

創 価 法 学

第 47 卷 第 2 号

平 成 29 年 11 月

論 説

『部族の主権免除の法理』の展開 (1)

— アメリカ・インディアン法研究の一助として — …… 藤 田 尚 則 (1)

最高裁判所調査官制度の再検討

— 批判と反論、改革案を考える — …… 山 田 隆 司 (33)

研究ノート

自由主義的体制と事実上の諸権力

— R. ポランの政治哲学 四〇 — …… 白 石 正 樹 (65)

判例研究

職務質問の現場における留め置きの適法性

— 覚せい剤所持の嫌疑による被告人の着衣及び所持品に対する
搜索差押許可状の請求準備着手から右令状執行までの
間、被告人を職務質問の現場に留め置いた措置を違法とし
た事例 —

覚せい剤取締法違反、大麻取締法違反被告人事件、平成27年3
月4日東京高裁判決、破棄自判(上告、後確定)、判時2286号
138頁 ……

岡 本 梢 (107)

史料翻刻・解題

諸家例叢〔江幡五郎自筆 輯 共二巻〕(三) …… 小 島 信 泰 編 著 (140)

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 *Snyder* 判決を契機に — 藤田尚則

Juliana, et.al., 対 United States of America, et.al.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

諸家叢書〔江幡五郎自筆 輯 共二巻〕(一) 小島信泰 編著

創価法学 第47巻 第1号

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

法史学試論 — 日本の国家・法・宗教 — (一) 小島信泰

サブリース法理の射程拡大の歴史と一般化 松田佳久

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

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

判例研究

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

..... 藤田尚則

資 料

「インディアン・ゲーミング規制法」(全訳) 藤田尚則

史料翻刻・解題

諸家叢書〔江幡五郎自筆 輯 共二巻〕(二) 小島信泰 編著

〈論 説〉

『部族の主権免除の法理』の展開（1）

— アメリカ・インディアン法研究の一助として —

藤 田 尚 則

主権免除は、インディアンが所有する資産を訴訟による喪失から保護することを目的としている。主権免除は、連邦政府において建国当初から確立された法理である。他の途が採用されたならば、部族は民事訴訟と判決に即座に圧倒されてしまうであろう。部族の資産が訴訟によって四散したならば、部族に政治的及び経済的自律を提供しようとの合衆国の目的は挫折してしまうであろう。

Cogo v. Cent. Council of the Tlingit & Haida Indians

はじめに

I 部族の主権免除の法理の形成とその発展

1. 形成
2. 発展
3. 小括（以上本号）

II *Kiowa*判決

1. 事実の概要
2. 法廷意見
3. 反対意見
4. 批判

III 合衆国議会と部族の主権免除

1. *Kiowa*判決以前の連邦法
2. *Kiowa*判決後の合衆国議会による立法の動向

IV インディアン部族による主権免除の放棄

1. 部族による訴訟の提起
2. 部族法等による主権免除の放棄

V *Kiowa*判決後の判例の展開

1. 連邦下級裁判所及び州裁判所への *Kiowa*判決の影響
2. *C & L Enterprises*判決 — 部族による主権免除の放棄 —
3. *Inyo County*判決 — 部族の機関 —
4. *Bay Mills*判決 — 州間紛争解決への州の介入 —

まとめに代えて — 部族の主権免除維持の必要性

はじめに

北米大陸の先住民たる「インディアン部族」(Indian tribe)とヨーロッパ人と
の初期の関係は、主として交易と土地の取得、そして外交と戦争に基づくもの
であった。¹⁾ イギリス及びその他のヨーロッパ諸国は、インディアン部族をヨー
ロッパの君主によって権利主張された土地の境界内に存在する「独立の主権国
家」(independent sovereign)として承認し、「条約」(treaty)という手段をもつ
てインディアン部族との諸関係を処理した。²⁾ 合衆国は、その独立を宣言した後、
「部族主権」³⁾ (tribal sovereignty) を承認し、条約を通して部族と交渉する政策
を確立していたイギリス及びその他のヨーロッパ諸国に従った。⁴⁾ アメリカ・イ
ンディアン法の解釈原理の形成に大きな役割を演じたマーシャル首席裁判官
(Marshall, C.J.) は、1832年の *Worcester v. Georgia* ⁵⁾ (以下、「*Worcester* 判決」
という。) で「ヨーロッパから大洋で区切られたアメリカは、別個の人民が居住
し、自らの制度を持ち、自らの法で自らを統治する、相互間で及び世界のその
余のものから独立した別個の国家 (separate nation) に区分されていた。⁶⁾」、「イ
ンディアン部族は、彼らの始原的な自然権を保持するところの別個の独立した

1) FRANK POMMERSHEIM, *BROKEN LANDSCAPE: INDIANS, INDIAN TRIBES, AND THE CONSTITUTION* 9 (2009).

2) Andrea M. Seielstad, *The Recognition and Evolution of Tribal Sovereign Immunity Under Federal Legal, Historical, and Normative Reflections on a Fundamental Aspect of American Sovereignty*, 37 *TULSA L. REV.* 661, 684-85 (2002).

3) 部族主権の属性として、①通例部族評議会 (tribal council) と呼ばれる立法機関を樹立する権限、②部族裁判所を樹立する権限、③課税権、④婚姻及び離婚を承認する権限、⑤養子縁組及び後見について規定する権限、⑥狩猟及び漁業を規制する権限、⑦地域制 (zoning) 規制及びその他の土地利用計画の手段を通して経済発展をコントロールする権限、⑧インディアン・カントリー (Indian country) における非インディアン (non-Indian) を規制する権限等が挙げられる。See AMERICAN INDIAN POLICY COMMISSION, 1 FINAL REPORT SUBMITTED TO CONGRESS 102-03 (1977).

4) Matthew L.M. Fletcher, *The Original Understanding of the Political Status of Indian Tribe*, 82 *ST. JOHN'S L. REV.* 153, 175-76 (2008); 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) 55頁～81頁参照。

5) 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). 本判決の詳細について、拙著・前掲註4、136頁～147

政治的共同体 (independent political community)⁷⁾であると判示しているところ、フェリックス・S・コーエン (Felix S. Cohen) は、1941年に著した『連邦インディアン法提要』(Handbook of Federal Indian Law)の中で、「全てのインディアン法の最も基本となる原則は、合法的にインディアン部族に付与される権限は合衆国議会の明白な行為によって一般的に承認された委任権限ではなく、決して消滅させられて来なかった制限的主権 (limited sovereignty) に付随する固有の権限であるという原則である。各々のインディアン部族は、連邦政府との関係を条約及び立法において承認された主権国家として開始している。」⁸⁾と述べている。

合衆国最高裁判所は、長い間、「部族の主権免除」⁹⁾ (tribal sovereign immunity) を部族主権の基本的属性と看做してきたところ、1978年の *Santa Clara Pueblo v. Martinez*¹⁰⁾ (以下、「*Santa Clara Pueblo* 判決」という。) で「歴史的に見て諸部族は、合衆国以前に存在する別個の主権国家 (separate sovereign) として、特に連邦又は州の権限への制約として枠付けられた憲法上の諸規定によって制約されないものと看做されてきた。……インディアン部族は、伝統的に主権国家によって享有される訴訟からのコモン・ロー上の免除 (common-law immunity)¹¹⁾ を有するものとして長い間承認されて来た。」と判示している。「コモン・ロー上の主権免除の法理」 (common law sovereign immunity doctrine) は、少なくとも13世紀のイギリスのコモン・ローに遡ることができ、「国王は悪

頁参照。

6) *Id.* at 532-43.

7) *Id.* at 559.

8) FELIX S. COHEN, HANDBOOK OF FEDERAL INDIAN LAW 122 (1941). <http://thorpe.ou.edu/cohen.html> (2017年3月16日閲覧)

9) 主権免除とは、「国際法上、国家は一般に他国の裁判所の管轄に服することを免除され、自発的に応訴する場合を除き、その同意なく提起された外国裁判所での訴訟において責任を追及されないという原則をいう。」と定義される。田中英夫編『英米法辞典』(1991年)

10) 部族主権の法理について、拙著、拙著『アメリカ・インディアン法研究 (II) 国内の従属国』(2013年) 243頁～306頁参照。

11) 436 U.S. 49 (1978).

12) *Id.* at 56-58.

をなし得ず。¹³⁾ (the King can do no wrong) という命題の下に、国王は自身の裁判所における訴訟から免除されることが認められた。¹⁴⁾ この君主の免除の法理が徐々に発展し、外国の主権国家の免除 — 主権国家は、他の国家の裁判所においてそれが自国で受け取ると同様の保護を享有すべきであるという概念 — へと展開されていった。外国の主権免除の起源は必ずしも明らかではないが、「ヴェストファーレン体制」(Westphalian sovereignty) 後の時代に起こり、国家における領土権、領土内の法的主権および主権国家による相互内政不可侵の原理に根ざしている。¹⁵⁾ アメリカ合衆国の建国に際してアレキサンダー・ハミルトン (Alexander Hamilton) は、1778年6月発行の「フェデラリスト」(The Federalist) の中で主権免除について「同意なくして個人による訴訟に服しないということが、主権の本質として本来的に備わっている。このことは人類の一般常識であり、一般的実践である。主権の属性としての免除は、今や合衆国の全ての州政府によって享有されている。」¹⁶⁾ と述べている。

一般に部族の主権免除は、合衆国議会の制定法又はその行為によって創り出されたものではなく、裁判法理として確立されてきたものであると言われるが、¹⁷⁾ インディアン部族の主権免除はその他の部族の権限と同様、合衆国議会の有す

13) See 5 KENNETH CULP DAVIS, *ADMINISTRATIVE LAW TREATISE* 6-7 (2d ed. 1984); Harold J. Krent, *Reconceptualizing Sovereign Immunity*, 45 VAND. L. REV. 1529, 1530 (1992).

14) Erwin Chemerinsky, *Against Sovereign Immunity*, 53 STAN. L. REV. 1201, 1201-02 (2001).

15) See William Wood, *It Wasn't Accident: The Tribal Sovereign Immunity Story*, 62 AM. U. L. REV. 1587, 1610-11 (2013). See also Julian Yap, *State Sovereign Immunity and the Law of Nations: Incorporating a Commercial Act Exception into Eleventh Amendment Sovereign Immunity*, 78 U. CIN. L. REV. 81 (2009); Louis L. Jaffe, *Suits Against Governments and Officers: Sovereign Immunity*, 77 HARV. L. REV. 1 (1963).

16) THE FEDERALIST No. 81 (Alexander Hamilton). http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed81.asp (2017年3月16日閲覧)。主権免除は、連邦政府の部門間の適切な均衡の維持にあると説かれ、さらに政府の公務遂行能力に介入する費用のかかる訴訟を制限するため有効であると説かれている。Krent, *supra* note 13, at 1530; Vicki J. Limas, *Employment Suits Against Indian Tribes: Sovereign Immunity*, 70 DENV. U. L. REV. 359, 371 (1993). 便宜上ここに主権免除に対して否定的ないし懐疑

る「無条件の権限」¹⁸⁾(plenary power)に基づいて合衆国議会によって廃止(abolish, abrogate)され得るが、合衆国議会が何らかの行為を行なうまでは部族の主権免除は維持されると解釈されている。合衆国議会は、部族の主権免除の法理の根拠について明確に述べていないが、部族主権は部族の「自決及び自治」(self-determination and self-government)¹⁹⁾を押し進めている連邦の政策にとっての本質的要素である。他方で部族の主権免除の法理は、自決及び部族政府(tribal government)²⁰⁾の主権の維持を促進する健全な「部族裁判所」(tribal court)にとって本質的なものであり、部族の地位を維持し、部族が継続的發展を遂げるために必要とされるところのものである。²¹⁾合衆国アラスカ州地区地方裁判所は、Cogo v. Cent. Council of the Tlingit & Haida Indians²²⁾で部族主権の免除の法理は少なくとも3つの理由からインディアン部族に適用されてきたとして以下のように判示している。すなわち第一にインディアン部族は、かつて主権国家であったのであり、伝統的に主権国家によって享有されるコモン・ロー上の免除を与えられた。第二に合衆国は、従属的主権国家(dependent sovereign)たるインディアン部族に保護を与え、そこにおいて合衆国は部族のために受託者(trustee)として行動している。第三に主権免除は、インディアンが訴訟に

的な見解が展開されている論文を挙げておく。Katherine Florey, *Sovereign Immunity's Penumbra: Common Law, "Accident", and Policy in the Development of Sovereign Immunity Doctrine*, 43 WAKE FOREST L. REV. 765 (2008); Robert S. Schapiro, *Justice Stevens's Theory of Interactive Federalism*, 75 FORDHAM L. REV. 2133 (2006); Susan Randall, *Sovereign Immunity and the Uses of History*, 81 NEB. L. REV. 1 (2002); Chemerinsky, *supra*, note 14; Akhil Reed Amar, *Of Sovereignty and Federalism*, 96 YALE L.J. 1425 (1987).

17) See *Kiowa Tribe of Okla. v. Mfg. Techs., Inc.*, 523 U.S. 751, 759 (1998); Clay Smith, *Tribal Sovereignty Immunity: A Primer*, 50 THE ADVOC. 19, 19 (2007). <https://isb.idaho.gov/pdf/advocate/issues/adv07may.pdf> (2017年3月16日閲覧)。もっとも合衆国最高裁判所は、1991年の *Okla. Tax Comm'n v. Citizen Band Potawatomi Indian Tribe of Okla.* (498 U.S. 505 (1991)) で合衆国議会が部族免除の法理を認めてきた理由として部族の経済発展を奨励しようとの合衆国議会の意図を挙げていること (*Id.* at 510)、また後に見ように合衆国議会は1988年制定の「インディアン・ゲーミング規制法」(the Indian Gaming Regulatory Act) で当該法律の立法目的を部族の経済発展、部族の自足及び強力な部族政府の樹立にあるとしていること(本稿Ⅲ-1-(7) 参照)、第104、第105議会において部族免除を広く制限することに消極的立

よる喪失からいまだ彼らが所有する資産を保護するよう意図されたものである。「それは、当初から連邦政府の確定された原理であった。他の方途が採用されたならば、部族は即座に民事訴訟と裁判所の判決に圧倒されたであろう。」(Adams v. Murphy, 165 F. 304, 308-09 (8th Cir. 1908).)。部族の資産が訴訟によって消散されたならば、インディアン部族に経済的及び政治的自治権を提供しようとの合衆国の意図は挫折させられるであろう。

ところで合衆国最高裁判所は、1998年のKiowa Tribe of Okla. v. Mfg. Techs., Inc. (以下、「Kiowa 判決」という。)で「連邦法の問題 (matter of federal law) としてインディアン部族は、合衆国議会が〔当該部族に対する〕訴訟を承認してきた場合、又は当該部族がその免除を放棄 (waive, relinquish) してきた場合にのみ訴訟に服す。」²⁴⁾とした。そしてインディアン部族は「契約が政府行為であろうと商業的活動であろうと、及び当該契約が保留地内で行なわれようと保留地外で行なわれようと訴訟からの免除を享有する。」²⁵⁾と判示した。しかし同時に、部族の主権免除の法理は確立した法 (settled law) であるが、当該法理は「ほとんど偶然に (almost by accident) 発展した」ものであり、「当該法理を永続させるという通念には疑いの余地がある。」。蓋し今日のアメリカ社会の相互依存

場を維持したこと (本稿Ⅲ-2-(1) 参照) 等からして、部族の主権免除を裁判官の判断で作り出された法理であるとの理解は正鵠を得るものではないと思われる。部族の主権免除を含む部族主権の法理と経済発展及び自足との関連について、see David Getches, *Conquering the Cultural Frontier: The New Subjectivism of the Supreme Court in Indian Law*, 84 CALF. L. REV. 1573, 1591-93 (1996)。

18) See United States v. Lara, 541 U.S. 193, 200 (2004); United States v. Wheeler, 435 U.S. 313, 323 (1978). 無条件の権限の法理について、拙著・前掲註10、263頁～268頁参照。

19) Okla. Tax Comm'n v. Citizen Band Potawatomi Indian Tribe of Okla., 498 U.S. 505, 509 (1991); United States v. Wheeler, 435 U.S. 313, 323 (1978); Catherine T. Struve, *Tribal Immunity and Tribal Courts*, 36 ARIZ. ST. L.J. 137, 137, 148 (2004). キャサリン・T・ストウルーフェ教授は、歴史的に諸部族は、財産的支払能力と闘い、長い間に亘って厳しい財政状況に喘ぎながら貧困に打ちひしがれた保留地でどうにか生き延びてきた。インディアン・ネーションは、部族のコミュニティを守護するために主権免除を大いに頼りにしたのであると説いている。Id. at 168 & n.179. 確かに今日、一般にインディアン部族は、連邦政府の様々な援助やカジノ経営によって裕福であるとイメージされている。しかし大多数の部族はいまでも貧困と戦い、

的で流動的な社会においては、免除は部族と取引していることを意識しない者、主権免除を認識していない者、ないし不法行為の被害者のように選択の余地のない者にとって「有害」(harm) となり得るからである。従ってこれらの状況からして、少なくとも包括的準則として部族の主権免除を廃止する必要性がある²⁷⁾と判示した。*Kiowa* 判決は、従来合衆国最高裁判所が採ってきた部族の主権免除の法理の解釈から大きく乖離する立場を採ったのである。

20世紀初頭、インディアン部族は合衆国との複雑な関係を持っていたが、連邦政府の政治部門は、現在、部族の自決及び自治を支援している。しかし、これとは対照的に合衆国最高裁判所は、部族権限 (tribal power) に徐々に制限を課し、部族に対する州の権限を拡大化 — 介入 — してきている。²⁸⁾*Kiowa* 判決は、かかる合衆国最高裁判所の「新連邦主義」(new federalism)²⁹⁾の立場から部族主権を制限的に解釈する流れの中で下されたと考えられる(この合衆国最高裁判所の態度が、本稿執筆の直接的動機である)。本稿では、第一に部族の主権免除の法理に関する合衆国最高裁判所の *Kiowa* 判決に至るまでの判例を概観し、当該法理が偶然に発展したものではなく、歴史にその根拠を有していることを検証する。そして第二に過去の判例分析から *Kiowa* 判決に批判的検討を加え、第

合衆国において最も貧困層に位置付けられているのが現実である。See Hope M. Babcock, *Reserved Indian Water Rights in Riparian Jurisdictions: Water, Water Everywhere, Perhaps Some Drops for Us*, 91 CORNELL L. REV. 1203, 1243 (2006).

20) See the Indian Self-Determination and Education Assistance Act, Act of Jan. 4, 1975, Pub. L. No. 93-638, 88 Stat. 2203 (codified as amended at 25 U.S.C. § 450 et seq. (2013).). See also Native American Graves Protection and Repatriation Act, Act of Nov. 16, 1990, Pub. L. 101-601, 104 Stat. 3048 (codified as amended at 25 U.S.C. § 3001 et seq. (2013).); Native American Languages Act, Act of Oct. 30, 1990, Pub. L. No. 101-477, 104 Stat. 1153 (codified as amended at 25 U.S.C. § 2901 et seq. (2013).); Indian Gaming Regulatory Act, Act of Oct. 17, 1988, Pub. L. No. 100-497, 102 Stat. 2467 (codified as amended at 25 U.S.C. § 2701 et seq. (2013).); Indian Child Welfare Act, Act of Nov. 8, 1978, Pub. L. No. 95-608, 92 Stat. 3069 (codified as amended at 25 U.S.C. § 1901 et seq. (2013).); American Indian Religious Freedom Act, Act of Aug. 11, 1978, Pub. L. No. 95-341, 92 Stat. 469 (codified at 42 U.S.C. § 1996 et seq. (2013).).

21) Allison Hester. Maxwell, Lewis v. Clarke, and the Trail Around Tribal

三に *Kiowa* 判決後の合衆国議会及び判例の動向を考察する。そして最後に、インディアン部族の主権免除の法理の維持の必要性に言及する。

I 部族の主権免除の法理の形成とその発展

1. 形成

(1) 部族主権の法理は、³⁰⁾合衆国最高裁判所の初期の判例、所謂「マーシャル三部作」(Marshall Trilogy)³¹⁾と言われる(「チェロキー・ケース」(Cherokee Cases)³²⁾とも言われる。) Johnson v. M'Intosh³²⁾, Cherokee Nation v. Georgia³³⁾(以下、「*Cherokee Nation* 判決」という。)、そして *Worcester* 判決³⁴⁾でその基本的枠組みが連邦法の問題として構築されたが、主権免除の問題を処理した最初の事件は、合衆国最高裁判所の1850年判決 Parks v. Ross³⁵⁾である。本件は、1838年から翌39年にかけてミシシッピ川以西へのチェロキー・ネーション (Cherokee Nation)³⁶⁾(以下、「本件ネーション」という。)の強制移住——「涙の旅路」(Trail of Tears)——に関連して起きた事件である。当時のネーションの首長ジョン・ロス (John Ross) は、移住に際して必要とされた51台の荷馬車のうち4台を

Sovereign Immunity, 88 U. COL. L. REV. 721, 760 (2017).

22) 465 F. Supp. 1286 (D. Alaska 1979).

23) *Id.* at 1287–88.

24) 523 U.S. 751 (1998).

25) *Id.* at 754.

26) *Id.* at 760.

27) *Id.* at 756–58.

28) Katherine J. Florey, *Indian Country's Borders: Territoriality Immunity, and the Construction of Tribal Sovereignty*, 51 B.C. L. REV. 595, 609–15 (2010); Philip Frickey, *(Native) American Exceptionalism in Federal Public Law*, 119 HARV. L. REV. 431, 454–70 (2005); Robert N. Clinton, *There Is No Federal Supremacy Clause for Indian Tribes*, 34 ARIZ. ST. L.J. 113, 117 (2002); *Strate v. A-1 Contractors*, 520 U.S. 438 (1997). *Strate* 判決について、拙著・前掲註10、530頁～536頁参照。

29) See Ronald D. Rotunda, *The New States Rights, the New Federalism, the New Commerce Clause, and the Proposed New Abdication*, 25 OKLA. CITY U. L. REV. 869 (2000); Mark Tushnet, *What is the Supreme Court's New Federalism?*, 25

ネーションの市民サミュエル・パークス (Samuel Parks) から借り受けた。移住の費用は、合衆国と本件ネーションとの間の従前の条約で合衆国の国庫から支払われた金銭をもって充当されることになっていた。移住の後にパークスは死亡するが、彼の遺産管理人ジョージ・W・パークス (George W. Parks) が、未払いの賃料の支払いを求めてジョン・ロスを相手に訴訟を提起した。合衆国コロンビア地区巡回裁判所は、ロスを独立国家の首長に当たるとし、被告個人に支払いの責任はないとし、被告のために指示評決 (directed verdict) を承認し、原告の主張を斥けた。そこで原告 W・パークスが、合衆国最高裁判所に上訴した。³⁷⁾

合衆国最高裁判所は、指示評決を維持するに際して単純に「代理権法」(agency law) の原則に依拠し得たが、以下のように判決し、政府が負うべき義務の広義概念に訴えることを選択している。³⁸⁾ すなわち「³⁹⁾上訴人の無遺言死亡者の結んだ契約は、官吏若しくは公職者を通じての本件ネーションとの契約であった。ジョン・ロスは、ネーションの指揮者、財務担当者並びに支払担当官であった。彼が所持した金銭は、本件ネーションの金銭であった。……首長の名前で契約した政府職員が当該契約に対する訴えに責任を持たないことは、確立した法準則

OKLA. CITY U. L. REV. 927 (2000); Michael Crusto, *The Supreme Court's "New" Federalism: An Anti-Rights Agenda?*, 16 GA. ST. U. L. REV. 517 (2000).

30) 拙著・前掲註10、243頁～300頁参照。

31) Robert A. Williams, Jr., *"The People of the States Where They Are Found Are Ofen Their Deadliest": The Indian Side of the Story of Indian Rights and Federalism*, 38 ARIZ. L. REV. 981, 982 (1996).

32) 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1923).判決の詳細について拙著・前掲註10、273頁～281頁参照。

33) 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1931).判決の詳細について拙著・前掲註10、281頁～287頁参照。

34) 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1932). 判決の詳細について拙著・前掲註10、287頁～298頁参照。

35) 52 U.S. (11 How.) 362 (1850).

36) 拙著・前掲註4、150頁～152頁参照。

37) 52 U.S. at 365-69.

38) 伝統的な代理原則の下では代理人は、彼自身の不法行為に責任があるが、彼の雇用の過程で犯されたとしても、彼は彼が当事者ではない彼の雇用者の契約違反に責任を負わない。See David P. Currie, *Sovereign Immunity and Suits Against Government*

であり、いわんや政府のために行為を行なう官吏をやである。官吏に関して言えば、官吏は彼の権限で行ない得るいかなる契約にも責任を負わないということが準則であり、彼の行なった契約又は約束が公平に見て彼の職務権限の範囲内にある事項と関連している場合は、それは公的に行なわれたものとされ、公的性格を帯びるものとなる。⁴⁰⁾。ここにおいてか、合衆国最高裁判所は、「『職務権限の範囲』基準」(“scope of authority” test) を打ち出していると言える。

続けて判決は、部族主権の法理を展開した *Cherokee Nation* 判決と *Worcester* 判決を念頭に置いて「チェロキー族は、多くの点において外国であり、独立の国家である。彼らは、彼ら自身の法及び彼らによって選ばれた官吏によって統治されている。そして彼らは、「幼年者の地位」(state of pupilage) にあり、合衆国の保護下にあるが、この政府は無意識に彼らの地方の管轄権内に入るインディアン・ネーションの公的代表又は政府職員を拘束する権限をこの地区の裁判所〔合衆国が設置した裁判所〕に委任してはおらず、またその公的代表又は政府職員に対して彼ら自身のネーションの個人にも合衆国の市民にもネーションの負債を支払うよう強要してはいない。⁴¹⁾」と判示している。引用した判文は、合衆国裁判所にインディアン・ネーションの管轄権が存在しないことを示唆し、州の主権免除 (state sovereign immunity) — しばしば「修正第11条免除」(Eleventh Amendment immunity) と呼ばれる⁴²⁾ — を表す場合に伝統的に用いられた文言を反映しており、さらに外国の外交官に対する連邦裁判所の管轄権を禁止した1789年の「裁判所法」(the Judiciary Act) における主権国家の外交官に適用される原則に適合するものである。⁴⁴⁾

(2) 次に挙げられる判決は、1895年の合衆国第八巡回区巡回控訴裁判所判決 *Thebo v. Choctaw Tribe of Indians* ⁴⁵⁾ (以下、「*Thebo* 判決」という。) である。

Officers, 1984 SUP. CT. REV. 149, 153.

39) Struve, *supra* note 19, at 149.

40) 52 U.S. at 374.

41) *Id.*

42) *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706, 713 (1999). 州の主権免除と部族のそれとの異同については、本稿VI-4で詳述する。

43) Struve, *supra* note 19, at 150 n.84.

44) Wood, *supra* note 15, at 1641.

本件は、白人たるジョージ・S・スボ (George S. Thebo) 及び合衆国市民がチョクトー・ネーション (Choctaw Nation)、(以下、「本件ネーション」という。) その首長及び出納官を相手に当該ネーションのために提供された専門的役務の見返りに110,349.37ドルの財産回復 (recovery) を求めて訴訟を提起した事案である。インディアン・テリトリー (Indian Territory) 内の合衆国裁判所の設立を定めた「1889年3月1日法」(25 Stat. 783) 第6条は、「ここに設立される裁判所は、インディアン・テリトリーの居住者たる合衆国市民の間の民事事件及び合衆国市民又は州若しくは当該州内のテリトリーの市民とインディアン・テリトリーに居住し若しくは発見される1人の若しくは複数人の市民との間の民事事件であって、争点となる物の価値又は請求される損害若しくは金銭が100ドル以上の場合に管轄権を有する。」と規定していた。そして、「1890年5月2日法」(26 Stat. 93) によって「1889年3月1日法で設立された裁判所は、当該法律で付与された管轄権に加えて、部族裁判所が専属管轄権を持つ場合を除いてインディアン・テリトリーの管轄権内でインディアン・テリトリーの全ての民事事件、及び部族又はネーションと合衆国市民とによって誠実かつ有価約因をもって締結され、当該部族又はネーションの法に従った契約に関する全ての事件に管轄権を有し、行使する。当該契約は有効と看做され、当該裁判所によって強制される。」と規定されていた。⁴⁶⁾

合衆国第八巡回区巡回控訴裁判所は、上記2法は本件ネーションの負債又は責任に関して訴訟が提起された場合であって、判決が本件ネーションに不利に働く場合に本件ネーション又はその主たる行政官の行為に対する合衆国裁判所の管轄権を付与したものではないとし、合衆国裁判所にあらゆる訴訟原因に基づいて本件ネーションを相手に提起される訴訟を認める権限は合衆国議会にあるとするのが妥当であるとし、⁴⁷⁾ 以下のように判示している。すなわちこれまでいかなる裁判所も、特殊の事件に管轄権を明らかに与える合衆国議会の行為が存在しない場合、インディアン・テリトリーにおける開化五部族 (five civilized

45) 66 F. 372 (8th Cir. 1895).

46) *Id.* at 373.

47) *Id.*

Nations) に対する訴訟に管轄権があるとは推定してきてはいない。合衆国政府の政治部門は、条約、合衆国議会法律、そして行政行為によって本件ネーションを国家として、そして別個の政治的社会として認め、自身の問題を管理し、統治する能力があるものとして常に認めてきたところ、裁判所においては国内の従属国、外国若しくは合衆国の州ではないが一定の意味において国家あるいは一定の境界を画した異なったコミュニティと様々に判決されてきた (*Cherokee Nation* 判決 (5 Pet.1); *Worcester* 判決 (6 Pet. 515); *Holden v. Joy*, 17 Wall. 211)。また合衆国とチョクトー・ネーションとの間の「1830年9月27日条約」(7 Stat. 333) は、彼らはネーション (Nation) として存在し、現在彼らによって占有されている土地に生活し、合衆国政府及びその人民はチョクトー・ネーションにその全ての財産と人民に対する管轄権を保障することを義務づけられ、州はチョクトー・ネーションのための法を可決する権限を持たないと規定している (条約第4条)。この条約によって保障された「独立の自治の権利」(right of independent self-government) は、完全に行使され、この点についてネーションの権利は合衆国によって決して問題とされてこなかった。従って本件ネーションは、国家 (State) 又はネーションとしての属性を備えているが、主権国家ではなく、合衆国の管轄権及び権限に服する国内の従属国である。インディアン・ネーションは国内の従属国であることからして、合衆国は本件ネーションに対して提起される訴訟を認め得るところであるが、明確な理由によってこの権限は控えめに行使されてきた。特別法の制定による若干の事例を除いて⁴⁸⁾当該訴訟を認めないことが合衆国の政策であることは、確立された政策である。州は、その同意なくして個人によって訴えられ得ない。このことは、全ての文明国家における法律学の確立した原理である。ただし当該国家がこの特権を放棄することはできるところ、その場合、個人又は他の国家によって被告となることを自らが許したことになる (*Beers v. Arkansas*, 20 How. 527)。合衆国最高裁判所が *Chisholm v. Georgia* (2 Dall. 419) において、裁判所が1つの州の市民による他の州に対する訴訟の第一審管轄権を有する憲法の下において、「合衆国憲法修正第11条」⁴⁹⁾ (以下、「修正第11条」という。) はこの管轄権を取り除

48) See *id.* at 374 n.1.

いたと判示した。修正第11条が採択されたことによって州に対する訴訟による救済手段は存在しないところ、州の契約には実質的に法の強制力が働かない (*In re Ayers*, 123 U.S. 443, 505)。州の債権者であることの権利主張は、当該州の立法部の正義 (justice) に委ねられる。インディアン・ネーションに対する訴訟を是認しないこと、又はインディアン・ネーションを私的当事者の要請による契約若しくはその他の訴訟原因による訴訟に服させないことが合衆国議会の確立された政策である。

個人によって訴えられることへのインディアン・ネーションの責任は、合衆国議会在特に法律で定める場合を除いて、実質的に合衆国によって修正第11条に基づいて州によって占有される場面に位置づけられてきた。インディアン・テリトリーにおける文明化したネーションは、訴訟による圧迫に対して州それ自体よりより良く保護されるであろう。けだし州は、訴えられることに同意し得るが、合衆国はこれらインディアン・ネーションがたとえ彼らの同意があったとしても、インディアン・ネーションが訴えられる得ることにその許可を与えてこなかったからである。裁判所にインディアン部族に対する管轄権を与える合衆国議会の意図は、明白かつ明確な文言で表現されなければならない。⁵⁰⁾

合衆国第八巡回区巡回控訴裁判所は、*Thebo* 判決を下した13年後の1908年の *Adams v. Murphy* ⁵¹⁾ (以下、「*Adams* 判決」という。) においてクリーク・ネーション (Creek Nation) の首長P・ポーター (P. Porter) との当該ネーション評議会によって承認された書面による契約によってネーションの代理人に雇用されたA・P・マーフィー (A. P. Murphy) が、当該契約の履行と契約に基づく代理人の俸給の支払を求めた「エクイティ上の訴訟」(suit in equity) ⁵²⁾ に部族の主権免除の法理を拡大適用し、原告 (被上訴人) の主張を斥けている。3人の裁判官による判決は、*Thebo* 判決、州の主権免除を認めた合衆国最高裁判所における1883

49) 修正第11条「合衆国の司法権は、合衆国の一の州に対して、他の州の市民又は外国の市民若しくはその統治に服する者により提起され、訴追される、コモンロー上の又はエクイティ上のいかなる訴訟にも及ぶものと解釈してはならない。」(1795年成立)。

50) 66 F. 372. at 373-36.

51) 165 F. 304 (8th Cir. 1908).

52) *Id.* at 305-06.

年のLouisiana v. Jumel⁵³⁾及び1887年の*In re Ayers*⁵⁴⁾にかなりの頁を割いて言及し、以下のように判示している。損害賠償のための「コモン・ロー上の訴訟」(action at law) は、通例、専門的雇用契約違反への完全なる救済手段となるが、クリーク・ネーションはその契約の履行を強制し、又はその侵害に対する損害の回復を求める民事訴訟から免除される。そして裁判所は、当該ネーションの首長たる官吏に、彼によって自発的に (voluntarily) 行なわれた場合にネーションによる契約の履行を実行することになる行為を履行することを強制し得ない。「政治的組織を持つ社会 (political society) は、私法人と同じように代理人を通じてのみ行為を行なうことができ、これら代理人を強要することは当該社会を強要することである。本件部族はその契約に関する訴訟から免除されるが、司法手続を通じてその首長たる官吏に部族の資金 (treasury) から資金を持ち出すよう強制し、裁判所に契約の解除に適用させる責任を引き継がせると言うことは、初めに法的権利として認められている免責そのものを実際問題として打ち壊してしまうことになる。……コモン・ローが健全な「公の政策」(public policy) に対する配慮から法的救済を否認している場合に、訴訟当事者がその権利主張をエクイティ上 (in equity) 強制され得ると言うことは、我々の法理学にとって不祥事 (scandal) であり、コモン・ローよりエクイティをより正義のないものにしてしまうことになる。」⁵⁵⁾

ここにおいてか州の主権免除について審理した合衆国最高裁判所が、1999年のAlden v. Maine⁵⁶⁾ (以下、「Alden 判決」という。) で「同意していない州に対する私的訴訟を認めることは、州をしてその国庫又は公共の利益のために州が管理している建物若しくは財産に対してさへも私人の強制執行 (levy) の権限に服せしめることになる」⁵⁷⁾と判示し、また1996年のSeminole Tribe of Florida v. Florida⁵⁸⁾ (以下、「Seminole Tribe 判決」という。) で主権免除は「州の国庫から支

53) 107 U.S. 711 (1883).

54) 123 U.S. 502 (1887).

55) 165 F. at 308–09.

56) 527 U.S. 706 (1999).

57) *Id.* at 749.

58) 517 U.S. 44 (1996).

払われなければならないとする連邦裁判所判決を妨げることができる⁵⁹⁾と判示していることを想起すべきであろう。

(3) 合衆国最高裁判所が部族の主権免除の法理を最初に公式に認めたのは、*Adams* 判決から10年経過した1919年の *Turner v. United States* (以下、「*Turner* 判決」という。) であると評されているが、⁶⁰⁾ 本件の事実は以下の通りである (当時のインディアンの実態を知るために詳述する。)

クリーク・ネーション (又はムスコギー・ネーション (Muskogee Nation)) (以下、「本件ネーション」という。) の1890年当時の人口は、15,000人であった。彼らは、合衆国の管理下で部族組織、独自の法制度、そして三権分立の政治制度を確立していた。テリトリーは7つに区分され、各々の地区には裁判官が置かれていた。1889年、本件ネーションは、ネーションの各々の市民及び放牧に従事する家族の長に補償金を支払うことなく公有地1平方マイルを放牧のために囲い込む権利を付与する法律を制定したが、当該法律の目的は隣接するネーションの家畜の流入を防ぎ、国境に隣接する放牧地を確保するにあった。法律には、放牧地を設けたいとの市民からの通知を受理した地区判事は市民の集会を招集することを要請され、近隣の投票権のある人民の多数決で可決された場合、地区判事は3年の期間 (更新可能) で放牧地の周りに柵を築き、年間1エーカー当たり少なくとも5セント支払うよう契約で市民を拘束することを指図される旨が規定されていた。1890年、クラレンス・W・ターナー (Clarence W. Turner) とその協力者は、プッシー・タイガー&会社 (Pussy, Tiger & Co.) (以下、「本件会社」という。) の名の下にディープ・フォーク地区 (Deep Fork district) に放牧地を作るため彼ら自身と100人のクリーク人から構成される組織を立ち上げた。彼らは、選挙の実施と共に地区判事と本件会社との契約を申し立てた。放牧地の面積は、256,000エーカーに上り、柵は長さにして80マイルに及ぶものであった。柵が建設される以前から近隣には不満がつのっており、建設が開始されてからインディアンが柵を壊すとの噂が囁かれた。ターナーと彼の譲受人は、

59) 248 U.S. 354 (1919). See also STEPHEN L. PEVAR, THE RIGHTS OF INDIANS AND TRIBES 307-08 (4th ed. 2012).

60) See Seielstad, *supra* note 2, at 692.

