



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第62巻 第3号 全1冊
Citation	北大法学論集, 62(3)
Issue Date	2011-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/47246
Type	journal
File Information	lawreview_vol62no3.pdf



北大法学論集

第 62 卷 第 3 号

論 説

ベーター・フォン・アンドラウの帝国論

—— 15世紀中葉の帝国とドイツ人 —— 田 口 正 樹 1

自白排除法則の研究（7）..... 関 口 和 徳 49

「法律上の婚姻」とは何か（2）

—— 日仏法の比較研究 —— 大 島 梨 沙 224[1]

子どもの自己決定と憲法（2）

—— 米・台・日における子どもの人権・権利論の分析・比較 ——
..... 宋 峻 杰 184[41]

2011(平成23)年

名誉教授

雑誌編集委員 ○ 印

ペーター・フォン・アンドラウの帝国論

——一五世紀中葉の帝国とドイツ人——

田口正樹

はじめに

おおよそ一一、一二世紀以後、西洋世界の各地では、さまざまなレベルにおいて、それまでよりは明瞭な輪郭を持ち

安定度も高い団体が姿を見せ始める。各地の王国もそうした団体の一つであるが、それらの王国は、中世後期の間の曲折を経て、一五〇〇年頃には統合の度合いをより高めた存在として現れる。こうした推移はドイツにおいても基本的に同様であったと考えられるが、ドイツではこうした王国の発展と統合強化が普遍的とされた帝国との関係の中で進んでいた点が特徴的である。このような帝国との関係は、一般的に言って、ドイツにおける国家発展をより複雑なものとしたように思われる。

帝国との関連が中世後期のドイツ史においてどのような意味を持ち得たのかを考えるには、さまざまな切り口があるが、ここでは一五世紀中葉の知識人の帝国論を取りあげて、そこにおいて帝国とドイツおよびドイツ人との関係がどのように論じられているかを見ることにしたい。特に中世後期の帝国の意義を考える場合、こうした知識人の帝国論は重要であると思われる。西洋中世の皇帝は、そもそも一一・一二世紀以後の教皇のように西洋世界全体に広がる階層組織を下に持っていたわけではないし、中世後期の皇帝たちは、それに先立つ中世初期・中期や一五世紀末以後のハプスブルク家の皇帝たちと比較して、全般に乏しい権力手段しか有していなかった。中世後期の帝国は、むしろ知識人がさまざまな伝来のテクストに依拠しつつ論じる理論的主張の中にこそ、無視できない要素として存在し続けたのである。

具体的には、一五世紀中葉に帝国論を著した教会法学者ベーター・フォン・アンドラウ *Peter von Andlau* をとりあげて、彼の所論を分析する。その際、一四世紀中葉にやはり帝国論を著したルーポルト・フォン・ベーベンブルク *Lupold von Bebenburg* の議論との比較に注意を払いつつ検討をすすめる⁽²⁾。両者はドイツ出身の教会法学者という点で共通するとともに、二つの帝国論の間には約一二〇年の時間差があり、比較を通じて我々はその間の歴史的变化をも認識することができると思われる。

一．ペーター・フォン・アンドラウとその著作

まずペーターとその作品がこれまでどのように評価されてきたかを、簡単に振り返っておこう。ペーターは近世から帝国国制を論じた著作の著者として知られており、後述のように近世にはかなりの影響力を有した。しかし一九世紀の法史研究においては、ペーターはそれほど高く評価されていたわけではない。グスタフ・フーゴーが彼を評価したことが知られているとはいえ、オットー・シュトゥッペは、ペーターの作品が明晰さを欠いており、「哲学的」方法と（実定）国法学的方法の間に不統一がある、と指摘したうえで、彼の教皇権寄りの学説を紹介している⁽³⁾。それに対して、ペーターの著述に画期的な評価を与えたのはパウル・ラーバントである。ラーバントは、一八八〇年にシュトラースブルク大学で行った講演において、ペーター・フォン・アンドラウをドイツ国法の学問的・総合的叙述を初めて行った人物と見なした。⁽⁴⁾ペーターの所論は内容的には、彼以前の著作家からの引用が多く、中世的・スコラ的な論述にとどまる。人文主義がドイツで展開するのもまだ少し先の話であり、彼の著作にはその方向が示唆されているにすぎない。しかしペーターは、それまで関連なくバラバラに論じられていたにすぎなかったものを一つの秩序だった全体へとまとめたのであり、それによって彼は、ドイツ国法をローマ・カノン法の総体から区別された独自のものとし、法学文献の新しいジャンルを形成するきっかけを与えたのである。以上のようなラーバントの評価はその後一般に受け入れられ、事典項目などで現在まで引き継がれてきている。⁽⁵⁾

こうしたラーバントによる評価にも刺激されて、その後ヨーゼフ・ヒュルビン Joseph Hürbin によって一連の研究が行われた。ペーターに関する彼の業績としてはまず、サヴィニー雑誌誌上に、ペーターの帝国論の近代的なテクストを公表したことがある。⁽⁶⁾彼は、確認しえた三つの写本のうち、最古最善と考えられたパリ写本をもとにして、他の二写本

や一六一二年のフレーアー Freder⁽⁷⁾ による印刷本の読みを欄外注として付して、刊本を作成した。これはモヌメンタ・ゲルマニアエ・ヒストリカのテキスト刊行のような充実したアパラートを備えたものではないが、その点は、ペーターが資料として用いた文献についてのヒュルビンの別の研究によって、ある程度補足することが可能である。⁽⁸⁾更にヒュルビンは、ペーターの生涯と所論に関するモノグラフをも著した。⁽⁹⁾ペーターの帝国論はその後、いくつかの学位論文などで言及され、⁽¹⁰⁾比較的最近にはライナー・A・ミュラー編集のラテン語・ドイツ語対訳も出版されている。⁽¹¹⁾しかし、ペーターの著作の意義については、後述のヴァルターのようにラバーントの高い評価を大幅に相対化する意見も出されている。

次にペーター・フォン・アンドラウの出自と経歴を概観しよう。⁽¹²⁾ペーターは一四二〇年前後に生まれたと推測される。彼が貴族家門アンドラウに属する人間であるのか、それともエルザスのアンドラウ出身というだけなのか、については争いがあったが、現在ではアンドラウ家の出であったと考えられている。⁽¹³⁾ただし彼は庶子であり、聖職者への道を進んだ彼がそれほど多くの重要な聖職禄を獲得できなかったのは、それが理由であったかもしれない。ペーターは一四三九年、ハイデルベルク大学で学籍登録をしており、既にハイデルベルクで教会法を学び始めたのかもしれない。一四四三年以降は、パヴィア大学で法学と古典語を学んだ。一四四四年にはバーゼル司教座聖堂の礼拝堂付き司祭 Kaplan として司教座聖堂附属学校の教師の職を得る。その後、コルマールの参事会教会員 Kanonikus となり、更に一四六六年にはラウテンバッハ Lautenbach の教会の首席司祭 Propst となっている。こうした教会内キャリアに関して彼は、おじで、バーゼル司教座聖堂参事会の首席司祭であったゲオルクの引き立てを受けたのであり、ペーターはこのおじの榮譽のために筆を執ったことを、著作 Libellus の冒頭で特に言及している。⁽¹⁴⁾ペーターは、一四五〇年には既に教会法の教授免許取得者 Licentiatus として活動しているが、さらにおそらく一四五九／六〇年にパヴィアで教会法博士 Doctor decretorum となった。⁽¹⁵⁾ペーターは、バーゼル大学設立の中心人物の一人であり、一四六〇年の大学設

立後は、大学の総長 Kanzler であったバーゼル司教ヨハン・フォン・フェニンゲン Johann von Venningen によって副総長 Vizekanzler に任命されて一四八〇年までその職にあった。ペーターは教会法の第二講座の担当者として、第六書 Liber Sextus やクレメンス集 Clementinae を講じた他、法学部の学部長や大学全体の代表である学頭 Rector をも歴任した後、一四八〇年にバーゼルで死去した。彼は、帝国論を展開した後述の Libellus 以外に、Tractatus de canonica clericorum secularium vita という教会論・聖職者論の著作を残している。⁽¹⁶⁾

本稿で検討対象となるペーターの著作 Libellus であるが、タイトルは Libellus de Cesarea monarchia (『皇帝君主制についての小論』)であり、または De imperio Romano (『ローマ帝国について』)という名でも知られる。一四六〇年に書かれた作品で、当時の皇帝フリードリヒ三世に献呈されている。⁽¹⁷⁾ この著作は従来、帝国改造 Reichsreform を論じた文献の一つと見なされていたが、⁽¹⁸⁾ ヴアルターは、ペーターが大学の副総長に任命されて大学教師として俸給を得はじめる直前に作品が成立しているところから、Libellus は彼がバーゼルの知識層と大学に対して自分の能力を示すために執筆した、機会的文書 Gelegenheitschrift であり、しばしば想定されてきたように帝国改造の文脈で書かれた著作というわけでもない、と評する。⁽¹⁹⁾ これに対してシュラーは、Libellus が帝国政治の是正に努める姿勢を見せている限りで、それを帝国改造を論じた諸論文 Reichsreformtraktate と同列に置いている。⁽²⁰⁾ この作品の一五世紀における写本流布は、バーゼルと関係した地点に限られており、今日知られている写本は五点である。⁽²¹⁾ 写本の広がりや数からすると、おそらく同時代にはそう広く読まれた文献ではなかったと考えられる。Libellus が広く知られ使われるようになっていったのは、一六〇三年に初めて印刷刊行された後になってからであった。⁽²²⁾

Libellus の構成についても最初に簡単に触れておくと、全体は二部構成になっている。第一部は、およそ支配の起源、君主の起源から説き起こし、世界帝国の興亡、ローマ帝国の歴史、帝国支配権の変転とそのドイツ人への移転までを論じ、

あわせてドイツの貴族の由来と構成を述べる。現在の帝国に至る歴史の部分である。第二部は、現在の帝国国制について、国王選挙、塗油と戴冠、皇帝の地位、教皇の権限、貴族と兵士、皇帝の義務等について述べる。現時点の国制構造を論述する部分と言える。論述においてペーターは全般に、教会法とローマ法の法源とその注釈を論拠に用いて議論を展開しているが、法源そのものの参照の多さに対して、注釈への参照指示はむしろ少ない、とされる。ペーターはその他、聖書、キケロ（特に『義務について De officiis』）などの古代作家、ヒエロニムスや特にアウグスティヌスなどの教父、アレクサンダー・フォン・ロース Alexander von Roes（かつては Jordanus von Osnabrück の著作と考えられていた）の *Memoriale de prerogative Romani imperii*⁽²²⁾ トマス・アクィナスの *De regimine principum*⁽²⁴⁾ フェリックス・ヘンマーリン Felix Hemmerlin の *De Nobilitate et rusticate dialogus*⁽²⁵⁾ エネア・シルヴィオ・ピッコローニ Enea Silvio Piccolomini の *De ortu et auctoritate sacri Romani imperii* として金印勅書などを使っている。彼は、しばしばこれらの先行著作をそのまま引用しており、もちろん彼のオリジナルな見方も存するけれども、かなりの部分は編集的な作業をしている。⁽²⁶⁾ ただしペーターは、本稿が比較対象とするルーポルト・フォン・バーベンブルクの著作は使っていない。⁽²⁶⁾ これは、ペーターの教皇権寄りの立場と関係があるのかもしれない。⁽²⁷⁾

二. 教皇権と皇帝権

実際、ペーターは帝国を論じる際に、かなりはつきりと教皇権寄りの立場をとっており、皇帝側と教皇側との間で争われていたいくつかの論点について、教皇側の見解を採用している。⁽²⁸⁾ この点は、一四世紀前半の皇帝ルートヴィヒ四世とアヴィニヨン教皇庁との対立を背景に、教皇権のドイツと帝国への介入を抑止することを重要な眼目としていたルー

ポルトとは大きく異なる。

例えば、皇帝権は神から直接皇帝に授けられたか、それともいったん神から教皇へ授与され、その後教皇から皇帝へ授けられたか、という問題について、ペーターは断然後者と解する。⁽²⁹⁾ 前者の説を採ることは異端である、と彼は言う。ペーターはいちおう何人かのローマ法学者が前者の立場を説いているとして、そこでの根拠法文を紹介している。しかし続けて、教会の主張はそうではない、としてその論拠をあげている。勝利した教会には唯一の首長が存するのだから、まして戦う教会には首長は一人でなければならない。教皇こそが帝国を特定の人間から別の人間へと移転させる（後述のように、ペーターは帝権移転説を採るが、移転させる主体は教皇であると考えられている）。教皇は場合によっては皇帝を廃位することもできる。彼は、反対説の論拠をも論破したうえで、後者の説が正しいと結論する。⁽³⁰⁾

ペーターはまた、教皇シルヴェステルに対してコンスタンティヌス帝が行った、いわゆるコンスタンティヌスの寄進を史実として承認する。⁽³¹⁾ 皇帝は、キリスト教の首長の座所で皇帝が権力を持つのは不適切だと考えたのだ、というのである。ペーターは寄進状自体をも引用している。ローマ法学者たちの中には寄進の法的効力を疑う意見もあるが、教会法学者たちの間では寄進の有効性に関して疑義はなく、また皇帝自身も選出認可時の宣誓においてローマ教会に寄進された諸権利を守ることを約束している、とする。⁽³²⁾ コンスタンティヌスの寄進状については、当時既にロレンツォ・ヴァッラ Lorenzo Valla の史料批判があり、ニコラウス・クザーヌス Nicolaus Cusanus やエネア・シルヴィオ・ピッコロミニも疑念を表明していたにもかかわらず、ペーターは寄進状を真正とする見解を堅持するのである。そもそも、こうした批判や疑問は、ドイツではまだ支配的ではなかったものであった。⁽³³⁾

ペーターはまた、国王選挙に関して、教皇にさまざまな権限を承認する。ドイツにおける国王選挙で、後述のような事情で選挙侯の票が同数になった場合には、教皇が候補者のうちから一人を選ぶものとされる。⁽³⁴⁾ 国王選挙の結果一人

の人物が選ばれた後には、選挙布告が教皇に対して呈され、教皇はこの選挙と選挙された人物を審査する。審査の結果、選挙と被選出者が適切と認められれば、教皇は、選ばれた人物をローマ王として宣言し、彼が皇帝位を受けるにふさわしい人物であることを確認し、彼に対してみずから皇帝戴冠の儀式を行うことを表明する。この後、教皇は、ドイツから送られてきた使者から、忠誠の誓約を受け取る⁽³⁵⁾。こうした論旨は、教皇による審査と認可を否定することがルーポルトの議論の眼目であったのと比べれば、対照的である。

選挙侯たちが選挙を行わない場合に国王任命権は教皇に移転するか、という問題も論じられ、ペーターはこれをも条件付きながら肯定する⁽³⁷⁾。選挙には本来期限がないので、教皇はまず選挙侯たちに一定の選出期限内に選挙を行うよう警告しなければならぬ。その期限を過ぎても選挙がなされない場合にはじめて、任命権は教皇に移る。更に、選挙侯たちが意図的にふさわしくない人物を選出した場合は、選挙権は当然に*ipso iure* 教皇に移転する。

帝国が空位の場合、帝国の諸権利と財産の管理を誰が行うべきかという問題については、ペーターは、学者たちの意見であるとして、中世以来の教皇の帝国代理権 *Reichsvikariatsrecht* を肯定し、教皇がこれを行うべきであるとする⁽³⁸⁾。これは帝国以外の王位の空位の場合でも同様であるとする。しかしペーターは、続けて、カール四世が金印勅書において代理権を定めたことに言及する⁽³⁹⁾。それによれば、ライン地方、シュヴァーベン、フランク法地域ではライン宮中伯が、ザクセン法地域ではザクセン公が代理権を行使する、という。これについて、ペーターはみずからの意見・コメントを何も付けずに、規定の内容を指摘するにとどめている⁽⁴⁰⁾。教皇権側の主張と皇帝の定めとの衝突があらわになることは、こうした形で回避されている。

このように、教皇権側の立場と皇帝権側の立場とが衝突することを避ける姿勢は、実は他の点でも見られる。すなわちペーターは、上述のようにドイツにおける国王選挙に関して教皇に広い権利を認める一方で、選挙されたローマ王が

教皇による認可と戴冠の前に帝国の諸権利を行使できるかどうか、という問題については、肯定的に答えるのである。⁽⁴¹⁾ 確かに彼はまず否定説を紹介するが、そのうえで肯定説が慣習によって共通意見になっているとして、選挙されたローマ王は選挙のみによって支配権を得るものとするのである。ペーターがこのようなスタンスをとることによって、教皇による認可の問題は実質的な破壊力を失うこととなった。一四世紀のルーポルトが目指した結論にペーターもまた同意したことになるのである。

こうしたペーターの議論の根底には、教皇権と皇帝権の協調という考え方ががある。一五世紀中葉以降、カトリック教会における公会議主義の台頭およびバーゼル公会議と教皇の対立という状況を背景に、教皇権と皇帝権という二つの普遍的権力の接近と協力が見られた。一四四八年のヴィーンの政教協約はそうした動向を象徴する現象の一つであり、また一四五〇年代には、一四五三年のコンスタンティノーブル陥落への対処などを協議するために、両権の協力のもと、レーゲンスブルク、フランクフルト、ヴィーナー・ノイシュタット、マントヴァで集会が開催されていた。ペーターのスタンスは、こうした当時の状況とも対応するものであったと言える。⁽⁴²⁾

以上のような教皇権理解に対して、皇帝権はどのようにとらえられているであろうか。皇帝の最高の世俗君主としての地位や皇帝と国王たちとの関係はどう考えられているであろうか。

ドイツで選挙されたローマ王と皇帝については、三重の戴冠が行われることが述べられる。⁽⁴³⁾ まずアーヘンで鉄の冠によって行われる戴冠がある。⁽⁴⁴⁾ 次に、北イタリア、ミラノ近くのモンツァで銀の冠を使って行われるイタリア王としての戴冠が論じられる。⁽⁴⁵⁾ 最後に、ローマで金の冠によって行われる皇帝戴冠である。⁽⁴⁶⁾ 皇帝戴冠の時に使われる金の冠は、金が最も高貴な金属であるところから、皇帝が権力と正義において他の王たちをしのぐことを象徴するという。⁽⁴⁷⁾ また、ドイツで選挙された国王がイタリアの地に入る前に行う宣誓の詳しい文言が引用される。⁽⁴⁸⁾ ここでは、ローマ教会とカトリッ

ク信仰を保護し、異教徒や異端を滅ぼし、彼らと親戚関係や同盟を結ぶことなく、ローマ教皇の身柄と名誉と地位を守ることが誓われる。更にコンスタンティヌスに始まり歴代の皇帝たちがローマ教会と教皇に認めてきた諸権利を確認することも約束される。皇帝戴冠の際の誓約文言もまた引用され、皇帝が教皇とローマ教会の保護者になると誓約していることが明らかにされる。⁽⁴⁹⁾ 皇帝戴冠の際には、皇帝は副助祭 Subdiacon としてミサに奉仕するものとされ、⁽⁵⁰⁾ また戴冠式終了後には、皇帝は教皇が乗る馬のくつわをおさえて奉仕のポーズをとる。⁽⁵¹⁾ このようにペーターは、皇帝のローマ教会と教皇に対する義務づけを強調しており、一面でやはり彼の教皇権寄りの姿勢がうかがわれる。しかし同時に、皇帝をローマ教会の保護者として特徴付けることは、皇帝権と教皇権の協調を重要視するペーターの基本姿勢に沿うものであった。しかも皇帝が他の王たちに優位することは前提とされているのである。またペーターが戴冠式や宣誓文言といった儀式面について詳しい描写を与えていることも、注目される。後述するところからもうかがわれるように、セレモニーを重視するのは、ルーポルトとの比較でも、ペーターの帝国論の特徴の一つと見なしうるところである。

さて皇帝は実際、名声、権威、権標の三点においてすべての王にまさるものとされる。⁽⁵²⁾

まず、名声と名誉において王たちにまさる。⁽⁵³⁾ キリスト自身がこの世にあつて皇帝を尊重し、ローマ帝国がすべての人々によって尊重されるべく、みずから範を示したからである。このあたりのペーターの論述は、アレクサンダー・フォン・ロースに依拠して行われている。⁽⁵⁴⁾

第二に、権威と権力においてまさる。⁽⁵⁵⁾ 皇帝の法に全世界が従っているからである。皇帝は法に拘束されない唯一の存在である（もつとも彼自身は法に従うことを欲すると述べているけれども）。ただし聖職者は皇帝の裁治権 *iurisdictio* から除外されている。更に、ローマ教会の指導は皇帝のみの権限に属する。皇帝はすべての王たちの上にあり、すべての民族 *naciones* が皇帝に服する。皇帝は世界の支配者にして主人である。また全世界の人間は皇帝への貢租を負担す

る。王たちのすべての権力は皇帝に源を持つ。しかし今日では、ほとんどの王たちが、法的に *de iure* というよりは事實上 *de facto*、皇帝を上位者として認めず、皇帝に留保された帝国の最高の諸権利をも横領している。しかし、フランス王が世俗事項において上位者を持たないというのも、*de facto* に言われたことであって、*de iure* には認められない。フランス、スペイン、イングランドの国王が、皇帝の上位性を認めないことは、宗教上の罪であり、王たちの側から抗弁を申し立てることも許されない。世俗の剣は唯一のものであり、破壊されたり分割されたりしない。それは（教皇が使う）宗教的な剣と同様である。もともと、皇帝が世界の主であるとはいっても、皇帝は万民法の内容を理由なく廃止することはできない。それゆえある人に属する物を理由なしに奪うことはできない。皇帝は普遍的裁治権を有するとはいえ、私有物に対する所有権は持たないからである。また皇帝は帝国の諸権利を好きなように譲渡することもできない。とりわけ帝国に大きな不利益が生じるような場合にはそうである。もともと、適度な贈与を行うことは可能であると考えられる。このような皇帝の行為に対する制限は、中世後期の教会法学およびローマ法学の共通意見に沿ったものと考えられる。⁽⁵⁶⁾

第三に、皇帝の栄光を飾る支配権標において、皇帝は王たちにまさる。⁽⁵⁷⁾ 支配権標としては、冠、剣、笏、球体の四つがある。これらのうち、球体はライン宮中伯が、剣はザクセン公が、笏はブランデンブルク辺境伯が捧げ持つこととされている。ペーターはここでは金印勅書を明示的に指示しているわけではないが、この役割分担は、金印勅書二二章に規定された、皇帝行進時の世俗選挙侯の役割分担と同じである。⁽⁵⁸⁾ 金印勅書の内容は、ペーターによって各所で論述に取り入れられており、ここもその例と思われる。

さてペーターにおいて、このような皇帝権とドイツ以外の地域との関係はどのように描かれているであろうか。ルイポルトの帝国論とも比較しつつ、主な点を確認しておこう。

狭義の中世帝国を構成する三王国のうち、ルーポルトにおいてはかろうじて残っていたブルグント（アルル）王国への言及は、ペーターの帝国論では完全に姿を消している。⁽⁵⁹⁾

ルーポルトが常に皇帝支配と結びつけて扱っていたイタリアに関しては、上述のイタリア王の戴冠を除けば、むしろドイツとの違いを指摘する議論が出てくることが注目される。⁽⁶⁰⁾ イタリアはドイツとは性質の異なる土地として現れる。土地の持つ影響力が示され、イタリアへ移住したドイツ人は、良きにつけ悪しきにつけイタリアの習俗に順応したとされる。また、心身強力な人々は王の支配に服するには向かないが、イタリアなどはそのような例である。イタリアで君主支配が発達しない理由がこのように説明され、イタリアとドイツなどとの政体の違いが承認される。もともと、イタリアは完全にドイツと無関係に扱われて視野の外に置かれているわけではなく、後述の貴族論で別の形で登場することになる。

フランス王権との関係は、ドイツの選挙侯の起源を論じる章の冒頭部分で、「フランク人」をめぐる緊張関係として登場する。⁽⁶²⁾ カール大帝の後、百年以上彼の子孫が帝国の統治を世襲したが、ただしそれはドイツの諸侯の同意のもとで行われた。この家系最後の皇帝ルートヴィヒは男子を残さなかったが、娘が二人あった。一人は伯コンラート（後の国王コンラート一世）と結婚し、もう一人はザクセン公ハインリヒと結婚し後の皇帝オットーを生む。このように、カロリングとその後の支配者たちの間には、史実に反して、血縁関係が想定される。一方、カールの家系から出た最後のローマ人、フランクシア、ドイツの王であったルイ四世が死んだ後、パリ伯ユーグ・カペーなる者がフランクシアの王国を篡奪し、その後も彼の家系がフランクシアの王国を支配することとなった。ルートヴィヒの死後、その長女を妻としたコンラートは、ドイツ諸侯の同意を得て、ドイツ王国とともにローマ帝国を獲得する。ドイツ王国は帝国の一部となった。これ以後、ドイツとフランク人たちの王の支配領域とが分離する。さらに、フランク人たちの王ユーグとその子孫は、

de iure については de facto に、ローマ人たちの王を上位者と認めることを拒否する。フランクシアの王国は、ルーヴィヒの死により、当然に ipso iure ローマ帝国へ復帰するべきであったにもかかわらずである。ハインリヒ一世は、フランク人たちの王たちとロンバルディア人たちを、ローマ皇帝権に関して永久に黙らせた。さらにハインリヒは、モゼル・ライン間のロタリングアと呼ばれる地をドイツ全土とともにフランク人たちの王国から引き離し、ローマ帝国に統合した。彼はローマ人たちの王とは称したが、皇帝戴冠はしなかった。

ペーターはこのように、フランス王と皇帝との関係を、前者は de iure にというよりは de facto に後者に従うことを拒否しているものととらえる。このような、de iure と de facto という整理は、前述のようにフランス王に限らず、西洋世界の他の国王と皇帝との関係についてもなされている。こうした説明の仕方は、ルーポルトの帝国論でも見られたところであり、世界の主としての皇帝の地位と諸国王の存在とをおりあわせるための論理として、広く受け入れられたものである。しかしルーポルトにおいては、皇帝に留保された諸権利や、それを皇帝が諸王国内において行使する可能性など、かなり具体的な形で皇帝と国王の関係が論じられていたのに対して、ペーターの議論は de iure と de facto という一般的な説明枠組みにとどまっている点が特徴的である。

ルーポルトの帝国論と比較して、ペーターの論述において具体性が強くなるのは、儀式や象徴に関する部分である。戴冠式、宣誓文言、選挙侯による権標奉持などについては、既に見た。その他ペーターは、帝国のワシの紋章についても詳しく論じる。⁽⁶⁴⁾ 紋章を各人が好きに創出してよいかどうか、という問題があり、ローマ法学者バルトルスは肯定する。それでは他人が使っている紋章と同じものを使用してもよいか。その他人に害を与えないのであれば可能であるとされる。紋章に使われるどの色が高貴かという点も議論され、やはりバルトルスにしたがって金色が最も高貴な色とされた後、更に色の序列が語られる。また、治世最初の帝国集会は、金印勅書にあるように、ニュルンベルクで開かれること

とされるが、ペーターは更に、やはり金印勅書に依拠しつつ、帝国集会における選挙侯たちの象徴的奉仕、食卓における席次、皇帝の行進の際の選挙侯の位置を詳細に叙述している⁽⁶⁶⁾。このように、儀式とシンボルに関する詳しい論述がなされていることも、ペーターの帝国論に特徴的な点であると言える。

三、ドイツ人とドイツ

ペーターの帝国論において、ドイツ人（用語としては主に Germani、ときに Theutonici が使われる）とドイツ（用語としては主に Germania、ときに Alamania が使われる）は中心的位置を占めている⁽⁶⁷⁾。

ペーターは既に序言において、ローマ帝国と皇帝について書いた著者は多いが、その帝国を担うドイツ人 Germani の事績についてはこれまでまとまった叙述がなされてこなかった、と述べる⁽⁶⁸⁾。それに対して自分は、名高いドイツ人たちを賞賛する叙述を行う。この世界の隅々までドイツ人の名声が到達しているのである。更にペーターは、著作を捧げた相手である皇帝フリードリヒ三世によって、ドイツ人の名声が再びかつてのように興隆することを期待する。この著作によって彼は、ドイツの榮譽を告げ知らせるのだ、というのである。

ドイツ人は高貴な人々である。ドイツ人 Germani の名称の由来について、ペーターは、「生む signo, gignis」から導く教会法学者ヨハネス・アンドレアエ Johannes Andreae の説を採り、ドイツ人の荒々しさを強調するセヴィリアのイシドルスの説には同意しない⁽⁶⁹⁾。また彼は、ドイツ人とドイツ女性を賞賛する古代作家や教父の叙述を紹介する⁽⁷⁰⁾。ドイツ人の起源と歴史については、タキトゥスの『ゲルマニア』は、ペーターにはまだ知られていなかった⁽⁷¹⁾。『ゲルマニア』の唯一の写本は、一五世紀に再発見され、一四五五年にイタリアへもたらされた。ドイツではニコラウス・クザーヌス

が『ゲルマニア』を使って論述しているが、ペーターはまだ『ゲルマニア』を論述に組み込むには至らなかった。

ペーターは多くの中世の歴史家・理論家と同様、四つの世界帝国論（バビロニアないしアッシリア、メディアないしペルシア、マケドニア、ローマ）を採用する。⁽⁷²⁾ローマ帝国は最後の世界帝国であり、その滅亡は最後の審判への過程の始まりとなる。

ペーターによれば、ローマ人が世界支配者となったのは、結局その徳 *virtus* による。⁽⁷³⁾徳の中でもとりわけ祖国愛 *amor patrie* が支配、帝国、榮譽の高位に値するものとされる。⁽⁷⁴⁾しかしそれと並んで、ローマ人が世界支配に至った第二の原因は、正義への熱情と法律の通用力である。一方、ドイツは法律を気にかけないので、今日ローマ帝国の勢力が分解し、ドイツ中が正義と平和なく混乱に揺れているのも不思議なことではない、という。⁽⁷⁵⁾更に第三の理由として、ローマ人の、同胞市民に対する好意と万人に対する人間らしさ *humanitas* があげられる。⁽⁷⁶⁾

そのうえでペーターは、やはり中世の多くの理論家・歴史家たちと同様、帝権移転論をとる。⁽⁷⁷⁾最後の世界帝国であるローマ帝国の支配権が、コンスタンティヌス大帝以降ローマ人からギリシア人へと移る。更にそれが、カール大帝以降ドイツ人へと移る。ただしカールは、ギリシア人の皇帝の親戚であつたとされる。⁽⁷⁸⁾ペーターの帝国論では、この箇所以外でも、先述のカロリング家とコンラート一世およびハインリヒ一世との史実に反した姻戚関係にも見られるように、親戚関係による説明が、随所に顔を出している。これも彼の帝国論の特徴の一つである。カール以後、コンスタンティノーブルの皇帝は、ローマ帝国の名称を用いているとしても、ローマ人というよりはギリシア人の皇帝であると見なされる。⁽⁷⁹⁾

ギリシア人からドイツ人への帝国支配権の移転に関しては、具体的には以下のように論じられる。⁽⁸⁰⁾国王ピピンは、ランゴバルド王アイストウルフに対して、ドイツ人とフランク人から軍を集めて戦い、アイストウルフを屈服させて彼が

奪った諸都市などをローマ教会に返還させた。それを受けて教皇ステファヌスはローマ帝国をギリシア人からドイツ人へ移す措置を講じたが、このときはまだそれを実行しなかった。⁽⁸¹⁾ピンの死後、ランゴバルド王デシデリウスと戦うカールの軍は、ドイツ人、フランク人、アングル人などで構成される。教皇ハドリアヌスは、ランゴバルドを破ったカールを迎えてローマで大規模な教会会議を開き、カールに、教皇の任命権、パトリキウス職、大司教・司教の叙任権を与える。もともと最後の権利は時の経過とともに教会に不利に働くようになったため、後に撤回されたという。⁽⁸²⁾そして、ローマ教会が、ギリシア人の衰微とドイツ人の隆盛を十分考慮したうえで、ギリシア人からドイツ人へと帝国支配権を移したのであるとされる。⁽⁸³⁾このギリシア人からドイツ人への帝国支配権移転に関する叙述は、一四世紀初めのランドウルフ・コロンナ Landulphus Colonna の作品に依拠しているが、⁽⁸⁴⁾帝権移転論としてはやはり教皇権論者のヴァージョンが採用されて、帝権移転に関する教皇の決定的関与が強調されている。

カール以後、海のこちら側のローマ帝国は、当時ドイツ王国 *Almanie regnum* をも統治していたフランク人たちの王にゆだねられる。⁽⁸⁵⁾フランクシアで王権が衰微すると、ローマ帝国は今日に至るまでドイツ人 *Theutonici* によって治められることとなった。

カールにおける帝国支配権の移転に関しては、ドイツ人でなくフランク人への移転ではないのか、という問題がある。⁽⁸⁶⁾カールはドイツ王国を支配していただけでなく、フランク人たちの王でもあったのであり、両民族とも名声を得ていたからである。しかし、やはりこれはドイツ人への移転と言ってよい、というのがペーターの結論である。カールはインゲルハイムの生まれであり、その点でドイツ人と思われてよい。⁽⁸⁷⁾また、ドイツ人の軍の功業が世界にとどろいているので、この移転はドイツ人への移転と言える。ドイツ人への帝国支配権移転は、神意によるものとされ、帝国の権利や領域を不法に要求し、帝国を圧迫する者は、皇帝の尊嚴 *maiestas* だけでなく、神の尊嚴をも害することになる。

ドイツの諸侯がこのような行為に及んだ場合は、他の民族 *natio* の場合にもまして、罪が重いものとされる。⁽⁸⁸⁾

カール大帝の後は、百年以上彼の子孫が帝国の統治を世襲したが、これは前述のように、ドイツの諸侯の同意のもとで起きたことであつたとされる。⁽⁸⁹⁾ 更にこれも前述のように、カールの家系の最後の男性の娘が、ザクセン公ハインリヒと結婚してオットーを生む。このオットーがドイツ人 *Theutonicus* の大軍を率いてイタリアに攻め入り、皇帝戴冠を果たす。⁽⁹⁰⁾

ドイツ人と皇帝権の結合に関しては、ドイツでの選挙にあたって、選挙侯はドイツ人でない諸侯を皇帝に選ぶことができるか、という問題も論じられる。⁽⁹¹⁾ ペーターは、教会法学者フランチェスコ・ザバレッラ *Francesco Zabarella* の肯定説をまず紹介する。すなわち皇帝権は能動的 *active* にドイツ人に移転されたのであつて、ドイツの諸侯に皇帝を選ぶ権利が与えられたのであり、彼らがその権利を行使してドイツ人でない者を選んでも、それは禁止されるわけではない（もつとも今までその例はないのであるが）。続いて、やはり教会法学者であるパノルミターヌス *Panormitanus* の否定説があげられる。すなわち、皇帝権はカールに受動的 *passive* に移されたのであつて、能動的に移されたわけではない。カール自身が皇帝へと上らせられたのであつて、皇帝を選ぶ権利が彼に与えられたわけではない。したがってドイツ人にも、皇帝権は受動的に移転されたというべきであつて、それゆえドイツ人以外の人間が皇帝に選ばれることはできない。このように両方の説が存することを、一四、一五世紀の教会法学の権威たちの名をあげて紹介したうえで、ペーターは、教会法学者の共通意見として、ローマ帝国は教皇に依存しているのであり、教皇は能動のおよび受動的にローマ帝国をドイツ人に移転させようとしたのである、とする。この見解は正しいだけでなく、帝国の維持のために極めて必要な考え方でもある、という。

このようにペーターの帝国論において、ドイツ人とドイツは大きなウェイトを占めている。その一方で、ドイツ人と

ドイツの内部での差異は、ほとんど目立たないものとなっている。

確かに、ペーターはドイツ貴族の高貴な出自を説明して、アレクサンダー・フォン・ロースが叙述するトロイア起源説を引用する。⁽⁹²⁾トロイアに起源を有するドイツ人は、まずライン河の西に定着し、そこで先住民を駆逐し、ライン以東へと追い払う。彼らはクサンテンを建設し、トリリアの人々とは平和条約を結ぶ。その後彼らはライン河の東、テューリンゲンへも広がる。その後にかエサルが、ガリアとゲルマニアを征服し、多くの城と都市を建設し、トリリア、ケルン、マインツの領域をローマの住民で満たす。一方、フランク人は別の集団と見なされる。彼らのうち、後にドイツ人と混合した一派は引き続きフランク人と呼ばれた。それに対して、ガリア人と混合した一派はフランク人から生まれた者たち *Frauciene* と呼ばれた。このように、ドイツ人とフランク人は一体であり、すべてのドイツ諸侯と貴族は、トロイア人とローマ人に由来するものとされる。しかし、アレクサンダーの論がライン以西の人々の主導性をはっきり打ち出していたのに対して、⁽⁹³⁾ペーターの叙述ではそうした特徴は目立たない。一方ルーポルトは、同じトロイア起源説でも、まずライン以東に定着し、後からライン以西へ進出した、というヴァージョンを採用し、そのうえでライン地方の人々と彼が活動したヴェルツブルク近辺のフランケンの人々を、帝国の主要な担い手と見ていた。⁽⁹⁴⁾これらの所論に対して、ペーターにおいては、ドイツに住む人々の中でも更に特定の人々に重要な役割を認めるというアクセントは見られなくなっているのである。

以上のようなペーターの所論は、一五世紀においてドイツ全体規模の統合が徐々に進展し、それにあわせて「ドイツ人意識」が高揚してきたことに、対応するものと見ることができるであろう。⁽⁹⁵⁾

四．帝国国制とドイツの貴族

さて帝国内での皇帝の役割についてのペーターの論述を見ると、皇帝の裁判権は刑事裁判権中心に理解されている。⁽⁹⁶⁾ ペーターによれば、帝国の役職者のうち最高ランクの者たちだけが、完全な支配権 *merum et mixtum imperium* を持つ。すなわち、刑事裁判権を行使し流血刑を科すことができる。ラント裁判官のような下位の役職者たちは下級裁判権は有しても、完全な支配権は行使できないとされる。この点は今日でもそのとおりのはずであると彼は言うが、ただし特権 *カレガリア権 ius regium* を持つ場合はその限りでないとする。⁽⁹⁷⁾ ところが今日では、多くの都市や城、さらには農民が裁判を行っているような農村までも、慣習にもとづくと称して *merum imperium* をわがものにしていく。これに対して皇帝は、いつでもそうした慣習を廃止することができる。君主の権力に対しては抗弁は認められないし、皇帝は法律による禁止に反して導入された慣習をいつでも無効と宣言することができる。⁽⁹⁸⁾ ペーターのこのような論旨は、いわば「絶対主義的」であり、ラーバントが説くようにローマ法継受の成果と言えるかもしれないが、しかし他方で、ペーターが後述のように、貴族やその同意にも大きな意味を認めている点にも注意するべきである。

皇帝の義務としては、司法、宗教の保護、帝国内における平和の維持、があげられる。⁽¹⁰⁰⁾ 司法に関しては、やはり刑事裁判権中心の理解がなされている。こうした裁判権が行使されておれば、帝国は今のようになく、なお強大であつたであろう、という。⁽¹⁰¹⁾ これに対して、現実には法が守られず、裁判が恣意的に行われているが、ペーターはそうした現状を痛烈に批判する。他の民族 *natio* が法を守っているのに、立法者の膝元にいる我々が法を尊重しない。地方では、よりによって農民が判決を下す始末である。現在は、武力を持つ者が法と裁判を助けることをしていない。弱者にとっては判決が得られないだけでなく、判決を執行してくれる者もない。したがって、目下のところ、帝国はフエーデと戦乱に満ちている。この状態の責任は武力を持つ者たちにあると言いたくなるが、しかし結局これは我々の罪に対する報いとして神が下したものである。平和の維持こそ、皇帝と君主の最大の関心事でなければならない。⁽¹⁰³⁾ しか

し皇帝と君主は、とりわけ街道の安全確保につとめるべきである。それと引き替えに君主は流通税を徴収することができるのであって、街道の安全が確保されることは、君主の財政上の利益にもなる。また交通が安全になることは教会儀式を盛んにすることにもつながる。ペーターは、今日の帝国が、かつてと比べてずっと小さくなり、衰えていることを認めるが、ローマ帝国を強大たらしめていた正義、法、徳から離れてしまったのだから、これは不思議ではない、とする。彼は、諸侯と皇帝へのよびかけも行っているが、皇帝がこの状況を黙視するのであれば、皇帝はその名「拡大者 augustus」に値しない、という。そして帝国に従う者が少なくなっていることからして、この世と帝国の終末は近いと思われる、とも述べている⁽¹⁰⁶⁾。

彼によれば、統一と平和こそが最高の価値である。一人による国家指導（君主政）か、多数による国家指導か、いずれがよりよいかを論じた箇所でも、後者よりも前者が平和維持に適するゆえに、最善である、と論じられる。支配する者が多数いる場合、いかに平和維持に悪影響を及ぼすかは、現在のエルザスおよび全ドイツの状況を見れば明らかである、という⁽¹⁰⁷⁾。

このように、ペーターの所論には、帝国の現状に対する不満と批判が繰り返し登場する。今の皇帝たちは、帝国を拡大するのではなく、むしろ縮小させている（augustusの本来の意味に値しない）、というのである。実際、当時の皇帝フリードリヒ三世は、長くオーストリアのハプスブルク家世襲領に閉じこもって、ドイツの他の部分にみずから姿を見せることがなかった。フリードリヒに捧げられた著作でこのような批判の声を上げることによってペーターは、皇帝の奮起を促したかったのであろうか。

さて、皇帝を戴く帝国の国制はしかし、選挙君主制として理解される。オットー三世の死後、教皇グレゴリウス五世（オットーの親戚のドイツ人）のもとで、七人の選挙侯による国王選挙の制度が導入される⁽¹⁰⁸⁾。三人の聖界選挙侯につい

ては、それぞれドイツ、イタリア、ガリアの書記局長 *cancellarius* であることに触れられているが、それ以上特に説明はない。元来、皇帝も国王も世襲ではなく選挙で選ばれるものとされる。この選挙侯に関する記述もランドウルフス・コロナに依拠してなされている⁽¹⁰⁾。

選挙権は個別の選挙侯に帰属しているのか、それとも選挙侯の団体に帰属しているのか、という問題も論じられる⁽¹¹⁾。ペーターは、保護権 *ius patronatus* が個々の保護者に属するのと同じであるとして前者の考え方をとる教会法学者ホステイエンシス *Hosiensis* の説を紹介するが、多くの学者がヨハネス・アンドレアエに従って後者の説である、として、パノルミタヌスも後者の説に賛成している、とする。なぜなら、選挙侯はローマ人民の代わりに行動しているので、ローマ人民と同様に一体をなしているからである。また選挙侯たちは、すべて同じ場所に集められて共同で選挙行為を行わなければならない。また選挙に参加した少数派の存在は選挙結果を左右しないが、選挙自体に参加しない者の存在は選挙を危うくする。これらはすべて *collegium* に見られる属性である、とされる⁽¹²⁾。選挙侯は個別に意志決定できるのではなく、金印勅書が定めるように同時に選挙に集まらねばならないのだから、後者の説が正しいものとされる。

ルーポルトもこの問題を論じてやはり選挙権は選挙侯団体に属するという説を採っていたが、ペーターはこの問題について、ホステイエンシス以後の教会法学者たちの態度を引きつつ、ルーポルト同様の結論を出している。この問題で団体帰属説を採ることが、選挙侯の全員一致だけでなく多数決による選出でも有効と認められるための前提であったから、ペーターも選挙侯が多数決で決定することを認めるわけである。そしてペーターが団体帰属説を採る際の論拠として、教会法学者たちと並んで、金印勅書に規定された選挙手続をあげていることも注目される。金印勅書は一四〇〇年の国王選挙、および特に一四一〇／一一年の国王選挙の際に、盛んに言及・参照されることで、法としての通用力を高めていた⁽¹³⁾。こうした推移を反映して、既にこれまでたびたび述べてきたように、ペーターは金印勅書を皇帝カール四世

の立法 *constitutio* として再三利用している。⁽¹⁴⁾ 国王選挙や帝国集会の手続と儀式を定めた規範として、ローマ法源や教会法源と同等に扱っているのである。中世中期以後の皇帝立法・皇帝特権状の中では、唯一金印勅書だけが明示的に言及されており、ペーターがこの文書に認めた法源としての高い地位がうかがわれる。

国王選挙の場所と手順についても、ペーターは、金印勅書で定められた内容を繰り返しており、金印勅書に明示的に言及している。⁽¹⁵⁾ もっとも、ベーメン（ボヘミア）王については、他の選挙侯の間で多数が得られない場合のみ、選挙に呼ばれるものとされる。これが今日通用している実践であるとされるが、それにも更に条件が付けられ、ベーメン王がカトリック教会と一致していることが前提であるとされる。そうでない場合は、選挙侯の票が同数になれば、前述のように、教皇がどちらかに決することとされる。またベーメン王は国王選挙権を古来から有していたわけではないとされる。⁽¹⁶⁾ しかしもちろん、選挙侯の間で多数が形成されれば、それが一致した選挙結果と見なされる。⁽¹⁷⁾

このように選挙制が採られるだけでなく、ペーターの叙述においては、被治者（主に貴族たち）の同意にしばしば言及がなされている。カール大帝がアーヘンに教会を建立した際、その献堂式には教皇、多数の高位聖職者と並んで、バリエルン、アラマニア、両フランクアから数多くの世俗貴族たちが出席した。カールは、このように集まったすべての者たちから、アーヘンが国王聖別場所であり、アルプス以北ガリアの中心たるべきことについて、同意を獲得した、⁽¹⁸⁾ という。また、カール大帝の後、百年以上彼の子孫が帝国の統治を世襲するが、前述のように、それはドイツの諸侯の同意のもとで起きたことであつた。⁽¹⁹⁾

更に、ペーターの論では、帝国を支えるのは選挙侯だけではない。帝国はそれ以外の多くの貴族や都市にも立脚している。とりわけ、貴族への強い関心と帝国論が結びついているところが *Libellus* の特徴をなしている。⁽²⁰⁾

帝国は七段階の貴族と自治都市の上に建てられている。貴族の各段階は四つの家門を含む。これらの家門はそれぞれ

の段階において他の家門にまさるが、それだけに一層大きな努力でもって帝国を防衛する義務を負うものとされる。⁽¹²⁾以下、各段階の説明が続く。まず四諸侯、すなわちライン宮中伯、ブラウンシュヴァイク公、ロートリンゲン公、シュヴァーベン公、があげられる。ただし、シュヴァーベン公は既に没落しており、シュヴァーベンの貴族たちが代わりの諸侯を公領のトップに据えていないのは非難されて然るべきことであるとされる。ライン宮中伯はトリリアの宮殿と結びつけられ、ブラウンシュヴァイク公はザクセン、ロートリンゲン公はガリアにおける諸侯とされる。次に、四辺境伯、すなわちメーレン（モラヴィア）、マイセン、ブランデンブルク、バーデンの辺境伯、および四ラントグラーフ、すなわちテューリンゲン、ヘッセン、エルザス、リヒテンブルク Lichtenburg のラントグラーフ（ただしこれらのうちエルザスのラントグラーフは既に没落し、その権利はシュトラスブルク司教に移っている）、更に四ブルクグラーフ、すなわちニュルンベルク、マクデブルク、シュトラウブルク Strauburg、ラインエック Rheineck のブルクグラーフが続く。彼らの名が帝国の設立証書に書かれている。次いで四伯、すなわちクレーフェ、シュヴァルツブルク、チリー Cilli、サヴォワの伯が言及される。このうちクレーフェは現在では公に昇格されており、チリーは既に断絶し、その諸権利は一四五六年にレーン法によってオーストリア公に移ったとされ、サヴォワもコンスタンツ公会議で皇帝ジギスムントによって公のタイトルを与えられたとされる。彼らは伯のうちでは最上位だが諸侯のうちでは最下位である。更に、四フライヘル（リンブルク Limpurg、ドウス Douss (Rahr)、ヴェスターブルク Westerburg、アルヴァルト Alwald）、四騎士（アンドラウ、シュトランデック Strandeck、メルディングゲン Meldingen、フラウエンベルク Frauenberg）、四都市 civitas（アウクスブルク、マインツ、アーヘン、リューベック）、四都市 villa（バンベルク、シュレットシュタット、ハーゲナウ、ウルム）、四農民 rusticus（ケルン大司教区、レーゲンスブルク司教区、コンスタンツ司教区、ザルツブルク大司教区の rusticus）と続く。この農民たちが帝国の最下層の土台である。

これはいわゆる「四(づ)くし Quaternionen」⁽¹²⁷⁾であり、一五世紀以後広まった帝国国制の図式的整理の一つである。その起源は不明であるが、今のところ最古の証言は一四世紀末リエージュ関係の史料であり、その後おそらくコンスタンツ公会議を機に広く知られるようになったらしい。国王ジギスムントは、おそらく選挙侯の影響力と帝国理解に対抗するために、その普及を促進したものと考えられる。史料分布の重点は、スイス、エルザス、ニュルンベルクにあり、ワシと紋章を用いた図像表現としても流布している。ペーターは、これについては、フェリックス・ヘンマーリン Felix Hemmerlin の『貴族と農民について De nobilitate et rusticitate』に依拠した叙述を行っている。⁽¹²⁸⁾「四(づ)くし」もヘンマーリンの著作から直接とられていても不思議でないが、しかし両者の間には細部で不一致があり、両者に共通の先行文献が存在したのかもしれない。⁽¹²⁹⁾ペーターがこれを持ち出すのは、一つには彼の家門アンドラウ家が騎士の筆頭として登場することが背景にあるのであろう。みずからの家門であるアンドラウ家に対する誇りの現れと見られる。しかし、ルーボルトの帝国論と比較すると、これはドイツ国制の発展を示すものとも言える。選挙侯だけでなくそれ以外の貴族もまた、こうした形でドイツ国制の中に位置づけられ、高い地位の見返りとして帝国を支える特に重い義務を負うとされているのである。特権と帝国を支える特に重い義務との対応関係は、一三世紀後期シュタウフェンの皇帝・国王証書における帝国諸侯身分の位置づけに始まるが、それが一五世紀半ばの「四(づ)くし」においては、帝国の最上層だけでなく、下層まで拡散してきているのである。なお、その他の貴族がいかなる職を有しているかを知るには、やはりカール四世の金印勅書を読めばよいとされる。⁽¹³⁰⁾逆にこうなると、帝国とイタリアなどドイツ以外の地域との関連づけはそれだけ難しくなる。ルーボルトにおいては、ドイツの選挙侯が実質的帝国である *regnum et imperium* の全人民を代表すると考えられていたが、⁽¹³¹⁾ここまで帝国の担い手が具体的に下へ広がると、ドイツ以外の地域の勢力がかかわる余地はますますなくなっていくのである。

しかしこれらの貴族等だけでなく、全ドイツ人が帝国に助力する義務を負う。⁽¹²⁸⁾ キリストの代理人たる教皇がドイツ人を世界支配へと選び、ローマ教会の指導を託したからである。ドイツの諸侯がかつてのように、教会のフォークトとしての皇帝を忠実に助けさえすれば、いかなる敵もたいした問題ではない。

ペーターは更に「四づくし」とは別に、封建法書 *Libri feudorum* による七段階の区分を論じている。⁽¹³⁰⁾ これは上述の貴族の七段階とはまた別になっており、国王、公、辺境伯、伯、*capitaneus*, *vassus*, *valvasinus* の七段階である。最後の三段階はペーターたちのものでは、*baron*, *ministerialis*, *clientulus* と呼ばれる、という。このうち国王は皇帝によってその王国に任命された者である。⁽¹³¹⁾ 伯に関しては、ドイツには、伯領を授封されていないが、保有する城などから伯としての名を引き出している貴族たちがいる、とされる。彼らは先祖がローマで伯だったのであろう、という。⁽¹³²⁾ また *baron* に関しては、ドイツには普通のバロンと「永久バロン」がいるとされる。後者は誰からもレーンを受け取っていないが、彼自身はレーンを与えているというもので、リンブルク *Limburg* のバロンなどがその例である。ドイツでは古来の慣行として、バロンが騎士身分の女性と結婚すると、その子孫はバロンの身分を失って騎士となるが、伯が同じことをしてもその子らは伯のタイトルを保持する。そうした子らがまたも騎士身分の女性と結婚した場合に⁽¹³³⁾ は、そこから生まれた子らは伯身分への所属を失い、騎士身分となるが、ペーターに言わせれば、これはおかしいと思われる。⁽¹³⁴⁾ 次の *valvasores* ランクの貴族の例として、彼は、みずからの家門であるアンドラウや、ホーエンシュタイン *Hohenstein*、ランズベルク *Landsberg*、トレーガー *Treger* といったエルザスの貴族家門をあげる。⁽¹³⁵⁾ これら貴族はすべて帝国を助け帝国に奉仕すべく任命されたものである。彼らは、共同体を指導し、抑圧者から守り、臣民の繁栄をはかり、平和を愛し、正義を行い、不法からの防衛のため以外には決してフェーデを行わない、という義務を負う。これらは世俗の剣をふるう者すべての義務だが、とりわけ選挙侯たちの義務である。選挙侯は特に皇帝の努力を助けるもので

あり、皇帝の身体の一部だからである。⁽¹³⁶⁾

ところが、ペーターの行論においては、これらのドイツ貴族の出自・血統の点で、イタリア（ローマ）との関連が出現する。⁽¹³⁶⁾ カールは皇帝戴冠後、多くのローマ貴族をドイツへ連れ帰り、ある者は有能な戦士として、ある者は皇帝法の書記と博士として、彼の帝国の各地に分散させた。また反抗的な者たちはバラバラになるように配置した。他の者たちは勤勉な役人として宮廷などに置いた。後には、帝国の辺境部などに伯領、城、所領などを与えた。これらの者たちのうち、一部はドイツに定着し、一部は既にカールの存命中にイタリアへ戻った。

既にアウグストゥス時代にも多くのローマ人がアレマニアに定着していた。⁽¹³⁷⁾ カール大帝や、その後のオットー一世、フリードリヒ一世も、ローマから多くの名士をドイツへ連れてきたのである。彼らのうちには反乱を繰り返すようなタイプの者もいたものであり、それゆえ、現在、ドイツに平和が欠けているのは不思議でない。こうしたローマ人たちの多くは、ドイツでは伯領を持たないにもかかわらず、彼らがもともと持っていた伯タイトルなどを保持していた。また多くは、ドイツで得た城や所領の名前を家名とした。そうした貴族家門には、ハープスブルク、エッティンゲン Oettingen、ティアシュタイン Tierstein、ツォレルン Zollern などがあり、彼らはドイツでは伯領を持つことがないが、伯を称している。そうしたイタリア出自の貴族家門として、ペーターは、バーデン辺境伯家とラポルトシュタイン Rappolstein 家の起源伝説をやや詳しく紹介している。更に彼は、エルザスにおけるローマ出身貴族家門として、アンドラウ、ハットシュタット Hattstadt、ラートザムハウゼン Ratsanhausen、ハルヴァイル Hallweil、ブルームエック Blumneck をあげている。アンドラウ家の場合は、元来ローマで持っていた家名を保持し、その名をエルザスに建設した城塞に与えたものである、とする。一方、アンドラウ家のうちのある者は、イタリアに残り、ボローニャへ赴いた。それに関連して彼は、ボローニャ市民 Pranchaleon von Andlau に関するヨハネス・アンドレアエの注釈を引用し

ている。⁽¹³⁸⁾

こうした貴族家門のローマ（イタリア）起源伝説は、実際ドイツの多くの家門について説かれており、当該家門の権威を高め、支配を正当化する意味を持つていたと思われる。⁽¹³⁹⁾ ペーターが言及した西南ドイツの諸家門だけでなく、例えばヴェストファーレンのマルク伯家のような家門でも同様の説話が現れる。⁽¹⁴⁰⁾ このような形で、帝国とイタリア（ローマ）とのつながりがなお維持されているのである。これまで見てきたように、ペーターの行論において、しばしば血縁関係が重視されていたことからすると、こうした出自の問題は、彼の議論全体の中で重要な意味を持ったと思われる。

もつとも、ペーターはドイツの貴族を血統のみからとらえたわけではない。彼にとっては、むしろ徳がより重要であつた。⁽¹⁴¹⁾ まずペーターは古代以来の学者たちの意見によつて貴族を論じる。⁽¹⁴²⁾ 貴族であることは、ただ徳だけに基づくとされる。確かに、血統による貴族と徳による貴族があり、両者とも教会の認めるところである。しかしペーターは、後者を前者より高く評価するローマ法学者キヌスの説を紹介している。貴族の高貴さは男系によるのであり、下層民と結婚した貴族の女性は貴族でなくなるが、貴族と結婚した下層民の女性は貴族になる。もつとも貴族とは何かは、慣習や地方によつて異なってくるので、それらにも注意を払う必要があるとされる。⁽¹⁴³⁾ 一方、現在のドイツにおいては、貴族はもっぱら血統貴族として、徳とはまったく無関係に理解されている。むしろ盗賊騎士のようなふるまいをして、徳を示すところがまっただくなかつたとしても、先祖のゆえに貴族として扱われている。貴族の間では、学問と徳を身につけることは軽蔑され、まったく重きを置かれていない。しかし法^{Recht}によれば、学者は貴族であり、貴族の特権を享受できるはずである。またバルトルスによれば大学で二〇年教えた教師には伯の特権が認められるはずである。⁽¹⁴⁴⁾ ドイツでは、貴族への成り上がりをはかる下層民が、騎士のまねをして街道を荒らしているが、これは笑止である。さらにこうした行為故に彼らを貴族と認めようとする者までいるが愚の骨頂である。その一方で、平和に生きている貴族には敬意を払

わず貴族と認めようとしなが、これはおかしいことである。ペーターは、フィレンツェのポッジオ・ブラッチョリー Poggio Bracciolini の『貴族について (De Nobilitate)』を高く評価している。

