
種 別： 論説

タイトル： 憲法上の自由に対する事実上の制約について

著 者： 小島 慎司

所 収： 『上智法学論集』第 59 卷 4 号（平成 9 年 6 月）75-93 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

憲法上の自由に対する事実上の制約について

小島 慎司

- I 問題の所在
- II 事実上の制約を軽く扱う解釈論上の不合理性
- III 事実上の制約を問う理論的意味

いくつかの近年の憲法判例では、自由に対して事実上の制約が生じていることに言及するものがある。本論文の課題は、そこでいう事実上の制約とは何かを検討することを通して、憲法上の自由の意味について考察することである。まず、問題の所在を明らかにし（→I）、事実上の制約であるから軽く扱うことは、憲法の解釈論としては好ましくないことを見た上で（→II）、しかし、理論的には、なぜある制約を事実上と呼びたくなるのかを反省する意義があることを明らかにしたい（→III）。

I 問題の所在

1 事実上の制約があることを明示する憲法判例の典型は、オウム真理教解散命令事件決定（最決平成8年1月30日民集50巻1号199頁）であろう⁽¹⁾。同決定は、「解散命令によって宗教団体であるオウム真理教

(1) 他の例としては、地方議会の議員が、その2親等以内の親族が経営する企業が地方自治体の工事等の請負契約等を辞退する旨の辞退届を提出するように努めなかった場合、警告や辞職勧告等の措置を受け、審査会の審査結果を公表された場合には、「議員活動の自由について事実上の制約が生ずることがあり得るが、これらは議員の地位を失わせ

やその信者らが行う宗教上の行為に何らかの支障が生じることが避けられないとしても、その支障は解散命令に伴う間接的で事実上のものであるにとどまる」という。ここで「事実上」の支障というのは、次のことを指すと思われる。すなわち、決定によれば、「解散命令によって宗教法人が解散しても」信者は「宗教上の行為を行」うことが「妨げられるわけで」はない。その意味で「解散命令は、信者の宗教上の行為を禁止したり制限したりする効果を一切伴わない」。しかし、解散命令の結果、宗教法人の「財産を用いて信者らが行っていた宗教上の行為を継続するのに何らかの支障を生ずることがあり得る」。つまり、礼拝施設など宗教法人に帰属する財産に依存して信者の宗教行為が行われていた場合、それらの財産が処分されて信者が利用しえなくなると、宗教的行為に支障が生じるが、それは「物理的な支障⁽²⁾」に過ぎない。たとえば、宗教としてのオウム真理教の教義に基づく儀式を行ったり布教を行ったりしてはならないと義務づけられるわけではない。それを事実上の支障というのであろう。

この論旨は、一見すると、理解しやすい。一般的にいえば、自由に対する事実上の制約とは、自由に対して法的規律が及んでいないにもかかわらず、つまり、法関係が変動していないにもかかわらず、支障が生じていることを指すと思われる。法的、規範的な評価と事実の問題は異なるというのも、直観的には理解しうるところである。

また、事実上の制約を上記のように考えれば、規制することで防止しようとしている弊害が自由と偶然的な関係に立っていることを指して、自由に対する付随的(間接的)な制約と呼ぶ場合とは異なることもわか

るなどの法的な効果や強制力を有するものではない」(最判平成26年5月27日判時2231号9頁)、あるいは、夫婦同氏制により婚姻の自由が事実上制約されている(最大判平成27年12月16日判時2284号38頁)などと指摘する判例がある。

(2) 近藤崇晴・最高裁判所判例解説民事篇平成8年度(上)79頁。この箇所では制約の間接性と事実性が重なって解説されており、いずれを指すのか厳密には判別しがたいが、おそらく本文と同じ趣旨であろう。

る⁽³⁾。付随的な制約であっても事実上の制約ではなく法的な制約であることは、当然に考えられるであろう。

なお、この点に関連して、異なる概念の使用法もあるものの、標準的には、この事実上の制約を事実行為による制約とは同視しない方がよいのではないかと思われる⁽⁴⁾。標準的には、行為とは何らかの目的を伴った人の精神的作用であり、そのうち、法効果の発生、つまり、法関係の規律を目的とする行為を法行為と呼び、そうではないものを、事実行為と呼んでいる。そうだとすると、事実行為であっても法事実として法効果を発生させる、つまり、法関係を変動させることはありうる。そのため、事実上の制約を指して、事実行為による制約と呼ばない方が誤解を避けられると思われる。

2 上記の引用からもわかるように、オウム真理教解散命令事件決定は、事実上の制約であれば、自由に対する制約の程度は軽いと考えている。もちろん、最高裁は、信教の自由の重要性に思いを致し、事実上の制約であればいかように行われても憲法上問題が生じないとは論じていない。しかし、利益衡量において失われる利益を軽く見積もっていることは明らかだからである。

