

創 価 法 学

第 47 卷 第 1 号

平成 29 年 7 月

論 説

日本における同性婚容認の可能性

— アメリカ合衆国最高裁判所の同性婚容認判決の論理を示唆として —

..... 上 田 宏 和 (1)

法史学試論 — 日本の国家・法・宗教 — (一) 小 島 信 泰 (256)

サブリース法理の射程拡大の歴史と一般化 松 田 佳 久 (33)

名誉毀損と出版差止め

— 「事柄の公共性」「人物の公共性」を軸とする差止め要件の再検討 —

..... 山 田 隆 司 (61)

研究ノート

自由主義的権力の政治的基礎

— R. ボランの政治哲学 三九 — 白 石 正 樹 (93)

判例研究

Big Lagoon Rancheria v. California, 741 F.3d 1032 (9th Cir. 2014).

— インディアンのために土地を取得する連邦政府の権限は、「インディアン再組織法」が制定された1934年の時点において合衆国の連邦管轄権の下にあったインディアン部族のための土地の取得に限定される。1934年の時点でインディアン部族が連邦の管轄権の下にはなかった場合、当該部族は、1988年制定の「インディアン・ゲーミング規制法」に基づいて当該部族の土地で「第3種ゲーミング」を經營するための必須条件である「部族・州間協定」を締結する交渉を誠実にこなうよう州に要求すること（合衆国法律集第25編第2710条第d項第3号（A））ができないとされた事例 — … 藤 田 尚 則 (135)

資 料

「インディアン・ゲーミング規制法」（全訳） 藤 田 尚 則 (171)

史料翻刻・解題

諸家例義〔江幡五郎自筆 輯 共二卷〕(二) 小 島 信 泰 編 著 (230)

創価法学 第46巻 第1号

論 説

<i>Obergefell</i> 判決における同性婚と婚姻の権利	上 田 宏 和
表現の自由と「公的関心事項」(5)	
— 2011年合衆国最高裁判所 <i>Snyder</i> 判決を契機に —	藤 田 尚 則
民法94条2項、同法96条3項、同法545条1項但書適用後における第三者との法律関係	
— 第三者が不動産賃借人である場合の賃貸人の地位の承継を中心として —	松 田 佳 久

研究ノート

オーストリアの王冠証人規定	
— 刑法41条aの立法理由と概要 —	池 田 秀 彦
自由主義の諸相 — R. ポランの政治哲学 三七 —	白 石 正 樹
アメリカ・インディアンの水利権 (3)	
— ウィンターズ法理の展開 —	藤 田 尚 則

翻 訳

英国コーポレート・ガバナンス・コード	
… FRC (Financial Reporting Council : 企業財務報告審議会)	
	黒木 松男 (訳)

創価法学 第46巻 第2・3合併号

高村忠成先生退職記念号

高村忠成先生退職記念号の発刊に寄せて	須 藤 悦 安
--------------------	---------

論 説

オーストリアにおける被疑者の捜査協力に対する報償制度	
— オーストリア王冠証人立法研究 —	池 田 秀 彦
国家・宗教研究の方法論的一考察：国家篇	
— 拙著『日本法制史のなかの国家と宗教』補論 —	小 島 信 泰
核廃絶をめぐる国家と人間の安全保障の交錯	
— 人道的アプローチの法的基盤としての国際法の役割 —	中 山 雅 司
表現の自由と「公的関心事項」(6)	
— 2011年合衆国最高裁判所 <i>Snyder</i> 判決を契機に —	藤 田 尚 則
<i>Juliana, et.al.</i> , 対 <i>United States of America, et.al.</i> 事件の一分析	
— 気候変動の脅威に関連して健全な環境を享受する憲法上の権利の誕生? —	松 田 健 児
地下水規制と財産権の保障	
— 憲法適合性からみた採取許可制度 —	宮 崎 淳
ハイパーリンクによる名誉毀損	
— 日本およびカナダの司法判断を手がかりに —	山 田 隆 司

研究ノート

社会的自由主義 — R. ポランの政治哲学 三八 —	白 石 正 樹
アメリカ・インディアンの水利権 (4)	
— ウィンターズ法理の展開 —	藤 田 尚 則
機械設備等の物権的期待権の譲渡担保化に関するアンケート調査結果	
	松 田 佳 久

判例研究

分掌変更による役員退職慰労金の損金性について	
— 東京地方裁判所平成27年2月26日判決 平成24年(行ウ)第592号 —	
	西 山 恭 博

史料翻刻・解題

諸家例義 [江幡五郎自筆 輯 共二巻] (一)	小 島 信 泰 編著
-------------------------	------------

〈論 説〉

日本における同性婚容認の可能性

— アメリカ合衆国最高裁判所の同性婚容認判決の論理を示唆として —

上 田 宏 和

目 次

はじめに

I．同性婚をめぐる日本の現状

II．同性婚の憲法解釈

III．アメリカにおける2つの同性婚容認判決の論理

結びに代えて — 日本における同性婚容認の可能性

はじめに

2015年に制定された渋谷区のパートナーシップ条例を皮切りに、日本でも同性カップルの法的保護について現実味が帯びてきた。2017年5月現在、渋谷区¹⁾の他、世田谷区、宝塚市、伊賀市、那覇市の四つの自治体でパートナーシップ制度が制定されている。その目的は、性的少数者、とりわけ同性カップルの保護である。しかし、日本のパートナーシップ制度は、同性カップルに異性カップルと同等の権限を付与しようと試みているにせよ、これによって同性婚まで認めているわけではない。

そもそも、日本国憲法第24条1項には、「婚姻は、両性の合意にのみ基づいて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない」とある。これにより、日本において婚姻とは異性婚を意味すると自明のように考えられ、これまで最高裁判所や学説において

1) この他に札幌市も、2017年度中の「同性パートナーシップ制度」の導入を検討している。札幌市で同制度が施行されれば政令指定都市で初となる。読売新聞2016年12月23日。

も異を唱えられることがなかった。

しかし、近時、最高裁は、かつては合憲と判断してきた家族や婚姻に関する内容を違憲とする判決を下すようになってきており、その姿勢に変化の兆しを見せ始めている。また、憲法学でも同性婚を容認する学説が主張され始めている。ただし、同性婚を容認する学説では、そもそも想定される家族観が従来と異なっている。そのため、同性婚の是非を論じるにあたり、同性婚を容認する学説と従来の異性婚を前提する学説とでは、前提となる議論の段階で既に隔たりがあるように思える。

他方、海外に目を移すと、同性婚を容認する国は増加傾向にある。とりわけ、2015年にアメリカの全ての州で同性婚が容認されたことは記憶に新しい。アメリカでは、日本と同様に婚姻を異性婚と捉える考えが支配的であったが、一方で同性婚問題は政治、文化、宗教とも絡み合って国論を二分する議論として展開されるなど日本と異なる背景もあった。こうした複雑な対立状況がある中、アメリカ合衆国最高裁判所（以下、合衆国最高裁という。）は、どのような論理で同性婚を容認したのか。本稿では、合衆国最高裁の論理を検討することで、日本における同性婚容認のための示唆を得たい。

本稿の構成は次のとおりである。Ⅰでは、日本のパートナーシップ制度を中心に、同性婚に関する日本の現状を概観する。Ⅱでは、同性婚の憲法上の解釈を考えるにあたり、近時の四つの最高裁判例を参考に、婚姻や家族の事項に関する最高裁の姿勢の変化について検討する。その上で、同性婚問題を考えるにあたって重要となる第24条に関する解釈について、第13条と第14条との整合性とも関連しながら言及する。Ⅲでは、近時、同性婚を容認した2013年の *United States v. Windsor* ²⁾（以下、*Windsor* 判決という。）と2015年の *Obergefell v. Hodges* ³⁾（以下、*Obergefell* 判決という。）というアメリカ合衆国最高裁の二つの判決の論理を検討する。

2) 133 S.Ct. 2675 (2013).

3) 135 S. Ct. 2584 (2015).

I. 同性婚をめぐる日本の現状

(1) 同性婚に対する日本社会の動向

2017年5月現在、日本において同性婚は法律婚として認められていない。最高裁で同性婚を認めようとする訴訟が提起されていないことはもちろん、国会や政府といった国政レベルでも、同性婚を認めようとする立法が具体的に検討されている状況にもない⁴⁾。しかし、社会的事実を目を向けるならば、2012年に東京ディズニーランドで女性同士の挙式が行われるなど、民間レベルで同性婚を認めようとする様相を呈している⁵⁾。

そうした中、2015年4月1日に「渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例」、いわゆる渋谷区パートナーシップ条例が施行された。パートナーシップ制度とは、「同性間パートナーシップが存在する旨の証明書を発行することで、その提示を受けた事業者等に、当該カップルを結婚した夫婦と同様に扱うことを求める」⁶⁾制度である。現在の日本のパートナーシップ制度は、いわゆる「渋谷方式」と「世田谷方式」の二つのモデルに大別される。両者の違いは、同性間のパートナーシップ証明書に法的効果があるか否かである。もっとも、各自治体によって証明書発行の要件やその効果は様々である。

4) もっとも、日本でも同性婚に関する研究が、近年、憲法学あるいは民法学の領域で精力的に行われている。日本の同性婚問題に言及した文献として、小竹聡「憲法と同性婚——ジェンダー法学のすすめ」法学セミナー737号(2016年)10-14頁、二宮周平「家族法——同性婚への道のりと課題」三成美保編『同性愛をめぐる歴史と法——尊厳としてのセクシュアリティ』(明石書店、2015年)122-147頁、同「多様化する家族と法」(6) 同性かパートナーシップと同性婚：その意義と必要性」時の法令1990号(2016年)57-63頁、渡邊泰彦「同性カップルの法的保護」水野紀子編『家族——ジェンダーと自由と法』(東北大学出版会、2006年)141-175頁、同「同性カップルによる婚姻から家族形成へ」法律時報第88巻2号(2016年)69-72頁など多数。

5) 毎日新聞2012年5月14日。

6) 大島梨沙「渋谷区同性パートナーシップ条例の意義と課題」法学セミナー727号(2015年)1頁。

(2) 日本のパートナーシップ制度の概要と限界

①渋谷方式と世田谷方式

渋谷方式は、「条例」によって同性カップルを法的に保護する。現在、日本で渋谷方式を採用しているのは渋谷区パートナーシップ条例（以下、本条例という。）のみである。本条例では、区、区民および事業者、そして区長に対して、性的少数者の人権を尊重する社会を推進するための取り組みを促している。本条例による性的少数者とは、同性愛者のみならず、両性愛者、無性愛者、性同一性障害者も含まれる。この意味で、本条例は同性カップルだけを対象とする条例ではない。しかし、パートナーシップ証明を得られるのは同性カップルのみである（第2条8号）。

同性カップルがパートナーシップ証明を得るためには、互いを後見人とする任意後見契約を締結し、登記した上で、共同生活に関する契約を公正証書で締結することが必要となる（第10条2項）。これにより同性カップルが得られる利益と期待されるものとして、一つに同性カップルに対する区内の職場の対応改善が図られること（第15条）、二つに区営・区民住宅への入居に便宜が図られること（第16条）が指摘できうる。

他方、世田谷方式は「要綱」である。すなわち、首長の権限によって策定され、同性カップルのパートナーシップを認めるのである。現在、日本でパートナーシップ制度を採用している渋谷区以外の自治体は、この世田谷方式を採用している。渋谷方式が同性愛者も含めた性的少数者を適用対象とするのに対して、世田谷方式では同性カップルのみを要綱の適用対象とする違いがある。

世田谷方式では、パートナーシップ宣誓書を区職員に提出することで同性カップルのパートナーシップが認められる。その際、当該カップルが①双方とも20歳以上であること、②双方が区内に住所を有すること、又は一方が区内に住所を有し、かつ、他の一方が区内への転入を予定していることを要件とする。ただし、要件については、世田谷方式を採用している自治体によって様々であり、宝塚市は当事者双方に配偶者がいないことや当事者以外の者と同性カップルでないことも課しており（「宝塚市パートナーシップの宣誓の取り扱いに関する要綱」第3条3号）、那覇市では申請者の一方又は双方が外国籍を有する者（「那覇市パートナーシップ登録の取り扱いに関する要綱」第4条）

であってもパートナーシップを認めている。

しかし、渋谷方式が条例違反をした事業者名の公表を規定している（第15条）のに対して、世田谷方式では特に罰則規定をもうけられていない。世田谷方式には、パートナーシップ宣誓書を交付することで、同性カップルがどのような利益が得られ、要綱に違反した者にどのような罰則が科せられるかが不明確との問題が指摘できうる。

②日本のパートナーシップ制度の限界

確かに、このようなパートナーシップ制度の導入は、日本における同性愛者の権利獲得につながるため、同性愛者たちに必要な制度であることは疑うところはない。しかし、婚姻制度との比較という観点から日本のパートナーシップ制度を検討すると、大別して三つの問題点が指摘できうる。

第一に、具体的な権利内容の不明確性が指摘できる。渋谷方式であれ、世田谷方式であれ、パートナーシップ証明による法的効果は、条文上極めて抽象的であり、パートナーシップ関係にある同性カップルに対して具体的にどのような効果がもたらされるのか。この点が不明確であり、このことは証明書を得た当事者が今後自ら切り開いていかなければならない課題の一つであろう。

第二に、法的な強制力の脆弱さが指摘できよう。渋谷方式では、条例に違反する行為があった場合には、区に抛る調査、指導、勧告及び名称公表等（本条例15条）の対象、さらには不法行為（民法709条）等の一般法に基づく損害賠償請求が可能とされる。しかし、いかなる行為が差別的行為となり、条例違反となるかが不明確である以上、このような措置が取られる保証はない。世田谷方式に関しては、そもそも罰則規定すら存在しない。

第三に、同性カップルの権利義務、法的地位は、婚姻カップルが婚姻により得られるそれとは程遠いことが指摘できる。例えば、所得税や相続税などの配偶者控除等の税制上の各種優遇措置、公的年金制度における第3被保険者制度、健康保険制度における被扶養者制度をはじめとした社会保険における各種優遇措置など、婚姻カップルと比べると同性カップルには得られる権限が少ないことは否定できない。

日本でのパートナーシップ制度導入は同性婚容認への前進的な政策ではある

だろう。しかし、いくら多くの自治体がパートナーシップ制度を導入したとしても、法律婚を異性婚に限定する現行制度がある以上、パートナーシップ関係は婚姻関係として承認されない実状にある。やはり、日本において同性婚を承認するためには現行の婚姻制度との調整が必要となる。そのためには、まずもって婚姻を規定する日本国憲法第24条の解釈が問題となろう。そこで次節では、第24条解釈をめぐる最高裁判例と学説の動向を検討することで、日本の同性婚問題の現在地を確認したい。

Ⅱ．同性婚の憲法解釈

(1) 同性婚に対する最高裁の姿勢

現在のところ、同性婚の是非を直接的に判断した最高裁判例は存在しない。日本では付随的違憲審査制を採用しているため、具体的事件が発生しない限り、裁判所は同性婚に対する憲法適合性を判断しえないからである。しかし、家族のあり方をめぐる判例の変更を通して、婚姻に関する最高裁の姿勢を看取することができる。そこで同性婚問題を論ずるにあたり、近時の四つの最高裁判例をリーディングケースとして取り上げる。これらの判例は、それぞれ重要な論点を孕んでいるが、ここでは個々の論点を中心に提起して論じるのではなく、その前提となる婚姻・家族のあり方に関する最高裁の通底する考えの抽出を試みたい。

(i) 婚外子（非嫡出子）法定相続分規定違憲決定⁷⁾

本件は、死亡したAの遺産につき、Aの嫡出である子らが、Aの嫡出でない子たちに対し、遺産の分割の審判を申し立てた事件である。第一審は、民法第900条4号ただし書の規定のうち、嫡出でない子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1とする部分（以下、本件規定という。）は合理的理由のない差別とはいえないため憲法第14条1項に違反しないと判断し、第二審も本件規定に基づく法定相続分を前提にAに遺産の分割をすべきとして第一審を維持した。

本判決において最高裁は、まず、憲法第24条1項と2項を受けて、民法第

7) 最大判平成25・9・4民集67巻6号1320頁。

739条1項が事実婚主義ではなく法律婚主義を採用していることを確認する。ただし、法律婚主義の下でも、嫡出子か否かの区別は、国内の伝統・社会事情・国民感情、さらには婚姻ないし親子関係に関する国内法、国民の意識等を総合的に考慮して判断すべきであり、これらの事柄は時代と共に変遷するものであるから、その定め合理性については個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして検討されなければならないとの見解を示す。その上で、「現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化」や「国民の意識の変化、諸外国のすう勢及び我が国が批准した条約の内容」等を総合的に考察すれば、「立法府の裁量権を考慮しても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われて」いるとして、本件規定を憲法第14条1項違反とした。

(ii) 親子関係不存在確認請求事件⁸⁾

本件は、戸籍法上Yの嫡出子とされているXがYに対して提起した親子関係不存在の確認の訴えである。男性Yと婚姻関係にあった女性Aは、男性Bと交際を始め、やがて性的関係を有するようになったが、その間もYとの夫婦関係の実態は失われていなかった。やがて、妊娠したAは、Bとの間の子であると思い、Yに妊娠したことを告げず、病院でXを出産した。入院中のAを探し出したYに対して、AはXをYの子ではないことを告げた。しかし、Yは、YとAの長女とするXの出生届を提出し、Xを自らの子として養育した。その後、AとYは協議離婚し、AとXは、現在、Bと共に生活している。AはXの法定代理人としてYに対して親子関係不存在確認を求めて訴えを提起した。なお、私的に行ったDNA鑑定結果では、BがXの生物学上の父である確率は99.999998%である。

第一審は、XはAとYが結婚していた間に生まれたため外形的には夫婦関係が持続していたという事実を認定したが、DNA鑑定に基づき、XとYとの間に生物学的な血のつながりがないことは明らかであるとして民法第772条の嫡出推定は及ばないとした。続く第二審も、「特段の事情が認められ、かつ、生物学上の親子関係の不存在が客観的に明らかな場合においては嫡出推定が排除

8) 最判平成26・7・17民集68巻6号547頁。

されるべきである」とし、本件の場合、不存在が明白であり、AとYは離婚して、XがAの下で監護されている事情が認められることから嫡出推定は排除されるとして、第一審判決を維持した。

しかし、最高裁は、「夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことは科学的証拠により明らかであり、かつ、夫と妻が既に離婚して別居し、子が親権者である妻の下で監護されているという事情があっても、この身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから…嫡出の推定が及ばなくなるものとはいえず、親子関係不存在確認の訴えをもって当該父子関係の存否を争うことはできないものと解するのが相当である」とした。その上で、本件では妻の懐胎時に事実上の離婚などの事情がなかったため、親子関係不存在確認の訴えをもって争うことはできないとして、原判決を破棄し、Xらの訴えを棄却した。

(iii) 再婚禁止期間違憲訴訟判決⁹⁾

本件は、平成20年3月に前夫と離婚し、同年10月に後夫と再婚した女性Xが、女性に6ヶ月の再婚禁止期間を定めた民法第733条1項（平成28年法律71号による改正前のもの）は合理的な根拠がなく女性を差別的に取り扱うもので憲法第14条1項及び第24条1項に違反するとして、これを改廃する立法措置をとらなかった立法不作為の違法を理由に、国に対して国家賠償法第1条1項に基づき損害賠償を求めた事件である。

最高裁は、「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係について全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるべきである。したがって、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律よってこれを具体化することがふさわしい」とする。「憲法第24条2項は、このような観点から、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものの」であり、そして「同

9) 最大判平成27・12・16民集69巻9号2427頁。

条1項は、婚姻するかどうか、いつ誰と婚姻するかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたもの」と理解する。

その上で、「婚姻制度に関わる立法として、婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容となっている本件規定については、その合理的な根拠の有無について…事柄の性質を十分に考慮した上で検討することが必要である」として、再婚禁止期間制度自体は生まれてくる子への父性の推定の重複を回避するための制度として合理性があるとしつつも、平成20年当時において、民法第733条1項の規定のうち100日超過部分については、父性の推定の重複を回避するために必要な期間といえず、憲法第24条2項の両性の本質的平等に立脚したものといえないため、憲法14条1項及び憲法第24条2項に違反するとした。

(iv) 夫婦別姓訴訟合憲判決¹⁰⁾

本件は、夫婦が婚姻の際に定めるところに従い、夫または妻の氏を称すると定める民法第750条の規定が憲法第13条、第14条1項、第24条1項及び2項に違反するとして、これを改廃する立法措置をとらないという立法不作為の違法を理由に、国に対して、国家賠償法第1条1項に基づき損害賠償を求めた事件である。

最高裁は、民法第750条は「氏は、婚姻及び家族に関する法制度の一部として法律がその具体的な内容を規律しているものであるから…具体的な法制度を離れて、氏が変更されること自体を捉えて直ちに人格権を侵害し、違憲であるか否かを論ずることは相当ではな」く、「現行の法制度の下における氏の性質等に鑑みると、婚姻の際の『氏の変更を強制されない自由』が憲法上の権利として保障される人格権の一内容」とは言えないため、憲法第13条に違反しないとした。また、「夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果として夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占める」としても、「夫婦同氏制はそれ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではな」いため、憲法第14条1項にも違反しないとした。

さらに、婚姻及び家族に関する事項について、再婚期間禁止違憲訴訟と同様

10) 最大判平成27・12・16民集69巻8号3586頁。

の見解を述べる一方で、「憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益や実質的平等…の実現のあり方は、その時々における社会的条件、国民生活の状況、家族のあり方等の関係において決められるべき」との見解を示す。その上で、民法第750条は「婚姻の効力の一つとして夫婦が夫または妻の氏を称することについての直接の制約を定めたものではない」夫婦が別の氏を称することを認めないものだとしても、「直ちに個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠く制度であるとは認めることはできない」ので、憲法第24条にも違反しないと判断し、上告を棄却した。

(V) 検討

日本の同性婚問題を考える上で、まず注目すべきは、再婚禁止期間違憲訴訟判決と夫婦別姓訴訟合憲判決において、婚姻及び家族に関する事項についての最高裁の考えが示されたことである。すなわち、婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情をも含む社会状況の諸要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係に関する全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるべきとの見解が示された。その際、人格的利益や実質的平等の実現の在り方との調整については、その時々における社会的条件や国民生活の状況、家族の在り方等との関係で決定すべきであると付記している。

この考えを前提に最高裁は、第24条1項については、婚姻の決定を「当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきだとの趣旨」であり、婚姻の自由を保障している。しかし、婚姻が事実上制約される場合には、国会の立法裁量の範囲を逸脱しているか否かの検討を考慮する必要があるとしている。さらに、第24条2項については、「具体的制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねる」とともに、立法にあたっては「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきとの要請、指針を示すことで、その限界を画したもの」と捉えている。それゆえ、当該規制が第24条に適合して是認されるか否かは、個人の尊厳と両性の本質的平等に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきとしている。

このように最高裁は、婚姻・家族に関する事項については、基本的には国会の立法裁量に委ね、具体的な法制度に合理性があれば、これを尊重する立場を

とっているといえる。このことは、親子関係不存在確認請求事件において生物学上の父子関係でないことは明白にもかかわらず法律上の父子関係を重視したこと、また、再婚禁止期間違憲訴訟判決において再婚禁止期間100日超過部分を違憲としたにも関わらず、生まれてくる子どもの法律上の父親の確定することを理由に再婚禁止期間制度自体の合理性を認めていることからうかがえよう。

しかし、一方で、婚外子法定相続分違憲決定では、婚姻制度も含む婚姻及び家族に関する事項について時代の変化によって修正する必要性も認めている。その際には、個人の尊厳と法の下の平等に立脚することを前提に、国内の伝統や国民の意識の変化といった国内の事情だけでなく、諸外国のすう勢に至るまで総合的に考察した上で、憲法に照らして検討されなければならないとしている。

このように近時の最高裁は、既存の法制度を基本的には尊重しつつも、時代の変化に対応すべく法制度の修正を促す判断も下すようになってきている。しかし、肝心の第24条の文言上の解釈については、具体的にふみ込んだ言及をしていない状況にある。そこで次節では、同性婚をめぐる第24条の解釈に関する学説上の対立を整理していく。

(2) 学説の状況

①第24条と同性婚

(i) 通説的見解

日本国憲法第24条1項は「婚姻は、両性の合意にのみ基づいて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない」とあり、これを受けて2項では「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」と規定する。

一般的に、第24条1項は、「婚姻形成の自由及び夫婦の同等の権利とそれに基づく婚姻の自由を保障する」ものであり、続く2項は「13条の『個人の尊厳』、14条の『両性の平等』の2つの原理が、家族生活の分野において、法律によって実現され、具体化されなければならない」との趣旨で理解されてい¹¹⁾

る。

本条の制定には、戦前の封建的な「家」制度の禁止と集団意識の存続・復活の禁止が背景にある。戦前の日本では、社会の基礎単位である家族の生活が「家」を中心に営まれており、戸主が家族に対して強い権限を有していた。婚姻についても戸主の同意がなければ許されなかった。そのため、戦前において婚姻とは、当事者同士の結合というよりも家と家の結合の性格が強かった。第24条は、そうした封建的な「家」制度を解体させ、当事者同士の意思に基づく婚姻を保障し、個人の尊厳と平等に立脚した家族関係を確立するために規定されたのである。

憲法上の同性婚問題を考えるにあたり、この第24条が同性婚を許容しているか否かが問われる。第24条1項にいう「婚姻」には、男女間の1対1の結合を前提とした戸籍法上の届出を行う法律婚が含まれることはまずもって異論はないだろう。¹³⁾問題は、それ以外の事実婚などの男女間の結合や同性間の結合であっても、憲法上の「婚姻」に含まれるかどうかである。これまで通説の見解では、第24条1項の「婚姻」は異性婚であることを前提に、同性婚は「婚姻」に含まれないと理解されてきたように思われる。

『註解日本國憲法』には、第24条は「國民の家族的生活に對する、憲法の根本的態度を明らかにし、その法律的規整もこれに従つて、されなければならないことを要求する」とあり、「一夫一婦の婚姻を、家族關係の基礎として、その成立及び維持について特に當事者の自主性を尊重するとともに、あらゆる家庭生活の面において、その法律的規整は、特に個人の尊嚴と兩性の本質的平等を期さなければならないこと」とある。¹⁴⁾この記述から、日本国憲法制定当初は、婚姻とは異性婚を前提に考えられていたように見受けられる。

もっとも、第24条1項には婚姻の自由が規定されていると解されており、異

11) 芹沢斉・市川正人・阪口正二郎編『新基本コンメンタール憲法』（日本評論社、2011年）211頁〔武田万里子執筆〕。

12) 木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』（日本評論社、2015年）285頁〔木下智史執筆〕。

13) 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社、2016年）455頁。

性婚を法律婚に限定する婚姻制度との関係をどのように理解すればよいかが問われる。この点について、高橋和之は、第24条1項によって婚姻の自由が保障されていることを前提に、「法律上の婚姻は制度の問題」であるが、婚姻そのものは「社会で自生的に成立する人間の営み」であり、「前国家的な人権の問題」と理解する。しかし、そのように婚姻を捉えて各人の自由委ねてしまえば様々な問題が生じるため、皆が平等に婚姻生活を送れるよう、社会の要請に応じて国家が婚姻制度という規律を施すのだという。したがって、婚姻制度とは「¹⁵⁾基本的な婚姻の自由の制限」する制度だと理解される。

確かに婚姻制度を婚姻の自由の制限と捉える見解は説得的ではあるが、高橋も指摘するように、婚姻制度自体は国家が提供するサービスではないため、利用する場合には国家が定めたサービスの内容を丸ごと承認せよと要求されるものではない。¹⁶⁾むしろ、個人の尊厳と平等に立脚した家族関係の確立という第24条の趣旨から考えれば、異性間の法律婚に限定する必要性がなくなってしまう。そこで、注目されるのが第24条2項の「両性の本質的平等」の「両性」という文言に関する解釈である。

樋口陽一は、「公序」という文言を用いて、戦前の「家」制度を解体し、個人の尊厳と平等原則を家族生活に強制することが第24条の意義だと捉える。しかし、樋口の見解では、第24条2項で「両性の本質的平等」と規定されているかぎり、憲法上の公序は同性の結合による「家族」にまでは射程に含まれていないとして、第24条で規定される婚姻から同性婚は除外される。¹⁷⁾

辻村みよ子も、樋口と同様、公序の概念との関係から第24条の意義を捉える。辻村によれば、第24条には、「家」制度を排除して個人の尊厳・個人主義を優位させることで多様な「現代家族」を志向した先進性があると同時に、個人の尊厳の徹底によって公序との抵触を誘発する矛盾的要因が含まれているのだという。¹⁸⁾それゆえ、辻村は、公序の概念が「近い将来（同性カップル等から

14) 法学協会編『註解 日本國憲法（上巻）』（有斐閣、1953年）469頁。

15) 高橋和之「夫婦別姓訴訟 同氏強制合憲判決にみられる最高裁の思考様式」『世界』3月（2016年）146-147頁。

16) 高橋・同147頁。

17) 樋口陽一『憲法〔第3版〕』（創文社、2007年）277頁。

なる)『超現代家族』への展開にブレーキをかける方向に機能することも十分に可能である¹⁹⁾から、第24条の解釈として同性婚容認には否定的である。

このように通説的見解は、明示的であれ默示的であれ、同性婚の憲法上の保障に対して消極的な姿勢であるように思える。その理由は必ずしも明確ではないが、第24条には戦前の「家」制度で虐げられた女性(妻)の権利・地位の向上を企図した背景があるゆえに、婚姻も異性婚を前提に捉えていたように見受けられる。

しかし、そのように理解しても、通説では、第24条によって同性婚が積極的に「禁止」されているとまでは述べていない。むしろ、第24条の制定の背景が封建的な「家」制度からの解放であったことから鑑みれば、憲法制定時では同性婚を婚姻として容認するかの是非が「想定」されていなかったと捉えるのが妥当であろう。第24条によって同性婚が「禁止」されているとみるか、それとも同性婚がそもそも「想定」されていなかったとみるかは、同性婚をめぐる憲法解釈を進めるにあたって大きな違いであるといえよう。

(ii) 同性婚許容説

通説的見解でも指摘されているように、第24条の個人の尊厳に基づく家族観を希求してゆけば、それは性別や家庭内での役割に問われることのない多様な家族を容認することになる。そのため、第24条の規範内容は、「近代的家族観」を超えるものであり、同性婚も憲法上認められるとの見解が存在する。

安念潤司によれば、法律婚の保護とは、個人間の性的な結合関係のうちで一人の男性と女性の性的な結合関係のみを抽出し、それに他の性的な結合関係にはない特別の法規整を加えることを意味するのだ²¹⁾という。この点で、「法律婚を選択しない個人から見れば、自らの選択した性的な結合関係がなぜ法律婚に比して劣位の法的待遇しか受け得ないのか²²⁾」との疑問を派生させることにな

18) 辻村みよ子『ジェンダーと人権』(日本評論社、2008年) 232-233頁。

19) 辻村・同250頁。

20) 辻村みよ子『憲法と家族』(日本加徐出版、2016年) 84・88頁。

21) 安念潤司『「人間の尊厳」のあり方——『契約的家族観』再論』ジュリスト1222号(2002年) 25頁

22) 安念潤司「家族決定と自己決定」岩村雅彦編『自己決定権と法』(岩波書店、1998年)

る。それゆえ、安念は、自由主義²³⁾の観点からすれば、家族形成に関する事柄は当事者の契約自由の原則に委ねればよく、法律の役割は最小限に留まるべきであるとの契約的家族観を提唱する²⁴⁾。

契約的家族観に従えば、家族形成は出来る限り当事者の自由な合意に委ねられるため、婚姻自体の無条件性・無期限性がなくなり、さらには婚姻の相手方についての制限すらなくなることとなる。当然、パートナーが異性でなくともかまわなくなる。その結果、夫婦あるいは家族とそれ以外の結合関係との境界は不分明なものとなるが、安念にいわせれば、それこそが契約的家族観の必然的な帰結であるというのである²⁵⁾。

何故ならば、正規の婚姻として法認する結合関係の諸候補を列挙したとしても、そのうちのどれを正規化すべきか選び取る基準や根拠が考え難いからであるという。そして、そうした理論的線引きを民意に委ねることは、少数者の自由が多数派の選好に依存することになるとしている²⁶⁾。

もともと、契約的家族観を突き進めていくと民法第四編・第五編の大幅改正が要求されるが、そうしたことが近い将来行われる可能性が極めて低いことを安念自身も認めている。結局のところ、契約的家族観のインパクトとは「法律婚という自明化されてきた概念を解体することであり、かつ、それに尽きるのだ²⁸⁾」と述べている。

しかし、近時では、現行憲法下でも同性婚が容認できると考える学説もみられる。これらの学説の特徴は、概して、第24条の解釈によって同性婚をも法律

135頁。

23) 安念のいう自由主義とは、「人はすべて（いわゆる「他者加害原理」による制限化で、ではあるが）好き勝手に振舞ってよい、という原則を意味し、それ以上のありがたい内容をもたない」ものであり、道徳的根拠を要する自由主義とは一線を画すのだという。

安念・前掲論文注（21）21-22頁。

24) 安念・前掲書注（22）135頁。

25) 安念・同136-138頁。

26) 田代亜紀「現代『家族』の問題と憲法学」佐々木弘通・宍戸常寿編『現代社会と憲法学』（弘文堂、2015年）86頁。

27) 安念・前掲書注（22）139頁。

28) 安念・同140頁。

婚として認めることを可能と考える見解である。

斎藤笑美子は、第24条の意義とは「家」制度の解体に留まらず、性別役割を内包した「近代家族」を超越しようとしたところにあると強調する。斎藤によれば、「24条が近代家族をも超えて配偶者間のジェンダー平等を徹底する趣旨ならば、配偶者間の性別構成は如何様でもかまなわ²⁹⁾ない」ことになり、結果として同性カップルにも法律婚が許容されとの積極的な結論が導き出されるという³⁰⁾。

もっとも、同性婚を憲法上容認できると考える学説の中には、斎藤のような第24条から同性婚を積極的に意義づける見解とは距離をとりつつも、第24条の制定趣旨から鑑みて容認できるとする見解もある。

中里見博によれば、「婚姻は両性の合意のみに基づいて成立し」という第24条の文言は、「同性」による婚姻の排除を宣明する目的で書かれたのではないという。すなわち、同条の趣旨とは個人が当事者ではなく「親の合意」によって成立した日本の慣行を一掃することであり、これは削除されたベアテ・シロタ草案の「親が強制ではなく相互の合意に基づき」となっていたことから明らかだという。つまり、第24条で重要なのは、「両性」ではなく「合意のみ」という文言であって、婚姻の成立の「当事者主義」を打ち出していることに力点が置かれているというのである³¹⁾。

福嶋敏明は、戦前の「家」制度の廃止を目的とした制定趣旨を重視するならば、第24条から同性婚を積極的に排除する意図を見出すことは困難であると捉える。何故なら、「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚することを命じた第24条2項が、同性婚の容認を「個人の尊厳と両性の本質的平等」に反するとは考え難いからだという。それゆえ、同性婚を認める立法をしたとしても第24条には反しないし、同性婚を認めるための憲法改正も必要ないと捉えている³²⁾。

29) 斎藤笑美子「家族と憲法」憲法問題21号（2010年）112頁。

30) 斎藤・同112頁。

31) 中里見博「『同性愛』と憲法」三成美保編『同性愛をめぐる歴史と法——尊厳としてのセクシュアリティ』（明石書店、2015年）85-86頁。

32) 福嶋敏明「同性婚と憲法 渋谷区パートナーシップ証明制度を契機に考える」時の法令1976号（2015年）53頁。

中里見や福嶋の見解のように、第24条が同性婚を積極的に排除していないと解すれば、同性婚を認めるか否かは原則的には国会の立法裁量に委ねられるということになる。ただし、その場合であっても憲法による規範的統制が必要であろう。この点、学説では同性婚を認めないことの憲法適合性を問う議論も見られる。それは主として憲法第13条と第14条の条文との適合性である。

②第13条・第14条と同性婚

憲法学では、一般に、第13条で規定される幸福追求権の一部として自己決定権が導出され、その内容に家族の形成に関わる事柄が含まれていると理解される。同性カップルが家族を形成し、共同生活を営む権利も自己決定権の一環として保障されていると考えられている。ただし、その場合の保障とは、「本人が好むような種類の家族をつくって維持する自由」が公権力によって妨害されないという、いわゆる自由権的な意味での保障であるとされる。³³⁾

もともと、第24条には、個人の尊厳と両性の本質的平等の他に、いわゆる法律婚主義も規定されている。それゆえ、第13条で保障される多様な家族に対して法的保護を与える際には、第24条の法律婚主義が「ブレーキをかける方向に機能することも十分に可能」³⁴⁾と指摘されていることは既に述べたとおりである。事実、親子関係不存在事件や婚外子法定相続分規定違憲決定においても、最高裁は法律婚主義を重視した判断を示している。

しかし、他方で、第13条を根拠に、同性カップルにも法律婚と同等の保護が与えられると解する学説も存在する。たとえば、工藤達郎は、第13条によって自由を認められた同性の家族関係を、第24条の法律婚よりも「必ず低く取り扱う要請が〔24条により〕なされているとは考えられない」から、「同性カップルに婚姻と同等の保護を与える法律」を制定することは第24条の下でも可能であると主張する。³⁵⁾

33) 内野正幸『人権のオモテとウラ ― 不利な立場の人々の視点』(明石書店、1992年) 161頁。

34) 中里見・前掲論文注 (31) 86頁。

35) 工藤達郎「結婚するって本当ですか? ― 憲法における婚姻と家族」法学教室276号(2003年) 30頁。

また、渋谷秀樹は、憲法制定当時の社会規範からして第24条の「両性」の文言を男女と捉えざるをえないから、同性間と異性間の婚姻を同程度に保障することは、文言上の解釈では困難であると立場を示す。³⁶⁾ただし、渋谷は、家族のあり方が変化した現在では、改めて第24条を結社の一類型である家族を形成する権利の一般法規定として読みなおす必要があるとして、これまで第13条の自己決定権の問題として考えてきた家族形成の権利を第24条の問題として考えるべきだと主張している。³⁷⁾

このように、同性婚を認めないことは、同性間の家族形成の権利、もしくは同性カップルの自己決定権を侵害するとの主張も成り立ちうる。その一方で、「個人の一定の私的事項について、公権力の干渉を受けずに自ら決定すること」³⁸⁾を意味する自己決定権に基づいて、「婚姻制度という法律上の制度へのアクセスを求めうることができるのか」³⁹⁾といった同性婚を自己決定権の問題と捉えること自体に対する疑問も指摘されている。⁴⁰⁾

ところで、同性婚の否認が婚姻制度から同性カップルの排除を意味するのであれば、それは法の下での平等を定める第14条に抵触する可能性が生じる。何故なら、異性カップルであれば享受しうる婚姻に関する法的利益・効果が同性カップルには享受できず、社会生活における事実上の利便が受けられないからである。

さらに、後述するアメリカ合衆国最高裁判例でも指摘されたように、同性婚の否認は、「同性愛者」としての生き方を否定し、彼らの尊厳を侵害することで、同性愛者にスティグマを付与するおそれがある。そのため、『「婚姻」が有する象徴的意味を重視するのであれば、そこからの排除がもたらす『メッセージの害悪』はより一層深刻なものと受け止められるべきである」⁴¹⁾との指摘もさ

36) 渋谷秀樹『憲法 第3版』(有斐閣、2017年) 463頁。

37) 渋谷・同466頁。

38) 野中俊彦／中村睦男／高橋和之／高見勝利『憲法 I』(有斐閣、第5版、2012年) 266頁。

39) 福嶋・前掲論文注 (32) 54頁。

40) 松井茂記『LAW IN CONTEXT 憲法』(有斐閣、2010年) 2-10頁。

41) 福嶋・前掲論文注 (32) 55頁。

れている。

確かに、同性カップルにとって同性婚は、自分たちが「同性愛者」であることを社会的にも宣言する象徴的な行為であることは疑うところない。だが、同性婚を同性愛者に対するスティグマの問題として捉えることには注意を要する。というのも、突き詰めて考えてみると、同性婚問題は、自分と同性の相手方と婚姻しようとするから婚姻制度と抵触するのであって、同性愛者であることを理由に婚姻が否認される問題ではない。それゆえ、同性愛者であっても相手方が異性であれば婚姻制度を享受できる以上（現に夫婦の一方が同性愛者である家族も存在しうるのであろう）、同性婚の否認が直ちに同性愛者に対するスティグマとなるか否かには慎重な検討が必要であると思われる。

このように同性婚問題をめぐって第13条の自己決定権と第14条の法の下の平等との適合性が指摘できるとしても、そこに十分な正当化理由が認められるのであれば、同性婚の否認が憲法違反であるとの結論が直ちに導き出されるわけではない。それでは、婚姻を異性婚に限定する理由としては何が考えられうるか。この点について、婚姻を生殖や子の養育と結びつけることが、まず想起されるだろう。

例えば、大村敦志によれば、「二人の人間が子どもを育てることを含意して共同生活を送るという点に婚姻の特殊性を求めるならば、同性のカップルには婚姻と同様の法的保護までは認められない⁴²⁾」という。確かに、婚姻の意義を生殖に求めるとすれば、婚姻を異性婚に限定する理由にも一定の合理性があるだろう。しかし、子を産むことのない高齢の男女であっても婚姻できることや生殖能力のある夫婦であっても子を産まない自由が許容されることから、婚姻と生殖が必ずしも直接的に結びつくわけではないとの見方もできよう。⁴³⁾

いずれにせよ、同性婚をめぐる学説の動向をみると、未だ同性婚に対する統一の見解が示されていない現状にあるといえる。それは、第24条の解釈というよりも、その前提となる家族観の相違に原因があるように見受けられる。とはいえ、何故、婚姻が憲法上保護されるのか。この点につき、これまで学説は、

42) 大村敦志『家族法（第三版）』（有斐閣、2010年）286頁。

43) 石川稔「新・家族法事情4 同性愛者の婚姻〔その2〕——同性婚は認められるか——」法学セミナー 356号（1984年）60頁。

第24条の意義を戦前の家制度から脱却を強調するに留まっていたように見受けられうる。しかし、同性婚や事実婚など法律婚に囚われない家族が増え始めた現代社会を鑑みると、婚姻の憲法上の意義を再考する機会に迫られているようにも思える。

そこで注目するのは、同性婚を容認した諸外国の理論である。確かに、家族や婚姻のあり方は、自国の歴史や伝統等に基づき決せられるべき事柄で、諸外国の動向に影響されるべきでないと考える向きもあるかもしれない。しかし、上述した判例が示すように、近時の最高裁はそのようには考えていないようである。

婚外子法定相続分規定違憲訴訟において最高裁は、民法第900条4号ただし書を憲法第14条1項違反とするにあたり、本規定の合理性に関連する「種々の事柄の変遷等」として、「社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化」などと共に、「諸外国の立法のすう勢」にも言及している。この決定は、かつて合理的なものとなみなされていた家族や婚姻に関する制度も、「諸外国の立法のすう勢」を含む「事柄等の変遷等」によって合理性が失われる場合がありうることを示している。そこで、次節では、同性婚を容認した近時のアメリカ合衆国最高裁の2つの判決の論理から、日本における同性婚問題への示唆を得たい。

Ⅲ．アメリカにおける2つの同性婚容認判決の論理

(1) 州の立法裁量としての同性婚容認－United States v. Windsor－

① Windsor 判決の概要

Windsor 判決では、連邦法上の「婚姻」を異性に限定する婚姻防衛法⁴⁴⁾ (Defence of Marriage Act, 以下、DOMA という。)の第3条の合憲性が争われた。⁴⁵⁾

44) Defense of Marriage Act, Pub. L. No. 104-199, 110 Stat. 2419 (1996).

45) *Windsor* 判決に関する詳細な分析・検討は、拙稿「*Windsor* 判決からみる憲法理論の新展開」創価法学第44巻3号(2015年)1-37頁で論じた。

原告であるエディス・ウィンザー（Edith Windsor）とセヤ・スパイヤー（Thea Spyer）は、2007年にカナダで同性婚をしたのち、ニューヨーク（New York）州に移住し、そこでもカナダでの婚姻を有効と認められた。その後、2009年にスパイヤーが死亡し、遺言により財産の全てを原告のウィンザーが承継することになった。しかし、DOMA によって連邦財産課税の配偶者控除がうけられなかったため、ウィンザーは税を一旦納付した上でその還付を求めたが、内国歳入庁（Internal Revenue Service）はこれを拒否した。そこで、ウィンザーは、DOMA が合衆国憲法第5修正に違反すると主張して、合衆国を相手に納付した税額の還付等を求める訴訟を提起した。

合衆国地区裁判所（以下、合衆国地裁という。）に係属中、ホルダー（Holder）合衆国司法長官は、DOMA に批判的であったオバマ（Obama）大統領の指示を受けて、連邦政府は DOMA 第3条の合憲性を擁護しない旨を示す一方で、DOMA 第3条の憲法判断が示されるまでは執行を継続するとの声明も併せて発表した。このような連邦政府の動きを受け、同性婚反対派の議員たちは、超党派法律顧問団（Bipartisan Legal Advisory Group, 以下、BLAG という。）を組織し、DOMA 第3条の合憲性を擁護するため、本件訴訟に参加することを表明した。合衆国地裁は利害関係人として BLAG の訴訟参加を許可した。

第一審である合衆国地裁は、DOMA 第3条は違憲であると判断し、原告に還付することを明示した。⁴⁶⁾第2巡回区控訴裁判所でも原審の判断が是認された。⁴⁷⁾合衆国最高裁は、裁量上訴を認めた。なお、合衆国最高裁では、DOMA 第3条の合憲性の他に、連邦政府と BLAG の当事者適格の有無も争点とされたが、当事者適格の問題は同性婚容認の論理とは直接関係しないので、ここでは言及しない。*Windsor* 判決の判旨は以下のようなものであった。

法廷意見を述べたケネディ裁判官は、従来は異性婚に限定されてきた婚姻が州によっては同性婚も容認されているアメリカ社会の現状を把握した上で、婚姻の定義と規制は、建国以来、州の独占的な権限であったとの理解を示す。そ

46) *Windsor v. United States*, 699 F.3d 169 (2012).

47) *Windsor v. United States*, 833 F. Supp. 2d 394 (2012).

して、本件を連邦と州の権限分配の連邦制の問題ではなく、婚姻の定義と規制に関する州の権限の問題であることを強調し、これを前提に DOMA による規制の正当性の検討に入る。⁴⁸⁾

DOMA の正当性を判断するにあたり、まず州が婚姻を定義する意義について言及する。州によっても干渉が許されない同性間の私的で合意に基づく性的親密性は人格的な絆 (personal bond) を形成すると判示した *Lawrence v. Texas*⁴⁹⁾ (以下、*Lawrence* 判決という。) を引用し、婚姻とはそうした人格的な絆に尊厳性と法的地位といった一層の保護を与えるものと捉える。この地位は、州内で同性愛者が他の既婚者と等しく扱われることを意味している。⁵⁰⁾

DOMA は、ニューヨーク州が保護する特定の集団の利益を侵害するものであり、合衆国政府に適用されるデュー・プロセスと平等保護双方の基本原則に違反している。「政治的に不人気な集団を害そうとする議会のむき出しの欲望」⁵¹⁾ を正当化することはできない。DOMA の目的と効果は、同性婚を行った全員に不利益と差別的地位 (separate status) とスティグマを与える。DOMA の目的は同性婚を認める州の権限と同性婚を望むカップルの自由を制限するものであり、その効果は同性婚を認める州内で第二級の婚姻 (second-class marriages) として同性婚を扱い、同性カップルに対して差別を生み出す。そして、その差別の余波は、同性カップルに養育される子どもたちにまでも波及する。⁵²⁾

DOMA は、第5修正が保障する自由を侵害するものである。第5修正のデュー・プロセス条項によって保障される自由には、法の下での平等を侵害することの禁止も含まれている。第5修正自体は連邦の権力を抑制する規定であるとはいえ、第14修正で規定される平等保護は第5修正で規定される権利をより明確に理解し、保護するものである。したがって、州の婚姻法によって保護されている人々を侵害する DOMA は違憲無効である。なお、本意見とその判決

48) 133 S.Ct. at 2689–92.

49) 539 U.S. 558 (2003).

50) 133 S.Ct. at 2692–93.

51) *Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528, 534–35 (1973).

52) 133 S.Ct. at 2693–94.

は合法的な婚姻に限定する。⁵³⁾

② Windsor 判決における同性婚理論

端的に言えば、*Windsor* 判決は、いかなる結合形態を婚姻とみなすかは州の権限であるため、連邦法で婚姻の範囲を限定する DOMA は認められないという結論である。ただし、その論理は一見すると複雑な印象を覚える。すなわち、*Windsor* 判決は、第 5 修正のデュー・プロセス条項によって DOMA を違憲としたのだが、連邦制、平等保護原則、実体的デュー・プロセスなど複数の問題を関連づけながら結論を出す論理展開をしており、単一の理論によって判断されていないのである。

Windsor 判決の論理展開を概括すると次のようなものであった。はじめに婚姻の定義と規制は建国当初から州の権限であったことを前提に、本件を州法で認めるか州法で認める婚姻を連邦法では認めないことは差別となるか否か、といった婚姻に関する州の権限の問題であることを明言する。その上で、DOMA が政治的に不人気な集団に対する敵意に基づく法律であるかどうかを DOMA の目的と効果から検討を行う。そして、DOMA の目的は同性婚を認める州の権限と同性婚を望むカップルの自由を制限するものであり、その効果は同性婚を認める州内で同性婚を第二級の婚姻として扱い、同性婚をしたカップルだけでなく養育される子どもにまで差別が波及していると捉える。それゆえ、DOMA は第 5 修正のデュー・プロセス条項違反として違憲とされたのである。

この *Windsor* 判決の論理で注目すべきは、DOMA の正当性を判断するにあたり、まず州が婚姻を定義する意義について言及したことにある。*Windsor* 判決では、州によっても干渉が許されない同性間の私的で合意に基づく性的親密性は人格的な絆 (personal bond) を形成すると判示した *Lawrence* 判決を引用し、婚姻とはそうした人格的な絆に尊厳性と法的地位に一層の保護を与えるものと捉える。すなわち、人格的な絆が存在し、これを婚姻として承認することが州の権限であるというのである。

この捉え方に基づくのであれば、同性婚問題とは州の立法裁量の問題であ

53) *Id.* at 2695.

るということになる。*Windsor* 判決が、何故こうした婚姻の捉え方をしたのか。その理由として、実体的デュー・プロセスあるいは平等保護原則単独では DOMA を違憲とすることができなかったという従来の憲法理論の限界が指摘できうる。

まず、同性婚に対する実体的デュー・プロセスの限界について指摘したい。これまで実体的デュー・プロセスとは、問題となる自由の利益を実体的な基本的権利として保護する理論と理解され、かかる自由の利益が基本的権利として承認されるためには「わが国の歴史と伝統に古くから根付いている」あるいは「秩序ある自由の観念に暗に示されている」⁵⁴⁾ことが要求されてきた。法廷意見も認めている通り、アメリカでは伝統的に婚姻とは異性婚のことを指しており、同性婚を実体的デュー・プロセスで保護することはできない。つまり、実体的デュー・プロセスを適用しても DOMA 第3条は合憲となり、その結果、州が認めた婚姻カップルの尊厳性が侵害されたままとなりうるからである。

次に、平等保護原則のみを根拠とした場合を考えてみたい。この場合、DOMA 第3条は、同性カップルに対する敵意に基づく法律として違憲となろう。しかし、婚姻の定義は、建国より州の権限に委ねられている。そのため、婚姻の平等性という観点から、DOMA 第3条を平等保護違反すると同性婚を未だ禁止している州の権限が侵害される結果を招いてしまうのである。

それゆえ、*Windsor* 判決では、*Lawrence* 判決で提示された人格的関係性の一要素として婚姻を捉えることで、DOMA 第3条の合憲性判断の射程を同性婚容認の州内に限定し、その州内における同性婚カップルの自由と平等の問題として扱ったのだと思われる。つまり、第5修正のデュー・プロセス条項の「自由」の中に法の下での平等の意味を実体的に読み込んで DOMA 第3条を違憲としたのには、同性婚を認める州の権限と州法によって認められた婚姻カップルの自由と平等を保護する一方で、同性婚を禁止する州の権限を保護する意図が含まれているのではないだろうか。このことは、本判決の射程が合法化された婚姻に限定されるとの法廷意見の見解からも根拠づけられるだろう。

もともと、*Windsor* 判決のように同性婚を捉えると、同性婚とは個人の権利

54) See e.g., *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 191-92 (1986).

というよりもむしろ、各州が認める婚姻形態、婚姻制度自体を指すことになる。つまり、同性婚の是非は州の立法裁量の問題として扱われよう。しかし、アメリカにおいて婚姻の権利は、既に合衆国最高裁判例によって憲法上の権利として確立している。そうすると、同性婚を望む同性カップルの婚姻の権利と婚姻に関する州の権限をどのように調整するかが問われることになる。同性婚を禁止する州において、同性婚を望む個人の婚姻の権利は認められないのだろうか。この疑問に対する合衆国最高裁なりの解答が *Obergefell* 判決であった。

(2) 婚姻の権利としての同性婚容認－ *Obergefell v. Hodges* －

① *Obergefell* 判決の概要

Obergefell 判決では、婚姻を一人の男性と一人の女性の結合として定義するミシガン (Michigan)、ケンタッキー (Kentucky)、オハイオ (Ohio)、テネシー (Tennessee) の各州法の合憲性が争われた。⁵⁵⁾ 本件の経緯は以下の通りである。上訴人は、14組の同性カップルと同性のパートナーを失った二人の男性である。被上訴人は、問題となる州法を行使する州の公式責任者である。上訴人は、他州で合法化され、承認されている婚姻に関する権利を被上訴人は否定しており、合衆国憲法第14修正に違反していると主張し、それぞれが在住する各州の合衆国地方裁判所に訴訟を提起した。各地方裁判所は上訴人側を支持する判決を下したため、被上訴人は、それぞれの判決を第6巡回区控訴裁判所に上訴した。同裁判所は、事件を併合し、州は同性婚を許可し州外での同性婚を認める憲法上の義務を有しないとして合衆国地裁判決を覆した。

合衆国最高裁は、事件を併合した上で、次の二点に争点を絞って裁量上訴を認めた。第一に、ミシガン州とケンタッキー州の事件から提起されたように、第14修正は州に同性間の婚姻を認める権限を付与するよう要求しているのかである。第二に、オハイオ州やテネシー州、そしてケンタッキー州で再提起されているように、第14修正はすでに同性婚に権利性を付与し、行使している州の同性婚を他州にも認めるよう要求しているのかである。本判決の判旨は以下のよ

55) *Obergefell* 判決に関する詳細な分析・検討は、拙稿「*Obergefell* 判決における同性婚と婚姻の権利」創価法学第46巻1号 (2016年) 1-31頁で論じた。

うなものであった。

法廷意見を述べたケネディ裁判官は、はじめに被上訴人の主張が婚姻を男性と女性の結合とする伝統的な婚姻制度の維持であるのに対して、上訴人の主張は同性婚も異性婚と同等の特権と責任を求めていることであると確認する。そして、婚姻の権利を保障した判例は、異性間の関係を前提としていたが、以下の四つの原則と伝統が同性カップルにも婚姻の権利を等しく適用されることを論証している⁵⁶⁾。

すなわち、①婚姻の選択が個人の自律にかかわること、②2人の結合(union)に婚姻(marriage)という尊厳性を付与すること、③子どもと家族にとっての利益を保護すること、④社会秩序の安定の要であることである。本判決では、これらの原則を尊重することに同性カップルの異性カップルとの違いはなく、州が同性カップルの婚姻に関する利益を否定することは彼らの尊厳性を貶める以外の何ものでもない⁵⁷⁾。

婚姻を異性カップルに限定する考えは、今や、婚姻の権利の核心的意味と合致しないことは明らかである。同性カップルの婚姻を禁止する法律は彼らにスティグマを課している。被上訴人は、上訴人たちは婚姻の権利ではなく「同性婚の権利(right to same-sex marriage)」を要求しているのだと主張する。しかし、婚姻の権利に関する個々の判例では、包括的な意味における婚姻の権利について問うていた。その原則を本件でも適用する⁵⁸⁾。

今や問題となる州法が、同性カップルの自由に負担を課していることは明白であり、さらに不平等であることは疑いない。すなわち、同性カップルには、異性カップルに認められている利益すべてが否定されており、基本的権利の行使が禁じられている。問題となる州法は、異性婚と同じ条件の同性カップルを民事婚(civil marriage)から排除する限りにおいて無効である⁵⁹⁾。

我々の憲法体制の動態では、個人は基本的権利を主張するのに立法措置を待つ必要はない。たとえ世論(the broader public)が支持しなくとも、たとえ立

56) 135 S. Ct. at 2594-99.

57) *Id.* at 2599-2602.

58) *Id.* at 2602.

59) *Id.* at 2604-05.

法府が法の制定を拒否したとしても、個人は憲法で保護される権利を行使することができる。これは「基本的権利が投票に依拠するものではない。すなわち、基本的権利は選挙に左右されるものではない」ということである。本件の問題は、憲法が同性カップルの婚姻の権利を保護するか否かという法的問題である。⁶⁰⁾

被上訴人は、同性カップルの婚姻を認めることは異性婚の減退を招き、これによって制度としての婚姻を貶めることになる」と主張する。しかしながら、婚姻するか否か、あるいは子どもをもうけるか否かの決定は、個人的で、情熱的で (romantic)、そして実質的な考慮 (consideration) に基づくものである。被上訴人は、同性婚の容認が害をもたらすことになる」との結論の根拠を示していない。⁶¹⁾

本件は、憲法が州に同性婚容認を求めているか否かという問題も提示している。同性婚の禁止が同性カップルに実質的かつ継続的な害悪を与えているのは明らかである。当裁判所は、すべての州において同性カップルは婚姻に関する基本的権利を行使できることを認める。また、州は同性愛を理由に他州で行った同性婚の法的正当性を拒否できないことを支持する。同性婚を訴える彼らは婚姻に対して敬愛の念を持っている。彼らは、法の下における平等の尊厳 (equality dignity) を求めている。憲法は、彼らにその権利を保障している。第六巡回区控訴裁判所の判決を破棄する。⁶²⁾

② Obergefell 判決における同性婚理論

Obergefell 判決の結論とは、端的に言えば、同性カップルも異性カップルと同様に婚姻の権利を有しており、それゆえ同性婚も憲法上許容されるというものである。*Windsor* 判決では同性婚を州の立法裁量として扱ったのに対して、*Obergefell* 判決では同性カップルの婚姻の権利の問題として扱ったのである。*Obergefell* 判決の特徴を改めて整理すると、次の二つになる。

60) *Id.* at 2605-06.

61) *Id.* at 2606-07.

62) *Id.* at 2607-08.

63) *Id.* at 2608.

