# 板随大学输系

# 政治・経済・法律研究

第 23 巻 第 1 号

2020年10月

# 論 文 日露戦争直後の中国人留学生 ロバーツ・コートと中絶関連事件 聡 (29) 合衆国最高裁判所における Roe と Doe — 第二ラウンド …………小竹 聡 (63) マクロ経済学の「基本前提|: カレツキの有効需要の原理 …………松谷 泰樹 (121) 資料 中華人民共和国民法典における物権編の紹介と試訳 ---- 2007 年物権法との比較の視点から · · · · · · · · · · · · · · · · · · 長 友昭 (135)

# 日露戦争直後の中国人留学生

# --- 振武学校 8 期生東北出身者の動向を中心として ---

浜 口 裕 子

#### 要 旨

日露戦争後の中国東北地方(いわゆる「満洲」)から日本へ来た留学生を分析する。多くは官費留学生で、中国側の要請により大部分は軍事関係の学校に留学した。対日留学生が人数的にピークを迎えるのは1906年から1908年の日露戦争直後であるが、この時期の特に日本と関係が深かった満洲からの留学生を中心に、その後の歴史的動向を人脈に注目して検討した。

日本側は陸軍士官学校に留学させる前にその予備校的役割を果たす振武学校に中国人留学生を入れた。本稿では振武学校設立の経緯に触れ、特に日露戦争直後にここに入った中国東北地方出身者の動向を探った。彼等は日露戦争後の日本軍の影響下で留学をして、陸士まで進み、卒業後帰国してすぐに辛亥革命に対応し、その後も中国で軍歴を積んでいく。その政治的選択は留学経験と切り離して考えることはできない。東北出身者の場合、特に1931年9月の満洲事変、翌年の満洲国建国という国際関係の変動の中で、どのような選択を行っていったのか――日本留学組は満洲国に残って一定の地位を得ていく者が圧倒的に多かった。事変前、各国がこぞって中国に影響力を及ぼそうとした時代において留学組はいわば期待のエリートであった。しかし留学歴のない張学良との関係は難しく、それが楊宇霆暗殺事件の背後にある。張学良による苛烈な反日行動は東北社会の政治的分裂を促し、明らかに日本留学組の選択肢を狭めたといえる。東北出身者以外の留学生のその後の経歴を見ても、留学中に構築した人脈等の重要性がみてとれる。その意味で留学生は東アジアの歴史を形作った重要な要素であるといえよう。

キーワード:振武学校、成城学校、陸軍士官学校、中国人留学生、満洲国

#### 目 次

#### 問題の所在

- I 成城学校の留学生受け入れと振武学校設立
- (1) 成城学校と留学生受け入れ
- (2) 振武学校の設立
- Ⅱ 1908年 (明治41年)8月17日の在学学生名簿
- (1) 修学期間と教育効果
- (2) 振武学校8期生の東北地方出身者
- Ⅲ 振武学校―陸軍士官学校留学生のその後の動向
  - (1) 振武学校8期生在籍者の満洲事変・満洲国建国
  - (2) 楊宇霆銃殺事件と東北政界
  - (3) 東北出身者以外の振武学校生

#### 結語

#### 問題の所在

本稿では中国東北 — いわゆる「満洲」と呼ばれていた地域からの留学生を中心に分析する。 特に日露戦争直後の最も中国からの留学生が多かった時期の満洲からの留日学生の動向を扱う。 日露戦争後、日本は満洲の利権をロシアから譲り受け、関東都督府官制を公布して形の上では軍 政から民政に移行したが、軍の影響力は強いものがあった。この時期、満洲に駐留した日本軍が 中国側に日本への留学を積極的に働きかけ、留学生の数は増加していった。その多くは官費によ るもので、中国側の要望もあり留学生の大部分は軍事関係の学校へ留学した。関東州と満鉄付属 地を除いて日本軍が撤退した後は、留学先はより多様化していく。

ここでは、中国からの留学生の数が最初のピークを迎えた 1906 年から 1908 年に日本留学をはたした留学生達を、特に日本と関係の深い中国東北地方からの留学生を中心にとりあげ、その後の歴史的動向を人脈に注目して検討していく。その際、陸軍士官学校の予備校となっていた振武学校の留学生に焦点をあてて検討する。振武学校は陸軍士官学校もしくは戸山学校に入り教育を受ける希望をもった留学生がそれらに入学する前に学ぶ学校であった。卒業生の大半は陸軍士官学校か陸軍戸山学校へ進学する。見方を変えると、振武学校は留学生達にとって、初めて出会う「日本」であった可能性が高い。その意味では、「日本留学の影響」を考える場合、振武学校時代の印象や経験は非常に大きかったと推測される。

日中の近現代史研究において中国人の対日留学に関する研究は少ないわけではない。近年も新たな成果が多く生み出されている。本稿もこれらの成果に学びつつ立論を進めた。ただ、陸士の予備校的存在であった振武学校や成城学校に注目した研究成果に限れば決して多くはない。特に振武学校に関しては、後身の機関がないためか資料が散逸しており、まとまった論考は本稿・注15で引用した小林論文が貴重な成果として存在する程度である。小林論文は先行研究がなかったこともあり振武学校そのものの歴史を忠実に描くことに注力してまとめたものであるのに対し、本稿は主として振武学校に留学していた留学生の動向に注目する。前述のように日露戦争直後は留学生史上最も多くの留学生が中国から来日しており、またそれは明らかに清朝の国家的目標に則った政策による留学生派遣であったと考えられ、振武学校においてもその後の東アジアの歴史に大きく関与していく者が多数在籍した。彼等の留学時代の教育を振り返り、また特に「人脈」に注目してその後の足跡を考察することは、近現代の東アジア史の分析においてより多角的な視点を提供するとともに、そこにおける日本の役割一立ち位置を考える上でも避けて通れない課題であると考える。

本稿では特に中国東北出身者を追ったが、東北出身者は日露戦争後に東北地方に軍事的影響力をもった日本軍の影響下で、その斡旋により振武学校一陸軍士官学校に留学し、留学後は中国で軍歴を積んでいった。1911年の辛亥革命を経て日中関係が大きく変動する中で、彼等の留学歴

は少なからずその政治的選択に作用したと思われる。中でも 1931 年 9 月の満洲事変から満洲国 建国に至る国際関係の変動の中で、彼等がいかに行動し、なぜそうした行動をとったのかを、日 本留学という面から分析することは、興味深い課題であろう。以下では、振武学校設立の経緯と その教育内容を簡単に見て、振武学校出身の中国人留学生 — 特に振武学校 8 期生の東北出身者 をとりあげ検討する。ここでは、すでに公開されている資料を組み合わせて整理し分析すること により、彼等の留学後の動向と日本留学との関係を考察する。

#### Ⅰ 成城学校の留学生受け入れと振武学校設立

#### (1) 成城学校と留学生受け入れ

日清戦争で日本に敗れた経験を踏まえ、清朝が制度改革を経て日本へ留学生を送り出したことは、清朝がいかに自国の「近代化」の必要性を感じていたかを物語っている。それまで極東の一小国と考えていた日本に敗れた衝撃は、明治維新を経た日本の近代化に対する関心を呼び覚ました。同時に欧米列強の対清進出に対応しなければならない現状を鑑みたとき、国力の伸張のためにはまず軍の近代化をと考えたのは当然といえる。その際、重要となるのは軍人自身の教育である。装備のみ近代化したところで、軍隊として動くわけではない、という考えもあって、清政府は対日留学を後押しした。

日本にとっても、東アジアの隣国から留学生を受け入れ、教育を施すことは長い目でみれば必要なことであるという考えがあった。当時陸軍参謀次長で、成城学校校長でもあった川上操六が中心となり、清国からの留学生受け入れに動くことになる。

成城学校は1885年(明治18年)1月に開校した文武講習館を前身としている。まさに日清戦争のさなかにあり、「文武両全の士を養成し以て邦家隆盛の一助たらしめん」<sup>(1)</sup> との創設者の想いがあり、「初め陸軍武学生教育を目的とする一私塾」<sup>(2)</sup> のような状態から出発したという。翌1886年(明治19年)には成城学校と改称するのだが、この命名者は当時の陸軍士官学校校長小澤武雄中将である。創立者日高藤吉郎は学校の存続を考え、校長に陸軍将校を呼び、士官学校への予備教育機関としての位置づけを明確化させる。川上操六も成城学校創立初期より、これにかかわり、1889年(明治22年)11月からは校長を務めたのである。この川上校長時代に成城の留学生受け入れが始まる。最初は朝鮮人留学生を受け入れた。日清戦争直後の1885年(明治18年)11月に朝鮮臨時代理公使李台植が成暢基等8名の現役陸軍士官の教育を成城学校に委託してきた。成城側は日清戦争に勝利したものの、三国干渉を受け、ロシアを筆頭とした欧米列強の抗しがたき風当たりに接し、朝鮮に対するさらなる影響力を増大させる必要性に鑑みて、これを受ける。続いて翌1886年(明治19年)1月には陸軍士官1名、留学生2名を託された。彼等は日本の陸軍士官学校入学前の予備教育を希望した。さらに続けて2月にも6名の留学生を送ることになっていたが、朝鮮内で親露派が動き、親日派の中心であった金弘集らが死刑にされ、親露派が

政治的影響力を伸ばし、これら留学生派遣も中止となった。すでに留学していた者の中にも、退学を希望する者が出た。ただし、このことにより朝鮮から成城への留学が途絶したわけではなく、この後も成城学校の朝鮮人留学生の受け入れは続いた<sup>③</sup>。しかし受け入れる留学生は清国人中心に移っていく。

日清戦争で国力の弱体化を露呈した清国においては、一部の識者の中に、明治維新後近代化を ひた走る日本に倣い自国の政治改革による国力回復の必要性を説く者が出た。一方日本でも、日 清戦争後、長江流域への進出が検討され、1896 年頃には当時外務次官であった小村寿太郎が中 心となり、湖広総督張之洞や両江総督劉坤一といった清国の有力者に対し、日本人の顧問採用や 日本へ留学生を派遣して学ばせ、日中間の関係を深めようという提案を行っている(4)。

こうした中で成城学校の校長にあった川上操六陸軍参謀次長は、日清戦争後の国際情勢における日中関係緊密化の重要性に鑑みて、「清国の開発には一にその青年子弟ノ新教育を施にある」<sup>⑤</sup>として、清国から留学生を受け入れる構想を清高官に働きかけた。川上は1897年11月末に参謀部員神尾光臣を、また1898年1月初旬に宇都宮太郎を、張之洞の元に派遣している。そこでは、日中両国の連携の必要を説き、軍事力強化の重要性が強調された。日本への中国人武備留学生派遣は日中両国の地理的近接から費用が省けるとし、日本側の留学生優待とその教育に対する熱意を伝えている<sup>⑥</sup>。これらの働きかけをする一方で1897年(明治30年)には陸軍参謀本部内に清国学生管理委員会が設置された。この管理委員会からの委託により、成城学校が本格的に留学生教育を行うことになった。1898年(明治31年)3月には成城に清国武官一行が授業方法を視察し、6月には浙江省巡撫派遣視察員が参観に訪れ、同月浙江省より4名の留学生を受け入れ、清国からの留学生教育が開始された。

成城学校は留学生教育を開始以降,江西省経済学堂校長・教師・生徒,南北両洋武官,浙江省派遣武官,湖北湖南派遣武官,等の来訪・参観を受け,1899年(明治32年)には是両江総督劉坤一及び湖広総督張之洞が派遣した33名の派遣学生を受け入れた。この他四川総督岑春煊や直隷総督袁世凱も留学生を送ってきた。これらの留学生は,「凡て陸軍学生」<sup>(\*\*)</sup>であったという。

このように成城学校は日本陸軍と密接な関係をもちながら陸軍士官学校予備教育機関として存立し、陸軍から委託される形で留学生部を作り、韓国や清国からの留学生を受け入れその教育に乗り出したのである。清国からの留学生受け入れは陸軍から委託されたとはいえ、すでに清国内で軍人であった者を受け入れ、日本の陸軍士官学校に送り込む教育を施すという前例のない事態である。異国の地に訪れる留学生のための宿舎等施設も必要であり、彼等の管理体制も手探りで構築しなければならず、成城側の負担は大きかったと思われる。陸軍参謀本部の清国学生管理委員会から成城に、学生数に関係なく1カ月420円の経費が支給された。

当時の教育内容は、日本語文、地理及地文、算術、幾何初歩、代数、平面幾何、化学、図画、体操、などであり、また歴史及び生理衛生の授業も若干であるが設けられた。要するに日本語の他は通常の一般教育を日本語で教育して士官学校の教育に備えるという内容であった。だが留学

生達も日本の士官学校に進むべく規則正しい生活が求められ、教科にある「体操」は毎日授業に 組み込まれ、通常の柔軟体操や器械体操のほか、歩兵教練としての各個教練・分隊教練・小隊教 練・銃剣術の基本、狭窄射撃といった内容を行った<sup>®</sup>。

前例がなく手探り状態の中での留学生受け入れであったが、とにもかくにも開始に至ったことは大きい。これ以降清国からの留日学生は全体としても順調に増えていった。当初は清からの留学生派遣は官費での軍事留学が中心となっていたが、次第に私費留学も増え、軍事以外の農、工、商等実業系の留学生も来るようになった<sup>(3)</sup>。

#### (2) 振武学校の設立

清国からの留学生の数が順調に増えていく中、成城学校は1903年7月に中国人留学生の受け入れを中止した。その前年に成城学校入学を希望する私費留学生9名に対し、新政府駐日公使蔡鈞が手続き上必要な推薦状を出さず、留学生が抗議をするという事件が起きた。いわゆる「成城学校入学事件」である。清政府は、日本留学を勧めてはいたものの、留学が革命運動に利用される恐れがあることから、民間人が軍事知識を学ぶことを禁止し、以後、留学生に対する管理を強めることになった(100)。また留日学生の増加に伴う成城側の負担増にもかかわらず、成城が陸軍に対して要請した経費の増額が認められず、成城学校は留学生部委託を返上することにしたのである(11)。とはいえ成城学校における留学生教育はここで全く途絶えたわけではなく、これ以降成城学校は陸軍士官学校志望者に特化せず、文系学問を志望する留学生を受け入れ教育することになった(12)。

清政府は自費生が日本の陸軍関係に留学することを原則禁止したのであるが、1904年1月に当時の駐日公使楊樞が「奉陳管学務情形摺」を提出し、中国から一定の学生を毎年日本へ送って陸軍教育を学ばせる必要性を説いている。曰く「日本の陸軍教育を考ふるに、忠君愛国、長官に順服するを以て宗旨となす。まったく みだりに自由を いひ、政府に反対するの弊なし。…この列国めぐり伺ひ、我が さかひ はなはだ急なるのときに当りては、武科は文科にくらべて更に重し、未だ図を緩にすべからず」(13)とある。このような進言もあり、同年4月に清国練兵処は「陸軍学生分班遊学章程」16条を定めた。ここで、中国全体で毎年100名を選んで日本に派遣すること、学生の年齢は18歳以上22歳以下とする。俸給は中国からも支給する、ということとされた(14)。楊によるこの提言は、外交官として清国がある厳しい状況に対する危機意識に満ちている。それを受けて素早く対応をした清国政府も、そのような危機意識の中で対日軍事留学を推奨せざるを得なかったことがわかる。

成城学校に代わって陸軍士官学校進学志望留学生の受け入れ先となったのが、参謀本部に設立された振武学校だった。陸軍参謀本部は1903年7月に成城学校の委託を解除し、8月より振武学校を開校させ、成城留学生部に在籍していた学生はこれに移籍することになった。校地は牛込区市ヶ谷河田町とするが、ここはもともと陸軍士官学校の臨時校舎であったところで、成城学校

留学生部の校外宿舎として 1899 年 2 月から使用していた。これを独立した学校として引き続き 留学生教育のために利用することにしたのである(15)。

教育内容も成城のものをほぼそのまま引き継ぎ、振武学校は陸軍士官学校に入る前の予備校的 役割を担った。要するに成城学校は基本的に日本人が学ぶ学校に、留学生部門を作り、陸軍が留 学生の受け入れを委託するという形であったが、振武学校は、受け入れ先のなくなった留学生を 受け入れる学校を陸軍-日本政府が主導して作ったものであり、留学生教育が直接参謀本部の所 轄となった。もっぱら陸軍士官学校入学をめざす清国からの留学生が入る学校となった。

明治39年(1906年)9月調査の「振武学校沿革誌」によれば、開校は明治36年(1903年)8月、創立の目的は「清国ノ武官タラントスル同国の留学生ヲ収容シ我陸軍士官学校又ハ陸軍戸山学校二入学スルノ予備教育ヲ施ス」<sup>(16)</sup>とする。修業年限は1年3カ月で、これを3つに分け、3学期制(1学期5カ月)をとる。各学期ごとに新入生が入ることがあるので、同じ年に来日しても、来日の時期により入学期が変わるため、振武学校で同期になるとは限らない。また、たとえば筆者が注目している振武学校8期生の場合、陸軍士官学校もだいたい8期生(留学生)となるが、通常は振武学校と陸士の期はずれる。さらに中国人留学生の陸士の期は日本人の期と同様ではない。

1903 年 9 月の開校時、振武学校は成城学校未卒業者 70 名余りを引き継いだ。教育の内容は、成城学校から引き継ぎ、日本語と一般教養を中心としたものであった。軍人となるべく教育としては、「典令」と「術科」という科目があった。「典礼」は軍の規則を学ぶものと思われ、「術科」は成城にあった「体操」に相当するもので、ここで通常の体操を学ぶと同時に、各種の軍事教練や敬礼なども学んだ。日本語を初めて学ぶ中国人にとって、1 年 3 カ月の修業年限で士官学校入学というのは、決して簡単なものではなかったであろう。当時の他の留学生教育機関と同様に、振武学校においても「速成教育」(17) が行われ、基礎的な日本語力と中学課程程度の学力を身につけさせることをめざした。

この時期の留学生に対し、陸軍側から、予備教育が短すぎるとの不満が寄せられているのも事実である。振武学校の史料は断片的にしか存在せず、個別の事例に関して、何歳からどのような事情で留学したのか、また彼等が実質的に何年何ヶ月学んだのかを正確に把握することは難しい。先に示した清国による「陸軍学生分班遊学章程」で留学時の年齢が 18 歳から 22 歳とされていたものの、多くはすでに母国で軍人となってからの留学で、時には 20 代後半での留学という者もおり、予備校で日本語や基礎的な学科を学ぶよりも、早く実践的な軍事技術を学びたい気持ちを持つ者が多かったと思われる。おそらく清朝もそう望んでいたであろう。ただし実際に日本の陸軍士官学校で学ぶのに求められる日本語能力や学力の養成がうまくいっていたかというと、必ずしもそうではなかった。振武学校の修学期間は、次第に延長され、1905 年 10 月入学生からは 18ヵ月となり、さらに 1906 年 5 月 15 日には 3 年案課程表が示され、11 月派遣の練兵処派遣学生から実施されることになった(18)。

教育内容に関して成城学校の内容を踏襲した一方で、「成城学校入学事件」などもあって、前述のように清朝が留学生の革命的動きに警戒を抱き、学生の管理監督を強める流れにおいて、振武学校が設立されたのである。清朝は将来の自国の士官が革命派の影響を受けることを危惧して、入学の条件を成城学校より厳しくした。すなわち入学願書に加え、総督巡撫等の責任ある清国官吏の保証書もしくは依頼書、留学生総監督の保証書、来日前後の履歴書が必要となり、駐日公使の保証書のみで留学できた成城学校に比べて格段に厳しくなった。清朝側が「革命派の軍事学習得を防ぐために、目の行き届かない私立の成城学校ではなく、参謀本部の直接管理を希望し、福島安正がこれに答えた」(19) といえる。これにより革命派の多かった華僑の子弟は清朝官吏の保証書を得ることが困難となり、入学出来ないことになった。寄宿舎規則も厳しくなり、行動規制が強くかけられるようになった。

厳しい規制の中で、士官学校につながる道を探るとすれば、なんとか保証をとって振武学校に入学するしかない。偽名を使って替え玉入学をする者も出た<sup>(20)</sup>。駐日公使は写真や割り印を求めたり、自費留学生に関しては学費の保証を求めているが、そこまでしても身元の確認は難しかったようだ。清国が規制を強め、取締を厳しくしたところで、留学生の取締に関しては限界があり、陸軍士官学校をめざす留学生達の「革命化が急速に進展」<sup>(21)</sup> することになった。

1904年2月の日露戦争開戦以降,陸軍士官学校が日本人学生の養成に力を注ぐ余り,振武学校でも留学生の育成が滞り,在校生は「留校」「休学」を命ぜられる有様であった。一方,清側は国際情勢の変化に早急な軍備拡充の必要性を認め,これまでよりも多くの陸軍士官学校入学希望の留学生が派遣されることになり,振武学校入学者数はふくれあがった。数の急速な拡大は,清朝をして留学生の掌握・監理にますます困難をきたすことになり,結果として留学生の革命運動参加が一層進んだ。1904年10月に湖南省から派遣された程潜(振,陸士6砲兵科卒)は,12月に黄興ら100余名と革命同志会を組織したとされるし,1905年8月成立した中国同盟会にも振武学校の留学生が多く参加したと思われる<sup>220</sup>。こうみると振武学校内に,革命組織の人脈ができていたようである。彼等はいたずらに革命運動従事を露呈させては入学の保証を失う可能性があったため,同盟会の活動には積極的でなく,帰国後の兵権掌握をめざして,日本での軍事的学習に励んだという。

### Ⅱ 1908年 (明治 41年) 8月17日の在学学生名簿

#### (1) 修学期間と教育効果

振武学校の史料は断片的に残されているが、全時期を網羅しているわけではなく、個別の期の 教育内容や状況に関してその実態を把握することは難しい。個別の事例に関して、いつからいつ まで振武学校に在籍していたのかを把握するだけでも、容易ではなかった。振武学校で同期でも 入学の時期は必ずしも一緒とは限らない。当時は官費で来る者が中心だったため、基本的には同 じ省からの留学生は同じ時に来日し、入学していたと考えられる。しかしたとえば筆者が注目する東北の奉天省出身者の場合は、日本との関係が特別に深く、満洲族の王族がいたりしたためか、 来日や入学の時期が必ずしも一律ではなかったのではないかと思われる場合がある。

たまたま,1908年(明治41年)8月17日付けの在学学生名簿が残されており、これは台湾の中央研究院の黄自進先生が蔣介石関係の著作<sup>(23)</sup>の中で紹介しており、筆者も原資料を見つけて確認した。図1はその一部である。学籍簿が見当たらないこともあり、振武学校の修学期間はこの時期は、前述のように3年間の課程まで示されているのだが、個別の学生について実際の修学

ď, 15 00000000000 188 R 湖流 й н 14 R R M M ₽ in ţ 德度音乐毛林和子子獨縣 的音士領影 山王與嚴護黃數翰參繼給  $O^{\dagger}O_{1}O_{2}$ H ĸ,

図1 振武学校8期生在学者名簿(1908年8月)の1部

期間を確認することは難しい。中国で 2013 年に出版された『中国留学日本陸軍士官学校将師録』<sup>(24)</sup> では、たとえば東北からの留学組の場合、振武学校 8 期生は 1907 年(明治 40 年)12 月に留学生として選ばれ官費で渡日し、振武学校で学び、翌 1908 年 6 月には陸軍士官学校に入学した、となっている者が多く、これでは振武学校で学んだのはわずかに半年くらいとなる。ちなみに振武学校の別の史料<sup>(25)</sup> を見ると、振武学校 8 期生の入校は明治 39 年すなわち 1906 年の前半となっており、9 期生の入校も多くは同年となっている。

さらに厚生省が戦後まとめたと思われる史料<sup>(26)</sup>によれば、振武学校8期すなわち陸士8期の留学生は明治42年(1909年)12月に陸士(陸軍士官学校)に入学し、明治44年(1911年)5月に卒業したとなっている。この文献は、当時の陸軍士官学校の文書を厚生省でまとめて作成したものと思われ、陸士修学期間に関しては厚生省作成の資料の方が信憑性が高いと判断して、ここではこちらを前提として考えた。これらをもとに推測すると、たとえば振武学校8期生に関しては、おそらく入学の時期は1906年前半で、1908年後半か1909年前半に卒業となったのではないか。各学期の間に休暇で帰国することがあり、先の図1で示した1908年8月17日の在校生名簿によれば、1908年8月の時点で8期生はほとんど帰国休暇中であった。卒業間近で帰国していたようだが、一応「在学学生」となっているのであるから、『中国留学日本陸軍士官学校将師録』で1908年6月に陸士入学となっているのは、信憑性に欠ける。

振武学校卒業後、陸士入学が1909年12月だとすると、1年程間が空くが、この間、帰国していたり、日本陸軍の軍隊に入って学んだということが考えられる。実際、参謀本部では、振武学校の卒業生を軍隊に入れて軍事教育を受けさせて欲しい、という清国公使からの要請を受けて、清国や日本各地にある日本軍に入隊させることを具体的に検討している(27)。1905年のポーツマス条約締結直前のこの文書によれば、振武学校卒業生の入隊希望に関して、清国公使の要請を外務省を通じて参謀本部に打診があった。参謀本部では、検討の結果、今後1年ほど清国にいる日本軍の「各兵補完隊」に入隊させ、「其隊ノ教育ヲ妨ケサル範囲ニオイテ下士卒ノ勤務並ニ初級士官ニ必要ナル初歩ノ学術科ヲ教育」させることについては「異存無」しということで、実際に、どの隊に誰を入れるか、案を練っていた(28)。このような実践的な場で、教育としてどのように留学生を受け入れたのか、それがいつまで行われたのか、などに関しては、今のところ詳細はわからないが、振武学校卒業後通常は1年程度の実践的な教育を受ける機会があったようだ。

こうした教育がどれだけ効果をあげていたか。問題も多かったようだ。断片的な史料より読み取れることは、日本側も清国留学生側も手探りで始まった清国留学生の軍事教育において、その役割を担う振武学校に入って教育を受けても、日本語が必ずしも十分に習得できず、苦労する留学生が多かったこと、また中国人留学生は日本式の集団生活や軍事教練にもなかなか慣れず、留学の効果が期待したほどあがっていないという現状である。1906年に清国を視察した振武学校舎監野村岩蔵と教頭木下邦昌の報告書では、清国軍の参謀長である張彪と様々な状況を話した結果において、次のように報告されている。「十八ヶ月ノ短日月ニ於テ先ツ日本語ヲ學ビ其他ノ諸

學課皆日本語ヲ以テ教授スルモノナレバ如何ニ天禀ノ髙キモノト雖モ到底十分ニ會得シ能ハザルハ理ノ當然ニシテ聯隊及士官学校ヲ經過シテ漸々語學モ進歩スルナリ故ニ最良ノ策ハ振武学校修業年限ヲ長クスルニ在リト」(29)

また、同視察で清国に在住する日本人にも会ってその見解を記録しているがここでも、日本留学した者に関してその成果が思うようにあがらず、扱うのに苦労している旨を伝えている。即ち、日本語が不十分で彼等の訳した教案は「更二訂正ヲ加ヘサレバ學生二配布スルコト能ハズ」ということで、却って煩わしく感じるものの、一応日本留学経験者ということで、これを排斥することは自らを侮るということになりかねず、教育しつつ使うのだが、「彼等ノ傲慢ハ時トシテ却テ此教育ヲ喜バザルコトアリ」としている。さらに「彼等ヲ認メテ漢字漢文ヲ解釈スル素養アリト誤想スベカラズ」(30)ともしている。

教練の教育に関しては、卒業後に「純然タル軍事教育ヲ施ス」ため、聯隊や士官学校に入るのであるから、振武学校で「綿密周到ニ教育スルヲ適當」とするとしながら、留学生に対する効果には疑問を呈する。曰く「支那人教育ハ幾分日本人教育ト其軌ヲ一ニスル能ハザル関係アリ…何事モ深ク研究スルヲ嫌ヒ単ニ外面ヲ窺ヒ以テ足レリトスル性質上三ヶ年間各個教練ノ動作ノミヲ練習セシムルハ彼等ヲシテ倦厭ノ念ヲ起サシム」ことから、聯隊教育と連絡して、簡単な「下級幹部ノ動作マデヲ学校ニ於テ教育スル」(31) ことを提案している。

さらに「近来留学生が帰國後盛ニ日本ヲ誹謗シ日本人ノ計營ニ妨害ヲ加フルモノ漸次多数ニナレル」という深刻な事態も指摘される。報告書では「原因ノ半面」は日本人が留学生に対して「甚ダ不親切」であり、「下宿屋ヨリ小売店ニ至ルマデ皆金取主義」であり、金銭に非常に敏感な留学生の心を刺激し脳裏に刻まれた結果である、という。しかしこの見解の裏には、中国においては地方により近代的な普通教育の普及が遅れているため、学力の格差がある段階で留学生を受け入れ、一律に士官学校入学に至る教育を施すことの難しさが見え隠れする。報告書は今後について、「本國ニ於テ普通學ヲ修了シタルモノニ非ザレバ官費留学セシメサルコト」(32) が訓令されるとしている。

以上から見る限り、初期の振武学校の教育が必ずしも清国政府や日本政府の期待した成果をあげているわけではなかったことがわかる。だが、清国留学生にとっては、ここで得た留学仲間の 人脈や、日本人との関係はその後の人生にとって、きわめて重要な要素となっていった。次にこの点を、東北出身者を例にして見ていく。

#### (2) 振武学校 8 期生の東北地方出身者

ここでは先に示した 1908 年(明治 41)年 8 月 17 日付けの振武学校在学学生名簿の中の東北地方出身者をとりあげる。この名簿で振武学校の 8 期生から 11 期生の 1908 年 8 月当時の在籍者の名前が確認できる。名簿では最上級生の 8 期生が 63 名, 9 期生が 25 名、10 期生が 47 名, 11 期生が 39 名合計 174 名の在籍が確認できる。

8期生については、確認できる63名中3名を除いて「帰国休暇」となっており、この時期はおそらくは近く振武学校卒業を控えた夏休みの休暇で帰国していたと思われる者が多かった。日本に居残った3名中2名は「片瀬出張」、1名は「臨時休暇」となっている。9期生は帰国休暇が9名、臨時休暇が7名、片瀬出張が9名となっており、10期生は帰国休暇30名、臨時休暇1名、片瀬16名、11期生は帰国休暇16名、臨時休暇1名、片瀬出張22名で、全体では帰国休暇115名、臨時休暇10名、片瀬出張が49名である。

とりあえず 1908 年 8 月の在籍者名簿にあった者を整理したが、実はこの時期の振武学校の学 生はもっとずっと多いはずであった。この年、夏休み前と思われるが、振武学校においては留学 生の退校騒動が勃発している。史料によれば、楊某ら 107 名の学生が振武学校の「校規ヲ守ラス 同時二学校ヲ出」387 てしまった。新任の学生監督である周家樹と学生とのトラブルがこじれ、学 生の不満が噴き出し、退校騒動になったのであった。この事態に学校側はいたしかたなく彼等を 退学としたが、官費で送り出した清の側が乗り出して、学生の説得にあたった。清国の大臣によ り「切ニ訓誡ヲ加へ以前ノ如ク入校修業スヘキ様」申し渡したところ、当該学生達は「已ニ深ク 自ラ悔悟シ今後再ヒ」34 こうした挙動はしないということで復学を許可された,のだという。こ こで 99 名が深く反省したということで,特別に学校に再度入校,勉学を続けることを許可して もらうことになった。99 名の復学は結局認められるのであるが,8 月 17 日の段階ではこれらの 107名の退学学生は在校生名簿からははずされているため、当時の在学生すべてがこの資料に載っ ているわけではない。ただし、8期生に関しては、すでに卒業間近と思われる時期であったため か、107名の退学者のリストに載っているのはわずか3名である。その3名も結局復学が認めら れた。107名の退学者の中には、たとえばこの頃よりずっと蔣介石と行動を共にして、国民革命、 国共内戦を戦い、台湾でも要職を歴任し、日台関係でも活躍した張羣(振 11、陸士 10 騎)がい る。張羣は退学者リストに載ったものの、行動を反省したと認められ、復学する。ちなみに蔣介 石(蔣志清,振11)の名は退学者名簿ではなく在学者名簿に入っている。

この事件は学生とその監督者とのトラブルが発端ではあったが、留学生の教育が生やさしいものではなかったことが垣間見られる。成城学校事件でも清国が神経を尖らせていたことがわかるように、清から官費で留学したにもかかわらず、留学生の中には日本で革命運動に引き込まれる者も多かった。振武学校の卒業生は特に初期の卒業生には、革命家として歴史に名を刻む者が多く出ている。例えば閻錫山(振、陸6歩)は日本留学中に孫文と知り合い、中国同盟会に入会しているし、李根源(振、陸6歩)、唐継尭(振、陸6砲)らも日本留学により、同盟会に参加して革命運動に邁進することになる。彼等の少し先輩に蔡鍔(成城→振、陸3騎)がいる。振武学校入学以前からすでに留学経験がある蔡は他の学生にくらべ日本語がうまく、日本における留学生組織化の中心の一人となっていたようだ。つまり振武学校の人脈は、その後の革命人脈を形作る契機となっていた面がある。このように考えると、校規を守らない行為とは、単純な校則を犯したというものに加えて、学校の内外で集まって、清国や日本政府の意にそぐわない密議を行っ

ていたこと、また一斉に学校を出て不満を行動で示したこと、等が考えられる。

実際、清国留学生の不満や要望は時に不穏な行動となって表れた。この年の11月28日に日本陸軍士官学校を卒業した清国学生に対し、振武学校の卒業生として記念に、振武学校校庭において参謀本部の清国学生監理委員会の委員長をやっていた福島安正参謀本部次長から軍刀を授与されるということがあった。これには振武学校の教頭や舎監の他、管理委員会から5名出席者があった。その中に、周監督士官学校中隊長も含まれていた。授与が無事終わり、解散となり、帰宅しようとしていた周監督に対し、以前より4カ所に集結して何事か協議しつつあった「四個区隊ノ士官学校卒業生」が迫り、馬車を校門の外に出さないようにした。周監督は学生監室において学生の総代と話し合い、他の学生は窓外に集まって騒いだ。教頭はじめ他の出席者も加わって説得を試みたものの、学生は「頑トシテ退散セズ」、福島委員長が戻って学生に訓諭するという事態になった。しかし学生は納得せず、周監督を包囲して、周やこれを護衛していた学生が頭部に負傷するという事態に陥った。この負傷で、二人は応急手当を受けた後、病院に入院となり、ようやく学生達は退散となった。この騒ぎについて振武学校の学生監であった木村宣明は「周監督ト士官学校卒業學生トノ間ニ於ケル意思ノ疏通ヲ欠」(35) いた結果であると報告する。

1908年(明治41年)8月の在学者名簿で8期生は63名確認できる。9期生25名,10期生47名,11期生39名と比べて多いのは、この退学騒動の退学者に入った者が少なかったためである。もうすぐ卒業となるため、学校の規則を破り今までの勉学を無にする可能性のあることはしなかったのではないか。あるいは卒業試験前に休暇で母国に帰国していた者が多く、騒動には加わらなかったのかもしれない。さらにいえば、8期生は63名であるが半数近くが東北地方——「満洲」出身者で、特に奉天省出身者が多く確認できる。日露戦争で日本が勝利し、東北地方が特に日本との関係を強めていく時期にあり、それを目の当たりにしていた東北出身者が特別に多かった8期生は、簡単に退学組に入ることが出来なかったのではないだろうか。

63 名は、ほとんどが日本の陸軍士官学校に入り、陸士卒業後中国に帰国して軍人となったと思われる。先の厚生省のまとめた史料によれば、陸士8期生の留学生で陸士を1911年(明治44年)5月に卒業したとなっているのは54名であり、無論、彼等は振武学校8期生と重なる。振武学校は陸軍士官学校の予備校的学校だったのだから、振武学校卒業者は基本は陸士に進学したのだが、卒業後日本陸軍に入り実習を積んで士官候補生となり、そのまま帰国して革命運動に参加し、そこで頭角を表した蔣介石のようなケースもある。8期生が陸士を卒業したのは1911年5月で辛亥革命勃発直前だったため、陸士卒業→帰国→辛亥革命という並びの順序が可能であったが、これ以降の期になると、「母国消滅」という革命状況の中で留学をきりあげるか否かが左右されることになり、必ずしも単線的に陸士に進学するということにはならない者が多く出た。

# Ⅲ 振武学校―陸軍士官学校留学生のその後の動向

#### (1) 振武学校 8 期生在籍者の満洲事変・満洲国建国

振武学校は日本陸軍士官学校の予備校であったので、大部分の卒業生は陸軍士官学校へ進学し た。陸士卒業後帰国した留学生達は、まず母国の講武堂の教官に就き、日本留学の知識を活かし た後、母国の軍隊に入って軍歴を積んでいった者が多かったようだ。表1では振武学校8期生を 中心に、彼等の留学後も含めた経歴・政治歴をまとめた。もともと留学生に選出されるのは、期 待を受けていた者であり、多くは順調に軍歴を積んでいったように見える。東北出身者は辛亥革 命時には、陸士卒業が革命勃発以前であったことがあり、少なくとも表面的には勉学期間に大き な影響を受けることはなかった。ただ、この地方のエリートとして選抜を受け、日本に留学をし て、帰国後すぐにそれが認められて出世の道を邁進したかというと、必ずしもそうではない。彼 等が留学中、東北では張作霖が力を伸ばし、張作霖の周りは馬賊・巡防隊時代からの配下の軍人 が主要な役割を果たしており、その中に留学帰国組が割って入ることはたやすいことではなかっ た。留学組は関内あるいは黒龍江省や吉林省に進出し昇進の機会をうかがった366。張作霖と彼 等の距離は、単純に近いとはいえず、かといって日本を利用して政治的力を増大していった張作 霖にとって、彼等の存在はある程度価値のあるものでもあった。張作霖は日本の力を利用したが、 日本にとって、中でも日本の陸軍にとって、日露戦争により獲得した南満洲における日本の利権 を確固たるものにする必要や、国防上の理由から満洲地方に対する影響力を強めたい思惑があり、 日本との関係が深い振武学校一陸軍士官学校留学組は利用価値があった。

そんな中で日本留学組も次第に張作霖に重用されるようになり、奉天派の軍内で一定の地位を築いていく。ところが1928年6月に張作霖が日本により暗殺され、息子の張学良の時代になると、彼等の立場はまた危ういものとなったのである。そして1930年代に入り、日本が東北地方に侵攻した1931年9月18日の満洲事変と翌年の満洲国建国という事態に直面し、これにどのように対応するかという厳しい選択を迫られることになった。彼等の選択は、日本留学経験を抜きにして考えることはできない。

振武学校8期生在籍者名簿の中で1932年3月に建国される満洲国に入っていくことが確認できた者に、王靜修、熙洽、于國翰、邢士廉、吉興、陳荊玉、張煥相、應振復、劉徳権がいる。また2期下の10期には臧式毅がいる。この8期生9名は同じ時期に留学生に選抜され、振武学校で学び、陸軍士官学校でも8期生として同期となった。ちなみに同じ8期生の東北(満洲)出身でありながら、満洲国には参加せず、満洲事変後満洲を去って国民党の側に行ったことが確認できた者には彭士彬、于珍がいる。

満洲国に入った者の中で目を引くのは、熙治と臧式毅である。二人とも満洲国建国時に総長 (後に大臣)となっている。熙治は満洲族出身で愛新覚羅一族の末裔であり、清朝時代より自ら

表1 振武学校在学学生名簿 (明治41年〈1908年〉8月調査) から抽出した東北出身者を中心とした履歴

	生没年	出身	振武期	陸士期	満洲事変前職歴/人脈	満洲事変後職歴/人脈/備考
王靜修	1879~?	奉天省	振 8	陸8歩	東北陸軍講武堂黒龍江分校教育	32 東北辺防軍駐江副司令長
上門子	1079-5 ;	承徳県	入校 06?	09.12~11.5	長, 30 黒龍江国防籌備處参謀 長	官参謀長代理,同年馬占山と 帰順し満洲国軍政部次長,34 満洲国第五軍管区司令官,41 満洲国参議府参議
彭士彬	1885~?	奉天省鉄嶺県	振 8 06?	陸 8 歩 09.12~11.5	帰国後入隊、張作霖の副官とし て奉天軍公署に勤務, 17 奉天 漁業商船保護局長, 27 北京政 府より陸軍少将/張学良系	32 済南で張学良の代表として北平,済南間を往復
<b>熙洽/愛</b> 新覚羅	1884~1950	奉天省瀋陽県/満洲正藍旗人	振 8 06?	陸 8 騎 09.12~11.5	東三省講武堂教育長,東三省保 安総司令部軍務局長,吉林東北 辺防軍副司令長官公署参謀長兼 吉林陸軍訓練総監,吉林省政府 委員(31.1/張作相首席)	事変時張不在で吉林に新政府・ 省長官となる。建国後満洲国 財政部総長(後大臣)・吉林 省長,35宮内府大臣(~45.8. 18),38 通化省長,39 安東省 長,458.18 ソ連に逮捕され シベリアへ,50.7 帰国,50.11 没
于珍	1887~1959	奉天省鉄嶺県	振 8 06?	陸 8 歩 09.12~11.5	東三省講武堂教官,奉天督軍公署参謀,18楊宇霆〈振8,陸8 砲〉組織の援湘軍に参加,25 鎮威軍第3方面軍副軍団長(軍団長張学良),29東北辺防軍司令長官公署参議/楊宇霆系	事変後抗日活動,その後北平 に関居,日中戦争後国民政府 から東北行営中将参議に任ぜ られ,中華人民共和国成立 後遼寧省第一期政協委員,常 務委員,56 民革遼寧省第一 期委員会委員,59.10 没
于國翰/   于珍の甥	1885∼?	奉天省鉄嶺県	振 8 06?	陸 8 歩 09.12~11.5	保定陸軍軍官学校第1期歩兵科 戦術教官,14奉天軍加入,北 京政府陸軍第27師司令部参謀 (師長・張作霖,孫烈臣),28.4 北京政府陸軍部次長兼参謀次長, 張作霖爆穀時随行し難を逃れ, 東北辺防軍司令長官(張学良) 部参議,吉林省政府委員,29 鴨緑江伐木公司理事長/楊宇霆系	事変後も引き続き鴨緑江伐木公司理事長
邢士康	1885~1954	奉天省瀋陽県	振 8 06?	陸 8 騎 09.12~11.5	黒竜江省軍官養成所教練官,20 北京政府中央陸軍第19混成旅 (旅長張煥相(振8,陸8歩)) 司令部参謀長,25張学良と南 下,蘇魯皖剿匪総司令(姜登選 (振,陸5工))部第2路軍司令 官等,同年楊宇霆と帰北,26 東北陸軍第20師長,張作霖から代表で山西派遣、楊宇霆と共に平和運動で大元帥府侍校武と、 張作霖死去後奉天派の代表と協 交渉,遼寧省政府委員/張学良 直系?	事変後、吉敦鉄路守備隊司令官、吉長地区警備司令官兼歩兵第4 旅長、34 満洲国軍政 部中央陸軍訓練處處長、42.9 治安部大臣、43.4 国務院軍事 部大臣、45.8 逮捕されソ連へ、50.7 中国帰国、54.3 戦犯管理 所で没
吉興/ 愛新覚羅	1879~1969	奉天省瀋陽 県/奉天正 白旗人/熙 台が 高 会 の 親 成 式 毅 の 義 、 え の 、 え 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、	振8 07.12 04皇族 官費で日 本に来て 学ぶ	陸 8 砲 09.12~11.5	清北洋陸軍第20鎮司令部少尉 見習い、18奉天総司令(張作 霖)部参謀處處長,23吉林延 吉鎮守使兼東北陸軍第13混成 旅旅長,	事変後 <b>熙洽</b> を助け吉林独立に 参画, 延吉警備司令部司令官 兼延吉警備前令部司令官, 34 満洲国第 2 軍管区司令部 司令官, 41.3 満洲国皇帝尚書府 大臣, 44 満洲国皇帝尚書府 大臣, 45.8.17 長春に帰り, 長春治安維持会を組織し国民 政府軍の接収に備えるが, 8.31 ソ連軍に逮捕されソ連へ, 50.7 帰国
陳荊玉	1881∼?	奉天省	振 8 06?	陸 8 砲 09.6~11.5	広東省長公署軍事参議,保定陸 軍軍官学校教官,北京参戦軍訓 練所参謀,東三省講武堂教官, 東支鉄道護路軍参謀處長	満洲国成立後も留任

張煥相	1882~1962	奉天省撫順 県/奉天鑲 黄旗人	振 8 06?	陸 8 歩 09.6~11.5	奉天都督府参謀,22東支鉄道 護路軍司令,26東省特別区行 政長官,27北京政府より陸軍 中将,28東北辺防軍司令長官 公署参議,東北陸軍航空軍総司 令代理/張作霖,楊宇霆系?, 小平組(野心家)	事変後北平に閑居,33.5 南京 国民政府軍事委員会北平分会 (委員長何應欽〈振,陸11 歩〉),35 張景恵の推挙で長 春へ,37.1 満洲国国務院嘱託,協和会参与,協和会指導部長,37.5 司法部大臣,42.9 参議府 参議,44.10 満洲国国務院民 事法典宙議委与等。中華人民共和国成立後は瀋陽に潜伏,長春、中華人民大 51.4 逮捕,戦犯管理所へ。 62 没
應振復	1884~?	奉天省遼陽県	振 8 06?	陸 8 歩 09.12~11.5	辛亥革命後保定陸軍士官学校教官,東三省講武堂教官,陸軍第8 師参謀長,28 安国軍(奉軍)第4 方面軍(軍団長楊字霆〈振8、陸8 砲〉)第17 軍第19 師師長,陸軍 27 師長,31 東省特別区地畝局長/楊字霆系	32 満洲国陸軍軍政部訓練處長,中央陸軍訓練所歩兵部長, 34 治安部憲兵司令部司令官, 39 第 5 管区司令部司令官, 41 第 4 管区司令官, 42 軍政 部代理大臣(大臣 <b>邢士廉</b> 〈振 8・陸 8 步〉),終戦前に免職
楊宇霆	1885~1929	奉天省法庫 県	振 8 06?	陸 8 砲 09.12~11.5	張作霖の信用を得、重用される。 16奉天督軍公署参謀長、18 張 作霖が援湘軍を組織・総司令と なると楊は参謀長、22 東三省 保安総司令(張作霖)部総参謀 長、25 郭松齢事件後も張の信 頼厚く、26 安国軍総参謀長, 27 張作霖を大元帥に推戴し、 その参謀長となる。 28.6 張作 霖爆殺後、張学良と対立。29.1 学良により常蔭槐と銃殺される。	
劉徳権	1887~?	奉天満洲正 白旗人	振 8 06?	陸 8 騎 09.12~11.5	東三省陸軍講武堂教練官,北洋 陸軍第3司令部参謀,11東三 省講武堂兵科教官,13黒龍江 都督府参謀長,20黒龍江督軍 (孫烈臣→呉俊陞)公署参謀長, 28奉天黒龍江司令部参議,斉 斉哈爾副司令長官部公署参議	事変後満洲に留まり、32.8 満 洲国黒龍江省公署民政庁庁長、 39.10 新京商工公会参事、満 洲特産専管公社副理事長、 45.4 満洲国国務院官房秘書官、 中華人民共和国成立後に著作 あり。
孔繁霨	1885~1969	山東省滕県	振 8 06?	陸 8 歩 09.12~11.5	留日中東京で同盟会に加入, 11.10.31 山西都督(閻錫山〈振、陸6歩〉)府参謀部(部長貴国 樑〈振・陸6歩)副部長, 12 山西都督(閻)府参謀長, 28 国民政府軍事委員会委員, 31 国民政府軍事参議院参議/閻錫 山系	32 国民政府太原綏靖主任公署参贊、36 陸軍中将、退役後山東へ、日中戦争勃発後、第2 戦区司令長官部政務委員会委員、41 山東省臨時参議会が成立すると、議長に推立的府顧問、46 山東省政府解析宣共。48 冬人民解析 東が北平に入ると傅作義工作に係わり、中華人民共和国成立後済南市人民代表会議代表、山東省人民代委員、56 山東省人民任委員、56 山東省大陸の委員、58.2 右派分子とされ投獄、山西に送られ、69 没
王琦昌	1881~1965	四川省	振 8 06?	陸 8 歩 09.6~11.5	日本留学中同盟会加入,帰国後 入隊, 11.12 四川軍政府都督 (尹昌衡〈四川,振05.10,陸6 歩〉)府参謀長,12 四川都督署 駐北京政府参議,26 広州黄埔 中央軍事政治学校教官,教育處 副処長,28 南京中央陸軍軍官 学校教授部主任,29 国民党軍 事委員会参謀本部総務庁庁長	32.5 南京国民政府参軍處参軍, 36 国民政府より陸軍中将, 日中戦争勃発後重慶に移り, 42 成都に帰る, 43 免職, 45.10 叙勲,46.5 叙勲,中華人 民共和国成立後成都市政協常 務委員,川北人民行政公署監 察委員会委員,四川省人民政 府監察委員会委員
宋式驫	1887~1957	湖南省長沙府	振 8 06?	陸 8 砲 09.6~11.5	帰国後入隊,11.11 岳州鎮守使 府民軍司令官,岳州鎮守使署参 謀長,南京臨時政府留守處軍務	31.11 上海兵工廠廠長, 34 軍事委員会訓練総監部訓練部部長, 日中戦争勃発後国民政府

張修敬	1887~1953	江蘇省	野戦砲兵学校,射陸学校,振8(08初?)	陸 8 砲 09.6~11.5?	處軍事局局長,14 辞職,独留学(ベルリン大化学Ph.D.),27 武漢政府軍事委員会参謀處第3局局長,29 国民政府兵工署副署長(31.10 免職)/蔣介石系 帰国後12.12 保定陸軍軍官学校教官,その後北京政府陸軍軍部会報官,その後北京政府陸軍部海軍(源長,23.12 建国惠隆(振・陸9歩)第1 旅代理所長,24 建国湘軍攻鄂軍総司令(程基別港)第2 (被6 6 億) 同令部代理参謀長,28.3 南京中央陸軍軍軍等6 軍(軍長程潜)司令部代理参謀長、28.3 南京中央陸軍軍官等核(教育長方鼎英(振9,18 億))副教育長、28.11 南京町(総長院)和教育長、28.11 南京町(総兵監)	資源委員会専門委員,その後 西南地区に移り中等専科学校 で教える。終戦後は上海で中 学教師、中華人民共和国成立 後年市人民政府委員会参事室 参事,57没 36 国民政府より陸軍中将, 日中戦争勃発後軍事委員会訓 練総監部砲兵監,44 国民政 府軍政部参事,46.7 退役,中 華人民共和国成立後は故郷に 定住,53 没
					應軟、振,陸11 步/) 他共監, 29 南京中央陸軍軍官学校軍事 指導委員/何應欽系	
方鼎英	1888~1976	湖南省	弘文学院 振 9 (08.3)	陸 8 砲	振武留学中同盟会加入、陸士在 学中09年に宋教仁、蔡鍔《振・ 陸3騎》らが組織する同盟会求 知社に加入、10.12 帰国、辛妄 革命では30名余りの日本陸軍 市のと戦闘参加、12 保定軍官 学校砲兵科教官、17~21 湖南、 陸6砲》)第1 師(師長謀長、 陸6砲》)第1 師(師長謀長、 佐校長蔣介石〈振11〉)代事 長,28 南京国長政府軍事司令 長,28 南京国長政府軍事司令 長,28 南京国長政府軍事司令 長,28 南京国長政府軍事司令 長,28 南京国軍江北剿匪軍	事変後抗日会組織,『怒潮』 等を刊行し抗日救国を宣伝, 日中戦争勃発後第9 戦臣導会 長官部戦地党政工作指序が再 長南主任,38 国民政任命。 義憲院参議に任命。 義と 戦後帰,49.8 長別沙で制 起義に参与,中国人民解放軍 第4 野戦軍司。中華人民共 長,湖南省人民政府司法 長,湖南省人民政府司法 后,湖南省人民政府司法 后,湖南省本政府司法 后,湖南省本政府司法 后,湖南省本政府司法 后,湖南省本政府司法 后,湖南省本政府司法 后,湖南省本政府司法 后,
臧式毅	1885~1956	奉天省瀋陽 県/吉興の 義弟	07初に 日本へ, 振10 07?	陸 9 騎 10.12~11.11	帰国後保定陸軍軍官学校教官, 第二次奉直戦争で奉軍勝利・関 内に進むと楊宇霆〈振 8, 陸 8 砲〉に伴い南京へ、江蘇軍務善 後督辦(楊宇霆)公署参謀長, 26奉天振威上将軍 (張作霖) 公署参議, 27奉天留守司令部 司令, 28 東三省保安司令 (張 学良) 部参議, 29 楊常事件後 奉天兵工総廠督辦, 30 南京国 民政府より遼寧省政府委員・首 席/楊宇霆系	事変時関東軍に軟禁・説得され 31.12 奉天省政府省長, 32.2 東北行政委員会 (委員長・ 張景恵), 32.3 満洲国民政部総長,奉天省長,34 民政部 大臣,35 参議府議長,45 終 戦後維持会を組織,45.8.30 逮捕,シベリア送還,50.7 帰 還,撫順戦犯管理所へ,56 没
伍毓瑞	1884~?	江西省南昌	振 10 07?	陸9歩 10.12~11.11	辛亥革命時革命軍に参加, 13 二次革命にも参加, 15.12 靖国 聯軍第2軍(総司合李烈欽〈江 西・振・陸6砲〉第2 梯団司令 部参謀長・第3 師師長, 21 義 軍総司令(李烈欽)部参謀長・ 第2軍軍長, 29 南昌市長(3カ 月で免職・閑居)/李烈欽系	35 江西省臨時参議会参議員, 日中戦争勃発後は第3戦区の 移動に従う,42 国民参政会 第3期参政員,454 免職, 45.10 叙勲,46.5 叙勲,47.2 国民政府より陸軍中将・退役, 中華人民共和国成立後に著書 あり。
楊傑(楊錦昌)	1889~1949	雲南省大理 白族	08.12 保 定陸軍促 成学堂卒 振 11 (0 8.12~ 在 学中同盟 会加入)	陸 10 砲 (1913.6~10) 1925? 陸大卒 15 期 (中国 3 期)	辛亥革命時上海光復活動に参加, 北伐聯合軍総務部次長, 13.10 北京政府より陸軍少将, 15 雲 南に帰り <b>黄毓成</b> (雲南, 振, 陸 6騎)と <b>奏</b> 鍔指導の第三革命に 参加, 17.8 靖国軍総司令(唐継 <b>堯</b> 〈雲南, 振, 陸 6) 部第 4 軍	31.12 国民党第四回中央執行 委員,32 北平陸軍大学校長、 南京陸軍大学校長(〜34), 35.1 蔣介石が校長となり同校 教育長),35.11 国民党第5回 中央執行委員,37 日中戦争 勃発後軍事委員会参謀本部参

			辛亥革命 参加後 1 2.12再入		総参謀長、26.5 国民革命軍第6軍(軍長程潜)總参議、27 南京国民政府成立後国民政府軍事委員、28 軍事委員会常務委員会弁公庁主任、28末憲兵隊学校長、29 陸海空軍総司令(蔣介石)行営総参謀長/蔣介石系	謀次長、38.9駐ソ特命全権大使、45.5 国民党第六回中央執行委員、47.5 国民政府戦略顧問委員会委員(主任何應欽)、48.1 中国国民革命委員会中央執行委員、49夏中国人民政治協商会議第一次全体会議特選代表として出席を呼びかけられるも、49.9 香港にて殺害される
黄秉衡	1886∼?	福建省? 浙江省?	10 春に 日本留学 振 11 12.12?	陸 10 歩 (14.2~15.5), 米国航空学校 卒	広東航空学校長, 国民革命軍総司令部航空處長, 国民政府軍政部航空署副署長, 31 広東独立後国民政府軍政部航空處長/蔣介石系	33.2 南京国民政府軍参軍處参 軍,日中戦争勃発後,国民政府参軍,43 免職
王柏齢	1889~1942	江蘇省揚州	保定陸軍 電 ( ( ( ( ( ( ( ( ( ( ( ( ( ( ( ( ( (	陸10騎?砲? 14.2~15.5	11 辛亥革命で蔣介石らと帰国、 13 二次革命時も帰国し、失敗 後渡日、16 中華革命軍東北軍 司令部参謀、23 広東大元帥府 高級参謀、24 黄埔陸軍軍官学 校筹備委会委員(委員長蔣介石 〈振11〉)、同校訓練部長、26 北 伐軍第1軍(軍長蔣介石、後代 理何應欽〈振、陸11歩〉)副軍 長、28 江蘇省政府委員・建設 庁長、29 国民党中央執行委員 会委員/蔣介石系	31.10~33.1 南京国民政府立 法院立法委員, 35 国民党第5 期中央執行委員, 日中戦争勃 発後江蘇省政府委員 (37.11 免職), 42 成都で没
馬蛲軍	1882~1959	広西省容県	08.12 保 定陸軍促 成学堂卒 振 11 (08.12~ 石間 会加 入) 12.12 再 入	陸 10 歩 14.2~15.5	11 辛亥革命で南京に帰国し、 南京留守軍政府参謀・学生軍隊 長、二次革命失敗後日本陸士に 人学、15 帰国後北京政府陸軍 第 10 師歩兵・20 について南下、 護国軍都督(纂)について南下、 護国軍都督(纂)公署参謀、模 位営長、22 広西第7 警備司令 間令官、26 国民革命軍総司 令加、28 南京国民政府 部高級政府 部高級政府 部島 設委員会委員、軍政部(部長馮 長、22 広西第 7 警備軍総司 (新介石)部高級政府 部長 設委員会委員、軍政部(部長馮 長、25 個系長 第介石)部高級政府 部長馮 長、27 個務委員 会が加、28 南京国民政府 部長馮 長、29 個務委員 会委員兼務/蔣介石系	32 国民政府軍事委員会点検委員長,日中戦争勃発後桂林に寓居,公益事業(道路,学校等)に従事,40 国民政府立法院立法委員,45.12 叙勲,47 立法院委員再選,49.1 叙勲,49 春台湾へ,立法院委員は続ける,59 没
蔣介石 (蔣志清)	1887~1975	浙江省奉化県	05.4 清華 学校で日 本語,07 保定陸軍 促成学堂 振 11 (08~10 同盟会加 入)	新潟県高田の 陸軍第 13 師 団野戦砲兵隊 で1 年過ごす	11 辛亥革命時には張羣(〈振 11, 陸 10 騎〉)らと帰国、参加、再来日、第二革命にも参加、失敗後孫文の中華革命党に入党、24 黄埔陸軍軍官学校創設・校長、26 国民党第二次中央執行委員、第1 軍長、国民革命軍総司令・国民党中央執行委員会常務委員、中央執行委員会組織部長、中央政治会議主席、国民政府主席、陸海軍総司令、30 行政院長	31.12 国民政府主席・三軍総司令・行政院長辞任、32 行政院長再任、軍事委員会委員長、参謀本部長、37 日中戦争勃発後最高国防会議主席、第二次国共合作へ、終戦後国共内戦、48.3 国民政府総統、49.10 中華人民共和国成立、49.12.8 国民政府の台湾移転発表、同月10日台湾へ、50総統復職・革命実践研究院院長、72 息子の蔣経国を行政院院長に任命、75 没

- (出所) 「在学生名簿・明治四十一年八月十七日調」,振武学校,黄自進主編『蔣中正先生留日學習實錄』,財団法人中正文教基金會,2001年,厚生省引揚援護局復員課編『陸軍士官学校中華民国留学生名簿』,防衛省防衛研修所戦史室複製,李素娟編集責任『中国留学日本陸軍士官学校将師録』,广州出版社,2013年,外務省情報部編集『改訂現代支那人名鑑』,財團法人東亞同文會調查編纂部部,外務省情報部『満洲國政府要人調』,外務省情報部,1933年,外務省情報部現代中華民国・満洲帝國人名鑑,財團法人東亞同文會業務部,1937年,山田辰雄・家近亮子他近代中国人名事典修訂版編集員会編『近代中国人名事典修訂版』震山会・図書刊行会,2018年,浜口裕子『日本統治と東アジア社会 植民地期朝鮮と満洲の比較研究 』,勁草書房,1996年,等より作成。
- (注) 表中,振武学校卒業生は太字になっている。

が特別な存在であることを意識していたはずである。辛亥革命後は清朝の復辟を自身の政治的目標とし、この実現を常に考えていた。満洲事変勃発時、熙治は吉林省政府委員の一人であり、東北辺防軍副司令長官公署参謀長でもあった。父の喪のため故郷の錦州に帰っていて不在であった省首席の張作相に代わり、熙治が手勢を連れて率先して吉林独立の動きをして日本軍に協力した。吉林省はこの熙治を中心として、東北四省中最も早く国民政府からの独立を宣言したのである。

熙洽のこの満洲事変時の動きは、「日本留学」という要素を抜きにして考えることはできない。この時日本側の師団長として吉林に向かったのは、熙洽が陸士に在籍中陸士の教官をしていた多門二郎である。熙洽は多門と連絡をとりつつ不抵抗政策を堅持して中国側の軍隊を退却させ、9月21日に吉林に日本軍を迎え入れた(37)。日本軍が吉林に到着すると、熙洽は多門師団長と会見した。多門は新たに省政府を組織し、吉林省の国民政府からの独立を宣言せよと迫ったのである。熙治はこの段階ではそこまで考えていなかったと思われ、即答は避けるが、結果としては多門の提案を受け入れるに至る。9月26日吉林省政府は組織改編を行い、熙洽はその長官におさまった。さらに9月28日には国民政府からの独立を宣言した(38)。多門にしてみれば陸士時代の人脈を使って、熙洽の説得を試み、「成果」をあげたともいえる。無論、熙洽の動きは多門との関係のみから説明できるものではない。前述のように熙洽自身が清朝の復辟を願う満洲族のそれも清王族の末裔であったことや、それまで東北地方で権力をもっていた張作霖とその後継の張学良との関係、また張親子を中心とした東北内の勢力構図、張作霖の下で勢力を伸ばしていた「奉天派」に対抗する「吉林モンロー主義」からくる反発、など多岐に亘る要素が背景にあった(39)。

吉林省の政府委員は必ずしも熙洽の行動に賛同したわけではなく、少数を除いて日本軍を吉林に迎え入れることに反対し、ついには反熙洽の吉林省政府を打ち立てる動きをする者まで出た(40)。だがこれらの反対を押し切って熙洽は吉林独立から満洲国建国に協力する動きに突き進み、建国後はこれらの動きが認められ、財政部総長(1934年より大臣)となる。一説では、建国時に国務総理を誰にしようかという際、熙洽と臧式毅と、溥儀に伴って満洲に来た鄭孝胥が候補となり、3名と関東軍が話し合って鄭孝胥になった。熙洽はこの時、自身がやる気満々であったという。彼は満洲事変の動きを清朝の復辟への一段階ととらえていた。関東軍側はそうした熙洽の強烈な復辟の野心をむしろ警戒し、総理からははずした。関東軍としては満洲国が「復辟」であるなどとは微塵も考えておらず、成立過程よりこれを混同させることを意識して避けた。たとえば満洲国において当初「大臣」とせず、これに相当する役職を「総長」とするなど満洲国首脳の呼称も「復辟的傾向ヲ避クル」(41)としている。清朝の復辟とは全く異なるものであることを熙洽は関東軍参謀の板垣征四郎から「満洲国は復辟ではない」とはっきり言われ、失望を隠さない。

このような熙洽の満洲事変時の動きに同調したのは、やはり愛新覚羅一族で熙洽の親戚の吉興である。彼等は振武学校8期の同級生として共に留学生活を送った。吉興は事変時吉林省延辺にいたが、熙洽と連絡をとり、吉林独立の動きに協力をする。吉興はもうひとりの注目人物である

臧式毅とも姻戚関係にあった。

臧式毅は日本に来たのは8期生よりも早かったようだが、振武学校ではない他の学校で過ごし振武学校に入ったのは少し遅れ、10期生となった。陸軍士官学校でも1期下の9期生となった。満洲事変時は遼寧省政府委員で首席であった。関東軍はもともと臧を親日的人材とみなしており、臧が遼寧省政府主席として特に協力が不可欠の人材だと考えたのか、事変時臧を軟禁し、日本に協力するよう要請している。臧としては中国人としての自負もあり、簡単に容認できる動きではなかったようだが、数日間拘束され、結局、日本側に抗することはできなかった。こうした経緯で満洲国の大臣職を得た臧は熙治と比べ、関東軍に対し冷めた対応をとるが、張作霖爆殺事件の際にも冷静な対応をとって混乱を避けた手腕が評価されていて、満洲における中国人からの信頼は厚く、鄭孝胥の次の国務総理に推す声が大きかった。

#### (2) 楊宇霆銃殺事件と東北政界

振武学校8期生の在籍者名簿の中で、特に注目されるのは、楊宇霆(名簿では楊玉亭)の存在である。楊は同じ時期に留学した東北出身者の中でも優秀で、帰国後張作霖に重用され、張の参謀として活躍する。すでに指摘したように張作霖の側近は馬賊・巡防隊時代からの配下の軍人で固められており、留学から帰国した際に日本留学組が入る余地はあまり多くはなかった。しかし楊宇霆は傍目には張作霖の側近として重用されていたように見える。楊宇霆は一派をなすほどの力の認められた軍人である。張作霖は有能なライバルをむしろ自陣に抱え、利用していたのかもしれない。満洲事変前の東北政界は、張作霖を頂点に、旧派といわれる大物政治家や、文治派とされる穏健派、世代が若い新派、日本留学組、等が入り乱れ、決して一枚岩ではなかったのである。

1928年6月に張作霖が爆殺された後、その息子の張学良は同年12月に東北4省に青天白日旗を掲げ東北は国民政府の配下に入った。楊はこの時青天白日旗を掲げず、張学良と対立するが、張学良によって1929年1月に銃殺される。この事件は当時の東北政界を震撼させる出来事であった。楊宇霆はその経歴もあり、日本と張作霖との交渉を担い、日本側は楊とその周りの人脈を中心に対満工作を行っていた。楊を自邸に呼びその場で銃殺した張学良はその直後にわざわざ日本領事館を訪問し「楊宇霆、常蔭槐の射殺は、親日であったゆえではない」と告げたという(42)。だがそれは張学良の抗日宣言であったともされ、実際、これ以降張学良は東北において露骨な排日政策をとっていった。

楊宇霆の銃殺事件の要因の一つが日本との関係にあったことは確かである。だが、そればかりではない。その経緯からうかがうことができるように、国民政府との関係もまた大きな要因の一つであった。事件後、張学良等は蔣介石国民政府主席等に向けて事件の必要性を説いた声明を発表している。それによれば、張作霖等が南北妥協の策をとったのにもかかわらず、楊宇霆等はこれを「観望阻碍」していたという<sup>(43)</sup>。張学良側からすると、楊等の銃殺決行はすでに易幟を断

行した後で、国民政府に対して声明という形で申し開きをするためには、東北と国民政府との関係を楊宇霆が阻碍していたように言わざるをえなかったのかもしれない。日本側の調査では、国民政府行政院参事高震龍の話として次のように分析している。これによると奉天派と南方との妥協を進めたのはむしろ楊で、彼は日本の反対にもかかわらず、国民政府要人と折衝して要人の中に楊を支持する者が多くできた。そこに易幟成立となった結果、楊の勢力はますます増大することになった。楊が南方派の支持を受けて東三省の実権を掌握することを、張学良等が恐れたことから、楊排除に至ったとする(44)。留学という観点からみると、日本の振武学校や陸士留学組には辛亥革命後、国民政府内でも活躍している者が多くいたのであるから、そのような人材の中で学んだ経験を持つ楊宇霆の方が、国民政府要人との関係を作りやすかったように思う。楊はここでもその経歴を利用して南方との間をとりもつために活躍していたとみる方が自然である。それはまた留学経験をもたない張学良や旧派の軍人達にとっては大いなる脅威となったであろう。先の張学良等の声明や「事情通」の高震龍からの情報によれば、楊宇霆は日本に対して、懸案によっては反日的態度をみせていたものの、日本側と密かに通じ、張学良一派や張作相等のいわゆる「旧派」の軍人達にとってこのままでは「不利」になるという意識が高まり、「機先ヲ制」したのだという(46)。

いずれにせよ、着々と政治的実績をあげている楊宇霆に対し、旧派を中心とした旧来の有力者と張学良派が脅威を感じていたことが浮かび上がる。先の声明ではまた、鉄道問題や兵工厰に関わって私腹を肥やし、その金額流用の額は「大洋二億余元二達ス」(46) ともしている。これらの証言から見えてくるものは、有能さゆえに東北政界で着々と勢力を拡大させていた楊宇霆に対し、旧派を中心とした政治家達が嫉妬や不満を抱いていて、張学良としてはこのままだと「自滅」となるとの恐れから、「楊の陰謀」を理由に、旧派の不満を背景とした「クーデター」(47) を起こした、という構図である。実際、先の声明には、張学良を筆頭に、張作相、萬福麟、張景恵、湯玉麟、袁金凱、といった旧派の大物政治家の名前が列挙され、出されている。これらの経緯の中で渦巻く楊宇霆に対する嫉妬や不満を見ると、日本留学という経験はそうした「嫉妬」を産む元凶となり、また助長したように思える。特に若く留学歴をもたない張学良にとっては一種の「絶対的な劣等感」を抱くことにもなり、楊はじめ留学組に対して複雑な感情を持ったであろうと推測できる。

張作霖亡き後の派閥争いの中でこのような張学良の過度とも思われる激しい対応は、満洲事変や満洲国建国という歴史的な流れの中で、東北の政界分裂を促進させる要因となった。それは満洲事変後の対応に顕著に表れた。8 期生の中で張学良系と目されていたのは、彭士彬であるが、満洲事変後張学良と同様に関内へ去り、済南に留まり張学良を代表して北平一済南間を往復する。もう一人抗日に走ったのが于珍である。于珍は張学良軍団長の下で副団長をしていたこともあったが、楊宇霆との関係も深く、満洲事変前は楊宇霆系と見られていた。彼は満洲事変直後から抗日活動をしており、于珍の家が抗日運動家の避難場所になったという。しかし楊宇霆系とみられ

ていた于の立場は微妙で、彭ほど明確に張学良に傾倒することもできず、于珍は満洲を出て北平に関居する<sup>(48)</sup>。

于珍の甥の于國翰も楊宇霆系と見られていた。事変後も東北の職に留まる。もうひとり楊宇霆系と見られていた應振復は満洲国で陸軍軍政部訓練處長や治安部憲兵司令部司令官,軍政部代理大臣となり,抗日運動を取り締まる側にまわる。應が代理大臣だった時の軍政部大臣はやはり8期生であった邢士廉である。楊宇霆と共に奉天派の代表として国民革命軍との交渉にあたる等,楊との関係は深いものがあった。事変前の日本の調査による派閥分けでは張学良直系とされているものの,事変直前に遼寧省政府委員までやっていた邢は,事変時満洲に留まり,満洲国の軍政部大臣にまでなっていく。

8期生の中で特にその対応が興味深いのは張煥相である。張煥相は奉天省撫順県の旗人の称号も有する名家の出身で<sup>(49)</sup>,派閥は楊宇霆系とみなされていた。満洲事変や満洲国建国に関しては否定的で,反日的な動きをする。事変後しばらく北平に閑居し,1933年5月には南京国民政府軍事委員会北平分会に所属した。この委員会の委員長は振武学校と陸士の後輩である何應欽(振,陸11歩)だった。

1934 年に帝制に移行した満洲国では 35 年 5 月に大幅な人事異動が行われた。この時鄭孝胥の次の国務総理になったのは張景恵である。張煥相は張景恵と比べて優るとも劣らぬ政治歴を持っており、この地方の土着の有力者で日本の陸士留学経験もある。日本側はなんとか張煥相を満洲国に引き入れたいと考えたようだ。だが張煥相が事変後国民政府の側に行ったことは関東軍も把握していた。張煥相の立場も微妙で、故郷を日本に蹂躙されるのは許せなかったが、楊宇霆系とみなされている立場でいたずらに張学良に追随することもできず、北平で国民政府に身を寄せる。しかし結局、張景恵の推挙で 1935 年に長春に戻り、満洲国でポストを得る。張煥相の変節は留日組で楊宇霆系と見られていた東北の有力者の悲哀が垣間見られる。日本は張煥相と談判をする際に阿片も利用していたという(50)。建国に邁進する日本人の中には、反日的と見られている者こそを満洲国に組み込み満洲の人々を安心させる、と考える者があった。1937 年当時総務庁長官として満洲国の人事改革にあたった星野直樹は「満洲の人々を安心させるためには、かえって反日的とみられるような人たちと会ってその意見を聞くことが必要」(51) として張煥相を総務庁の顧問に据え、張は協和会指導部長を経て満洲国の司法部大臣になるのである。

楊宇霆との関係でいえば、前述の臧式毅も一時期楊宇霆の側近と見られていた。臧式毅は楊暗殺の際には、張学良により拘禁されたとのうわさが出た。この事件の後、臧は奉天兵工廠督辦に栄転したのだが、日本留学経験をもち楊派と見られていた臧の立場は難しいものとなった。