しかし、結論からいえば、Ⅱで見ると、本論文は、この決定のように、自由に対する事実上の制約を軽いものと扱うのは、憲法の解釈論として好ましくないと考えている。他方で、そもそも自由に対する法的な制約とは別に事実上の制約を観念すること自体は、先に述べたよう

(3) この点については、判例や文献も含めて、拙稿「精神的自由の間接的・付随的規制」曾我部真裕編『憲法判例入門』（信山社近刊）を参照。

(4) 以下については、文献も含めて、拙稿・前掲注(3)を参照。1つだけ再度採り上げれば、小早川光郎『行政法（上）』（弘文堂、1999年）189頁は、行政作用が関係者の法律関係を規律するという態様で行われない場合を「事実的行政作用」と呼び、法行為と事実行為との区別が「ある一つの行為についてそれが法律関係の規律を本来の目的とするかどうかを問題とする」のに対し、法的作用と事実的作用はいずれも「何らかの行為の結果としても一定の者にもたらされるべき作用」を指すという。本論文でいう事実上の制約は、同書のいう事実的作用に相当すると思われる。

に、我々にも直観的には理解できなくもない。では、このように観念することが理論的に何を意味しているのか。それについてⅢで検討したい。

Ⅱ 事実上の制約を軽く扱う解釈論上の不合理性

1 本論文が、事実上の制約を軽く扱うのは好ましくないと考える理由は、帰納的なものである。一言で要すれば、事実上の、しかし、深刻な制約が自由について生じてきたからである。

すぐに想起される例としては、首相がテレビ番組に出演して番組内容の批判を口にする事で報道機関が自由に番組を編集しにくくなるとか⁽⁵⁾、首相や文部科学大臣が大学の式典でも国旗を掲揚してほしいとの意見を述べることで大学の自律的な判断が損なわれるとか、県立高校の授業で安全保障法制の問題を採り上げて討論や模擬投票をしたところ県議会議員から政治的中立性を損なうと批判されて教育委員会が反省の弁明をするといった、近時の日本社会に特徴的に見られる「『縮み志向』とでもいうべき風潮の表れ⁽⁶⁾」の数々である。これらにおいては、別にテレビ局が政権に対して反論することを禁じてはいない、大学にはお願いをしているだけであるといった断りがされてきた。これらの断りは、自由を法的に奪ってはいないと説くもののようにも思われる。

しかし、問題が生じたのは近時に限られないであろう。オウム真理教解散命令事件もそうであるように、広義の行政警察、とりわけ高等警察との関係で自由の制約が生じている場合、しばしば、深刻な事態が事実上の制約とも構成されてきたと思われるからである。つまり、具体的な犯罪の処罰とは関わりなく社会公共の安全と秩序の維持を維持しようと

(5) 蟻川恒正「最高権力者の『表現の自由』」樋口陽一＝山口二郎編『安倍流改憲にNOを！』(岩波書店、2015年)149-150頁。

(6) 藤田宙靖『最高裁回顧録 学者判事の七年半』(有斐閣、2012年)194頁。

する行政警察の活動、とりわけそれが、国家の根本を危うくする行為を防止しようとする高等警察（政治警察）、広中俊雄のいう警備公安警察⁽⁷⁾として行われている場合⁽⁸⁾、自由に対して生じる事実上の制約は深刻なものになりがちであると思われる⁽⁹⁾。以下では、そのことを具体的に論証する⁽¹⁰⁾。

高等警察の活動は、具体的な取締り（警備実施活動）として行われる場合もあれば、治安の維持に必要な情報を収集する警備情報活動として行われる場合もある。前者の例として容易に思いつくものとしては、無申請であるいは条件に反して行われるデモ行進に対してそれを阻止するために警察官が実力を行使する場合がある⁽¹¹⁾。公安審査委員会が行う例としては、破壊的団体の活動を制限し、さらには、その解散を指定する場合（破壊活動防止法5条、7条）がある。また、刑罰による取締りとはなるが、政治上の主義を推進する等の目的で、たとえば、殺人をせ

(7) 広中俊雄『警備公安警察の研究』（岩波書店、1973年）64-65頁。

(8) 定義については田上穰治『警察法〔新版〕』（有斐閣、1983年）43-47頁を参照。

(9) 現在、行政法総論上の概念となっている即時強制は、元々、警察法の概念であった（須藤陽子『行政強制と行政調査』（法律文化社、2014年）第4章）。須藤は、一般に、即時強制よりも行政強制の方が「人権」に配慮した穏やかな手法とされているが、勧告はさらに穏やかとも考えられているはずであり、命令の有無と穏やかさとの関係が複雑であることを指摘する（171頁）。

(10) 安念潤司「『事前の抑制』雑考」成蹊法学28号（1988年）とりわけ409-410頁、420-421頁は、禁止を効果意思としない行為であっても、また、差押、没収であっても、事前の抑制としての機能を果たすという。切り口は異なるものの、これは、事実上の制約であるから特別視することを正当化しえないと説く点で、本節の議論と同型である。安念は、「権利侵害」概念の外延は、必ずしも明確ではなく、「事実的な悪影響」を権利侵害からカテゴリー的に区別することの困難を指摘していた（同「取消訴訟における原告適格の構造（二）」国家学会雑誌98巻5-6号（1985年）とりわけ62頁注（1））。