一つに、同性婚問題を検討するにあたり、婚姻が基本的権利たりうる四つの原則と伝統を導き出したことである。*Obergefell* 判決では、婚姻が基本的権利として扱われる理由として、①婚姻の選択が個人の自律にかかわること、②2人の結合に婚姻という尊厳性を付与すること、③子どもと家族にとっての利益を保護すること、④社会秩序の安定の要であることを挙げた。そして、これらを鑑みると、同性カップルと異性カップルとの違いはないとして、同性カップルにも婚姻の権利があるとした。

二つに、同性婚禁止の州法の合憲性を第14修正のデュー・プロセス条項による婚姻の権利の保護、平等保護条項による婚姻の平等性、そして民主的プロセスとの関連性の三つの視点から多角的に検討を行われていたことである。単一の理論に拘泥することなく、多角的検討によって総合的な判断を下すという手法は *Windsor* 判決の論理と類似するものである。

しかし、*Obergefell* 判決の論理と *Windsor* 判決の論理と比較した場合、次のような違いがある。第一の相違点は、同性婚の捉え方である。*Windsor* 判決では、婚姻の定義に関しては州の権限であり、それゆえ同性婚も州が定める婚姻制度の問題であるとして連邦法で婚姻を規制することは許容されないとされた。他方で、*Obergefell* 判決では、同性カップルの婚姻の権利の是非の問題と捉えた。そう捉えなければ、同性愛者の婚姻に付随する多くの権利と責任が否定されたままとなるからである。しかし、同性婚を権利問題として捉えるには、次の二つの問題点を克服する必要があった。

まず、権利保護理論の問題である。既述したように、アメリカにおいて憲法に明示されていない自由が実体的な基本的権利として承認されるには、①「アメリカの歴史と伝統に古くから深く根付いている」こと、②「それを犠牲にしての自由や正義がありえないような、秩序ある自由の観念に暗に含まれる」ことが要求される。アメリカでは、婚姻とは伝統的に異性婚であると考えられてきたため、同性婚を「同性婚の権利」という個別的な基本的権利として保護することが困難だったのである。

次に、婚姻の定義は州の独占的な権限と明言した *Windsor* 判決の論理である。*Windsor* 判決の論理に依拠すれば、同性婚の是非は州の立法裁量に委ねられ、州の決定が尊重されることになる。それゆえ、州が同性婚を禁ずる法律が

制定されるならば、それが合憲となりうる可能性が生じるのである。

こうした事情を鑑みて、*Obergefell* 判決では、婚姻の意味を明確にすることで、異性カップルだけでなく同性カップルにも婚姻の権利を行使できる根拠を提示した。さらに、これまでの婚姻の権利に関する合衆国最高裁判例が、特定の婚姻形態の問題を婚姻の権利の問題として扱い、保護してきたことに注目し、同性婚問題も同性カップルによる婚姻の権利の問題として扱ったのだと思われる。

第二の相違点は、平等保護の対象である。*Windsor* 判決では平等保護原則の観点から DOMA の合憲性が検討されたが、そこでの問題は同性婚が州で承認されたとしても、連邦法の下で第二級の婚姻として扱われることであった。すなわち、同一州内に二つの婚姻制度が創られ、同性婚を容認された州内の同性カップルが州法の下では婚姻状態にあり、連邦法の下では婚姻状態にないことが問題だったのである。換言すれば、*Windsor* 判決の平等の対象とは婚姻自体の平等性であり、同一州内で認められる同性婚と異性婚の連邦法下における格差が問題だったのである。

しかし、*Obergefell* 判決では、婚姻が基本的権利である四つの原則を明らかにすることで、同性カップルにも婚姻の権利が行使できることを確認した。これにより、同性婚を禁止する州法は、同性カップルの人格性を否定するものであり、彼らにスティグマを課しているとみなされ、平等保護の観点からも違憲とされたのである。つまり、*Obergefell* 判決では、婚姻が憲法上の権利として保護される原則を提示することで、平等問題の対照を同性婚と異性婚といった婚姻制度上の差別是正ではなく、婚姻の権利をめぐる同性愛者のスティグマの問題とあることを明らかにしたのである。

以上のように、*Obergefell* 判決の論理が同性婚問題を婚姻の権利問題として扱った背景には、何故、婚姻が基本的権利として憲法上保護されるのかといった理由を明らかにした点にある。これにより、婚姻の定義は州の権限であるとの *Windsor* 判決の論理との衝突を回避し、同性婚を禁止する州法であっても憲法上違反するとの論理が組み立てられたのだと思われる。

結びに代えて ― 日本における同性婚容認の可能性

本稿では、日本において同性婚容認の理論的方途を探るべく、アメリカの *Windsor* 判決と *Obergefell* 判決の論理から示唆を得ようと試みた。*Windsor* 判決の論理は、婚姻に関する州の権限であることを前提に、これを連邦法によって制限することは違憲と判断した。*Windsor* 判決では、同性婚を容認した州の立法裁量を尊重したが、同性婚に反対している州内の同性カップルの婚姻の問題が未解決のままであった。

しかし、*Obergefell* 判決では、同性婚を婚姻の権利の問題として捉え、同性婚を禁止する州法を違憲とすることで、*Windsor* 判決で残された問題を解決した。*Obergefell* 判決が同性カップルの婚姻の権利として捉えることができたのは、婚姻が基本的権利たりうる四つの原則と伝統を明らかにしたからである。これにより、婚姻の権利に含まれる内容として同性婚を包括的に保護したのである。

翻って、日本の場合、渋谷区パートナーシップ条例をはじめ、各自治体で同性カップルの法的保護が現実味を帯びているが、パートナーシップ関係は婚姻関係ではないという限界がある。そのため、同性婚を考えるあたり、婚姻を規定する第24条の解釈が重要となる。しかし、近時の最高裁は、婚姻・家族のあり方をめぐる諸判例で諸外国のすう勢をも考慮した時代の変化による制度の修正を強調するが、第24条の趣旨には言及するものの、文言上の具体的解釈にまで踏み込んだ議論は展開されていない。学説でも、同性婚を解釈によって容認する見解もあるが異性婚を前提とする通説的見解や現行の婚姻制度を克服するまでには至っておらず、未だ同性婚に対する統一の見解が提示されていない。

こうした日本の現状は、第24条の文言上の解釈自体の相違というよりも、その意義が日本の「家」制度の脱却のみにとらわれていたことに原因がありそうである。これまで日本の判例・学説ともに、第24条の意義とは戦前の封建的な「家」制度の反省をふまえて個人の尊厳と実質的平等に立脚する家族観の確立にあるとの趣旨に留まり、何故、婚姻の自由が憲法上保障されるのかといった積極的な議論がなされてこなかったように思える。

しかし、日本国憲法制定70年が過ぎ、多様な価値観に基づく家族関係が見出

される今日、これまであまり議論されてこなかった婚姻の憲法上の意義を改めて考える時期に差しかかっているように思える。その意味で、アメリカにおいて国論が二分される問題にもかかわらず、婚姻が基本的権利として保護される四つの原則を導出して、同性婚を積極的に保護した *Obergefell* 判決の観点は、日本の同性婚問題を考える上で有益な示唆となろう。

もちろん、*Obergefell* 判決で提示された四つの原則が日本でもあてはめるかどうかについては、さらなる慎重な検討を要することはいうまでもない。だが、日本において婚姻の意義に関する積極的な議論を進めることで、日本の同性婚容認への新たな可能性が提示されることはもちろん、本当の意味での「家」制度からの脱却が図れるのではないだろうか。

〈論 説〉

サブリース法理の射程拡大の歴史と一般化

松 田 佳 久

目 次

- I はじめに
- II サブリース法理の射程拡大の歴史
 - 1. サブリース契約に関する一連の最高裁判決とサブリース法理
 - 2. サブリース法理の適用とその効果
 - 3. サブリース法理の射程拡大の歴史
- III サブリース法理の一般化 — 借地借家法 11 条 1 項および同法 32 条 1 項における契約修正機能との関係 —
- IV おわりに — 修正法理の一般化 —

I はじめに

サブリース契約とは、「不動産業者が土地所有者の建築した建物で転貸事業を行うために、あらかじめ両者間で賃貸期間、当初賃料額およびその改定等についての協議を調べ、土地所有者がその協議の結果を前提とした収支予測の下に敷金の預託や金融機関からの融資を受けて建物を建築した上で締結された、不動産業者が土地所有者（建物所有者）から建物を一括して賃借することを内容とする契約¹⁾」と定義するものもあるが、かならずしもこの定義に該当しなくとも、サブリース契約であるとしてあるいはそれと類似の共同事業性を有する不²⁾

1) 山下寛＝上田卓哉＝土井文美＝森里紀之「賃料増減額請求訴訟をめぐる諸問題」判タ 1290・46 (2009)、三浦直樹「Q&A 消費者被害救済の法律と実務」[13] 不動産サブリースの問題点」現代消費者法 14・133 (2012)

2) サブリース契約は、民法上の「賃貸借」・「転貸借」を基本構造とする契約であり、厳密な意味での「共同事業」性はないとする見解が主張されている（近江幸治『民法講義

動産賃貸借契約であるとして、平成 15 年に判断されたサブリースに関する一連の最高裁判決³⁾における法理（以下、サブリース法理という）が適用される。

本稿では、サブリース法理の射程が、サブリース契約だけではなく、類似の共同事業性を有する不動産賃貸借契約に拡大してきた歴史を振り返る。また、今日においてはさらなる射程拡大によりすべての不動産賃貸借契約に適用されるものとなっている可能性がある。つまり、一般化であるが、この点について確認するものとする。一般化についてはサブリース法理の射程拡大過程の当初⁴⁾においてすでに指摘されていたところではある。

V 契約法』229 頁（成文堂、第三版、2006））。この見解は、「共同事業」とは、「収益と損失」に関する「分配」の取り決めがされなければならないが、サブリース契約は、テナントへの転賃を前提として「賃料」の支払いを長期的に保証する仕組みにすぎず、収益・損失の分配原則と捉えるには、あまりにも乖離が激しいとする（近江・前掲 229 頁）。しかし、この見解が取り上げる「共同事業」性は、サブリース契約の法的性質を賃貸借契約と解するか、それ以外の非典型契約として解するかを判断するにあたって用いられるものであり、厳格な意味での「共同事業」性である。これに対し、サブリース契約事案等に関する裁判例が示す「共同事業性」とは、次のものである。すなわち、賃貸借契約であることを前提とするも、通常の賃貸借契約とは異なり、サブリース業者たる賃借人による転賃借を前提とする建物一括借り上げ等を絡めた収益計画が賃貸人に提案され、賃貸人も収益を享受するために当該計画に参画する。そして、計画内容を実現するための契約には、賃貸人への賃料を固定するなどして、賃貸人は管理の煩瑣を回避しながら、一定の収益を賃料として享受でき、サブリース業者たる賃借人は、管理手数料を得るよりもより大きな収益を享受できるという、いわば、賃貸人と賃借人の双方がともに利益を享受できるという一種の共同事業的要素が含まれているということが意味されているにすぎない（亀田浩一郎「9 サブリースと三角・多角取引」椿寿夫『別冊 NBL No.161 三角・多角取引と民法法理の深化』124-125 頁（商事法務、2016）も同旨）。賃貸人がサブリース業者の要望に応じ、銀行等の金融機関より借入をして賃貸建物を建築する場合には、なおさらその共同事業性は高まることになる。本稿において「共同事業性」という場合、厳格な意味ではなく、一種の共同事業的要素が、サブリース契約に含まれているという意味で捉えている。

3) サブリースに関する一連の最高裁判決とは、最三小判平 15・10・21 民集 57・9・1213（センチュリータワー対住友不動産事件【1】）、最三小判平 15・10・21 判時 1844・50（住友不動産対横浜倉庫事件【2】）、最一小判平 15・10・23 判時 1844・54（個人対三井不動産販売事件【3】）をいう。

4) 松並重雄「最三小判平 15・10・21 民集 57 巻 9 号 1213 頁調査官解説」最高裁判所判例解説民事篇平成 15 年度（下）579 頁、同「判批」ジュリ 1277・122（2004）、金山直樹「賃料について、私人の合意はどこまで効力が認められるか」判タ 1144・77（2004）、

サブリースに関する一連の最高裁判決は、サブリース契約は建物賃貸借契約であり、借地借家法が適用されると判示する。ただし、この判示は、サブリース契約がかならずしも純粋な建物賃貸借契約であると判断しているものではない。サブリース契約はサブリース業者による建物管理委託契約なども含まれていることから、おそらく複数の典型契約からなる複合契約であり、その中心が建物賃貸借契約であるとの判断であろう。しかし、特殊の非典型契約であるが建物賃貸借契約との類似性が重視され建物賃貸借契約であるとの判断がなされた可能性もある。⁵⁾ サブリース法理の一般化が確認された場合、たとえばサブリース契約が特殊な非典型契約であるとするならば、本来、それについてのみ妥当するサブリース法理の射程が、通常の不動産賃貸借契約へと急速に拡大するであろうか。その場合、不動産賃貸借契約との類似性が相当高いものでなければ、そのような事象は生じないのではないだろうか。素直に考えれば、サブリース法理の射程が急速に拡大し、一般化したとするならば、それは、サブリース契約は建物賃貸借契約（私見としては、建物賃貸借契約を中心とした複合契約）であり、サブリース法理適用の基礎である賃貸人・賃借人間の共同事業性は一般の不動産賃貸借契約であるならば、十分に見出しえるものだからではないだろうか。いずれにしても、サブリース法理の一般化は、サブリース契約の本質を建物賃貸借契約であるとする一つの間接的な証拠にはなろう。

Ⅱ サブリース法理の射程拡大の歴史

1. サブリース契約に関する一連の最高裁判決とサブリース法理

澤野順彦氏はサブリース契約を次の三種類に分類する。⁶⁾ すなわち、「総合事業

山本敬三「借地借家法による賃料増減規制の意義と判断構造——「強行法規」の意味と契約規制としての特質」潮見佳男＝山本敬三＝森田宏樹編『特別法と民法法理』159頁（有斐閣、2006）、吉田克己『市場・人格と民法学』307-308頁（北海道大学出版会、2012）、松岡久和「不動産事業と建物賃貸借——サブリース判決の功罪」松尾弘＝山野目章夫編『不動産賃貸借の課題と展望』367頁（商事法務、2012）、小山泰史「借家の現代的課題 サブリース契約と借地借家法の賃料等増減請求権」月報 司法書士 506・15（2014）

5) 吉田・前掲注（4）251頁

受託（用地確保、建物建築、建物賃貸借の管理まで一貫してデベロッパー等に委託される）方式」、「賃貸事業受託（用地の確保、建物の建築は貸主側で行い、借主側はその完成した建物を一括して借り上げ、ビルの賃貸事業についてのノウハウを提供し、最低家賃を保証する）方式」、「転賃（ビルを一括して賃貸し、みずからも使用・利用するが他に転賃することができる）方式」であるが、サブリースに関する一連の最高裁判決は、いずれの方式に対しても、サブリース契約は建物賃貸借であり、借地借家法が適用されるとしている。そして、借地借家法 32 条 1 項は強行法規であることから、家賃自動増額特約もしくは家賃保証の合意によってもその適用を排除できないとし、当該特約が存しても当事者は家賃増減請求をなし得るとする。⁷⁾

6) 澤野順彦「サブリースと賃料増減請求」NBL554・37（1994）

7) 地代家賃等自動改定等の特約と地代家賃等増減請求権との関係は、松田佳久「射程拡大したサブリース法理（3・完）」大阪経大論集 60・3・58-61（2009）にあり、要約すると次のとおりである。すなわち、最一小判平 15・6・12 民集 57・6・595【5】が、地代自動増額改定特約も有効であると明確に判断しており、その効力要件として、「借地借家法 11 条 1 項に挙げられている経済事情の変動を示す指標に基づく相当な改定基準であること①」が必要であり、当初、特約が有効であったときに、特約の拘束力喪失要件である「当該改定基準を決定した基礎事情が喪失したこと②」を満たした場合には、当事者への効力の拘束力が当事者の意思によって排除できる状態となり、当事者の請求によりはじめて借地借家法 11 条固有の要件③が検討されることになる判断している。つまり、地代自動増額改定特約の有効性は、地代等増減請求権を排除することができないとする内容たる強行法規である借地借家法 11 条に反しないものであるかぎり効力を有するのである。この点は家賃に関する自動増額改定特約についてもいえる。反対に、地代家賃等の額が、有効な特約内容である、借地借家法 11 条 1 項および同法 32 条 1 項に掲げられている経済的事情の変動を示す指標に基づき適正に改定され、不相当にならない増減後の額が保持されているかぎり、地代家賃等増減請求権の要件（不相当性）を満たさないことから、当事者は地代家賃等増減請求権を行使できないのである。これに対し、特約のよりどころとした経済的事情が著しく変動するなどして特約適用後の地代家賃等の額が不相当性の要件を満たした場合、地代家賃等増減請求権を行使できる。ただし、行使しないこともできることから、行使しない場合にはこれまでどおり当事者は特約に拘束される。つまり、特約によって改定された地代家賃等を払い続けることになるのである。この見解が正しいとすれば、【5】は、借地借家法 11 条 1 項の強行法規性を、地代家賃等増減請求権を排除することができない点だけではなく、地代家賃等が変更されるべき要件の適用および地代家賃等増減請求の要件（不相当性）の適用についても示しているものといえよう。

そして、通常の家賃増減請求の当否の判断⁸⁾にあつては、借地借家法 32 条 1 項に定められた契約締結後に生じた事情⁹⁾だけが考慮されて判断されるが、サブリース契約の場合には、相当家賃額の判断だけではなく、家賃減額請求の当否の判断にあつても、当事者間の衡平の見地に照らして、賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情その他諸般の事情を総合的に考慮すべきだとされている¹⁰⁾。

なお、【5】は、特約の効力を否定するのではなく、その拘束力を否定していることから、次の点が問題となる。すなわち、地代家賃等が不相当になった後に、当該特約に基づいて増額された地代家賃等を支払った場合、不当利得としてその返還を請求できるかという問題（長久保尚善「判批」判タ 1154・65（2004））である。これについては、特約は無効ではなく、拘束力がなくなるだけであり、当事者が地代家賃等増減請求権を行使せず、当該特約に基づいて改定された地代家賃等の額の支払いをしていた場合は、当該特約の拘束力に従う旨の意思を表示したものと解されることから、不当利得返還請求はできないものと解することになろう。もちろん、後に地代家賃等増減請求権を行使して当該支払額が当該支払時に遡及して不当であると判断されたのならば、当然に不当利得返還請求により不相当額部分を取り戻すことができる。また、特約に拘束力がないと解され、地代家賃等増減請求権が適用されて相当な賃料に変更された後に賃料相場が通常の上昇率を示せば、再度当該特約が適用されるかという問題がある（岡内真哉「サブリース契約に対する借地借家法 32 条の適用基準」ひろば 52・9・13（1999）、和田安夫「地代等自動改定特約と借地借家法 11 条 1 項」民商 130・1・124（2004））。これについては、特約は無効になったわけではないから、借地借家法 11 条 1 項および同法 32 条 1 項における地代家賃等増減請求の要件を満たさない状況に戻った場合には、当然に当該特約の拘束力が復活し、当事者は特約の効力に服することになる。

- 8) サブリース契約ではない通常の賃貸借契約において、家賃増減請求のなされた場合の相当家賃額の判断にあつては、裁判例を見てみると、賃貸借契約締結の経緯、当初の賃料額取り決めにあつた事情などといった契約締結前の事情の考慮は従来よりなされていたが、家賃増減額請求の当否の判断にあつては契約締結前の事情の考慮はなされていない（松田・前掲注（7）67-69）。借地契約における相当地代額の判断にあつても、契約締結前の事情の考慮は従来よりなされている（借地事案であるが、最一小判昭 44・9・25 判時 574・31 は「相当な賃料額を定めるにあつては、同条所定の諸事由にかぎることなく、請求の当時の経済事情ならびに従来の賃貸借関係、とくに当該賃貸借の成立に関する経緯その他諸般の事情を斟酌」するものと判断している。）ものの、地代増減額請求の当否の判断にあつては、家賃の場合と同様、なされていなかった（松田・前掲注（7）67-69）。しかし、最二小判平 5・11・26 裁時 170・679 が、借地法 12 条 1 項（現借地借家法 11 条 1 項）が明示する「一般的な経済的事情にとどまらず、当事者間の個人的な事情であっても当事者が当初の賃料額決定の際にこれを考慮し賃料額決定の重要な

そして、具体的に考慮されるべき事情は事案によって異なるものの、【1】にあつては、a. 契約において家賃額が決定されるに至った経緯、b. 家賃自動増額特約が付されるに至った事情、c. 当初の約定家賃額と当時の近傍同種の建物の家賃相場との関係（家賃相場との乖離の有無、程度等）、d. 転貸事業における収支予測にかかわる事情（家賃の転貸収入に占める割合の推移の見通しについての当事者の認識等）、e. 敷金の返済の予定にかかわる事情、f. 銀行

要素となったものであれば、これを含むものと解するのが相当である」とし、賃借人が賃貸人を金銭的に援助するという意図のもとに、客観的に適正な賃料額を大幅に超えた高額な賃料が約定されたものの、その後、時の経過により事情が変更し、当事者間に特別な関係があるとはいえなくなった場合に、地代減額請求の当否の判断をしたことから、その後、東京高判平12・7・18金判1097・3、東京高判平12・9・21判時1800・10が、前掲最二小判平5・11・26事案と同様、当事者間の特別な関係から当初地代が定められていた事案で、事後、そのような関係が解消された場合に、地代減額請求が妥当であるとの判断をした。このような個人的事情の解消は契約締結後事情ではあるが、当事者間の特別な関係は契約締結前事情であるといえ、前掲最二小判平5・11・26の一般的判断からすれば、そのような特別な関係がいまだ存続するときに地代減額請求がなされた場合には、当該事情が考慮されて、減額請求が否定される可能性がある。このように地代については、サブリース法理のように、銀行借入金の返済の予定にかかわる事情や家賃自動増額特約、家賃保証特約等の存在・保証家賃額が決定された事情などといったサブリース契約に基づく事業を賃貸人の建物取得リスクの引受け、賃借人の賃料変動リスクの引受けを伴う賃貸人と賃借人との共同事業であるかのごとく捉え、契約締結前事情として当該共同事業性を判断する要素を具体的に明示するものではないが、賃料増減請求権の当否の判断において契約締結前事情を総合考慮するとのサブリース法理が生み出される下地はすでにあったものといえる。その点では、拙著・前掲注（7）68以降を訂正することになる。

なお、繰り返しになるが、サブリースに関する一連の最高裁判決前において、上記のとおり、家賃増減請求権の当否の判断にあつては契約締結前事情の考慮はなされていないし、借地にあつても地代増減請求権の当否の判断につき、契約締結前事情の考慮は上記3事例しかないし、しかも総合考慮とはいえないものである。サブリースに関する一連の最高裁判決は、賃料増減請求権の当否の判断につき、契約締結前事情の総合考慮を初めて判断したのである。

- 9) 借地借家法32条1項では、家賃増減額請求の当否、すなわち、現家賃の不相当性を判断するにあつては、土地もしくは建物に対する租税その他の負担の増減、土地もしくは建物価格の上昇もしくは低下その他の経済事情の変動といった契約締結後の事情を考慮するものと規定されており、契約締結前の事情の考慮については規定されていない。
- 10) サブリースに関する一連の最高裁判決のうち、【1】【3】はこのように判断している。

借入金の返済の予定にかかわる事情が挙げられ、【3】では、g. 家賃保証特約の存在・保証家賃額が決定された事情を挙げており、いずれも契約締結前の事情である。このようにサブリース契約の場合¹¹⁾にあつては、家賃減額請求の当否の判断にあつても、当事者間の衡平の見地から、賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情その他諸般の事情をも総合考慮しなければならない。そして、賃料額決定の要素とした事情とは必然的に契約締結前の事情ということになる。したがって、サブリース法理は、契約締結前の事情をも総合考慮する法理だということになる。

なお、サブリースに関する一連の最高裁判決は、特約の効力につき何ら触れることはなく、借地借家法 32 条 1 項による家賃増減請求権を行使しない場合の特約の効力との関係について明確に示すものではないが、家賃減額請求権が行使され、要件充足と判断されるまでは当該特約は効力を有するものと解釈されるべきであろう。すなわち、特約の効力と家賃増減請求権は並存するということになる。¹²⁾

2. サブリース法理の適用とその効果

サブリースに関する一連の最高裁判決は、サブリース契約が通常の建物賃貸借契約とは異なる特殊な契約であることを十分に認識している。そのため、サブリース法理の適用によって、当該契約に基づく当事者間の衡平を維持すべく、要件充足および相当家賃額の判断において当該契約の実質に即した解決が志向されるのである。その意味では家賃増減請求権ではあつても、それは通常の家

【2】も「当初賃料額を決定する際の重要な要素となつた事情であるから、衡平の見地に照らし、…重要な事情として十分に考慮されるべきである」と判示していることから、同趣旨であるといえよう。

11) 【2】にあつては、当初賃料額を決定する際の重要な要素となつた事情として、「本件契約における賃料額及び本件賃料自動増額特約等に係る約定」を挙げていることから、具体的に考慮されるべき事情としては、【1】が示す a および b ということになる。

12) 吉田克己「賃料不減額特約と借地借家法 11 条 1 項に基づく賃料減額請求」判タ 1173・110(2005) はこれを「併存説」と呼んでいる。原田純孝「民法判例レビュー 52 不動産」判タ 901・59 以下 (1996)、牛尾洋也「判批」リマークス 31・44 頁 (2005) も「併存説」の立場である。

賃増減請求権ではない。つまり、そこには契約修正機能の作用はなく、サブリース契約という特殊な契約における契約補完機能¹³⁾のみが作用するのである。^{14) 15)}

なお、サブリース事案における最高裁判決である最二小判平 16・11・8 判時 1883・52（三和リール事件【4】）¹⁶⁾もサブリース法理を判断している。

13) 借地借家法 32 条 1 項は、2 面的性格を有するとしている。一つは「契約修正機能」である。すなわち、借地借家法 32 条 1 項には、社会的弱者である賃借人を過酷な賃料値上げから保護するという目的があり、契約による賃料決定に対し公権的・後見的に介入するという必要がある。もう一つは「契約補完機能」である。すなわち、賃借人を過酷な賃料値上げから保護する目的で導入された賃借権の長期の存続保障の見返りに、賃貸人に賃料増額請求の機会を与えるのである（松岡久和「建物サブリース契約と借地借家法 32 条の適用」論叢 154・4＝5＝6・155 以下（2004））。

14) 【3】は、サブリース業者の賃料減額請求の当否等について更に審理を尽くさせるため、原審への差戻しを判断していたが、差戻控訴審（東京高判平 16・12・22 判タ 1170・122）は、適正家賃額が従前家賃額の約 6 割程度に下落している点、賃貸人の公租公課の負担や銀行借入れの金利負担が減少している点という契約後の事情のみならず、家賃保証特約の存在や保証家賃額が決定された事情、当事者間の交渉経緯などの契約締結前の事情をも考慮した上で、家賃減額請求権行使の要件充足を認め、相当家賃額を認定している。すなわち、月額 940 万円であり、これは本件賃貸借契約がサブリース契約ではない通常の建物賃貸借契約であるとした場合の相当家賃額である月額 603 万 5,000 円よりも約 1.6 倍も高い家賃である。当初の月額家賃額 1,064 万 840 円から 940 万円までの減額幅を構成するのは、賃貸人の公租公課の負担減および銀行借入れの金利負担減に相当する額である。したがって、差戻控訴審は、賃貸人の予測した収支内容を損なわず、賃貸人の資金返済計画に大きな支障を生じないようにするなどの配慮を衡平の見地から行い、サブリース契約内容を実質的に維持する形で判断を行ったものといえる。この判断によれば、サブリース業者が収受する転賃収入は月額 540 万円弱であるから、相当家賃額たる 940 万円を支払ってもかなりの逆輸であり、賃借人たるサブリース業者は何ら保護されていない。すなわち、ここでの家賃減額請求権には賃借人保護を重視する契約修正機能は働いていないのである。

15) この点につき吉田克己「賃料不減額特約と借地借家法 11 条 1 項に基づく賃料減額請求」判タ 1173・115（2005）は、法の形式的適用を回避する修正適用であると位置づけている。

16) 事案は、不動産賃貸借等を目的とする事業会社から 7 階建共同住宅および 4 階建事務所棟の 2 棟の建物賃貸借が建築し、その大部分を当該事業会社が賃借人として一括して転賃目的として借り上げる旨の提案を受け、賃貸人は金融機関より多額の融資を受け、当該建物を建築したものである。なお、当該契約には 2 年ごとに 5% ずつ値上げする旨の家賃自動増額特約が付されていた。

原審（大阪高判平 15・2・14（公刊物未搭載））は、本件契約は建物賃貸借契約の性質を有することは否定できないとするが、①通常の賃貸借契約とは異なり、共同事業契約

3. サブリース法理の射程拡大の歴史

(1) 別途協議条項を有する賃貸借契約とサブリース法理との関係

サブリース契約に関する一連の最高裁判決よりも前に借地事案についてではあるが、「物価の変動、土地、建物に対する公租公課の増減、その他経済状態の変化により甲・乙が別途協議するものとする。」との別途協議条項を有する事案である【5】が、当初は有効であった地代自動増額特約であっても、当該特約の改定基準を決定した基礎事情が喪失した場合には、当事者は当該特約に拘束

の性質を有することから、借地借家法が当然に全面的に適用されると解するのは相当ではなく、本件契約の性質、契約内容等に反しない限度においてのみ、その適用があると解せられる、②家賃不減額の特約が定められているが、通常であれば借地借家法 32 条 1 項の法意に照らし無効となるが、本件においては、家賃不減額の特約が本件契約の不可欠な本質的部分であり、賃貸人にとっては絶対的な条件であること、本件契約が共同事業契約の性質を有し、単なる建物賃貸借契約とは性質を異にするものであること等に照らせば、本件契約の家賃不減額の特約を同条の法意に反し無効であるとはいえないことから、家賃減額請求権の行使を認めることはできない、とした。ただし、家賃自動増額特約は、バブル経済の崩壊が著しい経済上の変動に該当し、事情変更の原則の適用によって失効したものとした。この事情変更の原則は、借地借家法の全面適用を排除していることから、一般の事情変更の原則とも取れるが、原審は本件契約の性質、契約内容等に反しない限度においてのみ、その適用があると解していることから、借地借家法 32 条 1 項を背景とする緩い要件を有する事情変更の原則とも取ることができる。

本判決は、原審の判断を否定し、1 審と同様、借地借家法の適用と同法 32 条 1 項の適用を肯定した。つまり、これまでの最高裁の判断（【1】、【2】、【3】）を踏襲し、借地借家法 32 条 1 項の強行法規性を主張し、家賃自動増額特約によっても排除できないとしたのである。さらに、本件契約締結に至る経緯、取り分け本件業務委託協定及びこれに基づき締結された本件契約中の本件賃料自動増額特約に係る約定の存在は、本件契約の当事者が、前記の契約締結当初の賃料額を決定する際の重要な要素となった事情であるとしており、当該契約締結前事情を、衡平の見地に照らし、借地借家法 32 条 1 項の規定に基づく賃料減額請求の当否（同項所定の賃料増減額請求権行使の要件充足の有無）及び相当賃料額を判断する場合における重要な事情として十分に考慮されるべきである、とする。

なお、補足意見として滝井繁男裁判官の見解がある。すなわち、当事者間の衡平の見地を重視すれば、建物の建築資金に係る借入金の金利負担が減少したという事情は、家賃の減額を認める事情になりうるとする。また、反対意見として福田博裁判官の意見が出されている。すなわち、サブリース契約の実質は共同事業契約であり、賃貸借契約の形式を採っているものであっても、借地借家法 32 条 1 項の規定が適用されるべきではないとする。

されず、地代減額請求（借借 11 I）が可能となるとの判断を示していた。しかし、サブリース契約に関する一連の最高裁判決は【5】を先例として引用していないことから、賃料自動増額特約のある賃貸借契約であっても、別途協議条項がある事案にはサブリース法理の射程が及ばないとする二元的理解¹⁷⁾が示される一方、【5】は一般賃貸借ルールを示し、サブリースに関する一連の最高裁判決は、その一般賃貸借ルール内での個別事情として考慮されるものであるとする一元的理解¹⁸⁾も示されていた。

ところが、建物賃貸事業を行うために事業者が賃貸建物を建てる土地を借地する事案で、借地契約には、3年ごとに行う地代の改定は消費者物価指数の変動率を乗ずるが、消費者物価指数が下降してもそれに応じて地代を減額しないとする地代不減額特約が付されているものの、当該契約には別途協議条項はない事案につき、最三小判平 16・6・29 判時 1868・52【6】は、サブリース契約に関する一連の最高裁判決のひとつである【1】とさらに【5】を先例として引用した上で、サブリース法理を適用している。つまり、相当地代額の判断だけではなく、地代減額請求の当否の判断にあっても、当事者間の衡平の見地に照らして、当初地代額が決定されるに至った経緯や本件特約が付されるに至った事情等といった契約締結前の事情をも総合考慮しなければならないとの判断である¹⁹⁾。この事実は、最高裁は一元的理解を採っているということになる。この点は、次のように考えられる。すなわち、サブリースにおける一連の最高裁判決が出された時点では、別途協議条項を有する賃料自動増額特約付きの借地契約は、賃料変動のリスクを賃借人が負担すべきものとする契約ではない、つ

17) 吉田・前掲注 (15) (判タ 1173) 113。二元的理解は升永英俊「地代等自動改定特約とサブリース契約」金法 1681・1 以下 (2003) に詳細に示されている。

18) 一元的理解を示すものには、松並・前掲注 (4) (ジュリ 1277) 122、平田健治「地代等自動改定特約と借地借家法 11 条 1 項」判評 543・175 以下 (判時 1849 (2004))、清水俊彦「転貸目的の事業用建物賃貸借と借地借家法 32 条 (下)」NBL777・51 (2004) がある。

19) 【6】は、「本件特約の存在は、本件各賃貸借契約の当事者が、契約締結当初の賃料額を決定する際の重要な要素となった事情である」から、地代減額請求の当否の判断にあつては、特約が付されるに至った事情の考慮が必要になるとしている。

20) 松田・前掲注 (7) 66

まりサブリース事案とは別の事案であるとして、これを射程外と考えていた。ところが、【6】の時点でそうは考えなかった。まったく同様の事案ではないにしても、サブリース法理を適用すべき類似の事案として別途協議条項を有する賃料自動増額特約付きの借地契約についても、借地借家法 11 条 1 項を修正適用し、契約締結前事情を総合考慮することによって、より衡平な解決を図ることができると考え、これを射程内としたのである。言い換えれば、射程を広げる必要があったために【5】を先例引用したものという理解である。したがって、この理解によればサブリースにおける一連の最高裁判決の【1】【2】【3】の時点では、二元的理解を採っていたが、【6】の時点では一元的理解を採るものと考えを改めたということになる。

最高裁が二元的理解から一元的理解に転換した理由は次のとおりと思われる。すなわち、別途協議条項を有する事案であっても、支払賃料額は賃借人の事業予測に基づくものであって一定の変動リスクを賃借人が引き受けているのである。そうであるならばサブリース事案と同様、賃借人保護の要請という根拠のない事案であり、基本的に契約修正機能を果たす必要のない事案ということになる。このような事案にあっては、相当地代額について、事案の実質に即した判断が必要であり、そのためにも賃料等増減請求規定が修正適用されるのである。²¹⁾
²²⁾る。

(2) 借地事案への射程拡大

(1) に示したように、【6】により、サブリース法理の射程に借地事案も含まれることが確認された。これは、サブリース法理は、【6】によって、借地事案にも射程が拡大したということもできる。

射程内の借地事案とは、前述したように、事業者が土地所有者に対し賃貸借契約を結めた形での事業計画を提案し、事業収支予測に基づき、賃料自動増額改定特約等を付し、一定額の賃料が賃貸人に確保されることを保証するという事案ということになる。

21) 松田・前掲注 (7) 70-71

22) 吉田・前掲注 (15) 115 頁

(3) 他事案への射程拡大

サブリース法理の射程が、【6】の時点で別途協議条項を有する事案にも拡大したことは前述のとおりであるが、それは、下級審判決では、東京高判平 18・10・12 金判 1265・46²³⁾で、最高裁判決では、最二小判平 20・2・29 判時 2003・51²⁴⁾【7】で確認できるし、オーダーメイド賃貸（最一小判平 17・3・10 判時 1894・

23) この事案は、「不動産変換ローン方式」の一環として締結された百貨店の店舗用建物の賃貸借に係る契約が締結されたものであり、これも賃貸借契約であるとして、借地借家法 32 条 1 項の適用を肯定している。なお、「不動産変換ローン方式」とは、国鉄の債務の早期償還および国鉄用地の処分等のため、国鉄清算事業団が、不動産の共有持分権に変換できる売買予約完結権を付与することで、複数の投資家から多額の資金を借り入れた上、国鉄清算事業団の出資会社が、国鉄清算事業団の地位を引き継いで、建物建設等により不動産の資産価値を高め、建物賃貸によって収益を確保し、その賃貸収入をもって借入金の利払いその他の費用に充てながら、一定の期間が満了したときに不動産の共有持分権を投資家に譲り渡すとともに、これによって借入金元本の返済を終えるとする、長期低利の資金借入れおよび不動産処分等に関する方式をいう。賃料については、3 年ごとに改定するが、12 % 増を目標とするものの、やむを得ない事由が発生した場合等にあっては、当事者双方が別途協議するとの条項がある。なお、借地借家法 32 条 1 項の当否の判断については、「本件契約には」との限定で、「本件契約に至る経緯や本件契約における賃料改定に関する合意等は、本件契約の当事者が、当初賃料額を決定する際の重要な要素となった事情である」として重要な事情として十分に考慮されるべきだとしている。

24) 本件は、賃料減額請求に対し、当事者が現実に合意した直近の賃料を基にすることなく、上記特約によって増額された賃料を基にして、増額された日から当該請求までの間に限定して経済事情の変動等を考慮した原審（大阪高判平 17・10・25 金判 1299・40）の判断に違法があるとしたものである。事案は、賃借人が指定した仕様に基づく建物、施設及び駐車場を賃借人が建設し、当該建物を賃借人が賃借するとともにレジャー、スポーツ及びリゾートを中心とした 15 年間の継続事業を展開する協定を結んだというものであり、一定期間経過後は純賃料額を一定の金額に自動的に増額する旨の賃料自動増額特約がなされているが、消費者物価指数の変動等予期せざる事態が生じ、約定純賃料が著しく不相当となった場合は、当事者間協議の上、これを改定することができるとする別途協議条項が付されている。借地借家法 32 条 1 項の規定は強行法規であるとして最三小判昭 31・5・15 民集 10・5・496、最二小判昭 56・4・20 民集 35・3・656、【5】を引用し、賃料減額請求の当否および相当賃料額の判断には、「同賃料が合意された日以降の同項所定の経済事情の変動等のほか、諸般の事情を総合的に考慮すべきであり、賃料自動改定特約が存在したとしても、上記判断に当たっては、同特約に拘束されることはなく、上記諸般の事情の一つとして、同特約の存在や、同特約が定められるに至った経緯等が考慮の対象となる」としている。なお、原審（前掲大阪高判平 17・10・25）にあっ

14【8】²⁶⁾にも拡大されている。²⁷⁾

サブリース法理の適用された判例及び裁判例の共通項を取り出して一般論を述べるならば、サブリース法理適用事案とは、賃貸借契約締結前事情の総合考慮により、賃借人が賃貸人の協力の下あるいは賃貸人とともに賃貸借契約を含む内容の事業を実施しているものと判断される事案だといえよう。そこには事

ても、借地借家法 32 条 1 項の当否および相当賃料額の判断において、総合考慮するとの文言はないが、「本件賃貸借契約における特別事情」として当初賃料額を決定する際の事情を挙げて考慮している。

25) 松田・前掲注 (7) 74

26) この事案は、賃貸人が賃借人の要望に沿った建物を建築し、それを賃貸するものであり、賃料は 3 年ごとに改定する。初回改定時は賃料の 7 % を増額し、その後の改定時は 5 % 以上を増額するものとする賃料自動増額特約が付されている。別途協議条項を有するものの、それは増額改定額を決定するための協議条項である。サブリース契約事案とは異なるが、サブリース法理が適用され、借地借家法 32 条 1 項の家賃減額請求権を否認した原審 (東京高判平 14・9・11 (東京高裁平 14 (ネ) 578 号)) を破棄差し戻した。また、借地借家法 32 条 1 項の規定は強行法規であるとして、最三小判昭 31・5・15 民集 10・5・496、最二小判昭 56・4・20 民集 35・3・656、【5】【1】【3】を引用し、賃料減額請求の当否および相当賃料額の判断において、契約締結前事情である「賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情」その他諸般の事情を総合的に考慮すべきであるとしている。なお、オーダーメイドとは、汎用性の乏しさの程度 (他への転賃の可能性とその場合の賃料) が大きく、当該賃借人の事業活動にのみ価値がある投資部分 (余分な建物投資) が大きい建物をいうものとされている (大野祐輔「建物賃貸借における相当賃料額の認定と鑑定評価 近時の裁判例とサブリースを中心に」判タ 1372・12(2012))。

27) その他には、横浜地判平 19・3・30 金判 1273・44 がある。これは、転賃借を伴う事案ではないが、特殊な「賃料の仕組み」を有する百貨店の店舗用建物の賃貸借に係る契約に関する事案である。判決は、借地借家法 32 条 1 項は強行法規としての実質を有するものとして最三小判昭 31・5・15 民集 10・5・496、最二小判昭 56・4・20 民集 35・3・656 を引用し、同条項の適用を排除することはできないとした。さらに、同条項の要件充足判断にあつては衡平の見地に照らし、同条項本文所定の事項のほか、サブリースに関する一連の最高裁判決である【1】、【4】、そして【6】、【8】を引用して契約締結前事情 (賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情、その他諸般の事情) の総合考慮が必要であると、同条項の適用と借家人による家賃減額請求を認容している。特殊な「賃料の仕組み」とは、次の通りである。すなわち、①賃料改定時の協議により、翌年以降の本件建物における借家人の推定売上高を設定し、その α % を売上基準額と定めたうえ、②その売上基準額の β % を「定額賃料」とし、さらに、③現実の売上高のうち、売上基準額を超過した部分の γ % を「比例賃料」とする—その合計額が当該年度の賃料額となる—という形で定められている。加えて、④賃料改定にあたっては、「改定期

業収支予測に基づき、事案によっては賃料自動増額改定特約等を付すなどして、²⁸⁾その度合いは異なるものの賃借人が賃料変動リスクを引き受けるといった事情が存在することが必要である。そのような事案における賃貸借契約では賃借人保護という社会法的な契約修正機能が排除されるのではないだろうか。²⁹⁾

Ⅲ サブリース法理の一般化 ― 借地借家法 11 条 1 項および同法 32 条 1 項における契約修正機能との関係 ―

これまでの検討からすれば、サブリース契約事案にあっては、借地借家法が適用され、強行法規である同法 32 条 1 項の適否および相当家賃額の判断にあっては、サブリース法理の適用が確立しているものといえよう。さらに、賃借人が賃貸人の協力の下あるいは賃貸人とともに賃貸借契約を含む内容の事業を実施しているものと判断される事案であれば、サブリース法理が適用されることになる。また、一連の最高裁判決の一つである【3】の差戻控訴審である前掲東京高判平 16・12・22 が、脚注 14 に示したように、契約修正機能を作用させ

以降の定額賃料と比例賃料の合計額が改定期前年度の定額賃料と比例賃料の合計額を下回らないものとする」、そして、⑤改定期以降の売上高が改定期前年度よりも減少し、比例賃料の額が減少した場合には、年度末に当年度の既払の定額賃料と比例賃料の合計額を計算し、「改定期前年度の定額賃料と比例賃料の合計額（＝④）」との差額＝不足分を「積算賃料」として補填する、との約定がある。しかも、バブル経済崩壊後の平成 4 年以降、借家人の売上高が減少して「積算賃料」が実際に支払われるようになった際、⑥「積算賃料」の定め解釈につき、④にいう「改定期前年度の定額賃料と比例賃料の合計額」には「積算賃料」も含まれるということが当事者間で確認・合意されたものである。この合意の結果、ピーク時の「改定期前年度の定額賃料と比例賃料の合計額」が、その後も賃料額として維持されることとなっているのである（原田純孝「判批」判タ 1256・26（2008））。

28) 賃貸人は建物取得による資本投下をリスクとして引き受けているといえ、賃借人の提示した長期的な賃料収入により建物の投下資本が回収されることが契約の前提事情となっていることから、賃貸人には当該前提事情が維持される強い期待がある（大野・前掲注）（26）16-17）といえる。そのような期待は賃料自動増額改定、賃料保証等といった特約の締結に現れるが、賃貸人による前提事情の維持の強い期待が認められる事案でありさえすればよく、かならずしも当該特約の存在は要件とならないものと思われる。

29) 松田・前掲注（7）74-75

ることなく、サブリース契約内容を実質的に維持する形で判断を行っている。このようにサブリース法理は、裁判官が、サブリース法理の適用される契約は、賃借人が賃貸人の協力等に基づき賃貸借契約を含む内容の事業契約であることを十分に認識し、当該事業性を保持すべく、賃貸人・賃借人にとって妥当な結果を判断するツールである。

上記差戻控訴審以降から今日に至るまで、判例および裁判例において、サブリース法理適用事案で、上記に示したようにサブリース契約等の内容を実質的に維持する形で判断がなされているかにつき、検討することがまずは必要になるう。

さらに、サブリース法理適用につき制限的に捉える見解に対して、サブリース法理の適用にあたり限界事案などなく、一般に妥当するもの、つまり、将来の賃料に関する合意と借地借家法による賃料増減請求に関する一般法理として、判例上確立したものとみてよいとする見解が主張されている。³⁰⁾ この見解が示すとおりにサブリース法理は一般化しているのか。サブリース法理は、契約締結前事情を総合的に考慮することを強制する。サブリース法理が一般化しているとするならば、借地借家法 11 条 1 項および同法 32 条 1 項本来の機能の一つである契約修正機能の作用とサブリース法理の賃借人保護という社会法的な契約修正機能の抑制とが、賃借人保護の要請の強い一般事案でどのように関係し合って作用し、妥当な結果を導き出しているのか。この点についても、上記差戻控訴審以降から今日に至る判例および裁判例につき、検討する必要がある。

1. サブリース法理の適用拡大（サブリースに関する一連の最高裁判決以降のサブリース法理適用事案³¹⁾における判断）

サブリースに関する一連の最高裁判決以降のサブリース法理適用事案をみて

30) 脚注 4 参照

31) サブリースに関する一連の最高裁判決以降のサブリース法理適用事案については、判例検索データベースである Lexis AS ONE および LEX/DB において、キーワードに「借地借家法 32 条 OR 借地借家法 11 条」を入力し、ヒットした判例・裁判例のうち、サブリースに関する一連の最高裁判決以降のものをすべてチェックし、サブリース契約事案およびサブリース事案でなくともサブリース法理の適用のあるものをすべて抽出した。

みるに、サブリース契約事案のみではなく、前述した借地事案である【6】、オーダーメイド賃貸である【8】、同じくオーダーメイド賃貸類似（賃借人が指定した仕様に基づく建物、施設および駐車場を賃貸人が建設し、賃借人が賃借するとともにレジャー、スポーツおよびリゾートを中心とした継続事業を展開する）事案である【7】（原審である前掲大阪高判平 17・10・25 もサブリース法理を適用）、不動産変換ローン方式の一環として締結された百貨店の店舗用建物の賃貸借事案である前掲東京高判平 18・10・12、特殊な賃料の仕組を有する百貨店の店舗用建物の賃貸借事案である前掲横浜地判平 19・3・30 があるが、住宅供給公社が入居者への転貸を前提として賃貸人から特定優良賃貸住宅を借り上げた事案（千葉地判平 20・5・26 LEX/DB 28141730、東京地判平 22・2・15 判タ 1333・174）、都市再開発事業の施設建築物の賃貸借事案である広島地判平 22・4・22 金判 1346・59、オーダーメイド賃貸である東京地判平 24・12・18 LEX/DB 25499402（賃借人の仕様に合う自動車修理工場等を賃貸人が建築し、賃借人に賃貸した事案）および東京地判平 26・11・17 LEX/DB 25522635（新宿区の仕様に合う建物を賃貸人が建築し、福祉住宅として転貸するべく、新宿区が賃借した事案）、共有者が他の共有者に自己の共有持分を賃貸し、当該他の共有者が自身の共有持分も含めて、ホテルに転貸借する事案である東京地判平 25・10・9 LEX/DB 25515698、信託の依頼を受けた信託銀行が、建築したホテルを賃貸し、当該賃借人がホテル業者に転貸した事案である東京地判平 27・1・26 判時 2256・60 のいずれにもサブリース法理の適用がある。この事実からすれば、サブリース契約事案にあってはかならずサブリース法理が適用されていることから、一種の適用強制がなされているものといえる。それだけではなく賃貸人と賃借人との間において共同事業的な側面をも有する契約についても、その適用は拡大しているものといえる。

さらに、東京地判平 27・2・4 LEX/DB 25523999 は、賃借人が1部屋（面積約 8.98 坪）を譲渡・転貸借が可能であるとの特約の下、賃借した上で、転貸借がなされている事案であり、東京地判平 27・9・29 LEX/DB 25531511 も、賃借人が2部屋を転貸を目的として賃借し、それらを転貸借している事案であり、前掲東京地判平 27・2・4 事案では、賃料は契約締結後3年間据え置くものの、その後は3年毎に協議して決定するものとされており、前掲東京地判平

27・9・29 事案も、著しい経済情勢の変動等による別途協議条項があり、その場合は賃料改定につき特別な計算式で計算された結果を基本として減額もしくは増額がなされるというもので、いわば賃料保証的な条項は何ら存在しないにもかかわらず、サブリース法理が適用されている。これら事案からすれば、前述した共同事業的な側面を持つ契約ではない、たとえば、単に、既存の賃借人が賃貸人の承諾を得て賃借建物を転貸するといった通常の転貸借事案にもサブリース法理の適用される可能性があるものといえる。ちなみに前掲東京地判平27・2・4 事案では、契約締結前事情として、賃貸借契約締結時の賃貸人が、賃借人に対し、新建物を建築するにあたって、その建築に協力してもらい、旧建物から立ち退いてもらうため、その対価として新建物に係る賃料を当時の相場賃料の半額以下とすることとし、それが賃料の最終合意時点までおおむね維持されたという事情が考慮され、すでに当該事情は存在しないことから賃料の増額が認められている。

2. 減額請求不適用および減額額圧縮事案

サブリースに関する一連の最高裁判決および借地に関する【6】が、賃料減額請求権を排除できないことにつき、強行法規であることを理由に挙げている。しかし、強行法規でありながら、サブリース法理として、その適用につき賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情その他諸般の事情を総合的に考慮すべきとの修正を加えている。強行法規性を厳格に解するのであれば、このような修正は許されないはずであるが、共同事業的性格を有するサブリース契約事案にも柔軟に対応できるようにするために、裁判官による判断項目を増やしたものと思われる。すなわち、条項の適用は否定できないが、その適用にあつては、各賃貸借契約に応じて、判断項目につき契約締結後の事情のみではなく、契約締結前事情をも適宜勘案して柔軟に判断せよ、ということになる。

では、サブリースに関する一連の最高裁判決後における共同事業的性格を有するサブリース契約事案につき、どのような判断がなされてきたかを見てみるものとする。

まず、当事者間あるいは賃借人による収益予測に基づき賃料額が決定され、賃貸人の借入計画がなされている点、賃借人が経済変動によるリスクを引受け

ている点などが考慮され、近傍同種の建物の借賃等の下落が認められていても、不当性はないとし、賃料減額請求を否定したものとして、【7】の原審である前掲大阪高判平 17・10・25、前掲千葉地判平 20・5・26（空室保証条項あり）、前掲広島地判平 22・4・22（改定賃料は3年間据え置く旨の約定あり）、東京地判平 26・2・7 LEX/DB 25518168（サブリース契約事案、賃料増額特約あり）、前掲東京地判平 27・1・26（賃料自動増額改定合意あり。控訴審である東京高判平 27・9・9 金法 2050・62 も不相当になったとはいえないとしている）がある。ただし、前掲大阪高判平 17・10・25 事案は別途協議条項がある事案であった。

最低賃料保証等の特約が重視され、賃貸人による借入金利負担と公租公課の減少が勘案され、減額幅を大幅に圧縮されたものとして、サブリース契約事案である東京地判平 17・2・18 LexisNexisJP（平成 15 年（ワ）9308 号）、東京地判平 17・12・26 LexisNexisJP（平成 15 年（ワ）14269 号）、東京地判平 18・3・28 LexisNexisJP（平成 17 年（ワ）2551 号）、東京地判平 18・9・8 LexisNexisJP（平成 17 年（ワ）2549 号）、東京地判平 19・11・21 LexisNexisJP（平成 15 年（ワ）29452 号）、東京地判平 20・6・24 LexisNexisJP（平成 18 年（ワ）17570 号）、さいたま地判平 22・8・26 金判 1368・39 がある。これら裁判例は、サブリース契約等が、賃料額を決定した最大要因である収支予測に基づく賃借人からの支払賃料を原資とする、賃貸人の借入金の返済計画と収支計画、転賃賃料と支払賃料との差額からなる賃借人の収支計画を基因として、両当事者が共に計画どおりに収益を上げるべく企図された、一種の共同事業性を有する賃貸借契約であると認識し、特に賃借人が、借入金の返済計画と収支計画が確実に実行されることを最重要視する賃貸人に、当該共同事業への参画の決断をなさしめた最低賃料保証等の特約の存在を重視したものである。したがって、賃貸人に金利負担や公租公課の減額があった場合には、その減額分に相当する賃料額を減額しても賃貸人の借入金の返済計画と収支計画に支障をきたすものではないことから、減額判断がなされたものである。それを裏付けるべく、賃貸人に銀行からの借入金がなく、賃料収入を借入金の返済に充てる必要のないことが重視され、空室保証条項が存するものの、大幅な賃料減額が判断されている東京地判平 18・8・31 金判 1251・6 を挙げることができる。また、

減額幅を大幅に圧縮された前掲東京地判平 18・3・28、前掲東京地判平 18・9・8、前掲さいたま地判平 22・8・26 は、大幅な経済変動等の場合に別途協議して賃料額を決定できる、いわゆる別途協議条項が約定されていた事案であるが、賃貸人の借入金の返済計画と収支計画の維持が重要視され、別途協議条項の存在は何ら影響を与えるものではなかったことも、裁判例が上記の判断基準によっていることを裏付けている。

なお、前掲横浜地判平 19・3・30 事案は、売上ピーク時の賃料を保証する機能を有する賃料算定の合意がある点等が勘案され、共同事業性が認識され、予想を超えるリスク分を限度として賃料の減額を認めている。また、前掲東京地判平 22・2・15 も、空室保証特約が重視され、賃借人が空室リスクを負担することが共通認識になっていたとして、経済事情の変動によって空室が生じても安易に賃貸人に負担を転嫁することを認めるべきではないとし、減額幅の大幅な圧縮を行っている。

3. 別途協議条項と最低賃料保証等の特約との関係

前記2において、前掲大阪高判平 17・10・25 は、収益予測に基づき賃料額が決定され、賃借人が経済変動によるリスクを引受けているなどの分析がなされ、オーダーメイド賃貸の共同事業性が勘案されているものと思われ、賃料減額請求が否定されたが、最低賃料保証等の特約のない事案である。また、前掲東京高判平 18・10・12 は、特約の有無ではなく、³³⁾「不動産変換ローン方式」の一環として百貨店の賃貸借契約が締結されている点等の実質が重視され、共同事業性の認識がなされているものと思われ、減額幅の圧縮がなされている。オーダーメイド賃貸契約事案である前掲東京地判平 24・12・18 は、最低賃料保証等の特約はないが、オーダーメイド賃貸であることにより、当初から高い賃料水準にあった点に共同事業性が認識されているものと思われ、減額幅の大幅な圧縮がなされている。前掲東京地判平 25・10・9 も、最低賃料保証等の特約はないも

32) 賃料が転賃賃料に連動する賃料連動条項の存する点や最低保証賃料条項のないことも重視されている。

33) 前掲東京高判平 18・10・12 事案には、賃料の3年毎の改定が12%増を目標とする旨の定めがあるものの、あくまでも目標であって、当事者を拘束する特約とはいえない。

の、ホテルの事業収益の変動を賃料額に大きく反映させない賃貸人の意向を重視し、減額幅の大幅な圧縮がなされている。

以上からすれば、最低賃料保証等の特約の存在は減額請求を否定、あるいは減額幅の大幅な圧縮という判断をもたらす、すなわち、私見からすれば共同事業性を有する賃貸借契約であるとの判断を行うメルクマールの一つにすぎないものといえ、最低賃料保証等の特約の有無に関係なく、契約締結前のさまざまな事情を勘案して実質的に判断がなされているものといえる。なお、別途協議条項の存在は、その判断に影響を与えるものではない。それというのも、前掲大阪高判平 17・10・25、前掲東京高判平 18・10・12、前掲東京地判平 24・12・18 に別途協議条項があり、2 で検討した減額幅の大幅な圧縮を判断したサブリース契約事案で、前掲東京地判平 18・3・28、前掲東京地判平 18・9・8、前掲さいたま地判平 22・8・26 にも別途協議条項が存するからである。

4. サブリース法理の一般化

これまでサブリース契約を中心に、賃貸人と賃借人との共同事業的な側面を有する賃貸借事案についてみてきた。それらにはサブリース法理が適用されている。では、共同事業的な側面を有しない通常の借地借家事案についてもサブリース法理の適用はあるのか。あるならば、サブリース法理はすべての借地借家事案に適用される法理であり、一般化しているものといえよう。

ここでは、通常の借地借家事案につき、サブリース法理の適用があるかについてみていくものとする。

(1) サブリース法理の適用を明示する通常の借地借家事案

①明示されている文言と引用判例

サブリース法理の適用を明示する通常の借地借家事案にあつては、賃料増減額請求の当否につき、賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情その他諸般の事情を総合的に考慮すべきとするもの（東京地判平 24・1・26 LEX/DB 25491345、東京地判平 24・4・19 LEX/DB 25493792、東京地判平 25・4・25 LEX/DB 25512494、東京地判平 25・5・22 LEX/DB 25513151。東京地判平 23・12・21 LEX/DB 25490324、東京地判平 26・8・27 LEX/DB 25521234 も

同旨。なお、大阪高判平 20・4・30 判タ 1287・234 は、賃貸借契約の締結経緯も挙げており、東京地判平 25・8・29 LEX/DB 25514584 および東京地判平 28・3・30 LEX/DB25534467 は、【1】【3】【7】を引用する。また、東京地判平 28・2・8 LEX/DB25533969 は前掲最二小判平 5・11・26 を引用する）と、単に諸般の事情を総合考慮すべきとし、【7】を引用するもの（東京地判平 24・8・31 LEX/DB 25496191、東京地判平 24・10・11 LEX/DB 25498640、東京地判平 25・4・26 LEX/DB 25512686、東京地判平 25・9・27 LEX/DB 25514812、東京地判平 25・10・29 LEX/DB 25515559。東京地判平 25・9・27 LEX/DB 25515137 も同旨。なお、東京地判平 26・7・25 LEX/DB 25520490 は、前掲最二小判平 5・11・26 を引用して、当事者間の個人的な事情であっても当事者が当初の賃料額の決定の際にこれを考慮し、賃料額決定の重要な要素となったものであれば、これを含むものと解するのが相当であるとし、京都地宮津支判平 27・8・28 LEX/DB 25542384 は、【7】を引用せずに、【1】とオーダーメイド賃貸契約事案である【8】を引用する）³⁴⁾とに大きく分かれる。

「諸般の事情を総合考慮すべき」との文言の明示のある裁判例で、【7】が引用されるのは、【7】が共同事業性を有する賃貸借契約ではあるが、サブリースではない事案であるから、通常の借地借家事案に引用されているのではないだろうか。

②考慮された契約締結前事情

前掲大阪高判平 20・4・30 は、賃料額が低額になったのは、当該建物で新規に開業する賃借人の営業が軌道に乗るまでに費用や時間等を要するという諸事情を賃借人が配慮したという事情があったためであり、賃料増額請求時にあってはそのような事情を考慮する必要がなくなったことが要件を満たすとしている。前掲東京地判平 24・8・31 は、転借人の収支予測に基づき賃料額が決定されたが、収支予測が大幅にはずれ、大きな減収になってしまったという事情が考慮されている。前掲東京地判平 25・8・29 は、賃借人の出店は競合他社との

34) 他には、従前の経緯を考慮すべきとするものがある（東京地判平 27・2・16 LEX/DB25523771）。

契約条件を争う状況であり、他社より有利になるべく賃料額を他者よりも高めに提示したことにより賃貸借契約が締結でき、賃料額も提示額に決定されたという事情が考慮された。前掲東京地判平 26・7・25 は、契約締結前になされていた旧契約の特約事項の存否が考慮された。前掲東京地判平 26・8・27 は、少なくとも 15 年間存続させることを前提とすべく建設協力金の返済計画を立てて、賃料額を固定的にしようとしていた事情が考慮された。前掲京都地宮津支判平 27・8・28 は、旧契約の締結等の経緯が考慮された。

なお、ここで検討されている事案は共同事業性のない通常の借地借家事案であるから、契約締結前事情を総合考慮する必要がなく、賃料増減額請求に関する条文（借借 11 I、同 32 I）の文言どおりに判断がなされている裁判例も多い。³⁵⁾したがって、いくつかの事案で総合考慮をする前段階として、契約締結前の各事情につき、総合考慮すべきか否かの検討がなされており、その結果、総合考慮すべきではないとの判断のなされている裁判例もある（前掲東京地判平 23・12・21、前掲東京地判平 24・4・19、東京地判平 25・1・21 LEX/DB 25510654）。

（２）サブリース法理の適用を明示していない通常の借地借家事案

サブリース法理の適用を明示していない通常の借地借家事案でも、以下の裁判例で賃料増減額請求の当否につき、契約締結前事情の総合考慮がなされている。

すなわち、東京地判平 23・12・8 LEX/DB25490553（契約締結前に和解した経緯を考慮）、東京地判平 24・2・20 LEX/DB25492157（賃貸借の経緯、契約更新時の賃料改定に関する協議の定め等を考慮）、東京地判平 24・7・10 LEX/DB25495457（減額に係る合意に至る経緯等の事情を考慮）、東京地判平 25・11・27 LEX/DB25515960（事業（中華料理店）による売上げから賃料以外の経費等を控除した金額により支払うことができる額を賃料として決定しており、賃借建物での売上げは賃料額決定の一要素になっているという事情を考慮）、東

35) 賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情その他諸般の事情を総合的に考慮すべきとの考慮基準を明示している通常の借地借家に関する 17 の裁判例のうち、11 の裁判例は契約締結前事情の考慮はなされておらず、条文の文言どおりに判断がなされている。

京地判平 27・2・26 LEX/DB25523953 および東京地判平 27・3・18 LEX/DB25525370（当事者間の特殊事情の変化等の諸事情を総合考慮すべきとし、事案にあつては賃貸人の地位の移転によって当事者間の特殊事情が消滅していた）、東京地判平 27・9・29 LEX/DB25530798（周辺相場に比し安価な賃料であることを予定しなくてはならない賃貸借契約に関する交渉経緯を考慮）、大阪高判平 27・12・11 金判 1487・8（当初賃料が賃借人の経営状態を考慮して民間よりも低位に定められていた経緯を考慮。事案にあつては、経営状態が改善し、そのような事情が消滅していた）、である。

なお、契約締結前の事情を総合考慮すべきか否かの検討を行っている裁判例としては、次のものがあり、いずれも検討の結果、総合考慮は否定されている。裁判例は、東京地判平 23・12・5 LEX/DB25490488（賃貸人が補佐開始の審判を受け、さらに家庭裁判所が、その保佐人に対して賃貸人が旧建物から得ていた家賃相当の金額を地代とする借地契約を締結する交渉を賃貸人に代わって行うことを指示していたという事情が検討された）、東京地判平 24・4・12 LEX/DB25493554（賃借人から提出された売上げ予想を基に、今後売上が増大することを見込んで、傾斜家賃方式を取り決めたという事情が検討された）、東京地判平 24・11・12 LEX/DB25497744（旧当事者間で行った合意が検討された）、東京地判平 28・3・16 LEX/DB25534293（前賃貸人が、知識不足、賃貸土地多数および自身の病気といった事情のために、多数の賃貸土地の賃料を価格差や用途の別を問わず一律に定めたままにしていた上、一切賃料改定をしていなかったという賃料管理の事情が検討された）、である。

（3）検 討

サブリース法理の適用を明示する通常の借地借家事案の場合、大きく分けて次の二つの表現がなされている。すなわち、「賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情その他諸般の事情を総合的に考慮すべき」と「諸般の事情を総合的に考慮すべきである」である。「賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情」はサブリースに関する一連の最高裁判決がサブリース契約事案に対し借地借家法 32 条 1 項の内容を修正し、総合考慮すべき項目として特別に列挙したものであり、借地については【6】が同様の項目を借地借家法 11 条 1 項

の内容を修正すべく、列挙している。当該項目を考慮すべきものとして挙げている裁判例も必要のある場合に契約締結前事情の総合考慮を行っており、「賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情」という文言を何ら示さずに「諸般の事情を総合的に考慮すべきである」とだけ示している裁判例も必要のある場合に契約締結前事情の総合考慮を行っている。この事実からすれば、「諸般の事情を総合的に考慮すべきである」とだけ示していればその文言の中に「賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情」等の契約締結前事情も総合考慮事情として含むものと解することができるので、あえて「諸般の事情を総合的に考慮すべきである」とだけ示しているのではないだろうか。

しかし、「諸般の事情を総合的に考慮すべきである」との文言は、裁判官に対して総合考慮を要求するものであり、総合考慮をすべき契約締結前事情が存するにもかかわらず、総合考慮をしないということは許されないということになる（反対に、総合考慮すべき契約締結前事情のない場合には、総合考慮がなされないのは当然である）。そうであるならば、手順として、必然的に、契約締結前事情の存在の確認および確認された各事情につき、総合考慮すべきか否かを判断することが必要になる。その結果、考慮すべきだという判断になれば総合考慮をすることになる。そのときにはじめてサブリース法理が適用されるのである。事実、前述のとおり、前掲東京地判平 23・12・21、前掲東京地判平 24・4・19、前掲東京地判平 25・1・21 はそのような手順で判断がなされている。

これに対し、「諸般の事情を総合的に考慮すべきである」等の文言すら明示しない通常の借地借家事案に関する裁判例の中にもサブリース法理の適用のある裁判例が存在する。その中には上記のように、契約締結前事情の存在の確認と確認された各事情につき、総合考慮すべきか否かを判断し、その結果、総合考慮がなされている裁判例も存在する（前掲東京地判平 27・2・26、東京地判平 27・3・18。なお、前掲東京地判平 24・2・20、東京地判平 25・11・27 および前掲大阪高判平 27・12・11 は、契約締結前事情を前提事実として挙げた上で検討を行っている）。もちろん、検討の結果、総合考慮すべきではないとの判断をしている裁判例も存在する（前述のとおり、前掲東京地判平 23・12・5、前掲東京地判平 24・4・12、前掲東京地判平 24・11・12、前掲東京地判平 28・3・16 が列挙される）。

以上の事実からすれば、「諸般の事情を総合的に考慮すべきである」等の文言の明示の有無とは何ら関係なく、借地借家のすべての事案においてサブリース法理の適用がありえることを意味しているのではないだろうか。すなわち、サブリース法理が一般化しているということになろう。

(4) サブリース法理一般化の要因

このようにサブリース法理の適用が一般化した要因は二つあるものと思われる。ひとつには、最高裁判例がサブリース契約事案のみではなく、共同事業性を有する借地契約事案、オーダーメイド賃貸契約事案等さまざまな賃貸借契約事案に射程の拡大を図ってきたことが挙げられる。もう一つは、これが大きな要因であろうが、サブリース法理の適用にあたって考慮すべき事情が「賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情」だということである。

「賃料額決定の要素とした事情」は、最低賃料保証特約や賃料自動増額改定特約等の特約のいっさいない、共同事業性を何ら有しない多くの通常の借地借家事案でも、当事者間の契約締結過程において普通に観念できる事情であり、事情いかんによっては改定されるべき賃料に影響を与えるべきものとなりえるものであるために、サブリース法理は、多くの通常の借地借家事案に適用され、一般化に至ったのではないだろうか（たとえば、通常の借家事案である前掲大阪高判平 20・4・30 では、賃料額を低額に決定した事情として、対象建物で新規に開業する賃借人の営業が軌道に乗るまでに費用や時間等を要するという諸事情が挙げられている）。

この事象を、裁判官による判断を中心に捉えると、まず、最高裁の裁判官は、サブリース法理の射程を、共同事業性を有する賃貸借事案にのみ限定し、拡大を図ってきたが、下級審の裁判官は、サブリース法理には通常の借地借家事案にも妥当する要素があることから、かならずしもそのようには捉えていなかった。それゆえ、通常の借地借家事案にサブリース法理の適用がなされ、一般化が進んだものといえるのではないだろうか。

なお、サブリース法理適用の一連の手順の一つとして、サブリース契約事案も含め、通常の借地借家事案にあっても、契約締結前事情の存在の確認と確認された各事情を「総合考慮すべきか否かの判断」をすることになる。その中で

も、共同事業性を有する借地借家事案にあつては何らかの契約締結前事情の総合考慮がなされる可能性が高いのに対し、共同事業性を有しない借地借家事案の場合は、前述（３）のとおり、契約締結前事情の総合考慮のなされる可能性は低く、その場合は、借地借家法 11 条 1 項および同法 32 条 1 項の通常適用ということになる。契約締結前事情の総合考慮の可能性の高低が、共同事業性を有する借地借家事案とそうでない事案との相違点といえよう。

Ⅳ おわりに ― 修正法理の一般化 ―

以上の検討より、最高裁は、借地借家法 11 条 1 項および同法 32 条 1 項の適用につき、共同事業性を有する特殊事案に対する結果妥当性を作出すべく、法の条文を修正適用した、すなわち、特段の事情のないかぎり強行法規としてその適用を排除できないとするが、内容については結果妥当性を作出するために修正を加えたのである（具体的には、総合的に考慮すべき項目に契約締結前事情を付加した）。

このサブリース法理は、さまざまな特殊事案につきその射程が拡大され、さらに、通常の借地借家事案におけるこれまでの検討結果からすれば、すべての裁判官がサブリース法理の適用を検討しているものではないとしても、条文が想定している一般事案たる通常の借地借家事案に対してもその射程が広がっている、すなわち、一般化しているということになる。

共同事業的な側面を有する特殊事案のために作り出されたサブリース法理が、最高裁の当初の意図（共同事業性を有する特殊事案にのみ適用される）とは異なり、条文の適用につき、複数の最高裁の積み重ねと裁判例による一般事案への拡大により、ついに条文文言とは異なる内容への一般的修正をもたらしてしまったのである。サブリース法理の一般化は、最高裁法理の一般化の成果の歴史の中でも、最も大きな出来事の一つではないだろうか。

また、この一般化は、「Ⅰ はじめに」で指摘したように、裁判官は、サブリース法理の適用の基礎である賃貸人・賃借人間の共同事業性の存在については、一般の不動産賃貸借契約であっても、十分に見出しえるものと捉えていることの証左であり、さらに一般の不動産賃貸借契約とサブリース契約とは近似性を

有するからこそ、一般化がなされるに至ったのであり、これをより踏み込んでいえば、サブリース契約の本質が建物賃貸借契約であるからこそ一般化に至ることができたということになる。反対に、一般化は、サブリース契約の本質を建物賃貸借契約であるとする一つの間接的な証拠であるといえよう。

以 上

名誉毀損と出版差止め

——「事柄の公共性」「人物の公共性」を軸とする 差止め要件の再検討

山 田 隆 司

目 次

- 一 問題の所在
- 二 『日本会議の研究』事件の検討
- 三 『北方ジャーナル』基準の再検討
- 四 「事柄の公共性」「人物の公共性」を軸とする判断枠組み
- 五 結びに代えて

一 問題の所在

名誉毀損を理由とする出版差止め事件では、いかなる要件によって差止めの肯否を判断するかに当たり、表現された「事柄」の性質に関する類型、および表現された「人物」の性質に関する類型が問題となりうる。すなわち、前者は、表現内容について、「公共の利害に関する事項」（以下、「公的事項」とする）としての性質の強さによって、「事柄の公共性」の程度を検討するものであり、後者は、表現対象者について、いわゆる「¹⁾公人」としての性質の強さによって、「人物の公共性」の程度を検討するものである。

1) 本稿では、「公人」とは、「公職者（政治家・上級官僚などをいい、一般の公務員を含まない）」および「公職への立候補者・立候補予定者」をいうことにする。これに関連して「私人」とは、公人に当たらない者をいうことにする。この他、公人と私人の中間領域に「公的人物」という設定がなされることがあるが、論者によって定義が異なり、議論が錯綜するおそれがあるため、本稿では最小限度、触れるにとどめることにする。公人・私人についての詳細は、山田隆司『公人とマス・メディア——憲法的名誉毀損法を考える』43頁以下（信山社、2008年）参照。