以上から、1908年8月の時点の名簿から判明したことをまとめる。第一に、振武学校8期生の在学期間である。8期生63名の中には奉天省出身者が圧倒的に多く、大部分は日露戦争後の東北地方で日本陸軍の影響力が強まった時期に留学生に選抜され官費で来日したと思われる。彼等は1906年前半に振武学校に入校、1909年12月に陸士入学、1911年5月に卒業という経緯を、

大体共に過ごした。第二は、1931年9月の満洲事変・満洲国建国までの経歴である。この時期の経歴を仔細に追える者が多いわけではないが、多くは帰国直後は母国の講武学堂等の教員になり、機会を見て軍人として経歴を積んだ。経歴を見ると振武学校の先輩・後輩関係が経歴に影響したのではないかと思われる者がある。また日本陸軍は事変前から振武学校一陸軍士官学校への留日組を調査し、彼等を使って対満工作を行った。第三に、満洲事変・満洲国建国に対する対応である。日本留学組は、判明した中では満洲独立、満洲国建国に協力した者の方が圧倒的に多い。まず、満洲族出身者が3名確認できるが、彼等は全員、満洲独立、満洲国建国に協力した。さらに同期生で留学生活を共にした楊宇霆暗殺事件が、満洲事変時の対応に大きく影響したと思われる。楊宇霆系と目された者は、張学良による楊銃殺事件後、張学良との齟齬が増大する。結果として、行き場を失うか、満洲国に入らざるを得なくなる。第四に、8期生の中では数は少ないが張学良系とされた者の対応である。張学良系とされ楊宇霆との関係も浅い彭士彬は張学良に追随して東北を去った。これらのことが確認された。

#### (3) 東北出身者以外の振武学校生

ここで先の名簿にある振武学校8期生の東北出身以外の者で、その後の動向が判明した者に簡単に触れる。振武学校の8期生の多くは陸士卒業が1911年5月となっており、中国帰国後すぐに辛亥革命が勃発し、政治の激変に身を投ずることになる。この時革命軍の側で活動し、その後国民革命軍で一定の地位を得ていくことがわかる者に、孔繁霨、張子貞、王琦昌、宋式驫、張修敬等がいる。このうち、孔繁霨と張子貞、王琦昌は日本留学中に同盟会に加入したとされ、おそらく来日直後の振武学校時代に同盟会に入ったのだろうと思われる。振武学校の8期から11期の在学生名簿の中で、8期以外にも、たとえば9期の方鼎英が振武学校留学中に同盟会に加入したことがわかっている。方鼎英は陸士では8期になるが、その在学中に振武学校の先輩で陸士の先輩でもあった蔡鍔(成城→振武学校、陸3騎)と宋教仁らが組織する同盟会求知社に加入したという。辛亥革命では30名余りの日本陸士同窓と戦闘に参加したとされ、振武学校一陸軍士官学校への留学経験とここで得た人脈が革命軍側に身を投ずる契機となった者が一定数いることを物語っている。

孔繁霨(振・陸 8 歩)は辛亥革命後も振武学校と陸士の先輩にあたる閻錫山(振・陸 6 歩)や 黄国樑(振・陸 6 歩)らの下で軍人歴を積んでおり、日本の調査では閻錫山系と目されていた。 王琦昌(振・陸 8 歩)はやはり振武学校・陸軍士官学校の先輩で同じ四川省出身である尹昌衡 (振・陸 6 歩)の下で軍人歴をスタートさせ、四川省を中心に活動することになる。宋式驫(振・陸 8 砲)は振武学校の後輩である蔣介石(蔣志清 振 11 期,陸士には行かず)系とされるが、 日本留学に加えて、ドイツにも留学し化学で Ph.D. をとったという経歴の持ち主で、その知識で 認められていったのではないか。一方で張修敬の経歴には振武学校・陸軍士官学校の同窓が多く 登場する。振武・陸士では 1 期後輩の宋鶴賡(振・陸 9 歩)、先輩の程潜(振・陸 6 砲)、後輩の 何應欽(振,陸11歩)等である。振武学校では1期下で陸士で8期砲兵科同期となる先の方鼎英も一時期職場を同じにしたことがわかる。何應欽系とされている。何應欽は陸士11期歩兵科で1916年5月に卒業したことが確認できるが、振武学校の1908年8月の名簿で、振武学校11期生には見当たらないことから、おそらく12期生で、蔣介石より1期下であったと思われる。

8期生の後輩の卒業生は、辛亥革命勃発時に日本にいた者と帰国していた者の双方が見られる。振武学校の10期生はおおよそ陸軍士官学校の9期生になるが、1907年1月から3月の間に振武学校に入校することになり、1910年12月に陸軍士官学校に入学し、1911年11月に「退学」「522 となっているので、辛亥革命勃発によりほとんどの学生が母国に帰国し、「卒業」とはならなかったと思われる。振武学校11期生は日本留学中に辛亥革命が起こり帰国してこれに参加し、その後日本に再度留学するという経緯をたどる者が多く見受けられる。記録でも陸軍士官学校の10期生 — 即ち9期の次の期は、陸士入学が1914年2月で卒業が1915年5月となっている。つまり陸士9期の入学から陸士10期の入学まで、4年間のブランクがある。辛亥革命の時期は多くの留学生が留学どころではなくなり、帰国してこれに対応し、情勢が落ち着いた後に再度陸士に留学したことが読み取れる。

振武学校 11 期生には蔣介石が在籍していたが、この同期生では黄秉衡(振 11, 陸 10 歩)、王柏齢(振 11, 陸 10 騎)、馬曉軍(振 11, 陸 10 歩)、楊傑(楊錦昌、振 11, 陸士卒業は?<sup>(53)</sup>)らが確認でき、退学者の名簿の方で張羣(振 11, 陸 10 騎)も確認できる。このうち、蔣介石や張羣、王柏齢、楊傑等は日本留学前に保定に清朝が作った「通告陸軍促成学堂」から一緒で共に日本留学を推す留学生試験を受けた同期であることがわかっている。彼等は 1908 年 3 月に保定から日本に渡り、振武学校 11 期生となり、蔣介石の「生涯の親友」<sup>(54)</sup> として、蔣介石と政治的命運を共にすることになった。蔣介石は日本に着いて間もなく中国同盟会に加入し、政治的道を歩むことになる。彼等は清末から辛亥革命、満洲事変に至る激動の歴史において、共に留学し、革命に参加し、戦闘をくぐり、強い絆で結ばれたであろうと思われる。日本の 1930 年前後の調査では、政治的に全員蔣介石系とされている。

以上から、第一に東北以外からの振武学校留学生の中で国民政府側にいく者が何人か確認できた。第二に振武学校に留学してそこで同盟会に参加した者が複数名確認できる。これは振武学校の先輩が勧誘したと考えられる。母国を離れ日本留学一振武学校入学という道は、清朝に対する革命運動の人材形成の温床となっていたともいえる。第三に彼等の大部分は日本の陸士に進学したが、帰国後の軍歴においても振武学校や陸士の人脈がある程度影響したと思われる者が多い。そのうち特に有名な例は蔣介石をめぐる人脈である。振武学校11期生には同期の蔣介石系の軍人となる者が複数確認できる。この蔣介石人脈の中核を担う者達は、振武学校に留学以前の保定の通告陸軍促成学堂時代から共に日本留学に推薦された仲間であり、蔣介石自身は日本の陸軍士官学校には進学しなかったものの、蔣介石にとって保定一振武学校留学で形成された人脈は、政治的な派閥の中心をなすものとなり、一生を通じて大切なものとなったことがわかる。

#### 結 語

明治日本が日清戦争後に東アジアから受け入れた留学生の受け入れ先となった成城学校、振武学校の設立過程と、教育内容を振り返った。陸軍士官学校の予備校的存在として成立した成城学校留学生部とその後身となった振武学校に留学をすることは、日本に敗れ軍事面での近代化を急ぐ清国としてはその必要性を認めざるをえなかった。送られた留学生にとっては、日本留学はどのような意味を持ったのか。ここでは特に振武学校の在籍生とその卒業後の政治的軌跡を、日本留学という観点から分析した。分析にあたり、日露戦争後清国からの留学生が数の上でもピークを迎えた明治41年(1908年)8月17日の振武学校在籍者名簿に着目し、その中の8期生の東北出身者を中心に分析を試みた。

振武学校8期生においては東北出身者 — 特に奉天省出身者の割合が並外れて大きかった。い うまでもなく東北地方は日露戦争後日本軍の支配を受け,その後も中国の中でも最も日本の影響 を受けた地域である。1930 年代まで経歴を追うことができる留学生を見ると、彼等が日中関係 の変転に翻弄された生涯が浮かび上がる。満洲事変の際に、満洲独立―満洲国建国に協力した者 の方が圧倒的に多かった。その理由は必ずしも一定ではないが、満洲族出身者は満洲国に対する 期待が大きく、またそれ以外の者もそれぞれ故郷東北に対する思いは大きかったと思われる。当 然日本に留学経験がある者は親日的とみなされることが多かった。日本もそれを承知で彼等を中 心に対満工作を行った。彼等は日露戦争後の日本軍の影響力が強い時期の留学生であり、東北で はいわば「期待のエリート」軍人であった。帰国後は馬賊時代からの仲間を側近としている張作 霖にすぐに近づけたわけではないが、日本をはじめとする列国が中国に影響力を行使しようと目 論む時代に次第に活躍の場を求められた。その急先鋒が楊宇霆である。だが張作霖の息子で年齢 が若く日本に留学経験のない張学良との関係は難しく、張作霖爆殺事件後に急な易幟を決行した 張学良と、楊宇霆を頂点とする親日派と目されるグループとの間の確執は、張学良による楊宇霆 暗殺という悲劇的事件を起こす。張学良によるこの苛烈な対応は、結果的に東北政界のさらなる 分裂を招き、日本留学組の多くは満洲事変後行き場を失い、満洲国に入ってポストを得る道を選 ばざるを得なかった。振武学校8期生の中で張学良に従い東北を去るのは、ごく少数の者となっ た。

東北以外の出身者の帰国後の政治歴を見ても、留学中の人脈が色濃くその後の経歴に影響していることがわかった。清朝が恐れたように振武学校がいわば革命派醸成機関となっていたのは、事実である。その辛亥革命が成立した以上、彼等はまた、その後の変転する東アジア史を形成する中核的人材となっていったのである。

- (1) 校史編纂委員会編『成城学校百年』,成城学校,1985年,21頁。
- (2) 同前, 253 頁。
- (3) 「成城学校沿革史稿」(同前) 309 頁。朝鮮人・韓国人留学生の成城学校への留学に関しては、金明 洙「旧陸軍士官予備校成城学校と19世紀末の韓国人留学生:「朝鮮の渋沢栄一」韓相龍を中心に」 (慶應義塾経済学会『三田学会雑誌』vol. 104 No. 3. 2011 年 10 月) に詳しい。
- (4) 宮城由美子「成城学校と中国人留学生についての一考察」(『佛教大学大学院紀要』第35号,2007年3月)39~40頁。
- (5) 前掲「成城学校沿革史稿」, 310頁。
- (6) 前掲「成城学校と中国人留学生についての一考察」,39頁。
- (7) 前掲「成城学校沿革史稿」, 310頁。
- (8) 前掲「成城学校と中国人留学生についての一考察」,44頁。
- (9) 王嵐・船寄俊雄「清末における商業系留日学生の派遣政策と派遣実態に関する研究」(『神戸大学発達科学部研究紀要』第9巻第2号, 2002年) 91~93 頁。
- (10) 同前, 94頁。
- (11) 前掲「成城学校と中国人留学生についての一考察」, 45~46 頁。
- (12) 前掲『成城学校百年』, 47頁。
- (13) さねとうけいしゅう『増補版・中国人日本留学史』, くろしお出版, 1970年, 69頁。
- (14) 同前。
- (15) 小林共明「振武学校と留日清国陸軍学生」(辛亥革命研究会編『中国近現代史論集 菊池貴晴先 生追悼論集 — 』, 汲古書院, 1985 年) 278 頁。
- (16) 「振武学校沿革誌 | 1906年(明治39年)9月調査。
- (17) さねとうけいしゅうによれば、明治年代(清末)の留学教育には、二つの特徴があった。ひとつは 教育内容が普通学(中学程度の諸学科、専門の学)であったこと、もうひとつは正式の教育でなく速 成教育であったこと、である。清末の中国では新学制がしかれたとはいえ、その教師を得るのさえ困 難とされ、とにかく「留学して」普通学をおさめる必要があった。また中国が近代化に遅れをとった 自覚から、革新に焦慮を感じ、西洋に行って学ぶのではなく、要領を得た日本から早く学ぶことを望 んだ。つまり当時は中国人の側が最初から「速成教育」を望んでいたのである。日本側も中国の新教 育の遅れを意識し、「速成教育」の必要を認め、これに応じた。したがって、さねとうは「この時期 の留学生数は まことに ほこるに たる けれども、それは いわば隣国の暫定的義務教育を うけたの であって、程度から みると留学と いうほどの ものでは なかった」(前掲『増補版・中国人日本留 学史』、83 頁)とする。
- (18) 前掲「振武学校と留日清国陸軍学生」, 289~290頁。
- (19) 同前, 282 頁。
- (20) 同前, 283~284 頁。
- (21) 同前, 285 頁。
- (22) 同前, 287 頁。
- (23) 黄自進主編『蔣中正先生留日學習實錄』,財團法人中正文教基金會, 2001年。
- (24) 李素娟編集責任『中国留学日本陸軍士官学校将師録』,广州出版社,2013年。
- (25) 「振武学校退校学生名簿 | 〈1908 年 11 月〉。
- (26) 厚生省引揚援護局復員課『陸軍士官学校中華民国留学生名簿』,防衛省防衛研修所戦史室複製。
- (27) 「振武学校卒業ノ清國学生入隊希望ノ件」〈明治 38 年(1905 年)8 月 12 日〉(『明治三十八年八月 壹大日記』陸軍省,防衛研究所所蔵)。
- (28) 同前。

- (29) 振武学校舎監野村岩蔵・同教頭木下邦昌「清國教育視察報告」〈1906年(明治39年)10月8日〉。
- (30) 同前。
- (31) 同前。
- (32) 同前。
- (33) 「振武学校學生退校事件」。
- (34) 同前。
- (35) 同前。
- (36) 及川琢英『帝国日本の大陸政策と満洲国軍』, 吉川弘文館, 2019年, が詳細に追っている。
- (37) 馮占海「日軍侵占長春,吉林経過」,中国人民政治協商会議全国委員会文史資料研究委員会編『文史資料選輯』第六輯,中華書店,北京,1960年,17~20頁,姜念東他『偽満洲国史』,吉林人民出版社,長春,1980年,61頁,浜口裕子『日本統治と東アジア社会──植民地期朝鮮と満洲の比較研究──』,勁草書房,1996年,71頁。
- (38) 前掲『偽満洲国史』, 62頁。前掲『日本統治と東アジア社会』, 74頁。
- (39) この点は同前、71~77、87~89頁。
- (40) 同前, 71~72 頁。
- (41) 「板垣参謀上京ニ際シ與ヘシ指示」〈1932 年 1 月 4 日〉(『太平洋戦争への道 開戦外交史 別巻・資料編』,朝日新聞社,1963 年)170 頁。
- (42) 山口重次『満洲建国 満洲事変正史 』, 行政通信社, 43 頁。
- (43) 在奉天総領事林久治郎から外務大臣田中義一宛電報「楊宇霆,常蔭槐ニ關スル罪狀宣傳ノ件」 〈1929 年 1 月 15 日〉(『満蒙政況関係雑纂・楊宇霆,常蔭槐射殺問題』,外務省外交史料館)。
- (44) 南京・松室中佐から参謀次長宛電報〈1929年1月16日〉(同前所収)。
- (45) 同前。
- (46) 前掲「楊宇霆、常蔭槐ニ關スル罪狀宣傳ノ件」。
- (47) 奉天機関から参謀次長宛電報〈1929年1月16日〉(同前所収)。
- (48) 于珍は日中戦争終結後に国民政府から東北行営中将参議に任ぜられ、中華人民共和国成立後も遼寧 省の政協委員をやるなど、故郷の有力者として過ごしたようだ。
- (49) 張煥相の実家の張家については江夏由樹「旧奉天省撫順の有力者張家について」(『一橋論叢』第 102 巻第6号,1989年12月)を参照のこと。
- (50) 日本が対中国人工作に阿片を使ったことは、史料でも見られる。たとえば犬養内閣の陸軍大臣であった荒木貞夫氏は戦後の聞き取りにおいて、荒木の片腕として陸軍の対露対支工作に携わった黒木親慶少佐が、満洲事変頃に阿片を使って張煥相をおどかしたところ「萬事が主張の通り通ってしまったといふ有様」だった、と語っている(「荒木貞夫氏との対談記録 ——「シベリア出兵」 ——」衛藤藩吉氏による聞き取り、1957 年 10 月 4 日)。
- (51) 星野直樹『見果てぬ夢 満州国外史 』,ダイヤモンド社,1963 年,264 頁。
- (52) 前掲『陸軍士官学校中華民国留学生名簿』。
- (53) 1913 年砲兵科卒業という情報はあるが、名簿では未確認。ちなみに先に引用した『陸軍士官学校中華民国留学生名簿』では、1913 年に卒業生は出ていない。また1915 年 5 月卒業の陸士 10 期生 (張羣, 王柏齢, 黄秉衡, 馬曉軍らが在籍) の名簿には砲兵科の卒業生は見当たらない。これらのことから考えて、楊傑は辛亥革命後の軍職に就くため、1913 年に振武学校を退学したと思われる。後に1920 年代になってから、日本の陸軍大学に留学する機会を得て、卒業している。
- (54) 家近亮子「蔣介石」山田辰雄・家近亮子他近代中国人名事典修訂版編集委員会編『近代中国人名事典 修訂版』,霞山会・図書刊行会,2018 年,240 頁。

# 付 記

本稿は2019年11月16日神奈川大学において行われた第70回・国際円卓会議「日中関係史研究の新た

な潮流 — 摩擦・受容」(中国人留学史研究会,科研・教育交流〈基盤 B・一般,課題番号 17H02686〉共催)において発表したものに加筆を行ったものである。また本研究は、科研・基盤研究(C)(一般)「東アジアにおける人の流れ — 振武学校・陸軍士官学校への留学生達の国際関係史 — 」〈課題番号 19K01508・代表・浜口裕子〉の成果の一部である。

(原稿受付 2020年6月19日)

# ロバーツ・コートと中絶関連事件

## --- 2018 年 10 月開廷期を中心に

小 竹 聡

キーワード:ロバーツ・コート,妊娠中絶,合衆国最高裁判所,2018年10月開廷期

#### 目 次

はじめに

- 一 トランプ時代におけるロバーツ・コートの中絶判決
  - 1 2018年10月開廷期までの中絶判決の動向
  - 2 トランプ時代の司法と政治
- 二 2018年10月開廷期における4つの中絶関連事件
  - 1 Gee v. Planned Parenthood of Gulf Coast, Inc.
  - 2 June Medical Services, L.L.C. v. Gee
  - 3 Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc.
  - 4 Harris v. West Alabama Women's Center
- 三 展望
  - 1 政治の分極化の中の司法
  - 2 中絶判例の変更と国民の信頼

おわりに

#### はじめに

2017年1月のトランプ政権の発足以降、国論を二分するような激しい議論の的となる争点の司法による決着に一層の注目が集まるようになり、合衆国最高裁の動向に目が離せない情況が生じている。そうした中にあって、アメリカ合衆国最高裁判所は、2018年10月開廷期において、4つの中絶関連事件を扱い、いずれの事案においても、これまでの中絶判例を見直すことには取りかからなかった。具体的には、インディアナ州法の合憲性が争われた訴訟では、パー・キューリアム(裁判所による(匿名の)意見)によって事件を終結させ(1)、それ以外の、ルイジアナ州による決定ないしはルイジアナ州法およびアラバマ州法をめぐって争われた3件の訴訟については、

<sup>(1)</sup> See Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc., 139 S. Ct. 1780 (May 28, 2019) (granting certiorari in part, reversing judgment in part) (per curiam).

略式で事案を処理している②。こうした事案の処理の仕方からは、合衆国最高裁としては、現時点では、中絶判例の本格的な再検討をするには時期尚早であるとの判断をしたものと推測できるが、他方で、どの事案においても、裁判所の結論に異を唱え、あるいは、あえて個別意見を執筆している裁判官が存在していることが注目される。というのも、このことは、合衆国最高裁の内部で、中絶判例をめぐる激しい議論が行われたことを伺わせるだけでなく、とりわけ、中絶判例の現状に強い不満を抱いている裁判官にとっては、将来の判例変更に向けた布石として、何らかの立場表明を行うことは自然なことであり、そこには一定の思惑が込められていると考えられるからである。こうして、各裁判官の投票行動に着目し、その含意を読み取ることは、将来の中絶判例の動向を考察する上で、一定の意義を持つこととなるであろう。そこで、本稿では、2018年10月開廷期における4つの中絶関連事件を取り上げ、その各々について、その背景にある政治的文脈を解き明かし、事件の政治的背景と訴訟の経緯、争点に対する合衆国最高裁の対応、そして、事案処理の意義を考察するとともに、それぞれにおける各裁判官の投票行動の意義を考察することによって、合衆国最高裁による中絶判例の今後の歩みを占うこととしたい。

## ー トランプ時代におけるロバーツ・コートの中絶判決

#### 1 2018年10月開廷期までの中絶判決の動向

本論に入る前に、2018年10月開廷期に先行する時期のロバーツ・コートにおける中絶判決の動向について、ここで、簡単に触れておくこととしよう。2005年9月に長官に就任したジョン・G・ロバーツ・ジュニア率いる合衆国最高裁は、純粋な中絶規制に関する事件だけでなく、中絶反対派の妨害に対する取締りに関する事件、修正1条と中絶施設へのアクセスに関する事件、修正1条とクリニックに対する一定の表示の義務づけに関する事件を含めると、これまで、全部で6件のフル・オピニオン付きの中絶に関連する判決を下している③。このうち、2015年10月開

<sup>(2)</sup> See Gee v. Planned Parenthood of Gulf Coast, Inc., 139 S. Ct. 408 (Dec. 10, 2018) (denying certiorari); June Medical Services, L.L.C. v. Gee, 139 S. Ct. 663 (Feb. 7, 2019) (granting stay); Harris v. West Alabama Women's Center, 139 S. Ct. 2606 (June 28, 2019) (denying certiorari). なお、そのうちの1件については、その後、2019年10月4日に当事者双方からの裁量上訴が受理され、2020年3月4日の口頭弁論を経て、2019年10月開廷期中に何らかの判断が下されることになっている。See June Medical Services, L.L.C. v. Gee, 140 S. Ct. 35 (Oct. 4, 2019) (granting certiorari); Gee v. June Medical Services, L.L.C., 140 S. Ct. 35 (Oct. 4, 2019) (granting certiorari).

<sup>(3)</sup> See Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New Eng., 546 U.S. 320 (2006) (未成年者に対する中絶の実施の48 時間前までに親への通知を要求する州法は、医学的緊急状態に関する例外規定を欠き違憲であるとしつつ救済手段を決定するために差戻す); Scheidler v. National Organization for Women, Inc., 547 U.S. 9 (2006) (中絶に反対する抗議活動へのホッブズ法の適用 (消極)); Gonzales v. Carhart (Carhart II), 550 U.S. 124 (2007) (母体の健康の保持のための例外規定を欠くものの、2003年連邦「一部出生中絶」禁止法は合憲); McCullen v. Coakley, 573 U.S. 464 (2014) (中絶クリニック

廷期に入る前の時点までの、裁量上訴を受理しなかった事件を含む中絶規制に関するロバーツ・コートの判決を振り返れば、この時期には、Casey および Roe の両判決®を中心として形成されてきた法理の相対的安定が見られたものの、2010 年以降、中絶規制に関わる訴訟が下級審を中心に多発しており、従って、合衆国最高裁が純粋な中絶規制事件を、次に、いつ、どのような事件について取り上げるかが注目されていた®。その後、2015 年 10 月開廷期に、合衆国最高裁は、2016 年 2 月 13 日のスカリーア裁判官の急死により 8 名の裁判官によって判決が下された2016 年 6 月 27 日の Whole Woman's Health 判決において、5 対 3 の票決で、Casey で確立された中絶規制の合憲性を判断する審査基準である「過度の負担」基準の内容とその適用を明確にし、当該基準を、「医学的利益」または「健康に関連する利益」と、「法律が中絶のアクセスに課す負担」との衡量テストであると判示した®。こうして、現在では、同判決が Casey および Roeの延長線上にあって中絶規制に関する判例法理の基本線を形成している。しかし、その後、スカリーアの後任として2016 年 3 月にオバマ大統領が指名したメリック・B・ガーランドの承認手続が上院で多数を占める共和党指導部の意向によりたな晒しにされ<sup>67</sup>、他方、中絶反対派の裁判官を指名することを公約に掲げるドナルド・ジョン・トランプの大統領当選を経て<sup>68</sup>、2017 年 4 月には、ニール・M・ゴーサッチが合衆国最高裁の裁判官に就任し<sup>69</sup>、2017 年 10 月開廷期には、

周辺の固定された緩衝区域の設置は、修正 1 条に違反する); Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 136 S. Ct. 2292 (2016) (中絶医の病院での「患者受け入れ特権の要件」および中絶施設の「外科施設の要件」を定めるテキサス州法の規定は、中絶のアクセスに対する過度の負担となり、修正 14 条に違反する); Nat'l Inst. of Family & Life Advocate v. Becerra (NIFLA), 138 S. Ct. 2361 (2018) (妊娠に関連するサーヴィスを提供する免許を受けた施設および免許を受けていない施設にそれぞれ一定の表示を出すよう求めるカリフォルニア州法の規定は、修正 1 条に違反する).

<sup>(4)</sup> See Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992); Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>(5)</sup> 小竹聡「ロバーツ・コートの中絶判例」大林啓吾・溜箭将之編『ロバーツ・コートの立憲主義』154 頁(2017 年,成文堂)。

<sup>(6)</sup> See Whole Woman's Health, 136 S. Ct. at 2309. 多数意見を構成したのは、法廷意見を執筆したブライア裁判官のほか、ケネディ、ギンズバーグ、ソトマヨール、ケイガンの各裁判官であり、ロバーツ長官、トーマス、アリートの各裁判官がこれに対峙した。本判決については、小竹聡「Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 136 S. Ct. 2292 (2016) — 中絶医の病院での『患者受け入れ特権の要件』および中絶施設の『外科施設の要件』を定めるテクサス州法の規定が、中絶のアクセスに対する過度の負担となり、合衆国憲法に違反するとされた事例」アメリカ法 2017-1、111 頁、小竹聡「アメリカ憲法判例の最前線【第11 回】合衆国最高裁判所 2015 年度開廷期 — Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 136 S. Ct. 2292 (2016) 判決 (2016 年 6 月 27 日)」法学セミナー 2019 年 2 月号 72 頁参照。

<sup>(7)</sup> スカリーア裁判官の後任問題については、小竹聡「合衆国最高裁判所と裁判官 — 2015 年度開廷期における3つの出来事」比較法学51巻2号44~56頁(2017年)参照。

<sup>(8)</sup> 大統領当選直後までのトランプの中絶に関する発言については、小竹聡「トランプ政権下における女性および LGBT の権利保障の行方」比較法学 51 巻 2 号 229~30 頁 (2017 年)参照。

<sup>(9)</sup> ゴーサッチの合衆国最高裁入りの経緯については、see Mollie Hemingway & Carrie Severino, Justice on Trial: The Kavanaugh Confirmation and the Future of the Supreme Court 58-61

入国に必要な書類を持たない未成年者の中絶の可否をめぐる訴訟の帰趨が全国的に大きな注目を集め $^{(10)}$ , また,イデオロギー・ラインに沿った 5 対 4 の多数で,NIFLA 判決 $^{(11)}$  も下された。さらに,2018 年 10 月には,ケネディ裁判官の引退に伴う後任の裁判官として,ブレット・M・キャヴァノーが合衆国最高裁入りしたことで $^{(12)}$ ,合衆国最高裁を構成する裁判官の顔ぶれが変化す

- (11) See NIFLA, 138 S. Ct. 2361 (2018). 法廷意見はトーマス裁判官が執筆し、ロバーツ長官、ケネディ、アリート、ゴーサッチの各裁判官が同調した。ロバーツ長官、ケネディ、アリート、ゴーサッチの各裁判官が同調したケネディ裁判官による同意見がある。反対意見はブライア裁判官が執筆し、ギンズバーグ、ソトマヨール、ケイガンの各裁判官が同調している。
- (12) キャヴァノーの任命については、これに好意的なものとして、see Hemingway & Severino, supra note 9, より批判的なものとして、see Ruth Marcus, Supreme Ambition: Brett Kavanaugh and the Conservative Takeover (2019). また、キャヴァノーの性的暴行に対する告発についての詳細な検討については、see Robin Pogrebin & Kate Kelly, The Education of Brett Kavanaugh: An Investigation (2019). なお、キャヴァノーは、前職のコロンビア特別区巡回区合衆国控訴裁判所の裁判官時代に、先の Jane Doe の中絶に関わる合議法廷のパー・キューリアムによる決定および全員法廷

<sup>(2019).</sup> また、ゴーサッチの人となりについては、see John Greenya, Gorsuch: The Judge Who Speaks for Himself (2018).

<sup>(10)</sup> 本件は、不法入国により拘禁され、保健福祉省の一部局である難民再定住局 (the Office of Refugee Resettlement (ORR)) の拘束下に置かれていた 10 代の女性である Jane Doe が、その後、妊娠がわ かり、中絶を求めたところ、緊急の医学的情況がない場合には、ORR 局長の指示および承認がない限 り中絶を促進するいかなる行動も避難所の職員に禁じる ORR の方針の下で,中絶クリニックに行くこ とが認められなかったという出来事を端緒とする。その後、ORR の方針の合憲性を争って提起された クラス・アクションにおいて、2017年10月18日、コロンビア特別区地区合衆国地方裁判所は、Doe に中絶を受けることを直ちに認める一時的差止め命令を発給し、これを受けて、Doe は、拘束されて いた避難所のあるテキサス州法の下で中絶を受けるために要求されるカウンセリングを終えたところ、 10月20日, コロンビア特別区巡回区合衆国控訴裁判所の合議法廷は,2対1の多数で,この一時的差 止め命令を取消したものの、10月24日、コロンビア特別区巡回区合衆国控訴裁判所の全員法廷は、6 対3の多数で、合議法廷の決定を取消し、事件を合衆国地裁に差戻した。Garza v. Hargan, 874 F.3d 735 (D.C. Cir. 2017) (en banc) (per curiam). しかし、合衆国地裁でのやり取りが進行中に、Doe に 対して中絶が実施され、関連する請求がムートになったため、合衆国政府は、全員法廷の命令の緊急停 止の申立ての代わりに裁量上訴の申立てを行ったところ、合衆国最高裁は、2018年6月4日、一時的 差止め命令をめぐる訴訟が継続中に中絶が実施されてしまったことを理由に, 先例である Munsingwear 取消し決定として知られる法理に従い (see United States v. Munsingwear, Inc., 340 U.S. 36 (1950)), 裁量上訴を受理した上で, コロンビア特別区巡回区合衆国控訴裁判所の全員法廷の決 定を取消し、差止命令による救済を求める関連する個人の請求を斥けるよう合衆国地裁に命じる指示と ともに、事件を合衆国控訴裁に差戻した。なお、合衆国最高裁は、合衆国政府側が求めた Doe の弁護 士の倫理問題の検討には立ち入らなかった。Azar v. Garza, 138 S. Ct. 1790 (2018) (certiorari granted and vacated and remanded with directions) (per curiam). 2018年1月初めの裁判官会議で最初に 取り上げられてから十数回以上の評議の持越しを経てようやく本判決が下されたことは、その舞台裏で 深刻な意見対立のあったことを伺わせるが、5 頁からなるこのパー・キューリアムの文面からは、その ことのみならず、将来の同種の案件に対するいかなる手がかりも読み取ることができない。See Lyle Denniston, The Legal Battle Over Teen Abortion Goes on, Constitution Daily Blog (June 4, 2018), https://constitutioncenter.org/blog/the-legal-battle-over-teen-abortion-goes-on.

る中で<sup>(13)</sup>, 直近の Whole Woman's Health を含む,これまで積み重ねられてきた中絶判例の法理が果たして今後も維持されるかどうかは,必ずしも明確ではないという情況が生じている<sup>(14)</sup>。

#### 2 トランプ時代の司法と政治

さらに注目すべきことは、こうした合衆国最高裁の「作り替え」と並んで、連邦の下級裁判所においても、明確なアジェンダの設定に基づく裁判官の承認の過程が進んでいることである。ここで、中心的な役割を果たしているのは、未だオバマ政権下であった 2015 年 1 月から合衆国議会上院で多数を占める共和党の上院院内総務、ミッチ・マコンネル(Mitch McConnell)であり、マコンネルは、連邦下級裁判所裁判官の果たす役割の重要性をはっきりと認識し、オバマ大統領の下での連邦裁判所裁判官の承認をできる限り阻止するように努めるとともに、政権交代後は、トランプ指名の連邦裁判所裁判官の迅速な承認を図るべく、上院における手続の変更を主導した(15)。具体的には、裁判官候補者の居住する州から選出された 2 名の上院議員に認められていた当該候補者への異議申立ての仕組みである「青色票(a blue slip)」の運用が控訴裁判所裁判官の承認に関して変更されるとともに、地方裁判所裁判官の被指名者の討議にかける時間が最大30時間から 2 時間に大幅に短縮された(16)。その結果、とりわけ、連邦裁判所制度において重

のパー・キューリアムによる決定に関与し、いずれも Doe の中絶を認めない側に投票するとともに、とりわけ全員法廷では反対意見を執筆し、「本日の多数意見による決定は、『実質的に』合議法廷の反対意見を採用し、誤っているのと同様に新奇な憲法上の原則である、合衆国政府の拘束下にある不法移民の未成年者の、要求に基づく即座の中絶を得るという新しい権利に最終的に基づいている……」と述べている。*Garza*, 874 F.3d at 752 (Kavanaugh, J., dissenting).

<sup>(13)</sup> スカリーアの急死からキャヴァノーの任命に至るまでの合衆国最高裁の裁判官人事をめぐる政治部門 における抗争の詳細については、see Carl Hulse, Confirmation Bias: Inside Washington's War over the Supreme Court, From Scalia's Death to Justice Kavanaugh (2019).

<sup>(14)</sup> See, e.g., Cary Franklin, Whole Woman's Health v. Hellerstedt and What It Means to Protect Women, in Reproductive Rights and Justice Stories 223, 243 (Melissa Murray, Katherine Shaw & Reva B. Siegel eds., 2019) (「中絶事件の審査基準を引き下げる新たな勧誘が合衆国最高裁に届くのは時間の問題に過ぎず、また、現在の合衆国最高裁の裁判官が現状を維持し続けることは不透明である。」).

<sup>(15) 2016</sup>年2月13日のスカリーアの死から2016年11月の選挙を経て、ゴーサッチ、キャヴァノーの承認に至るまでのマコンネルの立場からする回想についてはsee MITCH McConnell, The Long Game: A Memoir 259-76 (with a New Foreword and Afterword, 2019). とりわけ、マコンネルは、2016年11月の大統領選挙および上下両院の選挙戦での共和党の勝利によって「この国のために恒久的な遺産を残す機会が共和党に与えられた」真夜中に、「この国を建設的で、永続的な、そして、保守的な方向に作り替えるために、上院が優先的に配慮すべき事柄で最も効果的になしうることは何か」と自問し、「私の心は何度も同じ選択に戻ってきた。即ち、それは司法部である」と述懐している。Id. at 268.

<sup>(16)</sup> See Colby Itkowitz, 1 in Every 4 Circuit Judges Is Now a Trump Appointee, Wash. Post, Dec. 21, 2019, https://www.washingtonpost.com/politics/one-in-every-four-circuit-court-judges-is-now-a-trump-appointee/2019/12/21/d6fale98-2336-11ea-bed5-880264cc91a9\_story.html; Judicial Vacancies, ABA, https://www.americanbar.org/advocacy/governmental\_legislative\_work/priorities\_

要な地位を占め、多くの事件で上訴に関する終着点として機能する合衆国控訴裁判所の欠員1名 を含む全 179 名の裁判官のうち, 2019 年 12 月 20 日現在, 50 名の裁判官がトランプ政権によっ て任命され,この数は,オバマ政権第1期の 25 名,8 年間を通じても全部で 55 名の合衆国控訴 裁の裁判官が任命されたに過ぎないオバマ政権下での実績とほぼ匹敵した数字となっている㎝。 こうして、第1巡回区から第11巡回区、コロンビア特別区巡回区、そして、連邦巡回区からな る全部で13の合衆国控訴裁判所の裁判官のうち、現在、第2、第3、第5、第6、第7、第8、第 11 巡回区で、共和党の大統領が指名した裁判官が多数派となっており(18)、このうち、第2、第3、 第 11 巡回区では,2019 年になって多数派がひっくり返ることになった(19)。 もちろん,ロバーツ 長官が、2018年11月21日に、「我々にはオバマの裁判官もいなければ、トランプの裁判官もい ない,ブッシュの裁判官もいなければ,クリントンの裁判官もいない」と述べたように⑳,裁 判官の党派性を過度に強調することは、国民の信頼に基礎を置くほかない司法の正統性に深刻な 疑問を投げかけ、ひいては、法の支配を掘り崩しかねない重大な危険性を持つものの、しかし、 このロバーツの発言も,元はと言えば,メキシコとの国境沿いの通関手続地(a port of entry) 以外から入国した移民に庇護 (asylum) を認めないトランプ政権の政策に一時的差止め命令を 発給した②)カリフォルニア北部地区合衆国地方裁判所の裁判官を「オバマの裁判官」として非 難するトランプ大統領の発言をきっかけとするものであり(22), オバマの裁判官云々とのレッテ ル貼りが、政治の世界では、既に共通の語法として用いられていたことには注意が必要であろう。

policy/independence\_of\_the\_judiciary/judicial\_vacancies (last updated Feb. 10, 2020). なお, 青色票手続の制度とその慣行については, see Carl Tobias, Senate Blue Slips and Senate Regular Order, 37 YALE L. & POLY REV. INTER ALIA 1 (2018).

<sup>(17)</sup> See Itkowitz, supra note 16.

<sup>(18)</sup> See Changing Circuit Court Composition, ACS, https://www.acslaw.org/judicial-nominations/change-in-court-composition/ (last updated Dec. 11, 2019).

<sup>(19)</sup> See Madison Alder, Majority of U.S. Appeals Courts Have GOP-Appointed Edge, Bloomberg Law, Nov. 20, 2019, https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/majority-of-u-s-appeals-courts-now-have-gop-appointed-edge.

<sup>(20)</sup> See Adam Liptak, Chief Justice Defends Judicial Independence After Trump Attacks "Obama Judge", N.Y. Times, Nov. 21, 2018, https://www.nytimes.com/2018/11/21/us/politics/trump-chief-justice-roberts-rebuke.html. もっとも、この発言に先立つ 2018 年 11 月 15 日には、合衆国最高裁入りしたばかりのキャヴァノーが、トーマス、アリート、ゴーサッチに次いで 4 人目となるフェデラリスト・ソサイエティの年次大会に出席しており、裁判官の党派性は、専門家集団の世界では、疑う余地のない真実である。See Zoe Tillman, Justice Brett Kavanaugh Got a Rousing Standing Ovation at This Year's Federalist Society Convention, BuzzFeed News, Nov. 15, 2018, https://www.buzzfeednews.com/article/zoetillman/brett-kavanaugh-standing-ovation-federalist-society.

<sup>(21)</sup> See East Bay Sanctuary Covenant v. Trump, 349 F. Supp. 3d 838 (N.D. Cal. 2018).

<sup>(22)</sup> See Miriam Jordan, Federal Judge Blocks Trump's Proclamation Targeting Some Asylum Seekers, N.Y. Times, Nov. 20, 2018, https://www.nytimes.com/2018/11/20/us/judge-denies-trump-asylum-policy.html.

政治の分極化の影響は、自らの政治的思惑を極限まで追求し、司法の中立性の外観を歪めること さえもいとわずに党派的利害の実現と支持層へのアピールを図ろうとする政治家の戦略的な行動 を通じて、司法のレヴェルにも及んでいるというべきであり、この点の冷徹な認識なくしては、 中絶訴訟の分析も十分にはなしえないように思われる。以下では、こうした視点をも考慮に入れ つつ、2018 年 10 月開廷期における 4 つの事案を検討することとする。

#### 二 2018年10月開廷期における4つの中絶関連事件

1 Gee v. Planned Parenthood of Gulf Coast, Inc.

#### (1) 事件の政治的背景と訴訟の経緯

2015年7月、カリフォルニア州に本拠を置く中絶反対派の団体である、医療進歩センター (the Center for Medical Progress) (CMP) と称するグループが, アメリカ家族計画連盟 (Planned Parenthood Federation of America) (PPFA) と, PPFA とは独立した法人組織の 関係団体(an independently incorporated affiliate)であるメキシコ湾岸家族計画(Planned Parenthood Gulf Coast, Inc.) (PPGC) のテキサス州健康センターに属する職員たちが連邦法 に違反して営利目的による胎児組織の売買を議論していると主張する秘密裏に撮影された、編集 されたヴィデオを公開した。これらのヴィデオの公開は、政治的に大きな反響を呼び、合衆国議 会では、その後、PPFA に対する連邦家族計画資金剥奪の動きが見られたほか、州レヴェルに おいても、ルイジアナ、アラバマ、アーカンソーの3州では、直ちに、それぞれの州における PPFA の関係団体とのメディケイド提供者の取決めを終了する決定がなされ、それ以外の州で も、調査が開始された。そこで、ルイジアナ州で2つの健康管理センターを運営するPPGCと その3名の患者が,合衆国法典1983条の下で本件訴訟を提起し,当該ルイジアナ州の決定は, メディケイドの受給者に,資格がありかつ意思のあるいかなる提供者からも医療を受けることを 選択する権利を与えるメディケイド法の「提供者の自由選択要件(free-choice-of-provider requirement)」に違反すると主張した。なお、その後に行われた合衆国議会および州による様々 な調査によっても,CMP の主張を裏付ける証拠は何も見つからなかった。また,ヴィデオの作 成に関与した CMP の関係者に対しては、刑事訴追がなされたほか、CMP の代表者に対しては、 2019 年 11 月に,連邦法および州法に違反したとして 220 万ドルの損害賠償を課す連邦陪審の評 決が下されている(23)。

2015年10月29日, 合衆国地方裁判所は, 暫定的差止め命令を発給し(24), 2016年9月14日,

<sup>(23)</sup> See Sabrina Tavernise, Planned Parenthood Awarded \$2 Million in Lawsuit Over Secret Videos, N.Y. Times, Nov. 15, 2019, https://www.nytimes.com/2019/11/15/us/planned-parenthood-law suit-secret-videos.html.

<sup>(24)</sup> See Planned Parenthood Gulf Coast, Inc. v. Kliebert, 141 F. Supp. 3d 604 (M.D. La. 2015).

第5巡回区合衆国控訴裁判所も全員一致でこれを認容した<sup>(25)</sup>が、その後、2017年6月29日に、「合議体のうちの1名が地裁の認容に同意することから破棄を主張することに彼女の立場を変更した」ため、控訴裁は、2対1の多数で、地裁の暫定的差止め命令を認容した<sup>(26)</sup>。その後、同年11月28日、第5巡回区は、7対7の同数で、全員法廷での再審理の申立てを斥けた<sup>(27)</sup>。

本件では、メディケイド法の提供者の自由選択規定(42 U.S.C. § 1396a(a)(23))は、42 U.S.C. § 1983 の下で執行可能な権利を付与するかが争点となった。なお、合衆国政府は、第5 巡回区にアミカスを提出し、提供者の自由選択要件は、メディケイドの受益者が 1983 条の下での訴訟で執行しうる個人的権利を付与すると主張している<sup>(28)</sup>。

## (2) 合衆国最高裁の対応

2018年12月10日,合衆国最高裁判所は、「裁量上訴受理令状の申立ては、拒否される」と述べて、第5巡回区合衆国控訴裁判所に対する裁量上訴受理令状の申立てを斥けた。アリート、ゴーサッチ両裁判官が同調したトーマス裁判官による裁量上訴の拒否に対する反対意見がある<sup>(29)</sup>。

# トーマス裁判官の裁量上訴の拒否に対する反対意見 (アリート, ゴーサッチ同調)

合衆国最高裁の主要な機能の一つは、控訴裁判所が「対立している」ところの「重要な問題」を解決することである。Sup. Ct. Rule 10(a); e.g., Thompson v. Keohane, 516 U.S. 99, 106 (1995). 本件および Andersen v. Planned Parenthood of Kan. and Mid-Missouri, No. 17–1340 は、重要な含意を持つ連邦問題に関して対立を提起する。即ち、メディケイドの受給者が、「資格のある」メディケイド提供者の州による決定を争う私的訴権を 42 U.S.C. \$ 1396a(a) (23) および Rev. Stat. \$ 1979, 42 U.S.C. \$ 1983 の下で有するかどうかである。5 つの巡回区がメディケイドの受給者はそのような権利を持つと判示し、1 つの巡回区が持たないと判示している\*。

<sup>(25)</sup> See Planned Parenthood of Gulf Coast, Incorporated v. Gee, 837 F.3d 477 (5th Cir. 2016).

<sup>(26)</sup> See Planned Parenthood of Gulf Coast, Incorporated v. Gee, 862 F.3d 445 (5th Cir. 2017). 多数 意見は Wiener 裁判官が執筆 (Prado 裁判官同調), 反対意見は Owen 裁判官による。

<sup>(27)</sup> See Planned Parenthood of Gulf Coast, Incorporated v. Gee, 876 F.3d 699 (5th Cir. 2017) (denying rehearing and rehearing en banc) (per curiam). 再審理に賛成したのは Jolly, Jones, Smith, Clement, Owen, Elrod, Southwick の各裁判官, 反対したのは, Stewart 首席裁判官 (chief judge) のほか Dennis, Prado, Haynes, Graves, Higginson, Costa の各裁判官である。なお, 他の6名の裁判官が同調した Elrod 裁判官による全員法廷での再審理の拒否に対する反対意見がある。

<sup>(28)</sup> See Brief for the United States as Amicus Curiae, Gee v. Planned Parenthood of Gulf Coast, Inc., 139 S. Ct. 408 (2019) (No. 15–30987), 2016 WL 691347.

<sup>(29)</sup> See Gee v. Planned Parenthood of Gulf Coast, Inc., 139 S. Ct. 408 (2018) (mem.). なお、同日、合衆国最高裁は、第10巡回区控訴裁判所に対する裁量上訴受理令状の申立てを同様に斥けた。アリート、ゴーサッチ両裁判官が同調したトーマス裁判官による裁量上訴の拒否に対する反対意見がある。 See Andersen v. Planned Parenthood of Kansas & Mid-Missouri, 139 S. Ct. 638 (2018) (mem.).

<sup>\*</sup> Compare Planned Parenthood of Kan. v. Andersen, 882 F.3d 1205, 1225-29 (10th Cir. 2018); 862

その問題を検討する最後の3つの巡回区は、それ自体、意見が分かれている。

この問題は、重要であり、かつ繰り返し生じる。ほぼ7千万人のアメリカ人がメディケイドを受け、提起された問題は、彼らの権利に直接影響を及ぼす。もし控訴裁判所の多数が正しければ、そのときには、メディケイドの患者は、例えば、ある州が彼らの医師をメディケイドの提供者として解任し、または、不適切に彼らの提供者に払い戻す場合には、訴えることができる。……当法廷の不作為の故に、州が異なった患者は、同じ提供者を持つ患者でさえも、彼らの州の提供者の決定を争う異なった権利を持つ。

提起された問題は、また、州の権利にも影響を及ぼし、そのうちの多くは、裁判所の友として、 我々の指針を要求している。現在の多数派の準則の下では、州は、メディケイド受給者に対する 医療品または医療サーヴィスの提供者を変更するときにはいつでも、連邦訴訟の脅威と、それに 付随する犠牲と費用に直面する。……

•••••

それでは、合衆国最高裁が本件でその仕事をすることを拒絶することを説明するのは何なのか。それは、これらの事件の被上訴人の中に、"Planned Parenthood"と呼ばれている者がいるという事実に何か関係しているのではないかと私は疑う。提起された問題は中絶とは何の関係もないのだから、そのことは、合衆国最高裁の決定をとりわけ困惑させるものにする。なるほど、これらの特定の事件は、Planned Parenthood の関係団体が、なかんずく、「胎児の組織の違法な売却」や「詐欺的な請求書の作成」に関わったといくつかの州が主張し、それ故、Planned Parenthood を州のメディケイドの提供者として解任した後で生じた。Andersen、882 F.3d at 1239 n.2 (Bacharach, J., concurring in part and dissenting in part). しかしながら、これらの事件は中絶の事件に関するものではない。それらは、メディケイド法の下での私的訴権に関わるものである。本件で提起された問題を解決することは、州の決定を争う Planned Parenthood の能力に影響を及ぼすことすらないであろう。なんとなれば、個々のメディケイドの患者の自分たち自身の訴訟を提起する権利にのみ関わるからである。

政治性をはらんだ争点との何らかの希薄な関係は、我々の司法の義務を放棄することを正当化しない。もし何かがあるとしても、法律を中立的に適用することは、政治的争点が表面に出ないでいる場合には、いっそう重要である。起草者たちが私たちに終身の任期を与えたのは、つかの間の「災い」によって影響を受けない、「限定された合衆国憲法の防波堤」としての裁判所の役割の「忠実な実施にとって、不可欠でなければならないところの、裁判官の中の独立した精神」をそれこそが促進するためであった。The Federalist No. 78, pp. 469-70 (C. Rossiter ed. 1961)

F.3d 445, 457–62 (5th Cir. 2017) (case below); Planned Parenthood of Ariz., Inc. v. Betlach, 727 F.3d 960, 966–68 (9th Cir. 2013); Planned Parenthood of Ind., Inc. v. Commissioner of Ind. State Dept. of Health, 699 F.3d 962, 974–77 (7th Cir. 2012); Harris v. Olszewski, 442 F.3d 456, 461–65 (6th Cir. 2006), *with* Does v. Gillespie, 867 F.3d 1034, 1041–46 (8th Cir. 2017).

(A. Hamilton). 我々は、「評判を考慮する」のではなく、その代わりに、「合衆国憲法と法律以外の……何ものにも」依拠しないのである。*Id.* at 471.

我々は、下級裁判所の間での混乱の責任があり、それを正すことは我々の義務である。私は、 裁量上訴を拒否する合衆国最高裁の決定に敬意を表して反対する。

#### (3) 事案処理の意義

本件で争点となった個々のメディケイド受給者が州によるメディケイド提供者の資格剥奪決定を争う私的訴権を1983条の下で有するかどうかをめぐっては、トーマス反対意見でも述べられているように、巡回区間での対立があるものの、これを消極に解しているのは、アーカンソー州での PPFA の関係団体の資格剥奪決定が問題となった事案で暫定的差止め命令の発給を否定した第8巡回区だけであり<sup>(30)</sup>、他の第10、第5、第9、第7、第6の5つの巡回区では積極に解されている。本件の裁量上訴が受理されなかったことで、アーカンソー、アイオワ、ミネソタ、ミズーリ、ネブラスカ、ノース・ダコタ、サウス・ダコタの各州を管轄区域とする第8巡回区においては、当面、他の法域とは異なった取扱いが続くことになる。但し、本件事案は、未だ暫定的差止め命令の段階にあることには留意が必要であろう。また、合衆国政府も第5巡回区の解釈に賛成している。

トーマス反対意見が本件事案の処理に反対する論理的根拠は、「対立している」「重要な問題」が未解決のまま残されてしまうということに尽きる。そうすると、そのことの説明を越えて、合衆国最高裁の行動の真意を推測する同意見の後半の個所は付け足しに過ぎず、逆に言えば、そこにこそ、トーマスの言いたかったことが集約されているようにも思われる。要するに、それは、メディケイド提供者として Planned Parenthood (PP) が関わっていたが故にこの争点に口出ししないというのは、中絶が争点となっているわけでもないのに、不誠実だということなのであろう(31)。しかし、その当否はともかく、トーマスは、誰が提供者であるのかは本来の争点とは無関係なはずだと言いたいにもかかわらず、本件訴訟の発端に注意を向けることによって、証拠によって裏付けられてもいない PP の違法行為に関する主張に言及し、さりげなく PP を攻撃する一種の印象操作を行っている。中立性の外観を装ってみても、トーマスの PP への敵意は隠しようがない。なお、同じく保守派の裁判官とみなされているロバーツ長官とキャヴァノー裁判官は、トーマスの反対意見には加わらなかった。その真意はもちろん不明であるものの、裁量上訴

<sup>(30)</sup> See Does v. Gillespie, 867 F.3d 1034 (8th Cir. 2017). 多数意見は Colloton 裁判官が執筆し、同意意見を書いた Shepherd 裁判官が「別の根拠」からこれに加わり、反対意見は Melloy 裁判官による。いずれもブッシュ(子)によって任命された裁判官であるが、Colloton は、2016 年 5 月、当時のトランプ大統領候補が公表した第一の合衆国最高裁裁判官候補者名簿に名前があった人物である。

<sup>(31)</sup> See Amy Howe, One New Grant, One Dissent from the Denial of Review, SCOTUSBLOG (Dec. 10, 2018, 11:23 AM), https://www.scotusblog.com/2018/12/one-new-grant-one-dissent-from-the-denial-of-review/.

を斥ける投票をしたに過ぎないという事実ですら政治的意味合いをもって語られてしまうという 政治の現実は、特に保守派の裁判官にとっては、今後の投票行動の際に考慮に入れざるを得ない 事柄となるであろう。

#### 2 June Medical Services, L.L.C. v. Gee

# (1) 事件の政治的背景と訴訟の経緯

ルイジアナ州は、2014年に、安全でない中絶保護法 (the Unsafe Abortion Protection Act) を制定し、中絶提供者に対して、中絶を行うクリニックの30マイル以内に位置する病院で、患 者受け入れ特権を持つよう要求した。これを受けて、州内の複数の中絶クリニックと2名の医師 が同法の執行停止を求めたところ,2016年1月26日,合衆国地裁は,暫定的差止め命令を発給 し32, 2016年2月16日には、上訴係属中の命令の一時的停止を求める被告州側の申し立てを斥 けた(33) が、2016年2月24日、第5巡回区合衆国控訴裁判所は、地裁の差止命令の停止の申立 てを認めた<sup>③4</sup>。しかし,2016 年 3 月 4 日,合衆国最高裁は,当時,係属中の Whole Woman's Health における自らの行動(®) と一致して、クリニック側の申立てを認め、第5巡回区の決定を 取り消した<sup>(36)</sup>。その後、合衆国最高裁は、2016 年 6 月 27 日の Whole Woman's Health 判決<sup>(37)</sup> において,中絶を行う医師に地方の病院での患者受け入れ特権を持つよう要求するテキサス州法 を違憲と判示し、これを受けて、2016年8月24日、第5巡回区は、クリニック側の地裁への事 件の差戻しの申立てを認めた<sup>(38)</sup> ところ, 2017 年 4 月 26 日, 合衆国地裁は, 再び, 暫定的差止 め命令を発給した<sup>(39)</sup> が、2018 年 9 月 26 日、第 5 巡回区は、2 対 1 の多数で、患者受け入れ特権 はルイジアナ州における中絶を求めるすべての女性のうちの大部分の行く手に実質的な障害を課 さないとしてこれを覆し<sup>(40)</sup>, 2019年1月18日, 第5巡回区は, 9対6の多数で, 全員法廷での 再審理の申立ても斥けた(41)。本件では、ルイジアナ州法を支持する第5巡回区の判決が、Whole

<sup>(32)</sup> See June Medical Services, LLC v. Kliebert, 158 F. Supp. 3d 473 (M.D. La. 2016).

<sup>(33)</sup> See June Medical Services, LLC v. Kliebert, 2016 WL 617444 (M.D. La. 2016).

<sup>(34)</sup> See June Medical Services, L.L.C. v. Gee, 814 F.3d 319 (5th Cir. 2016). Elrod 裁判官が執筆した 意見に Clement および Southwick の両裁判官が同調。

<sup>(35)</sup> See Whole Woman's Health v. Cole, 135 S. Ct. 2923 (2015). ロバーツ, スカリーア, トーマス, アリートは, この処理に反対する。

<sup>(36)</sup> See June Medical Services, L.L.C. v. Gee, 136 S. Ct. 1354 (2016) (mem.). トーマスは, クリニック側の申立てを否定する。

<sup>(37)</sup> See Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 136 S. Ct. 2292 (2016).

<sup>(38)</sup> See June Medical Services, L.L.C. v. Gee, 2016 WL 11494731 (5th Cir. 2016) (per curiam).

<sup>(39)</sup> See June Medical Services, LLC v. Kliebert, 250 F. Supp. 3d 27 (M.D. La. 2017).

<sup>(40)</sup> See June Medical Services, L.L.C. v. Gee, 905 F.3d 787 (5th Cir. 2018). 多数意見は Smith 裁判官 が執筆 (Clement 裁判官同調),反対意見は Higginbotham 裁判官による。

<sup>(41)</sup> See June Medical Services, L.L.C. v. Gee, 913 F.3d 573 (5th Cir. 2019) (denying rehearing and rehearing en banc) (per curiam). 再審理に反対したのは, Jones, Smith, Owen, Elrod, Haynes,

Woman's Health における合衆国最高裁の拘束力のある先例と衝突するかどうかが争点となった。

#### (2) 合衆国最高裁の対応

2019年2月7日,合衆国最高裁判所は,「……第5巡回区合衆国控訴裁判所の命令は,裁量上訴受理令状の申立ての時宜にかなった申請と処理が未決定の間は,停止される」と判示した。トーマス,アリート,ゴーサッチ,キャヴァノーの各裁判官は,クリニック側の申立てを斥ける。また,キャヴァノー裁判官の反対意見がある $^{(42)}$ 。

# キャヴァノー裁判官の停止の申立てを認めることに対する反対意見

私は、合衆国最高裁の停止命令に敬意を表して反対する。本件訴訟において、原告たちは、ルイジアナ州の新しい、中絶を行う医師の受け入れ特権の要件に対する執行前の文面違憲の主張を提起した。第5巡回区は、その新法が、ルイジアナ州の3つの中絶クリニックで現在中絶を行う、本件で関連する、4名の医師による中絶の利用可能性に影響を及ぼさないであろうとの同裁判所の事実に関する予測に基づいて、原告たちの文面違憲の主張を拒絶した。とりわけ、第5巡回区は、その4名の医師がおそらく受け入れ特権を手に入れることができるであろうと決定した。原告たちは、当該第5巡回区の命令の停止を求める。彼らが主張するには、第5巡回区の事実に関する予測は不正確であり、それは、原告たちによれば、これらの4名の医師のうちの3名は、受け入れ特権を手に入れることができないであろうという理由による。以下で説明するように、停止がなくとも、同州の45日の規制移行期間中は、現状はすべての当事者に有効に維持されるであろう。私は停止を拒否するが、第5巡回区による、医師たちの受け入れ特権の取得能力についての事実に関する予測が正しくないことがわかる場合には、その停止は、45日の規制移行期間の終了後に、その後の適用違憲の申立てと暫定的差止め命令の申立てを提起する原告たちの能力に実体的効果を持つことはない。

. . . . . .

Willett, Ho, Engelhardt, Oldham の各裁判官、賛成したのは、Stewart 首席裁判官(Chief Judge)のほか、Dennis, Southwick, Graves, Higginson, Costa の各裁判官である。Higginbotham, Graves, Higginson の各裁判官が同調した Dennis 裁判官の反対意見と、Higginson 裁判官の反対意見がある。Higginbotham 裁判官は、3名合議法廷での自らの反対意見で述べた理由から再審理に賛成し、今回のDennis 裁判官の反対意見に同調する。Duncan 裁判官は辞退し、申立ての検討に関与していない。なお、Willett, Ho, Duncan, Engelhardt, Oldham の各裁判官はトランプ任命、このうち Willett は、テキサス州最高裁裁判官当時、トランプによる第一の合衆国最高裁裁判官候補者名簿(2016 年 5 月)に名前があった。

<sup>(42)</sup> See June Medical Services, L.L.C. v. Gee, 139 S. Ct. 663 (2019) (mem.).

# (3) 事案処理の意義

本件事案の処理で最も注目されるのは、ロバーツ長官の投票である。ロバーツは、他の4名の保守派の裁判官とは意見を異にし、第5巡回区による地裁の差止命令の停止を是認しなかった。その真意は不明というほかないが、同様の事案に関する確立した先例であり、しかも、わずか3開廷期前のWhole Woman's Health 判決が存在する中で、これとは異なる判断を行った第5巡回区に与することを良しとしなかったと見るのがおそらくは自然な理解であろう。ロバーツ自身は、そこでは反対意見に同調していたことからも、ここには、自らの先例を覆すかどうか、いつそうするかを決定する合衆国最高裁の特権を簒奪するかのごとき下級裁判所の判決をすんなりとは受け入れない長官としての意思が見られる(43)と言うべきであり、さらに言えば、こうした行動は、自らの名声と地位が専ら党派的制度としての合衆国最高裁と見られることを防止することにかかっているとロバーツ自身が考えていることの証左なのかもしれない(44)。

キャヴァノー裁判官の個別反対意見は、硬直的な判断を排し、当該州法が有する実際的な効果を考慮することによって、さしあたり同法の執行を差止めないとするものであろうが、Whole Woman's Health 判決でいかなる利益ももたらさないと判示された患者受け入れ特権の適用を肯定するという問題点があるだけでなく、過度の負担基準を利益衡量のテストと捉え直した、同判決におけるブライア裁判官の理解(45) から後退しているのではないかとの懸念を生じさせるものである。

本件は未だ最終決着を見ていない。クリニック側が 2019 年 4 月 17 日に申立てた裁量上訴が認められれば、2019 年 10 月開廷期中に判決が下され、大統領選挙の真最中にあって、大きな政治的影響を及ぼしうることから、合衆国最高裁としては、裁量上訴を認めた上で、原判決を略式で覆し、下級裁判所ないしは州議会へのメッセージの伝達を図るという選択肢もありえたことであるう  $^{(46)}$ 。しかし、合衆国最高裁は、2019 年  $^{10}$  月 4 日、クリニック側からの裁量上訴だけでなく、

<sup>(43)</sup> See Michael Dorf, Symposium: In the Louisiana Abortion Case, Maybe the Best Defense Is a Good Offense, SCOTUSBLOG (March 6, 2019, 10:18 AM), https://www.scotusblog.com/2019/03/symposium-in-the-louisiana-abortion-case-maybe-the-best-defense-is-a-good-offense/.

<sup>(44)</sup> See Ron Collins, Ask the Authors: The Supreme Court and the Law of and for Elites, SCOTUSBLOG (Jan. 23, 2019, 10:08 AM) (remarks of Neal Devins & Lawrence Baum), https://www.scotusblog.com/2019/01/ask-the-authors-the-supreme-court-and-the-law-of-and-for-elites/. See also Mark Joseph Stern, American Justice 2019: The Roberts Court Arrives 47 (2019) (ロバーツは、「彼の裁判所の威信と正統性に深い関心を持つ組織尊重主義者 (institutionalist) である」).

<sup>(45)</sup> See Whole Woman's Health, 136 S. Ct. at 2309 (「Casey で宣言された準則は、法律が中絶のアクセスに課す負担を、これらの法律が与える利益とともに、裁判所が考慮することを要求する。」).

<sup>(46)</sup> 但し、この手段は下級裁判所の誤りが明白である場合には規則正しく取られるが、中絶事件において はありそうもないように思われたと指摘されていた。See Linda Greenhouse, A Supreme Court Abortion Case That Tests the Court Itself: What Will Access to Abortion Look Like under the New Conservative Majority?, N.Y. Times, Oct. 10, 2019, https://www.nytimes.com/2019/10/10/opinion/ supreme-court-abortion.html.

2019年5月20日に申立てられた州側からの条件付き交差上訴状(conditional cross-petition)も受理し<sup>(47)</sup>,2020年3月4日の口頭弁論を経て、何らかの内容に立ち入って本件に決着をつけることを選んだ。判決の行方は、ロバーツがいかなる投票をするのかにかかっているように思われる<sup>(48)</sup>。

### 3 Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc.

### (1) 事件の政治的背景と訴訟の経緯

2016 年 3 月,インディアナ州知事が署名して新たな州中絶規制法が成立した (๑)。 直ちに,インディアナ州およびケンタッキー州家族計画(Planned Parenthood of Indiana and Kentucky)(PPIK)および 1 名の医師が「性別を選択するおよび障害に基づく中絶の禁止(Sex Selective and Disability Abortion Ban)」と題する「反差別規定(the non-discrimination provisions)」,当該規定のインフォームド・コンセント要件,および,中絶された胎児の処理を扱う諸規定の執行差止を求める申立てを行ったところ,2016 年 6 月 30 日,これが認められ (๑) 、その後,PPIK 側は,それぞれについて,宣言的救済および差止命令による救済を求めた。2017 年 9 月 22 日,合衆国地裁は,原告側の主張を認め,いずれの規定も違憲と判示し (๑) 、2018 年 4 月 19 日,第 7 巡回区もこれを認容した (๑) ため,州側は胎児の処理規定についてのみ全員法廷で

<sup>(47)</sup> See June Medical Services, L.L.C. v. Gee, 140 S. Ct. 35 (2019) (mem.); Gee v. June Medical Services, L.L.C., 140 S. Ct. 35 (2019) (mem.). なお、この申立ての中で、州側は、「患者との『密接な』関係および自らのために訴える患者の能力に対する『障害』がないのに、中絶提供者は、患者のために健康および安全に関する規制を争う第三者スタンディングを持つと推定されうるか」という争点を提起している。Conditional Cross-Petition at i, Gee v. June Medical Services, L.L.C. (No. 18–1460), 2019 WL 2241856. 従って、州側の申立てを認めたということは、合衆国最高裁の少なくとも4名の裁判官がこの争点を取り上げたということを意味する。

<sup>(48)</sup> なお、2020 年 1 月 2 日に提出された合衆国政府のアミカスは、州側の主張を支持し、「当法廷は第三者スタンディングの欠如を理由に原判決を取消すか、または、本案に関して原判決を認容すべきである」と主張している。Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Vacatur for Lack of Third-Party Standing or Affirmance on the Merits at 4, June Medical Services, L.L.C. v. Gee, Gee v. June Medical Services, L.L.C. (Nos. 18-1323, 18-1460), 2020 WL 58244.

<sup>(49)</sup> 当時の州知事はマイク・ペンス (Mike Pence) である。ペンスの中絶をめぐる政策については、小竹・前掲注(8), 230~31 頁参照。

<sup>(50)</sup> See Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc v. Commissioner, 194 F. Supp. 3d 818 (S.D. Ind. 2016).

<sup>(51)</sup> See Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc v. Commissioner, Indiana State Dept. of Health, 265 F. Supp. 3d 859 (S.D. Ind. 2017).

<sup>(52)</sup> See Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. v. Commissioner of Indiana State Dept. of Health, 888 F.3d 300 (7th Cir. 2018). 多数意見は Bauer 裁判官による(Flaum 裁判官同調)。これに対して、Manion 裁判官の一部結果同意、一部反対意見は、「とりわけ傷つきやすい、未出生の子ど

の再審理を求め、2018年6月8日、その主張が認められた<sup>(SS)</sup>ものの、その後、1名の裁判官の 忌避が必要であり、投票する資格がないと結論づけられたことから、投票が5対5の可否同数と なったため、2018年6月25日、当初の合議法廷の意見が復活した<sup>(SI)</sup>。本件では、第一に、州は、 健康管理施設に対して、他の人間の残存物と同様のやり方で、即ち、埋葬または火葬によって、 胎児の残存物を処理することを要求しうるか、第二に、州は、もっぱら胎児の人種、性別または 障害によって動機づけられた中絶を禁止しうるか、患者にその禁止を告知するよう中絶医に要求 しうるかが争点となった。

#### (2) 合衆国最高裁の対応

2019年5月28日、合衆国最高裁判所は、パー・キューリアムにより、第一の争点については、裁量上訴を認めた上で第7巡回区の判決を覆し、第二の争点については、裁量上訴を斥けた。ソトマヨール裁判官は、提起された双方の問題に関して裁量上訴受理令状の申立てを斥ける。トーマス裁判官の同意意見、ギンズバーグ裁判官の一部同意、一部反対意見がある(55)。

もたち(unborn children)を保護することを意図された狭く仕立てられた制定法が[Casey]の下での審査を切り抜けることができないことは、残念」であり、「連邦最高裁の多数派または憲法修正だけが中絶に対する何らかの制限を課すことを州に認めることができる」と述べた上で、第一と第二の規定を無効とする多数意見に「不本意ながら」同調するとし、他方、胎児の処理規定は合憲であるとする。 Id. at 310, 317 (Manion, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part).

<sup>(53)</sup> See Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. v. Commissioner of Indiana State Dept. of Health, 727 F. App'x 208 (7th Cir. 2018) (granting rehearing en banc, vacating judgment).

<sup>(54)</sup> See Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. v. Commissioner of Indiana State Dept. of Health, 917 F.3d 532 (7th Cir. 2018) (reinstating opinion, vacating order). 再審理を認める投票 をしたのは, Easterbrook, Kanne, Sykes, Barrett, Brennan の各裁判官。Wood 首席裁判官(chief judge) は、再審理を認めない結論を支持する同意意見を述べる(Rovner, Hamilton の両裁判官が同 調)。Easterbrook 裁判官(Sykes, Barrett, Brennan 裁判官同調)は,自らが「優生学法」と呼ぶ規 定に関しては、「Casey は反優生学法の有効性を検討していなかった」として、Casey の下でこれを違 憲とする合議法廷の結論には「懐疑的である」としながらも、州側が再審理を申立てしていなかったこ とを理由に、「合議法廷のこの部分を連邦最高裁に委ねることに満足する」と述べる一方で、「処分法」 と呼ぶ規定に関しては、合理的根拠の分析が「適切なアプローチ」であるとしながらも、「合議法廷は [その] 審査に関する連邦最高裁の準則に従っていない」として、全員法廷での再審理を斥けることへ の反対意見を述べる。Id. at 536, 537, 538 (Easterbrook, J., dissenting from denial of rehearing en banc). Scudder 裁判官は本件に関与していない。再審理を認めない投票をした5名の裁判官名は判決 文からは不明であるが,3名の継続勤務引退裁判官(senior judge)が関わっていないとすれば,同意 意見に名を連ねた3名のほかの2名は,Flaum, St. Eve の両裁判官であろう。なお,Sykes はトラン プによる第一の合衆国最高裁裁判官候補者名簿に, Barrett は 2017 年 11 月 17 日の第三の候補者名簿 に名前が掲載されていた。

<sup>(55)</sup> See Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc., 139 S. Ct. 1780 (2019) (per curiam).

#### (3) 判 決

# (a) パー・キューリアム

インディアナ州による裁量上訴の申立ては、第7巡回区控訴裁判所がインディアナ州法の2つの新しい規定、即ち、中絶提供者による胎児の残存物(fetal remains)の処分に関する第一の規定、および、中絶提供者による性別、人種、または障害による選択的中絶の故意の提供を禁止する第二の規定、を不正確に無効にしたと主張する。See Ind. Code §§ 16-34-2-1.1(a)(1)(K)、16-34-3-4(a)、16-34-4-4、16-34-4-5、16-34-4-6、16-34-4-7、16-34-4-8、16-41-16-4(d)、16-41-16-5(2018)。我々は、提起された第一の問題に関して第7巡回区の判決を覆し、提起された第二の問題に関して、当該申立てを斥ける。

Ι

第一の争われている規定は、中絶提供者が胎児の残存物を処分しうる方法を変更した。変更の中でも、当該規定は、胎児の残存物を感染性および病理廃棄物(infectious and pathological waste)の定義から除外し、\$\$16-41-16-4(d)、16-41-16-5、それによって、胎児の残存物を外科手術の結果生じる副産物(surgical byproducts)と一緒に焼却することを防止する。当該規定は、また、胎児の残存物の一斉の火葬を認めるが、\$16-34-3-4(a)、それを、インディアナ州は、人間の遺体には一般に認めていない。\$23-14-31-39(a). 同法は、「中絶された胎児の最終的な処分を決定する」既存の法の下での女性の権利に影響を及ぼさなかった。\$16-34-3-2(a).

被上訴人は、インディアナ州法が中絶を手に入れる女性の権利に過度の負担を作り出すとは決して主張していない。*Cf.* Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 874 (1992) (plurality opinion). その代わりに、被上訴人は、同法は基本的権利に関わることはなく、それ故、通常の合理的根拠の審査に服するに過ぎないとの前提のもとに、本件訴訟を行っている。*See* Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. v. Commissioner of Indiana State Dept. of Health, 888 F.3d 300, 307 (2018). その基準の下で切り抜けるためには、州法は、「正当な政府利益に合理的に関連」していることだけが必要である。Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 728 (1997).