柵への干渉とその破壊に携わらないようディープ・フォーク地区の地区判事及びネーションの首長であるL・C・ペリーマン (L.C. Perryman) を抑止する差止命令 (injunction) をインディアン・テリトリー合衆国裁判所 (United State Court in Indian Territory) 第一司法部から保証された。柵がほとんど完成を見た後、クリーク・インディアンの3つのバンド (band) が柵を壊した。出納官のムーア (Moore) を除いて、クリーク族の裁判官、首長、その他の官吏は柵の破壊に携わってはいない。ムーアの公的義務は、「法律に規定されるネーションの全ての基金を受け取り、領収書を書き、当該基金を配分する。」にあった。柵の建設には正価10,000ドル以上が支出され、ターナーから放牧権解除のために100人のクリーク・インディアンに2,500ドルが支払われた。補償請求がターナーによってクリーク・ネーションに対して繰り返し提出され、ネーション評議会 (National Council) は一旦支払を決定したが、首長ペリーマンがこれを拒否し、支持された。1906年3月4日、部族組織は、合衆国議会法律「1901年3月1日法」(Ch. 676, § 46, 31 Stat. 872) によって解消された。合衆国議会は、「1908年5月29日法」(以下、「1908年法」という。) 第26条 (Ch. 216, § 26, 35 Stat. 457) で「請求裁判所 (Court of Claims) で、以後責任あるクリーク・ネーション当局の何らかの行為に起因する、又は当局の認知及び同意に起因するオクラホマ州のムスコギー族のクラレンス・W・ターナー又は彼の譲受人の動産の破壊及び放牧地の損失価値に関してのクリーク・ネーションに対する彼らの権利主張の事項についてコモン・ロー及びエクイティが要請し得るよう審理し、判断し、及び判決を下す権限を付与される。請求裁判所における当該訴訟原因についての当事者は、合衆国最高裁判所への上訴権を有する。」と規定した。1908年の夏にターナーは、クリーク・ネーション及びクリークの基金の受託者としての合衆国を相手に総額105,698.03ドルの損失の財産回復を求めて請求裁判所に申立てを行なった。請求裁判所が申立てを斥け (51 Ct. Cl. 125)、合衆国最高裁判所に上訴された。⁶¹⁾

最高裁判所は、3つの理由を挙げて本件上訴人ターナーの主張を却下し、請求裁判所の判決を支持している。すなわち第一にクリーク・ネーションは、条

61) 248 U.S. at 354-57.

約を締結し、そのテリトリー内でその内部問題を執行する権限を有する別個の政治的共同体として合衆国に承認されていたところ、自治体や州といったその他の政府と同様に集団暴行 (mob violence) 若しくは平穏の維持の失敗による人又は財産への侵害に責任を負わない。かかる責任は、しばしば市及び郡に対して合衆国議会法律によって課されたが、合衆国議会もクリーク・ネーションも1908年以前に何らかの立法を行なうことによって問題を処理してはいない。財産回復への重要な障害は、訴訟からの主権免除ではなく、平穏を維持するための政府又はその官吏の失敗に起因する損害を回復する実態的権利の欠如にある。職務の外観の下ではなく法の侵害を知って行動する官吏の法益侵害への参与は、事件の本質を変えるものではない。第二に1908年法は、クリーク・ネーションにいかなる責任も課してはいない。部族政府は、解消させられた。合衆国議会の公認なくしてネーションは、いかなる裁判所にも少なくともその同意なくして訴えられ得なかった。1908年法は、裁判所が審理することを認められる権利主張を明らかにしている。しかし同法には新たな実体的権利を作り出す目的を示唆する何ものも存在せず、本件ターナーがクリーク・ネーションに対して主張し得るがごとき権利を規定したに過ぎない。第三に合衆国に対する訴訟⁶²⁾を認めるいかなる特別法ないし一般法も、存在しない。

(4) *Turner* 判決後、合衆国最高裁判所が部族の主権免除の問題を審理した⁶³⁾のは、1940年の *United States v. United States Fidelity & Guaranty Co.* (以下、「*USF & G* 判決」という。) においてである。本件は、チョクトー・ネーションとチカソー・ネーション (Chickasaw Nation) に帰属する土地の合衆国による「カンザス・テキサス石炭会社」(Kansas and Texas Coal Company) (以下、「本件石炭会社」という。) へのリース (lease) に関わる事例である。本件の被告 (被上訴人) である「合衆国フィデリティ&ギランティー会社」(*United States Fidelity & Guaranty Company*) (以下、「*USF & G*」という。) は、石炭会社によるリース採掘料の支払を保証する債務証書の保証人である。本件石炭会社のリースの譲受人である「中央石炭・コークス会社」(*Central Coal and*

62) *Id.* at 357-59.

63) 309 U.S. 506 (1940).

Coke Company) が、ミズーリ州西部地区において財産保全管理人の一員になり、合衆国がインディアン・ネーションのためにリースに基づく採掘料の請求を申立てた。本件石炭会社は、採掘料を負うことを否認し、ネーションに対して11,060.90ドルの債権を主張した。合衆国ミズーリ州西部地区裁判所の命令によって、本件石炭会社の会社更生が「破産法」(the Bankruptcy Act) 第77B条に基づいて開始された。会社更生手続においてネーションの主張は、2,000ドルが認められ、倒産債務者の交差請求(cross-claim)が11,060.90ドルのために認められ、1936年2月19日、裁判所は倒産債務者のために法律の規定に従って徴収される9,060.90ドルの差引残高を命じた。ミズーリ州西部地区裁判所のかかる判決の審査は、求められていない。これに先立つ1935年12月24日に合衆国は、自身のため及びインディアン・ネーションのためにUSF & Gを相手にミズーリ州の手続に含まれる同一の採掘料を求めて合衆国オクラホマ州東部地区裁判所に本件訴訟を起こした。ミズーリ州西部地区裁判所の判決後、USF & Gは、当該地区裁判所の判決を合衆国による財産回復の阻害事由に当たるとして抗弁した(交差請求)。オクラホマ州東部地区地方裁判所は、ミズーリ州西部地区裁判所の判決は保証人たる本件被告USF & Gに対する請求を禁じたものであると判示し、合衆国第十巡回区巡回控訴裁判所がこれを支持した(106 F.2d 804 (1939)⁽⁶⁴⁾)。

合衆国最高裁判所は、これまで見てきた *Cherokee Nation* 判決、*Thebo* 判決、*Adams* 判決、そして *Turner* 判決を引用し、⁽⁶⁵⁾ 合衆国第八巡回区巡回控訴裁判所が展開した公の政策論に依拠して、合衆国及びその従属的主権国家はその同意がない限り訴訟から免除されるとし、合衆国第十巡回区巡回控訴裁判所を破棄し、地方裁判所に事件を差戻している。すなわち当裁判所は、*United States v. Shaw* (309 U.S. 495) で合衆国に対する交差請求は当裁判所が審理に同意した裁判所においてのみ裁判に付せられるべきであるとした。同じ準則が、本件にも妥当する。会社更生におけるミズーリ州の手続に、合衆国はインディアン・ネーションのために訴えを申し立てた。いかなる合衆国議会法律も、合衆国

64) *Id.* at 510-11.

65) *Id.* at 512 n.10, n.11.

に対する交差請求を審査する権限をミズーリ州地区裁判所に認めてはいない。同意なくして支配的主権国家と同様従属的主権国家を免除する公の政策 (*Cherokee Nation* 判決) は、部族政府の解消後といえども通用する。これらインディアン・ネーションは、合衆国議会の承認が存在しない場合、訴訟から免除される (*Turner* 判決; *Adams* 判決; *Thebo* 判決)。合衆国議会は、「1906年4月26日法」第18条 (34 Stat. 137, 144) で被告による諸々のインディアン・ネーションへの交差請求を認めたが、当該規定は「インディアン・テリトリー内の合衆国の裁判所」となっている。免除を有する主権国家は、自身の領土を離れて、若しくは裁判所においてそれ自身の選択なくして交差請求に対して抗弁することを強制されないことは、珍しい政府組織と特別の問題を有するインディアン・ネーションに特に適用される。合衆国及びインディアン・ネーションの訴訟は、直接訴訟であろうと反対訴訟であろうと肯定的な制定法上の承認を要する。⁶⁶⁾

USF & G 判決について注目しておくべき点は、判決が「同意なくして訴訟から従属的及び優越的主権国家を訴訟から免除する公の政策」は *Cherokee Nation* 判決におけるマーシャル首席裁判官の意見において設定されたと述べていることである。

2. 発展

(1) *USF & G* 判決に続いて合衆国最高裁判所は、1977年の *Puyallup Tribe, Inc. v. Department of Game of Washington*⁶⁷⁾ (以下、「*Puyallup III* 判決」という。) において部族の主権免除の法理が部族の個々人の構成員の権利に及ぶか否かについて判決を下した。1854年の「メディスン・クリーク条約」(*the Medicine Creek Treaty*)⁶⁸⁾ (以下、「本件条約」という。) 第2条は、プユアラップ族保留地 (*Puyallup Reservation*) は、「他と分離され、及び必要とされる限りにおいて彼らの排他的利用のために測量され、並びに線引きされる。いかなる

66) *Id.* at 512-14.

67) 433 U.S. 165 (1977) .

68) Treaty with the Nisquallys, Puyallups, Steilacooms, Squawskins, S'Homamish, S'Homamish, Stehchass, T'Peeksins, Squi-aitls, and Sa-heh-wamishes, Dec. 26, 1854, 10 Stat. 1132.

白人も、部族及び監督官又は連邦政府職員の許可なくして同場所〔保留地〕に居住することはできない。」と規定し、同第3条は、「空闲地及び請求者のいない土地で狩猟し、植物の根及び果実を収集し、並びに馬を放牧する特権に加えて、全ての通例の及び慣習に従った土地及び場所で〔ワシントン〕準州の全ての市民と同様に漁業に従事し、治療のために一時的家屋を建設する権利が〔本条約にいうプアラップ族(Puyallup Tribe)、ニスクアリー族(Nisqually Tribe)等の〕インディアンに保障される。」と規定している。事件と関連する魚類は、プアラップ川(Puyallup River)及びニスクアリー川(Nisqually River)に遡上する4種類のサケとスチールヘッド・トラウトであるが、魚は太平洋からピュージェット湾(Puget Sound)を通過し、産卵のために河口から遡上する。公海上での捕獲は、1952年5月9日のカナダ、日本、そして合衆国との協定で取決めがなされている。ワシントン州の領域内の漁業権ないし漁業について、ワシントン州(以下、「州」という。)は事細かな規定を置いている(以下、事件当時の法令)。州は、漁業を行なうことができる漁期、漁場として公開される場所、そして使用可能な用具を特定し(Wash. Admin. Code §§ 220-16-010 to 220-48-060 (salmon); Temp. Reg. No. 273 (1968) (steelhead))、漁業に従事するには許可証が必要とされ(Wash. Rev. Code §§ 75.28.010-75.28.380; §§ 77.32.005-77.32.280)、スチールヘッド・トラウトの捕獲は釣針に限定され(Wash. Dept. of Game, Perm. Reg. No. 34 (1964))、商業目的のそれは認めていない。サケの捕獲は、一定の場所で一定の型の網を用いて商業目的で行なうことができるとされている(Wash. Rev. Code §§ 75.12.140, 75.12.010)。定置網の使用は、サケとスチールヘッド・トラウトの捕獲について州内の全ての河川で禁止されている(Wash. Rev. Code §§ 75.12.060, 77.16.060)。プアラップ・インディアンは、コメンズメント湾(Commencement Bay)、プアラップ川の河口及び上流地域で定置網を用いて魚を捕獲しており、44人のインディアンたちは自らの需要のためのみでなく、商業目的で漁業に従事している。1963年、「州鳥獣保護省」(スチールヘッド・トラウトを管轄している。)及び「州漁業省」(サケを管轄している。)は、インディアンによる定置網魚は明らかに州の法令に違反するとして宣言的救済と差止を求めて訴訟を提起した。⁽⁶⁹⁾

合衆国最高裁判所における1968年のPuyallup Tribe v. Dept. of Game of

Washington, et al.⁷⁰⁾ (以下、「*Puyallup I* 判決」という。) 及び 1973 年の Department of Game of Washington v. Puyallup Tribe⁷¹⁾ (以下、「*Puyallup II* 判決」という。) 後、1975 年 4 月、ワシントン州ピアース郡中間上訴裁判所は、裁判所は部族の保留地及び保留地外での漁業活動を規制することに管轄権を有するとし、部族構成員がプアラップ川で毎年定置網を用いてスチールヘッド・トラウトを漁獲し得る数を制限し、部族に対して条約に基づく漁業権を行使する部族構成員のリストを作成し、州鳥獣保護省に報告し、そして裁判所に対して毎週漁獲量を報告するよう命じた。ワシントン州最高裁判所は、これを支持する判決を下した⁷²⁾。合衆国最高裁判所がサーシオレイライを認めたことによって、紛争が発生してから 14 年が経過した 1977 年の本件 *Puyallup III* 判決⁷³⁾ で事件は収束に向けて動く。法廷意見を執筆したスティーブンズ裁判官 (Stevens, J.) は、部族の主権免除は部族構成員に及ばないと判決している。

個々人のインディアンは、プアラップ族の構成員であり、メディスン・クリーク条約に基づく恩恵を受けるが、当該条約はインディアン個々人の免責を認めるものではない。州は、全ての通例の及び慣習に従った土地での漁業を規制し得る。部族自体が当該部族又は合衆国議会の同意なく州裁判所に訴訟提起され得るか否かに拘わらず、個々人の部族構成員による州法違反の禁止を求める訴訟は許される。*USF & G* 判決 (309 U.S. 506) で適用された主権免除の法理は、部族の個々人の構成員を免除するものではない。部族が個々人の部族構成員のために訴訟当事者になるという単なる事実、部族それ自体の主権免除の放棄に何ら影響を与えるものではない。他方、本件における部族の主権免除の主張は、州裁判所が適切に取得した人的裁判権 (personal jurisdiction) によって個々人の部族構成員の権利を審判する権限を損なうものではない。⁷⁴⁾

(2) 合衆国議会第 90 議会は、1968 年 4 月 11 日に「1968 年インディアンの市民

69) 391 U.S. 392, 394-96 (1968).

70) *Id.*

71) 414 U.S. 44 (1973).

72) Department of Game v. Puyallup Tribe, 548 P.2d 1058 (Wash. 1976).

73) 433 U.S. 165 (1977).

74) *Id.* at 171-73. 最高裁判所は、以下のように結論を下している。上訴人たるプアラッ

的権利に関する法律⁷⁵⁾ (the Indian Civil Rights Act of 1968) (以下、「ICRA」という。)を制定しているが — 合衆国法律集第25編第1301条以下に編纂されている —、同法は、権利章典 (Bill of Rights) に基づいて州政府及び連邦政府に適用される数多くの市民的権利を部族団体に課し (合衆国法律集第25編第1301条)、身柄提出令状 (writ of habeas corpus) の特権は合衆国の裁判所においてインディアン部族の命令による拘禁の合法性を審理するため全ての人に利用可能なものと看做される旨を規定している (同第1303条)。今日に至るまでに部族の主権免除に関して最も劇的な解釈を行なった判例の1つが、このICRAの適用をめ⁷⁶⁾ぐって争われた1978年の合衆国最高裁判所判決 *Santa Clara Pueblo* 判決である⁷⁷⁾。

原告 (被上訴人) であるジュリア・マルティネス (Julia Martinez) は、サンタ・クララ・プエブロ族 (Santa Clara Pueblo) (以下、「プエブロ族」という。)の全血の構成員であり、ニュー・メキシコ州北部に位置するサンタ・クララ保留地 (Santa Clara Reservation) で生活している。1941年、原告はナヴァホ・インディアン (Navajo Indian) の男性と結婚し、本件原告の1人であるオードリー・マルティネス (Audrey Martinez) を含む複数の子どもを授かっている。

プ族は、本件条約及び保留地のインディアン問題についての連邦の専占に依拠してスチールヘッドの定置網による捕獲はもっぱら保留地内で行なわれているのであって、州並びに州裁判所の管轄権は保留地の漁業には及ばないと主張した。ステイブンズ裁判官は、以下のように反論する。すなわち本件条約第2条の文言は、州の介入から自由な漁業権の保留を言っているに等しいと論じられるが、2つの合衆国議会法律 (27 Stat. 633 and 33 Stat. 565) に従ってプアラップ族は、絶対的単純不動産権 (fee simple absolute) で保留地18,000エーカーのうち、22エーカーを譲渡した。この22エーカーの土地のいずれも、プアラップ川に隣接している。部族とその部族構成員のいずれも、プアラップ川の魚場を彼らの排他的に占有し続けているのではなく、反対に非インディアンが、被上訴人たる州鳥獣省の許可を得て被上訴人の監督の下に保留地内で非常に多くの魚を捕獲している。当裁判所は、*Puyallup I* 判決で「これらのそれぞれの場所での漁業権は、排他的権利ではない。」とした (391 U.S. 392, 398)。漁業権の行使は、重要な自然資源を保護するための州の権限 (「ポリス・パワー」 (police power)) に従って州による合理的規制に服すとした。当裁判所は、*Puyallup II* 判決で州裁判所に対してスチールヘッドの捕獲がインディアンの定置網魚と非インディアンのスポーツ・フィッシングとの間に「公平に割当てられる」一定の案を示すよう指図したが、上訴人が保留地内の遡河魚を無制限に捕獲する権限を保ったならば、かかる公平な割当ということは意味を

プエブロ族は、原告が結婚する2年前に構成員に関する「部族条例」(tribal ordinance)を制定し、①プエブロ族の構成員間の婚姻から出生した子ども、②プエブロ族の男性の構成員と非構成員との婚姻から出生した子どもを部族構成員とすると定めていた。原告の子供たちは、保留地で育ち、成人した後も保留地内で生活しているが、部族の選挙権は与えられず、母が死亡した場合保留地に留まる権利を失い、母親の家やコミュニティの土地に母親が持っていた占有権的利益を相続する権利をも喪失することになる。

原告らは、部族条例の改正を求めて部族と交渉したが、不首尾に終わり、合衆国ニュー・メキシコ州地区地方裁判所に本件訴訟を提起した。プエブロ族(被告、上诉人)は、部族の自治及び主権に影響を及ぼす部族内の事項について裁判所には管轄権がないと主張し、却下の申立てを提起した。地方裁判所は、管轄権は合衆国法律集第28編第1343条第4項(地方裁判所は、市民的権利の保護に関する合衆国議会法律に基づいてエクイティ上の又はその他の救済を保障するため全ての人による民事訴訟について管轄権を有する。)、同第25編第1302条第8項(インディアン部族は、その支配下にある人に対して部族法による平等な保護を拒否し、又は適正な手続によらないで全ての人々の自由若しくは財産を奪ってはならない。)によって裁判所に付与されているとして被告の主張を拒否した。地方裁判所は、①ICRA第1編の実体的規定は、宣言的救済(declaratory relief)及び差止命令による救済(injunctive relief)を認めている、②部族は訴訟から免除されないとした。しか

なさない。さらに上诉人は、下級裁判所は自然資源の保存に必要な基準を設けていないと主張したが、スティーブンズ裁判官はこの主張も退けている。すなわち *Puyallup II* 判決における差戻しを受けて事実審裁判所は、2週間にわたって専門家の証言を聞き、プアラップ川のスチールヘッドの生息数を確定し、将来に向けて生息数を減少させることのない捕獲数としてプアラップ族の漁民によるそれは、毎年遡上する自然のスチールヘッドの45パーセントが適切であると結論した。州最高裁判所がこれを支持したが(548 P.2d 1058, 1072-73)、この割合は、当裁判所が *Puyallup II* 判決で指図したところに適うものである。*Id.* at 174-77. 本件の詳細については、拙著『アメリカ・インディアン法研究 (III) 部族の財産権』(2017年) 537～541頁以下参照。

75) Act of Apr. 11, 1968, Pub.L. No. 90-284, 82 Stat. 77 (codified as amended § 1301 et seq. (2013)).

76) Wood, *supra* note 15 at 696.

77) 436 U.S. 49 (1978). 本法の詳細については、拙著・前掲註4、678頁～683頁参照。

し、構成員をいかに決定するかは、文化的、経済的実在 (entity) としての部族の生き残りに関わる自己規定の事項であるとした (402 F. Supp. 5 (1975))。合衆国第十巡回区控訴裁判所は、合衆国法律集第28編第1343条第4項はICRA第1編(「連邦によって保護される活動への介入」)に基づく訴訟の管轄権の根拠となるとし、ICRAは部族の権限からの保護を予定し、部族に対する訴訟を認めた合衆国議会の意図が同法の本質的部分であり、本件部族条例に有する部族の利益はその差別的効果を正当化するには不十分であると結論した (540 P.2d 1039 (1976))。合衆国最高裁判所が、サーンオレイライを認めた (431 U.S. 913 (1977))⁷⁸⁾。マーシャル裁判官 (Marshall, J.) が法廷意見を執筆し、被上訴人らの権利主張に管轄権は及ばないとして控訴審判決を破棄し、ICRAの強制は、インディアン部族の命令による拘禁の合法性を審理するために身柄提出令状を求める原告に限定されると判示している。以下、判決要旨である。

インディアン部族は、伝統的に主権国家によって享有されるコモン・ロー上の免責を有するものとして認められてきた (*Turner* 判決; *USF & G* 判決; *Puyallup Tribe I* 判決)。この部族主権の属性は、合衆国議会の優位かつ無条件の権限に服すが、合衆国議会の承認がない限りインディアン・ネーションは訴訟から免除される (*USF & G* 判決)。ICRA第1編のいかなる文面にも、宣言的救済及び差止命令による救済のための民事訴訟について連邦裁判所の管轄権に部族を服せしめることを意味するものを見出すことができない。さらに言うべきは、人身保護令状訴訟における被告は拘禁施設被収容者の個々人の監護権者であるから、合衆国法律集第25編第1303条の規定は部族の主権免除の一般的放棄と解することは困難である。かかる解釈に反する立法意図の明確な表現が欠如しているところ、ICRAに基づく部族に対する訴訟は、部族の主権免除によって禁止されている⁷⁹⁾。合衆国議会が1つの法律で2つの目的を推し進めようとしている場合、裁判所は、1つの立法目的に仕える一方で他の目的に危害を加える訴訟原因を当該法律の沈黙から推論することに通例ではより躊躇しなければならない。第1編に規定された権利の強制のための連邦の訴訟原因の創設は、

78) *Id.* at 52-55.

79) *Id.* at 58-59.

明らかに部族の自治を保障するという合衆国議会の目途と合致しないところである。それは、部族法廷の権限をくじくのみならず、既に経済的に恵まれない状況下にある部族に著しい経済的負担を課することになる。さらに人身保護令状に加えて連邦の救済を下級裁判所が判示するように含意させることは、憲法規範を部族の自治に拡大するという合衆国議会の意図に効果を与えるために要求されないのである。部族法廷がICRAに規定された権利を証明するために利用可能であり、そして第1302条は、部族法廷が適用を強いられる法を変更するという実態⁸⁰⁾で合衆国議会によって意図された効果を有するのである。

(3) 1986年、合衆国最高裁判所は *Three Affiliated Tribes of the Fort Berthold Reservation v. World Engineering, P.G.*⁸¹⁾ (以下、「*Three Affiliated Tribes II* 判決」という。) で、*USF & G* 判決及び *Santa Clara Pueblo* 判決を先例として引用し、部族は反対訴訟 (cross-action) の訴えからも免除されるとし、州は部族が州裁判所への訴訟提起し得る条件として主権免除を部族に要求することはできないとした。1958年、ノース・ダコタ州は憲法改正に着手し、州議会にインディアン・カントリーに対する州管轄権の受入れを定める法律を制定する権限を付与した (憲法第8条第1節第2項)。1963年、州議会は「第27-19章」(*Chapter 27-19*) を制定した。同章は、本件との関連で言えば1953年8月15日制定の「一般法律第280号」⁸²⁾ (the Public Law 280) (67 Stat. 588, codified as amended 28 U.S.C. § 1360) 及び改正ノース・ダコタ州憲法の規定に従って、ノース・ダコタ州の管轄権は本章に規定された方法によるインディアンの市民の受諾に基づいて、インディアン保留地で生ずる救済のための全ての民事上の請求に及ぶものとし、私有財産に一般的に適用される同州の民事法は同州内のインディアン保留地又はインディアン・カントリーにおいて同一の効力と効果を有すると規定していた(「ノース・ダコタ州センチュリー法典」第27-19-01条(1985))。制定当初の一般法律第280条は、インディアン部族に対する管轄権の引受けに先立って州が影響を被るインディアン部族の同意を取得することを要求していな

80) *Id.* at 64-65.

81) 476 U.S. 877 (1986).

82) 一般法律第280号の詳細について拙著・前掲註4、474頁～495頁参照。

かった。しかし「1968年市民的権利に関する法律」(the Civil Rights Act) 第4編で一般法律第280条が改正され、その後の全ての管轄権の主張は部族の同意が先行しなければならないとされた(一般法律第90-284号第401条、402条、第406条(82 Stat. 78-80, codified at 25 U.S.C. §§ 1321, 1322, 1326))。ノース・ダコタ州北西部に居住する連邦によって承認された本件上诉人であるフォート・バートホルド保留地(Fort Berthold Reservation)のスリー・アフィリエーティッド族(Three Affiliated Tribes of the) (以下、「本件部族」という。)は、同州の本件被上诉人である「専門家法人ワールド・エンジニアリング」(World Engineering, P.C.)を過失(negligence)及び契約違反(breach of contract)で——当事者間には給水システムの計画及び建設に関して契約が結ばれていた——州裁判所に訴訟を提起した。ノース・ダコタ州最高裁判所は、同州センチュリー法典第27-19章に基づいて部族はその主権免除を放棄しない限り、州裁判所の管轄権を利用できないとする判決を下した(364 N.W.2d 98 (1985)⁸³⁾)。本件における管轄権問題について合衆国最高裁判所は、既に1984年にThree Affiliated Tribes of the Fort Berthold Reservation v. World Engineering, P.G.⁸⁴⁾ (以下、「*Three Affiliated Tribes I*判決」という。)において審理し、判決を下している。*Three Affiliated Tribes II*判決の法廷意見を執筆したのは、オコナ裁判官(O'Connor, J.)である。以下、判決要旨。

当裁判所は、*Three Affiliated Tribes I*判決で「ノース・ダコタ州最高裁判所は、ノース・ダコタ州がその憲法を改正し、一般法律第280号に基づいて完全なる管轄権を受け入れる以前においてさえ、インディアン・カントリーのインディアンに対する州裁判所の管轄権の範囲についての拡大解釈を採用してきた。1957年、州最高裁判所はVermillion v. Spotted Elk (85 N.W.2d 432 (1957)) (以下、「*Vermillion*判決」という。)で『州昇格法』(the Enabling Act)及び州憲法における既存の管轄権の放棄(disclaimer)は、インディアンの土地に彼ら自身が利益を有する諸事件においてのみインディアン・カントリーに対する民事管轄権を排除したと判決している。」と述べた(467 U.S. 138, 143-44)。

83) 476 U.S. at 878-79.

84) 467 U.S. 138 (1984).

Vermillion 判決は、一般法律第280号が制定された後に判決されているが、ノース・ダコタ州最高裁判所は、一般法律第280号は以前に利用不可能であった管轄権の範疇を確立したものであるというより、以前に存在した管轄権を確認したものであると判示している (85 N.W.2d at 435-36)。インディアンに対する非インディアンへの請求に対する管轄権を承認した *Vermillion* 判決の箇所は、不当にインディアンの自治を侵害するものであり、容認できないところである。しかし、原告たるインディアンの被告たる非インディアンに対する請求へのノース・ダコタ州の承認は、適法である。と言うのも、かかる管轄権は自らを統治するインディアン部族の権利に介入するものではなく、一般法律第280号の制定以前に合法的に管轄権が受け入れられているが故に当該一般法律第280号の手続的要請に服さないからである (467 U.S. at 148-89)⁸⁵⁾。一般法律第280号の立法目的は、インディアン・カントリーへの州の管轄権の拡大と州による当該管轄権の受入れの奨励にあった。そして合衆国議会は特に裁判権の返還 (retrocession) を審理したが、1968年以前に一般法律第280号に基づかないで合法的に取得された管轄権の放棄を規定しなかったが故に、当該放棄は一般法律第280号に具体化された合衆国議会の計画と折り合いをつける必要はなく、それ故に一般法律第280号によって先取される⁸⁶⁾。本件センチュリー法典第27-19章は、部族が原告として州裁判所を再び利用し得る以前に全ての民事訴訟原因において訴訟に同意しなければならないことを規定しているが、部族によって保有されるコモン・ロー上の主権免除は、インディアン部族の主権及び自治にとって必然的に引き出される結論である (*Santa Clara Pueblo* 判決)。勿論インディアン部族の特有な「準主権的地位」(quasi-sovereign status) の故に、部族の免除は連邦政府や州政府が享有するそれとは一致しないところ (*USF & G* 判決)、無条件の連邦の管理と制限に服す (*Santa Clara Pueblo* 判決)。にも拘わらず、連邦の承認が欠如する場合、部族免除は部族主権の全ての属性と同様に州による減損から特に免除される。本件センチュリー法典第27-19章によって要求される部族による主権免除の放棄は、コモン・ロー上の主権免除に不当に浸入し、従って自らの法律によって自らを統

85) 476 U.S. at 879-80.

86) *Id.* at 887.

治する部族の権能を侵害するものである。一般法律第280号は、この型の部族免除及び自治への介入を侵害する「合衆国議会法律を支配する」制定法ではない。一般法律第280号は、部族の主権免除の放棄を構成するものとは解釈されてはこなかったのみならず、一般法律第280号にインディアン⁸⁷⁾の自治を保護することにおける連邦の利益の放棄を表すものを見出すこともできないところである。

(4) さらに合衆国最高裁判所は、1991年の *Oklahoma Tax Comm'n v. Citizen Band Potawatomi Tribe of Okla.* ⁸⁸⁾ (以下、「*Oklahoma Tax Com'n* 判決」という。)において、部族は部族の商業団体による非インディアンへの保留地の外での煙草販売について州による課税に服すのか否かについて、主権免除の法理に基づいて判決を下している。本件の被上訴人たるオクラホマのシティズン・バンド・ポタワトミ・インディアン部族 (*Citizen Band Potawatomi Indian Tribe of Oklahoma*) (以下、「本件部族」という。)は、連邦政府によって当該部族のために信託で保有されている州内の土地でコンビニエンス・ストアを営んでいた。長い間本件部族は、当該ストアでオクラホマ州の煙草税 (*cigarette tax*) を徴収することなく煙草を販売していた。1987年、本件上訴人たる「オクラホマ州課税委員会」 (*Oklahoma Tax Commission*) は、本件部族に対して1982年から1986年の間の煙草税2,700,000ドルを支払うよう通知した。本件部族は、査定の差止を求めて訴訟を合衆国オクラホマ州西部地区地方裁判所に提訴した。州が、反訴 (*counterclaim*) を提起した。地方裁判所は、主権免除に基づいて部族はオクラホマ州の部族からの過去の未納の税金徴収の訴えから免除されとしたが、オクラホマ州は保留地内での非インディアンに対する煙草販売に対する課税を徴収するよう部族に請求し得ると判示した。合衆国第十巡回区控訴裁判所は、部族構成員であろうと非構成員であろうと保留地での煙草販売に州は課税し得ないとした (888 F.2d 1303 (1989))。合衆国最高裁判所が、サーシオリイ⁸⁹⁾を認めた (498 U.S. 806 (1990))。

レンクィスト主席裁判官 (Rehnquist, C.J.) による法廷意見は、第一に主権免

87) *Id.* at 890–91.

88) 498 U.S. 505 (1991).

89) *Id.* at 507–09.

除の法理の根拠を① *Cherokee Nation* 判決を引用し、インディアン部族がその構成員及びテリトリーに固有の主権的権限を行使する国内の従属国であること、②部族の自足と経済発展を含むインディアン自治の達成という目的に求めている。第二に法廷意見は、主権免除の法理は、公式に保留地として認められた土地のみならず、インディアン部族のために信託で保有される保留地の外の土地にも及ぶとした。第三に法廷意見は、部族の主権免除の代替手段について、確かに主権免除は最も効率的な救済を州が追求することを禁止するものであるが、適切な代替手段が存在しない訳ではない。合衆国最高裁判所は、部族の個人の代理人若しくは官吏が州によって提起された訴訟において損害に全く責任がないとは決して言ってはいない。例えば本件において州は、保留地の外でのスタンプが押されていない煙草を押収し、又はスタンプの押されていない煙草を部族の店におろす卸売業者を査定することによって煙草卸売業者から州税を徴収することができる。州はまた、この種の税の徴収のために相互に満足のいく制度を採用する部族との合意を結ぶことができる。さらに州は、合衆国議会に適切な立法を懇請することもできるところである⁹⁰⁾としている（この法廷意見の第三に述べた箇所が、後に言及するところの2014年の合衆国最高裁判所判決 *Michigan v. Bay Mills Indian Community* ⁹¹⁾（以下、「*Bay Mills* 判決」という。）におけるケーガン裁判官（Kagan, J.）による法廷意見に色濃く反映されていくことになる。）。

3. 小括

ここにおいてか *Kiowa* 判決に言及するに先立って、これまで述べてきた部族の主権免除に関する判例法理を踏まえて、当該法理の射程範囲につて要約する。合衆国最高裁判所は、インディアン部族は当該部族が訴訟に同意し、又は合衆国議会が特定の制定法の目的のために部族の主権免除を廃止（又は放棄）しない限り、連邦裁判所、州裁判所及び部族裁判所における州、個人並びに企業による訴訟提起から免除される。ただし部族は、合衆国による訴訟提起からは免除⁹²⁾されないとする法理を打ち立ててきた。かかる原理は、部族政府に対する訴

90) *Id.* at 509–14.

91) 134 S. Ct. 2024 (2014).

訟が部族に対して直接的に提起された場合と反対訴訟の提起とを問わず適用され、部族の主権免除は単に損害賠償 (damage) — コモン・ロー上の救済 — のみならず、宣言的救済及び差止命令による救済 — エクイティ上の救済 — の請求にも及ぶ。そして主権免除は、部族がその権限を超越して行なったとする請求によって負かされない。⁹³⁾

合衆国最高裁判所は、主権免除の目的にとって保留地内において行なわれる部族行為とそれ以外の場所で行なわれる部族行為との間に区別を設けてはおらず、連邦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土地である限り、主権免除の法理が適用される。さらには訴えられた部族行為が部族による商業的活動か政府活動かを問わず、当該法理が適用される。各州は、州自身の責任からの免除を放棄し得た場合でさえ部族免除を尊重しなければならず、当該法理は連邦裁判所、州裁判所及び部族裁判所において訴訟から部族を保護している。

部族が連邦によって承認された部族 (federally recognized tribe) として「フェデラル・レジスタ」(Federal Register) の一覧表に公表された場合、訴訟が当該一覧表への記載の有効性に関わるものでない限り、部族は主権免除の資格 (entitlement) を立証するのに十分であるとされ、州によって承認された部族 (state-recognized tribe) も主権免除の資格を付与される。⁹⁴⁾ 連邦によって承認されていない部族であっても、部族の存在についてのコモン・ロー上の要件を満たしたならば主権免除の資格を付与される。⁹⁵⁾

92) See *e.g.*, *Miccosukee Tribe v. United States*, 698 F.3d 1326 (11th Cir. 2012); *Florida Paraplegic Association, Inc. v. Miccosukee Tribe of Indians*, 166 F.3d 1126 (11th Cir. 1999); *Reich v. Mashantucket Sand & Gravel*, 95 F.3d 174 (2d Cir. 1996); *Quillette Indian Tribe v. Babbitt*, 18 F.3d 1456 (9th Cir. 1994).

93) COHEN'S HANDBOOK OF FEDERAL INDIAN LAW § 7.05[1][a], at 637 (Nell Jessup Newton, et al. ed., 2012) [hereinafter COHEN'S HANDBOOK, 2012 ed.]; *Imperial Granite Co. v. Pala Band of Mission Indians*, 940 F.2d 1269 (9th Cir. 1991).

94) *Cherokee Nation of Oklahoma v. Babbitt*, 117 F.3d 1489, 1499 (D.C.Cir. 1997).

95) See, *e.g.*, *Gristede's Foods, Inc. v. Unkechauge Nation*, 660 F. Supp. 2d 442 (E.D.N.Y. 2009); *Ellenbast v. Watkins*, 821 N.Y.S.2d 275 (App.Div. 2006).

96) *Koke v. Little Shell Tribe of Chippewa Indians*, 68 P.3d 814 (Mont. 2003).

部族は、主権免除を放棄することに拘束力のない権限を持ち合わせてはいないが、⁹⁷⁾合衆国議会法律は一般的に言って当該権限を推定しているところである（合衆国議会の対応については、Ⅲで詳しく述べる。）。この部族による主権免除の放棄が争点となった2001年の *C & L Enterprises, Inc. v. Citizen Band Potawatomi Indian Tribe* ⁹⁸⁾（以下、「*C & L Enterprises* 判決」という。）で合衆国最高裁判所判決は、合衆国議会が主権免除を廃止するためには「明確に」(unequivocally) にその目的を表明しなければならないと同じように、部族による放棄もまた「明確」(clear) でなければならずと判示している（インディアン部族自身が主権免除を放棄している事例については、Ⅳで論ずる。）。⁹⁹⁾

インディアン部族の職員に主権免除の法理が適用されるかという問題がある。¹⁰¹⁾ *Oklahoma Tax Comm'n* 判決で「当裁判所は、部族の個々人の代理人又は官吏は州によって提起された訴訟における損害賠償について責任を負わないとは決して判示してはいない。」¹⁰²⁾とし、*Santa Clara Pueblo* 判決ではインディアン部族の職員はその職務権限の範囲外の行為について部族の主権免除によって保護されないとし¹⁰³⁾（この問題については、Ⅴ－4で扱う合衆国最高裁判所判決である2014年の *Bay Mills* 判決で論じられる。¹⁰⁴⁾合衆国最高裁判所の2017年4月25日判決 *Lewis v. Clarke* ¹⁰⁵⁾については、別稿で詳論する。）、*Puyallup Tribe III* 判決では「主権免除の法理は……部族の個々人の構成員を免除しない。」¹⁰⁶⁾と述べている。

（本学法務研究科教授）

97) See generally William V. Vetter, *Doing Business with Indians and the Three "S" es: Secretarial Approval, Sovereign Immunity, and Subject Jurisdiction*, 36 ARIZ. L. REV. 169, 173-85 (1994).