最高裁判所は、『北方ジャーナル』事件・大法廷判決²⁾において、事前差止めの対象が公職者らに関する場合には公的事項といえることができるとし、表現される「人物の公共性」を考慮に入れて、表現される「事柄の公共性」を判断したうえで、名誉毀損を理由とする出版差止めの要件を示した。この判決の理解として、最高裁判所は、「人物の公共性」を検討する、いわば「人物アプローチ」を独立した枠組みとして直接的には採っていないと思われるが、名誉やプライバシーなど人格権の侵害については、保護の対象としての人物に焦点を当てた「人物アプローチ」を独立した枠組みとして採ることに十分意義があると考えられる。そこで、名誉毀損を理由とする出版差止め事件を検討するに当たっては、「人物の公共性」を独立した枠組みとして採ることとし、「事柄の公共性」および「人物の公共性」の程度によって、いくつかの類型があると捉えることにする。

『北方ジャーナル』事件は、表現された「人物の公共性」および「事柄の公共性」がいずれも強い類型であり、そこにおいて示された差止め要件が、その他のすべての類型において「適切な働き」をすると期待できるわけではない。現在までに、名誉毀損を理由とする出版差止め事件は、判例上、「人物の公共性」および「事柄の公共性」の程度によって類型化されておらず、そのためもあってか、下級審における差止め要件も定式化されていないように思われる。

本稿は、「事柄の公共性」および「人物の公共性」が『北方ジャーナル』事件とは異なる類型である『日本会議の研究』出版差止め事件（以下、『日本会議の研究』事件とする）を手がかりに、この事件の東京地裁仮処分決定³⁾において引用された『北方ジャーナル』事件・最高裁大法廷判決の差止め要件（以下、『北方ジャーナル』基準とする）について、「表現の自由」の保障を手厚くする観点から批判的に再検討する。そして、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強いと言える類型、さらには「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強いとは言えないと認定された類型について、差止め要件の厳格化を試みる。最後に、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも否定さ

2) 最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁。

3) 東京地決平成29年1月6日 LEX/DB2554218。

れる類型における出版差止め要件を検討する。

二 『日本会議の研究』事件の検討

東京地裁は、2017年1月6日、既に発行され、15万部以上が販売された書籍『日本会議の研究』（扶桑社新書。以下、本件書籍とする）の出版差止めを命じる仮処分決定をした。⁴⁾ 本件書籍は、国の政治とも関わりがあると報じられる団体「日本会議」について書かれた「事柄の公共性」を有するものであるが、差止めを求めて仮処分を申立てた宗教団体の元幹部については、強い程度の「人物の公共性」を否定し、「私人」として扱っているように思われる（詳細は後述）。本稿の枠組みでは、東京地裁決定の認定に基づき、さしあたり、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強いとは言えない類型における判断として検討することにする。

1 事案の概要と決定の特徴

著述家・菅野完氏の本件書籍の記述によって名誉を毀損されたとする宗教団体Aの元幹部Y（債権者）が、発行元の扶桑社（X＝債務者）に対して、本件書籍の販売禁止などを求め、東京地裁に仮処分を申立てた。

同地裁は、2017年1月6日、問題となった6か所のうち1か所の記述（以下、本件記述）を削除または抹消しない限り、本件書籍の販売などを禁じる仮処分決定をした。

Xは同月11日、当面の措置として、指摘された箇所（本件記述）の36字を抹消した修正版を販売することを公表した。また、Xは、同月18日、本件決定を不服として決定の取消しを求める保全異議および執行停止を地裁に申し立てた。

本件決定は、類型が同じであるとは解されない『北方ジャーナル』基準を引用したうえで、その要件を「緩和」した独自の要件を示し、これに該当するとして、発行元の出版社に対して販売差止めなどを仮処分によって命じたもので

4) 本稿全体的に、山田隆司・新・判例解説 Watch 憲法 No.126 文献番号 z18817009-00-011261475 参照。

ある。仮処分申立ては、発刊日（奥付によれば2016年5月1日）の直後になされたようであるが、審尋などで約8か月が経過する間に15万部以上が販売された。既に公刊され、「ベストセラー」の評価もあった書籍に対する販売差止め命令は異例の司法判断として議論を呼んだ⁵⁾。

2 決定の要旨

「人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値である名誉を違法に侵害された者は、事後的に、損害賠償又は名誉回復のための処分を求めることができるほか、人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができる。そして、人格権としての名誉権に基づく出版物の販売等の事前差止めは、出版物が公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批判等に関するものである場合には、(a1) その表現内容が真実でないこと又は (a2) 専ら公益を図る目的でないことが明白であって、かつ、(b) 債権者が重大にして著しく回復困難な損害を被るおそれが認められる必要がある(最高裁昭和56年(オ)第609号同61年6月11日大法院判決〔『北方ジャーナル』事件〕・民集40巻4号872頁)。このことは、上記出版物の販売等が既に開始されていても、さらに販売等が継続される場合にその販売等の継続を差し止めるときにも妥当するというべきである。」(記号は筆者、以下同じ)

「本件書籍は、国政とも関わりがあると報じられる日本会議という団体について、その沿革や活動内容を著者の視点から批判的に論じたものであり、その記載内容は公共の利害に関する事項であることが一応認められるから、本件書籍の公共性自体が否定されるものではない。しかし、Yは、日本会議の沿革に相当程度関与していたと目される人物であるといえるものの……、現時点において、Yが日本会議と深い関わりがあることをうかがわせる疎明資料はなく、かつ、Yが公職選挙の候補者等といった極めて公共性の高い人物ということはできない。このことは、Yが、宗教団体Aの幹部として、講演やAの教義等に係る執筆を行っていたとしても異なるところはない。

5) 2017年1月7日付各紙朝刊（とりわけ、毎日新聞、産経新聞、東京新聞）。毎日新聞2017年2月27日付の本件特集も参照。

そうすると、本件書籍の出版等の差止めは、表現の自由に重大な制約になることから、表現内容が真実でないこと及び専ら公益目的でないことの疎明責任はYが負うべきであるとしても、これらの要件の明白性まで要求するのは相当ではなく、(a1') 表現内容が真実でないこと、又は(a2') 公益を図る目的に出たものではないことの相当程度の蓋然性があり、かつ、(b) Yが重大にして著しく回復困難な損害を被るおそれが認められる必要があると解するのが相当である。」

そして、本件記述が本件決定で示された差止め要件に該当するかどうかを検討した。(a1') については、本件記述を「裏付けるに足りる客観的な疎明資料」(A発行の書籍や著者の取材メモを含む)が著者の陳述以外にないこと、著者がYに対して取材をしていないことを自認していることなどから、「真実でないことの相当程度の蓋然性がある」とした。(b) については、本件記述の「内容及び本件書籍が全国に販売されていることからすると、本件書籍の販売を継続することによりYは重大かつ著しく回復困難な損害を被る」と判断した。

3 『北方ジャーナル』基準と『日本会議の研究』事件決定との比較

(1) 表現内容(公的事項か)

『北方ジャーナル』事件の記事は、公職への立候補予定者についてのものであるから、「公人」の「公的事項」も表現内容に含むと言える。つまり、『北方ジャーナル』事件は、強い「事柄の公共性」が認められる事案である。

これに対し、本件書籍は、国会議員が参画するなど国政とも関わりがあると報じられる団体の沿革や活動内容を批判的に論じたものである。⁶⁾『日本会議の研究』事件・東京地裁決定では、その内容が公的事項であると「一応認められるから」、「公共性自体が否定されるものではない」と述べ、その強弱は別として「事柄の公共性」を認定しており、このため、『北方ジャーナル』事件最高裁判決を念頭に置いたと考えられる。⁷⁾

6) 本件書籍は、2016年度「石橋湛山記念 早稲田ジャーナリズム大賞」草の根民主主義部門奨励賞を受けた。

<https://www.waseda.jp/top/news/45979> [2017. 6. 27]

7) 『日本会議の研究』事件決定では、少なくとも「事柄の公共性」を有する場合に当たると解していると言える。

(2) 表現対象者（公人か）

『北方ジャーナル』事件において差止めを求めたのは元市長で、北海道知事選という公職への立候補予定者であり、明らかな「公人」⁸⁾だった。つまり、『北方ジャーナル』事件は、強い「人物の公共性」が認められる事案であると言える。

これに対し、『日本会議の研究』事件において差止めを求めたのは、宗教団体Aの元幹部Yである。東京地裁の仮処分決定では、Yについて、宗教団体「Aの幹部として、講演やAの教義等に係る執筆を行」い、「日本会議の沿革に相当程度関与していたと目される」が、「現時点において、Yが日本会議と深い関わりがあることをうかがわせる疎明資料はな」く、「公職選挙の候補者等といった極めて公共性の高い人物ということはできない」として強い程度の「人物の公共性」を否定した。表現された「事柄の公共性」については認めたが、問題にされた団体と現時点での「深い関わり」が立証されていないなどとして、強い程度の「人物の公共性」はないと認定したのである。つまり、『北方ジャーナル』事件とは異なり、強い「人物の公共性」があるとは言えない類型の事案であると裁判所によって認定されたと考えられる¹⁰⁾。

(3) 差止めの時期（発行前か）

『北方ジャーナル』事件は約2万5000部を発行前の、まさに「事前」の差止めだったのに対し、本件書籍は差止め命令の約8か月前に発行され、既に相当数が社会に流通している状況だった¹¹⁾。

8) 公人・私人については、京野哲也「私人の名誉は公人の名誉より軽いか (1) ～ (5・完)」判タ1250号33頁、1251号73頁、1252号51頁（以上、2007年）、1253号86頁、1254号49頁（以上、2008年）も参照。

9) 現職の市長が、名誉毀損を理由として日刊の新聞社に対する記事の事前差止めを求めた仮処分が認められた例として津地決平成4年11月10日判例集未登載がある。これに関連する津地判平成10年5月14日判時1676号99頁では、記事の事前差止めは例外的に許されるとした（この控訴審は名古屋高判平成11年3月4日判例集未登載）。

10) この仮処分決定の中において、「債権者が私人であることを考慮しても」と言及している箇所があることから、Yについて、「私人」（あるいは定義が論者によって異なる「公的人物」）として扱っているように思われる。

11) 約30年前に発刊され、相当数が販売された書籍（岩波新書）について名誉毀損を理由に出版差止めを求めた事例として、大江健三郎著の『沖縄ノート』事件がある。大阪地判平20・3・28判時1999号3頁は、『北方ジャーナル』基準を引用しつつ、名誉毀損の

『日本会議の研究』事件決定は、『北方ジャーナル』基準について、「出版物の販売等が既に開始されていても、さらに販売等が継続される場合にその販売等の継続を差し止めるときにも妥当する」として、発刊前と同様の枠組みを基本的に踏襲した。いったん、雑誌に発表されても、将来の単行本としての発行禁止は、一定の情報が市場に流通して市民による評価を受けることを阻止することになるため、事前抑制に当たるという見解もあることからすると、本件のような場合も事前抑制という側面を有することになろう。しかしながら、『日本会議の研究』事件決定は、出版物が既に販売されている場合、さらに販売が継続される分を差し止める「意義」や「実効性」についてどのように考えるのか、発行前の「事前」差止めと発行後の差止めの相違点は何か、などを具体的に検討しておらず、同様に取り扱う根拠を明確に示さないまま発刊前と同様の枠組みで扱ったことについては疑問が残る。

(4) 差止めの要件（明白性が蓋然性か）

『北方ジャーナル』基準および『日本会議の研究』事件決定の差止めの実体的要件¹⁴⁾を比較すると、前者では、事前差止めの対象が公的事項についての表現行為に関するものである場合（表現された「事柄の公共性」がある場合）には、(a1) 表現内容が真実でないこと、又は (a2) 専ら公益を図る目的に出たものではないことの「明白性」を要求していたのに対して、後者では、「明白性」に代えて「相当程度の蓋然性」を要求している。「厳格」な基準と評されることもある『北方ジャーナル』事件の差止め要件のうち、(b) 被害者が重大にして著し

成立を否定し出版差止めを認めなかった。大阪高判平 20・10・31 判時 2057 号 24 頁も同様の論理で控訴棄却、最判平 23・4・21LEX/DB25471224 は上告棄却。

12) 松井茂記『表現の自由と名誉毀損』248 頁（有斐閣、2013 年）。

13) 2017 年 1 月 7 日付東京新聞によれば、扶桑社は、自社在庫分は出荷しないが、既に書店や出版取次会社に配送された書籍は回収しない方針という。

また、日本図書館協会のウェブページでは、「今回の出版差止め仮処分は、図書館に対する閲覧制限や回収の命令ではないことから、図書館としての法的な対応責任はなく、特別の扱いを考慮する必要はない」としている。

<http://www.jla.or.jp/committees/jiyu//tabid/634/Default.aspx> [2017. 2. 1]

14) 『北方ジャーナル』基準では実体的要件だけでなく手続的要件も定式化されたが、本稿では前者のみ検討する。

く回復困難な損害を被るおそれがあるとき（損害の重大性・回復不可能性）、については同じであるが、(a1) (a2) の「明白性」という要件を「緩和」した（ハードルを下げた）。しかしながら、その根拠は明確には示されていない。『日本会議の研究』事件決定では、表現内容が真実でないこと、および専ら公益目的でないことという「要件の明白性まで要求するのは相当ではな¹⁵⁾い、としているが、なぜそう言えるのか、の具体的な説明を欠いている。

このように、『日本会議の研究』事件決定では、「緩和」する根拠を具体的に示すことなく独自に設定した「相当程度の蓋然性」という要件に、本件記述の事情を当てはめ、真実でないことに「相当程度の蓋然性がある」などとして出版差止めを導いた¹⁶⁾のである。

三 『北方ジャーナル』基準の再検討

1 名誉毀損を理由とする差止めの可能性

名誉権を侵害されたとする「被害者」（表現対象者）は民事法上、損害賠償や謝罪広告という救済方法を採用することが可能である。しかし、まず、損害賠償については、従来一般的に、救済に十分な賠償額が認められず、マス・メディアにとって名誉毀損的な記事を掲載した方が利益になるから、名誉毀損の抑止になっていないという批判があった。また、謝罪広告についても、その掲載が名誉を回復するためには不十分であるという批判があった。そこで、問題となってきたのが名誉毀損を理由とする差止めである。

ところが、民法には、名誉権侵害を理由として差止めを裁判所に求めることができるかについて明文規定がない。このため、かつては名誉毀損に対する差止訴訟は困難ではないかと考えられていた¹⁷⁾。しかし、民法学説も次第に差止め

15) 中込秀樹「書籍、新聞、雑誌等の出版等差止めを求める仮処分の諸問題」東京地裁保全研究会『詳論 民事保全の理論と実務』255頁（判例タイムズ社、1998年）〔初出、中込秀樹「書籍、新聞、雑誌等の出版等差止めを求める仮処分の諸問題」判タ958号4頁以下（1998年）〕参照。

16) Yが問題とした6か所の記述のうち、これ以外の5か所の記述については主張を斥けた。

を認める傾向になっていった。¹⁸⁾ 理論的には、不法行為である名誉毀損は損害賠償を求めうるが、差止請求が可能かどうかは定かではなかった。これに対し、物権については、明文規定はないものの、その絶対的性格に基づいて妨害排除請求権など差止請求が可能だと考えられていた。そうした中、最高裁判所は、『北方ジャーナル』事件判決において、名誉権を物権類似の排他性を有する権利とみて、差止請求を認める初判断を示したのである。¹⁹⁾

2 差止めと検閲、事前抑制

とは言え、こうした裁判所による差止めは、憲法 21 条 2 項で明確に禁じられた「検閲」に該当しないのであろうか。

この点、最高裁判所は、税関検査事件判決において、憲法 21 条 2 項にいう検閲とは、行政権が主体となり、思想内容などの表現物を対象に、その全部または一部の発表の禁止を目的として、網羅的・一般的に、発表前にその内容を審査したうえ、不適當と認めるものの発表を禁止することであると捉えた。²⁰⁾ そして、『北方ジャーナル』事件最高裁判決では、この検閲概念を踏襲して、裁判所が行う仮処分による差止めは「検閲」に当たらないと判断した。

では、仮処分による差止めは「検閲」に当たらないとしても、憲法 21 条 1 項の表現の自由保障との関連で「事前抑制」として許されるか。

19 世紀に、自由な国家にとって不可欠な出版の自由の本質は出版物に対して事前抑制を課さないところにあるとされて以来、事前抑制の禁止は、「思想の自由市場」を確保し、表現の自由に（事後処罰には見られない）致命的な「萎縮的效果」が及ぶことを防止するために必須の前提であり、表現の自由の保障の中核をなすと考えられてきた。²¹⁾

17) 事後的な損害賠償による抑止的機能に期待しつつ、事前抑制、差止請求を認める余地はないとする見解もあった。三島宗彦『人格権の保護』306-307 頁（有斐閣、1965 年）参照。

18) 実務上、差止めは仮処分によって行われるため、公表される例が乏しく、実情は明らかでなかったとされる。五十嵐清「人格権の侵害と差止請求権」ジュリ 867 号 34 頁（1986 年）。

19) 松井・前掲注 12) 245-247 頁、曾我部真裕・判例ブラクティス憲法〔増補版〕159 頁（信山社、2014 年）。

20) 最大判昭和 59 年 12 月 12 日民集 38 卷 12 号 1308 頁。

事前抑制とは、「表現行為」（「発表する行為」＝「情報提供」だけでなく「発表を受け取る行為」＝「情報受領」²²⁾も含む）がなされるのに先立ち、公権力が何らかの方法でこれを抑制することなどをいうと考えられている。これは情報が「思想表現の自由市場」「公開討論の場」²³⁾に出る前に抑止するものであるから、憲法 21 条による「表現の自由」の保障に事前抑制の原則的禁止が含まれることは一般に承認されていると言えるが、この原則の例外をいかなる場合に認める余地があるかという点が問題となる。²⁴⁾

『北方ジャーナル』事件・最高裁判決では、「表現行為に対する事前抑制は、新聞、雑誌その他の出版物や放送等の表現物がその自由市場に出る前に抑止してその内容を読者ないし聴視者の側に到達させる途を閉ざし又はその到達を遅らせてその意義を失わせ、公の批判の機会を減少させるものである」としたうえで、「事前抑制たることの性質上、予測に基づくものとならざるをえないこと等から事後制裁の場合よりも広汎にわたり易く、濫用の虞があるうえ、実際上の抑止的効果が事後制裁の場合より大きいと考えられるのであつて、表現行為に対する事前抑制は、表現の自由を保障し検閲を禁止する憲法二一条の趣旨に照らし、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容されうる」と判示した。

それでは、出版物の事前差止めについては、どう考えるべきなのであろうか。『北方ジャーナル』事件判決において最高裁判所は、「出版物の頒布等の事前差止めは、このような事前抑制に該当するものであつて、とりわけ、その対象が公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批判等の表現行為に関するものである場合には、そのこと自体から、一般にそれが公共の利害に関する事項であるということができ」とし、表現される「人物の公共性」を考慮に入れて、表現される「事柄の公共性」を判断した。続けて、「憲法二一条一項の趣旨……に照らし、その表現が私人の名誉権に優先する社会的価値を含み憲法上特に保護されるべきであることにかんがみると、当該表現行為に対する事前差止めは、原則として許されない」と説示した。

21) 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論 (1) 〔増補版〕』359 頁 (岩波書店、2000 年)。

22) 芦部信喜編『憲法Ⅱ 人権 (1)』487 頁〔佐藤幸治〕(有斐閣、1978 年)。

23) 佐藤幸治『日本国憲法論』396 頁 (成文堂、2011 年)。

24) 佐藤・前掲注 23) 256-257 頁。

さらに、最高裁判所は、こうした事前差止めの対象が公的事項についての表現行為に関するものである場合（表現される「事柄の公共性」がある場合）には、(a1) その表現内容が真実でなく、又は (a2) それが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって²⁵⁾、かつ (b) 被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるとき、例外的に事前差止めが許される、と事前差止めの実体的要件を示した。²⁶⁾

3 『北方ジャーナル』基準の問題点

しかしながら、『北方ジャーナル』基準は、いくつかの観点から批判を浴びている。この基準については、事前抑制の危険性に対処するため、「明白性」を要求して差止めを例外的に許容する要件を「厳格化」しようとしたという評価もある一方、果たして『北方ジャーナル』最高裁判決が示しているような「厳格かつ明確な要件」となりえているかについて、疑問を示す見解も散見されるのである。²⁷⁾

まず、(a1) 表現内容が真実でないこと、と (a2) 専ら公益目的でないこと、を「又は」で結んでいることに批判が集まった。²⁸⁾ 公的事項に関する表現内容が真実であっても、専ら公益目的でないことが明白だと認定されると、差止めが

25) この明白性の要件が、真実でないこと、および専ら公益目的でないことの両者にかかるのか、後者のみにかかるのか問題となるが、両者にかかっていると一般的に解されている。最判解民〔昭和61年度〕305頁〔加藤和夫〕、川端和治「名誉毀損表現の事前差止め」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』318-319頁（有斐閣、2012年）など参照。

26) 川端・前掲注25) 321頁では、公務員又は公職選挙の候補者（立候補の予定を表明した者を含む）についての表現行為は、仮処分による事前差止めを認めない、という実体的要件を採るべきであるとしている。

本件大法廷判決の「判批」として、佐藤幸治「表現の自由と事前抑制」法セミ増刊・マス・メディアの現在 42頁（1986年）、阪本昌成「名誉の保護と司法的事前抑制」ひろば 39巻10号 34頁（1986年）、阪本昌成「プライバシー権と事前抑制・検閲」ジュリ 867号 12頁（1986年）、横田耕一・判評 333号 34頁（1987年）、穴戸常寿・メディア判例百選 149頁（2005年）、山本敬三・民法判例百選Ⅰ〔第6版〕10頁（2009年）、須藤典明・ひろば 39巻10号 9頁（1986年）、平川宗信・法教 73号 113頁（1986年）。最判解民〔昭和61年度〕278頁〔加藤和夫〕。

27) 曾我部・前掲注19) 159頁、野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』（有斐閣、2011年）179-182頁〔初出、野坂泰司「憲法基本判例を読み直す」法教 309号 92頁以下（2006年）〕、

許されることになるからである。²⁹⁾「公益目的」を独立の要件とすることは、表現が真実であっても事前抑制を許す可能性を残し、それは真実性の抗弁による免責を認めた刑法 230 条の 2（特に第 3 項）に反する、という指摘もある。³⁰⁾

(a1) については、「表現の自由」を手厚く保障するために最高裁判所によって採り入れられた「相当性」の理論がどのように取り込まれるのか不明であるという指摘がある。³¹⁾

つぎに、(a2) について、「専ら公益を図る目的のものでないことが明白であるとき」という要件は、不確定であり、公的問題に関する記事差止め許否の明確な基準と言えるか疑問であるという見解がある。³²⁾「専ら公益を図る目的のものでないことが明白であるとき」という要件は、いかにも回りくどい表現であり、「およそ公益目的ではないこと」を指しているのか、「主要な目的が公益目的ではないこと」を指しているのか、必ずしも明確ではなく、この要件が表現の自由の保障に対する十分な歯止めになっているのか疑問なしとしない、という見解もある。³³⁾この (a2) については、表現者の主観がどうであれ、たとえ個人的な意図・目的のある表現であったとしても、表現内容が真実であるならば表現の受け手にとっては有用であり、その差止めは公の批判の機会を減少させると

竹田稔「判批」ジュリ 867 号 27-28 頁 (1986 年)、佃克彦『名誉毀損の法律実務〔第 2 版〕』256-257 頁 (弘文堂、2008 年)、川端・前掲注 25) 318 頁。芦部松井・前掲注 21) 375 頁も参照。

これに対し、市川正人『表現の自由の法理』340 頁 (日本評論社、2003 年) では、本判決の差止めの実体的要件について、「表現の自由の重要性、事前抑制の危険を考慮したそれなりに厳格なものであることは確かである」と評価している。

28) たとえば、阪口正二郎・憲法判例百選 I〔第 6 版〕154 頁、池端忠司・憲法判例百選 I〔第 5 版〕151 頁、鈴木秀美「表現の自由と事前差止 (名誉毀損)」小山剛・駒村圭吾編『論点探求 憲法〔第 2 版〕』(弘文堂、2013 年) 166 頁。

29) 「田中角栄研究 ― その金脈と人脈」(文藝春秋 1974 年 11 月号) によって田中首相退陣の契機を作った立花隆は、「この判決を利用すれば、田中角栄は『田中角栄研究』の事前差止め成功していただろう。田中側で、その記事の内容は真実でない、もしくは政治的誹謗の意図があるといった疎明資料 (後にそれがウソであるとバレてもよい) を提出すれば、それだけで差止められるのである」とした。「『例外として』の前に揺らぐ表現の自由」ひろば 39 巻 10 号 4 - 5 頁 (1986 年)。

30) 討論「北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決をめぐって」判タ 607 号 12 頁〔『石川明』参照。

いう疑問も呈されている。³⁴⁾

(b)「損害の重大性・回復不可能性」についても、損害が「重大にして著しく回復困難」かどうかは、定義が曖昧であり、事件を担当する裁判官の恣意的な判断を招く可能性を否定できない。もちろん、個々の事例に即した判断がなされているはずであることは当然だが、表現者に予測が付きにくい要件ということができる。

また、(b)の要件については、公職選挙の立候補予定者にとって選挙直前に誹謗・中傷記事が流布すると大きなダメージを受けるであろうが、『北方ジャーナル』事件で差止めを求めた者は一般の私人ではなく、メディアなどを通じて反論することも十分可能であったはずであり、著しく回復困難な損害を受けるおそれがあったかどうかは、もう少し慎重に判断する余地もあったのではないか、という指摘がある。³⁵⁾

この他、『北方ジャーナル』事件・最高裁判決が示した要件では、名誉毀損に対する事後規制の免責事由に該当しないことが明白な場合、つまり、名誉毀損に当たることが明白な場合には、常に事前差止めを認めうることになる、という指摘もある。名誉を毀損した者に対して事後に制裁を科すことと、名誉毀損

31)『北方ジャーナル』基準の批判・指摘に対する反論的見解として、長谷部恭男『憲法〔第6版〕』（新世社、2014年）157頁がある。「又は」で結んでいることについては、明白性を疎明するのが被害者の側であることを考えれば、不法行為の場面での違法性阻却事由の要件を反転させ、2つの要件を「又は」でつなぐことは「自然な論理」とし、「相当性」の有無が判断されない点についても、物権的請求権類似の事前差止請求権として構成される以上、侵害者側の故意・過失の有無は「請求権行使の判断材料とはならない」としている。

32) 阿部照哉・昭和61年重判解17頁。竹田稔『プライバシー侵害と民事責任〔増補改訂版〕』316頁（判例時報社、1998年）では、本判決は「専ら公益を図る」とは何かを明らかにしておらず、刑法学説のように「専ら」を「主として」の意に解するとしても、基準として問題があり、表現内容が真実で、かつ公益を図る目的を含んでいても、主として私益目的であれば事前差止めを許すなら厳格な要件を設定したとは言えないと指摘している。

33) 野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』180頁。石川・前掲注27)12頁では、「専ら公益を図る目的のものでないことが明白であるとき」という要件は、「公益を図る目的のほか他の目的がある場合に差止めは可能だ」ということなのか、「そもそも公益的な目的がない場合に差止めが可能である」というのか、表現が曖昧なため、その両方に読めると指

を来す表現行為を事前に差し止めることとは、その意味を異にするから、事後規制の免責要件に該当しないことが明白という要件の設定が、事前差し止めの例外を許容するために適切かどうかは、議論の余地がある³⁶⁾と指摘されている。

以上のようにみていくと、『北方ジャーナル』事件・最高裁判決が示した実体的要件は、「厳格かつ明確な基準」とは言い難い、と消極的に評価する見解がある³⁷⁾。

『北方ジャーナル』事件・最高裁判決の伊藤正己裁判官補足意見では、「裁判所の仮処分による表現行為の事前の差し止めは、憲法の絶対的に禁止する『検閲』に当たるものとはいえないが、それと類似するいくつかの面をそなえる事前の規制であるということができ、このような仮処分によつて仮の満足が図られることになる差し請求権の要件についても、憲法の趣旨をうけて相当に厳しい基準によつて判断されなければならない」と指摘している。

『北方ジャーナル』基準は、「表現の自由」保障の観点から、真の意味で「相当に厳しい基準」と言いうるであろうか。本節でみたように、『北方ジャーナル』基準はいくつもの問題点が指摘されており、最高裁判決が自ら示した「厳格かつ明確な基準」とは言い難いものがある。憲法 21 条の趣旨を受け、伊藤正己裁判官補足意見が指摘するような真の意味で「相当に厳しい基準」と言えるものに向けた再検討が必要であろう。

摘している。

34) 高橋和之・憲法の基本判例〔第2版〕105頁。

35) 野坂・前掲注27) 182頁。

36) 野坂・前掲注27) 179頁。

さらに、この実体的要件は、刑法 230 条の2からの単なる借用ではないか、という批判がある。奥平康弘・憲法判例百選Ⅰ〔第2版〕113頁。

これに関連して、斉藤博・民法判例百選Ⅰ〔第3版〕15頁では、事前差し止めを認める例外的な要件として刑法の規定や理論から導き出すのではなく、民法学における固有の努力が求められるとしている。

37) 野坂・前掲注27) 181頁。

四 「事柄の公共性」「人物の公共性」を軸とする判断枠組み

1 差止め要件の再検討

出版物の差止めは、功罪がある。表現が虚偽である場合などには、差止めによって表現の流通自体がなくなるから、表現対象者の名誉権保護には極めて効果的である。他方、政治家など公的事項の情報が差止められると、「思想の自由市場」が完全には確保できなくなってしまう。出版物の差止めは、多様な情報が社会に流通するのを阻止する副作用を持つ、いわば「劇薬」のような側面がある³⁸⁾。損害賠償などのような事後救済にはみられないほど致命的な「萎縮的效果」も与える。これはできる限り使わない方がよいという主張もある。出版物の販売差止めを命じるのは、表現の自由の観点からみて、バランスを欠くのではなかろうか。名誉権を毀損された者の救済としては、不法行為の主たる救済策である損害賠償の手法を用いるのが妥当であると考えられる。もし、差止めをやむを得ず使う場合には、要件を厳格にするべきであると言いうる。⁴⁰⁾

『日本会議の研究』事件決定は、高い（強い）「人物の公共性」を有するとは言えないYと、「事柄の公共性」との関連性が立証されていないとして、「事柄

38) 座談会「名誉毀損と報道の自由」法セミ 335 号（1983 年 1 月号）32 頁〔五十嵐清発言〕では、事前差止めについて、憲法学者からは事前検閲だと非難されているが、公表された後の事後差止めでは効果が半減するから、未然防止という点から言えば最良の方法であると言え、判例で認められているので、非常に悪質な場合は、この方法に頼ることもある、としている。

中込・前掲注 15) 252 頁では、差止めを求める出版物が販売などされると、債権者（表現対象者）が決定的なダメージを受ける場合も多いとする。すなわち、後日、損害賠償訴訟を起こすことができると言っても、いったん毀損された名誉は回復が相当困難であり、日本の裁判実務においては精神的損害に対する慰謝料の認定額が欧米諸国と比べて低いといわれており、相手方に与える打撃は事前に出版が差し止められた場合と、事後に金銭賠償を命じられた場合とでは比較にならないほどである、としている。

瀬木比呂志『民事保全法〔新訂版〕』619-620 頁（日本評論社、2014 年）によれば、出版等差止めの仮処分は、近年、申立てが非常に多いが、多くの場合、事実上の和解と取下げで終了している。表現の自由との関係から発令に至る場合は稀であり、自主的に記事内容を変更することなどを前提とする取下げの形で決着することが多いとされる。

39) 中込・前掲注 15) 252 頁では、差止めが命じられた場合、その相手方の出版社においても、多額の経費を使って発行にこぎつけた出版物の販売などを差し止められれば、相

の公共性」および「人物の公共性」のいずれもが強いとみられる類型についての『北方ジャーナル』基準を「緩和」したと考えられる。しかしながら、本件決定は、迅速な処理を旨とする仮処分手続において、疎明のレベルでYの公的事項との関連性について検討したにとどまる。名誉権を保護するための差止めが一切認められないということは言えないが、少なくとも本件のような仮処分においては、疎明のレベルで差止めることになるから、「表現の自由」を重視する観点からは、簡単に差止めが認められるべきではない。⁴²⁾

それでは、『北方ジャーナル』基準の射程はどう考えるべきか。この基準は、あくまでも、「事柄の公共性」および「人物の公共性」のいずれもが強いとみられる類型についての事前差止めの要件を示したものであり、それ以外の類型、たとえば、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強いとは言えない類型において、いかなる要件で事前差止めが認められるかについては、必ずしも明らかではないのである。⁴³⁾

2 『北方ジャーナル』事件・最高裁判決以降の事例

『北方ジャーナル』事件の最高裁大法廷判決以降、下級審は、ここで示された基準を踏まえ、事件の類型ごとに適宜、趣旨を敷衍したり、要件を変容したり

当程度の経済的打撃を被るし、大手出版社であれば信用問題にも波及するとしている。

40) 竹田・前掲注27) 31頁では、公的事項に当たる表現行為かどうかを問わず、事前差止めは「厳格かつ明確な要件」のもとにおいてのみ許容されるという制約を受けるのであるから、事前差止めが名誉侵害に対する主要な救済手段になりえないことは明らかであり、救済としては主として損害賠償および名誉回復処分に求めるほかない、としている。

毎日新聞2017年2月27日付において、喜田村洋一は、『日本会議の研究』事件について、「本訴訟で賠償の有無を判断すべき事案だったのではないかと指摘している。

41) 山田隆司『名誉毀損』167-168頁（岩波書店、2009年）。

42) 『石に泳ぐ魚』事件では、本案訴訟に先立ち、原告は、単行本の出版中止を求める仮処分を申請していたが、取り下げている。曾我部真裕「判批」判例ブラクティス憲法〔増補版〕145頁。

43) 宮原守男監修『名誉毀損・プライバシー 報道被害の救済——実務と提言』206頁（島田新一郎）（ぎょうせい、2006年）。

和田真一「名誉毀損の特定の救済」山田卓生編集代表『新・現代損害賠償法講座 第2巻 権利侵害と被侵害利益』132-133頁（日本評論社、1998年）では、『北方ジャーナル』事件の最高裁大法廷判決の射程について慎重な検討が必要であるとしたうえで、公職選挙の候補者でない場合は、差止めが原則的に許されないほどには厳格にならないと解す

して、差止請求の事案に対応してきた。⁴⁴⁾ここでは、代表的な類型の事案における差止め要件をみていく。

ア)「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強い類型

◆第一相互銀行事件・東京地裁判決

第一相互銀行事件は、銀行およびその代表者が殺人事件に関与したかのような内容の書籍『殺しもある暴力銀行 ― 第一相銀を喰った悪い奴ら』（発行元・自由公論社）の販売禁止などを求めた仮処分申請事件である。⁴⁵⁾

東京地裁は、『北方ジャーナル』事件・最高裁判決の「公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批判等の表現行為に関するものである場合」、当該表現行為に対する事前差止めは原則として許されない、という部分を「その表現行為が公共の利害に関する事項にかかるものである場合」と変容させたうえで、⁴⁶⁾『北方ジャーナル』基準を引用し、「この理は、私企業であっても銀行のようにその業務の性質上公共性が極めて強い企業に対する評価、批判等に関するものである場合にも、同様に解するのが相当である」として、強い「人物の公共性」が認定できる場合に『北方ジャーナル』事件と同様の「事柄の公共性」が認められることを明らかにした。そして、「本件書籍の内容は、私人とはいえ銀行とい

る余地があるとしている。

右崎正博「名誉・プライバシー侵害と表現の事前差止」森泉章ほか編『現代法の諸領域と憲法理念 ― 小林孝輔教授還暦記念論集』300頁（学陽書房、1983年）では、事前差止めの実体的要件として、「事実の公共性」「被害者の性質」「事実の真偽」「侵害者の動機・意図」「侵害の程度」が検討されている。このうち、「事実の公共性」が本稿でいう「事柄の公共性」にあたり、「被害者の性質」が「人物の公共性」をいうことになるう。⁴⁴⁾ 佃・前掲注27) 258頁。

⁴⁵⁾ 東京地判昭和63年10月13日判時1290号48頁。

本件は、既に出版物の販売が開始されたあとの差止めが問題となったものであるが、判決では「既に頒布等が行われた後の差止めについては、全く頒布等が行われていない場合に比較して、より緩やかな要件のもとに差止めを認める余地がないではないが、一部の頒布等が行われた場合であっても、出版部数及びその方法、範囲、出版後の期間の長短等からみて、出版物が社会に十分に伝播されておらず、かつ、その表現内容についてもいまだ十分な批判の機会が得られていない段階での差止めは、結果として、表現内容の読者への到達を遅らせ、これに対する公の批判の機会を減少させるという点において、頒布前のそれと実質的に大きく変わるところがないから、このような段階での差止についても、基本的には右要件〔『北方ジャーナル』基準〕に従って検討するのを相当と

う極めて公共性の強い企業に関するものであ」るから、本件は「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強い類型として取り扱い、「原則的には差止めを許容しがたい類型に属する」と強調した。

しかしながら、本件判決では、『北方ジャーナル』基準のうち、(a2) 公益目的でないこと、については「明白性」を踏襲したが、(a1) 真実でないこと、については明白性の疎明を要求せず、債務者側に真実性または真実相当性の疎明責任を負わせ、要件を変容させた⁴⁷⁾。そして、(a2) については明白性を認めたが⁴⁸⁾、(a1) については真実性または真実相当性の疎明がないとした⁴⁹⁾。そして、『北方ジャーナル』基準の (b) 損害の重大性・回復困難性について検討し、これに該当する⁵⁰⁾とした。加えて、保全の必要性も認められるなどとして、書籍の販売禁止などを命じた。

この判決は、「表現の自由」に一定程度、配慮した『北方ジャーナル』基準を踏襲し、その差止め要件に該当するとして、差止めを認めたものであり、その適用において特段の問題点は見当たらない⁵¹⁾。しかしながら、この判決が示唆するように、本件は「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強い類型として、「原則的には差止めを許容しがたい類型に属する」ものであるならば、

し、これを具備する場合に限り、差止めが認められる」と説示した。

中込・前掲注 15) 250 頁以下、宮原守男監修『名誉毀損・プライバシー 報道被害の救済 — 実務と提言』208 頁（島田）（ぎょうせい、2006 年）。

46) 佃・前掲注 27) 258 頁。

47) 中込・前掲注 15) 257 頁。

佃・前掲注 27) 258 頁では、公共性の点が公務員などに関する表現行為ほどではない場合には債務者に真実性・真実相当性の疎明責任を転換してもよいという判断かもしれないが、もともと『北方ジャーナル』基準自体が広すぎるのであり、公務員などが銀行に変わったからといって、疎明責任を転換して差止めの肯認の余地をさらに広く認めることには疑問がある、としている。

48) 本件判決では、「債務者が本件書籍を出版するに至った経緯、すなわち、債権者に対して多額の債務を負担している債務者が、「弾劾」誌上において再三にわたり本件書籍の刊行を予告しつつ、他方で、債権者に対し執ように金銭的な出捐を要請してきていたという経緯からするならば、債務者の主たる意図は、債権者の困惑に乗じて同人から金銭的な利益を得ようとの点にあったものといわざるを得ず、これが専ら公益を図る目的のもとに出版されたものでないことは明白である」とした。

49) 本件判決では、「加えて、債務者は、本件書籍において、少なくとも新聞報道等におい

「事柄の公共性」の強さにかんがみ、本件の書籍を差し止めず、「思想の自由市場」に多様な表現の一つとして流通させて、その当否について国民に判断させるべきではなかったか、あるいは、そもそも『北方ジャーナル』基準が緩やか⁵²⁾に過ぎるという問題があったのではなかったか、と考える余地もある。

イ)「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強いとは言えない
類型

◆『虚妄の学園』事件・東京地裁決定

学校法人理事長の私生活を記述した書籍の一部分の出版、販売、頒布の差止めを認めた『虚妄の学園』事件の東京地裁決定では、差止めを認めた。⁵³⁾

宮城県のある学校法人理事長は、同法人の運営する私立高等学校の元教師が理事長らのスキャンダルの内部告発を行うという形をとっている書籍が出版され、これはすべて事実無根または事実を歪めた虚構であり、名誉および信用を著しく毀損されたなどとして、発行元のJICC出版局に対して書籍の販売などの差止めを求めた。

東京地裁決定では、「高等学校を設置運営する学校法人又はその経営者の高等学校の教育活動、経営及びこれに関連する公的な行為に関する評価、批判等の

て何ら指摘されていない事実を、その真実性につき、具体的な根拠を示すことなく記載しており、本件全資料を精査しても、本件記述部分が真実であり、又は債務者がこれらを真実であると信ずるにつき相当な理由があることについて、みるべき疎明はない」とした。

50) 本件判決では、銀行側の損害について、「既に新聞報道等において数々の融資疑惑が指摘されているとはいうものの、その実態はいまだ必ずしも明らかにされていない時点で、本件記述部分、とりわけ、具体的な殺人事件につき債権者代表者が深くかかわっていたかのような記述を含み、これと関連付けて『殺しもある暴力銀行』という表題を付した本件書籍の販売が行われるときは、一般読者において、容易に新聞報道にみられる以上の疑惑を債権者に対してもつであろうとみられるから、債権者の名誉が侵害される程度は極めて大きく、しかも、本件書籍が一般書店での販売を予定したものであり、広範な情報伝播が予想されることをも考慮にいれるならば、債権者が著しい打撃を受けるであろうことは容易に窺われるところであって、本件書籍の販売によって、債権者は重大にして著しく回復困難な損害を被る虞れがあるものと認められる」とした。

51) 第一相銀事件と類似のものに東日本銀行事件（東京地判平成10年8月24日判タ1032号200頁）がある。ただし、判決において本件が「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強い類型であるかどうか検討されていない。また、本件は仮処分後の本

表現行為は、それが私立の高等学校であってもなお、公共の利害に関する事項として憲法上十分に保護すべき社会的価値を含む」として「事柄の公共性」を認め、したがって、「その事前差止めについては慎重に判断すべき」であるとして、『北方ジャーナル』基準を引用した。

もっとも、表現された「人物の公共性」については、『北方ジャーナル』事件と異なる判断を示唆した。すなわち、「私立高校の経営者については、公共的性格が高いとはいえ、なおその社会的性格は、公職選挙の候補者等の極めて公共性の高い人物の場合とは異なるというべき」であるとして、表現された「人物の公共性」の程度を『北方ジャーナル』事件よりも弱いものと捉えた。

そして、「公共的性格の希薄なプライバシーにわたる事項⁵⁴⁾」、つまり、表現された「事柄の公共性」が弱い場合には、「高等学校の教育活動、経営及びこれに関連する公的な行為の場とは異なり、憲法上保護された私人の権利である人格権について考慮する必要性がより高い」ということができるとして、『北方ジャーナル』基準における (a1) (a2) の要件を「緩和」した独自の基準を示した。すなわち、「その表現内容の真実性と公益目的について仮処分の当事者双方を審尋した結果、表現内容が真実でないこと又は専ら公益を図る目的のものでないことの疎明があった場合であって、かつ、債権者が重大にして著しく回復困難な

訴である。判決では、「本件記事等につき、事前差止め等の事前抑制が許されるための要件」として、「(一) 本件記事等の内容は原告の名誉を毀損するか。(二) 本件記事等の内容は真実であるか。(三) 本件記事等は、専ら公益を図るものでないことが明白か。(四) 本件記事等が頒布等されたときは、原告は重大にして著しく回復困難な損害を被るか。(五) 本件記事等につき事前抑制が許されるとして、いかなる態様及び程度でそれが許されるか。」を争点として検討した。

また、書籍『現代コンビニ商法 ― サークルKに見る奴隷契約』事件（京都地決平成13年2月15日判時1753号99頁）がある。コンビニエンスストアの経営会社が、名誉および信用を毀損するとして、書籍の出版・販売などの差止めを求めた。京都地裁は、『北方ジャーナル』基準に準拠し、真実でないこと、専ら公益目的がないこと、の疎明がないとして、申請を却下した。川端・前掲注25) 314頁。

52) 竹田・前掲注32) 319頁参照。

53) 東京地決平成元年3月24日判タ713号94頁。

54) ここで裁判所がプライバシーという趣旨は、プライバシーの権利におけるプライバシーの意味とは必ずしも同義ではないと解されている。中込・前掲注15) 259頁。

損害を被るおそれがあることの疎明がなされた場合には、なおこれの事前差止めをなしうる」(下線は筆者。以下同じ)と解して、『北方ジャーナル』基準の「明白性」を外し、真実でないこと、または、専ら公益を図る目的のものでないこと、の疎明のみを求めたのである。⁵⁵⁾東京地裁決定では、「このように解しても、プライバシーにわたる表現を厳しく限定し、かつ、その表現の真実性等についての審理が謙抑的かつ慎重に行われる場合には、表現行為に対する事前抑制について厳しくこれを限定する憲法二一条の趣旨に反するものということとはできない」と付け加えた。

そして、本件書籍の記述の大部分は、前述のとおり、公的事項に関するものとして「事柄の公共性」を認め、その事前差止めについては「慎重に判断すべき類型に属する」としたが、記述の一部分についての「事柄の公共性」および表現内容の真実性を問題視した。すなわち、記述の一部分は、「債権者らの学校経営に関連する行為という性格がまったくないではないものの、……債権者加藤の個人的な私生活における女性関係の行状についてのプライバシーにわたる記述であるものといわざるをえ」ず、「債務者において、その情報の出所、裏付調査等について口頭による一応の立証がなされたものの」、「客観的な裏付資料の提出はなく、これを債権者らの行った立証と併せ考慮すると、結局、……右表現内容について真実でないことあるいはこれに乏しいことについて一応の疎明があったものとみるほかはない」とした。これは、記述の一部分について「事柄の公共性」が弱いものとみて、『北方ジャーナル』基準の「明白性」を外したうえに、「真実でないこと」だけでなく、「あるいはこれに乏しいこと」を加え、その「一応の疎明があった場合」に該当するとしたものである。

さらに、「この部分の表現内容及び既に認定した本件書籍の出版予定部数に照らすと、右著述部分が本件書籍中に含まれて発行されるときは、債権者らは重大かつ著しく回復困難な損害を被る」などとして (b) 損害の重大性・回復困難性も認定し、書籍の一部分の出版、販売、頒布の差止めを命じた。

この決定は、前述したように、『北方ジャーナル』事件と類型が異なるという

55) 中込・前掲注 15) 260 頁では、この点で『北方ジャーナル』基準を「一歩踏み出したものと評価することができる」としている。

判断に立ち、『北方ジャーナル』基準における (a1) (a2) の要件を「緩和」した独自の基準を示し、その要件に該当するとして出版差止めを認めたものである。本件で表現された「事柄の公共性」が弱いことなどを根拠として、『北方ジャーナル』基準を「緩和」する要件を示したようであるが、『北方ジャーナル』基準自体が「厳格」なものとは言えないという批判もあるにもかかわらず、それを「緩和」していいのであろうかという疑問がある。公共性の高い事項と公共性の低い事項とで差止めの要件が変わることはもつともであるとしても、『北方ジャーナル』基準が緩やかに過ぎるため、下級審において結果的に、公共性が相対的に低い事項に関する差止め要件も緩やかになってしまっていると指摘されているのである。⁵⁶⁾

ウ) 「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも否定される類型

◆『石に泳ぐ魚』事件・最高裁判決

表現された「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも否定される場合には、『北方ジャーナル』事件と事案が違うとして、これとは異なる考慮が働く⁵⁷⁾とされる。

この類型に関して、文芸雑誌に掲載された小説を単行本として出版すること

また、佃・前掲注 27) 259 頁では、公共性の高い事項と公共性の低い事項とで差止めの要件が変わることはもつともだとしている。

56) 佃・前掲注 27) 259 頁。

57) 長谷部恭男『憲法 [第6版]』157 頁 (新世社、2014 年)、松井・前掲注 12) 275 頁。

宮原・前掲注 38) 212 頁〔尾崎〕においては、プライバシー侵害に基づく差止めの要件として、『北方ジャーナル』基準と同様あるいは近似したもの、比較衡量を行っているものなどがあり、比較衡量を行っている裁判例においては、公表される人物の性質と、公表される事柄の性質とを総合考慮して判断する点では共通しているものの、特に名誉毀損の場合と比較してその違いを明らかにしているものはない、としている。また、同書 214 頁では、プライバシー侵害における「公表される人物」の性質と、「公表される事柄」の性質とのマトリックスを示している。

「人物の公共性」は否定されたが、「事柄の公共性」の肯否がはっきりしない類型として、タレント (やしきたかじん氏) の長女が、亡き父の闘病生活を描いた書籍によって名誉毀損・プライバシー侵害されたとして差止め・損害賠償を求めた事例がある。東京地判平成 28 年 7 月 29 日 LLI/DB L 07131593。東京地裁は、「原告が公人的な性格を帯びるに至ったということではできず、ノンフィクションと銘打つ本件書籍が一般公衆に対して広く発行頒布され続けることにより、原告が被る不利益は大きい」としながらも、

の差止めなどが争われた『石に泳ぐ魚』事件⁵⁸⁾をみていく。

最高裁判決によれば、原審は、以下のように判断し、出版差止めを命じた。

まず、「本件小説の公表により、被上告人の名誉が毀損され、プライバシー及び名誉感情が侵害されたものと認められる」としたうえで、「人格的価値を侵害された者は、人格権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができる」とした。どのような場合に侵害行為の差止めが認められるかについては、「侵害行為の対象となった人物の社会的地位や侵害行為の性質に留意しつつ、予想される侵害行為によって受ける被害者側の不利益と侵害行為を差止めることによって受ける侵害者側の不利益とを比較衡量して決すべきである。そして、侵害行為が明らかに予想され、その侵害行為によって被害者が重大な損失を受けるおそれがあり、かつ、その回復を事後に図るのが不可能ないし著しく困難になると認められるときは侵害行為の差止めを肯認すべきである」と述べた。「被上告人は、大学院生にすぎず公的立場にある者ではなく、また、本件小説において問題とされている表現内容は、公共の利害に関する事項でもない。さらに、本件小説の出版等がされれば、被上告人の精神的苦痛が倍加され、被

「被告は出版社として作家等の表現者の著述に係る出版物を発行頒布する自由と使命を有し、また作家等の表現者も被告のような出版社を通じてその表現行為を行うのであるから、被告による書籍の発行頒布を差止めることについては、慎重な検討が必要である」として検討し、被告が本件書籍を発行及び頒布した場合の「原告の損失が、その回復を事後に図るのが著しく困難になるほどに重大であると評価することはできない」と判断して差止めは認めず、損害賠償のみ認めた。

58) 最判平成 14 年 9 月 24 日判時 1802 号 60 頁。本件は、名誉毀損も根拠とされたが、主としてプライバシー侵害に基づく。

この事件では、問題となった小説は既に雑誌に掲載されており、一切の公表がなされる前に差止めが求められた事案とは異なる点に注意が必要である。曾我部真裕「判批」判例ブラクティス憲法〔増補版〕145 頁。

ただし、この判決は、各種人格権侵害を総合考慮した事例判断であって、プライバシー侵害に基づく差止めの一般的要件は未だ明らかではないと理解されている（プライバシー侵害に基づく差止めについて最高裁判所は一般的基準を示していない）。曾我部真裕「判批」判例ブラクティス憲法〔増補版〕145、148 頁。

また、プライバシー侵害に基づく差止めを仮処分で求めた事例として、元外相の長女による『週刊文春』事件がある。東京地裁は、これを認め、出版社の申立てによる保全

上告人が平穏な日常生活や社会生活を送ることが困難となるおそれがある。そして、本件小説を読む者が新たに加わるごとに、被上告人の精神的苦痛が増加し、被上告人の平穏な日常生活が害される可能性も増大するもので、出版等による公表を差し止める必要性は極めて大きい。以上によれば、被上告人のA及び上告人新潮社らに対する本件小説の出版等の差止め請求は肯認されるべきである」と結論づけた。

最高裁判所は、「原審の確定した事実関係によれば、公共の利益に係わらない被上告人のプライバシーにわたる事項を表現内容に含む本件小説の公表により公的立場にない被上告人の名誉、プライバシー、名誉感情が侵害されたものであって、本件小説の出版等により被上告人に重大で回復困難な損害を被らせるおそれがあるというべきである。したがって、人格権としての名誉権等に基づく被上告人の各請求を認容した判断に違法はなく、この判断が憲法 21 条 1 項に違反するものでない」と判示した。⁵⁹⁾

この『石に泳ぐ魚』事件の差止め要件が『北方ジャーナル』基準と比べ、「かなり緩やか」であることは、公職候補者に関する公共性の強い表現と、私人に関する表現との相違点から、「表現行為の公共性の有無ないし多寡」が差止め要件に影響を与えたことによると理解しうる。表現された「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも否定される場合には、やはり『北方ジャーナル』事件と事案が異なるから、基準を「緩和」してもやむをえないであろう。本件は、名誉毀損も根拠とされたが、主としてプライバシー侵害に基づくものであるとされ、主としてプライバシー侵害に基づく出版差止めの要件が示されたも

異議審たる東京地決平成 16 年 3 月 19 日も、『石に泳ぐ魚』事件および『北方ジャーナル』事件を参酌し、名誉権に関する 3 要件について判断して差止めを認めた。これに対し、抗告審の東京高決平成 16 年 3 月 31 日判時 1865 号 12 頁は、保全異議審と同じ要件を検討しながら、本件では第 3 要件の「損害の重大性・回復困難性」を充たさないとして、差止めを認めなかった。

59) 最判平 14・9・24 判時 1802 号 60 頁。

松井・前掲注 12) 275 頁では、「純粹の私人に関する事例であれば、利益衡量で差止めを認めてしまってもよいものであろうか」と疑問を投げかけている。

60) 長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）』（有斐閣、2017 年）396 頁 [阪口正二郎]。阪口・前掲注 28) 154 頁。

のという理解がある。本件で示された比較衡量の要件が、果たして、プライバシー侵害のみに基づく出版差止めの要件であるのか、あるいは、名誉毀損に基づく出版差止めの要件でもあるのか、検討を深める必要がある。また、後者の場合、事件の類型を踏まえたうえで『北方ジャーナル』基準との関係性を考察していかなければならないと思われる。

3 考 察

(1) 『北方ジャーナル』基準の射程範囲

本節では、『北方ジャーナル』基準の射程範囲を確定させた後、この射程範囲に入る類型に関して『北方ジャーナル』基準の再検討を行う。つぎに、この射程範囲に入らない類型のうち、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強いとは言えない類型、そして、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも否定される類型における差止め要件を検討する。

まず、『北方ジャーナル』基準の射程範囲に入る類型とはどういうものを言うのかという点を改めて検討すると、大法廷判決において、「公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批判等の表現行為に関するものである場合には、そのこと自体から、一般にそれが公共の利害に関する事項であるということができ」る、と説示されているように、「公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批判等の表現行為に関するものである場合には」、一般に「公共の利害に関する事項」になる。つまり、公職者らの評価、批判などに関する表現は、公的事項であり、本稿の類型では、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強い類型ということになる。

このように、『北方ジャーナル』基準は、公職者らの公的事項に関する名誉毀損的表現に対する事前差止めの要件を明らかにしたものであるが、公職者ら以外の者に、どこまで及ぶかについては、はっきりせず、その射程範囲は以後の課題とされたのである。⁶¹⁾

(2) 「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強い類型における差止め要件

「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強い類型に適用される『北

61) 五十嵐・前掲注18) 37頁。

方ジャーナル』基準については、実務的には概ね妥当な基準という肯定的な評価もある反面、既にみたように学説からは問題点が指摘されている。『虚妄の学園』事件でみたように、この基準は緩やかに過ぎるため、結果的に、公共性が相対的に低い事項に関する差止め要件も緩やかになってしまっているという指摘もある⁽⁶³⁾。学説の一部にあるように、『北方ジャーナル』基準自体が差止めを容易に許す「緩やかな」なものであり、問題があるから再考されるべきだという理解を前提とすれば、この基準を再検討して厳格化することを提案したい。

事前差止めの実体的要件に関しては、従前、『エロス+虐殺』事件の1審決定が差止請求を認容する基準とした「高度の違法性」を採る説、この事件の抗告審決定が差止請求を認容する基準とした利益衡量説⁽⁶⁴⁾、がしばしば言及されてきた。学説では、この利益衡量説を支持する見解もみられたが、全体的にはもう少し絞りをかけたほうが望ましいという見解が支配的であり、中には「現実的悪意の法理」を支持する見解も⁽⁶⁶⁾あった。⁽⁶⁷⁾

『北方ジャーナル』事件の最高裁判決においても、谷口正孝裁判官意見が「現実的悪意の法理」を論じている。すなわち、「表現の事前規制は、事後規制の場合に比して格段の慎重さが求められるのであり、名誉の侵害・毀損の被害者が公務員、公選による公職の候補者等の公的人物であつて、その表現内容が公的問題に関する場合には、表現にかかる事実が真実に反していてもたやすく規制の対象とすべきではない」としたうえで、「しかし、その表現行為がいわゆる現実的悪意をもつてされた場合、換言すれば、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とき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つた場合には、表現の自由の優越的保障は後退し、その保護を主張しえないものとする」と述べた。その理由として、「右の

62) 『北方ジャーナル』基準をほぼ踏襲（要件の変容などを含む）する下級審の裁判例として、東京地判昭 63・10・13 判時 1290 号 48 頁、東京地決平元・3・24 判タ 713 号 94 頁。最判解民（昭和 61 年度）296 頁〔加藤和夫〕参照。

63) 佃・前掲注 27) 259 頁。

64) 東京地決昭和 45 年 3 月 14 日判時 586 号 41 頁。

65) 東京高決昭和 45 年 4 月 13 日判時 587 号 31 頁。

66) 佐藤幸治「北方ジャーナル事件上告審判決をめぐって」法教 15 号 85 頁。

67) 松井・前掲注 12) 253 頁。

場合には、故意に虚偽の情報を流すか、表現内容の真実性に無関心であつたものというべく、表現の自由の優越を保障した憲法二一条の根拠に鑑み、かかる表現行為を保護する必要性・有益性はないと考えられるからである」とした。

谷口意見にあるように、この法理を適用するのは、「名誉の侵害・毀損の被害者が公務員、公選による公職の候補者等の公的人物であつて、その表現内容が公的問題に関する場合」、つまり、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強い類型に限られる。私見でも、この類型に限り「現実的悪意の法理」⁶⁸⁾を事前差止めの要件に採り入れることを支持したい。

この厳格化した基準は、政治家や上級官僚といった典型的な「公人」⁶⁹⁾だけが関係する、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強い類型においてのみ採られるものであるから、一般の市民が不利益を被ることはない。『北方ジャーナル』基準を厳格化したうえで、他の類型における事前差止めの基準の検討に移る。

(3) 「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強いとは言えない類型における差止め要件

続いて、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強いとは言えない類型における差止め要件を考えていく。

『北方ジャーナル』基準は、出版物が公職者または公職選挙の候補者らに対する評価、批判などに関するものである場合、つまり、「人物の公共性」および「事柄の公共性」がいずれも強い類型における差止め要件であるが、これは、実務上、他の立場の表現対象者（債権者）についても、その立場を考慮した修正を加えたうえで適用されるべきであると受け止められている。すなわち、公職者など強い公共性を有する人物については、最も評価・批判にさらされるべき立場にあるから、その評価・批判は、強い公共性を有する事柄として、おおむね

68) 竹田・前掲注 32) 29 頁では、名誉毀損・プライバシー侵害による差止請求権の成立要件として、(1) 公共の利害に関する事実を含まないこと、(2) 摘示された事実が真実に反すること、(3) 侵害行為が故意または現実的悪意によるものであること、を示している。

69) 「公人」の類型については、山田・前掲注 1) 43 頁以下。

70) 中込・前掲注 15) 255 頁。

公益を図る目的に出たものと推認される。しかし、それ以外の立場の者、つまり、強い公共性を有するとは言えない人物については、その公共性の高さに応じて、その者に対する評価・批判が公益を図るものであるという推認が働く程度に差が生じてくるというのである。⁷¹⁾

では、強い公共性を有するとは言えない人物とは、具体的にどういう人物を指すのであろうか。この点、典型的な「公人」である政治家、上級官僚などと言う「公職者」の定義には入らないが、しかし、まさに公的な人物が問題となりうる。たとえば、大企業の経営者、有力団体の幹部、文化人などが挙げられる。こうした「公的人物」の公的事項に関する表現の事前差止めの要件については、見解が分かれている。

このうち、芸能人やスポーツ選手など著名人については、『北方ジャーナル』基準は及ばないと解する見解がある。⁷²⁾ また、一部上場企業など有力企業の役員、プロフェッショナルスポーツの選手、俳優、歌手、テレビタレントといったいわゆる著名人については、広く一般市民の関心の対象となり、これらについての報道や批判・評価などは、公益目的に出たものと推認されることも多いであろうが、公務員らほど公益目的が強く推認されないから、差止めの疎明の程度は『北方ジャーナル』基準ほど高度である必要はない、とする見解もある。⁷³⁾

しかしながら、この類型における差止め要件については、『北方ジャーナル』基準をベースとして一定の厳格化を図るべきである。「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強いとは言えない類型であっても、公共性の要素をまっ

71) 具体的な要件の「緩和」として、この見解は、さして公共性の高く（強く）ない地位にある者の名誉権を侵害する表現内容の出版物については、その差止めのために、(a2) 公益目的がないことの明白性まで要求する必要はないと主張している。(b) の要件については、「出版差止めの表現の事前抑制という側面は、対象者の地位の公益性の有無と関わりがないから、対象者の立場が違っても、それほど緩和されるものではないといえよう」としている。中込・前掲注 15) 255-256 頁。

72) 五十嵐・前掲注 18) 37 頁。

73) 中込・前掲注 15) 263-264 頁。差止めの疎明は、表現が真実ではないこと、に「相当程度の蓋然性」がある場合などで足りる、と考える見解がある。こうした見解に立てば、『虚妄の学園』事件の東京地裁決定は、対象事項を私的なものに限定したうえで、疎明の程度を緩和したものであり、「妥当な判断」ということになる。

たく欠くわけではなく、国民の「知る権利」に資する可能性がある。その表現は元来、原則として「思想の自由市場」に流通させるべきであり、それを事前に差し止めるのは、あくまで例外的に認められるにすぎない。公職者らを主たる対象とする「現実的悪意の法理」ほど厳格な要件を必要とすることまでは求めないが、それに準じる厳格な要件が必要であると考ええる。

具体的な要件としては、『北方ジャーナル』基準をベースとして、まず、(a2) 専ら公益目的でないこと、の要件を削除することが挙げられる⁷⁴⁾。これは、前述したように、表現者の主観がどうであれ、たとえ個人的な意図・目的のある表現であったとしても、表現内容が真実であるならば表現の受け手にとっては有用であり、その差止めは公の批判の機会を減少させるからである⁷⁵⁾。

また、『北方ジャーナル』基準では、(a1) その表現内容が真実でなく、又は(a2) それが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって、となっていて、前述のように、(a2) 専ら公益目的でないこと、の要件を削除する際、大法廷判決の文脈および担当調査官の解説から、(a1) は、その表現内容が真実でないとき、ではなく、真実でないことが明白であるとき、という趣旨であることは明らかであるので、(a1) は、表現内容が真実でないことが明白であるとき、と理解する⁷⁶⁾。そして、この新たな(a1)の要件について、最高裁判所の採り入れた「相当性」の法理を明文で補足する。これについては、たとえば、「表現内容が真実でないことが明白であるとき、あるいは表現内容が真実と信じたことに相当の理由がないことが明白であるとき」とすることが考えられる⁷⁷⁾。

さらに、(b)「損害の重大性・回復不可能性」についても、前に指摘したように、その定義が曖昧であることは否めないことから、「被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被ることが明白であるとき」に改め、より明確な要件にするべきである⁷⁸⁾と考ええる。

以上まとめると、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強いと

74) 佃・前掲注 27) 270 頁。

75) 高橋・前掲注 34) 105 頁。

76) 川端・前掲注 25) 319 頁。

77) 川端・前掲注 25) 319 頁。

78) 川端・前掲注 25) 319 頁。

は言えない類型においては、(1) 表現内容が真実でないことが明白であるとき、あるいは表現内容が真実と信じたことに相当の理由がないことが明白であるとき、(2) 被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被ることが明白であるとき、この2要件を疎明することができれば債権者は事前差止めができることになる。

このように、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強い類型における『北方ジャーナル』基準を厳格化すれば、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強い⁷⁹⁾とは言えない類型においても、現在より「表現の自由」が息をつけるスペースを広く確保することができるのである。

(4) 「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも否定される類型における差止め要件

最後に、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも否定される類型⁸⁰⁾における差止め要件を検討する。

『石に泳ぐ魚』事件は、原告が大学院生という市井の私人であり、その私的事項についての表現が問題になったのであるから、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも否定される類型に該当することは明らかである。「人物の公共性」については、公務員であっても否定される類型がある。『北方ジャーナル』事件の大法廷判決は、公職選挙の立候補予定者に関する表現であったから、その公益目的は内容から推認されたが、公務員であっても、高度な行政的判断の権限を有さない一般の事務職とさせて頂き変わらない地位の者は、そうした推認が働かず、一般人すなわち私人と同様に取り扱いと考えられる。

こうした「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも否定される類型における差止め要件については、事件の種類の違いを踏まえ取扱いを丁寧に

松井茂記「判批」法時72巻4号106頁では、裁判所による差止めは、事前抑制を正当化する厳格な要件をみたしてのみ認められるべきであるから、「回復不可能な重大な権利侵害の発生の切迫性」に加えて、「明らかに免責事由が存在しないこと」が要件とされるべきであるとしている。

79) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

80) この類型は、名誉毀損とは異なる「地平」をもつプライバシー侵害と重なる部分を有するものであるが、名誉毀損とプライバシー侵害との議論の混同を招く可能性があることから、ここではプライバシー侵害について立ち入った論究はしないこととする。

検討し、純然たる私人については『北方ジャーナル』基準を一定程度、「緩和」した基準が求められると考えることができる。⁸¹⁾

この点、『石に泳ぐ魚』事件のように、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも否定される類型であるからと言って、利益衡量で差止めを認めてしまつてよいものであるか疑問が残る、という見解がある。⁸²⁾ 差止めは事前抑制であり、憲法 21 条 1 項のもとで、例外的な場合を除いては認められるべきではないという『北方ジャーナル』事件の大法廷判決の趣旨は依然妥当していると解されるからであるとする。

しかしながら、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも否定される類型というのは、純然たる私人の私的事項に関するものである。「事柄の公共性」および「人物の公共性」がないにもかかわらず、「事柄の公共性」および「人物の公共性」が認められる類型と同様の厳格な差止め要件を求めることはできないのではなからうか。具体的には、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも否定される類型においては、「被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被ることが明白であるとき」には、債務者が真実性または相当性を疎明しない限り、仮処分による事前差止めを認める、とすることが考えられている。⁸³⁾ また、この類型においては、『石に泳ぐ魚』事件の原審（東京高裁）および最高裁判所の判示を参考にした比較衡量のアプローチが用いられるのではないか、⁸⁴⁾ という見解もある。

81) 山口いつ子「ネット時代の名誉毀損・プライバシー侵害と『事前抑制』」論ジュリ 1 号 (2012 年) 52 頁では、名誉毀損とされる表現の個別類型が『北方ジャーナル』事件のような公務員らに対する評価・批評などではない場合、差止めの判断基準は、なお確立を見ていない、としている。

松井・前掲注 12) 265 頁では、名誉毀損の救済としては通常は損害賠償で十分であり、事前差止めを求めるには、なぜ損害賠償では不十分か、なぜ差止めを発する必要があるのかの証明が求められるべきだとしている。また、仮処分で差止めを命じる場合には、差止めを求める緊急の必要性があり、仮処分を認めなければ回復不可能な重大損害が生じることの証明が必要とされるべきとしている。

82) 松井・前掲注 12) 275 頁。

83) 川端・前掲注 25) 321 頁。

84) 佃・前掲注 27) 271 頁。公的な人物に関する表現行為の場合には、『北方ジャーナル』基準を手がかりに随時適宜変容した要件が用いられるであろうとしている。

五 結びに代えて

ここまで、『日本会議の研究』出版差止め事件を手がかりに、この事件の仮処分決定において引用された『北方ジャーナル』基準を批判的に再検討したうえで、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強いと言える類型について、差止め要件の厳格化を試みた。そして、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも強いとは言えない類型においては、『北方ジャーナル』基準を「厳格化」した基準を提案し、「事柄の公共性」および「人物の公共性」がいずれも否定される類型については、緩やかな基準を検討した。

しかしながら、名誉毀損を理由とする出版差止め事件において、いかなる要件によって差止めの肯否を判断するかに当たり、検討されるべき表現対象者および表現内容に関する類型は、以上のものとどまるものではない。たとえば、「人物の公共性」は強いが「事柄の公共性」は弱い類型、あるいは、「人物の公共性」は強いが「事柄の公共性」は否定される類型、あるいは、「人物の公共性」は弱いが「事柄の公共性」は強い類型などについて検討される必要がある。

また、本稿では名誉毀損を理由とする出版差止め事件に絞って考察してきたが、これ以外にプライバシー侵害を理由とする出版差止め事件も重要な憲法問題である。しかしながら、これについても紙幅の関係もあって検討することができなかった。今後、研究を深めていきたいと考えている。

以 上

〈研究ノート〉

自由主義的権力の政治的基礎

— R. ポランの政治哲学 三九 —

白 石 正 樹

目 次

はじめに

- 一 自由主義と政治的コンセンサス
- 二 自由主義的権力の正統性
- 三 自由主義の大政治家
- 四 エリートと大衆

はじめに

最もリベラルな自由主義は、最も明白な、最も人の心をとらえる、最も安全な政治理想を提供する、とレーモン・ポランは言う。それは西洋文明が、文明化することを望む諸住民に教える政治哲学である。そのうえ、自由主義はわれわれの時代には当然の態度、良心に恥じるところがない態度なので、それはあらゆるプロパガンダに対する仮面として、またあらゆる政治的企てに対する多少とも後退した理想として役立つ。よりよく解放するためには、つねに自由化しなければならない。ひとは自由主義の道を恐れずに、非の打ちどころなく、また果てしなく前進しうる。なぜなら、それは政治的真理の道であるから。ひとは解放するとき、つねに正しい。

自由主義の敵対者たちは、自由主義の勝利を証言している。なぜなら、かれらは自由主義の着古しに身をくるんでそれに敬意を表しているから。その諸々の欲望の混同のなかで身動きできなくなり、かつしばしば少なくともそのイデオロギーにおいては、実際、自由主義的であると同時に社会的であるので、それはさらに社会主義と見なされている。社会主義者たちと自由主義者たちの結合は、政治生活において日常茶飯事となった。¹⁾

しかし、ポランは、現代にふさわしい自由主義国家の諸制度を規定し、かつ、かかる国家が遭遇する諸問題に対する原則的な諸解決を提案しようと試みねばならないと言う。彼によれば「自由主義国家 (L'État libéral) は、その統治を保証し、かつ公的力（警察力）を正統に用いる、一つの公権力に直面する諸個人から構成された政治的共同体である。」²⁾

かかる諸個人の各々は、反省的で理性的な自由の可能な、したがって、己の諸々の徳と悪徳を考慮に入れて、現在と未来のために、彼が自分の本質的利益と考えるもの、彼が自分の本質的義務と考えるものを保証することをめざして、己の諸情念や己の諸行動を整序することの可能な、人間として考えられる。彼の人間性をなすものは、あの反省的で理性的な自由の能力であって、それは彼の中の現動としての精神、彼をして己自身で、自律的である己の存在を制御するのを可能ならしめるもの、である。この精神的自律は、彼に堅固な道徳的独立を与えるので、それをいかなる政治状況、いかなる力の状況も — 状況が屈服させる者においてさえ — 削減することはできないだろう。自律は、あらゆる点で不可譲である。それは各人間を、結局、孤独な存在にする。なぜなら、各人は、その精神の孤独の中で、己の生活の最も重要な諸決定をなすから。かかる実感された孤独は、己の自由の体験された現前である。

それでもやはり、各人間は、一つの社会、文化、歴史の只中で、己の孤独、己の自由、己の差異を生きることに変りはない。彼は本質的にかつ明らかに、社交的で、文化的で、歴史的な存在である。彼は避けようもなく、政治的存在でさえある。彼の政治的権威への服従は、一つの自由の行為、すなわち同意であり、それが自由主義の公準である。彼の同意のみが、自律的でユニークで他のあらゆる人々と異なった各人間を、一人の市民となすことができ、かつ、そうした諸個人の無際限な複数性を、共通の政治的、法的地位の下に結合することができる。自由のみが、自由がほどこことをやり直すことができる。なぜなら、自由は分離し対立させるから。自由が逸脱、差異、そして闘争の原理であることを、ポランは強調した。しかし、自由のみがまた、結合と協力の原理、³⁾結社の原理なのである。

自由主義は、被治者においてと同じくらい統治者において、自由の悪用がありうることを完全に自覚している。同様に、それはマキアヴェリ⁴⁾の原理を意図

的に原理とする⁴⁾。—— すなわち、あらゆる大政治家とあらゆる市民は、あたかも人間たち、そうした資格での人間たち、が劣悪で邪悪であるかのように、思考し行動せねばならないのである。

ひとは誤って、自由主義的人間は諸権力に反対する市民である、と主張した。ポランによれば、それはまったく逆である。一方において、政治的共同体は劣悪で邪悪である可能性のある人間たちで構成されているので、自由主義者にとって、適切な権力を与えられた政治的権威が、立法者、審判者、判定者、そして保証人の役割を果しつつ、市民たちの間に正しい秩序、法の状態、を行き渡らせうることが必要である。他方において、あらゆる自由主義的政治制度は、何よりも不信——かれらが服従しよう、かれらが命令しよう、と、共同体のあらゆるメンバーに適用される不信——に基づいている。被治者であれ統治者であれ、あらゆる人間に対する不信と同時に、政治的権威の設置、政治制度の組織が要求するのは、まさに同一の不信の原理 (*principe de défiance*) である。かかる制度の権威は、被治者と同じく統治者がなしうる劣悪で邪悪なことを制御しうるだろう。

言うまでもなく、不信の原理は、反省的で理性的な政治的思考の最初の原理にすぎず、それは計算された不信である。人間の資格でのあらゆる人間に対するかかる不信なしに、権威や政治制度はないだろう。しかし、もし各人がかかる不信だけで満足するならば、権威も政治制度もないだろう。それだけでは、一般的不信は、各人对各人の永続的戦争しか引き起さない。

ポランによれば、かかる不信は、他者への信頼、己の隣人への自然的たると同じく理性的な信頼を伴うのであり、それは、人間の社会的本質、なおも彼の「社交性」以上に彼の「社会性」、を表現する。かかる信頼なくして、個人对个人のいかなる共存、いかなる平和的關係も可能でないだろう。かかる信頼は、複雑な動機づけによって決まる。それは部分的には自然的である。なぜなら、それは各人がその同類に対して感じる自然的共感に、また、その隣人に対する愛すらに、同じく、協力と相互扶助の源泉としての、他人の現前への理にかなった評価に、基づくから。かかる評価の下にかくれて存在するのは、その如何ともしがたい予見不可能性にもかかわらず、他者の自由の善用への理性的信頼である。

しかし、たしかにリスクをとらなければならない。不信は用心であり、信頼は希望である。リスクをとることは、もし私的關係が問題であるならば、運をためすことであるが、もし公的、政治的關係が問題であるならば、それは一つの必要性である。存在する政治的諸制度は、一種の緊急必要の法 (*droit de nécessité*) として、市民たちから信頼されているのである。純粹で單純な専制に陥らないために、なおもかかる信頼は、諸々の制度と、周囲の文化や文明との合理的一致に基礎づけられなければならない。この市民の不信的信頼 (*confiance défiante*) は、人間の「非社交的社交性」⁵⁾ に対応している。自由主義者にとって、それは、各個人の政治的同意の中で表現されるべきである。

たしかに幻想をいだいてはならない、とポランは言う。そうしたものとしての各人間に、特定の政治的才能、市民的共同体の統治における自然的能力、を求めることは問題にもならない。諸情念の働きは、公益や未来の展望の方向よりもむしろ、己の固有の利益や己の近い享樂の配慮を促進する。社会的な大きな諸情念、恐怖、栄光、羨望、野心は、私益と共通利益の關係をごちゃごちゃにする。国家の次元と同様、個人の次元で探究される、自由、責任、進取、自律の精神は、怠惰な受動性、無責任な服従、従属的で卑屈な生活の容易さ、臆病のうちに腐敗した恐れ、への傾向と衝突する。各個人の政治的同意は、ほとんど各人間が實際はそうであるものの名においてでなく、彼の人間の本性によって、彼がそうありえ、またそうあるべきものの名において、与えられる。

彼は反省的で理性的な自由が可能であるゆえに、またそこに彼の本質があるゆえに、たとえ彼がしばしばそれを輕率で不条理な仕方を用いるとしても、各市民に対して、不信的信頼をせねばならない。その代りに、諸政治制度に対して、またそれを動かす使命を受取った人々に対してその同意を与えつつ、ひとは彼にかかる信頼を証言するように求める。そうでないとすれば、人々の無制限な多様性、かれらの生活、かれらの確信、かれらの作品の多様性 — 本当に人間的な文化を生じるもの — が安全にかつ尊重されて守られうるために、誰を信用すべきだろうか。自由の可能な諸存在にでないとすれば、自由を促進しかつ擁護する義務は、誰に帰すべきだろうか。

自由主義は一つの当為として、自由である義務として、考えられた自由の哲学である。 — それは行動、仕事、そして闘争の哲学である。なぜなら、自由

は決して問題であることをやめないから。自由主義は、継続される同意の自由の中にしか基礎づけられえない。⁶⁾

一 自由主義と政治的コンセンサス

自由主義は、各人に公益と両立しうる最大限の自由を委ねる。それは、だから、明白に職務として、普遍的同意を得なければならないだろう。しかし、それは大衆迎合的でもユートピア的でもない。それはどんな欲望でも満足させることと混同される、直接的自由を狙いとしていないからである。繰り返すならば、それは自由を熟慮された自由 (*une liberté réfléchie*) として規定し、そしてかかる自由を、つらく困難で危険を伴う企てに身を委ねる義務 — 自由で明敏で自律的で責任ある大人の人間として生きること — と同一視する。自由主義が、人々すべての同意を得ることがありそうもないのは、かれらにおいて明敏性、反省、勇気が、偽りの安楽への傾向に、または直接性における享受の渴望に、打ち勝つことがないからである。

自由主義は、人間的諸活動の本性に一致している、とポランは言う。それは、人々が自らの本性を自由に実現するに至る諸文化の中でしか可能でない。自由主義は、ある何らかの文化の型 — 近代のキリスト教的西欧の文化 — と結びついているので、それは、どんな型の文化の中にも輸出できるわけではない。それは、西欧の特権的目から見れば、人間の本質の表現であるけれども、おそらく人間の本質は、他の諸文化では、他の諸流儀で実現されることができると。

しかし、ポランによれば、ひとが想像しうるようなことに反して、自由主義的体制や自由主義的政治は、何よりも個人的諸同意の収集に基づくのではなく、体験された自由が優位に立ち、反省的な意欲された自由を伴うところの一つの文化の現前に基づくという。自由主義的体制は、何よりも諸同意を抛り所とするのではなく、何よりも文化に根を下ろしたコンセンサスを、つまり、歴史においてまた諸事実において実感される包括的な集合的承認を、日常的政治生活で証明される忠誠を、抛り所とする。かかるコンセンサスは、個人的な諸々の同意と拒絶の代数的総和ではない。それは、一つのあらゆる伝統、あらゆる歴史、あらゆる文化を統合している。⁷⁾

ポランのいう、文化に根を下ろしたコンセンサス、国民の深いコンセンサスとはいかなるものだろうか。歴史の所与の時期に、ますます強く世論に押しつけられるところの、また世論を近代の政治的理解の本質的カテゴリーにするとところの、諸表象の中に感じられる諸国民の現実の出現は、何に対応するのだろうか。

ポランによれば、空間においても歴史においても、政治的共同体によって、あるいはむしろ共存する複数の政治的共同体によって、価値、規範、感情、信念、慣習、生活様式の伝達と合一に好都合な規模が実現されるとき、あの拡散するコンセンサスが、自発的和合の、共通利益の、感情を生ぜしめる時期が到来した。一つの共通の政治的意欲が発達して、己自身を自覚したのである。それは少しモンテスキューが感じていたこと、そして彼が「国民精神」(*l'esprit d'une nation*) という公式のもとに記していたこと、である。しかし、それはまた、ルソーによって『不平等起源論』のなかで事実上の共同体として認められた、あの同じコンセンサス、あの同じ合一である。それをルソーは、『社会契約論』のなかでは逆の進め方によって、すなわち、政治的共同体を創設し主権者の生 (*la vie du souverain*) に参加するために、各個人の意志に訴えることによって表わそうとする。⁸⁾

「こうした二重の運動から、国家に変化する国民の本質的性格たる、国民主権 (*souveraineté nationale*) の観念が生まれる。それはまず第一に、対内的主権 (*Souveraineté interne*) であって、それは国民の全体のなかに、その歴史の連続性と意味とのなかに、その使命のなかに、絶対的主権の正当化と原理とを求める。次に、対外的主権 (*Souveraineté externe*) は、最初に自治、国民的独立、の要求を表現しつつ、愛国的感情を強化して、それに攻撃的な様相を与える危険がある。国民的独立の主張は諸国民の間の競合と切り離せないし、また極限的には、それらの勢力間の紛争と切り離せないからである。国民意識はつねにナショナリズムを発散するおそれがある。」⁹⁾

その時期にこそ、主権的国民は、それなしでは国家は抽象的制度にとどまるであろう、ほとんど人格的な性質を帯びる傾向がある。国民は、天分、性格、嗜好、および習俗を表明し、それらは国民が己自身であって他のものでないということを引き起す。——ひとがたんに一国家のメンバーでなく、ルソーが言う

ような、他の諸国民のそれと「相容れない」固有の習俗と慣例を与えられた国民国家のメンバーである場合にしか、真に人間にして市民でありえない、というほどまでに。国民意識は、凝集（団結）の自覚、習俗と諸意志の合一の自覚、一般意志におけるその表現、であると同時に、各個人の意志、同意、の主張である。

こうして示されるのは、ポランによれば、国民の觀念の民主的本質、国民の形成と、いかなる程度それが援用されようとも、一つの体制 — デモクラシー — の出現との間の、密接な関係である。ルソーによって示された、国民と「法律と自由への愛」との同化に至るまで、国民とそれを縁取る体制とのあの密着を確認しないものはない。こうした同化は、同時に、自由主義と、国民の觀念の拡大を特徴づけるナショナリズムとの、衝突を予告するものである。 — ナショナリズムが自由の諸要求を吸収して、反自由主義的結果に帰着するほどまでにそれらを国民的独立の次元に移転するにしろ、国民的諸革命が諸個人の解放のために、また人間の普遍的諸権利のために戦うにしろそうである。国民的独立の戦争のために、また「諸人民の自決権」のために、枠組みは準備されている。¹⁰⁾

政治的コンセンサスは、一国民の文化の、政治的次元での表現である。一国民の文化は、諸々の価値や政治的選択の面で、集合的無意識を表現している。それは、その歴史、その諸々の伝統、諸々の神話、諸々のシンボル、諸々の紋章と不可分である。かかる文化は、ある何らかの生活様式を、ある何らかの正・不正、妥当性、安楽の見方を、表現している。それほどその歴史的恒常性は強く、それほどそれは深い傾向性を表明するので、一つの集合的意欲として、それは一種の個性を証言する。

国民の精神こそが、その歴史に沿って、その文化を通して、また政治的次元では、一つの体制や政治が同意されるか拒絶されるかを示すところのあの潜在的コンセンサスの形で、表明されるのである。政治生活でたいそう決定的なかかるコンセンサスは、感じられ、実感され、推定される。それは厳密に言って、知られるのではない。それは住民の、国家の生活への参加の、性質や強度によって示される。それは何よりも肯定的仕方で、すなわち法律への服従の自発性によって、各人のその役割、その任務への献身によって、諸ヒエラルキーの容易な受入れによって、また私益と公益の自然的収斂によって示される。

反対に、それは否定的仕方で、すなわち法律への違反がより頻繁になされるとき、権威があまりしつかりしていず服従があまり迅速でもあまり厳密でもないとき、諸機能が次第に不十分に遂行され結果を気にすることがないとき、公益の感覚が消え失せ、そして各人が己の固有の利益の保護のうちに逃げ込み自衛を行うとき、示される。諸々の強制はより窮屈により厳しくなりうるし、諸々の抵抗はより力強くより不遜になる。不服従は、法律と権威の拒否において広まる。「権威の伝達役がもう応答しない」とある大政治家は述べていた。¹¹⁾ 政治的コンセンサスの方向を明かす、あの諸兆候はよく知られている。—— たとえその時に諸兆候が多く、解釈の争いを引き起すとしても。

国民精神の領域に属するものを解釈するために、どのような方法に訴えるべきだろうか。解釈の不確実さは、かかるコンセンサスが二つの次元で実感されるだけに一層はなはだしい、とポランは言う。

その第一のものは、皮相的である。—— 意見の諸々の動きは目覚ましい。それらは日常的出来事に反応する動揺である。それらは流行のつまらない熱狂によって歪められる。それらは「新しいもの」、「異常なもの」、「センセーショナルなもの」を求める諸メディアによって増幅される。それらは活力よりも外観をもつ。変貌も容易である。それらは操作やプロパガンダのやさしい餌食である。

そして、これがすべてではない。意見の動揺の表面に、ひとは深いコンセンサスに対する二種類の反応、それを感じる二つの仕方、を確認する。第一のものは、己のリスクを伴う、行動、責任、自律の実践による満足の探究に依存する、積極的な承認（または拒絶）にある。コンセンサスはそのとき、未来のための、また行動による、建設的コンセンサスである。それは己の諸作品を誇らしく思うが、しかしそれらの不十分さを自覚し、いつも不満足な、最も人間的なコンセンサス、つねに試練にさらされる自由主義的体制を活気づけるコンセンサスである。コンセンサスに対する反応の、皮相的な第二の形は、消極的承認に、すべてが外部から与えられすべてが受入れられるために生まれる満足にある。それは受動性が、容易さ、つまり責任や自発性や諸々のリスクの欠如、と相伴うときなのである。かかる付和雷同的コンセンサスは、飼い馴らされた人々のコンセンサスである。それは将来の展望もなく、物質的諸必要に足止めされ、場合によっては起りうる、おびえさせる威嚇に囲まれた、直接的な物質

的な満足、つまり全体主義的諸体制の飼い馴らされた特徴のない人間の、隠れた家的満足である。

コンセンサスの第二の次元は、国民の深層の態度、抑えがたい歴史的生成のゆっくりした変化、に対応するものである。かかる生成に対して政治的諸手段は影響力を欠いている。ひとは、ある体制、ある政治を有効にする、あの深層の躍動を知っている。または、反対に、その前では政治家たちが無力である、あの遮断された状況を知っている。ポランは、かつての果てしない宗教戦争を、また今日ではアイルランド問題や中東問題を考えるように願う。国民精神のかかる深層の傾向を、自由主義的大政治家は何よりもまず明らかにしようと努めねばならず、そしてかかる深層の傾向から、彼は己の行動を支えうる、また己の行動の周りに、明敏であるが故に有効な忠誠を発達させうる、世論の流れを引き起すように試みねばならない。

うまく行けば、彼はこうして己の行動を、反省的で理性的な自由の可能な人々のコンセンサスに基礎づけることができよう。——かれらの国民文化を吸収し、その文化とその伝統の光に照らして前進し、文化を保存しかつ創造する人々の国民的仕事をなしつつ。しかし、自由主義的大政治家がそれ以上に、また別な風に、望むのは当然である。彼は国民的無意識の次元にこうして位置づけられた、そのようなコンセンサスの解釈が想定する諸困難に対して、また不可避免的にそれを汚すような不確実さや論争に対して、敏感である。そのようなコンセンサスは思慮深い政治家たちによって感じられうるし、すぐれた観察者によって推察されうる。それは、とりわけとっさには決してその真実において知られないし、実際に立証されえない。それはかろうじて確かめられうる。こうした文化的コンセンサスは、哲学的解釈の対象である。結局、私的または公的なあらゆる行動は、つねに多少とも明敏に自覚した哲学的態度決定——教養の至高の表現——の結果である、とポランは考える。

しかし、自由主義的大政治家は、実践的便宜の理由で、また同時に一貫性の理由で、こうしたコンセンサスを、個人的諸同意の明確な表現とそれらの明細計算によって示すことができるのを願う。——彼は、反省的で理性的な自由の可能な個人を、彼の政治の原理かつ目的にしていらないだろうか。自由主義者にとって、反省的自由は人間個人の本質そのものであるから、どうして諸個人に意見

を求めるべきでないのだろうか。今日では、ひとはとかく、非常に古典的であるとはいえ、諸個人の同意の収集に伴う諸困難と諸要請に触れずにおく。そうした慣行が不可避であるとしても、少なくともその帰結を引き出すために、それら را呼び起さねばならない。

まず最初に、次のことを認めねばならない。——各個人は国民の深層の文化の生成に参加するのではあるが、諸同意の収集は、出来事の偶然、事の成行き、に従属し、かつコンセンサスの最も表面的で最も偶然的な次元を反映する。なぜなら、それは、差し当たって今のところの諸同意でしかないから。そして次に、自由主義者は、デモクラシーが真に基礎づけられるために各市民に対して認めねばならないあの「政治的能力」、市民的共同体の統治に健全な判断力をもって、十分に正当化された諸決定によって参加するあの能力、を決して信じなかった。彼が、形式的には本質的な原理として、各市民は反省的で理性的な自由が可能であり、かつ各市民はその反省的自由をよく使用する義務があることを認めるとしても、彼は、あらゆる人間存在の知的かつ道徳的な欠陥を知りすぎている。自由主義的教説は、同意を必要な原理とするが、しかし決して十分な原理としない。あの不信的信頼の適用を、ポランは、自由主義の源泉で明らかにした。¹²⁾

1 世 論

しかし、国民のコンセンサスを知る手がかりとなる世論 (une opinion publique) とは何だろうか、またそれにどのような役割を与えるべきであろうか。ポランは次のように述べている。——「ひとが一定の間隔において世論に与えるのは、一瞬の奇妙な主権である。——かれらの個人的状況の特殊性を考慮してすら、無分別でないとしても明らかに政治的視野の狭さに捉えられた、またかれらがそうであるように自分たちの欲望の近々の満足に取りつかれた、そうした市民たちの各々の意見の総体から、それが生じる限りにおいてさえも。¹³⁾」ひとはすでに、非常に多様な傾向をもった諸意見の出会いによって一つの埋め合せが確立されることになり、それから最も正しい中間 (中庸) へ、最も理にかなったものへ、の還元が生じるだろう、と主張しうるだろうか。——あたかも Gauss (Gauss, 1777–1855) のように釣鐘型の曲線が運よくそれを表示しう

るかのように。ひとはそのとき、ルソーが一般意志の「つねに正しい」性格をその一般性によって想起させるとき、ルソーによって引出された解決に近づくかも知れない。¹⁴⁾

そうなれば結構この上なしであるが、ひとは次のようなあまりにも多くの場合を知っている。—— 寄せ集めの集積は、両立しえず一貫しない態度決定のために、ほとんど明確でなくほとんど説得的でない諸意見の分布をもたらす。またひとは次のようなあまりにも多くの場合を知っている。—— 大きな希望や大きな絶望や大きな恐怖によって激昂した諸情念は、一種の盲目的で鎖を解かれた信任を、また極端で破局的な諸意見のために抵抗しがたい意見の動きを、生み出す。世論は状況次第で危険なほど影響されやすい。

各市民は共通利益についてどんな考えを抱きうるだろうか。—— モンテスキューやルソーが述べていたように、有徳な市民はそれを自分の私益よりも選好せねばならないのだが。政治生活がおかれている状況での政治生活の要請や可能性について、また彼が所属する政治社会にとって長期的に望ましい発達について、彼は何を知りえようか。彼は本質的なことについて何も知らないし、その重要性を推し測らない。情報に関して、市民は同時にその不足と過多とから逃れられず、またなおさら彼を悩ませるますます余分な、取り繕われた情報や計画された情報操作から逃れられない。ひとは彼に、このかくも貴重でかくも決定的な「共通利益」を、あまりにも多くの意味をもったおかげでもはや意味をもたない語で—— つまり、幸福、正義、繁栄、力、偉大さのような大きな語で—— 叙述する。それらは結局「可能な最善」、「可能な最良」のような非常にはっきりしない究極目的を指し示す。各市民はもちろんつねに、自分のために、国のために、他の人々のために、より多くのそうした「可能な最良」を欲する。しかし、ひとはそうしたことが要求する犠牲や努力を、またひとが冒すリスクや危険を、強調しない。正義であるとしても、どんな正義だろうか。力、偉大さであるとしても、それをどうするのだろうか。市民の意見は、直接的状況によって、偶然によって、大いに影響を受けたすぐれて偶発的な行為であろう。もちろん、こうした各市民の個人的調査に、「極めて多数」の調査によって集められた諸結果を通したその匿名の考慮を結びつけねばならない。

ひとはしかしながら、自由の諸体制に存在する世論の大きな運動のなかに規

則性を確認しうるのであろう。——そのなかで世論が権力の衰えと呼ばれるものを、または明白で確実になった失敗や濫用の継起を、認める時期がつねにやって来る。拒否や不合格の判断を表明しつつ、世論は権力の影響を免れながらその対抗権力をなすのが分かる。そしてそれは、あらゆる体制において政治権力の善用にたいそう不可欠なものである。¹⁵⁾

ポランによれば、「世論は次のような意見の二つの与件のあいだの——私はここであまりにも指令的でありあまりにも志向性を帯びた「総合」という語を用いる勇氣はない——混合、融合、結合を遂行する。すなわち、それらは一方では、かれら自身たいそうはかなく、たいそう不完全で、状況の偶然によってたいそう影響され、大部分はチャンスに身を委ねる諸個人、政治的共同体を満たしている漠然たる群衆 (multitude vaga) を構成する諸個人の、それほど信頼できない、たいそうしばしば不確実で混乱した個人的意見の集積であり、そして他方では、その慣習、その弁証法的超出と更改、その様式とともに、多様な力を持ち、世論に意味に富んだある一定の跳躍、その文化の鼓吹の諸価値へ向けてのはずみ (impetus) を与えるあの文化的流れ、つまり時間や試行錯誤のおかげで、忍耐や粘り強さのおかげで、そこにチャンスがはたらくと、ついに一種の公正な判断力をもたらすあの文化的流れである。」¹⁶⁾

専門家たちは諸々の個人的意見に及ぼされる政治的影響の効果を論じている。もしひとがそれらの方法、先入観、偏見、しばしば隠された政治的偏向を考慮に入れるならば、たまたもしひとが、視聴覚メディアはその著しい技術の力で、大勢の公衆に到達することを求める諸意見の表明の、不可避的な仲介者になったことを観察するならば、その影響は、強さがどうであれ、各個人において判断力の自由と批判精神を行使する用意があまりできていない一つの意見を損ない、愚かにし、墮落させるのに寄与することしかできない。しばしば濫用的なそうした影響を越えて、世論の最良のものは、それが現われるところの文化から来る。世論への民主的な訴えは、各市民が、国民的合意の形で生じるコンセンサスの源泉にある、己の加わっている文化についてなす政治的自覚によって正当化される。そのあらゆる意味をとり、そのあらゆる役割を果たすために、世論は国民の意見であらねばならない。¹⁷⁾

ポランも認めるように、近代の巨大な諸国民において直接民主制の神話がも

はや何らの実践的希望も残さない今となつては、諸同意の収集を実行するために、世論調査 (consultation)、レフェレンダム (国民投票)、および選挙活動という間接的プロセスに頼らなければならない。世論調査自体が、象徴的意義をもつ幾つかの場合には、レフェレンダムの実施に帰着する。おそらくスイスのみが、その規模のおかげで、その諸政治的共同体のカントン (州) の、また市町村の、細分化のおかげで、直接民主制の諸要素を維持しており、かつ具体的に有意義なレフェレンダムを組織している。他所の至る所で、とりわけフランスで、実施されているようなレフェレンダムは、ポランによれば、何ら統治への参加の方法でなく、統治者たちのみによってじっくりと練り上げられた主題に関して、かれらのタイミングで放たれ、不確かな世論を呼び覚ましそれを結集しようと試みることに向けられた、例外的な挑戦である。統治者たちにとっては、目覚ましい、また實際上広域的な検査に、かれらの政策を賭け、そして更新された不信または信任の動かしがたい証拠をえることが重要なのである。¹⁸⁾

2 レフェレンダム

ところで、世論による政治的事柄の経過のたゆまぬ評価は、幾つかの留保をなしうとしても、多少とも統合された個人的な無数の実際の体験への反応を表している。それはレフェレンダム (国民投票 un référendum) において、ある比喩的な形で表明されるのが分かる。なぜなら、それは、そのイニシアティブを取り、その保証人となる名士たちに対して、世論が抱く評価 (敬意) と実際に結びついているからである。レフェレンダムの過程への訴えとともに、ひとは直接民主制の近代的様式、すなわち問題を提起する統治者たちと、回答を与える国民、世論、との間の一種の、単純化されたとはいえ実際の対話、を打立てようとする。当然のこととして、原理の問題、すなわち体制の性質、構成された諸権力の関係、国家の構造、またはその諸外国との関係、長期的に将来を巻込む諸問題、国民の政治生活の決定的様式を対象とする基本的な問題が主題である。

しかし、ポランによれば、世論が情報を与えられて、政治的諸問題について熟考し良識をもって任じうると信じるためには、多くの明白なナイーヴさと多くの楽観主義が必要である。かかる政治的諸問題は人間と政治のあらゆる哲学

を含み、その帰結はたいそう思弁的で、またその実行はたいそう不確かで、運によってたいそう影響される。民主的な正統性の至高の議論 — それには統治者たちによって引合いに出された判定者へ向けての、見せかけの謙虚さや執拗なへつらいが絶えない — である、主権的人民への訴えのもとで、レフェレンダムの実践は、次のような単純な状況に適していることをよく理解しなければならない。すなわち、そこではその責任をとる政治家たちは、問題がどれほど複雑であろうとも、その問題は二者択一の形式で解決されうること、また回答の賛成か反対かは、少なくともその問題自体と同じくらい、かれら自身の政策やかれらの人格にかかわるだろうことを期待しうる、ということである。¹⁹⁾

幾人かの人々がレフェレンダムの実践を増大させることを望むのは、おそらくスイスの例を考えてのこと、また人民の発議権を確立することや、社会的、経済的、文化的、さらに技術的諸問題に対して提起されるように質問分野を拡大することを目指してのことである。かれらはそこに、非常に分裂した世論の只中ではそれについて實際上、解決しえない紛争の発達があるような、また、法律上の人民 (peuple légal)、すなわち議会や政府が、それについては生きている人民 (peuple vivant) に対して一つの解決を課すことがほとんどできないと思われるような、異論の多い質問に関して、直接的な仕方で多数派の一致を獲得する手段を見ている。

ひとが議会制度ないし大統領制度と直接デモクラシーのあの散発的な試みの間に発達させる明白な対立を打ち棄てておこう、とポランは言う。今日では、もはや真正の直接デモクラシーは存在しない。そうした考えは、大衆からなるわれわれの諸国民において、大衆は統治する能力をもたないことを忘れている。大衆は、統治する任務を帯びることになるその代表たちを選ぶのがすでに困難である。大衆は思考せず、意欲せず、諸々の個人的な意志のたいそう無秩序な同化によって選挙に取りかかる。大衆の代表者たちは、大衆の意志の執行者ではなく、その意志はかれらの解釈によってしか明確にならない。かれらが委任の終りに、その任務から除外される、あるいは再選を認められるのを覚悟のうえで、各々の場合にそれに意味を付与する責任とリスクを引受けるべきなのである。

一方において、大衆はその統治者たちの次のような三重の任務、三重の義務

を果たすことができない。——国民の生活の目的と手段を決定すること。原則として個別的利益の満足の一般的条件であり、統治者たちの政治的義務に一致することである、共通利益の実現をめざして、目的の必要性和手段の論理性を多数者に理解させること。最後に、現在および将来の、すべての人の最大幸福のためになされる諸決定の執行を決定し、保証し、認めさせること。他方において、共通利益、場合によっては公安、の政策は、諸個人のしばしば矛盾し両立し難くさえある欲望の、またかれらの不確かな将来の展望の、総和ではない。それはしたがって、しばしばたいそう人気のないものである可能性は十分にある。そして、ひとは、その欲望と快樂が何であれ、その諸帰結が何であれ、かくして入手した権力のその後の方向がどうであれ、大衆の欲望と快樂の満足を唯一のプログラムとして自らに与えつつ、権力を獲得しようとする政策を——もしそれこそひとがポピュリズムと呼ぶものであるならば——まさしく非難する。

だから、統治者たちによって理にかなっていると判断された、要求や犠牲を含意するあらゆる決定をレフェレンダムに委ねるのを避けることは、当を得ていると思われる。そうした決定は、所与の状況において合理的に必要なものであるが、しかし明らかに甚だしく人気のないものでありうると考えられる。それは失敗へと突き進むことであろう。それが最も有用でありうるはずの場合に、レフェレンダムは最も当を得ないのである。そしてさらに、もし国民に不人気であるが必要な方策を課することが真に重要であるならば、単純な絶対多数決はその効果的な適用を保証するのに十分ではないだろう。起りそうもないとしても何らかの加重された多数決に訴えることが必要ではないだろうか。²⁰⁾「実際、レフェレンダムは象徴的にしかデモクラシーの行為ではない。それは統治者たちに厳粛で印象的な口実と、逃げ道ないし単なる見せかけであることから遠くない技術的な便宜を提供する。かかる気高い手続への訴えは、すでに予め獲得されたものを例外的な厳粛さで認めるために、実際は歴史の曲り角でしか介入しない。²¹⁾」

実際、ポランによれば、レフェレンダムにおいてさえ、問われているのは、その文面を提案することを決めた統治者たちの人となりである。市民の同意または拒否は、人間たちに与えられる信任または不信の投票である。信任がなさ

れるのは、ひとが彼の公的な、またときには私的な、諸行為によって知るところの、彼が己の能力について与えた証拠によって知るところの、彼のこれこれのグループへの所属によって知るところの、人となりに対してである。たしかに、ひととはまた、彼の言葉、彼の約束に注意を払う。しかし、彼の綱領よりもはるかに、彼の能力、性格、全体的な政治的素質、行動の主要な原理についてひとが知っていると思うことのために、ひとがその人を信頼するというようなことが、来るべき歴史の偶然性、ありうる諸状況の予測不可能性なのである。あらゆる政治は諸々の人物に具現されるし、大多数は人間たちが用いる言葉の意味によりも、人間たちのイメージに一層敏感である。哲学者の書斎では、数え上げ、理解されねばならないのは諸々の観念や価値であるが、政治の場面では、ひとが拒絶し、またはひとが選択するのは、諸々の人物、諸々の顔である。²²⁾

だから、「代表」の問題、市民たちによるかれらの代表者の選択の問題、によって生み出される古典的諸困難をあまりに重大に考えてはならない、とポランは言う。誰かある人にとって、自分の意志を他人のそれに従わせることなしに、したがって、自分自身の意志が他人のそれによっていわゆる「代表される」間中、自分の意志の自由な使用を放棄することなしに、自分の意欲を他人に移譲すること、自分の意志を他人のそれに委ねること、が不可能であることは明らかである。²³⁾ とりわけ、政治的諸問題と同じくらい複雑で、同じくらい予測しがたい諸問題が提起されるとき、意志の移譲は何ら問題にならない。

同意は、ある人間に対してなされる信任の行為であり、それは国家の可能な最良の統治に参加する — 公的権威を行使する、共通利益のために公権力を行使する — ためである。「信任する」(faire confiance)、共通利益のために公的事柄の管理の「任務を与える」(conférer une mission)、そこに「代表」の語が隠している二つの主題がある。しかし、かかる信任にはなんと多くの非決定があることだろう。自分の信任を見積もったり取りやめたりすることへの何と多くの放棄が、また、たいそう漠然とした、たいそう未知の未来に開かれた、任務へのなんと多くの不確かさが、あることだろう。なんと多くの潜在的な不信、潜在的な不安、があることだろう。²⁴⁾

3 選挙

ふつう多数派の語が用いられるとき、ひとは一定の意見を代表すると想定される一団の人々を指している。それは選挙 (élections)、幾人かの市民たちからかれらの中の誰かへの政治権力の委任 (délégations)、が問題であるとき起ることである。そのときひとは次のように考える。すなわち流行している意見 (世論) のさまざまな動向は、それらの代表者たちの意見を通して十分な仕方で表明され、またそれらの数に応じて測られる、と。しかし、ポランによれば、このことはだいたいにおいてしか真実ではない。なぜなら、ひとはそのとき、面前の候補者たちの主義、原則、価値、綱領の評価と、かれらの人柄、かれらの道徳的、知的能力について選挙人たちがなす評価とを混同しているから。ひとはもっともしばしば全くの取り違えで、人物のためと同時に思想のために投票する。さらに一層疑わしいのは、市民たちの投票を集めて、さまざまな少数派の比重の決定と同様に真正の多数派の存在を見分けることを可能ならしめる技術である。実際、必ずしも両立しえないどころか、全くその反対である、二つの究極目的を同時に追求することが肝要である。それらは一方では、意見の多様な傾向のあいだの真正な比率の公平な決定、他方では、一貫性のある安定した政策を効果的に導きうるしっかりした多数派を引き出す手段である。その成功は政治の価値の真の基準ではなかろうか。

先決すべき一つの問題が提起されるが、それに対しては不確実な妥協によってしか答えることができない。すなわち、一方では、個人的意見の総和から形成される多数決を探し求めるデモクラシーの立派なロジックにおいて、市民たちの各々の意見から出発してその加算をなさねばならないこと——一人一票——は明らかである。しかし、他方で、所与の政治的状況において、ある限られた数の選ぶべき態度があること、ひとはしばしば自分を多少とも根本的な仕方、両方とも考えうる単純な二者択一の前にいると感じること、を認めねばならない。それは、ある限られた数の政治的傾向が現われたということをよく示している。そうした傾向の各々の周りに、諸個人が多少とも終始一貫した仕方と同調し、かつ諸々の結社、つまり多少とも構造化された党派、を構成するであろう。たしかに、諸々の意見の収集において、投票の組織化において、それを考慮に入れねばならない。しかし、いかなる程度まで、組織化された党派の意見

の探求と諸々の個人的意見のそれを結びつけねばならないのか。つまり立候補の提出を諸政党の判断に委ねるのか、それともそれが党派的な準拠を伴うことを場合によっては（または終始一貫して）認めつつ、個人的な立候補の提出を尊重せねばならないのか。妥協は理論的で一般的であるよりも、実際ので個別である。話題に上ったすべてのものが、諸々の意図の純粹さに混乱を投げかける。ひとは真に厳密で、公平で、誠実な解決法をほとんど想像しない。²⁵⁾

国民の規模での完全な比例代表制の投票は、ポランによれば、おそらく世論の最も真実な、最も正直なイメージを与える。そのかわり、それは次のような二つの重大な不都合を伴う。—— 一方において、それが可能なものとする意見の諸体系の多様性は、それらの中のいずれに対しても有効な政治の多数派を確保するのを許さない。それは不安定な協力、質の悪い政治家の政治のゲームをなす妥協、を生ぜしめる。経験が示すところでは、投票のこの型は、国家を無力に、国民を無秩序に、導く。他方において、それは名簿式投票 (scrutin de liste) の組織化を含意するので、それは、ひとりよく確立された名簿を構成することができる既存の諸政党に決定的な役割を付与する。諸政党の執行部はそのときから候補者たちの選択に先立つ権力をもつ。執行部は実際上あらかじめ、被選資格のある候補者たちをその格付けに応じて指定する。有権者は名簿を選ぶのであって人間を選ぶのではない。政治生活は諸政党の意向に委ねられる。遺憾な第二の帰結は次のことである。—— 当選者たちはもはや地域、地方を代表せず、かれらはあらゆる地方的拠点を、また一つの地域の生活や人々とのあらゆる組織化された関係を、失う。かれらはもはや抽象的にフランスを代表する以外に誰も代表しない。かれらはだから、その二重の代表の役割 —— 一地域から政府へ、また政府から一地域の中へ —— を演じることができない。

地域毎の名簿式投票、フランスにおいては県毎の名簿式投票の手続は、完全な比例代表制の手続の最も重大な欠陥を緩和しようと試みた。県毎の名簿の組織化は、世論の主要な諸傾向の選択を目立つようにする配慮を保っているが、しかしそれは諸意見の表現や候補者の選択および当選者の選択に地方的意義を回復する。世論の正確な再現は、地域的ばらつきがそれを妨害するから、もはや同じく真実のものではない。しかし、完全な比例代表制の欠陥は消滅しないが低く見積もられ、また少数派は代表を保ち続ける。そのかわりに、有効な政

治を導きうる多数派を目立たせることは確保されず、混乱の機会は残り、諸政党の影響力は重要なままである。

だから、立法府の選挙のために、選挙区毎の単記式投票がしばしば選好される。そのとき有権者の選択にいつそう影響を与えるのは、候補者たちの人格、かれらの成績、かれらの成功と失敗である。政党の執行部は、より小さな役割を演ずる。二回式の、そしてなおさら一回式の、多数決制投票は、その名が示すように、より明確な多数派の形成を、そして結果的に、勝利者たちによる、より安定した、より一貫性のある政治の追求を促進する。そのかわりに、世論のイメージは意図的に歪められ、無視しえない少数派の代表は碎かれるか除去されさえする。これは、地方的少数派の諸意見の多少とも集中した、もしくは希薄な、分布にしたがって、不平等な仕方においてであってともそうなのである。幾百万の市民たちが議会に対して代表されなくなる。²⁶⁾

ボランは、この非常に手短な分析から次のことを覚えておくべきであるとす。すなわち、議会体制において、いかなる選挙手続も真に満足のいくものでないこと、いかなる選挙手続も世論の真に忠実なイメージを与えないこと、またいかなる選挙手続も当然のこととして、公正、公平と、有効性の配慮との衝突を解決しないことを。歴史家が十分確認するように、一つの選挙の結果はたしかに決定的な事実であるが、しかし、その信頼性に関してはたくさんの疑念、たくさんの批判を生ぜしめる事実である。あまりにも明らかなのは、使用される投票制度の多様性は、諸計算が経験的に (a posteriori) それを立証するように、意見 (世論) の同一の状態に対して、非常に異なる選挙結果を、そしてそのこと自体のために、非常に疑わしい選挙結果をもたらすだろうということである。投票制度の型にしたがって、多数派は重要性において、また性質においてさえ変る。何百万もの投票が記載されるか、それとも無視されるかである。そのいかなる議員も未来の立法議会に選ばれえないことを決定した、1791年の憲法制定議会のナイーヴな美挙からまったく隔たって、立法府はやがて次のことを学んだ。すなわち、これこれの型の投票制度を選びつつ、かれらはかなりの程度まで未来の議会の構成に影響を及ぼしようということ。かれらは実にしばしば、必ずまったくの操作に従事した。選挙手続の選択は、打算的な下心や党派的な政治的意図を決して免れない。多数派の選挙は、受入れられたか課

されたごまかしを伴わずにはいない。

国民的規模での民主的過程における多数決の規則の重要性がどうであれ、それを適用する手続の性質と選択は、その政治的有効性に関して懐疑的なままであることを十分に認めなければならない。他の手続を想像することができないので、多数決の判定の恩恵に浴する人々は、かれらに授けられる統治権をまさにそれ相応に評価せねばならない。かれらには、多数派に合法的に与えられる権力は、それが真正に正統的であるよりもずっと大きい、ということを認める義務がある。かれらがなすすべてのこと、かれらが合法的になす権利のあるすべてことが、かれらに道義的に許されているわけではない。民主制の良い習わしは、公益よりも私益を、将来の利益よりも即座の利益を選好する傾向のある人間の諸情念に逆らって行かねばならない。だから、それは、強力で永続的であればあるほどすべての人の利益や諸少数派の利益を犠牲にして、権力の座にある多数派の利益に特典を与える、多数派の躍動に逆らって行かねばならない。²⁷⁾「節度をもって、またかれらをして多数派と国民とを混同しないことを可能にする見識の高さをもって、かれらの職務に従事すること、そして、かれらを支持する人々にその党派的精神を免れることを教えることは、権力の保持者たちの役目である。多数派から選ばれたかれらは、相互的寛容と相互的協力の精神において、国民的調和と両立しうる諸少数派の尊重と利益とを、国民の利益を通して担っている。事物の自然的力に反して、多数派の民主的政府が、法治国家の枠組みのなかで諸少数派の擁護を責任、職務とする、²⁸⁾ということを確認するのは逆説（理屈に合わないこと）ではない。」

選挙の過程の利点とは、ポランによれば、諸々の制御しうる公的な活動を生ぜしめること、そして、量的で、動かしがたい結果を作り出すことである。しかしながら、ひとは、どれほどそうした量的効果が、投票のために選ばれた方式次第であるか、また、どれほどそれが、選挙区の規模や性質と、だがまた、ひとが確保しようとする代表の型（はっきりした多数派を引き出すこと、少数派の代表を確保すること）と結びついているか、を知っている。要するに、外見的な動かし難いかかる量的体系は、必然的に、人工的で恣意的な取決めに基づくのであり、かつ、それらに関して幾つかの疑惑が漂わないわけにはいかない。

これらの留保がなされると、たとえ国家統治に参加するのに最も適した政治的エリートの形成が選挙過程の領域に属さないとしても、自由主義的体制では、国家を実際に統治する人々の選択は、必要に迫られて、その選挙過程の領域に属している。どうして別なやり方をすることができようか。市民たちを実際に政治装置の働きに参加させ、かれらのみにしか依存しない選択によって政治的事柄にかれらをかかわらせ、そしてかれらに、かれらの有効な政治的自由の印象と、少なくとも一瞬そうした自由の体験された経験を与えるのに、他の手段は存在しない。

深層のコンセンサスの観察に平行して、自由主義的体制は次のことを要求する。それは、世論が国民の中に存在するさまざまな政治的審級の次元で、自由な選挙の公平な組織によって頻繁な仕方意見が求められることである。選挙によって民意を問うこと (consultations électorales) の欠陥、それらの手管、それらの不確かさがどのようなであれ、統治者たちの権力に時間における制限と、かれらが権力を用いた仕方に経験に基づく (a posteriori) 判断を設定しつつ、選挙によって民意を問うことは、統治者たちの場合によっては起り得る乱用や行過ぎに対抗する、最も堅固な障害を構成する。自由な選挙、頻繁な選挙、は自由主義的諸体制の第一の基準である。それらの欠如、またはそれらの歪曲は、独裁や全体主義的諸体制の汚辱のしるしである。それに、各人は知っている。——独裁や全体主義の脅威が漂うとき、至高の訴えにして唯一の希望は、それらがどれほど不完全であろうとも、自由な諸選挙の接近の中にある。²⁹⁾

こうして次のように結論するように導かれる。—— すなわち、自由主義的であろうとする政治権力の基盤は、一方では、深層のコンセンサスの中にしっかりとめられるが、それはそのとき知られるというよりも感じられ解釈される。また他方では、それは量的に決定でき制御しうるが、そのときそれは皮相的で、不可避的な手管に見舞われる。自由主義的権力の基盤は、決して完全には確保されない。しかし、それは自然なことでないか、とポランは言う。というのも、あの自由主義的権力は、その未来がつねに不確かである自由な諸同意に、またそれへの不信が分ちがたく内属する信頼に、支えられようとするからである。それは、一国民の只中で、本質的に自由で反省的な人々 —— かれらは自律的で独立的たらんとし、またしかしながら、服従したり命令したりすべく導かれる ——

の間の、複雑な諸関係の宿命でないだろうか。それに、権力の座にある人々自身もまた、その同じ自由の可能な人々、つねに更新される情勢の中におかれ、そして、かれらのみに属する最終的なその判断に従って、巨大な権力を用いるべく導かれる人々でないか。服従する人々にとっても、また同様に命令する人々にとっても、かれらの自由の恐るべき使用である。なぜなら、その使用は、独立としか、またおそらく唯ルソーがそう思ったように、孤独としか、一致しないように思われるから。他のあらゆる所以上、自由主義的体制において、自由な黙示的、明示的諸同意から生まれるが、事物の力によってそれらを越えて位置するところの、あの主権的権力の正統性の問題が提起される³⁰⁾。

二 自由主義的権力の正統性

統治の正統性は、たんに国家の憲法とその基本法の尊重に、また、その統治者たちの選挙に適用された法律と合法的手続の尊重に、基づくのではない。合法性は決して正統性にとって十分でありえない。法律は、それが法律であるから正統なのではない。ポランによれば、それが正統なのは、立法者が、そして結局、彼がそれによって法律を制定する原理が、正統だからである。法律は仲立ちでしかないし、正統性はそれに依存しない。前者は後者を伝えるのである。法律は立法者に依存するが、立法者はそれに依存しない。というのも、彼はそれを好きなように変更したり廃止したりしうるから。

ひとは伝統的に法律による統治を誉め称えるが、しかし、その称賛は、たんに法律の支配が人間の恣意的支配を免れるのを可能にする限りにおいて、正当化される。法律はまた、極悪のものでありうる。立法者は己の権力を乱用し、そして己の法律によってたいそう合法的に、隸属、拷問、大虐殺を引き起しうる。そして、ひとはまた、現行法や最もよく意図された憲法を乱用しうる。ドイツにおいて、国家社会主義はワイマール憲法に従って権力を掌握した。そして、政治的有效性を心配した自由主義者たちによって作成された1958年のフランス憲法は、その暗示的な前文が無力化されるならば、たいそう合法的に、フランスに一党の独裁を、または全体主義的体制すらを、設定するのを可能ならしめるだろう³¹⁾。

政治権力の正統性の承認は、合理的確実性の秩序に属さない一つの意見である、とポランは言う。それは、生きることや感じることの習慣から生まれた、また、国民の歴史やその現在の文化の中に刻まれた長いあいだ体験された伝統と諸価値から生まれた、内奥の信頼に、理性的考察が付け加わるところの確信である。正統性は、国民の存在にとって本質的な一原理、その存続を制御するが、その存続の合理的な諸条件には還元されえない、つねに超越的な聖なる一原理、への信仰を表明する。正統性の源泉は、ポランによれば、深層のコンセンサス、国民の精神、がそこに集まる一団の諸原理にある。己の歴史に基づき、己の作品や己の成功の中に刻まれて、それは同時に一つの使命を主張する。それは、来るべき作品（仕事）への訴え、連続性における超出の要求である。

人間、社会、政治についてのある何らかの考え方に支えられて、この深層のコンセンサスは、国民を活気づける精神のインスピレーションの下で、己のうちに国民の中に来るべき歴史を築く義務を含んでいる。歴史の産物によって蓄積された諸決定を越えて、それは固有の精神——国民の精神——によって活気づけられた一文化の創造を追求する。かかる精神は、人類の諸歴史の、大きなおよび小さな諸文化の中で、それらの独創性、一貫性、連続性において、たいそう驚くべき仕方、しかしたいそう動かし難い仕方、で、表明される。そしてそれは、それらの各々を不屈の歴史的個性にするのである。

もちろん、一国民の精神、それが引き起すコンセンサスは、その運動、偉業、またその不幸、偉大な作品、その英雄たち、神話、基本的諸価値の形をとって、体験された哲学のうちに現われうるにちがいない。国民のメンバーたちの各々によって、その慣れ親しんだ風景、取巻き、固有の文化を通して体験されたかかる默示的哲学、かかる現前こそが、その明示的意見よりも、各人において一層深く、一層内奥の、ナショナルな同意の原理をなし、そして、ナショナルな感情とともに、一文化への帰属の感覚、祖国への愛、を生じるのである。そこにこそ正統性の原理が存する。それは、各人とすべての人の現実的存在を超越し、そして、正統的体制における統治者たちの誠実さと被治者たちの忠誠を活気づける、あの決定的な信仰を鼓吹するのである。

ポランによれば、一つの政治体制と一つの政治の正統性を基礎づけるものは、文化および文化的使命である。己の文化を否認しようとする一つの政治、一つ

の政治的意志は、正統でなく、そのうえ下部構造を欠いているので効力がなく、破綻に追い込まれるだろう。コンセンサスを生ぜしめる各国民文化は、遂行すべき使命、実現すべき政治的義務——それらはその正統性の明示的諸原理である——の形をとって、政治的言語に表れる。かかる使命は複合的である、とポランは言う。それはまず最初に、政治体制に与えられるあらゆる使命に内在する機能的諸要素——保存、政治的共同体の擁護、内的な秩序と平和の維持、および外的防衛の諸要素——を伴う。かかる機能的諸要素に対して、各文化はさらに、その人間の考え方や人間としての生活様式に対応する政治的使命を付け加える。各々の国民文化には、それに固有なる正統性の原理、その歴史やその個性に相応して統治者たちに与えられる特定の使命、が対応する。

公的秩序の設定と擁護を目的とする政治的権威は正統なものであって、かかる秩序の只中で、各個人は、他者の理性的自由の尊重と承認のうちに、反省的で理性的な自由の可能な人間として生きることができよう。また、そこで彼は、己に可能である諸々の徳と才能を最高度にまで実現するのを可能ならしめる諸条件を見いだしうるだろう。統治者たちの政治的使命に注意をこらすことは、自由主義に固有の正統性の原理の古典的な特徴の一つである。——古典的な自由主義的権力が正統的であるのは、公権力が、人間存在の諸条件をすべての人のために維持することをめざして、私的諸活動がなしえないこと、またはかかる諸活動がなすのに十分でないかもしくは下手になすようなことを、なすために、しかもそうしたことのみをなすために、行動する限りにおいてである。それは、自由主義的用語では、ひとが公益と称するものである。³²⁾

とりわけ「人民」の「一般意志」が、正統性の原理であると同時に、主権の原理をなすという幻想に陥らないようにしよう、とポランは言う。³³⁾ポランの考えでは、政治的正統性の原理は、国民の集合的無意識の生と未来のうえに、そのあらゆる歴史的重みとそのあらゆる伝統で重みをもつ、あの国民的コンセンサスである。正統性の原理は、人民とその統治者たち、つまり政治体全体、を超越している。したがって、それは決してただちに明示的ではない。各市民によってその文化の最深部にまで経験が体験されるや、それは信仰の対象であり、また、天職、使命、の原理である。したがって、ひとがそれによって「人民」、言い換えれば世論、に意見を求める選挙作用を強化すること、また、すでに示

されたように、かかる作用がもたらす皮相的なもの、不自然なもの、事件本位のもの、盲目的なもの、を埋め合わせるのがたいそう重要である。

当選者たちを任務 (mission) の名において選びつつ、ひとは、それを遂行することを約束する人々を信頼して選ぶ。—— それには、あらゆる自由主義的政治的権威に内在的な機能的任務と、時の要請に応える状況に応じた任務がある。たしかに、世論は政治的選択をよく理解していないし、またそれを具現する政治的人間たちの個性を通してしか、それをほとんど想像しない。しかし、一つの任務の規定の周囲に、相互的な法的約束 — 当選者たちの誠実さへの約束、有権者たちの忠誠への約束 — が設定される。不信的信頼のかかる相互的行為 — 命令の原理と服従の原理 — は、「信託」(trust) の名の下に英語によって見事に分析されている。それは信頼の任務であって、受託者たち (trustees)、信用できる人々に、ここでは統治者たち、大政治家たちに授けられる³⁴⁾。

自由主義的正統性の教説は、無条件的、無制約的、かつ永続的な正統性の考え方を拒否する。その条件、その制限は、人間の、また政治社会の、哲学的着想のうちに、次いで基本法のうちに、表現される基本的任務のなかに刻まれている。授けられる正統性は、永続的でないと同様に、無条件的でも無制約でもない。ひとは実際、政治行動をその有効性で測る。成功は、たしかに政治の正統性を確立するのに十分ではない。もしそれがコンセンサスの表現でないならば、どんな政治も正統的でないから。しかし、国民的コンセンサスとかかわった、その究極目的によって正当化された政治は、それを最後に正統化されるのではない。なおもそれは、少なくとも期限内に成功せねばならない。その成功こそが、長期的にはそれに対する正統性を保つのである。正統性への信仰は、成功とともに強化されるが、しかしそれは、なおそれ以上に、失敗とともに衰える。政治の繰り返される失敗は、それをなす人々の撤退をもたさねばならず、そして実際、たいそうしばしばそれを引き起している。正統性はたんに原理の事柄でなく、それはまた、二次的だが決定的な仕方、有効性の事柄である。一つの体制は、だから、それを活気づける人々が、効果的な政治家たち、すなわち、かれらの成功によって連続して正当化される大政治家たち、である限りにおいてのみ、永続的に正統なのである。³⁵⁾

三 自由主義の大政治家

古典的自由主義は、「主権者」(Souverain)の語を用いることをあまり好まない。それにとって、この語は法律の制御や諸権力の均衡を免れて、恣意的に使える全能を想起させるのである。実のところ、その歴史やその現在の文化を通して国民の精神を表現する、あの深いコンセンサス——その存在条件——を具現する、そうした資格での一つの主権あるいは主権的諸機能が、国家の中でまさしく行使されねばならない、とポランは言う。かかるコンセンサスからその正統性を受け取るのは、そうした資格での主権であり、それを実施する諸制度なのである。そうした主権的諸機能を行使する大政治家たち、そうした資格での主権の助任司祭たち(vicaires)、すなわち執行権と立法権の資格保持者たちの総体は、絶対的権力を使えないはずがない。言い換えれば、かれらは最終的に決定する権力を意のままに用いるのである。³⁶⁾

すでに確認されたように、法律が沈黙するときでさえ、あらゆる合理的計算、あらゆる制御可能な情報を越えてさえ、確率の最も理性的な算定も予測し難さを除去しない不確実性の領域で、至高の諸決定がなされねばならない度毎に、最終的決定権の使用はあらゆる政治的共同体の機能的な必然性(une nécessité fonctionnelle)なのである。政治は、公的自由や私的自由の可能な、諸々の集合体や諸々の個人を統治する技術でないだろうか。ポランによれば、あらゆる主権的決定、すなわちあらゆる最終的決定は、リスクを冒すことを要求し、かつ共同体全体の運命を掛かり合いにしうる。主権的技術は、もし国家の事由が要求するならば、各人と全員の生死を意のままに用いる。ひとが絶対的主権について語らないわけにいかないのは、この明確な意味においてである。

しかしながら、権力の座にある大政治家たちは、そうした資格での主権者たちではない。あの人たちは、抽象的で制度的な主権の助任司祭たちでしかない。かれらはたんに一つの住民によって選ばれた代表にすぎず、その住民の意見は、それを過去および未来において越えているあの深いコンセンサスに、伝達手段として役立っている。さて、よく知られているように、代表の選挙による選択は、事の成行きや偶然的カリスマに従うし、またときには、諸メディアや面前の人物による、二義的な出来事の攪乱させる影響で、不純にされる。選挙過程

がどれほど不可欠で、どれほど正当化しようとしても、それはある意味でまたは他の意味で、投票様式の恣意的取決めによって、つねに歪められた作為的な（不自然な）選択をもたらす。それは、国民的コンセンサスの、しばしば行過ぎた、つねに一時的な、つねにすでに追い越された、表面的次元しか明かさないのである。しかしながら、国民的共同体の運命は、そうした成行き of 当選者たちの掌中にある。かれらの使命の正統性や体制自体の正統性に至るまで、かれらの行動の成功に依存しないものはない。たいそう決定的でたいそう危険に満ちた使命をあえて引受ける人々は、どのようなであり、またとりわけどのようなであらねばならないだろうか。

ボランは、大政治家 (l'homme d'Etat) のことを考えており、高級官僚 (technocrate) や政治家 (politicien) のことを考えているのではない。人々はあまりにしばしば、自らのずる賢さや自らの低俗な「術策」(combines) を、マキアヴェリ37)の教訓からインスピレーションをえた高等政策と見なす、政治家たちの餌食となる。ひとが自分の虚栄心や自分の野心しかほとんど危険にさらさない舞台裏の駆け引きや党派の小細工と、大政治家の戦略や戦術との間には、共通点がなく、後者において各瞬間に賭けられているのは、共通利益や祖国の運命である。

大政治家は、もちろん自分の固有の利益よりも、だがまた自分のグループや自分の党派よりも、共通利益を優先させることを知っている人間である。大政治家は、自由を、人々の大きな総体の熟慮された諸自由を、納得させ、整序し、組織することを知っている人間である。それは精神的任務である。なぜなら、自由な反省的な諸精神の間の関係が問題となっているから。彼は、かれらの固有の役割や任務と調和的に結合された公益への、かれらの忠誠や服従、かれらの献身、を確保することを知っている。

大政治家はまた専門家でありうるが、しかし彼は、必然的に戦争、法律、経済の、または何らかの技術の、専門家ではない。彼の本来の対象である人々の総体をテクノクラートの狭い観点から見る大政治家を、どのような退廃が脅かすかを、ひとはあまりにもよく知っている。われわれの同時代人は、あまりにしばしば経済的なものの重要性によって押し流されるままになり、誤って政治を経済の排他的視角から考察する。この最後の混同を、それが政治に重くのし

かからせる脅威のために公然と非難しよう。それは、政治の精神的な諸目的を物質的なものに、行動を享受に、仕上げられる作品を単なる安楽に、変更してしまう。大政治家は、ただ彼のエキスパートたちや専門技術のある大臣たちを選ぶことができないからではない。

個人的諸資質はほとんど強調されないが、それらは当然のことだからである。政治的知性は、とりわけ良識によって、総合的精神と率直に見る能力によって、また既成の諸観念やイデオロギー的諸偏見を免れる技術によって、特徴づけられる。良識は、可能なものの感覚、所与の状況において実現しうるものの感覚、を含意する。もしそれが何かにつけて時宜を得た感覚でないならば、それは良識ではないだろう。それは理に叶ったものの直接的洞察である。

もちろん本質的なことを述べたのはマキアヴェリである、とポランは言う。彼は君主 (Prince)、大政治家、に固有の資質をヴィルトゥ (力量 virtù) と呼んだ。ヴィルトゥは知的明敏性であると同時に、勇氣、つまり幻想のないシニスムをもって政治的諸力を扱うのに適した道徳的エネルギー、また、強靱さ、つまり人間的事柄における大望の成就に必要とされる固執の精神である。マキアヴェリは合理的に、「科学的に」計算された政治的有効性の規則を、人間の諸情念や諸徳の鋭い認識に基づく、手段と目的の用語で規定した。ポランによれば、自由主義者たちが、こうした避けられない計算を拒否するのは正しくない。その計算は、他の直接的な政治的諸力 — 物理的暴力や、嘘、秘密、裏切り、または策略のような精神的暴力 — とまったく同様に、精神的諸価値を、それらの政治的影響力に応じて考慮する。自由主義にとっては、また、マキアヴェリがそう教えるように、政治は人々の正しい評価を経由する。原則として次のことを認めるのが望ましい。— すべての人は劣悪で邪悪である可能性があるが、しかし、かかる不信を背景にして、政治的技術は、ひとがかれらに託しうる望みや、ひとがかれらに委ねる役割のためにかれらに抱きうる信頼に応じて、最良のものを評価するその能力で推し測られるのである。

大政治家は、もし彼が十分な高邁とある何らかの偉大さに達するならば、真のカリスマを漂わせることはかなり自然なことである。しかし、かかる個人的現前、かかる確信、献身、熱狂を引き起す態度は、だからといって、彼の政治の価値を保証するものではない。それは権威の強力な要素である。また、それ