第7巡回区は、インディアナ州の処分法をこの敬譲的なテストの下でさえも無効と判断した。同裁判所は、第一に、「『人間の遺体の人道にかない、尊厳を与えられた処理』」に対するインディアナ州の述べられた利益は「正当……ではない」と判示した。888 F.3d at 309. さらに、同裁判所は、たとえインディアナ州の述べられた利益が正当であったとしても、その利益と「書かれた法律」との間の「合理的関連性を認めることは[できない]」とし、その理由は、同法が、女性が望むように胎児の残存物を処理する女性の権利を保護し、また、一斉の火葬を認めているからであると判示した。*Ibid*.

我々は、本日、その決定を覆す。当法廷は、州が「胎児の残存物の適切な処理に対する正当な

利益」を有することを既に認めている。Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc., 462 U.S. 416, 452 n.45 (1983). 第 7 巡回区は,その利益をインディアナ州の処分法の許容できる根拠として認めなかった点で,明らかに誤っていた。See Armour v. Indianapolis, 566 U.S. 673, 685 (2012)(合理的根拠の審査に関して,証明責任は,それを支持したかもしれない,考えられるありとあらゆる根拠に反駁すべく当該の法律上の取決めを攻撃する側にある). そうすると,ただ一つ残っている問題は,インディアナ州法が,胎児の残存物の適切な処理に対する当該州の利益と合理的に関連しているかどうかということである。我々は,たとえ同法がその目的に完全に仕立てられていないとしても,合理的に関連すると結論づける。See ibid. (当該州は,「実際に引かれた線が合理的な」線[であ]りさえすれば,「完全な線」を引いている必要はない). それ故,我々は,合理的根拠の審査の下でインディアナ州法を支持する。

この規定を争う上で、被上訴人は、インディアナ州法が女性の中絶を手に入れる権利に過度の負担を課すとは決して主張していなかったことを我々は繰り返す。それ故、訴訟が行われているように、本件は、中絶規制に対して過度の負担テストを適用する我々の事件とは関係がない。他の裁判所の中には、同様の処分法に対する異議申立てを過度の負担基準の下で分析しているものもある。See Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. v. Commissioner of Indiana State Dept. of Health, 2018 WL 3655854, \*2-\*3 (7th Cir. June 25, 2018) (Wood, C.J., concurring in denial of rehearing en banc). 我々の意見は、これらの異議申立ての実体に関しては何ら見解を表明しない。

# II

我々の意見は、同様に、提起された第二の問題の実体、即ち、インディアナ州が中絶提供者による性別、人種および障害による選択的中絶の故意の提供を禁止しうるかどうかに関しては、何ら見解を表明しない。これまでのところ第7巡回区だけがこの種の法を扱っている。我々は、さらなる控訴裁判所によって検討されていない法的争点を申立てが提起する限り、申立てを斥けるという我々の通常の慣行に従う。See this Court's Rule 10.

#### $\star\star\star$

要するに、我々は、本申立てにおいて提起された第一の問題に関して裁量上訴を認め、その問題に関して控訴裁判所の判決を覆す。我々は、提起された第二の問題に関しては裁量上訴を斥ける。

そのように命じられる。

ソトマヨール裁判官は、提起された双方の問題に関して裁量上訴受理令状の申立てを斥ける。

## (b) トーマス裁判官の同意意見

インディアナ州法は、中絶提供者に対して、中絶された子どもたちの身体を「感染性廃棄物」として取り扱うこと、および、それらを使用された、不要な実験動物の死骸や外科手術の結果生じる副産物とともに焼却することを禁止する。Ind. Code § 16-41-16-4(d) (2019); see § 16-41-16-2、16-41-16-4、16-41-16-5; Ind. Admin. Code、tit. 410、§ § 35-1-3、35-2-1(a)(2)(2019). 第7巡回区の合議体は、この胎児の残存物法が不合理で、それ故、「実体的デュー・プロセス」の法理の下、違憲であると判示した。その判決は、法廷意見が判示するように、我々の先例と明白に合致しない。私は、合衆国憲法の中の何ものも、または、当法廷のいかなる判決も、人間の遺体の敬意ある取扱いを提供するよう中絶施設に要求することを州に妨げるものではないと、論を待つまでもなく考えたことであろう。

私は、本件で問題となっているインディアナ州法のもう一つの側面、「性別を選択するおよび障害に基づく中絶の禁止(Sex Selective and Disability Abortion Ban)」に取り組むために、個別に意見を書く。Ind. Code § 16-34-4-1 et seq. この制定法は、母親がその子の人種、性別、ダウン症との診断、障害または関連する特徴という理由だけから中絶を求めていることを提供者が知っている場合には、中絶提供者がインディアナ州において中絶を行うことを違法とする。 8§ 16-34-4-1 to 16-34-4-8; see § 16-34-4-1(b)(障害の定義から「死をもたらす胎児の奇形(lethal fetal anomal [ies])」を除外する)。 同法は、母親がこの制限を知らせられ、財政的支援おび養子という選択肢についての情報を与えられることを要求するが、責任は提供者にのみに課す。 See §§ 16-34-2-1.1(a)(1)(K)、(2)(A)-(C)、16-34-4-9、本法によって保護される不変の特徴の各々は、妊娠の比較的初期に知ることができ、当該法律は、それらの特徴が、その子が生きるか死ぬかを決定する唯一の規準となることを防止する。言い換えれば、本法およびこれに類した他の法律は、中絶が現代の優生学の道具となることを防止する州のやむにやまれぬ利益を促進する $^2$ 。

<sup>1</sup> ギンズバーグ裁判官のこの判示部分に対する反対意見は、ほとんど意味をなさない。巡回区間の分裂を作り出した不正確な判決を略式で覆すことは、我々の資源の「浪費」ではない。Post, at 2. そして、ギンズバーグ裁判官は、原判決が正しいと主張することすら試みていない。その代わりに、同裁判官は、中絶された子の身体の処分を規制することはその(既に中絶されている)子を中絶する母親の権利に「過度の負担」を課したのかもしれないとのウッド首席裁判官の代替的な示唆を採用する。See post, at 1. この議論は、最も控えめに言っても、理解することが困難であり、そのことは、なぜ被上訴人 Planned Parenthood ですらそのような主張をしていなかったのかを説明しうるであろう。また、この議論は証拠となる支えも欠いている。See Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. v. Commissioner of Indiana State Dept. of Health, 917 F.3d 532, 538 (7th Cir. 2018) (en banc) (Easterbrook, J., dissenting).

<sup>2</sup> See, e.g., Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-3603.02 (2018) (性別および人種); Ark. Code § 20-16-1904 (2018) (性別); Kan. Stat. Ann. § 65-6726 (2017) (性別); La. Rev. Stat. Ann. § 40: 1061.1.2 (2019) (遺伝子の異常); N.C. Gen. Stat. Ann. § 90-21.121 (2017) (性別); N.D. Cent. Code Ann. § 14-02.1-04.1 (2017)

優生学上の目的を達成するために中絶を用いることは、単に仮定にとどまるものではない。アメリカにおいて中絶を合法化する基礎は、20世紀初頭のバース・コントロール運動の間に築かれた。その運動はアメリカの優生学運動とともに展開した。そして、重要なことに、Planned Parenthood の創設者、マーガレット・サンガー(Margaret Sanger)は、自らの主張が持つ優生学上の可能性を認識していた。サンガーは、バース・コントロールが「優生学者への道を開く」という考えを強調し、これを信奉した。Margaret Sanger, Birth Control and Racial Betterment, Birth Control Rev., Feb. 1919 P. 12(Racial Betterment)。「そもそも決して生まれるべきではなかった人類の、常に増大する、やむことなく産出するクラス」を減らす手段として、サンガーは、「バース・コントロール・・・・が、実際には」、「人間の世代」の「最大のかつ最も真に優生学的な方法である」と主張した。Margaret Sanger, Pivot of Civilization 187, 189(1922)(Pivot of Civilization)。サンガーの見解によれば、バース・コントロールは、「人種の健全さにとって最も建設的で必要な手段として、優生学者たち自身の最も明瞭な思考と先見性によって受け入れられ」ていた。Id. at 189.

サンガーがこれらの言明を行ったとき、少なくとも直接には中絶に言及していなかったことは真実である。サンガーは、「避妊具」と、「中絶や嬰児殺しの恐怖」のような、「女性がその家族を制限する」他のより「極端な」方法との間の道徳的相違を認めていた。Margaret Sanger、Woman and the New Race 25,5 (1920) (Woman and the New Race). しかし、「不適格者の除去」、Racial Betterment 11、を確保する上でのバース・コントロールの優生学的価値についてのサンガーの主張は、より一層強い力を持って中絶に適用され、中絶を優生学の手段としてより著しく効果的にしている。サンガーは、バース・コントロールによって「不適格な」人々が生殖することを防止することができると信じていたが、中絶は、そうした人々がそもそも生まれることを防止することができる。それ故、多くの優生学推進論者は、中絶を合法化することを支持し、将来の Planned Parenthood の会長、アラン・グットマッカー(Alan Guttmacher)を含む、中絶の擁護者たちは、優生学的理由から中絶の利用を肯定した。中絶は、特定の性や障害のような、望まれていない特徴を持った子どもたちを除去するために今日、用いられることができるのであるから、技術の向上は、中絶の優生学的な可能性を高めているだけに過ぎない。

中絶が優生学的操作の手段となる可能性を考慮すると、合衆国最高裁は、近いうちに、インディアナ州のような法律の合憲性に向き合う必要があるであろう。しかし、さらなる浸透は、この第一印象を有する争点についての我々の審査の助力となりうるのであるから、私は、この争点を今

<sup>(</sup>性別および遺伝子の異常); Ohio Rev. Code Ann. \$2919.10 (2018) (ダウン症); Okla. Stat. Tit. 63, \$1-731.2 (b) (2016) (性別); 18 Pa. Cons. Stat. \$3204(c) (2015) (性別); S.D. Codified Laws \$34-23A-64 (2018) (性別). 中絶における優生学を禁止するという州のやむにやまれぬ利益に私が焦点を合わせることは、これらのあるいはその他の中絶関連法を採用する上で、州が他のやむにやまれぬ利益を欠いているということを示唆するものではない。

取り上げることを拒否する法廷意見に同調する。

## Ⅰ 〔省略〕〔優生学の起源と合衆国における史的展開〕

II

- A 〔省略〕〔マーガレット・サンガーによるバース・コントロールの主張〕
- B 〔省略〕〔中絶と優生学〕
- C 〔望まれていない特徴を持った子の中絶〕

今日、中絶に関するサンガーの見解にもかかわらず、被上訴人、Planned Parenthood は、バース・コントロールおよび中絶の双方を、家族計画のために用いることができる「生殖に関する健康サーヴィス」として促進する。Brief in Opposition 1. そして、今日の出生前のスクリーニング検査その他の科学技術とともに、中絶は、望まれていない特徴を持った子たちを排除するために容易に用いることができる。さらに言えば、中絶の個別化された性格は、いかなる子についても妊娠する機会を減らすだけに過ぎないバース・コントロールよりもさらに多くの優生学上の可能性を中絶に与える。さらに、上訴人およびいくつかの裁判所の友のブリーフは、中絶が、優生学を支える差別的選好を実現するための気がかりなほど効果的な手段であることが証明されていると指摘する。E.g.、Pet. for Cert. 22-26; Brief for State of Wisconsin et al. as Amici Curiae 19-25; Brief for Ethics and Religious Liberty Commission of the Southern Baptist Convention et al. as Amici Curiae 9-10.

アイスランドでは、子宮内でダウン症と診断された子たちの中絶の割合が 100 パーセントに近づいている。 See Will, The Down Syndrome Genocide, Washington Post, Mar 15, 2018, p. A23, col. 1. 他のヨーロッパ諸国は同様に高い割合を有し、合衆国における割合は、ほぼ三分の二である。 See ibid. (デンマークで 98 パーセント、英国で 90 パーセント、フランスで 77 パーセント、合衆国で 67 パーセント); see also Natoli, Ackerman, McDermott & Edwards, Prenatal Diagnosis of Down Syndrome: A Systematic Review of Termination Rates (1995–2011), 32 Prenatal Diagnosis 142 (2012) (合衆国の研究を概観する).

アジアでは、広く普及している性別を選択する中絶が 1 億 6 千万人もの「消失した」女性をもたらしており、その数は、合衆国における女性全体の人口よりも大きい。See M. Hvistendahl, Unnatural Selection: Choosing Boys Over Girls, and the Consequences of a World Full of Men 5-6 (2011); see also Kalantry, How to Fix India's Sex-Selection Problem, N.Y. Times, Int'l ed., July 28, 2017, p. 9 (「数十年の間、インドでは、毎年、30万から70万の女の胎児が選択的に中絶された。今日、その国では、女性よりも5千万人ほど多くの男性がいる。」)。そして、最近の証拠は、少女について性別を選択する中絶が、合衆国における一定の住民の間でも普通に見られるということを示唆する。See Almond & Sun, Son-Biased Sex Ratios in 2010 U.S.

Census and 2011-2013 U.S. Natality Data, 176 Soc. Sci. & Med. 21 (2017) (合衆国における中国およびアジア系インド人の家族は、「少年の性別を選択する傾向を示す」と結論づける); Almond & Edlund, Son-Biased Sex Ratios in the 2000 United States Census, 105 Proc. Nat. Acad. of Sci. 5681 (2008) (同様).

サンガーの「ニグロ計画(Negro Project)」の80年後に、合衆国における中絶は、また、かなりの人種的不一致によっても特徴づけられる。黒人女性の間の、報告されている全国規模での中絶の割合、即ち、生産児1000人当たりの中絶数は、白人女性の割合の約3.5倍である。Dept. of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, T. Jatlaoui et al., Abortion Surveillance — United States, 2015, 67 Morbidity and Mortality Weekly Report, Surveillance Summaries, No. SS-13, p. 35 (Nov. 23, 2018) (Table 13); see also Brief for Restoration Project et al. as Amici Curiae 5-6. そして、黒人の子たちが、生きて生まれてくるよりも中絶される可能性がより高いニュー・ヨーク市の地域が存在し、また、その同じ地域では、黒人の子たちは、白人の子たちよりも8倍も多く中絶される可能性がある。See N.Y. Dept. of Health, Table 23, Induced Abortion and Abortion Ratios by Race/Ethnicity and Resident County New York State-2016, https://www.Health.ny.gov/statistics/vital\_statistics/2016/table23.htm. これらの不一致の理由が何であれ、それらが示唆するのは、中絶が「家族計画」の一方法とみなされる限り、黒人たちは確かに「『計画』の矢面に立つ」ということである。Dempsey, supra, (Dr. Guttmacher Is the Evangelist of Birth Control, N. Y. Times Magazine, Feb. 9, 1969) at 82.

人々の中には、合衆国が既に中絶の優生学的効果を経験していると信じる者もいる。ある経済学者によれば、「Roe v. Wade は、30 年後に、有史以来、最大の犯罪の減少を引き起こすことに役立[った]。」S. Levitt & S. Dubner, Freakonomics 6 (2005); see id. at 136-44 (この理論を精緻化する). この見解に基づくと、犯罪傾向の観点からは、「必ずしもすべての子たちが等しく生まれていないということがわかる。」Id. at 6. そして、合法化された中絶は、「平均よりもはるかに多く犯罪者になる可能性があ」った「貧困、未婚、そして、十代の母親」の子たちが、「生まれていなかった」ことを意味した。Ibid. (強調は削除). 正確かどうかにかかわらず、これらの所見は、数十年前に、優生学者たちによって、そして、サンガーによって明確に述べられた見解を繰り返す。即ち、「バース・コントロールは、ひとりでに……より良い人種を作り出すであろうし」、「不適格者の除去に向かう」傾向があるであろう。Racial Betterment (Margaret Sanger, Birth Control and Racial Betterment, Birth Control Rev., Feb. 1919, p.) 11-12.

## ${\rm I\hspace{-.1em}I\hspace{-.1em}I}$

インディアナ州議会が、同州の 1907 年断種法の 100 周年にあたって、「この国の優生学運動に おけるインディアナ州の役割および優生法の下で行われた不正義に対する遺憾の意を」正式に 「表明する」両院共同決議を採択したのは、こうした背景の下であった。Ind. S. Res. 91, 115th Gen. Assemb., 1st Sess., \$1 (2007); see Brief for Pro-Life Legal Defense Fund et al. as Amici Curiae 6-8. 優生学的目標を実現する法律が「貧困者や人種的少数派を含む、我々の中で最も傷つきやすい者を……公衆衛生および人民の善という主張された目的のために標的とした」ということを認めて、Ind. S. Res. 91, at 2、同州議会は、「優生学運動の歴史に習熟するようインディアナの市民に強く促し」、また、「優生学の名の下に可決された多くの法律を拒絶し、将来におけるそのような法律を拒否する」id. § 2.

2016年3月に、インディアナ州議会は、本件で争点となっている性別を選択するおよび障害 に基づく中絶の禁止を大差で可決した。被上訴人 Planned Parenthood は、同法が施行される ことを阻止するために即座に訴訟を申立て、合衆国憲法は、子の人種、性別または障害に基づい て自分の子を中絶する女性の権利を絶対的に保護すると主張している。合衆国地裁はこれに同意 し、同法の施行日の前夜に、暫定的差止め命令を認め、その後、本案的差止め命令が出された。 第7巡回区の合議体はこれを認容した。Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992) を指摘して、合衆国地裁と第7巡回区はともに、当法廷はその問題の判断 を既に下していると判示した。即ち,「女性が母体外生存可能時より前の自己の妊娠を終了させ る権利を有するとの Casey の判示部分は,絶対的である。」Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. v. Commissioner of Indiana State Dept. of Health, 888 F.3d 300, 305 (7th Cir. 2018); see Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. v. Commissioner of Indiana State Dept. of Health, 265 F. Supp. 3d 859, 866 (S.D. Ind. 2017). 全員法廷での再審理を 拒否することに反対する意見において、イースターブルック裁判官は、この判示部分についての 疑いを表明し、「Casey は反優生法の有効性を考察していなかった」し、司法の意見は、制定法 とは異なり、「判決のために提起された情況のみを解決する」と説明している。Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. v. Commissioner of Indiana State Dept. of Health, 917 F.3d 532, 536 (7th Cir. 2018).

イースターブルック裁判官は正しかった。Casey について他にどんなことが語られるかもしれないとしても、Casey は、合衆国憲法が優生学的中絶を認めるよう州に要求するかどうかを判断していなかった。その判決が取り組んだのは、中絶に対する推定上の憲法上の権利に負担を課すと言われた「1982 年ペンシルヴェニア中絶コントロール法の 5 つの規定」だけの合憲性であった。Casey、supra、at 844. これらの規定はどれ一つとして、人種、性別または障害だけを根拠とした中絶を禁止していなかった。さらに言えば、Casey における被上訴人の上訴趣意書のまさに第一パラグラフは、性別を選択する中絶のペンシルヴェニア州の禁止は「争われ[てはい]ない」と当法廷に対して明らかにしていた。Brief for Respondents in Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey、O.T. 1991、Nos. 91-744、91-902、P. 4. 合衆国最高裁の本日の裁量上訴の拒否に照らすと、インディアナ州のような他の法律の合憲性は、かくして未解決の

問題のままである。

さらなる浸透を認めるという合衆国最高裁の判決は、当該下級審判決への同意と解釈されるべきではない。未出生の子の人種、性別または障害だけを根拠とした中絶に対する憲法上の権利を大切にすることは、Planned Parenthood が主張するように、20 世紀の優生学運動の見解を憲法化することになろう。他の文脈においては、合衆国最高裁は、人種、性別および障害に関する差別に潜在的にすらさらされている人々の権利を擁護することに熱心であった。Cf. Pena-Rodriguez v. Colorado, 580 U.S. \_\_, \_\_ (2017) (slip op., at 15) (「人種を根拠とした差別」を「あらゆる側面において忌むべき」と非難する); United States v. Virginia, 518 U.S. 515, 532 (1996) (「女性に、ただ女性であることを理由として……個々の才能と能力に基づいて大志を抱き、達成し、社会に参加、貢献する平等な機会を否定する法または公の政策」を公然と非難する); Tennessee v. Lane, 541 U.S. 509, 522 (2004) (「不合理な障害差別」を非難する).

合衆国最高裁は、これらの争点に敢然と取りかかることを、本日、拒否したとはいえ、我々は、永久にはこれらの争点を回避することはできない。中絶に対する憲法上の権利を創設したのであるから、当法廷は、その射程に取り組む義務がある。その点に関し、なぜ合衆国地裁と第7巡回区が、Caseyが扱っていなかった問題を解決するためにCaseyに頼ったのかを理解することは容易なことである。両裁判所は、どこか他へ目を向けることができたのか。合衆国憲法自体は、中絶に関して沈黙しているのである。

これらの所見とともに、私は、法廷意見に同調する。

# (c) ギンズバーグ裁判官の一部同意, 一部反対意見

私は、提起された第二の問題についての法廷意見の処理に同意する。第一の問題については、適切な基準の適用がおそらくは当該判決の回復をもたらすであろう場合には、私は、その判決を略式で覆すことはしないであろう。合衆国地裁において、および第7巡回区への上訴に際して、Planned Parenthood of Indiana and Kentucky は、胎児の残存物の処分に関するインディアナの州法が合理的根拠の基準すら合格すべきでないと強く主張した」。しかし、ウッド首席裁判官が述べたように、「合理的根拠」は適切な審査基準ではない。Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. v. Commissioner of Indiana State Dept. of Health, 917 F.3d 532, 534 (7th

<sup>1 「</sup>流産または中絶後の胎児の残存物の人間性に対する敬意が当該州の目標であるならば, [女性が] 自分自身でその残存物を処理することを選択するときに、何であれいかなる処理の形態も同時に認め」 Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. v. Commissioner of Indiana State Dept. of Health, 917 F.3d 532, 534 (7th Cir. 2018) (Wood, C.J., concurring in denial of rehearing en banc), 「かつ、胎児の大量の火葬を認め続ける」 Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. v. Commissioner of Indiana State Dept. of Health, 888 F.3d 300, 309 (7th Cir. 2018) (case below) 「場合に、どのようにして [インディアナ州の] 制定法がその目標を合理的に達成するのかと不思議に思われる」かもしれない。

Cir. 2018) (opinion concurring in denial of rehearing en banc). 本件は,「母体外生存可能 時より前の中絶を得ることを選択し、州からの過度の干渉なしに中絶を手に入れる女性の権利」 に関わっており、Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 846 (1992), それ故、高次の審査が適切である。Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 579 U.S. \_\_, \_\_ (2016) (slip op., at 20).

合理的根拠の審査だけを援用する訴訟当事者の「戦略的な訴訟上の選択」によって我々が拘束されると述べるためだけに事件を取り上げるのは、「合衆国最高裁の資源の浪費」であるが、合衆国最高裁の先例によって指示される綿密な審査の下では、「あらゆることが異なりうるのかもしれない。」917 F.3d, at 534, 535 (opinion of Wood, C.J.). それ故、私は、インディアナ州の申立てを全体として斥ける $^2$ 。

## (4) 事案処理の意義

合衆国最高裁判所は、口頭弁論を開かずに本件を終結させ、パー・キューリアムにおいて、第7巡回区の合議法廷で違憲と判断された2つの規定のうち、胎児の処理規定については、7対2の多数で、第7巡回区の判決を覆して合憲であるとし、反差別規定については、9対0の多数で、当該判決を認容した。合衆国最高裁が略式で本件事案を処理したのは、胎児処理の規定に関する是正だけを行うという合意が多数派の裁判官の間で得られたからであろう。もっとも、胎児の処理規定については、ソトマヨール裁判官が、理由を付記することなく裁量上訴の申立てを斥け、ギンズバーグ裁判官は、一部同意、一部反対意見の中で、合理性の基準の下で違憲とする結論を導いた合議法廷の判断とは異なり、全員法廷での同意意見を支持して、過度の負担基準という「高次の審査」の下で審査すべきであるとした上で、州側の裁量上訴の申立てを斥ける。また、反差別規定については、パー・キューリアムが、この争点がこれまで扱われているのは第7巡回区だけであることを理由として、特段の見解を表明することなく裁量上訴を斥けたのに対して、ソトマヨール裁判官は、理由を付記することなく裁量上訴の申立てを斥け、トーマス裁判官の同意意見は、全員法廷の反対意見と同じく、Casey は合衆国憲法が優生学的中絶(eugenic abortions)を認めるよう州に要求するかどうかを判断しておらず、この種の法律の合憲性は未解決のままであると主張しながらも、争点のさらなる浸透(further percolation)が十分でないこ

<sup>2</sup> トーマス裁判官の脚注, ante, at 1 n.1 は、光を示す以上に熱を表す。その注は、多くの事柄を見落としている。即ち、「当法廷は判決を審査するのであって、意見における言明を審査するのではない」California v. Rooney, 483 U.S. 307, 311 (1987) (per curiam) (quoting Black v. Cutter Laboratories, 351 U.S. 292, 297 (1956); emphasis added); 妊娠を終了させる自己の憲法上保護された権利を行使する女性は「母親」ではない,処置の後の要件が有するコストと、その要件によって潜在的に引き起こされる精神的外傷は、当然に過度の負担となりうる、917 F.3d at 534-35 (opinion of Wood, C.J.), 下級審で適用された合理的根拠の基準の下で、Planned Parenthood of Indiana and Kentucky は、インディアナの州法が過度の負担を課すという証拠を整理する必要は全くなかった、id. at 535.

とを理由として、裁量上訴を斥けるパー・キューリアムに同意するとしている。

胎児の処理規定に関して、第7巡回区の合議法廷における多数意見が合理性の基準を用いてこれを違憲としたのは、PPIK側が過度の負担基準の下での違憲無効の主張を行わないとする「戦略的な訴訟上の選択<sup>(50)</sup>」を取ったことによる。しかし、全員法廷の同意意見が指摘するように<sup>(57)</sup>、胎児の残存物規制の合法性を検討する場合に、他の裁判所は、合理的根拠の基準ではなく過度の負担基準を用いている<sup>(58)</sup>。他方、1990年の第8巡回区合衆国控訴裁判所の判決は、一定の段階に達した胎児を「火葬、埋葬による土葬、または、保健衛生委員によって指図されるやり方で」処理すべきことを定めるミネソタ州法を、中絶の選択に負担を課すものではなく、正当な州の利益が存在するとして合憲と判示する<sup>(59)</sup>が、この点について、合議法廷における多数意見は、ミネソタ州は公衆の利益に焦点を合わせていたのに対し、インディアナ州は胎児の利益に焦点を合わせているとして、両者を区別している<sup>(60)</sup>。しかし、ここでは、こうした審査基準の選択およびその適用をめぐる合議法廷、全員法廷、合衆国最高裁の各意見に見られる議論のやり取りについては、これ以上、立ち入らない。なお、コストの増大、精神的外傷その他の点で、胎児の処理規定が実際にどの程度の効果を妊婦に及ぼすのかについては、各州法を取り巻く実情に応じて様々な議論がありうるところであるが、この論点についても立ち入らない。

全部で 20 頁に及ぶトーマスの同意意見は、そのほとんどの紙数を割いて、中絶を優生学と結びつけることによって非難する独自の議論を展開し、合衆国最高裁が「創設」した中絶に対する憲法上の権利を否定するための新たな理由づけとして、「中絶が優生学的操作の手段となる可能性」を持ち出し、「中絶が現代の優生学の道具となることを防止する」やむにやまれぬ利益を州は持つことを論証しようとする。もっとも、これまでの合衆国最高裁の中絶判例の論理によれば、「女性が母体外生存可能時より前の自己の妊娠を終了させる権利を有するとの Casey の判示部分は、絶対的である「⑥」」と理解され、その適応事由を問われることはない。そうすると、この同意意見は、配下の元ロー・クラークを中心とする連邦下級裁判所裁判官にメッセージを伝達し、争点の「さらなる浸透」と巡回区間の分裂を生じさせることによって先例変更を促すことを狙いとする、トーマス流の宣伝活動の一環なのではないかと見るのは穿ち過ぎであろうか。なお、トーマスによるアメリカ合衆国における優生学の史的展開に関する叙述については、同意意見の中で

<sup>(56)</sup> Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc., 917 F.3d at 534 (Wood, C.J., concurring in denial of rehearing en banc). 但し、その理由は詳らかではない。

<sup>(57)</sup> See id. at 535 (Wood, C.J., concurring in denial of rehearing en banc).

 <sup>(58)</sup> See June Medical Services, LLC v. Gee, 280 F. Supp. 3d 849 (M.D. La. 2017); Hopkins v. Jegley, 267
 F. Supp. 3d 1024, 1098 (E.D. Ark. 2017), appeal filed, No. 17–2879 (8th Cir. Aug. 28, 2017); Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 231 F. Supp. 3d 218, 227–29 (W.D. Tex. 2017).

<sup>(59)</sup> See Planned Parenthood of Minnesota v. Minnesota, 910 F.2d. 479 (8th Cir. 1990).

<sup>(60)</sup> See Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc., 888 F.3d at 309; but see 917 F.3d at 537–38 (Easterbrook, J., dissenting from denial of rehearing en banc).

<sup>(61)</sup> Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc., 888 F.3d at 305.

引用されている<sup>(62)</sup> 歴史家アダム・コーエン(Adam Cohen)が、アメリカ優生学運動は中絶ではなく強制断種を圧倒的に支持していたこと、優生学的断種と中絶との間には、誰が、どういう理由で決定をしているのかという点で決定的な違いがあることを指摘し、その内容の不正確さを厳しく批判している<sup>(63)</sup>。

当該制定法には、本件で争点となっていない別のインフォームド・コンセント要件である、中 絶の少なくとも 18 時間前に超音波診断を義務づける規定が含まれており、今後、その合憲性が 合衆国最高裁で取り上げられる可能性がある<sup>(64)</sup>。

#### 4 Harris v. West Alabama Women's Center

## (1) 事件の政治的背景と訴訟の経緯

2016年5月、アラバマ州は、「未出生の子の母親に対する重大な健康のリスクを防止するために必要」である場合を除き、生きている未出生の子の手足の切断を禁止する州法を制定した。「手足切断中絶(dismemberment abortion)」とは、医学上の用語として認められているものではなく、臨床上は、第二トライメスターでの主要な中絶方法である、D&E(拡張と排出)と呼ばれる方法を指す。D&Eは、15週以降に、アラバマ州で用いられる唯一の外来患者の中絶方法であり、同州におけるその時点以降の中絶の99パーセントを占めている。州側は、実現可能で、安全な代替手段を欠いたままD&Eを禁止することは違憲であることを認めて、医師が安全に依拠することができる3つの医学的処置が存在すると主張していたが、2016年10月27日、合衆国地裁は、中絶クリニックとその医師が出訴した本件において、暫定的差止め命令を発給して、その後、2017年10月26日、本案的差止め命令を発給して、州側が提案している代替処置はいずれも実現不可能であり、用いられるとしても、重大な健康上のリスクに女性をさらすと判示した。2018年8月22日、第11巡回区は、全員一致で、これを認容した。「650。もっとも、

<sup>(62)</sup> See Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc., 139 S. Ct. at 1784, 1785, 1786 & n.3 (Thomas, J., concurring) (citing Adam Cohen, Imbeciles: The Supreme Court, American Eugenics, and the Sterilization of Carrie Buck (2016)).

<sup>(63)</sup> See Adam Cohen, Clarence Thomas Knows Nothing of My Work, Atlantic (May 29, 2019), https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/05/clarence-thomas-used-my-book-argue-against-abortion/590455/.

<sup>(64)</sup> See Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. v. Commissioner of the Indiana State Department of Health, 896 F.3d 809 (7th Cir. 2018), petition for certiorari docketed, No. 18–1019 (Feb. 4, 2019).

<sup>(65)</sup> See West Alabama Women's Center v. Miller, 217 F. Supp. 3d 1313 (M.D. Ala. 2016).

<sup>(66)</sup> See West Alabama Women's Center v. Miller, 299 F. Supp. 3d 1244 (M.D. Ala. 2017). なお, 同日に制定された K-8 公立学校の 2 千フィート以内に位置する中絶クリニックに免許の発給または更新を行わないとする州法に対しても,同じく本案的差止め命令が認められている。

<sup>(67)</sup> See West Alabama Women's Center v. Williamson, 900 F.3d 1310 (11th Cir. 2018). 法廷意見は Ed

法廷意見は、その冒頭で、「合衆国最高裁判所の裁判官の中には、憲法は存在するが、同時に、中絶に関しては憲法の常軌を逸した逸脱が存在するとの見解を持っている者がいる。そうであるならば、本件で我々が適用しなければならないものは、その逸脱である」と述べている(68)。また、同意意見は、「Casey……および Roe v. Wade……を含む、合衆国最高裁の中絶判例は、合衆国憲法にいかなる根拠も有しない」と述べる Carhart II におけるトーマス同意意見の見解を肯定的に引用し、「私にとっての問題は、首席裁判官の意見の中で記されたように、合衆国最高裁に私は席を置いていないということであり、連邦上訴裁判所の裁判官として、私は、すべての最高裁の先例に従うことを、それらに同意するかどうかにかかわらず、私の宣誓によって拘束されているということである」と主張している(69)。

本件では、州による手足切断中絶の禁止は、その禁止された処置の代替手段が安全であること に合理的な医学的論争が存在する場合に、違憲であるかが争点となった。

## (2) 合衆国最高裁の対応

2019年6月28日,合衆国最高裁判所は、「裁量上訴受理令状の申立ては拒否される」と述べて、第11巡回区合衆国控訴裁判所に対する裁量上訴受理令状の申立てを斥けた。トーマス裁判官の同意意見がある<sup>(70)</sup>。

#### トーマス裁判官の同意意見

2016 年に,アラバマ州は,「手足切断中絶(dismemberment abortion[s])」を禁止する法律を採択した。Ala. Code § 26-23G-3(a). 同法は,女性に中絶を手に入れることを防止するものではないが,中絶の提供者に対して,意図的に,「生きている未出生の子を切断して」,「切断し,またはもぎ取るために,未出生の子の身体の一部……を切り取り,押しつぶし,または,つかむ」「箝搾子,把持鉗子,トング,はさみ,または類似した道具の使用により,その子を子宮から一度に一つずつ牽引する」ことを防止する。§ 26-23G-2(3). 控訴裁判所が説明したように,この中絶方法はとりわけ残酷である。即ち,

「この類型の中絶においては、生きたまま切断されるときに他の誰もがそうなるであろうやり 方で、未出生の子が死ぬ。未出生の子は、四肢が引き裂かれるときに出血して死ぬ。しかしなが ら、その四肢が引き裂かれている間も、その未出生の子は、しばらくは生き続けることができる。

Carnes 首席裁判官(Chief Judge)が執筆した。Dubina 裁判官の同意意見がある。指名されて合議法 廷に加わった Abrams 合衆国地裁裁判官は、結論にのみ同意する。

<sup>(68)</sup> West Alabama Women's Center, 900 F.3d at 1314 (citation omitted).

<sup>(69)</sup> West Alabama Women's Center, 900 F.3d at 1330 (Dubina, J., concurring) (quoting *Carhart II*, 550 U.S. at 169 (Thomas, J., concurring)).

<sup>(70)</sup> See Harris v. West Alabama Women's Center, 139 S. Ct. 2606 (June 28, 2019) (mem.).

……その中絶の終了時に、未出生の子のより大きな部分が鉗子で引き裂かれ、残っている部分が 真空掃除機で吸い出された後で、堕胎医(abortionist)には、断片でいっぱいのトレイが残さ れる。」West Alabama Women's Center v. Williamson, 900 F.3d 1310, 1319-20 (11th Cir. 2018) (citations and internal quotation marks omitted).

生きたまま子の手足を切断することは、被上訴人の言葉によれば、「最も普通に用いられる第2トライメスターの中絶の方法」であり、この方法は、「[15週]から先の、同州における中絶の99パーセントを占める。」Brief in Opposition 1. 言い換えれば、子がより発達するにつれて、中絶がその子の切断に関わる可能性がより大きくなる。

合衆国憲法の中の何ものも、州に対して、生きている子の切断を禁止する法律を可決することを妨げるという考えは信じがたい。しかし、当法廷によって採択された「過度の負担」の基準の下では、中絶に対する制限は、残酷な方法を禁止することに限られたものでさえも、「その規定の『目的または効果』『が、胎児が母体外生存可能時に達する前に中絶を求める女性の行く手に実質的障害を設けることである』」ときには、違憲である。Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 579 U.S. \_\_, \_\_ (2016) (slip op., at 1) (quoting Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 878 (1992) (plurality opinion); emphasis deleted). 本件では、中絶提供者は、相反する医学的証拠にもかかわらず、他の中絶方法はあまりにも危険であると合衆国地裁を説得し、それ故、下級の裁判所は、アラバマ州法が、中絶を禁止するものではないけれども、中絶に負担を課す効果を有すると判示した。通常は、道徳的関心事を、代替手段のリスクやコストと衡量することは、真に立法部の役割である。しかし、控訴裁判所が示唆したように、過度の負担基準は、「憲法の常軌を逸した逸脱(aberration of constitutional law)」である。900 F.3d at 1314; Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914, 982 (2000) (Thomas, J., dissenting) (その基準は、「作者たちによって、でっち上げによって作られた」と説明する).

本件は、我々の中絶判例が御し難く旋回していることをありのままに示すものとして役立つ。今開廷期の早い時期に、我々は、子の人種、性別または障害にもっぱら基づいて中絶を認めるよう州に要求する下級裁判所の判決に直面した。Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. 587 U.S. \_\_ (2019) (Thomas, J., concurring) (slip op., at 2). 本日、我々は、生きている切断による中絶を認めるよう州に要求する判決に直面している。これらの判決のどれ一つも、合衆国憲法のテクストによって支持されていない。Gonzales v. Carhart, 550 U.S. 124、169 (2007) (Thomas, J., concurring). 本件は、我々の明らかに誤った「過度の負担」基準に取り組むための機会を提供するものではないとはいえ、我々は、当法廷が行っているものの現実に見て見ぬふりをし続けることはできない。

#### (3) 事案処理の意義

本件に関しては、トーマス裁判官ですら反対意見を述べることができず、また、誰もトーマス

裁判官に同調することがなかったという点が、さしあたりは重要であろう。しかし、トーマスは、あえて同意意見を執筆し、本件で争われている中絶方法がいかに「残酷」であるのかを、Carhart I のケネディ裁判官の反対意見を引用しながら描写する控訴裁判決を再現することによって印象づけ、それにもかかわらず、この残酷な方法が過度の負担基準の下で違憲とされてしまうことを憤慨して、当該基準を「憲法の常軌を逸した逸脱」であり、明らかに誤っていると論難する。このトーマスの同意意見は、いわゆる一部出生中絶を禁止する連邦法を合憲とした Carhart II 判決の再現を目論んで、第2トライメスター以降の中絶の禁止を目指そうとする州側の二番煎じの戦略にお墨付きを与えることを意図したものであろうが、判例変更の現実の可能性の低さに鑑みれば、下級裁判所裁判官の熱い期待に応えて、保守派の筆頭裁判官としての自らの思いを開陳した、仲間内の喝采を得るためだけの意見としか見えないものであるように思われる。

## 三 展望

#### 1 政治の分極化の中の司法

ケネディ裁判官の引退後、「保守派の裁判官のブロックの中で最も中道派に近い(TI)」とされ、イデオロギー・ラインによる 5 対 4 判決において決定票を握っていると目されているロバーツ長官が、現在の合衆国最高裁を取り巻く政治環境の下で、Casey および Roe の直截な先例変更という保守派の待望する投票行動を直ちに取りうるかどうかは、必ずしも定かではない。国民の信頼は司法の正統性を支える生命線をなすものであり、特定の使命を持ち、極めて強い党派性を帯びて任命された、党派色の強い裁判官の多数の力によって、確立したと考えられている先例を覆したと批判されることは、裁判官の役割をかつて野球の審判になぞらえ、司法判断の公平性、中立性をことさらに強調してきたロバーツにとっては(T2)、できる限り避けたい事態であるに違いない。さらに言えば、ゴーサッチ、キャヴァノー両裁判官の存在によって、1968 年 11 月のニクソン大統領の当選以来、「過去 50 年余りにわたって、共和党の大統領は、合衆国最高裁への指名の最後の 18 回のうちの 14 回を行っている」ことに注意が向けられ、それにもかかわらず、これまでの「13 回の大統領選挙のうちの 6 回しか共和党の大統領候補は一般投票で勝利していなかった」ことを指摘する見解に見られるように(T3)、これまではさほど表だって主張されることのな

<sup>(71)</sup> Joan Biskupic, The Chief: The Life and Turbulent Times of Chief Justice 344 (2019).

<sup>(72)</sup> See id. at 161.

<sup>(73)</sup> Geoffrey R. Stone, A Four-Decade Perspective on Life Inside the Supreme Court, 133 HARV. L. REV. 1010, 1044 (2020) (book review). 即ち、1968 年 11 月以降の 13 回の大統領選挙のうちで共和党の候補が勝利したのは 8 回(1968 年および 1972 年のニクソン、1980 年および 1984 年のレーガン、1988 年のブッシュ(父)、2000 年および 2004 年のブッシュ(子)、2016 年のトランプ)を数えるが、そのうち、2000 年と 2016 年の 2 回の選挙では、民主党の候補に一般投票数で上回ることができなかった。

かった大統領の民主的正統性にすら疑問が呈されるようになり、これとの関連で、合衆国最高裁ないしはその裁判官の民主的基盤を問い直す議論が見られるようになっている現在の情況に鑑みると<sup>(74)</sup>、これらの主張が帯びる政治的性格はともかくとして、中絶といった国論を二分するような政治的争点をめぐる合衆国最高裁の判断にも微妙な影響が生じることになるのかもしれない。こうして、現在の合衆国最高裁が置かれている政治的文脈は、司法の中立性の外観を維持することができないほどまでに厳しいものがあり、政治の分極化が極限まで進行する中で、安易に中絶判例の明示的な変更を行うことは、合衆国最高裁の威信を回復不能なまでに傷つける、あまりにも危険な賭けとなることであろう。

## 2 中絶判例の変更と国民の信頼

そこで、ロバーツ長官としては、先例を変更する十分な数の保守派裁判官が揃っていながらも、司法判断に対する国民の信頼を失うことのないよう細心の注意を払い、当面は、控訴裁判所裁判官の分をわきまえない「超積極主義」を掣肘しながら、慎重に事件の選択を行うことが予想されよう。また、たとえ実体判断を行う場合でも、先例との区別にできる限り意を用い、実質的にCasey および Roe を骨抜きにするという戦略的行動を取ることになるのではなかろうか。これは、また、ロバーツが、先例変更の可否と時期を慎重に見極め、少なくとも 2020 年の大統領選挙前には、党派性がむき出しとなったと受けとめられかねない判決を、先例変更してまでも下すような決断をするとは到底思われないということを意味する。さらに言えば、将来、仮に中絶判例の変更に踏み切る場合でも、どこまで退却するかの合意を取り付けることのないままに先例変更を行うことはないということも想定できよう。もっとも、トーマス裁判官を初め、アリート、ゴーサッチ、キャヴァノーの各裁判官が同様の行動を取る保証はない。トーマス裁判官の表現を借りれば、「争点のさらなる浸透」があることを前提として、巡回区間で「対立している」「重要な問題」が存在する限り、事件を取り上げることはむしろ司法の義務なのであり、合衆国最高裁判所はその負託に応えなければならないということになるだろう。トーマス裁判官は、2018 年10 月開延期において、中絶とは無関係の事件で、2 度にわたって先例拘束性の法理に対する攻撃

<sup>(74)</sup> このほかにも,文脈は異なるものの,共和党の大統領候補が一般投票数で民主党の候補を上回ることができなかった 2 回の選挙に着目して,「共和党大統領によって指名された現在在職中の 5 名のうちの 1 名を除く全員が,一般得票数で敗れたにもかかわらず当選した大統領によって指名された」ことを強調する見解もある。Note, Pack the Union: A Proposal to Admit New States for the Purpose of Amending the Constitution to Ensure Equal Representation, 133 HARV. L. REV. 1049, 1055(2020).この論者は,ジョージ・W・ブッシュ大統領がロバーツ長官,アリート裁判官を,「一般投票でも大統領選挙人による投票でも勝利した 2004 年の選挙後の 2 期目に指名した」ことは認めるものの,「2000 年選挙の一般投票勝利者が大統領職に就いていたとしたら,ブッシュ大統領がそもそも大統領であったであろうことすら疑わしいように思われる」と主張する。Id. at 1055 n.56.

を行った(5)。トーマスにとって、合衆国最高裁が中絶判例と決別する機は十分に熟している。

2018 年 10 月開廷期における 4 つの中絶判決は、中絶判例をめぐるロバーツ・コートの行方に様々な手がかりを与えてくれるものとなっている。裁判官室でいかなる評議と投票がなされたのかは知る由もないが、2020 年 6 月までに下されることになる June Medical Services 判決によって、ロバーツ・コートがいかなるシナリオを描くのかが明らかとなる。

## おわりに

今日の少数意見は、明日の多数意見の萌芽となりうる。もちろん、判例変更を主張する裁判所は、その変更が論理の力によることを、説得力を持って示さなければならない。「もし反対意見に説得力があり、つまり、十分に理由づけられているならば、将来、多数派の判決を覆し、その少数派の見解を受け入れるように他の裁判官を説得しうるであろう(76)」。しかし、その判例変更が裁判官の交代に起因し、政治の力学によって引き起こされたものと広く理解されるようになってしまえば、判決の正当性は著しく弱まることになる。中絶判例を覆す政治的環境が整ったことが、逆説的に、かえって先例変更を躊躇させることになるのかどうか、中絶事件をめぐる合衆国最高裁の動向には今後も目が離せない。

(2020年3月3日脱稿)

<sup>(75)</sup> See Franchise Tax Bd. of Cal. v. Hyatt, 139 S. Ct. 1485 (May 13, 2019) (トーマス裁判官による法廷意見 (ロバーツ長官, アリート, ゴーサッチ, キャヴァノー裁判官同調) は, Nevada v. Hall, 440 U.S. 410 (1979) を覆し, 州は他州の裁判所で提起された私的訴訟から主権免除を保持すると判示する。ブライア裁判官の反対意見 (ギンズバーグ, ソトマヨール, ケイガン裁判官同調) は,「本日の判決がかき立てることができるのは, どの事件を合衆国最高裁は次に覆すのだろうということだけである」とこれを批判する。Id. at 1506 (Breyer, J., dissenting)); Gamble v. United States, 139 S. Ct. 1960 (June 17, 2019) (長年にわたる二重主権の法理を先例変更しないと判示する。トーマス裁判官の同意意見は,「合衆国最高裁による先例拘束性の基準の典型的な定式化は,第3条の下での我々の司法の義務に合致しない。なぜならば,その定式化は,許容される解釈の領域の外にある判決を意味する,明らかに誤った判決 (demonstrably erroneous decisions) を合衆国憲法その他の正当に制定された連邦法のテクストよりも高めるからだ」と述べる。Id. at 1981 (Thomas, J., concurring)).

<sup>(76)</sup> MELVIN I. UROFSKY, DISSENT AND THE SUPREME COURT: ITS ROLE IN THE COURT'S HISTORY AND THE NATION'S CONSTITUTIONAL DIALOGUE xii (2015).

2020 年 6 月 29 日,合衆国最高裁判所は,本稿で扱った 2 番目の事件について,第 5 巡回区合衆国控訴裁判所の判決を覆し,ルイジアナ州の患者受け入れ特権法を違憲と判示した。しかし,この June Medical Services, L. L. C. v. Russo, 140 S. Ct. 2103(2020)では,多数意見が形成されず,ブライアの相対多数意見(ギンズバーグ,ソトマヨール,ケイガンの各裁判官同調)と,ロバーツ長官の結果同意意見によって,かろうじて同法を違憲とする結論を得たにとどまる。なお,トーマス裁判官の反対意見,アリート裁判官の反対意見(ゴーサッチ裁判官同調,IIII ーC およびIIV ーF を除きトーマス裁判官同調,IIII ーC およびIIV ーF を除きトーマス裁判官同調,IIII につきキャヴァノー裁判官同調),ゴーサッチ裁判官の反対意見,キャヴァノー裁判官の反対意見がある。

ロバーツの結果同意意見は、本件では、「4年前に Whole Woman's Health において違憲無効とされたテキサス州法とほとんど同一のルイジアナ州法」が問題となっており、「当該ルイジアナ州法は、中絶へのアクセスに対して、テキサス州法によって課されたのと少しも変わらない厳しい負担を同様の理由によって課す」から、ロバーツ自身は、「Whole Woman's Health における反対意見に同調し」、今でも「当該事件は間違って下されたものと信じ続けている」ものの、先例拘束性の原則に基づいて、「本件における結果は、4年前にほとんど全く同じテキサス州法を無効にした我々の判決によって支配され」、それ故、「当該ルイジアナ州法が違憲であるとする合衆国最高裁の判決に同意する」とするものである。

本判決の結果、今後の中絶判例の行方、とりわけ過度の負担基準とその適用は、不透明なもの となっている。相対多数意見は、過度の負担基準について、当該基準を較量テストと捉え直す Whole Woman's Health における判示(「Casey で宣言された準則は、法律が中絶のアクセス に課す負担を、それらの法律が与える利益とともに、裁判所が検討することを要求する」)を踏 襲し,この基準は,裁判所に対して,「当該法律の主張された利益をその法律が中絶のアクセス に課す負担と衡量すること」を要求するものであるとする。しかし、この理解に従うのは4名の 裁判官だけにとどまり、ロバーツは、「Casey についての何ものも、中絶規制の費用と便益の衡 量が裁判所の仕事であると示唆することはな」く、「Casey は、むしろ実質的障害の存在に焦点 を合わせたのであり、それは、裁判官にとっては、多様な文脈を越えて、なじみのある類の審査 である」と述べる。もっとも,ロバーツは,「Whole Woman's Health は,利益の議論とは独 立して、テキサス州の患者受け入れ特権の要件が『母体外生存可能時より前の中絶を求める女性 の行く手に実質的な障害』を置くと判示した」ものであり、また、「我々は、Whole Woman's Health が Casev における過度の負担基準を適用していたとの同判決における言明を尊重すべき である」と主張することによって、Whole Woman's Health における過度の負担基準の新たな 理解に従わなくとも、Whole Woman's Health を援用しながら、先例拘束性という論理によっ て、本判決の結論を導き出す。そうすると、ロバーツによれば、先例拘束性によって固守される

べき過度の負担基準とは、本来、Whole Woman's Health においてきちんと適用されるべきであった、Casey におけるそれであるということになる。

なお、州側からの裁量上訴の申立てにおいて提起された、第三者スタンディングの争点については、ロバーツを含む5名の裁判官が、本件における中絶提供者は彼らの患者の憲法上の権利を主張するスタンディングを持つことを認めている。しかし、そのように明示的に主張するのは、5名の裁判官にとどまり、ここでも、本判決は、中絶判例の将来に不安定化の懸念をもたらしている。

(原稿受付 2020年4月6日)

# 合衆国最高裁判所における Roe と Doe

# --- 第二ラウンド

小 竹 聡

キーワード: Roe v. Wade, Doe v. Bolton, 妊娠中絶, 合衆国最高裁判所

### 目 次

はじめに

- 1 再口頭弁論前の動向
- 2 再口頭弁論
- 3 合衆国最高裁内部
  - (1) 裁判官会議
- (2) その後のやり取り
- 4 判決直前の動向
- 5 判決
  - (1) 各裁判官とそのロー・クラークの果たした役割
  - (2) 判決の内容
- 6 判決後の動向
  - (1) 判決に対する反応
  - (2) 合衆国最高裁の裁判官

おわりに

## はじめに

本稿は、1973年1月22日に下された Roe v. Wade および Doe v. Bolton 判決<sup>(1)</sup> の形成過程を振り返ることによって、判決の法理とそれらに加えられた様々な批判を分析し、Roe 判決と総称される両判決の意義を検討するための一助とすることを目的とする。本稿では、前稿<sup>(2)</sup> に引き続き、1972年10月の再口頭弁論からその後の合衆国最高裁内部でのやり取りを中心とする第二ラウンドに焦点を合わせて、合衆国最高裁判所における両事件の動向を振り返ることとしたい。

<sup>(1)</sup> Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973).

<sup>(2)</sup> 小竹聡「合衆国最高裁判所における Roe と Doe — 第一ラウンド」拓殖大学論集 政治・経済・法 律研究 22 巻 1 号 23 頁 (2019), 参照。

# 1 再口頭弁論前の動向

1972 年 6 月 22 日, 合衆国最高裁は, Roe および Doe を翌開廷期に持ち越し, 再口頭弁論を 行うことを正式に発表したが、再口頭弁論を10月11日の水曜日に開くことを両事件の弁護人双 方に通知したのは、ようやく9月5日になってからのことであった®。それに先立つ同年7月23 日に、ロイ・ルーカスは、サラ・ウェディントンに5頁の手紙を送ったが、その中で、ルーカス は、それまでの両者の軋轢を要約するとともに、来るべき Roe の再弁論では、自分に弁論の機 会が与えられるべきことを要求した。ルーカスは、ウェディントンとコーフィーが Roe を永久 に自分に任せたものと考えていたとし、「あなた方はみな高潔な人々であり、自分を不当に利用 しようとはしないだろうと思っていました」と記した。そして,「合衆国最高裁の質問を予期し, あなたの主張を強化するやり方で質問に反応することができるためには、多くの経験と献身が必 要です。スチュアート裁判官が,あなたに政策の議論から離れて,法について語るよう示唆した 時に(スチュアートはきちんと述べていましたが),それは,あなたが一般大衆と聴衆に向かっ て語っていたという証拠でした。裁判官たちは法に興味を示しています」と記した上で, Vuitch の扱いの点と、合衆国最高裁の裁判官であったクラークの論文に触れなかった点で、ウェ ディントンは間違っていたとルーカスは断じた。「あなたの弁論の多くは立派でしたが,さらに 改善することができる多くの余地があることでしょう。そのことは、激しく、ほとんど真っ二つ に分かれた裁判所にとっては重要なことです。」さらに、ルーカスは、「私の主要な関心は、中絶 廃止運動とそれによって影響を受ける人々が利用することができる最も徹底的な陳述と弁護を受 け取ることであり、それを見続けることです」と付け加えた上で、「Roe の弁論から私が外され たという事実は、私の基金を調達する能力を破壊しました」が、「秋の、立派で、成功した弁論 の後押しは、それらのすべてを変え、私たち相互の責務を公平にすることでしょう。検討して下 さい。すべてはあなたにかかっています」とウェディントンに訴えて,その手紙を結んだ⑷。もっ とも、サラ・ウェディントンにとっては、ルーカスの要求について心を決めるための時間は、全 く必要がなかった。1972 年の秋には,ウェディントンは,11 月の自らの州下院議員選挙の準備 や他の選挙運動の支援に向けて、多忙な毎日を過ごしていたが、他方で、再弁論の準備に充てる 時間も都合しなければならなかった。ウェディントンは,9月15日の締め切りまでに,Roeの 補充の上訴趣意書を何とか書き上げた⑤。

<sup>(3)</sup> See David J. Garrow, Liberty and Sexuality: The Right to Privacy and the Making of  $Roe\ v$ .  $WADE\ 563\ (1994)$ .

<sup>(4)</sup> See id. at 563-64.

<sup>(5)</sup> See id. at 564. See also Sarah Weddington, A Question of Choice 134 (With a New Chapter, 1993).

この17頁からなる Roe の補充の上訴趣意書®は、1970年6月17日の原判決で合衆国地裁が差止命令による救済を拒否し®、また、1971年11月2日にはテキサス州の最上級裁判所が当該州法違反で訴追された医師の有罪判決を維持していた®ことから、テキサス州内の医師が中絶を実施することを拒否し続け、1971年の最後の9か月間に、1,658名の女性が中絶を受けるためにニュー・ヨークに旅行したという事実に言及した上で、1972年中に見られた、アメリカ法律家協会の代議員会による統一中絶法の提案や、人口増加とアメリカの将来に関するロックフェラー委員会の勧告®に言及する®。そして、1971年12月13日に行われた Roe の最初の口頭弁論以降に下された、1972年3月22日の合衆国最高裁の Eisenstadt v. Baird 判決®や、1972年1月14日のヴァーモント州法に関する州最高裁の判決®、1972年2月29日のニュー・ジャージー州法、1972年3月13日のカンザス州法、1972年4月18日のコネティカット州法に関する合衆国地裁の各判決®を引用しながら、最近の事件が、スタンディングに関する上訴人側の主張を支えるものであることを主張する®とともに、「健康と幸福の保護のために医療を求め、受け取る権利(the right to seek and receive medical care for the protection of health and wellbeing)」が基本的な個人の自由であること、当該テキサス州法は基本的なプライバシーの権利を侵害すること、同法はやむにやまれぬ重要性を持ついかなる州の利益も狭く起草されたやり方

<sup>(6)</sup> See Supplemental Brief for Appellants, Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) (No. 70-18), reprinted in 1 A DOCUMENTARY HISTORY OF THE LEGAL ASPECTS OF ABORTION IN THE UNITED STATES: Roe v. Wade 425-45 (Roy M. Mersky & Gary R. Hartman eds., 1993). See also Garrow, supra note 3, at 564-65, 867 n.107 (9月16日付); Weddington, supra note 5, at 134-35.

<sup>(7)</sup> See Roe v. Wade, 314 F. Supp. 1217 (N.D. Tex. 1970). 本判決については、小竹聡「アメリカ合衆国における妊娠中絶判決の形成 — 中絶法の廃止に向けた運動の展開」早稲田法学 85 巻 3 号 440~42頁(2010),参照。

<sup>(8)</sup> See Thompson v. State, 493 S.W. 2d 913 (Tex. Crim. App. 1971). 本判決については、小竹聡「アメリカ合衆国における妊娠中絶合法化の過程 — 1971 年および 1972 年の情況」拓殖大学論集 政治・経済・法律研究 16 巻 1 号 152 頁 (2013) (以下、合法化)、参照。

<sup>(9)</sup> 小竹, 合法化・前掲注(8), 153~54頁, 参照。

<sup>(10)</sup> See Supplemental Brief for Appellants, Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) (No. 70-18), reprinted in 1 A DOCUMENTARY HISTORY OF THE LEGAL ASPECTS OF ABORTION IN THE UNITED STATES: Roe v. Wade, supra note 6, at 430-31.

<sup>(11)</sup> See Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972). 本判決については、小竹、合法化・前掲注(8), 161-65 頁 条昭

<sup>(12)</sup> See Beecham v. Leahy, 287 A. 2d 836 (Vt. 1972). 本判決については、小竹、合法化・前掲注(8), 152~53 頁、参照。

<sup>(13)</sup> See Young Women's Christian Association of Princeton, N. J. v. Kugler, 342 F. Supp. 1048 (D. N.J. 1972); Poe v. Menghini, 339 F. Supp. 986 (D. Kan. 1972); Abele v. Markle, 342 F. Supp. 800 (D. Conn. 1972). 各判決につき、小竹、合法化・前掲注(8)、154~59、159~61、165~67 頁、参照。

<sup>(14)</sup> See Supplemental Brief for Appellants, Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) (No. 70–18), reprinted in 1 A Documentary History of the Legal Aspects of Abortion in the United States: Roe v. Wade, supra note 6, at 432–35.

で促進しないこと、さらには、同法が違憲なほど漠然不明確であり、また、医師に違憲な立証責任を課すものであることを主張する(15)。なお、ウェディントンのブリーフは、出産まで妊娠を継続するか否かの女性のプライバシーの権利の主張を補強するために、「プライバシーの権利が何かを意味するのであれば、それは、子を産みまたはもうけるかどうかの決定のような、個人に基本的な影響を及ぼす事項に対する不当な政府の侵入から免れる、既婚であろうと独身であろうと、個人の権利である」と判示する Eisenstadt v. Baird 判決の一節を引用している(16)。また、テキサス州が当該州法の唯一の利益であると主張する未出生者を保護する利益に関連して、「自分の手で行う中絶はテキサス州では犯罪ではないのだから、いわゆる『中絶』法を制定する州議会の目的が胎児を保護することであったというのは論理にかなっていない。当該立法の目的は女性および女性の健康を保護することであったとするのが論理的である(17)」と論駁している。

次いで、9月25日には、マージー・ヘイムズによる Doe の補充の上訴趣意書<sup>(18)</sup> が提出されたが、この9頁からなる Doe の補充のブリーフも、ウェディントンによる Roe の補充の上訴趣意書と同様に、Eisenstadt v. Baird 判決の一節を引用しながら、プライバシーの権利は望まない妊娠を終了させる権利を含むとする従前からの主張を補強している<sup>(19)</sup>。さらに、ハリエット・ピルペルによるアメリカ家族計画連盟(the Planned Parenthood Federation of America)(PPFA) および家族計画医アメリカ協会(American Association of Planned Parenthood Physicians)のための Roe および Doe の補充のアミカス・ブリーフ<sup>(20)</sup> は、この一年間に記録された事実が示唆するのは、公衆衛生と福祉に対するやむにやまれぬ利益が制限的な中絶法の除去を要求するということであること、合衆国最高裁の Eisenstadt v. Baird 判決とこの1年間の連邦の下級裁判所や州裁判所の判決によって、それらの法律の違憲性が明らかになっていること、そして、当該ジョージア州法およびテキサス州法が伴う女性および医師の権利の侵害を合憲にすることができるような、胎児の憲法上の権利や胎児に対するやむにやまれぬ州の利益は、何ら存在しないことを主張する<sup>(21)</sup>。また、このアミカス・ブリーフは、「ことによると兵役、拘禁および死

<sup>(15)</sup> See id. at 435-44.

<sup>(16)</sup> See id. at 436-37 (quoting Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 453 (1972) (emphasis in original)).

<sup>(17)</sup> Id. at 438.

<sup>(18)</sup> See Supplemental Brief of the Appellants, Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973) (No. 70-40), 1972 WL 125862. See also GARROW, supra note 3, at 565, 867 n.107 (9月25日付).

<sup>(19)</sup> See Supplemental Brief of the Appellants, supra note 18, at 2–3 (quoting Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 453 (1972)).

<sup>(20)</sup> See Supplemental Brief for Amici Curiae Planned Parenthood Federation of America, Inc. and American Association of Planned Parenthood Physicians, Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) (No. 70–18) and Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973) (No. 70–40), reprinted in 2 A DOCUMENTARY HISTORY OF THE LEGAL ASPECTS OF ABORTION IN THE UNITED STATES: Roe v. Wade, 331–69 (Roy M. Mersky & Gary R. Hartman eds., 1993). See also Garrow, supra note 3, at 565, 867 n.107 (9 月 15 日付).

<sup>(21)</sup> See Supplemental Brief for Amici Curiae Planned Parenthood Federation of America, Inc. and American Association of Planned Parenthood Physicians, Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) (No.

刑の場合を除いて、そして、それらについては精緻化された保護手段があるのだが、それらよりも、プライバシーに対する、または自己の身体および生命をコントロールする基本的自由に対するより徹底的な制約を想像することは困難である (22) 」と述べている。このほか、裁判所の友としては、特別な手続として中絶を制限しまたは規制する法律は、犯罪に対する適切な有罪宣告がないのに意に反する苦役を課すことによって、修正 13 条に違反すると主張する上訴人側を支持するアミカス・ブリーフ (23) 、反対に、事件を原審に差戻し、差止命令による救済を否定し、かつ、当該テキサス州法の合憲性についての宣言的判決を取り消すことを求める、アリゾナ、コネティカット、ケンタッキー、ネブラスカおよびユタの各州の司法長官のアミカス・ブリーフ (24) が提出されている。なお、Roe および Doe の当事者である州側は、テキサス州のジェイ・フロイドもジョージア州のドロシー・ビーズリーも、補充の上訴趣意書は提出していない。

ところで、再口頭弁論を控えて、サラ・ウェディントンは、PPFAのハリエット・ピルペルに、自分自身とマージー・ヘイムズのために模擬法廷を開いてくれるよう要請し、これを受けてピルペルは、シリル・ミーンズ、ジョー・ネリス、そして、フランク・サスマンに声をかけ、前日の午後に予定されていた模擬法廷に参加するよう依頼した。ネリスは、ヴィッチ医師の弁護を行っていた弁護士であり、サスマンは、ミズーリ州反中絶法に対する憲法上の異議申立てに携わっていたセント・ルイスの著名な弁護士であったが、その他にもアミカス・ブリーフを提出した多くの弁護士がこの予行練習に参加し、再弁論の戦略を立てるべく議論を重ねた(25)。10月11日、再口頭弁論の当日、ウェディントン夫妻は、リンダ・コーフィー、マージー・ヘイムズとともに朝食を取り、それから合衆国最高裁に向かった。サラ・ウェディントンは、前回とは違って、極度に緊張することはなかった(26)。ロイ・ルーカスは、合衆国最高裁判所弁護士会に割り当てら

<sup>70–18)</sup> and Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973) (No. 70–40), reprinted in 2 A DOCUMENTARY HISTORY OF THE LEGAL ASPECTS OF ABORTION IN THE UNITED STATES: Roe v. Wade, supra note 20, at 341–68.

<sup>(22)</sup> *Id.* at 368.

<sup>(23)</sup> See Motion for Leave to File Brief Amici Curiae on Behalf of Organizations and Named Women in Support of Appellants in Each Case, and Brief Amici Curiae, Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) (No. 70–18) and Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973) (No. 70–40), reprinted in 2 A DOCUMENTARY HISTORY OF THE LEGAL ASPECTS OF ABORTION IN THE UNITED STATES: Roe v. Wade, supra note 20, at 223–65. See also GARROW, supra note 3, at 565, 867 n.107 (9 月 20 日付).

<sup>(24)</sup> See Brief Amicus Curiae of the Attorneys General of Arizona, Connecticut, Kentucky, Nebraska and Utah, Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) (No. 70-18), reprinted in 3 A DOCUMENTARY HISTORY OF THE LEGAL ASPECTS OF ABORTION IN THE UNITED STATES: Roe v. Wade, 157-70 (Roy M. Mersky & Gary R. Hartman eds., 1993). この9月26日付のアミカスは、元々は、全国生命に対する権利委員会 (the National Right to Life Committee) (NRLC) の弁護士、マーティン・F・マカーナン・ジュニア (Martin F. McKernan, Jr.) の主導により作成されたものであったが、NRLC が関わったことは、表向きには一切示されることがなかった。これらの経緯については、see Garrow, supra note 3, at 565.

<sup>(25)</sup> See id. at 567; Weddington, supra note 5, at 136-37.

<sup>(26)</sup> See Garrow, supra note 3, at 567-68; Weddington, supra note 5, at 137.

れた場所に着席し、ロン・ウェディントンは、リンダとサラとともに弁護人用の席に加わった<sup>(27)</sup>。

# 2 再口頭弁論

両事件の再口頭弁論は、最初の口頭弁論時とは異なり、バーガー長官、ダグラス、ブレナン、スチュアート、ホワイト、マーシャル、ブラックマンの各裁判官のほかに、パウエル、レーンクィストの両裁判官を加えた9名の裁判官の面前で行われた<sup>(28)</sup>。長官を挟んで、先任順に、向かって左右交互に着席するという慣例に従い、パウエルは左端の席に、レーンクィストは右端の席に着いた<sup>(29)</sup>。

- (28) 以下の記述は、Lucinda M. Finley, The Story of Roe v. Wade: From a Garage Sale for Women's Lib, to the Supreme Court, to Political Turmoil, in Constitutional Law Stories 359, 396 (Michael C. Dorf ed., 2004); N. E. H. Hull & Peter Charles Hoffer, Roe v. Wade: The Abortion Rights Controversy in American History 167-70 (2001); Garrow, supra note 3, at 568-71; Weddington, supra note 5, at 137-42; Lee Epstein & Joseph F. Kobylka, The Supreme Court and Legal CHANGE: ABORTION AND THE DEATH PENALTY 190-92 (1992); MARIAN FAUX, ROE V. WADE: THE UNTOLD STORY OF THE LANDMARK SUPREME COURT DECISION THAT MADE ABORTION LEGAL 289-97 (1988); DAVID M. O'Brien, Storm Center: The Supreme Court in American Politics 31-34 (1986) に拠る。なお、 口頭弁論の内容を文字に書き起こしたものとして, see https://www.supremecourt.gov/pdfs/tran scripts/1972/70-18\_10-11-1972.pdf; see also Oral Argument, October 11, 1972, reprinted in 75 LANDMARK BRIEFS AND ARGUMENTS OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES: CONSTITUTIONAL LAW, ROE V. WADE (1973), MAHAN V. HOWELL (1973), at 807-33 (PHILIP B. KURLAND & GERHARD CASPER eds., 1975); Transcript of Oral Re-Arguments before the Supreme Court in Roe v. Wade, October 11 1972, reprinted in 3 A Documentary History of the Legal Aspects of Abortion in the UNITED STATES: ROE V. WADE, supra note 24, at 483-511. また, 口頭弁論の音声については, see Oral Argument, Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (No. 70–18), available at https://www.oyez.org/cases/1971/ 70-18. Cf. May It Please the Court: Arguments on Abortion (Stephanie Guitton & Peter Irons eds., 1995). 1回目の口頭弁論時と同じく, 質問を行った裁判官名の特定は, 出典に拠って異なる場合 には、音声に依拠して判断した。
- (29) なお、ブラックマン裁判官について言えば、彼の心の中では、争点は、今や、かなり明快であった。 ブラックマンは、再口頭弁論の準備のために、しばしば用いていた非常に個性的な速記法で、法律用箋 にメモを書き留めた。

「州はすべての中絶を禁止しうるか。論理的には、胎児の生命の命題に基づいてできる。しかし、いつものように、対抗する諸利益もまた存在する。これらは衡量に値する。それらは、即ち、母の生命、健康、身体的&精神的……に対する権利。翻訳されると、これは修正9条および14条の権利を意味する。テキサスの例外規定はそれなりにはOK、しかし、中途半端。」そして、ブラックマンは、このリストの横に、「自分の思うままに身体を扱う絶対的権利はない。」と走り書きした。最後に、ブラックマンは、テキサス州の事件における意見の概要を作成した。

「A. 基本的な個人の自由が本件で問題となっている — 医療を受ける権利。もちろん、我々は、避妊に関して助言する権利についてではなく、避妊後に行動する権利について語っている。その答えが何で

<sup>(27)</sup> See Garrow, supra note 3, at 568.

最初に、Roe v. Wade 事件の上訴人側弁護士、サラ・ウェディントンが弁論を始めた。ウェ ディントンは、事件の来歴を要約した後、第一審で当該州法を違憲とする宣言的判決を得たにも かかわらず差止が認められなかったため、医師が訴追されることを依然として恐れていると主張 し、その結果、テキサス州では、女性たちが免許を受けた医師から中絶を受けることができず、 1971年の最初の9か月だけで、1,600人ものテキサス州の女性が中絶を求めてニュー・ヨーク市 に向かったと指摘した。そして、前回の弁論以降に判決が下されたいくつかの事件が存在するこ とに注意を向け、また、ハリエット・ピルペルによるアミカス・ブリーフで提起された中絶の安 全性についての統計に特に言及した後、自分たちの主張の憲法上の論拠を先例に依拠して確認し、 さらに、コネティカット州法を再度違憲とした 1972 年 9 月の Abele v. Markle 判決を引き合い に出して(30), 回復不能の権利侵害の是正のために, 連邦裁判所こそが女性たちに利用可能な唯 一のフォーラムであると主張した。その後、ウェディントンが当該制定法の立法目的について言 及を始めると、弁論の開始と同時に矢継ぎ早に質問がなされた前回とは異なり、ここで、初めて、 ウェディントンは実質的な質問にさらされた。スチュアートから、未出生の胎児は、あるとした ら、どのような権利を持つのかと問われたウェディントンは、胎児はいかなる憲法上の権利も持 たないと応答したが、これを受けて、ホワイトが胎児の憲法上の地位に関する一連の質問を行 い、胎児がデュー・プロセス条項の下で人でないことは、あなたの主張にとって決定的に重要か、 デュー・プロセスの保護のために、連邦憲法の下で胎児は人ではないのかと矢継ぎ早に尋ね、さ らに、もし胎児が人であるならば、あなたは敗訴することになるかとウェディントンを追及した。

あれ、何か基本的なものが関わっている。

B. この種の事柄の多くの先例 — Griswold, etc.

C. 州の目的の論理的根拠

<sup>1.</sup> 独身と既婚との間に区別なし

<sup>2.</sup> 私的な性行為の規制ではない

<sup>3.</sup> 妊娠を非行の故の処罰とする立法部の意図はない

<sup>4.</sup> テキサスは胎児への関心の点で一貫していない

a. 女性はその犯罪の共犯者とされていない

b. 女性は刑罰なしに中絶を求めてどこにでも自由に行ける

c. 自己堕胎は犯罪ではない

d. 胎児の殺害は殺人ではない

e. 胎児はいかなる個人の権利も持たない

<sup>5.</sup> 歴史的にはいかなる障害もない。それ故、州はいかなる伝統的な利益も持たない。」

LINDA GREENHOUSE, BECOMING JUSTICE BLACKMUN: HARRY BLACKMAN'S SUPREME COURT JOURNEY 91-92 (2005) (ブラックマンの文書に拠る).