98) 532 U.S. 411 (2001).

99) *Id.* at 418.

100) See generally Struve, *supra* note 19, at 155-61.

101) MATTHEW L.M. FLETCHER, *FEDERAL INDIAN LAW* § 6.6, at 275-76 (2016).

102) 498 U.S. 505, 514 (1991).

103) 436 U.S. 49, 59 (1978). ただし、傍論である。See PEVAR, *supra* note 59, at 311.

104) 134 S. Ct. 2034 (2014).

105) 137 S. Ct. 1285 (2017).

106) 433 U.S. 165, 171-72 (1973). See generally Timothy W. Joranko, *Tribal Self-Determination Unfettered: Toward a Rule of Absolute Tribal Official Immunity from Damage in Federal Court*, 26 ARIZ. ST. L.J. 987 (1994).

〈論 説〉

最高裁判所調査官制度の再検討

— 批判と反論、改革案を考える —

山 田 隆 司

目 次

- 一 はじめに
- 二 最高裁調査官制度の問題点
 - 1 「調査官裁判」批判
 - 2 「調査官裁判」批判に対する反論
 - 3 調査官制度に対するその他の批判
- 三 最高裁調査官制度の変更可能性
 - 1 調査官制度の存廃
 - 2 共同調査官の増員
 - 3 専属調査官の新設
 - 4 その他の提案
- 四 最高裁調査官制度の改革案
- 五 おわりに

一 はじめに

最高裁判所調査官（以下、「最高裁調査官」とする）制度には、一方で最高裁判所の部外者を中心として「調査官裁判」などと批判するものがあり、他方で最高裁判所の部内者を中心としてその意義を評価するものがある¹⁾。本稿は、こ

1) 「調査官裁判」は「調査官判決」と呼ばれる場合もある。その内容について、日本弁護士連合会編『最高裁判所』153頁（日本評論社、1980年）など参照。

最高裁調査官制度に対する否定的見解として、島田武夫「調査官裁判」判タ201号284頁（1967年）、朝日新聞裁判班編『日本の裁判』157頁（日本評論社、1972年）、小田中聰樹「最高裁判所は人権の砦か」渡辺洋三ほか『日本の裁判』180頁（岩波書店、1995年）、濱秀和『行政訴訟の実践的課題』xviii頁（信山社、2012年）、阿部泰隆「憲法問題に学識をもち、かつ通常事件に見識のある最高裁判事選出の方策と裁判官補佐体制（調査官）のあり方」ドイツ憲法判例研究会編『講座 憲法の規範力 第2巻 憲法の規範力と

れまで注目されながらも、あまり明らかにされてこなかった最高裁調査官制度の意義を改めて検討するものである。その際、最高裁調査官制度の内容の一端を明らかにした拙稿²⁾を前提として、最高裁調査官制度に関する論稿を整理・分析し、その意義を考察する点に特徴がある。具体的には、最高裁調査官制度の問題点として、「調査官裁判」批判、「調査官裁判」批判に対する反論、調査官制度に対するその他の批判を概観した後、最高裁調査官制度の変更可能性として、調査官制度の存廃、共同調査官の増員、専属調査官の新設について考察を深める。最高裁調査官制度を規律する法令はほとんどなく、最高裁判所裁判官会議は調査官制度をどのようにでも構成できると言われていることから³⁾、最後に、最高裁調査官制度の改革案を探る。

二 最高裁調査官制度の問題点

1 「調査官裁判」批判

本稿冒頭でふれたように、最高裁判所の裁判は、「調査官裁判」という批判を受けることがある⁴⁾。すなわち、最高裁判所では、事件ごとに担当の調査官が付

憲法裁判』269頁（信山社、2013年）など参照。

肯定的見解として、伊達秋雄「最高裁調査官（2）」判時270号2頁（1961年）、中野次雄「最高裁判所の裁判事務の現況と若干の問題点」ジュリ385号93頁（1967年）、「最高裁のブラクティスについて（二）」法の支配39号115頁〔色川幸太郎発言〕（1979年）、松田二郎『私における裁判と理論』105頁（商事法務研究会、1981年）、園部逸夫「最高裁判所の機構とその役割」法教67号39頁（1986年）、北川弘治「最高裁判所調査官制度について」法セミ増刊『今日の最高裁判所』114頁（1988年）、「最高裁判所の実態——環昌一先生を囲んで」法と民主主義251号76頁（1990年）、大野正男『弁護士から裁判官へ』58頁（岩波書店、2000年）、滝井繁男『最高裁判所は変わったか』34頁（岩波書店、2009年）、奥田昌道『紛争解決と規範創造』7頁（有斐閣、2009年）、深澤武久『法廷に臨む』10頁（信山社、2011年）、藤田宙靖『最高裁回想録』46頁（有斐閣、2012年）、泉徳治『私の最高裁判所論』135頁（日本評論社、2013年）、宮川光治「時代の中の最高裁判所」自正64巻6号26頁（2013年）、田原睦夫「最高裁生活を振り返って」金融法務事情1978号19頁（2013年）、「鬼丸かおる最高裁判事に聴く」日本女性法律家協会会報52号64頁（2014年）、滝井繁男「最高裁審理と調査官」市川正人ほか編著『日本の最高裁判所』241頁（日本評論社、2015年）、藤田宙靖『裁判と法律学』225、241頁以下（有斐閣、2016年）、泉徳治『一歩前へ出る司法』106頁以下（日本評論社、2017年）など参

き、主任の裁判官（裁判長裁判官）が事件を手がける前に調査官が「調査」を行う。その結果が「調査官報告書」であり、それに民事では判決案、刑事では決定案が添付されて主任の裁判官に上げられる。調査の結果、当該事件が「結論のはっきりしている事件」ならば持ち回りで審議され、「結論の難しい事件」ならば小法廷での審議となる。調査官は、判決案などを書くが、3行ほどの決まり文句で終わる簡単な「三行判決（三行半判決ということもある）」で棄却するか、小法廷での合議とするかについて、実質的に決定する⁵⁾。まさに調査官は、その「目にとまるかとまらないかで勝負が決まる」とさえ指摘されているのである⁶⁾。

ジャーナリズムは、最高裁調査官の制度について、「調査官裁判」と評するなど厳しい目を向けることがある。たとえば、朝日新聞裁判班編『日本の裁判』⁷⁾では、「カゲの裁判官」という見出しをつけて、調査官制度を紹介している。ここでは、「調査官なしに最高裁判決はありえない」と言われていることにふれ、判決文の原案を調査官が書くこともあること、原案がそのまま判決文になったこともあることなどを指摘し、現状では調査官は必要不可欠だという意見が多いとしつつも、「調査官裁判」に対する裁判の本質につながる疑問は残る、としている。また、月刊誌「選択」は、『独善』目に余る最高裁の黒子たち」という見出しをつけて、最高裁調査官制度について報じている⁸⁾。ここでは、2009年度に上告された刑事事件1800件あまりのうち、最高裁判所が法廷を開かないまま「門前払い」をした「棄却決定」の割合が98.01%にのぼることを紹介し、

照。

2) 山田隆司「最高裁判所調査官制度の内容」法セミ748号64頁（2017年）。本稿全体で参照する。

3) 田中真次「最高裁調査官制度について」判タ201号104頁（1967年）。

4) 萩原金美「最高裁判所調査官制度の比較法的検討」民商84巻1号1頁（1981年）では、法曹界とりわけ弁護士層に批判が根強く伏在するとしている。

5) 西川伸一『日本司法の逆説』80頁（五月書房、2005年）。

6) 塚原英治「最高裁とは誰か 第5回 最高裁判事の黒子たち」月刊司法改革20号60頁（2001年）。

7) 朝日新聞裁判班編・前掲注1）154頁以下。

8) 選択2011年2月号106頁。

これを事前の書面チェックによって「取り仕切る」のが最高裁調査官であるとする。

日本弁護士連合会編『最高裁判所』では、客観的立場から、最高裁調査官制度について言及している。⁹⁾すなわち、「最高裁判所調査官」の節に「問題点」という項を立て、最高裁判所の判決内容が調査官によって左右されるのではないかとの危惧や「調査官裁判」との批判がある、と述べる。その批判の根拠としては、優秀で経験豊かな裁判官が調査官に充てられること【下級審裁判官を採用〔注・隅付きカッコは論点。以下同じ〕】、最高裁判所裁判官が記録を見る前にその指示を待たず徹底して調査する「事前調査方式」が採られていること【事前調査方式】、調査官は調査報告だけでなく意見を述べるができること【調査官の意見表明】、を挙げている。他方、以上の点はどんな制度を採ったとしてもありうる最高裁判所裁判官の資質の問題であって、最高裁判所の拡大された任務、膨大な事件数、15人の裁判官数という条件下では現在の調査官制度は必要であり、現状でよいとも言われる、としている。

学説においては、最高裁調査官の制度について「調査官裁判」と評するなど否定的見解が散見される。たとえば、小田中聰樹は、最高裁調査官は裁判官の手足として調査に当たるだけでなく、事件処理について意見を述べ、判決原案を起草するなど重要な働きをしていることから、最高裁判所では「調査官裁判」が行われているという見方もできる、としている。¹⁰⁾小田中は、たしかに調査官制度は必要であり有用であるとしながらも、それはあくまで最高裁裁判官の調査業務の補助者としてであって、裁判官本来の職務の代行者であってはならないし、その職権行使に不当に影響を与える存在であってはならないとし、最高裁調査官の制度および運用の実態において数々の問題がある、と以下のよう具体的な論点を指摘する。

第1に、最高裁調査官が下級審の裁判官から任命される者に限られる点である【下級審裁判官を採用】。調査官は法律上、限定されているわけではないのに、これまで例外なく下級審裁判官から採用されてきた。しかし、これでは調査す

9) 日本弁護士連合会編・前掲注1) 153頁。

10) 小田中・前掲注1) 178頁以下。

る範囲がキャリア裁判官の目からみて必要なものに限定される危険がある。そこで、調査官には研究者や弁護士などからも採用する必要があるのではないかと提案する。

第2に、最高裁調査官がエリート・コースに乗っていることが問題であるとする。すなわち、エリート・コースに乗った裁判官は、大なり小なり「司法官僚」¹¹⁾の指し示す方向に沿った裁判、つまり憲法軽視、人権軽視、行政追従の傾向の強い裁判に統一していこうとする志向を持っており、この傾向や志向が調査官活動を通じて最高裁裁判官に影響する危険が大きく、すでにその危険は現実のものとなっている、と主張する【エリート・コース】。

第3に、最高裁調査官が「結論のはっきりしている事件」と「結論の難しい事件」とを仕分け、前者の事件について判決の原案をあらかじめ起案することや、後者の事件についても裁判官の指示に基づくとはいえ判決の原案を起案したり、さらには少数意見まで起案することは調査権限の範囲を逸脱しているから、こうした起案はなくすべきである、と主張している【判決原案の起案】。

第4に、最高裁判所裁判官の審議に常時、出席することも裁判官の職権の独立を侵す疑いがあり、妥当でないから出席は止めるべきであるとしている【審議に出席】。

このほか、島田武夫は、調査官報告書によって事件のポイントを裁判官が知る仕組み【調査官報告書】、裁判官から命ぜられる前に調査官の判断で事件全体を詳細に調査する仕組み【事前調査方式】、調査官が意見を述べるのが許されている仕組み【調査官の意見表明】などが「調査官裁判」と言われる所以であろうと指摘している。¹²⁾

また、阿部泰隆は、最高裁調査官が事件ごとについて判決案まで起案している現状は、巷間、「調査官判決」と言われるように異常であるとしたうえで、「調査官は個々の判事ごとについて事件の調査結果をそれぞれ上司の判事に報告するだけにとどめ、判事自身が異なった調査報告をもとに他の判事と論争し、自ら判決文を書く本来の体制に戻るべきである」【判決原案の起案】と主張してい

11) 新藤宗幸『司法官僚 ― 裁判所の権力者たち』(岩波書店、2009年)参照。

12) 島田・前掲注1) 284-286頁。

¹³⁾
る。

濱秀和は、「調査官裁判」と言われる不透明な制度がそのまま存続していくことは日本の司法のためプラスにならないとして、「持ち回り審議」をもって調査裁判で終わりにされる年間数千件の事件については、主任の裁判官であっても上告状、上告受理申立書を見ないであろうから、すべて「調査官裁判」ではないか、などと指摘している。¹⁴⁾

以上の学説を整理すると、現在の最高裁調査官の制度および運用実態については、調査官が下級審裁判官のみ採用されていること【下級審裁判官を採用】、調査官がエリート・コースに乗っていること【エリート・コース】、調査官が判決原案の起案をしていること【判決原案の起案】、調査官が裁判官の審議に出席していること【審議に出席】、調査官報告書によって事件のポイントを裁判官が知ること【調査官報告書】、裁判官から命ぜられる前に調査官が事件全体を詳細に調査する事前調査方式をとっていること【事前調査方式】、調査官が意見を述べる事が許されていること【調査官の意見表明】、を論点として列挙することができる。

2 「調査官裁判」批判に対する反論

最高裁調査官の経験者は、「調査官裁判」という批判に対し、押しなべて反論する。¹⁵⁾

たとえば、中野次雄は、「調査官裁判」という批判に対し、「調査官裁判」といわれるのは何か調査官の言いなりに裁判が行われているように思われるからであろうが、そのようなことがあってはならないし、事実、そのような運営が行われているものでもない、と反論する。¹⁶⁾

伊達秋雄は、最高裁調査官は「単に判例や学説などを調べて報告書を提出するだけでなく、調査官自身の意見を述べることも許されている。その意見が採

13) 阿部泰隆「司法改革、まず裁判所から」読売新聞 1999 年 11 月 23 日付寄稿。

14) 濱・前掲注 1) xviii 頁以下。

15) 萩原・前掲注 4) 36 頁では、「調査官裁判」という批判は、最高裁の部内者らによって根拠がないとして否定されているとする。

16) 中野・前掲注 1) 93 頁。

用されるかどうかは裁判官会議によつてきまることだし、調査官に決定権のないことはいうまでもない。どんな意見が判決となつてあらわれようとも、法的にはすべて裁判官だけの責任であつて、調査官には責任がない」とする【調査官の意見表明¹⁷⁾】。

上席調査官もつとめた元最高裁裁判官の園部逸夫は、調査官の関わり方がどのように濃密であつたとしても最終的な判断権は裁判官が有するという限界があるから、最高裁判所の裁判がいわゆる「調査官裁判」であつても少しも構わず、それどころか、今後も優秀な調査官を多数確保したうえで、調査過程をより組織化して合理的機能的なものにし、強力なセクレタリー機構へと発展させることが必要であるとしている。¹⁸⁾

最高裁調査官、上席調査官、首席調査官を歴任した元最高裁裁判官の北川弘治は、「調査官裁判」という言葉について、調査官が自らの判断で裁判をするということは制度上ないのであるから、最高裁判所の裁判形成過程における調査官の影響力を指して、そのように用いられると考えられている、とする【調査官の影響力¹⁹⁾】。

北川は、調査官制度に対する批判の根拠は2つあるという分析がある、とする。²⁰⁾

第1の批判の根拠は、調査の方式が原則として「事前調査方式」をとっていることである。これは、調査官がまず事件全般にわたって調査したうえで裁判官に報告するという方式であるが、この方式では裁判官の最重要の任務である

17) 伊達・前掲注1) 2頁。また、伊達が最高裁調査官に就任当初、最高裁裁判官に「よく勉強して立派な意見を出して裁判官を動かせば、自分の思う通りの判決を打出すことができるではないか。全国の裁判所を指導する判例を裏面からではあつても、自分の力によつて創り出そうということは大いに愉快なことではないか」と言われたという。

18) 園部・前掲注1) 39頁。

19) 北川・前掲注1) 114頁。

調査官による「調査」は、最高裁の判決に少なからぬ影響力を持っている、と評されている。松川事件の最高裁審理にあたって作成された膨大な調査官報告書を分析し、最高裁調査官が最高裁裁判官の心証形成に与える影響を指摘した文献として、大塚一男『最高裁調査官報告書 — 松川裁判にみる心証の軌跡』(筑摩書房、1986年)参照。

20) 北川・前掲注1) 114頁。

事件の争点を自ら発見することをしていないことになるというのである【事前調査方式】。

第2の批判の根拠は、調査官の報告書に「意見」を付することがあることである。これは、調査官の裁判介入に他ならないとするのである【調査官の意見表明】。

第1の批判の根拠【事前調査方式】に対しては、上告審では原判決に法定の上告理由があるかどうか争われるのであって、上告理由書（上告趣意書）において既に事件の争点は示されており、調査もその争点を中心に行われるから、調査官が新たに争点を発見するわけではなく、また、「事前調査方式」が原則であるからといって、当初の調査報告だけで判断されるわけではなく、審議の過程などで必要に応じて追加報告が命じられる²¹⁾、との反論がある。最高裁判所に持ち込まれる多数の事件を処理するためには、能率的な「事前調査方式」を原則とするのが必然的な結論であるというのである。

第2の批判の根拠【調査官の意見表明】に対しては、その意見の採否を含めて最終的な判断権が裁判官にあるから、まったく問題ない、と反論される。裁判官が法律問題について自己の判断を形成するに当たって他人の意見を聞くこと自体は、文献によって学説を調べることなどと同じであるというのである。

最高裁調査官もつとめた元最高裁裁判官の泉徳治は、裁判官が調査官の報告を待って事件の審議をしていることから、最高裁判所の裁判に対して「調査官裁判」であるという批判がなされることがあるが、最高裁判所の事件数に照らせば調査官の報告を待たずに裁判官だけで処理すべきであるというのは「机上の空論」であると反論する。必要なのは裁判官が自らの責任で判断することで

21) 田原義衛『最高裁判決の内側』110頁（一粒社、1965年）によれば、「合議によって疑問点が生じ、調査官に対してさらに再調査を命ぜられることもある」。中野・前掲注1）93頁では、「実際においても追加報告を命ぜられる例は少なくない」とする。坂上壽夫「最高裁の評議に対する誤解について」判時1557号4頁（1996年）、田原・前掲注1）16、19頁、倉田・前掲注41）47頁も同旨。

元最高裁裁判官の宮川光治も、検討すべき論点に関する調査官室の調査はほぼ完璧であり、追加の調査を依頼すると数日で追加報告書が上がってくると述懐している。宮川・前掲注1）25頁。

あって、現に裁判官はそのように行動しており、裁判官が調査官報告の道筋を否定することは珍しいことではない、としている【調査官報告書²²⁾】。

調査官の経験のある元札幌高裁長官の加藤和夫も、最終的な判断は最高裁判官がするので「調査官裁判」という批判は「的外れ」であると反論する²³⁾。同様に、調査官の経験のある元東京高裁裁判長の加茂紀久男も、調査官は「法律の素養のある裁判官」であるから、最高裁判所の「合議の結果が、調査官の結論と合致することが多いのは当然ではないか」と述べる²⁴⁾。

以上、調査官の経歴がある者は、その経験をもとに、さまざまな角度から「調査官裁判」という批判に対して反論している。

また、最高裁裁判官の経験者も、「調査官裁判」という批判に対して、一様に反論している。その例として、以下、6人の元最高裁裁判官の反論を順次みていく。

まず、松田二郎は、最高裁判所の裁判を評して「調査官裁判」とであると非難されたことが最高裁裁判官として最も遺憾に感じた、と述べる。もともと、「調査官裁判」ということが果たして何を意味するのかは必ずしも判然とせず、単に調査官が最高裁判所の裁判に対して影響を及ぼしている以上に、調査官の意見によって裁判内容が決まり、判決文自体も調査官が作成することを意味するとすれば、最高裁判所の裁判は、裁判官の名と責任において、実質上は調査官の行う裁判ということになるだろうとする。たしかに、最高裁判所への上告事件数は余りにも膨大であるから、調査官の協力がなければ最高裁判所の裁判が行われ難いことを認めるとしても、調査官の協力が「調査」（裁判所法 57 条 2 項）の範囲を越えないかぎり、調査官の協力があるからといって「調査官裁判」という非難は当たらない、と主張している²⁵⁾。

伊藤正己は、経験上、判例となる多数意見・法廷意見は、特定の裁判官の個性がにじみでているものよりも客観的な叙述で主観性の希薄なものが望ましいと言いうことができ、やや官僚作文的な傾向に流れるといっても調査官がその個

22) 泉・前掲注 1) 『私の最高裁判所論』 135-136 頁。

23) 読売新聞 2001 年 12 月 8 日付。

24) 読売新聞 2001 年 12 月 8 日付。

25) 松田・前掲注 1) 105-107 頁。

性を殺して書く案を基礎とするのがよいとされているように思われる、とする。伊藤自身も、調査官の案を裁判官が合議で十分に加筆訂正する以上、それは排斥すべきでないやり方のように考えている【判決原案の起案²⁶⁾】。

滝井繁男は、最高裁判所裁判官の仕事は調査官の仕事に負うところが大きく、その報告書に記載されている処理の方向性も大方、裁判体の結論と一致することが多いなど、最高裁判所の審議における調査官が果たす役割は大きいため、「調査官裁判」になっているのではないかという批判も耳にするが、調査結果に結論の方向性まで記載している点について少なくとも個々の裁判官がそれに納得して自己の責任において判断を示している以上、調査官裁判という非難は当たらないと述べる【調査官報告書²⁷⁾】。

深澤武久は、「調査官判決」などと評するむきがあるが、それは審議の実情から遠く離れたものである、と主張している²⁸⁾。すなわち、調査官が審議経過に沿った判決草案を起案して提出したあと、各裁判官が内容・形式を詳細に検討して判決を作成するというのが審議の実情であり、当初の草案が原型をとどめないことも珍しくないというのである【判決原案の起案】。

藤田宙靖は、最高裁判決が「調査官裁判」であるという批判は明らかに間違っていると強調する。それによれば、評議室での審議対象となる事件（「審議事件」）と、裁判官が集まって合議せず書類の持ち回りと押印による決裁のみで決定処理する事件（「持ち回り審議事件」³⁰⁾）との振り分けは、まず担当調査官が行うが、当初の調査官報告書で「持ち回り相当」としていても、主任裁判官の検討の結果、あるいは持ち回りの過程でいずれかの裁判官から「審議相当」とされた場合、改めて「審議事件」として調査官が報告書を作り直すことになるから、「調査官裁判」という批判は妥当でないとしている。たしかに、調査官報告書の質

26) 伊藤正己『裁判官と学者の間』88頁（有斐閣、1993年）。

27) 滝井・前掲注1）『最高裁判所は変わったか』34頁。調査官の経験のある元東京高裁裁判長の加茂紀久男も、調査官は「法律の素養のある裁判官」であるから、最高裁の「合議の結果が、調査官の結論と合致することが多いのは当然ではないか」と述べる。読売新聞2001年12月8日付。

28) 深澤・前掲注1）10頁。

29) 藤田・前掲注1）『最高裁回想録』46頁。

30) 「審議省略事件」と呼ばれることもある。

が高いこと、持ち回り審議事件の数が多くことから、圧倒的に多数の事件では結果として調査官報告書通りの処理がなされることは否定できないが、重要な事件において、審議の結果、小法廷の結論が調査官報告書の結論と全く異なるものとなることは珍しくないというのである【調査官報告書³¹⁾】。

宮川光治は、「世に言う調査官裁判という批判は当たらない」と述べる。調査官が作成する報告書はオーソドックスな視点でまとめられ、保守的な内容となるが、それは当然であり、そこに何を加えるかということこそ最高裁判所裁判官の仕事である、と論じる【調査官報告書³²⁾】。

以上、「調査官裁判」批判に対する反論では、何をもって「調査官裁判」というか、その定義いかんによって反論が異なっている。「調査官裁判」の定義として、「調査官の言いなりに裁判が行われている」ことと捉える見解は、「言いなり」の運営が行われていないとして、これを否定するが、最高裁判所において「調査官の言いなりに裁判が行われている」とは通常、想定しがたく、水掛け論の域を出ないものと思われる。

注目に値するのは、【調査官の影響力】に着目する北川見解である。「調査官裁判」という批判の根拠として【事前調査方式】および【調査官の意見表明】が考えられるとするが、前者については裁判官に報告後、つまり「事後」にも追加の調査がありうること、後者については当該意見を採りいれるかどうかの判断権は裁判官にあること、などを挙げて【調査官の影響力】に問題のないことを論証している。

31) 藤田・前掲注1)『最高裁回想録』67頁。

具体例として、読売新聞2001年12月8日付によれば、元最高裁判事の橋元四郎平は以下の経験を明かした。東京都武蔵野市がマンションを建設する事業主に対し指導要綱に基づき教育施設負担金の寄付を求めていたところ、事業主が一度納めた寄付金の返還を請求した事件において、「調査官が上告棄却の案を書いてきたが、これはおかしいと思って、『再検討してはどうか』と言った。二度ほど調査官に差し戻したが、それでも『棄却です』という。そこで棄却案の報告書を評議にかけた」。高裁判決は市の指導は違法なものではないとし、調査官の報告書も同意見だった。しかし、橋元は市が指導に従わない事業主に水道の給水を拒否するなどしていたことから、「寄付は行政指導の限度を超え、違法な公権力の行使ではないか」と考えた。評議では全員が破棄の意見で、審理は高裁に差し戻された。

32) 宮川・前掲注1)26頁。

【調査官の影響力】については、元最高裁調査官の渡部保夫が刑事事件について詳細に論じている。まず、技術的な法律解釈、たとえばこれは詐欺か窃盗か、刑の執行猶予の取消しをしていいか、といった問題については、調査官が学説・判例などを丹念に調べ、研究会にかけるなどして一定の結論を出すのであるから、それはかなりウエイトを持つのは当然であり、調査官制度は大きな役割を果たしていると評価している。次に、事実誤認や量刑不当の問題についても、調査官が記録を十分に読み込み、それを基に詳細な報告をするならば当然に影響力を持つはずであるとしている。他方、憲法解釈や重要な法律政策に関するもの、たとえば、公訴権濫用論を認めるかどうか、任意捜査の限界といった大きな問題になると、調査官が学説・判例を調べて報告しても裁判官が受け入れることもあるし、受け入れないこともあるうえ、調査官の貢献や努力に不十分な場合が少なからずあり、調査官の報告はそれほど大きな影響力を持たないのではないか、調査官制度は総体としてそれほど十分な機能を果たしているとは言えないように思われる、としている。³³⁾

最高裁判所裁判官の経験者は、【調査官報告書】について論じる者が目立つ。藤田見解は、大半の事件において調査官報告書通りの処理がなされていることを認めつつ、裁判官の判断によって変更されることは珍しくないと指摘する。ほかの4人の見解も同旨である。とりわけ、泉見解では、最高裁判所の事件数の多さに鑑みれば調査官報告書を待たずに裁判官だけで処理するべきとするのは「机上の空論」とまで述べている。また、深澤見解では、調査官報告書と同様に【判決原案の起案】についても裁判官の判断によって大幅に修正されることは珍しくないと指摘する。元最高裁裁判官の見解に共通するのは、調査官報告書あるいは判決原案の起案によって調査官の影響力があつたとしても、それにどこまで影響されるかについては、あくまで裁判官が責任をもって判断を下しており、実態として何ら問題がないという点であろう。

33) 渡部保夫「最高裁調査官の仕事の実情と制度の評価」法と民主主義 254 号 19、25-27 頁 (1991 年)。

3 調査官制度に対するその他の批判

元最高裁調査官の田中真次は、調査官制度に対する批判的意見として、下級審の裁判官の数が足りず裁判官の負担が過重になっている中、一人前のしかも優秀な裁判官を、裁判そのものではない事務に従事させるのはもったいない³⁴⁾、というものが考えられるが、これに対して、日本の最高裁判所の機構上、年間数千に及ぶ事件を処理するには裁判官 15 人だけでは不可能であり、調査官制度は必要欠くことのできないものだという反論がある。こうした状況下で 30 人の裁判官を調査官に充てることは裁判所全体の人員配置の上でそれほど不経済なことをしているとは言えないというのである。³⁵⁾

伊達秋雄は、調査官の仕事は判例や学説を一わたり検討するもので、その専門分野では第一線裁判所よりも徹底しているが、歴史的な研究や根本的な法理論的考察にまでは及ばない、と説明している。³⁶⁾

泉徳治は、調査官の業務や調査官室の組織上、調査官報告書は「どうしても先例主義、現状維持の傾向になりがち」であると指摘している。³⁷⁾

渡部保夫は、調査官の研究会において、従来の判例を根本から考え直すというような観点の議論はあまり出なかったと指摘している。³⁸⁾

三 最高裁調査官制度の変更可能性

1 調査官制度の存廃

前章では、主として最高裁調査官制度に対する「調査官裁判」という批判およびその根拠、さらにはこの批判に対する反論を概観した。しかしながら、最高裁調査官制度については、現実を果たしてきた役割の面などから肯定的に捉

34) 斎藤秀夫「最高裁判所」ジュリ 361 号 175 頁 (1967 年) では、立派な「裁判官」を調査官として単なる縁の下で力持ちにしておくことは妥当でない、としている。

35) 田中真次は、いかに優秀な裁判官であっても経歴上専門分野があり、法の全分野にわたって学説・判例に精通していることは事実上、不可能であるとしている。

36) 田中・前掲注 3) 103-104 頁。

37) 伊達秋雄「最高裁調査官 (1)」判時 267 号 2 頁 (1961 年)。

38) 泉徳治「識者インタビュー」山田隆司『最高裁の違憲判決』296 頁 (光文社、2012 年)。

39) 渡部・前掲注 33) 19 頁。

える見解も少なくない。

たとえば、三ヶ月章は、日本の最高裁判所は各界から選ばれる裁判官とキャリア裁判官層のみから選ばれる調査官との「見事といえる『協同』で運営されている」のであって、日本の現実が調査官制度とその運用を生みだしてきた面があり、それがすっかり根を下ろしている、と評価している。⁴⁰⁾

萩原金美は、戦後日本の最高裁判所の運営が最高裁調査官の助力なしには到底不可能であったことはおそらく何人も否定できない、と主張している。⁴¹⁾

元調査官の加藤和夫によれば、最高裁調査官の役割は、膨大な記録や文献資料を読みこなし、事件を法律的に分析して問題点を浮かび上がらせていくものである。この見解では、調査官について、担当した事件に関係する判例や学説を網羅し、将来の社会一般への影響まで考え抜いて報告書を作成し、これをもとに裁判官と議論する存在であると捉えている。⁴²⁾

最高裁判所の膨大な上告件数を考えると、15人の裁判官だけではさばききれず、調査官の補助に頼るのも仕方ない、もっといえば調査官の補助なしに処理できない、といった見解がある。⁴³⁾ 裁判官の任務が広汎かつ重大となった今日、時間と労力を著しく必要とする先例・学説・立法例などの調査を裁判官自ら行わなければならないことは、裁判官の活動の制約となるため、調査官の制度は極めて妥当であるという見解がある。⁴⁴⁾ 最高裁調査官を抜きにしては最高裁判決を語りえないほど、その制度は不動のものとして定着している、という指摘もある。⁴⁵⁾

40) 三ヶ月章「上告制度の目的」小室直人＝小山昇先生還暦記念『裁判と上訴〔上〕』260頁（有斐閣、1980年）。

41) 萩原・前掲注4）1頁。

42) 読売新聞 2001年12月8日付。

43) 朝日新聞裁判班編・前掲注1）157頁、坂上・前掲注21）4頁。

44) 菊井維大「新憲法関係法令の解説 裁判所法」国家学会雑誌62巻2号124頁（1948年）。

ここでは、調査官が裁判の実態に影響を及ぼす弊害は想像できないではないが、裁判官の力量と調査官の自制によって解決される問題であって、調査官制度を否定する根拠にはならないとしている。

45) 和田英夫『最高裁判所論』51頁（日本評論社、1971年）。53頁に「調査官裁判」についての中立的見解あり。

元最高裁裁判官の大野正男は、「最高裁の職責と実情を前提とする限り調査官制度は不可欠である」とし、「最終審として誤りのない判断を期するには、調査官制度の必要性は高い」と評価している⁴⁶⁾。大野は、調査官について、「事件による問題点を調査官同志の間で相談し合ったり、時には共同の研究会を持ったりして、検討している」と述べ、「これは、よりよい共通の意見を形成するためには大変有益であるし、強力でもある」と評価する。大野によれば、裁判官が処理すべき事件の量は膨大であるから、先例や学説の調査をする補助者はどうしても必要になるが、それに依存しすぎれば裁判官の主体性が失われる恐れがある。そして、上告事件の約 90 %前後について両者の意見はまったく一致するが、裁判官が調査官報告書の結論や論理に疑問を持ったときには多くの時間と努力が必要になる。具体的には、担当調査官を裁判官室に呼び、裁判官が疑問を持つ理由を説明するが、そこで疑問がすぐに氷解することはまずなく、一対一で討論することになる⁴⁷⁾。

また、元最高裁裁判官の環昌一は、「調査官は絶対必要」と主張している。調査官に何を書かせても何をやらせても、すべての責任は調査官を使う裁判官にあるから、調査官の裁判ということはない、というのである⁴⁸⁾。

元最高裁裁判官の園部逸夫は、40 歳代を中心とする現役の優秀な高裁・地裁の裁判官から転じた 30 数名の調査官は、かつての大審院の若手陪席判時とほぼ同年代であり、同等の経験と力量を有するのであって、最高裁判事と合わせれば数においても大審院に匹敵する陣容で機能を果たしている、と評価している⁴⁹⁾。また、園部は、最高裁調査官制度は、すでに日本独特の最上級裁判所の裁判補助システムとして定着しており、いわゆる中二階制度など最高裁判所の根本的な機構改革を前提とするのでない限り、調査官制度そのものの是非を論じるこ

46) 大野・前掲注 1) 58 頁。

47) 大野・前掲注 1) 56 頁以下。伊藤・前掲注 26) 12 頁では、裁判官が調査官と討議することが重要である、とする。

48) 環・前掲注 1) 89 頁。

49) 園部逸夫『最高裁判所十年』306 頁（有斐閣、2001 年）。

50) 詳細は最高裁判所事務総局編『裁判所百年史』212 頁（大蔵省印刷局、1990 年）、ジュリ 70 号 4 頁（1954 年）参照。

とはあまり実益がないとしている。^{51) 52)}

元最高裁裁判官の福田博は、現在のように、「3つの小法廷があって、裁判体として独立を保ちながら、お互いに異なった方向へいかにするようにする役割を調査官室が事実上している」と考えている。すべての事件を単体（大法廷）で扱うアメリカのような制度ではない限り、「調査官室は有用」とする。「小法廷が変な意見になると、こういう意見もあるんじゃないですか、というような形でフィードバックがあると、確かにそういう議論もあるなと思う。そうすると、その点についてはどうなっているのか、というふうに調べて、資料を出してく⁵³⁾れる。こちらの方がいいか、なんていうのがお互い行われる」というのである。

2 共同調査官の増員

元最高裁裁判官の泉徳治は、調査官室の大幅増員が是非とも必要であると考えている。最高裁判所には年間 6000 件程度の訴訟事件が提起され、新受事件数が増加傾向にある一方、今以上に迅速な裁判を求められ、調査官は極めて多忙となる中で、最高裁判所が「一般法令違反審査機能」を強化し、冤罪防止といった「個別具体的救済機能」を充実させるために、共同調査官を増やすことが必要であるとしているのである。⁵⁴⁾

元最高裁裁判官の橋元四郎平は、最高裁の機能充実化の方策の一つとして「調査官を増やすべき」との見解を表明している。⁵⁵⁾ただし、裁判官から調査官を採ると、下級審の裁判官が減って、1 審・2 審の弱体化につながるから、弁護士あるいは研究者から採るべきとする。

元最高裁裁判官の深澤武久も、調査官を増員するべきであり、若手の弁護士や学者を登用することには難しい問題はあるが検討に値するのではないか、と

51) 園部・前掲注 1) 38 頁。

52) 最高裁の機構改革がなされ、判事が 30 人以上に増員された場合、調査官の制度は廃止するべきという見解がある。岩田宙造「最高裁判所の機構改革について」ジュリ 70 号 3 頁（1954 年）。同旨の見解として、斎藤・前掲注 34) 175 頁。

53) 福田博著、山田隆司・嘉多山宗編『「一票の格差」違憲判断の真意』180-181 頁（ミネルヴァ書房、2016 年）。

54) 泉・前掲注 1) 『私の最高裁判所論』136 頁。

55) 座談会「最高裁判所の機能の充実」ジュリ 1053 号 37 頁〔橋元四郎平発言〕（1994 年）。

主張している。⁵⁶⁾

学説でも、見平典は、裁判官を補佐する調査官が裁判官一人一人についておらず、その人数も十分とは言えないとの認識を示している。⁵⁷⁾

3 専属調査官の新設

現在の調査官は、特定の裁判官に付いているのではなく、いわば調査官全体が全体の裁判官に付く「共同調査官」の形をとっているが、各調査官が各裁判官に付く「専属調査官」を新設したらどうかという提案がある。⁵⁸⁾これには、現在の共同調査官制度を廃止して専属調査官制度を新設する考え方と、現在の共同調査官制度は存続したまま新たに専属調査官制度を加える考え方がありうるが、大半の論者は後説をとっている。たとえば、以下の元最高裁判所裁判官3人の見解である。

泉徳治は、裁判官の個別意見が表明され、ぶつかり合うことによって合議が深まり、裁判の質を高めるという立場から、裁判官は個室で一人執務し、専属スタッフとしては書記官出身の秘書官および事務官の2人が配置されているだけという現在の裁判官の執務環境を分析し、法律問題の議論をする相手となり、文献調査などを補佐する専属調査官を配置することを提案している。⁵⁹⁾各裁判官に配置されているアメリカ連邦最高裁判所のロー・クラーク、⁶⁰⁾韓国大法院（最高裁判所）の専属裁判研究官を参照しつつ、日本の最高裁判所においても、現在の調査官室増強とは別に、各裁判官専属の調査官を配置することが望まれる、⁶¹⁾としている。これは、最高裁判所の機構改革のなかでも比較的、実現可能性が

