

創 価 法 学

第 47 卷 第 3 号

平 成 30 年 3 月

論 説

『部族の主権免除の法理』の展開 (2)

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

サブリースにおける更新拒絶と正当事由

— サブリース業者からの更新拒絶、賃貸人による賃借人
(サブリース業者)の地位承継問題も含む — …… 松 田 佳 久 (41)

オーストラリアにおける水利権原の性質と持続可能な水資源管理

— ニュースウスウェールズ州における財産権の取得に関する
判例の分析を手掛りに — …… 宮 崎 淳 (63)

名誉毀損の成否と「表現の自由」

— 最高裁判所の判断に変化の可能性 — …… 山 田 隆 司 (97)

研究ノート

自由主義国家

— R. ポランの政治哲学 四 — …… 白 石 正 樹 (131)

史料翻刻・解題

諸家例叢〔江幡五郎自筆 輯 共二巻〕(四) …… 小 島 信 泰 編 著 (188)

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. ボランの政治哲学 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

諸家例叢〔江幡五郎自筆 輯 共二巻〕(二)

小 島 信 泰 編著

創価法学 第47巻 第2号

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

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

研究ノート

自由主義的体制と事実上の諸権力

— R. ボランの政治哲学 四〇 —

白 石 正 樹

判例研究

職務質問の現場における留め置き of 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捜索
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

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

〈論 説〉

『部族の主権免除の法理』の展開 (2)

— アメリカ・インディアン法研究の一助として —

藤 田 尚 則

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 (以上第47巻第2号)

II *Kiowa* 判決

1. 事実の概要
2. 法廷意見
3. 反対意見
4. 批評

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. 部族による訴訟提起
2. 部族法等による主権免除の放棄 (以上本号)

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 v. Paiute-Shoshone Indians* — 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 (以上次号)

II *Kiowa* 判決

1. 事実の概要

本件上訴人たるカイオワ族 (Kiowa Tribe) (以下、「本件部族」という。) は、連邦政府によって承認された部族であり、オクラホマ州に土地を保有している

が、当該土地は合衆国によって信託設定されている。1990年、「カイオワ族産業発展委員会」(Kiowa Industrial Development Commission)と呼ばれる本件部族の団体は、本件被上訴人である「製造技術会社」(Manufacturing Technologies, Inc.)から「クリントン-シャーマン航空会社」(Clinton-Sherman Aviation Inc.)によって発行されている一定数の株の購入に合意した。同年4月3日、当時の本件部族の事業委員会(business committee)委員長は、本件部族の名前で約束手形に署名し、その手形によって本件部族は被上訴人に利息付で285,000ドル支払うことに同意した。手形の額面は、本件部族が所有する工場団地(本件部族のために連邦政府によって信託で保有されている土地)が位置するオクラホマ州カーネギー(Carnegie)で署名された。被上訴人によれば、本件部族は本件部族の土地ではないオクラホマ・シティ(Oklahoma City)で製造技術会社に手形を実行し、送付し、そして手形は本件部族にその支払いをオクラホマ・シティで行なうことを義務づけていた。手形は準拋法を特定しておらず、「権利放棄及び準拋法」と題された段落に「本件手形における何ものも、オクラホマ州のカイオワ族の主権的権利(sovereign rights)に服し、又は当該権利を制限するものではない。」と定められている。

本件部族が支払いを怠ったとして本件被上訴人は、オクラホマ州裁判所に訴訟を提起した。本件部族は、訴訟からの主権免除を根拠に訴え却下を申し立てた。事実審法廷は、本件部族の主張を否認し、被上訴人の主張を認めた。オクラホマ州民事上訴裁判所は、インディアン部族は保留地の外の商業活動に関わる契約違反について州裁判所における訴訟に服すと判示し、第一審判決を支持した。オクラホマ州最高裁判所が審理を拒否した。合衆国最高裁判所はサーシオレイライを認め(521 U.S. 1117 (1997)¹⁰⁷⁾、部族の主権免除の法理を適用し、オクラホマ州民事上訴裁判所判決を破棄した(6対3)。

2. 法廷意見

ケネディ裁判官(Kennedy, J.)が、法廷意見を執筆している。以下、法廷意見の要旨である。当裁判所の現在までの判例法は、訴訟からの「部族免除の法

107) 523 U.S. 751, 753-34 (1998).

理」(doctrine of tribal immunity)を根拠に事件を審理し、判決を下してきているが、これらの判例法は広範囲にわたる論拠を示すことなく免除を当然のこととする初期の判例に依拠している。先例は連邦法の問題としてインディアン部族は、合衆国議会が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してきた場合にのみ訴訟に服とし (*Three Affiliated Tribes II* 判決 (476 U.S. 877, 890 (1986))); *Santa Clara Pueblo* 判決 (436 U.S. 49, 58 (1978)); *USF & G* 判決 (309 U.S. 506, 512 (1940))、今日まで部族の活動が行なわれた場所の如何を問わず、訴訟からの部族免除を支持してきた。また部族の政府活動と商業活動との間にも、区別を設けていない (*Puyallup Tribe III* 判決 (433 U.S. 165, 167 (1977) (漁業活動)); *Okla. Tax Comm'n* 判決 (498 U.S. 505 (1991)) (煙草販売への課税)); *USF & G* 判決 (石炭採掘リース))。

実体的州法 (substantive state law) が保留地の外のインディアン部族の行為に適用されるということは、部族がもはや訴訟からの免除を享有できないということの意味するものではない。例えば当裁判所は、*Okla. Tax Comm'n* 判決でオクラホマ州は非部族構成員への部族経営の店による煙草の販売に課税し得るが、部族は未払いの州税の徴収に対する訴訟からの免除を享受するとした (498 U.S. at 510)。州法を遵守するよう要求する権利と当該州法を強制するに有効な手段との間には相違が存在する。当裁判所は、*Blatchford v. Native Village of Noatak* においてインディアン部族は憲法制定会議 (Constitutional Convention) に出席しなかったが故に、州の主権免除から部族の主権免除を区別した — 州は、憲法制定会議において姉妹州による訴訟からの免除を明け渡すことに譲歩したが、部族は当該制定会議の当事者ではない — のである (501 U.S. 775, 782 (1991))。従って部族免除は、連邦法の問題であって、州による縮小 (diminution) に服さないのである (*Three Affiliated Tribes* 判決 476 U.S. at 891; *Washington v. Confederated Tribes of Colville Reservation*, 447 U.S. 134, 154 (1980)¹⁰⁸⁾。

部族免除の法理は確立した法であり、本件に適用されるが、ほとんど偶然に発展したものであることに注意する必要がある。当該法理は、当裁判所の意見

108) *Id.* at 753–56.

の中で *Turner* 判決 (248 U.S. 354 (1919)) における法廷意見に基礎を置くために言及されている (例えば *Potawatomi* 判決 (498 U.S. at 510))。確かに *Turner* 判決は、免除の先例として引用されるが、精査すれば以下に述べるように先例とはならないことが明らかになる。当該事件は、クリーク・ネーションの公有地内の土地で起こっており、主権者たる人民の権力 (power of the Sovereign people) に従うものであった (248 U.S. at 355)。クリーク・ネーションは、当該ネーションの公有地の土地での放牧権を各々のネーションに認め、100 人のクリーク族の構成員は次々に彼らの放牧権を非インディアンであるターナーにリースした。彼は土地の周りに柵を設けたが、クリーク・インディアンは暴徒が柵を取り壊した。その際合衆国議会は、ターナーに請求裁判所にクリーク・ネーションを訴えることを認める法律を制定した。請求裁判所はターナーの訴えを棄却したが、判決で「損害賠償への実質的障害は、訴えに対する主権免除ではなく、政府又はその職員が〔インディアンと白人との間に〕平穏を維持することを懈怠したことから生ずる損害を回復するための実体的権利の欠落にある」、「かかる責任は、一般法に存在しない。」としている (*Id.* at 357-78)。引用した判文が *Turner* 判決の核心部分であり、それは最大に見積もっても議論のための免除の仮定であって、主権免除を理由付けた声明とは言えない。誰人も、合衆国最高裁判所又は合衆国議会在合衆国議会による法律の制定が部族免除を覆すために必要とされると推定していると言えないはずである。合衆国議会在法律を可決したのは、全く異なる理由が存在する。すなわち「部族政府は、解消させられてこなかった。合衆国議会の承認なくしてクリーク・ネーションは、当時、少なくともその同意なくして裁判所に訴えられえなかった。」(*Id.* at 358)。部族の主権的地位ではなくして部族の解消という事実が、訴訟を承認する立法の基礎にあった。*Turner* 判決は、部族の主権免除の原理を支持するための単なる「貧弱な葦」(slender reed) に過ぎないのである。

109) *Id.* at 756-77. この段落の判決理由には、少しコメントが必要であろう。すなわち、当時の連邦政府の対インディアン政策は、1887年に制定された「一般土地割当法」(the General Allotment Act) に基づいて保留地の部族組織を解体し、個々人のインディアンに土地を割り当てるにあった (同化政策)。従って事件当時、クリーク・ネーションは解散させられてはおらず、事件解決のために合衆国議会在特別法で当該ネーションを請

この *Turner* 判決を受けて当裁判所は、*USF & G* 判決で「これらインディアン・ネーションは、合衆国議会の承認なくして訴訟から免除される」、「主権国家として、又は準主権国家としてインディアン・ネーションは訴えに対して同意がない場合、訴訟から免除される。」(309 U.S. at 512-14) と述べたのである。当裁判所は、その後の事件においてほとんど主権免除の法理の分析をしなかったにも拘わらず、主権免除の法理を何度も繰り返し判示したのである (例えば、*Puyallup III* 判決 (433 U.S. at 167); *Santa Clara Pueblo* 判決 (436 U.S. at 58); *Three Affiliated Tribes II* 判決 (476 U.S. at 890-91))。 *Potawatomi* 判決において上訴人は、部族の事業 (tribal enterprise) が部族自治及び内部問題からはるかにかけ離れるようになってきたが故に主権免除の法理を放棄すべきであるとも、少なくとも狭義に解釈すべきであるとも主張した。しかしながら当裁判所は、合衆国議会は経済発展と部族の自足を促進するために主権免除の法理を廃止しなかったという理論に基づいて、当該法理を維持したのである (498 U.S. at 510)。理論的根拠は — 言わざるを得ないところであるが —、伝統的な部族の慣習及び活動よりはるかに拡大している今日の広範囲にわたる部族事業にとっては不適切なものとして変更することができる。部族主権の法理を永続させるという知恵には、疑う理由が存在する。その昔、当該法理は、発生期の部族政府を州の侵害から保護するために必要であると考えられてきた。しかし今日のアメリカ社会の相互依存的で流動的な社会においては、部族免除は部族自治を保護するのに必要な範囲を超えている。このことは、部族が我が国の商業活動に参加していることから明らかである。部族の事業は、スキー場、ギャンブル及び非インディアンへの煙草販売に及んでいる (*See Mescalero Apache Tribe v. Jones*, 411 U.S. 145 (1973); *Seminole Tribe of Fla. v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996)). この経済的なコンテクストにおいて主権免除の法理は、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となり得るのである。従って

求裁判所に訴える道をひらいたのである。このことをもって合衆国最高裁判所は、主権免除が偶発的出来事だと言っているのであり、解散させられるべき部族に主権免除を認めるのは連邦政府の政策と一致しないというにある。

これらの状況からして、少なくとも包括的準則としての部族免除を廃止する必要性がある。¹¹⁰⁾

合衆国議会は、当裁判所の判決を背景に行為を行なっており、限定された状況において訴訟から部族免除を制限し（例えば、合衆国法律集第25編第450 f 条第c項第3号、同第2710条第d項第7号(A)(ii) 参照。）、また他の法律では部族免除を放棄しない旨を宣言してきている（例えば、合衆国法律集第25編第450 n 条参照。）。部族免除を改めることにおける合衆国議会の役割を勘案した場合、外国への主権免除の問題を考察することが有益である。外国の主権免除は、部族免除と同様に裁判法理をもって始まるところ、マーシャル首席裁判官は、1812年の *Schooner Exchange v. McFaddon* (7 Granch 116 (1812)) で合衆国の裁判所は外国籍の船舶にはたとえアメリカの港湾に停泊していたとしても裁判権が及ばないとした。この意見は、実質的に外国主権 (foreign sovereign) の絶対的免責 (absolute immunity) と看做されるようになってきた。国務省は、1952年、後に「テイト書簡」(Tate Letter) として知られるようになった対外政策を発表し、その中で外国の商業活動 (commercial activity) への免除を否定する政策を明らかにした。政策履行に困難性を見出した合衆国議会は、1976年に「外国主権免除法」(the Foreign Sovereign Immunity Act) (28 U.S.C. §§ 1604, 1605, 1607) を制定し、より明確な準則を打ち立てた (*Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480, 486-69 (1983).)。部族免除は、外国の主権免除と同様に連邦法事項である。当裁判所は、部族免除の限界を画すことに主導的役割を果たしてきたが、合衆国議会は憲法上の制限に従って明確な立法を通して部族免除の限界を変更し得るのである (*Santa Clara Pueblo* 判決 (436 U.S. at 58))。これらの事柄に照らして当裁判所は、判例を再考することを拒否し、合衆国議会に従うものである。¹¹¹⁾

110) *Id.* at 757-78.

111) *Id.* at 759-60. 「テイト書簡」の詳細については、以下の文献を参照。John M. Niehuss, *International Law: Sovereign Immunity: The First Decade of the Tate Letter Policy*, 60 MICH. L. REV. 1142 (1962).

3. 反対意見

スティーブンズ裁判官 (Stevens, J.) が反対意見を執筆し、トーマス裁判官 (Thomas, J.) とギンズバーグ裁判官 (Ginsburg, J.) がこれに同調している。以下、反対意見の要旨である。適用除外を規定する明白な連邦法が存在しない場合、保留地の境界線を越えて活動するインディアンは、州の全市民に非差別的に適用される州法に服すものとされてきた (*Mescalero Apache Tribe v. Jones*, 411 U.S. 145, 148–89 (1973).)。本件部族が、本件部族の保留地外の商業活動へのオクラホマ州法の適用を免除され得る旨を定める連邦法ないし条約は存在しないのみならず、当裁判所は「礼譲問題」(matter of comity) としてインディアン部族への免除に従うか否かについて州裁判所が自身で決定する権限を先取するために、主権免除の裁判法理を拡大適用すべきではない。法廷意見が述べるように、司法審査からの部族免除の法理は「ほとんど偶然に発展した」法理であり、その出処は *Turner* 判決 (248 U.S. 354) と *USF & G* 判決 (309 U.S. 506) に求めることができる。しかし法廷意見は、*Turner* 判決は連邦の裁判所においてさえ当該法理の支援のための「貧弱な葦」に過ぎないとしている。*USF & G* 判決において連邦政府は、合衆国がチョクトー・ネーションとチカソー・ネーションのために執った石炭リースに基づく正当な採掘料の財産回復を求めたが、当裁判所は、連邦政府の行為は異なった連邦の裁判所でその主張に反して下された以前の判決によって禁止されないと判示した。以前の判決は「連邦政府の行為が、インディアン・ネーションに信用を取り付けることを請け負う限り無効である。」とした判決 (309 U.S. at 512) を下しているが、それは2つの理由に拠っている。第一に当裁判所は、*USF & G* 判決と同日に判決が下された事件 *United States v. Shaw* (309 U.S. 495 (1940)) において合衆国に対する交差請求は、合衆国議会が裁判所の審議に同意した当該裁判所においてのみ裁判に付せられると判示している (*Id.* 512)。しかしいかなる合衆国議会法律も、連邦政府に対する交差請求への以前の司法判断をも認めてはいない。第二の理由は、*Turner* 判決の引用及び開化五部族の2つの部族の免除について審理した合衆国第八巡回区控訴裁判所によって支持された「これらインディアンは、合衆国議会の承認がない場合訴訟から免除される。」という所説である。せいぜい判示事項は、合衆国が部族のために訴訟を提起する連邦の事件にのみ

及ぶ。さらに言うべきは、*Turner*判決と *USF & G*判決は、インディアンの保留地で生じた行為から訴訟が提起されているということである。

その後の事件において当裁判所は、州がインディアン部族の保留地外での行為に対して、及び何らかの保留地内での活動に対してさえ立法管轄権 (legislative jurisdiction) を有することを明らかにした。当裁判所は、*Puyallup Tribe III*判決 (433 U.S. 165 (1997)) で主権免除の法理はワシントン州が保留地での漁業活動を規制することを排除するものであるとする部族の主張を拒否し、当該判決後の幾つかの事件で部族免除を広義に解釈したが、法廷意見が述べているように、主権免除の法理の分析をほとんど行なってこなかった。その上保留地内の事件についてのみ審理し、部族主権免除の適用の適否を判断してきたのである (*Oklahoma Tax Comm'n*判決 (498 U.S. 505 (1991))); *Three Affiliated Tribes II*判決 (476 U.S. 877 (1986)); *Santa Clara Pueblo*判決 (436 U.S. 49 (1978))。当裁判所は、部族主権免除の法理を確定した法準則として処理してきたことは確かであるが、いかなる事件においても純粋に保留地外の行為には当該法理を適用してきてはいない。¹¹²⁾

司法権の抑制には3つの大きな理由があると考えられるところ、第一に当裁判所が想定してきた法創造の権限は、第一義的には合衆国議会にある。合衆国議会が当裁判所の事実上無制限な部族免除を認めてきた判断を無効とし、又は変更することができるという事実が、当裁判所の立法機能の遂行を正当であるとはし得ないところである。インディアン部族の主権免除を明確にする合衆国議会法律又は条約が存在しない場合、連邦のコモン・ローの免除「不履行」(default) 準則の創造は、論理的に連邦の利益によって正当化され得る。当裁判所は、主権免除の拡大を支持する連邦の利益を確認することを怠っており、完全に州の利益を無視している。第二に部族主権免除の法理は、かけ離れて異常

112) *Id.* at 760-64 (Stevens, J., dissenting). 判決が挙げている連邦不法行為請求法及びタッカー法以外に合衆国議会が合衆国に対する訴訟に同意する旨を規定している法律として、「インディアン請求委員会法」(the Indian Claims Commission Act) (25 U.S.C. § 70 et seq.)、「行政手続法」(the Administrative Procedure Act) (5 U.S.C. § 701 et seq.)、「権原確認法」(the Quiet Title Act) (28 U.S.C. § 2409a) が挙げられる。See PEVAR, *supra* note 59, at 321-27.

と言わざるを得ない。何ゆえにインディアン部族が、州、連邦政府、そして外国より広い主権免除を享有するのか。国策問題として合衆国は、不法行為責任及び商業活動から生ずる責任から合衆国の免除を放棄してきている（「連邦不法行為請求法」(the Federal Tort Claims Act, 28 U.S.C. §§ 1346 (b), 2674)（以下、「FTCA」という。）、「タッカー法」(the Tucker Act) (28 U.S.C. §§ 1346 (a) (2), 1491) 参照。)。また合衆国議会は、1976年に外国主権免除法を制定し、合衆国内で行なわれる商業活動等について外国は連邦及び州の裁判所に訴えられ得るとしている (28 U.S.C. § 1605 (a) (2))。そして州も、他の州の裁判所に訴えられ得るのである (Nevada v. Hall, 440 U.S. 410 (1979)。)。州が連邦に加入した際にその主権国家の諸側面を引き渡したという事実は、議論の余地あるところではあるが、インディアン部族が保留地外の商業活動について主権免除を保留したとする結論の正当化事由とはならない。

第三に部族主権免除の法理は、「不公平」(unjust) であるということにある。このことは、主権免除の放棄を交渉する機会を持たない不法行為の被害者に関して特に言い得るところである。個人と同様に政府は、その負債を支払い、その不法な侵害行為¹¹³⁾について責任を負わなければならない。

4. 批評

(1) 合衆国最高裁判所は、*Kiowa* 判決に至るまで一貫して訴訟から部族の主権免除を承認し、保護してきたが、部族の主権免除は合衆国最高裁判所が他のインディアン法領域では部族の管轄権限を縮小してきたにも拘わらず、そのま¹¹⁴⁾ま維持されてきた部族主権のひとつの側面であった。それに応じて合衆国最高裁判所は、部族又は部族の団体に対する訴訟を合衆国議会が明白に訴訟免除を廃棄している場合、或いは部族が明確に訴訟からの免除を放棄した場合にのみ認めるとする狭義解釈を取り入れてきた。

Kiowa 判決は、①連邦法の問題としてインディアン部族は、合衆国議会が明

113) *Id.* at 764-66 (Stevens, J., dissenting).

114) *See* United States v. Lara, 541 U.S. 193 (2004); *Duro v. Reina*, 495 U.S. 676 (1990); *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*, 435 U.S. 191 (1978). これらの判決の詳細について、拙著・前掲註10、513頁～572頁参照。

白に訴訟免除を廃棄している場合又は部族が明確に訴訟からの免除を放棄した場合にのみ訴訟に服す。②先例は、免除の目的にとって部族の商業活動と政府活動との間に区別を認めてこなかった。③合衆国最高裁判所は、部族の活動が生じた場所 — 保留地の内と外 — に基づく区別もしてこなかった。④州は、一定の状況下で部族の活動に実体法を適用し得るが — 州はインディアン・カントリーの外ではあるが州内で行なわれる部族の活動に課税し、又は規制する権限を有し得る —、州法への服従を命ずる権利と州法を実行するために有効な手段との間には相違が存在すると判示した。本判決は、主権免除を廃止する合衆国議会の無条件の権限を維持し、支持したのみならず、他の領域では主権的権限への司法的浸入 (judicial incursion) を正当化してきた理由に基づく主権免除の法理の適用範囲を限定することを拒否している。例えば本判決は、外国に関して連邦法の問題として作り出されてきた主権的団体の商業活動に対する例外を拡大することを拒否し、また本判決は非インディアン団体が関わる保留地外の活動にも拘わらず、部族免除を制限することを拒否しているのである。スティーブンズ裁判官は、その反対意見の中で部族主権免除の法理は不公平であるということにある。このことは、主権免除の放棄を交渉する機会を持たない不法行為の被害者に関して特に言い得るところであり、個人と同様に政府はその負債を支払い、その不法な侵害行為について責任を負わなければならないと主張したが、法廷意見は主権免除を支持した。

インディアン部族は、本判決がインディアン部族の主権免除を強化した結果、州及び連邦政府よりも広範な免除を享有することになった。さらに判決は、商業活動との関連で主権免除に与えられるべき適切な敬讓に関する州裁判所における解釈の相違の問題をも解決したのである。¹¹⁵⁾

(2) 合衆国最高裁判所は、*Kiowa* 判決の2年前の *Seminole Tribe* 判決¹¹⁶⁾で①州は合衆国憲法の連邦体系の下で主権を有する法主体である、②主権の属性には自らの同意なくして個人による訴訟に応じないということが本質的に含まれていることは、1890年の *Hans v. Louisiana* (134 U.S. 1 (1890)) 以来判例にお

115) Seielstad, *supra* note 2, at 681.

116) 517 U.S. 44 (1996).

いて繰り返されてきた、③インディアン通商条項 (Indian Commerce Clause) のように連邦に専属的管轄権が付与されている場合においても修正第11条に具体化されている州の主権免除が優先する、④本件において州を被告とするインディアン部族のIGRA (合衆国法律集第25編第d項第3号) に基づく請求は連邦裁判所に管轄権がないが故に退けられなければならないと判示している。¹¹⁷⁾ キャサリン・J・フローリー (Katherine J. Florey) 教授は、幾分皮肉ではあるが *Seminole Tribe* 判決は部族の利益にとって非常に有害である。それにも拘わらず当該判決は、司法的浸入から彼ら部族の免除を保護することに一役買っている。すなわち合衆国最高裁判所が部族主権のほとんどの側面に加えた攻撃的制限に照らして、部族の活動領域において主権免除を制限することに躊躇した主たる理由は、もし制限したならば当該裁判所が打ち立ててきた修正第11条の法理を覆ことになるからであると論じている。¹¹⁸⁾

(3) ところで本判決は、部族の主権免除の法理は *Turner* 判決において「ほとんど偶然に発展した」¹¹⁹⁾ ものであり、その後の判決で「ほとんど分析されことなく」¹²⁰⁾、また「広範囲に及ぶ理由づけなしに」¹²¹⁾ 繰り返し採用されてきたと批判し、*Turner* 判決を評して「部族の主権免除の原理を支持するための単なる貧弱な草に過ぎない。」。何故ならば事件を破棄するのに主権免除に変わる理由を示しているからであると批判する。¹²²⁾ しかし判決は *Turner* 判決をめぐる歴史を誤解しているのみならず、既に見てきたように初めての主権免除をめぐる争われた事案でもないところである。ウィリアム・ウッド (William Wood) 教授は、裁判所が最初に部族の主権免除を認めたのは1894年の *Chadick v. Duncan* ¹²³⁾ である

117) 本判決の詳細について、拙著・前掲註10、567頁～571頁参照。See also Ezekiel J.N. Fletcher, *Negotiating Meaningful Concessions from States in Gaming Compact to Further Economic Development: Satisfying the "Economic Benefit" Test*, 54 S.D. L. REV. 419 (2009).

118) Florey, *supra* note 28, at 625.

119) 523 U.S. 751, 756 (1998).

120) *Id.* at 757.

121) *Id.* at 753. See also *id.* at 757.

122) *Id.*

123) No. 15,317, slip op. at 77 (App. D.C. Mar. 3, 1894), *cited in* Wood, *supra* note 15, at 1641-42.

としているが、それはさておいて、合衆国最高裁判所は部族の主権免除を認めた *USF & G* 判決で *Turner* 判決の以前に判決が出された2つの合衆国第八巡回控訴裁判所の *Thebo* 判決及び *Adams* 判決を引用していることについては既にみてきたところから明らかである。*USF & G* 判決は、明確に「インディアン・ネーションは、合衆国議会の承認がない場合に訴訟から免除される。」¹²⁶⁾と述べているところ、その註11で *Turner* 判決を引用しているのであって、¹²⁷⁾ 法廷意見はこれら判決をことさらに無視したものと思われる。歴史的、論理的脈略を理解した場合、これら判例は部族の主権免除が偶然に導き出されたものではなく、合衆国とインディアン部族との世紀を跨いで交渉されてきた相互の関係に関する意識的な副産物¹²⁸⁾であることを示している。

本判決は、部族の主権免除の根拠が薄弱だと批判しているが、既に見てきたように *USF & G* 判決は、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判示している。¹²⁹⁾ また *Adams* 判決は、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除そのものを実際問題として打ち壊してしまうことになり、コモン・ローが健全な公の政策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と判示している。¹³⁰⁾ さらに *Oklahoma Tax Comm'n* 判決は、合衆国議会は免除の法理についての議会の承認を繰り返してきたと述べ、「1974

124) *Id.* at 1642.

125) 309 U.S. 506 (1940).

126) *Id.* at 512.

127) *Id.* at 512 n.11.

128) Wood, *supra* note 15, at 1594.

129) 309 U.S. 506, 512 (1940).

130) 165 F. at 304, 308-09 (8th Cir. 1908).

年インディアン財政法」(the Indian Financing Act of 1974) (88 Stat. 77)、「インディアン自決及び教育援助法」(the Indian Self-Determination and Education Assistance Act) (88 Stat. 2203) を挙げ、これら合衆国議会法律は部族の自足及び経済発展の奨励を含む議会の優越的目的を含むインディアン自決の促進という議会の強い要望を反映したものであると述べている。¹³¹⁾しかし本判決は、これら判決を無視するのみならず、その昔当該法理は発生期の部族政府を州の侵害から保護するために必要であると考えられてきたが、今日のアメリカ社会の相互依存的で流動的な社会においては部族免除は部族自治を保護するに必要な範囲を超えているとしたのである。¹³²⁾

本判決が部族の主権免除の正当性を否定的に捉えた1つの帰結は、合衆国最高裁判所が当該法理を支える大きな根拠とされる「主権国家としての部族の尊厳」(tribal sovereigns' dignity) を認めることをある意味で拒否したということである。¹³³⁾このことは、アメリカ合衆国の連邦制度の中に部族政府をいかように位置づけるかという問題に大きな波紋を与えた、或いはアメリカ社会に突き付けていると考えられる。¹³⁴⁾

Ⅲ 合衆国議会と部族の主権免除

1. *Kiowa* 判決以前の連邦法

(1) 合衆国最高裁判所は、1914年の *Thurston v. United States*¹³⁵⁾ でインディ

131) 498 U.S. 505, 510 (1991). See also Wood, *supra* note 15, at 1663-64; Seielstad, *supra* note 2, at 711.

132) 523 U.S. 751, 758 (1998).

133) See Scott Dodson, *Dignity: The New Frontier of State Sovereignty*, 56 OKLA. L. REV. 777, 803-04 (2003); Judith Resnik & Julie Chi-hye Suk, *Adding Insult to Injury: Questioning the Role Dignity in Conceptions of Sovereignty*, 55 STAN. L. REV. 1921, 1943 (2003)

134) See Matthew L.M. Fletcher, *Tribal Membership and Indian Nationhood*, 37 AM. INDIAN L. REV. 1, 15-16 (2012); Ann Tweedy, *The Liberal Forces Driving the Supreme Court's Divestment and Debasement of Tribal Sovereignty*, 18 BUFF. PUB. INT. L.J. 147, 179 (2000).

135) 232 U.S. 469 (1914).

アンの略奪行為 (depredation) に対する請求を提起する方法を規制する様々な条約及び制定法が当時存在していたと述べているが、¹³⁶⁾例えば1868年6月1日に締結された「アメリカ合衆国とナヴァホ・ネーションとの間の条約」(the Treaty with the Navajo Nation) 第1条第3文は、「インディアンの間の悪人 (bad man) が、合衆国の権限に服し、及び友好関係にある白人、黒人又はインディアンの誰人かの人身若しくは財産に不正 (wrong) を働き、又は略奪行為を行なった場合、ナヴァホ族は、代理人に対して提出された証拠及び代理人の告知に基づいて加害者を合衆国に引渡し、合衆国の法律によって審理され、及び処罰されることに同意する。当該部族が故意にこれを拒んだ場合、被侵害者は本条約又は合衆国との間に行なわれるその他の約定に基づいて当該部族に支払われる年金又はその他の金銭から損失を償還される。大統領は、その裁量によって本条に基づく損害を確認するための準則及び規則を定めることができる。ただしいかなる損害も、インディアン問題局長による審査と決定が行なわれるまで支払額が決定され、弁済されてはならない。……」と規定している。

同様の規定は、1868年4月29日に締結された「スー族及びアラパホ族との条約」¹³⁸⁾(the Treaty of Sioux and Arapaho) 第1条に見て取ることができるが、かかる条約の下でインディアンによって権利を侵害されたと主張する請求者は、証拠に基づく審査によって部族の基金から補償を手配するインディアン問題局長に証拠を提出したのである。

(2) 合衆国議会は、インディアンとインディアン・テリトリーに入った非インディアンの入植者、連邦政府職員及び山師との間に生ずる衝突に対応するため、1891年3月3日に「インディアンの略奪行為から生ずる請求の司法的判断及び弁済に関して規定するための法律」¹³⁹⁾、所謂「インディアン略奪行為法 (the

136) *Id.* at 477. 判決は、以下の制定法を挙げている。4 Stat. 729, 731, c. 161, § 17; 11 Stat. 388, 401, c. 66, § 8; 12 Stat. 120, Res. No. 26; 16 Stat. 335, 360, c. 296, § 4; 17 Stat. 165, 190, c. 233, § 7; Rev. Stat., §§ 466, 2098, 2156, 2157; 23 Stat. 362, 376, c. 341; 13 Stat. 674, Art. 6; 15 Stat. 620, Arts. 5 and 6.

137) 15 Stat. 667 (1868).

138) 15 Stat. 635 (1869).

139) Act of March 3, 1891, ch. 538, 26 Stat. 851 (1891).

Indian Depredation Act) を制定している。

同法の適用をめぐって争われた1897年のUnited States v. Gorham¹⁴⁰⁾で合衆国最高裁判所は、法律全体の構成から判断して請求裁判所は合衆国に対してのみ判決を下し得る権限を有するとしているが、13カ条から成る同法には以下の規定が置かれていた。抄訳を試みる。一部手を加えた。

請求裁判所に現在付与され、又は以後付与される管轄権に加えて、当該裁判所は本法に規定された方法に従って以下に定める全ての請求について審理し、及び最終的に判決を下す管轄権並びに権限を有する。

第1条

所有者又は代理人にとって正当な理由若しくは挑発なくして、及び返却又は弁済がない場合、合衆国と友好関係にある全てのバンド、部族又はネーションに所属するインディアンによって奪取され、若しくは破壊された合衆国市民の財産に関する全ての請求。

当該管轄権は、内務省によって審査され、許可された全ての事件並びに内務省の費用のための、1886年6月30日を以て終了する年度の種々のインディアン部族との条約の約款を履行するための、及び1885年3月3日に承認されたその他の目的のための歳出配分を規定する合衆国議会法律並びにその後の合衆国議会法律に基づいて審査が承認された事件に及ぶ。……

審理のために当該裁判所に提起され得る請求に対する全ての正当な相殺及び反対請求。

第2条

請求を提出する時及び方法についての制限に関する全ての問題は、本法制定によって放棄され、いかなる請求もこれまで内務長官又は連邦政府のその他の官吏若しくは省に提出されなかったが故に、裁判所の管轄権から排除されてはならない。ただし、1865年7月1日以前に生じたいかなる請求も、当該請求が内務長官、合衆国議会又は請求の審理が合衆国議会法律に基づいて権限を付与された監督官、

140) 165 U.S. 316 (1897).

141) *Id.* at 322.

代理人、副代理人若しくは委員の面前で本法の制定以前に許可されている、若しくは許可されてきた、又は係属中でない限り、裁判所によって審理されてはならない。……本法が発効する時点において存在する全ての請求は、本法の可決後3年以内に以下にさだめるところに従って申立て（petition）に基づいて裁判所に提起されなければならない、以降永久に禁止される。……いかなる訴訟又は法的手続も、本法の制定後に実行された略奪行為については、本法を根拠にこれを認めるものではない。

第3条

全ての請求は、不必要な反復のない通例の及び簡潔な言葉で当該請求の根拠となる事実、違法行為を実行した人又は人の集団又はインディアン部族若しくは諸部族若しくはバンド、又は喪失若しくは破壊された財産、及びその価値……が記載された申立てによって裁判所に提起されなければならない。……

第4条

申立ての送達は、当該裁判書の規則及び命令によって定められた方法で合衆国司法長官に行なわれなければならない。出廷し及び訴訟における連邦政府及びインディアン部族の利益を抗弁し、裁判所の命令で期間が延長されない限り申立て送達後60日以内に連邦政府及びインディアン部族の立場から抗弁し、答弁し又は異議を申し立て、及び反訴の告知、相殺請求、損害請求、請求権又は連邦政府若しくはインディアン部族の抗弁を申し立てることは、合衆国司法長官の義務である。……

第6条

インディアン部族に対して言い渡された判決は、裁判所が略奪行為を行なったと認定する部族又は裁判所が当該行為を行なったと認定するインディアン部族が所属する部族に対して実行され、以下の方法で支払われるものとする。第一に合衆国から当該部族に支払われる年金から、第二に年金が支払われず、又は利用できない場合、インディアン部族の土地の売却又はその他の方法から生ずる合衆国によって当該部族に支払われるその他の基金から、第三に当該基金が支払われず、又は利用できない場合、現在必要とされる支援、生計及び教育のための歳出予算以外の当該部族のための歳出予算から、及び第四に年金、基金若しくは歳出予算が支払われず、又は利用できない場合、合衆国の国庫から支払われる。

第7条

当該裁判所の判決は、訴訟原因、当事者の権利及び義務に関して最終的判断とされ、新たな裁判又は再審理が当該裁判所によって承認されない限り、以後問題とされず、判決は上訴に基づいて破棄され、又は修正されない。

インディアン略奪行為法は、部族が彼らの構成員によって実行された略奪行為に起因する損害賠償責任を一定の条件を規定しているが、潜在的な部族の責任を著しく制約し、特に主要な責任を合衆国に負わせている。同法は、部族による直接的な支払を部族の経済的実行可能性によらしめており、判決に対する支払責任は連邦政府から支払われる年金、基金そして国庫から出費されるものとしているのである。

(3) 合衆国議会は、1952年7月10日に連邦の主権免除の限定的放棄を認めることによって、州裁判所における総合的な流水の司法的判断 (general stream adjudication) — 全ての河川制度 (river system) における水利権の範囲と優先を決定するための司法手続 — に合衆国を参加させることを州に認める「1952会計年度年国務・司法・商務各省及び司法部歳出配分承認法」(the Departments of State, Justice, Commerce, and the Judiciary Appropriation Act) 第二章第208条¹⁴²⁾ — 一般に「マッカラン修正」(the McCarran Amendment) と呼ばれている — を制定し、一応は水利権の不確実性を取り除いた。1976年、合衆国最高裁判所は、「アーキン事件」(*Akin case*)¹⁴³⁾として知られる *Colo. River Water Conservation Dist. v. United States*¹⁴³⁾において、マッカラン修正はインディアンの保留水利権の司法的判断について連邦主権 (federal sovereignty)¹⁴⁴⁾をも放棄したものであるとする判決を下し、1983年の *Arizona v. San Carlos Apache Tribe of Arizona*¹⁴⁵⁾では、合衆国議会の意図及び裁判の効率性の観念を引いて、州裁判所がインディアンの水利権を司法的判断するための優先法廷

142) Act of July 10, 1952, ch 651, Title II, § 208(a)–(c), 66 Stat. 560 (codified at 43 U.S.C. § 666 (2015)).

143) 424 U.S. 800 (1976).

144) *Id.* at 809–13.

145) 463 U.S. 545 (1983).

(preferred forum) を構成すると判示した。¹⁴⁶⁾ しかしインディアンの水利権の司法的判断に関する管轄権の問題は論争点も多く、かつ複雑な争点を含んできている。¹⁴⁷⁾

(4) 合衆国議会は、1968年4月11日に「一定の暴力又は脅迫に対する刑罰を規定し、及びその他の目的のため法律」の第二編で ICRA を制定しているが、¹⁴⁸⁾ 同法及び同法が争われた *Santa Clara Pueblo* 判決については、既に I-2-(2) で述べた。¹⁴⁹⁾

(5) 合衆国議会は、様々な環境法を制定してきているが、1974年12月16日に制定された「安全飲料水法」¹⁵⁰⁾ (the Safe Drinking Water Act (以下、「SDWA」という。))、1977年12月27日に制定された「水質保全法」¹⁵¹⁾ (the Clean Water Law (以下、「CWA」という。)) 及び1976年12月21日に制定された「資源保護回復法」¹⁵²⁾ (the Resource Conservation and Recovery Act (以下、「RCRA」という。)) は、市民 (citizen) によって提起される訴訟¹⁵³⁾ について部族主権の免除を放棄したものと連邦裁判所によって解されている。¹⁵⁴⁾

SDWA の内部告発者保護規定 (whistle blower protection provision) (合衆国法律集第42編第300 j-9条第 i 項) が争われた合衆国第十巡回区控訴裁判所判決

146) *Id.* at 567-70.

147) *See generally* Stephen Feldman, *The Supreme Court's New Sovereignty Immunity Doctrine and the McCarran Amendment: Toward Ending State Adjudication of Indian Water Right*, 18 HARV. ENVTL. L. REV. 433 (1994); Thomas H. Pacheco, *How Big in Big? The Scope of Water Rights Suits Under the McCarran Amendment*, 15 ECOLOGY L.Q. 627 (1988); Michael Lieder, Note, *Adjudication of Indian Water Rights Under the McCarran Amendment: Two Courts are Better Than One*, 71 GEO. L.J. 1023 (1983). インディアン部族の水利権について、拙著・前掲註74、621頁～753頁参照。

148) Act of Apr. 11, 1968, Pub.L. No. 90-284, 82 Stat. 77 (codified as amended § 1301 et seq. (2013)). 本法の詳細については、拙著・前掲註4、678頁～683頁参照。

149) 436 U.S. 49 (1978).

150) Act of Dec. 16, 1974, Pub. L. No. 93-523, 88 Stat. 1660 (codified as amended 42 U.S.C. § 300f et seq.).

151) Act of Dec. 27, 1977, Pub. L. No. 95-217, 91 Stat. 1566 (codified as amended at 33 U.S.C. § 1251 et seq.).

152) Act of Dec. 21, 1976, Pub. L. No. 94-580, 90 Stat. 2795 (codified as amended

Osage Tribal Council v. U.S. Dept. of Labor¹⁵⁵⁾に言及する。クリス・ホワイト (Chris White) は、環境検証人 (environmental inspector) としてオセージ族部族評議会 (Osage Tribal Council) (以下、「本件評議会」という。) によって雇用されていた。彼は、本件評議会及び環境保護庁 (Environmental Protection Agency (以下、「EPA」という。)) の職員によって直接監督され、SDWAの地下への注入管理 (underground injection control) に本件評議会が従っているかを監視する責任を負わされており、その義務の中にはEPA事務所からSDWAの強制行為を引き起こした侵害の報告書の提出が含まれていた。1994年晩春にEPAは、ホワイトを含むその検査官にSDWAの地表汚染規定への遵守を監視するよう指図した。検査官は、オセージ族 (Osage) の鉱物地所の地表汚染侵害に関する報告書のコピーをEPA事務所に加えてインディアン問題局 (Bureau of Indian Affairs) (以下、「BIA」という。)) 事務所に送付するよう指図された。1995年2月、ホワイトの直属の部族監督官であるパトリシア・ビーズリー (Patricia Beasley) は、ホワイトについてBIA職員及び鉱物権リース事業者から苦情を告知された。その後本件評議会とEPAの連合審査会 (以下、「連合審査会」という。)) は、当該苦情を審理するために会同し、同年3月15日にホワイトを「著しい非行と不信行為」を理由に解雇するようビーズリーに勧告した。これに対してホワイトは、本件評議会は報告書がオセージ族の鉱物地所の石油産出に影響を与える報告書に利害関係を有していたが故に彼を解雇したのであり、環境破壊の報告書を提出するというホワイトの行為は本来SDWAに基づいて保護された行為であると主張した。ホワイトの解雇後、1995年5月6日に彼の解雇を支持した監督官らの面前で公聴会が開催されたが、彼は解雇決定を合同審査会には持ち込まず、合衆国労働長官に対して本件解雇は差別に当たるとしてSDWAの内部告発者保護規定 (合衆国法律集第42編第300j-9条第i項) を根拠に不服申立て

at 42 U.S.C. § 6901 et seq.).

153) 42 U.S.C. § 300j-9(i) (1) (C); 33 U.S.C. § 1365; 42 U.S.C. § 6972.

154) Seielstad, *supra* note 2, at 720; Michael P. O'Connell, *Citizen Suits Against Tribal Government and Tribal Officials Under Federal Environmental Laws*, 36 TULSA L.J. 335, 341-45 (2000).

155) 187 F.3d 1174 (10th Cir. 1999), *cert. denied*. 530 U.S. 1229 (2000).

を提起した。本件評議会は、SDWAは明白に部族の主権免除を放棄してはおらず、SDWAの強行規定に従う必要はないと反論した。公聴会后、行政法審判官 (Administrative Law Judge) (以下、「ALJ」という。) は、本件評議会の免除の主張を拒否する勧告命令を出した。行政不服審査によって行政不服審査会 (Administrative Review Board) は、ALJによる懲罰的損害賠償に関する勧告は拒否したが、その他の争点に関しては命令を支持した。本件評議会は、1997年10月7日に委員会決定の審査を求めて訴訟を提起した (被告は、労働長官となる (Fed. R.App. P. 15 (a))). 労働長官が、10月27日に訴え却下の申立て (motion to dismiss)¹⁵⁶⁾ を提起した。以下、合衆国第十巡回区控訴裁判所の判決要旨である。

部族主権の諸側面は、合衆国議会の無条件の権限に服するが故に、合衆国議会は当該法理によって訴訟からの部族免除を放棄し得るが、合衆国議会による部族主権免除の放棄は「含意され得ず、明確に表明されなければならない。」 (*Santa Clara Pueblo* 判決 (436 U.S. 49, 58 (1978))). そして「特定の連邦法律が部族の主権免除を放棄しているか否かを決定するに際して裁判所は、立法意図の明確な示唆の欠如に足を踏み入れなければならない。」 (*Northern States Power Co. v. Prairie Island Mdewakanton Sioux Indian Community*, 991 F.2d 458, 462 (8th Cir. 1993).).

本件においてSDWAは、明白且つ明確な部族免除の放棄を含んでいる。合衆国法律集第42編第300j-9条第1号は、「いかなる雇用者も、被用者 (又は被用者の要請に基づいて行為を行なう者) が以下に定める行為を行なったことを理由に、当該被用者を解雇し、又は雇用の報酬、期間、条件若しくは特権についてその他の方法で差別することはできない。(A) …… (B) …… (C) 本編 (合衆国法律集第300f条以下) の目的を遂行するために何らかの方法で手続又はその他の行為を援助し若しくは参加し、又は援助し若しくは援助しようとしたこと。」と規定し、同条第2号 (A) は第1号に違反して解雇された又はその他の方法で差別されたと確信する被用者は、当該侵害が生じた時から30日以内に労働長官に当該解雇又は差別について告訴することができると規定している。そして本法の定義規定である同編第300j-9条第i項第12号は、本編の目的に

156) *Id.* at 1178-79.

として「人とは、個人、法人、会社、協会、組合、州、自治体 (municipality) 又は連邦機関をいう (及び法人、会社、協会、州、自治体又連邦機関の役員、被用者及び代理人を含む。)」と規定している。そしてここにいる「自治体」について、同編第300f条第10号で「自治体とは、市、町又は州法に従って若しくは州法によって創設されたその他の公的団体、又はインディアン部族をいう。」と規定し、インディアン部族が含まれることを明らかにしている。従って本法の明白な文言に基づいてインディアン部族は、内部告発者保護に関する強行規定¹⁵⁷⁾の適用を受けるのである。

(6) 1975年1月4日に制定された「インディアン自決及び教育援助法」¹⁵⁸⁾ (the Indian Self-Determination and Education Assistance Act) (以下、「ISDEA」という。) (合衆国法律集第5321条以下) には、以下の規定が見て取れる。一部手を加えた。

第5321条 (自決契約)¹⁵⁹⁾ [第450f条から移行]

(a) (部族による要求; 承認計画)

- (1) 内務長官は、部族決議によるインディアン部族の要求に基づいて、以下に定める建設計画を含む計画又はその一部を企画、実施及び管理するために部族機関との自決契約又は複数契約を締結することを指図される。

157) *Id.* at 1180-81. See also *Atlantic States Legal Foundation v. Salt River Pima-Maricopa Indian Community*, 827 F. Supp. 608 (D. Ariz. 1993) (RCRA and CWA); *Blue Legs v. U.S. Bureau of Indian Affairs*, 867 F.2d 1094 (8th Cir. 1989) (RCRA).

158) Act of Jan. 4, 1975, Pub. L. No. 93-638, 88 Stat. 2203 (codified as amended 25 U.S.C. § 5301 et seq.). 本法の詳細について、拙著・前掲註4、553頁～570頁参照。

159) 改正史; Dec. 22, 1987, Pub. L. No. 100-202, § 101 (g) [Title II], 101 Stat. 1329-246; Sept. 27, 1988, Pub. L. No. 100-446, Title II, 102 Stat. 1817; Oct. 5, 1988, Pub. L. No. 100-472, Title II, § 201(a), (b), 102 Stat. 2288; Nov. 1, 1988, Pub. L. No. 100-581, Title II, § 210, 102 Stat. 2941; Nov. 29, 1990, Pub. L. No. 101-644, Title II, § 203(b), 104 Stat. 4666; Oct. 25, 1994, Pub. L. No. 103-413, Title I, § 102(5)-(9), 108 Stat. 4251; Aug. 18, 2000, Pub. L. No. 106-260, § 6, 114 Stat. 732.

- (A) 1934年4月16日法 (48 Stat. 596) (合衆国法律集第452条以下) に規定された建設計画。
- (B) 内務長官が、1921年11月2日法 (42 Stat. 208) (合衆国法律集第25編第13条) 及びその後の合衆国議会法に基づいてインディアン利益のために管理する権限を付与された建設計画。
- (C) 1954年8月5日法 (68 Stat. 674) (合衆国法律集第42編第2001条以下) の下で健康・社会福祉長官によって規定された建設計画。
- (D) 歳出配分予算が健康・社会福祉長官又は内務長官以外の行政機関に充当されたインディアン利益のために長官によって管理される建設計画。
- (E) 健康・社会福祉省又は内務省機関若しくは事務所によって履行される建設計画を顧慮せずに、インディアンの地位の故にインディアン利益のための建設計画。

.....