<sup>(30)</sup> 本判決については、小竹、合法化・前掲注(8)、174~75頁、参照。この判決におけるニューマン裁 判官による多数意見は、今後、合衆国最高裁の裁判官たちによってたびたび言及されることになる。ま た、ニューマン裁判官の意見の写しは、ブレナン裁判官の Roe および Doe のファイルの中にも含まれ ている。See GARROW, supra note 3, at 869 n.114.

しかし、ウェディントンは、この最後の質問には正面から答えず、「そのときには利益衡量を行うでしょう」と述べたため、ホワイトが、「母の権利を胎児の権利と衡量しようというのですね」と確認すると、「ある人の憲法上の権利を別の者の単なる制定法上の権利とは衡量はしません」とウェディントンは即答した。さらに、ホワイトが、州の利益は、憲法上の権利よりも勝ることは決してありえないと思うかと尋ねたが、ウェディントンは、「胎児が修正 14 条……の下で人であると州が証明することができれば、そのときには、州はやむにやまれぬ利益を持ち、その利益は、いくつかの事例では、基本的権利よりも勝ることができると試みる情況があるでしょう。本件は、この特定の情況における事案ではありません」と強調した。ここで、バーガーが口を挟み、妊娠期間の最初の月と 9 か月目との間で区別はつけないのかと尋ねたところ、ウェディントンは、「我々の法律は区別をつけていません」と返答し、続けて、現在、期限の制限を採用している州もあるものの、それらの州法は未だ争われていないと主張したものの、最後には、「私たちは、いかなる期限の制限も設けません」と認めざるを得なかった。

次いで、ブラックマンが、当該制定法の違憲性を争う論拠のうち、漠然性の主張と修正9条の 主張のどちらに重点を置くのかと尋ねたところ、ウェディントンからはいずれにも依拠している との返答があった。ここで、ブラックマンは話題を変え、おびただしい量のブリーフのどこにも ヒポクラテスの誓いが言及されていなかったと述べた上で,ヒポクラテスの誓いについて,何か 意見はあるかとウェディントンに尋ねた。最終的に、ウェディントンが、「ヒポクラテスの誓い は,私たちが行っている議論とは関係がありませんでした」と述べて,このやり取りを終えると, ブラックマンは、今度は、今年の6月29日に合衆国最高裁によって下された死刑判決(31)と本件 におけるあなたの立場との間には、何か矛盾が存在すると感じることはないかと尋ねた。しかし、 ウェディントンは,「胎児が人であると証明されていた場合には,違いがありえたかもしれない」 が、「胎児が人であるとはこれまで一度も証明されていない」と応答した。ここで、議論は再び 胎児の地位の問題に戻り、ブラックマンが、あなたの主張は、何よりもまず、胎児が全く憲法上 の権利を持たないとの命題にかかっているのかと尋ねたのに対して、ウェディントンは、「たと え合衆国最高裁が、ある時点で、胎児には憲法上の保護が与えられると決定したとしても、依然 として、あなたは、ある生命を別の生命と衡量することに戻ることになるでしょう」と応答し、 これを受けて、ホワイトが、改めて胎児の生命との衡量に関する質問を行った。ここで、スチュ アートが口を挟み、「もし未出生の胎児が人であることが証明されたならば……あなたは、本件 で,ほとんど不可能な主張をすることになるのではないですか」と畳みかけると,ウェディント ンは、「私は非常に難しい主張をすることになるでしょう」と返答し、スチュアートも、直ちに、 「きっとそうだと思いますよ」と応答した。

最後に、バーガーが、「あなたの見解では、あらゆる憲法上の目的のために、妊娠期間の3か

<sup>(31)</sup> See Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972) (per curiam).

月後に、胎児が人であると法律によってテキサス州は合憲的に宣言することができるか」と質したが、「テキサス州議会が連邦憲法の意味を決定することができるとは思いません。その決定をなすのは当法廷に委ねられています」とウェディントンがきっぱりと答えると、州法による胎児の保護をめぐるバーガーとの若干のやり取りを経て、ウェディントンは、与えられた時間の最後の4分間を反駁のために残し、いったん自分の弁論を終えた。

州側の口頭弁論は、第1回目の弁論を行ったジェイ・フロイド(Jav Floyd)に代わって、フ ロイドの直属の上司であり、1968年からテキサス州司法長官執行部長を務めていたロバート・C・ フラワーズ (Robert C. Flowers) が行った(32)。初めに、フラワーズは、「テキサス州の立場は、 受胎時に、人間、即ち、合衆国憲法の概念の範囲内の人を、我々は持つということです」と率直 に宣言して弁論を始めたが、直ちに、スチュアートが、どのようにしてその問題は決定されるべ きなのかと尋ねたところ、フラワーズは、「それは、州議会によって最も良く解決することがで きるものと我々は考えます」と答えた。そこで,スチュアートは,未出生の胎児が修正 14 条の 意味における人であると判示した事件を何か知っているかと質問したが、「いいえ」とフラワー ズが答えると、スチュアートは、修正 14 条は人を「出生しまたは帰化した」と規定していると 指摘した(33)。これに対して、フラワーズがブラックストーンを援用して反論しようとした時、 ブラックマンが口を挟み,「ブラックストーンの時代には,中絶が重罪ではなかったというのは 正しくはないのですか」と尋ねた。「その通りです」と答えながらも、フラワーズが議論を合衆 国憲法の起草者に向けようとすると, 再び, ブラックマンが, 「いつ生命が始まるかについて, 医学界自体は意見が一致していない」ことが正しいかどうかを迫り、フラワーズは、「その通り だと思います」と返答した。さらに、ホワイトが、仮に胎児が人であるということが正しいとす ると、中絶を認めることが非常に難しくなるとしながらも、いかなる場合もそうなのかとフラワー ズを追及すると、ここで、マーシャルがフラワーズを茶化し、「妻の健康のためになるように夫 を殺害することをテキサス州は認めることができるか」と口を挟むと,聴衆から笑いが起こった。 その後、中絶以外に医師が刑事罰を科される手術がテキサス州では存在しないことをめぐって

<sup>(32)</sup> フラワーズは、後年、インタヴューに答えて、今回の弁論のために、要点を抜き書きしておく等、特別な準備をしてこなかったと告白した。というのも、テキサス州司法長官クロフォード・マーティン(Crawford Martin)が選挙に敗れてしまっていたため、フラワーズやフロイドを初めとするマーティンの部局の上級職員は、職を探さなければならなかった。また、上司のマーティンの健康状態がすぐれず、マーティンがフラワーズとフロイドとともに弁論席に加わったのは、ジョン・ホプキンス大学病院での眼科手術を受けに行く途中のことであった。こうして、フラワーズは、他に多くの気にかかることがあり、弁論の準備に多くの時間をかけることができなかったという。当時を振り返って、フラワーズは、ワシントン到着後、ほとんどすべてがひどい状態にあったと述懐するとともに、準備不足がたたったことを深く悔いている。See FAUX、supra note 28、at 290-93; see also HULL & HOFFER、supra note 28、at 168; GARROW、supra note 3、at 569.

<sup>(33)</sup> スチュアートは、直後に、それは「市民」の定義だと言い直した。

議論がなされた後で、ようやく、フラワーズは、自らの主張の基本に立ち返って、「胎児の概念が人の概念の範囲内にあること、合衆国憲法およびテキサス州憲法の枠組の中にあることは、すこぶる基本的な事柄であると私たちは考えています」と述べることができた。しかし、スチュアートが直ちに口を挟み、「もちろん、あなたがそのことについて正しければ、あなたは着席することができますよ、あなたは勝ったのです」と述べると、続けて、スチュアートが、「テキサス州中絶法が中絶を認める上で、現在、あまりにも進み過ぎている場合をおそらくは除いてですね」と付け加えた。フラワーズが、「これこそは、当法廷が答えなければならない唯一の問題です」と答えると、ホワイトが加わり、「それでは、もし胎児または胎芽が人でないのなら、あなたは敗訴しているのでしょうか」と尋ねたが、フラワーズは、「はい、その通りです。私はそう言うでしょう」と返答した。

その後、フラワーズは、当法廷が未出生の子の権利に気がつかなかったわけではなかったと述 べて、いくつかの判例を挙げた後に、「当法廷は少数者の権利を保護することに絶えず努力して います」、未出生の子こそは「真の、物言わぬ少数派です」と主張した。スチュアートが、再び、 胎児が人かどうかの問題を提起し、マーシャルは、「胎児が受胎時に人であると述べる医学的な 証言が存在するか」を問い質した。フラワーズは、イリノイ州中絶法をめぐる 1971 年の Doe v. Scott における反対意見を引き合いに出して<sup>(3)</sup>、その問いに答えようとしたが、マーシャルが、 受胎の瞬間から胎児が人であることを述べる医学の文献を挙げて欲しいと尋ねたものの、最終的 に、フラワーズは、その反対意見でさえも、「受胎の瞬間」については語っていなかったことを 認めた。ここで、スチュアートが、先の問題に再び立ち返り、「もし未出生の胎児が人だという ことが正しければ,その人をいい加減に扱うことを州議会に委ねることはできません。言い換え れば、もし未出生の人が人であるというあなたの基本的な提案が正しいとすれば、ニュー・ヨー ク州が有しているような中絶法は、ひどく違憲なのではありませんか」と尋ねた。フラワーズは、 この発言に同意し、「その通りです」と答えたが、その後、まず、ブラックマンが、次いで、レー ンクィストが、1854年に最初に制定されたテキサス州法についての、いくつかの歴史に関する 質問をフラワーズに浴びせた。議論が中絶を禁止する州法一般に及び,ほとんどの州法が 19 世 紀半ば以降に制定された理由はよくわからないとフラワーズがブラックマンに返答した時、スチュ アートが口を挟み、「その時期には、その頃の一般的な手術による処置の危険の故に、妊娠した 女性の健康と生命を保護するために、それらの法律が制定されたのですか」と尋ねると、フラワー ズは、「きっとそれが大きな要因だったと思います」と答えた。

フラワーズの 30 分の時間が終了した時、ウェディントンが最終的な発言をするために演壇に戻った。ウェディントンが、「これが境界線です、生命はここで始まります」と誰も述べることはできないとフラワーズでさえも指摘していると主張することによって、反証を始めたとき、ホ

<sup>(34)</sup> 本判決については、小竹、合法化・前掲注(8)、137~38頁、参照。

ワイトが、「州は妊娠期間のどの時点でさえも、胎児の生命を保護し、または、中絶を防止しえ ない」というのがあなたの主張なのかと尋ねた。ウェディントンは、「現時点では、この特定の 州法が違憲であるというのが私の要点です」と述べてその質問をかわし、その後も、中絶の時期 による違いを執拗に尋ねるホワイトの質問に対して、何とか、正面から答えることを回避するよ う試みた。その後、バーガーが、Vuitch では、漠然性故に無効とは判断していなかったことを 取り上げ、何故、当該テキサス州法が文面上無効であるのかを尋ねると、ウェディントンは、自 分たちの主張は、「同法が文面上無効である」との議論と、「当該州がいかなるやむにやまれぬ利 益も妊娠初期に証明できない場合には、同法は基本的権利を侵害する」とする議論の、二段構え のものだと応じ、さらに、Vuitchでは、プライバシーの権利についての問題が提起されていな かったと論じた。次いで、ウェディントンは、ブラックマンが先に尋ねたヒポクラテスの誓いの 問題を自発的に取り上げ、「その誓いは、中絶が女性の健康にとってとりわけ危険であった時代 に採択されたように私には思われます。……その誓いは、生命を保護するためのものです」と指 摘した。最後に、ウェディントンは、「我々は、中絶を声高に主張するために、ここにいるので はありません。我々は、当法廷に、中絶がある特定の情況下で善いことだ、または望ましいもの であると判断するよう求めているのではありません。我々がここにいるのは,特定の女性が妊娠 を継続するか否か、あるいは、妊娠を終了させるか否かについての決定は、その個人によってな されるべきところの決定であること、その女性は、実際に、自分自身のためにその決定をなす憲 法上の権利を有していること、そして、当該州は、その決定に干渉するいかなる利益も証明して いないことを強く主張するためなのです」と強調した。すかさず、ブラックマンが、あなたの最 近の発言からすると、「あなたは、女性だけの、医師と協力しない、要求に基づく中絶を我々に 強く説いている」のではないかと質したが、ウェディントンは、「私が力説しているのは、この 特定の文脈において、この州法が違憲であるということです」と慎重に述べた後で、Eisenstadt 判決のブレナン裁判官の重要な一節を引用し、「プライバシーの権利が何かを意味するのであれ ば、それは、既婚であろうと独身であろうと、自分自身のために決定をなす個人の権利である」 と主張して、弁論を締めくくった。ここで、バーガーがウェディントンの時間が終了したことを 告げ、Roe v. Wade のすべての弁論が終わった。

その後、直ちに、マージー・ヘイムズとドロシー・ビーズリーが Doe v. Bolton の再弁論を始めるべく歩を進めた<sup>(35)</sup>。ヘイムズは、Doe の原告たちが他のどんな特定の憲法規定よりも「Griswold における当法廷の判決に主に依拠している」ことを強調することによって、自らの弁論を始めた。ヘイムズは ジョージア州改正法の様々な規定と、とりわけ病院要件に対する Doe の

<sup>(35)</sup> 以下の記述は、GARROW, *supra* note 3, at 571-72 に拠る。なお、口頭弁論の内容を文字に書き起こしたものとして、*see* https://www.supremecourt.gov/pdfs/transcripts/ 1971/70-40\_12-13-1971.pdf. また、口頭弁論の音声については、*see* https://www.oyez.org/cases/1971/70-40.

違憲無効の申立ての内容を描写したが、弁論の最初の半分を過ぎるまでは、裁判官からの質問に ほとんど遮られることがなかった。ようやくブラックマンとパウエルが病院要件の争点について、 いくつかの質問を行い,その後,レーンクィストとバーガーが医学界の自己規制について,追加 の質問を行った。ホワイトは、州は20週で制限を課しうるか否かを問うたが、ヘイムズは、そ れには直接返答しなかった。ヘイムズは、再反論のために自らの時間の3分間を留保し、ここで、 ビーズリーがジョージア州司法長官アーサー・K・ボルトンに代わって弁論を行うために立ち上 がった。ビーズリーは、レーンクィストとの間で、管轄権をめぐる長い、非生産的な議論に弁論 を費やし,その後,バーガーが扁桃腺摘出手術に関するいくつかの質問を行った。マーシャルは, ビーズリーによる胎児の説明に異議を唱え、「この『生きている存在』の点には、大いに疑問が ある」と述べた。ビーズリーが、胎児は修正9条の一人で放っておかれる権利を持つべきだと主 張することによって、原告に対する憲法上の一撃を食らわせようとした時、マーシャルは、「あ なたは、胎児に修正9条を承認し、母には修正9条を承認しないことは、できないのではないで すか」と切り返した。ブラックマンは、第1回目の弁論時にビーズリーに尋ねた、なぜジョージ ア州法は近親相姦の例外規定を有していないのかについて論評を加え、ビーズリーは、何度も、 胎児の生命に対する州の利益を強調することを繰り返したが、弁論が進むにつれて、ビーズリー の特徴ある鋭く甲高い声がますます怒りを帯びているように感じられた。

ちょうど正午きっかりに、最高裁は昼食のための休憩に入った。ビーズリーの最後の 10 分間の弁論のために、法廷が午後 1 時に再開した時、ビーズリーは、妊娠の第一トライメスターの後には異なった法的基準が課されうるのかどうかについて尋ねられた。ビーズリーが、「修正 9 条から発している何かが存在するのであれば、それは胎児の一人で放っておかれる権利です」と再び強調した時、バーガーは、意見を異にしたように思われた。ビーズリーの時間が終了した後に、ヘイムズが最後の発言のために演壇に戻ったが、その発言のほとんどは、もっぱらヒポクラテスの誓いをめぐるブラックマンとのやり取りに費やされた。公式には 1 時 14 分に Doe v. Boltonの口頭弁論は終了した。

ウェディントン夫妻は、リンダ・コーフィー、マーサ・キング、そして、テキサス州からやって来た支援者のルース・バウアーズ(Ruth Bowers)とともに昼食をとった。サラ・ウェディントンは、裁判官たちの質問が前回の口頭弁論時よりもずっと厳しくなかったことから、勇気づけられるよりもむしろ不安を感じ、ほとんどの裁判官は既に結論を下しているのではないかと感じていた。ハリエット・ピルペルは最高裁を出る時に、勝利を確信しているとサラ・ウェディントンに告げたが、ウェディントンたちの票読みでは、バーガーと、おそらくホワイトは、見込みがあるようには聞こえず、レーンクィストとパウエルも、励みとなるような発言や特に何かを明らかにするようなことは何も言わなかった。ウェディントン夫妻の友人には、1970年にテキサス大学ロー・スクールを卒業し、現在、パウエルのロー・クラークとして Roe および Doe を担当している、彼らに好意的なラリー・A・ハモンド(Larry A. Hammond)がいたが、そのこ

とだけでは、パウエルがおそらく支持してくれるであろうと考える理由にはならなかった  $^{(36)}$  。他方、マージー・ヘイムズは、複雑な感情を抱いていたサラ・ウェディントンとは異なり、バーガーの質問口調が前回よりも明らかに好ましいものへと変わったことを感じ、また、ヘイムズの判断では、パウエルもおそらくは味方であるように思われたので、弁論を終えて大いに希望を持った  $^{(37)}$  。さらに、ロイ・ルーカスは、シリル・ミーンズに送った手紙の中で、Roe および Doe の弁論をためらうことなく非難し、いかなる基準によっても両弁論は素人臭くて知識がなく、前回 12 月の弁論よりもひどかったと酷評した。ミーンズは受け取った手紙の写しをサラ・ウェディントンに送ったが、誰から受け取ったかを察したウェディントンは、全く気にも留めなかった  $^{(38)}$  。

<sup>(36)</sup> See Garrow, supra note 3, at 572-73; see also Weddington, supra note 5, at 142. 但し、ハモンド は、ウェディントンとコーフィーとは学年が違い、ウェディントンのことは知ってはいたものの、よく は知らなかった。また、ウェディントン夫妻とは、訴訟の継続中、連絡を取ったことは全くなかった。 See James Robenalt, January 1973: Watergate, Roe v. Wade, Vietnam, and the Month That Changed America Forever 160-61, 346 n.37 (2015). ハモンドの経歴とパウエルのロー・クラークと して在籍するまでの経緯については、see id. at 160-65. なお、Roe の再弁論につき、see Epstein & KOBYLKA, supra note 28, at 190, 191 (「ウェディントンの出来は、どちらかと言えば、2 度目の方がひ どかった。」「彼女は2組の質問につまずいた。一つはブラックマンから発せられた…… [ヒポクラテス の誓いをめぐるものであったが] ……彼女がその問題をあまり考えていなかったことは明らかだった。」 「より重要なのは、スチュアート、ホワイトおよびバーガーから主に発せられた、胎児の権利をめぐる 一連の質問の方だった。」「ほとんどの裁判官が妊娠の全期間にわたって中絶を認めるというつもりはな いという事実に彼女は気づかなかった」); id. at 192 (「どれだけウェディントンの出来がお粗末だった としても、今度も彼女の相手方はもっとひどかった。フラワーズは、準備ができておらず、ほとんど至 る所でしくじった。」); Faux, supra note, 28, at 297 (「再弁論はひどいものだった。もし2度目が最初 の弁論であったなら、どちらの側にとっても完全な失敗であったことだろう。見事な弁論はしばしば勝 訴をもたらすが、ひどい弁論は決して敗訴させないと最高裁の専門家は言いたがるものであったが、中 絶に関する2度目の弁論は、非常にお粗末であったので、その弁論が実際に勘定に入れられたのであれ ば、その期待が正しいことが分かったのかもしれなかった。……ウェディントンとフラワーズは、あま りにも言いなりになり、あまりにもわずかな要点しか主張しなかった。」). また、ブラックマンによる 評価については, see The Justice Harry A. Blackmun Oral History Project: Interviews with Justice Blackmun, conducted by Professor Harold Hongju Koh, Yale Law School (Transcript of a series of interviews recorded at the U.S. Supreme Court and the Federal Judicial Center between July 6, and Dec. 13, 1995), at 198 (June 2, 1995), available at https://memory.loc.gov/diglib/blackmunpublic/page.html?FOLDERID=D0901&SERIESID=D09 [hereinafter Oral History]) (「再弁論は, 実際のところ、1回目の弁論よりも良かった」ものの、「ヒポクラテスの誓いに関しては、甚だしく役 に立たなかった。」); see also id. at 490 (June 20, 1995) (同旨).

<sup>(37)</sup> See Garrow, supra note 3, at 573.

<sup>(38)</sup> See id.

# 3 合衆国最高裁内部

#### (1) 裁判官会議(39)

2つの事件を審理するために裁判官会議が開かれた時、裁判官たちは、Roe および Doe を順番に検討するのではなく一緒に議論した<sup>(40)</sup>。まず、バーガー長官が、テキサス州法は「質が悪く」、「あまりにも制限的」な代物だとはばかることなく述べることによって議論を始めた。バーガーは、ブラックマンの意見のドラフトが行っていたように、漠然性の根拠で無効にすることを支持できるかどうかについては分からないが、州は、医師に向けられた刑事法の手段によって、中絶を女性の生命を救うであろうものだけに制限することはできないということは間違いないと説明した。しかし、Doe は「はるかにより複雑」であり、それは、州が中絶に関して「立法する権利を有する」からだとバーガーは述べた。加えて、バーガーは、「胎児の生命は何らかの時点で保護を受ける」と述べた。

ダグラスは、簡潔に、テキサス州法についてはバーガーに同意し、また、ブラックマンが5月

<sup>(39)</sup> 以下の裁判官会議の内容は、ダグラス、ブレナン、マーシャルの残した文書に依拠し、併せて、BERNARD SCHWARTZ、THE ASCENT OF PRAGMATISM: THE BURGER COURT IN ACTION 305 (1990); BERNARD SCHWARTZ、THE UNPUBLISHED OPINIONS OF THE BURGER COURT 148 (1988); BOB WOODWARD & SCOTT ARMSTRONG、THE BRETHREN: INSIDE THE SUPREME COURT 231 (1979) [ボブ・ウッドワード、スコット・アームストロング (中村保男訳) 『ブレザレン ― アメリカ最高裁の男たち』313 頁 (1981 年)] を参照する、GARROW、supra note 3、at 573-76 を拠り所とする。なお、この時の裁判官会議の様子については、see also JAMES F. SIMON、THE CENTER HOLDS: THE POWER STRUGGLE INSIDE THE REHNQUIST COURT 106-07 (1995) (ダグラス、ブレナン、マーシャルの文書に依拠する); GREENHOUSE、supra note 29、at 93-95 (ブラックマンの文書に主に依拠する。但し、小竹、前掲注(2)、46 頁注(95)、参照); TINSLEY E. YARBROUGH、HARRY A. BLACKMUN: THE OUTSIDER JUSTICE 219 (2008) (ブラックマンの文書に依拠する); EARL M. MALTZ、THE COMING OF THE NIXON COURT: THE 1972 TERM AND THE TRANSFORMATION OF CONSTITUTIONAL LAW 184 (2016) (パウエルの文書に依拠する). See infra note 51. また、後年の、ブラックマン自身による Roe および Doe 判決や判決の前後の情況についての発言については、see Oral History、supra note 36. その間の事情については、see Harold Hongju Koh、Unveiling Justice Blackmun、72 BROOK. L. Rev. 9 (2006).

<sup>(40)</sup> See Garrow, supra note 3, at 573. なお、再口頭弁論後の裁判官会議がいつ開かれたのかについては、はっきりしない。Garrow, supra, at 868 n.114 によれば、ダグラスの裁判官会議メモには、10月13日とはっきりとラベルが張られているが、プレナンの裁判官会議用リストは、Roe および Doe が、通常の金曜日の会議日である 10月13日またはその翌週の 10月20日ではなく、実際には、10月24日にのみ議論されていたのかもしれないと示唆する。マーシャルの文書は、10月11日水曜日および 10月17日木曜日の両日の、午後3時30分に裁判官会議が開かれ、また、通常の10月20日の会議は、10月24日に再招集されたことを示す。もっとも、Garrow、Roe at 40, infra note 52, at 909は、10月13日としている。なお、SIMON、supra note 39, at 106は10月12日、GREENHOUSE、supra note 29, at 92と Yarbrough、supra note 39, at 219は10月13日、MALTZ、supra note 39, at 184は日にちを特定していない。

に回覧した Roe および Doe のドラフトにも同意すると述べた。

ブレナンは、自分もまたブラックマンの Roe と Doe のいずれのドラフトも支持すると述べた。スチュアートは、自分の立場も以前とは変わらないと宣言した。しかし、スチュアートは、それに付け加えて、「胎児が修正 14 条の範囲内の人ではない」との主張を扱うことが最高裁にとっては不可欠であり、というのも、コネティカット州法についての判決もニュー・ヨーク州のByrn 事件もその争点に直面しているからだと述べた。そして、「そのことは、胎児が何も権利を持たないとか、州によって権利を与えられることができないということを意味しない」とスチュアートは宣言した。しかし、スチュアートは、テキサス州法が漠然性故に無効であると言うこともできないとし、それは、コネティカット州法の事件におけるジョン・ニューマン裁判官の理由づけを非常に好ましいと思うからであり、合衆国憲法上、最高裁は修正 9 条に依拠すべきではなく、「Griswold でジョン・ハーランが述べたように、それは修正 14 条の権利である」と説明した(41)。

ホワイトは、胎児が修正 14条の下で人ではないことに同意したが、このことは、どちらかの主張を終わらせることはなく、その理由は、合衆国最高裁は、女性の修正 14条の権利を、胎児を保護する州の利益と衡量しなければならないからだと強調した。そして、「私は、中絶法を支持するという衡量をする上で、州議会を後知恵で批判するつもりはない」と述べた上で、母の単なる「個人的な便宜」に基づく中絶を含む、中絶を禁止することを州が禁じられるべきではないのであれば、ジョージア州法およびテキサス州法は、文面上、無効と判示されるべきではない。「何故、州は、少なくとも一定の妊娠期間の後に『中絶はだめ』と言えないのか、あるいは、ただ便宜にだけ基づく女性に帝王切開術を要求することができないのか。これらの場合、いかなる女性も生命または健康への被害を主張しない」と主張した。ホワイトは、ジョージア州法を支持する投票をし、テキサス州の事件ではパスするが、それは、テキサス州法が漠然不明確であることには同意できないからだと述べた(42)。

マーシャルは、テキサス州では、「自分自身で中絶を行う女性は無罪である」し、妊娠が十分進んだ時に中絶を「行う医師がいない」ことに言及した。マーシャルは、胎児に関してはスチュアートに同意するとし、また、ブラックマンが5か月前に達していた結論を支持すると発言した(43)。

ブラックマンは、その発言が非常に長くなければ、極めて簡潔に終わった裁判官会議において、 最も長く発言を行った。「私は、今年の春と同じ場所にいる」とブラックマンは同僚に告げ、「ジョー ジアの方を主たる事件にしたいと思う」と述べた。ブラックマンは、テキサスおよびジョージア

<sup>(41)</sup> See Garrow, supra note 3, at 573-74.

<sup>(42)</sup> See id. at 574. See also David J. Garrow, Revelations on the Road to Roe, Am. Law., May 2000, at 80,82 (パウエルの文書に拠る).

<sup>(43)</sup> See GARROW, supra note 3, at 574.

州法に関する意見を5月に取っていた立場からともに改訂し、最終的な判決において扱われなければならないであろう管轄権、当事者適格、ムートネスという予備的な争点のすべてを、一つつつ、振り返った。ブラックマンは、意見の中に中絶の歴史についての議論を含めたいとし、憲法上は、修正9条ではなく修正14条に依拠するであろうと述べた。ブラックマンは、続けて、妊娠期間中は、「他の利益が問題となり、州が規制することができる時点が存在する」とした上で、自分はジョージア州の病院要件を無効と判断するであろうが、その意見は、州が免許を受けた施設で中絶が行われることを要求できることを示すであろうと述べるとともに、Doeの意見は、また、ジョージア州の居住要件と、複数の医師および病院委員会による事前の承認を命じる規定を違憲無効とするであろうと述べた。

ブラックマンは、ジョージア州法とは異なり、テキサス州法は漠然性故に無効であり、 Vuitch は実際にはそのような判示内容と両立できると述べた。ブラックマンは、Roe よりも Doe を「主たる意見」にしたいが、「もしテキサス州法が倒れることになれば、我が国の州の大 多数の中絶法が無効になる」と同僚に強調し、「完全な無秩序は避けたい」ので、「我々は、[実 際の]命令をしばらくの間、留保してもよい」と説明した<sup>(44)</sup>。

パウエルは、夏休みが終わるまでの間に Roe および Doe を相当に考え抜き、口頭弁論の数週間前には、両事件の結論について秘かに腹を決めていた。リッチモンドからワシントンに戻ってきた後、パウエルは、両事件でパウエルを手伝っていたロー・クラークであるラリー・ハモンドに、Roe および Doe について相談するために、首都の最高級レストラン『モノクル(the Monocle)』で昼食を取りたいと誘った。ハモンドは、その極上の場所が選ばれたのは、ハモンドにとっては悪い知らせとなることへのパウエルなりの償いではないのかと察したので、食事を始めるに当たって、静かで紳士的なパウエルが、どちらの原判決についても、「ラリー、自分は維持した

<sup>(44)</sup> See id. at 574-75. なお、裁判官会議の前にブラックマンが用意していた、会議で何を発言しようとするかを記したメモについては、see Greenhouse, supra note 29, at 92-93. (ジョージア州の事件の梗概を持参した上で、たとえ今回はその事件の割り当てを得られなかったとしても、「現在持っているものを回覧する栄誉に浴したいと思う」と考えていたとする). See also Oral History, supra note 36, at 491 (June 20, 1995) (長官による両事件の割り当ての理由について各裁判官の個別の事情に言及しながら推測し、「最後にはスチュアートか自分との選択になるように思われた」ものの、メモを作成していたこと、メイヨーでの経歴から自分がつかんだと思うとし、「その割り当てについては、そんなに乗り気ではなかった」と述べる). また、その新しい Doe v. Bolton の意見の概要については、see Greenhouse, supra, at 93. 「命令」と名付けられたその最後の部分では、

<sup>「1.</sup> 大多数の州法は無駄になる。

<sup>2.</sup> しばらくの間,不安定な時期が存在しよう。

<sup>3.</sup> しかし、ほとんどの州議会は1973年に開かれる。

<sup>4.</sup> その命令を差し控えるのはどの時点か。4月1日まで。」と記されている。See id. See also Michael J. Graetz & Linda Greenhouse, The Burger Court and the Rise of the Judicial Right 143 (2016) (ブラックマンの文書に拠る).

いと思う」と語った時、ハモンドは「激しい衝撃」を受けた(45)。

パウエルは、再弁論が行われる前の 10 月 2 日に、ブラックマンとホワイトがそれぞれ 5 月に回覧した両事件のドラフトを入念に読み込んだ。パウエルは、ブラックマンの Roe のドラフトの余白に、「私は、過度に個人の権利を制約するものとして、テキサス州法の有効性を疑うが、同法が漠然不明確であるとは信じない」と書き込み、「なぜテキサス+ジョージアの両事件を併合し+ジョージア型の分析に依拠しないのか+我々がこれらの法律を無効にするつもりなら」と付け加えた。ホワイトのドラフトには、「私は、テキサス州法が違憲なほど漠然不明確ではないことに同意する。しかし、このドラフトがテキサス州法をどうするのかについては私には明瞭でない。ホワイト裁判官はテキサス州法が有効であると考えるのか」と書き留めた (46)。

10月6日, パウエルは、ハモンドが準備した Abele v. Markle の裁量上訴の申立てに関する メモに目を通して、コネティカット州法を2度にわたって違憲と判示した、Abele v. Markle に おける 1972 年 4 月 18 日のランバード裁判官の意見と 1972 年 9 月 20 日のニューマン裁判官の意 見を心に留めておくようにハモンドに指示した。週明けの10月9日に、ハモンドは、口頭弁論 のために Roe および Doe の 13 頁のベンチ・メモを準備し、その中で、ブラックマンの 5 月の ドラフトは「大急ぎでなされた仕事」であり、ホワイトの批判は、ブラックマンのドラフトを 「支えるのに困難な立場」に置くと記した。ハモンドは,Griswold 判決が存在するので,「当裁 判所が、妊娠の経験をやり遂げ、その後に生ずる責任を引き受けるべきかどうかの決定をコント ロールする女性の基本的な権利を見出すことは、難しくはないでしょう」と結論づけ、さらに、 「あなたは、ニューマン裁判官がするように、州の利益は、胎児が独立した生存の可能性がある (または『母体外生存可能』になる) 時に、より優勢となると推論するかもしれません」と勧め た。その上で、ハモンドは、胎児が「受胎の瞬間」に憲法上の「人」になるとのテキサス州およ びコネティカット州の主張に触れ,「ニューマン裁判官の分析の核心は,州は,そのような,非 常に大きな国民の議論に服し、直接個人に影響を及ぼすような立場に基づいて、中絶の自由を全 く禁止しえないということです」と断言し、「議会を超えた機関(a super-legislature)として、 中絶をある特定の時点で許容するかどうかの判断を下す立場に合衆国最高裁を置くことなく、こ の結論に達する十分に理由づけられた意見が書くことができるものと私は確かに信じます。」と

<sup>(45)</sup> See Garrow, supra note 3, at 575. See also John C. Jeffries, Jr., Justice Lewis F. Powell, Jr.: A Biography 346 (1994). 夏休み前に、パウエルは、ハモンドに対して、Roe および Doe のすべてのブリーフを注意深く調べ、事実と法に関する独立した調査を行うよう命じた。ハモンドは、夏休み中に、ブリーフを研究し、30 頁のメモを作成した。二人が会食したのは、9 月 4 日のレイバー・デイが明けた後のことだった。Robenalt, supra note 36, at 165-66 (2013年11月20日のハモンドとのインタヴューに拠る).

<sup>(46)</sup> See Garrow, supra note 42, at 80-82 (パウエルの文書に拠る); see also ROBENALT, supra note 36, at 166 (パウエルの文書に拠る).

記した $^{(47)}$ 。翌 10 月 10 日,パウエルは,2 度目の Abele 判決におけるニューマン意見を見直し,その意見に注釈を付した $^{(48)}$ 。

ハモンドもパウエルの他のロー・クラークも、裁判官会議の前には、パウエルの姿勢について、他の裁判官室の友人たちには何も告げなかったので、裁判官会議で、パウエルが口を開き、「健康に関係しているのではない限り」、「経済的理由」や、その他の要素に依拠することを医師に認めることについては懸念があるものの、それ以外には、自分の意見は「基本的にハリーの立場に一致」していると語った時、その発言は、ほとんどすべての同僚にとって新鮮な驚きとなった。パウエルは、Roe が「主たる意見であるべきだ」と考えるし、漠然性の根拠ではなく、より基本的な争点に基づいて Roe を判断するだろうと述べた。パウエルの発言に促されて、ブラックマンは、自分としては「漠然性を避けたい」し、テキサスとジョージアの事件を全く同じ根拠の上に置きたいと自発的に述べた。その提案には誰からも反対がなかった<sup>(49)</sup>。

最後に、レーンクィストが、自分はバイロン・ホワイトに同意すると簡潔に述べ、裁判官会議での議論は終わった<sup>(50)</sup>。

10 か月前と比較すると、今回の裁判官会議の結論は、とりわけ、ブラックマンがパウエルの決定的な示唆に従いたいとし、Roe では漠然性以上に進みたいときっぱりと示したことによって、非常にわかりやすい票の集計となった。即ち、ダグラス、ブレナン、スチュアート、マーシャル、パウエルは、ブラックマンに基本的に賛同し、これで、Roe および Doe の判決を下すはっきりとした6票の多数派が存在し、加えて、Roe では、バーガーの7票目も存在するような印象を与えた。ホワイトとレーンクィストは、明らかに、ジョージア州法を無効にする判決からは距離を置く判断を示したが、両名の Roe での立場は、バーガーの Doe の立場と同様に、はっきりとしないままだった。こうして、ブラックマンは、一つの事件では少なくとも7名の裁判官の

<sup>(47)</sup> See Garrow, supra note 42, at 82 (パウエルの文書に拠る); see also Robenalt, supra note 36, at 166, 169-70 (パウエルの文書に拠る). 2 度にわたる Abele 判決の際に、ニューマン裁判官のロー・クラークを務めていたのは、アンドリュー・D・ハーウィッツ (Andrew D. Hurwitz) であった。ハモンドがパウエルへのベンチ・メモを準備していた時、ハーウィッツは、ニューマンの推薦状を持って、パウエルとスチュアートのクラーク職に出願している最中であり、そのことを知っていたハモンドは、「この判決は、一部には、アンディ・ハーウィッツによって起草されましたので、あなたは、ハーウィッツの文章能力に関して、ちょっとした感情を加えることになるでしょう。」とパウエルに記している。See id. at 167 (パウエルの文書に拠る). パウエルは、ハーウィッツとの面接で、ニューマン裁判官の意見をめぐって1時間、議論を続け、また、最終的に仕えることとなったスチュアートとの面接では、冗談交じりに、「ニューマンの意見を書いたクラーク」とハーウィッツは呼ばれた。See Andrew D. Hurwitz, Jon O. Newman and the Abortion Decisions: A Remarkable First Year, 46 N. Y. L. Sch. L. Rev. 231, 238 n.55 (2002-03).

<sup>(48)</sup> See ROBENALT, supra note 36, at 170 (パウエルの文書に拠る).

<sup>(49)</sup> See Garrow, supra, note 3, at 575-76. See also Garrow, supra note 42, at 82 (パウエルの文書に 拠る).

<sup>(50)</sup> See Garrow, supra note 3, at 576.

多数派のために、もう一つの事件では少なくとも6名の裁判官の多数派のために、自らの意見を修正することを理解して、裁判官会議から退出した。同じく重要なことは、ブラックマンの断固たる決意とパウエルの明らかな立場の故に、ダグラスとスチュアートが5か月前に心に描いていた恐れが、会議での議論からは全く起こる気配がないということがはっきりしたことであった(GI)。

# (2) その後のやり取り(52)

裁判官会議から5週間後に、ブラックマンは修正された意見を回覧した<sup>(53)</sup>。11月22日、ブラックマンは、8名の裁判官全員にRoe v. Wadeの新たなドラフトを送付したが、11月21日付のその添え状において、「本件は、私には、困難で、捉えどころがないことがわかりました。」と記

「1972年 [10月] 開廷期の初めに裁判官たちが中絶の争点の検討に戻った時、Doe における当初の多数派であった裁判官たちが抱いていた再検討の潜在的影響についての恐れは、根拠がなかったことがすぐに明らかとなった。10月11日の再弁論後に開かれた会議において、レーンクィストは、確かにホワイトに同調し、テキサスおよびジョージア州法の双方に対する憲法上の異議申立てを斥ける投票をした。しかしながら、パウエルは、レーンクィストとホワイトに同調するというよりもむしろ、いずれの法律も違憲であるという立場を取った。パウエルとスチュアートは、いずれも、Roe を主たる事件とし、また、漠然性の論拠を放棄するようブラックマンに強く迫ったが、パウエルは、『広く定義された医療問題』として中絶を特徴づけるようなアプローチを示し、スチュアートは、Roe の意見は、ブレナンが Eisenstadt において明確に表現し、そして、ブラックマン自身も前開廷期中に Doe の分析において受け入れていた、プライバシーに対する権利に依拠すべきであると主張した。」

- (52) 以下の叙述は、GARROW、supra note 3 および同書が掲げる文献を基本とし、同書の刊行後に公開された資料を参照する文献を参考にして、再構成したものである。新たな文献を用いた箇所については、その旨、明示する。なお、ギャロウは、パウエルの文書が公式の伝記作家(see JEFFRIES、supra note 45)以外に利用できるようになった後にこれを参照して公表した 2000 年の論考(see Garrow、supra note 42)および 2004 年 3 月にブラックマンの文書が一般に公表された後にこれを参照して公表した 2005 年の論考(see David J. Garrow、The Brains Behind Blackmun、Legal Aff、May-June 2005、 at 27)を加味して、2013 年の Roe 判決 40 周年を記念する 2 つのシンポジウムで講演を行い、両判決の内幕に関する前記著作での説明を補う追加的な版を公表している。See David J. Garrow、Roe at 40: The Controversy Continues、71 Wash. & Lee L. Rev. 893 (2014).
- (53) なお、それに先立つ 10 月 13 日の裁判官会議では、コネティカット州の事件の上訴が、Roe および Doe の判決が下されるまでの間、停止されることになった。See Markle v. Abele, 409 U.S. 908 (mem.) (Oct. 16, 1972) (ダグラスは停止の申立てを斥ける); see also Markle v. Abele, 409 U.S. 1021 (mem.) (Nov. 20, 1972) (停止を取消す申立てを斥ける). また、11 月 3 日には、ルーカスのノース・キャロライナ州の事件の上訴とバーン教授のニュー・ヨーク州の事件の上訴についての保留が、いずれも継続されることになった。See GARROW, supra note 3, at 869 n.114.

<sup>(51)</sup> See id. at 576. See also Nan D. Hunter, Justice Blackmun, Abortion, and the Myth of Medical Independence, 72 BROOK. L. REV. 147, 174 (2006) (「皮肉なことに、パウエル裁判官は、プレナン=ダグラス=マーシャルのアプローチの勝利を確実にした。パウエルの思いもよらない、明確な反応は、合衆国最高裁の内部における討議を通じて、唯一の、最も劇的な転換であった。」). なお、パウエルの文書を参照する MALTZ, supra note 39, at 184 (footnote omitted) は、この時の裁判官会議の様子を以下のように再現する。

した上で,

「現在の形の中には、傍論を含んでいますが、この領域においては、何らかの傍論が述べられ、 そのことは避けられえないものと考えます。

あなた方は、第一トライメスターの終わりが決定的に重要であると私が結論づけたことに気づくでしょう。これは恣意的ですが、しかし、おそらくは、胎動初覚または母体外生存可能性のような、他のどんな選ばれた時点も同様に恣意的です。」と説明した。

ブラックマンは、いくつかの厄介な問題をもたらすかもしれないけれども、「Vuitch を全体として維持することを試みています。……私は、当該コロンビア特別区の法律に対する、もう一つの、今回は、プライバシーの根拠に基づく異議申立てを受けなければならないことを嫌がるでしょう。」と述べた上で、現在のドラフトの「まとまりのない性格と甚だしい長さ」と呼ぶものを謝罪し、決定的に自意識過剰ではあるものの、控え目な調子で、「それは興味深い割り当てでした。私が裁判官会議で述べたように、どのように下されても、その判決は、おそらく、合衆国最高裁が厳しく批判される結果となるでしょう。」と記して、その添え書きを終えた(54)。

11月22日のブラックマンの48頁にわたるRoeのドラフトと、同じ日の後から回覧したそれよりもかなり短いDoeの改訂版は、夏の間にブラックマンが行った調査を明らかに反映していた。Roeの意見は、事件の管轄権と訴訟手続上の争点を扱った後で、ヒポクラテスの誓いを含む、古代にまで遡る中絶に関する法律と慣行の歴史についての広範な調査を提供し、次いで、これまでの15年間にわたる中絶法の自由化に対する専門職の態度を調査することに進んだ。すべての中で最も重要なことには、添え状の中で強調していたように、Roeのドラフトは、とりわけその最後の2頁において、妊娠の第一トライメスターの終了時にこの上なく重要な線を引いていた。ブラックマンの意見は、最初の3か月の間は、州は、「妊婦の主治医の最良の医学的判断に中絶の決定を委ねることにとどめなければならない。」しかしながら、「第一トライメスターの後の段階では、州は、もし選択するのであれば、それを超えれば、十分な明確さを持って述べられ、その結果、どんな条件であればその述べられた分類の中に入るかを医師が予測することができるような、明確に述べられた合理的な治療的範疇に、合法的な中絶を限定する時点を決定しうる。」と記した(55)。また、ブラックマンは、「要するに、未出生者は、法において、完全な意味

<sup>(54)</sup> See id. at 580; SCHWARTZ, THE UNPUBLISHED OPINIONS OF THE BURGER COURT, supra note 39, at 148; SCHWARTZ, THE ASCENT OF PRAGMATISM, supra note 39, at 307. See also JEFFRIES, supra note 45, at 341 (パウエルの文書に拠る); Hunter, supra note 51, at 174 (ブラックマンの文書に拠る); SETH STERN & STEPHEN WERMIEL, JUSTICE BRENNAN: LIBERAL CHAMPION 372 (2010) (ブラックマンの文書に拠る); CLARKE D. FORSYTHE, ABUSE OF DISCRETION: THE INSIDE STORY OF ROE V. WADE 50 (2013) (スチュアートの文書に拠る).

<sup>(55)</sup> See Garrow, supra note 3, at 580–81; Schwartz, The Unpublished Opinions of the Burger Court, supra note 39, at 148–49; Schwartz, The Ascent of Pragmatism, supra note 39, at 305–06; see also Simon, supra note 39, at 111–13; Greenhouse, supra note 29, at 95; Graetz & Greenhouse, supra note 44, at 143–44.

における人と認められたことは一度もなかった。」「その結果、生命の一つの理論を採用することによって、問題となっている妊婦の権利にテキサス州が優先しうるということに我々は同意しない。」と記している<sup>(56)</sup>。

Roe のドラフトを全員に送付する前の 11 月 21 日に、ブラックマンは、現在、合衆国最高裁の唯一のカトリックの裁判官であるブレナンに追加のメモを送り、その意見の歴史に関する部分の中で、「私は、教会法の展開と、カトリック教会の立場に言及しています。私は、個人的に、これらの節にあなたが特別に注意を払ってくれることを非常に感謝するでしょう。それらは事実に関して正確であると信じますが、それらが不快であるとか、いかなる読者によっても過度に批判的であるとみなされうることを私は望みません。この点に関するあなたの判断は、大変役に立つことでしょう。」と記した(57)。

数日後、ブラックマンの Roe および Doe についての 2 つの回覧に対する反応が現れたが、裁判官たちは概して非常に好意的であった。11 月 24 日、ダグラスは、ブラックマンの 2 つの意見に同調させて欲しいと記すとともに、自らの以前の Doe の意見を改訂し、自分は、「おそらく同意意見を書くだろう」と告げた。ダグラスは、依然として、ハルフォード医師の Roe における当事者適格を斥けるのではなく支持すべきだと信じているとしながらも、「このことは、事件全体の中で、全く取るに足らないものである。」「あなたは素晴らしい仕事を行っている。」と強調した (58) 。(

<sup>(56)</sup> See id. at 144 (ブラックマンの文書に拠る). See also id (この Roe のドラフトは,「最終の意見となるようなものとほとんど同じように組み立てられていた。」). なお, ブラックマンは, 意見の起草のかなり初期の段階で, 胎児は修正 14 条の意味における人ではないとの追加をスチュアートから求められ, これを挿入した直後に, スチュアートは自分の意見に同調したと告白する。そして,「この論評は法的には正しい」ものの, 意見にとっては「不必要」であって,「初期の感情的な反対の多くがここに集中」しており,「振り返ってみると, なされなかったらよかったのにと思う」と述べている。See Oral History, supra note 36, at 202 (June 2, 1995), 494 (June 20, 1995).

<sup>(57)</sup> See Garrow, supra note 3, at 580; Schwartz, The Unpublished Opinions of the Burger Court, supra note 39, at 148-49; see also Yarbrough, supra note 39, at 224 (ブラックマンの文書に拠る). このメモに対するブレナンによる応答の記録は全く存在しない。See Stern & Wermiel, supra note 54, at 371. なお、ブレナンの伝記作家は、ブレナンが、「お抱えのカトリック教徒の役割を割り当てられて憤慨したことは間違いない」とし、前開廷期にも、ブレナンは、Eisenstadt 判決における自分の意見についての記事の中で自分の宗教に言及された時に、「彼のクラークたちにいら立ちをぶちまけた」ことがあった(ブレナンのロー・クラークたちによる 1971 年 10 月開廷期のまとめに拠る)と記す。See id.

<sup>(58)</sup> See Garrow, supra note 3, at 581; The Douglas Letters: Selections from the Private Papers of Justice William O. Douglas 186–87 (Melvin I. Urofsky ed., 1987).

<sup>(59)</sup> See GARROW, supra note 3, at 581.

したものの、彼らは、ブラックマンの意見に対して、激しくまたは怒っているというよりもむしる優しく、ためらいがちに、丁重に応答した<sup>(60)</sup>。

レーンクィストは、私的にブラックマンに宛てた 11 月 24 日付の手紙で、以下のように記している。

#### 「親愛なるハリー,

私は、上記表題のついた両事件におけるあなたの『秋』の版を読みました。私は、依然として、それらの一部にはかなりの意見の不一致がありますが、議論をあなたの側で整然とまとめたことに、私もそうできるとは思うのですが、帽子を取ってあなたに挨拶しなければなりません。私は、裁判官会議での議論の後に熟考したものよりも限定的なものではありますが、おそらくは反対意見を申し立てると思います。」それにもかかわらず、レーンクィストは、ブラックマンが「支持者からというよりはむしろ、潜在的に敵対する関係者」から言い分を聞いていることをブラックマンに気づかせた(⑥1)。

なお、レーンクィストとブラックマンとの間では、過度広汎性故に無効の法理の射程をめぐるやり取りもなされている。レーンクィストが、Roe で争点となっているテキサス州法について、ブラックマンは、「あなたがそうしたいと私が理解するように、 [当該テキサス州法を] 全体として無効とするというよりも、第一『トライメスター』内での中絶を求める訴訟当事者に適用される限りでのみ」無効とすべきではないのかを尋ねたのに対して、ブラックマンは、11月27日に、「第一トライメスター直後に、 [当該州法] のような非常に制限的な制定法が合憲となると述べる準備は今はない」と答えている。また、ブラックマンは、当初のRoe の意見の中で、漠然性の根拠に基づいて同法を処理することを自分は提案していたけれども、ほとんどの同僚が、「彼らが『核心となる争点』と呼ぶものに達することを好んだ」ことをレーンクィストに思い起こさせた。さらに、ブラックマンは、「あなたは、第一トライメスターより後の手続要件において、より多くの自由をジョージア州に認めるのでしょうか」と尋ねたレーンクィストに対して、「私は、第一トライメスターの後には、手続的にも実体的にも、州により多くの自由が与えられるということに同意します」と請け合った。。

12月1日には、ホワイトが、「これらの事件に格闘している」ことを告白した上で、「最後に

<sup>(60)</sup> See Garrow, Roe at 40, supra note 52, at 910.

<sup>(61)</sup> See John A. Jenkins, The Partisan: The Life of William Rehnquist 142-43 (2012) (ブラックマンの文書に拠る). See also Garrow, supra note 42, at 82 (パウエルの文書に拠る); Greenhouse, supra note 29, at 95 (ブラックマンの文書に拠る). なお、ブラックマンが合衆国最高裁の裁判官に指名された以降に、ブラックマンとレーンクィストが育んだ深い絆については、see id (ブラックマンの文書に拠る).

<sup>(62)</sup> See Yarbrough, supra note 39, at 223 (パウエルの文書に拠る); Garrow, supra note 42, at 82 (パウエルの文書に拠る).

は、おそらく、一部同意、一部反対意見に落ち着くことになるだろう」と伝えた $^{(63)}$ 。さらに、レーンクィストは、12 月 4 日に、「私は、バイロンが今いると述べた場所あたりにいる」と記し、自分もまた、「おそらく、一部同意、一部反対意見」を書くだろうとブラックマンに告げた $^{(64)}$ 。

パウエルのロー・クラーク、ラリー・ハモンドは、以上のやり取りに先立つ11月27日に、ブラックマンのドラフトを批判する6頁のメモをパウエルに書いた。その中で、ハモンドは、ブラックマンが、「コネティカット州の事件でニューマン裁判官によって取られた、回りくどくない憲法上の見解を受け入れていた」ことは喜ばしいとしながらも、ブラックマンが第一トライメスターの終わりに焦点を合わせたことには不満があるとし、「当該[テキサス]州法の禁止は全面的であるので、我々がその線を引くことは、その結論にとって不必要である。もし線引きが最終的になされなければならないとしたら、『母体外生存可能性』がより良い時点を提供するように思われる。この時点こそは、ニューマン裁判官が線引きをしたであろう場所である」と記した。パウエルは、ハモンドのメモに、「線引きは不必要、しかし、望ましいかもしれない」と書き加え、「ほとんどの人々は、州が母体外で生存可能な存在を保護することにより大きな利益を持つということに、それよりも何らかの初期の期間にそうすることよりも、おそらくは同意するであろう」とのハモンドの文章の隣に、太字で、「その通り」と記した(65)。

さらに、ハモンドは、「HABは、医師の役割と医師の専門職としての判断の自由な行使に相当な重きを置いています。」と記した上で、「その決定の責任は医師になければならない」とのブラックマンの主張を指摘し、「この文言は、医師の役割を過度に強調し、女性のその決定に対する個人の利益の価値を損ねるようには思われないでしょうか。あらゆる医学上の決定は、患者と医師との合意の産物です。それ故、私は、この文章に、中絶の決定は、『医師とその患者に』なければならないということを示す一節を付け加えないことに、いかなる理由も見出しません。」と主張し、パウエルに対して、その問題をブラックマンに持ち出すよう強く求めた (66)。 両裁判官の文書の中には、パウエルがその助言に基づいて行動したことを示す証拠は何も見られないものの、このハモンドの主張は、ブラックマンの意見の中に変更されることなく取り入れられた (67)。

その後、パウエルは、11月29日に、ブラックマンに私信を送り、「私は、あなたの両中絶意 見に熱狂しています。両意見は、強い印象を与える学識と分析を反映しています。」と記しなが らも、「『第一トライメスター』というあなたの選択は、あなたの判決にとって不可欠であるとあ

<sup>(63)</sup> See Garrow, supra note 3, at 581.

<sup>(64)</sup> See id.

<sup>(65)</sup> See Garrow, supra note 42, at 82 (パウエルの文書に拠る); see also Robenalt, supra note 36, at 171-72 (パウエルの文書に拠る).

<sup>(66)</sup> See Graetz & Greenhouse, supra note 44, at 145-46 (パウエルの文書に拠る); see also Robenalt, supra note 36, at 347 n.43 (パウエルの文書に拠る).

<sup>(67)</sup> See Graetz & Greenhouse, supra note 44, at 146.

なたはみなしているのかどうか」を鋭く尋ねた。中絶に対する権利が妊娠の第一トライメスター までしか続かないとするブラックマンのドラフトの結論には懸念があり、母体外生存可能性まで ずっとその権利が継続することが好ましいと感じていたパウエルは、「もし我々が特定の時点を 明示すると結論づけるのであれば、『母体外生存可能性』での線引きが、おそらくは他のどんな 単一の時期よりも、論理的、生物学的に擁護できるということはないのだろうかと思います」と 提案した。パウエルは、「子宮外で生存する能力を持つ胎児の生命を保護する州の利益は、より 一般的に受け入れられていることが証明されうるし、それ故、母体外で生存可能でない胎児の中 絶を防止する利益よりも憲法上の意味において重みを持ちうる。その争点は、選択された一定の 期間が……一般的に受け入れられている意味において,胎児の生存を認めるために証明されうる かどうかにおそらくかかっているであろう<sup>(88)</sup>」と述べるコネティカットの事件のニューマン裁 判官の判示部分を引用した上で、「胎児が母体外で生存可能となる時に、州の利益は、一般的に 理解されるであろうやり方で、明らかに認識できるという見解に、私は、むしろ賛成します。そ れよりも前のいかなる時点でも、切断の期日を正当化することはより困難です」と主張した。し かし、パウエルは、「間違いなく、私たちは、裁判官会議において、あなたの意見について議論 するでしょうし、上で説明した私の留保をあなたが前もって検討する機会を持つとすれば、あな たにとって,そして,きっと私にとっても,有益かもしれないと私は思いました」とブラックマ ンに説明して、この手紙のコピーを他の同僚には送らなかった(69)。

このパウエルの提案を受けて、ブラックマンのロー・クラーク、ランディ・ベザンソン (Randy Bezanson) は、11月29日に、ブラックマンに、以下のように記した。

「私の意見は、第一トライメスターの終わりと母体外生存可能性(およそ6か月)との間の『中間の』期間には、州は、その手術によって引き起こされる医学上の危険に関連した、何らかのより大きな制約を課すのかもしれない、例えば、その手術は、病院に近いクリニックとは反対に、病院において行われなければならない等々、というものです。あなたのアプローチの積極的な特質の一つは、私の考えでは、制約が州の利益に狭く仕立てられているのであれば、そのアプローチは、妊娠期間中ずっと、中絶に対する増大する制約を課すことを州の自由のままにしておくということです。パウエル裁判官の提案は、関連する州の利益をあまりにも狭く見ているように思われますし、用いられる医学上の処置が安全であることを確保する州の利益に注意を払いません。あなたの意見は、私の見るところ、2つの州の利益に依拠しており、それらは、時間の経過により、そして、同時にではなく、異なった程度でやむにやまれぬものとなるものです。即ち、

<sup>(68)</sup> Abele v. Markle, 351 F. Supp. 224, 232 (D. Conn. 1972).

<sup>(69)</sup> See Jeffries, supra note 45, at 341-42 (パウエルの文書に拠る); Garrow, supra note 42, at 82 (パウエルの文書に拠る); Greenhouse, supra note 29, at 96 (ブラックマンの文書に拠る); Yarbrough, supra note 39, at 220 (ブラックマンの文書に拠る); Graetz & Greenhouse, supra note 44, at 144-45 (ブラックマンの文書に拠る); Robenalt, supra note 36, at 172 (パウエルの文書に拠る); Maltz, supra note 39, at 186 (パウエルの文書に拠る).

胎児の生命を保持する州の利益(ここでは、その最も論理的な切断は、パウエル裁判官が提案するように、母体外生存可能性です)と、中絶処置が安全であり、患者の健康を適切に保護することを確保する州の利益(この利益こそは、パウエル裁判官があまりにもわずかしか重みを与えないと私が考える利益です)です。胎児は、『母体外で生存可能』ではないかもしれませんが、4か月または5か月または6か月では、かなり大きいです。私は想像しますし、また、あなたの意見は私に示唆するのですが、胎児の中絶に伴う医学上のリスクは、胎児の大きさが増大するにつれて増大します。こうして、州の利益は、『母体外生存可能性』の前に、この要素に関して、増大しうるのです。

あなたが認めるように、第一トライメスターは恣意的な切断ですが、それが恣意的なすべてではないと私は思いますし、第一トライメスターの終わりと母体外生存可能性との間の『中間の』期間の州の利益をこの時点で損ないたくはありません。私は、小さな変更に服しながら、あなたの元々の意見を支持するとともに、より高い医学上の基準を通じてより大きな保護を要求するというどんな正当な利益を州が持つのかもしれないかという問題を、別の事件に委ねます(70)。」

ブラックマンは、12月4日に、私的にパウエルに応答し、「私は、胎動初覚や母体外生存可能性のような他の時点と対比して、第一トライメスターの終わりを画する時点に特別に傾倒しているわけではない」ものの、第一トライメスターの終了時を選んだのは、「医学統計および統計上の著作がそこに焦点を合わせ、また、最初の3か月と妊娠の残りの期間との間での対照を描くように思われたからである」と説明した。しかし、ブラックマンは、「もし合衆国最高裁を制することができるのであれば、母体外生存可能性で行くことができる」し、「実際、その時までには、州の利益は大きくなっている」ことも認めた。しかしながら、「私の選択は、第一トライメスターの終わりにとどまること」であり、その理由として、「(1)第一トライメスターの終了時は合衆国最高裁を制する可能性がより高い、(2)州は、リベラルな側でその決定をなし、州が制定する中絶法において、より後ろの時点を定めることが依然として自由にできる、(3)間違っているかもしれないが、多くの医師が、例えば、病院要件の必要性のような施設についての関心を持つのは、第一トライメスターの後であるという印象を持っている」という3つの理由づけを挙げた。ブラックマンは、「最初の3か月の後と母体外生存可能性までの期間に関して、州独自の医学上の結論を引き出すことを州に自由にできるようにしておく」ことを自分は望んでおり、「母の健康上の必要についての州の判断は、結局のところ、尊重されるべきだと私は考える」と記した(\*\*\*)。そ

<sup>(70)</sup> See Garrow, The Brains Behind Blackmun, supra note 52, at 29–30 (ブラックマンの文書に拠る); YARBROUGH, supra note 39, at 221–22 (ブラックマンの文書に拠る); see also GREENHOUSE, supra note 29, at 96 (ブラックマンの文書に拠る).

<sup>(71)</sup> See Garrow, supra note 42, at 83 (パウエルの文書に拠る); YARBROUGH, supra note 39, at 220 (パウエルの文書に拠る). See also GREENHOUSE, supra note 29, at 96 (ブラックマンの文書に拠る); STERN & WERMIEL, supra note 54, at 373 (ブラックマンの文書に拠る); ROBENALT, supra note 36, at 172 (パウエルの文書に拠る).

の後,12月11日に,ブラックマンは,すべての同僚にそれぞれの意見を尋ねる,後述するメモを送った $^{(72)}$ 。

パウエルは、12月5日に、ブラックマンに対して、最初は直接、その後は書面で、自分は、「あなたの立派な意見に大部分は意見が一致」していると伝え、ひとたび、いくつか気づいたことを述べる時間を持てば、疑いなく正式に同調するだろうと告げた「<sup>(73)</sup>。

11月22日付のドラフトが回覧された後の最初の2週間にあって、ブラックマンが正式には意見を聞くことがなかったのは、バーガーの他には、ブレナンとマーシャルだけだった。ブレナンとマーシャルは、最もはっきりと支持を宣言したブラックマンの賛同者であったが、彼らの公式の沈黙は、大部分は、ブラックマンの二人の新しいロー・クラークであるランディ・ベザンソンおよびジム・ジーグラー(Jim Ziglar)と、マーシャル、ブレナンの両事件を担当するロー・クラークたちとの密接な相互作用を反映したものだった(%)。ブレナンの裁判官室において、両事件を担当する新しい責任を担ったのは、ノートルダム大学ロー・スクールの卒業生であり、最終学年時に、その法律雑誌の編集長として、「どのような根拠に基づいて中絶は法的に正当化されうるのか」と主張する論考を公表したビル・マルドンであった(%)。ブラックマンのクラークの一人でさえも、Roe および Doe の憲法上の地位については重大な懸念を抱いており、そのことは、ブラックマンの裁判官室内において、知的に活発な意見のやり取りをもたらしていたが、マルドンの中絶に対する非常に強い不快感は、多くのクラークたちによってよく知られており、ある同情的なロー・クラークが述べたように、ブラックマンの Roe および Doe のドラフトに関してブレナンを手伝う上で、マルドンは、「かなりの緊張関係の下に」あった。他方、マーシャル

<sup>(72)</sup> See Jeffries, supra note 45, at 342 (パウエルの文書に拠る); STERN & WERMIEL, supra note 54, at 373 (ブラックマンの文書に拠る). なお、12月11日には、裁判官席において、パウエルがブラックマンに手書きのメモを回し、その中では、「私は、あなたの現在の意見に加わるでしょう。それ故、『母体外生存可能性』の争点に取り組むかどうかは、あなたに完全に委ねます。」「静体外生存可能性は、より論理的で支持できる時期であると私には思われますが、これは、私にとって、決定的に重要な争点ではありません。」と記されていた。See GREENHOUSE, supra note 29, at 96-97 (ブラックマンの文書に拠る).

<sup>(73)</sup> See Garrow, supra note 3, at 581.

<sup>(74)</sup> See Stern & Wermiel, supra note 54, at 371 (この時期,「ブレナンは,「ブラックマン]に,直接,意思を伝えるよりもむしろ,自分のクラークたちを使って,自分の提案をブラックマンの裁判官室のクラークたちに中継させることを選択した。『ブレナンは,その意見をどのように書くのかをブラックマンに伝えているように見られることを望まなかった。』と [1972 年 10 月] 開廷期に中絶事件に関して緊密に協力したブレナンのロー・クラーク,ウィリアム・マルドン (William Maledon)は回想した。」(1990 年 5 月 1 日のマルドンとのインタヴューに拠る)).

<sup>(75)</sup> William J. Maledon, Note, *The Law and the Unborn Child: The Legal and Logical Inconsistencies*, 46 Notre Dame Law. 349, 372 (1971). マルドンは、クラークの職に推薦された後の 1971 年 9 月にブレナンに送った履歴書に、その論考を記載した。*See* Stern & Wermiel, *supra* note 54, at 618 (ブレナンの文書に拠る).

の裁判官室で中絶事件を割り当てられた新しいロー・クラークは、マーク・タシュネット (Mark Tushnet) であったが、タシュネットは、ブラックマンの回覧したメモにはためらう箇所が全くなく、Roe の意見は、「合衆国最高裁が誇ることができる一つ」であるとマーシャルに語った。タシュネットは、マーシャルに対して、「留保することなく」その意見に同調すべきであると勧めたが、そのタシュネットも、とりわけ、第一トライメスターより後に中絶を規制する州の「やむにやまれぬ」利益に言及するやり方に関する、ブラックマンのドラフトの最後の2頁は、いくらか引き締め、明確にすることから得るところがあるのではないかと指摘した $^{(76)}$ 。

マーシャルは、ブラックマンの回覧されたドラフトに何ら正式な応答をしなかった。しかし、緊密な関係にある 3つの裁判官室のロー・クラークたちの間での会話が続けられた後の 12 月の第 2 週のある時期に、ブレナンが、マーシャルと議論を行っていた懸念をブラックマンに個人的に持ち出した(77)。

12月11日,ブラックマンは,2頁のメモを全員に回覧し,最初の添え状でかつて強調していた,両意見の中で用いていた決定的に重要な基準についての,もう少しより広範な意見を述べた。

「裁判官会議の構成員の一人が、その時点を超えると州が適切に中絶行為を規制しうる第一トライメスターの終了という私の選択が決定的に重要かどうかを尋ねております。彼は、母体外生存可能性の時点がより良い選択ではないのかと問うています。

その検討は有効なものであり、真摯な検討に値します。私がそれよりも早い時点を選んだのは、その時点が(私たちにも他の者にも)より容易に受け入れられるであろうと感じたからであり、また、ほとんどの医学統計と統計上の研究がそこに向けられているように私には見えるからです。しかしながら、母体外生存可能性は、それ独自の長所を持っています。母体外生存可能性には論理的かつ生物学的な正当化事由があります。また、実際的な面も存在しますが、それは、妊娠の事実に直面することを拒否するかもしれない、そして、どんな理由からであれ、第一トライメスターの終了が自らに降りかかり、あるいは、実際に過ぎてしまうまで医師の診断を受ける機会を見出さない、多くの妊婦、とりわけ、より若い少女たちが存在すると私は確信しているからです。

独立した生命がおそらくは可能となる母体外生存可能性の時期までの州の利益は、適切な規制を正当化するほど十分には展開しないと主張することができる者、あるいは、そう主張する者は、ほとんどいないと私は思っています。それ故、私たちが語っているのは、おおよそ12州から約28週までの間の隔たりです。

それよりも早い期日を主張する議論は、第一トライメスター以降には、施設や入院の必要性のような事柄について、州が懸念を持つのはもっともなことだというものです。もし母体外生存可能性の時点が選択されるのであれば、この種の決定は、主治医に必然的に委ねられます。

私は、そのより後の期日で意見を書き直したいと思っていますが、もしそのことが、書面また

<sup>(76)</sup> See Garrow, supra note 3, at 581-82.

<sup>(77)</sup> See id. at 582.

は口頭によって、本案に関して、その回覧されたメモに一般的に同意すると私に表明してきた裁判官を、誰であれ離反させることになるのであれば、私は、そのようにすることを望みません。

中絶の争点に直面してきている地方裁判所のいくつかが、一般的に、具体的にではありませんが、母体外生存可能性という言葉を述べているということを一言申し添えます。例えば、この間の Abele v. Markle 判決における、ニューマン裁判官の所見を参照して下さい。

この提案に対するあなた方の応答をいただけますでしょうか(78)。」

ブラックマンの12月11日付のメモが出された時、パウエルの裁判官室内では、ラリー・ハモンドがブラックマンの指導力の欠如に苛立っていた。ハモンドは、パウエル宛の3頁のメモの中で、ブラックマンは、「全員揃った裁判所を得るという利益のために自己の個人的見解を犠牲にするつもり」であるように思われると記した。しかしながら、ハモンドは、母体外生存可能性の基本にある論理的根拠と自らが考えるものを、ブラックマンが表明したことに満足した。「多くの貧困な、またはおびえた、または無学の、または世慣れていない少女にとって、助けを求めるという決心は、最初の12週の間には生じえないであろう。その少女は、自分は妊娠しておらず、ただ生理が来なかっただけだと、せめてもの希望をつなぐだけなのかもしれない。あるいは、その少女は、自分が妊娠していることを完全に知っているが、その決断をしたくない、親や男友達に言いたくないのかもしれない。」この段落に、パウエルは、「その通り」と欄外に鉛筆で書いた。ハモンドは、また、マーシャルやブレナンと同様、母体外生存可能性の基準は、女性の健康のための初期の規制に干渉することなく、用いることができると考えた。「同じ意見において、合衆国最高裁は、州によって主張される利益が胎児の生命または『潜在的生命』の保護である場合に、(ニューマン裁判官の意見において述べられた理由により)母体外生存可能性よりも前のいかなる時点も許されないと十分に言うことができるであろう(50)。」

ブラックマンのメモが回覧されたその日のうちに、ダグラスが、「私は、母体外生存可能性よりも第一トライメスターの方を選びます。」とだけ返答した<sup>(80)</sup>。この返答は、ハモンドを驚かせた。ハモンドは、「この合衆国最高裁において他の誰にもまして貧しい者や黒人……を保護することに自己の司法上の名声を賭けている裁判官が、第一トライメスターの準則はこれらの階層の人々に最も重く降りかかるということを認識できない」ダグラスのメモに「ショックを受けた」と12月12日のパウエル宛のメモの中で記した。ハモンドは、「女性、とりわけ若年、貧困、そして、少数派の女性が、その苦境を認識するのにどれだけ長くかかるのかという問題」に関する

<sup>(78)</sup> See id. at 582-83. See also YARBROUGH, supra note 39, at 220-21. (パウエルの文書に拠る). 冒頭の「裁判官会議の構成員の一人」なる人物が、パウエルを指すことは明らかである。なお、下から3段落目の「回覧されたメモ」という文言は、JEFFRIES, supra note 45, at 342 における引用では、「回覧されたドラフト」になっている。

<sup>(79)</sup> See ROBENALT, supra note 36, at 174 (パウエルの文書に拠る); see also Garrow, supra note 42, at 82 (パウエルの文書に拠る).

<sup>(80)</sup> See Garrow, supra note 3, at 583; The Douglas Letters, supra note 58, at 187.

「実証的な研究」を発見することに専念した(81)。

その翌日の 12 月 12 日には,マーシャルが署名入りの決定的に重要な手紙をブラックマンに送った。この手紙は,タシュネットがブレナンの裁判官室のビル・マルドンとの長時間の会話の後でマーシャルの承認を得るために起草したものであったが,その二人のロー・クラークは,ブレナンの先の提案によって,マーシャルのこの最初の手紙がより目立たなくなるかもしれないと感じた。マーシャルは,タシュネットのタイプ原稿に一か所だけ取るに足らない修正を施したが,この手紙の中で書かれた内容は,Roe 判決全体の展開中に書かれた何にもまして,重大なものであった (82)。

<sup>(81)</sup> See ROBENALT, supra note 36, at 174 (パウエルの文書に拠る). See also JEFFRIES, supra note 45, at 343; YARBROUGH, supra note 39, at 221 (パウエルの文書に拠る); but see id (「ダグラスは, 第二トライメスターの規制が母の健康を保護することに限られると仮定していただけなのかもしれない」とする).