56) 深澤・前掲注1) 8頁。

57) 朝日新聞 2016年12月2日付。

58) 渡部・前掲注33) 20頁では、最高裁の初期には起案した裁判官名を判決文に表示したものがあつた、こうしたやり方が続いていたとすれば、アメリカのロー・クラークなどのように各裁判官は個人的な法律秘書、自己の精神的な片腕のような形で優秀な調査官を持つことを希望するようになったと思われるとしている。

59) 泉・前掲注1) 『私の最高裁判所論』136-138頁。

60) 藤井一雄「アメリカのロー・クラークについて」判タ166号97頁以下(1964年)参照。

61) 泉・前掲注1) 『私の最高裁判所論』137-138頁。専属調査官は新任弁護士で十分であり、任期付き職員として2〜3年間調査官をつとめた後、弁護士に復帰する形がよいと

あり、とりあえず取り組むべきことであると提言している。そして、この専属調査官には、裁判所のキャリアシステムの系列に入らない任期付きの公務員を充てるべきであり、最高裁判所裁判官の日常的な法律の議論の相手をするだけだから、弁護士になったばかりの若手でよい、としている。⁶²⁾

橋元四郎平は、現在は事件ごとに調査官が付くやり方採っているが、アメリカのように裁判官ごとに付ける制度を併用してもいいという。裁判官はいつも息の合った調査官とやり取りできるから、重大な判決理由の起案、とくに個別意見の起案などには役に立つのではないかと主張している。⁶³⁾

福田博は、調査官制度について、「小法廷がいくつかあって大法廷があるという二重構造のもとでは、今のような制度は仕方がない」とする。ただ、「個別の裁判官の意見を加味してその人の意見を代弁して書いてくれるような人はもうちょっといてもいいのではないかと」する。具体例として、調査官は事件に対してつくだけで、人（裁判官）に対してはつかないことから、「全体の中でそのほかに裁判官に一人ずつ係をつける」ことを挙げる。⁶⁴⁾

このほか、学説からさまざまな見解が示されている。たとえば、小田中聡樹は、特定の裁判官に直属する調査官制度が非直属の現行制度と併用されているのではないかと提案している。⁶⁵⁾

デイヴィッド・S・ローは、司法官僚制の支配を断ち切り、違憲立法審査が積極的に行使されるようになるためには、必ずしも職業裁判官ではない最高裁調査官を最高裁判所裁判官個々に割り当てるなどが考えられる、としている。⁶⁶⁾

している。

62) 泉・前掲注1)『一步前へ出る司法』326-328頁。泉は、法律の議論に加え、図書館で本を借りてくる、資料を集めてくるという存在が最高裁裁判官の側にいるだけで随分違う、と主張している。この専属調査官については、泉の在官時代には濱田邦夫裁判官が盛んに発言していたが、当時はあまり必要を感じなかったものの、退官してから振り返ると、必要であると考えようになった、としている。

63) 橋元・前掲注55) 37頁。

64) 福田博著、山田隆司・嘉多山宗編・前掲注53) 187頁。ただし、大法廷のあり方、裁判官の人数などと密接に絡むため、将来、検討するかもしれないとする。

65) 小田中・前掲注1) 181頁。

66) デイヴィッド・S・ロー〔西川伸一訳〕『日本の最高裁を解剖する』87頁（現代人文社、2013年）。

阿部泰隆は、アメリカやドイツにおいて調査官は裁判官ごとに付いており、日本でも調査官が事件ごとにつくのか裁判官ごとに付くのかは実定法に根拠がないのであるから、裁判官ごとに調査官を付けるべきであるとする。⁶⁷⁾適任者を個々の裁判官が自分で選任することは現実には不可能に近いという反論⁶⁸⁾もあるが、だからといって、いわゆる調査官判決が正当化できるわけではなく、調査官の数を増やし、裁判官 1 人に調査官を 5 人くらい付けて、裁判官同士で活発な議論をしなければならないことにすべきだと主張するのである。

萩原金美は、最高裁判所裁判官に専属調査官（「第二の調査官」と呼ぶ）⁶⁹⁾を付けることを提案している。個人・団体の利益・価値観が多様化し、錯綜する現代にあつて、最高裁判所には、法令の解釈適用を図ることに加えて、新たな法・権利の形成をめぐる論議を個々の裁判官の優れた少数意見によって示すという重要な任務があるという認識に立ったうえで、現在の調査官は少数意見形成のための裁判官の補助機構としては必ずしも適切とはいえないとする。なぜなら、ベテランのキャリア裁判官である調査官は、判例の主流あるいは通説的学説の枠内で事案の適切妥当な法的解釈を図るという能力には傑出しているだろうが、その種の解決が困難な場合にまったく異なる視点から問題を考えるというアプローチに優れているとは限らない、というのである。そこで、社会の変動に適合した優れた意見を各裁判官がみられるアメリカ連邦最高裁判所においてロー・クラークが一定の役割を果たしているようにみえることに鑑み、日本の最高裁判所にあつても、現在の調査官制度に加えて、各裁判官の少数意見の形成のための補助機構として若い世代の補助者をいわば「第二の調査官」とすることを提案している。具体的には、司法修習終了後、数年ほどの実務法曹（裁判官、弁護士など）や法学部の助教授（現・准教授）クラスを候補とし、「副調査官」あるいは「調査官補」といった肩書を想定している。

元最高裁判官の濱田邦夫は、調査官室などにキャリア裁判官以外の人材を入れ、事案処理などに外部の視点を導入することを提案する。⁷⁰⁾濱田は任官当初、

67) 阿部・前掲注 1) 281 頁。

68) 滝井・前掲注 1) 『最高裁判所は変わったか』 32 頁。

69) 萩原金美「最高裁判官に第二の調査官（裁判官専属の調査官）を」判タ 854 号 4 - 5 頁（1994 年）。

調査官室に弁護士出身者を入れ、異なった分野の出身者の協議による法廷意見の形成を、調査官の報告書段階でも試みるべきであると最高裁判所内部で主張したが、弁護士は裁判の訴訟指揮その他手続を主宰した経験がないから調査官に就いた場合、下級審の判決や審理の手続法上の問題点を十分分析することができないことが分かり、正式な調査官としてではなくても、「調査官室付きの補助職員」として、若手弁護士や助教授（現・准教授）クラスの法律学者を採用することに見解を改めた。

このほか、阿部泰隆は、学界から学術調査官を入れるのが適切であると主張している。⁷¹⁾

以上、専属調査官の新設に積極的な見解があるのに対して、消極説もある。

元最高裁判官の宮川光治は、「個人的な補助者は必要ない」とする。宮川自身、アメリカ連邦最高裁判所のロー・クラークのような個人的な補助者を欲しいと思ったことはないという。最高裁判所裁判官の個人的な補助者として意味があるのは十数年程度のキャリアを有する優秀な実務家あるいは同程度のキャリアがある学者であろうが、調査官報告書の基礎情報を踏まえて考えるという作業にとって、そうした人たちがいたらよいとは思わない、とする。⁷²⁾

田中真次は、専属調査官の考え方を紹介した後、裁判官には裁判官出身者のように裁判所内部の事情や事務処理の実情に通じていて世話の焼く必要のない人と、世話の焼ける人とがおり、後者には調査官の誰もが付きたがらないであろうし、こうしたことから様々な問題が起きると考えられるため、専属調査官の導入に消極的な見解を示している。⁷³⁾ また田中真次は、調査官制度の理想的な

70) 濱田邦夫「これからの最高裁判所の在り方について（前編）」NIBEN Frontier 2007年10月号31頁。

71) 阿部・前掲注1) 281頁。

これに対し、園部逸夫は、研究者などは記録を読んで判決を書くというような職業裁判官の訓練を経っていないため、現在の制度の下では調査官をつとめることは困難であるとしている。御厨貴編『園部逸夫オール・ヒストリー』149頁〔園部発言〕（法律文化社、2013年）。

72) 宮川・前掲注1) 26頁。ただし、韓国の憲法裁判所のように、調査官室に学者を加えることはあってもよいとしている。

73) 田中・前掲注3) 104頁。

あり方として、調査官をもっと専門家をもって構成し、単に民事・刑事・行政という区別ではなく、大学の学科のように民法・商法・民訴・刑法・刑訴・外国法・租税法・労働法・経済法といった「専門調査官」を置くことをかつて検討し、その給源についても裁判官のみならず大学の研究室出身者、官庁や銀行、会社の法律実務経験者などを加えて、問題点を幅広く調査することを考えたが、現在のように事件数が多くては、こうしたことは到底のぞめず、現状維持がよいとした。⁷⁴⁾

4 その他の提案

萩原金美は、調査官報告書が私文書扱いになっており、訴訟関係人ですら、それにアクセスできないことが、調査官と裁判官のいわば「力学的関係」についてあらずもがなの疑惑を招く要因になっているという観点から、このような事態の早急な改革を求め、調査官報告書を公文書化して訴訟記録中に編綴することによって訴訟関係人が利用・批判できるようにすること、最高裁判決の理由中において調査官報告書の内容の引用を認めること、などを提案した。⁷⁵⁾

また、阿部泰隆は、調査官制度を現在のまま維持する場合、調査官報告書は極めて重要であるから、有名事件に限らず公開するべき、と主張する。これは重い負担になるであろうが、当事者が丁寧に上告受理・上告理由書を提出している⁷⁶⁾のであるから、まじめに答える職責があるはずだとしている。

四 最高裁調査官制度の改革案

以上、さまざまな見解を踏まえ、最高裁調査官制度についての私見を述べていくことにする。

本稿で見てきたように、「調査官裁判」「調査官判決」という批判は根強いものがあるが、最高裁調査官制度の内容を詳細にみれば、批判に対する反論に妥

74) 田中・前掲注3) 104 頁。

75) 萩原・前掲注4) 33 頁以下。

76) 阿部・前掲注1) 281 頁。

当なものがあると思われる。

最も強い批判の1つとして、調査官報告書にその事件についての調査官の判断あるいは意見が記載されていて、裁判官に一定の影響を与えるというものがある【調査官の意見表明】【調査官の影響力】。たしかに、調査官報告書は調査官が精力を傾けて作成するものであり、そこに表明されている調査官の判断・意見についても一定程度、説得力を有するものである可能性が大きく、最高裁判所裁判官に対して調査官の影響力がないと言うことはできない。しかしながら、たとえ調査官の意見が表明されていたとしても、その意見について全部あるいは一部を採り入れるかどうかは、裁判官がその責任で判断するべきものである。一般的に考えても、たとえば国会における大臣の答弁や企業における社長のコメントなどを想起すれば、これらは部下の草案をもとに全部あるいは一部を書きかえて本人の責任で判断した内容を表明するものであって、社会通念上、妥当なものと受けとめられており、こうしたものと同様に是認することができよう。こうした裁判官が最終的に判断の責任を取ればよいという考え方は、事件のポイント、事件に関する判断を調査官の報告書によって裁判官が知る仕組みに問題があるという批判【調査官報告書】、具体的な事件についての判決の原案を起案することは調査権限の範囲を逸脱しているという批判【判決原案の起案】についても反論として援用することができよう。

また、強い批判として、最高裁判所裁判官の審議に常時出席するのは裁判官の職権の独立を侵す疑いがあるというものもある【審議に出席】。しかしながら、審議において調査官は裁判官から求められない限り発言することはなく、何らかの理由によって裁判官が調査官を退出させることもできないわけではないから、裁判官の職権の独立は保たれていると言え、この批判は妥当ではない。

このほか、最高裁調査官がエリート・コースに乗っていることが問題であるとする批判【エリート・コース】もあるが、調査官は司法部の頂点にあたる最高裁判所の判断に関与しうるのであるから優れた資質・能力を求められるのは当然であり、結果としてその後のキャリアでエリート・コースに乗ることだけをもって問題視することはできないものと思われる。

そもそも、調査官制度は、裁判官の命を受けて事件の審理および裁判に関し必要な調査を掌るものとして、第二次世界大戦後の1947年に制定された裁判

所法によって最高裁判所などに初めて設けられた。明治憲法から日本国憲法への移行にともなって、大審院という上告裁判所（50 人近い大審院判事がいた）が廃止され、新しく創設された最高裁判所が、大審院の扱っていた一般の上告事件を引き継ぐとともに、新たに行政事件や憲法事件の上告事件をも扱うことになり、最高裁判所裁判官は膨大な数の上告受理申立事件の処理に忙殺される状況になった。最高裁判所には、広範かつ重要な権限を与えられている反面、これを構成する裁判官の数が法律上制限されているため、その負担を調整するための補助的職員の設置の必要が大きかったことから、最高裁判所の裁判官の「補佐」⁷⁷⁾として調査官が置かれたのである。

ただし、最高裁調査官制度は、時代によって若干の変遷がある。まず、初期の時代（第 1 期と呼ぶことにする）は、自分が納得するまで報告書を出さず、自分が納得したら報告書を出す、上告に理由がないと思えば報告書も理由なしと 1 行で済ませ、判決内容が自分の報告書と違えば、この判決は間違っていると平気で判例解説に書く、といったような一騎当千のベテランが調査官になっていた。他方、裁判官の方も、判決を下すのは裁判官であって調査官の影響を受けるようなことがあってはならないという考えから、調査官を審議室に入れず、合議の結果を後で調査官に連絡するという方式を採っていた。そうした状況の下、戦後の世相も反映して刑事事件がどつと押し寄せてきて裁判が渋滞し、最高裁判所の機構改革問題⁷⁸⁾が起きた。調査官を増員し、若手に切り替えて事件の増加に対処し、社会が落ち着いて刑事事件自体も減少してきたため、機構改革問題も次第に終息した。⁷⁹⁾

その後、1968 年末に調査官室を束ねる「最高裁判所首席調査官」という職が設けられ、1989 年までの約 20 年間に調査官室の第 2 期と呼ぶことができる。大法廷の審議に首席調査官、小法廷の審議には担当調査官が列席するようになったほか、民事・行政・刑事の上席調査官が置かれ、調査官室の組織化が進んだとされる。1990 年以降（第 3 期と呼ぶ）、調査官報告書が上席調査官、首席調査

77) 佐藤幸治『日本国憲法論』625 頁（成文堂、2011 年）、最高裁判所事務総局編『裁判所百年史』209-210 頁（大蔵省印刷局、1990 年）。

78) 岩田・前掲注 52) 3 頁など参照。

79) 泉・前掲注 1)『一步前へ出る司法』310 頁。

官を経由して裁判官室に配布するようになったとされ、民事・行政・刑事ごとに全員の調査官が集まって新しい法律問題などについて討議する調査官研究会の開催も増えてきているとされる。⁸⁰⁾

こうした変遷を経て、現在の最高裁調査官の制度が確立してきたのである。最高裁判所における数千件の処理事件数、15人の裁判官を前提とし、「中二階案」などの機構改革をしないとすれば、現在の調査官制度は存置せざるをえないと思われる。最高裁調査官制度の意義を考えると、膨大な事件数を一定の期間内に処理するためには、事件の重要度によって軽重をつけざるをえず、その判断の素材を裁判官に提供する調査官の存在は必須であると言える。事件を絞る必要性については、論点もない事件を評議に持ち込むと討議すべき事件の審理時間を削ることになり不合理であるからだと説明されている。⁸¹⁾

このように現在の調査官制度は一定の意義があると考えられることから、制度自体はそのまま存置したうえで、変更可能性を検討する。

まず、最高裁調査官制度を変更することができるかどうかについて、関連する法令などをみると、最高裁調査官制度は、裁判所法第57条において定められている。⁸²⁾同条第1項は、「最高裁判所、各高等裁判所及び各地方裁判所に裁判所調査官を置く」と定め、同条第2項は、「裁判所調査官は、裁判官の命を受けて、事件（地方裁判所においては、知的財産又は租税に関する事件に限る。）の審理及び裁判に関して必要な調査その他他の法律において定める事務をつかさどる」と規定している（現在の条文）。⁸³⁾また、裁判所法附則第3項は、「最高裁判所は、当分の間、特に必要があるときは、……裁判官をもつて裁判所調査官に……充

80) 泉・前掲注1)『一步前へ出る司法』311-313頁。

81) 読売新聞 2001年12月8日付によれば、元上席調査官の富越和厚は、こう説明する。

82) 最高裁調査官制度の概要については、最高裁判所事務総局総務局編『裁判所法逐条解説（中巻）』245頁以下（法曹会、1969年）。最近の文献として、市川正人「最高裁判所の現状と体制」市川正人ほか編著『日本の最高裁判所』206頁（日本評論社、2015年）。

83) この裁判所法第57条の規定のように、裁判所調査官は最高裁判所だけでなく高等裁判所などにも置かれるとされているが、本稿では「最高裁判所の調査官」のみを検討対象とする。

滝井・前掲注1)『日本の最高裁判所』235頁によれば、最高裁調査官は下級審裁判所調査官と同じく裁判所調査官といっても「質的に異なる役割を期待されている」。

ることができる」と定め、裁判所調査官に裁判官を充当することができる（現在の条文）。このように、裁判所法第 57 条および裁判所法附則第 3 項という根拠法令があるほかに、最高裁調査官の職務内容や執務方法を細かく規定した法令はない。それゆえ、外部からみれば、最高裁調査官の職務のルール⁸⁴⁾はどうなっているのか、などについては必ずしも明らかでないとされてきた。反対に、最高裁調査官の職務内容や執務方法については、最高裁の内部の定めを修正すれば、変更が可能であると解される。まさに、最高裁調査官制度を規律する法令はほとんどなく、最高裁判所裁判官会議は調査官制度をどのようにでも構成することができるのである⁸⁵⁾。そこで、共同調査官の増員、専属調査官の新設について考察を深めていくことにする。

この点、韓国における大法院（最高裁判所）の裁判研究官を瞥見したあと、憲法裁判所の憲法研究官について参照し、詳しく検討したい。

まず、韓国大法院をみると、本稿第三章 3 節の泉徳治提案にあるように、大法院には裁判研究官が配属されている。韓国憲法第 102 条 3 項において、「大法院及び各級法院の組織は、法律で定める」としているのを受け、法院組織法第 24 条は、第 1 項で「大法院に、裁判研究官を置く」とし、第 2 項で「裁判研究官は、大法院長の命を受けて、大法院における事件の審理及び裁判に関する調査及び研究業務を担当する」と定める⁸⁶⁾。裁判研究官は、1 人の大法官（最高裁判所裁判官。院長を含み 13 人）に対して専属的に割り当てられる「専属研究官」と、必要に応じていずれの大法官にも助力する「共同研究官」の 2 つに分類される。その具体的な配属状況は、2007 年 6 月時点では、36 人の専属研究官が、1 人の大法官に対して 2、3 人の割合で配置され、39 人の共同研究官が必要に備えて待機している⁸⁷⁾。

84) 田中・前掲注 3) 103 頁。

85) 田中・前掲注 3) 104 頁。

86) 泉・前掲注 1) 『私の最高裁判所論』137-138 頁。

87) 法院組織法第 24 条の邦訳は、金炳学「韓国改正法院組織法邦語試訳」福島大学・行政社会論集 27 巻 2 号 67 頁（2014 年）による。同条第 3 項は「裁判研究官は、判事から補し、又は三年の期間以内の範囲を定めて、判事ではない者を任命することができる」としている。本項改正 2005 年 12 月 14 日。全文改正 1994 年 7 月 27 日。

88) 吉垣実「韓国の司法制度について」大阪経大論集 59 巻 4 号 70 頁（2008 年）。専属研究

つぎに、韓国の憲法裁判所をみていく。これは、1987 年の第 9 次憲法改正によって導入された制度であり、同裁判所の積極的な活動が海外からも注目されている。⁸⁹⁾

韓国の憲法裁判所法第 19 条は、第 1 項において、「憲法裁判所に憲法裁判所規則で定める数の憲法研究官を置く」とし、第 2 項で「憲法研究官は、特定職国家公務員とする」と定め、第 3 項で「憲法研究官は、憲法裁判所長の命を受け、事件の審理及び審判に関する調査及び研究に従事する」と規定している。同条第 4 項では、「憲法研究官」は、①判事、検事、弁護士の資格を有する者、②公認された大学の法律学の助教授以上の職にあった者、③国会、政府または法院などの国家機関で 4 級以上の公務員として 5 年以上法律に関する事務に従事した者、④法律学に関する博士の学位所持者であって、国会、政府、法院または憲法裁判所等の国家機関で 5 年以上法律に関する事務に従事した者、⑤法律学に関する博士の学位所持者であって、憲法裁判所規則が定める大学等公認された研究機関で 5 年以上法律に関する事務に従事した者、——の中から、憲法裁判所長が裁判官会議の議決を経て任用する、と定められている。その任期は 10 年であり、何度でも再任することができるが、定年は 60 歳である（憲法裁判所法第 19 条第 7 項）。

1991 年 12 月の憲法裁判所法改正によって、「憲法研究官補」の制度が導入された。現在の規定では、憲法研究官の新規採用にあたっては、原則として 3 年間、憲法研究官補として任用したのちに採用することになっている（憲法裁判所法第 19 条の 2 第 1 項）。⁹⁰⁾

さらに、2007 年 12 月の憲法裁判所法改正によって、「憲法研究委員」の制度

官および共同研究官を管理・監督するのは 2 人の首席研究官である。なお、裁判研究官の多くは判事出身者によって占められているが、2008 年 6 月現在で、判事以外の研究官は 7 人。

89) 國分典子「韓国憲法裁判所の組織機構と憲法研究官の役割」北大法学論集 66 巻 2 号 107 頁（2015 年）＝以下、「國分・前掲注 89」として引用（参照）する。韓国憲法裁判所については、國分典子「韓国憲法裁判所の組織と権限」今泉慎也編『アジアの司法化と裁判官の役割』調査研究報告書 7 頁以下（アジア経済研究所、2012 年）。また、韓国憲法裁判所（翻訳者代表・徐元宇）『韓国憲法裁判所 10 年史』（信山社、2000 年）参照。

90) 國分・前掲注 89) 103 頁。

が導入された。これは、3年以内の期間を定めた時間制専門契約職であり、事件の審理および審判に関する専門的な調査・研究に従事する。中堅として活躍する3人の公法学の教授が選任されており、共同部に1人ずつ配属される。研究報告書を作成することはないが、専門的な争点事項についての報告書の作成や、討論に参加して助言することを業務とする。毎週、共同部ごとに開催される研究報告討論⁹¹⁾に参席し、助言を行う。週2回の勤務を義務づけられている。

このほか、専門契約職として、公法分野の博士号所持者などを「憲法研究員」として採用することができることになっている。これは、ネイティブ水準の翻訳能力が求められ、主要国の語圏別に翻訳試験で選抜される。事件の審理・審判に関する調査を行う。大体、外国の公法学博士号取得者または外国の弁護士資格取得者で構成され、事件に関する外国の立法例、判例、学説の調査などの研究補助業務を行っている。契約は1年ごとに更新される⁹²⁾。

韓国憲法裁判所における憲法研究官などの人数と構成をみると、2015年3月1日現在で、憲法研究官が44人、憲法研究官補が7人、憲法研究員が7人、憲法研究委員3人などとなっている。憲法裁判所の所長を除く8人の裁判官には、専属部として、それぞれ3人の憲法研究官が配属されている（ただし、このうち3人の裁判官は研究官2人、研究官補1人となっている）。共同部には、自由権部の1部、財産権部の2部、社会権部の3部の3つの部に、それぞれ部長研究官がおり、1部は研究官7人、研究官補1人、研究員1人の計10人（部長研究官を含む。以下同じ）、2部は研究官6人、研究官補1人、研究員2人の計10人、3部は研究官5人、研究官補2人、研究員1人の計9人となっている。これに首席（主席）部長研究官、先任部長研究官がいる⁹³⁾。

91) 國分・前掲注89) 102-103頁。

92) 國分・前掲注89) 102頁。2013年時点では、憲法研究員は5人で、内訳は米国弁護士2人、米国博士号取得者1人、ドイツ博士号取得者1人、日本博士号取得者1人だった。

93) 國分・前掲注89) 100頁。2013年10月の調査時は、憲法研究官が52人で、ほかに他の国家機関から派遣されている研究官（國分は「派遣研究官」と呼ぶ）が20人（判事16人、検事4人）いた。

泉・前掲注1) 『一步前へ出る司法』330頁によれば、韓国憲法裁判所の9人の裁判官には、それぞれ3人の専属憲法研究官が配置されているほか、共同部にも35人の憲法研究官などが配置されており、外部に派遣中や留学中の人などを入れると憲法研究官65人、

上述の憲法裁判所の機関のなかでは、憲法研究官が日本の調査官に類似した役割を果たすとされる。⁹⁴⁾ 憲法研究官の採用方法を詳しくみると、人事委員会の審議を経たのち、裁判官会議の議決を経て、憲法裁判所長が任命することになっている（憲法裁判所法第19条第4項、憲法研究官人事規則第11条）。任用対象者には、法律の知識、法的思考能力、公正性、清廉性、専門性、コミュニケーション能力、品性、適性、公益性などを考慮し、憲法研究官の需給状況に従って任用の可否を決定すると憲法研究官人事規則で定められており、憲法裁判所長は任用対象者に対して書類審査、筆記試験、面接試験、またはそれ以外の適当な方法によって憲法研究官としての適格性を審査することができるが、通常、筆記試験はなく、書類審査と面接試験を行っている。⁹⁵⁾

つぎに、憲法研究官の業務体制を詳しくみると、憲法研究官の主たる業務は、事件についての報告書の作成であり、これを担当する専属部および共同部を合わせて研究部と呼び、研究部全体を首席部長研究官が総括する。⁹⁶⁾

研究部のうち、専属部に所属する研究官（以下「専属研究官」と呼ぶ）は、それぞれの裁判官に配属され、各裁判官の下で事件の審査を担当する。専属研究官は、事件の事前審査が主たる業務であり、個別の事件の適法性について研究報告書（事件審査報告書）を作成して主審裁判官に報告するほか、比較的平易な事件の報告書を作成する。これに対して、共同部は、先例のない事件、複雑な事件、慎重な審査を要する事件を担当することになっている。全員裁判部で議論される事件は、原則として共同部に所属する研究官（以下「共同研究官」と呼ぶ）に割り当てられる。部長研究官は、自部に所属する研究官に事件を配当し、担当研究官を決める。共同研究官は、報告書の原案を作成し、自部に開陳して討議を行う。すなわち、共同部での討議、首席研究官への報告を経て、研究報告書を作成し、主審裁判官に報告する。⁹⁷⁾ 重要事件について、憲法研究官

憲法研究官補7人、憲法研究員4人、憲法研究委員4人、総勢80人にも及ぶ。このほか、憲法研究院の研究員33人が別にいる。

94) 國分・前掲注89) 101頁。

95) 國分・前掲注89) 101頁。

96) 國分・前掲注89) 99-101頁。

97) 國分・前掲注89) 98-99頁。韓国憲法裁判所・前掲注89) 94頁も参照。

は、合憲の立場からの報告書および違憲の立場からの報告書の2通を提出するとされる。⁹⁸⁾

判決の形成に対する憲法研究官の役割としては、まず前述のとおり、研究報告書を作成することがある。また、決定文（判決文）の原案の作成を裁判官から指示されることもあり、この場合、首席部長研究官または先任部長研究官の検討を経て主審裁判官に報告する。個別意見については、各裁判官は自分の意見に近いと考えられる共同研究官あるいは自分の専属研究官に意見の原案を書かせることが多いとされている。⁹⁹⁾

以上の韓国憲法裁判所の憲法研究官制度は、当初、韓国大法院の裁判研究官制度を主たるモデルとし、外国の制度を参照しつつ作られたと言われている。ただし、大法院の裁判研究官は、専門職研究官もいるものの、主として10年以上の経歴を持つ法官（裁判官）であり、キャリアアップの一環として数年間、大法院で勤務するという日本の最高裁判所調査官制度と類似した形式を採っているのに対して、憲法研究官はその多くが専門職の研究官であるという点に特徴がある。また、憲法裁判所の裁判官は、任期6年で、これまではほぼ再任なしの慣行があるうえ、裁判官に就くには弁護士資格が要件とされていて現在までのところ全員が法曹出身であることから、裁判官たちは優秀な法曹であっても憲法訴訟に関連する知識・経験が必ずしも豊かなわけではないという問題があると指摘されてきた。そうしたなかで、任期10年を過ぎても再任される慣行となっている憲法研究官が憲法裁判所において果たす実質的な機能が大きくなってきているという指摘がある。¹⁰⁰⁾

翻って、日本の最高裁判所においても、裁判官たちの憲法訴訟に関連する知識・経験が必ずしも豊かなわけではないという問題があると指摘されてきた。¹⁰¹⁾ここに、韓国の憲法裁判所の憲法研究官制度に着目する意義があるように思われる。現在の日本の調査官制度に欠陥があるとまで言うわけではないが、最高

98) 泉・前掲注1)『一步前へ出る司法』330頁。

99) 國分・前掲注89) 97-98頁。

100) 國分・前掲注89) 94頁。

101) 山田隆司『最高裁の違憲判決——「伝家の宝刀」をなぜ抜かないのか』(光文社、2012年)など参照。

裁判所における憲法訴訟を、これまでよりも活性化させる可能性を大きくするため、調査官制度を再検討する必要がある。

現在の調査官制度は、調査官が特定の裁判官に専属するのではなく、調査官全体が裁判官全体に付くという共同調査官の形をとっているが、この共同調査官の制度を存置したうえで、新たに専属調査官を制度化するべきであると考ええる。韓国の憲法裁判所のように、「共同」に「専属」を加えて、裁判官を補佐する体制を充実させることによって、最高裁判所裁判官の個別意見が多様化することを期待できる。最高裁判所の多数意見のみならず個別意見の表明に当たって、より幅広い視野から問題点について考察するためには、「独りぼっちの最高裁判官」であってはならないはずである。予算措置を伴うことから容易ではないと思われるが、たとえ1人の裁判官に1人であっても裁判官個人に専属する調査官を付けるべきである。

専属調査官の採用にあたっては、調査官として採用するのは下級審のキャリア裁判官だけであり、調査範囲がキャリア裁判官からみて必要な範囲に限定されるという批判【下級審裁判官のみ採用】を踏まえ、一般社会という外部の視点を積極的に採り入れる観点から、調査官はキャリア裁判官出身者ではなく、司法修習終了直後の若手弁護士あるいは助教・講師といった法学専攻の若手大学教員から採用することを提案したい。採用後は、年齢や経験の観点から、裁判官歴概ね10年以上の調査官と同様に扱うことはできず、たとえば「調査官補」などの職名とすることが考えられる。その際、韓国憲法裁判所の憲法研究官の資格要件のうち、②公認された大学の法律学の助教授以上の職にあった者、あるいは、⑤法律学に関する博士の学位所持者であって、憲法裁判所規則が定める大学等公認された研究機関で5年以上法律に関する事務に従事した者、という2項目のほか、事件に関する外国の立法例、判例、学説の調査などの研究補助業務を行う憲法研究員として、外国の公法学博士号取得者または外国の弁護士資格取得者から就くことが多いことに鑑み、こうした観点をも斟酌すべきであろう。

専属調査官の具体的採用方法では、最高裁判所内部の人事委員会の審議を経たのち、裁判官会議の議決を経て、最高裁判所長官が任命することが考えられる。任用対象者には、法律の知識、法的思考力、公正性、清廉性、専門性、コ

コミュニケーション能力、品性、適性、公益性などを考慮し、専属調査官としての適格性を書類審査、面接試験によって審査する。最高裁判所事務総局が試験を行うものの、裁判官の意向を最大限に尊重し、事務総局が作成した任用候補者リストの中から裁判官が選考してもよいものとするとしたらどうであろうか。

以上のような提案が実り、最高裁調査官の制度が改革されれば、さまざまな効果が生まれるに違いない。とりわけ、本稿においては、前述したように、憲法裁判の活性化に着目したい。これは、憲法裁判所および終審裁判所の機能を持つ最高裁判所が発足して以来、70年ほど経つにもかかわらず、法令違憲の判断がわずか10件（違憲裁判としては20件）にとどまっていることから、憲法裁判所としての機能を十分に果たしていないという批判にもとづくものである。¹⁰²⁾ 共同調査官に加えて、裁判官の専属調査官として若手の法律家たちが最高裁判所に入ることによって、最高裁裁判官と調査官とが活発な議論をするを期待できる。もちろん一概には言えないが、あまり憲法問題を扱ったことがないと指摘されるキャリア裁判官出身者だけで最高裁調査官を占めるのではなく、憲法問題にも強い関心を抱く在野の法律実務家・研究者が最高裁裁判官の専属調査官に就くことによって、憲法問題を争点とする議論が発展する可能性があると言いうるのである。

五 おわりに

これまで見てきたように、最高裁調査官制度の意義については、最高裁の部内者を中心として肯定的な見解が目立ち、実務上も完全に定着していると言いうる。本稿においては、否定的な見解およびそれに対する反論について検討したうえで、ドラスティックに制度の廃止を言うのではなく、漸進的に制度を変更することを考察してきた。その結果、主な提案として、①現在の共同調査官の制度を存置したうえで、新たに専属調査官（1人の裁判官に1人であっても裁判官個人に専属する調査官）を制度化するべきである、②専属調査官は、キャ

102) 泉・前掲注1)『一步前へ出る司法』325-326頁では、終審裁判所としての機能も十分に果たしているとは言えないとしている。山田・前掲注101) 参照。

リア裁判官出身者ではなく、司法修習終了直後の若手弁護士あるいは助教・講師といった法律学専攻の大学若手教員から採用する、③専属調査官の採用に当たっては、その適格性を書類審査、面接試験によって審査する試験を最高裁判所事務総局が行うものの、裁判官の意向を最大限に尊重し、事務総局が作成した任用候補者リストの中から裁判官が選考してもよいものとする、④専属調査官の採用後は、年齢や経験の観点から、現行のキャリア裁判官出身の共同調査官と同じように扱うことはできにくいため、たとえば「調査官補」の職名とする、——などを挙げた。

最高裁調査官制度については、調査官報告書が訴訟関係者あるいは広く一般に公開されるべきか、最高裁裁判官の個別意見に対する関与のあり方はどうか、まだまだ検討するべきことが残っている。今後も、この制度に関する研究を深めていきたい。

以 上

* 本稿は、JSPS 科研費 15K03254 による研究成果の一部である。

〈研究ノート〉

自由主義的体制と事実上の諸権力

— R. ポランの政治哲学 四〇 —

白 石 正 樹

目 次

- 一 自由主義と事実上のメレクラシー
- 二 圧力団体と政党
- 三 自由主義 — 多数決の規則と諸少数派
- 四 自由主義的体制における反対派の機能

一 自由主義と事実上のメレクラシー

民主主義的と称される、産業の発達した西欧の自由主義的諸国民において、政治的アクター（行為者）は、元来、国家の市民たちである。諸個人のみが市民である。というのも、かれらのみが反省的で理性的な自由の可能なものであるから。かれらに対してのみ、自由主義的な政治的究極目的は意味をもつ。—— 結局、政治的責任をとり、かつ、良くても悪くてもその結果を被るのは、かれらなのである。かれらは、執行権や立法権の形で、国家がその「アクター」となる諸々の政治的行為の真の「本人」(auteurs)¹⁾である。

しかし、レーモン・ポランによれば「諸集団の行動が、諸個人の行動と競争を始めてそれにとって代わる傾向を帯びる時期以来、われわれはもはや語の伝統的意味でのデモクラシーと向き合っていない。そうはっきりと言わねばならない。諸集団は、国家生活においてしだいに伝統的憲法により諸個人が占めていた地位を奪う。諸集団は少しずつ真の市民になり、諸個人は片隅の、二流²⁾の市民の状態に追いやられる。」

現代の巨大な諸国民において、国家と市民たちの間に打ち立てられる距離は、市民たち相互の協力の利益と同様、あらゆる種類の連合の形成を引き起す。経

済的な諸集団の存在に注意が向けられるが、しかし、それらはまた、文化的、社会的、または政治的でありうる。それらは全国的、または地域的、または地方的形態をとりうる。それらはすでに、諸身分や諸同業団体を有する社会の中に、それらなりに存在していた。幾つかのものは非組織的な事実上の存在を有し、他のものはほぼ制度的な存在を有する。

国民共同体の只中で、そうした諸集団は、専門的協力や、経済的組織、社会的状況の類似、管理し促進しまたは守るべき共通利益、実現すべき諸目的、諸々の確信、共通の諸価値、または勝利させるべきイデオロギーに基づく、小さな諸共同体を構成する。そうした特殊な諸共同体の各々は、少しでも永続的であれば、ある何らかの精神を証明するのであり、かかる精神は国民の精神の歴史的諸構成要素の一つとなる。それらは意見、利益、および行動の諸共同体である。だが、諸々の教会や、思想の団体、経済的または金融的団体、職業団体、労働組合、または政党が問題であれ、そうしたすべての集団は、政治権力に対して、また世論に対して、圧力を行使するし、結局、意図的なまたは付随的な政治的影響を有するのである。

十八世紀は、それが「党派」(factions)の名を与えたあの諸集団、そしてそれが、それらの行動を交互に硬直的また反逆的と考えたあの諸集団を、強く非難していた。しかし、十九世紀からすぐに、国家はさまざまな形で、次第に完全な結社の権利を承認するように導かれた。ポランは、あまりに徹底して輕蔑的な「党派」の語を用いることができないので、現代の諸国民のあの粒子的構造 (structure corpusculaire) の諸要素を示すために、曖昧ではあるが、集団 (groupe) という用語を使うことにする³⁾と言う。

もしひとが、事柄の職業的管理へ向けられるよりも、それらの利益、確信またはイデオロギーの擁護か主張へ向けられる諸集団を観察するならば、ひとはそれらが、ふつつ受動的だが、ときには消極的な、または突然爆発的な抵抗を行いうる、いわゆる「下部組織」(base)と、非常に構造化された活動的な少数者たる「執行部」(appareil)から構成されていることを確認する。ふつつ現役員によって指名され (cooptés) つねに歓呼で選ばれる闘士たちの小集団たる、この執行部は、事実上すべてを決定する。そうした諸集団は、しっかりと序列化された諸オリガーキーである。それはソビエトの支配と言わぬまでも、委員