更に、別の種類の貴族として君主から授与された貴族が存在する。君主が倫理的美点とは無関係に貴族を選び出すことが行われており、その結果としていわば書き物とロウで貴族になった者たちがいるが、これもまた馬鹿げたことである。⁽¹⁵⁾ もっとも、貴族を作る際に別のやりかたをとれば、つまり徳を十分考慮するならば、皇帝が貴族を作りうることは疑いない。ペーターの貴族論によれば、貴族の諸権利は皇帝に発するものである。⁽¹⁶⁾ 皇帝は諸侯をも創出しうるからである。それを疑うことは瀆聖にあたるとされる。国王の権利を要求しうるような君主も、貴族を作りうる。更に都市も貴族を創出しうるが、もっともその場合、そうした貴族が貴族として通用するのは都市内部に限られる。しかし、商業を行う商人は貴族にはなれない。このようにペーターが、貴族を自生的存在と見なすのでなく、皇帝・国王・都市が新たに貴族を創出しうることを認めている点は、中世後期から近世にかけてのいくつかの貴族論と共通する。⁽¹⁷⁾ こうしたペーターの見方を、ラーバントは、貴族の伝統的地位と特権を否定しようという絶対主義的傾向に対応するものにとらえたのであったが、われわれは、ペーターが徳の要素を考慮せずに君主が貴族を創出することを批判している点にも注意する必要がある。特権と同意の問題と同様、ここでもペーターの所論は、単純に絶対主義的特徴付けることを許さない内容を持っているのである。

なお、武器を用いての軍役奉仕とは別に、聖職者の祈りによる軍役奉仕および法廷 consistorium における弁護人 advocatus としての文書による軍役奉仕がある。⁽¹⁸⁾ 軍役奉仕がこのように、武器によるものと文書によるものに分かれるところから、(法学の) 博士と騎士のいずれが優位すべきか、という問題が出てくる。⁽¹⁹⁾ 何人かのローマ法学者によってこの問題が立てられているが、軍事では騎士が、学問的分野では博士が優位する。そのどちらにも属さない事柄におい

では、博士が優位するものとされる。兵士の特権を享受するためには六つの要件があげられている⁽¹⁵⁾。

このように、ペーターは、血統はもちろんだが、それ以上に徳を重視した貴族論を展開した。このようなペーターの目から見て、当時の貴族の状態は決して満足できるものではない。今日の、墮落した騎士に対する非難が述べられることになるのである⁽¹⁶⁾。

おわりに

以上、我々はペーター・フォン・アンドラウが展開した帝国論について、約一世紀前に同じ教会法学者であったルーボルト・フォン・ベーベンブルクが著した帝国論と比較しつつ、その主要な点をたどってきた。例えば、選挙侯の選挙権を個別の選挙侯でなく選挙侯団体に帰属せしめる議論にあらわれているように、両者とも、教会法・ローマ法の法源や注釈を駆使しつつ帝国国制を法学的に把握し説明した。一般に、学識法学者による理論構成は、西洋中世のさまざまなレベルの結合が中世後期の間に固められていくのに寄与したと考えられるが、我々はペーターの帝国論にもそのような傾向を認めてよいであろう。しかもその際、ペーターは、皇帝権の性格付けを法的 *de iure* な意味での世界の主という一般的・抽象的な規定にとどめ、具体的な皇帝の権利やその行使の可能性には余り踏み込まなかった。これは一面で皇帝の地位を名目化するもののように見えるが、他面でこの一般的な規定から出発して新たな権利主張を展開する余地を広く残すものでもあった。しかも彼の帝国論は、皇帝に絶対主義的と見える権利を認めるところもある一方で、皇帝の地位をドイツの貴族などの同意と承認に基づかせているところもあり、皇帝側からも諸身分側からも利用しうるものであった。ペーターの帝国論のこのような性格は、それが近世において受容されていくことを促進したのと考えられる。

ペーターの帝国論が持ついわば「近世的」な性格は、ルーボルトの帝国論との比較では他にも随所に見いだすことができる。教皇権と皇帝権との関係について、ペーターは、教皇権側の論者と多くの点で立場を同じくしつつも、教皇権と皇帝権を正面から衝突させることを避け、ドイツにおける選挙と帝国の支配権の行使との関係については、ルーボルトなど皇帝権側の論者の主張を実質的に承認した。教皇権と皇帝権という両普遍的権力の協調を重視する彼の姿勢は、バーゼル公会議の後、近世まで引き継がれていく、両権力の接近という状況と対応するものであった。

またペーターの帝国論では、ドイツとドイツ人に一層焦点がしぼられている。ドイツとドイツ人の内部での不均質さは一三、一四世紀の帝国論と比べて大きく後退している。帝国国制の叙述においても、選挙侯という特別なグループだけでなく、広く貴族身分とその役割が重視される。このような点も、近世における帝国国制と帝国の身分秩序の広範な浸透を指し示すものであった。しかし同時に、まさにドイツの貴族を論じた箇所、イタリアとの系譜的・歴史的な結びつきが登場する。この意味では、帝国はなおドイツに限定されていないのであり、ドイツの外とつながった政治体であり続けるのである。こうしたイタリアとのつながりは、中世後期の大部分を通じて経済的(商業関係と商人等の往来)・文化的(学者と学生の往来)・人的(ドイツ貴族のイタリアでの傭兵活動)な面が目立っていたが、ハープスブルク家を取り巻く政治情勢から、一六世紀には再び政治的意味を持つようになる。近世においても、皇帝・帝国とイタリアとの関係は無視できないものであり続けるのである。

皇帝権と帝国国制を論じる際に、ペーターが儀式やシンボルに関して詳細な叙述を展開していることもまた、儀礼が大きな意味を有し、国家統合と諸勢力の政治的コミュニケーションに儀礼が重要な機能を果たしていた近世の帝国の性格⁽¹⁸⁴⁾を指し示すものであった。

おそらくこうした「近世的」性格が、執筆当時は余り広く読まれた形跡のないペーターのこの著作が、一七世紀以降

の帝国国法論 *Reichspublizistik* の議論の中で大きな意味を持つようになったこと(15)の理由であったろう。前述のように一六〇三年に、マルクヴァルト・フレーアー Marquard Freher によって *Libellus* の初めての印刷本が刊行される。一六二二年には再びフレーアーが、今度は詳細な注解を付して *Libellus* を公刊し、当時の皇帝マティアスに献呈した。(16) ペーターの帝国論は、その「スコラ的」論述形式にもかかわらず、ラーバントによるかつての評価とはまた違った意味で、未来を指し示す内容を持っていたのである。

- (1) かつては、一二世紀以後のドイツにおいては領邦への分解が進行すると考えられていたのに対して、中世後期から近世における王国レベルの統合の性質・時代的変化・意義が評価されるようになったのは、一九七〇年代以降の研究の進展による。代表的な成果として、Ernst SCHUBERT, *König und Reich. Studien zur spätmittelalterlichen deutschen Verfassungsgeschichte*, Göttingen 1979, Peter MORAW, *Von offener Verfassung zu gestalter Verdictung. Das Reich im späten Mittelalter 1250 bis 1490* (Proyälän Geschichte Deutschlands 3), Berlin 1985.
- (2) ルーボルトの帝国論については別稿で詳しく検討する。彼の作品を収めた初めての近代的刊本が最近 MGH から刊行されたが (Jurgen METTKE und Christoph FLÜGEL, *Politische Schriften des Lupold von Bebenburg* (Monumenta Germaniae Historica, Staatsschriften des späteren Mittelalters, Bd. 4), Hannover 2004 (Zürich: MF, 2004))、本稿ではルーボルトの論文をこの刊本によりつつ参照する。ルーボルトに関する研究として、MF S.1148, および池谷文夫『ドイツ中世の政治と政治思想』(二〇〇〇年 刀水書房) 三二五―三八五頁のみをあげておく。
- (3) Otto STROBE, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, I, Abt., Leipzig 1860, S.456ff.
- (4) Paul LABAND, *Rede über die Bedeutung der Rezeption des Römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht*, in: Ders., *Lebenserinnerungen, Abhandlungen, Beiträge und Reden* (1866-1918), Teil I, Leipzig 1980, S.540-573, S.540ff.
- (5) J.HUBRIN Peter (ed.), S.131, Roderich von STINTZING u. Ernst LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*,

- (11) Rainer A. Müller (Hg.), Peter von Andlau, Kaiser und Reich. *Libellus de cesarea monarchia*. (Bibliothek des deutschen Staatsdenkens, Bd.8). Frankfurt a.M und Leipzig 1998 (ズルツチ MP ヲ監ヤ)・ネウラン語原典ナントツ Hürbin の註本ジツツツツツツ。参照の便宜を考ヘベ' 以テ' 本稿ヅチ' ヲウノコラーのテクストを用ヅる。
- (12) J.HURBIN, Peter (註ツ), S.1-129, M. STOLLEIS, a.o. (註ツ), P.CONRING, a.o. (註ツ), MP, S.317ff.
- (13) J.HURBIN, Peter (註ツ), S.1-8, コナルビン自身' *Libellus* のテクストを刊行した時点では' その著者をアンドラウ出身のクハレン・ペーターとツツツツたが' 後に説を改めた。
- (14) MP, S.10.
- (15) 開学直前にイタリア式の法科大学を設立スベキツツを論じた意見書の筆者はペーターであったかもしれない。
Frank REXROTH, FINIS SCIENTIE NOSTRE EST REGERE. Normenkonflikte zwischen Juristen und Nichtjuristen an den spätmittelalterlichen Universitäten Köln und Basel, in: *Zeitschrift für Historische Forschung* 21 (1994), S.315-344, S.330ff. なお' ペーターの所論とバーゼル大学との関連ジツツツツ Helmut G. WALTHER, Basel: Reichsbewusstsein und Reichsferne am Oberrhein in der 2. Hälfte des 15. Jahrhunderts, in: Ferdinand SEIBT und Winfried EBERHARD (Hg.), *Europa 1500. Integrationsprozesse im Widerstreit: Staaten, Regionen, Personenverbände, Christenheit*, Stuttgart 1987, S.227-246.
- (16) なお' ペーターが一四七〇年代にバーゼル大学で行った教会法講義の学生による筆記録が残ツツツるが' それらの論述はなおなお *Libellus* と区ツツツツツ。Joseph HURBIN, Eine Ergänzung des "Libellus de Cesarea monarchia" Peters von Andlau, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 16 (1895), S.41-62.
- (17) MP, S.12. フリーゼンコ三冊ジツツツツツ' カル・フーリッヒ KRIEGER, *Die Habsburger im Mittelalter*. Von Rudolf I. bis Friedrich III., Stuttgart u.a. 1994, S.163-237, Paul-Joachim HEINIG, Friedrich III. (1440-1493), in: Bernd SCHNEIDMÜLLER und Stefan WEINFURTER (Hg.), *Die deutschen Herrscher des Mittelalters. Historische Portraits von Heinrich I. bis Maximilian I.* (919-1519), München 2003, S.495-517, Hartmut BOOCKMANN, Heinrich DORMEIER, *Konzilien, Kirchen- und Reichsreform (1410-1495)*, (Gebhardt Handbuch der deutschen Geschichte, 10.Aufl., Bd.8), Stuttgart 2005, S.86-128 44 ヲ Heinrich KOLLER, *Kaiser Friedrich III., Darmstadt 2005*を参照。フリーゼンコ三冊の記述と縁起に關ツツツツ' Paul-Joachim HEINIG, *Kaiser Friedrich III. (1440-1493)*, Hof, Regierung und Politik, 3 Bde., Köln u.a. 1997 を基本とツツツツ。44

た。以下の論文集にも個別研究が収められている。Paul-Joachim HEING (Hg.), *Diplomatische und chronologische Studien aus der Arbeit an den Regesta Imperii*, Köln u.a. 1991, DERS. (Hg.), *Kaiser Friedrich III. (1440-1493) in seiner Zeit. Studien anlässlich des 500. Todestages am 19. August 1493*, Köln u.a. 1993, Franz Fuchs u.a. (Hg.), *König, Fürsten und Reich im 15. Jahrhundert*, Köln u.a. 2009, 日本語文献としては、主にクリーガーの諸研究に依拠した、池谷文夫「一五世紀ドイツ王＝皇帝の教会支配権——フリードリヒ三世の帝国教会政策を例として——」『西洋史研究』新輯三四号（二〇〇五年）二五—四三頁がある。

- (18) Heinz ANGERMEIER, *Die Reichsreform 1410-1555. Staatsproblematik in Deutschland zwischen Mittelalter und Gegenwart*, München 1984, S.84ff. † Libellus † *Reichsreformpublizistik* の文獻の 1 つとして位置づけ、Ebenda, S.93f. † Enea Silvio Piccolomini の *De ortu et auctoritate sacri Romani imperii* と並ぶ皇帝側の文獻と見なしている。
- (19) H.G. WALTHER, a.a.O. (注へ), S.98.
- (20) MP, S.324 同様位置づけを付するが「Tilman Strueve, Kontinuität und Wandel in zeitgenössischen Entwürfen zur Reichsreform des 15. Jahrhunderts, in: Jürgen MEITHEKE und Klaus SCHREINER (Hg.), *Sozialer Wandel im Mittelalter. Wahrnehmungsformen, Erklärungsmuster, Regelungsmechanismen*, Sigmaringen 1994, S.365-382, S.373f.
- (21) H.G. WALTHER, a.a.O. (注へ), S.111.
- (22) 中世後期の理論的著作の受容者の問題や、理論的著作が現実の政治行動に及ぼした影響の問題は、近年の諸研究に 4 つの点発に論じられている。Jürgen MEITHEKE (Hg.), *Das Publikum politischer Theorie im 14. Jahrhundert*, München 1992, Joseph CANNING und Otto Gerhard OEXLE (Hg.), *Political Thought and the Realities of Power in the Middle Ages/ Politisches Denken und die Wirklichkeit der Macht im Mittelalter*, Göttingen 1998, Jürgen MEITHEKE, *De potestate papae. Die päpstliche Amtskompetenz im Widerstreit der politischen Theorie von Thomas von Aquin bis Wilhelm von Ockham*, Tübingen 2000, 4 つを参照。
- (23) J.HORBIN, Quellen (注 8), S.14f.
- (24) 日本語訳としてトマス・アクィナス『君主の統治について 謹んでキプロス王に捧げる』（二〇〇五年 慶應義塾大学出版会）および（二〇〇九年 岩波文庫）。古代作家や教父の引用は多くの場合トマスのこの作品を経由してなされている。

が、それ自体は文献名をあげて明示的に参照されているわけでもない。J.HÜBNER, *Quellen* (註10), S.30ff.

- (25) MP, S.322ff. H.-G. WALTHER, aa.O. (註11), S.99.
- (26) J.HÜBNER, *Quellen* (註10), S.100ff.
- (27) H.-G. WALTHER, aa.O. (註11), S.100ff., 103.
- (28) 中世中期以来展開された教皇権優位の理論については、むしろあたり、MP, S.61-97 への傾向の代表的な論者であったヒギンズ・ローメスとザイトェルボのヤコブの理論については、Jürgen MERTKE, *De potestate papae* (註22), S.94-108, Helmut G. WALTHER, *Aegidius Romanus und Jakob von Viterbo – oder: was vermag Aristoteles, wo Augustinus nicht kann?*, in: Martin KAUFHOLD (Hg.), *Politische Reflexion in der Welt des späten Mittelalters / Political Thought in the Age of Scholasticism. Essays in Honour of Jürgen MERTKE*, Leiden/Boston 2004, S.151-169, ヒギンズ・ローメスとザイトェルボの最近のヤコブ・ヘルムツェル Elmar KRÜGER, *Der Traktat »De ecclesiastica potestate«. Eine spätmittelalterliche Herrschaftskonzeption des päpstlichen Universalismus*, Köln u.a. 2007.
- (29) MP, S.228ff., "Et licet non intendam hanc questionem in dubium revocare, quod non longe foret ab heresi pertinaciter negare temporalem Cesaris jurisdictionem a summo pontifice derivare, in quem haud cunctanter jura celestis et terreni imperii a Christo plenissime sunt translata." (S.228).
- (30) なお、この所論からうかがわれるように、ペーターは、公会議主義的な考え方をまったく採用しない。H.-G. WALTHER, aa.O. (註11), S.84 の評語を参照。
- (31) MP, S.108ff.
- (32) MP, S.116, "Quamquam autem apud multos curiosos legistas vertatur in dubium, an huiusmodi Constantini donacio facta ecclesie Romane de terris imperii, de jure subsistat, ... Apud Canonistas tamen nulla ambiguitas est, quin perpetua firmitate subnixta sit, ... Et imperator tempore approbacionis eleccionis de se facit, de tuendo et defendendo Romanam ecclesiam in iuribus sibi concessis solempne hodie prestat juramentum ...".
- (33) J.HÜBNER, *Quellen* (註10), S.13f.
- (34) MP, S.178, "...alioquin si duo electi paria vota haberent, ad Papam recurrendum esset, qui unum ex illis, quem vellet,

eligere posset, ...”

- (55) MP, S.180, “Extunc papa presentato sibi decreto electionis, electionem hujusmodi examinat, et personam electi ac ejus merita perquiri, ut de fide, probitate ac aliis que in persona imperatoris sunt merito inquirenda, ut LXXVIII dist.c. quid est [=Dist.LXXXVIII, c.3]. Qua canonica reperta et persona ydonea reputata papa ipsum nominat, denunciatur et declarat regem Romanorum, sufficientem et habilem declarat ad suscipiendum imperialis celsitudinis dignitatem, ac decernit unccionem, consecrationem imperique Romani coronam sibi per ipsius manus debere concedi, prout hec habentur in c. venerabilem. De elect. [=X.1.6, 34] et in clem. I. De jurejur. [=Clem. II, 9].”

- (36) そのため「ルーボルトは、皇帝をつわね「国王化」し、トーンで選挙された人物に、他の王国の国王並みの地位と権利を保障するよう、織略をめぐた。」MF, S.293, 315, 320-4を参照。

- (15) MP, S.188ff. “Dd. dicunt, quod ex quo electoribus hujusmodi terminus a jure communi prefixus non est, principes primo per papam moneri debent, ut infra certum terminum ad electionem procedant; quod si non fecerint, tunc primo demum potestas devolvatur ad papam et non ante. ... Si preterea omnes electores scienter indignum eligent, potestas eligendi devolvitur ad papam ipso iure secundum omnes Dd.”

- (88) MP, S.236, “Et quidem de jure communi Papa in administratione hujusmodi succedere debet, secundum doctores qui hoc not. In c. licet ex suscepto. De foro compet. fac. c. alius XV, q. VI [=Causae XV, q.6, c.3] et c. cum inter universas in fn. De elec. [=X.1.6, 18].” ヨハネンテウス二三世から一四世紀のヨハネス二三世までの、教皇の帝国代理権に関する理論と実践については、Friedrich Baethgen, Der Anspruch des Papsttums auf das Reichsvikariat. Untersuchungen zur Theorie und Praxis der potestas indirecta in temporalibus, in: Ders., Mediaevalia, Bd.1 (Schriften der MGH 17), Stuttgart 1960 (zuerst 1920), S.110-185を参照。ヨハネス二三世より前の教皇たちの多くは、帝国代理権は教皇側から積極的に主張されたわけではなく、しかもその行使が問題となる事例はイタリアに限られていた。ヨハネス二三世に至って初めて、帝国代理権は教皇自身によって、しかもドイツにおける統治行為をも含むものとして、打ち出されるようになった。

- (36) 一三五六年の金印勅書第五章において規定されたものである。Wolfgang D.Fritz (bearb.), Monumenta Germaniae Historica, Legum Sectio IV, Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, Tomi XI, Weimar 1988, S.582ff. 一

ターは、代理権の論述に続けて、やはり金印勅書の規定と同様に、ライン宮中伯の国王に対する裁判官としての地位にも触れており、彼が金印勅書のテクストを参照しつつ著述したことは明らかである。なお、金印勅書に関しては、Ulrike HOHENSEE u.a. (Hg.), *Die Goldene Bulle. Politik – Wahrnehmung – Rezeption*, 2 Bde., Berlin 2009が最近の研究の展開を示す論集として重要である。

- (40) Hürbin は「ペーターがこちらの方を現実に存在するものとして承認したものと解する」。J.HÜRBIN, *Ergänzung* (注19), S.52.
- (41) MP, S.190ff.
- (42) 一四三〇年代以降のバーゼル公会議とローマ教皇の対立、およびそれを背景とする教皇権と皇帝権の接近について、*「よこやあたり」*、H.BOOKMANN, H.DORMEIER, a.a.O. (注17), S.71-95. 特に一四四八年のヴィーンの政教協約について、Andreas MEYER, *Das Wiener Konkordat von 1448. Eine erfolgreiche Reform des Spätmittelalters*, in: *Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken* 66 (1986), S.108-152, 山本文彦「一四一五世紀ドイツにおける司教選出の諸問題」『西洋史論集』(北海道大) 三号 (二〇〇〇年) 三二―四九頁。一四五〇年代の諸集会については、H.BOOKMANN, H.DORMEIER, a.a.O. (注17), S.102-107.
- (43) MP, S.196ff. “Triplici preterea corona orbis princeps coronatur, ut habetur in pontificali; ferrea videlicet, quam a Coloniensi archipontifice accipit, secunda argentea ab archipresule Mediolanensi, et tertia aurea a summo omnium pontifice et Christi vicario coronatur.”
- (44) MP, S.198.
- (45) MP, S.202ff. ただし実際にはミラノの聖アンブロシウス聖堂で戴冠がなされた例があることも紹介される。MP, S.202.
- (46) MP, S.204ff.
- (47) MP, S.210, “...et designat aurum, quod omnibus metallis est excellencius, ipsum imperatorem aliis regibus et principibus in potencia et iusticia excellenciorum esse debere.”
- (48) MP, S.200ff.
- (49) MP, S.204ff.
- (50) MP, S.212, “...et imperator more subdyaconi offert calicem et ampullam, et stat ibi donec pontifex ad sedem reversus

- communicet. ...”
- (15) MP, S.212. “...et cum ipse pontifex equum ascenderit, teneat sceptrum satelles ejus, et arrepto freno aliquantulum ipsum adextret...”
- (16) MP, S.218, “Imperialis siquidem majestas omnes alios reges in *tribus* potissimum excellit, videlicet *dignitate, auctoritate, et insignis imperialem gloriam decorantibus.*”
- (17) MP, S.218ff.
- (18) J.HÜBNER, Quellen (注6), S.74ff.
- (19) 以下の論文についてはMP, S.220ff.
- (20) 例えば、皇帝からミラノのジャンガレアツォ・ヴィスコンティに与えられた地位と権利を、ローマ法学者バルドゥスがいかに解釈したかを論じた、Kenneth PENNINGTON, Was Baldus an Absolutist? The Evidence of his *Consilia*, in: M.KAUFHOLD (Hg.), a.a.O. (注8), S.305-319を参照。
- (21) MP, S.226.
- (22) W.D.FRITZ, a.a.O. (注9), S.612. なお、金印勅書二六章によれば、これら三人の選挙侯は、帝国集会の際にも、同様に権標を奉持すべきものとされた。Ebenda, S.620ff.
- (23) MF, S.334f.
- (24) この点は、ルーボルトの帝国論における眼目の一つであったと思われる。詳しくはルーボルトの帝国論を扱う別稿で論じる。テキスト箇所については、MF, S.254ff., 291ff., 335, 363ff., 404ff.などを参照。
- (25) 以下の論文については、MP, S.86f.
- (26) 以下の論文については、MP, S.170ff.
- (27) MF, S.302ff., 340ff., 382ff., 388ff.
- (28) MP, S.272ff.
- (29) MP, S.278, “...que quidem magna curia prima vice in nobili Nurembergensi oppido Babenpurgensis dioceseos, juxta Karoli quarti constitutionem celebranda est.”

- (66) W.D.Fritz, a.a.O. (注6), S.612, 620ff. 金印勅書における儀式関係の規定については Johannes Kunisch, Formen symbolischen Handelns in der Goldenen Bulle von 1356, in: Barbara Stollberg-Kühneger (Hg.), *Vormoderne politische Verfahren* (Zeitschrift für Historische Forschung, Beiheft 25), Berlin 2001, S.263-280を参照。
- (67) 上の点を強調するのぞ、J.KNEPPER, a.a.O. (注10)。
- (68) 以下の論述については MP, S.10ff.
- (69) MP, S.154.
- (70) MP, S.156ff.
- (71) J.Hübn, Quellen (注8), S. 11f, 18f. 一五世紀後半以後の著述家たちによる『ゲルマニア』利用については、佐々木博光「出自神話とみるドイツ史」『人文學報』七十一号（一九九二年）九七一―一三三頁、一〇七頁以下を参照。
- (72) MP, S.42ff.
- (73) MP, S.90.
- (74) MP, S.92, "Ea propter amor patrie supra ceteras virtutes gradum meretur domini, imperii, et honoris, in quo utique amore nullam dispensacionem mortales admittunt."
- (75) MP, S.96, "Fuit et altera haud minus digna imperio causa, zelus intemerate justicie, sacratissimaeque sanccio legum, quibus Romanos dominium obtinuisse orbis ...Quas utique leges nostra Alomania (pro dolor) minus curare videtur; quamobrem minime, si tota compago Romane potencie dissolvatur, omnisque Teutonia continua inquietudine absque justicia agitur et pace."
- (76) MP, S.98, "Terciam subinde justam concessionis domini causam subnectit idem Augustinus, asserens illam fuisse civilem illorum benevolenciam singularemque in omnes humanitatem."
- (77) MP, S.102ff. 中世の帝権移転論については Werner Goetz, *Translatio imperii. Ein Beitrag zur Geschichte des Geschichtsdenkens und der politischen Theorien im Mittelalter und in der frühen Neuzeit*, Tübingen 1958 が基本的である。特に、教皇権の側における帝権移転論の展開とそれに対する批判については Eberhard, S.137ff.
- (78) MP, S.134.

- (79) MP, S.118, 126f.
- (80) MP, S.126f.
- (81) MP, S.132f.
- (82) MP, S.136.
- (83) MP, S.138, "Tuncque Romana ecclesia matura, longa et diligenti prehabita deliberatione attendens Grecorum vires pene esse contractas, ad reique publice Christiane defensionem tardas, minusque utiles; Germanos vero, quorum eo tempore celebre nomen erat, esse viros fide firmissimos, usu promptos, robustos viribus, in hostes alacres, belloque et armis potentissimos, atque ad Christianum regendum imperium aptissimos, precipue quoque volens et ipsa ecclesia vicem Karolo tantorum recompensare meritorum. Unde Romanum imperium Grecis abstulit, et ablato patricii nomine in sua persona, in nobilissimos transtulit Germanos."
- (84) J.HÜBNER, Quellen (註∞), S.25f.
- (85) MP, S.144, "Post hunc itaque Karolum imperium Romanum cis mare Francorum regibus, qui et Alomanie regnum gubernabant, administrandum cum Cesaris Imperatorisque Augusti nomine commissum est; unde quo deficiente in Francia et lacescente regio stemmate Romanum imperium a Theutonicis administratum est usque in hodiernum diem."
- (86) MP, S.144f.
- (87) 今のドイツに生まれた土地が与える影響を重視する議論は、前述のイタリアという土地の性質と政体の関連を論じる部分に於て共通であるというべき。
- (88) MP, S.150, "Manifestum itaque est, non solum humana dispositione factum, verum etiam divina preordinatione presignatum esse, quod Romanum imperium in fine seculorum transferri deberet in Germanos. Unde non solum imperiali sed et divinam maiestatem offendere videntur, qui iura et terras imperii sibi usurpare, et quantum in eis est, sacrum imperium opprimere conantur. Quod si in ceteris nationibus reprehensibile est, multo quidem detestabilius Germanis principibus id esse videtur, quos ad imperii gubernaculum pre cunctis gentibus dominus elegit."
- (89) MP, S.170.

- (60) MP, S.172.
- (61) MP, S.182ff.
- (62) MP, S.150ff. J. HUBER, Quellen (注60), S.81ff.
- (63) アレクサンダーの帝国論については、西川洋一「Alexander von Reesと十三世紀後半のライヒ意識」『法学雑誌』四一巻四号(一九九五年)、二五七-二九〇頁、池谷文夫、前掲書(注2)、四四-五七頁を参照。また、佐々木博光、前掲論文(注1)、一〇一頁以下も参照。
- (64) MF, S.263ff.
- (95) 一四七〇年代のブルゴーニュ公の勢力拡大に対する広範な抵抗などに現れた、一五世紀における「ドイツ人意識」の高まりについては、今後更に検討が必要である。むしろあたり文献として、Ulrich NONN, Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation, in: Zeitschrift für Historische Forschung 9 (1982), S.129-142, Heinrich LUTZ, Die deutsche Nation zu Beginn der Neuzeit, in: Historische Zeitschrift 234 (1982), S.529-559, Peter MORAW, Bestehende, fehlende und heranwachsende Voraussetzungen des deutschen Nationalbewusstseins im späten Mittelalter, in: Joachim EHLENS (Hg.), Ansätze und Diskontinuität deutscher Nationsbildung im Mittelalter (Nationes, Bd.8), Sigmaringen 1989, S.99-120, Claudius SIEBER-LEHMANN, "Teutsche Nation" und Eidgenossenschaft. Der Zusammenhang zwischen Türken und Burgunderkriegen, in: Historische Zeitschrift 253 (1991), S.561-602, DERS., Spätmittelalterlicher Nationalismus. Die Burgunderkriege am Oberrhein und in der Eidgenossenschaft, Göttingen 1995, Georg SCHMIDT, Deutschland am Beginn der Neuzeit: Reichs-Staat oder Kulturnation?, in: Christine ROLL (Hg.), Recht und Reich im Zeitalter der Reformation, Festschrift für Horst RABE, Frankfurt am Main 1996, S.1-30, ハンズ・トーマス(三佐川亮宏・山田欣吾編訳)『中世の「ドイツ」ーカール大帝からルターまで』(二〇〇五年 創文社)一三七頁以下。
- (96) MP, S.36.
- (97) MP, S.122.
- (98) MP, S.124.
- (99) PLABAND, aa.O. (注4), S.554f.

- (100) MP, S.284, "Imperialis celsitudinis solertia etsi curie tocius reipublice ex officii debito intendere debeat, potissimum tamen ad colendam iusticiam, tuendam religionem et pacem ubicunque per latissimos imperii terminos nutriendam die nocturne debet invigilare."
- (101) MP, S.284ff.
- (102) MP, S.286ff. ラーベントは、その法のローマ法としてとらえるが (P.LABAND, aa.O. (注4), S.543f.)、*なほ*、ローマ法に限定されないのではないかと思われる。また裁判の学識化の主張を見る (P.LABAND, aa.O. (注4), S.556ff.)、*なり*、必然的ではないように思われる。
- (103) MP, S.296ff.
- (104) MP, S.300, "Minime profecto mirandum, si illud potentissimum quondam et invictum imperium, exiguum hodie et pene contritum videamus."
- (105) MP, S.302. ラーベントは、この呼びかけを、絶対主義国家確立への方向と関連づけるが (P.LABAND, aa.O. (注4), S.554f.)、むしろ伝統的・中世的な君主と諸侯の義務への訴えかけと見るべきであろう。
- (106) MP, S.308, "Quam autem prope sit finis mundi et imperii, ex hodierna obediencia provinciarum dinosci poterit."
- (107) MP, S.76ff.
- (108) MP, S.174. 選挙侯の起源に関するレーニン学界での近世の議論については、Armin Wolf (Hg.) *Königliche Tochterstämme, Königswähler und Kurfürsten*, Frankfurt a.M. 2002, Franz-Reiner Erkens, *Kurfürsten und Königswahl. Zu neuen Theorien über den Königswahlparagrafen im Sachsenspiegel und die Entstehung des Kurfürstenkollegiums*, Hannover 2002, Thomas Ertl, *Alte Thesen und neue Theorien zur Entstehung des Kurfürstenkollegiums*, in: *Zeitschrift für Historische Forschung* 30 (2003), S.619-642, Alexander Beger, *Die Entstehung und Entwicklung des Kurkollegs. Von den Anfängen bis zum frühen 15. Jahrhundert*, Berlin 2010などを参照。世俗選挙侯をオットーネンの女系親族の末裔として説明し、七人の選挙侯による選挙権独占の成立を一二九八年まで引き下げるアルミン・ヴォルフの学説は、エルケンスらによって正誤にも批判されている。
- (109) J.HÜBNER, *Quellen* (注6), S.28f.

- (110) MP, S.186ff.
- (111) ペーターの議論の基礎となっている教会法学の *collegium* 論の展開については、Peter LANDAU, Was war um 1300 ein Kollegium?, in: A. WOLF (Hg.), aaO. (注80), S.485-495を参照。
- (112) MF, S.298f.
- (113) Hermann HEMPEL, Die Vener von Gmünd und Strassburg 1162-1447, Bd.2, Göttingen 1982, S.637-690, Helmut G. WALTHER, Das Problem des untauglichen Herrschers in der Theorie und Praxis des europäischen Spätmittelalters, in: Zeitschrift für Historische Forschung 23 (1996), S.1-28, Martin KAUFHOLD, Die Rhythmen politischer Reform im späten Mittelalter. Institutioneller Wandel in Deutschland, England und an der Kurie 1198-1400 im Vergleich, Ostfildern 2008, S.303ff. また、一五世紀を通じて進化した生活領域全般の法化 Verrechtlichung に対応して、ラントフリーデ⁹、教会保護¹⁰、ラント法¹¹、レーン法などのテキストと結びついた形で、多くの金印勅書写本が作成され、伝承されてきたことは、Marie-Luise HECKMANN, Zentrale Wahrnehmung und internationale Ausstrahlung. Die Goldene Bulle Karls IV. im ausgehenden Mittelalter mit einem Ausblick auf die frühe Neuzeit (mit einem Anhang: Nach Überlieferungszusammenhang geordnete Abschriften der Goldenen Bulle), in: U.HOHENSEE u.a. (Hg.), aaO. (注83), Bd.2, S.933-1042, S.937, S.989-1007. 金印勅書の規定とフリーデ¹²と三世治世の皇帝や選挙侯などの政治的行動との関係については、Eberhard HOLTZ, Die Goldene Bulle Karls IV. im Politikverständnis von Kaiser und Kurfürsten während der Regierungszeit Friedrichs III. (1440-1493), in: U.HOHENSEE u.a. (Hg.), aaO. (注83), Bd.2, S.1043-1069. 金印勅書が法的効力を持つ文書として明示的に引照されるケースが見られる一方で、金印勅書の規定外の行為や規定と衝突する行為もなされており、ライヒの国制と政治において金印勅書が有した意義を確定するには、更に丁寧な検討が必要になると思われる。
- (114) ペーターの論述が、金印勅書に負うところ大でもあることは、既にKarl ZEUNER, Die Goldene Bulle Kaiser Karls IV., 1. Teil, Weimar 1908 (ND Hildesheim 1972), S.230が指摘している。更に、M.-L.HECKMANN, aaO. (注11), S.968, Arno BIRSCHMANN, Die Rezeption der Goldenen Bulle in der Reichspublizistik des Alten Reiches, in: U.HOHENSEE u.a. (Hg.), aaO. (注83), S.1071-1119, S.1074-1080を参照。
- (115) MP, S.176f.

- (116) ベーメン王の選挙権についてのこうした論述は、一四二〇年代のフス戦争以後の状況を反映している。Alexander BEGERT, *Böhmen, die böhmische Kur und das Reich vom Hochmittelalter bis zum Ende des Alten Reiches*, Studien zur Kurwürde und zur staatsrechtlichen Stellung Böhmens, Husum 2003, S.194f. 一四四〇年のフリードリヒ三世の国王選出における、ボヘミアの選挙権の扱っている点、A.BEGERT, *Böhmen*, S.178ff., E.HOLTZ, aa.O. (注113), S.1046ff. フス処刑後の一五世紀ボヘミアの政治情勢については、薩摩秀登『プラハの異端者たち』(一九九八年 現代書館) 一二五頁以下を参照。
- (117) MP, S.178.
- (118) MP, S.142.
- (119) MP, S.170.
- (120) T.STREVE, aa.O. (注20), S.374ff. はこの点に、帝国改造文献の中でのベーターの独自性を見る。また、H.G.WALTHER, aa.O. (注17), S.103,106ff. を参照。これに対して、都市は、ベーターの帝国論の中では、本文後述のように「四べへ」の一部に登場するのみで、ほかにいかに足る役割を果たしているか。H.G.WALTHER, aa.O. (注17), S.108f.
- (121) MP, S.164, “Que quidem familie utpote ceteris in suo ordine prestanciores peculiariter Romano imperio incorporate, et oportuno tempore ad presidium ejus obligaciores promptioresque esse debent.”
- (122) MP, S.164ff.
- (123) Ernst SCHUBERT, *Die Quaternionen. Entstehung, Singehalt und Folgen einer spätmittelalterlichen Deutung der Reichsverfassung*, in: *Zeitschrift für Historische Forschung* 20(1993), S.1-63, Marie-Luise HECKMANN, *Der deutsche Orden und die “Goldene Bulle” Kaiser Karls IV. Mit einer Vorbemerkung zur Herkunft der Quaternionen*, in: *Jahrbuch für die Geschichte Mittel- und Ostdeutschlands* 52 (2006), S.173-226.
- (124) J.HUBIN, *Quellen* (註90), S.92ff.
- (125) H.G.WALTHER, aa.O. (注17), S.106f.
- (126) MP, S.10.
- (127) MP, S.168, 「四べへ」が金印勅書への補足として扱われて、両者が同一写本で伝承されているケースがかなり知られてゐる。M.-L.HECKMANN, aa.O. (注113), S.96f.

- (128) MF, S.289.
- (129) MP, S.168.
- (130) MP, S.250ff. 封建法書と中世法学によるその取り扱いについては、水野浩二「西洋中世における法的関係の認識と訴権——学識的封建法を手がかりに——」(二)『北大法学論集』五八巻六号(二〇〇八年)一一三五頁、一一頁以下を参照。封建法書は、ローマ法大全の一部として組み込まれ、その法源性について議論があったものの、中世法学による注釈等の対象となっていた。
- (131) MP, S.250, “*Rex dicitur qui de aliquo regno per imperatorem est investitus, ut in lib. feudor. Tit. De feudo march. ducat. et dicitur a regendo.*”
- (132) MP, S.254.
- (133) MP, S.256.
- (134) MP, S.256.
- (135) MP, S.258.
- (136) MP, S.140.
- (137) イノの論述に「*すべし*」 MP, S.158ff.
- (138) MP, S.162.
- (139) Klaus SCHREINER, *Religöse, historische und rechtliche Legitimation spätmittelalterlicher Adels Herrschaft*, in: Otto Gerhard OEXLE und Werner PARAVICINI (Hg.), *Nobilitas. Funktion und Repräsentation des Adels in Alteuropa*, Göttingen 1997, S.376-430, S.410ff. 例へば「*ハープスブルク家に「すべし」 Alphons Lhotsky, Apis Colonna. Fabeln und Theorien über die Abkunft der Habsburger. Ein Exkurs zur Cronica Austrie des Thomas Ebendorfer, in: Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung 55 (1944), S.171-245, S.173ff. ハーブスブルク家以外の貴族家門のイタリア (ローマ) 起源伝説に「*すべし*」 Ebenda, S.184ff.*」
- (140) 拙稿「中世後期ドイツの領邦と家門——Levold von Northof の『マルク伯年代記』を素材として」小川浩三編『複数の近代』(北大法学部ライブラリー六)(北大図書刊行会 二〇〇〇年)六九—一〇六頁、七五頁以下。

- (141) 徳を重視する観点から当時の貴族を批判する、主に人文主義者たちの議論と、アリストテレスなどに拠りつつ血統と徳とが対応する(よい生まれの者は徳も高い)ことを論じて血統による貴族を擁護する議論については K. SCHREINER, aa.O. (注 137), S.392ff.
- (142) MP, S.238ff.
- (143) MP, S.242ff.
- (144) このように、博士号を持った法学教師を貴族と対等の地位を有するものと見る、学識法曹側の理論については、Hermann LANGE, Vom Adel des doctor, in: Klaus Lüg und Detlef LIEBS (Hg.), Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition (Symposion aus Anlass des 70. Geburtstag von Franz WEACKER), Ebelsbach 1980, S.279-294, Ingrid BAUMGÄRTNER, »De privilegis doctorum«, Über Gelehrtenstand und Doktorwürde im späten Mittelalter, in: Historisches Jahrbuch 106 (1986), S.298-332を参照。そして、こうした学識法曹側の主張は、血統貴族たちによりつすべしなりと受け入れられたわけではなかった。HLANGE, aa.O., S.290ff.
- (145) MP, S.246ff.
- (146) MP, S.238, "Cesaree gubernator monarchie diversis nobilitatis ordinibus adornatur, a quo ut ex fonte tocius nobilitatis jura descendunt."
- (147) K. SCHREINER, aa.O. (注 137), S.418-424.
- (148) P.LABAND, aa.O. (注 4), S.559f.
- (149) MP, S.268f.
- (150) MP, S.270.
- (151) MP, S.262ff. なお、ラーバントは、博士と貴族の関係についてのペーターの議論を、裁判の学識化および中世的な同身分者裁判の克服という文脈で理解している。P.LABAND, aa.O. (注 4), S.560ff. 同様の理解として T. STRUVE, aa.O. (注 20), S.375f.
- (152) MP, S.266.
- (153) サエントニアのドイツ人商館 Fondaco dei Tedeschi について、Thomas ERTI, Alle Wege führten nach Rom, Italien als Zentrum der mittelalterlichen Welt, Ostfildern 2010, S.162-177. フローリャ大学に在るシュベン出身者の群

- 在り勉学に在りては、Jürg SCHMUTZ, Juristen für das Reich. Die deutschen Rechtsstudenten an der Universität Bologna 1264-1425, 2 Bde., Basel 2000. また拙稿「中世後期ドイツの学識法曹」『北大法学論集』五八卷三号（二〇〇七年）二八六—二九一頁も参照。ドイツからイタリアへの親方・職人の流入については、Th.Ertl, aa.O., S.235-253. ドイツ貴族の傭兵活動については、Th.Ertl, aa.O., S.275-277 及び Stephan SELZER, Deutsche Soldner im Italien des Trecento, Tübingen 2001.
- (154) この側面は近年注目を集めている。近世の帝国国制における儀礼とシンボルの意義を鋭利に描き出した研究として、Barbara STOLBERG-RILINGER, Des Kaisers alte Kleider. Verfassungsgeschichte und Symbolsprache des Alten Reiches, München 2008 をあげよう。
- (155) MP, S.321f.
- (156) M.Stolleis, Geschichte (注5), S.132. 教会法源・ローマ法源とアリストテレスなどの古典への直接的拘束がゆるむとともに、中世の著述家の作品や年代記もまた、帝国内法論の材料として広く用いられるようになった。ルーボルトの著作もまた同じ時期に印刷公刊されている。M.Stolleis, ebenda.

自白排除法則の研究（七）

関
口
和
徳

目次

序章 問題の所在

第一節 日本の刑事手続における自白の地位

第二節 自白排除法則に関する議論の問題点と最近の動向

第三節 アメリカ法の示唆——ミランダ判決

第四節 本研究の課題

一 研究の対象——自白排除法則の整理

二 研究の視角と本稿の構成

第一章 アメリカの自白排除法則

第一節 不任意自白の排除法則——自白法則

一 自白法則の成立とアメリカ法への継受

二 適正手続＝任意性説 (due process voluntariness test)

三 任意性の判断基準——事情の総合説 (totality of circumstances test)

第二節 違法収集自白の排除法則

一 マクナブ＝マロリー・ルールと第四修正の自白への適用

二 マサイア判決（一九六四年）

三 エスコビード判決（一九六四年）

四 マサイア判決およびエスコビード判決の意義と課題

第二章 ミランダ・ルールとその課題

第一節 自白法則の新展開——ミランダ判決（一九六六年）とミランダ・ルール (Miranda Rule)

一 ミランダ事件

二 ミランダ判決

三 ミランダ判決の意義

第二節 ミランダ判決以降の判例の展開——ミランダ・ルールの弱体化と強化

一 ミランダ・ルールの弱体化

二 ミランダ・ルールの強化

第三節 ミランダ・ルールの憲法上の地位——ディカーソン判決（二〇〇〇年）

（以上、五九卷二号）

（以上、五九卷三号）

（以上、五九卷五号）

- 一 合衆国法典一八編三五〇一条とミランダ・ルール「予防法則」論
 - 二 デイカーソン事件
 - 三 デイカーソン判決
 - 四 デイカーソン判決の意義
 - 五 デイカーソン判決後の判例の展開
- 第四節 ミランダ・ルールの課題
- 一 はじめに
 - 二 ミランダ判決以降の被疑者取調べの諸問題
 - (A) ミランダ判決は実務に影響を与えたか？
 - (B) 密室での権利告知手続
 - (C) ミランダ・ルールに反する取調べ
 - (D) 虚偽自白
 - (E) ミランダ・ルールの課題
 - 三 学説における提言
 - (A) 弁護人との相談を経ない自白の全面的排除
 - (B) 弁護人の自動的な選任
 - (C) 弁護人の立会いのない中で得られた自白の全面的排除
 - (D) 身体拘束中の自白の全面的排除
- 第五節 小括
- 第三章 日本の自白排除法則
- 第一節 学説にみる自白排除法則
- 一 はじめに
 - 二 虚偽排除説

（以上、六〇巻一号）

- 三 人權擁護説
 - 四 任意性説
 - (A) 任意性Ⅰ説
 - (B) 任意性Ⅱ説
 - 五 違法排除説
 - (A) 田宮説
 - (B) 鈴木説
 - (C) 松尾説
 - 六 折衷説
 - 七 総合説
 - 八 まとめ
- 第二節 判例にみる自白排除法則
- 一 はじめに
 - 二 強制・拷問・脅迫
 - (A) 暴行を伴う取調べ
 - (B) 脅迫を伴う取調べ
 - 三 精神的圧迫
 - (A) 手錠をかけたままの取調べ
 - (B) 追及的な取調べ
 - (C) 深夜、徹夜、長時間にわたる取調べ
 - (D) 宿泊を伴う取調べ
 - 四 不当に長い抑留・拘禁
 - 五 病中の取調べ

(以上、六〇卷六号)

(以上、六一卷一号)

六 利益の約束

七 偽計

第四章 自白排除法則の整序

終章 結語

（以上、本号）

第三章 日本の自白排除法則

第二節 判例にみる自白排除法則

四 不当に長い抑留・拘禁

憲法三八条二項および刑法三一九条一項は、強制・拷問・脅迫による自白のみならず、不当に長い抑留・拘禁後の自白の証拠能力を否定することを明文で定めている。そこでまず、ここにいう「不当に長く」の意味が問題となる。⁽¹⁾この点、虚偽排除説にたてば抑留・拘禁が虚偽自白を誘発するような不当・長期のものであったか否かが、⁽²⁾人権擁護説にたてば抑留・拘禁が被疑者の供述の自由を害するような不当・長期のものであったか否かがそれぞれ問題となり、抑留・拘禁と自白との因果関係も要求される。⁽³⁾他方、違法排除説にたてば、抑留・拘禁それ自体が「不当」なものであったか否かが問題となり、抑留・拘禁と自白との因果関係は不要とされる。⁽⁴⁾以下では、不当に長い抑留・拘禁後の自白に関する判例について検討する。⁽⁵⁾ところで、判例をみると、長期勾留後の公判廷での自白が争点となっているものが少な

い。たしかに、密室である取調室での自白と、裁判官や弁護士さらには傍聴人までも存在する公判廷での自白とを同一視することはできない。⁽⁶⁾しかし、不当に長い抑留・拘禁後の自白に関する判例は大法廷によるものも少なくなく、また当該判例の自白の証拠能力の判断方法についての立場が比較的鮮明にあらわれやすい傾向にあることから、自白の証拠能力の判断枠組みに関する判例の状況を理解する上では、これらの判例を検討対象に含めることにも意義があるものと思われる。

【76】最大判昭二三（一九四八）・二・六刑集二卷二号一七頁

昭和二一（一九四六）年一月一日に警察署に引致後同年二月二三日から昭和二三（一九四八）年六月三日に保釈されるまで六ヶ月一六日にわたり拘禁され、保釈当日に控訴審の公判廷で自白がなされたという事案につき、次のように判示し自白の証拠能力を肯定した。

「右の自白が不当に長く拘禁された後の自白であるかどうかを判断するに、本件犯罪がわずか三個の窃盗行為に過ぎないことから見れば、これを肯定すべきが如くであるが、被告人は最初昭和二十一年十二月十一日に警察官の取調べに対して自白して以来、翌二十二年二月十二日の第一審公判廷及び同年六月三日の第二審公判廷においても終始一貫して自白していること、本件には被告人の外に数名の共犯者があつてその取調べに相当の日時を要したこと、第二審公判期日が被告人又は弁護人の不出頭等のために変更された後前記六月三日の公判期日に到つて公判が初めて開廷審理されたこと（以上は記録上明かな事実である）ならびに、現時の種々な悪条件の下での制約殊に本件処理の当時下級審裁判所には刑事事件が輻輳したのに反して職員に欠員の多かつたこと（以上は裁判所に顕著な事実である）等の事情を参酌すると、被告人が拘禁されてから原審公判で保釈されたまでの期間は、これら特殊な情態の下においては本件の審理に必要であつたものと認められるのであつて、所論の自白は不当に長く拘禁された後の自白に該当するも

のといふことはできない」。

本判決は、⁽⁷⁾本件拘禁の長さを不問に付しているわけではないが、①被告人が終始一貫して自白していること、②共犯者の取調べに時間を要したこと、③事件が輻輳していたこと、等を考慮して自白の証拠能力を肯定している。このうち、②③は任意性説にたつて自白の証拠能力を判断する際の考慮要素としてはなじまず、むしろ違法排除説になじむ考慮要素であるように思われる。⁽⁹⁾とはいえ、本判決は、自白の証拠能力を肯定する理由の第一に、被告人が終始一貫自白をしていることを挙げている点に鑑みれば、本件拘禁は虚偽自白を誘発するものでも供述の自由を侵害するものでもなかったという理解が本判決の根底にあることが窺える。本判決は、任意性説にたつ判例と解される。

【77】最大判昭二三（一九四八）・二・六刑集二卷二号三三頁

「被告人ハ原審公判終了ト同時ニ保釈セラレ迄ノ勾留ハ全ク不必要ノモノナリシトスヘク斯ル被告人ノ自白ハ不当ニ長ク抑留若クハ拘禁サレタ後ノ自白ナレハ之ヲ証拠トスルコトヲ得サル」との弁護人の上告趣意に対し次のように判示した。

「記録によつて、被告人抑留拘禁の期間及び本件審理手続の経過を調べて見るとつぎのようになつてゐる。昭和二十二年四月二日被告人逮捕、同日同人に対する司法警察官の第一回訊問、同月三日同第二回訊問、同月八日強制処分における予審判事の被告人訊問、同日同人勾留、同月九日公判請求、同年五月十五日名古屋地方裁判所第一回公判、同月十八日同裁判所判決宣告、同月十九日控訴申立、同年六月二十四日名古屋高等裁判所記録受理、同年七月八日同裁判所第一回公判、同日保釈、同月十五日同裁判所判決宣告。本件のような事件で右程度の拘禁は、現今における悪条件の環境の制約下においては誠に已むを得ない処であつて、これを不当に長い勾留とはいえないから、論旨……は理由がない」。

本判決は、被疑者の心理面を一切考慮せず、本件勾留が「本件のような事件で右程度の拘禁は、現今における悪条件の環境の制約下においては誠に已むを得ない処であ」り、「不当に長い勾留」といえないことを示すのみで自白の証拠能力を否定すべきとする弁護人の上告趣意を斥けている。簡潔な判示のため軽々には断じ難いが、判示をみる限りでは、違法排除説的な立場から自白の証拠能力を判断した判例とも解しえよう。

【78】最判昭二三（一九四八）・四・一七刑集二卷四号三六四頁

「被告人、夫が勾留されたのは所論のとおり昭和二十一年十二月十九日であり、又同被告人の原審における自白は昭和二十二年六月五日の第一回公判以後同年八月三十日の第三回公判を通じてなされているのであって、右勾留後第一回公判期日迄に約六ヶ月、第三回公判期日迄には二百五十日餘を経過していること明かではあるが、本件事案の内容、取調の経過、相被告人の供述内容等諸般の事情に鑑み、右程度の勾留は、未だ不當に長い拘禁とはいえないから、被告人、夫の右の自白を證據とすることができないものということはできない」。

本判決は、本件事案の内容、取調べの経過といった拘禁の必要性に関する事項についても重視していることが窺える。⁽¹²⁾ 拘禁の必要性は虚偽自白のおそれ等とは直接的な関係はなく、これはむしろ拘禁自体の適法性に関係する要素である。⁽¹³⁾ もっとも、拘禁が違法であるとすればそのことが自白の証拠能力の否定に直結する趣旨まで含むものなのかについては分明ではない。また、本判決については、人権擁護説にたつという見方もある。⁽¹⁴⁾ しかし、被告人の自白の証拠能力を判断するにあたり相被告人の供述内容を考慮していることに鑑みると、被告人の自白と相被告人の供述内容とに矛盾がないこと、すなわち被告人の自白に虚偽のおそれが低いことが証拠能力肯定の大きな要因となったことが窺える。本判決は、虚偽排除説に親和的な判例と解するのが妥当であろう。⁽¹⁵⁾

【79】最大判昭二三（一九四八）・六・二三刑集二卷七号七一五頁

昭和二十一年一月二〇日に勾留された後、昭和二十二年六月一九日の控訴審第二回公判にいたってなされた自白につき、次のように判示した。

「既に第一審公判廷においてした自白をそのまま第二審公判廷においても繰返している場合が往々存するのであるが、第一審公判廷における自白当時には未だ不当に長い抑留又は拘禁が存しなかつたときはその自白は前記条項「憲法三十八条二項」に包含されないことは勿論、引続きその自白を繰返している第二審公判廷における自白当時には仮に不当に長い抑留又は拘禁が実存していたとしても、この自白は特別の事情がない限りその原因が不当に長い抑留又は拘禁によらないことが明らかと認められるから、前記条項に包含されないものと解すべきである。言いかえれば、自白と不当に長い抑留又は拘禁との間に因果関係の存しないことが明らかに認め得られる前記場合においては、かかる自白を証拠とすることができると解釈するを相当と考える」。「さて、本件において原判決が証拠として採つた被告人の自白は、昭和二十二年六月一九日原審第二回公判廷においてなされたものであるが、被告人は昭和二十一年一月二〇日勾留に附せられ既に昭和二十二年一月二八日第一審第二回公判廷において同様の自白をしている。本件は最初四名の共同被告があり相当複雑な事件で又相被告人の不出頭病氣、延期申請等の事由で審理が延びたのであつて、必ずしも不当に長い拘禁の後に原審自白がなされたとはいえないのであるが、仮にそう言い得るとしても、前記のごとく第一審公判廷における自白がなされた当時においては不当に長い拘禁は実存しなかつたのであるから、結局前記解釈の示すとおり本件原審の自白は前記条項に該当しない」。

本判決は、¹⁶⁾かりに「不当に長い抑留又は拘禁」の後の自白であつたとしても、それが「不当に長い抑留又は拘禁」の状態になかつた時点の自白と同じ内容を繰返したものである場合には、¹⁷⁾「不当に長い抑留又は拘禁」と自白と間に因果関係はなく自白の証拠能力は否定されないとする。本判決は、抑留・拘禁の不当性の問題と自白の証拠能力の問題と

を明確に切り離しており、任意性Ⅰ説にたつ判例と解される。なお、一審においても本件自白と同様の自白をしていることを考慮していることから、やや虚偽排除説に重点を置いていることが窺える。⁽¹⁸⁾

【80】最大判昭二三（一九四八）・七・一九刑集二巻八号九四四頁

「事実は単純であり、数は一回、被害者も被疑者も各々一人で、被害金品は全部被害後直ちに回復せられて、現に証拠品として押収せられている。ほとんど、現行犯事件といつてもよいほどの事件で、被告人の弁解も終始一貫している。被告人が果して、本件窃盗の真犯人であるか、どうかはしばらくおいて、事件の筋としては、極めて簡単である。被告人が勾留を积かれたからといつて、特に罪証湮滅のおそれのある事件とも考えられない。又、被告人は肩書のように、一定の住居と生業とを有し、その住居には、母及び妻子の六人の家族があり、尚、相当の資産をもっていることは、記録の上で十分にうかがわれる。年齢も既に四十六歳である。かような情況から考えて、被告人が逃亡する危険もまづないと考えなければならぬ」。「とすれば、ほかに、特段の事情のうかがわれない事件においては、被告人に対して、あれ程長く拘禁しておかなければならぬ必要は、どこにもないのではないか。たゞ、被告人が犯行を否認しているばかりに、一言葉をかえていえば、被告人に自白を強要せんがために、勾留をつづけたものと批難せられても、弁解の辞に苦しむのではなからうか。以上、各般の事情を綜合して、本件の拘禁は、不当に長い拘禁であると、断ぜざるを得ない。しかして、第二審裁判所が、この拘禁の後に、はじめてした被告人の自白を証拠として、被告人に対し、有罪の判決をしたことは、前に述べたとおりであるが、不当に長い拘禁の後の自白を証拠にとすることは、憲法第三十八条第二項の厳に禁ずるところである」。「従つて、かゝる不当に長い拘禁後の自白を有罪の証拠とした第二審の判決及びこれを是認した原判決は、共に憲法第三十八条第二項に違反した違法がある」。

本判決は、⁽¹⁹⁾拘禁の不当性から直ちに自白の証拠能力を否定せず、不当な拘禁が結果として自白を強要することにつな

がったことを根拠に証拠能力を否定したものである。⁽²⁰⁾ 不当に長い抑留・拘禁と自白との間に因果関係がある場合に自白の証拠能力を否定すべきとした【79】の立場を踏襲したものといえ、本判決は任意性I説にたつ判例と解される。もっとも、本判決は本件拘禁の必要性について詳細に検討している。拘禁の必要性は自白の任意性とは直接的には関係のない事柄であることから、本判決は本件拘禁の違法性について重視しているとも解しうる。⁽²¹⁾ また、本判決のいう因果関係については、不当に長い抑留・拘禁が不任意に自白をなさせめたという意味での因果関係ではなく、不当に長い抑留・拘禁が自白採取の手段になっているという意味での因果関係であるという見方もある。⁽²²⁾ このような見地にたてば、本判決は違法排除説に親和的な立場を示した判例であるという理解も成り立ちうることとなるろう。