<sup>(82)</sup> See Garrow, supra note 3, at 583. See also Simon, supra note 39, at 113; Mark V. Tushnet, Making Constitutional Law: Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1961–1991, at 6-7 (1997) (「1973年までには合衆国最高裁におけるマーシャルの最も親しい盟友であり友人であったブレナン裁 判官は、パウエルの懸念を共有し、マーシャルの発言には特別の影響力があるかもしれないと考えた。 ブレナンのロー・クラークたちやマーシャルのロー・クラークたちとの間での議論の後に、マーシャル は、『決定的に重要な手紙』をブラックマンに送った。」(quoting GARROW, supra, at 583)); id. at 7 (「その後, ブレナンは, マーシャルの提案を支持する手紙を送った。ブラックマンは, 即座にその新し いアプローチを取り入れることを決断し……『マーシャルの妥協案が法となった。』」(quoting JEFFRIES, supra note 45, at 343)); David J. Garrow, Reproductive Rights and Liberties: The Long Road to Roe, in Reason and Passion: Justice Brennan's Enduring Influence 105, 114 (E. Joshua Rosenkranz & Bernard Schwartz eds., 1997) (「ブラックマンは, ブレナンの提案を歓迎し, ……さ らに言えば、ブレナンの勧めた分析のための内容を完全に採用した。」); Juan Williams, Thurgoon MARSHALL: AMERICAN REVOLUTIONARY 354-55 (1998) (「ブレナン裁判官は, [最初の] 3 か月の制限 の代わりに新しい基準……が用いられるべきであると提案した。自分のクラークたちに強く促されて、 マーシャルは,ブレナンの考えを支持するメモをブラックマンに送った。……マーシャルの手紙は,ブ レナンの議論と相まって、ブラックマンを説得した。」). なお、タシュネットは、「そのドラフトは私が 書いた」と認めている。Tushnet, supra, at 7\*. そして,「私の記憶によれば, その手紙は, ブラック マンが受け取った数多くの意思伝達の中で、中絶問題の『実際的な面』を調整するようブラックマンに 促す、唯一のものであった」と記した上で、「しかしながら、おそらく、ブラックマンにとって重要で あったのは、まさにその提案がマーシャルから来たという事実であった」と述べている。Id. See also CARL T. ROWAN, DREAM MAKERS, DREAM BREAKERS: THE WORLD OF JUSTICE THURGOOD MARSHALL 324 (1993) (「マーシャルは、あるロー・クラークに、自分の独白を起草された法律家の言い回しに変えさ せ、それをブラックマンに届けさせた。ブラックマンは、マーシャルの言うことに真剣に耳を傾けたが、 それは, 一部には, その黒人の裁判官が合衆国最高裁にもたらした貴重な特質の故であった。」). Cf. WILLIAMS, supra, at 354 (「ボルティモアやハーレムの時代に遡ると、マーシャルは、違法中絶を行う ことを厭わないごろつきの手で、傷つき、亡くなった無一文の黒人女性についての話を聞いていた。」). もっとも、その後、タシュネットは、マーシャルの裁判官室内で、ブラックマンのドラフトの厳格さに ついての懸念を提起し、とりわけ若い女性たちの情況に言及したのはマーシャルその人であり、また、 ブレナンやスチュアートも同様の懸念を提起していたことを思い起こすと,「ブラックマン裁判官の改 訂をマーシャル裁判官の手紙または私のおかげであると考えるのは、その手紙の重要性と、おそらくは

「親愛なるハリー,

私は、母体外生存可能性で線を引くことが、第一トライメスターで線引きを行うことよりも、問題となっている諸利益をより良く調整することに同意したい気がしています。自分たちが妊娠していると信じ、中絶を求めることを決心する上で、多くの女性が持つかもしれない困難さを考慮に入れると、そのより早い期日は、実際には、あなたの意見が確かに仕えようとするこれらの女性たちの利益には仕えないかもしれないと恐れています。

しかしながら、それと同時に、私は、安全な条件の下で中絶が行われることを確保するという 州の利益を承認することへのあなたの懸念を共有します。もしその意見が、第一トライメスター の終了と母体外生存可能性との間で、健康および安全に向けられた州の規制だけが許容されると いうことを明示的に述べるのであれば、これらの懸念は適切に対処されるものと私は信じます。

あなたの意見に言外に含まれているのは、何らかの時点で、未出生の子の潜在的生命を保持する州の利益が女性のいかなる個人の利益よりも勝るということです。その時点が母体外生存可能性よりも前に設定されるならば、私は戸惑うでしょうし、その意見が現在焦点を合わせている第一トライメスターの終了が、州に対して、それよりも後の期日には、中絶を完全に禁止することをもたらすことになるのではないかと心配しています。

要するに、その意見が現在取っているように、母体外生存可能性が関連する諸利益をより良く 調整するものであると私は信じますが、ここで私が示唆した、線引きに沿った付け足しがなされ るのであれば、第一トライメスターの終了は受け入れられるであろうと私は思います<sup>(83)</sup>。」

マーシャルの手紙を読んだハモンドは、すぐに、パウエルがこの見解にそのまま同意すべきであると考えた。マーシャルの手紙に直に手書きで書き込んで、ハモンドは、「これこそは、私が、昨日、あなたに提案したメモの内容です。あなたは、本日、そのまま TM に同意することを示してもよいでしょう」と記した(84)。

12月13日,ブレナンが,ブラックマンの12月11日のメモよりも前に口頭で伝達した提案をさらに追求する,同様の,しかし,かなり長い手紙をブラックマンに送った。ブレナンは,ブラックマンのドラフトに「基本的に同意する」と記した上で,ブラックマンが,「その時点を超えると州が適切に中絶行為を規制しうる時点として,第一トライメスターの終了という選択をするこ

私の個人的な役割の重要性を、誇張して述べるように私には思われる」と述べている。See Mark Tushnet, Comment, in What Roe v. Wade Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Most Controversial Decision 250, 253 (Jack M. Balkin ed., 2005).

<sup>(83)</sup> See Garrow, supra note 3, at 583-84. See also Schwartz, The Unpublished Opinions of the Burger Court, supra note 39, at 149; Schwartz, The Ascent of Pragmatism, supra note 39, at 306-07; Williams, supra note 82, at 354-55 (マーシャルの文書に拠る); Yarbrough, supra note 39, at 221. (パウエルの文書に拠る). なお, マーシャルが付け加えた唯一の言葉は, その手紙の最後の一文中の「ここで」であった。See Garrow, supra, at 870-71 n.123.

<sup>(84)</sup> See ROBENALT, supra note 36, at 348 n.52 (パウエルの文書に拠る).

とを考え直してみる」としたことを「私も歓迎する」と伝えた。「しかし、もし切断点が幾分後ろに動かされるべきであるのならば、『母体外生存可能性』の時点が、少なくとも法律的な意味において、適切な時点であるとは私には確信が持てません。」とブレナンは記した。ブレナンは、「『母体外生存可能性』は、私は思ったのですが、女性というよりもむしろ胎児に焦点を合わせる概念である」から、「もし我々が州の最初の利益を女性の健康と医療水準の維持であると認定するのであれば、これらの利益の結果、州が規制を開始しうる時点として、『母体外生存可能性』(即ち、胎児が女性の外で生存できる時点)を選択することは、法律的には一貫しないように私には思われます」と伝え、「それ故、母体外生存可能性の検討は、州が、女性の健康を保護し、医療水準を維持する利益を主張した後の適切な時点で生じる」と記して、州の規制の開始時点としての母体外生存可能性の適切さには疑問があるとした。

次いで、ブレナンは、「『切断点』(規制が最初に許されるものとなる時点)を、現在出されて いる第一トライメスターの終了(12週)から、母体外生存可能性の時点により近接している時 点(20週から28週)へと動かすこと」については「異存はありません」が、「私たちがそのよ うな『切断点』を指定することは、そのような『切断点』を作り出す……理由と一致するような やり方で,明確に述べられるべきだと考えます。」と記した。そして,ブレナンは,「第一トライ メスターの終了というような幾分恣意的な時点や, 『母体外生存可能性』というような幾分不正 確で、法律的にも一貫しない時点を用いることよりもむしろ、中絶が医学的により複雑となる適 切な時点で、州による規制、女性の健康を保護し、医療水準を維持する主張されている州の利益 を保護するために合理的に判断される規制、は許されるものとなるとだけ私たちが述べることは できないのでしょうか」と提案した。ブレナンは、「この時点は、通常は 16 週と 24 週との間の どこかで (または、事情に応じて)生じるが、厳密な『切断』点および余地の少ない規制の詳細 自体は、医学によって情報を与えられた州議会によってなされなければならない決定である」と 説明する。「その後,私たちは,妊娠の何らかのより後の段階で(即ち,胎児が「母体外で生存 可能」となった後に),州は,子の潜在的生命を保護する利益を多分持つであろうし,それ故, 異なった、そして、おそらくは、より広い州の規制体系が許されるものとなろうと述べることに なるのかもしれない。」言い換えれば,「『切断』点を選択する私たちの理由づけ(見つけられな ければならないことに、私たちは、皆、同意するものと私は考えます)は、州に対して、ある 『切断』点を選択することを認める,州の利益と合致すべきである」とブレナンは結論づけた⑻。 他方,パウエルは,12月 11日付のハモンドからの手紙を検討した後で,自分もまたブラック マンへの手紙を書くことを準備した。「この手紙の原本がブラックマン裁判官に送られたことす

<sup>(85)</sup> See Garrow, supra note 3, at 584-85; Schwartz, The Unpublished Opinions of the Burger Court, supra note 39, at 150; Stern & Wermiel, supra note 54, at 373 (ブレナンの文書に拠る). なお、同日付の手紙で、ブレナンは、Doe の射程についてもブラックマンに尋ねている。See Forsythe, supra note 54, at 52-53 (ブラックマンの文書に拠る).

らも確信が持てず、あるいは、会議に回覧されたという確信は、我々にはない」と手書きで書か れた12月13日の日付の入った手紙の中で、パウエルは、「いったん女性の憲法上の権利を肯定 するという大きな一歩を我々が踏み出すならば、母体外生存可能性は、潜在的生命を保護すると いう州の最も重要な権利が明白となる時点を認定するための、より論理的かつ擁護できる期間で あるように私には思われる」と記した。そして、パウエルは、「私の推測では、年を取った女性、 既婚女性、その他、経験を積み、世慣れた者は、いつ自分が妊娠し、それを認める用意があるこ とを知っているだろう。彼女たちは、どこで中絶をすることができるか(例えば、ニュー・ヨー クで),そして,どのように中絶の手配に取りかかるかを知っているだろう。」これに対して, 「合法化された中絶法の利益を最も必要とする女性は、若く、世間知らずで、自信がなく、おび え、そして、おそらく未婚であるだろう。この範疇の多くの者は、初期の数週間で確信するほど には十分に妊娠をわからず、または、あまりにも困惑して、第一トラメスターが終了する前に医 学上の助言を求めることができないであろう。もし中絶に対する憲法上の権利が存在するのであ れば、その権利が最も必要とされることがもっともであるような場所と時間でその権利を有効と するために、語られるべき多くのことが存在する」と述べて、若年で、貧困な女性が中絶に関す る決定を下すためには、第一トライメスターよりも十分な時間が必要であるとの「実際的な」主 張を詳しく展開した。パウエルは、最後に、自分は、「母体外生存可能性を州の見地から決定的 に重要な期間と認定」しているニューマン裁判官の意見に「好印象を持っている」と述べて、そ の手紙を結んだ<sup>(86)</sup>。しかし、パウエルは、直接、ブラックマンに自分の意見を告げたからなの か、マーシャルおよびブレナンの同じ趣旨の手紙の故なのか、あるいは、また、その両方の理由 によるのか、その手紙をブラックマンには送らなかった®。

マーシャルとブレナンが女性の健康を保護する州の利益に関するそれぞれの提案を行ったことを受けて、ブラックマンのロー・クラークであるベザンソンは、12月13日に、ブラックマンに対して、Roe の最終意見の核心部分を提供するようなアプローチを基本的に要約するような、以下のメモを記した。

「私は、それ以前には、州がその問題を医師の医学的判断の範囲内に完全に委ねなければならない……第一トライメスターの終了…… [のような]、何らかの境界となるような切断をはっきりと規定することが適切……であると考えます。その後、意見の一部として、2つの州の利益と、それらの利益が増大する重要さを帯びる時点を明確に述べることが有益となるかもしれません。手術の安全性と手術を取り巻く条件を保持する州の利益に関しては、規制は、第一トライメスター(もしそれが選択される切断であるならば)と『母体外生存可能性』またはそれを超えた期間との間のどこかで許容されるのかもしれません。しかし、胎児の生命を保持する州の利益に関して

<sup>(86)</sup> See Garrow, supra note 42, at 83 (パウエルの文書に拠る); ROBENALT, supra note 36, at 347 n.51 (パウエルの文書に拠る).

<sup>(87)</sup> See Garrow, Roe at 40, supra note 52, at 917-18.

は、意見は、例えば、『母体外生存可能性』の後でのみ、この利益を促進する規制を支持するのに十分なほど、この利益はやむにやまれぬものとなると述べるのかもしれません。」そして、ベザンソンは、ブラックマンが提案している以上に多くの「裁量」を中絶領域において州は与えられるべきだと提案しているメモの中で、スチュアート裁判官が何を「言おうとしている」かについては確かではないけれども、スチュアートが中絶規制に関する切断点を「完全に曖昧」なままにしておくべきだと提案しているのであれば、そうしたアプローチには反対であるとし、「当裁判所は、患者や医師に対して、そして、新しい立法を起草することに多くの時間を費やし、当裁判所の意見に相当な信頼を置くであろう立法者に対して、何らかのかなりの程度の指針を与えなければならない。」と記した (88)

ブラックマンがブレナンの長大な考察が述べられた手紙を受け取ったのと同じ 12 月 13 日に, バーガーが短い手紙をブラックマンに送り, その中で, バーガーは, 「あなたのメモには, より多くの『耕作』の余地がありますが, 私の頭に浮かぶ一つの事柄は, 夫自体または未成年者の両親がこの領域において『権利』を持つかどうかを取り扱う, 起こりうる必要性です」と述べて, 新たな争点を提示した<sup>(89)</sup>。

翌12月14日,スチュアートがブラックマンに手紙を送り、その中で、次のように述べた。

「現在書かれているあなたの意見についての私の懸念の一つは、その傍論の特殊性、とりわけ、有効な州の行為にとって決定的に重要な時点として、第一トライメスターの終了を定めることにあります。私は、合衆国最高裁の意見における傍論の必然性と、さらに言えば、賢明さをよく理解しますが、全く柔軟性を欠くほどの『立法的な』傍論の望ましさについては、疑わしく思います。

私の現在の気持ちとしては、あなたのメモで言及された選択肢の間で、そして、おそらくはそれ以外のものの間で政策判断をなすことの広い裁量を州に認めるということにあるでしょう。」スチュアートは、今のうちに同意意見を作成してしまい、1月初めまでには何らかのものをおそらく回覧するだろうと付け加えた<sup>(90)</sup>。

12月15日、ブラックマンは、さらに別のメモを同僚全員に送った。

「私の12月11日付のメモに対して私にお寄せくださった有益なご提案に感謝いたします。争 点がはっきりし、いくつかの一般的な領域での合意が予想されるかもしれないということに、私 は、現在、幾分楽観的です。

<sup>(88)</sup> See Yarbrough, supra note 39, at 222 (ブラックマンの文書に拠る); Garrow, The Brains Behind Blackmun, supra note 52, at 30 (ブラックマンの文書に拠る).

<sup>(89)</sup> See Garrow, supra note 3, at 585; Greenhouse, supra note 29, at 97-98 (ブラックマンの文書に拠る). See also Yarbrough, supra note 39, at 221 (パウエルの文書に拠る).

<sup>(90)</sup> See Garrow, supra note 3, at 585; Schwartz, The Unpublished Opinions of the Burger Court, supra note 39, at 150; Schwartz, The Ascent of Pragmatism, supra note 39, at 307. See also Yarbrough, supra note 39, at 221 (パウエルの文書に拠る).

あなた方の許可を得て、私は、これらの提案に照らして、提出した意見を改訂する機会を持ちたいと思います。私は、第一トライメスターの終了を、健康を強調することと結びつけ、母体外生存可能性を、潜在的生命に対する州の利益を強調することと結びつけるというつもりでおります。両時点の間の時期は、柔軟さを持って扱われるでしょう。私は、この改訂を来週には行い、今年が終わる前に、別のドラフトを回覧するつもりでおります。私の切なる希望は、あなた方もご存知の通りですが、この微妙な争点に関して合衆国最高裁の過度の分裂を避けること、そして、両判決がほとんどの州議会の開会と一致するために、1月15日の週よりも前に下されるということにあります(91)。」

6日後の12月21日に、ブラックマンは、Roe および Doe についての、改訂された、ほとんど最後のドラフトを、短い添え状とともに回覧した。ブラックマンは、「私は、口頭または書面で私に述べられた様々な見解を調整するように試みました」と説明し、自分が行った主要な変更点は、Roe の意見の後半の部分で生じたことを強調した。

「ここで、私は、母親の健康を保護することと潜在的生命を保護することの二重の州の利益を承認しようとしています。これは、私が信じるに、最初のメモに含まれていたアプローチよりも良いアプローチです。私は、ビル・ブレナンとサーグッドによって提案された線引きに従おうと試みています(92)。」

ブラックマンの 12月 21日付の Roe のドラフトでは、州の規制の余地が妊娠の進行と直接、結びつけられた。中絶を規制する上で、州は2つの「重要かつ正当な利益」を持ち、その2つは、「別々で、全く異なっている」。即ち、女性の健康と「人間生命の潜在性」とを保護する利益である。第一トライメスターの間は、「中絶の決定とその実施は、妊婦の主治医の医学的判断に委ねられなければならない。」その次の段階では、「州は、母体の健康の利益を促進する上で、望むのであれば、母体の健康に合理的に関連するやり方で中絶処置を規制することが許される。」「母体外生存可能性から後の段階」になって初めて、州は、「望むのであれば、適切な医学的判断により中絶が母体の生命または健康の保持のために必要である場合を除いて、中絶を規制し、しかも、禁止することさえ」できる。330。

また、Roe の意見における、中絶に対する権利の根拠としてのプライバシーに対する権利の議論は、これまでのドラフトからはほとんど変わっていなかった(94)。

<sup>(91)</sup> See Garrow, supra note 3, at 585. See also Stern & Wermiel, supra note 54, at 373 (ブラックマンの文書に拠る); David M. O'Brien, Storm Center: The Supreme Court in American Politics 11 (11th ed. 2017) (ブラックマンの文書に拠る). なお、前日の12月14日付のブラックマン宛のベザンソンのメモについては、see Robenalt, supra note 36, at 218 (ブラックマンの文書に拠る).

<sup>(92)</sup> See Garrow, supra note 3, at 585-86.

<sup>(93)</sup> See Greenhouse, supra note 29, at 98 (ブラックマンの文書に拠る); Stern & Wermiel, supra note 54, at 373-74 (ブレナンの文書に拠る).

<sup>(94)</sup> See Greenhouse, supra note 29, at 98-99 (ブラックマンの文書に拠る); Graetz & Greenhouse,

さらに、その意見の最後近くで、ブラックマンは、当該判決が主に女性の権利をめぐるものであるとの、彼の分析の初期における示唆を著しく弱めた。「判決は、重要な州の利益が介入のためのやむにやまれぬ正当化事由を提供する時点まで、自己の専門職の判断に従って治療を実施する医師の権利を擁護する。これらの時点までは、中絶の決定は、そのすべての側面において、本質的に、そして、第一義的に、医学上の判断であり、その基本的な責任は、医師になければならない<sup>(55)</sup>。」

ブラックマンは、バーガーの要望については、Roe の意見の脚注で、「父親の権利」に言及したものの、「これでは、とても満足のゆくものではなかろう」ということを認めた。そして、「父親の権利が、たとえあるとしても、争点となっていない事件で、その点を含もうとすることには、幾分躊躇」があり、「将来の時点で処理されなければならないような、中絶の他の側面が存在するものと私は思います。」と結論づけた(%)。

ブラックマンの同僚たちは、彼の改訂が十分に、そして、時には、全く正確に自分たちの提案に応えたものだということを理解した。12 月 22 日、ダグラスが正式にブラックマンの Roe および Doe の意見に同調し、クリスマスの直後には、12 月 26 日にマーシャルが、12 月 27 日にはブレナンとスチュアートがこれに続いた。スチュアートは、「私は、あなたの一番最後に回覧したメモが元々のメモよりもさらに良いものであると思いますし、難しい仕事を達成した完璧さと気配りに、改めて、とても感銘を受けています」と述べた上で、「私は、今や、ずっと取り組んできた幾分長大な同意意見を放棄し、その代わりに、あなたの意見に同調する、実体的デュー・プロセスに関する短い論考を提出することに決めました。」と付け加えた(97)。新年を迎える前の、12 月 28 日にスチュアートが、12 月 29 日にダグラスが、それぞれの同意意見を同僚たちに配布した。年が明けて 1 月 4 日には、パウエルが正式にブラックマンの支持に加わり(98)、「改訂に満

*supra* note 44, at 145 (ブラックマンの文書に拠る).

<sup>(95)</sup> See Greenhouse, supra note 29, at 99 (ブラックマンの文書に拠る). 「これは、刑事中絶法を無効に する判決にとって、おそらくは、驚くほどの焦点ではなかった」が、それにもかかわらず、ここでの 「医師の権利の強調は、際立っている」。 See id.

<sup>(96)</sup> See Garrow, supra note 3, at 586; Yarbrough, supra note 39, at 224-25 (ブラックマンの文書に拠る); see also Greenhouse, supra note 29, at 98 (ブラックマンの文書に拠る).

<sup>(97)</sup> See Garrow, supra note 3, at 586; Schwartz, The Unpublished Opinions of the Burger Court, supra note 39, at 151; Schwartz, The Ascent of Pragmatism, supra note 39, at 307.

<sup>(98)</sup> その前日の1月3日には、パウエルはハモンドに短いメモを送り、ブラックマンの意見について、「あなたからの最後の瞬間の助言がなければ、私は同調する用意がある」と記した上で、「ブラックマン裁判官は、憲法上、健全な結論に達し、その結論を明瞭に述べたように私には思われます。」「あなたは、とりわけ、母体外生存可能性の争点に関する私への教育の見地から考えれば、なぜそのようなことを言うかというと、決して認められることはないのだろうからですが、それにもかかわらず、相当に大きな貢献を評価されてしかるべきです。私は、おそらく、母体外生存可能性の変更を執拗に迫った最初の人間であったと思います。」と記して、ハモンドの功績を大いに讃えた。See ROBENALT, supra note 36, at 175-76 (パウエルの文書に拠る).

足」すると述べた上で、両意見の「尋常ならざる学識」を称賛した(99)。

1973年1月11日, ホワイトとレーンクィストがそれぞれの短い反対意見の最初の写しを回覧した(100)。レーンクィストの反対意見を「要点を外している」と判断したランドール・ベザンソンは, これを取り合わないようにブラックマンに勧めた。ベザンソンは, 以下のように主張した。ブラックマンの意見は,「以前に, Griswold……やその他の意見の中で見出された, 修正1条の言論やプレスの権利と非常によく類似した,一つの独立した憲法上の権利を列挙し, 規定します。その権利が修正14条のデュー・プロセス条項の『自由』に中にあるという事実によって,平等保護条項または『実体的デュー・プロセス』のテストが適用できるようになることはありません。『自由』は,その権利によって保護される核心となる価値であり,それ故,デュー・プロセス条項は,その権利の適切な源です。私が最後に記すべきことは,レーンクィスト裁判官が示唆するように,混乱させるというよりも,このプライバシーの権利は,非常に混乱した領域を片付けるということです。さらに言えば,私の見解では,実体的デュー・プロセスおよび平等保護こそがより混乱させる領域なのです(101)。」

ブラックマンは、1月の第3週のある時点で両判決を公表したいと願っており、1月17日の水曜日がその候補として暫定的に予定されていたものの、バーガーが両事件でどのように意思表示をしようとするかを引き続き決定することができなかったために、この願いは叶うことがなかった。1月の第2週の終わり近くになって、初めて、バーガーは、ブラックマンの Roe および Doe の意見の双方に加わるとともに、自分自身の意見も追加するつもりであることを最終的に表明した(102)。

1972年10月開廷期の初めの数か月間は、バーガーと何人かの裁判官との関係は、とりわけス

<sup>(99)</sup> See GARROW, supra note 3, at 586; O'BRIEN, supra note 91, at 11. なお、11 月中旬頃からこの時期までの、ブラックマンと、ブレナン、バーガー、マーシャル、スチュアート、ダグラス、ホワイト、レーンクィストとのやり取りを含む、合衆国最高裁内部の動向をめぐる独自の取材に基づく描写(同書の情報源については、小竹・前掲注(2)、25 頁注(14)、参照)については、see WOODWARD & ARMSTRONG、supra note 39, at 231-36 [邦訳、313-20 頁].

<sup>(100)</sup> ホワイトのドラフトについては、see Dennis J. Hutchinson, The Man Who Once Was Whizzer White: A Portrait of Justice Byron R. White 367 (1998) (「ホワイトは、両事件における彼の反対意見を回覧することを1月11日まで待ったが、その反対意見は、今や2頁に減り、技術的な点が取り除かれ、かつ憤りにあふれていた。」)。また、レーンクィストのドラフトについては、see Simon, supra note 39, at 114 (中絶の争点に関して競合する利益の較量を要求することは、「司法部の判断よりも立法部の判断にはるかにふさわしい。」)(ダグラスの文書に拠る); Yarbrough, supra note 39, at 223 (ブラックマンをニュー・ディール期以前のオールド・コートが援用した実体的デュー・プロセスの定式を受け入れていると非難する) (ブラックマンの文書に拠る); Robenalt, supra note 36, at 218-19 (パウエルの文書に拠る).

<sup>(101)</sup> See Yarbrough, supra note 39, at 224 (ブラックマンの文書に拠る). 但し,「非常に説得力があるというわけでもない」。See id.

<sup>(102)</sup> See Garrow, supra note 3, at 586. なお、判決の時期の確定に関わるこの時期のバーガーの行動については、see Woodward & Armstrong, supra note 39, at 236-37 [邦訳, 320-21 頁].

チュアートとの間では、決定的に緊張したままであった(103)。1月16日、スチュアートは、裁判官席からブラックマンにメモを回し、「ハリー、Doe, Roe, etc, 明日、公表されるでしょうか」と尋ねたが、ブラックマンは、同じ経路によって、「知るものですか」と応じ、「それらが明日公表されるとは今は思いません。彼は意見を書くかもしれないと言っています。最も遅くても22日の月曜日と願っています。それらは判決を下されなければなりません。」と続けた。すぐに、スチュアートは、「心から同意します。」と返答した(104)。また、その前日には、バーガーも、裁判官席から、「本日の法廷の後に、『中絶』事件を議論することはできますか。もしよければ、3時ちょうどに電話を下さい。」と記したメモを回した(105)。翌日、バーガーは、両事件の「同意意見」を「明日中には回覧」させたいとブラックマンに手紙を書き、「あなたが書いたものに大きな変更が加わることはないものと思います」と約束した(106)。

ブラックマンは、バーガーが両意見を政治的な理由から故意に遅らせているのではないかと疑っていたが、その疑念は次第に増大しつつあった。長官は、1月20日に、リチャード・ニクソンの2期目の就任式において、就任の宣誓を取り仕切ることになっており、ニクソン大統領による最初の合衆国最高裁判所の被指名者として、中絶事件の判決によって、大統領を困惑させ、あるいは、かすませることを望まなかったというのである(107)。実際、バーガーは、公表された同意意見の最後で、本日の判決によって、要求に基づく中絶が合衆国憲法によって要求されるとの主張にお墨付きが与えられるわけではないと念を押し(108)、ニクソンがかつて中絶反対派への連帯の証として用いた「要求に基づく中絶」という表現を使って、これを非難している(109)。

<sup>(103)</sup> See GARROW, supra note 3, at 586.

<sup>(104)</sup> See Greenhouse, supra note 29, at 99 (ブラックマンの文書に拠る); Yarbrough, supra note 39, at 225 (ブラックマンの文書に拠る).

<sup>(105)</sup> See id. at 225 (ブラックマンの文書に拠る).

<sup>(106)</sup> See id (マーシャルの文書に拠る); ROBENALT, supra note 36, at 234 (パウエルの文書に拠る). See also GARROW, supra note 3, at 586.

<sup>(107)</sup> See Greenhouse, supra note 29, at 99–100. See also Geoffrey R. Stone, Sex and the Constitution: Sex, Religion, and Law from America's Origins to the Twenty-First Century 388\* (2017) (「バーガーが意図的に 1 月 20 日のニクソン大統領の 2 期目の就任式後まで判決の公表を遅らせているのは、ニクソンが合衆国最高裁に指名した者のうちの 3 名が中絶に対する憲法上の権利を認めることが分かるという決まりの悪い思いをニクソンにさせないことを望んだからだとブラックマンは疑ったが、それには十分な根拠があった。」). なお、ストーンは、1972 年 10 月開廷期にプレナンのロー・クラークを務めている。

<sup>(108)</sup> Doe v. Bolton, 410 U.S. 179, 208 (1973) (Burger, C. J., concurring).

<sup>(109)</sup> See Greenhouse, supra note 29, at 83. もっとも、ブラックマンは、ニクソンの 2 期目の就任式に言及しながらも、バーガーがなぜそんなに時間がかかったのかは今でも不思議だと述べつつ、バーガーのその一文には、常にありがたく思ってきたとする。See Oral History, supra note 36, at 203 (June 2, 1995), 492 (June 20, 1995). See also id. at 205-06 (June 2, 1995) (「確かに、私は、 [Roe]を書く上で、医師の助言が重要な要素となることにとりわけ注意を払い、それ故、Roe は要求に基づく中絶ではなかったし、また、そのことが、バーガー長官の同意意見に結びつき、なぜその意見に私が感謝していたのかの理由である。」).

ブラックマンは、バーガーのメモが届いたすぐ後に Doe の、1月17日には Roe についての新たに印刷された意見をすべての同僚に配布したが、ロー・クラークの面接時でさえもメモを頼りとしていたほど即席でしゃべることに不安のあったブラックマンは、1月16日に、判決の公表の際に両意見を説明するために用いられる、8頁からなるタイプライターで打った原稿を添付した。

「私は、中絶判決が公表される時に全国で生み出されるであろう新聞の見出しを予想します。」「それ故、私は、これらの 2 つの事件における裁判官席からの声明として提案するものを活字にしました。」とブラックマンは説明した。そうした声明は、慣例的には、意見自体の短縮された簡略な抜粋からなり、いかなる文書化された形でも交付され、あるいは、残しておかれることはなかった。しかし、ブラックマンは、Roe および Doe においては、それを望むいかなる記者に対しても、「この写しが与えられるべきことを私は提案します」と記し、その理由として、「それは、実際には、私が言うことになるであろうことを文字化したものとなるであろう」し、「記者団が度を失わないために、少なくとも何らかの理由があるべきだ」からだと記した(110)。

ブラックマンによる声明の提案は、中絶の争点が「最大級に微妙で、感情に訴える、論争的な争点である」ということの合衆国最高裁の認識を記し、「どのようにこれらの事件の判決を下そうとも、我々は、論争が継続するであろうことを十分に承知している」ことを認める。その声明は、「中絶が本質的には医学的判断である」ことを力説し、「幸いなことに、両判決は、大多数の州議会が開会中の時期に下される。おそらく、これらの判決は、州中絶法の憲法上の有効性について疑いを投げかけるが、そうした州の議会は、直ちにその制定法を吟味し、本日、我々が詳細に説明しようと心がけた憲法上の要件と一致させるよう同法を修正しうる」と強調する。声明の最後の頁において、ブラックマンは一人称で語り、「私は新聞の見出しがどんなものとなりうるのかを恐れますが、合衆国最高裁は、本日、合衆国憲法が要求に基づく中絶を強制すると判示するものではないことは、強調されるべきです。」と述べた。さらに、ブラックマンは、「妊婦が中絶に対する絶対的権利を有する」と合衆国最高裁は述べているのでもなく、そうではなくて、両判決は、「妊娠の第一トライメスターの間は、中絶の決定とその責任を主治医に負わせる」ものだと付け加えた(\*\*\*)。

同日、パウエルは、その「見事な」声明が「合衆国最高裁の判決の理解に役立つことに資する

<sup>(110)</sup> See Garrow, supra note 3, at 587; Schwartz, The Unpublished Opinions of the Burger Court, supra note 39, at 151; Schwartz, The Ascent of Pragmatism, supra note 39, at 307-08; O'Brien, supra note 91, at 11. See also Yarbrough, supra note 39, at 225-26 (マーシャルの文書に拠る); Robenalt, supra note 36, at 234-35 (パウエルの文書に拠る).

<sup>(111)</sup> See GARROW, supra note 3, at 587; see also SIMON, supra note 39, at 115; FORSYTHE, supra note 54, at 53 (ブラックマンの文書に拠る). But see GRAETZ & GREENHOUSE, supra note 44, at 146 (「要求に基づく中絶」との一文は、バーガーが挿入するよう強く求めたものであったが、「ブラックマンはその助言を無視した」とする).

でしょう」とブラックマンに伝え、声明を出すというブラックマンの考えを熱狂的に支持した<sup>(112)</sup>。しかし、翌日、ブレナンは、ブラックマンにそのような声明を出さないように勧める文書を全員に配布した。

「過去における私たちの慣行は、その声明が、意見そのものとして、または、その述べられた意見を解釈するものとして依拠される可能性を避けるために、意見の口頭での発表をどんなときでも記録に残さないということでした。」「私は、その方針は非常に健全であり、中絶事件と同様に重要であると考えますし、私たちがその方針から離れるべきであるとは思いません(113)。」このメモを見た時、バーガーは、ブレナンの懸念は「自分には生じなかったが、先例は[一つの]要素である」とし、「判決要旨が印刷された言葉をプレスの人間に届けることができる場合を除いて、全くのところ、彼らをすっかり無視する方がよいでしょうね」とブラックマンに伝えた(114)。ブラックマンは、ダグラス、マーシャル、スチュアートが、全員、ブレナンの意見に同意することを表明した後に、声明を交付するという考えをやめ(115)、こうして、1月18日に、バーガーが3段落からなる同意意見を最終的に配布した時に、Roe v. Wade および Doe v. Bolton の公表は、1973年1月22日月曜日の朝10時に設定された(116)。

## 4 判決直前の動向

合衆国最高裁判所の外部にいる者にとっては、両判決が下される時期が今やどれだけ切迫しているのかを知る者は、ほとんど誰もいなかった。テキサス州では、1972年11月7日に行われた州議会議員選挙で当選し、1973年1月9日に州下院議員としての宣誓を終えたばかりのサラ・ウェディントンが、1月19日に、正式に州中絶法の廃止法案を提出した。記者の一人から、合衆国最高裁での勝訴の見込みについての意見を尋ねられたウェディントンは、「何が起こるか全くわからない」と返答し、「どちらの場合もありうる」と付け加えた。ヴァージニア・ホワイトヒルは、「たとえ最高裁がうまくいったとしても、胎児修正案や何であれ、これを阻止するために、我々は活動的でなければならないであろうと思う」と全国中絶法廃止協会(NARAL)のリー・

<sup>(112)</sup> See Garrow, supra note 3, at 587; O'Brien, supra note 91, at 12 (ブラックマンの文書に拠る).

<sup>(113)</sup> See Stern & Wermiel, supra note 54, at 374-75 (マーシャルの文書に拠る); Yarbrough, supra note 39, at 226 (ブラックマンの文書に拠る). See also Garrow, supra note 3, at 587; O'Brien, supra note 91, at 11-12 (ブラックマンの文書に拠る).

<sup>(114)</sup> See Yarbrough, supra note 39, at 226 (ブラックマンの文書に拠る). なお、バーガーは、ブラックマンの写しに手を入れ、「私たちは、「中絶に関する」態度の変化を記すことにも努めました」との原文を、「私たちは、……と記すことも逃れることができません」と書き換えさせ、「そんなことを探究すべきではない!」と付け加えた。ブラックマンは、この変更を受け入れた。See Greenhouse, supra note 29, at 100 (ブラックマンの文書に拠る).

<sup>(115)</sup> See Stern & Wermiel, supra note 54, at 375.

<sup>(116)</sup> See GARROW, supra note 3, at 587.

ギディングに警戒を続けるように呼び掛けた(117)。

合衆国最高裁判所の裁判官その他の正式な構成員以外で、何がこれから起こるのかを知っていたおそらく一人の人間は、デイヴィッド・ベックウィズ(David Beckwith)であったろう。ベックウィズは、タイム誌の若い記者であったが、オフレコ発言を求めて何人かのロー・クラークに近づき、来るべき判決の骨子を知った。ベックウィズは、パウエルのロー・クラークの一人であったラリー・ハモンドと同じ時期に、テキサス大学ロー・スクールに通っていたが、そのハモンドは、Roe および Doe が 1 月 17 日公表の判決一覧表に掲載されていることを知り、それ故、両判決がタイム誌の次の号で扱われるであろうと思いながら、近く発表される両判決についての「背景に関して」、ベックウィズに情報を伝えた。ハモンドは、バーガーの執筆の遅れが両判決を翌週に持ち越すことになろうとは全く予期しなかった。その後、バーガーの遅延によって、冗長な背景的素材ではなく、特ダネの材料を手に入れたことがわかったタイム誌の編集者たちは、さらに編集作業を進め、Roe および Doe が実際に公表される数時間前に、月曜日号のための「要求に基づく中絶」と題する 2 頁の記事を用意し、同誌は、新聞雑誌売り場に並んだ。

「先週、タイム誌は、合衆国最高裁判所がほとんどすべての反中絶法を違憲無効にし」、中絶に対する「最小限の制約だけ」を認める「判決を下したということを知った」とその記事は述べた。Griswold が判決の「根拠」であり、判決は、コネティカットの事件の「地裁裁判官、ジョン・O・ニューマンの1972年の意見によっても影響を受けていた。」「この国の歴史において、いかなる判決も、判決後に確実に生じるであろう感情の激しさを呼び起こすものはなかった。」とタイム誌は予測した。

月曜日の朝,タイム誌の記事について知ると,バーガーはすっかり激怒した(IIS)。バーガーは,犯人を突き止めるべく,各裁判官がそれぞれのロー・クラークを尋問し,嘘発見器によるテストをせよと脅す秘密扱いの手紙を送った。ハモンドは,そう指示されていたので,その手紙を自ら開封し,動揺したハモンドは,フロリダを訪ねていたパウエルと連絡を取るべく何度も電話をかけた。数時間後,ようやくパウエルをつかまえることができたハモンドは,事の次第を詳細に語るとともに,この間に書き留めていた辞表を朗読した。パウエルは,いったん電話を切り,バーガーと話をした。数分後,ハモンドはバーガーに呼び出されが,ハモンドが驚いたことには,バーガーはハモンドの誠実さを祝福し,ハモンドの過ちを咎めなかった。その後,ハモンド以外に出頭して責任を認めた者は,誰も現れなかった(IIS)。

<sup>(117)</sup> See id. at 587-88. See also Weddington, supra note 5, at 142-44, 145.

<sup>(118)</sup> See GARROW, supra note 3, at 588.

<sup>(119)</sup> See JEFFRIES, supra note 45, at 343-46 (ハモンドとパウエルのインタヴューに基づくこの間の出来事とその後日談についての詳細な描写); ROBENALT, supra note 36, at 357 n.6 (「私はその漏洩をとても後悔している」とハモンドは語った。) (2013 年 11 月 20 日のインタヴューに拠る). なお, タイム誌への漏洩とその顛末については, see also WOODWARD & ARMSTRONG, supra note 39, at 237-38 [邦訳, 322-23 頁].

もっともタイム誌の特ダネは短命に終わった。きっかり 10 時に、9 名の裁判官が揃った法廷で、合衆国最高裁判決の公表のために、バーガー長官は Roe および Doe の執筆者に向きを変え、ブラックマン裁判官がその時のために準備していた8頁の書面を読み始めた。合衆国最高裁の報道のための部局は、2 つの判決の写しを待機していた記者たちに配布し始めた(120)。

法廷に列席していた者の中には、ドティ・ブラックマン(Dottie Blackmun)が含まれていた。パウエルは、裁判官席からブラックマン夫人に手書きのメモを書き、それを彼女に届けさせた。「ドティ、ハリーは歴史に残る意見を書きましたが、その意見に私は誇りを持って同調します。今朝の裁判官席からの彼の声明も見事なものでした。私はあなたがこの場にいらっしゃったことを嬉しく思います(121)。」

### 5 判 決

### (1) 各裁判官とそのロー・クラークの果たした役割

これまで見てきたように、Roe および Doe 判決をめぐっては、1971 年 12 月 13 日の最初の口頭弁論から、1972 年 10 月 11 日の再口頭弁論を経て、1973 年 1 月 22 日の判決に至るまで、合衆国最高裁の内部において、延べ 406 日間に及ぶやり取りが繰り広げられてきた。ここでは、第 1 回目の口頭弁論以降のそれぞれの局面において、これまでの内幕から明らかとなっている、両判決が現在の形となる上での転機となったであろう出来事に焦点を合わせて、各裁判官やそのロー・クラークたちが果たした役割を振り返ることとしたい(122)。

第一に、1971年12月の1度目の口頭弁論後に開かれた裁判官会議の後に、バーガーとダグラスとの間で、どちらが執筆者を割り当てるかをめぐって、激しい意見の対立があったものの、最終的には、バーガーによって、ブラックマンが両事件とも意見の執筆を任せられることになった。もしダグラスの主張が通っていれば、ブラックマンは、バーガーとともに、少なくとも Doe では少数派だったことになるから、ダグラスはブラックマン以外の者を Doe の執筆者に指名したことになる。しかし、判決の形成過程において、当初の多数派と少数派が逆転することはしばし

<sup>(120)</sup> See GARROW, supra note 3, at 588. なお、ホワイトが法廷で自らの反対意見を読み上げたとするブラックマンの証言がある。レーンクィストがそうしたかどうかは思い出せないとブラックマンは述べる。 See Oral History, supra note 36, at 204 (June 2, 1995); see also id. at 492 (June 20, 1995).

<sup>(121)</sup> See GREENHOUSE, supra note 29, at 101 (ブラックマンの文書に拠る); YARBROUGH, supra note 39, at 226 (ブラックマンの文書に拠る). See also WOODWARD & ARMSTRONG, supra note 39, at 238 [邦訳, 324 頁].

<sup>(122)</sup> なお、その前段階として、1971年4月22日に両事件の裁量上訴が認められ、その後、1971年9月17日のブラック、同月23日のハーランの立て続けの引退により7名の裁判所になった後で、継続中の事件について、9名の裁判官が揃うまで待つべきかどうかをふるい分ける委員会が最高裁内部で設置され、結局、両事件は予定通りに審理を進めることが決定されたという経緯もあった。

ば見られることであり、実際にも、両事件は次開廷期に持ち越された後に、ブラックマンは両事件で違憲判決を下し、バーガーもブラックマンに同調することになったのであるから、ここでの確執の結果、ダグラスが執筆者を指名していたとしても、判決の帰趨に大きな影響を及ぼすことにはならなかったであろう。

第二に、ブラックマンは、1972年5月18日にRoeの第一ドラフトを回覧し、当該テキサス州法の「生命」の文言は、医師に不十分にしか情報を提供せず、漠然不明確の故に無効であると述べていた。しかし、ダグラス、ブレナン、スチュアート、マーシャルの多数派は、この「核心となる争点」に触れないブラックマンの期待外れのドラフトに不満を抱きながらも、両事件が次開廷期に持ち越され、形勢が逆転することを懸念して、ブラックマンに対して、代替する新たなドラフトを送付するのではなく、Roeの書き直しとDoeの速やかな判決を求める戦略的行動に出た。もっとも、ブラックマンにRoeのドラフトを翻意させたのは、Vuitchによって、「健康」という文言が許容できないほど漠然不明確ではないとされたのに、「生命」を違憲なほど漠然不明確であるとするのは矛盾することになると指摘する、5月29日のホワイトによるRoeの反対意見のドラフトであった。もしホワイトがブラックマンの当初のアプローチを頓挫させることがなかったとしたら、Roeは現在あるものとは全く異なった判決となったであろうし(123)、また、早晩、Vuitch との矛盾を笑かれることになったであろう。結局、ブラックマンは、自ら、両事件を次の開廷期に持ち越すことを提案し、この提案にパウエルとレーンクィストが加わることによって、バーガー、ホワイトを含む5名の多数意見によって、両事件は第二ラウンドに入ることとなった(120)。

第三に、1972年7月、1971年10月開廷期のブラックマンのロー・クラーク、ジョン・T・リッチとジョージ・フランプトンは、1年の任期が終わる前に、Roe は引き続き漠然性で、Doe では中絶に対する憲法上の権利の明確化を図るべきだとブラックマンに進言した。その後、8月11日に、フランプトンは、当該権利の制限が妊娠期間の時期によって決まり、母体外生存可能性の時点が、州の利益がやむにやまれぬものとなる「転換点」となるとする両事件のドラフトをブラックマンに送った。他方、夏休み明けの10月に、パウエルは、1972年10月開廷期のロー・クラー

<sup>(12)</sup> そこで、「ブラックマンの元々の Roe v. Wade のドラフトが合衆国最高裁の最終的な意見として下されていたのであれば、[どきっとさせる見出しや論争といった] そのようなものすべては避けられたのかもしれない」(SCHWARTZ, THE UNPUBLISHED OPINIONS OF THE BURGER COURT, *supra* note 39, at 151; see also id. at 144) とする見解もある。

<sup>(124)</sup> Jenkins, supra note 61, at 144 は、この局面においてパウエルの果たした役割を高く評価し、「もしパウエルが自分の意見を静かに聞かせることがなく、また、レーンクィストを自分の側に連れてくることがなかったのであれば、ダグラスその他の者が最初に求めていた不完全な7名の男による結果は、その後の反対派の猛攻撃に確実に耐えられなかったであろうし、根本的に異なる構成からなる合衆国最高裁によって何十年間も後に大切にされるべき何ものかとしての先例拘束性の概念を、おそらくは具体化することはなかったであろう」と主張する。

ク,ラリー・ハモンドに、コネティカット州法に関する合衆国地裁の2度にわたる違憲判決、1972年4月18日のランバード多数意見と1972年9月20日のニューマン多数意見に目を通しておくように指示した。とりわけニューマン裁判官の多数意見は、ハモンドによるその後のドラフトを通じてパウエルに影響を及ぼし、胎児の母体外生存可能性が中絶にとって基本的な憲法上の「切断点」となるとの認識をパウエルにもたらした(125)。

第四に、1972年10月の2度目の口頭弁論後に開かれた裁判官会議で、「私は、今年の春と同じ場所にいる」と述べ、Doe を主たる事件としたいと主張したブラックマンに対し、Roe を主たる事件とし、しかも、漠然性ではなく、より基本的な争点に基づくべきことをブラックマンに受け入れさせたのは、スチュアートとパウエルであり、とりわけ、両事件に関する自らの立場を初めて開陳し、しかも、大方の予想に反して違憲論に与した点で、パウエルの発言の衝撃は大きいものがあった(126)。

第五に、ブラックマンは、11月22日の Roe のドラフトで第一トライメスターの終了時を中絶規制が認められる分岐点としていたが、ハモンドの助言を受け入れたパウエルは、母体外生存可能性の時点で線引きをするようブラックマンに度重なる働きかけを行った。12月12日、マーシャルが自分のロー・クラーク、マーク・タシュネットが下書きした手紙を送り、12月13日、自分のロー・クラーク、ウィリアム・マルドンを通じて内情によく通じていたブレナンが同じく手紙を送って、ブラックマンに対して、母体外生存可能性の時点を「切断点」とするよう迫った。他方、ブラックマンの裁判官室でも、1972年10月開廷期のロー・クラーク、ランドール・ベザンソンが、11月29日、パウエルの提案を検討するメモを記し、マーシャルとブレナンの提案を受けて、12月13日には、最終的に採用されることになるトライメスター枠組をブラックマンに提案した(127)。ブラックマンは、当初は躊躇していたものの、最終的にこれらの説得を受け入れ、12月21日に、Roe 判決の骨子が出来上がった(128)。

<sup>(125)</sup> Hurwitz, *supra* note 47, at 247 は、判決後に明らかになった、Roe に関わった様々な裁判官の文書も参照して、「Roe v. Wade の事件において、Abele II におけるジョン・O・ニューマンの仕事が合衆国最高裁の判決形成過程とその最終的な意見で極めて重要な役割を果たしたことは明らかである」と結論づける。

<sup>(126)</sup> See Randy Beck, Self-Conscious Dicta: The Origins of Roe v. Wade's Trimester Framework, 51 Am. J. Legal Hist. 505, 520 (2011) (「おそらく合衆国最高裁の二人の新メンバーのうちの一人の票を獲得することを強く望んで、ブラックマン裁判官は、Roe における漠然性の論理的根拠を放棄し、両事件を実体的デュー・プロセスの理論で判決を下すべきだとの忠告を受け入れた。」).

<sup>(127)</sup> なお、Garrow、The Brains Behind Blackmun、supra note 52 は、「合衆国最高裁の裁判官の文書が公に利用できるようになった過去50年間の他の15名の裁判官の誰よりも、自己の公的な仕事に関するはるかに大きなコントロールを自分のロー・クラークに譲っていた、ある裁判官の物語」(at 28)の一つの実例として、フランプトンとベザンソンがブラックマンに自分たちの見解を述べた、「並外れて強引で強力なやり方」(at 30)に言及する。この Garrow の論考が惹起した論争には立ち入らない。

<sup>(128)</sup> ブラックマンは、自分が Roe の意見の所有者であることに強い誇りを持っており、殊にブレナンがトライメスター・アプローチの形成に関わったと主張することには複雑な感情を抱いていたとされる。

こうして、Roe および Doe が現在の形になるまでには、各裁判官を初め、それぞれのロー・クラークの多大な貢献があったのであり、その相互作用によってもたらされた数多くの「意外な成り行き(129)」によって、両判決は、その執筆者ですら当初は全く予期することのできなかった判決となったのである(130)。

#### (2) 判決の内容

Roe v. Wade および Doe v. Bolton は、いずれも 7 対 2 の多数で、テキサス州法およびジョージア州法をそれぞれ違憲と判示した(131)。その結果、Roe は 30 州の、Doe は 15 州の刑事中絶法を事実上、無効とすることとなった(132)。Roe では、ブラックマン裁判官の法廷意見に、バーガー長官、ダグラス、ブレナン、スチュアート、マーシャル、パウエルの各裁判官が同調し、この他に、バーガー長官、ダグラス裁判官、スチュアート裁判官による各同意意見が付されている。他方、レーンクィスト裁判官が同調したホワイト裁判官の反対意見、レーンクィスト裁判官の反対意見がある。Doe v. Bolton では、同じく、ブラックマン裁判官の法廷意見に、バーガー長官、ダグラス、ブレナン、スチュアート、マーシャル、パウエルの各裁判官が同調したが、Roe に付された5つの個別意見のうち、バーガー長官とダグラス裁判官による各同意意見、レーンクィスト裁判官が同調したホワイト裁判官による反対意見は、Doe v. Bolton にも適用されるものとされている。その他、Doe には、レーンクィスト裁判官による短い反対意見が付されている(133)。

See Stern & Wermiel, supra note 54, at 374; see also Greenhouse, supra note 29, at 138. なお,Tushnet, supra note 82 は,「合衆国最高裁の裁判官たちが表明した懸念は,政策というよりもむしろ憲法上の懸念に基づいていたと最もよく理解される」(at 253)ところ,「そうした憲法上の懸念を考えれば,両判決の構造は完全に理にかなっているか,不可避ですらあったかのどちらかであった」(at 254)として,2 つの州の利益を承認し,妊娠期間を 3 段階に分割した最高裁の行動を擁護する。これに対して,Beck, supra note 126 は,Roe の多数派の裁判官たちは,「中絶の権利の継続期間の問題を解決する必要はなかったし,その問題を述べる意見の箇所は傍論であった」(at 516)と主張し,それにもかかわらず,合衆国最高裁がその争点に取り組んだのは,「判決が下された後に州中絶法を改訂するであろう立法者に,ブラックマン裁判官が指針を与えたかった」(at 526-27)ことによると強く推測されるからであり,その他にも,「ほとんどの重要な問題を一斉に扱うことによって,将来,合衆国最高裁がさらなる中絶事件を受け入れることを減らしたいとブラックマン裁判官が望んだ」(at 528)からではないかと推測する。

<sup>(129)</sup> See Garrow, Roe at 40, supra note 52, at 920.

<sup>(130)</sup> もちろん中絶判決に憲法上のプライバシーの権利という実質的根拠を提供したのは Griswold と Eisenstadt であり、両判決の重要性は、どんなに強調してもしすぎることはない。

<sup>(131)</sup> Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973). なお, Roe の脚注を除くブラックマン裁判官の法廷意見の全訳として,小竹聡「翻訳 —— Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) 判決」拓殖大学論集 政治・経済・法律研究 17 巻 1 号 113 頁 (2014 年)がある。

<sup>(132)</sup> See Garrow, supra note 3, at 595.

<sup>(133)</sup> Doe, 410 U.S. at 223 (Rehnquist, J., dissenting) (「……私は、やむにやまれぬ州の利益基準を州中 絶法の合憲性を測る不適切な基準とみなすので、多数意見の判示に敬意を表して反対する。」).

ブラックマン裁判官による Roe の法廷意見は,第 I 部から第20部までの全 12 部で構成されているが,実体判断に関する判示部分は,中絶規制の歴史,刑事制定法の目的と利益,プライバシーの権利とその制約,未出生者の生命,州の利益とその時点,判示事項の要約をその内容とする第 VI部ないし第21部からなる (134)。また,Roe の意見は,「現代の中絶法の一つに含まれている手続要件が考察される」Doe の意見と「もちろん,一緒に読まれるべきである」とされ (135),その Doe において,法廷意見は,「要約すると,我々は,JCAH〔病院認定合同委員会(the Joint Commission on Accreditation of Hospitals)〕によって認証された病院の規定,および,病院中絶委員会による是認についての要件,2 名の独立した医師による承認についての要件,そして,ジョージア州における居住についての要件を,すべて修正 14 条に違反するものと判示する」と結論づける (136)。

以下では、Roe 判決における実体判断に関する法廷意見の判示を、主にレーンクィストによる反対意見と対比させることによって、争点をめぐる対立をより浮き彫りにすることとしたい(137)。

第一に、中絶規制の歴史をめぐる議論のうち、アメリカ法の歴史に関して、ブラックマンは、広く一般的にこれを観察し、「明らかなことは、コモン・ロー上、我々の合衆国憲法の採択時、そして、19世紀の大部分の時期を通じて、中絶は、現在効力のあるほとんどのアメリカの法律の下においてよりも、嫌悪されることなく見られていた」と述べて、「女性は、ほとんどの州で今日享受するよりも、はるかに広い妊娠を終了させる権利を享受していた」と結論づける(138)。これに対して、レーンクィストは、起草者の意図を問題にするという視点から、1868年の時点での中絶に関する州法の歴史を概観し、「修正14条が採択された時に、この規定または他の州制

<sup>(34)</sup> Roe 判決の概要については、小竹聡「Roe 判決の意義と課題」島田陽一・三成美保・米津孝司・菅野淑子編浅倉むつ子先生古稀記念論集『「尊厳ある社会」に向けた法の貢献 — 社会法とジェンダー法の協働』(旬報社,2019年)490~92頁、参照。また、小竹聡「妊娠中絶と憲法上のプライバシーの権利(1)」樋口範雄・柿嶋美子・浅香吉幹・岩田太編『アメリカ法判例百選』(有斐閣,2012年)96~97頁も参照。

<sup>(135)</sup> Roe, 410 U.S. at 165.

<sup>(136)</sup> Doe, 410 U.S. at 201. See Stephen L. Wasby, Justice Harry A. Blackmun: Transformation from "Minnesota Twin" to Independent Voice, in The Burger Court: Political and Judicial Profiles 63, 88 (Charles M. Lamb & Stephen C. Halpern eds., 1991) (「特に個々の医師が有する裁量を重視することが中絶に審査委員会および2名の医師の存在を要求する法律を違憲とすることにつながった。」).

<sup>(</sup>図) なお、レーンクィストは、その反対意見を、「この厄介な問題についての判決に、広範な歴史に関する事実と豊富な法的学識の双方をもたらす」法廷意見は、「私の尊敬を得るものである」と述べることから始め、礼節を尽くしてブラックマンに応接している。*Roe*, 410 U.S. at 171 (Rehnquist, J., dissenting). *See also supra* text accompanying note 61.

<sup>(138)</sup> Roe, 410 U.S. at 140 (majority opinion). なお, ブラックマンは, 判決の歴史分析は不完全だとの 批判に対して, 誤っているとは考えていないと述べている。 See Oral History, supra note 36, at 494 (June 20, 1995).

定法のどんな規定の有効性に関しても、全く問題がなかったことは明らかである。この歴史から可能な唯一の結論は、起草者は、修正 14 条に、この事項に関して立法する権限を州から取り上げさせることを意図していなかったということである」と反論している(139)。

第二に、ブラックマンは、先例によって、「個人のプライバシーの権利またはプライバシーの 一定の領域もしくはゾーンを保障するものが合衆国憲法の下で確かに存在する」ことが認められ てきたと指摘し,「修正 14 条の個人の自由および州の行為に対する制約の概念に基礎づけられる」 このプライバシーの権利は、「女性の、自己の妊娠を終了させるか否かの決定を含むだけの十分 な広がりがある」と述べる(140)。また、この権利は無制限ではないとし、「当法廷は、一定の『基 本的権利』が問題となっている場合には、これらの権利を制限する規制が『やむにやまれぬ州の 利益』によって初めて正当化されうること」、「および、立法部の制定した法律は、問題となって いる正当な州の利益だけを表明すべく狭く作成されなければならないこと」と判示している(40)。 これに対して,レーンクィストは,第一に,中絶手術という結果になる「法律行為は,その言葉 の通常の用法における『私的な』ものではない」こと、「本件で合衆国最高裁が発見する『プラ イバシー』は、合衆国憲法の修正 4 条によって保護され、合衆国最高裁がプライバシーに対する 権利を具体化しているものと言及している、合衆国憲法修正4条によって保護される捜索と押収 からの自由の遠縁でさえもない」ことから、「私には、合衆国最高裁がするような、『プライバシー』 の権利が本件事案に関わっていると結論づけることは困難である」と論難し(142),第二に,「合衆 国最高裁が『プライバシー』という用語によって意味することが、合意のある法律行為に対する 望まない州の規制から自由であるという個人の権利主張は、修正 14条によって保護される『自 由』の一形態であるということに過ぎないのであれば、同様の権利主張は、その自由に基づいて、 我々の初期の判決で支持されてきたことに疑いはない」と述べた上で、「社会、経済立法の領域 において伝統的に適用されてきたテストは、その争われているような法律が、有効な州の目的に 合理的な関連性を有するか否かである」と主張する(143)。そして、「合衆国最高裁が第一トライメ スターでの中絶に対するいかなる制約も広範に無効とすることは、その基準の下で正当化するこ とは不可能であり、法廷意見がその確立されたテストに明らかに取って代える競合する諸要素の

<sup>(139)</sup> Roe, 410 U.S. at 177 (Rehnquist, J., dissenting).

<sup>(40)</sup> *Id.* at 152, 153 (majority opinion). この点に関連して、ブラックマンは、Griswold および本判決を、修正 14条のデュー・プロセス条項によって保護される「自由」の侵害に関わる、実体的デュー・プロセスの法理の復活として理解するスチュアート同意意見(see id. at 167-71 (Stewart, J., concurring))を、「私には、ほとんど軽薄に書かれたように思われる」と評し、Griswold の理解をめぐるスチュアートとダグラス(see Doe, 410 U.S. at 212 n.4 (Douglas, J., concurring))との論争には、「加わらないでいる」と述べている。See Oral History, supra note 36, at 494 (June 20, 1995).

<sup>(141)</sup> Roe, 410 U.S. at 155.

<sup>(142)</sup> Id. at 172 (Rehnquist, J., dissenting).

<sup>(143)</sup> Id. at 172-73.

自覚的な較量は、司法部の判断よりも立法部の判断にはるかにふさわしい」と述べて、法廷意見の採用するテストを厳しく批判する<sup>(144)</sup>。さらに、レーンクィストは、この「やむにやまれぬ州の利益テスト」は、修正 14 条の平等保護条項の基準であったものをデュー・プロセス条項の下で生じている本件に「移植」したものであり、「法廷意見は、それを発見したことよりも、この法の領域を混乱したままにしておくという一見不可能に思える芸当を達成するであろう」と批判している<sup>(145)</sup>。

第三に、未出生者の生命に関する判示に関しては、ブラックマンは、憲法解釈上、「修正 14 条で用いられているような『人』という語は、未出生者を含まない」とし<sup>(146)</sup>、さらには、「我々は、生命がいつ始まるのかについての難問を解く必要はない。医学、哲学、神学の各学問分野で研鑽を積んだ人々がどんな合意にも到達できないときに、司法部は、人知の発達の現段階において、その解答についての思索をめぐらせる立場にはない」と述べる<sup>(147)</sup>。しかし、中絶反対派による上訴趣意書で強力に主張されていたにもかかわらず、レーンクィストは、この争点を格別、取り上げない。同様に、ホワイト反対意見も、道徳的な観点から胎児の生命の価値を論ずることには距離を置く。両反対意見の批判は、道徳的ではなく、法学的理由による<sup>(148)</sup>。

第四に、ブラックマンが行う、プライバシーの権利と、州が有する「妊婦の健康の保持および保護」と「人間生命の潜在性の保護」という二つの利益との調整に関しては「149」、レーンクィストは、「やむにやまれぬ州の利益基準の採用は、唱えられた特定の州の利益が『やむにやまれぬ』ものでありうるのか、そうではありえないのかの判断を下すというまさにその過程において、立法政策を吟味し、これらの政策の賢明さを判断することを不可避に当法廷に要求することであろう」と批判した上で、「例えば、妊娠を三つの異なった時期に分割し、各々の時期に州が課しうる許容できる制約の概略を述べる本件での判決は、修正14条の起草者の意図の決定というよりも、司法立法の性質をより帯びている」として、これを非難している「150」。この点については、ホワイトもまた、「合理的な人間が容易かつ激烈に意見が異なりうるような争点に実際に関わる、本件のような微妙な領域においては、人間生命を保護する州の努力に憲法上の障害を差し挟み、

<sup>(144)</sup> *Id.* at 173.

<sup>(145)</sup> *Id.* at 173.

<sup>(146)</sup> *Id.* at 158 (majority opinion). なお, この一節の挿入の経緯とこれに対するブラックマンのその後の所感については, *see supra* note 56.

<sup>(147)</sup> Roe, 410 U.S. at 159.

<sup>(148)</sup> See Graetz & Greenhouse, supra note 44, at 148. 但し、ホワイト反対意見には、中絶に対する強い嫌悪が反映されている。See Earl M. Maltz, The Chief Justiceship of Warren Burger, 1969–1986, at 250 (2000). See also infra text accompanying notes 152 & 153.

<sup>(49)</sup> なお、ブラックマンは、判決が胎児の権利を無視し、母の権利と健康だけに関心を持っているとの批判に対して、ほとんどすべての反中絶法も「同じ調子で」起草されていると応答している。*See* Oral History, *supra* note 36, at 494 (June 20, 1995).

<sup>(150)</sup> Roe, 410 U.S. at 173–74 (Rehnquist, J., dissenting).

人間生命を根絶する憲法上保護された権利を母と医師に付与することによる選択についての、合 衆国最高裁の明瞭な権限の行使を私は受け入れることができない。この争点は、大部分は、人民 と、人民が彼らの事柄を統治するために工夫している政治過程に委ねられるべきである」と述べ て,法廷意見を批判している(151)。なお,ホワイトは,中絶に対する権利の主張を,「便宜,家族 計画、経済状態、子に対する嫌悪、非嫡出性の当惑、等々といった、様々な理由の」「どれか一 つによって、または、全くいかなる理由にもよらずに、そして、生命または健康に対するいかな る恐れも主張し、または、言い張ることがないのに、中絶の処置を引き受けるつもりのある医学 上の助言者を見つけることができるのであれば、いかなる女性も、要求による中絶に対する資格 があるということである」と捉えた上で(152)、合衆国最高裁が行ったことは、「胎児が母体外で生 存可能となる時期より前の期間中に、合衆国の憲法は、推定上の母の便宜、気まぐれまたは移り 気を、胎児の生命または潜在的生命よりも重視する」ものであり(153)、「私は、合衆国憲法の文言 または歴史の中に、合衆国最高裁の判決を支持するものは何も見出さない」と主張して、本判決 の結果は、「50 州の人民と議会が、一方で、胎児の継続する存在と発達の相対的な重要性を、他 方で、母に対するありうる影響の範囲に対して、較量する資格を憲法上奪われるということであ る。露骨な司法権の行使(an exercise of raw judicial power) として,合衆国最高裁は,おそ らく,本日行うことを行う権限を有しているが,私の見解では,その判決は,合衆国憲法が当裁 判所に拡張する司法審査の権限の無思慮で,度を超した行使である」と述べて,法廷意見を厳し く批判している(154)。

このほか、ブラックマンは、Roe の判示事項の要約の最後に、「本判決は、重要な州の利益が介入のためのやむにやまれぬ正当化事由を提供する時点まで、自己の専門的な判断に従った治療を行う医師の権利を擁護する。これらの時点までは、中絶の決定は、あらゆる側面で本質的かつ第一義的に医学的判断であり、その決定をなす基本的責任は、医師になければならない」と述べ

<sup>(151)</sup> Doe, 410 U.S. at 222 (White, J., dissenting).

<sup>(152)</sup> Id. at 221. この著しく無神経な一文は、古くからの友情を引き裂き、20 年後には、かつてのある同僚が、ホワイトの退職を讃えた記念論文集への参加を拒否することさえも引き起こした。また、「または、全くいかなる理由にもよらずに」という文言は、事件に関連する経験上のデータに精通し、現実に及ぼす準則の効果に敏感であることを誇った男が、せいぜいでも無知であったと多くの者に示唆した。ある旧友の法律家は、後年、「ホワイトがそれを書いたとは信じることができない」、「女性が直面する選択についていかにも冷淡に聞こえる」と語っている。もっとも、ホワイト自身は、裁判官としての職にあった晩年、何人かのロー・クラークに対して、もし議員であったならば、自分は「選択支持派であった」と語ったが、その点を個人としておよそ明らかにしようとしたことの証拠は、全く存在しない。See Hutchinson, supra note 100, at 368.

<sup>(153)</sup> Doe, 410 U.S. at 221 (White, J., dissenting).

<sup>(154)</sup> *Id.* at 221-22. なお, ブラックマンは, 自らが「主たる反対意見 (the lead dissent)」と呼ぶホワイトの反対意見を,「非常に手厳しい」ものであったとだけ評している。*See* Oral History, *supra* note 36, at 202 (June 2, 1995).

ている(155)。しかし、どの個別意見もこの医師を中心とした見方には応答していない。関連して、いくつかの裁判所の友によって性差別の議論は提出されていたものの、ブラックマンの法廷意見だけでなく、どの意見にも、女性の平等によって判決を根拠づける議論は見られない(156)。この点に関して、ブラックマンは、ダグラス裁判官はプライバシーの権利に大賛成であり、また、当時はこれが正道であったから、平等保護の根拠に基づいて、判決を下すことはできなかったと率直に述べている(157)。なお、ブラックマンは、Roe 判決の冒頭において、「我々は、中絶論争の微妙で感情に訴える性格、医師の間にすら見られる激しく対立する見解、その問題が引き起こす心底からの、おそらくは絶対的な確信に我々が気づいていることを直ちに認める」と記すことから始めている(158)。この中絶をめぐる争点がはらむ感情的な側面を述べる部分は、ブラックマンによれば、合衆国最高裁入りした時にヒューゴー・ブラックから受けた、「常に相手の弱点を容赦なく攻めよ。決して意見の中で煩悶するな」との助言に背くものであったが、ブラックマンは、意図的にそれを行ったと述べている(159)。

以上, 法廷意見の概要を反対意見と対比することによって見てきた。ここでは, 最後に, 各同意意見についても簡単に触れておくことにしよう。

バーガー長官の同意意見は、「私は、本日の合衆国最高裁の判示を……広範囲に及ぶ結果を持つものとは解釈しない」とし、その理由として、「明らかなことに、合衆国最高裁は、本日、合衆国憲法が要求に基づく中絶(abortion on demand)を要求するとのいかなる主張も斥ける」からだとする。また、バーガーは、Doe に関して、州が2名の医師による中絶の認証を求める

<sup>(155)</sup> Roe, 410 U.S. at 165-66. See Yarbrough, supra note 39, at 230 (「Roe および Doe の核心」にあったのは、「政府による過度に制約的な規制を免れて医学上の判断を行う医師の権利」であり、「女性の権利は、その中心的な関心事にとって二次的」であったとする。).

<sup>(156)</sup> それどころか,「ブラックマン,ブレナン,または、ダグラスの文書には、合衆国最高裁の裁判官がそもそも女性の平等の分析を議論した徴候は、全くない。」Hunter, *supra* note 51, at 172. 但し、ブラックマンの法廷意見およびダグラス同意意見には、望まない出産によって女性が直面する害悪についての描写は存在する。*See Roe*, 410 U.S. at 153; *Doe*, 410 U.S. at 214–15 (Douglas, J., concurring).

<sup>(157)</sup> See Oral History, supra note 36, at 503 (June 20, 1995); see also id. at 202 (June 2, 1995). 後年の ギンズバーグの批判に対して、ブラックマンは、その見解は本質的に 20 年後の学者の評価であり、その種の言説を正しく評価するためには、その闘いの熱気の中にいなければならず、さらに言えば、ギンズバーグは、スカリーアに敢然と立ち向かうのであろうかと皮肉を込めて反駁している。See id. at 503. See also Tushnet, supra note 82, at 252 (「合衆国最高裁は、女性の平等の利益を憲法上重要だとはほとんど認識し始めてはいなかったし、平等の利益に相当な重みを与える意見のドラフトは、ブラックマン裁判官の漠然性の意見とほとんど同じ位猛烈に、嘲笑されたことであろうと私は思う。」).

<sup>(158)</sup> Roe, 410 U.S. at 116.

<sup>(159)</sup> See Oral History, supra note 36, at 505 (June 20, 1995); see also id. at 207 (June 2, 1995). なお, その後に続く、Lochner 判決のホームズ裁判官の反対意見からの引用(Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 76 (1907) (Holmes, J., dissenting)) は、レーンクィストの不満をそらすために、1972 年 11 月 22 日の第一ドラフトで付け加えられたとの指摘がある。See Yarbrough, supra note 39, at 224.

ことは、「過度に負担となるとは思わない」と判示する(160)。

ダグラス裁判官の同意意見は、両事件で問題となっている「プライバシーの権利」を、権利章典の様々な特定の規定が保護することを予定した基本的価値の中に位置づけ、当該権利の保障に、より強固な基盤を与えようとするものである(181)。ダグラスは、「修正9条は、明らかに、連邦上執行可能な権利を作り出さない」ものの、修正9条で言及されている「これらの権利のカタログは、合衆国憲法前文で言及された『自由の恵沢』の範囲内に入る、慣習上の、伝統的な、昔からの権利、楽しみ、特権および免除を含んでいる。そのうちの多くは、私の見解では、修正14条で用いられているような『自由』という文言の意味の中に入る」と述べた上で(182)、そこには、「自己の知性、利益、嗜好および個性の発達と表現に対する自律的なコントロール」、「結婚、離婚、生殖、避妊および子の教育としつけに関する自己の人生の基本的な決定における選択の自由」、「自己の健康および身体を気づかう自由、身体的制約または強制からの自由、歩き、散歩し、または、ぶらつく自由」という3つの範疇が存在するとする(183)。そして、当該ジョージア州法は、それぞれの範疇において言及された事件の「明瞭なメッセージ」である、「女性は望まない子を産むかどうかの基本的な決定を自由にできるということ」と相いれないとし、「出産が女性から自己の好むライフスタイルを奪い、根本的に異なった、望まれていない将来を女性に押しつけうることを証明するために、精緻な議論はほとんど必要ない」と述べる(184)。その上で、ダグラス

<sup>(160)</sup> Doe, 410 U.S. at 208 (Burger, C. J., concurring).

<sup>(161)</sup> See Doe, 410 U.S. at 209 n.2 (Douglas, J., concurring) (「我々の権利章典にはプライバシーについて触れられていないが、我々の先例は、これらの修正条項が保護することを予定した基本的価値の一つとして、プライバシーを認めている。」); Dorothy J. Glancy, Douglas's Right of Privacy: A Response to His Critics, in "He Shall Not Pass This Way Again": The Legacy of Justice William O. Douglas 155, 164 (Stephen L. Wasby ed., 1990) (「プライバシーの権利に関する憲法上の根拠についてのダグラス自身の見解は、結局、プライバシーの権利を、実体的デュー・プロセスの一側面であるとは考えなかった。むしろ、ダグラスは、プライバシーの権利を、修正 5 条および 14 条が保障する自由に編入された、権利章典の一側面と考えた。」).

<sup>(162)</sup> Doe, 410 U.S. at 210-11 (Douglas, J., concurring).

<sup>(163)</sup> Id. at 211-15. See Bruce Allen Murphy, Wild Bill: The Legend and Life of William O. Douglas 459 (2003) (ダグラスは,「ここでほとんど起草者のように意見を執筆し,権利章典に自分自身の三部からなる補遺を作り出した。」). もっとも,この3つの範疇は,ブレナンの1971年12月30日付の手紙(小竹・前掲注(2),54~56頁,参照)から採用されたものであろう。See Bernard Schwartz, The New Right and the Constitution: Turning Back the Legal Clock 60 (1990).

<sup>(164)</sup> Doe, 410 U.S. at 214 (Douglas, J., concurring); id. at 214-15 (「例えば、ジョージア州法の下で申請を斥けられた者は、妊娠の難儀さに耐えること、出産による苦痛、より高い死亡率、そして、後遺症を被ること、教育計画を断念すること、収入の喪失を被ること、職業の満足を見合わせること、子のケアを与える上でさらなる精神的身体的健康の重荷を負わされること、そして、いくつかの場合には、未婚の母という生涯にわたる汚名、躊躇させないとしても、後の嫡出の家族関係につきまとうかもしれない烙印に耐えること、を求められる。」). See Elizabeth M. Schneider, The Affirmative Dimensions of Douglas's Privacy, in "HE SHALL NOT PASS THIS WAY AGAIN", supra note 161, at 179, 181-82 (フェミニストによって提出されたいくつかの裁判所の友がダグラス同意意見に及ぼした影響を論ずる).