会 (comités) の支配なのである。

それらが経済生活において行う諸機能に応じて、かかる諸集団の幾つかは、ストライキの権利のたんなる消極的使用によって、深刻に国民生活を混乱させることができる。経済的一部門の全体を停止するために、ときには、活動の重要拠点に位置した、非常に少数のストライキ参加者で十分でありうる。経済的事象の複雑さや連結を利用して、そうした諸集団は、またそれらのチームの幾つかさえも、それらが追求する諸目的の特殊性と共通点がなく、また国民の中でのそれらの役割の重要性と共通点のない、圧力の諸手段を意のままに用いる。それらは、まったく法律の枠内にとどまりつつ、国家を窮地に陥れさえしうる。それらの目的は特殊的であって、必ずしも国民の全体的目的を考慮に入れるものでなく、それどころではない。しばしば国民の只中で他の諸集団と衝突する、限られた諸集団の目的が諸利益を規定するが、それらは他の諸集団の、より以上にもより以下にも正統的でない諸利益と相容れない。

諸集団の次元で、ひとは、諸個人の次元と同様の、固有の利益の要求と共通利益の配慮との間の衝突を目撃する。だが、諸集団の手段は諸個人のそれに大いにまさっており、かつ、それは現役員により新役員に選ばれた指導的執行部の意のままであり、かれらにおいては、特定の利益の擁護は、しばしば個人的野心の追求とイデオロギー的目的の追求によって二重にされている。たいそう強力な手段や、たいそう特殊的で不協和的な目的は、しばしば国家の権威を危うくする。国家が自由主義的なままであるためには、どんな代価を払っても、国家は、諸個人の次元と同様、諸集団の次元で、己の審判者の役割を果たすことができなければならない。そのためには、国家は、己の仲裁的決定が尊重され服従されるために必要な、また、国民的目的や共通利益が勝利を収めるために必要な、あらゆる権力を、法律の整備や警察力において、意のままに用いねばならない。おそらく、なお一層、自由主義的公権力は、しっかりしたコンセンサスに基づかねばならず、また、全体の忠誠が、公権力をして、特定主義的な圧力の力やさまざまな特殊利益を制御するのを可能ならしめるのでなければならない。⁴⁾

ボランによれば、自由主義国家は一集団の各構成員がまた市民であるという事実を当てにする。だから、各人に次のことを理解するように促さねばならな

い。すなわち、つねに一層遠くにある共通利益は、つねに一層隣接して近い固有の利益の条件であること、また、当然なこととして、各市民において、彼の市民権こそが — 忠誠はよく理解された利益に合流するので —、どんな特殊な集団の構成員としての彼の利益や彼の目的にも優先しなければならないこと。(われわれが市民権 citizenship をどんな集団員権 group membership にも対立させえたかを理解させるのに、英語は役立つだろう。) 理性に基づくそのような忠誠は、それが国家の権威の最初の原理にして保証であるだけに、それだけ必要である、とポランは考える。

ところで、諸圧力団体が国民の全体を覆うかまたは互いの間で手を結ぶとき、それらは、国家の排他的特権である正統的な政治的権威の中継と並行して、事実上の権力の中継を打ち立てるに至る。それを通して、場合によっては抵抗を生じたり組織化された不服従を生じたりする、一つの側面的権威 (autorité latérale) の流れが確立される。己の失墜に向って突き進んだり、アナーキー的な無秩序が始まるままになるのを避けるために、国家は、かかる事実上の諸権力の並行的ヒエラルキー (hiérarchie parallèle) を禁止し破壊しなければならない、また、諸圧力団体が、実際に反逆的で扇動的な手段を使用するのを妨げなければならない。その体制がどうであれ、国家の中には唯一の公的権威しかありえない。

諸圧力団体のせいで、ついに公的権威は、一つの圧力団体が巨大になるとき、または、諸圧力団体の連合が形成されるとき、もう一つの種類の危険を冒す。この単一の、または連合した圧力団体は、それだけで公権力を邪魔することができるようになるほどの勢力をもつ。これはとくに、非常に強力な一つの政党が構成されるときに事例でありうる。かかる政党は、社会的諸圧力団体、諸労働組合と結合して、または結合せずに、己の大きさと重みによって唯一の政党になる傾向がある。そのとき、巨大な政党は国家の諸権力を奪うのに好都合な立場にいる。 — かかる過程の終りにあるのは、もうアナーキーではなく、それは、この政党がどんなイデオロギーをひけらかそうとも、全体主義である。⁵⁾

西欧諸国民において、文化的諸集団は、諸教会でさえ、この信仰のデカダンスの時代には、効果的な不当な政治的役割を演じるほど十分強力でも十分意固地でもない。それらはせいぜい、有益で健全な反対勢力である。経済的、金融

的諸会社は強力でありうるし、これらの場合によって起り得る政党との結託は、危険がないわけでない。しかし、自由主義国家は、ずっと以前から、それらが身を委ねようと試みうる経済的諸力の独占と同様に、それらの経済的諸活動の横溢や政治的浸透を制御する法的諸手段を作り出した。反トラスト立法により、また国家の通貨的な、また税務的な、経済的諸力の増大に応じる経済立法により、また、企業家としての国家の諸活動の規模の大きさによって、公権力は、その経済的諸活動においても、その政治的帰結においても、経済的諸集団を支配し、己の意志に従わせることができる。

実際は、社会的諸連合、またとくに諸労働組合こそが、認め難い諸力を意のままに用い、そしてとりわけ、それらの中の幾つかと何らかの政党との徹底した結託によって、国家の中に、真の同業組合的国家 (États corporatifs) をなすのである。それらの利害、同業組合的な特権、固有の利益は、しばしば公益を犠牲にし、または公益を無視して、要求されたり課されたりする。他方で、それらの天職に反して、たいそうしばしばそれらは、己の勢力を政治またはイデオロギーに応用する。巧みな限定されたストライキが問題であれ、多少とも一般的なストライキが問題であれ、それらが用いる職業的諸手段は、公権力が内乱の状況を始動させる諸力を活用するのでなければ、ほとんど抑えがたい。混乱はあまりにはなはだしいので、最も反逆的で最も破壊的な諸行動が、法律に外見上一致して行われうる。法律は尊重されるが、国家の権威は公然とないがしろにされ、そして、明白な一般的利益の名においてなされるその決定は従われない、ということが起りうる。

たしかに、だからといって、西欧における現代諸国民の粒子的構造に反対すること、そして、個人的な基本的構造に戻ると主張することは論外である。しっかりした諸結社の存在、はっきりと構成された諸圧力団体の存在は、事の成行きで、現代の諸政治的共同体の本性の一部をなしている。原則として、つねに政治的諸行為の自由な責任ある本人である諸個人に対して、実際は、また権利上も、取って代ったのは、包括的な政治的共同体の只中の、不備のある不完全な諸政治的共同体たる諸集団である。かかる諸集団は、公権力の行動の範囲内で、事実上の諸アクターになった。これは、ポランがすでに諸メレクラシーと呼んだものである。⁶⁾

「現代のメレクラシーは、われわれには二つの理由で新しい現象として現れる。―― まず第一に、それは諸個人の力と、正統なものと認められた公的権威の力との、結合および合成から生まれた現代諸国家のなかに不意にやって来るから。次に、それは非常に特殊な性質の諸集団によって構成されているから。イデオロギー的諸集団は排他的エゴイズムの方向で開始され、本質的に両立しえない諸々の圧力団体である。それらは政治的共同体によって許容されうる最大限まで自らの利益のために、共同で獲得した優位を独占すべく運命づけられた戦闘的諸集団である。われわれはだから、一方では対峙する政治的諸力の性質の変移に対して、また他方では妥協の精神がなく破綻の限界へともたらされた緊張の強さに対して、敏感になる。」⁷⁾

外的な民主主義的規則の陰にかくれて、諸集団は、実際にはそうした諸集団の統治に他のメンバーたちよりも大きく献身する資質と手段を有する人々で形成される諸委員会 (comités) によって統治されることが分かる。その理由は、諸集団は決して包括的な共同体を構成するのではなく、そのメンバーたちがかれらの活動の断片しか捧げない諸々の部分社会を成すからである。規約に沿って平等主義的であるどんな社会も、やがて事物の力によって最も恵まれた者、最も献身的な者、最も野心のある者、最も熱中した者の手中に陥る。見せかけは長いあいだ現実の力に抗することはできないだろうし、人々の平等はかれらの不平等に抗することはできないだろう。指導者たちはつねにうわべは平等主義的な法律の保護のもとで行動するのが得であり、またかれらはそれを知っている。―― 最も民主主義的な選挙において、選ばれた人々の任命は、選挙それ自体の過程によりも、闇取引や策略に先行された候補者たちの選考 (la cooptation des candidats) にはるかに起因する。そうした指導者たちの諸委員会は活動的な少数派をなし、それは実際には自分たち自身を選ぶのであり、またそれは広い範囲内で、よく知られたやり方に従って、そうした集団の意見や決定を操作する諸手段をもっている。一集団は統治されるよりも操作される。いわゆる下部組織 (la base) がその指導者たち、そのリーダーたちに結局従わないということはまれである。メレクラシー的諸体制は実際、活動的少数派の掌中であり、それはオリガーキー (寡頭制) 的体制である。民主主義的形式の陰にかくれていても、自らの仕方では圧力団体はオリガーキーとして組織される傾向があ

⁸⁾
る。

ポランが指摘するように、ルソーによって党派 (factions) に対してなされた非難は、一世紀以上のあいだ著しい反響をもっていたのであり、1789年の人権宣言そのものも結社の権利に関して口を閉ざしているほどである。⁹⁾ 有名なル・シャプリエ法 (loi Le Chapelier, 1791) は、同業組合や職人組合を禁止しつつ、一世紀のあいだ結社を非難することになろう。ひとはあまりにしばしば忘れるが、一時的同盟、またしたがってストライキは、1863年になるまで、それもナポレオン三世によってしか許可されないだろう。また1868年に集会の権利を承認するのを見るためには、自由主義的帝政を待たねばならないだろうし、ついに結社の権利や労働組合の諸自由についてもこのようになるためには、——なおも1901年の法律 (結社法 loi sur les associations) を待つとしても——1884年まで待たねばならないだろう。¹⁰⁾

ところで、今日では、社会的世界の最も活発な幾つかの力は、結社のなかに位置していることが分かるが、そうした結社はあらゆる種類の特殊利益——地域的、政治的、文化的、エコロジ的、宗教的、経済的、財政的、同業組合的、イデオロギー的、階級または身分的、余暇的、うぬぼれの (利己的)、またその他いろいろのそれ——の促進と擁護のために構成されている。そうした結社は、今ではしばしば圧力団体、「ロビー」、クラブの名で表されるが、それらは社会的現実の推進力になるほどまでに増大し発達した。事実上のまたは権利上の結社、圧力団体、は一定の活動の組織された実践を、またはしばしば結果を通して、元来特殊な利益の促進と擁護を、己に目標として与えている。それらの圧力団体のなかで、ポランは、目的を追求しつつ、法律や権利の尊重において己の圧力、己の影響力を行使するもののみを考察するだろう。¹¹⁾

ポランは、目の前で変質の途中にある自由主義的伝統の古い諸体制より優位に立つ、あの諸メレクラシーに生じうる運命について未来を占うようなこと——それは哲学者の任務ではない——をあえてしないだろう。自由主義的政治構造——代議制、政党制、議会、政府の諸制度、行政——は、徐々にその権威とその効力がなくなる。それはますます頻繁に危機の場合に動かなくなる。それはますます国民の現実的諸力、世論と直結しない単なる抽象的な上部構造にな

る傾向がある。しかし、ポランは「メレクラシー的体制の変転」(devenir) に対して、やむを得なければ、次下のような三つの結末 (trois issues) を検討するだろうと言う¹²⁾。

古典的な自由主義的体制からメレクラシー的な自由主義的体制への進化に対する最初の結末は、歴史によっても、哲学者たちの思索によっても、われわれになじみのもの、また平凡なものにすらされた。それは全体主義的体制の到来である。そのなかにこの体制が生ずるところのメレクラシーは、ふつう虚弱な自由主義の放任主義に苦しみられており、危機に立ち向かう己の無能力を露呈し、そのなかで住民がもがき不平を言い、かつ秩序を蘇らせるようなどんな新奇なものにも訴える、悲惨で不満な状況を克服することができない。

メレクラシーを構成し、かつ情勢や諸制度によって、数が少なくあまり多様化していない諸集団のあいだに、大きな不平等、大きな不均衡があるということが生じるだろうか。それらの中の一つ、より強力なもの、または己の利益のためにより同盟を組織しやすいものが、己の力を自覚し、情勢やチャンスを利用することができ、政党に組織され、他の諸集団に打ち勝ち、そして権力を奪取する。己がそれから現れ出るメレクラシーの弱さに敏感であり、共同体の一部分たる一集団でしかないことを自覚するので、それは政治方針として共同体と己自身とを、共通利益と己自身の利益とを、同一視すること、また徐々に己を共同体全体と思わせることに専心しようとする。政党と全体とは、唯一にして同一の事柄となる。政党はその勢力を全体性とのその一体化のうえに据え、後者は全体性と政党との一体化になる。権力はそれからは、政党を指導する委員会的手中にある。あらゆる自由主義的伝統は、専制的な全体主義のために破られる。自由は、全体性すなわち権力の座にある政党の、自由すなわちあらゆる力と、同一視される。

第二の結末は、経験よりも想像物や見掛け倒しに属する。しかし、現実的であるよりも象徴的な、いずれにせよはかないその存在は、その解体すれすれに自由主義的なメレクラシーにまったくふさわしい。—— 分散した無数の小集団が季節の終りの自由の光のなかで揺らめくときには。周囲の文明はなおもはずみをつけて、相対的な豊かさを、ともかく一定の生活の便宜を保証する。たいそう数の多い小集団は、それら自体、ゆるんで解体する傾向がある。このような

状況において特ににぎやかで迷惑な知的カーストは、もう歯止めも手綱も知らない。知的カーストは、それを自発的で自然的であると称しつつ、最も野蛮な個人主義を振り回す。公的なものと私的なものの境界は消え失せる。すべて私的なものは、公然と己を見せびらかすことを主張し、すべて公的なものはそれを奪いとる私的なものによって権利要求される。公的権威は崩れ去る。——それはその原理自体において、またその存在の全表現において非難される。またそれは嘲られる。これは、アナキー的事態への転落である。すべての秩序、すべての権威、すべてのヒエラルキー、すべての組織は消え失せる。この事態は寄生的な生活様式に従って、以前の体制の残骸がなおも利用しうる何らかのものを提供する間、存続する。

表現の自由はよく知られたソフィズムにかこつけて、その最も野蛮な進展となる。制限もなく法律もない絶対的自由の魅惑は、その純粋さとともにその原初の無垢を回復して、無条件に善良な自由の復活を求める。実際、好きなことをさせておくという口実のもとに、ひとは自然的に善良である人々、聖人からなる人々を、直接に各人对各人の戦争状態に入らしめるだろう。結局、自由のための自由というソフィズムは、己をつねに超出する目的のための単なる手段たる自由の、根本的に意味を欠いた非決定的な性格を無視して、それを内在的に善良な一つの十分な目的と見なす。全面的自由、野蛮な自由は、たかが明日のない偉大な夕べでしかないような、無秩序の点に帰着するだろう。

そうしたユートピアを打ち棄てておこう。自然的自由の名において、自然的自由に対する自然権の名において、追い求められた無秩序の接近は、必ず何らかの独裁の闖入によって中断されるはずである。素朴派のようにそれを演じない人々にとって、これはおそらくあのユートピア的遊戯の最良の正当化でさえある。規則のない自由、絶対的自由、の不条理がついに明らかになり、耐えられなくなるとき——そう再び言わねばならないのだろうか——自由のない規則、全的な強制の時代、古典的な独裁または全体主義的な専制の時代が到来する。

しかし、ひとはまったくその反対に、第三の結末、すなわちその固有の限界内でのメレクラシーの進化と強化を避けることはできないだろう。要するに、自由主義的諸体制以前に多くの諸体制が存在したのであり、それらの構成のなかでメレクラシーはその大きな部分を占めていた。表現の自由の変化にかかわ

ることに對して、この結末は最も興味深い状況を形作る。かつては自由主義的であつた國家の諸制度と法律の明白な網の下で、協議または參加の何らかの原則を口實として、諸集團の活発な諸力が、ますます直接的な、効果的かつ決定的仕方で、政治組織に介入することができる。諸々の決定は、ますます直接的に諸集團の對決から、またそれらの権力や意志の合成から、生じるだろう。諸政黨はもはや他の諸集團の間の、また他の諸集團のような、諸集團でしかないだろう。

共同体の諸要素が諸個人でなく諸集團であるそうした体制において、各個人は包括的共同体の市民としてと同時に、これこれの集團の、またしばしば幾つかの集團のメンバーとして存在する。英語ではより便利に、各個人はそのシティズンシップによってと同時に、その、またはそれらの、メンバーシップによって規定される、と言うだろう。各個人は、自分が所属する諸集團の仲介、媒介によってしか國家に參加しない。國家は、市民たちを、かれらがまたこれこれの集團のメンバーである限りにおいてしか認識しない。國家の法律の前での市民たちの権利の平等と、現に存在しているような諸個人の自然的かつ文化的な不平等との間に介在するのは、諸集團への所属に伴う、事實上のまた権利上の社会的な不平等、特權、特定の諸自由である。諸集團へのこうした所属は、そのうえ、それが同時に偶然、出生、および贈与の事實、チャンスや変わりやすい歴史的情勢の事實、諸作品や意志の事實——本人のまた他の人々のそれ——であるという意味で、まさしく偶然的である。それは一つの自由の偶然的化身であり、またその資格で、それはいつも多少とも容易に、またはかろうじて、改訂可能である。

一つの良いメクラシーには市民的秩序と安全が確保され、諸集團の代表としての統治者たちの權威は、それらの競争の合成と調停の結果であるから、法律を尊重させるために必要な諸權力を付与された仲裁的権限が残っている。しきたりにより、また利益により、諸集團によって行使される圧力は、廣義に理解された表現の自由の枠組みのなかで行われるだろう。この自由は内亂の諸手段を排除し、マスコミュニケーションの次元に専心するだろう。——表現の闘争は、象徴的には最初の流血の前に立ち止まるだろう。ひとはこの視角から、公然とメクラシー的な諸制度を備えた一つのメクラシーがしだいに構成され

るのを、非常によく見るだろう。オリガーキーの本質の諸圧力団体は、理性的で合理的計算をなしうる思慮深い人々によって運営されると想像しよう。その指導者たちの委員会は誠実な人々からなり、そしてかれらは、だからといって共通利益をなおざりにすることなく、集団の利益のために行動しうることを、¹³⁾ひとは認めうる。

他方で、集団は指導的機関として、そのメンバーたちが——ポランが想起させたように——現役員による新役員選考 (cooptation) と選挙との二重の過程で選ばれた一委員会を、己に与える傾向がある。すでに実際に行われていることは、正当な権利の規則となりうるだろう。——それは活動的エリートの権利と役割、諸集団に集められた大衆（専門語がすでに「下部組織」と呼んでいるもの）の権利と監視または拒否の手段、を規定するだろう。ひとが頂点から接近するにつれて、ますます現役員によって指名され、ますます選挙によらない、この種の委員会のヒエラルキーは、すでに、安定した、そしておそらく健全さの可能な、未来のメレクラシー的体制の最も公算の高い図式を与えるだろう。

メレクラシー的国家は次の四つの条件で、安定した平穏なものとして健全な状態にあるだろう、とポランは言う。——法律を作り命令することのできる公的権威は、諸々の自由の善用の至高の審判者として認められること。自由は、諸個人と諸共同体の存在の原理として認められること。また自由は、差異と闘争、紛争をもたらすが、差異の克服、紛争の超出、合意の設定、協力および和合をもたらす創造の原理として認められること。基本的な諸集団は、共通利益の必要不可欠な優位を承認しつつ、それらの役割のヒエラルキーに従って、相互性に基づく補完的關係の体系を作るために、それらの相違、それらの差異、それらの意見対立を生きたこと。

メレクラシーはそのとき、ヒエラルキー的であると同時に相互的な組織の諸法則に従って、諸個人——かれらに適した専門的役割において自らの自由を行使しえ、自らの人間的任務を果しうるようにされた諸個人——を分ける従属的諸体系を結合しつつ、自律的で、相対的に自給自足的な一体系を構成することができよう。¹⁴⁾

ポランによれば、このような可能性の発展は、少なくとも二つのチャンス——一つは内的で、もう一つは外的な——を想定する。その第一のものは、対外的

な安全が脅かされず、ひとは危険なしに公安の価値の重要な性格を忘れうる、ということである。メレクラシーは平和な時代の体制であって、そこでは各人が十分時間をかけて、国内的緊張や政治の働きにかかわることができる。第二のチャンスは、そうした緊張の相対的にバランスのとれた性格に起因する。すなわち、対峙する諸集団がたくさんあり多様であるとき、またそれらの勢力が多様な源泉から生じているとき、すべての集団はそれらの力の均衡による妥協へ、また永続的な調停へ向けられる。すべての集団は、上席権 (la préséance) に限られた利益のために堂々とした手段で闘う傾向がある。それらは、到達するのが不可能であると判断された、排他的権力の獲得と享受のために、あらゆる手段を用いて闘争するリスクをとるのを断念したのである。

さらに、ポランによれば、単純で両立しうる諸利益に対して整序され、それらに安全の習慣を与えた市民的秩序のなかにすでにはめ込まれ、大規模に産業化された文明の便宜や快適さにおおいに慣らされた、メレクラシー的総体をなす諸集団は、危険をはらんだ野心を諦めるに十分な判断力と分別をもち続け、また、それらの代表の公的権威に対して、仲裁の役割と統治の統一性を発揮するに足るだけの権力と諸力を承認するための十分な判断力と分別をもち続けた、¹⁵⁾ということ でなければならない。

二 圧力団体と政党

結社の幾つかのものは、ポランが示すように、活動の発展、企ての豊かさ以外の他の目的をもたず、他のいかなるものとも対立や紛争を引き起すことはない。フランス哲学会、または考古学会、スポーツクラブといったものは、何ら他の利権に対する闘争の組織ではないし、完全に一般的利益と両立しうる。それらは公益にすら属する。それらを脅かす唯一の紛争は、それらの活動の考え方についての内的紛争、敵対する閉鎖的グループの形成である。

その反対に、他のものは実施されている法律の枠組みの中でだが、別の諸集団と利害の紛争に入ることを本性とする。それは共同体の総体の財産や権力の、形成と使用を、だから分け前を、それらの方向に、かつそれらに有利なように向けるためである。諸集団の活動は、だから元来、昇進、擁護、または獲得が

問題であろうとも、競合、競争の正統的活動である。それは公益の考え方やその擁護が問題であろうと、国家における諸集団の特殊利益の分布や擁護が問題であろうと、世論の形成や公権力の行使におおいに影響を与える。集団のそうしたあらゆる活動、つまり経済的、イデオロギー的、政治的諸圧力団体のそれと同族の諸活動は、私的諸関係を含み込み、それらを方向づけ、そしてそれらを統合しつつ、まさしく社会的な織り目を形成する。

実際、とりわけ大きな規模の国民共同体において、諸個人は、かれらが共通にもつ利益を促進し擁護するために、結合し協力するのが自然であり理にかなっている。さらに、そうしたあらゆる過程は、個人的諸自由の尊重において、利益擁護の諸集団にほどよく同化する市民たちの自由意志によって、かつ、そうした圧力団体の間で原則として民主的方法でなされる決定に自発的に従いつつ、たいそうよく行われうることに注意せねばならない。しかし、そうしたことは生活習慣の共有化 (collectivisation des mœurs) や、集合体のなかへの諸個人の吸収、従属なしではうまくいかない。ポランはすでにその諸帰結を、国家における市民の役割の減少、また失権においてさえ認めていた。ひとは、一つの社会化、事実上の共有化、を体験する。事実上の権力はますます諸々の集団、部分社会、に属するようになり、そうした集団はたとえ一般利益を犠牲にしても、他の特殊な集合的利益に直面して、それらの特殊利益を勝利させる傾向がある。¹⁶⁾

ところで、集合体はそれ自体で考えたり意欲したりしないので、もしそれが組織されて、そのメンバーたちが実際はかれらの権力や利益を、かれらを指導する機関に移譲するならば、多くの場合に、擁護すべきその集合的利益の陰にかくれて、かれらを指導するそうした人々自身の願望や権力欲が伝達され紛れ込むのでないかと案じられうる。ひとはここで、オーギュスタン・コーシャン (Augustin Cochin, 1876-1916) の分析を思い起すべきであり、かつ現代の圧力団体においては革命期の「思想の諸協会」においてと同様であることを認めねばならない。集団のメンバーたちの総体は、¹⁷⁾やがて、かれらを率いる地位におかれた人々によって支配され受動的にされる。結構な身分の、居座って、高められた指導者の掌中にないような、たくさんの圧力団体をひとは知っているだろうか。

ロビーの圧力のもとで、フランス国家は最近でさえ、諸結社に訴訟において損害賠償を請求する権利を与えた。これは、例えば純粋にイデオロギー的諸結社が問題であるとき、混乱をもたらし、いずれにせよ不当であることが明らかになるはずの諸権力を、諸結社に授けるものである。こうして、各市民の自律を犠牲にして民主主義的過程の二重の逸脱、二重の墮落が生ずる。すなわち、まず第一に生活態度の共有化の現象、次に外見的にのみそれと矛盾する、幾人かの支配的な個人的人間の利益のための、集団とその力の独占の現象である。¹⁸⁾

ポランは次のように書いている。——「このように諸々の部分社会が優位を占めるデモクラシーでは、権力が集団(groupes)、『部分』(parties)、党派(partis)に属し、かつ最も活発な特殊利益が厚かましくも公益という神聖な名称をひけらかす墮落した体制が定着するのではないか、とルソーが心配したのは当然ではなかろうか。われわれはなおも諸個人が一般意志を表明し、主権者と見なされうるデモクラシーのなかにいるのだろうか、それとも権力が同業組合的またはイデオロギー的諸利益集団の掌中にある一体制——それは権力が諸党派に属するのだから、むしろ『メレクラシー』(mérécration)の名称に値するだろう——のなかにいるのだろうか。」¹⁹⁾

アナキズム的偏流から、また同じく全体主義的偏流から——これらは二つとも専制に至る——方向をそらしつつ、諸集団を自由主義的体制のうちに組織することは、自由主義者たちのなすべきことである。ただ諸個人のみが、本質的自由の性質をもち、自由である。諸集団は、多少とも制限された自律しか、また独立しか実行しない。それらは決して、完全な権利にあずかった「政治的主体」(sujets politiques)、「集合的市民」(citoyens collectifs)ではない。

だから、ポランによれば、まず最初に、政治的共同体の個人主義的諸究極目的を擁護し、かつ、法律によって、諸集団の働きや管理における諸個人の役割、自由、責任を維持し、機関(執行部)の中から非人格的で、集合的で、誤って全員一致的である、あらゆるものを排除するのが望ましい。これらは諸個人の結社の権利のうちにあり、かつ、法律は次のことを認めさせなければならない。——結社を構成する諸個人は、徹底した仕方で指導者たち(幹部)の選挙や、かれらの行動を方向づける決定に参加すること。とくにストライキの決定は、秘密投票の手続によってしかなされることができないこと。そのうえ、法律によつ

て各結社をその固有の、申告された究極目的のうちに閉じこめ、かつ、大規模な行動の不可避的な政治的效果を考慮して、次のことを禁止しなければならない。—— すなわち、そうした資格で申告された政党を除いては、行使される諸々の圧力が、純粋に政治的な圧力に墮することや、故意に政治に応用されることを禁止すること。²⁰⁾

しかし、とりわけ、各結社の究極目的や行動の特定性を保証しつつ、またそれを政治的共同体の集合生活の必要な諸要素の一つとして認めつつ、諸結社の間の徹底した複数性 (pluralité) と多様性 (diversité) を確立しなければならない、とポランは主張する。これは、それらの身の丈の制限と相伴う、諸結社の徹底した多数性 (multiplication) を組織するための、もう一つの議論ではない。専門的な特定の目的の追求は、それで患うことはない。しかし、それらの圧力の政治的效果を減ずること、それらの直接的な政治行動を不可能にすること、が問題である。それは、あらゆる体制にとって、またとくに自由主義的諸体制にとって、死活の問題である。諸結社は、それらの存在を正当化する文化的、社会的、または経済的領域に限られるべく、法律によって強制されなければならないのである。

もし多少とも拮抗しうる、政治権力の並行的な二つのヒエラルキーが存在するならば、国家は存続することができない。その結果、ひとが市民たちの全体に対して理解させねばならないことは、次のようである。—— 全国的次元で、ぼんやりと類似した社会的諸利益に対して、ちぐはぐな要素からなる多数の結社を集合させる権威のある、巨大な労働組合の連盟が合法的に組織されうことは、共通利益に反しており、かれらの間の各人の利益にも反している。階級闘争や階級そのものが、混乱した神話、明白なイデオロギー的作り話であるのに、かかる連盟はそれらを組織するのである。連盟を支配する執行部は、連盟を結んだ労働組合の構成員たちによってさえも決して与えられない、代表的機能を横取りするのである。(かれら自身が、かれらが結集し代表すると主張する、積極的な人々の弱いパーセンテージしかなさない。) 次のことを繰り返さなければならない。—— 確立された習俗にもかかわらず、かかる連盟は、法律によって許容されない。社会的圧力の外見の下で、社会的諸結社が用いいうる手段 —— とくにストライキ —— を使いながら、かかる連盟は政治闘争を始めるのであり、そ

れは実際は政治目的を追求する政治権力である。そして、法的言い逃れの下で、大きな紛争毎にそれが危険に陥れるのは、国家の構造と働きである。²¹⁾

ポランによれば、統治の座にある大政治家の弱さと盲目が、圧力団体の執行部の人々に、まったく誤って、非正統的で非合理的な異常な権力を与えたのである。かれらが代表することさえない市民たちの限定された部門の名において、執行部の人々が、国民生活を麻痺させ、正統的な政治権威を強いて無力にし、かつ特殊利益または純粋にイデオロギー的な要求を、共通利益、公益、に対立させるようなことを、どうして認めることができようか。

しかし、そのとき、政党について事情はどうなのだろうか。それはまさしくメレクラシーの構成要素であるが、しかしそれは、文化的、社会的、ないし経済的な究極目的をもたないという特徴がある。ポランが指摘するように、政党はもっぱら政治的集団であって、それ自身の哲学またはそのイデオロギーに従って、包括的な国民的目的をめざして、権力を行使し、または権力に働きかけるために、政治権力に参加しようと努める。それは特殊な集団であるが、しかしその目標は政治的で、一般的であり、かつ、国民全体を狙いとする。だから、他の諸集団にとってのように、部門別の意志と政治的影響との間に、事実上の²²⁾または意図の、曖昧さは存在しない。

「もちろん、まさしく政治的な諸圧力団体が設けられるのは自然なことである。市民たちは己の孤立状態を抜け出すことができねばならず、自分たちの諸々の価値、確信、利益、主義を守るために結合せねばならない。世論の政治生活は、政党（partis）と呼ばれるあの政治的諸結社なしで済ませることはできない。異議を引き起すのは、それが十分な複数性をもって存在する限り、世論の形成における諸政党の行動ではない。問題になるのは、政治生活自体へのそれらの参加の性質と同様に、諸政党の構造である。

その理由は、党派的な政治的結社は、効果的であるために、中央の行政機構と地方的な発展・進出の組織網を自らに与える傾向があるからである。こうした結社は確立された執行部を自らに与えるが、その只中で政治家たちは成功するように仕向けられる。しかし、そのとき、エリート政治局員（apparatchik）の心性が根づく危険がある。すなわち、政党は、特権や役得の不快な追求の開始について少しも話さないとしても、指導者たちの間に発達する対抗意識に沿っ

て、諸地位を獲得するマシンになる傾向がある。²³⁾」

ポランは、正統な政治的野心が、政党の支援なしには、とくに政党執行部の支援なしには——その支援を一定の自律の喪失で支払う覚悟はいるが——確立されるのがはなはだ困難であることを認める。しかし、政党執行部が持続し力をつけるにつれて、それは厳格な規律を行き渡らせる傾向がある。政党は、各人の判断と決定の自律を尊重しつつも、一致する方向へ向けられた諸意見によって、人々の単純な、誠実でさえある結社の柔軟さを失う。それは、脅かしと制裁の能力を意のままに用いる幾人かの人の権力へのマシン、語の最も悪い意味での党派、となる。政党は、不当な負荷で影響を及ぼさないだろうか。それは、地方選挙区において自らの選択する候補者を上から課すように介入するとき、不実にも市民たちの選択の自由を制限しないだろうか。そのうえ、ポランによれば、執行部の人々の素質は行政官、公務員 (civil servants) の資質と同様で、大政治家のそれと同じ次元のものでない。

政党が強力になればなるほど、それだけそれは組織化され、それだけそれは中央集権化され、それだけそれは厄介な、危険な、さらに有害なものになる。それが重要なものになればなるほど、それだけその出資は多額の資金を要求するし、ひとは権力と金銭の関係がどれほど墮落させるものであるか知っている。その権力が国家において増大すればするほど、それだけそのメンバーたち、その首領たちの間に、後日、共通利益に役立つようにその力をよりよく用いるという口実のもとに、共通利益と政党の利益とを混同し、また国家の利益よりも政党の直接的利益を選好しさえする誘惑が広がる。そのメンバーたちの擁護や地位向上は、ついに党派的不寛容、政党間の敵対をあおる危険があり、それは、共通利益や理性的自由の支配にとってたいそう必要な、諸政党の間の多元主義や市民たちの間の相互的寛容という最初の要請に反して、国内に政治的不和の雰囲気を広めることになる。²⁴⁾

ルソーは『社会契約論』のなかで、すでに根本的に「一般意志」の形成における、全体社会の只中での「部分社会」(associations partielles)、「党派」(brigues) の存在に対して警戒を促していた。なぜなら、そのとき、それらの間に 権謀術数が生じ、またそれらの各々がそれ自身の「一般意志」を形成する傾向があるから。このことは真正な一般意志の形成を損ねるであろうし、共通

利益の意味を変質させるであろう。無秩序がやって来るのは、語の最悪の意味で理解された党派の存在からである。ルソーが記したように、彼より前にマキアヴェリは、諸共和国の生活における「党派」(sète)や「党派人」(partigiani)の役割を告発していた。²⁵⁾「それはそれとして、こうした告発は受入れられ、こうした非難は発せられた。それなのに、ドゴール将軍 — 諸政党の存在は、その全政治的経歴のあいだ彼が追い回した彼の嫌いなもの (la bête noire) であったが — の全権力を持ってしても、政治的諸結社は、その意見により基本的自由の尊重において規制された一つの国家に生きる、全政治的共同体の政治生活に、必然的にかつ実際に参加しているのである。ドゴール自身がそれらの弊害や介入を除去しようと努めながら、1958年憲法の第4条に諸政党の存在への権利を書き入れていた。本質的なこと、必要不可欠なことは、それらを破壊することではなく、それらの行過ぎや逸脱を抑制しようと試みることである。」²⁶⁾

ポランによれば、問題がついに生ずるのは次のような事実からである。 — ここでもまた、機能は器官を創り出す傾向がある。つまり、政党の存在は、その勢力がそれ自体、目的となり、そして、政党の利益が、その構成員たちの精神と野心の中で、国家の利益や公益に取って代る傾向がある、というようになるに至る。幾人かの人々は進んで、政党の勝利を国家の勝利と見なすだろうし、後者を前者に従属させるほどまでになるだろう。そうした究極目的のよこしまな転移は、固くなり少しずつ己自身に閉じこもり、そして硬直化する集団の永続的働きから、まったく自然に生じる。そこでなおも、政党が強力であればあるほど、国家によって冒される危機はますます重大になる。そして、政党が、他の諸集団のように、その固有の究極目的の特定性によって引き止められていないだけに一層そうである。

諸政党の体制は、だから、たいそう正統的な疑いを引き起した。自由主義者たちは、ぜひとも、実際は権力の獲得をめざして人工的に組織された、幾つかの異質な政党の戦術的連合でしかない、巨大な政党の形成を避けねばならず禁止せねばならない。内紛でやつれた、ちぐはぐな要素からなる流れの、あの結集がなしうる悪は、あまりによく知られている。かかる結集は、何人かのリーダーたちの野心に役立つのみであり、無秩序か、過激主義者の勝利かへ至らせ、国家の感覚や公益への奉仕を無視してしまう。

そこでなおも事物の本性が尊重されなければならない、とポランは言う。政治的事柄はたいそう複雑で、立場もたいそう異なるので、教説の多様性 (*la diversité des doctrines*) が自然なことであり、かつ、政党の複数性 (*la pluralité des partis*) が維持されなければならない。また、他のあらゆる集団にとってよりも、そこでは深い忠誠が、その鼓舞する習俗の活力によって、特殊的で私的なあらゆる利益の、公益への従属を支援しなければならない。またもや、自由主義的であることは、法律以上に習俗を信じることである。自由主義は、²⁷⁾ 道徳的政治なのである。

ところで、ポランによれば、他の諸圧力団体は、実際はふつう、それらがどこまで行き過ぎうるか知っている。もしそれらが、革命のイデオロギー的意志によって、または破局の盲目的熱狂において、引きずられないとすれば、また、もしそれらが本当にそれらに固有の企業の繁栄を狙いとするならば、それらは己の圧力が、体制とその存続の能力の範囲内で行使される限りにおいてのみ意味があることを知っている。それらの非常に特殊な忠誠は、己の固有の利益を、その条件として役立つ共通利益が確保される限りにおいてのみ要求するという事実に基づいている。これは、自由主義的諸メレクラシーが、結局、しっかりした永続的な体制である最良の理由の一つである。

さらに — またそれは死活の問題である —、国家は、全課程を備えた、唯一の政治構造のままであることに成功しなければならない。唯一の正統的政治権威たる公権力は、公益や国家の自由主義的究極目的のみの配慮において、独占的に、国民の諸集団の間でその審判権 (*arbitrage*) を行使することができなければならない。それは、そのみが発布しうる法律の範囲内で、その執行を確保する諸手段を意のままに用いなければならない。もしかかる二重の条件が尊重されるならば、自由主義国家はそのとき合理的に、政治的共同体のメレクラシー的構造の承認を一層大きく進展させうるし、またそうでなければならない。

自由主義国家は、諸集団の只中での諸個人の役割のより良い擁護を条件として、それらの諸要求の荒々しい表明の代りに、合法的諸権力の只中での制度的表現の様式を用いようと試みなければならない。適切な諸制度は、かかる事実上の政治的主体をして権利上の政治的主体になることを可能ならしめ、法律を準備し決定を行う諸審級の只中で、かれらが公平な比率で代表されうるように

しなければならない。ひとはこうして、合法的なものが非合法的なものの中でもつれる錯綜した状況において、政治権力の正統的ヒエラルキーに対抗する、事実上のメレクラシー的諸権力の並行的ヒエラルキーを無益なものにするだろう。²⁸⁾

三 自由主義 — 多数決の規則と諸少数派

ポランによれば、諸少数派は、他の集団のように圧力団体をなすのではない。ふつうの圧力団体は、国家の範囲内で、また国家との関連で、互いに対立する。諸少数派は、国民のなかで多数派と呼ばれるものに対立する。多数派は当然、国民のなかで、その文化が多数派的である人々の全体である。だがそれは、実際には、選挙によって投票の多数を獲得した有権者の全体である。

ずっと以前から、少なくとも十四世紀から、ひとは主要部分 (major pars) または最良の部分 (melior pars) と呼ばれるものについて論争してきた、とポランは言う。「中世に大修道院のような共同体の、非常に限られた相対的に同質的な枠組みのなかで、共同でなされるべき決定の問題は提起されえた。十四世紀にパドゥアのマルシウス (Marsile de Padoue) は、多数派を非常にはっきりした仕方で、サニオール・パルス (sanior pars) と、すなわち共同体の最も健全な最も良識ある部分と同一視しながら、多数決の規則の使用を擁護していた。彼はときにはメリオール・パルス (melior pars) について語っている。」²⁹⁾

しかし、哲学者たちが改めて政治生活における多数者の役割を考慮し、多数決の規則への政治的服従の問題を提起するまでには、さらに三百年以上も待たなければならないだろう。それは諸プロテスタント教会の形成という激しい宗教対立以後、ヨーロッパにおいて一つの世論が作られる時期のことである。ポランによれば、その機会に、最大級の広い精神力、厳密さ、および西洋の来るべき諸制度への影響力をもって、多数決の問題を提起したのは、ジョン・ロックである。ロックにとって、一個人は、政治的共同体に加わるや否や、同時に彼はそこでは多数派が全体のための決定権を意のままに用いることに同意している。彼が市民になるとき署名する準契約 (le quasi contrat) は、こうした権利の移譲や、多数派にとっては「残りの人々」 (for the rest) つまり他のす

すべての人のために「最終的に」決定する権利を含意するのである。³⁰⁾

ひとはしかしながら、それはまず第一に、最大多数の力という実力の問題である、と考えることができるかも知れない。パスカルは、ロックより前に、現実主義をもってそう書き留めていた。——「多数 (la pluralité) は最良の手段である。なぜなら、それは見てとれるから、またそれは従わせるための力を有するから。」そのいつものシニクな明敏性をもって、パスカルはさらに、政治が問題であるとき「それは最も才能のない人々の意見である」ことを認めていた。そこには実際、多数決の審判によって提起される問題の核心が見出される。しかし、ロックは、多数派は「自然的に」共同体のすべての権力を意のままに用いることを証明しようと努めている。各人は共同体に加入するときこのことに同意するので、まさに自然の権利が問題である。長く後継者をもつ一理論を基礎づけつつ、ロックは次のようにつけ加える。多数決は人民の意志を表明するのであり、そうした資格でそれは理性的であると宣言される。

ロックはパスカルに反対してそれを証明しようとすら努めている。人民はなるほど不完全であるが、しかし本質上、理性の可能な被造物の、相互依存的な一つの社会ではないか。彼は躊躇せずに、人民が決定、意志、の可能なものであると主張する。人民を決して一つの人格とは考えないが、この場合、彼は人民にその属性を認めている。人民を理性的存在と見なしつつ、彼は人民が元来、その平和、その安全、また一般的な仕方では公益を確保するように行動することを義務づけられる、と判断する。人民の多数派にその意志を表明する能力を認めつつ、彼は人民に、そして多数派にのみ、統治者、「世俗の為政者」に——もしかれらが背任の罪を犯すならば——抵抗する権利を、また従ってそれを判断する権利を、授けている。多数派こそがすでに「至高の同意」(le consentement suprême) (ロックは「主権者」の語を好まず、その使用を避けている) を表明したのであり、かつ、「信託」の形、信用できる使命の形で、統治者たちにその使命を委ねることからなる、この「至高の」職務を行使するのである。

人民の概念のあらゆる現実主義的分析に反して、理性的人民という全くの「神話」が確立されるのであり、またそれはこうして始動する主権的人民の正統性を正当化するのに役立つだろう。しかし、ロックにとって、人民のこの最高権

威は、それを構成する理性の可能な諸個人の自由に基づいたままであり、自由に敵対したりそれを廃止したりすることはできないであろう。人民の主権を表明するためにたえず多数決の規則を使用しながら、ロックによって確立された伝統は、われわれの時代に一種のドグマとなる前に、ルソー、カント、またヘーゲル³¹⁾さえも通って補強され拡大するであろう。

1 多数決の規則とその帰結

世論におけるコンセンサスの探究において、選挙によって民意を問うことは、出来事と結びつき、偶然的で、投票の人工的様式を伴い、近似的で、ほとんど決定的でなく、どれほど皮相的であるかをポランはすでに示した。しかし実際は、それは、その時の世論の動向を評価するのに、公的で、透明で、各人の感覚で理解できると同時に、効果的に制御しうる、唯一の直接的な手段であることに変わりはない。ただそれのみが、決められた日に世論の状態がこのようであった、という確信をもたらしうるのである。

多数決の哲学はそれでもなお不確かである、とポランは言う。それはすつかりうわべだけの神話に基づく。——住民の全体、あるいはむしろ、ひとがそう言うのを好むように、住民の普遍性 (universalité) が、熟慮と意志を賦与された一つの政治体、すなわち「人民」(peuple) を構成するのである。原初的なもしくは潜在的な、かかる普遍性を口実として、ひとは、少なくともホッブズから、ロックとルソーを経てカントまで、一団となった人民は、公的意志、一般意志、の能力があることを示そうと努めた。かかる一般意志を「普遍的」と称しつつ、ひとはそれを理性の表現、理性的意志、とする。ここに、そうした資格での人民、理性を有する人民が現れる。——それは己の普遍性のなかに化身した理性であるので、それは、本性により理性的である己の意志が欲することを、正統なものとする。

そこでは、言うまでもなく、証拠をもたない推定が問題である。ひとは、まったく逆に、次のように言うことすらできよう。——多数の人々を一人の人間と同一視すること、それに一種独特の (sui generis) 個人的実在を付与し、そしてそれに、人間個人のみが提供し、その実際にあった経験を所有するところの諸属性、彼のみが頭脳の形でその有機体的器具を所有するところの諸属性——す

なわち思考、判断、意志 — を授けること、は現実性に反する。

ただ諸個人のみが、思考し、判断し、かつ意欲する。それに、われわれは、人民が思考することや意欲することを知りえないだろう。— もし、しばしば何らの正当化もなしに、それに代って語る権利をわが物とする、その統治者たち、為政者たち、雄弁家たちが、人民が思考し判断しまたは欲することを言わないとすれば。空間と時間における諸個人の思考や情念の相互伝達のみが、ひとが集合意識と称するものの表明や、さしあたり、世論の表明を通して現れるものを、生ぜしめうる。諸々の個人的意見が、それ自体で、また本性により、理性的でないのに、そうした個人的意見の積分を、理性的なものとして扱う何らの動機もない。³²⁾

さらに注意しなければならないことは、ポランによれば、現実性において「人民」と呼ばれるものは、決して全員一致でなかったし、また決して歴史的に全員一致でない、だから、その意見は決して実際に普遍的でなかった、ということである。たとえひとが何の根拠もなしに、人民が、その時まで散らばっていた群集の、最初の全員一致の意志から生まれると想像するとしても、「人民」は決して全員一致でその意志を表明することはない、と確認せざるをえない。ひとが、そのうえ人工的な諸手続によって人民の意見を懇願するとき、それは、意見をたんに多数決で与える。自発的な群衆の運動はほうっておこう。それがまったく操作されていないとき、それはただ、なかなか解釈しえない、混乱した無秩序のなかで立ち現れるにすぎない。たとえひとが、すべての市民が平等な政治的権利を用いることを認めるとしても、全員一致の原則に還元しえない、多数決の規則は、事実上の量的な確認に帰着する。多数決は、それが多数決であるという理由で、正しいことはできないだろう。ひとは、文化的な、または科学的な、あらゆる種類の主題に関して、毎日、その反対のことを認めている。

さらに、多数決の利用者たち自身も、それに嫌疑をかけていて、つねに単純多数決 (la majorité simple) に満足せず — それははかしまし多数決がそれ自体のなかにその正当化をもっているならば十分でなければならないだろう —、そして特殊な場合には、いわゆる加重多数決 (une majorité dite qualifiée) (例えば 2/3 または 3/4 の加重多数決) を要求するほどである。

ひとは単なるプラグマティックな議論のために、多数決に道理があるとする。それは多数決であるので、それは己のための数をもっており、そしてもしそれが大勢であるならば、それは己のための力をもっている。それは量の事柄であるが、しかし、選挙の量は、政治的質に変わることはない。主要部分 (major pars) は、必ずしも最良の部分 (melior pars)³³⁾ ではない。

だが、自由主義的諸体制において、多数決で決定がなされ、選択が行われることに変わりはない、とポランは言う。愚かしく量的な、この基準以外のあらゆる他の基準は、解釈を、だから議論や論争を引き起す。ところで、政治においては決定せねばならないし、また諸々の決定はすべての人に対して、決定的になされなければならない。多数決の量的基準は、すべての人にとって歴然たるものであり、それは誰からも異論の余地がない。その粗野で特徴のない性格に至るまで、貴重でないものはない。なぜなら、それは問題になっている諸個人のこちら側への回帰、源泉への、共同体の全体への、回帰を表しているから。反復的仕方で介入しつつ、それは、権力の行使を際立たせる。権力にかりその一時的性格を与えつつ、それは、権力の所有者たちに、かれらがそれを奪われるであろう近い日を思い起させつつ、その行過ぎや乱用を制限する。

多数決の規則は、選挙の手続や国民投票の手続と同様で、だから、理性においては正当化しえないが、しかし、それは実際には不可欠である。賢者によって統治されることができないので、定期的に要職にある人々の政府を中断しえる方がよい。—— そこからもう一度任期の制限された統治者たちが立ち現れてくるところの、大多数の海の中に、かれらを沈めながら。真の自由主義的な大政治家たちが、こうして、かれらの一時的勢力の基礎に関して、またかれらの権力がかれらに与える諸権利に関して、謙虚さと懐疑論とで二重にされた教訓を受取るべきである。ペリクレスがそれを理解していたように、次に多数決の選択の対象になるために、偉大な政治家たちが、大多数の意見を良識的に形成すること、そして大多数に、正しいこと、時宜を得たこと、可能なこと、効果的なことを分からせることが、己のなすべきことであると理解すべきである。自由主義は大いなる信念、大いなる献身、それにいくらかの懐疑論なしにはうまく行かない。

しかし、本質に関しては他のあらゆるものと同じように偶然的で、取るに足

らない多数決によって、ある日、権力について人々が、かかる多数決と一体化し、そして、かかる多数決が、留保のない制限のない権利と同様、共同体全体の絶大な権力を意のままに用いると信じ、かつ信じさせようとする、ということがまた起りうる。多数決が、正統的な一つの絶大な権力の十分な原理であろうとするのである。ポランによれば、かかる証拠のない主張は、ひどい無教養か、または尊大なシニスムの表現である。他のあらゆるものと同様に、「人民」もしくはその多数派は、国家において、すべてをなす権利、言い換えれば、どんなことでもなす権利をもたない。そのような権利を自らに与えることは、それによってまさしく圧政的権力を行使する権利を自らに与えることである。多数者の全能は、統治者たちの合法的専制と為政者たちの恣意専断を促進する。——³⁵⁾多数者が法律をつくり、その執行を監督する絶対的主人となるから。

2 諸少数派の現代的問題

ポランによれば、先の数世紀の間、キリスト教文化の陰に隠れて、地方的自主独立主義 (les particularismes locaux) が、少数派の諸文化に容易に隠れ家を与えていた。かかる諸文化は、コミュニケーションの遅さと困難さから生まれた自律性によって保護され元気づけられていた。王、皇帝、または君主の、遠くのまったく政治的な権威の下で、各々の自律的文化は、それと知らず、またそうしたものとして指弾されることなく、少数派でありえた。反対に、近代のコミュニケーションの容易さと速さは、多数派の、そしてそうであることを自覚した一国家を、遍在的なもの (omniprésent) にする。かかる国家は、国民生活のあらゆる領域において己の巨大な勢力を表明し、そして今日では国内の少数派の自覚を呼び起す傾向がある。それが圧制的な統治者たちや、権力、統一、中央集権化を渴望している行政の、故意に属するのではないとき、多数派の大衆が己の慣性のみによって引き起す、あの文化的オストラキスモス (陶片追放) の下で、潜在的な諸少数派は結集し、かつ行動に入る。

諸少数派は、非常に多様な種類に属する。それらの各々が、その固有の性質によってと同時に、それがいやでも応でも一部をなす国民共同体の性質に対して、特殊な事例をなす。最も見事な例、かつまた自由主義という名称ができる以前の、その自由主義によって最も注目すべき例は、まさしくスイスの例であ

る、とポランは言う。しかし、それは模範としてほとんど役立ちえない。なぜなら、それは、それほど古い歴史的伝統の中に刻まれているから、またそれは、それほど特殊な歴史的偶然に従っていたから。また、非常に多様な精神と習俗によって特徴づけられた、言語的かつ宗教的な地域的諸少数派の共存は、それほど生活様式の中に入り込んでいたから、またかかる諸少数派の連合の存在を維持する一般的利益は、それほど明白ですべての人によって認められていたから。ひとは、かかる種類の結びつきを、人工的にそっくり作ろうと企てることはできないだろう。諸少数派は一般的な考慮や解決に十分に従わない。しかしながら、もう一度、またスイスの例に基づいてさえ、文化的なものがここではなお基本的であること、また、それを元にして諸少数派の政治的問題が生まれることを認めよう。³⁶⁾

ポランは、自律的な政治的存在の諸手段を用いず、かつ、それらがそこでは少数派であるところの国民共同体へ参加することによってしか存続しえない、善意の諸少数派しか考慮に入れないだろう。とくにポランは、それらの領土的集中という口実で政治的共同体のように振舞うべく尊大な主張をするが、しかし生育力のある人口統計学的手段や規模を欠いているので、独立の外観において、より強大な国家の衛星国または寄生国としてしか存続しえないような諸少数派を打ち捨てておくだろう。かかる諸少数派は、哲学でなく政治的戦術にしか属さない、見当はずれの問題しか提起しない。また、それをより明確に見るために、少なくとも、とりわけ実地的な、かつ、いわば戦術的な政治的問題を提起する、最近渡来した少数派 (les minorités d'importation récente) と、少なくとも実地的であると同様に、哲学的問題を提起する歴史的少数派 (les minorités historiques) との区別を打ち立てなければならない、とポランは言う。³⁷⁾

ところで、多数派の圧力の下で、宗教的少数派 (les minorités religieuses)こそが、西欧において最初の少数派として発達したのであり、そして、それは多くの内乱と、不寛容や寛容に関する多くの論争を引き起したのである。諸国民共同体が構成され強化されるにつれて、次第に言語学的少数派 (les minorités linguistiques) がますます感じられるようになった。その同じ影響の下で、固有の習俗や文化を刻印された地方的自主独立主義が被害を受けて、抵抗しよう

と試みた。——新しい少数派がそのようなものとして実感された。西欧の幾つかの国では、政治的共同体に統合された非常に古い植民が、民族的少数派 (les minorités ethniques) を生み出した。——しかし、そこでもまた、少数派とその問題を引き起したのは、皮膚の色や身体的構造よりむしろ文化的伝統への愛着、一定の生活様式の実践、あるいは何らかの生活の考え方、要するに、根強い反抗的な文化の現前である。多数派がしつこく圧制的になればなるほど、その政治行動は社会生活や文化生活へ溢れ出したし、それだけ諸少数派は身を守り、そしてそれだけ紛争が多くなった。国民共同体の熱意の中で、表現の諸手段は憲法によってつねに諸少数派のために用意されていたわけではなかったので、暴力がその代りになったし、またテロリズムさえも現れた。

諸少数派の現前は、こうして、現代の重大な政治問題の一つになった。おそらく、それは新しい問題なので、多数派の哲学が豊かであるのと同じくらい、諸少数派の哲学は貧しくて部分的である。かかる哲学は、とくにアメリカ合衆国の創出の時に、連邦主義の非常に特殊な偏向の下でしか、ほとんど取り込まれなかった。しかし、諸少数派の自由主義的哲学は、諸自由の尊重と、国家の基本的諸機能の擁護を合意する国民生活の諸要求との理性的均衡をもとにして、自ずから重きをなすように思われる。

定義からして、自由主義は、各人の善の必要条件たる法律と共通善の保証との理性的枠組みにおける、個人的諸自由と個人自身との、尊重と最も完全な成就 (le respect et le plus parfait accomplissement des libertés individuelles et de l'individu lui-même) を原理とした目的とする。どうしてかかる究極目的が、かれらが一つと同じ国内の少数派の他のメンバーたちと共有しうる諸価値、習俗、および文化の範囲内で、諸個人の存在を統合しないのだろうか。どうして差異の配慮と尊重をもつ自由主義が、諸個人へのあの配慮と尊重とを、国内の少数派そのものであるあの諸集団へ、拡大しないのだろうか。自由主義は多元主義 (pluralisme) をその政治の力線の一つとした。この多元主義は、思想や価値の流れ、確信の流れ、生活様式や習俗の型にかかわる。この多元主義の原理は、国内の少数派の存在を正統なものにする。

その反面、そしてこれはまさしく緊張やおそらく紛争が存在しうる理由であるが、こうした諸少数派は国内の諸少数派であり、それらは国民の構成要素を

なしている。それらは国民の存在の基礎になっている深い国民的コンセンサスに参加し、かつ、国家に与えられる勢力を正統化する。それらの文化は、国民文化の共通の主題に関する変奏である。それらは、国民が統一され、堅固に健全に存在しうる場合にしか存在しえない。それらの諸少数派は、国民の中の諸国民であることはできないだろう。一つの国民、すなわち、深い国民的コンセンサスが世代から世代へと長い持続の中で、一つの歴史と共通の蓄積された伝統に基づいて結集したもの、また結集し続けているもの、しかない。諸少数派の固有の利益の追求は国民の共通利益を危険に陥れてはならず、後者は、諸個人の特殊な利益の条件であると同様、国内の諸少数派の利益の条件のままでなければならない。

同様に、国民の政治的表現にしてその文化の世俗的権力である国家は、己にその基本的な政治的機能を引受けることを可能ならしめる諸手段の排他的特権を保持しなければならない。古典的象徴がそれをたいそうよく述べているように、「戦争の剣」と「正義の剣」は国家のみに属する。対外的な防衛、国内的な「正義」、安全、秩序、および諸自由を保証する諸手段は、国家のみに属する。かかる政治権力の正統的独占は分担されえないし、また異議を唱えられない。あらゆる分解の危険は、かかる代価を払ってのみ避けられる。

自由主義国家はただ次のようにするだろう、とボランは言う。―― 諸少数派は、国民代表の様々な形態において、それらの重要性に対応する位置を占め、政治の働きのままに執行と立法の審級（決定機関）に参加しうるし、こうして、共同体の只中で責任を負いつつ、国家の偉大な諸決定に寄与する。選挙によって民意を問うことでは、選択される投票の形式は、諸少数派の有益な代表を可能にしなければならない。各少数派は自由な表現手段を用いることができ、かつ、国家の法律の範囲内でその習俗に従って生活するのでなければならない。その目的は、可能な限り、諸少数派の自主独立主義の十分な表明と、唯一にして不可分の国民の健全さにふさわしい、国家の基本的な政治的役割の行使にふさわしい機能的諸要求とを、和解させることである。国家も市民たちも、だれも国民の一枚岩的統一、愚かしい順応主義、唯一の模範、付和雷同的な均質性、に関心をもたない。すべての人は、共同体の異なる諸要素の対決と協力に基づく、調和的統一から利益を得る。自由主義的「正義」、自由主義的秩序は、調和的な

「正義」であり秩序である。国民共同体のかかる交響楽的イメージは、統一の意志と同時に、自由主義的教説にふさわしい多元主義の尊重に対応している。かかるイメージは、各個人および各集団 — 少数派または多数派 — の理性的自由に対して、その諸条件や諸手段を保証する意志を表している。

文化は諸少数派の存在や権利要求においてきわめて重要であるので、自由主義国家がそれらの満足を保証せねばならないのは本質的にこの次元においてである。自由主義のおかげで、寛容は二世紀前から西欧において、まれな例外を除き、体験された現実となった。宗教的寛容の、文化現象や習俗への拡大はやさしいし、そして、深い地方分権によって、その次元で容易にされなければならない。こうしてひとは、地域的な自主独立主義の心配や訴えに対して応答しうるのである。 — この主義は、今日では進んで、活発な、またときには暴力的な、少数派になる傾向があるのだが³⁸⁾。

また、地方的な伝統や資源と結びついた、経済的な、また社会的なたくさんの事業は、ついに有益に地方分権化された、地方的諸権威の手中で再開されるだろう。公的と称されているが、帝国主義的なテクノクラートや官僚の餌食になった、あの多くの諸サービスについても同様でありうるだろう。こうした諸々の権力と責任の移転は、当然、資源の移転と課税の再配分を意味するが、それは、中央集権化されたテクノクラートの権力に対する貴重な技術的対抗権力を構成しつつ、諸々の対象と方法を多様化するのに貢献するだろう。地方分権の方策のおかげで、諸少数派は、一つの包括的な多数派に対決させられるのを止めることができねばならず、一層くつろぐことができねばならないだろう。

諸少数派の政治的問題は、ポランによれば、妥協によって処理する必要性の模範的事例である。もちろんその解決は、多数派の人々の善意と少数派の人々の善意を要請する。少数派の人々は、国民共同体の構成員として認められ、国民を形成する深いコンセンサスに参加しなければならず、また、かれらは合法性の尊重のみならず、かれらがそれに所属することを受入れ、それからかれらの差異の承認を期待するところの、共同体に対する真正の忠誠を実行しなければならない。逆に、多数派の人々は、諸少数派の、文化的、社会的、経済的、地方的諸自由を尊重し、そして、かかる少数派が、国家の法律の範囲内で、それらを引受ける諸手段を意のままに用いねばならないことを理解しなければな

らない。大きな国民は、さまざまな集団の結集で形成されるのは当然であるが、そうした集団自体がつねに均質的であるわけではない。多数派自体が均質的でないのも当然である。一国民は、各人および各集団が自分なりに利用するところの、歴史、伝統、価値の共通の背景に基づく、理解のある和解と理性的妥協からつくられる。共同体の忠誠と政治的優位性の保証の下で、多数派と少数派の間の自由主義的妥協は、犠牲よりも利益をもたらす。それは富の源泉であり、調和によって作られる統一の源泉である³⁹⁾。

さて、現代の経済の悪弊によって西欧の幾つかの国にその集積がもたらされた「最近渡来した諸少数派」の問題がある。しかるべき地位にある諸政府は、至る所で、それらに対して用心や未来の心配をもたずに、非常にいい加減な政策を実施した。人為的な諸少数派の組成たるこの大量の移民（immigrations massives）は、とりわけ技術的問題、政治的戦術の問題を提起する。この移民は、実際、国民生活や国民的コンセンサスに古くから統合された一族の出身ではない。かれらは直接、国民文化の伝統に参加していない。ポランによれば、ひとはかれらを人間として扱わなければならないが、かれらを市民として扱うことはできないし、そうすべきではない。

ヨーロッパから来て、ユダヤ＝キリスト教文化の古い基調で育てられた幾人かの人々は、経験がそれを証明するように、非常に速やかに国内人口の中に溶け込み、国の文化を吸収することができる。こうした人々は留保なしに歓迎される人々である。かれらは何ら政治問題を提起しない。かれらはもはや諸少数派を構成すらしない。わずかにかれらの名前がなおも外国出身をほのめかすのみである。かれらの統合が確認され、かれらの忠誠が主張され、もしかれらが自らの新しい祖国を選ぶならば、かれらは、すべての人の最大幸福のために、完全な権利を有する市民として双手を広げて迎えられる。しかし、経験が示すように、労働市場によって呼ばれた、移民の幾つかの集団は同化されえない。承知のように、諸文化の差異が、それらの中に、そしてそれらが隔たれば隔たるほど、実際には越えがたい溝を招き入れる。それらの間のコミュニケーションはつねに困難で、また偏向したものである。普遍的科学があり、それは普遍的文明の領域に属する。しかし普遍的文化はない、とポランは言う。そして、人間がかれらの文化をつくるよりもなお、人間は、かれらの文化がかれらをそ

のようにつくるものである。

ひとがそう確認するように、そこにどんな善意を寄せようとも、ひとは同化されえない人々に直面する。かれらは人口統計学的に残りの人口の中にとけ込まず、国民文化に吸収されず、かれらはそこに習俗を統合しない。かれらは同化しないし、同化しようと努めない。かれらは無際限に場所になじまず、途方に暮れる。かれらは異邦人のままである。立ち直るために、かれらは結集し、自らの土着の伝統に閉じ籠り、そして、かれらを周囲の人口から分離する差異を強固なものにする。かれらは、かれらをその労働力から利益を得るために迎えた国の、人口や諸制度と緊張の状態にある諸少数派を構成する。かれらは拒絶するが、また、かれらは拒絶の対象である。

ポランの考えでは、この種の諸少数派は、社会学者たちが打ち立てた限界値(閾)を越ええないだろう。それを越えると、諸々の緊張が、危険なたえがたい混乱や暴力を生じることになるのである。自由主義的大政治家は、だから、諸現実を考慮に入れるために、志願者の出身に依じて、限定的な移民政策を組織しなければならず、また、困難な場合には、遵守される一時的契約に基づいてしか移民を許可してはならない。社会体によって耐えられない諸少数派と直面するときには、かれらに生活の人間の諸条件を保証し、かれらにあらゆる機会を与えると同時に、しかし、徹底的に次のようにして、かれらの数を危険な限界値以下に削減するのが望ましい、とポランは言う。――移民の割当を凍結する。国内の領土に生まれた子供たちにフランス国籍を与えない。かれらの、出身国への帰国を助ける。期限が来たときの、かれらの出発を準備する。不法な状態を正規なものにしない。軽犯罪者や、裁判所といざこざを起した人々を強制退去させる。

自由主義は、他の場合よりこの場合に諸事実を否定し、同化できない人々を力づくで同化しようとし、また異質な諸文化の住民たちの間に理解を説くことにあるのではない。ひとが事物の力によってかれらを同じ生活の型に投げ込むとき、かれらは実際は理解し合うことができないのである。観念論者たちは、ぼんやりした人間主義の名でけしからんと騒ぎ立てるか、または誤って、人種差別を言い立てる。その人たちは、無責任な演説家、取るに足らぬ知識人である。自由主義者にとって、まず何よりも一つのコンセンサスを擁護すること、

そして最大限の自発的和合を維持することが肝要である。国民の利益は、そうであらねばならぬとき、あのいわゆる「人間性」の配慮に先んじる。同化されず、かれらの墮落や零落をもたらす状況の中で拒絶状態にある諸少数派を維持するよりも、むしろかれらのものである国へ、そしてかれらが離れることの不可能な諸文化へ有益に復帰するように、かれらを助けることに人間性がある。これが、己の行為に責任をもち、公益に気遣う、自由主義的大政治家の任務である。⁴⁰⁾

四 自由主義的体制における反対派の機能

最後の型の少数派ないし圧力団体が残っている、とポランは言う。それは、その複雑さ、その異質な変りやすい組成にもかかわらず、政治生活のなかで機能的役割を果たしており、そして、自由主義者はそれに最も大きな価値を認めている。それは、多数派による権力掌握が事実上の少数派として構成する諸集団の総体であるし、それは、かかる多数派の、政治的な少数派である。これが反対派 (l'opposition) である。自由主義は、反対派が政治生活のなかで非常に正統的で、非常に重要な役割を果たすべきであると考えている。しかし、なおも、いかなる反対派が問題であるかをよく知らねばならない。

まず第一に、正常に構成された政治的共同体において、国民全体は、その共通の魂を作り出す歴史的な価値や伝統の総体に基づいている。それはすべての市民を同じ祖国の子にする、一種の集合的無意識に埋め込まれた文化で生きる。国民の政治生活はかかる歴史的文化的発露であり、そして国民は、その生活様式や信仰や思考の様式に注がれた、あの生きられた経験から各市民のうちに生まれる、そうした深いコンセンサスの中で融合する。どんなに多様で複雑であろうとも、そうした深いコンセンサス — それはまた一つのスタイルやいわばユニークな個性でたいそう刻印されているのだが — に対応するのが、各市民において、帰属や忠実の感情、また「忠誠」と呼ばれた献身や犠牲の能力である。

ポランによれば、健全な政治的共同体において、反対派は、忠誠心のある反対派であるほど、それだけますます本質的な役割を果たす。それが意味するの

は、一方では、国民の中の各市民は、擁護されねばならない基本的諸価値に関して、また追求されねばならない諸究極目的に関してまさに意見が一致している、ということである。——例えば、自由主義的体制においては、諸個人の理性的自由や、すぐれた高邁な遂行の諸価値がそうしたものである。それが意味するのは、他方では、各市民は、イギリス人が法律を守る市民 (a law abiding citizen) と呼ぶもの、すなわち、彼の固有の諸目的や、法律の理に叶った使用の範囲内で彼が最良と考える諸目的を、達成すべく生きることを決心して国家の基本法や実定法を尊重する市民である、ということである。

しかし、当然のことであるが、一般に人間的事柄、とくに政治的事柄と同じくらい豊かな文化的資本を元にした、また同じくらい複雑な、同じくらい不確かな、同じくらい偶然による事柄に基づく、自由な社会の中で、非常に多様な状況の中におかれ、かつ非常に異なる知的、道徳的賜物をもった忠実な市民たちは、達成すべき直接的な政治的目標について、用いるべき手段や方法について、統治の技術について、また権力を委ねるべき人物について、非常に異なる意見をもつ。だから、次のことは自由主義的事柄の本性に適っている。——幾つかの集団が多数派を構成し、執行権を有する政府に参加するので、他の諸集団はかかる政府から排除され、そして少数派であると同時に、ときには一致するが、最もしばしば多様な、反対派を構成する。

公益、すべての人の利益、が共通目標である健全な政治的共同体において、反対派が、国民の政治生活においてと同様、諸制度の枠組みの中で、とくに議会で、最も完全な情報と最も自由で最も効果的な表現手段とを意のままに用いるのは正統なことである。ポランによれば、自由主義者たちや、人間の自由を信じるすべての人々にとって、厳密な意味での政治科学は存在しえないだろう。誰も科学的確実性をもって、最良の諸価値を選ぶこと、真実を言うこと、また、たしかに正しいことを保証されない。すなわち、政治の技術と、一つの道徳、一つの政治の哲学、しかないのである。反対派は自らの意見を弁護し、かつ耳を傾けられることができないからではない。慎重で穩健な義務により、妥協に対して開かれた自由主義的政府は、自らの諸決定が意味や効果を失わない限りにおいて、反対派の意見を考慮に入れなければならないだろう。真の自由主義者ならば、反対派の選択は、政府の選択と両立しうる限り満たされなければな

らない、と言うほどまでになるだろう。

政権を担当する大政治家たちは、次のことを決して忘れてはならない、とポランは言う。——近い将来、反対派の大政治家たちがこの同じ政権を担いうること、そして、ことによると他の政権構成において、かれらの中の幾人かは、同じ政権の中でかつての反対派の大政治家たちと協力するように導かれうること。そのような考慮の片隅で、危機の場合には、政府と反対派はいつか安全保障 (salut public) の政権において一緒に共同するように導かれうる、という考えを残しておかなければならない。お分かりのように、イギリス人は、かれらが「女王陛下の反対党」について語るとき、間違っていなかった。かれらは真の自由主義者として語っていたのである。⁴¹⁾

しかし、次に、そうした忠実な反対派の傍らで、自由主義的体制をもつ諸国の中にもう一種の反対派が発達した、とポランは指摘する。それは流行語で、革命的な反対派 (oppositions révolutionnaires) と呼ばれうるだろう。それは歴史的文化によって作り出された深い国民的コンセンサスを拒絶し否認しつつ、人間についての別の考え方を己のためにつくり、そして己自身のために、また国民共同体のために、他の諸価値、他の諸究極目的を、またそれらの価値の名において、他の社会の型、他の体制の形を、主張する。もちろん近代の自由主義諸国家は、進んで、不満な市民たちを自由に、かれらが否認する祖国の境界を越えて行けるようにしている。また、かれらの選択に一層合致した体制が君臨する国に、かれらの家族や財産を伴って定住しに行けるようにしている。さらに、ひとが確認するように、「革命家たち」はまれにしか、かれらに委ねられたかかる権利を使用しない。

実際は、この人たちは、自由主義的体制下にあるかれらの生まれ故郷にとどまる。革命的諸政党が形成され、革命的な言語や語彙が用いられる。かれらは名乗りを上げるが、しかしふつう、かれらの振舞のうちに永続的な曖昧さをもち続ける。——一方では、諸個人や諸政党は市民法を尊重し、かつ、憲法がすべての市民に与える政治的諸権利を行使する。万事は、あたかもかれらが忠誠心のある忠実な市民たちであるかのように運ぶ。他方では、かかる諸政党は、実際に革命的である諸イデオロギーを公言する。それらの中のあるものは、それが指令を受取り戦術を適用するところの、外国の勢力の支配下に入る。それは、

できるかぎり国民とそれを構成する活発な諸連合の枠組みに侵入する。要するに、それは、あらゆる手段によって法律に反する行動、革命的行動、を準備する。ひとはおそらく 次のように言うだろうが、理由がないわけではない。——その革命的イデオロギーはしばしば言葉だけであるし、また、そうした諸政党のかかなりの有権者たちは、かれらがなすことを知らないのだ。かれらは、自らの力でかれらの貧困から抜け出すこと、または、好むままにかなり速やかにそうすることができないので、かれらの個人的不満、かれらの絶望、かれらの羨望を、社会的、政治的事物の状態の全体的拒絶によって表現する。かれらは、今日たいそう流行している革命的神話に引っかかる。

ポランの考えでは、「革命主義」の頑固者たちはまったくのユートピアに生きる。かれらは次のようなことを知らないか、または忘れている。——革命は予測しがたい結果と、巨大なはかり知れない代償を伴う、全面的な大変動であること、そして、革命を終わらせ、それから利益を引き出すのは、決して革命を始める人々でないこと。革命がどのようなものであれ、その費用を負担しその犠牲となるのは、つねに諸個人である。革命は決して合理的作戦でない。そこでは、それほど偶然の役割が大きく、またそこでは、それほど暴力が暴力とテロールを引き起すので、それは絶えず、それを制御することを望む人々の手から逃れる。そのうえさらに、革命が成功するとき、革命は、最も徹底的な保守主義、猛烈な教条主義、入念なオーソドクシーを引き起し、また、それが結局失敗に終わった状況での、停滞を引き起す。たしかに、実際ひとは、合理的にも、またなおさら理性的にも革命家でありえない。そうした革命家たちは、かれらの感情や思考がどんなに混乱していようと、勢力を渴望する首長たち、さる外国の勢力によって強く支援された首長たち、によって導かれることを妨げない。かれらは国民的コンセンサスの中に断絶を生じさせ、そして国民の健全さや国家の安全に対する危険となる。自由主義国家の理に叶った反応や決定は、どのようなものになりうるだろうか。この点、哲学者の回答と大政治家のそれとを区別せねばならない、とポランは言う。

諸原理の次元では、問題は存在しない。すなわち、政治的共同体がそれに基づいている国民的コンセンサスから離脱する、すべての個人、そしてなおさら(a fortiori) すべての集団、すべての政党、また、国家の基本法を覆し、自由

の諸価値と社会の構造を覆そうと望む、すべての個人、すべての集団、すべての政党は、国民共同体から排除されなければならない。——もし個人が問題であるならば、彼からその政治的、市民的諸権利を奪うか、または彼の願いに一層合致した国へ彼をただ単に追放する仕方、また、もし一集団または一政党が問題であるならば、それを解散させそれを禁止する仕方。自由主義国家において、自由主義的市民の諸権利をなすところの、反省的で理性的な自由の諸価値を認め実践することを拒む、一個人または一集団の存在は、実際、国家の市民的、政治的秩序と両立しえない。各人にどんなことでもなす自由を委ねれば、ひとは自由を擁護しないし、また、自由を保証しないことになる。

実際には、その原理は公法の原理にとどまるので、政府はそのような決定の適時性とその諸帰結の判定者にとどまる。企てられた革命的行動の有毒性や、革命的政党が国家の法律を尊重したままでそれを覆すために戦うことになる、あの曖昧さの意義と程度や、革命家たちの数、かれらの決意、かれらが国の中で享受する大衆の支持を理由とする、国家によって冒される危険の重大さや、また、かれらが国内でまた外国で用いる諸手段を、評価するのは政府に属している。

いずれにせよ、徹底して革命的な一政党のメンバーたちの、国家の諸制度そしてとくに議会制度への参加は、深刻に諸制度の働きをゆがめる性質のものであることは確かである。しかしながら、体制の敵たちを殉教者に変え、またかれらに非合法の運動を組織するようにさせるより、ときには、いわゆる革命的諸政党、諸プロパガンダ、および実際には無害な示威運動を大目に見る方がよい、とポランは言う。公的秩序の防御は、適時性と程度の事柄である。それは戦術の問題である。ともかく、自由主義的な政治的共同体が健全な状態であるために重要なことは、その構成員たちが、使命感から、または事実上、かれらの圧倒的多数において忠実な市民であることである。