憲法上の権利論において、権利侵害論の復権を唱えるかに見える石川健治のいう「権利侵害」も、要するに「事実上の侵害（injury in fact）」に等しいとされる（石川健治「トポスとしての権利侵害論 司法権の自己同一性論との関連で」法学教室327号（2007年）53頁、同「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』樋口陽一ほか編『国家と自由・再論』（日本評論社、2012年）33-34頁）。

(11) 広中俊雄「警察官のはたす法的機能」『広中俊雄著作集7 法過程・法意識の研究』（弘文堂、2004年）290-292頁。

ん動する行為を独立の罪として処罰する場合（同法 39 条）も例に加えることができる。

これらの場合、デモ行進の自由や結社の自由が制約されているのは、法律によって、これこでの仕方でのデモ行進、暴力主義的破壊活動、せん動などを禁止しているからであると見ることができる。刑事犯は「社会の一員としての道徳上の最少限度の要求」に違反した自然犯であって、「法律は敢て人民に対して新にこれを犯さないことの義務を命ずるのではな」と考えると、行政犯はそれと異なるともいえるからである⁽¹²⁾。

このように、警備実施活動の場合には、関係者に対して何らかの義務づけを行い、その履行を確保する形で行われると考えられるので、自由への制約を法的なものとして観念しうと思われる。

2 これに対して、警備情報活動は、関係者に何かを義務づけることなく、自由に対する深刻な制約をもたらしているように思われる。この点は、ポポロ事件一審判決（東京地判昭和 29 年 5 月 11 日刑集 29 卷 4 号 428 頁）が明確に述べている。すなわち、同判決によれば、「大学自治の具体的内容として当然に考慮されねばならぬことは、警察権力が公安の維持を名として、無制限に大学において警備活動を為す場合、大学側はこれを拒否する正当な権利を有するということである」というのである。

ここで、「警備活動」と判決が呼ぶのは、「特定の具体的犯罪捜査のためのものではなく」、「公共の安寧秩序を保持するという警察目的よりして、将来行われるおそれのある犯罪その他の不法行為の発生を予防し、これに備えるため、各種情報の事前調査の必要上為されるところの特殊の警察活動」である。つまり、上記にいう警備情報活動を含んでいる。

(12) 美濃部達吉『行政刑法概論 [重版]』（勁草書房、1949 年）4-5 頁。ただし、全体としての刑罰権の背後に実力を見ることは可能である。注 (40) で引くオーリウの紀律法論は、*coercitio*（いわば「行政制裁」）を刑罰の原型と考えている。

判決も、「警官が犯罪の捜査」に限らず、「各種の情報の収集、査察行為を為すこと」がもとより警察官の重要な職責であることを認める。しかし、大学の自治、さらには、学問の自由を保護するためには、警備活動が無制限に行われることがあってはならないとするのである。

注意を要するのは、なぜ警備活動を無制限に認めると学問の自由が制約されるのかである。判決によれば、「警察権力の警備活動の絶えざる監視下にある学問活動及び教育活動は、到底その十全の機能を発揮することができない。監視は無形の圧迫に通ずるものであつて、かかる雰囲気の内においては、学問の自由が確保される基本的条件が失われる危険性が極めて大であると言わねばならない」からである。判決は、警備活動が学問活動・教育活動を禁止しているとは述べていない。法的に禁止されていなくとも、監視という「無形の圧迫」によって、事実上、自由な学問活動・教育活動に支障が生じることを問題にしたのである。

最高裁は、こうした一審判決とそれを維持した二審判決を破棄した（最大判昭和 38 年 5 月 22 日刑集 17 卷 4 号 370 頁）。教科書的な受け止め方からすると、最高裁判決のポイントは、学問的活動と実社会の政治的・社会的活動を二分したことにありとも見える。しかし、判決当時から指摘されていたように⁽¹³⁾、最高裁が原審と判断を異にしえたのは、むしろ、劇団ポポロの当該演劇発表会について情報を収集するための警察官の立入りをそれ以前からの警備活動の一環として見なかったからであると思われる。発表会への「立入りに対して反撃したのであるならば、警察官はすでに退去しようとしていたのであるから、もはや反撃の必要はほとんどなかつたといえ」るのに⁽¹⁴⁾、敢えて発表会への立入りに対する反撃として構成したところに、最高裁判決の特徴がある。逆にいえば、大学に対する警察官の警備活動が一般的に学問の自由、大学の自由