- (c) (責任保険 (liability insurance); 抗弁の放棄 (waiver of defense))
 - (1) 1990年を端緒とし内務長官は、本法に従って契約、贈与契約 (grant agreement) 及び協力協定 (cooperative agreement) を遂行するインディアン部族、部族組織並びに部族の契約者のために最も費用効果の高い基準に基づいて責任保険又は同等の保険保障 (coverage) を取得し、又は提供する責任を負う。当該保険保障を取得し、又は提供する際、内務長官は、当該契約、贈与契約又は協力協定の下での責任が連邦政府不法行為請求法によって保障される程度を考慮に入れなければならない。
 - (2) 当該保険保障を取得し、又は提供するに当たって内務長官は、可能な限り最大限、1974年インディアン財政法 (the Indian Financing Act of 1974) 第3条 (合衆国法律集第25編第1452条) に規定されたインディアンによって保有される営利企業によって引き受けられた保険保障に優先権を与えなければならない。ただし本項の目的にとって当該企業には、非営利企業が含まれる。
 - (3) (A) 本項の規定に従って内務長官によって取得され、又は提供される保険証券 (policy of insurance) には、保険会社は当該会社が訴訟からのインディアン部族の主権免除の抗弁として提起し得るいかなる権利をも放棄する旨の規定が含まれていなければならない。ただしインディアン部族の主権免除の放棄

は、証券の填補及び填補限度額内にある金額並びに性質の請求のみに及び、保険会社に保険証券外の又は保険証券の填補及び填補限度額を超えて部族の主権免除を放棄し若しくは制限することを認め、又は権限を与えるものではない。

(B) 本号の規定に従ったインディアン部族の主権免除の放棄は、被害が生ずる州の法律によって課される責任への判決前の利益、懲罰的損害賠償又はその他の制限についての潜在的責任の程度までの放棄を含むものではない。

(第d項、第e項略)

第5322条（主権免除及び影響されない受託者たる地位の権利）¹⁶⁰⁾〔第450n条から移行〕
本法のいかなる規定も、以下のように解釈されてはならない。

(1) インディアン部族によって享有される訴訟からの主権免除に影響を与え、修正し、縮小し、又はその他の方法で害すること。

.....

ISDEAは、責任保険又は同等の保険保障に関しては保険会社が部族の主権免除を放棄する権利を持たないと規定しているが、他の状況の下で放棄を拡大することはできないと明文規定を置いている。なお第5321条第c項第2号に規定されている1974年インディアン財政法¹⁶¹⁾も、部族主権の免除の放棄に対する同様の制限を課している¹⁶²⁾。

(7) 合衆国議会第100議会は、1998年10月17日に「インディアンの土地におけるゲーミングを規制するための法律」¹⁶³⁾、所謂「インディアン・ゲーミング規制法」(the Indian Gaming Regulatory Act) (以下、「IGRA」という。)を制定した。同法は全文23カ条からなり、合衆国法律集第25編（インディアン）第29章（インディアン・ゲーミング規制）第270条ないし2721条及び同第18編（犯罪及

160) 改正史; Oct. 5, 1988, Pub. L. No. 100-472, Title II, § 206(b), 102 Stat. 2295.

161) 88 Stat. 77, 25 U. S. C. § 1451 et seq.

162) See Oklahoma Tax Comm'n v. Citizen Band Potawatomi Indian Tribe of Oklahoma, 498 U.S. 505, 510 (1991).

163) Act of Oct. 17, 1988, Pub. L. No. 100-597, 102 Stat. 2467 (codified as amended at 25 U.S.C. § 2701 et seq.). 本法の規定については、拙稿「インディアン・ゲーミング規制法（全訳）」創価法学第47巻第1号（2017年）171頁～206頁参照。

び刑事手続) 第53章 (インディアン) 第1166条ないし第1168条に編纂されている。IGRAの主たる目的は、①インディアン部族の経済発展、部族の自給自足及び強力な部族政府の促進、②部族によるゲーミングの組織的犯罪及びその他の有害な影響からの保護、③インディアンの土地におけるゲーミングに関する自主的な連邦の規制権限及び連邦基準の確立、④そして「国家インディアン・ゲーミング委員会」(National Indian Gaming Commission) (以下、「NIGC」という。)の設立にある(第2702条)。IGRAは、許可されるゲーミングを第1種ゲーミング(class I gaming)、第2種ゲーミング(class II gaming)、第3種ゲーミング(class III gaming)に3分類し、それぞれ分類ごとに管轄権の主体及び規制のあり方について詳細な定めを置いている。

第3種ゲーミング¹⁶⁴⁾は、第1種ゲーミング又は第2種ゲーミングに属さない全ての形態のゲーミングをいう。第3種ゲーミング事業は、当該事業が以下に定める条件①②③を満たす場合にのみインディアンの土地において適法とされる。すなわち①以下の(i)(ii)(iii)の要件を満たすインディアン部族の条例又は議決によって公認されていること。(i) 当該土地に管轄権を有するインディアン部族の統治機関による公認。(ii) 第2710条第b項に規定される要件の充足。(iii) NIGC委員長による承認。②目的に応じて個人、組織又は団体によって経営される当該ゲーミングを許可する州で行なわれること。そして③インディアン部族と州とによって締結された有効な「部族-州間協定」(Tribal-State compact)に従って経営されている場合である。部族-州間協定には、以下に定める事項が規定される。(i) 当該事業の規制に直接的に関連し、及び必要とされるインディアン部族又は州の刑事法、民事法並びに規則の適用。(ii) 当該法律及び規則の執行に必要とされる州とインディアン部族との間の刑事管轄権及び民事管轄権の手順配分。(iii) 当該事業の規制にかかわる費用を支払うに必要とされる総額についての当該事業の州による査定。(iv) 州によって相当事業について査定された総額に匹敵する額についての当該事業へのインディアン部族の課税。(v) 契約違反の救済手段。(vi) 許可を含む当該事業の経営及びゲーミング施設の維

164) See Elizabeth D. Lauzon, Annotation, *Jurisdictional Issues Arising Under the Indian Gaming Regulatory Act*, 197 A.L.R. FED. 459 (2004).

持に関する基準。(vii) ゲーミング事業の経営に直接的に関連するその他の事項がそれである。インディアン部族は、第3種ゲーミング事業のための管理契約を当該契約が委員長に提出され、及び承認された場合に締結することができる(第2703条第8号、第2710条第d項第1号、第3号、第9号)。合衆国法律集第25編第2710条第d項には、以下の規定が置かれている。以下、抄訳である。

第2710条第d項

- (3) (A) 第3種ゲーミング事業が経営される、又は経営されることが予想されるインディアンの土地に管轄権を有するインディアン部族は、当該土地が位置する州に対してゲーミング事業の経営を管理する部族-州間協定を締結する目的のために交渉に入るよう請求することができる。当該請求を受理した州は、当該協定を締結するために誠実にインディアン部族と交渉しなければならない。
- (B) いかなる州及びインディアン部族も、インディアン部族のインディアンの土地におけるゲーミング事業を管理する部族-州間協定を締結することができる。ただし当該協定は、当該協定の長官による承認の通知が長官によってフェデラル・レジスタに公表された場合にのみ効力を有するものと看做す。
- (C) (A) の規定に基づく部族-州間協定は、以下の事項に関連する規定を定めることができる。
- (i) 当該事業の許可及び規制に直接的に関連し、並びに必要とされるインディアン部族又は州の刑事法、民事法及び規則の適用。
 - (ii) 当該法律及び規則の執行に必要とされる州とインディアン部族との間の刑事管轄権及び民事管轄権の手順配分。
 - (iii) 当該事業の規制にかかわる費用を支払うに必要とされる総額についての当該事業の州による査定。
 - (iv) 州によって相当事業について査定された総額に相当する総額での当該事業へのインディアン部族の課税。
 - (v) 契約違反の救済方法。
 - (vi) 許可を含む、当該事業の経営及びゲーミング施設の維持に関する基準。
 - (vii) ゲーミング事業の経営に直接的に関連するその他の事項。

- (4) 本項第3号(C)(iii)の規定に基づいて同意され得る査定を除いて、本条のいかなる規定も、第3種ゲーミング事業を經營することをインディアン部族によって公認されたインディアン部族又はその他の個人若しくは団体に、税金、手数料、料金又はその他の割当金を課す権限を州又はその政治的下部機関に付与するものと解釈されてはならない。いかなる州も、当該税金、手数料、料金又はその他の割当金を課す権限が当該州又はその政治的下部機関にないことを理由に、第3号(A)に規定される交渉を拒むことはできない。
- (5) 本号のいかなる規定も、州と共にインディアンの土地における第3種ゲーミングを規制するためのインディアン部族の権利を損なうものではない。ただし当該規制が、第3号に基づいてインディアン部族によって締結される部族-州間協定によって適用可能となる州の法律及び規則に矛盾する場合、又は当該州の法律及び規則に定める基準より厳しくない基準の場合は除く。
- (6) 合衆国法律集第15編〔通商及び交易〕第1175条〔製造、修繕、売買、占有等の禁止の特別管轄権〕の規定は、以下に定める部族-州間協定に基づいて經營されるいかなるゲーミングにも適用されない。
- (A) 賭博装置が合法とされる州によって第3号の規定に基づいて締結される場合で、及び
- (B) 有効である場合。
- (7) (A) 合衆国地方裁判所は、以下の訴訟原因に対して管轄権を有する。
- (i) 第3号の規定に基づく部族-州間協定を締結する目的でインディアン部族との交渉に入ることを州が怠ったこと、又は当該交渉を誠実に行うことを怠ったことから生ずるインディアン部族によって提起される訴訟原因。
- (ii) インディアンの土地に位置し、及び第3号に基づいて締結される有効な部族-州間協定に違反して經營される第3種ゲーミング事業を禁止するために、州又はインディアン部族によって提起される訴訟原因。
- (iii) (B)(vii)に規定される手続を執行するために長官によって提起される訴訟原因。
- (B)(i) インディアン部族は、(A)(i)に規定される訴訟をインディアン部族が第3号(A)に基づく交渉に入ることを州に要求した日から180日後にのみ提起することができる。

- (ii) (A) (i) に規定される訴訟において、以下に定める事項についてのインディアン部族による証拠提出に基づいて、州がゲーミング事業の経営を管理する部族-州間協定を締結するに際して誠実にインディアン部族と交渉したとする立証責任は州に課される。
- (I) 部族-州間協定が、第3号の下で締結されなかったこと。
- (II) 州が、当該協定を交渉するためのインディアン部族の要求に応じなかったこと、又は当該要求に誠実に応じなかったこと。

IGRAに規定された主権免除の放棄が争われた2014年の合衆国最高裁判所判決 *Bay Mills* ¹⁶⁵⁾ 判決については、IV-5で論述する。

(8) 合衆国議会は、上で見てきたように部族の主権免除を非常に限られた状況において放棄してきているところ、¹⁶⁶⁾ 結果としてインディアン部族は彼らが訴訟に同意しない限り、ほとんどの訴訟類型から免除されることになる。

ここで2012年に出版されたステファン・L・ペヴァー (Stephen L. Pevar) 教授の『インディアン及び部族の権利 (第4版)』(The Rights of Indians and Tribes, 4th ed.) に従って合衆国最高裁判所が部族の主権免除を根拠に事物管轄権 (subject matter jurisdiction) がないとして却下してきた事例を — 既に本稿で扱ってきた事例との重複を恐れず — 挙げてみよう。①部族構成員の要求、②部族地域制法 (tribal zoning law)、③部族の狩猟及び漁業規制、④部族が負っている負債の取戻し、⑤部族リースの実行、⑥部族が利益を有している土地の所有権の決定、⑦部族資産の没収、⑧部族選挙の手續又は選挙結果に関する争い、⑨部族によって負われる州税の徴収、⑩部族が経営するカジノ (casino) の被用者による権利侵害によって生じた損害の回復、⑪部族からの労働者災害補償の回復、⑫部族の著作権侵害に基づく損害賠償、⑬市民的権利侵害に基づく部族に対する損害賠償請求。¹⁶⁷⁾

165) 134 S. Ct. 2024 (2014).

166) See also COHEN'S HANDBOOK, 2012 ed., § 7.05[1][b], at 640-43; DAVID E. WILKINS & K. TSIANINA LOMAWAIMA, UNEVEN GROUND: AMERICAN INDIAN SOVEREIGNTY AND FEDERAL LAW 233-36 (2001).

167) PEVAR, *supra* note 59, at 309.

2. *Kiowa* 判決後の合衆国議会による立法の動向

(1) 1998年5月26日に合衆国裁判所は *Kiowa* 判決¹⁶⁸⁾ に対する判決を下しているが、当該事件に対するサーシオレイライが認められたのは、前年の1997年6月27日である¹⁶⁹⁾ ところ、これに対応するかのように合衆国議会においても部族の主権免除をめぐる議論が積極的に開始されることになる。

合衆国議会第105議会（1997年1月3日～1999年1月3日）開催中の1998年2月27日にワシントン州選出の上院議員スレイド・ゴートン（Slade Gorton）は、「アメリカ・インディアン公平裁判法」（the American Indian Equal Justice Act）と表題された「上院法案第1619号」¹⁷⁰⁾（Senate Bill 1691）を上院インディアン問題委員会に提出している。同法案の内容は、合衆国地方裁判所の管轄権に関する連邦法を改正し、インディアン部族、部族法人又はその構成員からの非構成員による商品又はサービスの購入の結果として州によってインディアン部族の非構成員に対して課される物品税、利用税又は物品販売税をインディアン部族、部族法人又はその構成員が徴収し、州に送金することを要件とし、州が当該要件を実行するために合衆国地方裁判所に訴訟提起ができるとするものである。法案は、合衆国地方裁判所に認められる管轄権を①合衆国の憲法、法律又は条約の下で生ずる事項についてのインディアン部族に対する民事上の訴え又は請求に関する第一審管轄権、②インディアン部族の統治団体によって、又はインディアン部族のために行なわれた契約に含まれる不法行為に関連しない約定損害賠償又は未確額請求についてのインディアン部族に対する民事上の訴え又は請求に関する第一審管轄権、③インディアン部族の過失、違法行為又は不作為を原因とする財産の喪失、人体への権利侵害又は死亡についての金銭賠償に関する（作為又は不作為が行なわれた州において当該州法によって責任が課されている場合に）インディアン部族に対する民事上の訴え又は請求に関する第一審管轄権としている。

同年7月14日、上院議院ゴートンは、「インディアン市民的権利実行法」（the

168) 523 U.S. 751 (1998).

169) *Kiowa Tribe of Okla. v. Mfg. Techs., Inc.*, 521 U.S. 1117 (1997).

170) S. 1691, 105th Cong. (1998). <https://www.congress.gov/bill/105th-congress/senate-bill/1691> (2017年6月20日閲覧)

Indian Civil Rights Enforcement Act) と題する「上院法案第2298号」¹⁷¹⁾ (Senate Bill 2298) 及び「アメリカ・インディアン契約実行法」(the American Indian Contract Enforcement Act) と題する「上院法案第2299号」¹⁷²⁾ (Senate Bill 2299)、
「1998年州物品税、物品販売税及び取引税法」(the State Excise, Sales and Transaction Tax Enforcement Act of 1998) と題する「上院法案第2300号」¹⁷³⁾ (Senate Bill 2300) を上院インディアン問題委員会に矢継ぎ早に提出している。
法案第2298号は、1968年に制定された ICRA を改正し、同法の下で保障される権利侵害を争う全ての民事上の訴えについて合衆国地方裁判所に管轄権を認める内容となっている。法案第2299号は、連邦裁判所法を改正し、インディアン部族の統治団体によって、又はインディアン部族のために行なわれた契約に含まれる不法行為に関連しない約定損害賠償又は未確額請求についてのインディアン部族に対する民事上の訴え又は請求に関する審管轄権を地方裁判所に認める内容であり、同法案を実行するために特に部族免除の放棄が必要であると規定している。そして法案第2300号は、州によって課される物品税、物品販売税及び取引税を部族の小売企業が徴収し、州に送金することを要件とし、当該税金の適用可能性及び適法性に関する宣言的判決に関する管轄権を地方裁判所に付与する内容となっている。

これに対抗してか1998年5月20日、コロラド州選出上院議員ベン・ナイトホース・キャンベル (Ben Nighthorse Campbell)¹⁷⁵⁾ は、「1998年インディアン部族紛争解決・不法行為請求・危険管理法」(the Indian Tribal Conflict Resolution and Tort Claims and Risk Management Act of 1988) と題する「上院法案第

171) S. 2298, 105th Cong. (1998). <https://www.congress.gov/bill/105th-congress/senate-bill/2298?r=1219> (2017年6月20日閲覧)

172) S. 2299, 105th Cong. (1998). <https://www.congress.gov/bill/105th-congress/senate-bill/2299> (2017年6月20日閲覧)

173) S. 2300, 105th Cong. (1998). <https://www.congress.gov/bill/105th-congress/senate-bill/2300> (2017年6月20日閲覧)

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

175) <https://www.congress.gov/member/ben-campbell/C000077> (2017年6月20日閲覧)

2097号¹⁷⁶⁾ (Senate Bill 2097) を上院インディアン問題委員会に提出している。同法案の内容は、合衆国が小売税の徴収及び支払に関するそれを含む契約及び合意を結ぶことを州、インディアン部族及び部族組織に認め、当該契約又は合意のコピーを30日以内に内務長官に提出することを義務づけ、法案成立後2年以内に内務長官は、インディアン計画の実行のためにBIAにとって利用可能とされる総額から部族の優先的割当を受領する各々のインディアン部族のために不法行為責任保険又は同等の担保を取得し、又は提供しなければならないとしている。

さらにキャンベル上院議院は、1999年3月15日に第106議会(1999年1月3日～2001年1月3日) 上院インディアン問題委員会に「2000年インディアン部族経済発展及び契約奨励法」(the Indian Tribal Economic Development and Contract Encouragement Act of 2000) と題する「上院法案第613号」¹⁷⁷⁾ (Senate Bill 613) を提出している(同年8月9日、修正案提出。)。法案の内容は、合衆国法律集第25編第81条に規定されているインディアン部族との契約に関する規定を訂正し、7年又はそれ以上の期間にわたってインディアンの土地(権原が合衆国によって部族のために信託保有される土地又は合衆国によって譲渡制限が課されている部族によって保有される土地)に対して負担を負わせるインディアン部族との契約を内務長官によって承認されない限り無効とし、内務長官は①連邦法に違背する場合、②契約違反の救済手段、部族に対する訴訟の抗弁としての主権免除の権利を主張する権利を放棄する旨を部族法に規定していない場合に承認を拒否しなければならないとするものである。

合衆国議会は、多くの議会証言を審理した後、キャンベルが提案した法案第2097号を1998年10月21日に、法案第613号を2000年3月14日に可決した。大統領が2000年3月14日に署名し、合衆国議会において第105、第106議会において審議された部族の主権免除をめぐる論争はそれによって終結をむかえている。¹⁷⁸⁾

176) S. 2097, 105th Cong. (1998). <https://www.congress.gov/bill/105th-congress/senate-bill/2097> (2017年6月20日閲覧)

177) S. 613, 106th Cong. (1999). <https://www.congress.gov/bill/106th-congress/senate-bill/613?q=>

178) See Seielstad, *supra* note 2, at 729–51.

(2) 「1998年インディアン部族不法行為請求及び危険管理法」¹⁸⁰⁾ (the Indian Tribal Tort Claims and Risk Management Act of 1988) (以下、「ITTCRMA」という。) は、合衆国法律集第25編第450f条注 (450f note) に編纂されている (後に第532f条注に移行された。)。以下、同法の訳を試みる。一部手を加えた。

第702条 (認定及び目的)

(a) (認定) 合衆国議会は、以下のように認定する。

- (1) インディアン部族は、経済的自足及び自決の基礎の発展に向けての著しい実績を残し、経済的自足及び自決はインディアン部族、その他の団体及び個人にとってよりしばしば商業における交流並びに政府間関係の機会を促進してきた。
- (2) インディアン部族は、彼らの需要に適合するよう責任保険による保障 (liability insurance coverage) を追求し、請け合ってきたが、多くの部族は当該保険による保障の多額の費用及び利用不可能性の故に責任保険を引き受けるために重大な障害に直面している。
- (3) 結果として合衆国議会は、インディアン部族のために規定された責任範囲をインディアン自治及び教育援助法 (25 U.S.C. §§ 450 et seq. [25 USCS §§ 5301 et seq.]) の下での活動を遂行する組織にまで拡大してきた。
- (4) 個人的権利に対する侵害又は財産の喪失を被り得る人への補償を伸張し、提供し続けることをインディアン部族の経済に認める総合的で効率の高い保険のための緊急の必要が存在する。

(b) (目的)

本編〔第7編・インディアン部族不法行為請求及び危険管理〕の目的は、部族政府の公的活動の結果として権利侵害される人のための救済を促進するための研究を規定するにある。

第703条 (定義)

本編において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるとこ

179) *Id.* at 729.

180) Act of Oct. 21, 1998, Pub. L. No. 105-277, Div. A, § 101(e) [Title VII, §§ 701 to 705] 112 Stat. 2681-335 to 2681-337 (codified at 25 U.S.C. § 450f note).

ろによる。

- (1) インディアン部族 インディアン自治及び教育援助法第4条第e項 (25 U.S.C. 450b (e)) にいう部族をいう。
- (2) 長官 内務長官をいう。
- (3) 部族組織 インディアン自治及び教育援助法第4条第1項 (25 U.S.C. 450b (1)) にいう部族組織をいう。

第704条（研究及び合衆国議会への報告）

(a)（一般規定）

- (1)（研究）余剰の又は重複した責任保険による保障を最小限にし、及びもし可能であれば除去し、並びにインディアン部族への保険規定が効率の高いものになることを保証するために、長官は研究の時点でインディアン部族の責任保険による保障の程度、型及び適切性の総合的調査を行わなければならない。
- (2)（研究内容）本項の下で行なわれる研究には、以下に定める事項が含まれなければならない。

- (A) 損失データ
- (B) 危険の評価
- (C) 責任への計画的公開及び関連資料
- (D) 以下の事項を含む危険の分類及び含まれる範囲
 - (i) 一般責任
 - (ii) 自動車責任
 - (iii) インディアン部族の職員の責任
 - (iv) 法の実行責任
 - (v) 労働者災害補償
 - (vi) その他の責任事故の型

- (3)（危険の分類による範囲の評価）各々のインディアン部族のために第2号の下で確認される各々の危険の分類ごとに長官は、研究を行なうに際して合衆国法律集第28編第171章〔第2671条以下〕の下でいずれの保険又は範囲がインディアン部族のために当該部族に適用されるかを決定しなければならない。

(b)（報告）

1991年6月1日までに及びその後は毎年、長官は、長官が以下に定める事項を

決定した立法の推薦を含む報告書を合衆国議会に提出しなければならない。

(1) インディアン部族への保険による保障の規定を改善するために歳出配分されるべきこと。

(2) その他、部族政府の官吏の行為によって権利を侵害された人への救済を規定する目的を達成すべきこと。

第705条（歳出配分の承認）

本編の目的を達成するに必要とされ得る金額の内務省への歳出配分が承認される。

ITTCRMAの目的は、部族政府の公的活動の結果として権利侵害される人のための救済を促進するための調査及び研究にあり、内務長官にインディアン部族の責任保険による保障の総合的調査を命じている。当該立法は、部族の主権免除を審理しようとの合衆国議会の意図を示すものではあるが、非常に限られた状況下において部族の主権免除を制限するものであって、捉えようによっては合衆国議会は部族が主権免除の問題をいかように処理するかを彼ら自身に任せているとも理解されるところである。2009年7月のBIAの報告書によれば、144部族が調査に返答し、BIAは加えて保険会社からの65部族に関する報告を受理している。情報が提供された部族のうち86パーセントが責任保険に加入していると報告がなされている。¹⁸¹⁾

(3) 3カ条からなる「2000年インディアン部族経済発展及び契約奨励法」(以下、「ITEDCA」という。)は、合衆国議会によって1872年5月21日に制定された「インディアンとの私的契約を締結する様式を規制する法律」(the Act regulating the Mode of making private Contracts with Indians)¹⁸³⁾に遡る。当該法律は、1958年に一部改正を受けているが¹⁸⁴⁾（合衆国法律集第25編第81条）、1958年改正を

181) See Struve, *supra* note 19, at 159 n.139.

182) Act of Mar, 14, 2000, Pub. L. No. 106-179, 114 Stat. 46 (codified at 25 U.S.C. § 81(2013)).

183) Act of May 21, 1872, ch 177, §§ 1, 2, 17 Stat. 136.

184) Act of Aug. 27, 1958, Pub. L. No. 85-770, 72 Stat. 927. See Anna-Emily C. Gaupp, Comment, *The Indian Tribal Economic Development and Contracts Encouragement Act of 2000: Smoke Signals of a New Era in Federal Indian Policy?*, 33 CONN. L. REV. 667, 668-71 (2001).

さらに改正した法律が本法である。以下、2000年改正の後の合衆国法律集第81条の訳である。一部、手を加えた。

第81条（インディアン部族又はインディアンとの契約）

(a)（定義）

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

- (1) インディアンの土地 その権原が合衆国によってインディアン部族のために信託で保有される土地、又は合衆国によって譲渡制限に服す土地をいう。
- (2) インディアン部族 本編〔合衆国法律集第25編〕第450b条第e項に定めるところによる。
- (3) 長官 内務長官をいう。

(b)（承認）

7年又はそれ以上の期間にわたってインディアンの土地に対して負担を負わせるインディアン部族との合意又は契約は、当該合意又は契約が長官若しくはその被指名者の承認がない限り、無効とする。

(c)（例外）

本条第b項は、長官（若しくはその被指名者）が同項の対象とならないと決定した合意又は契約に適用されない。

(d)（承認されない合意）

長官（若しくはその被指名者）は、長官（若しくはその被指名者）が以下の各号に該当すると決定した場合、本条第b項の対象となる合意又は契約を承認することを拒否しなければならない。

- (1) 連邦法を侵害している。
- (2) 以下に定める規定を置いていない。
 - (A) 合意又は契約に違反する場合の救済に関する規定、又は
 - (B) インディアン部族に対して提起される訴訟における抗弁として主権免除を主張するインディアン部族の権利を明らかにする部族の法典、条例又は管轄裁判所の決定への言及、又は
 - (C) インディアン部族に対して提起される訴訟における抗弁として主権免除を

主張するインディアン部族の権利の明白な放棄に関する規定（規定され得る救済の種類を制限する放棄、又は当該訴訟に関する裁判所の管轄権を含む。）。

(e) (規則)

長官は、2000年5月14日以降180日以内に本条第b項の対象とならない合意又は契約の種類を確定する規則を発出しなければならない。

(f) (解釈)

本条のいかなる規定も、以下の各号の定めるように解釈されてはならない。

- (1) 弁護士法律業務のために長官に契約を承認することを要求すること。
- (2) インディアン・ゲーミング規制法（合衆国法律集第25編第2701条以下）に基づく国家インディアン・ゲーミング委員会の権限を修正し、又は破棄すること。
- (3) インディアン部族による行為の長官による承認を要求するインディアン部族の条例、議決又は憲章を改変し、若しくは修正すること。

上院インディアン問題委員会における審議を収録した上院議事録「第106-150号」¹⁸⁵⁾によれば法案の目的は、①いかなるインディアン部族との契約が連邦の承認を必要とするかを明らかにすること、②これら契約の承認基準を明確化すること、及び③本法の対象となる契約には訴訟からの部族免除を明らかにする規定を置くことにあるとしているが、以下、③について述べる。合衆国法律集第25編第81条第d項第2号¹⁸⁶⁾の規定は、司法上打ち立てられた部族の主権免除に関して、部族と非部族の当事者が合意又は契約を結ぶ場合に3つの選択肢の可能性を残している。しかし実際には当該規定は1つの選択肢、すなわち部族は、非インディアン当事者との合意又は契約を締結する場合に主権免除を放棄しなければならないであろう。蓋し非インディアン当事者は、主権免除条項が取り入れられなければ契約に合意しないと考えられるからである。もともと放棄が商業活動において一般的方法として採用されていることを考え合わせると、他の2つの選択肢は単なる「見せかけ」(window dressing)¹⁸⁷⁾とも思われる。例え

185) S. REP. NO. 106-150 (1999) <https://www.congress.gov/congressional-report/106th-congress/senate-report/150/1> (2017年6月20日閲覧)

186) *Id.* at 1.

187) Gaupp, *supra* note 184, at 682.

ば銀行は、通例部族に金を貸す条件として主権免除を要求する。言わずもがな主権免除の放棄が部族によってなされない場合、銀行にとっては部族が金銭の返却を怠ることに法的救済の途が閉ざされることになるからである。同様の理由によって部族は通例、契約者、機械供給者又はその他の業者からのサービスを¹⁸⁸⁾得るために訴訟に同意しなければならない。IVで述べるところから明らかになるように、多くの部族は一定の形の契約の実行のために主権免除の放棄を規定する部族法を定め、或いはまた一定の要件の存在を条件に契約ごとに特定の部族の職員に部族主権を放棄する権限を認めているのが実態である。¹⁸⁹⁾

IV インディアン部族による主権免除の放棄

1. 部族による訴訟提起

インディアン部族が訴訟を提起した場合、当該部族はその主権免除を放棄したことに¹⁹⁰⁾ならず、従ってインディアン部族によって訴訟を提起された当事者は、部族に対して反訴する権利を自動的に持つわけではない。¹⁹¹⁾

かかる点に関して合衆国最高裁判所は、既に取り上げた *Three Affiliated Tribes II* 判決において¹⁹¹⁾「非インディアンが部族に対して訴訟に勝って権利を取得し得ないにも拘わらず、部族は非インディアンから権利侵害に対して損害賠償を取ることができるとする理解されるべき不公平は、部族の主権免除を保護することにおける優越する連邦及び部族の利益の観点から受け容れられなければならない。」¹⁹²⁾と判示している。もっとも部族がひとたび権利を主張して訴訟を提起した場合、当該権利主張に対しては、たとえ部族に対する損害賠償の裁定に落ち着いたとしても、全きを得て裁決が下されることになるであろう。例え

188) PEVAR, *supra* note 59, at 315.

189) *Id.*

190) *See, e.g.,* Pit River Home and Agricultural Cooperative Association v. United States, 30 F.3d 1088, 1100 (9th Cir. 1994); Oklahoma Tax Comm'n v. Citizen Band Potawatomi Tribe of Okla., 498 U.S. 505 (1991).

191) 476 U.S. 877 (1986).

192) *Id.* at 893.

ば部族が納入業者を相手に契約違反で損害賠償を求めた場合、納入業者は契約を履行したのであり、代金は支払われるべきだと主張し部族に対して反訴を提起し得る。¹⁹³⁾

2. 部族法等による主権免除の放棄

(1) チャールズ・F・ウィルキンソン (Charles F. Wilkinson) 教授は、部族の主権免除は善意の当事者が部族の職員による過失によって権利侵害された場合においてさえ訴訟から部族を保護するが故に、インディアン・カンツリーにおける正当な法的救済手段にとって根本的障壁となっている¹⁹⁴⁾として当該主権免除に批判的であるが、合衆国最高裁判所は2001年の *C & L Enterprises* 判決で¹⁹⁵⁾インディアン部族は訴訟からの主権免除を主体的に放棄する権利を有すると判示している¹⁹⁶⁾ことについては既に触れた。ペヴァー教授は、部族は彼らの選択に従って主権免除を広くも又は狭くも放棄し得るとし、①部族裁判所における訴訟、②一定の類型の権利主張、③一定額の損害賠償請求、④損害賠償請求は認めず宣言的救済及び差止命令を求める訴訟についてのみそれぞれ同意し得ると解説しているところ、数多くの部族が市民的権利の侵害、不法行為及び契約違反等を根拠に部族政府に請求を行なうことを認める部族法を制定し、又は部族裁判所でこれらの事項に関する訴訟原因に基づいて当該裁判所で訴訟できるとする判決を下してきている。以下、主としてキャサリン・T・ストルーフエ (Catherine T. Struve) 教授の2004年論文¹⁹⁸⁾を参考に部族の主権免除の放棄に関する部族法及び部族裁判所の判例について述べる。

(2) 合衆国最高裁判所は、ICRAの適用をめぐる争われた1978年の *Santa Clara Pueblo* 判決¹⁹⁹⁾でICRAに基づく部族に対する訴訟は部族の主権免除によつ

193) PEVAR, *supra* note 59, at 313.

194) CHARLES F. WILKINSON, AMERICAN INDIANS, TIME, AND THE LAW 115 (1987).

195) 532 U.S. 411 (2001).

196) *Id.* at 418.

197) PEVAR, *supra* note 59, at 314.

198) Struve, *supra* note 19.

199) 436 U.S. 49 (1978).

て禁止されているとする判決を下していることについては既に本稿 I-2-(2) で触れたが、幾つかの部族裁判所は ICRA 侵害について部族裁判所に訴訟提起し得ると判示し(例えばニュー・メキシコ州のボワキのプエブロ (Pueblo of Pojoaque) は、部族が経営するゲーミング企業の保安要員が ICRA に規定された適正手続及び捜査並びに逮捕に関する規定を侵害した場合に認めている。コルビル保留地の連合部族 (Confederated Tribes of the Colville Reservation) も市民的権利の侵害について部族の被用者を部族裁判所に訴えることができるとしている。)、他の部族は憲法に ICRA の規定を組み込み(例えば「オレゴン州のグランド・ロンデ・コミュニティの連合部族 (the Constitution and By-Laws of the Confederated Tribes of the Grand Ronde Community of Oregon) 憲法及び附属法」第 3 条第 3 節第 k 項、「マシヤンタケット・ピークオット族法」(the Mashantucket Pequot Tribal Laws) 第 1 編第 3 節第 10 条第 a 項)。またある部族は ICRA に類似する規定を定めている(例えば「ホー・チャंक・ネーション憲法」(the Constitution of the Ho-Chunk Nation) 第 10 条、「コルビル族法及び秩序法典」(the Colville Tribal Law & Order Code) 第 1-5-2²⁰¹⁾条)。

一定の連邦計画を履行するに際しての部族の活動に起因する不法行為に基づく請求については、原告は FTCA に基づいて合衆国から損害を回復し得るが、多くの部族が FTCA の適用を受けない不法行為に関する請求について責任保険を掛けており(例えば「マシヤンタケット・ピークオット族法」第 4 編第 1 節第 4、5、9 条²⁰³⁾、あるいは部族の職員の過失 (negligence) による権利侵害について部族裁判所に訴訟を提起することを認めている(「プヤルupp 族法典」(the Puyallup Tribal Code) 第 255.6 条第 d 項第 3 号²⁰⁴⁾)。また部族の中には、雇用に関連する請求の解決のために行政手続を確立してきており、行政決定の司法審査が利用し得るとし、救済の中には復職や遡及的給与の支払が含まれている(例えば「オレゴン州のグランド・ロンデ・コミュニティの連合部族法典」第 255.5 条第 c 項

200) *Id.* at 58-59.

201) Struve, *supra* note 19 at 156; PEVAR, *supra* note 59, at 315.

202) *See, e.g.*, 25 U.S.C. § 450-450n & 458-458n; 25 U.S.C. § 2804(a) & § 2804(f).

203) Struve, *supra* note 19 at 158.

204) PEVAR, *supra* note 59, at 315.

第3号)²⁰⁵⁾。さらにインディアン部族に対する当該部族との契約に起因する権利主張に関する紛争解決については、様々な方法が存在する。既に述べたように部族は、契約に際して主権免除の放棄をすることができ、また部族裁判所又は非部族裁判所への訴訟提起を認めることができる。マシヤンタケット・ピークオット族は、部族によって正式に実行された契約に関する全ての請求について契約が明確に他の規定を置いていない限り、部族裁判所への訴訟提起についてその主権免除を放棄している（マシヤンタケット・ピークオット族法第12編第1節第1条第d項）²⁰⁶⁾。ナヴァホ・ネーションは、部族法典で以下の4つの場合に免除を放棄している。①ネーションに対する訴訟が連邦法によって明確に承認されている場合。②ネーション評議会が明確に部族免除を放棄してきた場合。③訴訟がネーションの保険による保障の範囲を超えない企業責任を請求する場合。そして④訴訟が、連邦又は部族の市民権侵害を訴える場合であって、救済は将来に向かったの権利の実行に制限される（過去の侵害に対する損害賠償は認められない。）²⁰⁷⁾。

IGRAに基づく第三種ゲーミングに関する「部族 - 州間協定」における主権免除について述べる。多くの協定が、主権免除に関する規定を置いているが、その内容は様々である。1993年4月16日のニューヨーク州とニューヨーク州のオナイダ・インディアン・ネーション（Oneida Indian Nation of New York）との「ネーション-州協定」²⁰⁸⁾第13条は、「ネーションは、ネーションのゲーミング事業がゲーミング施設の権利を侵害された利用者に金銭賠償を行なうための責任保険を維持するよう要求されることに同意する。ネーションは、直接的に又はその経営者を通してゲーミング施設の利用者による不法行為請求への金銭賠償の裁定に関する手続を確立しなければならない。本規定に対するネーションの同意は、当該主張に関する訴訟からのネーションの主権免除の放棄を意図するものでも構成するものでもない……本条は、適用法に基づいて有効なその他

205) Struve, *supra* note 19 at 160.

206) *Id.*

207) PEVAR, *supra* note 59, at 315.

208) <https://www.indianaffairs.gov/cs/groups/xoig/documents/text/idc1-025715.pdf> (2017年7月7日閲覧)

の救済を求めることから権利侵害された当事者を排除するものではない。」と規定している。1994年3月17日の「コネチカット州とコネチカットのモヒガン族 (Mohegan Tribe of Indians of Connecticut) とのゲーミング協定 (Gaming Compact)」第3条第g項は、「部族は、第三種ゲーミングの開始に先立って部族のゲーミング施設の利用者に対する主張される権利侵害から生ずる不法行為請求の処理に関する手続を確立しなければならない。部族は、本協定の規定による当該請求に関する訴訟から部族の主権免除を放棄したものとは看做されないものとする。ただし、部族は、州に対して生ずる請求に有効である²⁰⁹⁾制度に類似する救済制度を取り入れることができる。」と規定している。また1996年12月5日のオクラホマ州とオクラホマ州のポタワトミ・インディアン部族のシティジン・バンド (Citizen Band Potawatomi Indian Tribe of Oklahoma) との「ポタワトミ族場外賭博協定」 (Potawatomi Off-track Wagering Compact)²¹⁰⁾ 第7条第b項は、不法行為に関する請求について「本契約の期間の間ポタワトミ族は、全ての人に250,000ドル、身体への権利侵害について2,000,000ドル、及び財産損害について1,000,000ドル以上を限度として一般損害賠償責任保険 (public liability insurance) を維持するものとする。この保険政策は、保険会社が上で規定された政策の限度まで部族の主権免除を主張しないことを定める裏書を含まなければならない。……」と規定している。

(本学法務研究科教授)

209) *Id.*

210) *Id.*

〈論 説〉

サブリースにおける更新拒絶と正当事由

—— サブリース業者からの更新拒絶、賃貸人による 賃借人（サブリース業者）の地位承継問題も含む ——

松 田 佳 久

目 次

- I はじめに
- II 賃貸人からのサブリース契約の更新拒絶・解除
 - 1. 正当事由の主たる判断基準 — 自己使用
 - 2. 従たる判断基準
 - 3. 正当事由具備判断基準の緩和化
 - 4. 賃貸借契約の否定 — 委任契約
- III その他の論点
 - 1. サブリース業者たる賃借人からの更新拒絶・解除
 - 2. サブリース契約終了後における転借人の保護
 - 3. 民法 613 条 1 項本文および但書の適用
- IV おわりに

I はじめに

松田佳久「サブリース法理の射程拡大の歴史と一般化」創価法学 47・1・33
(2017) において、共同事業性を有する借地借家事案のみならず、通常の借地借

1) サブリース契約は、民法上の「賃貸借」・「転貸借」を基本構造とする契約であり、厳密な意味での「共同事業」性はないとする見解が主張（近江幸治『民法講義Ⅴ契約法』229 頁（成文堂、第三版、2006））されていて、「共同事業」とは、「収益と損失」に関する「分配」の取り決めがされなければならないが、サブリース契約は、テナントへの転貸を前提として「賃料」の支払いを長期的に保証する仕組みにすぎず、収益・損失の分配原則と捉えるには、あまりにも乖離が激しいとする（近江・前掲 229 頁）。しかし、最高裁判決や裁判例で示される共同事業性とはこのような厳格な意味での「共同事業」性ではなく、賃貸借契約であることを前提とするも、通常の賃貸借契約とは異なり、サブ

家事案についても、サブリース法理は一般に適用される、つまり一般化が生じていることがわかった。借地借家法 11 条 1 項および同法 32 条 1 項は強行法規であるから、通常の借地借家事案とは異なり、共同事業性を有する借地借家事案であってもその適用は排除できない。しかし、その適用につき、条文にはない契約締結前事情の総合考慮といった修正を行っているのがサブリース法理である。すなわち、共同事業性を有する借地借家事案たるサブリース契約については、最三小判平 15・10・21 民集 57・9・1213（センチュリータワー対住友不動産事件）、最三小判平 15・10・21 判時 1844・50（住友不動産対横浜倉庫事件）が、「本件契約における合意の内容は、賃貸人が賃借人に対して本件賃貸部分を使用収益させ、賃借人が賃貸人に対してその対価として賃料を支払うというものであり、本件契約は、建物の賃貸借契約であることが明らかである」とし、最一小判平 15・10・23 判時 1844・54（個人対三井不動産販売事件）が、「本件契約が建物賃貸借契約に当た」とし、最二小判平 16・11・8 判時 1883・52（三和リール事件）が、「本件契約は、賃貸人が賃借人に対して本件各建物部分を賃貸し、賃借人が賃貸人に対してその対価として賃料を支払うというものであり、建物の賃貸借契約であることが明らかである」とし、共同事業性を有する借地契約については、最三小判平 16・6・29 判時 1868・52 が、「本件各賃貸借契約は、建物の所有を目的とする土地の賃貸借契約である」とし、オーダーメイド賃貸にあつては、最一小判平 17・3・10 判時 1894・14 が、「通常の建物賃貸借契約と異なるものではない」とし、通常の借地借家契約と同様に借地借家法 11 条 1 項および同法 32 条 1 項の適用を排除できないのである。しかし、適用にあつては修正適用されているがゆえに、共同事業性を勘案した判断がなされるので

リース業者たる賃借人による転貸借を前提とする建物一括借り上げがなされ、賃貸人への賃料を固定するなどして、賃貸人は管理の煩瑣を回避しながら、一定の収益を賃料として享受でき、サブリース業者たる賃借人は、管理手数料を得るよりもより大きな収益を享受できるという、いわば、賃貸人と賃借人の双方がともに利益を享受できるという一種の共同事業的要素が、サブリース契約には含まれているということを意味しているにすぎない（亀田浩一郎「9 サブリースと三角・多角取引」椿寿夫『別冊 NBL No.161 三角・多角取引と民法法理の深化』124-125 頁（商事法務、2016）も同旨）。本稿でいう共同事業性とは、このように賃貸借契約において包含されている共同事業的要素を示している。

ある。²⁾

以上からすれば、共同事業性を有する借地借家事案に、借地借家法 11 条 1 項および同法 32 条 1 項以上に明確に典型的な片面的強行規定とされる同法 6 条および同法 28 条も当然に適用されるのであるが、当該契約の共同事業性が勘案され、その結果、要件排除もしくは要件緩和がなされてもおかしくはない。³⁾

本稿では、共同事業性を有する借地借家事案につき、借地および借家契約における賃貸人（地主および家主）からの更新拒絶において必要な正当事由具備の判断につき、要件排除もしくは要件緩和があるかどうかをみていくものとする。⁴⁾ なお、裁判例は借地借家法 28 条に関するものしかないことから、必然的に借家契約における借地借家法 28 条に限定される。

Ⅱ 賃貸人からのサブリース契約の更新拒絶・解除

1. 正当事由の主たる判断基準 — 自己使用

(1) 正当事由の判断

裁判例を見てみるに、まず、東京地判平 26・5・29 LEX/DB 25519736 を除

2) 前掲東京高判平 16・12・22 (前掲最一小判平 15・10・23 の差戻控訴審)、吉田克己「賃料不減額特約と借地借家法 11 条 1 項に基づく賃料減額請求」判タ 1173・115 (2005)

3) 松岡久和「不動産事業と建物賃貸借 — サブリース判決の功罪」松尾弘＝山野目章夫編『不動産賃貸借の課題と展望』374 頁 (商事法務、2012) は、解除権留保あるいは中途解約を定める特約を定める事例 (札幌地判平 21・4・22 判タ 1317・194) が登場し、その問題性が指摘されているとする。

4) 下森定「サブリース訴訟最高裁判決の先例的意義と今後の理論的展望 (下)」金判 1192・2 (2004) は、サブリース契約の基礎あるいは前提となっている重要な事情に鑑み、衡平の見地から、「正当事由の存否」を総合判断したうえで、明渡請求を認める判決が下される可能性は強いと指摘している。すなわち、正当事由具備判断につき、衡平の見地から要件緩和がなされるとの指摘である。

5) 筆者が収集できた裁判例で、賃貸人からの更新拒絶等で正当事由が問題となった裁判例は以下のとおりである。年月日順に、東京地判平 19・12・7 平成 18 年 (ワ) 第 17742 号 Lexis Nexis JP、東京地判平 20・4・22 平成 19 年 (ワ) 第 8074 号 Lexis Nexis JP、東京地判平 20・8・29 平成 19 年 (ワ) 第 15341 号 Lexis Nexis JP、前掲札幌地判平 21・4・22、東京地判平 24・1・20 LEX/DB 25490867、東京地判平 25・3・21 LEX/DB 25511874、東京地判平 25・12・11 LEX/DB 25516492、東京地判平 26・5・29 LEX/DB

く9裁判例で、サブリース契約は、建物を使用収益させ、賃貸人がサブリース業者たる賃借人に対してその対価として賃料を支払うものであるとして、借地借家法が適用されると解し、同法32条のみならず当然に同法28条の適用もあるとされ、賃貸人による更新拒絶にあつては正当事由の有無が判断されることになる⁶⁾とされている。

ここにおける借地借家法28条は、建物賃貸借で、建物の賃貸人からの更新をしない旨の通知または建物の賃貸借の解約の申入れにおいて、当該賃貸人に正当事由を必要としている。この正当事由の有無は、借地借家法28条によれば、「当事者双方の使用の必要性」を主たる判断基準としたうえで、「賃貸借に関する従前の経過」、「建物の利用状況」、「建物の現況」、「立退料等の提供」を総合的に考慮して決定されるが、あくまでも「双方の使用の必要性」が考慮されるべき主たる事情で、その他の基準は従たる要素にとどまることが明確になっており、たとえば、賃貸人の自己使用の必要性が低い場合であっても、高額⁷⁾の立退料が提供されただけで正当事由が具備されることがあったり、あるいは使用の必要性を考慮することなく、「従前の経過」や「土地の利用状況」のみの判断で正当事由があるとされる余地は、否定されるのである⁸⁾。

(2) 賃貸人の自己使用

賃貸人の自己使用の判断にあつては、多少柔軟に解釈運用されている。たとえば、賃貸人が賃貸中の建物を有利に売却するために明渡しを求めることは、原則として正当事由にはならない（東京高判昭26・1・29 高民4・3・39）が、それが生計維持のための唯一の方策である場合には例外として立退料の提供を要するものの正当事由が認められるとされている⁸⁾。

裁判例をみると、賃貸人の自己使用としては、賃貸人が「自らの希望す

25519736、東京地判平27・2・6 LEX/DB 25524121、東京地判平27・8・5 LEX/DB 25532382の10裁判例である。

6) 稲本洋之助＝澤野順彦編『コンメンタール 借地借家法』214頁〔本田純一〕（日本評論社、第三版、2010）

7) 稲本＝澤野〔本田〕・前掲注（6）215頁

8) 稲本＝澤野〔本田〕・前掲注（6）218頁

るサブリース業者を改めて選定」すること（前掲東京地判平 25・3・21）、賃貸人が転借人との転貸借関係を承継すること（前掲東京地判平 19・12・7、前掲札幌地判平 21・4・22、前掲東京地判平 24・1・20）、賃貸中の建物を売却すること（前掲東京地判平 27・8・5）が、挙げられている。前掲東京地判平 27・8・5 においては「本来的な意味での自己使用の必要性があるわけではない」との認識が示されているが、いずれも賃貸人自身が自己使用するものではない。また、その必要性としては、前掲札幌地判平 21・4・22、前掲東京地判平 24・1・20 にあつては転借人への直接賃貸による収益アップが、前掲東京地判平 27・8・5 は賃貸人が賃貸中の建物を売却すること、賃貸人の居住する自宅補修改築のためにまとまった資金を捻出するためには本件建物を可能な限り高額で売却する必要があること、が挙げられている。これら必要性和前掲東京高判昭 26・1・29 の示す必要性（賃貸中の建物の売却が生計維持のための唯一の方策である）とを比較してみてもサブリース契約事案にあつては必要性の程度は低いものといえる。