【81】 最判昭二三（一九四八）・九・一八刑集二卷一〇号一二〇九頁

「本件は最初共同被告人十名という多数人に対する予審請求をもつて開始された事件で、犯罪の態様も相当に複雑多岐に亘っているので、被告人に対する所論拘禁の期間も、直ちに不当に長いものと即断することはできないのであるが、かりに原判決が証拠とした原審公判における被告人の自白前の拘禁が不当に長いものであるとしても、被告人は本件犯行については、拘禁後四十余日を経た予審の取調べにおいて、すでに自白をしているのであり、更にその後七十余日を経た第一審公判においても同様自白をしているのであつて、この程度の期間の拘禁は、前述の事情等からみて不当に長い拘禁ということのできないのは勿論であり、要するに、被告人は当初から本件については、予審、第一審公判、原審公判を通じて、終始同様の自白をしているのであつて、原審が証拠とした原審公判における自白も、長い拘禁がもととなつて、若しくは、その拘禁に影響せられて自白をするに至つたものとは、とうてい考へられない。たとい不当に長い拘禁後の自白であつても、その拘禁が、その自白に対して、因果の関係をもたぬこと明瞭である場合は、刑訴応急措置法第一〇条第二項にいわゆる『不当に長く拘禁された後の自白』にあたらぬものと解すべきこ

とは当裁判所の判例とするところである。(昭和二十三年六月二三日言渡当裁判所昭和二十二年(れ)第二七一号大法廷事件参照)。⁽²³⁾

本判決は、事案の複雑さ等拘禁の必要性を理由に「被告人に対する所論拘禁の期間も、直ちに不当に長いものと即断することはできない」としていることから、違法排除説的である、人権要素説的であるといった見方もなされている。⁽²⁴⁾しかし、本判決は、【79】を踏襲し、拘禁と自白との間の因果関係を要求したものであることに鑑みれば、任意性I説に親和的な判例と解するのが素直であるように思われる。なお、自白の証拠能力を判断する際に供述内容の一貫性を重視していることから重点はやや虚偽排除説に置かれているものと解される。

【82】最判昭二三(一九四八)・一〇・六刑集二卷一十一号一二七五頁

「……記録によれば、被告人は昭和二十二年五月一〇日逮捕され同月一二日勾留されて以来拘禁されているのであるが、所論の検察官の聴取書は昭和二十二年五月一九日に作成されたものであるから右の聴取書記載の供述は拘禁と自白の日時の近接からみて、もとより不当に長く拘禁された後の自白でないことは明かである。なお、原判決が証拠に引用した原審公判廷における被告人の供述は、昭和二十三年一月一九日になされたものであつて、強盗の犯行を自白したものでなく、単に被告人が犯行の場所の近くまで行つたこと、犯行の場所から被害物品の一部を持ち出したことその他の不利益な事実を認めたものであり、しかも第一審公判廷における全面的自白をひるがえした供述であるのみならず、数名以上の共犯者による集団強盗の四回の犯行に関する自白であるので、これらの状況からみて刑訴応急措置法第一〇条にいう『不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白』に該当するものではない」。

本判決は、⁽²⁶⁾起訴前勾留中の自白については拘禁されてから自白までの期間が短期であることを理由に、原審公判廷における供述については一審公判廷における全面自白を翻した内容のものであることなどを理由に、それぞれ証拠能力を

肯定していることから、拘禁が自白に影響を与えたのか否かを問うていることが窺える。本判決は、任意性説にたつ判例と解される。

【83】最大判昭二三（一九四八）・一一・一七刑集二卷一二号一五五八頁

「刑訴応急措置法第一〇条第三項の『不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白』というのは、抑留若しくは拘禁が自白を生んだ場合ばかりでなく、抑留若しくは拘禁の期間が長きに亘つて、その後に初めて自白があつたような場合には、抑留若しくは拘禁と自白との間に因果関係があつたと見る趣旨と解すべきである。従つて反対に自白と抑留若しくは拘禁の生活との間に因果関係がないことが明らかである場合は、右の自白に含まれないものと見るのが相当である」。本事案は、「昭和二十一年一〇月一七日に本件犯行が発生し、翌一八日一九日と被告人に対する警察官の聴取があり、之に続いて同月二三日に検事の聴取があつた後、同日第一回の予審訊問が行われ、十一月五日には医師の鑑定書が裁判所に提出されてから昭和二十二年一月一七日に第二回予審訊問が行はれるまで七十余日を経ているから」、右拘禁期間は必ずしも短いとはいえないが、「被告人は犯行直後、警察、検事局、予審第一回取調を通じ卒直に殺意を自認して」おり、「第二回予審訊問に至つて初めて殺意を自認したものでない……。被告人が犯意を否認し続けている、第二回予審訊問の際に初めて之を自認したものであれば、或は不当に長い拘禁後の自白の場合に当るとも言えるけれども、本件の場合には正にその反対であつて、被告人は犯行直後から第二回予審訊問までは、終始殺意を認めていることから拘禁と自白との間に因果関係はなく、「本件はいわゆる不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白」ということはできない。（当庁昭和二十二年（レ）第二七一号事件、同二十三年六月三〇日宣告大法院判決参照）」。本判決も、²⁷⁾【79】を踏襲し、拘禁と自白との間に因果関係がなければ不当に長い抑留・拘禁後の自白には当たらないとしていることから基本的に任意性Ⅰ説にたつ判例と解される。もっとも、本判決は、「被告人が犯意を否認し続けて

いて、第二回予審訊問の際に初めて之を自認したものであれば、或は不当に長い拘禁後の自白の場合に当たるとも言える」ともしていることから、虚偽排除説にではなく、人権擁護説に重点が置かれていることが窺える。

【84】最判昭二三（一九四八）・一二・一四刑集二卷一三号一七三九頁

「記録に徴するに本件被告人は九人の多数であり犯行は昭和二〇年二月八日頃より同二二年三月一二日頃迄約一年三ヶ月間に単独又は二名乃至五名共謀して強盗傷人、強盗各一件、強盗予備二件、窃盗二三件の多数なる点に鑑み被告人が昭和二二年五月三日に勾留状を執行されてより同年一月一〇日の原審第一回公判期日まで六ヶ月余を経過したとしても不当に長く拘禁されたとは言い得ない（被告人が所論逮捕の時より勾留状を執行される迄の間拘禁されたという事実は記録上明らかでない）。そして被告人は昭和二二年四月三〇日警察官の取調に対して本犯行を自白してより同年五月三日の強制処分における判事の訊問においてもまた同年五月一日の検事の取調並に同年六月二〇日の第一審公判期日において何れも本犯行を自白していることが明白であつて、原審公判においてもまた前記各取調に当つて為したと同趣旨の自白をしたのであるから原審公判における自白は不当に長く拘禁されたことに原因して為された自白とは言い得ない。そして拘禁と自白との間に因果関係のないことが明らかに認められた場合は刑訴応急措置法第一〇条第二項の不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白に当たらないということは当裁判所数次の判例の示すところであるから論旨は理由がない」。

本判決は、事件の複雑さを重視していることから本件拘禁の必要性に重点が置かれているとして、違法排除説的である、人権擁護説的である、といった見方もある。しかし、本判決は、【79】をはじめとする判例の立場を踏襲し、拘禁と自白との間に因果関係が認められる場合に自白の証拠能力が否定されるとの立場にたつものと解される。なお、被告人が、警察官による取調べにおいて自白をして以来、検事による取調べにおいても第一審公判期日においても自白を

維持していることを重視していることが窺われることに鑑みると、やや虚偽排除説の色彩の濃い判例といえる。

【85】最大判昭二四（一九四九）・一一・二刑集三卷一 一七三三頁

「本件は、単純な二個の窃盗事件であつて、その取調にも記録の整理にも多くの口数を要するほどの困難な事件ではない。そして、被告人は逮捕されてから原審の公判が開かれるまで六ヶ月一〇日間引き続き拘禁されていたのであつて、その間終始犯行を否認していたのが、右の公判廷で始めて自白するに至つたのである。しかも、被告人は、拘禁の途中から拘置所内の病舎に収容されるほどの病氣になつたが、これがために公判の審理が延期されて長引いたというようなこともなく、原審は一回の公判で審理を終つてゐる。そして、被告人は、その公判に病舎から出頭して自白した上、身柄の釈放を求めているのである。このような事情を綜合して判断すると、被告人が原審公判廷でした自白は、まさに憲法第三八条第二項にいわゆる不当に長く拘禁された後の自白に当る」。

本判決は、事案の性質、拘禁期間、自白がなされた時の状況、原審の審理状況等を総合的に考慮して自白の証拠能力を判断したものである。事案の性質を考慮していることから、本判決が本件拘禁自体の不当性を考慮していることはたしかであるが、そのような拘禁の不当性をもって自白の証拠能力を否定する趣旨までは含んでゐるとまではいい難い。⁽³¹⁾ 本判決が考慮している事情にたらずと、不当な拘禁が結果として自白を強要する程度のものであつたということと、虚偽自白誘発のおそれを考慮して自白の証拠能力を否定したものであることが窺える。本判決は、任意性説にたつ判例と解される。なお、本判決については、「自白と不当に長い抑留又は拘禁との間の因果関係を考慮に加えて妥当な解釈を下すべき」とした【79】の立場を踏襲したものであるという指摘もあるが、⁽³⁴⁾ 判示をみる限り、本判決は拘禁と自白との間の因果関係を必ずしも嚴格に要求しているわけではないとも解しうる。⁽³²⁾

【86】最判昭二四（一九四九）・一二・三刑集三卷一 一八七〇頁

「被告人は昭和二十三年七月二〇日逮捕され同月二二日勾留状の執行を受け同月三一日公判請求があり同年一〇月二六日第一審第三回公判で従来否認を続けて来た供述を翻えし本件犯罪事実を自白するに至つたもので逮捕後右自白までの日数が一三〇日であることは記録上明かである。しかし本件事案は……被告人がA外数名と共謀して敢行した集団強盗事件でありその事案の複雑性並びに取調の情況等に鑑みるときは被告人の右程度の拘禁は現今における刑事事件の輻輳している条件下においては己むを得ないのであつてこれをもつて不当に長い勾留とは言い得ないのである従つて被告人の前記自白は刑訴応急措置法第一〇条第二項後段にいわゆる不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白にあたらないものである」。

本判決は、拘禁が被疑者の心理に及ぼした影響についてはほとんど考慮することなく、もっぱら事件の輻輳を理由に本件勾留は「不当に長い勾留とはいひ得ない」として自白の証拠能力を肯定したものであることから、判示をみる限りでは違法排除説に親和的な判例と解することも可能である。

【87】東京高判昭二五（一九五〇）・五・二〇判特報一六号八二頁

「而して、被告人は、昭和二十四年六月六日、被告人が同二十三年十月九日K方で衣類を窃取した事実につて勾留され、爾来今日まで勾留されておるものであるが、その勾留の延長期間は昭和二十四年六月二十五日迄であるから、同日迄に前掲事実につての公訴を提起せねばならない。若し、これを提起しないときは、刑事訴訟法第二百八条に則り、被告人を直ちに釈放しなければならないのである。然るに、他の四件の窃盗事件とともに右K方の窃盗事件を起訴したのは、同年七月二十二日であるから、……六月二十六日以後引続き被告人を勾留したのは不当といわねばならない。而して右不当勾留が違法であることは勿論で、かような非違はかたく慎しむべきであるが、右違法は判決に影響あるとき初めて右違法を理由として判決を破棄すべきである。右違法が原判決に影響を及ぼしているかどうかを検

討すると、原判決が罪証に供しておる被告人の検察官に対する供述書中、昭和二十四年六月二十八日附第四回同年七月七日附第五回、同年七月十二日附第六回、同年七月二十日附第七回^マの五供述書は不当拘留中に被告人を尋問して作成されたものであるが、右のうち最も長い期間でも不当拘留後約二十五日の後になされたに過ぎないから、不当に長く抑留された後の供述ということはできない」。

本判決は、本件勾留を違法と評価しながら、そのような違法な勾留中になされた本件自白について不当に長く抑留・拘禁後の自白にはあたらないと判示している。「最も長い期間でも不当拘留後約二十五日の後になされたに過ぎない」ことがその理由である。本判決は、違法な勾留がなされたとしても、そのような違法と自白との間に因果関係が存在するときに限って自白の証拠能力を否定する立場にたっており、任意性I説にたつ典型的な判例と解される。

【88】最判昭二五（一九五〇）・八・九刑集四卷八号一五六二頁

「本件は、彼此双方多人数が敵味方に別れ相闘争したいわゆる博徒の喧嘩にかゝる事案であり、第一審では五名の者が被告人として起訴され関係人もその数多く、しかもA、B等は、逮捕当初は極力本件犯行は右兩名のみの犯行であると主張し、いわゆる親分たる被告人Cとの共犯であることを秘匿しようとつとめていた経過が明らかであるから、かゝる事案において、検察官が事案の真相を明らかにするためには、相当の日数を要するものといわなければならないので拘禁後一六〇日乃至一七三日後の自白といえども必ずしも、刑訴応急措置法第一〇条第二項にいわゆる不当に長い拘禁後の自白であるとはいえない（昭和二十四年（れ）第二三六五号同年一月三日第二小法廷判決参照）」。

本判決は、「事案の真相を明らかにするためには、相当の日数を要する」としていることから、拘禁自体の適法性を重視していることが窺える³⁶。この点に鑑みれば本判決は違法排除説に親和的とも解しうるが、他方、事案の真相の解明の必要性を強調してもおり、この点に着目すれば虚偽排除説に親和的とも解しうる。簡潔な判示のため、本判決の立場

は必ずしも分明ではないが、被告人の検察官の意に副う供述をしなかったことを長期拘禁の正当化事由に挙げていることから、少なくとも人権擁護説の観点を重視してはいないことは明らかである。

【89】福岡高判昭二六（一九五二）・二・一三高刑集四卷二号一一七頁

「なお（一）Aが真実を述べることににより被告人からの後難を恐れながらも、なお且被告人に不利な供述をしている事情は論旨とは正反対に該供述の任意性確実性を証する資料とこそなり得れその任意性を疑う資料とは到底なり得ない。」（二）B、Cの公判調書謄本における自白が仮にBにおいて勾留二ヶ月後（但証拠はない）Cにおいて一ヶ月十日後になされたものとしても右事件は同人等の密航に関するものであり、実質的な共犯関係者も多数に昇つていたことは右謄本からも窺えるところであるから、右の事情に照して不当に長い勾留後の自白とは云えない」。

本判決は、勾留自体の適法性のみを考慮して「不当に長い勾留後の自白とは云えない」としていることから、違法排除説に親和的な立場にたつ判例と解される。

【90】広島高松江支判昭二七（一九五二）・一・三〇判特報二〇号一七五頁

「本件起訴のあつた昭和二十六年一月十八日より被告人が本件犯行を自白するに至つた同年八月八日の第五回公判までの間被告人が身柄を拘禁されていたことは本件記録に徴し明かであるがたまたまその当時は各裁判所共所謂旧法事件の処理に忙殺され所謂新法事件の処理には手が廻りかねていたこと、原審の職権による公判期日の変更……について当事者双方共何等の異議を申し出でなかつたこと、その他本件訴訟の経過に照すときは被告人が本件犯行を自白するに至るまでの右拘禁は……不当に長い拘禁であるとは云えないのみならず、……被告人が本件犯行を自白するに至つたのは前示拘禁を原因とするのではなく……有力な証拠が出た以上到底本件犯行を否認し通せるものでないと観念した結果であると推知され得るから右拘禁と右自白との間には何等の因果関係はなく、されば被告人の本件犯行

に対する所論自白を取つて本件断罪の資料としたことは毫も憲法第三八条第二項に違反するものではない」。

本判決は、「有力な証拠が出た以上到底本件犯行を否認し通せるものでないと観念した結果であると推知されうる」ことを根拠に自白の証拠能力を肯定しており、自白の真实性を重視する姿勢が窺える。本判決も虚偽排除説にたつ判例と解される。

【91】最大判昭二七（一九五二）五・一四刑集六卷五号七六九頁

「被告人「当時一六歳に満たない少年」は昭和二二年八月二五日恐喝罪の嫌疑で勾留されると直ちにその犯行を認めたので間もなく起訴されたのであつたが、そのまま継続して拘禁され、問題の昭和二三年三月三十一日の自白当時には勾留の期間は七ヶ月余に達していた。本件の恐喝罪は極めて簡単な事実であるばかりでなく、被告人は当初からその事実を認めて争わないのであるから、その審判のために被告人の身柄を拘禁する必要は認め難い。しかも、被告人は少年であるからやむを得ない場合でなければ勾留状を発することはできないのである（旧少年法六七条新少年法四八条参照）。被告人は警察署においてすでに放火の犯行を自白したこともあるが、その自白には一貫性がないばかりでなく、取調べの途中では犯行を否認したこともあつて、本件においては自白と拘禁との間に因果関係の存しないことが明らかに認め得られる場合であると言ふことはできない（昭和二二年（レ）二七一号同二三年六月三〇日当裁判所大法廷判決参照）。このように考察すると、原判決が証拠とした昭和二三年三月三十一日の第一審公判調書記載の被告人の自白は、憲法三八条二項にいう不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白に当る」。

本判決³⁷については、人権擁護説の色彩が強いとの見方や、違法排除説にたつとの見方もある³⁸。たしかに、本判決は、本件自白の証拠能力の判断に際し、抑留・拘禁の必要性がなかったことや余罪追及のために本件拘禁が用いられたこと等、本件拘禁の不当性ないし違法性を重視していることが窺える⁴⁰。しかし、本判決は、そのような拘禁の不当性ないし

違法性のみを理由に自白の証拠能力を否定したのではなく、被告人が少年であり防御能力が弱かったことや、供述が変遷していることなどから本件拘禁と自白との因果関係を肯定し、そのことを理由に自白の証拠能力を否定したものであることに鑑みると、虚偽排除説に重点を置いた判例と解するのが自然なのではなからうか。⁽⁴³⁾

【92】名古屋高金沢支判昭二七（一九五二）・七・一四判特報三〇号九四頁

「被告人の本件贓物故買罪の本犯たる所論Bが他の犯罪についての確定判決に因り所論の期間一年以上に亘り拘禁せられていた反面において更に起訴せられた本件窃盗罪につき右拘禁中一年以上に亘り犯罪事実の否認を続けた後初めて自白したことが所論の通りであつても、同人の本件窃盗罪の自白は憲法第三十八条第二項の不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白ということが出来ない。何故ならば同人が拘禁されたのは他の犯罪についての確定判決に因るものであり本件窃盗罪による拘禁ではないからである」。

本判決は、拘禁が本件窃盗罪によるものではないことのみを根拠に自白の証拠能力を肯定している。学説の中には、確定判決による拘禁中になされた自白はそもそも不当に長い抑留・拘禁後の自白にはあたらないという見解もある。⁽⁴⁴⁾ 違法排除説にたつのであればそのような帰結が論理的であろうが、任意性説にたつのであれば、拘禁が本件窃盗罪によるものであるか否かを問わず（仮に確定判決による拘禁であつたとしても）、拘禁が虚偽自白を誘発するものであつたか否か、ないしは被疑者の心理に影響を与えるものであつたか否かの検討を要するのではなからうか。この点、本判決は被疑者の心理面について検討を行った形跡が一切ない。仮に拘禁が違法である場合に直ちに本件自白の証拠能力を否定する趣旨まで含むのか否かについては断じ難いが、判決文をみるかぎり、本判決は、違法排除説に親和的な立場にたつ判例と解される。

【93】最大判昭三〇（一九五五）・四・六刑集九卷四号六六三頁（帝銀事件）

「本件において被告人は、前示のように小樽市で帝銀事件により逮捕され東京都に護送された後、起訴前の処分により勾留されたのは昭和二三年八月二十五日（以下年を省略する）であり、その後の取調により発覚した日本堂事件の起訴により勾留されたのは九月四日であるから、日本堂事件による起訴勾留から算えても、被告人が帝銀事件で一〇月一二日起訴されるまでに約三九日を経過していることは所論のとおりである。しかしその間被告人の供述が帝銀事件の中心に触れはじめたのは九月二一日以後であつて、原審が帝銀事件の確定的な自白として証拠に挙げているものとははじめの検事聴取書（第三五回ないし第三七回第三九回）の作成された九月二三日ないし二五日によつて計算すれば、起訴前の処分（八月二五日）より約一月、日本堂事件の起訴勾留（九月四日）より約二二日であることが認められる。そして記録によつて取調の経過をたどつてみると、検事の第一回の取調は八月二六日にはじまつたのであるが、この間日本堂事件に関する取調の第八回九回一一回（九月一日二日）を除き、はじめの第一回ないし第七回及び第一〇回（八月二六日ないし同三一日及び九月二日）及び日本堂事件の起訴勾留後の取調である第一二回ないし第二七回（九月六日ないし同二一日）までは、被告人の供述は、帝銀事件の中心に触れる事項はこれを否認しながら同時に複雑な虚言を織り交ぜこれが間もなく虚偽であることが判明するような経過をくりかえし、ようやく第二八回（九月二一日）頃から事件の中心に触れはじめたのであつて、その後数次の取調を経て前記第三五回ないし三九回（九月二三日ないし同二五日）に至り他の有力な証拠により裏けられた秩序ある自供がなされ、その後引続き自白は詳細な内容に進んで行つたことが認められる。従つてここに至るまでの取調は、事案の複雑をきわめた内容に加えるに、被告人の著しい特異性格から生ずる虚言癖（精神鑑定書参照）に煩わされ、取調はむしろこれによつて日時を要するに至つたことが十分に観取される。そしてまたこの間検事は相当の証人参考人を取り調べたことは記録上明らかである。さればかかる事情の下におけるかかる事案の取調が、起訴前の処分から計算しても約一月約三〇数回を要したからと

いつて、これをもつて不当に長いとは認めることはできず、まして日本堂事件による起訴勾留後における約二二日の期間と約二四回ないし二八回の取調回数をもつて所論のように不当長期拘禁と認めることはできない。なお右に挙げた被告人の供述（第三五回ないし第三九回検事聴取書）の後、一〇月九日まで約一四日間約二三回にわたる取調が行われているが、すべてすであつた自白に基づき、その手段も被害者も特異で複雑な本件事案につき、自白がさらに具体的に詳細に進展していつたのに過ぎないほか、被告人の独特な感想をくりかえしたのであつて、この間における被告人の自白は、それまでの勾留の期間取調の回数によつて特に生じたものでないこと明らかであるのみならず、この期間回数を合せて考えてみても、これを不当長期拘禁ということとはできない。

本判決は、別件逮捕・勾留中の自白について、不当に長い抑留・拘禁後の自白に当たるのか否かという観点から、その証拠能力を判断したものである。⁽⁴⁷⁾ 本判決は、本件勾留の適法性について重視していることが窺えるが、そのような点よりも、むしろ被告人の心理面に重点を置き、被告人の供述過程について詳細に検討し、自白が本件勾留期間ないしは本件取調べの回数によつて生じたものではないとしていることに鑑みると、任意性説に親和的な判例と解される。

【94】名古屋高判昭三二（一九五六）・二・八裁特報三卷六号二四〇頁

「被告人は第一事実の容疑により昭和三十年五月三十日逮捕翌三十一日勾留され、爾来司法警察員又は検察事務官により数回取調を受けたが、常に否認し同年七月九日に至り初めて自白するに至つたことは記録上明白である。従つて右自白は被告人が長期の勾留にたえかね任意になされたものでないかの疑が存するけれども、K₁の司法警察員に対する供述調書に徴すれば、被告人が司法警察員K₂により第二回目の取調を受けた同年六月三日にはK₃ことK₁も同司法警察員の取調を受けたが、同人は被告人外一名と共謀の上判示第一の犯罪を犯したことを詳細に供述しておるのであるから、之と全く反対の供述を為す被告人に諸種の角度から質問を試みることは職務上当然であり、之が為勾留

が若干長引き、その後に至り初めて自白するに至ったとしても、その自白が任意にされたものでないということではでない。而して被告人は昭和三十年七月十一日の右司法警察員の取調において判示第二事実につき自白し、その後檢察事務官の取調において第一、第二事実其自白しているのみならず、原審第二回公判期日において第一、第二の公訴事実をその承認したので、裁判官K₄は簡易公判手続の趣旨を説明し、被告人に対し簡易公判手続につき異議のない旨を確めた後、簡易公判手続によつたものであることは右公判調書により明らかであるから、被告人の右公判廷における自白は任意になされたものであつて、論旨の如く或は公判手続が長引くことをおそれた自白であるとか、或は第三者の示唆に基づく虚偽の自白であるとかいうことを認めることはできないし、又前説明の事情により勾留が長くなつたのであるから、不当に長い抑留拘禁の後になされた自白ということもできない「い」。

本判決は、本件自白が不当に長い抑留・拘禁後の自白にあたらない理由として、勾留の必要性を挙げていることから違法排除説的な色彩も窺うことができるが、被告人の自白が「長期の勾留にたえかね任意になされたもの」か否かという観点からその証拠能力を判断し、結論において、「或は公判手続が長引くことをおそれた自白であるとか、或は第三者の示唆に基づく虚偽の自白であるとかいうことを認めることはできない」とも述べていることに鑑みると、基本的に任意性説にたつ判例と解するのが妥当なのではなからうか。

【95】東京高判昭三四（一九五九）・五・二八高刑集一二卷八号八〇九頁

被疑者が重い心臓病で勾留に耐えられない状態になつてからも勾留が続き、その間連日取調べが行われ、五〇余日後に自白がなされたという事案につき、次のように述べ自白の証拠能力を否定した。

「かかる重病人の身で連日のように取調をうけ、然も保釈が許されないとすれば、たとい直接暴行、脅迫等の強制をうけなかつたとしても、取調官の意に副う供述をしなければ、到底拘禁を解かれまいであろうという心理的圧迫を

うけることは自ら免れ得ない」。

本判決は、「取調官の意に沿う供述」をせざるをえない「心理的圧迫」の存在を根拠に自白の証拠能力を否定したものであり、虚偽排除の観点と人権擁護の観点とをともに考慮していることが窺える。本判決は、任意性説にたつ判例と解される。

【96】最判昭三五（一九六〇）・三・四刑集一四卷三号二八八頁

「憲法三八条二項または刑訴三一九条一項にいう『不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白』か否かは、唯だ拘束の期間の長短によつて抽象的に判断さるべきことではなく、犯罪の個数、種類、性質、共犯者その他関係人の数、事件の繁簡、取調の難易等諸般の事情を考慮して、具体的に、これを決すべきものであることは、既に、当裁判所大法廷判例の趣旨とするところである（昭和三〇号、同三三年一月六日大法廷判決、集二卷二号一七頁、昭和三二年（れ）第一四二号、同三三年二月六日大法廷判決、集二卷二号三三頁、昭和二六年（れ）第二五一八号、同三〇年四月六日大法廷判決、集九卷四号六六二頁、等参照）。記録によると、本件は犯行後可なり年月が経つてから逐次発覚したもので、犯罪の数も多く、関係者の数も少からず、事案の性質からみても、その取調は容易でなかつたことが窺われる。このように複雑な事件にあつては、たとえ被告人らの自白がその逮捕または勾留後所論のような日数を経た後になされたものであつても、これをもつて直ちに不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白であるということはできない」。

本判決は、不当に長く抑留・拘禁された後の自白か否かは、事件の複雑さ、共犯者の人数、取調べの難易度等を考慮して判断すべきとしているが、これらは被疑者の供述の自由の有無とは直接的な関係のない要素である。この点に着目すれば、本判決は、違法排除説に親和的な立場にたつ判例とも解しえよう。

【97】最判昭三五（一九六〇）・一一・二九判時二五二号三四頁

「抑留若しくは拘禁が不当に長いかな否かは唯だ時間の長短ということのみで抽象的に決せられることなく、犯罪の個数、関係人の数、取調の経過、その難易等諸般の事情を考慮した上、具体的に決せらるべきものであること（昭和二年（れ）第一四二号同二年二月六日大法院判決集二卷二号三三頁、昭和二年（れ）第三〇号同二年二月六日大法院判決集二卷二号一七頁、昭和二年（れ）第一七〇号同二年七月一九日大法院判決集二卷八号九四四頁）およびその抑留若しくは拘禁と自白との間に因果関係のないことが明らかである場合には、その自白が同条項にいう「不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白」にあたらないこと（昭和二年（れ）第二七一号同二年六月三日大法院判決集二卷七号七一六頁、昭和二年（れ）第二七七号同二年七月一日大法院判決集三卷八号一二六四頁）は、いずれも、当裁判所大法院判例の趣旨とするところである。本件につきこれをみると、成程、起訴事実は二つで、それも自転車二台の窃盗という比較的軽微なものであるところ、被告人は検挙以来この事実を否認し、右自転車はいずれも他人から買ったものであると弁解しており、被告人の第二審第三回公判における自白が逮捕、勾留約九ヶ月後の自白であることは所論のとおりであるが、右自白は公判廷における弁護人質問の際になされたものであるのみならず記録によると、原判示第一の窃盗の事実、贓品が転々した結果、関係人の数が多く、検挙以来の被告人の右否認には不自然なところがあつて、有罪の証拠は揃つており、現に第一審でも被告人は有罪となつていたのであつて、原審第三回公判における自白が所論のような事情の下になされた虚偽の自白であるとは到底認められないところである。しかば、同自白が憲法三八条二項にいう『不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白』にあたらないことは、前記諸判例の趣旨に微し明らかである」。

本判決は、「虚偽の自白であるとは到底認められない」ことを根拠に自白の証拠能力を肯定しており、虚偽排除説に

重点を置く判例と解される。

【98】最判昭四一（一九六六）・九・六集刑一六〇号五五三頁

「檢察官に対する各自白は、他の被疑事実に関し身柄の拘束を受け、起訴されたのち、余罪捜査が継続される間になされたもので、当初拘束を受けてから、所論各自白がなされるまでの期間は、所論のとおり一七九日ないし一九二日であることが認められるが、本件のように、事案が複雑で、関係人が多数に上り、捜査にかなりの日数を要するものもやむをえないと認められる事情のある場合には、右期間身柄拘禁後の各自白であつても、不当に長く抑留または拘禁されたのちの各自白に当るものといえないことは、当裁判所大法廷の判例（昭和二二年（れ）第三〇号同二三年二月六日判決刑集二卷二号一七頁、昭和二三年（れ）第四三五号同年一〇月六日判決刑集二卷一一号一二七五頁参照）の趣旨に照らし明らかである」。

本判決は、本件各自白の証拠能力を判断するに際し本件身体拘束の適法性ないし正当性のみを検討し、本件身体拘束が各自白にいかなる影響を与えたのかという点について、すなわち身体拘束と各自白との間の因果関係について検討した形跡がみられない。この点に着目すれば、本判決は、違法排除説に親和的とも解しうるが、本判決の引用する【76】および【82】が任意性説にたつ判例と解されることに鑑みれば、本判決を違法排除説にたつ判例と位置付けうるのかについてはなお検討の余地がある。

【40】最決昭五二（一九七七）・八・九刑集三一卷五号八二一頁（狭山事件）

「被告人は、窃盜、暴行、恐喝未遂被疑事件で逮捕、勾留された後、窃盜、森林窃盜、傷害、暴行、横領被告事件で起訴勾留され、更に、強盜強姦殺人、死体遺棄被疑事件で逮捕、勾留され、右二連の逮捕、勾留により引き続き身柄の拘禁をうけていたものであるが、最初の逮捕の日から二九日目に強盜強姦殺人、死体遺棄、恐喝未遂事件につい

て三人共犯に関する一部自白をし、三二日目に単独犯行の全面自白をしたものであつて、事件の性質、規模、証拠収集の経過や取調状況等に照らせば、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白とは認められない」。

本決定は、片手錠をかけたままの取調べによつて得られた自白の証拠能力を判断した判例としてすでに取り上げたが、自白が不当に長い抑留・拘禁後の自白にあたるのか否かについて判断した判例が昭和三〇年代以降極端に少なくなつた中で、この点について判断をした数少ない判例のうちの一つであることから、ここでも取り上げることとする。不当に長い抑留・拘禁後の自白に関する本決定の立場は必ずしも判然としないところがある。不当に長く抑留又は拘禁された後の自白に当たるのか否かを判断するにあたり取調べ状況を考慮していることから、本件拘禁が自白に影響を及ぼしたのか否かについて問うていることが窺える。この点に着目すれば、本決定は任意性説にたつ判例ということになろう。もっとも、本判決は、事件の性質、規模、証拠収集経過等、被疑者の供述の自由とは離れた事情に重点を置いて本件自白が不当に長い抑留・拘禁後の自白にあたるのか否かを判断していることが窺え、この点に着目すれば違法排除説的な立場にたつものとも解しうる。ただ、先に述べたように取調べ状況を考慮していることや、任意性説に親和的な立場からで手錠をかけたままの自白の証拠能力を判断していることに鑑みると、本判決は不当に長い抑留・拘禁後の自白にあたるのか否かについても任意性説にたつて判断したものであると解するのが自然と思われる。⁽⁴⁸⁾

五 病中の取調べ

判例はたんに被疑者が病中であつたということのみでは自白の証拠能力は左右されないとしており、学説上も同様に解されている。⁽⁵⁰⁾ もっとも、著しく配慮を欠いた場合や、⁽⁵¹⁾ 病中である被疑者をあえて取り調べた場合等、捜査機関の態度・

処置いかんによっては自白の証拠能力が問題となりうる。⁽³²⁾ この場合、虚偽排除説や人権擁護説にたてば、捜査官が被疑者が病気であることを知りながら被疑者を取り調べたとしてもそれだけでは自白の証拠能力は否定されず、虚偽自白誘発のおそれや供述の自由の侵害の程度等を考慮して自白の証拠能力が決せられることになる。⁽³³⁾ 他方、違法排除説にたてば、捜査官が被疑者が病気であることを知りつつそれを利用して追及した点に違法性を求め、それを根拠に自白の証拠能力は否定されることになろう。⁽³⁴⁾ 以下、病中の取調べによって得られた自白の証拠能力について判断した判例を分析する。

【99】最判昭二五（一九五〇）・七・一一刑集四卷七号二二九〇頁

「原審第一回、第三回および第四回公判調書には被告人が病気のため出頭しなかつた旨の記載があるから、当時被告人が病状にあつたことはこれを推認することができる。しかし、被告人は原審第六回公判期日には弁護士列席の上審判を受けたのであつて、同期日には被告人ならびに弁護士から公判審理に堪えない旨の申出もなく審理が行われているところから見ると、当時被告人が病状にあつたというだけのことで当日の公判廷における自白を目して強要された不利益な供述であるとか、強制、拷問、脅迫による自白であるとか即断することはできないし、またかかる事実が認められる証拠は記録上少しも存しない。それゆえ、憲法第三八条違反の問題を生ずる余地がない」。⁽³⁵⁾
本判決は、⁽³⁶⁾病中の被疑者を取り調べたことそれ自体ではなく、被疑者が取調べに耐えうる状況にあつたか否かに重点を置いて自白の証拠能力を判断していることから、任意性説に親和的な判例と解される。

【100】東京高判昭二六（一九五一）・二・八判特報二二号二三頁

「仮に所論のようにモルヒネ中毒患者であつたとして被告人が逮捕せられた直後の昭和二十五年七月九日とその後九日経過した同月十八日の両度に被告人は検察官にそれぞれ本件犯行を自供したのであつて、殊にその後者の分は相当詳細に自己の犯行を供述しているのみならずこれを前記証人Bの証言と対照検討するとき被告人が任意供述したも

のであると認められ右供述当時所論の如き心神耗弱の状態にあつたが故に任意に供述したものでないとの疑を容れる余地もない」。

本判決は、被告人の自白が「相当詳細」であるとともに、「前記証人Hの証言と対照検討するとき被告人が任意供述したものであると認められ「る」としている。いずれも供述の真実性に関する点であることに鑑みると、本判決は、虚偽排除説にたつ判例と解される。

【101】東京高判昭二六（一九五二）・一〇・一六高刑集四卷一二号一六〇一頁

「原審第八回公判調書中証人Fの供述記載によれば、被告人は、昭和二四年二月八日急性胃腸カタルに罹り、医師の診察を受け、三日分の頓服を服用し同月一〇日一日の二回に鎮痛剤の注射を受けていたことを認めることができるが、その病状は取調に堪え難いものではなかつたことは、同証人の右供述記載に依り明らかであり、且つ右公判調書中証人Eの供述記載に依れば、被告人の司法警察員Eに対する供述調書記載の供述は、被告人の病状のため、その任意性に影響を及ぼすことはなかつたことを認めることができるから、被告人の右供述調書は所論の事由に依つて任意性を欠くものではな「い」。

本判決は、病中の被疑者を取り調べたこと自体ではなく、被疑者の病状が取調べに耐えうるものであつたか否かに着目していることから、任意性説にたつ判例と解される。

【102】東京高判昭二六（一九五二）・一一・一三判特報二五号四五頁

「被告人がたとえ当時三七度一寸の発熱状態で取調をうけたとしても、この程度の発熱状態では経験則上普通人ならば未だ取調をうけてこれに耐えることができる程の心神状況には達していないものと認められるので、このこと丈で被告人の当時の供述には任意性がないものとは認められない」。

本判決は、被疑者がいまだ取調べに耐えられない心神状況に達していなかったこと、すなわち被疑者の心理面を重視している。本判決は、任意性説にたつ判例と解される。

【103】東京高判昭三一（一九五六）・一〇・三〇裁特報三卷二一号一〇一九頁

「検察官に対する供述調書は前記のとおり拘禁反応性精神症状の下に作成せられたものと認めなければならぬのであるが、その内容を見ると、火災前後の被告人の行動を詳細に陳述しているが、自己の犯行については捜査官に対する防衛能力があり、自己の犯行を告白しない決意の下に犯行以外の自己の行動を任意供述したものである。しかもそれが被告人の任意の供述をまたなければ作成できない内容のものと認められ、被告人が当時拘禁反応性の精神状態継続中であつたことによつてその供述の任意性を否定できない」。

本判決は、⁽⁵⁷⁾「自己の犯行については捜査官に対する防衛能力があり」、「被告人の任意の供述をまたなければ作成できない内容のものと認められ」としており、自白の証拠能力を人権擁護説の観点と虚偽排除説の観点からそれぞれ検討していることが窺える。本判決は任意性説にたつ典型的な判例である。

【104】東京高判昭三一（一九五七）・四・三〇高刑集一〇卷三号二九六頁

刑訴法三一九条一項にいう「『任意にされたものでない疑のある自白』とは、要するに、外部より強要された結果供述した疑のある自白を指すものに他ならない。所論の如く供述者自ら服毒等のあつた後で未だ疲労苦痛の残存する場合の供述等は、主観的に若干不如意を感じるときに供述であり従つてその供述は存分の氣力を注ぎ得ないため証拠としての証明力に不十分の点があることは考え得られないではないが、それは前述の如き外部より強制に因る供述たる自白の証拠能力の欠缺とは別個の問題である。而して所論の被告人の各供述調書については、記録を査閲しても特に外部よりの強制的圧力を加えられた結果なされた供述たる自白と認めるべき事跡は到底見出し得ない」。

本判決は、「主観的に若干不如意を感じるとき供述」であることは自白の信用性の問題であり、証拠能力の判断においては「外部よりの強制的圧力」の有無こそ重要であることを示唆していることに鑑みると、違法排除説に親和的な判断を示したものと解しうる。⁽⁶⁰⁾ もともと、本判決のいう「外部よりの強制的圧力を加えられた結果なされた供述」の意味については、検討の余地が残る。これを「外部よりの強制的圧力」が加えられ、それが被疑者の自由に影響を及ぼした場合に自白の証拠能力を否定する意味と解するならば、本判決は任意性説にたつ判例と解するのが妥当ということになる。⁽⁶²⁾

【105】大阪高判昭四四（一九六九）・七・一〇刑月一卷七号七二九頁

「Kの自供は前記詐欺被害及び妻の交通事故に因る入院の事実を知つたのちになされていることは明らかであり、このことに因る精神的打撃が右の自供に影響を与えていることは否めない事実であろう。しかし右自供はすべて自分の作成した手帳にもとづいてなされた根拠のあるもので十分その真実性が裏付けされているばかりでなく、同人の取調べに当つた司法巡査において、特に同人の精神的打撃を受けたことを利用して自白を強要した事跡は記録上これらうかがうことはできないから、仮令同人が右精神的打撃に因り拘束を解かれたい焦燥感にかられて自供したものであつたとしても、それは外部的圧迫に因る精神的苦痛の結果というべきではなく、同人の自発的意思決定に基づくものということができる」。

本判決も基本的に任意性説に親和的と解される。もともと、自白の証拠能力を認める理由として、自白が「自発的意思決定に基づく」ことと自白の真実性が十分に裏付けられていることを挙げているが、「精神的打撃に因り拘束を解かれたい焦燥感にかられて」なされた自白が、捜査官がそのような状況を利用した事跡がないことをもって「自発的意思決定に基づく」といえるのか。本判決は、結局のところ自白の真実性が裏付けられていることを重視しているもの

と解され、やや虚偽排除説に重点を置いた判例と解される。

【106】東京地決昭四六（一九七二）・二・九判時六三〇号一四頁

「被告人は前日来ほとんど睡眠をとらず、睡気と疲労がかなり著しい状態で、ひき続き数時間の取り調べをうけたことが明らかであって、このような状況のもとにあつては肉体的、精神的疲労の蓄積によつて記憶の再生、表現に支障を来す結果、虚偽の供述が誘発される虞れが大きいというべきである。他方、本件において取調官がこのような状況下において、あえて取り調べを行なわなければならない必要性は認められない。M証人は翌日送検するため当日中に取り調べを終える必要があつた旨供述しているけれども、本件において刑法二〇三条による検察官への送致は取り調べの翌々日の午前一時頃までにすればよいのであるから、送致のための内部的手續等の時間を考えても、前述したような状況が存する本件においては、被告人の取り調べを翌日にまわす等の配慮がとられてしかるべきであつたと思われ、このような配慮をせず、被告人の睡眠不足を知りつつ、しかも被告人が取り調べ中眠いという趣旨の言葉を発していたにもかかわらず、ひき続き数時間の取り調べを行なうことは、被告人の人権を無視した違法な捜査方法であつたというべきである」。「本件調書は、被告人の人権を無視しかつ虚偽の供述が誘発されるような状況下において作成されたものであるから、その任意性に疑いがあり、証拠能力を欠くもの」である。

本決定は、自白の証拠能力を否定する根拠として人権擁護説と虚偽排除説とを挙げていることから、任意性説にたつ判例と解される。もつとも、本決定は、虚偽のおそれや供述の自由の侵害の有無を具体的に検討せずに、睡眠不足の被疑者の人権を無視するような違法な取調べがなされたことから直截に自白の証拠能力を否定していることが窺える。この点に着目すれば、本決定は違法排除説に近接した判例と解しうる。

【107】岡山地決昭四七（一九七二）・二・一五判時六六八号一〇三頁

入院加療を要する病状の被疑者を連日取り調べた事案につき、次のように述べ自白の証拠能力を否定した。

「被疑者が……肉体的ないし精神的悪条件下にあることをことさらに意図的に利用しようとするならば、かかる取調側の態度は、外部的圧力として被疑者の内心に投影され、意思を制約するに至るであろうから、自白の任意性に影響を及ぼす外部的圧力と評価せざるを得ないであろう。また、かりに、取調側に右のような意図的態度がなかったとしても、少なくとも病状を取調側が認識しておりながら、取調を継続する場合においては、かかる取調側の態度が被疑者の外部的圧力として映じないような格段、細心の注意を払ったうえ供述を求めたものであることが明らかでないかぎり、被疑者に与える心理的影響は、前記意図的に利用する場合と同様のものであろうから、やはり任意性に影響を及ぼす外部的圧力とみざるを得ない」。

本決定は、病中の取調べが被疑者の心理的に与えた影響を考慮していることから基本的に任意性説にたつものと解される。もつとも、少なくとも捜査官が被疑者の「肉体的ないし精神的悪条件下にあることをことさらに意図的に利用」した場合については、取調べが被疑者に与えた心理的影響の有無を問うことなく、そのような外形的状況の存在を自白排除の基準と解していることが窺えることから、違法排除説に近接した判例とも解しうる。

【108】新潟地判昭四八（一九七三）・九・六刑月五卷九号一三三三頁

頭蓋骨骨折を負い脳挫傷の疑いもある一人では歩けない状態の被疑者を取り調べた事案につき、次のように判示し、自白の証拠能力を否定した。

「かような状況下の下で重症患者を被疑者として取り調べるには細心の注意が必要であつたと思われる。ところが、K課長の取調はかような点を配慮した形跡がなく、かなり長い時間にわたって取り調べた事実があり、（病室での取調の始めから、現場への同行を挟んで、津川署での取調の終りまで、恐らく三時間以上はかかっているものと思われる

る。被告人がその間苦痛を感じたであろうことは想像に難くない。……右の病状に照らすと、同課長の取調は被疑者にとって強制と感じられる疑いがあり、結局被告人のK課長に対する自由は強制に基くものではないかとの疑いを拭いえない」。

本判決は、虚偽のおそれや供述の自由の侵害について具体的に検討せずに自白の証拠能力を否定していることから、違法排除説に近接した判例とも解しうる。しかし、上記判示に続いて、「以上は、K課長が捜査官としての注意力にやや欠けるところがあつたというだけであつて、それほど強くは責められまい」としていることから、本判決はKの取調べを違法とまでは断じていないことが窺える（すなわち違法排除の前提を欠いている）。また、「同課長の取調は被疑者にとって強制と感じられる疑いがあり」としている部分からは、被疑者の心理面に着目する姿勢が窺える。本判決は、任意性説にたつ判例と解するのが妥当であろう。

【109】 鹿児島地判平一九（二〇〇七）・二・二三判タ一三一三号二八五頁（鹿児島選挙違反事件）

「被告人Jは、身柄不拘束のまま、四月二一日以降、連日のように取調べを受けていたところ、四月三〇日になって、被告人A方で現金一万円を受け取ったと述べ、買取会合について初めて自白するに至っている」。「ところで、被告人Jは、当時、体調がすぐれず、四月二八日には体調不良を理由に取調べを断り、病院で点滴を受けている。被告人Jは、四月三〇日にも病院で点滴を受けた上で、取調べに臨んでいるが、昼食も『食べたくない。』として取つておらず、途中からは、座つての取調べに耐えられなくなり、簡易ベッドに横になりながら問いかけたら目を開いて答えるといふかなり特異な状態で、約七時間にわたって取調べが続けられているのであって、被告人Jが取調べに任意にに応じているとはいえ、かなり無理を強いての取調べであることは否めない。このような状態で、戊1は、これといった情報もないのに、何か隠しているのではないかとの勘のみを頼りに、追及的な取調べを行っているのである。このような

取調べは、被疑者の体調への配慮を欠いたものといわざるを得ず、前記アで指摘した事情も考え合わせると、虚偽自白をもらたす危険性が低くないと考えられる。」

本判決は、⁽⁶³⁾本件任意取調べについて、「虚偽自白をもらたす危険性が低くない」としたが、自白の証拠能力を否定していない。虚偽自白の危険性が存在している以上、任意性説の立場からは、本件自白の証拠能力は否定されることになる。⁽⁶⁴⁾したがって、本判決は任意性説にたつものとはいえない。被疑者が任意に取調べに応じたとの言及がなされていることから、本件取調べは違法な取調べであったとまではいえないという趣旨であろうか。このような見地にたてば本判決は、違法排除説に親和的な立場にたつ判例とも解しうる。

六 利益の約束

利益の約束がなされた場合の自白の証拠能力はどのように判断されてきたのであろうか。虚偽排除説にたてば、利益の約束が虚偽自白を誘発するようなものであったか否かが、人権擁護説にたてば、利益の約束によって被疑者の供述の自由を害されたか否かが検討されることになる。⁽⁶⁵⁾他方、違法排除説にたてば、利益の約束によって自白を得ようとする捜査手法自体の違法性を理由に自白の証拠能力が否定されることになる。⁽⁶⁶⁾

【110】名古屋高判昭二六（一九五一）・八・一三判特報二七号一四一頁

警察署でヒロポン注射と交換に自白をしたと被告人が主張した事案につき、そのような「弁解は無下に排斥し去れない」とした上で、次のように判示した。

「被告人に対する中村警察署に於ける自白は被告人の精神異状中に為されたものか強制に基くものかその任意性に

稍疑を抱き得る節があるし延いて檢察庁に於ける自白も同様の疑問を存し得べく仮りに然らずとするも自白の信憑力に疑を容れる余地が相当ある」。

本判決は、ヒロポン注射の約束が被告人の供述の自由に影響を与えたこと問題にしているようにも解しうる。たしかに、ヒロポン注射の約束は虚偽自白誘発の危険が高いといえるし、本判決自身、自白の「信憑力」に対する疑問について言及している。もつとも、本判決は、ヒロポン注射の約束が被疑者の心理に与えた影響について具体的に検討していないことに鑑みると、むしろ、ヒロポン注射と交換に自白を得るといふことの「強制」性に着目して自白の証拠能力を否定したものともみることではないか。この点に着目すれば、本判決は違法排除説に近接した判例とも解しうる。⁽⁶⁸⁾

【11】札幌高判昭二七（一九五二）五・七判特報一八号八五頁

「被告人は……取調にあつては警察官Tに対して正直に述べるからヒロポンを注射してくれるよう要求したところ同人は之を容れ同被告人の指示した密売者より買ひ与えたことは所論の通りである。しかし同被告人が右Tに対し犯行を自白したのはヒロポンを注射する前である。しかし当時同被告人は強烈な禁断症状を呈していたものではなく注射後も其前とはほとんど変つたところはなかつたことは……認められるところであるから同被告人が禁断症状の苦痛に耐えかねヒロポンの注射ということに誘惑され又は其注射後の興奮にかられて理性を失ひ取調の警察官や副検事の要求のまま虚偽の自白をしたものとは認め難い」。

本判決は、その判示から明らかなように虚偽排除説にたつ判例である。⁽⁶⁹⁾

【112】福岡高判昭二九（一九五四）・三・一〇判特報二六号七一頁

「右日の副検事並びに檢察官に対する、T、Nに対し各金二千元を供与した旨の供述は元來副検事某の被供与者の

氏名を表白してもこれを起訴しない旨の約束に基きなされたいわゆる約束による自白であり、被告人T、同Nの司法警察員、檢察官に対する右の点に関する自白も亦約束による自白といわなければならない。ところで檢察官の不起訴処分に対する旨の約束に基づく自白は任意になされたものでない疑のある自白と解すべきでこれを任意になされたものと解することは到底是認しえない。……尤も檢察官がたび、不起訴処分を約束したからといい、他の捜査官憲に対する当該関係者の同一事項に関する自白が常にことごとく不任意に出たものと論断するものでないことは多言を要しないところであり、かかる自白はそれが以前の檢察官の不起訴処分の約束に基因するものか否かの観点に立脚してこれを論結するを妥当とする」。

本判決は、「檢察官の不起訴処分に附する旨の約束に基づく自白は任意になされたものでない疑のある自白と解すべき」としていることから、不起訴の約束に基づく自白は類型的にその任意性に疑いを生ぜしめるという趣旨との理解も可能であり、違法排除説に親和的な判例とも解しうる。しかし、本判決は、不起訴処分の約束をした檢察官以外の者に対する自白については、直ちに証拠能力は否定すべきではなく、「檢察官の不起訴処分の約束に基因するものか否かの観点に立脚して」証拠能力の判断をすべきとして、約束と因果関係のある自白に限って自白の証拠能力を否定すべきという立場にたつことを明らかにしている。本判決は、任意性説にたつ判例と解される⁽⁷⁾。

【113】福岡地判久留米支判昭三三（一九五八）・四・一四一審刑集一卷四号五三八頁

事業の関係で早期釈放を望んでいた被告人に対し、警察官が、殺人でも自白したことによって釈放された例を挙げながら、「自白して早く出るほうがよいぞ、そうすれば嘆願書も出してやる。花見も皆と一緒にされるようにしてやる」と申し向けて自白を得たという事案につき、次のように判示した。

「同人が故意に被告人を誘導して自白させたものでないとしても、被告人の方で同人の暗示なり示唆にかかつて自

白をしたのではないかとの疑もある」。「従つて被告人の自白が任意にされたものであるか否かについては一応の疑が存し、完全に任意性があるものというにはいささか躊躇せざるを得ない」(もつとも、このように述べた上で、自白の信用性の検討に進んでいる)。

本判決は、「被告人の方で同人の暗示なり示唆にかかつて自白をしたのではないかとの疑もある」としており、自白をするかしないかの供述の自由の存否を問題にしているようにもみえる。しかし「完全に任意性があるものというにはいささか躊躇せざるを得ない」としながら自白の証拠能力の判断を回避し、信用性の欠如をもって自白を排除している点に鑑みると、本判決は虚偽排除説に重点を置いた判例と解すべきであろう。

【114】岡山地判昭三四(一九五九)・五・二五下刑集一卷五号一二八二頁

「笠岡警察署では当初自分は放火していないと否認したが、捜査官から鍵が開いており、鍵はお前しか持つていない、お前がしないで誰が開けるか、早く言え、言わないと身柄を拘束すると言われ、また、余り心配しなくても良い、はつきり言えば寛大にするとやると言われるので、当時胃が痛むし、拘束されては困るし、寛大にしてもらえるものと思ひ、自分が火をつけたと心にもない虚偽の自白をした」と被告人が主張した事案につき、次のように判示した。

「取調開始から六時間後に始めて自白していること、犯行自白後も身柄の拘束を受けることなく帰宅を許されていることを考慮すると右自白は警察官の大したこともあるまいという言葉に眩惑されたのではないかとの疑いもあり、また、当時六五歳の老令に達した被告人が胃の苦痛があるのに加え、大声で取調を受けたところから身柄の拘束をされることを極度におそれていたのではないかとの疑いもあつて、被告人の公判廷における前記主張が全く虚構のものとも思われず、従つて前記警察における各自白は任意性があるものとはいえない……。しかし檢察官に対する自白調書の任意性までも否定すべき資料は発見できない」。

本判決は、利益の約束だけでなく、追及的な取調べ、病中の取調べ等様々な点を考慮している。本判決がどのような立場から自白の証拠能力を判断したのかについては必ずしも判然としない。虚偽の自白をした旨の被告人の主張を容れて自白の証拠能力を否定していることに着目すれば虚偽排除説的な立場にたつ判例であるとも解しうるし、利益の約束等の本件取調べにみられる種々の問題点が具体的に自白にどのような影響を及ぼしたのかについて検討することなく自白の証拠能力を否定している点に着目すれば、違法排除説に親和的とも解しうる。しかし、本判決は警察官に対する自白については証拠能力を否定したが、検察官に対する自白の証拠能力についてはその任意性を否定すべき資料がないことを理由に証拠能力を認めている。すなわち、本判決は、警察官による取調べにおける種々の問題点が、検察官の自白にどのような影響を及ぼしたのかについて考慮しているのである。ここから、本判決は、自白の証拠能力が否定されるには、約束等が被疑者の供述の自由に影響を及ぼしたということ、すなわち約束等と自白との間の因果関係を要求していることが窺える。本判決は任意性説にたつ判例と解される。

【115】大阪地判昭三五（一九六〇）・六・一六判時二三〇号三一頁

「Yの検察官に対する第三回供述調書は、Yの供述するごとく、取調官であるM検事がYに対しこの供述調書は作成されても、これを法廷に提出せず、従つて証拠としない約束のもとに作成されたのではないかとの疑が極めて濃厚であると認めざるをえない。しかして、検察官が法廷に提出しない即ち証拠としない旨の約束に基いてなされた疑うに足る相当な理由のある場合の供述は、いわゆる任意にされたものでない疑のある供述と解すべきであるので、Yの右供述調書は証拠能力がない」。

本判決は、利益の約束による自白は類型的にその証拠能力を否定すべきとの理解にたつものであり、違法排除説に親和的な判例と解される。

【116】高松地判昭三九（一九六四）・五・一八下刑集六卷五〃六号六八一頁

檢察官が、被疑者に対し、皇太子成婚による恩赦の可能性や實際大赦になった例などを申し向ける、自信の愛児の写真を示す、などして自白を得た事案につき、次のように述べ自白の証拠能力を否定した。

「右のような恩赦の話をしたことや写真を示したことは、いずれも被疑者を取調べる捜査官としては十分慎しむべきことであり、拘束中の被疑者を取調べる捜査官の取調過程における右のような行為は、取調べを受ける被疑者をして、仮に虚偽にもせよ自白さえすれば、後日恩赦によつて処罰を免れることができるという気持若しくは釈放されて家族の許に帰ることができるといふ気持を抱かせる危険性を包蔵するものといふべく、K検事の叙上のような取調方法は、憲法並びに刑事訴訟法によつて保障された被疑者の黙秘権を侵害し或はいわゆる利益誘導による取調べと同一視し得る取調方法として不当なものと言わざるを得ず、しかもその不当は被疑者の自白の任意性に影響を及ぼす程度のものであると言わざるを得ない。しかして被告人Yの場合においては、右の如き不当な取調べを受けた時期については、既述のとおり証拠上判然せず、従つて右の如き取調べと自白との間の因果関係の存否についても証拠上いづれとも断じがたく、結局右の如き取調べと自白の間の因果関係なしとの証明が無いこととなり、被告人YのK検事に対する供述調書はすべて任意性に疑いあるものとして排除しなければならぬ」。

本判決は、取調べにみられる虚偽自白誘発のおそれに重点を置きつつ、黙秘権侵害の問題にも着目していることから、任意性説にたつ判例とも解しうる⁽⁷²⁾。しかし、取調べの不当性を指摘するとともに、そのような取調べが自白に及ぼした影響について具体的に検討することなくすべての自白の証拠能力を否定していることに鑑みると、違法排除説に親和的な判例と解することもできるのではなからうか。