は、女性の利益と州のやむにやまれぬ利益との較量を行い、最終的に、法廷意見に同調する<sup>(165)</sup>。スチュアート裁判官の同意意見は、Griswold におけるかつての反対意見と本件における自らの立場との整合性の弁明を行うことを主眼とし、「Griswold は、実体的デュー・プロセスの法理の下で判決が下された Skrupa 以前の、長年にわたる事件の一つを表すのであり、私は、そういうものとして、今や Griswold を受け入れる」と述べた上で<sup>(166)</sup>、「合衆国憲法は、結婚や家族生活の事項における個人の選択の特定の権利にどこにも言及しないが、修正 14条のデュー・プロセス条項によって保護される『自由』は、権利章典において明示的に名を挙げられた自由以上のものを含んでいる」ことを承認する<sup>(167)</sup>。そして、「当法廷のいくつかの判決は、結婚や家族生活の事項における個人の選択の自由が修正 14条のデュー・プロセス条項によって保護される『自由』の一つであることを明らかにする」として、就中、Eisenstadt や Abele v. Markle におけるニューマン裁判官の判示を引用しながら、「合衆国最高裁が、本日、Jane Roe によって主張された権利が修正 14条のデュー・プロセス条項によって保護される個人の自由の中に含まれると判示することが正しいことは明らかだ」と述べて<sup>(168)</sup>、法廷意見に同調する。

# 6 判決後の動向

# (1) 判決に対する反応

サラとロンのウェディントン夫妻は、1972年1月20日土曜日のニクソンの2期目の就任式をテレビで見ながら、再選のために立候補している間、「ニクソン・コート」が中絶判決を下すことをニクソンは望んでいないのでないかとの噂話で盛り上がり、そうであれば、合衆国最高裁が判決を下すまでに、どれくらいかかるのだろうかと思いをめぐらした(169)。1月22日月曜日、朝9時ちょっと過ぎに、オースティンの自宅兼法律事務所にワシントンの記者から電話があり、州議会の執務室にも別の記者からの連絡があったことで、既に議事堂内にいたウェディントンは、

<sup>(165)</sup> Tushnet, *supra* note 82, at 251 は、ダグラスの意見を「とてもしっかりしている」と主張し、「コモン・ローの方式における憲法裁判の優れた実例」であると評価する。

<sup>(166)</sup> Roe, 410 U.S. at 168 (Stewart, J., concurring).

<sup>(167)</sup> Id. See Tinsley E. Yarbrough, Justice Potter Stewart: Decisional Patterns in Search of Doctrinal Moorings, in The Burger Court, supra note 136, at 375, 382-83 (先例に固執することに非常に高い価値を置くこと、および、起草者は多くの憲法規定を意図的に、一般的な、比較的開かれた文言で表すとの信念というスチュアートの判例に見られる 2 つの基本的要素が、Griswold と Roe との間の明らかな不一致を調和させることに資すると述べる); see also Ben W. Heineman, Jr., A Balance Wheel on the Court、95 Yale L. J. 1325, 1325 (1986) (スチュアートは、デュー・プロセスのような制限のない規定の解釈に「コモン・ロー」アプローチを用いたとし、一般論として、事件は狭く判決を下されるべきであり、先例が集積された場合にのみ、より広範な原則が出現すべきであると考えていたとする。).

<sup>(168)</sup> Roe, 410 U.S. at 169–70 (Stewart, J., concurring).

<sup>(169)</sup> See Weddington, supra note 5, at 145-46.

初めて判決が下されたことを知った。リンダ・コーフィーは、出勤途中の車内のラジオで、その ニュースを知ったが、法律事務所に着くとすぐにそのニュースに代わって、著名なテキサス州の 人士、リンドン・ジョンソンが亡くなったことを知らされた。その後、リンダはサラに電話をか け、二人は勝利の興奮を分かち合った(170)。

サラ・ウェディントンは、ジェーン・ロウに連絡しようと手を尽くしたが、ノーマ・マコーヴィーは匿名であり続けたから、プレスからの電話が不意にかかってくることはないだろうと考え、結局、マコーヴィーの居場所を突き止めることをあきらめた。判決のニュースは、それまでにすべての放送で触れられていたので、マコーヴィーは、判決を既に知っているか、これから報道を見るだろうとウェディントンは思った(171)。

正午頃に、合衆国最高裁判所からサラに電報が届いた。そこには、「Roe v. Wade 判決は、本日、一部原判決を維持し、一部覆した。Doe v. Bolton 判決は、修正し、維持した。意見は航空便で送られる」と記してあった (172)。翌朝、ウェディントン夫妻は、オースティンで入手できる全国のあらゆる主要な新聞を購入し、判決について詳しく知った (173)。

サラは、多くの弁護士による、より大きな奮闘の一環として Roe を理解した。私は、私たちすべてを代表すべく、一連の奇妙な出来事を通じて、合衆国最高裁の前に立った、そういう人間だったのだ。別の一連の出来事が生じていたならば、別の事件が歴史を作るものになっていたかもしれない。それが、サラ・ウェディントンの本心であった(174)。

ノーマ・マコーヴィーは、同棲している恋人のコニー・ゴンザレス(Connie Gonzales)と大掃除の仕事から帰宅すると、コニーがシャワーを浴びている間に、新聞を読んで、合衆国最高裁が中絶を合法化する判決を下したことを知った。しかし、その記事にはどこにも原告のことは書かれていなかった。長らくノーマはただ宙を見つめ、自分の感情と戦った。シャワーから戻った

<sup>(170)</sup> See id. at 146-48.

<sup>(171)</sup> See id. at 148. なお,他の訴訟当事者や支援者,関係者の様子については, see id. at 148-50. See also Garrow, supra note 3, at 601-05. また、その後の関係者の動向については, see, e.g., Lucinda M. Finley, Contested Ground: The Story of Roe v. Wade and Its Impact on American Society, in Constitutional Law Stories 333, 372-74 (Michael C. Dorf ed., 2d ed. 2009).

<sup>(172)</sup> See Weddington, supra note 5, at 150.

<sup>(173)</sup> See id. at 153. サラの考えでは、メイヨー・クリニックとのつながりがあったので、ブラックマンの票は驚きというほどのものではなかった。ダグラスの票は期待通りだった。マーシャルとブレナンの票は喜びであったが、驚きではなかった。スチュアートとパウエルには大きな疑問符がついていたが、賛成票を投じてくれた。バーガーに関しては、どのようにして彼の一票を得られたのか、どんな内幕があったのかを知りたかった。レーンクィストの票が得られるとは決して思ってはいなかった。ホワイトには、子どもを持つことに問題があるとの噂があったが、その噂は本当なのだろうかと思った。もしその噂が本当であるなら、自分の妻が子どもを持つことを必死に望み、多くのことを経験したときに、女性が中絶を求めるだろうと想像することは、ホワイトにはできなかったと多分説明するであろう。裁判官も人間であり、彼らの判決も、そのような出来事にある程度までは影響を受けるに違いないとサラは思った。See id. 但し、ホワイトには既に二人の実子がいる。噂の出所と真相は不明である。

<sup>(174)</sup> See id. at 154.

コニーに、ノーマは判決のことを説明し、新聞を手渡した。「コニー、どこかに原告のことが出ているかわかる。ジェーン・ロウという名の女性だけど」と尋ねると、コニーは怪訝そうな顔つきをした。ノーマは、コニーの目を真っすぐ見て、「ジェーン・ロウに会いたいとは思わない」と言ったが、ノーマが本気なのを見て、コニーは、静かに笑って言った。「ちょっと、ピクシー、よしてよ。そんな人なんか私たちは誰も知らないわよ(175)。」

翌朝、二人は仕事に出かけたが、コニーは、一日中、何も尋ねなかった。帰宅後、ノーマはコニーにすべてを打ち明けた。どのようにして自分がジェーン・ロウになったのか、事件に関する怒りと失望、サラ・ウェディントンとの険悪な関係、そして、最大の恐れは、強姦されたとの嘘がどういうわけか暴露され、ジェーン・ロウも自分も嘘つきとしてさらされることだった。ノーマは、自分がジェーン・ロウであることに誇りを持っているが、今では、これまでよりも一層、身元がばれることが怖いとコニーに語った。自分は刑務所に行くのか、そして、事件すべてが覆されるのか、さらにまた、中絶は再び非合法化されるのか、アメリカの何百万人もの女性が傷つき無力な状態に戻るのか。それもみな自分が嘘をついたという理由だけのために。コニーは、匿名のままでいることが当分の間、最も良い考えなのかもしれないことに同意した(176)。

判決と同日の1973年1月22日に、ジョンソン前大統領が死亡したことで、判決の記事は、多くの新聞で1面の下の方に追いやられた。最も厳しい非難は、カトリック教会の内部から生じた。フィラデルフィアの大司教で、カトリック司教全国会議(the National Conference of Catholic Bishop)の議長であるジョン・クロール枢機卿(John Cardinal Krol)は、判決を「言語に絶する悲劇」と呼んだ。ワシントン特別区の大司教、パトリック・オウボイル枢機卿(Patrick Cardinal O'Boyle)は、「もう一つの Dred Scott 判決を生み出した」として、合衆国最高裁を厳しく非難した。ワシントン・イーヴニング・スター紙のコラムニスト、レスター・キンゾルヴィング(Lester Kinsolving)は、ブレナンを背教者と決めつけ、「注目すべきは、彼の猊下が『重大な罪』と描写したものを是認したこれらの『数少ない男たち』の一人が、オウボイルのまさにその大司教管区の教徒の一人であるということである」として指弾した(177)。

1973 年 2 月 5 日号のタイム誌によると、ギャロップの最新の世論調査では、妊娠の最初の 3 か月間における中絶の決定は女性とその医師に委ねられるべきかどうかとの質問に、回答者の 46 パーセントがはい、45 パーセントがいいえと答えた(178)。1973 年 4 月 19 日のハリスの世論調査では、判決を支持するかどうかの質問に、支持すると回答した者と支持しないと回答した者の

<sup>(175)</sup> See Norma McCorvey, with Andy Meisler, I am Roe: My Life, Roe v. Wade, and Freedom of Choice 150–51 (1994).

<sup>(176)</sup> *See id.* at 155–56. *See also* GARROW, *supra* note 3, at 600; *id.* at 600–01 (判決の後に、マコーヴィーの身元が一度だけダラスの新聞と雑誌で公になったことを記す).

<sup>(177)</sup> See Stern & Wermiel, supra note 54, at 375. See also Stone, supra note 107, at 396.

<sup>(178)</sup> See GARROW, supra note 3, at 605. その他の新聞や雑誌の記事や論調については, see id. at 605-06; YARBROUGH, supra note 39, at 232-33.

差は,52対41パーセントであった(179)。

合衆国最高裁判所は、1973 年 2 月 16 日の裁判官会議で係属中の他の中絶判決の処理を行い、その結果を 2 月 26 日に公表した。下級裁判所もまた、Roe および Doe 判決を受けて、係属中の事案の処理を行った<sup>(180)</sup>。

# (2) 合衆国最高裁の裁判官

ブラックマンは、開廷期毎の「重要な出来事の年代記(chronology of significant events)」の記載の中で、感情を見せずに、「中絶判決が下される。LBJ 死す。」とだけ記した。多くの新聞では、2つの出来事の順番は逆であった。前大統領の死去は合衆国最高裁からのニュースの影を薄くさせた。しかし、カトリック教会は最大限の注意を払った。翌日、ブラックマンは、「中絶への激しい非難一3名の枢機卿一ヴァチカン一ロチェスター電報あり!」と書き留めた。メイヨー・クリニックでは、判決は歓迎された。さらにその翌日、ブラックマンは、ランドール・ベザンソンとともに、ベザンソンの出身地であるアイオワ州のシーダー・ラピッズに飛行機で移動し、商工会議所の晩餐会で講演を行った。ブラックマンは、当地で、数十人の中絶反対派の抗議者に遭遇した。「ピケを張られる ——警察の保護」とブラックマンの年代記は記している(181)。

ブレナンは、判決の5日後に聖マタイ大聖堂で開催された年に一度の赤ミサを、他のすべての現職裁判官と同様に、欠席した(182)。赤ミサでの発言者は、誰も、意図的に、判決については言及しなかったが、オウボイル大司教は、管区の全司祭に、日曜日の説教で判決に反対するよう求めていた。大聖堂の外では、数名のピケ参加者がブレナンの破門を求めるプラカードを掲げた。ウィリアム・マルドンは、ブレナンが自分の教会の教会員によって選び出されたことで気を落とし、Roe は自分の個人的見解を反映していないと説明することができる方法があるとさえもおそらくは望んでいたのではないかと感じた(183)。

1972 年 10 月開廷期に, ブレナンのロー・クラークであったジェフリー・ストーン(Geoffrey

<sup>(179)</sup> See Stone, supra note 107, at 394.

<sup>(180)</sup> See Garrow, supra note 3, at 607-08, 874-75 nn.12 & 13.

<sup>(181)</sup> See GREENHOUSE, supra note 29, at 101 (ブラックマンの文書に拠る). See also Oral History, supra note 36, at 204 (June 2, 1995), 493 (June 20, 1995) (初めてピケに遭遇した時の様子についてのブラックマン自身による描写). また、当時の新聞が伝える講演の内容については、see GARROW, supra note 3, at 607.

<sup>(182)</sup> See Stern & Wermiel, supra note 54, at 375. 但し, 既に引退していたアール・ウォーレン長官は出席した。See id. at 618.

<sup>(183)</sup> See id. at 375 (1990 年 5 月 1 日のマルドンとのインタヴューに拠る). なお, ブレナンは, 1987 年のインタヴューで,「私は, 私生活においては, いかなる情況でも中絶を黙認することはないであろう。」「しかし, そのことは, 異なった見解を持つ人々がその見解を持つ資格があるのか否か, あるいは, その見解を行使する上で保護される資格があるのか否かということとは, 全く関係がない。それは, 合衆国憲法を適用, 解釈する上での私の仕事である。」と述べている。「私の信念が中絶事件でどのように判決を下すかということと何か関係があるなどということは, 一度も, 決して, これっぽっちも心に浮か

Stone)と、ブラックマンのロー・クラークであったランドール・ベザンソンは、合衆国最高裁に急速に到着し始めた膨大な数の手紙を開封した時に、その多くの東が特定の教区または教会学校から来ることに気づいた。ブレナンは、ほとんどそれらを見ることはなく、自分の文書にしまうこともなかった。しかし、ブラックマンは、手紙の多くに目を通し、かなりの量の手紙を自分の書類入れに保存した(184)。ブラックマンは、判決が下された週に、アドルフ・ヒトラーやヨシフ・スターリン、チンギス・ハーンに自分をなぞらえる手紙を受け取った(185)。ブレナンは、ブラックマンに、これは、合衆国最高裁の意見が国民の怒りを燃え立たせた最初ではないし、最後でもないだろうと説明し、この仕事にはつきものだと慰めの言葉をかけた(186)。

ブラックマンは、7対2の多数派を代弁した意見を自分だけが象徴するようになるとは思ってもいなかった。その意見は、結局のところ、共同作業の産物であった (187)。ブラックマンは、教会に通うメソジスト派の信徒であり、自分自身を、大義の主張者ではなく、割り当てられたものの受取人として、共同の義務を果たしたとみなしていた。そういう私人にとって、ブラックマン宛の手紙が何万通も合衆国最高裁に殺到し、その多くが神の怒りを援用し、ブラックマンを赤ん坊殺しと非難する事態は、当惑させる経験となった。ブラックマンは、ロチェスター・メソジスト病院の責任牧師(director of chaplain services at the Rochester Methodist Hospital)であり、Roe 判決が下された数週間後にブラックマンを励ます手紙を送ったアルクイン・L・テイズ(Alquinn L. Toews)に、「私はこれまで一度も、そのように個人的に罵倒されたことも非難されたこともありませんでした」と書き記している。また、Roe 判決が下された1週間後にロチェスターで一晩を過ごした友人であり、ミネソタ州ウィノーナの聖テレサ大学の教授団のカトリックの聖職者(a Catholic priest on the faculty of the College of Saint Teresa)であるヴァーン・トロシンスキー師(Reverend Vern Trocinski)が、その1週間後に、Roe は彼らの交友関係を緊張させたと書き送った時には、「合衆国最高裁判所の職務は、合憲性という狭い争点に

んだことはなかった。」 $See\ id.$  at 372(1987年1月28日のインタヴューに拠る). しかし、マルドンによれば、「彼は、明らかに、その争点に苦しめられていた。」と回想している。 $See\ id$ (1990年5月1日のマルドンとのインタヴューに拠る).

<sup>(184)</sup> See id. at 375 (2007年7月26日のストーンと,2007年8月21日のベザンソンとのインタヴューに 拠る). See also Stone, supra note 107, at 395.

<sup>(185)</sup> See Stern & Wermiel, supra note 54, at 619 (ブラックマンの文書に拠る). See also Oral History, supra note 36, at 204 (June 2, 1995), 492-93 (June 20, 1995).

<sup>(186)</sup> See Stern & Wermiel, supra note 54, at 376 (2007年9月6日のマルドンとのインタヴユーに拠る). なお、判決後のブラックマンを中心とした合衆国最高裁の様子については、see Woodward & Armstrong, supra note 39, at 238-40 [邦訳, 324-26頁].

<sup>(187)</sup> See GREENHOUSE, supra note 29, at 134. See also Oral History, supra note 36, at 205 (June 2, 1995) (「人々は, [Roe] をあたかもブラックマンの意見であるかのように思いたがる。多くの教授たちでさえもそうする。……私はそのことを彼らにたしなめてきた。なぜなら、それは 7 対 2 の判決であったからだ。」), 506 (June 20, 1995) (「Roe および Doe は、合衆国最高裁の判決であり、H.A.B. の判決ではなかった。票決は 7 対 2 であった。」).

ついてのみ判断を下すことです。私たちは、中絶が正しいのか間違っているのか、道徳的であるのか不道徳であるのかについて判決したのではありませんでした。私は、あなたの中絶に対する憎悪を共有しますし、個人的には、中絶に反対です。けれども、この国のすべての州は、制定法によって、少なくともいくつかの情況の下では中絶を許容します。……」と返信している(188)。しかし、トロチンスキーや他の誰もこの意見を受け入れなかった(189)。

パウエルは、判決から6年後に、Roe および Doe の議論と、自分自身の重大な影響を及ぼす役割を振り返って、判決は難しいものではなかったと回想した。Griswold は「州の規制を免れるべきところの個人の私的な関係」を保護しており、Roe および Doe は、それと全く同じ問題を提起していたとパウエルは語った。「自由の概念こそが中絶事件の基礎にある原理であり、それは、人々にとってものすごく重要な、一定の高度に個人的な決定をなす自由である」。「妊娠した女性にとっては、子を産むか否かの決定以上に、個人的または重要な決定を思いつくことは困難である」とパウエルは説明した「190」。こうして、「パウエルは、中絶を憲法化することによって、国民感情を先取りすることを意図したのであって、それに取って代わろうと意図したのではなかった。現在の立法の混乱状態を飛び越えることによって、合衆国最高裁は、迅速、明確、そして、悲痛な分裂を招くことなく、全体としてのこの国に明らかに向けられた解決策を達成するであろう」とパウエルは考えた「191」。パウエルは、ブラックマンを慰めようと努め、ブラックマンの意見に対する学者の批判には我慢ならないとブラックマンに伝えた「192」。

<sup>(188)</sup> See Greenhouse, supra note 29, at 134–35.

<sup>(189)</sup> See Evan J. Mandery, A Wild Justice: The Death and Resurrection of Capital Punishment in America 271 (2013).

<sup>(190)</sup> See Garrow, supra note 3, at 576; see also Jacob W. Landynski, Justice Lewis F. Powell, Jr.: Balance Wheel of the Court, in The Burger Court, supra note 136, at 276, 309. なお、パウエルの中絶をめぐる意見の形成に与った個人的経験については、see Jeffries, supra note 45, at 346-47; Woodward & Armstrong, supra note 39, at 230 [邦訳、312-13 頁]. See also Oral History, supra note 36, at 200 (June 2, 1995). Cf. Jeffries, supra, at 346 (パウエルは、「妊娠初期に自分自身の身体をコントロールする女性の権利に法が干渉すべきだということを耐えられないと考えていた」); id. at 347 (「一市民としてのルイス・パウエルが選択の自由に賛成したことは驚きではない。驚きなのは、彼がその立場を合衆国憲法に書き入れるということである。」).

<sup>(191)</sup> *Id.* at 352. *But see* Landynski, *supra* note 190, at 291 (「パウエルは, Roe とその所産を, しばしば述べていた地方の問題における地方の自律の優先とどのように調和したのかを決して説明しなかった。」).

<sup>(192)</sup> See Mandery, supra note 189, at 271 (2009年11月9日のラリー・ハモンドのインタヴューに拠る). なお、判決に対する学界や宗教界、メディアの反応に対するブラックマンの感想については、see Oral History, supra note 36, at 494 (June 20, 1995) (「これらすべてに対する私自身の反応は、両事件を再弁論させて良かったというものである。2度目の弁論はよりうまくゆき、その遅れは、私たちに、歴史により深く切り込み、弁護士が与えなかった調査を行う機会を与え、また、可能にした。」). また、とりわけ、John Hart Ely, The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade, 82 Yale L.J. 920 (1973) による判決の全面的な批判に対するブラックマンの応答については、see Oral History, supra note 36, at 201 (June 2, 1995), 493 (June 20, 1995); see also Yarbrough, supra note 39, at 235–36.

他方、ホワイトは、判決の何年も後に、「Roe v. Wade は、自分の在職中に合衆国最高裁が下した唯一の論理に合わない(illegitimate)判決である。あらゆる他の事件には、支えるために指摘することができる何かが合衆国憲法の中に存在していた。そこには、何もなかった」と最も親しい友人のアイラ・C・ロスガーバー・ジュニア(Ira C. Rothgerber, Jr.)に打ち明けている $^{(193)}$ 。

ブラックマン自身は、判決から22年後のインタヴューで、「自分としては、[Roe] は正しい判決であったと思うし、必要な判決であったと思う。私的には、判決は、この間ずっと、計り知れないほど良い結果となっている。判決は、裏通りの堕胎施術者を廃止した。一世代の女性たちに安心を与えている。私の評価では、将来にとって正しい準則であることが証明されている。Roe は、私の見解では、疑いなく、その当時、正しい判決であった。合衆国最高裁は、しばらくの間、もしかすると長期間、後退することを選択するかもしれない。いったい私たちは、これまでの道をわざわざ戻るのか」と述べている(194)。

# おわりに

本稿は、合衆国最高裁判所による妊娠中絶合法化判決を取り上げ、テキサス州法の合憲性が争われた Roe v. Wade 判決と、ジョージア州法の合憲性が問題となった Doe v. Bolton 判決について、2度目の口頭弁論を迎える前の当事者たちの動向から、1972年10月の両事件の再口頭弁論、そして、その後の合衆国最高裁内部でのやり取りを中心とする第二ラウンドに焦点を合わせて、両判決の形成過程を検討してきた。Roe および Doe 判決が現在の形になるまでには、訴訟当事者を初め、合衆国最高裁の裁判官やそのロー・クラークたちの、時宜にかなった多くの相互作用が関わっていたのであり、判決文の背後には、当然のことながら、歴史の中で忘却されてゆく運命にある、多くの出来事が作用していたのである。本稿によって、その過程を一定程度明らかにすることができたとすれば、本稿の目的は、最低限、達成されたということになるであろう。もっとも、それ相応の歴史の積み重なりの中で生み出された判決が、歴史の重みに耐えることができるのかどうかは、また、別の問題である。合衆国最高裁判所は、この後、自ら作り出した先例の重みと向き合うことになる。

<sup>(193)</sup> See Hutchinson, supra note 100, at 368. なお、「その後の開廷期において、ホワイトは一度も Roe および Doe で認められた権利を支持する投票をしなかった。……論理に合わない判決は、いかなる考慮も与えられる資格を全く持たなかった。同様に、その法理は内輪での議論にもふさわしくなかった。…… 1980 年代半ばのあるクラークは、『ホワイトが中絶事件に取りかかるときには、その顔におどおどとした表情を浮かべ、自分の記録や我々のメモを含んだ書類をただひっくり返す。言わんとしていることは明らかだった。即ち、語ることは何もない』と回想した。」 Id. at 369.

<sup>(194)</sup> See Oral History, supra note 36, at 505 (June 20, 1995). See also id. at 206 (June 2, 1995).

※本稿を今関源成早稲田大学法学学術院元教授に捧げる。今関先生には、先生の法学部での初めての授業 担当時の1984年度に、「英書研究」の授業でご指導を受けて以来、様々な局面においてご助言をいただき ました。特に1987年の夏休みに、当時大学院生だった私の新潟の実家まで遊びに来て下さり、楽しい時 間を共有させていただいたことは忘れられない思い出となっています。寡黙でありながらも時に発せられ る、本質を見据えた鋭い一言に、学者としての一つのあり方を学ばせていただきました。謹んで先生のご 冥福をお祈りいたします。

(原稿受付 2020年6月22日)

# マクロ経済学の「基本前提」:

# カレツキの有効需要の原理

松谷泰樹

#### 要 旨

マクロ経済学とは、ケインズの『一般理論』(Keynes 1936)で展開された有効需要の論理にもとづく国民所得決定の理論のことであるとされてきた。Keynes(1936, p. 178)が批判を加えている「古典派」経済学の場合、資金供給としての貯蓄は、利子率の調整によって、投資の資金需要に振り向けられ、貯蓄と投資は均等するものとされている。これにたいして、「新しい経済学」としてのマクロ経済学では、有効需要の論理にもとづき、「貯蓄と投資の均等は、所得とのかかわりによってもたらされる」ものであるとされている。そして、その場合、「貯蓄は投資によって決定される」ものであることが明らかにされている。つまり、セイの法則を否定し、これら2つの命題を提示することによって誕生したのがマクロ経済学であると言える。その意味で、これら2つの命題こそが、マクロ経済学を成立させるための「基本前提」と見なされるものなのである。そして、それらは、全て Keynes(1936)に先立つ Kalecki(1933)において提示されていたものであることが明らかにされる。マクロ経済を扱いながらも、「古典派」の経済理論にもとづき分析を手がける経済学は、決してマクロ経済学であるとはいえないのである。

キーワード:カレツキ、ケインズ、マクロ経済学、有効需要の原理、45度線モデル

# I. はじめに

マクロ経済学というのは、すなわち、ケインズ経済学のことであるはずであったが、近年では、単にマクロ経済を扱う経済学がマクロ経済学であると捉えられる傾向が見られるようになってきている<sup>(1)</sup>。その場合の分析には、マクロ経済学を誕生させたケインズ(John Maynard Keynes)より以前の「古典派」経済学の理論が用いられていることが少なくない。ケインズは、そのような「古典派」経済学の理論を否定することにより、マクロ経済学を誕生させたのである。それでは、ケインズの提示した、本来の意味でのマクロ経済学を成立させるのに不可欠な「基本前提」とは何なのであろうか。本稿の目的は、その「基本前提」を明らかにし、そして、それがまた、ケインズ以前のカレツキ<sup>(2)</sup> によって、簡単な形で提示されているのを明らかにすることである。

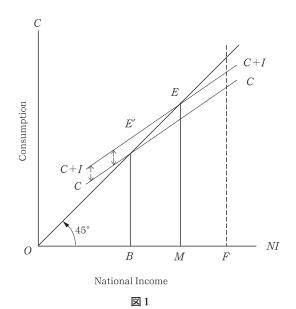
# Ⅱ、有効需要の論理にもとづく国民所得の決定

一般の経済学の教科書では、マクロ経済学とは一国全体の経済活動についての集計量を扱う経 済学であるとされている。しかしながら、その一方で、1936年に刊行されたケインズの『一般 理論』(Keynes 1936)で展開された経済理論のことであるともされている。その Keynes (1936, p. 178) で取り上げられているような「古典派」経済学の場合, 資金供給としての貯蓄は, 利子 率の調整によって、投資の資金需要に振り向けられ、貯蓄と投資が均等するものとされている。 しかしながら、そのような「供給はそれ自らの需要を生み出す(supply creates its own demand)」という「セイの法則(Say's Law)」に則った理論では、大恐慌における大量失業の問 題を解明することができなかった。こうした伝統的経済学にたいする新しい経済学として,ケイ ンズがその著書『一般理論』(Keynes 1936)によって打ち出したのがマクロ経済学である。そ れは、支払可能な資金的裏づけのある有効需要の論理(3) にもとづいて国民所得が決定されるこ とを示す理論であるが、そこでは、「貯蓄と投資の均等は、所得とのかかわりによってもたらさ れる」ものであるとされているのである。そして、その場合、「貯蓄は投資によって決定される」 ものであるとされているのである。つまり、これら2つの要素が、セイの法則を否定することに よって、マクロ経済学を成立させている「基本前提」と見なされるものである。そして、このよ うなケインズの経済学を,最も簡単に表わしているのが,「45 度線モデル」であるとされている のである。

松谷(2019)では、一般の経済学の教科書に掲載されている「45 度線モデル」には3つのヴァージョンのあることが明らかにされているが、本稿では、経済学の教科書において初めて提示された「45 度線モデル」としての、Samuelson(1948)を取り上げることによって、以上の「基本前提」を確認してみることにする $^{(4)}$ 。この「45 度線モデル」は、ノーベル経済学賞を受賞したポール・クルーグマン(Krugman 2011, p.7)が言及しているように、「サミュエルソンの 45 度線モデル(the Samuelson cross)は……あまりにも粗雑で、あまりにも時代遅れで言及するには全く値しない……しかしながら今なお、多くの高名な経済学者たちが主張していることよりも、ずっと洗練されている基本的な論点を提示している」ものなのであるとされているのである。

# 1. Samuelson(1948)の「45 度線モデル」

Samuelson (1948, pp. 256, 259, 260) では、投資が、国民所得や雇用の水準を決定するのに、なぜ重要であるのかという観点から、消費、貯蓄、所得の関係を明らかにしようとしている。その場合、貯蓄と投資の均等によって、国民所得決定のメカニズムが論じられているのだが、その説明のなかで、「45 度線モデル」が提示されているのである(Samuelson 1948, p. 260)。なお、そこでは、封鎖経済が想定されている。そしてさらに、説明上、政府部門は捨象されている



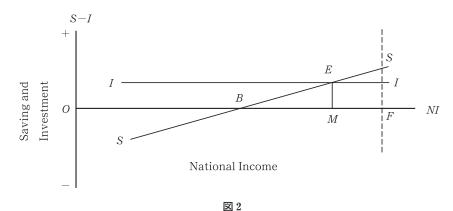
Samuelson (1948, p. 260) をもとにして作成

(Samuelson 1948, p. 259)<sub>o</sub>

Samuelson (1948, p. 256) における「45 度線モデル」は、図1として、図示されているようなものである。そこでは、横軸は、国民所得(NI)を測るものとされ、また、縦軸は、消費(C)と投資(I)を測るものとされている。さらに、横軸および縦軸にたいして、45 度の勾配をもつ直線が、補助線として描かれている。この 45 度の勾配をもつ補助線上では、横軸で測られている、国民所得の水準と、縦軸で測られている、人々が支出しようとする消費と投資の合計が、ちょうど等しくなっていることを表わしているとされている。つまり、総供給(横軸)と総需要(縦軸)の均等を表わすものとして、「45 度線」が描かれているのである。

図 1 では、Keynes(1936, p. 96)に加えて、Samuelson(1948, pp. 207–211)の考察により、消費は、所得の増加関数として捉えられることが明らかにされているので、消費は、右上がりの CC 線で描かれている。CC 線の勾配は、所得の増加にたいする消費の増加の比率としての、限 界消費性向を表わしているが、その値は、Keynes(1936, p. 96)で論じられているのと同様に、正で 1 より小さい値を取るものとされている。そして、独立投資を想定して、消費を表わす CC 線の上に平行して、投資を描けば、それは、C+I 線として描かれる。よって、この C+I 線と 45 度線との交点 E によって決定される国民所得の水準 OM が、均衡国民所得水準であるとされている。

なぜ、この交点 E によって、均衡国民所水準が決定されるのであろうか。それは、この交点 E によって得られた国民所得の水準が、45 度の補助線のもつ、横軸と縦軸の値を厳密に一致させるという性質により、「企業が、国の生産高をその水準に維持することを正当化するのに、ちょうど十分な額だけを取り返している」(Samuelson 1948、p. 260)という状態を表わしているか



Samuelson (1948, p. 259)

らであるとされている。

# 2. 投資と貯蓄の均等

ところで、実は、この図 1 として提示された、Samuelson(1948, p. 260)の「45 度線モデル」は、図 2 (Samuelson 1948, p. 259) として示されているような、貯蓄と投資の交点によって国民所得が決まることを示す論理に代わる、第 2 の方法として提示されたものであるとされている。図 2 は、まさに直截的に、国民所得の変化を通じて、貯蓄と投資が均等することを表わしているモデルである。それでは、図 2 を確認してみよう。

図2において、横軸は、国民所得(NI)を測る軸である。また、縦軸は、貯蓄(S)と投資(I) を測る軸である。横軸にたいして水平に描かれた II 線は,独立投資を想定した投資支出を表わ している。また、貯蓄は、所得の増加関数であるとされており、消費性向と貯蓄性向についての 考察から, SS 線が描かれている。Samuelson (1948, pp. 259) では, このような貯蓄と投資の 交点が、「国民所得がその方向に引き寄せられるところの均衡である」とされている。このメカ ニズムが、図2によって説明されている。まず、この交点の右側の国民所得水準の説明から始め ている。その領域では、貯蓄が投資支出を上回っている。この場合、消費と投資の合計が、国の 産出量にたいする要素費用、すなわち、国民所得の水準に達していない状況にあるとされている。 つまり、家計は、企業が投資し続けたいと考えている水準を上回って貯蓄しているので、それだ け消費に支出することを控えていると考えられるのである。よって、この場合、企業にたいする 注文が少なすぎて、意図せざる在庫がたまっている状況をもたらしていると考えられる。すなわ ち、企業は、現在の産出量を正当化するのに十分な売上げを得られていない状況にあるとされて いるのである。したがって、この場合、企業は、生産を縮小し、労働者を解雇するであろうとい うのである。これにより、国民所得水準は低下する。どこまで、低下していくのであろうか。そ れは、家計が、ちょうど、企業の望む投資水準に一致するような水準に貯蓄するという所得水準 まで,低下するというのである。つまり,家計が消費を控えた分だけ,企業が投資するという水 準まで、国民所得が低下するというのである。そして、これ以下に、国民所得水準が低下することはないとされている。それは、なぜか。というのは、この貯蓄と投資が一致する国民所得水準では、企業の側においては、在庫が棚にたまっているわけでもなく、しかしながら、売上げが活発すぎて増産を強いられているわけでもなく、よって、さらに労働者を解雇するわけでもないような状況であるとされているからである。したがって、この水準では、生産も雇用も国民所得からの支出も同じ状態であり続ける、「均衡」状態にあるとされているのである。

つぎに、この「均衡」状態を表わす、貯蓄と投資の交点の左側の国民所得水準について見てみ よう。この領域では、国民所得は、企業の意図された投資水準が、家計の意図された貯蓄を上回っ ているという、低い水準にある。この場合、消費支出と投資支出の合計が、当該水準の生産にた いする要素費用である国民所得の水準を上回っているのである。つまり、経常的な生産以上に財 が消費されている状態であり、在庫の意図せざるはきだしを余儀なくされているのである。この 場合、企業は、どうするか。生産を拡大し、雇用を増やすであろう。これは、所得の増加をもた らし、さらなる消費の増加をもたらすであろう。したがって、企業は、さらに生産を拡大し、雇 用を増やし、その結果、国民所得水準は上昇していく。OBという国民所得水準では、貯蓄がO、 すなわち、所得の全てを消費に回している状態を示している。しかし、国民所得は、生産にたい する要素費用であり、消費と投資にたいする支出の合計は、企業が費用として支払ったものから の取り返しなのである。したがって、たとえプラスの貯蓄が発生しても、つまり、その貯蓄の分 だけ消費が減少しても、ようするに、BM という国民所得水準の領域においては、要素費用であ る国民所得から企業の取り返しである消費と投資の合計が、国民所得を上回っているのである。 この場合、企業は、当該の産出量を正当化するのに十分な売上げを得ている状況を表わしている ので、さらに生産を増やし、雇用を増やし、それによって、さらに高い国民所得水準へと到達す るのである。しかしながら、いったん、OMという国民所得に到達すると、その場合、控えられ た消費支出をちょうど補う分だけの投資支出がなされているという国民所得水準は、いわば、企 業の国民所得からの取り返しである売上げと、企業の生産活動における要素費用である国民所得 とが一致しており、企業が、さらに生産を増加したり、雇用を増加したり、あるいは、在庫の意 図せざるはきだしや、ましてや、意に反する在庫がたまっているわけでもない。よって、企業は、 このような、貯蓄と投資の「均衡」した状態に、生産と雇用を落ち着かせようとするというので ある。この国民所得の水準が、いわゆる、「均衡国民所水準」と呼ばれているものなのである。

そしてまた、この図 2 における OM という国民所得の水準は、図 1 における均衡国民所得 OM に対応するものであるとされているのである。つまり、図 1 で表わされた、消費と投資によって決定された均衡国民所得と、図 2 で表わされた、貯蓄と投資によって決定された均衡国民所得は、同じものを、それぞれ異なる側面からとらえたものに他ならないとされているのである。

# Ⅲ. 考 察

Samuelson(1948, p. 260)で提示されているような図が、ケインズの経済学を最も簡単に表わした「45 度線モデル」であるとされているが、それは、松谷(2019)が明らかにしているように、Samuelson(1948)以前のカレツキによって、実は、すでに形成されていたと見なすことができるものなのである。松谷(2019)によれば、カレツキの「45 度線モデル」は、Kalecki(1929)、Kalecki(1933)、Kalecki(1938)により提示されうるものであるとされている。しかし、貯蓄と投資の均等、そして、その均等が所得とのかかわりによって成立しうるものであること、また、貯蓄は投資によって決定されるものであるということ、すなわち、これらのマクロ経済学としての「基本前提」は、Kalecki(1933)において、有効需要の論理にもとづき所得が決定されることを示す理論のなかで、すでに提示されているものなのである。しかもそれは、わずかに2つの関係式によって、示しうるとされているものなのである。したがって、ここでは、そのカレツキ Kalecki(1933)の理論について見ていくことにする⑤。ただし、Kalecki(1933)の場合、所得は国民所得ではなく、資本家の所得、すなわち、粗利潤が取り上げられている。また、Samuelson(1948)の場合と同様に、Kalecki(1933)においても、説明上、封鎖経済が想定され、政府部門は捨象されている。

# 1. Kalecki (1933)

資本家について、その所得すなわち粗利潤を P、そして、その消費を  $C_k$ 、また、粗蓄積すなわち投資を A で表わすと、次式が得られるとされている(Kalecki 1933、p. 68)。

$$(1) P = C_k + A$$

資本家の消費は、(2)式のように、固定的な基礎消費部分  $B_0$  と粗利潤に比例する部分  $\lambda P$  から成り立つものであるとされている(Kalecki 1933, p. 69)。 $B_0$  の値は通常は正、 $\lambda$  は 1 より小さい正の係数であると見なされている。よって、(2)式が提示されている。

$$(2) C_k = B_0 + \lambda P$$

いま, (2)式を単純化すれば,

$$(2')$$
  $C_k = \lambda P$ 

が得られるが、これにより、資本家はその所得未満の消費をする経済主体、すなわち貯蓄主体で あることがより明確に示されうる。

(1)式と(2')式より(3)式が得られる。

$$(3) \quad P = \frac{1}{1-\lambda}A$$

(1)式において、 $C_k$  および A は資本家の意思決定によって支出されるものであると見なされているので、(3)式の因果関係についても、右辺が左辺を決めるものであるとされている。ただし、 $C_k$  は資本家の所得である粗利潤 P に依存し「比較的非弾力的」(Kalecki 1933、P. 69)なものであるとされているのにたいし、P は資本家所得から独立したものであるとされている。

ところで、所得のうち消費に振り向けられなかった部分が貯蓄であるから、それをSで表わせば、(4)式が得られる。

$$(4) P-C_k = S$$

また, (4)式は, (2')式より,

$$(4') (1-\lambda) P = S$$

と書き表すことができる。(4')式における因果関係は,(3)式において右辺が左辺を決めることから,左辺が右辺を決定するものであることがわかる。つまり,貯蓄 S は,資本家所得 P に依存して決まるものであるとされていることがわかる。

$$(1')$$
  $P-C_k=A$ 

が得られる。したがって、(1')式と(4)式より、

$$(5) A = S$$

が得られる。以上より、貯蓄と投資の均等が得られたことになるが、その場合、貯蓄が投資を決めるのではなく、投資が貯蓄を決めるものであることが明らかにされているのである。なぜならば、(5)式は、(3)式と(4')式より得られたものであり、よって、その因果関係は、左辺が右辺を決めるものであるとされているからである。

このように、Kalecki(1933)においては投資が貯蓄を決めるものとされているのであるが、カレツキの最初の理論的研究であるとされている Kalecki(1929)においては貯蓄が投資を決めるものとされているのである。したがって、Kalecki(1929)と Kalecki(1933)との間において、貯蓄と投資の関係が 180 度転回する「コペルニクス的転回(die Kopernikanische Wende; the Copernican Revolution)」、いわばこの場合、「カレツキ的転回(die Kaleckianische Wende; the Kalecki Revolution)」(松谷 2020)とでも呼べる理論的転回が引き起こされていることを見出すことができるのである。

# 2. 利潤方程式の導出

ここで疑問が生じる。Kalecki(1933, p. 68)において、(1)式として提示された、資本家の所得である粗利潤 P は、資本家の消費  $C_k$  と粗蓄積(在庫の増加、固定資本の再生産と拡張)、すなわち投資 A からなるものであるとされているが、それがどのようにして導出されうるものであるのかについては、何ら明らかにされていないのである。したがって、(1)式が導き出される根拠について、Kalecki(1933)以前のカレツキの著作から探ってみよう。熱力学の法則におけるエネルギーの流入と流出のバランスシートを応用することにより得られた、国民所得のバランスシートを用いて経済法則を定式化しようとしたものとして、Kalecki(1929)がある。また、Kalecki(1930b)は、景気循環における消費財価格の引き下げ効果を主題にしたものであるが、そこでは、生産物価値(the value of production)は、海外からの原料、賃金、粗利潤の3つからなるものであるとされている(Kalecki 1930b、p. 22)。いま、この Kalecki(1930b)による分析について、Kalecki(1933)にしたがい、単純化のため、政府部門のみならず海外部門も捨象し、そして、投資財部門を付け加えれば、最終生産物価値が得られることになる。ここで、最終生産物価値を Y、賃金を W、粗利潤を P で表わせば、

$$(6) Y = W + P$$

が得られる。

一方, Kalecki (1929, p. 15) において示された国民所得のバランスシートについて, 同様に単純化のため, 海外部門を捨象すれば,

$$(7)$$
  $Y = C + A$ 

が得られる。(7)式の左辺については,Kalecki(1929,p. 17)において示されているように,生産過程における付加価値(the value added in the production process)が分配されることによって得られるものであるとされているので,国民所得(social income)として捉えられている。よって,それを(6)式で用いたのと同じ記号,Yで示している。C は消費(final consumption),A は粗蓄積(increasing property, equipment, and stocks),すなわち,投資を表わしている。さらに,Kalecki(1929,p. 17)において,消費 C は,労働者の消費と資本家の消費からなるものとされているので,前者を  $C_w$ ,後者を  $C_k$  で表わせば,

$$(8) Y = C_w + C_k + A$$

が得られる。また、Kalecki (1929, p. 17) では、Kalecki (1933, p. 69) と同様に、労働者は貯蓄しない、すなわち「労働者は受け取った所得だけを支出する」ものであるとされているので、

— 128 —

$$(9) W = C_{w}$$

が得られる。よって、(6)式、(8)式、および(9)式から、「利潤方程式」とでも呼べる、

$$(1) P = C_k + A$$

が得られることになる。

(1)式から得られる洞察は、「資本家は支出しただけを所得として受け取る」ということなのであるが、それは、すなわち、有効需要の論理にもとづいて所得が決まるということを表わしているものなのである。

# 3. 利潤方程式の構成要素

利潤方程式の右辺第 1 項として掲げられている  $C_k$  は,(2)式として表わされているように,所得に依存して決まるものとされているが,「比較的非弾力的」(Kalecki 1933, p. 69)な変数であるとされている。それは,(1)式と(2)式から導き出される,

(10) 
$$C_k = \frac{B_0}{1-\lambda} + \frac{\lambda}{1-\lambda} A$$

によって明らかである。つまり,(10)式において,右辺第1項に掲げられている,固定的で正の値を取るものとされている基礎消費  $B_0$  は一定,また, $\lambda$  は 1 より小さい正の値を取るパラメーターであるとされているので,資本家の消費  $C_k$  は,投資 A に比べて,「比較的非弾力的」なものであるとされていることがわかる。

一方,(1)式として示されている,利潤方程式の右辺第 2 項の粗蓄積(投資)A については,Kalecki(1933)にいたるまでの間に提示さた実証的な研究としての Kalecki(1930a)によって, $C_k$  が比較的安定的であるのにたいし,不安定なものとして捉えられることが明らかにされている。そして,さらに,Kalecki(1931)における実証研究の結果をもふまえれば,A は所得に依存して決まるものではなく,独立的な変数であるということが, $C_k$  との対比によって明らかにされているのである。

# 4. 方程式体系

なお、この「比較的非弾力的」であるとされている  $C_k$  について単純化した(2')式と(1)式の 2つの式によって、1つの方程式体系を形成することができる。そして、そこから得られるのが、

$$(3) P = \frac{1}{1-\lambda}A$$

である。(3)式では、 $\lambda$  はパラメーターと見なされているので、資本家の自律的な投資活動である変数 A が決まれば、つまり、A が外生変数として与えられれば、資本家の所得である粗利潤 P が決まることを、この簡単な方程式体系は表わしているのである。そして、この方程式体系において、このようにして利潤所得 P が決まるとき、投資 A と貯蓄 S の均等がもたらされるということが示されているのである。

Kalecki(1933, pp. 79-80)では、資本家は「自らの運命の支配者(masters of their fate)」であると明言されている。これは、「利潤方程式」から導き出される理論的洞察であると見なすことができるものである。そしてまた、その「利潤方程式」における投資 A については、Kalecki(1933, p. 81)において、実際の支出にあたり「自ら資金調達する」ものであるとされている。また、その自律的な変数として捉えられている粗蓄積(投資)A の決定については、当該期間より以前において「投資財注文(investment order)」として意思決定されたものであるとされている。よって、A は当該期間においては、外生変数として捉えられるものになる。また、その意思決定については、「収益性(profitability)」にもとづいてなされるものであるとされている。それは、「客観的な諸要素(objective factors)」と見なされている、当該期間より以前の期間における、粗蓄積(投資)と資本設備(capital equipment)の規模にもとづいて決定されるものであるとされている。したがって、Kalecki(1933、pp. 97-98)において、利子率は、投資決定の要因として、二次的な要素として見なしうるものであるとされているのである。

# IV. む す び

マクロ経済学とは、ケインズの『一般理論』(Keynes 1936)で展開された有効需要の論理にもとづく国民所得決定の理論のことであるとされてきた。それは、「供給はそれ自らの需要を生み出す」という命題の形で提示されている「セイの法則」に則った「古典派」経済学の理論では解明できなかった、大恐慌における大量失業の問題にたいして、理論的解明を与えたものであった。Keynes(1936, p. 178)が批判を加えている、「古典派」経済学の場合、資金供給としての貯蓄は、利子率の調整によって、投資の資金需要に振り向けられ、貯蓄と投資は均等するものであるとされている。そのような「古典派」経済学に取って代わる「新しい経済学」<sup>(6)</sup> としてのマクロ経済学では、有効需要の論理にもとづき、「貯蓄と投資の均等は、所得とのかかわりによってもたらされる」ものであるとされている。そして、その場合、「貯蓄は投資によって決定される」ものであることが明らかにされている。つまり、セイの法則を否定し、これら2つの命題を提示することによって誕生したのがマクロ経済学であると言える。その意味で、これら2つの命題こそが、マクロ経済学を成立させるための「基本前提」と見なされるものなのである。そして、それらは、すべて Keynes(1936)に先立つ Kalecki(1933)において提示されていたものなのである。マクロ経済を扱いながらも、「古典派」の経済理論にもとづき分析を手がける経済学は、

決してマクロ経済学であるとはいえないのである。

# 謝辞

本稿の査読において、匿名の査読者から貴重な御指摘ならびに御教示等を頂戴した。ここに記して、謝 意を表する。

《注》

- (1) 私の見解である。ただし、立正大学の吉川洋教授(東京大学名誉教授)も、また、2016年12月3日に国士舘大学(世田谷校舎)において開催されたケインズ学会第6回年次大会で、「『一般理論』刊行80年:新古典派理論との相克」と題する特別講演のなかで同じ見解を示している。なお、米国における潮流は、Bateman (2010) において詳述されている。
- (2) ミハウ・カレツキ (Michał Kalecki, 1899–1970) は、一般の経済学の教科書で取り上げられていることはほとんどないが、コペルニクス (Mikołoj Kopernik; Nicolaus Copernicus) と同じポーランド出身で、兵役後、グダィンスク・ポリテクニック (Gdańsk Polytechnic) にて工学の高等教育を受けたのちに、経済学者の道へと歩んだ人物である。なお、カレツキ経済学の基本構造の成立過程については、松谷 (2004) において詳述されている。
- (3) 「有効需要」とは、川口(1977, 180頁)が示しているように、「普通に有効需要というのは購買力の裏打ちをもって市場に現れる需要を指す」ものであるとされているが、Keynes(1936, p. 55)においては、「企業者が彼らの決めた当期雇用量から受け取ると期待する総所得(すなわち売上収入)にほかならない」とされている。その場合、有効需要は、「企業者の期待利潤を最大化する雇用水準に対応している」(Keynes 1936, p. 55)ものであるとされているように、企業者決意との関係により、雇用量・産出量を決めるという論理が示されている。カレツキの場合、雇用量や産出量を決めることになる、資本家の消費と投資にたいする意思決定が所得をもたらすものとして、有効需要の論理が示されている。
- (4) 本稿で取り上げる Samuelson (1948) の「45 度線モデル」については、松谷 (2019, pp. 42-44) が主題とする議論から切り離して、若干の修正を加えたうえで、提示されている。
- (5) Kalecki (1933) の理論については、松谷 (2020) において提示されたものであるが、本稿における議論に合わせた形に若干の修正を施して、再度、取り上げることにより、新たな主張を導き出している。
- (6) マクロ経済学を「新しい経済学」と呼ぶに値することについては、例えば、Panico (2012) を参照せよ。「大恐慌の苛烈さが事態の成り行きを変えてしまった。……それまでの不況は、経済が完全雇用に復帰できるという考えに疑いを投げかけることはなかった。ところが、大恐慌は、政治的安定性を危機に陥らせ、……新しい政治的アプローチや、市場の力が経済を完全雇用に導くことができるのか、それともそれを回復するために政府の介入が必要とされるのかを明らかにできるような新しい経済理論(a new economic theory)の必要性を惹起することとなった」(Panico 2012, p. 265)。

# 参考文献

#### 欧文文献

Bateman, Bradley (2010) "Keynes Returns to America." In Bateman, Hirai, and Marcuzzo (Eds) (2010), pp. 13-31. (ブラッドリー・W・ベイトマン「ケインズがアメリカに戻ってきた」『リターン・トゥ・ケインズ』平井俊顕監訳、東京:東京大学出版会、2014 年、17-40 頁)

Bateman, Bradley, Toshiaki Hirai, and Maria Cristina Marcuzzo (Eds) (2010) The Return to Keynes.

- Cambridge, MA and London, UK: The Belknap Press of Harvard University Press. (ブラッドリー・W・ベイトマン, 平井俊顕, マリア・クリスティーナ・マルクッツォ編『リターン・トゥ・ケインズ』平井俊顕監訳,東京:東京大学出版会,2014年)
- Kalecki, Michał (1929) "W sprawie aktywizacji bilansu handlowego (On Activating the Balance of Trade)." *Przemysł i Handel*, 10 (30), pp. 1295–1297. As translated in Osiatyński (Ed.) (1990), pp. 15–20.
- Kalecki, Michał (1930a) "Symptomatyczne wskaźnik dochodów mas konsumentów oraz ruchu inwestycyjnego (Symptomatic Indices of Consumers' Incomes and Investment Activity)." Koniunktura Gospodarcza, 3/12, pp. 327–329. As translated in Osiatyński (Ed.) (1996), pp. 224–229
- Kalecki, Michał (1930b) "Wpływ zniżki cen artykułów przemysłowych do konsumpcji na przebieg koniunktury (Influence of a Reduction in the Prices of Industrial Consumer Goods on the Course of the Business Cycle)." *Polska Gospodarcza*, 11/43, pp. 2089–2090. As translated in Osiatyński (Ed.) (1990), pp. 21–25.
- Kalecki, Michał (1931) "Zbyt nici jako symptomat koniunktury włókienniczej (Sales of Thread as an Indicator of Textile Business)." *Koniunktura Gospodarcza*, 4/2, pp. 56–59. As translated in Osiatyński (Ed.) (1996), pp. 233–238.
- Kalecki, Michał (1933) *Próba teorii koniunktury (Essay on the Business Cycle Theory*). Warszawa: Instytut Badania Koniunktur Gospodarczych i Cen. As translated in Osiatyński (Ed.) (1990), pp. 65–108.
- Kalecki, Michał (1938) "The Determination of Distribution of the National Income." *Econometrica*, 6 (2), pp. 97–112.
- Keynes, John Maynard (1936) *The General Theory of Employment, Interest and Money.* London: Macmillan. (ケインズ『雇用,利子および貨幣の一般理論』上・下巻,間宮陽介訳,東京:岩波書店,2008年)
- King, John Edward (Ed.) (2012) The Elgar Companion to Post Keynesian Economics. 2nd. ed. (J. E. キング編『ポスト・ケインズ派の経済理論』(第二版) 小山庄三監訳,東京:日本経済評論社,2020年12月刊行予定)
- Krugman, Paul (2011) "Mr. Keynes and the Moderns." (June 18), available at: https://www.princeton.edu/~pkrugman/keynes\_and\_the\_moderns.pdf#search='krugman++mr+Keynes+moderns+princeton'.
- Osiatyński, Jerzy (Ed.) (1990) Collected Works of Michał Kalecki, Volume I: Capitalism: Business Cycle and Full Employment. Oxford: Oxford University Press.
- Osiatyński, Jerzy (Ed.) (1996) Collected Works of Michał Kalecki, Volume VI: Studies in Applied Economics 1927–1941. Oxford: Oxford University Press.
- Panico, Carlo (2012) "Growth and Income Distribution." In King (Ed.) (2012), pp. 264–271. (カルロ・パニコ「成長と所得分配」『ポスト・ケインズ派の経済理論』(第二版)小山庄三監訳,東京:日本経済評論社,2020 年 12 月刊行予定)
- Samuelson, Paul Anthony (1948) Economics. New York: McGraw-Hill.

#### 日本語文献

川口弘(1977)『ケインズ一般理論の基礎』(新版)東京:有斐閣。

- 松谷泰樹(2004)「カレツキ経済学の基本構造の成立過程」『三田学会雑誌』(慶應義塾経済学会) 97 巻 2 号,59-80 頁。
- 松谷泰樹(2019)「『45 度線モデル』について」『MACRO REVIEW』(日本マクロエンジニアリング学会)

31 巻 2 号, 36-79 頁。

松谷泰樹(2020)「カレツキ的転回(カレツキの「コペルニクス的転回」):有効需要の原理」『MACRO REVIEW』(日本マクロエンジニアリング学会)32 巻 1 号,20-39 頁。

(原稿受付 2020年4月8日)

# 中華人民共和国民法典における物権編の紹介と試訳

--- 2007 年物権法との比較の視点から

長 友昭

#### 要 旨

2020 年に中華人民共和国民法典が制定された。この中国民法典の制定は、中国国内では待ち望まれていたものであり、経済交流・人的交流の大きさから、日本のビジネス界や一般社会への影響も少なくない。特に物権法の分野については、中国民法典において居住権の制度が創設された。2018 年には、農地に関する請負経営権の再構成を図る [三権分置] 制度の法的位置づけを明確にする農村土地請負法の改正もなされ、民法典に組み入れられた。このように注目度の高い部分でもあることから、本稿では、2020 年に制定された中華人民共和国法典の物権編と 2007 年に制定された中華人民共和国法典の物権編と 2007 年に制定された中華人民共和国物権法を条文対照の形で、改正点を明らかにする試訳として紹介する。

キーワード:中国、民法典、物権法、請負経営権、居住権

# I 訳者解題

本稿は、中国における不動産や動産の権利関係を規律する物権法の分野について、従来の2007年制定の中華人民共和国物権法(以下「物権法」とも称する)および2020年に採択されて2021年1月より施行される中華人民共和国民法典(以下「民法典」とも称する」)の物権編の試訳を提供するものである。

新華社によれば、2020年5月28日15時08分に、13期全国人民代表大会3次会議において、中華人民共和国民法典が採択された。これをもって、中国「民法典時代」の正式な到来が宣言されたと報じられている<sup>(1)</sup>。

中国の民法典制定をめぐる歴史は紆余曲折を経てきた<sup>②</sup>。これまで数次にわたり多数の草案が起草されたものの、なかなか制定はなされず、現実的には、民法典の構成要素を相対的に細かな1つ1つの法律として制定するという立法政策を採用することになった。それらが婚姻法(1980年)、相続法(1985年)、民法通則(1986年)、養子法(1992年)、担保法(1995年)、契約法(1999年)、物権法(2007年)、権利侵害責任法(2009年)、民法総則(2017年)等のいわゆる[単行法]として順次起草され、制定されていった。これらの法律は、ぞれぞれ制定当時の先進

的な法制度なども取り入れられており、ある程度の法的安定性は確保されていたといってよい。 とはいえ、民法典の制定を求める声は強く、民事の基本法たる民法が制定されれば、その規律対 象は広範にわたるため、その立法動向も注目されていた。

そして、今般、中華人民共和国民法典が制定された<sup>③</sup>。民法典は全 7 編、1260 条であり、総則、物権、契約 [合同]、人格権、婚姻家族 [婚姻家庭]、相続 [継承]、権利侵害責任 [侵権責任] の各編および附則で構成されている。

中国民法典の制定は、現地の新聞やニュースメディア等で大々的に報じられており、学界はもとより市民レベルでも注目されている。そして、昨今の急激な情勢の変化はあるにせよ、日本における中国との経済交流や人的交流の規模の大きさについては、言うまでもない。その意味で、中国民法典は、ビジネス界をはじめとする日本社会への影響も少なくないと思われる。そこで、本来であれば、民法典すべての考察ないし紹介をすべきところであるが、上述の通り、民法の各分野にわたり、それなりの歴史や実務の蓄積もあることから、ここではまず筆者の従来の研究分野に近い中国の土地・建物などの分野にかかわる物権編から作業を進めて行くこととした。

この物権法の分野については、民法典において居住権の制度が創設され、注目を集めている。 2018年には、農地に関する請負経営権の再構成を図る [三権分置] 制度の法的位置づけを明確 にする農村土地請負法の改正がなされており<sup>(4)</sup>、その成果は民法典にも取り込まれている。また、 筆者は以前に、2007年の物権法の制定に際して、小口彦太教授(当時、早稲田大学教授。現在 は早稲田大学名誉教授、江戸川大学学長)との共訳で、中華人民共和国物権法の翻訳を公表する 機会を得た<sup>(5)</sup>。そこで、今般の民法典の制定に際して、この物権法を筆者個人で検討し直したう えで、民法典における物権編の規定を条文対照の形で訳出して、資料として紹介することとした い<sup>(6)</sup>。

もっとも、まさに民法典が法典としての一定の体系性を有していることから、その一部のみを 訳出して、1つの法律としてのまとまりを有する物権法のテキストと比較すると、体系的理解を 欠くおそれもある。しかし、筆者の能力の限界もある。本稿においては、体系的理解不足につい ては問題を認識していることを確認するにとどめ、民法典全体の制定過程や内容の考察、その体 系性の分析等については、今後の課題としたい。

# II 中華人民共和国民法典(物権編)(2020年制定,2021年1月1日施行)および中華人民共和国物権法(2007年,2021年1月1日廃止)の試訳

#### 凡例

- ・翻訳においては、原文と訳文における条文上の前段・後段等の構造上の対応関係の維持を重視して、原文の「;」は「。」と訳さずに、「、」で訳出した。
- ・民法典における物権法からの変更点等を明らかにするため、①新しい規範や文言が増加した部

分については民法典にゴシック体で示した。②削除された部分については物権法に取り消し線で示した。③法改正等にともなう表現の変更については民法典・物権法の対応部分にイタリック体で示した。④物権法以外の他の法律、法規、司法解釈等を取り込んだ部分については下線および当該条文を提示して示した。なお、これら①から④の区分については相対的なものであり、主に杜月秋=孫政編『民法典条文対照與重点解読』法律出版社、2020年を参照した。

・翻訳中の[]内の語は原文,()内の語は訳者注を示すものである。

中華人民共和国民法典(抄)	中華人民共和国物権法		
(2020年5月28日第13期全国人民代表大会第3次 会議で採択)	(2007年3月16日第10期全国人民代表大会第5次 会議で採択)		
第2編 物権 第1分編 通則 第1章 一般規定 第2章 物権の設定,変更,譲渡および消滅 第1節 不動産登記 第2節 動産の引規定 第3章 物権の保護 第2分編 所有権 第4章 一般規定 第5章 国家所有権,集団所有権,私人所有権 第6章 区分所有者 [業主] の建築物区分所有権 第6章 共有 第9章 相隣関係 第8章 共有 第9章 所有権取得の特別規定 第11章 土地請負経営権 第12章 建設用地使用権 第13章 宅地 [宅基地] 使用権 第14章 居住権 第15章 地役権 第16章 一般規定 第16章 一般規定 第17章 抵普通 [一般] 抵当権 第18章 質権 第18章 質権 第18章 質権	第1編 総則 第1章 基本原則 第2章 物権の設定,変更,譲渡および消滅 第1節 不動産登記 第2節 動産の引渡し 第3節 や権の保護 第3章 物権の保護 第4章 一般規定 第6章 区分所有者 [業主]の建築物区分所有権 第6章 区分所有者 [業主]の建築物区分所有権 第6章 以分所有者 [業主]の建築物区分所有権 第6章 以分所有者 [業主]の建築物区分所有権 第6章 共有 第9章 所有権取得の特別規定 第3編 用益物権 第10章 一般規定 第11章 土地請負経営権 第12章 建設用地使用権 第13章 宅地 [宅基地] 使用権 第13章 宅地 [宅基地] 使用権 第14章 地役権 第4編 担保物権 第15章 抵当権 第16章 抵当権 第16章 抵当権 第16章 抵抵当権 第2節 根抵当権 第17章 質権 第1節 動産質権		
第 2 節 権利質権 第 19 章 留置権 第 5 分編 占有 第 20 章 占有	第 2 節 権利質権 第 18 章 留置権 第 5 編 占有		

第1分編 通則

第1章 一般規定

→削除

- 第 205 条 本編は物の帰属と物の利用によって生ず | 第 2 条 ①物の帰属と利用によって生ずる民事関係 る民事関係を規律する。
- →【民法典 115 条】 物とは、不動産と動産からな るものである。権利が物権の客体となることを法 律で規定する場合は、その規定による。
- →【民法典 114 条】 民事主体は法により物権を有 する。
- 物について直接支配し、排他的な権利を有するこ とを指し, 所有権, 用益物権, 担保物権からなる ものである。
- 第 206 条 国家は、公有制を主体として、多様な所 | 第 3 条 国家は、<del>社会主義初級段階にあって、</del>公有 有制経済が共に発展し、労働に応じた分配を主体 として、多種の分配方式が併存する、社会主義市 場経済体制等の社会主義基本的経済制度を堅持お よび改善する。
- 経済の発展を鼓吹し、支持し、指導する。
- 体の平等な法的地位と発展の権利を保障する。
- 第207条 国家,集団,私人およびその他の権利者 の物権は法律により平等な保護を受け、いかなる 組織[組織],個人も侵害してはならない。
- →【民法典116条】 物権の種類と内容は法律によっ | 第5条 物権の種類と内容は法律によって定める。 て定める。
- 滅は法律の規定に従って登記をしなければならな い。動産物権の設定と譲渡は法律の規定に従って 引き渡さなければならない。

第1編 総則

第1章 基本原則

- 第1条 国家の基本的経済制度を擁護し、社会主義 市場経済秩序を擁護し、物の帰属を明確にし、物 の効用を発揮させ、権利者の物権を保護するため に、憲法にもとづき、本法を制定する。
- は,本法を適用する。
- ②本法で称する物とは、不動産と動産からなるもの である。権利が物権の客体となることを法律で規 定する場合は、その規定による。

- ②本法で称する物権とは、権利者が法により特定の | ③本法で称する物権とは、権利者が法により特定の 物について直接支配し、排他的な権利を有するこ とを指し, 所有権, 用益物権, 担保物権からなる ものである。
  - 制を主体として、多様な所有制経済が共に発展す る基本的経済制度を堅持する。
- ②国家は、公有制経済を強化、発展させ、非公有制 | ②国家は、公有制経済を強化、発展させ、非公有制 経済の発展を鼓吹し、支持し、指導する。
- ③国家は社会主義市場経済を実行し,一切の市場主 | ③国家は社会主義市場経済を実行し,一切の市場主 体の平等な法的地位と発展の権利を保障する。
  - 第4条 国家,集団,私人およびその他の権利者の 物権は法律により保護を受け、いかなる単位[単 位〕、個人も侵害してはならない。
- 第208条 不動産物権の設定,変更,譲渡および消 第6条 不動産物権の設定,変更,譲渡および消滅 は法律の規定に従って登記をしなければならない。 動産物権の設定と譲渡は法律の規定に従って引き 渡さなければならない。

→削除

→削除

- 第2章 物権の設定,変更,譲渡および消滅
- 第1節 不動産登記
- 第209条 不動産物権の設定、変更、譲渡、消滅は、 法により登記をすることを経て効力が発生するも のとし、登記をしなければ、効力は発生しないが、 但し法律に別段の規定がある場合はこの限りでな
- ②法により国家所有に属する自然資源については, 所有権は登記しなくてもよい。
- 第210条 不動産登記は、不動産所在地の登記機関 によって行う。
- ②国家は不動産に対して統一的登記制度を実施する。 統一的登記の範囲、登記機関、および登記の方法 は法律、行政法規によって定める。
- 第211条 当事者が登記を申請する場合、それぞれ | 第11条 当事者が登記を申請する場合、それぞれ の登記事項にもとづき権利帰属証明 「権属証明」, 不動産の境界, 面積等の必要な資料を提供しなけ ればならない。
- 第 212 条 登記機関は以下の列挙する職責を履行し なければならない。
  - (一) 申請人の提供した権利帰属証明及びその他の 必要資料を審査する
  - (二) 登記関連事項について申請人に問い尋ねる
  - (三) 事実に即して、すみやかに関連事項を登記す 3
  - 四 法律, 行政法規に規定するその他の職責。
- ②登記を申請している不動産の関連状況につきより いっそうの証明が必要な場合は、登記機関は申請 人に資料を補充するよう求めることができ, 必要 なときは実地調査をすることができる。

- 第7条 物権の取得と行使については、法律を遵守 し、社会道徳を尊重しなければならず、公共の利 益と他人の合法的権利と利益を害してはならない。
- 第8条 他の関連する法律で物権について別に特別 の規定がある場合は、その規定よる。
- 第2章 物権の設定,変更,譲渡および消滅
- 第1節 不動産登記
- 第9条 不動産物権の設定,変更,譲渡,消滅は, 法により登記をすることを経て効力が発生するも のとし、登記をしなければ、効力は発生しないが、 但し法律に別段の規定がある場合はこの限りでな
- ②法により国家所有に属する自然資源については, 所有権は登記しなくてもよい。
- 第10条 不動産登記は、不動産所在地の登記機関 によって行う。
- ②国家は不動産に対して統一的登記制度を実施する。 統一的登記の範囲、登記機関、および登記の方法 は法律、行政法規によって定める。
- の登記事項にもとづき権利帰属証明「権属証明」, 不動産の境界、 面積等の必要な資料を提供しなけ ればならない。
- | 第 12 条 登記機関は以下に列挙する職責を履行し なければならない。
  - → 申請人の提供した権利帰属証明及びその他の 必要資料を審査する
  - (二) 登記関連事項について申請人に問い尋ねる
  - (三) 事実に即して、すみやかに関連事項を登記す 3
  - 四 法律, 行政法規に規定するその他の職責。
- ②登記を申請している不動産の関連状況につきより いっそうの証明が必要な場合は、登記機関は申請 人に資料を補充するよう求めることができ、必要 なときは実地調査をすることができる。

- 第 213 条 登記機関は以下に列挙する行為があって | 第 13 条 登記機関は以下に列挙する行為があって はならない。
  - (→) 不動産についての評価を行うよう要求する
  - (二) 年度検査等の名目で重ねて登記を行う
  - (三) 登記の職責の範囲を超えたその他の行為。
- 第214条 不動産物権の設定,変更,譲渡,消滅に ついて, 法律の規定により登記をしなければなら ない場合は,不動産登記簿に記載した時から効力 が生じる。
- 第215条 当事者の間で不動産物権の設定,変更, 譲渡、消滅に関する契約を締結した場合、法律に 別段の規定がある、または 当事者に別段の約定 があるときのほか、契約成立の時より効力が発生 じるものとするが、物権の登記が行われていない ときであっても、契約の効力に影響を与えない。
- 第 216 条 不動産登記簿は物権の帰利帰属と内容の 根拠である。
- ②不動産登記簿は登記機関が管理する。
- 第217条 不動産の権利帰属証書は権利者が当該不 動産物権を有することの証明をなす。不動産の権 利帰属証書が記載する事項は,不動産登記簿と一 致しなければならないが、記載が一致しない場合 は,不動産登記簿に確かに誤りがあることを証明 する証拠があるときを除き、不動産登記簿を基準 とする。
- 第218条 権利者,利害関係者は,不動産登記資料 の問い合わせ、複写を申請することができ、登記 機関は提供しなければならない。
- 第 219 条 利害関係者は、権利者の不動産登記資料 を公開、不法使用してはならない。
- 第220条 権利者,利害関係者が不動産登記簿記載 の事項が誤っていると判断した場合, 更正登記を 申請することができる。不動産登記簿記載の権利 者が書面にて更正に同意する, または登記の記載 に確かに誤りがあることを証明する証拠があると きは、登記機関は更正しなければならない。
- きは、利害関係者は異議登記を申請することがで

- はならない。
- (→) 不動産についての評価を行うよう要求する
- (二) 年度検査等の名目で重ねて登記を行う
- (三) 登記の職責の範囲を超えたその他の行為。
- 第14条 不動産物権の設定,変更,譲渡,消滅に ついて、法律の規定により登記をしなければなら ない場合は、不動産登記簿に記載した時から効力 が生じる。
- 第15条 当事者の間で不動産物権の設定、変更、 譲渡、消滅に関する契約を締結した場合、法律に 別段の規定がある、または契約に別段の約定が あるときのほか、契約成立の時より効力が発生じ るものとするが、物権の登記が行われていないと きであっても, 契約の効力に影響を与えない。
- 第16条 不動産登記簿は物権の帰利帰属と内容の 根拠である。
- ②不動産登記簿は登記機関が管理する。
- 第17条 不動産の権利帰属証書は権利者が当該不 動産物権を有することの証明をなす。不動産の権 利帰属証書が記載する事項は,不動産登記簿と一 致しなければならないが、記載が一致しない場合 は、不動産登記簿に確かに誤りがあることを証明 する証拠があるときを除き、不動産登記簿を基準 とする。
- 第18条 権利者, 利害関係者は, 登記資料の問い 合わせ, 複写を申請することができ, 登記機関は 提供しなければならない。
- ←新設…【不動産登記暫行条例 28 条参照】
- 第19条 権利者,利害関係者が不動産登記簿記載 の事項が誤っていると判断した場合, 更正登記を 申請することができる。不動産登記簿記載の権利 者が書面にて更正に同意する, または登記の記載 に確かに誤りがあることを証明する証拠があると きは、登記機関は更正しなければならない。
- ②不動産登記簿記載の権利者が更正に同意しないと | ②不動産登記簿記載の権利者が更正に同意しないと きは、利害関係者は異議登記を申請することがで