ひとは自由主義を自己矛盾に陥っているし、「抑圧的」な寛容を実行していると非難した。自由の偽善的擁護を口実として、実際は、己自身の教説を勝利させることが問題であろう。すべての人のための自由を奨励するという口実で、自由主義者たちは、かれら自身の教説しか擁護しないし、他のすべてのものを非難し抑制するだろう。そのようにかれらの矛盾をとがめつつ、ひとはかれら

を、抑圧的諸手段、自由を破壊する強制と暴力によって、かれら自身の自由を擁護すると非難する。ひとはかれらに、たんに自由によって、すなわち、おそらく自由への祈り、懇願、そしてせいぜい自由への教育——それは各人に彼が望むようにするに任せるだろう——によって、言い換えれば、無-教育によって、自由を擁護するのを許可する。こうした油断のならない非難のもとで、ひとは極端な自由 (ultra-liberté) の理論家たち、すべての人々は善良であること、すべての権威は悪いこと、を信じる、アナキーのすべてを壊す空想家たち、「すべては許される」の非現実主義的理論家たち、を認めていた。かれらの非難は、不条理にも政治のない政治をつくろうと望むか、またはまったく政治を望まない、かれら自身を非難するのみである。

実際、自由主義は、われわれが知るように、自由の絶対的価値、換言すれば、絶対的自由の価値、を信じない。絶対的自由は、ヘーゲルが経験によって述べたように、やがてテロールになる。自由主義は、人間が無条件的に善良であるとは信じない。人間はたんに「競争的な」(agonistique) 存在であるのみでなく、また邪悪でありうるからである。自由主義は、それ以上に、絶対的個人主義を、つまり人間が他の人々なしで存在する能力を、信じない。要するに、それは非社会的社交性を、つまり、政治的秩序の中でしか、政治的権威の下でしか、十分に生きることができず、己の賜物や己の諸徳を立派に実現できない、人間の政治的存在を信じる。自由主義にとって、また人間たちは「教師の必要な」ものである。

しかし、ポランによれば、自由主義は他の諸イデオロギーの中の一つのイデオロギーではない。それは、その哲学の歴史にしっかりしがみついた一つの哲学、自由の形而上学と真理の規制原理によって支配された人間学に基づく一つの哲学、である。かかる哲学を自由主義は、反省的で理性的仕方、自由なものとして、自由に生きようとする、誰であれすべての人々によって共有されうる、と主張する。そうした人々に対して——それに誰があえてそうであることを拒もうとするだろうか——自由主義は、最小限の道徳的、政治的信条 (credo) を提案する。かかる信条に基づいて、自由のあらゆる明敏な諸哲学は、和解の場や、政治的共同体の只中での生活を可能にするコンセンサスの諸要素を見いだしうるし、また、それを元にして、各人は、己が理解するような己の私的生

活を發展させうる。どうして自由主義的でないことがありえようか。⁴²⁾

最後に、ひとはそれが用いる手段に鑑みて、非常に現代的な反対の形態に触れずにおくことはできないだろう。それはテロリズムによる反対 (l'opposition par le terrorisme) である。ひとがなぜ、かかる反対の根本的絶滅を追求しないために自由主義を引合いに出すことができないか、を示すためにのみ、ポランはそれについて語るだろう。

テロリストの諸少数派は、ポランによれば、ほとんど唯一の特徴しか共有しない。それは、あらゆる国民的コンセンサスの拒否と、かかるコンセンサスを再建しうるあらゆる妥協の拒否である。それらは、こう言ってよければ、革命的諸少数派であるが、純粋に否定的で激しやすい革命主義の諸少数派である。たんに確立された秩序と、それを体現する諸権威を破壊することが問題なのである。残りの特徴については、もし続きがあるならば、後で見るだろう。なぜなら、テロリストたちはふつう、絶望的な革命家たち、計画のない革命家たち、であるから。

テロリストの諸少数派のあいだに幾つかの文化的諸少数派がありえたが、それらは、あらゆる妥協を拒絶しつつ、それらが一部をなさないと思う一国民の諸制度へのあらゆる参加を忌避し、そして、戦闘以外にかれらの独立を要求し獲得する他の手段を見いださず、また、体制側との戦闘がそれほど不等なので、テロリズムの実行以外に、戦う他の手段を見いださないのである。闘争の継続はあまりに高くつく結論するように導かれるほどまでに、圧制者を不安定にすることが問題なのである。

しかし、今日ではしばしば、ひとは、自分たちの事例について世界の世論に注意を喚起するために、かれらが適していると判断するいかなる国においてもテロリストの行為に身を委ねる、苦悩の状態にある諸住民を見いだす。テロリズムはナショナルな問題であることをやめる。それはまた実際、近代国家のあらゆる制度、西欧世界のあらゆる政治的権威や文化的諸構造さえ拒絶するところの、激しやすいアナーキズムがしみ込んだ、諸小集団によって実行されるテロリズムの事例である。テロールのニヒリズムは、情勢次第で西欧の先進諸国のいかなる国にも起りうる。かかるアナーキズム的で、ニヒリスト的で、急進的なテロリズムは、われわれの文化の一つの問題になった。⁴³⁾

注

- 1) Raymond Polin, *Le libéralisme Oui*, La Table Ronde, 1984, p.123.
- 2) R. Polin, *La liberté de notre temps*, Vrin, 1977, ch. 5, I, pp.215 – 216.
- 3) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp.123 – 124.
- 4) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp.124 – 125.
- 5) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp.125 – 126.
- 6) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp.126 – 127.
- 7) Polin, *La liberté de notre temps*, ch. 5, I, p.219.
- 8) Polin, *La liberté de notre temps*, ch. 5, I, pp.222 – 223.
- 9) 国家と、それを構成する市民たちとを仲介者なしに結びつける政治社会のみが、その最初の契約に一致してよく構成された一般的社会である、という抽象的でたしかに非現実主義的な原理から出発して、ルソーは出現しうるあらゆる部分社会を、正統性をもたない有害な党派扱いしていた。「社会的なものの特定の現実の自覚、事実上および権利上の厳密に社会的な諸結社の還元しえない存在は、たしかにルソーの批判の原理自体を失墜させた。それでもなお次のようなことが残る。— 彼は自身の言葉で、そのぬぐいえない現実、その有害な帰結、を認めることなしに、彼が予感していた「部分社会」の体系に対する洞察力ある批判を行った。彼はすでに「党派」による、「社会的なもの」による、道徳的なものや政治的なものの制御しにくい侵食を想像していた。／ルソーの眼には、市民が国家のなかでその正統な役割を演じるためには、彼が自由に意見を述べる、すなわち、彼が自分が所属しているかもしれないいかなる「部分社会」の影響または強制も被らずに、「自分に従つてのみ意見を述べる」のでなければならない。「大きな社会を犠牲にして徒党、部分社会が作られるとき」、そうした結社の各々の意志は「そのメンバーに対しては一般的だが、国家に対しては特殊的」なものになる。いわば、国家のなかで形成される可能性のある厳密に一般的な意志は、もはや国家には存在しないのと同然である。／こうした部分社会は政治的に自律的でも自足的でもない。それは公的人格をもたない。それには真正の「一般意志」が可能ではない。その反面、それは党派やその特殊意志の紛争によって、一般意志をゆがめ腐敗させる。かかる一般意志は、つねに正しく正統であるためには、国家のなかで主権的役割を果たすためには、自由な市民たちの諸々の意志の積分的総和でなければならないだろう。／結びついた大多数の人々が己を唯一つの政治体とみなすとき、ひとはかれらが、かれらのあらゆる欲望を支配し、かれらの共通の保存、一般的幸福、を引受ける唯一つの意志しかもたないことを期待しえた。そのとき、単純で正しい人々、良識がかれらのうちで語りかける人々は、共通善、結合、平和、安全を見出しうる。それに反して、一般的社会のなかで、断片的な小社会が増加しそのメンバーに対して幅を利かせるとき、またそれらの特殊で多様な利益がずうずうしくも公益の聖なる名前を飾るとき、一般意志は沈黙し、デモクラシーの主権原理は損なわれる。」(R. Polin, *La République entre démocratie sociale et démocratie aristocratique*, PUF, 1997, III, ch. 1, pp.199 – 200.)
- 10) Polin, *La République*, III, ch. 1, p.200.
- 11) Polin, *La République*, III, ch. 1, pp.200 – 201. ポランは、今日のマフィアまたはかつての追いはぎの一団のような型の圧力団体を取り上げないだろう。これらは非難すべき目的を追求し法律に違反する手段を使用するので、公権力はそれらを撲滅し、それらを編成

する犯罪人たちをかれらに値する懲罰で咎めるために必要なあらゆる手段をもつし、または己に与える。社会現象として、マフィアは国家の政治的または法律的問題を提起しないので、それは国家に対しては、それを無力にすることに成功し、それを排除し、かつ罰することからなる、おそらく難しいが単に実際的な問題を提起するのみである。(op.cit., p.201.)

12) Polin, *La liberté de notre temps*, ch. 5, I, p.224. 「メレクラシーの変化 (avatars)。 ひと、その不安定のなかでどれほど永続的であろうとも、そうした事実上のメレクラシーの未来に関して自問することができる。ひと、自由主義国家 — メレクラシー的なそれ — の、コーポラティズム的 (協調組合主義的) 体制、またはフェデラリズム的 (連邦主義的) 体制へ向かっての、漸進的進化を想像することができよう。／コーポラティズムの体制へ向かって、進化は最初はばまれているように見える。その理由はコーポラティズムの教説とナチまたはファシズムの政府との結託の思い出であるが、とりわけ同業組合はイデオロギー的統治でないからである。コーポラティズムは可能なあらゆる圧力団体に関係しないだろうし、またそれらの真にイデオロギー的性質にすら関係しないだろう。／フェデラリズムの体制へ向かって、自由主義国家はより多くの傾向をもつように思われるだろう。— それが、その自由主義的資質の大部分を擁護するために、その単一で中央集権的な性格を犠牲にすることを受入れさえすれば。しかし、そこでもなお、かかる進化は、少数の圧力団体 — すなわち、その政治的資質が地方分権主義的運動のようなイデオロギー的訴えなしですませることができ、かつその選択がイデオロギー的連合を排除するような圧力団体 — にしか関係しないだろう。／フェデラリズムとコーポラティズムはだからどちらも部分的で不適切な解決策しか提供しない。実際、いかんともしく、問題になり障害になるのは、つねに圧力団体のイデオロギー的性格 — その排除と支配の意志 — である。」(op.cit., p.223.)

13) Polin, *La liberté de notre temps*, ch. 5, I, pp.224 – 227.

14) Polin, *La liberté de notre temps*, ch. 5, I, pp.227 – 228.

15) Polin, *La liberté de notre temps*, ch. 5, I, p.228.

16) Polin, *La République*, III, ch. 1, pp.201 – 202.

17) Augustin Cochin, *Les Sociétés de pensée et la Revolution en Bretagne*, 1925.

18) Polin, *La République*, III, ch. 1, p.203.

19) Polin, *La République*, III, ch. 1, p.203.

20) Polin, *Le libéralisme Oui*, p.127.

21) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp.127 – 128.

22) Polin, *Le libéralisme Oui*, p.128.

23) Polin, *La République*, II, ch. 3, p.137.

24) Polin, *La République*, II, ch. 3, pp.137 – 138. 「あまりに強力であまりに構造化された政党の逸脱の、最も極端で最もひどい例、だがまた最も説得的な例は、まさに伝統によって最もオーソドックスで、それがより強力であるだけに一層そうであり、その味方にとってもその敵にとっても同様に危険な共産党であった。それは本性により、国家の中の国家を構成しようと努めるし、幾つかの国においてはその究極の目標を実現し、「党」と国家を同一視することに成功した。それは、その習わしによって、またその成功によって、政党の間違った使用の最悪の破綻を表している。その鼓吹者、その保証人、その庇護者であるソヴィエト国家は、現にその無能力とその全体主義的悪徳を明らかにしつつ崩壊した。こうした状

況が確認されるならば、過激主義者や反逆者を結集させる以外には、共産党はもはや意味をもたない。」(op.cit., pp.138-139.)

25) cf. Rousseau, *Du cntrat social*, liv. II, ch. III : Si la volonté générale peut erreur.

26) Polin, *La République*, II, ch. 3, p.139. cf. Constitution française du 4 octobre 1958, Article 4. — Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie.

27) Polin, *Le libéralisme Oui*, p.129.

28) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp.129-130.

29) Polin, *La République*, II, ch. 5, p.158.

30) Polin, *La République*, II, ch. 5, pp.158-159.

31) Polin, *La République*, II, ch. 5, pp.159-160

32) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp.131-132.

33) Polin, *Le libéralisme Oui*, p.132.

34) ポランは、トュキュディデスの次のような皮肉な指摘を思い起している。—— 彼がペリクレスに宛てている追悼演説において、トュキュディデスはアテナイのデモクラシーの正常な運行を、己自身の思想の価値で己の同市民たちを説得する技術をもっていたペリクレスの天分に捧げている。だから、彼こそがかれらのために考えていたのである。(Polin, *La République*, II, ch. 2, p.120.)

35) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp.132-133.

36) Polin, *Le libéralisme Oui*, p.134.

37) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp.134-135.

38) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp.135-137. 「例えば、教育の公的サービスは全国的企てであることをやめて、諸々の地域、地方に委ねられねばならない。地域的自主独立主義や地域的必要は、こうして教育的な構造や方向づけに対して、それらの固有の刻印を与えるだろうし、それらが地域から地域へと、健全な競争心を確保するのを可能ならしめるだろう。—— 国民の中で、獲得された等級の自由な承認と、有能な教員の循環とが保証されさえすれば。これは大学についても同様であろうし、大学は、ますます無意義な、全国的な、神聖不可侵の卒業証書を付与する、国家の大学であることをついにやめるだろう。それらの固有の方向づけと要求をもつ地方的諸大学が、ついに多様性の中で、互いに競争を始め、すべての人の利益となるだろう。水準の差異はあるだろうし、それは凡庸な人々には仕方がないが、最良の人々にはよいだろう。こうして、ひとは多数者を受入れて教育しつつ、大多数にふさわしい必要を満たしうるし、また、国民と文化にとって必要なエリートを形成しうる。なるほど国立の高等専門学校 (de grandes écoles nationales) は存続するだろうが、それを得ようと地方分権化された諸制度が互いに争うだろう。フランスでは、それなくしてわれわれの文化が現にあるものでないだろうし、フランスに父祖伝来の価値と威信に基づく、かけがえのない国際的伝達手段として役立っている、フランス語の一般的実用教育を課すためにしか、国家はもはや介入しないだろう。」(op.cit., pp.137-138.)

39) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp.138 – 139.

40) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp.139 – 140.

41) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp.140 – 142.

42) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp.142 – 146.

43) Polin, *Le libéralisme Oui*, p.146. 「ひとはなおも、一つの政治的反対について語りうるのだろうか。とりわけ、国際世論の注意を喚起すること、破局的なことやセンセーショナルなことに對する諸メディアの節度のない嗜好につけ込みつつ、国際世論が政治において果たすますます大きな役割を利用すること、が問題である。／そのために、テロリストたちは、かれらが告発する不正に責任があるはずの、これこれの個人をおびえさせようとそれほど努めない。かれらは、徹底して、明白な責任のない人々、明らかな無実の人々、女性たちや子供たち、または象徴的な擬似-責任者たちを襲うところの、たんに不快だけでなく心的外傷を与える盲目的襲撃によって、一般的テロールを引き起そうと努める。重要なことは、各人が漠然と自分が脅かされていると感じうるために、行き当たりばったりに襲うことである。かれらのお気に入りの方法の一つは、関係のある国家の当局者をセンセーショナルおどしに従わせるために、派手な人質を取ることにある。かれらはそのとき、執拗にかれらが出来事に責任があるとする権力の座にある人々の残酷さを非難しようとするか、または、もしその人々が譲歩するならば、その人々をその弱さのために評判を悪くさせようとするのである。かれらは、このディレンマの中に押し込めて、その人々を軽蔑すべきものにし、かつ、国家の諸制度を、またそうしたものとしてのあらゆる政治制度さえも、不安定にしようとする。／本当にぎょっとさせるために、かれらの諸行為は不条理で非人間的でなければならない。それらは、予測しがたく、ほとんどいわれのないもの、正当化しえないもの、でなければならない。だから、自由主義的大政治家にとって、いかなる口実の下でも、それらを許容することは問題にならない。テロリストたちが自ら、政治行動の方途を拒絶するので、かれらが遂行する諸行為はきっぱりと犯罪行動として分類され、かつそのようなものとして処罰されなければならない。彼ら自身が犯罪者として追跡され、刑の宣告を受けなければならない。……」 (op.cit., pp.146 – 147.)

〈判例研究〉

職務質問の現場における留め置きの適法性

—— 覚せい剤所持の嫌疑による被告人の着衣及び所持品に対する搜索差押許可状の請求準備着手から右令状執行までの間、被告人を職務質問の現場に留め置いた措置を違法とした事例 ——

覚せい剤取締法違反、大麻取締法違反被告事件、平成27年3月4日東京高裁判決、破棄自判（上告、後確定）、判時2286号138頁

岡 本 梢

目 次

- 1 事案の概要
- 2 判 旨
- 3 検 討
 - (1) 強制処分と任意処分の区別
 - (2) 二分論の展開

1 事案の概要

A巡査部長は、B巡査らと警邏中、平成25年9月22日午前3時40分頃、パトカーに気が付き慌てて顔をそむける等不審な行動をとった被告人を歩道上で停止させ、職務質問を開始し、所持品の提示を求めた。被告人は、財布等を提示したが、赤いウエストポーチについては提示を拒絶した。その後、A巡査部長に説得されウエストポーチの中を見せた際、A巡査部長はその中に入っていた小物入れの中にパイプのような固い物があるように感じた。A巡査部長は、職務質問開始前の被告人の状況や、開始後の薬物乱用者に酷似する様子から、薬物

犯罪を犯している疑いを抱いた。被告人の身上照会をしたところ、薬物犯罪の前科前歴が多数あることが判明した。

A 巡査部長は、覚せい剤所持の被疑事実で搜索差押許可状の発付を裁判所に請求することを決め、午前4時11分頃、令状請求準備のためY警察署に向けて本件現場を出発した。

その後、応援で駆け付けた警察官らが所持品検査に応じるように更に被告人の説得を続けたが、被告人はウエストポーチの中を見せることを拒否し、何度も帰りたい旨申出た。実際に歩き出そうとしたが、その都度警察官らは被告人の両腕をつかんだり前に立ちはだかったりして制止した。

A 巡査部長らは、午前6時39分頃、搜索差押許可状の発付を裁判所に請求し、午前7時36分頃同令状の発付を受け、午前7時53分頃同令状を本件現場で執行した。ウエストポーチから覚せい剤が発見され、被告人は現行犯逮捕された。その後警察署で任意提出された被告人の尿から覚せい剤の成分が検出された。

被告人は、覚せい剤及び大麻の所持、覚せい剤の自己使用により起訴されたが、原判決は、覚せい剤の所持を被疑事実とする搜索差押許可状に基づく、職務質問の現場における被告人の所持品等の搜索並びにその結果発見された覚せい剤及び大麻に差押えには重大な違法があるとして、それらの鑑定書及び任意提出された尿の鑑定書の証拠能力をいずれも否定し、被告人を無罪とした。

2 判 旨

「任意捜査における有形力の行使は、法益の侵害について相手方の同意・承諾があれば、手段が相当である限り、許されるのは当然である。相手方の同意・承諾がなくとも、有形力を用いる必要性和侵害される相手方の法益との均衡が保たれている限り、許されると解される。その場合の有形力の行使は、搜索や逮捕にわたるような、相手方の意思を制圧するものであってはならず、また、侵害される法益の種類、程度、捜査目的を実現するためにその法益を侵害することの必要性、緊急性、犯罪の嫌疑の程度、重要性なども考慮して、具体的状況のもとで相当と認められる限度内のものでなければならない。

これを本件留め置きについてみると、本件は覚せい剤取締法違反という重大

事犯であって、被告人には、覚せい剤を所持している疑いがあるものの、その程度は、蓋然性という高度のものではない。被告人の自由な行動を許せば、携帯している可能性のある薬物等を投棄するなどして証拠隠滅行動に及ぶことが想定でき、隠滅後であれば、捜索差押許可状の発付を受けても実効性がない。留め置きの必要性は肯定することができる。他方、上記映像にあるように、被告人は一定空間で自由に移動することが許されており、被告人の身体に対する直接的な有形力の行使が常時なされてはいないものの、複数の警察官が被告人を隙間なく取り囲み、被告人が再三、そこから出たいとの明確な意思表示をして立ち去る行動に及んでいるにもかかわらず、身体を押し付ける、腕をつかむといった典型的な有形力の行使も用いつつ、被告人を警察官による囲いから出られないようにしている。被告人の移動の自由、ときに身体の自由という重要な法益を侵害したものであり、しかも、それは被告人の動きに対応した受動的、一時的なものではなく、あらかじめ立ち去りを防止しようとして、約三時間四〇分（現行犯人逮捕手続書記載の被告人が車道方向へ駆け出す仕草をしたときから）という短いとはいえない時間、P 1 玄関前の狭い敷地から移動することを制限していたものである。被告人が再三にわたり立ち去りの意思を明確に表示して、立ち去る行動に及んでいるのに、これを多数の警察官が取り囲んで阻止しているのであって、手段の相当性を欠き、全体として違法というべきである。さらに、違法な本件留め置きの結果を利用して行われた本件の捜索差押も違法性を帯びることになる。」

「捜索差押が、違法な本件留め置きの結果を利用して行われたものであることを理由として、上記各証拠の証拠能力を否定すべきか否かを検討する。

警察官は、被告人を強い力で押さえ付けたり、掴んだり、引っ張ったりしたことはなく、被告人の身体に危害が加わらないように配慮していた。警察官がある程度離れた状態で被告人を取り囲んでいた時間帯も少なくなかった。また被告人は妻や弁護士への電話を制約されていなかった。約3時間40分という時間も長時間とはいえない。本件留め置きの違法は軽微とはいえないが、悪質な態様とはいえ、法益侵害の程度も重大とはいえない。

前記のとおり、被告人には覚せい剤所持の嫌疑が相当程度認められ、本件留め置きに関わった警察官らも令状請求が可能かつ必要な程度の嫌疑があると認

識していた。被告人が本件現場を立ち去れば覚せい剤等の投棄、隠滅は容易であり、本件搜索差押許可状による捜査目的を達するには、被告人を現場に留め置く必要性があった。

本件覚せい剤等は、本件搜索差押許可状に基づく搜索によって発見されている。警察官らも、同令状の発付を受けて搜索差押をする意図であり、その令状の執行を確保するために、被告人を留め置いている。前記の裁判例が、令状請求の準備に着手して強制手続きに以降した段階においては、相当程度強くその場に止まるように求めることも許されるとしており、本件では、これに沿った対応が行き過ぎたという面がある。

これらの点を総合考慮すれば、本件留め置き of 違法の程度は、令状主義の精神を没却するような重大なものであるとはいえず、将来の違法捜査抑止の観点からも、上記各証拠の証拠能力を否定すべきであるとはいえない。」

3 検 討

(1) 強制処分と任意処分の区別

本件は、薬物事犯における職務質問開始から搜索差押令状の執行までの間、捜査官が被告人を長時間留め置いた措置について、その適法性及び当該手続きを利用してなされた搜索差押によって得られた証拠の証拠能力が問題となった事案である。

薬物事犯においては、所持及び使用の疑いに対し、所持品検査や採尿のための任意同行、任意採尿に応じるよう、職務質問の現場や任意同行後の警察署に被疑者を留め置く措置が多々なされる。まず、警察官は、対象者に不審事由を認めると、警職法2条1項に基づいて行政警察活動たる職務質問として「質問」し、それに必要な範囲で、対象者を「停止」させることになる。同法2条3項が強制にわたることを禁じていることから、ここでの停止、質問は、任意処分として行われる。そして、職務質問中に特定の犯罪に関する嫌疑が生じれば、そのまま司法警察活動たる捜査へと移行する。捜査は任意処分を原則とするため、ここでの捜査も任意捜査として行われることになるが、嫌疑の高まりによって、強制捜査たる搜索差押や逮捕手続きに移行すべきか否かの判断に迫られる

こととなり、その見極めのために、被疑者への質問を継続し、留め置く必要が生じる。その際、被疑者の説得や抵抗のために時間を要する場合があります、結果として、長時間にわたり被疑者の移動の自由を奪うこととなる。また、留め置きの最中、被疑者が退去の意思を示し実行に移した際に、その引き止めのために有形力が加えられることもめずらしくない。そのような移動の自由の制限や、有形力の行使が過度になされた場合、当初は任意処分として行われていた留め置き措置も、もはや強制処分といえるほどの法益侵害がなされているのではないかと争いが生じる。

強制処分とは何かについて、最高裁は、昭和51年3月16日決定（刑集30巻2号187頁、判時809号29頁、判タ335号330頁）において、「強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味する」としている。有力説は、「相手方の意思に反して、その重要な権利・利益を制約する処分」であるとする¹⁾。法定の強制処分を見るに、逮捕、搜索等は、国家権力による強度の法益侵害であるがゆえに、相手方がいかに同意しようとも、それによって任意処分となる性質のものではなく、令状主義が適用され、裁判官による厳格な審査のもと許可された行為のみが許容されることになる²⁾。そこでは、捜査の必要性や緊急性等が個別具体的に考慮されることはなく、類型的に強制処分該当性を判断することになる³⁾。よって、強制処分に当たるか否かは、上記最高裁決定もしくは有力説に沿って、法益侵害の程度が、仮に相手方の同意があったとしても許容されない程度か否か、捜査の必要性・緊急性を加味したとしてもおよそ許容されない程度にまで至っているか否かという視点で判断すべきである。

本件裁判所は、本件留め置き措置が強制処分に該当するか否かについて、明確な判断をしていない。「任意捜査における有形力の行使は、」「侵害される法益の種類、程度、捜査目的を実現するためにその法益を侵害することの必要性、緊急性、犯罪の嫌疑の程度、重要性なども考慮して、具体的状況のもとで相当と認められる限度内のものでなければならない」とし、本件留め置き措置は手段の相当性を欠き違法であると判断している。

留め置き事例に関する唯一の最高裁決定である最高裁平成6年9月16日決定

(刑集32巻4号670頁、判時896号14頁、判タ366号152頁)も、覚せい剤取締法違反の前科があり、不審な行動をとっていた被疑者を、職務質問開始から搜索差押許可状(強制採尿令状)の執行が開始されるまで、6時間半以上にわたり職務質問の現場に留め置いた事案について、留め置き必要性、緊急性等を具体的に考慮して上で、「任意捜査として許容される範囲を逸脱したものとして違法」と判断している。かかる最高裁決定も、留め置き措置が強制処分⁴⁾に該当するか否かの明示の判断をしていない。最高裁は、留め置き措置を逮捕とは異質のものとし、最高裁昭和51年決定の基準に照らしても強制の処分には当たらないと判断したものとされている⁴⁾。本件も、前記判示からすれば、平成6年決定と同様、留め置き措置を強制処分ではなく、任意捜査としたうえで、その相当性を判断したものと考えられる。

平成6年最高裁決定の上記の判断に対しては、最高裁は、捜査の必要性・緊急性等諸般の事情を総合的に判断しているが、そのような衡量判断は被告人が被った法益侵害が強制処分の域に至らないことを前提すれば意味を持つとして、まず当該留め置きが強制の処分に当たるか否かを判断すべきであったとの批判がある。「被告人の移動の自由を長時間にわたり奪った」ことを違法の理由とするならば、憲法33条違反の「強制処分」と評価されるのではないかと⁵⁾の批判が指摘されているのである。

平成6年最高裁決定の事件では、有形力の行使の程度は低く、留め置きの時間が許容される範囲を超えて長時間にわたったことを重視しており、時間の長短に着目しているのに対し、本件は、その有形力行使の程度に着目している。すなわち、複数の警察官が被告人を取り囲み、そこから出る意思を明確にし、立ち去ろうとする被告人に対し、身体を押付けたり、腕をつかむなどして出られないようにした事実につき、「被告人の移動の自由、ときに身体⁶⁾の自由という重要な法益を侵害した」と判断しているのである。上記、平成6年最高裁決定への批判と同様の立場で考えれば、そのような身体⁶⁾の自由に対する制限は、もはや強制手段たる逮捕に該当するのではないかと考えられる。

しかし、捜査の流動性に鑑みると、とりわけ薬物事犯における留め置き措置は、嫌疑の程度や対象者の態度、道路上で行われる場合には安全面への配慮等、現場の柔軟な対応が必要となってくることから、強制捜査か任意捜査かという

形式的な分類に固執するよりも、明らかに対象者の意思を抑圧し、捜査の必要性及び緊急性を勘案してもおよそ許容されないほど強度に移動の自由、身体の自由を侵害し、憲法33条違反の逮捕行為がなされたと判断される場合を除き、各事実に従って個別具体的に、その捜査の必要性、緊急性、法益の権衡等を考慮して、捜査として相当性を有していたか否か判断するべきである。

平成6年最高裁決定の事案は、6時間半以上という長時間の移動の自由への制限があった点で、本件は、被告人を取り囲み、腕をつかむなどしてそこからの移動の自由、身体を制限した点で、実質的逮捕に当たるのではないかと判断しうが、明らかに意思の制圧があるとまでは言えず、捜査の必要性や緊急性を勘案すれば、許容される余地があるから、直ちに実質的逮捕にあたりとまでは判断されなかったものと考えられる。⁶⁾

(2) 二分論の展開

直ちに強制処分とは言えない場合、「任意捜査として許容される範囲」内か否かを、個別具体的に検討する必要がある、ここでの事実の検討、評価が留め置き措置事案における最も重要な論点となる。その判断枠組みとして、本件は、職務質問開始から搜索差押令状執行までを一体としてとらえ、その間における法益侵害の程度、捜査の必要性、緊急性、犯罪の嫌疑の程度、重要性等を総合的に考慮して判示している。平成6年最高裁決定も同様の判断枠組みを採っており、これに沿ったものと考えられる。

平成6年事件では、上記の通り長時間にわたり移動の自由を制約したことを違法の要因としたが、そのように長時間にわたった原因として、警察官が任意の捜査に固執し、強制捜査に移行するか、被告人を解放するかの見極めが遅れたことが挙げられる。実際、職務質問を開始し、直ちに被告人の異常行動及び薬物事犯の前科を確認したにも関わらず、捜査官が令状準備に取り掛かるまで、約4時間20分の時間を要した。そのような結果、長時間の留め置きを余儀なくされたことについて、裁判所は違法と判断したものである。これによって裁判所は「警察官に対し、迅速かつ適切な対応を求めた」⁷⁾ものであり、ここに平成6年最高裁決定の意義が存在するといえる。

最高裁による捜査の違法宣言は、捜査実務に相当の影響力を及ぼすものであ

り、平成6年決定以降、警察官は、薬物事犯における留め置き措置において、平成6年決定を念頭に、迅速かつ適切に強制捜査への移行、つまりは令状請求の準備に取り掛かる運用がなされたと推測される。実際近年の裁判例を見ると、職務質問開始から、令状発付の準備に取り掛かるまで、1時間前後で行っているものがほとんどであり、⁸⁾本件も職務質問開始から約40分で令状発付に向けた準備行為に取り掛かっている。平成6年最高裁決定が功を奏したといえよう。

もともと、迅速かつ適切に令状の請求をしたとしても、その後、実際に捜索差押令状が執行されるまでの間、数時間単位という決して短くない間、相手方を留め置く必要性が実務上生じる。特に、強制採尿の場合、「最終手段として」行われなければならない、「医師をして医学的に相当と認められる方法により」行われなければならないから、⁹⁾所持品の捜索差押の場合に比して、被疑者の説得、医師の確保等のために時間を要する。この点に関し、平成6年最高裁決定は、「早期に令状を請求することなく」長時間にわたり被告人を本件現場に留め置いた行為を違法と判断しており、令状請求以前の迅速な対応について、その指針を与えているものの、令状請求以降の留め置き措置については、特別な判断を加えてはいないのである。

そこで近時、留め置き措置を「純粋に任意捜査として行われている段階」と、令状発付に向けた準備行為に取り掛かった時点以降の「強制手続への移行段階」とに二分し、後者については「相当程度強くその場に止まるよう被疑者に求めることも許される」とするいわゆる二分論が提唱されるようになった。二分論は、¹⁰⁾捜査実務において支持を受けており、平成21年以降、これに沿った高裁判決も多数出ている。

二分論をはじめて明示したのが、東京高裁平成21年7月1日判決（判タ1314号302頁）である。事案は、自動車を運転中に職務質問を受けた被告人が、その様子等から覚せい剤使用の疑いがあり、覚せい剤事犯の前科があったことから、警察署に同行され、強制採尿令状が執行されるまでの間、取調べ室に留め置かれたものである。このような留め置き措置について、東京高裁は、従前の判断枠組みを変更し、「本件留め置きが、純粋に任意捜査として行われている段階と、強制採尿令状の執行に向けて行われた段階とからなっていることに留意する必

要があり、両者を一括して判断するのは相当ではない」とした。そして、純粹に任意捜査として行われている段階について、留め置きの時間は30分と短時間であり、被告人の意思に反するものでないことから違法ではないとした。強制採尿令状の執行に向けて行われた段階については、強制採尿令状執行のためには医師の確保等、令状執行までに相当程度の時間を要すること、令状請求が検討されるほどに嫌疑が濃い対象者については所在確保の必要性が高いことなどを前提に、令状執行までに要した時間は2時間58分であり、特に著しく長いとまでは見られず、留め置きの対応も、退出しようとする被告人の前に立ち塞ったり背中を押し返すなど受動的な行為にとどまっていることなどから、いまだ任意捜査として許容される範囲を逸脱したとは言えないと判示した。

右判決を受けて、さらに二分論を明確にしたのが、本件において検察官側が援用した東京高裁平成22年11月8日判決（判タ1374号248頁）である。事案は、不審事由が認められたため、自動車を運転中の被告人を停止させて職務質問をし、前科照会をしたところ、薬物事犯の前歴が判明し、さらに腕に注射痕が認められたため、尿の任意提出を求めたがこれに応じず、強制採尿令状を請求し、これが執行されるまでの間、職務質問の現場に留め置いたものである。東京高裁は、「強制採尿令状の請求に取りかかったということは、捜査機関において同令状の請求が可能であると判断し得る程度に犯罪の嫌疑が濃くなったことを物語るものであり、その判断に誤りがなければ、いずれ同令状が発付されることになるのであって、いわばその時点を分水嶺として、強制手続きへの移行段階に至ったと見るべき」であるとして、上記平成21年東京高裁判決が示した判断枠組みをより具体的なものとした。その上で、強制手続きへの移行段階について、被疑者の所在確保の必要性が高いとして、「純粹な任意捜査の場合に比し、相当程度強くその場に止まるよう被疑者に求めることも許される¹¹⁾」とした。そして、令状請求準備行為から強制採尿令状が執行されるまで、約3時間21分かかっているが、それは特に著しく長いとまではいえないこと、および、留め置きの対応も被告人の身体を押さえ付けたりひっぱったりしたことはなく、意思を直接制圧するような行為等はなされていないとして、強制手続きへの移行段階に至った後の留め置きも適法とした。

このような二分論は、捜査実務において歓迎され、定着するかに思えたが、

その後、札幌高裁平成26年12月18日判決（判タ1416号129頁）が、検察官の主張した二分論による判断枠組みを援用しないことを明示した。当該判決は、二分論の主張に対し、「犯罪の嫌疑の程度は、採尿令状の請求準備を開始するか否かという警察官の判断により直ちに左右されるものでない上、本件において、その段階で、嫌疑を深めるべき新たな証拠や事実が発見されてもいないから、」
「必ずしも説得力のある立論ではない」とした。そして、職務質問の後、パトカーの中に留め置かれて任意採尿に応じるよう説得を受けていた被告人が2回にわたり外に出ようとしたが、警察官が身体を押さえ付けるなどして制止し、結果、降車の意思を明確に表示した時点から、採尿令状が執行されるまでの3時間50分、留め置かれた行為について、「長時間にわたり被告人の移動の自由を過度に制約したものと、任意捜査の範囲を逸脱した違法なものであった」と評価した。

このように、平成26年札幌高判が二分論を否定したことにより、本件裁判所が二分論についてどのような判断を下すかが注目された。検察官は、上記東京高判平成22年11月8日およびこれと類似する東京高判平成25年5月9日を援用し、留め置いた時間は、職務質問開始から、令状準備に取り掛かるまでで40分、令状準備行為から、搜索差押令状が執行されるまでは約3時間40分であり、不当に長時間ではなく、有形力の行使も立ち去ろうとする被告人の挙動に合わせた受動的なもので、手段として相当であって適法であると主張した。これに対し、本件裁判所は、「令状執行のための留め置き必要性は肯認するものである」として、札幌高判のように真っ向から二分論を否定することはなかったものの、令状請求の準備に取り掛かった事実から直ちに覚せい剤所持の嫌疑が高まったとは判断せず、職務質問開始から令状執行までを一体としてとらえたうえで、個別的事情からその嫌疑の程度は蓋然性というほど高度のものではないとした。したがって、本判決は、二分論を否定こそしないものの、二分論に依拠しているものでもなく、平成6年最高裁決定と同様の判断枠組みの中で各事情を考慮したものといえる。そして、本事件は、そのような高度な嫌疑がないのに対し、有形力の行使は、被告人が再三立ち去りの意思を明確にしているのに対し身体を押し付ける、腕を掴むといったものであり、それは被告人の動きに対応した受動的、一時的なものではないとし、そのような手段は、令状執行のための留