は諸幻想の深刻な誘因でありうる。そのうえ、高度な政治的責任をとる人間にその信頼を与えるために、自由主義は、別の次元での知的、道徳的諸徳を要求する。たいそう偶然的な選挙の選択によって、たいそう不確かな使命へ導かれた大政治家は、同一の心に、己の任務に十分な信念をもって献身すると同時に、己の使命の限界と己の固有の限界との感情をもち続けなければならない。己の使命への信念、己自身への信念は、人間たちの事象の不完全さと不確実さが彼に抱かせる一種の懐疑論の中に刻み込まなければならない。それゆえ、彼は己のあらゆる行動に、絶えざる思慮をもち続けることができないなければならない。

思慮とは、ポランによれば、すべての与件を知りえない状況において、ひとが決して完全に信頼していない仲間や、つねに大いに予測し難い敵対者たちの面前で、不確かな諸価値を実践する技術である。それは、進取の気性、強靱さ、果敢さと、己の行動のうちにもち続けられた慎みや自制とを、結びつける徳であって、進行中の状況への絶えざる適合を可能ならしめる。人間たちが問題となっているゆえに、科学を欠き、ありえない知識を欠いてさえいるので、思慮は、決定や掛り合いの精神を、見識の高さや省察の自由 — 政治的事柄において最大の効果と最小の失敗を保証するために必要であるところの — と結びつける。それは知的徳であると同時に道徳的徳であり、またそこでは、その一方はつねに他方の条件である。要するに、その両方の領域にかかわるので、大政治家にとって、思慮の徳は理性的であることにその本質がある。

思慮の徳は、政治家においては、すぐれて自由主義的徳である穏健さ(modération)の徳と相伴う。それは、自由な人間たちの統治にふさわしく、また、大政治家が己の決定をなして認めさせる前に、かれらの間で、また、公益や国家の緊急必要に対して、実践せねばならない絶えざる審判にふさわしい。それは実際、己自身に関する尺度、人間たちの間での尺度としての、尺度の感覚、つまり、可能なるものの感覚、だがまた、過度なものや不当なものの感覚、を含意する。そうしたものが徳であり、それは大政治家をして、己の勢力の誘惑を抑えることを、行動の牽引や成功から生まれる誘因にすら抵抗することを、可能ならしめる。必要なことをやり遂げることができること、だが、立ち止まり、己自身、自制することができること、これは大政治家がより多くの権力を使えるだけにそれだけ一層貴重な一つの徳である。

それはまた、調停や妥協の意志と使用を含意しており、それらがなければ、自由な人間たちは協力することができないだろう。低級な政治のしるしであるどころか、妥協は、差異を調停し、不一致を減らし、異なる自由な人々の要求と共同生活の必要性との間に、理に叶った比率を導入する政治的技術である。それは、紛争と力の状況を理性的な共存の状況に置き換える技術、一つの自由主義的体制が作り出され持続するのを許す、一般的同意を生ぜしめる技術である。

その穏健さは当然、大政治家自身の野心にかかわる。それは、己の使命への彼の誠実さがとる形式であって、かかる使命を彼は、一つの奉仕として、すなわち己自身もまた己の栄光も決して目的とするのではなく、己を越える諸目的に仕えるという、彼に属する流儀として解釈しなければならない。——たとえ、そのときの政治的目標である、あの中間的形象をそれらに与えることが彼に属しているとしても。彼のものである卓越性、彼の真の栄光とは、情勢やチャンスを検討すると、可能な限り公益の良い奉仕者であった、ということである。まったく正統に彼にとって重要である、彼の本当の栄光は、日常的に自分の虚栄心を満足させるそれだけでなく、彼の国民の歴史の判断が彼に与えるであろうそれである。彼は心のうちで歴史の判断と対決しようと試みることを決してやめるべきでない³⁸⁾。

ポランは、幻想を抱かないようにしようとも言う。一つの理想的模範が問題だからである。かれらの天分がどうであれ、何人の大政治家たちがその模範に従うに至っただろうか。また、たとえ彼がその企図において偉大で幸運であったとしても、いかなる大政治家もあまりに永続的に権力を所有しつづけないことを、人々は願う傾向があるだろう。そうした実際の組織がたいそう平凡であっても、かれらの無際限な安定性でなく、権力の交代、最良者たちの権力への一時的復帰、を願わなければならない。

ひとが確認するのは、自由主義国家は次のような場合にしか機能しえないことである。——それは、大政治家たちへの信頼がなされる場合、統治者の諸徳や忠誠への賭、被治者の諸徳や忠誠への賭、がなされ保持される場合、そして同時に、自由の善用が、運も加わって、その悪用に打ち勝ちうる確率への賭がなされ保持される場合である。法律より習俗を、諸制度より諸徳を、頼りにする

のが、自由主義の特性である。それは、政治が一つの文化の表現である、と主張する教説にふさわしいことである。もし自由主義国家が健全な状態でありうるとすれば、それは、かかる国家がその現れである文化があるがままの状態であるからであり、反省的で理性的な自由を実践する一般的傾向と同様、自由主義的習俗が秀でているからである。

ひとは進んで政府の「政治的責任」について語り、また、政府自体も進んでそのすべての重みを引受けることを表明する。しかし、かかる政治的責任の観念は、大変混乱しており、大変疑わしい。実際、事実上、制裁 (sanction) を伴わないと言いうような、責任 (responsabilité) とは何を意味しうのか。制裁は、それが、なされた諸決定、遂行された諸行為、およびそれらの諸結果、に釣り合わされる場合にしか価値をもたない。ところで、統治者にとって、それらのことは、国民生活の全体に影響を与え、国家の良い運営や健全さ、国民の富または貧困、国民の生死、を問題にする。正義の剣や戦争の剣の主権的使用は、すべての市民の生存の諸条件に影響を与える。統治者であるあの個人たちに科しうる制裁は、何ら大きさの同じ次元のものでなく、それは極限的には共通の意味をもたない。

ポランが指摘するように、財産の没収、自由の剥奪、国外追放、陶片追放、処刑、国民的な資格剥奪、そうした制裁のどれも、引き起された諸災難に見合ったものでなく、それは、それらのこととまったく類似点がない。かかる制裁は象徴的価値しかもたず、それも怪しい。それはむしろ復讐やデマゴギーの精神を表しており、実際は低劣な情念を示すものである。またポランは、特別背任罪の事例と、幾つかの憲法で想定された弾劾のための高等法院を無視することにしようと言う。その手続は狭い法律万能主義でたいそうばかげているので、それは政治的なものの次元に達しない。それは実際、それが設置されるや否や、事実上、空文化されている。

幾つかの憲法は、「議会の前での」統治者の「政治的責任」を確立した。「不信任」または「懲罰」の投票の対象となる政府は権力を奪われ、そのメンバーたちはたんなる代表的役割に、または市民の私的生活に、戻される。それに、この手続は刑罰的制裁としてでなく、かれらの失敗の「政治的制裁」として解釈されうる。それは、ほどほどに機能するたんなる政治的テクニクである。

しかし、政治的道德の次元では、かかる投票が、国民の生死、国民の財産または貧困を問題にする諸々の破局を引き起した無能や愚行をわずかでも処罰するのであれば、かかる制裁は適合していないし、取るに足りない。

そのうえ、明らかなことだが、成功や勝利の場合に、大政治家は彼の功績の報いをそれ以上受取らない。彼を取巻く栄光は制度から生じるのではなく、政治的な忘恩が栄光のふつうの伴侶である。——だが、感謝の念はどのように表されねばならないのだろうか。ひとが言うように、歴史は、もし歴史家たちがかれらの偏見を除去されるならば、評価を回復させる責任を負うだろう。（フランス革命のことを考えよう、とポランは言う。）それがいつかやって来るとして、それはふつう多くの時間を要することである。

実際、大政治家の政治的任務の大きさはたいそうはなはだしいので、至高の権力の行使は一つの至高の責任を含意する。それは、全体のために最終的に決定する者の責任、だが、適切な制裁を欠いているので、根本的な無責任を兼ね備える者の責任である。だから、大政治家は、責任があると同時に無責任である。ひとが劣悪な国家元首に対して、またかれらの中の最悪の者に対してさえ、望むことのできる唯一のもっともな制裁は、たかが道徳的制裁、悔恨または恥辱、にすぎない。——悲しいかな、高慢、盲目、または狂信が、ふつうかれらを、その余命の間それらから解き放つに十分である。しかし、これは自由主義的な大政治家にとっては、何という慎み深さと謙虚さの教訓であろうか。彼は使命感によって、思慮、穩健さ、懷疑の態度をもって —— これぞさらなる証拠であるが ——、道徳的政治を實踐しようと努める。³⁹⁾

四 エリートと大衆

ポランに従えば、人々の自然的素質やかれらの諸徳の多様性のために、人々はみな異なっており不平等である。それが何であれ、かれらの自由の使用、かれらが受ける教育、また、かれらが自らに与える教育は、かかる差異やかかる不平等を増大させるのみである。人間のあらゆる活動、あらゆる対決、競争、闘争、そして協力すらも差異を強め、無際限に特殊性を増加させる。こうした差異の表明は、社会生活において、諸々の能力、遂行、役割、状況における、

また不可避免的に価値や功績の評価における、それにまた各人がそこから引き出す利益における、つねに増大する不平等を引き起す。

社会生活の組織化は、諸個人の間の協力を合理化しつつ、分業を確保し、役割を振り分ける。それはつまり、たんにかかる組織化が不平等を発達させるだけでなく、つねにより大きな多様性を設けつつ、またそれを諸ヒエラルキーの中にはめ込みつつ、不平等を制度化するということである。政治構造なくして社会生活はない。権威の諸関係は、社会的、政治的生活のあらゆる形態の中に、自ずから設定されるのである。政治的なものの本質そのものをなし、不平等のいかんともい難い政治的形態をなすところの、命令と服従の不可避免的関係についての正統的な法的状態の設置がそれである。

だから、あらゆる社会は、当然、不平等主義的である、とポランは言う。自由主義的諸社会は方針としてそうであるが、他の諸社会も、それが社会主義的であれ全体主義的であれ、必然的にそうである。自由主義者たちは自らにとってそれを一つの功績とするが、他の主義の人々はそれをよく隠された秘密にする。その反対を主張することは、己自身を盲目にすること、またとりわけ、他の人々を盲目にしようとすることである。差異と不平等を削除するのを望むふりをすることは、人間の事物の不可避免的力に逆らうことである。物理的強制と精神的強制のあらゆる形態をそこで用いることは、自由と精神のあらゆる生活形態に激しく襲いかかること、そして、あらゆる政治のうち最も非人間的なものと、すべてそうしたこと、人間性に反するあらゆる犯罪、を空しく実践することである。⁴⁰⁾

マルクスが彼のイデオロギーをもって広めることができた毒 (poisons) の最悪のものは、彼が「総称的人間」(l'homme générique) と呼ぶものの実現の場として提示された、均質的な、階級のない社会という希望である。彼が何といおうとも、まったくのユートピアの中にもたついて、彼はあれほど褒めやされた「総称的人間」と、「特定的人間」すなわち人類のメンバーとして考えられた人間とを、彼の狂信者たちに混同するように促した。—— そうしたものとして、すべての人間は実際、等しく、特定の平等の特徴をもっている。しかし、かかる初歩的平等は、よりよく理解されたマルクスにおいてさえ、各人間の、その諸能力とその固有の諸徳における、最も完全な実現と何の関係もない。マ

ルクスは、彼がその哲学的思想から最良のものを引き出したところの、ヘーゲル哲学を転倒させたことを自慢していた。それは支障なしに行われた操作ではなかった。なぜなら、マルクス主義の狂信者たちのところで、それは一つのものに、もう一つのものの機能を与えるのと同じことになるからである。⁴¹⁾

羨望、怠惰、安逸の精神、および後見の倫理から生まれた平等主義的諸イデオロギーはおおいに頑張ったので、ついにエリートの観念は、大多数にとって嫌悪すべきものに、恥ずべきものすらになった。しかるに、事実上のエリートの存在自体は、臆面もなく拒絶されて、イデオロギー的幻想として扱われている。しかしながら、かれらが伝統や専門的要請を背負った社会に生きているという理由で、たいそう異なり不平等なこうした諸個人は、かれらの仕事、奉仕、役割に従って、諸々のグループや部門に分けられ、そして、そのような社会の中で支配的な生活様式に対応する価値の尺度に従って分類される。同一の個人が、実際、たんに彼の家族集団のみならず、文化的、社会的、職業的、経済的、政治的、スポーツ的な幾つかの集団に属しており、そこで彼は、さまざまな役割を演じうるし、またそこで彼は、さまざまな価値を認められうるのである。各集団、各活動が、それに固有のヒエラルキーを生ぜしめ、またしたがって、エリートを生ぜしめる。

そうした諸集団の各々において、エリートが、多少とも暗黙の、または多少とも組織された、現役員による新役員の選考 (cooptation) の方法で承認されないとき、エリートは自らの判断で己を押しつける。エリートは、最良者たち (oi aristoi) を結集しつつ、現れ出る。他の人々、多数者 (oi polloi) は、ほとんど名称をもらうことはない。⁴²⁾

自由主義は、ポランによれば、困難な、要求の多い、また心を高揚させる実践である。それは大人たちに、言い換えれば、すでにエリートに、向けられている。なぜなら、かれらの年齢がどうであれ、すべての人が大人になるまでに至るわけでないから。真の自由主義的な市民は、大人でなければならないだろう。なぜなら、己自身の中にある最良のものを見事に実現すべく、己の自由を理に叶った義務として行使するためには、即座や現在から解放され、己の固有の利益よりも公益を選好することができる、大人でなければならないから、言い換えれば、明敏で自制的でなければならないから。公益へ、また他の人々の

尊重へ整序された、己自身の自由の使用は、高邁や寛大さを求め、一種の高貴さをもって己の生を生きることを求める。

自由主義は各人に、彼なりのやり方で、その役割、職業、技芸において、エリートに参加するように促す。自由主義は、均質的な大衆の生活の安易さの中に、無気力でそのこと自体によって無意義な順応主義の中に、閉じこもらない。自由主義はかかるエントロピーを拒否する。それは、つねに開放的で自由な、多様な諸集団からなり、閉鎖的なカーストや階級のない、多元的な、不平等主義的な社会を、活気づける。立派に構造化されたかかる社会は、たえず見直される諸ヒエラルキーによって整序される。なぜなら、諸ヒエラルキーは、たえず己の証拠を示さねばならないから。

エリートは一つの閉ざされた構造ではない、とポランは言う。それは短期間の間に、己の作品、己の行為によって、己の才能、己の価値の、最も明白な証拠を与えるに至った人々によって形成される。自由主義的エリートは、運と歴史が加わるとしても（だが、それらの一方を取り消そうとしても無駄だろう）、何かにつけて、自らの功績によって決まる。エリートは、各人が己の自由を使用しうる至る所で、言い換えれば、協力、組織、相互的承認が、競合、競争、敵対と結びつきうるとき、仕事と闘争がある至る所で、形成される傾向がある。

エリートと大衆の関係は、ポランによれば、たんに命令と服従の関係であるのみでなく、あらゆる種類のサービスの交換の関係である。かかる関係は複合的である。――まず第一に、こちらのエリートの一員をなす人々は、あちらのエリートの一員をなさないから。次に、エリートは常時、多数者から刷新されるから、そしてこのことは、社会がより自由主義的であるだけ一層容易であるから。最後に、エリートと大衆の間で、何より大事なのは、同一の組織化された全体への参加の中での、サービスの交換であるから。任務や役割の分割が実際にそうであるようならば、協力は命令と同じくらい重要である。

自由主義にとって、エリートは、国民に対してなされる役割、国民に対してもたらされるサービス、によって結集される、一つの不安定な総体である。それを構成する諸個人は、運が介入するとしても、かれらの行為、かれらの作品、要するに、かれらの功績のおかげで、その一員となる。これは、かれらがそれに値するかぎりであって、それ以上ではない。なるほど、エリートは諸制度の

中に設定されなくては、また伝統を抛り所として新しい伝統を生ぜしめなくては、行動することはできない。しかし、自由主義的様式のエリートは、閉ざされた、または閉鎖的な、ましてや世襲的な、構造ではない。それは、表明される諸々の功績に応じた絶えざる刷新のうちにあるだけに、ますます自らの役割を演ずるのである。

たしかに、次のことは不可避的であり、また有益でもある。—— 一人の人間の、エリートへの参加は、彼に似通ったある者への誘因的ないし教育的影響を有する。ひとは、ユートピアに陥ることなしに、また一層悪いことに、それが鼓吹しうる暴力に陥ることなしに、家系というものの現実や価値を無視することはできないだろう。しかし、遺産自体が値打ちがあるのであり、また後継者以上に、落伍者や失墜者がいるのである。自由主義にとって、貴族は一つの制度であることをやめ、それは一つの徳にとどまった。エリートへの所属は、特権よりも義務を、名誉よりも奉仕を、利益よりも任務を伴う。それは決定的に正当化されるのではなく、絶えずそうされる。エリートに属することは、自由な存在様式であり、己の創造的自由を表明することである。⁴³⁾

均質的社会の観念は、歴史のあらゆる与件に反している、とポランは主張する。真の均質的社会は、アナキストたちのユートピアに対応することだろう。強制によってかかる社会を設定しようとする人々は、せいぜい誤って平等主義的な、偽-均質的社会を打ち立てるにすぎない。というのも、それはしっかりと厳しく序列化された執行部の手中にある、真の上級階級たる、一つの支配的な党の作品であって、この党が制度的エリートのあらゆる特権を享受するからであり、かつ、暴力の一貫した使用がそれを固定する傾向があるからである。

今度は、生まれつき積極的な、創造的な大衆という観念は、ロマンティックな混乱に由来する、とポランは言う。—— 世代のあらゆる継起を通して、諸個人からなる大衆が集合的記憶 (mémoire collective) を証明するという口実で、また、それが伝える諸々の観念、価値、神話、傾向の間の、濾過と上澄み移しによって、一種の成熟が、試練や成功と失敗のおかげでその中に作用するという口実で、ひとは大衆に熟慮と創造の力を付与しようとする。だが、自由で創造的であるのは諸個人であって、かれらのみが理性的反省、意志、決定の可能なものである。

最良者たちの、つまり自らの才能を養うために最もよく文化を吸収しうる人々の、結合、協力、競争は、エリートを、諸状況を支配し、解決策や作品を作り出し、かれらの意志を課し、決定し、統治するための、社会的、政治的生活に必要な要素とする。エリートこそが最良の保存や最も豊かな超出を保証し、そのうえ、国民をして他者や情勢の挑戦に応え、歴史の諸障害に打ち勝つことを可能ならしめる。一つの社会はそのエリートのおかげで勝利を収め、また、もはやエリートをもたないことで死に瀕している。一国民の、またその文化の、歴史の中で、エリートのつねに不思議な現前と謎めいた形成ほど重要なことはない。

自由主義は伝統的に、それができるかぎり開放的で、要求が多く、また選択的であるという条件で、教育を信頼する。それは、各人が己の素質や己の諸徳に対して示す証拠に応じて、各々の次元で選ばれた大多数に訴える。自由主義者は、競争の徳やコンクールの結果を信じる。エリートは、学校での、また生活においての、成功のおかげで現れる。しかし、もしエリートに嫌がらせをし、その出現を阻止するたくさんの手段があるならば、それを形成するための方法はない。才能、発明の精神、知的鋭敏さ、また厳密さの精神さえも、実を言えば、習って身につくものではない。

問題は、ポランによれば、政治的エリートが主題であるならばとくに困難である。—— 決定の精神、責任の感覚、それに国家の感覚のための教育は、それが理性的反省に従うとき、行動の証拠のみが可能なものとする、あの「自由のための教育」に属する。ひとは知的諸徳および実践的諸徳を教えうるだろうか。これは古代風の問いである。ひとがよく理解するように、教育の体系は、一つの文化への手ほどきの他に、次のようなことを二重の目的とする。—— 一方において、各個人を、彼がそのために最もよくつくられた任務へ向かわせること、他方において、各人を、彼に似ている人々の最良の者たちとともに、公正な競争と厳しい対抗意識の中で、自分で彼自身の資質を発達させ主張しうるようにすること。

越えること (surpasser)、また己自身を越えること (se surpasser soi-même)、これがエリート形成の原則であるが、それはまた、エリートの一時的性格とその絶えざる変化の原則でもある。こうして、文化、社会、および

国家の、あらゆる任務、あらゆる技芸、あらゆる機能に適した、多様な形をしたエリートの形成は、自由主義の次のような基本的な究極目的に合流する。— 各人が、最もふさわしい自由をもって、己の中にもつ素質や才能を、己に可能なかぎり見事に十分に鍛えうるようにすること。かれらの競争やかれらの闘争を越えて、その名に値するエリートは、その義務の遂行やそのサービスの実行の中で、かれらの相互的な感謝の念を、また国民のあらゆる集団とのかれらの補完性を、示さねばならないだろう。⁴⁴⁾

注

1) Raymond Polin, *La liberté de notre temps*, Vrin, 1977, Introduction, pp. 9–10. ポランは続けて次のように書いている。— 「国家社会主義（ナチス）の、またファシズムのイデオロギーの突然の出現、それらの一時的運命は、自由主義のどうしようもない不十分さと衰弱のしるしを提供しなかっただろうか。さらに、それらの敗北は自由主義だけの仕事ではなく、共通の敵に対する、全体主義的コミュニズムと同盟を結んだ自由主義の仕事であった。全体主義の勝利は東欧にその支配を拡大し、一つの普遍的帝国に対するそのヘゲモニーを準備して、いずれにせよ自由主義にカウンターをくらわせたし、地図上に自由主義の失敗の広大な地域を書き入れた。— だからといって、それが何百年もの確信に浸りきっているかぎり、その良心を傷つけたり、その己自身への信頼を傷つけたりすることはなかったが。自由主義は、それらの自由の相互的承認によって調停され認められた諸々の教説や態度の多元主義のなかに真理が住まうことを大いに確信しているので、またそれは普遍的寛容の只中での諸イデオロギーの平和的共存をたいそうよく信じているので、イデオロギー的共存のかたくな拒否は、それにとって思わぬ障害として、教育の補完を課せられるべき教育の欠如として現われるのであって、どんな自由主義との可能な妥協の精神もない不測の矛盾として現われるのではない。かかる拒否は、しかしながら、どんな関係のもとでも相容れない、信じかつ生活する二つの様式のあいだの致命的な闘争の余地しか残さないような、越えがたい障害である。／西欧世界の内部ですら、自由主義はさらに己の勝利を信じる非常に多くの理由をもつのだろうか。よりリベラルな自由主義のその無限の追求は、その衰弱、その腐敗を、そして不確定性のおかげで、自由の無意味さと同時に、自由の失墜をもたらしさないだろうか。……」 (op. cit., p.10.)

2) R. Polin, *Le libéralisme Oui*, La Table Ronde, 1984, p. 97.

3) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 97–98.

4) Machiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, I, 3. 「共和国について書きしるしているすべての人の指摘にもあるとおり、また、どの歴史のなかにもあふれているその実例に照らしてみても、国家をうちたて、それに法律を整備させようとする人は、次のことを肝に銘じておく必要がある。／すなわち、すべての人間はよこしまなものであり、自由かつてにふるまうことのできる条件がととのうと、すぐさま本来の邪悪な性格をぞんぶんに発揮してやろうとすきをうかがうようになるものだということである。彼

らの邪悪さがしばらくのあいだ影をひそめているとすれば、それはなにかまだわかっていない理由によるのであって、そのうちにあらゆる真理の父であるといわれている時間が、その化けの皮をひきはがすことになる。」(『政略論』永井三明訳、世界の名著「マキアヴェリ」、中央公論社、179-180頁。)

5) Kant, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, 1784. 「世界公民的見地における一般史の構想」第四命題、『啓蒙とは何か 他四篇』、29-30頁参照。

6) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 98-100.

7) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 100-101.

8) R. Polin, « L'existence des nations », in *Annales de Philosophie politique*, t. 8, PUF, 1969, p. 43. cf. Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, liv. XIX, (t. I, éd. R. Derathé, Garnier); Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité*, O. C., III, Pléiade, p. 169; Rousseau, *Du contrat social*, liv. I, ch. 6, O. C., III, pp. 360-362.

9) Polin, « L'existence des nations », p. 43.

10) Polin, « L'existence des nations », pp. 43-44.

11) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 101 「……[視聴覚メディアは] 明らかではあるが無責任な仕方、で、視聴率の名において、情念を静めるよりもかき立てようと工夫を凝らす。社会的無秩序が結局問題にするのは、いやでも応でも公的秩序である。ジョルジュ・ポンピドゥー (George Pompidou) は1968年の後、次のように告白していた。すなわち、彼はある時、政治的権威の伝導ベルト (伝達役 les courroies de transmission) が正常に機能しなくなったと実感していた。／最初は一時的苦難をあきらめたが長い間に白けた世論は、不安に捉えられるままになって次第にいらだつ。すべては結局、あたかも社会的事柄では世論が至高の判定者になったかのように推移する。社会的無秩序が、公的平和を、あらゆる私的事柄のよい進行を、傷つけるおかげで、世論には耐えられなくなる時が来る。世論は少しずつ準拠として、次いでブレーキとして、次いで緩衝装置として、ついには裁定役として役立つようになる。まるでそれは、最終的に己が民主主義的意志の表明たることを明確にする、と言わんばかりである。これこそ普通、公権力によって事柄を再び引受けるために選ばれる時機である。」(R. Polin, *La République, entre démocratie sociale et démocratie aristocratique*, PUF, 1997, III, ch. 1, p. 206.)

12) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 101-103.

13) Polin, *La République*, II, ch. 2, p. 121.

14) Polin, *La République*, II, ch. 2, p. 122. ルソーにとって世論は、習俗、慣習とともに一種の法である。cf. Rousseau, *Du contrat social*, liv. III, ch. XII. — 「これら三種の法〔政治法、民法、刑法〕に、第四の法、すべての法の中でもっとも重要な法が加わる。この法は、大理石や銅板にきざまれているのではなく、市民たちの心にきざまれている。これこそ、国家の真の憲法をなすもの、日々新たな力をえて、他の法が老衰し、または亡びてゆくときに、これにふたたび生命をふきこみ、またはこれにとって代るもの、人民にその建国の精神を失わしめず、知らず知らずのうちに権威の力に習慣の力をおきかえるものである。私のいわんとするのは、習俗、慣習、ことに世論である。……」(桑原

武夫・前川貞次郎訳、岩波文庫、81－82頁。）

- 15) Polin, *La République*, II, ch. 2, pp. 121－123.
- 16) Polin, *La République*, II, ch. 2, p. 125.
- 17) Polin, *La République*, II, ch. 2, p. 132.
- 18) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 103－104.
- 19) Polin, *La République*, II, ch. 5, pp. 170－171. 「ひとはレフェレンダムの使用を非難することを望んだ。なぜなら、それはつねに一種のプレビシット (plébiscite 人民投票。国家の指導者への信任投票) を含意するであろうから。しかし、世論がそれほど基本的な諸問題を評価するためには、諸問題がそこでもまた、かつ他のところ以上に、政治家たちによって表明された実際の政策を通して、かつ非常に特徴のある政治的状况において、形をなすのでなければならないのでないか。自由の国において、かくて唯一人の人間に委ねられる巨大な権力をそなえた、共和国大統領の一般投票 (普通選挙) での選挙を設定するレフェレンダムは、もしそれを提案したのがド・ゴール将軍でなかったとしたら、しかも1962年においてでなかったとしたら、それは好意的な多数派を見出しえただろうか。／いずれにせよ質問は単純でなければならない、その二つの項が評判の高い保証をもつような、明白な政治の二者択一にかかわるのでなければならない。単一の回答を求めつつ、ちぐはぐな幾つかの質問を提示するのは、強制およびごまかしに属する。憲法のそれであれ、条約のそれであれ、あるレフェレンダムに複雑な文章を提案するのは、レフェレンダムを純粹に象徴的なジェスチャーに帰することであり、それは意味のある熟慮された判断への訴えであるよりも、プロパガンダ、政治的たくらみに属する。たいそう複雑で、曖昧で、ほとんど一貫性のない妥協を担う条文をもつマーストリヒト条約 (le traité de Maastricht 欧州連合条約、1993年11月発効) に関するレフェレンダムは、不条理な、したがって疑わしい発議の典型だった。」 (op. cit., p. 171.)
- 20) Polin, *La République*, II, ch. 5, pp. 171－173.
- 21) Polin, *La République*, II, ch. 5, p. 173.
- 22) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 104.
- 23) cf. Rousseau, *Du contrat social*, liv. II, ch. I : Que la souveraineté est inaliénable.
- 24) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 104－105. 「さらに、人間対人間の関係が問題でありうるかどうか。しかし、有権者と当選者の間に、實際上、決して個人的な関係は存在しない。非常に例外的な場合には、カリスマの関係が導入されうる。ふつう、選挙の投票で与えられる同意は、図式的枠組みの中で展開される、抽象的な法的过程である。実際、一つの原則が問題である。― それは反省的で理性的な自由の可能な市民の行為であって、かかる行為は自由主義的体制の基礎である。自由な人間の、他人の自由の公的な善用への、かかる信頼は象徴の価値をもつ。」 (op. cit., p. 105.)
- 25) Polin, *La République*, II, ch. 5, pp. 165－166.
- 26) Polin, *La République*, II, ch. 5, pp. 166－168.
- 27) Polin, *La République*, II, ch. 5, pp. 168－169.
- 28) Polin, *La République*, II, ch. 5, p. 169.
- 29) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 105－106.

- 30) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 106.
- 31) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 106 – 107.
- 32) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 107 – 108.
- 33) 自由主義者ポランは、国民主権と区別された意味での人民主権説に次下のような批判 — 1 人格の問題、2 法学的意味での人民、3 立法権と執行権の行使、4 正統性の源泉、5 一般意志の神話 — を試みている。すなわち「ひとが漠然と、一種の想像上の集会を形成しつつ、すべての住民 (populations) の形で想像する「人民」 (peuple) は、「群衆」 (multitude) または「大衆」 (masse) の名で飾られようと、何ら意欲することの可能な人格を構成しない。用語の法学的意味では、人民とは、基本法によって規定された立法的、執行的、および司法的諸制度のうちに市民たち (citoyens) の全体を結合する公法の構造 (la structure de droit public) である。人民はその立法者たちの意志以外の他の意志をもたないし、その大臣たちの決定以外の他の決定をなさない。統治者たちこそが、ひとが巧妙にもまことしやかに人民と名づけるものである。人民は、だから、擬似-主権者 (pseudo-souverain) でしかない。それ (人民) は諸々の政治的出来事に即して存在する。それ (人民) はさらに、それを越えた所から、ひとがまったく口先ではそれこそが源泉であると主張するところの、正統性を受け取る必要がある。「一般意志」はといえば、それはジャン=ジャック・ルソーの名声以外に他の基礎をもたない神話である。その用語は、それが有する混乱したものに対して、外見上あまりにも明晰すぎるのである。誰もそれが何であるかを知らない。」 (op. cit., p. 109.)
- 34) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 109 – 110. 「かかる相互的行為は、今度は、本来的で明示的な真の契約の形をとる。統治者たちに授けられた権威は、自由裁量の権力であるのをやめる。統治者たちのために設定された権力は、あの二重の任務 — 一つは、生き生きした文化から発出し、決定的圧力を表現する、基本的に聖なるもの、他の一つは、時間において、状況的で制限されたもの — によって制約されている。／統治者たちは当然、市民たちに、かれらが国家の法律に対して約束した服従を課すために、必要な諸権力を意のままに用いる。任務の決定 — 統治契約の締結 — は、場合によっては起り得る契約の破棄の決定と背任行為の規定を可能なものとする。」 (op. cit., p. 110.)
- 35) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 109 – 111.
- 36) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 111.
- 37) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 111 – 112. ポランは、中央のまたは地方の政治権力を公式に行使する市民、または、合法的ないし法律的手段、政治的技術がもたらす権威、影響力、説得、実力のような特定的手段を使用しつつ、まさに政治的任務に携わろうとする市民、を示すために「政治的人間 (政治家)」 (homme politique) の用語を用いる。この表現は普通、その人間の才能や徳、彼の成功または失敗を何ら考慮せずに、非常に一般的な意味をもつ。それに対して、「大政治家」 (homme d'Etat) という表現は、その才能が、体験された経験によって、また勝ち取られ認められた成功によって、証明され、周知のものである政治的人間を示すものである。(cf. Polin, *La République*, IV, ch. 1, p. 236.)
- 38) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 112 – 115.
- 39) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 115 – 117.

40) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 118 – 119.

41) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 119.

42) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 119 – 120. ポランは次のように付言する。 — ひとは、軽蔑的呼称「無知な大衆」(vulgum pecus)、またはニーチェ流のはっきりと敵意をもった呼称「群衆」(troupeau)、または建設的であろうとする呼称「下部組織」(base)の間でためらう、それを「泥棒仲間」(pègre)と呼びつつ、公的汚名で全員の中の最悪のメンバーを示そうとするのでなければ。現代では、エリートの最も有意義な反対語は、おそらく「大衆」(masse)であろう。(op. cit., p. 120.)

43) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 120 – 121.

44) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 121 – 123.

〈判例研究〉

Big Lagoon Rancheria v. California, 741 F.3d 1032 (9th Cir. 2014).

— インディアンのために土地を取得する連邦政府の権限は、¹⁾「インディアン再組織法」が制定された1934年の時点において合衆国の連邦管轄権の下にあったインディアン部族のための土地の取得に限定される。1934年の時点でインディアン部族が連邦の管轄権の下にはなかった場合、当該部族は、²⁾1988年制定の「インディアン・ゲーミング規制法」に基づいて当該部族の土地で「第3種ゲーミング」を経営するための必須条件である「部族 - 州間協定」を締結する交渉を誠実に行なうよう州に要求すること（合衆国法律集第25編第2710条第d項第3号（A））ができないとされた事例 —

藤 田 尚 則

【事実の概要】

1. 連邦によって承認されたインディアン部族 (federally recognized Indian tribe) であるユロク・インディアンとトロワ・インディアン (Yurok and Tolowa Indians) が居住するビッグ・ラグーン・ランチェリア (Big Lagoon Rancheria) は、カリフォルニア州北部のフンボルト郡 (Humboldt County) トリニダード

1) Act of June 18, 1934, ch. 576, 48 Stat. 984 (codified as amended at 25 U.S.C. § 461, et seq.).

2) Act of Oct. 17, 1988, Pub. L. No. 100-597, 102 Stat. 2467 (codified as amended at 25 U.S.C. § 2701, et seq.).

(Trinidad) のビッグ・ラグーン海岸に沿った土地2区画のランチェリアである。本件部族がカジノ経営を提案している11エーカーの土地は、1934年制定の「インディアン再組織法」(the Indian Reorganization Act) (以下、「IRA」という。)に基づいてインディアン問題局 (Bureau of Indian Affairs) (以下、「BIA」という。)を通じて1994年に合衆国によって取得されていた。BIAは、1世紀前の1918年にジェームズ・チャーリー (James Charley) とその家族の自作農場として他の区画 — 11エーカーの土地に隣接する9エーカーの土地 — を購入していた。当時のBIAの記録によれば、購入代金は、「カリフォルニア州の土地を持たないインディアンのホーム・ヴィレッジ (home village) のための土地購入」に充てられる歳出予算から支払われている。1921年までにはチャーリーは死亡しており、彼の未亡人は、彼らの子どもたちとトリニダートに移転していた。チャーリーの息子ロバート (Robert) は、1942年から1946年にかけて9エーカーの土地に住んでいた可能性があるが、当該土地は30年以上にわたって使用されていない。1954年前後、トーマス・ウィリアムズ (Thomas Williams) — 結婚によるロバートの甥 — と彼の妻リラ (Lila) が、BIAから土地に住むための許可を受け取ったが、所有権の主張はしてはいなかった。1950年代に入り、連邦の対インディアン政策は、孤立から同化へと転換され、連邦政府は保留地と部族団体を解消し、彼らの土地を個々の部族構成員に分配する方向へと進んだ。1958年には「カリフォルニア州ランチェリア管理終結法」(the California Rancheria Termination Act, Pub. L. No. 85-671, 72 Stat. 619) が合衆国議会によって制定された。同法は、カリフォルニア州内のインディアンの小さな保留地であるおよそ43のランチェリアを強制的に解消しようとするものであった — もっともその内の幾つかのランチェリアは、後にその地位を回復している — 。1964年に同法が改正され (Pub. L. No. 88-419, 78 Stat. 390)、全てのランチェリアは解消と土地の分配を要求することが認められた。

ウィリアムズ夫婦は、明らかに9エーカーの土地をランチェリアと考えていた。というのも、夫婦は1967年にランチェリアの解消と土地の分配を申請したからである。1968年のBIAの覚書には、対照的に、9エーカーの区画は当該区画が1918年に取得された際「インディアンの特定の部族、バンド (band) 若しくは団体に保留されたものではなかった。」と記され、更に占有者 (居住者) は

正式に組織化されたものではなく、割当地 (allotment) 若しくは公式の譲渡証書 (assignment) を持っていなかったと記載されている。それにも拘わらずBIAは、ウィリアムズ夫婦と1968年に当該土地に生活していたその娘及び娘の夫への土地の分配を承認した。請求された土地の分配は、ウィリアムズ夫婦が請求を取り下げたがために実行されなかった。しかし1968年の土地の分配先一覧表が、現在の本件部族の構成員の基礎となっている。ランチェリアの名前は、1979年の一覧表である「合衆国と政府対政府の関係を持つインディアン部族の団体」(フェデラル・レジスタ第44号7325頁(1979年2月6日))に始めて現れている。その後は、同様の一覧表に名前が記されている(例えばフェデラル・レジスタ第78号26384-02頁(2013年5月6日));「承認され、BIAからの役務を受け取る資格を有するインディアン団体」。一覧表に載っているおよそ24人の構成員は、チャーリーではなく、彼の息子の妻の甥を祖先としている。

1994年にIIエーカーの土地を購入していたBIAは、当該土地を合衆国法律集第25編第24章(インディアン土地の整理統合)第2202条(「本編第465条〔土地の取得、水利権又は地表権; 歳出予算; 土地への権原; 非課税〕は、本編第478条〔IRAの受入れの選択〕の規定にも拘わらず、全ての部族に適用される。。」)に従って、「連邦によって承認されたインディアン・ランチェリアたるビッグ・ラグーン・ランチェリアのために信託」に付した。第2202条は、「インディアンに土地を提供する目的のために」土地を取得する権限をBIAに付与する同第465条(IRA第5条)に基づいている。第465条第4文はIRA又は「1955年7月28日法」(69 Stat. 392)(同第608条以下)に従って取得された土地若しくは権利への権原 (title) は「土地が取得されるインディアン部族又は個々人のインディアンのために合衆国の名前で取得される。」と規定している。第479条(IRA第19条)は、IRAにいうインディアンとは「現在連邦の管轄権 (federal jurisdiction) の下にある承認されたインディアン部族の構成員であるインディアンの血統である全ての人、及び1934年6月1日にインディアン保留地の現在の境界線内に居住する当該構成員の直系卑属、並びにインディアンの血統の2分の1以上のその他の全てのインディアンを含む。」と規定している。合衆国最高裁判所は、2009年2月24日の *Carcieri v. Salazar* (555 U.S. 379 (2009))(以下、「*Carcieri*判決」という。)で第479条にいう「現在連邦の管轄権の下にある……部族」とは、「明確にIRAが1934

年に制定された時に合衆国の連邦管轄権の下にあった諸部族をいう。」と判示した。従って *Carciere* 判決に従えば、BIAは1934年の時点で連邦の管轄権の下になかった部族のために信託で土地を購入する権限はないことになる。

2. 1970年代に入り、州と部族との間にビンゴ・ホール (bingo hall) の経営をめぐる衝突が生じるようになってきた。合衆国最高裁判所は、1987年、*California v. Cabazon Band of Mission Indians* (480 U.S. 202 (1987)) (以下、「*Cabazon*判決」という。) で、以下のように判示した。すなわち①保留地への州の刑事管轄権を認める「一般法律第280号」(the Public Law 280)³⁾は、州及び郡の賭博法が刑事法 (criminal law) ではなく、規制法 (regulatory law) であるが故にビンゴを規制する州及び郡の賭博法を部族に執行する権限を授与しない。②州及び郡の賭博法の部族のビンゴ事業への適用は、「組織的犯罪取締法」(the Organized Crime Control Law) によって正当化されない。③組織的犯罪による部族のビンゴ事業の浸透を妨げることに州が有する利益は、連邦及び部族がビンゴ事業を支援することに有する「やむにやまれぬ利益」に照らして州による当該事業の規制を正当化し得ない。

合衆国議会第100議会は、*Cabazon* 判決を大きな契機として、翌1998年10月17日に「インディアン土地におけるゲーミングを規制するための法律」、所謂「インディアン・ゲーミング規制法」(the Indian Gaming Regulatory Act) (以下、「IGRA」という。) を制定した。IGRAは、許可されるゲーミングを第1種ゲーミング (class I gaming)、第2種ゲーミング (class II gaming)、第3種ゲーミング (class III gaming) に3分類し、それぞれ分類ごとに管轄権 (jurisdiction) の主体及び規制のあり方について詳細な定めを置いているところ、本件で問題となるカジノ型の賭博を含む第3種ゲーミングは、インディアンと州との間に締結される「部族-州間協定」(Tribal-State compact) に従って経営される場合に限ってインディアン土地で認められている (合衆国法律集第25編第2710条第d項第1号(C))。当該協定は、第3種ゲーミングが行なわれ、又は行なわれるであろうインディアン土地に管轄権を有するインディアン部族によって州

3) 拙著『アメリカ・インディアン法研究 (I) インディアン政策史』(2012年) 474頁～495頁参照。

に対して請求される交渉の帰結であり、請求を受け取った場合、州は部族と当該協定を締結するために「誠実に」(in good faith) 交渉しなければならないとされる(同第2710条第d項第3号(A))。州が交渉に応じなかった場合、又は誠実に対応しなかった場合、部族は合衆国地方裁判所に訴訟提起することができる(同第2710条第d項第7号(B)(i))。地方裁判所が州は誠実に交渉に応じなかったと判断した場合、地方裁判所は州及びインディアン部族に協定を60日以内に締結するよう命じなければならない(同第2710条第d項第7号(B)(iii))。IGRAは、「インディアンの土地」について「インディアン保留地の境界内の全ての土地」及び「インディアンの部族若しくは個人の利益のために合衆国によって信託保有され、又は合衆国による譲渡制限に服すインディアンの部族若しくは個人によって保有され、及インディアン部族が政府権力を行使する全ての土地権原(land title)」をいう。」と規定している(同第2703条第4号)。

3. カリフォルニア州(以下、「州」という。)は、1998年と翌1999年の2回にわたってインディアンの土地で第3種ゲーミングを經營しようとする部族に協定の雛形を提示した。そこに本件部族も含まれていた。多くの部族は雛形を受け容れたが、本件部族はこれを拒否し、州は誠実に交渉していないと主張して、地方裁判所に第一次訴訟を提起した。訴訟継続中も本件部族は州と交渉を続行し、2005年8月17日にシュワルツネガー政権と合意に達した(第一次訴訟は、この時点で「再訴可能な訴え」却下となっている。)。協定は、同州のバーストー(Barstow) — 非インディアンの土地 — でカファイラとクペーノ・インディアンのロス・コヨーテ・バンド(Los Coyotes Band of Cahuilla and Cupeno Indian)と共同してゲーミング經營を行なうというものであった(「バーストー協定」(Barstow Compact))。バーストー協定の成立には幾つかの条件があり、その1つが州議会による承認を条件としていた。同議会は、2006年及び2007年会期に当該協定を承認せず、協定は2007年9月に無効となった。

2007年9月18日、本件部族は、第3種ゲーミングを「フンボルト郡の海岸線に沿ったビッグ・ラグーンに隣接するビッグ・ラグーン・ランチェリアを構成する信託土地(trust land)で」經營したいとの書面を州に提出した。同年11月19日、州が、ランチェリア周辺に位置する州の資源の環境に配慮した協定草案 — 開設場所と施設の内容が示された3つの案が提示されている — を本件部族に

送付した。双方の間の応答を経た後、本件部族がこれを拒否した。本件部族は、2008年10月6日に新たな要望書を州に提出した。要望書は、1994年にBIAによって本件部族のために信託で取得された11エーカーの土地で350の装置から成るカジノと100室を有するホテルの経営の許可を要望し、州が示してきた環境改善策には同意していたが、収入の分配に関しては「課税対象となるものについては州に支払うこと」を拒否し、同年11月7日までに協定が成立しない場合、訴訟を提起する旨を伝えていた。州は、同年10月31日に最終提案を本件部族に送達し、9エーカーの土地と11エーカーの土地とを区別することなくランチェリアでカジノとホテルを経営することを本件部族に許可することに同意した。州は、カジノとホテルの規模については同意したが、依然、協定には環境改善策が盛り込まれるべきこと、そして4半期ごとに収益の15パーセントが州に支払われるべきであることを提案した。当事者は、協定を結ぶに至ることができなかった。

4. 本件部族は、2009年4月3日、州は誠実に交渉に応じなかったとして、IGRAに違反すると主張して第二次訴訟を州を相手に合衆国カリフォルニア州北部地区地方裁判所に提起した。州は、その訴答のなかで「ビッグ・ラグーン・ランチェリアは、現在、連邦によって承認された部族一覧表に載っており、合衆国が、ランチェリアはカリフォルニア州フンボルト郡内に連邦政府が保有する土地の信託の受益者であると看做している。」ことには同意しているが、積極的抗弁として「ビッグ・ラグーン・ランチェリアは、1988年10月17日後に信託で取得された土地で第3種ゲーミングを認める協定を交渉することをアーノルド・シュワルツネガーに強制する差止命令による救済を求める権利を持たない。蓋し、ビッグ・ラグーン・ランチェリアは、合衆国法律集第25編第465条に従って信託不動産譲渡の受益者たる資格がなく、従って当該土地に受益的権利を付与されていない。」と主張した。ディスカバリー (discovery) を経た後、両当事者は、略式判決 (summary judgement) を要求した。州は、とりわけ「合衆国が違法にビッグ・ラグーン・ランチェリアのために信託で取得した土地でのゲーミングを許可することは公益に反する。」と主張し、*Carciere* 判決を根拠に本件部族は1934年の時点で連邦の管轄権の下にある部族ではなかったが故に「11エーカーの土地は、IGRAの下でゲーミング経営を行なう法的資格を有するインディ

アンの土地に当たらない。」と主張した。地方裁判所は、2011年1月27日に判決を下した (Big Lagoon Rancheria v. California, 759 F. Supp. 2d 1149 (N.D. Cal. 2010).) (以下、「*Big Lagoon I*判決」という。)。地方裁判所は、州は誠実に交渉していないと判示し、誠実に交渉したか否かについて州は誠実の根拠として *Carcieri* 判決に依拠し得ないとした。蓋し州は、その最終提案を2008年10月31日に本件部族に送達しているが、合衆国最高裁判所が *Carcieri* 判決を下したのは2009年2月24日であって、州の提案はほぼ4ヶ月以前のことであり、州は当該州の行為の事後の正当化を通して誠実に交渉したことを立証したことにはならないからであるとした。地方裁判所は、独自の問題として11エーカーの土地の法的地位は関係がないとした。すなわち州は、本件部族が今日連邦によって承認されていること及びゲーミング事業が経営され得る土地を保有していることを争ってはならず、これらの事実からして本件部族は州と協定の締結に向けて誠実な交渉の資格を付与されており、11エーカーの土地の法的地位は結論を左右するものではないとした。他方で地方裁判所は、収益の配分が①ゲーミング事業の経営に直接的に関わっている場合、②IGRAの目的と一致している場合、州は誠実性とは関係なく本件部族に収益の配分を請求し得るとした。そして地方裁判所は、当事者双方に60日以内に協定を結ぶか、又はそれぞれの提案を裁判所が任命した調停人に提出するように命じた。当事者双方が、即時に上訴した。⁴⁾ 州は、判決が州にとって不利な略式判決を承認したこと及び連邦民事訴訟規則第56条第f項（現行第56条第d項）に基づく追加的ディスカバリーの継続の承認を拒否したことを不服として上訴した。他方本件部族は、判決が環境基準についての交渉が必然的に州による悪意を構成するものではないとした点を不服として交差上訴した。

4) 741 F.3d 1032, 1034-39 (9th Cir. 2014).

【判旨】

破棄・差戻し（2対1）

〔ブロック裁判官による意見〕

1. 当裁判所は、Guidiville Band of Pomo Indians v. NGV Gaming, Ltd (531 F.3d 767 (9th Cir. 2008)) (以下、「*Guidiville* 判決」という。) で、IGRA は部族に対して「訴訟を提起した時点でIGRAが定義する『インディアン土地』を保有することを立証する」必要があると規定するものである (*Id.* at 778) と判示した。当法廷は、更に合衆国第六巡回区控訴裁判所がMatch-E-B-Nash-She-Wish Band of Pottawatomis Indians v. Engler (304 F.3d 616 (6th Cir. 2002)) で「インディアン部族がインディアン土地を保有するまでは、州が当該部族と交渉する義務を負わないことは明らかである。」 (*Id.* at 618) と判示したことを支持するものである。当然の結果としてインディアン土地への管轄権が、IGRAの下で交渉の強制を求める訴訟の前提条件となる。IGRAは、「第3種ゲーミング事業が経営される又は経営されることが予想されるインディアン土地」に管轄権を有するインディアン部族に交渉を要求する権利を認めている (合衆国法律集第25編第2710条第d項第3号(A))。法律が、部族がインディアン土地に管轄権を有することのみを要求しているならば、当該土地がゲーミングの場所であろうとなかろうとインディアン土地に対する管轄権を有する部族は、その他の土地でのカジノ経営のための協定を交渉するよう州に強い得ることになる。しかしIRGAは、「インディアン部族のインディアン土地におけるゲーミング事業を管理する部族－州間協定」と規定している (同第25編第2710条第d項第3号(B))。要するに第2710条第d項第3号(B)の唯一の合理的解釈は、部族の交渉を要求する権利 — そして州が誠実に交渉しなかった場合に部族が訴える権利 — は、部族が第3種ゲーミングの経営を提案するインディアン土地を当該部族が保有しているとするそれである。問題は、11エーカーの土地区画でゲーミングが経営されるという本件部族の主張にあるところ、州は口頭弁論で9エーカーの土地区画は関係がないことに同意している。

2. 本件部族は、州はおよそ10年の間部族土地の法的地位について争うことなく交渉に従事してきたと主張するが、州が自発的に交渉するところのもの

は、州がIRGAに基づいて行為することを強制されるところのものと異なる。例えば、バーストー協定において本件部族は、BIAが候補地を信託に付すべきだとの要求に同意している。しかし当裁判所の *Guidiville* 判決に基づけば、本件部族は、当該土地に関し州に対して交渉するよう強制し得ず、インディアン部族は、訴訟提起時にIGRAによって定義されるインディアンの土地を保有していることを立証しなければならないのである。

さらに本件部族は、州はその答弁書の中で *Carcieri* 判決が下されてから2ヵ月後に訴訟提起されたという本件訴訟の法律上の争点を認めていると主張するが、答弁書は州が *Carcieri* 判決を認識していたこと、そして当該判決に依拠しようとしていたことを明らかにしている。州は、合衆国が本件部族をフンボルト郡内に連邦政府が保有する一定の土地の信託の受益者となるものと看做していることを認めている。州がその言葉を注意深く選択しているといういかなる懸念も、「本件部族は、合衆国法律集第25編第465条に従って信託不動産譲渡の受益者たる法的資格がない。」との州の主張によって拭いのけられる。

3.ゲーミングの候補地が州への協定締結の要求の時点でインディアンの土地でなければならないことについては、既に述べたとおりである。当裁判所は、*Guidiville* 判決で「将来」(in the future) 委託される土地はインディアンの土地の資格を与えられないと判示した (531 F.3d at 775)。本件においては、過去の委託が無効であるということが分った場合、その委託が資格を与えるか否かの決定を求められている。*Guidiville* 判決のみならず *Carcieri* 判決も、この点について何ら判示していない。制定法上の権限又は要件を侵害して行なわれた行政行為は、無効であるという確立した準則が存在する。換言すれば、権限のない行政機関の行為は、当初から無効とされるということである (*Utah Power & Light Co. v. United States*, 243 U.S. 389, 392 (1917).)。

本件部族及び反対意見は、「行政手続法」(the Administrative Procedure Act) (以下、「APA」という。)に基づく時宜を得た (timely) 訴訟提起が行政機関の行為を権限がないものとして争う唯一の手段であると主張する。反対意見は、民事訴訟の提起には訴える権利が生じてから6年以内でなければならないとする包括的な出訴期間 (合衆国法律集第28編第2401条第a項) がAPAに基づく訴訟に適用されると判決した当裁判所の *Wind River Mining Corp. v.*

United States (946 F.2d 710, 712-13 (9th Cir. 1991)) (以下、「*Wind River*判決」という。)を引用している。しかし当裁判所は、その際、行政機関の行為に対する異なった型の異議申立ては異なった関心事を引き起こすと述べた。すなわち当裁判所は、規制又はその他の機関の行為の採択の単なる手続的侵害を争おうとする場合、異議申立ては決定から6年以内に申し立てられなければならない。通例、終局性に対する政府の利益は、政策又は手続上の問題として機関の行為に抵抗しようとする新参者に勝る。異議申立て人が行政機関の決定の実体を憲法上の又は法律上の権限を踰越するものとして争う場合、当該申立て人は、特定の異議申立て人に対する決定の反対の適用の審査を求める異議申立てによる決定に続く6年より後に争うことができると判示した (*Id.* at 715)。 *Wind River*判決は、権限なき行政機関の行為に異議を申し立てる当事者の権利に関して述べているが、合衆国コロンビア特別区巡回区控訴裁判所は、特異性は「強制手続における防御的攻撃にも同様に適用される。」と述べている (N.L.R.B. Union v. Federal Labor Relations Auth., 834 F.2d 191 (D.C. Cir. 1987).)。

本件は、通例の意味での強制手続に関わる事案ではないが、行政機関の行為に由来する権利の第三者による強制を行政機関それ自体による強制と区別する理由は見出されない。 *Wind River*判決で提示された関心事は、本件にも当て嵌まる。1994年の委託は、それだけでは州にいかなる関心事も引き起こさないであろう。州が、その時にAPAに基づいてBIAの行為に異議を申し立てる当事者適格を有していたか否かが問題とされ得る (合衆国法律集第5編第702条)。権限のない行政機関の行為が6年の出訴期間にまだ服ずとすることは — 少なくとも合衆国第九巡回区控訴裁判所において — 正しいと判断する。合衆国第二巡回区控訴裁判所は、行政機関の行為に対する実体的異議申立て — 例えば、行政官の行為が、違憲であり、行政機関の実体的権限を超え、又は制定法の文言の誤った解釈を前提としているという訴訟提起 — には、出訴期間が存在しないと判示している (*Schiller v. Tower Semiconductor Ltd.*, 449 F.3d 286, 293 (2d Cir. 2006).)。当裁判所は、 *Wind River*判決で訴訟提起の出訴期間は「異議申立て人に対する異議が唱えられた決定の行政機関による適用」から始まると判示した (946 F.2d at 716)。本件において直接的な行政機関の関わり合いが存在しないことを念頭に置いた場合、1994年の委託の適用／強制に最も適切に

類似するものは、本件部族の交渉を強制するための訴訟提起である。本件において州は、即座に当該訴訟に対抗して委託に異議を唱えている。従って、州の異議申立てについて本案審理が行なわれなければならない（1994年の委託は、内務長官の実体的権限を踰越しているところ、州の異議申立ては6年の出訴期間を過ぎたとしても認められる。）。

歴史的に見て合衆国法律集第25編第2703条第4号(A)にいう保留地とは、部族から合衆国への土地譲渡から「保留された」土地に言及するものであり、1950年代初頭にインディアンの利用のために連邦政府によって「保留された」公有地を含むようになってきた。換言すれば土地は、①部族の土地の譲渡から保留された場合、②インディアン利用のために連邦政府によって取得された場合に保留地の一部である。何らかの理由により部族のために信託保有される土地が、部族の「保留地」の一部を構成しない事例が存在する。しかし11エーカーの土地区画が本件部族の保留地か否か、その法的地位は疑いなく部族のために信託に付された区画のBIAによる取得に由来する。合衆国最高裁判所は、*Carrieri* 判決でインディアンのために土地を取得する連邦政府の権限はIRAが1934年に制定された時点で合衆国の連邦管轄権下にあった部族のための取得に限定されるとした(555 U.S. at 395) が、部族にとって「連邦の管轄権下」にあるとは何を意味するかについては定義していない。

本件においてBIAによる1918年の土地の取得は、チャーリーとその家族のためにであった。彼ら全員は、今日においてはユロク族として知られているローワー・クラマス族(Lower Klamath Tribe)の構成員であった。BIAは、1968年に1918年の土地取得は「いかなる特定のインディアンの部族、バンド若しくは団体のために保留された」ものではないことを確認している。たとえ1918年の土地取得が特定の部族団体としてのチャーリー及びその家族の承認であったとしても、本件部族はそのルーツを当該団体に遡ることはできない。本件部族の構成員たる地位は、トーマス・ウィリアムズの血統にその基礎を置いている。BIAに従えばウィリアムズとその家族は、1968年に「正式に組織化されていなかった」のである。1934年当時、今日のビッグ・ラグーン・ランチェリアなるもとの土地の上に、家族若しくはその他の団体は存在しなかった。IRAの主たる目的は、保留地に居住する部族に彼ら自身の公共の福祉のために組織化する権

利を付与することにあった（同第476条（IRA第16条））。今日のランチェリアには誰も居住しておらず、組織化するための団体は存在しなかったのである（IRA制定直後に編集された258部族の一覧表にも載っていない。⁵⁾）。

〔ローリンソン裁判官による反対意見〕

1. 合衆国法律集第25編第2703条第4号(B)は、“any lands title to which is.....held in trust by the United States for the benefit of any Indian tribe or individual.....”（イタリック部分は筆者による。）と規定し、“is”という用語を使用している。当裁判所は、*Guidiville* 判決で合衆国法律集第25編第81条にいう「インディアン土地」の意味について審理した。同条は、インディアン部族との契約について規定しているところ、第81条第a項第1号でインディアン土地について「権原が合衆国によってインディアン部族のために信託で保有されている（is held by the United States in trust for an Indian Tribe）土地……」（イタリック部分は筆者による。）と規定している。当裁判所は、*Guidiville* 判決で第81条第a項における「ている」(is)という言葉の明確な現在時制の使用は、不動産が合衆国によって契約時に（at the time of the contract）信託で保有されていなければならないことを明確に規定したものであり、また合衆国議会がインディアン土地を定義する際に現在時制を使用したのは、当該土地が信託で保有されているかを決定するために、過去ではなく現在の状況を審理しなければならないことを規定したものであると判断した（531 F.3d at 770-76）。また当裁判所は、*Guidiville* 判決で第2703条第4号(B)における現在時制の用語の使用を第81条解釈と同様に解釈したのである（*Id.* at 778）。

2. 合衆国最高裁判所は、*Carcieri* 判決で特定インディアン部族のために信託で土地区画を受け容れる内務長官の計画に対する異議申立てを解決するに際して「現在連邦の管轄権の下にある」（第479条）という用語を解釈している——州知事が、APA（合衆国法律集第5編第702条）に基づいて合衆国地方裁判所に訴訟提起した事案——。重要なことは、*Carcieri* 判決がAPAの制限範囲以外での信託財産の指定の正当性についての間接的異議申立て（collateral challenge）について何も述べていないことにある。*Guidiville* 判決で判示されたように、第465

5) *Id.* at 1039-45.

条は、その執行規則とともに信託財産として土地が指定される手続を詳細に定め、当該手続の中に州及び地方政府に対して部族の申請に反対する機会を与えられており、更に言うべきは、最終決定が信託財産として指定するために行なわれた場合に全ての反対者は、当該決定を行政不服審査手続に訴え、及び連邦裁判所の審査に付すことができるのである (531 F.3d at 777) (合衆国最高裁判所は、*Carciere* 判決の中で反対者がAPAに基づいて信託財産としての土地指定決定の審査を求めたと記している (555 U.S. at 385))。

本件訴訟に至るまで11エーカーの土地が本件部族のために信託で取得された後およそ18年の間、カリフォルニア州は、行政上及び司法上の手続が存在するにも拘わらず信託指定の適法性について異議申立てを行なっていない。本件は、確実に *Wind River* 判決 (APAに基づく異議申立ては、争点となる行政機関の行為から6年以内に提起されなければならない (946 F.2d at 716)) とは異なるのである。我々は、異議申立て人が *Carciere* 判決においてAPAに基づいて時宜を得た異議申立てを訴訟提起していなかった、又は全く異なった制定法に基づいて訴訟提起したとするならば、合衆国最高裁がどのように判断したかを言うことができない。かかる理由の故に我々は、*Guidiville* 判決を支持する必要がある。*Carciere* 判決は、直接的に *Guidiville* 判決を覆していない。それ故に我々は、直接的に本件に答えている当裁判所の先例を否定するために *Carciere* 判決に依拠することはできない。IGRAの目的にとってゲーミング契約時に部族のために信託で保有される土地が含まれるとした *Guidiville* 判決に拘束される⁶⁾。

【解説】

1 - 1. 合衆国議会第100議会は、1987年の *Cabazon* 判決⁷⁾を大きな契機とし

6) *Id.* at 1045-47 (Rawlinson, J., dissenting).

7) 480 U.S. 202 (1987). カリフォルニア州ロサンゼルス⁷⁾の南東部に位置するリヴァーサイド郡内に、連邦によって承認されたインディアン部族であるミッション・インディアンのカバゾン・バンド及びモロンゴ・バンド (Cabazon and Morongo Bands of Mission Indians) の保留地 (reservation) が存在している。各々のバンド (以下、「部族」という。) は、内務長官によって承認された「条例」(ordinance) に基づいてその

て、翌1998年10月17日にIGRA⁸⁾を制定した。同法は全文23カ条からなり、合衆国法律集第25編（インディアン）第29章（インディアン・ゲーミング規制）第2701条ないし2721条及び同第18編（犯罪及び刑事手続）第53章（インディアン）第1166条ないし第1168条に編纂されている。IGRAの主たる目的は、①インディアン部族の経済発展、部族の自給自足及び強力な部族政府の促進、②部族によるゲーミングの組織的犯罪及びその他の有害な影響からの保護、③インディアンの土地におけるゲーミングに関する自主的な連邦の規制権限及び連邦基準の確立、④そして「国家インディアン・ゲーミング委員会」（National Indian Gaming Commission）（以下、「NIGC」という。）の設立にある（第2702条）。インディアン・ゲーミングは、合衆国におけるその他の賭博の形態とは全く異なるものである。と言うのは、インディアン・ゲーミングは「部族主権」（tribal sovereignty）の現れであるからである。この部族主権は、法的、文化的及び精神的権限を有する自決する先住民ネーション（self-governing indigenous nation）としてのインディアン部族の地位に由来するものである。部族主権の核心にあるものは、部族の固有の自治権（right of self-determination）である。構成員を決定し、法を制定執行し、構成員の安全と福利を提供し、部族の伝統と文化を育て、そ

保留地でビンゴ・ゲーム（bingo game）を行なっていた。またカバゾン・バンドは、ドローポーカー（draw card）及びその他のカードが行なわれるカードクラブ（card club）をオープンしていた。ゲームは、一般大衆に公開され、主に保留地の外からやって来る非インディアンによってプレイされていた。ゲームは、部族構成員の雇用を促進し、部族の唯一の収入源であった。これに対してカリフォルニア州は、部族に「州刑法」（Cal. Penal Code Ann. § 326.5（West Supp.1987））を適用しようとした。州刑法は、ビンゴのプレイを全く禁止しているというわけではなく、指定された慈善団体の代価が支払われない構成員によって経営され、スタッフが配置されている場合は許可され、収益は特別会計に計上され、慈善目的にのみ使用されると規定している。また賞金は、ゲーム毎に250ドルを超えてはならないと規定されている。カリフォルニア州は、2つの保留地におけるビンゴ・ゲームが上記制限に違反するものであるとし、部族は州法に従わなければならないと主張した。リヴァーサイド郡も、部族に対してビンゴを規制する「郡条例第558号」及びドローポーカー並びにその他のカードゲーム（card game）を禁止する「郡条例第331号」を適用しようと試みた。そこで部族は、郡を相手に、郡は保留地内に郡条例を適用する権限がないとする宣言的判決、及び郡条例の執行停止を命ずる差止命令を求めて合衆国カリフォルニア州中央地区地方裁判所に訴訟を提起した。州が、訴訟に参加した。地方裁判所は、州のみならず郡もその「賭博法」（gambling law）を

して連邦政府、州政府及び地方政府と関係する部族の権限は、全て部族主権に基づくものであり、部族が彼らの未来を選択する権利が含まれる。⁹⁾ IGRAは、連邦政府、州政府、そして部族政府間の競合する主権の利益を監督制度にそれぞれの役割を与えることによって均衡を保つという共同的連邦主義者(cooperative federalist) ¹⁰⁾の体制を創りだしたものと言われる。

IGRAは、許可されるゲーミングを第1種ゲーミング、第2種ゲーミング、第3種ゲーミングに3分類し、それぞれ分類ごとに管轄権の主体及び規制のあり方について詳細な定めを置いている。第1種ゲーミングは、最小限の価値がある賞金のためのソーシャル・ゲーム (social game) 又は部族の儀式若しくは祭事の一部として、又はそれらと関連して個人によって行なわれるインディアン・ゲーミング (Indian gaming) の伝統的形態をいい、インディアン部族の専属的管轄権内にあり、IGRAは適用されない。¹¹⁾ 第2種ゲーミングは、プルタブ (pull-tab)、ロット (lotto)、パンチ・ボード (punch board)、チップ・ジャー (tip jar)、インスタント・ビンゴ (instant bingo) 及びその他のビンゴ (bingo) に類似するゲームを含む、通例ビンゴとして知られている運のゲーム (game of chance) をいい、明確に州法で認められているものをいう。第2種ゲーミングには、厳格な許可条件が定められており、いかなるインディアン部族も①インディアン・ゲーミングが目的に応じて個人、組織又は団体による当該ゲーミングを認める州内に位置する場合で、当該ゲーミングが連邦法によってインディ

保留地に適用する権限がないとする略式判決を下した。合衆国第九巡回区控訴裁判所が、第一審地裁判決を支持した。州と郡が合衆国最高裁判所に上訴した。

8) Act of Oct. 17, 1988, Pub. L. No. 100-597, 102 Stat. 2467. 著者訳・「インディアン・ゲーミング規制法」(全訳) 創価法学第47巻第1号171～206頁参照。

9) STEVEN ANDREW LIGHT & KATHRYN R.L. RAND, INDIAN GAMING AND TRIBAL SOVEREIGNTY THE CASINO COMPROMISE 4-5 (2005); Steven Andrew Light & Kathryn R.L. Rand, *Reconciling the Paradox of Tribal Sovereignty: Tree Frameworks for Developing Indian Gaming Law and Policy*, 4 NEV. L.J. 262, 264 (2003-2004); Michigan v. Bay Mills Indian Community, 134 S. Ct. 2024 (2014).