【117】最判昭四一（一九六六）・七・一刑集二〇卷六号五三七頁

贈収賄事件における贈賄側被疑者の弁護士Aが、検事より、収賄側の被疑者Bが自白して改悛の情を示せばすでに収受した金品を返還していることであるから起訴猶予処分もありうるなどと申し向けられたため、Bの弁護士を伴ってBと面会し、「検事は君が見えすいた嘘を言っていると思っているが、改悛の情を示せば起訴猶予にしてやると言っているから、真実貫つたものなら正直に述べたがよい。馬鹿なことを言って身体を損ねるより、早く言う楽にした方がよろう」と申し向けたところ、その後Bが自白したという事案につき、次のように判示した。

「被疑者が起訴不起訴の決定権をもつ検察官の、自白をすれば起訴猶予にする旨のことは信じ、起訴猶予になることを期待してした自白は、任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を欠くものと解するのが相当である」。

本判決について⁽⁷³⁾は、約束による自白は虚偽である蓋然性が高いことや、本判決は約束の心理的影響を重視しているなどとして、虚偽排除説にたっているという指摘や、任意性説にたっているとする指摘もある⁽⁷⁵⁾。しかし、虚偽自白のおそれを具体的に判断せず⁽⁷⁶⁾、また、供述の自由があつたかどうかについても検討することなく、不起訴の約束がなされたという事実をもって自白の任意性を否定していることに鑑みると、違法排除説にたつ判例とも解しえよう⁽⁷⁷⁾。

【118】福岡地小倉支判昭四一（一九六六）・八・二九下刑集九卷五号一一四一頁

連日のように情婦による昼食の差し入れを許す、情婦と自由に面会させる、被告人が警察署の電話を使用するのを黙認する、被告人所有のテレビを取調室に持ち込ませて視聴させる、等して自白を得た事案につき、次のように判示し自白の証拠能力を否定した。

「被告人Kにおいても右各特段の取扱いに対し、仮に虚偽にもせよ、取調官の意に迎合した何等かの自供をする事により、前記Mとの面会や電話使用の便宜等を引き続き与えられ、これらを介して国鉄当局との前記交換に関する折衝を継続し、あわよくば暫時自己の刑の執行停止を得て自ら国鉄当局と交渉をなしその際国鉄当局の態度いかに

よつては、交渉を自己に有利に展開させるため、右自供等をその手段に供さんものとの希望と打算を生じたであろうことは、前記同被告人の交換実現への執念とその犯歴ないし本件公判審理の経過からうかがえ同被告人の特異な性格からして、容易にこれを推認することができ、従つて、前記のような違法不当な取扱いが同被告人に与えた心理的影響は極めて大きく、それによつて虚偽の自白を導くおそれのある点、強制にも準ずるものというべく、かかる状況下において作成された同被告人の前掲各供述調書中、被告人T、同M、同Nに対する金員供与に関する部分は、いずれも任意性に疑いがあるといわざるを得ず、検察官の全立証によつてもこれを払拭するに至らないので、右供述調書はすべて証拠能力がない」。

本判決は、利益の約束・提供が被疑者の心理に与える影響について言及してはいるが、虚偽自白誘発のおそれ等を具体的に検討していないことから、違法排除説に親和的な判例であるという見方もありえよう。しかし、「検察官の全立証によつてもこれ「任意性の疑い」を払拭するに至らない」との表現からは、検察官が利益の約束・提供と自白との間の因果関係の遮断を立証すれば自白の証拠能力を認めうるとの思考が窺える。本判決は任意性説にたつ判例と解するのが妥当であろう。

【119】秋田地判昭四二（一九六七）・三・二二下刑集九卷三号二九三頁

「罰金で事済にすることと自白とが対価関係に立っている場合は勿論のこと罰金で事済にするという話が出たというだけでもその日又はそれ以後に自白調書を作成した場合には、罰金で事済にすることを度外視し得べき特段の事情のない限り検察官の意図如何にかかわらず弁護人のいう約束に基づく自供として、調書の任意性はないものといわなければならない。しかしながら本件においては、被告人Fを含め右被告人兩名につき、右の特段の事由が存在する」。本判決のいう「特段の事情」とは、判示によれば、被告人が自白の「意味と重大性を十分知ったうえで供述に応じた」

ことをさす。自白の意味と重大性を理解している以上、あえて虚偽自白をするおそれは小さく、また供述の自由の侵害もないという趣旨であろう。また、「調書の任意性並びに特信性は十分に認められるところであ「る」」とも述べていることに鑑みると、本判決は虚偽排除説に重点を置いた判例と解される。

【120】名古屋高金沢支判昭四二（一九六七）・一二・五下刑集九卷一二号一四八二頁

「所論は要するに、被告人は原判示第一の如く、その運転する大型貨物自動車で被害者岩田澄子を轢いたことはないのであるが、仮に、このような事実があつたとしても、被告人は、そのことを全然認識しなかつた、被告人は勾留質問調書、司法警察員及び検察官に対する各供述調書、昭和四〇年一月二八日附実況見分調書における指示説明中において、右認識があつた旨自白しているけれども、これは当時被告人の取調に当つた警察官、特に日の強制誘導によつて虚偽の自白を余儀なくされ、裁判官の勾留質問、検察官の取調に当つても、右浜屋警察官の指示によつて右自白を維持したものであつて、任意性を欠き、又内容も真実に反し、証明力をも欠くものである、と言うのである」。「そこで記録を調べ、当審において為した事実取調の結果を参酌して考察すると、本件において原判示の如く被害者が被告人の運転する貨物自動車に轢かれその結果死亡した事実は疑いを入れないところであるけれども、右事故を被告人において認識していた旨の同人の前記各自白は左記理由により任意性を欠き、且つ証明力に乏しいものと認めざるを得ない」。

本判決は、判示から明らかなように、虚偽排除説に親和的な判例と解される。

【121】横浜地判昭四六（一九七二）・四・二八刑月三卷四号五八六頁

「F」[「警察官」]から、共犯者とされているN及びSが、被告人と共謀して本件犯行をなしたといっているのだからこのままでは外へは出られない。ある程度の事実を認めなければだめだ、留置場においては自分に有利な証拠や事実を

調べることはできない、まず出ることを考えることが先決だ、争うなら外に出て争え、勾留されていてはそれではない、このままでは検事が出さない等といわれ、自白するならば釈放すると暗示され、当時被告人は、両眼とも視力が著しく弱く盲目に近く、身体の拘束により日常生活に不自由しており、家族の生活に心を配っていた折であつたので、このままではなかなか身柄を釈放してくれそうもない、ともかく釈放してもらつてからの話だ、警察官のいうのも一理あると思うようになり釈放されたい一心で、同年四月一日頃から警察官の取調べに対しては、警察官に迎合し、多少知つていたと述べ、警察官のいうところを認め、結局犯意を認めたかの如き虚偽の供述をなし、更に、検察官もまたお前の調書は五〇歩一〇〇歩だから取調べる必要はない等というので、警察官に取調べを受けた時と同様の気持ちから早く釈放されたい一心で虚偽の自白をした」とする「被告人の供述は、……これをすべて信頼すべきかについて疑いがあるにしても、これが虚構の供述であるとして全く排斥し去ることもできないのである。そうだとすれば、被告人の司法警察員及び検察官に対する各供述調書は、昭和四一年三月三〇日以前のものについては、供述に任意性があるものと認むべきであるが、同年四月一日以後のものについては任意にされたものでない疑いがある」。

本判決は、警察官に対して釈放されたい一心で虚偽の供述をし、検察官に対しても同様の思いから虚偽の供述を維持したとの被告人の主張を容れて自白の証拠能力を否定したものである。本判決は、被告人の主張が「虚構であるとして全く否定し去ることもできない」とするのみで、警察官の言辞のどのような点が虚偽のおそれを誘発したのかについて具体的に検討しているわけではないが、被告人が虚偽自白を始めたと述べる四月一日以降の自白のみ証拠能力を否定し、それ以前の自白については証拠能力を認めていることにたらずと、虚偽排除説に親和的な立場にたつ判例と解される。⁷⁹⁾

【122】 福井地判昭四六（一九七二）・一一・二六判時六六二号一〇六頁

取調べにおいて、警察官が被疑者に対し、「罰金で済むことではないか」と申し向けた事案につき、次のように判示した。

「仮に自白をしても罰金で済むなら事情によっては他人の犯行をかぶってもよい、もしくは早期に釈放されるほうが得だ等の気持ちを被告人に抱かせ自白を誘発させる危険をもつものであって、……右〇警察官の言動の結果得られたおそれのある本件被告人の司法警察員に対する自白はその任意性に疑いがあるというべきである。そしてまた、検察官の取調は警察のそれとは別異の手続であるから、警察における違法行為を理由にして検察官に対する自白を排除するには、その間に因果関係の存在することが必要であるが、本件のように取調担当の検察官によつて警察での取調の影響が遮断されるような配慮がなされたことが認められず、警察における自白を反覆しているにすぎないものと認められるような場合には、当然右因果関係があると解すべきが相当である」。

本判決は、本件警察官の言辞が「自白を誘発させる危険をもつ」とした上で司法警察員に対する自白の証拠能力を否定するとともに、検察官に対する自白についても警察官による違法行為の影響が払拭されていないことを根拠にその証拠能力を否定している。検察官による違法遮断の配慮の欠如や、警察における自白が反復されたものであったことなどを考慮していることに鑑みると、警察官による違法行為それ自体よりも、違法行為によつて被疑者の供述の自由が侵害され、そのような状況が検察官による取調べにおいても継続していたことに重点を置いて自白の証拠能力を否定していることが窺える。本判決は基本的に任意性説にたつ判例といえよう。

【123】大阪地決昭四九（一九七四）・九・二七判時七七七号一一一頁

警察官が「罰金で済みます」旨の約束をした事案につき、次のように述べて自白の証拠能力を否定した。

「刑務所に服役しなければならなくなるおそれがある場合と、単に罰金ですむという安心感のある場合とでは、……でつちあげ工作の依頼に応ずるか否かの決断に大きな差異を生じさせることは云うをまたないことであり、殊に本件の場合には、被告人は、その前科の関係から、仮りに有罪の判決を得た場合には刑の執行猶予には付されない身

の上であることは、十分自覚していたものであることが認められるから、右の差は非常に大きく、右に認定した、警察官の『罰金ですます』旨の明示の約束ないし相当程度の暗示は、あたかも検察官が起訴猶予の約束をなしたと同程度に虚偽自白への強力な有引力をもったものと考えられる」。

本決定は、警察官が「罰金ですます」と申し向けたことによって、被告人が虚偽自白をせざるを得ない状況に置かれたことを具体的に示している。本決定は、虚偽排除説に親和的な判例と解される⁽⁸⁰⁾。

【124】京都地決昭五四（一九七九）・七・九判夕四〇六号一四二頁

「本件自白調書第一の作成に際し、予め昭和五一年五月一日と取調べ当日の五月一九日間に、被告人とK警察官との間で、拳銃を提出持参すれば、逮捕をなさず、かつ罰金で済ますようにする旨の約束の下で作成され、同年八月二三日作成の本件自白調書第二は、供述内容に変化はあるが、なお『罰金になりますやろ。』と述べている状況であるから間接的にその影響下で作成されたものと認められ、同年九月一七日作成の同第三も右約束の疑いと因果関係がないとはいえない」。「この種の約束が虚偽の自白への強力な誘引を持つことはいうまでもないところであり、このような約束を手段として自白を獲得するのは適正な捜査方法とはいえず、このような約束の下での自白は、その任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を欠くと認める（最判昭和四一年七月一日刑集二〇・六・五三七参照）」。

本判決は、本件約束について「虚偽の自白への強力な誘引を持つ」とするとともに、約束と自白との因果関係に言及していることから、基本的には任意性説にたつ判例と解される。ただ、証拠能力判断の局面においては、虚偽自白のおそれや供述の自由の侵害の有無を具体的に検討しているわけではない上、「約束を手段として自白を獲得するのは適正な捜査方法とはいえない」とするとともに、「このような約束の下での自白は、その任意性に疑いがある」としているように、違法排除説的な色彩もみて取ることができる。

【125】東京高判平一（一九八九）・五・一七判タ七〇九号二七六頁

「被告人は、同月四日に逮捕された直後から覚せい剤使用の事実を全面的に否認していたが、同月一日、司法警察員Sから取調べを受けた際、当初は否認を続けていたものの、同人から、尿から覚せい剤の反応が出ているのだから認めた方が情狀的によいのではないか、過去の事例で否認して重くなった者もいれば認めて軽くなった者もある、こういう刑期で行った者もいるなどといういわゆる説得を二、三〇分にわたり受けたのち、覚せい剤を入手した状況、原判決の判示するような日時場所で、原判決の判示するような量の覚せい剤の水溶液を注射した旨自白し、翌一二日にも使用場所の引き当たり捜査において右自白に相応する指示をし、また、司法警察員Hの取調べに対しても同趣旨の供述をし、ところが同日夕方に検察官から取調べを受けた際再び態度を翻して全面的に否認し、同月一日にSに対しても先に自白したような事実はなかったことにして欲しいという趣旨の供述をし、また、自分の尿から覚せい剤の反応が出たことについて、自分が横浜のディスコ『A』で外国人から貰ったトリップ剤を覚せい剤が含まれていることを知らずに飲んだためと思うという弁解を始め……、その後は検察官の取調べにおいても、更には公判段階においても右弁解で貫いていることが認められる。そうすると、Sが被告人に対し同月一日に行った取調べは、被告人に自白すれば自分の刑が軽くなるのではないかと思わせるような説得を伴った点でやや適切さを欠くものというべきであるが、右説得が約束による利益誘導ではなかったものと認められ、また、強制、拷問、脅迫等を伴うものではなかったことは明らかであって、その際得られた被告人の自白は、なお被告人のその前後の供述態度の変遷にも照らし、任意にされたものと認めることができる」。

本判決は、警察官が「自白すれば自分の刑が軽くなるのではないかと思わせるような説得」を行なった事実は認定したが、この説得は「約束による利益誘導ではなかった」として、自白の証拠能力を肯定している。取調べの全体状況や被

告人の供述態度を総合すれば、このような説得がなされたとしても、被疑者の供述の自由を侵害したとまではいえないと判断したのであろう。本判決は、任意性説にたつ判例と解される。

【126】浦和地決平三（一九九一）・五・九判タ七六四号二七一頁

「被告人は、別件（恐喝事件及びF事件）の起訴後の勾留期間中である平成元年九月一日以降、D町長に対する贈賄の容疑で、連日浦和西署の警察官の取調べを受け、その後、同月一七日右贈賄の一部の事実により逮捕されたのちは、浦和地検のA検事により連日長時間の取調べを受けたものの、金員授受の趣旨等を頑強に否認していたところ、被告人の右態度に手を焼いた同検事は、捜査の過程で探知した被告人の妻BらのD町長への働きかけとみられる事実をたねに、被告人を追及しようと考え、同月二九日夜の取調べにおいて、右働きかけが被告人の意思に基づいて行われたとか、これに弁護人であるE弁護士が加担していた等の事実を確認しておらず、かつ、Bらの行為が、証憑湮滅罪等の犯罪を構成することがあり得ないことが明らかになっていたにもかかわらず、被告人に対し、『鳩を飛ばしたろう。』『女房ともども地獄に落ちるぞ。』『ワイフとCを証拠湮滅の容疑で取調べている。』『そのうち、逮捕する。』『E弁護士も弁護士資格剥奪になる。』などと申し向けて脅迫し、驚いた被告人が、『認めれば、妻やE弁護士を助けてくれるんですか。』とたずねるや、『お前が認めれば助けてやる。』『全部認めれば、あとから出てきた四〇〇万円の方の業者も助けてやる。』などと約束したため、自分が自白しないと妻や永年世話になっているE弁護士が重大な不利益を受けることになる」と信じた被告人は、その後間もなく、計七回にわたり授受された計一〇二〇万円に及ぶ金員が、D町長に対する贈賄の趣旨であったことを認めるとともに、それまで授受自体を否認していた四〇〇万円についても、その授受及び金員の趣旨をもとに認める供述をするようになり、その趣旨の供述調書の作成に応じていったものと認められる。ところで、被告人の自白の直接の動機となったA検事の言辞は、要するに、被告人が否認を続ければ妻「B」

らを逮捕したり、E弁護士が弁護士資格を剥奪されることになるが、自白すれば同人らを助けてやるという趣旨のもので、このような言辭によつて得られた自白は、脅迫及び約束ないし利益誘導によるものというべきである……。のみならず、A検事において、Bらの行為が、証憑湮滅罪等の犯罪を構成する余地がないこと……を知悉していたのに、あたかも、当局が今にもBらを逮捕することができ、また、逮捕する予定であるように装った点、及びBらの行為にE弁護士が関係していることを確認していたわけでもなく、従つてまた、同弁護士が除名処分になるかどうかは全くの可能性の問題に止まることを知りながら、あたかも、検察官がことを公にすればこの資格剥奪が確実であるかのように装った点で、偽計的な要素も色濃く認められる。本件自白調書は、A検事の右のような脅迫、約束ないし利益誘導、更には偽計という不当・違法な取調べの影響下に作成されたものであるから、その余の問題点を捨象して考えても、まずこの点で任意性に強い疑いを生ずる」。

本決定は、不当・違法な取調べそれ自体についても重視をしてはいるが、自白の証拠能力の判断の局面においては、自白が不当・違法な取調べの影響下になされたものなのか否かを問うていることが窺える。本決定は任意性説にたつ判例と解される。

【127】 浦和地判平四（一九九二）三・一九判タ八〇一号二六四頁

「S刑事は、被告人の頑強な否認に手を焼いたため、被告人が仕事上かねて親しい接触のあつた対策室のT、H及び乙課長の瀆職事件を立件しない旨被告人に約束ないしその旨の利益誘導をし、逆に、右利益誘導に応じなければこれらの瀆職事件を立件する旨暗黙のうちに脅迫を加えて自白を慫慂したと認められ、本件自白調書六通は、警察官による右のような違法・不当な取調べの影響下において、検察官によつて作成されたものと認められる（なお、本件自白調書を作成した検察官自身は、特段違法・不当な言動に及んだとは認められないが、警察官による右のような取調

べの影響を遮断するための特段の措置を講じていないことが明らかであり、本件自白調書は、警察官による違法・不当な取調べの影響下において作成されたと認められる。このような違法・不当な取調べの影響下に作成された自白調書は、その任意性に疑いがある」。

本判決は、前出【126】と同一事件であり、【126】の時点では同意の上で取り調べが終了していた自白についてその証拠能力を否定したものである。警察官による利益の約束を伴う違法・不当な取調べが検察官による取調べに及ぼした影響、すなわち利益の約束が被疑者の心理面に与えた影響を考慮していることに鑑みると、本判決は、任意性説にたつ判例と解される。

【128】福岡高判平五（一九九三）・三・一八判時一四八九号一五九頁

逮捕された被疑者が逮捕事実ではない別事件（F事件）を検察官に送致しないこと、取調室内で、代金警察持ちでタバコを吸う、コーヒーを飲む、現場引きあたりで手錠・腰縄をしない、トレーナーや石鹸を貰う、餞別として金銭を受領する等、様々な便宜供与を捜査官から受ける見返りに自白をした疑いが強いとした上で、次のように判示した。

「およそ、被告人の自白で任意性に疑いがあるものは証拠能力が認められないが、その判断にあたつては被告人の供述の自由を妨げる違法な圧迫の存否（人権擁護）ないし虚偽自白を誘引する状況の有無（虚偽排除）を検討すべきところ、取調べ中に煙草やコーヒーの提供を受けたことや餞別として多少の金品を受領したことなどの利益供与は、いわゆる世俗的利益であつて、人権擁護の面は考慮する必要はないし、典型的に虚偽の自白がなされる状況にあつたとみることもできない。しかしながら、他の事件を自白すれば福岡事件を送致しないという約束は、いわゆる不起訴の約束に等しいものであつて、福岡事件を起訴してもらいたくないという被告人の弱みにつけこんだもので、到底許容される捜査方法ではない。そうすると、右捜査官の約束に基づいてなされた疑いのある平成二年一〇月以降の被告

人の自白は、すべて任意性に疑いがあるものとして、その証拠能力を否定すべきであ「る」。

本判決は、「自白の任意性の判断にあたっては、『人権擁護』ないし『虚偽排除』を検討すべき」としつつ、本件自白については本件の捜査手法を「到底許される捜査手法ではない」と指摘した上で、明確に違法排除説の観点から本件自白の証拠能力を否定している。⁽⁸⁴⁾このように、本判決は違法排除説にたつて本件自白の証拠能力を否定したものであるが、判示から明らかなように虚偽排除説や人権擁護説を否定するものではないことにてらすと、虚偽排除説、人権擁護説、違法排除説のいずれかの観点に該当すれば自白の証拠能力を否定すべきとする折衷説にたつ判例と解される。

【129】福岡高判平七（一九九五・六・三〇判時一五四三号一八一頁（みどり荘事件））

まず、本判決は、自白の内容について、「一読して、被告人の実体験に基づく供述であるか甚だ疑問である」とした。その上で、風邪のため発熱し食事を摂ることもままならなかった被告人を過酷に取調べたこと、「捜査官が、被告人が母親らの身の上を心配し、会いたがっていることを利用して、母親らと面会させる約束をし、実際に面会させたことの代償として不利益供述がなされた」ことを認定した後、次のように述べ、自白の証拠能力を否定した。

「以上のような状況及び過程のもとで、最初の不利益供述である原審乙四号、乙五号、乙一〇号が作成されたことを考えると、右の各供述調書に任意性を認めることには躊躇せざるを得ない」。「さらに、その後の取調べ過程において軽視することができないのは、取調べにあたった捜査官が、被告人に対し、『お前の体毛が二〇三号室にあったという鑑定が出ている。』と決めつけて追及した……ことである。一般に、体毛鑑定の結果が個人識別の方法として絶対確実とはいえないことは前記のとおりであつて、本件体毛鑑定の結果も、単に本件現場に遺留されていた体毛が被告人の体毛に類似するというにすぎず、被告人以外の者の体毛である可能性もあるわけであるから、本件体毛鑑定の結果をもって被告人の体毛が二〇三号室にあったと決めつけて追及することは許されないというべきである。しかる

に、捜査官が、被告人の体毛が現場にあったとして被告人を追及し、併せて犯行についての具体的記憶がないのは、被告人は飲酒すると記憶がなくなることもあるからとして追及した……ことは、被告人が一貫して犯行自体については記憶がないと供述しながら、ついに……抽象的ながら犯行を認めざるを得なくなった……ことから明らかである」。「その他、被告人の精神状態に関するN作成の鑑定書……によると、被告人は、自閉的で内向的な性格であり、心理ストレスに弱く、危機的状況において容易に心的破綻に陥る傾向があることが認められること、前記のとおり、不利益供述の内容及自身が極めて不自然であること等を考慮すると、前記の原審検乙四号、乙五号、乙一〇号に引き続いて作成された捜査段階における被告人の不利益供述を内容とする各供述調書は、いずれも、取調べにおいて、被告人が心理的強制を受け、その結果虚偽の不利益供述を誘発されたおそれが濃厚であるから、その任意性には疑いがある」。

本判決は、⁽⁸⁰⁾自白内容についても触れつつ、「心理的強制を受け、その結果虚偽の不利益供述を誘発されたおそれが濃厚」であることを根拠に自白の証拠能力を否定したものである。また、自白の証拠能力の判断に先立って、自白の信用性に疑問を呈している。本判決は、虚偽排除説に親和的な判例と解される。

【130】 広島地決平九（一九九七）・六・一六判時一六三〇号一五九頁

「被告人は、Sらの『認めれば処分保留をとってやる』という趣旨の言辞を信じて本件自白調書（警察官調書）の作成に応じたものであって、このような言辞によって得られた自白は、約束ないし利益誘導によるものとして、その任意性に疑いがある」。「F〔検察官〕による被告人の取調べは、Sらによる不当な取調べ気付かず、これを概ねなぞるようにして行われたものであるから、Fによる被告人の取調べにおいて、Sらによる不当な取調べの影響は遮断されていなかったというべきである」。「したがって、本件自白調書のうち検察官調書もまたその任意性につき疑いがあ

る」。

本決定は、警察官調書について、虚偽自白のおそれや供述の自由の侵害の有無について検討することなく、約束なし利益誘導に基づくことを理由に端的にその証拠能力を否定していることから、違法排除説にたつとの見方もある⁽⁸⁶⁾。たしかに、警察官調書については明快到違法排除説たちその証拠能力を判断している。もともと、検察官調書の証拠能力については、「Sらによる不当な取調べの影響は遮断されていなかったというべきである」としていることに鑑みると、本判決は、全体として基本的に任意性説にたつ判例と位置づけるのが妥当であるように思われる。

【131】大阪地判平二〇（二〇〇八）・三・一一判例集未登載

「戊辰リサイクル事件の罪体立証を趣旨とするCの検察官調書は、乙一六ないし二〇……である」。(一)……C供述によれば、取調べに当たったR検事が、Cに対し、『詐欺の事実を認めれば保釈ができ、否認すれば保釈されない。』などと繰り返し述べていたところ、五月二五日以降、『この事件以外にないと思う。』と余罪での再逮捕がないことを示唆すると共に、上申書等を通じて、自己も『早期保釈に協力する。』旨述べたことが認められる」。(二)このようなR検事の言動は、Cが乙丑ソースの会社更生等から保釈を強く望んでいたことに乗じ、勾留されている事実のみで捜査は終了し、検察官が意見書等を通じて協力してくれて直ちに保釈されるとの誤信を抱かせ、迎合的に虚偽自白を誘発する危険性が高かったもので、前記のとおり現にその自白調書はC自身の言葉とは考えがたい内容が含まれている」。「もともと、不利益な事実を認めれば服役をしなければならなくなる危険も予期し得るところであり、保釈の目的が虚偽自白の動機となるかは一概に一般化できないが、本件Cの場合、自身の体調不良のほか、乙丑ソースの会社更生申立ての話を聞くなどして一刻を争う状況があったし、戊辰リサイクル事件での取調時には余罪での立件はないと思っていたこと、同事件自体はFらによって被害回復がされ、Fは共犯者とされながら起訴されなかったこと、

そのほかR検事から『初犯だから、執行猶予だと俺は思うよ。』と言われた旨、それなりの合理的な説明をしていること等にかんがみると、Cにとって保釈は虚偽自白の動機として十分なものであったと認められる。「したがって、前記検察官調書（乙一六ないし二〇）は、任意にされたものでない疑いがある」。

本判決は、保釈の約束が虚偽自白の十分な動機となりうることを根拠に自白の証拠能力を否定していることから、虚偽排除説に親和的な判例と解される。

七 偽計

（一）取調べにおいて偽計が用いられた場合、自白の証拠能力はどのように考えるべきか。虚偽排除説にたてば偽計が虚偽自白を誘発するようなものであったか否かが、人権擁護説にたてば偽計が供述の自由を侵害するものであったか否かがそれぞれ検討されることになる。⁽⁸⁷⁾他方、違法排除説にたてば、偽計という取調べ方法の違法を理由に自白の証拠能力が否定されることになる。⁽⁸⁸⁾偽計による自白の証拠能力について判断した判例としては、次のものを挙げることができる。

【132】 広島高岡山支判昭二七（一九五二）・七・二四判特報二〇号一四七頁

専売局監視員が私立探偵を装って自白を得た事案につき、次のように述べ自白の証拠能力を肯定した。

「偽計の下になされた自白だからといって、一概にその証拠能力や証明力を否定すべきものではなく、その偽計の具体的内容、供述者の年齢知能、供述当時の供述者の精神状態等諸般の事情を検討し、その偽計が虚偽の自白を誘発する程度のものであったか否か、又相手方がその偽計によって虚偽の自白をした疑いがあるか否かによって決定せら

れるべきものである」。

本判決は、虚偽排除説にたつ典型的な判例といえる。⁽⁸⁹⁾

【133】大阪高判昭四二（一九六七）・五・一九判時五〇三号八一頁

検察官が被告人に対して、被告人の妻が被告人との共謀を認めているとの虚言を申し向けたところ、被告人が妻との共謀を認めたため、今度は妻に対して被告人が共謀を認めていると申し向けたところ、妻も被告人との共謀関係を認めたためこれを調書に取った上で、再び被告人に対して妻が共謀を認めていることを申し向けて自白を得てこれを調書に取った、といういわゆる切り換え尋問によって得られた自白につき、次のように述べて任意性を肯定した。

刑訴法一条に鑑みれば偽計を用いることは望ましいものではないが、「単に偽計を用いたという理由のみでこれを違法視することはできない。けだし、頑強に否認する被疑者に対しては事案の真相を明らかにするためかかる尋問方法を用いることもやむをえない場合があり、偽計を用いて被疑者を錯誤に陥れたとしてもそれによって得られた自白は自白の動機に錯誤があるに止まり虚偽の自白を誘発する蓋然性は少いからである。換言すれば、偽計に虚偽の自白を誘発する蓋然性の大きい他の要素が加わった場合にのみ、よって得られた自白は任意性なきものとして排除されるべき」。本件尋問は「成程偽計を用いたものではあるけれども、他に虚偽の自白を誘発する虞のある事情は何ら認められない」。

本判決も、判示から明らかなように虚偽排除説にたつ典型的な判例と解される。

【134】大阪高判昭四四（一九六九）・五・二〇刑月一卷五号四六二頁

「被告人が、検察庁では本当のことを云うつもりで『死んでいたいと思つて投げた』と云つたところ、検察官から『もし死んでいたら死体遺棄にもなつて大変なことになる』と云われたので、罪が重くなつては大変だ、できることなら

少しでも助かりたいと考え、『生きていると思つて投げた』と述べた、という被告人の公判廷における供述に相当の信用性があるのではないかと考えられ、さらに、検察官の前記発言は、その主観的意図において偽計を用いて虚偽の供述を誘発しようとするものではなく、被告人の真意を確かめるための言葉であつたとしても、その内容、時期、被告人の法律知識、当時の心理状態（一般的に被疑者は自己の刑責がどうなるかについて非常な関心をもっている）等諸般の事情からすると、被告人の方で、本当のことを云つたために殺人罪のほかに死体遺棄罪が加わり、かえつて罪が重くなるのでは大変だ、少しでも助かりたい、と考えて虚偽の供述をしたのではないかとの疑がもたれるのであつて、以上の諸点を総合すると、被告人の検察官に対する供述調書三通は、いずれも虚偽の自白を誘発するおそれのある状況のもとで作成されたものとして、任意性に疑があると認められる」。

本判決は、自白をした時点における被疑者の心理的状况を考慮し、「虚偽の供述をしたのではないかとの疑がもたれる」として自白の証拠能力を否定していることから、虚偽排除説に親和的な判例と解される。

【135】最大判昭四五（一九七〇）・一一・二五刑集二四卷一二号一六七〇頁

「捜査手続といえども、憲法の保障下にある刑事手続の一環である以上、刑訴法一条所定の精神に則り、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ適正に行われるべきものであることにかんがみれば、捜査官が被疑者を取り調べるにあたり偽計を用いて被疑者を錯誤に陥れ自白を獲得するような尋問方法を厳に避けるべきであることはいうまでもないところであるが、もしも偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合には、右の自白はその任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定すべきであり、このような自白を証拠に採用することは、刑訴法三一九条一項の規定に違反し、ひいては憲法三八条二項にも違反する」。

「これを本件についてみると、原判決が認定した前記事実のほかに、M検察官が、被告人の取調にあたり、『奥さんは

自供している。誰がみても奥さんが独断で買わん。参考人の供述もある。こんな事で二人共処罰される事はない。男らしく云うたらどうか。』と説得した事実のあることも記録上うかがわれ、すでに妻が自己の単独犯行であると述べている本件被疑事実につき、同検察官は被告人に対し、前示のような偽計を用いたうえ、もし被告人が共謀の点を認めれば被告人のみが処罰され妻は処罰を免れることがあるかも知れない旨を暗示した疑いがある。要するに、本件においては前記のような偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、虚偽の自白が誘発されるおそれのある疑いが濃厚であり、もしそうであるとするならば、前記尋問によつて得られた被告人の検察官に対する自白およびその影響下に作成された司法警察員に対する自白調書は、いづれも任意性に疑いがある」。

本判決は、前出【133】の上告審判決である。本判決については、虚偽排除説にたつ、任意性説にたつ、虚偽排除説にたちつつ人権擁護説ないし違法排除説にも理解を示した、⁽⁹⁴⁾違法排除説にたつ、等々様々な見方がある。たしかに、本判決は「偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合には……証拠能力を否定すべき」として虚偽排除説的な言い回しをしてはいる。⁽⁹⁶⁾しかし、適正手続を強調して本件尋問方法自体の問題性を指摘した上で、虚偽のおそれや供述の自由の侵害の有無を具体的に検討せずに自白の証拠能力を否定していることに鑑みれば、本判決は違法排除説にたっているという見方も十分に成立しうるのではなからうか。⁽⁹⁸⁾

【136】 徳島地判昭四七（一九七二）六・二刑月四卷六号一一三頁

「六月二〇日から六月二二日にかけて作成された被告人の各供述録取書……は、いづれもその作成過程において、不当な誘導、威迫等が行われたのではないかとの疑いがあり、このことはひいてはそこに記載されている被告人の自白が任意にされたものでない疑いをもたらし……。またその余の被告人の供述録取書……も、被告人の前述のような供述に照らしてみると、右の如き不当な誘導、威迫等による抑圧された心理状態の継続下になされたものである疑

いがあり、同様に証拠能力を否定すべきものと思われる」。

本判決は、六月二〇日から六月二二日にかけての自白については、不当な誘導・威迫の存在の疑いをもってその証拠能力を否定しており、一見すると違法排除説に親和的とも解しうる。しかし、六月二〇日から六月二〇日にかけての自白以外の自白については、不当な誘導・威迫による抑圧された心理状態の下になされた疑いがあることを根拠にその証拠能力を否定している。また、上記判示に続いて、なお書きにおいてではあるが「被告人の前記各供述調書は、いずれもその内容からして真実味に乏しく、信用性の極めて薄いものである」としていることに鑑みると、本判決は、任意性説にたつ判例と解される。

【137】大阪地決昭五一（一九七六）・一・一二判時八三四号一一三頁

捜査官が被疑者に対し、「イ、本件現場の爆弾の破片から指紋が検出された」、「ロ、本件発生当時被告人と同棲していた女性が参考人として一切の事情を捜査官に供述した」、「ハ、本件について逮捕令状が出かかっている」、「ニ、被告人の弟がA大学B分校やC大学に出入りしている」といった虚偽を申し向けた上で、「犯人の親族でも罪証湮滅の罪の成立を免れず、その罪が成立すれば逮捕できることを説明するとともに、被告人が本件について自供するならば、被告人の親族に累が及ぶ事態が避けられる旨言って、黙^マ否^マを続けることをやめるよう説得した」と認定して次のように判示した。

「捜査官が本件について黙否の被告人に対し、供述を求めるにあたり告げた事項のうち、……イないしハの各事情が相互に関連して、被告人に対し本件についての有力な証拠がすでに捜査官のもとに蒐集済みであるとの印象を抱かせ、その印象を強化する性格のものであるから、右は同捜査官が被告人に与えるかかる効果を意図してなした偽計と断ぜざるを得「ず」、……かかる欺罔的手段の被告人の心理に及ぼした影響は、前示の違法な身柄拘束の利用関係と

相まち、優に強制に準ずる程度に達していたものと認められる」。「のみならず、これらの事項とともに捜査官が被告人に告知した……二の事情は、……「自供すれば親族には累は及ばない旨の」説得内容と関連して、被告人をして、自己の弟に……逮捕される事態が切迫している者と誤信させるとともに、これを避けるためには、本件について黙否の態度を解き、自供する外ないと決意させて、自白に至らせたものの、被告人にその翌朝このことにより自殺を企図するまでの精神的煩悶を経験させたものであることが認められるから、右偽計は、被告人が本件について黙否することを止めれば捜査官において、被告人の親族に対する追及を控えることを内容とする前示の暗黙の約束ないし利益誘導と相まち、被告人に対し高度の心理的強制を与え、加えて虚偽の自白を誘発するおそれが多分にあったものということが出来る」。「そうすると、被告人が同年七月三〇日以降本件によって逮捕勾留される前の段階でなした本件についての自白は、いずれも任意性を欠く疑いがある」。「のみならず、右の各自白後、これに引き続いてなされた被告人の右捜査官および検察官に対する各自白が、……「右捜査官および検察官の取調べは相前後して行われたところ、検察官の取調べには問題はなかったが、右捜査官の取調べでは自白を維持すれば寛大な処分を受け得ることが繰り返し説明されていたという」事情下になされたものと認められる以上、前記各段階の取調の違法性の実質的影響を承継したものととして、その全てにつき、任意性を欠く疑いを免れない」。

本決定は、偽計や、自白をすれば親族に累は及ばない旨の「説得」によって得られた自白については虚偽のおそれや、被疑者への心理的強制を問題にしていることから基本的に任意性説にたつものと解される。もともと、引き続き別の機会に得られた自白については、「違法性の実質的影響を継承したもの」として、虚偽のおそれや心理的強制を具体的に考慮することなく任意性を否定していることから、違法排除説への近接を窺うことができる⁹⁹⁾。

【138】東京高判昭五八・一一・一五判時一一一三号四三頁（総監公舎爆破未遂事件）

「警察官による取調べが、所論主張のように偽計を用い故意に被告人らを欺き、又は火薬類取締法違反による起訴を約束したなどということはできないとしても、取調べ方法としては瑕疵重大な利益誘導を伴うものといわざるを得ないのであって、被告人らとしては、本件が爆発物取締罰則一条に比較して法定刑が格段に軽い火薬類取締法五九条により処断されるものと信じ、又はこれを期待したとしても無理からぬものがあり、そのために自白をするに至ったのではないか、との疑念を払拭し去ることができない。してみると、警察官の右のような取調べは公正な捜査とはいえず、社会通念上妥当を欠く手段に依拠して自白を得たものであり、被告人らの心理に及ぼす影響も決して軽視しえないものがあるうえ、警察官らの厳しい追及と相まち、虚偽の自白を誘発する蓋然性が高いといわざるを得ないから、被告人及びSの前記火薬類取締法違反の罪名のもとになされた自白はその任意性に疑いがある」。

本判決は、本件取調べ方法が被疑者の心理に及ぼした影響や虚偽自白誘発のおそれを考慮して自白の証拠能力を否定していることから、基本的に任意性説にたつ判例と解される。もっとも、「虚偽の自白を誘発する蓋然性が高い」ことが自白の任意性を否定する直接の根拠となっていることから、重点は虚偽排除説に置かれているものと解される。

【139】東京地判昭六二（一九八七）・一二・一六判時一一七五号三五頁

警察官が取調べに際して、犯行現場から発見された靴に被告人の分泌物が検出された旨の虚言を申し向けて自白を得たという事案につき、次のように判示した。

「『警察官が』被告人に対し前記のような強い心理的強制を与える性質の分泌物検出云々のあざとい虚言を述べて自白を引き出した点のみで既に許されざる偽計を用いたものとして、その影響下になされた被告人の自白調書等はすべてその任意性を肯定できないと解すべきところ、加えるに、その余の既述の苛烈な取調べ方法をも併せ考えると、とうていその任意性などはこれを認めることはできない」。

本判決は、本件偽計について、「強い心理的強制を与える」としていることから、被疑者の供述の自由が侵害されていたか否かを重視していることが窺える。本判決は、基本的には任意性説にたつものと解される。⁽¹⁰⁾ もっとも、本判決は「あざとい虚言を述べて自白を引き出した点のみで既に許されざる偽計を用いたものとして、その影響下になされた被告人の自白調書等はすべてその任意性を肯定できない」という表現から明らかなように、本件偽計が被疑者の心理に及ぼした影響について具体的に検討せずに任意性を否定しており、違法排除説への近接を窺うことができる。⁽¹⁰⁾

【140】 浦和地判平一（一九八九）・一〇・三判時一三三七号一五〇頁

次のように述べて自白の証拠能力を肯定した。

「捜査官が、執行猶予に付せられる可能性が全く又はほとんど存在しない被疑者に対し、一方において厳しく追及して自白を迫りながら、他方において、右事情を知りつつ執行猶予（再度の執行猶予を含む。）に付せられることが確実である旨示唆して自白をしようとし、その結果被疑者を自白させた場合には、右自白は、前記のような被疑者の心理を巧妙に利用した偽計による自白というべきであって、他に特段の事情が認められない限り、原則としてその任意性に疑いをさしはさまざるを得ない（最高裁昭和四五年一月二五日大法院判決・刑集二四卷一二号一六七〇頁参照）。そして、本件においては、被疑事実が強姦未遂及び強盗という法定刑の重い重罪であって、前刑の事件との罪質のちがいや被害者の落度の点を考慮に容れても、いわゆる再度の執行猶予に付せられる可能性が事実上全く存在せず、E警察官もそのことを知悉していたとみられるのであるから（E証言参照）、本件は、まさに、その結果作成された自白調書の任意性に原則として疑いをさしはさむべき事案であるところ、同警察官作成の自白調書についてはもちろん、D検事作成の自白調書についても、自白の任意性を肯定すべき特段の事情は認められない」。

本判決は、⁽¹⁰⁾ 一見すると違法排除説にたっているようにもみえるが、「D検事作成の自白調書についても、自白の任意

性を肯定すべき特段の事情は認められない」としていることから、取調べにおいて偽計が用いられたとしても「特段の事情」(おそらく、警察官と取調べの影響を遮断するような事情のことであろう)⁽¹⁶⁾があれば任意性が肯定される場合のありうることを示唆している。本判決は、任意性説にたつ判例と解するのが妥当であろう。

【14】東京高判平三(一九九二)・三・二六判時一三八二号一三一頁

「本件ポリグラフ検査の結果は信頼性に乏しいものと言わざるをえないが、本件における被告人の取調べは、右ポリグラフ検査の結果が正確であることを前提として行われており、捜査官は、『機械に反応が出るといふことはうそを言っているんだ。』『やっていないのに何で反応が出るだ。』などと言って被告人を追及したことが窺われるので、その取調べは相当でないと言わざるをえない。しかし、被告人が自白したきつかけは幼時からの恵まれない身の上や境遇に同情の言葉をかけられ泣き出したことであつたこと、被告人の弁護人あての……手紙に『俺の受けた取調べは任意性よりも誘導性の強いもので』との記載があり、被告人自身任意性の存在自体は認めていることが窺われることをも、考え合わせると、被告人の自白に任意性がないとまでは言えない」。

本判決は、偽計⁽¹⁷⁾と自白と間の因果関係が認められないことを理由に自白の証拠能力を肯定している。本件偽計によって被疑者が自白をせざるをえない状況に追い込まれたとまではいえないということであろう。本判決は任意性説にたつ判例と解される。

【142】浦和地判平四(一九九二)・一・一四判タ七七八号一一七頁

「警察官が、被疑者(被告人)から提出を受けた尿を他の覚せい剤被疑者の尿とすり替えた上、これで予試験を行って自白を迫るといふのは、明らかに許される筈のない偽計による取調べというべきであるから、本件における被告人の自白調書及び弁録は、かかる偽計を用いた取調べによって得られた自白を内容とするとの疑いを到底払拭し難いも

のである。そして、警察官らが自白を迫る際及び自白調書等への署名・指印を迫る際に発した……言動をも併せ考えると、右自白調書及び弁録は、その任意性に重大な疑い」がある。「一般に、被疑者の警察官に対する供述調書の任意性に疑いがあるときは、検察官において、被疑者に対する警察官の取調べの影響を遮断するための措置を講じた等特段の事情が認められない限り、その後作成された検察官に対する供述調書（自白又は不利益事実の承認を内容とするもの）についても、原則として、任意性に疑いが残るというべきである。そして、本件において、一月一日に被告人を取り調べた検察官が、一月一日の取調べにおける警察官の違法・不当な言動を知って、その影響を遮断すべく特段の措置を講じた形跡は全くこれを窺うことができないので、右検面中、不利益事実の承認を内容とする部分については、右に述べた意味において、任意性に疑いが残る」。

本判決は、警察官に対する自白について、「許される筈のない偽計による取調べによるべき」として捜査の問題点を指摘するとともに偽計が被疑者の供述の自由に及ぼした影響等を具体的に検討せずに任意性を否定していることから、違法排除説にたつものとも解しうる。しかし、検察官に対する自白について、検察官が警察官の違法・不当な言動の影響を遮断する措置を講じていないことを理由にその証拠能力を否定していることに鑑みると、本判決は警察官の違法・不当な言動が被疑者の供述の自由に及ぼした影響を重視していることが窺える。⁽¹⁰⁸⁾ 本判決は任意性説にたつ判例と解される。

【143】 広島地判平九（一九九七）・七・三〇判時一六二八号一四七頁

「第一にS警察官において目撃者が存在することの示唆を被告人に対して行ったこと、第二に、前記検一三九号（検察官調書）において確認されている程度の、S警察官が厳しい口調で被告人に質問したり、自分の手で拳をつくったことがあり、時として被告人に右拳を近づけたことがあることは否定できない。右第一の点は、本件記録上目撃者の

存在ないしその可能性すら窺えないことからすると、いささか妥当性を欠く取調べであったといえるが、これをもつて直ちに強制、拷問あるいは脅迫もしくはこれに準ずるような違法ないし不当の疑いがあるとはいえない。第二の点は取調べの当・不当にすら何ら影響を及ぼさない事情というべきである。いずれにせよ、これらの事情は、被告人の自白の任意性に疑いを差し挟ませるまでには至らない」。

本判決は、警察官が被告人に対し目撃者が存在しないにもかかわらず目撃者が存在することの示唆を行った事実を認定しながら自白の証拠能力を肯定している。本件で用いられた偽計はいまだ供述の自由を侵害する程度のものとはいえないということであろう。本判決は、任意性説にたつ判例と解される⁽¹⁰⁾。

(二) 以上の判例とはやや事案を異にするが、法廷における裁判官の誘導尋問（質問）によって得られた供述の証拠能力も偽計による自白の一類型として問題となりえよう。誘導尋問の違法性はその虚偽供述誘導の危険に基礎づけられるとして、「虚偽供述誘導性と方法の違法性ないし人権蹂躪性とは表裏一体の関係にあり、前者の観点から任意性を否定される範囲と後者の観点からのそれとはほとんど一致する⁽¹¹⁾」といわれるように、虚偽排除説、人権擁護説、違法排除説いずれの立場にたつにしろ基本的に誘導尋問の「虚偽自白誘導性の強さの程度⁽¹²⁾」が検討されることになる。もともと、裁判官が被告人に対して誘導尋問を行って自白を引き出したような場合には、虚偽自白誘導性の強弱という点とは別に、本来中立な立場にあるはずの裁判官が被告人に対して負罪的供述ないしは不利益な供述を引き出すような誘導的被告人質問をしたこと自体の問題性に着目して当該誘導尋問を違法と評価すべきではなからうか。このような場合には違法排除説独自の意義が見出されることになる⁽¹³⁾。

【14】 広島高松江支判昭二八（一九五三）・五・二四判特報七号一三八頁

「原審裁判官が被告人に対して発した……質問が所論の如く誘導尋問であることは右の質問が質問者の期待する答

を暗示していることに徴し明らかである。しかし誘導質問に対しなされた被告人の供述が常に任意性を欠くものであるとは言えないのであつて、任意性を欠いているか否かはその供述のなされた当時の状況から具体的に判断すべきものであるところ、原審裁判官が所論の如き誘導質問をするに当り特に被告人の意思を圧迫するが如き手段方法をとつたことを疑わせるような資料はないのみならず、原審公判調書によれば本件被告人は公開の法廷で弁護人立会のもとに供述拒否権の告知を受けた上、原審裁判官の質問に対し供述したものであつて、しかも弁護人又は被告人は原審裁判官の前記誘導質問に対し何等の異議をも申立てていないのであるから、被告人が右の質問に答えてなした……供述は被告人の自由意思を以てその供述の性質と結果を充分に認識して発言したものと認めるを相当とする。されば被告人の右供述は所論の如く任意性に欠けたものとは言えない」。

本判决は、⁽¹³⁾「誘導質問に対しなされた被告人の供述が常に任意性を欠くものであるとは言えない」とした上で、「出来ん事は判つて居りました」との供述は被告人の自由意思を以てその供述の性質と結果を充分に認識して発言したものと認めるを相当とする。されば被告人の右供述は所論の如く任意性に欠けたものとは言えない」としている。被告人の自由意思の有無を問うていることから明らかなように、本判决は任意性説にたつ判例と解される。

【145】 広島高岡山支判昭二八（一九四八）・一〇・二九判特報三一号八二頁

「誘導尋問による供述も、一概に任意性を否定し去るべきものではなく、それが虚偽の供述を誘発する程度に達した場合にはじめて任意性を失わしめるものと解するを相当とする」。

本判决は、判示から明らかなように、虚偽排除説にたつ判例と解される。⁽¹⁴⁾

（第三章・未完）

- (1) なお、「不当に長い」か否かは、期間の長短のみでははかれない（団藤重光「判批」『刑事判例評釈集 第八巻』（有斐閣、一九五〇年）一三頁、平場安治「自白の任意性」佐伯千仞『団藤重光編集委員『総合判例研究叢書 刑事訴訟法（一）』（有斐閣、一九五七年）二〇頁、萩原昌三郎「不当長期抑留拘禁後の自白」『判例タイムズ』三九七号「一九七九年」一五頁、石井一正『刑事実務証拠法【第四版】』（判例タイムズ社、二〇〇七年）二二四頁等。後にみるように、判例の立場も同旨である）。
- (2) 藤岩睦郎「自白」団藤重光責任編集『法律実務講座刑事編 第八巻』（有斐閣、一九五六年）一八〇八頁。
- (3) もっとも、鴨良弼博士は人権擁護説にたちつつ因果関係を不要とされる（同『刑事証拠法』【日本評論社、一九六二年】二一七頁）。
- (4) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要【七訂版】』（創文社、一九七四年）二五三頁、田宮裕『刑事訴訟法【新版】』（有斐閣、一九九六年）三五〇頁。
- (5) 不当に長い抑留・拘禁後の自白の証拠能力に関する判例の推移については、松尾浩也「自白の証拠能力―不当に長い抑留・拘禁（一）、（二）」『法学セミナー』三〇八号（一九八〇年）六頁、同三〇九号（一九八〇年）二六頁に詳しい。
- (6) Yale Kamisar, Police Interrogation and Confessions: Essays in Law and Policy (The University of Michigan Press, 1980) 27, Arthur E. Sutherland, Jr. *Crime and Confession*, 79 Harvard L. Rev. 21 (1965), at 37; 田宮裕『捜査の構造』（有斐閣、一九七一年）二八一頁以下、本稿第二章第一節三（拙稿「自白排除法則の研究（三）」『北大法学論集』五九巻五号「二〇〇九年」七七頁）も参照。もっとも、公判廷における自白といえどもその証拠能力について厳格な判断が要求されることはいうまでもない（団藤重光「判批」『判例研究』二巻六号（一九五〇年）五〇頁以下参照）。
- (7) 団藤重光『高田卓爾「判批」『判例研究』二巻一号（一九四九年）一二二頁、尾後貫莊太郎「判批」『法学新法』五七巻九号（一九五〇年）六三頁、団藤・前掲注（一）論文一一頁、眞野英一「判批」同一五頁等参照。
- (8) 平場・前掲注（一）論文二六頁、河村澄夫「不当に長い拘禁後の自白の一事例」熊谷他編『証拠法大系Ⅱ 自白』（日本評論社、一九七〇年）一四一頁等は、事件の幅轆を考慮することを批判する。
- (9) 渥美東洋「不当に長い抑留・拘禁後の自白」『刑事訴訟法判例百選【第三版】』（一九七六年）一九七頁参照。
- (10) 団藤重光『福田平「判批」『判例研究』二巻一号（一九四九年）二七頁、団藤重光「判批」『刑事判例評釈集 第八巻』（有

斐閣、一九五〇年）二六頁参照。

- (11) 平出禾「判批」『刑事判例評釈集 第八卷』（有斐閣、一九五〇年）二一〇頁、団藤重光「判批」『判例研究』二卷二号（一九四九年）一四九頁参照。

(12) 渥美・前掲注（9）論文一九七頁参照。

(13) 平出・前掲注（11）論文二一七頁。

(14) 石川才顕「強制による自白の一事例」熊谷他・前掲注（8）書一一九。

(15) 河上和雄「自白 証拠法ノート（二）」（立花書房、一九八二年）書七〇頁。

(16) 大塚仁「団藤重光「判批」『判例研究』二卷四号（一九五〇年）一〇七頁、大塚仁「団藤重光「判批」『刑事判例評釈集 第九卷』（有斐閣、一九五二年）七一頁、大塚仁「不当に長い抑留・拘禁後の自白」ジュリスト臨時増刊二七六号二「憲法判例百選」（一九六三年）一一八頁、松尾浩也「不当に長い抑留・拘禁後の自白」『判例百選 第二版』（一九六五年）一八四頁、河村澄夫「長期拘禁と自白の因果関係」熊谷他編・前掲注（8）書一四六頁参照。

(17) 本判決以降の判例は、本判決を踏襲し、抑留・拘禁と自白との間に因果関係を要求することになる。平場・前掲注（1）論文二八頁。

(18) 松尾・前掲注（16）論文一八四頁、仲家暢彦「不当に長く抑留または拘禁された後の自白」『警察実務判例解説「取調べ・証拠篇」』（一九九二年）三六頁。

(19) 大塚仁「判批」『判例研究』二卷五号（一九五〇年）一〇五頁、柏木千秋「判批」『刑事判例評釈集 第九卷』（有斐閣、一九五一年）二〇六頁、河村・前掲注（8）論文一三七頁、大内俊身「判批」『法学「東北大学」三五卷一号（一九七一年）一四〇頁、渥美・前掲注（9）論文一九六頁参照。

(20) 松尾・前掲注（16）論文一八五頁。

(21) 柏木・前掲注（19）論文二〇八頁、渥美・前掲注（9）論文一九七頁、鈴木茂嗣「刑事訴訟法「改訂版」」（青林書院、一九九〇年）二二二頁参照。

(22) 渥美・前掲注（9）論文一九七頁。

(23) 大塚仁「判批」『刑事判例評釈集 第九卷』（有斐閣、一九五一年）三四〇頁参照。

- (24) 栗本元裁判官は「判例は不当に長い抑留、拘禁後の自白となるかどうかの判定を当該裁判所の事件の幅そう関係とか事案の軽重とかに重点を置いて論じているようであるが、……不当に長い抑留、拘禁ということも任意性のなくなる一つの例示だとすれば、寧ろ被告人の主観の点に重点を置くべき」として本判決に疑問を呈された(栗本一夫「自白」日本刑法学会『刑事法講座 第六卷』〔有斐閣、一九五三年〕一一七三頁注五)。
- (25) 平場・前掲注(1) 論文一一頁、一二二頁。
- (26) 正田満三郎「判批」『刑事判例評釈集 第一〇卷』(有斐閣、一九五三年) 八頁参照。
- (27) 小野清一郎「判批」『刑事判例評釈集 第一〇卷』(有斐閣、一九五三年) 一四七頁参照。
- (28) 前田宏「判批」『刑事判例評釈集 第一〇卷』(有斐閣、一九五三年) 二二一頁。
- (29) 渥美・前掲注(9) 論文一九七頁参照。
- (30) 平場・前掲注(1) 論文一一、一二二頁参照。
- (31) 渥美・前掲注(9) 論文一九七頁。
- (32) なお、平場・前掲注(1) 論文二〇頁参照。
- (33) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、一九五八年) 一三〇頁注四、松尾・前掲注(16) 論文一八五頁参照。
- (34) 桂正昭「判批」『刑事判例評釈集 第一四卷』(有斐閣、一九五七年) 一二九頁。
- (35) 仲家暢彦「不当に長く抑留または拘禁された後の自白」『警察実務判例解説「取調べ・証拠篇」』(一九九二年) 三四頁参照。
- (36) 渥美・前掲注(9) 論文一九七頁。
- (37) 桂正昭「判批」『刑事判例評釈集 第一四卷』(有斐閣、一九五七年) 一二六頁参照。
- (38) 河上・前掲注(15) 書七三頁。
- (39) 熊本典道「弁護人選任権侵害による自白」『刑事訴訟法判例百選「第三版」』(一九七六年) 一九三頁。
- (40) 平場・前掲注(1) 論文二二頁、渥美・前掲注(9) 論文一九七頁、鈴木・前掲注(20) 書三二二頁。
- (41) 平野・前掲注(33) 書三三〇頁注四。
- (42) 河村・前掲注(8) 論文一四二頁。
- (43) 松尾・前掲注(16) 論文一八五頁参照。

- (44) 平場・前掲注（1）論文二四頁、河村・前掲注（8）論文一四頁。
- (45) ただし、鈴木茂嗣教授は、「違法排除の立場からは、予め三八条二項にいう抑留・拘禁にあたらないとしてしまう必要はなく、因果関係の問題としてこれを考慮すれば足りる」とされる（同『続刑事訴訟の基本構造（下）』（成文堂、一九九七年）五三三頁）。
- (46) 高田義文「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 昭和三〇年度』（法曹会、一九五六年）一〇四頁参照。
- (47) 別件逮捕・勾留中の自白の証拠能力について判断した判例については後に詳しく検討するが、本判決以降にだされた判例の中に、不当に長い抑留・拘禁後の自白に当たると否かという観点から別件逮捕・勾留中の自白の証拠能力を判断した判例は見当たらない。
- (48) ただし、事案に鑑みると、違法排除説を排斥する趣旨までは含まれていないと解される。
- (49) 最決昭二九（一九五四）・一一・二四集刑一〇一号九〇七頁。
- (50) 平場・前掲注（1）論文四八頁、小田中聰樹『刑事訴訟と人權の理論』（成文堂、一九八三年）三七七頁等参照。
- (51) 石丸俊彦他『刑事訴訟の実務「三訂版」（下）』（新日本法規、二〇一一年）三三三頁（仙波厚執筆）。
- (52) 石井・前掲注（1）書二三五頁。
- (53) この点につき、石井・前掲注（1）書二三五頁参照。
- (54) 小田中・前掲注（50）書三七八頁参照。
- (55) 小田中・前掲注（50）書三七五頁、松本光弘「病氣中の自白」『警察実務判例解説「取調べ・証拠篇」』（一九九二年）三一頁参照。
- (56) 萩原太郎「麻薬中毒者の自白」熊谷他編・前掲注（8）書一〇五頁参照。
- (57) 岡田光了「拘禁反応症状下の自白」熊谷他編・前掲注（8）書一一〇頁参照。
- (58) 安村和雄「判批」『判例タイムズ』八一号（一九五八年）二九頁、横井大三「証拠 刑訴裁判例ノート（二）」（有斐閣、一九七一年）一七六頁参照。
- (59) このような要素が自白の信用性の問題に尽きると解すべきか否かについては議論の余地がありえよう。
- (60) 守屋克彦『自白の分析と評価』（勁草書房、一九八八年）一三一頁。