（3）賃借人の自己使用

賃借人の自己使用は、転借人の使用が賃借人の自己使用であるとするもの（前掲東京地判平 19・12・7）、サブリース事業により収益を上げることであるとするもの（前掲東京地判平 20・8・29、前掲札幌地判平 21・4・22、前掲東京地判平 24・1・20、前掲東京地判平 27・2・6、前掲東京地判平 27・8・5）がある。賃借人の自己使用も賃借人自身が自己使用するものではない。また、賃借人の自己使用の必要性をみてみても、転借人の事情が考慮されたもの（前掲東京地判平 19・12・7、前掲東京地判平 24・1・20⁹⁾）、賃借人自らの企業努力によってテナントを確保し、本件建物賃貸部分の転貸を企業の主要な収入源としている点が考慮されたもの（前掲札幌地判平 21・4・22、前掲東京地判平 24・1・20）があり、賃借人によるサブリースという事業実施を重視し、その事業

9) 「建物の転借人がする建物の使用の継続」は「建物の賃借人がする建物の使用の継続」とみなされる（借借 26 Ⅲ）ことから、賃借人の自己使用の必要性の判断につき、転借人の事情が斟酌されることにはなる（稲本＝澤野〔本田〕・前掲注（6）216 頁）。

が賃借人の自己使用であり、当該事業の継続が賃借人の収益にとって必要であり、この必要性が自己使用の必要性と同義と解されている。そして、9裁判例のうち7裁判例では、この賃借人の自己使用の必要性、すなわち、賃借人によるサブリース事業の継続の必要性が重視され、それとの比較で賃貸人の正当事由が否定されている。

(4) 賃貸人の正当事由具備を判断する裁判例

前掲東京地判平 25・3・21 および前掲東京地判平 27・8・5 は賃貸人の正当事由具備を判断している。前掲東京地判平 25・3・21 は、多額の投下資本を回収したい賃貸人にとっては、できるだけ転借人の満足を得るなどして業績を上げられる事業者を選定することが必要であり、そのような必要性も保護に値する¹⁰⁾とし、前掲東京地判平 27・8・5 は、賃貸中の建物を売却することの必要性として、賃貸人の居住する自宅補修改築のためにまとまった資金を捻出すべく本件建物を可能な限り高額で売却する必要があるとする。前掲東京高判昭 26・1・29 は、賃貸人が賃貸中の建物を有利に売却するために明渡しを求めることにつき、正当事由が具備された¹¹⁾と判断するためには、賃貸人の生計維持を不可能にする¹²⁾といった賃貸人の生活をかなりの程度おびやかす事由を必要とするが、

10) 前掲東京地判平 25・3・21 では、賃借人と転借人との賃貸借契約は、賃貸人が引き継ぐものとされており、転借人の使用状況に変更はない点も、正当事由具備が判断された一つの要因とはなっている。

11) 前掲東京地判平 27・8・5 事案においても、賃貸人が転借人に対する賃借人の地位を引受ける旨の条項があり、転借人の事情を考慮する必要のない点も、正当事由具備判断の一つの要因とはなっている。しかし、ほとんどのサブリース契約に、賃貸人がサブリース業者たる賃借人の転貸人たる地位を引継ぐ旨の条項が定められており、転借人の地位は守られるにもかかわらず、賃貸人による更新拒絶・解除につき正当事由具備が認められない裁判例が多い点を鑑みれば、転借人の地位が守られるという点は正当事由具備判断における決定的な要因とはなっていない。

12) このほかに賃貸目的物の売却につき、正当事由が認められた事案としては、借金の弁済、学業費および家計費の調達等のため、賃貸家屋を売却するのが唯一の方法であるとする事案（最三小判昭 27・3・18 民集 6・3・342）、賃貸人が経営不振から借財返済のため賃貸家屋の売却を余儀なくされた事案（最二小判昭 38・3・1 民集 17・2・290）などがあり、いずれも賃貸人に賃貸家屋の売却につき、かなりの程度の必要性が認められる事案である。

上記2裁判例にはそのような事由は存在していない。そうではあっても、比較的容易に正当事由の具備を判断しているのは、サブリース契約事業の特殊性を勘案しているからだといえるのではないだろうか。

2. 従たる判断基準

前掲東京地判平 25・3・21 では、従たる比較衡量項目として条文にない項目が比較衡量されている。すなわち、サブリース契約に特有の要素として、「契約締結に至る経緯」、「契約の履行状況」、「当事者双方における投資と収益の均衡」、「双方当事者の契約存続に対する期待及びその要保護性の程度」、「サブリース業者の実績」などであり、これらを評価し、実態に即応した形で、借地借家法所定の要素である自己使用の必要性、建物の賃貸借に関する従前の経過、建物の利用状況及び建物の現況、補完要素としての立退料等の提供にあてはめて考察をしていくとの記載があるものの、当該裁判例の判断過程においては、サブリース契約特有の要素は斟酌すべき従たる要素としてそれ自体が考察の対象になっている。そうであるならば、このようなサブリース契約特有の従たる判断基準の斟酌は、条文、すなわち借地借家法 28 条の修正適用ということになるのだろうか。しかし、借地借家法 28 条に規定されているファクターは、正当事由判断にあたり考慮すべき諸ファクターとして例示列举されているにすぎず、正当事由の判断を適切に行うためには、当事者双方の諸事情を総合的に判断する必要があり¹³⁾、そのためには条文に列举されたファクターだけでは対処できない場合もある。したがって、サブリース契約にあつてはそれ特有の要素が正当事由判断において考慮されても、それは本条文本来の適用であり、修正適用ということにはならない。

裁判例をみてもその判断に前掲東京地判平 25・3・21 で取り上げたサブリース契約特有の従たる判断基準が用いられている。前掲東京地判平 19・12・7 および前掲東京地判平 20・4・22 では、「契約の履行状況」が斟酌され、前掲東京地判平 19・12・7 は特にサブリース業者による貸室の管理業務の状況が勘案されている。前掲札幌地判平 21・4・22 では、「契約の履行状況」を賃貸

13) 稲本=澤野 [本田]・前掲注 (6) 214-215 頁

人が斟酌すべきとして主張したが、賃借人の管理状況が賃借物の効用を著しく害するような使用方法の違反とならないかぎり、斟酌の対象にはならないとされ、事案の判断にあつてはそのような使用方法の違反はなかったために斟酌はなされなかった。また、「契約締結に至る経緯」として、契約期間が決定されるに至った経緯なども斟酌すべきことが主張されたが、斟酌はなされていない。前掲東京地判平 24・1・20 では、自己使用の必要性とも関連するが、転借人が現に本件建物を転借している点、賃借人が現に転貸収入を得ている点、建物の転貸条件付一括借上による賃貸業務等を目的とする賃借人にとって建物賃借権が存在することは事業上重要な部分を占めている点、このような賃借人における使用形態は本件契約においても当然に予定されていた点が斟酌され、賃借人の「契約存続に対する期待及びその要保護性の程度」が高いものとの判断が導き出されている。前掲東京地判平 27・8・5 では、賃借人の利益は月額 3 万 3,000 円と非常に低位であり、本件契約の終了によって賃借人の経営に影響を及ぼすような重大な不利益が生ずるものとは認められないことと、賃貸人が転借人に対する賃借人の地位を引き受ける立場に立つことが斟酌され、賃借人の「契約存続に対する期待及びその要保護性の程度」が低いものと判断されている。

3. 正当事由具備判断基準の緩和化

以上、裁判例からするに、条文言言にないサブリース契約特有の従たる判断基準を斟酌しているものの、それは修正適用ではなく、借地借家法 28 条の特殊性ゆえに本来適用である。これについては、吉田克己教授が、正当事由判断において契約締結前事情、すなわち、契約当事者が賃料に関するリスク設計を行った事情を十分に考慮し尊重すべき旨主張している¹⁴⁾。そして、前掲東京地判平 25・3・21 では、サブリース契約に特有の要素であり、従たる比較衡量項目として「契約締結に至る経緯」が挙げられているが、それだけではなく、「契約の履行状況」、「当事者双方における投資と収益の均衡」、「双方当事者の契約存続に対する期待及びその要保護性の程度」、「サブリース業者の実績」なども挙げられており、他の裁判例でもこれらの点が比較衡量されている。そのことからすれ

14) 吉田克己『市場・人格と民法学』352-353 頁（北海道大学出版会、2012）

ば、吉田教授の指摘する比較考量項目では足りないということになる。また、サブリース契約の特徴を勘案し柔軟に妥当な結論を導きだすことを本来適用とするのが借地借家法 28 条であるとする見解¹⁵⁾からすれば、吉田教授の主張は当然のことであるということになる。

一方、自己使用については、本来の自己使用とは異なり、当事者双方ともサブリース契約事案であることを考慮した自己使用判断がなされており、その点では自己使用については拡大解釈がなされているものといえる。自己使用の拡大解釈は、最三小判昭 27・10・7 民集 6・9・772 が、「正当事由がある場合とは、必ずしも賃貸人において賃貸建物を自ら使用することを必要とする場合に限らない」との判断を示していることから、もちろん違法ではないし、むしろ当該最高裁によって自己使用の拡大解釈が認められているものといえる。¹⁶⁾さらに自己使用の必要性については、従来の裁判例と同様に厳格に正当事由具備を判断しているものが多い。賃借人の自己使用、すなわち、サブリース事業の継続の必要性に比して、賃貸人の自己使用の必要性は低い、あるいは自己使用の必要性はないとの判断をしている裁判例がほとんどである（前掲東京地判平 19・12・7、前掲東京地判平 20・4・22、前掲東京地判平 20・8・29、前掲札幌地判平 21・4・22、前掲東京地判平 24・1・20、前掲東京地判平 25・12・11、前掲東京地判平 27・2・6）。その中であって、正当事由具備の判断基準が緩和されていると思われる裁判例も出てきている（前掲東京地判平 25・3・21、前掲東京地判平 27・8・5）。これら裁判例における自己使用の拡大解釈と正当事由具備の判断基準の緩和は、サブリース契約事案につき賃貸人と賃借人による共同事業的側面¹⁷⁾を認めているからこそものと思われる。すなわち、前掲東京地

15) 本田純一「サブリース契約の更新拒絶と正当事由」中央ロー・ジャーナル 7・2・8 (2010) はこの見解に立っているものと思われる。

16) なお、この判例の事案は、賃貸人である東京都が公設市場を開設運営するために建物賃貸借契約の更新を拒絶したものである。公設市場の開設運営は東京都の事業として行われるものである以上、実際には、経営の便宜から小売商に店舗を賃貸するという形をとるものとしても、建物使用の主体が東京都であると解することができるとし、従来の判例が自己使用を文字通り賃貸人自ら使用するとの解釈をしてきているが、これを変更するものではないとする見解も主張されている（安達三季生「判批（最三小判昭 27・10・7 民集 6・9・772）」法協 73・6・782 (1957)）。

判平 25・3・21 は、サブリース業者が賃貸人の投下資本回収期待を充足する努力を怠っているために、賃貸人側において当初想定した利益が享受できていない事案であり、事業の一翼を担う賃借人の機能不全が勘案されたものである。前掲東京地判平 27・8・5 は、当事者は当初予定した利益を享受しているものの、それは事業から生ずる利益としてはあまりにも過少であり、事業といえるレベルではないことから、サブリース事業につき継続不要との結論が示されたものである。

このように自己使用の拡大解釈や一部の裁判例での正当事由の具備判断基準の緩和は、前掲東京地判平 25・3・21 も述べるように、正当事由自体が、経済事情、社会事情の変化から来る住宅事情の変化、ひいては契約態様の多様化、契約技術の向上、契約当事者の意識の変遷の影響を敏感に受ける特性を有するものであり、それらの変遷に応じて正当事由具備の判断も契約当事者間の衡平を図るべく柔軟になされるものであり、その点は立法当初から当然に予定されていたものといえる。そうであるならば、自己使用の拡大解釈や正当事由具備の判断基準の緩和は、条文の本来適用の現れではある。しかし、今後、より多くのサブリース契約事業で正当事由具備の判断基準の緩和がなされるようであれば、条文の本来適用の中にあって、サブリース契約事案については、正当事由の具備判断基準の緩和化が生じているという結論を導くことになろうが、現時点ではそのように判断することはできない。

4. 賃貸借契約の否定 ― 委任契約

(1) 委任契約であると判断する前掲東京地判平 26・5・29

前掲東京地判平 26・5・29 事案で、サブリース契約の対象となっている建物

17) 前掲東京地判平 25・3・21 は、「原告（賃貸人 筆者補足）としてはサブリース業者から保証賃料を安定的に得て借入金や利息を返済することを企図」し、「サブリース業者は、巨額の初期投資を免れつつ、転借人の募集や不動産の管理等の経営努力を行うことで、転借人からの賃料と原告（賃貸人 筆者補足）に支払う保証賃料との差額によって利益を上げることが目的として」おり、「賃貸借契約という形式を主要な要素としながらも、投資家である原告（賃貸人 筆者補足）と実業担当者であるサブリース業者との間の共同収益事業という複合契約的な側面がある」とする。

は、本件建物を含む一棟の建物の全 21 戸を含めた、賃貸人所有物件である 152 軒の区分建物である。甲が建物の所有者で賃貸人である乙から建物を賃借していたところ、丙が、乙から建物を転貸条件付きで賃借し、かつ、甲との賃貸借契約の賃貸人の地位を乙から譲り受けたとして、甲に対し、未払賃料等の支払いを求めた事案である。また、乙が丙との賃貸借契約を解除したのであるが、当該解除により、丙は、賃料の未払時において、もはや賃貸人ではなくなっていることから、甲に対し未払賃料を請求できなくなるはずである。事案にあつてはこの賃貸人乙による解除の有効性も争点になった。この争点につき、前掲東京地判平 26・5・29 は、賃貸借契約であることを否定し、借地借家法の適用を排除した。すなわち、契約形式は賃貸人の地位の譲渡を含む建物賃貸借契約であっても、実質的には建物管理及び賃料収受の委託を内容とする委任契約であると評価できるサブリース契約と称する契約にあつては、借地借家法の正当事由規定は適用されないから、契約当事者は委任の規定及び本件サブリース契約の条項に基づいて本件契約を何らの理由もなく一方的に解除することができるものと判断した。

裁判官は賃貸人とサブリース業者たる賃借人との賃貸借契約の内容を詳細に検討し、次の点から、建物賃貸借契約ではなく、実質的に委任契約であると判断した。なお、本件契約期間が 2 年間（平成 21 年 2 月 19 日から平成 23 年 2 月 18 日まで）という通常のサブリース契約に比してかなり短期であることも、このような判断のなされた理由の一つになっているものと思われる。

- A. 賃料の定めについては、収納賃料等から管理料（建物管理委託料）、管理組合へ支払う管理費・修繕積立金を差し引いた残額の 60 %を平成 21 年 3 月分から支払うこととされている。
- B. 転貸による収納賃料がない物件に関しては賃料を支払わなくてもよいとされていることから、転貸人（賃借人）は空室のリスクを負わないものといえる。
- C. 賃貸人の地位が転貸人（賃借人）に移転したにもかかわらず、敷金は、賃貸人から転貸人（賃借人）に移管しないことを定めている（5 条 1 項）。
- D. 本件サブリース契約の終了については、借地借家法 28 条（建物賃貸借契約の更新拒絶等の要件）とは異なり、3 か月の猶予期間を置けば賃貸人からも

一方的に解除できると定められている（第9条）。

E. 借地借家法 31 条（建物賃貸借の対抗力）とは異なり、競売・任意売却等で所有権移転された貸室については、その都度、本件サブリース契約が当然に消滅することが定められている（第 15 条）。抵当権よりも先に対抗力を具備した借家権であれば競売・任意売却等によっても消滅しないはずである。

事案は、当初、建物占有者は所有者である賃貸人から直接賃借していたが、途中よりサブリース業者が賃貸人の地位を引き継ぐ形で介入し、建物占有者との賃貸借契約はサブリース業者との転貸借契約に切替わり、当該サブリース業者が建物占有者たる転借人に対し、未払賃料等の支払いを求めた事案である。このように途中からサブリース契約に切替わる事案は多い。サブリース契約へ切替えるのは、賃借人としては、テナントの募集、誘致、管理等の手数料を取れる可能性があるばかりか、それとは別に多額の賃料収入（転賃料と賃料との差額）が得られるというメリットがあり、また、借地借家法の適用があることから、計画どおりに転貸事業が進まず、そのため予定した転賃収入が得られない場合、賃料を減額して赤字を回避あるいは減少させるための賃料減額請求が法的に保障されているというメリットがある。一方、賃貸人は、賃借人のサブリース事業により、安定した賃料収入を確保でき、建物管理の煩雑さを解消できるなどの利益を享受できる点にある。

ところで、前掲東京地判平 26・5・29 が示すように、サブリースと称する契約には建物賃貸借契約類型と委任契約類型とがあるとするならば、前掲東京地判平 26・5・29 はそれを判断する一つの一般基準を示しているものと捉え、それが妥当だということになれば、当該基準を適用することによりサブリースと称する契約を建物賃貸借契約類型と委任契約類型とに分類でき、分類の結果、建物賃貸借契約類型であると評価された場合には、サブリース契約であるとして、借地借家法が適用され、委任契約であると評価された場合には、借地借家法の適用がないことから、正当事由を要することなく、賃貸人によって無理由にて容易に解除できることになる（民 651 I）。

ここではこの判断基準の妥当性について検討する。

(2) 判断基準の検討

①AおよびBの検討

近時の裁判例をみるに、サブリース業者たる賃借人の支払う賃料につき、サブリース契約に関する一連の最高裁判決においてみられた賃料自動増額特約等がなされている事案はほとんどなく、固定賃料であったり、転賃賃料相当額の何%として賃料最低保証額を定める場合がほとんどである。これに対し、本件では、サブリース業者が賃貸人に支払う賃料は収納賃料等から管理費等を控除した残額の60%となっている。Aにおける収納賃料とは転賃賃料を指すものと思われる。そうであれば、Aは、上記に示す通常のサブリース契約と同様の規定であるといえよう。しかし、Bにより、転借人が入居しておらず、空室になっている場合には、その部屋については賃料の支払いを免除されているのである。賃貸借契約であれば、賃借人は、転賃借にあって、一部の住戸に転借人の入居がなく、空室になっていてもその分も当然に含められた約定どおりの賃料を賃貸人に対し支払わなければならない(民601)。これに対し、空室部分についての約定賃料の支払いが免除されるとの規定は、そもそもそれは約定賃料としての定めではなく、転借人より賃料を収集し、それから管理費と自己の報酬分を控除して賃貸人に引き渡すといった賃貸人からの委任事務を単に実施しているに等しいのではないだろうか。委任事務であれば空室部分があつて、その分の賃料が収集できなくとも、収集できなかった金額を補填する旨の特約のないかぎり、収集できた金額に基づき計算した金額を委任者に引き渡せばよいのである。本件事案の賃貸人への支払賃料はまさしくこれに該当しよう。

したがって、AおよびB、中でもBは、委任契約であるとの判断にある程度傾斜させる規定だといえるのではないだろうか。なお、Aは、サブリース契約事案に通常にみられる規定であることから、要件としてはBが重要となる。

②Cの検討

転借人から賃貸人が預かっている敷金を、サブリース業者たる賃借人に移管せず、転借人退去時における敷金返還義務における返還原資はサブリース業者たる賃借人が負うとの契約も有効であり、これも判断基準としては決定的ではない。ただし、本件サブリース契約が委任契約であると判断された場合、サブ

リース業者は転貸人ではないことから、敷金の移管がなされないのは当然のことである。

③Dの検討

3か月の猶予期間を置けば賃貸人からも一方的に解除できるとの規定は、借地借家法 30 条により賃借人に不利なものとして無効となる。ところが委任契約であれば、借地借家法の適用はないから、この規定は有効となる。しかし、実際には、このような借地借家法で禁止される賃借人に不利な規定が、賃貸借契約において定められることはよくあることである。そういった点からするならば、このような規定が定められているからといって、契約全体が賃貸借契約であることが否定されることにはならない。なお、本件サブリース契約が委任契約であると判断された場合、借地借家法の制限がないことから、本規定は、当然に有効な規定となる。

④Eの検討

建物所有者と賃貸借契約を締結したサブリース業者たる賃借人が、建物に住する従前の賃借人と改めて転貸借契約を締結した場合における賃借人の対抗要件は、転借人を占有代理人とする指図による占有移転（民 184）により対抗力を得るものとされ（最三小判平 61・11・18 判時 1221・32）、前掲東京地判平 26・5・29 事案にあっては、賃借人は、指図による占有移転により対抗力を得ている。賃借人の有する建物賃借権は借家権であり、本来長期の権利保護を図るべきものである。そのためには、建物の新所有者等の第三者に対抗できるものでなければならない。それにもかかわらず、建物抵当権等よりも先に対抗力を具備した借家権であっても、競売・任意売却等で新所有者に所有権移転された貸室の借家権が消滅する（賃貸借契約が消滅する）との規定は、借家権の停止条件付放棄を規定したものといえる。そうであるならば、Eは賃貸借契約にそぐわないものといえようし、借地借家法 37 条により賃借人に不利な規定として無効となろう。これも「③Dの検討」の結果と同様、賃貸借契約にこのような規定が存したとしても、その規定の存在がただちに賃貸借契約であることを否定することにはならない。たとえDおよびEの両規定が賃貸借契約の規定として

存在していたとしても結果が変わることはないものと思われる。なお、本件サブリース契約が委任契約であると判断された場合、競売・任意売却等でサブリース契約が当然に消滅するとの規定は、借地借家法の制限がないことから、当然に有効となる。

ところで、委任契約は委任者と受任者間の信頼関係が基礎になっている。競売・任意売却等で所有者が変更になった場合には、変更当初にあつては、変更後の所有者とサブリース業者間に信頼関係は存在しえない。本規定が、サブリース契約と称する委任契約は当然に消滅するものとなっているのは、競売・任意売却等によって信頼関係といった委任契約の基礎が喪失したからであり、それはまさしく委任契約であるからこそ満たされる要件であると捉えることもできよう。

⑤検討結果

賃借人が空室のリスクを負わないと規定するBは、前掲東京地判平26・5・29が委任契約であると判断した決定的な基準なのではないだろうか。それというのも、他の要件（C・D・E）は委任契約であることを決定づけるものとはいえず、委任契約であることを示す間接証拠でしかない。したがって、判断基準としては、Bを主たる基準とし、間接証拠として他の要件（C・D・E）も満たされていれば、委任契約であると判断される可能性があるということになる。なお、間接証拠であるC・D・Eは例示列举にすぎず、委任契約である旨を間接的に示すものであればこれら以外にも十分にあり得るものである。

また、前述④のとおり、委任契約における委任者と受任者間の信頼関係を重視するのであれば、Eも間接証拠ではなく、判断基準の一つとなる。

Ⅲ その他の論点

1. サブリース業者たる賃借人からの更新拒絶・解除

(1) 正当事由不要

サブリース業者たる賃借人からの更新拒絶・解除にあつては、正当事由を要しない。ただ更新拒絶については借地借家法26条1項に基づき、期間満了の1

年前から6月前までの間に賃貸人に対して更新拒絶の通知をすることになり、解除（解約）については、民法617条1項に基づき、解除（解約）の申入れの日から3月経過することによって終了することになる。

正当事由具備の必要性は、賃貸人からの更新拒絶・解除を困難にし、賃借人からのそれを容易にしていることは確かである。この契約当事者間における相違は賃貸人に多大な不利益をもたらしている。この点については、サブリース契約に関する一連の最高裁判決におけるサブリース法理の中核をなす「衡平」の見地から制限をすべき旨が主張されている¹⁸⁾。しかし、サブリース契約事案に借地借家法が適用されるとする最高裁判決であるが、サブリース業者である賃借人からの解約に制限を設けることは借地借家法が規定するところではない。制限を課すとするならば一般条項である信義則を持ち出すことになろう。信義則は、制定法の具体化、制定法の不備の補完、制定法の修正において利用される¹⁹⁾が、この場合の信義則は、制定法の不備の補完か制定法の修正のために利用されることになろう。しかし、信義則等の一般条項が容易に用いられることは、制定法の拘束力が無視される危険性、衡平裁判の危険性が指摘されている²⁰⁾ことから、極力避けるべきである。

（２）具体例

具体例としては次のものがある。①賃借人からの中途解約条項が契約書に規定されており、当該条項に基づいて中途解約されてしまった事案²¹⁾、②賃貸人が保全処分を受けたことが、賃借人による解除事由として契約書に規定されていることから、仮差押えの処分を受けた賃貸人に対する賃借人の契約解除が認容

18) 太田秀也『賃貸住宅管理の法的課題2 — 迷惑行為・自殺・サブリース —』218頁（大成出版、2014）、太田秀也『賃貸住宅におけるサブリース — 契約終了を中心に —』Evaluation60 = 61・33（2016）

19) 山本敬三『民法講義Ⅰ総則』625-634頁（有斐閣、第三版、2011）

20) これは、一般条項が用いられれば、既存の確立したルールによる制約を免れ、自由に判断することが可能となる。その結果、十分な正当化を抜きにして、単に判断者が衡平と信ずるところにしたがった決定が行われるおそれが出てくるものと懸念されている（山本・前掲注（19）624頁）。

21) 川本真聖「事例から見る不動産サブリース被害」国民生活ウェブ版25・7（2014）。

された事案（東京地判平 23・11・28 WL²²⁾）、③「賃貸人または賃借人のどちらか一方の都合で本件借上保証契約を解約する場合、解約する 3 か月前までに書面で相手方に通知しなければならない。ただし、予告期間を待たずに解約する場合、解約違約金を支払うことにより本件契約を解除できるものとする。なお、解約違約金は、本件賃料の 3 か月分相当額とする」との契約書の規定に基づき賃借人が解除したのに対し、賃貸人が賃借人に対し解約違約金の支払い等を求めた事案（東京地判平 24・5・17 WL²³⁾）、④契約書には「契約期間内に本件賃貸借契約が賃借人の都合により解約された場合、賃貸人は違約金として敷金（50 億円）の 5 割を即時取得することができる」とある中で、賃借人からの更新拒絶がなされた事案（東京地判平 17・10・25 Lexis Nexis JP（平成 15 年（ワ）第 20577 号））などがある。

（3）対応策

これら具体例を見てみるに、すべての具体例で賃借人からの中途解約条項が定められている。このようにサブリース契約では、賃借人からの中途解約条項が定められるのが通常ということである。そうであるならば、賃借人からの更新拒絶・解除は、契約条文に則った行為であり、責められるべきところはない。また、このような賃借人からの更新拒絶・解除に違約金等条項を契約書に盛り込んでいる事案もある。その場合、賃借人は違約金等の支払いを覚悟の上で賃貸借契約の更新拒絶・解除を行っているのであるから、これも契約文言に基づく行為だといえよう。そのように契約に基づく行為でありながら、賃借人からの更新拒絶・解除が、「（2）具体例」にあるように、賃貸人に対して、建物の

22) 太田・前掲注 (18) 241-242 頁

23) 太田・前掲注 (18) 243-244 頁

24) 長井和夫「不動産サブリースのしくみ ― 管理・原契約を中心に ―」国民生活ウェブ版 25・10 (2014)、太田・賃貸住宅管理の法的課題 2・前掲注 (18) 217 頁。国土交通省が HP において示す「サブリース住宅原賃貸借標準契約書」では、その 15 条で「乙（賃借人）は、甲（賃貸人）に対して少なくとも 6 月前に解約の申入れを行うことにより、本契約を解約することができる。」と定めている（<http://www.mlit.go.jp/common/000990513.pdf>）。なお、賃貸人からも正当事由の有無に関係なく中途解約できる旨の規定となっている場合が多いが、そのような規定は、借地借家法 30 条により無効となろう。

建築資金として投下した銀行等からの借入金の回収を不可能にしてしまうという不利益を生じさせており、問題となっているのである。しかし、賃借人によるこのような行為は契約条項に則った行為であり、これを解釈論によって制限することは私的自治を否定することになりかねない。したがって、解釈論ではなく、別の方法で制限することが必要となろう。まずは、不動産賃貸借業界における自主規制、いわゆるソフト・ローにより賃借人による不合理な更新拒絶・解除を制限する方法がある。さらに、賃貸人側も契約時に中途解約条項を排除して中途解約を制限するか、賃借人から容易に更新拒絶・解除をさせないために違約金等の条項を規定することが必要となろう。²⁵⁾ しかも、違約金等の額は更新拒絶・解除によって借入金の回収が困難となったとしても、十分に対処ができる金額とすべきであろう。

2. サブリース契約終了後における転借人の保護

サブリース契約では、サブリース業者たる賃借人との契約終了の際、転借人の居住等の安定を図るため、ほとんどの事案で「原賃貸借契約が終了したときは、転賃借契約の貸主の地位を賃貸不動産所有者が承継する」旨が定められており、²⁶⁾ 国土交通省が HP において示す「サブリース住宅原賃貸借標準契約書」でも、その 18 条 1 項で「本契約が終了した場合には、甲（賃貸人）は、転賃借契約における乙（賃借人）の転賃人の地位を当然に承継する。」と定めている。²⁷⁾ このことからすれば、当該条項が定められることがほぼ常態化しており、ある程度の慣習法化がなされているものといえるのではないだろうか。そうであるならば、サブリース契約終了後における転借人の居住等の保護はこの慣習法により十分に図ることができる。サブリース契約に上記のような条項がない場合であっても、賃貸人が賃借人の地位を承継することが上記のとおり慣習法化し

25) なお、賃貸人が、サブリース契約締結においてきちんと契約書の内容を理解し、中途解約条項の排除、中途解約の場合の違約金の定めやその額を定めること等についても適正に対処できるようにするために、行政機関等による賃貸人への教育等も必要になってくるであろう。

26) 長井・前掲注 (24) 10、太田・前掲注 (18) 219 頁。

27) 前掲注 (24) HP 参照

ているものと捉えるのであれば、賃貸人はサブリース業者たる賃借人の転貸人たる地位を承継することになる。²⁸⁾なお、この地位承継は、たとえサブリース契約が、賃借人の債務不履行を原因とする解除によって終了した場合であっても生ずることになる。なぜならば、上記条項をみてわかるように、サブリース契約の終了原因の違いによって、賃貸人による賃借人の地位承継の効果に差異を設けていないからである。

ところで、賃貸人は、この地位承継により、賃借人の保証金返還義務、転借人に対する修繕義務等を当然に負担することになる。²⁹⁾

3. 民法 613 条 1 項本文および但書の適用

適法転貸借の場合は、転借人は賃貸人に対して直接に義務を負うが、賃借人に弁済した旨等の抗弁をもって賃貸人に対抗できると解することが妥当であろう。それは、民法 613 条 1 項但書で転借人が賃貸人に対抗できないものとして限定列挙しているのは、賃料の前払いのみであり、その他の事項、特に、賃料を弁済期に賃借人に支払った旨および弁済期に賃借人に支払う旨につき、賃貸人に対抗できるとの反対解釈が論拠になろうし、論拠として認められないとしても、転借人による二重払いの危険を回避するためにも、信義則において賃貸人による直接請求を制限することが必要だといえよう。なお、転借人に賃貸人に対する催告の抗弁を認めることも、有効といえよう。しかし、そもそもサブリース契約には、サブリース業者である賃借人による賃料管理（回収）委託の合意も包含されており、賃貸人が賃借人に無断で直接転借人から賃料を取り立てるこ

28) 亀田浩一郎「サブリース取引における転貸借法理の変容」法論 84・2＝3・243 (2012) は、賃貸人による賃借人の地位承継につき、賃貸人は賃借人と共同で事業を行って利益を得ようとした点で賃借人の行為につき賃貸人には何らかの帰責性があるとし、転借人としても賃借人との関係賃貸人との間でも継続できるとの期待を理由として挙げる。

29) 国土交通省が HP において示す「サブリース住宅原賃貸借標準契約書」では、その 18 条 2 項で「前項の場合、乙（賃借人）は、転借人から預かっている敷金、賃貸借契約書、その他地位の承継に際し必要な書類を甲（賃貸人）に引き渡さなければならない。」と定めている（前掲注（24）HP 参照）。

30) 幾代通＝広中俊雄編『新版 注釈民法（15）債権（6）』288 頁〔篠塚昭次〕（有斐閣、増補版、1996）は、転借人に催告の抗弁権があるものと構成する。

とは、賃借人による当該行為の実施（義務の履行）を妨げることになり、許されないのではないだろうか。

ところで、民法 613 条 1 項 2 文における「賃料の前払をもって賃貸人に対抗することができない」との規定であるが、賃借人と転借人との間でこのような賃料の前払い契約を締結することは十分に考えられるところであり、このような賃料の前払いにつき賃貸人が合意している場合には、任意規定たる当該規定の適用は当然に排除されることになる。

IV おわりに

以上、賃貸人からのサブリース契約の更新拒絶・解除については、正当事由の具備が必要であるが、正当事由具備判断において、自己使用の拡大解釈や一部の裁判例での正当事由の具備判断基準の緩和がなされていることがわかった。このような状況は、借地借家法 28 条の本来適用ではある。しかし、そうであっても、サブリース契約において、借地借家法 32 条 1 項の適用にあたっては、相当家賃額の判断だけではなく、家賃減額請求の当否の判断にあっても、当事者間の衡平の見地に照らして、賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情等である契約締結前事情を総合的に考慮すべきだとするサブリース法理の適用がなされていて、サブリース契約の特性である共同事業性を勘案した判断がなされているのと同様、正当事由具備判断においてもそのようなサブリース契約の特性が勘案されているものといえよう。

一方、サブリース契約と称するものの中には、サブリース業者が空室リスクを負わない旨の規定が存する場合があり、そのような場合にはサブリース契約ではなく、委任契約であると判断される可能性もあり得ることが前掲東京地判平 26・5・29 で示されている。委任契約であると判断される場合は、委託者（契約でいえば賃貸人）は、正当事由を具備しなくとも解除をなし得ることになる。

さらに、サブリース契約にあつて、転借人はサブリース契約という共同事業者ではないものの、その収益源であつて、いわば当該事業の顧客的立場にある。よって、転借人の利益、すなわち、その使用収益権原は守られねばならず、賃貸人と賃借人間の共同事業の存廃によって影響を受けるものであつてはならな

い。それゆえにサブリース契約終了（賃借人の債務不履行による賃貸借契約の解除も含む）において、賃貸人が賃借人の地位を承継することにより賃貸人と転借人間で賃貸借（当初の転貸借）契約が存続し、転借人の使用収益権原は守られることになる。国土交通省が示す「サブリース住宅原賃貸借標準契約書」では、賃貸人が賃借人の地位を承継する旨の条項が定められており、ほとんどのサブリース契約においてもその旨が条文化されていることから、サブリース契約が終了した場合の賃貸人によるサブリース業者たる賃借人の地位承継が、不動産賃貸借業界の一業態であるサブリース業界において慣習法化されているものと捉えることができるのではないだろうか。そうであるならば、そのような条項のないサブリース契約事案にあっても、転借人保護のために、賃貸人による賃借人の地位承継が認められることになる。

なお、サブリースではない通常の転貸借にあっては、最小判昭 36・12・21 民集 15・12・3243 が、賃借人の債務不履行により賃貸借契約が解除された場合には、その結果、転貸人としての義務に履行不能を生じ、転貸借は当該賃貸借の終了と同時に終了するとされていることから、賃貸人による賃借人の地位承継は生じないが、賃貸人と賃借人との合意解除の場合には転借人を保護する必要がある。この場合、上記のとおり、サブリース契約事案で慣習法化していると解した場合における、賃貸人による賃借人の地位承継の趣旨が転借人保護のためであることから、この趣旨実現を図っている地位承継を通常の転貸借事案にも及ぼすべきである。³¹⁾ すなわち、慣習法の類似類型への適用である。

31) 第三者が不動産賃借人である場合の民法 94 条 2 項、同法 96 条 3 項、同法 545 条 1 項但書適用後においても当該賃貸目的物不動産の所有者（民法 94 条 2 項適用にあっては無効主張者、同法 96 条 3 項適用にあっては被詐欺者、同法 545 条 1 項適用にあっては解除権者）が賃貸人の地位を承継する（松田佳久「民法 94 条 2 項、同法 96 条 3 項、同法 545 条 1 項但書適用後における第三者との法律関係 ― 第三者が不動産賃借人である場合の賃貸人の地位の承継を中心として ―」創法 46・1・73 以下（2016））のであるが、これら事案は本稿における転貸借事案とは異なり、その法的構成は法定効果説によることになる。すなわち、賃貸目的たる不動産の取得者が賃貸人たる地位を承継するのは、旧所有者と新所有者との合意による効果ではなく、不動産賃借人の賃借権に対抗力が具備されている結果生じる法定効果なのである。つまり、登記によって対抗力を備えた地上権その他の制限物権が存する場合に、その所有者が制限物権の負担のない所有権だと称して所有権を譲渡したときでも、譲受人は地上権者等から対抗され、制限物権の付着した

ところで、サブリース契約事案への民法613条1項1文の適用にあつては、転借人の保護を図り、その二重払いを回避すべく、同条1項2文の反対解釈により、賃料を弁済期に賃借人に支払った旨および弁済期に賃借人に支払う旨につき、賃貸人に対抗できるものと解することになるが、このような反対解釈が許されない場合には、信義則を根拠として、賃貸人による直接請求を制限することになろう。

一方、サブリース業者たる賃借人からの更新拒絶・解除には正当事由具備を要しないことから、容易に更新拒絶・解除がなされ、賃貸人に不測の損害をもたらす可能性がある。しかし、サブリース契約には中途解約条項が規定されており、賃借人からの更新拒絶・解除は契約に則った行為であることから、これを解釈論で規制するのは難しいし、解釈論の範疇の問題ではない。この問題に対処するには業界での自主規制、すなわち、ソフト・ローで賃借人による不合理な更新拒絶・解除の制限を図り、賃貸人側も中途解約条項を排除し中途解約を制限するか、違約金等の条項を規定することにより自衛を図ることが必要となろう。

以 上

(本学法学部教授)

所有権を取得するのと異ならないのである。

一方、本稿に示す転貸借契約は、賃貸借契約の存続を基礎として存在する契約であることから、賃貸借契約が解除等によって消滅すると存続の基礎を喪失し、消滅することになる。けつして、賃貸人と転借人との間に対抗関係が生ずるのではない。よって、この事案に、賃借人の対抗力を要件とし、対抗関係的に判断する法定効果説が適用される余地はないのである。

〈論 説〉

オーストラリアにおける水利権原の性質と 持続可能な水資源管理

— ニューサウスウェールズ州における
財産権の取得に関する判例の分析を手掛りに —

宮 崎 淳

目 次

- 1 はじめに
- 2 2000年水管理法における水アクセス・ライセンスへの切替え
 - (1) 2000年水管理法の水アクセス・ライセンス
 - (2) 1912年水法のライセンス
- 3 水利権原の財産権としての性質
 - (1) ICM Agriculture判決の概要
 - (2) コモン・ローにおける水利権
 - (3) 制定法における水利権原
- 4 州による財産権の取得
 - (1) 地下水利用を統制する州の権限
 - (2) 認識可能かつ算定可能な利益
- 5 持続可能な水資源管理と水利権原の保護
 - (1) 公共財としての流水にアクセスする権利
 - (2) 水管理計画による持続可能な水資源管理
 - (3) 財産権の徴表
 - (4) ライセンスの切替えと財産権の取得
- 6 むすびにかえて

1 はじめに

オーストラリアは、世界で最も効果的な水資源管理制度をもつ国の一つであると評価されている。¹⁾ 同国では、自然環境の悪化および行財政改革の推進を背景に、1990年代から水資源の効率的な利用と管理を目指し水利制度の改革に取

組んできた²⁾。その中でも力を注いできたのが、市場的アプローチを用いた水資源の再配分システムの構築である。すなわち、社会的に最適な水資源の再配分を実現する手法として、水取引市場の導入が推進されてきたのである。現在、同国では効率的に水取引を行う水利権市場がすでに確立していると指摘されている³⁾。

市場による水取引を可能とするためには、水利権を取引可能な性質に再構成することが求められる。これは、水利権を土地から切離することを意味している。

この点につき、オーストラリア政府評議会（Council of Australian Governments）は1994年に「水利制度改革の枠組み（Water Reform Framework）」を発表し、水資源に関する効率的かつ持続可能な管理のための指針を示すとともに、水利権についてはその明確化と土地の権原から切離することを要請した。なぜなら、水利権の明確化および土地からの分離がその利用価値を高める主体への権利移転を可能にし、水利権の取引を促進すると考えられたからである⁴⁾。

また、2004年には「国家水イニシアティヴ（National Water Initiative : NWI）」が策定され、水アクセス権の内容の明確化や水市場における取引障害の除去等によって、水資源の配分に関する経済的効率性の向上を図るとともに、統合的水管理を可能にする水市場、規制、利水計画等を国レベルの一貫した管理システムとして構築することが目指された⁵⁾。その後、「未来のための水（Water

1) 木下幸雄「オーストラリアの水利制度改革における農業環境政策」農業農村工学会誌 80巻12号（2012年）993頁。

2) 同国の水利制度改革の内容については、木下幸雄「水利改革と農業水利制度の基本構造 — オーストラリアNSW州の事例 —」水利科学273号（2003年）35頁以下および近藤学「オーストラリアの水改革 — その概説 —」滋賀大学環境総合センター研究年報3号（2006年）49頁以下が詳細である。

3) 木下幸雄「オーストラリアにおける農業環境・資源政策」荏林幹太郎＝木下幸雄＝竹田麻里『世界の農業環境政策 — 先進諸国の実態と分析枠組みの提案 —』（農林統計協会、2012年）102頁。

4) Kate Stoeckel, Romany Webb, Luke Woodward and Amy Hankinson, *Australian Water Law*, Thomson Reuters, 2012, at [2.05].

5) 小寺正一「環境政策の展開 — オーストラリアの生物多様性・気候変動・水政策をめ

for the Future)」が発表された2007年には、連邦水法（Water Act 2007 (Cth)）が制定され翌年にそれが施行されることにより、改革が一層進展している。

オーストラリアでは水資源管理について、土地管理とともに州政府の専管事項とされているため、水資源の管理に関する規範は各州の制定法によって規定されている。⁶⁾ ニューサウスウェールズ州では、1912年水法（Water Act 1912 (NSW)）および2000年水管理法（Water Management Act 2000 (NSW)）がこれに該当する。これら両法では、地下水利用に関する水利権原（water entitlements）の性質において差異がある。⁸⁾ すなわち、前者が定めるライセンスは土地と不可分な関係にあるが、後者が規定するそれは土地から切離されているのである。また双方のライセンスは、水割当計画（water sharing plan）が導入された時点で、1912年水法のライセンスから2000年水管理法のそれに切替えられるという関係にある。要するに、1912年水法のもとで許可されたライセンスは段階的に廃止され、2000年水管理法で新設されたそれに取って代わられるのである。

このライセンスの切替えにあたり、連邦憲法によって保障された財産権をめぐって問題が生じる。すなわち、旧ライセンスのもとで採取が許された水量より新ライセンスで採取しうる水量が減少した場合に、水利権原であるライセン

ぐって —」『オーストラリア・ラッド政権の1年：総合調査報告書』（国立国会図書館調査及び立法考査局、2009年）95頁は、同国の水利制度改革にとってNW1はその設計図としての役割を果たしていると指摘する。

6) 連邦憲法100条は、河川水の合理的利用に関する州政府の権利について連邦政府はこれを制限してはならない旨を定める。

7) そのため、連邦政府、ニューサウスウェールズ州、ヴィクトリア州およびサウスオーストラリア州は、MDB協定（Murray-Darling Basin Agreement）を締結し、広域的に水資源を管理する制度を構築している。

8) Alex Gardner, Richard Bartlett and Janice Gray, *Water Resources Law*, Lexis Nexis Butterworths, 2009, at [18.1] は、「entitlementとは、その他の場合には法律によって禁止される活動を行う制定法上の権限のもとで政府から付与される許可（permission）である」と定義する。したがって、水アクセス・ライセンス等のwater entitlementsは水利権に包摂されるが、コモン・ロー上の沿岸権等を指すwater rightsとwater entitlementsを誤し分けるため、本稿では後者につき、水利用に関する行為を正当化する制定法上の原因という意味で「水利権原」との訳語をあてた。

スが財産権と捕捉されるならば、その切替えは連邦憲法51条31号に定める正当な条件によらない財産権の取得を州にもたらしたのではないかという問題が発生するのである。

この点につき、ニューサウスウェールズ州最高裁判所は2009年に ICM Agriculture Pty Ltd v. Commonwealth⁹⁾の判決を下した。本判決は、憲法上の財産権の取得に関する論点のみならず、水法の基礎原理に内在する水資源の公共性に基づき水利権の内容について論述するとともに、コモン・ローおよび制定法における水利権原の財産権としての性質に言及した点において刮目に値する。¹⁰⁾

本稿は、1912年水法のライセンスから2000年水管理法のそれへの切替えに関する制度移行について論述したうえで、ICM Agriculture判決の分析を通じて、流水にアクセスする権利および州による財産権の取得につき論究するとともに、水利権原と持続可能な水資源管理の関係を考察することにより、財産権としての水利権原の性質について明らかにする。

2 2000年水管理法における水アクセス・ライセンスへの切替え

(1) 2000年水管理法の水アクセス・ライセンス

ニューサウスウェールズ州では、現在、2000年水管理法と1912年水法の2つの制定法が水にアクセスし利用する権利を定めている。

水管理法392条は、「州の水利権 (State's water rights)」につき、①河川、湖、帯水層のすべての水、②大臣の統制または管理のもとにある事業によって保全されるすべての水、③地表上または地表下で自然に発生するすべての水を

9) ICM Agriculture v. Commonwealth (2009) 240 CLR 140; 170 LGERA 373; [2009] HCA 54; BC200911041.

10) Arnold v. Minister Administering the Water Management Act 2000 (2010) 240 CLR 242 もまた、ライセンスへの切替えについて考察しているが、当該判決はライセンスの切替えにつき財産権の取得にはあたらないとしたICM Agriculture判決を引用しているため、本稿では被引用判例を検討の対象とする。

11) Stoeckel, *op. cit.*, at [4.05].

対象に、これらの統制 (control)、利用 (use) および流出 (flow) に関する権利として定義し、これは王位 (Crown) に授与されると規定する。コモン・ロー上の水利用に関する沿岸地所有者の権利については、同法393条によって廃止されている。そのため、当該州で水を利用したい場合には、2000年水管理法または1912年水法のいずれかの制定法によって、水にアクセスし利用する権利を取得しなくてはならない。¹¹⁾

水にアクセスし利用する権利は、主に水管理法のもとで水利権原を発行する大臣によって管理される。ニューサウスウェールズ州では、これらの水アクセス権原は水アクセス・ライセンス (water access licences) として知られている。¹²⁾ 水管理法56条1項 (a) は、水アクセス・ライセンスについて「特定の水管理区域内または特定の水源からの利用可能な水 (available water) における特定の割当て (specified shares) に対する権原がその保持者に付与される」と規定する。¹³⁾ したがって、水アクセス・ライセンスとは利用可能な水における特定の割当てに対する権原であると定義できる。同ライセンスは、地表水の利用に関する場合もあれば、地下水のそれに関するケースもある。当該ライセンスのすべては水源と関連するものであるから、特定の採取地点が指定されていなければならない。¹⁴⁾

水管理法によって定められた水アクセス・ライセンス制度は、本法によって規定された水割当計画に基づいて管理される水源に対してのみ適用される。同法の適用を受けない地域では、1912年水法が適用される。ニューサウスウェールズにおける多くの地下水源は水割当計画の対象になっていないため、1912年水法がいまだに適用されているところも少なくない。同計画によって管理される河川から水を採取する場合には、水管理法における水アクセス・ライセンス

12) 水アクセス・ライセンスは、典型的な水利権原である。当該ライセンスには水口座 (water account) が設けられ、水口座に振込まれる水量は水量配分 (water allocations) といわれている。

13) 水アクセス・ライセンスが許可されたときには、そのライセンス保持者に対し同ライセンスの所有を示す権原に関する証明書が提供され、それは州財務省の土地・財産権インフォメーションによって運用される水管理法登録簿に登録される。

14) Stoeckel, *op. cit.*, at [4.05].

が要求される¹⁵⁾。他方、当該計画によって規制されていない地下水源から水を採取する場合には、1912年水法の掘抜井戸ライセンス (bore licences) が必要とされる¹⁶⁾。

水アクセス・ライセンスは利用可能な水の特定の割当てに対する権原と定義されるが、この言説には土地との関係性が意識的に排除されている。すなわち、水アクセス・ライセンスは、特定の土地と結合していないから、土地の所有者または占有者によってそれが保持される必要はない。要するに、水利権原である同ライセンスは、土地から切離されたものであるといえる。この点が、水管理法のライセンスの特徴であり、この性質によって水利権の取引が促進されるのである¹⁷⁾。

(2) 1912年水法のライセンス

水管理法で定められた水割当計画が及ばない地域では、1912年水法のライセンスに関する規定が適用される。ニューサウスウェールズ州の1912年水法は、2000年水管理法とは異なったライセンス規定が定められている。前者のライセンスには、大別して地表水ライセンスと掘抜井戸ライセンスがある。地表水ライセンス (surface water licences) は、水を採取し貯留するために建設され使用される水利設備 (water work) を通じて水源から水を採取する場合等に要求される¹⁸⁾。掘抜井戸ライセンスは、水割当計画の対象となっていない工業用、鉱業用および農業用の土地に位置する掘抜井戸 (bores) に適用されるものであ

15) 水管理法の対象となる水源から水アクセス・ライセンスを取得せずに水を採取すること、または故意もしくは過失により同ライセンスを取得せずに水を採取することは犯罪となると規定されている (水管理法60条A)。

16) Stoeckel, *op. cit.*, at [4.05].