10) *In re* Indian Gaming Related Cases, 331 F.3d 1094, 1096 (9th Cir. 2003); *Artichoke Joe's v. Norton*, 216 F. Supp. 2d 1084, 1092 (E.D. Cal. 2002).

11) 25 U.S.C. § 2703(6); 25 U.S.C. § 2710(a) (1).

アの土地で他の方法で特に禁止されていない場合、②インディアン部族の統治機関がNIGC委員長によって承認された条例（ordinance）又は議決（resolution）を採択している場合に当該部族の管轄権内のインディアンの土地での第2種ゲーミングに従事し、又は許可し、及び規制することができる。第2種ゲーミングは、インディアン部族の管轄権内にある。そして第2種ゲーミングについてインディアン部族は、NIGC委員長の承認を条件にインディアン部族が経営し得る当該ゲーミング事業の経営及び管理に関する「管理委託契約」（management contract）を締結することができる。当該契約による手数料は、原則としてゲーミング事業の純利益の30パーセントを超えてはならないとされている。¹²⁾

本件で問題とされた第3種ゲーミングは、第1種ゲーミング又は第2種ゲーミングに属さない全ての形態のゲーミングをいう。以下、本件を理解する前提として本件に関連するIGRAの条項を抜粋する。

合衆国法律集第25編第29章

第2703条（定義）

本章において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

- (4) インディアンの土地 以下に定めるものをいう。
 - (A) インディアン保留地の境界内の全ての土地。
 - (B) インディアンの部族若しくは個人の利益のために合衆国によって信託保有され、又は合衆国による譲渡制限に服すインディアンの部族若しくは個人によって保有され、及インディアン部族が政府権力を行使する全ての土地権原。
- (5) インディアン部族 以下に定めるインディアンの部族若しくはバンド若しくはネーション、又はインディアンのその他の組織的団体若しくはコミュニティをいう。
 - (A) インディアンとしての地位を理由として合衆国によってインディアンに提供される特別計画及び役務について内務長官が資格を有すると認めたもの。

12) 25 U.S.C. § 2703(7); 25 U.S.C. § 2710(b)(1); 25 U.S.C. § 2711(a), (c).

(B) 自治権を有するものとして承認されているもの。

(8) 第3種ゲーミング 第1種ゲーミング又は第2種ゲーミングに属さない全ての形態のゲーミングをいう。

第2710条（部族ゲーミング条例）

(d) (第3種ゲーミング事業； 公認； 取消し； 部族－州間協定)

(1) 第3種ゲーミング事業は、当該事業が以下に定める条件を満たす場合にのみインディアン土地において適法と看做される。

(A) 以下の条件を満たす条例又は議決によって公認されている。

(i) 当該土地に管轄権を有するインディアン部族の統治機関によって採択されている。

(ii) 本条第b項の要件を満たしている。

(iii) 委員長によって承認されている。

(B) 目的に応じて個人、組織又は団体に当該ゲーミングを許可する州に位置している。

(C) 第3号に基づくインディアン部族と州とによって締結された有効な部族－州間協定に従って経営される。

(2)(A) インディアン部族が、インディアン部族のインディアン土地での第3種ゲーミングを経営することを目的とし、又は個人若しくは団体に公認することを目的とする場合、インディアン部族の統治機関は、本条第b項の要件を満たす条例又は議決を採択し、及び委員長に提出しなければならない。

(B) 委員長は、委員長が特に以下に定めることを決定しない限り、(A)に定められる条例又は議決を承認しなければならない。

(i) 条例又は議決が、インディアン部族の統治文書に従って採択されなかったこと。

(ii) 部族統治機関が、本編第2711条e項第1号(D)に規定される者によって当該条例又は議決の採択において著しく且つ不当に影響されたこと。当該条例又は議決の承認に基づいて委員長は、当該条例又は議決及び承認の決定をフェデラル・レジスタに公表しなければならない。

(C) インディアン部族のインディアン土地における第3種ゲーミング事業は、本号(B)の規定に基づいて委員長によって承認された条例又は議決の当該規定に

基づく公表により有効となった場合、第3号の規定に基づいてインディアン部族によって締結される有効な部族－州間協定の諸条件に完全に従わなければならない。

- (3)(A) 第3種ゲーミング事業が経営される、又は経営されることが予想されるインディアン土地に管轄権を有するインディアン部族は、当該土地が位置する州に対してゲーミング事業の経営を管理する部族－州間協定を締結する目的のために交渉に入るよう請求することができる。当該請求を受理した州は、当該協定を締結するために誠実にインディアン部族と交渉しなければならない。
- (B) いかなる州及びインディアン部族も、インディアン部族のインディアン土地におけるゲーミング事業を管理する部族－州間協定を締結することができる。ただし、当該協定は、当該協定の〔内務〕長官による承認の通知が長官によってフェデラル・レジスタに公表された場合にのみ効力を有するものと看做す。
- (C) (A)の規定に基づく部族－州間協定は、以下の事項に関連する規定を定めることができる。
- (i) 当該事業の許可及び規制に直接的に関連し、並びに必要とされるインディアン部族又は州の刑事法、民事法及び規則の適用。
 - (ii) 当該法律及び規則の執行に必要とされる州とインディアン部族との間の刑事管轄権及び民事管轄権の手順配分。
 - (iii) 当該事業の規制にかかわる費用を支払うに必要とされる総額についての当該事業の州による査定。
 - (iv) 州によって同等の事業について査定された総額に相当する額での当該事業へのインディアン部族の課税。
 - (v) 契約違反の救済方法。
 - (vi) 許可を含む、当該事業の経営及びゲーミング施設の維持に関する基準。
 - (vii) ゲーミング事業の経営に直接的に関連するその他の事項。
- (4) 本項第3号(C)(iii)の規定に基づいて同意され得る査定を除いて、本条のいかなる規定も、第3種ゲーミング事業を経営することをインディアン部族によって公認されたインディアン部族又はその他の個人若しくは団体に、税金、手数料、料金又はその他の割当金を課す権限を州又はその政治的下部機関に付与するものと解釈されてはならない。いかなる州も、当該税金、手数料、料金又はその他の割当

金を課す権限が当該州又はその政治的下部機関にないことを理由に、第3号(A)に規定される交渉を拒むことはできない。

(7)(A) 合衆国地方裁判所は、以下の訴訟原因に対して管轄権を有する。

(i) 第3号の規定に基づく部族－州間協定を締結する目的でインディアン部族との交渉に入ることを州が怠ったこと、又は当該交渉を誠実に行なうことを怠ったことから生ずるインディアン部族によって提起される訴訟原因。

(ii) インディアン土地に位置し、及び第3号に基づいて締結される有効な部族－州間協定に違反して経営される第3種ゲーミング事業を禁止するために、州又はインディアン部族によって提起される訴訟原因。

(iii) (B)(iii)に規定される手続を執行するために長官によって提起される訴訟原因。

(B)(i) インディアン部族は、(A)(i)に規定される訴訟をインディアン部族が第3号(A)に基づく交渉に入ることを州に要求した日から180日後にのみ提起することができる。

(ii) (A)(i)に規定される訴訟において、以下に定める事項についてのインディアン部族による証拠提出に基づいて、州がゲーミング事業の経営を管理する部族－州間協定を締結するに際して誠実にインディアン部族と交渉したとする立証責任は、州に課される。

(I) 部族－州間協定が、第3号の下で締結されなかったこと。

(II) 州が、当該協定を交渉するためのインディアン部族の要求に応じなかったこと、又は当該要求に誠実に応じなかったこと。

(iii) (A)(i)に規定される訴訟において、裁判所が、州がゲーミング事業の経営を管理する部族－州間協定を締結するに際してインディアン部族と誠実に交渉することを怠ったと認定した場合、裁判所は、州及びインディアン部族に当該協定を60日以内に締結するよう命じなければならない。州が誠実に交渉したか否かの訴訟を決定するに際して、裁判所は以下の審理を行なう。

(I) 公共の利益、公共の安全、犯罪性、財務的整合性及び既存のゲーミング事業への不利な経済状況を審理することができる。

(II) 州が誠実な交渉しなかったという証拠として、州によるインディアン部族又はインディアン土地への直接課税の請求を審査しなければならない。

(iv) 州及びインディアン部族が、(iii)に基づいて発出された裁判所命令に定め

られた60日以内に、当該インディアン部族の管轄権に服すインディアンの土地でのゲーミング事業の経営を管理する部族－州間協定を締結できなかった場合、インディアン部族及び州は、裁判所によって任命される調停人に各々の協定のための最終的な最善の申出を反映する提案協定を提出しなければならない。調停人は、2つの提案協定の中から本章の条項及びその他の適用連邦法に並びに裁判所の認定及び命令に最善に一致するいずれか1つを選択しなければならない。

- (v) (iv)の規定に基づいて裁判所によって任命された調停人は、州及びインディアン部族に(iv)の規定に基づいて調停人によって選択された協定を提示しなければならない。
- (vi) 州が、提案協定が(v)の規定に基づいて調停人によって州に提示された日から60日の間に提案協定に同意した場合、提案協定は第3号の規定に基づいて締結された部族－州間協定として処理されなければならない。
- (vii) 州が、(vi)に規定される60日の間に(v)の規定に基づいて調停人によって提示された提案協定に同意しなかった場合、調停人は長官に通知し、長官はインディアン部族との協議の上で以下の手続を指示しなければならない。
 - (I) いずれの協定が、(iv)の規定に基づいて調停人によって選択された提案協定、本章の規定及び州法の関連規定に一致しているか。
 - (II) いずれの協定下で第3種ゲーミングが、インディアン部族が管轄権を有するインディアンの土地で行なわれるべきか。

1－2. インディアン・ゲーミングは、「インディアンの土地」で行なわれなければならない。州との交渉は、当該土地に管轄権を有する部族によって開始される。IGRAは、既に見たように部族の土地を「インディアン保留地の境界内の全ての土地」及び「インディアンの部族若しくは個人の利益のために合衆国によって信託保有され、又は合衆国による譲渡制限に服すインディアンの部族若しくは個人によって保有され、及インディアン部族が政府権力を行使する全ての土地権原¹³⁾」をいうと規定している。BIAは、1934年に制定されたIRAに基づい¹⁴⁾

13) 25 U.S.C. § 2703(4).

てインディアン部族のために土地を信託で保有する権限を有している。IRAは、改正を経て合衆国法律集第25編第461条以下に編纂されている¹⁵⁾。本稿との関連で問題となる条項を挙げる（括弧内の条数は、IRAの条数を指す。）。

合衆国法律集第25編

第461条（第1条）（インディアン保留地の土地の割当）

1934年6月18日以降、インディアンとの間の条約若しくは合意若しくは合衆国議会法律若しくは行政命令若しくは購入若しくはその他の方法によって設立され、又は保留されたインディアン保留地内の全ての土地は、いかなるインディアンに対しても単独所有で割り当られてはならない。

第465条（第5条）（土地、水利権又は地表権の取得；充当；土地への権原；課税免除）

内務長官は、その裁量に基づいてインディアンに土地を供与する目的で、被割当人が居住し、若しくは死亡した信託割当地又はその他の譲渡制限割当地を含む既存の保留地の内外の土地の有する全の利益、水利権（water rights）又は土地に附属する地表権（surface rights）を購入若しくは放棄若しくは贈与若しくは交換若しくは譲渡によって取得する権限を付与される。

土地、土地の有する利益、水利権及び地表権を取得し、並びに上記の取得に付随する出損のために一会計年度に2,000,000ドルを超過しない範囲で、他の目的に歳出されない国庫金の中から充当する権限が認められる。

（但し書略）

本節に従って行なわれる歳出予算の充当されない差引残高は、充当されるまで有効なものとなさなければならない。

本法又は1955年7月38日法（69 Stat. 392）（合衆国法律集第25編第608条以下）に従って取得された全の土地への権原又は権利は、土地が取得されるインディアン部族又は個々人のインディアンのために、合衆国の名の下に信託に付されるものとし、及び当該土地又は権利は、州及び地方政府の課税を免除されるものとする。

14) IRAの詳細について、拙著・前掲註3、350頁～370頁参照。

15) 25 U.S.C. § 461 et seq. (2013).

第479条（第19条）（定義）

本法において「インディアン」とは、現在（now）、連邦管轄権の下でインディアン部族として承認されたインディアン部族の構成員であるインディアンの血統の全ての者、及び1934年6月1日にインディアン保留地の現在の境界線内に居住していた構成員の子孫である全ての者、並びに半血又はそれ以上の血族関係にある全てのその他の者をいう。本法の目的にとってエスキモー及びその他のアラスカ先住民は、インディアンと看做される。本法にいう「部族」とは、インディアンの部族若しくは組織化されたバンド若しくは部落、又は1つの保留地に居住するインディアンをいう。本法において「成人インディアン」とは、21歳に達したインディアンをいう。

2-1. IRAは、部族が制定当時承認されていたか又はその後合衆国議会若しくは連邦行政政府によって承認されたか否かに問わず、全ての部族に適用されると解され、連邦政府は信託関係を設定することによってインディアンの土地を州又は私人から保護してきた。例えば、1983年1月12日に合衆国議会第96議会において制定された「1983年インディアン土地整理統合法」(the Indian Land Consolidation Act of 1983) (以下、「ILCA」という。)¹⁶⁾ 第203条（合衆国法律集第25編第2202条）は、「1934年6月18日法（48 Stat. 985）〔IRA〕第5条の規定は、同法第18条の規定にも拘らず、全ての部族に適用される。」と規定している。しかし、既に述べたように合衆国最高裁判所は、2009年に *Carciere* 判決¹⁷⁾においてIRAは同法が制定された1934年時点で連邦の管轄権内にあった部族に土地の信託への移転を認めたものであるに過ぎず、その後に連邦によって承認された部族には適用されないとする判決を下した。本判決（以下、「*Big Lagoon II* 判決」ともいう。）は、全面的に *Carciere* 判決に依拠し、結論を導き出したものである。

以下、*Carciere* 判決の事実関係を見る。植民地時代、ナラガンセット・インディアン部族（Naragansett Indian Tribe）（以下、「部族」という。）は、現在のロー

16) Act of Jan. 12, 1983, Pub.L. No. 96-459, Title II, § 203, 96 Stat. 2517 (codified at 25 U.S.C. § 2202 (2013)).

17) 555 U.S. 379 (2009).

ドアイランド州（以下、「州」という。）の多くの土地を占有していた。部族は、17世紀初頭から政治的統一体として存続し、ニュー・イングランドにおいて最も強力な部族であった。しかしフィリップ王戦争（King Phillip's War, 1675-76）で多くの人命を失った部族は、1709年にロードアイランド植民地によって正式にその保護下におかれることになった。2世紀が経過した1880年に州（1790年に州に昇格）は、同化の目的をもって部族をしてその権限を放棄するよう説得し、部族も残りの保留地の2エーカーを残して5,000ドルで売却することに同意した。しかし部族は、その直後に土地及び部族としての地位の回復のキャンペーンに乗り出している。20世紀初頭、部族の構成員は、連邦政府に経済援助及びその他の支援を求めた。しかし連邦政府は、部族は州の管轄下にあったとして部族の申請を拒否した。1970年代に入り部族は、州は「通商及び交渉規制法」（the Trade and Intercourse Act, the Non-intercourse Act）（同第177条）を侵害して部族のテリトリーを横領してきたと主張し、祖先の土地の回復を求めて訴訟を提起した。問題は、1978年に合衆国議会が「ロードアイランド州インディアン請求解決法」¹⁸⁾（the Rhode Island Indian Claims Settlement Act）（同第1701条以下に編纂）を制定したことによって一応の終息を向かえた。同法の制定によって部族は、部族の原権原に基づく土地への過去及び将来への権利主張の放棄とひきかえに、チャールスタウン（Charlestown）の土地1,800エーカーの土地の権原を取得した。部族は、上記1,800エーカーへの州の民事法及び刑事法並びに管轄権の行使にも同意した。部族は、「連邦行政命令集」（Code of Federal Regulations）第25編第1章第A節第83項の規定によって1983年2月10日に連邦政府の公式な部族としての承認を取得した（48 Fed. Reg. 6177）が、正式な承認を行なう際にBIAは、「ナラガンセット族のコミュニティ及びその前任者は、最初の〔白人との〕接触以来自律的に存在してきた。……部族は、1614年以降の文書化された歴史を有している。」と決定している。連邦の承認を受けた部族は、内務長官に上記1,800エーカーの土地の信託証書の受領を申請し（連邦行政命令集第25編第83.2条）、1988年に内務長官はこれに応じている。1991年、部族の住宅供給担当機関は、上記1,800エーカーの土地に隣接するチャールスタウン

18) 拙著・前掲註3、626頁参照。

町内の土地31エーカーを購入した。しかし、部族が計画した当該土地の住宅建設計画が、地方規則に抵触しているのではないかとの問題が生じた。

1996年、合衆国第一巡回区控訴裁判所は、Narragansett Indian Tribe v. Narragansett Elec. Co. (89 F.3d 908 (1st Cir. 1996)) において、上記31エーカーの区画は、合衆国法律集第18編第1151条第b項にいうインディアン・カントリー (Indian country)¹⁹⁾ に当たらないとし、州及び地方規則に服す旨の判決を下した。訴訟係争中、部族は、地方規則を受け容れるための代替手段として、内務長官に合衆国法律集第25編第465条に基づいて、31エーカーの土地を部族のために信託設定するよう申し入れた。1998年3月6日、内務長官がこれを応諾した。州知事ら（本件上诉人ら）が、内務長官決定を「内務省インディアン不服審査会」(Interior Board of Indian Appeals) (以下、「IBIA」という。)に訴えたが、IBIAは、長官決定を支持した。上诉人らは、APA (合衆国法律集第5編第702条) に基づいてIBIA決定の審理を求めて合衆国ロードアイランド地区地方裁判所に訴訟を提起した。地方裁判所は、内務長官のために正式事実審理を経ないで行なわれる判決を認めた (Carcieri v. Norton, 290 F. Supp. 2d 167, 179-82 (RI 2003).)。合衆国第一巡回区控訴裁判所は、地方裁判所の判決を支持した (Carcieri v. Kempthorne, 497 F.3d 15, 26-34 (2007).)。最高裁判所が、サーシオレイライを認めた (552 U.S. 1229 (2008))²⁰⁾。

トーマス裁判官 (Thomas, J.) が法廷意見を執筆し、第二審判決を破棄している。ブレイヤー裁判官 (Breyer, J.) が同意意見を執筆し、スータ裁判官 (Souter,

19) 合衆国法律集第18編第1151条「本編第1154条及び第1154条において別に定められた場合を除いて、本章 [合衆国法律集第18編第1151条以下] にいう『インディアン・カントリー』とは、(a) 公有地譲渡証書の発出に拘らず、連邦政府の管轄権の下にあるインディアン保留地内の全ての土地であって、当該保留地を走行する通行権を含む、(b) 原始的に取得されたテリトリーであろうと、又はその後取得されたテリトリーであろうと、及び州の領土内であろうと、又は州の領土外であろうと、合衆国の領土内の全ての従属的インディアン・コミュニティ、(c) インディアンの権原が消滅させられていない全てのインディアン割当地をいい、当該割当地を走行する通行権を含む。」と規定している (18 U.S.C. § 1151 (2013).)。インディアン・カントリーについての詳細は、拙著『アメリカ・インディアン法研究 (II) 国内の従属国』(2013年) 146頁～235頁参照。

20) 555 U.S. at 383-87, 402-03.

J.) がこれに一部同調している。スーパ裁判官が一部同意、一部反対意見を執筆し、ギンズバーク裁判官 (Ginsburg, J.) が一部これに同調している。スティーブンズ裁判官は、反対意見を執筆した。

以下、トーマス裁判官の法廷意見から見ていく。内務長官が本件土地区画を信託設定する権限は、本件部族の人々が合衆国法律集第25編第479条にいう「現在、連邦管轄権の下でインディアン部族として承認されたインディアン部族の構成員」であるか否かによって左右される。従って当裁判所が決定すべき問題は、「現在、連邦管轄権の下で」という文言が、内務長官が本件31エーカーの区画を信託設定した1998年を指すのか、又は合衆国議会がIRAを制定した1934年を指すのかという問題である。「現在」という用語の通例の意味からすれば、「現在」とは当裁判所の先例からしてIRAが制定された1934年を指し (*See, e.g., Montana v. Kennedy*, 366 U.S. 308, 310-11 (1961); *Franklin v. United States*, 216 U.S. 559, 568-69 (1910).)、そのように解することがIRAの自然な解釈に合致するところである。かかる解釈はまた、IRAの文脈内での自然な解釈に整合する。例えば、第465条に編纂される前のIRA第5条は、その但し書で、同じ「現在」という用語を用いて「[2,000,000ドルの国庫金の] いかなる基金も、現在、合衆国議会において未決定で、アリゾナ州のナヴァホ・インディアン保留地の外部境界線を定義し……ニュー・メキシコ州のナヴァホ・インディアン保留地の外部境界線を定義〔する〕……ナヴァホ族の境界線拡大法案が法律として成立する場合、アリゾナ及びニュー・メキシコのナヴァホ・インディアン保留地の外部境界線外の付加土地を購入するために利用されてはならない。」と規定しているところである。加えて合衆国議会は、例えば、第468条では「現在又は以後」という文言を使用することによって、同時存在的出来事と将来的出来事を明確に区分している。第472条にも、「現在又は以後」という文言が見て取れるところである。このように合衆国議会は、「現在」という文言と「以後」という文言を明確にたて分けて規定しているのであって、「現在」とは法律制定と同時存在的出来事をいうのである。当裁判所は、2002年の *Barnhart v. Sigmon Coal Co.* (534 U.S. 438 (2002)) で「合衆国議会が、特定の文言を法律の1つの条項に用い、同一の法律の他の条項ではその文言を省略する場合、合衆国議会は、意図的に且つ目的的に異なる包含又は排除において行為している。」(*Id.*

at 452) と判示している。さらに言うべきは、内務長官の現在の解釈はIRA制定時の連邦行政機関の第479条の解釈と齟齬していることである。IRA制定時インディアン問題局長であったジョン・コリアー (John Collier) は、「1934年6月18日制定のIRA第19条……は、実際には『インディアン』という用語は本法成立時に連邦の管轄権の下にある承認された部族の構成員であるインディアンの血統の全ての人……を含むことを規定している。」と説明している。従って、第479条にいう「現在」という文言は、「インディアン」の定義を限定し、そしてそれ故に、第465条に基づく内務長官の信託権限行使をIRAが制定された時点で連邦の管轄権下²¹⁾にあった部族の構成員に制限している。

本件訴訟において裁判所の友である「アメリカ・インディアン全国会議」(National Congress of American Indians, NCAI) は、ILCAの一部として制定された合衆国法律集第25編第2202条(「1934年6月18日法(48 Stat. 985)第5条の規定は、同法第18条の規定にも拘らず、全ての部族に適用される。」)は、第465条に基づいて内務長官に信託設定を執行する権限を認めているところ、第479条に規定される制限を覆すと主張する。当裁判所は、これに不同意である。第2202条の明確な文言は、第465条に規定された権限を拡大するものでも、第479条に規定された「インディアン」の定義を改変するものでもない。第2202条はその文言上、たとえ部族が第478条の規定に従ってIRAの適用を免れた場合であっても第465条の利益を部族が得ることを保障しているに過ぎない。従って、第2202条の規定と第465条にいう内務長官の土地取得権限の制限との間に齟齬は生ぜず、むしろ、第2202条はIRAが制定された時点で第479条にいう「インディアン」²²⁾の定義を満たしていた者に付加的な保護を規定したものである。

以下、スーパ裁判官の一部同意、一部反対意見である。すなわち第479条の「現在、連邦の管轄権下にある全ての承認された部族」との規定に見て取れる「現在」という用語と「連邦の管轄権下」という用語の概念には、異なった内容が与えられる可能性があるところ、法廷意見はこの点を全く無視している。ブレイヤー裁判官がその同意意見で述べているように、制定法は承認に時間制限を

21) *Id.* at 388-91.

22) *Id.* at 394-95.

課してはならず、さらに言うべきは、過去に内務省は連邦政府が1934年時に部族について認識が足らなかったという事実は、部族が当時連邦管轄権の下にあったということを排除するものではないと述べている。各々の用語にそれ自体の意味を与えることは、制定法解釈の確立した原則に適合するものである。本件における訴訟記録は、部族が1934年時に連邦の管轄権下にあったと立証されるべきであることを予期させる何らの理由をもあげていない。本件訴訟において異なった制定法上の条件としての管轄権という正にその概念は、無視されたのである。内務長官及びに本件部族に「管轄権」の主張を行なう機会を否認する理由は見出されない。²³⁾

以下、スティーブンズ裁判官が、行政実例を詳細に検討して執筆した反対意見を見る。第479条は、「個々人のインディアン」に関して「連邦管轄権の下でインディアン部族として承認されたインディアン部族の構成員であるインディアンの血統の全ての者」及び「半血若しくはそれ以上の血族関係にある全てのその他の者」と規定し、部族については「インディアンの部族若しくは組織化されたバンド若しくは部落、又は1つの保留地に居住するインディアンをいう。」と規定している。部族は、連邦の利益を得る以前に一般的に連邦の承認が要求される場所、内務長官は「部族」とは承認された部族のみを意味すると解釈してきたことは確かである（連邦行政命令集第25編第83.2条、第151.2条参照。）。「インディアン」と「部族」との異なった定義付けが、IRAの利益の管理執行にとって本質的なものとなる。IRAは、一定の利益を個々人のインディアンに広げようとの合衆国議会の意図を反映している。例えば、合衆国法律集第25編第471条は、インディアンの学生に職業訓練学校及び職業学校における授業料並びにその他の支出について、第472条はインディアンの公務員の任命について規定している。第476条は、部族の憲法及び附属法の制定について規定している。第470条はインディアンの公認法人への国庫金の貸付について規定している。部族のみならず個々人のインディアンにも同様に利益を付与するための内務長官の裁量権について規定する第465条は、それ故に独特的な規定の仕方をとっていることができる。しかしこの広範な利益計画を確立したことには、明らか

23) *Id.* at 400-01 (Souter, J., concurring in part and dissenting in part).

に意図的なものが読み取れる。すなわちIRAの当初の草案は、「本条の規定に従って取得される土地への権原は、土地が取得されるインディアンの部族又はコミュニティのためにのみ合衆国の名の下に信託設定される。」と規定していた（現行第465条と比較せよ）。内務長官は、長い間にわたってこの計画に従って第465条という信託権限を行使してきた。IRAの制定を経て数年後すぐに内務省法務官は、内務長官に対して連邦によって承認された部族及び血統によって連邦の利益を得る資格あるとされる個々人のインディアンのために土地を信託設定するよう繰り返し勧告した。例えば、1937年、ウィスコンシン州のモール・レイク・チップewa・インディアン（Mole Lake Chippewa Indian of Wisconsin）のために約2,100エーカーの土地を内務長官が購入すべきかが問題となった際に法務官は、信託権原の受益者がバンドに指名されるか、インディアンの血統が2分の1若しくはそれ以上のモール・レイクの近親の個々人のインディアンに指名されるかが決定されるまで土地購入は控えるべきだと進言している。モール・レイク・チップewa族は、いまだインディアン部族として連邦政府によって承認されていなかったが故に、法務官は内務長官が2つの選択肢、つまり「内務省がこの団体を承認するか、若しくは購入される土地の権原をインディアンの血統が2分の1若しくはそれ以上の個人のために信託設定すべきか」を決定すべきだとしたのである。1934年後の意見書（opinion letter）を探ると部族の信託と個々人のインディアンの信託の選択肢は、ネヴァダ州のショショニー・インディアン（Shoshone Indians of Nevada）、ウィスコンシン州のセント・クロア・チップewa・インディアン（St. Croix Chippewa Indians of Wisconsin）、そしてミシガン州のナーマとビバー・アイランド・インディアン（Nahma and Beaver Island Indians of Michigan）にその例を見出すことができる。ある部族が連邦政府によって正式に承認され、土地の信託設定資格を得ない限り、又は得るまでは、内務長官は血統基準を満たす個々人のインディアンのために土地に信託設定し得るのであり、今日の行政実例もこれに従っているところである。ある部族を承認し、信託土地の取得を定める連邦法律が存在しない場合、内務長官は1980年に公布された連邦行政命令集第25編第151条以下及び同45編第62034条の規定に従って、本件部族のように連邦によって承認されたインディアン部族に土地を取得するためにその信託権限を実行している。例えば、1934年及び

1943年に連邦の承認を否定されたミシガン州のオタワとチッペワ・インディアンのグランド・トラヴァース・バンド (Grand Traverse Band of Ottawa and Chippewa Indians) が、1980年の連邦行政命令集に従って承認された最初の部族である (45 Fed. Reg. 19322)。その後内務長官は、当該部族の土地基盤拡大のために — 12.5エーカーの土地区画 — その信託権限を行使している (62 Fed. Reg. 2025-2026 (1984))。同様にルイジアナ州のツニカ-ビロッキシ族 (Tunika-Biloxi Tribe of Louisiana) は、行政上の承認によって利益を取得している (46 Fed. Reg. 38411 (1981))。2006年には内務長官は、1950年代に部族としての承認を得ることができなかったが、1999年に連邦の承認を回復したワシントン州のスノコルミー族 (Snokoqualmie Tribe) のために土地を信託に設定している (See 71 Fed. Reg. 5067; 62 Fed. Reg. 45864 (1997))。部族の信託土地を取得するためのIRAの明確なテキストに基づく内務長官の長年の権限に照らして、本件において内務長官が本件部族のために土地を取得したことは、全く正当であったことが明らかになった。²⁴⁾

法廷意見の結論は、奇妙且つ過酷である。法廷意見は、連邦の利益の有資格性について個人のみならず部族についても制限することによって、「現在」という法文の用語をIRAの最も重要な用語に変えているが故に奇妙である。また法廷意見は、1983年に連邦行政命令集の規定に従って本件部族の行政上の承認があったにも拘らず、本件部族がIRAの下でインディアン部族ではないという支持できない結論へと導いているが故に、過酷な結果を招いたものである。法廷意見に従えば、合衆国議会が内務長官にインディアンに土地を提供する目的で信託土地を取得する権限を与えた時 (第465条)、それは第479条によって定義されたインディアンに該当する者に土地の取得を認めることを意味したことになる。換言すれば内務長官は、「現在、連邦管轄権の下でインディアン部族として承認されたインディアン部族の構成員であるインディアンの血統の全ての者」 (第479条) に信託土地を取得し得ると言うことになる。本件部族が1934年に承認されていなかった、若しくは連邦の管轄下になかったとするならば、本件部族の構成員は「現在連邦の管轄権下にある」インディアン部族に所属しないの

24) *Id.* at 404-08 (Stevens, J., dissenting).

であり、それ故に部族構成員たる資格によって第465条の下で「インディアン」²⁵⁾とはならないことになる。

2-2. 法廷意見が本件部族に与える効果は、非常に大きいと言わざるを得ない。本件土地に対する部族による信託関係設定の申請は拒否され、土地は連邦の管轄及び保護に服するインディアン・カントリーとは看做されないことになる。その結果本件土地は、非インディアンが所有する土地と同じ扱いとなり、それは州の管轄権下に入り、州ないし地方政府の課税に従わなければならないことを意味するのである。

Carcieri 判決は、合衆国議会のIRAの目的を損なうものであり、部族の土地回復という同法の目的に障壁を設けるものと言い得るであろう。判決は、信託土地の取得に関する内務省の長年にわたる確立されてきた部族承認手続と正反対の方向を向いたものである。第一に判決は、従来の合衆国議会法律の目的と相反する連邦によって承認される部族の異なった処理を招来するものである。第二に内務長官の権限の範囲に関しての不確定性を生み出し、第三に合衆国議会が過去に解決しようと意図した事項に関して合衆国と部族との双方にとって不必要で負担となるであろう第三者の訴訟提起への途をひらくものである。判決は、インディアン部族を2つに部類する効果を伴っている。すなわち、1934年にIRAが制定された日に連邦の管轄権下に置かれ、その土地に信託の設定が行われた部族とそうではない部族である。後者に分類された部族は、「1994年インディアン部族一覧表法」²⁶⁾(the Federally Recognized Indian Tribe List Act of 1994)にいう部族に分類されず、フェデラル・レジスタに登載されないことになり、連邦政府の様々な役務を受けられず、場合によっては州の管轄権が及び、州ないし地方政府の課税にも応じなければならない可能性がでてくる。両者の不等な処理は、上に述べた1994年制定の2つの合衆国議会法律の趣旨と真っ向から対立するものである。合衆国議会は、かかる法律を制定することによって、第2分類に入る部族が存在しないことを教えている。これらの法律は、

25) *Id.* at 409.

26) Act of Nov. 2, 1994, Pub. L. No. 103-454, 108 Stat. 4791. 本法の詳細について、拙著・前掲註19、16頁～19頁参照。

連邦機関は連邦によって承認された部族がいかにしてその地位を取得したかの歴史に基づいて差別する権利を持たないという合衆国議会の直接的言明であつたはずである。

2016年1月現在、BIAは566の部族を承認しているが、IRAが制定された1934年当時、内務省は連邦によって承認された部族を258部族と認定し、一覧表に作成している。²⁸⁾合衆国最高裁判所の解釈に従えば、残りの308部族は彼らの信託土地に対する主権を潜在的に喪失することになる。IRA制定後連邦政府は、部族若しくはその構成員のために信託又は制限付き単純不動産権で60,000,000エーカーの土地を保有しているが、これらの土地が「間接的攻撃」³⁰⁾(collateral attack)にさらされることになるであろう。判決は、1934年時点で承認されていない数多くのインディアン部族を法的に不安定な地位に置き、訴訟当事者がこれら部族の法的地位に関する問題を提起し得るとしたが故にIRAをめぐるこれまでに不必要——争う余地のない——と思われた訴訟事件を拡大させる恐れがあると言えるであろう。かかる状況の出来は、インディアン部族の経済的及び社会的福祉を荒廃させ、脅威に陥れることになる。果たせるかな、危惧した事態が生じたのが、正に本判決である。

3-1. 第一に本判決は、*Carrieri*判決を先例としてビッグ・ラグーン・ランチェリアは1934年に連邦によって承認されていなかったことを理由に土地を信

27) Indian Entities Recognized and Eligible To Receive Services From the United States Bureau of Indian Affairs, 81 Fed. Reg. 5019 (Jan. 29, 2016). <https://www.federalregister.gov/documents/2016/01/29/2016-01769/indian-entities-recognized-and-eligible-to-receive-services-from-the-united-states-bureau-of-indian> (2017年1月2日閲覧)

28) 555 U.S. 379, 398 (2009) (Breyer, J., concurring).

29) United States Department of Justice Executive Office for United States Attorneys, 62 Indian Country Issues, 1 (2014). <https://www.justice.gov/sites/default/files/usao/legacy/2014/07/16/usab6204.pdf> (2017年1月2日閲覧)

30) 間接的攻撃とは、「上訴などもつぱら判決の攻撃を目的とする手続ではない手続において間接的にその判決を攻撃すること。例えば、前提問題について既判力として主張された前判決に対するその無効の主張、他の法域でなされた判決に対してjurisdiction (裁判管轄権)がなく、判決は無効であつて、執行できない旨の主張など。」田中英夫編『英米法辞典』(1991年)。

託に付す法的資格がなかったとし、それ故にIGRAの下で「インディアン土地」を保有していなかったとした。第二に合衆国法律集第28編第2401条第a項は、「第41編第71章 [41 U.S.C. § 7101 et seq.] に規定される場合を除いて、合衆国に対して開始される全ての民事訴訟は、訴権が最初に生じた後6年以内に訴えが提起されない限り、禁止される。」と規定しているが、本判決は、1994年の委託に対するカリフォルニア州の異議は、上記法律による6年の訴訟提起の制限にも拘らず、*Wind River*判決を引合いに出すことによって争うことができると判示した。*Wind River*判決で合衆国第九巡回区控訴裁判所は、連邦行政機関による行政決定のAPAに基づく訴訟提起の始期は行政決定がなされた時点ではなく、特定の異議申立て人に対する行政機関の決定の当該機関への適用から6年以内に可能であるとした。本判決は、IGRAに基づく州との協定交渉の強制を求める部族の訴えの提起は行政決定の適用と同種であるとし、6年の出訴期間は訴訟が提起された2009年4月に開始すると結論した。第三に裁判所は、本件と*Guidville*判決とを区別している。*Guidville*判決は、インディアン土地に影響を及ぼす契約及び合意への連邦政府の監督を規定する合衆国法律集第25編第81条第a項第1号にいうインディアン土地の定義について解釈している。合衆国第九巡回区控訴裁判所は、関連法、立法史及び法律の条文の文言自体から判断して同条項にいう「信託に付『している』」という用語は正に現在時制であり、同条項は「既に合衆国によって信託で保有されている土地に影響を与える契約のみに適用される。」³¹⁾と判示した。そして*Guidville*判決は、IGRAのいう「インディアン土地」について審理し、IGRAも第81条と同様に現在時制でインディアン土地を規定していると結論した。³²⁾しかし本判決は、*Guidville*判決は適用できないとした。その理由は、*Guidville*判決は将来的に連邦政府によって信託に付され得るインディアン土地について審理した事案であり、それに対して本件は過去に信託に付されたインディアン土地問題を審理する事案だとしたのである。³³⁾

31) 946 F.2d 710, 716 (9th Cir. 1991).

32) 531 F.3d 767, 770 (9th Cir. 2008).

33) *Id.* at 778.

34) *Big Lagoon II*判決と同様に*Carcieri*判決を先例とした判決例として合衆国アラバマ

これに対して反対意見は、*Carcieri* 判決及び *Wind River* 判決ではなく、*Guidville* 判決を先例とすべきであるとした。反対意見は、*Carcieri* 判決は連邦政府による信託土地の決定に関して APA に基づいて時宜を得た異議申立てが行なわれる過程において解釈されるべきであるとした。そして反対意見は、本件異議申立てを APA の制限範囲以外での信託財産の指定の正当性についての間接的異議申立て（間接的攻撃）であると特徴づけ、実際に 1994 年に 11 エーカーの土地が本件部族のために信託で取得されてからおよそ 18 年の間、カリフォルニア州は行政上及び司法上の手続が存在するにも拘わらず、信託指定の適法性について異議申立てを行っていないと述べている。

3-2. 合衆国第九巡回区控訴裁判所は、その後 2014 年 6 月 11 日、Big Lagoon Rancheria v. California (*Big Lagoon III* 判決)³⁵⁾ で連邦上訴手続規則第 35 条第 a 項及び巡回区規則第 35-3 条に従って所属裁判官全員で再弁論を認め、3 人の裁判官による *Big Lagoon II* 判決を合衆国第九巡回区控訴裁判所の先例として引用できないとした。

3-3. 以下、合衆国第九巡回区控訴裁判所の 11 人の所属裁判官全員による 2015 年 6 月 4 日の判決である Big Lagoon Rancheria v. California (以下、*Big Lagoon IV* 判決³⁶⁾ という。)を見る。オスカンレイン裁判官が意見を執筆している。以下、その要旨である。

1994 年、BIA は、本件上訴の争点である本件部族のために信託に付す決定を行なっているが、州が何時の時点で BIA の決定を認識したかは不明である。しかし州の利益は、明確に影響を受けたのであり、州は州が介入を申し立て、その後 IBIA に裁判所の友の準備書面 (amicus brief) を提出した 1997 年の段階で明らかに認識していたのである。さらに言うべきは、州は 1998 年と翌 1999 年の 2 回にわたってインディアンの土地で第 3 種ゲーミングを経営しようとする部族に協定の雛形を提示している。

州は、BIA の 1994 年の委託は不適切であり、本件部族はインディアン部族と

州中央地区地方裁判所の 2014 年 4 月 10 日判決 *Alabama v. PCI Gaming Auth.*, 15 F. Supp. 3d 1161 (M.D. Ala. 2014) を挙げることができる。

35) 758 F.3d 1073 (9th Cir. 2014).

36) 789 F.3d 947 (9th Cir. 2015).

して適切に承認されていないが故に、本件部族はIGRAに基づいて州に対して誠実に交渉するよう強制することに訴えの利益がないと主張している。州は、これらの争点を訴えの利益への異議申し立ての観点から構成し、それらを積極的抗弁³⁷⁾であると主張している。州の主張は、BIAによる1994年の11エーカーの土地区画を信託に付す決定及び1979年以前の本件部族のインディアン部族としての指定への間接的攻撃に当たる。州は、その主張の主たる根拠を *Carcieri* 判決に求めている。本件は、内務長官に対する時宜を得た行政上の異議申し立てに関わる *Carcieri* 判決とは区別される。本件は、時機を失した (belated) 間接的攻撃である。*Carcieri* 判決は、BIAの委託決定がAPAに基づいて提起される訴訟以外で、又はAPA訴訟の制限を定める連邦法律以外で異議を申し立てられ得るかを審理した事案ではない。合衆国最高裁判所は、BIAの土地を信託に付す決定への異議申し立ては「普通のAPAの訴訟上の請求」(garden-variety APA claim) であると説明している (Match-E-B-Nash-She-Wish Band of Pottawatomis Indians v. Patchak, 132 S. Ct. 2199, 2208 (2012).) (以下、「Patchak 判決」という)。そのような訴訟上の請求では、内務長官の土地を信託に付す決定が連邦法律を侵害するとのみ主張する (*Id.*)。当裁判所は、最近の事件で訴訟当事者は「行政決定の上訴を統御する手続上の要件をうまく避けて通るために間接的手続を利用する」ことはできないと判示した (United States v. Backlund, 689 F.3d 986, 1000 (9th Cir. 2012).)。被告に行政手続を間接的に攻撃することを認めることは、事実上6年という出訴期間を回避する (United States v. Lowry, 512 F.3d 1194, 1203 (9th Cir. 2008).) ことを認めてしまうことになる。州は、本件部族はIGRAに救いを求める当事者適格がないとする一方で、必然的にBIAの本件11エーカーの取得はその権限を超越すると主張している。かかる異議申し立てを行なう適切な手段は、APAに従って審査を申し立てることであり、合衆国最高裁判所で争われた委託決定に異議を申し立てた以前の訴訟に用いられた典型的な方法である (合衆国法律集第25編第465条に従ってイン

37) 積極的抗弁とは、「訴訟において請求を根拠づけるために主張されている事実を前提としたり、新たな事実を主張して請求を理由づけること。通例、新事実の主張者に burden of proof (証明責任) がある。」田中英夫編・前掲註30。

ディアン部族の利益のために土地を信託設定した政府行為をAPAに基づいて異議申立てすることを認めた *Patchak* 判決；APAに従ってIBIAの決定の司法審査が争われた *Carcieri* 判決)。本件州にBIAによる本件決定を間接的に攻撃することを認めることは、当裁判所が認めない出訴期間をうまく避けて通ることを認めることになる。

そして勿論、州は本件においてAPA訴訟を提起していないのみならず、合衆国、内務長官又はその他の連邦政府職員と結びついていない (*Carcieri* 判決では、上诉人はAPAに従ってIBIAの決定の審査を求め、そして内務長官及びその他の内務省職員を被上诉人として訴訟の相手としている。)。さらにもし州がAPA訴訟を提起したならば、当該訴訟はその主張に対する時間的障害に遭遇するのである (合衆国法律集第28編第2401条第a項は、6年の出訴期間を定めている。)。当裁判所は、この準則はAPAに基づいて提訴される訴訟に適用されたとした (*Wind River* 判決)。それ故にBIAが適切にIIエーカーの土地区画を本件部族のために信託設定してはいないとする州の主張は、州が適切なAPA訴訟を提起していないこと及びAPAに基づく異議申立てには出訴期間があることから、失当と言わざるを得ない。³⁸⁾

3-4. *Big Lagoon IV* 判決は、1994年の委託は内務長官の実体的権限を超越しており、州の異議申立ては6年の出訴期間を過ぎたとしても認められると判示した *Big Lagoon II* 判決の結論を拒否し、*Carcieri* 判決は「ナラガンセット族のための内務長官の土地の委託に対する時宜を得た行政上の異議申立て」であるとして、*Carcieri* 判決とは明確に異なる事案であるとした。本判決は、*Carcieri* 判決は内務長官による土地の信託設定がAPAに基づいて提起される訴訟以外で、又はAPA訴訟の制限を定める連邦法律以外で異議を申し立てられ得るか否かを審理した事案ではないとしている。そして内務長官による土地の信託設定に対する異議申し立ては、「普通のAPAの訴訟上の請求」であり、かかる異議申立てを行なう適切な手段はAPAに従って審査を申し立てることにあるとした。判決は、本件は時機を失した間接的攻撃である、訴訟当事者は行政決定の上訴を統御する手続き上の要件をうまく避けて通るために間接的手続を利

38) 789 F.3d at 951-54.

用することはできないとしたのである。

Carcieri 判決は、近年承認されたインディアン部族の主権を大きく制限する結果に結びつくものであった。しかしながら合衆国第九巡回区控訴裁判所は、*Big Lagoon IV* 判決でこれら部族が自治の主張及び経済発展の促進に直面している現実問題を直視し、結論を導き出したものと評価し得るところである。*Big Lagoon IV* 判決は、IGRA をめぐって訴訟が多発化³⁹⁾する中、州による間接的攻撃から多くのインディアン部族を守るための潜在力となるであろう。本判決の理由づけは、2015年9月のAlabama v. PCI Gaming Auth.³⁹⁾で合衆国第十一巡回区控訴裁判所によって支持されている。

(本学法務研究科教授)

39) 801 F.3d 1278 (11th Cir. 2015).

〈資 料〉

「インディアン・ゲーミング規制法」(全訳)

藤 田 尚 則

はじめに

カリフォルニア州ロサンゼルス¹の南東部に位置するリヴァーサイド郡内に、連邦によって承認されたインディアン部族 (federally recognized Indian Tribe) であるミッション・インディアンのカバゾン・バンド及びモロンゴ・バンド (Cabazon and Morongo Bands of Mission Indians) の保留地 (reservation) が存在している。各々のバンド (以下、「部族」という。) は、内務長官によって承認された「条例」(ordinance) に基づいてその保留地でビンゴ・ゲーム (bingo game) を行なっていた。またカバゾン・バンドは、ドローポーカー (draw card) 及びその他のカードが行なわれるカードクラブ (card club) をオープンしていた。ゲームは、一般公衆に公開され、主に保留地の外からやって来る非インディアンによってプレイされていた。ゲームは、部族構成員の雇用を促進し、部族の唯一の収入源であった。これに対してカリフォルニア州は、部族に「州刑法」(Cal. Penal Code Ann. § 326.5 (West Supp.1987).) をこれらゲームに適用しようとした。州刑法は、ビンゴのプレイを全く禁止しているというわけではなく、指定された慈善団体の代価が支払われない構成員によって経営され、スタッフが配置されている場合は許可され、収益は特別会計に計上され、慈善目的にのみ使用されると規定している。また賞金は、ゲーム毎に250ドルを超えてはならないと規定されている。カリフォルニア州は、2つの保留地におけるビンゴ・ゲームが上記制限に違反するものであるとし、部族は州法に従わなければならないと主張した。リヴァーサイド郡も、部族に対してビンゴを規制する「郡条例第558号」及びドローポーカー並びにその他のカードゲー

ム (card game) を禁止する「郡条例第331号」を適用しようと試みた。そこで部族は、郡を相手に、郡は保留地内に郡条例を適用する権限がないとする宣言的判決、及び郡条例の執行停止を命ずる差止命令を求めて合衆国カリフォルニア州中央地区地方裁判所に訴訟を提起した。州が、訴訟に参加した。地方裁判所は、州のみならず郡もその「賭博法」(gambling law)を保留地に適用する権限がないとする略式判決を下した。合衆国第九巡回区控訴裁判所が、第一審地裁判決を支持した。州と郡が合衆国最高裁判所に上訴した。

合衆国最高裁判所は、1987年、California v. Cabazon Band of Mission Indians¹⁾ (以下、「Cabazon判決」という。)で、以下のように判示し(6対3)、控訴審判決を支持し、事件を差し戻した。すなわち①保留地への州の刑事管轄権を認める「一般法律第280号」(the Public Law 280)²⁾は、州及び郡の賭博法が刑事法(criminal law)ではなく、規制法(regulatory law)であるが故にビンゴを規制する州及び郡の賭博法を執行する権限を州及び郡に授与しない。②州及び郡の賭博法の部族のビンゴ事業への適用は、「組織的犯罪取締法」(the Organized Crime Control Law)³⁾によって正当化されない。③組織的犯罪による部族のビンゴ事業の浸透を妨げることに州が有する利益は、連邦及び部族がビンゴ事業を支援することに有する「やむにやまれぬ利益」に照らして州による当該事業の規制を正当化し得ない。

合衆国議会第100議会は、Cabazon判決を大きな契機として、翌1998年10月17日に「インディアン土地におけるゲーミングを規制するための法律」⁴⁾、所謂「インディアン・ゲーミング規制法」(the Indian Gaming Regulatory Act) (以下、「IGRA」という。)を制定した。同法は全文23カ条からなり、合衆国法律集第25編(インディアン)第29章(インディアン・ゲーミング規制)第2701条ないし2721条及び同第18編(犯罪及び刑事手続)第53章(インディアン)第1166条ないし第1168条に編纂されている。IGRAの主たる目的は、①インディアン部族の

1) 480 U.S. 202 (1987).

2) Act of Aug. 15, 1953, ch 505, 67 Stat. 588. 拙著・『アメリカ・インディアン法研究 (I) インディアン政策史』(2012年) 474頁-475頁参照。

3) Act of Oct. 15, 1970, Pub. L. No. 91-452, 84 Stat. 922.

4) Act of Oct. 17, 1988, Pub. L. No. 100-597, 102 Stat. 2467.

経済発展、部族の自給自足及び強力な部族政府の促進、②部族によるゲーミングの組織的犯罪及びその他の有害な影響からの保護、③インディアンの土地におけるゲーミングに関する自主的な連邦の規制権限及び連邦基準の確立、④そして「国家インディアン・ゲーミング委員会」(National Indian Gaming Commission) (以下、「NIGC」という。)の設立にある(第2702条)。

IGRAは、許可されるゲーミングを第1種ゲーミング(class I gaming)、第2種ゲーミング(class II gaming)、第3種ゲーミング(class III gaming)に3分類し、それぞれ分類ごとに管轄権の主体及び規制のあり方について詳細な定めを置いている。第1種ゲーミングは、最小限の価値がある賞金のためのソーシャル・ゲーム(social game)又は部族の儀式若しくは祭事の一部として、又はそれらと関連して個人によって行なわれるインディアン・ゲーミング(Indian gaming)の伝統的形態をいい、インディアン部族の専属的管轄権内にあり、IGRAは適用されない(第2703条第6号、第2710条第a項第1号)。

第2種ゲーミングは、プルタブ(pull-tab)、ロット(lotto)、パンチ・ボード(punch board)、チップジャー(tip jar)、インスタント・ビンゴ(instant bingo)及びその他のビンゴ(bingo)に類似するゲームを含む、通例ビンゴとして知られている運のゲーム(game of chance)をいい、明確に州法で認められているものをいう。第2種ゲーミングには、厳格な許可条件が定められており、いかなるインディアン部族も①インディアン・ゲーミングが目的に応じて個人、組織又は団体による当該ゲーミングを認める州内に位置する場合で、当該ゲーミングが連邦法によってインディアンの土地で他の方法で特に禁止されていない場合、②インディアン部族の統治機関がNIGC委員長によって承認された条例(ordinance)又は議決(resolution)を採択している場合に、当該部族の管轄権内のインディアンの土地での第2種ゲーミングに従事し、又は許可し、及び規制することができる。第2種ゲーミングは、インディアン部族の管轄権内にある。そして第2種ゲーミングについてインディアン部族は、NIGC委員長の承認を条件にインディアン部族が経営し得る当該ゲーミング事業の経営及び管理に関する「管理委託契約」(management contract)を締結することができる。当該契約による手数料は、原則としてゲーミング事業の純利益の30パーセントを超えてはならないとされている(第2703条第7号、第2710条第b項第1号、第2711

条第a項、第c項)。

第3種ゲーミングは、第1種ゲーミング又は第2種ゲーミングに属さない全ての形態のゲーミングをいう。第3種ゲーミング事業は、当該事業が以下に定める条件①②③を満たす場合にのみインディアン土地において適法とされる。すなわち①以下の(i)(ii)(iii)の要件を満たすインディアン部族の条例又は議決によって公認されていること。(i) 当該土地に管轄権を有するインディアン部族の統治機関による公認。(ii) 第2710条第b項に規定される要件の充足。(iii) NIGC委員長による承認。②目的に応じて個人、組織又は団体によって経営される当該ゲーミングを許可する州で行なわれること。そして③インディアン部族と州とによって締結された有効な「部族－州間協定」(Tribal-State compact)に従って経営されている場合である。部族－州間協定には、以下に定める事項が規定される。(i) 当該事業の規制に直接的に関連し、及び必要とされるインディアン部族又は州の刑事法、民事法並びに規則の適用。(ii) 当該法律及び規則の執行に必要とされる州とインディアン部族との間の刑事管轄権及び民事管轄権の手順配分。(iii) 当該事業の規制にかかわる費用を支払うに必要とされる総額についての当該事業の州による査定。(iv) 州によって相当事業について査定された総額に匹敵する額についての当該事業へのインディアン部族の課税。(v) 契約違反の救済手段。(vi) 許可を含む当該事業の経営及びゲーミング施設の維持に関する基準。(vii) ゲーミング事業の経営に直接的に関連するその他の事項がそれである。インディアン部族は、第3種ゲーミング事業のための管理委託契約を、当該契約が委員長に提出され、及び承認された場合に締結することができる(第2703条第8号、第2710条第d項第1号、第3号、第9号)。

NIGCは、内務省内に設置される独立規制機関であり、上院の助言と承認を得て大統領によって任命される委員長、内務長官によって任命される2人の委員(associate member)の常勤の委員で構成され、任期は3年とされる。委員会の少なくとも2人は、インディアン部族の構成員に登録されていなければならない。委員長の権限は、①ゲーミング事業の一時的閉鎖命令の発出、②民事上の罰金(civil fine)の徴収、③第2種、第3種ゲーミングを規制する部族の条例若しくは議決の承認、④第2種、第3種ゲーミングの管理委託契約の承認である。委員会の権限は、①委員会年間予算の承認、②民事上の罰金の査定額及び

徴収に関する規則の制定、③手数料金の設定、④召喚状の発出の承認、⑤委員長によるゲーミング事業の一時的閉鎖の永続決定、⑥第2種ゲーミング事業の継続的監視、⑦第2種ゲーミングが行なわれるインディアンの土地に位置する全ての建物の検査及び調査、⑧身元調査等々、多岐に亘っている(第2704条、第2705条、第2706条)。

2014年2月11日付けNIGCの「ゲーミング部族報告書」(Gaming Tribe Reports)によれば、インディアン・ゲーミング開催地の総数は474ヶ所、ゲーミング施設を営⁵⁾している部族は245部族(バンド(band)、ネーション(Nation)を含む。)にのぼり、同委員会の2016年6月30日付け「ゲーミング収入」(Gaming Revenues by Range)報告によれば、2015年度のゲーミング施設474ヶ所の総収入は、29,881,744,000ドルと報告されている。⁶⁾以下、IGRAの全訳を試みる。原典は、「注釈付合衆国法律集」(United States Code Annotated)(2013年)によった。〔 〕内は、筆者註である。

インディアン・ゲーミング規制法

第25編第29章

第2701条(認定)

合衆国議会は、以下のように認定する。

- (1) 数多くのインディアン部族が、部族政府の収益を生み出す手段としてインディアンの土地でゲーミング事業に従事し、又は許可を受けるようになっている。
- (2) 連邦裁判所は、本編第81条〔インディアン部族との契約及び合意〕はインディアン・ゲーミングを処理する管理委託契約の内務長官による審査を要求しているが、当該委託契約の承認に関する判断基準を規定していないとする判決を下してきた。
- (3) 現行連邦法は、インディアンの土地におけるゲーミング事業に関する明確な基

5) KATHRYN R.L. RAND & STEVEN ANDREW LIGHT, INDIAN GAMING LAW AND POLICY 6 (2d ed. 2014). <https://www.nigc.gov/commission/reports-and-publications1> (2016年12月8日閲覧)

6) *Id.* at 8.

準又は規制を規定していない。

- (4) 連邦のインディアン政策の主要目標は、部族の経済発展、部族の自給自足及び強力な部族政府の促進にある。
- (5) インディアン部族は、ゲーミング事業が特に連邦法で禁止されておらず、並びに刑事法及び公序良俗上当該事業を禁止していない州内で行なわれる場合、インディアン土地でのゲーミング事業を規制する専属的権利を有する。

第2702条（政策の宣言）

本章は、以下に定めるところを目的とする。

- (1) 部族の経済発展、部族の自給自足及び強力な部族政府の促進の手段としてのインディアン部族のゲーミング経営に関して制定法上の基礎を定めること。
- (2) インディアン部族によるゲーミングを組織的犯罪及びその他の有害な影響から保護し、インディアン部族がゲーミング経営の主たる受益者であることを確保し、及びゲーミングが経営者並びにプレイヤー双方によって公平且つ誠実に行なわれることを保障するに十分な当該ゲーミングの規制に関して制定法上の基礎を置くこと。
- (3) インディアン土地におけるゲーミングに関する独立した連邦の規制権限の確立及びインディアン土地におけるゲーミングのための連邦基準の設定並びに国家インディアン・ゲーミング委員会の設立が、ゲーミングに関する合衆国議会の関心事に対処するために、及び部族の収益を生み出す手段としてのゲーミングを保護するために必要であることを宣言すること。

第2703条（定義）⁷⁾

本章において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

- (1) 司法長官 合衆国司法長官をいう。
- (2) 委員長 国家インディアン・ゲーミング委員会委員長をいう。
- (3) 委員会 本章第2704条の規定に基づいて設立される国家インディアン・ゲーミング委員会をいう。

7) 改正; Act of Dec. 17, 1991, Pub. No. L. 102-238, § 2(a), 105 Stat. 1908; Act of Oct. 24, 1992, Pub. L. No. 102-497, § 16, 106 Stat. 3261.

- (4) インディアンの土地 以下に定めるものをいう。
- (A) インディアン保留地の境界内の全ての土地。
 - (B) インディアンの部族若しくは個人の利益のために合衆国によって信託保有され、又は合衆国による譲渡制限に服すインディアンの部族若しくは個人によって保有され、及インディアン部族が政府権力を行使する全ての土地権原 (land title)。
- (5) インディアン部族 以下に定めるインディアンの部族若しくはバンド若しくはネーション、又はインディアンのその他の組織的団体若しくはコミュニティをいう。
- (A) インディアンとしての地位を理由として合衆国によってインディアンに提供される特別計画及び役務について内務長官が資格を有すると認めたもの。
 - (B) 自治権を有するものとして承認されているもの。
- (6) 第1種ゲーミング 最小限の価値がある賞金のためのソーシャル・ゲーム又は部族の儀式若しくは祭事の一部として、又はそれらと関連して個人によって行なわれるインディアン・ゲーミングの伝統的形態をいう。
- (7)(A) 第2種ゲーミング 以下に定めるものをいう。
- (i) 以下に定める通例ビンゴ（電子、コンピュータ又はその他のテクノロジー上の補助用具が関連して使用されると否とを問わず）として知られている運のゲーム。
 - (I) 数字若しくはその他の記号が記載されたカードを用いて、賞金を含む景品を目的として行なわれる運のゲーム。
 - (II) ある数字若しくは記号が記載されたカードが引かれ、又は電子的に決定される場合、カード保持者が当該数字若しくは記号よりも上位のカードを出す運のゲーム。
 - (III) 前もって配置されているカードの数字若しくは記号よりも上位のカードを最初に出した人が勝つ運のゲーム。

プルタブ、ロット、パンチ、ボード、チップージャー、インスタント・ビンゴ及びその他のビンゴに類似するゲーム（同一場所でプレイされる場合。）を含む。
 - (ii) 以下に定めるカードゲーム。

- (I) 明確に州法で認められたもの。
- (II) 明確に州法で禁止されず、及び州内で行なわれるもの。ただし、当該カードゲームが、カードゲーム営業の時間若しくは期間、又はカードゲームの賭け (wager) 若しくはポット・サイズ (pot size) に関する州の法律及び規則 (規定されていた場合) に従って行なわれるものに限る。
- (B) 第2種ゲーミングには、以下に定めるものは含まれない。
 - (i) バカラ (baccarat)、シュマンドフェール (chemin de fer) 又はブラックジャック (21) (blackjack (21)) を含むバンキング・カードゲーム (banking card game)。
 - (ii) 運のゲーム又は全ての種類のスロットマシン (slot machine) の電子の若しくは電子機械のファクシミリ。
- (C) 本号のその他の規定にも拘わらず、第2種ゲーミングにはミシガン州、ノースダコタ州、サウスダコタ州又はワシントン州で行なわれるカードゲームで、実際に1988年5月1日に若しくはそれ以前にインディアン部族によって当該州で行なわれたものが含まれる。ただし、委員長の定めるところにより、当該州で当該期日に実際にインディアン部族によって行なわれていたカードゲームの性格及び範囲に限る。
- (D) 本号のその他の規定にも拘わらず、第2種ゲーミングには、1988年10月17日から1年の間、1988年5月1日以前にインディアン部族によってインディアン土地で合法的に営業されていた(B(ii))に規定されるゲーミングが、当該ゲーミングが行なわれていた土地に管轄権を有するインディアン部族が本編第2710条第d項第3号に基づいて部族－州間協定の交渉を1988年10月17日から30日以内に州に要求した場合に含まれる。
- (E) 本号のその他の規定にも拘わらず、第2種ゲーミングには、1991年12月17日から1年の間、1988年5月1日以前にウィスコンシン州のインディアンの土地で合法的に営業されていた(B(ii))に規定されるゲーミングが、当該ゲーミングが行なわれていた土地に管轄権を有するインディアン部族が本編第2710条第d項第3号に基づいて部族－州間協定の交渉を1988年11月16日までに当該州に要求した場合に含まれる。
- (F) (E)に規定される1年の間に(E)に規定されるゲーミングが、州法の問題として

合法ではないとする最終的司法判断が下された場合、当該インディアンの土地における当該ゲーミングは、当該司法判決日の翌日に営業を停止しなければならない。

- (8) 第3種ゲーミング 第1種ゲーミング又は第2種ゲーミングに属さない全ての形態のゲーミングをいう。
- (9) 純利益 管理委託手数料を除く、賞金及び総営業費として支払られる経費を差し引いたインディアンのゲーミング事業の総利益をいう。
- (10) 長官 内務長官をいう。

第2704条 (国家インディアン・ゲーミング委員会)

(a) (設立)

内務省内に国家インディアン・ゲーミング委員会が設置される。

(b) (構成; 調査; 任期; 解任)

- (1) 委員会は、以下の定めによって任命される3人の常勤構成員から構成される。
 - (A) 上院の助言と同意をえて大統領によって任命される委員長。
 - (B) 内務長官によって任命される2人の委員。
- (2)(A) 司法長官は、委員会に任命されるべきと思量される人についての身元調査を行なう。
 - (B) 長官は、フェデラル・レジスタに名前及び長官が委員会の構成員に任命された人に関して適切と思量する情報を公表し、並びに意見公募の受理のため少なくとも30日の期間を許可しなければならない。
- (3) 委員会の多くとも2人は、同一の政党の構成員であることができる。委員会の少なくとも2人の構成員は、インディアン部族の構成員に登録されていなければならない。
- (4)(A) Bに規定する場合を除いて、委員会の構成員の任期は3年とする。
 - (B) 委員会の最初の構成員の任期は、以下の定めによる。
 - (i) 委員長を含む2人の構成員は、3年の任期とする。
 - (ii) 構成員の1人は、1年の任期とする。
- (5) 以下に定める者は、委員会への任命又は委員会の職務継続に資格がないものとする。
 - (A) 重罪又はゲーミング犯罪の罪で有罪と決定された者。

(B) ゲーミング事業に経済的利害関係又は管理責任を有する者。

(C) 本編第2711条に従って承認される管理委託契約に経済的利害関係又は管理責任を有する者。

(6) 委員は、義務の懈怠又は職務における悪しき行為又はその他の立証される相当な事由がある場合、大統領（委員の場合は長官）によって任期満了前に職務を解任されることがある。

(c) (欠員)

委員会に欠員が生じた場合、当初の任命と同様の方法で補充される。構成員は、任期満了後、本条第b項第6号の規定に基づいて解職されない限り、後継者が任命されるまでその職務を遂行しなければならない。

(d) (定足数)

少なくともその1人が委員長又は副委員長である委員会の2人の構成員をもって定足数とする。

(e) (副委員長)

委員会は、多数決で委員会構成員の1人を副委員長に選出しなければならない。

副委員長は、委員長が不在の場合、委員会の会議の委員長を努める。

(f) (会議)

委員会は、委員長又はその構成員の多数の召集によって会議を開催する。ただし、委員会は、少なくとも4ヶ月毎に1回会議を開かなければならない。

(g) (報酬)

(1) 委員会の委員長は、合衆国法律集第5編〔政府組織及び被用者〕第5315条〔レベルIV職〕に基づく行政職賃金率のレベルIVのそれと同率で報酬を支払われる。

(2) 委員は、合衆国法律集第5編第5316条〔レベルV職〕に基づく行政職賃金率のレベルVのそれと同率でそれぞれ報酬を支払われる。

(3) 委員会の全構成員は、合衆国法律集第5編に従ってその義務の履行において生じた旅行、生計の道及びその他の必要経費を償還される。

第2705条（委員長の権限）

(a) 委員長は、委員会のために委員会への訴えを条件として以下に定める権限を有する。

- (1) 本編第2713条第b項に規定されるゲーミング事業の一時的閉鎖命令を発出すること。
- (2) 本編第2713条第a項に規定される民事上の罰金を科し、徴収すること。
- (3) 本編第2710条に規定される第2種ゲーミング及び第3種ゲーミングを規制する部族の条例若しくは決議を承認すること。
- (4) 本編第2710条第d項第9号及び第2711条に規定される第2種ゲーミング及び第3種ゲーミングのための管理委託契約を承認すること。
- (b) 委員長は、委員会によって委任されたその他の権限を行使する。

第2706条(委員会の権限)⁸⁾

- (a) (予算の承認; 民事上の罰金; 手数料; 召喚令状; 永続的命令)
委員会は、委任に基づかない以下に定める権限を有する。
 - (1) 委員長の勧告に基づいて、本編第2717条に規定される委員会の年間予算を承認すること。
 - (2) 本編第2713条第a項に規定される民事上の罰金の査定額及び徴収に関する規則を定めること。
 - (3) 少なくとも2人の委員の賛成投票で、本編第2717条に規定される手数料金を定めること。
 - (4) 少なくとも2人の委員の賛成投票で、委員長が本編第2715条に規定される召喚令状を発出することを承認すること。
 - (5) 少なくとも2人の委員の賛成投票で、及び以後の本格的な公聴の後本編第2713条第b項第2号に定められた委員長によるゲーミング事業の一時的閉鎖命令を永続させること。
- (b) (監視; 敷地の検査; 調査; 記録の入手; メール; 契約; 聴聞; 宣誓; 規則)
委員会は、以下に定める行為を行なう。
 - (1) インディアンの土地で行なわれる第2種ゲーミングを継続的に監視する。
 - (2) 第2種ゲーミングが行なわれるインディアンの土地に位置する全ての建物を検査し、及び調査を行なう。

8) 改正; Act of May 12, 2006, Pub. L. No. 109-221, Title III, § 301(a), 120 Stat. 341.