(13) 高柳信一『学問の自由』（岩波書店、1983年）272頁、広中・前掲注（7）382頁など。

(14) 平野龍一「判批」判例評論 59号（1963年）55頁。

に対する深刻な制約になりうることは、最高裁判決によって否定されていない⁽¹⁵⁾。

ポポロ事件発生直後の昭和 27 年 3 月 13 日の参議院文部委員会では、矢内原忠雄東京大学総長が「先ほど伺いました警視総監のお話は、私の理解したところによりますと、それ以外の日常、平生の場合に警察官が校内にお入りになつて偵察なさる、これは非常に有害であろうと思うのです」と述べていたが、最高裁は、この懸念に答えていない代わりに、正面から否定もしていない。むしろ、入江俊郎裁判官ほか補足意見は、「若し大学の教育の場、学問の場に警察官が常に立ち入り、教授その他の研究者の研究、発表及び教授の仕方を監視したり、学問のための学生集会を監視し、これらに関する警備情報を収集する等の警察活動が許されるとすれば、到底学問の自由及び大学の自治が保持されないことは明白である」として、「警備情報の収集の目的を以つて大学の教育の場、学問の場に立ち入ること」は憲法 23 条違反であると断じている。

こうした事案に関して、警察官の警備情報活動が行われていても学問的活動は禁止されておらず事実上の制約があるに過ぎないから、制約の程度が軽いと考えるべきであるとする主張は、学説上もこれまで存在しなかったし、不合理でもあろう。

3 ポポロ事件でも警察官の活動は東京都公安条例に違反する集会の取締りに備えるものとして正当化されていたが⁽¹⁶⁾、より直接的に、公安条例がデモ行進について許可制を敷いていること自体の合憲性が問われ

(15) だからこそ、ポポロ事件最高裁判決に言及せずにはいえ、愛知大学事件二審判決（名古屋高判昭和 45 年 8 月 25 日判時 609 号 7 頁）が「特に警備情報活動としての学内立ち入りの如き場合」には大学の自治に相容れない干渉となるといえたと思われる（この点については、山崎友也「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選 I 〔第 5 版〕』（有斐閣、2007 年）191 頁も参照）。

(16) 「学校構内においてピラがまかれる、その防犯的措置として、警備の必要上警察がそこに視察に行くということにつきましては、これはこの公安条例適用の範囲内である、かように私は解釈いたしておるのであります。」（昭和 27 年 3 月 4 日参議院法務・文部連合委員会田中榮一警視総監発言）。

た東京都公安条例事件最高裁判決（最大判昭和 35 年 7 月 20 日刑集 14 巻 9 号 1243 頁）について次に検討する。

最高裁は、一定の要件を満たさない限り公安委員会が許可を義務づけられていることだけから、規制が「その実質において届出制と異なるところがない」とし、次いで、「集団行動の条件が許可であれ届出であれ、要はそれによって表現の自由が不当に制限されることにならなければ差し支えない」と述べた。これに先立つ新潟県公安条例事件最高裁判決（最大判昭和 29 年 11 月 24 日刑集 8 巻 11 号 1866 頁）に対しては、事案の包摂に対する賛否はともかく、一般的な許可制を違憲とする原則を立てたことについては好意的に評価する見解が存在したところ⁽¹⁷⁾、東京都公安条例事件判決に対しては、先行判決と事案を区別する努力を無にした点でも、そもそも上記の原則を揺るがせにした点でも批判された⁽¹⁸⁾。

しかし、判決以前から、そもそも一般的許可制の禁止の原則の現実上の前提を発展的に問い直す兼子仁の、自称「治安立法説」が存在した。兼子は、「事前抑制説では、集団運動の事前審査や禁止処分はいかぬというのですけれども、そもそも法令が事前制限的な権限の行使の仕方において、治安立法的にといいますか、政治的なものを特別に危険視する、そういう態度を許しているということがあるとすると、そのことだけで十分に違憲性をもつものではないか」、ゆえに、「政治集会だけを特に許可制または届出制にするということ自体」が憲法 14 条、21 条違反

(17) たとえば、鶴岡信成「判批」判例時報 39 号（1954 年）39-40 頁。法学協会編『註解日本国憲法』（有斐閣、1953 年）426 頁も参照。また、伊藤正己『言論・出版の自由』（岩波書店、1958 年）10 頁。

(18) たとえば、伊藤正己「判批」ジュリスト 208 号（1960 年）6 頁。これに対して、むしろ東京都公安条例の規定が許可制であることに注目した批判も存在した（柳瀬良幹「判批」同 14 頁など）。しかし、この批判は的を失っている疑いがある。全体として見れば、最高裁は、許可制を届出制と強弁したというよりも、届出制と許可制を相対化したと見るべきであると思われるからである（戸部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）〔増補版〕』（有斐閣、2000 年）515 頁）。

なのではないかと主張する⁽¹⁹⁾。この批判からすると、一般的許可制の禁止をいうだけでは、許可制と届出制の区別を相対化する東京都公安条例事件判決の「居直り」に対抗しえない。むしろ、同判決の集団暴徒化論と同じ社会学的な次元で、組み合わせる必要がある。兼子によれば、公安条例は「かなり高度の『予防警察法』として間接的附随的に思想抑圧の機能を果たす事実上の必然性を内包している『政治警察法』にほかならない」、「官公庁の業務の正常な運営等のいわゆる『公共の秩序』をも含む一切の『法と秩序の維持』」という「広汎な予防的保護法益について、不許可・許可条件・制止等の事前規制権限がみとめられるときには、警備情報活動(思想調査)なども媒介として、間接的附随的にはあるが事実上必然的に反体制・反政府思想抑圧の機能を果たすのであり、まさにこれが『現代型治安立法』の特質なのである」といえるとされる⁽²⁰⁾。最高裁は、頻発するデモ行進という当時の現実に対する評価を率直に語っており、同じ土俵に立った上でその粗雑性や不当性を批判しなければならないというのである⁽²¹⁾。

兼子は制約の付随性も指摘しているが、社会学的な次元に降りる必要を説く限りでは、事実上の制約も主題化しているように見える。この兼子の批判からすると——そして兼子によれば最高裁もこの点では同じということになるが——、事実上の制約というだけで軽く扱うことにはならないはずである。公安条例が許可制でなく届出制であるからといっ

(19) 兼子一＝兼子仁「父子対談 公安条例に関する合憲・違憲の2判決(東京地裁昭和33年)をめぐって」鶴飼信成編『憲法行政法論集』(河出書房新社、1960年)119、121頁[兼子仁発言]。基本的には一般的許可制の禁止の原則に立つ私設法制意見局「立法批評」ジュリスト15号(1952年)28頁[兼子一執筆(田中二郎ほか「座談会 解し難い最高裁公安条例合憲判決 新潟県公安条例合憲判決をめぐって」ジュリスト75号(1955年)7頁による)]も、政治的活動を色眼鏡で見る警察国家的発想を批判していた。

(20) 兼子仁「判批」ジュリスト208号(1960年)58、61-62頁(傍点原文)。さらに、同「判批」法律時報32巻11号(1960年)142頁以下も参照。

(21) これは、立法事実への注目と理解されている(芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣、1973年)163-164頁)。

て、そのことだけで規制を合憲とするのにプラスに働くわけではないと考えるはずだからである。言葉を補っていえば、公安条例は、公安委員会が、デモ行進の主催者の住所・氏名、デモ行進の日時や進路、参加する団体の代表者の住所・氏名、デモ行進の目的等についての情報を収集することを可能にするものであり、デモ行進を法的に禁止するものではないので、それによって事実上、デモ行進を行うのに支障が生じている過ぎないということもできる。しかし、その一事を以て合憲と評価しやすくなるというのは、一見テクニカルに見えて、現実には根ざしていない。つまるところ、集団による政治的なデモは暴徒化するから好ましくないと考えるかどうか判断の分かれ目であるということになる。

こうした見方には一定の説得力がある。警備情報活動こそが高等警察の核心であり、それゆえに、濫用が懸念されるからである。デモ隊の国会への突入、機動隊との衝突による死傷者の発生という「現実の経験」に直面した場合には、それに対する規制を正当化する最高裁にとっても、規制を警戒する兼子にも、デモ行進という現実の活動への評価をよそに、法的な禁止なのかどうかだけに拘るのでは的外してしまうと思われたであろうことは想像がつく。

4 以上のように、自由に対する制約が事実上のものである場合に、それだけを理由に制約が軽いと考えることは、好ましいとはいえない。

もっとも、警備情報活動は、別の方法によって憲法上限界づけられていたともいえる。デモ行進に許可条件違反の事実があると判断した警察官が写真を撮影した行為について、京都府学連事件最高裁判決が憲法13条に違反するかどうかを次のように判断したからである。すなわち、「犯罪を捜査することは、公共の福祉のため警察に与えられた国家作用の一つであり、警察にはこれを遂行すべき責務があるのであるから（警察法2条1項参照）、警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合がありうるものといわなければならない」。具体

的には、「現に犯罪が行なわれもしくは行われたのち間がないと認められる場合であつて、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般に許容される限度をこえない相当な方法をもつて行なわれるとき」が許容される場合に当たるといのである（最大判昭和 44 年 12 月 24 日刑集 23 卷 12 号 1625 頁）。

判決は、京都市の公安条例による許可制が、デモ行進を事前に規制するものではあるものの、東京都公安条例事件最高裁判決のいう、届出制と実質を異にしない特徴を持つことを指摘して、憲法 21 条に違反しないと述べている。しかし、警備情報活動を無制約に認めたのではない。写真撮影による情報収集については、上記のように一定の限界を設けたからである。

もちろん、これが本当に有効な限界となっているのかどうかは、異論がありうる。判決から間もない頃から「現場で警察官が要件具備の認定をして撮影をしてしまえば、撮影した顔写真はすべて（『犯人』のものに限らず）『警備公安資料』として内部的に利用されうるのであり、この判決が警備公安警察にとって歓迎すべきものであったことは疑いない」と評されてきたからである⁽²²⁾。犯人のそばでやむをえず容ぼうを撮影された「第三者」にとっては、具体的な犯罪の捜査と無関係に撮影されたに近いにもかかわらず、その写真が撮影され、さらにはその後利用されることもありうる。しかし、その当否は、少なくとも直接には論じられていない。近時、テロ対策を目的とした警察の警備情報活動として行われたモスク監視の合憲性が争われた判決で、情報の収集だけでなく、保管、管理、利用についても憲法 13 条との適合性を検討する必要性を一般論としては肯定的に受け止める判決（東京高判平成 27 年 4 月 14 日判例集未登載）が存在するようになったのは、理解しうるところである⁽²³⁾。

(22) 広中・前掲注 (7) 318 頁。

(23) この点については、山本龍彦が問題提起を重ねてきた。近時のものとして、「監視捜

このように、現在までの判例の動向を前提とすれば、警備情報活動の限界を論じるのであれば、一般的には、憲法 13 条との関係を検討するのが有効であるといえよう。しかし、本論文との関連で注目すべきことは、警備情報活動が、それが法的な制約であるかどうかは問わず、プライバシーと呼びうる権利との関係で限界があるとされることである。そうであれば、自由に対する事実上の制約についても、基本的には安易に許されないと考えるのが素直ではなからうか。

Ⅲ 事実上の制約を問う理論的意味

1 このように解釈論上、自由に対する事実上の制約は軽く扱われるべきではないと思われるのであるが、そのことを措いて、法的に自由が制約された事態とは別に、事実として自由が制約されたという事態を観念することに理論的にいかなる意味があるのか。本節では、この問題を扱う。問題の論じ方は 1 つではないと思われるものの、以下では、筆者自身の歩みに属するところとして、モーリス・オーリウが自由を物権（物的な権利）として観念したことを切り口としたい。

すなわち、オーリウは、個人が自由であるということ、そのように自由であるという「地位 (statut)」ないし「職 (作用、fonction)」に対する物的な権利として理解していた⁽²⁴⁾。この理解は、現代の我々の目には奇妙に映る可能性もあるものの、おそらくはオーソドックスなものである。個人が自由であるという地位を「物 (chose)」と呼ぶのは、19 世

査における情報取得行為の意味」法律時報 87 巻 5 号 (2015 年) 60 頁以下。

(24) Maurice Hauriou, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3^e Année) et en doctorat ès sciences politiques*, 1^{re} éd. (Paris : Sirey, 1910), pp. 173-174 ; 2^e éd. (1916), pp. 171-172. 引用も含めて、拙著『制度と自由 モーリス・オーリウによる修道会教育規制法律批判をめぐって』(岩波書店、2013 年) 248-249 頁を参照。同書第 5 章で見たとおり、そして、石川健治が長く指摘してきたこともそれと異ならないと思われるが、こうした基本的な枠組みはゲオルグ・イエリネックのものと同じである。むしろ、本文と異なる議論を組み立てる方が難しいと思われる。

紀の古典的な民法学でしばしば見られた見方である。物であるからといって、取引可能であることを含意するのではない。取引不可能な不融通物であるというのである⁽²⁵⁾。典型的には、身体という物を使用し、それにより収益する権利が自由であると考え、オーリウの理解は、我々にも受け止めやすいであろう。

こうした切り口から見た場合、本論文の問題は、そうした物に対する権利を法的に制約する場合と事実上制約する場合とを区別して観念することにはいかなる意味があるかと言い換えることができる。この点について、オーリウの基本的な枠組みを活かしつつ、他の論者の議論と比較しながら考えてみたい。

2 オーリウが、法的義務が発生する以前の状態を論じるにあたって「占有 (possession)」の概念を用いたことはよく知られている⁽²⁶⁾。

すなわち、オーリウは、警察 (police) が紛争を仮に迅速に解決し、公安を維持することを、占有の果たす機能に相当すると考える⁽²⁷⁾。国家内部の職 (fonctions) は物であって、それに対してはまず何よりも占有がなされることで、万人に対抗可能になる。そうした占有「権」は、支配という「原初的な事実 (fait primaire)」に由来する⁽²⁸⁾。

こうした議論は、何よりも行政の権限を検討するものであり、自由の性格を直接に論じるものではない。しかし、オーリウは、自由であること自体を職と見ているのであるから、基本的な枠組みを活かすことは可能であろうと思われる。

では、オーリウは占有の性格をいかに見ているのか。この点について

(25) 引用も含めて、拙稿「『名誉』の放棄」上智法学論集 52 卷 1-2 号 (2008 年) 12 頁を参照。

(26) 以下は、磯部力「モーリス・オーリウの行政法学」兼子仁ほか『フランス行政法学史』(岩波書店、1990 年) 423 頁注 (4) が「後日の課題」として残した問題に対して、不十分ながら検討を加えようとするものである。

(27) Hauriou, *op. cit.* (n. 24), 2^e éd., pp. 46-47

(28) Hauriou, *op. cit.* (n. 24), 1^{re} éd., p. 167 ; 2^e éd., p. 165

て、オーリウは、「民法学者が法であると同時に *pouvoir* であると性格づける占有は、実のところ、客観法であり、警察的な理由で純粋に外的な仕方では保護される権限である⁽²⁹⁾」とは述べるものの、特定のテキストも引くわけではない。そこで、以下では、サヴィニーに対するトロロン批判を補助線にした場合に、オーリウの理解がいかに位置づけられるかを通して検討することとしたい。

3 トロロンは、物や権利の「現実的支配 (*détention*) あるいは享受」と占有を定義する民法典 2228 条について、所有権が法であるのに対して、この占有は事実であると評価する⁽³⁰⁾。こうした事実としての占有が保護されるのは、占有者が所有権者と推定されるからであり、占有自体に価値があるのではない。占有が所有権に先行して独自の価値を持つという考えは、悪しき唯物論であり、正しくない。人間は「同じ原因ゆえに再生産されがちな偶然的な事実 (*faits contingen[t]s*)」よりも上位に立つからである⁽³¹⁾。

ところが、これに先立って同じ論点について、サヴィニーは次のように論じていた。取得時効 (*Usucapion*) が成立する場合と異なり、占有訴権 (*Interdicte*) で保護される場合には、占有は、所有権の取得行為の一部として保護されるのではない。しかし、保護されるのは、占有それ自体が所有権のように物権として価値を持つからだというわけでもなく、敢えて分類すれば、占有自体は債権法 (*Obligationenrecht*) に属する⁽³²⁾。こうした占有訴権によって保護された占有は、「端的な占有 (*possessio schlechthin*)」と呼びうる⁽³³⁾。この端的な占有の法的意味は、

(29) Hauriou, *op. cit.* (n. 24), 1^{re} éd., p. 649 ; 2^e éd., p. 92

(30) Raymond-Théodore Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de vente : de la prescription*, t. 1 (Paris : Charles Hingray, 1835), n^{os} 219, 233.

(31) Troplong, *op. cit.* (n. 30), n^{os} 220, 222.

(32) Friedrich Karl von Savigny, *Das Recht des Besitzes : eine zivilistische Abhandlung*, 1. Auf. (Giessen : Heyer, 1803), § 6, S. 25-26 ; 7. Auf. (Wien : C. Gerold's Sohn, 1865), § 6, S. 48.

単なる現実的支配から発するものの、「*possessio* が想定されるべきかが調べられ、疑われ、争われる場合には、必ず、その言葉では法的占有が意味される」⁽³⁴⁾。つまり、事実としての現実的支配は、そこに検討の光を当てると同時に、占有の規範的な意味の影に隠れて見えなくなるというのである。この主張は、サヴィニーが、占有の取得に必要な物の把握 (Apprehension) を、身体の直接的接触ではなく、その可能性の存在、つまり、象徴的行為と見ていた⁽³⁵⁾ ことと平仄が合う⁽³⁶⁾。こうしたサヴィニーの占有論は、事実上の、しかし、触れた途端に法的なものとなるような各人の自由や身体 (personne) の保護を論じることにあったと評価されている⁽³⁷⁾。

これに対して、トロロンが、先に見たように、占有に所有権とは独立した価値がないと述べたのは、取得時効が成立する場合だけでなく、占有権で保護される場合についても同様である。それは、フランスでは、1806年の民事訴訟法典23条が占有保持 (complainte) の訴えと占有回収 (réintégrande) の訴えを統合し、いずれについても出訴には1年間を超える期間の占有を要するとしていたからである。トロロンは、「占有権」、占有の「法的効果」などと呼ばれるものにもレトリック以上の内実はないというのである⁽³⁸⁾。

4 以上の2人の論者のうち、トロロンの議論と比較すると、オーリウ

(33) Savigny, a. a. O. (Anm. 32), 1. Auf. § 7, S. 33, 54-55; 7. Auf. § 7, S. 70, 94.

(34) Savigny, a. a. O. (Anm. 32), 1. Auf. § 7, S. 64; 7. Auf. § 7, S. 100-101.

(35) Savigny, a. a. O. (Anm. 32), 1. Auf. § 14, S. 146-51; 7. Auf. § 14, S. 206-211.

(36) カントは「外的な私のもの」に対する観智的な占有であって、現実的支配 (detentio—*potestas*/Gewaltとも表現される) なしで観念しうる *potentia*/Macht と理解しており、だからこそそれに対する侵害は私の自由に対する侵害であると考えていた (カント『人倫の形而上学』法論の第1部第1編第1-2節、第4-5節『カント全集11』(2002年、岩波書店) 66-68、69-72頁)。サヴィニーはカントほど現実的支配を退けていないものの、違いは決定的ではないとする評価もある (Jean-Marc Trigeaud, *La possession des biens immobiliers : nature et fondement* (Paris : Economica, 1981), n° 490)。

(37) Trigeaud, *op. cit.* (n. 36), n°s 355, 433.