17) 木下・前掲注3) 102-103頁は、水利権取引のプロセスについて、①用水取引所やブローカーによる情報収集と取引相手の探索、②取引成立の場合にはブローカー等による契約書の作成と取引許可の申請、③州政府の水管理当局が第三者に及ぼす影響等を検討し許可を判断、④許可されると行政書士による取引裁定と権利登記によって完了すると説明する。

18) 土地保有者の基本的権利 (家庭用および家畜用) が認められる状況では、ライセンスは要求されない。

る。同ライセンスは、5年更新で許可を受けなければならないことが多い。¹⁹⁾

1912年水法に基づく地表水ライセンスおよび掘抜井戸ライセンスは、土地に付着している。このことは、当該ライセンスが土地と密接不可分な関係にあることから、その保持者は同ライセンスが付着する土地の所有者または占有者でなければならないことを意味している。このようなライセンスは土地所有権と切離して取引できないため、権利取引につき法理論上の障害になっているとの認識が定着している。²⁰⁾

ニューサウスウェールズ州では水割当計画を導入する過程にあり、かかる事情のもとでは当該計画が導入された時点で、1912年水法の旧式ライセンスが2000年水管理法の水アクセス・ライセンスに切替えられる。すなわち、1912年水法のもとで許可されたライセンスは段階的に廃止され、水管理法で設けられた水アクセス・ライセンスの枠組みに取って代わられるのである。地下水の利用についていえば、水割当計画の導入により、土地所有者等の掘抜井戸ライセンスが水管理法のもとで水アクセス・ライセンスに切替えられることになるのである。²¹⁾

ライセンスの切替えにあたり留意しなければならないことは、新たな制限や条件が付加されないかという点である。というのは、土地所有者等に採取を認めた水量が水割当計画によって制限されるおそれがあるからである。また、このような制限は、水利権原の価値の減損をもたらすことも考えられる。かかる場合には、採取水量の減少に対して正当な補償がなければ、財産権を保障した連邦憲法51条31号に抵触するのではないかと疑義が生じる。

19) Stoeckel, *op. cit.*, at [4.200].

20) 水利権と土地の関係につき、日本においても同じ構造を読み取ることができる。すなわち、水利権を取引可能にするためには、水の利用・管理の具体的事実、つまりかかる事実が生じている土地から水利権を解放し、権利を観念化させる必要がある。要するに、水利権と土地を切離させ、水利権につき一定の水量を利用しうる権利として観念化することにより、その取引が可能となるのである（宮崎淳「水利権の特質と権利の観念化——権利譲渡の法理論——」創価法学45巻2号（2015年）136頁以下）。

21) Stoeckel, *op. cit.*, at [4.40].

3 水利権原の財産権としての性質

(1) ICM Agriculture 判決の概要

2009年に出現したICM Agriculture Pty Ltd v. Commonwealthは、二つの点において意義があると指摘されている²²⁾。第一に、州最高裁判所がコモン・ローおよび制定法における水資源に関する権原の性質について考察した点であり、第二に、同裁判所が初めて連邦憲法51条31号と96条の関係性について論じた点である。

連邦憲法51条31号は財産権の取得を正当化する法律につき正当な条件を提示すべきことを規定し、同法96条は国会が相当と判断するような条項および条件に基づき、国会が州に財政的支援を与えることを可能にしている。第二の論点は、連邦憲法96条の権限が同法51条31号における財産権の保障によって制限されるか否かという問題である。本判決の多数意見は、連邦が条件なしに財産権の取得を州に要請する場合には、96条と51条31号に基づく連邦の権限は州への財政的援助の補助金 (grant) には及ばないと判断した²³⁾。他方でこの立場は、51条31号の「憲法上の保障」の限界を示していることにもなる²⁴⁾。本稿は、題名から明らかのように第一の問題に焦点を絞って考察する。

本判決の事実の概要は、以下の通りである²⁵⁾。

3人の原告は、ニューサウスウェールズ州を流れるラクラン (Lachlan) 川とラクラン下流地下水系 (Lower Lachlan Groundwater System) に近いヒルストン (Hillston) において、農場を経営している。当該地下水系は、ニューサウスウェールズ中央に位置し、ヤングラ (Wyangala) ダムの上流部からラク

22) David Birch, 'The slippery nature of a constitutional guarantee: acquisition of water rights in *ICM Agriculture v Commonwealth*', *Constitutional Law and Policy Review*, September 2011, at 58.

23) ICM Agriculture v. Commonwealth (2009) 240 CLR 140 at [46] and [174].

24) Ibid., at [285].

25) 本件の事実の概要については、ICM Agriculture判決のほかに、Samantha Hepburn, 'Statutory verification of water rights: The "insuperable" difficulties of propertising water entitlements', *Australian Property Law Journal*, 19 (2010) at 16-17およびBirch, op. cit., at 58を参照した。

ラン川とムランブリッジ (Murrumbidgee) 川の合流点まで広がっている。この地域では、農業用水の大きな需要がある一方で、水が生態系のバランスを持続するために重要な役割を果たしていることも明らかである。

原告は、そこで農場経営を行うために単純不動産権 (fee simple estate) を所有し、その登記を済ませていた。また原告は、灌漑のために地下水を採取する権原を付与する1912年水法のもとで発行された掘抜井戸ライセンスを保持していた。そして、採取された地下水は、自らが営む農場のために使用されていた。

2004年6月、連邦、ニューサウスウェールズ州、ヴィクトリア州、クィーンズランド州、サウスオーストラリア州、オーストラリア首都特別地域およびノーザン準州の各政府は、国家水イニシアティブ (NWI) に関する政府間協定を締結した。NWIの主要な目的の一つは、現在、超過配分または超過利用²⁶⁾されている水の採取を環境的に安定したレベルに戻すことにあった。連邦は、NWIにしたがい2004年国家水委員会法を立法し、制定法上の独立した主体としてNWIの履行の支援を含む機能を有する国家水委員会 (National Water Commission: NWC)²⁷⁾を設立した。本法は、所管大臣がオーストラリアの水資源に関する特定のプロジェクトに対して財政的支援を与えることを容認し、そしてその支援の管理機能をNWCの委員長に付与している。本件における特定のプロジェクトは、ラクラン下流地下水系のための水割当計画であった。

連邦およびニューサウスウェールズ州は、2005年11月4日に基金に関する協定を締結し、それにしたがって同州はNWIの目的達成および水割当計画の履行につき同意した。当該計画は、ラクラン下流地下水系における水利権原を56%まで縮減させることを同州に要求していた。一方、連邦は、水利権原を縮減させられたライセンス保持者に対して、法的義務のない「構造調整支払い (ex-gratia structural adjustment payments)」のために、5500万ドルを同州に供与した。

2000年水管理法に基づき、1912年水法のもとで発行された掘抜井戸ライセンスを「帯水層アクセス・ライセンス (aquifer access licences)」に切替える

26) ICM Agriculture v. Commonwealth (2009) 240 CLR 140 at [12].

27) National Water Commission Act, s 7 (1) (a).

規則が定められた。²⁸⁾これにしたがい、原告が保持していた掘抜井戸ライセンスは、2000年水管理法のもとで発行された帯水層アクセス・ライセンスに2008年2月1日付で切替えられた。切替えられたライセンスは、ラクラン下流地下水系における将来の持続可能な利用を保障するために、当該水系内において現存するライセンスの保持者の10年間を超えた水利権原を縮減させる目的で、2000年水管理法のもとで実施された水割当計画に基づき発行されたものであった。

新しい帯水層アクセス・ライセンスは、原告に与えられた水利権原の水量を著しく減少させた。新しいライセンスのもとでの水量は、古いライセンスのその3分の1より少なかった。

水利権原の縮減に伴い上述の構造調整支払いが原告に与えられたが、連邦政府はこの支払いにつき憲法51条31号の意味における「正当な条件 (just terms)」²⁹⁾による補償にはあたらないと認めた。

原告は、地下水へのアクセス権原における縮減が憲法51条31号に定められた憲法上の保障に違反する、正当な条件によらない財産権の取得に該当すると主張して、訴訟を提起した。また原告は、基金に関する協定が無効であること、加えて国家水委員会法が基金に関する協定の締結を正当化する範囲において無効であること、さらに原告の掘抜井戸ライセンスを帯水層アクセス・ライセンスに切替える当州の措置は無効または効力がないことを主張した。

ICM Agriculture判決は、1912年水法に基づき発行された掘抜井戸ライセンスの保持者の地位について考察した。本判決において多数意見または少数意見を述べた諸裁判官は、制定法上の水利権原に関する基本的に相違する二つの見解を説示した。そのうえで、これらの異なった見地から憲法51条31号にいう財産権の取得に関して解釈した。

最高裁判所によって判示された問題の核心は、地下水を採取するために1912年水法のもとで発行された掘抜井戸ライセンスを、2000年水管理法に基づく帯水層アクセス・ライセンスに切替えることが、州に財産権の取得をもたらし、

28) Water Management (General) Amendment (Lower Lachlan) Regulation 2008 (NSW).

29) 州政府によって、ICM Agriculture Pty Ltd.に総額818730ドルが、ヒルストンに総額93830ドルが、構造調整支払いとして提供された。

そのためライセンス保持者が正当な補償を要求できるか否かであった。当該裁判所は、掘抜井戸ライセンスの帯水層アクセス・ライセンスへの切替えにより、水配分に関する ICM Agriculture Pty Ltd. の権原において約70%の縮減が生じたと認識した。

Heydon 裁判官は少数意見を述べたが、French 裁判長、Gummow 判事、Crennan 判事、Hayne 判事、Kiefel 判事および Bell 判事による多数意見は、掘抜井戸ライセンスの帯水層アクセス・ライセンスへの切替えにつきそれが州による財産権の取得にはあらず、そのため正当な補償を提供する必要はないと判示した。多数意見は、掘抜井戸ライセンスが内在的に影響を受けやすい制定法上の権利としての基本的性質をもつと解し、この制限された性質によって本事案は憲法51条31号の適用外に位置づけられると捉えたのである。

(2) コモン・ローにおける水利権

最高裁判所は、掘抜井戸ライセンスに基づく地下水を採取しうる権原が憲法51条31号に定める財産権と解されるか否かについて考察する。この点につき、原告は自身の土地から地下水を採取しうるコモン・ロー上の財産権、つまり地下水を採取する排他的権利を有するかという問題と、掘抜井戸ライセンスの発行は制定法上の財産権を付与したことになるかという論点の二つに大別して検討する。

原告は、1912年水法のもとで発行された掘抜井戸ライセンスが2000年水管理法に基づく帯水層アクセス・ライセンスに切替えられたことが、州に財産権の取得をもたらしたと主張する。これに対し Hayne 判事、Kiefel 判事および Bell 判事は、以下のように論述し、かかる切替えは財産権の取得にあたらないと判断する。³⁰⁾

「1906年以降、ニューサウスウェールズ州でライセンスなしに、地下水のために掘削すること、つまり地下水へのアクセスを獲得することは、合法でない。1930年以来、採取しうる地下水の量は、地面を掘削し掘抜井戸を利用するライセンスが付与される条件として、設定されてきた。1966年以降、地下

30) ICM Agriculture v. Commonwealth (2009) 240 CLR 140 at [108].

水は州に授与されてきた。そしてその年以降、掘抜井戸ライセンスのもとで採取しうる水量と採取の割合は、制限または統制されてきた。このようなニューサウスウェールズ州の地下水を統制する法制度であれば、1912年法のもとでの掘抜井戸ライセンスの、より少ない水の採取しか許さない新たな帯水層アクセス・ライセンスへの切替えは、財産権の取得にあたらぬ。」

このような結論の理由を説明するために、3人の判事は水利用の権利に関するコモン・ローの歴史に言及する³¹⁾。

「イングランドのコモン・ローは、19世紀中頃までに、産業革命期に出現した水利用の権利に関する多くの問題に決着をつけた。自然の地表水流に関するコモン・ロー上の沿岸権の法理 (riparian doctrine) は、イングランドの先例となるだけでなく、ローマ法、アメリカ法およびフランス法の十分な考察の後、Embrey v. Owenで確立された。当判決は、沿岸地所有者は水流の水を合理的に利用することができ、何が合理的かは水流の自然の流れが減損させられたかどうかにかんして依拠すると判示した。これらの原則を特徴づける根底にある命題は、水は光や空気のように、『人類の共通の利益のための (for the common benefit of man)』) 公共の財産 (common property) であるということである。減少や変更なく自然な状態で流れる水流を有する権利は、水流が通る土地の所有権に付随するもの (an incident in the property in the land) と考えられているけれども、流水についてはつぎのように考えられている³²⁾。

『最初の占有者が排他的な権利 (exclusive right) を取得できる、所有者がいないもの (bonum vacans) という意味ではなく、それにアクセスする権利を有するすべての者が合理的に利用できるが、水流から分離し占有することを選べる特定の割当て (the particular portion) を占有しているのでなければ、誰も水それ自体に何らの財産権 (property) を有しないという意味においてのみ、公共かつ共有のもの (public and common) であり、公共に属する (publici juris) のである。』(斜体筆者)」

31) Ibid., at [109].

32) Embrey v. Owen (1851) 6 Ex 353 at 369, 155 ER 579 at 585.

如上のような、流水は公共かつ共有のものであり公共に属するとの解釈は、「共同体と水資源との法的関係性」を説示しているが、ここでは「同一性が確認され (identified) 実際に確認できる (identifiable) 法人または自然人は存在しない」と指摘されている。³³⁾つまり、流水の概念には、法的にその主体が観念できないというのである。

また、沿岸地所有者が流水を合理的に利用できるとする沿岸権の法理は、「識別される地下水流 (known subterranean channel)」を形成する地下水に対しても適用されるから、「土地所有者は、地下に貯留または流れている水に対するアクセスの権利を有する」³⁴⁾と解される。³⁵⁾

さらに3人の判事は、「沿岸権および地下水利用についてのこれらのコモン・ロー上の準則に関する19世紀における決着は、確立された準則の影響に見出した、内在するいくつかの重要な概念を曖昧にすることが許されてはならない」と述べ、³⁶⁾コモン・ローの準則に内在する重要な概念につき、以下のように論及する。³⁷⁾

「何よりもまず、地中あるいは流れる水に対して所有または財産権 (ownership or property) の概念 (notions) を適用することの困難さの明白な認識がその当時存在しており、そして現在も存在しているに違いない。財産権の客体は正確には何であろうか。水が流れている間、その水流の一部が切離され、何者かによって『所有された』水として区別 (tag) されることはできない。そして、地中の水はよりゆつくりと動くかもしれないが、何が所有財産 (proprietary) の権利の対象であるかを認識することの困難さは同様である。」

続けて、判事らは所有財産の権利の客体および沿岸権の法理の基礎について、

33) D E Fisher, 'Water law, the High Court and techniques of judicial reasoning', *Environmental and Planning Law Journal*, 27 (2010) at 90.

34) Chasemore v. Richards (1859) 7 HLC 349, 11 ER 140 は、地表の流水や水路に関する確立した原則につき、地下の浸透水と「識別される地下水流」を形成しない地下水には適用されないとする。

35) Fisher, op. cit., at 90.

36) ICM Agriculture v. Commonwealth (2009) 240 CLR 140 at [111].

37) Ibid., at [112].

つぎのように説述する。³⁸⁾

「所有財産の権利 (proprietary right) が存在すべきであったことに関して、客体を認識することの困難性が、たとえ克服されたとしても、いかなる私的な所有財産の権利が認められるべきであろうか。Embrey v. Owenにおいて、Parke判事は水流の水について、(空気や光のように)『人類の公共の利益 (common benefit) のために神によって与えられた』(斜体筆者)とした。そして、James Kentは (Embrey v. Owenでも十分に引用された) アメリカ法釈義 (*Commentaries on American Law*)で、『水の流れは、人類の利用と快適さに向けられている』と述べ、同じ点に言及した。水流の沿岸地または地下水流のある土地を所有する人は、『毀損すること、無駄にすること、著しく減少させること、下流地所有者による水の利用に影響を及ぼすこと、これらのことがないように、合理的な方法で (in a reasonable manner)』水を利用しなければならないという原則 (Embrey v. Owenで取り上げられ適用された) は、彼が明確化した基礎の上にある。」

コモン・ローの準則に内在する重要な考え方の分析にあたっては、水が人類の公共の利益のために自然から与えられた点が強調されている。したがって、コモン・ローの準則は、水にアクセスする権利を認めるとともに、この権利は説述された意味における公共財としての水の性質に根拠づけられている。ここという水にアクセスする権利は、制定法によって制度化されたシステムに依拠するのではなく、コモン・ローの準則から導き出されたものである。³⁹⁾

これに対し、本件における水へのアクセス権は、制定法によって正当化された制度に基づき付与されている。すなわち、ニューサウスウェールズ州に授与された水資源の利用と統制に関する権利に基づき、州が公共資源に関する法制度を創り出したのである。かかる制度の構築について、本判決はつぎのように論及する。⁴⁰⁾

「19世紀に確立されたコモン・ローの原則が土地所有者間の権利を調整した

38) Ibid., at [113].

39) Fisher, op. cit., at 91.

40) ICM Agriculture v. Commonwealth (2009) 240 CLR 140 at [115].

という認識は、非常に重要なことである。本件におけるこの問題は、それらの権利の調整があったからではなく、公共資源に対して認められたアクセスにつき、政策で一般に規制しようとしたために生じたのである。」

すなわち、歴史的にはコモン・ローの準則によって、公共資源へのアクセスを制限してきたが、現在では、政策によって公共資源へのアクセスを規制しているのである。

コモン・ローにおいて水は基本的に公共の資源であり、オーストラリアの制定法のもとでもそれは同じである。これは、制定法で定められているものではないが、制定法の効果であるといってよい。ここでは、財産権の概念はその本来の機能を発揮しない。というのは、水法の基礎に内在する、水が公共資源であるとの理念のもとでは、財産権のもつ機能は意味をもたないからである。しかし、いったん水へのアクセスの権利を取得し、そして水が権利主体の統制の範囲内に存するならば、財産権の概念は有用なものとなる。⁴¹⁾なぜなら、公共財である水にアクセスする権利が財産権と捕捉されることにより、財産に対する排他的権利として法的保護の対象となるからである。

(3) 制定法における水利権原

原告は1912年水法のもとで発行された掘抜井戸ライセンスを取得したが、2000年水管理法のもとでは、それが帯水層アクセス・ライセンスに切替えられた。1912年水法に基づく掘抜井戸ライセンス、すなわち制定法で認められた水利利用の権原は財産権と解されるであろうか。当該ライセンスの水利権原は、コモン・ロー上の権利ではなく、制定法上の権利であることは確かである。

掘抜井戸ライセンスによって付与された地下水を採取し利用する制定法上の権利につき、原告は財産権の一様式 (a form of property) であると主張する。これに関してFrench裁判長、Gummow判事およびCrennan判事は、財産権として分類される徴表を権利の譲渡可能性に求めることについて、つぎのように論述する。⁴²⁾

41) Fisher, op. cit., at 91.

42) ICM Agriculture v. Commonwealth (2009) 240 CLR 140 at [76].

「制定法によりまたはそれにしたがって作出された権利の譲渡のために制定法によって付与された権能は、当該法律の一般的な目的に適合したその権利が性質上、所有財産として (as proprietary) 分類されうる徴表 (indication) であることが、ときとして注目されてきた。」

これに続き、制定法によって譲渡可能性を付与されたライセンスが所有財産としての性質を有しないことおよびその理由について、R v. Toohey; Ex parte Meneling Station Pty Ltdにおけるつぎのような文言を用いて説述する。⁴³⁾

「あるライセンス制度が行政上の管理に服する場合には、行政上の許可を得た譲渡可能な (transferable) ライセンスは、所有財産 (proprietary) として分類に値する永続性 (permanence) または安定性 (stability) につきその程度が十分ではない。⁴⁴⁾」

つまり、行政の許可を得た譲渡可能なライセンスは、永続性または安定性に関する程度が不十分であるから、それは所有財産としての性質をもたないと述べるのである。

それから如上の諸裁判官は、1912年水法のもとで発行された掘抜井戸ライセンスが変化に対して内在的に影響を受けやすい (inherently susceptible to variation) 性質をもつことの具体的内容に言及する。⁴⁵⁾

これに対してHayne判事、Kiefel判事およびBell判事は、以下のように述べ、掘抜井戸ライセンスにつき財産権の一種であると解釈する。⁴⁶⁾

「取消された掘抜井戸ライセンスが、一種の財産権 (a species of property) であるということは、容易に受け入れられるだろう。ライセンスに付着している権原は、取引され、または担保として利用されるということが、そうであることを十分に証明している。財産権の取得が存在したかどうかの考慮の基礎的な前提として、掘抜井戸ライセンスの取消までに、原告は特定の水量に対する『権原 (entitlements)』を有したものと、取消後に彼ら

43) Ibid., at [76].

44) R v. Toohey; Ex parte Meneling Station Pty Ltd (1982) 158 CLR 327 at 342.

45) ICM Agriculture v. Commonwealth (2009) 240 CLR 140 at [78].

46) Ibid., at [147].

の『権原』が縮減したことも、受け入れられなければならない。これらの『権原』は、それ自体不安定 (fragile) である。これらは、いつでも縮減させられる可能性があり、過去に縮減させられてきた。しかし、原告のライセンスの切替えもしくは権原の縮減から、またはその結果として、何らかの認識可能で算定可能な利益 (identifiable and measurable advantage) が他者によってもたらされない限り、財産権の取得 (*acquisition*) は存在しえない。すなわち、『どれほど非常に小さいか、またはごくわずかであろうとも、財産上の利益 (interest in property)』を他者が取得しなければならないのである。」

上述の判事らは、ライセンスの権原につき取引され、または担保として利用されることを根拠に、掘抜井戸ライセンスが財産権の一種であることを認容したうえで、特定の水量に対する権原の縮減により認識可能で算定可能な利益を他者が取得した場合には、財産権の取得にあたりと判断する。

ここでの言及は、ライセンスの性質に関する分析から、これらのライセンスに基づく一定の水量に対する権原の性質に関するそれへと、巧妙に置換えられている。これは、水の所有の問題でもなく、水へのアクセスを認めるライセンスの所持に関する問題でもない。ここに表れた論点は、アクセスが許される特定の水量に対する権原につきその縮減が取得された利益にあたるか否かの問題である。⁴⁷⁾

一方、Heydon判事は少数意見において、掘抜井戸ライセンスが財産権と捕捉されるか否かについて、つぎのような説得的な分析を提示した。⁴⁸⁾

「掘抜井戸ライセンスは、定義することができ、第三者によって同一性を確認することもできた。それは、永続性および安定性について十分な程度を有していた。いったんライセンスが付与されたならば、それは訴訟を除いて、その失効または期間満了の前に消滅することはなかった。行政法人 (Ministerial Corporation) は、所定の手数料の支払いに基づきそれを更新する義務があり、そのライセンスはそれに関連する土地と一緒に譲渡され、またはその土地から切離され譲渡されることによって、第三者から推定され

47) Fisher, op. cit., at 92.

48) ICM Agriculture v. Commonwealth (2009) 240 CLR 140 at [197].

る可能性がある。」

すなわち、ひとたび掘抜井戸ライセンスが発行されると、それは訴訟を除外して、消滅時効または期間満了の前に消滅することはないとの理由で、当該ライセンスは永続性および安定性について相当な程度を有すると、当裁判官は判示したのである。

加えて同判事は、「原告の掘抜井戸ライセンスがもつ価値は、ライセンス保持者の土地を評価するにあたり、そのライセンスが売買され、かつ担保に入れられることを考慮しうるという事実により示される。」と説述し、掘抜井戸ライセンスが売買および担保の目的となりうるとの認識が、ライセンス保持者の土地の評価に反映されることにも言及する。

さらに、「掘抜井戸ライセンスのいくつかの重要な性質を忘れてはならない。掘抜井戸ライセンスは更新可能であるのみならず、取消不可能かつ譲渡可能であった。掘抜井戸ライセンスのもとでの水量配分は自分の意思で減少されえないうえ、それらは他の関連する性質も同じようにもっていた。」⁵⁰⁾と述べたあと、当該ライセンスが取引や担保の対象となっている現状について具体的に説示して、ライセンスが財産権と解される理由を補完する。

4 州による財産権の取得

(1) 地下水利用を統制する州の権限

原告の掘抜井戸ライセンスの切替えが憲法51条31号の意味における財産権の取得にあたるか否かにつき、7人の裁判官中6人の判事はそれを消極に解した。とくに、ニューサウスウェールズ州における1990年代以降の地下水資源の管理に関する施策が財産権の取得をもたらしたかどうかについて、Hayne判事、Kiefel判事およびBell判事が、以下の四つの考慮事項を判示した点は重要である。

「想起すべき第一の点は、鉱物と異なり、地下水が採取された場合それは通

49) Ibid., at [204].

50) Ibid., at [207].

常、自然の過程で時間の経過によってある程度回復するということである。したがって、地下水へのアクセスを規制する重要な目的は、資源が枯渇したり質を低下させたりしないように確保することである。すなわち、統制は、資源の利用、消費または採取だけでなく、継続的利用可能性 (continuing availability)⁵¹⁾ の確保にも向けられているのである。」

「心に留めるべき第二の点は、掘抜井戸ライセンスと帯水層アクセス・ライセンスは、それぞれ制定法の産物 (creatures of statute) ということである。そして、ライセンスのそれぞれの形式は、地下水の採取に対する一般的禁止からの、制定法による免除である。すべての地下水は1966年に州に授与されたために、そのライセンスは地下水を採取するコモン・ロー上の権利の規制ではない。すなわち、仮に当該権利が掘抜井戸を規制する既存の立法によって事前に消滅していないとしても、地下水が州に授与された1966年に当該権利は完全に消滅したのである。そして、ライセンスによって与えられた権利は制定法上の権利であるため、それらは本質的に変更や消滅の影響を受けやすい。(先に提示された立法経緯の説明が示すように、これらの権利はしばしば変更された。) 少なくとも1966年以降、掘抜井戸ライセンスにしたがって特定の水量を採取する権利は、制限または統制されえた。そして1984年からは、ライセンスの条項および条件は、水量配分 (water allocation)⁵²⁾ の変動を許可する条件を含むことになった。」

「第三の点は、『財産権 (property)』の目的物として(採取前の)地下水について語ることは、州または私人のどちらによって『所有された』とするのであろうと、占有に至るまでは、コモン・ローによってこれまで水に対しては適用されてこなかった法の考え方にしたがわせようとするものである。地中の水は、入れ替わることができるが変わりやすい (replaceable but fugitive) 資源である。これらの理由のところでは先に提示された、Embrey v. Owenの一節でも述べられたように、沿岸者の権利に関連して、流れる地表水は『所有者がいない (bonum vacans) という意味でなく、……公共か

51) Ibid., at [143].

52) Ibid., at [144].

つ共有のもの (public and common) であり公共に属する (public juris)』。占有に至るまで、だれも財産権をもたず、またはもちえない。また Blackstone は、さらに以前に同様の点について言及する。

『水は移動でき、さまようものであり、自然の法によって、公共のもの (common) であり続けなければならない。そのため、私は一時的で (temporary, transient) 用益権的な財産権 (usufructuary property) を有しうるのみである。』

Embrey v. Owen において、そして Blackstone によって述べられた地表水に関する論点は、採取され占有に至る前の地下水につき、より良くとまではないかなくとも、同様にあてはまるのである。⁵³⁾

「思い起こすべき第四の点は、地下水に関して州が現在有する特定の権利は、原告が掘抜井戸ライセンスのもとで有していた、または帯水層アクセス・ライセンスのもとで現在有する権利のように、制定法の産物であるということである。地下水に関する州の権利は、1966年に『すべての地下水の利用、流出および統制に関する権利』と説明された。これらの権利は、王位の利益のために公的機関 (public authority) に授与された。現在、2000年水管管理法は392条1項および2項において実質的に同一の規定を設けている。このように影響をもたらした地下水の統制、利用および流出に関する権利の王位への授与は、影響が限定されたとするのでなければ、少なくとも授与の結果として実現されるべき制定法の目的に対する言及によって理解されるべきである。これらの目的は、公共資源に対するアクセスの統制と説明されうる。そのように理解される、1966年にもたらされた地下水の授与は、仮にさらに以前でなくとも、少なくとも1930年までに設定された進路に沿ったさらなる一歩に過ぎなかった。⁵⁴⁾」

財産権の取得に関して前述の判事らは、①地下水を採取してもある程度は回復しうる点、②掘抜井戸ライセンスと帯水層アクセス・ライセンスは制定法によって設けられたものである点、③占有に至るまでの地下水は財産権の客体と

53) Ibid., at [145].

54) Ibid., at [146].

はなりえない点、④地下水の利用、流出および統制に関する権利は州に授与されている点について考慮した。これらの事項は、原告のライセンスの切替えにつきそれが州による財産権の取得に該当しない結論を導く要素となると、判事らは考えたのである。

さらに判事らは、「原告のライセンスの切替えもしくは権原の縮減から、またはその結果として、何らかの認識可能で算定可能な利益 (identifiable and measurable advantage) が他者によってもたらされない限り、財産権の取得 (acquisition) は存在しえない。」と論及する。⁵⁵⁾したがって、この問題は、ニューサウスウェールズ州が原告の利益状況に対する変化から、「何らかの認識可能かつ算定可能な利益」を受けたか否かという点に収斂される。⁵⁶⁾

7人の裁判官中6人の判事は、掘抜井戸ライセンスの取消によって原告の既に有していた権利がニューサウスウェールズ州に与えられたわけではないから、財産権の取得はなかったと判断した。

一方、French裁判長、Gummow判事およびCrennan判事は、水が天然資源であることを理由に州は採取量を制限する権限を常に有することにつき、⁵⁷⁾以下のように言及する。

「この場合、原告の主張に反して、ラクラン下流地下水系の地下水は彼らによって享受される私的権利の客体ではなかった。むしろ、証明しようとしたこれらを理由として、水は天然資源であり、州はその資源から採取される水量を制限する権限を常に有する。州は、天然資源へのアクセスおよびその利用につき禁止するが、ライセンス制度の遵守によって禁止の解除または資格が与えられうという法律を時折制定することで、その権限を行使する。原告が訴えた変更は、限られた天然資源の利用に関する州の政策を実施したが、それは51条31号の意味における州による『取得』にはあたらなかった。また、他のライセンス保持者ないし将来のライセンス保持者による、必然的な意味で取得がなされたことも論証されていない。彼らには、ラクラン下流地下水

55) Ibid., at [147].

56) Fisher, op. cit., at 93.

57) ICM Agriculture v. Commonwealth (2009) 240 CLR 140 at [84].

系に適用される新制度のもとで、よくても配分を増加または獲得する見込みがあったに過ぎないのである。」

以上の言説によれば、財産権の取得がなかったことは明らかである。すなわち、ライセンスがある種の財産権であったとしても、州は何も取得しなかったというのである。州が水資源の利用と統制に関する排他的権利を行使する法制度のもとでは、州は公共資源あるいは公共財として水資源の利用を統制することができたし、常にそれを統制してきた。水管理法は、水に関連する法体系において基本的な原理となってきたこの権利を制度化したのである。⁵⁸⁾したがって、州は同法に基づき利用可能な水の量を減少させることにより灌漑者の権利に干渉しうるし、本件ではそのように干渉したのである。これは、連邦の政策であったし、州の政策でもあった。しかもこの政策の実施は、連邦によって資金が供与され、州によって実行されたのである。

また、Hayne判事、Kiefel判事およびBell判事は、掘抜井戸ライセンスの取消により特定の水量を採取する原告の権利が州に返還されたわけではないことについて、つぎのように論及する。⁵⁹⁾

「少なくとも1966年以降、ニューサウスウェールズ州の土地所有者は、ライセンスにしたがう場合を除いて、地下水を採取する何らの権利も有していない。掘抜井戸ライセンスのもとで有していた原告の権利（とくに、特定の水量を採取する彼らの権利）は、ライセンスの取消に関して、いかなる意味でも州に『返還 (return)』されていない。州は、当該地下水系から水を採取すること、もしくは水の採取を他者に許可すること以外の他の権利を取得してはいないのである。」

多数意見の議論の本質は、制定法およびコモン・ローの双方において、当州が「公共の資源または公共の財産として水資源の利用を統制する」権利を既に有していたことにある。⁶⁰⁾それゆえ、州の土地所有者はライセンスを取得する以外に、地下水採取の権利を有していないし、州もまた掘抜井戸ライセンスの取

58) Fisher, op. cit., at 93.

59) ICM Agriculture v. Commonwealth (2009) 240 CLR 140 at [150].

60) Fisher, op. cit., at 93.

消によって水を採取することあるいは採取を許可すること以外の権利を取得してはいないのである。このような理由から、憲法51条31号にいう財産権の取得はなかったと判断したのである。

(2) 認識可能かつ算定可能な利益

これに対し Heydon 判事は、少数意見において「取得」の要件につきより広い解釈を提示した。同判事は、取得は他人に生じている「何らかの認識可能かつ算定可能な対抗する利得または利益 (some identifiable and measurable countervailing benefit or advantage)」の存在に依拠するという *Mutual Pools & Staff Pty Ltd v. Commonwealth* における判断基準を採用し、⁶¹⁾ そのうえで利得または利益は、「所有財産 (proprietary)」として分類される必要はないことを強調した。⁶²⁾ もし取得された利得あるいは利益が所有財産の客体である必要がないことが許容されるならば、財産権の取得があったとする当該判事の少数意見には、説得力がある。

Heydon 判事は、掘抜井戸ライセンスを帯水層アクセス・ライセンスに切替えるという立法上の手法に着目し、その中核を占める掘抜井戸ライセンスの公用収用について、つぎのように論述する。⁶³⁾

「掘抜井戸ライセンスの公用収用 (expropriation) は、単なる立法上の技術に関する『付随事項 (incident)』、『自然的結果 (consequence)』または『従属する (subservient)』性質ではなかった。これは、その技術の中核を占めるものであった。この技術は、掘抜井戸ライセンス保持者の権原に関する縮減なしに運用できなかったし、それは当該権原を廃止することおよびそれらを相違し縮減する権原に切替えることに依拠したのである。」

要するに、掘抜井戸ライセンスの公用収用によりその権原を廃止し、それを縮減させた新権原に切替えることで水資源に対する統制を図り、ライセンスの制度移行を実現させたのである。

61) *ICM Agriculture v. Commonwealth* (2009) 240 CLR 140 at [228]. *Mutual Pools & Staff Pty Ltd v. Commonwealth* (1994) 179 CLR 155 at 185.

62) *ICM Agriculture v. Commonwealth* (2009) 240 CLR 140 at [190] and [229].

63) *Ibid.*, at [223].

Heydon判事は、掘抜井戸ライセンスの取消がもたらす利益と捉えられる具体的な事象を検討して、「ニューサウスウェールズに生じている利得または利益の必然的な要素は、水資源に対する完全な統制を取り戻させる公用収用、つまり掘抜井戸ライセンス保持者の権原のもとでの実際の配分と帯水層アクセス・ライセンスのもとでの配分との差異であったと、原告は主張した。」と述べた後、⁶⁴⁾「この主張は妥当である。」と言及する。

この言説では、帯水層アクセス・ライセンスへの切替えによってもたらされた法的な結果を分析するのではなく、それによって実際に発生する現実的な事象に焦点を当てている。すなわち、ライセンスの対象として配分される水量に関する現実的な損失としての、利用可能な水量の減少に注目したのである。

これを州の立場から見れば、帯水層アクセス・ライセンス保持者に水を配分した後に、余剰水が残る可能性を州にもたらしたことになるといえる。この点につき、当判事はつぎのように説明する。⁶⁵⁾

「ニューサウスウェールズは、2008年以前は有していなかった何か、つまり、より多くの水を採取する資格または持続可能性の目標に対する損害なしに他者により多くの権利を発行するそれを獲得したのであろう。この資格が獲得されたことになれば、それはニューサウスウェールズが取得した51条31号の意味における利得または利益となるであろう。その資格が獲得される可能性は、たとえそれが伝統的な意味において所有財産 (proprietary) ではないかもしれないが、掘抜井戸ライセンス保持者の権利の消滅の結果として、ニューサウスウェールズに発生する、現存し直接的かつ同一性の確認可能な利得または利益である。すなわち、それはニューサウスウェールズによる財産権の取得にあたるのである。」

ここでHeydon判事は、掘抜井戸ライセンスの喪失によって州にもたらされるものは、今まで以上に多くの水を採取しうる資格であり、より多くのライセンスを発行しうる資格であり、それらは認識可能かつ算定可能な利得または利益であると解したのである。この利得あるいは利益につきここでは財産権と解

64) Ibid., at [232].

65) Ibid., at [235].

されたが、それは本来、伝統的な意味において所有財産の利益 (proprietary interest) としては理解されてこなかった。それゆえ、同判事が示した理論には、何が伝統的な意味における財産権にあたるのかというパラドックスが伏在している。一般的にここでいう財産権とは、その客体が何であろうが、支配する権限 (power to control)⁶⁶⁾ であると考えられている。

5 持続可能な水資源管理と水利権原の保護

(1) 公共財としての流水にアクセスする権利

ICM Agriculture 判決の問題の核心は、水資源の持続可能な利用と管理を保障する公共の利益と、水利権原を有する個人の利益をいかに調和させるかという点にある。これに関し、水法の基礎原理に内在する水資源の性質論からアプローチする姿勢は、水資源が有する普遍性をその利用と管理の法理論にいかに反映させるかとの問題意識に基づくと考えられ、論題の基軸に据えられるべき観点である。

イングランドの *Embrey v. Owen* で確立された沿岸権の法理の基底にある命題は、水は人類の共通の利益のための公共財産であるということである。沿岸権主義における水利用の権利は、水流が接する土地 (沿岸地) の所有権に付随するものであり、流水についてはそれにアクセスする権利を有するすべての者が合理的に利用できるが、水流から分離し占有しうる特定の割当てを占有しない限り、水それ自体に誰も何らの財産権を有しないという意味において公共かつ共有のものであり、公共に属すると解される。すなわち、水が人類の公共財であることについて、流水から分離し占有しうる特定の割当てを占有しない場合には、誰も流水を財産権の対象にはできないという意味において流水は公共に属すると解釈するのである。

このような流水の公共性に関する理解が基礎となり、流水についてはそれにアクセスする権利が一義的に観念される。すなわち、流水へのアクセス権が論じられる理由は、流水につきその割当てが占有されるまでは、排他的支配を内

66) Fisher, op. cit., at 96.

客とする財産権の客体として扱えないからであるといえる⁶⁷⁾。つまり、流水は水利権原に基づきその割当てが占有されたときに、その流水を利用しうる権利を財産権として捕捉できるのである。それゆえ、流水はその性質上、割当てが占有されるまでは、水にアクセスする権利という内容で権利構成せざるをえないのである。

このようにコモン・ローは、水にアクセスする権利を措定するが、当該権利は上述された意味における公共財としての流水の性質に根拠づけられていると解される。

水法に関する基本原理はコモン・ローにその起源をもつ一方で、水資源の管理制度については制定法によってその内容が定められる。ニューサウスウェールズにおいては、すべての地下水の利用と統制の権利について1912年水法4条Bの1項の追加により、1966年に州に授与された。すなわち、「すべての地下水に対する利用 (use)、流出 (flow) および統制 (control) に関する権利は、王位 (Crown) の利益のために委員会 (Commission) に授与される」と規定されたのである⁶⁸⁾。また、同州は2000年水管理法392条によって、州の水利権につき水を統制し利用し流す権利として定義し、これは王位に授与されると規定した。この一連の法条は、水の公共性に基づきその統制と利用に関する権利を州に授与することにより、州による水管理制度を構築しようとしたと解される。このように水の統制と利用に関する権利を州に授与することによって、州が水を管理する権限をもち、地下水に関してはその採取量を制限する権限につき州

67) 日本における河川の流水についても、これと異なる見解に立つとは考えられない。河川法2条2項は、「河川の流水は、私権の目的となることができない」と規定し、私権の成立を否定する。河川法研究会編『改訂版〔逐条解説〕河川法解説』（大成出版社、2006年）25頁は、河川の流水は絶えず流動する状態にあり、これを特定し財産権の支配を及ぼすことは不可能であるが、一定の容器に貯留された水が財産権の対象となるように、水そのものがその性質上財産権の対象とならないというものではないので、本条において明文の規定を設けたと説述する。かかる立法趣旨に鑑みれば、本条項は、河川の流水が占有されるまでは、財産権の目的となることができないと解釈され、流水の公共性を示した規定と捉えられるのである。

68) Irrigation, Water, Crown Lands and Hunter Valley Flood Mitigation (Amendment) Act 1966 (NSW).

が有することになったのである。

(2) 水管理計画による持続可能な水資源管理

オーストラリアにおける水利制度改革の支柱は、水資源の効率的利用とその持続可能な管理である。NWIは、水利権原に基づく水の割当てに関する規定が水管理計画によって定められ、それに応じた水量配分もまた水管理計画に合致しなければならないことを要請する。そこでニューサウスウェールズ州は、水管理法20条1項において水管理計画で水アクセス・ライセンスに関する準則等を定めなければならないことについて規定する。⁶⁹⁾

水資源管理の権限をもつ州政府は、その持続可能性を確保するために、制定法によって水管理計画 (water management plan) を規定している。⁷⁰⁾ 本稿で取り上げられた水割当計画は、ニューサウスウェールズ州の水管理法で定められた水管理計画の一つである。⁷¹⁾ したがって、水管理計画は水利権原を支える理論的かつ実務的な基礎であるとともに、持続可能な水資源管理のための法的手段を提供しているといえるのである。

水利制度改革において法理論上もっとも重要な課題は、水利権原に関する新旧の制度移行をいかに実施するかという問題であった。⁷²⁾ 掘抜井戸ライセンスから帯水層アクセス・ライセンスへの切替えについて考察するにあたっては、水資源の持続可能性の理念がその基軸となる。新制度のもとで切替えられたライセンスは、流域における将来の持続可能な水利用を保障するために、現存するライセンスの水利権原を縮減させる目的で、2000年水管理法のもとで定められた水割当計画に基づき発行された。すなわち、水割当計画に基づき交付された新ライセンスは、流域における水資源の持続可能な利用を保障するために、旧ライセンスの水利権原を縮減させた内容となったのである。換言すれば、水

69) 水利権原と水管理計画の関係については、Gardner, *op. cit.*, at [12.7] and [12.34] が詳細である。

70) 制定法上の水管理計画は、2000年水管理法のもとで策定され実施されている。

71) 水管理計画は、州レベルから地域 (regional) や集水域 (catchment) のものまで、また州際にわたる広域レベルも含めて階層的に策定されている。

72) Gardner, *op. cit.*, at [2.26].

資源の持続可能性を確保するために個人の水利権原が縮減されたと解されるのである。

水管理権限をもつ州は、持続可能な水資源管理を実現するために水割当計画を策定し、それに基づき水利権原を縮減した新ライセンスを発行した。このような立論には必然性がある。水資源の過剰配分と過剰利用が常態化している現状において、制度改革の主眼である水資源の持続可能な利用と管理を実現するためには、水資源の持続可能性を損なわない限度まで水利用を制限する必要がある。その法的制限を明確化するためには、水管理計画（水割当計画）の策定が不可欠であり、それに基づき既存の水利権原を縮減したのである。

水資源の持続可能性の確保の要請、水管理計画の策定、水利権原の縮減という一連の理論的必然性が、水利権原の縮減をともなった帯水層アクセス・ライセンスへの切替えと、それに基づき配分される水量の減少をもたらしたといえる。つまり、水資源の持続可能性の確保の要請が、水管理計画を媒介として水利権原の縮減とそれに基づく水量減少を必然的に招来させたと解される。このような水資源の持続可能性の確保と水利権原の関係については、前者を後者に内在する制約と捉えることにより、水利権原の中に水資源の公共性の理念を織込むことができるのである。

（3）財産権の徴表

水資源の持続可能な管理と水利権原の保護につき、両者の調和を州による水管理制度にゆだねた場合に、個人の権利を犠牲にして公共の利益が優先されることも考えられる。そこで、財産権を保障する連邦憲法51条31号に基づき、公共の利益と個人の権利を調和させる必要が生じるのである。

水利権原が同法51条31号における財産権に該当するか否かという問題については、当該権原が財産権として捕捉されるための徴表を何に求めるかが重要である。⁷³⁾ オーストラリア水法研究の第一人者であるD E Fisherは、財産権の判断

73) 木下幸雄＝Lin Crase「日本における農業用水管理制度デザインの再検討 ― プロパティ・ライツ制度論によるアプローチ ―」水資源・環境研究26巻2号（2013年）68頁は、Crase等の分析枠組みを用いて、プロパティ・ライツの構成要素を①排他性、②継続性、③移転性、④分割性、⑤柔軟性、⑥正当性に分解したうえで、これらの要素の不完

基準について合理的に確立されていると述べ、①要保護性、②内容の明確性、③権利主体の同一性、④排他性と統制性、⑤譲渡性、⑥永続性、安定性および保証⁷⁴⁾を列挙し、実務上、⑥の項目が最も重要であると指摘する。制定法上の水利権原は価値を有するものであり、譲渡性があり、実際にそれらは取引されている。水利権原は内在的に法改正の影響を受けやすいため、⑥の永続性および安定性を欠くにもかかわらず、それらは取引の対象となっているのである。

財産権としての掘抜井戸ライセンスの認否につき、それを消極に解する判事らは、同ライセンスは制定法によって修正され変更されるから、内在的にこれらの影響を受けやすいとして、安定性と永続性の欠如を根拠にする。一方で、これをある種の財産権と認める判事らは、その判断基準を取引と担保の可能性に求める。すなわち、財産権としての徴表についてライセンスの安定性と永続性を強調するか、それとも取引と担保の可能性に基軸を置くかで結論が異なると考えられるのである。

ここで留意しなければならないことは、当該ライセンスが制定法による修正や変更の影響を受けやすいという権原の安定性と永続性に関する欠如を論拠にしてそれを財産権と捕捉しない立場からは、その不安定性等が水取引の推進を阻害する要因として機能するのではないかとの問題意識が示唆される点である。⁷⁵⁾すなわち、水資源の持続可能性を確保するために水利権原の制限や縮減を認めることが、水管理制度に変動リスクを与えるとともに、それが水利権原や水取引市場に対する予測可能性をも低下させることになり、水利権取引を停滞させるのではないかとの危惧⁷⁶⁾である。

この点につき、水利権原は水資源の性質上、利用可能な水の総量によって物

全性の程度を検討することにより農業水利権の制度的特徴について考察する。

74) Fisher, op. cit., at 92.