- (3) 必要と思料される身元調査を行ない、又は行なわせる。
- (4) インディアンので土地で経営される第2種ゲーミングの総利益及び本章に基づく委員会の義務を遂行するに必要とされるその他の事項に関する全ての書類、帳簿及び記録を入手することを要求し、及び検査、調査、複写並びに監査を行なう。
- (5) 合衆国の省又は行政機関と同一の方法並びに条件で、合衆国のメールを使用することができる。
- (6) 適用連邦法律及び規則に従って契約によって必需品、役務及び財産を調達することができる。
- (7) 委員会の義務の履行に必要な行為のために連邦、州、部族及び私的団体と契約を結び、並びに可能な範囲で委員会規制の執行についてインディアン部族と契約を締結することができる。
- (8) 委員会が適切と思料する聴聞を行ない、時間と場所を設定し、及び証言を入手し、並びに証拠を得ることができる。
- (9) 委員会の面前での証人への宣誓又は確約を処理することができる。
- (10) 本章の規定を実施するに必要と思料される規則及び指針を公布することができる。

⁹⁾
(c)削除

- (d) (連邦政府業績成果法 (the Government Performance and Results Act) の適用)¹⁰⁾
- (1) (一般規定) 本章に従って行為を遂行するに当たって委員会は、1993年連邦政府業績成果法 (一般法律第109-221号 (107 Stat. 285)) に従わなければならない。
 - (2) (計画) 1993年連邦政府業績成果法 (一般法律第109-221号 (107 Stat. 285)) の下で要求される計画に加えて、委員会は、当該法律に従って部族のゲーミング営業への技術的援助を提供するための計画を立てなければならない。

9) 「サンセット法」 (the Federal Reports Elimination and Sunset Act of 1995) (Act of Dec. 21, 1995, Pub. L. No. 104-66, 109 Stat. 707) 第3003条によって2000年5月15日終了。

10) 改正; Act of May 12, 2006, Pub. L. No. 109-221, Title III, §301(a), 120 Stat. 341.

第2707条(委員会職員)

(a)(法務部長)

委員長は、合衆国法律集第5編第5332条〔一般職賃金率〕に基づく一般職賃金率GS-18に支払われる基準賃金の年率で報酬を支払われる法務部長を委員会のために任命する。

(b)(職員)

委員長は、競争職における任命について定める合衆国法律集第5編の規定を問わず、委員会のその他の職員を任命し、及び監督する。当該職員は、等級及び一般職賃金率に関連する合衆国法律集第5編第51章〔等級〕並びに第5編第53章〔賃金率及びシステム〕第III節〔賃金率〕の規定を問わず、報酬が支払われなければならない。ただし、任命された職員は、第5編第5332条に基づく一般職賃金率GS-17に支払われる基準賃金の年率を超えて報酬を受け取ることができない。

(c)(臨時業務)

委員長は、合衆国法律集第5編第3109条第b項に基づく臨時業務及び一時的業務を調達することができる。個人への賃金率は、一般職賃金率GS-18に支払われる基準賃金の最大限の年率と同等の日割を超えてはならない。

(d)(連邦機関職員)

連邦機関の長は、委員長の要請に応じて他に法律で禁止されていない限り、本法に基づく義務を履行する委員会を援助するために当該機関の職員を委員会へ派遣する権限を与えられる。

(e)(行政支援業務)

長官又は共通役務庁官は、実費償還で委員会が要請する行政支援業務を委員会に提供しなければならない。

第2708条(委員会; 情報へのアクセス)

委員会は、本法を履行するのに必要な情報を合衆国の省又は機関から確保することができる。当該省又は機関の長は、委員長の要請に応じて他に法律で禁止されていない限り、委員会に当該情報を提供しなければならない。

第2709条(ゲーミング規制の暫定的権限)

本法のその他の規定にも拘わらず、長官は、委員会が組織化され、及び規則を定めるまでの間、インディアン・ゲーミングの監督に関して1988年10月17日以前に長

官に付与された権限を行使するものとする。長官は、委員会によるインディアン・ゲーミング規制への整然とした移行を促進するために職員及び支援の援助を提供しなければならない。

第2710条（部族ゲーミング条例）

(a)（第1種ゲーミング及び第2種ゲーミング事業に対する管轄権）

- (1) インディアンの土地における第1種ゲーミングには、インディアン部族の専属的管轄権が行使され、本法の規定には従わない。
- (2) インディアンの土地における全ての第2種ゲーミングには、インディアン部族の管轄権が行使される。ただし、本法の規定に従わなければならない。

(b)（第2種ゲーミング事業の規制；純利益の分配；監査；契約）

- (1) 以下に定める場合、いかなるインディアン部族も、当該部族の管轄権内のインディアンの土地での第2種ゲーミングに従事し、又は許可し、及び規制することができる。

- (A) 当該インディアン・ゲーミングが、目的に応じて個人、組織又は団体による当該ゲーミングを認める州内にある場合（及び当該ゲーミングが、他の方法で特に連邦法によってインディアンの土地で禁止されていない場合）。
- (B) インディアン部族の統治機関が、委員長によって承認された条例又は議決を採択している場合。

インディアン部族によって発出される各々の許可は、第2種ゲーミングが経営されるインディアンの土地の各々の場所、施設又は位置に必要とされる。

- (2) 委員長は、部族の管轄権内のインディアンの土地での第2種ゲーミングに関する経営又は規制に関する部族の条例又は議決が、以下に定める事項を規定している場合、当該条例又は議決を承認しなければならない。
 - (A) 第4号に規定される場合を除いて、インディアン部族が、ゲーミング事業経営に唯一の所有権に基づく権利及び責任を有すること。
 - (B) 部族のゲーミングからの純利益が、以下に規定される以外の目的に使用されないこと。
 - (i) 部族政府の権能又は計画に資金を提供すること。
 - (ii) インディアン部族及びその構成員の一般の福祉に備えること。
 - (iii) 部族の経済発展を促進すること。

- (iv) 慈善団体に寄付すること。
- (v) 地方政府機関の運転資金を助力すること。
- (C) 既存の独立の部族監査制度の中に含まれるゲーミングの年1回の外部監査が、インディアン部族によって委員会に提供されること。
- (D) 当該ゲーミングに関する全ての供給契約、サービス又は年間25,000ドルを超える契約のための営業許可(専門的な法律業務又は会計業務のための契約を除く。)が、独立の外部監査に服すること。
- (E) ゲーミング施設の建設及び維持並びに当該ゲーミングの経営が、適切に環境、公衆衛生及び安全を保護する方法で行なわれること。
- (F) 以下に定める適切な制度が備わっていること。
 - (i) 身元調査が主たる管理職員によって行なわれ、並びにゲーミング企業の主たる被用者、当該職員の監督及び彼らの管理が継続的に行なわれることを保障すること。
 - (ii) 以下の事項を含むこと。
 - (I) ゲーミング事業の主たる管理職員及び主たる被用者への部族の許可が、当該許可の発出後即時に委員会へ通知されること。
 - (II) 以前の活動、もしあれば犯罪歴、又は信望、習慣及び交際が公共の利益又はゲーミングの効果的規制に脅威を与え、又はゲーミング経営における不適切、不公平、又は違法な活動、方法及び事業の危険を作り出し、又は高める者は、雇用に不適格であるとする基準。
 - (III) 当該許可の発出に先立つ当該身元調査の結果のインディアン部族による委員会への通知。
- (3) インディアン部族によって経営され、又は許可される第2種ゲーミング事業からの全ての純収益は、以下に定める場合のみインディアン部族の構成員への頭割りでの支払いに使用することができる。
 - (A) インディアン部族が、第2号(B)によって承認される使用のために収益を配分する計画を準備してきていた場合。
 - (B) 計画が、特に第2号(B)(i)又は(ii)に規定される使用に関して長官によって適切であると承認される場合。
 - (C) 頭割りでの支払の受取りに権利を付与される未成年者及びその他の法的無能

力者が保護され、並びに長官及びインディアン部族の統治機関によって承認される計画の下で、未成年者及び法的無能力者の健康、教育又は福祉に必要とされる額での頭割りでの支払いが、当該未成年者又は法的無能力者の両親若しくは法定後見人に支払われる場合。

(D) 頭割りの支払いが連邦の課税に服し、及び部族が当該支払いが行なわれる場合に納税義務を構成員に通知する場合。

(4)(A) 部族の条例又は議決は、インディアン部族以外の個人若しくは団体によって所有され、及びインディアンの土地で経営される第2種ゲーミングの許可又は規制について部族の許可要件がB(i)に規定される要件を含み、及び少なくとも当該インディアンの土地が位置する州の管轄権内の同様のゲーミングに適用される州法によって確立された制限と同様に制限的である場合に限り定めることができる。インディアン部族以外のいかなる個人及び団体も、インディアン部族の管轄権内のインディアンの土地で経営される第2種ゲーミング事業を所有するための部族の許可を、当該個人又は団体が同一の事業を州の管轄権内で経営するために州の許可を受け取る資格がない場合、当該資格を持たない。

(B)(i) 本号(A)の規定及び第2号(A)並びに(B)の規定は、以下に定める場合、1986年9月1日に経営されていた個人によって所有される第2種ゲーミングの継続的な経営を禁止してはならない。

(I) 当該ゲーミング経営が、本編第2712条の規定に従って委員会によって審査され、及び承認される条例に従ってインディアン部族によって許可され、並びに規制される場合。

(II) 当該ゲーミングからのインディアン部族への収益が、本項第2号(B)に規定される目的に限りて使用される場合。

(III) 純利益の60パーセントよりは少なくない収入が、インディアン部族の収入となる場合。

(IV) 当該ゲーミング事業の所有者が、当該ゲーミング規制に関する本編第2717条第a項第1号に基づいて国家インディアン・ゲーミング委員会に適切な負担金を支払う場合。

(ii) 本号に基づいて規定される本項の適用免除は、ゲーミング事業が1988年10月17日に経営されていたと同様の性質及び範囲に留まる限りにおいていかな

る個人又は団体にも転嫁され得ず、有効とする。

- (iii) 長官は、1988年10月17日から60日以内に(i)が適用される各々の個人によって所有されるゲーミング事業の一覧表を準備し、当該一覧表をフェデラル・レジスタに公表しなければならない。

(c) (ゲーミング許可の発出; 自主規制の証明)

- (1) 委員会は、インディアン部族によるゲーミング許可について適切な法執行官と協議することができ、当該許可の発出への異議を当該インディアン部族に通知するために30日の期間を設定しなければならない。
- (2) インディアン部族によるゲーミング許可の発出後、主たる管理職員及び主たる被用者が本条第b項第2号(F)(ii)(iii)の下で確立される基準を満たさないことを示す信頼することができる情報が委員会から取得された場合、インディアン部族は、当該許可を一時停止し、告知及び聴聞の後、当該許可を撤回することができる。
- (3) 第2種ゲーミング事業を経営し、以下に定める条件を満たすインディアン部族は、委員会に自己規制の証明を請求することができる。
 - (A) 1988年10月17日以後の1年間を含む3年よりは少なくない期間、当該事業を継続的に経営している。
 - (B) その他の点で本条の規定を遵守している。
- (4) 委員会は、当該委員会が有効な情報から、及び当該部族によって請求された場合には聴聞を実施した後、部族が以下に定める条件を満たすと決定した場合、自主規制の証明書を発出しなければならない。
 - (A) 以下に定める方法でゲーミング事業を経営してきたこと。
 - (i) 全ての収入の実効可能な及び誠実な会計をもたらしてきたこと。
 - (ii) 当該事業の安全、公平及び誠実な経営の評価をもたらしてきたこと。
 - (iii) 一般的に犯罪行為又は不誠実な行為の証拠が存在しなかったこと。
 - (B) 以下に定める事項のための適切な制度を採用し、及び実施していること。
 - (i) 事業からの総収入の会計
 - (ii) ゲーミング事業の全ての被用者についての調査、許可及び監視
 - (iii) 当該部族のゲーミング条例及び規制違反の調査、執行及び訴追
 - (C) 財政上及び経済的に健全な基盤で経営を行なっていること。
- (5) 部族が自主規制の証明書を有する期間の間、以下の定めによるものとする。

- (A) 部族は、本編第2706条第b項第1、第2、第3及び第4号に服さない。
- (B) 部族は、本条第b項第2号(C)によって要請される年1回の独立監査を提出し、及び自主規制の証明の後に部族によって雇用され、並びに許可された全ての被用者に関する完全な履歴書を委員会に提出しなければならない。
- (C) 委員会は、本編第2717条に従った当該事業に総利益の1パーセントの4分の1を超えて手数料を課すことができない。
- (6) 委員会は、正当な理由に基づいて、及び聴聞の機会の後に委員会委員の多数決の投票で自主規制の証明書を取り消すことができる。
- (d) (第3種ゲーミング事業；公認；取消し；部族－州間協定)
 - (1) 第3種ゲーミング事業は、当該事業が以下に定める条件を満たす場合にのみインディアンの土地において適法と看做される。
 - (A) 以下の条件を満たす条例又は議決によって公認されている。
 - (i) 当該土地に管轄権を有するインディアン部族の統治機関によって採択されている。
 - (ii) 本条第b項の要件を満たしている。
 - (iii) 委員長によって承認されている。
 - (B) 目的に応じて個人、組織又は団体に当該ゲーミングを許可する州に位置している。
 - (C) 第3号に基づくインディアン部族と州とによって締結された有効な部族－州間協定に従って経営される。
 - (2)(A) インディアン部族が、インディアン部族のインディアンの土地での第3種ゲーミングを経営することを目的とし、又は個人若しくは団体に公認することを目的とする場合、インディアン部族の統治機関は、本条第b項の要件を満たす条例又は議決を採択し、及び委員長に提出しなければならない。
 - (B) 委員長は、委員長が特に以下に定めることを決定しない限り、(A)に定められる条例又は議決を承認しなければならない。
 - (i) 条例又は議決が、インディアン部族の統治文書に従って採択されなかったこと。
 - (ii) 部族統治機関が、本編第2711条第e項第1号(D)に規定される者によって当該条例又は議決の採択において著しく且つ不当に影響されたこと。

当該条例又は議決の承認に基づいて委員長は、当該条例又は議決及び承認の決定をフェデラル・レジスタに公表しなければならない。

(C) インディアン部族のインディアンの土地における第3種ゲーミング事業は、本号(B)の規定に基づいて委員長によって承認された条例又は議決の当該規定に基づく公表により有効となった場合、第3号に規定に基づいてインディアン部族によって締結される有効な部族－州間協定の諸条件に完全に従わなければならない。

(D)(i) インディアン部族の統治機関は、その独自の裁量権で及び委員長の承認を得ることなく、インディアン部族のインディアンの土地における第3種ゲーミングを承認した以前の条例又は議決を撤回する条例又は議決を採択することができる。当該撤回は、当該部族によるインディアンの土地での第3種ゲーミングを違法とする。

(ii) インディアン部族は、(i)で規定される撤回条例又は議決を委員長に提出しなければならない。委員長は、当該条例又は議決をフェデラル・レジスタに公表しなければならない。当該条例又は議決によって規定される撤回は、当該公表日に効力を発する。

(iii) 本項のその他のいかなる規定にも拘わらず、以下の定めによる。

(I) 第3種ゲーミング事業の公認を撤回する(i)に規定される条例又は議決がフェデラル・レジスタに公表された日に、本号に従って第3種ゲーミング事業を経営する個人又は団体は、当該条例又は議決が(ii)の規定に基づいて公表される日から1年の間、第3号に基づいて締結される有効な部族－州間協定に従って当該事業を継続することができる。

(II) 当該1年の期間の終結以前に提起される民事訴訟及び実行される犯罪は、当該撤回条例又は議決によって影響されることはない。

(3)(A) 第3種ゲーミング事業が経営される、又は経営されることが予想されるインディアンの土地に管轄権を有するインディアン部族は、当該土地が位置する州に対してゲーミング事業の経営を管理する部族－州間協定を締結する目的のために交渉に入るよう請求することができる。当該請求を受理した州は、当該協定を締結するために誠実にインディアン部族と交渉しなければならない。

(B) いかなる州及びインディアン部族も、インディアン部族のインディアンの土

地におけるゲーミング事業を管理する部族－州間協定を締結することができる。
ただし、当該協定は、当該協定の長官による承認の通知が長官によってフェデラル・レジスタに公表された場合にのみ効力を有するものと看做す。

(C) (A)の規定に基づく部族－州間協定は、以下の事項に関連する規定を定めることができる。

- (i) 当該事業の許可及び規制に直接的に関連し、並びに必要とされるインディアン部族又は州の刑事法、民事法及び規則の適用。
- (ii) 当該法律及び規則の執行に必要とされる州とインディアン部族との間の刑事管轄権及び民事管轄権の手順配分。
- (iii) 当該事業の規制にかかわる費用を支払うに必要とされる総額についての当該事業の州による査定。
- (iv) 州によって同等の事業について査定された総額に相当する額での当該事業へのインディアン部族の課税。
- (v) 契約違反の救済方法。
- (vi) 許可を含む、当該事業の経営及びゲーミング施設の維持に関する基準。
- (vii) ゲーミング事業の経営に直接的に関連するその他の事項。

(4) 本項第3号(C)(iii)の規定に基づいて同意され得る査定を除いて、本条のいかなる規定も、第3種ゲーミング事業を経営することをインディアン部族によって公認されたインディアン部族又はその他の個人若しくは団体に、税金、手数料、料金又はその他の割当金を課す権限を州又はその政治的下部機関に付与するものと解釈されてはならない。いかなる州も、当該税金、手数料、料金又はその他の割当金を課す権限が当該州又はその政治的下部機関にないことを理由に第3号(A)に規定される交渉を拒むことはできない。

(5) 本号のいかなる規定も、州と共にインディアンの土地における第3種ゲーミングを規制するためのインディアン部族の権利を損なうものではない。ただし、当該規制が、第3号に基づいてインディアン部族によって締結される部族－州間協定によって適用可能となる州の法律及び規則に矛盾する場合、又は当該州の法律及び規則に定める基準より厳しくない基準の場合は除く。

(6) 合衆国法律集第15編〔通商及び交易〕第1175条〔製造、修繕、売買、占有等の禁止の特別管轄権〕の規定は、以下に定める部族－州間協定に基づいて経営され

るいかなるゲーミングにも適用されない。

(A) 賭博装置が合法とされる州によって第3号の規定に基づいて締結される場合で、及び

(B) 有効である場合。

(7)(A) 合衆国地方裁判所は、以下の訴訟原因に対して管轄権を有する。

(i) 第3号の規定に基づく部族-州間協定を締結する目的でインディアン部族との交渉に入ることを州が怠ったこと、又は当該交渉を誠実に行なうことを怠ったことから生ずるインディアン部族によって提起される訴訟原因。

(ii) インディアン土地に位置し、及び第3号に基づいて締結される有効な部族-州間協定に違反して経営される第3種ゲーミング事業を禁止するために州又はインディアン部族によって提起される訴訟原因。

(iii) (B)(ii)に規定される手続を執行するために長官によって提起される訴訟原因。

(B)(i) インディアン部族は、(A)(i)に規定される訴訟をインディアン部族が第3号(A)に基づく交渉に入ることを州に要求した日から180日後にのみ提起することができる。

(ii) (A)(i)に規定される訴訟において以下に定める事項についてのインディアン部族による証拠提出に基づいて、州がゲーミング事業の経営を管理する部族-州間協定を締結するに際して誠実にインディアン部族と交渉したとする立証責任は、州に課される。

(I) 部族-州間協定が、第3号の下で締結されなかったこと。

(II) 州が、当該協定を交渉するためのインディアン部族の請求に応じなかったこと、又は当該請求に誠実に応じなかったこと。

(iii) (A)(i)に規定される訴訟において裁判所が、州がゲーミング事業の経営を管理する部族-州間協定を締結するに際してインディアン部族と誠実に交渉することを怠ったと認定した場合、裁判所は、州及びインディアン部族に当該協定を60日以内に締結するよう命じなければならない。州が誠実に交渉したか否かの訴訟を決定するに際して、裁判所は以下の審理を行う。

(I) 公共の利益、公共の安全、犯罪性、財務的整合性及び既存のゲーミング事業への不利な経済状況を審理することができる。

(II) 州が誠実な交渉しなかったという証拠として、州によるインディアン部

族又はインディアン土地への直接課税の請求を審査しなければならない。

- (iv) 州及びインディアン部族が、(iii)に基づいて発出された裁判所命令に定められた60日以内に、当該インディアン部族の管轄権に服すインディアン土地でのゲーミング事業の経営を管理する部族 - 州間協定を締結できなかった場合、インディアン部族及び州は、裁判所によって任命される調停人に各々の協定のための最終的な最善の申出を反映する提案協定を提出しなければならない。調停人は、2つの提案協定の中から本章の条項及びその他の適用連邦法に並びに裁判所の認定及び命令に最善に一致するいずれか1つを選択しなければならない。
- (v) (iv)の規定に基づいて裁判所によって任命された調停人は、州及びインディアン部族に(iv)の規定に基づいて調停人によって選択された協定を提示しなければならない。
- (vi) 州が、提案協定が(v)の規定に基づいて調停人によって州に提示された日から60日の間に提案協定に同意した場合、提案協定は、第3号の規定に基づいて締結された部族 - 州間協定として処理されなければならない。
- (vii) 州が、(vi)に規定される60日の間に(v)の規定に基づいて調停人によって提示された提案協定に同意しなかった場合、調停人は長官に通知し、長官はインディアン部族との協議の上で以下の手続を指示しなければならない。
 - (I) いずれの協定が、(iv)の規定に基づいて調停人によって選択された提案協定及び本章の規定並びに州法の関連規定に一致しているか。
 - (II) いずれの協定の下で第3種ゲーミングが、インディアン部族が管轄権を有するインディアン土地で行なわれるべきか。
- (8)(A) 長官は、インディアン部族のインディアン土地でのゲーミングを管理する当該インディアン部族と州との間で締結された部族 - 州間協定を承認するための権限を付与される。
- (B) 長官は、協定が以下に定める事項を侵害する場合にのみ、(A)に規定される協定を否認することができる。
 - (i) 本章の規定。
 - (ii) インディアン土地でのゲーミングに対する管轄権に関連しないその他の連邦法の規定。

(iii) 合衆国のインディアンに対する信託義務。

(C) 長官が、(A)に規定される協定を当該協定が承認のために長官に提出されてから45日以前に承認せず、又は否認しなかった場合、当該協定は長官によって承認されたものと看做される。ただし、当該協定が、本章の規定に一致する限りにおいてとする。

(D) 長官は、本号の下で承認され、又は承認されたと看做される部族－州間協定の通知をフェデラル・レジスタに公表しなければならない。

(9) インディアン部族は、第3種ゲーミング事業のための管理委託契約を当該契約が委員長に提出され、及び承認された場合に締結することができる。委員長による当該契約の審査及び承認は、本編第2711条第b項、第c項、第d項、第f項、第g項及び第h項の規定に基づいて行なわれなければならない。

(e) (条例の承認)

本条の目的のために、部族ゲーミングの条例又は議決が委員長に提出されてから90日までに、委員長は、当外条例又は議決が本条の規定を満たす場合、これを承認しなければならない。90日の終了時に決定をみない当該条例又は議決は、委員長によって承認されたものと看做される。ただし、当該条例又は議決が、本章の規定に一致する限りにおいてとする。

第2711条 (管理委託契約)

(a) (第2種ゲーミング；事業者への情報)

(1) 委員長の承認を条件にインディアン部族は、インディアン部族が本編第2710条第b項第1号に基づいて経営することができる第2種ゲーミング事業の経営及び管理に関する管理委託契約を締結することができる。ただし、当該契約の承認に先立って委員長は、以下に定める情報を請求し、取得しなければならない。

(A) 当該契約に直接的な金銭的利益又は管理責任を有する個人又は団体（当該団体を構成する個人を含む。）の名前、住所及びその他の関連身元情報、並びに会社の場合、当該会社の取締役会の構成員及び発行株及び社外株の10パーセント以上を持つ（直接的又は間接的に）各々の株主の名前、住所及びその他の関連身元情報。

(B) (A)の規定に従って記入される各々の人物が、インディアン部族又はゲーミング産業一般とのその他のゲーミング契約を締結していた経歴の記載。当該記載

には、特に当該人物がゲーミングに関する契約を締結していた許可機関又は監督機関の名前及び住所を含む。

(C) (A)の規定に従って記入される各々の人物の完全な財務諸表。

(2) 第1号(A)の規定に従って一覧表に記入された各々の人物は、委員長が本条に基づく責任に従って提出することができる口頭若しくは書面による質問に答えなければならない。

(3) 本章の目的のために第1号に規定される管理委託契約への言及は、ゲーミング事業に関連する当該契約への全ての付帯的合意が含まれるものと看做される。

(b) (承認)

委員長は、本条に基づいて締結される管理委託契約を当該契約が少なくとも以下に定める事項を規定していると決定した場合にのみ、承認することができる。

(1) 維持される適切な会計手続及び毎月のインディアン部族によって又はために準備される証明可能な財政報告に関する事項。

(2) 部族のゲーミング事業から得られる毎日の総利益及び収入を検証する権利をも有する適切な部族職員による毎日のゲーミング経営への出入りに関する事項。

(3) 開発及び建設費用の償還に対する優先権を有するインディアン部族への最小限保証される支払いに関する事項。

(4) 開発及び建設費用の返済に関する合意された最高限度に関する事項。

(5) 5年の期間を超えない契約期間に関する事項。ただし、インディアン部族の申請に基づいて、委員長が特別のゲーミング事業にとって要求される設備投資及び収入予測が追加の時間を必要としていると判断した場合、7年の期間を超えない範囲で5年の期間を超える契約期間を許可することができる。

(6) 当該契約を終結するための理由及び手順に関する事項。ただし、実際の契約の終結は、委員長の承認を要しない。

(c) (純利益の歩合に基づく手数料)

(1) 委員長は、部族のゲーミング事業の純利益の歩合が周囲の状況に照らして合理的であると決定した場合、当該純利益の歩合に基づく手数料を定める管理委託契約を承認することができる。ただし、本項に定めがある場合を除いて、当該歩合は純利益の30パーセントを超えてはならない。

(2) インディアン部族の請求に基づいて委員長は、要求される設備投資及び収入予

測が部族のゲーミング事業にとってインディアン部族によって請求される追加の手数料を必要としていると判断した場合、40パーセントを超えない範囲で30パーセントを超える部族のゲーミング事業の純利益の歩合に基づく手数料を定める管理委託契約を承認することができる。

(d) (承認期間; 延長)

管理委託契約が承認のために委員長に提出される日から180日以内に、委員長は実績に基づいて当該契約を承認し、又は否認しなければならない。委員長は、延長の理由を書面でインディアン部族に通知した場合、90日を超えない期間で180日の期間を延長することができる。インディアン部族は、本項に規定される期間内に承認されず、又は否認されない場合、委員長による行為を強制するために合衆国地方裁判所に訴えを提起することができる。

(e) (否認)

委員長は、以下に定める事項に該当すると決定した場合、いかなる契約も承認してはならない。

(1) 本条第a項第1号(A)の規定に従って一覧表に記載される者が、以下に定める事項に該当する場合。

(A) 管理委託契約の当事者であるインディアン部族の統治機関の選任構成員である場合。

(B) 重罪又はゲーミング犯罪で有罪と決定されていた、若しくはその後有罪とされる場合。

(C) 本章に従って委員会又はインディアン部族に実質的に重要な虚偽の陳述を認識しつつ故意に行い、又は本条第a項第2号の規定に従って提議される問題に応答することを拒否した場合。

(D) 以前の活動、もしあれば犯罪歴、又は信望、習慣及び交際が公共の利益又はゲーミングの効果的規制並びに管理に脅威を与え、又はゲーミング経営、事業の遂行及びそれに付随する資金調達において不適切、不公平又は違法な活動、方法及び事業の危険を作り出す者と決定された場合。

(2) 管理委託契約者が、その利益若しくは有利性のためにゲーミング事業に関連する部族政府の決定又は手続に不当に介入若しくは干渉し、又は試みていた場合。

(3) 管理委託契約者が、意図的に若しくは実質的に管理委託契約の条項又は本章に

従って採択され、及び承認された部族ゲーミング条例若しくは決議に従うことを怠った場合。

- (4) 受託者に通例責任を問われるべき技能及び注意義務を遂行する受託者が、契約を採用しない時。

(f) (修正又は取消し)

委員長は、後に本条の規定が侵害されたと決定した場合、告知及び聴聞の後、適切な契約の修正を求め、又は委託契約を取り消すことができる。

(g) (土地への利益)

本章によって規制されるゲーミング事業の経営及び管理のための管理委託契約は、特別の制定法上の根拠が存在し、及び当該委託契約に文書で明確に規定されていない限り、土地並びにその他の不動産へのいかなる利益をも移転し、又はいかなる方法をもってしても譲渡するものであってはならない。

(h) (権限)

本章に従って規制される管理委託契約に関する本編第81条に基づく長官の権限は、以後委員会に移転される。

(i) (調査費)

委員会は、本条第e項に規定される決定に至るに必要な調査費用を満了費用を将来の契約者に支払うよう請求する。

第2712条（既存の条例及び契約の審査）

(a) (提出通知)

委員会の設立後可及的速やかに委員長は、1988年10月17日以前に第2種ゲーミング又は第3種ゲーミングを承認する条例若しくは議決を採択し、又は管理委託契約を締結したインディアン部族又は管理委託契約者に、ゲーミング事業に関する全ての付帯的合意を含む当該条例、決議又は契約が通知後60日以内に委員長の審査に付される旨を通知しなければならない。当該条例、決議、契約又は合意に基づいて行なわれる全ての事業は、本条に基づいて否認されない限り、本章若しくは本章に従って行なわれた修正の下に有効と看做される。

(b) (条例又は議決の承認若しくは修正)

- (1) 委員長は、第2種ゲーミング又は第3種ゲーミングを承認する条例若しくは議決が本条第a項の規定に従って委員長に提出された日から90日以内に、当該条例

若しくは議決を本編第2710条第b項の規定を満たすか否かを決定するために審査に付きなければならない。

- (2) 委員長が、本条第a項の規定に従って条例若しくは議決が本編第2710条第b項の規定を満たすと決定した場合、委員長はこれを承認しなければならない。
 - (3) 委員長が、本条第a項の規定に従って条例若しくは議決が本編第2710条第b項の規定を満たさないと決定した場合、委員長は、120日以内に当該条例若しくは議決を適合させるに必要な修正を行なうよう書面で通知しなければならない。
- (c) (管理委託契約の承認若しくは修正)
- (1) 委員長は、本条第a項の規定に従って全ての付帯的合意を含む管理委託契約が提出された日から180日以内に、当該契約を本編第2711条に定める要件及び手続に付さなければならない。
 - (2) 委員長は、本条第a項の規定に従って提出された管理委託契約及び当該契約に基づく管理委託契約者が本編第2711条の定める要件を満たすものと決定した場合、管理委託契約を承認しなければならない。
 - (3) 委員長は、本条第a項に基づいて提出された契約又は本条第a項に基づいて提出された契約に基づく管理委託契約者が本編第2711条の定める要件を満たさないものと決定した場合、当該契約の当事者に必要とされる修正を書面で通知しなければならない。管理委託契約が1988年10月17日以前に長官によって承認されていた場合、当事者は必要とされる修正の通知後180日以内に応じなければならない。

第2713条 (民事上の罰金)

(a) (権限; 額; 訴え; 書面による苦情)

- (1) 委員長は、委員会によって規定される規則に従って、本章の規定、本章の規定に従って委員会によって定められる規則又は本編第2710条若しくは第2712条の規定に従って承認された部族の規則、条例又は議決に違反したインディアン・ゲーミングの部族経営者又はゲーミングに従事する管理委託契約者に対して違反ごとに25,000ドルを超えない相当の民事上の罰金を科し、徴収する権限を有する。
- (2) 委員会は、規則によって委員長によって科され、徴収される罰金に関して委員会の面前での訴え及び聴聞の機会を規定しなければならない。
- (3) 委員会が、インディアン・ゲームの経営者又は管理委託契約者が本条第a項第1

号に基づく罰金、ゲームの永続的閉鎖又は管理委託契約の修正若しくは終了という結果につながる本章、本章に基づいて定められた規則又は本編第2710条若しくは第2712条に基づいて承認された部族の規則、条例又は議決によって規制される事業に従事していると信ずるに足りる理由がある場合、委員会はその確信の根拠及び委員会によって考慮される行為又は行為の選択を形成する作為若しくは不作为について述べる書面による申立てを当該ゲームの経営者又は管理委託契約者に提供しなければならない。申立ては、共通言語及び簡潔な言葉で述べられ、侵害されたと申し立てられる法律又は規則の規定を特定しなければならない。ただし、単に法律又は規則の文言で述べられる申立てにならない。

(b) (一時的閉鎖；聴聞)

(1) 委員長は、本章の規定、本章に従って委員会によって定められる規則又は本編第2710条若しくは第2712条に基づいて承認された部族の規則、条例又は議決の重大な侵害を理由にインディアン・ゲーミングの一時的閉鎖を命ずる権限を有する。

(2) 委員長による一時的閉鎖命令の発出後30日以内に関係するインディアン部族又は管理委託契約者は、当該命令が永続されるべきか若しくは解除されるべきかを決定するために委員会の面前で公聴の権利を有する。委員会は、当該公聴に続く60日以内に当該委員の少なくとも2人の投票でゲーミング経営の永続的閉鎖を命ずるか否かを決定しなければならない。

(c) (最終決定への訴え)

委員長によって科される罰金の最終的承認を与え、又は本条に従って永続的閉鎖を命ずる委員会の決定は、〔合衆国法律集〕第5編第7章〔司法審査〕に従って適切な連邦地方裁判所に訴訟を提起され得る。

(d) (部族法に基づく規制権限)

本章のいかなる規定も、インディアン部族がインディアン部族の管轄権内にあるゲーミング施設に関する部族法に基づいて規定される規制権限を行使することを、当該規制が本章又は委員会によって承認される準則若しくは規制に矛盾しない限り、排除するものではない。

第2714条 (司法審査)

本編第2710条、2711条、2712条及び第2713条の規定に従って委員会によって行なわれる決定は、第5編第7章に従って適切な合衆国地方裁判所に訴訟を提起する目

的にとって最終的機関決定と看做される。

第2715条（召喚及び処分庁）

(a)（出頭、証言、書類の提出等）

少なくとも2人の委員の投票で委員会は、召喚によって出頭及び証人の証言を要求し、並びに考慮すべき事項又は調査事項に関する全ての帳簿、書類及び記録の提出を要求する権限を有する。召喚された証人には、合衆国裁判所で証人に支払われると同一の報酬及び走行税が支払われる。

(b)（地理的位置）

証人の出頭並びに帳簿、書類及び記録の提出は、合衆国内のいかなる場所からも、聴聞のために指定された場所に出頭又は提出を要求される。委員会は、長官に司法長官に対して本条に基づく召喚を実行する行動をとるよう要請することができる。

(c)（召喚拒否；裁判所命令；裁判所侮辱）

審査について管轄権を有する合衆国裁判所は、何らかの理由による命令不服従又は召喚拒否の場合において、その者に委員会に出頭し（及び命令に基づいて帳簿、書類又は記録を提出し）、及び問題事項に関して証言を求める命令を発出することができ、並びに裁判所の当該命令に従わなかった場合、当該裁判所によって裁判所侮辱で処罰され得る。

(d)（宣誓証言；通知）

委員長は、委員会の面前での手続若しくは調査において宣誓供述による証言を当該手続又は調査のいかなる段階においても命ずることができる。宣誓証言は、委員会によって指名され、宣誓を執行する者の面前で行なわれ得る。合理的な通知が、最初に書面で宣誓証言を行なうことを提案する当事者又は弁護士によって委員会に提出され、及び委員会が宣誓証言を行なうことを提案する場合において合理的な通知が与えられなければならない。通知は、証人の氏名並びに宣誓証言を行なう日時及び場所を知らせるものでなければならない。何人も、上文で規定されたように証人が委員会の面前に出頭し、証言し、及び同様の文書による証拠を提出することを強制されると同様の方法で、出頭し、宣誓証言し、帳簿、書類又は記録の提出を強制される。

(e)（要求される宣誓又は宣誓に代わる確約）

ここに規定される宣誓証言を行なう全ての者は、訓戒され及び事実をありのまま

に証言することを宣誓する（又は要請した場合、確約する。）ことを求められ、並びに慎重に審理されなければならない。証言は、宣誓証言を行なう者によって又はその指示の下に書面に換えられ、及び書面に換えられた後、宣誓録取書による証言者によって署名されなければならない。全ての宣誓証言は、速やかに委員会に提出されなければならない。

(f) (証言者報酬)

本条に規定される宣誓証言を行なう証人及び同一のことを行なう者は、合衆国裁判所での同一の服務に支払われると同一の報酬が支払われる権利を付与されなければならない。

第2716条（調査権）

(a) (秘密情報)

本条第b項に定める場合を除いて、委員会は本章に従って取得される一切の情報を〔合衆国法律集〕第5編第552条〔公開情報；行政機関規則、意見、命令、記録及び手続〕第b項第4号及び第5号の規定に従って秘密として保存しなければならない。

(b) (捜査当局者)

委員会は、当該情報が連邦、州又は部族の制定法条例若しくは議決を侵害する疑念があった場合、当該情報を適切な捜査当局者に提出しなければならない。

(c) (司法長官)

司法長官は、連邦法を侵害する本章によって承認されたゲーミングに係る事業を捜査しなければならない。

第2717条（委員会¹¹⁾の財源）

(a)(1) 委員会は、本章によって規制される第2種ゲーミング及び第3種ゲーミングを経営する各々のゲーミング事業ごとに、毎年委員会に支払われる手数料の予定表を作成しなければならない。

(2)(A) 第1号に基づいて作成される予定表によって課される手数料の割合は、本章

11) 改正; Act of Nov. 14, 1997, Pub. L. No. 105-83, title I, § 123(a)(1),(2) (A),(B), 111 Stat. 1566; Act of May 12, 2006, Pub. L. No. 109-221, title III, § 301(b), 120 Stat. 341.

によって規制される各々の事業からの総利益の以下に定める割合とする。

- (i) 当初の1,500,000ドルの2.5パーセント以内。
- (ii) 当初の1,500,000ドル以上の総額の5パーセント以内。
- (B) 第1号に基づいて作成される予定表によって各会計年度の間に課される手数料の総額は、本章の規定に基づく規制に服す全てのゲーミング事業の総ゲーミング利益の0.080パーセントを超えてはならない。
- (3) 委員会は、少なくとも委員2人の投票で4半期ごとに委員会に支払われる本条によって承認される手数料の割合を毎年採択しなければならない。
- (4) 第1号に基づいて作成される予定表によって課される手数料の支払いの不履行は、委員会規則に従ってゲーミング経営のために本章に基づいて要求される許可、条例又は議決の委員長による承認の撤回の理由とされる。
- (5) 第1号に基づいて作成される予定表によって課される手数料から生ずる収益が毎財政年度の終期に歳出されず、又は充当されていない範囲内において、余剰財源は次年度に課される手数料に対して比例配分して各々のゲーミング事業の貸方に記入されなければならない。
- (6) 本条の目的にとって総利益は、賞金として又は与えられる賞金のために支払われた額及び建造物への資本支出の償却費を除いた賭けられた金銭の年総額を構成する。
- (b)(1) 委員会は、長官と協力して及び合衆国の会計年度と併せて委員会の経費及び運営のために年間予算を採択しなければならない。
- (2) 委員会の予算は、本編第2718条に従って歳出予算の請求が行なわれる会計年度に先行する会計年度のために本条第a項によって承認される査定額から引き出される財源額と同額で、承認される歳出予算の請求を含むことができる。
- (3) 第2号に従った歳出予算の請求は、長官の承認を要し、及び内務省の予算請求の一部に含まれなければならない。

第2717a条（委員会の義務履行のための第2種ゲーミング事業手数料の有効性¹²⁾）

1990会計年度及びその後の会計年度において本編第2717条に従って、及び同条の制限内で徴収される手数料は、委員会の義務履行のために有効であり、消費される

12) 追加規定; Act of Oct. 23, 1989, Pub. L. No. 101-121, Title I, 103 Stat. 718.

まで有効とする。

第2718条（歳出予算の承認）¹³⁾

- (a) 本編第2717条に従って、1988会計年度及びその後の各々の会計年度のために予算編成されることが承認され、総額は本編第2717条第a項によって承認される査定額から引き出される財源額と同額とする。
- (b) 本編第2717条の規定にも拘わらず、委員会業務への基金を予算編成されることが承認され、1988会計年度を2,000,000ドル、及びその後の各会計年度を2,000,000ドルとする。上文で予算編成が承認される額は、本条第a項に基づいて予算編成されることが承認される額に加えられる。

第2719条（1988年10月7日以降に取得される土地でのゲーミング）

- (a)（長官によって信託で取得された土地での禁止）

本条第b項に規定する場合を除いて、本章によって規制されるゲーミングは、以下に定める条件を満たさない場合、1988年10月17日以後インディアン部族の利益のために長官によって信託で取得される土地で経営されてはならない。

- (1) 当該土地が、1988年10月7日時点でインディアン部族保留地内に又はその境界線に隣接して位置している場合。
- (2) インディアン部族が、1988年10月7日時点で保留地を持たず、及び以下に定める場合。
- (A) 当該土地が、オクラホマ州に位置する場合であって、及び
- (i) 長官によって定義されたインディアン部族の以前の保留地の境界線内に位置し、又は
- (ii) オクラホマ州内においてインディアン部族のために合衆国によって信託で、又は制限的地位で保有されるその他の土地に隣接し、又は
- (B) 当該土地が、オクラホマ州以外の州に位置し、及びインディアン部族が現在位置している州若しくは諸州内の当該インディアン部族の過去に承認された保留地内にある。

13) 改正; Act of Dec. 17, 1991, Pub. L. No. 102-238, § 2(b), 105 Stat. 1908; Act of Nov. 14, 1997, Pub. L. No. 105-83, Title I, § 123(b), 111 Stat. 1566; Act of Nov. 26, 1997, Pub. L. No. 105-119, Title VI, § 627, 111 Stat. 2522.

(b) (例外)

(1) 本条第a項は、以下に定める場合、適用されない。

(A) 長官が、インディアン部族と隣接するその他のインディアン部族の官吏を含む適切な州及び地方政府との協議の後に、新たに取得された土地でのゲーミング開設がインディアン部族及びその構成員の最善の利益となり、並びに周囲の環境にとって有害でないと決定した場合。ただし、ゲーミング事業が経営される州の知事が、長官の決定に同意した場合に限るものとする。

(B) 土地が、以下に定めるものの一部として信託に付される場合。

(i) 土地請求の確定。

(ii) 連邦〔インディアン部族〕承認手続の下で長官によって承認されるインディアン部族の当初の保留地。

(iii) 連邦の承認によってその地位を回復するインディアン部族のための土地の回復。

(2) 第a項は、以下に定めるものに適用されない。

(A) ウィスコンシン州のセント・クロイ・チップワ・インディアン対合衆国事件(民事第86-2278号事件)として合衆国コロンビア特別区地方裁判所に訴訟が提起されたウィスコンシン州のセント・クロイ・チップワ・インディアンの信託申立てに含まれる土地。

(B) フロリダ州のインディアンのミコウスキー族が、国道27号線(クロメ道)とタミアミ・トレイルとの交差点のほぼ1マイル以内に位置するフロリダ州デイド郡内に位置する約25エーカーの隣接土地に有する利益。

(3) フロリダ州のインディアンのミコウスキー族の統治機関の請求に基づいて、長官はその他の法律の規定に拘わらず、第2号(B)に規定された土地に当該部族が有する利益の当該部族による長官への移転を受け容れ、並びに長官は、当該利益が当該部族の利益のために長官によって信託で保有され、及び当該利益が当該移転時に当該部族以外の個人又は団体によって保有される土地に対する負担及び権利に服することを条件に、本編第465条〔土地の取得；水利権又は地表権；流水の私的使用；土地権原；非課税措置〕及び第467条〔新たなインディアン保留地〕に基づいて当該部族の保留地の一部であることを宣言しなければならない。長官は、本号に基づいて長官によって信託で保有されると宣言される土地の法定表示をフェ

デラル・レジシタに公表しなければならない。

(c) (影響を受けない長官の権限)

本条のいかなる規定も、土地を信託に付する長官の権限及び責任に影響を与え、又は減ずるものでもない。

(d) ([合衆国法律集] 第26編〔内国歳入法〕の適用)

(1) ゲーミング事業又は賭け事事業からの獲得賞金に関する税の申告及び源泉に関する第26編の規定(第1441条、第3402条第q項、第6041条及び第60501条並びに同編第35章〔賭け事への課税〕を含む。)は、本章に従って又は本編第2710条第d項第3号に基づいて契約される有効な部族-州間協定に基づいて経営されるインディアン・ゲーミング事業に、当該規定が州のゲーミング事業及び賭け事事業に適用されると同様に適用される。

(2) 本項の規定は、1988年10月7日以前に制定された、又は以後に制定される法律のその他の規定にも拘わらず、当該その他の法律の規定が特に本項で引用されない限り、適用される。

第2720条 (情報の普及)

本章の規定と整合して、[合衆国法律集] 第18編〔犯罪及び刑事手続〕第1301条〔抽選券の輸入又は輸送〕、第1302条〔郵送抽選券又は関連物〕、第1303条〔抽選の代理人としての郵便局長又は被用者〕及び第1304条〔放送による抽選情報〕は、本章に従ってインディアン部族によって経営されるいかなるゲーミングにも適用されない。

第2721条 (可分条項)

本章のある条項若しくは規定、又は本章によって行なわれた修正が無効とされた場合において、本章のその他の条項又は規定及び本章によって行なわれた修正は、全面的な効力及び効果を有するとするのが合衆国議会の意図である。

第18編第53章

第1166条 (インディアン・カントリーにおける賭博)

(a) 第c項の規定を条件として、連邦法の目的のために賭博の許可、規制又は禁止に関する全ての州法は、適用される刑事制裁に限定されることなく、当該州法が州内で適用されると同一の方法及び同一の程度でインディアン・カントリーに適用される。

- (b) インディアン・カントリー内でインディアン部族によって経営され、又は承認されていようと否とを問わず、合衆国議会の制定法によっては処罰されないが、作為若しくは不作為が発生した州の管轄権内で犯され又は無視された場合に、当該作為若しくは不作為の時点で効力を有する賭博の許可、規制又は禁止に関する州法の下で処罰される賭博に関わる作為若しくは不作為を犯した者は、同様の犯罪とされ、同様の処罰に服するものとする。
- (c) 本条の目的にとって「賭博」という用語には、以下に定めるものは含まれない。
- (1) インディアン・ゲーミング規制法によって規制される第1種ゲーミング又は第2種ゲーミング。
 - (2) インディアン・ゲーミング規制法第11条第d項第8号〔合衆国法律集第25編第2710条第d項第8号〕に基づいて内務長官によって承認された部族－州間協定の下で経営される第3諸ゲーミング。
- (d) 合衆国は、インディアン部族がインディアン・ゲーミング規制法第11条第d項第8号〔合衆国法律集第25編第2710条第d項第8号〕に基づいて内務長官によって承認された部族－州間協定に従って、又は連邦法のその他の規定の下でインディアン部族の土地における賭博に関して刑事管轄権の州への移送に同意していない限り、本条の下でインディアン・カントリーに適用される州賭博法違反の刑事訴追に専属的管轄権を有する。

第1167条 (インディアンの土地におけるゲーミング施設からの窃盗)¹⁴⁾

- (a) 国家インディアン・ゲーミング委員会によって承認された条例又は決議によってインディアン部族によって若しくはために経営され、又は許可された施設に所属する1,000ドル以下の価値を有する金銭、資金又はその他の財産を窃盗の意図をもって盗み、くすね、意図的に不正使用し、又は取得し、及び持ち去った者は、本編に基づいて罰金を課され、若しくは1年以下の懲役に処せられ、又は併科される。
- (b) 国家インディアン・ゲーミング委員会によって承認された条例又は決議によってインディアン部族によって若しくはために経営され、又は許可された施設に所属する1,000ドル以上の価値を有する金銭、資金又はその他の財産を窃盗の意図をもって、

14) 改正; Act of Sept. 13, 1994, Pub. L. No. 103-322, Title XXXIII, § 330016(1)(S), (U), 108 Stat. 2148.

盗み、くすね、意図的に不正使用し、又は取得し、及び持ち去った者は、本編に基づいて罰金を課され、若しくは10年以下の懲役に処せられ、又は併科される。

第1168条（インディアンの土地におけるゲーミング施設の役員又は被用者による窃盗）¹⁵⁾

- (a) 国家インディアン・ゲーミング委員会によって承認された条例又は決議によってインディアン部族によって若しくはために経営され、又は許可されたゲーミング施設の役員、被用者又は被免許者が、当該施設の1,000ドル以下の金銭、資金、資産又はその他の財産を窃盗の意図をもって、盗み、くすね、意図的に不正使用し、又は取得し、及び持ち去った者は、本編に基づいて250,000ドル以下の罰金を課され、若しくは5年以下の懲役に処せられ、又は併科される。
- (b) 国家インディアン・ゲーミング委員会によって承認された条例又は決議によってインディアン部族によって若しくはために経営され、又は許可されたゲーミング施設の役員、被用者又は被免許者が、当該施設の1,000ドル以上の金銭、資金、資産又はその他の財産を窃盗の意図をもって、盗み、くすね、意図的に不正使用し、又は取得し、及び持ち去った者は、本編に基づいて1,000,000ドル以下の罰金を課され、若しくは20年以下の懲役に処せられ、又は併科される。

（本学法務研究科教授）

15)改正; Act of Nov. 29, 1990, Pub. L. No. 101-647, Title XXXV, § 3537, 104 Stat. 4925.

五五 明和二酉年十一月十八日

松平志摩守様御隠居御願書、御用番松平周防守様江被差出、同廿一日御願之通御隠居被 仰出、御家督御嫡頼母様江被蒙 仰、同年十二月御敍爵大隈守様卜御改名被成候、右大隈守様御事、明和四亥年閏九月廿三日御用番松平左近將監江御隠居御願書被差出、同廿六日御願之通御隠居御同氏亀之助様へ御家督被蒙 仰、同年十二月御敍爵兵庫頭様卜御改名、右御隠居御兩人ニ相成候ニ付、正月七日御太刀、馬代御獻上之御使者兩人ニ而相勤候、

一其後岡部美濃守様、松平駿河守様、三宅備後守様ニ而御隠居御兩人ニ相成、年始之御使者何レも兩人勤、

(続 く)

(本学法学部教授)

五三 安永八亥年

嶋津但馬守樣四月廿五日御着府、五月朔日御參勤御禮御病氣ニ而使者御獻上物被成、同五日端午御祝儀御登城、其後追々御登城被成候得共、御對客ニ御出無之由、

一安永六酉年四月片桐石見守樣ニ而も、右之御例有之候由、

五四 安永五申年

牧野遠江守樣御在邑中、内膳正樣麻疹御煩ニ付、西丸江獻上如何可仕哉之旨御家來伺ニ而被差出候處、不苦獻上候樣御用番板倉佐渡守樣御差圖在之、御附札ニハ無之、御用人木村文右衛門ヲ以被仰出候旨伺書左之通

日光御社參相濟、爲御祝儀來ル廿五日、大納言樣江獻上物之義、此節麻疹相煩候ニ付如何可仕哉、遠江守
在邑ニ付此段奉伺候、以上、

牧野遠江守家來

四月廿二日

西脇勝右衛門

右之通御用番樣御差圖相濟候ニ付、阿部豐後守樣江左之通御届書差出候處、御請取被成候旨被仰出、

日光御社參相濟候、爲御祝儀來ル廿五日 大納言樣江獻上物之義、此節内膳正樣麻疹御煩ニ付如何可仕哉之段、遠江守在邑ニ付御用番板倉佐渡守樣江相伺候處、不苦獻上候樣御差圖相濟申候、此段御届申上候、以上、

牧野遠江守家來

四月廿二日

西脇勝右衛門

一同廿五日兩御丸共ニ獻上物無滯相濟候由、

右同斷昨日御屈申上候、引替獻上明朝仕度旨何候段申談、御狀伺目錄相渡候處、御用番様方御差圖之通明
朝獻上候様被 仰出之、

一同廿八日西丸獻上無滯相濟、

五二 寶曆二申年八月廿一日

例年御在所之產物御獻上、公義^{儀方}御祝儀有之日、無御構御獻上被成候例左之通

日光新宮様御饗應御能日、

干鰯

松平越中守

圓座

松平隱岐守

鹽鮎

土井大炊守

御在着

一種一荷

松平主膳正

其節、御用番松平右近將監様なり、

同三酉年三月廿五日

家治公御前髪被爲執候御祝儀御能之日、

桃

一箱

酒井下野守

在着三付

干鰯

一箱

大久保山城守

右御用番本多伯耆守様也、

十月朔日

水野和泉守

一同廿六日御用番様ニ而御附札相濟候ニ付、左之御伺書御留主居名前ニ而差出、

唐津御茶碗

貳拾

鯛

一箱

右先達而御届申上候通、鯛出來方不宜候ニ付引替、干鯛一箱獻上仕度旨、御用番佐渡守様江相伺候處、伺之通御差圖相濟申候、和泉守在所罷在候ニ付、此段申上候也、

水野和泉守家來

十月廿六日

藤川與左衛門

一同廿五日板倉佐渡守様江、

御茶碗二十、干鯛一箱ハ認替差出入、

御連狀

伺目

右例年在所之御茶碗、鯛獻上仕候處、當年鯛出來方惡く引替之義奉伺、明日御附札被成下候ニ付、御茶碗、干鯛獻上、明朝獻上仕度奉伺候段申談伺目錄差出、右ニ付差越候旨御連狀相渡候處、御連狀伺目錄御請取被成候、

伺之通明朝獻上可致旨、尙又西丸ハ豐後守様江申上候様被仰出、

一阿部豐後守様江、

御狀

伺目錄

上候様被 仰出之、在處江可申遣旨御請申達之、

一 右伺之通御附札相濟候ハ、遠國之義御座候ニ付、引續相伺獻上候様申越、御連狀并引替品共ニ内々差越申候、依之、例之通相伺獻上可仕候間、御聞被置被下候様申達候處、御承知ニ而御用人龜山舍人被申聞候、右相濟而今日ハ最早齋限延引相成候得共、引續今晚相伺明朝獻上仕候義も苦ケ間敷哉、其元様迄得御意候旨申談候處、何レ御勝手ニ相成候様ニと被申聞候間、勝手之義申上候ハ恐入候得共、獻上之義御座候間、可相成ハ一日も早ク相仕舞安心仕度旨、此段申上候旨申談候處、其趣佐渡守様江可申上候間、扣候様被申聞候ニ付扣罷在候處、舍人被出佐渡守様江申聞候處、御附札之趣御主人無御承知獻上相濟候義、先例有之相伺候哉ト御尋被成候旨被申聞候ニ付、當春三月土井能登守様御引替獻上之例申上候、尤、能登守様ニ而者旅中損候品ニ而意味も違候得共、損候趣於御在所御承知之上引替御伺被差越、三月廿六日被差出、同月廿九日御附札相濟、同卅日尙又相伺、翌四月朔日御獻上相濟候、御附札之趣御主人御承知無之被獻候意味ハ同様之事ニ御座候ニ付、右之御例ヲ以申上候旨申候處、至極宜御例ニ而御座候、其段可申聞旨尙又扣罷在候處、舍人被出勝手次第獻上可致旨、佐渡守様被 仰候旨被申聞候ニ付、左候ハ、押付相伺明朝獻上可仕旨申候處、是ハ私江被申聞ニ而ハ損候品ニ而も無之間、明夕伺廿八日獻上ニ而も可然旨被申聞候ニ付、委細奉畏候、左候ハ、明夕伺廿八日獻上可仕旨申述退出、

一 廿四日阿部豐後守様江御届左之通、

唐津御茶碗

貳拾

錫

一箱

右之通例年當月中獻上仕候處、錫出來方不宜獻上難仕御座候、依之、當年ハ錫引替干鯛一箱獻上仕度段、御用番江相伺候ニ付此段申上候也、

五一 安永三年十月廿四日

御用番板倉佐渡守様江左之伺書被差出

公方様江

唐津御茶碗

貳拾

鯛

一箱

大納言様江

右同斷

右之通例年當月中獻上仕候處、鯛出來方不宜獻上難仕御座候、依之、當年ハ鯛引替、干鯛獻上仕度奉存候、此段奉伺候已上、

十月朔日

水野和泉守

御附札

伺之通鯛之代干鯛可被差上候、

例書

明和六丑年和泉守在邑之節、十月獻上之鯛於旅中損候ニ付、引替之義御用番右近將監様江奉伺候處、御差圖相濟鯛引替干鯛一箱獻上仕候已上、

十月廿四日

水野和泉守家來

藤川與左衛門

右差出候處、追而御達可被成旨被 仰之、

一十月廿六日板倉佐渡守様御用人ノ呼手紙來、即齋罷越候處、獻上物引替伺書ニ、御附札伺之通干鯛一箱引替獻

右同斷

右之通例年此節獻上仕候處、於旅中鯛損候ニ付獻上難仕奉存候、依之、右鯛引替當年ハ干鯛一箱獻上仕度奉存候、此段奉伺候、以上、

十月五日

水野和泉守

御附札

伺之通鯛之代干鯛可被差上候、

例書

明和六丑年本多伯耆守下總領分、三度栗風ニ而損失仕獻上難仕御座候ニ付、引替獻上之義、左之通伺書御用番右京大夫殿江以使者差出候處、伺之通葛粉獻上可仕旨、御附札ヲ以御差圖相濟候由、

下總領分之三度栗此節獻上仕候處、當八月廿五日大風雨ニ而栗ノ木吹倒、或吹落損失仕候ニ付獻上難仕御座候、依之、當年ハ引替葛粉獻上仕度奉存候、此段奉伺候、以上、

九月十日

本多伯耆守

右之通御座候已上、

十月五日

水野和泉守

同七日阿部豐後守様江、

唐津茶碗二十、鯛一箱例年此節獻上仕候處、右鯛於旅中損候ニ付獻上難仕御座候、依之、右鯛引替當年ハ干鯛獻上仕度段、御用番右近將監殿江相伺候處、以御附札伺之通獻上可仕旨御差圖相濟申候、此段御届申上候已上、

十月七日

水野和泉守

御太刀

一腰

紗綾

五卷

御馬

代黄金十兩

一匹

御臺樣江

白銀

三枚

右之通參勤之御禮申上候節獻上仕候、此段申上候、以上、

十一月卅日

水野和泉守

白銀壹枚宛

御本丸御老女衆

金三百疋宛

同 御表使衆

右之通明日參勤之御禮申上候節贈物仕候、此段御届申上候、以上、

十一月卅日

水野和泉守

右者、只今迄御參勤御禮之節之御届ハ無之候へ共、此度御獻上之品振替ニ付、右御届書被差出之、

五〇 明和六丑年十月五日

御用番松平右近將監樣江左之通

公方樣江

唐津御茶碗

貳拾

鯛

一箱

大納言樣江

伺之通可有御太刀獻上候、

家督之御禮不申内、御禮出仕其外同席勤方之通可仕哉之伺、

兩通同晦日御附札

可爲并通候、

四九 寶曆十二年十月廿一日

御用番龜元但馬守樣江伺書左之通

私參勤御禮之節、左之通例年獻上仕候、

御太刀

一腰

和紙

一箱 廿五束宛入

御馬

代黃金十兩

一匹

右之通御座候處、和紙春中在所ニ而瀉立、七月御禮之節獻上仕來候、此度和紙瀉立間ニ合不申候、依之、

紗綾

五卷

右和紙ニ引替獻上仕度奉伺候、以上、

十一月廿一日

水野和泉守

御附札

伺之通引替獻上可被致候、

一十一月卅日龜元但馬守樣江

公方樣江

八月十四日

有馬遠江守

右明日獻上仕候様御差圖有之、

一八月十五日八朔御太刀、馬代、使者染帷子、半袴着用、御當番之御奏者番御登城、早速檜之間ニ而、御直々御請取被成候、

一御馬代銀者追而例之通御坊主衆迄遣也、以上、

四八 安永四(壬)年七月廿三日

毛利讃岐守様御隠居御願書、同廿五日、八月御用番周防守様江^(本ママトモ)出候様ニ申候ニ付差出候處、御請取被成、追而御附札ニ而御差圖有之、御伺書左之通

同姓寅之儀、來ル八朔 公方様、大納言様江、以御太刀、馬代御禮可申上哉、初而之義ニ御座候間、此段奉伺候、以上、

七月廿五日

毛利讃岐守

御附札

可爲伺之通候、

一御部屋住之内、八朔御登城之御伺書、御同氏讃岐守様御伺被成候處、可爲御伺通旨、御附札ニ而相濟申候處、七月廿九日願之通御隠居御家督被仰蒙候、依之、御部屋住之内ハ、八朔之御登城獻上物伺相濟候へ共、今日御家督被仰付候間、亦候廿九日、明後八朔御登城御伺書被出、家督御禮不申上候間、八朔登城獻上物如何可被成哉之伺也、

御附札

一同日松平右京大夫様、年始御樽肴獻上ニ付而之御奉書之御請御狀差出、
一四月三日阿部豐後守様江、大納言様御樽肴獻上ニ付而之御奉書之御請差出、

四七 寶曆十二年八月十一日

有馬遠江守様御御忌中ニ付、八朔御太刀、馬代御獻上無之、依之、左之通御用番酒井左衛門尉様江差出、
先達而御届申上候私忌中今日迄ニ而、明十二日忌明申候、此段御届申上候也、

八月十一日

有馬遠江守

一同日十二日酒井左衛門尉様江被差出、

獻上之覺

御太刀

一腰

御馬代

白銀一枚

右八朔御祝儀、先達忌中罷在、今日忌明申候ニ付、獻上可仕哉奉伺候、以上、

八月十二日

有馬遠江守

右差出申候處、御請取被成候、追而可被 仰達旨、十三日御呼出ニ而、御附札ヲ以獻上可仕旨、御差圖相濟候
ニ付、即齋御差圖之御請使者勤、尤、明十四日夕相伺候様被 仰出之、

獻上之覺

御太刀

一腰

御馬代

白銀一枚

右八朔御祝儀、以使者獻上可仕哉奉伺候、以上、

干鯛	一箱
昆布	一箱
御樽	一荷

右獻上之義、去ル十五日御差圖被成下候通、明朝獻上仕度奉伺候、以上、

水野和泉守家來

二月廿日

藤川與左衛門

一 阿部豐後守様江御狀壹通左之伺書持參、御取次江申述べ候へ、右同斷獻上御用番様江御差圖御請取被成、御用番様御差圖之通獻上可仕旨被仰出之、

干鯛	一箱
昆布	一箱
御樽	一荷

右獻上之義、先達御届申上候通、御用番佐渡守様江奉伺候處、明朝獻上仕候様御差圖相濟申候、尙又奉伺候、以上、

水野和泉守家來

二月廿日

藤川與左衛門

一同廿一日西丸獻上無滞相濟候、

一 右獻上不相濟候ニ付、阿部豐後守様、鳥居伊賀守様、酒井飛驒守様江年始御自分御狀差扣置候ニ付、今朝右御

三方様江御狀持參、右譯ニ而延引之段申述べ出候處、請取置追而可申上旨申聞候、

一 三月十八日獻上之義相伺候、御差圖濟之御請使者相勤候、

昆布

一箱

御樽

一荷

右獻上之義、左近將監妾腹之女子疱瘡ニ付、去月廿九日御届申上候通獻上差扣候處、一昨十三日三番湯相濟候ニ付、獻上之義御用番左^(佐之)渡守様江昨日奉伺候處、御法事相濟獻上可仕旨今日被仰出候、此段申上候以上、