- (61) 横井・前掲注(58) 書一七七頁以下参照。
- (62) この場合、被疑者側の主観的事情しだいでは、外部の圧力がたとえ些細なものであっても、自白の任意性に影響が及ぶことになる(横井・前掲注(58) 書一七八頁)。
- (63) 中島宏「志布志事件(鹿児島選挙違反事件) 無罪判決が問いかけるもの」『法学セミナー』六三二号六頁、本木順也「刑事弁護レポート」『季刊刑事弁護』五二号八一頁、中島宏「判例レビュー」同一三八頁(以上、二〇〇七年)、指宿信「刑事訴訟法No.2」『速報判例解説』二号(二〇〇八年)二〇九頁参照。なお、正木祐史「自白の信用性」『法学セミナー』六三〇号(二〇〇七年)一一八頁も参照。
- (64) 指宿・前掲注(63) 論文二二一頁参照。
- (65) もっとも、自白法則の解釈として違法排除説にたない論者の間では、利益の約束によって得られた自白が排除される理由は、虚偽排除説に重点を置いた説明がなされることが多い(江家義男『刑事証拠法の基礎理論』訂正版)。「有斐閣、一九五二年」三九頁、青柳文雄「自白の証拠能力」『ジュリスト』三〇〇号「一九六四年」三四二頁、松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』「有斐閣、一九九二年」三〇一頁(島田仁郎執筆)、三井誠「自白の排除法則とその根拠(一)」『法学教室』二四六号(二〇〇一年)七七頁、小林充「自白法則と証拠排除法則の将来」『現代刑事法』三八号(二〇〇二年)六七頁等)。
- (66) 田宮・前掲注(6) 書九二頁、団藤・前掲注(4) 書二五一頁以下等。
- (67) 萩原・前掲注(56) 論文一〇八頁。
- (68) 平場・前掲注(1) 論文三九頁参照。
- (69) 河上・前掲注(15) 書六八頁。
- (70) なお、本判決は、後出【117】が、「控訴裁判所たる高等裁判所の判例」(刑訴法四〇五条三号後段)として引用している。
- (71) 小田中・前掲注(50) 書三六三頁。
- (72) 河上・前掲注(15) 書二四〇頁。
- (73) 坂本武志「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 昭和四一年度』(法曹会)一〇〇頁、渥美東洋「判批」『判例評論』九八号四〇頁、鈴木茂嗣「自白の任意性と約束による自白」『法律時報』三九卷四号九六頁、谷口正孝「いわゆる約束による自白の証拠能力」『ジュリスト』三七三三三三七頁、田村達美「判批」『捜査研究』一六卷八号四一頁(以上、一九六七年)、

- 青柳文雄「筑間正泰」いわゆる約束による自白の証拠能力『法学研究』慶應義塾大学「四」巻九号(一九六八年)一一七頁、児島武雄「約束による自白」熊谷他編・前掲注(8)書四八頁、谷口正孝「いわゆる約束による自白の証拠能力」『昭和四一・四二年度重要判例解説』(一九七三年)一一〇頁、庭山英雄「約束による自白」『刑事訴訟法判例百選』第三版(一九七六年)一八九頁、吉田淳一「判批」『警察学論集』三〇巻三号(一九七七年)一四二頁、山崎恵美子「判批」『研修』三七四号(一九七九年)九七頁、小田中・前掲注(50)書三五六頁、土屋眞一「約束による自白」『警察関係基本判例解説』一〇〇(一九八五年)一七〇頁、竹崎博允「約束による自白」『刑事訴訟法判例百選』第五版(一九八六年)一六四頁、刑事判例研究会「判批」『捜査研究』三七巻一号(一九八八年)六七頁、中野目善則「利益誘導に基づく自白」『警察実務判例解説』取調・証拠篇(一九九二年)三七頁、山中俊夫「約束による自白」『刑事訴訟法判例百選』第六版(一九九二年)一四八頁、小黒和明「判批」『研修』五八九号(一九九七年)六五頁、平田元「約束による自白」『刑事訴訟法判例百選』第七版(一九九八年)一六三頁、山田道郎「証拠の森」(成文堂、二〇〇四年)一二五頁、香川喜八朗「約束による自白」『刑事訴訟法判例百選』第八版(二〇〇五年)一六三頁、田口守一「寺崎嘉博編『判例演習刑事訴訟法』(成文堂、二〇〇四年)二七三頁(小川佳樹執筆)、葛野尋之他編『判例学習・刑事訴訟法』(法律文化社、二〇一〇年)二五七頁(石田倫識執筆)、辻本典央「約束による自白の証拠能力」『近畿大学法学』五七巻四号四三頁、中桐圭一「約束による自白」『警察基本判例・実務二〇〇』(以上、二〇一〇年)四四一頁、加藤克佳「約束による自白」『刑事訴訟法判例百選』第九版(二〇一一年)一五六頁参照。

- (74) 坂本・前掲注(73)論文一〇三頁、三井誠「判例における自白排除の根拠」『法学教室』二四八号(二〇〇一年)八四頁、小林・前掲注(65)論文六七頁、石井・前掲注(1)書二九頁等。なお、竹崎・前掲注(73)論文一六五頁は、本判決を虚偽排除説にたとえ解しつつも、本件自白の真実性が他の証拠により裏付けられていることを挙げ、「人権擁護又は違法性排除の立場にたつものと解する余地も十分にあり」とする。

- (75) 河上・前掲注(15)書七五頁、土屋・前掲注(73)論文一七〇頁、大澤裕「自白の証拠能力といわゆる違法排除説」『研修』六九四号(二〇〇六年)九頁等。

- (76) 本判決は、自白の証拠能力を否定したものの、それ以外の証拠によって原審認定の事実を認定していることから、本件自白については必ずしも虚偽のおそれが高いとは認めていないようにも思われる(小田中・前掲注(50)書三六六頁参照)。

(77) 庭山・前掲注(73) 論文一八九頁、小田中・前掲注(50) 書三六六頁等。

(78) 西村金十郎「贈収賄事件の自白調書が不当な誘導によるものとして排斥され全面無罪となった事例」『自由と正義』一八卷三号(一九六七年) 五頁参照。

(79) なお、本判決は、約束の存在を具体的に認定することなく、「自白するならば釈放すると暗示され「た」等の被告人の主張が排斥できないことをもって自白の証拠能力を否定したものである。自白の任意性の立証責任は検察官にあり、検察官は自白が任意になされたものであることを合理的疑いを容れない程度に立証しなければならない(前出【56】最判昭三二「一九五七」・五・三二 刑集一 一卷五号一五七九)。被告人の主張が排斥できない以上、検察官が立証責任を果たしたとはいえないというべきである。また、実質的にみても、被疑者は密室において取調べを受けるのであるから、不任意性を客観的に立証することは至難である(守屋克彦「自白の任意性の審理と立証責任」石松竹雄判事退官記念『刑事裁判の復興』「勁草書房、一九九〇年」二四六頁参照)。本判決は立証責任の原則に忠実に従った判断を行っている点に重要な意義がある。

(80) 龍岡資晃「約束・偽計による自白」『判例タイムズ』三九七号(一九七九年) 一九頁。

(81) 米山正明「利益誘導と自白の任意性」大阪刑事実務研究会『刑事証拠法の諸問題(上)』(判例タイムズ社、二〇〇一年) 二八三頁参照。

(82) 木谷明『刑事裁判の心「新版」』(法律文化社、二〇〇四年) 一四〇頁、一五五頁注九、注一二参照。

(83) 多田辰也「判批」『判例評論』四三六号(一九九五年) 六八頁、米山・前掲注(81) 論文二八三頁、大澤裕「朝山芳史」『対話で学ぶ刑法判例』(一八) 約束による自白の証拠能力」『法学教室』三四〇号(二〇〇九年) 八六頁参照。

(84) 白取祐司「自白法則の閉塞状況と課題」『季刊刑事弁護』一四号(一九九八年) 三三頁、平田・前掲注(73) 論文一六三頁。他方、本件約束の利益の大きさにてらし、本判決が虚偽自白排除に重点を置いているとする見解もある(多田・前掲注(83) 論文七二頁、米山・前掲注(83) 論文三〇四頁注五七)。

(85) 徳田靖之「刑事弁護レポート」『季刊刑事弁護』四号(一九九五年) 一三六頁、最新判例研究会「判批」『捜査研究』四五卷二号(一九九六年) 一〇三頁、みどり荘事件弁護団編『完全無罪へ一三年の軌跡』(現代人文社、一九九七年) 一〇一頁参照。

(86) 白取・前掲注(84) 論文三四頁。

- (87) この点、平場博士は、「犯人の責任を問い処罰する国家の道義的優越性を放棄するものであり、教育刑を提言する資格を喪失せしめる。従つて、被告人の人権擁護という見地よりは、司法が正義を守るといふ見地から、これを排除すべき」とされる(平場・前掲注(1) 論文四三頁)。また、高田博士は、偽計という「方法そのものが人間の品位を全く無視したといふべく、人権擁護の点から強制拷問に準じて任意性なしと解すべき」とされる(高田卓爾「刑事訴訟法」二訂版)〔青林書院新社、一九八四年〕二一九頁。このように解すると、人権擁護説と違法排除説との差異はほとんどなくなる。
- (88) 田宮・前掲注(6) 書三〇〇頁、団藤・前掲注(4) 書二五三頁等。
- (89) 平場・前掲注(1) 論文四三頁、萩原太郎「偽計による自白」熊谷他編・前掲注(8) 書一〇三頁、河上・前掲注(15) 書六八頁。
- (90) 萩原・前掲注(89) 論文一〇〇頁参照。
- (91) 青木義和「判批」『捜査研究』二〇巻四号一〇五頁、伊藤栄樹「判批」『警察学論集』二四巻四号九七頁、井戸田侃「判批」『判例評論』一四七号二四頁、鬼塚賢太郎「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 昭和四五年度』(法曹会) 四〇三頁、下村幸雄「判批」『判例タイムズ』二六〇号一一五頁、SHE「判批」『時の法令』七四一号五四頁(以上、一九七一年)、能勢弘之「偽計による自白と証拠能力」平場安治編著『セミナー法学全集 三 刑事訴訟法』(日本評論社) 二二二頁、松尾浩也「判批」『警察研究』四四巻四号九三頁、山田森一「判批」『法学研究』(慶應義塾大学) 四六巻七号一三二頁(以上、一九七三年)、山中俊夫「偽計による自白」『刑事訴訟法判例百選』(第三版) (一九七六年) 一九〇頁、熊本典道「偽計による自白」『刑事訴訟法の理論と実務』(一九八〇年) 三三六頁、小田中・前掲注(50) 書三六七頁、原田保「偽計による自白」『警察関係基本判例解説一〇〇』(一九八五年) 一七二頁、泉山禎治「偽計による自白」『刑事訴訟法判例百選』(第五版) (一九八六年) 一六七頁、刑事判例研究会「判批」『捜査研究』三六巻一 号(一九八七年) 六七頁、鈴木茂嗣「自白の任意性」『憲法判例百選Ⅰ』(第二版) (一九八八年) 二四二頁、熊本典道『刑事訴訟法論集』(信山社、一九八九年) 二六四頁、山本仁「偽計による自白」『警察実務判例解説』(取調べ・証拠篇) (一九九二年) 四〇頁、田宮裕「刑事法の理論と現実」(岩波書店、二〇〇〇年) 二〇八頁、葛野他編・前掲注(73) 書二五九頁(石田倫識執筆) 小島淳「偽計による自白」『警察基本判例・実務二〇〇』(二〇一〇年) 四四三頁参照。なお、大野平吉「自白法則」『ジュリスト』五〇〇号(一九七二年) 四五頁も参照。

(92) 松尾・前掲注(91) 論文九三頁、龍岡資晃「約束・偽計による自白」『判例タイムズ』三九七号(一九七九年)一八頁、阪村幸男「自白の任意性と信用性をめぐる判例理論」竹澤哲夫先生古稀祝賀『誤判の防止と救済』(現代人文社、一九九八年)四〇一頁等。

(93) 下村・前掲注(91) 論文一一五頁、椎橋隆幸「黙秘権VS自白法則」『法学教室』一一九号(一九九〇年)三一頁、野間礼二『刑事訴訟における現代的課題』(判例タイムズ社、一九九四年)四二二頁、大澤・前掲注(75) 論文九頁等。

(94) 伊藤・前掲注(91) 論文一〇二頁、河上・前掲注(15) 書七五頁。

(95) 田宮博士は、「違法排除の当然の帰結を伝統的タームでしめくつたもの」と評された(田宮・前掲注(91) 書二二頁)。

(96) 下村・前掲注(91) 論文一一四頁、山中・前掲注(91) 論文一九〇頁等。なお、小田中・前掲注(50) 書三七二頁も参照。

(97) 能勢・前掲注(91) 論文二二三頁。

(98) 能勢・同右、鬼塚・前掲注(91) 論文四一二頁、小田中・前掲注(50) 書三六七頁、泉山・前掲注(91) 論文一六七頁、阪村幸男「自白の任意性法則」井戸田侃編集代表『総合研究』被疑者取調べ(日本評論社、一九九一年)五六五頁、高

内寿夫「偽計による自白」『刑事訴訟法判例百選』第七版(一九九八年)一六五頁、光藤景皎「口述刑事訴訟法(中)」「補訂版」(成文堂、二〇〇五年)一八〇頁、白取祐司『刑事訴訟法』第六版(日本評論社、二〇一〇年)三六二頁等。

この点、熊本元裁判官は、「判決に書かれた理由が、必ずしもつねに判決の結論を生んだ真の理由であるとは限らない」とした上で、本判決については、「最高裁は、違法排除説的思考により自白排除の決断をしたが、結論の正当性を説得するための『説明』としては、虚偽排除説、人権擁護説そして違法排除説をあわせたような表現を選んで用いたものと解すべき」とされる(熊本・前掲注(91) 書二八五頁)。

(99) 山上圭子「不任意自白に基づいて発見された証拠物」『刑事訴訟法判例百選』第八版(二〇〇五年)一七三頁。

(100) 警備法令研究会「判批」『捜査研究』三四卷一号(一九八五年)九五頁参照。

(101) 鯉越溢弘「偽計による自白」『刑事訴訟法判例百選』第六版(一九九二年)一五〇頁、高内・前掲注(98) 論文一六四頁、平田元「偽計による自白」『刑事訴訟法判例百選』第八版(二〇〇五年)一六四頁、川出敏裕「偽計による自白」『刑事訴訟法判例百選』第九版(二〇一一年)一五八頁参照。

(102) 高内・前掲注(98) 論文一六五頁。

- (103) 鯨越・前掲注(101) 論文一五一頁、高内・前掲注(98) 論文一六五頁、上口裕『刑事訴訟法「第二版」』(成文堂、二〇一一年) 四三五頁。
- (104) 能勢弘之「判批」『判例評論』三七九号(一九九〇年) 二二六頁。
- (105) 木谷・前掲注(82) 書六〇頁参照。
- (106) もっとも、本判決がとる自白の証拠能力の判断方法は、「特段の事情」がなければ検察官に対する自白も原則的に否定するという趣旨であり、被疑者の人権のより手厚い保障を指向するものである点は銘記すべきである(木谷・前掲注(82) 書五七頁以下参照。なお、青木孝之「自白の証拠能力」木谷明編『刑事事実認定の基本問題「第二版」』(成文堂、二〇一〇年) 一七三頁以下も参照。
- (107) 升味佐江子「代用監獄の病巣」『自由と正義』四三卷二号(一九九二年) 一九八頁、後藤昭「自白の信用性」『刑事訴訟法判例百選「第六版」』(一九九二年) 一六〇頁参照。
- (108) 木谷・前掲注(82) 書六〇頁参照。
- (109) なお、威圧的な取調べが問題となつた事例は枚挙にいとまがないが、本判決においても、先にみた偽計的取調べが行われた事実に加えて、警察官が厳しい口調で取り調べたり、拳をつくつて被告人の顔に近づけたりした事実が認定されている。それにもかかわらず本判決は、それらの威圧行為について「取調べの当・不当にすら何ら影響を及ぼさない事情というべき」として一顧だにしていない。威圧的な取調べが行われたとしてもそのことのみでは直ちに自白の証拠能力は否定されないというのが従前の判例の傾向であることを踏まえても、本判決には多大の疑問が残るところである。
- (110) 小田中・前掲注(50) 書三八三頁。
- (111) 小田中・前掲注(50) 書三八四頁。
- (112) 「被告人質問の制度の趣旨は、現行法における被告人の地位……にかんがみて、被告人に十分弁解させるためのもの」であつて、「旧法の被告人尋問の制度のように、糾問的に運用されてはならない」(裁判所職員総合研修所監修『刑事訴訟法講義案「四訂版」』(司法協会、二〇一一年) 四二五頁) からである。
- (113) 小田中・前掲注(50) 書三八〇頁参照。
- (114) 平場・前掲注(1) 論文四〇頁、河上・前掲注(15) 書六七頁以下。

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「自白排除法則の研究」（二〇〇八年三月二五日学位授与）に補筆したものである。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW**Vol. 62 No. 3 (2011)
SUMMARY OF CONTENTS**

**Der Reichsgedanke Peters von Andlau: Römisches Reich und
die Deutschen in der Mitte des 15. Jahrhunderts**

Masaki TAGUCHI*

Die Erörterungen über das Reich, die Peter von Andlau um 1460 in seinem Traktat „*Libellus de Cesarea monarchia*“ entfaltete, wird in diesem Aufsatz im Vergleich mit denen Lupolds von Bebenburg um 1340 analysiert. Obwohl Peter vielerorts die papalistischen Auffassungen vertritt, betont er die Kooperation des Papsttums und des Kaisertums, indem er im Ergebnis die kaiserliche Stellung anerkennt. Seine Erörterung fokussiert stärker auf die Deutschen und Deutschland als Lupolds Betrachtung, wobei sie viel einheitlicher begriffen werden. Nicht nur die Kurfürsten beteiligen sich an der Reichssache durch die Königswahl, sondern der deutsche Adel überhaupt soll das Reich tragen. Die Basis der Reichsverfassung wird damit deutlich erweitert. Viele deutsche Adelsgeschlechter stammen aber aus Italien. Diese Form der Verbindung mit Italien besteht immer noch. Peter beschreibt auch oft die Zeremonien und Symbole ausführlich. Seine Schrift weist in diesen und anderen Hinsichten auf die frühneuzeitliche Reichsverfassung hin.

* Professor of School of Law Hokkaido University

「法律上の婚姻」とは何か（2）

—— 日仏法の比較研究 ——

大 島 梨 沙

目 次

序論	(以上、62巻1号)
第1部 法律上の婚姻＝正統な結合	
第1章 国家が承認したという正統性	
第1節 フランス：承認主体としての教会と国家	
第1款 カノン法上の婚姻：カトリック教会が承認した結合	
第1項 カトリック教会による管轄	
1 教会での挙式	
2 教会裁判所による有効性の判断	
第2項 カノン法による定義	
1 夫婦一体・解消不能：秘跡	
2 交接・生殖のための結合	
第2款 民事上の婚姻：国家が承認した結合	
第1項 世俗国家による管轄	
1 役所での挙式	
2 世俗裁判所による解消可否の判断	
第2項 民法による定義	
1 男女の組合・解消可能：厳粛な契約	
2 子の養育のための結合	
第1節小括	(以上、本号)
第2節 日本：承認主体としての国家と社会？	
第2章 他とは違うという正統性	
第2部 法律上の婚姻＝法的な結合	
結論	

第1部 法律上の婚姻＝正統な結合

日本における「法律上の婚姻」、すなわち「現行法の定める手続的要件であるところの届出を了した婚姻」（定義 ϕ ）は、一方で、「正統な結合」という意味（意義 α ）で用いられることがある。第1部では、この観点から「法律上の婚姻」を分析していくが、はじめに、本稿での「正統な結合」の趣旨を述べておく必要があるだろう。

「正統」という言葉には、「①正しい系統。正統の血統。②伝統・しきたりを正しく伝えていること」¹という意味がある。つまり、「正統」という言葉は、先代から続く何らかの流れの存在が前提となっており、それを「正しく受け継いでいる」ということを意味する言葉といえる。これを「法律上の婚姻」の文脈で言うならば、先代から続く「血筋」や「家業」、「祭祀」といった何らかの流れを「正しく受け継いでいる」結合、さらに具体的には、「そこから生まれる子どもが正しい後継者とされる結合」を意味することになり、この点を指して「正統な結合」と呼ぶことになる。なお、「結合」という言葉は、「結び合うこと。結び合わせて1つにすること。その結びつき」²と一般に説明されるが、本稿では、その中でも、人と人との結びつきを指す（性的関係を含意する）ものとして用いることとする。

以上を踏まえた場合、「法律上の婚姻」が「正統な結合」という意味で用いられる典型例として、非嫡出子相続分合憲判決³が挙げられるのは、ある意味で当然のことといえよう。同判決で用いられていた「法律婚主義」という言葉は、「婚姻の成立要件を法律が定める主義」（定義 ϕ に基づく理解）ではなく、「正統な結合を法律が定める主義」（意義 α に基づく理解）という趣旨であると考えなければならない。つまり、同判決は、「法律上の婚姻」をした配偶者から生まれた嫡出子の相続分と、「法律上の婚姻」をしていない者から生まれた非嫡出子の相続分との差異を、「正統な結合」から生まれたか否かで合理的に区別しているものとして、

¹ 新村出編『広辞苑（第6版）』（岩波書店、2008年）。

² 同上。

³ 本稿（1）・北大法学論集62巻1号（2011年）192頁で言及。

正当化したものと思われる。別の角度から言えば、同判決のいう非嫡出子相続分規定の立法趣旨であるところの「法律婚の尊重」は、「正統な結合の尊重」と読み替えることができるといえよう。

では、「法律上の婚姻」は、なぜ「正統な結合」なのだろうか。2つの答えが考えられる。第1に、(当事者らが合意しただけでなく) 国家が承認した結合であるから、「法律上の婚姻」は「正統な結合」なのだという答えがありうる。この場合、なぜ国家が承認をすると「正統な結合」になるのか、なぜその必要があるのか、なぜそれを「法律上の婚姻」と呼ぶのかということが検討されなければならない(第1章)。第2に、それ以外の結合(正統でない結合)との何らかの違いがあるからこそ、「法律上の婚姻」は「正統な結合」なのだという答えがありうる。この場合、「正統」と「非正統」とを分けるものは何か、なぜ「法律上の婚姻」だけに「正統」とされるものが備わっているのかを検討しなければならない(第2章)。それぞれの点について、フランス法を鏡として参照しながら、「法律上の婚姻」はどのような意味で「正統」なのか、考察することにしよう。

第1章 国家が承認したという正統性

「国家が承認した」という観点から見た場合、今日のフランスの「婚姻」(mariage)も、それを承認している主体が「国家」(État)であり、「正統な結合」(union légitime)と位置づけられているといえよう⁴。この点だけを見れば、フランスの「婚姻」と日本の「法律上の婚姻」は、同じ特徴を有しているように思われる。しかしながら、「婚姻」の正統性を「国

⁴ 今日のフランスでは、もはや嫡出子(enfant légitime)と自然子(enfant naturel)の区別が存在しないため、婚姻も“union légitime”(正統な結合)ではなくなったと考える余地があるが、この点の考察は本稿第1部第2章において行う。なお、“légitime”という言葉は、法や衡平などに合致する(よって正しい)という趣旨(*Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2008)であるため、日本語の「正統」とはニュアンスが異なる。

家」が付与するという前提は、フランスでは決して自明のものではなかった。過去何世紀にも亘って、「婚姻」を承認する主体は「カトリック教会」（Église catholique）であったからである。このカトリック教会による婚姻支配を経験していたか否かは、日仏の「国家が承認した」ということに見出す意味の相違につながっているように思われる。

第1節 フランス：承認主体としての教会と国家

フランスにおいて、国家が婚姻の承認主体となるためには、従来カトリック教会が絶大な影響を与えてきた婚姻を「世俗化」（laïcisation, sécularisation）するという多大な努力が必要であった⁵。この結果として作り出されたのが、国家が主体となって承認する「民事上の婚姻」（mariage civil）である。これに対して、国家以外の宗教権力が承認する婚姻を一般に「宗教上の婚姻」（mariage religieux）と言うが、本稿では、その中でも、歴史的にフランスで絶大な影響力をもった宗教、すなわちカトリックに着目し、カトリック教会が承認した婚姻を「カノン法上の婚姻」（mariage canonique）と呼ぶことにしたい⁶。この「宗教上

⁵ こういったフランスにおける婚姻の歴史の概要については、Romuald Szymkiewicz, *Histoire du droit français de la famille*, Dalloz, 1995 ; Jean Imbert, *Histoire du droit privé*, PUF, 1996 ; Anne Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996 ; Jean Bart, *Histoire du droit privé*, Montchrestien, 1998 ; Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit de la famille*, ellipses, 2002 ; Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, v. Mariage ; Laurent Pfister, *Introduction historique au droit privé*, PUF, 2004 ; Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010参照。

⁶ カノン法とは、カトリック教会により形成された法のこと（のみ）を指すのに対し、教会法と言え、プロテスタント教会によるものを包含することになる。歴史的に、カトリックが主たる宗教であり続けてきたフランスを検討対象とする本稿では、「教会法」ではなく「カノン法」を扱うことにする。カノン法については、Adhémar Esmein, *Le mariage en droit canonique*, tome 1, 2^e éd., Recueil Sirey, 1929, tome 2, 1935 ; Jean Gaudemet, *Le droit canonique*, Cerf, 1989 ; Alain Sériaux, *Droit canonique*, PUF, 1996. また、日本人に向けた教会法概説として、

の婚姻」、その代表たる「カノン法上の婚姻」は、「民事上の婚姻」が確立した後も消滅したわけではなく、今日のフランスにおいても「民事上の婚姻」と並立して存在しているものである。

では、国家が承認する「民事上の婚姻」は、カトリック教会が承認する「カノン法上の婚姻」と比べて、どのような点が異なり、どのような特徴を有するのであろうか。この点を理解するために、まず、「カノン法上の婚姻」がどのようなものであるかを確認する（第1款）。そのうえで、その「世俗化」の努力の結果が「民事上の婚姻」にどのように現れているかを検討する（第2款）。

第1款 カノン法上の婚姻：カトリック教会が承認した結合

以下で「カノン法上の婚姻」を概観する前に、カトリックの文化やカノン法に通じていない我々の場合、基本事項を確認しておく必要がある。そもそも、「カノン法上の婚姻」の承認主体である「カトリック教会」とは一体何か。カトリック教会は、世俗の国家とは異なる目的をもった主体である⁷。すなわち、目に見えないキリストの救いの業を、見える形で続けていくことによって、神と人々とを結びつけ、聖化し、来世において永遠の幸福を得ることができるようになる（人々を救済する）ことを目的とする。この目的のために、キリストによって作られたとされる、カトリック教会とは、ローマ教皇を頂点とした独自の階級・体系を有する聖職者の組織⁸と信者を総称する信仰共同体である⁹。このカトリック

ホセ・ヨンバルト『教会法とは何だろうか』（成文堂、1997年）。なお、カノン法とは異なるプロテスタント教会法の生成については、藤田貴宏「カノン法と教会法—プロテスタント教会法学の生成—」獨協法学73号（2007年）190頁参照。

⁷ カトリック教会と世俗国家との違いについて、差し当たり、ホセ・ヨンバルト「教会法と国家法—教会法の国際性を中心にした入門的な考察—」上智法学論集24巻特別号（1980年）191頁。

⁸ 当初から体系立っていたわけではない。グレゴリウスの改革（11世紀中葉から12世紀初頭）により、教皇首位権が確立され、権力の中央集権化がなされた。教会組織の詳細については、Jean Gaudemet, *op.cit.*, p.63 et s. 参照。

⁹ なお、フランスには、フランス・カトリック教会（Église gallicane）があり、

教会は、聖書の教えに加え、司教が決めた規則・公会議での決定・ローマ教皇の教令等（広義のカノン法¹⁰）によって、聖職者および信徒に一定の規律を課すことになる。このようにして形成されたカノン法において示されている婚姻を、本稿では「カノン法上の婚姻」とする¹¹。

以上を前提としたとしても、カノン法は、単なる1宗教団体内部の規律にすぎず、法学上扱うに足りないのではないと思われるかもしれない。しかし、歴史的に見れば、カトリック教会の影響力はとても「1宗教団体」との評価に当てはまるものではない。特に、フランスでのカトリックの影響は看過しがたいものがある。その影響力が強まったのは、ローマ帝国が崩壊し、世俗権力が衰退する一方で、フランス地域内部でカトリック信徒が増加するようになった頃からである。その後、12世紀から15世紀にかけて、教会組織が整備され、カノン法学が発達して、カトリック教会が婚姻を独占的に支配した¹²。カノン法が発達させた法技術や法解釈は、婚姻の分野にとどまらず、その後の世俗法にも大きな影響を与えている。「もしキリスト教がなければ、現代の法学と法哲学は、

ローマ教皇庁からの独立性が高い（世俗君主との距離が近い）という特殊な伝統がある。

¹⁰ これに対して、狭義のカノン法とは、カノン法典などの実定法のみを指す（聖書などの神法を含まない）。

¹¹ 「カノン法上の婚姻」は、ローマ法やゲルマン諸部族法の影響を受けるなど、時代によって変化しており、たとえば15世紀の「カノン法上の婚姻」と、今日の「カノン法上の婚姻」は同一とはいえない。本稿では、時代が変化しても変わらない部分を「カノン法上の婚姻」と捉えることに努め、時代によって違いが見られる部分についてはその旨を明示するようにした。なお、本稿の目的は厳密なカノン法研究ではなく、「民事上の婚姻」との対比のために、その要素を把握しようとするものにすぎない。よって、本稿での「カノン法上の婚姻」に関する記述は、ラテン語で書かれたカノン法の原典に基づくものではなく、フランス語で書かれたカノン法の教科書・論文や、カノン法に関する先行邦語業績に基づくものである点もお断りしておきたい。

¹² とはいえ、この時代においても、婚姻の財産の効果については世俗法の管轄であった点には注意を要する。つまり、夫婦財産制や相続制度は、世俗法によって規律されていたのである（Adhémar Esmein, *op.cit.*, tome 1, p33-34, p.38-39, p.65ほか）。

けっして同じ内容のものではなかったであろう¹³と言えるほど、カノン法は法として成熟したものであった。よって、「カノン法上の婚姻」は、法学論文で扱うに足る対象であるところか、婚姻を法学的に検討する場合には避けては通れない対象である。

これらを踏まえたうえで、本題に入ろう。「カノン法上の婚姻」の最大の特徴は、婚姻を「秘跡」(sacrement, *sacramentum*)の1つとする点である¹⁴。秘跡とは、イエス・キリスト自身が定めたものであるとされ、神の恩恵を示すとともに、それを与えるしるしである。見えない恵み、すなわち神の恩恵(「秘」)が与えられるが、その方法は目に見える形(「跡」)で行われるという意味で、「秘跡」と訳されている¹⁵。婚姻が7つある秘跡(洗礼、聖体、婚姻、叙階、堅信、告解、病者の塗油)の1つであることは、1983年に公布された新カノン法典(以下、これを「現行カノン法典」とする)¹⁶ Canon 1055 (1055条という趣旨、以下、Canonで表記する)においても、表明されている。

婚姻を秘跡とすることによって、婚姻事項に対するカトリック教会の管轄権を正当化することが可能になる。つまり、今日においても、フランスでは、婚姻によって秘跡を授けられたいと考えるカップルは、「民事上の婚姻」では足りず、「カノン法上の婚姻」をしなければならない。こういったカトリック教会による婚姻管轄のあり方について、第1項で考察する。続いて、秘跡の1つであるところの婚姻とは、カノン法上、

¹³ ホセ・ヨンバルト「宗教と法—キリスト教のパースペクティブから—」法哲学年報2002年17頁。

¹⁴ カノン法学においても、婚姻がもつ「契約」性については古くから指摘されているが、「秘跡」の要素を否定する見解はカトリックでは見られない。これに対し、プロテスタントは、婚姻を「秘跡」と性質決定することを拒絶する。

¹⁵ ヨンバルト・前注(6)34頁。

¹⁶ 1917年に旧教会法典が公布されたが、1983年の新教会法典の発効によって、旧教会法典は廃止されたため、現行カノン法典は1983年のものとなる。この現行カノン法典については、日本カトリック司教協議会教会行政法制委員会訳『カトリック新教会法典』(有斐閣、1992年)を参照した。本稿で同法典の条文を引用する場合は、本書の訳に拠る。

一体どのようなものとして位置づけられているのか。「カノン法上の婚姻」の定義を第2項において確認する。

第1項 カトリック教会による管轄

カトリック教会は、一方で、「カノン法上の婚姻」の成立に関与することによって、「カノン法上の婚姻」を管轄する（1）。他方で、一度成立した「カノン法上の婚姻」の有効性を判断するのが教会裁判所であり、その判断の根拠となるのがカノン法であることも、カトリック教会による管轄という観点からは重要である（2）。

1 教会での挙式

今日の我々は、「カノン法上の婚姻」を成立させるためには、カトリックの教会において司祭の前で挙式を行う必要があるのだろうと考えやすいのではないだろうか。しかしながら、教会での挙式が厳格に求められるようになったのは、カノン法の長い歴史からすれば、比較的新しい時期のことである。「カノン法上の婚姻」を成立させるにあたって、一番本質的な要素は、当事者による婚姻に対する同意（*consentement*）の交換である¹⁷ため、挙式の事実はずしも必要とはされていなかったのである¹⁸。

¹⁷ 現行カノン法典においても、「（1）婚姻は、法律上能力を有する者の間で適法に表示された当事者の合意（*consensus*）によって成立する」（Canon 1057）と規定されている。ところで、当事者の婚姻に対する同意によって婚姻が成立するとしたのは、カノン法に特殊なことではなく、ローマ法もまたそうであった（Marie-Hélène Renaut, *op.cit.*, p.22-23 ; Laurent Pfister, *op.cit.*, p.11, etc.）。ただし、カノン法では、夫婦となる際の当事者の最初の同意が終局的に婚姻を形成するとした点に特徴がある。従って、婚姻の期間中に、夫婦の一方が婚姻継続に対する意思をもたなくなり、婚姻に対する同意が崩れた場合であっても、婚姻は存続することになる（Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *La famille*, 2^e éd., Defrénois, 2006, p.58）。

¹⁸ Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *op.cit.*, p.122-123 ; Adhémar Esmein,

この状況を変化させ、「カノン法上の婚姻」の成立に、教会での挙式という手続的要件を課したのは、トレント公会議（1545年～1563年）においてであった（1563年のタメットシの教令）。すなわち、婚姻前の婚姻公示（予告）、婚約者の一方の住む小教区の主任司祭の前での挙式、2名ないし3名（最低2名）の証人の出席、新郎新婦の署名が必要とされた¹⁹。これらが伴わない場合、当該婚姻は無効となる。挙式が行われた旨は、教会の教区簿冊に記録されることになった²⁰。

教会での挙式は、あくまでも、当事者による同意の交換が行われたことを、司祭や、証人や、列席者らが見届けるためのものであり、「カノン法上の婚姻」の成立にとっての一番重要な要素が、当事者による婚姻に対する同意の交換であるという前提自体は変わっていない²¹。司祭が教会での挙式において、「カノン法上の婚姻」を成立させるわけではないのである。

では、なぜ挙式が求められるようになったのだろうか。このような形式的要件が課されることになったのは、「内密の婚姻」（*marriage clandestin*）に対抗し、婚姻の公示性を担保して夫婦の婚姻に対する同意の証明を容易にするためであった²²。「内密の婚姻」とは、両親からの

op.cit., tome 1, p.198 et s. etc.. なお、1215年の第4回ラテラノ公会議において、婚姻成立の手続に関する布告が出されたが、これに対する違反は、婚姻を無効にするものではなかった。

¹⁹ 今日でも、この形式的要件は（細部に変化が見られるが）基本的には同じである。現行カノン法典は、Canon 1063～1072に挙式前に行われるべき事柄を、Canon 1108～1123に挙式の方式を定めている。

²⁰ それ以前は、一般的に、婚姻の登録は行われていなかった。なお、この記録は、1579年のプロワの王令により、年に一度、王立裁判所の書記課に提出することが司祭に義務づけられた（Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *op.cit.*, p.35, p.125）。婚姻の形式と登録に、世俗権力が利害を有していたことが、ここからも感じられるといえよう。

²¹ この点を指摘するものとして、Thierry Revet, *De l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage* (articles 199 et 200 du Code pénal), *JCP G*, I, 3309 ; Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *op.cit.*, p.124.

²² Marie-Hélène Renaut, *op.cit.*, p.26 ; Anne Lefebvre-Teillard, *op.cit.*, p.169ほか多数がこのように説明する。

同意も得ず、立会人も婚約の公表もなしにただ当人同士で相互に同意を与えるだけで結ばれた婚姻のことであり、絶対王政へと転換していく16世紀に、このような婚姻に対する否定的な評価が高まっていた。とりわけ、フランス王フランソワ1世は、「内密の婚姻」に対抗するため、前述のトレント公会議において、両親の同意を婚姻成立の要件とすることを強く主張していた。というのも、周囲に黙って行われる「内密の婚姻」は、身分違いの者同士での婚姻を助長するものであって、身分制の維持に利害をもつ世俗絶対君主にとって不都合であったからである。だが、トレント公会議は、王の意向に反し、両親の同意を要件とはしなかった²³。あくまでも当事者の意思を重視するカトリック教会は、両親の許可のない婚姻に関して、依然としてその有効性を認めたのである。この教会と国王との利害の対立は、やがて「民事上の婚姻」を生み出すに至る。

以上のように、教会での挙式は、婚姻成立の証明手段として、絶対王政への転換という世俗社会の変化を受けて、不可欠になったものにすぎない。カトリック教会にとって重要であり続けてきたのは、婚姻無効の判断権限の方であったといえよう。

2 教会裁判所による有効性の判断

カトリック教会は、単に「カノン法上の婚姻」の成立（の儀式）を取り仕切るだけではない。一度成立した「カノン法上の婚姻」が有効であるか無効であるかを判断するのも、カトリック教会が設けた教会裁判所であり²⁴、その判断は、カノン法に基づいて下される。このことは、「民

²³ これに対し、フランソワ1世やその後の王たちは、公会議が出したタメットシの教令をフランスで承認することを拒否し、独自に一連の王令を出した。例えば、1579年のプロワの王令は、教会が出したタメットシの教令によって課された要件に加えて、挙式時に「4人」の証人の出席が必要とし、さらに両親の同意を要件とした。このため、カノン法的には完全であっても王法としては無効な婚姻が出現することになった。ここに、婚姻に対する王権の影響力の増大が表れている。

²⁴ 教会裁判所は、カトリック教徒の争いを収め、カトリックの教えを遵守さ

事上の婚姻」が確立する以前の段階に着目するならば、何が有効な婚姻なのかを判断する権限、すなわち婚姻とは何かを一般的に定義する権限がカトリック教会に存したことを意味する。カトリック教会が婚姻を支配したと言われる所以はここにある。

カノン法によれば、婚姻が無効となりうるのは、婚姻障害がある場合、および当事者の同意に瑕疵があった場合である²⁵。ただ、無効原因がある場合でも、(ローマ法のように)当該婚姻を私的に無効にできるものとはせず、教会裁判所によって無効と宣言されたもののみが無効であるとした。現行カノン法典も、「婚姻は法律の保護を受ける。したがって、疑義の存する場合には、反対の立証がなされるまで婚姻は有効であると推定される」(Canon 1060)と規定する。ただ、無効と判断された場合、その婚姻は、当初から無効なものであったことになる。一度成立した婚姻が無効判断の時点から失効するであるとか、遡及的に失効するというわけではない²⁶。

ところで、婚姻障害に該当する婚姻であっても、司祭や教皇が特別に免除を与えた場合は、当該婚姻の有効な成立が可能である(Canon 1078)。免除は実質的要件の不備に関するものであるが、他方で、手続的要件に不備があった婚姻についても、それを「有効化」して、秘跡と認めることも行っている(Canon 1156以下)。以上のような、さまざまな手法を用いて、無効な婚姻をできるだけ減らそうとするのがカトリック教会の立場である²⁷。

では、カノン法上、有効な婚姻とはどのようなものなのか。これは、婚姻の定義に関するものとして、項を改めて検討しよう。

せるという役割をもっていた司教がめいめいに解決するのを避け、安定的な判断を行うために、6世紀から12世紀にかけて発達した(Jean Gaudemet, *op.cit.*, p.97)。最高裁判機関は使徒座(教皇庁)であり、司法権と行政権は分離していない。教会の裁判組織については、Alain Sériaux, *op.cit.*, p.752 et s. 参照。

²⁵ Louis Cangardel, *Le consentement des époux au mariage : en droit civil français et en droit canonique modernes*, Recueil Sirey, 1934, p.127 et s..

²⁶ Alain Sériaux, *op.cit.*, p.834.

²⁷ この点を強調するものとして、栗生武夫『婚姻立法における二主義の抗争』(弘文堂、1928年)。

第2項 カノン法による定義

カトリック教会の婚姻に対する理解は、一貫して一義に定まっているわけではない²⁸。とはいえ、一定の要素を「カノン法上の婚姻」の特徴として抜き出すことは可能であるように思われる。すなわち、婚姻を、解消不可能な永続的結合（1）とし、かつ、それを性欲解消および生殖のための結合（2）と位置づけることによって、婚姻夫婦だけでなく独身者を含めた信徒全員の性的秩序を統制しようとするものである点に特徴がある。

1 夫婦一体・解消不能：秘跡

「カノン法上の婚姻」の定義は、次の著名な聖書の言葉に端的に示されている。「人を造りたまひしもの、始めよりこれを男と女とに造り、しかして、『かかるゆえに人は父母を離れ、その妻に合いて、二人のものと一体となるべし』と言いたまいし……されば、はや二人にはあらず、一体なり。このゆえに神の合わせたまいし者は人これを離すべからず」²⁹（マタイ福音書19:4-6、マルコ福音書10:2-10）。この言葉から、「カノン法上の婚姻」がもつ多くの原則を抽出しうる。まず、**男女二元主義**（「男」と「女」の結合）と、**モノガミー**（二者間の結合）を前提としたうえで、その二人の者（男女）が一体になるというのが「カノン法上の婚姻」の基本的なコンセプトである。したがって、重婚は禁止され、同性同士の婚姻はありえないということになる。また、父母から離れて夫婦が一体になるという点から、いわゆる**夫婦家族主義**³⁰と、**解消不能主**

²⁸ その相違・変遷については、浜口吉隆『結婚の神学と倫理』（南窓社、2010年）が丹念に分析している。

²⁹ 邦語訳は、山室軍平『山室軍平聖書注解全集18マタイ伝』（教文館、1971年）179頁による。

³⁰ 婚姻した夫婦が子どもを生むことによって形成するものが「家族」であるとする家族観。このような「家族」については、「核家族」とも「単婚家族」とも「夫婦家族（famille conjugale）」とも呼ばれる。反対概念は、「拡大家族」、「直系家族」等であり、この意味での「家族」を形成するのは家長との血縁など、

義を導くことができる。

前者の**夫婦家族主義**は、「家父長家族的な婚姻」と比較した場合の「カノン法上の婚姻」の特徴である。先に述べたように、「カノン法上の婚姻」では、婚姻の成立に家父（または両親）の同意を必要とせず、当事者の同意を重視する（これに対し、ローマ法やゲルマン諸部族法といった世俗法では、家父の同意を要するのが原則であった³¹）。また、世の中の男性優位主義を改め、妻を尊重しようとするのも「カノン法上の婚姻」の特徴であった。よって、婚姻にあたっては、妻となる者の同意も不可欠となる。同意が欠如している場合は、それは婚姻ではない。同意に瑕疵がある場合には、当該婚姻は無効となる。教会裁判所は、人についての錯誤にあたるとして、身体的次元での人違いの場合（例えば、容姿が似ていたために婚姻しようとした人と違う人をその人だと思った場合）及び民事的次元での人違いの場合（例えば、婚姻をしようとした相手が他人の名前を語っていた場合）、当該婚姻を無効と認めている³²。現行カノン法典も「（１）人に関する錯誤は婚姻を無効とする。（２）人の性状に関する錯誤は、たとえ、それが契約の原因をなすものであっても、その性状が直接かつ主として望まれない限り、婚姻を無効としない」（Canon 1097）としており、原則として「人の性状」ではなく「人」に関する錯誤でなければならない点が強調されている。加えて、詐欺や強迫による場合も無効である。現行カノン法典は、「婚姻の合意を得るためになされた詐欺によって、夫婦の共同生活に著しい攪乱をもたらす他方当事者の性状について欺かれて婚姻した者は、婚姻契約を締結しても無効である」（Canon 1098）、「暴力又は外部からの強度の恐怖のために締結された婚姻は、無効である」（Canon 1103）として、自由意思による同意を重視している。

婚姻以外の要素である。

³¹ 人見康子「婚姻同意権」青山道夫ほか編『講座家族3. 婚姻の成立』（弘文堂、1973年）80-81頁。

³² Louis Cangardel, *op.cit.*, p.127 et s..

他方で、「民事上の婚姻」と比較した場合の「カノン法上の婚姻」の大きな特徴となっているのは、**解消不能主義**である³³。この原則は、今日でも妥当し、現行カノン法典にも、「婚姻の本質的特性は、単一性及び不解消性である」（Canon 1056）、「夫婦間にはその本性上永続的かつ排他的な絆が生じる」（Canon 1134）と規定されている。ではなぜ、「カノン法上の婚姻」では、婚姻を解消できないのだろうか。前述の聖書の文言によれば、2つの可能性が考えられる。1つ目は、夫婦が一体になったからという理由であり、2つ目は、神が結び合わせたものだからという理由である。

第1の考え方によれば、夫婦が一体になっていない場合には、解消の余地がありうることになる。カトリック教会は、婚姻の本質は当事者による同意であるとしながらも、当事者夫婦の肉体的結合（夫婦の「一体化」）によって婚姻が「完成」（consommation）するとしてきた³⁴。したがって、未だに交接（性交）のない夫婦は、婚姻を解消しようと考えられることになる。1215年の第4回ラテラノ公会議は、このような考え方を採用し、婚姻に対する同意の交換が行われた後であっても、夫婦間に肉体的な結合（完成）がない場合には、当該婚姻を無効とした。

カトリック教会が夫婦の肉体的結合を重視した背景には、肉体的結合

³³ ローマ法では、婚姻は、当事者の同意が存在しなくなった場合には、解消されるものであった。ゲルマン諸部族法においても、解消不能の規定はなく、夫の意思による離婚が頻発していた。よって、カトリック教会が解消不能を唱えたとはいえ、それを実際に徹底できたわけではなかった点には注意を要する（Brigitte Basdevant-Gaudemet, *Eglise et Autorités, Etudes d'histoire de droit canonique médiéval*, Pulim, 2006, p.359 et s.）。

³⁴ このような考え方は、ゲルマン諸部族の力が大きくなった4世紀以降、同意主義をとるローマ法とは異なり、夫婦間の肉体的結合こそが婚姻成立に不可欠であるとするゲルマン民族の伝統に対処する必要性から生じてきたものである（Laurent Pfister, *op.cit.*, p.31-32）。ゲルマン民族の慣習では、婚礼後、初夜が明けると、新郎から新婦に「モルゲンガーベ（*morgengab*）」が贈られ、これによって新婦は正式な妻となるが、モルゲンガーベがなされない場合、当該婚姻は取り消しとなるとされていた。

がなされた婚姻のみが、キリストと教会との結合イメージの象徴としての秘跡になりうるという発想がある³⁵。教会は、信仰に関わるものであり、目に見えない恩恵を人々に与えるために作られた制度であるが、キリストが作ったこの制度ないし組織は可視的でもあるという点で、「秘跡」と類似しており、「原秘跡」と呼ばれることもある。従って、キリストと教会との一体的な関係性が「秘跡」である婚姻夫婦の関係性に投影されることになる。つまり、婚姻も秘跡である以上、一体でなければならないというわけである。

だが、その後、秘跡が実質的に存するのは合意の中であり、合意があるだけで婚姻はすでに解消され得ないと主張したペトルス・ロンバルドゥスの影響により、当事者間の合意が婚姻の不可欠かつ十分な要素と考えられるようになった³⁶。つまり、未だ肉体的結合がない場合であっても、婚姻に対する同意の交換がなされた場合には、当該婚姻は有効に成立していることになる。

とはいえ、「カノン法上の婚姻」における夫婦の肉体的結合の重要性が完全に失われたわけではない。現行カノン法典にも、「受洗者間の有効な婚姻がいまだ夫婦行為によって完成されていない場合には認証婚と呼ばれる。また、夫婦が人間にふさわしい方法で夫婦行為を行った場合、すなわち婚姻がその本性上目的としている、子の出生にとって適切、かつ夫婦が一体となるための行為を行った場合には、完成の認証婚と呼ばれる」(Canon 1061 §1)との規定が存在している。完成の認証婚の場合、もはや人間のいかなる権力によっても（ローマ教皇によっても）解消され得ない (Canon 1141)。また、「一体になれない者」、すなわち去勢者や勃起不全などの交接不能者（生殖不能者ではない）は、現行カノン法典上も有効に婚姻しえないと規定されている (Canon 1084)³⁷。「一体」

³⁵ 聖パウロは、教会をキリストの体 (*corpus Christi*) であると述べている (コリント人への第1の手紙12:27)。また、エペソ書では、「キリストは自らの体の救主にして教会の首なるとく、夫は妻の首」であるとしている (5-23)。

³⁶ 議論の詳細については、赤阪俊一「教会法における結婚」埼玉学園大学紀要 (人文学部篇) 8号 (2008年) 46頁以下。

³⁷ 「婚姻前からの、かつ永久的な交接不能は、それが男の側であれ女の側であれ、また絶対的不能であれ相対的不能であれ、婚姻の本性上、その婚姻を無効

という発想がいかに重視されているかが分かる。

これに対し、第2の考え方によれば、婚姻は神が結び合わせたものであるために、人間が解消することはできないということになる。人間が婚姻を解消することはできないのであるから、カノン法においては、「離婚」は存在しえないということになる。ただ、婚姻関係を維持したまま「別居」することが認められるのみである。この場合、同居義務や夫婦としての義務はなくなるが、婚姻関係は続いているため、再婚は不可能である。別居が正式に認められたのも、1215年の第4回ラテラノ公会議以降のことである。別居原因としては、姦通、異端・背教、暴力などが認められており³⁸、配偶者の一方が修道者・聖職者になるために別居することも可能である³⁹。

とはいえ、解消不能原則にも例外がないわけではない。死亡の場合に婚姻が解消されるのは当然として、それ以外にも、夫婦の一方が他の宗教・宗派に改宗した場合に解消される（現行カノン法典 Canon 1143以下がこの点を規定する）。「カノン法上の婚姻」が「カトリックにとっての神」によって結び合わされたものであることからくる限界である⁴⁰。

ところで、この婚姻の解消不能原則は、確かに、その秘跡という性格から導かれる⁴¹ものであるが、一方で、信徒一般の性的関係を規律しよ

にする」(Canon 1084 §1)。この裁判が実際にどのように行われてきたかについては、ピエール・ダルモン（著）辻由美（訳）『性的不能者裁判：男の性の知られざる歴史ドラマ』（新評論、1990年）に詳しい。

³⁸ 姦通による別居については、現行カノン法典 Canon 1152が詳しい規定を置いている。また、Canon 1153は、「(1) 夫婦の一方が相手方若しくは子供に対して、その精神又は身体の重大な危険を生じさせた場合、又はその他の仕方で共同生活を著しく耐えがたいものにした場合」に別居を認めている。

³⁹ Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *op.cit.*, p.144-145.

⁴⁰ 同じ理由から、カトリックの受洗者と非受洗者との婚姻は、原則として無効となるが、一定の要件を満たせば免除されうる (Canon 1086)。

⁴¹ 秘跡と非解消性との論理必然的関係を最初に唱え、理論化したのは聖アウグスティヌスである (Adhémer Esmein, *op.cit.*, Tome I, p.69)。この点に言及

うとしたカトリック教会の立場とも密接に関連しているものと思われる。このカトリック的性規範について、最後に見ていくこととしよう。

2 交接・生殖のための結合

そもそも、「カノン法上の婚姻」は、カトリック教会にとって、手放して奨励できるものではない。カトリック教会は、純潔・貞淑を美德としており、肉欲・好色は慎むべきものであるためである。例えば、新約聖書の著者の1人である聖パウロは、「人にとって女に触れないことは善いことである。しかし淫行を避けるために、男はめいめい自らの妻を持つがよい、女はめいめい自らの夫を持つがよい」（コリント人への第1の手紙7-1/7-2）、「もし自制できないならば、婚姻せよ。心が燃えるよりは婚姻の方がよいからである」（7-9）⁴²と述べ、純潔が不可能である場合にのみ婚姻を勧めている。これを参照しつつ、聖アウグスティヌスは、婚姻を善きものと位置づけるものの、「事柄それ自体を比較するならば、純潔の貞潔のほうが、婚姻の貞潔よりも、より善いことは疑いない」⁴³（『結婚の善』）とする。つまり、性欲は抑えるに超したことはなく、交わらないのが善いのであるが、「淫行」に走るくらいであれば、「婚姻」した方がいいというわけである⁴⁴。ではなぜ「婚姻」であればよいということになるのか。伝統的には、情欲の鎮和と、生殖（子の養育）という2つの意味づけが与えられてきた⁴⁵。

するものとして、福地陽子「カトリック教婚姻非解消主義の生成と発展」法と政治7巻4号（1956年）450-451頁。

⁴² 岩隈直（訳注）『新約聖書7 コリント人への手紙（上）』（山本書店、1980年）49・51頁の訳を参考にした。

⁴³ 岡野昌雄（訳）『アウグスティヌス著作集7 マニ教駁論集』（教文館、1979年）270頁。聖アウグスティヌスは、そのうえで、貞潔（*fides*）、生殖（*proles*）、秘跡（*sacramentum*）を婚姻の三大善とした。

⁴⁴ よって、聖なる職階に叙せられた者（Canon 1087）、貞潔の公的終生誓願によって修道会に結ばれている者（Canon 1088）は、婚姻しえない。

⁴⁵ Adhémar Esmein, *op.cit.*, tome 1, p.91 et s.