75) ここでは、掘抜井戸ライセンスの財産権としての性質に関する文脈から、新制度の水アクセス・ライセンスのそれに議論が進展している点について注意を要する。

76) 木下幸雄＝Lin Crase「オーストラリアにおける灌漑用水市場化の実態と問題点——ニュー・サウス・ウェールズ州を中心に——」農業土木学会論文集244号（2006年）19頁は、水利制度改革による従来の水資源配分制度の大きな変化につき、それが既存の水利権にある種のリスクをもたらすため、買手の水利権購入のインセンティブを低下させその売買を阻害する要因となっている可能性について指摘する。

理的に制限されることを軽視してはならない。気候変動等によって水不足が発生すると利用可能な水量が減少するため、水利権原に応じた水量も圧縮せざるをえないのである。このような水資源の変動性を前提にするならば、水管理計画による持続可能な水資源管理が実現することによって、水不足時でも水利権原の具体的内容が明らかになるとともに、その利益を安定して享受することが可能になるのである。

(4) ライセンスの切替えと財産権の取得

ライセンスの切替えが州による財産権の取得をもたらすかにつき、それを消極に解する多数意見は、水資源は公共財であるから、州が水の利用、流出および統制に関する権利を有するとの考え方にその論拠を求める。そのため、French 裁判長、Gummow 判事および Crennan 判事は、採取しうる水量を制限する権限について州が常に有すると論及したのである。他方、それを積極的に解する判事らは、ライセンスの切替えによって州が認識可能で算定可能な利益を取得したと論述する。すなわち、その切替えにより今まで以上に多くの水を採取しうる資格またはより多くのライセンスを発行しうる資格につき、州が取得したと理解するのである。

財産権に関する法解釈の対立は、許可証取引をめぐる経済学の議論の相克に対応する。すなわち、資源の利用権原が財産権であるか否かの論点と、許可証取引が資源の私有化であるか否かのそれを同じ俎上の問題として捉えるのである。

この論争につき経済学者は、資源に投資しようとするインセンティブを保護するために、取引可能な許可証を保障された財産権と解すべきであると主張する。これに対し環境保護団体等は、水資源や大気は人類の共有に属するものであるから、私的財産と捕捉されるべきではないと唱えてきた。この問題を解決する方法として、経済理論の領域では許可証は財産権でないことを明らかにする一方で、許可証保持者に対して完全な保障ではないが、妥当な保障を与えることが指摘されている。⁷⁷⁾

77) 茂木愛一郎＝三俣学＝泉留維監訳、全米研究評議会編『コモンズのドラマ ― 持続可

確かにFrench裁判長を含む3人の判事も、水利権原につき内在的に法改正の影響を受けやすいことを理由に財産権とは解釈しなかった。これに対し他の4人の判事は、水利権原の保護の要請に応えるためにそれが財産権であることを容認した。この中でもHayne判事らの3人は、掘抜井戸ライセンスを財産権と解したうえで、同ライセンスの切替えは州による財産権の「取得」をもたらさなかったとの判断に基づき、財産権の保障に関する連邦憲法51条31号を適用しない法理論について提示した。

掘抜井戸ライセンスは財産権の一種ではあるが、新制度におけるライセンスへの切替えによって州に財産権の「取得」がもたらされたわけではないとの解釈について、財産権の保護と公共の利益のバランスを図る理論として一定の評価が与えられるべきであろう。というのは、新ライセンスへの切替えなくして、水資源の持続可能な利用と管理の実現はありえないことを考えると⁷⁸⁾、その切替えは水利権原の保護と公共の利益の調和を図るために不可避の制度移行であると捉えられるからである。

それに加えて、掘抜井戸ライセンスは従前より取引と担保の対象になってきた点、旧ライセンスが新ライセンスに財産権としての性質の基礎を与えている点、両ライセンスの性質をできるだけ接近させた方が制度の円滑な移行ができる点を顧慮すると、掘抜井戸ライセンスを財産権の一種と捉えたうえで、州には権原の縮減による財産権の「取得」はなかったとする解釈に合理性がないとはいえないであろう。

6 むすびにかえて

水資源が人類の公共財であることにつき、異論を唱える人はいないであろう。しかし、ここでいう公共財の法的な意味内容について、具体的に説明することは容易ではない。なぜなら、公共財である水資源は、大気や日照とは異なり、

能な資源管理論の15年 ―』(和泉書館、2012年) 274頁。

78) ICM Agriculture v. Commonwealth (2009) 240 CLR 140 at [223] は、ライセンス保持者の権原に関する縮減なしに法改正の趣旨を具現化することはできなかった旨に言及する (Heydon 判事)。

排他的に支配できる場合があるからである。

この点に関し、コモン・ローは流水について、分離し占有しうる特定の割当てを占有していない場合には、誰も流水を財産権の対象にはできないという意味で、流水は公共に属すると説示する。このような言説は、公共財としての水資源と財産権としての水利権の関係、つまり水資源のもつ公共性と私益性の関係についての法的表現として評価されるべきであろう。

かかる流水の公共性と私益性に関する解釈に基づき、コモン・ローは水利権を水アクセス権（流水にアクセスし利用する権利）と捕捉する。ここで水アクセス権が論じられる根拠は、流水につきその割当てが占有されるまでは、排他的支配を内容とする財産権の客体として扱えないことに求められる。また、流水の割当てが占有されるまでは、財産権の客体とともに主体も特定できないからと説明することもできよう。このように考えるならば、流水は公共財であるがゆえに、その割当てが占有されるまでは流水へのアクセス可能性を⁷⁹⁾観念し、流水にアクセスしうるという内容で権利構成せざるをえないのである。

オーストラリアにおける水利制度改革を支える理念は、水資源の効率的利用とその持続可能な管理である。ニューサウスウェールズ州は、前者には財産権としての性質をもつ水利権原の取引市場の設置をもって、後者には制定法に基づく水管理計画の策定とその実施をもって改革を実行した。

同州は、水市場の取引対象につき水利権原を中心に構成し、その権原の明確化と安定化によって財産権としての性質を高める政策を推進した。なぜなら、取引の客体となる水利権原の財産権としての性質を確立することが、水利権取引の法的基盤を整え、またその促進のために不可欠な事項であると考えられたからである。

その一方で、水資源の持続可能な管理をいかに構築するかという、もう一つの主要課題がある。水資源の持続可能な管理の実現と財産権としての水利権原の確立は、前者のために後者が制限される関係にあるといえる。ニューサウス

79) 水利権＝水アクセス権という等式は、日本の水利権にもあてはまる。日本における水利権の具体的内容もまた、流水にアクセスしそれを利用しうる権利であるという意味にほかならない。

ウェールズ州は、これらの関係につき水管理法によって水管理計画を定め、当該計画を基礎にして水利権原に応じた水量を配分することにより、水資源の持続可能な管理と水利権原の保護のバランスを図るように制度設計した。したがって、水利権原は水管理計画によって制限されることになる。すなわち、水管理計画に基礎を置いた水利権原は、当計画に制約された財産権であると解されるのである。

水管理計画に制約された財産権としての水利権原は、外在的な当該計画によって制限されると捉えるのではなく、かかる水利権原は同計画に基づき実現される水資源の持続可能性の確保によって内在的に制約されると解されるべきである。その論拠は、第一に、水利権原が水管理計画を基礎に成り立っている点、第二に、水管理計画による持続可能な水資源管理が実現することによって、水不足時でも水利権原の具体的内容が明らかになるとともに、その利益を安定して享受することが可能になる点に求められる。

コモン・ローは、水利権について流水へのアクセス可能性を観念することにより、それを水アクセス権と位置づけた。また、ニューサウスウェールズ州の水管理法で規定された財産権としての水利権原は、水資源の持続可能性の確保をその内在的制約と捉えることで、公共の利益を権原の中に取込んだといえる。このような水利権原の解釈は、水資源の普遍的性質、つまり水資源の公共性から導出されたものである。したがって、水利制度改革で要請された本質的な課題は、水利権原につき財産権としての性質を確立するとともに、その中に水資源の公共性の理念をいかに具現化して埋込むかという問題であると解される。要するに、持続可能な社会システムとしての水利制度の構築のために求められる改革は、水資源の公共性と私益性をいかに整合させて制度化するかという課題への挑戦であるといえるのである。

【付記】 本研究は、JSPS 科研費 15H05175 の助成を受けたものである。

〈論 説〉

名誉毀損の成否と「表現の自由」

— 最高裁判所の判断に変化の可能性 —

山 田 隆 司

目 次

- 一 はじめに
- 二 名誉毀損の成否に関する最高裁判所の判断
 - (1) 1960年代から2000年前後
 - (2) 2000年前後から2010年代
- 三 最高裁判所の「変化」の可能性
- 四 おわりに

一 はじめに

判例によれば、名誉は、「人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価」¹⁾のことをいう。名誉毀損は、人の品性、徳行、名声、信用などの人格的価値について社会から受ける客観的評価を低下させる行為であるとされる²⁾。名誉毀損とは人の客観的な「社会的評価」を低下させる行為のことであるという、この理解は通説・判例に支持されている。したがって、名誉毀損の言辞によって相手方に対する客観的な「社会的評価が低下しないとき」(a)、不法行為は成立しない³⁾。

また、かりに名誉毀損の言辞が社会的評価を低下させた場合でも、最高裁判

1) 最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁（「北方ジャーナル」事件）。

2) 大判明治43年11月2日民録16輯745頁、最2小判昭和31年7月20日民集10巻8号1059頁（「多摩の上海」事件）、最3小判平成9年9月9日民集51巻8号3804頁（ロス疑惑訴訟「夕刊フジ」事件）。

3) 五十嵐清『人格権法概説』24頁（有斐閣、2003年）。なお、本稿では、民事上の名誉毀損に関して検討していく。

所は、以下のように処理している⁴⁾。すなわち、民事上の不法行為としての名誉毀損については、その行為が「公共の利害に関する事実」に係り (b① 公共性)、もつぱら「公益を図る目的」に出た場合 (b② 公益性)、摘示された事実が「真実であることが証明された」ときは (b③ 真実性)、この行為には違法性がなく、不法行為は成立しないとし、事実が真実であることが証明されなくても、その行為者において、その事実を真実と信ずるについて「相当の理由がある」とときには (b③' 相当性)⁵⁾、この行為には故意もしくは過失がなく、結局、不法行為は成立しないと、とする (数字などは筆者による)。

以上の名誉毀損の免責要件のうち、不法行為を成立させない場合である「社会的評価が低下しないとき」(a)、そして、「真実性が証明されたとき」(b③)、「その事実を真実と信ずるについて相当の理由があるとき」(b③') という3つの場合については⁶⁾、一般的に、最高裁判所において容易には認められないと言われてきた。裁判所は「社会的評価」が低下するかどうか定かではない表現についても比較的簡単に名誉毀損の成立を認めているとされ、「真実性」を証明して責任を免れた事例は多くはなく、裁判所は、かなり安易に「相当性」を否定する傾向がある、と指摘されている⁷⁾。

ところが、2000 年前後を境目として、最高裁判所は、それまで尊重していたとされてきた「名誉権の保護」を図りつつも、「表現の自由」の保障を重視する傾向を強め、名誉毀損を容易に認めない態度をとろうとしている、という見方が広がり始めたように思われる⁸⁾。もちろん、具体的な事例の内容にもよるであ

4) 最1小判昭和41年6月23日民集20巻5号1118頁(「署名狂やら殺人前科」事件)。

5) 論者によって「真実相当性」「誤信相当性」などとも呼ばれる。

6) 五十嵐・前掲注3) 51-52頁では、公共関心事性(公共性)および公益目的性(公益性)の2要件について、一般に新聞は公共関心事を公益目的で報道するため、この2要件を充たさない場合はほとんどないとされているように、マス・メディア型の名誉毀損の成否において、この2要件は問題となることが多くないことから、本稿でも検討の対象外とする。

7) 松井茂記『マス・メディア法入門 [第5版]』107、117、120頁(日本評論社、2013年)。

8) 最高裁の公法分野の判決が変化しているのではないかと指摘するものとして、たとえば、滝井繁男『最高裁判所は変わったか』79頁以下(岩波書店、2009年)、山口進＝宮地ゆう『最高裁の暗闘』102頁以下(朝日新聞出版、2011年)、藤田宙靖ほか「藤田宙靖先生と最高裁判所 (1)」法教400号62頁以下(藤田発言)(2014年)〔藤田宙靖『裁判と

ろうが、できるだけ「表現の自由」を活かそうとする姿勢が生じたとも受け止めることができるのである。

本稿は、最高裁判所の判断に果たして「変化」があるのか、あるとすれば、どういった内容なのか、「変化」の背景は何か、また、それは本当に「表現の自由」の保障に資するものであるのか、といった点を中心に、最高裁判例を分析⁹⁾¹⁰⁾していくことにする。

二 名誉毀損の成否に関する最高裁判所の判断

(1) 1960年代から2000年前後

◆「事実摘示型名誉毀損の免責要件」

まず、1960年代から2000年前後にかけての最高裁判例における名誉毀損の成否の判断枠組みについて概観する。

日本における民事上の名誉毀損に関する最高裁判所の判断は、1960年代から積み重ねられた。そのリーディング・ケースは、1966年の「署名狂やら殺人前科」事件¹¹⁾判決である。そもそも、刑事上の名誉毀損については、1947年、刑法に230条の2を付加するかたちで公共の利害に関する場合の免責要件（公共性、公益性、真実性）が明文で規定されたが、民法にはこうした規定がなかった。そこで、最高裁判所は、ある国政選挙の立候補者に関する新聞報道が民事上の名誉毀損に当たるかどうか争われた、1966年の「署名狂やら殺人前科」事件

法律学』223頁以下（有斐閣、2016年）所収。以下、引用は同書からとする）参照。

9) 名誉毀損に関する民事事件は下級審において多数扱われているが、本稿では最高裁判所の判断に絞ってみていくことにする。また、名誉毀損の態様について、近時、インターネットの進展を背景としてマス・メディア以外による「非マス・メディア型の名誉毀損」が目立つ傾向にあるが、やはり新聞・テレビなどマス・メディアによる「マス・メディア型の名誉毀損」が名誉毀損事件の中心にあることから、本稿では後者の型を念頭に検討する。名誉毀損の態様については、五十嵐・前掲注3）45、108頁参照。

10) 以下、全体的に五十嵐・前掲注3）22頁以下、松井・前掲注7）98頁以下、松井茂記『表現の自由と名誉毀損』1頁以下（有斐閣、2013年）、佃克彦『名誉毀損の法律実務〔第2版〕』（弘文堂、2008年）、山田隆司『名誉毀損』（岩波書店、2009年）、山田隆司「名誉毀損・プライバシー侵害」松井修視編『レクチャー情報法』120-136頁（法律文化社、2012年）など参照。

11) 「誹売新聞社事件」と呼ぶ論者もいる。松井・前掲注10）14頁。

判決において、前述のように、刑法 230 条の 2 で定められた①公共性、②公益性、③真実性という「免責 3 要件」と、真実性の証明ができない場合の③'「相当性」の法理を一挙に、民事上の名誉毀損に採り入れた。すなわち、最高裁判所は、「民事上の不法行為たる名誉毀損については、その行為が公共の利害に関する事実にかかりもつばら公益を図る目的に出た場合には、摘示された事実が真実であることが証明されたときは、右行為には違法性がなく、不法行為は成立しない」としたうえで、「もし、右事実が真実であることが証明されなくても、その行為者においてその事実を真実と信ずるについて相当の理由があるときには、右行為には故意もしくは過失がなく、結局、不法行為は成立しない¹²⁾」と判示したのである。¹³⁾

もっとも、こうした 1966 年に導入された判断枠組みについて、裁判所は、適切に運用することによって妥当な解決を図ってきたという評価がある反面、とりわけ、③'「相当性」の法理については報道側に厳しいという批判が絶えない、と指摘されている。¹⁴⁾裁判例は、取材について厳しい要求をして、「相当性」を容易に認めない態度をとっており、それは最高裁判所の判決の中にも示されているように思われるという指摘がある。¹⁵⁾最高裁判所は、「相当性」があったことを認めるのには、かなり消極的だというのである。¹⁶⁾こうした「相当性」を認める

12) 最 1 小判昭和 41 年 6 月 23 日民集 20 卷 5 号 1118 頁。

13) 五十嵐・前掲注 3) 48-49 頁、淡路剛久「判批」メディア判例百選 50 頁参照。この判断枠組みは確定判例というべきものとなり、その後の諸判決において、ほぼそのまま踏襲されている。佃・前掲注 10) 278 頁では、「確固たる判例理論となっている」とする。

本判決に先立つ 1956 年の「多摩の上海」事件判決において最高裁判所は、「名誉を毀損するとは、人の社会的評価を傷つけることに外ならない。それ故、所論新聞記事がたとえ精読すれば別個の意味に解されないことはないとしても、いやしくも一般読者の普通の注意と読み方を基準として解釈した意味内容に従う場合、その記事が事実と反し名誉を毀損するものと認められる以上、これをもつて名誉毀損の記事と目すべきことは当然である」と述べ、名誉毀損の一般的基準として、「一般読者の普通の注意と読み方」によって、人の社会的評価の低下について判断することを示した（最 2 小判昭和 31 年 7 月 20 日民集 10 卷 8 号 1059 頁）。

14) 五十嵐・前掲注 3) 49 頁。

15) 山川洋一郎「真実証明および相当性についての考え方」日本新聞協会研究所編『新・法と新聞』241 頁（日本新聞協会、1990 年）。

16) 松井・前掲注 10) 23 頁。

ことに否定的な態度について、最高裁判所の「厳格化」の姿勢と呼ぶことができる。

「相当性」を否定した事例は、下級審においては枚挙にいとまがないが¹⁷⁾、最高裁判例では、たとえば、嬰兒変死事件（下野新聞事件）・最1小判昭和47年11月16日民集26巻9号1633頁に明らかであるとされる。この事件において、原审は「相当性」を認めて被告新聞社勝訴の判断を示していたが、最高裁判所は、「本件記事の内容は、生まれつき口の形が変つている生後三か月の嬰兒の窒息による変死に関するものであるところ、捜査当局においてはその屍体解剖を終つたばかりで、未だ家族に対する事情聴取もすんでおらず、次郎の死が単なる事故死であるという可能性も考えられ、捜査当局が未だ公の発表をしていない段階において、上告人らの誰かが次郎を殺害したものであるというような印象を読者に与える本件記事を新聞紙上に掲載するについては、右記事が原判示の如く解剖にあたつた黒須医師および袖山刑事官から取材して得た情報に基づくものであり、同刑事官が署長と共に捜査経緯の発表等広報の職務を有し、右報道することについて諒解を与えたとしても、被上告人新聞社としては、上告人らを再度訪ねて取材する等、更に慎重に裏付取材をすべきであつたというべきである。これをしないで被上告人新聞社の各担当者がたやすく本件記事の内容を真実と信じたことについては相当の理由があつたものといふことはできず、同人らに過失がなかつたものとはいへない」と判示した（下線は筆者による。以下同じ）。

この最高裁判例について、「相当性」の存在を厳格に判断する解釈指針を示し、のちの判決に大きな影響を与えた重要判決と位置づけることができるという評価がある。¹⁹⁾反面、警察の公式発表があればよいが、それがない以上、解剖に当

17) 松井・前掲注10) 26頁では、下級審において、相当性があつたことを理由に免責を認める例も増えてはいるが、全体としてみると、相当性の要件は、かなり厳格であると言わざるをえない、としている。

18) 松井・前掲注10) 21頁。山下りえ子「判批」メディア判例百選57頁では、最1小判昭和47年11月16日について、「相当性」の存在を否定する具体的判断を示した最初の最高裁判例であるとしている。

19) 尾島茂樹「判批」メディア判例百選55頁。

たった医師などにも取材を重ね、刑事官から取材して報道に了解を得ており、取材の申込みも拒否されていても、それでも相当性（相当の根拠）がなかったというのは、事実上、警察の公式発表に基づくもの以外は報道を認めないという姿勢に等しい極めて厳しい態度である、という批判がある。²⁰⁾

この判決以降、2000 年前後までに「相当性」を否定した最高裁判例として、最 2 小判昭和 49 年 3 月 29 日裁判集民事 111 号 493 頁、スロットマシン賭博機事件・最 1 小判昭和 55 年 10 月 30 日裁判集民事 131 号 89 頁が挙げられる。

これらの事件において「相当性」が認められなかったのは、もちろん具体的な事案の内容によることを否定できないが、結果として、最高裁判所が「表現の自由」保障ではなく名誉権の保護に軍配を上げたと言いうるのである。

◆「意見表明型名誉毀損の免責要件」

また、1966 年に導入された判断枠組みは、最高裁判所の判決文に示されているように、事実を摘示することによって名誉を毀損する型（A・事実摘示型名誉毀損）に関するものであった。名誉毀損には、この型とは別に、意見・論評を表明することによって名誉を毀損する型（B・意見表明型名誉毀損）がある。表現の自由を重視する立場からは、誤った事実を公表した場合は異なり、こうした意見表明の自由は広く認めるべきだということになる。²¹⁾

最高裁判所は 1989 年、**長崎教師批判ビラ事件判決**（最 1 小判平成元年 12 月 21 日民集 43 卷 12 号 2252 頁）で、「B・意見表明型名誉毀損」に関して免責要件を示した。事実摘示型の名誉毀損の免責 3 要件の判断枠組みに組み込むかたちで導入された、「公正な論評の法理」と呼ばれるものである。この 1989 年判決では、①公共の利害に関する事項について、②その目的がもつばら公益を図るもので、かつ、③その前提事実が主要な点において真実であることの証明があったときは、④人身攻撃に及ぶなど論評としての域を逸脱したものでない限り、批判・論評は名誉侵害の不法行為の違法性を欠く——という 4 要件を示した。ただし、このうち真実性を要求する③の要件は、「相当性」について言及が

20) 松井・前掲注 10) 23 頁。

21) 常本照樹「判批」メディア判例百選 72 頁。

なく、真実性の証明がない場合でも「相当性」が認められれば免責されていた事実摘示型の名誉毀損とバランスを欠くとの批判があった。²²⁾

この判例は、意見表明型名誉毀損について、事実摘示型名誉毀損の判断枠組みよりも緩和された要件を示し、「表現の自由」保障に資するものと評価することができる。²³⁾次節で詳しく見る、2000 年前後から始まった可能性がある最高裁判所の判断の「変化」の予兆だったのではないかと思われるのである。

(2) 2000 年前後から 2010 年代

◆「意見表明型名誉毀損と事実摘示型名誉毀損との区別」

2000 年前後から 2010 年代にかけての最高裁判例における名誉毀損の成否の判断枠組みについて、いくつかのテーマに絞って概観する。まず、「意見表明型名誉毀損と事実摘示型名誉毀損との区別」を検討する。

1989 年の長崎教師批判ビラ事件判決に対し「相当性」に関する批判を受けたあと、最高裁判所は、この判決から 8 年後の 1997 年、**ロス疑惑「タ刊フジ」事件判決**（最 3 小判平成 9 年 9 月 9 日民集 51 卷 8 号 3804 頁。以下、1997 年判決とする）において、「B・意見表明型名誉毀損」でも③の要件を緩和し、前提となる事実を真実と信じたことについて「相当の理由」があれば故意または過失が否定される、と修正した。すなわち、「意見表明型名誉毀損」について、「その行為が公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあった場合に、右意見ないし論評の前提としている事実が重要な部分について真実であることの証明があったときには、人身攻撃に及ぶなど意見ないし論評としての域を逸脱したものでない限り、右行為は違法性を欠くものというべきである」とし、「仮に右意見ないし論評の前提としている事実が真実である

22) 山田・前掲注 10) 『名誉毀損』64 頁。

渋谷秀樹「判批」メディア判例百選 70 頁、長岡徹「判批」憲法判例百選 I〔第 6 版〕148 頁など参照。

23) 本判決について、篠原勝美・曹時 43 卷 3 号 771 頁では、下級審よりも論評の自由を広く許容した判断であるとしている。五十嵐清・平成元年度重要判例解説 79 頁では、対抗言論の手段をもたない弱小公務員にすぎない教員の保護に欠けるのではないかと批判している。長岡・前掲注 22) 149 頁。

ことの証明がないときにも、事実を摘示しての名誉毀損における場合と対比すると、行為者において右事実を真実と信ずるについて相当の理由があれば、その故意又は過失は否定される」とした。

また、この1997年判決は、「A・事実摘示型名誉毀損」と「B・意見表明型名誉毀損」²⁴⁾との識別方法を明らかにした点が重要であるとも評価される。すなわち、この点について、①一般の読者の普通の注意と読み方とを基準として両者を区別するべきである、②「A・事実摘示型の名誉毀損」は、証拠などをもってその存否を決することができる特定の事項のみならず修辞上の強調、比喩的表現方法などによって間接的ないし婉曲に同事項を主張すると理解されるとき、あるいは、同事項を黙示的に主張すると理解されるときをいう、としたのである。

このように本判決は、事実摘示と意見表明とを分けて考える「準則」を示したが、これに対しては、「表現の自由」との関係で評価する見解がある。²⁵⁾意見・論評による名誉毀損の免責要件について1997年判決が欠缺を補充したのは「論評の域」であり、この要件について逸脱したという公判最高裁判例はなく、今後も「論評の域」を逸脱したとする判断は少ないであろうから、「論評の域」についての慎重な姿勢は、「評価」そのものは原則として違法性判断の対象にしないという「思想の自由」「表現の自由」の尊重を根拠に持つものとして支持できる、²⁶⁾という見解もある。

この1997年判決は、名誉毀損の成否に関する最高裁判所の判断枠組みの形成において注目された。本件で確立された意見表明型の名誉毀損の判断枠組みは、今後の判例を支配するであろうと言われ、実際に、諸事件において適用されてきた。²⁷⁾近時の最高裁判例でも、たとえば、薬害エイズ名誉毀損訴訟判決・最1小判平成17年6月16日裁判集民事217号139頁、雑誌「諸君!」事件（本多

24) 阪本昌成「判批」メディア判例百選77頁。

25) 手嶋豊「判批」メディア判例百選63頁。ただし、ここでは、その見解の一方で、実際には事実を主張しながら論評形式をとることによって表現者の責任が否定される懸念が指摘されるとしている。

26) 中村哲也「判批」民法判例百選Ⅱ〔第6版〕159頁。

27) 五十嵐・前掲注3) 69-70頁。

勝一反論文掲載請求事件)・最2小判平成10年7月17日裁判集民事189号267頁などが挙げられる。

1997年判決では、事実摘示型と意見表明型の場合で免責要件を区別する根拠について判決自身が語ることはなかったとの指摘もあったが²⁸⁾、2004年の「**脱ゴーマニズム宣言**」事件判決²⁹⁾(最1小判平成16年7月15日民集58巻5号1615頁。以下、2004年判決とする)において、最高裁判所は、「意見ないし論評については、その内容の正当性や合理性を特に問うことなく、人身攻撃に及ぶなど意見ないし論評としての域を逸脱したものでない限り、名誉毀損の不法行為が成立しないものとされているのは、意見ないし論評を表明する自由が民主主義社会に不可欠な表現の自由の根幹を構成するものであることを考慮し、これを手厚く保障する趣旨によるものである」と説明した。

また、この2004年判決は、真実性を肯定したものとしての意義もある³⁰⁾。本稿冒頭で述べたように、真実性の証明を行って責任を免れた事例は多くはないと指摘されているが、最高裁判所が真実性を認めたものもないわけではない。その1つが2004年判決なのである。

事実の概要は、以下の通りである。³¹⁾

原告X(被告诉人)は、大学講師で、いわゆる従軍慰安婦問題などの研究者であり、著書、講演、インターネットのホームページ、雑誌への寄稿やテレビ番組への出演などによって意見を表明していた。Xは、従軍慰安婦問題について日本に責任があり、従軍慰安婦であった者らに対し謝罪などをすべきである

28) 常本照樹「判批」メディア判例百選73頁。

29) 論者によっては本事件を「新・ゴーマニズム宣言」事件とするものがある(松井・前掲注10)355頁)が、本稿では「脱ゴーマニズム宣言」事件と呼ぶことにする。

30) 「真実性」を肯定したものとして、たとえば、**医療法人十全会グループ事件**・最1小判昭和58年10月20日裁判集民事140号177頁、**サンケイ新聞事件**・最2小判昭和62年4月24日民集41巻3号490頁、**長崎教師批判ピラ事件判決**・最1小判平成元年12月21日民集43巻12号2252頁。渋谷・前掲注22)70頁、長岡・前掲注22)148頁参照。

「真実性」を否定したものとして、「北方ジャーナル」事件・最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁、テレビ朝日ダイオキシン報道訴訟・最1小判平成15年10月16日民集57巻9号1075頁。

31) 松井・前掲注7)117頁。

32) 中村也寸志「判批」ジュリ1285号118頁。

という立場を採っている。

被告Y（上告人）は、「小林よしのり」をペンネームとし、雑誌「SAPIO」に連載され単行本化されている漫画「新・ゴーマニズム宣言」を含む『ゴーマニズム宣言』シリーズを執筆する漫画家である。Yは、従軍慰安婦問題について日本に責任があるとする論者、論調を批判する立場を採っている。

Xは、1997年11月1日、『ゴーマニズム宣言』シリーズの57カット（74コマ）をYに無断で採録し、従軍慰安婦問題などに関するYの見解を批判することなどを内容とする『脱ゴーマニズム宣言』と題する書籍を出版した。同書には、Yについて「右翼のデマゴグ」、「特定の政治勢力の御用漫画家」などと記載したほか、Yを誹謗し、揶揄する表現が多数用いられていた。

これに対し、Yは、「新・ゴーマニズム宣言第55章」（以下、本件漫画とする）を執筆し、Y₂（株式会社小学館）は、本件漫画を雑誌「SAPIO」平成9年11月26日号および単行本『新・ゴーマニズム宣言第5巻』（1998年10月10日発行）に掲載して発行した。同書では、本件採録が「ドロボー」であり、X著作が「ドロボー本」とであると繰り返し記述するとともに、唐草模様の風呂敷を背負って目に黒いアイマスクをかけている古典的な泥棒の格好をしたXの似顔絵の人物を描くなどによって、本件採録が許容される引用の限界を超え、著作権（複製権）侵害で違法である、というYの法的な見解を表明し、Xの社会的評価を低下させた。

Xは、本件各表現が同人の名誉を毀損したなどと主張して、Yらに対し、不法行為に基づき、損害賠償および謝罪広告の掲載などを求めて提訴した。これに対し、Yらは、本件各表現は、事実の摘示ではなく、意見ないし論評の表明というべきであり、その内容がXに対する人身攻撃に及ぶなど意見ないし論評の域を逸脱したものとはいえないから、違法性を欠くなどと主張した。

1審は請求を棄却したが、2審は、真実性および相当性について、いずれも認められないとして、Yらに対して損害賠償および謝罪広告の掲載を命じた。³⁴⁾

最高裁判所は、以下のように判断した。

33) 東京地判平成14年5月28日民集58巻5号1648頁参照。

34) 東京高判平成15年7月31日判時1831号107頁。

事実摘示型名誉毀損については免責3要件および相当性を示し、意見表明型名誉毀損については免責3要件および相当性に加え、論評としての域を逸脱していないことという要件を示した。そして、「事実摘示型名誉毀損と意見表明型名誉毀損との区別」について基準を示し、証拠などによる証明になじまない物事の価値、善悪、優劣についての批評や論議などは、「意見表明型名誉毀損」としたうえで、「法的な見解の正当性それ自体は、証明の対象とはなり得ないものであり、法的な見解の表明が証拠等をもってその存否を決することが可能な他人に関する特定の事項ということができないことは明らかであるから、法的な見解の表明は、事実を摘示するものではなく、意見ないし論評の表明の範ちゅうに属する」とした。

そして、裁判所が判決などにより判断を示すことができる事項であるかどうかは、上記の判別に関係しないから、裁判所が具体的な紛争の解決のために当該法的な見解の正当性について公権的判断を示すことがあるからといって、そのことを理由に、法的な見解の表明が事実の摘示ないしそれに類するものに当たると解することはできないとし、したがって、一般的に、法的な見解の表明には、その前提として、特定の事項を明示的または黙示的に主張するものと解されるため事実の摘示を含む場合があることは否定し得ないが、「法的な見解の表明それ自体は、それが判決等により裁判所が判断を示すことができる事項に係るものであっても、そのことを理由に事実を摘示するものとはいえず、意見ないし論評の表明に当たる」とした。

さらに、「本件各表現は、Xが本件採録をしたこと、すなわち、XがYに無断でゴーマニズム宣言シリーズのカットをX著作に採録したという事実を前提として、Xがした本件採録が著作権侵害であり、違法であるとの法的な見解を表明するものであり、上記説示したところによれば、上記法的な見解の表明が意見ないし論評の表明に当たることは明らかである。そして、前記の事実関係によれば、本件各表現が、公共の利害に関する事実に係るものであり、その目的が専ら公益を図ることにあつて、しかも、本件各表現の前提となる上記の事実は真実であるというべきである。また、本件各表現がXに対する人身攻撃に及ぶものとまではいえないこと、本件漫画においては、Xの主張を正確に引用した上で、本件採録の違法性の有無が裁判所において判断されるべき問題である

旨を記載していること、他方、Xは、YをX著作中で厳しく批判しており、その中には、Yをひぼうし、やゆするような表現が多数見られることなどの諸点に照らすと、Yがした本件各表現は、X著作中のXの意見に対する反論等として、意見ないし論評の域を逸脱したものということとはできない」と判示した。

つまり、最高裁判所は、法的な見解の表明それ自体は、それが判決などによって裁判所の判断を示すことができる事項であつても、そのことを理由に摘示するとはいえず、意見・論評の表明に当たるといふべきであり、本件各表現は、法的な見解の表明が意見・論評の表明に当たるとして、Yらの敗訴部分を破棄し、Xの控訴を棄却したのである。

この2004年判決は、A・事実摘示型名誉毀損とB・意見表明型名誉毀損との識別方法として、「証拠等による証明になじまない物事の価値、善悪、優劣についての批評や論議など」を挙げて、争われた言明が意見表明型名誉毀損に属すると判断した初めての最高裁判決であると評された³⁵⁾。法的見解を事実摘示と同視すれば判決を待たずして他者を批判することが不可能になり妥当でなく、本判決が意見・論評の自由の意義を高く評価している点も注目された³⁶⁾。

また、2004年判決では意見の表明に保護が認められているとされ、最高裁判所は、意見による名誉毀損の可能性を認めつつ、意見が前提としている事実命題が真実であるか、真実と誤信する相当な根拠がある以上、意見については「かなり保護的な姿勢」を示していると評されている³⁷⁾。

35) 前田陽一『『法的な見解の表明』と『意見ないし論評の表明』による名誉毀損』法教294号159頁。

36) 曾我部真裕「判批」判プラ〔増補版〕154頁（信山社、2014年）。

37) 松井・前掲注10) 355頁、松井・前掲注7) 127頁。

38) 松井・前掲注10) 358頁。

これに対し、常本・前掲注28) 73頁では、事実を基礎とする論評については、その事実に関して名誉毀損の免責要件を全て充たさない限り論評の自由が認められないことになり、表現の自由保障の観点から十分とは言えないという批判が残りうる、と指摘する。

この2004年判決と同年に下されたNHK「生活ほっとモーニング」訂正放送事件判決（最1小判平成16年11月25日民集58巻8号2326頁）において最高裁判所は、真実でない事項の放送について被害者は、放送事業者に対し、放送法4条1項の規定に基づく訂正放送等を求める私法上の権利を有しないと結論づけた。この判示は学説から適切な判断と評価されている。松井・前掲注10) 315頁。長谷部恭男「判批」メディア判例百

なお、医療法人十全会グループ事件・最1小判昭和58年10月20日裁判集民事140号177頁は、真実性の証明の範囲に関して、「重要な部分」について真実性の証明があればよいとした原審の判断を是認した。また、ロス疑惑北海道新聞社事件・最3小判平成14年1月29日裁判集民事205号233頁は、真実性の証明に関して、行為時における判断となる、とする原審の判断を否定し、事実審の口頭弁論終結時において客観的な判断をすべきである、としている。真実性の性質に照らして「当然かつ妥当な判示」⁴¹⁾とされ、「表現の自由」の保障範囲を広げるものと評価することができる。

◆「相当性」その1（雑誌・単行本による名誉毀損）

本稿冒頭で述べたように、裁判所は、かなり安易に相当性を否定する傾向があると指摘されている。⁴²⁾2000年前後以降の最高裁判決においても、ロス疑惑訴訟「夕刊フジ」事件・最3小判平成9年9月9日民集51巻8号3804頁、最2小判平成10年1月30日裁判集民事187号1頁、ロス疑惑配信記事訴訟・最3小判平成14年1月29日民集56巻1号185頁、ロス疑惑大麻所持訴訟・最3小判平成14年1月29日裁判集民事205号289頁、ロス疑惑配信記事訴訟・最2

選196頁、鈴木秀美「判批」月刊民放2002年4月号43頁なども参照。また、マス・メディアからも、最高裁判所は「表現の自由」を重視する考えからメディアに対して人権救済を厳しく求める司法判断に一定の歯止めをかけたと論評された。朝日新聞2004年11月26日付。

39) 佃・前掲注10) 300頁。

松井・前掲注7) 118頁では、十全会グループ事件最高裁判決について、真実性の証明は重要部分で足り、それを証明して責任を免れた点で「注目される」としている。

40) 原審は、名誉毀損における真実性の証明は、その行為当時におけるそれであることを要し、かつ、それをもって足りるとして、本件名誉毀損の成否判断の基準時は、本件記事が掲載された日であるから、本件記事内容の真実性の証明も概ね掲載当時存在した資料に基づいてされたものであることを要すると判断していたが、最高裁は、これを否定し、「裁判所は、摘示された事実の重要な部分が真実であるかどうかについては、事実審の口頭弁論終結時において、客観的な判断をすべきであり、その際に名誉毀損行為の時点では存在しなかった証拠を考慮することも当然に許される」と判示した。

道垣内弘人「判批」メディア判例百選46頁参照。

41) 佃・前掲注10) 307頁。

42) 松井・前掲注7) 120頁。

小判平成 14 年 3 月 8 日裁判集民事 206 号 1 頁などが相当性を否定したものとして挙げられる。

そうした中、「脱ゴーマニズム宣言」事件判決の翌年の 2005 年、名誉毀損の免責要件で最も問題となる「相当性」について注目すべき判決が下された。「相当の理由あり」とした**薬害エイズ名誉毀損訴訟判決**（最 1 小判平成 17 年 6 月 16 日裁判集民事 217 号 139 頁）⁴⁵⁾である。

安部英（原告、被上告人。以下、Xとする）は、血液学を専門とする医学者であり、1980 年から 1987 年まで大学医学部長であった。櫻井良子（被告、上告人。以下、Yとする）は、「櫻井よしこ」の名前で活動しているフリーのジャーナリストである。Yは、「私の傍聴した『東京HIV訴訟』裁判（最終回）」と題する記事（以下、「本件雑誌記事」とする）を執筆し、本件雑誌記事は「中央公論」平成 6 年 4 月号（1994 年 3 月発行）に掲載された。また、Yは、本件雑誌記事等をもとに、単行本「エイズ犯罪 血友病患者の悲劇」（初版・1994 年 8 月 7 日発行。以下、「本件単行本」とする）を執筆して出版した。Xは、Yが執筆した雑誌の記事と単行本の記載によって名誉を毀損されたとして、不法行為に⁴⁶⁾基づき、損害賠償と謝罪広告の掲載を求めて提訴した。

43) 「ある者についての犯罪の嫌疑が新聞等により繰り返され報道されて社会的に広く知れ渡っていたとしても、それによって、その者が真実その犯罪を犯したことが証明されたことにならないのはもとより、右を真実と信ずるについて相当の理由があったとすることもできない」と判示した。手嶋・前掲注 25) 62 頁参照。

44) 「本件の事情の下においては、被上告人に本件配信記事に摘示された事実の重要な部分を真実と信ずるについて相当の理由があるということはできない」と判示した。この判決に対しては、原告自身が、アメリカおよび日本で日常的に大麻を吸っていたことを明らかにしていること、元の妻が実際にその旨を供述していたことを警察から確認していること、に照らすと、「最高裁判所の判断はあまりにも厳しすぎるのではないかの疑念は拭えない」との批判がある。松井・前掲注 10) 293 頁。

45) 「相当の理由あり」とした最高裁判決として、2000 年前後までには、1966 年の「署名狂やら殺人前科」事件・最 1 小判昭和 41 年 6 月 23 日民集 20 巻 5 号 1118 頁、1983 年の医療法人十全会グループ事件・最 1 小判昭和 58 年 10 月 20 日裁判集民事 140 号 177 頁がある。

1999 年の板倉教授事件・最 3 小判平成 11 年 10 月 26 日民集 53 巻 7 号 1313 頁では、第 1 審の有罪判決に基づく書籍の記述が名誉毀損に当たるかどうか争われ、最高裁判所が相当な根拠があったと認めた事例として、注目に値しよう、と評価された。松井・前

本件雑誌記事と本件単行本には、加熱血液製剤の開発が遅れていた血液製剤市場最大手の製薬会社に合わせてXが加熱血液製剤の治験を遅らせた結果、日本における加熱血液製剤の製造承認が米国より2年4か月遅れた事実、治験の時期にXが製薬会社各社から資金提供を受けていた事実などを記載していた。

1 審判決は、本件記載が摘示する事実は、⁴⁷⁾真実性の証明があるか、「相当性」があるとして、原告の請求を棄却した。⁴⁸⁾原判決は、本件記載が摘示する事実は真実性の証明がなく、一部を除いては「相当性」もないとして、Xの請求を一部認容した。

最高裁判所は、事実摘示型名誉毀損の免責要件を示した1966年の「署名狂やら殺人前科」事件判決、および、意見表明型名誉毀損の免責要件を示した1989年の長崎教師批判ビラ事件判決、1997年のロス疑惑訴訟「夕刊フジ」事件判決などを引用したあと、「本件記載が摘示する事実及び意見ないし論評の前提としている事実について真実であることの証明がないとしても、以下のとおり、上告人がこれらの事実を真実と信ずるについて相当の理由があるということができるから、その故意又は過失は否定され、名誉毀損による不法行為は成立しない」とした。

この最高裁判決について、名誉毀損に関する判例の法理を適用して、名誉毀損の成立を否定したものであって、特段新しい法理を含むものではないが、⁴⁹⁾名誉毀損の成否について最高裁において判断した一事例であるとされた。また、被告・櫻井側が指摘した事実は、いずれも裁判所において犯罪事実として認定されていた事実ではないにもかかわらず、最高裁判所が、記述に真実と信じる相当な根拠があったと認めたことは注目されよう、という肯定的な評価が学説⁵⁰⁾にある。

掲注10) 298頁。

窪田充見「判批」メディア判例百選60頁も参照。

46) 以下を含め、判タ1187号157頁。

47) 東京地判平成14年1月30日裁判所ウェブサイト。

48) 東京高判平成15年2月26日判時1824号43頁。

49) 判タ1187号158頁。

50) 松井・前掲注10) 301頁。

先ほどの『脱ゴーマニズム宣言』事件判決と合わせ、真実もしくは真実と信じる相当な根拠のある事実に基づく意見・論評についても、それが個人攻撃などにわたらない限り保護されるに至ったことは注目に値し、このような保護が認められるのは「表現の自由」を手厚く保障する趣旨による、と評価されているのである。⁵¹⁾

◆「相当性」その2（通信社の配信記事による名誉毀損）

配信社の抗弁が問題となった2002年のロス疑惑共同通信社事件（最3小判平成14年1月29日民集56巻1号185頁）において、最高裁判所は、直接的に「配信サービスの抗弁」の法理の採否にまで踏み込んだ判断は示さず、同法理の前提となる通信社の配信記事に信頼性が欠けるために「相当性」を否定する判断にとどめていた。⁵²⁾

これに対し、2011年の**共同通信配信記事事件判決**（最1小判平成23年4月28日民集65巻3号1499頁）において、最高裁判所は「相当性」を認める注目すべき判断を示した。⁵³⁾ 東京女子医大病院（東京都新宿区）に勤務していた医師Xが、社団法人共同通信社（2010年に一般社団法人へ移行）配信の誤った記事によって名誉を毀損されたとして、そのまま記事を掲載した地方新聞社3社Y1～Y3および共同通信社に対して、不法行為に基づく損害賠償を求めた訴訟で、最高裁判所は、医師側の⁵⁴⁾ 上告を棄却する判決を言い渡したのである。

Xは、2001年3月2日、同病院における心臓病手術の際、人工心肺装置の操作を担当したところ、手術を受けた女兒が手術中、人工心肺装置において体内の血液がうまく抜けなくなる「脱血不良」が起きたことによって脳障害に陥り、同月5日に死亡した。共同通信社は、取材を重ねた上、2002年7月4日、Yなどに対し、本件事故に関する記事を配信した。この配信記事は、女兒に脱血不

51) 松井・前掲注7) 128頁。

52) 篠原俊行「判批」メディア判例百選192頁、松井・前掲注10) 303頁。

53) 判タ1347号89頁。本件事件名について、「東京女子医大病院事件」とする論者もある。高畑英一郎「判批」日本法学77巻2号109頁（2011年）。

54) 朝日新聞2011年4月29日付「地方紙側の勝訴確定」、読売新聞同日付も同旨。共同通信社に対する上告も同月21日付で受理しない決定が出ており、同社の勝訴が確定している。

良が生じ、Xの過誤によって死を招いたことなどを内容とするものであった（なお、Xは、本件事故につき業務上過失致死罪で起訴されたが、1審・2審とも無罪判決を受けて確定している）。

Xによる医療ミスの記事について、Xは名誉毀損にあたるとして、インターネット上に記事を掲載した同社と、翌5日、裏付け取材をすることなく、本件配信記事をほぼそのまま自社の発行する新聞に掲載した上毛新聞社（前橋市）、静岡新聞社（静岡市）、秋田魁新報社（秋田市）の地方新聞社3社に対して損害賠償を求めた。

1審は、共同通信社については、本件配信記事に摘示された事実について「相当性」があるとして請求を棄却したが、Yなどについては、共同通信社に「相当性」があるからといってYらについても「相当性」があるとは言えないなどとして、Yらに対する請求を一部認容した。⁵⁵⁾

これに対し、XおよびYの双方が控訴した。原審・東京高裁は2009年7月、共同通信社について、1審同様棄却すべきものとし、その責任を否定した。Yらに対する請求については、共同通信社とYらとの関係を詳細に認定した上で、Yらについても「相当性」を肯定して、Yらに対する請求を棄却した。⁵⁶⁾

Xが、共同通信社およびYらを相手方として上告受理申立てをしたところ、最高裁判所はYらについてののみ事件を受理して（その結果、共同通信社に対する請求については棄却判決が確定した）、XのYらに対する上告を棄却した。

最高裁判所は、「共同通信社の加盟社は、自らの報道内容を充実させるために共同通信社の社員となってその経営等に関与し、同社は加盟社のために、加盟社に代わって取材をし、記事を作成してこれを加盟社に配信し、加盟社は当該配信記事を原則としてそのまま掲載するという体制が構築されているということができ、共同通信社と加盟社は、記事の取材、作成、配信及び掲載という一連の過程において、報道主体としての一体性を有すると評価するのが相当である。他方、本件配信記事について、前記特段の事情があることはうかがわれな

55) 判タ 1279 号 262 頁。加本牧子・平成 20 年度主判解 90 頁、山田健太「判批」月刊民放 2007 年 12 月号 34 頁など参照。

56) 判タ 1304 号 98 頁。原判決について、秋山幹男ほか「マスメディアによる名誉毀損」現代民事判例研究会編『民事判例 I』153 頁以下参照。

い。したがって、共同通信社が本件配信記事に摘示された事実を真実であると信ずるについて相当の理由があるのであれば、加盟社である被上告人らが本件各紙掲載記事に摘示された事実を真実であると信ずるについても相当の理由があるというべきであって、被上告人らは本件各紙掲載記事の掲載について名誉毀損の不法行為責任を負わない」と判示した。

従来の判例理論を前提とすると、他人が取材・執筆した記事を、何ら裏付け取材をすることなくそのまま公表した者につき「相当性」を肯定することは極めて困難であり、通信社の配信記事を基本的にそのまま掲載した新聞社についても、「相当性」を肯定することはできず、新聞社は配信記事を掲載したことによる名誉毀損の責任を常に負うことになりそうである。これに対し、学説上、いわゆる「配信サービスの抗弁」によって新聞社の免責を認めるべきであるという考え方が提唱されていた。この「配信サービスの抗弁」とは、報道機関が定評のある通信社から配信された記事を掲載した場合には、当該記事が他人の名誉を毀損するものであったとしても、原則として当該報道機関は損害賠償責任を負わないという法理をいい、アメリカの複数の法域において定着した考え方であると言われている。⁵⁷⁾ 下級審においても、従来の判例理論を前提としつつ、共同通信社の配信記事には信頼性があるなどとして、配信記事をそのまま掲載した新聞社に「相当性」を認めたものが散見されていた。⁵⁸⁾

しかしながら、ロス疑惑配信記事訴訟・最3小判平成14年1月29日民集56巻1号185頁（以下、2002年1月判決とする）は、通信社に「相当性」が認められなかった事案において、新聞社が通信社から配信を受けて自己の発行する新聞紙にそのまま掲載した記事が私人の犯罪行為などを内容とする分野のものである場合には、当該記事が取材のための人的物的体制が整備され、一般的にはその報道内容に一定の信頼性があるとされる通信社から配信された記事に基づくとの一事をもって、新聞社に「相当性」があったということはできないとして、新聞社の免責を否定した。ロス疑惑配信記事訴訟・最2小判平成14年3月8日裁判集民事206号1頁（以下、2002年3月判決とする）も、2002年1月

57) 紙谷雅子「判批」法時69巻7号90頁参照。

58) 以下を含め、判タ1347号89頁。

判決を引用して、新聞社の免責を否定した。これにより、少なくとも私人の犯罪行為などを内容とする分野における報道に関しては、「配信サービスの抗弁」は認められず、新聞社は通信社からの配信に基づき記事を掲載した場合であっても、免責されないことが明らかとなった。他方で、2002年1月判決および3月判決は、通信社に「相当性」がある場合、新聞社が免責されるかどうかについて何ら言及がなく、問題が残されていた。この問題が本件で争われたのである（なお、Yなどは、1審では「配信サービスの抗弁」を主張していたが、原審においてこれを撤回している）。

通信社に「相当性」がある場合、新聞社が免責されるかどうかについては、2002年3月判決において、北川弘治裁判官の意見は、通信社と新聞社との間に「報道主体としての同一性」があるとみることができる場合、配信を受けた新聞社は通信社の「相当性」を援用することによって免責される、としていた（河合伸一裁判官同調⁵⁹⁾）。この北川裁判官の意見に肯定的な評価が学説にもみられた。

2011年の本判決は、「新聞社が通信社を利用して国内及び国外の幅広いニュースを読者に提供する報道システムは、新聞社の報道内容を充実させ、ひいては国民の知る権利に奉仕するという重要な社会的意義を有し、現代における報道システムの一態様として、広く社会的に認知されている」としたうえで、「上記の通信社を利用した報道システムの下では、通常は、新聞社が通信社から配信された記事の内容について裏付け取材を行うことは予定されておらず、これを行うことは現実には困難である」とし、それにもかかわらず、記事を作成した通信社が「相当性」があるため不法行為責任を負わない場合であっても、当該通信社から当該記事の配信を受けた新聞社のみが不法行為責任を負うこととなるならば、上記システムの下における報道が萎縮し、結果的に国民の知る権利が損なわれるおそれのあることを否定できないと述べた。そのうえで、「少なくとも、当該通信社と当該新聞社とが、記事の取材、作成、配信及び掲載という一連の過程において、報道主体としての一体性を有すると評価することができるときは、当該新聞社は、当該通信社を取材機関として利用し、取材を代行さ

59) 大塚直・判タ1099号57頁、曾我部真裕・奈良産15巻1＝2号91頁（2002年）、佃・前掲注10）340頁参照。

せたものとして、当該通信社の取材を当該新聞社の取材と同視することが相当であって、当該通信社が当該配信記事に摘示された事実を真実と信ずるについて相当の理由があるのであれば、当該新聞社が当該配信記事に摘示された事実の真実性に疑いを抱くべき事実があるにもかかわらずこれを漫然と掲載したなど特段の事情のない限り、当該新聞社が自己の発行する新聞に掲載した記事に摘示された事実を真実と信ずるについても相当の理由があるというべきである」とした。そして、本判決は、前述のように、Yなどが社団法人である共同通信社の「社員」であることなど両者の関係を詳細に説示した上で、共同通信社とYなどは「報道主体としての一体性」を有するとして、Yなどについても「相当性」を肯定してその責任を否定した。

本判決は、通信社が免責される場合に限って裏付け取材をしていない新聞社も免責され得る、との考え方を示したものであって、配信サービスの抗弁を採用したものではないが、通信社による記事配信システムの社会的意義を高く評価したものである、とされている。本判決の示した法理は、名誉毀損に関する従来の判例理論を前提にしつつも、これを一步進めたものであり、理論的にも実務的にも重要な意義を有するとされているのである。⁶⁰⁾

この最高裁判所の判断は、学説から妥当なものとして肯定的に評価されている。⁶¹⁾ 全国的な取材のネットワークを持たない地方の新聞社にとって、通信社の配信に依拠することは不可欠だからである。また、本判決は、「相当性」があるとして名誉毀損に当たらないと認定された通信社配信の記事を自らの新聞に掲載した新聞社に対して、その記事掲載も名誉毀損に該当しないので民事責任はないとした判決であり、これまで報道機関の責任が明らかではない領域に「相当性」の援用を明確に認めることによって報道機関の自由を一層保護したという評価もある。⁶²⁾

本件判決において最高裁判所は、日本における地方紙の役割を踏まえたうえで、地方紙によって成り立つ共同通信社の機能について理解を示し、地方紙読

60) 武藤貴明「判批」ジュリ 1431 号 147 頁。

61) 松井・前掲注 10) 310 頁。

62) 高畑・前掲注 53) 112 頁。

者の「知る権利」、そして、「表現の自由」保障に資する判断を明らかにしたと評価することができる。

◆「社会的評価の低下」その1（テレビ報道による名誉毀損）

本稿冒頭でみたように、名誉毀損的言辞によって相手方に対する「社会的評価が低下しないとき」〔a〕不法行為は成立せず⁶³⁾、反対に、「社会的評価が低下したとき」は不法行為が成立する方向に向かい、問題とされる表現が、事実摘示型名誉毀損であるか、意見表明型名誉毀損であるかによって、次の要件の検討に進むことになる⁶⁴⁾。

こうした枠組みは、新聞報道のみならずテレビ報道による名誉毀損でも同様であり、2003年のテレビ朝日ダイオキシン報道訴訟判決（最1小判平成15年10月16日民集57巻9号1075頁）では、テレビ報道による名誉毀損の一般的判断基準を示した。すなわち、「新聞記事等の報道の内容が人の社会的評価を低下させるか否かについては、一般の読者の普通の注意と読み方とを基準として判断すべきものであり（新聞報道に関する最高裁昭和29年（オ）第634号同31年7月20日第二小法廷判決・民集10巻8号1059頁参照）、テレビジョン放送をされた報道番組の内容が人の社会的評価を低下させるか否かについても、同様に、一般の視聴者の普通の注意と視聴の仕方とを基準として判断すべきである」とした。

そして、テレビジョン放送をされた報道番組によって摘示された事実がどのようなものであるかという点についても、「一般の視聴者の普通の注意と視聴の仕方とを基準として判断するのが相当である。テレビジョン放送をされる報道番組においては、新聞記事等の場合とは異なり、視聴者は、音声及び映像によ

63) 五十嵐・前掲注3) 24頁。

石橋秀起「名誉毀損と名誉感情の侵害」立命館法学2015年5・6号32頁では、「人の社会的評価の低下が生じていない」場合として、被告（表現者）の発言が誰も本気で受け止めない戯言の類である場合を挙げている。

64) 松尾剛行『最新判例にみるインターネット上の名誉毀損の理論と実務』25頁（勁草書房、2016年）では、「実際には、ある表現が対象者の社会的評価を低下させるものか否かの判断はあまり容易ではな」い、と指摘している。

り次々と提供される情報を瞬時に理解することを余儀なくされるのであり、録画等の特別の方法を講じない限り、提供された情報の意味内容を十分に検討したり、再確認したりすることができないものであることからすると、当該報道番組により摘示された事実がどのようなものであるかという点については、当該報道番組の全体的な構成、これに登場した者の発言の内容や、画面に表示されたフリップやテロップ等の文字情報の内容を重視すべきことはもとより、映像の内容、効果音、ナレーション等の映像及び音声に係る情報の内容並びに放送内容全体から受ける印象等を総合的に考慮して、判断すべきである」と判示した。

本件は、事案の処理としては、原告・農家側の請求を退けた2審判決を破棄し、審理を東京高裁に差し戻す実質的なテレビ朝日側敗訴の判断を示した。⁽⁶⁵⁾

また、そもそも本件報道は、所沢産の野菜類についての報道であり、特定の人に対する名誉毀損とは言い難く、特定の人が同定可能という特定性がなかったのであるから、名誉毀損の成立を認めるべきではなかったとの指摘や、葉っぱものの野菜類の危険性を指摘するという点からみれば重要な部分について真実性の証明を認めてもよかったとの指摘がある。⁽⁶⁶⁾

しかしながら、こうした点があったとしても、「表現の自由」に資する本件の意義は失われない。本件は、テレビジョン放送による名誉毀損の事案について、最高裁として初めて名誉毀損の判断基準や摘示事実の捉え方の判断基準を示したとされている。⁽⁶⁷⁾ テレビ放送の際、どこまでが許される表現であるかを最高裁判所が明確に示すことによって、放送局が萎縮することを防ぐ意義がある。

もっとも、前述したように、裁判所は社会的評価が低下するかどうか定かではない表現についても比較的簡単に名誉毀損の成立を認めている、と指摘されている。⁽⁶⁸⁾ 判例は、社会的評価が低下するかどうか定かでない事例においても名誉毀損を認めがちである、と評される。⁽⁶⁹⁾ たしかに、マス・メディア型の名誉毀

65) 朝日新聞 2003 年 10 月 16 日付。「テレビ朝日の勝訴破棄 所沢ダイオキシン報道訴訟 最高裁差し戻し」という見出しで報道された。

66) 松井・前掲注 10) 278 - 279、289 - 291 頁。

67) 判タ 1140 号 60 頁。

68) 松井・前掲注 7) 107 頁。

損に関する最高裁判決において「社会的評価の低下」を否定した例は、かつてはほとんど見当たらなかった。⁷⁰⁾ 最高裁判決において「社会的評価の低下」を認めた判断は少なくない⁷¹⁾のである。

◆「社会的評価の低下」その2（テレビ番組による名誉毀損）

ところが最近、次にみる2016年のNHKスペシャル事件・最1小判平成28年1月21日裁判集民事252号1頁のように「社会的評価の低下」を否定した例が見られるようになった。

本件は、Y（NHK — 被告・被控訴人・上告人）が放送したテレビ番組によって名誉を毀損されたなどとして、番組内で取り上げられた台湾の女性X（原告・控訴人・被上告人）が不法行為に基づく損害賠償を求めた事件である（本件は、Xのほか、Yによって名誉を毀損されたと主張する台湾人ら、偏向したテレビ番組によって知る権利を侵害されたと主張するNHK受信契約者ら計1万人を超える原告が提起した集団訴訟に含まれるものであるが、Xの名誉毀損以外の請求は、上告審判決と関連がなく、すべて斥けられているため、本稿では触れず、以下、Xに関係する内容のみに言及する⁷²⁾）。

Yは、2009年4月5日、「NHKスペシャル シリーズ JAPAN デビュー」と題するシリーズ番組の第1回として「アジアの“一等国”」と題するテレビ番組（以下、本件番組）を放送した。導入部分では、世界の一等国に上り詰めた日本が、なぜ坂を転げ落ちていったのかという問題提起がなされ、アジア支配の原

69) 松井・前掲注10) 14頁。

70) 非メディア型の名誉毀損に関する最高裁判例で「社会的評価の低下」に否定的なものとして、たとえば、長崎教師ビラ配布事件・最1小判平成元年12月21日民集43巻12号2252頁、最2小判平成19年7月13日裁判集民事225号117頁、最2小判平成23年7月15日民集65巻5号2362頁。

71) 「社会的評価の低下」を肯定したものとして、たとえば、ロス疑惑「夕刊フジ」事件・最3小判平成9年5月27日民集51巻5号2009頁、ロス疑惑「スポーツニッポン」事件・最3小判平成9年5月27日民集51巻5号2024頁、「脱ゴーマニズム宣言」事件・最1小判平成16年7月15日民集58巻5号1615頁、最2小判平成24年3月23日裁判集民事240号149頁。早川眞一郎「判批」メディア判例百選86頁参照。

72) 本件全体的に、山田隆司「判批」平成28年度重要判例解説24頁参照。

点となった台湾をクローズアップした。台湾南部に住む先住民・パイワン族 10 人余りの集合写真が映され、その下部に「人間動物園」という文字が表示された。そして、1910（明治 43）年、ロンドンで開かれた日英博覧会において日本が台湾統治の成果を示すためパイワン族の家を造り、その暮らしぶりを見せ物にしたとナレーションで説明しながらパイワン族の集合写真などを映した。また、当時、イギリスやフランスが博覧会などで植民地の人々を盛んに見せ物にしており、これが人を「展示」する「人間動物園」と呼ばれていて、日本はそれをまねたとナレーションで説明した。その後、パイワン族が住む台湾南部・高士村の風景の映像が流れ、日英博覧会に連れていかれたのは、この村の出身者であるというナレーションが流れた。日英博覧会で販売されたパイワン族らの写真が映された後、何かを見ながら「かなしい」と日本語で話す X が映され、この女性は日英博覧会で「展示」された青年の娘であるとのナレーションが流れ、X の氏名、年齢（79 歳）が字幕で表示された。続いて、X が手にする民族衣装姿の男性の写真と、この男性が X の「父 A さん」であるとの字幕が表示され、「父親は生前、博覧会について子どもたちに語ることはありませんでした」などとするナレーションが流れた。

1 審は、本件番組では、「人間動物園」において X の父が見せ物にされたことを歴史的事実として紹介しているに過ぎないから、X の社会的評価は低下しないなどとして、X の請求を棄却した。⁷³⁾これに対し、控訴審は、1 審判決を変更し、本件番組について X に対する名誉毀損による不法行為の成立を認め、X の請求を一部認容した。⁷⁴⁾ここでは、本件番組は、「人間動物園」において A が、野蛮で劣った植民地の人間であり、動物園の動物と同じであるかのような見せ物として「展示」され、X がその娘であることを放送したと言えるところ、「人間動物園」という言葉は人種差別的な意味合いを有しているから、Y は、本件番組によって、パイワン族を代表してイギリスに行った A の娘である X がパイワン族の中で受けていた社会的評価を低下させ、その名誉を侵害したなどと判断した。

73) 東京地判平成 24 年 12 月 14 日判時 2216 号 61 頁。

74) 東京高判平成 25 年 11 月 28 日判時 2216 号 52 頁。

最高裁判所は、以下のように判示し、破棄自判（原判決中Y敗訴部分を破棄、当該部分につきXの控訴棄却）とした。

「テレビジョン放送がされた番組の内容が人の社会的評価を低下させるか否かについては、一般の視聴者の普通の注意と視聴の仕方とを基準として判断すべきである（最高裁平成14年（受）第846号同15年10月16日第一小法廷判決・民集57巻9号1075頁〔テレビ朝日ダイオキシン報道事件〕参照）。

これを本件についてみると、本件番組の内容は、前記……のとおりであって、本件番組を視聴した一般の視聴者においては、日本が、約100年前である明治43年、台湾統治の成果を世界に示す目的で、西欧列強が野蛮で劣った植民地の人間を文明化させていると宣伝するために行っていた『人間動物園』と呼ばれる見せ物をまねて、Xの父親を含むパイワン族を日英博覧会に連れて行き、その暮らしぶりを展示するという差別的な取扱いをしたという事実を摘示するものと理解するのが通常であるといえる。本件番組が摘示したこのような事実により、一般の視聴者が、Xの父親が動物園の動物と同じように扱われるべき者であり、その娘であるX自身も同様に扱われるべき者であると受け止めるとは考え難く、したがって本件番組の放送によりXの社会的評価が低下するとはいえない。そうすると、本件番組は、Xの名誉を毀損するものではないというべきである」とした。

そして、「本件番組について名誉毀損による不法行為の成立を認めた原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。そして、前記事実関係によれば、本件番組によりXの名誉感情等が侵害されたことを理由とする不法行為が成立するともいえない」と結論づけた。

本判決は、テレビ番組で取り上げられた者の社会的評価が低下するか否かについて、2003年のテレビ朝日ダイオキシン報道事件最高裁判決（以下、2003年判決）を踏襲し、ここで示された基準を具体的事例にあてはめ、社会的評価の低下、すなわち名誉毀損が否定される具体例を示したという意義を有する。

従来、メディアによる名誉毀損の中で主として問題になってきたのは新聞報道である。新聞の報道内容が人の社会的評価を低下させるか否か（名誉毀損の成否）について、判例は「一般読者の普通の注意と読み方を基準として」判断すべきであるとしてきた（以下、一般読者の基準）。この判断基準がテレビ放送

にも適用されるかどうかについては、2003 年判決によって、テレビの報道番組の内容が人の社会的評価を低下させるか否かは、「一般の視聴者の普通の注意と視聴の仕方とを基準として判断すべきである」という新聞と同様の判断基準（以下、一般視聴者の基準）が示された。

もっとも、「一般読者の基準」は、被告の新聞社が問題の記事を「精読すれば他の意味に解され、それが誤報でない以上、名誉毀損にならない」と主張したのに対し、最高裁判所によって、その論旨を排斥するために示されたものであり、⁷⁶⁾名誉毀損の成立範囲を広げる方向で⁷⁷⁾使用されている。つまり、最 2 小判昭和 31 年 7 月 20 日において「一般読者の基準」は、「表現の自由」の手厚い保障ではなく、「名誉権」の保護に傾いて用いられた、と評価することができうるのである。

ところが、本判決において「一般視聴者の基準」は、名誉毀損の成立範囲を狭める方向で使用されたと解することができる。本判決は、本件番組の内容を一般視聴者がどのように受け止めるかを考察し、社会的評価の低下を否定したのである。たしかに、名誉毀損の成否が問題となるような表現がテレビ放送で報道された場合、当該表現対象者の社会的評価が「低下した」と受け止める視聴者の存在を否定できないが、一部でも「低下した」と受け止める視聴者がいる場合に、名誉毀損を認定して民事責任を負わすならば、テレビ放送による表現が萎縮し、社会における多様な情報の流通が妨げられ、引いては国民の知る権利を制約する恐れが生じる。この点、報道によって人の社会的評価が低下したか否かは、「当該報道の受け手の一般的な受け取り方を基準として判断すべき」と⁷⁸⁾する考え方を採ることによって、メディアとしては名誉毀損の成否について予測がつきやすく、表現の萎縮を防ぐことができる。このため、本判決は、表現の自由を保護する観点から、「一般視聴者の基準」を踏襲したとも解しうるのである。

75) 最 2 小判昭和 31 年 7 月 20 日民集 10 卷 8 号 1059 頁。

76) 土井・最判解民事篇昭和 31 年度 141 頁。

77) 大橋正春「名誉棄損の成否」門口正人判事退官記念『新しい時代の民事司法』503 頁（商事法務、2011 年）。

78) 松並重雄・最判解民事篇平成 15 年度（下）514 頁。

当然のことながら、「社会的評価の低下」があったか、なかったか、については事案の事実を離れて判断することはできない。もっとも、「人の社会的評価の低下」が否定される場合として、被告（表現者）の発言が誰も本気で受け止めない戯言の類である場合⁷⁹⁾だけに限る必要はないように思われる。結局、名誉毀損が問われた事案の事実自体に、一般人の受け止め方として、社会的評価を低下させる内容のものが含まれているかどうかが問題となる。

本件のように、「本件番組が摘示したこのような事実により、一般の視聴者が、Xの父親が動物園の動物と同じように扱われるべき者であり、その娘であるX自身も同様に扱われるべき者であると受け止めるとは考え難く、したがって本件番組の放送によりXの社会的評価が低下するとはいえない」として、本件においては、名誉毀損が問われた事案の事実自体に、一般人の受け止め方として、社会的評価を低下させる内容のものが含まれていないという判断は首肯することができる。以上のように考えれば、「本件番組は、Xの名誉を毀損するものではない」とした本件最高裁判決の結論は妥当なものであったと言えよう。

三 最高裁判所の「変化」の可能性

「北方ジャーナル」事件の最高裁大法廷判決は、「言論、出版等の表現行為により名誉侵害を来す場合には、人格権としての個人の名誉の保護（憲法一三条）と表現の自由の保障（同二一条）とが衝突し、その調整を要することとなるので、いかなる場合に侵害行為としてその規制が許されるかについて憲法上慎重な考慮が必要である⁸⁰⁾」と述べ、名誉毀損が憲法上の権利・自由の調整の問題であることを判示している。

しかしながら、名誉権と表現の自由という憲法上の2つの権利・自由の調整について、最高裁判所は、1960年代から2000年前後まで、どちらかといえば名誉権の保護に傾く判断を示しがちであったという見方をすることができる。たとえば、1956年の謝罪広告事件においては、名誉を毀損して不法行為の責任を

79) 石橋・前掲注63) 32頁。

80) 最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁。阪口正二郎「判批」憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕152頁参照。

負わしても憲法 21 条に反しないとしていた。⁸¹⁾

ところが、2000 年前後を境目として、「真実性」あるいは「相当性」を認定する判決が相次ぐようになり、2010 年代半ばには、「社会的評価の低下」を認めない、すなわち名誉毀損性を否定する判断まで示されるようになった。これらは、果たして「表現の自由」の保障を重視する観点から示された、最高裁判所の判断の「変化」と言えるものかが問題となる。

(1) 名誉毀損の成否の枠組み提示

ここで注意すべきであるのは、本稿で採り上げた諸判決の意義には、名誉毀損の成否を考える上で、新たな枠組み（準則）を提示する、あるいは従来の枠組みを一層精緻にする、ことによって萎縮効果を防ぎ、「表現の自由」保障をより手厚くするというレベルのもの（以下、「名誉毀損の成否の枠組み提示」とする）、および、具体的な事例を判断する際、「表現の自由」保障をより重視する結果を示すレベルのもの（以下、「名誉毀損の成否の具体的判断」とする）、の 2 つがあることである。

名誉毀損の成否の枠組み提示について、本稿で概観した 2000 年前後以降の諸判決を具体的にみれば、主なものとして、以下の 3 点を指摘することができる。

- 1 1997 年のロス疑惑訴訟「夕刊フジ」事件判決において、意見表明型の名誉毀損でも③「真実性」の要件を緩和し、「相当性」の法理を採り入れた。
 - 2 2003 年のテレビ朝日ダイオキシシン報道訴訟判決は、テレビ報道による名誉毀損の一般的判断基準として「社会的評価の低下」についてふれ、「テレビジョン放送をされた報道番組の内容が人の社会的評価を低下させるか否かについても……、一般の視聴者の普通の注意と視聴の仕方とを基準として判断すべきである」とした。
 - 3 2004 年の「脱ゴーマニズム宣言」事件判決は、A・事実摘示型の名誉毀損と B・意見表明型の名誉毀損との識別方法として、「証拠等による証明になじまない物事の価値、善悪、優劣についての批評や論議など」を挙げて「意見」の射程を広げ、法的な見解の表明は「意見」の表明に当たるとした。
- こうした名誉毀損の成否の枠組みを示す最高裁判所の取り組みは、もちろん

81) 最大判昭和 31 年 7 月 4 日民集 10 巻 7 号 785 頁。

1960年代から続けられていたが、2000年前後に精緻化するようになったと評価することもできよう。民事上の名誉毀損に関するさまざまな論点について、最高裁判所の見解が具体的な事件に即して判決において示され、マス・メディアをはじめとする表現者が「表現の自由」を一層保障されたかたちで行使することができるようになった、と言っているのである。

(2) 名誉毀損の成否の具体的判断

つぎに、名誉毀損の成否の具体的判断について、本稿で概観した2000年前後以降の諸判決を具体的にみれば、主なものとして、以下の4点を指摘することができる。

- 1 2004年の「脱ゴーマニズム宣言」事件判決は、「真実性」を肯定した。
- 2 2005年の薬害エイズ名誉毀損訴訟判決は、「相当性」を認めた。
- 3 2011年の共同通信配信記事事件判決は、通信社と加盟社は記事の取材・作成・配信・掲載という一連の過程において「報道主体としての一体性を有する」と評価したうえで、本件配信記事について、通信社に「相当性」が認められれば加盟社も「相当性」が認められるとし、本件各紙掲載記事の掲載について名誉毀損の不法行為責任を負わないとした。
- 4 2016年の「NHKスペシャル」事件判決は、「社会的評価の低下」を否定した。

2の薬害エイズ名誉毀損訴訟および3の共同通信配信記事事件の判決において、厳格化していた「相当性」の認定について、これを認める判断を示したことが、まず注目される。

さらに留意すべきことは、4の「NHKスペシャル」事件判決において、「社会的評価の低下」を否定したことである。それまでほとんどの名誉毀損事件において「社会的評価の低下」はまず認定され、免責要件の検討に進むのが一般的であったが、この「NHKスペシャル」事件では、名誉毀損性が否定され、免責要件を検討することがなかった。前述したように、名誉毀損事件において「社会的評価の低下」が否定されることはなかったとは言えないが、ほとんど見当たらない状況が続いていたのである。

(3) 最高裁の「変化」を肯定できるか

こうした「表現の自由」を重視しているようにもみえる最高裁判例は、最高

裁の「変化」と言えるであろうか。たしかに、「相当性」を認める判断や「社会的評価の低下」を否定する判断は、当該事例に基づいた具体的検討の単なる結果であるとみることができる。しかし、果たしてそれだけにとどまるものであろうか。

かつては、「名誉を毀損することは言論の自由の乱用」⁸²⁾などとしていた最高裁判所が、1966年の「署名狂やら殺人前科」事件判決において民事上の名誉毀損の免責要件を明らかにしたあと、その後の具体的な事件においては表現者に厳しい判断を下してきたが、本稿において詳細に判例を分析した結果、2000年前後の判決から「相当性」を認める判断や「社会的評価の低下」を否定する判断が示されはじめていることからすると、名誉権の保護を図りつつも「表現の自由」をより重視する最高裁判所の新しい傾向を読み取ることができるようにも思われる。名誉毀損事件に関する最高裁判所の判断が「表現の自由」保障を重視するようになった「変化」の現われと解することができるようにも思われるのである。

この点、1999年に司法制度改革審議会が発足して司法制度改革が始まったのと時を同じくして、最高裁判所の憲法に関する判決動向に「変化」が見られ、違憲審査制の活性化、すくなくともその「予兆」が言われるようになっている、という指摘がある。⁸³⁾この論者は、2000年以降の最高裁憲法判例の限界として、「表現の自由」に関する判例では最高裁判所が積極的に行動しているとは必ずしも言えないとしながらも、「表現の自由」に保護的な判決をまったく下していないわけではなく、最近でも、法の見解の表明は意見・論評の表明にあたり名誉毀損とはならないとした2004年の『脱ゴーマニズム宣言』事件判決を例として挙げている。⁸⁴⁾

82) 最大判昭和31年7月4日民集10巻7号785頁（謝罪広告事件）。

83) 市川正人「憲法判例の展開」公法研究77号2頁（2015年）。藤田・前掲注8）228頁以下も参照。

84) 市川・前掲注83）15-16頁。同19頁では、2000年以降に最高裁判所の違憲審査権行使について「変化」が生じた背景として、世界的には冷戦の終結、国内的には「55年体制」の崩壊といった社会的・政治的变化が挙げられ、憲法訴訟の性格あるいは持つ意味が変化するとともに、世の中の考え方の変化を受けて最高裁裁判官の意識が変化してきたように思われる、とする。

当然のことながら、一方では、「変化」であるとまでは言えない、と評価することもできる。他方では、「変化」の兆しが現れた、「変化」の可能性が出てきた、と評価することもできるように思われる。その判断は、名誉毀損事件に関する今後の最高裁判所の判断の積み重ねによって明確になっていくであろう。

(4) 最高裁の「変化」の背景

かりに、最高裁判所の判断に「変化」があるとすれば、その背景は何であろうか。本稿では、3つの観点から検討する。

まず第1に、政治的・社会的環境の変化である。20世紀末、世界的にみると「東西冷戦」が終結し（1989年）、国内的には戦後長く続いた「55年体制」が崩壊する（1993年）⁸⁵⁾といった社会的・政治的変化があった。それは、世界的にも国内的にも緊張感の伴った秩序維持のくびきから一定程度、解かれるものであり、さまざまな「変化」をもたらすものでもあった。2008年から2012年まで最高裁裁判官をつとめた宮川光治は、1970年代のころと比較して最高裁判所は「明らかに変わった」とし、その背景として「時代の変化」があり、冷戦構造の終焉、革新勢力の退潮、ポスト産業社会・成熟社会における社会全体の保守的な安定を指摘している⁸⁶⁾。また、堀越事件の控訴審判決では、「国際的にはいわゆる冷戦状態が終結し、国内的には左右のイデオロギー対立という状況も相当程度落ち着いたものとなっている。加えて、政治的、経済的、社会的なあらゆる場面においてグローバル化が進み、何事も世界標準といった視点から見る必要がある時代となってきたことも、国民は強く認識してきているとみられる。このように国民の法意識は、……大きく変わったというべき⁸⁷⁾」と指摘している。こうした政治的・社会的環境の変化、また、国民の法意識、考え方の変化を受けて最高裁判所の裁判官の意識が変化した可能性⁸⁸⁾がある。

また、曾我部真裕「表現の自由の現在」法セミ 674 号 17 頁参照。

85) 「東西冷戦」および「55年体制」については、山田隆司『戦後史で読む憲法判例』102 頁以下、19 頁以下（日本評論社、2016 年）参照。

86) 宮川光治「時代の中の最高裁判所」自正 64 巻 6 号 20 頁（2013 年）。

87) 東京高判平成 22 年 3 月 29 日判タ 1340 号 105 頁・堀越事件控訴審判決。

88) 市川・前掲注 83) 19 頁参照。

藤田・前掲注 8) 225 頁以下では、1990 年代以降の世の中での考え方の変化を最高裁裁判官自体が感じてきたことが最高裁判所の「変化」の原因の 1 つと指摘している。

第2に、最高裁判所裁判官の構成の変化である。最高裁判所は1947年の発足以来長らく、大日本帝国憲法（明治憲法）下の法学教育を受けた裁判官らによって構成されたが、徐々に「表現の自由」を重視する日本国憲法下の教育を受けた裁判官が増加し、2000年前後にはその主流を占めるようになった。たとえば、1997年のロス疑惑訴訟「夕刊フジ」事件判決に関与した5人の裁判官（園部逸夫、大野正男、千種秀夫、尾崎行信、山口繁）は、すべて1950年以降に大学法学部を卒業している。実証的な根拠を示すまでには至らないものの、戦後教育を受けた裁判官は、「表現の自由」についての考え方が明治憲法下で教育を受けた裁判官たちと一定程度、異なることが推察される。こうした裁判官は「表現の自由」をより重視した考え方をとり、それが判決の判断に「変化」をもたせた可能性がある。⁸⁹⁾

第3に、「表現の自由」に関する環境の変化である。とりわけ、インターネットの急激な発達が指摘できる。もともとアメリカ合衆国国防総省によって1969年に構築されたインターネットは、その後、民間に開放されるなどした結果、1990年代以降、劇的に拡大したとされる。日本においても、2000年以降、ブロードバンドによる常時高速接続が一般的になり、急速に普及・発展した。⁹⁰⁾

先述した堀越事件の控訴審判決では、「国民の法意識の変化を推し量る時代の進展や政治的、社会的状況の変動を見ると、猿払事件判決以降今日まで、我が国においては、民主主義はより成熟して、着実に根付き、その現れとして、国民の知る権利との関連でいわゆる情報公開法が制定され、あるいは、インターネットに見られるように、情報化社会が顕著に進展し、非民主的な国家における言論の自由の制限等の情報にも日々接触する中で、国民は、民主主義を支えるものとして、表現の自由がとりわけ重要な権利であることに対する認識を一層深めてきている」と分析している。⁹¹⁾

また、「表現の自由」の分野においては、かつては情報の「送り手」であるマス・メディアと情報の「受け手」である一般国民との分離が顕著になったため、

89) 藤田・前掲注8) 225頁以下では、最高裁調査官の世代が改まり、新しい教育を受けていることが最高裁判所の「変化」の背景にあると論じている。

90) 松井茂記『インターネットの憲法学（新版）』1頁以下（岩波書店、2014年）参照。

91) 東京高判平成22年3月29日判タ1340号105頁・堀越事件控訴審判決。

表現の自由を一般国民の側から再構成する必要があるなどと主張されてきたが、⁹²⁾そうした環境が急激に変化している。すなわち、インターネットを利用すれば、一般国民の側が容易に情報の「送り手」となるわけであり、こうした「表現の自由」に関する環境の変化に伴って、最高裁判所の裁判官の意識が変わり、その判断にも影響を及ぼしている可能性がある。

(5) 最高裁の「変化」は「表現の自由」に資するか

最高裁判所に「変化」があるとすれば、それは「表現の自由」に資するものであるのか。たしかに、「表現の自由」保障に重きを置いたとみられる判断も、具体的な事例に即した結果でしかないということもできる。しかしながら、2000年前後以降の一連の最高裁判決を分析すると、「表現の自由」保障を重視する姿勢は、定着しつつあるようにも見える。「相当性」を認める2つの判断や「社会的評価の低下」を否定する判断は、マス・メディアなどが公人に関する名誉毀損的表現を公表するに当たり、表現を萎縮させる可能性を減じ、結果として「表現の自由」に資するものであると評価しうるように思われる。

2002年のロス疑惑配信記事訴訟（最2小判平成14年3月8日裁判集民事206号1頁）における梶谷玄裁判官の反対意見では、次のように判示している。「民主制国家は、国民が一切の主義主張を表明するとともにこれらの情報を相互に受領することができ、その中から自由な意思をもって自己が正当と信ずるものを採用することにより多数意見が形成され、かかる過程を通じて国政が決定されることをその存立の基礎としているから、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならない、報道機関の報道は、国民に重要な判断の材料を提供し、国民の「知る権利」に奉仕するものである……。そして、当審の判例は、正当な表現行為をしようとする者を萎縮させることが表現の自由を不当に制限する結果をもたらすことを認識し、公権力が取材を含む報道活動を萎縮させる危険を生み出さないように、大きな注意を払ってきた」。

また、テレビ番組に出演した弁護士が特定の刑事事件の弁護団を構成する弁護士について懲戒請求をするよう視聴者に対して呼び掛けた行為が、不法行為

92) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第6版〕』176頁（岩波書店、2015年）。

法上違法なものということはできないとした2011年の最高裁判決（最2小判平成23年7月15日民集65巻5号2362頁）における千葉勝美裁判官の以下の補足意見に耳を傾ける必要がある。

「刑事事件の弁護活動といえども、あらゆる批判から自由であるべき領域ではなく（今日の社会において、およそ批判を許さない聖域というものは考え難いところである。）、公の批判にさらされるべきものである。その際の批判等に不適切なもの、的外れなものがあつたとしても、それが違法なものとして名誉毀損等に当たる場合であれば格別、そこまでのものでない限り、その当否は、本来社会一般の評価に委ねるべきであり、その都度司法が乗り出して、不法行為の成否を探り、損害賠償を命ずるか否かをチェックする等の対応をすべきではない」。

四 おわりに

名誉毀損事件に関する「表現の自由」を重視した最高裁判所の判断の「変化」は、現段階においては「兆候」が出たものにとどまり、「傾向」にあるとまで言うことがまだできないかもしれない。しかしながら、本稿において検討した諸判決は、今後、名誉毀損に関する最高裁判所の判断に新たな「変化」が起きる可能性があることを充分に感じさせるものである。それは、表現を萎縮させないための名誉毀損の成否の枠組み提示である場合と、名誉毀損の成否の具体的判断において「表現の自由」に重きをおく場合とがありうる。今後も、名誉毀損に関する最高裁判所の判断を、「表現の自由」と「名誉権」の調整の観点から注意深く見守り、「表現の自由」に手厚い判断がなされていないかどうかを具体的な事例について分析を重ねることによって判例の「変化」をつかむ努力を続けていきたい。

* 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〉

自由主義国家

— R. ポランの政治哲学 四 —

白石正樹

目次

- 一 自由主義と主権
- 二 諸権力の多元主義
- 三 自由主義と「国家理性」
- 四 自由主義と国際関係

一 自由主義と主権

自由主義国家の只中において公権力、権利上の諸権力、事実上の諸権力と、諸個人の諸々の自由との間に存在する諸関係をそれらの最も理に叶った比率で規定しようと試みつつ、レーモン・ポランはこれまで行ってきた諸々の分析の最終的な政治的結論に到達し、かつ、それらを一つの教説の集成のうちにまとめようと試みる。—— まさしく自由主義的な体制とは、現代では何でありえようか。明らかなことに、ポランが規定しようと試みた理性的自由主義は、いかなる仕方でも、自由の語の損なわれた諸意味を乱用することはできないし、また、すべてをなす自由、つまりどんなことでもなす自由に賭けて、自由主義を放任主義 (laxisme) とアナーキズムへ向けて漂流させることもできない。自由主義者は、権力に抗する哲学者ではなく、不可避的な政治的共同体の只中において諸権力と諸自由の間、公的なものの要請と私的なものの擁護との間、に理に叶った調和を打ち立てる人間なのである。

もし公権力とその限界が問題であるならば、この問題が最も明確にピントを合わされうるのは「絶対的主権」 (souveraineté absolue) の観念をめぐる伝統的論争に関してである。賢者ロック自身は、彼がどれほど揺るぎなくどれほ

ど有効性に気づかったとしても、主権の語まで用いないようにしていた。主権者 (Souverain) という用語は、しかしながら、ポランによれば、必要不可欠な公的機能を示している。—— 国家においては、つねに存続する不確実性と無際限な蓋然性のあの空間の中で、政治生活の中で、あらゆる入手可能な情報が集められ、あらゆる審級が相談され、あらゆる立論とあらゆる仮説が検討されたとき、一つの制度が、そしてそれが具現される人間が、決定的に、かつ最終的に決定する権力をもたねばならない。これこそが絶対的主権である。自由主義的であってもそうでなくても、一つの体制は、この種の主権の行使を巧みに避けることはできない。われわれは毎日それを観察している。

主権は、政治的共同体のなかで、共同体の政治について最終的に決定する正統的権利として認められた権力、すなわちジャン・ボダンにより「至高かつ絶対の」ものとして示された「一権力」、を所有する者に属する。しかし、主権的決定の二つの類型を区別するのが適当である、とポランは考える。——

一方において、「主権者」にとっては「法律を定め、権利を定めること」が重要である。全能なる公的力（警察力）を正統に使用する「主権者」は、一つの権力によって、または技術の意味で「絶対的」—— すなわち「法律から解かれた」(absolutus a legibus) —— 権利によって、法律を制定する。彼の権力は、彼が法律を作るので、法律を超えている。それはだからといって恣意的権力あるいは専制的権力ではない。もし彼が法律によって正と不正を定めることができるとすれば、それは彼が共通利益を目的とすることを職務とするからである。彼の本来の利益は共通利益と同一視される。もし彼が権利を定めることができるとすれば、それは彼がその遂行を保証し、かつそれに背く行為を罰するからである。彼はそれらを適用する権限を共同体の諸制度に委譲するが、それらを彼の名において施行させる。—— すなわち「王の名において」、「フランス人民の名において」のように……。法律を制定するとは、法律によって決定することであり、それは以前の法律を廃止し、法律に付け加え、新しい権利の状況を作り出すことである。

他方において、「主権者」にとっては「特別な場合に決定すること」が重要である。(それはその特別性を除いて、必ずしも例外的であるとは限らない。例えば、恩赦権の行使、宣戦布告)。決定するということ、決心、は政治的領域の性

質しだいである。この領域はその複雑さ、その理由やその結果の極度の多様性、その追い求められる効果の傍らでなされる決心の、予期せぬ、ときには歪んだ効果、によって特徴づけられる。決定者の情報は決して満ち足りた完全なものではない。彼の決定に影響を与える諸価値は必ずしも一貫していないし、とりわけ彼は自由の可能な人々を相手にしているのである。かれらの振舞いはある程度の確率でしか予測しえない。政治的人間の決定は、必然的にリスク、冒険を含意する。集められたデータの総和と決定することとの間には不確実性と無知の空隙があり、最終的に決定する（彼が至高の地位を占めるのはその意味においてである）ところの「主権者」は、その空隙を飛び越えなければならない。それは自由の領域であるので、可能な科学が存在しない領域において、「主権者」は自由な行為によって、一つの自由な決定によって、締めくくられなければならない。それこそが主権である。²⁾

『主権者』はつねに一つの人格である。なぜなら、ひとり人間のみがそうしたものとして省察、合理的で理にかなった計算、の可能なもの、だから自由 (liberté) の可能なもの、であるから。(省察、すなわち自分自身から離れ、距離をおき、自分を考える技術は、すでに解放 libération である。) ひとり人間個人のみが決定する能力、決定するのに必要な素質、を所有する。人々の一団、合議制の執行評議会、または、それを象徴的な法学的な『人格』にするほどまでに集合体の統一性を主張することにあてられた人工物 (artefact) たる、道徳的人格、公的人格の設立が問題であろうとも、結局、決定をもたらすのは、つまり実際に決定するのは、一人の人間、または幾人かの人々である。³⁾ ポランによれば、ひとが国家は主権者であるというとき、ひとはそれが他のいかなる公権力に対しても独立していると言おうとしているのである。だが、国家のなかでは、最終的に決定し、こうして主権的権力を行使するのは、ある一定の制度、またそれを具現する人間、またはそれを動かす人々の結合である。

しかし、絶対的主権と、無制限な主権 (la souveraineté illimitée) — どんな基礎の上にそれが打ち立てられていると主張しようとも、自由主義が根本的に非難するところの — とを区別しなければならない。すべてをなす権力は、どんなことでもなす権力である。唯一人の権力、または一集団の寡頭制的権力、またはいわゆる「人民」の権力が問題であろうと、法律を欠き、制御を欠いた、

あらゆる無制限な主権は、恣意的権力を行使する。すなわち、諸制限への、一つの秩序への、一つの至高の法への準拠がないので、あらゆる無制限な主権は、すべての方向づけとすべての意味を失う。それは本性により、まさしく常軌を逸している。

もし権力が欲望と同じ広がりを持つるならば、それは絶えずどんな気まぐれの餌食でもありうる。いかなる人間的意志も、一人の人間の意志も一人民の意志も、正統に無制限であると見なされることはできない。別の仕方ですう言うために、次のことを思い起すのが望ましい。——一つの自由は、それが権利に変えられるとき、他者の自由もまた権利に変えられるということによってでしかないとしても、限定され、制限される。しかし、どんな無制限な自由も、権利に変えられるわけではない。無制限な勢力、すなわち、主権を要求する一人の人間または一集団の無制限な自由、は不当なものでしかありえない⁴⁾。

まったく反対に、それがどれほど強力であろうと、自由主義的政治権力は、政治的共同体の中に維持すべき一秩序をめざして、また、至高の法の庇護の下に一秩序をめざして、一つの秩序の枠組みの中で行使される。それらの秩序が自由主義的であるために、それらは理性的でなければならない、言い換えれば、それらは共同体のすべての大人のメンバーにとって理解しやすく正当化しうるようなものでなければならない。ポランは、それらの秩序が合理的 (rationnels) であるべきである、と言うのではない。というのも、政治的共同体は機械ではないから。ポランは、それらが理性的 (raisonnables) であるべきである、と言うのである。というのも、自由と理性の可能な、だがまた情念も可能な、無限に多様で不平等な賜物をもった不完全でありうる人間たち、社交的で善良でありうるが、また社交的で劣悪で邪悪でありうる人間たち、の生活を整序することが問題であるから。

自由主義的体制の特性は、そのような秩序が、ある何らかの政治的秩序を配置するために、またそれを擁護するために、それを事態の推移に適合させるために、それを保持するために、共同体の全体によって統治者たちに与えられた使命、信頼、のうちに示されることである。かかる使命は、統治者たちに諸目的 (des fins) を割当てて。しかし、自由主義の究極目的 (la finalité) のパラドックスを思い起さねばならない。自由主義の最終的な諸目的は、政治が到達

しうる固有の意味で政治的な諸目的を越えたところに位置する。——それらは、道徳的な諸目的、すなわち共同体を構成する諸個人の賜物、諸能力の、かれらの相互的な理解と尊重における、最も完全な最も高邁な遂行である。各人の諸自由と賜物のかかる最も完全な遂行は、各人における彼の卓越性すなわち徳であり、それは各人の諸徳や諸作品の調和的發展と切り離せない。これは割当てられた究極目的が、結局、一つの文化的究極目的、まさしく豊かに高邁に人間的である文化を創出し発展させるのに寄与する技術であるということである。政治の目的は文化であり、そしてそれはまた、一つの歴史、かかる文化の特殊な歴史、の中に刻まれる変動する円環における文化の表現である。

たいそう明らかなことに、諸個人によってしか遂行されえないかかる究極目的は、政治、および政治的人間の、手段や掌握を越えている。自由主義はそのことを知っている。しかるに、全体主義は、己が人間たちを善良に、有徳に、幸福にすることができる、または、実質的自由で、自由にすらすることができる、と主張しうるだろう。自由主義が統治者たちに割当てる、まさしく政治的な究極目的は、仲介的な究極目的である。——それは、諸個人の自由の行使、およびかれらの賜物や諸徳の遂行、を可能なものとする諸条件、諸状況を対象とする。それはこうして、かれらの諸情念の満足を可能なものとしうる。しかし、それはつねにかれらを、その本質的な不満足に委ねておく。幸福は、政治的事柄⁵⁾ではないのである。

したがって、ポランは、自由主義の政治的諸目的は厳密に形式的であるとした。——かかる諸目的は、市民たちの諸自由、諸能力、および諸情念の行使の形式的諸条件に、すなわち、ある人々の自由、才能、および情念と、他の人々の自由、才能、および情念を両立しうるものにする形式的諸関係に、かかわる。この形式的諸条件は「政治的正義」の名の下に整序されるが、その基本的主題は、個人的諸自由の尊重、かかる諸自由がそのうちに具現される財の尊重、諸関係の調和的相互性、共同体の擁護および共通利益の追求における、統治者と市民たちの相互的な諸サービスの決定である。たんに諸個人自身の自由のみがかれらの各々のためになしうることを、国家がかれらのためになすと表明しうるようなあらゆる意志は、反-自由主義的である。かかる意志は、各市民の反省的で、理性的で、責任ある自由の力を侵害する。

国家の本来の意味での政治的な使命に、近代国家においては、財政、経済、生活の社会的諸条件、教育に関する幾つかの公的な諸サービスが付け加えられないわけにはいかない。そうしたさまざまな領域、またより一層、文化の領域において、国家の使命は、何よりもまず調停、長期的な予測、それに全体のために、情勢によって強いられる移転や変化に対する激励、釣合わせ、援助、そして最後に、制御の使命である。国家は己自身で、できるだけ最も少なく管理しなければならず、つねに広がる行政の任務、決して十分に抑えられない官僚の任務を、最小限に削減しなければならない。諸個人によって、またかれらの諸結社によって、私企業によって、遂行されうるすべてのことは、徹底して国家の領域から排除されなければならない。国家は、公益に必要な、また社会的自由主義の善用に必要な、諸任務が、私企業によって引受けられないところでのみ、介入すべきである。国家の権力と、その遍在性 (omniprésence) を、つまり、その四方八方に広がる救い主のような性格を、混同してはならない。たいそう非人間的に圧制的な、化け物のような全体主義国家は、その無制限な権力にもかかわらず、すべてのものの中で最も無能で最も悲惨なものである。

それに反して、己に与えられる使命の範囲内で、自由主義国家は政治的にたくましい国家でなければならない。それは己の使命の遂行に必要な諸手段を意のままに用いねばならない。―― 対外的に、政治的共同体の防衛を保証し、諸国民の間で己の権威を行使するために、また対内的に、「正義」、安全、平和を行き渡らせるために。もしそれがその有効性で判断されるならば、なおもそれは、その諸手段をもたなければならない。正統的な暴力の独占は、国家に属するのである。国家が創られたのは、私的諸自由の間に、だから、私的諸暴力の間に、正しく理に叶った一秩序を君臨させるためである。公権力には己の使命を遂行することが属しており、このことは、それがどれほど自由主義的であろうとも、効果的にそれを使うことにある。国民の繁栄を保証することがその管轄に属さないとしても、法的状態 (l'état de droit) を配置し擁護することは、国家に属している。かかる法的状態は市民たちに、そうした繁栄を創り出し、かつそれを安全に享受するのに寄与することを可能ならしめる。理性的諸自由の保護を保証するために、諸自由が諸権利に変えられ、法的状態が設定されるまさにそのとき、自由主義が生まれる。かかる法的状態は公権力に、それを己の正義

の中に規定し、かつそれを擁護する使命を与える。⁶⁾

自由主義は、そして、とりわけ自由主義国家の市民たちは、法的状態がまた義務の状態であることを理解するのにより多くの時間をかけるだろう。——ひとがそれらを行使すべく義務づけられる限りにおいてしか、真の諸権利はない。ここには「実質的諸権利」の教説の、予感された、だが変形された、真実がある。「諸自由 (Les libertés) は、たんに諸々の可能性、諸々の使用権、であるのみでなく、また、遂行すべき人間的な諸義務、諸任務、つまり、各人がその能力のある可能な作品を実現すべき諸責務である。」⁷⁾ 法的状態は義務の状態、整序され推しはかられ理に叶った仕事と闘争の状態であり、そこでは、各人は己の好みのままにでないとしても、少なくとも自由に十分な時間をかけて、己をつくることを任務としている。国家はまさしく人間文化の創造には適さない。しかし、法的状態と義務の状態を保証しつつ、国家は国民文化の継続的創造——その間接的で究極的な使命——を可能なものとする。何かにつけて、あらゆる種類の権利、「自らの諸権利」、を要求する人々は、あらゆる権利が一つの義務を負わせること、あらゆる権利は一つの義務であること、を知らねばならないだろう。

ひとは自由主義を待って、人間の支配の代りに、法の支配を用いなければならない、と公言したのではなかった。しかしながら、ひとはやがて、圧制的権力が法律の手段によって行使されうること、また、法律による圧制は完全に実現可能であること、に気づいた。法律はいわゆる極悪のものでありうる。そして、自由主義者たちこそが、諸自由の擁護は、権力の座にある人々に依存せず、かつ、かれらの勢力の範囲を限定する、基本法の存在と結びついていることを示した。自由主義者たちは進んで、それが憲法の形で作成されることを要求しつつ、かれらの基本法への配慮を発展させた。幾つかの国は、成文憲法ということに極端に執着する。憲法の字句の厳密さは、実際、十分貴重でありうる。しかし、自由主義は、もしそれがたんに文章に関する屁理屈に依存するならば、調子が悪いのである。憲法の文章が複雑であればあるほど、それだけそれは有益でない。重要なのは、実際、一つの文化の伝統と傾向に刻まれているような、習俗の中に表れているような、深い国民的コンセンサスによって課される傾向のあるような、基本法の精神である。⁸⁾