- きる。登記機関が異議登記を認めて、申請人が異 議登記の日より15日以内に訴えを提起しないと きは、異議登記は効力を失う。異議登記が不当で、 権利者に損害を与えたときは、権利者は申請者に 損害賠償を請求することができる。
- 第 221 条 当事者が建物売買**の合意**を締結,または | 第 20 条 当事者が建物またはその他の不動産物権 その他の不動産物権の合意を締結して、将来物権 を実現することを保障するために、約定にもとづ いて登記機関に予告登記を申請することができる。 予告登記後、予告登記の権利者の同意を経ずに当 該不動産を処分したときは, 物権の効力は生じな 110
- ②予告登記後、債権が消滅した、または不動産登記 を行うことができる目より 90 日以内に登記を申 請しないときは、予告登記は効力を失う。
- 第222条 当事者が虚偽の材料を提供して登記を申 | 第21条 当事者が虚偽の材料を提供して登記を申 請し, 他人に損害を与えた場合は, 賠償責任を負 わなければならない。
- ②登記の誤りにより、他人に損害を与えたときは、 登記機関は賠償責任を負わなければならない。登 記機関は賠償をした後、登記の誤りをもたらした 者に求償することができる。
- 第223条 不動産登記費用は件数に応じて徴収する ものとし、不動産の面積、容積、または価額の割 合によって徴収してはならない。
- 第2節 動産の引渡し
- 第224条 動産物権の設定と譲渡は、引渡の時より 効力が発生するが, 但し法律に別段の規定がある 場合はこの限りでない。
- 定,変更,譲渡,消滅については,登記を経てい なければ善意の第三者に対抗できない。
- 利者がすでに当該動産を占有している場合,物権 は法律行為が効力を生じたときから効力が発生す る。
- 第227条 動産物権の設定および譲渡の前に,第三 | 第26条 動産物権の設定および譲渡の前に,第三

- きる。登記機関が異議登記を認めたときは、申請 人が異議登記の日より15日以内に訴えを提起し なければ、異議登記は効力を失う。異議登記が不 当で、権利者に損害を与えたときは、権利者は申 請者に損害賠償を請求することができる。
- を売買する合意 [協議] を締結して、将来物権を 実現することを保障するために、約定にもとづい て登記機関に予告登記を申請することができる。 予告登記後、予告登記の権利者の同意を経ずに当 該不動産を処分したときは, 物権の効力は生じな (1)
- ②予告登記後,債権が消滅した,または不動産登記 を行うことができる目より 3 か月以内に登記を 申請しないときは、予告登記は効力を失う。
- 請し,他人に損害を与えた場合は,賠償責任を負 わなければならない。
- ②登記の誤りにより、他人に損害を与えたときは、 登記機関は賠償責任を負わなければならない。登 記機関は賠償をした後、登記の誤りをもたらした 者に求償することができる。
- 第22条 不動産登記費用は件数に応じて徴収する ものとし,不動産の面積,容積,または価額の割 合によって徴収してはならない。具体的な徴収基 準は、国務院の関連部門が価格主管部門と共同で 規定する。
- 第2節 動産の引渡し
- 第23条 動産物権の設定と譲渡は、引渡の時より 効力が発生するが, 但し法律に別段の規定がある 場合はこの限りでない。
- 第 225 条 船舶, 航空機および自動車等の物権の設 | 第 24 条 船舶, 航空機および自動車等の物権の設 定,変更,譲渡,消滅については,登記を経てい なければ善意の第三者に対抗できない。
- 第226条 動産物権の設定,および譲渡の前に,権 | 第25条 動産物権の設定,および譲渡の前に,権 利者がすでに法により当該動産を占有している場 合, 物権は法律行為が効力を生じたときから効力 が発生する。
  - 者が当該動産を占有している場合,引渡義務を負 者が法により当該動産を占有している場合,引渡

- う者は、第三者に原物返還請求権を譲渡すること を通じて引渡しに代替させることができる。
- き続き当該動産を占有し続けることを*当事者*が 約定した場合、物権は当該約定が効力を生じたと きから効力が発生する。

# 第3節 その他の規定

- 第229条 人民法院,仲裁機関の法律文書または 第28条 人民法院,仲裁委員会の法律文書または 人民政府の収用決定等により,物権の設定,変更, 譲渡または消滅がなされた場合、法律文書または 収用決定等の効力が生じたときから効力が発生す る。
- 第 230 条 相続により物権を取得した場合、相続が | 第 29 条 相続<del>または遺贈</del>により物権を取得した場 開始されたときから効力が発生する。
- 第231条 建物「房屋」の合法的な建造、立退き等 の事実行為により物権を設定または消滅させる場 合は, 事実行為がなされたときから効力が発生す
- 第232条 本節の規定により不動産物権を有する 場合、法律の規定により登記をすることが必要と されているときは、登記を経ていなければ、物権 の効力は発生しない。

# 第3章 物権の保護

- 第233条 物権が侵害を受けた場合,権利者は和解, 調停、仲裁、訴訟等の手段を通じて解決すること ができる。
- 場合、利害関係者は権利の確認を請求することが できる。
- いる場合、権利者は原物の返還を請求することが できる。
- れる可能性がある場合、権利者は妨害の排除また は危険の除去を請求することができる。

義務を負う者は、第三者に原物返還請求権を譲渡 することを通じて引渡しに代替させることができ る。

第228条 動産物権を譲渡するときに、譲渡人が引 | 第27条 動産物権を譲渡するときに、譲渡人が引 き続き当該動産を占有し続けることを双方が約 定した場合, 物権は当該約定が効力を生じたとき から効力が発生する。

# 第3節 その他の規定

- 人民政府の収用決定等により,物権の設定,変更, 譲渡または消滅がなされた場合、法律文書または 人民政府の収用決定等の効力が生じたときから効 力が発生する。
- 合、相続または遺贈が開始されたときから効力が 発生する。
- 第30条 建物「房屋」の合法的な建造、立退き等 の事実行為により物権を設定または消滅させる場 合は, 事実行為がなされたときから効力が発生す
- 第31条 本法第28条ないし30条の規定により不 動産物権を有する場合、 当該物権を処分するとき、 法律の規定により登記をすることが必要とされて いるときは、登記を経ていなければ、物権の効力 は発生しない。

# 第3章 物権の保護

- 第32条 物権が侵害を受けた場合,権利者は和解, 調停、仲裁、訴訟等の手段を通じて解決すること ができる。
- 第234条 物権の帰属,内容によって紛争が生じた 第33条 物権の帰属,内容によって紛争が生じた 場合、利害関係者は権利の確認を請求することが できる。
- 第235条 権限なく不動産または動産が占有されて │第34条 権限なく不動産または動産が占有されて いる場合、権利者は原物の返還を請求することが できる。
- 第236条 物権が妨害された。または物権が妨害さ │ 第35条 物権が妨害された。または物権が妨害さ れる可能性がある場合、権利者は妨害の排除また は危険の除去を請求することができる。

- 第237条 不動産または動産が毀損された場合、権 利者は法により修理,作りなおし [重作],交換 または原状回復を請求することができる。
- 第238条 物権を侵害し、権利者に損害を与えた場 合,権利者は法により損害賠償を請求することが でき, また, **法により**その他の民事責任を負うよ うに請求することができる。
- で適用することもでき、また、権利が侵害された 状況にもとづいて併合して適用することもできる。

第2分編 所有権

第4章 一般規定

- 第240条 所有権者は、自己の不動産または動産に ついて, 法により占有, 使用, 収益, 処分の権利 を有する。
- 第241条 所有権者は、自己の不動産または動産の 上に用益物権および担保物権を設定する権利を有 する。用益物権者,担保物権者の権利の行使は, 所有権者の権利と利益を害してはならない。
- 第242条 国家所有に専属することが法律で規定さ れている不動産および動産は、いかなる 組織また は個人も所有権を取得することができない。
- 第243条 公共の利益の必要のために、法律で規定 する権限と手続にもとづき、集団所有の土地およ び組織、個人の建物ならびにその他の不動産を 収用することができる。
- ②集団所有の土地の収用は、法により土地補償費、 生活安定 [安置] 補助費, および農村村民住宅, その他の地上付着物と未成熟作物等の補償費の費 用をすみやかに十分に支払い, なおかつ被収用地 の農民の社会保障費用を手配し、被収用地の農民 の生活を保障し、被収用地の農民の合法的な権利 と利益を保護しなければならない。

- 第36条 不動産または動産が毀損された場合、権 利者は修理,作りなおし[重作],交換または原 状回復を請求することができる。
- 第37条 物権を侵害し、権利者に損害を与えた場 合,権利者は損害賠償を請求することができ,ま た、その他の民事責任を負うように請求すること ができる。
- 第 239 条 本章で規定する物権の保護方式は、単独 | 第 38 条 本章で規定する物権の保護方式は、単独 で適用することもでき、また、権利が侵害された 状況にもとづいて併合して適用することもできる。
  - ②物権を侵害して、民事責任を負うほか、行政管理 規定に違反している場合は、法により行政責任を <del>負わせるが、犯罪を構成するときは、法により刑</del> 事責任を追及する。

第2編 所有権

第4章 一般規定

- 第39条 所有権者は、自己の不動産または動産に ついて, 法により占有, 使用, 収益, 処の権利を 有する。
- 第40条 所有権者は、自己の不動産または動産の 上に用益物権および担保物権を設定する権利を有 する。用益物権者,担保物権者の権利の行使は, 所有権者の権利と利益を害してはならない。
- 第41条 国家所有に専属することが法律で規定さ れている不動産および動産は、いかなる単位およ び個人も所有権を取得することができない。
- 第42条 公共の利益の必要のために、法律で規定 する権限と手続にもとづき,集団所有の土地およ び単位、個人の建物ならびにその他の不動産を 収用することができる。
- ②集団所有の土地の収用は、法により土地補償費、 生活安定 [安置] 補助費, 地上付着物と作物の補 償費等の費用を十分に支払い、被収用地の農民の 社会保障費用を手配し、被収用地の農民の生活を 保障し、被収用地の農民の合法的な権利と利益を 保護しなければならない。
- ③組織、個人の建物およびその他の不動産を収用 | ③単位、個人の建物およびその他の不動産を収用

する場合は、法により収用補償をして、被収用 者の合法的な権利と利益を保護しなければならな いものとし、個人の住宅を収用するときは、さら に被収用者の居住条件を保障しなければならない。

- ④いかなる 組織または個人も収用補償費等の費用 を横領、流用、不正分割、不正留置、未払いして はならない。
- 第244条 国家は、耕地について特別の保護を実行し、農用地の建設用地への転用を厳しく制限し、建設用地の総量を統御する。法律で規定する権限および手続きに違反して集団所有の土地を収用してはならない。
- 第245条 応急措置,災難救助,伝染病予防統御等の緊急の必要により,法律の規定する権限と手続きにもとづき組織,個人の不動産または動産を徴用[徴用]することができる。徴用された不動産または動産は,使用後に,被徴用者に返還しなければならない。組織,個人の不動産または動産が徴用された,もしくは徴用後に毀損,滅失したときは,補償しなければならない。
- 第5章 国家所有権,集団所有権,私人所有権
- 第246条 国家所有に属すると法律で規定された財産は、国家所有すなわち全人民所有に属する。
- ②国有財産は、国務院が国家を代表して所有権を行 使する。法律に別段の規定がある場合は、その規 定による。
- 第247条 鉱物資源,水流,海域は国家所有に属する。
- 第248条 住民のいない海の島は、国家所有に属し、 国務院は国家を代表して住民のいない海の島の所 有権を行使する。
- 第249条 都市[城市]の土地は、国家所有に属する。国家所有に属すると法律で規定された農村および都市郊外の土地は、国家所有に属する。
- 第250条 森林,山嶺、草原,荒地,砂洲地等の自 然資源は、国家所有に属するが、但し集団所有に 属すると法律で規定されている場合はこの限りで ない。

する場合は、法により立退き補償をして、被収 用者の合法的な権利と利益を保護しなければなら ないものとし、個人の住宅を収用するときは、さ らに被収用者の居住条件を保障しなければならな い。

- ④いかなる 単位および個人も収用補償費等の費用 を横領、流用、不正分割、不正留置、未払いして はならない。
- 第43条 国家は、耕地について特別の保護を実行し、農用地の建設用地への転用を厳しく制限し、 建設用地の総量を統御する。法律で規定する権限 および手続きに違反して集団所有の土地を収用し てはならない。
- 第44条 応急措置,災難救助等の緊急の必要により,法律の規定する権限と手続にもとづき*単位*,個人の不動産または動産を徴用[徴用]することができる。徴用された不動産または動産は,使用後に,被徴用者に返還しなければならない。*単位*,個人の不動産または動産が徴用された,もしくは徴用後に毀損,滅失したときは,補償しなければならない。
- 第5章 国家所有権,集団所有権,私人所有権
- 第45条 国家所有に属すると法律で規定された財産は、国家所有すなわち全人民所有に属する。
- ②国有財産は、国務院が国家を代表して所有権を行 使する。法律に別段の規定がある場合は、その規 定による。
- 第46条 鉱物資源,水流,海域は国家所有に属する。
- ←新設
- 第47条 都市 [城市] の土地は、国家所有に属する。国家所有に属すると法律で規定された農村および都市郊外の土地は、国家所有に属する。
- 第48条 森林,山嶺,草原,荒地,砂洲地等の自 然資源は、国家所有に属するが、但し集団所有に 属すると法律で規定されている場合はこの限りで ない。

- る野生動物資源は, 国家所有に属する。
- 第252条 無線電信周波数スペクトル資源は国家所 第50条 無線電信周波数スペクトル資源は国家所 有に属する。
- 第253条 国家所有に属すると法律で規定される文 物は, 国家所有に属する。
- 第254条 国防資産は国家所有に属する。
- ②鉄道,自動車道路,電力施設,電信施設および天 | ②鉄道,自動車道路,電力施設,電信施設および天 然ガスパイプライン等のインフラで, 法律の規定 にもとづいて国家所有とされるものは、国家所有 に属する。
- 第255条 国家機関は、直接支配する不動産、動産 について、占有、使用および法律と国務院の関連 規定にもとづいて処分する権利を有する。
- 第256条 国家が運営する事業単位は、直接支配す る不動産, 動産について、占有、使用および法律 と国務院の関連規定にもとづいて収益, 処分する 権利を有する。
- 第257条 国家が出資する企業は、国務院、地方人 民政府が法律, 行政法規の規定にもとづき, それ ぞれ国家を代表して出資者の職責を履行し、出資 者の権利と利益を有する。
- 第258条 国家所有の財産は、法律の保護を受け、 いかなる組織または個人も横領、略奪、不正分 割,不正留置,破壊を禁止する。
- 第259条 国有財産の管理,監督の職責を履行する 機関およびその職員は、法により国有財産につい ての管理, 監督を強化し, 国有財産の価値の維持, 増進を促進し、国有財産の損失を防止しなければ ならないものとし、職権を濫用し、職務を懈怠し、 国有財産の損失をもたらした場合は, 法により法 的責任を負わなければならない。
- ②国有財産管理規定に違反して,企業の制度改革, 合併・分割, 関連取引の過程で, 廉価譲渡, 共謀 による不正分割、みだりな担保提供またはその他 の方式で国有財産に損失をもたらした場合は、法 により法的責任を負わなければならない。
- が含まれる。

- 第251条 国家所有に属すると法律で規定されてい | 第49条 国家所有に属すると法律で規定されてい る野生動物資源は, 国家所有に属する。
  - 有に属する。
  - 第 51条 国家所有に属すると法律で規定される文 物は, 国家所有に属する。
  - 第52条 国防資産は国家所有に属する。
  - 然ガスパイプライン等のインフラで、 法律の規定 に国家所有とされるものはは、国家所有に属する。
  - 第53条 国家機関は、直接支配する不動産、動産 について、占有、使用および法律と国務院の関連 規定にもとづいて処分する権利を有する。
  - 第54条 国家が運営する事業単位は、直接支配す る不動産、動産について、占有、使用および法律 と国務院の関連規定にもとづいて収益, 処分する 権利を有する。
  - 第55条 国家が出資する企業は、国務院、地方人 民政府が法律, 行政法規の規定にもとづき, それ ぞれ国家を代表して出資者の職責を履行し、出資 者の権利と利益を有する。
  - 第56条 国家所有の財産は、法律の保護を受け、 いかなる単位および個人も横領,略奪,不正分 割,不正留置,破壊を禁止する。
  - 第57条 国有財産の管理,監督の職責を履行する 機関およびその職員は、法により国有財産につい ての管理, 監督を強化し, 国有財産の価値の維持, 増進を促進し、国有財産の損失を防止しなければ ならないものとし、職権を濫用し、職務を懈怠し、 国有財産の損失をもたらした場合は, 法により法 的責任を負わなければならない。
  - ②国有財産管理規定に違反して,企業の制度改革, 合併・分割, 関連取引の過程で, 廉価譲渡, 共謀 による不正分割、みだりな担保提供またはその他 の方式で国有財産に損失をもたらした場合は、法 により法的責任を負わなければならない。
- 第260条 集団所有の不動産と動産には以下のもの 第58条 集団所有の不動産と動産には以下のもの が含まれる。

- (→) 集団所有に属すると法律で規定される土地、 森林, 山嶺, 草原, 荒地, 砂洲
- (二) 集団所有の建築物, 生産施設, 農田水利施設
- (三) 集団所有の教育、科学、文化、衛生、体育等 の施設
- 四 集団所有のその他の不動産と動産。
- 第261条 農民が集団で所有する不動産と動産は, 本集団の構成員の集団的所有に属する。
- の構成員によって決定される。
  - (一) 土地請負計画および土地を本集団以外の組織 または個人に請け負わせる場合
  - (二) 個々の請負経営者間での請負地の調整
  - (三) 土地補償費等の費用の使用, 分配方法
  - 四 集団が出資する企業の所有権の変動等の事項
  - (五) 法律で規定するその他の事項。
- 第 262 条 集団所有の土地,森林,山嶺,草原,荒│第 60 条 集団所有の土地,森林,山嶺,草原,荒 地,砂洲等は,以下に列挙する規定にもとづいて 所有権を行使する。
  - → 村の農民集団所有に属するものは、村の集団 経済組織または村民委員会が集団を代表して所 有権を行使する
  - (二) 村内の2つ以上の農民集団所有に分かれて属 するものは, 村内の各当該集団経済組織または 村民小組が集団を代表して所有権を行使する
  - (三) 郷鎮の農民集団所有に属するものは、郷鎮集 団経済組織が集団を代表して所有権を行使する。
- 第263条 城鎮[城鎮]の集団所有の不動産と動産 は、法律、行政法規の規定にもとづき本集団が占 有,使用,収益および処分の権利を有する。
- 第264条 農村集団経済組織または村民委員会,村 民小組は、法律、行政法規および章程、村規民約 にもとづいて本集団の構成員に集団財産の状況を 公表しなければならない。集団の構成員は関連資

- (→) 集団所有に属すると法律で規定される土地、 森林, 山嶺, 草原, 荒地, 砂洲
- (二) 集団所有の建築物, 生産施設, 農田水利施設
- (三) 集団所有の教育、科学、文化、衛生、体育等 の施設
- 四 集団所有のその他の不動産と動産。
- 第59条 農民が集団で所有する不動産と動産は、 本集団の構成員の集団的所有に属する。
- ②以下に列挙する事項は、法定の手続により本集団 | ②以下に列挙する事項は、法定の手続により本集団 の構成員によって決定される。
  - → 土地請負計画および土地を本集団以外の単位 または個人に請け負わせる場合
  - (二) 個々の請負経営者間での請負地の調整
  - (三) 土地補償費等の費用の使用, 分配方法
  - 四 集団が出資する企業の所有権の変動等の事項
  - (五) 法律で規定するその他の事項。
  - 地,砂洲等は,以下に列挙する規定にもとづいて 所有権を行使する。
  - → 村の農民集団所有に属するものは、村の集団 経済組織または村民委員会が集団を代表して所 有権を行使する
  - (二) 村内の2つ以上の農民集団所有に分かれて属 するものは, 村内の各当該集団経済組織または 村民小組が集団を代表して所有権を行使する
  - (三) 郷鎮の農民集団所有に属するものは、郷鎮集 団経済組織が集団を代表して所有権を行使する。
  - 第61条 城鎮 [城鎮] の集団所有の不動産と動産 は、法律、行政法規の規定にもとづき本集団が占 有,使用,収益および処分の権利を有する。
  - 第62条 集団経済組織または村民委員会,村民小 組は、法律、行政法規および章程、村規民約にも とづいて本集団の構成員に集団財産の状況を公表 しなければならない。

料を閲覧、複製する権利を有する。

- 第265条 集団所有の財産は法律の保護を受けるも のとし、いかなる組織または個人も横領、略奪、 不正分割,破壊を禁止する。
- ②農村集団経済組織、村民委員会またはその責任者 が下した決定によって集団構成員の合法的な権利 と利益が侵害された場合, 侵害を受けた集団の構 成員は、人民法院に取消しを請求することができ る。
- 第266条 私人は、その合法的な収入、建物、生活 用品, 生産用具 [工具], 原材料等の不動産と動 産について所有権を有する。
- →削除
- かなる 組織または個人も横領、略奪、破壊を禁 止する。
- 第268条 国家,集団および私人は法により出資し て有限責任会社,株式会社その他の企業を設立す ることができる。国家,集団および私人が所有す る不動産または動産が企業に出資された場合、出 資者は約定または出資の割合にもとづき資産の収 益, 重大な意思決定および経営管理者の選任等の 権利を有し、義務を履行する。
- いて法律、行政法規および定款に照らして占有、 使用, 収益, 処分する権利を有する。
- ② 営利法人以外の法人は、その不動産および動産 の権利について, 関連する法律, 行政法規及び定 款の規定を適用する。
- 法により所有する不動産および動産は, 法的保護 を受ける。
- 第6章 区分所有者の建築物区分所有権

- 第 63 条 集団所有の財産は法律の保護を受けるも のとし、いかなる単位および個人も横領、略奪、 不正分割,破壊を禁止する。
- ②集団経済組織、村民委員会またはその責任者が下 した決定によって集団構成員の合法的な権利と利 益が侵害された場合、侵害を受けた集団の構成員 は、人民法院に取消しを請求することができる。
- 第64条 私人は、その合法的な収入、建物、生活 用品, 生産用具 [工具], 原材料等の不動産と動 産について所有権を有する。
- 第65条 私人の合法的な貯蓄、投資およびその収 益は法的保護を受ける。
- ②国家は法律の規定にもとづき私人の相続権および その他の合法的な権利と利益を保護する。
- 第267条 私人の合法的財産は法的保護を受け、い 第66条 私人の合法的財産は法的保護を受け、い かなる*単位および*個人も横領,略奪,破壊を禁 止する。
  - 第67条 国家,集団および私人は法により出資し て有限責任会社,株式会社その他の企業を設立す ることができる。国家, 集団および私人が所有す る不動産または動産が企業に出資された場合、出 資者は約定または出資の割合にもとづき資産の収 益, 重大な意思決定および経営管理者の選任等の 権利を有し、義務を履行する。
- 第 269 条 営利法人はその不動産および動産につ | 第 68 条 企業法人はその不動産および動産につい て法律, 行政法規および定款に照らして占有, 使 用,収益,処分する権利を有する。
  - ② 企業法人以外の法人は、その不動産および動産 の権利について, 関連する法律, 行政法規及び定 款の規定を適用する。
- 第270条 社会団体法人,非営利法人[捐助法人]が │第69条 社会団体が法により所有する不動産およ び動産は、法的保護を受ける。
  - 第6章 区分所有者の建築物区分所有権

第271条 区分所有者は、建築物内の住居[住宅]、 第70条 区分所有者は、建築物内の住居[住宅]、

- 事業用建物 [経営性用房] 等の専有部分について は所有権を有し、専有部分以外の共有部分につい ては共有および共同管理の権利を有する。
- 第 272 条 区分所有者はその建築物の専有部分について占有,使用,収益および処分の権利を有する。 区分所有者が権利を行使する場合,建築物の安全に危害を及ぼしてはならず,他の区分所有者の合法的な権利と利益を害してはならない。
- 第 273 条 区分所有者は建築物の専有部分以外の共 有部分について、権利を有し、義務を負うものと し、権利の放棄を**理由として**義務の不履行をして はならない。
- ②区分所有者が建築物内の住居,事業用建物を譲渡 する場合は,その共有部分について有する共有お よび共同管理の権利も一括して譲渡される。
- 第274条 建築区画内の道路は,区分所有者の共有に属するものとするが,但し城鎮[城鎮]の公共道路に属するものはこの限りではない。建築区画内の緑地は,所有者の共有に属するものとするが,但し城鎮の公共緑地に属するものまたは明示的に個人に属するものはこの限りでない。建築区画内のその他の公共場所,公用施設およびビルサービス用建物は,区分所有者の共有に属する。
- 第275条 建築区域内において,自動車駐車のため に計画された駐車場,車庫の帰属は,当事者が売 買,プレミアとしての無償支給[附贈]または賃 貸等の方式を通して約定するものとする。
- ②区分所有者が共有する道路,またはその他の土地 を占有して自動車駐車場に用いる場合は,区分所 有者の共有に属するものとする。
- 第276条 建築区域内において,自動車駐車のため に計画された駐車場,車庫は,まず区分所有者の 需要を満たさせなければならない。
- 第 277 条 区分所有者は、区分所有者大会を設立して、区分所有者委員会を選出できる。区分所有者 大会、区分所有者委員会の成立の具体的な要件および手続きは、法律、法規の規定による。
- ②地方人民政府の関連部門、**居民委員会**は、区分所 有者大会の設立ならびに区分所有者委員会の選出 について指導および協力しなければならない。

- 事業用建物 [経営性用房] 等の専有部分について は所有権を有し、専有部分以外の共有部分につい ては共有および共同管理の権利を有する。
- 第71条 区分所有者はその建築物の専有部分について占有、使用、収益および処分の権利を有する。 区分所有者が権利を行使する場合、建築物の安全に危害を及ぼしてはならず、他の区分所有者の合法的な権利と利益を害してはならない。
- 第72条 区分所有者は建築物の専有部分以外の共 有部分について、権利を有し、義務を負うものと し、権利の放棄をもって義務の不履行をしてはな らない。
- ②区分所有者が建築物内の住居,事業用建物を譲渡 する場合は,その共有部分について有する共有お よび共同管理の権利も一括して譲渡される。
- 第73条 建築区画内の道路は、区分所有者の共有に属するものとするが、但し城鎮[城鎮]の公共道路に属するものはこの限りではない。建築区画内の緑地は、所有者の共有に属するものとするが、但し城鎮の公共緑地に属するものまたは明示的に個人に属するものはこの限りでない。建築区画内のその他の公共場所、公用施設およびビルサービス用建物は、区分所有者の共有に属する。
- 第74条②建築区域内において、自動車駐車のため に計画された駐車場、車庫の帰属は、当事者が売 買、プレミアとしての無償支給[附贈]または賃 貸等の方式を通して約定するものとする。
- ③区分所有者が共有する道路,またはその他の土地 を占有して自動車駐車場に用いる場合は,区分所 有者の共有に属するものとする。
- 第74条①建築区域内において,自動車駐車のため に計画された駐車場,車庫は,まず区分所有者の 需要を満たさせなければならない。
- 第75条 区分所有者は、区分所有者大会を設立して、区分所有者委員会を選出できる。
- ②地方人民政府の関連部門は、区分所有者大会の設立ならびに区分所有者委員会の選出について指導 および協力しなければならない。

- 第278条 以下に列挙する事項は、区分所有者が共 同で決定するものとする。
  - (→) 区分所有者大会の議事規則の制定と改正
  - (二) 管理規約の制定と改正
  - (三) 区分所有者委員会の選挙または区分所有者委 員会のメンバーの変更
  - 四 ビルサービス企業またはその他の管理人の選 任および解任
  - (五) 建築物およびその付属施設の維持修繕資金の 使用
  - (六) 建築物およびその付属施設の維持修繕資金の 微坝
  - (七) 建築物およびその付属施設の改築および建替
  - (八) 共有部分の用途または共有部分を利用して従 事する事業活動の変更
  - (九) 共有および共同管理の権利に関するその他の 重大な事項。
- ②区分所有者の共同決定事項は, 専有部分の面積が 3分の2以上を占める区分所有者,且つ人数が3 分の2以上を占める区分所有者が評決に替同しな ければならない。 前項 第六号ないし第八号で規 定する事項を決定する場合は、 専有部分の面積が 四分の三以上の区分所有者が評決に参与し、且つ 人数が四分の三以上の半分以上の区分所有者が評 決に参与する同意を得なければならない。前項の その他の事項を決定するときは、 専有部分の面積 が過半数の区分所有者が評決に賛同し、且つ人数 が過半数の区分所有者が参与に賛同する同意を 得なければならない。
- 第279条 区分所有者は、法律、法規及び管理規約 に違反して、住居を事業用建物に変更してはなら ない。区分所有者が住居を事業用建物に変更する 場合は、法律、法規および管理規約を遵守するほ か, 利害関係を有する区分所有者の一致した同意 を得なければならない。
- 第 280 条 区分所有者大会または区分所有者委員会 │ 第 78 条 区分所有者大会または区分所有者委員会

- 第76条 以下に列挙する事項は、区分所有者が共 同で決定するものとする。
  - (→) 区分所有者大会の議事規則の制定と改正
  - (二) <del>建築物およびその付属施設の</del>管理規約の制定 と改正
  - (三) 区分所有者委員会の選挙または区分所有者委 員会のメンバーの変更
  - 四 ビルサービス企業またはその他の管理人の選 任および解任
  - (五) 建築物およびその付属施設の維持修繕資金の 徴収と使用
  - (六) 建築物およびその付属施設の改築および建替 Ž
  - (七) 共有および共同管理の権利に関するその他の 重大な事項。
- ②前項第五号ないし第六号で規定する事項を決定 する場合は、専有部分の建築物の総面積の3分の 2以上の区民所有者かつ総人数の3分の2以上の 区分所有者の同意を経なければならない。前項の その他の事項を決定するときは、 専有部分の建築 物の総面積が過半数の区分所有者かつ総人数の過 半数の区分所有者の同意を経なければならない。

- 第77条 区分所有者は、法律、法規及び管理規約 に違反して、住居を事業用建物に変更してはなら ない。区分所有者が住居を事業用建物に変更する 場合は、法律、法規および管理規約を遵守するほ か、利害関係を有する区分所有者の同意を得なけ ればならない。

の決定は, 区分所有者に対して法的拘束力を有す る。

- ②区分所有者大会または区分所有者委員会がなした 決定が区分所有者の合法的な権利と利益を侵害す る場合、侵害を受けた区分所有者は取消しを人民 法院に請求することができる。
- 第281条 建築物およびその付属施設の維持修理資 金は、区分所有者の共有に属する。区分所有者の 共同決定を経て, エレベーター, 屋上, 外壁, バ リアフリー施設等の共有部分の維持修理、更新お よび改造に使用することができる。建築物および その付属施設の維持修理資金の徴収、使用の状況 は定期的に公開しなければならない。
- ②緊急状況下で建築物及びその付属施設を維持修理 する場合、区分所有者大会または区分所有者委員 会は建築物及びその付属施設の維持修理資金の使 用を法により申請することができる。
- 第282条 建設単位、不動産サービス企業またはそ の他の管理人等が、区分所有者の共有部分を利用 して生じた収入は、合理的なコストを控除した後、 区分所有者の共有に属する。
- 第283条 建築物およびその付属施設の費用の分担, 収益分配等の事項は、約定がある場合は約定に基 づくものとし、約定がない、または約定が不明確 な場合は区分所有者の専有部分の 面積に占める割 合に基づいて確定する。
- 第284条 区分所有者は建築物およびその付属施設 を自ら管理することができ、またビルサービス企 業またはその他の管理人に管理を委託することも できる。
- ②建設単位によって委託されたビルサービス企業ま たはその他の管理人について, 区分所有者は法に より変更する権利を有する。
- 第285条 ビルサービス企業またはその他の管理人 は,区分所有者の委託にもとづき本法第三編のビ ルサービス契約に関する規定に照らして建築区画 内の建築物およびその付属施設を管理し, 区分所 有者の監督を受けるとともに、区分所有者がビル サービス状況について提出した問い合わせにすみ やかに回答するものとする。
- ②ビルサービス企業またはその他の管理人は、政府 ←新設

の決定は, 区分所有者に対して法的拘束力を有す る。

- ②区分所有者大会または区分所有者委員会がなした 決定が区分所有者の合法的な権利と利益を侵害す る場合、侵害を受けた区分所有者は取消しを人民 法院に請求することができる。
- 第79条 建築物およびその付属施設の維持修理資 金は、区分所有者の共有に属する。区分所有者の 共同決定を経て、エレベーター、貯水槽等の共有 部分の維持修理に使用することができる。維持修 理資金の徴収,使用の状況は公開しなければなら ない。
- ←新設…【物業管理条例第53条参照】
- ←新設…【物業管理条例第54条参照】
- 第80条 建築物およびその付属施設の費用の分担, 収益分配等の事項は、約定がある場合は約定に基 づくものとし、約定がない、または約定が不明確 な場合は区分所有者の専有部分の建築物の総面積 に占める割合に基づいて確定する。
- 第81条 区分所有者は建築物およびその付属施設 を自ら管理することができ、またビルサービス企 業またはその他の管理人に管理を委託することも できる。
- ②建設単位によって委託されたビルサービス企業ま たはその他の管理人について, 区分所有者は法に より変更する権利を有する。
- 第82条 ビルサービス企業またはその他の管理人 は、区分所有者の委託にもとづき建築区画内の建 築物およびその付属施設を管理し, 区分所有者の 監督を受ける。

が法により実施する応急処置措置及びその他の管 理措置を執行し, 関係する業務を積極的に組織し て展開しなければならない。

- 第286条 区分所有者は法律、法規および管理規約 を遵守しなければならず, 関連する行為は資源の 節約、生態環境の保護の要求に適合しなければな らない。
- ②区分所有者大会および区分所有者委員会は、みだ りにゴミを放置し, 汚染物を排出し, 騒音を撒き 散らし、規定に違反して動物を飼い、規則に違反 して建物を建て, 通路を不法占拠し, ビルメンテ ナンス費の支払を拒む等の、他人の合法的な権利 と利益を侵害する行為について, 法律, 法規及び 管理規約に照らして、行為者に侵害を停止し、妨 害を排除し、危険を除去し、損害を賠償するよう に請求する権利を有する。
- ③区分所有者またはその他の行為者が関連する義務 の履行を拒絶する場合, 関連の当事者は, 関連す る行政主管部門に報告または訴えることができ, 関連する行政主管部門は法により処理しなければ ならない。
- 第287条 区分所有者は建設単位、ビルサービス企 業またはその他の管理人および他の区分所有者が 自己の合法的な権利と利益を侵害する行為につい て、民事責任を負うよう請求する権利を有する。

第7章 相隣関係

第288条 不動産の相隣の権利者は生産に有利、生 第84条 不動産の相隣の権利者は生産に有利、生 活に便利, 団結互助, 公平合理の原則にもとづき, 正しく相隣関係を処理しなければならない。

第289条 法律,法規に相隣関係の処理についての │ 第85条 法律,法規に相隣関係の処理についての

第83条 区分所有者は法律、法規および管理規約 を遵守しなければならない。

②区分所有者大会および区分所有者委員会は, みだ りにゴミを放置し, 汚染物を排出し, 騒音を撒き 散らし, 規定に違反して動物を飼い, 規則に違反 して建物を建て, 通路を不法占拠し, ビルメンテ ナンス費の支払を拒む等の、他人の合法的な権利 と利益を侵害する行為について, 法律, 法規及び 管理規約に照らして, 行為者に侵害を停止し, 妨 害を排除し、 損害を賠償するように 要求する権 利を有する。区分所有者は自己の合法的権益を侵 害する行為について、法により人民法院に訴訟を 提起することができる。

←新設

第83条 区分所有者は法律, 法規および管理規約 を遵守しなければならない。

②区分所有者大会および区分所有者委員会は、みだ りにゴミを放置し、汚染物を排出し、騒音を撒き 散らし、規定に違反して動物を飼い、規則に違反 して建物を建て、通路を不法占拠し、ビルメンテ ナンス費の支払を拒む等の,他人の合法的な権利 と利益を侵害する行為について, 法律, 法規及び 管理規約に照らして, 行為者に侵害を停止し, 妨 害を排除し、損害を賠償するように要求する権利 を有する。区分所有者は自己の合法的権益を侵害 する行為について, 法により人民法院に訴訟を提 起することができる。

第7章 相隣関係

活に便利, 団結互助, 公平合理の原則にもとづき, 正しく相隣関係を処理しなければならない。

規定がある場合は、その規定によるものとするが、 法律、法規に規定がないときは、当地の慣習によ ることができる。

- 第290条 不動産の権利者は相隣の権利者の用水, 排水のために必要な便益を提供しなければならない。
- ②自然流水の利用については、不動産の相隣の権利 者の間で合理的に分配しなければならない。自然 流水の排出については、自然に流れる方向を尊重 しなければならない。
- 第291条 不動産の権利者は、相隣の権利者が通行 等によりその土地を利用しなければならない場合、 必要な便益を提供しなければならない。
- 第292条 不動産の権利者が建築物を建造,修理する,または電線,ケーブル,水道管,暖房およびガス管等を敷設するために相隣の土地,建築物を利用しなければならない場合,当該土地,建築物の権利者は必要な便益を提供しなければならない。
- 第293条 建築物の建造について,国家の工事建設 関連の基準に違反してはならず,相隣の建築物の 通風,採光および日照を妨げてはならない。
- 第294条 不動産の権利者は、国家の規定に違反して固体廃棄物を放置し、大気汚染物質、水汚染物質、水汚染物質、土壌汚染物、騒音、光放射、電磁波輻射等の有害物質を排出してはならない。
- 第295条 不動産の権利者が土地の掘削,建築物の 建造,パイプの敷設および設備の取り付け等をす る場合,相隣の不動産の安全に危険を及ぼしては ならない。
- 第296条 不動産の権利者が用水,排水,通行,パイプの敷設等により相隣の不動産を利用する場合は、相隣の不動産の権利者に損害を与えることをできるだけ避けなければならない。

#### 第8章 共有

第297条 不動産または動産は、2つ以上の組織、個人によって共有することができる。共有には持分共有[按分共有]と共同共有[共同共有]が含まれる。

規定がある場合は、その規定によるものとするが、 法律、法規に規定がないときは、当地の慣習によ ることができる。

- 第86条 不動産の権利者は相隣の権利者の用水, 排水のために必要な便益を提供しなければならない。
- ②自然流水の利用については、不動産の相隣の権利者の間で合理的に分配しなければならない。自然流水の排出については、自然に流れる方向を尊重しなければならない。
- 第87条 不動産の権利者は、相隣の権利者が通行 等によりその土地を利用しなければならない場合、 必要な便益を提供しなければならない。
- 第88条 不動産の権利者が建築物を建造,修理する,または電線,ケーブル,水道管,暖房およびガス管等を敷設するために相隣の土地,建築物を利用しなければならない場合,当該土地,建築物の権利者は必要な便益を提供しなければならない。
- 第89条 建築物の建造について,国家の工事建設 関連の基準に違反して,相隣の建築物の通風,採 光および日照を妨げてはならない。
- 第90条 不動産の権利者は、国家の規定に違反して固体廃棄物を放置し、大気汚染物質、水汚染物質、騒音、光、電磁波輻射等の有害物質を排出してはならない。
- 第91条 不動産の権利者が土地の掘削, 建築物の 建造, パイプの敷設および設備の取り付け等をす る場合, 相隣の不動産の安全に危険を及ぼしては ならない。
- 第92条 不動産の権利者が用水、排水、通行、パイプの敷設等により相隣の不動産を利用する場合は、相隣の不動産の権利者に損害を与えることをできるだけ避けなければならず、<del>損害を与えたときは、賠償しなければならない。</del>

#### 第8章 共有

第93条 不動産または動産は、2つ以上の単位、 個人によって共有することができる。共有には持 分共有[按分共有]と共同共有[共同共有]が含 まれる。

- 第298条 持分共有者は、共有する不動産または動 産について、その持分額に照らして所有権を有す る。
- 第299条 共同共有者は、共有する不動産または動 産について、共同して所有権を有する。
- 第300条 共有者は、約定に照らして共有する不動 産または動産を管理するものとするが、約定がな い, または約定が不明確な場合は, 各共有者が管 理の権利と義務を有するものとする。
- 第301条 共有する不動産または動産を処分する場 合、および共有する不動産または動産について重 大な修繕をして, 性質または用途の変更をする場 合は、3分の2以上の持分を占める持分共有者ま たは全体の共同共有者の同意を得なければならな いものとするが、但し共有者の間に別段の約定が あるときはこの限りでない。
- 第302条 共有者が共有物の管理費用およびその他 の負担について、約定がある場合は、約定による が、約定がない、または約定が不明確のときは、 持分共有者は、その持分に照らして負担するもの とし、共同共有者は、共同して負担するものとす る。
- 第303条 共有者が共有する不動産または動産を分 割できないことを約定し, 共有関係を維持する場 合は、約定によらなければならないが、但し共有 者に分割を必要とする重大な理由があるときは, 分割を請求することができるものとし、約定がな い、または約定が不明確のときは、持分共有者は、 随時分割を請求でき、共同共有者は、共有の基礎 を喪失する, または重大な理由があって分割を必 要とするときは、分割を請求できる。分割によっ て他の共有者に損害を与えたときは、賠償しなけ ればならない。
- 第304条 共有者は、協議によって分割方式を定め ることができる。協議が調わずに、共有する不動 産または動産が分割可能で、且つ分割によって価 値を減損しない場合は、実物を分割しなければな らないものとするが、分割が不可能、または分割 により価値を減損するときは、換価, または競売, 売却によって得た価額について分割しなければな らない。
- 疵がある場合,他の共有者は損失を分担しなけれ

- 第94条 持分共有者は、共有する不動産または動 産について、その持分額に照らして所有権を有す る。
- 第95条 共同共有者は、共有する不動産または動 産について、共同して所有権を有する。
- 第96条 共有者は、約定に照らして共有する不動 産または動産を管理するものとするが、約定がな い, または約定が不明確な場合は, 各共有者が管 理の権利と義務を有するものとする。
- 第97条 共有する不動産または動産を処分する場 合、および共有する不動産または動産について重 大な修繕をする場合は、3分の2以上の持分を占 める持分共有者または全体の共同共有者の同意を 得なければならないものとするが、但し共有者の 間に別段の約定があるときはこの限りでない。
- 第98条 共有物の管理費用およびその他の負担に ついて、約定がある場合は、約定によるが、約定 がない、または約定が不明確のときは、持分共有 者は、その持分に照らして負担するものとし、共 同共有者は、共同して負担するものとする。
- 第99条 共有者が共有する不動産または動産を分 割できないことを約定し、共有関係を維持する場 合は、約定によらなければならないが、但し共有 者に分割を必要とする重大な理由があるときは, 分割を請求することができるものとし、約定がな い、または約定が不明確のときは、持分共有者は、 随時分割を請求でき、共同共有者は、共有の基礎 を喪失する, または重大な理由があって分割を必 要とするときは、分割を請求できる。分割によっ て他の共有者に損害を与えたときは、賠償しなけ ればならない。
- 第100条 共有者は、協議によって分割方式を定め ることができる。協議が調わずに、共有する不動 産または動産が分割可能で、且つ分割によって価 値を減損しない場合は, 実物を分割しなければな らないものとするが、分割が不可能、または分割 により価値を減損するときは、換価、または競売、 売却によって得た価額について分割しなければな らない。
- ②共有者が分割によって得た不動産または動産に瑕 | ②共有者が分割によって得た不動産または動産に瑕 疵がある場合、他の共有者は損失を分担しなけれ

ばならない。

- 第305条 持分共有者は、その有する共有不動産または動産の持分を譲渡することができる。他の共有者は、同等の条件のもとで優先的に購入する権利を有する。
- 第306条 持分共有者がその有する共有不動産また は動産の持分を譲渡する場合は、譲渡の条件を他 の共有者にすみやかに通知しなければならない。
- ② 2 人以上の他の共有者が優先購入権の行使を主張 する場合、各自の購入割合は協議によって定める ものとするが、協議が調わないときは、譲渡時の 各自の共有持ち分の割合に照らして優先購入権を 行使するものとする。
- 第307条 共有する不動産または動産によって生じた債権債務は、対外関係においては、共有者が連帯して債権を有し、連帯して債務を負うものとするが、但し法律に別段の規定がある、または共有者が連帯債権債務の関係を具えていないことを第三者が知っている場合は、この限りでないいとを第三者が知っている場合は、この限りでないいとものし、共有者の内部関係においては、共有者に別段の定めがあるときのほかは、持分共有者は持分に照らして債権を有し、債務を負担するものとする。債務の弁済が自己の負担すべき持分を超えた持分共有者は、他の共有者に求償する権利を有する。
- 第308条 共有者が、共有する不動産または動産について、持分共有とするか共同共有とするか約定がない、または約定が不明確の場合は、共有者が家族関係を有しているときを除き、持分共有とみなす。
- 第309条 持分共有者が、共有する不動産または動産について有する持分について、約定がない、または約定が不明確の場合は、出資額に照らして確定するものとするが、出資額を確定できないときは、同等額を有するものとみなす。
- 第310条 2以上の組織,個人が共同して用益物権, 担保物権を有する場合は,本章の関連規定を参 照して適用する。

第9章 所有権取得の特別規定

ばならない。

- 第 101 条 持分共有者は、その有する共有不動産または動産の持分を譲渡することができる。他の共有者は、同等の条件のもとで優先的に購入する権利を有する。
- ←新設…【物権法司法解釈 (→) 第 11 条ないし 13 条参照】
- ←【物権法司法解釈 (→) 第14条参照】

2人以上の持分共有者が優先購入を主張し、なおかつ協議が調わない場合、譲渡時の各自の共有持ち分の割合に照らして優先購入権を行使するときは、支持しなければならない。

- 第102条 共有する不動産または動産によって生じた債権債務は、対外関係においては、共有者が連帯して債権を有し、連帯して債務を負うものとするが、但し法律に別段の規定がある、または共有者が連帯債権債務の関係を具えていないことを第三者が知っている場合は、この限りでないものとし、共有者の内部関係においては、共有者に別段の定めがあるときのほかは、持分共有者は持分に照らして債権を有し、債務を負担するものとする。債務の弁済が自己の負担すべき持分を超えた持分共有者は、他の共有者に求償する権利を有する。
- 第103条 共有者が、共有する不動産または動産について、持分共有とするか共同共有とするか約定がない、または約定が不明確の場合は、共有者が家族関係を有しているときを除き、持分共有とみなす。
- 第104条 持分共有者が、共有する不動産または動産について有する持分について、約定がない、または約定が不明確の場合は、出資額に照らして確定するものとするが、出資額を確定できないときは、同等額を有するものとみなす。
- 第105条 2以上の*単位*,個人が共同して用益物権, 担保物権を有する場合は,本章の規定を参照す る。

第9章 所有権取得の特別規定

- 第311条 処分権のない者が不動産または動産を譲受人に譲渡した場合,所有権者は取り戻す権利を有するものとし,法律に別段の規定ある場合を除き,以下に列挙する事由に該当するときは,譲受人は当該不動産または動産の所有権を取得する。
  - (→) 譲受人が当該不動産または動産を譲り受けた とき善意であった
  - (二) 合理的な価格で譲渡した
  - (三) 譲渡された不動産または動産が、法律の規定 によれば登記しなければならないもので、すで に登記されているか、登記を必要としないもの で、すでに譲受人に引き渡されている。
- ②譲受人が前項の規定に照らして不動産または動産 の所有権を取得した場合,原所有権者は処分権の ない者に*損害の賠償*を請求する権利を有する。
- ③当事者が他の物権を善意で取得したときは、前2 項の規定を参照して適用する。
- 第312条 所有権者または他の権利者は、遺失物を取り戻す権利を有する。当該遺失物が譲渡を通じて他人によって占有されている場合、権利者は処分権のない者に損害賠償を請求する、または譲受人を知った時、もしくは当然知り得た時から2年以内に、譲受人に原物の返還を請求する権利を有するものとするが、但し譲受人が競売を通じて、または経営資格を有する経営者から当該遺失物を購入したときは、権利者は、原物返還を請求するときに、譲受人が支払った費用を支払わなければならない。権利者は、譲受人に費用を支払った後、処分権のない者に求償する権利を有する。
- 第313条 善意の譲受人が動産を取得した時に,当 該動産上の原有の権利は消滅する。但し,善意の 譲受人が譲り受けの時に当該権利を知っていた, または当然知り得た場合はこの限りでない。
- 第314条 遺失物を拾得した場合は、権利者に返還 しなければならない。拾得者は権利者に受領する ようにすみやかに通知する、または公安等の関連 部門に送らなければならない。
- 第315条 関連部門が遺失物を受け取った場合,権 利者を知ったときは、それを受け取るようすみや かに通知しなければならず、知り得なかったとき は、受け取りを求める公告をすみやかに公布しな

- 第106条 処分権のない者が不動産または動産を譲受人に譲渡した場合,所有権者は取り戻す権利を有するものとし,法律に別段の規定ある場合を除き,以下に列挙する事由に該当するときは,譲受人は当該不動産または動産の所有権を取得する。
  - (→) 譲受人が当該不動産または動産を譲り受けた とき善意であった場合
  - (二) 合理的な価格で譲渡した
  - (三) 譲渡された不動産または動産が、法律の規定 によれば登記しなければならないもので、すで に登記されているか、登記を必要としないもの で、すでに譲受人に引き渡されている。
- ②譲受人が前項の規定に照らして不動産または動産 の所有権を取得した場合,原所有権者は処分権の ない者に*損失の賠償*を請求する権利を有する。
- ③当事者が他の物権を善意で取得したときは,前2 項の規定を参照する。
- 第107条 所有権者または他の権利者は、遺失物を 取り戻す権利を有する。当該遺失物が譲渡を通じ て他人によって占有されている場合、権利者は処 分権のない者に損害賠償を請求する、または譲受 人を知った時、もしくは当然知り得た時から2年 以内に、譲受人に原物の返還を請求する権利を有 するものとするが、但し譲受人が競売を通じて、 または経営資格を有する経営者から当該遺失物を 購入したときは、権利者は、原物返還を請求する ときに、譲受人が支払った費用を支払わなければ ならない。権利者は、譲受人に費用を支払った後、 処分権のない者に求償する権利を有する。
- 第108条 善意の譲受人が動産を取得した時に,当 該動産上の原有の権利は消滅するが,但し,善意 の譲受人が譲り受けの時に当該権利を知っていた, または当然知り得た場合はこの限りでない。
- 第109条 遺失物を拾得した場合は、権利者に返還 しなければならない。拾得者は権利者に受領する ようにすみやかに通知する、または公安等の関連 部門に送らなければならない。
- 第110条 関連部門が遺失物を受け取った場合,権利者を知ったときは、それを受け取るようすみやかに通知しなければならず、知り得なかったときは、受け取りを求める公告をすみやかに公布しな

ければならない。

- 第316条 拾得者は遺失物を関連部門に引き渡すま での間、関連部門は遺失物が受け取られるまでの 間、善良な管理者の注意義務をもって遺失物を保 管しなければならない。故意または重大な過失に よって遺失物を毀損、滅失させた場合は、民事責 任を負わなければならない。
- または関連部門に遺失物の保管等で支払った必要 費用を支払わなければならない。
- ②権利者が懸賞広告を出して遺失物を捜し求めた場 合は、遺失物を受領した時に、承諾にもとづいて 義務を履行しなければならない。
- ③拾得者が遺失物を横領「侵占」した場合は、遺失 物の保管等で支払った費用を請求する権利はなく, また権利者に承諾にもとづいて義務を履行するよ うに請求する権利もない。
- された日から1年以内に受取人がなかった場合, 国家の所有に帰す。
- 第319条 漂流物を拾得,埋蔵物または隠匿物を発 見した場合は、遺失物の拾得の関連規定を準用 [参照] する。法律に別段の規定があるときは、 その規定による。
- 第321条 主物が譲渡された場合,従物は主物の譲 | 第115条 主物が譲渡された場合,従物は主物の譲 渡に従うものとするが、但し当事者に別段の約定 があるときは、この限りでない。
- 第322条 天然果実は、所有権者が取得するが、所 | 第116条 天然果実は、所有権者が取得するが、所 有権者と用益物権者がいる場合は、用益物権者が 取得する。当事者に別段の約定があるときは、約 定による。
- ②法定果実は、当事者に約定がある場合は、約定に よって取得するが、約定がない、または約定が不 明確な場合は、取引慣習によって取得する。
- 第322条 加工, 附合, 混合によって生じた物の帰 属は、約定がある場合は、約定によるものとする が、約定がない、または約定が不明確な場合は、 法律の規定によるものとし、法律に規定がないと きは、物の効用の十分な発揮および無過失の当事 者の保護という原則によって確定するものとする。

ければならない。

- 第 111 条 拾得者は遺失物を関連部門に引き渡すま での間、関連部門は遺失物が受け取られるまでの 間、善良な管理者の注意義務をもって遺失物を保 管しなければならない。故意または重大な過失に よって遺失物を毀損、滅失させた場合は、民事責 任を負わなければならない。
- 第 317 条 権利者は遺失物を受領した時に、拾得者 | 第 112 条 権利者は遺失物を受領した時に、拾得者 または関連部門に遺失物の保管等で支払った必要 費用を支払わなければならない。
  - ②権利者が懸賞広告を出して遺失物を捜し求めた場 合は、遺失物を受領した時に、承諾にもとづいて 義務を履行しなければならない。
  - ③拾得者が遺失物を横領「侵占」した場合は、遺失 物の保管等で支払った費用を請求する権利はなく, また権利者に承諾にもとづいて義務を履行するよ うに請求する権利もない。
- 第318条 遺失物は、受け取りを求める公告が公布 | 第113条 遺失物は、受け取りを求める公告が公布 された目から6か月以内に受取人がなかった場 合, 国家の所有に帰す。
  - 第 114 条 漂流物を拾得,埋蔵物または隠匿物を発 見した場合は、遺失物の拾得の関連規定を準用 [参照] する。<del>文物保護法等の</del>法律に別段の規定 があるときは、その規定による。
    - 渡に従うものとするが、但し当事者に別段の約定 があるときは、この限りでない。
    - 有権者と用益物権者がいる場合は, 用益物権者が 取得する。当事者に別段の約定があるときは、約 定による。
  - ②法定果実は、当事者に約定がある場合は、約定に よって取得するが、約定がない、または約定が不 明確な場合は、取引慣習によって取得する。
  - ←新設…【担保法司法解釈第62条参照】

一方の当事者の過失または物の帰属の確定によっ て他方の当事者に損害を与えるときは、賠償また は補償をしなければならない。

第3分編 用益物権

第10章 一般規定

- 第323条 用益物権者は、他人の所有する不動産ま たは動産について, 法により占有, 使用および収 益する権利を有する。
- が使用する、および集団所有に属することを法律 で規定する天然資源は、 組織、 個人が法により 占有、使用および収益することができる。
- 第325条 国家は、自然資源の有償使用制度を行な うものとするが、但し法律に別段の規定がある場 合はこの限りでない。
- 第326条 用益物権者の権利行使は、資源の保護お よび合理的な開発利用,生態環境の保護に関する 法律の規定を遵守しなければならない。所有権者 は、用益物権者の権利行使に干渉してはならない。
- 第327条 不動産または動産の収用, 徴用により用 益物権が消滅し、または用益物権の行使に影響が あった場合、用益物権者は、本法第 243 条、第 245条の規定にもとづいて相応の補償を得る権利 を有する。
- 第328条 法により取得した海域使用権は、法律の 保護を受ける。
- 第329条 法により取得した試掘権,採鉱権,取水 権および水域、砂洲地を使用して養殖、漁労に従 事する権利は, 法律の保護を受ける。
- 第11章 土地請負経営権
- 第330条 農村集団経済組織は、家族請負経営を基 礎として統一と分散を結合させた二重経営体制を 実行する。
- の耕地、林地、草地およびその他の農業に用いら れる土地は、法により土地請負経営制度を実行す

第3編 用益物権

第10章 一般規定

- 第117条 用益物権者は、他人の所有する不動産ま たは動産について、法により占有、使用および収 益する権利を有する。
- 第324条 国家が所有する、または国家所有で集団 | 第118条 国家が所有する、または国家所有で集団 が使用する, および集団所有に属することを法律 で規定する天然資源は、 単位、 個人が法により 占有, 使用および収益することができる。
  - 第119条 国家は、自然資源の有償使用制度を行な うものとするが、但し法律に別段の規定がある場 合はこの限りでない。
  - 第120条 用益物権者の権利行使は、資源の保護お よび合理的な開発利用に関する法律の規定を遵守 しなければならない。所有権者は、用益物権者の 権利行使に干渉してはならない。
  - 第121条 不動産または動産の収用、徴用により用 益物権が消滅し、または用益物権の行使に影響が あった場合、用益物権者は、本法第 243 条、第 245条の規定にてらして相応の補償を得る権利を 有する。
  - 第122条 法により取得した海域使用権は、法律の 保護を受ける。
  - 第 123 条 法により取得した試掘権,採鉱権,取水 権および水域、砂洲地を使用して養殖、漁労に従 事する権利は, 法律の保護を受ける。
  - 第11章 土地請負経営権
  - 第 124条 農村集団経済組織は、家族請負経営を基 礎として統一と分散を結合させた二重経営体制を 実行する。
- ②農民集団所有および農民集団が使用する国家所有 | ②農民集団所有および農民集団が使用する国家所有 の耕地、林地、草地およびその他の農業に用いら れる土地は、法により土地請負経営制度を実行す

る。

- 第331条 土地請負経営権者は、法によりその請負 経営する耕地、林地、草地等について占有、使用 および収益する権利を有し、栽培業、林業、牧畜 業等の農業生産に従事する権利を有する。
- 第332条 耕地の請負期間は30年とする。草地の 請負期間は30年ないし50年とする。林地の請負 期間は30年ないし70年とする。
- ②前項に規定する請負期間が満了した場合、土地請 負経営権者は、 農村土地請負の法律の規定にもと づいて請負を継続する。
- 第333条 土地請負経営権は、土地請負経営権契約 が効力を生じた時に設定される。
- ② 登記機関は、土地請負経営権者に土地請負経営 権証、林権証等の証書を交付するとともに、あ わせて登記簿を作成して登記し、土地請負経営権 を確認しなければならない。
- 第334条 土地請負経営権者は、法律の規定にも とづき、土地請負経営権を下請, 交換、譲渡する 権利を有する。法による許可を経ていない場合は、 請負地を非農業建設に用いてはならない。
- 第335条 土地請負経営権を交換、譲渡した場合、 当事者は登記機関に登記を申請することができる ものとし,登記を経ずに善意の第三者に対抗する ことはできない。
- 第336条 請負期間内に,発注者 [発包人] は請負 地を調整してはならない。
- ②自然災害により請負地が著しく毀損される等の特 殊な事情があって,請け負う耕地および草地を適 切に調整する必要がある場合は、農村土地請負の 法律の規定にもとづいて処理しなければならな い。
- てはならない。 法律に別段の規定がある場合は,

る。

- 第125条 土地請負経営権者は、法によりその請負 経営する耕地、林地、草地等について占有、使用 および収益する権利を有し、栽培業、林業、牧畜 業等の農業生産に従事する権利を有する。
- 第126条 耕地の請負期間は30年とする。草地の 請負期間は30年ないし50年とする。林地の請負 期間は30年ないし70年とするが、特殊な林木の 林地の請負期間については、国務院の林業行政主 管部門の許可を経て延長することができる。
- ②前項に規定する請負期間が満了した場合、土地請 負経営権者は、*国家の関連規定にてらして*請負 を継続する。
- 第127条 土地請負経営権は、土地請負経営権契約 が効力を生じた時に設定される。
- ② 県級以上の地方人民政府は、土地請負経営権者 に土地請負経営権証, 林権証, *草原使用権利証* を交付するとともに, あわせて登記簿を作成して 登記し, 土地請負経営権を確認しなければならな
- 第128条 土地請負経営権者は、農村土地請負法 の規定にもとづき、土地請負経営権を干請, 交換, 譲渡<del>等の方式で流通</del>する権利を有する。<del>流通の期</del> 間は、 請負期間の残りの期間を超過してはならな <del>い。</del>法による許可を経ていない場合は、請負地を 非農業建設に用いてはならない。
- 第129条 土地請負経営権者は、土地請負経営権を 交換, 譲渡した場合, 当事者が登記を要求すると きは、県級以上の人民政府に土地請負経営権の変 *更登記を申請しなければならず*,登記を経ずに善 意の第三者に対抗することはできない。
- 第130条 請負期間内に、発注者 [発包人] は請負 地を調整してはならない。
- ②自然災害により請負地が著しく毀損される等の特 殊な事情があって,請け負う耕地および草地を適 切に調整する必要がある場合は、農村土地請負法 等の法律の規定にもとづいて処理しなければな らない。
- 第337条 請負期間内に,発注者は請負地を回収し | 第131条 請負期間内に,発注者は請負地を回収し てはならない。*農村土地請負法等の法律に*別段

その規定にもとづく。

- 第338条 請負地が収用される場合,土地請負経営 権者は、本法第243条の規定にもとづいて相応 の補償を得る権利を有する。
- 第 339 条 土地請負経営権者は、法により賃貸、出 | ←【農村土地請負法第 36 条】 請負側は、法により 資またはその他の方式を採用して他人に土地経営 権を流通させることを自主的に決定することがで きる。
- において農村土地を占有して, 農業の生産経営を 自主的に展開し、かおかつ収益を取得する権利を 有する。
- 第341条 流通期間を5年以上とする土地経営権は、 流通契約効力発生の時に設定される。当事者は、 登記機関に申請土地経営権の登記を申請すること ができるものとし、登記を経なければ、善意の第 三者に対抗することはできない。
- 第342条 入札,競売,公開協議等の方式を通じて 農村土地を請け負って, 法により登記を経て権利 帰属証書を取得した場合は、 法により賃貸、出資、 抵当またはその他の方式を採用して土地経営権を 流通させることができる。
- 第343条 国家所有の農用地で請負経営を実行する 場合は、*本編*の関連規定を参照して*適用*する。
- 第12章 建設用地使用権
- 第344条 建設用地使用権者は、法により国家所有 の土地について占有、使用および収益する権利を 有し、当該土地を利用して建築物、構築物および その付属施設を建造する権利を有する。
- たは地下にそれぞれ設定することができる。
- 第 346 条 建設用地使用権は、資源の節約、生態環 │ 第 136 条後段 新たに設定する建設用地使用権は、 境の保護の要求に適合し、土地の用途に関する法 律, 行政法規の規定を遵守しなければならず, す でに設定されている用益物権を侵害してはならな い。
- は割り当て等の方式を採用することができる。

- の規定がある場合は、その規定にもとづく。
- 第 132条 請負地が収用される場合,土地請負経営 権者は、本法第42条第2項の規定にてらして相 応の補償を得る権利を有する。
  - 賃貸(下請負),出資またはその他の方式で他人 に土地経営権を流通させ, なおかつ注文側に記録 することを自主的に決定することができる。
- 第 340 条 土地経営権者は、契約で約定する期間内 | ←【農村土地請負法第 37 条】 土地経営権者は契約 の約定の期間内において農村土地を占有し、自主 的に農業生産経営を展開しなおかつ収益を取得す る。
  - ←【農村土地請負法第41条】 土地経営権の流通期 間が5年以上の場合、当事者は登記機構に土地経 営権の登記を申請することができる。登記を経な いときは、善意の財産者に対抗することができな い。
  - 第133条 入札, 競売, 公開協議等の方式を通じて <del>荒地等の</del>農村土地を請け負った場合は, *農村土地* 請負法等の法律および国務院の関連規定にてらし て、その土地請負経営権を譲渡、出資、抵当また はその他の方式で流通させることができる。
  - 第 134 条 国家所有の農用地で請負経営を実行する 場合は、本法の関連規定を参照する。
  - 第12章 建設用地使用権
  - 第135条 建設用地使用権者は、法により国家所有 の土地について占有、使用および収益する権利を 有し, 当該土地を利用して建築物, 構築物および その付属施設を建造する権利を有する。
- 第345条 建設用地使用権は、土地の地表、地上ま | 第136条前段 建設用地使用権は、土地の地表、地 上または地下にそれぞれ設定することができる。
  - すでに設定されている用益物権を侵害してはなら ない。
- 第347条 建設用地使用権の設定は、払い下げまた | 第137条 建設用地使用権の設定は、払い下げまた は割り当て等の方式を採用することができる。

- 的性質のある用地, および同一の土地に2人以上 の土地を使用したい者がある場合は、入札、競売 等の公開競争入札の方式での払い下げが採用され なければならない。
- ③割り当て方式での建設用地使用権の設定は、厳格 に制限する。
- 第 348 条 入札, 競売, 協議等の払い下げ方式を通 | 第 138 条 入札, 競売, 協議等の払い下げ方式を*採* して建設用地使用権を設定する場合, 当事者は, 書面の形式で建設用地使用権の払い下げ契約を締 結しなければならない。
- 挙する条項を含む。
- (→) 当事者の名称および住所
- □ 土地の境界所在地、面積等
- (三) 建築物、構築物およびその付属施設が占用す る空間
- 四 土地の用途,計画の条件
- (五) 建設用地使用権の期限
- (六) 払い下げ金等の費用およびその支払い方式
- (土) 紛争解決の方法。
- 第349条 建設用地使用権を設定する場合は、登記 機関に建設用地使用権の登記を申請しなければな らない。登記機関は、建設用地使用権者に*権利帰* 属証書を交付しなければならない。
- 用しなければならず、土地の用途を変更してはな らない。土地の用途を変更する必要がある場合は、 法により関連行政主管部門の許可を得なければな らない。
- 第 351 条 建設用地使用権者は、法律の規定および | 第 141 条 建設用地使用権者は、法律の規定および 契約の約定にもとづいて払い下げ金等の費用を支 払わなければならない。
- 第352条 建設用地使用権者が建造する建築物,構 | 第142条 建設用地使用権者が建造する建築物,構

- ②工業,商業,旅行,娯楽および商品住宅等の経営 | ②工業,商業,旅行,娯楽および商品住宅等の経営 的性質のある用地, および同一の土地に2人以上 の土地を使用したい者がある場合は、入札、競売 等の公開競争入札の方式での払い下げが採用され なければならない。
  - ③割り当て方式での建設用地使用権の設定は、厳格 に制限する。割り当て方式を採用する場合は、法 律, 行政法規の土地用途に関する規定を遵守しな ければならない。
  - 用して建設用地使用権を設定する場合, 当事者 は、書面の形式で建設用地使用権の払い下げ契約 を締結しなければならない。
- ②建設用地使用権払い下げ契約は、一般に以下に列 | ②建設用地使用権払い下げ契約は、一般に以下に列 挙する条項を含む。
  - (→) 当事者の名称および住所
  - □ 土地の境界所在地、面積等
  - (三) 建築物、構築物およびその付属施設が占用す る空間
  - 四 土地の用途
  - 伍) 使用の期限
  - (六) 払い下げ金等の費用およびその支払い方式
  - (土) 紛争解決の方法。
  - 第139条 建設用地使用権を設定する場合は、登記 機関に建設用地使用権の登記を申請しなければな らない。登記機関は、建設用地使用権者に*建設用* 地使用権証書を交付しなければならない。
- 第350条 建設用地使用権者は、土地を合理的に利 第140条 建設用地使用権者は、土地を合理的に利 用しなければならず、土地の用途を変更してはな らない。土地の用途を変更する必要がある場合は、 法により関連行政主管部門の許可を得なければな らない。
  - 契約の約定にもとづいて払い下げ金等の費用を支 払わなければならない。

- 築物およびその付属施設の所有権は、建設用地使 用権者に属するが、但しこれと異なることを証明 する証拠がある場合はこの限りでない。
- 第353条 建設用地使用権者は、建設用地使用権を 譲渡、交換、出資、贈与または抵当権設定する権 利を有するが、但し法律に別段の規定がある場合 はこの限りでない。
- 第354条 建設用地使用権を譲渡,交換,出資,贈 与または抵当権設定する場合, 当事者は, 書面の 形式で相応の契約を締結しなければならない。使 用期間は当事者が約定するものとするが、但し建 設用地使用権の残余期間を超過してはならない。
- 第355条 建設用地使用権を譲渡、交換、出資また は贈与する場合は、登記機関に変更登記を申請し なければならない。
- 第356条 建設用地使用権を譲渡,交換,出資また は贈与する場合、当該土地上に付着する建築物、 構築物およびその付属施設は、一括して処理する。
- 第357条 建築物,構築物およびその付属施設を譲 渡、交換、出資または贈与する場合、当該建築物、 構築物およびその付属施設の占用範囲内の建設用 地使用権は,一括して処理する。
- 第358条 建設用地使用権の期間満了前に、公共の 利益により当該土地を事前に回収する必要が生じ た場合は、本法第243条の規定にもとづいて当 該土地上の家屋およびその他の不動産についての 補償を与えなければならず、あわせて相応の土地 払い下げ金を返還しなければならない。
- 第359条 住宅建設用地使用権の期間が満了した場 合は, 自動的に更新される。 更新費用の納付また は減免については、法律、行政法規の規定にもと づいて処理する。
- ②非住宅建設用使用権の期間満了後の更新について は、法律の規定にもとづいて処理する。当該土地 上の家屋およびその他の不動産の帰属について, 約定がある場合は、約定にもとづくが、約定がな いか, または約定が不明確な場合は, 法律, 行政 法規の規定にもとづいて処理する。
- げ人は、 すみやかに取消登記をしなければならな い。登記機関は,権利帰属証書を回収しなけれ

- 築物およびその付属施設の所有権は、建設用地使 用権者に属するが、但しこれと異なることを証明 する証拠がある場合はこの限りでない。
- 第143条 建設用地使用権者は、建設用地使用権を 譲渡、交換、出資、贈与または抵当権設定する権 利を有するが、但し法律に別段の規定がある場合 はこの限りでない。
- 第144条 建設用地使用権を譲渡,交換,出資,贈 与または抵当権設定する場合, 当事者は, 書面の 形式で相応の契約を締結しなければならない。使 用期間は当事者が約定するものとするが、但し建 設用地使用権の残余期間を超過してはならない。
- 第145条 建設用地使用権を譲渡、交換、出資また は贈与する場合は、登記機関に変更登記を申請し なければならない。
- 第 146 条 建設用地使用権を譲渡,交換,出資また は贈与する場合, 当該土地上に付着する建築物, 構築物およびその付属施設は、一括して処理する。
- 第147条 建築物,構築物およびその付属施設を譲 渡,交換,出資または贈与する場合,当該建築物, 構築物およびその付属施設の占用範囲内の建設用 地使用権は,一括して処理する。
- 第148条 建設用地使用権の期間満了前に、公共の 利益により当該土地を事前に回収する必要が生じ た場合は、本法第42条の規定にもとづいて当該 土地上の家屋およびその他の不動産についての補 償を与えなければならず、あわせて相応の土地払 い下げ金を返還しなければならない。
- 第149条 住宅建設用地使用権の期間が満了した場 合は、自動的に更新される。
- ②非住宅建設用使用権の期間満了後の更新について は、法律の規定にもとづいて処理する。当該土地 上の家屋およびその他の不動産の帰属について, 約定がある場合は、約定にもとづくが、約定がな いか, または約定が不明確な場合は, 法律, 行政 法規の規定にもとづいて処理する。
- 第360条 建設用地使用権が消滅した場合,払い下 | 第150条 建設用地使用権が消滅した場合,払い下 げ人は、 すみやかに取消登記をしなければならな い。登記機関は、建設用地使用権証書を回収し

ばならない。

第361条 集団所有の土地を建設用地とする場合は、 土地管理の法律の規定にもとづいて処理しなけ ればならない。

第13章 宅地使用権

- より占有および使用する権利を有し、法により当 該土地を利用して住宅およびその付属施設を建造 する権利を有する。
- いては、土地管理の法律および国家の関連規定 を適用する。
- 第 364 条 宅地が自然災害等の原因により滅失した │ 第 154 条 宅地が自然災害等の原因により滅失した 場合、宅地使用権は消滅する。宅地を失った村民 については, あらためて宅地を分配しなければな らない。
- 第365条 登記をした宅地使用権が譲渡され、ある いは消滅した場合は、すみやかに変更登記または 抹消登記をしなければならない。

第14章 居住権

- 第366条 居住権者は、契約の約定にもとづいて、 他人の住宅について占有, 使用の用益物権を有し, これをもって満足生活居住の需要を満たす権利を 有する。
- 第367条 居住権の設定について, 当事者は書面形 式を採用して居住権契約を締結しなければならな
- ②居住権契約は一般に以下に列挙する条項を含むも のとする。
  - (一) 当事者の氏名または名称および住所
  - 二) 住宅の位置
  - (三) 居住の条件および請求 [要求]
  - 四 居住権の期間

なければならない。

第151条 集団所有の土地を建設用地とする場合は、 土地管理法等の法律の規定にもとづいて処理し なければならない。

第13章 宅地使用権

- 第362条 宅地使用権者は、集団所有の土地を法に │ 第152条 宅地使用権者は、集団所有の土地を法に より占有および使用する権利を有し、法により当 該土地を利用して住宅およびその付属施設を建造 する権利を有する。
- 第363条 宅地使用権の取得,行使および譲渡につ 第153条 宅地使用権の取得,行使および譲渡につ いては、土地管理法等の法律および国家の関連 規定を適用する。
  - 場合、宅地使用権は消滅する。宅地を失った村民 については、あらためて宅地を分配しなければな らない。
  - 第155条 登記をした宅地使用権が譲渡され、ある いは消滅した場合は、すみやかに変更登記または 抹消登記をしなければならない。

←新設

←新設

←新設

- (五) 紛争解決の方法。
- 第368条 居住権は無償で設定するものとするが、 但し当事者に別段の約定がある場合はこの限りで はない。居住権を設定する場合、登記機関に居住 権の登記を申請しなければならない。居住権は登 記の時に設定される。
- 第369条 居住権は譲渡、相続することはできない。 居住権が設定された住宅は賃貸できないものとす るが、但し当事者に別段の約定がある場合はこの 限りでない。
- 第370条 居住権の期間が満了した、または居住権 ←新設 者が死亡した場合,居住権は消滅する。居住権が 消滅したときは、登記の抹消をすみやかに処理し なければならない。
- 第371条 遺言の方式をもって居住権を設定する場 ←新設 合は、本章の関連規定を参照して適用する。
- 第15章 地役権
- 第372条 地役権者は、契約の約定にもとづいて、 他人の不動産を利用することにより, 自己の不動 産の有用性を高める権利を有する。
- ②前項でいう他人の不動産が承役地「供役地」であ | ②前項でいう他人の不動産が承役地「供役地」であ り、自己の不動産が要役地「需役地」である。
- 第373条 地役権の設定ついて、当事者は、書面の 形式で地役権設定契約を締結しなければならない。
- ②地役権設定契約は、一般に以下に列挙する条項を 含むものとする。
  - → 当事者の氏名または名称および住所
  - (二) 承役地および要役地の位置
  - (三) 利用の目的および方法
  - 四 地役権期間
  - (五) 費用およびその支払方法
  - (六) 紛争解決の方法。

第 374 条 地役権は、地役権設定契約の効力が生じ │ 第 158 条 地役権は、地役権設定契約の効力が生じ

←新設

←新設

#### 第14章 地役権

- 第156条 地役権者は、契約の約定にもとづいて、 他人の不動産を利用することにより、自己の不動 産の有用性を高める権利を有する。
- り、自己の不動産が要役地「需役地」である。
- 第157条 地役権の設定ついて、当事者は、書面の 形式で地役権設定契約を締結しなければならない。
- ②地役権設定契約は、一般に以下に列挙する条項を 含むものとする。
  - → 当事者の氏名または名称および住所
  - (二) 承役地および要役地の位置
  - (三) 利用の目的および方法
  - 四 利用の期間
  - (五) 費用およびその支払方法
  - (六) 紛争解決の方法。

た時に設定される。当事者が登記を請求した場合 は、登記機関に地役権設定登記を申請することが できるが、登記がなければ、善意の第三者に対抗 することができない。

- 第375条 承役地の権利者は、契約の約定に照らし て, 地役権者がその土地を利用することを承諾し なければならず、地役権者の権利行使を妨害して はならない。
- 第376条 地役権者は、契約で約定した利用の目的 および方法にもとづいて承役地を利用しなければ ならず、 承役地の権利者の物権に対する制限をで きる限り減らさなければならない。
- 第377条 地役権期間は、当事者が約定するものと するが、但し土地請負経営権、建設用地使用権等 の用益物権の残余期間を超えてはならない。
- 第378条 土地所有権者が地役権を有し、または地 役権を負担する場合,土地請負経営権,宅地使用 権等の用益物権を設定したときは、 当該 用益物権 者はすでに設定された地役権を引き続き有し, または負担する。
- 第379条 土地の上に土地請負経営権,建設用地使 用権, 宅地使用権等の用益物権がすでに設定さ れている場合は、用益物権者の同意を得ずに土地 所有権者が地役権を設定してはならない。
- 地請負経営権、建設用地使用権等を譲渡する場合 は、地役権も一括して譲渡されるが、但し契約に 別段の約定があるときはこの限りでない。
- 第381条 地役権に単独で抵当権を設定してはなら ない。土地経営権、建設用地使用権等に抵当権を 設定する場合は, 抵当権を実行する時に, 地役権 も一括して譲渡される。
- 第382条 要役地および要役地上の土地請負経営権, 建設用地使用権等の一部を譲渡する場合、譲渡部 分が地役権にわたるとき, 譲受人は地役権も同時 に享有する。
- 第383条 承役地および承役地上の土地請負経営権、 建設用地使用権等の一部を譲渡する場合、譲渡部 分が地役権にわたるとき、地役権は、譲受人に対 する拘束力を有する。

た時に設定される。当事者が登記を請求した場合 は、登記機関に地役権設定登記を申請することが できるが、登記がなければ、善意の第三者に対抗 することができない。

- 第159条 承役地の権利者は、契約の約定に照らし て, 地役権者がその土地を利用することを承諾し なければならず、地役権者の権利行使を妨害して はならない。
- 第160条 地役権者は、契約で約定した利用の目的 および方法にもとづいて承役地を利用しなければ ならず, 承役地の権利者の物権に対する制限をで きる限り減らさなければならない。
- 第161条 地役権の期間は、当事者が約定するもの とするが、但し土地請負経営権、建設用地使用権 等の用益物権の残余期間を超えてはならない。
- 第162条 土地所有権者が地役権を有し、または地 役権を負担する場合,土地請負経営権,宅地使用 権を設定したときは、当該 土地の請負経営権者、 宅地使用権者はすでに設定された地役権を引き 続き有し、または負担する。
- | 第 163 条 土地の上に土地請負経営権,建設用地使 用権, 宅地使用権等の権利がすでに設定されて いる場合は、用益物権者の同意を得ずに土地所有 権者が地役権を設定してはならない。
- 第380条 地役権は単独で譲渡してはならない。土 | 第164条 地役権は単独で譲渡してはならない。土 地請負経営権、建設用地使用権等を譲渡する場合 は、地役権も一括して譲渡されるが、但し契約に 別段の約定があるときはこの限りでない。
  - 第165条 地役権に単独で抵当権を設定してはなら ない。土地請負経営権、建設用地使用権等に抵当 権を設定する場合は,抵当権を実行する時に,地 役権も一括して譲渡される。
  - 第166条 要役地および要役地上の土地請負経営権, 建設用地使用権の一部を譲渡する場合、譲渡部分 が地役権にわたるとき, 譲受人は地役権も同時に 享有する。
  - 第167条 承役地および承役地上の土地請負経営権、 建設用地使用権の一部を譲渡する場合、譲渡部分 が地役権にわたるとき、地役権は、譲受人に対す る拘束力を有する。

- 第384条 地役権者に以下の事由が存する場合,承 役地の権利者は、地役権設定契約を解除する権利 を有し、地役権は消滅する。
  - (一) 法律の規定または契約の約定に違反し、地役権を濫用した場合
  - (二) 承役地を有償利用する場合,約定した支払期限を徒過した後,合理的な期間内に2回催告してもなお費用を支払わない場合。
- 第385条 すでに登記した地役権の変更,譲渡また は消滅の場合は,すみやかに変更登記または抹消 登記をしなければならない。
- 第4分編 担保物権
- 第16章 一般規定
- 第386条 担保物権者は、債務者が履行期の到来した債務を履行しない場合、または当事者が約定した担保物権を実行する事由が生じた場合、法により担保財産について優先的に弁済を受ける権利を有するが、但し法律に別段の規定があるときはこの限りでない。
- 第387条 債権者は、貸借、売買等の民事活動において、その債権の実現を保障するために、担保を要する場合は、本法およびその他の法律の規定にもとづいて担保物権を設定することができる。
- ②第三者が債務者のために債権者へ担保を供する場合,債務者に求償的担保 [反担保] の提供を請求することができる。求償的担保については本法およびその他の法律の規定を適用する。
- 第388条 担保物権の設定は、本法およびその他の 法律の規定にもとづいて担保権設定契約を締結し なければならない。担保契約には抵当契約、質契 約およびその他の担保機能を有する契約が含まれ る。担保権設定契約は、主たる債権債務契約の従 たる契約である。主たる債権債務契約が無効の場 合は、担保権設定契約も無効となるが、但し法 律に別段の規定があるときはこの限りでない。
- ②担保権設定契約の無効が確認された後、債務者、 担保権設定者または債権者に故意・過失があった 場合は、その故意・過失にもとづいて各自相応の 民事責任を負わなければならない。

- 第168条 地役権者に以下の事由が存する場合,承 役地の権利者は、地役権設定契約を解除する権利 を有し、地役権は消滅する。
  - (一) 法律の規定または契約の約定に違反し、地役 権を濫用した場合
  - (二) 承役地を有償利用する場合,約定した支払期限を徒過した後,合理的な期間内に2回催告してもなお費用を支払わない場合。
- 第169条 すでに登記した地役権の変更、譲渡また は消滅の場合は、すみやかに変更登記または抹消 登記をしなければならない。
- 第4編 担保物権
- 第15章 一般規定
- 第170条 担保物権者は、債務者が履行期の到来した債務を履行しない場合、または当事者が約定した担保物権を実行する事由が生じた場合、法により担保財産について優先的に弁済を受ける権利を有するが、但し法律に別段の規定があるときはこの限りでない。
- 第171条 債権者は,貸借,売買等の民事活動において,その債権の実現を保障するために,担保を要する場合は,本法およびその他の法律の規定にもとづいて担保物権を設定することができる。
- ②第三者が債務者のために債権者へ担保を供する場合,債務者に求償的担保 [反担保] の提供を請求することができる。求償的担保については本法およびその他の法律の規定を適用する。
- 第172条 担保物権の設定は、本法およびその他の 法律の規定にもとづいて担保権設定契約を締結し なければならない。担保権設定契約は、主たる債 権債務契約の従たる契約である。主たる債権債務 契約が無効であれば、担保権設定契約も無効と なるが、但し法律に別段の規定があるときはこの 限りでない。
- ②担保権設定契約の無効が確認された後、債務者、 担保権設定者または債権者に故意・過失があった 場合は、その故意・過失にもとづいて各自相応の 民事責任を負わなければならない。

- 第 389 条 担保物権の担保範囲には、主たる債権お | 第 173 条 担保物権の担保範囲には、主たる債権お よびその利息, 違約金, 損害賠償金, 担保財産の 保管および担保物権実行の費用が含まれる。当事 者に別段の約定がある場合は、約定による。
- 第390条 担保存続期間内において,担保財産の毀 | 第174条 担保存続期間内において,担保財産の毀 損,滅失,または収用等があった場合,担保物権 者は,取得した保険金,賠償金,または補償金等 について優先して弁済を受けることができる。被 担保債権の履行期限が到来していない場合であっ ても, 当該保険金, 賠償金, または補償金等を供 託させることができる。
- がなされておらず、債権者が債務者による債務の 全部または一部の譲渡を承諾した場合、担保権設 定者は、それについての担保責任を負わない。
- 第392条 被担保債権に物的担保も人的担保もある 場合に、債務者が履行期の到来した債務を履行し ないとき、または当事者が約定した担保物権を実 行する事由が生じたとき, 債権者は, 約定にもと づいて債権を実現しなければならないが、約定が ない、または約定が不明確であり、債務者自身が 物的担保を供しているときは, 債権者は, まず当 該物的担保について債権を実現しなければならず, 第三者が物的担保を供しているときは, 債権者は, 物的担保について債権を実現してもよいし, 保証 人に保証責任を負うよう*請求*してもよい。担保 を供した第三者は、担保責任を負った後、債務者 に求償する権利を有する。
- 第393条 以下に列挙する事由がある場合、担保物 権は消滅する。
  - (→) 主たる債権の消滅
  - 二 担保物権の実行
  - (三) 債権者が担保物権を放棄
  - 四 法律で規定する担保物権が消滅するその他の 状況。
- 第17章 抵当権
- 第1節 普通抵当権

第394条 債務の履行を担保するために、債務者ま | 第179条 債務の履行を担保するために、債務者ま

- よびその利息, 違約金, 損害賠償金, 担保財産の 保管および担保物権実行の費用が含まれる。当事 者に別段の約定がある場合は、約定による。
- 損,滅失,または収用等があった場合,担保物権 者は,取得した保険金,賠償金,または補償金等 について優先して弁済を受けることができる。被 担保債権の履行期が到来していない場合であっ ても, 当該保険金, 賠償金, または補償金等を供 託させることができる。
- 第 391 条 第三者が担保を供するも、書面での同意 | 第 175 条 第三者が担保を供するも、書面での同意 がなされておらず、債権者が債務者による債務の 全部または一部の譲渡を承諾した場合、担保権設 定者は、それについての担保責任を負わない。
  - 第176条 被担保債権に物的担保も人的担保もある 場合に、債務者が履行期の到来した債務を履行し ないとき、または当事者が約定した担保物権を実 行する事由が生じたとき、債権者は、約定にもと づいて債権を実現しなければならないが、約定が ない, または約定が不明確であり, 債務者自身が 物的担保を供しているときは、債権者は、まず当 該物的担保について債権を実現しなければならず, 第三者が物的担保を供しているときは, 債権者は, 物的担保について債権を実現してもよいし, 保証 人に保証責任を負うよう 要求してもよい。担保 を供した第三者は、担保責任を負った後、債務者 に求償する権利を有する。
  - 第 177 条 以下に列挙する事由がある場合、担保物 権は消滅する。
    - (→) 主たる債権の消滅
    - (二) 担保物権の実行
    - (三) 債権者が担保物権を放棄
    - 四 法律で規定する担保物権が消滅するその他の 状況。
    - 第16章 抵当権
  - 第1節 普通抵当権

たは第三者が財産の占有を移転せずに、 当該財産 の抵当権を債権者に設定した場合, 債務者が履行 期の到来した債務を履行しないとき、または当事 者が約定した抵当権を実行する事由が生じたとき は、債権者は当該財産について優先的に弁済を受 ける権利を有する。

- ②前項で規定する債務者または第三者が抵当権設定 | ②前項で規定する債務者または第三者が抵当権設定 者であり、債権者が抵当権者であり、担保に供し た財産が抵当財産である。
- 第395条 債務者または第三者が処分権を有する以 下に列挙する財産には抵当権を設定することがで きる。
  - (→) 建物およびその他の土地の定着物
  - (二) 建設用地使用権
  - (三) 海域使用権
  - 四 生産設備,原材料,半完成品,製品
  - 伍) 建造中の建物、船舶または飛行機
  - (六) 交通輸送機関
  - (七) 法律, 行政法規で抵当を禁止していないその 他の財産。
- ②抵当権設定者は,前項に掲げる財産につき一括し て抵当権を設定することができる。
- 第396条 企業,個人商工業者,農業生産経営者は 現有の、および将来有するであろう生産設備、原 材料、半完成品、製品に抵当権を設定することが でき、債務者が履行期の到来した債務を履行しな い場合、または当事者が約定した抵当権を実行す る事由が生じた場合、債権者は、抵当財産確定時 の動産について優先的に弁済を受ける権利を有す る。
- 第397条 建物に抵当権を設定する場合は、当該建 物の占用範囲内の建設用地使用権にも一括して抵 当権を設定する。建設用地使用権に抵当権を設定 する場合は, 当該土地上の建物にも一括して抵当 権を設定する。
- ②抵当権設定者が前項の規定にもとづいて一括して | ②抵当権設定者が前項の規定にもとづいて一括して

たは第三者が財産の占有を移転せずに、 当該財産 の抵当権を債権者に設定した場合, 債務者が履行 期の到来した債務を履行しないとき、または当事 者が約定した抵当権を実行する事由が生じたとき は、 債権者は当該財産について優先的に弁済を受 ける権利を有する。

- 者であり、債権者が抵当権者であり、担保に供し た財産が抵当財産である。
- 第180条 債務者または第三者が処分権を有する以 下に列挙する財産には抵当権を設定することがで きる。
  - (→) 建物およびその他の土地の定着物
  - (二) 建設用地使用権
  - (三) 入札, 競売, 公開協議等の方式で取得した荒 地等の土地請負経営権
  - 四 生産設備,原材料,半完成品,製品
  - 伍) 建造中の建物、船舶または飛行機
  - (六) 交通輸送機関
  - (七) 法律, 行政法規で抵当を禁止していないその 他の財産。
- ②抵当権設定者は、前項に掲げる財産につき一括し て抵当権を設定することができる。
- 第181条 当事者の書面による合意により、企業、 個人商工業者,農業生産経営者は現有の,および 将来有するであろう生産設備, 原材料, 半完成品, 製品に抵当権を設定することができ, 債務者が履 行期の到来した債務を履行しない場合、または当 事者が約定した抵当権を実行する事由が生じた場 合、債権者は、抵当権実行時の動産について優 先的に弁済を受ける権利を有する。
- 第182条 建物に抵当権を設定する場合は、当該建 物の占用範囲内の建設用地使用権にも一括して抵 当権を設定する。建設用地使用権に抵当権を設定 する場合は, 当該土地上の建物にも一括して抵当 権を設定する。

抵当権を設定していない場合は、抵当権を設定し ていない財産にも一括して抵当権が設定されたも のとみなす。

- で抵当権を設定することはできない。郷鎮、村の 企業の工場等の建物に抵当権を設定する場合は, その占用範囲内の建設用地使用権にも一括して抵 当権を設定する。
- 第399条 以下に列挙する財産には抵当権を設定し てはならない。
  - (→) 土地所有権
  - 二 宅地、自留地、自留山等の集団所有に属する 土地使用権、但し法律で抵当権を設定できると 規定するものはこの限りではない。
  - (三) 学校, 幼稚園, 医療機関等の公益目的のため に設立する非営利法人の教育施設, 医療衛生 施設およびその他の社会公益のための施設
  - 四 所有権、使用権が不明である、または争いの ある財産
  - (五) 法により封印, 押収, 管理されている財産
  - (六) 法律, 行政法規で抵当権を設定してはならな いと規定するその他の財産。
- 第400条 抵当権の設定は、当事者が書面の形式で 抵当権設定契約を締結しなければならない。
- ②抵当権設定契約は一般に以下に列挙する条項を含 むものとする。
  - (一) 被担保債権の種類および額
  - (二) 債務者が債務を履行する期限
  - (三) 抵当財産の名称,数量等の状況
  - 四 担保の範囲
- に、抵当権設定者との間で、債務者が履行期の到 来した債務を履行しないときは抵当財産を債権者 の所有に帰する旨の約定をしたとしても、法によ

抵当権を設定していない場合は、抵当権を設定し ていない財産にも一括して抵当権が設定されたも のとみなす。

- 第398条 郷鎮,村の企業の建設用地使用権に単独 | 第183条 郷鎮,村の企業の建設用地使用権に単独 で抵当権を設定することはできない。郷鎮、村の 企業の工場等の建物に抵当権を設定する場合は、 その占用範囲内の建設用地使用権にも一括して抵 当権を設定する。
  - 第184条 以下に列挙する財産には抵当権を設定し てはならない。
    - (一) 土地所有権
    - (二) 耕地、 宅地、 自留地、 自留山等の集団所有に 属する土地使用権、但し法律で抵当権を設定で きると規定するものはこの限りではない。
  - (三) 学校, 幼稚園, 病院等の公益を目的とする事 業単位, 社会団体の教育施設, 医療衛生施設 およびその他の社会公益のための施設
  - 四 所有権,使用権が不明である,または争いの ある財産
  - (五) 法により封印, 押収, 管理されている財産
  - (六) 法律, 行政法規で抵当権を設定してはならな いと規定するその他の財産。
  - 第185条 抵当権の設定は、当事者が書面の形式で 抵当権設定契約を締結しなければならない。
  - ②抵当権設定契約は一般に以下に列挙する条項を含 むものとする。
    - → 被担保債権の種類および額
    - (二) 債務者が債務を履行する期限
    - (三) 抵当財産の名称,数量,品質,状況,所在地, 所有権の帰属または使用権の帰属
    - 四 担保の範囲
- 第401条 抵当権者は、債務の履行期が到来する前 | 第186条 抵当権者は、債務の履行期が到来する前 に、抵当権設定者との間で、債務者が履行期の到 来した債務を履行しないときは抵当財産を債権者 の所有に帰する旨の約定をすることができない。

り抵当財産について優先弁済を受けられるのみで ある。

- 第 402 条 本法 第 395 条第1 項第1 号ないし第3 号に規定する財産または第5号で規定する建造中 の建物に抵当権を設定する場合は, 抵当権設定登 記をしなければならない。抵当権は登記の時より 効力を生じる。
- 第403条 動産に抵当権を設定する場合,抵当権 は、抵当権設定契約が効力を生じた時に設定され るものとし、登記がなければ、善意の第三者に対 抗することができない。
- 第404条 動産に抵当権を設定した場合、正常な 経営活動において合理的な代価を支払い、抵当財 産を取得した買主に対抗することができない。

- 第 405 条 抵当権を設定する前に抵当財産を賃貸 | 第 190 条 抵当権設定契約を締結する前に抵当財 してなおかつ占有を移転していた場合、原賃貸借 関係は、当該抵当権の影響を受けない。
- 第406条 抵当権存続期間内に,抵当権設定者は抵 | 第191条 抵当権存続期間内に,抵当権設定者が抵 当財産を譲渡することができる。当事者に別段の 約定がある場合、その約定による。抵当財産を譲 渡したときであっても、抵当権は影響を受けない。
- ②抵当権設定者が抵当財産を譲渡したときは,抵当 権者にすみやかに通知しなければならない。抵当 権者が抵当財産の譲渡が抵当権に損害を与える可 能性を証明できるときは、抵当権設定者が譲渡に より得た代価により抵当権者に前もって債務を弁 済. または供託するよう請求することができる。 譲渡の代価で債権額を超える部分は抵当権設定者

- 第 187 条 本法 第 180 条第 1 項第 1 号ないし第 3 号に規定する財産または第5号で規定する建造中 の建物に抵当権を設定する場合は, 抵当権設定登 記をしなければならない。抵当権は登記の時より 効力を生じる。
- | 第 188 条 本法第 180 条第 1 項第 4 号, 第 6 号に規 定する財産または第5号で規定する建造中の船舶, 航空機に抵当権を設定する場合,抵当権は、抵 当権設定契約が効力を生じた時に設定されるもの とし、登記がなければ、善意の第三者に対抗する ことができない。
- 第189条 企業、個人商工業者、農業生産経営者が 本法第 181 条で規定する動産に抵当権を設定する 場合は、抵当権設定者の住所地の工商行政管理部 門で登記をしなければならない。抵当権は、抵 当権設定契約が効力を生じた時に設定されるもの とし、登記がなければ、善意の第三者に対抗する ことができない。
- ②本法第181条の規定にもとづいて抵当権を設定 した場合、正常な経営活動において合理的な代価 を支払い, 抵当財産を取得した買主に対抗するこ とができない。
- 産を賃貸していた場合, 原賃貸借関係は, 当該抵 当権の影響を受けない。抵当権設定の後に抵当財 産を賃貸した場合、当該賃貸借関係は、登記をし た抵当権に対抗することができない。
- <del>当権者の同意を得て</del>抵当財産を譲渡した場合は、 譲渡により得た代価により抵当権者に前もって債 務を弁済、または供託しなければならない。譲渡 の代価で債権額を超える部分は抵当権設定者の所 有に帰するものとし, 不足部分は債務者が弁済す るものとする。
- ②抵当権存続期間内に,抵当権設定者は,抵当権者 の同意を得なければ、抵当財産を譲渡することが できない。但し譲受人が債務を代位弁済し抵当権 を消滅させた場合はこの限りでない。

の所有に帰するものとし、不足部分は債務者が弁 済するものとする。

- 第407条 抵当権は債権と分離して単独で譲渡,ま たはその他の債権の担保に供することができない。 債権を譲渡する場合は, 当該債権を担保する抵当 権も一括して譲渡される。ただし法律に特別の規 定があるか、当事者に特別の約定があれば、この 限りでない。
- 第 408 条 抵当権設定者の行為が抵当財産の価値の 減少をもたらしうる場合, 抵当権者は, 抵当権設 定者にその行為の停止を請求する権利を有するが. 価値の減少をもたらしたとき、抵当権者は、抵当 財産の価値の回復または減少した価値に相応する 担保の提供を請求する権利を有する。抵当権設 定者が抵当財産の価値の同復も担保の提供もしな いとき、抵当権者は、債務者に債務の履行期到来 前の弁済を請求する権利を有する。
- 第409条 抵当権者は、抵当権または抵当権の順位 を放棄することができる。抵当権者は抵当権設定 者との合意により抵当権の順位および被担保債権 額等の内容を変更することができる。但し抵当権 の変更が他の抵当権者の書面での同意を得られな いときは、他の抵当権者に不利な影響を与える ことができない。
- ②債務者が自己の財産に抵当権を設定し,抵当権者 が当該抵当権もしくは抵当権の順位を放棄し、ま たは抵当権を変更した場合, その他の担保者は, 抵当権者が優先して弁済を受ける権益を喪失した 範囲において担保責任を免れる。但しその他の担 保者がなお担保を提供することを承諾したときは この限りでない。
- 第410条 債務者が履行期の到来した債務を履行せ ず、あるいは当事者が約定した抵当権を実行する 事由が生じた場合, 抵当権者は, 抵当権設定者と の合意により抵当財産を換価し、または当該抵当 財産を競売、もしくは売却「変売」して得た代価 で優先的に弁済を受けることができる。他の債権 者の利益を損なう合意をなしたときは、他の債権 者は, 人民法院に当該合意の取消しを請求するこ とができる。
- ②抵当権者が抵当権設定者と抵当権の実行方法につ | ②抵当権者が抵当権設定者と抵当権の実行方法につ いて合意に至らなかった場合、抵当権者は、人民 法院に抵当財産の競売または売却を請求すること

- 第192条 抵当権は債権と分離して単独で譲渡,ま たはその他の債権の担保に供することができない。 債権を譲渡する場合は、当該債権を担保する抵当 権も一括して譲渡される。ただし法律に特別の規 定があるか、当事者に特別の約定があれば、この 限りでない。
- 第193条 抵当権設定者の行為が抵当財産の価値の 減少をもたらしうる場合, 抵当権者は, 抵当権設 定者にその行為の停止を請求する権利を有する。 価値の減少をもたらしたとき、抵当権者は、抵当 財産の価値の回復または減少した価値に相応する 担保の提供を要求する権利を有する。抵当権設 定者が抵当財産の価値の回復も担保の提供もしな いとき、抵当権者は、債務者に債務の履行期到来 前の弁済を要求する権利を有する。
- 第194条 抵当権者は、抵当権または抵当権の順位 を放棄することができる。抵当権者は抵当権設定 者との合意により抵当権の順位および被担保債権 額等の内容を変更することができるが、但し抵当 権の変更が他の抵当権者の書面での同意を得られ なければ、他の抵当権者に不利な影響を与える ことができない。
- ②債務者が自己の財産に抵当権を設定し、抵当権者 が当該抵当権もしくは抵当権の順位を放棄し、ま たは抵当権を変更した場合, その他の担保者は, 抵当権者が優先して弁済を受ける権益を喪失した 範囲において担保責任を免れる。但しその他の担 保者がなお担保を提供することを承諾したときは この限りでない。
- 第195条 債務者が履行期の到来した債務を履行せ ず、あるいは当事者が約定した抵当権を実行する 事由が生じた場合, 抵当権者は, 抵当権設定者と の合意により抵当財産を換価し、または当該抵当 財産を競売、もしくは売却「変売」して得た代価 で優先的に弁済を受けることができる。他の債権 者の利益を損なう合意をなしたときは、他の債権 者は、取消事由を知った日、または当然知り得た 日から1年以内に人民法院に当該合意の取消しを 請求することができる。
- いて合意に至らなかった場合、抵当権者は、人民 法院に抵当財産の競売または売却を請求すること

ができる。

- ③抵当財産を換価弁済または売却する場合は,市場 価格を参照しなければならない。
- 第 411 条 本法第 396 条の規定にもとづいて抵当 権を設定する場合,抵当財産は、以下に列挙する 事由が生じたときに確定する。
  - (一) 債務の履行期**限**が到来したが、債権が実現されていないとき
  - (二) 抵当権設定者が破産宣告を受け、または*解散したと*き
  - (三) 当事者が約定した抵当権を実行する事由
  - 四 債権の実現に著しい影響のあるその他の事由。
- 第412条 債務者が履行期の到来した債務を履行せず、または当事者が約定した抵当権を実行する事由が生じ、抵当財産に人民法院の法による差し押さえがなされた場合は、差押えの日から抵当権者は当該抵当財産の天然果実または法定果実を収取する権利を有するが、但し抵当権者が法定果実を弁済しなければならない義務者に通知しなかったときはこの限りでない。
- ②前項に規定する果実は、まず果実収取費用に充当 しなければならない。
- 第413条 抵当財産を換価弁済し,または当該抵当 財産を競売,もしくは売却した後,その代価の債 権額を超える部分は抵当権設定者の所有に帰し, 不足部分は債務者が弁済する。
- 第414条 同一の財産が2人以上の債権者のために 抵当権を設定された場合,抵当財産を競売,売却 して得た代価は,以下に列挙する規定によって弁 済する。
  - (一) 抵当権の登記がある者は、登記の**時間の**先後 により*弁済の順位を確定する*
  - (二) 抵当権の登記がある者は、登記のない者に優先して弁済を受ける
  - (三) 抵当権の登記がない者は、債権の割合に応じて弁済を受ける

ができる。

- ③抵当財産を換価弁済または売却する場合は,市場 価格を参照しなければならない。
- 第 196 条 本法第 181 条の規定にてらして抵当権 を設定する場合,抵当財産は,以下に列挙する事 由が生じたときに確定する。
  - (+) 債務の履行期が到来したが、債権が実現されていないとき
  - (二) 抵当権設定者が破産宣告を受け、または*営業 許可を取り消されたと*き
  - (三) 当事者が約定した抵当権を実行する事由
  - 四 債権の実現に著しい影響のあるその他の事由。
  - 第 197 条 債務者が履行期の到来した債務を履行せず、または当事者が約定した抵当権を実行する事由が生じ、抵当財産に人民法院の法による差し押さえがなされた場合は、差押えの日から抵当権者は当該抵当財産の天然果実または法定果実を収取する権利を有するが、但し抵当権者が法定果実を弁済しなければならない義務者に通知しなかったときはこの限りでない。
- ②前項に規定する果実は、まず果実収取費用に充当 しなければならない。
- 第198条 抵当財産を換価弁済し、または当該抵当 財産を競売、もしくは売却した後、その代価の債 権額を超える部分は抵当権設定者の所有に帰し、 不足部分は債務者が弁済する。
- 第199条 同一の財産が2人以上の債権者のために 抵当権を設定された場合,抵当財産を競売,売却 して得た代価は,以下に列挙する規定によって弁 済する。
  - (一) 抵当権の登記がある者は、登記の先後により *弁済の順位とし*、<del>同順位の者は、債権の割合</del> <del>に応じて弁済を受ける</del>
  - (二) 抵当権の登記がある者は、登記のない者に優先して弁済を受ける
  - (三) 抵当権の登記がない者は、債権の割合に応じて弁済を受ける

- ②他の登記できる担保物権についても、弁済の順序 ←新設 は前項の規定を参照して適用する。
- 第415条 同一の財産に抵当権が設定され、質権も 設定されている場合、当該財産を競売、売却して 得られた価額は登記、引渡し時間の先後に照らし て弁済の順位を確定する。
- 第 416 条 動産抵当担保の主債権が抵当物の価額で あり、目的物の引渡しから10日以内に抵当登記 をした場合, 当該抵当権者は, 抵当物の買主の他 の担保物権者弁済に優先するが、但し留置権者は この限りではない。
- 第417条 建設用地使用権に抵当権を設定した後、 当該土地の上に新たに建造された建物は抵当財産 に属さない。当該建設用地使用権について抵当権 が実行された場合は、当該土地の上に新たに建造 された建物と建設用地使用権を一括して処分しな ければならない。但し新たに建造された建物から 得た代価について, 抵当権者は優先して弁済を受 ける権利を有さない。
- 第418条 集団所有の土地の使用権に法によって 抵当権を設定した場合, 抵当権実行後は, 法定の 手続を経なければ土地所有権の性質および土地用 途を変更してはならない。
- 第419条 抵当権者は、主たる債権の訴訟時効期間 内に抵当権を行使しなければならないが、行使し なかった場合、人民法院は保護しない。

#### 第2節 根抵当権

- 第420条 債務の履行を担保するために、債務者ま たは第三者が一定期間内に継続的に発生するであ ろう債権について担保財産を提供した場合, 債務 者が履行期の到来した債務を履行せず、あるいは 当事者が約定した抵当権を実行する事由が発生す ると、抵当権者は極度額の限度において当該担保 財産について優先的に弁済を受ける権利を有する。
- ②根抵当権の設定前に存在していた債権は、当事者 の同意を得て、根抵当の担保する債権の範囲に組 み入れることができる。

第421条 根抵当の担保する債権の確定前に、一部 | 第204条 根抵当の担保する債権の確定前に、一部

←新設…【担保法司法解釈第79条① (抵当権と質 権の併存時は抵当権が質権に優先する)の改正】

#### ←新設

- 第200条 建設用地使用権に抵当権を設定した後、 当該土地の上に新たに建造された建物は抵当財産 に属さない。当該建設用地使用権について抵当権 が実行された場合は、当該土地の上に新たに建造 された建物と建設用地使用権を一括して処分しな ければならないが、但し新たに建造された建物か ら得た代価について, 抵当権者は優先して弁済を 受ける権利を有さない。
- 第201条 本法第180条第1項第3号の規定によっ て土地請負経営権に抵当権を設定した場合, また は本法 183 条の規定によって郷鎮、村の企業の工 場等の建物の占用範囲内の建設用地使用権に一括 して抵当権を設定した場合, 抵当権実行後は, 法定の手続を経なければ土地所有権の性質および 土地用途を変更してはならない。
- 第202条 抵当権者は、主たる債権の訴訟時効期間 内に抵当権を行使しなければならないが、行使し なかった場合、人民法院は保護しない。

#### 第2節 根抵当権

- 第203条 債務の履行を担保するために、債務者ま たは第三者が一定期間内に継続的に発生するであ ろう債権について担保財産を提供した場合, 債務 者が履行期の到来した債務を履行せず、あるいは 当事者が約定した抵当権を実行する事由が発生す ると、抵当権者は極度額の限度において当該担保 財産について優先的に弁済を受ける権利を有する。
- ②根抵当権の設定前に存在していた債権は、当事者 の同意を得て、根抵当の担保する債権の範囲に組 み入れることができる。

の債権を譲渡した場合、根抵当権は譲渡されない が、但し当事者に別段の約定があるときはこの限 りでない。

- 第422条 根抵当の担保する債権の確定前に、抵当 権者は、抵当権設定者との合意により債権確定の 期日、債権の範囲および極度額を変更できる。但 し変更した内容が他の抵当権者に不利な影響を与 えてはならない。
- 第423条 以下に列挙する事由が存する場合は、抵 | 第206条 以下に列挙する事由が存する場合は、抵 当権者の債権が確定する。
  - (→) 約定した債権確定期日が到来した場合
  - (二) 債権確定期日の約定をしておらず、または約 定が不明確であり、抵当権者または抵当権設定 者が根抵当権設定の日から2年を経た後に債権 の確定を請求した場合
  - (三) 新たな債権が生じる可能性がなくなった場合
  - 四 抵当財産が封印, または差し押さえされたこ とを抵当権者が知った, または知っているべき であった場合
  - (五) 債務者または抵当権設定者が破産宣告を受け、 または解散した場合
  - (六) 法律で規定する債権を確定するその他の事由。
- 第424条 根抵当権については本筋の規定を適用 するほか, 本章第1節の関連規定を適用する。
- 第18章 質権
- 第1節 動産質権
- は第三者がその動産を債権者に占有させた場合、 債務者が弁済期の到来した債務を履行せず、ある いは当事者が約定した質権を実行する事由が生じ ると、債権者は、その動産について優先して弁済 を受ける権利を有する。
- ②前項で規定する債務者または第三者が質権設定者 | ②前項で規定する債務者または第三者が質権設定者 であり、債権者が質権者であり、引き渡した動産 が質物である。

の債権を譲渡した場合、根抵当権は譲渡されない が、但し当事者に別段の約定があるときはこの限 りでない。

- 第205条 根抵当の担保する債権の確定前に、抵当 権者は、抵当権設定者との合意により債権確定の 期日、債権の範囲および極度額を変更できるが、 但し変更した内容が他の抵当権者に不利な影響を 与えてはならない。
- 当権者の債権が確定する。
  - ⇒ 約定した債権確定期日が到来した場合
- (二) 債権確定期目の約定をしておらず、または約 定が不明確であり、抵当権者または抵当権設定 者が根抵当権設定の日から2年を経た後に債権 の確定を請求した場合
- (三) 新たな債権が生じる可能性がなくなった場合
- 四 抵当財産が封印,または差し押さえされた場 合
- (五) 債務者または抵当権設定者が破産宣告を受け、 または営業許可を取り消された場合
- (六) 法律で規定する債権を確定するその他の事由。
- 第207条 根抵当権については本筋の規定を適用 するほか、本章第1節の普通抵当権の規定を適 用する。
- 第17章 質権
- 第1節 動産質権
- 第425条 債務の履行を担保するため、債務者また │第208条 債務の履行を担保するため、債務者また は第三者がその動産を債権者に占有させた場合、 債務者が弁済期の到来した債務を履行せず、ある いは当事者が約定した質権を実行する事由が生じ ると、債権者は、その動産について優先して弁済 を受ける権利を有する。
  - であり、 債権者が質権者であり、 引き渡した動産 が質物である。

- 第426条 法律,行政法規で譲渡を禁止する動産は、 質入れしてはならない。
- 第 427 条 質権を設定する場合, 当事者は書面の形 式により質権設定契約を締結しなければならない。
- ② 質入れ契約は一般に以下に列挙する条項を含む。
  - (一) 被担保債権の種類および額
  - (二) 債務者が債務を履行する期限
  - (三) 質物の名称,数量等の状況
  - 四 担保の範囲
  - (五) 質物引渡しの時間,方式。
- 質権設定者との間で、債務者が履行期の到来した 債務を履行しないときは質物を債権者の所有に帰 する旨の約定をしたとしても、法により質物につ いて優先弁済を受けられるのみである。
- 第429条 質権は、質権設定者が質物を引き渡した 第212条 質権は、質権設定者が質物を引き渡した 時に設定される。
- 第430条 質権者は、質物の果実を収取する権利を 有するが、但し契約に別段の約定があるときはこ の限りでない。
- ②前項で規定する果実は、まず果実収取の費用に充 | ②前項で規定する果実は、まず果実収取の費用に充 当しなければならない。
- 第431条 質権者は、質権の存続期間内に、質権設 定者の承諾を得ずに, 質物をみだりに使用, 処分 し,質権設定者に損害が生じたときは,賠償責任 を負わなければならない。
- 第 432 条 質権者は、質物を善良に保管する義務を 負うが, 善良でない保管により質物を毀損, 滅失 させた場合, 質権者は, 賠償責任を負わなければ ならない。
- がある場合,質権設定者は,質権者に,質物の供 託を請求、または弁済の時期を繰り上げて、質 物の返還を請求することができる。

- 第209条 法律、行政法規で譲渡を禁止する動産は、 質入れしてはならない。
- 第 210 条 質権を設定する場合, 当事者は書面の形 式により質権設定契約を締結しなければならない。
- ②質権設定契約は一般に以下に列挙する条項を含
  - (一) 被担保債権の種類および額
  - (二) 債務者が債務を履行する期限
  - (三) 質物の名称、数量、品質、状況
  - 四) 担保の範囲
  - (五) 質物引渡しの時間。
- 第428条 質権者は、債務の履行期到来前において、 第211条 質権者は、債務の履行期到来前において、 質権設定者との間で, 債務者が履行期の到来した **債務を履行しないときは質物を債権者の所有とす** る旨の約定をしてはならない。
  - 時に設定される。
  - 第 213 条 質権者は、質物の果実を収取する権利を 有するが、但し契約に別段の約定があるときはこ の限りでない。
  - 当しなければならない。
  - 第 214 条 質権者は、質権の存続期間内に、質権設 定者の承諾を得ずに、質物をみだりに使用、処分 し, 質権設定者に損害を与えたときは, 賠償責任 を負わなければならない。
  - 第 215 条 質権者は、質物を善良に保管する義務を 負うが、善良でない保管により質物を毀損、滅失 させた場合, 質権者は, 賠償責任を負わなければ ならない。
- ②質権者の行為により質物を毀損、滅失させる恐れ | ②質権者の行為により質物を毀損、滅失させる恐れ がある場合,質権設定者は,質権者に,質物の供 託を要求、または弁済の時期を繰り上げて、質 物の返還を要求することができる。

- 第433条 質権者の責めに帰すことができない事 由により、質物を毀損させ、またはその価値を明 らかに減少させ、質権者の権利に危害を与えるお それがある場合、質権者は、質権設定者に、相応 の担保の提供を請求する権利を有するが、質権 設定者が担保を提供しないときは、質権者は、質 物を競売または売却することができ、かつ、質権 設定者と協議して、競売または売却で得た換価 金でもって債務の繰り上げ弁済または供託をする ことができる。
- 第434条 質権者は、質権存続期間に、質権設定者 の承諾を得ずに、質物を転質して、質物を毀損、 滅失させた場合は、賠償責任を負わなければなら ない。
- 第435条 質権者は、質権を放棄することができる。 債務者が自己の財産に質権を設定し、質権者がそ の質権を放棄した場合,他の担保権設定者は,質 権者が優先弁済を受ける権益を喪失する限度にお いて、その担保責任を免れるが、但しその他の担 保権設定者が担保を提供することを承諾したとき はこの限りでない。
- 第 436 条 債務者が債務を履行し、または質権設定 者が被担保債権を繰り上げ弁済した場合, 質権者 は, 質物を返還しなければならない。
- ②債務者が履行期の到来した債務を履行せず、ある いは当事者が約定した質権を実行する事由が生じ た場合、質権者は質権設定者との協議により質物 を換価することができ、また質物を競売、売却す ることで得た換価金につき,優先弁済を受けるこ ともできる。
- ③質物を換価、または売却するときは、市場価格を 参照しなければならない。
- 第437条 質権設定者は、債務の弁済期到来後に質 権者にすみやかに質権を行使するよう請求するこ とができるが、質権者が行使しない場合、質権設 定者は人民法院に質物の競売、売却を請求するこ とができる。
- ②質権設定者が質権者に質権のすみやかな実行を請 | ②質権設定者が質権者に質権のすみやかな実行を請 求したが、質権者が実行を怠ったことにより**質権** 設定者に損害が生じた場合、質権者は賠償責任を 負う。
- 第438条 質物を換価,または競売,売却した後, │第221条 質物を換価,または競売,売却した後,

- 第216条 質権者の責めに帰すべからざる事由に より、質物を毀損させ、またはその価値を明らか に減少させ、質権者の権利に危害を与えるおそれ がある場合, 質権者は, 質権設定者に, 相応の担 保の提供を要求する権利を有するが、質権設定 者が担保を提供しないときは、質権者は、質物を 競売または売却することができ,かつ,質権設定 者との協議を通じて、競売または売却で得た換 価金でもって債務の繰り上げ弁済または供託をす ることができる。
- 第217条 質権者は、質権存続期間に、質権設定者 の承諾を得ずに、質物を転質して、質物を毀損、 滅失させた場合は、 管権設定者に対して 賠償責任 を負わなければならない。
- 第218条 質権者は、質権を放棄することができる。 **債務者が自己の財産に質権を設定し、質権者がそ** の質権を放棄した場合,他の担保権設定者は,質 権者が優先弁済を受ける権益を喪失する限度にお いて、その担保責任を免れるが、但しその他の担 保権設定者が担保を提供することを承諾したとき はこの限りでない。
- 第219条 債務者が債務を履行し、または質権設定 者が被担保債権を繰り上げ弁済した場合、質権者 は、質物を返還しなければならない。
- ②債務者が履行期の到来した債務を履行せず、ある いは当事者が約定した質権を実行する事由が生じ た場合, 質権者は質権設定者との協議により質物 を換価することができ、また質物を競売、売却す ることで得た換価金につき、優先弁済を受けるこ ともできる。
- ③質物を換価,または売却するときは,市場価格を 参照しなければならない。
- 第220条 質権設定者は、債務の弁済期到来後に質 権者にすみやかに質権を行使するよう請求するこ とができるが、質権者が行使しない場合、質権設 定者は人民法院に質物の競売、売却を請求するこ とができる。
- 求したが、質権者が実行を怠ったことにより損害 が生じた場合、質権者は賠償責任を負う。

債権額を超える部分の換価金は質権設定者の所有 となり、不足部分は債務者が弁済する。

- 権を設定することができる。
- ②根質権は、本節の関連規定を適用するほか、本 | ②根質権は、本節の関連規定を適用するほか、本 編第17章第2節の関連規定を準用する。
- 第2節 権利質権
- 第440条 債務者または第三者は、処分権を有する 以下に列挙する権利に質権を設定することができ
  - (→) 為替手形, 小切手, 約束手形
  - (二) 債券, 預金証書
  - (三) 倉庫証券, 貨物引換証
  - 四 譲渡可能な基金の持分、株式
  - (五) 譲渡可能な登録商標の専用権,特許権,著作 権などの知的財産権における財産権
  - (六) 現に有する、および将来有する売掛債権
  - (七) 法律, 行政法規で質権を設定できると規定す るその他の財産権。
- 第 441 条 為替手形, 小切手, 約束手形, 債券, 預 金証書、倉庫証券、貨物引換証が質権を設定する 場合、質権は、権利証書が質権者に引き渡された 時に、設定されるが、権利証書がないときは、質 権は、質権設定登記を行った時に設定される。法 律に別段の規定があるときは、その規定による。
- 第442条 為替手形,小切手,約束手形,債券,預 | 第225条 為替手形,小切手,約束手形,債券,預 金証書, 倉庫証券, 貨物引換証の支払期日または 引渡期日が主たる債権の履行期より早く到来する 場合,質権者は,支払または貨物の引渡しを受け ることができ,かつ質権設定者との協議により支 払われた金員または引渡しを受けた貨物で、債務 の繰り上げ弁済または供託をすることもできる。
- 第443条 基金の持分、株式に質権が設定される場 合、質権は、質入れ登記が行われた時に設定され 30

債権額を超える部分の換価金は質権設定者の所有 となり, 不足部分は債務者が弁済する。

- 第439条 質権設定者と質権者は、協議をして根質 | 第222条 質権設定者と質権者は、協議をして根質 権を設定することができる。
  - 法第16章第2節の根抵当権の規定を準用する。
  - 第2節 権利質権
  - 第223条 債務者または第三者は、処分権を有する 以下に列挙する権利に質権を設定することができ
    - (→) 為替手形, 小切手, 約束手形
    - (二) 債券, 預金証書
    - (三) 倉庫証券, 貨物引換証
    - 四 譲渡可能な基金の持分、株式
    - (五) 譲渡可能な登録商標の専用権,特許権,著作 権などの知的財産権における財産権
    - (六) 売掛債権
    - 出 法律, 行政法規で質権を設定できると規定す るその他の財産権。
  - 第224条 為替手形,小切手,約束手形,債券,預 金証書、倉庫証券、貨物引換証が質権を設定する 場合、当事者は書面による契約を締結しなければ ならない。 質権は、権利証書が質権者に引き渡さ れた時に、設定されるが、権利証書がないときは、 質権は、 関連部門が質権設定登記を行った時に設 定される。
  - 金証書, 倉庫証券, 貨物引換証の支払期日または 引渡期日が主たる債権の履行期より早く到来する 場合,質権者は,支払または貨物の引渡しを受け ることができ,かつ質権設定者との協議により支 払われた金員または引渡しを受けた貨物で、債務 の繰り上げ弁済または供託をすることもできる。
  - 第 226 条 基金の持分、株式に質権が設定される場 合、<del>当事者は書面により契約を締結しなければな</del> らない。基金の持分, 証券登記決算機構に登記さ

- ②基金の持分、株式に質権が設定された後は、譲渡することができないが、但し質権設定者が質権者と協議をして同意がある場合はこの限りでない。 質権設定者が、基金の持分、株式の譲渡で取得した換価金は、質権者への債権の繰り上げ弁済に充当し、または供託しなければならない。
- 第444条 登録商標の専用権,特許権,著作権等の 知的財産権中の財産権に質権を設定する場合,質 権は,質権設定登記を行った時に設定される。
- ②知的財産権中の財産権に質権を設定した後は、質権設定者は譲渡、または他人の使用を許可することができないが、但し質権設定者が質権者と協議して同意のある場合はこの限りでない。質権設定者が質権を設定した知的財産権の譲渡、または他人の使用を許可することで取得した換価金は、質権者への繰り上げ弁済、または供託に充てなければならない。
- 第445条 売掛債権に質権を設定する場合,質権は, 質権設定登記を行った時に,設定される。
- ②売掛債権に質権が設定された後は、譲渡することができないが、但し質権設定者が質権者と協議して同意のある場合はこの限りでない。質権設定者は、売掛債権の譲渡で取得した換価金を、質権者への繰り上げ弁済、または供託に充てなければならない。
- 第446条 権利質権は、本節の規定を適用するほか、 本章第一節の*関連*規定を適用する。
- 第19章 留置権
- 第447条 債務者が弁済期の到来した債務を履行しない場合,債権者は合法的に占有している債務者の動産を留置することができ,かつ,当該動産について,優先弁済を受ける権利を有する。

- れた株式に質権を設定するとき、質権は、証券登 記決算機構が質権設定登記を受理した時に設定さ れる。その他の株式に質権が設定されるとき、質 権は、工商行政管理部門が質権設定登記を行った 時に設定される。
- ②基金の持分、株式に質権が設定された後は、譲渡することができないが、但し質権設定者が質権者との協議を経て同意がある場合はこの限りでない。質権設定者が、基金の持分、株式の譲渡で取得した換価金は、質権者への債権の繰り上げ弁済に充当し、または供託しなければならない。
- 第227条 登録商標の専用権,特許権,著作権等の 知的財産権中の財産権に質権を設定する場合,当 事者は書面による契約を締結しなければならない。 質権は,関連する主管部門が質権設定登記を行っ た時に設定される。
- ②知的財産権中の財産権に質権を設定した後は、質権設定者は譲渡、または他人の使用を許可することができないが、但し質権設定者が質権者との協議を経て同意のある場合はこの限りでない。質権設定者が質権を設定した知的財産権の譲渡、または他人の使用を許可することで取得した換価金は、質権者への繰り上げ弁済、または供託に充てなければならない。
- 第228条 売掛債権に質権を設定する場合, <del>当事者は書面による契約を締結しなければならない。</del>質権は, <del>信用付与機関が</del>質権設定登記を行った時に, 設定される。
- ②売掛債権に質権が設定された後は、譲渡することができないが、但し質権設定者が質権者との協議を経て同意のある場合はこの限りでない。質権設定者は、売掛債権の譲渡で取得した換価金を、質権者への繰り上げ弁済、または供託に充てなければならない。
- 第229条 権利質権は、本節の規定を適用するほか、 本章第一節の*動産質権の*規定を適用する。

#### 第18章 留置権

第230条 債務者が弁済期の到来した債務を履行しない場合、債権者は合法的に占有している債務者の動産を留置することができ、かつ、当該動産について、優先弁済を受ける権利を有する。

- している動産とは留置物である。
- 第448条 債権者が留置する動産は、債権と同一の 法律関係に属さなければならないが、但し企業間 での留置はこの限りでない。
- 第449条 留置することができないと法律規定,ま たは当事者が約定する動産は、留置してはならな (1)
- 第 450 条 留置物が分割可能な物である場合, 留置 物の価値は、債務額に相当しなければならない。
- 第 451 条 留置権者は、留置物を善良に保管する義 務を負うが、善良でない保管によって留置物が毀 捐,滅失した場合は、留置権者は賠償責任を負わ なければならない。
- 第 452 条 留置権者は、留置物の果実を収取する権 利を有する。
- ②前項で規定する果実は、まず果実を収取する費用 に充当しなければならない。
- 第453条 留置権者と債務者は、物を留置した後の 債務履行期限について約定しなければならず、約 定がない, または約定が不明確な場合, 留置権者 は、債務者に 60 日以上の履行期間[期限]を与え なければならないが, 但し新鮮で腐敗しやすい等 の保管が容易でない動産はこの限りでない。債務 者が期限到来後も履行しないときは、留置権者は、 債務者と協議して留置物を換価することができ、 留置物の競売、売却で得た換価金から、優先弁済 を受けることもできる。
- ②留置物を換価,または売却する場合は,市場価格 を参照しなければならない。
- 第 454 条 債務者は、留置権者に債務の履行期到来 後、留置権の実行を請求することができるが、留 置権者が実行しない場合, 債務者は人民法院に留 置物の競売、売却を請求することができる。
- 第455条 留置物を換価, または競売, 売却した後, その価額のうち債権額を超える部分の換価金は債 務者の所有に帰し、不足部分は債務者が弁済する。
- されており、当該動産が留置もされた場合、留置

- ②前項で規定する債権者とは留置権者であり、占有 | ②前項で規定する債権者とは留置権者であり、占有 している動産とは留置物である。
  - 第231条 債権者が留置する動産は、債権と同一の 法律関係に属さなければならないが, 但し企業間 での留置はこの限りでない。
  - 第232条 留置することができないと法律規定,ま たは当事者が約定する動産は、留置してはならな
  - 第233条 留置物が分割可能な物である場合、留置 物の価値は、債務額に相当しなければならない。
  - 第234条 留置権者は、留置物を善良に保管する義 務を負うが、善良でない保管によって留置物が毀 損,滅失した場合は、賠償責任を負わなければな らない。
  - 第235条 留置権者は、留置物の果実を収取する権 利を有する。
  - ②前項で規定する果実は、まず果実を収取する費用 に充当しなければならない。
  - 第236条 留置権者と債務者は、物を留置した後の 債務履行期限について約定しなければならず、約 定がない, または約定が不明確な場合, 留置権者 は、債務者に2か月以上の履行期間「期限]を与 えなければならないが、但し新鮮で腐敗しやすい 等の保管が容易でない動産はこの限りでない。債 務者が期限到来後も履行しないときは、 留置権者 は、債務者と協議して留置物を換価することがで き、留置物の競売、売却で得た換価金から、優先 弁済を受けることもできる。
  - ②留置物を換価, または売却する場合は, 市場価格 を参照しなければならない。
  - 第237条 債務者は、留置権者に債務の履行期到来 後、留置権の実行を請求することができるが、留 置権者が実行しない場合, 債務者は人民法院に留 置物の競売、売却を請求することができる。
  - 第238条 留置物を換価,または競売,売却した後, その価額のうち債権額を超える部分は債務者の所 有に帰し,不足部分は債務者が弁済する。
- 第456条 1つの動産上に抵当権または質権が設定 | 第239条 1つの動産上に抵当権または質権が設定 されており、当該動産が留置もされた場合、留置

第権者は優先弁済を受ける。

は留置権者が債務者の提供する別の担保を受け入 れた場合, 留置権は消滅する。

第5分編 占有

第 20 章 占有

- 第458条 契約関係等に基づいて生じた占有は、不 動産または動産の使用,収益,違約責任等に関し ては、契約の約定にもとづくものとするが、契約 に約定がない, または約定が不明確である場合は, 関連する法律の規定によるものとする。
- 第 459 条 占有者が、占有する不動産また動産を利 用することにより、 当該不動産または動産が損害 を受けた場合, 悪意 [悪意] の占有者は賠償責任 を負なければならない。
- 第460条 不動産また動産が占有者に占有される場 合,権利者は、原物およびその果実の返還を請求 することができるが, 但し善意の占有者が当該不 動産または動産を維持するために支出した必要費 を支払わなければならない。
- 第461条 占有する不動産または動産が、毀損、滅 | 第244条 占有する不動産または動産が、毀損、滅 失し、 当該不動産または動産の権利者が捐害賠償 を請求する場合、占有者は、毀損、滅失により取 得した保険金、賠償金または補償金等を権利者に 返還しなければならず、権利者の捐害が十分に填 補されないときは、悪意の占有者は損失を賠償し なければならない。
- 第462条 占有する不動産または動産が占有を侵奪 された場合, 占有者は, 原物の返還を請求する権 利を有するものとし、占有を妨害する行為に対し て, 占有者は, 妨害の排除または危険の除去を請 求する権利を有するものとし、占有の侵奪または 妨害によって損害が生じたときは、占有者は、法 により損害賠償を請求する権利を有する。
- ②占有者の原物返還請求権について, 占有の侵奪が 生じた日から1年以内に行使しない場合、当該請 求権は消滅する。

権者は優先弁済を受ける。

第 457 条 留置権者が留置物の占有を失った、また │ 第 240 条 留置権者が留置物の占有を失った、また は留置権者が債務者の提供する別の担保を受け入 れた場合, 留置権は消滅する。

第5編 占有

第19章 占有

- | 第241条 契約関係等に基づいて生じた占有は、不 動産または動産の使用,収益,違約責任等に関し ては、契約の約定にもとづくものとするが、契約 に約定がない, または約定が不明確である場合は, 関連する法律の規定によるものとする。
- 第 242 条 占有者が、占有する不動産また動産を利 用することにより、 当該不動産または動産が損害 を受けた場合, 悪意 [悪意] の占有者は賠償責 任を負なければならない。
- 第 243 条 不動産また動産が占有者に占有される場 合,権利者は、原物およびその果実の返還を請求 することができるが、但し善意の占有者が当該不 動産または動産を維持するために支出した必要費 を支払わなければならない。
- 失し、 当該不動産または動産の権利者が捐害賠償 を請求する場合, 占有者は, 毀損, 滅失により取 得した保険金、賠償金または補償金等を権利者に 返還しなければならず、権利者の損害が十分に填 補されないときは、悪意の占有者は損失を賠償し なければならない。
- 第245条 占有する不動産または動産が占有を侵奪 された場合、占有者は、原物の返還を請求する権 利を有するものとし、占有を妨害する行為に対し て, 占有者は, 妨害の排除または危険の除去を請 求する権利を有するものとし、占有の侵奪または 妨害によって損害が生じたときは、占有者は、損 害賠償を請求する権利を有する。
- ②占有者の原物返還請求権について, 占有の侵奪が 生じた日から1年以内に行使しない場合、当該請 求権は消滅する。

#### 【附即】

第246条 法律, 行政法規が不動産の統一的な登記

の範囲、登記機関および登記方法について規定するまでは、地方法規が本法の関連規定にもとづい て規定を設けることができる。

第247条 本法は、2007年10月1日より施行する。

\*本研究は JSPS 科研費 19K01252 の助成を受けた研究成果の一部である。

《注》

- (1) 新華社 HP「中国民法典誕生!」
  - [http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202005/1247ca1d376e47e9b02a3053dd438e2d.shtml] (2020 年 6 月 24 日最終アクセス)。
- (2) 國谷知史「民法論争傍聴」中国研究月報 57 巻 8 号, 2003 年, 50-51 頁, 同「中国の民法典編纂と 民法総則 | 東方 449 号, 2018 年, 7-11 頁参照。
- (3) なお,民法典は2021年1月1日より施行され,現行の婚姻法,相続法,民法通則,養子法,担保法,契約法,物権法,権利侵害責任法,民法総則は同時に廃止される。
- (4) 長友昭「中華人民共和国農村土地請負法 (2018 年改正) および関連事項の紹介 農地「流通」の法から権利を切り出す「三権分置」の法へ 」拓殖大学論集 政治・経済・法律研究 22 巻 2 号, 2020 年, 197 頁以下。
- (5) 小口彦太=長友昭訳「中華人民共和国物権法」早稲田法学82巻4号,2007年,43頁以下。なお、物権法の制定過程の紹介部分も参照されたい。
- (6) なお、小口教授の研究成果となる資料について、今般筆者単独で手を入れる失礼については、事前 に小口教授とご相談し、快くご海容いただいた。

(原稿受付 2020年6月24日)

#### 拓殖大学研究所紀要投稿規則

#### (目的)

第1条 拓殖大学(以下,「本学」という。)に附置する,経営経理研究所,政治経済研究所,言語文化研究所,理工学総合研究所,人文科学研究所,国際開発研究所,日本語教育研究所および地方政治行政研究所(以下,「研究所」という。)が刊行する紀要には,多様な研究成果及び学術情報の発表の場を提供し,研究活動の促進に供することを目的とする。

#### (紀要他)

- 第2条 研究所の紀要は、次の各号のとおりとする。
  - (1) 経営経理研究所紀要『拓殖大学 経営経理研究』
  - (2) 政治経済研究所紀要『拓殖大学論集 政治・経済・法律研究』
  - (3) 言語文化研究所紀要『拓殖大学 語学研究』
  - (4) 理工学総合研究所紀要『拓殖大学 理工学研究報告』
  - (5) 人文科学研究所紀要『拓殖大学論集 人文・自然・人間科学研究』
  - (6) 国際開発研究所紀要『国際開発学研究』
  - (7) 日本語教育研究所紀要『拓殖大学 日本語教育研究』
  - (8) 地方政治行政研究所紀要『拓殖大学 政治行政研究』
- 2 研究所長は、次の事項について毎年度決定する。
- (1) 紀要の『執筆予定表』の提出日
- (2) 投稿する原稿(以下,「投稿原稿」という。)及び紀要の『投稿原稿表紙』の提出日
- (3) 投稿原稿の査読等の日程

#### (投稿資格)

- 第3条 紀要の投稿者(共著の場合,投稿者のうち少なくとも1名)は、原則として研究所の専任教員、兼 担研究員および兼任研究員(以下「研究所員」という。)とする。
- 2 研究所の編集委員会が認める場合には、研究所員以外も投稿することができる。
- 3 研究所の編集委員会は、前項に規定する研究所員以外のうち、講師(非常勤)の投稿について、年度1 回を限度に認めることができる。

#### (著作権)

- 第4条 投稿者は、紀要に掲載された著作物が、本学機関リポジトリ(以下「リポジトリ」という。)において公開されることおよび当該著作物の著作権のうち複製権・公衆送信権の権利行使を研究所に委託することを許諾しなければならない。
- 2 共同執筆として紀要に掲載する場合には、共同執筆者全員がリポジトリにおいて公開されることおよび 当該著作物の著作権のうち複製権・公衆送信権の権利行使を研究所に委託することについて承諾し、投稿 代表者に承諾書を提出しなければならない。投稿代表者は、共同執筆者全員の承諾書を投稿する原稿と一 緒に研究所に提出しなければならない。

#### (執筆要領および投稿原稿)

第5条 投稿原稿は、研究所の紀要執筆要領の指示に従って作成する。

- 2 投稿原稿は、図・表を含め、原則として返却しない。
- 3 学会等の刊行物に公表した原稿あるいは他の学会誌等に投稿中の原稿は、紀要に投稿することはできない(二重投稿の禁止)。

#### (原稿区分他)

第6条 投稿原稿区分は、次の表1、2のとおり定める。

#### 表 1 投稿原稿区分:第2条に規定する理工学総合研究所を除く研究所

(1)論文	研究の課題,方法,結果,含意 (考察),技術,表現について明確であり,独創性および 学術的価値のある研究成果をまとめたもの。
(2)研究ノート	研究の中間報告で、将来、論文になりうるもの(論文の形式に準じる)。新しい方法の提示、新しい知見の速報などを含む。
(3)抄録	本条第5項に該当するもの。
(4)その他	上記区分のいずれにも当てはまらない原稿(公開講座記録等)については、編集委員会において取り扱いを判断する。また、編集委員会が必要と認めた場合には、新たな種類の原稿を掲載することができる。

#### 表 2 投稿原稿区別:理工学総合研究所

(1)論文, (2)研究速報, (3)展望・解説, (4)設計・製図, (5)抄録(発表作品の概要を含む), (6)その他(公開講座記録等)

- 2 投稿原稿区分は、投稿者が選定する。ただし、紀要への掲載にあたっては、査読結果に基づいて、編集 委員会の議を以て、投稿者に掲載の可否等を通知する。
- 3 紀要への投稿が決定した場合には、投稿者は 600 字以内で要旨を作成し、投稿した原稿のキーワードを 3~5 個選定する。ただし、要旨には、図・表や文献の使用あるいは引用は、認めない。
- 4 研究所研究助成を受けた研究所員の研究成果発表(原稿)の投稿原稿区分は、原則として論文とする。
- 5 研究所研究助成を受けた研究所員が、既に学会等で発表した研究成果(原稿)は、抄録として掲載する ことができる。

#### (投稿料他)

- 第7条 投稿者には、一切の原稿料を支払わない。
- 2 投稿者には、抜き刷りを30部まで無料で贈呈する。但し、査読を受けた論文等に限る。

#### (リポジトリへの公開の停止及び削除)

第8条 投稿者よりリポジトリへの公開の停止及び削除の申し出があった場合または編集委員会がリポジト リへの公開の停止及び削除が必要と判断した場合には、リポジトリへの公開の停止及び削除をおこなうこ とができる。

#### (その他)

第9条 本投稿規則に規定されていない事柄については、編集委員会の議を以て決定する。

#### (改廃)

第10条 この規則の改廃は、研究所運営委員会の議を経て研究所運営委員会委員長が決定する。

#### 附 則

この規則は、令和2年3月1日から施行する。

### 拓殖大学政治経済研究所紀要 『拓殖大学論集 政治・経済・法律研究』執筆要領

#### 1. 発行回数

本紀要は,原則として年2回発行する。その発行のため,以下の原稿提出締切日を厳守する。

(1)	原稿は,	6月末日締切	_	10 月発行
(2)	原稿は,	10 月末日締切	_	3月発行

#### 2. 使用言語

言語は、日本語又は英語とする。

ただし、これら以外の言語での執筆を希望する場合は、事前に政治経済研究所編集委員会(以下「編集委員会」という)に申し出て、その承諾を得たときは、使用可能とするが、必ず外国語に通じた人の入念な校閱を受け、日本語訳も添付する。

#### 3. 様式

投稿原稿は、完成原稿とし、原則としてワープロ原稿(A4 用紙を使用し、横書き、1 行 43 字×34 行でプリント)2 部を編集委員会宛に提出する。

- (1) 数字は、アラビア数字を用いる。
- (2) ローマ字(及び欧文)の場合は、ダブルスペースで43行。1行の語数は日本語43文字分。
- (3) 原稿の分量は、本文と注及び図・表を含め、原則として、以下のとおりとする。 なお、日本語以外の言語による原稿の場合もこれに準ずる。

1	論文	40,000字(1 行 43 字×34 行で 27 頁)以内	} A4 縦版・横書
2	上記以外のもの	20,000字(1 行 43 字×34 行で 14 頁)以内	

上記分量を超えた投稿原稿は、編集委員会で分割掲載等の制限をおこなうこともある。

投稿者の希望で、本紀要の複数号にわたって、同一タイトルで投稿することはできない。

ただし、編集委員会が許可した場合に限り、同一タイトルの原稿を何回かに分けて投稿することができる。その場合は、最初の稿で全体像と回数を明示しなければならない。

(4) 上記以外の様式にて、投稿原稿の提出する場合には、編集委員会と協議する。

#### 4. 投稿原稿

- (1) 原稿区分は、「拓殖大学 研究所紀要投稿規則」に記載されている種別のいずれかとするが、「その他」 の区分、定義については付記のとおりとする。
- (2) 投稿原稿の受理日は、編集委員会に到着した日とする。
- (3) 投稿は完成原稿の写しを投稿者が保有し、原本を編集委員会宛とする。
- (4) 投稿原稿数の関係で、紀要に掲載できない場合には、拓殖大学政治経済研究所長(以下「所長」という)より、その旨を執筆者に通達する。

#### 5. 図・表・数式の表示

- (1) 図・表の使用は、必要最小限にし、それぞれに通し番号と図・表名を付けて、本文中に挿入位置と原稿用紙上に枠で大きさを指定する。図・表も分量に含める。
- (2) 図および表は、コンピューター等を使って、きれいに作成すること。
- (3) 数式は、専用ソフトを用いて正確に表現すること。

#### 6. 注・参考文献

(1) 注は、本文中に(右肩に片パーレンで)通し番号とし、後注方式により本文の最後に一括して記載する。

ただし、脚注が相応しいと判断する場合、それも可とする。また、引用、参考文献の表記についても 同様とする。

(2) 英文表記の場合は、例えば、The Chicago Manual of Style 等を参考にする。

#### 7. 執筆予定表の提出

紀要に投稿を希望するものは、『拓殖大学論集 政治・経済・法律研究』執筆予定表を決められた日までに研究所に提出する。

#### 8. 原稿の提出

投稿原稿と一緒に、『拓殖大学論集 政治・経済・法律研究』投稿原稿表紙に必要事項の記入、「拓殖大学機関リポジトリへの公開等の許諾」に捺印し、原稿提出期日までに添付する。

#### 9. 原稿の審査・変更・再提出

- (1) 投稿原稿の採否は、編集委員会の指名した査読者の査読結果に基づいて、編集委員会が決定する。編 集委員会は、原稿の区分の変更を投稿者に求める場合もある。
- (2) 提出された投稿原稿は、編集委員会の許可なしに変更してはならない。
- (3) 編集委員会は、投稿者に若干の訂正あるいは書き直しを要請することができる。
- (4) 編集委員会は、紀要に掲載しない事を決定した場合は、所長名の文書でその旨を執筆者に通達する。

#### 10. 投稿原稿の電子媒体の提出

投稿者は、編集委員会の査読を経て、修正・加筆などが済み次第、A4 版用紙(縦版、横書き)にプリントした完成原稿1部と電子媒体を提出すること。

電子媒体の提出時には、コンピューターの機種名と使用 OS とソフトウェア名及びバージョン名を明記すること。

なお、手元には、必ずオリジナルの投稿原稿のデータを保管しておくこと。

#### 11. 校正

投稿原稿の校正については、投稿者が初校および再校を行い、所長が三校を行う。

この際の校正は、最小限の字句に限り、版組後の書き換え、追補は認めない。

校正は、所長の指示に従い、迅速に行う。

校正が、決められた期日までに行われない場合には、紀要に掲載できないこともある。

#### 12. 改廃

この要領の改廃は、政治経済研究所会議の議を経て、所長が決定する。

#### 附則

この要領は、平成21年4月1日から施行する。

#### 附目

この要領は、平成26年4月1日から施行する。

#### 附則

この要領は、平成29年4月1日から施行する。

#### 付記:「その他」の区分・定義について

1	判例研究:	裁判事案の判決(要旨)の紹介とその解説及び批評等。
2	解説論文:	他の専門分野の人々にも分かるように、研究内容を解説したもの。
3	講 演:	研究所が主催する講演会の記録を掲載するもの。
4	シンポジウム:	研究所が主催するシンポジウムの記録を掲載するもの。紙上のシンポジウムを含む。
(5)	書 評:	専門領域の学術図書についての書評。
6	随 想:	自由な形式で教育や研究の課程で得た着想を述べたもの。
7	通 信:	個人、特定の団体に向けて書かれた通信文。教育・研究に関する主題に限る。
8	報告:	学界展望など。研究所からの通知を含む。
9	資 料:	上の範疇以外で教育・研究上有用であると考えられるもの。

以上

#### 執筆者紹介(目次掲載順)

浜口 裕子(はまぐち・ゆうこ)政 経 学 部 教 授 東アジア国際関係史,政治学

小竹 聡 (こ た け・さ と し) 政 経 学 部 教 授 憲法学, アメリカ憲法学

松谷 泰樹 (ま つ や・ひ ろ き) 政経学部非常勤講師 マクロ経済学,経済変動論

長 友昭(ちょう・ともあき)政経学部教授民法,中国法

本誌のタイトル『拓殖大学論集』は、昭和30年(1955年)の第9号を「創立55周年記念」とするに際して、本学第10代総長・政治学博士・矢部貞治によって揮筆されたものです。

#### 拓殖大学論集 政治・経済・法律研究 第 23 巻第 1 号 ISSN 1344-6630

(拓殖大学論集 319) ISSN 0288-6650

2020年(令和2年)10月26日 印刷2020年(令和2年)10月30日 発行

編 集 拓殖大学政治経済研究所編集委員会

編集委員 白石浩介 小竹聡 杉浦立明 丹野忠晋 近藤和貴

発 行 者 拓殖大学政治経済研究所長 白石 浩介

発 行 所 拓殖大学政治経済研究所

〒112-8585 東京都文京区小日向3丁目4番14号

Tel. 03-3947-7595

印刷所 ㈱外為印刷

# THE REVIEW OF TAKUSHOKU UNIVERSITY: POLITICS, ECONOMICS and LAW

Vol. 23 No. 1 October 2020

Articles				
Yuko Hamaguchi	Chinese Students after the Russo-Japanese War: Focusing on Trends of the 8th Grade Shinbu-School Students from Manchuria	(1)		
Satoshi Kotake	The Roberts Court and Abortion —The October 2018	(29)		
Satoshi Kotake	Roe v. Wade and Doe v. Bolton in the Supreme Court —Round Two	(63)		
Hiroki Matsuya	The Fundamental Prerequisites to Macroeconomics: Kalecki's Principle of Effective Demand	(121)		
Material Tomoaki CHO	A Tentative Translation on Real Rights of the Civil			
<b></b>		(135)		
Submission of Manuscript		(181)		
Instructions for Contributors(183)				

Edited and Published by

## INSTITUTE FOR RESEARCH IN POLITICS & ECONOMICS TAKUSHOKU UNIVERSITY

Kohinata, Bunkyo-ku, Tokyo 112-8585, JAPAN