第1の「情欲の鎮和」というのは、夫婦間において性欲が解消されるために、淫行が回避されるという婚姻の機能のことを意味する。逆に言えば、夫婦間の交わりによって性欲が解消されなければならないため、「夫婦の義務（*debitum conjugale*）」として、夫婦に、**交接義務**が課されることになる。これは夫婦の本質的な義務とされ、夫婦はともに、相手が求めればこれに応じなければならないと考えられていた。

今日では、「情欲の鎮和」は、婚姻の目的や機能として語られなくなってきている。「夫婦の義務」も、その義務性は薄れ、現行カノン法典では「一定の性的協力」という表現にとどまっている⁴⁶。一方で、夫婦間の扶助協力であるとか、愛といった性以外的人格的側面の重要性が強調されるようになってきた。そもそも、聖アウグスティヌスも、婚姻が「善であるのは、単に子を産むためばかりでなく、異なった性における本性的な共同そのもののため」⁴⁷と述べて、高齢者の婚姻を肯定していた。婚姻のこういった機能は、生殖を婚姻の「第一目的」とすることをやめた現行カノン法典では、「夫婦の善益」として掲げられるに至っている（Canon 1055）。とはいえ、先に見たように、婚姻の成立における夫婦の「一体化」の重要性は低下しておらず、依然として、カノン法にとって、夫婦間の性的関係は無視し得ないものといえよう。

第2の意味づけによれば、神によって課された「生殖」という機能を果たすものとして、婚姻は善きものとなる。聖アウグスティヌスは、女性を子どもを産むためだけに創造されたものと位置づけ、子孫を生み出して地を満たすことが人間の務めであるとする⁴⁸。この考え方は、基本的には今日まで維持されている⁴⁹。この目的に沿わないと考えられる結

⁴⁶ 「（1）婚姻の合意が存立し得るためには、婚姻契約当事者が婚姻が一定の性的協力によって子を出生するために定められた男女間の永続的結合であることについて、少なくとも不知でないことを要する。」（Canon 1096）

⁴⁷ 岡野・前注（43）234頁。

⁴⁸ 『創世記逐語注解』、『神の国』などにおいて示されている。

⁴⁹ 現行カノン法典 Canon 1055も、婚姻の誓約が「子の出産及び教育に向けられている」旨を規定する。ただ、旧カノン法典が婚姻の「第一の目的」として「子どもの出産と育成」を挙げていたことに比べると、その位置づけは変化してい

合が「婚姻」となることを避けるため、カノン法はいくつかの婚姻障害を設けてきた。たとえば、男子14歳、女子12歳までは婚姻しえないとされていたのも、(ローマ法を引き継いだものとはいえ)それ以下の年齢では一般的に精通・初潮を迎えておらず、生殖しえないからと説明することができよう(なお、今日では、男子16歳、女子14歳〔Canon 1083 §1〕に婚姻可能年齢が引き上げられている)。婚姻が男女のものでなければならない(同性同士の結合は婚姻ではない)のも、生殖の観点から説明できる。他方で、カノン法上の近親婚禁止の範囲が複雑で、伝統的に広範なものであった⁵⁰のは、果たして生殖の観点のみから説明できるのか、難しいところがある。近親間交接による遺伝的な問題を避けるだけであれば、これほど広いものにしないでよいはずだからである。時代による変化も顕著に見られることから、中世に強固になった「系族(lignage)」への対抗、すなわち「領主相互間の政策的婚姻に対する教会側の政治的な対応」⁵¹の要素も多分に含まれていたと見るのが妥当であろう。

ところで、夫婦には、生殖だけでなく、生まれた子どもの養育義務が課される。子どもを「養う」という仕事は夫婦の最も本質的な要素であった。このように、カトリック教会が両親(父母)に子どもの養育を課し

る(浜口・前注〔28〕230頁以下がこの点を強調する)。

⁵⁰ カノン法上では、「自然的血族関係」、「法的血族関係」、「姻族関係」、そして「精神的血族関係(教父子関係)」が、「近親者間」婚姻禁止の際に考慮に入れられていた。そのうえで、10～12世紀頃には、自然的血族間と姻族間について、ゲルマン式計算で7親等(ローマ式計算にするとほぼ14親等に相当)まで婚姻を禁じていた。これは広範に過ぎたため、1215年、第4回ラテラノ公会議は、父系血族関係と合法的姻族関係による婚姻障害を4親等まで、また非合法的姻族関係による婚姻障害を2親等までに制限した。今日では、直系血族について尊属卑属間、傍系血族について4親等までの血族間(Canon 1091)、直系姻族間(Canon 1092)、養子縁組の場合について、直系親族又は傍系2親等の親族間(Canon 1094)が婚姻障害となっている。ジェラルド・ドゥリール(著)三吉野滋樹(訳)「ヨーロッパの婚姻システム－互酬性の「長期」の回路と「短期」の回路」落合恵美子ほか編『歴史人口学と比較家族史』(早稲田大学出版部、2009年)260頁。

⁵¹ 佐藤篤士「親等計算方法の系譜」青山道夫ほか『講座家族 6. 家族・親族・同族』(弘文堂、1974年)121頁。

たのは、彼らにとって、子どもの真の父親は神だからである⁵²。すべての子どもに対して良き親となるためには、これらの子どもたちを神からの預かり物と考える必要があったのだ。子育てに対する両親の責任は、時代とともにより一層強く自覚されるようになっていった。現行カノン法典にも、「両親及び両親に代わる者は、自己の子女を教育する義務及び権利を有する」（Canon 793）、「両親は、子の身体的・社会的・文化的教育及び道徳的・宗教的教育について最善を尽くして配慮する最も重い義務を有し、第一義的な権利を有する」（Canon 1136）などの規定が存在する。権利よりも義務が先に来ている点が注目されよう。

以上のようなカトリック教会の婚姻理解には、無理があるように思われるところも多い。男女間の性交を悪であるとしながら、一方で、婚姻は性交がなければ完全には成立せず、また、夫婦には生殖（子育て）と相手の性的求めに応じることが期待されている。この婚姻は、純潔を維持できそうにない場合のやむをえないものであるが、まさにその性的交わりによって可能となる生殖は、善きものと位置づけられる。さらには、この婚姻は、神の恵みのしるし（秘跡）であり、夫婦が「一体化」することによって人間の手では解消しえないものとなる。こういった「カノン法上の婚姻」概念は、その時々々の社会の状況に応じて、性的関係の乱れから生じる不幸な事態を何とか解決しようとして唱えられたのであろうと考えると、どれも説明がつくように思われる。つまり、性欲を抑えることができるなら、強姦や望まない妊娠といった事態を防ぐことができる点で望ましい。性的な関係を結ぶのであれば、一対の男女の間だけで合意のうえで結ぶべきであり、一度関係を結んだのであれば、他の人とは一切性的関係をもたないようにするべきである。夫婦の間に生まれた子どもは、夫婦で養育すべきである、といった規範を課したかったのであろう。これらを神の観点、そしてキリストや聖書等の言葉から正当化しなければならないために、前記のような説明の仕方になったのだと

⁵² Jean-Louis Flandrin, *Familles: parenté, maison, sexualité dans l'ancienne société*, Seuil, 1984, 日本語訳版として、森田伸子・小林亜子訳『フランスの家族 アンシャン・レジーム下の親族・家・性』（勁草書房、1993年）260頁。

思われる。

＊

本款では、カトリック教会が承認する婚姻、すなわち「カノン法上の婚姻」について概観した。その特徴は、婚姻を「秘跡」と性質づけること、すなわち神の恩恵が目に見える形で現れたものとして位置づけることにある。これによって、カトリック教会による婚姻管轄が可能となり、何が婚姻かを決定することができる。

では、カトリック教会にとって、どのようなものが婚姻なのだろうか。それは、一对の男女が合意により、神によって結びあわされて一体になることであり、もはや解消することができないものである。この「婚姻」は、純潔でいることを通すことができない場合の手段であって、性関係が許容される代わりに、生殖と子の養育のためのものでなければならない。よって、カトリック教会が婚姻に付与している「正統性」とは、神が結び合わせた結合としての正統性、性的関係をもってよい結合としての正統性、子どもを産み育てるのにふさわしい結合としての正統性を意味すると考えてよいのではないかと思われる。こういった正統性は、カトリック教会の建前に従えば、カトリック教会が主体となって与えているものではない。当事者の同意を基礎として神が与えた正統性を、カトリック教会が見届けている・確認しているだけだということになる。

第2款 民事上の婚姻：国家が承認した結合

前款で扱ったカトリック教会による「カノン法上の婚姻」に対し、世俗権力⁵³によって規律される婚姻を、フランスでは「民事上の婚姻」

⁵³ その厳密な政治体制は問われない。フランスでは、共和制、帝政などと国家の体制が変化したのが、「民事上の婚姻」との位置づけがそれによって変わることはなかった。教会との関係にも左右されず、コンコルダートが締結されていた時期も、政教分離が徹底されるようになった時期も、国家が管轄する婚姻は「民事上の婚姻」である。

(mariage civil) と呼ぶ⁵⁴。したがって、「民事上の婚姻」は、何も近代以後のものに限られるわけではない⁵⁵が、一般的には、「世俗化された婚姻」として、教会から特権を奪ったフランス革命以後⁵⁶、ナポレオン民法典⁵⁷に表れた婚姻の基本枠組みのことを指すと言ってよいだろう。本稿でも、ナポレオン民法典上の婚姻を「民事上の婚姻」の検討の中心としつつ、適宜、革命期法（1792年法）や、度重なる改正を経た今日のフランス民法典を参照することとしたい。

⁵⁴ 「民事上の婚姻」は、フランス以外の国にも存在するが、本稿では、フランスにおける「民事上の婚姻」のみを対象とする。他国の「民事上の婚姻」については、Éric Agostini, *État laïque et mariage chrétien en Droit comparé*, in *Mariage civil et mariage canonique*, Téqui, 1985, p.149.

⁵⁵ 「婚姻の世俗化」の傾向は、宗教改革の影響を受けて16世紀頃から見られていた。婚姻の世俗化の経緯については、前注（5）に加え、Laurent Leveneur, *La famille*, 7^e éd., Montchrestien, 1995; Jean Carbonnier, *Droit civil*, tome 1, PUF, 2004; François Terré et Dominique Fenouillet, *Les personnes La famille Les incapacités*, 7^e éd., Dalloz, 2005 ; Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *op.cit.*, 等の家族法教科書における法史部分参照。

⁵⁶ 旧体制（アンシャン・レژیーム）を転換しようとするフランス革命の精神は、旧体制の特権階級であった聖職者にも及び、教会財産を没収したり、司教区を再編したりして、カトリック教会を弱体化させた。革命期の対教会措置については、稲本洋之助『フランスの家族法』（東京大学出版会、1985年）317～318頁、G. デンツラー編著・相沢好則監訳『教会と国家』（新教出版社、1985年）149頁以下など。

⁵⁷ フランス民法典の正式名称は、皇帝ナポレオンの退位、王政復古、第二共和政等の紆余曲折の中でたびたび変更されている（石井三記「序 フランス民法典の運命」石井三記編『コード・シヴィルの200年』（創文社、2007年）8頁以下）。本稿では、そのような名称変更とは関係なく、ナポレオンの主導によって1804年に制定された民法典を指して、これを「ナポレオン民法典」と呼ぶことにする。「ナポレオン民法典」の条文については、Jean-Denis Bredin (éd.), *Code civil des français 1804*, Dalloz, 2004を参照し、その訳文については、稲本洋之助編訳『フランス民法典 第一篇』（増補版、東京大学社会科学研究所「家」制度研究会、1972年）、及び法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典－家族・相続関係－』（法曹会、1978年）を参考にした。

では、「カノン法上の婚姻」と比較した場合、「民事上の婚姻」の特徴はどこにあるのか。「民事上の婚姻」にとって最重要なのは、婚姻を「カトリック教会」ではなく、「国家」が管轄することそれ自体である（第1項）。よって、国家法が婚姻を規定するのであるが、その内容、つまり、「何が婚姻か」という次元においては、「カノン法上の婚姻」の影響が完全に排除されたわけではなく、両者の婚姻概念には共通点も多い（第2項）。

第1項 世俗国家による管轄

国家がまず着手したのは、身分登録簿の世俗化である。1791年憲法第2篇第7条は、「立法権は、出生、婚姻および死亡が認定される方法を、すべての住民に対して差別なしに定める。立法権は、それらの証書を受理し、かつ、保存する公の吏員を指名する」とした。1792年9月20日法がこれを実施し、市町村に身分吏を置いて、民事身分の身分登録簿を扱わせることとした⁵⁸。これにより、個人の信仰にかかわらず、すべてのフランス人を平等に扱うことが可能となった⁵⁹。こういった民事身分の管理手法は、基本的にナポレオン民法典にも引き継がれた⁶⁰が、管轄の面から見て1792年法と大きく異なるのは、その成立と解消に（カトリック教会のように）国家が介入する点である。すなわち、挙式（1）と、解消可否の判断（2）を国家機関が行うのである。

1 役所での挙式

⁵⁸ Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *op.cit.* p.36 et s..

⁵⁹ ジャン・ルイ・アルベラン「コード・シヴィルの200年」石井三記編『コード・シヴィルの200年』前注（57）125頁がこの点を指摘する。

⁶⁰ ただし、ナポレオン民法典では、身分登録簿は、小審裁判官によって番号および花押を付される。通常、出生登録簿、婚姻登録簿、死亡登録簿の3つが備えられるが、市町村では、それらを合体した1個の登録簿をおくだけでもよい。それぞれの身分登録簿は、2部つくられ、1部は市町村文書部に、他の1部は大審裁判所書記課に寄託され、そのいずれもが原本とされる。稲本洋之助編訳・前注（57）12頁（稲本洋之助）。

ナポレオン民法典は、婚姻の成立には挙式が必要であるとし、その儀式を、国家が挙行することにした。すなわち、婚姻当事者（の一方）がその住所を有する市町村庁舎を式場として（第74条、第166条等）、国家の役人である身分吏（市町村長）を挙式の主宰者とした（第63条等）。その挙式の方法も、国家が民法典上で細かく定めているのであるが、その内容は教会での挙式を彷彿とさせるものである。

まず、婚姻の挙式の前の日曜日に、挙式が行われる旨の公示が、8日の間隔をおいて2度にわたって、当事者（のそれぞれ）が住所を有する市町村庁舎の門戸に掲げられなければならない（第63条、64条、166条）。公示される内容は、将来の夫婦の氏名、職業および住所、成年か未成年か、当事者の父母の氏名・職業・住所である（第63条）。公示は、当事者に婚姻障害がないことを確認するためのものであり、婚姻障害申立制度（第173～175条）に連動したものである。この公示の方法は、その後段階的に緩和され、2011年現在では、公示は1回・10日間であり⁶¹。

⁶¹ 他方、2003年11月26日の法律によって加えられた手続的要件として、聴聞（audition）がある。身分吏は、婚姻しようとする当事者双方を立ち会わせての聴聞の後でなければ、公示や挙式手続を進めることができない（現63条）。とはいえ、事前に提出された書類から、婚姻の同意の真実性に疑いがない場合には、当該手続を履む必要はない（同条）。反対に、同意の真実性に疑いがある場合は、身分吏は、検事に問題を提起することができる（現175-1条）。検事は、その提起から15日以内に、婚姻手続をそのまま進めるか、証人尋問の結果が出るまでの間、挙式を猶予するかを決定しなければならない（現175-2条）。この猶予期間は、1ヶ月を超過してはならないが、1回まで更新されうる。最終的に、当該婚姻に異議申立を行うことが決定された場合は、その後は146条および180条の異議申立の手続にのることになる。

この手続が導入された背景には、移民の増加がある。外国籍をもつ者が、フランス国籍や滞在許可証を取得する目的だけでフランス人と婚姻をするという偽装的婚姻への対策が必要になった一方、フランスへの移民を望む親など家族からの圧力によって強制的にフランス人と婚姻させられるという強制的婚姻への対策が求められたのである。強制的婚姻については、Gérard Neyrand, Abdelhafid Hammouche, Sahra Mekboul, *Les mariages forcés: Confrits culturels et réponses sociaux*, La Découverte, 2008参照。

続いて、挙式が行われる。挙式は、公示期間の満了から1年以内に（第65条）、夫婦（の一方）がその住所を有する市町村庁舎において（第74条、75条）、身分吏の面前で、公開で行われなければならない（第165条）。4人の証人の立会いのもとで行われ⁶²、身分吏は、当事者にその身分および婚姻の方式に関する書類（出生証書、公示証書など）および「夫婦のそれぞれの権利および義務」に関する「婚姻」の章第6節を読み上げる（第75条）。身分吏は、それぞれの当事者から順次に、それらの者がたがいに夫および妻となることを欲する旨の申述を受理する。身分吏は、法律の名において、それらの者が婚姻によって結合されることを宣言する。身分吏は、その場でその証書を作成する（第75条）⁶³。この一連の挙式の流れは、細部の改正はあるものの、基本的に、今日の民法典でも維持されている。

以上の一連の挙式のあり方が「カノン法の諸規律の稚拙な模倣」⁶⁴に過ぎないことは明らかである。しかし、この婚姻成立の手続的要件を欠いた場合の制裁は、カノン法よりもはるかに厳しい。

第1に、いかなる者も、身分登録簿に登録された婚姻証書を提出しない場合には、婚姻を証明することができない。つまり、夫婦であるということ、および婚姻の民事的効果を主張することができない（第194条）⁶⁵。（これに対し、カノン法では、あくまでも当事者の合意によって

⁶² 1897年12月7日の法律によって、女子も証人になることが可能となった（第37条）。第二次世界大戦期には、ヴィシー政権下の1942年9月22日の法律によって、挙式に立ち会う証人が4人から2人に減らされたが、1966年6月9日の法律によって、4人に改められた（第75条1項）。Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2001, p.212 et s.

⁶³ 婚姻証書には、当事者、その父母、証人に関する事項が記載されるほか、婚姻する旨の申述および身分吏による宣言、夫婦財産契約に関する申述なども記載される（第76条）。

⁶⁴ Claire Le Tertre, *La religion et le droit civil du mariage*, Defrénois, 2004, p.45.

⁶⁵ 1953年9月26日のデクレおよび1954年5月17日のデクレにより、婚姻挙式の際に、夫婦に「家族手帳」（livret de famille）が交付されることになった。そこには、婚姻証書の抄本のほか、家族構成員（当該夫婦と子）に関する出生証

成立するものが婚姻であるというのが前提であり、16世紀に至って登録簿が使われるようになったにすぎない。）民法典がこのような取扱いにしたことにより、「婚姻の世俗化」がより盤石なものとなっている。つまり、いくら教会での挙式を経ているとしても⁶⁶、国家による一連の婚姻成立手続を履み、国家が発行した婚姻証書を提示しなければ、民事上、婚姻関係の存在を主張することが不可能な構造となっている⁶⁷。

第2に、公示を欠くときは、身分吏は、挙式を行うことができず（第192条）、また、婚姻障害の申立があった場合、身分吏は、申立が判決によって撤回されるまで挙式を行うことができない（第68条）。これに違反する場合には、政府委員によって、身分吏に対して300フラン以下の罰金および損害賠償が、締結当事者またはそれらの者がその権力のもとで行為した者に対してはその資産に比例した罰金が言い渡される（第192条）。

第3に、挙式の公開原則に違反した場合、絶対的無効事由となる（第191条）。つまり、「内密の婚姻」を制裁しているのであって、絶対王政時代に国王が示した態度と共通しているのが興味深い。世俗国家にとっての婚姻、すなわち「民事上の婚姻」が、婚姻を2人だけのものにはしえないこと、周囲の者にも利害があると考えられていることが、この点からも推測できるのである。

2 世俗裁判所による解消可否の判断

革命以前から、フランスでは、財産関係（夫婦財産関係・相続）については世俗裁判所の管轄であったが、婚姻の成否に関わる問題（無効や

書および死亡証書の抄本が載せられる。

⁶⁶ 「宗教上の婚姻」に対する「民事上の婚姻」の優位性を確保するため、1810年の刑法典第199条および200条は、「民事上の婚姻」よりも先に「宗教上の婚姻」を挙行した場合の制裁を規定した(Thierry Revet, *op.cit.*)。同旨の規定は、今日でも、刑法典第433-21条以下に存在している。

⁶⁷ 破毀院も、宗教上の挙式のみを行った婚姻を、民事上存在しないものとし、夫婦としての民事上の地位を与えることはできないとしている（Cass. 1^{re} civ., 18 octobre 1955, Bull. civ. I, p.283, n° 345）。

別居)は、教会裁判所の領分であった。よって、「婚姻の世俗化」にとって重要なのは、婚姻の成否をめぐる判断に関しても、世俗裁判所の管轄となった点である。

当然のことながら、世俗裁判所の判断は、民法典に基づいて行われる。よって、ナポレオン民法典は、独自に、婚姻の無効と別居について規定を置いている。だが、「カノン法上の婚姻」と比較した場合の最大の特徴は、「離婚」が規定されていることにある⁶⁸。つまり、管轄の観点から言えば、離婚(婚姻の解消)に関して、その要件や手続を法定し、世俗裁判所が認容しなければ離婚しえないとしたことが重要である。

ただ、離婚制度に関しては、ナポレオン民法典が成立した1804年以降、今日までの間に紆余曲折を経ており、その内容は大きな変化を遂げている。離婚法変遷の詳細については、既に多くの先行業績がある⁶⁹ため、ここでは、管轄という観点から、その概要を述べるにとどめたい。

まず、1804年のナポレオン民法典においては、離婚が規定されたものの、離婚は望ましくないという立場が採られており、できるだけ離婚制度が活用されないような工夫がなされていた。当事者双方が婚姻解消の意思をもつ場合の協議離婚であっても、裁判外においてはなしえず、民事裁判所に出頭して離婚宣告を受ける必要がある。さらに、協議離婚を

⁶⁸ 離婚を可能とする民法では、カノン法と異なり、婚姻の無効がそれほど援用されないとの指摘がある (Louis Cangardel, *op. cit.*, p.211 et s.)。

⁶⁹ 稲本洋之助編訳・前注 (57) 83頁以下 (原田純孝)、稲本洋之助・吉田克己・フランス民法典研究会「フランスの新離婚法」法時48巻3号 (1976年) 96頁、野村豊弘「フランスにおける最近の民法典改正」日仏法学10号 (1979年) 94頁、久貴忠彦・小幡由子「フランスにおける破綻主義離婚法の誕生 (上・下)」判タ410号・412号 (1980年)、水野紀子「離婚給付の系譜的考察」法学協会雑誌100巻9号・12号 (1983年)、稲本洋之助『フランスの家族法』前注 (56)、原田純孝「フランス (離婚の比較法的研究)」比較法研究47号 (1985年) 89頁、水野貴浩「フランス離婚給付法の再出発 (1・2完) 2000年6月30日法による軌道修正」民商129巻1号・2号 (2003年)、大杉麻美『フランスの離婚制度：破綻主義離婚法の研究』(成文堂、2008年)等。

援用しうる者は限定されていた⁷⁰。一方のみが婚姻解消の意思をもつ夫婦については、法定された離婚事由に合致する場合のみ、離婚が認められる。離婚事由としてナポレオン民法典が規定したのは、姦通（妻の場合は不貞行為それ自体〔第229条〕、夫の場合は夫婦の住む家屋に愛人女性を住まわせたとき〔第230条〕）、不名誉な刑の有罪判決（第232条）、暴力、虐待、または重大な侮辱（第231条）の3つであった。革命期に一旦は承認された性格の不一致による離婚は認められず、有責離婚主義が採られた。これらの場合も、離婚を成立させるためには、夫婦がその管轄区域内に住所を有する民事裁判所において離婚宣告を受けなければいけない（第234条）。さらに、いずれの場合にせよ、離婚するためには、年間4度の離婚意思の申述が必要とされるなど、勧解前置主義に基づく強行的かつ複雑な手続を履む必要があり、これが離婚制度を使いにくいものにしていった。

その後、王政復古時に、1816年5月8日の法律によって、離婚制度は一旦廃止された。1814年の憲章によって、カトリックが再び国教となったことが影響していた。

離婚制度が復活するのは、1884年7月27日の法律によってである。ただし、1884年法が採用した離婚制度は、ナポレオン民法典が用意したものよりも厳格で、協議離婚が存在しなかった。ここでは、離婚は、有責配偶者に対する制裁として位置づけられていた。

こういった厳格な傾向は、やがて転換され、離婚に対する裁判所の介入のあり方は、今日では随分と様相を変えている。その大きな契機となったのは、1975年7月11日の法律であり、「制裁としての離婚」という旧来の性質から「救済としての離婚」へと変容したといわれている⁷¹。そ

⁷⁰ 婚姻締結から2年以内である場合、25歳未満の夫又は21歳未満の妻からの離婚請求である場合（第275条）、婚姻締結から20年以上が経過している場合又は45歳以上の妻に対して離婚請求を行う場合（第277条）には、協議離婚を援用しえない。また、何歳であっても、感情が夫婦の「精神の成熟（*maturité d'esprit*）」を奪うとされたため、離婚の際には双方の父母の同意を得る必要がある（第278条）。

⁷¹ 本法について、Marcel Brazier, *Le nouveau droit du divorce*, Editions apil, 1976 ; Jean-Claude Groslière, *La réforme du divorce : loi du 11 juillet 1975 et*

これからさらに、2004年5月26日の法律によって、離婚紛争の「平和化」と手続の「簡易化」が行われた。ここに至って、裁判官が果たす役割と当事者が果たす役割が様変わりしたことが確認できる。

今日では、離婚には4つの種類がある。1) まず、夫婦は、相互の同意によって離婚することが可能であり（現民法典第230条以下）、離婚の効果について合意書（convention）を作成して、弁護士を通して離婚を請求する。家事事件裁判官は、この夫婦の離婚の意思が真実のものであるかどうか、夫婦のそれぞれが自由に合意書に同意を与えたか否かについて判断する（第232条1項）。このように、相互の同意による離婚の場合であっても、家事事件裁判官による離婚宣告を受ける必要がある点で、世俗裁判所の婚姻解消への介入は維持されている⁷²。ただ、そこで裁判官が果たす役割は、当事者を守ることであって、制裁することではない⁷³。2) 離婚することについては認諾があるものの、具体的効果について当事者間で定まらない場合は、裁判官がこれを判断する（現行第233条）。3) 破綻離婚も認められるようになり（第237条以下）、2年間継続して夫婦が別居している場合には、婚姻関係の終局的な悪化が推定され（第238条）、離婚が認容される。苛酷条項は削除されたため、今日では、裁判官はもはや裁量権限をもたず、2年間の別居の事実が認定されれば、離婚を言い渡さなければならない⁷⁴。4) とはいえ、有責離婚の枠組みも残っており、この場合有責配偶者に損害賠償請求をすることができるという特徴がある。

décret d'application du 5 décembre 1975, Sirey, 1976.

⁷² 立法過程（第1草案 premier projet）においては、相互の同意による離婚を脱司法化し、市役所において離婚の言渡しを行うことが検討されていた（Anne Leborgne, *La diversité des cas d'ouverture*, in *La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004: Pacification et simplification*?, PUAM, 2005, p.32）。

⁷³ Lionel Miniato, *La réforme des procédures de divorce par la loi du 26 mai 2004 et le décret du 29 octobre 2004: le changement dans la continuité*, *Dr.fam.* 2004, étude 29.

⁷⁴ Thierry Garé, *Présentation de la réforme*, in *La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004*, *op.cit.*, p.17.

離婚手続は、1）～4）の離婚原因ごとに厳格に異なるわけではない。離婚原因を手続の途中で変更することが可能である。例えば、離婚しようとする夫婦は、その離婚手続中いつでも、離婚の諸効果を定める合意書を裁判官に提出することによって、相互の合意による離婚（1）の言渡しを受けることができる（第247条）。また、夫婦関係の終局的悪化（3）または有責（4）を理由として離婚を請求している場合であっても、その手続中いつでも、婚姻解消の認諾による離婚（2）の言渡しを受けることができる（第247-1条）。当事者の自由の範囲が広がっていることが確認できよう。

他方で、裁判官の権限が拡大された部分もある。離婚の判決が既判力を得る日まで、夫婦それぞれの生活および子の生活を保障するために、「仮の措置」を定める権限が裁判官には付与されてきたが、その項目が5から10に増やされたのである（第255条）。これにより、家事調停人の指定、財産目録見積書の作成等にかかる資格を有する専門家の指定、夫婦財産制の数額確定のための公証人の指定等が可能になった。

国家による離婚管轄は、カトリックの影響を受けた権威的で制裁的なものから、救済のためのものへと移り、今日では、夫婦が平和に関係を終了させることができるよう、より柔軟できめ細かなケアをするものとなっていることがうかがえる。

第2項 民法による定義

カトリック教会が婚姻について多くを語り、カノン法典にもその婚姻概念を示す具体的な規定が多いことと比較すると、ナポレオン民法典における婚姻の定義には曖昧な点がある。婚姻の定義規定もない。とはいえ、ナポレオン民法典の条文や、起草者ポルタリスが著した『民法典序論』、婚姻法の教科書の記述などを見れば、一定の共通理解が浮かび上がってくる。すなわち、「民事上の婚姻」は（「秘跡」ではなく）「契約」であり、解消しうるものであるが、単なる契約とは異なる重要性をもつという理解である（1）。そして、その理由は、婚姻が子どもという存在を産み育てることに求められている（2）。

1 男女の組合・解消可能：厳粛な契約

「カノン法上の婚姻」が秘跡であるとするならば、「民事上の婚姻」の性質は何なのか。この点に関して、憲法制定国民議会が採用した、「法律は婚姻を民事契約 (contrat civil) としてのみ考慮する」(1791年憲法第7条) という言葉が広く知られている。だが、婚姻を「契約」とすることによって婚姻に対する管轄を確保しようとする手法は、絶対王政下にも見られたものである⁷⁵。それよりも、1791年憲法に特徴的なのは、「民事契約」という性質の中に、管轄確保の観点だけでなく、「個人の自由」を尊重しようとする趣旨⁷⁶を込めていたことにあった。よって、これを受けた1792年9月20日法は、裁判外での、当事者の合意による離婚を可能としている。

これに対し、ナポレオン民法典は、婚姻の性質を「民事契約」であると明示する条文をもたない。ただ、そのことがうかがえる文言があるのみである⁷⁷。例えば、「婚姻を締結する (contracter mariage)」(第144条、第148条、第151条等) であるとか、「同意がないときは、婚姻はない」(第146条)、同意の瑕疵による無効に関する規定 (第180条) などがある。だが、一方で、先に見たように、裁判外での当事者による離婚というのは、1804年当時はもちろん、今日の民法典でも不可能となっており、

⁷⁵ 16世紀以降、フランス王が婚姻に介入し始めた際に利用したのが、カノン法が管轄する「秘跡」としての婚姻と、国王が管轄する「契約」としての婚姻とは異なるという理屈であった。これは、1630年にローマ法王に抗議する際にオルレアン公ガストンが提唱した理論に基づくものである。「婚姻は世俗の法における契約である。これをローマ・カトリックは秘跡としたのである。しかし、契約と秘跡は全く異なる2つのものである。一方は民事的効果に結びつくものであり、他方は、教会の恩寵 (graces) に結びつくものである」(ヴォルテール)。フランス王と王立裁判所は、この区別を利用し、夫婦となる当事者の合意は契約であるとして、公式には秘跡に手を付けずに婚姻をコントロールしたのである。Claire Le Tertre, *op.cit.*, p.140.

⁷⁶ この観点から分析を加えるものとして、金山直樹『法典という近代 装置としての法』(勁草書房、2011年〔初出2004年〕) 237頁。

⁷⁷ Hervé Lécuyer, *Marriage et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p.60.

1792年法の意味での「契約」理解ではなさそうである。つまり、「契約」ではあるが、個人の自由にならない部分のある「神聖な契約」、「厳粛な契約」だというのが、「民事上の婚姻」の理解であるように思われる⁷⁸。

こういった理解は、ポルタリスの『民法典序論』⁷⁹にも見られる。彼によれば、婚姻とは、「キリスト教の成立前から存在していたもので、すべての実定法に先立ち、そしてわれわれの存在の構造自体から生れ出て来るものであるから、民事行為でもなければ、宗教行為でもなく、一個の自然行為である」⁸⁰。だが、彼が「自然」に名を借りて展開する婚姻論⁸¹は、カトリック的な世界観から大きな影響を受けていることは否定できない⁸²。「自然が両者を結合させんがためにのみかくも相異らしめ

⁷⁸ この点を指して、婚姻は「契約」ではなく、「制度」であると述べられることも多い。この趣旨は、婚姻をする当事者が自由に婚姻の内容を決定することができないという点にあり、当事者の意思の合致を婚姻成立の要素とする点を否定しようとするものではない（Louis Cangardel, *op.cit.*, p.10-11）。

⁷⁹ Jean-Étienne-Marie Portalis, Discours Préliminaire sur le projet de code civil, in *Discours et rapports sur le code civil*, Presses universitaires de Caen, 2010. 邦語訳は、野田良之（訳）『ポルタリス 民法典序論』（日本評論社、1947年）による。

⁸⁰ Portalis, *op.cit.*, p.21, 'Nous nous sommes convaincu que le mariage, qui existait avant l'établissement du christianisme, qui a précédé toute loi positive, et qui dérive de la constitution même de notre être, n'est ni un acte civil, ni un acte religieux, mais un acte natrel' 野田訳33頁。

⁸¹ 「自然」を援用するのはポルタリス独自なのではなく、18世紀からの流行であった。例えば、カンパセレスの第一草案にも、「自然」という言葉が12回・「自然法」という言葉が2回登場している。しかし、何を「自然」とするかは人によって異なる。第一草案の審議過程では、夫権は自然に反するとの意見が表明されているのに対し、ポルタリスによれば、弱い女性を夫が守るのが自然である。このように、「自然」は、あらゆる意味に解釈されうという性質をもち、基準たる概念になりえない（Jean-Philippe Lévy, Les idées de portalis sur le mariage, in *Le discours et le code : portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, 2004, Litec, p.113 et s.）。

⁸² この点を指して、Brigitte Basdevant-Gaudemet, Un contrat entre l'homme et la femme? Quelques points à travers l'histoire en Occident, in *La contractualisation de la famille*, *op.cit.*, p.34は、ナポレオン民法典の婚姻の性質を、「contrat sacré（神

た両性の接近」⁸³であるとか、「子の養育と言うことは、永年に亘って、これに生を与えた当事者達の共同の配慮を要求する」⁸⁴といった表現だけでも、そのことが窺えよう⁸⁵。そして、このような自然における婚姻を、民法典で規律する趣旨について、「夫婦を相互に相互的義務に服せしめるとともに、彼等が生を与えた者達に対する共同の義務に服せしめる」⁸⁶必要性を挙げる。「あらゆる文明国民の法律は、これ等の義務を負っている者に対してこれを承認せしめ得るような形式を規定しなければならぬと考えた」⁸⁷という。つまり、夫婦間に生じる権利義務関係、及び夫婦の間に生まれた子どもの養育に関する夫婦（父母）の共同的な義務を、国家法（民法典）で定める必要があると考えたのである。よって、婚姻とは「自己の種を永続せしめ、相互的扶助によって、生の重荷に堪えるように互に助け合い、そしてその共同の運命を分かち合うために結合する男女の組合（société）」と記述される。民法典上で規定しているとはいえ、それは民法以前に存在する自然の目的（生殖や子どもの養育）に関わるため、単なる契約とは異なる性質をもつことになるというわけである。ポルタリスはこれを「最も神聖」な契約⁸⁸とした。

ナポレオン民法典が定める「民事上の婚姻」は、もはや「カノン法上の婚姻」がもつような神性を帯びてはいないものの、単なる民事契約とも異なるものと位置づけられていた。なぜ、単なる民事契約とは異なる

聖な契約)”とする。Claire Le Tertre, *op.cit.*, p.55も、起草者が自然法を持ち出すことによって、カトリック的な性格を正当化していることを指摘する。

⁸³ Portalis, *op.cit.*, p.23, 'Le rapprochement de deux sexes que la nature n'a faits si différents que pour les unir', 野田訳35-36頁。

⁸⁴ Portalis, *op.cit.*, p.23, 'L'éducation des enfants exige, pendant une longue suite d'années, les soins communs des auteurs de leurs jours' 野田訳36頁。

⁸⁵ とはいえ、カノン法的・宗教的性質を完全に引き継いでいるのではなく、本文後述のように、「民事的」に言い換えられている点には留意しなければならない。この点を指摘するものとして、Rémy Cabrillac, La sacralité civile du mariage, in *Le discours et le code*, *op.cit.*, p.169.

⁸⁶ Portalis, *op.cit.*, p.24, 野田訳37頁。

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Portalis, *op.cit.*, p.33, 野田訳52頁。

特殊性をもつのであろうか。その理由は、カノン法と同様、婚姻が子の養育という特殊な機能をもつ結合であると位置づけられたことに求められよう。これを踏まえたうえで、ナポレオン民法典にこのような要素が見いだせるか、検討していこう。

2 子の養育のための結合

ナポレオン民法典第203条は、「夫婦はともに、婚姻の行為のみにによって、子を養い（nourrir）、養育し（entretenir）、教育する（élever）義務を締結する」と規定する（傍点筆者）。この規定は、現行民法典にも残っており、夫婦の義務を定める諸規定のうち、冒頭に位置づけられている義務である。したがって、「民事上の婚姻」においても、カノン法と同様に、婚姻の主たる機能として子どもの養育が念頭に置かれていることが見て取れる。

他方で、ナポレオン民法典では、「生殖」や夫婦の「性的関係」については、カノン法ほどの直接的な規律を行っていない⁸⁹。もちろん、モノガミー原則が採用されており、重婚は禁止されている（第147条）。しかし、カノン法が定めていた、交接不能による婚姻障害は、ナポレオン民法典にはその規定がない。近親婚禁止の範囲は、革命期法よりは若干広げられたが、それでもカノン法のものよりは大幅に縮小されている⁹⁰。また、夫婦の肉体的結合によって婚姻が完成するという発想も見られない。これらは、現行民法典についてもいえることである。つまり、「カノン法上の婚姻」と比較した場合、「民事上の婚姻」は、夫婦の性的関係（交接・生殖）のあり方よりも、子の養育機能の方に重点を置いていると考えられる。

⁸⁹ とはいえ、ナポレオン民法典の起草者も、生殖を婚姻の第一目的と位置づけている点で、カノン法上の婚姻概念への執着を示していることは、Claire Le Tertre, *op.cit.*, p.45において指摘されている。

⁹⁰ ナポレオン民法典の近親婚禁止範囲は、直系尊属卑属間および直系姻族間（第161条）、兄弟姉妹間および兄弟姉妹と同一の親等にある姻族間（第162条）、おじめい・おばおい間（第163条）である（革命期法の禁止範囲は、直系血族間、直系姻族間、兄弟姉妹間のみであった）。

この点は、婚姻最低年齢がカノン法よりも高いことにも現れているように思われる。カノン法では、ローマ法を踏襲して、男子14歳以上、女子12歳以上でなければ婚姻しえないとしていたが、ナポレオン民法典では、これを男子18歳以上、女子15歳以上としたのである（第144条）⁹¹。今日では、男女とも、18歳以上となっている。これは、社会の進展とともに、婚姻に必要とされる成熟（精神的成熟）、すなわち子を育てる資質を備えるのに、より時間がかかるようになったことを反映したものといえよう。

このような、婚姻における生殖の位置づけは、近年の同性婚（同性の二者による婚姻）承認の是非をめぐる議論⁹²における中心の問題となっている。民法典上に、婚姻は男女によらなければならないという規定はないが、婚姻適齢を「男」「女」で定める第144条、婚姻挙式の形式に関して「夫と妻」としての申述を受けることが必要と定める第75条、兄弟2人の間、姉妹2人の間ではなく、兄妹間又は姉弟間について婚姻障害を設けている第162条などは、「民事上の婚姻」が男女間の結合のみを前提としていることの表れと理解されている。これらから、「民事上の婚姻」が一对の男女によるものを想定していることが導かれる。同性婚の可能性を否定する論拠は、婚姻を「家族形成の基盤」（婚姻した夫婦が生殖によって子どもをもち、夫婦とその子どもによる「家族」を形成するという、夫婦家族主義によるもの）と位置づけ、生殖不可能な同性カップルの排除を正当化する⁹³。これに対し、同性婚の可能性を肯定する見解

⁹¹ ただし、政府は、重大な理由がある場合、年齢制限の免除を認めることができる（第145条）。年齢要件に違反する婚姻は絶対的無効であり、婚姻制度の社会的、公的性格にかかわるものとして、理論上の不存在とともに、本人、利害関係人、共和国検事のいずれもがその無効を請求しうる（第184条）が、適齢以下の女子の妊娠、適齢到達後6ヶ月の経過、同意を与えた尊属または両親の無効請求訴権の喪失などによる無効訴権の制限が規定されている（第185～186条）。

⁹² こういったフランスの状況を人権の観点から網羅的に考察・分析したものとして、齊藤笑美子「性的指向と人権：フランスにおける同性間婚姻論議」一橋法学5巻2号（2006年）555頁。

⁹³ 例えば、ボルドー大審裁判所第1民事部2004年7月27日判決（「家族を形成

は、生殖能力の欠如は婚姻の有効性に影響を与えないとした破毀院判決の存在や、民法典が高齢者間の婚姻も可能としていること、子をもたない予定のカップルも婚姻可能であること等から、「婚姻」と「家族」はもはや結び付けられていないとするのである。婚姻が生殖とは切り離された2者間の人格的關係となってきたことを重視するわけである。2011年8月現在では、依然として婚姻を「家族形成の基盤」とし、同性婚を不可能とする立場の方がかろうじて優勢のようであるが、今後もそうかどうかは分からない⁹⁴。フランスの民法上の婚姻の定義が、近々転換されることになる可能性もあるが、他国に比べてそれに対する躊躇が大きいのは、フランスにおける「民事上の婚姻」の「家族形成の基盤」という位置づけの重さを表しているように思われる。

＊

本款では、国家が承認する婚姻、すなわち「民事上の婚姻」が、従来カトリック教会が行ってきたことを自らの手中に収める（世俗化する）ことに重点を置きつつ形成されたものであり、その婚姻観には「カノン

するという一般に考えられた婚姻の伝統的機能」「フランス法においては婚姻と家族は分かち難く結びついており、家族を形成する男女の結合としての婚姻制度という伝統的考え方」をとっている）、ボルドー控訴院第6民事部2005年4月19日判決（「フランス国内法においては、婚姻は性別の異なる2者の結合を対象とし、彼らに嫡出家族を形成することを認める制度である。夫と妻という性化された概念は、父と母という性化された概念の反映（l'écho）である」「婚姻の特殊性は男女カップルのみが生殖可能であることと、立法者がその現実を考慮して『その形態を定め』ようとしたことに由来するのであって、同性カップルは婚姻に関与しえない」）。なお、同性婚の有効性を否定した破毀院第1民事部2007年3月13日判決（*Dr. fam.* 2007, comm.76, p.30, note Marc AZAVANT ; Defrénois 2007, p.781, note Jacques MASSIP, etc.）は、単に婚姻を「男性1人と女性1人の結合である」と述べたにすぎず、「家族形成の基盤」という表現や理由付けを用いてはいない。本判決の詳細については、谷口洋幸・齊藤笑美子・大島梨沙編著『性的マイノリティ判例』（信山社、2011年近刊予定）参照。

⁹⁴ 2011年6月13日、国民議会は、同性婚を可能にする議員提出法案を、293対222で否決した（6月14日付 *Le Monde*. fr）。

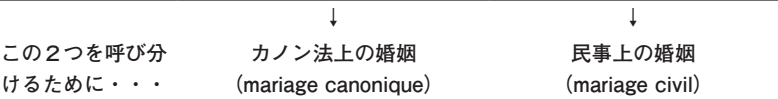
法上の婚姻」の影響が残っていることを明らかにした。すなわち、一対の男女間の結合であり、当事者の同意を明示する挙式によって成立する、子を養育するための結合だといった考え方である。とはいえ、「婚姻」をもはや神が結びつけたものとせず、「契約」と位置づけたことによって、「民事上の婚姻」の独自性が生じている。すなわち、神が結びつけたものではないため、解消可能なものとなる。また、(神が結びつけた象徴としての)「一体化」の重要性が落ちるため、「婚姻」における夫婦間の性的結合の位置づけは低くなる。純潔でいることの方が高尚だといった前提も見られない。だが一方で、子どもという存在が関係するため、単なる契約というわけでもない。管轄主体が国家の場合は、教会と異なり、財産や相続といった現実的な利害を扱っており、社会に及ぶ影響が大きいものを見過ごすことは難しい。よって、婚姻には、単なる契約以上の介入をすることになる。

では、国家が「民事上の婚姻」に付与している「正統性」には、どのような意味合いがあるのだろうか。もはや、「カノン法上の婚姻」のように、神が結び合わせた結合としての正統性は存在しえない。神が与える正統性に対抗するためには、国家がより現実的・世俗的な利益を提供するほかはない。つまり、家族財産制や社会保障給付などの「お金」をめぐる法的効果である。こういった現実的な利益を与えられる「民事上の婚姻」には、国家法の下で結びついた結合としての正統性、子どもを育てるのにふさわしい結合としての正統性、家族財産法上の正統性があるということになろうか。ただ、第1の点は、パックスというもう1つの民法上の結合の出現、第2の点は、婚姻外で出生する子どもの増加、第3の点は、嫡出子と自然子の区別の撤廃によって、いずれも揺らいでいると考えられる。この点は、第1部第2章で考察することにする。

第 1 節総括

表 1：フランスにおける婚姻（mariage）

婚姻管轄主体	カトリック教会	国家
婚姻管轄主体の性質	信仰共同体（宗教）	統治機構（世俗）
婚姻成立の本質	同意+交接	同意
婚姻成立方法	教会での挙式	役所での挙式
婚姻の性質	秘蹟	厳粛な契約
婚姻の機能	交接・生殖・子育て・（共同生活）	（生殖）・子育て・共同生活
婚姻の解消	解消不能	解消可能
婚姻の正統性	神が結び合わせた結合 性交しうる結合 子どもを産み育てるにふさわしい結合	民法の下で結びついた結合 （生殖）・子育てのための結合 家族財産法上の正統性



最後に、「カノン法上の婚姻」と「民事上の婚姻」の並立状況⁹⁵を確認しておこう。「婚姻」が「世俗化」されたからといって、「カノン法上の婚姻」が消滅したわけではなく、カトリック信者の精神面に与えていた教会の影響力が消失したわけではない⁹⁶。カノン法は今日でも存在し、カトリック信者の信仰生活を導くものとなっている⁹⁷。実際、フランスでは、役所で「民事上の婚姻」の挙式をした後で、カトリック教会で「カノン法上の婚姻」の挙式を行うという夫婦が存在している。両方の「婚姻」を望むカップルは、「国家が承認する正統性」と、「教会が承認する正統性」の双方を欲しているといえよう。すなわち、前者は、市民法の下で結びついた結合としての正統性、子どもを育てるのにふさわしい結合としての正統性、そこから生まれた子の家族財産法上の正統性であり、

⁹⁵ フランス以外の、「カノン法上の婚姻」と「民事上の婚姻」の並立状況については、注（54）および Jean Gaudemet, *op.cit.*, p.108参照。

⁹⁶ この点を強調するのが、Claire Le Tertre, *op.cit.*, p.34である。

⁹⁷ 19世紀以後、近年に至るまでの教会と国家の関係の歴史について、Jean Gaudemet, *op.cit.*, p.110 et s.

後者は、神が結び合わせた結合としての正統性、性的関係をもち子どもを育てるのにふさわしい結合としての正統性、そこから生まれた子の子としての正統性である。両者のうち、どちらの正統性の方が重要なのかは、それぞれの夫婦の価値観によるといえる。カトリックの信仰をもたない、または重視しないカップルにとっては、「カノン法上の婚姻」をせずに、「民事上の婚姻」だけで十分だということになる⁹⁸。この傾向はさらに、「民事上の婚姻」も必要ない、すなわち、国家が承認する正統性などは求めないという非婚のカップルが生じうることも意味する。この点についても、第1部第2章で扱うこととする。

(未完)

[付記] 本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「フランス法における婚姻概念の系譜的考察」（2010年3月25日学位授与）に加筆・修正したものである。執筆にあたって、特別研究員奨励費（2007年度・2008年度）、松下国際財団研究助成（2009年10月－2010年9月）の支援を得た。また、加筆・修正にあたって、研究活動スタート支援（2010年度・2011年度）の援助を受けている。

⁹⁸ 他方で、フランスにおいては、敬虔なカトリック信徒であるカップルが、「民事上の婚姻」をせずに「カノン法上の婚姻」だけを締結することが不可能となっている。このことは、信仰の自由にとって問題ではないかといった指摘も存在する。これらの点について、Myriam Pendu, *Le fait religieux en droit privé*, Defrénois, 2008, p.36-37.

子どもの自己決定と憲法（2）

—— 米・台・日における子どもの
人権・権利論の分析・比較 ——

宋 峻 杰

目 次

序 研究動機及び内容の構成

第一節 問題意識

第二節 成長発達権の概念からのアプローチ

第Ⅰ部 家族

第一章 アメリカ合衆国

第一節 「子ども」・「家族」・「国家」の過去と現在

第一項 ピューリタニズムからの出発

第二項 現代のアメリカの家族像への接近

第三項 合衆国憲法と家族の接点

第二節 性的結合行為と子ども

第一項 論点の概要

第二項 性交・結婚

第三項 離婚

第四項 同性婚・事実婚

（以上、61巻1号）

第三節 社会的身分と子ども

第一項 論点の概要

第二項 婚外子

第一目 連邦最高裁が示した司法審査の方法

第二目 多くの難問

第三項 生殖補助医療の進展

第一目 現状への理解

第二目 生殖補助医療を背景にする親子関係の確認

一、人工授精

二、代理出産

三、第三者による卵子や受精卵（胚）の提供

第三目 Woodward v. Commissioner of Social Sec. (435 Mass.
536 [2002]) 判決

第四項 出自の情報へのアクセス

第四節 医療行為と子ども

第一項 論点の概要

第一目 二つの連邦最高裁判決

一、Parham v. J.R. (442 U.S. 584 [1979]) 判決

二、Bellotti v. Baird (443 U.S. 622 [1979]) 判決 (Bellotti II 判決)

第二目 学説の展開

第三目 検討すべき問題群

第二項 中絶に関する同意及び通知

第一目 社会的背景

第二目 連邦最高裁による判断

一、その概要

二、判決の動向

第三項 輸血措置

第一目 問題の枠組み

第二目 司法府の判断

第五節 家庭内暴力と子ども

第一項 論点の概要

第二項 子どもの虐待を規制する法的枠組み

第一目 一九七四年の『子ども虐待防止及び対処措置法』
(CAPTA)

第二目 子ども虐待通報義務法 (Reporting law)

第三項 公権力による介入—司法府の姿勢

第一目 一九八九年 DeShany (489 U.S. 189 [1989]) 判決の前

第二目 一九八九年 DeShany (489 U.S. 189 [1989]) 判決、及びそ
の後

第六節 小括

第二章 台湾

第一節 台湾における家族像への接近

第一項 明・清から日本までの政権交替の間に

第一目 「家」^{チヤー}制度の組成

一、家長

- 二、家族
 - (一)、家族の構成員
 - (二)、家族における関係の変動
- 第二目 「家長権」及び「尊長権」
 - 一、「家長権」
 - 二、「尊長権」
- 第三目 小括 (以上、本号)
- 第二節 性的結合行為と子ども
- 第三節 社会的身分と子ども
- 第四節 家庭内暴力と子ども
- 第五節 小括
- 第三章 日本
 - 第一節 家族像の推移
 - 第二節 性的結合行為と子ども
 - 第三節 社会的身分と子ども
 - 第四節 医療行為・家庭内暴力と子ども
 - 第五節 小括
- 第四章 第Ⅰ部の考察を経て
- 第Ⅱ部 教育
- 第五章 アメリカ合衆国
 - 第一節 教育に関する形態の変遷と子ども
 - 第二節 教育制度における子どもと親の位置づけ
 - 第三節 学校管理と子どもの自律
 - 第四節 教育をめぐる連邦政府の働き
 - 第五節 小括
- 第六章 台湾
 - 第一節 教育に関する法的枠組み
 - 第二節 教育に対する権利意識の発生
 - 第三節 教育制度における子どもと親の位置づけ
 - 第四節 教育行政と子ども
 - 第五節 小括
- 第七章 日本
 - 第一節 教育に関する法的構図の再編
 - 第二節 子どもの自己決定を支える憲法・教育法的論点
 - 第三節 小括
- 第八章 第Ⅱ部の考察を経て
- 結びに代えて ライフサイクルにおける子どもの自己決定

第三節 社会的身分と子ども

日本国憲法に書かれている「社会的身分」の定義をめぐっては議論のある処¹だが、自分の力だけでは脱却することができない、一定の社会的評価が伴うものを指す見解が目下において妥当だと考える²。かような認識に立ち、「社会的身分」と子どもとの関連を考えるに当たり、本節においてはアメリカにおける「養子」、「婚外子」及び「人工生殖子」の問題を取り上げ、検討して行きたい。なお、これらの問題は凡そ世界共通なテーマでもある故、台湾や日本の問題状況についても、同様なカテゴリーの下で考察を進めることにする。

第一項 論点の概要

「婚外子」とされる子ども達の存在は、その本人には全く責任がない³と言われる。本節ではアメリカ法における彼（彼女）らの問題に関し、如何なる対応が取られているのかについての連邦最高裁の見解を追う。また、生殖補助医療を以って出生した子どもは「人工生殖子」と呼ばれ、嫡出性の認否などの問題がある⁴故、それらも考察する。最後に、子どもの自分の出自を知る権利と関連して、養子縁組の open record 制度に目を向け、いくつかの判例を取り上げながら検討を試みたい。

第二項 婚外子

法律婚によらないで生まれた子ども達は、「婚外子」と見做される⁵。

¹ 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 第四版』（岩波書店・2007年）131～133頁。長谷部恭男『新法学ライブラリ＝2 憲法 第4版』（新世社・2008年）179～180頁。

² 芦部・前掲書注（1）131頁。

³ 小林節「アメリカにおける『未婚の父』の権利と憲法」芦部信喜先生還暦記念論文集刊行会編『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣・1985年）634頁。

⁴ 釜田泰介「嫡出・非嫡出による区分と法の平等保護（一）—アメリカにおける憲法訴訟を中心として（一九六八～八〇）—」『同志社法学 32巻3・4号』（1981年）236頁。

⁵ 赤石千衣子・吉岡睦子「Ⅱ婚外子」榊原富士子編『子どもの人権双書⑩戸籍制度と子どもたち』（明石書店・1998年）33頁。なお、アメリカの家族法でい

このように、「社会的身分」の見地から区別されてしまった子ども達に係わる訴訟をめぐり、連邦最高裁が如何なる法的枠組みを示したのかという点について考察していきたい。

第一目 連邦最高裁が示した司法審査の方法

合衆国憲法が家族問題を管轄する権限を州に付与したため、嫡出性による区分や別扱いの問題を合衆国憲法を通じて考察するには、個人主義の価値観を具現化させる平等原則か、due process clause のルールによって、如何に州の権限の行使を制限することができるのかが論じられることが多い⁶。その前者を巡って、連邦最高裁は嫡出性の認否による差別につき、例え「疑わしい区別 (suspect classification)」に属することを認めなくても⁷、実質的違憲審査 (meaningful review) を取る傾向がある⁸と見られている。

そこで、平等原則との関係では、婚外子差別に対しては「やむをやらぬ公益 (compelling state interest)」に資するかどうかという違憲審査基準が適用されたことがある⁹。例えば、一九七二年の *Weber v. Aetna Casualty & Surety Co.* (406 U.S. 164 [1972]) 判決において、連邦最高裁は「婚外子に不利益を課することは、法律により課される負担は個人の責任または悪行と何らかの関連性を有するべきだとする、わが制

う「the illegitimate child」や「non-marital children」、そして、台湾法でいう「非婚生子女」に対する定義が同じの理解を以って認識することができる。John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, 7th ed., (U.S. 2004), at 866. Harry D. Krause and David D. Meyer, *Family Law In a Nutshell*, 5th ed., (U.S.A. 2007), at 118-119. 陳棋炎・黃宗樂・郭振恭『民法親屬新論 修訂七版』（三民書局・2008年）287頁。

⁶ 釜田・前掲論文注（4）243頁。

⁷ 但し、Harry D. Krause らの研究によれば、連邦最高裁は嫡出性の認否による差別は「擬似的疑わしい区別」(quasi-suspect) だと指摘したことがある。Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 5, at 122.

⁸ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 866.

⁹ 釜田・前掲論文注（4）240頁。Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 5, at 122-123. 米沢広一『子ども・家族・憲法』（有斐閣・1992年）130頁。

度の基本的な考え方に反する」¹⁰と明言した。

そして、七七年に連邦最高裁が婚内子は両親双方からの無遺言相続を認めながら、婚外子については父からの無遺言相続を認めないとする Illinois 州法を違憲とした *Trimble v. Gordon* (430 U.S. 762 [1977]) 判決において、同裁判所は前記の *Weber* 判決を踏襲し、正式な家族関係の保護という公益性は正当であるが、婚外子を不当に扱う手段はそのような公益性を促進することに資しないとしつつ、婚外子を一律に父の遺産相続から排除することは正当な手段だとは言いがたいと判示した¹¹。また、七三年の *Gomez v. Perez* (409 U.S. 535 [1973]) 判決においては、「州の制定法の中で婚外子は如何なる手続を取れば、父性確定が得られることが定められるべきであり、決して、父性の不明確さだけに基づいて、婚外子が享有すべきである権利を阻害すべきではない」という説示も見られる¹²。

七六年の *Mathews v. Lucas* (427 U.S. 495 [1976]) 判決において、連邦最高裁は社会保険による遺児給付の受給資格者の適性を判断する際、婚外子に対し被保険者（本件では父親の場合）と同居していたか若しくは父親から養育費をもらっていたか等について立証責任を課している連邦法を合憲とした。その理由として、「[...] 当該連邦法による父親への依存性の推定 [...] は本件審査基準（『最も厳格なものよりも緩い』が、『効果のない審査』ではない審査基準）の下での許容限度を超えない限り憲法上許容されとする」、としつつ、「[...] 本件区分は親の死亡時における子どもの依存性に基づいて受給資格を与えるという立法目的に合致した合理的な経験的判断として正当化される」¹³と述べられている¹⁴。

なお、八〇年までの平等保護条項と係わる問題をめぐる連邦最高裁の

¹⁰ *Ibid.* 406 U.S. 164 (1972) at 175. 米沢・前掲書注（９）132頁。

¹¹ 430 U.S. 762 (1977) at 765-777. John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 867. 米沢・前掲書注（９）135頁。

¹² *Ibid.* 409 U.S. 535 (1973) at 537-538.

¹³ 427 U.S. 495 (1976) at 509-516. 米沢・前掲書注（９）134頁。

¹⁴ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 867. 米沢・前掲書注（９）134頁。

判決だけを見ても、示された司法審査基準が七種類¹⁵にものぼっている。そして、八八年の *Clark v. Jeter* (486 U. S. 456 [1988]) 判決を境にして、連邦最高裁は嫡出性による区別に関する規定に対し、その目的と手段が「実質的に関連する」ことを要求する中間的審査基準¹⁶の採用はより明確になったという見解もある¹⁷。かくして嫡出性による区別の立法の合憲性審査につき、中間的審査基準の適否を検討しながら、新たに直面する事案に対し、いずれの司法審査基準が採択されるのかの問題を常に吟味し、決定する¹⁸ということになると思われる¹⁹。

第二目 多くの難問

連邦最高裁は六八年の *Levy v. Louisiana* (391 U.S. 68 [1968]) 判決と同年の *Glon v. American Guarantee & Liability Insurance Co.* (391 U.S. 73 [1968]) 判決において、不法行為による母親や婚外子の死亡に係る賠償請求権は、婚外子自身やその生みの母親に対しては、否定することができないと判じた²⁰。しかし、婚外子の父親については当該賠償請求権の申立てが認められない可能性がある、と認めた判決もある²¹。そして、七二年の *Weber* 判決、及び七四年の *Jimenez v. Weinberger* (417 U.S. 628 [1974]) 判決では、連邦最高裁は労働災害賠償給付制度や連邦社会保障制度の施行がすべての婚外子に不利益をもたらすことは許されないと

¹⁵ 釜田・前掲論文注（４）244～249頁。

¹⁶ なお、「中間的審査基準」を「厳格な合理性のテスト」と言い換える上、1978年の *Lalli v. Lalli* (439 U. S. 259 [1978]) 判決を参照し、嫡出性による区別に対する中間的審査基準は同判決において確立されたと見る理解がある。と言う。米沢・前掲書注（９）134～136頁。

¹⁷ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 866-867. Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 5, at 27.