最後に、ポランは、主権 — それは絶対的であるが、恣意的であってはならない — の制限をはっきりさせるために、自由の精神の刻まれた一つの至高の法の必要性を説いている。⁹⁾ すなわち、自由主義がいかに一方では賢明な信頼の政治であり、他方では立憲政治であっても、人間たちはかれらが現にあるままであるので、つまり、かれらの自由を良く用いると同様、悪く用いることができるので、自由のあらゆる体制においては、侵してはならない堅固な一つの至高の法 (une loi suprême, intangible, infrangible) がすべての人によって尊重されるのでなければならず、かつ、どこからそれが発するのであれ、主権的意志に課されるのでなければならぬ。例えば、あらゆる自由主義的な成文憲法は、「前文」(préambule) として、市民たちの間の、また諸権力の間の、諸関係を規制する、あの「正義」の至高の諸原理の説明を伴わなければならないだろう。また、ひとはアメリカ合衆国憲法の「権利宣言」(Déclaration des Droits)¹⁰⁾ のことを考えることができるだろう。ただしポランは、そうした諸原理は、国民的コンセンサスによって課された諸伝統の理性的解釈のうちに、その源泉とその基礎を見いだすべきであるとする。最も完全な絶対主義的諸体制においてすら、そのような法が課されていた。フランス王は神の法、「正義」の神的かつ自然的な法、を尊重し、そして、彼の臣民たちの福祉に尽くすと宣誓していた。

自由主義の究極目的を規定しつつ、ポランは、かかる法の精神、主権的権力の諸目的、諸制限および諸義務を規定する。その巨大な権力に直面した、かかる至高の法は、その権力に、私的な人格の高邁なる実現と個人的な基本的諸自由の尊重とを目的とすることを課すのである。基本的諸自由とはポランによれば、自分自身で考え判断し信じる自由、正当化や検査なしに往来する自由、もしよければ、自分の財産をもって他国に移住する自由、思うままに、かつ自分の隣人の諸自由の尊重において行動する自由、最後に、それなくして自由がむなしく空虚な口実にすぎない、自分の身体と自分の財産の所有のうちに具現された自由である。自由主義の至高の法は、それらの自由が不可譲であり、かつ時効にかからないことを宣言する。 — それは、至高の権力に無条件に課されるのである。¹¹⁾

かかる自由主義の至高の法は、理性的であると同時に、聖なるものである。

それが理性的であるのは、一市民が自由主義的な政治的共同体に参加するための最初の条件は、彼が己のあらゆる反省的自由をもって、理解し判断しかつ信じていることができることであるからであり、そうしたことが自分の生活と自分の同胞たちの生活の最も理に叶った条件であるからである。自由主義者の祖国は、各個人にとって、己の反省的で理性的な自由が発展する土地なのである。

かかる至高の法は、また一つの聖なる法である。それが聖なるものであるのは、それが犠牲の対象になりうるからであり、それが聖なるものにされるからである。それは実際、市民たちに、もしそうせねばならないならば、かれらがそれに、かれらの他のあらゆる価値、かれらの他のあらゆる財、そしてかれらの生命までも捧げることがを要求する。それは政治的共同体のあらゆる財の原理、源泉、そして、各市民においては、そうした資格での人間のあらゆる財の原理、源泉、でないか。

長い間、西欧では、国家 (cité) の聖なる法は、神的法を、かつ神への普遍的信仰を、抛り所とすることができた。現代では、たいそう強力になった世論は、全員一致的に宗教的であることをやめた。なおもかれらの国家 (cité) の聖なるものの意味を、かれらの神への信仰に、かつ神的な聖なるものの聖性に、基礎づけようような恩寵を受取った人々は幸福であろう。そのような人々が多数いる国々には、たくさんの幸運がある。しかし、信者であろうがなかろうが、あらゆる市民は、かれらの他のあらゆる確信の向こうに、またその上に、自由主義的な政治的共同体の至高の法のうちに刻まれる、あの「自由の精神の聖なる価値」を認めなければならない。なぜなら、それは、己のうちに自分の人間的存在と市民的存在の靈感を感じる、各人の心の中に刻まれているから。

人間の自由はまた、一つの彼方であり、それはまた、もう一つの秩序に属している。ひとはまた、それについて、それは超越的であると言いうる。そうしたものが自由の至高の法 (la loi suprême de la liberté) である。あらゆる聖なるものは、信仰の対象であって、知識のそれでない。聖なるものとの遭遇が、非常に人間的な不確実性によって取り巻かれていることは、事物の自然に合致している。統治者たちと市民たちの忠誠は、諸個人の利益と共通利益を分かち、計り知れない距離を飛び越えなければならない。——したがって、至高の法、共同体の聖なる法、の承認は、もしそうせねばならないなら、犠牲にまで

進むことができないからではない。諸権利と諸義務のそのような状態においては、これが至高の義務なのである。¹²⁾

二 諸権力の多元主義

自由主義の哲学は、ポランによれば、人間的事物の本性にたいそう適合しているように思われる。それは理に叶っており、すべての人の自由と可能な最良の発展に寄与することをそれほど気にかけ、また、市民たちの間の権利と義務、利益とサービス、の相互的体系を配置しようと努めることをそれほど気にかけるので、この哲学は、すべての人にとって自明であらねばならないだろう。

しかし、自由主義者たちはまた、かれらが、たいそう不平等な知識とたいそう異なる社会的情念を賦与された、自由で不完全な人間たちとかかわること、また、羨望、所有欲、支配欲が問題であること、を知っている。かれらは、自由の使用とそれが含意する自己責任とは、怠惰、安易さの嗜好、無気力が勝っている人々の気持ちをくじくのに適した、つらくて困難で冒険好きの任務であることを知っている。自由主義者たちは、だから、つねにそれ相応に、政治的共同体において行使される権力に対して、たんに理論的諸制限のみでなく、実際の諸制限を与えることを気にかけていた。かれらはつねに、対抗権力を構成し、そして、国家を諸権力の均衡の上に基礎づけようと試みた。かれらはすでに、共同体の政治的現実の中で、しかるべき場所に、諸個人、諸集団または共同体自体の掌中にある、事実上の諸権力の大きいなる多様性を見いだしていた。

自由主義者たちの第一の任務は、こうして、私人たちの権力に法的地位を与えつつ、個人的諸自由を権利に変えることであった。その第二の任務は（だが、それはなおも未完成な任務であるが）、事実上の諸権力を権利上の諸権力に仕立て、それらの間に、また公権力に対して、一つの理に叶った均衡を保証することであろう。—— この次元では、つねに暴力的存在をもつ恐れのある事実上の諸権力に、一つの存在と、諸制限、法的諸義務を与えるために。¹³⁾

1 諸権力の均衡

公権力は基本的に調停的権力（une puissance arbitrale）である、とポラ

ンは言う。主権者は、まず何よりも支配者でなく、まず何よりも調停者である。しかし、その調停を行使するために、なおも彼は、己に基準と規則を与えねばならず、また、己の判決を実行させる権力を意のままに用いねばならない。

そうした異なる諸作用が同一の手によって実行されねばならないと考えていたホブズズの教説に反して、自由主義者ロックは、幾つかの種類の国家権力を区別していた。―― 議会が、国王とその顧問官たちと向き合う臣民たちの総体を代表するところの、近代国家の働きの諸条件を考慮に入れつつ。すなわち、彼は、彼の目には至高の権力である立法的権力、調停者と判事の役割に専心した司法的権力、それに、モンテスキュー以後、執行的と称された権力、の存在を認めていた。ロックは、そうした異なる機能を区別していたが、彼は徹底的に対応する諸権力を分離しなかった。

モンテスキューとともに、ロック的自由主義は、諸権力の徹底した分離の理論 (théorie de la séparation) に、諸権力の均衡と相互的制御の理論 (théorie de l'équilibre et du contrôle réciproque) を付け加えつつ、その完成点に達したと思われていた。¹⁴⁾ 実のところ、ひとは、モンテスキューによって述べられた第一の理論を文字通りにとることはできない。―― モンテスキューがそれから着想を得た、イギリスのモデルに関してすらそうである。また、したがって、第二の理論も文字通りにとることはできない。

執行権は、他のどんな権力も参加しない諸機能を実行するように思われるが、しかしそれは、行政 (administration) の干渉を考慮していないのである。行政の継続性と能力とは、たいそうしばしば統治者たちの自律を侵している。

立法権 ― ロックは「議会の中の国王」(King in Parliament) と述べていた ― は、大部分の法案の作成者たる執行権と、それを修正し、かつそれを採択するかまたは否決することに限られる、厳密な意味での立法権の間の、明らかな協力の結果である。

反対に、立法権によって、政府の諸行為に関して経験に基づいて (a posteriori) 行使される制御 (監督) は、二つの権力の相互的な瓦状の重なり合いを示している。

最後に、司法権が執行権によって指名されようが選挙されようが、ひとは、政府権力に対する司法権の独立を保証するために、行政的措置しか当てにしえ

ない。実際、司法官たちのキャリアは、なされた用心にもかかわらず、政府の圧力が働きうる弱点のままである。またも、ここで重要なのは、法規以上に、伝統の力と人々の徳である。

しかし、その代りに、どれほどモンテスキューは、精神において正しいことだろう。歴史は、ひとが議会体制 (*un régime d'assemblée*) と称するものが引き起す、諸々の弱さと無秩序、また無能を示した。その体制では、議会の主導権、諸決定、および差し出がましい監督が、政府を弱らせ麻痺させる。そのとき、行政こそがどうかこうにか公務の進行を確保する。反対に、執行権が立法議會を登記の議院に変え、その監督権力を憔悴させるとき、少しでも権力の座にある人々が、かれらの職務に必要な諸徳を欠いていて、かれらの劣悪な情念に身を委ねるならば、ティラニーへの道が開かれる。執行権と立法権が同じイデオロギーによって動かされ、そして国家を一つの圧力団体の支配下に置く傾向があるとき、最悪のことが可能となる。かかる圧力団体が、憲法の陰に隠れて、社会、経済、文化、それに国家自体を覆す、あらゆる合法的手段を掌握してしまうのである。

ひとはそこから次のように結論しうる。——あまりに統一された政治権力は、そのことによって全能な権力 (*un pouvoir omnipotent*) となり、かかる権力はその勢力に応じて、それが受け取った使命を、また憲法的規則を、免れてしまう。それは、永続的なクー・デターの可能な、潜在的に圧制的な権力である。要するに、それは、どんなことでもなすことを決めることができる、革命的権力になる。かかる全能な権力は、たとえそれが合法的権力、法律に合致した権力、であると主張しうるとしても、定義上、不当な権力である。そのこと自体によって、それは国家の中に不当性の状況を導入する。その時から不当な暴力を行使するので、それは、己に向って暴力的抵抗を引き起す傾向がある。それは内乱への道を開く。

最後に、ときどき、そしてたんに革命的時期だけでなく、司法権と政治的なものの間につくられる奇妙な結託に注意を促さねばならないだろう。自らのイデオロギー的な熱意に押し流されて、幾人かの司法官は、かれらが適用すべき法律がかれらに差し出す大きな解釈の余地を乱用して、かれらが打ち立てる法解釈を政治化してしまう。かれらは立法者の明白な意図をたいそう軽蔑する

ので、ひとは、かれらが立法権の行使を侵していると言いうる。お分かりのように、司法権の独立は、政治的なものの外的な浸食（越権）に対して、だがまた、内的な政治的影響に対しても、主張されなければならない。

自由主義的体制において、裁判官は法律をつくらない。彼は法の名において判決を下すのであり、たとえ彼の良心が法律と対立するとしても、他のあらゆる市民と同様、法律に従わなければならない。彼はたんに、法律を変更させようと試みうる、または彼は辞任しうる。いつものように、自由主義は、諸制度の形態よりも人々の徳を、また法律の厳格さよりも習俗の厳格さを、一層頼りにする。司法権は、勢力としてでなく、サービスとして、また義務として考えられなければならないのである。それは一つの職務であるが、しかしこの用語は、美しいラテン語のオフィキウム (officium) が備えていた、道徳性、徳、¹⁵⁾ 献身、よくなされた任務の尊重、のあらゆる重みを取り戻さなければならない。

そうしたさまざまな考察に続いて、ポランはかくして、諸権力の分離および均衡という自由主義的体制における古典的教説の代りに、より柔軟で、かつ現代の習俗に、また既定の経験に、よりよく一致した、一つの教説を用いるように導かれる。

第一に、諸権力の実現不可能な根本的分離の代りに、ポランは、諸権力の可能な最大の独立の法を用いる。それは諸権力の憲法的区別と同様に、諸意志や習俗に起因する独立である。

第二に、国家の三権力の均衡と制御の代りに、ポランは、一方において、諸政治権力の複数性の承認、他方において、諸対抗権力からなる体系の構成、を用いる。後者は、しかしながら、それらの調停や決定の権力を、執行的および立法的審級に委ねることになる。

統治者たちの執行権力の傍らに、事実上また権利上、行政の権力、シビル・サービス (civil service) の権力、を認めなければならない。最も高い次元で、たとえ調停し、方向づけをし、かつ最終的に決定することがもつばら統治者たちに属しているとしても、情報を提供し、執行の諸手段を提案し、可能なものと不可能なものの限界を示し、かつ執行に従いつつ、行政官たちが、その能力、経験、職務の継続性によって、政府の行動の中で大きな役割を果たすのである。サービスの善、また慎みの義務に伴われたかれらの忠誠が、かれらの行為の厳

格な規則でなければならないと同時に、かかる役割が認められ、かれらの独立が保証されなければならない。この事実上の権力は、徹底して、国家の有効性とその継続性に対してと同様、国家の慎重さと穏健さに貢献しなければならない。

すでに見たように、他方で、近代国家は、国家の古典的な政治的諸機能の傍らで、財政的な、また税務的な機能のような補足的諸機能をもち、次いで、コミュニケーションの大規模な手段、公教育、文化的保護、たくましい産業的企ての世話をし、また、経済的組織や社会保障に大変尽力するように導かれてきた。最も純粋な自由主義でさえも、そうしたあらゆる負担を、私的発意に返すことはできない。

しかし、自由主義者たちの役目は、中央集権化された巨大な官僚体制を拒否し、そして大胆に地方分権化しつつ、分権化された諸構造 — ひとがそれらを地域または地方、県、市町村のどんな名前と呼ぼうとも — に、税務の資源と決定の諸手段、対応する制御の諸手段を割当てることによって、経済、国土整備、教育、文化の諸領域における大きな責任を取り戻させることである。そうしたさまざまな領域において、諸地域の自律は、国家がそのために作られていない諸機能の餌食となった国家の遍在性を除去しつつ、権利上の好都合な対抗権力に仕立てられるだろう。たしかに、国家の諸権力は、本来の意味で政治的な諸機能を行使する排他的特権を、また、それらにとって必要な諸手段の使用を、保持する。国家の役目は、地方的諸権力の間で調停すること、それらの側面的諸権力とともに、調和的で効果的な協力体系を調整し組織すること、また国家の法律の尊重を見張ることである。

ポランは既成の「対抗権力」(contre-pouvoirs) という表現を利用した。それはだからといって、敵対的権力を示してはならず、全体の調和に協力する、区別された機能的諸権力の複数性を示さねばならない。均衡よりも調和的全体を構築することが問題である。なぜなら、諸権力の複数性、国家の政治権力が全能でないような諸制度を確立する意志は、国家を麻痺させるべきでなく、また国家の崩壊または国民の崩壊を引き起すべきでないから。ここでなおも、すべての人の忠誠と、市民たちおよび大政治家たちの市民的、道徳的諸徳のみが、そのすべての活力を与えるような、理に叶った妥協を打ち立てることが問題で

¹⁶⁾
ある。

2 メディアの権力

近代の政治的共同体には公的諸権力の傍らに、いかんともし難い強力な事実上の私的諸権力が存在する。ポランは、等しくそれらをも権利上の諸権力に変え、そして機会があれば、それらを制度化しなければならないと考える。まず何よりも、著しい政治的圧力を引き起し、かつ真の政治権力をなすのは、コミュニケーションの諸手段の並外れた文化的権力、すなわちメディア (*des media*) である。幾世代もの間、自由主義は出版報道の自由 (*la liberté de la presse*) のための闘いと混同されていた。—— たんに諸個人の規模でのみならず、大量普及の規模、メディアの規模で、表現の自由 (*la liberté d'expression*) は自由主義者たちによって要求される基本的諸自由の一つなのである。メディアの表現の自由が一国の中で実践されている限り、ひとは体制の自由主義的性格が結局、擁護されるかまたは救われるだろうと希望¹⁷⁾しうる。

ポランによれば、たいそう明らかなことであるが、それ自体としての公権力は思考しないし、思考することができない。そしてとりわけ、それは市民たちの代りに思考しないし、思考すべきでない。それは、市民たちだけが作り出さうな諸思想を、かれらに押しつける何らの権利ももたない。ひとは、だから、ひとがそれを飾るのが好きな何らかの名称—— 情報(*information*)またはコミュニケーション (*communication*) —— で、存在しない一つの機能を、公的サービスに仕立てることはできない。場合によっては公的サービスに仕立てられうるコミュニケーションの唯一のサービスは、人員のまた商品の「運搬」(*transport*) や、そのあらゆる形での「通信」(*correspondance*) のサービスである。それは技術的サービスである。しかるに、ひとが「情報」のサービスを設定するとき、それは、政治権力を意のままに用いる人々の意見を普及させ、かつ他のあらゆる意見の伝播を禁止するためである。それは情報のサービスとはいえず、ただ戦争状態のみが正当化しうる「プロパガンダ」のサービスである。公権力がメディアを、またはそれらの中の幾つかのものを手に入れるとき、それは決定的な基本的自由非常に重大な侵害をもたらす、そして、思考し判断し信仰する自由を危うくする。かかる自由は厳密に私的な事柄であり、ただ

諸個人のみが、究極のところ、その能力を有するのである。¹⁸⁾

ところで、ひとが公的な表現の自由、メディアの表現と放送（diffusion）の自由、を一つの権利として認めるとき、それは、あらゆる自由の、権利への変換の場合と同じことである。——かかる変換は、そうした自由の限界と義務の規定を含意するのである。実際、権利になることでそうした自由は理性的義務になるのであり、そして、それが表現と情報の自由、つまり世論全体の形成の自由、を危うくするだけにますますそうである。ひとは、だから、その決定的な価値にもかかわらず、そうした自由を野蛮な状態に置いておくことはできない。メディアが、必ずしも公平とはいえない、次のような二種類の圧力団体の手中にあるだけにますますそうである。

一方で、重要な産業的、技術的インフラストラクチャー（下部構造）に応じ、かかる諸圧力団体は、重要な財政的諸手段を意のままに用いるにちがいない。もしひとが野蛮な自由を諸圧力団体に委ねるならば、ひとはそれらにプロパガンダの権力、一つの政治権力、を与えることになる。これに直面した公権力は、備えができていないのである。

他方で、メディアに委ねられた野蛮な自由の場合、メディアを準備する「知識人」たちこそが、情報を集め、またそれを作成するかまたは提示し、そして事実上、その支配者となる。技術的成功の諸理由で、かれらはつねに異常なもの、破局的なもの、センセーショナルなものを強調し、普通のもの、日常的なものを怠る傾向がある。偽りの調査やいわゆる公式見解が、皮相なもの、束の間のものに拒絶反応を示し、そして、それらは好奇心を刺激するために、緩叙法以上に誇張をやしなうだろう。かれらは、その一方で、放送されるであろうものとそうでないものの間の選択をする人々なので、かれらは事実上の検閲の権力を意のままに用いる。それは気づかれなくても知れないが、しかし、政治権力によって行使される検閲と同じくらい恣意的で、同じくらい有害である。——そうした無責任な知識人たちは真の知的なテロリズムの諸手段を手中にするのであり、それは、かれらの思いつきに従って諸状況や諸出来事を示すか隠すかし、また、かれらに好都合な偏った見地の下にそれらを提示するのである。そのうえ、かれらは、かれらの気に入る人々に発言を認め、そして他の人々に決定的に沈黙を余儀なくさせる、恣意的な権力を用いることができる。¹⁹⁾

おそらくジャーナリストたちの中には、大いに才能のある人々、大いに教養のある報告者たちや調査者たちがいる。かれらは諸状況を客観的に、忠実に、節度をもって、厳密に説明し、かつ評価することができ、そしてかれらは本質的なものをはっきりさせるために、諸々の束の間の出来事の波を支配することができる。かれらを讃えよう。

しかし、かれらは例外であることを認めなければならない。メディアが委ねられるインテリゲンチアは、よりしばしば、その思考の習性によって、かれらが事実上引き受ける責任に備えられていない知識人からなる。かれらはすべてについてすぐさま判断するように招かれる。何かにつけてそうであり、あとに何も残らないだろう。かれらはほとんど諸現実の意味を手に入れる手段をもたず、ほとんどかれらの判断の結果を考慮せず、また、ほとんど可能なことと不可能なことを気にかけない。かれらは一層、公衆をかれらの意のままにするためにしか、公衆にへつらったり公衆の最悪の傾向におもねったりしない。デマゴギーはかれらの成功の手段であり、かれらの聴衆の多さの手段である。

諸々の出来事や政治的人間に対して、かれらはつねにどっちつかずの立場にある。現実の世界と新聞紙の世界、言葉の世界とイメージの世界が、決して一致することなく介入する。かかる介入は、操作なしに、また暴力なしに、行われるわけでない。かれらは、最良者にとってのその天職以外に、何もその正統性を基礎づけない恐るべき勢力を意のままに用いる。しかしながら、かれらは非常に主観的な選択や思考しか表現しない。または、かれらがたいそうしばしば属している、非現実的で無責任な知識人たちの小さな仲間の選択や思考しか表現しない。

注目すべきことに、表現の自由への自らの尊重によって身がすくんだ自由主義的諸体制は、メディアの規定を打ち立てるのに苦勞するし、また、それらの特定の表現の自由に対するメディアの権利を、法的に規定するのに苦勞する。ひとは嘘が人間たちにでなく諸々の出来事にかかわるとき、それがどれほど明白であろうと、嘘に釣り合った刑罰をどのように規定すべきか知らない。また、たとえ名誉毀損 (diffamations) またはかれらの私生活への侵害によって、人間たちに対する侵害がなされるとしても、刑罰は全面的な補償をもたらさない。—— 誹謗中傷 (calomnie) の悪はすでになされたのである。テレビ放送に

において技術的諸理由のためにほとんど適用できない反論掲載権 (le droit de réponse) は、中傷者またはぶしつけな人と、その犠牲者との間にめったに対等な勝負を残しておかない。²⁰⁾

またも当てにしなければならないのは、法律以上に、習俗と人々の諸徳である。情報提供者の職業の自由主義的義務論が、きちんと整えられなければならないだろう。²¹⁾ポランは、それについて三つの主要な原理を提出していた。――

第一のものは誠実の原理 (principe de loyauté)、すなわち、その公衆に対する、また真理に対する、情報提供者の職業上の誠実さである。それは、ひとが仕事をするとき、可能な限り、アクチュアリテ (時局性) の圧力の下にその時の諸情報をもって、真実を述べる意志である。誠実さはまた、反省的判断と批判精神の可能な公衆に対してのように、己の公衆を尊重し、それに訴えかける配慮を含意する。實際上、出版報道においては、二つの型の提供を十分に区別するのがよいだろう。―― それらは情報の記事 (les articles d'information) と論説 (les éditoriaux) である。情報の記事は、最大限の客観性を狙いとするだろう。論説は一定の思想傾向をもった態度表明であり、一人の人間、または一集団、一政党の意見を説明するが、はっきりとそのようなものとして提出されるだろう。かかる誠実の原理の外では、情報はもはや公衆に対する歪曲と情報操作、欺瞞と知的暴力でしかなく、そのようなものとして抑圧されねばならないだろう。

第二の原理は、情報の機能を特定の機能 (une fonction spécifique) と見なすことにある。論壇の所有と公衆の現前は、情報提供者と解説者の機能の代りに、探偵、正義の味方、または審判者や政治的助言者、さらに偽りの大政治家、の機能を用いるべき誘惑となる。これは、ジャーナリストが誰からも委任も任務も受け取らなかったことを忘れることである。諸部門の混交は、それがつねに不完全であるだけにますます有害である。情報の任務は、それ自身で自足するのに十分なほど、また一つの天職を生ぜしめるのに十分なほど、困難なものであり重要なものである。

第三の原理は、情報の機能の公的性格 (caractère public) を認めること、そして、それに私生活へのあらゆる闖入を禁止すること (à lui interdire toute intrusion dans la vie privée) にある。かかる闖入は、あるいは他の人々の

私生活は無遠慮に見せ物にすることで、あるいは己のヒーローたちやいわゆる時のヒーローたちの私生活を見本としてまたはたんに標的としてさらすことで、行われうる。メディアには教条主義や知的、道徳的順応主義の大きな手段がある。それらは家庭の中心に、各人の私生活の中心に、干渉する。通俗化するおかげで、あまり教養のない者たちやあまり繊細でない者たちの次元に置かれるおかげで、ついにひとが家から家へとまき散らすことになるのは、低俗さと凡庸さである。ひとはマスメディア、とりわけ視聴覚メディアの中では、すべてを述べるかまたはすべてを示すことはできない。それらは幻惑の道具なのである。表現の自由よりもさらに非常に重要なものとして、是非とも必要であり、かつ尊重されねばならないのは、あらゆる思考する自由の、あらゆる私生活の、中心にして条件である、私的省察の自由 (*la liberté de réflexion privée*) であるが、それは物理的騒音や、メディアの知的騒音を免れて、静寂を必要とするのである。²²⁾

たとえメディアが公的サービスを構成しないとしても、それらは巨大な公衆をもち、かつ公的機能を行使する。それらは、だから、明白な、遠慮と慎みの義務 (*un évident devoir de réserve et de discrétion*) を有する、とポランは考える。己の固有の意見を世論の現実置き換えようとするメディアの傾向に、ひとが打ち勝つのは難しいだろう。出来事に対するメディアの反応は、あまりにしばしば世論そのものの反応と見なされる。一種の悪循環がつくられる。——沈黙の観客たる世論と向い合って、メディアはそのとき、もはや己自身のために己自身の意見しか述べないのである。

自由主義的公権力は、そうした種類の義務論を尊重させることができるだろうか。それは権利を無視して、どんなことでも黙認せねばならないのだろうか。しかし、ポランによれば、少なくとも次のような二つの点で、公権力は効果的に介入することができる。——

第一に、世論を方向づけ、形成し、また変形させ、またしばしば情報操作によって欺く、強力な対抗権力に直面して、諸個人が受動的になされるがままになっている限り、公権力は己を表現し、己の意図、己の決定を説明し、かつ、それらを正当化する諸手段をもち続けなければならない。国民的危機の場合には、それはメディアの総体を利用できなければならない。普通の時期には、そ

れは直接、文書によるまたは視聴覚による出版報道の幾つかの機関を意のままに用いることができなければならず、または、それは政府の行動に好意的な出版報道を信頼することができなければならない。己の調停を行うために、己の決定の執行を保証するために、それは、他のあらゆるメディアの独立を尊重するという条件で、幾つかのメディアを通して己を表現する権利をもつのである。

しかし、繰り返すが、この調停の権力、公権力の役割の立派な行使に必要な、メディアにおける表現へのこの権利は、情報の機能の公的サービスへの構成を正当化するものでなく、ましてや、情報の国家的独占への構成を正当化するものでない。そこでは、ポランがすでにその致命的危険を強調したところの、国家の役割の乱用と腐敗が問題なのである。

第二に、自由主義国家は、出版報道の機関の多数性と視聴覚（テレビ）放送の多数性を奨励しなければならない。それは、自由の行使にとって持って生まれたものたる、意見の流れの複数性の存在と表現とを擁護すべきである。自由主義国家は、情報を与え、かつひとを楽しませるべき、あの巨大な一枚岩的な諸機構を砕いて、諸々の私企業に返す義務がある。——かかる諸機構は、唯一の公衆、大衆しかもたず、量以外の他の成功の基準をもたず、かつ、大多数者を最も凡庸な水準におきつつ、かれらに情報を与え形成し高める代りに、かれらに順応してかれらの気に入るようにすることしか求めない。差異の文化においては、多様性のおかげでしか教育はないのである。

自由主義国家は、また、次のことを希望することができる。——メディア間の競争は、諸事実の真理に対する、またそれらの公衆に対する、より多くの誠実さへと、それらを強いるだろう。もしくは、それは現実の束縛を無視して、それらのイデオロギーの幻影の中に閉じこもるものを笑い者にするだろう。もし競争が、ときにはデマゴギーに駆り立て、最も低い諸情念におもねるように促すとしても、それはまた、自由の最も高邁な表現を可能ならしめ、最良の才能の表現を可能ならしめる。表現の自由は、多様性と多数性の中でのみ可能である。自由主義国家が一方（自由）を保証しうるのは、ただ他方（多様性）をも保証するときのみである。²³⁾

ところで、メディアの多数性と、正しい情報と誠実な態度決定の限界の中でそれらに認められる公的な表現の自由への権利は、まったく自然に、現代の国

民的共同体のメレクラシー的構造に刻み込まれている。メレクラシーの諸集団は、かかる表現手段の中に、それらの行動をより健全なものにするのに寄与する、まったく自然でまったく合法的な圧力手段を見いだしている。

さまざまな集団によって行使される圧力の効果が、それらの全国的重要性に全然釣り合っていないことは明らかである。したがって、たいそう正当化された防御は、暴力的行動に変わることがある。経済的ないし財政的トラスト（企業合同）の術策において、または、その陰險なテクニックが国民の経済的、政治的生活に重くのしかかる永続的脅威となるストライキ権の乱用において、または、反乱の見せかけである市街の示威運動において、それらの圧力が黙認された暴力に墮するのを避けるために、諸圧力団体の自由もまた、理に叶った保証と限度とを伴って、すべての人に対する等しい権利に仕立てられなければならない。諸圧力団体もまた、事実上の対抗権力である。—— 今や、それらを権利上の対抗権力に変えるべき時である。それらに、統治の諸制度の只中で表現（＝代表）²⁴⁾の様式を与えなければならない。

諸政党は、明らかに、国民の諸々の意見や諸利益の全体を代表するのにもはや十分ではない。それらの関心はあまりに多く政治的意見に向けられており、かつ、今では国家生活に統合されている経済的、社会的、文化的な事実上の諸権力を、あまりに間接的に表現（＝代表）する。逆に、経済的、社会的、かつ文化的な、大きな諸圧力団体に、全国的な政治的機能を与えなければならない。こうして、国家の指導的審級の生活に、国民の最も活発な諸集団の行動が統合²⁵⁾されるだろう。事実上のメレクラシーは、メレクラシー的国家になるだろう。

三 自由主義と「国家理性」

ポランは、彼が主権的権力の行使に必要な「絶対的権力」をたくさんの対抗権力で取り囲むべくなす配慮を、そして主権的権力を、信頼の使命である一つの使命において規定するために、またその自由を、すべてをなす自由でなくその基本法とその立憲的諸原理を伴う一つの権利とするためになす配慮を、取り違えないようにと願う。ポランは、明敏で、それが必要なときには、その語の最も高貴な意味でシニズム的な、強い自由主義を信じている。ポランが信じて

いる自由は、たんに自由によってのみ身を守るのではない。それは精神によってのみでなく、また武器によって、かつ、それが必要であるたびに物理的暴力や精神的暴力によって、身を守る。ポランは、古典的な「国家理性」のテーマに基づいて事柄をはっきりさせようとするだろう。²⁶⁾

平穏な日々の続くときと同様、危機の時期にも、万事に対して法の支配は十分であり、法律の存在は公的秩序の尊重と市民たちの教育を保障するのに十分である、と想像する自由主義者たちは退廃している、とポランは言う。かかる柔弱な自由主義者たちにとって、あらゆる権力は腐敗し、かつ、それが大きければ大きいほどますます腐敗する。だから、可能なる最小の権力、立法者、調停者にして保証人、許可と禁止を告げる法律、成功と失敗の単なるゲームへの穏やかな信頼——そうしたところに、かれらの政治的理想がある。かかる理想は、それが次第にそこから丸写しされたところの、経済的自由主義の楽観主義をすべて有している。経済的自由主義が、国家が介入しないときにしか決してよりよく機能しないように、同じくこの楽な政治的自由主義は、国家が少しでも調停者、立法者、また保証人として役立つのであれば、自然法の力で秩序と平和を可能ならしめようと思う。そして、それは国家があまり介入しなければ、それだけ一層よいのである。

人間本性一般への、たいそう完成可能でたいそう教育可能な人間的自由への、また、人民の意志にたいそう明らかな理性の力への、大いなる信頼に対して、柔弱な自由主義者たちは、個別的に把握された各人間に対する大いなる不信を付け加える。そして、それは彼がより多くの権力をもてば、それだけ一層そうである。そしてひとが、その諸情念や悪徳が競争の成功や失敗によって埋め合わされ、かつ改められる、平均的市民を信頼しうるとしても、自分たちの代りに、権威や政治権力を担った人間に対しては徹底した嫌疑がかからなければならない。——極限的には、彼の職務の行使の機能的諸条件を彼に対して拒絶し、彼の行動を妨げるほどまでに。ある何らかの自由主義は、大政治家たちの成功よりも、議会の働きの無気力と受動性を選好するまでになる。そのような自由主義者たちにとって、「国家理性」への訴えとティラニーの間に差異はない。²⁷⁾

ポランによれば、その最も広い意味において「国家理性」の観念は、ただ単に主権的権力のそれ、すなわち、その働きの有効性に必要な諸条件と諸手段を

意のままに用い、かつ最終的に決定することのできる至高の権力のそれ、と混同される。ところで、結局、政治行動の価値を決めるのは成功しかない。主権的権力の必要性、換言すれば広義における「国家理性」の必要性は、二つの公準に基づく。すなわち、第一に、人間たちは本性により、差異の原理である自由の、だから紛争と暴力のそれである自由の、自由な（束縛されない）ものである、戦争が人間たちの間で最初のものである。第二に、かれらの生き残り、かれらの諸関係の平和的規制とは、そうした野生の自由を市民的権利に変え、至高の公権力の権威の下で法的状態と法の支配を設定することのできる、政治的共同体においてのみ可能である。「国家理性」のかかる広義の教説に対して、マキアヴェリやホッブズがそれを明らかにすることも、その名を挙げることもなかったとしても、かれらはおそらく賛成していた、とポランは考える。というのも、かかる教説は、かれらが各々そのやり方でたいそうよく明みに出した、政治的なものの本質自体からやすやすと生じるからである。²⁸⁾

人間たちに強い印象を与えるのは、政治的権威が、定義により、必然的に、結局もしそうせねばならないなら、共同体の構成員たちの生死、また共同体自体の生死にかかわる権威であることである。至高の権威の象徴は、生殺与奪の権利であり、また、それは恩赦の権利、だから、生きさせたり、死なせたりする権利である。こうして、あらゆる政治権力のもう一つの局面がまったくはっきりと現れる。それは取り返しのつかない形で、決定的な、復旧不可能な仕方に関与する権利、各人に対して、また共同体に対して、償い得ないことを犯す権利である。ひとが述べたように、戦争自体が、政治を他の手段で導く技術である。集合的暴力はまた、個人的暴力と同様、政治行動にとって本質的である。しかし、ここではなおも広義の「国家理性」しか問題ではない。なぜなら、それは政治行動の本質と、政治的共同体の政府の機能的必要事とに、²⁹⁾ 共外延的であるからである。

ポランによれば、狭義の「国家理性」の教説、本来の意味の「国家理性」の厳密な意味でのその教説は、より後になって、道徳的諸価値と文化的諸価値の秩序の存在という一つの新しい公準が課されるとき、現れる。そうした道徳的秩序の只中で、意図こそが重要であり、信仰こそが救うのである。また、道徳的意識、ある一つの道徳的意識こそが時代とその習俗の言葉を語り、政治にお

いてと同様、道徳において証言し、善と悪を決定するのである。かかる道徳的諸関係の秩序は、何らの機能的必要性も伴わず、何らの成功の技巧も想定しない。政治的秩序と道徳的秩序は、公的なものが私的なものと結びついているのと同じくらい必然的に互いの間で結びついているが、性質において異なる二つの秩序であって、根本的に異質であり、互いに還元不能である。諸政治権力の行使の下にあり、それらがその有効性を確保するために意のままに用いる正統的な力や暴力とつかず離れず作用する世論は、集合的無意識の諸伝統に、また深い文化の諸価値に接合されて、近代国家の生活においてますます重要な役割を果たす傾向がある。諸個人は、かれらの道徳的諸価値、かれらの振舞、かれらの作品を通して、世論との関連で位置づけられる。

厳密な意味での「国家理性」の概念、「国家理性」の有意義な概念は、最初の時期には、次のようなとき、すでに形成されることができていた。——法の支配が人間の支配に取って代った体制において、至高の権力の所持者が、緊急の状態で危機の状態に、公安を目指して、「国家理性」の名で、法律を無視して、または現行の法律に反してさえ、諸決定をなすように導かれるとき。（かかる国家の法律は、なおも自然法の表現であり、そしてそれはすべて道徳的実質を担っているということではなければならない。なぜなら、われわれが知るように、巧みな僭主は、法律によって、かつ法律の枠組みの中で、そのティラニーを営むことができるから。）

「国家理性」の適切な援用は、第二の時期には、主権者の諸決定の、道徳的諸価値の秩序との衝突から、また、それが政治行動と一般に受入れられた道徳性や文化との間に引き起す断絶から、生じる。全体主義的な僭主たちまたは専制君主たちは、たしかに法律を意に介さないし、もしかれらの気に入るならば、法律の圧制的な使用を知っている。かれらはなお一層、道徳的諸価値、文化や精神の諸要請を意に介さない。かれらが考慮に入れる唯一の正当化は、政治的考慮、力と暴力の考慮である。

厳密な意味での「国家理性」が一つの問題として、かつ特殊な合理的要請として、現れるためには、政治と道徳の葛藤が公然たるものでなければならない。諸個人の確信と世論の動向が、認められ、尊敬に値すると判断されなければならない。政治と道徳は、それらの異質性とそれらの還元不能性にもかかわらず、

裂くことのできない弁証法によって結ばれており、かつ、政治は、己を超出する諸価値、道徳的、文化的諸価値を、目的として有するものでなければならない。言い換えれば、「国家理性」の問題は、「国家理性」を援用する政治が道徳的政治であるとき、その最も大きな緊張とその明晰さを見いだす。ポランによれば、それはすぐれて自由主義の場合である。³⁰⁾

『国家理性』の新しい規定は、実際、方法や手段や機会の厳密な合理的計算が道徳的価値の犠牲をもたらすや否や、現れる。しかし、ひとはおそらくおも、それを攻撃する美しい魂 (les belles âmes) は、政治的なものとその基本的所与の特定性を全く極端に無視している、と主張しうるのであろう。反対に、『国家理性』が一層ラディカルな意味を手に入れるのは、政治的人間自身が、次のように考えるに至るときである。—— たんに手段の合理的計算が、道徳的価値の配慮を、求められた目的の成功に従属させねばならないのみならず、また、合法性や道徳性のあらゆる考慮に打ち勝ち、すべての人によって、かれらによっても、最高のものと見なされた道徳的価値にさえ打ち勝つ、政治的価値がある。³¹⁾

すでに最も自由主義的な精神において、自然法、理性的道徳、の擁護と適用を政治と国家形成の目的にした政論家たちは、次のことを認めた。すなわち、緊急にして法律の沈黙する状態では、共同体の安全は、統治者たちが、存在するあらゆる法律の外で、またはそれを無視してさえ、かれらの「特権」(prérogative) を使用することを権威づけている、と。これは実際、ひとが言うように「公安」(salut public) がそれを要求するたびに、その市民たちの自由や一般に受入れられた道徳性を尊重する国家に対してさえ提起されうる問題である。「緊急必要権」(droit de nécessité) をなす公安は、抗し難いと見なされる権利を打ち立てる。しかし、その正当化の権力はたいそう強力なので、ひとは、そのおかげでローマ人の一時的独裁からジャコバンの公安委員会まで、あるいは「デクレ・ロワ」(法律並みの政令 décrets-lois) ないし「全権委任」(pleins pouvoirs) から拷問、恐怖政治、またはヒトラーの民族大虐殺まで、いかなる政治をも正統なものとする主張をなしうるほどである。しかし同時に、それはたいそう不明確でたいそう恣意的なので、逆に、あらゆる異議申し立てやあらゆる拒絶を可能ならしめ、かつ正統なものとする。³²⁾

こうした原理の上に立てられた「国家理性」に頼ることが引き起こす腐敗の

危険はたいそうよく知られている。要するに、それは権力の受託者である人々による、権力の恣意的な使用を可能ならしめる。自らを法律の上に位置づけ、規則も制限も認めず、必要性和緊急性にかこつけて、もはや正当化する必要すらない、規定する必要もない公安の名で、それは制御と制限を失った権力の、あらゆる乱用、あらゆる行過ぎを可能にする。それは理性の名の下に気まぐれの支配を設けることを許し、国家の名の下に一人の、あるいは一団の意志の支配を設けることを許してしまう。公安の体制はつねに独裁であり、その最も容易な傾向はそれをティラニーへと傾ける。

しかし、政治的価値が至高の価値の列に高められるとき、とくに国家の価値が、それがそうあるべきと思われた手段から、至高の目的に変えられるとき、「国家理性」は至高の理性、絶対的理性、端的に理性として現れる。国家は道徳的価値の唯一の防御手段として、またまさにその遂行として、具体的達成として現れる。道徳性の義論がそれに対立させられうるどころか、道徳性こそが国家の中でかつ国家によって従属させられ、実現されるのである。市民たちは国家の中にのみ、かれらの特殊性と具体的になった普遍との、具体的で満足のいく平穏な和解を見出すのであるから、そのうえ誰が、かかる国家における普遍に対して反抗することができようか。原理的に人民や諸個人と共外延的であり、人民の精神と諸個人の精神にしみ込む「国家理性」は、そのうえ生来、主権的国家に対する臣民たちの服従、従属を、かれらの無条件的信頼を、実際その信頼が盲目的であるとしても、要求するのである。³³⁾

ポランによれば、政治的自由主義の父であるジョン・ロックこそが、他のあらゆる者以上によく、「国家理性」への訴えを至高の権力の「特権」(prérogative)の名の下に正当化したのである。「特権」はたんに、規則なしに、公安を目指して、己の「裁量」で行動する権力であるのみでなく、それはまた、緊急状態や極度の危機の状態において、例外的状況がそれを要請するとき、つねに公益を目指して、「法律の規定に反して」、「法律の率直な文面に反して」正統に行動する権利でありうる。かかる厳密な意味での「国家理性」の考え方は、さらに、統治者に対して、公益を目指して行動するために与えられる信頼の「使命」の観念によく一致している。公安が賭けられているとき、「国家理性」は、統治者に対して、プラトンの哲人王になされた信任を与えるのであり、彼はそ

の知恵において、法律を越えて、また法律を不要としてさえ、人間たちをかれらの最大の利益のために統治しえたのである。

「国家理性」の名で行使される裁量的権力が例外的手続であることは本当である。自由主義者たちはそう強調するのだが、それは緊急状態にもつばら公益を目指して与えられる真の「緊急必要権」なのである。最も自由主義的な諸憲法も、時間において十分限られた、短い期間に対して、その必要性を認めている。その例外的性格は、「国家理性」³⁴⁾に対して、一個人または一党派の意のままに墮落することを禁じている。

だから、確立する必要があるのは、国家理性の議論の原理と限界である、とポランは言う。——その第一の原理として、ひとは先ず最初に次のことを認めないわけにはいかない。「国家理性」に頼ることが、実践されている道徳的価値と根本的に矛盾する合理的な政治的行為の緊急性、必要性によって正当化される事態が生じうるし、実際、一国家の歴史の中で公安や共通利益の名で生じている。美しい魂はあまりにも容易に、戦争の行為がわれわれの文明においては「国家理性」への絶えざる訴えを含意するというのを忘れている。美しい魂はいくらかナイーブに、大量絶滅の原子兵器の使用を前にして、そのことを発見する。ひとは戦争なしに、あるいはその起りうる可能性なしに、政治を理解することはできない。だから、明らかに「国家理性」への訴えには一つの正統性がある。その決定のイニシアティヴは、正当な権利として (de droit) 政府に属し、政府はその好機の唯一の判定者であり、「国家理性」の唯一の可能な解釈者である。

しかし、第二原理として、自らの性質に一致し続けるために、「国家理性」は、予見しえない一時的な状況、緊急性と必要性の場合、また危機の時期——公安が危機に瀕し、合法的手段に頼ることでは明らかに不十分であるのが分かるような——にしか係わることができない。いかなる場合にも、「国家理性」は長期にわたる政治、永続的な独裁やティラニーの確立、を正当化することはできない。というのも、政治行動の一般的条件は、決してその必要性を含んでいないから。「国家理性」へ訴える政治は、それでも気まぐれの政治ではなく、そうした支配の端緒とはならない。もしそうなるとしたら、それは「国家理性」が不当にも、そのつねに一時的な機能を逸脱するということである。言い換えれば、

その最初の意味に反して、「国家理性」が緊急必要権から生れた緊急の行動として理解されたときから、それはもはや永続的な主権的政治行為の内的合理性として考えられることはできない。それはたんに理性的な計算、つまり合理的政治の手段が共通利益を擁護するのに一時的に欠けているときにひとが思い切つて決定する、最も理性的な選択である。³⁵⁾

統治者たちが自らの最も理性的な判断を信用して、周囲の事情のために、法律、道徳的価値、および習俗を、公安に従属させざるをえないと考えるとき、もし「国家理性」が介入するならば、第三原理として、逆に市民たちが最も理性的な仕方、統治者たちの決定を自らの側から評価する権利を取り戻す、という結果になる。逆説的な事柄、すなわち市民たちに認められた異議申し立てと討論の権利が、政府の「国家理性」に訴える権利と引替えに発達する。——かかる討論の権利は、法律の枠組みでなされる決定のためには存在しないのであるが。それは、「国家理性」への訴えは国家全体の意味や目的を再び問題にするからである。統治者たちにとって、「国家理性」に訴える権利は、かれらの正統性の源泉へとかれらを立ち戻らせ、それを再び問題にし、もう一度それを基礎づけることを求める。権利は、権力の事実を再び抛りどころとするに至る。ひとがそれを望もうと望むまいとそうである。なぜなら、もし権利が否定されたとしても、事実は存続するであろうから。逆の起こりうる抵抗の事実に戻ったとしても、一つの権利が、それ自身の評価のままに必然的に市民に認められる。政府の緊急必要権に、被治者の緊急必要権が対応する。国家の存在が再び問題にされるとき、各人が絶対的責任を再び見出す。それゆえに、緊急必要権がはたらくとき、統治者たちは法律を考慮せずに、そのあらゆる力を用いる資格を与えられる。しかし、「国家理性」による行動は、その目標と矛盾するあらゆる合法的制御を越えて位置づけられると同時に、それは統治者の力と被治者の力との抑制均衡 (check and balance) の体系に従属させられている。

統治者たちは、もはや法律に応じてではなく、世論や、かれら自身の同市民たちの抵抗の能力や、またかれらの命令が服従されるようにする、その有する機会に応じて、かれらの行動を計算せざるをえない。「国家理性」に頼ることは、それが分割する代りに集結させる場合にしか、それが非常に多くの同意をその援助に導く場合にしか、効果的でない。それはその正統性の基準を、それを正

当化しつつ、すっかり効果的なものにする、準-全員一致の回復のうちに見いだす³⁶⁾。

「国家理性」の教説は、ポランの考えでは、自由主義的人間学や、次のような自由主義的観念に、完全に統合される。— 政治は、不確定性とリスクの、またおおよそのことと妥協の、領域であり、そこでは、たえず、懐疑論と信仰つまり犠牲にまで進む献身との、また避けられない信頼と必然的不信との間の、正しい程度を探究するのが望ましい。「国家理性」の必要性を認めることは、自由がまず最初は悪のための自由であること、それは二次的に、かつ理性的省察によってのみ、完成可能性の自由であること、を認めることである。たしかに、大政治家たちは他の人々と同様の人間たちであるが、しかし、法律によって、またもしそうせねばならないなら法律なしで、統治するために選ばれた人々を信頼するリスクをとらねばならない。危機の時に、人間たちはかれらが現にあるがままのものであるので、たいそう短い期間のあいだ、政府の座にある人々がすべてに責任をとるというリスクをまさにとらなければならない。

そのようなことが自由主義的「国家理性」である。かかる「国家理性」は、自由の値打と危険を知り、かつそれを、かれらの人間性の原理、かれらの人間的文化の原理として愛する人々の、推論の帰結である。危機の時に、自由を救済しようと試みるために、それを危うくすることを認めなければならない。政治はつねにその有効性によって是認されるのではないか。これこそが真の自由主義、強くて堅固な自由主義である³⁷⁾。

四 自由主義と国際関係

自由主義的な国際政治はあるのだろうか。この質問が提起されるのは、ポランによれば、自由主義者たちにとって、国際的総体は法的状態でなく、自然の掟、すなわち最強者の掟、が君臨する状況であるからである。それは潜在的な戦争状態であり、そこでは各人が自分で、彼が用いようとする勢力のあらゆる手段を使って自分の諸目的を擁護する。各列強は、こうして、本当に絶対的な自由を所有する。各列強は、己の権限の範囲内にあるどんなことでも可能である。国際的状況は、だから、基本的に計算によって支配された暴力の状況、マキアヴェ