め置きの必要性を肯認しても、許される範囲を超えていると判断した。

平成26年札幌高判および本件において注視すべきは、捜査官による有形力の行使が、従来執られていたものと比較して、強度なものとなっているという実務上の事実である。平成21年東京高裁の事件では、被告人の前に立ちふさがったり、背中で押し返す等受動的なものであり、平成22年の東京高裁における事件でも、被告人の身体に対し、直接掴む、押さえ付けるといった行為はなく、意思の制圧をするものではないと判断された。これに対し、平成26年札幌高裁の事件では、パトカーから降車しようとする被告人の身体を直接押さえ付ける行為に出ており、本件でも被告人の両腕を掴んだり、身体を押し付けたりするなど「典型的な有形力の行使」を用いている¹²⁾。そのような有形力の行使が用いられた両事件における留め置きは、被告人の移動の自由を「過度に制約」するものとして、実質的逮捕に相当近接するものと考えられる。その程度にまで達しているほど強度の有形力の行使が執られた背景には、二分論によって、強制手続きへの移行段階に至ったならば「相当程度強くその場に止まるよう」被疑者に求めることも可能であるとする考えが捜査実務に浸透したことがあると考えられる。ここで、平成22年東京高判が示した「相当程度強く」とは、具体的にどの程度を指すのか、その許容性は明らかではない。この点に関し、純然たる任意捜査に際して許される有形力よりも強度のものが認められると解するならば、従来は許されなかった範囲、すなわち最高裁昭和51年決定の示した基準に従えば許容されないと判断される程度の有形力の行使も許される結果となる。その結果、実務においては、移動の自由に対する過度の制約と評価されうるまでに強度な有形力の行使も許容されると判断され、それが平成26年札幌高裁の事件および本件において実行に移されたのではないだろうか。

しかし、いかに強制手続きへの準備を進めているからといって、あくまでも任意捜査として行っているものであるから、受動的な必要最小限度の有形力の行使を超えて、留め置きのために積極的に有形力を用いることはあつてはならない。留め置きの場所から退去することが不可能な状態を作出するほどに積極的な有形力の行使は、実質的逮捕と異なるところはなく、憲法33条に反するものであるといえる。

他方で、嫌疑が高く、逃亡のおそれや証拠隠滅のおそれがある被疑者を、解

放すれば、令状執行が困難になる可能性は高く、それを回避すべく、令状執行まで被疑者を留め置く実務上の必要性は無視できない。被疑者が強く拒否すればするほど、留め置く根拠が欠き、解放しなければならないとすれば、駄々をこねた被疑者が留め置きから逃れいわば「得をする」結果となりかねない。したがって、二分論が提唱する強制捜査への移行段階における所在の確保には、立法による解決が望ましいといえる。¹⁴⁾ 裁判例でも、二分論が展開される契機となった平成20年9月25日東京高裁判決（東京高裁判決時報59巻83頁）が、判決末尾において「覚せい剤使用の嫌疑が濃厚な被告人らにつき、警察官が令状請求の手段を取り、その発付を受けるまでの間、自動車による自由な移動をも容認せざるを得ないとすれば、令状の発付を受けてもその意義が失われてしまう」として、留め置きについては、「裁判所の違法宣言の積み重ねにより、その抑止を期待するよりは、令状手段をとる間における一時的な身柄確保を可能ならしめるような立法措置を講ずることの方が望ましい」と付言した。

そのような立法措置が講じられないまま、二分論に沿った捜査が行われた結果、強度の有形力が行使され、行き過ぎた対応となったのが本件であると思われる。裁判所は、本件留め置き措置及びそれに引き続き行われた搜索差押を違法とし、そのような違法な搜索差押によって得られた証拠物が違法収集証拠として排除されるか判断する際、検察官の主張した平成22年東京高裁判決等が「令状請求の準備に着手して強制手段に以降した段階においては相当程度強くその場に止まるように求めることも許される」としており、本件では、これに沿った対応が行き過ぎたという面がある」ことも考慮し、令状主義の精神を没却するような重大なものではないとして証拠能力を否定しなかった。¹⁵⁾ 二分論の示す「相当程度強く」を、従来の判断によれば許容されうる有形力の行使よりも強度のものが許されると解釈し、積極的な有形力の行使を用いる捜査実務に警鐘を鳴らしたものであり、この点について本件が実務に与える影響力を考えると、本件の意義は大きいといえる。

本件裁判所が、令状執行のための留め置きの必要性を認めながら、それでも本件留め置き措置は相当性を欠くと判断したことからすれば、仮に、本件において二分論が採用されていたとしても、捜査官が用いた有形力の行使は手段として相当性を欠くものと判断されたのではなかろうか。

実務に歓迎され、定着すると思われた二分論も、平成26年札幌高裁判決で否定され、本件においては、それに沿った捜査の行き過ぎが指摘されることにより、被疑者を令状執行まで留め置く際の、捜査官の確固たる拠り所とはいいい難くなった。もっとも、本判決後も静岡地裁が¹⁶⁾平成22年の東京高裁判決を引用するなどして、二分論に依った判決を下していることからすれば、今後も、法の整備や最高裁による判断が出ない限り、二分論による判決とそうでないものが出されると予想される。

注

- 1) 井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」刑事訴訟法の争点〔第3版〕46頁。
- 2) 犯罪捜査規範108条も、捜索の際、住居主等の任意の承諾が得られると認められる場合においても令状の発付を受けなければならない旨定めている。
- 3) 酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、2015年）32頁、香城敏磨・最判解刑事篇昭和51年度72頁。
- 4) 中谷雄二・最高裁判例解説刑事篇平成6年度192頁。
- 5) 酒巻匡・平成6年度重要判例解説（ジュリスト1068号）167頁。
- 6) 江口和伸「職務質問のための実力の行使」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕7頁。
- 7) 中谷雄二・前掲186頁。
- 8) 留め置きの適法性が問題となった最近の事例のうち、平成26年12月18日札幌高裁判決の事件では、職務質問開始から令状請求準備行為まで約1時間、平成25年1月23日東京高裁判決の事件では約1時間27分、平成23年3月17日東京高裁判決の事件では約50分、平成23年2月17日東京地裁判決では約1時間で行われている。
- 9) 最高裁昭和55年10月23日第一小法廷決定（刑集34巻5号300頁、判時980号17頁、判タ424号52頁）
- 10) 細谷芳明「判例から学ぶ捜査手続の実務特別編①」捜査研究775号では、「二分論は、実務的には優れた基準である」としている。
- 11) 強制手続きへの移行段階における留め置きであるということ、すなわち令状の発付、執行に向けた準備を行うことを被疑者に告知する必要があるか否かについて、平成21年東京高裁判決は「最後に付言すると」として、右段階に至ったことを「対象者に告げる運用が早急に確立されるのが望まれるが、本件では、そういった手続がおこなわれていないことで、これまでの判断が左右されることにはならない」としたのに対し、平成22年東京高裁判決は、相当程度強くその場に止まるよう求めることの条件として「強制採尿令状請求が行われていること自体を被疑者に伝えること」が必要であるとした。
- 12) もっとも、平成26年札幌高裁の事件では、違法の重大性の判断に際し、2度の有形力の行使のうち、1度目は被告人から身体を押された警察官が、踏ん張って動かなかったという「受動的なもの」であり、2度目の有形力の行使も、被告人の降車を制止するため、その肩や腕をつかむなどしたものであり、「被告人の意思を制圧するような強度のものであつ

たとはいえない」として、その他の事情も考慮し、留め置きの違法の程度は、いまだ令状主義の精神を没却するほどに重大なものではないとした。

- 13) 前田雅英「令状執行の為の留め置き行為の適法性」警察学論集64巻5号154頁。
- 14) 柳川重規「判例批評」刑事法ジャーナル27号102頁、大沢裕「強制採尿に至る被疑者の留め置き」研修770号15頁。
- 15) 判例時報2286号140頁では、今後、捜査実務が二分論に沿った運用を進めたとして、令状請求中だからといって過剰な有形力の行使が頻発すれば、当該理由で証拠能力を認めることは難しくなると考えられると指摘している。
- 16) 静岡地裁平成27年12月10日判決。

御附札ヲ以被 仰渡候、右ニ付當年ハ串海鼠一箱宛差上申度奉存候、此段奉伺候、以上、

七月七日

御附札

不及献上候、

大岡越前守

(続
く)

(本学法学部教授)

公方樣 大納言樣江

例年暑中爲伺御機嫌、岩茸一箱宛獻上仕候處、當年ハ拂底ニ付、獻上可仕品無御座候、依之、爲代在所之小豆一箱宛獻上仕度奉存候、此段奉伺候、以上、

六月廿五日

小笠原總次郎

御附札

伺之通小豆可有獻上候、

七七

天明六年七月

御用番田沼主殿頭樣江左之通御伺書御差出

例年土用中干鰯獻上仕候處、私儀実方祖父之忌中罷在候ニ付、獻上不仕候段、先月御用番牧野越中守殿江御届申上候、今日忌明申候ニ付、右之品獻上相伺可申處、雨濕ニ相當り候哉、色變獻上可仕躰無御座候、依之、引替之品相伺可申哉、此段奉伺候、以上、

七月

大岡越前守

御呼出ニ而、御口達左之通、

引替之品相伺候樣被 仰出、

右之通御差圖相濟候ニ付、尙又御同人樣江御伺書被差出候處、不及獻上旨御附札ヲ以差圖、

例年土用中

公方樣、大納言樣江爲伺御機嫌、在所之干鰯一箱ツ、可差上處、忌中罷在候ニ付獻上差扣、忌明候ニ付獻上可仕處、色合惡敷獻上難仕、依之、引替外之品差上候樣可仕哉之段申上候處、外之品相伺候樣可仕旨、

七五

天明六年六月廿六日

御用番牧野越中守様御勝手江罷越、御用人本橋六左衛門方江出會申述候者、隱岐守方土用中獻上仕候在所之葛粉、當年も例年之通出來仕候處、製候時節天氣不順ニ而、當年獻上葛ニ少々泡立候跡御座候、誠ニ纔斗之事ニ御座候得共心障御座候間、別紙御届書相添在所差越候、依之、御内慮相同、若獻上不相成御内慮ニも御座候ハ、於御當地同種買上ニ仕、引替獻上相同候様、呈書兩様認差候段申述候處、可入御覽由、尤、明朝罷越候様、依而翌朝罷越候處、越中守様御一存ニも御極難被成、御持出之上、御同列様江得御内許御差圖可被成由、七月朔日朝御勝手江罷出候様申來候ニ付罷出候處、當月御用番田沼主殿頭様江、表方ニ獻上伺、御届書添差出候而、不告其儘獻上可仕旨、越中守様ニ而御差圖相濟、田沼様御勝手江罷越、御用人山崎藤五郎江面會、牧野様ニ而御差圖相濟候趣委細申述、御届書ニ通相渡置御退出之上、御連狀獻上伺ニ御届書添差出候處、御連狀御届書御落手、明日獻上可仕旨被 仰出左之通

例年土用中獻上仕候在所之葛粉、例年之通出來仕候處、製候時節天氣不順ニ御座候而、當年獻上之葛少々泡立候跡御座候、併、葛之生ニ相替義ハ無御座候へ共、例年ト見分相違仕候ニ付、此段御届申上候、以上、

正月三日

龜井隱岐守

但、鳥居丹波守様江御届書、獻上伺書ニ相添差出、

七六

天明六年六月廿五日

牧野越中守様江左之通御伺書被差出

御腰屏風	一双	伊井掃部頭
御印籠	五	松平周防守
銀御銚子	一對	田沼主殿頭
金銀龜御香炉	(一脱力)	牧野越中守
御盃	五十	水野出羽守
御手火鉢	二	鳥居丹波守
御手炉	二宛	酒井石見守 加藤遠江守
御小廣蓋	二	稻葉越前守
御袖香炉	一	横田筑後守
御文鎮	一	本郷伊勢守
右之通被獻候御方樣不殘江御拝領物、御反物被下候由、田沼樣、水野樣、稻葉樣江者御伽羅添、		
御三家樣		
松平加賀守		
松平越前守		
松平陸奥守		
溜詰		
松平越中守		
京都所司代		
生鯛 一折宛		
窺之上		

七二 天明五巳年五月廿三日

御用番松平周防守樣并鳥居丹波守樣江御届書被差出

例年當中獻上仕候大和柿、此節到着仕候處、道中ニ而熟過獻上難相成御座候ニ付、此段御届申上候、尤、引替獻上之義ハ追而申斐守在所ル可奉伺候、以上、

松平申斐守家來

五月廿三日

坪井彌大夫

七三 天明四辰年閏正月

在(所脱力)之御獻上物、延着及三ヶ月候ニ付、御用番松平周防守樣江左之通御届書被差出

私在所之鹽鱒、正月中獻上可仕候處、當年ハ今以在所ル爲差登不申候、着次第獻上可仕候ヘ共、及三ヶ月候ニ付、御届申上候、以上、

二月朔日

牧野備前守

西丸方鳥居丹波守樣江左之通

私在所之鹽鱒、正月中獻上可仕候處、當年ハ今以在所ル爲差登不申候、及三ヶ月候ニ付、御用番江御届申上候、此段以使者申上候、以上

二月朔日

牧野備前守

七四 天明六年三月七日

公方樣御五十御賀ニ付左之通獻上

ハ無御座候得共、當年ハ餘程毛拔御座候、尤、兩翼、尾羽ニ不足無御座候ニ付獻上可仕哉、此段奉伺候、以上、

十二月九日

松平能登守

御附札

伺之通可在獻上候、

例書

例年此節獻上仕候在所之柿此節差越候處、時候不順ニ而不揃、其外板摺等も在之、從例年不出來御座候得共獻上可仕哉、此段奉伺候、以上、

九月十三日

戸田采女正

安永七戌年九月戸田采女正在所之柿、出來不宜不揃ニ付、其節、御用番松平右近將監殿江伺書差出候處、翌十三日御附札ヲ以、不揃ニ而も不苦ニ付獻上仕候様御差圖相濟、獻上仕候由御座候、以上、

十二月九日

松平能登守

一同十一日主殿頭様御用人々今日中壹人罷出候様呼手紙到來ニ付、即齋今井堀右衛門罷出候處、御伺書御附札相濟、御用人山崎藤五郎ヲ以御渡被成候ニ付請取退引、立戻御請御使者勤、

一右ニ付西丸鳥居丹波守様江、左之通御届書今井堀右衛門持參、御取次江相渡候處、追而可申聞旨被申聞候、

例年此節獻上仕候在所之雉子如何仕候哉、近年鳥少其上右雉子追鳥狩ニ而手捕仕候故、吟味仕候ヘ共兔角毛拔御座候而、兩翼、尾羽ニ不足無御座候ヘ共、少々宛之毛拔之分ハ只今迄差上來候、此節到着仕候處、雉子ニ損者無御座候ヘ共、當年ハ餘程毛拔御座候、尤、兩翼、尾羽ニ不足無御座候ニ付獻上可仕哉之旨、御用番田沼主殿頭殿江相伺候處、伺之通獻上仕候様御差圖相濟申候、此段御届申上候、以上、

十二月十一日

松平能登守

例年十二月頃獻上仕來候在所蜜柑、近年度々不熟等ニ而、御斷申上獻上不仕候、古木ニ相成候ニ付、先八年々不熟之方ニ御座候、尤、右蜜柑格別之名産と申ニも無御座、其上打續引替等相伺ニも如何敷奉存候ニ付、當年ゝ蜜柑ハ不差上、在所之岩茸ニ引替候而、毎年十一月ノ内獻上仕度、御差圖被成被下候様、以上、

九月十一日

松平隱岐守

右之通寶曆十二壬午年九月十一日、松平隱岐守方ニ而、伺書御用番右近將監殿江差出候處、同十三日伺書ニ御附札ヲ以可爲伺之通御差圖ニ而、相濟候由ニ御座候、以上、

九月十三日

松平大和守

一同月廿六日松平周防守様御用人中ゝ以手紙被相達候義在之候間、今日中壹人可參旨申來罷出候處、去ル十三日被差出候伺書ニ左之通御附札、御用人宮木新左衛門方ヲ以被成御渡候、

御附札

伺之通小麥之粉可在獻上候、

一御同處様江右爲御請使者相勤申候、

七一 天明四辰年十二月九日

當年迄鳥雉子餘程毛拔有之候ニ付、御用番田沼主殿頭様御用人山崎藤五郎江出會、左之通御伺書并御例書木村所左衛門持參致、主殿頭様思召も不爲仕候ハ、御伺書被差出候旨掛合候處、暫過罷出御伺書之趣御尤ニ思召候、御例書共ニ直々御落手被成候、追而御差圖可被成旨同人方ヲ以被 仰出

例年此節獻上仕候在所之雉子如何仕候哉、近年鳥少く、其上右雉子追鳥狩ニ而手捕仕候故、吟味仕候得共兎角毛拔御座候、兩翼、尾羽ニ不足無御座候へ共、少々宛之毛拔候分ハ只今差上來候、此節到着仕候處、雉子ニ損

御附札相濟、

同廿九日御獻上相濟候由、

六九 安永九子年

間部下總守様御實母様御忌中ニ而、御轉任御祝儀九月十一日、御隱居若狹守様ニハ御太刀目録以御使者被獻候、御當主様御忌中ニ候得共、御屈向も無之被獻候由、

右御同例、

天明五巳年五月二日御時服獻上之節、藤堂柔次郎様ニハ御忌明、御隱居左京亮様ニ者御忌中ニ被成御座候へ共、柔次郎様ハ御服御獻上在之、

但、何方江も御屈向無之、

一前田右近將監様ニも、此類例在之由、

七〇 天明元(丑)年九月十三日

左之御伺書御用番松平周防守様江持參、御用人宮本新左衛門江差出候處、御請取被成旨同人ヲ以被 仰出
例年九月中在所之栗獻上仕候義ニ御座候處、如何様手入仕候而も蟲生候ニ付、川越江所替已後は迄獻上仕、
年々引替之義申上候も卻而如何敷奉存候、依之、當年ハ栗獻上仕、右爲代在處之小麥粉一箱宛獻上仕度奉存
候、此段御差圖被成可被下候、以上、

九月十三日

松平大和守

例書

當時無御座候間、餘人江申付候へ者、地荒等出唯今迄之通出來仕兼候、依之、可相成義御座候ハ、鐵ニ而打立塗候而差上度奉存候、此段奉伺、以上

五月四日

堀 河内守

六七 天明四辰年十二月

御用番田沼主殿頭様江左之通御伺書被差出處、御竝之通被獻上候様御差圖相濟申候

因幡守嫡子能登守妾腹之男子秀三郎、今十七日死去仕候處、七才未滿ニ付、因幡守今一日遠慮、十八日明候得共、能登守遠慮中ニ御座候間、明日因幡守歳暮獻上之義如何可仕哉、因幡守在京中ニ付私奉伺、以上、

戸田因幡守家來

十二月十七日

鳥井 隼太

鳥井丹波守様同文言之内、

因幡守在京中ニ付御用番主殿頭様江私奉伺候處、獻上可仕旨御差圖相濟申候、依之、此段申上候、以上、

戸田因幡守家來

十二月十七日

鳥井 隼太

六八 天明五巳年

戸田豐太郎様御家督御禮前獻上御例

戸田豐太郎様御家督御忌明ニ付、六月廿六日端午之御時服獻上并暑中獻上、御用番牧野越中守様江御伺之處、翌廿七日御附札ヲ以、御時服獻上之不及候段、御差圖相濟、同廿八日暑中獻上之義、伺之通獻上可有之由、

禮被 仰達被下候様頼入候段申達候處、御尤之由ニ而又候被出、御賄方ニ而被申候ハ、右鯛ニ而相濟候様申會萬一新鯛ニ而不叶候ハ、内々引替少も此方ニ苦勞掛間敷ト談合被申候段、何も一同被申候由ニ付、安之進安堵仕退出相濟永務江相尋候ハ、今朝六ツ半時過る鯛唯今八ツ時前迄其儘被差置候譯、如何致候事哉ト申候ヘ者、其儀ニ而ハ、大納言様西丸江可被成御座候ハ、表向ニ而御本丸江御逗留候、依之、大納言様江之朝獻上類御側衆御挨拶之趣ハ、大御所様る相兼候而、大納言様御側衆名前ヲ以御挨拶被成候、追而御本丸江、大納言様御側衆る御書付ヲ以、西丸江之獻上物御取寄被成候、依之、實ハ御披露及遲滯、公方様、大納言様之格ニ者無之ニ付、西丸御賄方江良久敷預り候事之由、右一件濟候而被下物御賄方組頭貳人江貳百足宛、吟味役江三百足宛、世話役四人江壹兩、進上役五左衛門殿江貳百足、跡三人江百足宛、六尺四人江貳百足、御坊主組頭并永務江被下在之相濟、

六五 安永七戌年二月

永井虎之助様初而 御目見之處、西丸ニ而御膳上ニ付、西丸江出仕不及旨御觸出、依之、以御使者御太刀、馬代銀三枚被獻候由、御暇之御方様者御拝領物在之候間、西丸江御登城被成、一天明四辰年閏正月右御例ニ而初 御目見、松平龜丸様西丸江御使者ヲ以御獻上、一御家督ニ付、有馬上總介様以使者御獻上、

六六 天明四辰年五月四日

御用番松平周防守様へ左之通御伺書

例年五月中、在所之氷餅獻上仕候、右箱錠前付ニ而、錠并板鐵共鐵ニ而打立砦上候、然處、是迄申付候細工人、

酒并雅樂頭殿に獻上之鯛者宜候、然上者全善惡と相聞候へ者、今朝之使者呼出可申旨、左候ハ、私内々ニ而呼寄可申旨相達候、此義如何御心得候哉ト申候間、永務江答候者、貴様御役人中江被 仰達候通、旦那初我々迄入念相改、其元も御見届之上御改も濟、貴様小川栄哲殿奥江御持參ニ付、安堵仕候處、右之段承之驚入候、然共今更可致様も無之、畢竟之處者御用番様江申上、差扣伺ニ而も仕候事ニ奉存候ト申候へ者、永務成程尤ニ候へ共、御側衆様を御老中様江御沙汰在之候ハ、其通可然候、無御沙汰ニ押而此方を被 仰上候事も、如何可在御座哉ト申候故、安之進然共御呼出之上、御物語ヲ相捨置、卻而上る御不審ニ而者、重々旦那不調法ニ相成候、此處も御考可被下旨申候得共、永務右御役人中申分ニ付而致推察候處、右被申候處御用番様江御届被成、此惡敷鯛其儘ニ而奥江被差出、御不審之上取極可被成哉御賄方江御願被成、御内々ニ而引替御頼可被成哉、又者御屋敷ニ而引替御頼可被成哉、兎角御使者了簡次第ト、御役人心底右ヶ條御聞置拾除く輕置候趣可能相考御内分ニ而相濟候間、專一と申候旨安之進可成丈ハ穩便ニ取計專ニ存候處、永務を頼候ハ、此上穩便ニ取計頼入候段叮嚀ニ申候へハ、其上者御賄方御役人方ニも逢申間敷、今朝鯛も今更私見申間敷候、丸く事輕く相濟候様致度候、永務も是非御使者ニ逢可申趣ニ付、溜加ニ挨拶候様申候、無程中ノ口廊下上ノ方ニ右御役人村上五左衛門殿初肩衣着、鯛今朝之儘ニ而臺ニ乗セ持出、安之進ニ被申候者、先齋を永務申談候處、此鯛御見届可在之候、匂ひ強く臺之上血水流、此通ニ而ハ奥江難差上候、御頼思召候ハ、白木臺引替唯今御催促在之候間、御本丸江遣可申候、如何心得候哉ト被申候、安之進拜而承之永務江被 仰談、御内分ニ而御取計被下候様奉頼候段申候、入念候處此躰様恐入候段申候得者、少々挨拶在之、右一折御勝手方江爲持被入候、扱跡ニ而永務向候而安之進申候者、唯今五左衛門殿被 仰候者、御世話ニ而臺引替候間ニ可被合候由、乍去匂惡敷血水出候儘被差出、亦私罷歸候而旦那江右故き鯛納候様申候而者、旦那上ヲ不恐落度ナトニ相成候而ハ、重々不調法ニ相成候間、迎も御深切候ハ、此鯛ニ而御役人方御内々ニ而、御ヤリクリ内分十分ニ事濟候様ニト申御請合、御口上被 仰聞候ハ、於私忝旨御

六三 安永（六脱カ）酉年

松平越後守様奥方様七月卅日御死去之處、小出主税様御從弟之御積ニ而、三日七日御忌服之處、主税様御七才未滿ニ付、一日御遠慮之段、御用番板倉佐渡守様へ御届被成、同夜八ツ時八朔之御太刀獻上如何可仕哉之旨、八月御用番松平右京大夫様江御伺書被差出候處、追而御差圖可被成旨、朔日御退出後御呼出ニ付、明二日御太刀御獻上可被成旨被 仰出、同二日御使者ヲ以御獻上之所、御使者染帷子、半袴也、尤、御奏者番御調、右卅日、朔日御遠慮候へ共、八朔御使者夜中ニ罷出候事ニ付、御伺被成候由、

但、組合様方勘考ニ云、右之通候得者、御忌中ニ而も明日御忌明ニハ得ハ、御同様ニハ候得共、大久保伊豆守様ニ而、安永二年十二月卅日迄御忌中ニ而候處、翌朔日御忌明ニ付、御大紋ニ而御用番松平右京大夫様江御忌明之御届被成、直々御登 城被成候御例御座候間、一日御遠慮ニ而、御伺不相成被獻候而も苦閒敷哉ト申談事、

六四 寶曆四年五月十一日

松平市正様ニ而鯛一折宛、御獻上係安之進相勤、九ツ半時迄西丸御坊主佐藤永務御城ニ手紙ニ而、今朝獻上之鯛腹ナトヤブレ等出、此分ニ而ハ難納候ニ付、村上五左衛門ト申仁ニ逢申度由ニ而、早々御出候様申來候ニ付、安之進早速西丸江參、御玄関ニ罷通、中之口ニ而永務ニ逢候處、同人申候者、先齋御賄方進上役江被申候者、今朝市正殿ニ獻上之鯛者、御本丸江可被遣處、甚古く水出申候、御留主居役衆呼出爲見可申旨ニ付、永務申候ハ、成程御尤ニ御座候へ共、獻上之義何方ニ而も入念候へ共、今朝獻上之節少も相違無之ニ付、請取奥江廻し、組頭栗栖安悅ヲ以松平采女正様御挨拶も相濟申候處、生物之事故、今日之風雨殊ニ半日之餘も相滯候得者、惡敷可相成も勿論ニ候、強而獻上之仕方不吟味とも難申、留主居衆呼寄閒敷旨申候得者、其斷者相聞候へ共、今朝

一同九日右近將監様を御呼出ニ付、與左衛門罷出候處、五日差出候伺書ニ伺之通獻上可仕旨御附札被成、御用人佐々木丑藏ヲ以御渡被成候、尤、月末迄ニ御連狀着次第、尙又可相伺旨奉畏候旨御請申上退散、

但、丑藏へ與左衛門申請ニハ、此間も申上候通和泉守義於在所不幸之義承、一兩日之違事故、忌明當日四日頃之日附ニ而、御連狀差越候義も可有御座候哉ト奉存候、左候可獻上之義、一兩日も延引可仕哉ニ奉存候間、此段ハ兼而御聞置可被下旨申述候處承知致候、内々可申聞置旨、併、當月中ニハ御獻上可相成哉ト被申故、何レ廿八九日頃迄ニハ獻上可相成與及挨拶候、彼是御世話之段一札申述候、一同月廿五日右御連狀、御格狀共ニ到着ニ付、同廿六日夕右近將監様江相伺候處、明朝獻上候之様ニ御差圖在之、翌廿七日兩御丸江茶碗貳十宛、鯛一箱宛獻上無滞相濟候、一去ル九日御用番様御差圖濟之趣ヲ、兩御老中様へも申上置候間、尙亦伺書ヲ以申上相濟候由、

六二 安永八亥年正月

井上遠江守様大坂御加番中、御祖母様之御忌中ニ而御加番ニ付而、年始干鯛一箱御獻上御延引、御相番御三手様ハ十三日ニ御獻上在之相濟、尤、其節、遠江守様ニハ御忌中ニ付、御獻上御延引之旨、御三方様も御届在之、遠江守様廿三日御忌明ニ付、御獻上伺在之候處、廿五日御呼出、伺之通獻上候様之御差圖相濟、同廿六日夕伺、廿七日ニ御獻上在之候由、

一稻葉能登守様ニ而、御產物獻上御差合ニ付而、後レニ相成候内、又候御一種も御差合ニ而、兩様後レニ相成候ニ付、追而御差合濟、獻上伺之節、兩度分一日ニ獻上被成候而も可然哉、御例駢と無之由ニ而、御用番様江御内々御聞合在之候處、御一緒ニハ難相成候ニ付、兩度之御獻上ニ被成候様、御内意在之由、

伺之通可在獻上候、

例書

和泉守三州岡崎領知之節、例年三月中串刺獻上仕候處、寶曆十二年二月實母死去仕候節、右獻上之品忌中已前ニ在所差立候得共、忌中ニ着仕候、依之、同四月忌明後忌中ニ着仕候品ニ付、獻上之義如何可仕哉之旨、其節、御用番酒井左衛門尉樣江同十七日奉伺候處、左衛門尉樣御不快ニ付、助御用番松平右京大夫樣ニ而、同十八日御附札ヲ以、明十九日獻上可仕旨之仰出候、以上、

十月五日

水野和泉守家來

藤川與左衛門

別段ニ左之書付、

此度相伺候獻上御茶碗之義ハ、御當地江着仕候上ニ而、御數寄屋頭其外御坊主衆相招、御茶碗吟味之上獻上之節、茶碗相極候義ニ御座候、依之、御茶碗着之節、直々獻上ハ難仕ニ付、例年御茶碗先達而差越、獻上ニ付而之御連狀ハ、當月朔日頃之日附ニ而在所差立、道中無滞候得ハ同廿四日着仕、其節、相伺候上仕候義ニ御座候、當年も御茶碗ハ先達差立候故、此間着仕候、右ニ付此節相同、若例年之通獻上仕候樣ニも被 仰出候ハ、御茶碗吟味仕置、御連狀差越次第、尙又奉伺度奉存候義ニ御座候、以上、

水野和泉守家來

十月五日

藤川與左衛門

右三通右近將監樣江與左衛門持參、御用人佐々木丑藏江出會差出候處、追々御差圖可被成旨被 仰出、別紙之義ハ與左衛門心覺之義を相認、是ハ各樣迄掛御目候申差出、

右御忌中者、阿部能登守樣奥方樣御不幸ニ而、九月十四日々十月三日迄之御忌中也、

一 御旅中^ろ御獻上之御例、奥平大膳大夫樣衆江問合答、

然者寶曆六子年六月大膳大夫參府之節、道中藝州本郷^ろ之御連狀、(御脱カ) 格狀ニ而、在所之絹縮西御丸江獻上致候、尤、文言等常躰之通ニ而御座候、藝州本郷^ろ六月十一日之日付ニ而御座候、同廿四日着府被致候、下略、

一 戸田因幡守樣衆江問合答、

然者因幡守樣獻上旅中^ろ被仕候義、左之通御座候、

寶曆七丑年二月廿三日在所江發足ニ而、同年月在所之海藻獻上之處、大坂表ニ而右獻上物ニ行逢被申候ニ付、大坂表^ろ御連狀、(御脱カ) 格狀共ニ三月七日之日附ニ而差出申候、尤、前々^ろ右御暇年ニハ、右獻上物之義ハ旅中^ろ之呈書ニ而相濟來候間、左樣御承知可被下候、

右之外、御旅中^ろ獻上物被成候御方々樣左之通、

中川修理大夫樣 黒田甲斐守樣 細川中務少輔樣

六一 明和三成年十月

水野和泉守樣御在邑御忌中ニ御獻上物着ニ付、御用番右近將監樣江御家來伺左之通

和泉守在邑中ハ、當月下旬在所之御茶碗、鯛獻上仕候ニ付、先達而在所差立此聞着仕候、右品忌中已前在所差立候得共、忌中着仕候品々御座候ニ付、獻上之義如何可仕哉、和泉守在所罷在候間、此段奉伺候、以上、

水野和泉守家來

十月五日

藤川與左衛門

御附札

六〇 明和四亥年六月

惇信院様七回御忌御法事ニ付、御精進物獻上之御書付出ル、其節、水野和泉守様御參勤御禮前ニ付、左之御伺書御用番松平右近將監様江差出

私儀、參府仕未タ御禮不申上候得共、御法事ニ付、御精進物獻上可仕哉奉伺候、以上、

六月六日

水野和泉守

御附札

不及獻上候、

右者御法事中御精進物類一種獻上可在旨、昨五日御觸書出候處、和泉守様ニ者御參勤御禮前ニ付、御獻上之義如何可被成哉ト御伺之處、追而御達可被成旨御挨拶在之、

一右御精進物類御在府之分斗可被差上旨、在國在邑之分ハ可爲無用候、御暇ニ而も在江戸ニおいてハ可差上旨之御書付也、寶曆十三年三回御忌之節も、御參勤御禮前之御方様ハ御伺被成候由ニ付、此度も右御禮不相濟御方様左之通申合、御退出之節御伺書出、

本多伯耆守様 牧野越中守様 松平豐後守様 青山下野守様 永井飛驒守様

申合ノ外 松平越中守様 前田大和守様 新庄越前守様 松平丹波守様

一翌々八日右近將監様ハ御達之義在之候間、今日中壹人罷出候様御呼出ニ付、即齋罷出候處、

一昨日被差出候御法事中御精進物獻上之義、御伺書ニ御附札ニ而不及獻上旨御差圖、御用人最川左仲太ヲ以御渡被成候、尤、一昨日御同様ニ御伺之御方様江、御同様之御差圖在之、右御差圖濟之、御請使者一同相勤之、

右ニ付御參勤御禮前之御方様ハ、御獻上無之相濟候、

六月十九日

水野和泉守

御附札

不及獻上候、

同日左衛門尉様江左之伺書被差出、

私儀忌明ニ付、惇信院様御法事ニ付（而脱カ）之御香奠、獻上可仕哉奉伺候、以上、

六月十九日

水野和泉守

御附札

勝手次第可在獻上候、

同夕左衛門尉様を御呼出ニ付罷出候處、御香奠獻上可仕旨、御附札ニ而御差圖相濟、御請使者立戻ニ而相勤之、同夕右近將監様を御呼出、御精進物不及獻上旨、御附札ヲ以御差圖相濟、是又御差圖濟、御請御使者勤之、一六月廿日増上寺江五時前出宅、染帷子、半袴着用、惇信院様御法事ニ付而之御獻上之御香奠、例之通仕立方丈江持參、玄關ニおゐて取次之僧江左之通御口上申述、取次幡靈江相渡、方丈方相應之御返答ニ而、御靈前江可相備旨、且別段取次幡靈を請取書も差越、

方丈江之御口上

惇信院様御法事ニ付而之御獻上之御香奠、忌中ニ付差扣申候、此節忌明ニ付、酒井左衛門尉殿江相伺候處、勝手次第獻備仕候様御差圖も相濟候、依之、差上候間宜御取計可被下、此段以使者申述候、

右之通ニ而無滯相濟申候、

由、

一安永六四年正月三日本多中務大輔様ニも、同様之事ニ而御盃臺御献上無之、中務大輔様ハ前年々御母公様御病氣ニ而、御願被成御參府ニ付、御滯府中ニ付而也、是も御届向無之由、

五九 寶曆十三未年

惇信院様三回御忌御法事ニ付、御香奠并御精進物献上之御書付出候處、水野和泉守様五月廿五日々御祖母様之御忌中ニ付、六月八日御用番松平右近將監様江伺書差出

御法事中爲伺御機嫌、御精進物献上可仕候處、私儀、忌中罷在候ニ付、忌明可奉伺候、此段御届申上候、以上、

六月八日

水野和泉守

一右差出候處、御請取被成候旨御挨拶在之、外ニ御香奠献上、御忌中ニ付、差扣之義も御届書被差出候處、是ハ御掛り酒井左衛門尉様江被差出候様御差圖ニ而、直々左衛門尉様江被差出、

私儀、忌中罷在候ニ付、來ル十三日増上寺方丈江、御香奠献上差扣申候、此段御届申上候、以上、

六月八日

水野和泉守

右御請取被成旨御挨拶在之、

同月十九日御忌明ニ付、左之御伺書左近將監様江差出ス、

私儀忌明ニ付、惇信院様御法事ニ付而之御精進物、献上可仕哉奉伺候、以上、

3、左記の新字体を旧字体に訂正する。

「様」↓「様」

「亀」↓「龜」

「総」↓「總」

4、翻刻本文中の（―脱カ）が誤って（―欠カ）と記されていたので訂正する。

諸家例叢 一

五六 安永四年十二月廿三日

大納言様遠御成在之、此日所々様々暮中之御獻上在之處、西丸之方別人ニ而相勤候向ハ、水野和泉守様、井上河内守様、青山下野守様、板倉隱岐守様ハ兩人ニ而相勤候故、御成前ニ寛々と相濟候得共、壹人ニ而御本丸相仕廻候而、西丸獻上ニ廻り候面々在之候處、御拂前差掛甚難渋之事之由、以來心得可在之事也、

五七 安永四年十二月十一日

水野和泉守様御在所唐津江御發駕被成、同廿二日暮中伺御機嫌干鯛御獻上之義、遠州日坂驛ノ御呈書被差出、尤、川支ニ而延着之義も申述差出候、翌廿三日右干鯛西丸江御獻上無滞相濟、

五八 寛延三年

水野監物様十二月中御病氣ニ付、御願被成御參勤之節、翌未正月三日御盃臺御獻上不被成、尤、御届向も無之

諸家例叢〔江幡五郎自筆 輯 共二卷〕（三）

小島 信 泰 編著

目次

序言
凡例
本文

諸家例叢 一（一号〜四〇号まで第四六卷第二・三合併号、四一号〜五五号まで第四七卷第一号、五六号〜七七号まで本号）

諸家例叢 二

解題

*【本誌に掲載した「諸家例叢〔江幡五郎自筆 輯 共二卷〕（一）・（二）の訂正】

1、原本「三五号」の後ろから四行目にある「土井能登守家來」が誤って「大井能登守家來」と翻刻されていたので、記して訂正する。

2、翻刻「三七号」に一箇所ある「条」は原本のまま翻刻したが、本翻刻の方針に従って旧字体「條」に訂正する。

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。

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 卷 第 2 号

平成29年11月30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.2

November 2017

Articles

The Development of "Tribal Sovereign Immunity Doctrine"

in the American Indian Law Hisanori Fujita (1)

Review of the System of the Judicial Research Official

of the Supreme Court Ryuji Yamada (33)

Note

Le régime libéral et les pouvoirs de fait

— La philosophie politique de R. Polin XL — Masaki Shiraishi (65)

Case Study

Legality of the Detention in the Scene of Police Questioning

..... Kozue Okamoto (107)

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 (3) Nobuyasu Kojima (140)

Published by

The Soka University Law Association

Tokyo, Japan