¹⁸ 釜田・前掲論文注（４）249頁。

¹⁹ 松井茂記『アメリカ憲法入門（第5版）』（有斐閣・2004年）304頁。

²⁰ 391 U.S. 68 (1968) at 70-72. 391 U.S. 73 (1968) at 74-76. 釜田・前掲論文注（４）250～251頁。John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 868. 米沢・前掲書注（９）131頁。

²¹ *Ibid.* 441 U.S. 347 (1979) at 357-358.

した²²。また、七三年の Gomez 判決と八二年の Mills v. Habluetzel (456 U.S. 91 [1982]) 判決において、連邦最高裁は州法が一旦父親か母親による扶養を受ける権利を婚内子に認めようとした時、合理的な条件の下において父性の確定を得ることができる婚外子に対しても同様の権利があることを認めるべきだと宣言した²³が、七七年の Trimble 判決においては、「[…] ここで、（連邦の）司法府が果たすべき役割（task）の困難さは、この領域において州の主な責務を不当に僭越することなく（個々人の）憲法上の権利を擁護することである」²⁴、と両者の相対的平等を如何に図るべきかの難しさが語られた。

一方、上記の判決群について連邦最高裁は中間的審査基準を以て解決を図ってきたと言うとしても、連邦政府による移民と外国人の帰化政策に係わる婚外子の問題に関する審査基準はやや異なる様相を呈している。

Trimble 判決と同じ年に下された Fiallo v. Bell (430 U.S. 787 [1977]) 判決では、同裁判所は外国人からのアメリカへの入国申請について、婚外子とアメリカ国籍を持つ母親の組み合わせを婚外子とアメリカ国籍を持つ父親の組み合わせよりも優遇している連邦法を合憲としている²⁵。この判決は、ジェンダーや嫡出性による差別に対する法学的検討が少なく、立法府への尊重を強く打ち出すものであったが、その後の九八年の Miller v. Albright (523 U.S. 420 [1998]) 判決において、連邦最高裁は初めて同種の事案に対し憲法上許容し難い嫡出性とジェンダーによる差別の有無について審査するようにことになったと指摘されている²⁶。ところが、〇一年の Tuan Anh Nguyen v. Immigration and Naturalization Service (533 U.S. 53 [2001]) 判決において、連邦最高裁は国の外で出生した婚外子への市民的身分の付与は生みの母親がアメリカ市民であれば

²² 417 U.S. 628 (1974) at 631-638. 釜田・前掲論文注（4）251頁。米沢・前掲書注（9）132～133頁。supra note 10 at 175-176.

²³ 456 U.S. 91 (1982) at 101-102. supra note 12, at 537-538.

²⁴ 米沢・前掲書注（9）135頁。supra note 11 at 771.

²⁵ 430 U.S. 787 (1977) at 799-800. 釜田・前掲論文注（4）251～252頁。John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, supra note 5, at 868-869 ; 879.

²⁶ 523 U.S. 420 (1998) at 441-445. Id. at 879.

自動的に取得することができるにもかかわらず、父親は前もっていくつかの手続を取らなければ、婚外子がアメリカ市民の身分を取得することができないとする連邦の帰化法を支持する。その理由は、移民法で定められているジェンダーや嫡出性の区別は、当該アメリカ市民の男性が本当に当該婚外子の父親であるかどうかを判断することに役に立つからだとされている²⁷。

第三項 生殖補助医療の進展

生殖補助医療と係わる法的争いが連邦最高裁の判断を仰ぐ必要となる事例は未だに見られない。また、同医療行為に対する法の規制²⁸がないことも指摘されている²⁹。特に、後者については、「[...] 専門職能団体の自主的ガイドラインと各州法および判例法によるコントロールが行われている」³⁰のが現状である。

第一目 現状への理解

アメリカにおける不妊の問題は早い時期から既に指摘されている³¹。二〇〇六年の調査報告によると、約一二〇万人の生殖年齢にある女性は

²⁷ 533 U.S. 53 (2001) at 73 ; 74-97. *Id.* at 869.

²⁸ 中村恵「アメリカ法における生殖補助医療規制と親子関係法」『法律時報 79巻11号』（日本評論社・2007年）57頁。

²⁹ 但し、生殖補助医療に関する法令は連邦レベルに限って、1992年に可決された「不妊クリニックの成功率及び認証に関する法律（The Fertility Clinic Success Rate and Certification Act of 1992）」がある。また規則においては、05年5月から施行されることになった食品医薬品局（Food and Drug Administration, FDA）の「人の細胞、組織、並びに細胞及び組織からの製造物（Human Cells, Tissues, and Cellular and Tissue-Based Products）」という感染症の拡大の防止を目的とするものがある。中村・前掲論文注（28）57頁。神里彩子「第3章 諸外国における生殖補助医療の規制状況と実施状況 [9] アメリカ」神里彩子・成澤光編『生殖補助医療—生命倫理と法・基本資料集 3—』（信山社・2008年）285頁。

³⁰ 中村・前掲論文注（28）57頁。岡田光世『アメリカの家族』（岩波書店・2004年）18頁。

³¹ 棚村政行「アメリカにおける法状況」『家族〈社会と法〉1999 人工生殖と家族—21世紀の家族像に向けて』（日本加除出版・1999年）94頁。

不妊関連の診察を受けていると明かされている³²。こういう現状に鑑み、同国の人々は妊娠のために生殖補助技術を一選択肢として受け止めていることを想像するには難しくない。

他方、前述したように同国の判例法上、婚外子に対する差別の是正が図られつつあることに伴い、現実の社会においては、「[…] 避妊具の普及、中絶の合法化など」³³の現象は普遍化になり、養子となりうる児童人数の減少に繋がる状況もある。その上、養子縁組を結ぶ複雑な事情³⁴もしばしば報じられている。かような状況におき、生殖補助医療技術に頼る者を増やさせる社会的要因が多いと考えられよう。現に、「[…] 人工授精（artificial insemination）、体外受精（in vitro fertilization; embryo transfer）、代理母（surrogate motherhood）、第三者による卵子提供（egg donation）など」³⁵の新しい生殖補助医療技術が同国において多に利用されているという報告³⁶がある。

第二目 生殖補助医療を背景にする親子関係の確認

前記の様々な生殖補助医療技術の種別に応じて、判例法における法的親子関係の確定の状況について、検討を進めたい。なお、二〇〇二年に Massachusetts 州の最高裁が下した *Lauren Woodward v. Commissioner of Social Security* (760 N.E. 2d 257 [Mass.2002]) 判決によって「死後生殖」の問題性が明るみに出、〇六年に日本の最高裁判所も同技術に纏わる問題に対し初めての判断を示した³⁷ため、一項目として整理する。

一、人工授精

一八六六年に初の人工授精子が出生して³⁸以来、同様な技術を通じて

³² 中村・前掲論文注（28）57～58頁。

³³ 棚村・前掲論文注（31）94頁。

³⁴ 棚村・前掲論文注（31）94頁。

³⁵ 棚村・前掲論文注（31）94頁。

³⁶ 岡田・前掲書注（30）53頁。

³⁷ 『最高裁判所民事判例集60巻7号』（2006年）1～59頁。2006年9月5日北海道新聞3面、社説。

³⁸ 中村・前掲論文注（28）58頁。

この世に迎えられた子どもの人数は多くなる一方である³⁹。人工授精には、夫の精子によるもの（AIH）と夫以外の第三者からの精子提供によるもの（AID）があり、訴訟の場において親子関係の確認が求められるものの殆どはAIDにより出生した子どもの場合だと言われている。そして、AID子は婚内子と見做されるか等、いくつかの問題⁴⁰が争われてきた。

かような争点については、New York州の家族関係法のように、合法的な医師免許を持つ医師の下で、夫婦による書面の同意や妻から出生したことの証明などの要件を制定法に明記することにより、殆ど解決が得られる⁴¹。また、連邦レベルにおいて統一州法委員全国会議（National Conference of Commissioners on Uniform State Laws ; NCCUSL）が作成した一九七三年の婚内子と婚外子に同等の権利義務を付与することを目的とした『統一親子関係法（Uniform Parentage Act）』においては、「〔…〕AID子の法的保護をはかるため、夫の同意を得て、医師の監督のもとに第三者から精子の提供を受けて妻が妊娠出産した子は法律上夫婦間に生まれた子と同様に扱われ」る⁴²旨が示されていた。

八一年に至って、Michael M. v. Superior Court (450 U.S. 464 [1981]) 判決によって、「生殖に関する決定についてのプライバシーの権利」の論点から、未婚の女性がAIDという方法を利用することは許されるのか否かといった問題が議論されている⁴³。結局、AIDによって出生し子どもについても両親のそろった家庭が望ましい理由として、いくつかの州では当該技術の利用を既婚女性に限定する動きが見られる外、「〔…〕『既婚（married）』という言葉をやむを得ず削除したり、女性と精液提供者との書面による合意がないかぎり、提供者は子の法律上の父でないと

³⁹ 棚村・前掲論文注（31）95頁。

⁴⁰ Doornbos v. Doornbos (139 N.E.2d 844 [Ill. App. 1956]) 判決を参照し得る。中村・前掲論文注（28）58頁。棚村・前掲論文注（31）95頁。

⁴¹ 棚村・前掲論文注（31）95頁。

⁴² 中村・前掲論文注（28）58頁。棚村・前掲論文注（31）96～98頁。

⁴³ Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *Children and the Law In a Nutshell*, 3rd ed., (U.S.A, 2003) at 203-204.

規定して、事実上、未婚女性による AID を認めるところもある」⁴⁴、と言われている⁴⁵。

二、代理出産

代理出産や代理母の契約が結ばれるようになったのは一九七〇年代後半になってからだと言われている⁴⁶。その類型として、大きく「完全代理母」(surrogate mother) と「部分代理母」(gestational mother) 二つを分けて見ることができる⁴⁷。

前者を巡って、一九八八年に New Jersey 州最高裁が下した In the Matter of Baby M (109 N.J. 396 [1988]) 判決が注目される⁴⁸。同裁判所は代理出産を可能にした契約自体について、子どもへの精神的影響及び女性の地位や品位の低下につながることを挙げ、代理母契約自体は public policy に違反して無効だと⁴⁹説示したが、出生した子どもの監護権を精子の提供者である父親と代理母のいずれに付与するかといった問題について、子どもの最善の利益の観点に立ち、子どもをめぐる生活環境、当事者の性格、パーソナリティーなどの比較衡量を経て、実父に監護権を認め、代理母には子どもへの訪問権を付与するという⁵⁰結論を下した。

他方、後者については、概ね依頼者は裁判所に対し出生した子どもと

⁴⁴ 棚村・前掲論文注（31）96～97頁。

⁴⁵ なお、AID の実施について当事者の女性と合意があること及び、当該施術は資格ある医師によってなされていない事実などを鑑み、身元が明らかな提供者は AID 出生子の法律上の父だと認めた判例がある。Jhordan C. v. Mary K. (179 Cal. App. 3d 386 [1986])。棚村・前掲論文注（31）97頁。

⁴⁶ 中村・前掲論文注(28)58頁。岡田・前掲書注(30)19頁。棚村・前掲論文注(31)101頁。

⁴⁷ 中村・前掲論文注（28）58頁。岡田・前掲書注（30）24頁。棚村・前掲論文注（31）102頁。なお、完全代理母を巡る争いは、より詳しい分類もある。棚村・前掲論文注（31）103頁。

⁴⁸ 中村・前掲論文注（28）58頁。

⁴⁹ 109 N.J. 396 (1988) at 434-444。棚村・前掲論文注（31）104頁。

⁵⁰ 棚村・前掲論文注（31）104頁。*supra* note 49, at 444-447。

の親子関係の確定を求める訴訟が中心となっている。ここでは、二つの判決を取り上げる。

まず、九三年に California 州最高裁によって下された Johnson v. Calvert (851 P.2d 776 [Cal.1993]) 判決である。この事件の第一審は、代理母契約は有効で効力をもち、代理母は親としての権利をもたず依頼者夫婦が子どもの親であるとし、中間上訴審もそれを支持した⁵¹。同州最高裁は、部分代理母は遺伝学上の母ではない故、ここでの代理母契約は金銭の授受を禁じる養子法等の公序に反せず、血液検査の結果証明書と同様に母子関係を確定する方法であると論じながら、州法は子どもには唯一の母しか認めていないため、契約に示された当事者の意思 (intent) を検討し、自ら育つ意思を以って代理母を依頼した遺伝学上の母が法律上の母だと判断した⁵²。なお、この判決について、意思テストが採用されたが、血縁の存否をどの程度まで重要視されたかの問題について正面から答えていないと考えられる⁵³。

次は九四年に Ohio 州一般訴訟裁判所によって下された Belsito v. Clark (644 N.E.2d 760 [Ohio C.P. 1994]) 判決である。本件は、配偶者女性の妹が無報酬で当該夫婦の受精卵を移植することにより子どもを産むとの契約を交わし、依頼者夫婦が裁判所に対し出生した子どもの遺伝上及び実の親である旨の宣言的判決を求めたケースである⁵⁴。これに対して、同裁判所は、実親とは子どもと血縁関係を有する親といい、同州法上、実親を確定する方法として遺伝テスト (genetic test) と分娩テスト (birth test) があるが、前記の Johnson 判決で採用された意思テス

⁵¹ 851 P.2d 776 (Cal.1993) at 778. 棚村・前掲論文注 (31) 104頁。

⁵² Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 5, at 159-160. 中村・前掲論文注 (28) 59頁。 *supra* note 51, at 778-785.

⁵³ 2005年の In re C.K.G. (173 S.W.3d 714 [Tenn.2005]) 判決のように、裁判所は意思テストや血縁の存否だけを以って親子関係を定めることをしない傾向があるらしい。棚村・前掲論文注 (31) 104頁。Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *supra* note 43, at 68.

⁵⁴ 644 N.E.2d 760 (Ohio C.P. 1994) at 760-762. 中村・前掲論文注 (28) 59頁。棚村・前掲論文注 (31) 104～105頁。

ト（intent test）についてはここで支持することができない⁵⁵と述べ、遺伝テストを用いるべきとした上、依頼者夫婦が生まれてくる子どもの実親且つ法律上の親だと⁵⁶判じた。

このような判例の状況に鑑み、多くの州で代理母若しくは人工生殖に関する法案が次々と提出される動きがあった。そして、NCCUSL はこれまでの親子関係に係る統一法⁵⁷を一本化するために、〇〇年に新たな『統一親子関係法』を策定した。代理出産が含まれる生殖補助医療に関する規定⁵⁸が統一的に同法に盛り込まれている⁵⁹。

三、第三者による卵子や受精卵（胚）の提供

一九九四年に、第三者の卵子や精子を借りる生殖補助医療技術に関連して、New York 州の高位裁判所が下した McDonald v. McDonald (608 N.Y.S.2d 477 [Sup. Ct. 1994]) 判決がある。同判決は、生まれた子どもを依頼者夫婦の嫡出子と推定し、前記の Johnson 判決において述べられた卵子提供に関する傍論を引用して、妻に暫定的監護権（temporary custody）を付与した⁶⁰。この事案は他人の卵子を借りて自分の子宮に着床させることで出産に臨んだものであったため、同判決の結果は子どもとは遺伝的な繋がりが無い出産者の女性にしても、法律上の母として認められる余地を生むという⁶¹見解がある。

そして、九六年の Jaycee B. v. Superior Court (49 Cal. Rptr.2d 694 [Cal. Ct. App. 1996]) 判決では、夫婦は体外受精卵を以って借り腹型の代理出産を依頼したが、子ども（Jaycee）の出生前に、婚姻関係が破綻

⁵⁵ *supra* note 54, at 763-765.

⁵⁶ *supra* note 54, at 767. 中村・前掲論文注（28）59頁。

⁵⁷ 中村・前掲論文注（28）59頁。神里・前掲論文注（29）286頁。棚村・前掲論文注（31）105頁。

⁵⁸ 中村・前掲論文注（29）59頁。棚村・前掲論文注（32）105～106頁。

⁵⁹ なお、同法は02年に再び改定された。神里・前掲論文注（29）286頁。Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *supra* note 43, at 55.

⁶⁰ 608 N.Y.S.2d 477 (Sup. Ct. 1994) at 480. 中村・前掲論文注（28）59頁。棚村・前掲論文注（31）107頁。

⁶¹ 棚村・前掲論文注（31）107頁。

となったため、元妻が元夫に対し、子どもの養育費の支払いを要求するケースが取り扱われていた⁶²。結果として、裁判所はそのような形で出生させられた子どもには援助（support）が要ることを強調し、依頼者の夫婦共に当該子どもの扶養や監護の責任を負い、子どもをもちたいと意図した母親は別れた夫に暫定的な養育費を請求できる⁶³と判じた⁶⁴。

第三目 Woodward v. Commissioner of Social Sec. (435 Mass. 536 [2002]) 判決

夫が亡くなった後、事前に「精子銀行」に保存した夫の精子を使い、人工授精によって双子を身ごもり出産した未亡人がいる。その後、同人は双子のために社会保障の遺族手当を申請したが、Massachusetts 州の無遺言相続法に基づいて、双子は亡くなった夫の相続人には該当しないとされ、当該手当の受給資格が認められなかった。そのため、同人は、子ども達の相続権の確認を求め、Massachusetts 州裁判区の連邦地方裁判所へ提訴した⁶⁵。

本稿の見地からすれば、同裁判所はこの判決において同州の無遺言相続法の立法者意思が子どもの利益を尊重する観点を打ち出していたことを重く受け止めた点は大いに注目される。

すなわち、同裁判所は生殖補助医療により出生した子どもに対して

⁶² 49 Cal. Rptr.2d 694 (Cal. Ct. App. 1996) at 695-697. 棚村・前掲論文注(31)107頁。

⁶³ *Id.* at 730-732. 棚村・前掲論文注(31)107頁。

⁶⁴ なお、本件の第二審である98年の *Buzzanca v. Buzzanca* (72 Cal. Rptr. 2d 280 [App.1998]) 判決において、California 州の控訴裁判所は Jaycee のような子どもの出生について、法律上の親を全く持たせないのは妥当ではないと見て、元夫婦の意思の存在を確認し、元夫婦二人とも Jaycee の法律上の親だと判断した。72 Cal. Rptr. 2d 280 (App.1998) at 293-294. 棚村・前掲論文注(31)107頁。

⁶⁵ 久保野恵美子「Lauren Woodward v. Commissioner of Social Security, 435 Mass. 536, 760 N.E. 2d 257 (Mass. 2002) —凍結保存された夫の精子を使って妻が夫の死亡後に人工授精によって妊娠出産した子が夫の無遺言相続人としての資格を有する場合があるとし、その要件を明らかにした事例」『アメリカ法 2003—1』（日米法学会・2003年）221～222頁。申信考「死後生殖に関して国内外の判例・事例における倫理問題の考察」日本医学哲学・倫理学会『医学哲学医学倫理 第24号』（2006年）88頁。

Massachusetts 州の立法府は「[……]死後懐胎子の相続権を否定すべく『死後に生まれた子』の範囲を狭める立法をしなかった」し、「[……]非常に肯定的な態度で、これらの子が出生する唯一の手段である生殖補助技術を支持してきた」と認め、「[……]その技術の成果たる一群の子には他の子よりも少ない権利や保護だけが与えられるべきだというのは内在的に不合理な結論である。[……]全ての死後懐胎子がドナーたる死亡した親の無遺言遺産からの相続を自動的に否定されるという立場は認められない。[……]（同州の立法府）は、死後懐胎子もできる限り死亡の前に懐胎された子どもと同様の『権利と法的保護の資格を有する』と意図していたと考えられる」⁶⁶、と説示したのである。

第四項 出自の情報へのアクセス

近年において、アメリカでは養子縁組の下に置かれる子どもが自分の実親についての情報を求める動きが現れ⁶⁷、一つの制度として実親が養親に会い、その子どもの所在と福祉についてだけは関係を継続する状態を保つ open adoption が提唱されている⁶⁸。

当該制度の展開、及びそれと連動して養子となる子どもの戸籍をオープンしようとする立法を求める open record movement は、子どもにとって、「[……]素性を明らかにして自己の同一性を確定」⁶⁹することができるようなプラス的な側面があるが、子どもを反って失ってしまうのではないかという養親に当たる人々の不安もある。更に、虐待や育児放棄の経験を味わった子どもにとって、養子縁組に関する情報を公開することで引き続き元の親達と接触してしまう可能性があり、再度肉体的或いは精神的傷害を受ける危険性が無いとは断言できない。また、子ども自身も果たしてどちらの「親」に対し、忠誠を示せばいいのか困惑する

⁶⁶ 435 Mass. 536 (2002) at 545-547. 久保野恵美子・前掲論文注（65）223頁。

⁶⁷ 米倉明『アメリカの家族』（有斐閣・1982年）154頁。

⁶⁸ Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *supra* note 43, 280-281. 米倉・前掲書注（67）154頁。

⁶⁹ 米倉・前掲書注（67）159頁。

のではないか⁷⁰といった様々な問題点がある。

これらの問題点を解決するために、各州には具体的にいくつかの法的判断の要件を定め、裁判所に open adoption の仕組みをコントロールする権限を与える動きがある。例えば、Wisconsin 州の州法では、裁判所は子どもの最善の利益の原則に照らし、養子となった子どもとの面接交渉の権利を養親や実親の拒否とは関係なく、第三者に付与することができとしている。他方、Tennessee 州の州法のように一旦養子縁組が成立した以上、子どもとの面接交渉を認めるには養親の許可を得なければならないとするケースも存在している。

判例として、一九九五年の *In re S.A.H.* (537 N.W.2d 1 [S.D.1995]) 判決は、司法命令によって実親と子どもとの面接交渉は後者の最善の利益に資しうることを認めるためには、子どもには祖先への探求等の心理的欲求があること、または open adoption の影響を受け、子どもに養親家族との結び付きに関する心理に混乱が引き起こされること等、いくつかの要件を全て満たされなければならないと説示した⁷¹。しかし、九六年の *In re Adoption of C. H.* (554 N.W.2d 737 [Minn. 1996]) 判決のように、制定法上、養子縁組の成立に伴い、それ以外の関係者との権利義務関係が消滅することになる、と特別に定められている場合、当該養子との面接交渉の機会を養親以外の誰に付与すべきかを判断することは、裁判所にもできないケースもある⁷²。

第四節 医療行為と子ども

本節ではアメリカの医事法分野⁷³において子どもの主体性は如何に認

⁷⁰ Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *supra* note 43, at 282.

⁷¹ 537 N.W.2d 1 (1995) at 7.

⁷² なお、連邦最高裁が *Troxel v. Granville* (530 U.S. 57 [2000]) 判決を下した後、州の養子法に基づいて正当に実親から権利が譲渡される養親の利益を顧みることとはなく、一方的に実親や他の関係者に養子との面接交渉を認める裁判所の姿勢は厳しい憲法の問題として問われる可能性が高くなる指摘がある。554 N.W.2d 737 (1996) at 743. Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *supra* note 43, at 282-283.

⁷³ Mark A. Hall and Ira Mark Ellman and Daniel S. Strouse, *Health Care Law*

識されているか⁷⁴、という問題意識の下で考察を進めていきたい。

第一項 論点の概要

Union Pacific Railway Company v. Clara L. Botsford (141 U.S. 250 [1891]) の連邦最高裁判決において、Horace Gray 裁判官は法廷意見の中で common law によって確認される諸権利の中で最も神聖な (sacred) のは個々人が自らの身体を所有し、コントロールする権利である⁷⁵と示している。そうして、この判決を初めとして、個人の精神的及び身体的統合性 (bodily integrity) にかかわる問題は、後に同裁判所によるいくつかの判例⁷⁶によっても確認されている。また、学説においては「自分の身体を所有し、コントロールする権利」に基づき、すべての医療行為において informed consent のプロセスを踏んだ上で、個人 (患者) の合意を得なければならないということの不可欠さや重要性が認識されている⁷⁷。しかし、議論の主体を子どもに置き換えて考えると、家族との関係等のいくつかの問題⁷⁸を注意深く吟味しなければならない⁷⁹。

and Ethics In a Nutshell, 2nd ed., (U.S.A,1999), at 81-82; マーク・ホール＝アイラ・エルマン＝ダニエル・ストラウス著・吉田邦彦訳『アメリカ医事法』（木鐸社・2005年）69頁。

⁷⁴ 丸山英二「未成年者に対する医療とアメリカ法—親の決定権とその限界—」『ケース研究 207号』（1986年）3頁。

⁷⁵ 141 U.S. 250 (1891) at 251. Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *Children's Rights in the United States In Search of a National Policy* (U.S.A 1999) at 141.

⁷⁶ 高井裕之「憲法と医事法との関係についての覚書」『佐藤幸治先生還暦記念現代立憲主義と司法権』（青林書院・1998年）291頁。

⁷⁷ Mark A. Hall and Ira Mark Ellman and Daniel S. Strouse, *supra* note 73, at 131-133. マーク・ホール＝アイラ・エルマン＝ダニエル・ストラウス著・吉田邦彦訳・前掲書注（73）102～103頁。Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 141.

⁷⁸ Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 141.

⁷⁹ *Id.* at 141-142.

かような認識に基づき、本節においてまず一九七〇年代の後半に連邦最高裁が下した二つの判決に着目し、整理をする。そして、論争が重ねられているテーマに絞って、考察を試みる。

第一目 二つの連邦最高裁判決

まず医療措置を受ける主体である子どもの権利を検討した⁸⁰一九七九年の *Parham v. J.R.* (442 U.S. 584 [1979])、及び *Bellotti v. Baird* (443 U.S. 622 [1979]) 判決を整理する。

一、*Parham v. J.R.* (442 U.S. 584 [1979]) 判決

本件の原告の一人である J.R. は出生後三カ月半の時に、親によるネグレクトの虐待が発覚し、七歳の時に Georgia 州の州立病院に入院させられるまで七回も異なる里親の下で生活していた。他方、もう一人の J.L. は六歳の時、母親と継父の意思により同州の州立病院に入れられ、関係者は J.L. を再び家族の元に戻そうと努力したが、同人の家族から彼を拒否するような意思表示を受け、結局、彼は同院に留まっている⁸¹。そして州法は、本件の入院については子どもが“自発的”意志に基づいて行われた、と見做されると定めていた⁸²。それ故、二人の子どもは実際に自分の意思を表明する機会が保障されていないと主張し、合衆国法律集四二編一九八三条⁸³に基づき、同州に定められた子どもに関する精神病院の入退院手続が、due process clause に違反することを主張し、救済を求めた⁸⁴。

Warren Earl Burger 裁判官による多数意見（以下、「Burger 多数意見」）は次のように述べ、子ども側の主張を退けた。まず、Burger 多数意見は *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510 [1925]) 判決等に依拠し

⁸⁰ Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *supra* note 43, at 302-307.

⁸¹ *Id.* at 336.

⁸² *Id.* at 335-336.

⁸³ 樋口範雄「児童虐待と合衆国最高裁—子どもへの公的保護責任と一九八三条訴訟」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開 上』（有斐閣・1993年）255頁。

⁸⁴ 米沢・前掲書注（9）91～92頁。

つつ、両親には自分の子どもに対し親としての高度的本分（high duty）からなる義務、及び権利を享有することが再確認された一方、子どもという個人には、必要がない拘禁を受けさせられず、誤って精神病などのレッテルが貼られることもないという権利利益（liberty interest）があることも示した⁸⁵。ところが、同多数意見は仮に *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390 [1923]) 判決や前記の *Pierce* 判決で示されたように、子どもが親と相反する意見を表明した事実が証明されても裁判所の結論は変わらないであろうと理解し、子どもが入院について躊躇するかもしれないという事実は、何が子どもの最善の利益になるのかを決定する親の権限を少しも減少させる理由にはならない、と判じた⁸⁶。

Burger 多数意見に対し、William J. Brennan, Jr. 裁判官による一部同意・一部反対意見がある（以下、「Brennan 反対意見」）。彼は、当該強制入院を執行した後も子どもに対する意見の聴聞を行わなければならないと言い、due process clause は事前の適正手続の進行を要求するだけでなく、事後の聴聞も含めて適切に執行することを要求し、聴聞の事後的執行の権利も認められるべきだと説く⁸⁷。そして、「精神的治療施設に入院する子どもの権利」、「両親によって入院させられる子どもの権利」及び「後見人である州によって入院させられる子どもの権利」というタイトルを立て、次々と所論を展開した。その中、Brennan 反対意見は、「精神的治療施設への強制入院は、[...] 当該個人を彼（彼女）自身と係

⁸⁵ 442 U.S. 584 (1979) at 600-604. 山本龍彦「アメリカ憲法—子どもの権利・親の権利・国家の役割—」小山剛・玉井真理子編『子どもの医療と法』（尚学社・2008年）103頁。

⁸⁶ *Ibid.* なお、Potter Stewart 裁判官による補足意見では、「親が子を代弁するというのは、common law の原則であり、憲法もこれを尊重すべきこととしてゐる。[...] 親が子のために選んだ途について、子は異議を申し立てることができない」、と述べている。*Id.* at 621-625. 米沢・前掲書注（9）92頁。堀雄「*Parham v. J.R.*, 442 U.S. 584, 99 S. Ct. 2493 (1979) —親または後見人が、18歳未満の子を本人の意思にかかわりなく、州立精神病院に同意入院させることを認めるジョージア州精神衛生法の規定は、手続的 due process に違反しない」『[1980-2] アメリカ法』（1981年）317～318頁。

⁸⁷ *supra* note 85, at 625-626.

わる友人、家族や地域社会（community）から隔離させることにもなってしまう」と示し⁸⁸ながら、連邦最高裁の先例に基づき、個人の精神的治療施設への入院について合衆国憲法に定められる手続的 due process の要求に合致しなければならないと言う。要するに、「完全且つ公正の対審の聴聞（full and fair adversary hearings）」が求められ、それを満足するために弁明の機会（an opportunity to be heard）も含め、いくつかの審判上の権利⁸⁹が保護されなければならないことを説示した。ここで、Brennan 反対意見は、「憲法上の権利は州が定められる成人年齢によって、突然に成熟し、魔法のように個人に与えられるものではない。子ども（minors）は大人（adults）と同様に憲法によって保護され、憲法上の諸権利を享有する」⁹⁰、という重要な認識を提示している。また、本件で言う誤った監禁、肉体的侵害及び不当なレッテルが貼られる恐れからの自由は、子どもという個人にとって中絶する権利と同様に重要だと Brennan 反対意見は解している。特に、自分の家族から排除される子どもにとって、当該権利をより重要視すべきだと Brennan 反対意見は示している。このような権利を恣意的に侵害されないように、Brennan 反対意見は緊急な場合には、「正式の事前聴聞は省略されても容認可能であるが、事後における聴聞の手続は欠かさずに執行されるべきである」⁹¹と説く⁹²。

二、Bellotti v. Baird (443 U.S. 622 [1979]) 判決（Bellotti II 判決）

本件の争点となる Massachusetts 州州法⁹³では、一八歳未満の未婚の

⁸⁸ この点について Burger 多数意見でも「一個人が一旦精神的治療施設に同意入院させた場合、治療中や治療の後に施設から送り出されても一生『元患者』や『異常者』のレッテルが貼られる恐れが高い」という認識が示された。*supra* note 85, at 626-627.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *supra* note 85, at 632.

⁹² *Id.* at 635. 堀・前掲論文注（86）318頁。

⁹³ 428 U.S. 132 (1976) at 134. 戸松秀典「Abortion 判決の傾向」『[1980-1] アメリカ法』（1980年）54頁。）

妊婦が中絶を行うためには両親の同意を得ることが必要条件だと要求される規定がある外、両親または一方の同意が得られない場合でも、正当な理由があると判断されれば、裁判所が両親に代わって子どもの中絶を決定し得る、とも定められている。従って、同州法の合憲性が被控訴人ら⁹⁴による class action として争われた。

なお、本判決の以前に、連邦最高裁は一九七六年の *Bellotti v. Baird* (428 U.S. 132 [1976]) 判決（以下、「Bellotti I 判決」）において、裁判官全員一致の判断を通じて同州法に対する合憲性審査を行う前に、法解釈によって個人に救済が与えられる余地がまだあるのではないかと疑問視し⁹⁵、いくつかの問題点を取りあげ、連邦地裁に対し、州の最上級裁判所の見解を改めて求めるように指示した。

なかでも、同州法の下では子どもがよく事情の分かる（mature）か、分らない（immature）かの区別を判断しないで、中絶について親と相談しなくても裁判所に対し直接に許可を求められるという解釈が許されるかどうかの問題がある⁹⁶。この点に対し、後に Massachusetts 州の最上級裁判所から「当該解釈は概ね許されない」という返答がなされた⁹⁷。そして、例え事情のよく分かる子どもが両親と自分の同意に基づいて、固い意志で理性的に中絶手術を選択しても、一旦裁判所はより良い選択があると発見する場合、裁判所が両親と子どもの同意の有効性を認めないことができるか、という問題もある⁹⁸。この点に対しては、同州の最上級裁判所から肯定的な返答がなされた⁹⁹。このような返答への考慮も含め、連邦地裁は再び同州法は憲法に違反すると判じ、同州法の施行を禁止した。

以上の経緯を汲んで、Lewis F. Powell, Jr. 裁判官による多数意見（以下、「Powell 多数意見」）は、冒頭において、子どもは重大な決定をな

⁹⁴ 米沢・前掲書注（９）78頁。

⁹⁵ 戸松・前掲論文注（93）54～55頁。

⁹⁶ 428 U.S. 132 (1976) at 141-142.

⁹⁷ 443 U.S. 622 (1979) at 630.

⁹⁸ 428 U.S. 132 (1976) at 143-146.

⁹⁹ *supra* note 97, at 630.

すにあたっては、情報を与えられ成熟した判断がなされないことなど、いくつかの理由¹⁰⁰を取上げて、子どもの憲法上の権利に対する保障は大人のものと同じ視することができないと明言した。そして、中絶手術を受けるか否かは、子どもにとって極めて重大な決定となるため、立法府は制定法を定める際に、子どもと同一の家族に属する者である親権者との係わり合いを慎重に配慮する義務が州にはある¹⁰¹、と説示した。しかし、Powell 多数意見は、例え州側が、妊娠した子どもが中絶手術を行う際、両親またはその一方の同意を得ることが必要であるとする場合でも、他に許可が得られる「代替的手続 (the alternative procedure)」をやはり何らかの形で設けるべきであるとの認識を示した。そのような子どもの手続き的権利が保障されるならば、州側が定めた両親の同意条項は、子ども自身による中絶手術を受ける決定に対し、Danforth 判決が示したような「完全的、且つ恣意的拒否の権限 (absolute, and possibly arbitrary, veto)」にはならないと解される、と Powell 多数意見は述べている¹⁰²。

かような認識と同州の最上級裁判所による公的見解に鑑み、Powell 多数意見は本件州法が裁判所に過大的な権限を与えていることや、同法は子どもの最善の利益に適うかどうかには配慮せず、同人が如何なる状況であっても両親又は親権者と相談しなければならないことを強要している等の理由から、同法が妊娠した子どもの中絶手術を受ける権利に不当な負担 (undue burden) を課しているため違憲であると結論づけている¹⁰³。

第二目 学説の展開

医療措置を執行することの可否に係わる決定において子どもの意思を如何に考慮すべきであろうかという問題については、年齢という要素が重要だと考えられる。

¹⁰⁰ 米沢・前掲書注(9) 79頁。supra note 97, at 633-639.

¹⁰¹ Id. at 639-642.

¹⁰² Id. at 642-644.

¹⁰³ Id. at 644-651.

まず、Piaget の論説を参照し、七歳未満の子どもには如何に対応すべきであろうかという問いを検討する Billick, S. B. の研究がある¹⁰⁴。結果的に Piaget の論説では七歳未満の子どもには論理的思考がまた形成されていないとされるため、informed consent の手続の保障からも除外されざるを得ないと説かれている¹⁰⁵。

そして、Piaget によれば、人間の年齢は満七歳から一一歳までの間「具体的操作期（concrete operations）」に入る。この時期における子どもの特性¹⁰⁶については、まだ完全な精神的状態には到達したとは言えないと説かれている。それに基づき、Erlen, J. は、この時期に達した「[...] 個々の子どもの既に備えている理解能力のレベルを配慮しつつ、医療措置の実行への同意か不同意の意思を表明する機会が与えられ、同人が享有すべきである権利を試行的に行使させることができるように対応しなければならない」¹⁰⁷と主張する。

続いて、一一歳から一五歳の間は Piaget によると、それは「形式操作の時期（formal operations）」¹⁰⁸に入ることとなる。そして、それらの子どもに対しては、真の informed consent の手続を取れば良いと主張する Weithorn, L. A. と Campbell, S. B. がいる¹⁰⁹。しかし、この時期を経て成熟した大人の中にも独立的思考が働くことができない人が少なくはないという Piaget の見解と同調し¹¹⁰、注に掲げた図表¹¹¹のように、子どもが自分の人生に係わる重大な決定を迫られた場合、年齢をより細かく

¹⁰⁴ Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 149.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.* 岸本弘・岸本紀子訳『ピアジェ心理学入門（上）』（明治図書・1969年）124～125頁。

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ 岸本弘・岸本紀子訳・前掲書注（106）125頁。

¹⁰⁹ Weithorn, L. A., & Campbell, S. B., The competency of children and adolescents to make informed treatment decisions., *Child Development*, 53 (1982), at 1595-1596.

¹¹⁰ Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 150.

区分し、子どもの（成長）発達能力に従い、如何に対応すべきであろうかを示す Billick の見解もある。

一方、Erlen は七歳から十一歳の子どもの（自分自身と関わる）重大な決定を要する事項に参加し、関与して行くことは難しいと考えている。その考え方を具現化したのが「医学的治療措置の決定に関する参加」の思考的モデル（participation in treatment decisions model）である（以下、「Erlen 説」）¹¹²。この Erlen 説が成立する前提の一つは、年齢と能力の逐年的増加に伴い、子ども達に対して執行される医療処置に関する様々な決定から生じる責任の負担も段階的に要求されうることである。従って、当該思考的モデルの内容についても「単なる同意（assent）」、「同意の拒否（dissent）」、及び「双方的合意（consent）」という三つのレベルから構成されている。

まず、「単なる同意」の段階において、Erlen は「他人による治療措置の執行について、それは合理的で正当な認識に基づいてなされた決定だと信じ、子どもは同意や協働する意思を表明することしかできない」、と見る。従って、「この段階に当てはまる子どもに対応する側には、如何なる治療措置或いはケアのプランを取るかということ子どもに知らせること、当該治療措置の執行時間についての決定手続に子どもに関与させることが要求される」ことになる。そして、この段階に止まる「子どもの意思は親の意思を覆することができるほどの重みを持っていない」と Erlen は考えるが、「[...] この「単なる同意」のプロセスが配慮される場合、両親や医学専門家達は子どもが自発的に協働の意思を表明することを求める」ことになる故、「[...] たとえ治療措置の執行全般につい

111

子どもの年齢	決定がなされ、責任を負うべき者
0 歳～6 歳	親
7 歳～8 歳	子どもによる関与も配慮する親
9 歳～11 歳	親と子どもの参与
12 歳～14 歳	親の援護を得ている子ども
14 歳以上	子ども自身

Id. at 151 「Table 7.1」を参考し、加筆により、作成したものである。

¹¹² *Ibid.* Erlen, J., The child's choice: An essential component in treatment decisions., *Children's Health Care*, 15 (1987), at 157.

て、子どもの意思は「…」(かならずしも) 中心的要素ではないとしても意義がある」¹¹³と主張されている¹¹⁴。

次に、Erlen は「同意の拒否」を「子どもは（自分の心中に大人と）異なる意見が存在すること、協働する意思を欠いていること、同意する意思を表明しないこと」¹¹⁵と認識し定義する。要するに、前記の Piaget が言う「具体的操作期（concrete operations）」を経た子どもは物事の相互的関連性や因果関係をより良く理解する能力が備わっているから、子どもは自身の中における価値観の形成やその形成に対する認識も発展しており、周囲の大人は直面した子ども達が表明する同意の拒否の行為に関して、どこかで合理的理由が存在することを発見しやすい、と Erlen は考えている¹¹⁶。

最後の「双方向的合意」の段階について、Erlen は informed consent と同義的に位置づけている。すなわち、子どもに接取する情報を理解する能力や合意を与える法的資格（能力）がある場合、「双方向的合意」= informed consent のプロセスを踏まえないとされ¹¹⁷。

第三目 検討すべき問題群

以上のような判例や学説の状況を踏まえて、様々な医療と係る場面において子どもの医療と係わる国家の役割を「成熟に近づく子どもの原則（The Mature Minor Doctrine）」や「法律上の例外（Statutory Exceptions）」から検討する必要がある¹¹⁸けれども、本稿では次の二つの場面に絞って、子どもの自己決定を考える。

第二項 中絶に関する同意及び通知

¹¹³ *Ibid.* Erlen, J., *supra* note 112, at 158.

¹¹⁴ Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 152.

¹¹⁵ *Ibid.* Erlen, J., *supra* note 112, at 158.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Id.*, at 159. Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 152.

¹¹⁸ *Id.* at 307-327. 米沢・前掲書注（9）98頁。

Roe v. Wade (410 U.S. 113 [1973]) 判決の後、未婚の子どもが中絶を行うにあたって、原則として、親または裁判所による同意や（医者等による）親への通知を求めるという州法が、多く作られたと言われる¹¹⁹。以下では、この問題を巡る社会的背景や判例の動向について考察する。

第一目 社会的背景

これについて、Robert H. Mnookin はいくつかの調査報告に従って、未婚の子どもの間に性交渉を経験した年齢の低下¹²⁰、又は避妊に対する無関心の広まりといった状況¹²¹をまず示しながら、子どもの「[...] 心身的発達の未熟さによって、避妊を実践することより、安易に中絶を選ぶことになってしまう」¹²²という傾向があると指摘する。その結果、一九六〇年代以降増えてきた子どもの無計画的な妊娠問題と連動して、未成年の妊婦に与えられる選択肢として、中絶、相手の男性と結婚すること、及びシングルマザーとなることだと言う¹²³。

また、多くの子どもには自分の両親と妊娠や中絶などの性的問題を語り合うことに対し、嫌悪感があることもむやみに中絶の方向へ逃げてしまう背景の一つだと Mnookin は示している¹²⁴。

第二目 連邦最高裁による判断

以下では、中絶を巡って連邦最高裁は如何なる問題に直面しているのかの概要を把握した後、蓄積されてきた同裁判所による各判例の様相を見ていきたい。

¹¹⁹ 米沢・前掲書注（9）76頁。

¹²⁰ Robert H. Mnookin, “PART・IV Bellotti v. Baird: A Hard Case” in Robert H. Mnookin et al., *In The Interest of Children Advocacy, Law Reform, and Public Policy* (U.S.A, 1985) at 155-156.

¹²¹ *Id.* at 156-157.

¹²² *Id.* at 157.

¹²³ *Id.* at 157-158. 土屋和代「社会保障」矢口祐人・吉原真里『現代アメリカのキーワード』（中公新書・2006年）290頁。

¹²⁴ Robert H. Mnookin, *supra* note 120, at 158-159.

一、その概要

中絶を巡って、連邦最高裁は、中絶を規制する州法の合憲性について、当該制定法では子どもが自発的に中絶手術を行おうとする際に予め親の同意を得ることが必要条件だと定められているかどうかの問題の外に、当該必要条件の認否に関し裁判所が介入し判断を示し得るバイパス手続（judicial bypass procedure）の用意の有無についても一判断要素として挙げている¹²⁵。何故なら、同手続は当事者である子ども（すなわち、未成年の妊婦）が中絶手術を受ける際に必要とされる心身の成熟さに達しているかどうか、及び当該中絶手術の執行が当事者の子どもの最善の利益に資するかどうかのことを検討し、判断する有効な手段だと見做される所以である¹²⁶。

連邦最高裁は、州側がバイパス手続を用意すれば、子どもの中絶を防ぐために、片方の親による同意を得なければならないという要件を設けることができると認めるが、両方の親による同意の要件については、その合憲性の判断が未だに明確されていない。また、同裁判所は同手続なしで両親への通知を要請する義務を医者や医学的専門家に課す要件に関し、違憲だと認識している¹²⁷。とは言え、緊急性を伴う中絶手術の執行について、同専門家らに片方の親だけでも通知する義務を州側から課し得るかかどうかという問題が残されている¹²⁸。それに、同専門家による親への通知要件の作動に伴い、一般的に中絶を受けようとする子どもは四八時間の制限時間を受けている。よって、その四八時間より長い制限時間を定めることができるのかという問題¹²⁹も一争点になっている¹³⁰。

二、判決の動向

一九七六年の *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* (49

¹²⁵ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 964.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 964-965.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Id.* at 965.

L.Ed.2d 788 [1976]) 判決において、連邦最高裁は初めて¹³¹中絶に関する親の同意要件¹³²について判断を下した。Harry A. Blackmun 裁判官による多数意見は本件の争点となる Missouri 州法に定められた親の同意要件を違憲とした。その理由の中で、州側には医者と患者による中絶の決定に対する絶対的で且つ恣意的になる恐れがある拒否権を、その両者以外の第三者に付与する憲法上の権限を有しない¹³³と述べられている。そして、未成年の娘の中絶に対して親がいかなる独善的な利益を持つとしても、それは妊娠することに十分成熟した能力を有する子どものプライバシーの権利よりも重要なものではない¹³⁴ことも多数意見の中で示されている¹³⁵。一方、Byron R. White 裁判官による反対意見は、中絶の決定は間違いなく重要で取り返しのつかない結果に繋がるので、州は自分(子ども)の最善の利益にならないような方法で中絶を行うことから、子どもを保護する資格を有すると示し、親による同意要件を合憲だ¹³⁶と説く¹³⁷。そして、前述した七九年の Bellotti II 判決でも当該要件は違憲だと判じられた。

続いて、医者による親への通知要件は連邦最高裁が八一年の H.L. v. Matheson (450 U.S. 398 [1981]) 判決において合憲とした。そして同判決は未成年の女性が有する中絶に対する憲法上の権利についても判断を示した。すなわち、Burger 裁判官による多数意見では、「州は娘の(中絶)に対する全面的拒否権を親に与えることはできないが、単なる通知要件は、未成熟で親に生計を依存している未成年者の憲法上の権利を侵害す

¹³¹ *Ibid.*

¹³² 49 L.Ed.2d 788 (1976) at 788-789. 米沢・前掲書注(9) 77頁。

¹³³ 米沢・前掲書注(9) 77頁。

¹³⁴ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 966. 米沢・前掲書注(9) 77頁。 *supra* note 133, at 808.

¹³⁵ *Ibid. Id.* at 806 ; 807-809. 米沢・前掲書注(9) 77頁。

¹³⁶ *supra* note 133, at 819-820.

¹³⁷ また、Stevens 裁判官による一部反対意見は、子どもの選択の自由に対する制限は年齢に基づく考量が必要だと説いている。 *Id.* at 823-824. 米沢・前掲書注(9) 77頁。

るものではない」¹³⁸と述べられていた。他方、Marshall 裁判官による反対意見は、「[...] 州の主張する利益は（当該）通知要件によって促進されるものではない」¹³⁹と示している。

八三年に至り、連邦最高裁は二つの事案において再び中絶に関する親の同意要件について判断を下した。一つ目は、City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc. (462 U.S. 416 [1983]) 判決（以下は「Akron I 判決」）である。本判決で争われた州法の規定¹⁴⁰の中には、一五歳未満の妊婦に対し、中絶を行なう場合、妊婦本人の同意のほか、親または後見人の同意若しくは裁判所の命令を求めなければならないという要件¹⁴¹が含まれたが、Powell 裁判官による多数意見は当該州法の規定の全てを違憲だと判じた。同多数意見は女性の中絶を決定する権利は、合衆国憲法修正一四条の個人的自由および州の行為に対する制約の根拠をもつプライバシーの権利に含まれるものだ¹⁴²ということを再確認しながら、前記の同意要件に対し、Danforth 判決等を参照して州は子どもが中絶を受けられるかどうかの条件として、親または親の地位にいる者の同意を求める包括的（blanket）規定を設けることはできないと説示した¹⁴³。

二つ目は、Planned Parenthood Association of Kansas City v. Ashcroft (76 L. Ed. 2d 733 [1983]) 判決である。本件で争われた州法の規定には、「[...] 一八歳未満の妊婦に親または裁判所の同意を求める」¹⁴⁴と言う規制が含まれていた。下級審では判断が分かれていたが、本判決は当該要

¹³⁸ 米沢・前掲書注（9）80頁。

¹³⁹ 米沢・前掲書注（9）81頁。

¹⁴⁰ 丸山英二「アメリカ連邦最高裁と堕胎—州法による堕胎規制の合憲性—」『判例タイムズ No.535』（1984年）34頁。

¹⁴¹ 丸山・前掲論文注（140）34頁。

¹⁴² 462 U.S. 416 (1983) at 419-420. 丸山・前掲論文（140）34頁。

¹⁴³ *Id.* at 439 ; 452-475. 緒方房子『アメリカの中絶問題—出口なき論争』（明石書店・2006年）46～47頁。米沢・前掲書注（9）82頁。丸山・前掲論文注（140）34～36頁。

¹⁴⁴ 丸山・前掲論文注（140）37頁。

件の合憲性を支持した¹⁴⁵。

本件の多数意見は、七三年の Roe 判決において州が生存可能な胎児の生命を保護する重要な利益を持つことも認めた¹⁴⁶と言う処に着目しつつ、同州法に定められる親による同意要件について、控訴審における裁判所の裁量の中絶を行ないたい子どもの心身的成熟さへの考慮や、中絶は同人の最善の利益になるかどうかの判断が行わなければならない等の説示が、「〔…〕 違憲となる危険を避ける〔…〕 解釈は正しく」Bellotti II 判決の相対的多数意見で示された要件¹⁴⁷も満足されると見て、合憲だと判じた。一方、Blackmun 裁判官による一部反対意見は、Bellotti II 判決は「〔…〕 裁判所による同意を定める法律は、裁判所という第三者に医師と患者の決定に対する絶対的拒否権を与えることになるから、いかなるものでも違憲である」、と示した¹⁴⁸。

続いて、九〇年の Ohio v. Akron Center for Reproductive Health (110 S.Ct. 2972 [1990]) 判決において、連邦最高裁は本件の争いの的となった Ohio 州法が医師と未成年の妊婦に対し通知義務の免除としてバイパス手続を用意していることから、医師は未成年の妊婦に中絶手術を行う前に両親の一方や一定の場合で同人の親族に通知しなければならないという要件を合憲とした¹⁴⁹。そして、多数意見は子どもが中絶の決定をなしうるほど成熟しているか、或いは中絶することが同人自身の最善の利益になるかを裁判所が判断することは、子どもとその家族を保護する州の利益に仕えるため、裁判所に同人が申立てた後五日以内に聴聞を開くことを強要する待機時間は例え不合理だとしてもバイパス手続全体が無効とされる理由にはならない、と指摘している¹⁵⁰。

そして同年の Hodgson v. Minnesota (110 S.Ct. 2926 [1990]) 判決では、

¹⁴⁵ 本判決は絶対的多数意見が形成されていないものの、連邦最高裁として初めて親による同意要件を認めたのである。John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 968.

¹⁴⁶ 76 L Ed 2d 733 (1983), at 739-740. 丸山・前掲論文注 (140) 38頁。

¹⁴⁷ 米沢・前掲書注 (9) 82~83頁。丸山・前掲論文注 (140) 38頁。

¹⁴⁸ 米沢・前掲書注 (9) 83頁。丸山・前掲論文注 (140) 39頁。

¹⁴⁹ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 969.

¹⁵⁰ *Id.* at 969-970.

子どもが中絶を受けようとする場合、親への通知要件と共に、四八時間の待機時間が定められた上、当該要件は裁判所によって差し止められるためには子ども自身の成熟さや、当該通知がなくても子どもの最善の利益になるかどうかの判断要件を明示するバイパス手続の規定も付け加えられた Minnesota 州法の合憲性が争われた¹⁵¹。多数意見は、バイパス手続を伴う親への通知・待機時間の要件は合憲だ¹⁵²と判断したが、中絶の自由が基本的権利であるため、例えば妊婦が子どもであっても、厳格な審査基準に服すべきだと述べている所が注目される¹⁵³。

そして、九七年の *Lambert v. Wicklund* (520 U.S. 292 [1997]) 判決¹⁵⁴において、争いとなった州法に対し、多数意見は子どもの中絶を受ける権利の保障が配慮されるバイパス手続を州側が用意していることから、下級審の違憲判断を斥けた¹⁵⁵一方、補足意見では、多数意見においては子どもが如何なる内容の証拠を提出し、親への通知を回避し得、中絶を受けることは自分自身の最善の利益に資することも証明され得るのかの問題について、説明をなさらなかったと指摘した¹⁵⁶。

第三項 輸血措置

子どもの治療一般に係る決定権の所在などを明言する連邦最高裁の判決が見られていない¹⁵⁷状況の中、子どもに対する輸血の問題を巡って、親の信教の自由との衝突の様子¹⁵⁸を伺うことができる¹⁵⁹。

¹⁵¹ 米沢・前掲書注（9）83頁。

¹⁵² 米沢・前掲書注（9）83頁。

¹⁵³ 米沢・前掲書注（9）83頁。

¹⁵⁴ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 973.

¹⁵⁵ 520 U.S. 292 (1997) at 293-294.

¹⁵⁶ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 973-974.

¹⁵⁷ 但し、州レベルにおいて「遺棄された子どもに関する法律」に基づき、多くの法的判断が存在する。Mark A. Hall and Ira Mark Ellman and Daniel S. Strouse, *supra* note 73, at 382-383. マーク・ホール＝アイラ・エルマン＝ダニエル・ストラウス著・吉田邦彦訳・前掲書注（73）275頁。

¹⁵⁸ *Ibid.* マーク・ホール＝アイラ・エルマン＝ダニエル・ストラウス著・吉田邦彦訳・前掲書注（73）276頁。Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams,

第一目 問題の枠組み

この問題を考察するに当たり、輸血措置を拒否するエホバの証人や薬剤の投与及び手術の方法の治療を拒否するクリスチャン・サイエンス等の宗派を信奉する者への対応は難しいと予想されることが多い。その上、子どもの親がそのような宗派の一員である場合、彼らは医師に対し合衆国憲法修正一条を以って、自身に保障される信教の自由を盾に、子どもへの治療手段を特定の要求するケースも少なくはない¹⁶⁰。

しかしながら、そのような困難があるにもかかわらず、判例には、子どもや親が宗教上の理由に基づいて一定の治療を拒否しても、州側には子どもの健康や安全を守る利益が存在するので、そのような拒絶を覆せる州の権限を支持する傾向が見られる¹⁶¹。他方、親の信教の自由については、一九四四年の Prince 判決に照らして、連邦最高裁はそれを完全に認めたわけではない¹⁶²と言われており、「[…] 州側がある場合において保護すべきである公的利益が個人の利益を上回る時、個人が享有する信教の自由を制限する権限を持っている」¹⁶³と解されている。

第二目 司法府の判断

一九五二年に下された *People ex rel. Wallace v. Labrenz* (411 Ill. 618 [1952]) 判決、及び *Morrison v. State* (252 S. W. 2d 97 [1952]) 判決において、それぞれ生後間もなくの子どもへの輸血を、親の宗教上の理由に基づいて拒否するという事案が取り扱われたが、結論的には両者とも州に

supra note 43, at 318-319. シンディー・L・ミラーペリン、ロビン・D・ペリン著・伊藤友里訳『子ども虐待問題の理論と研究』（明石書店・2003年）30頁。

¹⁵⁹ 松井・前掲書注（19）241～242頁。

¹⁶⁰ Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 145.

¹⁶¹ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 1508.

¹⁶² Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *supra* note 43, at 318-319. Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 146.

¹⁶³ *Id.* at 145-146.

よる公権力の介入を支持した¹⁶⁴。

そして、六二年に New Jersey 州の最上級裁判所は State v. Perricone (37 N.J. 463 [1962]) 判決において、心臓に障害が起こった子どもが戻らぬ人になったが、その治療過程において州側のバックアップを得た病院による輸血措置を受けたため、エホバ証人の信者である親はそれを不服として訴訟を起こした事案を取り扱った。同裁判所は合衆国憲法修正一条に認められる信教の自由について、「〔…〕信仰の自由と行動の自由が分けられる。前者は完全に認められるが、〔…〕後者はできない」¹⁶⁵と述べ、「〔…〕個人の信教の自由や親として自分の子どもをケアし、養育する権利は行政府による最高の尊重に値する」¹⁶⁶としても、「〔…〕州は子どもを虐待、ネグレクトないし不正行為から保護する利益を有する」¹⁶⁷と論じ、公権力による介入を認めた事実審の判断を支持した。

同じ年に Ohio 州では In re Clark (21 Ohio Op. 2d 86 [1962]) 判決が下された。この判決では、「〔…〕親の宗教上の反対にもかかわらず、体の四割に及ぶやけどをしたために輸血を緊急にしなければ生命が失われる三歳の子どもへの輸血を支持する」という結論が示され、子どもの生きる権利と親の宗教に対する信仰が衝突する場合は、前者が優越することになり、宗教上の教義は道を譲らねばならないと¹⁶⁸述べられている。その三年後、New York 州の一般的管轄権を持つ裁判所による Application of Brooklyn Hospital (45 Misc. 2d 914 [1965]) 判決においても、一時的に親の権利を制限し、体全体の二五％以上のやけどをした五歳の子どもへの輸血を裁判所は支持している¹⁶⁹。

続いて、New York 州の家庭裁判所は七〇年の In re Sampson (317 N. Y. S. 2d 641 [1970]) 判決において、母親自身の信仰は、生きて健全な身

¹⁶⁴ 唄孝一「アメリカ判例法における輸血拒否—『死ぬ権利』論の検討過程における一つのデッサン」『東京都立大学法学会雑誌 18巻1・2合併号』（1978年）135～140頁。米沢・前掲書注（９）99頁。

¹⁶⁵ 37 N.J. 463 (1962) at 472.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *supra* note 165, at 475.