(38) Troplong, *op. cit.* (n. 30), n°s 236-237, 305, 307.

は、占有に独自の法的価値を認めている点で、一見すると、サヴィニーと近いようにも思われる。そうしたサヴィニーに近い理解がフランスの通説であるとの評価⁽³⁹⁾は、オーリウの上記で引いたくだりにもそうした通念が見られるという解釈を可能にしよう。

しかし、サヴィニーが偶然的な事実それ自体に人格や自由の発現を見て、そこに規範的な意味を込めたと解されうるのに対して、オーリウの場合には、自由の規範的な価値は歴史的に変わりやすいからではなく、むしろ普遍的だからである。オーリウは、占有と本権、「紀律 (*droit disciplinaire*)⁽⁴⁰⁾」と確立した法とを対立させたことで知られる⁽⁴¹⁾。しかし、実力が分離され均衡をもたらすことによって正しい法による支配がもたらされるというのがオーリウの見方である⁽⁴²⁾。

この点で、オーリウの議論には、トロロンのそれに似た一面もある。トロロンは、「理念における諸権利（諸法）は消えることのない永遠のものであり、偶然的な (*contingent*) ものにのみ影響する時間が諸権利を揺るがすことができない。それは、時間が、神それ自体、すなわち、諸権利によって表現された普遍的かつ純粋な類型を侵しえないのと同様である」とする⁽⁴³⁾。所有権であっても普遍的な価値を反映したものであ

(39) Trigeaud, *op. cit.* (n. 36), p. 367. 占有が公序や公の平和の保護を目的としているとする理解に結びつくという (*ibid.*, n° 445)。

(40) *discipline, disciplinaire* には公務員法にいう「懲戒 (的)」の含意があり (Hauriou, *op. cit.* (n. 24), 1^{re} éd., p. 138 ; 2^e éd., p. 130, 131)、そのことの自覚も重要であるが、*ibid.*, 1^{re} éd., pp. 138-139, 141 ; 2^e éd., pp. 130, 133 で見られるようにオーリウは軍事紀律という広いテーマ (福田有広「共和主義」福田=谷口将紀編『デモクラシーの政治学』(東京大学出版会、2002年) 37頁以下を参照) につながる意味も込めているので、慣例に従って「紀律 (的)」と訳す。

(41) この点を知らしめた先駆的な業績が、磯部力「公権力の行使と『法の2つの層』——オーリウのデュギー批判に寄せて——」山口俊夫編『東西法文化の比較と交流』(野田良之教授古稀記念、有斐閣、1983年) 393頁以下である。

(42) 経験的な事実注目しつつも、一定の正しさの実現が可能であるという考え方は、オーリウの二面性を示している。そうした特徴は、自然科学をモデルとした社会学を志向しながら、熱力学に範を求め、静態的な均衡を好んだところに現れている (拙著・前掲注 (24) 156-160頁を参照)。

ると考えた上で、占有にはそこから独立した法的価値がないとしたのである⁽⁴⁴⁾。オーリウも、これと同じように、占有に法的価値があるとしても、それは究極的にはこうした普遍的な価値に還元されると考えるように思われる。それまでの間の仮の問題として、占有に論じるべき価値があるというだけであろう。

5 以上の補助線を引いて考えると、物に対する事実上の支配が問われるに値する場合とは、偶然的な事実独自の規範的な意味が認められると考える場合と、仮にそのように考えないとしても、究極的に何が普遍的な価値なのか、少なくともしばらくの間は判断しえないと考える場合であろうと思われる。

それを本論文の主題に引きつけていえば、法的に義務づけることで自由を制約しているかどうかとは別に、事実において自由に何事かを行えないようにするかどうかを検討する余地が生じるのは、まずは、偶然的な事実状態を守るべきであると考えられる場合であろう。オーリウのように、偶然的な事実が守られるかどうかも究極的には社会において何が正しいによって定まると考えるとしても、それが判然とするまでのしばらくの間は事実状態が保護に値すると考えるのであれば、同じように、事実上の制約の有無には論じるだけの独自の意義がある。

このように事実上の制約の有無の問題に理論的に独自の意義があるかどうかは、法と事実、実力との関係をどのように考えるかに依存するところがある。事実において自由に何事かを行うことの意義をふくらみをもって考えることもできるし、反対にトロロンがそうであるように、独自の意義がないという立場もありえないわけではない。事実上の

(43) Troplong, *op. cit.* (n. 30), n° 1.

(44) Mikhaïl Xifaras, « L'École de l'Exégèse était-elle historique ? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869), lecteur de Friedrich Carl von Savigny », in Jean-François Kervégan und Heinz Mohnhaupt (dir.), *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich* (Frankfurt am Main : Vittorio Klostermann, 2001), pp. 199-205.

制約かどうかは、制約を軽いものとみなしうるかどうかの問題ではなく、自由をいかに論じるかの問題であろうと思われる。

(本学法学部准教授)