あいりん地区」で過去に暴動事件が発生していたことから、大阪府警察本部が当該地区街頭にテレビカメラ一五台を設置していたところ、人権団体等が大阪府―大阪府警を相手取ってその撤去と損害賠償を

求めた民事訴訟事件であり、行政警察活動としての情報収集活動の適否が争点であった。設置目的の正当性、必要性、妥当性、対象地区の状況等から、うち一四台の設置は許容されるが、一台については撤去が相当と判示した。

また、例えば、当該場所がかねて暴力団抗争事件や覚せい剤密売等の犯罪多発場所としてマークしている場合に、事前捜査の目的（犯罪発生に際しての証拠保全を目的としての撮影・録画）からその設置の必要性が高いのに対し、それによつてもたらされる他のプライバシー侵害の程度は低い事例では、事前捜査を適法と認めるオービスによる自動速度監視事件の最判昭六一・二・一四（刑集四〇巻二号四八頁）に照らしても合法とするのに問題は無いと言える。

なお、自動車を利用して逃走、あるいは盗難車両を運転する被疑者・重要参考人等を特定・捕捉し、犯人検挙や被害回復に資することを目的として設置する、いわゆるNシステム（自動車ナンバー自動読み取りシステム）の適法性については、これを争つての国家賠償請求事件において、東京地判平一三・二・六（判例時報一七四八号二四四頁）は、走行車両のナンバーデータを記録保存する同システムが当該車両のナンバープレートの文字データを抽出するのみであつて、運転者等の容ぼう・姿態が撮影された画像が保存・記録されることはないものであり、原告（運転者）の権利や私生活上の自由を違法に侵害するものとは認められないと判示している（同旨、東京高判平一七・一・一九判例タイムズ一一八三号三四五頁）。このシステムは、事前の情報・証拠収集を目的とする事前捜査（犯行前後の足取り確認捜査）に利用することの合法性に関し、一つの重要な論点を提示しているものと言える。

### ③ 旭川覚せい剤密売電話検証事件の最決平一一・一二・一六（刑集五三巻九号一三二七）<sup>(32)</sup>

事案は、警察が覚せい剤取締法違反の被疑者を検挙し、その突き上げ捜査の過程でこれが暴力団による電話を利用した巧妙な組織的・継続的覚せい剤密売事犯（営利目的の犯罪）であるとの嫌疑が濃厚となつたため、先に検挙した覚

せい剤の譲受人に対する被疑事実の裏付け捜査（密売方法・組織的犯罪の実態解明や譲渡人の特定）のために検証令状により電話傍受を行った結果、傍受の電話で新たに暴力団組員の被告人が客の注文者に覚せい剤密売になる通話をしていけるのを傍受し、この証拠に基づきその被告人と共犯者を検挙するに至ったというものである。一審・二審ともこの電話検証が合憲・適法なものとして有罪判決を言い渡した。被告人は本件が検証に馴染まない刑訴法一九七条一項但書の強制処分法定主義に反し、憲法三一条（法定手続）、三五条（令状主義）、ひいては一三条（個人の尊重）、二一条二項（通信の秘密）に違反するとして上告した。

これに対し、最高裁は「通信傍受法制定以前（平成二年法一三八号による刑訴法三二二条の二の追加前）において、捜査機関が電話の通話内容を通話当事者の同意を得ずに傍受することは、重大な犯罪に係る被疑事件について、罪を犯したと疑うに足りる十分な理由があり、かつ、当該電話により被疑事実に関連する通話の行われる蓋然性があるとともに、他の方法によってはその罪に関する重要かつ必要な証拠を得ることが著しく困難であるなどの事情が存し、犯罪の捜査上やむを得ないと認められる場合に、対象の特定に資する適切な記載がある検証許可状によって実施することが許されていた。」として上告を棄却した（反対意見あり）。

本件は、弁護人が上告趣意において主張した憲法違反の理由のほか、本件電話傍受が将来の犯罪の捜査を目的とする別件盗聴であったとの主張も実質的な論点であった。最高裁の決定では、弁護人のこの点の主張に対しては、単なる法令違反であるとして、特に判断していないが、原判決は、本件は過去の事件の被疑事実を令状の対象としているところ、その過去の事件の受付や譲渡の担当者、共犯組員らを特定するなど組織的犯罪の実態を解明する必要がある、本件起訴に係る被告人に対する犯罪が、右電話傍受の際に犯されたものであっても、過去の被疑事実の令状対象事件

との関連性・必要性が存在していた以上、右電話傍受が許されることは明らかである旨判示している。

#### 4 事前捜査に関連する現行法上の規定

(1) その一つは、おとり捜査の直接的根拠規定ではないが、あらかじめ許可を受けて麻薬の譲渡を受けた麻薬取締官などの免責規定等の法律である。

麻薬及び向精神薬取締法五八条は「麻薬取締官及び麻薬取締員は、麻薬に関する犯罪の捜査にあたり、厚生労働大臣の許可を受けて、この法律の規定にかかわらず、何人からも麻薬を譲り受けることができる。」との規定を置き、同様の規定をあへん法四五条にも置く。また、銃砲刀剣類所持等取締法二七条の三は「警察官又は海上保安官は、けん銃等、けん銃部品又はけん銃実包に関する犯罪の捜査に当たり、その所属官署の所在地を管轄する都道府県公安委員会からの許可を受けて、この法律及び火薬類取締法の規定にかかわらず、何人からも、けん銃等若しくはけん銃部品を譲り受け、若しくは借り受け、又はけん銃実包を譲り受けることができる。」と規定している。新たに将来の犯罪を創出・誘引する特殊積極的な事前捜査に関する規定であり、それが任意のおとり捜査から現に犯罪の実行が確実に予測される場合の強制捜査（搜索差押え）へと発展する形態をも許容する事例と言える（前掲最決平一六・七・一二刑集五八卷五号三三三頁）。

(2) 二つには、おとり捜査に類似した捜査手法として、薬物等事案のコントロールド・デリバリーがある。

それは規制薬物・けん銃等の不正取引捜査のため、持ち込みの現場では検挙せずに、その運搬を監視付きで追跡するなどして、その関与者に到達させてから検挙する、いわゆる「監視付き・泳がせ捜査」の一つである（最決平九・一〇・三〇刑集五一卷九号八一六頁は、この捜査手法につき、捜査機関から事情を知らされて捜査に協力しその監視付きで宅

配便業者が配送しても、禁制品輸入罪の既遂罪の成立を認める。平成三年に麻薬特例法（国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例に関する法律）の三条（麻薬所持の疑いのある外国人の上陸許可）、四条（規制薬物が隠匿された貨物の通関許可）、八条（規制薬物としての物品の輸入等）、十一条（いわゆる「として得た財産の没収」）である。なお、禁制品の現物のまま搬送させるライブ・コントロール・デリバリー（麻薬特例法三条、四条）と、禁制品を抜き取って代替物と差し替えた上で搬送させるクリーン・コントロール・デリバリー（規制薬物やけん銃等として輸入・譲り受け・所持した、いわゆる「として罪」であり、麻薬特例法八条、十一条及び平成七年法改正追加のけん銃等についての銃砲刀剣類所持等取締法三一条の一七）がある。

この手法は、輸入された荷物の中味が税関等の検査によって禁制品であることが判明した場合に、捜査機関が配達先でこれを搜索差押えるためにあらかじめその令状の発付を得、これを執行することを許容したこととなる。

(3) 三つには、通信傍受法である（平成十一年法二三七号―改正平成一九年の「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」）。なお、併せてこの立法に伴い、通信傍受はこの法律に従ってのみ実施することを刑法法三二一条の二で追加規定を置いた<sup>(33)</sup>。

通信傍受法では、同法別表に限定列举された薬物に関する犯罪、銃器に関する犯罪、集団密航に関する犯罪及び組織的な犯罪の四罪種を対象とする。捜査手法として必要不可欠な組織的な犯罪に限定したものである。傍受令状発付の要件も、嫌疑が十分であること、犯罪関連の通信が行われる蓋然性が認められること、傍受すべき通信が行われる蓋然性のある手段が特定されていること、他の方法によつては事案を解明することが著しく困難であること（捜査の補充性）の四つの厳格な要件と令状請求権者及び令状の発付権者の限定の規定となつている（三条一項、四条一項）。この法律で特徴的なのは、傍受中に当該被疑事実の犯罪以外の他の犯罪の実行を内容とするものと明らかに認められる

通信があった場合、この傍受を認めることである（一四條）。すなわち、この限りにおいては、将来の犯罪に対する通信傍受令状、事前強制捜査（令状発付）も許容しているという重要な法律になる。もつとも、この立法に対しては、憲法違反（二一條二項の通信の秘密の保障、三五條の令状主義等）であるとの根強い反対論がある。<sup>(34)</sup>

しかし、通信傍受の立法に関しては、組織的犯罪の重罪事件に対する捜査手段として、先進諸国では既に実施しており、我が国でも実務では暴力団の覚せい剤密売事件に対しては検証令状による通信傍受が実施されていて、前述の通り、同法制定前の電話検証について最高裁もこれが合憲・適法であることを認めている（最決平決一一・一二・一六刑集五三卷九号一三二七頁）。

## 5 いわゆる「共謀罪」の新設と事前捜査

将来の犯罪の事前捜査に関連して、特定の犯罪の着手が既にあれば、その完遂（既遂）を目指して進むとき、その完遂前に捜査を行うことも広義の事前捜査として検討されるべきである。そこで、組織的犯罪処罰法（平成一二年法百三六号、改正平成一九年法二二号―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）の改正案として、同法第六條の二に追加する、組織的な犯罪の共謀罪（自首減免規定付き）、すなわち、独立した共謀罪の新設を行うことが問題となっている。<sup>(35)</sup>

政府は二〇〇〇年十一月、国連が国際テロ等対策の一環として国際組織犯罪防止条約を採択したことに伴い、同年一二月、同条約に署名し、殺人罪や強盗罪等重大犯罪については、実行行為がなくてもその共謀をただで独立して処罰（共謀罪）できるように組織的犯罪処罰法の改正案を数回にわたり国会に提出していたが、日弁連や野党が同法案は「市民運動や組合活動などにも拡大解釈されかねない」として強行に反対し、国会では廃案と継続審議が繰り返



えされ未だ成立には至っていない（平成二七年六月現在）。法務省は、同法案について、組織的な犯罪の共謀罪を処罰対象とするものであつて、厳格な要件が付されていることを強調する。すなわち、例えば、暴力団による組織的な殺傷事犯、悪徳商法のような組織的詐欺事犯、暴力団の縄張り獲得のための暴力事犯の共謀等、組織的な犯罪集団が関与する重大な犯罪の共謀行為に限り処罰すること、また、同罪の新設に際して、新たな捜査手段を導入することはないので、他の犯罪と同様に、法令により許容される範囲内で捜査を尽くして適正な処罰を実現することで、国民の生命、身体、財産を組織犯罪から保護すること、国民の一般的な社会生活上の行為が本罪に当たるとはあり得ないと、したがって、戦前の治安維持法とはその趣旨や目的、処罰の対象範囲が異なり、表現・言論の自由が制約されたり、国民同士が警戒し合い、あるいは「警察国家」や「監視社会」を招くこともないことなどを説明する。

この新設が問題となっている共謀罪に関しては、既存の陰謀罪と並んで既に規定されている他の犯罪に関する共謀罪（前述したとおり、爆発物取締罰則四条の共謀罪、特定秘密の保護に関する法律二四条の共謀罪が既に規定されている。）と同様、その事前捜査の可否論の対象となる。すなわち、その犯人らが当該共謀をした段階で実体的には共謀罪が成立しているが、犯人らが更に進んで実行行為を完遂させる場合、その前段階の時点では犯行完遂に向かう残された重大な「将来の犯罪」ということとなる。この将来の犯罪である当該「既遂罪」を対象に、事前捜査を行うことは、これら既に成立した過去の共謀罪の被疑事実について、その裏付け、犯罪の全容解明等の捜査を行うのであるから、通信傍受の新たな会話傍受と同様この事前捜査を肯定するに理論的な問題はないと言えるであろう。

## V 管見の整序

### 1 行政・司法警察区分要否論と事前捜査可否論との基本的関係性の有無・再構成

本稿では、随時管見も挟んで検討してきたが、ここで管見の整序として、その展望を述べることにする。

司法警察の目的は戦前からの解釈として、「既に発生した過去の犯罪」を捜査することにあるとしてきた。そして、「将来の犯罪」の事前捜査はこの作用目的の領域に属せず、それは犯罪の予防及び既発の犯罪の鎮圧を目的に包含する行政警察の対象であるとされてきた。したがって、この解釈によれば、区分必要説からは事前捜査消極説となるが、いわば作用の相互乗り入れを期する区分不要説からは事前捜査積極説となり、これが両論のいわば基本的関係性を示すものとなっていた。

ところが、この旧来の思考法は実は形式論であって、警察公権力の行使等の実態と戦後の犯罪の組織化・潜行巧妙化に対応する捜査にかんがみれば、捜査概念の再構成の必要性を十分に考察しないものである。しかし、このような旧来の思考法は、首鼠<sup>しゅそ</sup>両端を持して事を決しかねる態度と言うべきか、あるいは「新しい酒を古い革袋に入れる」との柔軟性に欠ける思考法と言うべきであろう。今や、ポジティブに「新しい酒を新しい革袋に入れる」との発想の転換を遂げるならば、両論には論理必然的な関係性はないこととなる。つまり、行政・司法警察の区分論は衣替えを遂げながら依然として維持すべき有用な区分であると考える一方、両者の基本的な区分にあって、捜査概念は新しい思考に立って、事前捜査は積極説を採り、しかし、従来からの沿革と解釈の実態の重み、近時のサイバー情報収集とこれを巡る犯罪という旧来の捜査手法を遙かに凌駕する犯罪形態の組織化・IT化・悪質潜行化というエスカレートす

る犯罪実態と、それに伴う国民のプライバシー侵害の危険性の増大に配慮するならば、事前捜査法はこのまま解釈で疑義を残すよりは、確実な立法的解決をすることによってその根拠を明確化するとともに、その要件・限界も設けて適正な規制を行うのが相当と考えるものである。

## 2 行政・司法警察の区分論再構成の必要性

(1) 大陸法系の刑事手続体系を採ってきた戦前までの我が国の行政・司法警察区分の実態は、実は戦後の新しい法体系においても、その実質においては基本的に変わりが無い。

先に区分実態と歴史的意義を見てきたが、戦後も本質的には実態に変わりが無いことを見極めるべきである。そして、その上で法体系の外観的変遷にも対応させた区分理論の再構成を遂げる必要があるものと考ええる。すなわち、一つには、戦前は警察官は検事の補助者との位置付けであったが、戦後は第一次捜査機関として独自の捜査権限を有するに至ったことと、新たに制定された警察法二条の「警察の責務」として、捜査権限を明示したことを捉え、区分論(二元論)の実益が薄れたとか、行政手続の一元論とかが主張され始めたことである。しかし、戦前も検事の厳格な意味での補助者は司法警察吏(巡査・憲兵卒)のみであった(旧刑法二四九条は、巡査と憲兵卒を掲記して、これが「検事又ハ司法警察官ノ命令ヲ受ケ司法警察吏トシテ捜査ノ補助ヲ為スヘシ」と規定している。なお、勅令により特別司法警察吏を置く規定は二五〇条・二五一条)。そして、警視総監等は司法警察官(現行法の司法警察員)として、検事と同一の権限を有すると規定していた(旧刑法二四七条)。このように、戦前の旧刑法では、検事は司法警察吏に対して職務上は指揮命令権が認められ、上官と位置付けられてはいたものの、身分上の監督権の定めはなく、司法警察吏が、検事の指揮に従わなかった事例もあったといわれる。この点、現行刑法では一九三条(検察官の司法警察職員に対する指示・指揮)

規定を置くなどして、建前においては旧刑訴法と根本的に異なっているが、検事が捜査（現行刑訴法上は、事件が送致・送付された後の捜査）の主宰者というのも、また、その指示・指揮関係というも、その運用の実際は新旧両刑訴法下で大差がなかったと言われる<sup>36</sup>。してみると、戦後警察に捜査権を独立的に付与するとした改正点を強調してみても、検察と警察の協力関係の運用実態が、戦前も戦後そして現在も実はそう変わっていないものである上、法形式においては現行刑訴法には一九四条で検察官の指示・指揮に対する司法警察職員の服従義務（検察官の懲戒・罷免の訴追権限）規定を置くことにより、検察官の司法警察職員に対する捜査上の指示・指揮権の実効性を図ったことは、それまでの形骸化した両者の関係をより実効的にして権力機関相互の適度の緊張的關係の保持とチェック・アンド・バランスを旨指したものと評されよう。

そして、戦前戦後を通じて警察官の司法警察の位置付けは、警察固有の権限（行政警察）とは違って、刑事（司法）手続の補助行為であるとの法的性質に変わりはない。これは、検事（検察官）が戦前は司法官であり、戦後は裁判所の独立に伴い法務省の検察庁所属となったからといって、その捜査権限の法的性質自体に変化をもたらすものではない。戦後の検事及び警察官の地位の変化が、この捜査（権限）の法的性質に基本的な変更をもたらすものではないと言ふべきである。

他方、先に見たように戦後の警察法・刑訴法の改正で警察の組織体においては、司法警察の独立性と捜査権限が付与された上（警察法二条の責務の中に行政・司法警察の区別なく取り込まれた）、元来、行政警察の作用（目的）には「犯罪の予防」のほか「鎮圧」をも含むことから、もはや区分の実益もないとして、警察作用をより柔軟・迅速・効果的に実現することにもなるとの発想が生まれ、両者の融合論（区分不要説）を説く警察実務家も現れた。実力組織の警

察にあつては、検事からの掣肘も事実上受けずに、いわば何の気兼ねもなく捜査権限を行使するに如くはないとレントンと言えようか。現に、戦前の我が国が刑事手続の範としたドイツの現状でも、警察の実力は質量共に檢察に優位し、警察権限が法的にも拡大・強化され、更には犯罪予防の必要からの行政警察と司法警察の融合傾向と事前捜査の拡大、情報支配が顕著になり、「警察は刑事手続の補助者から隠れた支配者に昇格している」といわれるような現象をもつて「刑事手続の警察化」<sup>37</sup>として、誤った警察捜査の発生が絶えないことに対する効率的なコントロールの方策が問われているという。我が国でもその指摘されるドイツでのこのような現象の指摘が妥当なのか吟味の余地はあり、現に、警察は檢察に比し、人員、情報収集能力、警察通信、科学捜査体制等において圧倒的に優位に立っており、檢察が警察との関係で法的権限の上では指揮権に裏打ちされた強い力関係にあるとはいえ、現実には立ち向かう術がなく、刑事司法の運用という枠内では到底解決できない根の深い問題点を抱えているとの指摘もある<sup>38</sup>。

(2) 実質はともかく、形式的には大きく変容を遂げている戦後法体系の下での区分必要説の再構成を考える。

わたしは、行政・司法警察両作用の目的・機能の違いに着目すれば、その区分は犯罪の発生時期（発生の前か後かの時期）に対応するものではないとする区分再構成の事前捜査積極説を支持するものである。すなわち、そもそも行政警察作用（目的）が本来主眼とするのは、公共の安全と秩序の維持・回復であるが、そこに含まれる犯罪の予防・鎮圧という目的にあつては、犯罪の未然防止にこそ主眼が在るものである。そこでの「鎮圧」というのは、いかにも過去の犯罪の摘発を意味するように映るが、捜査の概念に符合するものではない。それはある街での連続放火事件を例にとれば、警察は先ず最初の放火事件が発生した段階で司法警察職員としての捜査活動を開始するが、その一方で公共の安全と秩序の維持・回復を図るために、第二、第三の放火事件の発生を未然に防止すべく連夜警らを含めるなど

して警戒に努める。この続発する犯罪の未然防止の活動は、行政警察活動として警察の本来の固有の権限の行使である。ここでは、警察活動は区分二元論で現に行われている。したがって、行政警察の目的でいうところの「鎮圧」(警察法二条一項に掲げる警察の責務では、「予防」と並んで「鎮圧」と規定する。)とは、現に発生し進行中の目前の犯罪の制止や暴徒の制圧などを想定し、この緊急・急迫の治安を害する行為・状態をその場で除去して秩序を回復する行為の意義であると捉えるべきである(警職法五条)。つまり、発生した過去の犯罪に対する通常の捜査は、刑法の規制になる司法警察の役割として、現に実務でも役割分担をして運用している。このことは、警察活動としては、治安維持一般ないし防犯の活動こそ警察作用の本来の固有の活動、すなわち、行政警察活動である。これに対し、司法警察は、刑事手続(司法手続)の先端に在つての捜査請負人的立場で同じ警察官の任務になる。この両者の活動形態は、戦前の警察作用の基本的な実相でもあった。

そこで、戦後の警察活動における捜査活動の実際とその在るべき姿を考察するに、新しい法体系の下での行政・司法警察の区分構成は、その目的・機能の違いから見るべきである。してみると、行政警察の領域になる犯罪の予防・鎮圧の目的も、それは本来の捜査における目的・機能とは「概念」が違うものと言える。また、捜査もその領域での本来の目的・機能を設定すべきである。その権限行使上、行為が一見重なり競合する事態があるとしても、そのことを捉え両者融合していると評し、区分の実益を認めず、区分不要説を導くのはいかにも正鵠を得ているとは思われない。両者の独自の本来の固有の目的・機能は、時期的・事項的仕分け枠で単純に決定すべきものではない。両者区分の分水嶺となる基準は、公共の安全を図る行政手続が警察本来の活動領域(行政警察)であり、刑事(司法)手続が司法警察の活動領域であつて、それぞれに独自にして固有の目的・機能を設定しなければならず、それに課せられた固

有の規制にこそ、両者厳緩大きな違いがあることに着目すべきである。この区分を融通無碍に融合させてしまえば、それこそ権限濫用も顕現化しないでかえって巧みに潜行するのではないかと案ずることになろう。このため、我が国の行政・司法警察区分要否論は、今やそれが権力機関に課せられた研ぎ澄まされた人權感覚、そして、より洗練され成熟した適正手続の生命線となることとの視座からの、新しい再構成になる区分必要説を説く時期にあるものと言えよう。結局、両者の区分の本質的な意義は、戦前・戦後ともその実態に大きな変わりがないことと、引き続き両者を区分することにより、流動する警察事象に的確に対応すべき現場において、警察官が公権力を行使するに当たって、区分の厳緩ある規制の違い（権限踰越のないようきめの細かい行政手続の立法と、法と判例法による法廷審理によく耐えられるべき初動捜査からの一連の刑事手続の厳格性との違い）を認識し、緊張感をもって両者間の流用・濫用の回避に留意しながら活動する「自覚と確認の区分」のよすがの意義の再構成である。また、このように新しい区分を明示することによつて、国民にもいたずらに不安感を与えず、外観的にも成熟した適正手続を担保するという実益を生むということが、新しい区分必要説の意義と言えよう。

ところで、事前捜査積極説のうち、将来の犯罪に対する特別な強制捜査を解釈上認める一方、その隘路を行政・司法警察の区分不要説で解消しようとする有力な流れがある。しかし、先に見たように事前捜査積極説を採るからといって、それが行政警察との比較で区分不要説に結び付かなければならない論理の必然性は今日はないと言うべきである。行政警察の主眼は犯罪の未然防止にあり、司法警察、すなわち、捜査は犯人の訴追を主たる目的として行われるという作用の性質上、捜査の主眼が犯罪の発生後に置かれるに過ぎないものである。この区分が、将来の犯罪の発生が確実に予測されるような場合にまで事前捜査を許容しない基準として機能しなければならぬ実質的理由はない

とすべきである。<sup>(39)</sup> 警察官が重大犯罪に現に直面すれば、裁判官の令状に拠ることなく緊急的に行政法理論における即時強制として制止等に対応するものである（行政警察として警職法五条を根拠とする活動である。他に同法三条の保護、四条の避難等の措置、六条の立入、七条の武器の使用も即時強制の例である）。そして、これが濫用される危険性、すなわち、捜査として厳格な手続を採るべきところを、要件上より緩やかな行政警察の手段（制止行為等）を選択するという潜在行為があり得るとの指摘は頷けるとしても、それが将来の犯罪の捜査として令状を得る場合であれば、この指摘は当たらないものであり、結局、現実には想定し難い観念的指摘と思える。また、制止行為によって犯罪の未然防止が達成できたとしても、特定の犯罪の既遂ないし未遂罪等が成立している場合はなお多く、その場合では現行犯逮捕等の強制捜査に至ることも多い。この種事案は、特に捜査と密接ないし競合、あるいは移行関係があるが、それが故に区分不要説を導くのではなく、むしろ、そうだからこそ、行政・司法警察の作用を区分して各要件の吟味をすることの重要性・必要性を視座に捜査の妥当性をよく検討すべきである。その上で、将来の犯罪の捜査として事前強制捜査を認めることの具体的な必要性と厳格なその要件の吟味がなされるべきものと言えよう。

(3) 一方、最近では行政警察の目的の主眼である防犯活動につき、警職法に規定する制止等の伝統的な対処では、国民の権利・自由の保護に不十分として、種々の事前規制に係る立法例が多くなるという注目すべき傾向にある。<sup>(40)</sup>

主要な立法例を挙げれば、①組織的犯罪の対策法の一つとして、暴力団対策法（平成三年五月、法七七号で公布の「暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律」）がある。公安委員会による各種中止命令、再発防止命令、事務所使用制限命令等（九条以下）の処分、「指定暴力団員その他の関係者に対し報告若しくは資料の提出を求め、又は警察職員に事務所立ち入り、物件を検査させ若しくは指定暴力団員その他の関係者に質問させる」処分（三三条一項）を規定



する。なお、事務所立ち入りについては、他の行政調査の法律（所得税法二三四条二項、火薬類取締法四三条五項、武器製造法二五条四項等）と同じく「犯罪捜査のために認められたものと解釈してはならない。」との捜査無関係の目的条項を置いている。

また、被害者保護の立法として、②ストーカー規制法（平成二二年五月、法八一号公布の「ストーカー行為等の規制等に関する法律」）は、警察や公安委員会による警告・禁止命令の処分を規定する（四条・五条）。③DV防止法（平成一三年四月、法三二号公布の「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」）は、警察官による暴力の制止等被害防止のための必要な措置を規定する（八条。なお、同条は「警職法その他の法令の定めるところにより」と規定する）。

これらいずれの立法も、将来発生する危険の除去のための措置法である。しかし、処分対象者はこれに反して、結局、処罰対象事犯に発展する場合が多く、実質的には刑事手続の一種とも言える。そのため、立法により処分の要件（範囲、限界等）を明確化して、事前介入による人権侵害や濫用のおそれを回避する方途を採ることは、行政・司法警察区分の今日的意義を示しているものと言えよう。ただ、このような立法化傾向は、ともすれば被害者保護等の時勢におもねるがあまり、刑事手続に移行することを前提とした行政調査・処分を多用することで、行政警察の活動範囲を司法警察の活動としてラフに取り込むことがあってはならないことにも留意すべきであり、基本的思考は捜査概念の再構成のなかで吟味すべきことが重要なことと思われる。

### 3 「犯罪」と「捜査」の新しい概念構成

(1) 将来の犯罪に対する事前捜査の問題は、その「犯罪」と「捜査」の概念分析から検討すべきである。

旧刑訴法（大正刑訴法）二四六条も検察官（検事）は、「犯罪アリト思料スルトキハ犯人及証拠ヲ捜査スヘシ」とし

て、現行法一八九条二項と同じ文言を使っている。この規定を遡れば、旧々刑訴法（明治刑訴法）四六条は「告訴、告発、現行犯其他ノ原由ニ因リ犯罪アルコトヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタルトキハ其証拠及ヒ犯人ヲ捜査ス可シ」と規定し、そして、我が国最初の刑事手続法である治罪法九二条にもこれと同旨の規定を置いていた。いずれも、立法当時は、犯罪捜査と言えば基本的には「現に発生したか、あるいは発生中の犯罪」を想定していたと見るのが相当とは言えよう。<sup>(41)</sup>

しかし、沿革的に立法当時は取締りが必要な未発生の将来の犯罪の現出が想起され難かったか、あつてもこれを掌握するに適切な術を有していなかったかの現状にあつたからであろうと思われる。そうであつたとしても、将来の犯罪の敢行についての情報を得た場合に、その発生に備えて未然防止の対策を講ずるはもちろん、それに止まらずあらかじめ証拠を収集するなど即応態勢で準備をする行為を、刑法の「捜査」が敢えて排除しているとまでは解されず、その目的論的解釈に基づく拡張解釈が許されないとはいえないであろう。このことは、原則逮捕を別として、他の捜索差押・検証等の令状の請求要件の規定を解する上でも同様と見るべきであろう。<sup>(42)</sup> また、そもそも捜査はその必要があるときに行われるが、それは、犯罪の対処に当たり事案の真相を明らかにして犯人を特定検挙し、証拠を収集して公訴を提起した上、その公訴維持を行うことを目的として行うことはもとより、不起訴処分を含む事件処理に必要な証拠を収集、保全するための活動をなし、起訴・不起訴の処分を決定するために行うものである。すなわち、捜査は捜査機関が犯罪の嫌疑の有無・公訴提起の要否を決定するために行うものと捉えるべきである。したがって、例えば、犯人が一四歳未満の刑事責任無能力者であつたり、公訴時効の完成、親告罪の告訴の欠如であつたり、被疑者が死亡している場合など訴訟条件を満たさないため、公訴提起が法律上できない場合でも、それを捜査によって犯人の特定

はもとより、共犯者の有無などを証拠によって明らかにすべきなのである。捜査の時期と範囲・程度は、あくまでも、「捜査の必要」の視点から、そしてそれが妥当性・合理性を持ち法意思に適うか否かで決すべき問題である。<sup>43)</sup>

この点、将来の犯罪の捜査の可否問題も、彼比同日の論とすべきであり、既に発生している犯罪（現に発生中の犯罪を含む。）か、将来発生する犯罪かというように、その発生時期の前と後で捜査権限の行使の可否を決定するものではないはずである。したがって、事前捜査、特に事前強制捜査の可否を巡っては、既に見てきたように積極・消極と説が分かれ、そのいずれも一定の理由があるものの論拠必ずしも決定的なものとも思えない。将来の犯罪と過去の犯罪に関する嫌疑の「蓋然性」の違いの問題も、積極説が質的な違いはないとするものの、その未来と過去という次元の違う蓋然性を抽象的に比較する論争は、一見するといささか机上の観念論にも見える。事は「捜査の必要性」の合理的妥当性を有する現実的・実質的な視点からの基準の設定にあると言うべきである。将来の犯罪の発生は不確実な要素が多いとされるが、事件によっては将来の犯罪であっても、その発生の実確性が高い場合もあるのである。

例えば、捜査機関が「A（通称浜ちゃん、三〇歳位の男）が、現在都内某所に隠してある覚せい剤一〇〇キログラムを、明日の元日正午に、JR東京駅八重洲中央口改札口前でBに密売を実行する」との極めて信憑性のある決定的密告情報を得た場合である。これが事前捜査として、その情報提供者の取調べと調書作成やその他の信憑性の確認などの捜査を行い、進んであらかじめA・Bの身体、所持品に対する搜索差押令状を準備して、翌元旦の正午に現場においてその令状執行を実施する捜査方法を認めるのに、何の弊害があるうか。行政・司法警察の区分基準を旧来の思考法に置いてこれに拘泥し、将来の犯罪捜査は行政警察活動の「犯罪の未然防止」の領域であり、捜査は過去の犯罪に対する活動であるとして、あくまでもJR東京駅の現場においては、行政警察活動としての職務質問と所持品検査で

対処すべきとの見解を維持することこそ再考すべきものと思われる（なお、警察官の制止行為等は、右事例の場合は、隠密的犯行であるため犯罪の顕現化・緊急化する以前には採り難い手段と言え）。事前捜査を「未然防止」の名の下に、行政警察の緩やかな要件になる活動領域に追いついて濫用の危険を案ずるよりは、これを本来の複雑化する捜査に取り込んで、厳格な令状審査によってその濫用を規制する手続対応こそ、よほど適正手続に忠実な姿勢と言ふべきであろう。すなわち、行政警察と捜査のいずれとも、未発生の犯罪と過去の犯罪をその対象領域に置く新しい概念構成を遂げて、その上で行政警察のそれは犯罪の未然防止と鎮圧という公共の安全と秩序の維持・回復である一般防犯的活動としてのものと捉える。それに対し、捜査はあくまでも刑事手続の一環としてその先端の活動であるが、その適正手続の確保は厳格に刑訴法で規制され、裁判の場でその立証に耐え得るものでなければならず、そのためには当時代における新しい犯罪現象にも有効・的確に対応し得る捜査概念が法意思として要請される。両者に活動の重なり合いがあっても、その対応すべき目的の違いは歴然としており、新しいその区分の内容と意義付けによって、いずれの領域でも相互流用ないし濫用がないよう厳しくチェックすることこそ法意思と言ふべきである。したがって、先の反対論には、あまりに観念論に過ぎるとの批判が向けられて然るべきである。そして、これが麻薬取締官の捜査過程で得た情報ならば、行政警察に引き継がなければならないとするのは、いかにも現実的でない観念的議論と言ふべきであろう。要は、将来の犯罪としての発生の蓋然性の確度が、「捜査の必要」を満たすほどに「相当の理由」があるものであるのかどうかの論点として問擬すべきである。

また、裁判官の令状審査の場面でも、その分析が必要である。そこにおける蓋然性の判断は、既発の通常の犯罪事実における捜索差押令状の発付に関して、例えば、刑訴法二二三条一項（捜査機関の捜査手続の規定）が準用する

一〇二条（搜索）では、被疑者自身の身体・住居等の搜索（二項）と第三者方の搜索（二項）とでは、後者（二項）では「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」（押収物存在の蓋然性）という一項にない要件を置き、存在の蓋然性の程度に区別を設けている。この規定は、押収物存在の蓋然性が、一項はその存在が常態的であるため強いことから、その点の疎明を要しないこととしているが、この立法趣旨は憲法三五条の「正当な理由」があると法律上推定し、「搜索の必要性」さえあれば足りるとするのに対し、二項はそれが特異的なので目的物存在の蓋然性の疎明資料を要するとの「蓋然性」疎明に係る要件の違いの規定であると解されている（したがって、一項の場合も、その推定が許されない場合は、二項同様の疎明（回復疎明）がなければ搜索は許されないこととなる<sup>44</sup>）。そして、裁判官が令状審査において押収すべき物が存在する蓋然性を判断するのは、令状の有効期間内で捜査官が現に令状の執行をする時点における押収物存在の蓋然性判断ということとなる。この関連で参考になるのは、最決平一九・二・八（刑集六一卷一号一頁）が、捜査官が被疑者方を搜索差押令状により搜索中、その搜索場所に被疑者宛の宅配物が配達された事例で、この宅配物に対しても右令状の効果が及びその宅配物を搜索できる旨判示していることである。これは、コントロール・デリバリーの捜査法により、配送先を搜索場所とする令状の発付を得、配送先で荷受人が受領した時点でこの令状を執行することにも通じる例であって、これらの令状審査の「目的物存在の蓋然性」は、審査時ではなく搜索実施時点における蓋然性存否の判断であることである。この令状発付の裁判官の蓋然性判断の例は、過去の犯罪の被疑事実に関するものではあるが、時期的存在の蓋然性の判断は、令状審査時には搜索場所に存在せず、その後搜索場所に押収対象物が持ち込まれた場合でも令状の効果が及ぶとする考え方は、将来の犯罪に対しても令状発付を可能にする論拠を提供するものと言えよう。ただ、いずれにしても過去の犯罪に対する搜索差押えの場合は、令状発付の時点で通常既

に押収対象物自体は存在するのに対し、将来の犯罪については、通信傍受を例にとれば、将来の会話の検証であることから、その存在の蓋然性に決定的違いがあるようにも思える。しかし、搜索差押えの令状発付も、押収対象物の存在性が客観的に明らかになることまでも要件とするのではなく、その蓋然性があることで足りるものである。したがって、通信傍受の場合でも、対象の会話がなされることの確実性が、疎明資料によつて合理的に予測できれば、そのとき初めて令状発付の要件を満たしているということとなる。

そこで、先の元旦正午のJR東京駅での覚せい剤密売事件の例では、犯罪生起の確実性の程度との関連で、その押収物存在の蓋然性は判断されるが、観念的・実体法的には被疑者には既に都内のある場所で譲渡すべき覚せい剤を所持している被疑事実が存在しているのであるから、その点では、犯罪における蓋然性判断も、被疑事実が「過去」か「将来」かの犯罪の生起に係る時期的な違いであり、それが質的違いを生むものではないというのが実際とも言えよう。<sup>45</sup> この犯罪発生<sup>45</sup>の蓋然性は、捜査手続の中で特に厳格に吟味をした上、司法審査に耐えられる客観的な疎明資料を提出することにより、手続濫用の懸念と誤認の危険性の回避ができるものである。むしろ、事前捜査消極説の方こそ、令状リトマス紙のないより緩やかな規制下になる行政警察活動の役割に限定する結果を招き、かえって野放図な濫用の危険を招きかねないとも、あるいは凶悪犯人をみすみす取り逃がす危険性を招来させ兼ねないとも言えるのではないだろうか。

問題は、先の元旦正午のJR東京駅での覚せい剤密売の例において、捜査機関が前日の大晦日に裁判官から翌元旦時点のA・Bの身体・所持品に対する搜索差押令状の発付を得るとした場合、その被疑事実の要旨の記載内容である。その一案としては、「被疑者Aは（なお、氏名を特定できなければ、・・・氏名不詳あるいは通称浜ちゃん、三〇歳位の男・・・と

いう程度の特記記載でも足りる。<sup>(46)</sup>平成〇年二月二日、東京都内で所持している覚せい剤若干量を、Bに対して有償で譲渡することを約し、翌元旦、東京都千代田区丸の内〇〇所在のJR東京駅構内及びその付近において、右約定に従って同所に携帯した前記覚せい剤を手交し、もって覚せい剤を譲渡するものである。」という未来形の実事となる。また、Bに対しても令状を得るとすれば、これが覚せい剤譲り受けの事実となり、捜査官がAからBへ包み（在中品が覚せい剤）を手交した直後に、その場でAとBに対する捜索差押令状を執行し、その包みの中味をその場で簡易検査して覚せい剤であることを確認した上、両名を同時に覚せい剤所持罪の現行犯人として逮捕し、さらに逮捕に伴う捜索差押えとして当該覚せい剤を押収することが考えられる（刑訴法二二〇条一項二号）。

また、実務的には、先のコントロール・デリバリー捜査法による配達先での令状執行の例のように、覚せい剤をまさに譲渡したのを現認した直後に令状を執行することにより、最終的には将来でなく、現在ないし過去に所持した事実に対する通常の令状発付と同じ結果を得ることの方がより実際的であろう。さらに、令状請求時点での「Aが大晦日当日、東京都内において、Bに譲渡すべき覚せい剤を所持していた。」との過去の事実をもって被疑事実とする従来方式を疎明上採り得るならば、その方法によることに如くはないと言える。<sup>(47)</sup>

(2) 次に、先に見た山谷地区交番のテレビカメラ設置による監視事件（東京高判昭六三・四・一東京高等裁判所刑事判決時報三九卷一（四号八頁））を例に、犯罪の予防・鎮圧を目的とする行政警察活動としての設置と撮影・録画の合法性及び犯罪の事前捜査としての活用の是非を検討する。

このような方法は、他にも都道府県警察では、Nシステムのほか主要交差点に交通事故自動記録装置も設置して、通過車両番号の特定や事故・違反の瞬間も撮影・録画する手段が講じられている。また、テレビカメラの設置者は、

一般的には捜査機関に限らず公共団体、町内会、鉄道会社、一私人等多岐にわたり、一地区が常時監視体制の密告・警察国家を呈するような濫設置・撮影でない限り、合法と認められる場合は多いと言えよう。そして、今や駅や街頭の防犯ビデオカメラが犯人割り出しに極めて有効な手段となっているのは世界的現状となっている。また、各種センサーやGPS（全地球測位システム）の発達は著しく、情報収集の手段として国民の膨大な行動記録を収集解析するビッグデータ社会が現出していて、これにより国民の行動予測・把握が確実に可能になる時代ともなっている。

このような高度IT社会にあつて、犯罪捜査の手法もこれに的確・迅速に対応できる妥当なものが当然求められる。特に組織的犯罪に対しては、その防遏に国際社会も一丸となつてプロアクティブ（Proactive 事前捜査）で臨むということがもはや国際的思潮となっている<sup>(48)</sup>。そうしてみれば、一般的な行政警察活動としての予防活動に止まらず、この種犯罪の発生に備えて、情報収集・証拠保全としての事前捜査が必要であり、司法警察活動としても競合せざるを得ない。しかし、このようなテレビカメラ設置の場合では、犯罪の予防と犯罪発生時の証拠保全の作用の区分境界が判然としないことから、これを敢えて区分することの不合理性を説き、その上で事前捜査を積極に解する見解もみられる。しかし、事前捜査を積極に解するために区分不要説を採る手法は、沿革等にとらわれた些か硬直的思考と云うべきである。これまで検討したように、行政・司法警察の区分は新しい構成でもつてその必要性が説かれるべきである。区分要否の問題は、行政警察活動から司法警察活動への一時的競合と移行の形態であり、また移行後の証拠の利用の適法性の問題として検討すればよいものと考えられる。その場合、防犯カメラの設置と撮影・録画の問題は、犯罪の予防を主眼とする行政警察活動としてのものであるが、「検挙に勝る防犯なし」との標語もあるくらいで、犯罪があれば検挙されてこそそれが新たな模倣犯罪を含む犯罪の予防に広く資するのであるから、当初から犯罪の発生があつた場



合には撮影・録画されたテープが犯罪立証の証拠として利用されることは当然予定される。その場合に、撮影・録画場面は犯罪の前後連続している以上、その全体を証拠として利用するのがむしろ妥当と言える。防犯活動と事前捜査の重なり合う両者の具体的な活動上の二面性を認めるのに何ら矛盾はないと言わなければならない。

判例・裁判例が、防犯ビデオカメラ等の設置を肯定的に判断するのは相当であり、その射程範囲に事前強制捜査容認の理論的基礎が示されているものと言えよう。

#### 4 犯罪の事前強制捜査の要件提示と立法化論

(1) 行政・司法警察の作用区分は、戦後の法体系の下では、新しい意義付けによつて必要性を維持するが、事前捜査は捜査概念を見直し積極的に解すべきである。

事前捜査消極説の論者は、例えば、行政・司法警察区分再構成の事前捜査積極説に対し、「そのねらいは犯罪発生前にも司法警察Ⅱ捜査がありうることを論証しようというものであり、歯止めなき捜査権の拡張に途をひらくものである点では、区別不要論と同様の問題性を有する。実質論は、容易に区別の曖昧化を導く危険性をもつものである。」とし、また、「目的も根拠法令も異なる司法警察・行政警察を融合させることは、結局は治安維持という大義名分に手続法上の制約を譲歩させることになりかねないし、憲法の命ずる適正手続の保障は、限りなくフアジーなものに変質させられてしまう。」と批判する。あるいは、行政警察活動とされていた「犯罪発生を前提としない所持品検査」を立法で司法警察（捜査）に含ませれば、従前許されなかった「行政警察」に強制権限を認めることになるとする例を挙げ、「権限の融合よりは、別個に規制の要件・方法を考えた方が適切な権限の抑止の観点からも望ましい。」などと主張して、権限濫用の危惧感を隠さない。<sup>49</sup> 事前捜査積極説は、その沿革や現行法の規定振りからして、法解釈とし

ては微妙な拡張解釈ともなり、その許容要件の如何によつては善良な国民の人権侵害の危険性をはらみ、また国民にいたずらに不安感を抱かせる恐れなしとしないとする批判になり、傾聴に値する視点を含む。

このような批判にも考慮するとき、事前の任意捜査であれば、従前通り事案ごとの判例の積み重ねでその適正な範囲を自ずから画することができるが、事前の強制捜査までも積極と解するには、その積極的・客観的な根拠を提示する必要があると言えよう。そのためには、これまでの事前捜査を許容する判例や関連法制度、特に通信傍受に關しての法制定の例にかんがみ、法解釈や判例の積み重ねで事前捜査が合理的にできる事柄はその方法に拠るが、それでもどうしても疑義が残る場合は、積極的に立法によつて解決すべきものと考ええる。それは、現状のままでは、令状審査に当たる裁判官においても、将来の犯罪に対する令状発付の可否を巡つては両見解があり得ることから（現に、旭川地判平七・六・一二判例時報一五六四号一四七頁は、将来の犯罪捜査のための令状発付には新たな立法が必要と判示するが、他方、おとり捜査に關する前掲最決平一六・七・一二刑集五卷五号三三三頁の事件では、将来の犯罪捜査として搜索差押令状の発付が現になされていることに疑義を挟んでいない）、判断が分かれ、また肯定的見解の裁判官の間でも、その判断基準自体の違いをいたずらに生じさせるといふ不安定・不公平な司法審査の状況を呈することを解消させる必要もある。

刑訴法一九七条一項但書の強制処分法定主義は、刑事手続における罪刑法定主義である。裁判所は、法創造の限界を超えて立法的判断をすることはできない。わたしは、かねて裁判所には事案解決の判断が一定の法創造をもつ意義があることを認めつつも、その限界を超えて立法的解決を求めることは憲法七六条三項に照らして許されないとの見解を、違法収集証拠の排除法則の宣明になる最判昭五三・九・七（刑集三三卷六号一六七二頁）など具体的な判例を摘示の上、著している<sup>50</sup>。その視点からは、かつて刑訴法で規定する強制処分の「検証」が予定しない類型になる、疑義

をよぶ通信傍受を検証令状の手段で、しかも将来の犯罪の通信傍受をも許容する形態で実施したことに対し、大きな議論があつたが、通信傍受法として立法的解決を図ったことは既に見てきた通りである。

(2) 犯罪の事前強制捜査のための段階的立法の方策

将来の犯罪に対する事前強制捜査、特に逮捕を除く搜索差押・検証等の強制捜査は必要であるが、これまで検討してきたように問題点もあることから、それが解決のための段階的立法方策を考えるのが相当ではないかと考える。すなわち、これまでの限定的な予備罪・共謀罪等の処罰規定を、犯罪形態を限定し必要に依じて更に新設拡大する方策である。特定の犯罪の予備罪なり共謀罪なりを犯した段階で、その時点でこれが過去の犯罪となる予備罪や共謀罪の犯罪を被疑事実とし、その捜査のために後に発生する犯罪の既遂に向けての将来の犯罪に対する令状発付とその執行を行う方法である。要するに、令状発付時点では発生していない覚せい剤譲渡なりの「未来形の被疑事実」ではなく、当該犯罪事実が発生している「過去の被疑事実」（新設の予備罪・共謀罪）という場合における更なる当該犯罪の完遂に向けての事前捜査を許容する方策である。

例えば、ストーカー行為の犯罪類型で、偏執的なストーカーで殺人・傷害・同致死罪の被害者の生命・身体に対する法益侵害を犯すとの確実な予測ができる場合、身柄確保の「逮捕」では、いかにも保安処分に通じる危険があることから許されない。しかし、この場合の予備罪（凶器・薬物等の準備のほか、被害者への殺傷目的の執拗・異常接近行為を含む新たな予備罪の構成要件）を新設し、この予備罪を犯した時点でその被疑事実でもって被疑者の住居等の場所やその身体・所持品に対する搜索差押令状の発付を得て、これを執行することで凶器等を発見して当該犯罪の完遂の罪の現行犯人として逮捕を行うという事前捜査方法である。

この予備罪の拡大的新設は、他の暴力団・マフィア等、組織的・悪質巧妙な犯罪類型や、サイバー犯罪等も対象とし、また、先に見た新たな法案になる共謀罪の新設等も加えて、必要な将来の犯罪捜査に向けて、新たな法規制の下での謙抑的かつ明確な積極的方策を提供するものと言えよう。

(3) 将来の犯罪に対する直接的な事前強制捜査の具体的立法の方策

犯罪の事前強制捜査は、先に段階的立法の方策を見ながらも、それでも複雑化・潜行化・IT化・組織化する犯罪対象において、なおも必要な将来の犯罪そのものに対する「未来形の被疑事実」による直接的な事前強制捜査（当面は、逮捕を除く。）の立法的解決も最終的には詰めておくべきである。

事前強制捜査の対象範囲は、①その犯罪形態は、これまで見てきたように、予備・陰謀・共謀・未遂（その他、科刑上一罪・包括一罪の一部）が犯された段階の形態と、未だ着手に至らないそれ自体は処罰対象外の計画・共謀段階の純粹の将来の犯罪も含めて区別的に対象とし、その犯罪形態別に令状発付に必要な疎明の程度について区別を設け、「相当の理由」又は「十分な理由」など具体的な要件を区別的に設定すること、②対象犯罪は、通信傍受法に倣い、薬物に関する犯罪、銃器に関する犯罪、集団密航に関する犯罪、組織的な犯罪、振り込め詐欺、組織的窃盗に関する犯罪等、また、殺人・誘拐・偏執的ストーカー等の一般重罪事件に限定すること、③強制捜査の令状の種類は、搜索差押え・検証・身体検査・鑑定処分の各令状であること、なお、逮捕については、処罰規定を置かない純粹に計画・共謀段階の場合は、基本的に憲法上の疑義もあり、ここでは除外する。ただ、既に予備・陰謀・未遂等の処罰規定がある罪を犯している被疑者のその犯罪に対する本来の完遂前の逮捕は許容してよい。また、犯罪の形態によっては、身柄確保の高度の必要性・緊急性がある場合の逮捕も考えられなくはないであろう。さらに、④令状請求者と令状発

付の裁判官も通信傍受法の例に準ずること、そして、令状の記載事項も対象の特定性の厳格化として、被疑事実の要旨も必要的記載事項とすること、⑤令状の発付・執行上のその他の要件は、(a) 罪種・態様に応じた条件を付することができること、(b) 執行の時期、あるいは場所等を限定し、将来の犯罪の生起の確実性とその疎明の程度との対応関係から、捜査機関の裁量によつては執行時期等を変更できず、変更する場合には裁判官の許可を要するものとする(ただし、正当な理由のある緊急的変更を除く)、⑥令状執行の結果を速やかに裁判官に報告すること、などが考えられようか。

なお、これらの犯罪を含め事前の情報収集、任意捜査については、先に見てきたこれまでの判例・裁判例の判断枠組みから、その射程範囲を吟味して整理するべきものと考ええる。例えば、ストーカー被疑者が殺人等の敢行意思を顕示した段階で、尾行(監視捜査)補助手段としてGPSを使う場合、端末取付け行為自体が既に尾行とは異質で、典型的に強制捜査とする見解もあり得る。しかし、一般的にはその取付け行為が、①対象車両が公道や公衆が自由に出入りする場所に駐車中での態様ならば、尾行の補助手段として任意捜査の範囲であるが、②他人の敷地に駐車し建造物侵入罪等犯罪を構成するような行為を伴う態様ならば、類型的に尾行とは異質の強制捜査(被疑者の位置探索の検証令状)の対象とすべきであろう(大阪地裁では、一連の窃盗等共犯事件の対象車両へのGPS端末取付けに係る捜査につき、判断が分かれた。共犯者Aの係属部では平成二十七年一月二十七日、これが前記①事例が多いことを捉えて任意捜査の範囲内と判断し、共犯者Bの係属部では同年六月五日、②事例があることを捉えて令状によるべきで違法とした。なお、携帯電話やスマートフォン基地局の将来の位置GPS情報は位置探索令状、過去情報ならば差押令状との種別となろう)。

## VI おわりに

本稿では、行政・司法警察の区分要否論と捜査における事前捜査、特に事前強制捜査における搜索差押え等の令状発付の可否について、従来の判例・学説等の検討も行い、そして、行政・司法警察の区分の必要説を再構成して事前捜査積極説を展開することにつき、若干の管見の整理も試みた。その座標軸は、検察官としての長い捜査・公判の経験からの、「権力行使となる刑事手続の担い手は、危険物取扱者の如く常に慎重かつ謙抑的に、しかし、巨悪に怯まず果敢に任務を遂行すべきもの」とのその在るべき担い手像にある。

これまで、国会の立法作用は必ずしも迅速でなかった。このため、強制処分法定主義の意義を令状主義の翼を拡げることでもカバーしようとする有力な新強制処分説も登場した<sup>51</sup>。しかし、このような解決方法は、立法作用と司法審査(令状主義)の違いに敢えて意識的に目をつぶるに等しく、判例による法創造の限界を超える事態を是認するものであり、憲法上大きな疑義を挟まざるを得ない思考法と言うべきである。

しかし、最近では立法的解決への回帰傾向も見られる。捜査・公判の在り方として、取調べの可視化や新規の捜査手法の付与、そして、これに司法取引までも視野に入れての総合的・抜本的な刑事手続の在るべき姿を求めてのその法制化と、その充実した議論のなかで、本稿の課題も、立法的整備を図るのが最も適切であると考えるものである<sup>52</sup>。

## 【注】

(23) 犯罪発生前の「捜査」の性質については、その先駆的論文である古田佑紀「犯罪の発生時期と捜査の開始時期」判例タイ

ムズ五二八号五三頁参照。前掲川出(上)編(注15)川出敏裕「組織犯罪と刑事手続」ジュリスト一九九九年一四八号二三八頁以下。酒巻匡「『捜査』の定義について」研修平一六・八第六七四号三頁以下。なお、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法第二版第四卷』(青林書院二〇一二年)「河上和雄Ⅱ河村博」一〇頁は、「捜査は犯罪が発生していることが前提となる。」とする。

(24) 前掲井上(上)編(注1)井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』一四一頁以下。

(25) 前掲田宮(上)編(注2)「変容を遂げる捜査とその規制」二八九六頁(四頁)以下。なお、その二九一一頁(一九頁)では、「現行法のもとでは、捜査は司法に付随するいわばその運命共同体的な『司法的捜査』から、広い意味での犯罪鎮圧(犯罪への対抗といった方がよいかもしれない)の一部を構成する『ロー・エンフォースメントたる捜査』へとパラダイム転換を遂げるのがふさわしかったといえる。しかし、法規はこれを体現した条文化を遂げていない。あるべきパラダイム転換と法文(とその解釈)にくい違いが生じてしまったわけで、これはとりもなおさず、法規があるべき法思惟に追いついていないことを意味しよう。」とする。

(26) 辻裕教「検証許可状による電話の傍受が適法とされた事例」研修平成八・一二・五八二号二七〜二八頁。

(27) 村瀬均「将来発生する犯罪事実についての令状発付の可否」『増補令状基本問題・上』(判例時報社一九九六年)三四頁参照。前掲古田五二頁、中武靖夫ほか編『捜査法入門』(青林書院新社一九七八年)一六七頁参照。

(28) 事前捜査の積極説・消極説の分析は、前掲辻二五頁以下が有益である。消極説の(i)は、三井誠「令状による捜索・差押(1)」法学教室一三三号三三頁、六一頁、同「捜索・差押え・検証に関する諸問題(3)」法学教室一三八号三五頁、同「任意捜査の限界(2)」法学教室一四二号八六、八七頁参照。前掲村瀬三七頁、小島吉晴「電話の通話内容の傍受について」捜査研究四七九号三三頁等参照。(ii)は、前掲村瀬三五頁、前掲古田五三頁参照。(iii)は、前掲村瀬三七頁、前掲三井法学教室一三三号六一頁参照。(iv)は、前掲村瀬三八頁参照。(v)は、前掲村瀬三四、三五頁、三七頁参照。

(29) 前掲辻二六頁以下に依拠した。なお、(a) (b) は、前掲古田五三頁〜五四頁。前掲井上一五二頁、長沼範良「犯罪・差押目的物の存在の蓋然性」刑法雑誌三六卷三三六三七頁以下(一九九七年)、山口裕之「捜索差押許可状等の発付の可否」平野

龍一・松尾浩也編『新実例刑事訴訟法(1) 捜査』(青林書院一九九八年)一三三六頁以下、前掲川出二三八頁以下、酒巻匡前掲九頁参照。前掲村瀬三六頁参照。(c)は、前掲村瀬三六頁。(d)は、前掲村瀬三八頁、岩橋義明「電話の通話内容の傍受を内容とする検証が適法とされた事例」研修五二三号三三頁では、電話傍受の内容は新たな犯罪事実の証拠収集になっても、それは過去の犯罪の被疑事実の関連証拠として結果的に伴うものとする。(e)は、前掲古田五四頁。

(30) 甲斐行夫「おとり捜査」井上正仁編「刑事訴訟法判例百選」第八版「二六頁、後藤昭「おとり捜査」井上正仁ほか編「刑事訴訟法判例百選」第九版「二六頁。古江頼隆「おとり捜査」井上正仁・酒巻匡編「刑事訴訟法の争点(有斐閣二〇一三年)九八頁。

(31) 上垣猛「テレビカメラによる監視」刑事訴訟法判例百選「第八版」一三三頁。中島宏「テレビカメラによる監視」刑事訴訟法判例百選「第九版」二二頁。長沼範良「写真撮影」刑事訴訟法の争点(二〇一三年)九〇頁。星周一郎『防犯カメラと刑事手続』(弘文堂一〇二二年)一七八頁以下。なお、我が国の防犯テレビの設置状況は店舗、ビル、住宅、駐車場、街頭等多方面にわたり、二〇一四年初め現在、四〇〇万台を超えるといわれる。そして、監視庁が設置しているカメラの画像だけでも、三一九件が捜査に利用され、それは五年前(二〇〇八年)の約三倍の件数となっている(二〇一四年五月六日付日本経済新聞朝刊)。

(32) 平成一一年度最高裁判例解説「平成一一年法律一三八号による刑訴法二二三条の二の追加前において検証許可状により電話傍受を行うことの適否」[池田修・飯田喜信]。同三三七頁注(二七)参照。椎橋隆幸「電話検証」刑事訴訟法判例百選「第八版」七二頁、安村勉「電話検証」刑事訴訟法判例百選「第九版」七二頁参照。河上和雄「電話内容の検証」研修平成三・一二・第五二二号三頁以下参照。

(33) 通信傍受法と憲法との関係等につき、安村勉「通信・会話の傍受」刑事訴訟法の争点(二〇一三年)九二頁参照。

(34) 奥平康弘・小田中聰樹監修『盗聴法の総合的研究』(日本評論社二〇〇一年)、小田中ほか著『盗聴立法批判』(日本評論社一九九七年)は反対論を展開している。

(35) 法務省ホームページ(組織的な犯罪の共謀罪に関するQ&A)、日本弁護士連合会・共謀罪等立法対策ワーキンググループ



プパンフレット『合意したら犯罪？合意だけで処罰？—日弁連は共謀罪に反対します!!—(四訂版)』、二〇一四年二月二四日付け日本経済新聞(朝刊)——共謀罪の新設、政府が検討実行行為なくとも処罰組織犯罪処罰法改正案、一四年提出へ——各参照。

(36) 宮下明義『刑事訴訟法逐条解説』二輯三〇頁、前掲田宮(注25)六頁注(4)参照。加藤康榮『検察と警察の関係』について——「刑事手続の警察化」と検察官の役割——日本法学第七十五巻第四号(二〇一〇年)五〇頁。

(37) 福井厚「ドイツにおける『刑事手続の警察化』論」法學志林百一卷四号(二〇〇四年)二頁以下。新屋達之「刑事規制の変容と刑事法学の課題——立法を素材として(訴訟法の立場から)——」刑法雑誌(二〇〇三年)四三巻一号三九頁以下では、ドイツの「刑事手続の警察化」について、警察の事前捜査の必要性からの分析として、「行政警察と司法警察の限界が流動化して刑事司法自体が予防司法化しつつあることと、その担い手として警察権限が強化されているという二つの含みが『刑事手続の警察化』なのである。」とする。なお、前掲加藤注(36)五九頁以下参照。

(38) 中田直人「刑事司法と警察」松井康治弁護士還暦記念『現代司法の課題』(一八八二年)一七二頁。

(39) 前掲辻二七頁以下参照。前掲古田五三頁参照。前掲川出二四〇頁以下参照。

(40) 前掲新屋三〇頁参照。

(41) 小野清一郎『刑事訴訟法講義「全訂第三版」』(有斐閣一九三三年)三四九頁は「捜査の開始は犯罪ありとの嫌疑を生じたことを前提とする」と解する。團藤重光『新刑事訴訟法綱要「七訂版」』(創文社一九六七年)一〇二頁は「司法警察(judiciaire)」ということばはやや奇異の感があるが、刑事に関する行政警察は犯罪の事前においてこれを予防するものであるのに対して、それは犯罪の事後においてその捜査をするものであり(警察法二条参照)、司法権の発動の前提となる作用だからである。しかし、それじたい司法権の内容をなすものではなく、司法警察職員が「司法官憲」(憲法三三条、三五条)でないことはもちろんである。」とする。

(42) 前掲古田五三頁。なお、同五四頁掲記の注(1)は、覚えい剂密輸事件のような場合は「逮捕状の発付も許されるのではなからうか。」とする。新庄一郎「通話当事者が関知しない形態での通話内容の傍受について」警察学論集四四巻一〇号(一九九一年)参照。

- (43) 前掲山口二二五頁は「刑訴法にいう捜査をもって公訴の提起・遂行のための活動といい切ることは適切ではなく、端的に、犯罪について司法警察職員、検察官において捜査・訴追機関としての事件処理を行うための活動とみるのが相当である。」とする。酒巻前掲一一頁参照（ただし、「捜査機関による事案の解明それ自体が捜査であると定義することには、疑問が残る。」とする）。
- (44) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法「第四版」』（弘文堂二〇〇九年）二二二頁参照。
- (45) 前掲長沼六二頁以下参照。酒巻前掲九頁参照。
- (46) 差押え等の令状請求書の記載要件として、刑訴法二一九条三項が準用する六四条二項は「被告人の氏名が明らかでないときは、人相、体格その他被告人を特定するに足りる事項で被告人を指示することができる。」と、また、刑訴規則一五五条三項は「被疑者又は被告人の氏名又は名称が明らかでないときは、その旨を記載すれば足りる」と規定することから、それは被疑者自体は特定されていてその氏名・名称が不詳である場合を指すと解するのが通常であるが、被疑者自体が不明の場合でも、搜索差押令状は発付され得る。その段階でも、一定の犯罪の嫌疑と必要性がある限り、これを認めても合理性があるからである。また、逮捕と違って人権侵害の程度やプライバシーの侵害が低い上、捜査の初期の段階で未だ疎明資料が収集されていないからこそ、証拠隠滅の恐れがあり速やかに搜索する必要性が高いからである。この点は、捜査の初期の段階における搜索差押え等の強制捜査の必要性の判断は、必ずしも既発の犯罪ばかりでなく、将来の犯罪であってもその捜査の必要性が高い場合があり、犯罪の発生が未然か既発かがその決定的な区別要素ではないことを示すとも言えようか。
- (47) 前掲村瀬三六頁では、覚せい剤密輸入の事案につき、事前の搜索差押令状の被疑事実の記載例として、「被疑者は、平成〇年〇月〇日覚せい剤を携帯して〇〇空港から〇〇航空〇〇便に搭乗し、翌〇日〇〇空港に到着予定の同航空機から降機して右覚せい剤を本邦に持ち込むことにより、もって覚せい剤を輸入するものである。」との未来形の被疑事実の案を示している。また、その「搜索場所」の記載例として、「被疑者の到着した空港敷地内において、被疑者の身体又は被疑者の所持する荷物」とする。なお、村瀬説は、事前強制捜査は消極説であり「犯罪発生前に令状の執行という捜査のための強制処分を利用することは疑義がある」とする（三七頁）。
- (48) 松尾浩也『刑事訴訟法講演集』（有斐閣二〇〇四年）三六頁参照。

(49) 前掲(上)編注(3)小田中聰樹ほか編『盗聴立法批判』[白取祐司]「第三章盗聴立法と警察機能―司法警察と行政警察―」一六八頁、一七六頁。

(50) 加藤康榮『適正捜査と検察官の役割―適正な裁判を求めて―』(北樹出版二〇〇八年)第五章「判例による法創造の役割の限界」二四七頁以下。なお、ここでは実質上の立法(法創造)が問題となる判例をいくつか挙げて論じているが、その後立法で解決した例の一つとして、最決昭四四・四・二五(刑集二三卷四号二四八頁)は、明文のない検察官に対する証拠開示命令を裁判所の訴訟指揮権できるとした判例であるところ、公判前整理手続の創設において裁判所に証拠開示命令権があることが明文化された(平成一六年法六二号刑事訴訟法の改正で三一六条の二六が創設明文化された)。

(51) 田宮裕『刑事訴訟法「新版」』(有斐閣一九九六年)七二頁。

(52) 法務大臣の諮問機関である法制審議会の「新時代の刑事司法制度特別部会」が、平成二六年九月一八日、取調べの録音・録画(可視化)、新たな捜査手法になる「司法取引」の制度導入や、通信傍受法の対象犯罪の拡大等を決定し、法務大臣へ答申したことから、その刑事訴訟法等の一部を改正する法律案は、平成二七年一月召集の第一八九回通常国会に提出されるに至っている。その取調べの録音・録画については、逮捕・勾留中の被疑者の裁判員制度対象事件及び検察官独自捜査事件について、その取調べの録音・録画が義務付けられた(被疑者が拒否した場合など例外あり)。さらに司法取引は、海外では既に広く活用されており、アメリカやドイツなどでは対象事件の範囲に限定はないが、イギリスでは重大犯罪に限定しているところ、我が国はこの度の制度導入は、自己負罪型取引は除き、弁護士同意による捜査・公判協力型になる協議・合意制度及び刑事免責制度の導入等であった。その対象事件も、一定の財政経済関係犯罪及び薬物銃器犯罪事件とするなど限定的である。また、弁護士による援助の充実化として、被疑者国選弁護士制度の拡充(勾留状が発せられている全ての被疑者に拡大)等を図った。そして、通信傍受法(犯罪捜査のための通信傍受に関する法律)の対象犯罪の拡充等としては、数人共謀による九類型の犯罪(現住建造物等放火、殺人、窃盗・強盗・強盗致死傷、詐欺・恐喝、誘拐、爆発物使用等)の追加がなされるなどされた。法務省ホームページ等参照。なお、司法取引に関しては、加藤康榮「検察官の適正な公訴権行使と司法取引」(日本大学法科大学院―法務研究二〇一二年三月)第八号一九頁以下参照。



# 人的結合体が意思形成をする場合の法的安全性という視点

——瑕疵ある決議の公表を例として決議の拘束力と法律行為論の要請との間の緊張関係について——

マルティン ホイプライン

益井 公司 訳

## I. 団体の意思を形成する道具としての決議

人的結合体 (Personenvereinigungen) が意思を形成するということは、様相に富んだ一つのテーマである。このことは、すでにそうした団体の出現形式が形態的に多様であるということから生じる。<sup>①</sup> 自立した法主体として、団体はさまざまな形で法取引に加わる。資本金会社や人的会社 (ドイツにおいては株式会社、<sup>②</sup> 有限会社、合名会社、株式合資会社、組合会社等として) という形で企業の担い手として人的結合体に出会うのであるが、しかしまた住居所有権者達の共同

人的結合体が意思形成をする場合の法的安全性という視点 (益井)

一三九 (一三九)

体や非営利的な利益を追求する自立した組織体（非経済的社団 (Idealverein)）としても人的結合体に出会うのである。それに加えて、持ち分ある共有関係 (Bruchteilsgemeinschaft) や相続共有関係 (民法 (BGB) 七四一条以下、二〇三四条以下) のような権利能力のない人的結合体が実務上重要な役割を果たしている。

多数の個人の共同歩調行為というものは、ひとつの意思が形成されるということを前提としている。きわめて頻繁に、この意思形成は、ひとつの機関に、例えば社員総会や所有者総会にゆだねられている。しかしまた、部分的には、しかるべき組織体がないとか、意思形成が、おおよそ、団体に属するすべての諸個人の業務となつていることがある。意思形成が、単独の個人、例えば、単独の社員や単独で決定する権限を有している業務執行者の間接義務となつていない場合にのみ、その意思形成は、— 自然人の場合と異なり— 通常は共同行為によつて行われる。意思形成の手段として、法秩序は、社員が自由に決議をなすことを認めているのである (参照、民法三二条、七四五条、二〇三八条二項、商法 (HGB) 一一九条、有限会社法 (GmbH) 四七条、株式法 (AktG) 一一九条、一三三三条、ないし特殊な機関に対しては民法二八条、株式法一〇八条)。たいていの場合、過半数の決定が得られたということが決議と結び付けられている。しかしながら、決議が過半数の決定で得られるというようになっていなければならぬわけではなく、法律には全員一致の決議もある (商法一一九条一項、民法七〇九条一項、住居所有権法 (WEG) 二三条三項)。ときには、決議を契約から区別する必要があるとなり、それは簡単なことではないが、しかしここではその区別をしないでおいでさしつかえない。<sup>(3)</sup>

## II. 法律行為論の範疇へと支配的な見解に従って整序すること

ドイツ法においては、さまざまな人的結合体のために、意思形成に関して異なる規律が存在しているにもかかわらず、人は決議の中に単一的手段をはつきりと認識するのである。確かに、法解釈上のように整序するかということには争いがあり、<sup>(4)</sup> 例え、法的性質から意思表示や法律行為に関するドイツ民法総則の諸規定を適用する可能性を推断させる限りでは、それは単に理論的な問題であるというだけでなく、法適用の問題なのである。

今日ほぼ一致した見解によると、決議は法律行為である。<sup>(5)</sup> 法律行為は、法律関係を私的自治により形成するために、私法秩序を法主体に委ねる手段（制度）である。たいていの場合、決議は多数人間の特殊な法律行為と呼ばれており、それは決議の形成に参加した者達と同じ方向に向けられた意思表示によって決議は成立するということにより契約から区別されるのである。<sup>(6)</sup> 個々人が投票権を行使することが意思表示なのであり、それは、他の人の意思表示と結びつくことにより、法律行為を成立させるのである。それゆえ、ディーター・メディクスの簡明的確な表現を変えて、次のように言うことができる。つまり、「投票権を行使することは、決議の手段であり、決議は私的自治の手段である」と。<sup>(7)</sup>

もちろん、今日、団体法において広く通用する形で決議概念の限界を基礎づける場合には、以上のような形で整序することによって決議というものを完全に把握できるわけではない。一つには、一人決議 (Ein-Mann-Beschlüsse) が、認められている。確かに、このことはすべての団体に当てはまるわけではないが、少なくとも、株式会社や有価証券のように、一人の人によって設立することができる団体には当てはまる。<sup>(8)</sup> そうすると、この場合には、多数人関与性

(Mehrseitigkeit) はないのである。もう一つには、決議として承認されているいわゆる否定的決議を取消すことが認められている。<sup>9)</sup> 否定的決議を取消す場合、しかしながら今では、ボルフガング・エルンストが最近適切に指摘したところであるが、(否定的) 決議は、賛成者の肯定的決議と同じような形で、「否」という投票をした者の意思表示によつて支えられているということを必ずしも常に言うことができるわけではない。<sup>10)</sup> というのは、例えば、肯定的な決議をするために、ある定足数が必要とされている場合には、棄権した構成員や欠席した構成員は決定的な形で否定決議に寄与するからである。それどころか、否定という投票がない場合にも否定的決議が成立するということすらあり得るのである。そうすると、決議をこのような形で整序することには疑念があることになるが、それを解明することはこの講演の関心事ではない。そうではなくて、明らかにされるべきものは、決議を確定したり、公示(簡単には、公表)したりすることによつて、少なくとも決議をそれ以外の法律行為と区別する新たな視点が表れてくるのか、表れてくるとしたらなぜそうなのかということである。

### Ⅲ. 決議結果の公表に与えられるべき法的意味についての概要

決議結果を確定し公表することに対しては、ドイツ法においては、非常に種々様々な意味が付与される。

一 一部には、公表することが創設的な効力を有する決議要件とみなされている。例えば、株式会社<sup>11)</sup>や協同組合(登記協同組合(e.G.))の場合がそうであり、協同組合の権利はその限りで株式会社のをまねて作られている。決議を議事録にのせることに関する条文(株式法一三〇条二項一文、協同組合法四七条一項)から出てくるのは、総会の議長(der Vorsitzende)つまり会議の主催者は、議事録に載せなければならぬ決議に関して確定をすることに従事し



なければならぬということである。<sup>(12)</sup> このような創設的な効力を有する行為には、二重の意味が付与される。つまり、一つには、まず、決議の結果を公表することは、決議の構成要件事実 (Beschlussatbestand) を補完し、つまり公表することが有効な決議の前提となっているのである。もう一つには、決議の内容は公表することによって確定される。それは、固定化されるとも言われている。<sup>(13)</sup> 連邦通常裁判所は、以上のような見方を住居所有権法のために受け継いでいる。<sup>(14)</sup> 二〇〇七年の住居所有権法の改正法によって、公表するということ (Verkündung) が制定法中に具体化された (住居所有権法二四七条七項二文)。会議の主催者が決議を公表しなければならないということは、株式法においてはもちろん明確な形では指示されていないが、決議の証拠資料という脈絡からして、公表するということが、その前提とされているのである。<sup>(15)</sup>

興味を引くのは、連邦通常裁判所が、決議の確定や公表という要件を協同組合 (Genossenschaft) や住居所有権者の共同体において、どのような形で基礎づけるかということである。公表された決議には、もっぱら信頼の保護という観点から取消 (Anfechtung) を可能にする権利外観の要件事実にみられる特徴が単にあるだけではない。<sup>(16)</sup> それどころか、決議の結果を公表することは、瑕疵の主張をするためにはとりわけ重要である。取消の訴えは、一カ月という短期の期間に限定されているので (協同組合法五一一条一項二文、住居所有権法四六条一項二文)、取消権者は、基準となるものとして、ある決められた決議結果から出発し得るということにならざるを得ない。そのためには、決議の結果が確定され公表されるということが必要である。<sup>(17)</sup> というのは、連邦通常裁判所が住居所有権者の共同体につき補足的に述べるように、もし正式に確定されるということが必要でないとするならば、その構成員は自己の危険でまず取消期間内に表決結果 (Abstimmungsergebnis) を解釈し評価しなければならぬことになるからである。しかしながら、表決

結果の解釈や評価に従って、客観化された決議意思を必然的な形で調査確定することに関しては、それは通常過大な要求であるといわれている。というのは、表決結果を調査確定することも、また法的に過半数が要求されていることに基づいて表決結果を評価することのどちらも、所有者に期待することも要求することもできないようなもろもろの法的知識があるということを前提としているからである。<sup>18)</sup>

ドイツの著作文献はもっぱら以上のような判断に従っている。<sup>19)</sup> そのうえさらに少なくとも数の著作者たちは、株式法ないし保険業の監督に関する法律 (VAG) や協同組合法の諸条文のなかに表されている一般的な法原則が存在するということから出発している。それによると、決議を期間の制約のある取消手続という手段においてのみ取り上げることができる場合にはつねに決議の確定や公表は決議の有効要件なのである。<sup>20)</sup>

二 しかしまた、一部においては、決議結果を確定し公表することは、**宣言的行為 (deklaratorischen Akt)** とみなされている。例えば株式会社の場合にそうした事態が存在する。支配的な見解によると、「決議」という法律行為の有効性は、会議の主権者によって決議が確定されているということに依拠している。もつとも、通説 (die ganz h.M.) は、この場合にも、内容確定的効力から出発する。一定の決議結果が会議の主権者によって確定された限りにおいて、その決議結果は (暫定的に) 拘束力あるものとみなされている。決議結果の瑕疵は、取消の訴えによってのみ除去することができるだけである。<sup>21)</sup>

三 そして最後に、決議の結果を確定し公表することに**実体法上の効力を基本的に付与しない人的結合体が存在する**。<sup>23)</sup> 例えば、民法上の組合 (BGB-Gesellschaft) に対しては、支配的な見解によって、決議結果を確定する際の瑕疵は、確認の訴えによって裁判上主張されなければならないという見解が主張されている。<sup>24)</sup> このような手続法上の言明の背

後に存在するのは、発表された決議の結果は、さしあたりすぐに取消される必要はなく、形成判決という方法で取消されなければならないということである。直接かつ排他的な形で、表決結果に相応する決議が存在することの確認を求める訴えを提起することができるか否か、あるいは、—少なくともまた—公表された決議が無効であることの確認が求められなければならないか否かということは、ほとんど検討されていないが、しかしながらまた、それは重要性において順位の劣るものである。定款上異なる規律が存在しない限り<sup>25</sup>、無効は無期限に主張することができるので、公表された決議は実体法上効力を発揮しない。<sup>26</sup>

#### IV. 公表された決議の拘束力に対する批判

支配的見解により決議を法律行為上整序することから出発するかたちで、それは—すでに述べたように—ここでは基本的に問題提起さるべきではないのであるが、確定と公表によってのみ、決議は、いわゆる公表された決議として法律上の効力を発生させるという見解は、とりわけ、法律行為論により必要とされる決議の構成要件事実の諸要件 (Tatbestandsvoraussetzungen) が存在しない場合には、かなり詳細な理由付けを必要とする。実務上生じることが、決してめずらしくはない典型的な諸ケースは次のようなものである。

・ 会議の主催者が、投票権が無くなっていくということを見落としたとか間違つて数えてしまったために、錯誤により、決議提案を受け入れるために必要な投票数に達している (あるいは達していない) と考えてしまった会議の主催者によって肯定的 (ないしは否定的) な決議が公表された (というケース)。つまり、例えば、間違えて数えてしまったというのは、実際は持分 (有限会社社員の持分、共有持分など) によって議決権が行使されなければならなかったにもか

かわらず、会議の主権者が、錯誤により一人一票の原則 (Kopfrinzip) が適用されるということから出発するとか、反対に一人一票の原則が適用されるべきなのにその逆をするということによることがありうるのである。

・提案を受け入れるために必要な多数を誤解して、肯定的 (ないしは否定的) な決議を公表したケース。

株式法上の法状況ないし住居所有権法や有限会社法における支配的見解を基礎に置くならば、決議結果を瑕疵ある形で公表することは、少なくとも、暫定的な形で、つまり、ひよつとして取消がなされるかもしれないが、それまでは、法的効力を生じさせるのである。その上さらに、公表された決議—それは瑕疵のない形で公表された決議と区別する形で公表議決 (Verkündungsbeschluss) と呼ばれている—が、裁判上期間内に取消されなかった場合、会議の主権者の法的行為は、永続的な形で拘束力を有するものとなる。

この点が非難されている<sup>27</sup>。批判の依拠するところは、しかるべき多数が得られていない場合、すでに決議の要件事実が欠けているということなのである。確認や公表が、決議の創設的な要件とみなされるところでは、決議に含まれる付加的な構成要件のメルクマールが重要となる。法律行為論の見地からは、どのようにして公表が、—創設的であれ宣言的であれ—付加的な要件であると簡単によそおうことができるのかは、説明することができない。法的安全性を促進することだけが、支配的な見解を根拠づけるわけではない。決議の構成要件的前提が与えられていないにもかかわらず、決議を生み出す法的権限を会議の主権者に与える制定法上の規律は存在しない。会議の主権者の公表は、「空虚なもの」なのである。それゆえ、構成員を取消しへと「追いやる」法的権限が会議の主権者に与えられるということは、実際「耐え難い」ものである。せいぜいのところ、決議されたという権利外観が成立しているに過ぎないのであり、その権利外観を各所有者達は (消極的な) 確認の訴えによって除去することができる。決議は存在

しないのであるから、取消の訴え（形成の訴え）は問題とならず、取消期間の拘束も存在しないといわれている。<sup>(28)</sup>

それゆえ、結果的には、以上の見解によると、すべての所有者や社員は、取消期間が経過した後も決議は存在しなかったということを持ち出すことができる。というのは、決議のために不可欠な構成要件の前提が欠けているからである。この状況は、その限りにおいては、契約締結と同様に扱うことができる。少なくとも契約に關与した人の有効な意思表示がない場合には、契約は成立していない。<sup>(29)</sup>

## V・公表された決議が拘束力を有することの正当化

### 一 支配的な見解の決定的な狙いとしての法取引における明確性と安全性

公表された決議は住居所有権法においても有限会社法においても無効とみなされないということのための決定的な理由がどこにあるかということは、すでに想定されている。それは**法的安全性**である。株式会社においても、必要とされている多数を誤認したとか、<sup>(30)</sup>投票禁止が求められているということ<sup>(31)</sup>を誤認してなされた瑕疵ある決議の公表は、単に取消権を基礎づけるにすぎない。つまり、その決議は、取消の期間が経過することによって、法律や定款により必要とされている数の投票が、確定力ある形で、つまり最終的に拘束力のある形で存在したのか否かという問題を考えなくてもよいものとなる。

決議の存在や内容について明確で信頼できる証言を要求するということが、人的結合体の特殊な状況から生じる。特に、かなり大きな構成員グループからなる人的結合体の場合がそうである。<sup>(32)</sup>会議の主催者が一定の決議結果を確定し、だれもそれに対し異議を唱えたり、取消の訴えを起ささなかつたならば、構成員たちは、公表された決議が存在

するということから出発し、自己の社員権を主張する際に、その存在に依拠することになるだけでなく、また機関やそれ以外の代表者も、このような形で表明された社員総会の意思に、典型的な形で彼らの活動の基礎を置いているのである。さらに決議は、機関の代表権の範囲が、授權の決議が存在していることにかかっているところでは、なにが特別な仕方ですされるのかという対外的効力を發揮する（住居所有権法（WEG）二七条三項一文七号）。公表された決議に必要な票数が欠けているという抗弁が時的に期間制限のない形で認められるということは、法取引に対していかなる効果をもつことになるのかということにはさらに掘り下げる必要はない。

非経済的社団（登記社団）の場合、それ自体異なる法状況にないにもかかわらず、連邦通常裁判所は、<sup>(33)</sup> 社団法において、公表された決議の実体法上の効力を否定する。連邦通常裁判所は、時的に期間制限された取消の可能性がないということによってそれを基礎づけることができると考える。<sup>(34)</sup> このような主張は、納得のいくものではない。というのは、こうした主張は、決議の存在が公表を必要としないのはなぜかということをせいぜいのところ説明するにすぎないからである（創設的効力、Ⅲ一の箇所を見よ）。公表することによって法取引によって守られる、つまり、裁判所によりそうでないと判断されない限り、有効とみなさるべきである事実が創り出されるか否かという問題は以上述べてきたことと区別されなければならない。私の見解によると、これは、社団の場合にも肯定されなければならない。

## 二 公表された決議と権利外観論

(a) 公表された決議の法的効力が、構成員の私的自治による意思表示の助けによって正当化されるべきではないということは、明白である。しかしながら、このことは、公表された決議の法的効力が、法律行為論と相いれないもので

あるということを意味するわけではない。このことが指し示しているのは、法律行為論を補完し、法律行為論と密接に接合している権利外観論なのである。一方では、権利外観論は、一定の要件のもとに法取引の信頼を保護する<sup>(35)</sup>。しかしながら他方では、権利外観理論はそれ（取引の信頼を保護すること）を越えており、何らかの形で作られた信頼が存在しているということに左右されない客観的な取引保護をもたらす<sup>(36)</sup>。信頼保護に関連する私法上の諸制度を正当化するものを厳格にとることは、こうした解釈を妨げるあるイメージを持つことと同じ意味を持つのである。それを以下の二つの例で説明したい。

商人の確認通知書については、簡単に言うと、企業が取引契約を締結し、それを自分の推定される契約の相手方に知らせることから企業は出発するということが、重要である。到達後即座にその確認通知書に他方の当事者が異議を述べないと、その契約は原則として締結されたものとみなされ、しかも、確認通知書に書きとめられた内容によるのである。確認通知書は、契約の締結を求める申込みではない、それゆえ、受取人の沈黙は承諾ではない。つまり、確認通知書によって法律行為が成立することはない。それにもかかわらず、法秩序は、こうした確認通知書の内容を拘束力のあるものと認定する。つまり、法律効果をひとつの擬制に結び付けるのである<sup>(37)</sup>。確認通知書は、実際に締結された法律行為に代えて、明確でより簡単に確認できる事実（いわゆる「代替的事実 (Ersatzfatsche)」）に基づくのである。代替的事実が、法律行為の代わりになるのである。内的正当化を与えるのは、連邦通常裁判所によると、基本的には、一般法律行為論内における信頼保護という論拠ないしは取引の保護に加えて、商人の確認通知書に対して何も答えないことの解釈論なのである<sup>(38)</sup>。連邦通所裁判所は、その限りで有機的な全体から出発しており、この法制度は、法律行為論と対立しない形で賛同を得ているのである。いずれにせよ客観的な取引の安全を目的としている次に

述べる制度に関する説明が、このことをさらになお明確にする。<sup>39)</sup>

商法一五条一項によると、その事項において登記することができた人について、商業登記簿に登記されなければならないが、実際には登記されておらず、公告もされていない事實は、第三者に対して対抗することができない。その事實が第三者に知られていた場合はこの限りではない。デートレフ・レーネン<sup>40)</sup>は、消極的公示というものは商取引を容易にするものであるということがこの本質をなしているということを、以上のようないわゆる消極的公示について説得力ある形で、浮き彫りにした。この条項は、円滑な(効率的な)給付の交換を可能にすることを意図している取引システムがうまく機能することに役立つのである。取引の保護は、その限りで、信頼保護と一致するものではない<sup>41)</sup>、「法律関係の明確性を通して商取引における取引システムの確実性と容易性を促進すること」<sup>42)</sup>を意味する。確実に証明できる事情に基づく法規範というものは、判決を容易になすことができるものとするし、さらには訴訟をしようとすることを減少させる、と。

すでに述べたように、商人の確認通知書に関する学説も消極的公示についての原則も何の関係もない形で法律行為論と並んで存在しているのではなく、法律行為論を補充するものなのである。つまり、通常の場合、確認通知書の内容や商業登記簿の内容は、それらの中で具体化されている法律行為の内容と一致すべきであるし、また一致させられることになる。法秩序は、非常に限定された範囲においてのみ<sup>43)</sup>当事者に事実上の法状況を引き合いに出すことを認めるにすぎないのであるからこそ、自己の利益のために、滞りなく登記簿に登記すること、ないしは確認通知書の内容を訂正することに配慮するための当事者に対する激励というべきものを創り出すのである。このことが、レーネンのように、基準となる「いわゆる代替事実」が現実と一致する可能性が高いということを保証するのである。<sup>44)</sup>



(b)ここで主張された見解によると、会議の主権者によって公表された決議は、記載された意味内容を持つ「代替事実」なのである。これによって、人的結合体の意思を形成するために必要な相互作用システムの信頼性が、二重の仕方、促進されることになる。つまり、法秩序は、まずは暫定的な形で、取消期間の経過後は決定的な形で、公表決議の内容を顧慮するというやり方で、法的安全性を手に入れる。そういうわけで、公表された決議が実際に決議されたことと一致しているか否かということに基づいて、自己の利益に係わる公表された決議を直ちに検査する機会がすべての構成員のために存在する。

公表決議を正当なものとして認めることは、とりわけ、(少なくとも潜在的に)構成員数が大きくかつ入れ代わりの可能性の両方を有するかあるいはその一方を有している人的結合体においては、単に正当化されるだけでなく、私的自治が機能する諸条件のためにどうしても必ず守られなければならないものであるように思われる。決議が明確かつ信頼できる内容を有してないとすると、自己の議決権を行使した人は、自己の法律行為上の行為の結果についてはつきり分らない状態にとどまることになる。私的自治により権利を設定するという構想の背後に存在する理念に対する緊張関係があることは、明白である。それゆえ、ここで想定されている意思表示モデルは、法律行為論と相いれないものではなく、法律行為論を補完するものである。この意思表示モデルが明らかにしているのは、公表決議を正当なものとするに反対して論拠としてもち出される公表決議にはしかるべき意思表示がないという非難に対して耐えることができるということにとどまらない(Ⅳの箇所を見よ)。その上さらに、この意思表示モデルは、信頼保護という観点の下においてのみ公表された決議に法的効力を与えるということに対し反対するが、それはさきに(Ⅲ一で)引用した連邦通常裁判所の判決の趣旨のなかに完全に存在しているのである。

## VI. 一定の人的結合体に創設的効力を限定すること

一 先の(Ⅲで)述べた支配的見解に対する批判は、しかしまた、ほとんど逆の他の方向から現れる。判例や支配的見解がさまざまな人的結合体内における決議の公表にさまざまに異なる有意性を付与しているということが、非難されている。特にポルフガング・エルンストは、最近、ある基本的な論文において、決議結果を確定することをすべての決議過程のために必要とされる手段、つまり、創設的手段とみなすということに賛意を表している。<sup>45</sup> 彼は以上のような見通しをとりわけ法的安全性を考慮することによって基礎づける。エルンストがいうには、決議というものは、決議に関与しなかった権利主体にも拘束力を持つ。つまり、欠席した構成員や団体の(他の)機関にも拘束力を持つのである。しかしながら、そうした人たちにとっては、総会においてどのような結論に投票するかを自主的に判断することは、できないのである。それゆえに、「決議という枠組みは、すべての当事者が準拠することのできるように、一部の人たちに対するものでない形で決議結果を確定することを」<sup>46</sup> 求めるのである、と。あとの方で述べていることは、連邦通常裁判所が住居所有権法のコンテキストのなかで述べた次のような見解と一致する。公表を要求することは、住居所有者、とりわけは、その集会(総会)に参加しなかった人達や、特定承継人も有する欠くことのできない法的安全性に役立つのであると(この点に関してはすでに述べたⅢ-1を見よ)。

おそらく、とりわけは、以上のような形で法的安全性を考察することを継続するなかで、エルンストは、決議を確定することは「なんらかの要式性」という形をとって行われなければならず、少なくとも明確な形でなされなければならぬということを出発点とする。結論の決まった決議確定というものは、考えることができないという。<sup>48</sup> この

ことは、住居所有権法に関する引用した判例と矛盾する。ここでは、たとえば、議事録の結果を再録することによる結論の決まった決議の公表は、連邦通常裁判所によって認められている。<sup>(49)</sup> 有限会社法に対しては、連邦通常裁判所<sup>(50)</sup>は、確かに、基本的に、決議結果を要式に従って記録に取っておくということを要求する。それによって、有効な決議が掲載されているか否かということについての不確定性が排除されることになる。しかしながら、その際、連邦通常裁判所は、株式法におけるよりもより大まかであり、社員が記録を保持することを認める。たとえば、すべての社員によって同意の署名がなされた議事録という形においてである。

二 少なくとも、意思形成がひとつの機関の責任であるといった人的結合体における意思形成を単一の規律に従わせるということは、魅力的に思われる。そのことは、法律によるか定款においてあらかじめ考慮しうるしかるべき組織が求めるものである。しかし、こうしたことを試みることは、中心となっている法的安全性という構想にかえって困難なことをもたらす危険性がある。つまり、決議という枠組みのために要式に従った手続きを遵守することを求めることは、株式法においては実際に「社員たちの過大な要求ではない」のに対し、小さな有限会社の場合にそれを求めることは、かなり異なる状況にあるように思われる。<sup>(51)</sup> 特別な業務経験の豊かさも想定できないし、法律顧問の意見を聞くということも期待できないような人的結合体の組織が問題であるところでは、要式にかなったものでなければならぬという準則というものはまったく疑わしいもののように思われる。ここでその名称を挙げるができるのは、まずは、非営利法人であるが、しかしまた民法上の組合もそうである。それらにおいてはその意思形成もまた契約上、社員総会〔組合員総会〕に委ねられていてもかまわないのである。

以上のような人的結合体においては、公表という要件が創設的なものであるとするならば、要式にかなった形で決

議を確定し公表するという要件は守られないことになるという理由だけからしても、公表という要件を創設的なものとすることは、決議の効力を危険にさらすのである。その構成員達は、そうした公表という要件を多くの場合知らないのであるから、彼らは、法律行為上の規律の存在から出発するが、公表がない場合には、せいぜいのところうわべだけの決議が問題となるにすぎないのであるから、その場合決議は実際には存在しなかったのである。そうすると、現在および将来のすべての構成員は、時的には期間の制限のない形で、決議の不存在を確認させる可能性を有していることになるか、あるいは、決議の不存在を指摘して、（誤って）決議された規律から逃れることができることになる<sup>52</sup>。それによって法的安全性が脅かされるということは、明らかである。

要式に沿った公表といういわゆる「表面を覆い隠すような」創設的な要件に反対するものとして、さらに、私的自治による形成の自由という原則が、持ち出される。要式規定は私的自治による形成の自由を一般に認められる形で制限するが、それは正当化する理由を必要とするものである。意思形成を公表という要件によって規制することに賛成する十分な理由が存在するのは、決議が短期間内のみ攻撃しうるところにおいてのみである。そこでは、社員たちは、失権効（確定力）によって、そうした形で意思形成を記録したものに拘束されるといふ点に特別な利益を有しており、そうした記録の存在することやその内容を社員たちは信頼できるものとして利用することができる。このことのみが、できるだけ簡単に意思を形成するという利益よりも重要である。これに反して、意思形成の記録に関する紛争は、期間の制限なしに裁判上決着をつけることができるとするならば、決議が掲載されているか、決議はどのような内容を有しているかをまずは裁判外で、場合によっては裁判上明確にすることが、出席しなかった構成員たちのためにも求めることができる。（宣言的な）公表がなされていない場合、公表されなかったことに対する理由が特に

要求されることになる。総会に欠席した構成員の見地から公表という枠組みに疑いはない場合にすら、要式に従った創設的な効力を持つ公表要件によって決議の効力が危険にさらされることに對する事柄そのものに関する十分な理由を私は見出すことができない。

三 そうすると、出発点において、先に（Ⅲで）述べたように判例を区分することは、説得力のあるものであるということが、裏付けられるのである。もちろん、そのように判例を区分することは、有限会社法における取消の可能性を「適切な期間」に制限することによって、奇妙などつちかずのものを創り出してしまったという批判を必然的に甘受しなければならないことになる。法的安全性という観点からすると、これはまだ海のものとも山のものとも分らないものである。最終的には、しかし、そのことの原因が、法律上の規定が欠けていること（例えば、オーストリア有限会社法四一条四項は異なるが）、ないしは、株式法二四一条以下の規定の一応の類推適用にあり、そうであれば、以上のことが宣言的行為として決議の公表を整理することに反するものではない。というのは、期間の適切性を検査する枠内で、決議を攻撃する社員にとって有利になるように、公表はなされないうままであるということを考慮することができからである。これに対し、定款が決まった取消期間を定めている場合には、同時に創設的な公表が欲せられていたという意に、疑念のある決議の公表を解釈しなければならないことになる。

人的会社については、何一つ以上のことと異なる形で適用することはできない。従って、特に公開会社の場合、その規約〔Ⅱ定款〕が意思の形成を構成員総会に委ねており、法的保護の可能性に期限をつけるときには、任意の創設的な公表要件から出発することができる。法的保護に期間制限は付されていないが、しかし、成文法 (lex scripta) によつて社員の全員の案件である意思の形成が、それにもかかわらず、一つの総会に委ねられているならば、疑念はあ

るが、総会の主催者の権限 (Rechtsmacht) は、決議結果を確定し公表するということに結び付けられている。総会の主催者の権限のために公表された決議の効力が裁判上採用されない限りで、法的安全性という理由に基づいて、代替的事実として公表決議が法的効力を発揮する。

連邦通常裁判所が住居所有権法における決議の公表に特別な要式に従った要求をせず、議事録に書きとめられることで十分であるとしたことは、最終的には説得力があるように思われる。特に、総会において決議の成立について争いのない場合にはそうである。<sup>53</sup> 総会において明確な形でなされた要式に従った公示を要求するならば、決議の瑕疵に對し抵抗できないということが高めるものとなる。確定要件や公表要件は、創設的なものなので、公表がないので議決も存在しないとすると、法的安全性を配慮する短期の取消期間が持つ目的が危険にさらされることになる。確定と公表という構成要件の前提がないということは、多くの場合、必ずしも必要不可欠なものとして専門的な管理人が援助を与えるものでない法的な素人としての住居所有権者の目につかないままになっている。住居所有権者は、その場合、自己の行動をすべての所有者が時的に期間制限のない形で問題視することのできる、いわゆる自称上決議といわれているものに合わせることになる。

## VII. 結論

多くの人的結合体における支配的見解が、瑕疵のある形で公表された決議を (さしあたり) 法的に拘束力のあるものとみなす限りでは、急を要する事態が生じるケースは問題にならない。その背後に存在している取引の保護という理念は、明確で信頼できる法的根拠 (Rechtsgrundlage) に照準をあてており、取引の保護という理念はドイツ私法秩

序の種々の箇所、とりわけは企業法において、その一つに出会うのである。取引の保護という理念は、決議を支配的見解によって法律行為と考えるときですら、現行法の解釈の中に納得のいく形で統合することができる。

公表決議にあらゆる実体法上の効力を認めないとする、法的安全性が危険にさらされると同様に、あらゆる組織化された人的結合体において決議が成立するために、要式に従った創設的な決議の確定や公表という要件を構築するという事は、法的安全性を脅かすことになる。つまり、要式に従った創設的な決議の確定や公表という要件を構築するというのが、さらに、外観上存在する決議を生み出す原因となり、構成員ないし機関は、なるほど外観上存在する決議に依拠するが、しかし、外観上存在する決議の規律内容は、貫徹できる拘束的効力を有しないままなのである。決議が短期間の経過後は、基本的に拘束力のあるものとして受け入れられなければならない所でのみ創設的な確定や公表という要件が説得力を有するようになると思われる。取消権者の利益が、以上のようなケースにおいて、私的自治を制限することを正当化する。

#### 注

- (1) 以下の考察にとっては、このことが決定的に重要ではないので、「団体」という概念を広くとらえるということ、つまり、権利能力のある結合体に限定されるのでもなく、共通の目的を達成するための任意の結合体に限定されるのでもないということ、ここでは指摘するだけで十分である。
- (2) 以下に挙げる制定法上の諸条文は、そうではないということを示さない限り、ドイツ法に関するものである。
- (3) 住居所有権法による合意 (Vereinbarungen) と決議 (Beschlüssen) をどのように区別するかについては、例えば、Häublein, Martin, Sondernutzungsrechte und ihre Begründung im Wohnungseigentumsrecht, 2003, S. 174 ff.を見よ。

- (4) この点については、Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 2a. を見よ。彼は、民法典 (BGB) は団体の基本問題を取り扱ってこなかったと、こういって指摘する。
- (5) かなり古い文献としては、v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II/1, 1914, S. 232 ff. を見よ。たぐいなる文献のうち、最近の文献として次のものを見よ。Bork, Reinhard, Allgemeiner Teil des BGH, 3. Aufl. 2010, Rn. 436 f.; Busche, Jan, Festschrift für Sacker, 2011, 45, 52 f.; Jacoby, Florian, Das private Amt, 2007, S. 421, 425; Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, Rn. 205; skept. Ernst, Wolfgang, Liber amicorum Leenen, 2012, S. 1, 41 f.; 懐疑的なのは、Ernst, Wolfgang, Liber amicorum Leenen, 2012, S. 1, 41 f. 彼は、決議を法的行為 (Rechtsakt) としてとらえることが、法律行為として整理するよりも促進されるのではないと言っている。いまだになお、法律行為として整理することに対するものとして、例えば、RGZ 122, 367, 369. がある。
- (6) そらだとするものは、たぐい、Detlef, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2011, § 4 Rn. 16. 内容からいって先の注(5)で挙げた支配的見解 (h.M.) の主張者達と同様である。
- (7) Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, Rn. 175: 「意思表示は法律行為の手段であり、法律行為は私的自治の手段である」をいって、Leenen, Detlef, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2011, § 4; 同、Festschrift Canaris, 2007, S. 699. を参照。
- (8) この点についての詳細は、Lindemann, Birgit Silvia, Die Beschlussfassung in der Einmann-GmbH, 1996.
- (9) 株式会社については、BGH v. 13.3.1980 (II ZR 54/78), BGHZ 76, 191; BGH v. 20.01.1986 (II ZR 73/85), BGHZ 97, 28 を、有限会社については、BGH v. 26.10.1983 (II ZR 87/83), BGHZ 88, 320. を、住居所有権法については、BGH v. 23.8.2001 (V ZB 10/01), BGHZ 148, 335. を見よ。
- (10) Ernst, Wolfgang, Liber amicorum Leenen, 2012, S. 1, 6 f.
- (11) 保険業の監督に関する法律 (VAG) 三六条は、相互保険会社 (VVG) について株式法の権利を準用する。
- (12) すべての文献のうち代表的なものとして特に次のものを見よ。Drinhausen, Florian, in: Höltner, AktG, 2011, § 130 Rn. 34;



Hüffer, Uwe, AktG, 10. Aufl. 2012, § 130 Rn. 22; Kubis, Dietmar, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2013, § 130 Rn. 61 f.; 協同組合法について、BGH v. 23.9.1996 (II ZR 126/95), NJW 1997, 318, 320; Geibel, Stefan, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2011, § 47 GenG Rn. 2. を見よ。

(13) 先の注〔(12)〕を挙げたものを見よ。

(14) BGH v. 23.8.2001 (V ZB 10/01), BGHZ 148, 335 (Rn. 20 ff.); 学説文献としては、例えば、Merle, Werner, Bestellung und Abberufung des Verwalters, 1977, S. 41 ff.; Wenzel, Joachim, Festschrift Merle, 2000, S. 353, 356 ff. を見よ。

(15) オーストリア株式会社法一一八条一項は違ったやり方をしている。

(16) BGH v. 23.8.2001 (V ZB 10/01), BGHZ 148, 335 (Rn. 21) — 住居所有権法について。

(17) BGH v. 23.9.1996 (II ZR 126/95), NJW 1997, 318, 320 — 協同組合法について。

(18) BGH v. 23.8.2001 (V ZB 10/01), BGHZ 148, 335 (Rn. 21) — 住居所有権法について。

(19) オーストリアにおいては、逆に、高等裁判所 (OGH) は、集会外でなされた議決についてのみ、創設的な公示要件 (Bekanntmachungserfordernis) から出発する。OGH v. 28.5.2002 (5 Ob 118/02t), wobl 2004/39. を参照。学説 (Schrifttum) は、この判決を批判し、創設的な公表要件 (Verkundungserfordernis) というものを認めない。Vonklich, Andreas, wobl 2004/39 (Anm. zum OGH); Briem, Stephan, Immolex 2010, 6, 7. を参照。つまり、住居所有権者には期間制限のある取消権だけがあるにすぎないし、株式法上の法状況はドイツ法のそれと非常に似ているにもかかわらず、ここでは、一般的な法原則というものは、認められない。オーストリア株式法 (öAktG) 一一〇条、一一八条、一九九条を見よ。

(20) そうだとするものとしては、例えば、他の文献 Hadding, Walther, ZWE 2001, 179, 184. を参照。特定の団体形態に確定要件を制限することに批判的で、決議の確定という一般的要件に賛成するもの、Ernst, Wolfgang, Liber amicorum Leenen, 2012, S. 1, 12. の点についての詳細は第VI章。

(21) BGH v. 21.3.1988 (II ZR 308/87), BGHZ 104, 66, 69; BGH v. 11.2.2008 (II ZR 187/06), NZG 2008, 317; (確定判例) を多くのものに代えて特に、学説文献としては、Bayer, Walter, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh zu § 47

人的結合体が意思形成をする場合の法的安全性という視点 (益井)

- Rn. 38; Zöllner, Wolfgang, Festschrift Lutter, 2000, S. 821, 827: 「通説 (ganz und gar herrschende Meinung)」を見よ。
- (22) それが意味することは、そうした人的結合体が、決議の確定にそのような実体法上の効力が与えられる団体に、契約上は近似させられない限りのことである。
- (23) ひよっとして必要になるかもしれない (議事録に記載された) 決議の公表の持つ証拠法上の効力は取り扱われていない。
- (24) 多くの文献に代えて特に、 Schäfer, Carsten, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 709 Rn. 106; Schöne, Torsten, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, 29. Ed. (1.11.2013), § 709 Rn. 65. を見よ。企業を担う組合について、反対説としては、 Habermeyer, Stefan, in: Staudinger, BGB (2003), § 709 Rn. 26 m.w.N.
- (25) 人的会社の定款において取消期間を認めることについては、 BGH v. 19.10.2009 (II ZR 240/08), BGHZ 183, 1 (Rn. 12 m. zahlr. Nachw.). を見よ。そのような規律が決議結果の公表にとってどのような意義を有するかという取消権を認めることから生じる疑問については、後述 VI. 三を見よ。
- (26) このことによって、個々人が無効を引き合いに出す権利を失うことがあるということが、変わるわけではない。というのは、その場合、信義則から導き出されるこのような事情は、実体法上考慮される事実であり、決議の確定それ自体ではないからである。
- (27) 以下に述べることについてはとりわけ Elzer, Oliver, ZWE 2007, 165. を見よ。
- (28) Elzer, a.a.O., S. 169 und 171 ff. (住居所有権法について zum WEG) 及び S. 171. (会社法について (zum Gesellschaftsrecht)) を見よ。
- (29) 「構成要素 (Bausteine) としての個々の意思表示、つまり、契約が成立するための前提要件については、もっぱら Leenen, Detlef, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2011, § 8 Rn. 1 ff. を見よ。
- (30) BGH v. 13.3.1980 (II ZR 54/78), BGHZ 76, 191, 197.
- (31) RG v. 22.1.1935 (II 198/34), RGZ 146, 385, 388.
- (32) 少なくとも、その法形態が大きな構成員数に準拠している場合には、決議形式のための法律上の準則は、こうした実情に

依拠する定めもあった。

- (33) BGH v. 26.5.1975 (II ZR 34/74), NJW 1975, 2101; BGH v. 12.1.1987 (II ZR 152/86), NJW 1987, 2430.
- (34) 例えば、連邦通常裁判所と同様にしてのことは Weick, Günter, in: Staudinger, BGB (2005), § 32 Rn. 36.
- (35) 信託責任については、特に Canaris, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; 同 Festgabe 50 Jahre BGH, 2000, 129. を見よ。
- (36) このような領域は、信託理論を区別するため、一部では「純粹な権利外観主義 (reines Rechtsscheinprinzip)」と呼ばれている。Neuner, Jörg, in: Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. 2012 § 10 Rn. 83. を見よ。
- (37) 啓発的なものについては、Leenen, Detlef, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2011, § 8 Rz 205.
- (38) BGH v. 27.1.2011 (VII ZR 186/09), BGHZ 188, 128 (Rn. 21 ff.).
- (39) 詳細については、Häublein, Martin, Festschrift Delle-Karth, 2013, S. 333, 341 ff. を参照する。また、指し示すようにある。
- (40) In: Rechtsdogmatik und praktische Vernunft - Symposium zum 80. Geburtstag von Wieacker (1990), S. 108, 120 ff.
- (41) 「抽象的な」信託を保護するべきを意図する信託理論上の解釈というものは、「信託のない信託保護」に行き着くことになると正当にも非難されることになる。前掲注(40)一一二頁を見よ (s. a.a.O., S. 121.)。
- (42) Leenen, Detlef, a.a.O., S. 123.
- (43) その範囲は、とりわけ確認通知書の場合、十分に解明されているわけではないが、ここでは十分に深めることはできない。この点の詳細については、Häublein, Martin, Festschrift Delle-Karth, 2013, S. 333, 349 ff. を見よ。
- (44) Leenen (a.a.O.) 及び同じ Schmidt, Karsten, DB 1994, 515, 519; 同 (ders.), Handelsrecht, 5. Aufl., § 14 II 1b, 2b. を見よ。
- (45) Ernst, Wolfgang, Liber amicorum Leenen, 2012, S. 1, 12 und passim. この点では、人間的会社にも当ってはまるか否かは、未解決のままであり、持分のある共有関係に対しては、Ernst (a.a.O. S. 4 ff.) はしかしながら少なくともこれを認めない。
- (46) Ernst, Wolfgang, Liber amicorum Leenen, 2012, S. 1, 11.
- (47) BGH 23.8.2001 (V ZB 10/01), BGHZ 148, 335 (Rn. 21) unter Hinweis auf Bub, Wolf-Rüdiger, ZWE 2000, 194, 202;

人的結合体が意思形成をする場合の法的安全性という視点 (益井)

Wenzel, Joachim, ZWE 2000, 382, 385.

(48) Ernst, Wolfgang, Liber amicorum Leenen, 2012, S. 1, 14; 住居所有権法の領域において要式性を求めることに反対なのは、Hadding, Walther ZWE 2001, 179, 185.

(49) BGH v. 23.8.2001 (V ZB 10/01), BGHZ 148, 335 (Rn. 24 f.).

(50) BGH v. 11.2.2007 (II ZR 187/06), NZG 2008, 317.

(51) Anders Ernst, Wolfgang, Liber amicorum Leenen, 2012, S. 1, 15.

(52) 構成員たちが決議の瑕疵を援用することを妨げる信義則に基づく抗弁（権利失効やそれと同じようなもの (Verwirkung oder dgl.)）を用いることについては、慎重でなければならぬことになる。というのは、これを認めることは、要式に従った形での公表という要請の背後にある狙いを明らかに妨げるからであり、その狙いは、特に欠席した構成員や将来の構成員のために、さらにはその機関のために公表によって明確な関係を手に入れるということに見て取ることができるのである。このことは必然的に、要式に従った公表がない場合には、BGB二四二条や誠実義務 (Treupflichten) に関して創り出された拘束力のある規律は存在しえないということを暗に意味する。

(53) 所有者達にとつては議事録のみが拠所として自由に使えるからといって、欠席した所有者や将来の所有者の有する諸利益が、要式に従って公表するということをおそらくほとんど正当化することはできないであろう。しかしながら、議事録にとるという要請には争いが無いわけではない。

\* 本稿は、マルティン・ホイプライン教授が、平成二五年一月一九日に日本大学法学部においてなした特別講演を翻訳したものである。翻訳をなすことを快く承諾してください。さつたホイプライン教授にここより感謝申し上げます。

なお「」の中は、文意を明らかにするために、または訳注のつもりで訳者が補った部分である。

## 財政改革と連邦最高裁判所

——バーガー第一五代長官の時代——

### 甲 斐 素 直

〔はじめに〕

ウォーレン長官の辞任を受けて、ニクソン (Richard Milhous Nixon) 第三七代大統領により、第一五代最高裁判所長官に任命されたのはバーガー (Warren Earl Burger) である。

バーガーは、一九〇七年九月一七日にミネソタ州セントポールに生まれた。家が貧しかったため、バーガーは、橋梁建設という厳しい肉体労働を行って高校を修了して

いる。大学は保険のセールスマンとして働きながら、ミネソタ大学夜間部 (Night school at the University of Minnesota) に通った。その後、同じく夜間のローズクール (William Mitchell College of Law) に通い、一九三一年に優秀な成績で卒業している。弁護士として働きながら、母校で教鞭を執っている。こうした履歴は、前任のウォーレン長官ときわめて似通ったところがあり、長官就任後の判例の類似性の淵源を窺わせるものである。彼は共和党の支持者で、アイゼンハワーが一九五二年

に共和党の大統領候補に指名されるに当たっては重要な役割を果たした。そこで、アイゼンハワーは大統領就任後彼を司法省民事部担当司法次官補 (Assistant Attorney General) に任命した。これは、わが国でいえば法務省民事局長に相当する役職である。

その後一九五六年にコロンビア特別区連邦控訴裁判所に判事に任命され、その地位に一三年間留まる。その時代には、刑事事件被疑者に寛容なウォーレン・コートの判決に批判的で、厳格な憲法解釈と秩序維持を訴えることで知られていた。

そこで、ニクソンは大統領就任後に、バーガーをその後任に指名した。上院は一九六九年六月九日に、七四―三の圧倒的多数でこの人事を承認した。同月二三日、バーガーは正式に長官に任命された。ウォーレンは同日付で引退を承認された。長官の交代時に、一日の空白もなかったのは、連邦最高裁判所史上、これが最初である。バーガーは、その後、一九八六年九月二六日に辞職するまで一七年の長きにわたり、最高裁判所長官の職にとどまることになる。二〇世紀に任命された長官としては最長となる。

彼の時代、米国は連邦政府の大幅な財政赤字と、それに伴う社会のモラルハザードに苦しむことになる。同時に、消費者運動など、それへの抵抗が活発化し、人間の本質に絡んだ、刮目するべき判例が続出した時代でもあった。

### 一 民主党政権による財政崩壊

ニクソンの前の二人の民主党大統領、すなわち、前任者であるケネディ (John Fitzgerald Kennedy) 一九六一年一月二〇日―一九六三年一月二二日) 及び前任者であるジョンソン (Lyndon Baines Johnson) 一九六三年一月二二日―一九六九年一月二〇日) は、いずれも財政という観点からは、極めて劣悪な大統領であった。

ケネディは、冷戦時代の典型的な大統領で、彼の政策は、東西対決を激化させ、軍事的緊張を高め、その結果として国防費を増大させるものであった。彼が起こした、世界的な事件を挙げると、次のものがある。

第一に、ピッグス湾事件 (Bay of Pigs Invasion) を起こした。これは、一九六一年四月一五日、CIAが組

織した在米亡命キューバ人傭兵部隊「二五〇六旅団 (Brigade 2506)」が、キューバに侵攻した事件である。これより先、一九五九年一月一日、カストロ (Fidel Alejandro Castro Ruz) は、独裁者バティスタ (Fulgencio Batista y Zaldívar) を打倒し、革命政権を樹立していた。カストロは、政権獲得直後には、米国との関係継続を目論んだ交渉も模索していた。しかし、ケネディは、カストロ政権を容共であると見なし、亡命キューバ人による革命政権の転覆を目指す侵攻を認めたのである。しかしながら、他方で米軍の公然たる関与を禁止したため、キューバ軍は三日間の戦いで、侵攻軍の撃退に成功した。

第二に、ベルリン危機 (Berlin Crisis of 1961) を引き起こした。すなわち、一九六一年六月三日、ケネディとソ連首相フルシチョフは、ウィーンで、ベルリン情勢についての会談を行ったが、決裂した。これをきっかけに、東ドイツ政府は同年八月一三日から、東西ベルリンの境界に沿って、いわゆるベルリンの壁の建設に着手することになり、東西ドイツの対立が激化する。

第三に、キューバ危機 (Cuban Missile Crisis) と呼

ばれる核戦争ぎりぎりの緊張状態を作り出した。すなわち、ピッグス湾事件のために、対米警戒を強めたキューバ政府は、先の革命が社会主義革命であると宣言して、ソ連への接近を強め、米国のキューバ侵攻に備えてソ連に武器の供与を要求した。しかしソ連は表立った武器の供与はアメリカを刺激し過ぎると考え、通常兵器の提供の代わりに、核ミサイルをキューバ国内に配備した。これを一九六二年になって探知したケネディは、第一段階としてキューバ周辺の公海上の海上封鎖及びソ連船への臨検を行うことでソ連船の入港を阻止し (ソ連船は海上封鎖を突破することはせず、引き返した)、第二段階として米軍部隊へのデフコン二 (準戦時体制) を発令、ソ連との全面戦争に備え米国内の核弾頭搭載の弾道ミサイルを発射準備態勢に置いた他、日本やトルコ、イギリスなどに駐留する基地を臨戦態勢に置いた。これに対し、ソ連は、一〇月二八日ミサイル撤去の決定を発表して、キューバ危機は終了した。世界が最も熱核全面戦争に近づいた危機といわれる。

第四に、宇宙におけるソ連の優位を打破するために、アポロ計画 (Apollo program) を強行した。これは、米

航空宇宙局 (NASA) による人類初の月への有人宇宙飛行計画である。一九六一年から一九七二年にかけて、全一七回の飛行が行われ、うち六回で、有人月面着陸に成功した。結果として見ると、一九六〇年から一九七三年までに投入された総額は一九四億〇八一三万四千ドルであった。<sup>①</sup> 当時のレートである一ドル三六〇円で換算すれば、これは約七兆円となる。ちなみに、わが国一般会計予算総額がこの額を初めて超えたのは昭和四五年 (一九七〇年) であった。

第五に、ベトナム戦争に全面介入した。これは、元々は、米国とは何の関係もない戦争であった。すなわち、フランスは一八四四年のアヘン戦争をきっかけにベトナム侵略を開始し、一八八七年に完全に植民地化した。一九四五年九月二日、ホーチミン (Hố Chí Minh、胡志明) はベトナム独立を宣言し、ハノイを首都とするベトナム民主共和国を樹立した。これに対し、フランスはサイゴン (現在のホーチミン市) を中心とする南ベトナムを占領し、そこを拠点に、ベトナム政府へ武力攻撃を、一九四六年一二月に開始した。一九五三年一月、フランス軍はラオス国境に近いディエンビエンフー盆地を占

領し、橋頭堡としての要塞をつくることで、ベトナム軍の動きを封じようとした。これにベトナム軍は猛攻撃を加え、一九五四年五月七日にフランス軍は降伏した。

これより先、一九五四年四月に、スイスのジュネーヴに關係国の代表が集まり、インドシナ和平会談 (ジュネーヴ会談) が開始されていた。ディエンビエンフーの結果は、これに決定的な影響を与え、同年七月二日、ジュネーヴ協定により戦争の終結とフランス軍のインドシナ一帯からの完全撤退、並びにベトナム民主共和国の独立が承認された。また、北緯一七度を南北の暫定的軍事境界線としたうえで、南北を分割するか統一するかを決する自由総選挙を、一九五六年七月までに実施することも定められた。

この協定を、ゴ・ジンジェム (Ngô Đình Diệm、吳廷琰) 南ベトナム大統領は拒否した。ケネディはこれを支援した。その結果、アイゼンハワー政権下の一九六〇年には六八五人に過ぎなかった南ベトナム駐留米軍事顧問団は、一九六一年末には二、一六四人に、一九六三年一月には一万六、二六三人にと急激に増加した。一九六二年二月には各種航空機や、戦車などの戦闘車両



や重火器などの装備も送るなど、軍事顧問団を、米正規軍なみに増強した。

さらにジョンソン政権下の一九六四年八月に、トンキン湾で発生した北ベトナム海軍魚雷艇による米海軍駆逐艦への魚雷攻撃事件（トンキン湾事件<sup>②</sup>）への報復を口実に、本格的介入を開始した。

この戦争は、南北戦争及び第二次世界大戦に次いで大きな犠牲を、米国に強いることになった。ベトナムで勤務した米国人は、総計で二五九万四、〇〇〇人に達し、そのうち、五万八、二二〇人が死亡し、一五万三、三〇三人が負傷した。負傷者のうち、完全な身障者になった兵士は二万三、二一四人である。又、戦後復員兵のうち、七万人とも三〇万人とも云われる者が精神的障害に苦しんだ。この戦争に投入された資金は米軍の軍事費一、一一〇億ドル、サイゴン政府への支援二五〇億ドルなど、直接経費だけで一、四〇〇億ドルに達した。間接費も含めれば、三、五〇〇億ドルとも九、〇〇〇億ドルとも言われる<sup>③</sup>。

こうしたケネディの一連の政策から、東西の緊張は極

めて高まった。その結果、アポロ計画の開発費と、ベトナム戦争による戦費支出以外にも、莫大な軍事費が必要となった結果、公共事業などへの投資を縮小せざるを得なくなり、それが不況を後押しする一因となった。

ケネディの暗殺を受けて大統領の職に就いたジョンソンは、ケネディのこうした政策をすべて承継し、拡大したばかりでなく、不況によって貧困にあえぐようになった社会的弱者を救済するために、偉大な社会（Great Society）という福祉政策を展開した。このジョンソンの「大砲もバターも」政策（guns-and-butter policy）により、米国防政は崩壊することになる。

## 二 ニクソンの政策

彼らの後を継いだニクソンに課せられた最大の課題が、この深刻な財政危機の解消であることは、誰の目にも明らかであった。ニクソンは、その手段として、一連の、誰にも予想できなかったドラスティックな政策を展開し、以後の世界史を根底から書き換えてしまうのである。

### （一）ニクソンの外交政策

ニクソンは、まず外交関係において、次の様な画期的

な活動を行った。

第一に、ソ連を中心とした東側諸国に対する「封じ込め政策」に代えて、融和的な「デタント政策」を推進した。すなわち一九六九年よりフィンランドのヘルシンキでソ連との間で第一次戦略兵器制限交渉 (SALT-I) が開始され、一九七二年五月に交渉は妥結し、モスクワで調印が行われた。また同時に弾道弾迎撃ミサイル制限条約 (Anti-Ballistic Missile Treaty) も締結した結果、米ソ両国の間における核軍縮と政治的緊張の緩和が推進された。

第二に、中華人民共和国を承認した。ニクソンは一九七一年七月にキッシンジャー (Henry Alfred Kissinger) 大統領特別補佐官を、秘密裡に中華人民共和国に派遣して周恩来首相との間に基本合意を行わせ、その後、一九七二年二月二日に自ら北京を訪問、毛沢東主席と会談して、中華人民共和国との国交樹立への道筋を作った。ただし、中華民国との断交など解決しなければいけない懸案が多かったことから、アメリカと中華人民共和国の間の国交樹立そのものは、カーター (James Earl Carter, Jr.) 政権下の一九七九年一月に

なつてようやく実現することとなる。<sup>(4)</sup>

第三に、ベトナム戦争を終結させた。上述したソ連及び中国との緊張緩和を背景に、キッシンジャー国家安全保障担当大統領補佐官に、ベトナム政府代表のレ・ドゥク・ト (Le Duc Tho, 黎德壽) 特別顧問との間で秘密和平交渉を行わせ、一九七三年一月二七日に「パリ協定 (Paris Peace Accords)」を締結した。それに伴い、米軍はベトナムからの撤退を開始し、一九七三年三月二九日には完全に撤退が完了した。この功績に対して、交渉当事者であるキッシンジャー大統領補佐官とレ特別顧問には、ノーベル平和賞が授与された (レ特別顧問は受賞を辞退した)。

以上に上げた一連の外交活動で、ニクソンは軍事費負担を大幅に節減する道筋を付けるのに成功した。

## (二) ニクソンショック

ニクソンが経済面で行った最大の改革は、それまでの固定比率によるドル紙幣と金の兌換を停止したことである。この兌換停止は合衆国議会にも事前に知らされていないという極秘裏の決定で、世界に極めて大きな驚きを与えたこと、そして、この兌換停止が世界経済に大きな

影響を与えたことから、ニクソンショックと呼ばれる。

それまではブレトンウッズ体制 (Bretton Woods system) と呼ばれ、第二次世界大戦で疲弊・混乱した世界経済を安定化させるため、国際通貨基金 (IMF)、国際復興開発銀行 (IBRD) を軸に、国際的協力による為替相場の安定が計られていた。その際、ドルを世界の基軸通貨として、金一オンスを二五USDと定め、そのドルに対し各国通貨の交換比率を定めた (金本位制)。この固定相場制のもとで、例えば日本円は一ドル〓三六〇円に固定された。

しかし、上述のとおり、一九六〇年代における軍事費の急激な膨張から、米国の経常収支は一九六七年以降、赤字基調に変わった。それを賄うために大量のドル紙幣が印刷されるようになり、正式に金兌換請求権をもつ公的保有ドルだけで、金準備を上回るようになった。フランスのドゴール大統領 (当時) は、積極的にドルと金との交換を行い、ジョンソン政権に圧力をかけた。しかし、ジョンソンは、そうであっても「一オンス〓三五ドル」を守り続けた結果、一九六八年三月には米国の金準備は、一〇五億ドル、三億オンスにまで落ち込んだ。

財政改革と連邦最高裁判所 (甲斐)

そこで、ニクソンは、一九七一年八月十五日、ドルの金との兌換を停止したのである。そうなると当然、ドルは信用を失い、暴落を起こす。これは、米国の威信を低下させるものではあるが、短期的には次の様な長所があった。

- ① 輸入品の価格が高騰するので、輸入量が減り、貿易赤字の解消に役立つ
- ② ドルが値下がりすることによって、輸出競争力が高まる

さらに大量のドルを貯め込んでいた投機筋やライバル国に経済的打撃を与え、米国経済を相対的に優位に立たせるといった効果があった。

例えばわが国の場合、第二次大戦後、奇跡の復興と呼ばれる経済発展を遂げ、一九六五年から一九七〇年にかけては、いざなぎ景気と呼ばれ、戦後最大の好景気にわいていた。それが、ニクソンショックをきっかけにニクソン不況とも呼ばれる不況に突入することになる。

### (三) 予算制度改革

こうした一連のドラスティックな政策により、ニクソンは連邦政府の財政支出を縮減できる、内外の環境を作

り出すのに成功した。しかし、それだけでは、財政赤字を解消することはできなかった。なぜなら、米国憲法の下においては、予算権限は議会に属し、大統領は、議会の定めた財政関連の法律の執行権限しかないからである。財政改革を実施するためには、議会の予算制度そのものを改革する必要があるためである。

### 1 ニクソン以前の予算制度の概要

ニクソンが何を改革したかを理解するに必要な限度で、米国予算制度について、簡単に説明する。<sup>5)</sup>

日本と違い、米国予算制度には、歳入予算という概念がない。歳入法 (Revenue Act) という言葉はあるが、それは、これまでも何度か触れたとおり、税法であつて (合衆国憲法一条七節一文参照)、その年度の総収入を示すものではない。

支出に関しては、合衆国憲法一条九節七項前段は、次の様に定めている。

「国庫からの支出は、すべて法律で定められる支出  
充当 (appropriations made by law) に従つてのみ  
行われる」

したがつて、支出充当に関する法規範は、形式的には

明確に法律である。これに基づき、支出充当法 (Appropriation Act) が作られる。その結果、法律に認められる様々な制度が、支出充当法にも同じく承認される。例えば、行政部には支出充当法の提案権がなく、それは議会自らが作成するものとされていること、及び、議会の法律制定に対して大統領に認められる拒否権が、支出充当法についても認められていること等である。

しかし、このように支出充当が法律の一種とされた結果、米国における支出充当の決議の方法は、かなり複雑なものとなっている。

支出充当法という議決形式は、英国法の伝統を引き継いだものであるが、英国では、議会の支出承認権限は、租税の用途指定という論理の下に行われるから、単年度租税法 (歳入法) に連動する必要があるため、単年度支出のみを拘束する。

それに対し、米国には、そのような制約はないので、支出充当法が、単年度のみを拘束するものである必要はない。その結果、支出充当法には、大別して、次の三種類が存在している。

第一は、議会の議決のあつた当該年度に限つて支出を

認める単年度支出充当 (one-year appropriation) である。これは日本の歳出予算と類似したものと考えることができる。

第二は、配賦された予算を、許容された数ヶ年度にわたって使用しうる多年度支出充当 (multiple-year appropriation) である。

第三は、配賦された予算を使いきるか、若しくは予算配賦の対象となった事業が完了するまでの間、新たに議会の承認を得ることなく継続的に支出をなしうる無期限支出充当 (no-year appropriation) である。

このように三種類の支出充当が存在している結果、各年度で可決された支出充当法に計上された予算権限額と、その年度の支出額は一致しない。一方において、翌年度以降の支出がそこには定められており、他方において、既往年度の多年度支出充当や無期限支出充当法に基づく支出があるからである。

しかも、支出充当法は、それぞれの年度においてさえ、一つではない。建国当時においては、行政府は財務長官 (Secretary) を通じて一元的に予算資料を提出し、議会の方でも、上下両院にそれぞれ単一の支出委員会があつ

て、支出充当法を作成するという形であった。しかし、その後、徐々に委員会が分割され、行政分野ごとに個別の支出委員会が設けられるようになっていった。そして、これら、選挙を濃厚に意識する議員で構成された多数の委員会と、予算獲得意識の強い各省とが組んで、その所管する各省の支出充当法をばらばらに作成するような事態となった<sup>(6)</sup>。そして、その法律の内容は、豚肉樽 (Pork Barrel) と呼ばれるほどに、露骨に自分の選挙区のための利益誘導を図る、予算分捕型の活動に終始することとなった。

その結果、ジョンソン大統領までの時代においては、大統領でさえも、その責任において執行すべき予算金額も内容も不明で、会期が終了して政府活動のすべてを集計して決算を出して、初めて財政状況が把握できる、という無秩序な状況へと変化していった。このように、各年度別の歳入額を特に問題とすることなく、したがって、その統一的な姿さえも把握することなく、個々の支出を決定するという乱暴な方法で、財政が破綻することはなかったというのは、常識的には信じられない話である。これは、同国が、西部への急速な発展の結果、事実上間

接税しか税源として持っていないにも拘わらず、長いこと潤沢な収入に恵まれていた、という常識外れの歴史的な背景により、辛うじて説明することができる。

しかし憲法改正により所得税が賦課されるようになり、さらに第一次世界大戦に参戦し、その戦費を賄うために、所得税が国家収入の主軸となると、こうした無秩序な予算分捕に、納税者からの批判が高まった。この結果、一九二二年予算会計法 (Budget and Accounting Act of 1921) 以下「二二年法」と略称する。) がつくられた。

二二年法では、財務省に予算局 (the Bureau of the Budget) が設置され、各省庁の予算要求はそれぞれの所管の委員会ではなく、すべてここに提出されることとなった。また議会の各委員会に対する説明や資料提出も、直接各省庁が行うことは止め、予算局が一元的に行うこととされた。そして大統領が各年度の予算書 (the Budget) を作成し、議会に提出することとなった。これが予算教書 (The Budget Message of the President) である。<sup>(8)</sup> 予算局は、その後一九二九年に大統領府 (the Executive Office of the President) が設けられた段階で

こちらに移管された。また、会計検査院 (この当時の正式名称は General Accounting Office) 以下「GAO」と略称する。) も、この法律により設立された。

しかし、各議院に存在する多数の支出委員会が、相互に何の調整をすることもなく、ばらばらに支出充当法を作成するという状況そのものには、変わりがなかった。また、豚肉樽法案以来のくせで、大統領から提出された予算教書に比べて、ほとんどのプログラムが増額修正になるという状況も、同様に変わりを示さなかった。

こうした状況の中で突発したのが、一九二九年にニューヨークの金融街であるウォール街を襲った株式の大暴落に端を発した世界大恐慌である。それへの対策としてルーズベルト大統領が展開したニューディール政策により、それまで専ら各省庁の人件費で占められていた連邦支出に、失業者や高齢者、児童福祉などの社会保障・社会福祉プログラムのための支出が付加されるようになった。この結果、連邦の支出規模は、年々急激な拡大を起し始めた。

それに対応して、支出の抑制を行うべきだという意識は、議会にも芽生え、例えば、一九五〇年財政赤字防止

法 (Anti-deficiency Act of 1950) が制定された。すると、五〇年代から六〇年代にかけて、選挙区対策を考える議員達は、同法に抵触しないように、支出充当法に計上することなく支出を政府に義務つける方法、したがって支出委員会による一元的な統制がきわめて困難ないし不可能な方法を工夫し、それによる支出が急速な増加を示すようになった。

支出委員会によって統制できない支出確保策には、次のものがある。

(1) 契約授權 (contract authorization) : この方式では、議会は機関が契約を締結して債務を負担することのみを承認するのであり、これに基づく支出まで承認するものではない。支払いのためには、別途、債務を弁済するための支出充当法が必要である。要するにわが国予算制度における国庫債務負担行為に類するものと考えればいいが、それが支出充当法に掲記されていないのである。しかも、これにも単年度、多年度及び無期限の種類がある。

支出充当法に掲記されていないものは、それに対する支出充当を検討する時点ではじめて支出委員会の権

限内に現れることになるが、その時には既に発生している連邦の債務を弁済するべき時になっているから、機械的に支出を承認する外なく、有効な統制を行うことはできない。しばしば道路整備事業等、公共事業に対する資金調達手段として用いられる。

(2) 公債金収入使用授權 (authorization to spend debt receipts) : この方式は、機関が債務を負担し、若しくは支払いをなすために借入金を使用することを認める、というものである。

連邦債収入使用授權 (authorization to spend federal debt receipts) と、機関債収入使用授權 (authorization to spend agency debt receipts) の区別がある。我が国でいえば、建設公債等を発行するのと同様だが、我が国では、予算総則に限度額が明記されるのに対し、米国では支出充当法上に全く掲記されていないために、支出委員会で総合的に統制することができない。住宅や農業関係の融資事業など、基本的には採算ベースに載る性質の事業に用いられる。

以上の二つは、それでも支払いの段階では、各年度の支出充当法に姿を見せるものである。ところが、通常の

支出充当法以外に、恒久支出充当 (permanent appropriation) というものが出現してきた。恒久支出充当は、通常の支出充当法ではなく、支出充当法以外の一般の法律 (恒久法という。) で定められているもので、一度立法されると毎年度自動的に支出が認められ、各年度の支出充当法に計上する必要はない。次の二つの支出は、そのほとんどが、この恒久支出充当法に属する。

(3) 義務的なエンタイトルメント mandatory entitlement : 適訳がないままに、そのまま原語がカタカナ書きで使用されるのが通常であるが、要するに恒久法の定める一定の資格を有する私人に連邦から金銭を受領する権限を付与することをいう。

典型的には福祉支給金や食料切符 (food stamps)<sup>(19)</sup> 等がそれである。根拠となる実体法を改正しないかぎり、支出規模は実体法の要件を満たす人数の増加に応じて拡大するが、実体法議決の時にはその規模が見えないため、安易に制定される。

(4) 信託基金 trust fund : 基金 (fund) : 資金と訳されることも多い。) という言葉は、政府会計上、資金を収納し又は支出する政府の地位を基準として区別される、

公的財産の総称として使用される。

連邦政府の活動資金は、連邦基金 (federal fund) と、この信託基金に大別される。信託といっても、私法上の信託の意味はなく、特定の歳入に対し、その使途が法律に特定されている連邦の資金であることを意味する (わが国の特別会計に近い)。これに余裕金が生じている場合にも、根拠法を改正しないかぎり他の使途に使用することができないという意味で、財政の硬直化を促進する。

このような、年度ごとに支出充当法を審議する段階に至っては、事実上統制することができない支出を、米国では「裏口支出 (backdoor spending)」と呼ぶ。

これと同様の性格の活動が、収入面でも発生していた。それは租税特別措置法による税負担の軽減や免除である。すなわち特定の民間活動が、本来なら当然納付すべき租税について、法律によって特例を設けてその税額を軽減したり免除したりする行為は、連邦財政という観点からみれば、実質的には「隠れた支出 (hidden spending)」であり、当該民間企業等にとっては隠れた補助金である。しかし、これは支出充当法には全く姿を現さないため、



その全体規模は全く判らない。このことは、議会の統一的な財政統制という観点からみた場合、上記裏口支出と同質の重大な問題となることになる<sup>11)</sup>。

こうして、大統領が財政の緊縮を訴えた予算教書を作成しても、それは到着時死亡<sup>12)</sup>と揶揄されるほどに、議会からは無視される状況となっていた。

## 2 ニクソンの財政改革

ニクソンはまず、改革の担い手として、一九六九年行政機構再組織法 (The Government Reorganization Act 1969) により、従来の予算局 (BOB) を行政管理予算局 (Office of Management and Budget) 以下「OMB」と略称する。) に改編した。これによりOMBを、政府プログラムの執行管理を担当するばかりでなく、国内政策の形成において大統領の補佐機関としても活動する重要な機関に変身させた。

そして、先へのべたバラバラの支出充当法や裏口支出による歳出の全体像を把握するため、統一予算 (Unified Budget) を作成することとした。これにより、ようやく年度開始以前の時点で、各年度の財政赤字の規模が見えるようになったのである。

そして、議会の保有する財政権を制約する手段として、執行留保 (Impoundment) という手法を大々的に行使用てチェックを行うこととした。執行留保と言うのは、簡単に言ってしまうえば、議会が成立させた予算額に関わりなく、大統領が必要と認める分だけしか使用しない、という方法である。

歳出予算額というのは、歳出権限の上限という点のみ法規範的拘束力があり、それを下回る分には幾ら下回っても予算「法」違反とはならない、という理論がわが国憲法学の予算に関する通説と言えるであろう。ニクソンは、議会が収入額を無視して制定する支出充当法や裏口支出によって発生する支出を、行政府としてチェックする手段として、まさにそれと同じことを言い出したわけである。

執行留保自体は、米国内でも、ニクソンが初めて考えた訳ではなく、まして実施するようになった訳でもない<sup>13)</sup>。そもそも米国内歳出予算制度には、わが国の予備費に当たる制度がない。したがって、行政府としては予算の一部を執行しないで資金を留保しておかないかぎり「予見しがたい予算の不足」に対応することはできない。ま

た、歳入の不足が予測できる場合に財政赤字の発生を防止しようというときも、執行留保で対応する必要がある。そのために、予算の執行を留保することが、本来の執行留保である。

この、「不測の事態に備えるため」と、「財政赤字の防止のため」という二つの目的による執行留保は、定型的 (routine) な執行留保と呼ばれ、従来から、議会やG A Oも当然に認めていた執行留保である。一九五〇年財政赤字防止法は、それを明確に制度化していた。

しかしベトナム戦争を契機として、連邦の財政支出が急激に増加したことから、一九六七年に、執行留保は、新たに経済政策遂行手段として位置付けられた。インフレを抑制するために、各種の特別基金に属する総額五三億ドルの支出が、債務負担から除外されるべきことが、ジョンソン大統領によつて決定されたのである。これについては法的根拠が全くないところから、政治的圧力などもあつて、後に一部が解除された。しかし、翌六八年度から七〇年度までの各年度については、連邦議会は連邦支出総額の最高限度 (ceiling) を法律で決定し、その限度内に支出を抑制する権限が大統領に授権されたので

ある。これが非定型的 (non-routine) な執行留保である。しかし、これもジョンソンが創設したものではなく、同様のものは、大恐慌時や第二次大戦期に、その先例を見ることができる。

ニクソンの採用した執行留保は、そうした先例とは少々駆け離れるものであつた。すなわち、従来であれば、支出抑制の限度額をまず決め、ついでこれに基づいて、個々のプログラムのうち、抑制可能な支出を抑えるというやり方であつた。これに対してニクソンは、①プログラムの制定する国民的必要性が本当にあるか、②プログラムの目標は達成できるものか、及び③プログラム目標の達成方法とされているものは合理的・効率的なものか、という三基準に照らして、各プログラムの可否を検討し、不適切なものについては執行を一部又は全部留保するというドラスティックなものであつた<sup>14</sup>。すなわち、ここでは執行留保は、予算の執行というプロセスを通じて、議会の制定した個々の実体法そのものの再検討手段となつているのである。

もちろんニクソンは、こうした予算執行権の弾力的な運用を、わが国の通説のような乱暴な理論に頼つたので

はない。大統領の予算執行に当たっての、一般的な裁量権理論の展開<sup>15</sup>から始まって、一九五〇年財政赤字防止法の拡大解釈<sup>16</sup>のほか、例えば法律の文言が「…できる」<sup>17</sup>「…することが許される」というような表現が用いられている場合には行政府に裁量が認められている、とする個別的な制度における解釈の拡大論<sup>17</sup>に至るまで、実にさまざまな根拠を動員して行った。

当然、その一部は裁判となった。そして、多くの裁判では、大統領側の敗訴となった。<sup>18</sup>ほとんどの裁判は、下級審で終わったが、トレイン対ニューヨーク市事件のように、連邦最高裁判所判決が下ったものもある。<sup>19</sup>しかし、それら敗訴となった事件においても、その判決が確定するまでの間、予算の執行を停めることが出来たので、米政府は、少なからぬ支出を先送りすることに成功したのである。

こうした財政改革に関連する激震から、バーガー・コートでは、財政に絡んだ多くの判決が出た。また、ベトナム戦争に端を発するモラルハザードは、必然的に社会の倫理観そのものを揺り動かし、死刑や妊娠中絶など、

人間の本質に絡む新しい判決が下されることとなった。

### 三 合衆国対ニクソン事件

United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974) は、ニクソン自身の辞職につながる、政治的に重要な判決であると同時に、大統領の憲法上の行政特権に関する重要な判決である。

ニクソンは、共和党の大統領である。共和党は、この当時、一貫して議会では少数党だったから、自分の施策を通すためには、常に議会と戦う必要があった。そして、議会と戦うということは、その成立させる法律の裏をかくということを直ちに意味する。執行留保はまさにその典型である。それ以外にも、例えば行政改革のため、各省庁を統合して巨省を作ろうとしたが、その再組織法を議会に否決されると、代わりに五人の大統領補佐官及び三人の参事官を発令して、それぞれに特定の分野の行政を担当させるといやり方によつて、事実上巨省を作ったのと同じ効果を発揮させている。このように常習的に法律の裏をかくことを考えていると、法倫理感が鈍磨してくるのは止むを得ない。

ニクソンの、先に述べた様々な政策は、当時の米国民の支持を受け、第二期の大統領選挙で、世論調査が大統領選挙での絶対的優勢を伝えていた。しかし、ニクソンとしては、議会で多数を制している勢力と戦っている以上、とても安心はできなかったに違いない。そのために、ニクソンは、徹底した情報収集と、自分の執務室内の全発言を録音するという徹底した情報管理迄も行う必要を感じたのに違いない。

そうした活動の一環として起きたのが、ウォーターゲート事件である。

## (一) 事件の概要

一九七二年六月一七日、大統領選挙の約五ヶ月前に、五人の男がワシントンD.C.のウォーターゲートビル複合施設内にある民主党本部に侵入し、盗聴器を仕掛けようとして警備員に見えられ、警察に逮捕された。やがて犯人グループがニクソン大統領再選委員会 (Committee to Re-elect the President) の関係者であることが判った。当初ニクソン大統領とホワイトハウスのスタッフは「侵入事件と政権とは無関係」との立場を取ったが、ワシントン・ポストの取材 (これで同紙と担当記者はピュ

リッツァー賞を受賞する。) などから、次第に政権内部がこの盗聴に深く関与していることが露見する。さらに事件発覚時に、捜査妨害ともみ消しにホワイトハウスが直接関わり、しかも大統領執務室での会話を録音したテープが存在することが上院調査特別委員会の調査でわかった。

一九七三年五月、ニクソンの司法長官リチャードソン (Elliot Richardson) は、この侵入事件の調査を担当する特別検事にコックス (Archibald Cox) を任命した。一〇月に、ニクソンは、司法長官にコックスの解任を命じる。司法長官は拒否して辞任した。そこで、次官に命じたが、次官も拒否して辞職した。結局、訟務局長によつてコックスは解任された。この事件は、俗に土曜日の夜の虐殺 (Saturday Night Massacre) と呼ばれる。これに対する世論の反発は激しく、ニクソンは、新たに特別検事として、ジャウオースキー (Leon Jaworski) を、余儀なく任命することになった。

一九七四年四月には、ジャウオースキーは、ニクソンと大陪審により起訴された者との間の特定の会議に関連する特定のテープや論文を提出するように、ニクソンに

命ずる召喚状を取得した。これらのテープの会話には、起訴された男達とニクソン自身の関与に関する決定的な証拠が含まれていると考えられていた。

ニクソンの弁護士セントクレア (James D. St. Clair) は、それに対し、ワシントンDC連邦地方裁判所のシリカ (John Sirica) 判事に、次の様に述べて、召喚状を撤回することを要求した。

「大統領は、四年間に限り、太陽王ルイ一四世と同様に、強力な君主であり、弾劾裁判所を除き、国内のいかなる裁判所の審理の対象でもあり得ない。」

しかし、シリカ判事はニクソンの申立てを否認し、大統領に対し、五月三十一日までにテープを提出するように命じた。ニクソンとジャウオースキーの両方が、最高裁判所に上告し、最高裁判所は七月八日に上告を受理した。ニクソンの弁護士は、問題は行政内紛争だったので、政府で解決すべきであり、司法的解決の対象にすべきではないと主張した。また、彼は、大統領はその職務を行う際に、政府高官や助言者、補助者との間の通信を保護するための絶対的な業務執行権限を持っていると主張した。

## (二) 判決の内容

口頭弁論から三週間後に、裁判所はその決定を下した。九人の判事のうち、四人はニクソンが任命していた。すなわち、バーガー長官及びブラックマン (Harry Blackmun)、パウエル判事 (Lewis F. Powell, Jr.) は、ニクソンが、その大統領としての一期目に任命した。またレンクイスト (William Rehnquist) 判事は、以前に司法副長官としてニクソンに仕えていた。彼は、その時に示した保守的な法解釈がニクソンに気に入られて、最高裁判事となっていたのである。結局、レンクイストは、自ら審理を回避したので、判決は八人の判事により行われた。

最高裁判所は全員一致で、ニクソン側の主張を否定した。判決は、バーガー長官が執筆した。バーガーは、大統領は絶対的な行政特権、特に特権がいつ適切に適用されるかを決定する排他的権利を持つというニクソンの主張を否定した。憲法第二条の大統領の権限を、刑法の執行に不可欠な召喚令状に対抗できる、絶対的な行政特権を与えるものとして解釈することは、政府の憲法上の均衡を覆す事が理由である。

最高裁は、ある種の行政特権は政府を運営するために必要不可欠であり、憲法下の権力の分立に根差している点については、ニクソンに同意した。この点で、この判決は、最高裁が公式に大統領の行政特権を支持した判例である。

しかし、最高裁は、行政特権は、国家安全保障に何の問題も引き起こさないのであれば、刑法訴訟に対しても行使し得る、というニクソンの主張を斥けた。大統領の権限要求は、議会と裁判所の権限と義務との均衡を保たなければならない、としたのである。ヤングスタウン事件の先例を引用して、バーガーは、刑事訴訟で使用するために提出するように求められた証拠に関して、行政特権を主張する根拠が、機密性という一般的な利益のみに基づいている場合、刑事訴訟の公正な進行において、法の適切な手続きの基本的な要求を拒むことはできないと結論した。

### (三) その後

下院司法委員会が、判決後の一九七四年八月四日にニクソンを弾劾することを決定した。ここに至って、ニクソンは国政をこれ以上空転させるのを防ぐために辞職す

ることを決意し、八月九日に辞職した。

ニクソンは、自らの辞職を、米国のために最大限活用した。これより以前、議会は大統領から支出政策を決定するという権限を奪回するための抜本的な手段として、執行留保を原則的に禁ずる立法を成立させたのである。ニクソンは、その法律に対して拒否権を發動せずに、辞職する代償として、議会予算編成制度の抜本的な改革制度を盛り込ませたのである。それが一九七四年議会予算及び執行留保統制法 (Congressional Budget and Impoundment Control Act 1974) 以下「七四年法」と略称する。である。

すなわち、その名称のとおり、七四年法は大別して二つの内容を持っている。一つは議会財政権にとって最大のガンであった、執行留保に対する統制手段を用意したことである。しかし、財政制度という観点から、より重大なのは、いまひとつの内容である支出充当法制定手続きの改正である。それは、従来の乱脈きわまる議会財政権の行使に強力な枠をはめ、基本的に大統領が執行留保を行わなければならないような状況を解消することを目指したものである。この結果、この法律は、先に上げた

二一年法以来の財政制度の大改正を行うものとなった。以下、簡単に七四年法の説明をする。<sup>20)</sup>

### 1 執行留保に関する改革

執行留保についての規定は、一方で従来の法律で大統領に執行留保の権限を与えるものと解することのできる規定をすべて改廃した。しかし、予備費制度のない米国予算で執行留保そのものを全廃するわけには行かないところから、執行留保を廃止 (Rescission) と繰り延べ (Deferral) の二類型に分類し、それぞれの場合をさらにいくつかの場合分けして処理方法を別々に定めているという、かなり複雑なものである。しかし、これを簡単に要約すれば、執行留保は、いかなる形態であれ、執行留保に対する議会の個別の授權がないかぎり行うことができないことを明確にした、というにつきる。

そしてこれを補強するために、G A O長官に特別の権限を与えている。すなわち、大統領は執行留保を行うためには両院に特別の教書 (Message) を送らなければならないが、それと同時にG A Oにもその教書を提出しなければならない。G A Oでは、個々の教書を迅速に審査し、それに関連する諸事実を両院に報告する。さらに議

会が執行留保の効力を否認した後も大統領が事実上執行を拒否する場合には、G A O長官が裁判所に債務負担を強制する訴訟を提起し得ることとなっている。

### 2 財政制度に関する改革

七四年法が真に重要なのは、執行留保について厳しい統制を課する代わりに、そうした必要を可及的に解消し得るように、議会の支出充当法審議過程そのものに対する厳しい制約を、議会自らが定めたという点にある。改正点を簡単に紹介すると次の諸点がある。

第一に、次に説明するとおり、支出充当法定手続きがかなり複雑になったことから、会計年度が従来は七月から六月までの一年であったものを、その初年度には従来よりも慎重審議の必要があるとの判断から、七七会計年度から一〇月から九月までの一年に変更したということがある。なお、米国では会計年度の呼称は、年度の最終日の属する歴年によっている。すなわち七七会計年度とは、七六年一〇月から七七年九月までである。

第二に、両院のそれぞれに新たに予算委員会 (Budget Committee) が設置され、議会の予算過程に支配権を持つことになった。その委員は、下院の場合には

支出委員会やその他の立法委員会の代表者等であり、上院の場合には各党の比例配分による。今までの一三の支出委員会は予算委員会の小委員会とされた。しかし、それぞれその所管する支出充当法をばらばらに作るという点においては従来と変わりが<sup>21)</sup>ない。

第三に、予算に関する情報提供と分析サービスを目的とする議会予算局 (Congressional Budget Office ≡ CBO) が新設された。CBOは、行政府の各省庁から予算に関するデータを入手する権限を持ち、また大統領の予算案に対する代替案を議会に提供するなどの活動を行う。大統領府のOMBに対抗する、議会側の機関と考えばいいであろう。

第四に、こうした組織的な整備を踏まえて、次のような手続き面の整備が行われた。まず、統制の対象になるのは、支出充当法だけではなく、前述した裏口支出及び租税支出のすべてである。ただし新規のものに限られ、既存の法律に基づく支出は対象外になっている。具体的には、支出小委員会を含めて各常任委員会では、次会計年度に制定を予定している新規予算権限 (new budget authority)<sup>22)</sup>の見積もりを予算委員会に報告しなければ

ならないこととされた。両院の予算委員会では、これらに基づいて予算決議案 (Budget Resolution) を作り、本会議に提出する。予算決議案は、支出 (outlays) の総額及び新規予算権限の適切な水準、公債の適切な水準、適正な予算余剰若しくは赤字額、歳入の適切な水準などについて記述しており、同意決議 (Concurrent Resolution)、すなわち両院それぞれの決議を必要とする。予算決議には第一次と第二次の区別があり、第一次決議が単なる目標値の設定に止まるのに対して、第二次決議は拘束力を持つという違いがある。

いずれにせよ、予算決議を指針として、各常任委員会や支出小委員会では、各法案や支出充当の決議が行われる。支出充当法等の支出額の合計が、予算決議の数値を上回る場合には、議会はこれに一致するように各委員会に対して調整指令を出すことになる。

そして第五に、米国の財政が、単年度だけを見たのでは全体像が把握するのが困難なところから、OMBによって財政計画が作成され、議会に提出されるようになった。これは七四年法の前からニクソンによって行われていたものであるが、それに法的根拠が与えられたの



である。財政計画には多年度予算計画と長期財政展望の二つがある。いずれも毎年度ローリング方式で作成される。

#### ① 多年度予算計画 Multi-year Budget Planning

これは三年間にわたって新規施策を含めた計画を、予算書と平行して作成する。作成時点の施策及び税制を前提として、将来の歳出・歳入を推計する形を採っている。その後新たに新規施策が採択された場合には、計画を改訂して織り込まれる。

#### ② 長期財政展望 Long-range Budget Projections

これは予算書の一部とされる。作成方法は、OMB、経済諮問委員会及び財務省の三者によって決定される経済見通し Economic Assumptions に基づいて、五年分について作成される。ただしその第一年度は予算書の数字が、第二及び第三年度は多年度予算計画の数字が、それぞれ入ることになる。

### 四 ボウシャー対サイナー事件

Bowsher v. Synar, 478 U.S. 714 (1986) 事件は、財政赤字を縮減するため、議会が制定した財政均衡法を、

最高裁判所が違憲と判決したものである。事件名は、当時の会計検査院 (GAO) の院長であるボウシャー (Charles Arthur Bowsher) と、オクラホマ選出の連邦下院議員サイナー (Mike Synar) に由来する。

#### 1 事件の概要

七四法により、財政再建への最低限の枠付けが作出されたが、こうした制度をもってしても、議会の歳出圧力は減少せず、さらに八〇年代にはレーガン政権が、減税を行った方が、税収が却って増加するという奇妙な学説に基づいて大型減税を断行したことなどもあり、財政赤字は膨らみ続けた。

そこで、財政赤字を中長期的に削減することを義務づけた法律が、一九八五年に制定された財政均衡及び緊急赤字統制法 (Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act of 1985、通称グラム＝ラドマン＝ホリングス法 Gramm-Rudman-Hollings Act = GRH法) である。七四年法ができたことによる一番大きな変化は、会計年度開始前に、次年度の歳入見積もり及び歳出見積もりが判明するようになり、それに伴い、財政赤字額がどの程度になるかも把握できるようになったことである。そこ

で、GRH法は、財政赤字を一九九一年に解消することを目指して、一九八六会計年度から一九九〇会計年度までの各年度について、許容できる財政赤字の上限額（maximum deficit account）を、順次一七一九億ドル、一四四〇億ドル、一〇八〇億ドル、七二〇億ドル、三六〇億ドルと定め、各年度の財政赤字額が、この上限額を一〇〇億ドルを超えて上回る場合には、連邦の財政支出を自動的に、原則として一律に削減するというものであった。

財政赤字額がいくらになるかは、OMBとCBOが独立に計算し、それがGRH法に抵触していると認められた場合には、どの程度の財政支出の削減を行うべきかを計算し、その結果を記載した共同報告書を作成して、会計検査院長（Comptroller General）に提出する。会計検査院長は、その報告書を検討した上で、自らの判断による報告書を大統領に提出する。大統領は、その報告に従い、削減するよう命じられた予算について、執行留保命令を発するというのが、大まかな流れである。

この執行留保に対し、サイナー及び執行留保により給付の引き上げを受けられなかった財務省労働組合

(National Treasury Employees Union) が、会計検査院長を相手取って訴えを提起した。

争点となったのは、会計検査院長が議会の職員とされていることから、その下す命令に、大統領が拘束されること<sup>23</sup>が、憲法一条及び二条に違反するというものである。

連邦地方裁判所は、GRH法が、大統領には罷免権がなく、議会によってのみ免職されうる会計検査院長に対して一定の執行権を与えたことは、権力分立制に違反し、無効であると判決した<sup>23</sup>。GRH法には、その場合には、直ちに最高裁判所に上告できるという規定がある（§922(b)）<sup>23</sup>から、最高裁の審理に移行した。

## 2 判決の内容

最高裁判所は、七対二で、GRH法を違憲と判定した。反対意見はホワイト、ブラックマン両判事である。多数意見をバーガー長官が執筆した。バーガーは、モンテスキューの三権分立の理念から、格調高く説き起こし、ヤングスタウン事件など、数多くの判例を引用して論じている。ここでは、バーガーが、判決文の最後に、政府側の反論に対する見解を述べている所を紹介する。

GAOは、前述のとおり、二二年法において創設され

た機関である。その地位は、行政府から独立し、会計検査院長の指揮監督に服する。会計検査院長は、任期が一五年ときわめて長く、上下両院議長の推薦した三名中から大統領が指名し、上院の助言と承認を得て就任する。問題は、会計検査院長が立法院とはどのような関係に立つのか、法律上全く書かれていない点にある。この点について、バーガーは言う。

「控訴人は、会計検査院長が独立して職務を履行し、議会に従属していないと主張する。しかし我々は、この主張は精査に耐えられないという地方裁判所判決に同意する。

決定的な要素は、免職に関連した会計検査院長の職務を定める法律の規定にある。院長は、上下両院議長が推奨する三人のリストから大統領が指名し、上院が承認するが、彼は、唯一、議会の主導でのみ罷免可能である。彼は弾劾によるか、さもなければ、以下の理由のいずれかに該当すれば『いつでも』議会の合同決議によって罷免することができる。

- (I) 永久的障害。
- (II) 非効率。

財政改革と連邦最高裁判所(甲斐)

(III) 職務の怠慢。

(IV) 違法行為。または

(V) 重罪または不道徳な行為に関わったこと。

この条項は、同法の審議過程で、ある下院議員が主張したように、議会が会計検査長を、唯一、議会の制御下に置かれるべきであると感じていたので、議会が、彼が非効率的であったり、職務を実施しなかつたりしたと認めた場合にはいつでも、彼の弾劾裁判の長い退屈な手続無しで罷免できなければならぬと議会が期待したことを示している。」

このように述べて、非効率とか怠慢という意味の不明確な用語が使用されている以上、罷免権が議会にあるということができ、したがって会計検査院長は議会の職員であるとした。そして、議会拒否権を違憲とした移民局対チャダ判決<sup>24</sup>を引用して、次の様に述べた。

「議会の支配下にある公務員に法律の執行を許容することは、議会拒否権を認めるに等しい。議会は議会が不満足であることが判っている法律の執行を行う公務員を、単に罷免し、又は罷免すると威嚇することができる。法律の執行に対するこの種の議会の

コントロールは、チャダ判決が明らかにしたとおり、憲法上許されない。

議会による行政機能の篡奪の危険性は、長い間認識されてきたのである。」

このように述べて、違憲であると判決したのである。なお、ステイブンス、マーシャル両判事は、補足意見を書いている。それを要約すると、議会に解任権があることから会計検査院長を議会職員とすることは論理的に無理があるが、二二年法が会計検査院長に与えている様々な権限から、議会職員と考えることが出来るというものである。

これに対し、ホワイト判事の反対意見は、会計検査院長を議会の代理人とするのは無理があり、したがって、彼にGRH法の執行権を与えても違憲にはならないというものである。我が国の、独立行政委員会に対する理解に近いと言えよう。

ブラックマン判事の反対意見は、同様に、会計検査院長を議会の代理人とするのは無理があり、それにも関わらず、議会に、彼の罷免権を与えている二二年法の解任規定が違憲であるとする。

### 3 その後

GRH法は、制定時から、会計検査院長に執行留保を命じる規定が違憲と判決される危険性を認識していた。そこで、違憲判決が下された場合には、次の様に処理するものと定められていた。すなわち、OMBとCBOに依る共同報告書は、会計検査院長の代わりに、議会に設置された共同委員会 (Joint committee) に提出される。委員会は、その共同報告書の内容とする共同決議案を両議院に提出し、共同決議が可決され、大統領がこれに署名した場合には、これが大統領の執行留保の法的根拠となる、というものである。

これにより、GRH法は、その後も実施されたが、結果としては失敗に終わる。そこに固定的に定められた削減目標は、予算年度中に景気が下降し始めると税の減収が起こるので、結果的に非現実的な目標となってしまうからである。当初は九一年に財政均衡させる目標だったのだが、八七年には目標を二年先延ばしして九三年とする有り様であった。

しかも、九〇年になると、先に述べた契約授權 (contract authorization) の形で、S & L (貯蓄貸付組

合)の債務に対し連邦政府が保証人になっていた所、それが放漫経営のため、軒並み破綻するという事態が発生した。その年度にどのくらいのS&Lが破綻するか不明である以上、事前の歳出見積もりは不可能であった。これに加え、イラクのフセイン大統領のクウェート侵攻に端を発する、湾岸戦争という問題が起きた。この結果、GRH法は完全に行き詰まり、廃止されざるを得なくなったのである。

## 五 環境保護法と財政法規

一九六二年に、カーソン (Rachel Carson) が「沈黙の春 (Silent Spring)」を刊行した。これは、製薬会社が大量生産する農薬などの化学物質の濫用が、動植物に深刻な影響を与え、鳥達が鳴かなくなった春という言葉を通じて、その危険性を訴えた書である。

また、一九六五年に、ネーダー (Ralph Nader) は、「Unsafe at Any Speed: The Designed-In Dangers of the American Automobile」という書を著し、米国の乗用車の欠陥を指摘し全米に衝撃を与えた。これをきっかけに、全米に消費者運動が巻き起こることになる。

さらに、一九六九年に発生したサンタ・バーバラにおける原油流出事故により、海岸の動植物に壊滅的な被害が出た。

それらが大きな原動力となって環境問題に対する関心が高まり、一九六九年国家環境政策法 (National Environmental Policy Act of 1969 = NEPA) が制定された。これは、環境の強化を推進することを目的とした米国の国家政策を確立するための法律である。これは、世界で最も先進的な法令の一つであり、現代の「環境マゲナカルタ」と呼ばれている。

NEPAの最も重要な特徴は、すべての連邦政府機関に対し、その実施する施策について環境影響評価 (environmental impact assessments = EIA) を行い、環境影響陳述書 (environmental impact statements = EIS) を作成することを義務づけたことである。何かの施策を提案する連邦政府機関の環境影響陳述書には、提案の環境への影響に関する記述が含まれていなければならない。但し、NEPAは、大統領、議会、または連邦裁判所には適用されない。

このNEPAに関して、次々と重要な訴訟が提起さ

れた。

## (一) 合衆国対SCRAP事件

United States v. SCRAP 412 U.S. 669 (1973) 事件は、NEPAが法廷で論じられた最初の事件であると同時に、合衆国憲法第三条の定める司法権概念を大きく揺るがした判例である。

### 1 事件の概要

「政府規制手続に挑戦する学生運動 (Students Challenging Regulatory Agency Procedures = SCRAP)」は、ネーダールの影響を受けて、ジョージ・ワシントン・ロースクールの学生によって組織された団体である。彼らは、州際通商委員会 (Interstate Commerce Commission = ICC) が、NEPAの発効後に、鉄道等の運賃に対して二〇%の値上げを認めたことに対し、NEPAを遵守してリサイクル材料の使用を考慮していれば、値上げはもっと小幅で済んだとして、一〇億ドルの払い戻しを求めた。

合衆国憲法第三条第二節の下では、連邦裁判所の管轄権は、事件または争訟に限定されている。これまで、裁判所は、この条文の解釈として、いわゆる主観訴訟に限

るとしてきた。この結果、例えば、この事件の前に、自然保護団体シエラ・クラブが、環境保護を求めて訴えを提起したのに対し、団体の原告適格を否定した判決があった。<sup>(25)</sup>そこで、学生達の訴え提起が認められるかが大きな問題となった。

### 2 判決の内容

判決は五対四となった。スチュワート (Potter Stewart) 判事は、三部構成の法廷意見を執筆した。その第二部で、彼は、SCRAPの個々のメンバーは、運賃の上昇によって被害を受けていることを実証したと結論付けた。SCRAPの各メンバーは、ワシントン首都圏の森林、河川、小川、その他の自然の中で、キャンプ、ハイキング、釣り、観光その他のレクリエーションを行うに当たり、運賃増加により悪影響を受けていたと認められたのである。

### 3 その後

事件は地裁に差し戻された。ICCは環境評価陳述書の原稿を提出したが、地裁はそれを不十分なものと認定し、再度、提出するように命じた。

## (二) TVA対ヒル事件

Tennessee Valley Authority v. Hill et al. 437 U.S. 153 (1978) は、連邦最高裁判所が、初めて「一九七二年絶滅危惧種保護法 (Endangered Species Act of 1973 = ESA)」に関して判断を下した事件である。

### 1 事件の概要

TVAでは、テネシー川にタリコダム (Tellico Dam) を建設しようとした。これに対し、自然保護団体である環境保護基金 (Environmental Defense Fund) は、NEPAに基づく環境評価陳述書が出来るまでダム工事の差し止めを申し立て、連邦地方裁判所では、これを認めて、陳述書が出来るまで一六ヶ月間、工事の実施の中止を命じていた。しかし、議会では、この工事に公共事業支出充当法 (annual Public Works Appropriations Act) により、差し止め命令後に予算を付けていた。そこで、中止命令から一年後に地裁では、中止命令を解除し、NEPAに基づく訴訟を終了させた。

しかし、スネイル・ダーター (snail darter) という、鱸 (Perch) 科の珍しい小魚が生息していることが、一九七二年に発見されたことから、自然活動家であるヒ

ル (Hiram Hill) 等は、内務省魚類・野生動物局 (Department of the Interior's Fish and Wildlife Service) に、これを絶滅危惧種に指定するよう申し立てた。同局では、これを認め、テネシー川の一部がその生息区域であると認定した。しかし、TVAでは、同局の解釈を否定し、タリコダムの建設を開始しようとした。そこで、ヒル等は、その建設は、同法に違反するとして、差し止め訴訟を起こした。

この事件で問題となったのは、公共事業支出充当法と絶滅危惧種保護法の関係である。TVAは、議会が既にダム建設プロジェクトに一兆ドルを費やしており、ダム建設は、絶滅危惧種保護法制定前に開始されているので、適用の例外になると主張した。また、歳出委員会が、スネイル・ダーターが生息していることを知った後で、支出充当法を制定しているので、同法の限度で、議会は暗黙のうち絶滅危惧種保護法を廃止していたと主張したのである。

### 2 判決の内容

連邦最高裁判所は、ヒルの勝訴とした。バーガー長官自身が判決を言い渡した。

「絶滅危惧種保護法七条よりも明確にその意義を述べている法の規定を見つけることは困難であろう。その言葉はきわめて積極的に、すべての連邦政府機関に、絶滅危惧種の存続を危うくするいかなる活動を認めることも、資金を付与することも、ないしは行うことも認めておらず、生息地の破壊や改変により、そのような結果をもたらすことがないことを保証している」

### 3 その後

議会は絶滅危惧種保護法を一九七八年に改正し、「同法に一定の柔軟性を持たせるため」閣僚レベルの七人の委員で構成される絶滅危惧種委員会 (Endangered Species Committee) を設置し、そこで審議することとされた。一九七九年に、タリコダムはこの委員会の審査に付されたが、経済性は、ダム建設を続行する理由にはならない、とされた。

しかし、議会は一九七九年にエネルギー・水資源開発支出充当法 (Energy and Water Development Appropriation Act 1979) を制定し、TVAにタリコダムを完成するよう、命じた。法案はカーター大統領によ

り署名されて発効した。スネイル・ダーターは他の類似した環境の河川に移され、種としては存続した。

#### (三) アンドラス対シエラ・クラブ事件

TVA対ヒル事件では、結局、TVAが主張した予算が後法として、絶滅危惧種保護法を改廃しているという主張については、きちんと論じられないままに終わった。その点について、最終的に決着を付けたのがこの *Andrus v. Sierra Club*, 442 U.S. 347 (1979) 事件である。

#### 1 事件の概要

財政上の理由から、国立野生生物保護区システム (National Wildlife Refuge System) に対する内務省魚類・野生生物局の予算要求、及びこれに対するOMBの予算決定が、いずれも従来 of 予算金額を下回り、その結果、環境保護のための諸手段 (人員や設備の拡充) が削減される結果となった。そこで、環境保護団体シエラ・クラブが、その決定の際に環境影響陳述書の作成がなかったことを違法として争ったものであった。

ワシントンD.C.の連邦地方裁判所は「保護区システムへの毎年度の予算配布の提案は、環境に対してきわめて明確に影響を与える連邦政府の活動である」として、



「予算はNEP Aの意味する立法府への提案に該当する」と結論した。

また高等裁判所は、若干表現を緩和させたが、「同項は、環境評価陳述書の作成を、予算が現状を大きく変更する新たな活動を提案する場合に限り、要求している毎年度の予算要求に、環境評価陳述書の作成を要求するというルールを適用しない」とした。その結果、シエラ・クラブの主張を認めて、予算の編成に当たっても、環境影響陳述書の作成を必要と判決した。ただし、魚類・野生生物局は、上告審の間に環境評価陳述書を作成したから、それで瑕疵は治癒されているとした。

そこで、政府が上告した。

## 2 判決の内容

最高裁は全会一致で、高裁判決を覆した。ブレナン判事が判決を言い渡した。

ブレナンは、「予算要求はすべて立法の提案となるか、あるいは全然そうでないかのいずれかである」と明確に断定した上で、一九七四年議会予算及び執行留保統制法に基づくGAOの財政用語集などを資料として、議会が通常法律と支出充当法の間で設けてきた伝統的区別に

鑑み、支出充当法は、法律ではない、としたのである。すなわち、次の諸点で、支出充当法は、一般法律とは異なる取り扱いがされている。

第一に、支出充当法が支出充当法に計上されるには、それとは別に一般法が必要である。この一般法を授權法 (Authorization Act) とする。

第二に、議会の審議方法において、支出充当法と授權法は明確に異なる。すなわち、支出充当法の審議は支出委員会 (Appropriation Committee) の権限である。これに対して、授權法は他の一般の常任委員会で審議される。

そして第三に、支出充当法は授權法を改正することができず、授權法に金額が定められていても、その額と同額を支出充当法に計上する必要はなく、計上されない場合には、支出できないという明確な立法慣行の存在が認められる。

こうして、連邦最高裁判所は、支出充当法は、憲法上、法律と呼ばれるが、実質的意味の法律ではないとしたのである。

## 六 未成年者の人権

未成年者にどの限度で、人権享有主体性を認めるか、という問題は、ウォーレン・コートでは、積極的に肯定された。それに対し、バーガー・コートに入ると、かなりの変化を示すことになる。その一連の推移は、ベトナム戦争と、それに起因するモラルハザードを端的に示している。

### (一) ティンカー対デモイン独立自治体学区事件

*Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503 (1969) は、子どもの人権享有主体性を認めた、ウォーレン・コート終盤を飾る重要な判決である。それまでも、国旗に対する忠誠の誓いが問題になったバーネット事件で、子どもに対し、一定の憲法的保護が与えられることは承認されていた。しかし、第一修正の表現の自由が問題になったのは、この事件が最初であった。

#### 1 事件の概要

一九六五年、アイオワ州デモイン市に住む一五歳のティンカー (John F. Tinker) は、その弟妹 (Mary

Beth = 十二歳、Hope = 十一歳、Paul = 八歳) 及び友人のエックハート (Christopher Eckhardt = 一六歳) と共に、ベトナム戦争への抗議の意を込めて、黒い腕章を巻いて登校した。学校長は、一月一四日、新たに学則を制定し、それに基づき、腕章を直ちに外すことを命令した。校則に違反した場合には、校則に従うまで、無期限に停学処分とすることとされた。幼い二人を除いたティンカー等は一月一六日に停学処分となり、停学は、ティンカー達が予め抗議期間としていた一九六六年一月一日まで続いた。アイオワ市民自由同盟 (Iowa Civil Liberties Union) がティンカー等に接触し、支援を申し出たことから訴訟となった。

地裁は学校長の処分を支持し、第八巡回区高等裁判所も同様だったため、最高裁判所に上告された。

#### 2 判決の内容

その判決で、連邦最高裁は、七対二の多数で、公立学校にも憲法第一修正は適用になり、教室内における言論も保障されると述べた。フォータス判事が判決文を執筆した。

この判決は、次の文章で有名である。

「校門をくぐったとたんに生徒も教師も、憲法上の言論、表現の自由への権利を失うものではない。

（“It can hardly be argued that either students or teachers shed their constitutional rights to freedom of speech or expression at the schoolhouse gate.”）

フォータスは、学校当局は、生徒の行動を禁止するには、「単に、自らが賛成できない視点を伴う、不愉快（discomfort and unpleasantness）なことを避けたいという願望以上の何かを示さなければならぬ」とし、それは「物理的にあるいは本質的に学校活動の適切な規律という要求を妨げるもの」でなければならぬとした。そして、ティンカー達の腕章という象徴的言論（symbolic speech）<sup>(26)</sup>は、なんらそのような影響を与えるものではない、とした。

### 3 その後

この時期の米国では、この判決に代表されるように、児童の権利を尊重する気運が高まる。その米国の主導で作られたのが、国連児童の権利に関する条約である。

#### (二) ウィスコンシン州対ヨードー事件

子どもの人権は、バーガー・コートになると共に、判

決の流れが大きく変わる。Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972) は、子どもの教育を受ける権利を否定し、親の教育権を認めた事件である。

#### 1 事件の概要

アーミッシュ (Amish) は、スイス系ドイツ人移民の宗教団体で、農耕や牧畜により自給自足の生活を営んでいるが、その信仰には、米国に移民した当時と同様の生活様式を守り、自動車や電話など、現代技術による機器の利用を拒むという特徴がある。アーミッシュの三人の親が、その信仰を理由に、自己の子どもたちを、ある段階を超えて公立あるいは私立のいかなる学校にも通わせることを拒否した。アーミッシュの親たちは、この就学拒否が、ウィスコンシン州の義務教育法に違反するとして訴追された。

#### 2 判決の内容

連邦最高裁は、次の様に述べて、当該義務教育法をアーミッシュの親に適用する限りで違憲であると判示し、親に対して義務教育法からの免除を認めた。

1. 州は、個人に対し、第一修正の権利を侵害する場合には、学校に通うよう強制することはできない。この

事件においては、ウィスコンシン州は、合法的な宗教的信念の実践を妨げている。

2. 必ずしもすべての信仰が第一修正の宗教条項に該当するわけではない。そのためには、単に個人的な基準ではなく、真実かつ客観的な宗教的実践の証拠が存在する必要がある。アーミッシュの生き方は、聖書に由来する深い宗教的信念の一つである。それは、世俗的な財を拒絶し、聖書の単純さで生きるといふ彼らの宗教によつて決定される。現代の義務中等教育は、彼らの生き方と鋭く対立している。

3. 第八学年（日本の中学二年生）以上の現代の教育を追加することは、アメリカの政治システムに効果的かつ生産的に参加する市民を育てるために必要であるといふウィスコンシン州の主張に、裁判所は同意しない。州は、公立学校で二年間余分に教育を受けること（どんな大きな利益を受けられるかを証明していない。さらに、裁判所は、アーミッシュが、アメリカの社会で非常に成功した社会単位であり、自給自足しており、必要な税のすべてを支払い、あらゆる公共の福祉を拒否している、社会秩序に遵う構成員であると認定する。

アーミッシュの子供たちは、公立学校制度を離れても、職業訓練の形で彼らの教育を続けている。

### (三) ベセル学区対フレーザー事件

*Bethel School District v. Fraser, 478 U.S. 675 (1986)*

は、ティンカー判決に対して、大きく修正を掛けていく、その後の一連の判例の始まりと言える判決である。

#### 1 事件の概要

一九八三年一月二六日、ワシントン州ピアス郡（Pierce County）の高校生フレーザー（Matthew Fraser）は、クラスメイトが生徒会副会長に立候補した際、学校の授業時間中に自己啓発プログラムの一環として学校主催の選挙演説会（約六〇〇人の聴衆のほとんどは一四歳だった。）において行った応援演説中で、「I know a man who is firm - he's firm in his pants, he's firm in his shirt, his character is firm - but most of all, his belief in you the students of Bethel, is firm.」と（どうも）うな調子で、直接性的表現は行わなかったが、性的隠喩に満ちた発言を行った。それに対し、三日間の停学処分を受けた。フレーザーは、処罰はティンカー判決に抵触し、彼の表現の自由を侵害したとして訴えた。地裁では

フリーザーが勝訴し、高裁もこれを支持した。そこで、学区側は最高裁判所に上告した。

## 2 判決の内容

最高裁は七対二で、フリーザーの訴えを退けた。バーガー長官が判決を書いた。

バーガーは、高校生には、性的な風刺を含んだ発言を生徒総会で行う憲法上の自由は保障されておらず、下品なスピーチ (indecent speech) には、ティンカー判決は及ばないとした。

「第一修正の下において、成人に関しては、その話者が政治的なポイントだと考える点において攻撃的な表現の使用は、禁じられていないが、しかし、公立学校の児童にも、同様の度合いでは許容されなければならぬ」と言うことはない。公共の談話で下品で攻撃的な用語の使用を禁止することは、公立学校の教育の非常に適切な機能である。憲法では、表現の特定のモードが不適切で制裁の対象であることを、州が主張することを何ら禁止していない。こうしたことの価値を教え込むことは、まさに学校の仕事であり、どのようなスピーチの仕方が不適切であるか

は、教育委員会の決定に掛かっている。」

## 3 その後の展開

このバーガー・コートが示した、児童の権利に対する抑制傾向は、次のレンクイスト・コート以降になっても続いた。

① ヘーゼルウッド学区対クールマイア事件 (Hazelwood School District et al. v. Kuhlmeier et al., 484 U.S. 260 (1988))

この事件では、学校新聞が、十代の妊娠と離婚の話に関する特集を行ったが、その離婚の話には実名が使用され、それは決して古い事件では無かった。そこで、校長から発行を差し止められた。

最高裁は、学校当局による学校新聞の検閲は、児童の言論の自由を侵害するものではない、とした。学校が費用を持って発行している新聞の編集には、第一修正の低いレベルの保障しか及ばず、自費で発行している新聞とは事情が異なるとした。

② モース対フレデリック事件 (Morse v. Frederick, 551 U.S. 393 (2007))

事件の舞台となった学校の生徒は、オリンピックの聖

火リレーを見るために学校から授業時間中に離れることが許可された。その際、一部生徒は「Bong hits 4 Jesus」と、マリファナの吸引をそそのかす横断幕を掲げたため、校長よりその横断幕を取り上げられ、当事者は停学処分を受けた。

最高裁は、学校主催の行事であれば、学校の敷地外で開催されたものであっても、違法薬物の使用をそそのかす発言と合理的に見なしうる場合には学校は規制する権限があるとした。

このような、児童の権利に対する否定的な見方は、現在においても主流を占め、その結果、米国のイニシアティブで成立した児童の権利条約は激しい批判の対象となり、今日に至るまで、米国は、これを批准していない。

## 七 死刑の合憲性

刑罰に関しては、合衆国憲法第八修正による制限がある。

「過大な額の保釈金を要求し、過大な罰金を科し、または残酷で異常な刑罰を科してはならない。」

最高の刑罰として、現時点で米国では、連邦一般司法、連邦軍事司法及び三三州で死刑を採用している。第八修正の禁止する残酷性を回避するため、現在、米国で最も普通の死刑執行方法は、致命的な毒物を注射するという方法である。

ここで紹介する事件は、その死刑規定の合憲性が問題となったものである。この判決により、全米の刑罰規定が一変することになる、という意味で、この判決の影響は大きい。

### (一) ファーマン対ジョージア州事件

連邦最高裁判所は、*Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972) 事件の審理にあたり、同時にジャクソン対ジョージア州 (*Jackson v. Georgia*) 事件及びブランチ対テキサス州 (*Branch v. Texas*) 事件についても合同審理した。

#### 1 ファーマン事件の概要

ある家の住人は、夜中に目を覚まし、ファーマン (*William Henry Furman*) が窃盗のため彼の家に侵入しているのを発見した。公判において、ファーマンは、逃げようとして躓き、携行していた武器を発射してしまい、

偶然にも住人を殺す結果になったと主張した。これは、警察での、逃走中にメクラ打ちした弾丸が住人に当たったという供述とは矛盾するものであった。いずれにせよ、重罪を行っている際に、銃を発射して死の結果をもたらしたものであるから、その時点でのジョージア州法では死刑が選択刑にある。裁判の結果、死刑が宣告された。ジャクソン事件及びブランチ事件では、いずれも強姦をしようとして、死の結果を招き、同様に、死刑判決を受けていた。

## 2 判決の内容

判決は、*per curiam* という形式で下された。したがって、誰が執筆者かははっきりしていない。

補足意見を、ダグラス、ブレナン、スチュワート、ホワイト、マーシャルの各判事が書き、反対権をバーガー（ブラックマン、パウウェル、レンクイストが賛同）、ブラックマン、パウウェル（バーガー、ブラックマン、レンクイストが賛同）、レンクイスト（バーガー、ブラックマン、パウウェルが賛同）が書いており、その結果、補足意見、反対意見の合計が九本に達するということがかみれば、統一的な見解が形成されたと言うことはでき

ない。それにも関わらず *per curiam* という判決形式が選択されたことから見ると、その対立は決して深刻なものでは無かったのであろう。

表決の結果は、五対四で、死刑は第八修正の禁じている残酷で異常な刑罰に該当するといふものであった。

多数意見を構成する五本の補足意見を見ると、内容は三対二に分かれているといえる。

多数派中の多数派を構成したスチュワート (Potter Stewart)、ホワイト (Byron White)、ダグラス (William O. Douglas) の三判事の意見が、基本的には最高裁判所の意見と考えられる。そこで、スチュワート判事の主張する所を紹介する。

「これらの死刑判決は、雷に打たれることが残酷で異常であるのと同様に、残酷で異常である。一九六七年及び一九六八年に、強姦及び殺人で有罪判決を受けたすべての人々の多くは、まさにこれらと同様に非難されるべきであるが、上告人は、死刑が気まぐれに選択され、実際に判決された一握りの事件の一つである。私と同意見の同僚達は、死刑を宣告されたこれら少数の場合に何らかの根拠がある

とすれば、それは、それは人種に基づく憲法上許されない基礎によるものであることを実証した(マクラフリン対フロリダ州事件<sup>(27)</sup>参照)。これらにおいて人種差別であったことは証明されていないが、私は確信している。私は単純に第八、及び第一四修正は、この気まぐれに課されることを可能にしている法制の下では、死刑判決に耐えられないと結論する。」これに対し、ブレナン判事とマーシャル判事は、死刑それ自体が残酷で異常であるとした。

### 3 反対意見

ニクソンが任命した四人の判事、すなわちバーガー長官、ブラックマン、パウエル及びレンクイスト各判事は、米国法で一貫して採用された刑罰であり、また、第一四修正の適正手続条項に「何人も、法の適正な過程によらずに、生命、自由または財産を奪われることはない。」として、生命という言葉が使用されていることから、憲法も死刑を予定していると論じた。

### 4 その後

この連邦最高裁判所判決は、全米各州に、最高刑としての死刑が、法廷の気まぐれにより、あるいは人種差別

的な理由から執行されることがないか、その当否を改めて検討させるきっかけとなった。

その後四年間に三七の州が、死刑に関する新しい規定を設け、法廷の気まぐれから死刑を言い渡すことができないうようにした。例えば、有罪と無罪に評決が分かれたり、量刑手続において意見が対立したりした場合における死刑を禁じ、あるいは裁判官や陪審員に対する死刑申し渡しにおける基準を定めたりしたのである。

### (二) グレッグ対ジョージア州事件

一九七六年になって、バーガー・コートは、再び死刑問題を取り上げた。それが *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976) 事件である。この時も、プロフィット対フロリダ州 (*Proffitt v. Florida*) 事件、ジャレック対テキサス州 (*Jurek v. Texas*) 事件、ウッドソン対ノース・カロライナ州 (*Woodson v. North Carolina*) 事件及びロバーツ対ルイジアナ州 (*Roberts v. Louisiana*) 州事件が同時審理された。

### 1 事件の概要

グレッグ (*Troy Leon Gregg*) は、ヒッチハイクをしていて、彼を乗せた二名の人物に対し武装強盗を働き、



殺害した廉で有罪と認定された。量刑の段階で、判事は陪審員に対し、次に述べる加重事由の一以上を認定できない限り、「死刑を科すことを検討することは許可されない」と指示した。すなわち、(1)被告人は、他の死刑が選択刑にある重罪である、被害者に対する武装強盗に従事している間に、殺人を犯したこと、(2)被告人は、被害者の金銭及び自動車を強奪する目的で殺人を犯したこと、(3)その殺人は、傍若無人で気まぐれであり、恐ろしく、また非人間的であったこと、である。

陪審は、第一及び第二の点について認定し、死刑を宣告した。州最高裁判所もこれを支持したのに対し、グレッジがジョージアの死刑制度が第八修正及び第一四修正に違反するとして上告した。

この五件の事件は、何れも基本的に同様の手続を経ている。すなわちファーマン判決以降、ジョージア、フロリダ、テキサス、ノース・カロライナ及びルイジアナの諸州は、死刑が選択刑にある刑罰規定を改正し、ファーマンのガイドラインに適合するようにした。そして、五名は何れも殺人により、それぞれの州で死刑を宣告された。各州の最高裁判所は、いずれも死刑判決を支持した。

そこで、五名の被告人は、いずれも連邦最高裁判所に対して、裁判所がファーマン基準を超えて死刑を判決したことは、残酷かつ異常な刑罰に該当するとして上告した。

## 2 判決の内容

結論として、連邦最高裁判所は、七対二で死刑判決を支持した。反対意見は、ファーマン事件で、死刑それ自体が残酷で異常であるとしたブレナン判事とマーシャル判事である。

今回も、法廷意見は、スチュワート判事が執筆した。

「死刑宣告の見直しに当たっては、州最高裁は、当該判決が熱狂や偏見その他の任意の要因、すなわち、証拠は法定悪化状況の認定を支持しているかどうか、死刑宣告は『類似の事例において科された刑罰に比べ、犯罪それ自体及び被告人を考慮して、過大または不釣り合いである』かどうかに影響されたかどうかを検討しなければならない。裁判所が死刑判決を確定した場合、それは、それが考慮の対象とした類似例も、その判定基準に含める必要がある。結論として、原審判決を肯定する。」

ファーマン事件で反対意見を書いた四判事も、今回は

賛成に回って、補足意見を書くに留めている。

グレッグ事件、プロフィット事件及びジャレック事件については、裁判所は、ジョージア州、フロリダ州及びテキサス州の死刑宣告枠組みは、それぞれこの基準に適合しているとした。それに対し、ウッドソン事件及びロバーツ事件においては、ノース・カロライナ州及びルイジアナ州の規定は、そうではないとした。

### 3 その後

米国では、刑法の制定権は基本的に州にあるため、この事件で問題となったように、州による規定のばらつきが生じる。その結果、一部の州法が、連邦憲法に違反するという問題が発生する。そこで、モデル刑法典 (Model Penal Code = MPC)、すなわちモデルとなる刑法典を作成し、各州に、それを受け入れるよう促すという方法が考えられた。米法律協会<sup>28</sup>は、一九六二年にモデル刑法典の開発に着手した。現時点で公開されているモデル刑法典は一九八一年に更新されたものである。

## 八 妊娠中絶の権利

### (一) 米国における妊娠中絶法の歴史

後述するロー対ウェイド事件判決の示す所に拠れば、米国では次の様な歴史があった。

妊娠中絶に対して刑罰を科するという、同判決時点では米国で普遍的な立法は、比較的歴史が新しい。一八二一年にコネチカット州が、州法としては最初に、妊娠中絶を、刑罰をもって禁じる立法を成立させた。すべての州において同様の立法が行われるのは一九〇〇年になってからである。連邦レベルでは、妊娠中絶は、コモンローで禁じられていた犯罪と考えられてきた。しかし、英国のコモンローとは関係が無い、と法廷は結論づけている。

ロー対ウェイド事件に先行して、二つの重要判決があるので、それから紹介する。

### (二) グリスウォルド対コネチカット州事件

ウォーレン・コート時代に出た *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) 事件判決は、ロー対ウェイド事件判決の前哨戦とも云うべき重要な判決で

ある。

コネチカット州では、一八七九年に作られた古い法律が、「妊娠を予防する目的で、いかなる薬品、医学的手段あるいは道具を使用すること」を禁じていた。

同法の合憲性に対する挑戦は度々なされたが、グリスウォルド事件までは、成熟性の法理等に阻まれ、すべて失敗に終わった。

## 1 事件の概要

コネチカット州計画出産同盟 (Planned Parenthood League of Connecticut) 執行理事であるグリスウォルド (Estelle Griswold) と、イェール大学医学部教授で内科医のバクストン (Dr. C. Lee Buxton) は、避妊クリニック (birth control clinic) をコネチカット州ニューヘブンに開設した。開設後すぐに二人は拘束され、裁判によりそれぞれ一〇〇ドルの罰金が科された。有罪判決は、コネチカット州高裁及び最高裁判所でも支持されたので、グリスウォルド等は、避妊法を使用することを禁じるコネチカット州法は、第一四修正に違反すると主張して、連邦最高裁判所に上告した。

## 2 判決の内容

判決は七対二で、コネチカット州法はプライバシーの権利を侵害し、違憲であるとされた。法廷意見はダグラス (William O. Douglas) 判事により申し渡された。

ダグラス判事は、権利章典はプライバシーについて明示的には述べていないが、他の憲法上の権利、例えば第五修正の「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。」という権利などの「半影 (penumbras)」ないし「投射物 (emanations)」として認めることが出来るとした。すなわち、プライバシーの権利は、「権力的侵入 (governmental intrusion) からの防禦権」と考えられるとしたのである。

ゴールドバーグ (Arthur Goldberg) 判事は、第九修正を、ダグラス判事の意見を補完するものとして援用した。第九修正は「この憲法の中に特定の権利を列挙したことをもって、国民の保有する他の権利を否定しまたは軽視したものと解釈してはならない」という規定である。ハーラン (John Marshall Harlan II)、ホワイト (Byron White) 及びゴールドバーグ判事は、第一四修正の適正手続条項も根拠になるとした。

これに対し、反対意見は、ブラック (Hugo Black) 及びスチュワート判事であった。ブラック判事は、プライバシーの権利は、憲法のどこにも保障されていないとした。スチュワート判事は、コネチカット州法は「まれにしか見られないほど馬鹿げたものであるが、合憲である」とした。

### (三) 合衆国対ヴァイツチ事件

この United States v. Vuitch, 402 U.S. 62 (1971) 事件から、バーガー・コートの判決である。この事件では、ワシントン D.C. の妊娠中絶法が、女性の健康又は生命に問題が無い限り、妊娠中絶を認めていないことの合憲性が問題となった。

#### 1 事件の概要

ヴァイツチ (Milan Vutch) は、医学博士であるが、ワシントン D.C. やメリーランド州で妊娠中絶を行ったことで逮捕されていた。彼女は、妊娠中絶法の使う「健康」という言葉が曖昧であるが故に違憲であるとして争った。

#### 2 判決の内容

ブラック判事が判決を書いた。彼に依れば、健康とい

う言葉は、下級審がそれを肉体的ないし精神的な健康を意味すると解釈しているので、決して曖昧ではないとした。したがって、ヴァイツチを起訴することは可能である。しかしながら、裁判所は、妊娠中絶は、外科医療の一種であって、他の医療行為と本質的に違うものではなく、従って、裁判所は、その必要性について、医師の専門的判断を十分に尊重しなければならないとした。

この事件で重要なのは、ダグラス判事を書いた反対意見である。そこで、彼は、一般的な妊娠中絶の権利が、広い意味でのプライバシー権の一環として認められると論じたのである。これが、次のロー対ウエイド事件に大きな影響を与えることになる。

#### (四) ロー対ウエイド事件

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) は妊娠中絶に関する、分水嶺とも言えるきわめて重要な判例である。

ヴァイツチ事件の後、ブラック及びハーラン判事が辞職し、代わって、レンクイスト及びパウエル判事が加わっていたので、それが判決の行方にもどのような影響を与えるかが注目されていた。

この判決では、女性が、自ら出産するか否かを決定す

る権利というものが、問題となった。ここで、プライバシーという言葉が、グリスウォールド事件にしたがって活用された。

## 1 事件の概要

一九六九年六月、マカヴィー (Norma L. McCorvey) は、自分が三番目の子どもを妊娠していることに気がついた。テキサス州では、強姦ないし近親相姦により妊娠した子については、合法的に妊娠中絶が認められていた。しかし、事件時に強姦されたことを警察に届け出ていなかったことを理由に、マカヴィーには、合法的な妊娠中絶は認められなかった。その際、彼女は、コフィー (Linda Coffee) 及びウェディントン (Sarah Weddington) という二人の弁護士に相談していた。結局、マカヴィーは、事件の判決が降りる前に出産した。一九七〇年になって、コフィーとウェディントンは、テキサス州連邦地方裁判所に、ジェーン・ロー (Jane Roe) という仮名の下に、マカヴィーの事件を提訴した。被告とされたのは、テキサス州を代表して、ダラス郡地方検事のウェイド (Henry Wade) である。マカヴィーは、彼女の妊娠が強姦されたというのは嘘だと認めて、

その主張を取り下げた上で、女性の妊娠中絶の権利を争った。

地裁は、グリスウォールド事件におけるゴールドバーグ判事による補足意見に依拠し、第九修正に基づき、プライバシーの権利を肯定したが、中絶を禁止する法律の施行に対しては、差止命令の付与を拒否した。

## 2 判決の内容

この事件において、連邦最高裁判所は、*Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973) 事件についても合同審理を行い、同日に判決している。これは、ジョージア州の妊娠中絶法の合憲性が問題となった事件である。同法は、妊娠中絶を、強姦の場合、深刻な遺伝疾患の場合及び母に深刻な障害を与える可能性がある場合に限定していた。この事件の場合には、原告は *Mary Doe* という仮名の下で争っていた<sup>29</sup>。被告とされたのは、その時点でジョージア州司法長官だったボルトン (Arthur K. Bolton) である。法廷は、七対二で、ロー及びドーの勝訴とした。判決はブラックマン判事が述べた。

マカヴィーが既に出産していたことから、ローの事件では、訴えの利益は失われていた (*moot* という) こと

が問題となった。ブラック判事は「もし出産が事件を moot にするならば、妊娠に関する事件では、滅多に事件は訴訟の審級を超えて生き残ることはできず、裁判を受ける権利は効果的に拒否されることになる」とのべて、いわゆるムートネスの法理 (Mootness doctrine) により、判決を下したものである。

判事は、合衆国憲法の下で、妊娠中絶は基本的な権利であるとし、それを制限する立法に対しては、厳格な審査基準を適用するべきだとした。

前記の通り、下級審は、第九修正による合理化を行った。最高裁判所は、そのかわりにプライバシーの権利を採用した。その根拠は、第一四修正の元となる個人の自由と州活動に対する制限である。なぜなら、第九修正では、女性が、自らの妊娠を中絶するか否かの決定権を説明するには、あまりに根拠として広すぎるからである。

ダグラス判事は、ドゥ対ボルトン事件における補足意見で、「第九修正では連邦に効力を及ぼす権利を作り出すことは明らかに出来ない」と述べている。

ブラックマン判事は、政府は競合する二つの利益を有しているという。すなわち、母の健康を守ることと、

「人間の命の可能性」を守ることである。初期の論理では、妊娠初期にあつては、処置することの方が、出生させるより容易なので、決定権は母及びその主治医にある。州には、致命的な疾患から母の健康を護る権利があり、また、母体の健康を守るといふ例外を除き、胎児の生存力に応じて措置を規制することが出来る。

### 3 反対意見

反対意見を書いたのはホワイト及びレンクイスト判事であつた。

ホワイト判事の反対意見は次の様なものである。

「私は、憲法の文言にも歴史にも、法廷意見を支持するものを見いだすことはできない。法廷はあつさりて女性の妊娠に対する憲法上の権利を新たに作り出し、告知し、それに当たってほとんど理由も権威も示しておらず、現行のほとんどの州の妊娠中絶法を書き換えることで、その本質的内容を侵害している。その結論は、五〇州の人々と立法府が合憲であるとして与えた胎児の持続的存在と発育の重要性を一方に、女性に与える衝撃を他方に置いていて。むき出しの司法権力の行使として、法廷はおそらく今

日、それを行う権威を有して居るであろうが、私の見解では、この判決は、憲法がこの法廷に与えた司法権力の派手で不用意な行使である。」

また、レンクイストは次の様に述べた。

「この結論に到達するために、法廷は第一四修正において、その起草者が明らかに全く知らない権利を見いだす必要があった。一八二一年にコネチカット州議会は最初の直接に妊娠中絶に関わる法律を制定した。一八六八年に第一四修正が成立した時、少なくとも三六の妊娠中絶にかかる法律が、州又は準州議会において制定されていた。」

このような歴史的記録から、レンクイストは、第一四修正からその様な権利を読むことに反対している。

#### 4 その後

この判決は、その後、国論を二分する大激論に発展して、今日に至っている。歴代大統領は、その多くがこの判決に批判的で、最高裁判所に保守派の判事を送り込むとしていたが、今日まで、その試みは成功せず、基本的にはこの判決の支持派の方が多数を占めている。今日までの主要な判例を紹介する。

(1) 計画出産同盟対ケイシー事件

レンクイスト・コートが取り上げた *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) は、

一九八二年ペンシルベニア州妊娠中絶管理法の合憲性を問題にした事件である。事件は、妊娠中絶を扱う五つのクリニック及び妊娠中絶を扱う医師によるクラスアクションであった。ケイシー (*Robert Patrick Casey*) は、事件当時のペンシルベニア州司法長官である。

この判決より前の時点で、ロー判決支持派のブレナン (*William Brennan*) 及びマーシャル (*Thurgood Marshall*) 両判事が引退し、代わってブッシュ大統領が任命したソウター (*David Souter*) 及びトーマス (*Clarence Thomas*) という二人の判事が最高裁に加わり、何れも前任者と比較すると保守的とみられていたことから、ロー判決は覆されることが予想されていた。

最高裁判所の判決は、普通は誰か一人の判事が法廷意見を言い渡す。しかし、この事件では、オコナー (*Sandra Day O'Connor*)、ケネディ (*Anthony Kennedy*) 及びソウターの三判事が、連名で判決を言い渡した。他の判事は、すべて一部補足、一部反対という非常に変

わった判決となった。要するに、多数意見というものが、形成されなかったのである。このため、オコナー等の意見は、法廷意見ではなく、複数意見 (plurality) と呼ばれる。

結果として見れば、この事件でも、最高裁はロー判決を五対四で維持した。複数意見が展開する議論は多岐にわたるが、ロー判決との大きな相違としては、中絶に対する制限が女性に対する「過度の負担 (undue burden)<sup>(30)</sup>」となっているかどうかという、より緩やかな違憲審査基準の導入をおこなった点がある。

(2) ステンバーグ対カーハート事件

同じくレンクイスト・コートの *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000) でも、五対四で、部分分娩中絶 (Partial-birth abortion)<sup>(31)</sup> を禁止したネブラスカ州法を違憲とし、結果としてロー判決が維持された。事件は、妊娠中絶を行う医師であるカーハート (LeRoy Harrison Carhart) 等によるクラスアクションであった。ステンバーグ (Don Stenberg) は、事件当時のネブラスカ州司法長官である。

計画出産同盟事件において、複数意見の示した「過度

の負担」基準を、法廷意見としては初めて採用した点が、大きな特徴と言える。

ただし、法廷意見を執筆したブライヤー (Stephen Gerald Breyer) 判事以外の、多数意見に賛同した判事がすべて補足意見を執筆している。また計画出産同盟事件判決で複数意見に加わったケネディ判事は、本判決では反対意見に回った。この結果、補足意見二本、反対意見四本と、判事の間でさえも、意見が依然と対立している状況が認められる。

(3) ゴンザレス対カーハート事件

ロバーツ・コートにおける *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007) 事件は、連邦最高裁判所は、部分分娩中絶を禁止する連邦法 (Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003) について、五対四で合憲と判断した。カーハートは、前記訴訟と同一人物である。ゴンザレス (Alberto R. Gonzales) は連邦司法長官である。

判旨だけを一見すると、ステンバーグ対カーハート事件判決を変更したように見える。しかし、決して、判例変更ではない。ケネディ判事による多数意見は、部分分娩中絶が常に危険であるとの議会の判断は尊重されるべ



きであり、本法は女性への過度の負担にはあたらず、これまでの判例に照らしても憲法に反しないとしたのである。この結果、ロー判決等についても、そのまま維持されたと見ることができ。

こうして、ロー判決は、歴代大統領による批判にもかかわらず、今日も有効に維持されているということができ。

## 九 報道の自由

報道の自由に関する判例も、ウォーレン・コートからバーガー・コートにかけて展開されたものであり、それは、我が国にも強い影響を与えたので、その点に重点を置いて以下、紹介する。

### (一) ニューヨーク・タイムズ対サリバン事件

ウォーレン・コートにおける *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) 事件判決は、報道と名誉毀損の戦いに大きな一頁を開いた重要判決である。この判決で、最高裁判所は現実的悪意基準 (*actual malice standard*) を打ち出した。現実的悪意とは、公人が表現行為 (典型的にはマスメディアによる報道) の対象であ

る場合、行為者が、その表現にかかる事実が真実に反し虚偽であることを知りながらその行為に及んだこと、又は、虚偽であるか否かを無謀にも無視して表現行為に踏み切ったことを原告が立証しない限り、当該表現行為について私法上の名誉毀損の成立を認めない、とするものである。

### 1 事件の概要

一九六〇年三月二九日、ニューヨーク・タイムズ紙は「湧き上がる声に耳を傾けよ (*Heed Their Rising Voices*)」という表題の全面広告を掲載した。これはアラバマ州で、偽証罪で起訴されていたキング (*Martin Luther King, Jr.*) 牧師を守るための資金を募集する広告であった。広告は、公民権運動を展開する人々に執られた措置を述べたもので、そのうちには不正確な記述もあり、アラバマ州モンゴメリーにおける警察権力の関与についてもそうした点があった。すなわち、アラバマ州警察に関して広告は「彼らはキング牧師を七回も拘留した」と述べていた。しかし、その時点で彼が逮捕されたのは四回であった。また、黒人学生が州議会議事堂の階段でデモを行った際、彼らは国歌を歌ったのであって、

「我が祖国よ、そは汝のものなり」<sup>(32)</sup>を歌ったのではなかつた。

モンゴメリー公安委員のサリバン (L. B. Sullivan) は、広告では名前が出なかつたにもかかわらず、警察活動に対する不正確な批判は、サリバンの警察を監督する義務から、サリバンに対する中傷と考えた。

アラバマ州法は、公務員が、その公務に関する名誉毀損訴訟において懲罰的損害賠償の請求をすることを認めていない。ただし、公務員がまず書面で最初の公開の撤回を要求し相手がそれに応じない場合を例外としていた。そこで、サリバンは、その要求書を送った。しかし、タイムズ紙は要求に応じなかつた。その代わりに、「私たちは：あなたがその記述がどのような方法であなたに影響すると考えているのか、困惑している」とか「もしお望みなら、広告中のどの記述があなたに関係するのかお知らせ下さい」という返事を送った。サリバンはこの手紙に返事をせず、数日後にタイムズ紙に対する名誉毀損の訴訟を提起した。サリバンは、アラバマ州裁判所で五〇万ドルの勝訴判決を得た。

## 2 判決の内容

連邦最高裁判所は、全員一致でタイムズ紙の勝訴とした。判決は、ブレナン判事が執筆した。ブレナンは次の様な文章で書き始める。

「我々は、言論と報道に対する憲法上の保護が、公務員がその公的職務の執行に対してなされた批判に対し、名誉毀損で損害賠償を求めた際における州の権力を、どの範囲で制限するかについて、初めて判断を求められている。」

そして、このような公務員に対する損害賠償については、次の様に基本姿勢を示す

「公共の争点に関する討論は政治的義務であり、それは米国政府の基本的原則でなければならぬ。それは制約されず、たくましく、広く開かれていなければならず、それが政府や公職者に対する激しく辛らつで、時には不愉快なほど鋭い攻撃を含んでいても無理はない、という原理に対する深い国民的なコミットメントの存在を背景にして、本件を処理する」

そして、この広告は、「我々の時代の主要な公共課題の一つに対する苦情や抗議の表現」であり、したがって

アラバマ州当局者は、それに軽微な誤りが含まれていても、その批判を封じることが許されないと述べた。「誤りは、自由な討議においては避けられない」とし、「表現の自由が生き残るのに必要な呼吸できる空間を持たねばならないのであれば、それは保護されなければならない。」と述べ、有名な次の言葉へつながる。

「事実誤認、公的声望に対する中傷的内容、ないしその双方は、その誤った主張に関して『現実的悪意(actual malice)』が無い限り、すなわち、その陳述が誤りであることを知り、ないしは真実を故意に無視している場合でない限り、虚偽であっても、損害賠償を正当化するには不十分である。」

こうして、例え誤りであっても、公務員に対する批判を圧殺することは、第一修正の中核的な意味と真逆のことであると宣言されたのである。

### 3 その後

この判決前に、南部諸州から、報道機関に対しておびただしい名誉毀損訴訟が提起されており、それが事実上公民権運動に関する報道に大きな制約を課していた。新聞社は、名誉毀損により損害賠償の責めを負うことを恐

れて、過剰な注意を払っていたからである。この勝利により、人種差別などに関する報道の自由が確立することになる。

二〇一四年、この判決の五〇周年を記念して、タイムズ紙は特別の社説を掲載し、事件の背景を説明し、この判決を「米国の歴史の中で、報道の自由の最も明確かつ最も強力な防衛」と評した<sup>33</sup>。

### 4 わが国への影響

我が国最高裁判所は、夕刊和歌山時事事件において、確実な資料、根拠に照らし、相当な理由のもとに真実であると確信して書いたものであれば、真実の証明がなくても処罰しない(最判昭和四四年六月二五日)としたが、ここには明瞭に、この判決の影響を認めることが出来る。

(二) レッドライオン放送会社対連邦通信委員会事件  
同じくウオーレン・コートによる Red Lion

Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969) 事件は、電波メディアにおける意見表明放送の自由をめぐる争われた。

### 1 事件の概要

我が国では、放送の許認可権は総務省が保有してい

<sup>(34)</sup>これに対し、米国では、政府機関が放送に参与する権限を認めることは、報道の自由に対する規制になるとの考えから、それは、独立行政委員会である連邦通信委員会 (Federal Communications Commission = FCC) が保有している。

FCCは、多年にわたり「公平性原則 (Fairness doctrine)」を、その基本原理とし、その制定した管理規則により、公共の問題に関する議論は、放送局によって提示されること及び論争の双方の側を公平に報道することを要求していた。後にFCCは、この具体化として、「等しい時間ルール (equal time rule)」と、「個人攻撃への反論 (response to personal attack)」ルールを追加した。

ゴールドウォーター (Barry Morris Goldwater) という政治家がいる。一九六四年大統領選挙で、民主党は、ケネディ大統領の暗殺を受けて大統領に昇格していたジョンソン (Lyndon Baines Johnson) が大統領候補になった。これに対し、共和党は、ゴールドウォーターが、ロックフェラー (Nelson Aldrich Rockefeller) ニューヨーク州知事との熾烈な指名争いに打ち勝ち、大統領候補に

指名された。著名なジャーナリストであるクック (Fred James Cook) は、ゴールドウォーターは、米国にとり、大変危険な政治家だと考え、「ゴールドウォーター：極右主義者 (Goldwater: Extremist on the Right)」という本を出版した。

この本が出版されると、保守的な福音伝道者であるハージズ (Billy James Hargis) は、「レッドライオン放送で、彼が毎日担当している「キリスト教十字軍ラジオ放送 (Christian Crusade radio broadcast)」で、クックを個人的に共産主義者だと攻撃した。そこで、クックはFCCの公平性原則に基づき、レッドライオン放送に対し、この攻撃に反論する放送時間を無料で提供するように訴えた。FCCはこれを認め、レッドライオン放送に対し、彼に放送時間を提供するよう命じた。これに対し、レッドライオン放送は、FCCの公平性原則は、レッドライオンの持つ表現の自由を侵害し、憲法違反であるとFCCを訴えた。

## 2 判決の内容

裁判所は、全員一致で公平性原則は合憲であると判決した。判決は、ホワイト判事が執筆した。

ホワイトは、「公平性原則と、その具体化としての個人攻撃や政治的社説ルールは、第一修正に違反していない。」と端的に宣言する。

そして、次の様に述べて、知る権利を正面から承認する。

「第一修正は、公共放送に関連するが、しかし、放送事業者の権利ではなく、それを見聞きする一般公衆の権利である。」

その理由として次の様に述べる。

「第一修正は、他者に使用を禁じている希少資源（電波を意味する）を使用するために政府によって認可されている放送事業者による私的検閲を保護しない。〈中略〉 FCC から認可を与えられた者は、個人攻撃や政治的な編集ルールの結果として、物議を醸す問題の報道を排除する危険は、せいぜい、投機的であるに過ぎず、いずれにしても、FCC は、この危険から保護する権限を有している。」

### (三) マイアミヘラルド社対トニロ事件

ハJ Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974) が、バーガー・コートの時代に下された判

財政改革と連邦最高裁判所(甲斐)

決である。これは、レッドライオン放送事件と密接な関連がある。すなわちレッドライオン放送事件が電波メディアに関するものであったのに対し、この事件では、紙メディアに対して、フロリダ州法が、政治的な編集をしたりした場合に、政治的な候補者に対して、新聞に等しいスペースを提供するように定めていた事が問題になったのである。

#### 1 事件の概要

一九七二年秋には、クラス担任教師協会 (Classroom Teachers Association) 事務局長のトニロ (Pat Tornillo) は、デイド郡におけるフロリダ下院議員候補者だった。一九七二年九月二〇日及び二九日と二度にわたって、マイアミヘラルド紙は、トニロの候補者としての適性を批判する社説を掲載した。

そこで、トニロは、デイド郡の市民のために、クラス担任教師協会の役割と組織の成果の役割を擁護した彼の反論を、そのまま紙面に掲載するよう要求した。ヘラルド側はそれを拒否したので、トニロは、デイド郡簡易裁判所に、載せるように命令すること、五〇〇〇ドルを超える懲罰的損害賠償を求めて、訴訟を提起した。

そこで問題となったのは、フロリダ州法一〇四・三八条が、「反論権 (right of reply)」を定めていることであつた。すなわち、

「公職の候補者が、新聞によつて彼の個人的な性格や公職の記録に関して攻撃を受けた場合には、候補者は、無料で、新聞に彼の応答を印刷することを要求する権利を有する。応答は、目立つ場所に、攻撃したのと同じ方法で表示されなければならない。法律に従わない場合は、第一級軽罪を構成する。」

そこで、新聞社側は、同条が第一修正違反であるとして争つた。第一審で敗訴したので、フロリダ州最高裁判所に飛躍上告した。州最高裁判所は、反論権条項は、「これにより、言論の自由は強化されるのであつて、侵害されるのではない」とし、さらに「情報の公衆への自由な流れにより幅広い社会的利益」が守られているとした。また、この条文は決して曖昧なものでは無いとした。そこで、新聞社側は、連邦最高裁判所に上告した。

## 2 判決の内容

バーガー・コートは、全会一致で、フロリダ州法を第一修正違反と判決した。バーガー長官自身が判決を執筆

した。

バーガーは、メディアの統合や、マスメディアという障壁により「真実のアイデアの市場 (true marketplace of ideas)」が害される危険があることを認めた。しかし、私企業としての新聞に要請できることには限界があるとした。

「被控訴人が主張するように、新聞は、放送局と違って、放送のための有限の時という技術的限界の対象ではないが、経済的な現実として、読者が受け取るべきだと政府機関が定めたり、あるいは法律が定めたりするとおりに、新聞はその紙面を無限に拡大できるということはできない。」

アクセス権法 (right-of-access statute) の適用範囲内である、議論のあるニュースまたは論評を掲載した新聞に刑罰が科せられるという事態に直面すれば、編集者として安全な方法は、論争を回避することである。それ故に、フロリダ州法の機能の下では、政治的な、及び選挙に関わる報道は鈍化され、又は縮小されることになる。」

そして、バーガーは、ここにサリバン事件における

「政府が強制するアクセス権は、必然的に活力を減衰させ、公開討論の多様性を限定することになる」という言葉を引用する。

そして、次の様に結論を下す。

「仮に、新聞がアクセス法の強制により追加の費用が発生しない場合にも、あるいは反論を掲載することにより、ニュースや意見の公表を差し控えることを強制されない場合でも、フロリダ州法は、編集者の機能へ侵入しているが故に、憲法第一修正の障壁をクリアすることに失敗している。」

### 3 我が国への影響

サンケイ新聞事件判決（一九八七年（昭和六二年）四月二四日）で、最高裁判所が展開した論理は、マイアミヘラルド事件判決ときわめて類似している。

「おわりに」

バーガー長官の任命は、冒頭に述べたとおり、最高裁の保守化をめざすニクソン大統領の政策実現の第一歩であった。しかし、ここに紹介したとおり、その後、最高

裁の進歩的傾向にそれほど劇的な変化が見られたわけではなかった。少年事件など、一部の分野での判決は、社会の変化を受けて目に見えて保守化したけれども、刑事基本権、人種問題や妊娠中絶問題では、バーガー・コートは驚くほど進歩的な判決を出し続けている。

ニクソン大統領及びその辞職後にフォード大統領が任命したその他の判事達は、レンクイストを除き、大統領が期待したほどには、保守的でなかったのである。だからこそレーガン大統領は、改めて最高裁の保守化を公約にしたのであり、一九八六年にバーガーが引退を表明すると、最高裁判事中、最も保守的なレンクイスト判事を、その後任長官に昇格させたのである。

現在のロバーツ (John Glover Roberts Jr.) 長官は、そのレンクイストの死亡を受けて、ブッシュ大統領によって二〇〇五年に任命された。レーガン政権時代にはホワイトハウス法律顧問を務めており、その意味で、保守派である事は明らかと言える。

しかし、妊娠中絶に関する判例などを見る限り、大統領の期待は、その後も裏切られ続けていると言えそうである。ウォーレンの引き起こした社会の変革は、定着し

たと見ることができるとも思う。

- (1) アポロ計画の費用等については、次のサイトを参照。  
[http://history.nasa.gov/SP-4029/Apollo\\_18-16\\_Apollo\\_Program\\_Budget\\_Appropriations.htm](http://history.nasa.gov/SP-4029/Apollo_18-16_Apollo_Program_Budget_Appropriations.htm)
- (2) トンキン湾事件は、一九七一年にニューヨーク・タイムズがスクープしたペンタゴン・ペーパーズ (Pentagon Papers) により、米軍の捏造である事が明らかにされた。  
ペンタゴン・ペーパーは、国防総省国際安全保障局でまとめられた「History of U.S. Decision-Making Process on Viet Nam Policy, 1945-1968」という、ルーズベルト時代から始まる、ベトナム戦争に関する極秘報告書である。この中に、トンキン湾事件に関する真相も書かれていた。  
ニューヨーク・タイムズが記事を掲載すると、ニクソンは事態を重視し、国家機密文書の漏洩であるとして記事差止めを求め連邦地方裁判所に提訴した。一審では却下され、控訴審では勝ったが、結局連邦最高裁判所では「政府は証明責任を果たしていない」という理由で却下された (New York Times Co. v. US, 403 U.S. 713 (1971))。  
なお、この文書は、二〇一一年六月に機密指定が解除されたので、現在では米公文書館公式ウェブサイトで全文が読める。
- (3) <http://www.archives.gov/research/pentagon-papers/>  
ベトナム戦争の経費等については、次のサイトを参照。  
<http://thevietnamwar.info/how-much-vietnam-war-cost/#sthash.F2D250if.dpuf> <http://thevietnamwar.info/how-much-vietnam-war-cost/#sthash.F2D250if.dpuf>
- (4) 我が国は、ニクソンから約半年遅れた一九七二年九月二五日に、田中角栄内閣総理大臣が北京を訪問し、同二九日、「日本国政府と中華人民共和国政府の共同声明」(日中共同声明) を行った。それに伴い、日本はそれまで国交のあった中華民国に断交を通告した。その結果、中華人民共和国との国交正常化は日本の方が、米国より早かった。
- (5) 米国の財政法制度に関する詳細については、拙著『憲法法規と財政原理』(八千代出版一九九六年刊) 参照。
- (6) 建国から一〇〇年たった一八八〇年ごろには、既に一四の支出充当法が、八の委員会で別々に作られるようになっていた。小峰保栄著『財政監督の諸展開』大村書店一九七四年刊五二七頁参照。なお参照 W.F. Willoughby, "The National Budget System with Suggestions for Its Improvement" the Johns Hopkins Press, 1927, pp8,9,12
- (7) 第一六修正による所得税制の導入について、詳しくは、「ポロック対農民貸付信託基金事件」拙稿「第一四修正と裁判所」日本法学七九貫二号、一八二頁以下参照。
- (8) 合衆国憲法では、大統領が議会に法案を提出する権



限は認められていない。そして、予算は本文で述べたとおり、形式的に法律とされるから、大統領は予算教書を送付することはできるが、あくまでも勧告である。予算の提案は、別途議員が行う。

(9) 現在の米会計検査院は、略称は同一であるが、正式名称は Government Accountability Office というものとなっている。二〇〇四年 GAO 人的資源改革法 (GAO Human Capital Reform Act of 2004) により、より良くその業務内容を示すものとして、このように改名された。

(10) Food stamps：公的扶助の一つで、日本における生活保護と同様の低所得者向けに行われている食料費補助対策である。日本の生活保護の場合には、食料費が必要と認定しても現金で給付されるため、受給者が賭博や酒等の嗜好品に浪費することを防ぐことは困難である。この制度は、食料の購入にしか利用できない金券を交付するという手段を採用している点に特徴がある。そして、本文に述べたとおり、一般法で支給が定められており、予算には計上されていない。

一九六四年、ジョンソン大統領が貧困対策の一つとして制度化した。当初はさほど重要視されず一九八〇年代の一時期には予算の削減も行われたが、受給者資格は、選挙の機会を通じて拡大するようになったことから、一九九〇年代以降、政争のテーマとしてしばしば取り上げられるようになった。二〇〇〇年代に入ると対象枠の

拡大とともに所得格差が進行したこともあり、受給者層が拡大した。例えば二〇〇四年度に約二、二〇〇万人であった受給者は、二〇〇七年度には約二、八〇〇万人へと拡大した。二〇〇八年、ブッシュ大統領は肥大化するフードスタンプ制度について異議を唱え、受給資格を拡大する農業法案に対して拒否権を発動したが、選挙間近という状況もあり、下院議会は大統領拒否権を覆す大差で法案を可決した。

(11) アメリカにおける租税支出についての日本語の文献としては、石村耕治『アメリカ連邦税財政法の構造』法律文化社一九九五年刊一四頁以下が詳しい。

(12) 到着時死亡 (dead on arrival = DOA) とは、戦場で兵士が負傷し、野戦病院に運ばれても、到着時に死亡していれば、記録に DOA と書かれるのみで、何の措置もされないことをいう。転じて、役に立たない装置や制度をこう蔑称する。予算教書に関して、この表現が使用されることはしばしばある。例えば次を参照。

John A. Marini "The Politics Of Budget Control: Congress, The Presidency And Growth Of The Administrative State" Taylor & Francis (1992) P.157

(13) 最初に予算執行を留保した大統領は、第三代ジェファソン大統領で、一八〇三年にガンボートに対し配賦された五万ドルの予算の執行を拒否したという (出典 = Warren J. Archer "Presidential Impounding of Funds:

The Judicial Response” P.328)。

(14) 田中治『アメリカ財政法の研究』信山社一九九七年刊六二頁で、田中はニクソンの執行留保を「議会が確定した国家政策の優先順位の総合的再編成手段としての性格を付与した」と評価している。

(15) 注一四引用書で、田中は、一般的裁量権としては、次のような主張を紹介している。

「憲法二条一節一項の『執行権』(executing power)の解釈により、大統領には固有 (inherent) かつ默示的な (implied) 権限が認められており、執行留保はこの権限の行使と考えられるとするものがある。現代の予算制度にあつては、首尾一貫した目的生産物の形成 (fashioning a coherent end product) を目的として執行部の管理手段が行使されねばならず、大統領が予算制度および国民経済に対して有する一般的な裁量的管理機能は、係る憲法上の根拠に立つものであり、このことは、とりわけ、議会が予算市支出の対象者または具体的な金額を明文で指定しない場合に妥当する、とされる。」(同書六九頁)

(16) 注一四引用書で、田中は財政赤字防止法の拡大解釈の手法として、次のように紹介している。

「節約を実行するための留保金設定要件である『異なる事情 (other developments)』の発生については、個々のプログラムとの執行に関連するか否かにかかわらず、プログラムに対する支出を削減することにより節約を実行す

ることを必要とするとの行政官の判断に基づく『異なる事情』と広く解されるべきであり、したがって、インフレーションの昂進が予算制定後の『異なる事情』に当たるとの判断のもとに節約を行うことは、財政赤字防止法の承認するところである、と主張される。」(同書六七頁)

(17) 注一四引用書で、田中は一九四六年雇用法 (Employment Act of 1946) および一九七〇年経済安定法 (Economic Stabilization Act of 1970) とこの二つの具体例を挙げている (同書六八頁)。

(18) 裁判で、執行留保が争われた事件は極めて多数に上り、米国では、その点を専ら取り上げた専門書が刊行されているほどである。注一四引用書において、田中は、San Francisco Redevelopment Agency v. Nixon, 329 F. Supp. 672 (N. D. Cal 1971) 以下、多数の判決を、四〇頁近くを投入して紹介している。

(19) トレイン対ニューヨーク市 (Train v. City of New York, 420 U.S. 35 (1975)) : ニクソン政権は、一九七一年連邦水質汚濁防止法改正法 (Federal Water Pollution Control Act Amendments of 1972) に従い、連邦政府に対し金銭的援助を求めている州に、行政府には、議会によって割り当てられたすべての資金を支出する義務はないとした見解をとり、執行留保を命じた。その法律は、環境保護基金に対して支出を命じるもので、ニクソンは法律に対して拒否権を発動したが、議会によって覆され

て成立していたのである。

トレイン (Russell E. Train) は、その時点で連邦環境保護庁 (United States Environmental Protection Agency, Ⅱ EPA) 長官であったが、このニクソンの命令を遵守した。ニューヨーク市その他の自治体は、自治体の下水道や水処理工事の建設を助成することを目的とされた資金の将来における受取人として、議会によって授権された全額の支出を求めてトレインに対し、直ちに訴訟を提起した。

判決は全員一致で、政府側の敗訴となった。最高裁判所は、第一に、同法の文言は、その一部の支出を命じるとは読めないとし、第二に、立法経緯を調査しても、その様な趣旨は認められないとした。

(20) 本章で行っている七四年法の紹介は、あくまでも財政制度のアウトラインを理解し得る限度にとどめている。その詳細な内容に関する日本語の文献としては、田中治「アメリカにおける予算執行留保の法的コントロール」民商法雑誌八二巻三、四、五、がある。

(21) 当時の一二の所管別の支出充当法とは次のとおりである。

- ① 農務省及び関連機関支出充当法
- ② 国防総省支出充当法
- ③ コロンビア特別区支出充当法
- ④ エネルギー・水資源開発支出充当法

財政改革と連邦最高裁判所 (甲斐)

- ⑤ 対外援助支出充当法
- ⑥ 住宅都市開発省、復員軍人局、NASA支出充当法

法

- ⑦ 内務省及び関連機関支出充当法
- ⑧ 労働省、保健・福祉省、教育省支出充当法
- ⑨ 立法府支出充当法
- ⑩ 商務省、司法省、国務省、司法府支出充当法
- ⑪ 運輸省及び関連機関支出充当法
- ⑫ 財務省、郵政公社、一般政府支出充当法
- ⑬ 軍事建設支出充当法

(22) 支出充当法に基づく正規の財政支出に裏口支出に基づくものも加えた、すべての支出の法的根拠を予算権限 (budget authority) といい、その新規追加を新規予算権限 (new budget authority) としう。

(23) 連邦地方裁判所判決については、Synar v. United States, 626 F.Supp. 1374 (DC 1986) 参照。

(24) 移民局対チャダ判決 (INS v. Chadha, 462 U.S. 919 (1983))：移民及び国籍法 (Immigration and Nationality Act) 二四四条 (a) (1) は、移民局 (Immigration and Naturalization Service = INS) に対し、七年以上継続的に米国内に居住していた外国人の国外追放に当たり、司法長官に「国外追放が著しい困難を来す場合」に、それを延期する権限を与えていた。司法長官は、その様な措置を執った場合には、これを上下両院に報告する義務

があり、その場合に、上院ないし下院は、その措置を拒否する権限が与えられていた(同法二四四條(c)(2)参照)。

チャダ (Jagdish Rai Chadha) は、インド人の両親の下に英領ケニアに生まれた。留学生として、英国パスポートでオハイオに滞在している最中に、ケニアは英国からの独立を宣言した。独立後、彼は、両親がインド人であるため英国人とは認められず、またケニア生まれであるため、インド人とも認められず、無国籍者となった。移民局は彼を国外追放にしようとしたが、彼の申請に基づいて司法長官は、追放の延期を決めた。しかし、議会はこれに拒否権を発動した所から、チャダはINSを相手取って訴えを提起した。

連邦最高裁判所は、一院による議会拒否権 (legislative veto) は、二院制及び権力分立制に違反すると判決した。

(25) *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972) は、米林野庁 (United States Forest Service = USFS) が、セコイア国立公園 (Sequoia National Park) 内のミネラルキング (Mineral King) 溪谷の開発を承認したのに対し、シエラ・クラブが異議を申し立てた事件である。しかし、連邦最高裁判所は、自然保護団体の原告適格を承認しなかった。

(26) 象徴的言論に関しては、この判決の前年に下された *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968) 事件が有名である。ベトナム戦争への反対の意思表示として、徴

兵令状を焼却した行為に対し、オプライエン・テストを開発して審理した点で、同事件は有名である。

(27) マクラフリン対フロリダ州事件 (*McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184 (1964)) : フロリダ州刑法七九八・〇五条は、次の様に定めていた。「婚姻していない黒人男性及び白人女性ないし白人男性と黒人女性が同棲し、夜間に同じ寝室で過ごしている場合には、一二ヶ月を超えない期間拘留するか、もしくは五〇〇ドルを超えない科料に処するものとする。」

ウォーレン・コートは、これを全会一致で違憲とした。なお、この規定は、不倫及び不品行を処罰するフロリダ州法の一部である。同法の他の規定は、すべて実際性的関係があったことの証明を求めているのに対し、同条のみは同棲を処罰対象とし、また、黒人と白人のカップルのみを処罰対象としていた。このような規定は、一九六七年まで南部諸州に一般的に見られた(それらが違憲であることについては、*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) 判決がある)。

(28) 米法律協会 (The American Law Institute = ALI) は、一九三二年に設立された、ペンシルベニア大学ロースクールの近くに本部を置く団体で、米国のコモンの明確化と簡素化、社会的ニーズの変化への適応を促進するために活動している。

(29) *Doe v. Bolton* 事件で、仮名を与えられた原告は、三

人の子どもの母で、訴え提起当時二二歳のカノ (Sandra Cano) という女性であった。二〇〇三年になって、カノは、彼女自身は妊娠中絶合法化に反対だったのに、ヘイムズ (Marge Pitts Hanes) 弁護士に騙されて原告になったと、ヘイムズ弁護士を訴えた。しかし、連邦地裁・高裁はいずれも訴えを退け、最高裁判所は上告を受理しなかった。

(30) 過度の負担基準は、City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 U.S. 416 (1983) 事件において、オコナー判事が、その反対意見において開発していた基準である。この事件では、連邦最高裁判所は、オハイオ州妊娠中絶法のいくつかの条文を違憲としていた。

(31) 部分分娩中絶・妊娠初期を過ぎると、母体の負担が大きく、通常の妊娠中絶が出来なくなる。その場合に、胎児の手足などを強制的に体外に引き出すと、分娩が起こり、結果として妊娠中絶となるという手段による妊娠中絶法である。

(32) 歌詞の第一節から「我が祖国よ、そは汝のものなり (My Country, 'Tis of Thee)」という表題で知られるこの歌は、スミス (Samuel Francis Smith) が一八三一年に作詞した歌で、英国国歌『女王陛下万歳 (God Save the Queen)』と同一の旋律で歌われる。別名を「米國 (America)」と云ふ、『星条旗 (The Star-Spangled Banner)』が、一九三一年に公式に合衆国国歌として定

められる前は、事実上の合衆国国歌として、しばしば歌われていた。

(33) ニューヨーク・タイムズ紙の社説については、次のサイトを参照。

[http://www.nytimes.com/2014/03/09/opinion/sunday/the-uninhibited-press-50-years-later.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2014/03/09/opinion/sunday/the-uninhibited-press-50-years-later.html?_r=0)

(34) 我が国においても、第二次大戦後、GHQの示唆により、独立行政委員会である電波監理委員会が一九五〇年(昭和二五年)に設けられていた。しかし、一九五二年四月にサンフランシスコ講和条約が発効し、日本の主権が回復すると、七月三十一日に「郵政省設置法の一部改正に伴う関係法令の整理に関する法律(昭和二七年法律第二八〇号)」により、電波監理委員会は郵政省に統合された。その後、郵政省の廃止に伴って総務省に移管された。その間、何度か独立行政委員会化が検討されたが、実現せず、今日に至っている。



# 経営破綻した大手スーパーの社債の購入者らによる、 社債販売会社（証券会社）、社債管理者（銀行）に 対する損害賠償請求に関する事件

（マイカル投資家訴訟名古屋事件・名古屋高判平成二十二年五月二十八日  
判時二〇七三二号四二頁、判タ一二三三六号一九一頁（変更・確定））

松 嶋 隆 弘

## 【事実の概要】

### 1. 原告及び被告

X（原告、控訴人）らは、M（マイカル）が発行した無担保社債（第九回債、第二六回債、第二七回債）を購入し同社の更生計画に基づいて一部のみの償還を受けるにとどまった社債権者である。Xらの詳細は、末尾の別

表記載のとおりである。

Y<sub>1</sub>証券（被告、被控訴人）は、前記社債発行の主幹事・引受証券会社であって、かつ、Xらに対して本件各社債を販売した証券会社である。

Y<sub>5</sub>銀行（被控訴人）は、前記各社債の社債管理者であつたY<sub>2</sub>～Y<sub>4</sub>（被告）の権利義務を承継した者である。

	第9回債	第26回債	第27回債		
Y <sub>2</sub>	○	○	○	→権利義務を承継	→Y <sub>5</sub>
Y <sub>3</sub>		○	○	→商号変更	
Y <sub>4</sub>	○		○	→権利義務を承継	

Y<sub>2</sub>～Y<sub>4</sub>は、いずれもMの主要取引銀行であった。

2. Mの概要、破綻に至る経緯等

(1) Mは、大阪市中央区に本店を置く株式会社であり、ファッション専門店「サティ」、総合スーパー「ビブレ」における総合物販営業を主たる業務としていた。また、Mグループと呼ばれる企業グループを形成していた。

(2) Mは、昭和五七年以後、「脱スーパー路線」を推進し、都市の若年層を対象としたファッション専門店「ビブレ」を全国展開し、さらに、昭和五九年からは、郊外のニューファミリー層を対象とした総合スーパー「サティ」を全国展開していた。このような店舗拡大路線にもかかわらず、平成四年ころから売上高は次第に減少していった。また、Mは、いわゆるバブル経済期に、店舗拡大と並行してリゾート開発や複合都市開発事業

等の諸事業を積極的に展開した。Mは、これらの事業資金の大部分を金融機関からの借入れや市場からの直接金融（社債の発行）によって調達していたが、バブル経済の崩壊により事業投資額に見合う収益をあげることができず、大幅な経常損失が発生した。

(3) 上記の次第で、Mは、平成一一年二月期決算において、連結ベースで三五五億八一〇〇万円もの当期損失を計上し、九三八〇億七九〇〇万円の有利子負債を抱えることとなり、平成一一年二月、「中期経営計画」と題する五か年にわたる再建計画（五年後の平成一六年二月期の時点で、連結ベースの有利子負債を七〇〇〇億円台にまで削減し、収益改善を図るといふもの）を作成、再建に着手した。ところが、その遂行に当たって、店舗閉鎖費用、退職金費用等として新たに一二〇〇億円以上の資金調達を行ったため、有利子負債は更に増大し、収益が改善されるには至らず、平成一二年二月期決算においても、連結ベースで五九億一二〇〇万円の当期損失を計上した。

(4) そこでMは、平成一二年一月二八日に本件二六回債（額面一〇〇万円、発行価格一〇〇万円、利率年



二%、償還期限平成一六年一月二八日)を、平成一二年一〇月一二日に本件二七回債(額面一〇〇万円、発行価格一〇〇万円、利率年三・二五%、償還期限平成一六年一〇月一二日)を、それぞれ個人向けのリテール債として発行した。Y<sub>1</sub>は、本件各社債の主幹証券会社として、本件二六回債については発行総額四〇〇億円のうち三〇〇億円を引受金額として、本件二七回債については発行総額五〇〇億円のうち三〇〇億円を引受金額として、その引受人となった。なお、本件二七回債の募集要項には、「当社は、本社債の未償還残高が存する限り、当社の決算期の末日における監査済の貸借対照表(財務諸表等規則による。)に示される資本の部の金額を二二三億円以上に維持しなければならない。」とする純資産額維持条項(以下「本件純資産額維持条項」という。)が記載されており、本件二七回債についての管理委託契約証書二七条一項においても、Mは、本件二七回債の未償還残高が存する限り、その「決算期の末日における監査済の貸借対照表(財務諸表等規則による。)に示される資本の部の金額を二二三億円以上に維持しなければならない。」と定められていた。

(5) さらにMは、平成一三年一月二四日付けで、新たに三か年の再建計画「CMP」を策定し、これに基づいて、赤字店舗の閉鎖、子会社の整理・再編、保有資産の売却、人員削減等のリストラ処理を敢行することとした。しかし、この計画発表後もMの売上は伸び悩み、次第に取引先における信用不安が広がり、一部金融機関から元金の返済要求を受けるに至った(平成一三年二月初期の決算においては、Mは、単独でも約六二〇億円の当期損失を計上し、連結ベースでの当期損失は約八七三億円)。

(6) かような中で、Mは、前記CMP実行のため、Y<sub>2</sub>らとの間で、平成一三年二月一五日、貸越極度額総額八〇〇億円の当座貸越契約を締結した。

(7) Mは、平成一三年二月一五日、その担保のため、<sup>①</sup>関連会社と「担保に関する念書及び協定書」(本件協定書・関連会社は、Y<sub>2</sub>からの請求があり次第、MのY<sub>2</sub>らに対する本件各貸越契約に係る債務の担保として、その保有する株式(本件担保株式)を差し入れることを確約する)を取り交わした。そして、Mは、Y<sub>2</sub>に対し、平成一三年三月二二日及び同年六月一日、本件担保株式を

「保護預り品」保管依頼書に基づき、引き渡した。さらにMとY<sub>2</sub>らは、平成一三年八月一五日、本件協定書に基づき、「有価証券担保差入契約証書」を交わした。

(8)．さらにMは、同年八月一五日、Y<sub>2</sub>との間で貸越極度額五七〇億円の当座貸越契約二を締結した。Y<sub>2</sub>は、Mの関連会社との間で、債権担保供与に関する合意をした。

(9)．以上の策も功を奏さず、Mは、平成一三年九月一四日、東京地方裁判所に民事再生手続開始の申立てをし、同月一八日、同手続開始決定を受けたが、その後、同年一月二二日、同裁判所に会社更生手続開始の申立てをし、同年一二月三一日、同手続開始決定を受け、民事再生手続が会社更生手続に移行し、平成一五年九月三〇日、更生計画案が可決された。

上記更生計画案において、本件九回債は額面一〇〇万円当たり一〇万四一九六円（元利についての弁済率一〇・二％）に、本件二六回債は額面一〇〇万円当たり三〇万六〇六〇円（同三〇％）に、本件二七回債は額面一〇〇万円当たり三〇万九四〇六円（同三〇％）に、それぞれ権利変更され、残額につき免除されるものとされ

た。

3. そこでXらは、①. 上記社債を販売したY<sub>1</sub>に対し、その販売時にこれを投機的とする格付の存在や社債の市況等を控訴人らに説明する義務を怠り、また、その販売後にも情報提供や助言をする義務を怠ったことにつき、民法七〇九条の不法行為責任又は民法七一五条の使用責任があるとして、②. 上記社債の社債管理会社であったY<sub>2</sub>等（後にY<sub>5</sub>が承継）に対しては、M破綻のわずか一か月前にMやその関係会社から担保の供与を受けたことにつき、旧商法三二一条の二（会社法七一〇条）第二項の責任又は同条一項の責任（旧商法二九七条の三（会社法七〇四条）違反。）があるとして、連帯してXらの被った損害の賠償とその遅延損害金の支払を求めた。

4. 原審は、Xらの請求をいずれも棄却したところ、Xらがこれを不服として控訴。

## 【判旨】

### 1. 説明義務違反について

(1) 証券取引における説明の必要性と説明義務の根拠

本判決は、「証券取引は、当事者に大きな利益と損失とをもたらす得るから、証券取引をするには、その仕組みを理解し、自己の判断で利益がでて損失がでて、それは自己の投資予判断の結果であるとして、これを甘んじて受ける覚悟のできていることが必要」であり、取引に習熟したいいわゆる機関投資家等のプロの投資家「でない者は、その知識、能力等に応じて、必要な説明を受け、仕組みを理解して取引をすることが必要である」とした上で、証券としての社債の取引を勧める証券会社と社債を購入する投資家との間に信義則上生じる義務としての説明義務の発生根拠として、① 社債の商品特性、② 一般投資家と証券会社との証券及び証券取引についての知識、経験、情報収集能力、分析力等についての差、③ 証券会社が利益を受けることを指摘する（ちなみに① について本判決は、「社債には、一般投資

家に馴染みのある電力会社債などが含まれ、社債は、銀行金利より高い利回りで償還時期に利益を上げられる安全な商品というように理解されることが多い。しかし、そのような投資家も、安全ということの意味、内容、真偽、社債の償還期前の市場での換金の可否、その価格、利率（流通利回り）等の具体的仕組み等について必ずしも知っているわけではないと考えられる。これに対し、株式は、価格が上下して安全とはいえないものの、市場での売買が自由であるということ、投資商品としての性質が単純であるため、投資家以外の人を含め、多くの人に知られていると思われる。発行会社が倒産する場合には、株式も社債も投下資金が回収できないこととなり損失を被る点では共通するが、中途換金の容易な株式は会社が倒産する以前に換金することで価格低下の損失を少なくすることができるのに対し、社債は、償還期まで保有していて、本件のように大きな損失を被る危険が数は多くはないにしても存在する。このように社債は、大きな利益をもたらすものではないものの、低金利時代には預金よりは高利であり、また損失を及ぼす機会が少ない点に長所のある商品であるが、一度損失が生じるとき

には大きな損失をもたらすものである。」と述べる。)

その上で、投資家の知るべき事項 (不可欠の説明事項) として、(1)・本件のように発行会社が倒産すれば、予定した償還はされないこと (従前、発行会社の債務不履行例があまり見られず、また危機状態があっても、いわゆるメインバンクが救済すること等により、社債発行会社の社債権者に対する不払い事例が少なかったが、それは、事実上の現象にとどまる)、(2)・社債発行会社の信用リスクを知るための方法 (格付け情報や流通価格、発行会社の業況の把握) 及び信用リスクの回避方法 (途中売却は証券会社との相対取引となり売却価格の定め方は日本証券業協会公表の気配値に依拠すること、発行会社の業況が悪化しているほど中途売却価格は下がること、場合によっては売却が難しくなるなどの流動性リスクがあること等のいわゆる流動性リスク) をあげる。

かかる一般論の後に、個別の検討に移り、下記の  $X_1$  及び  $X_3$  につき、説明義務の違反をそれぞれ認めた。

(2)・ $X_1$  について

「無経験の  $X_1$  にそれと分かって社債の購入を勧誘したのであり、勧誘に当たっては、 $X_1$  の上記のような理解の

程度に応じ、債券の発行会社が倒産した場合には満期時の償還額が債券の元本額を割り込んだり償還不能の事態に至ることがあり得ることなど、社債取引に伴うリスクの内容、その要因や取引の仕組みの重要部分について説明すべき義務があるにもかかわらず、そのことを説明することがなかったというべきであり、そのため、安全な元本の運用を計画していた  $X_1$  は、客観的には元本割れの可能性もあつた本件二六回債をそのような商品とは思わず定期預金類似のものと錯覚し、また中途換金の手段等を知らないまま購入し、損害を被つたのであり、 $Y_1$  証券の従業員……には、これにつき説明義務違反があるというべきである。」

(3)・ $X_3$  について

「元本の安全性を重視したいとの希望を表明し、あまり効率のよい蓄財を考えているわけでもなく、証券取引の実際上の経験の豊富でもない  $X_3$  に対し、……、二六回債につき、本人の疑問を断定的に打ち消すだけで、そのような疑問を抱く  $X_3$  にその時点での発行会社の業況を教えたり、あるいは調べる方法を教示したりして、判断させる等することなく、勧誘から四日後の注文にまで進展

させており、説明義務違反があるというべきである。」

## 2. 社債管理者の責任について

「旧商法三二一条の二第二項は、社債発行会社に対して貸付債権を有する銀行等が同時に社債管理会社でもある場合について、社債管理会社でありながら自己の貸付債権の優先的回収をはかる利益相反行為を防止する趣旨で設けられたものであるが、経済的窮境に陥った社債発行会社に対して社債管理会社が担保を徴して救済融資を行うことは、これを機会に自己の従前からの債権の優先的な回収を図るなどの行為に及ばない限り、原則として、社債発行会社及び社債権者にも有利であるから、社債管理会社が誠実になすべき社債管理を怠らなかつた場合（同項但書）に当たり得るといふべきである。というのは、救済融資は再建計画の実行を容易にさせるとともに、社債発行会社についての信用不安の高まりから破綻に至る危険性を低下させ、再建可能性に結びつくものであり、他方、救済融資を絶つことは、社債発行会社の倒産を意味し、社債権の全額償還にも支障が生じかねず、また、担保供与なくしてこのような救済融資を行うことは社会

通念上期待し得ないからである。」

「救済融資をするか否かの判断が必要な場面においては、再建の可能性について詳細に調査検討する時間や判断資料が限られている場合があること……、再建を果たす上で支障となっている事情は個々の事案によって様々で、その再建計画内容そのものの性質上種々の流動的な要素も含むこと、したがって、再建の予測可能性についての評価も決して一様ではないこと、更に、再建の見込みについて高度なものを要求すると、社債管理会社が主力銀行である場合に、救済融資に消極的になり、そのため社債発行会社が他行からも融資を得られず、結局、救済融資によって再建可能な場合にまでその道を閉ざしかねないこと等を併せ考えると、社債管理会社の担保取得を伴う救済融資を実行するに当たっては、自己の従前の貸付債権を回収することを目的とするのでない限り、発行会社にある程度の再建の見込みがあれば足り、必ずしも「相当程度確実な再建の見込み」がなければならぬというものは相当ではなく、後者を要件とすべき旨のXらの主張は採用することができないといわざるを得ない。」

上記の判示に続き、本判決は、本件救済融資に至る経

緯を認定した上、本件救済融資は、「急速に広まったMに対する信用不安に対処するためのCMP実施にかかるつなぎ資金の担保としてされた救済融資であり、本件担保株式はその担保として供されたのであって、従前の貸付金債権の優先的な回収を図るためにされたわけではないから、Y<sub>2</sub>銀行ら三行の社債管理会社が、本件各貸越契約に係る債務の担保として本件担保株式の担保供与を受けたことは、誠実になすべき社債管理を怠らなかつた場合に当たるといふべきである。」ものと判示した。

## 【解説】

### 1. 本判決の意義

本判決は、Mの破綻により、その発行にかかる社債や転換社債を購入した一般投資家が損害を被つたとして、販売証券会社に対して各地（東京、名古屋、大阪）で提起した集団訴訟事件のうち（東京事件<sup>①</sup>につき東京高判平成二一年四月一六日判時二〇七八号二五頁、大阪事件につき大阪高判平成二〇年一月二〇日判時二〇四一号<sup>②</sup>、名古屋事件に関する控訴審判決である。また、

それとは別に、Y<sub>5</sub>に対し社債管理者としての責任を追及する事件（東京事件<sup>②</sup>・東京地判平成一九年八月二八日（平一六（ワ）二一五五四四号・平一八（ワ）一一八五一号）<sup>③</sup>）もある。

販売証券会社に対する請求については、各地とも原審では、一般投資家が全面敗訴であつたのに対し、控訴審では、いずれも一部逆転勝訴で、しかも購入時からの遅延損害金が認められている。名古屋事件に関する本件は、販売証券会社だけでなく社債管理者をも被告に加えており、この点が、同一の集団訴訟事件でありながら、前記各判決と比べ、本判決が異なる点である。以下、説明義務、社債管理者の責任に分けて、本判決の中身を検討する。

### 2. 説明義務

#### (1) 意義

説明義務について、金商法は、信用格付業者として登録をせずに信用格付を行う場合の規制（金商法三八条三号、金商業府令一一六条の三）<sup>④</sup>を除くほか、特段の規定を置いていない。他方、金販法は説明義務につき、詳細

な規定を置き（三条以下<sup>⑤</sup>）、金融商品販売業者も当然に同法の適用を受けることになる。多数説は、金販法が適用されると否とに関わらず、誠実義務（金商法二二八条）や信義則を根拠に、金融商品取引における説明義務の存在を認め、その違反は民法上の不法行為責任を構成するものと考えている<sup>⑥</sup>。

## （2）才口補足意見における「指導助言義務」

さて説明義務に関し重要なのは、その具体的な中身である。この点において参考にされているのは、最判平成一七年七月一四日民集五九卷六号一三二三頁における才口千晴裁判官の補足意見である。前掲最判平成一七年七月一四日は、証券会社の担当者が顧客である株式会社に対し株価指数オプションの売り取引を勧誘してこれを行わせた場合において、適合性原則違反による損害賠償責任の有無が争われた事案である<sup>⑦</sup>。前掲最判平成一七年七月一四日の補足意見において才口裁判官は、「経験を積んだ投資家であっても、オプションの売り取引のリスクを的確にコントロールすることは困難であるから、これを勧誘して取引し、手数料を取得することを業とする証券会社は、顧客の取引内容が極端にオプションの売り取

引に偏り、リスクをコントロールすることができなくなるおそれが認められる場合には、これを改善、是正させるため積極的な指導、助言を行うなどの信義則上の義務を負う」として、「指導助言義務」につき言及された。このような「指導助言義務」が觀念される場合、広義の適合性原則の場合のみならず、狭義の適合性原則違反の場合においても<sup>⑧</sup>、説明義務違反が生じ<sup>⑨</sup>、説明義務と適合性原則とがオーバーラップすることになる。そしてこれ以降、才口意見における「指導助言義務」は、この手の証券取引被害対策弁護団事件における説明義務の理論的よりどころとされる。現に、本件においても、Xサイドは主張において、才口意見を引用し、「購入後の説明義務違反」の主張をしている。

## （3）関連事案における説明義務

続いて、関連事件である大阪事件に関する前掲大阪高判平成二〇年一月二〇日東京事件①に関する前掲東京高判平成二二年四月一六日、をみてみよう。

「大阪高判平成二〇年一月二〇日」

まず、大阪事件に関する前掲大阪高判平成二〇年一月二〇日であるが、この事件では一三名中三名について

説明義務違反(不法行為)による損害賠償が認められている。大阪高裁は、説明義務についての一般的判示を述べ、<sup>⑩</sup>次いで、本件各社債の具体的信用リスクを示す重要な情報として、①. Mの経営状況(赤字計上や再建計画実施後も有利子負債が増大していたことなど)、②. 格付の存在(指定格付機関四社のうち二社が投機級の格付をしており、一部の指定格付機関では格下げも実施されていたことなど)、③. 信用リスクの増大(流通利回りが上昇し続け、国債との利回り格差も拡大していたこと)の三点を指摘し、このうち②・③.については、顧客の属性に応じて情報の提供や説明を行うべき義務を有する場合があるとした。<sup>⑪</sup>

その上で、投資家毎に個別の検討を行い、退職金による中期国債ファンド購入しか投資経験がなかった無職の男性(格付けは全く告げられていなかった)、投資経験がなく運用の相談のために証券会社を訪れた際にM債を勧められた会社員の男性(投資適格の格付けとだけ告げられていた)、僅かな株式(但し妻名義)や投資信託の経験はあったものの勧誘当時は元本の安全性にこだわっていた会社員の男性(但し妻が取引の窓口になっ

た・投資適格の格付けだけが告げられていた)の三名につき、説明内容は「元本償還の確実性にかかる具体的信用リスクの有無、程度といった検討を不要ならしめるものであったというべきであり、……具体的に信用リスクに関する情報を提供してこれを説明する義務を怠ったものと認められる」などとして、不法行為の成立を肯定した。

〔前掲東京高判平成二二年四月一六日〕

次に、東京事件①に関する東京高判平成二二年四月一六日についてであるが、本件も一部逆転勝訴である点で、大阪事件、本件と同様である。特徴をあげると、①. 「証券会社である被控訴人らは、信義則上、高齢者や高齢者で理解力の劣る者や投資資金が老後の生活資金である者等投資不適格者に対しては本件各社債を購入しないよう指導助言すべき義務があり、また、購入した本件各社債について継続的な指導助言を受けることができる権利ないし利益があると認められる控訴人に対しては、本件各社債の購入後といえども、指導助言をなすべき義務(購入後の指導助言義務)がある」と総論的判示を行っていること、②. 日本証券業協会が発表していた気配値



(基準気配)と相当の乖離がある価格(一人は気配値八八円四九銭に対し九七円一〇銭、一人は気配値八九円七八銭に対し九七円七九銭)により社債販売が行われた二つのケースについて、気配値は、本件社債を購入するか否かを決定する上において重要な事項であったとして、説明義務違反を認めていること、③・平成一二年一〇月に第二七回債を購入した後、平成一三年四月に買い増しとして既発の第二六回債が買い付けられたケース(投資家は母子の二名で子が母の代理人も兼ねて取引を行っていた)につき、販売後にMでは重要な経営状態の変更があったのであるから、少なくとも平成一三年一月に社長の辞任発表や、従前の再建計画を断念しての新たな新経営再建計画の発表があったこと、平成一三年二期の決算内容(従前よりさらに悪化していた)、これらに伴い格付けの低下が予想されたこと(ある指定格付機関が格付け見直しに着手したことを発表していた)を、投資家に告げるべきであったとして、説明義務違反を認めていること、④・大阪事件と異なり、格付け等に関する具体的な信用リスクの有無と程度の説明義務違反は否定されていること、である。このうち①・は、実質的にみて、

才口意見における「指導助言義務」を認めるものともとれよう。

(4)・本事案における説明義務

ここで本事案における「説明義務」に戻る。本件の原審において、Xらは、説明義務の本身として、①・社債の販売時における説明義務として、(i)・社債の特徴・リスクに関する説明、(ii)・購入後のリスク回避手段・方法に関する説明といった一般的事項の他、(iii)・Mの経営状態についての説明、(iv)・格付についての説明、(v)・利回り格差と流通利回りに関する説明が必要であったし、②・購入後においても、情報提供・助言義務があったと主張する(これらの主張は、控訴審においても敷衍され主張されている)。

原審がかかる主張をいずれも認めず、Y<sub>1</sub>に対する請求を棄却した一方、本判決は、X<sub>1</sub>、X<sub>3</sub>に関し、その一部を認めた。すなわち、まず、(i)・(ii)・については、投資家のレベルに応じて同様ではないとしつつも、社債の一般的事項として説明義務があることを認める。次に、(iii)・以下については、原則としては否定しつつも、「証券会社にそれほどの負担を負わせずに簡単に取得・

提供できる客観的情報は、個別の投資家との関係で場合によつては、説明を要する情報に該当することになり得る」(iii)。について、「Mが業況悪化から発行する社債であったという特別の事情があつた上、さしたる手間でないことを考えると、他の格付機関の格付けをも情報として知らせるべき特別の理由がなかつたかが問題となる」(iv)。について、「本件では、発行会社がその業況悪化のなかで個人投資家から資金を調達しようというのであるから、流通利回りの持つ一般的な意味と併せて本件二六回債の流通利回りを説明すべき特別の事情がなかつたかどうか問題となる」(v)。について、「社債購入後の中途換金の方法、損を早期に固定させたい場合の方法及びその入手方法等は、個別の投資家との関係で情報提供が必要になることがあるというべき」(2)。について)とそれぞれ述べ、個別の投資家ごとに、かかる特別の事情・例外の有無を検討する。

そして、別表のとおり、個別の投資家ごとに、投資経験、 $Y_1$ との接触の経緯、運用の意図、勧誘方法、投資の決定、勧誘に対する反応等につき、個別の間接事実を丁寧に認定した上で、 $X_1$ 及び $X_3$ についてのみ、説明義務の

違反を認めている。投資無経験の $X_1$ に対しては、理解の程度に応じ、前記の(i)。 (ii)。について、つまり「社債取引に伴うリスクの内容、その要因や取引の仕組みの重要部分」についての説明義務違反を認める。また、 $X_3$ についての判示部分である「本人の疑問を断定的に打ち消すだけで、そのような疑問を抱く $X_3$ にその時点での発行会社の業況を教えたり、あるいは調べる方法を教示したりして、判断させる等することなく、勧誘から四日後の注文にまで進展させており、説明義務違反がある」との判断も、ほぼ同趣旨であろう。

つまり本件では、対象投資家のレベルに応じて説明義務の軽重が変わりうるという前提の下、投資経験に乏しく、説明義務の内容が加重されるべき $X_1$ 及び $X_3$ につき、そもそもその前提である(i)。 (ii)。についての説明を怠つたということ、(iii)。以下の個別判断に立ち入るまでもなく、説明義務違反が認められていることになる。本件を、前記関連事件と対比すると、 $X$ の主張は、いづれも才口意見における「助言指導義務」をベースに組み立てられており、大阪事件では、それが実質的に認められたかのごとき判示があり、東京事件①では、格付の

存在につき説明義務の対象となり得ることが判示されているものの、本件ではそれらの記述がいずれも判決文上みられない。それを関連事件と比べ、投資家保護の後退したものともみるか、本件では、「それ以前」のそもそもその説明を怠った事案であったとみるかは、見解が分かれよう。評者は後者の見方をとりたいと考えている（別表の通り整理してみると、各人毎にキレイに間接事実が整理されていることが分かる。）。

### 3. 社債管理者の責任（三二一条の二（会社法七一〇条）第二項の責任）

#### （1）. Xらの立てた「ストーリー」

本件では、他の関連事件と異なり、社債管理者の責任が追及されている。すなわち、M破綻のわずか一か月前にMやその関係会社から担保の供与を受けたことにつき三二一条の二（会社法七一〇条）第二項の責任又は同条一項の責任（旧商法二九七条の三（会社法七〇四条）違反。）があるとして、Y<sub>5</sub>に対し損害賠償責任を求めている。①（評釈では割愛しているが）Y<sub>5</sub>らが担保に取った不動産の所有権の帰属が大きな争点になっている点、

②. Mの経営陣に対する賠償請求訴訟の記録が活用されている点等と併せて判断すると、Xサイドが想定しているストーリーは、Y<sub>5</sub>らが「メインバンクかつ社債管理者の立場に有りながら、その立場を利用して、Mの経営陣とグルになって、自分だけ抜け駆け債権回収を図った」ものであると推察できる。少なくとも名古屋事件においては、Xらのメインのターゲットは、Y<sub>5</sub>らであったといってもよいかもしれない。その意味では、Xらの立てたストーリーは、シンジケート・ローンにおけるアレncy銀行（メインバンク）の信義則上の情報提供義務違反の不法行為責任が問題となった最判平成二四年一月二七日集民二四二号一頁と共通するといえる（前掲最判平成二四年一月二七日の事案は、アレncy銀行（メインバンク）がその立場を利用して、抜け駆的に自己との債権の回収を図ろうとした事案である<sup>12</sup>）。

ただ、①. については、実質的にMの所有不動産でない<sup>13</sup>と判断され、②. については、事件自体が取り下げられている。加えて、更正事件において管財人から否認権が行使されているわけでもない。結果的に、ストーリーの前提が崩れ、株式の担保の点だけに戦線が縮小されて

しまい、「空振り」となった感は否めない。以下、個別の判断について検討を加えていきたい。

(2)・三十一条の二(会社法七一条) 第二項の責任  
 社債管理者は、社債権者のために、弁済の受領、債権の保全その他の社債の管理をなす者である(会社法七一条)。社債管理者には、債権管理の能力が必要とされているので、その資格は、銀行、信託会社等に限定されている(同法七一条)。社債管理者は、社債権者のために法定権限の他約定権限を行使し、その権限行使に際し、善管注意義務(同法七一条二項)、公平誠実義務(同法七一条)を負う。そしてその任務の懈怠につき損害賠償責任を負う(同法七一条)。会社法七一条二項は、社債発行会社が社債の償還若しくは利息の支払を怠り、若しくは社債発行会社について支払の停止があつた後又はその前三箇月以内に担保の供与又は債務の消滅に関する行為(同項一号)を受けた場合、①・社債管理者が誠実にすべき社債の管理を怠らなかつたこと又は②・当該損害が当該行為によって生じたものでないことを証明しないかぎり(免責要件)、社債権者に対し、損害を賠償する責任を負う旨規定する。この責任は、発

行会社が経営困難になると、自己の計算で発行会社に対し有する債権(銀行の貸付債権等)の回収を優先させ、社債権の回収を懈怠する危険があるため設けられた特別の損害賠償責任であり、破産法上の特定の債権者に対する担保供与等の否認・相殺の禁止の要件が強化されたものである。<sup>13)</sup>

本件において、Xらは、Y<sub>5</sub>に対し、三十一条の二(会社法七一条) 第二項に基づき損害賠償を求めている。本件で争点となっているのは、(1)・「その前三箇月以内に担保の供与」にあたるか(すなわち、担保供与の時期はいつか)と(2)・(仮に該当した場合)免責要件に該当するかである。

(3)・担保供与の時期  
 本件においてY<sub>5</sub>は、「担保供与」は、平成一三年二月一五日の本件協定書、又は、平成一三年三月二二日及び同年六月一日の本件担保株式の株券の交付を受けたことと、いずれかによりなされたものであり、いずれにせよこれらは「三箇月」より前であるので、そもそも二項本文の要件に該当しないと主張したが、原審は、これらの主張を排斥し、「担保供与」は、「有価証券担保差入契約

証書」が作成された平成一三年八月一五日であると認定し、控訴審である本審も、原審判示を引用し、同じ認定をしている。

ただ、東京事件②に関する前掲東京地判平成一九年八月二八日は、「旧商法三二一条の二第二項の関係では、平成一三年三月二二日及び同年六月一日に担保が供与された」と認定し、そもそも二項本文の要件に該当しない旨判示しており、この点の判断は、本件判決と前掲東京地判平成一九年八月二八日とで食い違っている。

前掲東京地判平成一九年八月二八日が、「本件担保株券は、本件協定書により、……一方的な予約完結の意思表示により担保設定しうる状況となつて、平成一三年三月二二日及び同年六月一日（いずれもMが支払停止となつた平成一三年九月一四日より三か月以上前である。）には、株券の占有が……移転している」として占有の移転という事実を重視し、この段階で商事留置権の成立を認めているのに対し、本判決は、「占有取得は、「保護預り品」保管依頼書をもってされており、上記株券の交付をもって……担保差入れの予約に基づく担保権設定を行ったものと認めることはできない」とし、本件協定書

の文言の記載から「正式な担保設定の際には、担保差入証を作成することが予定されていたと認められるところ、「有価証券担保差入契約証書」が作成されたのは平成一三年八月一五日」と認定する。事実認定の問題ゆえ安易なコメントはできないが、裁判における争点という意味では、こちらの方が重要と思われ、かつ、いずれを取るか微妙な事案ではなかつたかと推測する。

ただ、株券という物理的デバイスの移転の時期をもつて担保設定を認識する方がよりナチュラルなように思われる。協定書の文言の記載を重視する前掲名古屋高判平成二一年五月二八日は、英文契約書において一般的に用いられる完全合意条項<sup>14</sup>と親和的な判断と思われる。しかし、わが国においては、裁判例をみる限り（東京地判平成七年一二月一三日判タ九三八号一六〇頁、東京地判平成一八年一二月二五日判時一九六四号一〇六頁）、完全合意条項は、当事者の合理的意思の認定における、あくまでも有力な間接事実の一つにすぎない。

(4) 但書の「免責要件」該当性

そこで、争点は、但書の「免責要件」該当如何に集約される。本件で争われているのは、免責要件①・該当の

有無である。

一般に社債管理者が社債発行会社の支払停止等の前三か月以内に救済融資をするとともに担保の供与を受けたとしても、実質的に誠実義務違反とはならず、但書に該当すると考えられてきた。東京事件②に関する前掲東京地判平成一九年八月二八日は、傍論としてではあるが(前述のとおり、担保供与の時期が三ヶ月より前と認定されたため、本条に該当しない。)、**「一般に、窮境にある会社に新たに融資をし、同融資について担保を徴求することは、当然の経済活動であることはいうまでもない。社債管理会社が融資をすること自体が否定されない以上、救済融資に藉口して再建の見込みのない会社に融資をして自己の既往の融資の弁済を受ける一方、新たな融資に対して担保設定を求める等の救済融資とはいえないような場合であれば格別、一応の合理性のある再建計画のもと不足資金に充てるために担保を徴求して救済融資をすることが、社債管理会社の誠実義務に違反しないことは明らかである。」**と判示している。

本判決も、同様の立場に立つものである。ただ、本判決のこの点に関する判示部分の特徴は、(1)・経済的窮

境に陥った社債発行会社に対して社債管理会社が担保を徴して救済融資を行うことは、これを機会に自己の従前からの債権の優先的な回収を図るなどの行為に及ばない限り、原則として、社債発行会社及び社債権者にも有利であり、免責要件①に該当すると判断している点である。前掲最判平成二四年一月二七日の事案におけるような抜け駆け回収が「例外」とされうることを確認したものである。

もう一点の特徴は、救済融資の前提としての再建計画(CMP)の合理性につき、「発行会社にある程度の再建の見込みがあれば足り、必ずしも「相当程度確実な再建の見込み」がなければならぬ」わけではないと判示している点である(前掲東京地判平成一九年八月二八日は、相応する判示はみられない)。救済融資は、迅速が何よりも求められる場面なのであるから、異論がない判断と思われる。

4. 社債管理者の責任（旧商法三二一条の二条一項の責任（旧商法二九七条の三（会社法七〇四条）違反。））  
三（会社法七〇四条）違反。）

本件において、Xらは、三二一条の二条一項の責任（旧商法二九七条の三（会社法七〇四条）違反。）につき、①・Mの決算が粉飾されており、その財産状態が本件社債に付される純資産維持条項に抵触することを知りながら、Mと共謀して、社債管理会社となって同社債の発行を可能にし、あたかも再建の見込みがあるかのように装って本件協定書を締結してY<sub>2</sub>ら三行の債権の保全を図ったことの善管注意義務・誠実義務違反、②・本件二七回債発行に付す財務上の特約は、広く国内債務を対象にした担保提供制限条項を規定すべきであったのに、Y<sub>2</sub>ら三行の融資等への担保提供を対象から除外すべく、国内社債に限定したことの誠実義務違反、③・被担保債権額の二倍近くを超える時価の担保を供与するように求めたことの誠実義務違反（第二項本文に抵触することを回避するための脱法という趣旨か）、④・もはやMの破綻が不可避の状況にあったにもかかわらず、社債権者の

ための資産留保や保全措置についての協議や請求を行わなかったこと等の公平誠実義務・善管注意義務違反を主張している。

3. (1) で述べた「ストーリー」に基づく主張と思われるが、いずれも一蹴されている。

5. まとめ

(1) 結論自体穏当なものと評しうる。名古屋事件である本件において、大阪事件、東京事件①と異なり、Y<sub>5</sub>の責任を併せて求めているが、Y<sub>1</sub>だけでなくY<sub>5</sub>をも被告として加えるからには、それなりの「ストーリー」立てに工夫があつてしかるべきである。本件でXには、Y<sub>5</sub>につき、Mとの「共謀」を主張しているが、Y<sub>1</sub>とY<sub>5</sub>との関連を工夫し「ストーリー」に厚みを持たせた展開をすべきだったかもしれない。判旨それ自体は、東京事件②に関する前掲東京地判平成一九年八月二八日より詳しいものの、主張という点でいささか物足りない感じがしないでもない。

(2) 前述のとおり、社債管理者には、善管注意義務、公平誠実義務が課されているが、そもそもメインバンク

が社債管理者となることが禁止されておらず、このことが利益相反となる可能性について、立法論的課題として議論がなされている。

確かに、前提としてメインバンクに社債管理者になることを許容しておいて、社債権者に課される善管注意義務、公平誠実義務のレベルをいかに工夫しようが、利益相反は防ぎようがあるまい。ここで注意すべきことは、シンジケート・ローンにおいても同様な事態が存在していることである。すなわち、シンジケート・ローンにおいて、顧客（借入者）に配慮する貸付者としての地位と、参加者に配慮すべきアレレンジャーたる地位が同一であることが許容されている。

このように、一般的に、規制産業として規制で雁字搦めになっていると思われる銀行業において、その主要部分とも目しうる社債管理者やシンジケート・ローンの規制につき、ポツカリと規制の欠缺がみられることをどう評価するかは、今後の検討課題であろう。

(1) 関連会社は、後にMと合併する。本件取り交わし当時、Y<sub>2</sub>はこのことを認識していた。

(2) 本判決の評釈として、森まどか・判批・江頭憲治郎  
 Ⅱ岩原紳作Ⅱ神作裕之Ⅱ藤田友敬編『会社法判例百選  
 (第二版)』一七四頁

(3) 東京事件②の評釈として、松嶋隆弘・判批・税務事例四七巻二号六一頁

(4) 金融商品取引業者が信用格付業者として登録をしないで信用格付を行う場合には、その顧客に対して無登録であることを告げずに、さらに登録した場合に受ける規制の内容を説明しないで勧誘してはならない。

(5) 無過失責任であり(同法五条)、損害額が推定されている(同法六条)。

(6) 河本一郎Ⅱ大武泰南Ⅱ川口恭弘『新・金融商品取引法読本』(平成二六年)二二七頁

(7) 前掲最判平成一七年七月一四日は、①・株価指数オプシオンは証券取引所の上場商品として広く投資者が取引に参加することを予定するものであった、②・Xが二〇億円以上の資金を有しその相当部分を積極的に投資運用する方針を有していた、③・Xの資金運用業務を担当する専務取締役らが、株価指数オプシオン取引を行う前から、信用取引、先物取引等の証券取引を毎年数百億円規模で行い、証券取引に関する経験と知識を蓄積していた、④・Xが株価指数オプシオンの売り取引を始めた際、その損失が一定額を超えたらこれをやめるといいう方針を立て、実際にもその方針に従って取引を終了させる



などして自律的なリスク管理を行っていたといった事実を認定した上で、かかる事情の下においては、オプションの売り取引は損失が無限大又はそれに近いものとなる可能性がある極めてリスクの高い取引類型であることを考慮しても、Yの担当者による上記勧誘行為は、適合性の原則から著しく逸脱するものであったとはいえず、Yの不法行為責任を認めることはできないと判示した。

(8) 狭義の適合性原則とは、ある特定の利用者に対してはどんなに説明を尽くしても一定の商品の勧誘・販売を行ってはならないとするものを、広義の適合性原則とは、業者は利用者の知識・経験、財産力、投資目的に適合した形で勧誘・販売を行わなければならないとするものを、それぞれいう。適合性原則の広義・狭義の意義については、荻野昭一「金融商品取引法上の適合性原則の意義」月刊資本市場三四六号(平成二六年)四三頁を参照。

(9) 前掲最判平成一七年七月一四日においても、説明義務違反の有無を判断すべきとして、事件が差し戻されている。

(10) 大阪高裁は、社債におけるリスクのうち、発行体の抽象的信用リスクについては、一般投資家の年齢、知識、経験及び勧誘時の状況等により、一般投資家が理解できていないおそれがあるような「特段の事情」がない限り、社債の仕組み及びその仕組みに内在するいわば抽象的信用リスクについての説明義務を負うということではできず、

むしろこのような「特段の事情」がある場合には、適合性原則違反が問題とされるべきであると判示している。

(11) ①については、その重要性は認めつつも、企業の財務状況に関する情報は膨大で内容も多岐に亘ることや、財務情報は目論見書に集約され、社債の評価は格付けに集約されていることなどから、格付時から勧誘時までに重大な客観的事情の変化がない限り、経営状況についての説明義務を認めることはできないと判示する。

(12) 鬼頭俊泰「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」日本法学八〇巻一号(平成二六年)三九頁

(13) 江頭憲治郎『株式会社法(第六版)』(平成二七年)七二二頁、江頭憲治郎編『会社法コンメンタール一六巻』(平成二三年)一六五頁(田澤元章)

(14) 松嶋隆弘・熊木秀行「完全合意条項に関する一考察」法言語比較の立場から」政経研究四九巻三号(平成二五年)六七〇頁、熊木秀行「法言語比較から見る完全合意条項の意義とその英語表現」法と言語二号(平成二七年)六九頁

【別表】

	X <sub>1</sub> 昭和15年生、女性	X <sub>2</sub> 昭和23年生、女性	X <sub>3</sub> 昭和12年生	X <sub>4</sub> 昭和41年生、女性
	・中学校卒業後5年ほど繊維工場に勤めた後、結婚を機に一度退職した後の昭和47年から再び会社に正社員として就職し、平成12年に27年間勤務した同社を退職	・昭和42年3月に高校を卒業して繊維関連会社に就職し、一般事務職として勤務したが、昭和55年に結婚を機に退職	・大学卒業後、昭和34年から小学校の教員として定年まで勤務した後、平成9年4月から家業として副住職を務めていた	・短大卒業後に幼稚園の教諭をし、結婚後主婦
投資経験	<p>・退職するまでの間、毎月の給与から引き落とした金員をもって財形貯蓄により公社債投信</p> <p>・それ以外の投資経験はなし</p> <p>・社債の仕組みは全く知らなかった</p>	<p>・昭和56年に、税金面で特典(いわゆるマル優)のある国債を購入する目的で、Y<sub>1</sub>の支店に口座を開設し、その後、中期国債ファンド、MMFの取引</p> <p>・平成12年ころ、ローソンの株式を購入</p> <p>・平成9年9月より前に、Y<sub>1</sub>の支店を訪れてセミナーを受講</p> <p>・そのころ、中期国債ファンドやMMFについて、利率のいい商品に乗り換えるために何度かY<sub>1</sub>の支店を訪れた。</p> <p>・平成13年1月、勧誘を受け、アイワルの社債1口を100万円で購入</p>	<p>・過去に証券会社に勤める教え子に頼まれて、転換社債を取得した際に、社債は会社が発行するもので満期になると元金が償還されるものであることにつき説明を受けていた</p> <p>→高度の安全性がある電力債について →古い時期のこと</p> <p>・母親から譲り受けた株式を保有していたことがあり→社債とは異なる</p> <p>・X<sub>3</sub>の上記経験は、役に立つ経験といえない。</p>	<p>・投資経験を有する実母に勧められ、過去にオリックスの社債1口を購入</p>

<p>Y<sub>1</sub>との接触</p>	<p>退職から2週間後、公社債投信の関係で退職と財形貯蓄の解約事務の必要を知っていたY<sub>1</sub>従業員が、X<sub>1</sub>に電話をして、財形貯蓄解約手続を促すと共に、良い話があると誘って、Y<sub>1</sub>に赴くように勧め、X<sub>1</sub>はこれに応じて初めて証券会社を訪問した</p>	<p>・平成12年9月下旬、27回債について勧誘のちらしの送付を受けると共に、従業員から、電話で、27回債について、利率が3.25%であること、償還までの期間が4年であること、Mの社債の格付がB B Bであることなどを説明され、購入の勧誘を受けた。</p>	<p>・平成11年11月11日に公社債投信を購入する目的で、Y<sub>1</sub>の支店を訪れ、この訪問が契機となり、同支店の担当者が平成12年1月24日、電話をかけた26回債の購入を勧誘した</p>	<p>・実母がY<sub>1</sub>証券に電話連絡して、何か良い社債はないかと依頼したのを受け、担当者が、X<sub>1</sub>に電話</p>
<p>運用の意図</p>	<p>・解約金は退職後の老後資金として、安全に運用したいものであり、投資の気持はなかった</p>		<p>・「証券総合サービス申込書」を作成し、その中の質問項目の1つに対し、「元本の安全性を重視したい」との回答を記載</p>	<p>・実母に勧められたことを主たる動機として27回債を購入</p>
<p>勧誘方法</p>	<p>・社債の仕組みを説明したわけではなく、「Mは、大手スーパーであり、東証一部に上場し、全国で200店舗を持つ会社であること、26回債について、必ず平成16年1月には償還されるので安心下さい」と説明          ・「100万円で購入したら満期時には100万円がかえってくる、元金が減ったりするものではない」、「利率が2%で確定し、変動しない」等と説明          ・本件26回債の有利性を説明し、反面、利回りリスクはもとより、信用リスク（デフォルトリスク）といった点は説明しなかった</p>		<p>・(Mは大丈夫なのかと質問に対し)「Mは大きな会社であるので、1店くらい閉鎖しても心配することはない」と回答          ・26回債の利率、元本の償還時期、格付がAーであることを説明          ・他の格付機関の格付けや当時の購入価格等を教示したりはしなかった(X<sub>3</sub>は、Mの26回債の信用リスクについては理解していたが、具体的にMの業況を調べる方法は知らず、また調べることもまではしなかった)</p>	<p>・Mが全国に200店舗を持つ大手スーパーで、名古屋近辺では勝川や桑名に店舗があること、社債の満期は4年で、3.25%の利息であること、格付がB B Bであることを話した</p>

<p>投資の決定</p>	<p>・ 勧誘から40から50分程で26回債購入を決定</p>	<p>・ Yが平成13年3月には中期国債ファンドの運用を止める予定であるとのテレビ報道を見て、27回債を1000万円分購入することに決め、平成12年10月11日に中期国債ファンド(約695万円相当)を解約し、上記額分を買い付けた。          ・ 平成13年2月中旬ごろ、既発債である26回債につき、利回りが良く、償還まで3年未満と期間が短いなどと説明されて購入の勧誘を受けたことから、26回債1口(額面100円につき債券価格95.13円、利率2.00%、税引後利回り3.42%)を95万2264円で購入          ・ 平成13年3月初旬ごろ、ゾラジル債の案内を受けたが、償還まで長かったこともあってこれを断ったところ、償還まで3年未満のMの既発社債があるとして勧誘を受け、9回債を購入          ・ その後も、26回債を購入</p>	<p>・ 担当者に言われるまま、26回債を購入</p>	<p>実母に勧められて、27回債を購入</p>
<p>勧誘に対する反応</p>	<p>・ 「(格付が) Aならいい感じ」          と思った          ・ 「少し利息が高い定期預金の          ようなもの」と思った</p>			

	<p>日論見書は後日送付されたが、Xは、勧誘時に示されたパンフレットや簡単な説明を併せても、本件26回債の基本的な仕組みすら十分に理解していなかった</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 26回債、27回債等についての償還日、取得格付、債券価格、利率、税引後利回り等の記載された「既発債券のご案内」と題する書面を入手</li> <li>・ 26回債及び27回債の単価、利回り、税引後利回りを確認し、書面の余白に手書きのメモを書き込む</li> <li>・ 27回債を取得するに当たり、支店担当者に対し、日論見書を受領していないなどと問い合わせたようなことはなく、日論見書受領後に同日論見書の内容と27回債の購入勧誘に当たっての説明が異なっていたなどとして買取りを求めたようなことはなかった。</li> </ul>		
--	--	---	--	--

経営破綻した大手スーパーの社債の購入者らによる、社債販売会社（証券会社）、社債管理者（銀行）に対する損害賠償請求に関する事件（松嶋）

	<p>説明義務違反あり (判旨参照)</p>	<p>説明義務違反なし                  「X<sub>2</sub>は、当初27回債を勧誘されたときにも、社債の購入価格が変動することや、社債であっても100%安全ということはなく、信用リスクが伴うことを直ちに理解できたと認めるのが相当である。これら諸事情を併せ考えると、X<sub>2</sub>は、社債の信用リスク等についても理解した上で、27回債を購入したと推認することができる。したがって、……説明義務違反があるということはない。」</p>	<p>説明義務違反あり (判旨参照)</p>	<p>説明義務違反なし                  「依頼を受けて、紹介したのであるから、頼まれる情報を中心に勧めることで原則的に足り、頼まれてもいない情報を説明することを控えても、直ちに説明義務違反とはならないというべきである。」</p>
--	------------------------	---	------------------------	---

(本稿は、科学研究費基盤研究(C)「現代契約条項の法学・言語学的考察」英文契約書との対比を通して」(課題番号二〇二八七五六九)の研究成果の一部である。)

~~~~~  
論 説  
~~~~~

# ポティエ『法準則論』中の「一般的法準則」における方法論分析： ポティエ「新序列」とドマ「自然的序列」の相克と統合

菊 池 肇 哉

## 目次

はじめに

第1章：総論的考察

第1節 学説史の要略

第2節 ドマとポティエ：共通点

1 法準則論における「一般的」法準則の抽出

2 「法準則」に適用された「法学提要システム」

第2章：方法論の分析

第1節 『新序列による学説彙纂』の概要

第2節 ポティエ「新序列」の意義

第3節 キュジャス理論とポティエにおける「法準則数」の飽和

小括

## 1 はじめに

本稿では、フランス民法典の父とも称される法学者ロベール・ポティエ Robert Pothier (January 9, 1699 – March 2, 1772)<sup>(1)</sup>の生涯前半期の代表作『新序列による学説彙纂 *Pandectae Iustinianaeae, in novum ordinem digestae*』, 3 vols., (1748-51) 中、『学説彙纂』最後の表題・章 *titulus* である、D. 50. 17 「古法の様々な準則について *De regulis iuris antiqui*」<sup>(2)</sup>の第1部の前半部分の「一般準則論」の構造分析を行いたいと思う。なお、*regula* の訳語として「法範」、「法原則」、「レグラ」など様々な訳が本邦では試みられているが、当論文では英語 *rule* にあたる語とし

て主に「準則」と訳した。

本作において、ポティエは「法学提要システム Institutional system」<sup>(3)</sup>に準じて、法準則を一般、人、物、訴訟、公法に5つに分割している<sup>(4)</sup>。その本論に入る前の「序項」として、N. 1. から N. 3 までの3つの「項目番号 Numerum」で、次の問題を扱う。(1)パウルス文 D. 50. 17. 1. (『プラウティウス注解』第16巻)における「法準則 regula の定義」と、(2)それに制限をかける、同じく有名な「法律上の定義は危険である」という同パウルス文 D. 45. 1. 91. 3. (続く『プラウティウス注解』第17巻)、(3) D. 50. 17 表題中の「古法」の意味について、標準注釈やキュジャスを引用しつつ扱っている。同部分に関しては、先に、吉原達也教授が、論文にまとめられた。

当論文は、古典ローマ法学者である吉原教授の御研究を受けつつ、中世、近世をむしろ専門とする菊池がそれに続く部分である「一般的法準則論」に於ける前半部（後半部は、法律に関する一般準則を扱う「法の（効力、解釈等）に関する一般準則論」、もしくは、「法論」とも言える部分であり性質を異にする）を、特にドマ Jean Domat (1625-96)<sup>(5)</sup>の自然法論において提示される方法論との対比において扱うものである。

ポティエにおいては、法テキストの具体的分析や「人文法学的方法論」は極めて詳細・緻密なものの、その一方で、各章や著作の構造を支えている「自然法的な分析概念」に関しては「所与のもの」として解説が省かれている。それゆえ、それらの理解には、ポティエのラテン語本文を全訳して詳細に分析し個別的議論からの帰納が必要である。しかしながら、それではどうも厳密に詰め切れないところも残る。それを「自然法的な分析概念」の解説に関して、より、詳細かつ明確なドマを利用出来ないであろうかというのが、当論文の出発点であった。

結論を先取りすると、当書の「方法論」においては、ポティエは、人文主義的法学の中でも、16世紀から18世紀までの「パリンゲネシア的」な方法論の伝統を採用しており、これが、後で見て行くこととなるように、ポティエの書名中の「新秩序」にあたる。それに対し、「構



造」においては、ドマなどの「自然法的概念」の影響が優勢であり、ポティエ自身は必ずしも明らかにしていない。これらの定義や意味については、自然法派の伝統からアプローチがより有用であると考えられる。本論文では、前半の「パリンゲネシア的方法論の法準則論に対する適用」についての考察を主に扱う。

## 第1章 総論的考察

### 第1節 学説史の要略

D. 50.17 を中核とするレグラエ論に関する先行研究としてはピーター・スタイン Peter Stein, *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims*, (Edinburgh, 1966)<sup>(6)</sup> や、ブルーノ・シュミドリッ Bruno Schmidlin (1970)<sup>(7)</sup> 等の研究がある。また、18世紀中葉のポティエにつながる、16から17世紀の近世における De regulis juris の系譜に関しては、80年代にメルヴェ Derek van der Merwe (1984) により重要な研究がなされている。2008年には、デュプレシス Paul du Plessis が The Creation of Legal Principle<sup>(8)</sup> と題された論文を発表しており、より、近年ではスタインの古巣でもあったエジンバラ大のケアンズ John Cairns 及びデュプレシス Paul du Plessis の代表編集により、意欲的な論文集 *The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula*, (Edinburgh, 2010) などが出版されている。

それらの中でも、現在までの様々な研究<sup>(9)</sup> の基幹となっているのは、なんといっても、スタインの研究であろう。シュミドリッの研究は、主に、古典ローマ法に限定されているが、スタインの研究は、中世ローマ法を超えて近世、近代にまで及ぶのみならず、16世紀以降のコモン・ローにおけるベーコン Francis Bacon (1561-1626)<sup>(10)</sup> の *Maxims of The Law* や ノイ William Noy<sup>(11)</sup> (1577-1634) の *The Principall Grounds and Maximes of the Laws of the Kingdome* (1642) マキシム論にまで言及する深淵・浩瀚なものである。当研究はこのスタインの問題意識の延長線上にある。

スタインはその *Regulae Iuris* (1966) を 9 章に分け、最初の 7 章で、古典期の法準則論の発展を扱い、第 8 章で中世法学におけるレグラエ論を扱い、第 9 章で近世のレグラエ論を扱う。つまり、スタインにおいても未だ研究の本体は優れて古典ローマ法的である。スタインは翌 1967 年に、ブルガルス、(アゾ名義であったその師の) ヨハネス・バシアーヌス、アゾの弟子のアックルシウス標準注解にいたるレグラエ論の緻密な論文<sup>(12)</sup>を公表しており、第 8 章での議論を深化させている。

しかしながら、近世部分である第 9 章は若干、スポラディックな分析で終わっており、フォローする論文を出しておらず、その意味で、上述のメルヴェ論文は極めて重要である。スタインは最終章である第 9 章を、「Regulae and Maxims」と題し、ポティエの本作の叙述をもってまさにその作品の締め括っている(もともと、その扱いは 2 頁のみに留まる)。その点において、ポティエの当作品の法史上の重要性は明白である。

しかしながら、管見の限り、ポティエ『レグラエ論』単体研究は欧米文献では未だほとんど存在しないように思われる。このことは、『債権債務論』に代表される仏語で書かれた様々な『論考 Traité』に比べ、ラテン語で書かれた大著『新序列による学説彙纂』に対するポティエ研究は未だ進行形であることにも由来しよう。加えて、その最終章たる D. 50. 17 のみに関する研究となると、各論の各論レベルとなり、研究がほとんど存在しない現況も、極端に不自然ではないとも解し得る。

なお、法準則 *regulae iuris* に関する大陸法学の作品群としては、『ローマ法大全』のみならず、『カノン法大全』<sup>(13)</sup> 中、「[[『グラティアヌス教令集』からの] 剰余書 Liber Extra] こと、『グレゴリウス 9 世教令集』の最終タイトル X. 5. 40. 41. [De regulis iuris] の 11 の準則と、「第六書 Liber Sextus] こと『ボニファキウス 8 世教令集』の最終タイトルの VI. 5. 13. [De regulis iuris] の 88 の準則に対する注釈及び注解の形で存在しており、カノン法学における法準則の伝統も非常に強力なものがあった。作品の末尾に「用語辞典」である [De significatione verborum] と「法準則集」である [De regulis iuris] の

章をつけると言う慣行は、明らかにユ帝「学説彙纂」の構造を模しており、既に、かかる巻末の法準則集は1234年公布「Liber Extra」の原型となったBernardo of Pavia編のPrima Compilatio (c. 1191年)<sup>(14)</sup> Comp. I. V. tit. XXXVII [De regulis iuris]<sup>(15)</sup>に、既に、観察される。また、「第六書」における準則の多くも、純粹にキリスト教に関わる準則（例えば、VI. 5. 13. 1. Beneficium ecclesiasticum non potest licite sine institutione canonica obtineri. 司教叙任無しに教会聖職禄は適法に取得され得ない、等）を除き、D. 50. 17. に含まれる法文のパラフレーズ（例えば、VI. 5. 13. 14. 「Ignorantia facti, non iuris excusat. 事実の不知は考慮されるが、法の不知は考慮されない。」が、パウルス文D.22.6.9. pr. 「Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.」のパラフレーズである事等）であり、両者に含まれる準則はしばしば実質的に同一もしくは、内在的関連性を有した。それゆえ、法準則集にも「De regulis utriusque juris」とローマ・カノン法両法を統合した書種も存した<sup>(16)</sup>。ゆえに、当研究の射程も『学説彙纂』におけるD. 50. 17. のみに留まるべきものではない。

D. 50. 17. やVI. 5. 13 への注釈 glossa や注解 commentaria 等の形をとり、近世以降隆盛を極めたローマ・カノン法学のレグラエ論は、19世紀の近代法典の時代になり、一般的法理論や解釈学の中に体系付けられる一般原則 general principles<sup>(17)</sup>として内在化され、ある意味、吸収・消化されてしまう。その一方で、「法準則集」は、Broomsなど、現在にまで繋がる解説を伴わない所謂、法格言、法諺集、フレーズ集として、辺縁化される過程をたどる。

つまり、ポティエ「レグラエ論」は19世紀の『フランス民法典』などから開始される「法典化 codification」の過程を経て、近代法学の解釈学や「法典の文言」に内在化される直前の、飽和点にまで爛熟したものである。後に論ずるように、「飽和点」の意味は、端的に、その扱う法準則数の増加に関しても、言い得よう。

トリボニアヌスを中心とする『ローマ法大全』の編集者は、『学説彙

纂』の最後の2章をD. 50. 16「言葉の意味について De verborum significatione」とD. 50. 17「古法の様々な準則について De regulis iuris antiqui」と名づけたが、先に述べたように、前者は「法律用語定義集」、後者は「法準則集」としての性格を有しており、『学説彙纂』の中でも独立性が高かった。

スタインは、近世の人文主義法学の成立<sup>(18)</sup>以降、D. 50. 16. が人文主義の学者を惹きつけたのに対して、D. 50. 17. は、伝統的な実務法学の学者の関心を引きつけたとしている。しかるに、ポティエにおいて見いだされるのは、優れて実務法学的な法準則論に対して、適用されるその準則の適用領域確定における「出典表示 inscriptio」を意識する優れてパリンゲネシア的<sup>(19)</sup>もしくは「再現法学 Jurisprudentia Restituta (後述の Wieling の作品の表題による)」的な方法であった。

## 第2節 ドマとポティエ：共通点

先にドマについて触れたが、ポティエが『新序列によるユ帝『学説彙纂』』(1748-51)の最終章において、D. 50. 17を扱うのに対し、ドマは以降に述べるようにその主著『その自然的秩序による市民法』(1689)<sup>(20)</sup>や『抜粋法令集 Legum Delectus ex Libris Digestorum & Codicis. Ad usum Scholae et Fori.』の中で同様に「法準則・レグラエ」について扱っている。

ドマは、キュジャスなど中世近世の法学者を一切引用せず、古典ローマ法源の断片のみをウルピアヌスなど古典ローマ法学者の名を挙げ引用する。かかる方針が、彼の所属したポール・ロワイヤルの宗派の方針に直接的に関係するものであるのかは、現時点では結論を下し得ない難問である。しかしながら、近接時代の先人の議論を一切無視し、少なくとも表向きは、古典法源にのみ引用を限定し、理論構築をするというのは、法学者としては、一種、異色・異様な態度であるとすら評し得よう。

そのようなドマに対し、ポティエは、本作において先行する学者を

注意深く選考し引用している。具体的には、今回の分析の対象とした「法準則論」第一部の前半部においては、アックルシウスによる D. 50. 17 への標準注釈、キュジャス Jacques Cujas (1522-1590) の D. 50. 17 への注解 commentaria、その弟子であったジャック・ラビット Jacobus Labbitus の『索引 Index』(当作品に関しては後に詳述する。)、比較的マイナーなところでは 16 世紀末から 17 世紀にかけ活躍したトゥールーズの法学者ピエール・ファーブル Petrus Faber の D. 50. 17 への注解、単に Gothofredus<sup>(21)</sup> として、引用される著名なサン・バルテルミの虐殺からの亡命後は、スイス・ジュネーブを居とした仏貴族ゴドフロワ家<sup>(22)</sup> の出自である法学者ジャック・ゴドフロワ Jacques Godefroy : Jacobus Gothofredus (1587-1652) による注解 (1652)<sup>(23)</sup> (スタインによれば D. 50. 17 への注釈の「最高到達点 the high watermark」と評される)、オランダ法学者でグロティウスの同僚であったフィニウス Arnordus Vinnius の『ユ帝法学提要注解』<sup>(24)</sup> 等である。

一方で、16 世紀から 17 世紀にかけ、最も流通したフィリッポ・デッチオ Phillipus Decius (1454-1535) の注解などはまったく引用されていない。また、しばしば、フィニウス『ユ帝法学提要注解』とともに、英国においてさえ、初等法学教育に使用された同ライデン大学の先輩法学者ブロンコルスト Everadus Bronchorst (1554-1627) による『注解』にも言及はない。ポティエは、主にフランス語圏の特に mos gallicus の人文主義ローマ法学に関わる系統のみに対象を絞っており、スペインなどの学者に比べると、若干、国粹的ですらある。

もともと、より、興味深いことに、ポティエは本書においてドマを全く引用していない。その意味する所は一体、何であろうか？アルノーの研究<sup>(25)</sup> に代表されるようにドマ及びポティエの『フランス民法典』への影響の大きさは当然のように語られうるが、その一方で両者の関係性は必ずしも明らかにはされていない。筆者は、別の研究 (2013) において、恐らくはドマによって創始された契約法のコース論が、ドマ理論の欠陥を補うためにポティエ『債権債務論』において、

緻密に補強され結果、全く別性格の理論と変貌した過程を観察した<sup>(26)</sup>。ポティエがドマの作品を隅々まで読んでいたことは随所に看取される。しかしながら、両者の理論は決して同一ではない。

しかるに、「準則集」の扱いに関して、ポティエは、体系的に極めて重要な次の二点において、ドマと共有する特質を有している。

### 1 法準則論における「一般的」法準則の抽出

第一に、様々な法準則の中で「一般的な法準則」のみを抽出していることである。これは、仏民法典ではいまだ、十全に開花しきれず BGB を待つこととなった、所謂民法典の「総則部分 general part」<sup>(27)</sup> や後の「法律行為論」に通底していく部分であり、ポティエの段階でローマ法源からいかなる「一般準則」が抽出され、いかに分析されていたのかというその内容の分析は極めて重要である。De regulis juris の経脈については、中世法学の中で隆盛したが一時期廃れたとされ、16世紀以降、近世、近代にかけて人文主義の影響を受けた法学の科学化・体系化<sup>(28)</sup> の様々な思潮の中で、それまでにない更なる大流行を見せ、ローマ法のみならずカノン法においても非常に多くの注釈書が出版されたとされる<sup>(29)</sup>。しかしながら、「個別の法カテゴリーに属さない一般的法準則 general principles」のみを抜き出して論じている「準則論」の書籍は、調査した限りでは、あまり他に類例が見出されない。

### 2 「法準則」に適用された「法学提要システム」

第二に、両者とも「人の法」「物の法」「訴権の法」の3区分を主とする所謂ユ帝「法学提要システム institutional system」に従って法準則を分類している。ルーイック Klaus Luig<sup>(30)</sup> が指摘し、ブラックストンを代表するコモン・ロー圏に関してケアンズ Jhon Cairns<sup>(31)</sup> がカバーしたように、ハンガリーの『三部法書 Tripartium』<sup>(32)</sup> やオランダのグロティウス『オランダ法入門』見られるように、主に、16世紀から17世紀にかけての領域的国民国家の成立と機を一にして、様々な領国の

国民法を「法学提要システム」に基いて叙述した法書が出現した。フランス民法典内部に観察される「法学提要システム」の構造それ自体も、フランスにおける、François Boutaric (1627-1773)、Jean-Joseph Julien (1704-89) 等による「法学提要方式に従いフランス法を叙述する」類書の伝統に則っているということがしばしば論じられている。しかるに、デレク・ファン・デア・メルヴェ Derek van der Merwe (1984) は、近世における D. 50.19. に対する法準則論文献に関して、「一般に、注解は『学説彙纂』のテキストの順であったが、時には、その項目は再配列された。つまり、「法則集」はアルファベット順、キーワード順、フレーズ順、もしくは、ユ帝『法学提要』の主題の序列にしたがって編集されたのである。」と概括する<sup>(33)</sup>。

しかしながら、極小数の例外<sup>(34)</sup>を除き、D. 50. 17. への注釈の形態の法準則論の内部構造として、法学提要システムを採用しているのはほぼドマ及びポティエに限られているとも見受けられる。事実、先に上げた、標準注釈、ピーエール・フアール、キュジャス、ジャック・ゴドフロワなどポティエ自身に当作品中で引用されている作品は伝統的な D. 50. 17 の 211 の法文に対するそのテキストの序列でのスタンダードな注釈であり、法学提要の序列は、採用していない。

具体的には、ドマは（「法準則総論」）「人」「物」の2分類であるのに対し、ポティエにおいては、より複雑な「一般準則」「人」「物」「訴訟」「公法」の5分類を採用する。（ドマにおいては『自然的秩序による公法』という作品部分が存在し、「公法」は少なくともそちらに吸収される。）

ドマは上記でくくりだした『自然法秩序によるローマ市民法』内での「法準則一般について Des règles du droit en général.」において、「準則」の定義、分類、解釈原則など、[Section I. Des diverses sortes de règles et de leur nature. 様々な種類の準則とその特質について] を 23 章、[Section II. De l'usage et de l'interprétation des règles. 法準則の使用法と解釈について] を 29 章に分け、自然法的に極めて詳細に

「règle 準則一般」を分析・解説している。このような詳細な準則論はポティエには存在せず、代わりに定義に関する最初の法文 D. 50. 17.1 を主に扱う、[Regula prima, seu potius definitio Regulae. 第一準則、より適切には、準則の定義] と題される「序項部分（※実際には「序項」にあたる名称はふされておらず便宜的名称である）」において定義、適用限界等はより簡潔に扱われる。

今回、ドマに関しては紙面の都合で尽くしきれなかったが、別稿で構造分析をする際に、より詳細に扱いたいと思う。ドマの自然法的序列は、ポティエ『法分析論』の上記の構造部分に影響を与えているように思われる。

次章では、『新秩序による学説彙纂』の題名の意図するところと、その方法論を分析したい。

## 第2章 方法論の分析

### 第1節『新序列による学説彙纂』の概要

『新序列による学説彙纂』とその全体的方法論の意義については、第1巻において、『学説彙纂』本文テキストの前に置かれている長大な論説である「プロレゴメナ」の分析を出来ておらず、未だ総括的に論じられる段階にはない。しかしながら、最低限、現時点での概要的理解を明らかにしなければならないであろう。

ポティエ生涯及び作品については、一種の新しいスタンダードとして大川四郎氏の短いながらも良く練られた研究 (2008)<sup>(35)</sup> が存在している。そこでは、ポティエのオルレアン大学におけるフランス法の前任教授でもあり、オルレアン上座裁判所の先輩同僚裁判官でもあったプレボ・ド・ラ・ジャネス Michel Prévôt de la Jannès (1695-1749)<sup>(36)</sup> とフランスのシャンスリエ Chancelier であったダゲソー Henri François d'Aguesseau (1668-1751) の助言・助力によって『新秩序による学説彙



纂』が成立した事情について詳しく述べられている。

大川氏による一節を引用すると、

「こうした背景から、(※オルレアン上座裁判所の) 評定官となってからもポティエは「学説彙纂」研究のために、バルトルス、キュジャス、デュムラーン(16世紀フランスの法律家)の初著作を丹念に読み込んでいった。研究が進むにつれて「学説彙纂」中の不完全さや無秩序を痛感した彼は、無用な法文を除外したり、同一事項が「勅法彙纂」「新勅法彙纂」別々の法文で規定されていればそれらを同一箇所を集めるなど、確実に自然的なつながりを重視しつつ、「学説彙纂」を再編成しなおす作業をいくつかの重要な章ごとに進めていった。この作業はもともと彼個人の便宜のためにはじめられたのではあるが、1735年、ポティエは同僚のプレボオ・ド・ラ・ジャネスに遠慮がちにその草稿を見せている。ジャネスは直ちにこの仕事の重要性を理解し、パリに旅立った際に、時の大書記長(当時の司法職の最高職)アンリ・フランソワ・ダゲッソウにポティエが手がけている研究の概要を伝えた。」とされる。(下線筆者)

ポティエは1740年からオルレアン慣習法 *Coutume d'Orléans* に取り組んでいたが、その生涯前半期の代表作となったのは当書であり、その初版はパリで1748年から1751年にかけて、フォリオ版の3巻組で出版された。ポティエがジャネスの死後、その後継者としてオルレアン大学におけるフランス法講座教授に就任したのは、その出版の最中の1750年であり、まさに彼は当作品で教授位を射止めたといっても過言ではない。当作品は全てラテン語で書かれており、当時のシャンスリエとしてフランスの実務法曹の最高位にあったダゲソーの期待をも一身に背負ったものであった。

ポティエは当時、既に51歳であった。生涯前半期の代表作というのは、ポティエの最大の業績として「古典的契約法理論」の基礎を定め

たとされる伝語による『債権債務論 Traité des obligations』(1761)を嚆矢とし『婚姻契約論 Traité du Contrat de Mariage』(1771)に至るポティエの様々な「論考・論 Traité」は全てポティエが60代を過ぎてから1772年のその死に至るまでの時期に書かれているからである。19世紀からの近代「個別的法分野への体系的教科書」の祖にあたる、ポティエによるそれらの学術的「単行論文・論考・論」に基礎を与えたのは、言うまでもなく、20代から50代にかけ『ローマ法大全』の細部まで研究し尽くした成果である当書であった。

同作品では、ユ帝『学説彙纂』の題材秩序におおまかに準じた順序(例えば、D.30; 31;32などは同タイトルとして一つの章で語られる)で、『ローマ法大全』内の対応する他の『法学提要』『勅法集』『新勅法集』などの関連他法文をすべて同じ箇所にとりまとめ、その意味で現在の古典ローマ法研究者にも、非常に便覧に便宜なものである。周知の通り、『学説彙纂』『勅法集』『法学提要』には、同一、類似の主題・タイトルが多く、相関関係の把握が肝要であるが、それらが一箇所に集められ、テキスト間を横断・統合する必要がないのである。しかしながら、一方で、『学説彙纂』内の全タイトルの序列を常識として把握しておくことが、当時の法学者にとっての「当然の前提」として予定されている。注意したいのは、ポティエによるかかる試みは、1、「法準則とならない無用な法文の排除＝選抜」2、「学説彙纂と勅法集法文の統合」の2点において、既にドマ『抜粹法令集 Legum Delectus』で為されていることである。(ただし、『抜粹法令集』は編集されたテキストのみで成立しており、抽出された法準則に対する注釈や説明は存在しない。)

金山直樹氏は、

「本書は、我が国ではあまり引用せらるることがないが、ポティエの若き日の労作と言って良い著作である。ローマ法の引用・抜粹と並んで、ポティエがローマ法をいかに理解したかが示されており、とりわけそこからフランス法との異動に及ぶ部分(主に注の部分)が有益である。」<sup>(37)</sup>

とされる。

ポティエの本作はラテン語による膨大な作品であり、引用・使用も容易ではない。しかしながら、2005年から2007年にかけて、西村隆誉志氏が「ポティエ『新編学説集成』の編成論理とキュジャス(1)-(3)」<sup>(38)</sup>として、扱われており、それは、著作『不法行為責任概念の形成—法人文主義と法学の近代』(2013年)の第10章「ポティエ『新編学説彙纂』の編成論理とキュジャス」として加筆・再録されている、そこに大川四郎(2008年)、吉原(2014年)と続き本邦での研究は、ささやかながら、2000年代後半から活況を見せているといい得よう。

特に、西村隆誉志氏は、不法行為論の中核たる「アクイリウス法訴権」に関して『新序列による学説彙纂』D. 9. 2.を対象に、キュジャスとデュムラン(1500-1566)のポティエの当作への影響を論じられているが、殊、「法準則集」に関しては、デュムランの影響が見られないのは興味深い。(デュムランは、1530年頃に初版されたデッチオ Decius の *De regulis juris* への注釈を編集しており<sup>(39)</sup>、そこには彼自身の *additiones* が付されており、デュムラン『全集』にも収録を確認できる。)

題名に対して金山氏は邦題を提示されておらず、西村氏は論文(2005-7)では『新編学説集成』、著作(2013)では『新編学説彙纂』とされており、大川(2008)は『新編ユスティニアヌス学説彙纂』、吉原(2014)は大川氏を継承し『新編ユスティニアヌス学説彙纂』とされている。筆者は2013年の著作<sup>(40)</sup>においては『新編学説彙纂』とした。

いずれにせよ、皆、「*in novum ordinem digestae*」の文言を「新編」と翻訳しているわけであるが、今回は敢えて冗長を恐れず「新序列による」と訳した。なぜなら、「新序列」という言葉は単に「新しい編集」を意味せず、特定の含意が存すると思われるからである。「による」とした、*digestare* は、「消化する」以外にも「配置・配列する」との意味があり、「新秩序・序列により配列された」とも訳せようか。(本作品において、対照するドマ「その自然法序列によるローマ市民法 *Les Loix*

civiles dans leur ordre naturel」の dans leur ordre naturel を「自然的秩序による」と訳したことに平仄を合わせた。）

その題名の全文は、『Pandectae Iustinianae, in novum ordinem digestae, cum legibus Codicis et Novellis quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant a R. Joseph Pothier (Parisiis, 1748-1751)』であり、

訳を試みると

「『学説彙纂』における法を確認、解説、廃止する『勅法集』及び『新勅法集』の諸法を伴い新序列により配列されたユ帝『学説彙纂』」となる。

つまり、『学説彙纂』により提示されているローマ時代の法学者による学識法の各学説・法学者の立場を、ユ帝の Codex 及び Novellae の様々な皇帝立法は、(1)今日の英法における「確認立法 consolidation act」のように「再確認」し権威付与したり、(2)その趣旨を勅法中で、「今一度、わかりやすく解説、再定義」したり、(3)新立法として時代に合わなくなった法を「廃止」したりしているわけであるが、かかる如き、「該当学説に対する『勅法集』内の関連法規」が付加され、古典期ローマの法律学（特に、その学説法）を再生するような新序列で再配列された『学説彙纂』という意味に、解され得よう。

この点、中世ローマ・カノン法的な解釈論は、グラティアヌスによる『矛盾調和法令集』<sup>(41)</sup> や法準則集におけるハーマン・カントローヴィッツ説 (1939)<sup>(42)</sup> に従えば、「pro 賛成」と「contra 反対」の複合語を語源とすると言われる「Brocardica」<sup>(43)</sup> の系列の手法に代表的に観察されるように、「concordia 調和」の理想に従い、『ローマ法大全』内の全テキストを「同時に立法されたもの」として扱い、ローマ法発展史の時間軸に沿わずに、論理的操作により、法文相互間の「一見した矛盾律を解決する」という手法をとっている。

しかるに、「廃止する abrogant」という一語に、当研究が、歴史の時

間軸を意識する「人文法学的」方法論にもとづくものであるということが看取される。

序列・秩序 *ordinum, ordre* という用語は、既に中世盛期のトミズムにも内在する、アリストテレス的な「目的論的 teleological」世界観に端を発する物である。しかしながら、16世紀以降、この語はフマニズムにおける論理学と結合しあらたな方法論<sup>(44)</sup> 的意味を獲得していた。「序列」は「方法論」でもあった。

## 第2節 ポティエ「新序列」の意義

先に、ポティエがドマに影響されているように見えながら、ドマを一切引用しないという問題点について触れたが、このことは、一部には、ポティエが *mos gallicus* の人文主義法学的な方法論をとっているのに対して、ドマは自然法的な方法論に立っていることが理由ではないかと考える。つまり、ポティエの「新秩序」対ドマの「自然(法)的な秩序」間の緊張関係が存するのではないだろうか。ポティエが本書の構造を決定している「自然法的な区分」を所与のものとし、敢えて解説を加えぬのは、本書が極めて人文法学的な作品であり、その内在的論理を乱さぬようにしたからではと思われるのである。

今日の研究史では忘れられているが、この「新秩序」という言葉は、ポティエの同時代人であり、まさに本作の出版中に刊行されたアントワーヌ・テラソン Antoine Terrason (1705-82) による『ローマ法学史 *Histoire de la jurisprudence romaine*, (Lyon & Paris, 1750)<sup>(45)</sup> や、百科全書学派による *Encyclopédie méthodique par ordre des matières : Jurisprudence*, 10 toms, (1782-1791) の tom 3 「Digeste 学説彙纂」の項目<sup>(46)</sup> によれば、特定の「方法論」によるローマ法研究の系統を意味した。その出発点として重要性を持つのが、キュジャスとその弟子とされるラビットの『索引』により開始された伝統である。

ここでの「索引 Index」とは、ジャック・ラビット *Jacobus Labittus*

(d. 1603), 『*Index Legum omnium quae in Pandectis continetur* 『学説彙纂中』に含まれる全法文索引』(初版 Paris, 1557)である。上記の「新秩序」の系列を語る場合、ラビット『索引』は欠かすべからざる資料となっている。

ポティエ自身は『新秩序による学説彙纂』において、作品で使用された中世、近世の法学者ら(古典期ローマ法学者に対しては同書「プロレゴメナ」にて時系列順により体系的に扱っている。)に対して「Notitia Auctorum 引用作者鑑」を作成し、その生涯と作品をABC順の辞書方式で説明しているが、その中のラビットの項目を見てみよう。

#### Pothier, Notitia Auctorum

Labitti (Jacobi), *Index Juris; ad fragmenta veterum jurisconsultorum, quae partim in ipsis legibus, partim in ipsarum legum inscriptionibus latent, eruenda; servata ubique temporum ratione, et revocatis ad suum quemque locum ac librum textibus jurisconsultorum huc et illuc dispertis (in Triboniani opere) atque fugitivis.*

(ジャック・)ラビットによる古法学者らの断片への『法文索引』は、法文そのもの[の内部]やその出典表示に隠れている[意味を]明らかにせんとするためのものであり、(トリボニアヌスの作品中)そこかしこに分散され分からなくなっているそれら各法学者達のテキストにおける引用箇所及び原書巻に対しての索引であり、時系列と[法文]廃止の序列をあらゆる箇所で保持するものである。

その生涯やキャリアについては一切触れられていないのは、ポティエの「法学者辞典」たる同書の「引用作者鑑」にしては異例で、当時でも、ラビットがあまり知られていない法学者で、その『索引』のみ

が著名であったことがうかがわれる。

ラビットは、1557年初版『索引』における序文 [Praefatio] に代えての [フランス国王大顧問会顧問官でありトゥールーズの大裁判官たるミシェル・ファーブル様に宛ててジャック・ラビット]<sup>(47)</sup>と題される「献辞」<sup>(48)</sup>において、自身で、以下のように本書の成立の経緯を述べている。

‘Nam cum ante annos fere decem praecptor noster Iac. Cuiacius, undique conquisitis sigularum legum, quae in Pandectis continentur, inscriptionibus, indicem sibi conficiendum proposuisset, in quo singula legum capita quae ex eodem iurisconsulti libro sumpta essent, atque frustatim in varios titulos dispersa in unum ordine cogarentur, ut eorum inscriptio moneret, ecce nobis Pandectae Florentinae prodeunt, ex quibus statim eiusdem Iac. Cuiacij rogatu atque consilio index ille summa diligentia a nobissimo & optimae indolis adolescente Carolo tuo primum conficitur.’

「というのも、十年ほど前、我が師 praecptor noster ジャック・キュジャスが『学説彙纂』に含まれている各法文の出典表示をあらゆる箇所で精査することにより、ある「索引」の制作を自身のために提案したのでありますが、その中では各個別法文項目ごとに *singula legum capita*、法学者の作品の同一各巻 *liber* から取られたであろうが、[今では] 色々な章 *titulus* に断片的に分散配置されている個別の法文を、それら各法文の出典表示に注記されており、まさに、我らが学説彙纂フィレンツェ写本に [各法学者の作品リストが] 提示されているような序列により、一箇所に纏めるよう意図されました。このフィレンツェ写本を材料といたしまして [ex quibus]、同キュジャスによる要請と助言に志操堅固にもとづき、その索引は、最高の精勤と最良の才能

の青年、貴方様の [ご子息]<sup>(49)</sup> シャルルによりまして [今ここに] 初めて完成されたものであります。」(下線筆者)

もともと、本書初版の1557年時点ではキュジャス(1522-1590)は若干、35歳であり、カオール Cahor に於ける初めての教授就任(1554-5)を終えブルジュ Bourges (1555-7)での教授期間の最後の年を終えようとしているところであった。そこから、10年前を逆算すると、彼は25歳に過ぎない。若干25歳のキュジャスをラビットが「我が師」と呼ぶのを、額面通りに鵜呑みにするのは少々危険であろう。キュジャスもラビットと同郷のトゥールーズの出身で父は羊毛縮充工であったとされ、恐らくのところ、貧しい出自であった。トゥールーズの実務法曹の恐らくは長で出版費用のパトロンであったであろう、ミシェル・ファーブルに、新進法学教授であったキュジャスを推薦する意図も、ラビットにはあったのでは無いかと疑われる。

テラソンは上に触れた『ローマ法学史』(1750)、331頁において、ラビットを扱い以下のように述べている。

‘Jacques Labitte, Disciple de Cujas, qu’il appelle *Praeceptorum nostrum*, entreprit, à la priere de ce grand Maître, un Ouvrage contenant le Plan d’un Digeste dans un nouvel ordre, & don’t l’objet générale fuit de faire mieux connaître le sens des Loix, en réunissant ensemble tout ce que le Digeste renferme de fragmens d’un même Jurisconsulte.’

「キュジャスを「我らが師 *praeceptor nostrum*」と称するその弟子ジャック・ラビットは偉大な師の要請を受けて、『学説彙纂』の構成を新序列により dans un nouvel ordre 包摂する作品の執筆を引き受けたが、その総括的目的は、『学説彙纂』に含まれている同一の法学者による断



片を全て一箇所にもう一度集めることにより、ローマ法文の意味をより良く理解することであった。」

つまり、ポティエと同時代のテラソンにおいては、ラビットの方法論は「新序列」と称されている。これが恐らくは、ポティエによって使用されているテクニカル・タームとしての「新序列」の意味であると考えられる。もっとも、単なる「新しい配列」であって特定の意味を持つものではないといぶらしがられる向きもある。しかしながら、この「新序列」という表現は少なくとも18世紀において、特定の文脈で人文学的法学中の特定のパリンゲネシア的系譜に関して繰り返されている。

同様に、1773年出版の『科目別百科全書』法学におけるブジェ・ダルジ Antoine-Gaspard Boucher d'Argis (1708-91) 執筆の『Digeste 学説彙纂』の項目においては、『学説彙纂』の成立プロセス及び全50巻各巻の解説が続いた、その最後に、キュジャスに続き、ラビット『索引』(1557)の次には Wolfgang Freymonius (1574)、Antonio Agustín (1579)、Loysel, Dugone, Boullenois, Terrason の名が「un nouvel ordre」の系列として挙げられ、ポティエ『新序列による学説彙纂』の解説で締め括られている。

また、テラソンによれば、ラビット『索引』は、3つの部分に分かれ、(1)第1部は『学説彙纂』内に散らばった原作品の題名を各法学者の名前のもとにまとめたものであり、(2)第2部はそれらの古典期の学者作品の各巻ごとに『学説彙纂』から抽出された現存する断片を(本文を伴わず)索引化したものであり、(3)第3部は、4折版で41ページにも及ぶその索引の利用法に関する論文である<sup>(50)</sup>。

1557年初版時の Jacques Labitte『索引』のフルタイトルを翻訳・分析してみると。

*Index legum omnium quae in pandectis continentur: in quo singulae ad singulos jurisconsultorum libros ex quibus desumptae sunt, ut earum monet inscriptio, referuntur. Item locorum omnium quibus Iurisconsulti in Pandectis, & Iustiano Codice, & Institutionum libris, & nouellis constitutionibus citantur. Additur postremo eiusdem Indicis vsus Per Iac. Labittum*

『学説彙纂』に含まれる全法文索引：そこではそれら法文の出典表示により注記されている如く、各個別法文がそれぞれの法学者達による出典元である巻に対して参照される。及び、『学説彙纂』『ユ帝勅法集』『法学提要各巻』『新勅法集』に引用されている法学者達の全引用箇所索引。最後に、ジャック・ラビットによる同索引の使用法が付加される。」

『学説彙纂』に含まれる全法文索引：そこではそれら法文の出典表示により注記されている如く、各個別法文がそれぞれの法学者達による出典元である巻に対して参照される。」が、上記(1)の部分にあたり、「及び、『学説彙纂』『ユ帝勅法集』『法学提要各巻』『新勅法集』に引用されている法学者達の全引用箇所索引。」が、(2)の部分にあたり、「最後に、ジャック・ラビットによる同索引の使用法が付加される。」は(3)「索引利用法論文」の部分にあたり、綺麗に題名と各部分が対応していることが理解される。

スタインよってもジャック・ゴドフロワによるラビット『索引』の重要性が語られている。

‘Godefroy commends the *Index legum*’ of Jaques Labit (Labittus), a pupil of Cujas, which was published in Paris 1557. This work, which in Godfroy’s view was insufficiently appreciated, lists, book by book (by reference only, without the text), the various fragments derived from the

same work of each classical jurist. When a rule is thus related to its original context, its field of application can be kept within proper limits and apparently contradictory rules can be reconciled.’

「[[ジャック・] ゴドフロワは [その D. 50. 17. への commentaria の中で]、キュジャスの弟子であるジャック・ラビット (Labbitus) によるパ  
リで 1557 年に出版された『法文索引』を推薦している。この作品は、  
ゴドフロワの見解によれば過小評価されているのであるが、各古典期  
ローマ法学者らの同一作品に由来する様々な法文断片を [その作品の]  
各巻ごとに (引用のみで本文テキストを含まず) 提示している。そのよう  
な方法で法準則が本来の文脈に関係づけられれば、その準則の適用範  
囲は適切な限界内に留まり、一見、矛盾するように見受けられる準則  
も調和されるものである。」<sup>(51)</sup> (下線筆者)

上記、スタインによるゴドフロワの注解 (1652 年初版) の原典表記に  
基づく法準則の適用論は、本書でのポティエの法準則の適用範囲確定  
の方法論とまさに同一のものである。そのこともあってか、キュジャ  
スに負けず劣らず、ゴドフロワの注解は本書で頻繁に引用されている。

『新秩序による学説彙纂』の「新秩序」とは、そのように「再構成さ  
れた原典テキスト秩序」を指す用語である。また、このような、法準  
則の歴史的・文献学的な「適用限界の策定」は、論理的・矛盾律  
に基礎をおいた同一平面での非歴史的なそれまでの中世・近世のブロ  
カルディカやレグラエ分析とは「方法論が全く異なるもの」であるこ  
とに留意すべきである。

ラビット『索引』は以降、彼の後に続いた様々な法学者の論考を追  
加して二巻組の大著で、アブラハム・ヴィーリング編 A. Wieling ed,  
『再生法学またはユ帝法学大全全体への時系列的索引、ジャック・ラ  
ビット、アントニオ・アグスティン及びヨーハン・ヴォルフガング・  
フレイモニウスの方式によるが、新しい簡易な方法論により収集され

たものである *Jurisprudentia Restituta, Sive Index Chronologicus in Totum Juris Justinianiae Corpus, ad modum Iac. Labbiti Ant. Augusti et Joh. Wolg. Freymonii, nova tamen facile methodo collectus.*』, (Amsterdam, 1727) が丁度ポティエの20代後半に所収され、何度か再版されており、恐らくは、時期的に、本書の成立過程にも多大な影響を与えているものと思われる。

ポティエによるラビット『索引』の使用の実例を挙げると、ポティエは「事物の本性から導かれる不変の自然法原則」を扱うに際しての2つ目の項目番号 (N. 3. までは「定義」部分の「序項」である。) N. 5 で、D. 4. 5. 8. 「市民法上の理由により自然法は解消し得ない。」の例示として、

D. 50. 17. 8. 「Jura sanguinis (1) nullo jure civili dirimi possunt. 血族の諸権利 Jura sanguinis (1)は、いかなる市民法によっても解消し得ない。」ポンポニウス『サビヌス注解』第4巻の法文を扱うが、その注において、以下のように述べている。

(1) Hic accipe jure quae ex *Sanguine*, id est cognatione naturali descendunt. Haec cum ab ipsa natura proficiscantur, *nullo Jure Civili*, id est, nulla civili ratione dirimi seu aboleri possunt. Hinc V. G. emancipatio ab hereditate aut bonorum possessione quae jure naturalis cognationis defertur, non excludit. Nam circa hanc ipsam speciem Pomponinus regulam hic propositam tradidisse videtur; cum in libro unde illa desumpta est, ne hereditatibus ac bonorum possessionibus egerit, ut constat ex Labitti Indice, quem saepissime in his Notis ad detegendum cujusque regulae genuine sensum et finem adhibebimus; quemadmodum frequenter in Tit. paraeced. ad investigandam *Verborum significationem*.

(1)ここでは、自然的同族関係である「血縁関係から *ex Sanguine*」派生した諸権利と解すべきである。というのは、自然そのものから生み出されたこの準則は、「いかなる市民法によっても *nullo Jure Civili*」、つまり、いかなる市民法上の理由によっても、解消もしくは廃止され得ないからである。このことから、例えば、家長権免除によって、自然的親族関係に由来する諸権利は、相続財産もしくは財産占有から、排除されるものではない。なぜなら、ポンポニウスは、この引用元の巻において、まさにこの種のここで提示された準則について論じ、相続財産も財産占有も影響を受けることはないとしているように見受けられるからである。このことは、これらの「注」中で、余がどんな準則であれその真の意味及び目的を探求するに際して、極めてしばしば使用し、直前章 D. 50. 16 「言葉の意味」の調査に際して特に頻繁に使用した、ラビット『索引』から明らかである。（下線筆者）

上記で、ポティエは、ラビット『索引』により、D. 50. 17. 8の「出典表示 *inscripio*」による原典書籍であるポンポニウス『サビヌス注解』第4巻に属する全断片を精査し、「市民法上の相続財産及び法務官法上の相続にあたる財産占有」に関する家父長権免除 *emancipatio* に関わるものであるとして、同法準則の適用事例・範囲を確定している。

かかる方法論は、ラビット『索引』では、テキストが付されていないだけで、「巻中の推定序列」を除き、現在の我々が、レーネルのパリンゲネシア<sup>(52)</sup>を参照して、該当法文の文脈を推定するのと本質的に同一である。

レーネルは、1889年の『パリンゲネシア』[*Praefatio* 序文]、第一パラグラフにおいて、ラビットを皮切りに、アントニオ・アグスティン Antonio Agustín (1517-86)、アブラハム・ヴィーリング Abraham Wieling (1693-1746)、カール・フェルディナンド・ホンメル Karl Ferdinand Hommel (1722-81)ら为先人として言及・分析している。

しかしながら、20世紀以降、現在に至るまで、ラビットに対する個

別研究は、管見の限り、存在しないようである。人文法学への通史であるマッフェーイ Domenico Maffei, *Gli Inizi dell'Umanesimo Giuridico*, (Milano, 1972) 等や Coing, *Handbuch*, II-I にもラビットの名は、言及されていない。かかる研究史の現状がポティエの本作における「新秩序」の意味を埋もれさせているのではないのであろうか。

### 第3節 キュジャス理論とポティエにおける「法準則数」の飽和

中世ローマ法学の中で、初めて D. 50. 17. へ注釈を付したのは所謂四博士の一人ブリガルスであるとされる<sup>(53)</sup>が、注釈や注解が同章に対し為され始めるやいなや、ある準則に対する関連テキストを『ローマ法大全』のテキスト内で完全に拾い尽くし、関連付けるといふ、その固有の方法論の特質から、法準則・法原則と呼びうるものは、決して、D. 50. 17. で選出されているテキストに限定されるものではないということは、伝統的に、認識されて来ていた。

また、先述したように、ドマの主要作中、ほぼ注目を浴びぬ作品である『大学及び法廷での使用のための学説彙纂及び勅法集からの抜粋法令集 *Legum delectus ex libris Digestorum et Codicis ad usum scholæ et fori.*』も、実質は、『学説彙纂』及び『勅法集』から、法準則として使用しうる断片を抜粋し、主に『学説彙纂』の配列に準じて羅列したものであり、「法準則集」であるという点では、非常に重要である。

しかしながら、ジャック・ゴドフロワ、ユリウス・ベーマ、ポティエなどにおいては、D. 50. 17. に含まれない断片の法準則論への収集の功績は伝統的にキュジャスに帰されている。確かに、1594年にバーゼルで初版されたキュジャスの D. 50. 17 への注解<sup>(54)</sup>は、法文の序列に沿ったものであるが、冒頭で、同タイトル以外に含まれるべき様々な法準則の豊富な例示が為されている。

ポティエは「序項」D. 50. 17. N. 3. で、これもキュジャスに影響さ

れた「古法」の意味を明らかにした後に、第1部の本論に入る直前に、次のように述べている。

「At quantum abest ut sub hoc Titulo omnes hujus Juris Antiqui Regulas complexus fuerit Tribonianus! ...

しかしながら、トリボニアヌスがこのタイトルの下に全てのかかる古法の準則を集めたというのには程遠いのである！…

*Nos longe plura hic conguessimus, alio prorsus ordine ac proposita: promissam ad caput Tituli praecedentis fidem, queamadmodum in tractatione ejusdem Tituli praestare consonati sumus, et in hoc quoque pariter exsoluturi. Igitur in exhibendis Regulis Juris, non solum referemus Regulas, quae veterum Jurisconsultorum placita continent, et quas solas proprie ad hunc Titulum pertinere, juxta Rubricam ab ipso Triboniano praefixam, Cujacius recte censet; verum ex omnibus passim, sive Digestorum Titulis, sive Imperatorum Constitutionibus, aliisve Juris fontibus, breves sententias excerpimus quae universum Jus Pandectarum Justinianearum veluti per indicem ob oculos ponant.*

余は、[先に] 本書（※『新序列によるユ帝学説彙纂』）において、<sup>いにしえ</sup>古の法の扱った枠組みを遥かに超えた、まさにそれ以外の序列および命題を、例えば、「信義 fides」に先行するタイトルとして「約束 promissio」をおいたように、関連タイトルに包摂しようと努力したのであるが、本タイトル [D. 50.17.] においても同様な説明方法を取りたい。それゆえ、法準則を解説するにあたって、キュジャスが正しくもそう考えたように、古の法学者たちが望んで包摂した準則のみならず、適切に当タイトルに関係する諸準則を、トリボニアヌス自身が決

定した当タイトルに包摂して言及したい。つまり、『学説彙纂』の各タイトル、各勅法、他諸法源などに、随所に見られる諸準則を短い見解の形で抄録し、ユ帝学説彙纂全体の指標のようなものとして読者の目前に提示したいと思う。」

(下線部筆者)

なお、説明は原典テキストの序列に前後するが、ポティエ自身によるローマ法における「古の法」の定義は、以下の様なものであった。

「Jam vero Antiquum Jus hic intellige, non Jus XII Tabularum, non Jus abrogatum; sed antiquam Juris Auctorum prudentiam qua jamdiu Populus Romanus utebatur, et consonas definitiones Jurisconsultorum illorum ex quorum scriptis Pandectae compositae sunt: quod Jus, Antiquum appellatur prae illo Jure quod a recentioribus Imperatoribus a Constantino usque ad ipsum Justinianum consitutum fuerat de variis noviter articulis.

ここでまさに、「<sup>いにしえ</sup>古の法」というのは、十二表法の法でもなく、後に廃止された法でもなく、今に至るまで長くローマ人民により使用されてきた古来の法的著作家達の知恵であり、学説彙纂がそれらの著作家達の著作から編纂されたところの法学者達の様々な定義に適合するものと解さるべきである。かかる法は、より最近のコンスタンティヌス帝からユスティニアヌス帝自身へと至る様々な新しい問題に関して立法が為される以前のものであり、ゆえに、「古の」と称される。」

つまり、コンスタンティヌス帝法からユ帝法に至る皇帝立法と比較して、「古法」と称される訳であり、今日のローマ法学者が「古典ローマ法」と呼ぶ古典期法学者によるローマ法学識と大まかに一致すると理解することも可能ではなからうか。ポティエが想定した D. 50.17 表



題中における「古法」とは、優れて、法学者による「学説法」であった。

スタイン (1962)<sup>(55)</sup>によれば、

「キュジャスはフィレンツェ写本における赤字表題が単に「法準則について De regulis iuris」や「De omnibus regulis 全法準則について」ではなく「様々な古法の準則について De diversis regulis iuris antiqui」<sup>(56)</sup>であった事を強調した。彼は『学説彙纂』中にも最終章 [D.50. 17] には含まれていない、特定のレグラであると称された多くの重要な準則が存在していることを指摘したのである。実際、そのような『学説彙纂』の他所から収集された「準則集」も数種制作されていた。しかしながら、概して、ユスティニアヌスは事情に精通しており、D. 50. 17. に収録されている準則は何らかの意味で他の準則よりもより一般性が高いものであると信じられていた。」とされる。

スタインは、法準則数はポティエにおいては、960にも達したと繰り返し強調している<sup>(57)</sup>。

この点に関連して、筆者は、著名な、本書の3巻組（以降、4巻組が一般的である）フォリオ版初版（1748-51）<sup>(58)</sup>を参照できなかった。参照できたテキストは、筆者個人蔵のパリ1818-9年版<sup>(59)</sup>の4巻組構成の大きめの8折版、日本大学にも所蔵されている24巻組のブレアール・ヌーヴィル Pierre Antoine Sulpice de Bréard-Neuville (1748-1818) による仏訳が付された羅仏対訳版 (Paris, 1813-23)<sup>(60)</sup> (D. 50. 17. 部分は第23、24巻に該当)、及び、1825年にイタリア、ピサで8折判2巻組として出版された De Diversis Regulis Juris ex R. J. Pothier Pandectis Justinianeis in Novum Ordinem redactis. と題された抜粋版である。抜粋版でも2巻合わせて1000頁近い大著となっている。

その意味で、当「法準則論 De regulis iuris antiqui」のみを、『新序列によるユ帝『学説彙纂』から抜粋して独立した「本作品」とするこ

とも十分可能であるし、むしろ、実態に沿うものである。

参照できた上記の版では、全て項目番号の編集は同一であり、全部で2025の項目番号を数えた。例えばN. 3「古法の意味について」などには準則が含まれていないが、大抵の項目番号 Numerum には一つもしくは同旨の複数の準則の断片が包括されている。また項目番号は本文中ではI, IIといったローマ数字で記載されており、引用の場合はN. 1. 2.と言ったアラビア数字で記載されているが、ローマ数字の下に1, 2, 3などのアラビア数字番号が割り振られ、同旨複数準則でも、同じ準則を否定的な裏側から見た準則がなどがある場合には、下位分類され、その上で、同旨複数準則が集められることがある。また、下位分類の同旨複数準則から、N. 14.の場合におけるようにアラビア数字番号の下から Corollarium 必然的論理帰結（数学用語としては「系」）等として、派生する場合もあり、最大で8個程度の断片・準則が一つの項目番号に含まれる場合もある。このような事情を勘案すると、準則数は、10000を超えるかは定かではないが、少なくとも5000は超えていると思われる。それゆえ、スタインの指摘<sup>(61)</sup>よりも、はるかに多くの準則がポティエにおいては扱われていることとなる。その意味で、ポティエにおける『ローマ法大全』全体からの準則的断片の抽出は、一種の飽和点に達していたと言えよう。

## 小括

最後に、現時点での理解としての、ポティエの方法論について小括したいと思う。先にポティエにおいては、実務的 mos italicus と人文法学的 mos gallicus が統合されていると述べた。それに留まらず、ポティエの方法論には、(1)自然法的・後期スコラ学的枠組、(2)論理的・弁論術的枠組、(3)法学提要システム(4)「法準則」(5)人文学的テキスト分析とともに混在している。その意味でポティエは様々な方法論の統合者として立ち現れる。これら近世以降に現れた方法論全てを作品中に

併せ持った法学者というのは稀有である。もっとも、だからこそ、ポティエは近代的法学の基礎を形成できたのだと思われる。

しかるに、これらの異なる方法論は適用場面が異なる。

(1)法準則となり得る断片を『ローマ法大全』から選出する。(ドマ『抜粋法文集』などと共通。)

(2)それを自然法的論理原則と「法学提要システム」に準拠して各大分野に分類する。この時点で、D. 50.17.の構成・序列を換骨奪胎する必要がある。

(3)各小分野に分類し、その中で、少項目を更に分類。後期スコラ学的一般理論やアリストテレス哲学的行為論の枠組みや、中世法学の「Tractatus 個別論文」の内部構造が適用される。

(4)その内部で似た意味に理解され得る各断片を関連づけ、分類。(断片は Lex より細かく編集されている。)

(5)それを集めて大きな [項目番号 Numerum] に纏め、小さく論理体系化する。

(6)注を加える際に、どのような適用場面で論じられたのか、人文学的テキスト分析により、キュジャス、ラビット『索引』、ゴドフレードゥスなどを使用し、再構成された原典テキストを意識しながら、分析し、その適用限界を論じる。その点で、18世紀のホンメル Carl Ferdinand Hommel (1768) や19世紀末の我々が知るレーネル Otto Lenel (1889) のパリングネシアの原段階に近い段階に既に到達している。その際に、同時に、フランス法実務との偏差についても、注 (notae) において述べられる。

特に、この最後の段階における準則の適用範囲の分析手法は18世紀前半に新しく登場したポティエの本書の方法論に固有のものであるのではないかと思われる。もっとも、同様の方法論は、既に、ほぼ1世紀も先んじて、ジャック・ゴドフロワ (1652) にも提唱されていた。しかしながら、ゴドフロワの注解は、D. 50. 17. のテキスト序列そのままの注解に留まる。法準則数を増加し構造を換骨奪胎して、「法学提要シ

システム」を適用したり、「一般準則のみを抽出」したりの方法論は「新序列」ではなく、むしろドマの「自然法的序」の系統の列響に基づく。ポティエは、本書において、近世からのあらゆる方法論の統合者として立ち現れるわけであるが、真に固有的な点は、その研究の「徹底性」であったと思われる。『ローマ法大全』の法文分析を「人文主義法学的方法論」からも「実務的分析」からも、分解・再構成し、やり尽くしたという意味で、ポティエは「法典編纂 Codification」の時代を予期する「Ius Commune の飽和点」と「近代的大陸法学」の岐路に屹立する。

19世紀以降、大陸法学は、20、21世紀の現代法学と同様「成文化された法典に基づき、一般的法準則を扱いながら、体系性を持って特定の法分野を叙述する」というスタイルを有するようになるが、そのようになるためには、『ローマ法大全』の原典テキスト序列からの完全な解放と、一般原則として使用できる法源の抽出と体系化が必須であった。ポティエ『新序列による学説彙纂』は、まさに「普通法学」から、かかる法学の新たなる発展段階に到達するための礎であったといえよう。

## 了

- (1) ポティエに関する基礎文献については、大川四郎「第一五章：ロベール・ジョセフ・ポティエ」勝田有恒・山内進編『近世・近代ヨーロッパの法学者たち：グラティアヌスからカール・シュミットまで』（ミネルヴァ書房、2008）、245-46の文献目録を参照。
- (2) 田中周友「ローマ法における法原則の研究 学説彙纂第五十卷第十七章邦譯」『甲南法学』、11（1971）と、それを元に改良を加えた柴田光蔵氏の訳 <[http://repository.kulib.kyoto-u.ac.jp/dspace/bitstream/2433/175506/13/section\\_E.pdf](http://repository.kulib.kyoto-u.ac.jp/dspace/bitstream/2433/175506/13/section_E.pdf)>（2013）が存する。吉原達也「『学説彙纂』第五〇巻第一七章第一法文について—ポティエ『新編ユスティニアヌス学説彙纂』レグラエ論序章—」『日本法学』、80（2）、（2014）、77-105, at 97. 以下、吉原（2014）と言及。
- (3) Peter Stein, “The Development of the Institutional System”, in *Eds. P.G. Stein & A.D.E. Lewis, Studies in Justinian’s Institutes in memory*

- of J. A. C. Thomas, (London, 1983), 151-163.
- (4) 吉原 (2014), 78.
- (5) 野田良之「ジャン・ドマとフランス民法典」『比較法雑誌』3(2) (1956); 小林公「(1)ジャン・ドマ解説」久保還暦記念『西洋法制資料編 III』、128-9; 小川浩三「ジャン・ドマの lois de la religion と lois de la police (1)-(2)」『北大法学論集』38(3) (1988), 415-454; 38(4) (1988), 625-654; 和田敏朗『ジャン・ドマ (1625 ~ 1696) の契約観——物権変動における意思主義の萌芽』『早稲田法学会誌』、43 (1993), 437-479; 中野万葉子「ジャン・ドマ (一六二五—一六九六) の私法理論：法理論の基本的構造」『法学政治学論究』、101 (2014), 135-164.
- (6) 以下、Stein, *Regulae* として引用。
- (7) Bruno Schmidlin, *Die Römischen Rechtsregeln: Versuch einer Typologie*, (Köln, 1970).
- (8) Paul du Plessis, “The Creation of Legal Principle”, *Roman Legal Tradition*, 4 (2008), 46-69.
- (9) レグラエ論に関する様々な研究の一覧は、Detlef Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtsprüche*, 2<sup>nd</sup> ed, (Berlin, 2007), 15-6 を参照。
- (10) Stein, *Regulae*, 170-5.
- (11) Stein, *Regulae*, 175.
- (12) Peter Stein, “The Formation of The Glosses ‘De Regulis Iuris’ and The Glossators’ Concept of ‘Regula’ ”, in *Atti del convegno internazionale di Studi Accursiani*, II, (Mailand, 1968), 697-722.
- (13) Cf. ‘RÈGLES DE DROIT’ by Ch. Lefebvre in *DDC* par Naz, tom. 7, col. 542.
- (14) Prima Compilatio の年代比定に関しては、J. Brundage, *Medieval Canon Law*, (New York, 1995), 194.
- (15) Emile Fridburg ed, *Quinque Compilationes Antiquae*, (Leipzig, 1882), 65.
- (16) H. Coing ed, *Handbuch*, II-I, (1977), 545.
- (17) Peter Stein, “The Digest title, *De Diversis Regulis Iuris Antiqui*, and The General Principle of Law”, in *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, (Indianapolis, 1962), 1-20.
- (18) Domenico Maffei, *Gli Inizi dell’Umanesimo Giuridico*, (Milano, 1972). Donald Kelley, *Foundations of Modern Historical Scholarship: Language, Law, and History in the French Renaissance*, (New York, 1970).
- (19) 18 世紀のポティエに先行する 17 世紀オランダ典雅法学のパリングゲネシア的文献に関する研究として、Goveart C. J. J. van den Bergh, “Palingenesia in Dutch Elegant School”, *Tijdschrift voor*

*rechtsgeschiedenis*, 65 (1997), 71-84.

- (20) Stein, *Regulae*, 177-8.
- (21) この点、ジュネーブ大学のローマ法教授であった父のドゥニ・ゴドフロワ Denis Godefroy (Dionysius Gothofredus) (1549-1622) による所謂ゴドフレドゥス版『ローマ法大全』の D. 50. 17 部分への大部の注釈と混同しやすく注意が必要であった。内容解読からの逆算でのみ区別される。
- (22) 『法学史』(東京大学出版会、1976)、山口俊夫「フランス法学」、187.
- (23) Stein, *Regulae*, 167-170.
- (24) 全集版にしばしば含まれる弔辞としての「ポティエ伝」たるルトローヌ『ポティエ史讃 *Éloge historique de M. Pothier, conseiller au présidial d'Orléans et professeur de droit françois en l'Université de la même ville*』において、ポティエは法学教育が荒廃していた 18 世紀前半のオルレアン大学において、フィニウス Arnordus Vinnius の『ユ帝法学提要注解』を使用してローマ法学を独習したと伝えられる。Bugnet ed, *Œuvres de Pothier*, tom 2, (Paris, 1861), 29.
- 同旨大川 (2008), 235. ルトローヌに関しては、大川四郎「一八世紀オルレアン法曹界における法学的諸潮流の交錯：オルレアン上座裁判所付検事ギョーム・フランソワ・ルトローヌ (一七二八—一七八〇) の三論稿の分析をもとにして」『名古屋大學法政論集』, 186 (2001), 147-93.
- (25) A. Jean Arnaud, *Les origines doctrinales du code civil français*, (Paris, 1969) ; 野田良之「アンドレ＝ジャン・アルノオ・《フランス民法典の学說的起源》1969 年 (紹介)」『日仏法学』, 7 (1973), 31-62.
- (26) 菊池肇哉『英米法「約因論」と大陸法「カウサ理論」の歴史的交錯』(国際書院、2013), 24-38.
- (27) 「総則部分」の発展に関する分析として、John Merryman & Rogelio Perez-Perdomo, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 3<sup>rd</sup> ed, (Stanford UP, 2007), chap. XI, The Genral Part, 68 ff を参照。
- (28) Hans Erich Troje, “Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jharhunderts” in *Philosophe und Rechtswissenschaft: Zum Ploblem ihrer Beziehung im 19. Jharhundert*, (1969), 63-88.
- (29) 近世における「法準則論」を包摂する研究として、Derek van der Merwe, “*Regulae iuris* and the axiomatisation of the law in the sixteenth and early seventeenth centuries”, *Tydskrif vir de Sud Afrikaanse*, 3 (1984), 286-302. 以下 Merve として引用。そのような D. 50. 17. への近世以降の注解のリストについては、Coing, *Handbuch*, II-I, (1977), 541-2; Merve, 291.
- (30) Klaus Luig, “Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18 Jarhundert”, *Ius Commune*, 3 (1970), 64-77; *ibid*, “The Institutes of

National Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries”, *Judicial Review*, 17 (1972), 193-226.

- (31) John W. Cairns, “Blackstone, An English Institutist: Legal Literature and the Rise of the Nation State”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 4 (3) (1984), 318-360; Julia Rudolph, *Common Law and Enlightenment in England 1689-1750*, (2013), 166 ff.; Michael Lobban, “Blackstone and Science of Law”, *The Historical Journal*, 30 (1987), 311-335.
- (32) Martin Rady ed, *Custom and Law in the Central Europe: Centre for Legal Studies Occasional Paper no. 6*, (Cambridge University Press, 2003).
- (33) Merwe, 291. ‘As a rule, the commentaries followed the order of the *Digest*, but occasionally the materials was re-arranged: the *regulae* were arranged alphabetically or according to keywords and phrases or in the order of the subject-matter of the Institutes.’
- (34) メルヴェはどの作品が「法学提要」方式をとっているのか実例を上げていない。最大の例外は、ポティエの当部分には言及されていないが、オランダのルーヴァン大学の法学者 Petrus Peckius (1529-89) による D. 50. 16 と D. 50. 17 への注解であろう。スタインによれば、To make the Student Perus Peckius of Louvain (1529-89) produced *Partitio* of the two titles *De regulis*, from civil and canon law, and the Digest title, *De verborum significatione*, with fragments rearranged in the order of the Institutes. とされる。Peter Stein, “The Digest title, *De Diversis Regulis Iuris Antiqui*, and The General Principle of Law”, in *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, (Indianapolis, 1962), reprinted in *The Character*, 69. また、フランスにおけるある「カノン法準則集」への注解にも、「法学提要システム」にそって分類されているが、絶対数は非常に少ない。
- (35) 大川四郎「第一五章：ロベール・ジョセフ・ポティエ」勝田有恒・山内進編『近世・近代ヨーロッパの法学者たち：グラーツィアヌスからカール・シュミットまで』（ミネルヴァ書房、2008年），235-46。
- (36) ジャネスは死後、*Les Principes de la Jurisprudence François, : Exposés Suivant l'ordre des Diverses Espèces d'actions Qui Se Poursuivent En Justice*, 2 toms, (Paris, 1759) という伝説による「フランス法学の」法則集を出版している。
- (37) 金山直樹「＜資料＞フランス普通法研究の手引き（第2版）」『姫路法学』, 4 (1989), 1-39, at 19-20. 「ポティエの法律学」『姫路法学』, 3 (1989), 117-143。
- (38) 西村隆誉志「ポティエ「新編学説集成」の編成論理とキュジャス(1)」『愛媛法学会雑誌』, 31 (3-4) (2005), 1-31 ; 「ポティエ「新編学説集成」の

編成論理とキュジャス(2)』『愛媛法学会雑誌』, 32 (3-4) (2006), 29-56 ; 「ポ  
 テイエ「新編学説集成」の編成論理とキュジャス(3)』『愛媛法学会雑誌』,  
 33 (3-4) (2007), 35-51.

(39) Stein, *Regulae*, 162.

(40) 菊池肇哉『英米法「約因論」と大陸法「カウサ理論」の歴史的交錯』  
 (国際書院、2013), 32-33.

(41) S. Kuttner, “Harmony from Dissonance: An Interpretation of Medieval  
 Canon Law”, as *Wimmer Lecture X, St. Vincent College*, (Latrobe, 1960),  
 1-16.

(42) Hermann Kantorowicz, “The Quaestiones disputatae of the  
 Glossators,” *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 16 (1939), 1-67, 4 ff.

(43) S. Kuttner, “Reflections sur les Brocards des Glossators” in *Melanges  
 Joseph de Ghellinck II*, (Gembloux, 1951), 767-792; Stein, *Regula*, 131-2.  
 近世の状況については、Merwe, ‘3.5 Collections of brocards’, 292-3.

『法学史』(東京大学出版会、一九七六年) 佐々木有司「中世ローマ法  
 学」, 90-1.

(44) 近世ルネサンスにおける「方法論」の意義一般については、Neal W.  
 Gilbert, *Renaissance Concepts of Method*, (Columbia UP, 1960) ; 法律学  
 との混交については、Nicholas Vigelius, *Methodus Universi Juris*, (1561)  
 を参照。Vigelius の同著に対しては Harold Berman, *Law and Revolution,  
 II: The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal  
 Tradition*, (2003), 124 ff. 宮島直樹氏の翻訳 (2010) も参照。

(45) Antoine Terrason, *Histoire de la jurisprudence romaine*, (Lyon et  
 Paris, 1750), 331-6. 金山直樹「<資料>フランス普通法学研究の手引き  
 (第2版)」『姫路法学』第四巻 (1989), 19 に日本大学所蔵同書への言及。

(46) *Encyclopédie méthodique par ordre des matières : Jurisprudence*,  
 tom III, (Paris, 1783), “Digeste”, 718-27, esp. 727.

金山直樹「<資料>フランス普通法学研究の手引き (第2版)」『姫路法  
 学』, 4 (1989), 26-27 に百科全書学派と同書の関係の詳細な説明あり平岡  
 昇・市川慎一訳 J・プルースト『百科全書』(岩波書店、1979)、市川慎一  
 『百科全書学派の世界』(世界書院、1995)。

(47) [MICHAELI FABRO V. C. IN MAGNO GALLICAE CONSILIO  
 REGIS CONSLIARIO, & Torosae Iudici maiori Iac. Labbitus.]

(48) この献辞は 1557 年初版にしか掲載されていない。

(49) この一節は、全 6 頁の献辞の 2-3 頁目にあるが、後の 5 頁目に、  
 「utpote a tuis Petro & Carolo Fabris nobilissimis atque eruditissimis  
 adlescentibus つまり、貴方様のピエールとシャルル・ファールという極  
 めて高貴で学識高い青年らによりまして」とあるので、姓が同一なので、  
 恐らくは、献呈相手で、ラビットのパトロンでもあったと思われるミシェ



ル・ファールの子であり、その意味で、「あなたの」と称されていると思われる。

- (50) Terrason, 331.
- (51) Stein, *Regulae*, 169. 現代の法学者によるラビットへの言及はほとんど無くこの一節は唯一発見できたものであり貴重である。
- (52) David Johnston, “Lenel’s Palingenesia Iuris Civilis: Four Questions and Answer”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 65 (1997), 57-70; *ibid*, “Lenel’s Palingenesia: Two Footnotes to Roger” in *Judge and Jurist: Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry*, (OUP, 2013), 179 ff.
- (53) Stein, *Regulae*, 132 ff. Peter Stein, “The Formation of The Glosses ‘De Regulis Iuris’ and The Glossators’ Concept of ‘Regula’”, in *Atti del convegno internazionale di Studi Accursiani*, II, (Mailand, 1968), 697-722.
- (54) 同版には、「Nunc primum in lucem editae.」の文言が表題中に見られる。
- (55) Peter Stein, “The Digest title, *De Diversis Regulis Iuris Antiqui*, and The General Principle of Law”, in *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, (Indianapolis, 1962), reprinted in *The Character*, 69. Also Stein, *Regulae*, 164-5. 吉原 (2014), 96.
- (56) キュジャスのこの主張を繰り返したポティエによる N. 3 の「古法の意味について」の扱いについては、吉原 (2014), 93-5.
- (57) Stein, *Regulae*, 179. & *ibid*, *Roman Law in European History*, (CUP, 1999), 114. 吉原 (2014), 78 & 94 注 4.
- (58) 金山氏によれば早稲田大学に初版の所蔵がある。金山「手引 (2 版)」(1989),
- (59) 金山「手引 (2 版)」(1989), 19.
- (60) 金山「手引 (2 版)」(1989), 19.
- (61) スタインが重ねて指摘する 960 という準則数は、上記の仏訳付きブレアール・ヌーヴィル Bréard-Neuville (1748-1818) 版の第 23 巻の最後の項目番号 Numerum が 960 で終わって切れていることに依拠していると思われる。実際は第 24 巻を使用すると 2025 の項目番号で終わっており、誤りである。また「項目番号」であり、準則数そのものでもない。この点は、吉原教授から御教示を受けその研究室で明らかにすることが出来た。この場をお借りして、謝辞を記するものである。









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

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

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

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区三崎町 2-3-1

(T E L) 03-5275-8510

(F A X) 03-5275-8537

(E-mail) [kenjimu@law.nihon-u.ac.jp](mailto:kenjimu@law.nihon-u.ac.jp)

執筆者紹介

吉原達也 日本大学教授  
 小林宏晨 日本大学名誉教授  
 加藤康榮 元日本大学大学院教授  
 益井公司 日本大学教授  
 甲斐直 日本大学教授  
 松嶋素直 日本大学教授  
 菊池肇哉 比較法研究所研究員

掲載順

機関誌編集委員会

委員長 山田光  
 副委員長 益井公  
 委員 大岡聡  
 新谷眞人  
 稲葉陽  
 太田晴美  
 佐渡友哲  
 高畑英一郎  
 中村進  
 馬淵彰  
 水戸克典  
 谷部光一  
 吉野篤  
 渡辺徳夫  
 渡辺容一郎  
 白井哲也  
 岡西賢治  
 小野美典  
 西原雄二  
 福原滋久  
 井出真悟

日本法学第八十一卷第一号

平成二十七年六月二十五日 印刷  
 平成二十七年六月三十日 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丁目一四 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. 81 No. 1 June 2015

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

*ARTICLES*

Tatsuya Yoshihara, *“Incestum” in Ancient Rome*

Hiroaki Kobayashi, *Das Recht auf kollektive Selbstverteidigung und die Theorie des Verfassungswandels*

Yasuei Kato, *Administrative Police Activity and the Investigation of Crimes before their Occurrence (II)*

*TRANSLATION*

Martin Häublein, *Der Aspekt der Rechtssicherheit bei der Willensbildung in Personenvereinigungen Zum Spannungsverhältnis zwischen Bestandskraft von Beschlüssen und den Anforderungen der Rechtsgeschäftslehre, dargestellt am Beispiel fehlerhafter Beschlussverkündung, übersetzt von Koji Masui*

*NOTE*

Sunao Kai, *Fiscal Reform and the Supreme court*  
— *The Period of Burger, the 15th Chief Justice* —

*CASE COMMENT*

Takahiro Matsushima, *A Case concerning the Liability of A Bond Administrator*

-----  
*ARTICLE*

Toshiya Kikuchi, *Pothier’s ‘New Order’ as contrasted to Domat’s ‘Natural Order’: A Methodical Analysis of Pothier’s Theory of ‘General Principles’ in His De regulis juris*