水野和泉守家來

二月十五日

藤川與左衛門

一松平右京大夫様江左之御届書持參、右同斷御届、右獻上物之義、最初爰許様先月御用番中相伺、御差圖も有之、其後御届も申上、延引之事故佐渡守様御差圖濟、御届申上候趣申述、御取次江差出候處、御承知被成候旨被仰出之、

大納言様江御樽肴獻上之義、左近將監妾腹之女子疱瘡ニ付、去月廿九日御届申上、獻上差扣候處、右女子三番湯一昨十三日相濟候ニ付、獻上之義、御用番佐渡守様江昨日奉伺候處、御法事相濟獻上可仕旨、今日被仰出候、此段申上候、以上

水野和泉守家來

二月十五日

藤川與左衛門

一同廿日板倉佐渡守様江左之伺書差出、去ル十四日相伺候、大納言様江御樽肴獻上、先達而御差圖之通、明朝獻上仕度旨申差出候處、明朝獻上可仕旨、尤、豐後守様江も申上候様被仰出候、

大納言様江

京大夫樣江御届申上候而獻上差扣候處、昨日三番湯相濟候ニ付、明朝獻上仕度奉存候、獻上物支度も仕候旨申伺書差出候處、同人罷出追而御達可被成旨被 仰出、

大納言樣江

干鯛

一箱

昆布

一箱

御樽

一荷

右獻上之義、左近將監三男庖瘡相煩候ニ付、去月廿五日御用番右京大夫樣江奉伺獻上差扣候内、妾腹之女子庖瘡ニ付、尙又其段御届申上延引仕候處、右女子昨日三番湯相濟申候ニ付、獻上之義奉伺候也、

水野和泉守家來

二月十四日

井上八郎右衛門

右伺書三番湯相濟候ニ付、獻上伺之義今朝可相伺候處、年始御太刀、馬代獻上、三番湯相濟相伺御附札ニ而御差圖有之候得共、產物獻上とハ意味も違候事故、早速御差圖可有之哉ト、明朝獻上之積ニ而御出後相伺之、一同十五日板倉佐渡守樣御用人ノ呼手紙到來、即齋八郎右衛門相越候處、御用人吉田左一右衛門ヲ以、御法事ニ付廿日後ニ獻上可仕旨被 仰出候、尤、昨日差上候伺書被返候ニ付奉畏候旨御請申上、依之、同人江申述候ハ、廿日相伺廿一日獻上仕度旨、此段御聞置被下候樣申述候處、其通廿日ニ御伺廿一日御獻上被成可然旨被申聞、尤、追而御達被申事候間、御附札ニ而も可有之と存候處、其儀口上ニ而御達被成候、一同十五日阿部豐後守樣江、左之通御伺書差出、

干鯛

一箱

引之處、尙又昨日〆杏藤様御庖瘡ニ付、左之御屈書持參、御用人關源八方江申述候ハ、先達而爲男庖瘡ニ付御差圖ニ而、大納言様江獻上之義差扣候處、尙又昨日〆妾腹之女子庖瘡相煩申候、依之、右女子三番湯迄、尙又延引可仕候、右ニ付御立承合候得共、ケ様之折重候御例承當不申候、依之、先達而御差圖被成下候、御同列之義ニ候間、右之段御屈申上、相濟可申ト御屈ニ相認メ申候、併相伺候筋ニも可有御座哉、先御屈書之趣御覽可被成下旨申差出候處、源八方申聞候ハ、如何様御屈ニ而可相濟哉何ニも申聞、御挨拶可及旨被申聞候間、扣居候處、御屈書御請取被成候旨被 仰出、尤、委細申上候處、御屈書ニ而相濟候間、請取置候様被 仰付候旨源八申聞候、御屈書左之通、

左近將監妾腹之女子昨日〆庖瘡相煩申候、右ニ付先達而三男庖瘡相煩候節、大納言様江御樽肴獻上之義奉伺御差圖被成下候通、右女子三番湯相濟候迄、獻上之義差扣候様可仕候、此段申上候、以上

水野和泉守家來

正月廿九日

藤川與左衛門

一阿部豐後守様江も與左衛門罷越、杏藤様昨日〆庖瘡ニ付、尙又御屈申上候、尤、御用番様江も御屈申上候旨申述御屈書差出之、

左近將監妾腹之女子、昨日〆庖瘡相煩申候、右ニ付先達三男庖瘡相煩候節、御樽肴獻上之義、御用番右京大夫様江奉伺御差圖被成下候通、右女子三番湯相濟候迄、獻上之義差扣候様可仕候、右之趣右京大夫様江も申上候、此段申上候、以上、

水野和泉守家來

正月廿九日

藤川與左衛門

一二月十四日板倉佐渡守様江左之伺書八郎右衛門持參、御取次江申述候ハ左近將監妾腹之女子庖瘡ニ付、先月右

干鯛

一箱

昆布

一箱

御樽

一荷

右獻上ニ付、豊後守様江之呈書差越申候得共、此節庖瘡病人御座候ニ付、御差圖之通三番湯相濟候迄差扣申候、此段申上候、以上、

水野和泉守家來

正月廿六日

井上八郎右衛門

一阿部豊後様江、左之御届書八郎右衛門持參、右獻上ニ付而之呈書差越候得共、昨日御用番様江御差圖之通、庖瘡病人在之候ニ付、三番湯相濟候迄差扣申候、御届之旨申述差出候、

干鯛

一箱

昆布

一箱

御樽

一荷

右獻上ニ付而之呈書差越候得共、此節庖瘡病人御座候ニ付、今朝御届申上候通三番湯相濟候迄差扣申候、此段申上候、以上、

水野和泉守家來

正月廿六日

井上八郎右衛門

一同廿七日 御本丸江御樽肴獻上相濟、

一年始御自分御狀ハ御老中様、若年寄様方江持參、

一同廿九日右京大夫様江與左衛門罷越、此間爲三郎様御庖瘡ニ付、大納言様江獻上物之義奉伺、御差圖ニ付延

正月廿六日

水野和泉守家來

藤川與左衛門

一河野仙壽院様江與左衛門罷越、庖瘡病人江獻上之御差圖、三番湯之日數如何相心得可申哉奉伺候旨、御弟子山崎松丹江申述候所、左之通御書付被下候、尤、日數之義、何も見熟々之日取ニ而宜旨被申聞候、

十二日目 一番湯 十四日目 二番湯 十六日目 三番湯

廿六日夕、右京大夫様江左之御連狀并御家來名前之伺書、御留主居持參、右獻上ニ付差越申候、伺書ハ 大納言様之獻上之義、一紙ニ而認メ差越申候ニ付難差上候、依之、私名前之伺書差上申候旨申談伺書差出、尤、獻上物支度仕候ニ付、御差圖次第獻上仕度段申述、大納言様江之獻上物、昨日御差圖被成候通差扣申候、御屈書ニ而候段申述差出候處、御取次秋池半藏申聞候ハ、家來名前ニ而伺書差出候例有之哉之旨被相尋候ニ付、御在邑ニ而ケ様之御例相知不申候ニ付、右之通取計申候旨申述扣居候處、同人ヲ以御連狀御請取被成、御獻上之義明朝獻上候様被 仰出候、大納言様江之獻上物、差扣之御屈書御承知被成候旨被 仰出之、

公方様江

干鯛 一箱

昆布 一箱

御樽 一荷

右獻上ニ付而之御連狀差越申候ニ付、獻上仕度段奉伺候、以上、

水野和泉守家來

正月廿六日

井上八郎右衛門

大納言様江

御樽

一荷

右和泉守在邑中斗正月中獻上仕來候、當年も在邑中ニ付、此節御連狀差越次第相伺獻上可仕候、然處、左近將監三男下屋敷ニ而、昨日々庖瘡相煩申候處、(和欠力) 泉守下屋敷之義ニ御座候得共、大納言様江獻上之義如何相心得可申哉、和泉守在邑罷在候ニ付、此段奉伺候、以上、

正月廿四日

水野和泉守家來

藤川與左衛門

御附札

大納言様江之獻上之義、三番湯相濟候已後獻上候様可仕候、

一同廿五日右京大夫様々御達被成候義御座候間、唯今壹人參候様御用人々呼手紙罷來、即齋罷在候處、伺書御附札被成御渡候、

一同廿六日阿部豐後守様江、左之御屈書與左衛門持參、庖瘡病人在之、大納言様江之獻上之義、御用番様江相

伺候所、昨夕御差圖相濟候旨申述、差出昨日夜ニ入候間、今朝御屈申上候旨申述候處、追而可申旨申聞候、

干鯛

一箱

昆布

一箱

御樽

一荷

右和泉守在邑中斗り正月中獻上仕來候、當年在邑ニ付、此節呈書差越次第相伺獻上可仕候、然處、左近將監三男三田下屋敷ニ而庖瘡相煩申候、和泉守下屋敷之義ニハ御座候得共、獻上之義如何相心得可申候哉之旨、和泉守在所ニ罷在候ニ付、右之段御用番右京大夫様江奉伺候處、昨日以御附札、三番湯相濟候已後之獻上候様可仕旨、御差圖ニ而御座候、此段申上候、以上、

御用人小坂仁左衛門江申候へ、御差圖相濟候へ、早速獻上仕候様申付越候間、來ル廿四日伺、廿五日獻上仕候様可致旨申候處、其通可然旨同人申聞候、

一同廿四日重陽之時服、明朝獻上可致哉之旨相伺候所、明朝獻上候様御差圖相濟候、(飛カ)秋元但馬守様同斷、一十月廿五日時服獻上、同廿八日御奉書渡なり、

四六 安永四未年正月

此節水野和泉守様御樽肴御獻上之時節候處、爲三郎様昨日御庖瘡ニ付、御用番江左之通伺書被差出

一正月廿四日右京大夫様江伺書川與左衛門持參、御用人大野彌八郎方申談候、御下屋敷ニ而之義候得共、大納言様江獻上之義如何相心得可申哉、尤、御例承合候所、時(服欠カ)獻上之御例相知不申候、當年初而内藤因幡守様、稻垣攝津守様ニ而、御庖瘡御病人在之棟隔御看病不被成候ニ付、御獻上相濟候間屋敷違之儀候得者、別而獻上仕候而も苦ケ間鋪哉ト奉存候得共、私ニ難相決奉伺候旨申述差出候處、彌八郎被申聞候者稻垣様、内藤様御獻上八年始之御太刀、馬代ニ而候得者右とハ譯も違可申哉、此間井伊掃部頭様庖瘡御病人在之棟隔御看病不被成候趣御伺被成候所、三番湯相濟御獻上下御差圖之様相聞申候、尤、輕品ニ而干鯛ニ而有之候、右之譯ニ而ハ此御伺も右之通御附札ニ而御達可被申哉、何ニ而も入御覽可申由ニ付扣居候處、伺書御請取被成候得共、御達(本ノツ)可被成旨差出候御伺書左之通、

公 方 様

大納言様

干 鯛

一箱

昆 布

一箱 宛

四四 寶曆十二年四月十七日

御用番酒井左衛門尉樣江被差出

例年二月下旬、三月上旬之内三州串刺獻上仕候所、私忌中已前在所差立候得共、忌中ニ着仕候品御座候間、獻上之義如何可仕哉ト伺候、以上、

四月十七日

水野和泉守

十八日御附札

明十九日可有獻上候、

四五 寶曆二申年十月廿八日

松平右將監樣ニ而、重陽獻上物御奉書御渡、穗元但馬守樣同斷、松平右近將監樣ニ而御奉書御渡ニ付、那波左方迄山田左二馬方ノ手紙、内々ニ而御用人中承合吳候樣申遣候處、返事左之通

今日重陽之御儀御獻上物ニ付而之奉書被差出候、右ハ例年御内書出候後御獻上故ニ候哉、岡崎江も被 仰上候ニ付、委細御承知有度旨、此度之義ハ其御元樣ノ御内書相渡候以後之御獻上故、掛り壹名之奉書出申候、御内書以前之獻上トハ譯も候由ニ候、此間右之譯も承置、幸唯今用人共へも參會、尙又承候所、右之通御座候、此譯、

一十月廿二日本多伯耆守樣江清壽院樣御忌昨日迄届、此節御中故留主居届、

一同日御忌明ニ付、重陽之時服御獻上可被成候哉、伺書被差出候所、

御附札

伺之通可有獻上候、尤、被差出候前日可被伺候、

四二 元文四年七月十二日

御在邑朽木出羽守樣盆中忌中ニ付、取計之義所々承合候所、御別當江申置宜由、則上野江罷越右之通相屈置候、然所、十一日夜ニ入、板倉甲斐守樣衆方御用番樣江御届入候、御竝阿部伊勢守樣ニ御先格承出候間、右之通取計候由爲知申述候、依之、御用番伊豆守樣江左之書面持參仕候

土佐守儀、上野三御靈屋江例年御燈籠獻上仕候得共、此節忌中罷在候ニ付獻上不仕候、此段各樣申上候、以上、

七月十三日

朽木土佐守家來

某

四三 安永三年七月十二日

水野和泉守樣御在邑中、三田御新造樣御逝去御忌中ニ付、左之通御用番板倉佐渡守樣江御届書差出

常憲院樣

文照院樣

御燈籠壹宛

有章院樣

右之通盆中上野、増上寺 御靈屋江例年差上申候處、和泉守忌中罷在候ニ付、獻上差扣申候、在邑之義ニ付、此段申上候、以上、

七月十二日

水野和泉守家來

井上八郎右衛門

「瀨」↓「瀨」
 「餅」↓「餅」
 「穩」↓「穩」

3、「凡例」冒頭に「一、原本には目次が記されていないので、翻刻においてもこれに従った。」と記したが、便宜上編著者が作成した「目録」を「解題」に掲載することにした。

諸家例叢 一

四一 寶曆十二年七月十三日

御用番井上河内守様江、増山對馬守様御在邑ニ付、左之御届

嚴有院様

御燈籠 一基

^(端力)
端春院様

御燈籠 一基

右之通御靈前江盆中増山對馬守獻備仕候所、當時忌中ニ付當年ハ献上不仕候、對馬守在邑罷在候ニ付、此段申上候、以上、

七月十三日

増山對馬守家來

鈴木定右衛門

諸家例叢〔江幡五郎自筆 輯 共二卷〕（二）

小島信泰編著

目次

序言
凡例
本文

諸家例叢一（一號～四〇号まで前号、四一號～五五号まで本号）

諸家例叢二

解題

*【本誌前号に掲載した「諸家例叢〔江幡五郎自筆 輯 共二卷〕（二）」の訂正】

- 1、原本「一號」に四箇所ある「豫・參」が誤って「預・參」と翻刻されていたので、記して訂正する。
- 2、左記の新字体を旧字体に訂正する。

「困」↓「圀」
「郎」↓「郎」
「間」↓「間」
「随」↓「隨」

育の教科化等の問題を前にしたとき、ケルゼンが示した以上の問題意識に再び立ち返る必要があるのではないかと筆者は考えているので、やや横道に迷い込んだ観があるが、あえてケルゼンについて論じた次第である。

（続
く）

（本学法学部教授）

と述べており、ケルゼン自身は、「純粹法学」を法の「純粹」理論だと性格づける理由について、

(…前略…) それをもつばら法に向けられた認識を確保しようとするもので、厳密に法と定義された対象に属さない一切のものを定義から排除しようとするからである。
(前掲『純粹法学』二頁)

と論じている。ただし、ケルゼンの言う「純粹法学」とはこれに加えて「解釈の理論」をも提出しようとするものであることは注意を要する。

(42) 鵜飼・前掲『純粹法学』一五頁。

(43) ハンス・ケルゼン『純粹法学とは何か』(森田寛二訳、鵜飼・長尾編・前掲『ハンス・ケルゼン』所収) 二二八頁。

(44) 『純粹法学』とは何かについてはこれまで数多くの研究がなされてきたし、その究明は本試論の本来の目的ではないので、ここでは次節に移るに当たり必要な点に限ってこれに関する先行研究およびケルゼン自身の言葉をまとめておく。

ケルゼンの法学は一九世紀の実証主義法学の流れを受けて自然法論の法学的考察への介入を拒み、その国家学は国家形而上学と決別した(高橋広次『ケルゼン法学の方法と構造』新版、九州大学出版会、一九九六年、三三頁、参照)。その結果、ケルゼンは実践の論理にしたがう伝統的な法解釈の活動から峻別された、理性の導きにしたがう科学の理念によって法理論を再構成したのである(長尾・前掲『ケルゼン研究』六七〜六八頁、参照)。その基礎を成したのが認識と実践を嚴重に区別した前述のカント哲学の二元論的思考であった。『純粹理性批判』以後のカント哲学については他の機会に譲ることにして、このようにして形成された「純粹法学」は、法の生成の究極点にあるものを憲法以上の憲法となし、これを「根本規範 Grundnorm」(ケルゼン・前掲『純粹法学』一〇頁、一八六頁以下)と名づけたが、それはすなわち法の究極にあるものも法であるとする立場であったことを確認しておかなければならない(尾高朝雄『法の究極に在るもの』再版、有斐閣、一九六五年、六四〜六五頁、参照)。この「根本規範」こそ、

「ある事態の主観的意味を、客観的効力をもつ法規範の体系として、法命題という形で記述する解釈が、神や自然のような超法的權威に依拠せずに、いかにして可能か」
(ケルゼン・前掲『純粹法学』一九五頁。傍点、は引用者)

という、「純粹法学」の立場からの問い掛けに対するケルゼン自身の認識論的な解答なのである。

以上のようなケルゼンの「純粹法学」とは、オーストリアやドイツで教鞭を執ったものの、ユダヤ人であったが故にナチスに追われアメリカに逃れるという過酷な人生の中で紡ぎ出された法理論なのである。今日の日本で起きている、憲法改正や道徳教

(34) 同右、六頁。

(35) 同右、六〇一九頁、参照。

(36) 長尾龍一『法哲学入門』(日本評論社、一九八二年)一〇九頁。同書は文庫化されて、二〇〇七年に講談社学術文庫の一冊として発行されている。

「法と国家」の問題はここではこれ以上論じることができないが、筆者は『拙著三』および『補論』において、「物理的強制力」を有する国家の問題についてマックス・ウェーバーの研究を通して論じたので参照されたい。本試論の注15でもこの点について述べておいた。

(37) 前述した、中田薫氏がモンテスキューの『法の精神』との出会いによって発見された国や時代によって違ふ法とは、ここに言う実定法のことであると考えてよいだろう。もともとケルゼンが論じた実定法の理論とは、特定の国家法や国際法の解釈ではない実定法一般の理論(ケルゼンの言う「法の一般理論」)であることには注意を要する(長尾龍一『ケルゼン研究』信山社、一九九九年、一六六―一七〇頁、参照)。

(38) 鶴飼・長尾編・前掲『ハンス・ケルゼン』一〇頁。

(39) 同右、一四頁。

(40) 『プロレゴメナ』では、「純粹理性」については「プロレゴメナ 一般の問題(第五節)——いかにして純粹理性からの認識は可能であるか?——」で、「純粹数学」については「超越論的主要問題の第一部(第六―十三節)——いかにして純粹数学は可能であるか?——」で、「純粹自然科学」については「超越論的主要問題の第二部(第一四―三九節)——いかにして純粹自然科学は可能であるか?——」で論じられている(『カント全集 六』有福孝岳・久呉高之訳、岩波書店、二〇〇六年、参照)。

(41) 鶴飼信成『純粹法学』(鶴飼・長尾編・前掲『ハンス・ケルゼン』所収)一〇頁。鶴飼氏は、ケルゼンが展開した批判には従来の形而上学の独断性を批判したカントの「批判哲学」という方法的出発点があることを指摘している。

ケルゼンの「純粹法学」(Reine Rechtslehre)の「純粹」とは、カント著『純粹理性批判 *Kritik der reinen Vernunft*』(第一版・一七八一年、第二版・一七八七年)における純粹概念、すなわちあらゆる経験的觀察に拠ることのない先験的な認識に立つことを意味しており、そのカントの方法を基礎においた「法学」をケルゼンは目指したのである。カントは同書において、

(…前略…) アプリオリな諸認識のうちで、経験的なものがいささかも混じっていない諸認識は純粹と呼ばれる。だから、たとえば、おのおのの変化はその原因をもつ、という命題は、アプリオリな命題であるが、純粹ではない。なぜなら、変化はただ経験からのみ引き出されうる概念だからである。

(『カント全集 四』有福孝岳訳、岩波書店、二〇〇一年、六九頁)

論が用意されていたのかについて考えることにしよう。次節ではそのトマスに至る前史について考察することからはじめる。

(続 く)

(28) 「法とは何か」という問題については、多くのいわゆる「法学」の入門書において中心的に論じられてきた。ここでは「法と正義」との関係から説き起こされた、グスタフ・ラートブルフ著『法学入門』(ラートブルフ著作集第三卷、碧海純一訳、東京大学出版会、一九六一年)、日本法にも視野を広げた、団藤重光著『法学入門』(現代法学全集一、筑摩書房、一九七三年。同書は大幅な改訂が加えられて、一九九六年に『法学の基礎』と題して有斐閣から出版され、二〇〇七年には第二版が発行されている)を紹介しておきたい。「法哲学」からのアプローチについては、以下に若干の考察を加える。

(29) この点については、以下に論じるハンス・ケルゼン『法と国家』(鶴飼信成訳、東京大学出版会、一九六九年)の「第一講法の概念」参照。ここでケルゼンが執筆した本書に注目するのは、本試論のサブタイトルにある「日本の国家・法・宗教」との関係から法の概念について論じるのに相応しいと思われるからである。

なお、ケルゼンは「第一講 法の概念」の「四法、道徳、宗教」において、

(…前略…) 宗教規範は、殺人者を、超人間的権威による刑罰を以て脅かす (…中略…) けれどもその実効性は、超人間的権威の存在と力とに対する信仰を前提とする (『法と国家』一一〜一二頁)

と論じている (ハンス・ケルゼン『純粹法学 *Reine Rechtslehre* 2. Auflage, 2000. (First published 1960)』(第三版、長尾龍一訳、岩波書店、二〇一四年、二七〜三〇頁、参照)。このような宗教的なサンクションはキリスト教だけではなく、すでにシャイナ教や原始仏教においても見られる (中村・前掲『佛教語大辞典』一一一二頁、参照)。

(30) ケルゼンは父アドルフと母アウグステとの間に長男としてブラハで生まれたが、出生後二年にして一家でウィーンに移っている。ケルゼンの生涯については、鶴飼信成・長尾龍一編『ハンス・ケルゼン』(東京大学出版会、一九七四年)所収の長尾氏によるケルゼンの「小伝」参照。

(31) ケルゼン・前掲『法と国家』一頁。

(32) 同右、四頁。

(33) 同右、五頁。

と論じ、純粹に法規範の論理にのみしたがって法の論理的構造を認識することが重要であつて、それ以外の規範の論理を混在させて認識しようとすることは誤りであるというケルゼンの「純粹法学」の立場を説明している。^{③⑨}そして鵜飼氏は、カント著『プロレゴメナ』を紹介して、この「純粹法学」はカントが「純粹理性」、「純粹数学」、「純粹自然科学」^{④①}というような概念を用いていることに照応するものであると論じている。

さらに鵜飼氏は、以上のケルゼンの「純粹法学」の立場を前提として、

純粹に法学的な論理に支えられた法学——ケルゼンはこれを法実証主義ともいつている——に對立する、政治的法学を、仮りに自然法主義と呼ぶとすれば、自然法はすこぶるイデオロギー的性格をもつている。^{④②}

と論じ、「純粹法学」は存在と価値を同一視する立場の否定、すなわちいわゆる近代的な立場をとり、その結果として自然法に対して批判的であるとしている。

ケルゼン自身も、

形而上学的法学は神の顯現としての自然のなかに自然法を見いだしようと信じてやまない。しかし、このように存在から當為を帰結することは詭弁であり、自然法論はこの誤謬を基礎としている。この点が、法の合理的科学としての純粹法学が究極において非合理的な、論理に服することのない法の形而上学としての自然法論を否定する理由の一つである。^{④③}

とまで論じているのである。^{④④}では、以上のケルゼンの批判に対して、トマスの考えた自然法の立場からは如何なる反

国家成立以前の原始社会においても、物理的行使の正当性の基準について諸部族間を実効的に支配する規範が成立するならば、そこには法がある。国際社会にも、国家の軍事力行使の正当性を判定する規範があるとき、国際法は法であるという。⁽³⁶⁾

と論じていることを確認しておきたい。

さて、ケルゼンは、二〇世紀における厳正な科学の発展を背景とする法理論を構築したが、西洋にはキリスト教を背景とする宗教的な法理論の流れがあり、これが国を越えたヨーロッパの文化的な伝統を形成してきた。そこで次には、時代を遡ってその代表的な法理論を展開したトマス・アクィナス(Thomas Aquinas、一二二五頃～一二七四)について触れておかなければならない。

以上に述べたケルゼンが理論化した法とはいわゆる世俗の法規範としての実定法を中心として把握された法であるが、西洋ではこれと時に対立し、時にこれの正当性の根拠として捉えられてきた自然法について考えられてきたのである。その中世における頂点に位置するのがトマスの説く神学の体系の中に自然法を位置付けた立場であるが、本節においてはトマスについて論じる前にケルゼンによって概念化された法理論として有名な「純粹法学」(Reine Rechtslehre)に触れることにし、トマスの自然法論についてはその歴史的背景を踏まえて次節で論じることにする。

前述した、ケルゼンの『法と国家』を翻訳された鵜飼信成氏は、

規範の中には、審美規範、宗教規範、道德規範、政治規範、法規範などがあるから、それぞれの規範体系は、それぞれの価値にしたがって、純粹に認識されることが必要で、そこにケルゼンが自らの学説を、純粹法学と呼ぶ根拠があるといえよう。⁽³⁸⁾

に従つて解決するということである。⁽³¹⁾

と論じている。これは同書の原題が *Law and Peace in International Relations* であることからわかるように国際法を意識した一つの理想が述べられていると言わざるを得ないが、現代に至る急速なグローバル化の流れのなかに生まれつつある新しいナショナリズムの動向を凝視するならば、いまこそ確認すべき平和実現のための秩序としての法の原点を示しているとも見ることもできるのではないだろうか。さらにケルゼンは、同書の「第一講 法の概念」で現実の法とは何かという問題を厳密に定義している。

ケルゼンは、右の「序論」のように法の目的を明らかにしてから、「第一講 法の概念」の「一 法の概念を定義する」において、社会秩序が法として認められるのは、「ある最小限の人身の自由と、私有財産を所有する可能性とが保証されている場合のみである」⁽³²⁾として、これが認められない過去の諸国においては、法の存在が認められないことになることを指摘して、政治的理想がいかに法の定義に影響を及ぼし得るかに注目している。しかし同時にケルゼンは、その政治的理想の基礎をなす倫理的または政治的価値判断はなんらの科学的性質ももっていないとするばかりか、右の人身の自由の保障や私有財産の制度はそれ自体としては「法の本質的要素ではない」⁽³³⁾として、「法の本質の探究にとつて決定的な標識」⁽³⁴⁾とは何かを論及していく。

ケルゼンは、続く「二 自発的服従と強制」、「三 強制秩序としての法」、「四 法、道徳、宗教」、「五 力をもちいることの独占」、「六 法の心理的強制、実効性および有効性」において、法とは宗教的な制裁といった超人間的、超社会的な権威の行為ではなく、世俗の協同体の行為として解釈される制裁を伴う強制秩序であり、その制裁を行なう力を当該協同体が独占していることをその本質の標識としてしていると論じている。しかもケルゼンは、その制裁に実効性があることを条件としているのである。⁽³⁵⁾

このような実効性のある制裁をおこなう協同体の代表は国家であると言つてよいであろうが、長尾龍一氏は、

第三章 法について

第一節 ケルゼンと実定法

「法とは何か」という問題については、法学や法哲学の中心課題であり、法史学においては過去の歴史においてどのような法があつて、いかなる役割を果たしてきたのかを実証することを通して法とは何であつたのかを解明することを目的としているので、ここでは法学や法哲学の研究分野で論議されてきたことを詳しく紹介することはできないが、本試論との関係で代表的な法理論については少しく述べておきたい。

法は規範であり、道徳や宗教とは違って強制力が伴う社会規範であると一般に理解されている。道徳においてもそれに従わなければ何らかの社会的なサンクションを受ける場合があることや、宗教においても罰（ばち）や天罰（てんばつ）が下されるという形でサンクションがあるという考えもあるが、国家権力を背景とした強力なサンクションが例外なく科されるという点から法の特殊性を説明することは可能かもしれない⁽²⁰⁾。

前述したモンテスキューの『法の精神』で描かれたように、国や時代の違いによつて様々な法が生まれ、やがて歴史のなかで消えていくことがあつたとはいえ、社会を動かす規律としての法が常に存在してきた事実を前提として、ここではまず、オーストリアの公法学者・国際法学者で近現代日本に多大な影響を及ぼしたハンス・ケルゼン (Hans Kelsen, 一八八一〜一九七三)⁽³⁰⁾が論じた法の理論について考察することからはじめたい。ケルゼンはその著『法と国家』の「序論」において、

法というものは、本来、平和を促進するための秩序である。その目的をなしている個人が、彼等の間に不可避的に起る争を平和に解決することができるような、そのような仕方と一緒に平和に生活することを保障するにある。(…中略…) 争を平和に解決するというのは、力を用いないで、すべての者に対して効力をもっている一つの秩序

(15) マックス・ウェーバー『職業としての政治』(脇 圭平訳、岩波文庫、二〇〇三年) 九〇一頁には次のように論じられている。

国家とは、ある一定の領域の内部で——この「領域」という点が特徴なのだが——正当な物理的暴力行使の独占を(実効的に)要求する人間共同体である、(…中略…) 国家以外のすべての団体や個人に対しては、国家の側で許容した範囲内でしか、物理的暴力行使の権利が認められないということ、つまり国家が暴力行使への「権利」の唯一の源泉とみなされているということ、これは確かに現代に特有な現象である。

この論述について『拙著三』の「序文」で、ウェーバーの国家観およびウェーバーの考える国家には歴史性があることを指摘したので参照されたい。

(16) 『拙著三』四頁。都出比呂志『前方後円墳と社会』(塙書房、二〇〇五年) 三〇五頁、同『古代国家はいつ成立したか』(岩波書店、二〇一一年) 一六六頁、参照。

(17) 中村元『佛教語大辞典』(縮刷版、東京書籍、一九八一年) 四一〇頁、参照。

(18) 『拙著三』一七頁。

(19) マルクス・エンゲルス『マルクス・エンゲルス選集 三 哲学の貧困・ドイツチェ・イデオロギー』(新潮社、一九五六年) 一八九頁。

(20) 『補論』四八頁。

(21) 廣中俊雄『新版民法綱要 第一卷 総論』(創文社、二〇〇六年) 二二頁。

(22) 廣中俊雄『国家への関心と人間への関心——ある法学研究者の歩み』(日本評論社、一九九一年) 四四頁。

(23) 同右、八三頁。

(24) 『補論』五三頁、五五頁、六〇頁、参照。

(25) 『拙著二』第六章「伝教大師最澄の僧俗観と国家——『顕戒論』を中心として——」、『拙著三』第三章「最澄・日蓮と国家」。

(26) 新村出編『広辞苑』(第六版、岩波書店、二〇〇八年)。

(27) 波多野精一『宗教哲学の本質及其根本問題』(岩波書店、一九二〇年)、岸本英夫『宗教学』(大明堂、一九六一年)。橋本峰雄編『日本の名著 四三』(中央公論社、一九七〇)等、参照。

5、現代（戦後）

神々の維新

新興宗教：日蓮系・神道系が多い

新々宗教：オウム真理教・幸福の科学 etc.

宗教の現状：儀礼の見直し・宗教の社会的役割・宗教そのものを問う

以上、極めて簡略化したものであり、また例えば「聖徳太子の實在」に関する疑義などが現在あつて、抜け落ちた点も多々あるが、古代から現代までの一応の流れを理解する上ですこしは役立つものであると思う。このような図式だけでも明らかとなるのは、この国においては国家の支配と宗教とが常に關係を保っていたという歴史的な事実があるだけではなく、国家権力がほぼ一環して宗教勢力の上にあつたことから、西洋史における「カノッサの屈辱」のような出来事は見られないという事実である。さらに本試論の第三部で詳論するように、古代の律令制度から武家政権の時代、さらには西洋流の近代化が進められた時代においても、宗教は国法による制度的な規律を受け続けてきたという事実である。加えて、国家の安泰や権力の正当化のために宗教が大きな役割を果たした時代があつたことも見逃すことはできない。

このように、いつの時代も宗教信仰は庶民の生活に大きな影響を及ぼしてきたことは一般に認められる歴史的事実であると思われるが、その宗教は一方で国家の法制度の枠のなかに置かれたばかりでなく、他方で国家の存立に大きな影響を及ぼしたことから、本試論では宗教を一つのメルクマールとして日本法史を概観することにしたのである。

(後に国家による仏教支配の強化・門跡制の確立)

2、中世

律令制度から封建制度へ：律令以前の宗教的なものもの復権（湯起請など）

鎌倉幕府の宗教政策：仏教の呪術性の重視・宗教者の政治参加の強化

鎌倉新仏教の成立：権門体制の確立↓旧仏教勢力（顕密仏教）の見直し

禅と武家文化：鎌倉五山・京都五山の成立

3、近世

東叡山の創設と日光東照宮：幕府政権の正当性の保証を宗教的権威に求める

儒教との対立：廃仏論へ

寺社奉行の成立：法度支配

本末制度の確立：宗派内のヒエラルキーの確立

檀家制度の成立：寺院は幕府の民衆支配の機関に

キリスト教・日蓮宗不受不施派の禁教：宗教の地下活動

4、近代

廃仏棄釈：国家神道の成立

宗教者の戦争参加：聖俗の一元化

おける国家と宗教、特に仏教との関係を簡潔に整理することを通して、宗教がこの国で果たしてきた役割についてすこし述べてみたい。

はじめに筆者が大学における「日本仏教史」や「日本仏教入門」などの講義の最初に提示してきた、仏教史を中心とする日本宗教史の流れをわかりやすく図式化しておく。

〔日本宗教史の流れ——仏教史を中心として——〕
〈キーワード〉

古代…律令制度・鎮護国家仏教

中世…権門体制・鎌倉仏教

近世…仏教統制・民衆仏教

近代…廃仏棄釈・国家神道

*時代を越えて見られる傾向性…国家仏教・在家主義（真俗一貫思想）

1、古代

五三八年（五五二年）の仏教公伝…国家間の政治的背景が作用している

聖徳太子…国家支配に仏教思想を用いる

（私人としての仏教信仰もみられる）

聖武上皇…「三宝の奴」と称し、受戒して出家した

道鏡事件…天皇制の最大の危機↓宗教者の政治支配

伝教大師…比叡山の独立↓官僧からの分離・ただし律令制度の肯定

という考え方になると述べたことを紹介した。⁽²⁴⁾

また筆者は、かつてプラトンが著した『国家』、最澄が著した『顕戒論』、日蓮が著した『立正安国論』、南原繁氏が著した『国家と宗教』を比較して国家とは何かについて論じたこともある。⁽²⁵⁾ 国家に関してはその言葉の意味する概念内容そのものにそもそも違いがあることは否めないが、筆者は前述したように、洋の東西で古くから論じられてきた事実をこれまで機会あるごとに紹介してきたので、詳しくはそちらに譲ることにして先を急ぐことにする。

第二節 宗教

「法とは何か」という問については第三章で触れることにして、ここでは宗教について特に国家と宗教との関係から見ておきたい。宗教の定義については、例えば『広辞苑』には「神または何らかの超越的絶対者、あるいは卑俗なものから分離され禁忌された神聖なものに関する信仰・行事。また、それらの連関的体系」⁽²⁶⁾とあり、西洋の研究者としてはC.P.ティーレが「宗教とは、神と人との関係である」、P.ティリツヒが「究極的価値にかかわる関心」、J.ルックマンが「個人にアイデンティティを与えると共に、社会を維持するすべての客観的・倫理的意味のパターン」とし、日本の研究者としては波多野精一が「自己を圍繞する現実の世界を遙に超えて、超越的實在に於て真の生命に浴し、更に超越界より現実界へ下つてこれを活し、改造し、克服するところに宗教の本質は認められる」、橋本峰雄が「絶対」にかかわる自証の事実」⁽²⁷⁾としている。キリスト教を背景とする宗教の定義と仏教を背景とする宗教の定義では根本的な違いがあり、その他の宗教の場合もいわゆる世界宗教に数えられる宗教における定義と民族宗教に数えられる宗教における定義で違いがあるばかりでなく、同一の宗教を背景とする場合でも国や時代や論者の違いによつてそれぞれ違いがあるといつて過言ではないので、宗教の定義について確定することなどできないし、それは宗教学や宗教哲学のテーマであるので、ここではこのような違いがあることを理解して大方のイメージを確認するに留め、日本法史に

(…前略…)すでに『増々阿含經』四二卷などの仏典に見えており、日本では日蓮が『守護国家論』の表題や『立正安国論』の中で使っていることがよく知られている。領土・人民・権力のいわゆる「国家の三要素」を備えた国家概念について、仏教は最初から論じている(…後略…)¹⁸⁾

のであると論じた。さらに筆者は、ドイツのカール・マルクスが、

(…前略…)『ドイッチェ・イデオロギー』において、「国家は、支配階級に属する人々が彼等の共同利益を主張するための形態」¹⁹⁾であると論じ、経済的な階級対立が解消すれば国家そのものが解消され则认为していた(…後略…)²⁰⁾

こと、日本の廣中俊雄氏が、国家とは「権力の担い手」²¹⁾であるが、

法の問題は人間にとつての問題の一部にすぎない。ということとは、国家が立ち入ることができる、ないし立ち入ることを許されているものは、人間にとつて諸問題の一部にすぎない(…後略…)²²⁾

とし、このことは人間の側から見ると、

国家に面倒をみてもらわなければならないものでないような、人間にとって非常に大切なもの、たとえば好意とか愛情とか信頼とかその他そういう種類のものが裏切られたといつてすぐ国家にそのことを斟酌してもらおうと考えるのは、国家に対して出過ぎた仕事を期待することになる²³⁾

展させた平松義郎氏、『幕藩体制国家の法と権力』（全六巻、創文社、一九八〇～一九八二年）を出版し幕藩関係や政治的視点を重視する研究に近世法制史を発展させた服藤弘司氏等に受け継がれた。平松氏は東京大学において石井氏の教えを受け、服藤氏は九州大学の金田平一郎氏の門下にあつたとき、出講のため同大学に赴いた石井氏の教えを受けている。

第二章 国家と宗教について

第一節 国家

「国家とは何か」という問は、遙か昔から今日まで洋の東西において多くの人々によつて発せられてきた。これまで世に表れた国家に関する論考は数え切れないほどあり、いまでも続けられているので、ここでこの問題について詳しく論じる余裕はない。そこで『拙著二』『拙著三』『補論』の内容を通して略説するに留める。筆者は、マックス・ウェーバーの考える国家には歴史性があるということを前提として、¹⁵⁾

(…前略…) 前近代日本の国家の様相について考えてみよう。領土・人民・権力のいわゆる「国家の三要素」をメルクマールとして、日本における国家の成立時期は七一〇年の平城京遷都であるとする説がかつては有力であった。しかしその後、文化人類学者らの考えに依拠して、国家の成立を「初期国家」と「成熟国家」という二段階に分けて考え、「成熟国家」の成立は律令制国家の完成とするが、「初期国家」は古墳時代の三世紀にはすでに成立していたとする説が唱えられるようになった。¹⁶⁾

とし、この「国家」という言葉については西洋に限らず東洋でも、

・著書

『江戸時代の文学に見えたる私法』

『法制史論集』全四巻

③石井良助——法制史料の編纂を基礎に日本法制史を体系化

・中田説の継承、発展

・波動史観による日本古代から現代までの概説書の完成

・発言

「法制史は歴史全体の骨格である」

「時代区分は歴史の本質である」

「学問とは体系的考察である」

・著書

『日本法制史概説』

『中世武家不動産訴訟法の研究』

『日本不動産占有論』

『天皇』

『法制史論集』全一〇巻

④石井紫郎——西洋法制史研究を紹介し、国制史および日本法制史の新たな地平を開拓

・日本法制史研究を国史、外国史に開く

・日本的な法理、法慣習に注目

・著書

『権力と土地所有』（日本国制史研究Ⅰ）

『日本人の国家生活』（日本国制史研究Ⅱ）

『日本人の法生活』（日本国制史研究Ⅲ）

*各氏の研究概要を筆者が正確に紹介することなど決してできることではないが、右のような研究の主要な焦点について指し示すことはある程度可能であると思われる。

*著書は代表的なものに限定した

*石井良助氏の学統は、東京大学以外にも『近世刑事訴訟法の研究』（創文社、一九六〇年）を出版し近世の刑事法研究を継承、発

- (4) 石井・前掲『日本法制史講義』「あとがき」四二五～四一六頁。
 - (5) 石井・前掲『日本法制史學八十八年——東京大学における——』三三七頁。
 - (6) 石井・前掲『日本法制史講義』「あとがき」四二五頁。
 - (7) 同右、四二八頁。
 - (8) 本稿注1、参照。
 - (9) 中田薫氏の生涯と研究については、石井良助「中田薫」(国史大辞典編集委員会編『国史大辞典 第一〇巻』吉川弘文館、一九八九年) 参照。
 - (10) 石井良助「日本法制史の研究」(日本リクルートセンター出版部編『講義のあとで——碩学30人が語る学問の世界』日本リクルートセンター出版部、一九八〇年) 参照。
 - (11) 石井氏が中田氏の門下になった経緯については、石井・前掲『日本法制史の研究』で石井氏が述べているのでここでは論じない。
 - (12) 一九六〇年改版、創文社。当初石井氏は中田氏の指導を守り日本法制史の概説書を書く意思はなかったそうであるが、出征を前にした編集者の督促のとき強い依頼を受けて執筆を認めてしまい、その時点における自らの理解を整理する気持ちで書いたと筆者に語った。同書が法制史学会における記念碑的業績であることは人口に膾炙している。
 - (13) 石井氏は昭和三四年(一九五九)には青林書院新社より編者として『日本法制史』を出版している。私事であるが、同書は筆者が読んだ最初の日本法制史の概説書であり、法制史という学問領域に強く惹かれた経験がある。
 - (14) ここで東京大学における代表的な研究者の主要な業績を箇条書きの形で簡略化してまとめておく。
- 〔日本法制史に関する研究——代表的研究者(東京大学における)——〕
- ① 宮崎道三郎——アジアの諸言語に注目して日本古代法を研究
 - ・ 律令研究による日本と中国の比較
 - ・ 比較言語学(特に朝鮮語との)の方法による日本古代法研究
 - ・ 著書
 - 『宮崎先生法制史論集』(中田薫編)
 - ② 中田薫——ゲルマン法に注目し日本中・近世法を研究
 - ・ 比較法制史学(特にドイツ法制史との比較)を確立
 - ・ 庄園、村の法史研究

出版社より『法制史 体系日本史叢書 四』を出版し、その間の昭和二八年（一九五三）には創文社より『日本史概説』を、また昭和四七年（一九七二）には東京大学出版会より『略説 日本国家史』、昭和五五年（一九八〇）には原書房から『明治文化史 二 法制』を出版されている。著書として出版されたものに限っても以上の概説書を石井氏は残された。⁽¹³⁾

京都帝国大学の研究者においても、論文集ではあるが概説書としての論考も掲載されている三浦周行氏の『法制史の研究』、『続法制史の研究』が岩波書店から大正八年（一九一九）、同一四年（一九二五）にそれぞれ出版され、その間の昭和一〇年（一九三五）には弘文堂書房より牧健二氏の『日本法制史概論』が出版されている。

その後の概説書の一つひとつを紹介することは省くが、平成五年（一九九三）に牧英正・藤原明久編『青林法学双書 日本法制史』および平成二二年（二〇一〇）に浅古弘・伊藤孝夫・植田信廣・神保文夫編『日本法制史』がいずれも青林書院から出版されていることは記しておかなければならない。本試論においても以上の著書を適宜参照するが、前述したように筆者が記した石井氏の講義ノートを中心に用いることになるが、後述する本試論のサブタイトルの内容に関連して、特に石井氏の『略説 日本国家史』を多く参照することを予め記しておきたい。⁽¹⁴⁾

- (1) 石井良助「日本法制史學八十八年——東京大学における」(『法制史論集 第一卷 大化改新と鎌倉幕府の成立』(増補版、創文社、一九七二年)、中田薫述・石井良助校訂『日本法制史講義』(創文社、一九八三年)の石井氏による「あとがき」、植田信広「宮崎道三郎」(国史大辞典編集委員会編『国史大辞典 第一三卷』吉川弘文館、一九九二年)、和仁かや「宮崎道三郎と伴信友の「カササギ」——法制史學黎明期へのアプローチ——」(『神戸学院法学 第四二卷第三・四号』二〇一三年) 参照。

- (2) 『法の精神』第一部第六篇第十三章には「日本の法の無力」(『法の精神』第五版、根岸国孝訳、河出書房新社、一九七〇年)と題して江戸時代の法制についても論じられていることに筆者は驚いた。モンテスキューは伝聞情報によって記述したらしいので誤った記述もあるが、江戸時代の法制の本質的な性格についても言い当てている。

- (3) 石井・前掲「日本法制史學八十八年——東京大学における——」三三七頁。

および「中田博士述 日本私法法制史 完 大正一一年度東大講義」(非売品)であり、この両者とも中田氏の承諾を得ないで学生の受験用に出版された謄写版刷のものであるが、石井氏はこの両者を点検して、「数人のノートを利用したものと覚しく、思った以上によくできていることがわかった」としてこれらを利用、校訂して、中田薫述・石井良助校訂『日本法制史講義』⁽⁸⁾を出版している。⁽⁹⁾いま四半世紀を超え、今度は石井氏の講義ノートを参照して本試論の「第三部・日本法史」を書かせてもらうことになるが、石井氏がご存命ならば筆者のような者がその任に着くことなど決して認められないと思うので、誠に忸怩たるものがあるが、ここは黄泉の国の石井氏のお許しを冀^{こいねが}うしかない。もつとも「まえがき」で述べたように、本試論は文字通り「試論」であるに過ぎないので、申すまでもなく完成された「石井良助述・日本法史」ではなく、その編集の高みに向けた一階梯を筆者のこれまでの研究を基礎として築こうとするものである。

ところで石井氏が日本法制史の研究を始められた動機については、東京帝国大学の学生時代の石井氏が大学の正門前の郁文堂でたまたま中田氏の『法制史論集 第一巻』を見かけて立ち読みしたことであるそうで、もしその出会いがなければ年来関心のあつた言語学でも研究する予定であつたと、石井氏は筆者に語られた。⁽¹⁰⁾「自分の場合は中田先生のような高尚な理由ではない」とかつて石井氏は筆者に打ち明けられたことがあるが、人や本との遭遇が人生を決定付ける瞬間があることを筆者はまぎまぎと教えていただいたのである。もつとも石井氏は年少のころから物事を考証することに取り分け関心があつたそうで、中田氏の論集を開いたとき、史料に基づいて過去の歴史や法を考証していく世界を目の当たりにして、自らもこのような研究ができたらいいものだと感じたと述べられていたので、やはり石井氏は中田氏の指導下で日本法制史家となるよう運命付けられていたのではないかと筆者は思ったものである。⁽¹¹⁾

石井氏は昭和二三年(一九四八年)に弘文堂より『日本法制史概説』の初版を出版している。⁽¹²⁾翌年には同出版社より『日本法制史要』、昭和二七年(一九五二)には創文社より『日本法制史概要』、昭和三九年(一九六四)には山川

その時、なぜ「法の」精神というタイトルが付けられているのか疑問を抱いたものである。筆者は石井氏の話を聞き、早速、大学の図書館に行つてはじめて同書を精読し、法というものが国や時代により相違があるということが書かれている本、すなわち法制史の本であることを確認した。^②

中田氏はヨーロッパへの留学により西洋法制史上の貴重な文献を多く東京大学にもたらしたことも知られるが、石井氏が語られたところによると、中田氏は独創的な研究ができるとの理由で日本法制史を自らの研究の中心テーマとしたそうである。しかし中田氏は昼間、大学の研究室では日本法制史の研究をし、夜の自宅では西洋・東洋の法制史研究を進めていたと石井氏は語られた。このような事実があり、中田氏はいわば中田シュールとも言ふべき学団を形成し、その門下からは日本法制史の石井氏をはじめとして、西洋法制史の久保正幡氏、中国法制史の仁井田陞氏といった法制史の各研究分野を開拓した研究者が輩出された。

中田氏は、宮崎氏が大正十一年（一九二二）に定年退官する前年から日本法制史の講義をしていたが、講義は隔年ごとに「私法史」、「公法史」に分けてそれぞれ行い、定年を迎える昭和十二年（一九三七）まで続けられた。^③しかし中田氏は「ドイツ法制史の最初の著書ともいふべきEichhornのドイツ法制史の本が出てより、百年たつても、まだ概説書として見るべきものは、数点しかない、日本法制史は、研究がはじまつてから、まだ四、五十年しかたつていないのに、概説書を書くのは（一般的に）早い：（以下略）：」^④という持論の持ち主で、実際に概説書を書くことはなかった。前述の筆者に対する石井氏の言葉はこの中田氏の考えに基づいているように思われる。

しかし石井氏は「この大正十年、十一年の両年度にわたる講義において、先生がはじめて、日本法制史の全般的体系的記述をされたことが特筆されなければなりません」^⑤と述べ、この中田氏による東京帝国大学における最初の講義を刊行することを法制史学会創立三十年の記念出版とすることを同学会の代表者として決めたことを紹介している。^⑥その際の資料として用いられたのは、文信社の「中田博士述 日本公法法制史 完 大正一〇年度東大講義」（非売品）

第二節 法史学講義の沿革

近代日本における最初の法史学（法制史）講義は、東京帝国大学法学部において宮崎道三郎氏によって行なわれた。当時の講義の正式名称は「法制史比較法制史講座」である。後に本試論の注14で紹介するように、宮崎氏はアジアの諸言語に注目して日本古代法を中心に研究を行ない、*「律令研究による日本と中国の比較」*、*「比較言語学（特に朝鮮語との）による日本古代法研究」*においてこの分野におけるフロンティアを開拓した。ただし、筆者が恩師である石井良助氏から聞いたところによると、宮崎氏の法史学に対する研究姿勢は極めて厳格なものであったではなく、自らが執筆した研究論文に対する批判的立場を持ち、やがて研究内容を活字にして公にすることを避けるようになったという。このようなことも関係してか、まだ濫觴期にあった日本法制史学の概説書が宮崎氏によって書かれることはなかった。^①

なお法制史学は、開国による近代的な法制度の移入、確立を急ぐ明治政府の後ろ盾により、当初はいわば一つの国家的なプロジェクトとしてこの国に誕生したと言うこともできよう。その結果、法の制度史としての側面が強かったことから「法制」史と命名された。この名称は長く用いられ今日でも使われることがあるが、法の制度史では法的思想的側面をはじめ法慣習や法観念などといった問題をカバーすることが十分できないことから、今日では「法制史」よりも「法史学」という名称を用いることが多くなっている。本試論でも後者の「法史学」をタイトルに採用したことを補足する。ただし、ここではいましばらく「法制史」と表記する。

さて、宮崎氏によつて始められた法制史講義は東京帝国大学における後継者である中田薫氏に引き継がれた。石井氏が筆者に語ったところによると、中田氏はモンテスキューの『法の精神』の影響を受けて法制史研究を志したという。『法の精神』というと、フランスのモンテスキューの目に映ったイギリスの三権分立体制などを論じた政治理論に関する本と思っている人がいると思われる。少なくとも筆者はそうのように学校教育の場で習ったことがある。ただ、

〔第一部…序論〕

第一章 予備的考察——本試論の構成と法史学講義の沿革——

第一節 本試論の構成

本試論は「第一部…序論」、「第二部…歴史学と法史学」、「第三部…日本法史」、「第四部…結論」の四部で構成されている。「第一部…序論」の「第一章 予備的考察——本試論の構成と法史学講義の沿革——」の「第二節 法史学講義の沿革」では、これまで行なわれてきた日本の近現代における法史学講義の沿革を概観し、「第二章 国家と宗教について」、「第三章 法について」では本試論のサブテーマに掲げた「国家・法・宗教」の観点から日本法史を学ぶための基礎として、第二章の第一節では「国家」を、第二節では「宗教」を論じ、第三章の第一節では「ケルゼンと実定法」を、第二節では「トマスと自然法」を論じる。「第二部…歴史学と法史学」では、歴史学に関する基礎知識や史料を読む技術について確認してから、法史学研究の現状や日本法史の特色などについて論じる。「第三部…日本法史」では、石井良助氏の時代区分に沿って、上代から近代までの日本法史について本試論のサブタイトルの観点から論じる。「第四部…結論」では、日本法史の流れと特色を整理してから、そのなかで展開してきた国家・法・宗教の未来について考察してみたい。

以上の各部の論述の他に、適宜、「コラム」を入れて、著書・論文等には記されていない石井氏の法史学方法論について理解できるよう工夫した。本試論は大学における講義を意識して、日本法史の流れ全体を把握できる内容に一应俱全になっていると思うが、ただこれまでの法史学研究の成果について論じるというのではなく、さらに新たな問題を提起しながらこれからの時代の国家・法・宗教を考えていくための一つの抛り所となることを目指している。

いまこそその時と感じはじめた。しかし講義ノートがあるとはいえ、石井先生の講義内容を正確に伝えることは現在の筆者の力量ではとても不可能なので、本稿では〔第三部…日本法史〕においてこのノートを参照するに留めることにして、さらなる熟成の時を待つことにした。

また石井先生の講義ノートがあるとはいえ、日本法史を全時代に亘って、公法、私法の両面から論じることなど筆者には当然無理な仕事である。そこで筆者がこれまで研究してきた国家・法・宗教という問題に焦点を当てることによって、どうにか一つの流れのなかで日本法史を捉えることができたのではないかと思われる。その意味で、本稿は将来の通史執筆に向けた一里塚にすぎないので「法史学試論」と銘打つことにした。大方のご批正を頂戴し、願はくば将来、「石井良助述…日本法史」が陽の目を見る日が来ますように。

凡 例

一、拙著に関しては次の略称を用いる。

『近世浅草寺の寺法と構造』（創文社、二〇〇八年）…『拙著一』

『最澄と日蓮——法華経と国家へのアプローチ』（第三文明社、二〇二二年）…『拙著二』

『日本法制史のなかの国家と宗教』（創文社、二〇一六年）…『拙著三』

「国家・宗教研究の方法論的一考察…国家篇——拙著『日本法制史のなかの国家と宗教』補論——」（『創価法学』第四六卷第二・三合併号、二〇一七年）…『補論』

一、近現代の邦人の研究者は「——氏」と表記した。

〔第四部…結論〕

あとがき

まえがき

法史学とは、「かつてどのような法があつたのか」、「その法はどのようにして生れたのか」、そして「その法によって人や社会はどのように規律されたのか」といったテーマを解明することによって、「法とは何か」について考える学問であると言える。それは現代法の理解を深め、今後のあるべき卓越した法を模索するために大きな役割を果たすものと思われる。本試論は、特に国家・法・宗教に着目し日本法を時代の流れに沿って概観することにより、これまではない広がりの中で法史学の可能性について考察することを目的としている。さらに本試論では、世界の歴史研究の動向も紹介しながら、これからの時代を生きる私たちにとつて知っておくことが望まれる法史学上の知識を学び、問題意識を深められるよう工夫してみた。

恩師である石井良助先生は、常々筆者に「教科書を書く時間があるのなら新たな論文を書きなさい」と言われていたので、いままでこのご指導に従つて研究活動を進めてきたが、近年の大学教育の変化の影響もあつて、講義に用いるテキストの執筆に筆者は迫られることになった。しかし、浅学菲才の筆者が概説書をしかも一人で執筆することなど無謀としか言いようがないので、しばらく沈黙考してきたが、大学における在職年数の限りが見えてきたこともあり、思い切つてこのようなものを書くことを思案するようになった。そのような時、闇夜の大海から見えた一つの灯台のように光を放っていたのが、自ら筆記した石井先生の学部・大学院における法史学講義のノートである。毎年一冊、計九冊が筆者の手に現存している。いつの日にか、先生の最後の講義を後世に残さなければと考えてきたが、

法史学試論——日本の国家・法・宗教——（一）

小島 信 泰

目 次

まえがき

凡 例

〔第一部：序 論〕

第一章 予備的考察——本試論の構成と法史学講義の沿革——

第一節 本試論の構成

第二節 法史学講義の沿革

第二章 国家と宗教について

第一節 国家

第二節 宗教

第三章 法について

第一節 ケルゼンと実定法

（以上、本号）

第二節 トマスと自然法

〔第二部：歴史学と法史学〕

〔第三部：日本法史〕

創価大学法学会会則

施行	昭和46年4月	
改正	平成4年11月13日	平成5年12月3日
	平成15年2月19日	平成17年1月14日
	平成18年4月21日	平成18年12月15日
	平成19年2月20日	平成22年2月8日

(名称)

第1条 本会は、創価大学法学会と称する。

(事務所)

第2条 本会の事務局は、創価大学（以下、「本学」という。）法学部に置く。

(目的)

第3条 本会は、本学の建学の精神に基づき、法学及び政治学の研究の向上並びに学生の教育に寄与することを目的とする。

(会員)

第4条 次に掲げる者は、本会の会員となる。

(1) 教員会員

(ア) 学部教員会員 本学法学部教授、准教授、専任講師、助教及び助手

(イ) 大学院教員会員 本学大学院法学研究科担当教授、准教授及び助教

(2) 学生会員 本学法学部学生及び本学大学院法学研究科学生

2 前項に掲げる者の他、本会設立目的の趣旨に賛同する者は、第7条所定の総会の承認を得て賛助会員となることができる。

3 会員及び賛助会員は、所定の会費を納めなければならない。

4 名誉会員 本学法学部を退職し、名誉教授となった者は、原則として名誉会員とする。

(事業)

第5条 本会は、次に掲げる事業を行う。

(1) 機関誌「創価法学」の発行

(2) 講演会、討論会及び公開講座の開催

(3) 学業奨励のための事業

(4) その他の本会の目的を達成するに必要な事業

(機関誌)

第6条 機関誌には、教員会員の論文等を掲載する。

- 2 学生会員のうち博士後期課程に在籍する者及び博士後期課程退学後3年以内の者の論文については、編集委員会の委嘱する委員による査読を経てこれを掲載することができる。提出に際しては、指導教授の推薦を受けるものとする。
- 3 賛助会員及び名誉会員の論文等で特に有意義なものについては、第7条所定の総会の承認を得てこれを掲載することができる。
- 4 前3項以外の者の論文等で編集委員会が依頼したものについては、第7条所定の総会の承認を得てこれを掲載することができる。
- 5 会員、賛助会員及び名誉会員は、機関誌の配付を受ける。
(総会)

第7条 本会の運営は、助教及び助手を除く教員会員の総会（以下、「総会」という。）によって行う。

- 2 総会は、少なくとも毎年1回開催する。
- 3 総会構成員の3分の1以上の要求があるときは、遅滞なく総会を開かなければならない。
- 4 総会の議事は、総会構成員の半数以上の出席する会議においてその過半数の賛成によって決し、可否同数のときは議長の決するところによる。
(役員)

第8条 本会には、次に掲げる役員を置く。

- (1) 会長 1名
- (2) 副会長 1名
- (3) 委員 若干名
- (4) 監事 2名
- 2 会長は、法学部長をもって充てる。
会長は、総会を招集してその議長となり、総会の決定を執行する。
- 3 副会長は、法学部長補佐をもって充てる。
副会長は、会長を補佐する。
- 4 委員は、会の運営、企画、機関誌の編集、会計その他総会の委託を受けた事務を処理する。
- 5 監事は、会計を監査し、会計年度ごとにその結果を総会に報告する。
(役員を選任等)

第9条 委員及び監事は、総会が会員の中から選任する。

- 2 委員及び監事の任期は、2年とする。ただし再任を妨げない。
- 3 委員又は監事が任期の途中で交替したときは、新任者の任期は、前項の

規定にかかわらず、前任者の残任期間とする。

(経理)

第10条 本会の経費は、会費、補助金、その他の収入をもって充てるものとする。

(細則)

第11条 この会則に定めるものの他、本会に関する事項は、総会が定める。

附 則（昭和55年5月23日）

本会則は、昭和55年5月23日から実施する。

附 則（平成4年11月13日）

本会則は、平成4年11月13日から実施する。

附 則（平成5年12月3日）

本会則は、平成5年12月3日から実施する。

附 則（平成15年2月19日）

本会則は、平成15年2月19日から実施する。

附 則（平成17年1月14日）

本会則は、平成17年1月14日から実施する。

附 則（平成18年4月21日）

本会則は、平成18年4月21日から実施する。

附 則（平成18年12月15日）

本会則は、平成19年4月1日から実施する。

附 則（平成19年2月20日）

本会則は、平成19年4月1日から実施する。但し、名誉会員に関する第4条及び第6条の規定については、遡及して適用する。

附 則（平成22年2月8日）

本会則は、平成22年4月1日から実施する。

〈学内記事〉

第1回 法学部FD

日 時：2017年5月19日

場 所：本部棟12階法学部会議室

講 師：キャリアセンター

テーマ：より効率的で効果的な学習指導の一助を目指して

講演会

日 時：2017年5月12日

場 所：本部棟M202

講 師：金 富燦 氏（済州大学法学専門大学院教授、大韓国際法学会会長）

テーマ：国際社会における法治主義

— 法による平和と人権の確立をめざして —

日 時：2017年6月5日

場 所：本部棟M203

講 師：ヤン・エリック・レーン氏（ジュネーブ大学名誉教授）

テーマ：現代文明論：法の支配の多様性

日 時：2017年6月30日

場 所：本部棟M205

講 師：原 若葉 氏（弁護士）

テーマ：法律家のできる国際的な仕事

創価大学法学会教員名簿 (50音順)

[名誉会員]

板橋 郁夫 (創価大学名誉教授)
川崎 一夫 (創価大学名誉教授)
高橋 保 (創価大学名誉教授)
高村 忠成 (創価大学名誉教授)
千野 直邦 (創価大学名誉教授)
内藤 謙 (創価大学名誉教授)
松岡 誠 (創価大学名誉教授)

松田 健児 (法学部教授)
松田 佳久 (法学部教授)
南方 暁 (法学部教授)
三宅 利昌 (法学部准教授)
宮崎 淳 (法学部教授)
○山田 隆司 (法学部准教授)

[賛助会員]

尹 龍澤 (法務研究科教授)
上田 宏和 (通信教育部
非常勤講師)
岡本 梢 (法学部非常勤講師)
嘉多山 宗 (比較文化研究所教授)
吉良 貴之 (法学部非常勤講師)
黒木 松男 (法務研究科教授、
法学研究科長)
小出 稔 (国際教養学部教授)
小嶋 明美 (法務研究科教授)
佐瀬 恵子 (法務研究科准教授)
島田新一郎 (法務研究科教授)
田村 伸子 (法務研究科准教授)
長尾名穂子 (法学部非常勤講師)
鯉越 益弘 (法務研究科教授)
花房 博文 (法務研究科教授)
藤井 俊二 (法務研究科教授)
藤岡裕次郎 (法学部非常勤講師)
藤田 尚則 (法務研究科教授)
◎法学会会長 ○編集委員

[教員会員]

朝賀 広伸 (法学部教授)
○飯田 順三 (法学部教授)
池田 秀彦 (法学部教授)
岡部 史信 (法学部教授)
加賀 譲治 (法学部教授、
法務研究科長)
小島 信泰 (法学部教授)
塩津 徹 (法学部教授)
白石 正樹 (法学部教授)
鈴木 美華 (法学部教授)
◎須藤 悦安 (法学部教授、
法学部長)
土井 美徳 (法学部教授)
○長田 秀樹 (法学部准教授)
中山 賢司 (法学部准教授)
中山 雅司 (法学部教授)
西山 恭博 (法学研究科教授)
花見 常幸 (法学部教授)
前田 幸男 (法学部准教授)

創 価 法 学 第47巻 第1号

平成29年7月20日発行

東京都八王子市丹木町1-236
創価大学法学部研究室

編集代表 飯 田 順 三

東京都八王子市丹木町1-236

発 行 所 創 価 大 学 法 学 会
代 表 須 藤 悦 安

電話 042-691-8915 (代表)

東京都八王子市追分町10-4-101

印 刷 所 株 式 会 社 清 水 工 房

電話 042-620-2626 (代表)

頒価 2,200円

SOKA HOGAKU

The SOKA Law Review

Vol. 47 No.1

July 2017

Articles

- The Possibility of Same-sex Marriage in Japan Hirokazu Ueda (1)
- Essays on Legal History — Japanese State, Law and Religion — (1) (256)
..... Nobuyasu Kojima
- The History of the Range Expansion and Generalization about
the Sublease Principle of Law Theory Yoshihisa Matsuda (33)
- Defamation and Injunction Ryuji Yamada (61)

Note

- Les fondements politiques du pouvoir libéral
— La philosophie politique de R. Polin XXXIV — ... Masaki Shiraishi (93)

Case Study

- Big Lagoon Rancheria v. California, 741 F.3d 1032 (9th Cir. 2014).
..... Hisanori Fujita (135)

Material

- The Indian Gaming Regulatory Act Hisanori Fujita (171)

Reprinting

- Reprint of Precedends of Various Feudal Lords (Daimyo 大名)
〔Shokereiso 諸家例叢〕 Transcribed by Goro Ebata (江幡五郎): Two-
Volume Books (2) Nobuyasu Kojima (230)

Published by

The Soka University Law Association

Tokyo, Japan