り流の状況、自然の状態、として解釈される。

各国家は自律的な、極限的に自足的な全体として構成される。各国家は己の独立を、己の存在の本質的要素として主張する。それは国家が、その統治者たちが実行するような、己の自由に対して与える名である。それは結局、国家が己の擁護と己の諸目的の実現を保証するためにもっぱら頼りにするのは、己の勢力のよく計算された使用である、ということである。

ひとは次のことを理解する。——自由主義者があらゆる国際的状況の下に横たわっていると考える、この解釈の次元では、正義も不正義も存在しない。すべては実力の事柄である。法 (droit) は存在しない。それは一つの限界状況であり、究極のところ、また心の奥底では、敵しかいない。それはまさに、各人对各人の戦争が裂くことのできない横糸をなし、そのうえに国際関係の総体が綴られていて、各瞬間に破壊されうるもろい刺繍となっているということである。

しかし、各人对各人のこの潜在的な戦争状態は、潜在的敵の各々がそうしうるのと同じくらい、各国民の死活にかかわる諸必要を考慮して、知的で合理的であろうと努める。それらの体制が自由主義的、社会主義的、独裁的、全体主義的のどれであろうと、あらゆる政治的共同体は、次のような明らかな同じ諸事実と向い合っている。——(1) 公然たる永続的戦争は破壊的戦争であり、そこでは結局、敗者しかいない。たしかに、それは極度の危機において緊急必要の状態に應える、合理的計算である。しかし、永続的状态では、それは悲惨な計算である。(2) そのうえ、諸国家の独立と自足は、とくに近代世界においては、すべて相対的である。国民的諸欲求の満足のためには、財、人員、サービスの交換の、とても多くのものが要求される。(3) そうした諸条件において、対峙する諸国家は、それらの中のある国が時宜を得たと判断するときまで、潜在的戦争の状況、武装した平和の状況を維持するし、また、たしかに不安定な、抑えられ制御された諸暴力の間の均衡状態を維持しようとする。(4) そのとき、かかる均衡の枠組みの中で、実際は物々交換 (troc) の領域に属するが、法的な型の諸関係の織物 (組織) が作られうる。かかる諸関係は、長期にわたる、計算された当事者たちの相互的利益以外の他の保障をもたない。二国間またときには多国間の仕方で諸関係を設定する、条約、同盟、協定、契約は、つねに一時的で、力や利益の関係が変わるや否や、破棄または改定を免れない。これ

が、ひとが平和と称するものであって、その一時的性格はつねに偽りの平和をなすのである。³⁸⁾

したがって、自由主義は、平和主義 — どんな代価を払っても平和を探求すること — を不条理なイデオロギーと見なす。なぜなら、それはそれ自身の構想に逆らうことになるから。平和を、またそれとともに、平和主義者たちがユニークな価値とするところの各人の生命を、救済するという口実の下に、かれらは隷従を組織し、またこうして、すべての人の生命を、主人たちの恣意や気まぐれに従わせるのである。実際は、かかるイデオロギーは、それが、最もよく見られる事例がそうであるような、外国の諸勢力によって組織された操作により鼓吹されていないときには、臆病な愚かしさの結果である。なお、外国の諸勢力は個々人の不安を利用し、かつそれをゆすりによってテロールに変える。ポランは、平和主義はかくれたテロリズムの見せかけの顔である、とすら言う。自由主義は平和主義でない。それは平和を好み、それは理性的であろうとする。

実際、あらゆる体制が直面しており、かつ、それらが美しい厳粛な言葉を見捨てて実際に承認している、あの政治的現実を越えたところに、自由主義がもたらすもの、かつその国際関係の構想にふさわしいものがある、とポランは考える。 — (1) 自由主義国家の究極目的は文化の秩序に属し、勢力の秩序に属するものではない。外的世界に対して、かかる国家は己の自律の主張と防衛のために、かつ己の諸価値の防衛のために、必要なあらゆる勢力を求めるが、それ以上ではない。独裁者たちの野心や全体主義者たちの普遍主義と反対に、自由主義者たちの対外政策は、政治的帝国主義も全能の権力も目指さない。(2) 自由主義国家の文化的究極目的は、あまりに諸個人の自由の創造的で幅広い表現の周りに中心をおいているので、国家がそこから発しかつその奉仕者となる文化の、最も高邁な表現が結果として生じないはずはない。個人的諸自由のたいそう相互的な尊重は、当然に、かつ理性的に、諸文化の複数性の尊重に拡大適用され、そしてそれ故に、特殊性の尊重に、各国民の精神の独創性の尊重に、また、諸国家の自律の承認に、拡大適用される。自律への配慮は、³⁹⁾ 実際的であるよりも一層理論的である独立の尊重よりも、現実によりよく対応している。

自律と差異におけるこの相互的尊重は、まったく自然に、諸国民の不平等の理解の中で、それらの中の各々の諸能力に比例して、国民と国民の政治的、経

済的協力と、平和的関係の確立を促す。独立の要求とたいそう異なった — 最も強力な諸国民でさえも独立的でない —、自律と差異のこの感覚は、「諸人民の自決の権利」（民族自決権 *le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*）に関して、自由主義を懐疑的なままにしておく。その理由は、まず第一に、法的状態とその法的状態を保証する勢力がないところでは、「諸権利」は存在しないから。国際連盟、国際連合といったあらゆる世界的組織は、たかが会議室と傍聴席でしかなく、せいぜいそれらは出会いの場である。それらはあらゆる有効性を奪われている。それらの構成は、政治的現実や勢力の効果の関係にたいそう反しているので、それらは非現実主義的な無駄話に帰されている。その理由は、次に、ポランの見解では「人民」（peuple）はその政治的諸制度の枠組みの中でしか存在しないから。その前には、それは雑然とした群衆や多少とも組織された結びつきの中で行動する諸個人の形でしか存在しない。自己決定権のどんな主題が問題になりえたのだろうか。その理由は、最後に、諸文化こそが政治的諸制度に対して、最初のものであるから。かかる諸制度はそれらから発するが、しかし文化は己に政治的表現と政治的諸制度を与えるだけでは十分ではない。文化的なものだけでは生じさせない、地理的、歴史的、経済的、および社会的諸条件が、また必要なのである。一つの国民（nation）の構成は諸現実の事柄であって、諸権利のそれではない。「諸人民の自決の権利」は、状況に応じた低俗な諸イデオロギーによって利用された、耐えがたい混乱を引き起している。

かかる文化的なものの強調は、また、経済的自由主義の重い影響が引き起す、自由主義者たちの国際政治に対する、誤算をはらんだ最も困った偏見の一つを免れることを可能ならしめる。かれらは実際、国際的な政治の諸関係が、国際的な経済の諸関係と同一の法則や同一の命法に従うことを認める傾向がある。かれらは進んで、経済関係の錯綜は、平和的な政治関係を導いたり課したりするのに十分である、と想像する。実はそうではない。経済的なものの重みがどうであれ、文化的なものとは政治的なものは、それを大きくはみ出すし、また、それらとともに、非合理的なものが、たいそう根本的に経済的関係の抽象的合理性を越えるのである。それを忘れることは幻想と失敗を余儀なくされる。ポランは、全体主義的諸モノクラシーの遮断された熱狂に直面して導かれた政治

しかその例としてあげない。かかる諸モノクラシーは、ひとがそれらの機嫌をとり、それらをブルジョア的消費の便利へと陥れる空しい希望をもって、それらに気前よく与える経済的便宜を一方通行で蓄える。かかる諸モノクラシーの利益、またそれらの物質的利益すらも、よそにあるのである。経済の勢力は著しいが、しかしそれは、政治権力の意志と現前⁴¹⁾の傍らでは何ものでもない。それは、それらを欠いては何の価値もない。

ポランによれば、文化の複数性の尊重によって、自由主義自体が普遍的文化の表現として、またいわんや (a fortiori) 普遍的体制として、現れることはない。たしかに、実際は西欧がこしらえたものであるが、普遍的な科学的、技術的文明がある。だが、それは内在的な究極目的を奪われた諸手段の体系であって、それは知性と認識の秩序に属する。知られるように、それは文化の秩序でないし、文化とは諸価値や諸目的を創出する自由の事柄である。たしかに、ユニークな種である人間の種があり、そしてそれをひとは人類と呼ぶ。しかし、ユニークな人間的文化はなく、最終的な人間的文化もない。同様に、人類のユニークな歴史はなく — それは大いなるごまかしとなった歴史哲学の大きな誤りである —、諸文化があるのと同じだけの、還元しえない、特殊な諸歴史がある。

それゆえに、自由主義は、あらゆる文化的帝国主義を、またあらゆる文化的普遍主義を非難する。それが普遍的国家のイデオロギーと、かかる国家を建設するための努力 — 自然に反するだけに、これまでつねに空しいが — を非難するのと同じくらい、力をこめてそうする。あらゆる世界連邦主義 (mondialisme) は、人間的事柄の現実の、混乱したビジョンに由来する。そのナイーブな、客引き的感傷主義の仮面の下で、諸イデオロギーがたいそうよく楽々と増殖し、かつ、文化的順応主義や普遍帝国の設置に努力を傾けることができる。

諸文化の間で理解されなかった、政治的諸関係におけるあらゆる潜在的な知的未分化状態は、ひとが第三世界といわれる国々に与える呼び名に現れている。 — 「後進国」 (pays sous-développés)、または、より礼儀正しいと思われるもの「発展途上国」 (pays en voie de développement)。そうした国々は、そのどちらでもない。各々は、己に固有の文化に従って存在するので

あり、それは還元されえず、ましてキリスト教の西欧文化と比較しえない。そのうえ、同じ究極目的をもたない諸文化の間に、ヒエラルキーは存在しえないだろう。しかし、そうした国々はみな、無比の勢力をもたらし、実際に普遍的な、科学的、技術的文明の普遍的侵入によって一変させられ、心的外傷を与えられている。そうした国々は、勢力の次元で唯一の利点として——だがそれは巨大であるが——その増殖する人口数とその原料の豊かさを有する。

諸文化の複数性とそれらの独創性を尊重する自由主義は、最初の運動において、そうした国々の各々に、科学的で技術的な文明が運ぶ物質的諸基準を押しつけないように気をつけつつ、好きなように己の諸価値や己の固有の伝統に従って、己の歴史を生きるようにさせなければならないだろう。各々にその幸福を与えよ。幸福は、安楽の事柄でなく、また科学や政治権力の事柄でもない。各々に、その当初の究極目的を与えよ。

しかし、そのようなことが自由主義的政治の主要なインスピレーションであるに違いないとしても、それは、自由主義的文化の存在と自由主義諸国家の存在を危うくする二つの事柄を考慮すると、妥協なしに進むことはできない。まず第一に、経済的、財政的な大いなる均衡は、今日、グローバルな戦略に依存するという事実がある。諸々の経済的、財政的交換は、さまざまな程度で地球全体に影響を及ぼす。経済的領域に内属する競争は、自由主義的であろうがなかろうが、原料を渴望する諸工業大国の間の永続的な経済戦争を引き起こす。偶然の欲するところにより、かかる原料をそうした第三世界の国々が豊富に備えている。この経済戦争の状況は、次のような事実によって倍加される。——第三世界は、たんに原料の鉱床であるのみならず、また、安い、有り余る労働力の潜在的市場である。経済的帝国主義の表明が、かかる事実上の経済的普遍主義から必ず帰結しうる。両義的性質をもつ経済は、大部分は技術文明に属している。この部分のために、それは実際、事実上 (de facto) 普遍的である。そのうえ、永続的経済戦争は、国際関係の本性に刻まれた冷戦の結果と重なる。——経済的貪欲に、政治的帝国主義、また今日ではとくに全体主義的帝国主義が重なる。後者は、こうした弱くてもろい国々を支配し、イデオロギー的顧客を作り上げ、かつ、原料の鉱床と戦略上の要点を奪おうと努めている。⁴²⁾

ポランによれば、諸国民の間の勢力の対決は、勢力の程度、果敢な精神、対

峙する諸国民の地理的位置によって、必然的に幾つかの次元で起る。幾人かの人々は言葉においては進んで正しく認識しないが、諸国民の間には巨大な不平等が存在する。だが実際は、それぞれの次元で、かつそれぞれの仕方、各々自分としてその役割を果たすように導かれる、幾つかの階層の勢力がある。

諸文化と諸国家の相互的尊重という自由主義的政治は、それが国際関係に内在する永続的戦争の本質や、経済的、財政的関係の普遍主義の本質を考慮に入れる場合しか、成果をもたらすことができない。したがって、最も有益で、最も効果的な国際組織は、なおも国際通貨の諸機関である。この文化的な自由主義的政治は、「関税」によって規制された交換に好都合な均衡の枠組みの中でしか確立されえない。他の諸国家の支配や独占の精神（第三世界の諸国家がそのために苦しむだろう）は、自由主義諸国家の示威の表明を引き起さねばならない。——それらの敵対者たちの意気喪失と、理に叶った、すべての側に同意される、均衡への復帰に至るまで。

冷戦の厳しいが避けられない掟を、ひとは、諸国民の世界では、万民法（*droit des gens*）の尊重を伴う平和、各々がその文化と一致した型の繁栄を見いだすことを希望しうる経済的均衡を伴う平和、と呼ぶのである。自由主義者たちは、諸国民の間の平和は、諸国民の間の和合と愛情に基づく積極的現実でないことを知っている。公平な調停者や全能の保証人がいないので、それは決して法的状態ではない。厳密に言えば、国際的な政治的共同体は存在しない。平和は、たかが普遍的法の尊重と主権の掌握とのこちら側で、力と力の紛争に枠組みとして役立つ消極的で形式的な概念でしかない。それはつねに、その唯一の規則が、諸利益の計算と、諸力の変りやすい関係であるところの、休戦である。

自由主義は、それに、その還元不能性における諸文化の承認と、その体制が何であれ、その自律における諸国家の承認を付け加えようとするだろう。自由主義者たちが願うのは、運と万人の理性的な善意とがそれを長期的に確立するのを可能にしうる限り、この平和と呼ばれる状況が、諸力の対立や勢力の均衡によってよりも、同意された協力や承認された諸権利によって作られることである。⁴³⁾

注

- 1) Raymond Polin, *Le libéralisme Oui*, La Table Ronde, 1984, pp. 148 – 149.
- 2) R. Polin, *La République, entre démocratie sociale et démocratie aristocratique*, PUF, 1997, II, ch. 1, pp. 95 – 96.
- 3) Polin, *La République*, II, ch. 1, pp. 96 – 97.
- 4) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 149.
- 5) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 149 – 150. cf. Rousseau, *Du contrat social*, liv.II, ch. XI. 「すべての人々の最大の善は、あらゆる立法の体系の究極目的であるべきだが、それが正確には何から成りたっているかをたずねるなら、われわれは、それが二つの主要な目的、すなわち自由と平等とに帰することを見出すであろう。自由 — なぜなら、あらゆる個別的な従属は、それだけ国家という〔政治〕体から力がそがれることを意味するから。平等 — なぜなら、自由はそれを欠いては持続できないから。」(『社会契約論』 桑原武夫・前川貞次郎訳、岩波文庫、77頁。)
- 6) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 150 – 151. なお、«état de droit»は、法の状態、法権利の状態とも訳しうる。ポランによれば、「法的状態 (état de droit) ということは、法律によって規定され保持された状態ということである。」(op. cit., p. 152.)
- 7) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 152.
- 8) *ibid.*
- 9) ポランのいう「侵してはならない堅固な一つの至高の法」は、主権の制限(限界) — ルソーの示唆した問題 — についての一つの近代的構想であると解される。ポランはそれを「自由の至高の法」とも呼び、「かかる至高の法は、その権力に、私的な人格の高邁なる実現と個人的な基本的諸自由の尊重とを目的とすることを課すのである」(*Le libéralisme Oui*, p. 153.)と述べている。 cf. Rousseau, *Du contrat social*, liv. II, ch. IV. — 「[第四章 主権の限界について] …… しかし、われわれは、この公の人格のほか、これを構成している私人たちを考えねばならない。そして後者の生命と自由は、本来、前者とは独立のものである。そこで、市民たちと主権者との、それぞれの権利を区別し、また市民たちが臣民として果さねばならない義務を、人間としてうくべき自然権から、十分に区別することが問題となる。」(『社会契約論』、49頁。)
- 10) これは「合衆国憲法修正十ヶ条」(The First Ten Amendments, 1791) のことで「権利章典」(Bill of Rights) ともいう。同様に、ポランは「フランス人権宣言」(Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789) を至高の法として例示しえたと思われるが、なぜかそうしていない。
- 11) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 152 – 153.
- 12) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 153 – 154.
- 13) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 154 – 155.
- 14) cf. Charles Eisenmann, *La Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, Sirey, 1952.
- 15) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 155 – 157.
- 16) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 157 – 158.
- 17) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 158. 「マスメディアを用いての諸集団の表現の自由

の問題は、現代的問題である。——それは自由の体制においてしか提起されえないが、そこではすでに構成された国家が市民的秩序の存在を保証し、またそこでは法律が原則として尊重され従われている。そのうえ、自由主義的体制がメレクラシーになるとき、つまり諸集団が幅を利かせるとき、それらは法律の沈黙のなかで、マスメディアを介して己を表現する。表現の自由に関する法律は、明らかに諸個人に対してしか当てはまらないからである。だから、乱用や紛争を解決するための法律がないとしても、大多数が保持する、法律の体制をできるだけ広く利用しようとするありそうな意志にもかかわらず、諸々の乱用が生じるように、また紛争が起るように、あらゆるチャンスが結びつけられてしまう。」(Polin, *La liberté de notre temps*, Vrin, 1977, ch. 5, II, p. 229.)

- 18) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 158 – 159. 「ひとは、私に次のように言うだろう。——本質的に自由主義的な諸体制でさえも、情報省 (ministères de l'information) を設立し、かつ視聴覚メディアを公的独占にまたは公的サービスに変えた、と。それは誤りであったし、間違いであった。たとえその役目を与えられた自由主義的大臣たちが「フランスの発言」、換言すれば、かれらの発言、を広めることよりも、公的な情報手段の不当な使用を妨げることに心を配っていたとしても、である。それは重大な間違いであった。なぜなら、出来合の政治的ドグマを意のままに用いる人々に、かつ、プロパガンダを一つの教説に、すべての用意された行動の手段に、そのうえ一つの口実やうってつけの正当化にする人々に、かかるメディアが与えられたからである。情報を公的サービスにすることは、全体主義的メカニズムを始動させることである。」(op. cit., p. 159.)
- 19) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 159 – 160. 「メレクラシー的体制において、諸集団の公的な表現の自由は曖昧な自由である。それは、なおほとんど諸集団を構成する諸個人の表現の様式を規定するところの合法的な市民的体制に対して、たんにそこに利点を見出すかぎり、市民的秩序を尊重する諸集団が身を置くところの自然的自由の体制を重ね合わせている。諸集団とそのマスメディアが実践するような公的な表現の自然的自由は、市民的環境における野蛮な自由、すなわち事実上の占有の力で大衆の表現手段を意のままにする人々によって独占された、潜在的なまたはしばしば明白な、精神的暴力の一形式の追求以外の何物でもない。」(Polin, *La liberté de notre temps*, ch. 5, II, p. 235.)
- 20) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 160 – 161.
- 21) ポランのいうジャーナリズムの義務論の諸原理とは、誠実 (loyauté) の原理、特定性 (spécificité) の原理、および私生活の尊重 (respect de la vie privée) の原理の三つである。cf. Polin, *La liberté de notre temps*, ch. 5, II, pp. 238 – 247.
- 22) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 161 – 162.
- 23) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 162 – 163.
- 24) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 164. 「ひとは、コーポラティズムによってあとに残された怪しげな思い出を心配する。それは、国民の経済的、社会的生活を取り囲み支配するために、ときどき専制的諸体制によって折悪しく利用されていたのである。旧体制の諸同業組合 (les corporations d'Ancien Régime) に対して今でも残っている、あの嫌な思い出や偏見がないならば、コルポラシオン (同業組合) の名は、圧力団体にとってもよく適していることだろう。..... 事実上の権力の並行的諸手続が組織され、国家の中に真の諸国家を構成しないようにするために、諸コルポラシオンに、統治の審級における直接的

代表と発言権を与えなければならない。」(ibid.)

- 25) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 164 – 165. 「例えば、フランス議会には、ひとときどきフランスの諸コミュン（地方自治体）の大評議会と呼ぶところの、元老院が存在する。ひとは元老院に、ついにそのあらゆる立法権力を返しつつ、地方自治体の代表に、諸地域のそれ、および経済的、社会的、文化的諸コルポラシヨンのそれを加えることを想像することができよう。それらの代表者たちの選挙を保証するために、ひとは、各市民が国民の経済生活、社会生活、文化生活、自分の地域の生活に効果的に参加することに応じて、有権者の資格で、また諸コルポラシヨンの代表者の資格で、自分の政治的投票権とは別に、地域の投票権、経済的投票権、社会的投票権、文化的投票権をもつべきである、と想像しうるのである。」(ibid.)
- 26) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 165. cf. Friedrich Meinecke, *Die Idee der Staatsräson in der Neueren Geschichte*, 1957. 「国家理性（シュターツレーゾン）とは国家行動の確率、国家の運動法則である。それは、健全な力強い国家を維持してゆくうえに政治家がなさねばならぬことを告げるものである。…… 国家の「理性」（フエアヌンフト）は、自己自身とその環境とを認識し、この認識にもとづいて行動の諸々の格率を創造する点に存する。」(マイネッケ『近代史における国家理性の理念』菊盛英夫・生松敬三訳、みすず書房、1頁。)
- 27) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 165 – 166.
- 28) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 166.
- 29) ibid.
- 30) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 167 – 168.
- 31) R. Polin, *Ethique et politique*, Sirey, 1968, ch. 3, III, pp. 159 – 160.
- 32) Polin, *Ethique et politique*, ch. 3, III, p. 160.
- 33) Polin, *Ethique et politique*, ch. 3, III, pp. 160 – 161.
- 34) Polin, *Le libéralisme Oui*, p. 168.
- 35) Polin, *Ethique et politique*, ch. 3, III, pp. 161 – 162.
- 36) Polin, *Ethique et politique*, ch. 3, III, pp. 162 – 163.
- 37) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 168 – 169.
- 38) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 169 – 170.
- 39) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 170 – 171.
- 40) « Le peuple. au sens juridique du terme, c'est la structure de droit public unissant l'ensemble des citoyens dans les institutions législatives, exécutives et judiciaires définis par ses lois fondamentales » (op. cit., p. 109.)
- 41) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 171 – 172.
- 42) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 172 – 174.
- 43) Polin, *Le libéralisme Oui*, pp. 174 – 175.

年來八月獻上仕來候在所之松尾梨子、九月獻上仕來候在處之奈良柿、年來一切無御座候ニ付、其節ニ御届申上獻上仕候、右松尾梨子、奈良柿之義、先年寛保二戌年在處之大水之頃、枯木多罷成候ニ付、何卒相仕立如元獻上仕度種々手入申付候得共、其後一切木立茂兼候處、去々年大水ニ尙又枯れ木多罷成、最早五十ヶ年程も出來兼、年々御斷申上候義御座候、右之通迎も獻上可仕躰無御座候間、是迄年々相伺、御差圖被下候而引替獻上仕來候通、當年、松尾梨子爲代十月ニ至り在處之黒大豆獻上仕、奈良柿爲代十一月ニ至り辛味大根毎年獻上仕度奉存候、年々引替之義奉伺候義恐入奉存候ニ付此段申上候、宜御差圖可被下候、以上、

九月十八日

安部豊後守

右天明八申年十月五日御用番松平伊豆守様江差出候處、伺之通黒大豆、辛味大根獻上可仕旨、以御文紙御指圖相濟旨承知仕候、以上

九月十八日 在處之日附

松平長門守

一十一月十日御附紙御渡、其節御口達御用人手覺之由、左之御書付被相渡、

別紙銀杏永引替之義相伺候得共、蜜柑出來之節者、早々可申聞旨申聞候儀者承置候事、

(続く)

當年ハ蜜柑斗可有獻上候、

一〇八 寛政八辰年十月

御用番安藤對馬守様江被差出候處、十一月十日附札濟

例年十一月十二日中、兩度獻上仕候在處之蜜柑、年來不出來御座候處、明和六丑年在處強キ地震、洪水等仕木數痛、其後も年々植立手入仕候得共、兎角不出來ニ而領内取集相調兼、廿ヶ年以前^ル度々引替銀杏獻上仕候ニ付、寛政元酉年當分銀杏引替之義、伺之通被 仰出、其節追々蜜柑出來候様手入可仕旨被 仰渡、是迄段々植立種々手入仕候得共、何分獻上相成候蜜柑出來不仕候、右之通被 仰渡最早八ヶ年ニ相成候迎も、以前之通立戻可申處無覺束奉存候ニ付、年々引替差上候義奉恐入候ニ付、可相成義御座候ハ、右銀杏永引替獻上仕度奉存候、此段奉伺候、已上、

九月十八日 在所^々之日付

松平長門守

御附札

伺之通銀杏可有獻上候、

添書御用人迄口達手覺書付

銀杏引替獻上之義奉伺候處、尙又追々植立手入仕候間、此上獻上相成候蜜柑出來仕候ハ、早々申上候心得ニ罷在候、此段各様迄申上置候、以上、

十月廿五日

松平長門守家來

例書

中里 甚平

若君樣

右之通明十一日參勤御禮、病氣ニ付以使者獻上仕候、此段御届申上候、以上

六月十日

内藤能登守

御差圖之御禮立歸相勤、直々右御届書差出申候、

右兩通之外ニ、病氣ニ付登 城難仕與申御届書一通出候、御病氣之部ニ有之、

一〇六 寛政八辰年六月十八日

御用番安藤對馬守樣江被差出

私儀、忌中罷在候ニ付、暑中伺御機嫌獻上物不仕候、忌明候而相伺候樣可仕候、

此段爲御届以使者申上候、以上、

一〇七 寛政（八）辰年十二月

御用番戸田采女正樣江被差出

公方樣

江

若君樣

寒中爲伺御機嫌、例年知行處之柑子一籠、蜜柑一籠宛獻上仕來候處、當年柑子不熟ニ而一向無御座候ニ付、蜜柑一籠獻上仕度、此段奉伺候、以上、

十一月 卅日在所日附

板倉内膳正

御附札

十二月廿三日

松平周防守

一〇四 寛政七卯年十二月十六日

御臺様御着帶御祝儀獻上物被仰出有之候處、間部若狹守様御忌中、安藤對馬守様御勝手江罷出、御用人江及内談左之伺書被差出候處、翌夕御用人杉野門太夫ヲ以、御附札濟御渡被成候、

御臺様御着帶御祝儀獻上物之義被 仰出候處、若狹守忌中罷在候、十六日忌明仕候得共、忌明已前仕立候間、獻上之義如何可仕哉、若狹守在邑ニ付、此段私ニ奉伺候、以上、

十二月十一日

間部若狹守使者

臼井儀太夫

御附札

屋敷内之者忌中ニ無之候ハ、忌中ニ仕立候而も致獻上不苦事、

一〇五 寛政八辰年六月十日

御用番安藤對馬様江被差出

私儀、腹痛水瀉仕候ニ付、明日參勤之御禮登 城不仕候、依之、獻上物之義如何可仕哉、奉伺候、以上、

六月十日

内藤能登守

即齋御口達以御使者獻上被成候様、御用人神谷源左衛門ヲ以被仰出、

公方様

御臺様 江

右ニ付左之御例書持參候得共、御尋も無之ニ付、不差出相濟候由、

例書

例年獻上仕候干鰯、當年ハ不獵ニ御座候而、漸獻上程出來仕候ニ付、御殘進上難仕御座候、此段御届申上候、以上、

閏六月八日

菅沼新八郎使者

菅沼 (ツメ)
柄漏

右寛政元酉年閏六月八日、御用番松平伊豆守殿江、前日御届申上候由御座候、以上、

六月十七日

増山河内守

一右獻上當日、御老中様方并本多彈正大弼様江、御使者左之御口上書一通宛持參、

今朝干鰯獻上仕候、當年ハ拂底ニ御座候間、漸獻上程出來仕候ニ付、御殘進上難仕御座候、依之、爲御斷以使者申上候、

増山河内守使者

青木 七郎

但、若御年寄様方、御側様方へハ、御配無之故御使者無之、

一〇三 寛政七卯年十二月廿三日

御用番戸田采女正様江被差出

昨夕奉伺候在所之鹽小鯛、今朝獻上可仕候處、箱^(箱)滋出獻上難仕差扣申候、依之、獻上之義追而可奉伺候、此段御届申上候、以上、

十一月十八日

南部内藏頭

右之通數貳拾本被獻御殘御配ハ御斷被成候由、

一〇一 寛政元酉年

御用番松平伊豆守様江被差出

私在所之午房、例年此節獻上仕候、右獻上仕候程道中無滯着仕候得共、其餘差越候分於驛場夜中出火在之損候ニ付、御殘進上之義當年ハ無據御斷申上候、此段御聞置可被下候、以上、

十月廿八日

本多豊後守

右之通ニ而相濟、翌朝午房獻上無滯相濟候後、御老若様方、御側様方江御銘々御使者ヲ以、右御届ニ準、口上又者手扣等ニ而使者相勤、

一〇二 寛政五丑年六月十八日

暑中爲御機嫌伺干鱈一箱獻上之處、右御配之品拂底ニ付、御斷之上御配不被遣候、依之、獻上前日、御用番松平和泉守様江以御使者被差出

暑中爲伺御機嫌、例年獻上仕候干鱈、當年ハ拂底ニ御座候間、漸獻上仕候程出來仕候ニ付、御殘進上難仕御座候、此段申上候、以上、

六月十七日

増山河内守

但、御勝手江持參入御内覽候上表江差出候由、

九月 土岐山城守

御附札

不及差上候、

九九 安永五申年

北條豐吉様ニ而、御用番松平右京大夫様江退出後、例之通伺書差出、御差圖相濟候上、左之書面被差出
私在處之光瀧白炭、例年此節獻上仕、御殘進上仕候處、道中ニ而損漸獻上之分程到着仕候、依之、御殘進上
之義、當年者無據御斷申上候、此段御聞置可被下候、以上、

月日

北條 豐吉

右之通被差出候處、御承知被成候由御返答在之、

一獻上當朝、御老若様方江左之通御使者口上勤、

私在處光瀧白炭今朝獻上仕候、例年御殘進上仕候處、道中ニ而損漸獻上仕候仕合ニ付、當年ハ御殘進上之義、
無據御斷申上候、尤、右之趣昨夕御用番様江も申上候、此段以使者申上候、

但、獻上御殘被遣候御役人方江も、右御斷御使者被遣候、御出入御役人方江も、奉札ニ而御斷被遣候由、

一〇〇 寛政五丑年

御用番松平伊豆守様江被差出、同廿日御附札濟

例年在處之薯蕷三拾本一箱獻上仕候ニ付、此節差越候處、不出來之上損相見得、右之數獻上難仕御座候、依
之、貳拾本一箱被上仕候而も苦々閒鋪哉奉伺候、以上、

十一月十三日

南部左衛門尉家來

喜多島甚右衛門

九七

寛政四子年九月四日

米津播磨守様へ 浚明院様七回御忌御法事中、伺御機嫌被獻上物當日朝ニ至り損候ニ付、取計向左之通、戸

田采女正様江御法事中伺御機嫌、氷蒔蒔一箱獻上之伺書被差出候處、明朝御獻上可被成旨御差圖相濟

一翌五日朝、例年之通下馬迄獻上長持持出處、氷蒔蒔箱損候ニ付、左之通御届書被差出、

御法事爲伺御機嫌、御精進物獻上仕度段昨夕相伺、御差圖被成下候ニ付、今朝途中迄持出候處、獻上之箱損候ニ付、獻上難仕奉存候、尙迫而相伺候様可仕候、此段御届申上候、以上、

九月五日

米津播磨守

右之通御用番戸田采女正様江被差出候處、御落手被成候、昨夕被差出候御伺書御返卻被成候、

一同夕御伺直々翌六日御獻上無滞相濟候由、

一右獻上之箱損候、御届ニハ候得共、内實ハ才領心得違ニ而、上野江持參獻上之時齋延引、右之通被斗候由、

九八

寛政五丑年九月五日

御用番太田備中守様江被差出

御小袖

右重陽之御祝儀獻上之節、私儀、御目通差扣申候ニ付差上不申候、然處、昨夕御免被成候ニ付獻上可仕哉、

此段奉伺候、以上、

公方樣
大納言樣 江

土用中伺御機嫌、例年在處之粕漬小梅并干鰯獻上仕來候處、小梅不熟ニ而一向無御座候ニ付、品引替葛粉獻上仕度奉存候、此段奉伺候、以上、

六月七日 御在處日付

大久保出羽守

御附札

伺之通葛粉可有獻上候、

九六 寛政九巳年十一月十日

御用番戸田采女正樣江被差出同十三日御附札

例年在所之薯蕷三十本一箱宛、兩御丸江獻上仕候處、當年至而不熟ニ御座候而、一鉢不揃御座候上、例年之員數出來兼候、依之、貳拾本壹箱宛獻上候ニも苦ケ間敷哉、此段奉伺候、以上、

十月廿五日

南部左衛門尉

御附札

減少候而も薯蕷可有獻上候、

一 西丸方水野出羽守樣江左之通被差出、

南部左衛門尉例年此節、在所之薯蕷拾本一箱宛兩御丸江獻上仕候處、當年至而不熟ニ御座候而細く不揃ニ御座候上、例年之員數出來兼候、依之、貳拾本一箱宛獻上仕候而も苦ケ間敷哉之段、御用番戸田采女正樣江奉伺候處、減少候とも薯蕷獻上可仕旨御差圖御座候、在邑ニ付此段御届申上候、以上、

八月十二日

御附札

可爲伺之通候、

例年九月中在所之山椒一箱獻上仕候、然處、右箱寸法少々取縮申度奉存候、此段奉伺候、以上、

八月十二日

御附札

可爲伺之通候、

谷 出羽守

九四

寛政七卯年

御用番松平伊豆守様江被差出同夕御附札濟

例年此節在所之白輪柑子獻上仕候處、當年ハ出來方不宜、小振御座候得共獻上可仕哉奉伺候、以上、

十一月十三日 御在處日付

井上河内守

御附札

不揃小振ニ而も可有獻上候

九五

寛政八辰年六月十一日

御用番安藤對馬守様江同十三日御附札濟

口上之覺

例年此節獻上仕候在所之鹽引鰯、當年も不獵ニ而寸尺少々不揃ニ御座候段、被御聞置可被下候、已上

三月六日

本多伯耆守

九二 寛政二戌年九月六日

御用番松平和泉守様江左之伺書被差出、翌日御用掛松平伊豆守様江御呼出、御附札相濟候

私儀、今六日日光江之御暇被下置候ニ付、出立已前 御誕生御座候ハ、清メ内ニ而も御觸之通御祝儀并伺等以使者可申上哉、尤、歸府御禮已前も同様以使者可申上哉、

一於旅中奉承知候ハ、以使者可申上哉、

一右御用中ニ而も御七夜獻上物可仕哉、

右之趣奉伺候、以上、

九月六日

内藤右近將監

御附札

何も可爲伺之通候、

右御附札濟御禮立歸ニ而相勤申候、

九三 寛政三亥年八月

御用番松平和泉守様江、左之御伺書兩通被差出、同十四日御附札ヲ以御差圖相濟候、右御請立戻御使者勤獻上物箱等前々る排正目ノ板相用候處、右木品揃兼候義も有之難澁仕候、其上費用も相掛迷惑仕候、依之、排板目之板相用候而も苦ケ聞敷哉、此段奉伺候、以上、

八九

寬政元酉年十二月廿二日

御用番松平和泉守様江御届

正月三日御謠初之節、御盃臺獻上之義、私家督之砌申上候通、前之_ろ在府之節斗隔年差上來候、然處、當年在府年ニ而、來年始御謠初之節獻上可仕、順年御座候得共、先達而禁裏御造營中、在處ニ罷在候様被仰渡在呂仕候間、來年始御謠初之節、御盃臺獻上可仕候、此段御届申上候、以上、

十二月九日

本多隱岐守

九〇

寬政二戌年七月十三日

松平伊豆守様江被差出

御誕生之節獻上仕候御座着、前々_ろ仕來御座候、一統竝之通ニ而仕立不申候ニ付、右居臺金箔銀箔等相用不申候、白木臺胡粉隈分銀泥 御紋處、紺青上繪金泥ニ而御座候、此度獻上仕候居臺も不苦御座候ハ、前々之通仕立申度奉存候、被 仰出も御座候間、此段奉伺候、以上、

七月十三日

小笠原總次郎

同夕御呼出ニ付罷出候處、御用人福富平太夫方ヲ以、御口達不及御伺、金銀之泥相用候義不苦、前之通獻上候様御差圖被 仰出、

九一

寬政二戌年二月六日

御用番松平和泉守様江御在處之產物御獻上伺、例之通ニ而左之御口上書相添被差出候處、御承知之旨御取次被申聞

差上來候、然處、近年別而串海風拂底ニ而調候節、有無之義甚以心遣仕候、既今年も春中ノ雨天續候間、拂底之趣此節ノ相間得候、右之通之譯柄も無之品其上拂底之節ハ、有無之義無覺束奉存候、依之、串海風相止在所挽拔蕎麥一箱、九月十月之内獻上仕度奉存候、此段奉伺候、以上、

七月廿五日

安部攝津守

八八 天明八申年八月

御用番鳥居丹波守様江左之通被差出候處、御附札ヲ以小豆獻上可仕旨被 仰渡、右御禮御使者被差出私儀、例年正月中在所之寒鹽鯛一折獻上仕來候、寒鹽鯛製方之義者寒ニ入候當日ノ海上江乗出、追々釣并網ニ而捕之、其儘鹽ニ仕候儀御座候、然處、西國ノ海上浪荒躰、寒中之義御座候ヘ者、雪を度々相催天氣少々漁獵差支、右寒鹽鯛相揃兼、年ニ寄漸寒明ナラデハ、在所得差出不申候、其上大坂迄海上百里相隔候得者、彼是ニ而御當地江到着、正月末二月上旬ニ成候義も有之、陽氣立候時分候得者、色相損候事も有之奉恐入候義御座候、勿論獻上物之義ニ付、時節違成不申候様、獵師共へも精々申付差急き候間、天氣十分ニ無之日も乗出、漁獵仕候ニ付不斗仕候ヘハ、風波強く相成船等損、不便之義承候事も有之彼是心勞仕候、依之、可相成御座候ハ、右寒鹽鯛在處之小豆、黒大豆之内引替獻上仕度奉存候、尤、海上波荒時節漁獵爲仕候ニ付而者、無益之雜費も相掛候間、此度之御觸幸ニ申上候義ニ而ハ御座候、兼而時節も御座候ハ、右差支之趣申上、御引替之義可奉願相含罷在候間、此段奉伺候、以上、

八月

加藤出雲守

御附札

書面可有小豆獻上候、

種姫君様御入輿ニ付、右之通可差上旨、先達而養父若狹守江被 仰渡候、此度若狹守願之通隠居被 仰付、家督私江被下置候ニ付、右之品ハ私方差上可申哉、此段奉伺候、以上、

九月廿一日

堀田 攝津

御附札

可爲伺之通、

八六 天明八申年七月十八日

例年獻上物之内鹽漬蔵之義ハ、古來方仕來ニ而、領分高掛出銀差出、五月中深山江入採立鹽漬仕候處、人夫も多分相掛、其上道中鹽廻等加減違甚迷惑仕候間、右之品干獨脊引替獻上仕度奉存候、左様被 仰付被下置候得者、乍少分領分高掛相止申、私入用ニ而仕立可申候間、一統領分も永年之出銀相止、救之道ニも相成ニ付旁奉任、以上、

一鯖鹽引獻上之義、是亦古來方仕來ニ而、高田表方三拾里餘、牧野備前守領分新瀉と申處ニ而、漁獵仕候而獻上仕候、夫方不獵之節者、他領之義御座候得者、吟味等も不行届、萬事差支候義御座候間、御鹽鱈ニ引替獻上仕度奉存候、右之段奉伺候、以上、

七月十八日

榊原式部少輔

八七 天明八申年七月廿五日

御用番松平伊豆守様江、左之通御伺書被差出候處、御伺之通御差圖相濟候由

私家方代々九月中串海鼠獻上仕候義、何之譯柄も無御座領分何も海邊程遠く御座(候脱カ)故、御當代ニ而調

十月九日

本多伊豫守家來

鈴木 五助

御附札

不及獻上物候、

八四

天明七未年七月十三日

御用番阿部伊勢守様江差出候處、同十九日御呼出ニ付罷出候處、御附札ヲ以御差圖相濟

例年七月中刺鯖獻上仕候處、年來不獵ニ而御斷申上獻上不仕候、寶曆十二年より年々伺之上、在所之小豆引替獻上仕候、當年も不獵ニ付吟味仕候得共、一向右之品無御座獻上難仕御座候、以來度々御斷申上候も如何敷奉存候ニ付、刺鯖ハ不差上在所之小豆引替候而、毎年七月中獻上仕度奉存候、此段御差圖被成可被下候、以上、

七月十三日

牧野備前守

御附札

伺之通小豆引替可有獻上候、尤、鯖獵有之年ハ刺鯖差上候様可致候、

八五

天明七未年九月廿一日

御掛り水野出羽守様江御届左之通

覺

一大御コリ

三

付、此段申上置候、以上、

六月廿日

土岐 老之助

例書

例年寒中爲伺御機嫌獻上仕候在所之鰯、道中雪支等ニ而御座候哉、今以到着不仕、依之、此節獻上難仕御座候、寒明ニも相成候間、此段申上置候、以上、

十二月十五日

酒井修理大夫

右之通去年、御用番松平周防守殿江、御届申上候由御座候、以上、

六月廿日

土岐 老之助

右之通例書致持參候處、御沙汰無之ニ付不差出、

一同年六月廿七日

此間御届申上置候、例年暑中爲伺御機嫌獻上仕候在所之漬蕨到着仕候ニ付、明日獻上仕度奉伺候、以上、

六月廿七日

土岐 老之助

右之通例伺目錄下一緒ニ差出候處、明日獻上仕候様御差圖有之、

八三 天明七末年十月九日

牧野備後守様江左之通御伺書

本多伊豫守隠居隨翁儀病氣ニ付、伊豫守此度出府爲仕度段奉願候處、願之通被 仰付候、右ニ付隨翁出府仕候ハ、獻上物之義如何可仕候哉、願之通被 仰付候者奉伺候様、在所ノ兼而申付越候ニ付、此段奉伺候、以上、

私在所之栗、去年獻上難仕段御届申上、引替獻上伺之、黒大豆獻上仕候例前年之栗貯置、此節獻上仕候得共、去年御届申上候ニ付、黒大豆獻上可仕哉奉伺候、以上、

四月七日

小出 主税

八一 天明七未年四月十五日

御用番松平周防守様江左之通御伺書

今度 將軍 宣下御祝儀、就幼年以使者、御太刀目錄獻上可仕候、尤、年始御禮且亦去年御代替御祝儀之節も、三日目使者熨斗目長袴爲着獻上物仕候、此度も三日目御禮之日、使者長袴爲着獻上物仕度奉存候、此段奉伺候、以上、

四月十五日

内藤雅之進

御附札

可爲伺之通候、

一同月十七日夕御呼出ニ而罷出候處、小林平之丞ヲ以御附札ニ而御差圖被成候間、立歸右御挨拶使者相勤候、一漬蕨鹽染ニ付二重桶ニ致候御例、左之御方様ニ在之、

土岐美濃守様 松平志摩守様 内藤備後守様 本多千吉様

八二 天明七未年六月

御用番水野出羽守様へ左之御届書被差出候處、御請取被成候段、御返答在之

例年暑中爲伺御御機嫌獻上仕候在所之漬蕨今以到着不仕、依之、此節獻上難仕御座候、土用明ニも相成候ニ

右之通洗立土を落候得者、不斗仕候得者、内々蟲喰出申候儀御座候、御披露被成下候節、右躰之義御座候而ハ、無調法至奉恐入候義ニ御座候、土詰ニ仕置候得者、少々程立候而も蟲喰出候義無御座候、右之通故可相成義ニ御座候ハ、右之儘箱詰ニ仕獻上仕度奉存候、依之、奉伺候、以上、

八月朔日

織田 大學

右之通天明三卯年八月朔日、織田大學儀、御用番久世大和守殿江奉伺候處、同月四日御附札ヲ以、伺之通御差圖相濟候由御座候、以上、

三月五日

加藤遠江守

右御附札ニ而御差圖相濟、西丸鳥居丹波守様江左之通被差出、

私儀、例年十一月在所之燒鱈一箱宛、兩御丸江獻上仕候處、差支候義御座候間、以來鹽鱈ニ仕立獻上仕度旨、御用番田沼主殿頭殿江相伺候處、伺之通鹽鱈獻上可仕旨、御差圖相濟申候、此段申上候、已上、

三月八日

加藤遠江守

七九

天明六年十二月晦日

來正月御用番牧野越中守様江、左之通被差出

年頭御祝儀御太刀目錄、私儀、病氣罷在候ニ付、明元日名代之以使者獻上仕候、此段御届申上候、已上、
十二月卅日
堀田若狹守

八〇

天明七年四月

御用番松平周防守様江、左之通御伺書被差出候處、同九日御伺之通御差圖相濟候由

諸家例叢 二

七八

天明六年三月五日

田沼主殿頭様江被差出候處、同月八日御差圖相濟候之由

私儀、例年在所之燒鰯一箱宛兩御丸江獻上仕候、右之鰯之義ハ、三月頃在所城下下之川筋江生レ、段々成長仕ニ隨ヒ、山奥^る谷川江登込候間、其處江鰯掛リ之役人共、魚梁ヲ掛ケ鰯川下江出不申様仕置、八九月頃^る追々取之、燒鰯ニ仕候義ニ御座候、然處、年々出水之節、山^る砂等押出、川底次第ニ高く相成候故歟、近年ニ至リ纔之雨ニも出水強く、度々魚梁押流、魚梁之上ニ圍置候鰯尽ク海江流出申候、尤、水干落候得者、鰯又已前之川上江登候義御座候得共、一旦海江出鹽ニ當リ候義故、油等も拔燒立候所、色合惡敷其上最初之通不殘登不申、出水之毎度鰯も減少仕候間、獻上之品無據不揃ニ相成奉恐入候、依之、不苦義御座候間、鹽鰯ニ仕獻上仕度奉存候、鹽鰯ニ御座候得者、六月頃出水無之頃取候而仕送候故、宜十分ニ相揃申候、尤、燒鰯も夏之内出來兼候得者、出水障有之間敷、近年度々相減候得共、暑氣之節故、燒立干上候迄之内蟲ヲ生ス、又者匂ひ等出何分獻上相成不申候、依之、不苦儀御座候ハ、製方相定燒鰯ニ仕獻上仕度、此段奉伺候、以上、

三月五日

加藤遠江守

御附札

伺之通鹽鰯可有獻上候、

例書

例年十一月中、在所之栗一箱宛、兩御丸江獻上仕候、右栗在所^る差越候節、赤土漬桶詰ニ仕、途中差越到着之上、早速獻上之義奉伺御差圖相濟、栗洗立一ツ宛覆巾ニ而、何篇も拭立青籠ニ詰置、翌朝獻上仕候、然處、

諸家例叢〔江幡五郎自筆 輯 共二卷〕（四）

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～七七号まで第四七卷第二号）
諸家例叢 二（七八号～一〇八号まで本号）
解題

*【本誌に掲載した「諸家例叢〔江幡五郎自筆 輯 共二卷〕」（二）の訂正】
「四九号」に二箇所ある新字体「卷」を旧字体「卷」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)
千野 直邦 (創価大学名誉教授)
松岡 誠 (創価大学名誉教授)

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)

[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)
松田 健児 (法学部教授)

[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 溢弘 (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)
山田 竜作 (国際教養学部教授)
◎法学会会長 ○編集委員

創 価 法 学 第 47 卷 第 3 号

平成30年3月20日発行

東京都八王子市丹木町1-236
創価大学法学部研究室

編集代表 飯 田 順 三

東京都八王子市丹木町1-236

発 行 所 創 価 大 学 法 学 会
代 表 須 藤 悦 安

電話 042-691-8915 (代表)

東京都八王子市追分町10-4-101

印 刷 所 株 式 会 社 清 水 工 房

電話 042-620-2626 (代表)

頒価 2,200円

SOKA HOGAKU

The SOKA Law Review

Vol. 47 No.3

March 2018

Articles

The Development of "Tribal Sovereign Immunity Doctrine"

in the American Indian Law (2) Hisanori Fujita (1)

Refusal to Renewal and Due Cause in Sub-Lease Yoshihisa Matsuda (41)

The Essential Characteristics of Water Entitlements and the Sustainable

Management of Water Resources in Australia Atsushi Miyazaki (63)

Defamation and Freedom of Expression Ryuji Yamada (97)

Note

L'Etat libéral

— La philosophie politique de R. Polin XLI — Masaki Shiraishi (131)

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 (4) Nobuyasu Kojima (188)

Published by

The Soka University Law Association

Tokyo, Japan