¹⁶⁸ 21 Ohio Op. 2d 86 (1962) at 86. 米沢・前掲書注（９）99頁。

¹⁶⁹ 45 Misc. 2d 914 (1965) at 915. 米沢・前掲書注（９）99頁。

体を持ち、健全な精神を育て成長する子どもの権利を守るべき州の義務の前には一歩下がらなければならない¹⁷⁰と解して、一五歳になる子どもの顔面の手術に伴う輸血措置に対し、母親による宗教上の理由に基づく拒否があっても、州が公権力を以てそれについて物申す立場があることを認めた。そして、子ども自身の判断による決定に任せるべきであろうという主張について、同裁判所は「子どもは州の一市民であり、両親の下で置かれることは、州の下で置かれることと同一視するべきである」¹⁷¹とし、「〔…〕（この一五歳の子どもは）明らかに父親からの影響を強く受けている。父親の精神的妄想による被害者である」¹⁷²とも論じて、本件のような子ども自身の人生の中で最も重要な決定に対する判断を他人に背負わせるべきではないと説示した¹⁷³。

七二年になり、Pennsylvania 州の最上級裁判所は *In re Green* (448 Pa. 338 [1972]) 判決において、*Sampson* 判決でも問題となった医療措置（輸血など）に関して、法定年齢に近い子どもの意思は如何に位置づけられるべきかという問題について見解を示した。同裁判所は、「〔…〕まず親と州の関係について、子どもの生命がただちに危険になるわけではない場合、州は親の宗教上の信念を圧倒するのに十分なだけの利益を有するものではない」¹⁷⁴と判断した。続いて、いくつかの判決¹⁷⁵を参照し、「〔…〕究極的問題として、親の宗教上の信念と子どもの意思とが衝突し

¹⁷⁰ 317 N. Y. S. 2d 641 (1970) at 652-653. 米沢・前掲書注（9）100～101頁。

¹⁷¹ *Id.* at 652.

¹⁷² *Id.* at 656.

¹⁷³ *Ibid.* 米沢・前掲書注（9）101頁。

¹⁷⁴ *Id.* at 342. 米沢・前掲書注（9）100頁。Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 147.

¹⁷⁵ その中、12歳の子どもの兔唇を治す手術に対し、親が拒否したことをめぐり争われた *In re Seiferth* (399 N.Y. 80 [1955]) 判決がある。その第一審の New York 州の児童裁判所 (127 N. Y. S. 2d 63 [1954]) による判断では、「〔…〕我々は通常の知性を備えた12歳の子どもの問題を扱っているのであるから、その子どもには親の干渉をうけることなく自ら決定する機会が与えられねばならない」と説示した。米沢・前掲書注（9）104～105頁。唄・前掲論文注（164）150頁。

た場合、どちらが優位するかを検討せねばならない」とし¹⁷⁶、「〔…〕十分に成熟した知性を有する一六歳の子ども自身の意思を確認するための聴聞を開くべきであるとして」管轄権を留保したままで第一審に差し戻した¹⁷⁷。

他方、七四年に New Jersey 州の裁判所は *Muhlenberg Hospital v. Patterson* (128 N. J. Super. 498 [1974]) 判決において、たとえ手術を行わないことにより子ども（本件においては生後間もなくの幼児である）の命を重大な危険にさらすわけではないとしても、州は親の宗教上の理由による輸血措置への拒否を覆し、輸血に同意させる権限を有しているとした。同裁判所は、その権限の根拠を深刻で回復不可能な知能障害を持つ子どもを保護する「社会の最善の利益（the best interest of society）」に求めている¹⁷⁸。また、八九年の *In re Tara Cabrera* (381 Pa.Super. 100 [1989]) 判決において、Pennsylvania 州の中間上訴裁判所も同じく前記の法理に基づいて判断を下した。要するに、治療を受ける六歳の子どもの身には、たとえ差し迫った危険がなくても、中風や、知能障害等を引き起こしうる病気から子どもを守るために、親による宗教上の理由に基づく輸血拒否を覆す公的利益が州側にある¹⁷⁹、と説示した¹⁸⁰。

第五節 家庭内暴力と子ども

アメリカでは家の中で生じた大人による虐待やネグレクトによる子どもの死亡の件数が多いという深刻な状況がある¹⁸¹。それに対応して、行

¹⁷⁶ 448 Pa. 338 (1972) at 346-349. 米沢・前掲書注（９）100頁。

¹⁷⁷ *Id.* at 350. 米沢・前掲書注（９）100頁。

¹⁷⁸ 128 N. J. Super. 503 (1974). Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 147-148.

¹⁷⁹ 381 Pa. Super. 100 (1989) at 101-114. Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 148.

¹⁸⁰ 中村直美『パターンリズムの研究 熊本大学法学会叢書 8』（成文堂・2007年）210頁。

¹⁸¹ シンディー・L・ミラーペリン、ロビン・D・ペリン著・伊藤友里訳・前掲書注（158）17～18頁。なお、1992年までの統計情報は、土屋恵司「深刻化す

政側はいくつかの制定法を以て、子どもの虐待問題の解決を図っている¹⁸²。

なお、子どもの虐待を如何に定義すべきかの問題については従来からの議論があるが¹⁸³、本項目では当該問題を一先ず棚上げ¹⁸⁴、次のように考察を進める。

第一項 論点の概要

両親によって子どもが虐待された場合、アメリカでは「親の資格の喪失 (parental rights termination)」という法的手段を用意する法域がある¹⁸⁵。しかし、実際にこのような手段を採り、子どもの虐待問題を解決しようと考えているのはまだ少数派であるらしい¹⁸⁶。

他方、以下では細かく考察しないが、学説において司法の修復的役割を強調する主張があり¹⁸⁷、家庭内暴力を巡る紛争を解決するに当たり、一手掛けとして注目すべきであろう¹⁸⁸。かような認識に基づき、以下で

る子どもの虐待—米国の現状と対応』『レファレンス 499号』(1992年) 84頁、で参照し得る。

¹⁸² 福岡久美子「児童虐待に関する合衆国憲法判例—DeShaney 事件を中心として—」『阪大法学 45巻1号』(1995年) 139～140頁。シンディー・L・ミラーペリン、ロビン・D・ペリン著・伊藤友里訳・前掲書注(158) 30頁。

¹⁸³ シンディー・L・ミラーペリン、ロビン・D・ペリン著・伊藤友里訳・前掲書注(158) 41頁。土屋・前掲論文注(181) 85～86頁。

¹⁸⁴ 福岡久美子「児童虐待に関する憲法学的試論」『阪大法学 53巻3・4号』(2003年) 425頁。

¹⁸⁵ 矢澤昇治訳『カリフォルニア州家族法』(国際書院・1989年) 52頁。また、この手段が実行されると、元の親子関係が断たされる意味があるが、日本法における「親権喪失宣告」とは違う指摘がある。樋口範雄『親子と法—日米比較の試み』(弘文堂・1988年) 110頁。

¹⁸⁶ Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 106.

¹⁸⁷ ハワード・ゼア著・西村春夫、細井洋子、高橋則夫監訳『修復的司法とは何か—応報から関係修復へ—』(新泉社・2003年) 153～154頁。

¹⁸⁸ 丹羽徹「子どもの人権と親権との関係—憲法学と家族法学との一接点—」『名大法政論集 134号』(1990年) 492頁。Nancy E. Walker and Catherine M.

は家族内部に生じた亀裂を修復するという視点が同国の法制度に織り込まれたのかといった問題も含め、制定法や判例の様相を考察する。

第二項 子どもの虐待を規制する法的枠組み

家庭の内部で起こる子どもの虐待を処理する法的システムはアメリカにおいて三つあると言われる。一つは歴史的に一六〇〇年代まで遡ることができる刑法（the criminal law）を用いて対応するシステムである¹⁸⁹。二つ目は福祉システム（the welfare system）である。このシステムは現代まで発展し続けてきた結果、無断で各家庭内の事情に介入することはできなくても、貧困への救済を口実に州側が人々の家庭生活を監督し、ある程度の規制を加えることによって、子どもの虐待の解消にも繋げられると理解されている。そして、三つ目は、子どもに対する公的保護システム（the civil child protection system）である¹⁹⁰。

しかし、実際に子どもに対する虐待が初めて社会的な問題として認識されるのは、むしろ一九五〇年代の前半に所謂「被虐待児症候群（battered child syndrome）」が各メディアで報じられた後の話である¹⁹¹。当該問題に対する社会的関心の気運の高まりに伴い、州レベルでは「子ども虐待通報義務法（Reporting law）」が整備され、連邦レベルにおいては七四年に「子ども虐待防止及び対処措置法（Child Abuse Prevention and Treatment Act ; CAPTA）」が作られ、共に子どもの虐待を取計う公的保護システムの根幹となっている¹⁹²。

Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 81, at 122 ; 128. 福岡・前掲論文注（182）136頁。

¹⁸⁹ シンディー・L・ミラーペリン、ロビン・D・ペリン著・伊藤友里訳・前掲書注（158）26～27頁。福岡・前掲論文注（184）423頁。

¹⁹⁰ Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *supra* note 43, at 87. シンディー・L・ミラーペリン、ロビン・D・ペリン著・伊藤友里訳・前掲書注（158）28～29頁。

¹⁹¹ 福岡・前掲論文注（184）424頁。

¹⁹² 樋口範雄「アメリカにおける児童保護の法システムと日本の法制度への示唆」『ケース研究 227号』（1991年）3～11頁。棚瀬一代「米国における児童虐待と家族再統合の試み」『法律時報 77巻3号』（2005年）91頁。Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *supra* note 43, at 151.

第一目 一九七四年の『子ども虐待防止及び対処措置法』(CAPTA)

一九七四年の『子ども虐待防止及び対処措置法』(以下、「七四年法」)とは、「〔…〕保健福祉省(the Department of Health and Human Services)に児童虐待及び放置全国センター(the National Center on Child Abuse and Neglect : NCCAN)を設置し、各州の施策の全国的統一的整備を図る拠点とすると共に、各州における児童虐待の発見・確認、防止及び対処措置の実証実験プログラムを助成する連邦補助金プログラムを定める」¹⁹³ものである。そして、いくつかの改正を経て、同法は現在に至り、アメリカの連邦レベルにおける子どもの虐待対策の基本的な枠組みの中核となっている¹⁹⁴。その改正の流れの詳細は紹介しないが、本稿との関連で重要だと思われる点を以下では概観したい。

まず、七四年法の歳出権限を再承認し、成立した『一九八四年子ども虐待改正法』においては、「医療上の放置(生命に危険のある状態の障害を有する幼児に医学的に指示された措置を行おうとしない場合を含む)についての通報に対応する州の児童保護システムに関わる手続きを整備することを州に義務付ける」こと、並びに「州に対し、生命に危険のある状態の機能障害をもつ幼児のための養子縁組機会を提供する州レベルのプログラムを義務づける」¹⁹⁵ことが要求されていた。

そして、九〇年に、七四年法の新たな第三章の規定として、「Stewart B. McKinney ホームレス援助法一九九〇年改正法」が制定され、ホームレスの家族、又はホームレスの危機が潜在する家族の子どもに関する虐待防止事業についての規定が設けられた¹⁹⁶。また、九二年に行なわれた改正によって、成立した『一九九二年子ども虐待、家庭内暴力、養子縁組及び家族福祉法』では、初めて各州に対し、子どもの虐待に関する文

¹⁹³ 土屋恵司「アメリカ合衆国における児童虐待の防止及び対処措置に関する法律」国立国家図書館調査及び立法考査局編『外国の立法 219号』(2004年)10頁。

¹⁹⁴ Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 117-118. 土屋・前掲論文注(193)10頁。

¹⁹⁵ 土屋・前掲論文注(193)11～12頁。

¹⁹⁶ 土屋・前掲論文注(193)12頁。

化的要素への調査が要請された¹⁹⁷。その後、七四年法の歳出権限を再び延長させ成立した『子ども虐待防止及び対処措置法一九九六改正法』において、「幼児遺棄又は子の死若しくは重大な身体上の傷害について責任を有する親について、親としての権利を迅速に停止するための手続の整備を州に義務づける」¹⁹⁸規定が盛り込まれた。

最近に至って、七四年法等一連の制定法が改正され成立した『二〇〇三年子ども及び家族の安全保持法』¹⁹⁹の影響を受け、修正が加えられた合衆国法典第四二編第五〇一条において、「国の政策は、児童の虐待及び放置を防止するために家族を強化し、児童を家族から不必要に引き離すことを防止するために必要な福祉事業のための支援を提供し、適当な地域では、家族の再形成を促進するものでなければならない」²⁰⁰、と示されている²⁰¹。

第二目 子ども虐待通報義務法（Reporting law）

子ども虐待通報義務法の歴史は、前述した連邦政府の一九七四年法よりも約二五年間早かった²⁰²と言われる。近年に至って、医療の専門家に對する通報義務の要請規定は全国において執行されている²⁰³。しかし、同法に潜在する問題点は少なくない²⁰⁴。

その中でも、当該通報義務を怠った場合、公的機関はどのような制裁

¹⁹⁷ 土屋・前掲論文注（193）12～13頁。

¹⁹⁸ 福岡・前掲論文注（184）424頁。土屋・前掲論文注（193）14頁。

¹⁹⁹ 土屋・前掲論文注（193）14～15頁。

²⁰⁰ 土屋・前掲論文注（193）16頁。

²⁰¹ なお、ほかの立法例の中で97年の『養子縁組および安全家族法』がある。これは「〔…〕子どもの保護についてこの国（アメリカ）でこれまでに行われた最も強力な宣言の一つといえる」、と認識されている。Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 123. シンディー・L・ミラーペリン、ロビン・D・ペリン著・伊藤友里訳・前掲書注（158）458頁。

²⁰² Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 118-119.

²⁰³ *Id.* at 119.

²⁰⁴ *Id.* at 118-122.

手段を採りうるのかという問題がしばしば取り上げられる²⁰⁵。これについて、California 州の最上級裁判所による *Landeros v. Flood* (551 P. 2d 389 [1976]) 判決では次のような判断が下されている。本件の原告となる女兒は、実母とその内縁の夫から身体的虐待を受けたことにより危篤の状態になり二度も母親によって病院に運ばれていた。しかし、女兒の診断を担当した一回目の医師は、女兒の状態が極めて被虐待児症候群に近似しているにもかかわらず、通報義務を怠っていた。二回目に運ばれた病院によって、初めて虐待の事実が警察や児童福祉機関に通報された。そのことにより、女兒は一時保護され、後に養子縁組も結んだ。そこで、女兒とその後見人は一回目の診断を担当した医師に対し、通報義務の怠慢に対して損害賠償を求めたのである²⁰⁶。第一審では、例え被告の医師が子どもに対する虐待の事実を発見しなかったとしても、それは損害賠償責任を発生させるような法律上の過失にはならない²⁰⁷と判断されたが、控訴審も最上級裁判所も第一審の判断を誤りとした。

最上級裁判所の判決には、原告に対し、通常の医師であれば本件の子どもについて被虐待児症候群という診断を下したか否かを立証する機会を与えるべきだ²⁰⁸という重要な説示も見られる。しかし、何よりもこの判決では同州に整備された通報義務法の規定に基づき、本件の医師に限らず、学校の先生やソーシャル・ワーカーに対しても同様の通報義務が課され、その者が子どもの虐待を見逃せば損害賠償責任に問われる可能性が示唆される所は意味があると考え²⁰⁹。

第三項 公権力による介入—司法府の姿勢

判例の流れにおいて、合衆国憲法に基づき、親には州からの不当な介入を排除する権利が存すること、及び州側には子どもを様々な傷害から

²⁰⁵ 樋口・前掲論文注(192) 10頁。

²⁰⁶ 551 P. 2d 389 (1976) at 391-392.

²⁰⁷ *Id.* at 396. 樋口・前掲書注(185) 102頁。

²⁰⁸ *Id.* at 393.

²⁰⁹ *Id.* at 392.

保護する利益や権限があることが両方とも肯認されている²¹⁰。子どもの虐待の問題に真剣に取り組む州側では、殆ど一年を通して無休で二四時間体制を敷いて、虐待やネグレクトの通報に待機しており、緊急の場合には親子を分離させる手段をも整備しているところがある²¹¹。

しかし、その介入の過程においては、子どもが一つの独立の人権主体（a separate legal entity）であることが認識されていないという批判がある²¹²。当該批判を検証するため、以下では判例の様子を整理し、考察する。なお、子どもの虐待問題と関わる司法判断の中で、最も論じられるのは一九八九年の *DeShany v. Winnebago County Dep't of Social Services* (489 U.S. 189 [1989]) 判決（以下、「DeShany 判決」）である故、以下ではこの判決の前後に焦点を当てて、それぞれの判決で示された司法府の姿勢を追っていきたい。

第一目 一九八九年 *DeShany* (489 U.S. 189 [1989]) 判決の前

まずは、一九七九年の *White v. Rochford* (592 F. 2d 381 [1979]) 判決に目を遣ろう。この判決で扱われたのは子どもの虐待に関する事件ではない。但し、裁判所は、警察機関の不作为が子ども達を危険な目に遭わせたこと²¹³は、合衆国憲法修正一四条に認められている子どもの適正な手続を受ける権利を侵害したと言い、合衆国法律四二編の一九八三条の適用を認めたのである²¹⁴。

次は、八二年の *Santosky v. Kramer* (455 U.S. 745 [1982]) 判決である。本件は *Ulster County* の社会福祉局が子どもに対する虐待の事実を把握し、*Santosky* 夫婦の親たる資格を剥奪するよう求める申立を裁判所に

²¹⁰ 例えば、*Stanley v. Illinois* (405 U.S. 645 [1972]) 判決において、家族の結合性について修正14条だけではなく、修正9条の解釈によっても保障される、と説示している。405 U.S. 645 (1972) at 651.

²¹¹ 原田綾子「ミシガン州ワシウトナウ郡における児童虐待・ネグレクトへの対応」『法律時報 77巻3号』（2005年）72頁。

²¹² *Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, supra* note 75, at 122.

²¹³ *Id.* at 125-126. 592 F.2d 381 (1979) at 382-383.

²¹⁴ 592 F.2d 381 (1979) at 382-386.

行なった事案である²¹⁵。本件の第一審を担当する家庭裁判所は、親が子どもを永続的にネグレクト (permanently neglected) していることが「証拠の相当の優越 (fair preponderance of evidence)」によって立証された場合には、親の同意なしで親の資格を剥奪することができるという New York 州法に則り、社会福祉局の申立を認容した。控訴審もそれを支持した²¹⁶。

ところが、連邦最高裁は「家族生活に関する個人の選択の自由は、修正一四条によって保護される基本的な自由である。家族関係への政府の介入の中でも、親権の終了の場合には、手続的保護の必要性が特に大きい」²¹⁷とし、「証拠の相当の優越」の基準だけを以て、財産権よりも重要である子どもに対する親の利益を全面的に奪い去ることに否定的な姿勢を示した。そして、当該基準により裁判官の主観的価値判断が交り込まれることもあり得るため、誤って親権を終了させる危惧があることや、当該基準より厳格な基準を用いることこそ、子どもの福祉を促進する州のパレンス・パトリエの利益と合致すること等²¹⁸を語り、New York 州法で示された「証拠の相当の優越」の基準は due process clause 違反だと結論付けた。最後に、同裁判所は親権を終了させようとする場合、「明白で説得力ある証拠 (clear and convincing)」基準の方が、憲法上の要求に合致するものだ²¹⁹と示唆した²²⁰。

そして、新生児であっても子どもに対する虐待あるいは放任の事実が成立することを認めた²²¹結論を下した八五年の *In re Smith* (492 N. Y. S. 2d 331 [1985]) 判決がある。本件で配慮されたのは新生児の安全である²²²故、母親が子どもを虐待した事実の認否は重要な争点となっていた。当時の New York 州法によっても、本件の新生児は現に虐待を受けて

²¹⁵ 455 U.S. 745 (1982) at 750-751. 樋口・前掲書注 (185) 111頁。

²¹⁶ *Id.* at 752. 米沢・前掲書注 (9) 201頁。樋口・前掲書注 (185) 111～112頁。

²¹⁷ *Id.* at 752-753. 米沢・前掲書注 (9) 201頁。

²¹⁸ *Id.* at 754-768. 米沢・前掲書注 (9) 201～202頁。

²¹⁹ *Id.* at 768. 米沢・前掲書注 (9) 202頁。

²²⁰ 米沢・前掲書注 (9) 205～206頁。

²²¹ 樋口・前掲書注 (185) 108頁。

²²² 492 N. Y. S. 2d 331 (1985) at 332-333. 樋口・前掲書注 (185) 106～107頁。

いると判定することができない²²³と同州の家庭裁判所は認める。しかし、アルコール中毒を患う母親の下に子どもを置くことは同州法に基づき、「〔…〕 傷害を受ける緊急の危険がある」状態に当たると解される故、社会福祉局からの申立てを認め、当該新生児を母親に放任された子ども（neglected child）だと判断した²²⁴。

第二目 一九八九年 DeShany (489 U.S. 189 [1989]) 判決、及びその後

DeShany 判決で扱われる事案では、虐待の事実を何度も把握してきたソーシャル・ワーカーや社会福祉局による不手際な措置によって生涯重度の知的障害を抱えながら生きて行くことを余儀なくされていた子ども（DeShany）とその母親が前記の White 判決で認められる合衆国法律四二編一九八三条を援用して、訴訟を起こしたのであった。第一審及び控訴審は何れも被告の勝訴を決め²²⁵、本判決も子ども側の上告を六対三の結果により、棄却した²²⁶。

多数意見を書いた William H. Rehnquist 裁判官は、この事案と関わる虐待の加害者は州の職員ではなく、あくまでも子どもの父親である点を強調した。そして、「第一四修正は州の行為から人々を保護するために制定されたのであり、私人による侵害から市民の生命・財産・自由を保護する義務を州に課したものではない。〔…〕 その目的は、州から人々を保護する点にあり、人々の相互間での保護を州に命ずるものではない。〔…〕 従って、一般論として、州が私的な暴力から個人を保護しないからといって、（due process clause）の違反となるものではない」²²⁷と述べた。他方、多数意見は罪を犯して刑務所に収容される囚人や強制入院

²²³ *Id.* at 334. 樋口・前掲書注（185）108頁。

²²⁴ なお、本件を扱う家庭裁判所は未出生の胎児も権利の保障が受けられる一人の人間（person）として認識している。*Ibid.* 樋口・前掲書注（185）108頁。

²²⁵ 489 U.S. 189 (1989) at 191-193.

²²⁶ *Id.* at 202-203. Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 123. 樋口・前掲論文注（83）254～255頁。福岡・前掲論文注（184）425頁。

²²⁷ *Id.* at 196.

させられた患者の場合は、州の積極義務を認めると示唆する。それは、「州がある人の身柄を拘束し (take into its custody)、その意思に反して監護下にとどめお (き) […] それに対応して、安全と福祉に配慮する義務が、憲法上 (の due process clause によって)、州に課される」からである²²⁸。しかしながら、それは州に対して、積極的に義務を果たすことを課すというわけではない²²⁹。更に、多数意見は、「もしも、[…] (社会福祉局) が、その必要もない段階で早まって介入し、父から子を引き離す措置に出たならば、おそらく親子関係への違法な介入であるとして、本件の場合と同じ (due process clause) に基づく訴えが提起されるであろう。それでは、まさにソーシャル・ワーカーはどうしたいかわからなくなるではないか」、と付言した²³⁰。

一方、Brennan 裁判官による反対意見は、まず本件において「[…] 一般的に市民の基本的な需要を満たす義務が州にあるというような宣言を求めている」と言う。そして、多数意見で綴られた州の不作為の責任は問えないという理論を批判し、「[…] 州の行動はそもそも不作為ではない。あるいは、作為・不作為という区分自体に意味がない。重大なのは、子どもの保護のシステムを作り、虐待の通報を社会福祉局に集中させ、かつその後の保護措置を決定する権限を独占させることにより、その他の援助の手が入れないようにしておいて、実際に社会福祉局が効果的な援助をしなかったという事実である。そうであるとすれば、機能しないシステムなどない方が、まだしも (DeShaney が) 救われる可能性があった。単なる不作為によって責任を負いませんとはいえないはずだ」²³¹と語った。

そして、Blackmun 裁判官が書いた反対意見では、まず Brennan 反対意見と同様に多数意見の州による作為と不作為を区別して州の責任を考える論法を批判した。続いて、「[…] 修正一四条は、読み方によって広

²²⁸ *Id.* at 199-200.

²²⁹ *Id.* at 200.

²³⁰ *Id.* at 203. 樋口・前掲論文注 (83) 255～257頁。福岡・前掲論文注 (184) 425～426頁。

²³¹ *Id.* at 203-212. 樋口・前掲論文注 (83) 257～258頁。

くも狭くも解されるので、根本的な正義と矛盾しない、同情的な読みを採るべきだ」²³²と指摘した。

この DeShaney 事件と同じような事案は後を絶たない。例えば Carole Pinder という女性の三人の子どもは、彼女の昔の恋人が起こした火事によって焼死した。彼女は以前から警察に通報し、その恋人を拘留するとの約束まで取り付けていたにもかかわらず、このような事件が起きたため、彼女は警察を訴え一九九五年に Pinder v. Johnson (54 F.3d 1169 [1995]) 判決が下された。また同じ年に、母親と彼女の複数の恋人たちによって虐待されていた二人の少年を州の福祉職員は何度も調査しておきながら何の処置もとらなかったことに対して、一九八三条訴訟を起こし、Simpson v. Master Childers (71 F.3d 1182 [1995]) 判決もあった。この二つの判決では、いずれも DeShaney 判決が引用され、それぞれの原告からの主張を斥けたのである²³³。

一方、DeShaney 判決が出た翌年の九〇年に下された Baltimore City Department of Social Services v. Bouknight (110 S. Ct. 900 [1990]) 判決において、連邦最高裁は子どもの権利保障に重きを置くような姿勢を見せている²³⁴。

本件で親による虐待を受けたのは生後四カ月の子ども（Maurice）である。州の社会福祉局は本人を保護し、一時的に里親の下にも置いたが、父親との協議又は少年裁判所の協力を得た上で、再び子どもを親の監護の下に戻した。後に、父親が亡くなり、薬物乱用の経歴を持つ母親の拒否によって、社会福祉局は子どもの所在を把握することができなくなった。同局は少年裁判所を通して子どもの所在を提示せよという命令を獲得したが、母親に通知しても出頭しないままの状況が続いているため、八八年の四月に母親は裁判所侮辱罪によって起訴され、子どもの所在を明確にするまで刑務所に入れられることになった²³⁵。

²³² *Id.* at 212-213. 福岡・前掲論文注（182）149頁。

²³³ 54 F.3d 1169 (1995) at 1179. 71 F.3d 1182 (1995) at 1185.

²³⁴ Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 126.

²³⁵ 110 S. Ct. 900 (1990) at 903-904.

ここで、連邦最高裁は、州の行為は個人が享有する合衆国憲法修正五条の自己負罪の免責条項への侵害に当たるか否かという問題に直面することになったが、判決は七対二の評決により、合衆国憲法は州が原告の信義則違反に対して処罰する権限を制限しないことを宣言した²³⁶。そして、同裁判所は修正五条の保障は、個人が刑事事件において自己に不利な証人となることを拒否する際にしか発動しないと述べ、本件の子どもの所在を裁判所に提示することに修正五条を適用する余地がないとの認識を示した。また、多数意見は子どもが一度裁判所によって「援助を要する子ども (a child in need of assistance)」だと判断されたことから、州が当該子どもと関わる養育事情について手離すことになってはいけないとの認識も示している²³⁷。

第六節 小括

本章での考察を通して、ピューリタニズムを精神的底流とするホワイト・エスニックの家族像においては、最初は家父長制の強い働きにより、子どもの自己決定が語られる思想的土壌が浅いことを確認することができた。しかし、植民地時代に入り、ピューリタニックな厳しい子育ての仕方により、かえって自己意識が強い人間を育てることになる側面が発見された²³⁸。そして、同国において地域共同体（隣人や該当地域の裁判所など）を巡る歴史の展開において、家族の成員から要請されなくても家庭内部の事情に介入する慣習が存在した²³⁹ことは本章において検討されてきた子どもと関連する「性行為」、「中絶」または「虐待」などのトピックでも引き継がれているように、公権力による介入がむしろ要請されているかのように見える。その上、近代に至って子どもを個性的存在だと捉える認識があった²⁴⁰ことと合せて考えれば、司法においても子どもと

²³⁶ Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 127.

²³⁷ *Id.* at 126-127. *supra* note 235, at 903-909.

²³⁸ 拙著「子どもの自己決定と憲法（1）—米・台・日における子どもの人権・権利論の分析・比較—」『北大法学論集 第61巻第1号』（2010年5月）59～67頁。

²³⁹ 拙著・前掲論文注（238）70頁。

²⁴⁰ 拙著・前掲論文注（238）66頁。

の対話を重視する姿勢が徐々に高まっていくのではないと思われる。

また、子どもの自己決定や最善の利益を追求に際しては、大人と子どもとの意見交換による調整の可能性が配慮されなければならない。本章で諸判例を検討する中で度々登場してきた「成熟に近づく子ども（the mature minor doctrine）」や「不当な負担（undue burden）」という法理は、子どもが如何なる形で能動的に目下の環境と対話して行くことを考える上で、一助になるのは確かであろう²⁴¹。

そして、子どもの虐待を巡って、虐待の事実について直ちに確認することができない胎児や新生児についても親の素性を十分に吟味した上で、法による救済を認めた一九六一年の Honer 判決や八五年の In re Smith 判決等で示された法理が子どもの自己決定の基盤となる命の安全という視点から合理化し得るかについて、その詳細をより深く検討する必要がある。

第二章 台湾

一六二四年に、中国における当時の明朝政権はオランダとの紛争を解決するために、「化外の地」と見做された台湾の統治権を差し出した²⁴² ことにより、台湾の歴史は初めて文字化され国際社会の舞台に登場することになった²⁴³。そこから、台湾という地域はオランダ、スペイン、中国²⁴⁴及び、日本等の政治的勢力に治められてきた²⁴⁵。そして戦後、改め

²⁴¹ 「子どもの問題の領域において […] 一定の国家の介入を認める。だがそれは『子どもの権利』や『最善の利益』を基礎理念として遂行されていくべきではないと強調する」見解がある。そうであれば、裁判所の役割の限界を「成熟に近づく子ども」や「不当な負担」の法理によって画定することができるかどうかの問題が生じることになる。大江洋『『子どもの権利』の功罪』『[2006-2] アメリカ法』（2006年）326頁。

²⁴² 戴國輝『台湾』（岩波書店・1988年）34頁。鍾清漢『日本植民地下における台湾教育史』（多賀出版・1993年）6頁。

²⁴³ 朱元鴻「第15章 台湾の現代性與後現代性」王振寰主編『台灣社會』（巨流圖書公司・2003年）508頁。

²⁴⁴ 鍾・前掲書注（242）9頁、55頁。林田芳雄『鄭氏台湾史—鄭成功三代の興亡実紀』（汲古書院・2003年）189頁。

て中国で新たに生成した中国国民党政権に暫くの間に治められたが、政変による政権交替も経験し、現在に至っている。

台湾の人々は概ね漢民族と先住民に区別される。そして、アメリカのホワイト・エスニックと殆ど同じように、台湾で活動している漢民族の人々は政治的・社会的地位において先住民よりも優位に立っている。従って、以下の考察は主に漢民族の文化・法的概念及び社会生活などを基準にして行うものだということを予めお断りする次第である。

第一節 台湾における家族像への接近

台湾に進出してきた政権の歴史を見ると、明・清両政権及び中華民国の国民党政府はいずれも漢民族の文化を代表する勢力だが、日本の統治によって漢民族文化からの影響は一時的に中断するように見えた²⁴⁶。

しかし、中国の文化や律令を継受してきた歴史を持つ日本²⁴⁷は台湾における漢民族の伝統や文化の継続を認めながら、その統治を進めることにした²⁴⁸。それゆえ、台湾における家族像は依然として漢民族の文化との繋がりを存続させている。例えば、一八九八年の「民事商事及刑事に関する律令」（律令第八号）一条の但書において、「本島人及清国人の外に關係者なき民事及商事に関する事項」及び「本島人及清国人の刑事に関する事項」に関して、「別に定むるまで現行の例に依る」とした上、「民事商事及刑事に関する律令施行規則」（律令第九号）においても、「〔…〕土地の権利については、台湾人、内地人を問わず『旧慣』に依ること」²⁴⁹

²⁴⁵ 戴・前掲書注（242）44頁。若林正丈『台湾—変容し躊躇するアイデンティティ』（筑摩書房・2001年）26頁。来安民「台湾中学教育之演進」徐南號主編『台湾教育史』（師大書苑・2002年）135頁。

²⁴⁶ ところが、言語の側面から観察し、「漢民族の文化」＝「台湾人の文化」だと認識することには問題があるという指摘がある。伊藤潔『台湾』（中央新書・2005年）79頁。

²⁴⁷ 星野英一『人間・社会・法』（創文社・2009年）121頁。

²⁴⁸ 春山明哲「台湾旧慣調査と立法構想—岡松参太郎による調査と立案を中心に—」台湾近現代史研究会編『台湾近現代史研究』（緑蔭書房・1988年）86～87頁。

²⁴⁹ 春山・前掲論文注（248）89頁。

と定めた。よって、台湾における家族に関する諸般の事情に大きな影響を与えることになり得る日本の民法典は適用・施行されず²⁵⁰、後に発足した臨時臺灣舊慣調査會（以下、「調査会」）が調査し、台湾の慣習をまとめた『臺灣私法』という報告書が民法典に代わり台湾に在住する人々の間に生ずる民事紛争を解決する準拠になった²⁵¹。

一方、現に台湾で施行されている『中華民國民法』の「親族」、「相続」兩編は一九三〇年に制定され、三一年五月五日に実施されたものである²⁵²が、当該法典の法的効果が台湾に波及したのは四五年以降のことである。このように考えれば、制定当初から台湾の慣習や現状を配慮していない『中華民國民法』が台湾での施行が決して問題がないとは言えない。また、周知の通り、中国国民党政権が台湾に移って来た後、間もなく戒厳令が勅された²⁵³ことで、『中華民國憲法』の施行は棚上げさせられ、中国国民党による「党国体制」²⁵⁴の統治の終焉とされる八七年までには、憲法的要素を民法の領域に読み込む術がなかったと考えられよう。

かような流れを汲みながら、中国と同じく漢民族の文化に深く影響される台湾の家族像²⁵⁵を次のように接近してみたい。

第一項 明・清から日本までの政權交替の間に

²⁵⁰ 陳棋炎「親屬、繼承法判例判決之研究（二）」『台大法學論叢 第一卷第二期』（1972年）201頁。黃宗棠「第九回アジア家族法三か国会議報告 台湾における家族法の変遷と課題（中華民國）（上）」『戸籍時報 No.462』（日本加除出版・1996年）3頁。

²⁵¹ 99年の88年度台上第1943号の最高裁判所の判決を参照し得る。最高法院『最高法院民事裁判所彙編』（最高法院・2000年）397頁。王泰升・陳宛妤「43、舊慣之援用與調查事業」王泰升・薛化元・黃世杰編『追尋臺灣法律的足跡—事件百選與法律史研究』（五南圖書出版・2006年）90頁。

²⁵² 劉得寬「中華民國（台湾）の民法親屬（族）相続編の改正について」『法学五〇巻五号』（東北大学法学会・1987年）862頁。林秀雄「10 台湾の家族法」黒木三郎監修『世界の家族法』（敬文堂・1991年）235頁。

²⁵³ 若林・前掲書注（245）77頁。

²⁵⁴ 若林・前掲書注（245）99～100頁。

²⁵⁵ 王振寰「第1章 導論—台灣社會的社會學意義」王振寰主編『台灣社會』（巨流圖書公司・2003年）7頁。

一九二〇年代頃の中国における家族像について、「〔…〕大抵親の方から子供に命令的に孝行を強ひて居る。〔…〕親子は他人の始まりであると言はれて居る。〔…〕又金に窮すれば児女を賣って自分の借金を済崩しにするといふ類の事は幾らもある。其の兄弟姉妹所謂骨肉の親みの方から言っても、是亦極めて薄い」²⁵⁶と描写される例がある。そして、同じ年代において、欧米諸国における社会構成の単位が個人だと認識される一方、中国ではやはり家族だと言われている²⁵⁷。

このような認識に立ち、戦前の中国の法制を参照しつつ、台湾における「家」制度²⁵⁸から映し出される家族像を探ることにする。

第一目 「家」制度の組成

当時の中国における「家」制度について、「〔…〕法律（は）社会的關係に於ける一體としての『家』を飽迄も保障して居る。（すなわち）〔…〕先づ、家族制度の主観的基礎としての家長権を規定して居り、次に財産關係に於いても、原則として家族主義を採り、『家』の客観的基礎としての家産制度を認めて居る。」と分析され、社会学における「大家族制度」に当たる仕組みだ²⁵⁹と言われている。

他方、台湾の「家」制度についても、当時中国の法制や制度に基づいて形成される²⁶⁰と解されている。その前提に立てば、台湾の「家」にお

²⁵⁶ 後藤朝太郎『支那文化の研究』（富山房・1925年）40～41頁。

²⁵⁷ 南満州鐵道株式会社庶務部調査課『支那に於ける家族制度』（1928年）7～8頁。

²⁵⁸ 本稿においては、「長子単独相続制に立つ日本の『家』」に対比させて、兄弟均分相続制に立ち、直系家族にしても長男家族との同居が制度化されていなかった中国のそれを『家』と呼ぶ〔…〕そうすることで両国の伝統家族の混同を避けることができよう」という指摘に倣って台湾や中国での家族制度を「家」制度と呼ぶことにする。松戸庸子「第一章 中国の家族—革命から市場経済の奔流の中へ—」清水由文・菰渕緑編『変容する世界の家族』（ナカニシヤ出版・1999年）9頁。

²⁵⁹ 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（258）12頁。戴東雄「論中國固有法上家長權與尊長權的關係（上）」『台大法學論叢 第一卷第二期』（1972年）2～4頁。

²⁶⁰ 臨時臺灣舊慣調査會『臨時臺灣舊慣調査會第一部調査第三回報告書 臺灣

いても、「家長」、「家族」及び「家産」から組成される集合体であることが分かる。ここで、「対人関係」における家族像を解明すべくこととし、「家長」及び「家族」の部分のみに着目し考察を進める。

一、家長

「家長」とは、「一家中の最尊親族に當る男子」だと理解されている。台湾や中国における「家」の構成を見ると、「〔…〕家長なるものが存在し、他の家族に對して、極めて廣汎且つ強大な統制的權力を揮って居る」、と言われる。他方、「家長」に就く者は、常に最尊長でなければならないわけではなく、「〔…〕時としては、次尊長又は家族中の賢能者が、其の地位に在る」という例外も認められていた。なお、「〔…〕家長は一家の最尊長之に當るべきものであるとするの觀念が、深く道德思想の根底に横たはって居り、事実上家政を執るに堪へぬ老衰者と雖も、尚名義上の家長として、他の能力完全なる子弟に於て、実際の事務を代理するを普通として居る」という状況もある²⁶¹。そして、このような「家長」の選任につき、女性が当該地位に就く例²⁶²もあるらしい²⁶³。但し、台湾の慣習においては「家長」を「戸主」や「家主」と呼ばれる状況がある外、自営業などの支配人も「家長」だと称される場合がある²⁶⁴。

二、家族

「家族」は、「〔…〕一家の首長即ち家長たる男子が家族の統御権を保有し、其の下に直系及び傍系の親族並びに其の配偶者等が従屬して成れる生活協同體であると謂へる」²⁶⁵と定義される。そして、調査会は清政府から頒布された諸律令に照らし合わせ「家族」を示すものには「家屬」、「家人」及び「家口」の三つの言葉があると指摘している。「家屬」

私法 第二卷下』（1911年）179頁。

²⁶¹ 南滿州鐵道株式會社庶務部調査課・前掲書注（257）77～78；192頁。

²⁶² 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）190頁。

²⁶³ 戴・前掲論文注（259）4～6頁。

²⁶⁴ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）188頁。

²⁶⁵ 南滿州鐵道株式會社庶務部調査課・前掲書注（257）77頁。

とは、「〔…〕専同一戸籍ノ内ニ在ル人ヲ指スモ一方ニハ奴婢ヲ含マス他方ニハ家長ヲモ含ム」、と解され、「家人」及び「家口」は広く特定の家長の権限に服する者を指す²⁶⁶。よって、当時の台湾や中国の家族の核心に最も近いのは「家屬」と見做される人々だと考えられよう。

(一)、家族の構成員

家族は当時の法制度や慣習により、「正家屬、準家屬及奴婢ノ三種」²⁶⁷に区別されている。まず「正家屬」とは、当時の台湾や中国両方とも、「家祖ノ本宗親ニシテ其籍ニ在ル者ヲ假ニ正家屬ト稱ス家ハ現在ノ状態ヨリ見レハ單ニ籍ヲ同シスル人員ノ團體ナリト雖モ之ヲ一家ノ創立者タル家祖ヨリ見レハ其妻妾及直系卑屬(出繼出嫁ノ男女及其子孫ヲ除ク)ノ團體ナルヲ以テ本則トス」と言われる。但し、台湾においては「〔…〕保甲ノ戸籍ニシテ家長ハ時ニ家ノ最尊長タラサル場合アルヲ以テ正家屬ノ内ニ祖父母父母ノ如キ直系尊屬ヲ含ムコトアリ」、とも指摘されている。

続いては、認定上多少複雑のように見える「準家屬」である。文言上の定義として、「家祖ノ本宗親ニアラスシテ其戸籍ニ附スル者ヲ假ニ準家屬ト稱ス」と言われ、該当する者は次の①から⑤までに当たる人々である。①は「招婿」である。「家女ノ為ニ其婿ヲ招入スルハ律例ノ許容スル所ナルヲ以テ家祖ノ本宗親ニアラスト雖モ宜ク其家屬ニ準スヘキモノトス」とされ、台湾の家族においても「招婿及其妻子」を「準家屬」として迎えていると言われる。②は「招夫」に当る者である。これは清の時代から始まった旧慣だと言われ、「〔…〕許容シタル所ナルヲ以テ亦其家屬ニ準スヘキモノトス招夫ノ子孫亦同シ」と見做される。③は「家祖又ハ其本宗親ノ妻ニ從テ入籍シタル妻ノ前夫ノ子」と見做される者である。該当する子どもを「準家屬」として迎えることには「同居繼父」を認めれば良いとされる。④は「義子及収養ノ棄兒」である。このカテゴリーに該当する子どもは台湾において、「養子女ハ皆養家ノ籍ニ入り實子女ト同一ノ身分ヲ取得ス故ニ養家ノ正家屬ナリトス」と見做されるが、中国では、「義子ハ養父母及其親族ト何等ノ關係ナシ又収養ノ棄兒ハ養

²⁶⁶ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注(260) 194~195頁。

²⁶⁷ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注(260) 196頁。

父母トノミ親族關係ヲ生スルモ養父母ノ親族トハ何等ノ親族關係ナシ」とされ、両地域の状況は多少異なっている。⑤は「本宗婦女ノ生ミタル姦生子ニシテ父ノ認知セサルモノ」に該当する者である。女性の不倫によって出生した子どもにつき、当時の律令によって、「〔…〕姦生子ハ姦夫ニ責付スル」と定めたが、不倫相手の男性は子どもが生まれたことについて不知だとすれば、「〔…〕律例ニ明文ナシト雖モ已ムヲ得ス之ヲ母ノ籍ニ附セサルヘカラス此等ハ母ノ姓ヲ冒スモ未以テ母ノ屬スル家ノ本宗ト云フヘカラス唯其家屬ニ準スルニ過キス」と扱われていた。

最後の「奴婢」に当る者は前述した「正家屬」と「準家屬」と共に一 가족の構成員として見做されるが、「獨立シテ一家ヲ立ツルコトヲ得ス常ニ主家ニ從屬シテ其家口タルモノトス」²⁶⁸と言われる。

（二）、家族における関係の変動

次に当時の台湾や中国における子どもがそれぞれの家族に属する身分を如何に取得し又は喪失するのかということについて概観する。調査会の研究によると、当時の個人は「出生」、「婚姻」、「養子縁組」、「子女の典賣」並びに「出家及還俗」という五つの要素によって家族との関係が発生し、変動するという。それぞれの要素と子どもの関係は次のように整理する。

まず「出生」について、子どもが基本的に実父の「家」に入るが、「〔…〕父ノ明ナラサル者ハ母ノ家ニ入ル父母共ニ明ナラサル者ハ収養者ノ家ニ入ル」ことになっている。しかし、台湾の慣習によれば、「〔…〕生子ノ所屬ハ出生當時ニ於ケル母ノ所屬如何ニ依テ之ヲ定ムルノ慣習アルヲ以テ子カ母ノ婚姻中ニ生レタルトキハ母ノ現夫ニ歸スルモ離婚又ハ改嫁ノ後ニ生レタルトキハ或ハ母ノ生家ニ歸シ或ハ母ノ後夫ニ歸ス其處女及寡婦ノ姦生子ハ概シテ母ノ生家又ハ婚家ニ歸ス」²⁶⁹ということになる。

次は「婚姻」について、概して子どもとは無関係だと言えるが、台湾における慣習によると、「〔…〕招婿招夫ニ關シ若最初ノ契約ニ因リ其子ノ一人ヲ招家ニ與スル場合ニハ其招家ニ屬シタル子ハ招家ノ養子孫ト為

²⁶⁸ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）196～198頁。

²⁶⁹ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）198頁。

り依然招家ニ留マリ父ノ離婚又ハ出舍（招婿及び招夫の場合、男性が招家の女性と離婚し招家から出ることを指す）ノトキ之ニ従ハサルモノトス²⁷⁰という特別な状況がある。

そして、「養子縁組」の場合であるが、縁組の存続や解消により、子どもは養家や生家の籍の間を変動する。しかしながら、一言に「養子」といってもその実態は「過房子」、「過繼子」、「養棄兒」及び「義子」という異なる言葉によって表現されるように違いがある。例えば、「過房子」とは「〔…〕全然養家ニ屬スル者ト依然其生家ニ屬スル者トアル」というのである。そして、「〔…〕過繼子ハ養家ノ正家屬タルト雖モ他ノ養子ハ皆其準家屬タリ」ということが通則になっている²⁷¹。また、台湾の特色として、労働力を確保するために異なる宗親に属する個人（すなわち、養家と異なる「氏」を持つ者）を養子として自分の「家」に迎え入れることも挙げられている²⁷²。

「子女の典賣」については、「〔…〕賣斷シタル子女ハ其買家ニ於テ養子女、妻妾、養媳（他人の女兒を金銭で買い取って自分の息子の将来の嫁として養う風習である）タルト奴婢タルトヲ問ハス皆生家ヲ離レテ買家ノ籍ニ入ル〔…〕但生家ヨリ贖回シタルトキハ生家ノ籍ニ復歸ス」と言われる外、「〔…〕單ニ典雇シタル子女ハ依然生家ニ籍ヲ有シテ承典者ノ家族ト為ルコトナシ」という状況もある。そして、後者について、台湾では自分の子女の典雇を行うことが多いと指摘される²⁷³。

最後の「出家及還俗」とは、個人の宗教的行為によって発生する家族関係の変動のことである。しかし、男性の場合は一六歳以下、女性の場合は四〇歳以上でなければならないことや、当該個人が独り子ではない

²⁷⁰ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）199頁。

²⁷¹ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）199～200頁。

²⁷² 廖宜方『圖解台灣史』（易博士文化・2004年）117頁。後藤・前掲書注（288）122頁。本文では台湾の慣習として述べたが、当時の中国における「〔…〕異姓不養の原則は、漸次に廢れ、現時に於ては、異姓の養子は、寧ろ民間普通の習俗となつて居る」という報告もある。南滿州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（257）66頁。

²⁷³ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）200頁。

こと²⁷⁴などの制限がある。

第二目 「家長権」及び「尊長権」

この二つの権限の内容は、同じく複雑であり、不可分性も高い²⁷⁵。特に台湾においては「〔…〕慣習上此両關係ノ區別ニ付テ一定ノ標準ナキカ故ニ之ヲ説明スルコト一層困難ナリトス」²⁷⁶とされている。以下では、『臺灣私法』の分類に従い整理を進めるが、便宜上「家長権」は家長の対外的関係について有する権限を指し、「尊長権」は家長の対内的関係について有する権限だという認識を一先ずここで提示しておきたい。

一、「家長権」

「家長」は、「外部に對シテ一家ヲ代表シ一方ニ於テハ家族ヲ統率シ家政ヲ總攝スル權限ヲ有シ他方ニ於テハ家ニ屬スル公法上ノ義務ヲ履行スルノ責任ヲ負フ」²⁷⁷者だと認識されるため、清朝政府が定めた律令に基づき「家長権」の内容が「対官」、「対家産」及び「対家族」の権利義務関係によって構成されていたと言う²⁷⁸。

まず「対官」については、「〔…〕其家ヲ代表シ戸口ヲ附籍シ及賦役ヲ負擔スルノ義務ヲ有ス」としている²⁷⁹。そして、「対家産」の権利義務としては、「家長ハ家政ヲ總攝シ其家産ヲ管理シ處分スルコトヲ得〔…〕從テ家長ハ〔…〕官ニ對シテ納税ノ義務ヲ有シ家族ニ對シテハ扶養ノ義務ヲ負フ」²⁸⁰ということが挙げられている。

その中の「対家族」の権利義務について、「尊長権」の内容と重なる部分が少なくないため、「家長権」と「尊長権」の区別は付け難いと言

²⁷⁴ 臨時臺灣舊慣調査會『臨時臺灣舊慣調査會第一部調査第三回報告書 臺灣私法 第二卷上』（1911年）262～263頁。

²⁷⁵ 南滿州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（257）79～102頁。臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）211～228頁。

²⁷⁶ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）211頁。

²⁷⁷ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）212頁。

²⁷⁸ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）212～214頁。

²⁷⁹ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）212頁。

²⁸⁰ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）213頁。

われている²⁸¹。そして、「対家族」の「家長権」にはいくつかの特徴があり、「〔…〕 家内ニ於テ尊長ハ〔…〕 卑幼ニ對シテ教令懲戒主婚ノ權其他或行為ニ關シテ許諾權ヲ有スルカ故ニ家長ハ其最尊長トシテ全家族ニ對シテ此等ノ權ナカルヘカラス唯〔…〕 此權ハ畢竟家長カー家ノ最尊長タル資格ヨリ来レルモノニシテ家長タル資格ニ隨伴スルモノニアラサル故ニ家長カ卑幼ノ男子ニシテ家屬カ尊長ノ婦女ナル場合ニハ此權ハ實際ニ行使スルコトヲ得ス」²⁸²、という処には注意を要する。すなわち、「教令」、「懲戒」及び「主婚」する権利は殆ど「家」の中で全ての尊長たる者に属するということである。

二、「尊長権」

中国の家族法の本質として、「〔…〕 尊卑ノ順ニ從ヒ長幼ノ序ニ依リ孝順友愛ノ理義ヲ以テ和睦輯合ヲ圖ルモノトス」²⁸³と言われ、「尊長ハ卑幼ニ對シ優者ノ地位ニ在リ卑幼ハ尊長ニ對シ服從ノ義務ヲ負フ〔…〕」²⁸⁴ことになる故、親族としての繋がりにおいて「尊長権」が認められる²⁸⁵。但し、「〔…〕 所謂尊長権ナルモノハ唯律例ノ規定及實際ノ慣習上之ヲ認メ得ヘシト云フニ止マリ」²⁸⁶と理解されている。

ところで、かように認識される「尊長権」は親が子どもに対して持っている「親権」との違うのかという問題がある。これについて、調査会はず、「支那ノ道德ニ於テハ古來君臣父子夫婦ヲ以テ人ノ三綱トシ親子ノ關係ヲ重シ殊ニ不孝ヲ以テ罪ノ最大ナルモノト為シ子ノ親ニ對スル

²⁸¹ この「家長権」による「対家族」の権利義務を「尊長権」との区別を図るため、前二者の権利義務関係を「家長権」の「公法的統制権」であると位置づける研究がある。南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（257）80～82頁。戴・前掲論文注（259）8頁。

²⁸² 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）213～214頁。

²⁸³ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）214頁。

²⁸⁴ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）214頁。

²⁸⁵ 戴・前掲論文注（259）7頁。

²⁸⁶ 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（257）86頁。戴・前掲論文注（259）7頁。臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）215頁。

義務ヲ認ムルト同時ニ亦親ノ子ニ對スル權力ヲ認メタ²⁸⁷と説明する一方、「親」という法的定義について、二つの例を取り上げ、その範囲が極めて広いことも指摘している。即ち、「(一)〔…〕假令自己ノ子女ニ對スルモ自己ノ父母祖父母ノ意見ニ反シテ之ヲ處置スルヲ得ス即尊長卑幼ノ關係ヲ認ウルモ特別ナル父子ノ關係ヲ認メス父權ハ唯尊長權ノ一種タルニ過キス (二)〔…〕律例ノ規定ニ徴スルモ一モ父子ノ關係ヲ定メ父權ニ關シ規定セルモノアルヲ見ス多數ハ唯汎ク尊長ト規定シ特種ノ尊長ヲ指示セス又中ニハ父母ヲ擧クルモノモナキニアラサルモ此場合ニハ必祖父母父母ト連言スルヲ常トシ〔…〕²⁸⁸とされる。従って、調査会は、「〔…〕支那法ニ於テハ各卑幼ハ皆其尊長ニ服從スヘキヲ法トスルモノニシテ尊長權アリテ親權ナキモノト認ムルヲ至當トスルカ如シ故ニ苟モ一家ニ一人ノ尊長アレハ假令父母ナキモ其家族ハ其保護者監督者ヲ有スルモノニシテ是支那ノ家族制度ニ於テハ古來純然タル後見制度ノ發生ヲ見サル原因ノ一ナリトス²⁸⁹という見方を示している。

上記のように「尊長權」は「親權」と重なる部分が多く、その内容も「教令ノ權」、「生命身體ニ對スル權」及び「行為ニ對スル權」の三つから構成されると言う²⁹⁰。このような「尊長權」に対する認識は台湾の家族の内部にも当てはまることであり、「〔…〕懲戒ノ目的ニ出ルトキハ卑幼ヲ毆打シ創傷スルカ如キハ勿論尊長ノ權利ニ屬スルモノ」と紹介されている²⁹¹。また、一事実として、「臺灣ニ於テハ律例ノ規定ハ全行ハレス子女ノ賣買ハ日々普通ニ行ハル」とも記されている²⁹²。

他方、「卑幼」対「尊長」の義務については、「〔…〕(イ)卑幼ハ尊長ニ對シ教順ノ義務ヲ負フ是尊長ノ教令權ニ對スルモノニシテ所謂十惡中惡逆不孝不睦内亂ノ如キハ皆教順ノ義務ニ違反スル犯罪ナリトス (ロ)

²⁸⁷ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）216頁。

²⁸⁸ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）216～217頁。

²⁸⁹ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）217頁。

²⁹⁰ 南滿州鐵道株式會社庶務部調査課・前掲書注（257）86～89頁。臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）219～224頁。戴東雄「論中國固有法上家長權與尊長權の關係（下）」『台大法學論叢 第二卷第二期』（1973年）277～284頁。

²⁹¹ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）220頁。

²⁹² 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）221～222頁。

卑幼ハ尊長ニ對シ扶養ノ義務ヲ負フ」²⁹³とされている。

第三目 小括

以上のように、一九四五年以前の台湾や中国の家族像を概観してきたが、恐らく「尊長権」の存在が本稿で検討したい「子どもの自己決定」という概念とは最も衝突しやすいものだと考えられよう²⁹⁴。しかも、当該権利は「〔…〕卑幼ノ年齢ニ關係ナク存續スヘキモノナルカ或ハ未成年ノ卑幼ニ對シテノミ行ハルヘキモノナルヤハ律例中一モ明文ノ存スルモノナク又慣習上一定シタルモノアルヲ見ス然レトモ尊長権ハ自然ノ倫理ニ基キ一家ノ秩序ヲ圖ルモノニシテ而シテ孝順ノ道尊卑ノ序ハ年齢ノ如何ニ依リ終始スヘキモノニアラサル〔…〕」²⁹⁵と言われる故、その影響は漢民族の人々にとって一生続くことが分かる。では、この「自然ノ倫理」は四五年以降の台湾でも発効し、施行されている『中華民国民法』の中で依然として生きているのか、或いは違う様相を呈しているのか。これらの問題を次節にて具体的に論じて行きたい。

[付記]

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2009年3月25日授与）に加筆・修正したものである。加筆・修正の際には、黒澤修一郎氏（北海道大学大学院法学研究科助教）にご協力いただいた。記して謝意を表したい。

²⁹³ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）224頁。

²⁹⁴ 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（257）10頁。戴・前掲論文注（259）1頁。

²⁹⁵ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）225頁。

執筆者紹介（掲載順）

田口正樹
北海道大学大学院
法学研究科教授

関口和徳
愛媛大学法文学部
総合政策学科専任講師

大島梨沙
北海道大学大学院
法学研究科助教

宋峻杰
北海道大学大学院
法学研究科附属高等法政
教育研究センター助教

印刷
発行

平成23年9月26日
平成23年9月30日

編集人 松浦正孝
発行人 北海道大学大学院法学研究科長
松久三四彦

印刷 北海道大学生協同組合
情報サービス部
札幌市北区北8条西8丁目
TEL 011(747)8886

発行所 北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北9条西7丁目
TEL 011(706)3074 FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 62 September 2011 No. 3

CONTENTS

ARTICLES

- Der Reichsgedanke Peters von Andlau: Römisches Reich und
die Deutschen in der Mitte des 15. Jahrhunderts ☆
..... Masaki TAGUCHI 1
- A Study on the Exclusionary Rule of the Criminal Confessions (7)
..... Kazunori SEKIGUCHI 49
- La notion de «mariage légal» au Japon (2):
étude comparative avec le droit français Lisa OSHIMA 224[1]
- On Children's Self-determination Under the Constitution (2)
—— A Study of the theory of Children's Rights in the
United States, Taiwan and Japan ——
..... SUNG Chun-chieh 184[41]

[]...Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at
the end of the journal ☆...Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan