HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	[北大法学論集 第57巻 第5号 全1冊]
Issue Date	2007-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/20494
Type	journal
File Information	lawreview_vol57no5.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 57 巻　第 5 号

論　説

不動産二重売買における自由競争と第三者悪意の認定
——比較法から見た中国法の課題—— …… 朱　曄　1
公企業と官僚制（9）
——戦時期・戦後復興期の営団・公団・公社——
…… 巣住弘久　61
反連邦主義との闘い（5・完）
——19世紀初期におけるアメリカ内陸開発政策の展開——
…… 櫛田久代　97
現代中国における「司法」の構造（4）
——厳打：なぜ刑事裁判が道具となるのか？——
…… 坂口一成　532[1]
台湾法での相続の過程における遺留分減殺請求の機能（2）
——特に日本法との対比で—— …… 黄詩淳　460[73]

シンポジウム

消費者法における公私の協働（1）
——実定法学のクロスロード——
……「21世紀法システム」プロジェクト　155
趣旨説明 …… 吉田克己　157
報告 1「貸金業規制法と私法秩序——業法（事業法）秩序の内部に存在する『特別私法』秩序——」
…… 潮見佳男　159
報告 2「消費者保護における刑法の役割」… 佐伯仁志　192
コメント …… 吉田克己　209
討論　220

研究ノート

私的空間という装置と法
——〈法と文学〉による日本プライバシー前史——
…… 林田清明　241
国民的独立のパトスとロゴス（3・完）
——ドモフスキのパトリオティズム1893-1908年——
…… 宮崎悠　400[133]
保護責任者遺棄罪における「保護責任」についての一考察（2）
…… 松原和彦　340[193]

雑　報

告　知

2007（平成19）年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷襄児（経済法）
五十嵐清（比較法）
石川武（法史学）
伊藤大一（行政学）
小川晃一（政治思想史）
小神原勝（行政学）
小暮得雄（刑法）
小菅芳太郎（法史学）
小山昇（民事訴訟法）
近藤弘二（商法）
實方謙二（経済法）
東海林邦彦（民法）
杉原高嶺（国際法）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
畠山武道（行政法）
深瀬忠一（憲法）
福永有利（民事訴訟法）
藤岡康宏（民法）
保原喜志夫（労働法）
松澤弘陽（政治思想史）
藪重夫（民法）
山畠正男（民法）

教授

池田清治（民法）
今井弘道（法哲学）
遠藤乾（国際政治）＊
大塚龍児（商法）
岡田信弘（憲法）
尾崎一郎（法社会学）
○小名木明宏（刑法）
倉田聡（社会保障法）
小森光夫（国際法）＊
権左武志（政治思想史）
笹田栄司（憲法）
白取祐司（刑事訴訟法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
空井護（現代政治分析）
高見勝利（憲法）
常本照樹（憲法）
道幸哲也（労働法）
長井長信（刑法）＊
中村研一（国際政治）＊
中山博之（刑事実務）
林菜つみ（刑事実務）
林田清明（法社会学）
稗貫俊文（経済法）
人見剛（行政法）
藤原正則（民法）
古矢旬（政治史）
松浦正孝（政治史）
松久三四彦（民法）＊
宮本太郎（比較政治経済）＊
宮脇淳（行政学）＊
村上裕章（行政法）
山口二郎（行政学）＊
○山下龍一（行政法）＊
山本哲生（商法）
吉田克己（民法）
○吉田邦彦（民法）
亘理格（行政法）

特任教授

辻康夫（政治学）＊
田中宏（法実務基礎）
田村智幸（法実務基礎）
森邦明（民事実務）

客員教授

青木博通（知的財産法）

助教授

曾我朝子（日本法制史）
桑原恒芳（比較法）
新堂明子（民法）
中川寛子（経済法）
深町晋也（刑法）
藤谷武史（行政法）
堀口健夫（国際法）
眞壁仁（日本政治思想史）
水野浩二（法史学）
山崎幹根（行政学）＊
横溝大（国際私法）
吉川樹（民法）
吉田徹（ヨーロッパ政治）
吉田広志（知的財産法）

講師

宮本融（国際政治）＊
朱曄（比較法）
ミヒャエル・ブルチャー（政治思想史）

助手

石川敬史（政治史）
遠藤泰弘（政治思想史）
高影娥（民法）
黄詩淳（民法）
押見善久（労働法）
倉田賀世（社会保障法）
菅原寧格（法哲学）
池炫周（政治学）
辻信幸（憲法）
マイケル・S・ウッド（日本政治思想史）

雑誌編集委員　○印
＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論　説

不動産二重売買における自由競争と第三者悪意の認定

――比較法から見た中国法の課題――

朱　曄

目　次

一．はじめに
二．中国法の現状
1．物権変動の理論状況および物権法審議草案の規定

2. 不動産二重売買発生の問題状況
3. 不動産二重売買の紛争をめぐる事例の検討
三. 比較法上の解決法
1. ドイツ法の場合
2. フランス法の場合
3. 日本法の場合
4. 比較法における共通点
四. 中国法上の課題
1. 従来の制度の問題点
2. 事前の防止策
3. 事後の解決策
五. むすびに代えて―中国の登記の現状からみた仮登記の役割

一. はじめに

周知の如く、日常で頻繁に行われる動産売買とは異なり、不動産の売買には一定の特殊性が内包されている。すなわち、通常不動産が高価であるがゆえに、一般人にとっては、その購入は一生一度となるかもしれない。さらに、不動産所有者からすると、現在利用している不動産は生活する上で欠かせない基盤であり、彼にとってこれを保持する重要度は極めて高い。したがって、不動産の帰属をめぐる紛争解決は、現実に不動産を占有・利用している者を保護すべきだという政策的要請を無視することが出来ない。

他方、不動産紛争の中で、二重売買は洋の東西を問わず各国において生じうる重要な問題である。この問題は物権変動理論と密接に連動しており、債権と物権が交差する領域であり、民法全体の構造にも深く関連している。したがって、それぞれの国において、物権変動に関する民法上の基本規定が異なっていることを反映して、その紛争解決の理論的構成には若干の相違が存在している。とはいえ、このような違いは理論的な整合性を説明しようとする産物であるに過ぎず、各法律構成間の差異以上に、本質の価値判断には一定の類似性が潜在していると言えよう。

つまり、近代立法において、各国では徴税目的あるいは不動産物権に排他性を持たせるために、不動産の登記制度を導入しているが、特定物債権または不確定的物権を補強する役割を果たす不動産登記の効力は同一ではない。そのため、理論上物権変動の効果が発生する時期にも差が生じている。さらに、不動産登記にどれほどの公信力を付与するかが法規定により異なるため、登記を取得した第三者の権利を保護する程度にも差が生じている。したがって、これらの諸要素が存在するがゆえに、同質の不動産二重売買の問題解決において、その法律構成に差異が現れるようになっている。しかし、このような差異が存在しているとはいえ、不動産の二重売買あるいは二重譲渡が行われる際に、実質的に第二契約の効力をいかなる範囲内で容認すべきなのかは、契約の自由、および市場経済の基本原則ともいえる自由競争の原理をどのレベルまで尊重するかに帰着する。この意味において、不動産の所有権をめぐって第一買主と第二買主との利益が衝突する際、第三者である第二買主はその行った行為にどれぐらいの反倫理性を具備すれば、自由競争の範囲外の者として除外されるべきなのかが問題の中核であり、法政策的価値判断の境目であると理解することができる。したがって、不動産の所有権を争う両当事者を自由競争させるべきだと考えるならば、最も重要なのは、判断基準の曖昧さを払拭し、各自の守備範囲を明確にすべきではないかと思われる。

中国においては、二〇〇五年七月に物権法審議草案が正式に公布され、草案の内容に対する意見が公開募集されるよ

うになった。しかし、財産の移転を規定する物権法の創設は社会イデオロギーに密接に関わっており、社会主義国である中国ではこの問題が特に顕現するようになっている。そこで、ある学者の猛烈な批判を契機に、草案は最終的な審議にいたらず、その採択の一時中断が余儀なくされた[1]。とはいえ、市場経済を円滑化させる物権法の役割が普遍的に認識されている中国では、近い将来、民法典制定作業の一環としてその中核部分である物権法が樹立されると思われる[2]。また、草案においては物権変動に関する基礎的な理念が確定されており、そのため、再審議の過程における内容変更は、一部の学者から指摘されたイデオロギーに関連する問題を技術的に解決するとしても、その中核部分は変更される可能性が低いと予想される。以上のような状況から、現段階では中国における物権法基本原則の輪郭がすでに明瞭なものとなっていると言えよう。

本稿では、まず、「二．中国法の現状」において、中国における物権変動論の状況、および物権法審議草案で確定された物権変動論の基本構造を整理したい。これは不動産二重売買の問題解決の法律構成に直結するからである。そして、中国における二重売買の多発する背景をまとめ、実務では不動産二重売買の紛争がどのように処理されるかを紹介し、処理上の問題点を分析する。次に、「三．比較法上の解決法」においては、同様な問題の各国での解決方法を比較することにより、潜在している共通の原理を鮮明にしたい。そして、二〇〇七年に中国物権法の樹立が予定されているため、審議草案で確立された原則を念頭に置きつつ、「四．中国法上の課題」において、比較法から得た示唆をもとに、中国でも多発する不動産二重売買につき、その紛争予防対策および事後の解決方法という両面から具体的な検証を試みたい。

二．中国法の現状

1．物権変動の理論状況および物権法審議草案の規定

（1）物権変動に関する論争を促進させた背景

従来、中国民法は旧ソ連法の影響を受けており、イデオロギーの問題に関する制限が存在している。このような背景の中で、そもそも物権自体が社会主義体制と相容れないため、物権法をめぐる議論は空白に等しい状態であった。しかし、一九九〇年代に入ってから、中国における市場経済体制が徐々に定着してゆくことになる。とりわけ、一九九三年憲法の部分改正により、社会主義市場経済の原則が明確になり、社会の需要に適合した民事法の整備が欠かせなくなった。こうした体制変動が契機となり、民事立法に拍車がかかっただけではなく、民法典制定に関する動きも見せ始めた。(3)

そこで、二〇一〇年までに中国の社会主義市場経済体制に適合する法体系を整備する立法目標が、一九九七年の中国共産党第一五期大会第三回全体会議及び一九九八年の第九期全国人民代表大会第三回会議において樹立された。この立法目標に従い、民事法の中核内容とも言える物権法規定をめぐる議論は、急激に活発化するようになった。(4)その数多くの研究成果は、貧弱だった物権法理論を補強する役割を果たした。(5)また、全国人民代表大会常務委員会法律工作委員会の依頼を受け、民法学者は物権法起草グループを結成し、各グループの考えを反映させた物権法草案、いわゆる学者試案を作成している。(6)

もちろん、本稿の分析が深く関与している物権変動理論についても、中国の民法学界では諸外国の制度を参照しながら大いに議論されている。ただ、本稿の一番の関心は、物権変動理論が確立した後、こうした原則の下で不動産二重売買の争いをどのように未然に防ぎ、いかなる理論的構成により解決すべきかにある。したがって、以下は、物権変動に関する基本理念を、中国の主流的な考えではどのように理解されているかを中心に、その再確認と要約に止めたい。(7)

（2）理論的状況の整理

A．中国学者の見解

言うまでもなく、物権変動論を論じる際に、ドイツ民法を起源とする物権行為の概念に言及しなければならない。さらに、これと関連する物権行為の独自性・無因性の問題をも議論する必要がある。これらの問題は、一九九〇年代から論争が展開され、近時の物権法審議草案の公布と同時に終止符を打たれたと言えるが、その主な見地は以下の三つに大別することが出来る。

まず、経済活動の促進を理由に、動的安全を優先すべきだとして、ドイツ民法の物権変動無因性理論を全面的に継受する見解が存在する。[8] 次に、中国の不動産登記制度の不備を懸念し、国家行政機関の負う責任を軽減すべきだとして、自己責任原則のもとで、不動産取引を行う際、取引関係に入ろうとする当事者に一定のリスクを分担させるべきだとする観点がある。[9] この説によれば、日本のように登記対抗要件主義を採用すべきだと主張している。さらに、オーストリア法やスイス民法で採用された法規定をモデルに、登記効力発生要件主義という制度を導入すべきだとする見解があり、後に物権法審議草案で採用されるようになった。[10] それでは、はたして中国の通説が採用している原則はどういう意味合いを含んだものであるのであろう。この点については、やや立ち入った分析が必要だと思われる。

B．原則の分類

通常、物権の変動を論じる際に、直ぐに目に浮かぶのは二つの対立する立法例である。すなわち、ドイツ法が採用している形式主義と、フランス法あるいは日本法が採用している意思主義である。前者は、所有権を移転させるには、債権契約以外に引渡しまたは登記、および合意（Einigung）を備えた物権契約が要求される。これに対し、後者は、取引をする当事者間の債権契約が成立すれば、その効力のみにより売買目的物の所有権が変動する。大陸法系の現行制度を

鳥瞰すると、不動産物権の変動に関する制度は次のように分類できるとされている。

すなわち、スイス物権法における登記制度を詳細に検討している鈴木禄弥教授は、フランス法ないし日本法が採用している①意思主義以外に、現行ドイツ法が採用している②実質的合意主義（das materielle Konsensprinzip）と現行スイス法が採っている③登記法上の形式的合意主義（das formelle Konsensprinzip）とを明確に区別している。[11] さらに、鈴木禄弥教授は②と③、そして過去存在していた④形式的効力主義（Prinzip der formellen Rechtskraft des Grundbuchs）との相違点を強調している。[12]

また、原島教授は以上①②③の概念をそれぞれ、契約主義（Vertragsprinzip）もしくは合意主義（Konsensprinzip）、物権的合意主義（Einigungsprinzip）、登記主義（Eintragungsprinzip）と称している。[13]

以上のように名称が違うのは、両教授の強調する側面が若干異なるためであると筆者は理解している。[14] すなわち、原島教授は日本で理解されている形式主義の再認識を喚起することを、念頭に置いている。これに対し、鈴木禄弥教授は、登記主義と成立要件主義が基本的に同質なものであると理解した上で、それに内包される各様態においては、有効な原因行為・債権行為の存否が、物権変動の効力にいかなる影響を与えるかに関心があったと思われる。[15] したがって、原島教授は、各場合の合意の意味をより明確にするために、②と③の概念を定義付ける際に、意識的にKonsensprinzipという語彙を選択しなかったのではないかと推測する。

以上のような検討によれば、両教授は、各原則を定義する際に用いた表現には差異があるものの、実質的には同様な分類をしていると言えよう。これをふまえると、次のようになる。不動産所有権変動のプロセスをみると、①によれば、債権契約における合意のみにより所有権が移転する。②においては、理論上、債権契約、物権契約、登記という三要素を具備しなければ、所有権は変動しない。[16] ③のもとでは、債権契約と登記を、権利移転の要件としている。とりわけ、

②と③との差を強調すれば、所有権が変動することを目的とした単独の法律行為、すなわち、物権契約を要求するか否かという点において差異が生じる。(17)

C. 中国の通説の再確認

翻って、中国の通説的な見解を確認すると、次のように要約することが出来ると思われる。

中国の主流的な考えは、登記法上の形式的合意主義あるいは登記主義を基本的に採用している。すなわち、不動産物権を変動させるには、債権契約および登記で足り、独立した物権契約を必要としないとする。しかし、中国法において物権行為概念を承認すべきか否かについては、その理論状況が必ずしも安定しているとは言えないところに注意する必要がある。従来、物権行為の独自性・無因性を含め、物権行為自体をも否定する考えが中心的であった。この考えのもとでは、登記は債権契約の履行行為にすぎず、登記が行われなければ物権変動の効力が発生しない。そして、契約が取消あるいは無効になった場合、物権変動は無効になるが、善意取得の原則によりその要件を満たした第三者のみが保護される。(18) 近時、裁判実務上の混乱を正すため、「物権変動と原因行為の区分原則」を確立する必要があると強調されるようになった。(19) この「区分原則」は、日本で理解されている、物権行為およびその独立性を承認した上で無因性を否定することを意味するか否かが不明である。(20)

日本での独自性を否認する通説は、物権行為の形式を必要とする制度が存在しなければ、独自性を認める実益がないと考えている。(21) また、物権行為に条件をつけることが許されないドイツ法では、原因関係である債権契約と物権行為を完全に切断するためには、無因性を承認する必要性があると理解されている。(22)

確かに、中国では、有効な債権契約を物権変動の必要要件とすれば、無因性を否定することになり、物権行為およびその独自性を論じる必要性は乏しくなる。そのため、スイス民法のように「原因行為と物権行為を明確に区別せず」(23)

という結果が生じる。しかし、不動産所有権の譲渡については、登記が物権変動の効力発生要件であるとする以上、ドイツ法の形式主義に近い制度を採用したと言えよう。債権行為に対し物権行為を別個独立のものと観念することは、少なくとも将来民法の解釈においては、功を奏するであろう。

ただし、いずれにせよ、中国においては、有効な債権契約が存在しない限り、物権変動が生じない、いわゆる有因主義的な手法が採用されたと言えよう。また、このような原則の下では、同一の不動産の譲渡につき、二つの契約が締結された場合、最初に所有権移転の登記を具備した買主に物権が移転する。

以上で確認したように、中国の通説は、いわゆる有因主義を採用している。それでは、なぜ中国の通説は有因主義の採用に固執するであろうか。無因主義を採用したドイツでは、登記申請を受理した登記官は、物権変動の存否を確認する場合に、物権変動の基礎である原因関係の詳細をチェックする必要がなく、物権行為が存在した事実の有無のみを審査すればよいと言われている[24]。そのため、登記官吏の負担が軽減される反面、売買契約のコントロールを放棄するという結果を招く。他方、中国は市場経済制度を導入しつつあるとはいえ、不動産取引につき、実質的審査により行政管理を実現しようとしている。したがって、「国家的監督」を重視するがゆえに、必然的に実質的審査を基礎とする有因主義を採用する、との指摘がある[25]。

しかし、有因主義を導入した場合、次のようなことを認識しておくことは非常に重要である。すなわち、仮に登記公信の原則を採用しなければ、無因主義と比較すると、有因主義の場合は、登記と実際の権利関係とが一致しない可能性が多いため、動的安全を害するおそれが大となる。中国の有力な学説は、登記制度の完備により、登記に公信力を与えようとする。しかし、後に分析するように、中国の現状を勘案すると、まったく楽観視出来ない状況にあると言っても過言ではない。だとすれば、登記はすでに移転されたにもかかわらず、物権変動は依然生じていないという事態の発生

を、出来る限り何らかの措置により防止しなければならない。

（3）物権法審議草案における物権変動理論の反映

A. 条文の内容

まず、二〇〇五年七月に公布された審議草案において、不動産の物権変動につき、どのように規定しているかを確認したい。[26]

本草案の第九条は、「不動産物権の設立、変更、譲渡および消滅は、登記しなければならない。登記が行われない場合は、物権の効果が発生しない。但し、法律に別の規定がある場合を除く」と定めている。

第一四条は、「不動産物権の設立、変更、譲渡および消滅につき、登記をしなければならない場合、その効力は、不動産登記簿に記載された時に発生する」と規定している。

第一五条は、「当事者間で締結した不動産物権の設立、変更、譲渡および消滅に関する契約は、法律に別の規定がある場合、又は契約に特約がある場合を除き、契約が成立したときに効力が発生する。物権の登記が行われなかった場合には、契約の効力に影響しない」とする。

B. 内容の確認

条文の詳細をみると、審議草案は、上述の通説を採用し、基本的に物権・債権峻別の法的構造となっていると言えよう。

すなわち、本草案の第九条および第一四条は、不動産の登記を物権変動の効力発生要件と規定している。これに従えば、当事者間の債権契約は不動産物権を変動させる一要件に過ぎず、登記が行われて、はじめて所有権が登記名義人に

移転する。

また、第一五条は、物権変動の原因行為である債権契約の効力発生時期を明確にしており、同条後段によれば、仮に物権変動の効力が発生しない場合においても、債権契約の効力に何らの影響も与えない。すなわち、学界では物権行為およびその独自性を承認するか否かについて、統一の結論に至っていないが、少なくとも、審議草案は基本的に「区分原則」を導入していると理解することができよう。

2. 不動産二重売買発生の問題状況

中国の実態をみると、不動産の二重売買という問題が頻繁に生じるようになっている。その多発の理由として、以下のような社会的背景が存在していると考えられる。

第一に、その根底には近時不動産価額が高騰する一方という社会状況が存在する。つまり、中国の沿海地域に位置する都会では、九〇年代後半に入ってから、不動産の価額が急激に上昇し始めるようになった(27)。これを契機に、各地方都市においても、不動産が値上りし、結果的に全国規模の不動産への投資ブームを迎えたと言えよう(28)。こうした状況の中、不動産の所有者である譲渡人は、第二契約の締結により、より多くの利益を獲得しようという考えを持つようになった。したがって、こうした社会的背景が二重売買を多発させる引き金となったと考えられる。

第二に、中国では譲渡人が第二契約を締結することができる土壌が存在するという点が挙げられる。具体的にいうと、中国の登記実務では、不動産の権利登記が行われると、当該不動産の所有権権利証書、いわゆる登記済権利書が新たな所有権者に交付される。法的専門知識を有しない一般人の感覚からして、この権利証書は行政機関が発行したものであ

るがゆえに、これに絶対的な効力があると誤認してしまい、また、公的な国家機関が発行した権利証書を保有さえすれば、不動産の物権が本人に移転し、これをもって他人に対抗できると思い込んでしまう。したがって、第一契約の履行として権利証書が買主のところに引渡されると、第一買主が安心して登記移転を怠ってしまう傾向がある。ところが、実際には、権利証書の再発行が容易に行われるため、売主は、権利証書が紛失したと偽称して、登記簿上の内容が記載されている新権利書を、登記機関から簡単に入手できる。これをもって、売主は、第三者たる第二買主を信用させ、新たな契約を締結するのである。また、第二契約の履行たる名義変更の段階においても、権利証書を提示していれば、何らの難問なく登記が移転される。この権利証書への過度の信頼、および厳格でない権利証書再発行制度は、売主が恣意的な行為を容認する温床を創り出していると言えよう。

第三に、中国では、不動産開発業者は、国有土地の使用権を購入し、分譲マンションを建設する場合には、地方の行政法規により、開発業者に「初始登記」が義務づけられている地域がある。これを受理した政府機関は、土地の利用状況や建物の品質などを査検し、「初始登記」を行う。また、「初始登記」が完成する前に、各家屋購入者が取得する区分所有権の登記はできない[29]。すなわち、分譲マンションが市場に流入する前に、政府は「初始登記」により最終的な行政検閲を図ろうとしている。

したがって、不動産開発業者は、「初始登記」が完了していないことを理由に、第一買主への登記移転を拒否するという事態が発生する。そして、売主たる開発業者はこうした要因で登記が移転されていないことに便乗し、第一契約を破棄するとともに、より高い値段で第二買主に譲渡する可能性が生じる。「初始登記」を起因とする不動産の二重売買は、中国の独特の社会状況を反映したものであり、不動産への行政管理の色彩が強く残っていることを示している。

第四に、国有土地使用権の設定契約のような高額の取引においても、二重売買に類似する紛争が行われる可能性があ

ることを指摘しておきたい。[30] ただし、この場合の問題の発生状況は、個人・法人間で行われる取引の場合とは異なるという点に注意する必要がある。つまり、国有土地使用権の設定契約においては、通常、所有権者である国（具体的には各級国土資源局）が使用権の設定者であり、売主に該当する地位にある。そこで、国有土地使用権譲渡の現状をみると、さまざまな問題を抱えている。まず、土地使用権の設定契約を締結するに際、汚職事件が頻繁に生じている。たとえば、土地使用費を安く設定する、あるいは特定の業者との契約を優先させる代わりに、賄賂を受取るような事件がしばしば発生する。[31] したがって、汚職事件を防ぐために、上級行政機関は、土地使用権設定契約にたいし制限を設けるなどの手段を通じて、監督を図ろうとする傾向がある。そのため、下級行政機関が所定の権限を超え、締結した契約の効力を認めず、その結果、新たな契約が生まれる可能性がある。[32] 次に、土地管理部門である国土資源局は、使用権取得者がすでに存在しているにもかかわらず、第三者に使用権があると判断し、国有土地使用証書を交付することが見られる。[33] これらの問題は、土地使用権設定に関する制度構造上の問題であり、国家賠償法にも関連しているが、元来の二重売買問題とは次元が異なっている。本稿では、中国の不動産紛争を複眼的に観察できるように、問題発生の現状として、これらは紹介だけに止めておく。

以上では、中国における不動産の二重売買を促進させた主な理由を簡単に整理してみた。次に、不動産二重売買の紛争をめぐって、裁判での実際の解決方法を検討したい。

3．不動産二重売買の紛争をめぐる事例の検討

（1）事実の概要[34]

被告Aは、二一〇平方メートルの土地の使用権を有している。また、当該土地につき、五階建のビルの建設を許可されている。一九九八年五月二一日、Aと原告Bは、以下の内容の契約を締結した。①Aは、ビルが完成したとき、その東向きの二階部分の家屋を、一平米につき四二〇元の価額でBに譲渡する。②Bは、ビルの工事が始まる前に、Aに二、〇〇〇元の手付金を支払い、建物竣工後、二〇、〇〇〇元の支払いをする。③残りの売買代金は、不動産の登記名義を変更した後、Bに不動産権利証書を引渡す際に、Aに支払う。

建物完成後、Bは、約定の二二、〇〇〇元だけではなく、税金および一部の売買残余代金、合計三三、九二三・五元を、Aに支払った。(登記名義人が変更される前に、Bが期限の利益を放棄し、Aに税金および一部の残余代金を支払った理由としては、恐らくBが早期の入居を望んでいたと推測される)。一九九九年一二月、Bは、購入した家屋の内装を行ったあと、入居し始めるようになった。後に、BはAに名義変更手続きの同行を求めたところ、Aは、契約の目的物である家屋はすでに被告Cに売り渡し、且つ、一九九八年一二月八日にその登記を移転したことを、Bに告げた。また、Cは家屋の登記名義人になってまもなく、D金融機関から融資を受けるために、当該家屋につき抵当権を設定した。こうした状況の中、Bは家屋の本人名義への登記移転が出来なくなった。そこで、Bは、契約を履行しており、その上、家屋を内装して現に入居していることを理由として、本人に家屋の所有権があると主張し、提訴した。

(2) 判決の概要

人民法院は以下のように認定して、判決を下した。

民法通則の規定は、原則的に財産の所有権は財産が引渡される際に移転すると定めている。本件では、原告Bは、契約に基づき自己の義務を履行しており、かつ、家屋を内装し入居している。そのため、事実上、Bは家屋の所有権を有

している。したがって、Aは契約で定めた義務を履行しなければならず、約定通りに原告Bのために登記を移転し、所有権権利書を取得させなければならない。

他方、AとCが登記移転を申請した際に、契約書およびその他の証明書を提示していなかった。また、Aが、Bに隠し立てして、他の被告Cとの間で行われた登記移転行為は、真正権利者Bが有する家屋の所有権を侵害している。したがって、この行為は詐欺行為であり、最初から無効のため、Cが違法に取得した所有権権利証書も無効である。

以上のような理解のもとで、人民法院は、民法通則の第五八条、六一条、七二条[35]の規定を適用したうえ、家屋の所有権はBが有し、また、Bは残余代金一〇、〇八六・九元を被告Aに支払うとする判決を下した。

（3）分析

以上の裁判例の事実概要をみると、これは代表的な不動産二重売買を起因とする紛争である。また、この事案は不動産転得者が現れた典型例ではないが、不動産所有権の帰属により、その利益が大きく左右されかねない抵当権者が出現した事例である。すなわち、売主は第一契約を締結し、その履行として不動産を第一買主に占有させた。しかし、売主は第二契約により売買目的物の登記を第二買主に移転した。そして、第二買主の借入により、当該不動産の抵当権者が現れた。

提訴を受理した地方法院は、民法通則の七二条の理解として、不動産への占有は所有権移転効力の発生要件であると基本的に認識していた。これを念頭に、民法通則の五八条の条文を持出し、売主と第二買主との登記移転行為自体が詐欺行為に該当することを理由に、その登記を無効とした。その結果、事案では、第一買主に所有権があると認定し、本人名義への登記変更を許している。

しかし、地方法院の判決には以下のような問題点が存在しているように思われる。

第一に、地方法院裁判官の不動産における物権変動理論に対する認識の問題である。すなわち、上述のように中国の通説的な見解では、不動産の所有権は登記が移転すると同時に変動すると考えている。しかし、本件の場合では、不動産所有権の変動時期は、動産のそれと同様に認識されているため、不動産の占有が移転されれば、その所有権も移転するとしている。これは、物権変動理論への認識不足に起因するものであり、これを前提にすると、登記の役割が否定され、不動産紛争解決における法的構成の混乱を誘発する恐れがある。

第二に、不動産が二重売買された場合、その処理にも問題がある。すなわち、通常登記を具備している第二買主を失権させるかどうかは、その主観的様態が判断の基準となる。したがって、第二買主の契約行為に十分な反倫理性が存在していれば、このような行為は自由競争の範囲から逸脱したものとして、第二買主は不動産の所有権を失う。ところで、本件では第二買主の主観的事由が明らかにされておらず、詐欺行為による無効という判断は、第一買主が不動産の占有により所有権を取得したとする前提から由来した。換言すれば、占有による所有権の取得⟶第二買主への登記名義変更が無効⟶第二契約の無効という判断の構造が存在している。また、実務では、第三者が登場しなかった事案においても、登記名義変更手続きが完了していない場合には、売主が翻意するときに、売買契約である原因行為を無効にした上で原状回復させる、とする判決が頻発している[36]。中国の実務においてこうした解決の仕方が採られている理由は、恐らく一部の裁判官が物権変動理論を十分に認識していないためであり、このことから原因行為である契約関係と物権変動を混淆し、契約の履行である登記移転が不完全の場合に、契約を一種の違法行為とみる、といったような誤った判決を生じさせていると考える[37]。

第三に、本案では、第二買主が不動産の登記を取得した後、同不動産に抵当権を設定していた。こうした場合、第一

買主に復帰した所有権に付随する抵当権は有効なのか、それとも無効とされ、第二買主に対し抵当権者が一般債権者となってしまうのかといった点を、裁判官は考慮しなければならない。しかし、不動産の所有権変更に利益が深く関わる抵当権者の処遇については、本案ではまったく言及されておらず、その法律構成についても明らかにされることはなかった。しかし、その価値判断は、本案においてのみならず、不動産の転得者が生じた場合においても、類似性を有しており、非常に重要であろう。

以上のような中国実務上の誤りを念頭に、次の章では各国における不動産二重売買の紛争解決方法、およびその価値判断における共通性を考察してみたい。

三．比較法上の解決法

本稿による各国の紛争解決策の比較は、各処理方法に内包される共通認識を導き出すことを目的としている。したがって、各詳細には立入らず、その概括に止めることにしたい。また、今回その比較対象をドイツ法、フランス法および日本法に限定することには、次のような理由がある。まず、上述のように、中国の通説および物権法審議稿草案は、物権・債権峻別という基本構造を採用している。そこで、ドイツ法は物権行為理論の発祥地であり、その法制度のもとでは、不動産登記を完了していない段階において契約者は単に特定物債権者に過ぎない。したがって、ドイツ法における問題解決の法的構成は中国においても導入することが出来よう。次に、有因的な法制度を採用しようとする中国は有効な契約を物権変動の要件とするため、債権契約のいかんは所有権の変動に直接影響を及ぼす。この点においては、フランス法に類似している。さらに、日本法は、パンデクテン方式を採りながら、意思主義を原則とする条文を導入しているが

ゆえに、詳細且つ多岐な解釈および議論が行われている。したがって、こうした日本法の緻密な分析も、今後の中国法の解釈作業に非常に役に立つと思われる。

1．ドイツ法の場合

プロイセン一般州法においては、二重売買が行われる場合、第二買主が悪意であれば、第一買主はjus ad remという追及権により第二買主を失権させることができた[38]。これに対し、現行のドイツ法では、登記成立要件主義を採用しているため、不動産所有権は登記が了する前に第一買主には移転せず（八七三条）、第一買主は売主に対し特定物債権しか有しない。したがって、第一契約により所有権が第一買主に移転することを前提とする二重譲渡が生じ得ない。そこで、所有権が第二契約の履行により移転し、第一契約の実現が不可能となった場合、第一買主を悪意の第二買主に優先させるには、特定物債権への侵害が不法行為として成立するか否かが問題の焦点となる。さらに、不法行為に関する条文の構造から、どの条文が適用されるべきなのか、またいかなる要件を満たせば、第二買主が不法行為者に該当するかが議論の中心となる。こうした議論は、保護される法益によりその要件上の差異を設けられていることから起因するものである。つまり、周知のように、ドイツの不法行為法には複数の条文が存在しており、いわゆる二元的構成を採用している[39]。この規定の様態は議論の展開に深く関わっていると考えられる。

若干具体的に言うと、ドイツ法八二三条一項は、不法行為法の原則を規定しており、故意・過失および権利侵害という二重の要件を定めている。そして、同条には「その他の権利」という文言が存在するため、相対的効果しか有しない債権がこれに内包されるか否かをめぐって議論がある[40]。すなわち、「債権帰属の絶対性理論」を用いて、債権を八二三

条一項でいう「その他の権利」に取入れようとする有力な考えが存在するが[41]、判例は一貫して物権のような絶対性を有する権利のみ、八二三条一項の保護対象となるとしている[42]。したがって、こうような考えのもとで、不法行為的構成により債権への侵害を認める前提は、八二六条でいう故意による良俗違反という要件を満たさなければならないこととされている。

また、良俗違反に関しては、単に第三者が他人の債務不履行に関与・協働というような契約違反への誘導だけではなく、その行為に倫理的に非難すべき特別な事情が存在して、はじめて成立する。この点に関しては、同様に登記成立要件主義を採用しているオーストリア法において、第一契約の存在につき悪意または有過失の登記済第二買主に対しては、第一買主は自己の権利を主張しうるとされている[43]。両国における処理上の差異は、主にドイツ法における不法行為法規定の様態から起因するものであるとの指摘が存在する[44]。

ところで、判決はこの反倫理性を認めるには、「計画的協働」、また「共謀的協働」が必要だと強調しているもの[45]の、実際の処理においては第二買主が単なる悪意、すなわち第一契約への認識がある場合にも、不法行為の構成を認めている[46]。また、第二買主が良俗違反の行為を行ったと認定される場合、不法行為による損害賠償の効果が問題となるが、判例は、二四九条で規定する原状回復の原則に基づき、第一買主の直接の引渡請求を容認している[47]。

ここで、ドイツ法上の解決方法の整理を通じて、以下のようなことを確認することができる。第一に、磯村教授が指摘する、「ドイツ法における第一買主の保護は規定の構造から予想されるほどに例外的・限定的なものではないことを看過すべきではない[48]」という点である。換言すれば、八二六条の要件より特定物債権侵害から生じる不法行為の認定は非常に困難であるとみられ、また、判例・多数説は、理論上の債権・物権の対置的構造を非常に重視し、原則的に第二買主の失権要件を厳格に認定しようとしている。しかし、実際の解決おいては、その認定が必ずしも限定的に行われ

ているとは限らないと言えよう。第二に、二重売買の第一買主を、良俗違反の財産侵害を根拠に、弾力的な処理により保護する際に、第一契約の拘束性をどこまで尊重すべきか、および自由競争の範囲をどこまで限定すべきなのかという政策的判断に帰着している。第三に、ドイツ法のように損害賠償の効果を金銭賠償原則とせず、原状回復を原則とする場合は、第一契約者による直接引渡請求権が認められる可能性が十分存在する。

2．フランス法の場合

日本法の母法であるフランス法においては、意思主義および登記対抗要件主義を採用しているため、理論上は、契約が成立すると同時に不動産所有権が移転する(49)。ただし、注意すべきは、日本法と比較すると、フランスでは、古い慣行から変遷してきた公正証書制度が存在するがゆえに(50)、次のような特徴が存在する。つまり、不動産売買当事者の意識では、公正証書を作るときまでは売買契約は成立せず、公正証書作成の時の合意が売買契約であり、公正証書作成までの合意は、前契約或いは予約と考えられていると指摘される(51)。これによると、フランス法における不動産物権変動の時期は一定の制限を受け、比較的に明確になっていると言えよう。また、フランス法には、第三者の善意・悪意に関する規定が存在しないため、対抗要件主義における第三者の主観的要件をめぐる問題の解決は、判例・学説に依存している。

（1）「フロード（fraude）」の協働者排除論

フランス法では、一九六八年破毀院判決が現れるまではフロードの法理が維持されていた。通常、フロードとは、形

式的には適法であるが、その行為は法律または契約から発生する義務規則を逸脱する行為であるがゆえに、その行為への反道徳性の評価であると考えられている[52]。しかし、「フロードはすべてを破る（fraus omnia corrumpit）」という伝統的な考えにおいて、問題とされるのは締結した契約に対し履行義務を負う売主の行為である。したがって、第一契約の履行義務を負わない第二買主に売主同様の責任を負わせるために、「共犯（complicité）」の理論が用いられたがゆえに、判例に対して「フロードの協働」を要件としていると指摘されている[53]。こうした理論のもとで、不動産二重譲渡が生じた場合、第二買主は単に第一契約を知ることにより悪意が存在するだけでは、登記の効力が排除されないようになっている。第一買主の権利を奪う目的で、詐欺的操作による売主と第二買主との協働が認定された場合、はじめてその登記の効力が否定される。すなわち、「フロード」的行為へのサンクションとして、第二契約が無効となり、第二買主が登記を具備しても第一買主に対抗不能という効果がもたらされる。以上のような理解からすると、フロードの協働者排除論は、いわゆる背信的悪意者排除論に相当する。

しかし、単なる悪意とフロードとの差異は理論上存在するが、実際その境界線は明確ではなく、両者の区別を認定することは容易ではないと考えられている[54]。そして、各判例の判断を考察すると、区別の困難さはより浮き彫りにされる。判例では、当初から第二買主の悪意以外の事実を特に認定せずフロードを認めた判決が存在していた[55]。後に、単なる「悪意」と「詐害的協働」との区別を明らかにしようとしたが[56]、しかし、第二買主が詐欺的操作により第一買主に処分権があることを誤認させ、すなわち第二買主のみのフロードが存在していた場合においても、「詐害的協働」を認定する判例も現れた[57]。以上のような紛争の解決を勘案すると、一九六八年判決以前は、破棄院の理論に一貫性が保たれていたとは言い難い。

また、善意転得者の処理に関しては、フロード理論においては、フロードがすべてを破るため、フロードを基礎とす

る第二買主の権利取得は無効となり、これの転得者が善意であっても保護を受けられない。[58]

（2）「フォート（faute）」法理―民事責任説への移行

以上のような問題状況の中、一九六八年三月二二日の破毀院判決[59]は、理論構成の転換を示していた。本判決は不法行為に関する規定―一三八二条[60]を引用し、「フォート」[61]ある第二買主が謄記を完了したとしても、その優先的効果を認めず、謄記から生じる権利を否認した。すなわち、この判例の根底には、契約はすべての第三者によって尊重されるべきであるため、契約の存在を知りながらあえてそれを侵害した場合、「フォート」があると言わざるを得ず、その行為は不法行為であるという価値判断があると窺える。また、本判決の意義は、売主と第二買主との協働を要求しない点、民事責任の法理を採用することにより単なる悪意の第三者も登記の効力を主張し得ない点、および善意転得者は保護する旨を示唆する点にあるといわれている[62]。しかし、本判決以前の判例実務を勘案すると、フォート説（民事責任説、不法行為説）確定の実質的な意義は善意転得者を保護する余地を残したところにあるのであろう。

そこで、一九六八年判決以降、この判決がもたらした理論構成の変化を受けて、民事責任説を踏襲した判決が出されるようになり[63]、民事責任説に対する補足的な判決も下された。第一に、破毀院第三民事部一九七九年五月二八日判決[64]は、単なる悪意がフォートを構成するとしても、第二買主に調査義務を要求せず、その過失の有無は判断の対象にならないと判示し、公示の強制力を保持しようとした。第二に、第二買主の善意悪意の評価時については、破毀院第三民事部の一九八三年一月四日判決[65]および一九九〇年五月二二判決[66]は、第二契約の公示が行われた日ではなく、売買契約締結日すなわち私署証書締結時であることを明確にした。第三に、一九六八年判決の理論構成の転換の重要な点、すなわち善意転得者の処遇については、一九九二年六月一一日の破毀院判決が明らかにした[67]。同判決は、第二買主が悪意により

売主から権利を取得した場合には、この悪意の第二買主からの善意転得者は、害を受けることなく保護されると判断している。

以上のように、一九六八年判決により民事責任説が樹立した後、一連の判例は、不動産公示の仕組みの画一性・形式性が緩和されたことに一定の合理的制限を設けている。しかし、一九六八年の判例変更を契機に一層激しくなった公示の効果をめぐる論争は、終止符を打つことができなかったようである[68]。そして、近時フロード説への回帰とも考えられる一九九八年六月一一日破毀院判決さえ出てきている[69]。したがって、フランス法においては、一九六八年判決はフロード説からフォート説へ変更したにもかかわらず、理論的にも、実際の判決においても、安定しているとは言えない状態にあろう。

フロード説とフォート説との論争は、「二〇世紀初頭以降の法の社会化（socialisation du droit）の波を受けて、一九世紀の個人主義・自由主義・意思自治という伝統的立場の所産である契約の相対性の原則に疑問が投ぜられ、契約と社会との相互関係ないし社会連帯の思想及び道義的・倫理的義務が強調される」ようになったことが起因であるとの指摘がある[70]。そして、実際問題として、意思主義、登記対抗主義を採用した場合、登記がいかなる効果を持ち、および登記の効力と自由競争原理とをいかに調整し、また、静的安全と動的安全のどちらを優先させるべきかという価値判断が重要であろう。また、結果からして、フランス判例理論の変更は日本でいう悪意者排除論への傾斜であるといってもよいであろう。

3．日本法の場合

周知のように、日本法は、形式上ドイツ法のパンデクテン体系を導入しているが、フランス法の内容がその根幹となっている。また、物権変動に関し一七六条と特則である一七七条が併存しているため、不動産二重譲渡が生じた場合には条文解釈をめぐる議論が特に顕著になる。さらに、この紛争解決において第一買主の所有権を認めさせるには、純粋な不法行為法的な理論構成を採用するのは困難であろう。なぜなら、フランス法やドイツ法[72]と異なり、日本法では、不法行為を規定する七〇九条の効果は七二二条による四一七条の準用の結果、原状回復ではなく金銭賠償が原則とされているからである。こうした問題を抱えながら、学説は二重譲渡をめぐって次にように展開されている。

（1）学説の錯綜状況

日本法の解釈において、不動産が二重譲渡される際に特に問題となるのは以下の二点である。第一に、一七六条が規定する意思主義の下では、第一契約によって所有権がすでに第一買主に移転したが、一物一権という物権の大原則のもとでは、第二の物権変動が生じる根拠がどこに求められるかという問題がある。すなわち、その法的構成がいかに説明されるかという問題である。第二に、一七七条が「登記がなければ第三者に対抗することができない」とのみ規定し、その「第三者」の主観的様態については触れていない。したがって、第三者の主観的様態をめぐっての議論がもう一つの焦点となっている。

日本の議論は百家争鳴の状態に突入しており、学説の内容は複雑多岐にわたっているが[73]、各学説を要約すると次のようになる。

第一に、日本での二重譲渡の法的構成をめぐる学説に関しては、一七六条が定める意思主義のもとで第一契約から生じた効果という点で議論が分かれる。すなわち、これらの考えを大別すれば、第一契約により第一買主が全部の所有権

を取得し、売主が無権利者であることを前提とする原始取得的構成がある。これに対し、第一契約により売主から一部の権限しか第一買主に移転しないとする承継取得的構成が古くから主張されている。そして、それぞれの論者が用いる論拠により見地が若干細分化される。例えば、原始取得的構成には、登記の役割を重視する考えと、第三者の主観的様態を重視する考え、[75] そして、明言してはいないが公信力説の価値判断に傾斜する見地と、[76] 登記を有する第二買主の否認権を実定法上の形成権と理解する考えとが[77]存在する。ただし、これらの諸説は、第一契約により売主に権原が残らず第一買主に移転するが、売主に所有権があることを信頼した第二買主は保護されるべきであり、第二買主は原始的に権利を取得するという点では共通しているように思われる。

承継取得的構成においては、さらに細分化すると、債権的効果説[78]、相対的無効説[79]、不完全物権変動説[80]、第三者主張説[81]などが存在する。これらの学説は、第一契約により、権限の一部が第一買主に移転し、売主にも一部の権限が残り、第二契約によりその権利が第二買主に移転するという点において共通している。

以上の学説の違いは、一七六条と一七七条の整合性をいかに図るかということに由来すると言えるが、一七七条という規定が存在する以上、「一七七条所定の『第三者』の出現を許容するという意味における法定の制限がついている」と指摘されているように[82]、このような法定の制度が存在する限り、二重譲渡の法的構成を構築することは有益性が乏しいだろう[83]。

第二に、一七七条の条文解釈としての主観的な様態に関しては、時代の変遷とともに多様化しつつあった。すなわち、当初は立法者が明言した善意・悪意不問説（第三者無制限説）[84]が有力であったが、これを採ると買主が対第三者の関係において登記効力要件主義を導入したに等しいと指摘され、制限説が主張されるようになった[85]。後には、悪意者排除説[86]、背信的悪意者排除説[87]および公信力説[88]が現れ、さらに、自由競争を極端に尊重する立場への疑問から債権侵害という観

点に基づく鋭い分析[89]が浮上し、学説はますます錯綜するような様態を呈している。

（2）判例の動向

まず、初期の判決において、立法者の政策的判断である第三者無制限説を否定したのは明治四一年大審院連合判決[90]であり、この判決は、「登記欠陥ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者」という基準を設け、これにより一七七条でいう第三者を限定しようとした。そして、本判決でいう「正当の利益」をめぐり議論は徐々に展開され、後に悪意者排除説と背信的悪意者排除説との対立が顕著になりつつも、一九六〇年代からは背信的悪意者排除説が、判例[91]において確立されるようになった。

次に、背信的悪意者からの転得者の処遇に関しては、学説上、絶対的構成[92]を採るものもあるが、大多数は相対的構成[93]へ傾斜している。そして、最高裁平成八年一〇月二九日判決[94]は、相対的構成を採用し、すなわち、転得者は、第一買主に対する関係で転得者自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、当該不動産の所有権取得をもって第一買主に対抗することができると明らかにしている[95]。

以上のような判例の展開をみると一見判例法理が安定しているように伺える。しかし、本稿の関心から次の問題が存在することを無視することはできない。すなわち、論者が指摘したように[96]、言葉の定義としては、背信的悪意者と悪意者とを区別することができるが、実際の紛争においては、背信的悪意者の概念が明確ではなく、両者を厳密に区別することが容易ではない。そして、多くの裁判例を考察すると、こうした分別上の困難さをさらに浮き彫りにすることができよう。たとえば、松岡教授は、詳細な判例分析[97]を行い、二重売買に関する裁判例を類型化すると、「準当事者類型」と「不当競争類型」とに分類することができ、前者においては、第三者の主観的様態を考慮するまでもなく当然失権

すると考えている。[98] そして後者においては、第一契約の履行段階の進展状況に即して、第二買主の保護要件の区別を図ろうとしている。[99] こうした分析をみると、紛争が多様化するにつれ、一律に背信的悪意者という抽象的概念により問題を解決することが不可能なように思われる。なお、近時松岡教授は、反論を受けたため、[100] 自説を補強する視点から再度裁判例を分析した結果、両者区別の困難さを依然として払拭することができず、「背信的概念規定自体が変更」を余儀なくされるとするようである。[101]

（3）日本法から得た示唆

日本においては、不動産二重譲渡紛争を解決する際に、法的規範上の制限があるため、不法行為的構成により原状回復の効果として第一買主に所有権を帰属させることは困難である。そこで、多くの学説は一七七条における「第三者」の問題として物権レベルにおいて解決を図ろうとする点が特徴的である。これらの議論は美学的に展開され、その完成度は非常に高いと認めざるを得ない。ただし、紛争防止および解決の視点からは、実践的な配慮も重要であるように思われる。通説・判例は背信的悪意という抽象的基準を設けているが、これを判断する客観的な尺度をより明瞭なものにする必要性がないとはいえないだろう。

4．比較法における共通点

各国法の不動産二重売買型紛争の処理方法を考察すると次のような結論に至ると思われる。

まず、各国において独自の法伝統が存在するがゆえに、これに則して構成された理論には当然ながら相違がみられる。

すなわち、第一に、ドイツ法においては、物権と債権が峻別されただけではなく、不動産物権は登記の具備により変動し、且つ無因主義が採用されている。したがって、こうした制度から物権変動の時期は必然的に明確化され、第二買主が侵害したのは特定物債権に止まる。そこで、債権侵害として不法行為構成を採る場合に、第二買主に八二六条でいう良俗違反が要件とされる。第二に、フランス法においては、売買契約の公正証書が必要とされるため、理論的には不動産物権変動の時期が日本法のそれより限定される。そして、フランス法は債権・物権が明確に区別されていない上、不法行為法の規定（一三八二条）により原状回復という効果が認められている。したがって、第二買主の不法行為の成立要件であるフォートが問われることになった。第三に、日本法においては、上述のような不法行為法の効果による制限から、一七七条の第三者の主観的様態が問題視されるようになり、学説・判例により背信的悪意という概念が抽出された。

次に、各国においては二重売買あるいは二重譲渡の紛争を解決する場合には、形式上は第二買主の反倫理性を表現する語彙にも一定の相違が見られる。つまり、ドイツ法においては、良俗違反がその判定の重要な基準であると理解されているが、フランス法においては、フォートの有無が原則的に第二買主を失権させるか否かの判断要素となっている。そして、日本法の場合は、理論上第二買主に背信的悪意が存在していれば、はじめて失権することになる。

しかし、各国においてこうした「良俗違反」「フォート」「背信的悪意」などの抽象的概念が用いられているものの、実質的には、紛争における第二買主の主観的要素がもっとも重要視され、その本質的な判断基準には大きな相違が見られず、解決の結果もそれほど異ならない。そして、概念以上に問題の核心となるのは、不動産の二重売買あるいは二重譲渡が行われる場合において、第二買主はどのような倫理規範を遵守すれば、その行為が自由競争原理の枠内で正当な行為であると容認され、その権利が保護されるかである。つまり、このような紛争が生じた場合、不動産の所有権をめ

ぐって第一買主と第二買主との利益が衝突することになり、両者を調整、衡量する基準は、原則的に市場経済の基本原則ともいえる自由競争の原理をどのレベルまで尊重するかに帰着する。しかし、上述の分析で明らかになったように、第二買主に第一契約の履行を害する悪意があると判断された場合、たとえ第一買主が特定物債権者に止まるとしても、第二買主が保護されない可能性が大きいと考えられる。したがって、第二買主の害意の判断に用いる概念は相違するものの、第二買主による反倫理性の行為が非難されるべきだとする価値判断は、各国において共通していると言えよう。換言すれば、たとえ第一買主に登記が移転していなかったとしても、登記を具備した第二買主は、第一契約の存在につき確信さえ有していれば、各国において不動産の所有権を失う可能性が十分存在していると言っても過言ではない。

四．中国法上の課題

三においては、各国の紛争解決をめぐる議論および裁判例の要約を試みた。これらの比較法上の示唆は中国における問題解決には非常に役に立つと思われる。以下では、二で整理された中国の理論と現状を踏まえながら、不動産二重売買型紛争の事前の防止策および事後解決の法律構成の両側面から検討に入りたい。

1．従来の制度の問題点

はじめに、中国の固有の問題として指摘しておきたいのは、登記機関が発行する所有権権利書への過剰な信頼が存在する点である。この過剰な信頼は一般の市民の間にのみならず、登記機関たる公的機関にもみられる傾向がある。実際

の不動産所有権の移転手続きでは、この権利書および両当事者の身分書および契約書さえ揃えていれば、ほぼ所有者名義変更が可能となる。そして、この実務において重要度が極めて高い権利書も簡単に再発行することができる。[102] こうした制度上の欠陥が誘発した紛争は枚挙にいとまがない。また、二重売買においても、売主は権利書を紛失したと偽称し権利書を再発行すれば、第二契約を簡単に締結できる。こうした事態を防ぐ為にも、登記機関による権利書の再発行は今後慎重に行うべきであると考える。日本では、二〇〇四年に不動産登記法が大改正されるまでは、[103] 登記済権利書の再発行につき保証人が必要であり、こうした措置は参考になると思われる。さらに、権利証書の再発行や登記手続き[104]を行う際に、登記義務者が真正権利者であることを傍証できるような書類、たとえば、不動産購入時の納税証明書などの提出を要求することは、不正行為の防止策として有効であろう。

2．事前の防止策

（1）悪意の基準の明確化

二で述べたように、中国の物権法審議草案の内容およびその制定に関する議論から言えるのは、中国の物権変動論においては、実質的に債権・物権の峻別という手法を採用しているということである。つまり、不動産の登記は物権変動の成立要件であり、理論上、債権と物権を区別することができ、不動産物権変動の時期をも明確にする。そして、不動産売買契約締結後、買主は登記を具備しない限り特定物債権者に止まる。これを前提とすれば、中国法では、不動産所有権の二重譲渡の存在可能性が否定されるが、実際には、いわゆる不動産二重売買の問題が生じてくる。

こうした状況の中で、二重売買の問題を考える場合に、不動産所有権が移転していない段階においては、売主と第二

買主との売買契約がどの範囲内でその正当性をもつかが問題の焦点だと言えよう。換言すれば、市場経済の下では、自由競争の原理を尊重すべきであると同時に、第二の契約をどの程度の枠内で保障すべきかが価値判断の中核となる。上述のように、実際の各国の判例を見る限り、良俗違反やフォートを構成するか否かの基準、および悪意者と背信的悪意者との区別は、それほど明らかではない。したがって、私見では、第二買主が信義則に反するような悪意の基準を明確化する工夫が必要であり、これにより健全な不動産売買秩序の構築を促進させるべきであると考える。

中国の物権法審議草案の規定を前提に具体的にどのような基準を設定するかについて、仮登記の活用を視野に入れて、考察することにしたい。

（2）仮登記活用の可能性

不動産の二重売買が行われた際には、特に第一買主と第二買主との利害関係が顕著化する。そして、学説の多くは、第二買主がいかなる行為を行った場合、その行為が自由競争の範囲から逸脱し批判されるべきなのかというところに議論の重点を置いているように思われる。その大きな理由として、次のように考えられる。つまり、一般的には、第一買主が売主に登記の移転を要求する可能性があったにもかかわらず、これを怠った場合には本人に落度があると認められる。また、第一買主の登記不備に本人の帰責性が存在した場合、第二買主の権利取得の可能性は増幅する。しかし、現実には、不動産売買のような高額な取引を行う場合は、売買代金が完済されないときに、たとえ買主が要求していても売主はすぐに登記手続に協力するのが稀である(105)。したがって、実際上第一買主の過失が生じる可能性は度外視できるほど少ないと理解されているため、学説の議論の中心は第三者の悪意の判断に移行したと思われる。

思うに、第一買主と第二買主の利益を調整する際には、権利外観法理が役に立つのではないかと思われる。また、自

由競争の両当事者は第一買主と第二買主であり、したがって、この両者を競争の場に立たせるべきと考える。そして、この競争する土俵台となりうるのは、やはり権利の公示に他ならない。なぜなら、第一買主は、売主との間に契約を締結したことを第三者に知らせるのは困難であるが、第一買主と第二買主とを自由競争させるならば、第一買主はなるべく自己の権利を公示させる必要があるからである。この意味において、権利公示の手段である登記が重要な役割を果たしうるのは言うまでもない。

しかし、不動産が高価であるため、契約が成立し売買代金が完済されていない段階で、売主に直ちに本登記を通じて自己の所有権を相手に移転させることを要求するのは若干酷のように思われる。しかし、高額の不動産を購入した買主は債権の段階において自己の権利を確保する注意義務をまったく負わないわけではない。だとすれば、この段階では第一買主は、仮登記制度を積極的に利用することにより、不動産物権変動の可能性を第三者に公示すべきであろう。[106] 仮登記は、機能的な側面においては、債権と物権の「中間的権利」を創設することができると考えられており、[107] 効果的な側面においては、順位保全的効力または権利保全的効力が存在していると言われている。[108] したがって、不動産の買主による仮登記制度の活用は制度本来の趣旨にも合致しているといえよう。そして、不動産二重売買紛争において、第一買主は仮登記を行ったことにより、自由競争上尽くすべき努力をしたと理解しうるため、非難されるべき帰責性を払拭したことになろう。他方、第二買主は不動産を購入する際、当該不動産を現地検分し登記簿を閲覧すべきである。第二買主は登記簿に記載されている仮登記の事項を無視し、売主と契約を締結した場合、善意とは言えないだろう。また、仮に仮登記後に第二買主は売主と契約を締結し、いわゆる中間処分により登記簿上の所有権者となったとしても、他人の権利を侵害した者として、所有権を取得できなくてもやむを得ないと考えられる。

中国の物権法審議草案の第二一条では、予告登記に関する規定が置かれている。同条一項は「未完成の家屋につき売

買を約定した場合または不動産を譲渡する場合は、債権者（予告登記権利者）は、債務者（予告登記義務者）が売買目的物である不動産を処分することを制限し、将来不動産の物権の取得を保障するために、登記機関に予告登記を申請することができる。債権者が売買代金の半分以上を支払った場合または債務者の書面による承諾があった場合は、登記機関は予告登記を行わなければならない。予告登記後に、債権者の同意を得なければ、債務者は仮登記された不動産を処分することができない」と規定している。さらに、同条二項は、「予告登記後に、債権者は本登記を申請することができる日から三ヶ月以内に本登記を申請しなかった場合、または債権が消滅した場合は、予告登記が失効する。予告登記の失効事由があった場合は、債務者は予告登記の抹消を申請することができる」と定めている。

この規定の内容を見ると、予告登記は、権利者の権利を侵害する処分行為を禁止する目的で設けられた条文である。したがって、予告という名称が付けられているが、立法の目的からして、実質的には仮登記と同質のものであると言えよう。したがって、理解の便宜上から、後述では二一条でいう予告登記を仮登記と称したい。

二一条の特徴として以下の三点を評価することができるのではないかと思われる。第一は、この規定は仮登記の有効期間を三ヶ月に限定しているところである。第二に、半分以上の売買代金の弁済という条件付で、債権者による単独登記の申請を認めた点である。第三に、仮登記の有効期間中に、債務者の不動産の処分行為が禁じられた点である。その理由は次のように考えられる。

第一に関しては、仮登記制度は債権者の権利保全のために認められた制度であるがゆえに、制度の本質の意義はやはり権利の内容を他人に公示・警告するところにあると理解する。一方、制度の趣旨から仮登記された権利には物権的効果である排他性と同様な効力を認めているため、債権者は本登記を怠ってしまう可能性が生じる。また、このような元来暫定的であるべき状態を長期にわたって容認すると、所有権の終局的な帰属を不安定にする恐れがある。さらに、債

権者が死亡または破産した場合は、この「中間的権利」は紛争を引き起しかねない。第二に関しては、本条は、仮登記義務者が承諾しない場合すなわち登記に協力しない場合は、日本でいう「仮登記の仮処分」のような解決の仕方を採用せずに[109]、代わりに、売買代金の弁済の程度に応じて、不動産物権変動を求める債権的請求権の権利者による単独申請を承認している。したがって、この規定により、売買目的物の物権を取得しようとしている買主は、一定額の売買代金を支払う代わりに煩雑な訴訟手続を回避できるようになろう。ただし、買主が条文所定の金額を調達することが困難な場合も生じうることおよび割賦販売のことを考えると、一層の制度利用の簡易さを図るか、それとも取引の安全を重視するかという政策的判断が迫られるだろう。この判断をするには、実際の不動産売買取引の慣習を考慮する必要もあるが、制度の趣旨、制度を最大限に効率的に活用させること、および規定は暫定的状態として短い有効期間しか認めていないことなどの理由から、法定の金額を減少することが望ましい。第三に関しては、二一条は、債務者は仮登記期間中に恣意的に目的物を処分することを禁止している。これにより仮登記の処分禁止の効力が明文化されていると言えよう。そこで、その間に債務者の行為による「中間的権利」の移転を禁止しているため、債権者の利益を有効に保護することができるのではないかと思われる。したがって、この規定は仮登記制度の趣旨に合致しているだけではなく、紛争の防止という効果をもたらすことができよう。

以上において、二一条規定の特徴及びこれに対する筆者の評価を纏めてみたが、二一条は原則的な規定に過ぎないため、条文の解釈に関連する補足的な検討が若干必要である。まず、仮登記権利者の側から見ると、彼は仮登記された権利を処分することが可能なのかという問題がある。日本では、いわゆる「仮登記の仮登記」の問題に対し、「一段の仮定的な公示を承認する以上、二段以上の重層的仮定的な公示を拒むべしとする理論的根拠はない」を理由に可能とする有力説が存在する[110]。確かに、理論上この仮登記権利者の権利を認めるべきだと思う。しかし、中国では未だに不動産

登記制度が完備されていないため、この権利を登記簿に反映させると人々は登記情報を正確に把握することができなくなる恐れが生じてくる。また、日本法と異なり、二一条の規定は、仮登記の有効期間を三ヶ月に限定しているため、この短期間に限り仮登記権利者の処分権を制限したとしても、本人にそれほどの不利益を与えることがないと思われる。次に、仮登記義務者のサイドから考える場合は、二一条は債務者の処分行為を禁止したことを明らかにしている。しかし、本登記が了していないため、理論上仮登記が存在していても、物権は依然として債務者にある。そこで、債務者はこれを以て処分以外の行為、たとえば売買の目的物につき第三者に抵当権を設定することが可能であろうか。思うに、二一条の規定は、将来債権者が完全な所有権の取得を保障しようとする制度であり、そして、債権者は今後完全な所有権を取得するための仮登記の申請をする。したがって、仮登記権利者の利益を害するような行為を容認すると本制度の趣旨が没却されてしまうだろう。

なお、仮登記により創設された「中間的権利」は、性質的には不透明でありながら、効果的には強固なものである。[111] この権利を誘発する法的関係の不安定さを払拭するために、「中間的権利」の閉鎖または凍結期間を設置することは最も理想的ではないかと思われる。したがって、二一条が規定した三ヶ月という限定期間を前提として考える場合は、この「中間的権利」への干渉を阻却することにより、本条文の法的効果を最大限に引出すことが可能ではなかろうか。さらに、当事者に一段と有効にこの制度を利用させるには、設定の便宜さの向上を念頭に置かなければならず、これに関連して制度利用の所要時間、費用をも考慮する必要性があろう。[112]

訴訟は時間、金、安息、友を食い潰す（lawsuits consume time, money, rest, and friends）。この言葉から、二重売買より生じる紛争の確率を減らすことこそが最も重要であると言えよう。それゆえ、上記のように、仮登記制度の活用により不動産売買の当事者の行動規範を明らかにすることが最優先に考えるべきことである。これにより、法的予見性も

明確となり、紛争を未然に防ぐ結果に直結すると考える。

3．事後の解決策

（1）物権の終局的な帰属

A．第二買主の主観要件の判断について

以上で検討した中国の仮登記制度を活用できる環境は整備されることと想定して、最初に、二重売買が生じた際に、第一買主と第二買主間の物権帰属という問題を検討してみたい。いうまでもなく、この問題は第二買主の主観的様態と密接に関わっているため、これを左右させうる要素、すなわち第一買主による不動産への占有状況をも踏まえて私見を述べたい。

①　第一買主が、仮登記により自己の特定物債権を公示した場合。

まず、第一買主が不動産を占有し実際に利用しているときは、第二買主は現地検分および登記簿の閲覧により、売買目的物が既に処分されていることを容易に想像できると思われる。この場合、第二買主が売主と売買契約を締結する行為自体が明らかに反倫理性を有するものであるといわざるを得ない。したがって、仮に登記機関の形式的な審査により、誤って第二買主を本登記名義人にしたとしても、所有権は保護されるべきではない。

次に、第一買主は不動産を占有していないが、仮登記を完了したときは、第一買主が自由競争上の義務を果たしたと理解したい。そして、この場合は、第二買主に要求する注意義務に移る。現地検分は不動産を購入しようとする第二買主の前提的義務であるにすぎず、最終的には不動産の権利状況を登記簿により把握すべきであろう。したがって、前述

のように仮登記された第一買主の権利は効果的には強固なものであるため、権利の存在につき警告を受けたにもかかわらず、第二買主は敢えて第二契約を締結したとき、その権利侵害の害意が存在していると言わざるを得ない。したがって、このような第二買主を保護する必要性はうすいと思われる。

② 第一買主が仮登記をせずに、売主に対する特定物債権を公示しなかった場合。

このような場合においては、さらに第二買主が登記簿以外のルートにより第一契約の存在を知ったか否かを含めて総合的に検討する必要性があるであろう。

第一に、第一買主が不動産を占有し、第二買主は第一契約の存在を知っているときは、結果的にいえば第一買主の利益を保護すべきだと理解したい。なぜなら、たとえ第二買主が登記簿以外の方法により知り得た先行契約の情報が確実なものでないにせよ、第一買主が現に不動産を占有・利用している以上、第二買主は、この現状をみて先行契約が履行される確率が極めて高いと推測することが可能であるからである。したがって、第一買主の占有により、第二買主に害意が存在する可能性が高まると言うことができる。こうした理由から、第二買主は保護されるべきではないと考える。

第二に、不動産の占有は第一買主に移転したが、第二買主がその先行契約を知り得なかった場合は、第二買主を保護すべきであろう。その理由として考えられるのは以下の点である。まず、簡易に利用できる仮登記制度が存在しているという前提を考えると、登記要件主義を採用している中国では、第一買主はいち早く自己の債権を確保する必要性があり、これを怠った場合には一定の帰責性が存在していると言えよう。また、占有の移転理由は様々であるため、占有状態から不動産の所有状況を把握しにくいのは事実であろう。そして、仮に現地検分により占有者が売主と同一でないことを知った場合、このことの意義は、第二買主に登記簿をより慎重に調べさせるという注意義務を要求することに繋がる点にあると考える。そして、確定的な情報はやはり登記簿により得るべきであり、したがって、第二買主が自己の注

意義務を尽くしたのに対し、第一買主に一定の帰責性が存在している場合は、自由競争原理の原点に立ち戻って、第二契約を保護すべきではないかと考える。

第三に、不動産の占有は移転せずに、第二買主が第一契約の存在を認知しているときは、やはり第二契約を保護する必要があると考える。その理由として、先にも触れたように、仮に第二買主は登記簿以外の方法により先行契約を知ったとしても、その情報は必ずしも確実なものとは言えず、後に無効になる場合もあれば、取消される場合もあろう。また、占有が移転していないことは、第一契約の履行の進展状況を不透明なものにしたと考えられる。だとすれば、この場合も自己の権利を努力して守ろうとしなかった第一買主に帰責性があると言えるだろう。したがって、健全な自由競争の秩序を構築し、取引の安全を図るために、第一買主を犠牲にしてもやむを得ないと理解する。

第四に、不動産の占有が移転せず、且つ、第二買主が不知のときは、第二買主が非難される理由がないと考える。したがって、自由競争の原則に基づけば、第二買主が保護されるのは自明の理であろう。

本登記は、債権を排他性の有する物権に高める効力をもつがゆえに慎重にならざるを得ないが、仮登記は債権を本登記に高めるための予備段階であるため、当事者にとっては自由競争に勝つための布石と位置付けられるべきだと考える。

B．法的構成について

以上で整理したように、中国においては、理論上仮登記されたか否かは関係がなく、本登記に高められていない権利は特定物債権に止まる。したがって、比較法から得た示唆を勘案すると、ドイツ法と同様な問題に直面すると思われる。

私見として、まず、物権は絶対的権利とはいえ、不法行為から保護される法益を物権に限定すべきではないと考える。債権と物権は解釈上の概念でしか過ぎないため、その実質を鑑みると、特定物債権もこれの履行の結果である物権も同じく権利者に帰属する。また、債権と物権の差異が顕著に現れるのが排他性の有無にあるが、しかし、債権が排他性を

有せず、対人的な効力しか持たない点を強調しすぎると、第三者に権利侵害の自由を与えたに等しい状況となる。[113] したがって、結果的に問題の核心は第三者の害意の有無の判定であり、害意が存在すれば、特定物債権は債権であっても、権利者の利益に包摂されているため、法により保障されるべきであろう。

次に、中国法の不法行為の要件に関して、民法通則の一〇六条二項は、[114] 一元的構成を採用しており、解釈により債権も保護法益に内包させることが可能である。他方、損害賠償の方法に関して、中国の民法通則一三四条は、[115] 金銭賠償、原状回復などの救済方式を多岐に渡って規定しており、[116] 通説もその優先順位がないと理解している。[117] さらに、中国の裁判においては、「合理」、「合情」、「公平」原理を貫徹しているため、権利者を満足させるためにも、柔軟な救済策をとり、原状回復の効果として第一買主の所有権を認めてよいと思われる。したがって、債権者取消権理論による迂回的な法的構成は利用しなくてもよいだろう。

さらに、転得者の処遇について言えば、相対的な構成が正当のように思う。なぜなら、この構成により、悪意の第二買主からの善意転得者が生じる場合においても、善意の第二買主からの悪者転得者が生じる場合においても、物権の帰属に対して合理的な判断を引き出すことができるからである。具体的に言えば、前者においては、転得者は善意であり、第一買主は悪意の第三者が現れた際、登記などの手段により自己の権利を守らなかったことに帰責性が認定されよう。また、[118] 後者においては、悪意の転得者が、善意第二買主をマリオネットとして不正に転用することを防止することができよう。

（2）売主への損害賠償請求権

第二買主は、善意により売買目的物の所有権を取得した場合、第一買主に対し自由競争の枠内で勝利したと言える。

このような場合は、第二買主が非難されるべきではなく、第一買主は売主にのみ損害賠償を請求できるだろう。その権利は特定債権の債務不履行により生じるものであり、売主の義務違反の結果として損害賠償が請求される。

つぎに、問題となるのは譲受人が譲渡人に請求できる範囲である。すなわち、売主は自己の労力・努力・才覚も用いて、同一不動産につき第二契約を通じて第一契約の価額以上に高値で売却した場合、その差額を売主に保持させるべきか否かの問題が生じる。確かに、自由競争の原理のもとでは、売主がより高い値段を提供してくれる買主に譲渡することに非難する余地はない。しかし、これは第一契約を締結する前の自由選択にとどまり、一旦契約が成立すると、売主は契約に拘束される。したがって、差額があっても、これは本来第一買主に帰属すべきであり、自由競争とはいえ、自らの義務違反行為をした売主に保持させるべきではないと考えられている[119]。また、これによって売主による二重売買のメリットがなくなり、結果として二重売買を予防することになる[120]。以上の理由から、第一買主は代償請求権に基づき差額をも請求できると考える。

五．むすびに代えて―中国の登記の現状からみた仮登記の役割

以上において、不動産二重売買紛争の予防および解決方法を中心に展開してきた。日本法においては、この問題を、無権利者からの譲受型と切離して、もっぱら一七七条の解釈問題として処理なされてきた。すなわち、前者は九四条二項の類推適用により公信力の問題として考えられ、後者は対抗問題としてその解決を図ろうとした。しかし、こうした処理上の相違を生じさせた本質的な原因は、仮登記の活用により解消できると思われる。そこで、最後に、中国の登記現状を踏まえて、統一した法理論の構築を前提に、仮登記はいかに位置付けるべきかを検討することによって、本稿の

むすびに代えることにしたい。

第一に、上述した日本法上の処理の違いは、登記を信頼して取引をしようとする者が、登記簿以外に隠れた実情を発見する難易度に差があることに起因している。すなわち、二重売買の場合は第二買主がこれを発見しにくいのに対し、無権利者からの譲受型は、買主が登記簿に沿って調査すれば発見する余地はある。そして、この違いが保護の様態上の違いを生じさせたとの指摘がある(121)。しかし、この二類型の紛争には、その本質的な違いが見られず、ともに登記制度が果たす機能に深く関わっていると考えられる。また、不動産の購入者であろうと、物権を取戻そうとする者であろうと、広い意味で自己の利益を守ろうとする者が仮登記を行えば、その違いを無くすことができるのではないかと思われる。

第二に、こうした示唆から、中国においては、日本法のように類型別に処理する必要がなく一元的に問題を捉えることが望ましいと考える。なぜなら、統一的な理論を以て紛争解決を図ることは、問題の核心をより鮮明にすることができるからである。こうした出発点から、最初に中国の仮登記の不足点を指摘しておきたい。二一条は仮登記の適用範囲を二重売買に限定しているが、これだけでは不十分であろう。思うに、原因行為の取消、無効、解除、および物権の取得時効、相続など、登記簿へ反映される権利の正確さに影響する要素が多く存在している。したがって、こうした要素を起因に将来物権の取得を期待する者に、統一された仮登記制度のもとでのその利用の可能性を与えるべきであろう(122)。

本稿が中国において様々な場面で仮登記を活用させるべきだと主張した理由は、本登記に完全な公信力を付与する条件が未だに備わっていないことにある。これを説明する前に、中国物権法審議草案はどのように登記の効果を規定しているかを見る必要がある。

審議草案第二三条は、「不動産登記簿に記載されている権利者の有する物権は、法律による保護を受ける。但し、不

動産登記簿に記載されている権利者が、権利を取得する際に、当該権利に瑕疵があることを、知るまたは知るべき場合を除く」と規定している。そこで、この条文の文理解釈としては、原則的に不動産登記に公信力があることを認めつつ、同条の但書により悪意・過失者の所有権の取得を否認し、すなわち登記の絶対的公信力を否定していると理解することができよう。しかし、但書が規定する「知るまたは知るべき」の根拠が問題となり、換言すれば、物権を取得とする者は、原則的に登記簿を信頼すればよいのかという政策的判断に迫られる。この点に関し中国では、取引の迅速さおよびその安全を重視する理由から、買主は、単に登記簿上の権利を信ずることにつき善意であれば所有権を取得すると示唆する考えが非常に有力である[123]。こうした見解のもとでは、実質的に登記に絶対的な公信力を与えたことに等しいと言えよう。

一般的に公信原則を認めるには、「登記簿の記載と真の権利関係とのあいだの齟齬」[124]を無くすこと、および「静的安全を害された被害者に、なんらかの方法で補償」[125]する必要があると言われている[126]。中国の有力論者は、登記制度完備の方向としての五つの原則を実現させ、登記機関による実質的審査を実現すれば、公信原則を採用する前提条件が整備されると考えている。

しかし、中国の不動産登記の現状を踏まえて考えると、制度が整備されたとしても、上記の有力説が考えるようには楽観視できないであろう。なぜなら、有力見解が説くように、登記官に過大な実質的審査義務を要求するのは無理があるからである。具体的にいうと、現在、登記簿は真正の権利関係を反映していないことが多発しており、これは主に形式的または行政管理的な審査が行われていることから由来すると思われる。加えて、二で述べたように、実質的に有因原則を採用している中国では無効な登記の発生率は極めて高い。したがって、登記簿の記載と真の権利関係との齟齬を減らすには、専門的な法的判断が必要となるが、法的専門知識を具備する登記官の育成は容易なことではない[127]。だと

すれば、登記官の誤りから生じた被害者を救済するには国家賠償という道しか残されてないため、これに必要な費用は莫大になろう。私見として、この問題を解消するためには仮登記を活用すべきであり、仮登記された「中間的権利」の創設は、不動産取引上のリスクを登記機関から当事者自身に転換させるということを意味している。

以上のような分析から、二三条但書を解釈する際に、「知るまたは知るべき」という公信力排除の要件をドイツ法八九二条一項一文但書の適用のように厳正に解するべきではないと考える。[128] 換言すれば、審議草案が認めている公信力は制限的なものにしか過ぎず、真正権利者の帰責事由と、登記簿上の権利者の保護事由との衡量を重視すべきであると理解したい。思うに、不動産所有権をめぐる紛争において、静的安全を図る必要性が大きく、そして、権利外観法理や表見法理は微妙な価値判断に非常に役に立つがゆえに、中国においてもこれらを導入すべきであろう。

本稿では、各国の不動産二重売買紛争解決を中心に検討し、第二買主の反倫理性の判断基準を明晰にすべきだとの示唆から、仮登記の活用可能性を考察してみた。そして、近い将来、中国において登記簿の記載と真の権利関係が一致するという理想的な登記制度の実現を期待できないことから、この仮登記の応用が国家賠償責任の軽減に貢献できるとの仮説を提案した。当然ながら、この仮説を論証するにはさらなる分析が必要であり、今後の検討課題とさせていただきたい。

（1）物権法審議草案が公布された翌月、北京大学法学院の鞏献田教授は、個人のブログにおいて（http://www.wyzxsx.com/xuezhe/gongxiantian/ShowArticle.asp?ArticleID=62）「憲法及び社会主義基本原則に反する物権法草案」をテーマとする公開状を掲載した。この公開状の内容を要約すると、次のような趣旨が明らかになる。すなわち、物権法草案が各種の財産を均等に保護することにより、国有財産の私有化を促進することに繋がるため、その結果として経済的格差をさらに拡

大させ、共産党政権の安定化に不利な効果をもたらしかねない、と鞏教授は主張している。そして、国有財産を保護する法律が制定されていない段階においては、憲法一二条及び民法通則七三条により明確にされた、公民共有の財産、即ち国有財産が優先的に保護されるべき原則に抵触する物権法草案は、社会主義国家の基本原則に反する資本主義民法であり、その採択を中止させるべきだと呼びかけている。

中国では、近年様々な要因により汚職問題が氾濫し、経済格差の拡大という社会問題が顕著化しつつある。これに対し、民衆に一定の不満が貯蓄されるようになった。このような背景のもとでは、汚職の防止及び経済格差の是正を理念とする本公開状は、一気に支持を獲得した。後に、この公開状は法律界のみならず、広範に渡って大きな論争を引き起こしたため、二〇〇六年当初に予定されていた物権法草案の審議が中止された。

(2) 中国民法典制定の動向に関する紹介は、渠涛「中国における民法典審議草案の成立と学界の議論（上）（下）」『ジュリスト』一二四九号（二〇〇五年）一一四頁、一二五〇号（二〇〇五年）一九〇頁がある。

なお、(http://www.npc.gov.cn/zgrdw/common/zw.jsp?label=WXZLK&id=351295&pdmc=110106) によると、一時中断された物権法草案の審議は、二〇〇六年八月の下旬から再開される。

(3) 木間正道・鈴木賢・高見澤磨・宇田川幸則著『現代中国法入門（第四版）』（有斐閣、二〇〇六年）四八頁以下は、体制変換の動きがもたらした立法上の変化を紹介している。

なお、一九九〇年以降に改正または新たに立法化された重要な民事関係の法令は、民事訴訟法（一九九一年四月）、経済契約法（一九九三年九月、本法は一九九九年三月に制定された契約法の施行に伴い廃止された）、会社法（一九九三年一二月制定、一九九九年一二月一部改正、二〇〇五年一〇月改正）、担保法（一九九五年六月）がある。

(4) 王晨「現代中国における『物権』の再発見」大阪市立大学『法学雑誌』（二〇〇五年）八三〇頁以下は、近代中国における物権法形成の史的紹介をしている。

(5) 近時、物権法立法が焦点となっていることから、物権法研究に関する各種の著書が急激に増加し、百花繚乱な様態を示している。その中で、王衛国『中国土地権利研究』（中国政法大学出版社、一九九七年）、孫憲忠『当代ドイツ物権法』（法律出版社、一九九七年）、及び同『論物権法』（法律出版社、二〇〇一年）、梁彗星編著『中国物権法研究（上）（下）』（法律出版社、一九九八年）、王利明『物権法論』（中国政法大学出版社、一九九八年）、及び同『物権法研究』（中国人民大学

出版社、二〇〇二年）、陳華彬『物権法原理』（国家行政学院出版社、一九九八年）、尹田『フランス物権法』（法律出版社、一九九八年）、及び同『物権法理論評析与思考』（中国人民大学出版社、二〇〇四年）、江平編著『中国土地立法研究』（中国政法大学出版社、一九九九年）、は代表的なものであり、中国物権法研究の到達点を表していると思われる。

（6）学者試案の中、物権法の審議草案に大きな影響をもたらしたものは、梁彗星『中国物権法草案建議稿』（社会科学文献出版社、二〇〇〇年）、及び王利明主編『中国物権法草案建議稿及説明』（法律出版社、二〇〇一年）がある。

（7）小田美佐子「中国における物権行為論の展開」『立命館法学』二九二号（二〇〇三年）一一九頁以下は、個別的な概念について、中国における具体的な議論の展開を論じている。渠涛「中国における物権法の現状と立法問題」早稲田大学『比較法学』三四巻一号（二〇〇〇年）一三三頁以下は、中国における不動産物権変動制度を選択する際の経緯を詳細に紹介している。

（8）孫憲忠『論物権法』（法律出版社、二〇〇一年）二一六頁、同「中国物権法制定に関する若干の問題（二・完）」『民商法雑誌』一三〇巻六号（二〇〇四年）一〇八五頁を参照。周知のように、ドイツの物権行為論は理論的完成度が非常に高い。したがって、物権の変動を論理的に整理・説明することが出来るという点に魅力があるため、中国においても、この理論を立法に導入すべきという考え方は非常に有力であった。

（9）渠涛・前掲注（7）一七〇頁を参照。なお、登記対抗要件主義のもとでは、不動産所有権変動の時期を説明する際に、理論上の混乱を引き起こす可能性がある。そのため、登記対抗要件主義の採用は中国では少数説に止まった。

（10）梁彗星『民法学説判例与立法研究』（中国政法大学出版社、一九九三年）一一二頁、王利明『物権法研究』（中国人民大学出版社、二〇〇二年）一五六頁を参照。

（11）鈴木禄弥『抵当制度の研究』（一粒社、一九六八年）三六一頁を参照。鈴木禄弥教授は、本書三六頁以下では、スイス物権法における登記制度を詳細に検討している。また、鈴木禄弥「登記制度の比較的研究―ドイツおよびスイス」『法律時報』二四巻三号（一九五二年）二一―二七頁においても、同制度の紹介をしている。なお、後者を加筆・修正したものが前者である。

（12）鈴木禄弥教授の研究によれば、形式的効力主義はBGBの成立以前にハンブルク・リューベック・メグレンブルクなどの北ドイツ各地で行われていた制度である。この主義は、登記主義を端的に徹底させたものであり、登記がなされた際、

当事者の真意を度外視しただけではなく、たとえ不法に登記がなされた場合であっても、物権変動の効力が発生する。鈴木・前掲注（11）著書三六〇頁を参照。

また、藤本秀麿「独逸法系不動産登記簿の公信力に就いて（一）」『法学協会雑誌』五三巻四号（一九三五年）一〇八頁によれば、形式的効力主義は、真正権利者の利益を無視し、動的安全を過保護しているため、今日のドイツ・スイスでは採用されていない。

（13）原島重義「債権契約と物権契約」『契約法大系Ⅱ（贈与・売買）』（有斐閣、一九六二年）一〇七頁を参照。

（14）小田美佐子『中国土地使用権と所有権』（法律文化社、二〇〇二年）一〇三頁も同様に強調している。

（15）すなわち、登記は不動産物権を変動させる必要な要件である側面に重みを置くと、意思主義に対する意味での登記主義と称される。登記の効果のいかんに重心を傾斜すると、対抗要件主義に対する意味での成立要件主義と呼ばれる。

（16）論者により、これを「フランス法とドイツ法の間に位置する法律構成」と理解している。稲本洋之助『民法Ⅱ（物権）』（青林書院新社、一九八一年）九五頁を参照。

（17）周知のように、物権契約に関する理論はサヴィニーが提唱した分離原則（Trennungsprinzip）を基礎とする理論であり、後にドイツ民法に承継されるようになった。プロイセン一般ラント法（一七九四年）及びオーストリア民法（一八一一年）は、実質的には、鈴木禄弥教授がいう「登記法上の形式的合意主義」を利用している。

（18）王利明・前掲注（10）一五四頁を参照。

また、一五二―一五三頁でその理由を「わが国の法律は、不動産譲渡契約中に債権契約と物権契約の両方の契約が存在することを認めておらず、不動産の引渡は、不動産売買契約が生み出した義務にすぎない。そして不動産登記は、不動産売買契約に根拠があるから必要なのである。たとえば家屋売買契約により、買主は代金支払義務を履行すべきであり、売主は家屋を引渡し、買主に協力して不動産所在地の家屋土地管理機関に赴いて不動産名義変更登記手続きを了する義務を履行すべきである」と説明している。

なお、梁彗星「制定中国物権法的若干問題」『法学研究』（二〇〇〇年第四期）一〇頁は、否定論を支持する論者の理由を「この理論が、取引の実態と人民の知識に反し、法律関係を複雑化し、売主にとって明らかに公平を失し、取引安全の保護は善意取得者の保護に取り替えられているとする」と要約している。

(19) 梁彗星・前掲注(18)一一頁は、裁判実務の誤った例として、「たとえば、家屋売買契約の履行後、不動産管理機関で不動産名義変更手続をとらないと、法院は往々にして家屋売買契約を無効と判決し、売主に不動産名義変更手続の補完を強制する判決をせず、あるいは売主に違約責任を負わせるような判決もしない」と指摘した上で、この誤りを矯正するために、「物権変動と原因行為の区分原則」の導入が欠かせないと主張している。

また、ドイツ法の制度を全面的に導入すべきだと主張する論者も、視点を変えて、「区分原則」の重要性を説いている。孫憲忠「物権変動的原因与結果的区分原則」『法学研究』(一九九九年第五期)三四頁を参照。

(20) 石田喜久夫『口述物権法』(成文堂、一九九八年)三八頁以下を参照。

(21) 我妻栄・有泉亨補訂『新訂物権法(民法講義Ⅱ)』(岩波書店、二〇〇四年)五七頁は、「ドイツ民法のもとにおいて、物権行為の独自性を認めるのは、物権行為は、形式を必要とし、債権行為と合体して存在することができないからである。そして、物権行為がかようにその存在が外部から認識される限りにおいて、その存否が判然としているという長所をもつものである。わが民法のように、物権行為に形式を必要とせず、その存否を外部から認識し得ない法制の下においては、物権行為の独自性を認めても、格別実益がない」と指摘している。

(22) 原島重義「『無因性』確立の意義について―『無因性』概念の研究その二」『法政研究』二四巻一号(一九五七年)八七頁以下は、無因性理論樹立の歴史的背景をも紹介している。

(23) 舟橋諄一・徳本鎮編『「物権(一)物権総則」―新版注釈民法(六)』(有斐閣、二〇〇〇年)二四六頁(山本進一)を参照。

(24) 鈴木・前掲注(11)著書三八九頁を参照。

(25) 小田・前掲注(7)一五〇頁は、次のように述べている。周知のように、改革開放以来、「計画経済を基礎とした市場経済の展開期」あるいは「計画経済から市場経済への転型期」にある中国は、「計画経済が取引の管理」を、「市場経済が取引の自由」を要請するという矛盾に直面している。現時点での中国の民法学者は、いずれも取引の自由を主張してやまないが、その場合でも公有制に立脚した計画経済の必須の要請である。取引関係に対する国家的監督の大枠を超えるものではない。不動産取引においては、取引の客体が、公有制とりわけ国家所有にかかわっており、不動産管理が第一義的意義を与えられるであろうことは想像にかたくない。であればこそ、前述の「不動産取引市場の管理に有利」なのかどうか

が、物権行為の無因性、有因性の決め手になるといわざるをえないのである。かくて無因性の承認は管理にとって不利だとされ、否定される運命にあったのである。

(26) 二〇〇五年七月に公布された物権法審議草案は、二六八箇条の条文を設けており、その詳細は中国全国人民代表大会の公式のホームページに記載されている。(http://www.npc.gov.cn/zgrdw/common/zw.jsp?label=WXZLK&id=339451&pdmc=zxbd) 本稿は、不動産所有権の変動にかかわる重要な内容のみを取上げる。

(27) 中国国家統計局及び中国国家発展改革委員会が提供したデータによると、二〇〇六年一月、全国七〇の都市では、不動産価額の平均上昇率は、昨年同期と比較して、五・五パーセントとなっている。「北京房地産」(二〇〇六年第四期) 五一頁を参照。

(28) 不動産価額の高騰は、深刻な社会的問題を引き起しかねない。投資目的の購入を抑制するため、中国国家税務総局は、二〇〇六年八月一日から、唯一の生活用の不動産を五年以上に保有した場合を除き、不動産の転売利益を財産譲渡所得として、その収益の二〇パーセントが徴税される、とする内容の「通知」を公布した。(http://www.chinatax.gov.cn/view.jsp?code=200607270855185410)

(29) たとえば、上海市では、「上海市房地産登記条例」の第二五条により、「初始登記」という義務を明確にしている。

(30) 中国では、土地使用権の設定契約に関わる市場は一級市場、一級市場で設定された土地使用権の転売市場は二級市場、と一般的に呼んでいる。

(31) 小田・前掲注 (7) 一三〇頁は、汚職事件の具体例を取上げている。また、土地が転譲渡され、あるいは家屋・建物等が建設されて現に使用・管理されている場合には、事後の解決は複雑な問題となることを指摘している。

(32) 『中華人民共和国最高人民法院公報』(二〇〇五年第五期) 二一頁は、元来、落札により成立するはずの契約を、上級の地方法規に反したものとして、成立を認めなかった事例を公表している。

(33) その典型例として、『中華人民共和国最高人民法院公報』(二〇〇五年第二期) 四一頁で公表したものがある。

(34) 「周国才訴胡達輝向其出買房屋後却将房産証弁給潘淑珍請求確認房産権帰属案」『人民法院案例選―二〇〇一年第三集(総三七集)』八三―八七頁。なお、この案例選は、最高人民法院応用法学研究所が選別、公表したものであり、中国の公式裁判例集として認定されたものである。

(35) 第五八条「以下の民事行為は無効である。(一) 民事行為無能力者が行ったもの、(二) 民事行為制限能力者が法により独自に行うことができないもの、(三) 一方が詐欺・脅迫の手段を以て、又は他人の危機に乗じて、相手方に真実の意思に背かせる状況の下で行われたもの、(四) 悪意で結託して、国家・集団また第三者の利益に損害を与えるもの、(五) 法律、又は社会の公共利益に違反するもの、(六) 経済契約が国家の指令性の計画に違反するもの、(七) 合法の形式を以て不法な目的を覆い隠したもの。無効な民事行為は、行為開始時から法律の拘束力を有しない」。

第六一条「民事行為が無効となることを確認され、又は取消された後は、当事者が当該行為により取得した財産は、損失を受けた一方に返還すべきである。故意、又は過失のある一方は相手方にこれにより受けた損失を賠償すべきであり、双方いずれも故意又は過失があるときは、各自が相応の責任を負うべきである。双方が悪意で結託して、民事行為を行い、国家・集団又は第三者の利益に損害を与えた場合は、双方が取得した財産を追徴して、国家・集団所有に回収し又は第三者に返還すべきである」。

第七二条「財産所有権の取得は、法律の規定に違反してはならない。契約又はその他の合法的な方式に則して財産を取得した場合は、財産所有権は財産の引渡時から移転するが、法律に別に規定がある場合又は当事者にその他の約定がある場合を除く」。

(36) 公表された例を取上げると、「金善朝訴鄭光栄房屋売買付款後未弁過戸手続要求確認売買有効案」『人民法院案例選―一九九九年第四集(総三〇集)』六一―六八頁がある。この裁判例の一審判決は、買主は売主に家屋を返還し、売主は買主に家屋代金を返却せよとした。

(37) 中国の学者もこの誤りを、「物権契約の効力発生要件を債権契約の効力発生要件に結合させる奇妙な理論」である、と鋭く指摘している。孫憲忠・前掲注(8)論文一〇八三頁を参照。

(38) 好美清光「jus ad rem とその発展的消滅―特定物債権の保護強化の一断面」『法学研究三』一橋大学研究年報(一九六一年)一七九頁以下は、jus ad rem が否定されるまでの経緯について詳細に紹介している。

(39) 八二三条一項「他人の生命、身体、健康、自由、所有権、またはその他の権利を、故意または過失により違法に侵害した者は、それから生じた損害を賠償する義務を負う」、八二三条二項「他人の保護を目的とする法規に反したものも同様である」、八二六条は「良俗違反の様態で他人に故意に損害を与えた者は、その損害の賠償義務を負う」。

(40) 磯村保「二重売買と債権侵害―『自由競争』論の神話（二）」『神戸法学雑誌』三六巻一号（一九八六年）二九頁以下は、議論をめぐる詳細な整理をしている。

(41) Larenz, Schuldrecht Bd. 2, 12. Aufl., S. 604 f. 磯村・前掲注（40）三一頁以下を参照。

(42) RG v. 29. 2. 1904 (RGZ 57, 353) 磯村・前掲注（40）二九頁を参照。この判決は、BGB 施行直後に出されたものであり、これは、相対的効力しか有しない債権を、八二三条一項でいう「その他の権利」から明確に排除した先例である。

(43) 有川哲夫「オーストリア法における不動産の二重譲渡（一）」『福岡大学法学論叢』二二巻三＝四号（一九七八年）五九五頁以下を参照。

(44) 松岡久和「不動産所有権二重譲渡紛争について（一）」『龍谷法学』一六巻四号（一九八四年）七九〇―七九一頁は、第二契約が稀に排除されない理由としては、登記成立要件主義の採用と、債権の第三者効を極力排除するという法概念構成への硬直と、不法行為法規定の構造とを取上げ、その中で規定の様態による影響が最も大きいと指摘している。

(45) RG v. 12. 4. 1922 (JW 1922, 1390 Nr. 6); RG v. 29. 6. 1925 (SeuffA 79, 357 Nr. 218); RG v. 9. 12. 1951 (RGZ 62, 137); BGH v. 24. 2. 1954 (BGHZ 12, 308) 磯村・前掲注（40）三七頁以下を参照。

(46) RG v. 27. 4. 1931 (JW 1931, 2238 Nr. 10) 好美・前掲注（38）三九六頁、磯村・前掲注（40）四五頁を参照。

(47) RG v. 25. 1. 1924 (RGZ 108, 58) 好美・前掲注（38）三九四頁、磯村・前掲注（40）四二頁を参照。

(48) 磯村・前掲注（40）五五頁、好美・前掲注（38）三九八頁を参照。

(49) 日本では、不動産変動制度の母国法への関心から、フランス法の判例及び理論研究は詳細に紹介・分析されている。浜上則雄「フランス法における不動産の二重譲渡の際の第三者の悪意」『阪大法学』五一号（一九六四年）、鎌田薫「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全――フランスにおける判例の『転換』をめぐって」早稲田大学『比較法学』九巻二号（一九七四年）、七戸克彦「『対抗』のフランス法的理解―不動産物権を中心に」『慶大院法学研究科論文集』二六号（一九八七年）、滝沢聿代『物権変動の理論』（有斐閣、一九八七年）、吉田邦彦『債権侵害論再考』（有斐閣、一九九一年）、横山美夏「競合する契約相互の優先関係（一）（二）（三）（四）（五・完）」大阪市立大学『法学雑誌』四二巻四号（一九九六年）、四三巻四号（一九九七年）、四五巻三号（一九九九年）、四七巻一号（二〇〇〇年）、四九巻四号（二〇〇三年）、吉井啓子「不動産公示の消極的効果としての『不知』の推定―フランスの不動産公示における『認識』の位置付

け（一）（二・完）」『同志社法学』四六巻六号（一九九五年）、四七巻一号（一九九五年）などがある。

(50) 一八〇四年フランス民法制定後、一八五五年の「抵当権に関する謄記についての法律」により対抗要件主義が確立されるまで、第二契約は、「prior tempore, potior jure」という原則のもとで、他人物売買として無効とされた。しかし、この原則への制約として、権利取得者は他人に対抗するには、契約書において他人に先んじる確定日付が要求されていた。したがって、一八五五年法は契約証書の確定日付を登記に置換えたにすぎず、実質上、それまでは契約証書の日付という証拠力により対抗要件主義を導入するのと同様に問題解決をしている。滝沢聿代『物権変動の理論』（有斐閣、一九八七年）一二六頁を参照。

(51) 鎌田薫「物権変動論を語る」『判例タイムズ』一一八二号（二〇〇五年）八頁を参照。

(52) 関連する学説の整理は、鎌田薫「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全――フランスにおける判例の『転換』をめぐって」早稲田大学『比較法学』九巻二号（一九七四年）五一頁注⑥を参照。

(53) 鎌田・前掲注（52）四四頁を参照。

(54) C. -T. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales ; Information du pubile et preuve des Actes, L. G. D. J., 1990, n°. 218. 吉井啓子「不動産公示の消極的効果としての『不知』の推定―フランスの不動産公示における『認識』の位置付け（一）」『同志社法学』四六巻六号（一九九五年）二〇三頁を参照。

(55) Cass. req. 27 nov. 1893, D. P. 1894, 1. 342, S. 1894, 1. 385. なお、一九六八年までの破毀院判例の流れについては、鎌田・前掲注（52）四二頁以下を参照。

(56) Cass. civ. 7 dec 1925, S. 1925, 1, 340. この判決では、二重譲渡の場合において、第二買主を失権させるには、第二買主は単に第一の売買を認識していただけでは足りず、第二買主は、第一買主から権利を奪おうとする「詐欺的操作（manoeuvre）」のような「詐害的協働（concert frauduleux）」が必要だと判断した。鎌田・前掲注（52）六三頁を参照。

(57) Cass. civ. 1re, 13 nov. 1951, Bull. Civ. 1951, 1, n°. 298, p. 232 ; Cass. civ. 1re, 17 oct. 1961, Bull. Civ. 1961, 1, n°. 467, p. 370. 鎌田・前掲注（52）五五頁を参照。

(58) Cass. civ. 10 mai 1949, D. 1949, 277. 鎌田・前掲注（52）四五頁を参照。ただし、予備的契約と売買と競合する場合には、二重譲渡に関する判例が変更される前から、破毀院は善意転得者を保

護する法律構成を採用していたと言われている。横山美夏「競合する契約相互の優先関係（四）」大阪市立大学『法学雑誌』四七巻一号（二〇〇〇年）六九頁を参照。

(59) Cass. civ. 3, 22 mars 1968, D. 1968, 412. なお、本判決がもたらしたフロード説とフォート説の論争については、鎌田・前掲注（52）九一頁以下、滝沢・前掲注（50）一五五頁を参照。

(60) フランス民法一三八二条「他人に損害を生じさせる人の行為はいかなるものであったものすべて、フォートによってそれをもたらした者に、それを賠償する義務を負わせる」。

(61) 「フォート」は一般的に「過失」と訳されるが、フランス法における民事責任の発生要件である「フォート」についての諸議論は、野田良之「フランス民法における faute の概念」『損害賠償責任の研究上―我妻先生還暦記念』（有斐閣、一九五七年）一〇九頁を参照。なお、フランスの不法行為法が一元論の形式を採用しているため、日本法的な理解からすると、「フォート」は単なる過失ではなく、故意・過失及び違法性の融合物となる。

(62) 一九六八年破毀院判決に関する評釈の詳細の紹介は、鎌田・前掲注（52）九五頁以下を参照。

(63) Cass. civ. 3e 30 janv. 1974, Bull. Civ. Ⅲ, n° 50, 37; Cass. civ. 3e 20 mars 1979, Bull. Civ. Ⅲ, n° 71, 52. この二つの判決の事案については、鎌田薫「フランス法判例研究（一一）二重売買における買主の注意義務」『判例タイムズ』四二二号（一九八〇年）三六頁以下を参照。

なお、横山美夏「競合する契約相互の優先関係（二）」大阪市立大学『法学雑誌』四三巻四号（一九九七年）六二二頁以下は、一九六八判決後の判例における第三者の主観的様態を中心に考察している。

(64) Cass. civ. 3e 28 mai 1979, Bull. Civ. Ⅲ, n° 116, 88. この判決の事案については、鎌田・前掲注（63）三六頁以下を参照。

(65) Cass. civ. 3e 4 janv. 1983, Bull. Civ. Ⅲ, n° 3, 30. 吉井・前掲注（54）二〇九頁を参照。

(66) Cass. civ. 3e 22 mai 1990, D. 1990, I. R., 145. 吉井・前掲注（54）二〇九頁を参照。

(67) Cass. civ. 3e 11 juin 1992, D. 1993, J. 528. 吉井・前掲注（54）二一〇頁を参照。

(68) 吉井・前掲注（54）、及び同「不動産公示の消極的効果としての『不知』の推定―フランスの不動産公示における『認識』の位置付け（二・完）」『同志社法学』四七巻一号（一九九五年）一六三頁は、一九八四年にデュクロが発表した「『対抗

可能性』の一般理論」を中心に紹介しながら、不動産公示制度の目的をめぐるフランスの議論を詳細に整理している。

また、デュクロ論文の紹介は、七戸克彦「『対抗』のフランス法的理解―不動産物権を中心に」『慶大院法学研究科論文集』二六号（一九八七年）六五頁、滝沢・前掲注（50）一九三頁、浜上則雄「不動産の二重譲渡と対抗要件」『阪大法学』一四五＝一四六号（一九八八年）一六頁、吉田邦彦『債権侵害論再考』（有斐閣、一九九一年）四四〇頁以下などがある。さらに、フランス法において、二重譲渡のみにとどまらず、賃貸借と売買との競合、二重賃貸借、予約売買と売買との競合が生じた場合にも、先行する契約の存在を認識しながらそれと競合する契約を締結した者は第一契約による法律関係を否定できないとする法的価値判断が潜在しているとの指摘がある。横山美夏「競合する契約相互の優先関係（五・完）」大阪市立大学『法学雑誌』四九巻四号（二〇〇三年）八三六頁を参照。

(69) Cass. civ. 3e 11 juin 1998, JCP 98, II, 10055. 本判決の事案については、吉井啓子「『対抗』理論における第三者の主観的態様の意義――近時のフランス破毀院判例からの考察」『国学院法学』三八巻二号（二〇〇〇年）九九頁を参照。

(70) 吉田・前掲注（68）四三六頁を参照。

(71) 山口俊夫『フランス債権法』（東京大学出版会、一九八六年）一六六頁は次のように紹介している。つまり、フランス法においては、不法行為の効果としての損害賠償方法は、完全な原状回復（remise des choses en état）による現物賠償（réparation en nature）が原則とされ、被害者は可能な限り不法行為者に対してそれを請求することができる。請求ができない場合は、金銭賠償の性質を有する等価賠償（réparation par équivalent）の方法による。

(72) ドイツ民法の二四九条は、損害賠償の効果として原状回復を原則としている。

(73) 諸学説を分類・紹介するものとしては、松岡久和「不動産所有権二重譲渡紛争について（二・完）」『龍谷法学』一七巻一号（一九八四年）五頁以下、浜上・前掲注（68）二一頁以下などがある。

(74) 松尾弘・古積健三郎著『物権法』（弘文社、二〇〇五年）六五頁、篠塚昭次『民法セミナーⅡ物権法第二分冊』（敬文堂、一九七〇年）一〇〇頁以下を参照。

(75) 半田正夫「不動産二重譲渡へのひとつのアプローチ」『北大法学論集』一六巻四号（一九六一年）四八頁以下、石田喜久夫『物権変動論』（有斐閣、一九七九年）一八八頁を参照。

(76) 鎌田・前掲注（51）一〇頁を参照。

(77) 加賀山茂「対抗不能の一般理論について」『判例タイムズ』六一八号（一九八六年）六頁以下、浜上・前掲注（68）三三頁を参照。なお、無効な第二契約が登記により治癒または追完される点において一致している見地としては、滝沢・前掲注（50）一九七頁以下で主張されている法定取得説もある。

(78) 近藤英吉『物権法論』（弘文堂書房、一九三七年）三六頁、吾妻光俊「意思表示による物権変動の効力」『東京商大法学研究』二号（一九三三年）二四五頁以下、山中康雄「権利変動論」『名大法政論集』一巻三号（一九三〇年）二八七頁以下を参照。

(79) 富井政章『民法原論（第二巻物権上）』（有斐閣、一九一五年）五九頁、末川博『物権法』（日本評論社、一九三八年）九四頁、中川善之助『相続法の諸問題』（勁草書房、一九四九年）一六四頁以下、林良平『物権法』（有斐閣、一九五一年）六八頁、川井健『不動産物権変動の公示と公信』（日本評論社、一九九〇年）二三頁を参照。

(80) 我妻・前掲注（21）一四九頁、勝本正晃『物権法』（弘文堂、一九五〇年）九三頁を参照。

(81) この説では、第三者からの主張をいかに理解するかによって見解が分かれる。すなわち、登記を了していない物権変動を否認する権利を、一七七条により第三者に与えたとする否認権説と、第三者は物権変動と両立しない事実を主張すれば足りるとする反対事実主張説が存在している。前者は、石田文次郎『物権法論』（有斐閣、一九三二年）九五頁以下、柚木馨『判例物権法総論』（有斐閣、一九五五年）一七九頁がある。後者は、舟橋諄一『物権法』（有斐閣、一九六〇年）一四六頁、末弘厳太郎『物権法上巻』（有斐閣、一九二一年）一五四頁、近江幸治『物権法（第三版）』（成文堂、二〇〇六年）七一頁がある。

(82) 広中俊雄『物権法（第二版）』（青林書院、一九八七年）七〇頁を参照。

(83) 星野英一「物権変動における『対抗』問題と『公信』問題」『法学教室』三八号（一九八三年）一八頁、鈴木禄弥『物権法講義（四訂版）』（創文社、一九九四年）一一三頁を参照。

(84) 梅謙次郎『民法要義 巻之二 物権篇』（私立法政大学、一九一二年）七頁以下、富井・前掲注（79）六一頁以下を参照。

なお、近時、加藤教授は、「一七六条の意思表示による物権変動を萌芽的な相対的物権の移動、一七七条の登記による第三者への対抗力の付与を完成体としての絶対的物権の移転」との理解を根拠とする「二段階物権変動論」を提案したうえで、無制限説を主張している。加藤雅信『新民法大系Ⅱ　物権法（第二版）』（有斐閣、二〇〇五年）七六頁以下を参照。

(85) 川島武宜『新版所有権法の理論』（岩波書店、一九八七年）二三八頁。なお、無制限説と制限説が対立する早期の時期において、その論争の中心は不法行為者を制限すべきか否かであり、第三者の善意・悪意をめぐる主観的様態ではなかった。

(86) 田島順『物権法』（弘文堂、一九三五年）一〇六頁、末弘厳太郎『債権総論』（日本評論社、一九三九年）二三六頁、柚木・前掲注（81）一九三頁を参照。

(87) 舟橋・前掲注（81）一八三―一八四頁、我妻・前掲注（21）一六三頁、鈴木・前掲注（83）一三一頁、山野目章夫『物権法（第三版）』（日本評論社、二〇〇五年）三九頁を参照。

(88) 篠塚・前掲注（74）一〇〇頁以下、半田・前掲注（75）四八頁以下、石田・前掲注（75）一八八頁を参照。この種の説は、公信力の概念により二重譲渡紛争の解明を図ろうとしているだけではなく、その法的構成をも明確にしようとしているため、従来の悪意者排除論と相違する。

(89) 磯村保「二重売買と債権侵害―『自由競争』論の神話（一）」『神戸法学雑誌』三五巻二号（一九八五年）四〇二頁以下、吉田・前掲注（68）五七六頁を参照。また、債権侵害の観点から不動産二重譲渡問題を解決すると、不法行為を認定するには、必然的に行為の主観的様態が問題となる。さらに、債権侵害により、第二買主を失権させるための法的根拠としては、不法行為による構成と債権者取消権による構成が存在する。後者は、日本の不法行為法が原状回復ではなく金銭賠償を原則としていることから、その不具合を回避するために四二四条の転用を根拠とする見解がある。しかし、債権者取消権の無資力要件の克服はやや困難のように思われる。

(90) 大連判明治四一年一二月一五日民録一四輯一二七六頁。

(91) 最判昭和四三年八月二日民集二二巻八号一五七一頁、最判昭和四四年四月二五日民集二三巻四号九〇四頁ほか。

(92) 石田剛「不動産二重売買における公序良俗」『民事法理論の諸問題（下巻）―奥田昌道先生還暦記念』（成文堂、一九九五年）一七九頁は、九〇条でいう公序良俗を違反した第二契約は絶対的無効であり、この効力は転得者が現れた場合でも維持されるべきだと主張している。また、松尾・古積・前掲注（74）六九頁は、善意の第二買主からの悪者転得者が生じる場合において、絶対的構成を支持している。

(93) 舟橋・前掲注（81）一八五―一八六頁、近江・前掲注（81）八八頁、広中・前掲注（82）一〇五頁、加藤・前掲注（84）

一二二頁、磯村・前掲注（89）四〇四頁、松岡・前掲注（73）三〇―三一頁、半田・前掲注（75）五六頁、川井・前掲注（79）五六頁など多数存在する。なお、諸学説は、悪意または背信的悪者の排除の法的構成に関連して、転得者が出現する際にもその法律構成に関し若干の差異はあるものの、基本的には取引安全の確保とする出発点が共通していると思われる。

（94）最判平成八年一〇月二九日民集五〇巻九号二五〇六頁。

（95）本判決への評釈は多く存在し、瀬川信久「民法一七七条の第三者の範囲―背信的悪意者からの転得者」『別冊ジュリスト』一五九号（二〇〇一年）一二五頁、七戸克彦「背信的悪意者からの転得者と民法一七七条の第三者」『民商法雑誌』一一七巻一号（一九九七年）一〇四頁、安永正昭「民法判例の動き」『ジュリスト増刊』一一三号（一九九七年）五〇頁、鎌田薫「背信的悪意者からの転得者と民法一七七条の第三者」『私法判例リマークス一九九八年』（日本評論社、一九九八年）一〇頁、半田吉信「背信的悪意者からの転得者と民法一七七条の第三者」『ジュリスト』一一二七号（一九九八年）一二七頁などがある。

（96）篠塚・前掲注（74）一四八頁以下、石田・前掲注（75）一八三頁以下を参照。

（97）松岡・前掲注（44）七六三頁以下。松岡教授の緻密な分析により「当事者またはその包括承継人」、「法人格の濫用型」、「相続関係を伴う親族関係にある者」、「不動産登記法五条に該当または類似する者」に類別している。

（98）松岡・前掲注（73）二頁以下を参照。

（99）松岡・前掲注（73）一三頁以下を参照。

（100）松岡久和「民法一七七条の第三者・再論―第三者の主体的資格と理論構成をめぐる最近の議論」『民事法理論の諸問題（下巻）―奥田昌道先生還暦記念』（成文堂、一九九五年）一八八頁以下は、自説へ批判や疑問を次のように纏めている。すなわち、背信的悪意者という基準はなお有効であることと、第一買主の権利を物権段階と債権段階とに区別するのは困難であること、さらに、「無権利者からの取得」の法的構成の是非、不法行為的衡量を基礎に置く法的構成への批判、及び「両すくみ」状態への批判という五つの点に整理されている。これらの意見の対立はまさしく議論の核心を鮮明化したものであり、中には日本法制度上の固有の問題に由来したものもあれば、論者の倫理的価値判断を反映したものもある。私見としては、特に解明する必要があるのは、特定物債権段階と物権段階をいかに区分するかという点にあると考える。なぜな

ら、鈴木禄弥教授が指摘しているように、日本法において物権変動時期は、その確定する意味が乏しいだけではなく、確定自体も困難であるからである。鈴木禄弥「特定物売買における所有権移転の時期」『契約法大系Ⅱ－（贈与・売買）』（有斐閣、一九六二年）九八頁を参照。したがって、「不当競争類型」において、第一契約の履行段階の進展状況を勘案し、第二買主の保護要件を区別するとすれば、契約の慣習に基づき、その前提である「第一契約が登記の点を除いて履行済みである場合」を明らかにする作業は欠かせないと思われる。また、仮にこれが困難であれば、第三者の主観的様態を考案する際に、第二買主が第一契約履行の蓋然性につき確信を持つ段階が一つの境界になると考える。

(101) 松岡・前掲注（100）一九六頁以下を参照。

なお、ごく最近の判例に関しては、最判平成一八年一月一七日判時一九二五号三頁がある。これは不動産の取得時効完成後に、当該不動産の譲渡を受けて所有権移転登記を完了した者が現れたものである。本判決では、背信的悪意者排除説が維持されながらも、「多年にわたる占有継続の事実を認識している」ことを悪意者の背信性判断に組み込んだ結果、その判断が緩和された。

(102) たとえば、（http://smgtv.eastday.com/eastday/node21/node148/node10035/userobject1ai121530.html）で報道されている紛争は制度不備の杜撰さを物語っている。本事例では、家屋の賃借人は持主の身分証明書を偽造した後、権利書を紛失したと称し真正権利書を再発行した。そして、この権利書を用いて占有した家屋を第三者に譲渡した。

(103) 日本では、二〇〇四年六月一八日、登記の正確性を確保しながら便利性の向上を図るとした目的で、不動産登記法が一〇五年ぶりに全面改正された。新法においては、登記済権利書に代わり登記識別情報が本人確認手段として採用されている（二二条）。また、この識別情報をもって、オンライン登記申請が可能となった（一八条）。この制度は、登記空白期間を大幅に短縮することができ、二重売買の防止に有効であると言われている。「不動産登記法改正（一）」『ジュリスト』一二八九号（二〇〇五年）一四五頁（斎木賢二発言）を参照。なお、新不動産登記法をめぐる議論は、本連載の（二）『ジュリスト』一二九二号（二〇〇五年）六四頁、（三）『ジュリスト』一二九四号（二〇〇五年）一二八頁、（四）『ジュリスト』一二九五号（二〇〇五年）一八八頁を参照。

(104) なお、現在中国では固定資産税が徴収されていないため、この納税証明書により真正所有者であることを証明させることは期待できない。

(105) 最判昭和三〇年一二月二六日民集九巻一四号二一一四頁、最判昭和三六年四月二七日民集一五巻二号九〇一頁。

(106) 日本でも、仮登記の活用を提案する論者がいる。例えば、滝沢・前掲注(50)一九八頁を参照。しかし、仮登記は金銭債権の担保方法として利用される場合が多く、私人間においては制度利用の煩雑さから二重売買の防止策としての運用は少ないようである。

(107) 生熊長幸「仮登記の機能的類別について」『民商法雑誌』六九巻四号（一九七四年）九八頁を参照。

(108) 日本の不動産登記法一〇六条は、「本登記の順位は、当該仮登記の順位による」と規定しているため、理論的には、「順位保全的効力」と実定法上の「権利保全的効力」とに分けて考えることが可能である。実際に「仮登記後本登記前の中間処分は、本登記がなされると、これに抵触する範囲で効力を失い、中間処分によって生じた権利で本登記権利と併存しえないものは、すべて無効となり、本登記権利と併存しうるものは、すべて後順位のものとなる」という結果になっているため、両概念を包摂して「順位保全的効力」と理解する見解がある。幾代通・徳本伸一補訂『不動産登記法』（有斐閣、一九九四年）四六四頁を参照。したがって、結果として、日本法での「順位保全的効力」は、ドイツ法八八三条で明言されている「相対的処分禁止の効力」に類似していると思われる。

(109) 不動産登記法一〇七条は、形式上は仮登記権利者による単独申請を認めている。しかし、仮登記申請する際には、仮登記義務者の承諾書を要し、及び承諾書に利用される印につき印鑑証明が必要とされると指摘している。鎌田薫・寺田逸郎・小池信行編『新不動産登記講座（第三巻）』（日本評論社、一九九八年）三一二頁（南敏文執筆）を参照。したがって、仮登記における単独申請という特則があっても、実質的には共同申請と同様である。また、仮登記義務者が仮登記手続に協力しない場合は、仮登記権利者は、一〇八条により仮登記の仮処分命令を申請することができるが、実際厳格な「疎明」が要求されるため、その申請は容易に認められていないと考えられている。生熊・前掲注(107)一〇九頁を参照。

(110) 幾代・前掲注(108)二一七頁を参照。また、杉之原舜一『新版不動産登記法』（一粒社、一九七二年）二七〇頁は、仮登記された債権は、付記登記によりその譲渡を認めると説明している。

(111) 生熊長幸「仮登記について―物権・債権という概念との関係において」東北大学『法学』三六巻三号（一九七二年）五三頁以下の分析によると、プロイセン一般州法においては、二重売買が行われる場合、第一買主は jus ad rem により悪意の第二買主にたいし物の引渡を請求することが可能であった。そして、登記を物権変動の成立要件とする制度へ発展す

る過程において、仮登記制度が形成され、仮登記された権利はjus ad remと同質の部分を共有している。

(112) 日本では、仮登記する場合に本登記の二分の一に相当する登録免許税が徴収される。したがって、仮登記の所要費用が高額の上、実質的に単独登記の利用に制限を設けていることは、制度利用のコストならびにその利便性において、必ずしも仮登記制度の趣旨に合致しているとは言えないように思われる。

(113) 瀬川信久「物権・債権二分論の意義と射程」『ジュリスト』一二二九号（二〇〇二年）一一一頁を参照。

(114) 一〇六条二項「公民、法人が過失により、国家、集団の財産を侵害した場合、又は他人の財産、人身を侵害した場合は、民事責任を負うべきである」。

(115) 一三四条「民事責任を負う方式は以下のものがある。(一) 侵害の停止、(二) 妨害の排除、(三) 危険の除去、(四) 財産の返還、(五) 原状の回復、(六) 修理、再制作、交換、(七) 損失の賠償、(八) 違約金の支払、(九) 影響の除去、名誉の回復、(一〇) 謝罪。以上の民事責任の負う方式は、単独で適用することができ、又は併合して適用することもできる」。

(116) 張新宝『侵権責任法原理』（中国人民大学出版社、二〇〇五年）四六六頁を参照。

(117) 中国法の「合理」、「合情」は、日本法でいう条理にあたる。

(118) 東京高判昭五七年八月三一日判時一〇五五号四七頁。

(119) 磯村保「二重売買と債権侵害―『自由競争』論の神話（三）」『神戸法学雑誌』三六巻二号（一九八六年）三一五頁を参照。

(120) 中国の有力説、例えば、韓世遠『合同法総論』（法律出版社、二〇〇四年）四八三頁以下は、条文の解釈により一般的に代償請求権を認めることは可能であると主張している。

(121) 鎌田・前掲注（51）二四頁を参照。

(122) これらの具体的な仮登記での要件については、今後の検討課題としたい。

(123) 王利明・前掲注（10）八九―九〇頁、孫憲忠・前掲注（8）論文一〇八六頁を参照。

(124) 鈴木・前掲注（11）著書三八五頁を参照。

(125) 孫憲忠『中国物権法原理』（法律出版社、二〇〇四年）二四一―二四五頁は、及び同「中国物権法制定に関する若干の問題（一）」『民商法雑誌』一三〇巻四＝五号（二〇〇四年）七七〇―七七一頁は、①「統一的な法律に依拠した不動産登

記制度の統一」、②「登記機関の統一」、③「登記効力の統一」、④「登記手続きの統一」、⑤「権利証書の統一」という五つの原則の確立を提案している。

(126) 王利明・前掲注（10）二二四頁以下を参照。

(127) 渠涛・前掲注（7）一七〇頁は、同様な指摘をしている。

(128) 田口勉「不動産物権変動における公信原則と対抗要件―機能的側面における比較を中心に」『早稲田大学大学院法研論集』四六号（一九八八年）一五五頁以下は、ドイツ法八九二条一項一文但書により取得者が悪意と認定されるには、登記の不真正の起因の認識、及び登記不真正であることへの認識が必要となる。したがって、悪意の範囲が狭い、悪意の立証が困難、買主に重大な過失がある場合でも保護されるなどの問題が存在する、と説明している。

論　説

公企業と官僚制（九）

――戦時期・戦後復興期の営団・公団・公社――

巣住弘久

目　次

序章　はじめに
第一節　課題の設定
第二節　分析枠組み

第三節　論述にあたっての留意点（以上、第五三巻第一号）
第一部　営団の淵源
第一章　公企業の起源と展開
第一節　公企業の起源
第二節　生産力拡充と国策会社（特殊会社）
第三節　国家総動員体制における国策会社（特殊会社）（以上、第五三巻第二号）
第二章　新たな公企業形態の模索
第一節　交通調整前史
第二節　交通調整の始動
第三節　交通調整案の作成と公企業形態をめぐる対立の激化（その三まで第五三巻第五号　その九まで第五四巻第六号）
第四節　新たな公企業形態の模索（以上、第五五巻第四号）
第二部　戦時期における営団
第三章　営団の誕生
第一節　住宅営団の誕生
第二節　帝都高速度交通営団の誕生
第三節　農地開発営団の誕生
第四節　営団の論理（以上、第五六巻第四号）
第四章　営団の展開
第一節　商工省における営団の活用
第二節　農林省における営団の活用
第三節　営団をめぐる「官」と「民」（以上、第五六巻第六号）
第三部　戦後復興期における公団と公社
第五章　公団の誕生

第一節　戦時期の公企業の閉鎖
第二節　公団の誕生
第六章　公団の展開
第一節　公団の活用
第二節　公団活用の抑制
第三節　公団の行政機関化
第七章　公社の誕生
終章　おわりに

凡例については、連載第一回（第五三巻第一号）の冒頭に記した。

（以上、第五七巻第三号）

第三部　戦後復興期における公団と公社

第六章　公団の展開

第一節　公団の活用

（以上、本号）

一九四七年四月二五日に行われた第二三回衆議院総選挙の結果、各党の獲得議席数（合計四六六）は、社会党一四三、

自由党一三一、民主党一二四、国民協同党三一、共産党四、諸派二〇、無所属一三となり、社会党が第一党に躍り出た。これを受けて自由党の吉田茂内閣は退陣した。そして、五月二三日の衆議院本会議首班選挙で社会党の片山哲が選出され、六月一日に三党（社会、民主、国民協同の各党）連立の片山内閣が成立した。[1]

この時期の日本経済は、国家財政の赤字・重要企業の赤字・国民家計の赤字により縮小再生産となる一方、他方でインフレーションが進行するという状況にあった。[2] こうした経済情勢を打開するため、マッカーサーは、三月二二日付けで当時の吉田総理大臣宛に書簡を送付し、[3]「経済安定本部に依つて現情勢の要求する綜合的一連の経済金融統制を展開実施する為急速且強力なる措置を採ることが必要である」。そうしなければ「経済界のインフレ情勢は食糧其他必需品の付随的不適正配給と相俟つて益々悪化すべく、産業再建は更に遅延すべく、又日本国民が頼もしき前進を開始せる社会的政治的目標の達成は為に危殆に瀕するに至るであらう」と注意を促した。これに対し吉田は、三月二八日のマッカーサーへの回答書のなかで「特に物資需給全般の状況に鑑み、・・・今期議会に提案せる各種公団を中心として、物資配給の組織及方法を全面的に再整備する」[4]（傍点部は引用者による）考えであることを明らかにした。つまり、経済統制の強化に際して公団を中心的に活用していく姿勢を示したのである。

吉田内閣の後釜となった片山内閣では、このマッカーサー書簡の政策化が求められることになった。[5] 片山内閣の経済安定本部長官に就任した和田博雄は、早速この政策の実現に乗り出した。[6] こうして組閣後間もない六月六日の経済閣僚懇談会で「経済危機突破対策」[7]の原案が説明され、和田等はＥＳＳの承認を得るためにマーカット、ファイン、ロスと協議を行った。かくして、六月一一日に（一）生産量を増大すること、（二）生産と消費を調整し、国民消費の内容を合理的に切り詰め、資本の維持、生産財の確保に努めるとともに、生産及び流通を計画的に行い得るような経済の秩序を確立すること、（三）インフレーションの拡大を防止するために、物価と賃金の悪循環を断ち切ること[8]、を基本

的な考えとする「経済緊急対策」が発表された。(9)

「経済緊急対策」では、次の八項目を重点とする総合対策の実施が記された。(10)すなわち、（一）食糧の確保、（二）物資の流通秩序の確立、（三）賃金・物価の全面的改定、（四）財政金融の健全化、（五）重点生産の継続と企業経営の健全化、（六）勤労者の生活と雇用の確保、（七）国内消費の圧縮と輸出の振興、（八）以上の諸施策の実効性を高めるための企業管理・企業形態、である。このうち「（二）物資の流通秩序の確立」では、公団の活用を含む次のような方針が掲げられた。(11)

一、基礎的な生産資材、重要生活物資、主要食糧等徹底的な統制を必要とする重要物資は、公制団〔公団〕方式によつて配給を確保する。

二、統制の必要が右につぐ物資については、現在の割当切符制を継続または新たに適用するものとし、割当物資の流れを最終までつかんで、その経路と供用実績を明らかにするように切符制度の運用に改善を加える。

三、割当の制度は、実績主義、能力主義を排し、能率と手持資材の活用とを主眼として、企業の公正な競争を助長するように改める。

四、隠匿物資の摘発活用を強力に推進する。

五、取締の重点を経済行政の監査と大口の経済違反行為や闇ブローカーの摘発におく。

六、輸送統制を強化して、闇物資の移動を抑圧する。

このことから公団に関する二つのことが窺われる。第一は、「公団」が「公制団」の略称であるということである。

第二は、公団（公制団）が第一番目に記されているように、流通秩序確立の要諦は公団の活用にあるということである。こうした方針は、ESSの承認を受けたものであり、その意味でESSの意向を体現したものであった。[12] 日本側はここにおいて、公団活用の「お墨付き」を得ることになったのである。

前章で述べたように、広範囲に公団を設立するという日本側の目論見は、GHQによって一旦、潰えたかに見えた。しかし、「経済緊急対策」を契機に日本側の公団活用の動きは再び活発化することとなる。たとえば、商工省では、「〔経済〕緊急対策の一環として〔GHQと〕交渉する予定」の公団として「鉄鋼配給公団」「繊維配給公団」[13]「生活必需品配給公団」「化学工業品配給公団」の名前が挙がり、法案の要綱が作成されたりしたのである。しかし、日本側は、こうした具体案についてGHQと交渉を進めていなかった。「経済緊急対策」発表前日の六月一〇日に和田長官は、マーカット等から「実行案ヲドシドシ早クダスコト」と言われているのである。[14] こうした状況は六月下旬になっても変わらなかった。GHQも加わった具体案の策定が本格的に動き出すのは、ようやく七月に入ってからのことであった。

七月四日に今日の『白書』の先駆けとなる「経済実相報告書」が公表された。[15] これは、経済安定本部の「首脳部が、こうだと認識している経済情勢と施策の方向を、国民に訴え、協力をもとめようとしたものであった」。[16] つまり、「経済実相報告書」には、「さきに発表した『経済緊急対策』の基礎となっている日本経済の現実を国民に知ってもらい、政府と国民が同じ材料の上にたってものを考えて行くという意味」が付与されていたのである。[17] したがって「経済緊急対策」とかかる関係にある「経済実相報告書」では、「物資の流通秩序の確立」が強調されていた。

ところで、こうした流通秩序確立へ向けた日本側内部の動きは、既に六月中旬からはじまっていた。[18] すなわち、六月一七日に商工省特別室が「〔経済〕緊急対策　実施案其の一」として「物資流通秩序に関する件」を作成し、三〇日に経済安定本部生産局が同名の文書を「〔経済〕緊急対策実施案　二」としてまとめていたのである。[19] そして、七月二日

に経済安定本部総合調整委員会副委員長としてＧＨＱとの折衝に当たった都留重人は、[20]アルバーから「８日頃日本側ニ案ヲ出スカラソレマデニＥＳＢ〔経済安定本部〕デモ〔流通秩序の確立について〕審議シテオイテクレ」[21]との指示を受けた。こうして、七日に「流通秩序確立対策」[22]が経済安定本部生産局によって作成された。都留は、九日にアルバーから、配給公団の新設を含む「流通秩序確立ニ関スル informal statement」を渡され、[23]一六日までに日本案を提出するよう求められた。[24]これ以降、都留とアルバーは流通秩序確立の具体案について協議を行うこととなる。[25]そして、一七日に「流通秩序確立案ニツイテ・・・大体ニオイテ〔ＧＨＱ側の〕原則的諒解ヲウル」に至り、[26]二九日に「経済緊急対策」の具体策である「流通秩序確立対策要綱」が閣議決定された。

さて、七月一七日にＥＳＳの諒解を得た「流通秩序確立対策要綱（案）」は、（一）統制方法の改善、（二）闇取引の撲滅、（三）闇撲滅国民運動の展開、を骨子とするもので、このうち「（一）」では、①公団制度の改善と強化、②割当切符制度の改善、③リンク制度の拡大、が示された。[27]日本政府は、これに基づき、鉄鉱・繊維・ゴム・皮革・マッチ等の生活必需品数品目について公団を活用していこうと考えた。[28]経済安定本部は、これに先立つ形で「繊維公団の構想」（七月一四日付）、[29]「皮革公団の構想」（七月一六日付）、[30]「ゴム公団の構想」（七月一六日付）、[31]「日用品配給公団の構想（第三次案）」（七月一六日付）、[32]を作成していた。[33]

ところが、七月下旬になると公団の活用は、雲行きが怪しくなっていった。都留は、二五日の午前中にアルバーから「公団問題ニツイテ特ニ反対多シ（Welsh カラ）」と伝えられ、午後の流通秩序に関する「final word」の際、「公団新設ノ点デ個々ノモノヲアトマワシニサレ」てしまうことになるのである。[34]

和田長官をはじめとする経済安定本部にとって、公団活用に対するＥＳＳの反対は突然のことで、理解し難いものであった。[35]このことは、翌二六日に都留がファインに「公団問題ニツキ長官ガ General ニ会イタイト云ッテイル」と電話

をしていることからも窺うことができる。[36] これに対しファインは、「一般方針トシテハ，日本側デ必要デアルトミトメ，ソレガ納得ノユクヨウニ説明セラレタ場合ハミトメルトイウコトニナッテイルカラ，個々ノ公団ニツイテハ working level デ discuss スル事ニシテホシイ」と答えた。[37] つまり、必要性が論証されたものについて個別に認めていくと述べたのである。こうした説得的な理由を求めるという姿勢は、これ以降の公団活用に関するＥＳＳの基本的態度となっていった。

日本政府は、七月二九日に「経済緊急対策」の具体策として「流通秩序確立対策要綱」を閣議決定した。公団の活用については、[38]「実施要領」の「第一、統制方法の改善」における「一、公団制度の改善と強化」の第四番目で次のように記された。

（4）　徹底した配給統制を必要とする基礎的な生産資材、重要生活物資及び主要食糧については公団を増設する。次の品目については、直ちに公団を設ける。
（イ）食品
（ロ）油脂
（ハ）酒類

このように「流通秩序確立対策要綱」では、公団増設の方向性が示されたものの、公団設立が明記されたのはＧＨＱから正式な了承を得ていた三公団に止まった。都留は、[39] 要綱発表当日の七月二九日にファインから「公団ノ問題ハ一般原則トシテ変ワリハナイ．ソノ必要性ノ論証ガ大切」[40]と言われ、その夜、和田らと「公団問題ハガンバルコト」を申

し合わせた。かくして、経済安定本部は、ＥＳＳに対する説得活動を本格的に開始することになるのである。

註

（1）総選挙から片山内閣組閣に至る過程については、升味準之輔『戦後政治　上』（東大出版会、一九九五年）二三五－二四一頁。

（2）「経済緊急対策」昭和二十二年六月十日閣議決定（総合研究開発機構（ＮＩＲＡ）戦後経済政策資料研究会編『経済安定本部　戦後経済政策資料　第1巻』日本経済評論社、一九九四年）。以下、『ＮＩＲＡ資料　第1巻』と記す。この文書では、こうした現状分析に続いて「去る三月二十二日附のマツカーサー元帥の吉田前総理大臣宛の書簡は、このような経済の実情と、その打開の方途とを早くも明瞭に指摘している」と記している。

（3）「吉田総理大臣宛マックアーサー最高司令官書簡翰」（『ＮＩＲＡ資料　第1巻』）。なお、この書簡は、当時、ＥＳＳ顧問であった都留重人により起草されたものである（経済企画庁編『戦後経済復興と経済安定本部』大蔵省印刷局、一九八八年、一一二頁）。

（4）「マツカアーサー最高司令官宛　吉田総理大臣回答書」（『ＮＩＲＡ資料　第1巻』）。なお、ここでは六点について対策を断行するとされた。引用は、そのうちの第二番目である。

（5）勝間田清一「片山内閣の経験」（日本社会党結党20周年記念事業実行委員会編『日本社会党20年の記録　結党20周年記念出版』日本社会党機関紙出版局、一九六五年）三七五頁。

（6）和田の覚悟の程は、経済安定本部長官就任の六月一日の日記に窺うことができる。「誰かがこの仕事をやらねばならない、非常に困難であると分つていて、よく日はれることはないと分つていてやらねばならない・・・」（国立国会図書館憲政資料室所蔵「和田博雄文書」四七七）。そして、ＥＳＳが和田の政策に期待をかけていたことは、六月一〇日のファ

イン、ロスと和田、都留との協議において「イカニ和田氏ニ期待ヲカケ support シテイルカハ one of our best men デアル Turu ヲアナタニユズッタコトカラミテモ分ルダロウ」（「都留日誌」一九四七年六月一〇日の項）との発言からも知ることができる。

（7）この間、六月七日にファインとロスが経済緊急対策の原案に対し一一項目のコメントを行い、一〇日に和田、都留は承認をうるためにマーカット、ファイン、ロス、コーエンと協議をした。なお詳細については、この間の「都留日誌」を参照。

（8）七月一日に開催された第一回国会（本会議）における和田の発言（「国会会議録検索システム」http://kokkai.ndl.go.jp）。なお、これら三点は、「互いに密接に繋つておる」と説明された。

（9）経済安定本部は、「経済緊急対策」発表後一〇日間の反響について新聞記事を用いて纏めている。日本政府がＧＨＱのみならず国民の動向を注視していたことは興味深い。「経済緊急政策に対する反響」（昭二二、六、二〇　経済安定本部調査課）『ＮＩＲＡ資料　第1巻』。

（10）前掲「経済緊急対策」。

（11）同右。

（12）後日、経済安定本部企画課が作成した「流通秩序確立対策の具体化について」（一九四七年九月三日）は、「・・・緊急対策の実施につき、貴司令部が常に好意ある支援と助言を与えられつゝあることについては、我々は深甚の謝意を表している。」と記している（「流通秩序確立対策の具体化について」（経安本・企　二二・九・三）総合研究開発機構（ＮＩＲＡ）戦後経済政策資料研究会編『経済安定本部　戦後経済政策資料　第6巻』日本経済評論社、一九九四年。以下、『ＮＩＲＡ資料　第6巻』と記す）。

（13）「商工省関係第一回国会提出予定法律」（国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一四〇六）。

（14）都留は、六月二四日に和田等とマーカット等との間で開催された会見において「緊急対策ノ具体案ハドシドシ出シテクレ」と言われたことを書き残している（「都留日誌」一九四七年六月二四日の項）。

（15）この経緯については、たとえば、都留重人『都留重人自伝　いくつもの岐路を回顧して』（岩波書店、二〇〇一年）二二六―二二八頁。

(16) 稲葉秀三『激動の30年の日本経済』（実業之日本社、一九六五年）一六八頁。
(17) 『日経』一九四七―七―五に掲載された和田の談話。
(18) 「物資流通秩序確立に関する件（緊急対策実施案　其の一）」（二二、六、一七　商工省特別室案）東京大学経済学部所蔵「経済安定本部資料　経済統制　20―22年」（R番号mf9．9―5．7）。
(19) 「物資流通秩序確立に関する件（緊急対策実施案　二）」（二二、六、三〇　生産局）東京大学経済学部所蔵「経済安定本部資料　経済統制　20―22年」（R番号mf9．9―5．7）。なお、マイクロフィルムが不鮮明なため、「緊急対策実施案　二」ではなく、「緊急対策実施案　二一」の可能性がある。
(20) 都留の机の上には司令部との直通電話があり、いつでも交渉できるようになっていた（経済企画庁編、前掲書、一〇九頁及び一一六頁）。
(21) 「都留日誌」一九四七年七月二日の項。
(22) 「流通秩序確立対策」（生産局　昭二二・七・七）『NIRA資料　第6巻』。
(23) 「流通秩序確立対策の具体化について」は、「・・・七月九日附E．S．S非公式覚書で、詳細な具体的措置に及ぶ広汎な示唆を示えられた。その中には、『必要な配給公団を新設する』ことも有効かつ必要な方法の一つであることが勧告されていた」とある（「流通秩序確立対策の具体化について」『NIRA資料　第6巻』）。
(24) 「都留日誌」一九四七年七月九日の項。
(25) 「都留日誌」によると七月一四日と一六日に両者の間で協議がなされている。
(26) 「都留日誌」一九四七年七月一七日の項。
(27) 「流通秩序確立対策要綱（案）」（東京大学経済学部所蔵「経済安定本部資料　経済統制　20―22年」R番号mf9．9―5．7）。
(28) 『朝日』一九四七―七―一七。
(29) 「繊維公団の構想」（二二．七．一四　E．S．B）東京大学経済学部所蔵「経済安定本部資料　経済統制　20―22年」（R番号mf9．9―5．8）。
(30) 「皮革公団の構想」（昭和二十二年七月十六日　E．S．B生活物資局）東京大学経済学部所蔵「経済安定本部資料

経済統制　２０－２２年」（Ｒ番号ｍｆ９．９－５．８）。

（31）「ゴム公団の構想」（昭和二十二年七月十六日　Ｅ．Ｓ．Ｂ生活物資局）東京大学経済学部所蔵「経済安定本部資料　経済統制　２０－２２年」（Ｒ番号ｍｆ９．９－５．８）。

（32）「日用品配給公団の構想（第三次案）」（二二．七．一六　ＥＳＢ日用品課）東京大学経済学部所蔵「経済安定本部資料　経済統制　２０－２２年」（Ｒ番号ｍｆ９．９－５．８）。

（33）以上の構想は作成部局の違いはあるが、全く同じ形式で作成されている。なお、これ以外に、日にちは不明であるが七月に経済安定本部生活物資局生鮮食品課により「蔬菜配給公団設置について」が作成されている（東京大学経済学部所蔵「経済安定本部資料　経済統制　２０－２２年」Ｒ番号ｍｆ９．９－５．８）。

（34）「都留日誌」一九四七年七月二五日の項。このことは、公団設立が「流通秩序確立要綱」の最大のネックとなることを示唆している。なお公団への反対は、それ以前からあった。都留は、七月一五日にホール（Hale）から繊維公団案について「公団案ニハ賛成デキヌ．ムシロ今カラ昔ノ事態ニ一日モ早クカエルヨウニシタ方ガヨイト思フ．」と言われているのである（「都留日誌」一九四七年七月一五日の項）。

（35）コーエンは「六月後半、都留重人とそのスタッフが経済安定本部にあって公団制度の確立に奔走していたまさにそのときに、マーカットは執務室で、ＥＳＳの五つの課から約十五人の統制専門家を集めて公団制度を再検討する特別会議を開いた」と記している（コーエン前掲書、一六四頁）。なお、都留日誌や東京大学経済学部所蔵「経済安定本部資料　経済統制　２０－２２年」（Ｒ番号ｍｆ９．９－５．８）を見る限り、経済安定本部が公団制度の確立に奔走していたのは、七月後半のことである。

（36）「都留日誌」一九四七年七月二六日の項。

（37）「都留日誌」一九四七年七月二六日の項。

（38）「流通秩序確立対策要綱」（昭二二、七、二九　閣議決定）『ＮＩＲＡ資料　第６巻』。

（39）「都留日誌」一九四七年七月二九日の項。

（40）「都留日誌」一九四七年七月二九日の項。この会合には、都留と和田の他に、山本、稲葉、徳永、佐藤、勝間田、岡部が出席した。

第二節　公団活用の抑制

一．公団活用をめぐる攻防

「流通秩序確立対策要綱」が閣議決定された時点で存在した公団は、石油・配炭・肥料配給・価格調整・貿易・産業復興・船舶公団であった。[1] そして、「食料品、油糧、酒類」については公団の活用が「決定」し、「主食、飼料」については公団の活用が「大体内定」していた。[2] ところが、経済安定本部は、前節で述べたように「夢想だにしなかった障礙に逢着するに至つた」。[3] それが「研究中」であった「ゴム、皮革、鉄など」に公団を活用することへのＥＳＳの反対である。[4] このことについて都留は、八月一日の日誌で次のように記している。[5]

「Kodan ノ件ハ Ready ガ生産公団ニナルコトヲオソレ，鉄鋼ニツイテハソノ点デ反対シテイルトノコト．一般ニ Kodan ヲ之以上 extend スルコトニ対シテハ反対多ク，余程 convincing ナ argument ヲ持ッテコネバムツカシカロウト．」

ただし、この時点において、ＥＳＳ内部は公団の活用反対で意見が纏まっていたわけではなかった。このことは、都留が、四日にアルバーから「公団ノコトハ，big battle ダカラ周到ニ行ウ必要アリ．自分デモ argument ヲ今日午后カイテミヨウト思ウ．ＥＢＳ〔経済安定本部〕カラモ説明書ヲナオシテ関係局ニ提出シテホシイ」[6]と指示されたことや、一二日にファインから「公団ニツイテハ出来ルダケ協力シヨウ」[7]と言われていることに窺うことができる。しかし、これ以降、次第に公団の活用は反対で纏まっていった。[8] 八月一九日に都留はジャノウ（Janow）から次のような話を聞いている。[9]

「公団ニ対スル Scap 側ノ opposition ハ，保守派ハ，socialization ノ base ニナル事ヲソレ，[ママ] 進歩派ハ Control assoc.

ガ恒久化サレル事ヲオソレ，strange bed-fellow ニナッテイル．」

つまり、経済統制に批判的な保守派は社会化（社会主義化）反対の観点から、経済統制を重視する進歩派は永続化反対の観点から、同床異夢ながら共に公団の活用に反対する考えを持つに至ったのである。[10] こうした状況のなかで、ＥＳＳの統一的見解が八月三〇日にファイン、ライト、コーエンから都留に「Kodan-unable to approve any one of 6.」[11]と伝えられた。そして、九月三日のマーカットと和田経済安定本部長官、水谷商工大臣等との会見において[12]「公団新設問題する非公式覚書」[13]が日本側に手渡された。それは、鉄鋼・化学製品・ゴム・皮革・日用品・石炭採掘に公団を活用することに対して「賛意を表し得ない」というものであった。

公団活用の反対理由は「表7」下段のようである。[14] 要するに、ＥＳＳは、公団を新設するよりも、まず、現行の配給制度を強化すべきだとしたのである。九月三日覚書の理由（イ～ニ）を八月三〇日に都留に伝えられた理由（ａ～ｉ）と比較すると（「表7」参照）、九月三日覚書の原型となる内容が八月三〇日の時点で既に日本側へ伝えられていたことがわかる（下段は上段に対応するよう並べかえた）。そして、覚書が手渡される前日の九月二日に、都留はファインから「公団ノ件ハＥＳＢニハジメテ反対スルコトニナルノデ，ＥＳＳトシテハ極メテ慎重ニキメタツモリ．reverse ノ余地ハナイト思フ」[15]と伝えられていた。

表7　公団新設の反対理由

「都留日誌」（八月三〇日）の理由[16]

（a）
現在 allocation system ヲ最大限度ニ先ヅ利用スル事．exisiting system can operate — not forcefully enforced. コノ点ヲ correct セネバ Kodan ヲ作ッテモ correct デキヌ．ソノ為ニ add'l personnel ガ必要ナラトレ．

（b）
basically objectionable — ∴ continua- tion of objectionable (ママ) assciation fundamentally undemocratic — 之マデノ personnel ヲミテモ財閥カ統制会ノ人間。

（c）
change of gov't ノトキニソレダケノ power ヲ公団ノヨウナモノニ lodge スル事ハコノマシクナイ．

覚書（九月三日）の理由[17]

二－（ロ）
現在の統制を相当程度強化することの方が、新公団の為に必要とする処より遙に尠い人員を以て実施することが出来得るといふのが私の意見である。
提案にかかるが如き種類の公団増設の必要は現行の統制法規を供することによつて大部分除かれ得るものと信ぜられる。

二－（ハ）
従来の統制諸団体、組合及び財閥会社の役員や社員を使用して公団を広範囲に亘り発展せしめる事は明かに新しい別の假面の下にしかも政府の保護の下に之等の不都合な機関を恒久化せしめる脅威をつくるものである。

二－（ハ）
假令之等の公団は一時的性質のものとして考案せられたのてはてはあるか、恐らくここしばらくの間は経常的に更新せらるへく且絶えず監視して居なければ所要の統制の適用に深く根を下ろし過ぎて了つて之等を解体せしめることが最も困難なものとなるに至るであろう。

事情かくの如くてあるから政府が公団をして営ましめんとする機能が実際に於ては利己的な特殊の利益の為に並用せられる眞の危険がある。

（d）
Diet ノ proposal ハ改悪（T. K.）

（e）
capital outlay — inflationary.

（f）
日用品公団ハユキスギ，essential com. ノ域ヲコエテイル．goes beyond the principle for Kodan originally accepted.

（g）
inspectors — 小サイ com. ニツキ inspect スル事ハ privacy of homes ヲオカス．

二－（ニ）
公団の運営資金に充つる為に政府財源よりの相当多額の基金を必要とすることは正しく「インフレ」の危険を造るものである。

二－（イ）
提案にかかる公団増設は公団制度活用の範囲に関する最初の了解を越えるものである。特に石炭公団に関してはその企図してゐる活動範囲は配給機構としての公団の任務に関する本来の概念を遙に越えるものである。化学薬品及日用品に付ては種類も甚だ多く且つその相当部分は性質上重要性のないものもあるか其等か公団制度により配給統制を行ふべき品目として提案されてゐる。

二－（イ）
種々雑多なる品目を公団を以て一元的配給を確保せんとすれば不必要に尨大なる査察陣容を必要とするものと考へられる。か

（h）
Kodan ハ現在 distr. system ヨリモ更ニ superior adm. efficiency ヲ要求スル．後者モ出来ズシテドウシテ前者ガデキル．

（i）
公団ノ数ガ少ナイウチハ enforce シヤスイガ，多クナルトＥＳＢトシテモヤリニクイダロウ．

かる強行的活動は如何なるものに於ても不当に些細検査や捜索が行はれる危険の伴ふ倶のあることが予想される。

二―（ロ）
ゴム、皮革及び鉄鋼等新公団を要請されてゐる多くの場合、其等物資の現在に於ける割当及配給統制が有効に具体化されて居らない事を指摘し得る。割当証書が配給可能量を超過して発行せられるのか常である。此の難点は公団新設によつて解決出来ない。右は唯単に割当量を供給量に相等しからしむる様調整することによりてのみ解決することが出来るのである。

二―（ニ）
提案にかかる公団の相当な複雑であり且その範囲広範てあるか故に正規の政府官吏に対し行はれてゐる統禦には服従しない尨大なる数の行政上及取締上の職員を必要とする。現在の正規官吏のそれよりも遙かに越ゆる給与額を設けることは種々の困難を惹起するであらう。

公団活用に対する反対は、マーカットとファインからそれぞれ「プリンシプルとしていけないと云ふのではなく各品目について検討」した結果であると説明された。[18] しかし、これは、日本政府にとって「経済緊急対策」及び「流通秩序確立対策要綱」で表明した公団活用を撤回せざるをえないことを意味した。[19] 日本政府は、政策の実現という点において「甚だ困惑した立場に立」たされることになったのである。[20] そして、こうした展開は、経済安定本部にとって「十分の理由を発見できない」ことであった。[21] 九月三日の会見で和田長官は、次のように述べている。[22]

「現在の公団に対する反対論は、E. S. SとE. S. B〔経済安定本部〕とが協力して行つた闇対策により不利を蒙つた連中の仕業である」

和田がESSの方針転換を陰謀論的に捉えていることは、経済安定本部側の戸惑いを端的に示しているといえる。このようにESSは、公団活用に対して初めて正式に反対した。しかし、その一方でESSは、経済安定本部と議論する余地を残していた。すなわち、九月三日の会見でESS側は「原則トシテ却下シタワケデハナイカラ事務的ニモット折衝シテホシイ」[23]とも述べているのである。[24] 経済安定本部が九月一〇日付で作成した「労務用品公団の構想（linked goods Kodan）」には、ESSとの事務折衝を想定して「労務用品公団設立の必要性」[25]という文書が準備された。

経済安定本部は、その後も公団の活用についてESSと非公式に折衝をつづけた。しかし、現行制度を強化するというESSの方針は、次第に、より明確なものとなっていった。[26] 都留は、九月二三日にファインらを夕食に招待して公団の活用について議論した時の様子を次のように記している。

「公団問題ニツキ論ズ. 結論ハ negative. 現存制度ヲ強化スル事ニ全力ヲツクシテホシイ. 一番ノ要点ハ公団ガ control assoc. 的ナモノヲ perpetuate スル危険アリトイウ点. コレヲ防グ為ニ control ガ少シ位 less efficient ニナッテモシカタガナイト.」

これ以降に設立された公団は、酒類配給・食糧配給・食料品配給・飼料配給・油糧配給の五公団にとどまった。ただし、これらは「流通秩序確立対策要綱」の閣議決定時に既に公団の活用を「決定」ないし「大体内定」していたものであり、その後の展開のなかでESSから設立を承認されたものではなかった[27]。そして、一二月一日付けの「流通秩序の再確立について（未定稿）」では「基礎的な生産資材、重要生活物資についても配給公団を設立する方針であつたが、司令部の反対強く承認不可能に近いと思はれるので原則として一応取止めることとする[28]」と記された。つまり、現行制度の強化というESSの意向はその後も貫徹され、経済安定本部は公団の活用を放棄せざるを得なくなっていったのである[29]。

二．現行制度の強化と「公団 principle」

以上のようにESSは、経済統制の基本方針を現行制度の強化へと転換させた。しかし、それは、私的独占を禁止し、政府統制を実現するという「公団 principle」まで放棄するものではなかった[30]。では、現行制度の強化と「公団 principle」はどのように両立されたのであろうか。以下では、このことについて、食糧配給公団設立をめぐる動きを素材に検討していくことにしたい。

主食である米麦を取扱う食糧配給公団のアイディアは、六月一一日に発表された「経済緊急対策」のなかに見ることができる[31]。その後、「流通秩序確立対策要綱」を発表する時点で、この構想は主食公団として実現していくことが「大体内定」した[32]。

九月に入ると、その実現に向けた具体的な動きが本格化することとなった。五日に経済安定本部は「食糧公団の構想

に関するメモ」を作成し、「公団制度の特徴」「食糧特別会計と食糧公団との関係」「食糧公団の構造」について論点の抽出を行った[33]。すなわち、「公団 principle」を確認し、設立に際しての問題点を整理したのである。そして、九月一五日付の「公団について」と題する文書のなかで「今後提案予定の公団」として「主食配給公団」の名前が明記された[34]。日本側は「現存及び提案中の公団〔食料品・油糧・飼料・酒類の四公団〕の外に食糧（主食）、鉄鋼、リンク物資、ゴム製品、染料及び甘味料の五種目（ママ）について公団の設置を必要と考へるが、そのうち食糧についてのみ至急に新設を考へることとし」たのである[35]。こうして提案された食糧公団についてマーカットは、一一月二二日の覚書のなかで次のように評している[36]。

「大規模の機構改革は混乱を来す可能性があるに反し、これによつて得るところは極めて小いものと期待されるから、営団〔食糧営団〕を公団〔食糧公団〕によつて置代（ママ）へ実質的には現行制度を維持しようとする日本政府の提案に対して異論を差控えることが適当と思考される」

このように食糧公団は、現行制度の延長線上で捉えられた。そして、それは、経済安定本部が一一月二八日に作成した「主要食糧の集荷及び配給制度要綱案」にあるように「配給機構の機構強化のため」のものでもあった[37]。かくして、戦時期からの食糧営団・日本いも類会社・日本でんぷん会社を解散（閉鎖機関に指定）することで、一九四八年二月二〇日に「食糧配給公団」が誕生した。食糧配給公団を設立するにあたって現行制度の強化と「公団 principle」が共に追求されたことは、たとえば、初代総裁に就任した梶原茂嘉の言葉からも読み取ることができる[38]。

「総裁としての私見をいえば・・・いずれにしても従来の営団の長所をとり入れ、それに新工夫をこらして模範的なお役所と・・・新しい型の役人を仕立てたい」（傍線部は引用者による）

食糧配給公団では、現行の「営団」を完全に否定することなく、「お役所」「お役人」による政府統制＝公的独占が目

指された。別言するならば、食糧配給公団は、「末端の従業員や建物はこれまでと同じ」「配給業務は外見上いままでと違わない」という現行制度の側面と、[39]営団首脳の一部を入れ換え、[40]政府機関として取り扱うという「公団 principle」の側面を兼ね備えたものだったのである。これは、現行制度を「公団 principle」に則して作り替え、強化したものということができよう。

因みに、食糧配給公団と並んで公団設置が必要と考えられた五種目（鉄鋼・リンク物資・ゴム製品・染料・甘味料）について日本政府は、「先ず切符制度の改善励行を十分に行つてから[41]公団設置を考へる」意向であった。そして、都留の記録によると一二月に入ってリンク物資（労務用品）[42]に公団を活用することが議論された。都留は、一二月一九日[43]にカプロン（Capron）と会見した様子を次のように記している。

「Link com. Kodan ニ対シテハ private monopoly ヲ replace スルノデナク新シイ govt monopoly ヲ create スル事ニナルノデ反対ハ強イ.」

ESSは、公団が私的独占の排除に止まらず、政府独占（公的独占）の無秩序な拡張につながることを危惧した。現行制度強化の要諦は、まさにこの点にあったのである。

かくして占領下において公団が行政手法として大規模に活用されることはなかった。公的独占の論理を持つ公団は、官僚制にとって権限拡張を正統化し得るものであった。それ故に、「経済緊急対策」及び「流通秩序確立対策要綱」で公団活用の「お墨付き」を得た当初、官僚制は公団を様々な行政運営のなかで積極的に活用していこうとした。しかし、ESSが現行制度の強化へと方針転換することで、公団は限定的に活用されるに止まった。このことは、官僚制がGHQに対して公団活用のヘゲモニーを握ることができなかったことを示している。つまり、公団は、官僚制にとってGHQの了承の下で限定的に活用できる執務知識にしかならなかったのである。

註

（1）一九四七年八月一日時点で存在した公団及び経済安定本部内で設立が検討されていた公団の一覧を示せば右のようである。

公団一覧表

公団名	基本金（百万円）	設立（年：元号月日）
石油配給	60	22・6・2
配炭	300	22・6・2
肥料配給	65	22・7・15
価格調整	30	22・6・2
貿易		
鉱工品	15	22・5・27
繊維	30	22・5・27
食糧	15	22・5・27
原材料	200	22・5・27
産業復興	200	22・5・1
船舶	300	22・5・22
特別調達庁	0	未定
食糧品配給	40	未定
油糧配給	10	未定
飼料配給	10	未定
酒類配給	30	未定

（注）「取扱物資」は除いた。
（出所）「公団一覧表（22・8・1）」（『NIRA資料　第5巻』）。

（2）「公団制度の概要」（二二・七・三一　生活物資局）『ＮＩＲＡ資料　第5巻』。

（3）前掲「流通秩序確立対策の具体化について」。

（4）前掲「公団制度の概要」。農林水産政策研究所所蔵「和田文庫」（「公団関係」ファイル）に所蔵されている同じ文書には、「研究中」のものについて「外部にはいふ要なし」と和田よるものと思われる書き込みがある。このことからもＥＳＳとの間に軋轢があったことが窺われる。また、この文書には「公団を設立するか否かの基準」（それは、（一）絶対的供給不足、（二）経済再建及国民生活上の必要物資、（三）価格品質などのプールを要するもの、（四）貯蔵などをして一定の計画配給を要するもの、（五）切符制だけで計画配給がむづかしい、である）「公団の性格及特性」という項目がある。このことは、経済安定本部が公団を制度化させつつあったことを示している。なお、「和田文庫」を利用するに当たっては、両角和夫農業総合研究所経済政策部金融研究室長（一九九六年五月一日当時）の御協力を頂いた。記して感謝申し上げます。

（5）「都留日誌」一九四七年八月一日の項。つまり、「研究中」であった「鉄」について反対されたのである。なお、これは、ライトとの会見を記録したものである。
（6）「都留日誌」一九四七年八月四日の項。
（7）「都留日誌」一九四七年八月一二日の項。
（8）公団反対に至る経緯については、コーエン前掲書、一六二―一六六頁。
（9）「都留日誌」一九四七年八月一九日の項。
（10）当時のＥＳＳの状況については、たとえば、竹前栄治『ＧＨＱの人びと―経歴と政策』（明石書店、二〇〇二年）七一頁。
（11）「都留日誌」一九四七年八月三〇日の項。
（12）これは、マーカット、ファイン、コーエン、ロス（ＥＳＳ側）、和田長官、水谷大臣、都留、山本、石黒（日本側）が出席した会見でのことである。
（13）「一九四七年九月三日附マーカット代将発和田長官宛公団新設問題に関する非公式覚書」（経本連絡部訳）農林水産政策研究所所蔵「和田文庫」（「公団関係」ファイル）。この文書は『ＮＩＲＡ資料　第5巻』にも収められている。
（14）都留は当日の日誌に「先ズ existing allocation system ヲ強化スル事ガ先決トイフ点ニ集中サル」と記している（「都留日誌」一九四七年九月三日の項）。
（15）「都留日誌」九月二日の項。
（16）「都留日誌」一九四七年八月三〇日の項。
（17）前掲「一九七四年九月三日附マーカット代将発和田長官宛公団新設問題に関する非公式覚書」。
（18）「公団新設に関するマーカット、和田、水谷両大臣会見要旨」（『ＮＩＲＡ資料　第5巻』）。
（19）前掲「流通秩序確立対策の具体化について」は、次のように記している。「・・・我々は、貴司令部の承認を受けて国民に発表した流通秩序確立対策が、我々の納得しえない理由によつて全面的にくつがえることとなるならば、単に国民に対して虚偽を約束した結果となつて政府の立場を著しく困難なものにするばかりでなく、今後の経済危機打開についての要の対策が骨抜きになつたことによつて、全く施策の効果に対する自信と責任とを喪失せざるをえないのである。」
（20）前掲「公団新設に関するマーカット、和田、水谷両大臣会見要旨」。

(21) 前掲「流通秩序確立対策の具体化について」。
(22) 前掲「公団新設に関するマーカット、和田、水谷両大臣会見要旨」。
(23) 「都留日誌」一九四七年九月三日の項。同右「公団新設に関するマーカット、和田、水谷両大臣会見要旨」も同様ことを記している。
(24) 「労務用品公団の構想（linked goods Kodan）」（一二、九．一〇　ESB）東京大学経済学部所蔵「経済安定本部資料　経済統制　20―22年」（R番号mf9．9―5．8）。
(25) 「労務用品公団設立の必要性」（同右マイクロフィルム）。
(26) 「都留日誌」一九四七年九月二三日の項。なおこうした指摘は、「都留日誌」一九四七年九月二五日の項にも見ることができる。都留は、サピア（Sapir）とメルニック（Melnick）に会った時の模様を次のように記している。「control ヲ efficient ニスル事ヨリモ，統制会的機構ヲツブシタ方ガヨイトイフ意見ハ政治的ニタメニスル意見ト思フ．」
(27) つまり、現行制度の強化というESSの方針から逸脱するものではなかったのである。現に、食料品・油糧配給公団については、営団など戦時期との実務上の連続性が指摘されている（「食料品　油糧　配給公団関係質疑応答」（東京大学経済学部所蔵「経済安定本部資料　経済統制　20―22年」R番号mf9．9―5．8）。
(28) 「流通秩序の再確立について（未定稿）」（一二、一二、一）『NIRA資料　第6巻』。
(29) 同右「流通秩序の再確立について（未定稿）」では、「例外として、特殊品配給公団を設立・・・することとしたい」と記されたが、これも実現を見ることはなかった。
(30) 都留は、一〇月三一日のコーエンとの会見で「公団ニツイテハ公団 principle ヲイケナイト云ッタノデハナイ」と言われている（「都留日誌」一九四七年一〇月三一日の項）。
(31) 第六章第一節を参照。
(32) 本節註（2）参照。
(33) E．S．B　CRB「食糧公団の構想に関するメモ」（東京大学経済学部所蔵「経済安定本部資料　経済統制　20―22年」R番号mf9．9―5．8）。
(34) この文書は、昭和二二年十月一日「公団の解説」経済安定本部総裁官房指導課（『NIRA資料　第5巻』）に所収され

ている。

(35)「公団に関する国会修正案に対する措置方針（案）」一九四七年九月二六日（東京大学経済学部所蔵「経済安定本部資料　経済統制　20－22年」R番号mf9．9－5．8）。

(36) 総司令部経済科学局長　マーカット代将発　統制調整委員会、価格統制配給部、財政金融部、独占禁止部宛「一九四七年十一月二十二日附覚書　食糧公団設立に関する件」（東京大学経済学部所蔵「経済安定本部資料　経済統制　20－22年」R番号mf9．9－5．8）。

(37)「主要食糧の集荷及び配給制度要綱案」（二二、一一、二八　経本）国立国会図書館憲政資料室所蔵「森戸辰男文書」九―四一六。なお、この文書の右上には、「GHQの関係あり極秘」と記されている。

(38)『朝日』一九四八―二―二〇。

(39)「食糧公団になると」（『朝日』一九四八－一－一九）。食糧配給公団では、かつての各地方営団が各都道府県支局に、各地方営団支部が配給所に変更された。また、食糧営団を規定していた食糧管理法を「改正」することで食糧配給公団が設置されたことからも、現行制度との連続性を読み取ることができる。

(40) 概要については、同右。詳細については、「食糧営団職員録」「食糧配給公団職員録」を比較検討した。

(41) 前掲「公団に関する国会修正案に対する措置方針（案）」。

(42) リンク物資が労務用品を指していることについては、前掲「労務用品公団の構想（linked goods Kodan）」を参照した。

(43)「都留日誌」一九四七年一二月一九日の項。後日、都留はリンク物資について、「復興公団ノ中ニ Link gds Dept ヲオキ、ソレヲ拡大シテ利用シテハ如何」とESS（カプロン等）から提案されている（「都留日誌」一九四八年一月九日の項）。

第三節　公団の行政機関化

一・「公団 principle」の明確化

前節で述べたように、GHQは現行制度の強化によって、日本政府による公団活用を抑制していこうとした。そうしたなかで、GHQは、日本政府に「公団及び特別調達庁の性質等に関」する指示を出し[1]、「公団 principle」の明確化に乗り出した。ここにおいて日本政府は、これまで十分に検討されてこなかった公団の性質を確定する必要に迫られた。本節では、公団が国家行政組織法に基づく行政機関として位置づけられる過程について検討していく。

以下の論述にあたって、まず最初に、公団の性質を明確化する過程で繰り返しでてくる「特別調達庁」について簡単に説明しておきたい[2]。

特別調達庁は、連合国や日本政府の必要とする建造物の建設、建設物・設備の管理、物資・役務の調達等を実施する機関として「特別調達庁法」に基づき設置された。この法律は「公団法と同時に、公団法の姉妹法として制定されたものであっ」たため、それに基づく特別調達庁は「組織体としては、公団と全く同一の形態を有するもの」となった[3]。性格面においても、特別調達庁に基本金や運営資金がないことを除くと、特別調達庁は公団と全く同じであった。両者の関係はこのように似通ったものであったが、特別調達庁は公団よりも政府直営的であることを明らかにするために「公団」ではなく、「庁」と名付けられた[4]。そして、一九四七年九月一日に業務を開始した。

さて、GHQの指示を踏まえ最初に性質を確定したのは、特別調達庁であった。一九四七年一二月五日に閣議決定された「特別調達庁の性質等に関する件」は、次のような内容のもので、特別調達庁を政府部局として位置づけていた[5]。

公団及び特別調達庁の性質等に関し、今回連合国最高司令部より別紙のような指示があつたので、政府は、左の通

り決定する。

一　特別調達庁は、連合国最高司令官覚書第一三九四号第三項に記載されている Government Corporations に該当するものであるので、この覚書の趣旨に鑑み、特別調達庁は、政府の一部であるものと解釈すること。

二　内閣総理大臣は各関係庁に対し、遅滞なく前項の旨を訓令すること。（訓令参考案㈠）

三　特別調達庁は、左のような職責を有する政府部局であることを確認すること。

(1)特別調達庁は、その所管する業務に関する契約の締結及び支払請求書の証明について責任を有する政府部局である。

(2)特別調達庁は、特別調達庁法に規定された業務を監督する責任ある政府部局である。

四　内閣総理大臣は、遅滞なく、大蔵大臣その他の関係各大臣に対し前項(1)の旨（訓令参考案㈡）を、都道府県知事に対し同項(2)の旨（訓令参考案㈢）を夫々訓令すること。

五　占領軍の要求に係る業務につき、現に戦災復興院及び終戦連絡中央事務局において所掌している事務は、昭和二十三年一月一日までに、これを特別調達庁に移管すること。

備　考　連合国最高司令部から同時に指示のあつた公団については右指示の線に従つて至急関係各庁において協議の上改めて閣議において所要の措置を決定するものとする。

そして、最後の「備考」に基づき公団の性質が検討されることになった。

こうして作成された「公団の性質に関する商工省意見」（一二月一〇日）[6]は、右の閣議決定（「特別調達庁の性質等に関する件」）のうち第一号と第二号について「公団に対しても実施することは差支えない」、第三号について「公団に

迄推し及ぼす必要はない」としていた。このうち第一号と第二号を公団に適用することについては、次のように説明された。

「公団に関しては、当初より、公団が政府機関であるとの解釈の下に諸般の取扱をなして来て居り、特に会計制度については、定款において政府の会計制度に準じた会計手続きを規定してゐる程である。・・・公団を政府の一部であると解釈し、主務大臣がこの旨を関係各庁に対して訓令又は通牒することについては異議がない。」

すなわち、政府機関であるとの解釈に従って組織化がなされている以上、公団を「政府の一部であるものと解釈すること」には何等問題がないとしたのである。これに対し第三号を公団に適用することは、次のことから不適切であるとされた。

「これが特別調達庁独特の必要から出て来た要請に基くものであり、ＧＨＱの指示もまた本件については特に特別調達庁のみを特摘（ママ）してゐる点に鑑み・・・」

つまり、第三号の目的は、特別調達庁が「公団と同一の形態を有する」ことによって生じる業務上の支障を取り除くことにあると見做されたのである。(7)

かくして、一九四八年一月一七日、総理官房審議室により「公団の性質に関する件（請議案）」が作成された。この文書は、公団の性質を次のように規定していた。(8)

一．公団は、連合国最高司令官覚書第一三九四号第二号第三項に記載されている government corporation に該当するものであるので、この覚書の趣旨に鑑み、公団は、政府の一部であると解釈すること

二．公団に関する主務大臣は、関係庁に対して、遅滞なく前項の旨を訓令すること（訓令参考案）

訓令参考案
以下略

これは、先の「特別調達庁の性質等に関する件」と第三号以下を除き同一の内容のものであった。そして、修正されることなく、一九四八年一月二七日に閣議決定された[9]。この結果、特別調達庁と公団は、「government corporation」として「政府の一部」であることが公式に確認されることになった。

しかし、公団を「政府の一部であると解釈すること」と、それに法的な位置づけが与えられていることとは別の問題である。食糧配給公団発足当日の一九四八年二月二〇日に梶原茂嘉総裁が「公団は行政機関として一応まとまつているがその性格は未知数・・・」[10]と述べているように、公団の行政機関として「の性格は未知数」の部分があった。こうした公団を行政組織のなかに法的に位置づけたのが、行政調査部立案[11]による国家行政組織法であった。

二、公団の行政機関化

一九四七年末の時点で、戦時期までの天皇の官吏は、行政調査部が立案した国家公務員法によって公務員へと変っていた。しかし、行政制度については、戦前からの各省官制通則（勅令）を引き継ぐことで暫定的に行政官庁法が制定されたに過ぎなかった[12]。そこで行政調査部は、行政官庁法にかわる新行政官庁法案の準備にとりかかり、一九四七年一二月三〇日に高辻部員の手により「行政官庁法（試案）」[13]が作成された。

こうした動きに対し民生局（GS）のマーカムは、一九四八年三月一一日に「我々は現行法の延長として立案された

行政官庁法（案）は、これを承認しないつもりである」[14]と通告し、さらに一三日に「意見追加」を行った。[15]このうち「意見追加」では、①「National Government Organization Law〔国家行政組織法〕」と云う名前にして、公団も入れよ」、②独立官庁の名称をAdministration, Agency, Board, Commission, Kodanのように統一すること、等を指示した。こうしたマーカムの意見は、フーバーをはじめとする民政局各担当者の総意でもあった。[16]かくして、公団は、国家行政組織法において「その実質的機能に着目して行政組織にとり入れ」られることになった。[17]これは、行政官庁法と国家行政組織法の主たる相違点の一つであった。[18]

こうした、マーカムの指示を受けて、三月二五日に「国家行政組織法試案（第一次案）」[19]が、さらに三一日に「国家行政組織法試案（第二次案）」[20]が行政調査部内で起草された。そして、四月八日に「国家行政組織法案」[21]が作成された。公団については、第一二条と第一三条で次のように規定された。

第一二条

国の行政事務の中、物資の配給統制その他公共的事業に関するものを遂行するため、特に必要がある場合においては、法律の定めるところにより、国家行政組織の一部をなすものとして、公団を設けることができる。

公団は法人とし、上級の行政機関の企画及び監督の下に法律の定めるところにより、一定の業務を行う。

公団の長は総裁とする。

第一三条

公団の役職員はこれを国家公務員とする。

その後、四月九日に「公団として置かれるものは、別表でこれを定める」との一文が第一二条に加筆され[22]、一四日の訂正において「（特別調達庁及び公団）」として、第一二条と第二二条にあった二つの条文が第二三条に纏められた[23]。かくして、一六日の「国家行政組織法案」（仮案）では、次のように公団が規定されることになった[24]。

（特別調達庁及び公団）
第二一条
物資の配給に関する業務その他の公共的業務の遂行のため、特に必要がある場合においては、法律の定めるところにより、国家行政組織の一部をなすものとして、特別調達庁及び公団を設けることができる。
特別調達庁及び公団は法人とし、法律の定めるところにより、一定の業務を行う。
特別調達庁は、外局に準ずるものとする。
特別調達庁及び公団として置かれるものは、別表にこれを掲げる。
特別調達庁及び公団の長は総裁とする。
特別調達庁及び公団の役職員は、これを国家公務員とする。

この「仮案」にはマーカムの訂正がはいった[25]。すなわち、「（特別調達庁及び公団）」を「公団」のみに変更し、別途「特別調達庁」の条文を設けるよう指示がなされたのである。この結果、特別調達庁の規定は公団と分離した形で記されることになった。特別調達庁と公団を区別することについて「国家行政組織法想定問答」は、「特別調達庁法は、公団法と同時に、公団法の姉妹法として制定されたものであり・・・その経理、人事、権限等より申しても法律の上では、

法人ではありますが、・・・実際上の取扱いが純然たる政府部局と何等異らないものとなつて居」るため、国家行政組織法案では「この実体を尊重いたしまして・・・公団として取扱わず、総理府の外局の一つとして、取扱うこととした」と後日、説明している[26]。こうしたマーカムの訂正はその後も入り、一二三日の閣議に提出された法案では公団と特別調達庁を分離した上で公団は次のように規定された。

第二二条

公団は、国家行政組織の一部をなすものとし、その設置及び廃止は、別の法律でこれを定める。

2　公団として置かれるものは、別表にこれを掲げる。

その後、国家行政組織法案は五月一〇日に衆議院へ提出され、七月五日に国家行政組織法として公布、翌一九四九年一月一日に施行された[27]。こうして公団は、政府の一部として、国家行政組織のなかに法的に位置づけられることとなった。これは、私的独占を排除するための政府機関化という「公団 principle」の一層の明確化を意味した。しかし、そうした一方で、公団は、行政組織として法的に位置づけられたが故に、この時期に進められた行政機構簡素化の動きのなかで、次第に縮小・廃止への途を歩まざるを得なくなっていく[28]。官僚制が目指した広範囲にわたる公団の活用は、ＥＳＳの反対のみならず、こういった文脈においても潰えていくことになるのである。

註

（1）『国家行政組織法の制定過程に関する資料（三）』（東京大学法学部所蔵「占領体制研究会資料」二二〇七）にある「特別調達庁の性質に関する件」（閣議決定二二、一二、五）。

（2）以下については前掲「公団の解説」及び「国家行政組織法　想定問答」（国立国会図書館憲政資料室所蔵『佐藤文書』一七五三）を参照した。

（3）同右「国家行政組織法　想定問答」六五頁。

（4）当初は公団同様、法人組織であったが、その後「総理府設置法」（一九四九年五月三一日）に基づき総理府の外局となった。

（5）前掲「特別調達庁の性質に関する件」。

（6）「公団の性質に関する商工省意見」（二二、一二、一〇）『ＮＩＲＡ資料　第5巻』。

（7）このことについて商工省意見は、次のように説明している。

〈1〉特別調達庁は基本金及び運転資金を有せず、その所管業務の契約については単に契約の帰結と支払請求書の証明をなすに止り、契約代金は主務官庁が終戦処理費を以て支払うこと、なつてゐる。この為従来主務官庁の契約承認制或は契約金額の査定制等により特別調達庁の活動が制約を受けてゐたので、その所管する業務に関する契約の帰結及び支払に関する証明書の作成についてこれを責任ある政府部局であるとし、契約承認制或は査定制の不自由を解除せんとしたのである。然るに公団は基本金と、貿易資金特別会計又は復興金融金庫からの借入金を以て賄う運転資金とを有してその業務を行つてゐるのであつて、特別調達庁とは全く趣を異にするのである。

〈2〉内閣総理大臣は都道府県知事に対し、特別調達庁法に規定された業務を監督する責任ある政府部局である旨を訓令すること、なつてゐるが、これは、特別調達庁の業務に伴う維持管理（進駐軍家族住宅等の維持管理）その他の業務を従来主務大臣から知事に委任し同時にこれを監督してゐた処、特別調達庁が政府の一部局の資格で直接知事にこれ等の事務を委任し監督する必要があるという特別調達庁独特の事例から生じたのであつて、公団に関しては、特に知事に対して施設等の維持管理その他の事務を委任する必要もないのである。

なお、〈2〉にもとづいて各都道府県知事宛通牒が出されている（前掲『国家行政組織法の制定過程に関する資料（三）』）。

（8）「公団の性質に関する件（請議案）」（一三・一・一七総理官房調査室）東京大学経済学部所蔵「経済安定本部資料　経済統制　23年」（R番号mf9．9－5．9）。
（9）大蔵省財政史室『昭和財政史－終戦から講和まで－第六巻』（東京経済新報社、一九八四年）二八六頁。
（10）『朝日』一九四八－二－二〇。
（11）行政調査部は、一九四六年一〇月二八日、新憲法下の行政機構、公務員制度、行政運営に関する調査、研究、立案を行う機関として内閣に設置された（行政管理庁管理部『行政機構年報　第一巻』一九五〇年、一頁）。なお行政調査部の後身が、現在の総務省（総務庁・行政管理庁）と人事院である。
（12）今村都南雄「行政組織制度」（西尾勝・村松岐夫編『講座　行政学　第2巻』有斐閣、一九九四年）四八頁。
（13）「行政官庁法（試案）」（二二・一二・三〇　高辻部員）国立国会図書館憲政資料室所蔵『佐藤文書』一七一七。
（14）「行政官庁法に対するマーカムの意見　一九三八（ママ）、三、一一」（国立国会図書館憲政資料室所蔵『佐藤文書』一七二四）。
（15）「行政官庁法についてのMarcum意見追加」（23年3月13日）国立国会図書館憲政資料室所蔵『佐藤文書』一七二四。
（16）岡田章『現代日本官僚制の成立』（法政大学出版局、一九九四年）一五四頁。
（17）行政調査部「国家行政組織法想定問答」昭和二三、五（国立国会図書館憲政資料室所蔵『佐藤文書』一七三五）における「問　現行の行政官庁法との主要な相違点は何か」の「答」の「（4）」（同、四頁）。
（18）同右「国家行政組織法想定問答」。相違点として八点指摘された。なお、ここでは公団を国家行政組織法の一部に位置づけることを次のように述べている（傍線部は引用者による）。「・・・要するに、公団は、政府が自ら全面的責任を負うてこれらの統制経済を行うため設けられた制度でありまして、広い意味において、国の行政事務を行うものであり、その意味において、実質的に、国の行政組織の一部をなす行政機関と同一の機能を覚えているものであります。この法律は、この実質に即して、公団を国の行政組織の一部をなすものとし、行政組織の上でその置かるべき位置をこの実質に即応して定めたのであります。」（同、六二－六三頁）。
（19）第一次案の第一〇条では「総理府、法務庁及び各省には、前条の規定による内部的部局及び機関の外、法律の定めるところにより、主任の大臣の管理又は所轄に属する所要の行政官庁として、左に掲げるものを置くことができる」とし、庁・院・公団・委員会を挙げている（「国家行政組織法試案（第一次案）」（一三・三・二五　佐藤部員）国立国会図書館憲政

資料室所蔵『佐藤文書』一七三四）。

(20) 第二次案では、公団について独立した規定がなされた。すなわち、第二四条は次のようにある（「国家行政組織法試案（第二次案）（二三・三・三一）」国立国会図書館憲政資料室所蔵『佐藤文書』一七三四）。

国の行政事務を遂行するため、特に必要がある場合においては、法律の定めるところにより、行政機関として、公団を置くことができる。

公団は国家行政組織法の一部をなすものとし法律の定めるところにより、権限を有する上級の行政機関の定める計画若しくは指示に従ひ、一定の事務を行う。

公団の長は総裁とし、総裁その他の役員は主任の大臣がこれを任命する。公団の役員及び職員は、これを官吏その他政府職員とする。

(21) 「国家行政組織法案」（二三、四、八　行政調査部）国立国会図書館憲政資料室所蔵『佐藤文書』一七三四。

(22) 『国家行政組織法の制定過程に関する資料（一）』（東京大学法学部所蔵「占領体制研究会資料」二二〇七）。

(23) 同右。この間、一〇・一一・一三日に修正がなされている。ただし、公団関係について大きな変更はない。一三日には特別調達庁が加筆された。なお、一二・一三・一五日には、各省から法案に対する意見が出されている（前掲『国家行政組織法の制定過程に関する資料（三）』）。

(24) 前掲『国家行政組織法の制定過程に関する資料（一）』。

(25) 文書に「黒字マーカム訂正」のメモ書きがある（同右）。

(26) 「問　特別調達庁はどうなるのか」の「答」（前掲「国家行政組織法想定問答」六五―六六頁）。なお、これに続く「備考三」では「連合軍の要求にかゝる業務について、戦災復興院の所掌していた設営業務及び終戦連結(ママ)事務局で所掌していた需品事務は、昭和二十三年一月一日までに、調達庁に移管することとなつたのでありまして、これによつて調達庁は他の公団とは違つて実際的には、主務大臣の監督を受けることなく、それ自身でこれらの事務を行うこととなり、即ち他の公団とはちがつてそれ自らが政府部局に属する機関となつたと云うことができるのであります。・・・」と説明がなされている（同、六六頁）。

(27) 国家行政組織法案の制定過程を概観すると、公団の記述は、時を経るにしたがって「形式」性を高めていることがわか

る。それは、特別調達庁と区別をしたということの他に、条文を簡潔にしているということに端的に示される。これは、GHQが国家行政組織法に対して「各種の行政機関およびその内部部局の名称を統一化ないし規格化することによって国家行政組織の構造を規律し・・・規格化された体系の下におけるその実体は別にそれぞれの法律によって定め・・・」ようとしたことに所以する（佐藤功『行政組織法（新版）』法律学全集、一九七九年、一〇〇頁）。とはいえ、こうした「形式」性は、公団にとっても必要とされることであった。すなわち、公団は、配給以外の領域にまで拡大し、多様化していたからである。たとえば、運輸省は、国家行政組織法案（第一二条）に対して「公団は凡べて本条第一項〔「国政事務の中、物資の配給統制その他公共的事業に関するものを遂行・・・」〕の概念に該当しなければならないか。なお、船舶公団の事務は公共的事業と解してよいか」（「国家行政組織法案に対する質疑並びに意見」前掲『国家行政組織法の制定過程に関する資料（三）』）との意見を出している。多様化した公団を規定するには、「形式」性を高める必要もあったのである。なお、運輸省の意見については日付不詳であるが、公団を第一二条として扱っていることから四月八日から四月一三日にかけてのものだと推測される。因みに四月一四日案から公団は、第一二条で扱われなくなっている。

(28) 公団の多くは、その解散時期を「臨時物資需給調整法」の有効期間と規定していたが、実際には行政整理のなかで縮小・廃止が議論された。このことについては、別稿で論じることとしたい。

〔付記〕

本稿は、一九九六年度―一九九七年度文部省科学研究費補助金（特別研究員奨励費）及び、一九九九年度―二〇〇〇年度文部省科学研究費補助金（奨励研究A）による研究成果を踏まえた、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇一年六月二九日授与）に大幅な加筆・修正を加えたものである。なお、加筆・修正にあたっては、二〇〇六年度文部科学省科学研究費補助金（学術創成研究（2））による研究成果の一部を取り入れている。

論　説

反連邦主義との闘い（五・完）

――一九世紀初期におけるアメリカ内陸開発政策の展開――

櫛田久代

目　次

序章　研究視角
第一節　問題の所在
第二節　先行研究と問題の射程範囲

第一章　「道路と運河に関する報告書」――ジェファソン政権の大いなる遺産
　第一節　連邦政府の内陸開発政策
　（1）カンバーランド国道事業
　（2）ジェファソン大統領の第二次就任演説および第六回年次教書
　（3）連邦政府の開発政策の基本構造
　第二節　チェサピーク&デラウェア運河事業と連邦政府
　（1）州際事業としてのチェサピーク&デラウェア運河事業
　（2）チェサピーク&デラウェア運河事業の展開
　（3）連邦支援を求めて
　第三節　「道路と運河に関する報告書」
　（1）「道路と運河に関する報告書」の成り立ちとチェサピーク&デラウェア運河会社
　（2）「道路と運河に関する報告書」が切り開いた政策可能性
第二章　「道路と運河に関する報告書」の反響
　第一節　エリー運河事業――ニューヨーク州の一大運河事業
　（1）エリー運河事業の展開
　（2）ポープ＝ポーター法案
　（3）ニューヨーク州の陳情活動
　第二節　一八一二年戦争と連邦の問題
　（1）開戦
　（2）戦時下の請願活動
　（3）エリー運河事業をめぐるニューヨーク州の動き
　（4）ハートフォード会議
第三章　一八一二年戦争後の政治環境の変化

（以上、第五七巻一号）

（以上、第五七巻二号）

第一節　一八一二年戦争後――マディソンの第七回年次教書と連邦再生
（１）　マディソン政権の課題
（２）一八一二年戦争後の内陸開発政策の動向
（３）カンバーランド国道事業
第二節　ボーナス法案への道程
（１）一八一二年戦争後のニューヨーク州の陳情活動
（２）ボーナス法案提出に向けて
第三節　ボーナス法案の大幅修正
（１）ボーナス法案の提出とカルフーンの意図
（２）公平性の問題
（３）ボーナス法案の可決
（４）その他の審議
第四節　マディソン大統領の拒否権発動
第四章　反連邦主義との闘い
第一節　マディソン大統領の拒否権発動とニューヨーク州の動向
第二節　拒否権の残響
（１）ボーナス法案の亡霊
（２）陸軍長官カルフーンの報告書
（３）モンローの拒否権
第三節　内陸開発政策とアメリカン・システム
（１）カンバーランド国道の維持補修法案に対する拒否権を越えて
（２）アメリカン・システム
（３）モンロー政権末期の内陸開発政策

（以上、第五七巻三号）

（以上、第五七巻四号）

終章　アメリカン・システムの動揺
第一節　エリー運河の成功と波紋
第二節　アメリカン・システムへの不協和音
第三節　終わりに　（以上、本号）

第三節　内陸開発政策とアメリカン・システム

（1）カンバーランド国道の維持補修法案に対する拒否権を越えて

一八二二年五月四日、モンローは拒否権の教書とともに、連邦政府の内陸開発権限について自らの見解をまとめた文書「内陸開発についての見解」（“Views on the Subject of Internal Improvements”）を発表した(1)。この文書は、先の拒否権教書と同様に、連邦政府の内陸開発権限は法的根拠がないと説明すると同時に、連邦制の発展と連邦政府の管轄範囲について歴史的にまた経験的に考察し、自身の政治的姿勢を明らかにしている。この中でモンローはアメリカが採用した連邦制が連邦政府と州政府というそれぞれ主権を有する二つの政府によって統治されるきわめて珍しい制度であると指摘する。モンローが強調したのは、連邦政府の権限は連邦憲法によって制限されており、元植民地である州の主権を侵害してはならないということであった。この観点から内陸開発権限を見ると、連邦憲法において明確な規定がないばかりか、郵便道路開設権、戦争宣言権、州際通商権、必要かつ適切な条項等いずれの規定からも同権限は生じないとして連邦憲法に対する厳格解釈論の立場を鮮明にした。モンローは政策によっては連邦憲法を柔軟に解釈する必要性があることを率直に認めるが、基本的に彼の見解は州権論に属するものである。しかしながら、モンロー大統領最後の三年

間は、ヘンリー・クレイが提唱したアメリカン・システムという言葉とともにアメリカ政治史にとって記憶に残る時代となるのであるから、何とも皮肉なことである。

道路の維持補修法案に対して、モンローは政治信条を理由に法案を拒否し連邦議会に提唱したが、既設道路の荒廃が進むカンバーランド国道の現状、東西地域の公共事業格差への不満は、そのような悠長な時間を与えなかった。

そうした中、カンバーランド国道の補修問題は、一八二二年一二月三日に出されたモンローの第六回年次教書でもわざわざ取り上げられた[2]。このところ、外交、通商、軍事問題が中心であったモンローの教書では異例の扱いだった。そこで、モンローは前会期に出した自身の拒否権発動について改めて正当化する一方で、巨費を投じて建設された国道の維持補修問題をこれ以上先送りできないとして、現実的な対応策について示唆した。モンローが提案したのは、国庫からの拠出だった。「私の判断では、連邦議会は補修の必要な状態にある道路を点検し補修に要する資金を拠出する権限をもっております。連邦議会が道路を建設する資金を拠出する権限を間違いなく有するのであれば、連邦議会は損壊から道路を保全するためにお金を拠出する権限をもつのです。この権限の行使からいかなる危険も恐れることはありません[3]」。モンローは、教書の中でも、連邦政府が内陸開発政策を実施するためには連邦憲法の改正が必要であるという方針を変更してはいないし、その観点から前会期拒否権を発動せざるをえなかった点に変わりはないという。しかし、カンバーランド国道事業は西部諸州と大西洋沿岸諸州との間の交流を促進するものであり、その便益は計り知れないこと、また、実際に既設道路の維持補修は切迫した問題であることから、モンローは自らの政治信条と妥協せざるをえなかったのである。とはいえ、道路を建設する権限はいうまでもなく内陸開発権限に属する。この矛盾にモンローが無自覚だったわけではなかった。彼は、「しかしながら、前会期で私が言及した文書の中で十分に私の意見を連邦議会に伝

えておりますので、問題となっております領域への管轄権ならびに統治権とは区別されるものとしての歳出権限に関しましては、私がここで話題を広げるのは不適切であると考えております」と述べ、この問題を締めくくった。歳出権は連邦体制を脅かす権限の行使ではないという観点を持ち出し、モンローはカンバーランド国道事業を、あえて連邦政府の内陸開発権限の行使から区別しようとした。(4)

モンローの年次教書が起点となって、第一七連邦議会第二会期に入ると、再びカンバーランド国道の新しい維持補修法案が議題に上り、一八二三年二月二三日に法案は成立した。同法は、カンバーランドからホイーリングまでの道路の維持補修のために通行料を徴収するのではなく、二万五〇〇〇ドルを国庫から拠出するものとなった。(5)大統領自身が提案した国庫からの拠出という方法を採用した同法案に対して、今回モンロー大統領は異を唱えなかった。維持補修法案の成立によって、ひとまずカンバーランド国道事業にかかわる懸案事項は片付いた。しかし、将来的な問題は残った。モンロー政権以後も連邦政府が将来的に国庫からカンバーランド国道の維持補修費用を拠出し続けるのか、まったく保証がなかったからである。また、モンロー大統領が頑強に反対した通行料徴収方式はとられなかったが、彼の拒否権発動やその後出された見解に対して強く支持した人々はいた。支持派の代表的な人物は後に第七代大統領となるアンドルー・ジャクソンである。(6)

とはいえ、カンバーランド国道の維持補修費を国庫から拠出する法律が成立したことの意味は大きい。というのも、連邦憲法解釈の立場から内陸開発事業だけでなくカンバーランド国道事業についても懐疑的な見方を示していたモンロー大統領が、同事業を支援する立場に転じたからである。いずれの形にせよカンバーランド国道の維持補修法案が成立したことで、モンローの拒否権発動という政治的衝撃が和らいだばかりか、さらなる内陸開発法案成立に向けて間違いなく呼び水となった。しかも、モンローが一八二三年一二月二日に発表した第七回年次教書は、カンバーランド国道

の維持補修法案への方針転換をも含めた、彼自身の内陸開発政策に対する政策転換を印象付けるものとなった。[7] 内陸開発政策に関してこの年次教書で示した方針転換は二つある。一つはカンバーランド国道の維持補修方式を見直すもので、もう一つは、陸軍の工兵将校、技官が内陸開発事業の事前調査を行い、報告書の提出を提案するものだった。

まず前者に関して、モンローは、カンバーランド国道は毎年補修が必要であり、かつ連邦憲法改正が容易ではないことを考慮し、連邦政府が道路のある当該諸州と調整して、それぞれの管轄内で通行料を設定できるよう提案した。通行料を徴収することによって将来の補修費をまかなうとともに、料金所を通して道路を管理し、罰則規定をおいて器物損壊から守ることを企図していた。これは、カンバーランド国道の維持補修費問題が政治状況に左右されないようにするため、安定的な財源確保を優先させたものと思われる。しかし、この提案はモンローが前会期に拒否した補修費用の財源案を再び復活させたもので、大統領は、連邦憲法改正の難しさから現実的な政策転換を図ったものといえる。このカンバーランド国道の維持管理問題は、結論を先取りすると、モンロー政権では解決せず、その後一八三〇年代に新たな局面を迎えることになる。道路の維持管理は、連邦政府から州政府に移管され、州内有料道路としてカンバーランド国道が運営されていく。連邦政府が建設しその後の維持管理を当該州が担う政策の流れを作ったのは、はからずも一八二二年五月のモンロー大統領の拒否権発動だった。[8]

カンバーランド国道の維持補修問題以上に重要な政策提案が、特定の運河建設への助成提案ならびに陸軍工兵隊を活用した次のような調査提案であった。「連邦議会がそのような国家的な目的［首都ワシントンを通過し西部と大西洋とを結ぶチェサピーク＆オハイオ運河建設事業］のために資金を拠出する権限を有する（運河が通過する当該諸州に管轄権をとどめつつ）ものと私は考えておりますので、来シーズンに未調査の地を調査しそれに関する彼らの意見を報告するために適切な予算で適正規模の工兵隊の将校たちを雇用する権限を有するのが賢明であるかどうかあなた方の検討に

ゆだねます。同様に、エリー湖の水運とオハイオ川を運河で結ぶいくつかのルートについて彼らの調査範囲を拡大することは適切なことでしょう」[9]。ここで、モンローが提案したことは、かつてモンロー自身が不快感を示した一八一九年一月のカルフーン陸軍長官の報告書で提起されたことだった。先述したように、カルフーンの報告書は内陸開発事業に積極的に軍隊を活用することを提唱したものだった。その際、報告書がまず行うべきこととして提案していたのが、工兵隊による現地調査とその調査報告書の提出であった。カルフーンの報告書や提案は、当時、法案として立法化されなかったが、実際には、工兵隊が国内各地の内陸開発事業において事前調査に協力する事例が増えつつあった。

例えば、ペンシルヴェニア、デラウェア、メリーランドの三州にまたがるチェサピーク&デラウェア運河事業は、一八二一年にこれらの州議会から増資を受け、連邦軍の工兵隊の助力を得て運河建設ルートの再調査を行った。この再調査の結果、運河ルートが変更された。また、前述のモンローの教書の中で、デラウェア湾のヘンロペン岬(Cape Henlopen)近くに二つの埠頭を建設するための予算を計上した一八二二年五月成立の法律に関連して、陸軍の工兵委員会の将校たちに建設計画と予算の適正さについて調査するように命じたこと、その結果、陸軍省から法律で定められた予算では不十分との報告を受け、モンローはさらなる予算の計上を検討するよう提案した。同様に、一八二二年五月の法律にふれ、ペンシルヴェニア州のプレスカイル港の港口の障害物を除去する予算の適正規模と除去計画の調査が工兵委員会に対して命じられ、陸軍省から報告があったことが伝えられた。いずれにしても、既にアメリカ各地で工兵隊は開発事業の調査・策定作業において重要な役割を果たしつつあった。この第七回年次教書でモンローが提案したことは、第一に、現状の制度化であり、第二に、自覚的であったかどうかはともかく、合衆国規模の内陸開発計画立案への準備だった。カルフーンが報告書の中で力説した軍隊を建設作業にも従事させる提案については、全く触れられなかったが、各地の開発事業を軍隊が技術的に協力支援していく体制作りはカルフーンへの大きな歩み寄りだった。

連邦憲法問題に拘泥せずカンバーランド国道事業を全面的に支持する方針に切り替えただけでなく、さらなる内陸開発政策の実現に向けたモンロー大統領の政策転換は、一時期引退していたヘンリー・クレイの政界復帰と呼応して、第一八連邦議会においてクレイの提唱する「アメリカン・システム」（American System）を推進する大きな力となる。

（2）アメリカン・システム

モンロー政権最後の一年間は、連邦政府の内陸開発政策史の中で画期的な年となった。というのも、二〇年近くにわたり連邦政府からの財政支援を求めてきたチェサピーク&デラウェア運河会社に対する公的支援が実現しただけでなく、フロリダ、ミシガン、アーカンソー準州の道路建設、チェサピーク&オハイオ運河のルート調査支援といった連邦助成案件が相次いで成立したのである。チェサピーク&オハイオ運河のルート調査支援法は前年の一八二四年四月に成立した、通称、全体調査法を受けたものだった。同法によって合衆国内の交通路の事前調査計画に陸軍の技官を活用できるようになった。全体調査法は開発事業を財政的に支援するものではなかったが、同法をきっかけに、連邦議会は民間企業であるチェサピーク&デラウェア運河会社の株式に出資し支援するチェサピーク&デラウェア運河会社出資法を成立させた。合衆国内の交通網の拡充を目的とする一連の諸法は、アメリカン・システムの一環としてみなされる政策に連なるものである。大統領がかつて拒否権を発動した政策をその後承認した先例としては、前任者のマディソン大統領の第二次合衆国銀行の認可問題がある。このときは、一八一二年戦争後で国内外を取り巻く政治経済環境が大きく変わったことがマディソンの政策転換の背景にあった。それでは、モンローの場合カンバーランド国道維持補修法案に対して拒否権を発動した第一七連邦議会第一会期とそれ以降とで、どのような政治状況の変化があったのだろうか。

モンロー政権は一期目を終えたところでジェファソン政権期には遠く及ばないとはいえフロリダ地域の獲得によって

領土拡大を経験した。さらに、西部における人口増加に伴って内陸部の準州の連邦加盟が相次いだ。一八二二年前後の時期は、一八一二年戦争のような国家を挙げての戦争こそなかったが、国務長官Ｊ・Ｑ・アダムズの下、アメリカ外交がヨーロッパ列強の脅威から開放され、西半球における平和を確立した大きな転換期だった。独立以来、アメリカ最大の脅威であったイギリスとの緊張関係は、国境線の確定とともにひとまず収束した。フロリダ領有をめぐって対立していたスペインとの関係も、一八一九年二月のアダムズ＝オニス条約（Adams-Onis Treaty）の締結でフロリダの購入が正式に決定されただけでなく、スペイン領メキシコとの国境線も確定した。その結果、アメリカ合衆国は国境の南北を接するヨーロッパ列強との間で平和を確立した。しかも、一八一八年から一八二二年にかけて、アメリカの独立革命に刺激されたラテン・アメリカのスペイン領植民地が、相次いで宗主国であるスペインあるいはポルトガルから独立を宣言し、アメリカがその独立を承認するという新たな国際環境が生まれた。この時期、一八一八年にチリ、一八一九年にノヴァグラナダ（後のコロンビア）、一八二一年にペルーとメキシコ、一八二二年にブラジルが誕生した。こうした中南米諸国の動きに対して一八二三年にはイギリスから、南米におけるヨーロッパ諸国からの干渉を共同で阻止しようという提案が持ちかけられた。これへのモンローの返答がモンロー宣言だった。

第七回年次教書の中で明確に提唱されたモンロー宣言は、ヨーロッパによる西半球の植民地化を終わらせ、西半球の独立国への干渉はアメリカへの脅威とみなすとの警告であった。(10) 外交政策におけるアメリカのヨーロッパ離れは、経済政策においても顕著に見られた。既にマディソン政権末期より顕在化しつつあったが、国内製造業の育成と保護を目的とする保護関税政策と国内市場の発展という経済政策は、一八一二年戦争後の、さらには、ヨーロッパ諸国との友好関係の確立と一八二〇年代初めの西半球における独立国家の続出によってより強化された。内陸開発政策分野における政策転換は、モンロー宣言の形成とともに起こったといってよい。しかも、一八一九年の経済不況を脱し、奴隷制度を

めぐる南部と北部との対立と均衡の狭間で増大する西部諸州の存在が政治的にも経済的にもアメリカ合衆国内で徐々に大きな存在になりつつあった。この西部を大西洋沿岸諸州に結びつける航行路や道路の開発は、人の移動や生産物の輸送経費の軽減と時間の短縮の観点から、ますます重要な課題となっていた。この点に関して、モンローが、第七回年次教書において連邦憲法問題を脇においてまで、わざわざ西部と大西洋とを結ぶ道路と運河の開発に言及した点は見逃せない。その際、モンローが指摘したのは、カンバーランド国道事業であり、チェサピーク&オハイオ運河事業であった。しかも、第七回年次教書は、ヨーロッパ諸国からの孤立と外国に依存しない経済体制の確立との関連で、製造業を振興するために関税の見直しを促した[11]。

さて、前節でも触れたように、モンローが同教書の中で言及した工兵隊を活用した開発計画の調査と全体報告書の提出に関する法案は、その後一八二四年四月末に「道路と運河に関して必要な調査、計画、ならびに概算を行う法」（An Act to procure the necessary Surveys, Plans, and Estimates, upon the subject of Roads and Canals）へと結実した。これは、通常、全体調査法（the General Survey Act）と称され、同時期に成立した保護関税法と並んで、アメリカン・システムの柱として知られる内陸開発関連法だった。

同法は、アルバート・ギャラティンの「道路と運河に関する報告書」が提出されて以降これまで幾度となく審議されてきた内陸開発法案と比較すると、その性格と趣旨が著しく異なる。どのように異なるのかを明らかにするために、四月三〇日に成立した法律を検討してみよう。法律の全文は次のように全二条から構成されたきわめて簡潔なものである。

以下のことが規定される。合衆国大統領は、本法によって、通商的ないし軍事的観点、あるいは郵便配達に必要な観点において、大統領が国家的な重要性をもつと考える道路や運河のルートに関して、必要な調査、計画、ならびに概算を行う権限が

与えられる。また、運河の場合には、帆船航行がどの部分において可能であるかについても明示するものとする。それぞれについて調査、計画、ならびに概算が完了したら、連邦議会に提出するものとする。

第二条　さらに以下のことが規定される。この法律の目的を実施するために、大統領は、本法によって、二人ないしそれ以上の民間の熟練した技師と大統領が適切であるとみなした工兵隊の将校たちないし工兵隊とともに正式に派遣される将校たちを雇用する権限が与えられる。そして、本法によって、三万ドルが国庫から支払われるべきものとして拠出されるものとし、それ以外の目的には拠出されない。(12)

これまで検討されてきた法案と比べると、連邦政府に与えられる役割が、開発計画策定の事前調査のみに限定されており、開発財源を規定するものではない点が最も大きな相違点である。そして、これまで重視されてきた全国的に体系性をもった交通網の開発という視点が欠落している。そのため、連邦政府の開発主導性や財政補助、そして、全国的な内陸開発システムの構築という、これまでの連邦の内陸開発政策の骨子とでもいうべき部分が見事に抜け落ちていた。この点について、例えば歴史家のフォレスト・G・ヒルは全体調査法を指して、「一連の開発事業の調査と立案のための全体計画を制度化したものにすぎなかった」と評している。(13) しかしながら、成立した法律は、まさにモンロー大統領が第七回年次教書の中で示唆した内容そのものだった。なお、付言すれば、実は一八二二年（第一七議会第一期）の連邦下院で審議されながらも可決するには至らなかった法案が復活した瞬間でもあった。(14)

全体調査法案は最終的に可決されたが、審議過程では再び連邦憲法問題が焦点となった。一八二四年一月一二日に下院の全体委員会に審議が移ったとき、下院議長のクレイは法案の細部に立ち入る議論に水を差し、改めて二つの問題に

ついての連邦議会の姿勢を質した。一つ目は、連邦議会が内陸開発法を立法する際連邦憲法上の権限があるのかどうか、二つ目は、連邦議会がそのような権限を行使するのが得策であるかどうかだった。[15] 全体調査法案は、開発ルートを選定し、それらの開発に必要な財源を規定したものではない。法案は、連邦軍の資源を有効活用して、具体的な開発に必要な予備調査を行うものである。しかし、たとえ直接開発に着手するものではなくとも、連邦政府の権限行使の対象であるかどうかが問題になった。クレイ自身は、全体調査法案に連邦憲法上の問題があるとは考えていなかったが、連邦議会が憲法上内陸開発権限を有するとの合意がなければ、下院の支持は得られないと表明した。[16] 翌日、連邦憲法問題については、再び賛成と反対の立場から議論の応酬があった。連邦政府の内陸開発政策に対する強硬な反対派として知られるヴァージニア州選出のフィリップ・P・バーバーは、連邦憲法に関する厳格解釈の立場で反対派の論陣を張った。バーバーは、クレイが一時引退していた第一七議会の連邦下院議長を務めた人物である。彼は、国内交通網の発達がもたらす経済的効果について十分に理解し、全体調査法案が道路や運河の開発に有用な情報を入手する性格のものであることを承知してはいても、連邦政府の権限を拡大する恐れのある法案であるとして徹底的に反対した。[17]

バーバーは、州の同意を根拠に連邦政府が開発政策に着手できるという賛成派に対して、連邦議会が内陸開発権限を有するものなら州の同意はそもそも必要ない、また、州の同意は連邦議会に新しい権限を与えるもので、本来は連邦憲法の改正を要するものだと主張した。さらに、連邦憲法は要塞や武器庫の敷設については建設地区を州から連邦に移譲することを条件付けているが、これは例外的で他の分野にまで適用できるものではないと主張し、さらに、カンバーランド国道事業の合憲性に疑問を呈した。バーバーは憲法を厳格に解釈する立場からだけでなく、連邦政策のあり方そのものに対する疑問も露にした。焦点の内陸開発政策は、国全体から集められた税金が一部地域の開発のために用いられるもので問題があると主張した。そして、先例を持ち出しての擁護論についても、ジェファソン、マディソン、モンロー

という歴代の大統領自身が、これまで憲法の改正を示唆してきた事実に言及するとともに、先例に対する疑問が当事者である大統領自身からも挙がっていたことを例に反駁した。そうした中で、特にカンバーランド道路において道路建設費の拠出を容認しながら、道路の維持管理に反対するというモンロー大統領の見解について、バーバーはどちらの解釈も批判した。いずれにせよ、各州における政策の公平性を確保すること、そして、利権が絡む内陸開発政策を可能にする連邦憲法の拡大解釈を阻止することがバーバーの主張に一貫して見られる特徴だった。

このようなバーバーの主張にすぐさま反論したのが賛成派のニュージャージー州選出のジョージ・ホウルカム（George Holcombe）であった。ホウルカムは、内陸開発政策の合憲性についての疑問を一掃しようとした[18]。しかしながら、賛成派と反対派の議論はどれほど議論を尽くしても平行線のままであり、妥協の余地を見出せない状況だった。この問題の背景には、各州の地理的経済的状況の違いに端を発する連邦制観の相違があったといってよい。連邦政府の内陸開発政策について、議員の間で共通の前提ならびに共通の理解がますます難しくなっていたことは、ニューヨーク州の運河（エリー運河とシャンプレイン運河）についての各議員の見解に端的に表れていた。反対派の急先鋒であったフィリップ・P・バーバーは、同運河を基本的に地域的便益を高めるものであると見ていたのに対して、道路・運河委員会の委員であるペンシルヴェニア州選出のジョセフ・ヘンプヒル（Joseph Hemphill）は、交通網開発の成功例として見た。先述のホウルカムもニューヨークの経済的繁栄と連邦政府の歳入増加への貢献という州と連邦全体の双方にもたらした効果について言及しており、特殊地域的な視点でのみ同運河を取り上げたわけではなかった[19]。しかしながら、結局、連邦国家の中で連邦政府の役割をどのように考えるのか、という根本的な問題が横たわっていた。議員間で見られるこの連邦制観の相違をまさに問題にしたのはクレイだった。

翌一四日の審議において再び発言の機会を得たクレイは、憲法問題で膠着状態だった議場において、内陸開発政策を

めぐる対立は根本的には連邦憲法体制のあり方をめぐる相違であることを指摘した。[20] クレイはそこで政治制度に関わる二つの本質的な問題を提起した。第一に、行政部と立法部との意見の相違である。マディソン、モンロー両大統領が相次いで拒否権を発動した事実は、連邦議会が代表する民意の否定でもあった。大統領と連邦議会のうちどちらが民意を代表しているのか。大統領の拒否権は制度的に保証されているとはいえ、連邦政府内部の意見の齟齬は深刻であった。そして、クレイが問題にした第二は、連邦政府部内にある連邦制についての意見の相違である。

前日のフィリップ・Ｐ・バーバーは、連邦憲法の厳格解釈論者としての立場から、内政事項は州政府の管轄であり、連邦政府の権限は列挙権限事項に限られると明確に発言していた。彼の論理でいけば、内陸開発政策は州政府の管轄事項となる。しかし、クレイは州は州の利益ないし目的を連邦政府は全国的な目的を推進するためにあり、二つの政府の性格は異なるのであり、それゆえに連邦政府の権限は制限されているとも主張した。二つの政府の連邦制における役割を厳格に定めることは殊のほか厄介である。演説において、クレイは自ら一七九八年の原則に同意しており、連邦政府が付与された権力以外は行使できないという見方をバーバーと共有しているとわざわざ明言した。[21] しかしながら、クレイは、連邦政府の管轄権は幅広く、列挙権限の中に広範囲な内政事項が規定されているとも主張した。バーバーは内陸開発は州政府に属すものであり、連邦権限は限定的な性格を持つと述べたが、クレイは多くの開発事業は確かにそうであったとしても全体的かつ連邦的性格を持つ開発事業も存在することを改めて指摘した。例えば、ミシシッピー川の航行開発であり、オハイオ川、ポトマック川を結ぶ航行開発も同様である。これらは特殊地域的なものとは言えず、連邦の権力と資金を適用するに値するものであり、さらに、連邦政府も州政府も内政事項を扱っているため、連邦政府が権力の行使において州に依存しないようにする必要があるとはいえ、同じ問題に取り組む場合もありうるという現実を強調した。[22] また、クレイは州の同意があれば、州と協議できることになり賢明なことであるとも述べ、連邦政府と州政府の政策協

力の効用にも目を向けさせた。[23] クレイの憲法解釈はバーバーと真っ向から対立した。しかし、クレイの憲法解釈をもってすれば、一見、連邦政府の目的は限定されているように見えても、その対象は確定できず、州政府と共通する管轄領域においてあいまいな部分がどうしても残されることになる。クレイがいくら州権論の聖典ともいえる一七九八年の原則（ケンタッキー&ヴァージニア決議）に自ら依拠していると主張しても、クレイとバーバーは憲法解釈において大きく隔たっていた。クレイの議論の後、下院では、全体調査のための拠出額を三万ドルとするヘンプヒルの提案が可決された。そして、全体委員会は修正案を含めて全体調査法案を可決した。

成立した全体調査法の条文および内容は、一月一四日の下院審議で可決されたときのものと比べ変更はない。その後下院および上院において、重要な開発対象を明示する提案などについて両院において様々な修正要求が提案され審議されたが、結局、どの修正案も賛成多数を得られず、[24] 同法案は二月一〇日に下院を一一五対八六で通過し、四月二四日には上院において二四対一八で可決した。[25] **表4－1**は、連邦上院および下院における全体調査法の議決結果を示したもので、図示したものが**図4－1**である。議決状況を概観すると、地域および州により顕著な傾向が見られる。地域ごとに、反対派が賛成派を上回るのは、ニューイングランド、大西洋沿岸南部の二地域で、それ以外の地域は賛成した議員のほうが多い。しかも、下院議長クレイを擁する西部では、反対した議員が一人もいない。一方、州ごとに見ていくと、大西洋沿岸中部地域は賛成派が多い中で、ニューヨーク州は、唯一反対派が上回るだけでなく、合衆国の中で最大の反対派を形成していた。この地域別議決結果は、上院でもほぼ同様な傾向を示していた。連邦下院の議決結果を一八一七年三月のボーナス法案と比較すると、どのような相違・共通点が見られるのだろうか。

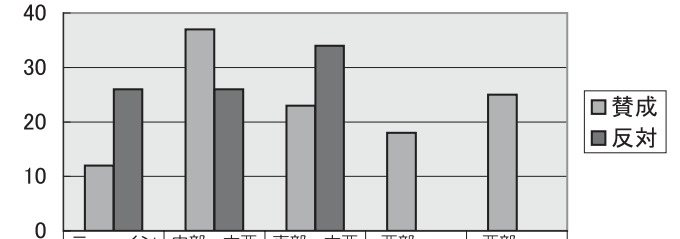
七年前のボーナス法案は、合衆国内の道路、運河、河川改修のための開発財源を明記し、その開発基金の配分方法までも規定したものであった。全体調査法とボーナス法案とはその政策内容が異なるため単純な比較はできない。しかし、

表４－１　第18連邦議会第１会期における全体調査法の議決結果

	連邦下院		連邦上院	
	賛成	反対	賛　成	反　対
ニューイングランド	12	26		
メイン	1	5		Chandler / J. Holmes
ニューハンプシャー	0	6		Bell
ヴァーモント	1	4		Palmer / Seymour
マサチューセッツ	8	5	J. Lloyd	Mills
ロードアイランド	2	0		De Wolf / Knight
コネチカット	0	6		Edwards
中部　大西洋岸	37	26		
ニューヨーク	7	24		
ニュージャージー	6	0	Dickerson / Mcllvaine	
ペンシルヴェニア	23	2	Findley / Lowrie	
デラウェア	1	0		Van Dyke / Clayton
南部　大西洋岸	23	34		
メリーランド	8	0	E. Lloyd / Smith	
ヴァージニア	6	15		Barbour / J. Taylor
ノースカロライナ	1	12		Branch / Macon
サウスカロライナ	5	4	Hayne	Gaillard
ジョージア	3	3		Elliott
西部、自由州	18	0		
オハイオ	13	0	Brown / Ruggles	
インディアナ	4	0	Noble / W. Taylor	
イリノイ	1	0	Thomas	
西部、奴隷州	25	0		
ケンタッキー	10	0	R. Johnson / Talbot	
テネシー	7	0	Eaton / Jackson	
ミシシッピー	1	0	D. Holmes / Williams	
ルイジアナ	3	0	H. Johnson / J. S. Johnston	
アラバマ	3	0	Kelly	King
ミズーリ	1	0	Barton / Benton	
計	115	86	24	18

それを承知の上で両者を比較してみよう。第三章第三節（3）の**図3－1**と**図4－1**を通して両法案の議決結果を見ると、地域としての全体的な傾向は同じであるが、州別では大きな相違が見られる。それは、第一に、ボーナス法案に対しては最大の支持勢力であったニューヨーク州が、今回は最大の反対派に転じたことである。第二に、ボーナス法案には反対する議員が多かった西部から、今回は反対投票をした者が一人もいなかったことである。そして、第三に、南部においてボーナス法案の場合、賛成派と反対派が拮抗していたが、全体調査法案の場合は反対派が増加したことである。ボーナス法案の不成立から七年の間に進んだ各州間の内陸開発事業の格差がそのまま連邦政府の政策に大きな影響を及ぼしており、両法案の投票行動の違いを生んだといってよい。いうまでもなく、ニューヨーク州は当時アメリカとしては最大規模の運河事業であるエリー運河さらにはシャンプレイン運河の建設に独自に取り組み、既に一八二三年にシャンプレイン運河は開通し、エリー運河も全航路の開通が目前に迫っていた。連邦政府の支援を受けることなく巨大事業を成し遂げたニューヨーク州にとって、内陸開発事業が連邦政府の管轄領域である必要はなくなっていた。一方、ペンシルヴェニア州は、ニューヨーク州のエリー運河建設に刺激

図４－１　第18連邦議会第１会期における全体調査法の地域別議決結果



	ニューイングランド	中部　大西洋岸	南部　大西洋岸	西部、自由州	西部、奴隷州
■賛成	12	37	23	18	25
■反対	26	26	34	0	0

【注】１）第14連邦議会時、西部はオハイオ、ケンタッキー、テネシー、ルイジアナ、インディアナのみ。
２）州の数は第14連邦議会時19州、第18連邦議会時24州に増加。新州はニューイングランドのメインを除いて全て西部地域。

されて、州内でエリー湖とフィラデルフィアを結ぶ大規模な航行網の開発に取り組み始めていた。幾つもの事業を抱え財源不足が懸念されるペンシルヴェニア州は、連邦支援を何よりも必要としていた。この状況の違いが、議決に如実に表れていた。

一方、全体調査法の成立と同時期、これまでモンロー政権に入ってから幾度となく議論されながらも成立したことのなかった保護関税法も成立した[26]。同法によって、綿製品および羊毛製品の税率は二五％から三三・五％へ引き上げられ、従来の一・三四倍になった。また、棒鉄の関税は従来の一・二倍の関税率（一〇〇ウェイトあたり七五セントから九〇セント）になった。その一方で、銑鉄や圧延棒鉄の税率は据え置かれており、加工品への関税率が一律に引き上げられたわけではなく、その後、より高率の関税率を求める声が製造業者を中心に出されることになる[27]。この保護関税法案の審議過程でサウスカロライナおよびヴァージニア選出の議員たちが同法案に反対する中、三月三一日に、クレイの有名は「アメリカン・システム」演説が行われた。以下がそのくだりである。

政府の範囲内で救済策はないのでしょうか。私たちはわが国の農業がますます衰え衰退していくことを運命付けられているのでしょうか。しかしながら、救済策はあるのです。その救済策は、わが国の外交政策を見直すこと、つまり、真のアメリカン・システム（a genuine American system）を採用することにあります。私たちは自国に技術を取り入れなければなりません、そして私たちは諸国の英知でいまだに見出していない唯一の手段で効果的に、すなわち、他の点で圧倒的な外国人の影響に対して適切に保護するという手段によって、それらの技術を取り入れなければなりません。これは唯一、関税の設立によって達成されるものなのです[28]。

同演説はアメリカの経済的自立を促進するための諸政策の体系としてアメリカン・システムの確立を提唱したものである。ヘンリー・クレイが提唱したアメリカン・システムとは、連邦政府の助力によって国内経済の自立的発展を目指すもので、具体的には、大西洋沿岸北部だけでなく中部を含む広い意味での東部の製造業、西部ならびに南部の農業という地域の産業特性を生かした国内分業を前提に、外国に依存しない国内経済体制の発展を推進するものだった。そのためには、保護関税による製造業の振興、合衆国銀行による通貨の安定供給、そして、国内市場を結ぶ通商網となる国内交通網の整備といった経済政策を追求する。クレイが最初にアメリカン・システムという言葉を用いたのは、一八二〇年五月一〇日の下院であったとされる。外交史の視点からアメリカン・システムとモンロー宣言を考察した中嶋啓雄によれば、そもそもアメリカン・システムは「一八一二年戦争後に高揚した、アメリカの経済ナショナリズムを反映したもの」で、「元来、対外的には新興のラテン・アメリカ諸国がアメリカに農産物を供給し、アメリカはそこに製品を輸出するという南北分業を提唱していた。これは別の角度から見れば、アメリカを中心とした南北アメリカの諸共和国が一種の「自給自足的経済（アウタルキー）」を形成して、そこからヨーロッパ列強を排除することを意味した」という[29]。現在、アメリカン・システムと称されるのは中嶋氏がいう狭義のアメリカ体制（アメリカン・システム）のことを指す。また、この点に関してモーリス・G・バクスター（Maurice G. Baxter）は、一八二〇年に対外構想としてクレイがアメリカン・システムという言葉を用いたとはいえ、「しかし、いまやそれは保護関税と同義語となっており、後に別の諸政策にまで拡大したのだった。アメリカン・システムは経済のあらゆる部分をその相互の便益のために調和し、間に介在する全国的な政府からの積極的な支援によってそのようなことを行うという考えに依拠していた」という[30]。

そもそもアメリカン・システムという言葉はクレイが最初に用いたわけではない。しかも、その内容は歴史的にみれば決して目新しいものではなかった。アメリカン・システムという言葉そのものは、既にアレグザンダー・ハミルトン

が『ザ・フェデラリスト』（*The Federalist Papers*）の第一一篇で用いていた。そこでは、アメリカの一三ステイトが一緒になって堅固で揺ぎない連邦を形成し、新世界において旧世界のヨーロッパ列強から干渉を受けない政治経済体制を築くことがアメリカン・システムの意味であった。[31] 第一一篇に限らず、ハミルトンは通商立国論をしばしば展開したが、『ザ・フェデラリスト』の中で、アメリカン・システムという言葉が用いられたのは、この一箇所だけである。[32] その後、ワシントン政権の財務長官となるハミルトンは幼稚産業である国内の製造業を育成する政策を推進し、農業立国論に立つ国務長官ジェファソンと対立した。経済ナショナリズムとしての「アメリカン・システム」の先駆けである。

ジェファソン政権においてもその末期には、製造業の振興、国内交通網の整備を通じて国内経済の発展を見据えた経済政策の必要性が認識され、彼の年次教書でも言及された。この傾向はマディソン政権に受け継がれたばかりか、一八一二年戦争後は、保護関税（一八一六年）、第二次合衆国銀行の認可（一八一六年）、製造業の振興、内陸開発の推進といった後のアメリカン・システムを構成する諸政策が具体的な政策課題となった。当時、アメリカン・システムという名称こそなかったが、一八一二年戦争後は実質的にアメリカン・システムの時代に入っていたといえる。その意味で、アメリカン・システムの演説が行われた時、アメリカン・システム論それ自体は必ずしも目新しい政策論ではなかった。にもかかわらず、アメリカン・システムという名称は外国からの政治的経済的自立と結びつき、一八二〇年代を象徴する言葉となった。

一八二四年保護関税法案は連邦下院を四月一六日に賛成一〇七票、反対一〇二票という僅差で可決され、その後大きな修正もなく上院においても賛成二五票、反対二二票で通過し、五月二五日にモンロー大統領の署名を経て成立した。保護関税法案の議決結果は、上院と下院との間で投票行動が若干異なるものの、下院の投票行動を見る限り、先の全体調査法と同様な傾向が見られた。ニューイングランド諸州および南部諸州は法案への反対票が多く、西部や大西洋沿岸

中部諸州は賛成票が大幅に上回っていた。しかし、圧倒的かつ強固な反対勢力はなんと言っても南部諸州であった。下院では南部票五八票のうち賛成票はたった一票のみだった。また、上院においても、南部の一六票のうち賛成票は二票のみであった[33]。棒鉄の関税引き上げは大西洋沿岸中部の製造業者にとっては有利であるが、主要輸出産品である綿花を栽培する南部のプランターにとっては不利に働く。法案成立過程において地域利害の対立をはらみながらも、国内製造業の育成と保護を目的とした保護貿易政策が採用され、アメリカ経済の自立的な発展を推進するアメリカン・システムが動き出すことになった。

（3）モンロー政権末期の内陸開発政策

全体調査法を実施するために、モンロー大統領は一八二四年五月三一日に内陸開発工兵委員会（the Board of Engineer for Internal Improvement）を創設し、主任技師アレグサンダー・メイコム（General Alexander Macomb）の下で委員会の人事が発令された。チェサピーク&デラウェア運河の新ルート調査に当たった有能な技官サイモン・バーナード（General Simon Bernard）とジョセフ・G. トッテン（Colonel Joseph G. Totten）とともに、民間からはジョン・L・サリヴァン（John L. Sullivan）[34]が任命され、彼らの指揮監督下に三つの調査班が置かれた。委員会は以後多忙な調査任務に当たることになった。

全体調査法が成立した時期、軍隊を活用した道路建設を認める法律が成立した。一つは、テネシー州のメンフィス対岸のミシシッピー川沿いの地点から、アーカンソー準州のリトルロックへの道路建設（一八二四年一月三一日）であり、もう一つは、エリー湖のマイアミ滝のふもとのオハイオ州北西側州境地点からミシガン準州のデトロイトまでの道路建設（一八二四年五月二六日）である。また、内陸部の航行を円滑にするために、西部と南部の重要な通商航路であるミ

シシッピー川とオハイオ川の河川改修法（一八二四年五月二五日）も成立した。[35] さらに、ワバシュ川とエリー湖のマイアミとを公有地を通って結ぶ運河の建設も条件付で認可（一八二四年五月二五日）されており、第一八連邦議会第一会期を振り返ると、全体調査法を筆頭に、連邦政府による各地の河川改修、道路建設を技術的かつ財政的に支援する多種多様な諸法の成立に驚かされる。しかも、準州に関連した二つの道路の建設には軍隊が活用され、建設費は国庫から支出されることになった。一八一九年のカルフーンの報告書の提案が、全体調査法の成立にともない実質的に実現したといえる。全体調査法、保護関税法に代表される一連の政策はクレイが主張したアメリカン・システムを構成するものであることから、しばしばクレイの功績のように思われがちである。下院議長として、連邦下院の審議をリードしたクレイの功績は決して小さくないとはいえ、こと連邦政府の内陸開発政策に限って言えば、陸軍工兵隊を活用した全体調査法の枠組みを連邦政策の中で実質的に形成した陸軍長官カルフーンの役割は大きかった。

モンロー大統領の最後の年次教書は、平時における軍隊活用の開発政策を一層鮮明に打ち出すものとなった。大統領は一八二五年一二月七日に出した第八回年次教書の中で、前年度に成立した全体調査法に言及し、工兵隊の将校二名、民間の技師一名と助手たちからなる内陸開発工兵委員会が通商・軍事的観点ならびに郵便物の配達の観点から、航行路の調査に既に取り掛かっていることを報告した。調査の対象となった航行ルートは、ポトマック川とオハイオ川とを結ぶルート（後のチェサピーク&オハイオ運河）、オハイオ川とエリー湖とを結ぶルート（後のオハイオ&エリー運河）、アレゲニー川とサスケハナ川とを結ぶルート（後のメインランド運河西部）、デラウェア川とラリタン川とを結ぶルート（後のデラウェア&ラリタン運河）、マサチューセッツ州のバーンスタブル湾（Barnstable Bay）とバザーズ湾（Buzzards Bay）とを結ぶルート、ボストン港とマレイガンセット湾（Marraganset Bay）を結ぶルートである。モンローが最も重要だとみなしていたポトマック川とオハイオ川とを結ぶルートの調査には陸軍の地形調査部隊が携わってお

り、調査は来期まで続くことが報告された。工兵委員会の調査対象は運河、道路が主だった。工兵委員会は、来期の初めにも道路調査を開始する見通しを述べ、その際の調査対象として、首都ワシントンから南部諸州を通ってニューオリンズに達する道路が示唆された。合衆国内の道路と運河事業計画をまとめるためには連邦の各地域や首都につながる交通網についての十分な知識が必要である。そこで、大掛かりな全体調査の実施と絡めて、モンロー大統領は、軍事と地形の両面で工兵隊の拡充が妥当であると考えた[36]。そのため、工兵隊ならびに地形調査部隊の拡充を提案するとともに、技術の民間への伝播と活用、軍隊への市民の信頼の醸成等、平時における軍隊活用の有効な事例として、内陸開発分野での陸軍工兵隊の利用を積極的に評価した[37]。

この全体調査法の成立によって、各地の開発事業から調査依頼が殺到した。工兵隊は国家的な意義のある事業かどうかとは無関係に、調査依頼を引き受けたため、その活動は多忙を極めていった[38]。従来の業務に加えて全体調査法に基づく業務増加に対応するために、陸軍省を通して工兵課は、連邦議会に工兵隊および地形調査部隊の増強を陳情するようになった。ところで、工兵隊の技術調査協力そのものは一八二四年の全体調査法に先立って各地の開発事業で実際に行われていた。そのうちの一つであるチェサピーク&デラウェア運河会社は一八二一年にペンシルヴェニア、デラウェア、メリーランドの関係する三州の州政府から増資を受けたことが転機となって事業が再開され、運河会社は工兵隊の技術調査協力を得て運河建設ルートの再調査を行い、当初のルートに比べ沿岸寄りのルートを採択した[39]。そして、一八二四年に新ルートでチェサピーク&デラウェア運河の建設が着工されたのである。しかも、モンロー政権末期の一八二五年に、チェサピーク&デラウェア運河会社はディズマール・スォンプ運河会社とともに最終的に連邦助成を受け取ることに成功した[40]。連邦政府は一五〇〇株（三〇万ドル）出資することになった。連邦憲法上の反対論はあったものの、チェサピーク&デラウェア運河は軍事的にも通商的にも国家的に重要な事業であると了承されたことによる。同運河会

社はJ・Q・アダムズ政権末期の一八二九年三月にも一五万ドルの追加増資を受け、同年一〇月一七日に、会社が設立されてから約三〇年後、念願の運河が開通する。(41)

一八二四年四月に成立した全体調査法は、国家的な見地からの交通網の体系的開発を保証するものでも開発財源を規定するものでもなく、その政策範囲が調査に限定されていたが、民間の技術者が不足していた時代、土木事業の専門家である工兵隊は各地の交通路建設事業において地形調査、開発計画の策定、開発路線の選定といった重要な役割を担った。当初工兵隊の調査対象は、運河、道路、河川改修が念頭にあったが、まもなく鉄道ルートの調査にも及んだ。一八二五年には鉄道路線のための最初の調査が行われた。(42)そして、同法が廃止される一八三八年までに約六一の鉄道路線の調査が実施され、その大部分は現実に建設された。

一方、カンバーランド国道は一八一八年のイリノイ準州、また一八二〇年のミズーリ準州の州昇格法に付随して、将来ミズーリ州まで延伸する可能性が開けてきた。実際、一八二〇年五月のカンバーランド国道関連法（An Act to authorize the appointment of commissioners to lay out the road therein mentioned.）は、ホイーリングからミシシッピー川左岸までの区間とセントルイスとイリノイ川河口との間の路線調査等のための費用として一万ドルを拠出することや道路の規格を規定した。カンバーランド国道の延伸のための建設費用が拠出されたのはそれから五年後のことだった。一八二五年三月のカンバーランド国道延伸法（An Act for the continuation of the Cumberland Road）によると、道路基金から一五万ドルを拠出し、ホイーリングの対岸となるオハイオ川のキャントン（Canton）からゼーンヴィルのあるマスキンガム川（the Muskingum）に至るまでのオハイオ州内の区間の道路を建設することが承認された。また、五年前のカンバーランド国道関連法に基づいて、オハイオ州、インディアナ州、イリノイ州の各州都を通りミズーリ州の州都にまでカンバーランド国道が延伸するための調査を行うことも言及された。(43)モンロー政権はカンバーランド国道の維持

管理の問題で苦闘しつつも、国道そのものは拡大する西部の要請を受け西方への延伸を承認した。現在の国勢調査の地域分類に従えば、一八二〇年から一八三〇年までの一〇年間で最も高い人口増加率を記録した地域はイリノイ、インディアナ、オハイオ州を含む東北中部とミズーリ州を含む西北中部地域であった。(44) 交通路の発達と人口増加の相乗効果が如実に表われていた。とはいえ、カンバーランド国道の建設に関しては、実際にモンロー政権で建設工事費が予算化されたのはオハイオ州内の区間だけであり、連邦政府によるカンバーランド国道の延伸工事そのものは一八三〇年代に入ると財源化がますます困難になっていった。

第七回年次教書で幕を開けた第一八連邦議会でモンロー政権は、国際環境の変化に応じてモンロー宣言を打ち出しただけでなく、国内においては内陸開発法ならびに保護関税法という重要法案を成立させた。このモンロー政権から次期大統領選挙に向けて、国務長官アダムズ、財務長官クロフォード、陸軍長官カルフーンが意欲を示していた。そして、連邦上院からは元軍人のアンドルー・ジャクソンが、また下院からはクレイが立候補を表明した。しかし、いち早くカルフーンが大統領選挙戦から離脱した。一貫して全国的な交通網の発展を支持してきたサウスカロライナ州出身のカルフーンは、次期大統領選挙への出馬を一八二四年二月時点で断念した。カルフーンは、ジョージアを選挙区とするクロフォードと選挙地盤が重なるだけでなく、一八一二年戦争末のニューオリンズの戦いで勝利したジャクソン将軍の圧倒的な人気を目の当たりにして、結局、副大統領候補として一八二四年の大統領選挙に臨むことになった。(45) 一方、アメリカン・システムを提唱したクレイは、テネシーを選挙区とするジャクソンの出馬で、西部の代表者としての地位を脅かされたばかりか、クロフォードならびにジャクソンが農村地域からの支持を集め、商工業地域からの支持はニューイングランド地方出身の国務長官アダムズに奪われた。しかも、一八二〇年のミズーリの連邦加盟に際しての連邦下院議長としての調停が大統領選挙において裏目に出た。このとき、ミズーリを奴隷州として連邦に加盟させるとともに、メ

インをマサチューセッツ州から切り離して自由州として連邦に加盟させ、連邦上院における自由州と奴隷州との均衡を維持させることに成功したが、このことが、奴隷州、自由州の双方から反発される結果を招いたのである。[46] さらにいえば、クレイは国務長官アダムズとアメリカン・システムの政策志向性で重なっていただけでなく、南部の州権論に理解を示す財務長官クロフォードがリパブリカン派の集会で正式な候補者指名を受けており、クレイは出馬を表明した時点で、四人の候補者の中で既に埋没した存在になっていた。

一八二四年一二月初旬に判明した大統領選挙の選挙人投票の結果はジャクソンが九九票、アダムズが八四票、クロフォードが四一票、クレイが三七票に終わり、立候補者中クレイは最下位だった。クレイが最も票を集めた地域はオハイオ、インディアナ、イリノイ、ケンタッキー、ミズーリの北西部地域で、ケンタッキー州を除けば、カンバーランド国道の通過地および予定地だったが、この地域ですらジャクソンに侵食されていた。[47] この選挙人獲得選挙では当選に必要な過半数の一三一票を獲得した候補者がいなかったため、上位三名による決選投票が一八二五年二月に連邦下院で行われた。各州の下院議員団は各一票を有し、過半数の一三票（当時の合衆国が二四州で構成されていたため）を獲得した者が次期大統領になる仕組みであった。二月九日の決選投票の結果は、一般投票では第一位を獲得したジャクソンが七票で、同二位であったアダムズが一三票、そして同三位であったクロフォードが四票という結果となった。ジャクソンは一般得票、選挙人得票では第一位でありながら、連邦下院における決選投票で破れ、第六代大統領にはなれなかった。第六代大統領は第二代大統領の息子のジョン・Q・アダムズに決定し、アダムズはその後、ヘンリー・クレイを国務長官に任命した。クレイがアダムズ政権の国務長官のポストと引き換えに下院議長としての影響力を発揮してアダムズ当選に尽力したとの噂は大統領選挙前よりあったが、それが現実のものとなったことで、国内では一八二四年大統領選挙は不正取引（corrupt bargain）として非難され、[48] アダムズ政権の門出は厳しいものとなった。アダムズは政権の土

台固めのために、モンロー政権の閣僚の留任を決め政治的融和を図ろうとしたが、ジャクソンとクロフォードはアダムズの申し出を拒絶した。そのため、アダムズは二人に代わって、財務長官にリチャード・ラッシュ（Richard Rush）、陸軍長官にジェイムズ・バーバー（James Barbour）を指名した[49]。

アダムズの政権運営はその始まりから既に波乱含みだった。そういう意味で、アダムズの三月四日の就任演説は政権担当者としての危機感がにじみ出ている[50]。演説の中でアダムズは国内にある政治的意見の相違や地域利害の対立で連邦の解体が脅かされかねないことを憂慮する気持ちを率直に語った。また「不確かな意見ないし政権の政策についての異なった意見に端を発する党派心はその性質において一時的なものであります。地理的な区分、土地や気候、国内生活様式に内在する対立利害に基づく党派心は、より永久的なものであり、それゆえに、おそらくより危険なものであります」と地域の生活様式に根ざした党派性、つまりセクショナリズムについて強い危惧の念を表明した[51]。

モンロー政権末期は、アメリカン・システムが始動した時期であったが、その内実は一部地域の利害に支えられていたことは否定できない。議員の投票行動の地域性は、全体調査法案および保護関税法案の成立過程において顕著であった。モンロー外交の成果とともに、ヨーロッパ諸国からの外交的脅威が低下する中、史上初の親子二代にわたる大統領の誕生は、革命世代の議員の引退と第二世代の議員の台頭を印象付けた。そして、第二世代の時代は、脱中央政府的傾向の強い反連邦主義に傾きがちな民主政治の大衆化という新しい波をアメリカ政治にもたらすことになる。

（1）*AC*, 17th Cong., 1st Sess., pp. 1809-63.
（2）Sixth Annual Message, *Messages and Papers of the Presidents*, 2：754-64.

（3）*Ibid.*, 2 : 759.
（4）*Ibid.*, 2 : 759.
（5）*AC*, 17th Cong., 2nd Sess., pp. 1347-48.
（6）Harrison, Jr., "The Internal Improvement Issues," p. 536.
（7）Seventh Annual Message, December 2, 1823, *Messages and Papers of the Presidents*, 2 : 776-90.
（8）一八三一年から一八三三年にかけて、メリーランド、ペンシルヴェニア、ヴァージニアの各州と、後にこの道路が延伸されたオハイオ州の州議会は、それぞれ自州内部分を有料道路として管理することとなった。アメリカ連邦交通所道路局編、別所正彦・河合恭平訳『アメリカ道路史』（原書房、一九八一年）、四八―四九頁。
（9）*Messages and Papers of the Presidents*, 2 : 785.
（10）*Ibid.*, 2 : 786-87 ; 中嶋啓雄による対訳が以下に掲載されている。『モンロー・ドクトリンとアメリカ外交の基盤』（ミネルヴァ書房、二〇〇二年）、pp. 26-31.
（11）*Messages and Papers of the Presidents*, 2 : 784-85.
（12）Appendix to *AC*, 18th Cong., 1st Sess., p. 3217.
（13）Hill, *Roads, Rails & Waterways*, p. 48-49.
（14）一八二二年四月二〇日、各州から寄せられる様々な内陸開発事業への連邦助成を求める請願書を検討した下院の道路・運河委員会は、最終的に、「道路と運河に関して必要な調査、計画立案、工費見積もりを得るための法案」を提出することを報告した。その際、フランスで既に先例があることとして、陸軍士官学校（Military Academy）出身の士官からなる工兵隊が道路や運河の開発を左右する調査に乗り出すことを提案した。工兵隊の活用は、国内で技術者を確保できるだけでなく経済的であり、公務への士気が高いこと、そして国内の情報蓄積にも役立つことがその理由として挙げられていた。陸軍長官カルフーンが提唱した内陸開発事業への軍隊活用を、より控えめに提案しなおしたものだった。同報告書では、カンバーランド国道をはじめ既に連邦政府が各種の開発事業を支援し着工している現状においては、同委員会の提案が連邦憲法に抵触するものではないとする立場を明確に示した。同委員会が提案していた法案は、連邦助成に値する開発事業を明確にするための調査を提案するもので、まさに全体調査法案を先取りするものだった。しかし、委員

会を代表してジョセフ・ヘンプヒルが提出した法案は、結局、下院では審議延期となり、日の目を見なかった。*ASP, Miscellaneous*, 2 : 934-37; Larson, *Internal Improvement*, pp. 140-41.

(15) *AC*, 18th Cong., 1st Sess., p. 999.
(16) *Ibid.*, p. 999.
(17) *Ibid.*, pp. 1005-13.
(18) *Ibid.*, pp. 1013-21.
(19) *Ibid.*, pp. 994, 1012, and 1018.
(20) *Ibid.*, pp. 1022-41. 連邦議会議事録からの当演説の採録が以下にある。*The Papers of Henry Clay*, 9 vols., (Lexington, Kentucky, University of Kentucky Press, 1959-84), 3 ; 572-92.
(21) *Ibid.*, 3 : 577-81.
(22) *Ibid.*, 3 : 574-76.
(23) *Ibid.*, 3 : 577-79, 81.
(24) *AC*, 18th Cong., 1st Sess., pp. 570-71.
(25) *Ibid.*, 18th Cong., 1st Sess., pp. 1468-69. 連邦下院議員の州別投票行動表作成に当たっては、以下を参考にした。なお、ラーソンの表では、ヴァーモントとノースカロライナ州からの賛成票がそれぞれ一票抜けており、全体で一一三票となっている。Larson, *Internal Improvements*, p. 146.
(26) モンロー政権において、関税引き上げ法案が真剣に検討されるようになるのは、一八一九年不況の後のことであった。一八一九年の連邦議会では、D・ウェブスターとカルフーンが東部と南部の自由貿易主義を擁護し大西洋沿岸中部ならびに西部が主張する保護関税法案に反対した。連邦議会では一八二一年、二二年にも関税引き上げ法案は提出されたが、いずれも否決された。宮野啓二『アメリカ国民経済の形成――「アメリカ体制」研究序説』（御茶の水書房、一九七一年）、一三一一四頁。
(27) 一八二八年保護関税法は、工業製品ならびに工業原料へのより高率の関税率を設定するものだった。以後、保護関税に強く反対してきたウェブスターはマサチューセッツ州が商業的利益から工業的利益に重心を移行してきたことを反映し

て、保護関税派に転向していった。宮野、前掲書、一六頁。

(28) *AC*, 18th Cong., 1st Sess., p. 1978.

(29) 中嶋は、一般的にアメリカ体制（アメリカン・システム）は一八二四年三月末のクレイの連邦下院演説以降のアメリカ開発体制をさすことを承知の上で、対外構想と経済ナショナリズムというアメリカ体制の両面性に言及した。彼は広義のアメリカ体制を土台にモンロー宣言の対外構想があることを指摘し、そこから、一八一二年戦争後共和主義的価値観が薄れ自由主義の台頭を読み取る。中嶋啓雄『モンロー・ドクトリンとアメリカ外交の基盤』（ミネルヴァ書房、二〇〇二年）、八九―九〇頁ならびに一〇一頁の注四三を参照のこと。

(30) Maurice G. Baxter, *Henry Clay and the American System* (Lexington : The University Press of Kentucky, 1995), p. 27.

(31) James Madison, Alexander Hamilton, and John Jay, *The Federalist Papers* (New York : Penguin Books, 1987), pp. 133-34. またワシントン、アダムズ政権時代にハミルトンの経済政策に反対し、農業立国論を掲げて対抗したトマス・ジェファソンも政界から引退していた一八一七年六月二六日付けの書簡でこの言葉を使用しているという。Baxter, *Henry Clay*, p. 27.

(32) Thomas S. Engeman, Edward J. Erler, and Thomas B. Hofeller, eds., *The Federalist Concordance* (Chicago: The University of Chicago Press, 1988), pp. 533-44.

(33) 宮野、前掲書一四―一五頁。

(34) Hill, *Roads, Rails & Waterways*, p. 49. なお、開発工兵委員会は、八年前に設立されこれまで道路や運河の建設調査等に当たってきた要塞工兵委員会（the Board of Engineers for Fortifications）と役割ならびに組織としては類似しているが、新委員会では民間技師が加えられたことが大きな違いとされる。*Ibid.*, pp. 49-50.

(35) Appendix to *AC*, 18th Cong., 1st Sess., pp. 3195-96, 3227-28, and 3251-53.

(36) Eighth Annual Message, December 7, 1824, *Messages and Papers of the Presidents*, 2 : 824-25.

(37) *Ibid.*, p. 825. ここでモンローは、工兵隊を送り出す陸軍士官学校がアメリカの科学技術の発達に寄与していることを指摘している。陸軍士官学校（通称ウエスト・ポイント）は一八〇二年に創設された（一七九四年にその前身が設立されたが一七九六年に中断していた。）が、一八一二年戦争以後その性格が大きく変わる。士官学校の教育水準の向上に熱心

だったマディソン大統領は、モンロー陸軍長官とともに、一八一五年にウィリアム・マックリー（Colonel William McRee）とサルヴァーナス・チャイヤー（Major Sulvanus Thayer）の二人をフランスに派遣し、フランスの軍事関連施設の視察に当たらせた。帰国後チャイヤーは陸軍士官学校の最高責任者となり、エコール・ポリテクニークを模範に教育内容の全面的な見直しに取り組んだ。Hill, *Roads, Rails & Waterways*, pp. 12-14.

(38) 内陸開発工兵委員会が発足する少し前の一八二四年五月に、要塞工兵委員会は国防と国内通商の観点から、二七の運河ルートを調査対象として列挙していた。そのリストでは、大西洋と西部の河川とを結ぶ東西の航行ルートが目立つが、五大湖ならびにオハイオ川に関連した航行ルート、そしてメキシコ湾の沿岸航行を短縮するルート等が掲載されており、全体調査法には交通網の体系性はなかったが、要塞工兵委員会そしてそれを引き継いだ内陸開発工兵委員会は、軍事的かつ通商的観点から国家的な意義をもつ開発事業について一定の見解があり、体系的な構想を持っていたともいえる。*Ibid.*, pp. 52-54. なお、モンロー大統領が年次教書で指摘した調査地域は全てこのリストに入っていた。

(39) Ralph D. Gray, *The National Waterway : A History of the Chesapeake and Delaware Canal, 1769-1985, 3rd ed.* (Urbana : University of Illinois Press, 1989), pp. 37, 47-51. 一八二三年に、チェサピーク&デラウェア運河会社は最適な運河ルート調査のために陸軍に協力を要請した。陸軍長官カルフーンは陸軍の工兵課がサイモン・バーナードとジョセフ・G・トッテンを派遣することを承認した。Hill, *Roads, Rails & Waterways*, p. 30.

(40) Appendix to *AC*, 18th Cong., 2nd Sess., p. 99.

(41) Gray, *The National Waterway*, pp. 63-64.

(42) 鈴木圭介・中西弘次「アメリカ資本主義の発展と鉄道業――南北戦争以前の時期を中心に――（一）」『社会科学研究』第二二巻四号（一九七一年）、三六頁。

(43) Appendix to *AC*, 16th Cong., 1st Sess., pp. 2617-18 ; 18th Cong., 2nd Sess., pp. 110-11.

(44) 地域別人口推移は、以下に掲載されたものが参考になる。Gerald M. Capers, *John C. Calhoun : Opportunist : A Reappraisal* (Gainesville : The University of Florida, 1960 ; reprinted ed., Chicago : Quadrangle Books, 1969), p. 92.

(45) Charles Sellers, *The Market Revolution : Jacksonian America*, 1815-1846 (New York : Oxford University Press, 1991), pp. 188-90.

(46) Larson, *Internal Improvement*, pp. 153.

(47) *Ibid*., pp. 197-98.

(48) 大統領の決選投票でアダムズが獲得した一三票は、ニューイングランド地域の六票、クレイから流れたケンタッキー、ミズーリ、オハイオの三票に加え、ジャクソンからルイジアナ、イリノイ、メリーランドの三票がアダムズに行き、そして、クロフォードを支持していたはずのニューヨークが最終的にアダムズに投票した。最後のニューヨークの一票が決選投票の行方を左右した。Robert V. Remini, *Henry Clay : Statesman for the Union* (New York : W. W. Norton & Company, 1991), Ch. 15 ; Paul C. Nagel, *John Quincy Adams : A Public Life, A Private Life* (New York : Alfred A. Knopf, 1997), p. 294.

なお、クレイとアダムズが政府高官ポストと連邦下院の票とを取引したのかどうかについては、実は不確かである。決選投票の前にクレイと会見したアダムズの日記では、クレイがアダムズをまっすぐ見て、アダムズに「自分のためのいかなる個人的な配慮ではなく、偉大な国の重大事のいくつかの原理に関して彼を満足させてくれるように」頼んだことが書き残されているものの、取引を断定する決定的な証拠は残っていない。クレイの伝記を著し当時の資料を調べたロバート・Ｖ・レミニは、「クレイとアダムズとの間で不正取引があったのか。絶対的な証拠は存在しないし、十中八九将来も決して[証拠が見つかることは]ないだろう」と述べる。また、アダムズの伝記を著したネーゲルもアダムズとクレイとの間で取引はなかったと指摘する。Remini, *Henry Clay*, pp. 270-71 ; Nagel, *John Quincy Adams*, p. 292.

(49) Remini, *Henry Clay*, p. 273.

(50) Inaugural Address, March 4, 1825, *Messages and Papers of the Presidents*, 2 : 860-65.

(51) *Ibid*., 2 : 863.

終章　アメリカン・システムの動揺

第一節　エリー運河の成功と波紋

第六代大統領となったジョン・Q・アダムズは、豊かな国際経験を持った当代屈指の外交官であった。モンロー政権の国務長官となるまでにオランダ、プロシア、ロシア、イギリス大使を歴任した。一八一二年戦争末期にはギャラティン、クレイらとともにマディソン大統領の特使としてゲント条約の交渉に当たった。モンロー政権では国務長官として実質的にモンロー外交を取り仕切ってきた実力者でもある。アダムズが大統領に就任したとき、既に合衆国の国土は太平洋にまで達しており、一三州で始まった合衆国は二四州に拡大し、人口も一〇〇〇万人を超えた。巨大な共和国の大統領となったアダムズは、その就任演説の中で先人から受け継いだ貴重な遺産である連邦憲法への忠誠と尊敬を強調した。そして、彼は連邦政府も州政府もその主人である同じ人民に奉仕者として仕える点で共通していること、連邦政府も各州政府もその権限は限定されているが、それぞれの管轄領域では絶対的な権限を行使でき、互いに干渉できない関係にあるとして、憲法が謳う連邦制を堅持することを明言した(1)。また、「より完全な連邦を形成するために、正義を確立するために、国内の平穏を保障するために、共同防衛を提供するために、全体の福祉を推進するために、そして次世代のこの合衆国の人民に自由の祝福を保障するために」連邦政府が存在すると連邦政府の意義と役割を再確認した(2)。アダムズは、取り立てて斬新なことを述べていたわけではない。彼の言葉は、憲法解釈をめぐる対立が激しさを増す中で、二重主権を特徴とする合衆国の連邦体制を堅持していくこと、そして連邦憲法の精神にのっとっていくことを改めて明らかにしたものであった。

アダムズは就任演説ならびに第一回年次教書において、[3] モンロー政権の国内外の政策継承を明確にした。それは当然ながら、内陸開発政策を含めアメリカン・システムの継続をも意味した。しかし、同政策の遂行に関して不安要素がないわけではなかった。事実、アダムズは最初の教書で次のように述べた。

［壮大な開発政策に対する］連邦議会の立法権限に関して見解の相違が広がっております。しかし、最初の国道の建設が始まってからほぼ二〇年が経ちました。当時その建設権限は疑いがありませんでした。（中略）立法部で繰り返されてきた自由で公正な議論が、感情をなだめ連邦権限の問題に関する啓発した精神に根ざす見解に近づけたのであります。私は同じような友好的で忍耐強い、そして不撓不屈の熟慮によって全ての憲法上の反対が究極的には取り除かれることを期待せざるをえません。[4]

アダムズは、内陸開発政策への強力な反対派がうごめいている連邦議会に対して、協力を仰いだといえる。教書では、早速前政権末期に成立した全体調査法の下で行われた調査について報告があった。モンローが強力に推進していたオハイオ川とチェサピーク湾とを結ぶ運河（チェサピーク&オハイオ運河）は内陸開発工兵委員会による調査を終え、報告書を準備中であること、そして、その他の国家的な意義をもつ二つの事業、一つは首都ワシントンからニューオリンズへの国道を完成させること、そして、ヴァーモント州北部メンフレメイゴグ湖（Lake Memphremagog）とコネチカット川との連結の実行可能性については目下調査中であることが報告された。[5]

Ｊ・Ｑ・アダムズ大統領が就任した年は、おりしもニューヨーク州が独自に開発を進めてきたエリー運河がオルバニーからバッファローまで全面開通（一八二五年一〇月末）した年であった。エリー運河の開通は東部と西部との間の交通、輸送、旅行にかかる費用と時間を縮減した。同運河が建設されるまでは、オルバニーからバッファローまでの移

動や輸送には駅馬車や荷馬車が利用されていた。しかし、運河が開通し一貫した船舶航行が可能になったことで五日から七日でこの区間を移動できるようになった。以前はこの二倍の日数がかかっていた。[6] また、商品の価格は、移動日数が短縮され輸送費が軽減したことで、それまでの五分の一から六分の一に低下した。運河は、西部を東部に結び付けただけでなく、内陸部への新入植者の増加と運河開通地域の経済発展をもたらした。大西洋と五大湖とを結ぶエリー運河はニューヨーク州だけでなく合衆国北西部の流通と人の流れを変えた。エリー運河周辺地域はヨーロッパからの移民だけでなくニューイングランド地方やペンシルヴェニア州からの移住民を招きいれた。しかも、大西洋岸地域の市場と結びついたことで、西部の農村社会を自給自足の農業から商業志向の農業へ変化させただけでなく、周辺地域において新たな産業を発達させた。

ロジャー・イヴァン・カープ（Roger Evan Carp）は、エリー運河の開通によるニューヨーク州西部の発達と運河周辺地域の社会経済的変化の実態を、人口増加、開拓地の増加、製造業の発達と雇用者の増加等、カウンティ、町、市ごとの統計データとともに明らかにしている。[7] この地域の変容の実態を知るのにカープの研究は有益である。以下、エリー運河周辺地域の発展をカープの研究に依拠しつつ概観してみよう。エリー運河がもたらした空間の克服と交通の発達によるニューヨーク州西部社会の変容は、チャールズ・セラーズ(Charles Sellers)がこの時期の合衆国史で描いた「市場革命」さながらであった。[8] **表5－1**は、一八二〇年から一八四〇年の二〇年間におけるエリー運河周辺カウンティの人口増加とニューヨーク州全体を比較したものである。[9] また**表5－2**は、[10] 同時期のエリー運河によって発達した中核都市の人口増加である。運河の開通が引き寄せた人口増加により、行政区域であるカウンティの数が増え、運河の物流を担う都市が急激に発展したことが手に取るようにわかる。もともとエリー運河の東側カウンティはモホーク川（ハドソン川に流れ込む）の航行可能な流域に位置し大西洋沿岸地域と交易があった。この東側に対し、運河開通以前は市場

表５－１　1820－1840年間におけるエリー運河周辺カウンティの人口増加

		1820	1825	増減％	1830	増減％	1835	増減％	1840	増減％
運河の東側	オルバニー	38,116	42,821	12%	53,520	25%	59,762	12%	68,593	15%
	ハーキマー	31,017	33,040	7%	35,870	12%	36,201	1%	37,477	4%
	マディソン	32,208	35,646	11%	39,038	10%	41,741	7%	40,008	-4%
	モントゴメリ	37,569	39,706	6%	43,715	10%	48,359	11%	——	—
	オネイダ	50,997	57,847	13%	71,326	23%	77,518	9%	85,310	10%
	スキネクタディ	13,081	12,867	-2%	12,347	-4%	16,230	31%	17,387	7%
	小　計	**202,988**	**221,927**	**9%**	**255,816**	**15%**	**279,811**	**9%**	**248,775**	**-11%**
運河の西側	カユーガ	38,897	42,743	10%	47,948	12%	49,202	3%	50,338	2%
	エリー	——	24,316	—	35,719	47%	57,594	61%	62,465	8%
	ジェネシー	58,093	40,906		——	27%	58,588	12%	59,587	2%
	リヴェングストン	——	23,860	—	27,729	16%	31,092	12%	35,140	13%
	モンロー	——	39,108	—	49,855	27%	58,085	16%	64,902	12%
	ナイアガラ	22,990	14,069	67%	18,482	31%	26,480	43%	31,132	18%
	オノダガ	41,467	48,435	17%	58,973	22%	60,908	3%	67,911	12%
	オンタリオ	88,267	37,422	—	40,288	8%	40,870	1%	43,501	6%
	オーリンズ	——	14,460	—	17,732	23%	22,893	29%	25,127	10%
	セネカ	23,154	20,169	—	21,041	4%	22,627	8%	24,874	10%
	ウェイン	——	26,761	—	33,643	26%	37,788	12%	42,057	11%
	イェーツ	——	17,455	—	19,009	9%	19,796	4%	20,444	3%
	小　計	**272,868**	**349,704**	**28%**	**370,419**	**17%**	**485,923**	**31%**	**527,478**	**9%**
運河周辺カウンティ		475,856	571,631	20%	626,235	10%	765,734	22%	776,253	1%
ニューヨーク州		**1,372,812**	**1,616,458**	**18%**	**1,913,006**	**18%**	**2,174,517**	**14%**	**2,428,921**	**12%**

（出所）　Roger Even Carp, “The Erie Canal and the Liberal Challenge to Classical Republicanism, 1785-1850” (Ph. D. Diss., The University of North Carolina at Chapel Hill, 1986), Table 1 in Ch. 8. 参照。

注１）エリー運河東側のモントゴメリ・カウンティは、分割され北部がハミルトン・カウンティを組織。

注２）エリー運河東側カウンティのうち、ナイアガラ・カウンティからエリー・カウンティが、また、ジェネシーおよびオンタリオの両カウンティからオーリンズ、モンロー、リヴィングストン、イェーツ、ウェインのカウンティが組織された。

表５－１補足　1820－1835年間までの人口増加率

地　　域	エリー運河東側	エリー運河西側	エリー運河周辺	ニューヨーク州
人口増加率	37.8％	78.0％	60.9％	58.3％

表５－２　1820－1840年間におけるエリー運河周辺都市の人口推移

	1820	1825	1830	1835	1840
オルバニー	12,630	15,971	24,209	28,109	23,721
バッファロー	2,095	5,141	8,668	19,715	18,213
ローチェスター	1,972	4,375	9,307	14,504	20,191
シラキュース	1,814	3,833	6,929	7,793	11,013
ユティカ	2,972	5,040	8,323	10,183	12,782

（出所）　Ibid., Table 18 in Ch. 8.

から孤立していたエリー運河の西側地域の人口増加は際立っていた。人口の増加に伴い、二〇年間で西側地域のカウンティ数が倍増した。[11] ニューヨーク州西部における人口の爆発的な増加は一八四〇年には収束したが、一八二〇年から三五年までの一五年間の人口増加率はニューヨーク州全体では五八・三%であったのに対し、エリー運河周辺カウンティ全体では六〇・九%で、州全体を若干上回る程度である。しかしながら、個別に見ると、東側カウンティは三七・八%、西側カウンティは七八・〇%である。新入植地域として拓けたニューヨーク州西部のさらに内陸地域の人口増加率は州全体をはるかに上回っていた。[12] また、エリー運河周辺地域への新入植者の増加は、**表5－3**[13]に見るように、同地域の開拓率の上昇として如実に表れている。西側は東側よりも開

表５－３　1820－1845年間のエリー運河周辺地域の開拓地の拡大状況

	カウンティ	カウンティ面積（エーカー）	1820年開拓地	1845年開拓地
運河の東側	オルバニー	325,590	159,907	233,295
	ハーキマー	887,000	147,440	255,725
	マディソン	372,000	128,261	267,812
	オネイダ	704,740	179,730	362,559
	スキネクタディ	125,000	58,785	92,459
	小　計	**2,414,330**	**674,123**	**1,211,850**
運河の西側	カユーガ	414,678	152,690	295,651
	エリー	561,000	46,855	224,196
	モンロー	388,900	78,849	281,011
	ナイアガラ	309,500	34,775	148,108
	オノダガ	455,100	145,747	311,872
	オンタリオ	395,107	246,409	274,395
	セネカ	238,154	―	151,711
	ウェイン	197,550	84,899	140,588
	ウェイン	375,576	46,862	140,689
	小　計	**3,335,565**	**837,086**	**1,968,221**
エリー運河周辺カウンティ		5,749,895	1,511,209	3,180,071
ニューヨーク州		29,220,936	5,742,787	11,787,276

（出所）Ibid., Table 4 in Ch. 8 参照。
注）運河東側のモンゴメリ・カウンティ、西側のジェネシー、リヴィングストン、イェーツ・カウンティは除く。

拓地の拡大が著しかった。

エリー運河の開通はそれまで孤立していたニューヨーク州西部を大西洋沿岸地域の市場に結び付けたばかりか、運河周辺地域への入植者の増加や都市化によって綿織物および毛織物工場、皮なめし業、製紙工場など、地域住民の需要に応える製造業の発達をもたらした。[14] **表５－４**は、エリー運河周辺地域の産業の推移である。以前からある製粉所、製材所の数はさらに増加する一方、東部市場と結びついたことで搾油所・蒸留酒製造業は激減する。[15] 依然として農業従事者率は高かったが、運河が開通してから二〇年間で工場労働者も増え、農作物、蒸留酒、材木、塩といった主に一次産品の産出地だったニューヨーク州西部の社会経済構造は大きく変わっていく。[16] また、エリー運河は入植者、商人、旅行者だけでなく、福音派の伝道者にも利用されたことで、ニューヨーク州西部は後の宗教的大覚醒の時代の布教活動の拠点になった。さらに、黒人奴隷解放組織の地下鉄道組織（underground railway）にも利用され、シラキュースからカナダ国境のバッファローに奴隷たちを送り出すルートが発達した。[17]

表５－４　エリー運河周辺地域の産業

	1820年			1840年		
	エリー運河東側	エリー運河西側	計	エリー運河東側	エリー運河西側	計
製粉所	291	343	634	201	273	474
材木所	651	694	1345	883	899	1782
搾油所	36	32	68	9	14	23
綿・毛織物	29	18	47	81	66	147
鉄工所	13	26	39	――	――	――
蒸留酒製造所	93	300	393	30	49	79
灰焼場	135	316	451	――	――	――
皮なめし業	――	――	――	202	208	410
製紙工場	――	――	――	19	8	27
小麦製粉所	――	――	――	22	139	161

（出所）Ibid., Table 7 & 8 in Ch. 8.

注１）本表エリー運河東側カウンティは以下である。オルバニー、ハーキマー、マディソン、モントゴメリ、オネイダ、スキネクタディ。

注２）本表エリー運河西側カウンティは以下である。カユーガ、エリー、ジェネシー、モンロー、ナイアガラ、オノダガ、オンタリオ、オーリンズ、ウェイン。

エリー運河の成功はニューヨーク州内陸部に経済成長をもたらしたのであるが、同地域での起業活動資金の源泉を作り出したのが、エリー運河事業だった。エリー運河の総工費は七一四万三七八九ドルだったが、収益性の高さは、一八一九年に中間部分が開通してから広く知られるようになった。全面開通（全長三六三マイル）に先駆けて一部営業していたエリー運河の中間部分は一八二五年までに既に通行料収入だけで五〇万ドルの収入を上げていた。これは運河債の利子総額の一〇万ドルをはるかに上回るものだった。しかも、利子の支払い、維持補修費、運河債の償還にもかかわらず、運河委員会は一八二九年末の会計報告で五六万三九〇〇ドルを越える黒字を報告した。最初に起債した運河債は一八三七年までに完済し、エリー運河の経営的成功は際立っていた。[18] エリー運河を運営する基金委員会は、通行料および塩税から生じた収入を預金という形で運河周辺地域の銀行に預託した。預金額は六〇〇〇ドルから一八万四〇〇〇ドルまで幅があったが、これらの預金は運河基金に組み込まれるまで銀行が比較的自由に運用できた。また、一八三一年には四・五％の利率で銀行に貸付を行うようになり、一八三六年までに銀行は三六〇万ドルを超える債務を運河基金に負うまでになっていた。一八三七年には五二の銀行とこういった取引があったことが報告されている。運河基金からの資金は銀行を通して、ニューヨーク州全体に行き渡った。特に、資金需要の高い都市、ニューヨーク、オルバニー、トロイ、ユティカ、シラキュース、ロックポート、ローチェスター、バッファローにこれらの資金が流れ込んだ。[19] エリー運河基金は、合衆国銀行に依存しないですむ金融環境を生み出し、ニューヨーク州の金融的独立性を高めた。しかも、同基金は、同州の銀行の金融資源が増え金融市場が発達する少なくとも一八五〇年頃までは、ニューヨーク州の金融および経済を支える重要な役割を果たすのである。[20]

エリー運河の成功は、東西交通の大幅な輸送コストの軽減をもたらし通商や人の往来を活発化したことで、通商都市ニューヨーク市の卓越した地位を高め、エリー運河周辺ではローチェスター、バッファロー、シラキュースに代表され

る一連の新興都市を生み出しただけでなく、ニューヨーク州西部に経済的恩恵を行き渡らせる複数の支線運河の建設を促した[21]。また、ニューヨーク州におけるエリー運河の目覚しい成功によって、遅れを取った州、とりわけペンシルヴェニア州はエリー運河に対抗して独自の東西ルートを作り出そうと躍起になった[22]。さらに、内陸部のオハイオ州やインディアナ州においては、エリー運河の開通によって、五大湖とオハイオ川を結ぶ内陸部の航行網を発達させる運河建設が進められることになる。エリー運河の開通は、ニューヨーク州の繁栄を支え、合衆国に運河の時代をもたらすことになる。

（1）First Annual Message, December 6, 1825, *Messages and Papers of the Presidents* (New York : Bureau of National Literature, Inc, 1897), 2 : 862.
（2）*Ibid.*, 2 : 860.
（3）*Ibid.*, 2 : 865-83.
（4）*Ibid.*, 2 : 864-65.
（5）*Ibid.*, 2 : 873.
（6）Carol Sheriff, *The Artificial River : The Erie Canal and the Paradox of Progress, 1817-1862* (New York : Hill and Wang, 1996), p. 54.
（7）Roger Even Carp, “The Erie Canal and the Liberal Challenge to Classical Republicanism, 1785-1850” (Ph. D. Diss., The University of North Carolina at Chapel Hill, 1986).
（8）Charles Sellers, *The Market Revolution : Jacksonian America*, 1815-1846 (New York : Oxford University Press, 1991).
（9）**表５－１**は、カープ論文の第八章、表一を基に作成、エリー運河周辺カウンティの総人口の推移は筆者により付加。

Carp, "The Erie Canal," Table 1 in Ch. 8.

(10) **表5－2**は、カープ論文の第八章、表一八を基に作成。Ibid., Table 18 in Ch. 8. なお、州都オルバニーの相対的地盤沈下は、エリー運河によって生まれた西部の新中核都市バッファローやロチェスターとの競争にさらされたことによる。Ibid., p. 459.

(11) 人口増加をさらに詳しく見れば、運河周辺地域の中でも近接地域ほど運河の恩恵を受けていた。エリー運河から六マイル以内、六～一二マイル以内、そして一二マイルより離れた地域の一八二〇年～一八三〇年にかけての一〇年間の人口増加率はそれぞれ八五％、二六％、三一％である。また、エリー運河周辺地域の開拓地も急増しており、農民の入植が多かった。Ibid., pp. 460-65.

(12) 人口増加の多くはエリー運河の西側地域で起こっており、エリー運河の東側には運河ブームと呼べるものはなかったといえる。Ibid., p. 462.

(13) Ibid., pp. 467-68. カープ論文の第8章、表4を基に作成。

(14) **表5－3**は、カープ論文の第八章、表七、八を基に作成。Ibid., Table 7 & 8 in Ch. 8. 最も商工業が発達したのは、エリー運河の東側ではオルバニー、オネイダ・カウンティであり、東側ではモンロー、オノダガ・カウンティであった。Ibid., p. 478.

(15) 運河の開通により、農村部では、それまで自前で調達していた織物が他地域から搬入されるか、地域の工場で生産されたものを購入するようになった。ニューヨーク州西部においては一八四〇年までに綿および毛織物は家内生産から大規模な工場生産に取って代わった。Ibid., pp. 475-78.

(16) Ibid., Ch. 8 ; George Rogers Taylor, *The Transportation Revolution, 1815-1860* (New York : Holt, Rinehart and Winston, 1951), pp. 207-15.

(17) Sheriff, *The Artificial River*, pp. 53-55.

(18) Nathan Miller, *The Enterprise of A Free People : Aspects of Economic Development in New York State during the Canal Period, 1792-1838* (Ithaca : Cornell University Press, 1962), p. 71 ; Ronald E. Shaw, *Erie Water West : A History of the Erie Canal, 1792-1854* (Lexington, Kentucky : The University Press of Kentucky, 1966), pp. 192-93.

(19) Miller, *The Enterprise of A Free People*, pp. 118-19, 125-26.
(20) *Ibid*., pp. 171 and 265.
(21) 一八二八年にシラキュースとオスウィーゴ湖とを結ぶオスウィーゴ運河（the Oswego canal）、一八二八年にカユーガ＆セネカ運河、一八三三年にセネカ湖とサスケハナ川沿いのエルミーラ（Elmira）を結ぶチェマング運河（the Chemung canal）、一八三五年にはエリー運河とオネイダ湖が運河（the Onaida Lake canal）で結ばれ、一八三六年にはユティカとサスケハナ川沿いのビンハントン（Binghamton）を結ぶチェナンゴ運河（the Chenango canal）が建設された。また、一八四〇年代に入っても、新たな運河の建設が進む。F. Daniel Larkin, *New York State Canals : A Short History* (Fleischmanns, New York : Purple Mountain Press, 1998).
(22) Roger Carl B. Lechner, "The Erie Triangle : The Final Link Between Philadelphia and the Great Lakes," *The Pennsylvania Magazine of History & Biography*, vol. 116, no. 1(1992), pp. 59-85 ; Ronald E. *Shaw, Canals for A Nation: The Canal Era in the United States, 1790-1860* (Lexington, Kentucky, The University Press of Kentucky, 1990), pp. 58-75.

第二節　アメリカン・システムへの不協和音

Ｊ・Ｑ・アダムズ大統領は一八二五年三月四日の就任演説の中で「モンロー前大統領の就任演説で彼が特に力説した内陸開発の話題につきましては、特別な充足感をもって思い出されます。この大陸に後世住む未だ生まれていない何百万人もの私たちの子孫は、連邦の建国の父祖たちに熱く感謝するであろうことを確信しております。そして、そこでは連邦政府の恵み深い行為が感じられ認められることでしょう」[1]と述べ、これまでの連邦の内陸開発事業の功績を称え、前政権までの内陸開発政策を堅持する方針を示した。ニューヨーク州が単独で建設したエリー運河は他州で運河建設熱

を巻き起こしただけでなく、連邦政府に対する各方面からの助成請願競争をもたらした。モンロー政権末期に成立した全体調査法は、全国各地の交通路開発への連邦支援の受け皿となる。全体調査法の下、工兵隊による各地の開発事業の調査は増えることはあれ、減ることはなかった。アダムズの第三回年次教書（一八二七年）では、次のような地域の調査が終了したことが報告されている。チェサピーク&オハイオ運河、カンバーランド国道の延伸、ボルティモアからフィラデルフィアまでの郵便道路、メイン州のケネベック川（the Kennebec）、ワシントンからバッファローまでの国道、ミシガン準州のソーガタック（Saugatuck）港とその川、ポンチャントレイン湖からミシシッピー川への運河、マサチューセッツ州のニューベリィポートのエドガータウンとハイアニス（Hyannis Harbor）港、ミシガン準州のラ・プライサンス湾（La Plaisance bay）の諸事業である。そして調査を終え、現在報告書を作成中の地域についても詳細な言及があった。[2] 教書で紹介されたものは調査対象の一部に過ぎない。陸軍省工兵課による一八二七年の報告書では、既に三五地域の調査を実施したことが明らかにされている。運河計画調査（一三ヶ所）、運河と河川の連結調査（二ヶ所）、運河ないし鉄道建設のための調査（一ヶ所）、河川改修調査（三ヶ所）、そして道路調査（一〇ヶ所）であった。[3] また、翌年の報告書では、一八二四年から一八二八年の間に約一〇〇ヶ所の地域の調査を行ったことが報告された。全体調査法は「通商的ないし軍事的観点、あるいは郵便配達に必要な観点において、大統領が国家的な重要性をもつと考える道路や運河のルートに関して、必要な調査、計画、ならびに概算を行う」ことを定めたものであったが、調査対象域は、アダムズ政権以降、地方の要求に応じたため全国各地に広がった。河川や港湾改良、灯台、航路標識、桟橋、ブイの建設への補助といった従来からの業務とともに、カンバーランド国道の延伸および補修だけでなく、道路の建設や民間会社が進める運河事業、さらには鉄道ルートの調査も加わった。[4] 工兵隊は、国防目的のため、大西洋沿岸部に軍事要塞等の軍事施設を建設するという本来の業務を遂行する一方、全体調査法の下で交通整備に必要な各地の開発調査も併行して行った。[5]

アダムズ大統領は全体調査法の下で、ニューイングランド地方から大西洋沿岸南部、準州を含め西部に至るまで全国各地の開発調査協力に工兵隊を派遣しただけでなく、州、民間が進めてきた開発事業に対する財政支援も実施した。この財政支援を受けた事業は、連邦助成を求めて古くから連邦議会で取り上げられてきたデラウェア川河口部の防波堤建設、チェサピーク＆デラウェア運河事業、ルイスヴィル＆ポートランド運河事業、ディズマール＆スォンプ運河事業、チェサピーク＆オハイオ事業である。これらの運河事業に対しては、モンロー政権末期と同様に、株式への出資が行われた。資金難および技術不足から工事を中断せざるを得なかった多くの開発事業が、連邦政府による一連の技術的財政的支援によって、事業を再開し完成させることができた。クリーブランドからアクロン（Akron）までのオハイオ運河は一八二七年に、ディズマール＆スォンプ運河は一八二八年に、チェサピーク＆デラウェア運河およびルイスヴィル＆ポートランド運河は一八二九年に[6]、そしてオハイオ州のシンシナティからデイトンまでのマイアミ運河（the Miami Canal）は一八三〇年に開通した。アダムズ政権は、これらの開発支援の他にも、オハイオ州、インディアナ州、イリノイ州、アラバマ州に対して当該州内の開発を支援するために大規模な公有地を下付した[7]。モンロー政権末期からJ・Q・アダムズ政権にかけて、これまでは地方利害の追求とみなされ実現が難しかった連邦政府の内陸開発政策が一気に開花したのである。

全体調査法施行後最初の四年間で、工兵隊は約一〇〇ヶ所の調査を実施した。その調査の内訳は、運河三四ヶ所、道路一八ヶ所、河川および港湾四四ヶ所だった[8]。一八二八年の陸軍長官の年次報告書に添付された陸軍工兵課の活動報告書によると、議会で成立した個別の開発事業法や全体調査法に基づいた事業調査を除いて、民生分野の道路建設、河川改修、港湾建設への従事は三七ヶ所に上り、その対象地域は、オハイオ州、ニューヨーク州、マサチューセッツ州が多かったとはいえ、ほぼ全国各地にわたった。また、全体調査法に基づき二〇ヶ所の事業地域の調査が行われたことも

報告されている。一方、河川航行ないし改修、道路・運河・鉄道建設のための調査対象域は首都ワシントンから北部の大西洋沿岸諸州のものであった。先の民生用工事がほぼ国内全域にわたっていたのに比べると、地域的な偏りが見られた(9)。

モンロー政権末期に成立した全体調査法をきっかけに、連邦政府にとっては国家的な意義を有する交通路の開発を支援する道が開かれた一方で、その実態は制度の定着とともに当初の理念から乖離する傾向が見られるようになった。確かに、この制度の下で長年の懸案事項であったオハイオ運河事業、チェサピーク&デラウェア運河事業等への連邦支援は実現した。しかしながら、国家的意義のある重要な開発事業の調査は最初の数年間でほぼ終わり、工兵隊はより小規模で地方的な色彩の強い開発事業に従事するようになった。そうした中で、アダムズ政権末期、増加する技術支援に対して一部制限を加えるようになった(10)。ジャクソン政権に入り一八三一年になると、内陸開発工兵委員会は廃止され(11)、全体調査法の下での調査は工兵課から分離した地形調査局（the Topographical Bureau）が続行した(12)。一八三二年の同局の報告書を見ると、その年二二ヶ所の事業調査実施を報告している。しかしながら、陸軍内部では調査協力に対する不満が蓄積しつつあった。一八三一年一月、ジャクソン政権の陸軍長官ジョン・H・イートン（John H. Eaton）は、地形調査局が民間の重要な事業調査を担っており、それが戦時に軍事的な重要性を持ちうることを認識しつつも、地形調査局の第一の任務は要塞、未開地の防衛拠点、沿岸部、軍用道路のための軍事的調査であるとの見解を示した(13)。結局、陸軍における軍務の見直しとともに(14)、民間の技術者が育ってきたことで、全体調査法は一八三八年に実質的に廃止されるに至った。

アダムズ大統領は歴代大統領の中でも、連邦政府による内陸開発政策に最も熱心に取り組んだ大統領であったし、取り組むことができた大統領であった。五大湖からメキシコ湾にいたる国境周辺の港湾整備事業を含め、この時期、国内

各地の内陸開発事業への支援が増大した。全体調査法の下で、工兵隊は要塞等の軍事用施設の建設のみならず、要請のあった道路や運河のルート調査、河川や港湾の改修事業、開発計画の策定や予算の算出に取り組んだため、内陸開発工兵委員会を構成する調査班は倍増した[15]。しかし、このような事業の拡大は、結果として、議員たちによるポークバレル（利益誘導）を招くことにもなった。内陸開発史家のラーソンは、連邦助成をめぐって議員たちのポークバレルが横行し、連邦政府の内陸開発政策が国家的な体系性を失ったアダムズ政権下の実態を揶揄し、アダムズ政権下の内陸開発政策を「腐敗した内陸開発」（Spoiling Internal Improvement）と総称する[16]。連邦政府の内陸開発事業が拡大したとはいえ、その内実は国家的あるいは連邦的な目的をいかに追求するのか、という連邦政府の政策姿勢そのものが政治利用されたともいえるだろう。それは、既に完成したチェサピーク＆デラウェア運河等の国家的意義を有するとみなされた事業においてもいえることであった。

こうした中で、連邦の内陸開発政策対象地域の分布において著しい地域的偏りがみられた。**表５－５**は経済史家ローレンス・マローンが膨大な財務文書を調査しまとめた南北戦争前の連邦内陸開発拠出額一覧を基にアダムズ政権期の一八二六年から二八年までの三年間の州別拠出額を抽出し、助成額の多い州から順に並べ直したものである[17]。**表５－５**を見ても明らかなように、大西洋沿岸地域と、カンバーランド国道の通過する地域に開発助成拠出が偏っていた。とはいえ、ニューイングランド地方を除く大西洋沿岸地域でもサウスカロライナ州とニュージャージー州はかなり下位にある。州内の河川が発達していて大規模な開発事業がなかったことが主な原因であろう。ちなみに、どちらの州も一九世紀前半期それほど多くの連邦助成を得ていない。一方、アダムズ大統領時代のうちの三年間において最高の受益州となったオハイオ州は、南北戦争以前の六〇年間を通してみても最高の受益州であった[18]。

ところで、一八二八年に内陸開発関連予算の成立阻止の急先鋒に立ったのはサウスカロライナ州選出の議員たちであった。

最終的に法案は可決されたが、同州選出の上院議員ウィリアム・スミス（William Smith）は既に大規模な公有地の下付を受けていた西部諸州にさらに一〇万エーカーの土地を付与すること、さらにはサウスカロライナやジョージア以外の諸州に三〇〇万ドルを越える巨額の資金を使ってきた連邦の開発援助政策を厳しく非難した[19]。サウスカロライナ州は、保護関税法に反対してこの時期、反連邦主義の拠点となっていた。この点だけを見れば、連邦制度の下での受益州と課税負

表５－５　1826年―1828年における州別の連邦内陸開発助成拠出額　単位：ドル

地　域	州	1826年	1827年	1828年	州別 計
東北中部	オハイオ	21,621	201,298	222,106	445,025
大西洋沿岸中部	ニューヨーク	18,823	39,945	76,696	135,464
大西洋沿岸南部	メリーランド	54,164	28,816	33,839	116,819
大西洋沿岸南部	ノースカロライナ	87,833	12,773	9,163	109,769
大西洋沿岸南部	ヴァージニア	75,637	7,111	25,287	108,035
大西洋沿岸南部	デラウェア	53,925	31,300	15,377	100,602
ニューイングランド	マサチューセッツ	46,007	17,918	28,047	91,972
東北中部	インディアナ	22,177	24,153	25,088	71,418
東南中部	ケンタッキー	16,600	19,472	20,960	57,032
大西洋沿岸中部	ペンシルヴェニア	10,723	28,095	14,616	53,434
ニューイングランド	メイン	3,552	17,200	18,772	39,524
東南中部	ミシシッピー	7,488	18,815	4,693	30,996
東南中部	アラバマ	12,958	12,146	14,336	39,440
西北中部	ミズーリ	10,486	4,653	12,836	27,975
大西洋沿岸南部	ジョージア	1,500	17,850	7,910	27,260
西南中部	ルイジアナ	1,633	16,545	6,052	24,230
ニューイングランド	ロードアイランド	59	8,949	5,501	14,509
大西洋沿岸南部	サウスカロライナ	308	2,666	9,435	12,409
東北中部	イリノイ	1,600	4,472	4,893	10,965
東南中部	テネシー	1,600	2,672	4,760	9,032
ニューイングランド	ヴァーモント	3,159	129	0	3,288
ニューイングランド	コネチカット	503	2,162	0	2,665
大西洋沿岸中部	ニュージャージー	0	0	272	272
ニューイングランド	ニューハンプシャー	0	0	0	0

（出所）Laurence J. Malone, *Opening the West* (Westport : Greenwood, 1998), Appendix A.
注）準州への拠出額は除く。

担州との間の対立でありセクショナリズムの噴出という構図が成り立つが、このとき、サウスカロライナ選出議員に同調して連邦の内陸開発政策に反対した議員たちの中には、トマス・J・オークレイ（Thomas J. Oakley）上院議員のようなニューヨーク州選出の議員たちもいた。ニューヨーク州は独自の財源でエリー運河を建設し、全体調査法の議決時も多くの反対票を出した。アダムズ政権に入ってからも最初の連邦議会で、ニューヨーク州選出上院議員のマーティン・ヴァン・ビューレン（Martin Van Buren）が、連邦議会は州内の道路や運河を建設する権限はないという決議をわざわざ提出したほどだった。[20] しかし、ニューヨーク州は、オハイオ州に次いで連邦政府から多額の開発支援を受けており、受益州でもあったニューヨーク州とサウスカロライナ州とは状況が異なる。

一八二八年以降、よく知られているようにサウスカロライナ州は連邦の保護関税法に反対し、一八三二年の保護関税成立後はかつてのケンタッキー＆ヴァージニア決議で提唱された州による連邦法の無効宣言論を主張したばかりか、連邦離脱の言説まで飛び出し、連邦政府批判の急先鋒になる。サウスカロライナ州の反連邦主義の主唱者はかつて連邦の内陸開発政策の強力な擁護者だったジョン・C・カルフーンであった。[21] 一方、ニューヨーク州は連邦政府に対しては限定的な役割しか求めないヴァン・ビューレンが一八二一年に連邦上院議員に選出されてから政治的影響力を一層強め、一八二四年選挙ではヴァージニア州と連係してクロフォードを支持し、[22] 一八二八年の大統領選挙ではニューヨーク州知事として南部諸州とともにアンドルー・ジャクソンを支持した。ニューヨーク州は、クリントン派と反クリントン派を軸に一八三二年までに民主党ホイッグ党が組織（正式な党名を冠するのはさらに後のことである）され、[23] 近代政党の形成と政党再編の台風の目となった。アメリカ初期における反連邦主義の思想的展開を研究したサウル・コーネルが、アメリカ政治の民主主義的地方主義の伝統としての反連邦主義の継承者として位置づけるのは、他でもないこのマーティン・ヴァン・ビューレンだった。[24] ニューヨーク州は、サウスカロライナ州とは異なる意味で、やはり、反連

邦主義の拠点とみてもあながち間違いではないように思われる。この時代に広がった平等主義的で民主的な政治運動を含意する「ジャクソンニアン民主主義」という名称は、ジャクソンニアン民主主義の保守的実態を明らかにしたリー・ベンソン（Lee Benson）の『ジャクソンニアン民主主義の概念』（一九六一年）以降、歴史家の間では用いにくくなったが、ジャクソン時代の政治思考が、反連邦政府の傾向を強める州権的で、市場志向で、平等主義的特徴のあることは否定できない(25)。

J・Q・アダムズ政権期、かつてないほど連邦政府による内陸開発政策が実施されたが、アメリカン・システム政策そのものは制度的基盤を徐々に失っていった。このアメリカン・システム政策の中で最大の焦点となったのが、関税政策だった。一八二四年の保護関税成立後さらに高率関税を設定した一八二八年関税法は、サウスカロライナ州をはじめ大西洋沿岸南部地域の圧倒的な反対にあいながら可決された。しかし、地域対立の火種として燻り続けた。このような中でのジャクソン大統領の登場は、アメリカン・システムの本格的な見直しを促していくことになる。ジャクソンは、一八二九年三月四日の就任演説の中で、「連邦政府の合憲的な諸法によって推進される限りにおいて、内陸開発と知識の普及はきわめて重要です」と、内陸開発政策の重要性を評価する言葉を発する一方で、連邦政府の権限縮小を明確に示した(26)。「連邦議会の法律を執行する際、行政権力の範囲とともに立法の制限を着実に目に見えるところに保つことにします。そうすれば、その権限を越えることも無く、信頼して私の職責を果たせます。（中略）各州の権利に関して実施するように要請されうるような政策においては、彼ら［各州］が連合に与えた権限と彼ら自身が保持する権限とを混同することなく注意して我々連邦の主権を有する構成員への適切な敬意によって、活発になることを望みます(27)」。ジャクソンが、政治経済分野における連邦政府の主導的な役割を認めかつ強化するアメリカン・システムに対して反対していくことは明らかであった。実際、アメリカン・システムを支えた主要な政策である保護関税は一八三三年に低関税法に

取って代わり、全体調査法は一八三八年で役目を終え、そして、第二次合衆国銀行は一八三二年にその設立特許状期限の更新法案がジャクソン大統領の拒否権発動にあう。いずれにせよこれらの主要法案は八年間続いたジャクソン政権で廃止されるか、機能停止に追い込まれていったのである。

（1）First Annual Message, December 6, 1825, *Messages and Papers of the President*, 2 : 864.
（2）Third Annual Message, December 4, 1827, *Ibid.*, 3 : 944-45.
（3）Forest G. Hill, *Roads, Rails & Waterways : The Army Engineers and Early Transportation* (Norman : University of Oklahoma Press, 1957), pp. 58-59.
（4）工兵隊による最初の鉄道ルートの調査は一八二六年のジェイムズ川とロアノーク川とカナワ川を連結させるのに鉄道にするか運河にするかという形で行われたものだった。そして翌一八二七にボルティモア＆オハイオ鉄道ルートの調査が開始された。アダムズ政権期の工兵隊による鉄道ルートの調査としては以下のものがあった。ハドソン川からマサチューセッツ州のピッフィールド（Pittsfield）までのルート、ニューヨーク州内のキャッツスキル（Catskill）からイサカ、イサカからオスウィーゴまでのルート、サバンナ川の上流からテネシー川へのルート、サバンナ川からアルタハマ川（the Altamaha）へのルート、そして民間のサウスカロライナ運河・鉄道会社（the South Carolina and Canal and Rail Road Company）である。Hill, *Roads, Rails & Waterways*, pp. 69-72 ; Mary W. M. Hargreaves, *The Presidency of John Quincy Adams* (Lawrence, Kansas : The University Press of Kansas, 1985), p. 174.
（5）ロードアイランド州からルイジアナ州までの大西洋沿岸部に一三の軍事要塞を建設した。Forth Annual Message, December 2, 1828, *Messages and Papers of the President*, 3 : 983.
（6）Hargreaves, *The Presidency of John Quincy Adams*, p. 176.
（7）*Ibid.*, 3 : 983.

(8) Hill, *Roads, Rails & Waterways,* pp. 58-59.
(9) *ASP, Military,* 7 vols., 4 : 14-16, 594-596.
(10) Hill, *Roads, Rails & Waterways,* pp. 74-5, and 112.
(11) *Ibid.*, p. 78 ; *ASP, Military,* 4 : 710, 732.
(12) *ASP, Military*, 5 : 62-64.
(13) *Ibid.,* 4 : 631.
(14) Hill, *Roads, Rails & Waterways,* pp. 89-91.
(15) *Ibid.*, p. 60.
(16) John Lauritz Larson, *Internal Improvement : National Public Works and the Promise of Popular Government in the Early United States (Chapel Hill : The University of North Carolina Press, 2001)*, pp. 149-50.
(17) Laurence J. Malone, *Opening the West* (Westport : Greenwood, 1998), Appendix A より関係各州のデータを抽出し**表5－5**は作成。
(18) *Ibid.*, p. 28.
(19) Hargreaves, *The Presidency of John Quincy Adams,* pp. 179-80.
(20) Larson, *Internal Improvement,* p. 177.
(21) Saul Cornell, *The Other Founders : Anti-Federalism & the Dissenting Tradition in America, 1788-1828* (Chapel Hill : The University of North Carolina Press, 1999), pp. 294-98 ; Maurice G. Baxter, *Henry Clay and the American System* (Lexington : The University Press of Kentucky, 1995), pp. 66-68.
(22) Richard H. Brown, "The Missouri Crisis, Slavery, and the Politics of Jacksonianism," *South Atlantic Quarterly,* 65 (1966).
(23) Lee Benson, *The Concept of Jacksonian Democracy : New York as A Test Case* (Princeton : Princeton University Press, 1961), pp. 129 and 131.
(24) Cornell, *The Other Founder,* p. 300.
(25) Richard L. McCormick, "Ethno-Cultural Interpretations of Nineteenth- Century America Voting Behavior," *Political Science*

Quarterly, 89 (1974); Ronald P. Formisano, "Toward a Reorientation of Jacksonian Politics : A Review of the Literature, 1959-1979," *Journal of American History,* 63 (1976); James Roger Sharp, "Jacksonian Democracy," Jacksonian Democracy," in *Encyclopedia of American Political History,* edited by Jack P. Greene (New York, 1984); Donald B. Cole, "The Age of Jackson: After Forty Years," *Reviews in American History,* 14 (1986); Daniel Feller, "Lee Benson and The Concept of Jacksonian Democracy," *Reviews in American History,* 20 (1992).

(26) First Inaugral Address, March 4, 1829, *Messages and Papers of the President,* 3 : 1000.

(27) *Ibid.*.

第三節　終わりに

最後に、ジャクソン政権期の内陸開発政策について概観しておきたい。ジャクソン大統領は、一八三〇年五月のケンタッキー州内のメイスヴィル有料道路（Maysville, Washington, Paris, and Lexington Turnpike Road Company）出資法案に対する拒否権発動に象徴されるように、連邦政府による内陸開発政策に対して基本的に消極的な立場をとった(1)。拒否権そのものはヴァン・ビューレンが起草したものであるが、一州内の地方道路を国有化するのはあまりにも地方利害にかかわりすぎるという理由が示されるとともに、政敵であるクレイの露骨な利益誘導に対する反発があった(2)。拒否権の内容そのものは、州内の交通開発権限は連邦権限ではないというジャクソンの政治的立場を反映していた。このジャクソン政権時代、全体調査法の下で設立された内陸開発工兵委員会が一八三一年に廃止され、その後は地形調査局が各地の開発事業の調査を引き受けた(3)。技術調査協力は継続したが、以後一八三八年の全体調査法そのものの実質廃

止までの期間、工兵隊および地形調査部隊の役割の見直しが図られていく。

カンバーランド国道に関しては、一八三〇年代に入ると懸案であった道路の維持管理問題が、連邦政府から州政府へ移管することで解決することになった。また、ジャクソン大統領時代も同国道は延伸を続けたものの、一八三三年にオハイオ州の州都コロンバスに達して以後、建設工事の予算化はますます難しくなった。モンロー政権の時点では道路がミズーリ州に達するよう計画されていたが、よく知られているように、カンバーランド国道はインディアナ州都インディアナポリスを通ってイリノイ州の当時の州都ヴァンダリア（Vandalia）で終点となる。インディアナ州に達したのは一八四〇年代のことだった[4]。ミズーリ州都ジェファソンシティに到達しなかったばかりか、ミシシッピー川岸のセントルイスにも達しなかった。カンバーランド国道は、一八三一年から三三年にかけて、メリーランド、ペンシルヴェニア、ヴァージニア、オハイオ各州がそれぞれの自州内部分を有料道路として管理することで合意された。早くに開通し損壊の激しかったメリーランドとペンシルヴェニア両州内の国道は連邦政府が大規模な補修を行ったうえで移管された。こうして連邦政府は既設道路の所有権を実質的に関係各州に移譲した。また一八三八年にはカンバーランド国道への予算支出が打ち切られたことで、未完成のインディアナ、イリノイ両州内の道路は、連邦政府から道路関連の諸権限を委譲され州政府によって建設されることになる。一八三〇年代に入ると、カンバーランド国道は「国道」という名称に似つかわしくなくなっていた[5]。

株式への出資であれ、直接支出であれ、連邦政府が国内の開発事業に対して財政的に支援する内陸開発政策は、メイスヴィル有料道路への拒否権に見られるように、ジャクソン政権以降難しくなった。しかし、その一方で、新しい交通手段である鉄道に対する支援がこれまでの道路や運河に対するものとは異なる方法で実施されるようになった。どのように鉄道業への公的支援を行ったのか。具体的には、「連邦政府による土地付与、路線調査、鉄道用輸入鉄関税の減免。

州および地方自治体による援助としては、州有鉄道の建設・運営または州による鉄道建設、資金援助（貸付）および株式・社債のひきうけ、資産税または所得税の減税、銀行特権の付与、等々」[6]だった。全体調査法が施行されていた時代は工兵隊による鉄道路線の調査が行われた。鉄道用輸入鉄関税の減免は一八三二年から一八四三年三月まで一定の範囲内で無関税で行われ、鉄道業を優遇した。公有地の付与は、運河、道路建設のために既に実施されていたが、鉄道建設のための土地付与（路線用土地および資材の付与、専売特権の承認、路線用以外の土地の付与、公有地売却代金の一部付与）政策が本格化したのは一八五〇年のイリノイ・セントラル鉄道およびモービル・オハイオ鉄道以降だった[7]。

さて、経済史家マローンが算出した南北戦争前の地域別連邦開発助成総額を見ると、一八〇〇年から一八三九年までの四〇年間で、連邦政府の開発支出は増加の一途をたどった。そして、一八四〇年代に一時落ち込み、一八五〇年代に再び急増した[8]。連邦支出総額が最も多いのは一八三〇年代であるが、細かく見ると、一八二四年から一八三八年まで存続した全体調査法の時代であり、カンバーランド国道の延伸を承認した時代であったといえる。しかも、地域別の連邦助成状況を見ると、カンバーランド国道の延伸ルートであるオハイオ州、インディアナ州、イリノイ州を含む東北中部と大西洋沿岸南部が上位に入っていた。大西洋沿岸南部に関しては、ヴァージニア州、メリーランド州が推進したチェサピーク&オハイオ運河が、技術的にも難工事で開門を多用せざるを得ず、多額の費用を要したことと無関係ではない。一八二六年の調査報告書では三四一マイルの運河建設に約二二三七万ドルもの総工費がかかることが見積もられていた。エリー運河が全長三六三マイルで約七〇〇万ドルを越える程度のものだったことを考えれば、膨大な額であった。チェサピーク&オハイオ運河の建設はジョージ・ワシントンの時代からのヴァージニアの夢であったが、この夢の代価はとてつもなく高かっただけでなく、多くの技術的困難を乗り越えなければならなかった。この運河が首都ワシントンからオハイオ川沿岸のカンバーランドにようやく達したのは一八五〇年のことだった[9]。しかし、そのとき時代は鉄道

の時代に入ろうとしていた。

地理史研究者のD・W・マイニグ（D. W. Meinig）は、アメリカの交通網の発達について次のように指摘する。「正式な国家計画の不在にもかかわらず、あるいはおそらくその不在ゆえに、カルフーンあるいは他の指導者が一八一九年に想像しえたことを超える規模で、アメリカ人は実際に『空間を征服した』のである。一八六〇年の国勢調査は五〇〇マイルを越える運河やよどみ航行（slack-water navigation）と約三万一〇〇〇マイルもの鉄道が操業していたことを紹介している[10]」。ジェファソン政権の財務長官であるアルバート・ギャラティンは資源と権限のある連邦政府こそが地方と都市の区別なく国家的な観点から広大な領土を抱えるアメリカの交通網を充実させることができると考えた。この考えは一九世紀第1四半世紀を通じて、連邦政府による内陸開発政策を支持する人々の公式な見解であり、アメリカン・システムを擁護する考えでもある。しかし、国家的な開発計画政策が提案されてもそのたびに消えていく、あるいは大幅にその内容が修正されていく一連の政策形成過程を概観すると、主唱者も含めて、それぞれの地域の思惑の違いやあからさまな利益誘導を物語ることが多かった。実際、ようやく成立した全体調査法は、連邦政府が有する資金と技術を州や地方が利用しやすい環境を作り、利益誘導の競合を招いた。しかし、アメリカン・システムの内実を利益誘導の構造、あるいは人口増加が著しい西部と大西洋沿岸中部地域との連係とそれに対抗するニューイングランドや南部地域というセクション対立の構造だけで説明するのは必ずしも的を射ていないのではないだろうか。もちろん、これらの構図はその通りであり軽視できないが、アメリカ政治に固有の州権重視の反連邦主義の伝統が合衆国憲法批准から三〇年そして四〇年が経ってもなお強い影響力があったことを見落とすことができないように思われる。マディソン政権末期は、一八一二年戦争によって国家的な意識が高まり、連邦政府の政治的役割が強まった時代であった。それでもなお、連邦政府は反連邦主義を乗り越えて国家的な内陸開発政策を実現することができなかった。一八一七年にマディソン大統領

によって拒否されたボーナス法案は、連邦主義者であるマディソンには受け入れがたかったが、反連邦主義者には受け入れられる法案だった。また、全体調査法は、全国的な視点に立った総合的な計画性が極めて希薄で連邦政府の主導性が弱かった。歴代政権において繰り返し取り上げられた、連邦議会に付与される権限をめぐっての憲法解釈論争は、連邦主義者と反連邦主義者との間の連邦制度の定義をめぐる論争であり、連邦政治の表舞台で反連邦主義派の根強さを際立たせたといえる。

反連邦主義がもつ脱中央集権的地域指向は、別の面から見れば、セクショナリズムであり地域利害の代表であり、地域を基盤とする民主主義であるというように、連邦政治における表われ方は様々である。アレクシス・ド・トックビル（Alexis de. Tocqueville）が一八三〇年代のアメリカで見た平等主義も、民主主義もこの一側面といえるのではないだろうか。この反連邦主義が根強いアメリカで一八二〇年代半ばに成立したアメリカン・システムとは何だったのだろうか。アメリカン・システムはジャクソン政権において瓦解していくが、そもそもアメリカン・システムそのものは果たしてどこまで国家主義的なものだったのだろうか。少なくとも内陸開発政策を見る限りは、反連邦主義の産物だったように思えてならない。

（1）Veto Message, May 27, 1830, *Messages and Papers of the President*, 3 : 1046-56.

（2）Larson, *Internal Improvement*, p. 183 ; Karl Raitz ed., *The National Road* (Baltimore : The Johns Hopkins University Press, 1996), p. 118.

（3）Hill, *Roads, Rails & Waterways*, p. 78.

(4) *Ibid.*, p. 15.
(5) アメリカ連邦交通所道路局編、別所正彦・河合恭平訳『アメリカ道路史』（原書房、一九八一年）、四九－五〇頁。
(6) 鈴木圭介・中西弘次「アメリカ資本主義の発展と鉄道業――南北戦争以前の時期を中心に――（一）」『社会科学研究』第二二巻四号、（一九七一年）、三五頁。
(7) 同右、三五－三八頁。
(8) Malone, *Opening the West*, pp. 24, 29.
(9) Hargreaves, *The Presidency of John Quincy Adams*, pp. 176-77.
(10) D. W. Meinig, *The Shaping of America : A Geographical Perspective on 500 years of History*, vol. 2 (New Haven : Yale University Press, 1986), p. 352.

シンポジウム

消費者法における公私の協働（二）

――実定法学のクロスロード――

主　催

「市場環境・生活環境の秩序形成における公私の協働――《公共圏》の実定法学的構造」プロジェクト

共　催

北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター

目　次

趣旨説明　吉田克己
報告一　「貸金業規制法と私法秩序――業法（事業法）秩序の内部に存在する『特別私法』秩序――」　潮見佳男
報告二　「消費者保護における刑法の役割」　佐伯仁志
コメント　吉田克己
〈討論〉
（以上、本号）
報告三　「自治体の消費者行政について――東京都を素材として」　島田和夫
報告四　「消費者団体の団体訴権――その背景と位置づけ」　池田清治
〈討論〉

趣旨説明

吉田克己

以下に掲げるのは、科学研究費基盤A「市場環境・生活環境の秩序形成における公私の協働――《公共圏》の実定法学的構造」（研究代表者・吉田克己、二〇〇五年度～二〇〇八年度）に基づいて、二〇〇六年二月五日、北海道大学において開催されたシンポジウム「消費者法における公私の協働」の記録である。この科研プロジェクトは、前期の科研プロジェクト「溶解する法システムの二一世紀的統合に向けた法戦略――行政・市場・生活の比較研究」（研究代表者・吉田克己、二〇〇二年度～二〇〇四年度）を引き継ぐものである。前期すなわち第一期には、二回のシンポジウムが開催された。「競争秩序への多元的アプローチ――実定法学のクロスロード」（二〇〇四年一〇月二日）および「環境秩序への多元的アプローチ――実定法学のクロスロード」（二〇〇五年三月五日）である。その内容は、競争シンポについては本誌五六巻一号および三号（二〇〇五年）に、環境シンポについては本誌五六巻三号および四号（二〇〇五年）に掲載されている。したがって、今回のシンポジウムは、第一期から通算すると第三回目のシンポジウムということになる。

前二回のシンポジウムにおいては、競争秩序と環境秩序という、いわゆる外郭秩序における問題を扱った。外郭秩序

は、私の理解では、公共的利益の確保が問題となる公的空間である。したがって、外郭秩序に民法学がアプローチする場合には、民法学が公共的利益をどのように理論化すべきかという問題に直面する。今回取り上げる消費者法については、問題状況が必ずしも同一ではない。たしかに、消費者の行動を通じて競争秩序の維持という公共的利益が確保されていくことはありうる。とりわけ、今回のシンポジウムでも取り上げた消費者の団体訴権などにおいては、消費者法のそのような側面が前面に出るであろう。しかし、消費者法の場合には、そのような公共的利益の問題よりも、むしろ消費者の私的利益をどのように保護するかが重要な問題である。そこでは、公共的利益の問題が直接には提起されず、もっぱら私的利益実現が問題になることもありうる。つまり、消費者法の問題は、たしかに外郭秩序にもかかわるが、そのすべてを直ちに外郭秩序の問題とは位置づけないほうがよいのではないか、ということである。そのような構図の中で公私協働のあり方を探るというのが、今回のシンポジウムの狙いである。とはいえ、これは私なりの問題意識であって、実際の報告また議論においては、より豊富な視点からの問題への接近、検討がなされている。

今回のシンポジウムは、悪天候に祟られた。前日が悪天候で、千歳空港が終日閉鎖されたのである。そのため、シンポジストとして予定された京都大学・潮見佳男教授の参加が不可能になった。潮見教授には、後日（二〇〇六年三月二八日）、改めて札幌まで来ていただき、研究会において報告をしていただいた。以下の記録には、その報告および吉田コメントそしてそれに対する潮見回答も収録した。しかし、シンポジウムの議論への紙上参加まではお願いしていない。シンポジウムの議論に潮見発言がないのは、そのような事情による。他方、他の交通手段を使うなどして、悪天候を押して札幌までいらしていただき、充実した報告をしてくださった東京大学・佐伯仁志教授、東京経済大学・島田和夫教授に、この場を借りて改めて心から御礼申し上げたい。

報告一

貸金業規制法と私法秩序

――業法（事業法）秩序の内部に存在する「特別私法」秩序――

潮見佳男

目　次

第一節　はじめに
第二節　業法（事業法）秩序の内部に存在している「特別私法」秩序の意義
一　緒論

二　第一のアプローチ（Ⅰ型）――事業者に対峙する市民の権利（私権）の制約
三　第二のアプローチ（Ⅱ型）――事業者保護法としての「特別私法」秩序
四　第三のアプローチ（Ⅲ型）――事業者に対峙する市民の権利（私権）の発展・強化
第三節　消費者私法秩序と一般私法秩序の関係
一　問題の所在――事業者と対峙する「消費者」
二　「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序の異質性を認める立場（Ⅲ-1型）
三　「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序の同質性を認める立場（Ⅲ-2型）
（1）緒論
（2）市民法の原理から同質性を肯定する立場（Ⅲ-2-a型）
（3）社会法の原理から同質性を肯定する立場（Ⅲ-2-b型）
第四節　貸金業規制法四三条一項の「みなし弁済」規定と「特別私法」秩序
一　緒論
二　貸金業規制法四三条一項の概要
三　「みなし弁済」規定を定めた「特別私法」秩序とⅠ型・Ⅱ型のアプローチ
（1）Ⅰ型のアプローチ――金融事業の健全性確保と市民の権利制約
（2）Ⅱ型のアプローチ――事業者保護法としての貸金業規制法四三条一項の位置づけ
（3）借主の権利剥奪と、「特別私法」秩序の下での規範が妥当するための要件（「一般私法」秩序から「特別私法」秩序への平面移行のための要件）の厳格解釈
四　「みなし弁済」規定を定めた「特別私法」秩序とⅢ型のアプローチ
第五節　結びに代えて

第一節　はじめに

私法の分野で「実定法学のクロスワード」という観点から「溶解する法システム」を捉えたとき、今回の共同研究プロジェクトでは、主として、私法秩序の外にある外郭秩序を意識して、外郭秩序で展開されている制度やルールを私法秩序の中にどのように位置づけることができるか、私法秩序の中で展開されている制度やルールの中に外郭秩序の指導原理ないし思想と共通の根がありはしないかという問題意識のもとで議論がされてきたような印象を受ける[1]。しかし、これは、何もこの研究プロジェクトに特有の傾向ではなく、わが国で法システムの溶解・融合が論じられる際に見られる共通の傾向でもある。独占禁止法その他の経済法に属する諸法や各種事業法の分野で展開されている制度・ルールをいかに私法秩序に組み込むことができるかという議論がされる場合が[2]、その典型例であるし、民法の分野で論じられている取締法規論にも、この種の傾向を見て取ることができる。ドイツ債務法の現代化を向けてわが国でも論じられているところの、消費者法の規律を民法の中に組み込んで民法を現代化することができるかという点もまた[3]、同様の特徴を持つものである。

これに対して、本稿では、もちろん、このような観点からの議論を決して否定するものではなく、両立可能ではあるが、外郭秩序と言われることのある他の法領域、とりわけ業法（事業法）に内在する私法秩序という目で問題をとりあげてみたい[4]。言うまでもなく、これは、「特別私法」論が守備範囲とする問題のひとつである[5]。私法規定が業法（事業法）その他の外郭秩序の中に規定されていることの持つ意味は何なのか、「特別私法」と「一般私法」との関係はどのように理解すればよいのかという問題である。こうして、業法（事業法）の中の私法秩序の体系的意味を考えることを通じて、「業法」・「特別私法」・「一般私法」の相互の関係が少しでも明らかとなれば、それは、現代社会において「溶

解する法システム」に関する理論的説明をいっそう充実させることへとつながるであろう。

以下では、まず、前半部分で、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序の意義について総論的に扱う。そして、後半部分では、具体的な検討に向けた一素材として、貸金業規制法四三条一項[6]の規定をとりあげる。同条をめぐる最近の目まぐるしい判例法理の展開を前にしたとき、業法（事業法）の中に存在する私法規定とこれをめぐる法秩序を理解するための手がかりが、その中に含まれていると考えられるからである。しかも、そこでの判例法理の展開が、単に業法（事業法）と民法の関係のみならず、少なからぬ論者により、消費者保護という視点からも論じられているため[7]、他の法領域に内在する私法秩序という問題だけでなく、「特別私法」と「一般私法」の関係一般を考えるうえでも、大きな意味を持つものと思われる。

（1）シンポジウム「競争秩序への多元的アプローチ――実定法学のクロスワード――」北大法学論集五六巻一号一九七頁以下（二〇〇五）。

（2）独占禁止法・不正競争防止法と私法秩序の関係につき、白石忠志「『独禁法と不競法』問題の現状と課題」ジュリスト一〇一八号四六頁以下（一九九三）、田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察（一）（二）完――民法と競争法の出会い」民商法雑誌一二一巻四＝五号六四頁以下、六号一頁以下（二〇〇〇）、証券取引法秩序・金融法秩序と会社法秩序の関係につき、黒沼悦郎「証券取引と法」『現代の法（七）』（岩波書店、一九九八）二八三頁以下、岩原紳作「金融機関取締役の注意義務――会社法と金融監督法の交錯」落合誠一先生還暦記念（商事法務、二〇〇四）一七三頁以下、川口恭弘「事業の公益性と取締役の責任」商事法務一七四〇号一〇頁以下（二〇〇五）など。

（3）潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、二〇〇四）三九三頁以下。

（4）念のために断っておけば、「外郭秩序」という見方を肯定的に評価したいという趣旨ではない。

（5）特別私法論については、上野達也「特別私法論の展開と民法の再編（一）」法学論叢一五九巻三号五五頁以下（二〇〇六）。

（6）貸金業規制法については、多発する深刻な借主被害事例と、後述する一連の最高裁判決を受けて、（利息法制全般を視野に入れて）改正の方向で進んでいる。将来の読者の便宜を考え、本稿執筆時の貸金業規制法四三条一項、一七条、一八条の規定をここに挙げておく。

〔貸金業規制法四三条一項〕

貸金業者が業として行う金銭を目的とする消費貸借上の利息（利息制限法（昭和二九年法律第一〇〇号）第三条の規定により利息とみなされるものを含む。）の契約に基づき、債務者が利息として任意に支払った金銭の額が、同法第一条第一項に定める利息の制限額を超える場合において、その支払が次の各号に該当するときは、当該超過部分の支払は、同項の規定にかかわらず、有効な利息の債務の弁済とみなす。

一　第一七条第一項（第二四条第二項、第二四条の二第一項、第二四条の三第二項、第二四条の四第二項及び第二四条の五第二項において準用する場合を含む。以下この号において同じ。）の規定により第一七条第一項に規定する書面を交付している場合又は同条第二項から第四項まで（第二四条第二項、第二四条の二第二項、第二四条の三第二項、第二四条の四第二項及び第二四条の五第二項において準用する場合を含む。以下この号において同じ。）の規定により第一七条第二項から第四項までに規定するすべての書面を交付している場合におけるその交付をしている者に対する貸付けの契約に基づく支払

二　第一八条第一項（第二四条第二項、第二四条の二第二項、第二四条の三第二項、第二四条の四第二項及び第二四条の五第二項において準用する場合を含む。以下この号において同じ。）の規定により第一八条第一項に規定する書面を交付した場合における同項の弁済に係る支払

〔貸金業規制法一七条〕

（一）貸金業者は、貸付けに係る契約を締結したときは、遅滞なく、内閣府令で定めるところにより、次の各号に掲げる事項についてその契約の内容を明らかにする書面をその相手方に交付しなければならない。

一　貸金業者の商号、名称又は氏名及び住所

二　契約年月日

三　貸付けの金額
四　貸付けの利率
五　返済の方式
六　返済期間及び返済回数
七　賠償額の予定（違約金を含む。以下同じ。）に関する定めがあるときは、その内容
八　日賦貸金業者である場合にあっては、第一四条第五号に掲げる事項
九　前各号に掲げるもののほか、内閣府令で定める事項

（二）貸金業者は、貸付けに係る契約について保証契約を締結しようとするときは、当該保証契約を締結するまでに、内閣府令で定めるところにより、次に掲げる事項を明らかにし、当該保証契約の内容を説明する書面を当該保証人となろうとする者に交付しなければならない。

一　貸金業者の商号、名称又は氏名及び住所
二　保証期間
三　保証金額
四　保証の範囲に関する事項で内閣府令で定めるもの
五　保証人が主たる債務者と連帯して債務を負担するときは、その旨
六　日賦貸金業者である場合にあっては、第一四条第五号に掲げる事項
七　前各号に掲げるもののほか、内閣府令で定める事項

（三）貸金業者は、貸付けに係る契約について保証契約を締結したときは、遅滞なく、内閣府令で定めるところにより、当該保証契約の内容を明らかにする事項で前項各号に掲げる事項その他の内閣府令で定めるものを記載した書面を当該保証人に交付しなければならない。

（四）貸金業者は、貸付けに係る契約について保証契約を締結したときは、遅滞なく、内閣府令で定めるところにより、第一項各号に掲げる事項について当該貸付けに係る契約の内容を明らかにする書面を当該保証人に交付しなければならない。貸金業者が、貸付けに係る契約で保証契約に係るものを締結したときにおいても、同様とする。

〔貸金業規制法一八条〕

（一）貸金業者は、貸付けの契約に基づく債権の全部又は一部について弁済を受けたときは、その都度、直ちに、内閣府令で定めるところにより、次の各号に掲げる事項を記載した書面を当該弁済をした者に交付しなければならない。

一　貸金業者の商号、名称又は氏名及び住所

二　契約年月日

三　貸付けの金額（保証契約にあっては、保証に係る貸付けの金額。次条、第二〇条及び第二一条第二項において同じ。）

四　受領金額及びその利息、賠償額の予定に基づく賠償金又は元本への充当額

五　受領年月日

六　前各号に掲げるもののほか、内閣府令で定める事項

（二）前項の規定は、預金又は貯金の口座に対する払込みその他内閣府令で定める方法により弁済を受ける場合にあっては、当該弁済をした者の請求があった場合に限り、適用する。

（7）たとえば、森泉章編著『新・貸金業規制法』（勁草書房、二〇〇三）三二一頁以下（鎌野邦樹）。平田健治「貸金業規制法一八条一項の書面の交付の意義ほか」民商法雑誌一三二巻四＝五号六五一頁以下、六七六頁以下（二〇〇五）は、消費者保護法（消費者信用法）の一般原理を利息規制分野にも導入し、問題の純化を図るべきではないだろうかと言う（貸金業規制法四三条一項における一七条書面・一八条書面の交付要件を、他の消費者保護法における書面交付義務の観点〔借主に対する契約内容の表示・説明義務の観点〕から位置づけ、消費者契約内容の適正という点から書面性の要件を論じる方向を提唱する）。中田邦博「利息制限法と貸金業規制法四三条（みなし弁済規定）をめぐって（下）」法学教室三〇三号七二頁以下、八三頁（二〇〇五）にも、消費者金融実務の適正化という観点からの説明が見られる。

第二節　業法（事業法）秩序の内部に存在している「特別私法」秩序の意義

一　緒論

業法（事業法）秩序の内部に存在している「特別私法」秩序をどのようなものとして理解すればよいのか。業法（事業法）秩序の内部に存在している「特別私法」秩序の捉え方としては、これを「一般私法」との関係で見たとき、次に述べるような、異なった観点に出た三つのアプローチの手法が存在している。

二　第一のアプローチ（Ⅰ型）――事業者に対峙する市民の権利（私権）の制約

第一のアプローチ（本稿では、便宜上、Ⅰ型としておく）は、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序とは、事業に関連する事業者の権利・自由を制約するとともに、事業者と対峙する市民に対して、業法（事業法）の規制目的に即して、「一般私法」秩序で承認されている権利（私権）を制約したものであると理解するものである。[8] 私人の権利・自由を制限することを通じて秩序の維持・危険の防止といった行政目的を達成しようとする規制行政の発現形態のひとつとして、「特別私法」秩序が捉えられる場面が、これである。[9]

その際、私的経済活動の分野で一般に業法（事業法）の目的として考えられているのは、市場における公正かつ適正な事業活動の維持・促進であり、また、一定の経済・産業政策の実現である。こうした目的を実現するために、事業者の活動を国家が規制・監督し、統御すべく、各種の業法（事業法）規定が制定されているわけである。このとき、ここ

で業法（事業法）が担っている第一次的な価値は、公正かつ適正な市場の実現および経済・産業政策の振興という公益的な価値、ならびに事業者にとっての事業活動の健全性であると言うことができる。ここから、たとえば、業法（事業法）秩序を把握する際には、公共の利益を考慮に入れた事業活動の促進・産業基盤の整備の方向で当該業法（事業法）秩序を捉えよとの要請が導かれる。また、個々の事業者も「一般私法」秩序の下で市民としての権利（私権）を保障されているわけであるから、その事業活動に対する介入は必要最小限のものにせよとの要請も導かれる。さらに、公正かつ適正な市場を確保するための取引基盤の整備は、経済法（独占禁止法・不正競争防止法等）が担当することになる。

こうした中で、Ⅰ型のアプローチに依拠して、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序を見たときには、そこで展開されている「特別私法」秩序とは、「一般私法」秩序が前述した意味での業法（事業法）の規制目的に影響を受けて制約を受け、変質したものとして捉えられることになる。そこでは、事業者と対峙する市民の権利の内包と外延の確定、私法秩序に属する制度・ルールの解釈にあたって、公共性・公益性ないし事業の健全性といった業法（事業法）秩序に本質的な要素の考慮が前面に出てくることになる（私人間の利益の調整原理として、公共的観点・公の論理が付加されることになる）。

三　第二のアプローチ（Ⅱ型）――事業者保護法としての「特別私法」秩序

第二のアプローチ（本稿では、便宜上、Ⅱ型としておく）は、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序とは、業法（事業法）の規制目的に影響を受けて「一般私法」秩序の下で認められたはずの市民の権利（私権）を制約するとともに、「一般私法」秩序の下では認められない事業者利益の保護を実現するものであると理解する

アプローチである。事業者に対する国家によるパターナリスティックな観点からの保護が当該業法（事業法）の目的に読み込まれたときには（かつて「護送船団」方式と言われたものが、その例である）、このような意味をも持つものとして、業法（事業法）秩序の内部に存在している「特別私法」秩序が捉えられることになる。

もっとも、自由主義市場経済の原理を基礎に据えて、国家による事業活動への介入の可能性を見るのであれば、事前の規制から事後の規制へという今日の規制緩和の流れの中で、こうした事業者に対するパターナリスティックな保護が正当化されるためには、当該業法（事業法）の目的として、公益性や事業の健全性のみならず、事業者利益の積極的実現（保護）も含まれていることとそのことの正当性、言い換えれば、問題となっている業法（事業法）の規定が自由主義市場経済モデルの下でなお「事業者保護法」としての性質を持つものであることが論証されるべきものと思われる。

四　第三のアプローチ（Ⅲ型）――事業者に対峙する市民の権利（私権）の発展・強化

第三のアプローチ（本稿では、便宜上、Ⅲ型としておく）は、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序を、特定の事業領域において、一方の当事者が事業者であるがゆえに、事業者と対峙する市民に対して「一般私法」レベルでの権利保護を超えた特別の権利保護を与えることが必要であるとの視点の下で捉え、「一般私法」秩序で承認されている市民の権利（私権）を発展・強化したものとして理解するものである。

ここでは、そもそも特定の事業領域における私法秩序の発展・強化の背景ないし目的が何かが問われることになる。その際、当該事業自体の特別の危険性（危殆化要因の存在）に着目することにより、「一般私法」秩序で妥当している法理の発展・強化を正当化することが考えられるであろうし、社会法的観点に出た弱者保護の視点が正当化の根拠とな

ることも考えられるであろう。あるいはまた、「契約の対等性」が確保されない状況下での取引に対する無価値評価が、「一般私法」の法理の発展・強化を正当化するとも考えられるであろう。

他方、こうしたⅢ型のアプローチに依拠するときには、「特別私法」秩序は、「一般私法」秩序で承認されている市民の権利（私権）の発展・強化を企図したものとして捉えられるところ、このような観点から「特別私法」秩序を把握することは、おのずから、業法（事業法）のめざす第一次的価値を制約する要因を、「特別私法」秩序の中に認めることになる。「業法（事業法）」秩序において、市民の権利（私権）とは異質の公益、事業の健全性や事業者の事業活動の自由などが業法（事業法）の第一次的価値として位置づけられる限りで、Ⅲ型のアプローチから導かれる「特別私法」秩序に対しては、業法（事業法）の目的と対立する目的に出た秩序としての意味が与えられることになるからである。

このとき、（一般的・抽象的な言回しにならざるを得ないが）業法（事業法）の内部に存在している私法規定を解釈するにあたって、こうした「特別私法」秩序の目的である市民の権利保護の要請が優先するゆえに、業法（事業法）が目的としている第一次的価値の考慮が排除されると考えるものか、それとも、「特別私法」の秩序が業法（事業法）の中で形成されているものである以上、「特別私法」秩序の枠内で業法（事業法）が担う第一次的価値との衡量は避けて通れないものなのかが、検討されなければならない。業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序への契機を、特定の事業活動分野において「一般私法」レベルでの市民の権利保護を超えた特別の保護が必要であるとの点に見出すのであれば、業法（事業法）という外枠をはめて、その中で「特別私法」秩序を形成する際に、外枠をはめる段階で既に業法（事業法）秩序が目的としている第一次的価値を考慮する以上、事業者の権利ないし公益と相手方たる市民の権利との間の調整を、もはや「特別私法」秩序の中で重ねて（改めて）おこなう必要はないようにも思われる。

（8）規制行政については、さしあたり、塩野宏『行政法Ⅰ［第四版］』（有斐閣、二〇〇五）八頁以下。

（9）このコンテクストで私人の権利・自由の制限が説かれるときには、従来、規制の対象である事業者の権利・自由を想定するものがほとんどであったように目される。しかし、私人の活動に対する介入を目的として行政規制がおこなわれるとき、それが私的生活関係への介入（＝私法秩序への介入）を伴う以上、事業者の事業活動の相手方である相手方の権利・自由をも巻き込んで、後者の権利・自由も制約する形で秩序形成がされることが否定できない。本文で述べている内容は、この点に注目して、Ⅰ型のアプローチを提示したものである。

第三節　消費者私法秩序と一般私法秩序の関係

一　問題の所在――事業者と対峙する「消費者」

第二節では、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序と「一般私法」秩序の関係について、「特別私法」秩序が業法（事業法）秩序の内部において存在しているという点に着目して、整理をした。そして、そこには、異なる観点に出た三つのアプローチ（Ⅰ型・Ⅱ型・Ⅲ型）が認められる点を指摘した。

ところが、今日のわが国における議論の状況を踏まえたならば、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序を考えるときには、もうひとつ、違った角度から、そこでの「特別私法」秩序に光を当てる必要が出てくる。というのは、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序が語られる際に、それが事業者と対峙する「消費者」の保護ないし救済を目的としたものであるという観点から論じられる場合が少なくないからである。

このことは、前述した第三のアプローチ（Ⅲ型）が妥当する場面で問題となる。ここでは、「消費者の保護」・「消費者の救済」という観点から、「特別私法」秩序に対して「消費者私法」としての意味が与えられることになるから、「消費者私法」としての「特別私法」秩序と、「一般私法」秩序との関係はいかに理解されるべきかという問題が、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序というコンテクストにおいて、議論の俎上に載せられることになる。

この「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序との関係については、周知のように、近時の民法の現代化をめぐる議論の中で、とりわけドイツ法・フランス法との比較研究を通じて、とりあげられている。そこでは、一方で、両法秩序の異質性を肯定するアプローチが見られる。他方で、それとは逆に、両法秩序の同質性を肯定するアプローチも見られる。

二　「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序の異質性を認める立場（Ⅲ-1型）

「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序が異質なものであるとの観点に出たアプローチ（本稿では、Ⅲ-1型と言うことにする）は、両法秩序における秩序形成原理が異質である点に着目したものである。「消費者私法」秩序が消費者公序（ないしは消費者保護公序）の支配を受けるのに対して、「一般私法」秩序は当事者の意思の自律もしくは自己決定権を基礎として、その秩序が形成されているものと捉えるわけである。

ここでは、それぞれの秩序において国家が果たす役割も、おのずから異なったものとなる。つまり、「一般私法」秩序では、国家の役割は、私人による自己決定とその結果を保障し、支援することにあるものと捉えられる。このような「一般私法」秩序のパラダイムは、まさに「近代民法」が基礎とするパラダイムである。さらに、最近強調されている

「契約の対等性」（Vertragsparität）を保障するための国家による私的生活関係への介入も、「一般私法」秩序の枠組みの下で捉えられ、正当化されることになる。これに対して、消費者公序に支配された「消費者私法」秩序では、ここでの消費者公序を社会国家・福祉国家論と結びつけて理解することにより、「消費者私法」秩序とは、社会的弱者たる消費者を保護することを目的とした「特別私法」秩序として捉えられることになる。私的自治・自己決定と対向する原理に基礎づけられ、消費者の利益を実現するために、国家が取引過程・取引内容に積極的に介入・形成することを認めるのが、「特別私法」たる「消費者私法」秩序だということになる。したがって、国家の役割も、社会国家・福祉国家の観点に出た市民の権利保護のための私的生活関係へのパターナリスティックな介入の点に求められることになる。

このように、「一般私法」秩序と「消費者私法」秩序の秩序形成原理面での異質性を強調したときには、民法と消費者法の関係、法典レベルで言えば、「一般民法典」と「消費者法典」とは異なった規範体系として捉えられるのが適当だということになる。とりわけ、社会的弱者保護のための法制度が「一般民法典」に規律されることなどされようものなら（ドイツ不動産賃貸借法の改正〔現代化〕でおこなわれたのが、これである）、異なった秩序形成原理に導かれた規範がひとつの法典を構成することをもたらし、その結果として、「一般私法」秩序自体が多元的なものとなってしまうという、体系的に見通しのきかない状態を招くことになってしまう。このように見れば、Ⅲ-1型のアプローチの下では、「特別私法」秩序としての「消費者私法」秩序を業法（事業法）秩序の内部に置くことは、（あくまでも、結果論であるが）「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序との混交を防ぎ、体系的な透明性を確保するという意義を（も）備えたものだと言うこともできる。

三　「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序の同質性を認める立場（Ⅲ-2型）

（1）緒論

「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序の異質性を認めるⅢ-1型のアプローチに対しては、「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序とが同じ原理に導かれ、形成された秩序であると捉えるアプローチ（本稿では、Ⅲ-2型と言うことにする）も存在する。消費者保護基本法から改まった消費者基本法の基本思想、さらに消費者契約法の基本思想も、このアプローチの下に成り立っているものと言える。

（2）市民法の原理から同質性を肯定する立場（Ⅲ-2-a型）

Ⅲ-2型のアプローチに属するもののうちの一種（本稿では、Ⅲ-2-a型と言うことにする）は、「消費者私法」秩序をもって、事業者・消費者間における「契約の対等性」の回復および消費者の自己決定支援を目的とした秩序と捉えることで、「消費者私法」秩序は「一般私法」秩序と同じ原理に基礎を置くものと考える立場である。自己決定結果を保障し、私人による自己決定を支援するという市民法の基本原理において、「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序とは共通の基盤に立脚するわけである。

このとき、それでは、「消費者私法」秩序が「一般私法」秩序から切り取られて、まさに「特別私法」として位置づけられることがあるのは、どこにその理由があるのかと言えば、それは、もっぱら、「契約の対等性」の欠如が事業者・消費者間取引に類型的（定型的）に存在するという点に起因するものであり、この類型的（定型的）状況に対応するための類型特徴的な規律として、「消費者私法秩序」が「特別私法」として装備された（にすぎない）と見るわけである。

このようなⅢ-2-a型のアプローチの下では、「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序とを同化させる可能性に道が開ける。ここでは、ドイツの債務法現代化に際しておこなわれたように、「消費者私法」を「一般民法典」に組み込ん

だとしても、これによって「一般私法」秩序の指導原理が混乱をきたすことはない。さらに進んで、「消費者私法」という衣をまとって開発された各種の制度やルールについても、それらが何も事業者・消費者間取引に限って妥当するものではなく、およそ「契約の対等性」が欠如するあらゆる場面に妥当するものであるとすることを介して、「一般私法」秩序のもとでの一般的な制度やルールとして整備されることも、ありうる。「特別私法」秩序の場を借りた「一般私法」秩序の継続形成である。ある業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序がⅢ-2-a型のアプローチの意味での「消費者私法」秩序として捉えられるべきものであるならば、こうした法典改正・秩序形成のダイナミズムを意識した解釈論が、そこでの「特別私法」秩序の下で考究されるべきものと思われる。

（3）社会法の原理から同質性を肯定する立場（Ⅲ-2-b型）

他方、私的生活関係において生じる法律問題を考える際に、「民法の社会（法）化」という視点で「一般私法」秩序を捉えると、ここでも、「消費者私法」秩序は「一般私法」秩序と同じ原理に基礎を置くものと考えられることになる（本稿では、Ⅲ-2-b型と言うことにする）。もっとも、この場合に想定される「消費者私法」秩序については、それをⅢ-2-a型のアプローチが基礎とするようなものとして理解することはできない。「消費者私法」秩序を新自由主義の考え方で基礎づけ、その一方で（取引を対象とするものに限定して言えば）「一般私法」秩序を社会国家・福祉国家のパラダイムで捉えるというのは、矛盾だからである。したがって、「民法の社会（法）化」という観点から「一般私法」秩序を捉えていくのならば、「消費者私法」秩序も、おのずから、Ⅲ-2型の社会国家・福祉国家のパラダイムで捉えるということにならざるを得ない。

この場合には、社会国家・福祉国家のパラダイムの下で「消費者私法」秩序と「一般私法」秩序とが同化されること

になる。ただし、言うまでもなく、これは、近代市民法のパラダイムとは違うし、現行の消費者基本法・消費者契約法の考え方とも違う。現行の消費者基本法・消費者契約法は、当否は措くとして、新自由主義の思想を背景としている（かつての消費者「保護」からのパラダイム転換を図った）ものだからである。

第四節　貸金業規制法四三条一項の「みなし弁済」規定と「特別私法」秩序

一　緒論

ここまで、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序の意義について、それが「一般私法」秩序との関係でどのように捉えられうるものなのか（「一般私法」秩序で認められている市民の権利に対する制約か、それとも、その発展・強化か）、それが「一般私法」秩序で妥当している法理としても捉えられうるときには、これまた業法（事業法）秩序との関連で捉えられることのある「消費者私法」秩序とどのように関係づけられるものなのかという観点から、整理をしてきた。こうした基礎レベルでの確認を経て、以下では、わが国において業法内部において存在している「特別私法」秩序の意味が問われている具体的な局面をとりあげ、そこでの議論の位置づけを図ることにする。

その際、検討の素材として、最近脚光を浴びている貸金業規制法四三条一項の「みなし弁済」規定を扱う。制限超過利息の弁済を有効とする利息制限法一条二項を事実上骨抜きにしたかつての最高裁判例法理に対し、立法府がこの判例法理を実質的に制約する内容を持つ貸金業規制法四三条一項を設けることによる対処をしたために、業法（事業法）秩

序と「一般私法」秩序との相克が生じていることは、衆目の一致するところではないかと思われる。貸金業規制法四三条一項では、「超過利息の支払いは有効か、無効か」という「一般私法」秩序レベルでの問題と、「登録の上での規制遵守」という業法（事業法）レベルの問題とが接ぎ木されているのであって[10]、その結果として、貸金業者としての登録をした者（登録貸金業者）のところでの制限超過利息の保持を正当化するという制度が、業法内部において存在している「特別私法」秩序として形成されているのである。

この貸金業規制法の内部に存在する「特別私法」秩序に対する理解をめぐって近時の最高裁判決に揺らぎが見られるのではないかという点については、すぐあとで触れる[11]。ただ、その前に一言だけ触れておくならば、これから述べるような最近の判例法理の変遷について、多くの消費者法学者・実務家がこれを消費者保護または弱者たる借主保護の観点から論じている点に、注意をしておく必要がある。このような見方があるため、業法（事業法）秩序の内部において存在している「特別私法」秩序の意義について、それが「一般私法」秩序との関係でどのように捉えられうるものなのかというレベルにとどまらず、貸金業の領域で「一般私法」秩序と「消費者私法」秩序とがどのように関係しあうのかというレベルでも説明を求められることになっているのである。

このような前提理解に出て、以下では、貸金業規制法四三条一項の下での制限超過利息の返還法理について、その概要を述べることにする。

二　貸金業規制法四三条一項の概要

貸金業規制法、正確には、貸金業の規制等に関する法律が制定されたのは、昭和五八年（一九八三年）のことである。

この貸金業規制法が制定される前には、制限超過利息の返還に関してよく知られた最高裁の判例法理が確立していた。それは、利息制限法[12]で、一条一項に定められた制限利息を超過する利息は無効というルールを定めつつ、同条二項で「債務者は、前項の超過部分を任意に支払ったときは、同項の規定にかかわらず、その返還を請求することができない」として、任意弁済された超過利息相当額は返還請求できないとのルールを置くことで制約しているところ、この利息制限法一条二項を形骸化する方向での法創造が判例によっておこなわれたというものである。その際に採られたのは、債務者の支払額はまず制限内利息、次に元本へと充当され、この順序での充当の結果として元本がゼロとなれば利息が発生しないから、なお超過支払部分があれば不当利得（非債弁済）として債務者が返還請求できるという考え方であった（最大判昭和三九年一一月一八日民集一八巻九号一八六八頁、最大判昭和四三年一一月一三日民集二二巻一二号二五二六頁ほか）。

これに対して、このような判例法理を立法によって修正した（もしくは後退させた）のが、昭和五八年の貸金業規制法四三条一項の規定であった。そこでは、貸金業者につき登録制度を導入したうえで、登録をした貸金業者（登録貸金業者）の債務者が制限超過利息を「利息として任意に支払った」場合に、貸金業者が所定の事項を記した「契約の内容を明らかにする書面」（一七条書面）と「受取証書」（一八条書面）を交付しているときには、利息制限法の「規定にかかわらず、有効な利息の債務の弁済とみなす」とした（貸金業規制法四三条一項の要件を充たす超過利息相当額の支払いは、有効な利息の債務の弁済と評価されるのだから、法律上の原因のない利得とならないというわけである。ここでは、貸金業者の登録を促し、国家によるコントロール下に置き事業活動に規制をかけることとの引き換えで、登録を促すべく、制限超過利息についての利得保持を許すという、アメとムチの政策的判断が実行されたものと言われている。

三　「みなし弁済」規定を定めた「特別私法」秩序とⅠ型・Ⅱ型のアプローチ

（1）Ⅰ型のアプローチ――金融事業の健全性確保と市民の権利制約

貸金業規制法自体は、その目的を定めた一条で、「この法律は、貸金業を営む者について登録制度を実施し、その事業に対し必要な規制を行うとともに、貸金業者の組織する団体の適正な活動を促進することにより、その業務の適正な運営を確保し、もって資金需要者等の利益の保護を図るとともに、国民経済の適切な運営に資することを目的とする。」と述べていることからも明らかなように、業法（事業法）として立案されたものである。金融秩序の健全性の確保をめざした業法（事業法）の中に、登録貸金業者に対する便宜を図った四三条一項の規定、すなわち私法上の効果を定めた規定が置かれたのである。こうした見方は、四三条一項の趣旨に関する次の指摘、すなわち、「貸金業規制法の制定は、まず法の入り口において貸金業に不適格な者を排除する登録制度を導入し、登録業者については種々の業務規制を課して、債務者が自らどのくらいの債務を有しているかさえわかっていないケースも稀ではなかった従来の貸付けの仕方を改めさせる旨の規制をしている。こうして行政庁の登録を受け、業務の仕方を規制されながら営業を行う貸金業者が、債務者の意思しだいで、利息制限法所定の金利を超過する部分について元本充当および返還請求権が認められるようでは、個々の取引がきわめて不安定な状態におかれ、書面の交付義務等の行為規制も実効あるものとなるに疑わしく、登録を受けずに貸金業を営むこと（いわゆるヤミ金融）が横行しないとも限らない。」という指摘[13]に、端的に示されている。

このように見たときには、貸金業規制法四三条一項の規定は、Ⅰ型のアプローチを採用した規定、つまり、金融事業の健全性確保に結びつけて、「一般私法」秩序の下で認められている市民の権利を制約するという内容を持った「特別

私法」秩序を成すものとして位置づけられる。そこでは、四三条一項の定める個々の要件事実については、「一般私法秩序」が制約された形で「特別私法」へと変質させられたものと捉え、貸金業規制法秩序の指導原理・目的に即し、かつ、事業活動の自由・営業の自由を原則として位置づけることを通じて、事業活動への過剰な介入とならないような解釈をおこなうべきであるというような理解が、基礎に置かれることになる。

ちなみに、貸金業規制法四三条一項に言及した最初の最高裁判決（最判平成二年一月二二日民集四四巻一号三三二頁）[14]が、同項に言う一七条書面および一八条書面の記載につき、貸金業規制法四三条一項または三項によって有効な利息または賠償金の債務の弁済とみなされるためには、一七条書面および一八条書面の記載が「法の趣旨に合致するものでなければならない」ことは言うまでもないと述べたことも、貸金業規制法四三条一項のこのような位置づけを支える方向で作用する可能性を有するものであった。しかも、この最高裁判決の調査官解説で、判決文中に示された一七条書面および一八条書面の記載が「法の趣旨に合致するものでなければならない」ということの持つ意味として、「記載事項を網羅していること、またその記載が事実と寸分違わず一致していることを要するという杓子定規的な解釈・適用ではなく、事案に即した幅のある弾力的な解釈・適用を容認する趣旨に窺われる」[15]と論評されたことが（そして、この調査官解説を書いた滝澤裁判官が裁判長をつとめた下級審判決[16]において、金融業者側の主張を容れて、天引利息に対して貸金業規制法四三条一項の適用を肯定したことも重なり）、そのような理解を増長させたように思われる。

このような理解に出た立場をより一般化させて言うならば、この立場は、貸金業規制法四三条一項の「みなし弁済」の要件について、一方では、規定文言の形式的解釈を通じて、事業活動に規制を加えることとなる結果を極力回避するとともに、他方では、「事案に即した幅のある弾力的な解釈・適用」[17]を促すことで、事業活動として不合理と評価されるものでなければ許されるとする立場であると言える。天引利息に対して貸金業規制法四三条一項の適用を肯定する

際にも、また、期限の利益喪失条項の有効性を主張する際にも、同様の思想枠組みに依拠して処理を図るべきだとするのである。

（2）Ⅱ型のアプローチ――事業者保護法としての貸金業規制法四三条一項の位置づけ

以上に見たのは、Ⅰ型のアプローチで貸金業規制法四三条一項の規定を捉え、金融事業の健全性確保に結びつけて、「一般私法」秩序の下で認められる市民の権利を制約した「特別私法」秩序を業法（事業法）内部に創設したものと捉える立場である。

これに対して、Ⅱ型のアプローチの下、貸金業規制法四三条一項の「みなし弁済」規定には、事業者保護法としての要素をも認めることができるとの立場もありうる(18)。最高裁にまであがってきた最近の一連の係争事例において、債権者（金融業者）側が主張している内容の背後には、このような考え方を見て取ることができる。そこでは、貸金業規制法四三条一項の「みなし弁済」の規定は、登録をすることでみずからの事業活動に対し国家による規制を受け入れるとの決断をした（その結果として、原則として認められるはずの事業活動の自由・営業の自由への制約を受け入れた）貸金業者に対して、私法レベルで超過利息保持の正当化という利益を与えたものだと理解されることになる(19)。

ここまで進むと、貸金業規制法の内部に存在する「特別私法」である四三条一項の「みなし弁済」規定の意味としては、業法（事業法）の規制目的に即して「一般私法」の下で認められる市民の権利を制約したものであるとされることとあわせて、この規定は金融業者のパターナリスティックな保護を目的とした規範であるとの理解（ひるがえって、この規定は借主の利益保護を主たる目的〔保護法益〕とした規範でない――借主の利益は、単なる反射的利益に過ぎない――との理解）がされることになる。

ここでは、貸金業規制法の下での「特別私法」秩序を理解するというときでも、事業者保護というパターナリズムの観点から「みなし弁済」の問題を位置づけるⅡ型のアプローチと、事業の健全性確保という規制・監督面に結びつけて「みなし弁済」の問題を位置づけるⅠ型のアプローチとは異質なものであるという点に、留意すべきである。

（3）借主の権利剥奪と、「特別私法」秩序の下での規範が妥当するための要件（「一般私法」秩序から「特別私法」秩序への平面移行のための要件）の厳格解釈

Ⅰ型・Ⅱ型のアプローチとの関連では、さらに、留意しておくべき点がある。それは、Ⅰ型・Ⅱ型のアプローチを採ったからといって、貸金業規制法四三条一項の解釈にあたり、すべてが登録金融業者の有利に働くというわけではないという点である。

それというのも、Ⅰ型・Ⅱ型のアプローチは、業法（事業法）秩序の中に組み込まれた「特別私法」秩序の下で「一般私法」秩序が制約を受けるというものであって、ここでは、この「特別私法」秩序の意味を公益や事業の健全性の確保という事業規制・監督面に関連づけて捉えようが、事業者保護というパターナリズムの観点から捉えようが、「一般私法」レベルで保障されていた借主の権利が、借主にとって不利な方向で削減されるという状況が出てくるからである。

このように、「一般私法」レベルで認められた借主の権利を剥奪するという効果を伴って業法（事業法）内部の「特別私法」秩序が作り出されているときには、当該業法（事業法）に特化された理由に基づく権利剥奪が正当化されるものである以上、「特別私法」秩序の下での規範が妥当するための要件、つまり、契約当事者間の法律問題を当該業法（事業法）へと組み入れるための要件、私法秩序に着目して言えば、「一般私法」秩序から「特別私法」秩序への平面移行のための要件は、厳格に解されなければならず、「特別私法」秩序への入り口となる業法（事業法）秩序の妥当性を根

拠づける要件については、「幅のある弾力的な解釈・適用」がおこなわれてはいけないとの帰結が導かれることになる。[20]

さらに、これに加えて、借主の権利を剥奪するという点を、こうした実体面での正当性のみならず、権利剥奪手続面での正当性という観点から捉えたときには、自己の行動の結果として「一般私法」秩序の下で保障されていた権利が、いまや「特別私法」秩序が妥当することによって剥奪されることとなる借主側に対して、自己の行動およびそれに伴う権利剥奪の意味と内容が認識できるような状態にしておくこと、とりわけ契約内容および返済行動に向けた認識を形成し、判断・決定に必要な情報を提供すること（透明性・明確性の要請）も、求められるであろう。[21]

このように見れば、貸金業規制法四三条一項に書かれている一七条書面および一八条書面の意味および交付時期に関して、一連の最高裁判決がきわめて厳格な態度を示しているのも、肯ける。全体を通覧しただけでも、①超過部分の利息の支払いが貸金業規制法四三条一項によって有効な利息の債務の弁済とみなされるためには、その支払いが貸金業者の預金口座（・貯金口座）への払込みによってされたときであっても、特段の事情のない限り、貸金業者は、払込みを受けたことを「確認した都度、直ちに」、一八条書面を債務者に交付しなければならないとする最判平成一一年一月二一日民集五三巻一号九八頁、[22]②一八条書面は、弁済を受けた都度、直ちに交付することが義務づけられているものであり、貸金業者が弁済を受ける前に、一八条一項所定の事項が記載されている書面を債務者に交付したとしても、一八条書面の交付があったということはできないとする最判平成一六年二月二〇日民集五八巻二号三八〇頁、③一七条書面には、一七条一項所定の「すべて」が記載されていることを要し、その一部が記載されていないときは、有効な利息の債務の弁済とみなすことはできないとし、また、一八条書面の交付は、弁済の「直後に」しなければならないとする最判平成一六年二月二〇日民集五八巻二号四七五頁、④一七条一項所定の事項のうち、確定的な記載が不可能な事項があったとしても、貸金業者には「当該事項に準じた事項」を記載すべき義務があるのであって、一七条書面として交付され

た書面に「当該事項に準じた事項」の記載がないときは、一七条書面の交付があったとは認められず、四三条一項の規定の適用要件を欠くとする最判平成一七年一二月一五日判タ一二〇三号六九頁、⑤一七条一項および一八条一項所定の事項の記載内容が正確でないときや明確でないときには、四三条一項の規定の適用要件を欠くというべきであって、有効な利息の債務の弁済とみなすことはできないとする最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号九三頁などがある。

いずれにせよ、ここでは、次に述べる点と比較する意味で、「一般私法」秩序の下で認められている借主の権利の保護が、「特別私法」秩序により剥奪されているのであって、「特別私法」秩序が設けられることによって、「一般私法」秩序では認められていなかった借主の権利の保護が追加されることになっているのでない点を、指摘しておきたい。

四　「みなし弁済」規定を定めた「特別私法」秩序とⅢ型のアプローチ

これに対して、ごく最近、立て続けに出ている四三条をめぐる最高裁判決が採用している法理には、（Ⅱ型でないことは言うまでもないし、さらに）Ⅰ型のアプローチの範疇に属さないものが含まれている（最判平成一八年一月一三日判タ一二〇五号九九頁〔第二小法廷〕、最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号一〇五頁〔第一小法廷〕、最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号八五頁〔第三小法廷。生命保険証券及び傷害保険証券返還等請求事件〕、最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号九三頁〔第三小法廷。不当利得返還請求事件〕。これら一連の最高裁判決は、第二小法廷にはじまり、第一・第三小法廷でも採用されたものである）。

そこでは、①債務者が、事実上にせよ強制を受けて利息の制限額を超える額の金銭の支払いをした場合には、制限超過部分を自己の自由な意思によって支払ったものということはできず、貸金業規制法四三条一項の規定の適用要件を欠

くとの基本法理を確認したうえで、②超過利息の支払いを義務づけた上で支払懈怠の場合に期限の利益を失わせ、制限利率を超えた金利での損害金とともに債務全額を即時弁済させる旨の約定に基づく利息の支払いは、債務者が自己の自由な意思に基づいて支払ったものとはいえないとするものである[23]（最判平成一六年二月二〇日民集五八巻二号四七五頁における滝井繁男裁判官の補足意見が、その後の判決を重ねる中で、いまや最高裁の判例法理として確立したものと言えよう[24]）。

この判例法理を、「一般私法」秩序との比較において業法（事業法）秩序の中の「特別私法」秩序を捉えたときには、そこでは、「みなし弁済」の適用に際しての一七条書面の意味や一八条書面の意味を厳格に解する判例と違い、Ⅲ型のアプローチ、すなわち、「一般私法」秩序の下で認められる市民の権利の拡張・強化という観点から、業法（事業法）秩序の中の「特別私法」秩序の位置づけがされているものと見るのが適切である。民法と利息制限法の関係から解きほぐしてみれば、次のような説明をするのが一貫するからである。

まず、民法と利息制限法との関係については、次のように言うことができる。すなわち、利息の契約は有効であるが、高利を目的としたものは、それが暴利行為と評価されるときには、民法九〇条により無効とされる。もっとも、一般に、ある法律行為が暴利行為と言えるには、給付と反対給付との間に重大な不均衡が客観的に存在していることだけでなく、主観的な悪性も要求されるところ、利息制限法一条一項は、利率という客観的指標によって、利息の契約の有効性を決することで、公序良俗違反を定型的に処理しうるようにしたのだとの理解である。ところが、貸金業規制法四三条一項は、同条所定の要件を充たした任意弁済がされると、それを「有効な利息の債務の弁済」とみなすことで、「一般私法」秩序、すなわち、利息制限法一条一項の基礎にある超過利息禁止の法理を制約している。

ここに、先ほど述べた最近の判例法理を結びつけると、どのような枠組みが浮かび上がってくるであろうか。

最近の判例法理は、借主履行遅滞の場合に制限超過利息の支払義務をも含めて期限の利益を喪失させる条項が約定されているときに、かかる条項の下での弁済は事実上「強制されて」おこなわれたものであって、「自己の自由な意思に基づいて支払ったものとはいえない」とし、任意弁済性を否定することで、過払分の返還請求を認めたものである。借主の心理的窮状につけこんだ点に着目することで、制限超過利得を内容とする利息の契約につき、これを一部無効（超過部分につき無効）としつつ、超過部分も含めた期限の利益喪失条項を導入したという事実が履行行為に対する自己決定面で借主に与える影響を考慮して、弁済の任意性を判断したものである。そして、これにより、超過利息に対応する金額の金融業者への帰属・保持を否定したのである。

ここには、ドイツにおいて、一連の連邦憲法裁判所・連邦通常裁判所の判決で「契約の対等性」が考慮に入れられ、十分な支払能力のない者に対する心理的窮状につけこんだ金銭消費貸借契約や貸金債務保証契約が「暴利行為類似の行為」として無効とされたのと[25]、（もとより、ドイツで開発された法理が「契約の無効」を導くためのものであるのに対し、ここでの問題が「弁済行為の任意性」を否定するものである点で異なるにせよ、判断の基礎を成す思想面において）同じ考慮が見られる。

その意味で、上述した最近の最高裁判決では、「一般私法」秩序を支配する思想・原理に基づいた判断が、「特別私法」秩序の中でおこなわれているものと見ることができる。ここからは、貸金業規制法四三条一項をめぐる最近の最高裁判例法理がおこなっているのは、「一般私法」秩序の構築であって、「特別私法」秩序に属する作業ではない――したがって、「一般私法」秩序の下で認められた市民の権利の拡張・強化ではない――と言うこともできる。しかし、それでも、上記の判例法理は、仮に貸金業規制法四三条一項がなければ――少なくとも、現時点では――登場しなかったものであろうものである[26]。この点では、ここでは、「一般私法」秩序の下で認められた市民の権利の拡張・強化というⅢ型のア

プローチが基礎に置かれていると見てよい。むしろ、貸金業規制法四三条一項という「特別私法」秩序の下で構築された法理が、「一般私法」秩序における「契約の対等性」の考慮、ひいては暴利行為論にも照射される可能性を含んだものだということなのであろう。というのも、ここでは、本稿の前半でⅢ-1型について述べたような、「特別私法」秩序の場を借りた「一般私法」秩序の継続形成（対価と反対給付〔元本の使用〕との均衡に関する暴利行為論の継続形成）がおこなわれているものと見ることができるからである。

第五節　結びに代えて

紙幅も尽きたので、最後に一点だけ付け加えれば、第三節の末尾と第四節で取り上げた最近の貸金業規制法四三条一項をめぐる判例の動きがⅢ-2型のアプローチに依拠した「消費者保護」の観点からのものだと言うのには、問題がある。「みなし弁済」要件としての一七条書面・一八条書面の意義を厳格に捉えるというのは、Ⅰ型のアプローチであるし、期限の利益喪失条項の効力に関連づけた弁済の任意性に関する判例も、Ⅲ-1型のアプローチを基礎とするものだからである。もちろん、「保護」という表現が何を意味するのかにもよるが、「秩序」と「秩序」の間の融合・溶解と峻別を論じるうえで基本となる思想・原理面での捉え方の点で、安易な説明や妥協は許されるものではない。その意味では、この点に関する説明を抜きにして、今般の動きを「消費者の保護」とか「借主の保護」といった共通枠で括ることに対しては、疑念を禁じえないということを述べて、本稿の結びとする。

（二〇〇六年三月二八日報告稿）

(10) 平田・前掲六七六頁を参照。

(11) 裁判例の展開については、鎌野邦樹『金銭消費貸借と利息の制限』（一粒社、一九九九）、長尾治助監修・みやこ法律事務所編『新版判例貸金業規制法』（法律文化社、二〇〇五）および森泉編・前掲書が詳しい。

(12) 〔利息制限法一条〕

（一）金銭を目的とする消費貸借上の利息の契約は、その利息が左の利率により計算した金額をこえるときは、その超過部分につき無効とする。

元本が一〇万円未満の場合　　年二割

元本が一〇万円以上一〇〇万円未満の場合　　年一割八分

元本が一〇〇万円以上の場合　　年一割五分

（二）債務者は、前項の超過部分を任意に支払ったときは、同項の規定にかかわらず、その返還を請求することができない。

(13) 大蔵省銀行局内貸金関係法令研究会編『一問一答貸金業規制法の解説』（金融財政事情研究会、一九八三）一二〇頁。

(14) 貸金業規制法四三条一項の「債務者が利息として任意に支払った」および三項の「債務者が賠償として任意に支払った」とは、債務者が利息の契約に基づく利息または賠償額の予定に基づく賠償金の支払いに充当されることを認識した上、自己の自由な意思によってこれらを支払ったことを言うのであって、債務者において、その支払った金銭の額が制限内利息または賠償額の予定の制限額を超えていることや、当該超過部分の契約が無効であることまで認識していることを要しないとしたものである。

(15) 滝澤孝臣「調査官解説」最高裁判所判例解説民事篇平成二年度五六頁。

(16) さいたま地判平成一三年一一月三〇日判タ一〇九二号二八三頁、東京地判平成一四年一二月二六日判時一八二四号六五頁。

(17) 〔利息制限法二条〕

利息を天引した場合において、天引額が債務者の受領額を元本として前条第一項に規定する利率により計算した金額をこえるときは、その超過部分は、元本の支払に充てたものとみなす。

(18) 吉野正三郎「利息天引と貸金業規制法四三条」銀行法務二一・五九一号五〇頁以下、五二頁（二〇〇一）。「受領した制限超過利息については債務者からの返還請求を拒否できるという『特典』を与えた」と言う。貸金業規制法四三条一項につき「アメ」と「ムチ」が説かれるときの、まさに「アメ」に当たるものである。

(19) 森泉章編著・前掲書四頁以下は、「法がいわゆる『みなし弁済』規定を設け（法四三条）、貸金業者の利益をも保護していることからすれば、真の立法目的がサラ金被害の除去以外のところにあったのではないかという批判を免れない」と説く。

(20) 鎌野邦樹「利息制限法・貸金業規制法の今日的課題」千葉大学法経論集一八巻一号八五頁以下、一一七頁（二〇〇三）も、「一七条書面及び一八条書面の各記載事項は、法及び同法施行規則が同法の目的である貸金業者の業務の適正な運用の確保及び資金需要者の利益の保護（法一条）にとって必要不可欠な事項を定めたものと見ることができ、また、同法四三条一項が、本来は無効な制限超過利息の支払について特に例外的に有効な弁済とみなしたことに照らすと、この点は厳格に解釈し適用する必要がある」と言う。

(21) 一七条書面・一八条書面の交付要件を借主に対する説明義務と結びつけて捉えようとする平田・前掲六六五頁、六七六頁や、鎌野・前掲一一七頁、一二四頁も、同旨と思われる。もとより、ここでの説明義務とは、自己決定基盤の整備に結びつけられた説明義務（情報提供義務）ではなく、まさに給付・反対給付（および債務〔給付義務〕の履行と受領）それ自体についての情報提供に結びつけられた――その意味で、内容開示にかかる――ものである。

(22) この判決（口座振込による超過利息の支払いと一八条書面の要否を扱ったもの）が、既に、一八条書面に関して、「債務者は、受取証書の交付を受けることによって、払い込んだ金銭の利息、元本等への充当関係を初めて具体的に把握することができるから」という点を、一八条書面を必要とする理由として挙げていた。

(23) この種の期限の利益喪失条項は、法律上は「一部無効であって、制限超過部分の支払いを怠ったとしても期限の利益を喪失することはない」が、この条項の存在は、「通常、債務者に対し、支払期日に約定の元本及び制限超過部分を含む約定利息を支払わない限り、期限の利益を喪失し、残元本全額及び経過利息を直ちに一括して支払う義務を負うことになるとの誤解を与え、その結果、このような不利益を回避するために、制限超過部分を支払うことを債務者に事実上強制することになる」からである。前掲最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号九三頁。

ちなみに、森泉編著・前掲書三一一頁（鎌野邦樹）には、「グレーゾーンの利息といえども、利息制限法の制限を超過する部分に限り無効である。したがって、超過部分については債務者に支払義務はない。その結果、（制限法違反の）約定利息の支払いを怠ったときは元本の期限の利益を失う旨の特約は、その限りで無効である。つまり、超過部分については特約の効力は生じないというべきであろう。」との説明がある。期限の利益喪失特約の（一部）無効を説く点ではこれでよいが、これだけだと、借主からの超過利息を含む弁済行為について「みなし弁済」性を否定することができない。「みなし弁済」が問題となるのは、まさに利息制限法一条一項により支払義務のない超過利息部分についての弁済行為をもって、有効な利息の債務の弁済とみなしているのだから、単に特約の無効を述べただけでは足りず、弁済行為の任意性をも否定しなければならないからである（期限利益喪失特約が、その喪失事由の不明確さまたはその事由が債務者にとって不当な不利益を強いる結果になるとき、その特約自体が無効となるという点だけなら、標記問題が表面化する前から、既に指摘されていたところである。於保不二雄編『注釈民法（四）』〔有斐閣、一九六七〕四一四頁〔金山正信〕）。この点について、最高裁の法理に一日の長がある。

(24) 最判平成一六年二月二〇日民集五八巻二号四七五頁は、①貸金業規制法四三条一項は利息制限法一条一項についての特則規定であり、同法二条の規定の趣旨からみて、二条の特則規定ではないこと（天引利息に、貸金業規制法四三条一項の適用はない）、②一七条書面には、法一七条一項所定の「すべて」が記載されていることを要し、その一部が記載されていないときは、有効な利息の債務の弁済とみなすことはできないこと、③一八条書面の交付は、弁済の「直後に」しなければならないこと（弁済の日から二〇日あまり経過後の取引明細書の交付は、これに当たらない）を判示したものであった。これに対する滝井裁判官の補足意見は、①天引利息を債務者が自己の自由な意思に基づいて支払ったとはいえないこと（任意性の否定。天引利息に、貸金業規制法四三条一項の適用はない）、②超過利息の支払いを義務づけた上で支払懈怠の場合に期限の利益を失わせ、制限利率を超えた金利での損害金とともに債務全額を即時弁済させる旨の約定に基づく利息の支払いは、債務者が自己の自由な意思に基づいて支払ったものとはいえないこと、③一七条書面・一八条書面には所定の事項がすべて記載されているということだけでは足りず、それらの事項が正確かつ容易に理解できるように記載されていなければならないこと（一七条書面は、本来、一通の書面によるべきこと）、④弁済期の延長による契約内容の変更の場合には、変更内容を記載した一七条書面の交付が必要であることを示したものである。

本文で触れた点以外でも、天引利息の任意弁済性を否定する理由づけの点で、法廷意見の①と滝井意見の①の違いが重要である。前者は形式的理由づけ、後者は実質的理由づけという違いという理解をすること以上に、前者はⅠ型のアプローチ、後者はⅢ-1型のアプローチを基礎としている点で、大きな違いがある（法廷意見の①の理由づけについては、その後の最判平成一六年七月九日判タ一一六三号一一三頁でも繰り返されている）。

ちなみに、滝井補足意見で示された点では、透明性・明確性の要請に関連する③の点も特徴的であるところ、この点も、のちに、（-1）貸金業規制法一七条一項所定の事項のうち、確定的な記載が不可能な事項があったとしても、貸金業者には「当該事項に準じた事項」を記載すべき義務があるのであって、一七条書面として交付された書面に「当該事項に準じた事項」の記載がないときは、一七条書面の交付があったとは認められず、四三条一項の規定の適用要件を欠くとした最判平成一七年一二月一五日判タ一二〇三号六九頁。リボルビング方式の貸付けについて、確定的な返済期間、返済金額等を一七条書面に記載することが不可能であるからといって、貸金業者は、返済期間、返済金額等を一七条書面に記載すべき義務を免れるものではない。貸金業者には、個々の貸付けの時点での残元利金について、最低返済額および経過利息を毎月一五日の返済期日に返済する場合の返済期間、返済金額等を一七条書面に記載することは可能だから、これを確定的な返済期間、返済金額等の記載に準ずるものとして、一七条書面として交付する書面に記載すべき義務があるとした）や、（-11）貸金業規制法一七条一項所定の事項の記載内容が正確でないときや明確でないときにも、同法四三条一項の規定の適用要件を欠くというべきであって、有効な利息の債務の弁済とみなすことはできないとした最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号八五頁および最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号九三頁で、今日では判例法理として確立したものと言える。

とりわけ、日賦貸金業者による超過貸付けを扱った前掲最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号八五頁では、（a）借換えの際の借用証書の「契約手渡金額」欄に、実際に手渡された金額ではなく、実際に手渡された金額とその直前の貸付金の残元本の金額との合計金額が記載されていた場合には、これらの借用証書の上記事項の記載内容は正確でないことと、（b）一七条書面には「各回の返済期日及び返済金額」を記載しなければならないところ、借用証書に集金休日の記載がされていなかったときには、その記載内容は正確でなく、また、「その他取引をなさない慣習のある休日」を集金休日とする旨の記載は、明確でないことが強調されている。

(25) この点に関しては、児玉寛「無資力近親者による共同責任をめぐる判例の展開」法学雑誌四一巻四号六七三頁以下（一九九五）、原田正和「巨額な共同責任の反良俗性――ドイツ良俗則の最近の展開――（一）（二）完」法学論叢一四七巻一号二四頁以下、一四八巻一号八五頁以下（二〇〇〇）、同「極端に巨額な保証債務の反良俗性――ドイツ良俗則の最近の展開・その二――（一）（二）完」法学論叢一四八巻二号一八頁以下、一四九巻五号四六頁以下（二〇〇〇～二〇〇一）、斎藤由起「近親者保証の実質的機能と保証人の保護――ドイツ法の分析を中心に――（一）～（三）完」北大法学論集五五巻一号一一三頁以下、二号六五七頁以下、三号一一九頁以下（二〇〇四）。

(26) 最判平成一八年一月二四日判タ一二〇五号九三頁における上田豊三裁判官の意見が、本件において債務者らが弁済をしたのは、約定利息につき期限の利益喪失条項のある下でしたものではあるが、詐欺・強迫あるいは貸金業規制法二一条で禁止している取立行為に基づいてしたものであることをうかがわせる事情が認められないので、本件各弁済は、債務者らが約定利息の支払いに充当されることを認識した上、自己の自由な意思によってしたもの、すなわち債務者らが利息として任意に支払ったものというべきであると述べたのは、従前の「一般私法」秩序の下での（公序良俗・合意の瑕疵にかかる）規範認識を基礎としたものと言える。

報告二

消費者保護における刑法の役割

佐伯仁志

一　はじめに

東京大学の佐伯でございます。今日はお呼びいただきましてありがとうございます。私は雨男かもしれないと以前から思っていましたが、雪男かもしれないということを今回自覚いたしました（笑）。

「消費者保護における刑法の役割」ということで、簡単に話をさせていただきます。レジュメにありますように、全体が三つの部分に分かれています。まず、消費者の刑法的保護が現行法の下でどのようになっているかという、現行法の枠組みについて簡単にお話し申し上げたいと思います。続きまして、そのような現行法における消費者の刑法的保護の限界とでも申しますか、刑法的保護であることからくる制約ということについてお話し申し上げたいと思います。そして最後に、従来は民法と刑法、あるいは私法と刑法というのは画然と分けられていたわけですが、最近では、刑事司法制度の中で被害者を救済するためにはどうすればよいかということが盛んに議論がなされるようになっておりまして、刑事法の枠内で被害者の救済を図るための新しい立法がなされ、あるいは準備されていますので、その点をご紹介したいと思っております。

二　現行法の枠組み

まず現行法の枠組みですが、消費者の刑法的保護は、大きく分けますと刑法犯による保護と、それから行政法、いわゆる業法の刑罰規定による保護の二つに分けることができます。刑法の犯罪規定として、最も中心となるのは詐欺罪です。また、組織的犯罪処罰法の中に詐欺罪の加重処罰規定である組織的詐欺罪というものも設けられておりまして、大規模な詐欺事件に対しましては、この組織的詐欺罪が適用されるようになっています。

もちろん消費者の刑法的保護は、経済取引の場面だけではありませんで、例えば薬害事件においては業務上過失致死傷罪の適用が問題となりますが、議論が拡散してしまいますので、今日は詐欺罪に限りたいと思います。

もう一つの業法の刑罰規定は、行政法的な規制の実効性を刑罰で担保するというものです。ご存じのように、多くの

行政法規の最後には、おまけのような形で罰則が付いておりまして、行政法規の目的を達成する、その執行を担保するために刑罰規定がたくさん設けられております。消費者保護に関連する業法の規定をいくつかの分野に、決して網羅的でも理論的でもありませんが、一応分けてみますと、第一に、商品の安全性確保のための法律があります。例えば、食品衛生法ですとか建築基準法ですとか薬事法等々の法律の中に罰則が設けられています。第二に、商品の規格や表示の適正化を図るための法律、ＪＡＳ法、商標法、景表法等々の法律にも罰則が付いております。第三に、契約関係の適正化を図るための法律があります。代表的な法律は特定商取引法ですが、その他にも、商品取引所法、証券取引法、海外先物取引規制法、投資顧問業法、宅建業法、貸金業規制法等々たくさんの法律があります。

これらの刑罰規定の規制の仕方としては、一番目は事業者を規制する、つまり、適正な事業者だけが事業に携われるように事業者の規制をするということがあります。許可制、登録制、届出制と、だんだん規制が弱くなっていきますが、そのような事業者規制を行って、これに違反したものを処罰する方法があります。例えば許可制ですと無許可営業罪、登録制ですと無登録営業罪というような形で許可や登録をしないで営業を行う事業者を規制することになります。ただ、最近の規制緩和による事前規制から事後規制という流れの中で、このような事業者規制はだんだん少なくなってきていますし、特定商取引法のように最初からこのような事業者規制をしていない法律もあります。

二番目は、取引に必要な情報の開示を義務づけるということです。言うまでもないことですが、消費者が自分の身を守る、あるいは適正な取引を行うためには適切に情報が開示される必要がありますので、各種業法では、情報の開示を義務づけて、その違反に対して刑罰を科すということが行われています。例えば書面の交付を義務付けて、書面交付義務違反を処罰する。あるいは重要事項を告知することを義務付けて、その不告知、あるいは虚偽告知を処罰するというようなことが行われております。

三番目は、消費者に被害を及ぼすおそれのある一定の行為を禁止して、その禁止に違反した場合に処罰するということがいろいろな法律で行われております。例えば貸金業規制法の中には、不当な取立行為を類型化して禁止し、その禁止に違反した場合に処罰するということが行われています。あるいは証券取引法や投資顧問業法など、市場における取引を規制する法律の中には、不公正な取引、相場操縦などが代表例ですけれども、不公正な取引を禁止処罰する規定がございます。

四番目は、行政調査や行政処分の実効性を担保するために刑罰が使われるというものです。多くの業法には事業者に対して行政庁による検査を受ける義務が設けられていまして、そのような検査を妨害したり、忌避したりする行為を処罰する規定が設けられています。また、行政処分の実効性を担保するために、違法な行為を行った事業者に対して業務停止命令が出された場合には、その命令に違反した者を処罰するというような規定になっています。

以上、非常に大ざっぱに行政的な規制をご紹介したわけですけれども、このような行政的規制の特徴としましては、被害が多発して社会問題化すると、それに対応して規制が強化され、それに伴って刑罰も強化されるということが繰り返されているということがあります。このことは、業法の刑罰規定が被害者保護に役立っていないではないかという批判を受ける理由になっているわけですが、次ぎに申し上げます刑法の謙抑性という観点からするとある程度やむを得ない面もあるように思います。

三　刑法的保護の限界

今申し上げましたような現行法の枠組みの中で消費者の刑法的保護が行われているわけですが、そのような刑事的保

護、刑法的な保護の限界とでも申し上げるべき点を幾つか挙げさせていただきたいと思います。

まず第一に、立証の困難という問題があります。言うまでもないことですけれども、刑事訴訟におきましては疑わしきは被告人の利益にという大原則があり、被告人を処罰するためには「合理的疑いを超える証明」という高度の証明が必要であるとされています。そうすると、かなり疑わしい取引が行われていて被害が発生していても、刑事的に介入するということが難しい場面が多数出てまいります。詐欺罪に関して言えば、従来は、支払能力・支払意思が明らかにないにもかかわらず、それを相手方に告げることなく取引を行って損害を与えたというような場合に、はじめて詐欺罪で摘発し、処罰するということが一般でした。そうすると、例えば悪質な利殖商法で一般消費者からお金を集めて、最終的に破綻して大きな損害を与えるというような事件におきましては、被害が最初に発生した時点では規制することが難しくて、多数の被害が生じて事業が破綻したことが明らかになっているにもかかわらず、事業を続けてさらに被害を拡大したというような場合に、はじめて詐欺罪の規定が発動されるというようなことになっていたわけです。

理論的には、同和商品事件と呼ばれる事件に関する最高裁判例（最決平成四年二月一八日刑集四六巻二号一頁）によりますと、詐欺罪が成立するためには今申し上げたような支払能力、意思がないにもかかわらず、これを告げないで取引をしたということは必須の条件ではないわけです。そういう場合でなくても、すなわち、支払能力や意思がないということが立証できない場合であったとしても、ある重要な事実を告げていれば相手方、被害者が取引に応じなかったということさえ立証できれば、理論的には詐欺罪は成立するとされています。この同和商品事件というのは、先物取引の事件ですけれども、いわゆる客殺し商法によって、必ず取引の相手方、顧客が損をするような仕組みになっていた、そして、実際にも損害を与えたという事件で、もちろんそのような仕組みになっていることを顧客が知っていれば取引に応じなかったことは明らかですので、支払能力、意思にかかわらず詐欺罪が成立するということを判示したものです。

この判例は学説においても支持されているわけですけれども、しかし現実に詐欺罪で立件し、裁判で証明するためには、事業が行き詰まって破綻し、全体の構図が分かってからでないと難しいということで、どうしても現実の問題としては支払能力や意思を問題として詐欺罪の立件が行われるということになりがちです。そういう意味で、刑罰規定は、被害者の救済にはあまり役に立っていない、被害者がたくさん生じてからやっと刑罰規定が発動されるということになってしまっています。

先ほど触れました業法の中の、例えば特定商取引法の中に規定されております重要事項不告知罪、あるいは虚偽告知罪は、今申し上げましたような立証を必要としませんので、被害者の早期の保護という観点からは非常に重要な意義を持っています。詐欺罪との関係でも、まずこの重要事項不告知罪・虚偽告知罪で捜査を始めて、証拠を集めて詐欺罪で立件するということがしばしば行われていまして、そういう捜査の端緒としての機能も有しています。

二番目は、今の立証の困難さということとも関連しておりますけれども、適法な取引と刑法で処罰されるべき違法な取引を区別することがしばしば困難であるという問題があります。今、適法な取引と刑法で処罰されるべき違法な取引と申し上げたわけですが、実は問題はもう少し複雑で、適法な取引と違法な取引とさらにその中間に刑法で処罰されるような違法な取引、可罰的違法という言葉を使いますと、可罰的違法な取引と三種類あって、特にその中間のグレーゾーン、私法上は違法であるけれども、刑法の規定には必ずしもぴったり当てはまらないというようなものをどういうふうに切り分けるかということがなかなか難しくて、よく問題になっています。もちろん、グレーゾーンの中でも、これは刑法的にも黒であるということで摘発がなされて、有罪となった事件もいくつかあります。そこに挙げた最決昭和六〇年一二月一二日というのは、E・Sプログラムと呼ばれる、人工宝石を介在させたねずみ講を処罰した事件です。ご承知のように特定商取引法はマルチ商法については全面禁止ではなく、厳しい規制をするということになっておりまして、

一応マルチ商法自体を禁止・処罰はしていないわけです。竹内昭夫先生のご論文を読みますと、これはマルチ商法を実質的に禁止・処罰しているのだ、こういう厳しい規制をかければマルチ商法はなくなるはずなのだ、というようなことが書かれていますけれども、その後の経緯を見るとマルチ商法は消滅したわけではなく、現在に至るまでマルチ商法の問題は続いています。そうしますと、いろいろな消費者被害を巻き起こしているマルチ商法の中でも、ねずみ講として処罰されるべきものとそうでないものとがある、それをどうやって区別するのかが問題となります。物品を介在させていても、それが形式的なものであると見れば、ねずみ講に当たると言われていますけれども、どういう場合が形式的に介在させているだけで、実質的にねずみ講といえるかの判断は、難しい場合も多いだろうと思います。

同じことは、商品預託商法と呼ばれるような商法と、出資法で禁止・処罰されている預かり金との区別の場合にもしばしば問題となるところです。最近、最近といってもだいぶ前になりましたが、和牛を預かって利益を挙げる商法、これは当時新聞や週刊誌などで宣伝されていたものですが、このいわゆる和牛商法が問題となって、結局、出資法の預かり金に当たるとされて摘発・処罰されています（浦和地判平成一〇年三月二六日公刊物未登載）。

今申し上げました二つは実際上の問題ですけれども、三番目は、もう少し理念的・原理的な問題で、罪刑法定主義の問題です。刑法の大原則である罪刑法定主義からは、事前に行為者が、何が処罰されるのかということが明確に分からなければいけませんので、業法における罰則については、処罰される行為を類型化して明確な基準を示すということが要請されます。そうすると、どうしても処罰範囲から漏れるものが出てくるわけで、消費者保護を十全にするという観点からすると、脱法行為を許すことになってしまいます。不公正な取引を禁止処罰するというような包括的な規定もなくはありませんで、例えば証券取引法などにはございます。最高裁判所はそういう規定であっても憲法違反ではない、罪刑法定主義には違反しないと判示しておりますので、憲法違反か憲法違反でないかということであれば、かなり包括

的な規定を設けておくということもできなくはないのかもしれませんが、本当にそれで罪刑法定主義上問題ないのかはかなり疑問があります。また、仮に罪刑法定主義に違反しないとしても、そのような包括的規定というのはどのような場合に発動してよいのかが取り締まる側にもよく分かりませんので、実際には使われない規定になってしまうという問題があります。警察や検察の側としても、自信を持って適用できないようなあいまいな規定というのはあってもなかなか使えないわけです。そういう意味で、どうしても脱法行為が横行しがちになってしまうわけです。

四番目は、先ほども触れましたけれども、刑法の謙抑性・補充性という観点からの制約です。刑法の最終手段性とも言われますけれども、他の手段で目的を達成できる場合には、刑法はなるべく出ていくべきではないということです。このこと自体はおそらく異論のないところだろうと思いますが、我が国で問題なのは、刑罰が出ていかないときに他の手段があるのかというと、しばしば他の手段はないということです。アメリカなどと比べますと、日本は行政制裁の制度が必ずしも発達していないということがあります。アメリカでは、行政制裁としてのシビルペナルティー（civil penalty）が広範に用いられていますけれども、日本では独禁法や証券取引法の課徴金がそういう機能を持っているぐらいで、他の分野、特に消費者保護の分野では行政制裁金のような制度は存在していないわけです。実体面で行政制裁などの、刑罰以外の執行手段が限られているという問題があるほかに、手続の面でも行政調査の権限は整備されているとはいえません。そういう制約から、過去の事例を見ますと、本来はまず行政が介入して消費者保護を行う、それで十分でない場合に初めて刑法が出ていくということが理想的なわけですけれども、実際にはまず刑事の捜査が行われて、その後で行政処分等が行われる、行政の方が後追いになっている、それまで行政が何もやっていなかったということではないのだろうとは思いますけれども、処分という面から見ますと、どうしても行政が後追いになっているということがいえるかと思います。最近のライブドアの事件などもその一つの例といってよいのかもしれません。

今後は、実体面と手続面の両面で行政制裁制度を拡充していくという方向が望ましいのではないかと思っております。最近、独禁法で課徴金制度が強化されましたけれども、この改正は、そういう方向に沿った望ましい改正であったと思っています。あるいは、行政庁あるいは裁判所が命令して、行為者から不正な利益を吐き出させて、それを被害者に返すような制度も考えられるのではないかと思います。現在、没収追徴制度の改正について法制審議会で答申が行われていまして、近い将来、おそらく今年中には立法が行われるのではないかと思いますが、そういう刑事の中での制度だけではなく、行政制度の中で違法な利益を剥奪して、それを被害者に返すというような制度も、アメリカには現に存在していますし、日本でも検討に値するのではないかと思います。

四　刑事司法制度の中での被害回復

最後に、刑事司法制度と被害者の被害回復の関係について話をさせていただきます。伝統的には民刑の分離ということで、被害者の被害回復は民法、特に不法行為法の問題であり、刑事司法制度はもっぱら加害者、被告人を処罰する場だと考えられてきたわけですが、最近、刑事司法制度の中でも被害者の被害回復を図ってゆくべきではないかということが盛んに議論されるようになっています。その背景には、犯罪被害者が従来刑事司法制度の中で蔑ろにされていたという自覚があります。平成一六年に犯罪被害者基本法が制定され、それに基づいて昨年、平成一七年一二月には犯罪被害者等基本計画が内閣によって策定され、その中で犯罪被害者支援のための多数の施策と、今後検討すべき事項が挙げられています。その中の大きな柱の一つが刑事司法制度の中でどうやって被害者の被害回復を図っていくかという問題なわけです。

消費者の刑法的保護ということでお話ししてきたわけですけれども、消費者に被害を与えた者を処罰したからといって、過去の被害者が救済されるわけではありません。加害者が処罰されることによって、被害者が何らかの精神的満足、応報感情の満足を得るということはあるかもしれませんけれども、被害者の被った損害が回復されるということにはならないわけです。あくまで刑罰というのは将来の違反行為を抑止するために過去の違反行為に対して刑罰を科すということであって、将来の消費者の保護にはなるかもしれませんが、当該事件の被害回復ということは、刑事司法制度の中では、後で述べるように示談の有無が量刑において重視されてきたというような例外はありますが、基本的にはあまり考慮されてこなかったといえます。もちろん刑法と民法の不法行為法とは目的に違いがあるわけですから、すべて刑事司法制度の中で賄うことはできませんけれども、そうは言ってももう少し刑事司法制度の中でも被害回復を考えてもいいのではないか、考えるべきではないかということで、いくつかすでに立法がなされたものもありますし、これから立法がなされようとしているものもありまして、さらに今後の課題として検討されているものもあります。

すでに法律になっている制度としましては、刑事和解制度というものがあります。従来から日本の刑事裁判においては被疑者・被告人と被害者との間の被害弁償等に関わる合意、いわゆる示談が重視されていまして、示談がなされれば刑が軽くなる、執行猶予が付けられる、起訴猶予になる、といった運用が行われてきたわけです。現在、刑事司法制度の中で犯人と被害者との和解を図り、そのことによって犯罪によって乱された社会の秩序を回復するということを、刑事司法制度の一つの目的、論者によっては主たる目的として位置付けるべきであるという動きが世界的に、修復的司法あるいは修復的正義（restorative justice）という名で呼ばれて盛んになっています。修復的司法などというと全く新しい外来思想のように思えるかもしれませんが、日本の示談を刑事司法制度の中で重視する運用は、外国の学者からは、修復的司法の先駆的試みとして高く評価されています。そういう試みを修復的司法というような形で理論化して世界に

発信できなかったというのは、日本の学者にとって残念なことですが、修復的司法の考え方自体は、日本の刑事司法制度にとって全く新しいものではないのです。ただ、理論化も遅れておりましたけれども、制度化ということもあまりなされておりませんでした。示談がなされれば事実上、量刑において考慮されるという運用がなされていましたけれども、量刑で示談を考慮した後どうなるのか、被害者にどういう保証があるのかというと、それは私法の問題であって、刑事司法制度は関知しませんということであったわけです。それでは被害者の保護として十分ではないだろうということで、平成一二年に制定された「犯罪被害者等の保護を図るための刑事手続きに付随する措置に関する法律」によって、刑事和解という制度が立法化されました。その内容は、刑事手続の過程で、刑事被告人と犯罪被害者やその遺族との間で示談が成立した場合には、刑事事件を審理している裁判所に対し、共同して当該合意の公判調書への記載を求める申立をすることができ（同法四条一項、三項）、合意が公判調書に記載されたときは、その記載は、裁判上の和解と同一の効力を有する（同条四項）というものです。裁判上の和解は、確定判決と同様に、債務名義となりますから（民事執行法二二条七号）、刑事被告人が和解の内容を履行しない場合には、この公判調書をもとに、ただちに強制執行することが可能です。もちろんこれは示談ができればということで、それ以上のものではありません。従来の運用を法律的に少し後押ししたという程度のものです。

もう一つ、昨年法制審議会で答申が行われて今年立法が予定されているものとしては、没収・追徴制度を利用して被害者の被害回復を図るというものがあります。刑法の没収というのは有体物に限られておりまして、預金債権等は没収することができない、従って、追徴することもできないというふうに解釈運用されてきています。これを組織的犯罪処罰法は改めまして、預金債権についても没収追徴ができるという制度にしたわけですが、犯罪被害財産についてはこれを没収・追徴することはできないという規定を置いています。もちろん、被害者に優先して国が犯罪収益を没収してし

まって、犯罪被害者が救済を受けることができない、というのはおかしなことですので、ある意味では当然の規定なのですけれども、しかし当然のように見えて実は非常に大きな欠陥があるのではないかということが立案当時から言われておりました。すなわち、被害者が犯罪被害の回復を民事で求めない場合には、組織的犯罪においてはしばしばそういう場合があると思いますが、その場合には国が没収・追徴しないと、犯罪者が不正な利益をそのまま保持してしまう、ポケットに入れたままになってしまいます。従って、立案当時から、このようなおよそ没収追徴しないという制度ではなくて、一度国が没収した上で、これを被害者に返すという制度を設けるべきではないか、実際アメリカなどではそういう制度がありますので、そういう制度にすべきではないかということが言われていたのです。しかし、立案当局は、そのような制度にするにはいろいろ難しい問題があるということで、例えば、没収というのは国に所有権を帰属させる制度ですので、国庫に入った後どうやって被害者に返せばいいのかという問題もありますし、どうやって被害者を確定すればよいのかという問題もありますし、いろいろ面倒な問題があるということで、犯罪被害財産はおよそ没収・追徴しないということで法律を作ってしまいました。それでも、従来は、犯罪加害者が被害者から得た財産が捜査の時点で残っているということがそれほどありませんでしたので、立法上の欠陥が実際に問題になるということはあまりありませんでした。しかし、新聞報道等でご存じのことと思いますが、五菱会という暴力団が関係した闇金融事件において、九七億円に上る犯罪収益がスイスの銀行口座にあるということが分かったわけです。これを何とか被害者の被害回復に充てたいわけですけれども、先ほどの組織的犯罪処罰法の規定によりますとこれを没収・追徴することはできない。この事件では、スイス政府が、マネーロンダリング、犯罪収益の隠匿にあたるということでスイスの銀行にあった犯罪収益を没収しましたので、被告人に返るということはないんですけれども、本来は犯罪被害者の被害回復に充てるべきものでしょうし、最近国際的な取り決めとして被害者に返すということが行われるようになっていて、現にスイス政府も

そうしていいと言っておりますので、日本の側でそれを受け入れる立法さえできれば被害者の被害回復に充てることができるという状況が生じたわけです。

そこで、もちろん黙って見ているわけにはいきませんので、法制審議会の刑事法部会におきまして、こういう事態に対処するための組織的犯罪処罰法の改正案と犯罪被害財産による被害回復給付金の支給に関する法律案の要綱案が審議され、審議会の総会において答申が行われています〔その後、法案が国会に提出され、平成一八年六月に可決成立した〕。内容を簡単に申し上げますと、犯人に対する賠償請求権の行使が困難な場合、典型的な場合として、組織的犯罪である場合と、それからマネーロンダリングが行われた場合、この五菱会の事件は両方に当てはまるわけですが、そういう場合には賠償請求権行使が困難であると一律に見なしておりますが、そういう賠償請求権行使が困難な場合には、犯罪被害財産の没収・追徴を認めて、国が没収・追徴した上で、被害者に被害回復給付金としてこれを給付するという制度になっています。審議の過程では、没収・追徴を行わないで被害者に返すという制度も議論されておりましたけれども、最終的には一度没収・追徴した上で被害回復給付を行うという制度になっています。

このような制度が実現すれば、もちろん被害者の救済にとって一歩前進なわけですけれども限界もあります。改正案では、被害回復給付の対象は、当該刑事事件で被告人が起訴されている事件に限らず、その事件の一連の犯行の被害者まで拡大されております。これは日本の検察の慣行として、大規模な詐欺事件では、証拠が確実な一部の事件だけを起訴して、あとの多くの被害については情状として立証して量刑で考慮してもらうということが一般に行われていることと関係しています。すべて起訴するというのは、証拠収集の時間や手間も、それから裁判の時間も大変です。また、日本の刑法では、量刑は個々の犯罪の刑を足し算していくような制度にはなっておりませんで、併合罪として最も重い罪の一・五倍までの刑にしかなりません。したがって、ある程度の件数を起訴すれば、あとは何件起訴しても実際の量刑

は変わらないというようなことになりますので、情状でのみ立証するということが慣行になっているわけです。そういたしますと、起訴されている被害者との関係でのみ被害回復の制度を設けますと、被害者間で非常に不公平が生じてしまうことになります。そこで今回の法律では、当該刑事事件で被告人が起訴されている事件に限らず、その事件の一連の犯行による被害者に対しても給付を行うという制度になっているわけです。ただ、このように受け取る側を拡大したとしても、没収はあくまで刑罰ですので、有罪となった事件の収益でないと没収することができません。五菱会の事件のようにマネーロンダリングが問題となっている場合であれば、犯罪収益を隠匿することが犯罪ですので、隠匿された財産はすべて没収することができるという点で比較的問題はないのですが、通常の詐欺事件で、詐欺で得られた犯罪利益を没収するような場合には、あくまで起訴された被告人に対する犯罪によって得られた利益に限られるという限界があります。そういう意味では、先ほど申し上げました行政的に利益剥奪をするというような制度が設けられれば、より柔軟に、機動的に被害救済ができるのではないか、もちろんその場合にも立証という問題が、刑事よりは低い証明基準でいいのでしょうが、なお残りますので、行政的な制度にすれば直ちにすべてうまくいくというわけではありませんが、刑事に比べれば被害者救済にはずっと役立つ制度にはなるのではないかと思われます。

以上が現在ある制度、それから今年中にはおそらく成立するであろう制度ですが、さらにこれから検討されるであろう制度といたしましては、犯罪被害者等基本計画に明記されておりますので、早急に検討するということになるかと思いますが、一つは付帯私訴制度というものがございます。これは大陸系の国々で設けられていて、戦前には我が国にもあった制度ですが、刑事訴訟と民事訴訟をくっつけるというものです。付帯私訴制度の問題は、被害者の訴訟参加をどこまで認めるかという問題と密接に関連しております。被害者の側からは要望が強いですけれども、訴訟の遂行主体が複数出てきた場合、どういう事態が生じるのだろうか、いろいろ問題があるのではないか、ということが言われており

ます。訴訟参加を認めないで、単に刑事裁判の結果だけを利用するという制度も考えられないわけではありませんが、その場合には被害者の裁判を受ける権利を保障しなければいけませんので、刑事裁判の結果に不満がある場合には被害者が別途民事裁判ができるという制度にせざるを得ないでしょう。そうすると二度手間になりますので、そういう制度が望ましい制度なのかという問題があるように思われます。

付帯私訴制度というのは現にドイツ、フランスではあるわけですし、日本でも戦前にはあったわけですから、実現可能性がないということではないと思いますけれども、アメリカの刑事訴訟法にならっている我が国の制度の下で導入するとなると、いろいろ検討すべき問題があるのではないかと思われます。〔平成一八年一〇月から、法制審議会刑事法部会において、「損害賠償請求に関し刑事手続の成果を利用する制度」についての審議が始まった。〕

もう一つ検討されている制度といたしましては、損害賠償命令制度というものがあります。これは刑事裁判所が刑罰として損害賠償を命じるというものです。刑罰の中には、刑務所に入れるという形で自由を剥奪する自由刑と、財産的な負担を被告人に科すという財産刑の両方あって、現在の財産刑というのは罰金として国庫に帰属させる、被告人にお金を払わせて、それを国が得るという制度になっています。しかし、刑罰の本質は被告人に不利益を科すという点にあるはずで、それを罰金として国が取らないといけないかというと、それは必然的なものではないように思われます。そうとすると、国が取るのではなくて、被害者に被害回復として与えるという制度も当然考えられるはずです。現に英米ではそのような制度が行われています。大陸法系の職権主義の刑事訴訟制度を取っているところで付帯私訴制度が用いられ、当事者主義を取っている国で損害賠償命令制度が用いられているというのは、何らかの関連があるのかもしれません。

損害賠償命令制度が仮に実現したとしても、刑罰として科すわけですから、被告人の資力によって制約されるのでは

ないかという問題がありますし、先ほど申し上げましたように大規模な詐欺事件等では一部の事件しか起訴しないのが慣行ですので、起訴されていない事件についてまで被告人に損害賠償を命じることができるのかという問題もあります。実はアメリカでは起訴されていない事件についても賠償を命じることができるとされているのですが、我が国ではおそらく難しいのではないかと思われます。損害賠償命令の制度がいろいろと限界のある制度であることは疑いがありませんが、そういう制約があるということを承知の上で、しかし、可能な範囲で被害回復を図る制度として損害賠償命令制度というものを設けるということは、あってよいのではないかと私は思っております。

付帯私訴制度や損害賠償命令制度というのは制度を根本的に変更するものですので、実現可能性がないとは思いませんけれども、検討すべき問題も多いだろうと思われます。そういう意味では、現行法をあまり大きく変えないでもう少し被害回復を図れないものかということで、第三の道というのも大げさですけれども、第三の道として刑事調停制度のようなものも検討されています。先ほどの刑事和解制度というのは、すでに被告人と被害者との間で示談が成立している場合に、それを公判調書に記載するというだけで、裁判官がそれ以上に関与することはありません。しかし、和解ができればいいですけれども、示談の交渉がうまく進まない場合、あるいは、被害者の側からすれば加害者である被告人と直接交渉することが嫌であるという場合もあると思います。そういう場合に、裁判官、あるいは裁判官でなくてもいいわけですけれども、第三者が間に入って調停を行うという制度は考えられないだろうかということです。それは、先ほどちょっと触れました犯罪者と被害者との間の関係の修復を図る修復的司法の場としても利用できる可能性もあるだろうと思われます。ただ、刑事の裁判官が調停を行うことについては、裁判官の中立性を害するのではないか、裁判の途中で調停を勧告したりすると、心証を明かすことになるのではないかというような問題点も指摘されております。現在でも示談を裁判官が弁護人に勧める、例えば、示談ができれば執行猶予を付けることができるのでもうちょっと頑張っ

てくださいみたいなことを言うといいますか、におわすといいますか、そういうことはあると聞いておりますし、民事では途中で和解を勧めるというようなことはよく行われていることですので、どこまで裁判官の中立性に反するということを考慮しなければいけないのか、裁判官の中立性ということが刑事では特別に民事とは違った形で考えられなければいけないのかということは検討の余地があると思います。

以上、非常に雑駁な内容で恐縮ですが、報告とさせていただきます。ご清聴ありがとうございました。

コメント

吉田克己

お二人の先生には、大変充実した報告をしていただき、どうもありがとうございます。それでは、潮見報告および佐伯報告について、若干のコメントをさせていただきます。

【潮見報告に対するコメント】

まず潮見報告についてです。貸金業規制法四三条に関しては、報告の中でも指摘されていましたように、最近多くの判例があります。それを分析する際の枠組みとしては、私も含めまして、わりと単純な図式というか、借主保護か業者の利益優先かという二極対立的な分析図式が多かったように思います。それに対して、今日の潮見報告は、問題をより構造的に分析する視点を出しており、とても勉強になりました。

その特徴は、業法内部に存在している特別私法秩序の意義という観点を前面に押し出して問題を分析するという点にあろうかと思います。従来は、民法対特別法、あるいは一般私法対特別私法という二極構造的な把握が一般的でした。それに対して今回の潮見報告は、この特別法あるいは特別私法が業法の中に存在しているということに注目しました。これは新しい視角の設定だと思います。このような新たな視角の設定によって、狭義の業法と業法の中に存在している

特別私法とが概念的に区別され、特別法論において三極構造的把握とも言うべき斬新な見方を導くことができているわけです。つまり、民法（一般私法）・特別法（特別私法）・狭義の業法という三極構造です。そのような三極構造的な把握をすることによって、この特別私法の意義についても、Ⅰ型からⅢ型があるという非常に斬新な理解が打ち出されることになりました。

それでは、このような把握をどのように評価すべきか。これをコメントの一点目として述べます。さらに、潮見報告においては、このような一般な理解を踏まえて、貸金業規制法四三条とそれをめぐる最近の判例の展開に関する具体的な分析をされています。この点について、コメントの二点目として多少のことを申し上げてみたいと思います。

まずコメントの第一点です。業法と特別私法という観点で何か言えることがあるだろうか。業法と私法秩序という問題をやや一般的に考えてみましょう。業法と言えばいろいろあります。例示的には、宅地建物取引業法や建設業法、投資顧問業法などを挙げることができますし、もちろん、貸金業規制法もその一つです。このような法律をざっと見てみますと、そこでは、大体は契約の内容規制や方式規制がなされています。それから契約にかかわる行為規制も出てきます。たとえば宅地建物取引業法に例に取ってみれば、一方で重要事項の説明義務（三五条）があり、他方で書面交付義務（三七条）が定められています。別の例として建設業法を取ってみますと、一定の事項を書面で明示する義務（一九条）とか、一括下請けの禁止（二〇条）などが定められています。これらに違反した場合には、罰則の適用を受けたり、監督処分の対象になったりするわけです。これが業法の一般的な構造だと言ってよいでしょう。

貸金業規制法も、基本構造は同じであるわけです。この間有名になっている一七条に規定する書面交付義務であるとか、一八条の受取証書交付義務も、そのような文脈でまずもって位置づけることができます。貸金業規制法には、これ以外にも強制執行認諾の公正証書を作成するさいに白紙委任状を取得することを禁止する規定（二〇条）とか、取立て

行為の態様を規制する規定（二一条）とかがあります。後者については、たとえば不適当な時間帯に電話をかけることはいけないというような行為規制があるわけです。

これらは、基本的には業者に対する行為規制です。それでは、どうして業法ではこういう行為規制をするかと言えば、もちろん、目的はそれぞれの法律によって多少違いがありますけれども、基本的に見出されるのは当該業種の健全な発展、あるいは適正な運営など、要するに言葉を換えて表現すれば、市場における行為主体としての事業者の行為に関するルールを定める。そしてそのルールに従わせるというふうに一応まとめることができるのだろうと思います。

民法との関係で問題となりますのは、まずもってこれに違反した場合の契約の効力がどうなるかという問題です。これは、いわゆる行政法規あるいは取締法規違反の法律行為の効力という問題です。そこでは、今申し上げたような行為規制に属する規定が私法に属するものかどうか、つまり、特別私法と位置づけることができるかどうか、これがまず問題になります。このような行為規制がすべて特別私法というわけではなくて、個別具体的に特別私法と位置づけてよいのかが問題になる。これには、一義的な判断基準があるわけではなくて、個別的に、当該規制の目的を考えながら判断していくことになると思います。ともあれ、そのような作業が第一段階にある。この問題をクリアして、その規定が私法秩序に属する、私法秩序を形成するというように位置づけることができますと、今度はその機能というか、その意義という点で、潮見報告において指摘された三分類論が登場する。一応、このような順番になるのではないかと思います。

以上の検討に際して念頭にあるのは、最初に申し上げた一般的な行為規制に関する規定です。それでは、これらの行為規制は、潮見三分類論のどこに位置づけられるのでしょうか。このように問題を立てると、かなり多くの部分はⅢ型になるのではないかという気がします。Ⅲ型というのは、事業者に対する市民の権利の発展・強化という類型でした。つまり、その業法の一般的内容が業者の行為規制だとすると、それを私法として位置づけることができれば、業者の行

為が規制される結果、業者の自由の制限が他方の当事者のプラスになっていくという事態が普通の事態です。だから、私法と見ることができれば、その規定はⅢ型になっていくということではないかと思います。

となると、通常の業法の行為規制の中で、市民の権利を制約するⅠ型というのは、どのような場合に出てくるのだろうか。まったくないとまで言えるかはよく分かりませんが、あまり一般的でない気はします。また、事業者保護法という性格を持つⅡ型というのも、業法一般ではなくて私法としての性格を持つ規定を考えれば、同じように、一般的ではないのではないのでしょうか。私はそのように考えたのですけれども、そのような理解で果たしてよいのか、教えていただければ幸いです。仮にⅢ型が原則ということになりますと、Ⅰ型、Ⅱ型、Ⅲ型と並列的に列挙することがいいのか、そのような問題にまでつながっていくような気もしています。以上が第一点として申し上げたい点です。

第二点は、貸金業規制法四三条一項および同条に関する近時の判例展開の位置づけについてです。みなし弁済を定める貸金業規制法四三条は、業法の中でもかなり特殊な規定なのではないかという気がいたします。つまり、一定の規制の遵守を条件として業者にご褒美・あめを与える。これを明確に私法上の優遇措置ということで与えているわけです。そうしますと、この四三条一項については、Ⅰ型、Ⅱ型という類型が現実味を帯びて登場してくるということになります。ここでの潮見報告は大変私にとってはクリアで、学ぶところが多かったと思います。

特に感心した点を何点か列挙しておきますと、第一に、みなし弁済に関する四三条一項の規定の位置づけに関して、従来は、私も含めて、かなり単純に貸金業者よりの規定だという性格づけがされていたと思いますが、実はそこにはⅠ型とⅡ型という異質な思考様式が入っている。この二つのアプローチでの位置づけが可能だということが指摘されました。これは、大変鋭い指摘だろうと思います。

第二に、Ⅰ型、Ⅱ型のアプローチを採ったからといって、すべてが登録金融業者に有利に働くわけではないという指

摘がありました。この規定を適用することは、一般私法から特別私法へと移行するわけだから、それを正当化する要件は厳格に解すべきだ、このような観点から、一七条書面および一八条書面に関する最近の判例の厳格説を理解する、というわけです。これは、厳格説正当化の論理として、今まで提示された中では最も説得的なものではないかと思います。従来どのようなことが言われていたのかといいますと、一つには、消費者保護だからいいのだというような言い方と、あるいは例外だから厳格に解すべきだというような言い方が多かったように思います。例外だから厳格に解すべきというのは、結局、潮見説と同じことかもしれませんが、潮見説の方がより構造的に問題をつかまえています。

第三に、最近の判例法理の中で問題となっているもう一つの論点である弁済の任意性に関する近時の判例の展開については、Ⅲ型と位置づけられます。このようにして、近時の判例の展開は、二層構造といいますか、同質のものではないと把握されるわけです。私は、これも大変説得的だと思いました。

私なりにちょっと頭を整理したいと思いまして、大した話ではないのですが、「参考図」を作ってみました。民法で基本的な構造がどうなっているかというと、私的自治対公序良俗というか、私的自治を枠づける原理として公序良俗があります。利息制限法も、基本的にはこれと同じ枠組みだと思うのですけれども、少し違うところもあります。つまり、一方で、一条一項の利息規制自体は、公序良俗法理の具体化と言ってよいと思います。そうであれば、利息に関する私的自治は単純に制約されるということになってもいいのですけれども、他方で、一条二項では、任意性を媒介にして、任意に払えば返還請求はできないというルールにしています。このルールは、自分で決めて弁済すればその点について自分で責任を取りなさいということですから、私的自治、自己決定を優先して考えているわけです。言い換えれば、公序良俗法理の具体化と見られる一条一項がここでは私的自治を制約する原理として機能していない。公序良俗法理が私的自治に優先しないで、両者が対抗する関係に立っている。図で矢印を対抗的に付けたのはそういうつもりです。それ

に対して、判例の有名な展開がありました。この結果、一条二項に関して、任意性があれば返還請求は認めないというところは空洞化していきます。その結果、利息規制が前面に出る、これがこの段階の判例です。

それでは、貸金業規制法は何をやったかというと、四三条一項のところで任意性を出して、それを利息規制に対抗させる、これは利息制限法の一条二項の構造と似ているわけです。ただ効果の書き方が違うということはあります。そして、それに一七条、一八条を付けて、図のαの枠組みに持ち込むためには一七条、一八条の関門をクリアしなければいけないというふうにやっているわけです。そうすると、ごく最近の判例法理は何を言っているかというと、一つは一七条要件、一八条要件の厳格解釈ということで、そもそも図のβのところではねてしまうということです。それから任意性のところでも厳格解釈ということで、そのクリアを難しくして、ここは空洞化していく。そのようなことで、結局、その前の判例とだいたい同じようなことになっているということなのではないかと思います。

以上が参考図の説明ということですが、これを見て分かることは、最後の近時の判例の展開は、いろいろありますが、結局、任意性という私的自治の考え方に対する公序良俗法理・暴利行為規制の優先ということを示していることになるわけです。それは、民法の基本的枠組みの再構築ということにほ

参考図

民法	私的自治 ←――――――	公序良俗法理
利息制限法	１条２項（任意性）←――→	１条１項（利息規制）
判例	空洞化 ＜	◎１条１項（利息規制）
貸金業規制法	α）43条（任意性）←――→	１条１項（利息規制）
	β）＋17条、18条	
判例	①17条要件、18条要件の厳格解釈	
	②任意性　厳格解釈	
	→クリアしにくい＝空洞化＜	◎１条１項（利息規制）

かなりません。潮見報告では、「特別私法」秩序の場を借りた「一般私法」秩序の継続形成、暴利行為論の継続形成が指摘されていました。私なりの整理を行ったら、結局は同じような理解になったということです。

ですから、ここは大変勉強になったという以上のことはないのですが、最後に一点だけお聞きしておきたい点があります。潮見報告では、判例の近時の動きを消費者保護という観点からだけ把握するのは問題ではないかという指摘がありました。たしかに、近時の判例の展開は、消費者保護の理念だけでは説明することができないだろうと思います。しかし、それでも、消費者保護の理念を入れずに説明できるかというと、それもまた問題ではないかと思います。

たとえば、Ⅰ型、Ⅱ型を想定しつつ、一般私法から特別私法への移行の要件の厳格化が語られました。そのようにして、一七条書面および一八条書面に関する判例の厳格解釈が根拠づけられるわけです。この指摘は、潮見報告のメリットの一つでしょうが、これを一般的に言えるのだろうかという問題があるように思います。つまり、Ⅰ型だとたしかにこれは説得的ですが、Ⅲ型についてはどうだろうか。Ⅲ型では、特別私法秩序は、一般私法秩序で承認されている市民の権利の発展・強化と捉えられます。したがって、ここでも一般私法から特別私法への移行があるわけです。では、この移行についても厳格にすべきというべきなのか。この移行については厳格にせよという解釈にはならないように思います。実際、Ⅲ型のアプローチを基礎に置くと見られる、みなし弁済に関する近時の判例の展開においても、特別私法への移行が厳格に解されているということではないでしょう。

そうだとすると、Ⅰ型とⅢ型の間には違いがある。私は、この違いは正当だと思いますが、そうしますと、この違いがどのように正当化されるのかが問題になります。これを正当化しようとすると、どうしても一方の当事者に着目し、それが消費者であるという点が出てくるのではないでしょうか。要するに、Ⅲ型では特別私法が消費者保護の機能を持ちうるから、一般私法からの移行を比較的容易に認める、というようなことです。ということで、もちろん消費者保護

だけを言えばいいという話ではないのですけれども、消費者保護の観点を抜きにして近時の判例の展開などを説明できるかという点に関しては、もう少しご説明いただけないかと思います。潮見報告については、以上です。

【佐伯報告に対するコメント】

次に、佐伯報告に対するコメントです。しかし、私の専門は民法ですので、刑法にかかわる佐伯報告について、私がきちんとしたコメントをできようとは思いません。素人的な質問を多少させていただく程度にとどまりますけれども、ご容赦いただきたいと思います。大きく分けて二つの領域について質問いたします。

第一点は、業法関係といいますか、今日のご報告ですと前半にかかわることです。業法の中には刑事罰の規定が含まれており、実際に私たちがそれを見る機会も多いわけですが、それにかかわっての質問です。

一つは、刑法の謙抑性というスタンスの中で、業法における刑法的介入が正当化されるのはどのような場合なのだろうか。罪刑法定主義の観点からすれば、実定法の規定があればいいという話なのかもしれませんが、知りたいのは、どのような場合に実定法上の規定を定めるべきという判断に至るのか、という問題です。これは、立法政策上の問題かもしれませんが、そこに関心があります。

といいますのは、私は民法を専門にしているわけですけれども、民法においても、とりわけ民法九〇条の公序良俗の判断の際に、当該行為が刑事罰の対象になるものかどうかが、もちろんそれだけで決まるわけではありませんが、かなり大きな要素になってくるわけです。具体例を一つだけ挙げますと、かつて社会問題にもなった特定金銭投資信託における損失保証契約の効力の問題があります。これは、現在では無効だということでほとんど異論がないし、そのような裁判例もたくさんあるわけですが、かつてはそうでなかった。下級審裁判例においても、学説においても、有効説が支配的でした。なぜ有効説が現在の無効説に転換していったのかといいますと、損失保証契約は、従来は単に行政処分の

対象にすぎなかったわけですが、いろいろな背景があって、一九九一年に証券取引法が改正されて刑事罰の対象になった。これが非常に大きかったわけです。そうしますと、私たち民法サイドとしては、業法の方で刑事罰が導入されたからこれは公序良俗違反だと、一応考えるわけですけれども、本当は、なぜその行為が刑事罰の対象になったのかということを突き詰めることが必要でしょう。そのような問題を突き詰めて考えることが、民事におけるほかの問題を考える際にも役立つのではないかと思うわけです。これが、今の質問を出した背景にある問題意識です。

業法にかかわる点でもう一点だけお聞きしておきたいと思います。これは簡単な質問だと思いますが、業法に入っている刑事罰にかかわる諸規定の保護法益とは何なのだろうか、という問題です。刑法では保護法益論をだいたいどの犯罪についてもやるだろうと思いますけれども、業法上の刑罰規定の場合はどうであろうか。簡単に言えば、社会的法益か個人的法益かという話だと思いますが、これは消費者法の問題を考える場合にはかなり大事な論点ではないかという気もいたしますので、その点でお考えがありましたらお聞かせいただきたいと思います。

以上が大きな第一の領域にかかわる質問です。

もう一つの大きな領域は、今日の報告の第二の柱、刑事司法制度と被害者救済にかかわります。ここは、大変面白いお話で勉強になりました。特に刑事法でも被害者救済を考えていくべきだし、実際にそういう動きがあるということは、大変興味深いところです。それを押さえた上でお聞きしたいのは、刑法における、あるいは刑事司法における被害者救済というのは、本来、刑事司法というのはそうあるべきなのだと考えるような性格のものなのか、あるいは他の制度――今日のお話しの中では、行政上の制裁、独禁法の課徴金が出てきましたが、ほかにもいろいろあるでしょう――がきちんと機能していれば別に刑事司法が出張っていく必要はないのだけれども、そちらの方がきちんとしないものだから刑事司法が頑張って出張っていくというふうに考えるのか、という問題です。今お聞きしたのは、本来的にそうなのか、

代替的にそうなのかということですが、あるいは、歴史的に変化してきたのだという把握もあろうかと思います。つまり、昔はそこまで出張っていく必要はなかったのだけれども、現代において刑事司法というのはあちこちでいろいろな役割を果たすことが期待されているので、現代の社会においては被害者救済ということで頑張るべきなのだ、そのように考えるわけです。そのあたりの理論的押さえがどうなっているのかということをお伺いできれば幸いです。

といいますのは、そのあたりの理論的把握が、いろいろな問題とかかわってくる可能性があるからです。たとえば没収追徴制度の意義をどのように考えるかという問題です。没収追徴制度を被害者救済とのかかわりで使っていくという動向が紹介されまして、これは大変興味深い動きだと思います。先ほどのお話ですと、没収追徴制度を使って被害者を救済する、つまり国家が没収してそれを被害者に渡していくような方向を採用することには、いろいろな理論的困難があるということでした。それでも、没収追徴を行った上で被害回復給付を行うという方向で検討が進んでいるようですが、たとえばこれを代替的という観点から基礎づけますと、民事の方で本当はやるべきなのだが、民事があまりうまく機能していないので、取りあえず刑事の方で代わってやってあげるというという位置づけになります。このような具合に考えていった方がひょっとすると理論的にはあまり抵抗がないかもしれない。しかし、それでも十分ということではないでしょうが。そのようなことをいろいろ思う次第です。

それから、被害者救済との関係については細かい点でいろいろ教えていただきたい点があります。たとえば損害賠償命令の制度が紹介されました。これも私は知りませんで大変興味深かったのですが、私がそう考えるかどうかは別として、次のような見解があるかもしれない。つまり、損害賠償というのは本来民事がやるべきことなので、民事で私人がやれなかったらそれは仕方がないではないか、それを国が代わってやってあげるというのはいかにもパターナリズムで、果たしてそこまで制度化されていいのだろうかとか、と。そんな議論があり得るのではないかという気もしますので、

そのあたりの議論があれば教えていただきたいと思います。

それから最後の刑事調停についてです。民事ですと、和解を途中で勧めるというのはいくらでもある話ですが、お話を伺いながら思い出したのは、家事で家事調停と人事訴訟との関係をどうやってつけるかという問題です。人事訴訟手続法が改正されて新しく人事訴訟法になりました。そのポイントは、人事事件を家庭裁判所に一本化したことですが、その際の大きな論点として、家事調停と人事訴訟の関係が問題になったわけです。心配されたのは、調停で提出された証拠をどう扱うかです。調停においては、公開されないということもあり、いろいろなレベルの証拠が出てくる可能性があります。ところが、それが後で訴訟において使われるという可能性が少しでもあるとなると、プライバシーにかかわるような証拠が調停に出てくるだろうか、そういうことがいろいろ議論されたわけです。従来は、調停は家裁、訴訟は地裁という分担がありましたから、この問題はそんなに表面化しませんが、どちらも家裁でやるということになりますと、この問題はかなりシビアな問題になります。刑事調停ということになると、そのような問題はどのように扱われるのか、自分で何か考えがあって申し上げているわけではありませんが、そのような疑問も感じたところです。

以上、素朴あるいは粗雑な質問ですが、お答えがいただければ幸いです。以上です。

〈討論〉（午前の部）

司会（曽野裕夫・北海道大学教授）　ありがとうございました。それでは、ただいまの吉田先生のコメントに対して、潮見先生と佐伯先生から一言ずついただければと思います。

潮見　吉田先生、どうもありがとうございました。コメントをうかがっていて、あらためて気づかせられる点が多々ございました。

コメントをいただいた点のうち、貸金業規制法四三条については、私の方から特に付け加えることはありません。

コメントの第一点ですが、業法のところでは市場における行為者に対して国家があるルールを策定して業者をそれに従わせ、その行動の自由を規制するというところがあるというのは、その通りだと思います。先生は、コメントの中で、業者側に対して行為規制をかけてその権利や自由を制限すると、その逆に、相手方の自由の領域あるいは権利の領分がプラスになるということをおっしゃられましたけれども、私には、業者側に対して行為規制をかけると両方の権利・自由とも下がるという場合もあるように思われます。たとえば、証券取引の領域で適合性原則とか不招請介入が問題となる場面を考えると、Ⅲ型ではなくて、Ⅰ型のような場合もあり得るのではないでしょうか。事業者の行為を規制することにより、いわゆる相手方である市民・消費者の権利や自由も制約を受け、結果的にその取引が否定されるという場面を、モデルとして想定したというところです。それから、Ⅱ型というのは、事業者に対して業法が一定の利益を与えているのだという事業者保護タイプのもので、よく業者側の意見にあらわれてくるものでして、消費者契約法をつくるときにも、これに似た話が出ておりました。これに対しては、いろいろな評価ができると思いますが、本日報告した問題については、最高裁の判例も固まり、万事休すかというような感じがいたします。

それから、第三点目ですが、これについては意見が分かれるところではないかと思います。今日の報告の対象からは外したのですが、かつて、割賦販売法がまだ改正されていなかった時

代の抗弁の接続条項について、それをいわゆる立替払契約に限定するのか、つまり、権利創設的なのか、それともそれ以外の消費者取引、ローン提携販売などにも妥当させるべきではないのかという議論がありました。また、これも報告の対象からは外したのですが、私がジュリスト一三〇二号八八頁以下に書いた「特定継続的役務提供契約の中途解約と提供ずみ役務の対価確定法理」の論稿でとりあげたＮＯＶＡの約款中の返金条項、途中で解約した場合にポイントの評価が替わって、お金がちょっとしか返ってこないという返金条項の問題についても、特商法の規定を厳格に解すべきだという立場と、そうではなくて、その規定の中には市民の権利保護についての一般原理・一般思想が入っているんだから、それを拡張すべきであって、特別法の適用あるいは類推に躊躇すべきではないという立場があります。このように、Ⅲ型については、評価者の依拠する立場により、意見は分かれてくると思います。Ⅲ型の規定が問題となる場面で、特別私法が妥当することを極力認めるべきだということになるとは、そこではもうすでに一つの先行的な態度決定をしているわけですよね。一般市民の権利を強化するものについては、それは緩やかに解すべきである、そして事業者は受忍すべきであるという態度決定です。しかし、この先行的な判断の背後にあるものはいったい何かを明らかにする必要があるのではないでしょうか。最後は、再コメントにもならないようなことを申し上げ、失礼しました。

司会　では、佐伯先生、お願いいたします。

佐伯　どうもありがとうございます。いずれも非常に重要で、かつ大きな問題でうまくお答えできるか自信がないんですけれども、まず刑法の謙抑性と言うけれども、いったいどういう場合に刑罰の発動が正当化されるのか、刑罰規定を置くのが正当化されるのかというご質問については、一つの考え方としては、刑法における詐欺罪のような明確な損害が想定される、個人に対して損害が生じている場合に刑罰は限られるべきであるという考えがございます。このような考えは、ドイツの制度を参考にして主張されることが多いのですが、ドイツでは刑罰の他に行政罰としてゲルトブッセ(Geldbuße)という制度があります。例えば道路交通法の違反に対しては、日本では基本的に刑罰が科されているわけですけれども、ドイツでは生命身体に対して重大な危険がある場合は刑罰が科されていますが、それ以外は行政罰の対象になっています。両者はどこが違うのかというと、違いは名前だけであってレッテル詐欺ではないのかというような指摘もなされていますが、一応二本立てになっています。私

も先ほど申し上げましたように、日本は行政制裁制度が充実していないので、今後は行政制裁制度を充実させていくべきだと思っていますし、そういう制度になれば刑罰が引っ込んで、個々の消費者に被害が生じるような場合に刑罰の使用を限って、それ以外の場合については行政制裁を用いるというような制度も十分考えられるでしょうし、理想的かもしれないと思います。しかし、現在の状況の下で刑罰の使用を限定いたしますと、制裁が用意されていない分野があまりにも多くなり過ぎますので、ちょっと現実性がないという気がいたします。したがって、現状を前提とすれば、抽象的な、例えば市場の公平性というものを保護するためにも刑罰を用いざるを得ないと思います。そういう意味では、刑法の謙抑性といっても、現状では、ある程度刑法が積極的な役割を果たさざるを得ないのではないかと思っています。

次ぎに、業法の保護法益についてですが、例えば、特定商取引法の目的は消費者保護にあって、刑罰規定の保護法益も消費者の利益ということになりますが、個別の消費者を保護しているかというと、もう少し広い、より抽象化された消費者を保護していると考えられています。この点は刑法の解釈論で言えば、罪数論のところで問題になりまして、詐欺罪と特定商取引法の罪、例えば、重要事項虚偽告知罪が成立する場合、罪数はどうなるのか。もしまったく同じ法益ですと重い詐欺罪に吸収されるということになるわけですが、実務的には吸収されない、両罪成立して併合罪になると解されています。それは法益が少し違うというふうに考えられているということです。他の業法における消費者保護を目的とした刑罰規定についてもだいたい同じようなことがいえるかと思います。

それから、刑事司法における被害者救済というのは、本来、刑事司法というのはそうあるべきなのだと考えるような性格のものなのか、他の方がきちんと機能していないので代替的に使われているだけなのかというご質問についてですが、これは考え方が分かれております。刑事司法制度の本来の目的として位置付けるべきであるという考え方もございます。修復的司法の考え方などはそうです。私自身は、やはり刑事司法制度には固有の目的があるわけで、刑事司法制度は被害者救済を目的とするものではないと考えています。だから被害者救済をしなくてよいかというと、刑事司法制度の固有の目的を阻害しない限度では被害者の救済もできるに越したことはないですし、効率性の観点からいっても刑事司法制度の中でできることはやった方がいいと思っています。ただ、それが行き過ぎて刑事司法制度

固有の目的を阻害するようになると、例えば先ほどの損害賠償命令制度で被告人がとても払えないような損害賠償を命令して、その結果、被告人の更生が阻害されるということになると本末転倒ではないかと思います。あるいは、すべての事件を起訴する必要は刑事法の観点から言うとないのに、起訴しておかないと被害者が救済されないのですべて起訴するというようなことになるのも、やはり望ましくないのではないかと思っています。

関連して、なぜ刑事司法制度の中で被害者の救済を図ることが必要なのか、あるいはそれが有効なのかということですが、一つは、せっかく裁判をするのだからその結果をうまく利用しよう、二度手間を省こうという効率性の考慮があると思いますが、もう一つの大きな理由としては、警察、検察というのは非常に大きな捜査権限が与えられているので、それを事案の解明のために、ひいては被害者救済のために用いようということがあると思います。先ほど行政の処分等が後追いになっているということを申し上げましたが、行政には強力な調査権限が与えられておりませんので、警察が動いて資料を捜索押収して、それに基づいて行政処分を行う、あるいは被害者の救済を行うということになりがちなのは仕方のない面もあるかと思います。

しかし、そのような警察や検察の強力な権限は、被害者の損害を回復するために与えられているわけではないわけですから、被害者の救済を目的として刑事の観点からは本来必要のない、どういう場合が本来必要のない場合なのかが難しいところですが、本来必要のない場合に被害者の救済を目的として捜査権限を発動するということがもしあるとすると、それは望ましくないことだろうと思います。しかし、本来刑事でやるべき事件で捜査が行われて、そこで資料が得られ、それが被害者の救済に役立つのであれば、刑事と民事は別であるという理由によってその資料の利用を妨げることは、これまた望ましくないだろうと思うわけです。

損害賠償命令につきましても、そこまで国が面倒を見てあげる必要はないのではないか、それは行き過ぎたパターナリズムではないかということはありうる批判かと思います。没収追徴制度の今回の改正などについても同様の問題はあるわけですが、没収追徴制度に関しましては、損害賠償請求権行使が困難な場合という限定が入っておりますので、その点では被害者、私人は権利の行使が困難であるわけですから、行き過ぎたパターナリズムということにはならないだろうと思います。損害賠償についても、確かに自分の権利は自分で守るということが

理想なわけですけれども、現実には、午後のお話にも関連するかもしれませんけれども、少額の被害を受けている被害者などは民事で自ら救済を求めるということはなかなか難しい面もあると思いますので、国が一定の範囲で手助けするということは考えられると思います。特に詐欺の被害者が高齢者の場合などはその必要が大きいかもしれません。アメリカでは、高齢者に対する詐欺をどうするかということが非常に大きな問題になっておりまして、特別に刑罰を加重する規定、あるいは損害賠償命令に関しては、原則は被告人の資力を考慮することになっているのですが、考慮しないとする制度にするとか、特別の法律を作って高齢の被害者を特に保護するということが行われています。それは自らを守ることのできない弱者については積極的に、刑事固有の分野だけではなく、民事に関連した分野についても国が出ていきましょうという考えの一つの現れかもしれません。

それから刑事調停ですが、これから自分の量刑を行う裁判官の勧告等がいったい中立的な立場からの勧告なのかというと、これはもちろん非常に大きな権限を背景にしたもので、強制的な要素があることは否定できないと思います。そこで、全然関係のない裁判官や調停委員が関与する制度にすることも当然考えられるわけですが、あまり手間の掛かる制度にすると、それなら通常の民事手続の方がいいということになって動かないことになる可能性があると思います。現実には、先ほど申し上げましたように示談が量刑で大きな要素を占めているということは疑いのないところで、そういう現状を前提とすれば、それを少し制度化するということは、理念的には大きな問題なんですけれども、現実の問題としてはそれほど大きな変革ではないのではないかという気が私自身はしています。この辺は私のいいかげんさの現れかもしれません。この問題については、ある場所で実務家の方と議論したことがあるのですが、かなり抵抗が強かったように思います。

刑事調停の制度には、現在非公式に見えないところで行われていることを表に出してある程度見えるようにするという側面もあると思います。話がそれますけれども、修復的司法の考え方を支持する学者の中には、例えば部族の中で刑事事件が起こった際に、事件を公式の刑事司法制度に乗せないで、部族の長がみんなを呼んで話を聞いて、部族の中で問題を解決するというような伝統的問題解決方法を、非常に素晴らしい修復的司法の試みの例として挙げる人が多いのですが、そのような事件の解決の仕方というのは、内部社会において非公式の権力が行

使されていて、当事者は文句があっても文句を言えないような解決がなされている可能性もあると思います。公式の司法制度に乗せて問題を解決するということのメリットというものもあるわけです。

第三の道というのはあまり現行の制度を変えないで、しかし少し被害者に役立つ制度はないだろうかというところから発想されておりますので、ある意味でいいかげんなところがあることは否定できませんが、試してみる価値はあるのではないかと思っています。

司会　ありがとうございました。それでは討論に移っていきたいと思います。一二時ぐらいまでをめどに、どこからでもご自由にご発言いただければと思います。

皆さん遠慮されているようですので、皮切りに細かいところからですが、私からよろしいでしょうか。民法を担当しています曽野と申します。裁判官による刑事調停の件について、質問というより感想です。民事でも同じ問題があるのではないかということを吉田先生が先ほどおっしゃいましたが、日本の仲裁のプラクティスにおいては、仲裁人が調停人の役割も果たしてしまっているといわれています。先ほどと同じ議論になりますが、調停人としては当事者からいろいろな情報を聞き出した上で調停をする必要があるわけですけれども、仲裁人としては当事者が弁論の中で出してきたものだけで判断しなければならず、そこに役割の矛盾が生じます。しかし、日本はそこのところを曖昧にしているということで、日本の仲裁プラクティスに対しては海外から非常に強い批判があります。それに対して日本側は反論をしているようですが、民事でさえそういう議論がある中で刑事調停というのはなかなか厳しいものがあるのかなという印象を持ちました。

ほかにどなたか。それでは、新堂先生お願いいたします

新堂明子（北海道大学助教授）　北海道大学で民法を勉強しております新堂と申します。よろしくお願いします。

非常に素人的な質問ですが、先ほど刑事裁判の結果を民事裁判、あるいは九〇条の公序良俗に利用するという話と、刑事裁判で警察や検察が押収してきた証拠を民事裁判などに利用するという話がありましたが、実際に今、証拠などは利用されているのかどうかということをうかがいます。それから捜査の段階で、例えば今回のライブドアの事件では警察も同時に、特捜と連携しないで捜査を進めていると聞いていますが、特捜も特捜で捜査を進めていて、さらに言えば、証券等監視委員会の方も捜査が進んで、おそらく独自に進んでいたのだと思うのですけ

れども、それから、今回は被害者というのは株主になるのかもしれないですが、消費者のような被害者も含めて、捜査の段階でそれぞれ独自にやっているという現状を打破できるような、連携のようなことができると、いろいろコストの面ではかなり切り下げることができると思うのですが、そういう方向も模索はされているのでしょうか。

佐伯　まず最初のご質問の捜査で収集した証拠を民事で用いることができるかという点ですが、これはできます。以前と比べるとずっと利用しやすくなっています。刑事の公判記録については、損害賠償請求権の行使その他正当な理由がある場合に閲覧・謄写が法律で認められていますし、不起訴事件の記録についても、検察庁の運用として、一定の要件のもとで閲覧・謄写が認められるようになっています。

後者のコーディネートのようなことですが、する場合も当然あると思いますが、捜査の密行性がありますので、知らないうちにそれぞれの機関が別個独立に調査ないし捜査をしているということもあると思います。一般的には、例えば証券取引法違反の事件ですと証券取引等監視委員会と検察庁で、合同の捜査（調査）が行われたり、告発する際に協議がなされたりしているようですし、独禁法違反の事件でも、告発する際の協義が行われているようです。独禁法の改正で独禁法違反事件についても犯則事件調査手続が導入されましたので、これからは合同の捜査（調査）が行われる場合も出てくると思います。また、公正取引委員会や証券取引等監視委員会には検察庁から検事が出向しているようですので、そういう人事交流を通じた非公式の連携というのもなされているのだろうと思います。

新堂　民事裁判の方まで、少し無理なような気もするのですが、消費者なども含めて民事裁判としての連携ということはなかなか考えられないですか。

佐伯　例えば国が代わって消費者のために民事訴訟を起こすというような制度をもし作った場合に、証券取引を管轄する行政機関が、行政規制の権限を持っているし、被害者に代わって民事訴訟を起こす権限も持っているということは、制度としては考えられると思います。さらに、刑事の権限も持たせれば一元的に法執行を行うことができますが、わが国では刑事訴追の権限は検察庁に集中しておりますので、そこまで行くのは難しいかもしれません。

司会　和田先生、お願いします。

和田俊憲（北海道大学助教授）　刑法を担当しております和田と申します。被害回復給付を受けた被害者が不足分をさらに、

あるいはそれに重ねて損害賠償請求をすることは可能なのでしょうか。

佐伯　それはもちろん可能です。

和田　まったくの不足分をというのではなく、重ねて可能なのでしょうか。

佐伯　それは、当然不足分ということになるかと思いますが。

和田　それは民法の方の話になっていくのですか。当然、不足分というのは、そこにしか存在がないということになるのでしょうか。

佐伯　民事でさらにどのような請求ができるかは、民事の問題ということになると思います。

和田　被害者というのはどうやって決めることになるのでしょうか。

佐伯　それは、被害者が申し出て、検察官が裁定するということになっています。検察官は、弁護士の方を管理人（被害回復事務管理人）に選任して、事務処理を任せることもできることになっています。倒産手続のようなイメージで、被害者の申し立てがあったら管理人が調べて、確定して、分配するというような感じの制度になっています。

和田　被害者であるかどうかの認定自体が、狭い意味での刑事司法手続きの中で行われるわけではないということですか。

佐伯　中か外かというのは、もちろん没収の分配ですので、刑事司法制度の中と言えば中ですし、刑事裁判そのものではないという意味では、刑事司法制度の外ということになります。いずれにしても、行政手続になりますので、民事ではないです。

和田　印象の問題として、何となく被害者っぽければ被害者になる感じなのか、ものすごく厳格に認定されて初めて被害者とされるのでしょうか。

佐伯　それはやってみないと分かりません。もちろん資料は出させるわけですので、私は被害者ですといえば被害者として扱われるというわけではもちろんないでしょうね。ただ、刑事の裁判での認定と同じような、あるいは正式の民事の裁判と同じような厳格な証拠に基づいて認定を行うのかというと、それはもっとずっと簡易な認定になるのだろうと思います。そういう意味でも、倒産手続のイメージに近いのでしょうか。当初、国が没収してそれを返す制度にするのか、それとも没収したものを何らかの形で、国に帰属させない形、宙ぶらりんな形で置いておいて、それを被害者の申し立てがあったら分配するのか、どちらの制度にするかとかいろいろな議論があって、私は何となく破産のイメージで、没収した財産を財団にして、管財人を

任命して、その管財人が被害者の申し出に基づいて財産を配分するというような制度はどうだろうかと思っていたのですが、それでは手続にお金が掛かって、五菱会の事件のように九七億円もあればうまくいくのかもしれませんが、多くの場合はうまくいきませんよと言われて、それはそうかなということになっていたのです。しかし、今回の改正ではまあかなり似た制度にするということになっています。

和田　対象の犯罪はどうなのでしょうか。

佐伯　これは特に詐欺などの財産犯には限られていません。もちろん、個人に被害があって、損害賠償請求権があることが前提です。

和田　一般的な制度としてというわけですね。

佐伯　そうです。

和田　給付を受ける側はかなり容易に被害者として認定されるとしても、パイが小さいままだとあまり意味がないということだとすると、起訴する範囲をもっと広げろという圧力がかなり強くなっていく可能性があるのではないでしょうか。

佐伯　可能性としてはあります。ただ、今回の五菱会の事件では、多くの被害者が名乗り出て損害賠償請求を起こしていれば、国が出ていく必要もないのかもしれないのですが、現実にはそうではなくて、一生懸命弁護士の方が被害者を集めていらっしゃるわけですけれども、ごく一部の被害者しか名乗り出てこないということなので、事件によるということなのかもしれません。

和田　個別には請求しないけれども、この制度が利用できるならという被害者もいるのではないでしょうか。

佐伯　国がやってくれるならということは、それはあるかもしれませんね。ただ、弁護士の方が呼び掛けても来ないとすると、検察庁に俺の事件も起訴しろと言いにくることも少ないかもしれないです。

和田　すでに請求している人が、ほかの人もばっと来られると自分の取り分が減っちゃうわけですから。

佐伯　そうですね。保護の範囲を広げるというのは公平なようにも思えるのですが、起訴されている事件の被害者というのは例えば証人となる可能性もあるわけですし、そういう意味では負担を負っているので、まずその人に返してあげるべきではないか、何もしていない被害者が同じように利益を得るのは不公平ではないかという考えもあるかもしれません。でも今回は、一連の犯行による被害者はみんな平等に扱うということになっています。

和田　申し出なければ入らないわけですね。

佐伯　そうです。

和田　そうすると、ちゃんと自分で請求できる人は民事でいってもらって、その人の分の被害は没収してもらった上でほかの人に回すということも出てきちゃうわけですか。

佐伯　それは、まあ没収を先にしてしまうと、そうはならないかもしれませんね。

和田　先にしてしまえばそうですね。

佐伯　もし先に民事の方で判決が出て執行されれば、その分は没収できないということになるのでしょうね。

吉田　今の話に続けて少し発言させてください。没収を被害者救済のために用いるというアイディアはすごくよく分かるし、何とか実現できるとよいと思うのですが、その理論的根拠付けをどうするかが、なかなかしんどい。今お話を伺っていても、あり得るとすると二つの理論的根拠づけが考えられますが、その二つともうまくいかない感じがするのです（笑）。

一つは、先ほどコメントの中でも言ったことですが、没収制度を、被害者の損害賠償を国が代わって取ってやる、そういう制度として位置づけてしまうという根拠づけです。しかし、この方向ですと、没収金額を決める前提として私人の損害額がどうなっているかがはっきりしないといけない。また、私人から申し出てくれとか、そのような話をしないとなかなか論理が完結しないということになってきます。しかし、それらをあまり厳格に考えますと、何のために没収制度を使うのかが分からなくなってしまう。現実には没収がうまく機能しないということになってしまうのだと思います。

もう一つは、没収するのは損害賠償とは関係なくやるのだ、国の犯罪抑止とかそのような観点から、つまり公益的な観点から没収するのだ、このように考える考え方です。しかし、この理論的根拠づけだと、どうして後になってから損害賠償を請求してきた人にこれを配分しなければいけないのか、これまたうまく理屈がつかないということになってしまいます。

ですから、やるなら二本立てというか、一方で没収は没収として、つまり従来型の没収を制度としては仕組んでおく。もう一つは、損害賠償を代わって代位的にやってあげる、そのようなサービスとしての制度を仕組んでおく。そして、この二つをどこかでリンクさせるというか、折衷というか、分かりませんが、そのような形にしないとうまくいかないのかなというのが、今議論を聞いていての印象です。

そのような方向を考えるにあたって、独禁法が改正されて課

徴金制度がかなり変わりましたね。これが参考になるかもしれない。間違ったことを言うかもしれませんが、以前は、カルテル行為という違法行為を行った企業から、その違法行為に由来する利得を吐き出させるという位置づけがかなり強かったように思います。ただ実際には、得た利得を全部吐き出させるところまではいかないケースが圧倒的に多かったということでしょう。それについての改正が行われて、課徴金制度が強化されました。それは、この利益吐き出しをきちんとするという位置づけもあると思いますが、他方で、先に違法行為を申告すると課徴金が安くなるという制度（リニエンシー制度）が入りましたね。これは、不当な利益吐き出しということでは説明がうまくつかない。公平な競争を維持するという公益的な観点から、いかに効率的な制度を設計するか、実効的な制度を設計するか、そのような観点でないとうまく説明がつかないのだと思います。

没収についても、基本的にはそのような公益的観点を基礎とするほうがよいのでしょう。そのように仕組んだ上で、プラスアルファというか、サービスとして私人の利益を上乗せする、そのような感じではないだろうかと思いました。これは、質問というより感想と受け取ってください。

司会　ほかにありますか。今の流れで、私の方から一点よろしいでしょうか。

今の没収制度と損害賠償にかかわる質問ですが、没収したものの中から被害者にいくらか配当するということになってくると、気になるのは、ほかの一般債権者との関係がどうなるのかということです。没収の場合には、没収した財産は犯罪と関連性が強いものだと思いますので、被害者が優先的に配当を受けることが正当化できるように思いますが、損害賠償ですと、ほかの一般債権者との優劣関係はどのように考えればよいのでしょうか。また、消費者に対する詐欺の場合ですと、明らかに犯罪だといえる場合が多いと思いますが、通常の商取引においては詐欺と債務不履行との境界線には非常に微妙な面もあるのではないかと思います。そうすると、詐欺の被害者についてだけ優先権を与えることをどう考えればよいのでしょうか。

佐伯　それは常に問題になる点でして、制度としては優先させるという制度にすることもできるし、一般の債権と同じように扱うという制度にもできると思います。ちなみに、アメリカでは通常の債権と同じで、被害者が自ら執行することもできることとされていますので、優先関係というのは通常の債権と同じに扱われているのだろうと思います。

司会　分かりました、ありがとうございました。ほかにいかがでしょうか。

瀬川信久（北海道大学教授）　今の一番最後の点は、加害者が無資力の場合、とくに倒産の場面で一番問題になりますが、そこで不法行為の損害賠償債権が他の一般債権に対し優先させるかという問題について、伊藤眞先生や佐藤鉄男先生の論文があります（伊藤眞「不法行為にもとづく損害賠償債権と破産・会社更生」判例評論三三〇号一七四頁、佐藤鉄男「倒産手続における不法行為債権の処遇」ＮＢＬ七三五号七八頁）。アメリカなどでも問題になっているようですが、一般的には特に優先効を認めていないのが比較法的な状況のようです。

それから、今、没収金、追徴金、課徴金に対する被害者の権利が問題になっていますが、これも、一般債権者との関係で優先的効力を認めるかという問題と、そもそも、被害者救済のための原資をどうやって確保するかという問題があるように思います。後の問題は、例えば森永砒素ミルクの場合の被害者救済は賠償金でひかり協会を設立して恒久的な救済を図りました。豊田商事事件の場合だと、たしか弁護団が「豊田商事の従業員の高額の給料から納めた税金はもとは被害者から詐取したもので、課税するのはおかしい」とかいう主張をして、その税金を吐き出させて、これを破産手続きの中で分けたのだと思います。それから水俣病の場合だと、県が水俣病患者と認定すればチッソが補償金を払うという協定を締結し、その補償金の原資は、熊本県が県債で調達した資金をチッソに貸し付けるという形で援助したと思います。今度のライブドアでも、インターネットで被害者を二〇〇人まで集めて集団訴訟をするとかで呼び集めているようです。

ですから、今までも大規模被害の事件では実はいろいろな形でやってきているのですが、今のは、被害者がばらばらの場合や、被害額が小さい場合にも何とかできないかという話しかと思います。ただ、これまでやっていることとのうまいコーディネーションで考えてゆく方が良いように思います。あまり制度的にぎちぎち詰めても、たぶんあまりうまくいかないので、手続的にはここに書いてあるような形でやっていくより仕方がないのかなと思います。佐伯先生のお話は、どこまで使えるものにするかというプラグマティックな問題として考えられていくしかないのではないかと、今の議論を聞いて思いました。

最後に、このシンポジウムのテーマは、公と私をどう協働させるかとですが、その観点から教えていただきたいことです。いま話したのは、加害者の財産の中にいろいろなものがあって、

没収金や罰金は被害者に優先的に払うべきでないかという、いわば救済執行の点ですが、お聞きしたいのは裁判手続のところでの公と私の連携、それから捜査の段階での公と私の連携という問題です。最初の吉田さんの質問の刑法の謙抑性に関連する問題ですが、確かに捜査の密行性とか捜査の中立性という要請はありますが、それがなぜ刑法の謙抑性ということになるのか、教えていただきたいのです。感覚としては分かるのですが、例えば英米法など他の国ではその辺は少しルーズに考えているのでないかと思うのです。これは一九世紀の半ばのドイツの名誉毀損罪の事件についてですが、有罪判決が出たことを新聞に載せるという附加刑がありました。それを参考にして、ボアソナードが旧刑法で、被害者がこの新聞広告を刑事手続きの中で申請すれば認めるとしました。これが今日の謝罪広告の実務につながっているのかとも思います。それから日本の場合で、改定律例など明治初めの刑罰規定では、裁判所が罰金を取ってそれを被害者の家に給付すると書いてあります（以上につき、瀬川信久「明治前期の名誉回復訴訟」林屋・石井・青山編『明治前期の法と裁判』一八四頁以下、一七二頁）。ですから、民事的な救済と刑事罰はいろいろな組み合わせがあり得るんだけれども、その中でなぜ刑罰は謙抑的でなければいけないのか。いけないと思うのですが、もし、刑罰では一方が強大な権力を持っていることが理由であれば、捜査の段階と裁判手続の段階とではまた違って考えるべきでないかと思うのですが。

佐伯　まず民刑の分離ということについては、最近では、それほどドグマティッシュに考える必要はない、プラグマティックに考えて効率的な制度をつくるべきであるという考え方が強くなっているように思います。

刑法の謙抑性などに関しては、刑法というときに一般にイメージされているのは、死刑とか懲役刑というものであって、罰金とか没収というものは確かに法律で刑罰として位置付けられているけれども、同じに考える必要はないという考え方はあるかもしれません。でもそこまでいくと、そもそも刑罰である必要もないので、行政制裁にしてしまえばいろいろな制約が外れてもっと利用しやすくなるのではないだろうか、という方向にもいくと思います。このへんは、刑罰であることの効果、特にスティグマ効果をどこまで重視するかということでしょうか。

ただ、行政制裁にしてしまうと刑事手続きで保障されている被告人の利益が、もちろん行政手続にも適正手続きの保障はありますけれども、かなり切り下げられてしまうわけで、同じ制

裁を、名前を変えたら保障を低くするというのはいかがなものかという方向での批判もあり得るところです。いろいろ問題がありますということを申し上げているだけで何の解決も示すことができなくて恐縮ですけれども、両方の動きが今せめぎ合っているような状況にあるように感じます。

司会　それでは池田先生、どうぞ。

池田清治（北海道大学教授）　一般債権者問題に関する感想と、没収・追徴制度に関する佐伯先生に対する質問が三点ございます。

まず先ほどから議論になっている一般債権者との関係という問題ですが、もし被害者が一般債権者と同列ということになりますと、結局、一般債権者としては、だましてでもいいから財産を増やしてほしいということになりかねないわけで、これが望ましくないと考えるなら、やはり被害者を優先させた方がよいような気もいたします。これは単なる感想です。

次に没収・追徴制度ですが、これは二〇〇四年にドイツで不正競争防止法が改正されたさいに、新たに加えられた利益剥奪請求に非常に似ている面があるのではないかと感じました。午後の報告ないし討論において、この点に通じていらっしゃる田村先生も交え、議論になるのではないかと思いますが、これとの関係で今般の没収・追徴制度の改正について佐伯先生に三点質問させていただきます。

まず第一に、今回の改正では損害賠償請求権行使が困難な場合という要件が入っているようですが、そこで言う「困難」というのは、組織犯罪やマネーロンダリングというのは立証するのがかなり難しいという意味での「困難さ」なのか、それともたとえば少額訴訟のように、実際に取りにいくのが大変だという意味での「困難さ」も含まれているのかという質問です。「困難さ」の具体的なイメージをご教示いただけるなら幸いです。

次に第二の質問は、そもそもなぜ「困難」である必要があるかという点です。もちろん、立法政策としていろいろな選択肢があり得ると思うのですが、事実の問題として、なぜ困難な場合という要件が入ってきたのだろうかという感じがいたします。

三番目は、既に和田先生との議論でも取り上げられた点で、実はほとんど答えていただいているわけですが、個々の被害者も当然民事裁判を起こせるわけで、そうなると調整規定が必要になってくるのではないかという点です。例えば没収で、全部ではないにしても犯罪によって得た収益はほとんど没収されてしまいました。その後に、ある被害者から損害賠償を請求され

て払いました。では、この場合、加害者は国に対してその分を返してくれと言えるのかという問題が当然出てくるわけです。もちろん、被害者が国の方に被害回復給付を請求した場合、このような調整規定は不要でしょうが、しかし、とにかく事実の問題として、このような調整規定を置くということまで意識されているのかどうかをお伺いしたいと存じます。

佐伯　困難さのイメージといたしましては、財産が隠匿されて私人では追求が難しいとか、相手が怖くて請求できないというような場合が主に想定されていたと思います。被害が少額で個人には請求が難しいというだけでは要件に当てはまらないのかもしれませんが、この点はよくわかりません。仮に当てはまらないとしても、詐欺で多数の被害者が生じているような場合には、組織的な詐欺の場合が多いでしょうから、そちらの方で当てはまることは多いと思います。

実はこの制度、困難な場合に認めるのだということを理念としては掲げているのですが、組織的な犯罪やマネーロンダリングの場合には、実際に困難であったかどうかを問わないでできるという制度にしております。そういう意味では、建前と本音みたいなところが少しあるかもしれません。

それは二番目の点ともかかわるのですが、私などは困難であるかどうか問わずに没収追徴して、その中から可能な限り被害者の救済を図ればいいのではないかという意見を持っていたのですが、やはり立案当局としては現行の制度を前提として、それを少し修正するという立場を、少なくとも今回の改正については維持しようということでした。国が被害者の救済を目的として、目的としてまでは言わなくても、積極的に没収追徴を行って被害者救済を図るというところまでは、少なくとも今回の改正では踏み込まないということで、こういう要件が付いているわけです。

調整規定に関しまして、これまで私は被害者の方の調整ばかり、被害者が二重にもらうのを防ぐということばかり考えていまして、加害者の方についてあまり考えていなかったのですが、先に被害者に被害回復給付金の支給がなされて被害がすべて回復されているのであれば、被害者はさらに損害賠償を請求することはできませんので、加害者が二重にとられるということはないと思います。しかし、没収はなされたが給付金の支給はなされていないという場合は、被害者の損害賠償請求権がなくなるわけではないので、二重にとられる可能性もありそうです。加害者側についても調整規定が必要なのかもしれませんが、法案には加害者の側の調整規程は存在しないようです。

司会　では、村上先生、お願いいたします。

村上裕章（北海道大学教授）　話が戻ってしまうのですが、刑法の謙抑性のところで、行政制裁とかその方がいいのではないかという話もあり、私は行政法を専攻しておりますので、大変ありがたい話だと承りました（笑）。

まず感想としては、今日のテーマは公私の協働ということですが、公の方には刑事司法と行政、両方含まれるとすると、まず公と私との役割分担と、公の中での刑事と行政の役割分担というのがあるかと思います。謙抑性とおっしゃったのは、刑事司法固有の謙抑性のお話だという気がしましたが、他方で行政も、特に最近は規制緩和であまり関与するなという声も多いので、そういう点では若干問題となり得る可能性があるかと思いました。

ご質問ですが、そこで行政制裁等をもう少し活用すべきではないか、むしろ刑事制裁は謙抑的であるべきではないかというお話ですが、その際に考えていらっしゃる行政制裁というのはいったいどういうものなのか。行政制裁という概念自体あいまいですが、いわゆる不利益処分ですね、許可の取消し、あるいは営業停止といういわゆる行政処分もありますし、行政強制のような形でやるのもあるし、それから秩序罰のような刑事罰に近いものもあるし、それから今日何回も出てきました利益はき出しのための課徴金等があると思います。行政制裁を活用すべきだという場合に、何を考えていらっしゃるのか。特に利益はき出しの課徴金を念頭に置かれているのかということがまず一つ。

それから課徴金に関しては、古い議論ですが二重処罰ではないかという問題があって、判例は一応そうではないということのようです。しかし、先ほどお話があったようにやはり処罰的な要素がかなり強いと思いますが、そのあたりはあまり堅苦しく考えないでよろしいのか、もっと適用範囲を広げていっても特に問題ないとお考えなのか、その二点をお伺いしたいと思います

佐伯　どうもありがとうございます。ご指摘の通り課徴金は利益剥奪の制度だとされていたのが、昔から私はその理由づけというのはあまり説得的ではないと思っていましたけれども、今回の独禁法の改正によって制裁であるということがはっきりしたように思います。今後は、制裁として財産的不利益を科す、仮に行政制裁金といいますと、行政制裁金として純化したような制裁と、利益のはき出しをさせる制度と二本立てにするのがよいのではないかと思っております。

現在の過料というのは、額も少ないですし、手続きも整備されておりませんので、それをもっと本格的な制度として広く行政手続の中で行政の執行、目的達成のために使うことができるようにするのがよいのではないか、検査妨害なども別に刑罰でなくても行政制裁金のような形で担保して機動的に発動する方が望ましいのではないかという気がしております。

二重処罰の問題につきましては、私自身は行政制裁と刑罰の併科というのは、トータルとして罪刑の均衡、あるいは行政法の言葉ですと比例原則に反していなければ憲法違反の問題はないのではないかという考えを以前から持っております。刑事法の分野でポピュラーな考えかどうかは分かりませんが、私自身はトータルとして罪刑均衡を失していなければ、行政と刑事とで二度に分けて科したからといって、直ちに憲法違反になるものではないと考えております。

村上　それは法定の制裁の額等が均衡していればよろしいということですか。それとも、実際に科された制裁と罰が均衡していればよいということですか。

佐伯　実際に科された制裁と犯罪の均衡が問題だと思います。従来から重加算税と刑罰の併科が憲法違反かという議論がございましたが、実務の運用としては重加算税を罰金の量刑において考慮するという形で、実態として加重な制裁を行えないような仕組みになっております。今回の独禁法改正においても、それから証券取引法の課徴金についても課徴金と罰金の調整規定が設けられていまして、二回に分けるけれども、トータルとしては過大にならないようにする仕組みが設けられています。私は憲法の問題としてはそれでよいのではないかと考えております。

司会　ほかにございませんか。では、吉川先生、お願いいたします。

吉川吉樹（北海道大学助教授）　昨年の九月より北大で民法を担当させていただいております吉川と申します。よろしくお願い申し上げます。

少し話は戻ってしまうのですが、没収追徴制度について少しお伺いさせていただければと存じます。一連の犯行による被害者ということで、わりと大きな役割を果たしそうなところだと感ぜられたのですが、ただ要件として困難な場合というのがある。そこのところで、私法的なものと役割分担が果たされているのかとも思っていたのですが、先ほどのお話ですと必ずしも困難な場合というのは、一応建前としては出しているけれども、実際はそれほど重要な要件にはなっていない。そうすると、こ

れは、今までの刑法の謙抑的な立場というものから一歩踏み出そうとしているのか、それともあくまで没収対象が拡大しているわけではないというところで縛りをかけて、謙抑的な立場をそのまま維持していてということになるのか、その辺の方向性というか位置付けを教えていただければと存じます。

佐伯　制度としては、従来の没収できるものを没収して、それを被害者に返してあげるという制度ですので、表向きは広がっているということにはなっていないし、立案当局としてもここで積極的に転換しますということではない、それはちょっと待ってほしいということだろうと思います。ただ現実の問題としては、今非常に被害者の声というのは刑事司法制度に大きな影響を与えておりますので、こういう制度ができれば、検察官の訴追裁量の行使等に影響を与える可能性というのは十分あり得ると思います。

吉川　この要件をそもそも立てたというのは、謙抑的な立場を維持するためということなのでしょうか。また特に、この要件自体が建前としてあっても実際は違うという話との関係はどうなのでしょうか。

佐伯　立案者の説明では、謙抑的な立場を維持するために設けてあるということです。しかし、実際は違うのではないかというのは、組織的な犯罪やマネー・ロンダリングの場合は、請求の困難さが法律で擬制されていて、個別に立証する必要がありませんので、実際には、多くの場合に没収追徴が認められることになるのではないかということです。

池田　今の点で確認をさせていただきたいのですが、利益の剥奪とは刑法一九条一項三号の「犯罪行為によって生じ、若しくはこれによって得た物、または犯罪行為の報酬として得た物」に当たることになるのでしょうか。

佐伯　ここで問題になっているのは組織的犯罪処罰法の没収追徴規定でして、刑法の没収追徴規定の特則になります。これもまた面白いというか、一般に受けるイメージと実態が齟齬しておりまして、組織的犯罪処罰法だから組織犯罪に限って適用があるのかというと、刑罰の加重規定などはそうなのですが、没収追徴については別表に挙がっている犯罪から得た収益は組織犯罪かどうかを問わずすべて含まれることになっています。そして、別表の犯罪は非常に広い範囲で規定されております。もうかるものなら何でもやるというのが組織犯罪の特徴だとよく言われますが、組織犯罪がやりそうな犯罪をみんな挙げると非常に網羅的になってしまうわけです。その結果、刑法の没収追徴規定というのは組織的犯罪処罰法の没収追徴規定に重要な

部分で取って代わられています。現状でもそうなのですが、今度、国連の組織犯罪防止条約との関係で長期四年以上の犯罪についてはすべて対象としないといけないことになっておりまして、その旨の改正もされることになっておりますので、改正が実現すればほとんど取って代わられるということになると思います。

司会　どうもありがとうございました。あとお一方ぐらいお時間があると思いますが、いかがでしょうか。

永下泰之（北海道大学大学院）　北海道大学で民法を勉強しております永下と申します。再度、没収追徴の関係について質問したいのですが、改正を目指している目的というのはどういうふうに考えられるのか。つまり、民法上訴訟と没収額との関係ですが、先ほど和田先生がご指摘されたように、没収と民法上の請求との整合関係というのはどのようになるのか。民法上の請求が先に行われてしまった結果、没収額が減ってしまうのか、あるいはそこで民法上の請求はあるとして、没収額というのは一般的に分配される。請求者は分配額だけ損害を填補されたということによって、残額についてはまた加害者の没収額の対象外の方に請求をすることになるのか、そのあたりはどのような方向で制度設計を予定しているのかという点についてご質問させていただきます。

佐伯　先に民事訴訟が終わって、執行も終わっているということであれば、その分没収すべき財産がない状態になりますので、没収はできないと思いますが、訴訟が提起されているという状況で、提起されているからその分は控除するということになっていたかというと、なっていなかったように思います。

　実は、五菱会事件において、検察は、現行法の下で、没収追徴を請求しておりまして、組織的犯罪処罰法の一三条二項は、前項各号に掲げる財産が犯罪被害財産であるときはこれを没収することはできないとなっているのですが、検察官は、被害者が請求していない場合には犯罪被害財産に当たらないという主張をいたしました。一審は否定したのですが、高裁はその主張を認めまして、現に訴訟が起こされている部分については没収しないが、それ以外の部分については没収ないし追徴をするという判決を出しています。それなら今回の改正はいらなかったのではないかということにもなりかねないのですが。高裁判決と同じような調整規定が今回の改正案に入っているかというと、入っていなかったと思います。おそらく、被害者が民事訴訟を提起していて、没収追徴の必要がない場合には、検察官は没収追徴を請求しないということになるのだと思います。

司会　ほかの方はいかがでしょうか。なければ、このあたりで午前の部を終わることにしたいと思います。これは冒頭に申し上げるべきことでしたが、佐伯先生は昨日飛行機が飛ばず、ＪＲではるばる東京からおいでくださいました。本当にどうもありがとうございました。（拍手）

研究ノート

私的空間という装置と法

――〈法と文学〉による日本プライバシー前史――

林田清明

"The Law is utilitarian. It exists for the realization of the reasonable needs of the community."

― James B. Ames, Law and Morals, 22 Harv. L. Rev. 97, 110 (1908).

はじめに
一　時代のエートス
1．復讐と制度
2．金と名誉

3．愛と復讐
4．近代化と日露戦争前後の社会
二　市民を作る
1．男女、夫婦・婚姻観
2．主張する女
3．一葉と帝国大学
4．帝国のユーウツ
三　私的空間という装置
1．富と権利
2．反蓄妾キャンペーンとスキャンダル報道
3．私的空間（プライバシー）という法益の誕生と移入
まとめ

はじめに

明治一一（一八七八）年三月から九月にかけて、イザベラ・バードは、東京から奥州・北海道までを旅したが、途中宿泊した宿屋の部屋は障子に囲まれたもので、その破れからは人の眼がのぞき込んでおり、女中や主人がひっきりなしに部屋へ出入りし、隣の部屋では遅くまで騒いでいた。このため彼女は「私的生活は思い起こすことのさえできないぜいたく品であった」と書いた(1)。また、明治二〇―三〇年代にかけて日本での生活をしたラフカディオ・ハーンも、「日本人の生活には内密といふことが、どんな種類のものも殆ど無い」としている(2)。

ところで、近年でも、たとえば他人の住居の覗き見禁止（軽犯罪法）、相隣地の観望の制限（民法二三五条）、信書開披罪（刑法一三三条）などプライバシー保護の片鱗も法律中には存在し

ている。しかし、ドナルド・キーン著『Living Japan (1959)』は、プライバシーに相当する日本語はないと云うなど、ごく最近まで、日本にはプライバシーは存在しないとする欧米人の見解が伝えられている。

これらはいくつかのことを示唆している。第一に、戦前や明治にも「宴のあと」のようなモデル小説は多数存在していた。にもかかわらず、なぜ当時プライバシーは問題にならなかったか。云い換えると、わが国においては「プライバシー（の権利）」は戦後一九六四年（「宴のあと」事件東京地裁判決）まで存在しなかったのか[3]。

第二に、確かにプライバシーの概念は欧米のものかもしれないが、それも法的に確立されたのはほんの昨日にすぎない[4]が、それを成立させた社会的条件、またプライバシーを法益や権利として成熟させるための条件は何だったか。そこでプライバシーの観念や権利がわが国の社会にどのようにして認められるようになってきたかを検討する。また、私的空間の装置を認める功罪はどこにあるのか。ここでは、プライバシーが存在しなかった時代や社会においてそれに相当する概念としてやや広い意味で「私的空間」の語を用いる。

第三に、明治といういわば壮大な近代化運動（社会の改良）の中で、法や法文化も発展してきたが、それを理解するためには当時の社会的コンテクストから検討する必要があろう。本稿は、日本の近代化・近代法化の一面としての、個人や生活に密接な空間の法構造を〈法と文学〉および比較法文化研究の視点から検討する。

一　時代のエートス

1．復讐と制度

a．連鎖する正義

どの時代や社会もある概念や言葉ですべてを規定することは不可能ではあるが、明治社会の重要な特徴を示すものとして復讐という観点から見ておきたい。この観念は、一見すると私的空間やプライバシーとは遠く、無関係のように思えるが、実は密接な関係がある。

薩長土肥の兵士たちを中心とする官軍は、会津をはじめとする奥羽列藩同盟の諸藩と戦った。幕府・藩そのものを倒され、家族は殺されたり、自刃したりした。明治一〇年の西南戦争では、旧薩長が実権を握る政府軍と鹿児島県の私学校の生徒たち

を中心とする軍との間で争いが起こった。熊本など各地で政府軍は苦戦しているので、戦況を打開するために警察官なども部隊の一部として送り込まれた。警察隊などとして政府軍の精鋭部隊として、頑強に抵抗する鹿児島の軍を打ち破らせるためであった。この警察官の部隊には旧会津藩などの士族たちが多く入っていたのである。

「十四日田原坂の役我軍進て賊の堡に迫り殆ど之を抜かんとするに当たり残兵十三人固守退かす其の時故会津藩某（巡査隊の中）身を挺（ぬきいて）奮闘し直に賊十三人を斬る其闘ふとき大声呼て曰く戊辰の復讐戊辰の復讐と
是ハ少々小説家言の様なれとも決して虚説に非す此会人ハ少々手負しと云ふ[5]」

この記事は熊本の現地に派遣されていた新聞記者の犬養毅が、激戦の模様を書き送ったものである。

当の旧会津士族は、実際につぎのように見ていたのである。つぎに出てくる四朗兄とは、兄の柴四朗のことで、明治の若い人たちの血を沸かせた政治小説『佳人の奇遇』の作者・東海散士である。柴の母親と姉は会津戦争の時にすでに自刃している。維新後、会津藩は、下北半島の荒涼とした荒蕪地に移封（斗南藩）されて辛酸をなめた。柴五朗本人は西南戦争勃発の当時、まだ新政府の軍人として教育を受けていた。

「（明治一〇年）三月二七日　四朗兄の書に接す。
「今日薩人に一矢を放たざれば、地下にたいし面目なしと考え、いよいよ本日西征軍に従うために出発す。凱旋の日面会すべし。学業怠るなかれ」
……余もまた征西の志、胸中にたぎり、闘志炎となれる砌（みぎり）なれば……[6]」

正義としての復讐や勧善懲悪という観念が、色濃くこの時代を覆っていたと言うべきだろう。これは後に見るように、たんに当時の支配階層であった旧武士間のみならず、また明治一〇年代ばかりではなく、明治期全体を覆っていたといえるだろう。

では、復讐が支配的である社会では何が起こっていたのか。第一に、復讐するためには復讐する主体の、社会評価および、その中に存在する自己評価がまず存在しなければならない。この自己評価の面は一種の世界の把握でもあるが、自己のプライドや名誉と結びついた感覚でもある。

復讐と名誉との関係に触れると、名誉（honor）は、他者よりも自分が優れているという感覚であるが、このような自己評価、自己主張・誇示を前提にしている。[7] J. ロールズによれば、自己評価は重要なプライマリー財であり、消費財の一定量がpleasureを導き出すための前提として、この自己評価を必要としているのである。[8] 一般には、AはCの面前でBに面目を失わせることによって名誉を得るのである。このように、自己評価を媒介として復讐と名誉との間には密接な関係がある。したがって、幕末から明治は名誉を重んじる伝統や社会でもあったといえるのではなかろうか。

第二に、なぜ理性人は復讐を行うのか。復讐をしようとするのは、復讐する主体が評価している秩序が第三者によって毀損されたり、破壊されたりしたためである。復讐は決して未開人や未開社会に特有に存在するのではない。かつまた、復讐はむろん感情と結びついた場合も多いが合理人・理性人もまた復讐に従事するのである。

復讐には、他人の行為によって悪化した状態を元に戻すための秩序の回復という面がある。これは目には目を歯には歯を、という考え方で、また矯正的正義（論）といえるだろう。秩序を元に戻したり、また回復する方法や手段は、復讐だけに限られない。法が整備された現代では法や裁判制度を使うことが考えられる。しかし、復讐が公認・容認されるような社会では、前述のように、法は余り整備されていないか不十分であるから、自力による救済や解決方法である復讐が用いられやすい。むしろ、復讐をしなければ共同体や社会の他のメンバーから軽蔑されたり、疎外されたりする。このような社会では、復讐は重要な役割を持っているのである。維新後の「刑法」である仮刑律や新律綱領（明治三年）の父祖被殴などには、祖父母・父母が殺された即時および予め届け出がある場合には仇討は公認されていた。明治六年の仇討禁止令（太政官布告第三七号）を受け、改定律例（明治六年）において「謀殺」をもって論じることになって明確に禁止された。これらは自力や復讐による解決を否定し、国家や法がこれを新しく解決するメカニズムとなり、またそれを提供するものであるという宣言であったが、復讐を取り込むべき法による解決ルートは完全に整備されたとはいえなかった。

b. 近代化＝脱亜入欧と風俗改良

西洋とわが国では物事の見方がまったくと言っていいほど異なっていたものがある。その一つは、プライバシーや私的空間

とも密接な関係がある裸体に対する見方である。黒船で有名なペリー提督は、伊豆下田の浴場での男女混浴を見て、日本人は淫蕩な人民と評した。また『ペルリ提督日本遠征記』も「裸体を頓着もせず男女混浴をしている」のは「疑いもなく淫蕩な人民なのである」と見た(9)。

しかし、ペリーの時からは幾分時間が経過しているが、対照的な見方も外国人には存在した。E・モースも婦人の入浴を目撃した一人であった。ペリー一行の淫蕩という見方とは異なって、彼は自分たちの方が「よほど野蛮人」であったと書いている。人力車を連ねて日光を通っているときのエピソードである。

「一軒の家の前の、殆ど往来の上ともいう可き所で、一人の婦人が例の深い風呂桶で入浴していた。かかる場合誰しも、身に一糸もまとわぬ彼女としては、家の後にかくれるか、すくなくとも桶の中に身体をかくすかすることと思うのであろうが、彼女は身体を洗うことを中止せずに平気で我々一行を眺めやった。人力車夫たちは顔を向けもしなかった。」

(そこでモースは連れのドクターの注意を呼び起こしたが)

「するとその婦人は私の動作に気がついて、多少背中を向けたが、多分我々を田舎者か野蛮人だと思ったことであろう(10)。」

モースは、自分たちと日本人たちの裸体に対する見方が異なっていることに気付いたのである。

しかし、この日本人の〝美徳〟もしくは風俗も、明治三五・六年頃になると崩れてきたようだ。向島の三囲稲荷の近くで、

「それらの家の竹垣の間からは夕月に行水をつかっている女の姿の見える事もあった。蘿月宗匠はいくら年をとっても若い気質(かたぎ)は変らないので見て見ぬように窃(そつ)と立ち止まるが、大概はぞつとしない女房ばかりなので・・・(11)」

明治新政府は、裸体を野蛮もしくは悪しき風俗として禁止する立場をとった。西洋人の手前、彼らの文化や価値にそぐわないものは、上から禁止しようというものである。これはつぎの諸政策に現れている。一八七二(明治五)年、「東京違式詿違条例」は、現在の軽犯罪法に当たるものであるが、府や各県で公布された。東京府のものは第二二条に「裸体又はハダヌギし或いは股脛(モモハギ)を露し醜体をなす者」として裸体になることを禁止している。また、明治五年の神奈川県布達でも、裸体禁止を謳っている。さらに、明治二二年一一月の内務省告示では、絵草紙屋での裸体美人画販売禁止が命じられた(12)。

引用しただけでも、これだけの数の規制が出されたこと、また当時の見聞されたトピックスからすれば、日常生活は裸体か

それに近いものだったといえよう。また、裸体を禁じる規範はなかったか、限定的なものであったことが知られる。この当時、わが国では「男も女も裸体を人目にさらすことを無作法とも不都合とも考えてはいなかった」[13]のである。

ではなぜ裸体などを禁止するのか。とくに、明治四年一一月二九日の東京府達は、外国人に裸体は恥ずかしいものと云われるから、これを禁止するという。

「府下賤民共衣類不著裸体ニテ稼方致シ、或ハ湯屋へ出入候者モ間々有之、右ハ一般ノ風習ニテ御國人ハ左程相輕シメ不申候得共、外國ニ於テハ甚ダ之ヲ鄙ミ候ヨリ、銘々大ナル恥辱ト相心得、我ガ肌ヲ顯シ候事ハ凡一切無之由、然ルニ外國ノ御交際追々盛ニ相成リ、府下ノ儀ハ別而外國人ノ往來モ繁ク候處、右様見苦敷風習此儘差置候テハ、御國体ニモ相拘リ候ニ付、自今賤民タリトモ、決シテ裸体不相成候條、稼方ニ付衣類ヲ著シ不便ノ者ハ、半纏又ハ股引腹掛ノ内相用ヒ、全身ヲ不顯様屹度相愼ミ可申、萬一相背候者有之ニ於テハ、取締組ニテ差押ヘ可申筈ニ候條、此旨兼テ相心得候様、小前末々無洩様申諭者也[14]。」

新（維新）政府は、裸を初めとするわが国の固有の風俗や慣習を禁止・改善する必要を認めた[15]。それは第一に、西欧に追いつき、肩を並べるためには、基本的に彼らの風俗と同じようなレベルにまで持って行く必要があった。それがすなわち、西欧列強と不平等条約を廃止するための交渉の前提として、西欧化したことを国家として示す必要があったからである。脱亜入欧が国家としての基本的ポリシーの一つであった。

第二に、脱亜入欧がわが国社会や日本人の信条やモラルと結びつくには、規制する側である国家の官僚が旧下級武士の出身者が主で、彼らが価値や行動規範としていたと思われる儒教道徳が動員されたと考えられる。この府達が、西欧を意識し、また丁寧に旧武士階級の道徳にも触れている点では、いわゆるヴィクトリアン・プルーデリィ（ヴィクトリア期の上品さ）と迎合した面があることはよく指摘されるとおりであろう[16]。このようにして、法による一般的な規制となって、裸やそれに近い日常の行動を制限または取り締まることになったのである。また、これは、規制や取締だけではなく、より広範に〝旧態〟たる生活習慣や社会そのものの改良へとつながるべく、庶民に対する日本固有の風俗の改良や啓蒙そのものが意識されることになったといえよう。

ひるがえって、なぜ当時の日本人たちは、裸を恥ずかしいことでも、さして悪いことでもないと考え、またそれを隠すことも考えないでよかったのだろうか。つぎが示唆的である。

「裸体をエロティックにするものは裸体そのものではない。それに向けられたエロティックなまなざしの方なのである。裸体をさらすことを禁止し、隠蔽することによって、覗く視線が形成される。エロスは裸体そのものにはなく、裸体を取り巻く状況にあるのだ。[段落] したがって、明治になって起こったことは、混浴の禁止をはじめとする、さまざまな隠蔽作業を通じた女性の裸体の性化《セクシュアリゼーション》だった。[17]」

明治社会の為政者たる旧下級武士階級の倫理観と体面が、国家の政策が結びつくことによって、西欧のまなざしの方を取らせたのである。

2. 金と名誉

つぎに、このような「まなざし」をまだ広範に持っていなかった社会の意識や当時の人々の気質というものを見ておく。それが自己と他者との意識や関係を捉えることになるからである。

夏目漱石『坊ちゃん』につぎのような事件が書かれている。松山に赴任した坊ちゃんと同僚教師である山嵐とは親友であったが、その山嵐が自分を裏切った旨の讒言をやはり同僚の教師から耳にした。坊ちゃんと山嵐にはつぎようないきさつがあった。

「こゝへ来た時第一番に氷水を奢（おご）ったのは山嵐だ。そんな裏表のある奴から、氷水でも奢つてもらつちや、おれの顔に関はる。おれはたつた一杯しか飲まなかつたから一銭五厘しか払はしちやない。然し一銭だらうが五厘だらうが、詐欺師の恩になつては、死ぬ迄心持ちがよくない。あした学校へ行つたら、壱銭五厘返して置かう。おれは清から三円借りて居る。其三円は五年経つた今日迄まだ帰さない。返せないんぢやない。返さないんだ。清は今に帰すだらう抔と、苟（かりそ）めにもおれの懐中をあてにはして居ない。おれも今に帰さう抔と他人がましい義理立てはしない積りだ。こつちがこんな心配をすればする程清の心を疑ぐる様なもので、清の美しい心にけちを付けると同じ事になる。帰さないのは

清を踏みつけるのぢやない、清をおれの片破（かたわ）れと思ふからだ。清と山嵐とはもとより比べ物にならないが、たとひ氷水だろうが、甘茶だらうが、他人から恵を受けて、だまつているのは向うを一と角の人間と見立てゝ、其の人間に対する厚意の所作だ。割前（わりまえ）を出せば夫丈の事で済むところを、心のうちで難有（ありがた）いと恩に着るのは銭金（ぜにかね）で買へる返礼ぢやない。無位無冠でも一人前の独立した人間だ。独立した人間が頭を下げるのは百万両より尊とい御礼と思はなければならない。[18]」

「夫れ以来山嵐はおれと口を利かない。机の上へ返した一銭五厘は未だに机の上に乗つて居る。ほこりだらけになつて乗つて居る。[19]」

ルース・ベネディクトは、坊ちゃんのこの行為を異常もしくは特異な事件と見ている。「些細な事柄についてのこのような神経の過敏さ、このような傷つきやすさは、アメリカでは、不良青年の記録や、神経病患者の病歴簿の中で見受けられるだけである[20]」とするのである。

これをベネディクトはつぎのように理解する。つまり、日本では「恩を着る人がいかに腹を立てやすいか[21]」、また「日本人は安んじて恩を負担する」一定範囲の親密な者たちがいる反面、「いったんこれらの条件が当てはまらなくなると、恩は耐えがたい苦痛となる。相手から蒙った負債が、どのような些小なものであっても、それを不快に感じるのが立派な態度である[22]」となる。

周知のように、ベネディクトはこの背景には「恥の文化（shame culture）」と「罪の文化（guilt culture）」の相違が存在していると説明する。すなわち、『菊と刀』のタイトルに示されているように、日本人はたいへん矛盾した、また相対立した行動、つまり人を殺す道具である刀と美しい菊の花の両方を愛するといった特徴的な傾向を示す人々として写った。日本人の行動は、パターンとしてみると、内気で従順あるいは恥ずかしがり屋であると同時に、他面では攻撃的であると見られる。ベネディクトによると、日本人に典型的な気質は、「人に対して、世間に対して恥をかかない」という基本的価値観に規定されており、このような文化類型を「恥の文化（shame culture）」と見るのである。これに対して、キリスト教を価値の中心にしている文化を「罪の文化（guilt culture）」と呼んで、対置している[23]。

では振幅の大きい日本人の心情はどのように見たらよいのだろうか。心理学者の土居健郎は、ベネディクトとは反対に、「多

くの読者は・・・やや極端であると感じても、非常に異常であると感じる者はほとんどいないであろう」と指摘している。[24]

土居の分析によると、坊ちゃんは、讒言を信じ込んで友人であると考えていた山嵐に裏切られたと感じた。[25] 坊ちゃんは、山嵐におごってもらった氷代の一銭五厘の執拗な返還闘争を繰り返すのは、坊ちゃんにとっては、山嵐から受けた「借りを返す」意味があり、彼との関係を清算することを意味している。土居は「山嵐も清のように彼の肩をもち、もっぱら彼の利益だけをはかる人間と思いこんでいたのである。そこには彼の非常にナイーブな甘えが正体をのぞかせている」[26]というのである。

なお、土居は『「甘え」の構造』[27]の中で、『菊と刀』の問題点として、まず、罪と恥という考え方の中にベネディクト自身の価値判断、つまり罪の文化が優れており、恥の文化は劣っている、をしのばせており、ついで彼女の考え方において罪と恥の感情が相互に全く無関係であるかのごとく前提されている点を指摘している。土居が指摘するような、文化の類型把握や恥の文化・罪の文化に潜む西欧的な価値判断などの問題点はあるにせよ、明治のこの時期の社会は、恥の文化と特徴づけられるような気質がまだ濃厚に充満していたと見ることができる。「恥の文化」では他律的であり、正義より名誉が優先される。個人の道徳心は、他者により左右されてしまう、また、集団の名誉という全体の利益の前には、個人の権利などは単なる利己やエゴイズムとされる傾向がある、としている。「日本人の場合は、……自分がそこに属している人たちの信頼を裏切るということに最も強く罪悪感を感じるのである」[28]といえる。

自尊心や矜持が、家族や隣人や社会から監視されるという外的な行動基準と合致していればよかったし、またそうすることが要請される社会では、人々は何ものにも恥じないという誇り高く行動することを尊重していた。いわば宗教規範や法規範からもたらされる、自己の内面による監視ーそれは罪の文化につながるーはまだ大きな役割は果たしていなかった。恥の文化的であったからこそ、衆人の監視は効いており、プライバシーは少なかった。このため、プライバシーの法による保護もその限度で必要ではなかったのではなかろうか。

3. 愛と復讐

現代でもそうであるが、自分が好んでいる共同体や社会の秩序そのものの破壊やアンバランスが生じた場合には、司法制度や裁判システムを使うといった回路が存在しない。まして、一

般には司法制度が整備されておらず、また費用やその他の理由から庶民（市民）からは裁判制度を利用することがあまり現実的ではなかった時代には、実力行使に訴えるより他はなかった。たとえば、自分が愛する恋人を第三者である他人に奪われた場合には、法的にも救済の道はほとんどないし、婚約成立後などごく例外的な場合に限られた法的な救済が用意されているだけである。まして、恋人や婚約者の合意が存在する場合には、奪われた者の好む秩序を取り戻すのは難しくなる。

最近はあまり読まれていないが、かつてはベストセラー作家であった、尾崎紅葉の『金色夜叉』は新派劇として演劇化もされたが、そのような事件を主要な場面にしている。[29] この作品のはじめの方のいきさつはつぎのようである。主人公の間貫一にはすでに両親はなく、そのため貫一の父に生前世話になったという鳴沢の家に引き取られて、彼は一高に通っている。鳴沢家には宮という一人娘がいるが、ある夜カルタ会に二人で出掛ける。そこで新興の銀行家の息子で、金剛石（ダイヤモンド）の指輪をしている富山唯継にお宮は見初められる。宮は両親の勧めもあり、従順にも富山との結婚を承諾する。富山と鳴沢母娘が熱海で会合しているときに、貫一が東京から駆けつける。つぎは有名な熱海の海岸の場面である。

「吁（あゝ）、宮（みい）さん恁（かう）して二人が一処に居るのも今夜限りだ。……（中略）……可（よ）いか、宮さん、一月の十七日だ。来年の今月今夜になつたならば、僕の涙で必ず月は曇らして見せるから、月が……月が……月が……曇つたならば、宮さん、貫一は何処かでお前を恨んで、今夜のやうに泣いて居ると思つてくれ。」

宮は挫（ひし）ぐばかりに貫一に取着きて、物狂しう咽（むせび）入りぬ。[30]」

貫一と宮との間で二人が将来の結婚を約束したことも記されてはいないし、鳴沢の両親が貫一とお宮との許婚を認めていた、ないしは黙認していたこともないようだ。しかし、貫一が思い込んでいるのか「姦婦」の語が用いられている。また、宮の方でも、両親の富山との結婚の勧めに対して、明白に反対や同意の意思表示をしたわけでもない。

「それぢや断然（いよいよ）お前は嫁（ゆ）く気だね！これまでに僕が言つても聴いてくれんのだね。ちえゝ、腸（はらわた）の腐つた女！　姦婦（かんぷ）!!」

その声とともに貫一は脚（あし）を挙げて宮の弱腰をはた

と〓（け）たり。地響して横様（よこさま）に転（まろ）びしが、なかなか声をも立てず苦痛を忍びて、彼はそのまま砂の上に泣伏したり。

……　中略　……

「宮、おのれ、おのれ姦婦、やい！　貴様のな、心変をしたばかりに間貫一の男一匹（いつぴき）はな、失望の極発狂して、大事の一生を誤つて了（しま）ふのだ。学問も何ももう廃（やめ）だ。この恨の為に貫一は生きながら悪魔になつて、貴様のやうな畜生の肉を啖（くら）つて遣る覚悟だ。富山の令……令夫……令夫人！　もう一生お目には掛らんから、その顔を挙げて、真人間で居る内の貫一の面（つら）を好く見て置かないかい。」[31]

一高生の間貫一が選んだのは、ほぼ当然視されていた官途への道ではなく、どちらかというと当時社会的に蔑視されていた高利貸しへの道を選ぶことであった。一高生がすすんで高利貸しになろうというのである。それは、お宮が自分を「裏切った」と思い込んでいる貫一の男としての意気地でもあった。自分を侮辱したり、裏切った相手を、出世して見返すというのは、今日でもない訳ではないが、いずれにしても自分の半生をいわば復讐にかけるということを意味する。金のゆえに愛するお宮さんを奪われたからこそ、金の世界で成功するによって、お宮さんを見返してやろうというストーリーである。復讐に捧げた半生が幸福なものであるかどうかはまた別問題であるが[32]、復讐に成功すること、つまり出世したり、高利貸しでいっぱしになることが、金・カネの夜叉になりきることとなり、貫一その人の効用を増すことにはなりうる。

『金色夜叉』は、日露戦争前後の明治三五―三七年頃の時代設定であるが、お宮さんの結婚相手が、新興銀行家つまり成金の、息子であるということも注意する必要がある。なぜなら、社会にそれだけの階層が生れていて、富の蓄積がなされつつあった時代であった。他方、成功組はいいが、社会には貧困な人たちもまた生み出されつつあったといえる。金剛石（ダイヤモンド）に象徴される新興の富・金[33]とこれに対する復讐心というものが明治の中・後期の社会の文脈（コンテクスト）の一部を通貫して、彩っていたことは確かといえよう。

4．近代化と日露戦争前後の社会

日清戦争後の講和条約（下関条約・一八九五年）において遼

東半島・台湾ほかの割譲と賠償金の支払いなどが締結されたが、独・仏・露によるいわゆる三国干渉によって遼東半島を返還するにいたった[34]。このために国内では、三国干渉を不満として、これを屈辱としてそれを注ぐべき日まで臥薪嘗胆して、富国強兵・産業振興などに努めることが国家や社会の目標とされた。これは国家としてのメンツや民族主義の高まりなどを背景として、いわば国家として一種の見返しや〝復讐〟を誓ったものといってよい。

復讐と法制度との関係について言及すると、復讐は法のない、あるいは十分ではない社会で起こりうるのである[35]。先に見たように法による復讐の回路が存在しないか、または不十分である社会では、復讐とそれを支える名誉観念が強く結びついて働いていたものと考えられる。そこでは相互監視や社会による監視または社会規範による規律がより可能であり、法に頼らなくても、秩序を維持することは十分可能であった。

また、わが国でも、穂積陳重『復讐と法律』は、「刑法は復讐の発展したものである[36]」という。これによると、法とくに刑法は、復讐という感情と同根であり、また不法行為・契約違反などの損害賠償や原状回復など、さらには民法・取引法それ自体も復讐と同じルール・原理に立っていると考えられる。それは破壊された秩序を元に復元することである。このように復讐と交換の正義（矯正的正義）とは密接な関係がある。これは正義論では矯正的正義(corrective justice)と呼ばれるものである。アリストテレスは、矯正的正義をつぎのように説明する。

「裁判官が均等化しようと努めるところのものは、こうした意味における「不正」――「不均等化」がそこに存するのだから――にほかならない。詳しくいうならば、一方が殴打され他方が殴打するという場合とか、ないしはまた一方が殺した方が殺されるという場合にしても、するとされるとで不均等に区分されることになる。だからして、裁判官は、一方から利得を奪うことによって罰という損失でもってその均等化を試みるのである[37]。」

ならば、犯罪や不法行為に限られず、交換においても均等化は必要とされるから、これは交換・取引における正義でもある。かくして、私法もまた矯正的正義で説明づけることが可能となる[38]。

二　市民を作る

明治新政府が封建社会を否定して西欧列強に倣った国家制度や社会のシステム・文化を輸入するにしても、それを運営でき

る近代的人間の存在が必要であった。わが国の場合には、文明開化や風俗改良などによる物質的な改善とともに、思想的、内面的に成熟した〝市民を作る〟必要があった。これは文明の利器を輸入して、すぐに使うという具合にはいかない。他方で、明治政府は市民としての成熟を阻害するような政策や教育を目指したのである。

ここでは、たいていの場合最初に自己や自我を意識する状況である男女観や婚姻あるいは夫婦観を見て、ついで、自己の意思に基づいて行動しようとする人々、また、帝国における知識人の自立の程度を検討する。彼らが、一個の市民として自立するとき自己の内面空間そして、それに引き続く自分の私的空間をどのように意識していたか、もしくは意識できなかったかを探るためである。

1. 男女、夫婦・婚姻観

明治の人々は、後世の今日から見ればまことに古い男女観や家族・婚姻（結婚）観を持っていた。当時の多くの個としての人間は、いわば過去の系譜の継承のためのエージェントとして動いているようなものである。また、個はそれが帰属する集団や多数の中に埋もれている存在であるかのようである。

小泉八雲は、一六歳の少年の作品からとするものをつぎのように紹介している。

「ワタシタチガハナハダ奇妙ニ思ウコトハ、ヨーロッパデハ、妻ガ両親ヨリモ夫ヲ愛スルトイウコトデス。日本ニハ、両親ヨリモ夫ヲ愛スル妻ハ、一人モイマセン。」（一部）

つぎは松江中学の教室でのやりとりからである。

「「先生、ヨーロッパ人が、かりに自分の父と妻と三人して、いっしょに海に落ちた場合、自分だけが泳げるとしたら、まず第一に妻を助けるという話ですが、ほんとうですか。」

「たぶん、そうだろうね」とわたくしは答える。

「なぜですか。」

「その一つの理由はね、ヨーロッパ人は弱い者を第一に助けるのが、男子の義務だと思っているからです。ことに、女の人や子どもをね。」

「ヨーロッパ人は、お父さんやお母さんよりも、妻の方をよけいに愛するのですか。」

「いつもそうだというわけではないが、まあ、だいたいそうだね。」

「へーえ。でも先生、ぼくらの考えからいうと、ずいぶん道にはずれていますね。[39]」」

今日の結婚や夫婦観からすると、生徒たちによって語られる当時の結婚や夫婦は、祖先の祭祀を継承し、家産を継続するための装置のようである。これらのエピソードから示唆されるように、当時の結婚は両者の愛情があるから結ばれるというような近代的なものではない。婚姻適齢期に達すると、つまり本人は婚姻の時期も選択できないが、親の勧める見合い結婚を余儀なくされ、つまりそれには反対できず、親に従った結婚をすることが本人の幸福と家族全体の安泰への道であるように信じられている。また、多くの場合、結婚の相手を本人自身が選択する自由もほとんどない。

結婚すれば、多くは過酷な家事労働に従属するよりほかなく、夫婦関係も、個人差はあるとはいえ、一般的には疎遠とならざるを得ない。夫との関係も、愛情によるのではなく、(夫の支配、妻の)服従であり、男性優位の家庭が構築される。

この出雲の例に見られるように、当時の民衆の間には多様な家族観や婚姻観があったといわれる。

「たしかに、明治維新後に採用された欧化政策により西欧の近代的な家族思想、婚姻思想がいちどはわが国にも持ち込まれた。そのような事実があっても、当時の民衆の間に、慣行として存していた儒教主義の孝道や男尊女卑などの五倫八行の家族の諸徳目や村落の「いえ」に民間信仰として伝わっていた伝統的な祖先崇拝を基礎にした家族観などが日常生活の中に生きており、民衆の精神生活においてはかなりの比重を占め、一朝一夕に消滅せしめられるようなものではなかった。このように、民衆の家族観、婚姻観のなかには新旧が混在し、相互に対立、抵抗しながら揺れ動いた。それにしても、明治政府の対応策は素早く、しかも、有効であった。したがって、当初においては、これらの新旧の観念の中に、上からの家族主義イデオロギーが持ち込まれ、これらの諸観念相互の抗争は激しく、民衆はそれらの諸観念の渦中に投げ込まれたと言ってよい。[40]」

前述の八雲自身の男女・婚姻観はやや異なるのだが[41]、欧米人にはそのように映ったようである。すなわち「欧州に於ける社会組織の単位は夫婦なれども、日本に於ける社会組織の単位は

親子なり。……既婚の人と雖、夫として将父として義務を尽くすよりは、寧ろ子として父母に事へ、及び祖先の霊に奉仕する義務を尽くすを重しとす。妻たる道の内にて最も重要なるは、己を抑へて舅姑に服従すること是なり。此家族及び社会関係の根底として孝道偏重主義の道徳は、国家の利益の上より大観すれば、個人性の発現を妨げ、其の発達を遏止し、延いて独創力を失はしめ、自頼心を殺ぐの結果を有して、疑ひもなく幾多の不利益を内蔵す。(42)」

尾崎紅葉『二人女房』（明治二四・一八九一年）は、明治二〇年代のある下級官吏の二人の娘の対照的な結婚や生き方をテーマとした作品である。どこか西洋の小説を翻案かヒントにでもしたようなストーリーである。姉は親の勧める上級の官吏で姑のいる男の後妻となり、妹は幼なじみの職人と結婚する。

「貞女は両夫（りやうふ）に見（まみ）えざる事になつてゐて。……どのやうにも辛抱をしろ。死ぬとも夫の家を出るなとまでに訓へられてある。……三界に家無しと諦めねばならぬ事にしてあるから。一種の居候で。また一種の終身懲役でもあらうか。」

「一家内には米塩薪炭の筆頭たる大事の品物で。家内（ホオム）の女王（クヰン）であるから内君といひ。内寶（ないほう）といふから寶でもある。さほど有難くもまた尊き品でありながら。給金を貰つた例（ためし）もなく。褒美を戴いた話も聞かぬ。而（そ）して居候のごとく。懲役のごとき。境界に堕とされて。花散りて空しく梅法師（うめぼし）となり。嫁古うして姑となる頃。やう〳〵楽をするのでもあらうが。其頃にはもう戒名が出来てゐる。(43)」

家族観は多様だが、ここでも夫婦愛ではなく、祖先崇拝に基づく父母・家が第一という考え方が根強い。婚姻は女性にとって今日よりも重要な問題であったが、親の勧める結婚に従うことが美徳とされた。そこには、自分の理想や主張を述べる個としては未成熟なものであった。(44)いわば個人は「いえ」に埋没していたのである。

つぎに、ホウム・家庭という語が登場したのは、明治二三年頃であるといわれる。前記引用の『二人女房』には、「家内（ホオム）の女王（クイン）」とも称せられる婦人の一生のリアリズムがシニカルに述べられている。(45)舅や姑、夫それに婚家に対する務めや心がけ、また日常生活や家政についての細々とした

気配りが描かれている。

この小説が示しているように、明治二〇年前後に家庭の「団らんや心的交流に高い価値を置き、女性の妻・母としての家内的役割を賛美する西欧的「家庭（ホーム）型家族」が称揚される」ことになって、西欧流の家庭をモデルとして、これを模倣する近代的な新家庭論が出現したのであった。

ところで近代の家族の価値やイメージは、イギリスの近代初期において作られたものである。「結婚生活は地上の楽園であり、夫婦の愛は真実で結びついた愛である。夫婦関係は、ほどよくロマンティックでかつエロティックで親密なものであり、当然、豊かな満ち足りた家庭生活をもたらす」[46]ものであったが、しかし理想や愛情ばかりが輝いている訳にはいかなかった。『二人女房』のリアリズムは、この近代家族の価値やイメージを問い、それに影をもたらすものでもあった。

そして、家族は裏切りと苦痛と忍耐と暴力など、不安の源でもある。家庭内や人間関係におけることとして「感情を注げば注ぐほど、そして関わり合いが真剣であればあるほど、裏切られ苦しむことへの恐怖はなおさら深くなる」[47]のである。『二人女房』の世界は、時代や開化が進んだために近代的家族のような様相を呈しているとはいえ、その内部には、前近代的家族から引きずって来ざるをえない、あるいは近代化のゆえにむしろ強化されるものに対する、半ば予見的な、そして閉塞的な諦念が存在すると見るべきかもしれない。

さらに、個人の形成という面における学校教育のあり方も問題であった。というのは明治および戦前の学校教育は、忠孝道徳を中心としたものであり、個人の領域へ踏み込みすぎているという指摘がある。明治二三・一八九〇年には教育勅語が発布されるが、忠孝を中心としたものであり、国家が教育という面から個人の内面に大幅に関与するものであった。丸山真男はつぎのように述べている。「日本国家が倫理的実体として価値内容の独占的決定者たることの公然たる宣言であった」[48]。

すでに明治期の欧米人の目にもそのように映っていたのである。「小学校の徳育なるものは、忠信孝悌等の個人的道徳を初めとし、国家社会に尽くす道を教へ、以てあらゆる方面に特性を涵養せんことを図るものなり」[49]。

「日本の普通教育の方針は、国民の道徳的意識に於いて、従来の社会組織の骨子となり来れる社会的行為の標準に関する思想、及び主義を維持して国民性を存続し、同時に泰西日新の科学を輸入して智見を広め、技能を増進せしめんとする

にありと謂ひ得べし。この二個の目的は種々の接触点に於て相衝突す、殊に個人性に関する東西両洋の観念の相違を調和する事に於て失敗すべし。其故何とならば、日本に於いては封建時代の専制政治の結果として個人性は抑圧を受けて萎縮凋落せるに反して、欧州の近世における教育の傾向は益々個人性を発達し奨励するの実あればなり。」[50]

このように、まず、「小学教育で、忠信孝悌の個人道徳と国家、社会に奉仕する道たる国家道徳を同時に教えるのはあまりにも徳育の範囲が広く、西欧では宗教の領域に入ることまでその中に含ませしめて」おり、ついで「教育の方針においても、一方では、従来の伝統的な家族主義的儒教倫理を徳育の方針として用いながら、他方では、泰西の近代的な科学に拠って知見、技術の向上を図る教育をしているが、これら二つの教育目的は衝突し、矛盾するから、やがては、あい相違する東洋と西洋の観念を調和させることに失敗し、個人性の発達を抑圧し、萎縮させてしまう結果になるのではないかと予見しているのである。」[51]文字通り和魂洋才は理想ではあろうが、かならずしもうまくいくとは限らず、とくに個人の内面や個性の発達を阻害するのではという危惧は、今日から見てもきわめて重要である。

しかし、当時の人たちが人間として無為な、従順な、また諦念した人たちであったとは言わない。個々の人々が何かを主張するには、未成熟であった、もしくは前述のようにその発展は阻害されていたといえるだろう。また、内面にも自己の固有の領域が存在しない分、他者ことに国家による内面関与や干渉の自由度は高かったといえよう。これはとくに精神面での国家政策に見られる。教育面での教育に名を借りた忠孝教育はその典型例であろう。[52]これは戦後も画一的＝平等的取扱や道徳教育面での干渉や介入の実態は存続してきた。いずれにせよ、私生活は公生活に優先され、また後者への義務づけがあり、国民の内面や良心までが統制されることになる契機が存していた。[53]

2．主張する女

河竹黙阿弥の戯曲『人間万事金世中』は、開化の社会や人情を描いたいわゆる散切物の一つだが、フランス法を勉強したり、代言人が登場したり、遺言が汽船で届いたりと、新開港横浜を舞台にした新時代の息吹あふれる作品である。福地源一郎の訳で河竹黙阿弥が書いた『人間万事金世中』は、英国の作家Edward B・リットンの『マネー』を翻案した作品である。明治一二年

二月末から四月下旬にかけて当時の一流の座である新富座で上演された。場所は、横浜で、廻船問屋の主人である逸見勢左衛門は甥の恵府林之助と姪のおくらの二人を引き取って養っているが、下男下女同様にこき使っている。逸見には娘のおしながいるが、この娘は活発であり、ちょっと偽悪的に描かれている。恵府林之助は自分の乳母が病気なのでその見舞いにと借金をおしなに申し出るが、おしなは誠意がなさそうである。かわりに恵府林に好意を寄せるおくらがこの金を黙って用立てて、乳母に送ってやる。

おしな「いえ持参金さへたんとあれば、男振りには構いませぬ。」

おしな「どんな醜い男でもお金のうんとあるのが好き、わたしやお金にや惚れるけれど、男に惚れはしませぬわいな。」[54]

ここまで、ずけずけ言えるのは、やはり比較的裕福な船問屋の一人娘で、わがままに育てられてきたという経緯もあろう。当時としては、このように明確に自分の好みや意思を言ってのける若い女性は明治中期の社会では少なかったと思われる。西洋小説の翻案であるとはいえ、そのように言わせることで台頭してくる新しい女性の姿が映し込まれているともいえる。小栗風葉の『魔風恋風』[55]に当時普及してきた袴姿に靴姿で自転車に乗って女学校へ通う行動的な若い女たちの日々が描かれているのもちょうどこの頃である。反面では、伝統的に従順で控えめな貞女・淑女のイメージ以外のものがあり得ることを示したのかもしれない。

この当時では、戯画的に描かれて突出した、異端児的な、新しい女・娘たちの誕生でもあったが、文明開化の影響が人間の行動や内面までに及べば、彼女らが、やがて[56]「男性と対等に渡り合い、自己主張をする心の強い女たちになる」という予感も、まんざら遠いことのようではない。

また、明治も三〇年代になるまでは、婦人が外出することは滅多になかったようである。江戸ではなく、水戸の武家の婦人の話であるが、「良家の婦人が外へ出るのは盆暮に実家への挨拶、親戚の吉凶、親の命日の墓参り、神社の参詣くらいのもので、他にはまず出ませんでした。女の一人歩きは、主人の顔にかかわる、はしたないこととされていた時代のこと」[57]であったと言っている。

その女性を家から出すことはかなり大変であったろうと思われる。どうやら消費、とくに消費者としての女性が登場するの

が一般的になっていくのが、日露戦争後の時期といわれている。[58]そして、それは買い物や消費という行動ではあったが、消費することによって、自己を実現するという意味合いも持っていたのである。

夏目漱石の『三四郎』には、三四郎が朝湯に出かけて、そこで三越呉服店の広告看板に気が付いて、そこに描かれている綺麗な女性は、三四郎が恋心を抱いている美禰子に似ているとするシーンがある。

「今年は例年より気候がずっと緩（ゆる）んでゐる。殊更今日は暖かい。三四郎は朝のうち湯に行つた。閑人（ひまじん）の少ない世の中だから、午前は頗る空いてゐる。三四郎は板の間に懸けてある三越呉服店の看板を見た。綺麗な女が画いてある。其女の顔が何所（どこ）か美禰子に似てゐる。能く見ると眼付きが違つている。歯並が分らない。」

このように広告とそれから推測される消費生活が庶民の間にも次第に浸透してきたものといえるかもしれない。[59]また、美禰子は、自分名義の預金通帳さえ持っているのである。そこから出金して三四郎に貸してやった。女性といえども消費や買い物をするのが一般的になってきたことが分かる。そして、消費や買い物をすることに、自己の欲望や自分そのものを実現するという、ある意味での主体的な行動や意識がしだいに生まれてきたのではないだろうか。自分は何が欲しいか、何にどれくらい使えばよいかを自ら判断し、意思決定をしなければならない。そのためには前述のように、自己評価が自己の内に存在しなければならないのである。

近代化は、封建権力や社会から人々を解放し、市民社会を形成することによって発展してきたと説明されるが、そこでは市民には私的利益や営利の追求をすることによって、「自己の幸福を実現しようとする資本家精神」[60]が存在している。合理主義的な考え方とともに、個人の自由や平等などの価値を持ついわゆる個人主義の考え方が広まっていなくてはならない。自己の存在や自我の確立をその特徴として見ることができ、「人間が独立した個人としての社会、国家の普遍性に優先し、この独立的個人と本来の人間の姿を認め」[61]ることが必要であった。

法においても法的主体としての近代的人間の確立は重要となる。主体がなければ権利の行使のしようがない。自己もしくは自我の確立は近代社会においては避けて通れない問題である。自己には個性や性格など内面的プロセスが必要であって、そこ

に普遍的な人間性や人間尊厳、個人主義といったものが価値として重視されるのである。

3．一葉と帝国大学

坂の上

夏目漱石の『三四郎』には、本郷台地に位置する東京帝国大学の建物の描写がある。

「銀杏の並木が此方（こちら）側で尽きる右手には法文科大学がある。左手には少し退（さ）がつて博物の教室がある。建築は双方共に同じで、細長い窓の上に、三角に尖つた屋根が突き出してゐる。其三角の縁に当る赤煉瓦と黒い屋根の接目（つぎめ）の所が細い石の直線でできてゐる。さうして其石の色が少し蒼味を帯びて、すぐ下にくる派出な赤煉瓦に一種の趣を添へてゐる。さうして此長い窓と、高い三角が横にいくつも続いてゐる。

……〈略〉……

法文科の右のはづれから半町程前へ突き出してゐる図書館にも感服した。よく分らないがなんでも同じ建築だらうと考へられる。其赤い壁に添（つ）けて、大きな棕櫚（しゅろ）の木を五六本植ゑたところが大いに好い。左り手のずつと奥にある工科大学は封建時代の西洋の御城から割り出した様に見えた。[62]」

台地の上には西洋煉瓦造りの建物が聳え、それは若者にとっては希望と機会のシンボルでもあった。

坂の下

この帝国大学のある台地のへりである、すぐ隣の坂の下には、明治二三年から二六年にかけて住んだ本郷菊坂町の路地に樋口一葉の住まいがあった。ここで貧困な生活を送りながら、一葉は一家を支えるために小説家を志そうとする。一葉自身は、森鴎外はじめ当時の文壇の若い人たち―彼らは書生であり、学生でもあり、菊坂の一葉の家を足繁く訪れたりした―との交流があったにもかかわらず、その作品には、書生や学生の姿や大学はほとんど出てこない。書かれた作品は、社会の底辺ないしは貧困な人々の生活や人情を描いたものが多い。作品の舞台や作風・テーマとの違いがあるとはいえ、東京帝大前の法真寺を舞台にした『たけくらべ』もあるにもかかわらず、ほとんどと言っ

ていいほど書生・学生や大学が描写されていないのはじつに不思議な気がする。[63]

政治に回路を持つことのできる階層の人々は、その意見や価値を政治に反映させることも可能である。わが国の第一回の国会選挙が行われたのは明治二三年七月のことであった。民権史上画期的なことといってよいが、その内実は憂うるべきものであった。政治的回路を持っている、またその機会と資力がある一握りの人たちにとって議会開設は重要なことであったろう。しかし、明治二三年のこの選挙を境にして、議会開設への理想や希望は、幻滅と失望にとって代わらざるを得なかった。[64]議会において自分たちの利益を擁護し、伸張させるために地主・実業家たちは、それまで支持や支援をしてきた民権論者など旧士族を中心とするインテリゲンチャーを押しのけて、自らが政治や選挙に参加し、このために地主や実業家の力や金の力が政治や議会を支配するようになったという。[65]特権的な階層にも政治に対する落胆と失望が広まりつつあった。

わが国最初かつ当時唯一の大学は明治一〇年に創立され、一八八六（明治一九）年三月の帝国大学令によって東京帝国大学と改名したが、帝国大学が多くは税金から営まれたことはいうまでもない。[66]それを支えた大多数の民衆の状態はどのようなものであったろうか。たとえば明治二一年九月四日の新聞記事はつぎのように描写する。

「彼等（平民）は身を粉にし骨を砕き僅かに租税を納むるも其の納むる所以を知らず、彼等は珠なす汗を流して辛くも露命を繋ぎ尚ほ且つ租税を絞り取らるるの苦を知るも之を訴ふるの術を知らず、彼等は片蔭に於ては鼻水を啜り汚れたる古手拭を手にして戸長様の非を口説くも、車声〓々高帽の洋服役人を載せて田畔の里道を走り去るを見れば、恐怖低頭出る所を知らず、彼等は苦しき中に教育費を絞り出して田舎に不相応なる西洋造の学校を建てしめられ、田畝の稼ぎの手助にもと思ふる女を駆つて欧羅巴亜米利加の講釈を授けられ、而して其何の故たるを知らず、彼等は最愛の子弟漸く年頃になりて一方の片腕としも頼むべき場合、突如として兵役に徴せられ、三年の期限漸く済んで村に帰れば心と体とは別の人になりて手に鍬を持つべしともせず、口に小理窟を囀るのみ、而して親は其の何の為めたるを知らず、嗟呼彼等は無心なり罪なきなり、之に付けても最（いと）ど憐れむべきは彼等多数の平民にぞある。[67]」

近代的な制度が整う背景には、旧態のごとき大多数の人々の生活があったことがわかる。政治や社会は少数である旧武士階級によって支配されていた。明治一五（一八八二）年頃の全国の族籍別構成によると、総人口は三六七〇万一一八人で、そのうち平民は八〇％近くを占め、士族はじつに平民の五％ほどにすぎない[68]。大多数の農民は唯々諾々として労働するのみで、支配者は由らしむべし知らしむべからずの統治で支配しやすかったものと思われる。さらに、大多数のものは、自分たちの窮状や主張を訴えるだけの政治的回路も持っていなかったし、この当時は議会開設もまだであった。彼らは貧困や無知の中にあり、たんに搾り取られるだけといっても過言ではない[69]。

民衆をその生活から規律することになる民法とて、政治のごく一部で、また特権的な議会でわずかに議論されただけで、一般の人々はほとんどの関心も持つ機会や持つことも出来なかった[70]。それは政治を生耳る「武士のつくつたわが民法」にすぎなかった[71]。彼らは、法や規制の対象となるだけであり、法典論争などはるか雲の上の出来事で、それへの参加などお覚つきもしなかった。

一八八八（明治二一）年に出された「第一草案」は、とくに人事篇は男女同権の考えに立っていたとされる。その後に寄せられた意見を考慮して法律取調委員会は再調査案を発表したものの、当初の「第一草案」よりも後退したものになっていたが、修正を経て一八九〇年九月に元老院で可決され、枢密院の議を経て同年一〇月に公布された。これが「旧民法」（明治二三年民法）である。一八八九年頃から民法典に関する論争が始まったが、一八九一（明治二四）年に出された穂積八束の「民法出テ、忠孝亡フ」論文[72]などによって、民法典の内容よりもむしろセンセーショナルな形で支配階層の家族イデオロギーが擁護された結果、施行延期派が勝利を収めた[73]。しかも、性格上は旧民法は、とくに身分関係の規定において明治民法（明治二九年法律八九号）と内容的には異ならなかったにも関わらずである[74]。坂の上に雲は見えても、坂の下には雲は沸かない。希望の持てる者と希望など持ちたくとも持てず、その日の暮らしに呻吟しなければならなかった人々が大多数であった。そこには民法典論争の虚実と危うさが存在している。

4．帝国のユーウツ

a．夏目漱石『坊ちゃん』『三四郎』の私的生活

私的生活の平穏さの侵害といえば、夏目漱石『坊ちゃん』にはいくつかの事件が挙げられている。この作品は日露戦争後の

明治三八年以降の時代設定だが、東京出身の「坊ちゃん」は松山中学に英語教師として赴任する。[75] ある晩に蕎麦屋で天麩羅蕎麦を四杯食したことが、そこに居合わせた中学生によって知れわたり、翌日の教室の黒板には天麩羅先生と大書された。また、団子事件や、温泉へたびたびゆくので手拭が湯に染まったため、赤手拭とからかわれた。東京から来た新人教師に若い中学生たちが興味を持っているという図でもあるのだが、当人は「一時間もあるくと見物する町もない様な狭い都に住んで、外に何も藝がないから、天麩羅事件を、日露戦争のように触れちらかすのだろう」と憤慨している。[76] 狭い土地に住んでいると何事も知れ渡ってうるさいものだと、プライバシーのなさに閉口しているのである。[77]

つぎに、私有地への無断侵入（住居不法侵入）またはプライバシーの侵害の例が漱石の『我が輩は猫である』にもいくつか挙げられている。夏目漱石がロンドンから帰京して、千駄木の家に引っ越したのは明治三六年三月であった。その頃の実話が元になっていると思われるが、隣の私立落雲館中学の生徒たちが、境に垣根がないために、空き地に侵入したり、話をしたり、またゴミを散乱させたりなどの行状が挙げられている。

争いの元は曖昧な境界であり、自己の私的空間の確保である。つぎの記述は自己の所有地や占有地の物理的境界に関する個人の意識であるが、より広く私的空間の有り様についても当てはまるものとして読んでもいいであろう。

「彼（＝猫の主人である苦沙彌先生、引用者・注）は垣は蹺（こ）ゆべきものにあらずとの仮定から出立して居る。苟（いやしく）も学校の生徒たる以上は如何に粗末の垣でも、垣と云ふ名がついて、分界線の区域さえ判然すれば決して乱入される気遣はないと仮定したのである。次に彼は其仮定をしばらく打ち崩して、よし乱入する者があつても大丈夫と論断したのである。四つ目垣の穴を潜り得る事は、如何なる小僧と雖も到底出来る気遣はないから乱入の虞（おそれ）は決してないと速定（そくてい）してしまつたのである。」

そして、さらに隣の中学の生徒のボールが庭に飛び込んでくる。

「「貴様等はぬすつとうか」と主人は尋問した。……
「いえ泥棒ではありません。落雲館の生徒です」
「うそをつけ。落雲館の生徒が無断で人の庭宅に侵入（はい）る奴があるか」

……

「ボールが飛び込んだものですから」

……

「以後注意しますから、今度丈（だけ）許して下さい」

「どこの何者かわからん奴が垣を越えて邸内に闖入（ちんにゅう）するのを、さう容易（たやす）く許されると思うか」[78]

物理的と精神的とを問わず、私的空間をより確保し、安心するためには、垣根に加えて、より強固な手段である法的な後ろ盾が必要となるのである。しかし、そこにはなお超えなければならない「心の平安」の問題も生じるのである。

「去ればと云つて人間だものどこ迄積極的に我意を通す事が出来るものか。西洋の文明は積極的、進取的かも知れないがつまり不満足で一生をくらす人の作った文明さ。日本の文明は自分以外の状態を変化させて満足を求めるのぢやない。西洋と大に違ふところは、根本的に周囲の境遇は動かすべからざるものと云ふ一大仮定の下（もと）に発達して居るのだ。……〈中略〉……

只出来るものは自分の心丈（だけ）だからね。心さへ自由にする修業をしたら、落雲館の生徒がいくら騒いでも平気なものではないか……」[79]

また、漱石自身が向かいの下宿屋に向かって叫ぶ事件が起こった。この家の向かいには下宿屋があり書生・学生たちが住んでいた。そこの二階の部屋から通りを挟んで漱石自身の書斎が見下ろせる格好になっていた。このためか学生たちが音読したり、友人と話したりしていると、漱石は自分の方が覗かれて監視されていると思いこんだらしく、毎朝「おい、探偵君。今日は何時に学校へ行くかね……」と叫んでいたという[80]。洋行帰りの漱石にはノイローゼなどの病的症状もあって、近隣の騒音や覗かれているという意識が私的空間の侵害や確保に過敏に反応した時期でもあったようだ。

さらに、漱石の『こころ』にも、下宿人であった私（のちの先生）と、下宿先の奥さんと娘の三人が、日本橋の呉服店に出かけて反物を購入する場面があり、ちょっとしたプライバシーが問題とされている。こちらは日露戦争後の時代設定であるが、下宿人の私とそこの娘が将来の結婚を前提としたような買い物であった。

「奥さんは自分一人（ひとり）で行くとは云ひません。私にも一所に来いと命令するのです。お嬢さんも行かなくてはいけないというのです。今と違つた空気の中に育てられた私共は、学生の身分として、あまり若い女などといっしょに歩き廻《まは》る習慣を有（も）つてゐなかったものです。……〈中略〉……

三人は日本橋へ行つて買ひたいものを買ひました。買ふ間にも色々気が変るので、思つたより暇（ひま）がかゝりました。奥さんはわざ〳〵私の名を呼んで何（ど）うだらうと相談をするのです。時々反物（たんもの）をお嬢さんの肩から胸へ竪（たて）に宛（あ）て、置いて、私に二、三歩遠退《とおの》いて見て呉れろといふのです。私は其度（たび）ごとに、それは駄目だとか、それは能く似合ふとか、兎に角く一人前の口を聞きました。

……〈略〉……月曜になつて、学校へ出ると、私は朝つぱらそう〳〵級友の一人から調戯（からか）はれました。何時（いつ）妻（さい）を迎へたのかと云つてわざとらしく聞かれるのです。それから私の細君は非常に美人だといって賞（ほ）めるのです。私は三人連（づれ）で日本橋へ出掛けた所を、其男に何処かで見られたものと見えます。」[81]

未亡人の奥さんとその娘、そして下宿人の私が楽しそうに買い物をしている図式であるが、友人にはそのように見えたのであった。「私」も友人にそのようにからかわれてまんざらでもないというような気持ちもあったかもしれない。[82] 翻って、どこへ誰と出かけて何をしたかは、むろん今日では個人のプライバシーに属するといえるが、若い者同士ではそのような遠慮はないもののようであったのかもしれない。この点は今日でもあまり変わらないところだろう。

自立する知識人の苦悩は依って立つべきところ、つまりより内面的な私的空間の確保にあるともいえる。一例として夏目漱石の場合を取り上げるが、この問題は森鴎外などにも見られる。夏目漱石にとっては、明治文化は「蛙が牛を呑むように」日本が西洋の文明を無理矢理取り入れようとして、また、それに追いつこうとして、駆けめぐった時代として見える。また漱石はほぼ一貫して、当時の知識階級を作品の舞台として扱っている。

漱石は、「西洋文明の圧迫によって生じた国民生活の精神的空白という現象を、その代表者である知識階級の倫理の問題としてはっきり捕らえ（た）」[83]のである。彼は〝人の借着をして威張っている〟内心の不安と向き合わなければならなかった。そのために、

「一口でいふと、自己本位といふ四字を漸（ようや）く考へて、其自己本位を立証するために、科学的な研究やら哲学的の思索に耽り出したのであります。

……〈中略〉……

私のこゝに述べる個人主義といふものは、決して俗人の考へてゐるやうに国家に危険を及ぼすものでも何でもないので、他の存在を尊敬すると同時に自分の存在を尊敬するといふのが私の解釈なのですから、立派な主義だらうと私は考へてゐるのです。

……〈中略〉……

個人の幸福の基礎となるべき個人主義は個人の自由が其内容になつてゐるには相違ありませんが、各人の享有する其自由といふものは国家の安危に従つて、寒暖計のやうに上つたり下つたりするのです。……国家が危くなれば個人の自由が狭（せば）められ、国家が泰平の時には個人の自由が膨脹して来る、それが当然の話です。[84]」

ここでいう、個人や自我など主体の問題が、法的な主体と一致するわけではないが、法的主体が前提にしているという点では重要である。すなわち、主体や自己を意識することは、物理的な空間であれ、抽象的な・社会的な空間であれ、自己の領域や領分を意識することになる。右掲の漱石の場合は自己本位と国家との関係を何とか調和させることに腐心したのである。主体の確立は、権利者として目覚めたり、権利行使や自己を主張する、自己の領域を主張する基本的な前提となるのである。

自己の確立とそれへの配慮する社会のシステムは一朝一夕には形成されない。また。そこには、よく指摘されるように、わが国の特殊な事情も存在しているのである。個人や市民を作る方向に展開して行くべき所に、明治国家は、封建的なものと争いながらも、それから脱却できず、為政者たちの統治意思に叶う都合の良いものは、温存させて、これを人々に押しつけたのである。ようやく伸びようとする個性や個人への目覚めは国家との関係においては変質し、また苦悩する個人は引き裂かれなければならなかったのである。つぎのように指摘されている。

「わが市民社会において、明治維新は封建制度の重要な根幹であった身分制度を撤廃し、人間的自由と平等とを名目的に実現したが、なお絶対主義王政が支配し、立憲君主政となってからも、市民的なものは封建的なものと争い、かつ妥協しながら成長していった。経済的に市民階級は勢力を伸長し、

資本制生産を強力に推進せしめていったが、なおそこに封建的な家父長的雇傭関係を残存せしめ、家族関係も経済的には金銭関係に次第に還元されていったにもかかわらず、そういう矛盾を藏しながら家族的個人主義としての家族主義が持続され、家族から個人が完全に解放されたわけではなかった。政治的に、あるいは法律的に、この家族主義を初めとする封建的色彩が多分に温存せられ、その基礎の上に封建的な儒教倫理が蟠踞し、立憲君主政も根を下ろしていた。これこそ昭和年代に入り、市民階級の発展が行き詰りに逢着したときに、この封建的関係を基礎とする絶対主義がファシズム的支配を可能ならしめていった根拠である。[85]」

さらに、ポストモダンの視点からは、「近代性とは、たとえば真実とか理性とか科学とか進歩とか普遍的な解放といった、啓蒙主義よりこのかた、近代思想の特徴としてみなされてきたものをめぐる大きな物語のことである[86]」。その中での私的空間をめぐる苦悩が存在するといってよい。

b．雪の塩原心中未遂事件

明治四一年三月二一日から二四日にかけて、夏目漱石の弟子で、妻子ある森田草平と、後に青鞜社を創設した平塚明子（はるこ、後の、らいてふ）が、塩原で心中未遂事件を起こした。当時の若い男女の生き方を示す、また知識階級における、一種のスキャンダルとして、当時の世間の耳目を集めた事件であった。平塚は、日本女子大を卒業した後で、読書会（「金葉会」）のメンバーの一人で、森田はその講師の一人であった。両者はいわゆる閨秀文学会での知り合いであった。平塚明子は、会計検査官吏の娘であった。幸いに未遂に終わったのだが、この事件は当時のプライバシー感覚を示している。しかし、この事件をプライバシーの問題として取り上げるものはほとんどなかった。[87]なお、『三四郎』の〝美禰子〟は、平塚明子がモデルだと云われている。ただ、この心中未遂事件の後でも、夏目漱石と平塚明子が直接会った記録はなく、森田から聞いた印象でモデルが作り上げられたのだという。[88]

平塚明子のプライバシーが新聞報道によってスキャンダルとして扱われている。事件後、母親光沢（つや）は、漱石宅を訪れ、小説としての掲載の断りを入れるも、漱石に押し切られてしまう。漱石は「この男は今では書くほかに活きる道がない。活きることは人間に許された最後の権利である[89]」と擁護し、正当化した。そして、小説『煤煙』は、翌一九〇九年一月一日よ

り「東京朝日新聞」に連載が開始された。

平塚明子にも活きる権利はあるはずだが、モデル小説によってさらに苦痛を蒙り、また多くの機会を喪い、好奇の目にさらされるのである。漱石サイドからの発言などでは、「漱石には、森田草平の場合のように、身を挺して弱い者を庇ってやる、親切と勇気はあった」[90]と言われており、弟子の森田草平の方が〝弱い者〟となっているようにもとれる。また、この事件について書かないという平塚家と森田との約束もその後遵守されなかった。

個人の自律や内省が存在していてもそれだけで行動の自由や私的空間・プライバシーを互いに尊重したりすることになるわけではなかった。当時の社会全体としては、まだ相互に監視的であり、詮索的なシステムや〝眼〟・〝耳〟が存在していたのである。これらに対抗する装置として他者の介入を嫌う行動の自由への配慮や私的空間・プライバシーへの要請がようやく意識されはじめた時期といえるのではなかろうか。[91]

三　私的空間という装置

1．富と権利

明治中期の東京の下層民の生活実態をルポルタージュした松原岩五郎『最暗黒の東京』によると、妻子ある者は裏店で世帯を持っているが、労働仲間の二・三人を同居させていることもあるという。独身者は部屋頭が住居を貸し与えて、「天井を張らざる二階の十畳あるいは十二畳の広間に五人ないし七、八人くらいを同居せしめて」[92]いるという。妻帯者で家を構えている者はまだしも、広間に数人が雑居している個人の場合には私的空間やプライバシーはほとんど無いといってよい。[93]

つぎもやはり、明治中期の東京の長屋生活を描写したものである。

「同じ新開の町はづれに八百屋と髪結床が庇合（ひあはい）のやうな細露路、雨が降る日は傘もさゝれぬ窮屈さに、足もとては處々に溝板の落し穴あやふげなるを中にして、兩側に立てたる棟割長屋、突當りの芥溜（ごみため）わきに九尺二間の上り框（かまち）朽ちて、雨戸はいつも不用心のたてつけ、流石に一方口にはあらで山の手の仕合は三尺斗の椽の先に草ぼう〳〵の空地面それが端を少し圍つて青紫蘇（あをじそ）、ゐぞ菊、隱元豆の蔓などを竹のあら垣に搦（から）ませたるがお力が處縁の源七が家なり、……〈中略〉

お、左様だと思ひ出したやうに帯を解いて流しへ下りれば、そゞろに昔しの我身が思はれて九尺二間の臺處で行水つかふとは夢にも思はぬもの、ましてや土方の手傳ひして車の跡押にと親は生つけても下さるまじ、あゝ詰らぬ夢を見たばかりにと、……[94]」

「九尺二間」とは長屋のことを指すこともあるが、六畳間の広さくらいをいう。そのうち一畳半分が土間、四畳半に一家が居住する。畳が敷いてあるのはそのうち二・三畳分で、板の間で内職をする[95]。四畳半一間きりなので、各人のプライバシーはほとんどない。お風呂も行水で済ませているが、それも土間である。

貧困な下層民には、住居の環境や構造からみてもプライバシーが保障される立場になかった。また、誰もプライバシーを求めようとも思わなかっただろう。さらに、家族間のそれもすべて見通せるものであった[96]。経済学者のT・ヴェブレンは『有閑階級の理論』の中でつぎのように見ている。「同じ差別の派生的な結果として、人々は自らの個人的な生活を監視の目から守るという習慣を身につける。……こうして、産業的に発展した大部分の共同社会では、個人の家庭生活は、一般的に排他的なものになる。したがってまた、かなり間接的な派生物ではあるが、プライバシーと遠慮という習慣――あらゆる社会の上流階級がもつ礼儀作法の規範体系（コード）のなかでも、きわめて重要な特徴――が生じることになった[97]」。このように、ヴェブレンも富の蓄積と他の階級との差別化から〝隠す〟必要が生まれたことを指摘している。

2．反蓄妾キャンペーンとスキャンダル報道

『万朝報』紙は、明治三一年七月七日から九月一一日にかけて四九〇名にものぼる、当時の名士たちの蓄妾を批判するキャンペーン記事を掲載した。同社は、一八九二年一一月一日に黒岩涙香によって創刊された新聞社であるが、ゴシップ報道や政界など権力者のスキャンダル（醜聞）を熱心に追及したことがある。数の上からも各界の多方面に渡っているが、政治家では犬養毅や大江卓ら、また民法起草者の一人であり、当時法制局主官であった梅謙次郎らの名が上がっている（明治三一年七月八日付）。大体において妾の名前、年齢、出身やいきさつが簡略に記されている。陸軍軍医総監でもあった森鴎外も挙がっている。ほかにも弁護士や実業家など当時の著名人の名が連なっ

ている。しかし、これらの当事者たちに対する反響や社会的影響についてはあまり検討がない。この蓄妾批判キャンペーンの動機は、第一に、「万朝報」の記事によると、やはり一夫一婦制や家庭のモラルにもとる行為がずいぶん大っぴらになされていることを公知するためになされたものである[98]。すでにこの時期は旧刑法・旧民法制定の前後であるが、「法律は一夫一婦を制定すれども、社会の習慣は多妻主義の実況に制裁を加へざるなり」といった状況であった[99]。第二に、蓄妾が可能な夫・男性の層は、一般に余裕のある金持ちであり、その意味では富裕層を批判するねらいもあったといえよう。ただ、妾契約がどのようなものとしてなされたか、違法な点はないかなどに踏み込んでいれば、さらに影響は大きかったかもしれない。

さらに、第三に、万朝報のこのキャンペーン・新聞報道を、その後にまじめに検討したものは今のところないようだが、それは、これらの一連の記事がくだらないゴシップ記事と見なされているためか、あるいは、いわゆるイエロー・ジャーナリズムの類と見なされているためであろうか。いずれにせよ、プライバシーや報道の自由などの観点からは興味深い記事であるといえよう。なお、このキャンペーンで、私生活を暴露され、苦痛を被ったとして訴訟を提起したという話や、新聞社にクレームを付けたという話は、寡聞にして聞かない。

ちょうど時期を同じくして、アメリカではやはり新聞などによるスキャンダル記事や報道から守るためにプライバシーを法益として承認すべきとするウォーレンとブランダイスの論文が出された。

「新聞は、妥当かつ礼儀に適った明確な境界線を、あらゆる分野において踏み越えている。ゴシップは、今や怠惰で不道徳な記事で充たされているばかりではなく、厚かましさと勤勉さを売物にする商売になっている。読者の野次馬的な嗜好を満足させるために、性的関係が日刊紙のコラムの中で詳細に報道されている。怠惰を穴埋めするために、コラムというコラムが退屈なゴシップで満たされている。しかし、そのゴシップは、家庭内部に侵入することによってのみ獲得されるものなのである。文明の発展に伴う生活の緊密化と複雑化は、人々に、世間からの避難所の必要性を感じさせている。そして、文化の変転絶えざる影響の下で、人々は世間の目にさらされることに対してより敏感になり、孤独とプライバシーとが個人にとって一層本質的に重要なものとなってきたのである。しかし、現代の企業発展と技術革新の進歩は、プ

ライバシーへの侵入を通じて、個人に精神的苦痛や苦悩を与えてきたのである。この苦痛は、肉体的な傷害によって生み出されるものよりもはるかに大きなものである。のみならず、プライバシーの侵害による苦痛は、新聞雑誌およびその他の企業によって、侵害の対象とされた人だけにとどまらない。ここにおいては、他の商業部門と同様に、供給が需要を生み出すのである。醜悪なゴシップの生産物は、収穫された後により多くの種子となり、その撒布の割合に直接対応して、杜会的基準および道徳の低下を引き起こす結果を導くのである。」[100]

彼らが主張しているのは、つぎの点である。①新聞は、故意に、読者の嗜好の品性を落としめようとしている。②新聞が掲載しているゴシップは、肉体的な傷害よりもはるかに重大な苦痛をゴシップの対象とされた人々に与えている。③ゴシップが提供されればされるほど、読者の需要は高くなる。④ゴシップ・コラムを読むことは、知性と道徳の水準を低下させる。[101]

近代化する中で支障になるのは、当時のわが国の社会に習俗や慣習あるいは制度として事実上公認されていた妾の存在であった。明治初年の啓蒙思想家たちによって一夫一婦制に基づく対等な夫婦からなる家族を理想とする新しい家族ないしは夫婦論が提唱されていた。このため妾の存在を公認する社会や国家は、「地球上ノ一大淫乱国」と酷評された。[102]

明治三（一八七〇）年の「新律綱領」の「五等親団」には夫から見て妾は妻と並んで二等親とされた。また一八八〇（明治一三）年までは改定律例などの刑事法典には、妻妾とも身分が規定されていた。武士では妾は嗣子確保の面、町家では蓄妾の奢侈の面があった。また妾には情欲の対象としての面が存在するが、これは元老院会議や福沢や森など啓蒙思想家からも「淫乱放逸」「卑賤」などと批判された。[103]

山川菊江は、とくに武家社会では妾が家の存続・継承のために必要とされた旨を書いている。「性道徳そのものが今日とは違っていたので、形式的には一夫一婦であっても、妾という名で、事実上の一夫多妻が認められていたのでした」[104]という。

家父長制の強化は、父親・男子の権力強化と女子の無力化・差別化という形で登場したが、個人の自律性への願望をも抑圧した。個人の意思は、集団としての家（イエ）や他者（国、社会なども含めた）の利害関係や願望に従うよう求められた。[105]家庭内権力を一種のゼロサム・ゲームであると考えると、家長や父そして男子に権力が集中していると、妻や子の自律性はごくわずかなものかゼロに近い。父や他者から何らの束縛を受けな

い自我充足の追求は、個人の幸福追求であるが、家族の維持・家産の継承、それに公共的利益に従属されることになる。

3．私的空間（プライバシー）という法益の誕生と移入

人はなぜ自分（の情報）を隠し、またなぜ他人を詮索するのか。私的空間あるいはプライバシーはどのように必要とされ、どのように発展したのか。イギリスでプライバシーの要求が出現しはじめたのが一七・一八世紀の上流階級においてであったという。それ以前の社会ではプライバシーは存在しなかったのである。それは性的プライバシーを守るための物理的な隔離からはじまった。それまでの邸宅の内部は大きな部屋の連続しているものであり、他人の部屋を通り抜けて移動するより外なかった。一七・一八世紀になると、廊下が設けられて部屋は細分されて物理的なプライバシー空間が生まれた。また下層ヨーマン層・商人層にもこの建築上のこの様式は広がっていった。さらに農民や小売商人・職人たちの間でも徒弟や未婚の賃金労働者たちは親方の世帯から離れ、自由を求めるようになると、親方の方もより大きなプライバシーを得たのである。[106] プライバシーを要求する動機は、エラスムスなどの人文主義者らによる礼儀（シヴィリティ）やジェントルマン・レディたちが自己を他者と区別する文化を創り出すための繊細さ（デリカシィ）とがあったという。

このようにプライバシーの出現は、まず物理的プライバシーつまり隔離にあった。さらにプライバシーが人格的利益や人格的権利として法的にも承認されるために、人間の尊厳・個性、愛情・友情・信頼や精神的健康などさまざまな根拠づけが試みられてきた。[107]

わが国では明治および戦後そして今日まで、婚姻は家同士の結びつきという形をとっていた。他家から来る嫁は婚家先の家族共同体のメンバーによって承認された者・相手でなければ、婚姻は成立しがたかった。そこには今日の個人同士の自由な意思に基づく合意によって成立するという考え方や制度とは大きな開きがある。[108] 多くの場合配偶者は家族共同体によって選ばれたのである。

なぜ、そのような家父長的、あるいは干渉的な家（制度）であったのだろうか。経済学者のG・ベッカーによれば、家や家族共同体の評判はそれに属するメンバーの幸福や生活したり、出世したりする上での機会に大きな影響を与えた。このために、家族共同体の評判を落とさないように、家族共同体の各メン

バーの行動をし向けたり、また、それらを監視したりする必要があったのである。この結果、家共同体はそのメンバーのプライバシーに介入したり、侵害することになるのである。[109]

個人が自由にある意思決定をしようとするとき、家との間で利害が対立することはよくあるが、明治期の場合はそれから生じる苦悩ははるかに大きくて強いものがあったと想像できる。これらの例には事欠かないが、婚姻の際の若い女性の苦悩やトラブル、また社会運動に参加する場合にはよく見られたのである。

旧武士の家にとっては、後継者がいることは祖先崇拝とも絡んで重要であった。『不如帰』の姑は、軍人である一人息子の嫁（浪子）が結婚後程なくして肺結核という不治の病に罹ったことによってその期待が望めないことをもって、離縁しろと迫るのであった。

「なぜ？　なぜもあッもンか。妻（さい）の肩ばッかい持って親のいう事は聞かんやつ、不孝者じゃなッか。親が育てたからだを粗略（そまつ）にして、御先祖代々の家をつぶすやつは不孝者じゃなッか。不孝者、武男、卿（おまえ）は不孝者、大不孝者じゃと」

「しかし人情――」

「まだ義理人情をいうッか。卿（おまえ）は親よか妻（さい）が大事なッか。たわけめが。何いうと、妻、妻、妻ばかいいう、親をどうすッか。何をしても浪ばッかいいう。不孝者めが。勘当すッど」[110]

右の『不如帰』は、戦前の「イエ」制度を象徴する典型的な例としてよく挙げられるが[111]、不治の病気という不可抗力にもかかわらず、あるいはそれゆえに、姑がなお家族共同体の名誉とその維持を監視しているという面が存在する。かりに息子の武雄が不治の病に罹った場合には姑はじめ嫁や家の立場はどうなるのか。この作品のように、嫁してきた妻に対する一方的な処遇が容易に想像されるのである。近年の女性学では、近代化がかならずしも女性を解放するのではなく、むしろ近代家族に拘束するプロセスでもあったことが指摘されている。[112]

つぎに、作家北村透谷の友人で民権家であった大矢政夫は、明治一八（一八八五）年八月に後の大阪事件として発覚する謀議に呼び出されて、資金調達のために犯罪行為（強盗）を決行するように促されるが、数日にわたって煩悶・苦悩したことが記録されている。「上は祖先の霊を辱め、下は子孫に拭うべか

らざるの汚辱を加ふ、嗚呼是を忍ぶべからざるか」[113]。色川の研究によれば、「『祖先の祭りを絶やし、子孫に消しがたい汚辱を残す』『家』の共同体の破壊は、自分の死によっても代えがたい苦しみだという点に帰着している」という[114]。また、戦前戦後を問わず社会運動や左翼運動に携わった者たちにも、またいわゆる転向問題にしても、家族共同体との何らかの軋轢は見られた。このように家の評判に今日よりもより高い価値を置いていた社会や時代が存在していたのである。このために、犯罪行為や家名を毀損するような行為はむろんとして婚姻の相手の選択など評判を低下させるような日常的な行動や機会に対しても家族共同体の監視や干渉が大きく存在していたと見ることができる。

個人が自分の望むままに、家族の他のメンバーに気兼ねせずに自由に行動するようになり、また、自分が気に入った相手と婚姻するようになってくると、家族の内部においては私的空間やプライバシーがしだいに増加してくる。私的空間が価値あるもの（財）として認められてくると、私的空間を保持する利点や便益と、家族内における非行や望ましくない行動を減少させるためにメンバーのプライバシーを侵害することによる便益とが比較されることになる[115]。この見方をさらに家族から広く社会に拡大して適用すると、社会における犯罪行為や不法な行為を検知するより効果的な技術やシステムが確立されれば、個人の私的空間への要請は次第に強くなることが考えられるのである。

なお、プライバシーとは私的空間を保障することだが、これはたとえば家庭生活でのプライバシーが家庭の幸福を高めたり、家族の絆や癒しを深めたりするばかりではなく、むしろ、家族のメンバーの肉体的また精神的苦痛や虐待を密かに隠す面があることも次第に明らかになりつつある[116]。

「幸にして自然は緩和剤としての歇私的里（ヒステリ）を細君に与へた。発作は都合好（よ）く二人の関係が緊張した間際に起つた。健三は時々便所へ通ふ廊下に俯伏（うつぶせ）になつて倒れてゐる細君を抱き起して床（とこ）の上迄連れて来た。真夜中に雨戸を一枚明けた縁側の端（はじ）に蹲踞（うずくま）つている彼女を、後（うしろ）から両手で支へて、寝室へ戻つて来た経験もあつた。

そんな時に限つて、彼女の意識は何時（いつ）でも朦朧として夢よりも分別がなかつた。瞳孔が大きく開いてゐた。外界はたゞ幻影（まぼろし）のやうに映るらしかつた[117]。」

洋行帰りの大学教師らしい夫と身重の妻それに幼子二人のいわゆる核家族において、夫との日常的な諍いとお互いの軽い侮蔑、それに妊娠という生理的変化から、女はヒステリー症状を呈している。これらは家庭という家の中のプライバシーとして、第三者が垣間見ることはできないし、それに無関心でさえある。このように、プライバシーの出現と尊重は、かえって家庭内における不和、苦痛、暴力といったものを隠蔽する作用や機能を併せ持っているのである。なお、M・フーコーによれば、「女の身体のヒステリー化」は三重のプロセスを経てなされるという。一つは社会集団によって、つぎに家族の空間それに子供たちの生とによってである。「《母》というものが、その否定的＝陰画的イメージとしての「神経質な女」と共に、このヒステリー化の最も目に見える形を構成するのである」という。[118]

まとめ

明治社会は近代法化の中の端緒にあるが、まだ私的空間ないしはプライバシーを必要とする段階にはなかった。ただ、それを必要とする胎動の中にはあったといえよう。第一に、国家も社会も、まだ名誉や復讐という観念にたぶんに色濃く覆われており、自分たちの力や社会規範に基づく相互監視が効いていた。このために、私的空間の余地はあまり存在しなかった。第二に、主体は、まだ未成熟であり、自ら私的領域や空間を主張するレベルにはなかった。教育は、個々の個性や自律よりも国家や親などへの従順を強調していた。第三に、法とくに国家法による規律はまだ弱かった。その反面、慣習や伝統的生活規範など社会規範による規律の方が大きかったと言える。たとえば、碧海純一はつぎのように述べている。「この型の集団（＝共同社会（ゲマインシャフト）・引用者注）においては、伝統、習俗、ゴシップ、嘲笑、非難などのようなインフォーマルな、非制度的な統制手段が非常に有効であり、法の役割はそれだけ軽いのがふつうである。」[119] これまでの検討に見たように、明治社会は、とりわけ私的空間やプライバシーの社会的要請、そしてそれに引き続く法的保護はまだ見られない。まだ社会規範の規律が十分に効いている社会ではあるが、しだいにこれが弱まってきているといえよう。また、私的空間やプライバシーを認めることは逆に社会規範の遵守を弱めることにつながるのである。社会規範やそれによる規律が曖昧になり、また弱まってくると、人々を監視する膨大な国家法システムや規律が必要となる。[120] 明治社会は、この近代法による支配の確立と整備の過程の中にあったの

である。

さらに、碧海は、法制度が整備され、法の役割は必然的に増大するが、そうなれば「国家的統制の過剰とそこから生ずる市民の個人生活への圧迫をもたらすが、こうした副作用に対する対策それ自体が、やはり新しい法技術を要求するということも、また見逃せない」[121]としている。明治期よりはるかに私的空間やプライバシーが尊重される社会になった現代では、この私的空間・プライバシーを突き抜けたり、透視する新たな道具が出現しているのである。最近では盗聴装置や店内・街頭の監視カメラ、法律面でも不正アクセス禁止法（二〇〇〇年）や通信傍受法（犯罪捜査のための通信傍受に関する法律（一九九九年））など私的空間を暴く技術や法も増加しつつある。法はさらに増大する過程をたどるのである。

おわりに、〈法と文学〉は生活様式や倫理・道徳、性・ジェンダーなど、多様でかつ広範な視点やナラティヴ・語りを利用することによって法が持っている価値や正義の意味をより明らかにすることができる。そうすることで法を新しくする、つまり法の新しい見方を提供するものである。このように〈法と文学〉は法が持っている他の可能性を明らかにすることができ、また、法が表現しようとしていることを別の表現で示すことが可能である。[122]〈法と文学〉は、法の単なる言い換えの形式ではなくて、法を現実の社会・生活という社会的文脈（コンテクスト）の中に置くことによって法を脱構築するものである。むろん、法による社会的・法的問題の解決が法の内部にあるものだけで解決可能であれば問題はないのだが、法そのものが言語的形式を取っている点から見ても、それには限界や困難がつきまとっているのである。

ここでは、文学の古典の中に法がどのように描かれているか、また用いられているかを研究することによって、私たちは法規範や法律学（ジュリスプルーデンス）の性質それ自体についての洞察を得ることができた。[123]むろん法律の論文ならば、制定法や判例それに学説などを対象とするのが一般的である。しかし、とくに判例や学説もない時代の法概念やシステムを扱うときには、当時の新聞や記録文書はむろん、フィクションであるとはいえ同時代の小説作品など文学テクストに依拠せざるを得ないのである。

（1）イサベラ・バード・日本奥地紀行八六頁（高梨健吉訳、二〇〇〇）。同様に米沢の小松では、宿屋の向かいの屋

根に群衆が登って彼女の部屋を眺めていたという（同二一六頁）。

（2）小泉八雲『知られざる日本の面影』、但し引用は前田愛・近代読者の成立一六九頁による。

（3）「宴のあと」事件の東京地判昭和三九・九・二八下民集一五巻九号二三一七頁はプライバシーをつぎのように定義した。「公開された内容が（イ）私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られるおそれのあることがらであること、（ロ）一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立つた場合公開を欲しないであろうと認められることがらであること、換言すれば一般人の感覚を基準として公開されることによつて心理的な負担、不安を覚えるであろうと認められることがらであること、（ハ）一般の人々に未だ知られていないことがらであることを必要とし、このような公開によつて当該私人が実際に不快、不安の念を覚えたことを必要とする」。

（4）L・ストーン・家族・性・結婚の社会史一五〇―一八〇〇年のイギリス二〇五頁（北本正章訳、一九九一・原著は一九七九）は一七・一八世紀からとしている。法的な保護が表明されたのは、Warren & Brandais, The Right to Privacy, 4 Harv. L. Rev. 193 (1890)である。

（5）郵便報知新聞明治一〇年三月二八日「戦地直報第二回犬養毅郵寄」。なお、原文「戊辰の復讐戊辰の復讐」に白丸傍点あり。

（6）石光真清・ある明治人の記録―会津人柴五朗一一四―一一九頁（一九七一）。

（7）Jon Elster, Norm of Revenge, 100 Ethics 862, 884 note 65 (1990).

（8）John Rawls, A Theory of Justice 440 (1971).

（9）ペルリ提督日本遠征記（四）三〇―三一頁（土屋喬雄＝玉城肇訳、一九六八、岩波文庫）。また、ペリーの通訳官として日本遠征に随行したウイリアムズはすでにマカオや中国での生活の経験もあったが、はやり裸同然で往来を歩き、婦人は胸をはだけたり、混浴の銭湯へ通うなど「私が見聞した異教徒諸国の中では、この国〔日本・下田のこと＝引用者注〕が一番淫らかと思われた」と記した。S・W・ウイリアムズ・ペリー日本遠征随行記三〇三頁（新異国叢書八、洞富雄訳、一九七〇）。

（10）E・S・モース・日本―その日その日一巻九〇―九一頁（一九七〇、石川欣一訳）。

（11）永井荷風「すみだ川」同・すみだ川・新橋夜話三〇頁（一九八七、岩波文庫）。

（12）朝野新聞明治二二年一一月一七日。新政府による「最初の管理方式」であった条例は、明治九年には一〇、九六〇人の処罰者を見た（小木新造「解説」日本近代思想大系二三巻風俗性四六八・四七〇頁（一九九〇））が、

その実効性については、神谷力「地方違式詿違条例の施行と運用の実態」明治法制史政治史の諸問題（手塚豊教授退職記念論文集）一六五頁（一九七七）、山崎晶「明治初年大阪での違式詿違条例の受容」社会学評論二二四号九一五頁（二〇〇六）、尾佐竹猛「改題」明治文化全集一三巻一五頁（一九五七）参照。

(13) 荻野美穂「性差の歴史学」思想七六八（一九八八年六月）号八二頁。

(14) 明治四年一一月二九日東京府達。

(15) 「明らかにこれ（＝明治初年の混浴禁止）は混浴の風俗を外国人に見せたくないという政府の配慮を反映している。」ヨコタ村上孝之『性のプロトコル』一四四頁（一九九七）。

(16) 荻野、前注13、八二頁。また、ひろたまさき・文明開化と民衆意識（一九八〇）参照。

(17) ヨコタ村上、前注15、一四九頁。他に指摘するのは、中山昭彦「裸体画・裸体・日本人―明治期〈裸体画論争〉第一幕」金子明雄＝高橋修＝吉田司雄編ディスクールの帝国―明治三〇年代の文化研究三一頁（二〇〇〇）など。裸体と文化一般に関しては、ハンス・ペーター・デュル・裸体とはじらいの文化史（藤代幸一、三谷尚子訳、法政大学出版局、一九九〇）、ノルベルト・エリアス・社会の変遷・文明化の理論のための見取図（赤井慧爾＝中村元保＝吉田正勝訳、法政大学出版局、一九七八）など参照。

(18) 夏目漱石・坊ちゃん（六）、漱石全集二巻三〇六頁（一九九四、岩波書店）（初出は明治三九年四月）。なお、返すを「帰す」の表記は原文のママ。

(19) 同、「坊ちゃん（八）」、同三四一頁。

(20) ルース・ベネディクト・菊と刀一二五―一二六頁（一九六七、長谷川松治訳）。菊と刀のテーマは、すでにつぎにも示されていた。「外国の観察者の眼に映ずる日本人は、反対せる二重の性格を有せるが如し。・・・又一方に於いては復讐心及び嫉妬心強くして残忍刻薄なるは、日本の歴史及び日本人の生活の示すところなれども、他方に於いては仁慈の情厚くして深切心に富む。」大日本文明協会編欧米人の日本人観中編七五頁（明治四一・一九〇八年）。いいかえれば前者がスウォードの面で、後者がクリサンティマムである。

(21) 同、一二四頁。

(22) 同、一二七頁。

(23) C・ダグラス・ラミス・内なる外国―『菊と刀』再考一四八頁以下（加地永都子訳、一九八二）は文化の型を捉え直す。恥の文化につき、作田啓一・恥の文化再考（一九六七）参照。

(24) 土居健郎・漱石文学における「甘え」の研究二七頁（一

九七二、角川文庫）。

(25) 坊ちゃんが大嫌いな「野だ」の讒言を素直に聞き入れたのもおかしい気がする。

(26) 土居、同、二七頁。

(27) 土居健郎・「甘え」の構造四八―四九頁（一九七一）。なお、わが国の自律的罪悪感の存在につき、小此木啓吾・日本人の阿闍世コンプレックス七九頁以下（一九八二）参照。

(28) 同五〇頁。土居は「相手が自分に一番近い身内殊に親の場合は、ふつうあまり罪が自覚されないが、これは両者が密着していて、どんなに裏切っても許されるという甘えがあるからである」と「甘え」概念によって説明する。しかし、親に限らず第三者や組織でも親密な関係にあると当人が判断している場合には甘えがあるというよりも、帰属集団に対して逸脱行為などを容易に説得できる可能性と機会があるためではなかろうか。なお、後述注113・114の本文（大矢の場合）を参照。

(29) 穂積歌子は、法学者穂積陳重夫人だが、明治三八年（一九〇五）六月一四日の記述に、夫の陳重が「山田（三良）仁井田（益太郎）の諸君の案内にてまさご（本郷）座夜芝居見物、十二時過ぎお帰り。」（穂積重行編・穂積歌子日記一八九〇―一九〇六（一九八九、みすず書房）とある。日付からして編注の指摘のように「（本郷座）」は誤りで、真砂座が正しい。これは伊井蓉峰一座によるものであった。また、夏目漱石も明治三八年七月、大学近くの本郷座で高田実一座のを観劇した。夏目漱石（談）「本郷座金色夜叉」神泉一巻一号（明治三八年八月）、漱石全集二五巻一二三頁以下所収（一九九六）。両座は、明治三〇年代半ばから四〇年代にかけて新派劇の中心であり、その黄金時代を築いた。

(30) 尾崎紅葉・金色夜叉前編、紅葉全集六巻一〇四頁（明治三七年、博文館）。なお原文ルビを省略した箇所がある。

(31) 同、一一五―一一六頁。

(32) 菊池寛「仇討三態」などにはその悲惨さや仇討の費用と効用とが描かれている。

(33) 前田愛・近代文学の女たち―「にごりえ」から「武蔵野夫人」まで四一頁以下（二〇〇三）。なお、尾崎紅葉については、岡保生・尾崎紅葉―その基礎的研究（一九八三）、岡保生・尾崎紅葉の生涯と文学（一九六八）など参照。

(34) 遼東半島還付条約（一八九五年一一月）。

(35) Elster, supra note 7 at 876.

(36) 穂積陳重・復讐と法律七九頁以下（岩波文庫、一九八二）。

(37) アリストテレス・ニコマコス倫理学（第五巻第四章）一八二頁（高田三郎訳、一九七一、岩波文庫）（原文の

傍点略）。竹内靖雄・市場の経済思想六二頁以下（一九九一）。

(38) E. Weinrib, The Idea of Private Law (1995).

(39) いずれも引用は、小泉八雲『日本瞥見記下』一五〇―一五一頁（平井呈一訳、一九七五）。

(40) 有地亨「近代日本の家族観」福島正夫編家族―政策と法七巻近代日本の家族観一三六頁（一九七六）、同・近代日本の家族観（一九七七）。ほかに、色川大吉「天皇制イデオロギーと民衆意識」歴史学研究三四一号四頁以下（一九六八）、川本彰・近代文学における「家」の構造―その社会学的考察二一〇、二一三頁（一九七三）など参照。

(41) 八雲自身の婚姻観については、大東俊一「ラフカディオ・ハーンにおける東西の結婚と倫理」英米文化学会編英文学と結婚二八五頁（二〇〇四）参照。

(42) 大日本文明協会編・欧米人の日本観中編五八―五九頁、前注20。

(43) いずれも引用は、尾崎紅葉「二人女房」紅葉全集一巻七六四・七六五頁（明治三七年、博文館）。原文ルビを省略した箇所がある。

(44) 『二人女房』よりも時代は下がり、日露戦争後の社会を背景とした田山花袋・蒲団（明治四〇・一九〇七）に登場する、「新派の女」と表現されたいわゆる新しい女であっても、親の厳格な指示や監督の対象であった。

(45) 三橋修・明治のセクシュアリティ一八九、一九一頁（一九九九）、牟田和恵「戦略としての女―明治・大正の「女の言説」を巡って」思想八一二号二一一頁（一九九二）。

(46) C・ベルシー・シェイクスピアとエデンの喪失―家族の価値の文化史二八頁（高桑陽子訳、二〇〇三）。

(47) ベルシー、同、三三頁。

(48) 丸山真男「超国家主義の論理と心理」世界一九四六年五月号五頁。

(49) 大日本文明協会編、前注20、七三頁。

(50) 同、七三―七四頁。

(51) 有地、前注40、一三七―一三八頁。川島武宜・日本社会の家族的構成二二頁（一九五〇）も民主主義の原理と対立するとする。

(52) 明治初期から二〇年代の自由民権運動それ自体も政府による抑圧や制限・統制に苦心していたわけだが、明治二三・一八九〇年には婦人の政治活動も全面的禁止された。政治集会への参加禁止（集会及政社法（法律第五三号）四条）政治結社への加入禁止（同二五条）。

(53) 川本、前注40、二〇九―二一七頁。

(54) 黙阿弥全集十三巻九九―一〇〇頁（一九二五）。

(55) 小栗風葉・魔風恋風（一九〇三―〇四）。

(56) 門野泉「言葉の絆―『空騒ぎ』の恋人たち」英米文化

学会編・英文学と結婚七四頁（二〇〇四）。

(57) 山川菊栄・武家の女性二三頁（一九八三、岩波文庫）。なお、わが国の親子の変遷について、有地亨・日本の親子二百年（一九八六）参照。

(58) 小平麻衣子「もっと自分らしくおなりなさい―百貨店文化と女性」金子明雄＝高橋修＝吉田司雄編ディスクールの帝国―明治三〇年代の文化研究一四三頁（二〇〇〇）。また、神野由紀・趣味の誕生―百貨店がつくったテイスト（一九九四）。

(59) 夏目漱石「三四郎（六）」漱石全集五巻四四三頁（一九九四、岩波書店）。小平・前掲一五六頁。

(60) 瀬沼茂樹・近代日本文学のなりたち―家と自我三頁（河出書房、一九五一）。

(61) 同、三頁。

(62) 夏目漱石・三四郎（三）、前注59、三〇九・三一〇頁。

(63) 一葉文学については、塩田良平・樋口一葉研究（一九五六）、和田芳恵・一葉研究（和田芳恵全集第四巻（一九七八）、亀井秀雄・明治文学史一八一、二〇五頁（二〇〇〇）など。

(64) 柳田泉「政治小説に現れたる国会選挙」同・随筆明治文学一巻（政治篇・文学篇、谷川恵一他校訂、二〇〇五）八一頁。

(65) 柳田、同、九八頁（福地桜痴・嘘八百（明治二七年刊）が描く選挙干渉で有名な第二回国会選挙）。同旨の指摘は、平野義太郎・日本資本主義社會の機構―史的過程よりの究明九―一〇頁（改版、一九四八）。また、柳田泉・政治小説研究上・中巻（一九三五）、下巻（一九三九）参照。

(66) 東京帝国大学五十年史上・下冊（一九三二）、また東京大学百年史・通史一一（一九八四）など参照。

(67) 東京朝日新聞明治二一年九月四日社説「日本人民の思想如何」。本記事の所在を有地、前注40、一一七頁に負う。

(68) 平野、前注65、九―一〇頁に拠って作成した。大久保謙「社会事情の変遷」渋沢編明治文化史一一巻（一九五五、洋々社）六〇―六一頁も同じ。

(69) 「多くの民衆は日日の生活に追われ、政治、法律に関心をもち、これを語る余裕すらなかったのである。彼らは営々と汗水垂らして働くのみで、高額な租税がなんのために徴収されるかをさえ知らず、苦しい生活の中で多額の教育費を絞り取られ、不相当に立派な学校が建てられても、不平一つ言わず、また、片腕と頼む息子を徴兵にとられ、除隊されて帰ってくると、もはや鍬すら持たない状態になっても、黙々として働くのみで、まことに憐むべき悲惨な状態にあったと、……リアルに描いている。」有地、前注40、一一七頁。明治期の庶民の生活状態については、小木新造・東京庶民生活史研究（一九七

九）、小木新造・東京時代―江戸と東京の間で（一九八〇）など参照。

（70）東京朝日新聞明治二五年六月四日社説「法典実施延期は果たして学理上及び政治上の問題に止まる乎」。有地、前注40、一一八頁注七七。

（71）川島、前注51、九頁、同・イデオロギーとしての家族制度（一九五七）、福島正夫・日本資本主義と「家」制度（一九六七）。なお、民法典論争については、宮川澄「日本民法典論争の社会・経済的基礎について」明治史料研究連絡会編明治権力の法的構造（明治史研究叢書七集）二〇〇頁以下（一九五九）所収、遠山茂樹「民法典論争の政治史的考察」明治史料研究連絡会編民権からナショナリズムへ（明治史研究叢書四集）二八一頁以下（一九五七）所収、中村吉三郎「法典争議について」同・明治法制史第一輯一四五頁（一九六七）、星野通編著・民法典論争資料集（一九六九）など参照。

（72）法学新報五号（一八九一）、のち穂積八束博士論文集二二三頁以下（一九四三、穂積重威編）所収。

（73）井ケ田良治「明治民法と女性の権利」女性史総合研究会編日本女性史四巻近代五六頁（一九八二）。

（74）手塚豊「明治二十三年民法における戸主権（一）（二）」法学研究二六巻一〇号、二七巻六号・八号（一九五三―五四）、のち同・明治民法史の研究下巻（手塚豊著作集第八巻）二一五頁（一九九一）所収、有地亨「明治民法と「家」の再編成」講座家族八巻家族観の系譜二八頁（一九七四）参照。

（75）作品中では坊っちゃん先生の月給は四〇円とされているが、作者夏目漱石の松山中学の英語教師時代の月給は倍の八〇円であった。漱石全集第三巻注解（古川久編）三五八頁（一九五六）。校長の六〇円よりも高かったというのは、漱石全集二巻四四九頁（一九九四、岩波書店）。月給のいくらかもプライバシーに属することだが、漱石が〝正直に〟書いていないのはつぎの理由もあると思われる。経済学者G．スティグラーによれば、給料や収入を低めにあるいは不正直に書くのは、国による所得税が存在することが影響しているためであるという。R・ポズナー・正義の経済学四四一頁注二九（馬場孝一＝国武輝久監訳、一九九一）による。わが国の所得税の導入は明治二〇年であった。税務大学校租税資料館租税史料ライブラリー（http://www.ntc.nta.go.jp/sozei/siryou/index.html〉二〇〇六・九・一現在）参照。

（76）「坊ちゃん（三）」、前注18、二七六―二七八頁。

（77）ちなみに勝本正晃「法律から見た漱石の一面」同・法学挿話二頁（一九三一）は、夏目漱石の小説には「法律的に見てとくに意義のあるものは皆無といっていい」とまで結論して、むしろ法律に無関心な心境が存在したと

いうことが面白いという。戦前の時代と今日では事情が異なるが、漱石作品は見事にプライバシーの観点にも触れているのである。なお、勝本と漱石の法学面との関係については、同『文芸と法律』（一九四八）、林田「「法と文学」の諸形態と法理論としての可能性（一）」北大法学論集五五巻四号一四四九頁（二〇〇四）参照。

(78) いずれの引用も、夏目漱石「我が輩は猫である」漱石全集一巻三一六、三三六―三三七頁（一九九三、岩波書店）。ただし省略した部分がある。舞台となったのは（旧）駒込千駄木町五七番地の家であるが、実際に起きた事件につき、夏目鏡子（述）・漱石の思い出一四―一四二頁（松岡譲筆録、一九九四）。

(79) 「我が輩は猫である」、同三五六―三五七頁。

(80) 夏目鏡子、前注78、一五五頁。当時の家の見取図も同頁にある。また小宮豊隆・夏目漱石中一六七、一七四頁（岩波文庫、一九八七）参照。

(81) 夏目漱石「心」（下「先生と遺書一七」）漱石全集九巻一九六五―一九七頁（一九九四、岩波書店）。なお原文のルビを省略した箇所がある。

(82) 当時の川柳にも「貸間あり賄附娘附」というのがあった。唐澤富太郎・学生の歴史九九頁（一九五五、創文社）。

(83) 中村光夫・日本の近代小説一六九頁（改版、一九六四）。

(84) 夏目漱石「私の個人主義」漱石全集一六巻五九五・六〇九・六一一頁（一九九五、岩波書店）（大正三年一一月二五日学習院での講演）。川本、前注40、一一二頁参照。

(85) 瀬沼茂樹・近代文学のなりたち―家と自我八頁（一九五一、河出書房）。原文「家族的個人主義」に傍点。

(86) T・イーグルトン・文学入門三五二頁（新版、大橋洋一訳、一九九七）。

(87) ただ、平塚家への配慮から論調として私事を示唆するものはある。堀場清子・青鞜の時代―平塚らいてうと新しい女たち三〇頁以下（岩波新書、一九八八）。平塚らいてう・わたくしの歩いた道五八―六九頁（一九五五、新評論社）。

(88) 佐々木英昭・「新しい女」の到来―平塚らいてうと漱石二一二頁以下（一九九四）など。なお、『三四郎』は明治四一年九月一日から東京朝日新聞に連載。

(89) 森田草平・漱石先生と私下巻、森田草平選集四巻（一九五六）。なお、堀場、前注87、三二頁では、父定二郎宛の漱石からの手紙には「（森田が）中学教師の職を失なっており、小説として書くことを認めて欲しい」旨の記載があり、平塚家の苦しみを増幅させるものであったという。

(90) 小宮豊隆・夏目漱石下三一頁（岩波文庫、一九八七）。

(91) L・ストーン・家族・性・結婚の社会史一五〇―一八〇〇年のイギリス一八〇頁（北本正章訳、一九九一）。

原著・一九七九）。

(92) 松原岩五郎・最暗黒の東京一五八―一五九頁（岩波文庫、一九八八。明治二五・一八九二年一一月『国民新聞』連載）。また、呑天鈴木梅四郎・大阪名護町貧民窟視察記（一九一八）、のち西田長寿編明治前期の都市下層社会一二三頁以下（一九七〇）所収。

(93) 他にも同様の記述は横山源之助・日本の下層社会（一九四九、岩波文庫）、また当時の貧民やそのルポルタージュを含めた意義につき、三橋、前注45、七七―一七一頁、紀田順一郎・東京の下層社会（二〇〇〇、ちくま学芸文庫）など。

(94) 樋口一葉・にごりえ（四）、樋口一葉全集二巻一五―一六頁（一九七四、筑摩書房）。原文のルビを省略した箇所がある。なお初出は明治二八年九月「文藝倶樂部」。

(95) 前田、前注33、二三―二四頁。

(96) 当時の庶民の生活については、小木新造・東京庶民生活史研究（一九七九）参照。

(97) ソースティン・ヴェブレン・有閑階級の理論―制度の進化に関する経済学的研究一二九頁（高哲男訳、一九八八・原書一八八九）。

(98) 明治の初期から妾については議論がある。たとえば、森有礼「蓄妾論」明六雑誌八―二七号（一八七四―七五）ほか、熊谷開作「法律編纂期における妻妾論」高梨公之還暦祝賀婚姻法の研究上巻（一九七六）、野崎衣枝「森有礼の家族観―「妻妾論」を中心として」福島正夫編家族―政策と法七巻二一九頁（一九七六）、浅古弘「明治前期における妾の身分」法律時報四七巻一三号（一九七五）、手塚豊「元老院の「妾」論議」法学セミナー一五号（一九五七）、小山静子「明治啓蒙期の妾論議と廃妾の実現」季刊日本思想史二六号（一九八六）、金津日出美「明治初年の「妾」論議の再検討」永原和子編日本家族史論集五巻家族の諸相二三六頁（二〇〇二）など参照。

(99) 大日本文明協会編「欧米人の日本観」中編、前注20、五七頁。

(100) Warren & Brandais, supra note 4. 邦訳は、ポズナー、前注75、二二七―二二八頁による。

(101) ポズナー、前注75、二二七頁。

(102) 森、前注98。

(103) 妾の地位やそれをめぐる議論については、金津日出美「明治初年の「妾」の論議の再検討―近代的一夫一婦制論をめぐって」永原和子編、前注98、二三六頁。なお、新律綱領および改定律例については、さしあたり水林彪「新律綱領・改定律例の世界」日本近代思想大系七法と秩序四五四頁（一九九二）参照。

(104) 山川、前注57、一三五―一三七頁。ただし、それにはいくつかの守るべき規範が存在していた。

(105) 戦前の「家」制度については、磯野誠一＝磯野富士子・家族制度―淳風美俗を中心として(岩波新書、一九五八)など参照。明治民法と女性の立場について、井ヶ田、前注73、四一頁など。

(106) ストーン、前注91、二〇五頁。

(107) Prosser, Privacy, 48 Cal. L. Rev. 383 (1960) ; Bloustein, Privacy As An Aspect of Human Dignity : An Answer to Dean Prosser, 39 N.Y.U.L.Rev. 962 (1964) ; Fried, An Anatomy of Values : Problems of Personal and Social Choice 142 (1970) ; Fried, Privacy : Economics and Ethics : A Comment on Posner, 12 Ga. L. Rev. 423 (1978).

(108) このため戦後の新憲法はわざわざこの旨を規定しなければならなかった。憲法二四条。

(109) Gary Becker, Privacy and Misfeasance : A Comment, 9 J. Legal Studies 823, 824-25 (1980). Gary Becker, A Treatise on the Family (1981).

(110) 徳冨蘆花・不如帰(六の四)。武士型家族と庶民型家族の観念について、青山道夫「日本の「家」の本質について」福島正夫編家族―政策と法七巻四二頁(一九七六)、のち同・日本家族制度論三頁(一九七八)所収。

(111) 潮見利隆＝阪本美代子「近代日本文学における家族―親子関係を中心として」福島正夫編家族―政策と法七巻(近代日本の家族観)二八〇頁(一九七六)など。

(112) 江原由美子編フェミニズムの主張(一九九二)、落合恵美子・近代家族とフェミニズム(一九八九)、山川、前注57、一三五―一三七頁。

(113) 色川大吉「天皇制とイデオロギー」歴史学研究三四一号一七頁(一九六八)より引用。なお、大阪事件について、平野義太郎＝福島新吾編著大井憲太郎の研究(一九六八)参照。

(114) 色川、同頁。大矢は文久三(一八六三)年、多摩の中農の生まれであったが、他の地域でもこのような苦悩は起こりえた。なお、色川は、このような苦悩の中に「近代的な個人原理は、その脱出の契機としてついには現れなかった。これは他の多くの民権家一般にもいえる」としている。透谷は不参加だが、大矢は結局参加して、のちに刑を受けた。また、色川大吉・明治精神史(上)一六六頁以下(一九七六、講談社学術文庫)参照。

(115) Becker, supra note 109 at 825.

(116) ベルシー、前注46、二九頁。

(117) 夏目漱石・道草(七八)漱石全集一〇巻二三七―二三八頁(一九九四、岩波書店)。原文ルビを省略した箇所がある。なお、本稿の視点とは異なるが、吉田〓生「家族＝親族小説としての『道草』」講座夏目漱石三巻二四八、二六二頁(一九八一)など。

(118) ミシェル・フーコー・性の歴史Ⅰ 知への意志 一三四頁（渡辺守章訳、一九七六）。また「家族は性的欲望と婚姻＝結合の交換器である。それは、法と法律的なるものの次元を性的欲望の装置の中に運び込む。そして快楽の産出・配分の構造（エコノミー）と感覚の強度とを婚姻の体制の中に運び込むのだ」同一三九頁。

(119) 碧海純一・法と社会 一一五頁（一九六七）。この文の直後に前述の『坊ちゃん』のエピソードが挙げられている。川島、前注51、一二六頁注五二は、わが国の家族では孝の規範が中心であり、それは恩によって条件付けられている。このため、「恩知らず」という非難や評判・面子などによって道徳規範が遵守されることになると指摘する。本稿の主張と同じように、これらによって家族メンバーをコントロールすることになるといえる。

(120) R. Posner, Frontiers of Legal Theory 239 (2001).

(121) 碧海、前注119、一一七頁。

(122) P. Goodrich, Law in the Court of Love 6-7 (1996).

(123) Richard Weisberg, Poethics and Other Stories of Law & Literature ; How Judges Speak, 57 N. Y. U. L. Rev. 1 (1982).

[付記]
去る二〇〇六年七月二二日にご逝去された有地亨先生に本稿を捧げる。学部・大学院を通じて受けた学恩とお人柄を忘れることはできない、また本稿も先生の業績に負っている。
本稿の一部は、北海道大学法学研究科付属・高等法政教育研究センター主催のイブニング・セミナー（二〇〇六年五月二三日）において報告した。
なお、本稿は、学術振興基金科学研究費基盤研究S・研究課題「〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究」（課題番号１７１０３００１、長谷川晃・代表）ならびに同科学研究費基盤研究B・研究課題「ユビキタス環境におけるシステムの信頼とプライバシー保護」（課題番号１８３３００１９、林田清明・代表）による研究の一部である。

雑　報

北海道大学法学会記事

○二〇〇六年七月六日（木）午後三時より

「履行期前の履行拒絶に関する一考察――契約の拘束力からの離脱と損害の軽減の観点から」

報告者　吉川吉樹

出席者　一六名

本報告は、報告者が平成一七年三月に東京大学に提出した同名の博士論文を基礎に、その問題意識を敷衍する形で行ったものである。このような報告の機会を与えていただいた北海道大学法学会、そして出席者の皆様に心より御礼申し上げる。

一　近時、我が国においては、伝統的債権法体系への批判の受け止め、そして国際的動向の参照を動因として、履行障害法の債権発生原因との接続の必要性、つまりは債権概念・債務不履行概念の再検討の必要性を共通の理解の基盤としながら、契約違反に対する救済手段（履行請求権、損害賠償請求権、解除権など）に対する検討が進められている。しかしながら、そのように個々の救済方法に対する検討が進む一方で、それぞれの救済方法が、相互にどのような位置関係を有するのであるか、つまりは、履行障害法がどのように体系付けられるべきかについては、――一部の論者によっては、その解明の必要性が意識されつつも――なお今後の検討課題として残されていると言うことができよう。

二　このような状況にあって、報告者はこれまで、ひとつの論争に着目して、研究を進めてきた。すなわち、履行請求権と損害賠償請求権の関係を先駆的に問題とし、伝統的通説が前提としていた履行請求権の原則性の自明視を意識化した上でこれを批判して、新たな履行障害法体系の構築を志向した、内田貴教授の「損害軽減義務と履行請求権」論とそれに伴う論争である。

損害軽減義務とは、契約違反を受けた当事者においては自らの損害を軽減するための合理的な行動をとることが要請されるのであって、合理的行動により損害が回避できたにもかかわらずそれを怠った場合には、損害の拡大分について賠償が否定されるという損害賠償法上の法理であり、英米法を初め、ドイツ法、国際統一売買法においても明示的に認められている。内田教授は、この損害軽減義務が、我が国の裁判例の中に暗黙のうちに存在することを具体的な分析を通じて明らかにした上で、履行利益の賠償が損害軽減義務の観点から減額されるような事例において履行請求権の行使が許されるのは、結果におけるバランスを失することになり妥当ではないとして、損害軽減義務による履行請求権行使の制限、つまりは強制履行と損害賠償の原則例外関係の逆転を主張したのであった。

このような内田教授の問題提起に対しては、その後、履行請求権の原則性を維持し、「債務転形論」の観点から詳細な批判を加える森田修教授の見解や、内田教授の損害軽減義務による履行請求権の制限論を批判しつつも、契約違反に与えられる救済方法相互の選択的関係を認めた上で、「救済手段選択における『損害軽減義務』」による制約に言及する潮見佳男教授の見解が現れるに至っている。もっとも、そもそも損害軽減義務がどこまでの適用領域を有するものであるのか、つまりは損害軽減義務が損害賠償のみならず履行請求権についてまで影響を及ぼすものであるのかについては、能見善久教授が債権法改正提案に際して指摘するように、なお検討の必要があると言えよう。

以上のような学説動向にあって、報告者の研究は、上記の論争の意義を受け止め、包括的な比較法研究によって「損害軽減義務と履行請求権」をめぐる問題を定位することを目指すものである。

三　比較法分析そのものについては（これが本報告における主たる部分であったのではあるが）、紙幅の関係上別稿に譲り、ここでは研究の際の視角を記したい。

端的に言うならば、「損害軽減義務と履行請求権」という問題が各国の学説・判例によって最も詳細かつ自覚的に論じられていたのは、「履行期前の履行拒絶」と呼ばれる事例群においてであった。将来の契約違反が明白となった場合に、履行期到来前であっても契約違反に基づく損害賠償請求を許すということは、学説・判例における長い論争を経て法理として確立するに至ったものである。しかし、問題はその先にある。即時の損害賠償請求が〝可能〟となった当事者においては、自らの履行を停止し、あるいは第三者との代替取引を行った上で、損害賠

償請求に臨むということが、損害の軽減の観点から〝要請〟されるのであろうか。それとも、もはや相手方には不要とされた自らの債務を履行した上で、あくまで相手方の履行を請求することが、契約上の権利としてなお認められるのであろうか。

このようにして具体的に立ち現れてくる「損害軽減義務と履行請求権」の問題に対してどのように対処するにせよ、各法体系は自らの立場を明示する必要に迫られることになる。そして、このような仕方で、履行請求権と損害賠償請求権の関係に関する各法体系の態度決定を明らかにすることが、報告者の研究の狙いなのである。

当日の議論においては、契約の類型に応じた考察の必要性を初め、多数の貴重なコメントをいただいた。ご指摘いただいた諸点への応答を含め、別稿を期したい。

告　知

北大法学論集〈電子ジャーナル版〉公開について

北海道大学大学院法学研究科におきましては、本学附属図書館との協力のもと、北大法学論集の電子ジャーナル版を「北海道大学学術成果コレクション（略称…ＨＵＳＣＡＰ）」において公開する作業を進めております。

このような取り組みにつきましては、バック・ナンバーの執筆者各位におかれましても概ねご賛同いただけるものと存じますが、万一ご論文の公開にご同意いただけない場合には、昨年九月三〇日までにその旨ご連絡いただけるよう、かねてお願い申し上げてきたところです。

このたび、右記の期限を過ぎましたので、バック・ナンバーについても漸次公開を開始することと致しました。何卒ご了承ください。

なお、公開の中止をご希望の場合は、本年三月三一日までに当編集委員会までご連絡くださいますよう、お願い申し上げます（連絡先は本号の奥付に掲載しております）。

＊　ＨＵＳＣＡＰとは、本学附属図書館が、本学における学術成果を電子的な形態で網羅的に収集保存し、無償での公開を目的に運用するインターネット上の新しい情報発信システムです（URL:http://eprints.lib.hokudai.ac.jp/）。

平成一九年一月三一日

北海道大学大学院法学研究科長
瀬川信久
北大法学論集編集委員会委員長
今井弘道

論　　説

現代中国における「司法」の構造(4)

―― 厳打：なぜ刑事裁判が道具となるのか？ ――

坂　口　一　成

目　　次

序論
　問題意識および課題
　本稿の構成
　先行研究の検討
　本稿の意義
　用語の説明　（以上57巻２号）
１　基本概念の整理
　1.1　刑事司法の担い手
　1.2　制裁制度
　1.3　刑事手続の概要
　1.4　解釈制度　（以上57巻３号）
Ⅰ　厳打とは何か
２　厳打前夜の治安状況と犯罪対策――「重きにかつ速やかに」の登場
　2.1　文革の後遺症
　2.2　1979年：全国都市治安会議
　2.3　1981年：５大都市治安座談会
　2.4　章結
３　83年厳打
　3.1　厳打の決定プロセス
　3.2　法的対応　（以上57巻４号）
　3.3　厳打期刑事司法の実態
　　3.3.1　指揮系統

3.3.2　裁判前段階
3.3.3　裁判段階１―― 迅速化
3.3.4　裁判段階２―― 重罰化
3.3.5　裁判段階３――「法制宣伝」
3.3.6　裁判後段階
3.4　厳打の成果
3.5　中間考察―― なぜ83年厳打が可能であったのか？（以上本号）
4　その後の厳打
Ⅱ　裁判の位相―― なぜ裁判が道具となるのか？
5　中国における裁判観
6　「裁判＝道具」の構造
終章

3.3　厳打期刑事司法の実態

本節では厳打期の刑事司法において具体的にどのようなことが行われたのかに迫りたい。

先述（3.1参照）のように、中央において厳打が決定され、その実施プランが策定されたが、それらは大綱的なものであり、具体性を欠いていた。そのため、末端において厳打を遂行するためにはより具体的なプランが不可欠となる。そこで、まずもって必要な作業は、中央で決定されたプランがどのようなプロセスを経て具体化され、実施に移されていったのか（いわば厳打期刑事司法の指揮系統）を明らかにすることである。3.3.1でこの作業を行う。

次いで、1.3で見た警察扱いの刑事事件の手続の流れ（警察による検挙→検察による起訴→裁判所による裁判→監獄での行刑）に則して、厳打期において各段階でどのようなことが行われたのかを明らかにする。具体的には、犯罪の検挙、起訴といった裁判前の段階、そして、裁判、行刑の各段階でどのようなことが行われたのかを明らかにする。なお、本稿のテーマに則していえば、裁判段階は厳打の核心的内容である「重きに」および「速やかに」が実現されるメイン舞台であり、内容が豊富なため分けて論じることにする。また、判決の言い渡しに際しては［法制宣伝］の一環として、大衆大会の形式で行われることもある。これについては前２者と内容上性格を異にするため、別に扱うことにする。

以上要するに、本節は⑴指揮系統、⑵裁判前段階、⑶裁判段階１――迅速化、⑷裁判段階２――重罰化、⑸裁判段階３――「法制宣伝」、⑹裁判後段階に分けて、厳打期刑事司法の実態を素描しようとするものである。

3.3.1　指揮系統

厳打決定の具体化を図り、実際の行動プラン策定を担ったのは、地方各級党委員会であった。例えば江西省奉新県では、「中央の決定、省党委員会の作戦指揮に基づき、県党委員会の統一的指導の下、８月17日、その指示に基づき、章宏雲検察長が隊を率いて、自宅にいた20名の幹部・警察官を組織し、指定地点の赤岸公社で集合し、赤岸公社党委員会および赤岸派出所と共に、捜査捕獲隊を結成し、夜０時から18日午前５時まで行動し、14名の犯罪者全員を捕まえた」(53)という。ここでは、党機構を軸に中央→省クラス→県クラスと順に指示が下達され、最終的には県クラスの党委員会が現地の国家機関（検察）に指示を下している様が看取できる。

そして、具体的プランの実施の指揮を執ったのも、主には党委員会であった。例えば、湖北省枝江県では中共中央の厳打決定の精神に基づき、「８月16日に県党委員会が緊急政法業務開議を開催し、全県で『重きにかつ速やかに』刑事犯罪者に打撃を加える闘争のプランを策定した」(54)という。上の江西省奉新県の例もこれに該当する。

また、党委員会が厳打の指揮を執るための機構を設置する場合もある。例えば、①（河南省安陽県）「1983年８月、県党委員会は重大刑事犯罪に厳しく打撃を加える闘争指導小組を組織し、中央の指示の精神を徹底し、刑事犯罪者を重きにかつ速やかに、厳しく懲らしめた」(55)、②（河北省唐山市新区）「区党委員会副書記の張凱をリーダーとし、副区長の周炳和を副リーダーとする区刑事犯罪打撃指導小組を設立する。小組の下には、事務室を設置し、警察・検察・裁判所・司法行政機関から各１

(53)　『奉新県誌』414頁。
(54)　『枝江県誌』569頁。
(55)　『安陽県誌』685頁。

名派遣して参加させ、区党委員会の一機構とする」[56]、③（内モンゴル自治区烏拉特後旗）「旗党委員会書記、副書記がそれぞれ総指揮および副総指揮を担い、『717』指揮部を設置した」[57]というものである。そのうち、③の「717」指揮部は、その下属組織として行動検挙組、収容審査組、預審起訴組、労働矯正審査組を設置し、合同事件処理を実施したという。

このほか、政府が党委員会とともに厳打の指揮にたずさわった地方もあった。例えば、湖北省漢川県では「1983年、警察は全国人大常委会の『重大社会治安事犯の厳罰に関する決定』に基づき、県党委員会、県人民政府の統一的指揮の下、検察院、裁判所、司法局などの機関と共同で、末端組織と人民大衆に依拠しながら」[58]厳打が展開され、また雲南省元江哈尼族彝族傣族自治県では「この闘争は県党委員会、県人民政府の指導の下、警察、検察、裁判所などの関連部門が密接に連携し（た）」[59]という。また、先の河北省唐山市新区も副区長が厳打指揮のナンバー２になっている。ここではとりわけ、裁判所および検察が、政府の一部門にすぎない警察と同じく、政府の指揮下にあったことを確認しておく。人大制の建前としては、裁判所および検察は政府と同じく人大が国家権力行使のために創設した国家機構であり、他方、警察は政府の一部門にすぎない。しかし、現実において裁判所、検察および警察は、いずれも党委員会や政府の指揮下にあるのである。

3.3.2　裁判前段階

刑訴法の建前としては、犯罪捜査の主な担い手は警察である（1.3.1参照）。83年厳打においては大量の事件を処理するために、大部分の警察官が厳打対象の事件にかり出された。例えば北京市では、「1983年８月６日夜、北京市警察局長の高克は犯罪活動に厳しく打撃を加える命令を下し、全局の警察官がこの空前の行動に投入された」[60]という。北京市では市内の警察局の警察官全てが動員されたのである。

---

(56)　『唐山市新区誌』350頁。
(57)　『烏拉特後旗誌』322頁。
(58)　『漢川県誌』469～470頁。
(59)　『元江自治県誌』557～558頁。
(60)　劉徳主編『走進北京警察博物館』（兵器工業出版社、2002年）37頁。

とはいえ、実際の犯人検挙(61)を担ったのは、警察のみではなかった。例えば、①（安徽省霍邱県）「全県で警察の警察官および政法、党・政府幹部1207名、民兵・防犯協力者2814名を投入し……」(62)、②（湖北省咸寧市）「県全体で党・政府幹部、警察の警察官、治保人員、民兵3000人余りを動員し……」(63)、③（山東省青島市）「全市の各級警察は全力で赴き、治安防衛幹部、聯防民兵および青島駐留部隊の密接な協力の下」(64)、④（甘粛省隴西県）「県党委員会は幹部131名、解放軍200名、工場警備科の幹部35名を集め、チームに分けて刑事犯罪者279名を捕まえた」(65)といった事例がある。このように警察以外にも、党・政府の幹部（①、②、④）、解放軍（③、④）、民兵(66)（①、②、③）、大衆的自治組織とされる治防委（②、③）、一般市民である防犯協力者（①）が検挙に参加している。

なお、大衆による協力はこうした検挙活動に限らず、その前段階である捜査の端緒の提供にも大きく貢献したようである。ここで「捜査の端緒」というのは、事件の告発・通報、事件解決ないしは捜査の手がかりの提供のことである。83年厳打期間中、全国では「３年間で、大衆は犯罪の手がかりを300万件近く提供し、違法行為・犯罪者28万名以上を連行し、犯罪者と勇敢に闘争するという感動的な偉業を成し遂げた」(67)という。

---

(61) ここで「検挙」[破案] とは、被疑者を特定し、証拠収集も一段落し、先述（1.3参照）の諸措置により被疑者の身柄を確保して刑事手続を進めることができるようになった状態を指す（例えば、高文英・厳明主編『警察法学教程』（警官教育出版社、1999年）308頁、孫中国等・前掲注（38）140頁など）。なお、制度の差異を考慮すれば、これは「警察で事件を検察官に送致・送付したり微罪処分に付すこと」（三井誠・酒巻匡『入門刑事手続法（改訂版）』（有斐閣、1998年）７頁）とされる日本の「検挙」概念と大きな差はなかろう。

(62) 『霍邱県誌』559～560頁。

(63) 『咸寧市誌』602頁。

(64) 『青島市公安司法誌』38頁。

(65) 『隴西県誌』451頁。

(66) なお、1983年12月末までに、全国で延238万人の民兵が厳打に参加したという（韓杯智主編『当代中国民兵』（中国社会科学出版社、1988年）359頁参照）。

(67) 『公安史稿』381頁。

また、これら以外にも、裁判官も検挙活動に参加した。例えば、最高裁の機関誌である『人民司法』には、湖北省紅安県裁判所の50歳を超える副廷長が、一斉検挙作戦から逃れた強姦の被疑者を追いかけて捕まえたエピソードや、武漢市の裁判所幹部が検挙作戦に参加したときに、格闘の末、被疑者を捕まえたエピソードが、誇らしげに紹介されている(68)。最高裁の機関誌がこうしたエピソードを紹介する背景には、こうした裁判官が増えることが望ましいとの考えがあるのだろう。当時の司法観や裁判官観を探る上で非常に示唆に富む事象である。

さて、これまで挙げた事例からも分かるように、厳打期における検挙活動は大規模かつ一斉に行われた。例えば、先の江西省奉新県では、夜中に一斉に動員し、被疑者の身柄を確保している。また、河南省輝県市では、「党全体で動員し、全人民が動き、力を集めて刑事犯罪者を包囲討伐し、警察の全幹部・警察官が県・公社・大隊3クラスの幹部と緊密に連携をとり、16日夜、重大犯罪集団の幹部や重大犯罪者800名余りを一斉に捕まえ、『厳打』第１戦役の第１戦の大勝利を収めた」(69)、と。「厳打とは統一行動、集中行動であ（る）」(70)と一般的に認識されている所以である。

また、こうした検挙活動においては、被疑者の身柄確保のために収容審査が多用された。例えば陝西省米脂県では、「1983年８月から1984年末までに、相次いで178名の犯罪者を収容審査に付し、102名を正式に勾留し、84名に刑罰を科す判決を下し、６名を労働矯正に付し、６名に過料を科し、３名を少年刑務所・少年院に送致した」(71)という。また、福

(68) 「“打撃刑事犯罪就是打仗”――記“戦場”上的好人好事」人民司法1983年10期20頁。

(69) 『輝県市誌』273頁。

(70) 孫中国等・前掲注（38）42頁。なお、著者はこうした考え方は一面的であると批判する。

(71) 『米脂県誌』473頁。なお、ここで「少年刑務所・少年院」とは［少年管教所］の訳語であり（以下同じ）、これは、①裁判所が法により有期懲役、無期懲役または死緩を言い渡した満14歳以上18歳未満の少年犯、および②刑法14条の規定により、政府が収容して矯正する触法少年［犯罪少年］を収容する施設である（公安部「少年管教所の拘置・収容範囲に関する通知」（1982年３月23

建省周寧県では、「県全体で３回の戦役を通じて計624名を収容審査に付し、そのうち法に従い217名の重大刑事犯を勾留し、25名を労働矯正に付し、８名を少年刑務所・少年院に送致し（た）」(72)という。まず収容審査で疑わしい者の身柄を確保し、しかる後に勾留、裁判といった刑事手続、ないしは労働矯正や治安管理処罰といった行政処罰の手続が進められているのである。なお、第１戦役の問題点として、収容審査の多用が指摘され、第２戦役以降、「正確に」が強調された(73)が、実際の収容審査がこれにより減少したのかを示す資料は、管見に及ばない。

そして、犯罪者が検挙されれば、次のステップは警察における預審となる。特にこの段階においては、被疑者・被告人に対する拷問が深刻な問題となり、1984年３月８日には、李欣（中共中央辦公庁秘書局副局長）が党中央にこの問題を報告したほどであった(74)。

預審を経て警察が起訴相当と認めれば、検察に起訴審査のために送致することになる。起訴審査について全国的な状況は明らかではないが、以下に吉林省および黒竜江省大慶市の状況を紹介しよう。

表３－９および表３－10は、吉林省および黒竜江省大慶市の起訴審査の状況をまとめたものである。両表からは、次の３点が明らかである。①1983年に起訴審査数が大幅に増加したこと、②1983年に起訴された事件の比率が大幅に増えたこと（大慶市においては、前年比７ポイント増であり、またこの７年間の平均値(88.2％)と比べると8.7ポイント高い)、③これに呼応して、起訴免除、不起訴、取下げなど起訴しないという決定が、1983年に突如として減少したこと、である。これらはいずれも83年厳打の開始を機に、より多くの事件が刑罰を科す方向で処理されていったことを意味する。

ところで、刑訴法の建前によると、上の手順を踏み、起訴相当と認め

日）１条。なお、その後の司法部「政府収容矯正の触法少年を労働矯正施設の収容矯正に移すことに関する通知」（1996年１月22日）により、[少年管教所]は①だけを収容することになった)。

(72)　『周寧県誌』407頁。

(73)　孫中国等・前掲注（38）５頁。先述（1.3.1Ⅰ参照）のように、1985年には収容審査の期間が原則１ヶ月以内、最長３ヶ月以内と定められた。

(74)　『公安大事要覧』537頁。

表３－９　吉林省における起訴審査状況表（1979～1985年）（単位：人）

年	受理	審査終了	起　訴		起訴免除		不起訴	
			人	%	人	%	人	%
1979	5535	4747	4527	95.4	171	3.6	49	1.0
1980	10834	9228	8505	92.2	577	6.3	146	1.6
1981	11522	10273	9516	92.6	623	6.1	134	1.3
1982	14546	13116	12286	93.7	665	5.1	165	1.3
1983	23758	21771	20741	95.3	837	3.8	193	0.9
1984	18997	17489	15249	87.2	1650	9.4	590	3.4
1985	9394	8748	8065	92.2	583	6.7	100	1.1

出典：『吉林省誌（司法・公安・検察）』102頁。

表３－10　大慶市における起訴審査状況表（1979～1985年）（単位：不明）

年	起　訴		起訴免除		取下げ		補充捜査		計
		%		%		%		%	
1979	53	74.6	9	12.7	－	－	9	12.7	71
1980	230	83.0	25	9.0	－	－	22	7.9	277
1981	326	87.9	30	8.1	－	－	15	4.0	371
1982	249	89.9	21	7.6	2	0.7	5	1.8	277
1983	900	96.9	22	2.4	3	0.3	4	0.4	929
1984	512	79.0	96	14.8	36	5.6	4	0.6	648
1985	314	87.7	20	5.6	8	2.2	16	4.5	358

出典：『大慶市誌』634頁。

られれば裁判へと手続が進んでいくことになる。しかし、83年厳打においては、「速やかに」を実現するために、犯罪検挙後、刑訴法に悖る事件処理の手法が採られた。それは(1)事前介入、(2)共同事務処理、(3)合同事件処理という３つの手法である。これらの措置は、検察による事前介入を除き、いずれも刑訴法の基本原則である警察・検察・裁判所の相互制約に悖るものである。私見では、これらは質的に全く異なる問題ではなく、(1)から(3)の順で相互制約が弱体化され、相互協力がより強化されていくと位置づけることができるものである。また、法的判定型裁判の見地からは、(1)から(3)の順で裁判の独立性が失われていく、と位置づけることもできる。以下、順にその内容を見ていこう。

⑴　事前介入

刑訴法45条後段は、重大事件に限り、検察による警察への事前介入を認めている（1.3.1Ⅰ⑶参照）。83年厳打以降、検察は本条に基づき活発に事前介入を行い、「速やかに」事件処理を進めるよう努めたようである。例えば、新疆ウイグル自治区農八師墾区石河子市の検察は、「重大事件・重要事件については事前介入し、勾留承認審査は一般的に３～５日ほどで、起訴審査は一般的に20日以内に終え、重大事件についても法定期限を超過せずに行った」(75)という。まさに［依法従快］（法に従い速やかに）のお手本である。

ところがこの時期、裁判所も「速やかに」事件処理を進めるために、事前介入を行うようになり、しかも「1983年に展開された厳打闘争において、政法部門が社会治安に由々しき危害を及ぼす犯罪者に法に従い重きにかつ速やかに打撃を加えるとの困難な任務を達成するために、実務において創造された新しい事件処理方法である」(76)という積極的な評価を受けた。以下は裁判所による事前介入の具体例である。①（山東省青島市）「社会治安に由々しき危害を及ぼす犯罪者を迅速に裁判するため、青島市中級人民裁判所は、自主的に警察、検察部門に協力し、預審・起訴の過程において、前もって事件記録を調査し、証拠を確かめ、問題を見つけたらすぐに提起し、起訴前に問題を解決するよう努め、もって起訴後、速やかに裁判に移し、事件処理の効率を向上させようとした」(77)、②（山東省新泰市）「人員を派遣し事前介入し、事件状況を把握し、事件が裁判所に起訴されれば、すぐに開廷・審理・判決できるようにした」(78)、③（黒竜江省海倫県）「海倫県人民裁判所は重大事件・ハードケースについて事前に状況を把握し、預審・起訴段階で問題を解決することで、事件起訴後に時間が遅れたり、誤ったりすることを避けるよう努めた」(79)、と。このように裁判所も「速やかに」厳打対象の事件の手続を進めるた

(75)　『農八師墾区石河子市誌』546頁。
(76)　矯春暁・王培初「提前介入問題初探」政法論壇1991年２期62頁。
(77)　『青島市公安司法誌』243頁。
(78)　『新泰市誌』214頁。
(79)　『海倫県誌』463頁。

めに、警察の預審段階にまで事前に介入し、裁判前段階において裁判官が事件記録を調査し、証拠を確認するなど、裁判段階で行うべき作業を行っていた。

だが、ここで刑訴法が裁判所による事前介入を規定していないことを看過してはならない。検察とは異なり、裁判所には事前介入の法的根拠がないのである(80)。にもかかわらず、1983年11月15日から21日まで開催された第９回全国裁判所業務会議の紀要では、「わが国の裁判業務の優良な伝統が継承・発揚された」例のひとつとして、事前介入が紹介されている。事前介入により「問題を発見し、意見を提起し、共同で検討し、速やかに解決することは一種の制約である」(81)というのである。その後、1991年時点においても「この事件処理方法は、警察・検察・裁判所の実務においてすでに広く採用されており、しかも現在ルール化、制度化に向けて発展している」(82)といわれており、裁判所の事前介入が83年厳打後に「発展」していったことがうかがえる。

⑵　共同事務処理

両会議後に引き続き、83年厳打においても共同事務処理は行われた。以下に実例を挙げよう。

（寧夏回族自治区賀蘭県）「1983年から1985年までの間、『厳打』闘争において、統一行動、集中的打撃の方法を採用し、警察局、検察院および裁判所は緊密に協力し、共同で活動するとともに、党内共同事務処理制を実施し、重大事件・ハードケースについては、政法委員会に報告し、共同事務処理会を開催し、討論の上で決定を下し、認識の統一、歩調の統一に努めた。この間、県検察院は事件を起訴する前に随時に裁判所と口頭で意見を交換し、重大事件・ハードケースについては裁判所と検討

(80)　なお、「本条（警察・検察・裁判所の相互協力、相互制約を定める刑訴法５条を指す）の相互協力・相互制約は正常な訴訟手続における協力と制約のみならず、人民検察院が公訴を提起した事件について人民裁判所が事前介入の方法を用いることを目的的に選択し、相互協力、相互制約の役割を果たすことも含む」とする者もいる（矯春暁等・前掲注（76）63頁参照）。

(81)　前掲注（22）３頁。

(82)　矯春暁等・前掲注（76）62頁。

し、誤りや抜け落ちを起訴前に取り除いた。また、少数ではあるが量刑や適用条文が不当な事件についてプロテストした」(83)。

（河北省趙県)「1983年から始まった刑事犯罪活動への打撃においては、中共趙県政法委員会、警察・検察・裁判所の４者が共同事務処理機構を設置し、比較的重大な事件やハードケースは集団で解決した」(84)。

（安徽省屯渓市）「刑事犯罪活動に厳しく打撃を加える闘争が始まってからは、全ての刑事事件は党内共同事務会の討論により決定された」(85)。

そして、当時最高裁副所長であった林準は、「この１年間（83年厳打開始後を指す）の実践が証明するように、党内共同事務処理制度は政法業務に対する党の指導の強化にプラスである。……法に従い重きにかつ速やかにの方針をより徹底し、さらに一歩進んで刑事裁判活動をやり遂げるために、各級人民裁判所は引き続き党内共同事務処理に積極的に参加すべきである」(86)と述べ、各級裁判所に対して共同事務処理を提唱している。

なお、83年厳打以前において、共同事務処理の主宰者は党委員会とされていたが、この時期においては同政法委員会とされている。これは1980年に中央政法委員会が設置されたのを皮切りに、地方でも各級党委員会に政法委員会が設置されるようになったからであろう。

⑶　合同事件処理

上に見た共同事務処理においては、重大事件・ハードケースについて政法委員会主宰の下で警察・検察・裁判所が一致協力し、解決するが、手続自体は各機関が行う。ところが、83年厳打においては、刑事手続のさらなるスピードアップを図り、警察・検察・裁判所の区別を形式的にも取り払ったやり方が行われた。「合同事件処理」[聯合辦案] と呼ばれるやり方がそれである。例えば、寧夏回族自治区中寧県では、「1983年

(83)　『賀蘭県誌』380頁。
(84)　『趙県誌』353頁
(85)　『屯渓市誌』279頁。
(86)　林準「堅定不移地貫徹依法従重従快的方針　為争取社会治安的根本好転而努力」同『刑事審判 —— 林準文集』（吉林人民出版社、1998年）28頁。

８月から、県党委員会の統一的指導の下、裁判所は10名の判事を派遣し、警察、検察部門と合同で事件処理を行（った）」[87]という。

この合同事件処理とは、一般に、警察・検察・裁判所がそれぞれ人員を派遣し、「合同事件処理組」、「専案組」などと呼ばれる専門チームを組織し、この専門チームが刑事手続における警察・検察・裁判所の職権を担うやり方であると説明される[88]（3.3.1で紹介した内モンゴル自治区烏拉特後旗の「717」指揮部は、こうした専門チームの典型例と目される）。つまり、この専門チームが捜査、起訴、裁判を一手に担うのである。ここには警察・検察・裁判所という名目上の区別すら存在しない。よって、警察・検察・裁判所の相互制約も語るに及ばない。この点において、警察・検察・裁判所が一応のところ刑訴法所定の各々の権限を果たし、重大事件・ハードケースに際して見解を統一する共同事務処理とは異なる。政策決定者が共同事務処理を提唱する一方で、合同事件処理に消極的な理由もここにあろう[89]。

実際の合同事件処理は、以下のように行われたという。

（湖北省漢川県）「一般的事件はまず３員（警察・検察官・裁判官）が共同で処理し、３長がそれぞれ事件処理を決定する。重大事件（死刑、死緩、無期懲役）は県党委員会の討議に付託し、しかる後に法定手続に照らして承認審査のために上級に報告する」[90]（カッコ内は原文）。

（浙江省霊壁県）「裁判所、警察、検察などの機関がそれぞれ人員を派遣し合同事件処理チームを組織し、各区（鎮）に派遣して共同で調査・証拠収集を行い、事件状況を検討し、認識を統一し、事件に事前介入し、

---

[87] 『中寧県誌』162頁。

[88] 陳瑞華・前掲注（40）344頁。

[89] 例えば、1982年の「全国政法工作会議紀要」は、「党委員会から離れて司法機関に取って代わり、社会主義法制度を破壊する専案組を許さず」と指示する（『司法手冊(2)』302頁参照）。ここでいう「専案組」が合同事件処理を指していることはいうまでもなかろう。なお、中央が厳打のために「捜査員、検察員、判事で事件処理小組を組成し、共同で特定の事件を担う」とし、合同事件処理を提唱したという指摘もある（胡宋銀「“提前介入”之我見」政法論壇1992年３期36頁）。ただし、その事実関係は明らかではない。

[90] 『漢川県誌』473頁。

その後、法に従い審理を行い……」[91]。

（貴州省貴陽市）①大捕物の前に、政法委員会が警察・検察・裁判所の指導者を招集し、派出所による犯罪者の状況の報告を聴取し、資料が信頼に足ることを前提に、捕まえる対象を確定した後、警察・検察が収容審査、逮捕、勾留承認などの法定手続を進める。②犯罪者が収容審査に付された後、政法委員会の指導の下、警察・検察が指導者と事件処理担当者を選抜し、審査処理チームを作り、収容審査ステーションや看守所に配置し、事件ごとに審査を行い、労働矯正、少年刑務所・少年院送致、勾留のリストを作成する。それから犯罪者所在地の警察、検察機関がさらに審査を進めて犯罪事実を確かめ、それぞれ関連する法定手続を進める。③前科者および捕まえた現行の犯罪者のうち、罪責が重く死刑の可能性がある者は、政法委員会の主導の下、警察・検察・裁判所がそれぞれ幹部１名を選び、チームを組織し、事件ごとに審査・承認していく。犯罪事実が明らかで、証拠が確実かつ十分であることを前提に、死刑に処すべき犯罪者のリストを作成し、編集した上で資料とし、政法委員会が招集する警察・検察・裁判所・司法行政機関の責任者に付議し、死刑に処す犯罪者リストを初歩的に確定する。その後、警察・検察・裁判所３機関がさらに審査を行い、訴訟手続に基づき手続を進め、執行する[92]。

こうした実例を見ると、先の合同事件処理の説明には、重要な点が抜け落ちているといえよう。それは、党委員会や同政法委員会の存在である。以上の実例（寧夏回族自治区中寧県も含めて）からは、党委員会・同政法委員会の指揮の下で、警察・検察・裁判所（・司法行政機関）が意思を統一し、これらの意向に従い手続を進めているという実像が浮き彫りにされている。とりわけ、湖北省漢川県では、重大事件については県党委員会に付議するとともに、上級の承認を要するとされ、二重の統制が敷かれている[93]（「上級」が上級裁判所を指すのか、上級党委員会

---

[91]　『霊璧県誌』180頁。

[92]　貴州省貴陽市人民検察院「厳厲打撃　初戦告捷――貴陽市、区検察院厳厲打撃刑事犯罪分子工作小結」人民検察1983年10期３頁。

[93]　鈴木賢「人民法院の非裁判所的性格――市場経済化に揺れる法院の動向分析――」比較法研究55号（1993年）178頁。

を指すのかは明示されていない)。合同事件処理においても党委員会・同政法委員会の指揮の下で行われているのである。

以上のように、これら３つの手法が刑事手続のスピードアップという面において訴訟の効率性を高めることは容易に想像できる。しかしその一方で、法的判定型裁判観の視点からは、裁判の独立性が順に失われていくという深刻な問題を孕んでいる。このことは端的には裁判で行うべき作業が裁判前に行われているという点に表れている。とりわけ共同事務処理や合同事件処理においては、政法委員会の主宰の下、裁判を待たずに裁判の結果が出ており、中立的立場から判定する第三者は存在しない。「警察・検察・裁判所３機関は戦時下の軍隊に似ており、それらの間には分業が存在するが、その分業は軍隊における砲兵、工兵、歩兵といった兵種の分業のようであ（る）」(94)という曲新久の揶揄は、言い得て妙である。こうした「砲兵、工兵、歩兵」の指揮官が党委員会や同政法委員会、そして政府であることは、前項ですでに指摘したとおりである。「政法・警察機関はわが国の国家装置の重要な構成要素であり、人民民主主義独裁の重要な道具であ（る）」(95)というスローガンが現実に深く根付いていることをうかがえよう。

3.3.3　裁判段階１ ―― 迅速化

裁判段階における「速やかに」とは、できるだけ速やかに事件の審理を終結し、結果を出すことである。以下では、まず厳打期とそれ以外の期間（以下、これを「通常期」と呼ぶ）においてどれだけ審理期間に違いがあるのかをデータに則して明らかにし、その後、「速やかに」を実現するために採られた措置を検討する。

まずは、厳打期と通常期における審理期間の差異についてである。表３－11は1983年から1989年までの１審事件のうち、１ヶ月以内(96)に結

(94)　曲新久・前掲注（21）117頁。
(95)　孫中国等・前掲注（38）69頁。
(96)　刑訴法125条所定の審理期限は最長で１ヶ月半であるため、本来ならば１ヶ月ではなく、１ヶ月半でどれだけ結審したのかをまとめるべきかもしれない。

審した事件の件数および比率を分類毎に整理したものである。全刑事事件とは、通常刑事事件、反革命事件および経済事件（1988年以降）の合計である。なお、83年厳打の対象とされた７分野の犯罪は、反革命事件および通常刑事事件に分布しているが、これらのデータは７分野の犯罪のみを示すものではない。また、1982年以前の統計は管見に及ばず、83年厳打の開始により、どれだけ裁判がスピードアップしたのかを比較する術はない。

表３－11　１審結審期間状況比較表（1983～1989年）

年	反革命		通常刑事		経済		全刑事事件	
	件	%	件	%	件	%	件	%
1983	1118	54.7	389288	80.0	－	－	390406	79.9
1984	－	－	－	－	－	－	－	－
1985	255	38.9	155370	67.6	－	－	155625	67.5
1986	166	41.7	178541	64.8	－	－	178707	64.8
1987	105	37.0	177318	66.2	－	－	177423	66.2
1988	71	41.5	161412	67.3	29241	62.5	190724	66.5
1989	218	56.6	202196	69.3	45709	65.7	248123	68.6

出典：『司法統計資料』の「（各年）普通刑事一審案件統計表」参照。

本表からは次の２つの傾向を導けよう。①１ヶ月で結審した件数および比率が最大であったのは1983年であり、特に通常刑事事件の80％が１ヶ月以内に結審している。1985年以降のデータと比較すると、1983年には裁判段階における「速やかに」がかなり徹底されていたことが浮かび上がる。例えば、江西省では「1983年８月17日から11月30日までの３ヶ月強で、全省で１万374件の刑事事件を結審し、１万5334人に判決を下した。これは過去２年間の業務量に匹敵する。95％の事件は１ヶ月以内に結審した。以前は１ヶ月以内に結審できた事件は70％ほどであった。

しかし、1983年から1990年までの統計を見ると、毎年通常刑事事件の95％前後が１ヶ月半の法定期限内に結審しており、厳打期の特徴を浮かび上がらせることができない。また、本表は法定期限内に結審できたか示すためではなく、どれだけ「速やかに」裁判が行われていたかを示すためのものであるため、このようにした。

重大刑事事件については審理を優先し、様々な手段を講じて事件処理の速度を加速させた。大多数は半月ほどで結審した」[97]という。２年分の事件を３ヶ月半で「様々な手段を講じて」審理したという事実は、1983年の「速やかに」の徹底ぶりを物語っているであろう（この「様々な手段」の内容については後述する）。このほか、「第１戦役の第１戦において、犯罪者124名を勾留した。裁判所に起訴された105名については、60日間で全て結審した。平均10日間である。『三大刑』を科した事件は平均８日間である」[98]という黒竜江省賓県の例もある（「三大刑」とは実務での呼び方であり、死刑、死緩、無期懲役を指す[99]）。この例においては、「速やかに」の徹底ぶりのみならず、重い刑罰を科すべき事件については、より優先して審理が行われている事実を指摘できよう。

②これに対して、1985年および1986年においては83年厳打が継続されていたが、1987年以降と大差がない。このことは、83年厳打においては――データのない1984年は別として――1983年を除き、裁判段階における「速やかに」は通常期と大差がない、換言すると全国的傾向としては、開始当初は「速やかに」が徹底されたが、以後は徐々に平静化していったことを意味すると考えられる。

とはいえ、個別具体的な事例からは、1985年においても、極めて「速やかに」事件処理が進められていることがうかがえる。例えば、福建省三明市では1985年に次のような事例があった。「11月６日未明、ＸおよびＹはそれぞれＡおよびＢを鋤や小刀で切りつけ、重傷を負わせた上、現金3000元を奪い逃走した。警察は同日夜から捜査を始め、同月10日にＸを、25日にＹを捕まえた。1986年11月26日、三明市中級人民裁判所は強盗罪でＸに死刑、Ｙに無期懲役の判決を下した」[100]という。事件発生から20日後には審理を終え、Ｙについては捕まった翌日に無期懲役の判決が下されており、「速やかに」打撃が加えられている。

---

(97) 『江西省法院誌』104頁。

(99) 『賓県誌』327頁。

(99) 例えば、林準（最高裁副所長）は「無期懲役、死緩、死刑の三大刑」と表現する（「打撃与防範並挙　促進廉政建設」前掲注（86）100頁）。

(100) 『尤渓県誌』487頁。

次に、「速やかに」を実現するための具体的な措置である。これには先述（3.2.2参照）した裁判迅速化の決定および裁判所法の改正による手続変更、さらには事前介入、共同事務処理、合同事件処理といった刑訴法に違背する事件処理の手法のほか、⑴裁判官の増員、⑵事件処理のプライオリティの調整、⑶事件管轄の変更、⑷弁護権の制限、⑸「２つの基本」の採用がある。以下、順に見ていこう。

⑴　裁判官の増員

83年厳打開始以降、大量の刑事事件が起訴された（表Ⅰ－１参照）。1983年は、実に前年の倍以上である。そのため、既存の処理能力を超えたようである。そこで、裁判所は眼前に置かれた大量の事件を処理するために、裁判官を増員し、厳打対象の事件により多くの裁判官を割り当てた。例えば山東省青島市では「厳打のニーズに応えるために、市・区の両級裁判所（中裁と基層裁を指す）は、組織上相応の調整を行い、全ては厳打に従い、結集できる力量を優先的に刑事犯罪への打撃に集中させた。1983年８月10日以前において、裁判所の刑事担当判事は89名であったが、厳打後、刑事担当判事は171名に増え、同年12月末には274名に増えた」(101)という。

こうした裁判官の供給源は、主に党機関や行政機関（中国ではまとめて［党政機関］と呼ばれている）であった。例えば、安徽省霍山県では「県党委員会は他の機関から６名の幹部を（裁判所に）異動させ」(102)、また、湖北省枝江県では「県直属の各機関から派遣された51名の幹部が裁判活動に参加し、警察・検察・裁判所の３機関合同事件処理を行った」(103)という。

このほか、「国の法律業務従事者」(104)と位置づけられ、その業務組織である法律顧問処が「司法行政機関の組織上の指導および業務上の監督

(101)　『青島市公安司法誌』243頁。
(102)　『霍山県誌』590～591頁。
(103)　『枝江県誌』582頁。
(104)　全国人大常委会「弁護士暫定条例」（1980年８月26日採択・公布、1982年１月１日施行）１条。

を受ける」[105]とされていた弁護士も、裁判所や検察などに配転されたようである[106]。

また、これら以外の供給源としては、大学生のインターンがある。例えば、梁根林（当時は北京大学法律系の学生）は、「1983年の厳打には、実のところ私も参加しており、我々は当時ちょうど実習中だった。同年９月、私は河北邢台市に実習に赴き、何度か裁判長をしたこともある」[107]と当時の様子を振り返っている。実習中の大学生が裁判長を担当したのである。

⑵　事件処理のプライオリティの調整

事件処理のプライオリティの調整とは、厳打対象の事件を優先的に処理することである。例えば、浙江省金華市では、「（1986年１月まで）全市の検察機関は殺人、無頼、強姦、強盗、重大窃盗、爆破その他の社会治安を由々しく乱す犯罪などの７種類の事件をまず処理した」[108]という。また、貴州省貴陽市検察院では、厳打期の業務上の注意点として、第１に「最近の重大事件の処理を優先し、特に死刑に処されるであろう事件を優先的に処理し、打撃の重点を際立たせる」[109]ことを挙げており、先に挙げた江西省の裁判所も「重大刑事事件については審理を優先し」[110]、また青島市の裁判所でも「結集できる力量を優先的に刑事犯罪への打撃に集中させた」[111]という。このように、厳打期においては厳打対象の事件を優先的に処理し、その中でも死刑事件などの重大事件を最優先させている。

---

[105] 同条例13条２項。

[106] 司法部「弁護士の業務は移転後その弁護士資格を保留すべきことに関する批復」（1984年７月11日）における「弁護士が検察院、裁判所などの政法機関に配転された後……」という記述から、このことがうかがえよう。

[107] 『刑事政策検討』31頁（曲新久報告「厳打的刑事政策分析」に対する梁根林のコメント）。

[108] 『金華市誌』262頁。

[109] 貴州省貴陽市人民検察院・前掲注（92）３頁。

[110] 『江西省法院誌』104頁。

[111] 『青島市公安司法誌』243頁。

⑶　事件管轄の変更

先述（1.3.1Ⅲ⑴参照）のように、「無期懲役または死刑の判決を下す通常刑事事件」（刑訴法15条）の１審は原則として中裁に管轄権があるが、「上級人民裁判所は必要なとき、……自己の管轄する１審刑事事件を下級人民裁判所に裁判させることもできる」（同法18条前段）。両規定に基づき、最高裁・最高検・警察部は1983年８月16日、連名で「当面の刑事犯罪活動に厳しく打撃を加える期間においては、中級人民裁判所は必要なときには、社会治安に由々しき危害を及ぼし、無期懲役または死刑の判決を下すべき１審通常刑事事件を、基層人民裁判所に裁判させると決定することができ、もってこれらの罪責が重い通常刑事犯を法に従い重きにかつ速やかに懲らしめるようにする」と通達した(112)。本通知を受け、例えば、浙江省五河県では、「1983年８月、第１次重大犯罪打撃において、中級人民裁判所は県人民裁判所に無期懲役および死刑事件の審理を授権した」(113)という。

しかし、実際には「逆に段階［層次］(114)が増えたため、かえって時間がかかるようになり、しかも少なくない基層人民裁判所の事件処理能力は不足しており、担いきれない」という理由から、同年12月２日に最高裁・最高検・警察部が連名で、無期懲役または死刑の判決を下すべき１審通常刑事事件の管轄を中裁に戻すよう通達した(115)。その間、わず

(112)　最高裁・最高検・警察部「無期懲役または死刑の判決を下す１審の通常刑事事件の管轄問題に関する通知」（1983年８月16日）。

(113)　『五河県誌』426頁。『金華市誌』265～266頁も同旨。また、湖北省応山県でも同様の措置が講じられたという（『応山県誌』480頁参照）。

(114)　ここで「段階」が増えるとは、１審が中裁の場合は、死刑許可に辿り着くまでに、中裁→高裁の２段階しかないが、１審が基層裁の場合には、基層裁→中裁→高裁と３段階を経なければならないことを指す（死刑の許可は高裁に授権されている）。

(115)　最高裁・最高検・警察部「無期懲役または死刑の判決を下す１審の通常刑事事件を中級人民裁判所が管轄することに関する通知」（1983年12月２日）。ただし、本通知が「無期懲役、死刑判決にあたる第１審一般刑事事件の基層人民裁判所への管轄移送を一律に禁止したものとみなされるなら、それもまた刑事訴訟法第18条に違反するものといわねばならない」（田中信行「現代中国法の構造と機能」社会科学研究47巻６号（1996年）51頁）。

か３ヶ月半であった。

(4) 被告人の弁護権の制限

表３－12　１審における弁護状況表

年	結審数（件）	弁護人参加*	内訳（人）	弁護人参加率（%）			弁護士参加率（%）		
			弁護士	反革命	通常	全体	反革命	通常	全体
1983	525611	91847	64020	27.3	17.4	17.5	23.5	12.1	12.2
1984	450259	114821	110675	26.0	25.5	25.5	31.4	24.5	24.6
1985	249910	78252	82228	56.2	31.3	31.3	62.7	32.8	32.9
1986	298291	102617	120643	39.2	34.4	34.4	53.6	40.4	40.4
1987	292136	106579	136684	41.9	36.5	36.5	546.6**	46.2	46.8

出典：『司法統計資料』の「（各年）刑事一審案件執行訴訟法情況統計表」参照。84年以降の「結審数」の各統計データについては、それぞれ「普通刑事一審案件統計表」のデータを利用した。弁護人・士参加率は件数ベースである。

*「弁護人参加」項目の単位は明記されていないが、「件」と思われる。

**なお、1987年の反革命事件における弁護士の訴訟参加率が異常に高いが、原データのママである。

83年厳打においては、弁護活動は訴訟の進行を妨げ、被告人をしかるべき罪から逃れさせるものであり、したがって、厳打に対抗するものであるとして、弁護活動が行われなくなった地方もあった(116)。また、中央レベルでも「『厳打』開始時に、弁護士を主管するある責任者は、全国的な会議において、重罪の被告人の弁護を止めるよう求めた」(117)と

(116) 例えば、庄広沢「在厳厲打撃刑事犯罪中律師的弁護不是可有可無」法学1983年11期36頁には、次のような指摘がある。「弁護士の刑事弁護活動を刑事犯罪への打撃活動と対立させ、現時点においては弁護士の弁護活動は停止すべきであり、この闘争に対抗してはならないとする者もいる。はなはだしきに至っては、これらの重大刑事犯罪者は犯罪事実が明白で、証拠も確かである以上、さらに弁護によって何を弁明しようというのか、弁護が上手くいけば民意に悖ることになり、悪人を罪責から逃れさせ、この闘争に異を唱える悪名が高くなるだけだ、と宣う弁護士すらいる。そこで、刑事弁護を『一時中止』する事態に陥った地方もある」、と。

(117) 孫国祥「歩履維艱的当代中国刑事弁護」複印報刊資料訴訟法学・司法制度1999年10期11頁〔原載：南京大学法律評論1999年〕。

いう。その後、この発言は撤回されたようであるが、「それは刑事弁護に対する曲解、その影響の深さを十分に映し出している」(118)といえよう。

こうした「刑事弁護に対する曲解」を反映し、実際に刑事弁護件数が減少した。表３－12は1983年から1987年までの刑事事件の１審における弁護状況（とりわけ弁護士）をまとめたものである。本表から明らかなように、弁護士弁護人、その他の弁護人を問わず、その訴訟参加率は1983年が最低であり、その後徐々に上昇している。

なお、1982年以前の訴訟参加率状況は管見に及ばず、1982年のそれは、1983年よりも低かったかもしれない。しかし地方に目を移すと、例えば山東省棗庄市では、「1981年、刑事事件121件について弁護を担当し、1982年に181件に達した。1983年、全国で『重大刑事犯罪活動への厳しい打撃』が展開され、『重きにかつ速やかに』が強調されたため、一度、事件処理手続が軽視され、刑事弁護もその影響を受け、事件数が122件まで減少した。1984年、厳格に法制度を遵守するとの指導思想が樹立・徹底されたため、刑事事件の弁護件数は再び158件まで増加した」(119)という。1983年の弁護件数が前年と比べて32.6％も減少したのである。さらに『屯渓市誌』（安徽省）にも、弁護制度は「1983年に一旦停止され、1984年に再開された」(120)という記述がある。同市では全く弁護活動が行われなかったのである。このように、多くの地域で弁護権が制限されていたことがうかがえよう。

⑸　「２つの基本」の採用

有罪基準を引き下げる「２つの基本」（2.1.3参照）は、83年厳打においても「速やかに」に資する措置として引き続き用いられた。例えば、最高検「刑事犯罪に厳しく打撃を加える闘争における法律の具体的運用の若干の問題に関する答復」（1984年１月９日）四⑴は、「２つの基本を堅持しなければならない。すなわち、基本的犯罪事実が明らかで、基本的証拠が確かであること」と指示する。そして、「これ以降、『２つの基

(118)　同上。
(119)　『棗庄市誌』453頁。
(120)　『屯渓市誌』279頁。

本』が重大刑事犯罪に法に従い重きにかつ速やかに打撃を加えるための要請となった」[121]といわれ、その後の厳打においてもこれが採用された。

こうした「2つの基本」がもたらしうる現実的問題は、安易な事実認定ないしは証拠採用による誤判である。以下のケース[122]はこのことを如実に物語っている（〔コメント〕は筆者による。以下同じ）。

〔主な参考条文〕

刑法134条

故意に他人の身体を傷害した者は、3年以下の有期懲役または拘役に処する。

前項の罪を犯し、よって重傷を負わせた者は、3年以上7年以下の有期懲役に処する。人を死亡させた者は、7年以上の有期懲役または無期懲役に処する。本法に別段の規定があるときは、それによる。

同法157条

暴力、威嚇の方法により国家勤務人員の法による職務の執行を妨害した者、または人民裁判所のすでに法的効力が発生した判決もしくは裁定の執行を拒んだ者は、3年以下の有期懲役、拘役、罰金または政治的権利の剥奪に処する。

同法85条

本法にいわゆる重傷とは、次に掲げる事由のひとつに該当する傷害を指す。

①人の肢体を不具に至らしめ、または人の容貌を毀損したとき

②人の聴覚、視覚その他の器官の機能を喪失させたとき

③その他の身体の健康に対する由々しき傷害

「治安事犯の決定」1条2号

次に掲げる社会治安に由々しき危害を及ぼす犯罪者については、刑法が規定する最高刑以上死刑までの刑に処すことができる。

……

②故意に他人の身体を傷害し、よって重傷もしくは死亡させ、情状が劣悪な者、または犯罪者を告発、摘発、逮捕し犯罪行為を制止した国

---

[121] 羅昌平・王喜娟「“厳打”原則：“両個基本”」『厳打的理論与実務』132頁。

[122] 恵熙辦主編『再審案例選編』（文匪出版社、2000年）239頁以下。

家勤務人員もしくは市民に対して凶行報復した者

〔事実の概要〕

1983年６月１日夜、被告人Ｘは服役期間中に監獄の規則に違反したため独房に入れられることとなったが、刑務官Ａ等がＸを強引に独房に入れようとした際に、Ｘが反抗し、Ａに殴る蹴るの暴行を加えた。Ａは胸、右鎖骨、左肘関節などに軟組織挫傷を負い、局部的に出血し、病院で治療を受けた。

同年７月28日、検察はＸを公務妨害罪で起訴した。

〔原審〕

原審は同年10月21日、以下のように判示した。Ｘは服役期間中に改造に抵抗し、暴力で公務を妨害した上で、それを制止した刑務官に傷害を加えた。その所為は公務妨害罪、凶行傷害罪を構成する。犯行は極めて由々しく、情状は非常に悪質であるため、刑法157条、134条、53条１項および「治安事犯の決定」１条２号に照らして、Ｘを公務妨害罪および凶行傷害罪で無期懲役、政治的権利の終身剥奪に処する。

〔１回目申訴〕

Ｘは原判決に対して申訴を申し立てたが、原審裁判所は再審査の結果、これを却下した。

〔２回目申訴〕

Ｘは「Ａは重傷ではなく、これについて併合罪とし、全国人大常委会の『厳打決定』を適用すべきではない」ことを理由に、再び申訴を申し立てた。今回は上級裁判所が再審査を行い、1996年６月19日に刑事裁定を下し、自判することとなった。

〔再審〕

再審裁判所は1996年７月22日、以下のように判示した。法医鑑定の結果は、司法部・最高裁・最高検・警察部「人体重傷鑑定基準」（1990年３月29日）91条および最高裁・最高検・警察部・司法部「人体軽傷鑑定基準（試行）」（1990年４月２日）18、20、27条規定によると、Ａの傷は軽傷にすら至らず、これが重傷に該当しないことはいうまでもない、というものである。よって、Ｘの行為は公務妨害罪を構成するが、Ａの傷は軽傷にも至らず、したがって、「治安事犯の決定」を適用し、Ｘに凶行傷害罪を認定した原判決は、法適用の誤りである。よって刑事訴訟法

150条、刑法157条規定に基づき、原判決を破棄し、Ｘを公務妨害罪で懲役３年の刑に処する。

〔コメント〕

本件においてまずもって問題となるのは、83年厳打当初に行われた原審が認定した重傷が、1996年に行われた再審により、軽傷にすら至らないと認定された点である。全く異なる判断である。だが、ここで注意しなければならないのは、再審で用いられた軽傷か重傷か、さらには軽傷に該当するか否かの判断基準は、1990年に実施されたものであるということである。つまり、再審は事後的な基準によって判断を下したのである(123)。

とはいえ、何が重傷かについては刑法85条が規定している。ところが、評者によると、「被害者Ａの傷が軽傷か軽微傷かについて、起訴時に法医鑑定を行っておらず、原審もＡの傷の程度について鑑定を行って（いない）」(124)という。原審は鑑定すら行わなかったにもかかわらず、後に軽傷にすら至らないとされた傷を、重傷と認定したのである。基本的事実も明らかにされておらず、また基本的証拠も確かではないことは、いうまでもなかろう。この意味で、本件は「２つの基本」にも反するものであるが、こうした事態の根源には、「２つの基本」があるといえよう。

また、本稿の問題意識に則していうと、本件には論点がもうひとつある。それは、日本では観念的競合とされるであろうＸの行為が併合罪として処断されたことである。この点、中国の刑法実務および理論においても、１個の行為が数個の罪名に触れた場合、すなわち観念的競合は認められており、法定刑が最も重い罪で処断するとされている(125)。また、評者も「Ｘの犯行は、１個の犯罪故意であり、１個の犯罪行為であり」

(123) 筆者の知る限りにおいては、軽傷の鑑定基準は本論で示した1990年の「人体軽傷鑑定基準（試行）」が最初のものであり、重傷については司法部・最高裁・最高検・警察部が連名で1986年８月15日に下達した「人体重傷鑑定基準（試行）」が最初のものである。

(124) 恵煕荃・前掲注（122）241頁。

(125) 『試用教材刑法学』277～278頁、高銘暄主編『刑法学原理（第２巻）』（中国人民大学出版社、1993年）521～522頁など。

と、この点を指摘している。１審は「重きに」[126]のために、１罪で処断すべき事案を併合罪で処断したのである。

しかも、検察が起訴したのは７月28日、つまり厳打前であり、このとき検察は公務妨害罪だけで起訴した。これに対して、厳打開始後の同年10月21日に判決を下した原審は、「重きに」のために１罪で処断すべき事案を併合罪で処断した。厳打がなければ公務妨害罪の１罪だけで決着していたのかもしれない。

3.3.4　裁判段階２ ―― 重罰化

陳興良（北京大学教授）が実際に体験した次のエピソードは、83年厳打の「重きに」の凄まじさを何よりも雄弁に物語っている。すなわち、「私は自身が弁護を担当した窃盗事件の判決書を受け取った。第１被告人は懲役15年、私が弁護した第２被告人は懲役10年だった。その後すぐに厳打が始まった。私は裁判所の門で布告を見て愕然とした。第１被告人はすでに死刑即時執行の判決を言い渡され、私が弁護した第２被告人は死緩を言い渡されていたのである。つまり、私が受け取った判決書は一夜のうちの失効し（た）」[127]、と。

このように一度下された判決すら、厳打開始を機により重い判決に変更されたのである。このエピソードからは83年厳打における「重きに」の徹底ぶりを、また厳打開始を合図に厳打の「重きに」が適用されていることを看取できよう。行為時に厳打でなくとも、裁判時に厳打であれば「重きに」が適用されるのである（先ほど前項⑸で紹介したケースからもこのことはうかがえよう）。

本項の課題は、こうした厳打期の「重きに」がどの程度のものであったのか、換言すると厳打期と通常期において、どれだけ量刑上の違いが

---

[126] 最高裁・最高検・警察部・司法部「労働改造犯および労働矯正被処分者の改造期間における犯罪活動に厳しく打撃を加えることに関する通知」（1983年８月28日）一 ― ３では、「幹部、警察官その他の人員を殺害し、もしくは傷害し、または幹部もしくは警察官の銃器武器を強奪した者」を打撃の主要な対象としている。

[127] 陳興良「前言」『刑事政策検討』３頁。

生じたのかをデータに則して明らかにすること、そして「重きに」を実現するためにどのような措置が講じられたのかを明らかにすることの２点である。

まずは、厳打期と通常期の間にどれだけ量刑上の差異があるかについてである。

表３－13　治安事犯刑罰分布表（1979～1988年）

年	判決発効人員	５年以上		５年未満		拘　役		執行猶予		無　罪	
		人	%	人	%	人	%	人	%	人	%
1979	94080	23515	25.0	55103	58.6			3157	3.4	2192	2.3
1980	148494	32523	21.9	85493	57.6	9805	6.6	8111	5.5	1761	1.2
1981	197658	45417	23.0	117458	59.4	12612	6.4	10936	5.5	1324	0.7
1982	200586	41222	20.6	121765	60.7	13247	6.6	13804	6.9	1226	0.6
1983	538957	255639	47.4	206042	38.2	17419	3.2	11269	2.1	1468	0.3
1984	311696	172358	55.3	103305	33.1	9361	3.0	9490	3.0	3155	1.0
1985	104987	58746	56.0	35920	34.2	2092	2.0	4148	4.0	999	1.0
1986	106461	61813	58.1	36641	34.4	2248	2.1	3400	3.2	504	0.5
1987	115378	66363	57.5	40548	35.1	2346	2.0	4031	3.5	425	0.4
1988	142630	82108	57.6	51619	36.2	2278	1.6	4265	3.0	452	0.3

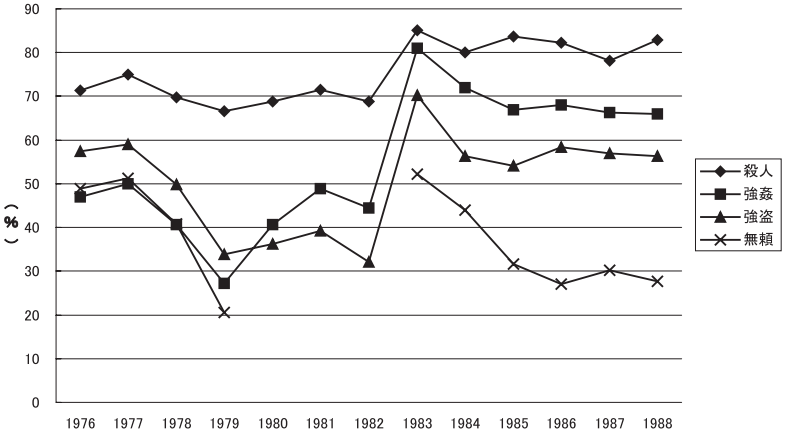
出典：1979年から1983年までについては、『司法統計資料』の「（各年）刑事被告人処理情況統計表」から、「社会治安に由々しき危害を及ぼす犯罪」とされている各犯罪のデータを抜き出した。1980年から1983年の反革命事件については同書「（各年）反革命案件被告人処理情況統計表」を参照した。ただし、両者から下記の各犯罪全てについてのデータを得られたわけではないため、不十分である。また、1984年以降については同書「（各年）厳重危害社会治安案件統計表」を参照した。異なる統計を参照しているため、両者のデータの対象が完全に一致しているとはいえないが、大きな誤差はないと考えられる。なお、1984年については、同一項目と思われるデータが「刑事被告人処理情況統計表」と「厳重危害社会治安案件統計表」では異なるが、ここでは後者のデータを用いた。

表３－13は、1979年から1988年までに判決が発効した治安事犯（厳打対象）についての刑罰の分布を整理したものである。

本表から、以下の２点の傾向を指摘することができる。ひとつは、83年厳打を契機として全体的に刑罰が重くなったことである。1982年と1983年を比較すると、1983年の懲役５年以上の刑のシェアが1982年のそれから倍増したのに対し、５年未満の有期懲役、拘役、執行猶予のシェアが半分ないしは半分近く減ったことは、このことを何よりも明確に物語っている。この点、「重きにかつ速やかに」の方針が打ち出されたに

もかかわらず、前者のシェアが逆に減った両会議後とは対照的であり、83年厳打における「重きに」の徹底ぶりを明確に浮かび上がらせている。このことは、1976年から1988年までの殺人・強姦・強盗・無頼各罪の判決発効人員における懲役５年以上の刑の比率を示す図３－１から、よりはっきりと読み取ることができる。

図３－１　殺人・強姦・強盗・無頼各罪における懲役５年以上の刑の比率（1976～1988年）



出典：1980年から1983年までについては、『司法統計資料』の「（各年）刑事被告人処理情況統計表」を、またそれ以外の年については同書の「（各年）厳重危害社会治安案件統計表」を参照した。なお、1984年については、同一項目と思われるデータが「刑事被告人処理情況統計表」と「厳重危害社会治安案件統計表」で異なるが、ここでは後者のデータを用いた。

*1980年から1982年までの無頼罪についてはデータなし。

もうひとつは、83年厳打終了以降も、懲役５年以上の刑のシェアはほぼ右肩上がりで増加しているのに対し、懲役５年未満の刑のそれはほぼ逓減傾向にあることである。これは83年厳打以降も、厳打やその対象限定版ともいうべき［専項闘争］が頻繁に展開されており、またそうしたキャンペーンが展開されていなくとも、治安事犯については「重きにかつ速やかに」の方針（いわゆる厳打方針）が維持されているためであると考えられる(128)（ただし、ここでほぼ右肩上がりで増加しているのは、

(128) 例えば、年に１回、全国人大で行われる最高裁の活動報告では、治安事

表３－14　監獄設置状況表（1976～1989年）

地　方	1976	1984	1989	地　方	1976	1984	1989
北　京	5	6	7	湖　北		28	34
天　津	5	6	6	湖　南	14	17	17
河　北	8	21	25	広　東	13	21	22
山　西	16	19	20	海　南		14	6
内蒙古	5	11	11	広　西	11	16	17
遼　寧	20	28	29	四　川	11	16	17
吉　林	11	12	11	貴　州	15	28	30
黒竜江	12	22	18	雲　南	43	30	31
上　海	12	8	8	チベット	8	3	3
江　蘇	14	21	23	陝　西	17	20	20
浙　江	10	14	14	甘　粛	17	16	16
安　徽	9	11	11	青　海	20	17	14
福　建	11	14	14	寧　夏	5	7	7
江　西	17	15	15	新　疆	21	24	28
山　東	16	22	20	新疆兵団		42	38
河　南	15	25	24	合　計	381	554	556

出典：辛国恩等『二十一世紀中国監獄発展戦略研究』（法律出版社、2004年）16頁。

５年以上の有期懲役、無期懲役および死刑を合わせたシェアであり、これら３者のそれぞれのシェアが平均的に増加しているかは、本表から読み取ることはできない。この点については後に検討する）。また、これら以外にも、有罪率(129)が一貫して極めて高く（本表の期間の平均有罪率は99.4％である）、とりわけ厳打開始の年である1983年には99.7％にも達していることもあわせて指摘しておく。

このようにマクロ的視点から見れば、1983年を境目として、懲役５年以上の刑が突如として増加し、刑罰分布図が一新され、83年厳打以降もこうした状況が続いているといえる。これを反映し、労働改造犯や労働矯正被処分者が激増した。例えば労働改造犯については、「監獄の受刑者数も迅速に増加し、1976年の63万人から1983年には92万人に増え、その後も引き続き増加し、1986年に第一次厳打が終了した時には112万人に達していた」(130)という指摘がある。10年間で受刑者が倍近く増えたのである。そして、これに応じて監獄も増加している。1976年は全国で381ヶ所であったのが、83年厳打期間中の1984年には554ヶ所に増え、1989年には556ヶ所に増えた（表３－14参照）。吉林省では、「刑事犯罪活動

犯について「法に従い重きにかつ速やかに」の方針を引き続き実施していると報告されている。

(129)　「有罪率」とは、表３－13において「無罪」にならなかった者の比率をいう。

(130)　王玉章『社会主義監獄工作探索』（法律出版社、2003年）20頁。

に厳しく打撃を加える闘争の深い展開のため、全省の労働改造場は従来の10ヶ所から迅速に19ヶ所に増加した」(131)という。ただし、監獄も文革中に破壊されており、吉林省のように厳打による受刑者激増が、必ずしも監獄増加の全ての要因ではない(132)。

他方、労働矯正については、83年厳打の３年間で32.1万人が労働矯正に付されたといわれている(133)。83年厳打中に刑事裁判を経て判決を下された者は174.7万人であるといわれており(134)、ここから労働矯正の「活躍ぶり」がうかがえよう。また地方レベルに目を移すと、山東省棗庄市では、「(1983年) ７月までの労働矯正被処分者は210名であったが、『厳打』以降389名に増えた」(135)といわれており、厳打におけるその多用ぶりがうかがえる。当時の労働矯正施設についての全国的なデータは管見に及ばないが、「(新疆ウイグル自治区では) ウルムチ労働矯正所を除き、その他の９ヶ所の労働矯正施設は1983年『厳打』闘争以降相次いで設置されたものである」(136)という指摘もあり、監獄と同様に、83年厳打を契機として大幅に増設されたものと推測される。

次に、ミクロ的視点から厳打期と通常期の量刑の差異を明らかにしよう。具体的には以下の２つの作業を行う。⑴地方誌を素材として、死刑を中心とする重罰のシェアが増えていることを見る。この作業を通じて、地方レベルにおいても、先に見た全国的傾向と同じ傾向が存在することを確認した上で、より具体的に重罰化の実態に迫る。⑵具体的事案を素材として、厳打期においては同様の行為であっても厳打を理由に量刑が

(131) 『吉林省誌（司法公安・検察)』170頁。なお、表３－14のデータと合致しないが、その理由は明らかではない。

(132) この点については、「『文革』中に一部の監獄が破壊されたが、1982年にまた一部の監獄が再建され、1983年厳打後、ニーズに応じて新たな監獄が建設された」という指摘がある（王恒勤『中国監獄労教改革新論』(群衆出版社、2002年) ７頁参照)。

(133) 孫中国等・前掲注（38) ８頁。

(134) 同上。

(135) 『棗庄市誌』421頁。

(136) 「発揮労教職能配合“厳打”整治闘争 —— 訪新疆労働教養工作管理局局長謝暉」中国司法2001年８期18頁。

引き上げられたことを確認する。

⑴　重罰の増加 —— 死刑を中心に

中国では死刑統計は極秘扱いであり、死刑については判決言渡数および執行数ともに公表されていない。学者の中には、死刑執行数があまりにも多く、国際的イメージを損なうためであると指摘する者もいる(137)。表３－13でも、死刑は５年以上の有期懲役および無期懲役とまとめて計上されており、死刑の実数は不明である。だが、「内部資料」と呼ばれる非公開の資料や地方誌を紐解くと、ごく限られた狭い地域内ではあるが、死刑運用の実態を垣間見ることができる。以下ではこれらの資料を用いて死刑運用の実態に迫りたい。

①江西省。表３－15は1980年から1990年までの同省各中裁における刑

表３－15　江西省中裁における刑罰分布表（1980～1990年）

年	判決発効人員	無期・死刑		有期懲役		その他		刑の免除		無罪	
		人	%	人	%	人	%	人	%	人	%
1980	4981	127	2.5	3602	72.3	741	14.9	383	7.7	128	2.6
1981	6954	178	2.6	5578	80.2	895	12.9	247	3.6	56	0.8
1982	8506	133	1.6	6857	80.6	1217	14.3	255	3.0	44	0.5
1983	22329	1341	6.0	13109	58.7	1558	7.0	283	1.3	38	0.2
1984	17714	1017	5.7	14233	80.3	1980	11.2	332	1.9	152	0.9
1985	8434	271	3.2	6893	81.7	1038	12.3	174	2.1	58	0.7
1986	9891	258	2.6	8247	83.4	1168	11.8	150	1.5	68	0.7
1987	10599	317	3.0	8773	82.8	1307	12.3	139	1.3	63	0.6
1988	11268	404	3.6	9541	84.7	1154	10.2	109	1.0	60	0.5
1989	15712	529	3.4	13380	85.2	1589	10.1	154	1.0	60	0.4
1990	16867	591	3.5	14282	84.7	1777	10.5	176	1.0	41	0.2

出典『江西省法院誌』106頁。

(137)　「仄聞するところによると、死刑事件の統計数は保守すべき司法秘密に属する。しかし、裁判所の死刑事件数を含む既判事件数を国家秘密とする法的根拠と必要性はどこにあるのか？現実的な要因はとても簡単である。死刑事件数が多すぎると、わが国の国際的イメージを損なうからである」（陳沢憲「論厳格制限死刑適用」法学2003年４号57頁）。

罰の運用状況をまとめたものである。なお、各項目の「％」は、全刑事事件の判決発効人員を母数とした場合における当該刑罰の比率である。「無期・死刑」とは、無期懲役および死刑（死緩を含む）のことであり、「その他」とは拘役、管制、執行猶予のことであると考えられる。

本表からは、厳打開始を機に、無期懲役・死刑が多用されるようになったことが明らかである。1983年は絶対数でいえば前年の10倍に膨れあがっており、また全体における比率も4.4ポイント上昇している。その反面、「その他」、刑の免除、無罪の比率は激減している。また、1980年から1990年を鳥瞰すると、厳打期、とりわけ1983年および1984年に重い刑罰の比率が多く、軽い刑罰および無罪が少ない傾向がある。また、無期懲役および死刑の比率が1985年に下落し、それ以降、厳打前の水準に戻ることはなかったが、一定の水準を保っている。このことは、1983年および1984年に厳打ブームが最高潮に達し、1985年以降、沈静化していったことを物語っている。全体としては、厳打期間中に「重きに」の方向で刑罰が運用されていたことは明白であろう。

②江西省六安市。表３－16は1979年から1986年までの同市における刑罰の運用状況をまとめたものである。本表上段は1979年から1986年までの、下段は1983年から1984年までの刑罰の運用状況である。

表３－16　六安市における刑罰分布表（1976～1986年）　（単位：人）

年	判決言渡人員	死刑	死緩	無期懲役	５年以上＊	５年以下＊	拘役	管制
79～86	948	12	7	13	403	444	49	20
内：83～84	510	12	7	13	286	165	18	9

出典：『六安市誌』340～341頁。
＊「５年以上」、「５年以下」となっているが、これは原文のママである。

同市における死刑、死緩および無期懲役のいわゆる「三大刑」は、いずれも83年厳打開始当初に集中している。また、1983年から1984年までにかけて５年以上の有期懲役を言い渡された者は、1979年から1986年までの71％であり、５年以下の有期懲役を言い渡された者は、37.2％である。このように、1983年および1984年に三大刑の適用が集中したことに比して、軽い刑罰に属する５年以下の有期懲役や拘役、管制の適用数は相対的に少ないことから、この時期に厳打ブームが最高潮に達したこと

が分かる。

③安徽省霍邱県。表３－17は1976年から1987年の同県における刑罰の運用状況を整理したものである。

表３－17　霍邱県における刑罰分布表（1976～1987年）　（単位：人）

年	判決言渡人員	死刑	死緩	無期懲役	10年以上	５年以上	３年以上	１年以上	１年未満	拘役	執行猶予	管制	免除	無罪
1976	150	0	0	0	7	23	95	15	0	4	6	0	0	0
1977	230	0	0	0	5	82	98	19	5	5	6	5	5	0
1978	128	0	1	0	1	5	88	0	0	0	14	0	19	0
1979	102	0	0	0	3	41	20	10	0	0	12	1	15	0
1980	141	0	0	0	13	103	0	0	0	14	5	0	6	0
1981	219	0	0	0	10	18	70	59	0	28	17	0	17	0
1982	263	0	0	0	14	28	86	50	20	27	18	0	18	2
1983	597	9	16	2	114	181	113	110	0	41	5	0	5	1
1984	427	5	0	0	0	90	153	100	0	50	0	1	22	5
1985	226	0	0	0	16	21	69	47	0	37	0	14	16	4
1986	185	0	0	0	5	25	98	0	0	24	11	1	17	4
1987	181	0	0	0	3	29	100	13	0	28	0	0	5	3

出典：『霍邱県誌』583～584頁。

本表から、以下の２点の特徴を指摘することができる。ひとつは、1983年に突如として重罰が多用されるようになったことである。すなわち、死刑、死緩および無期懲役のいわゆる三大刑は、厳打開始前においては皆無に近かったのが、厳打が開始された1983年に突如として適用されるようになった。また、有期懲役刑においても、長期のシェアが大幅に増えている。有期懲役を５年以上と５年未満の２つに分けると、その差は一目瞭然である。すなわち、1981年および1982年においては５年未満が有期懲役刑全体の８割前後を占めていたのに対し、1983年には５年以上が56.9％、５年未満が43.1％となっている。

もうひとつは、1984年以降、重罰の比率が減少し、1982年以前の水準に近づいたことである。例えば、死刑について見ると、1984年に５名に言い渡されたが、それ以降は皆無である。また、５年未満の有期懲役が、有期懲役刑全体の７割以上を占めるようになっている。

このように、厳打の開始を期に、重罰が多用されるようになったが、それは1985年以降、厳打以前の状況に戻っていったといえよう。

④黒竜江省双鴨山市。表３－18は1979年から1985年までの同市における三大刑の運用状況をまとめたものである。本表から明らかなように、三大刑の適用が厳打期に集中している。

表３－18　双鴨山市における三大刑分布表（1979～1985年）（単位：人）

年	判決言渡人員	死刑	死緩	無期懲役	有期懲役	その他
1979	72	5	1	0	51	15
1980	175	1	2	1	129	42
1981	260	1	0	4	187	68
1982	302	1	1	5	198	97
1983	662	21	17	24	449	151
1984	553	25	19	20	372	97
1985	284	17	2	3	201	61

出典：『双鴨山市誌』844～845頁。

⑤黒竜江省拝泉県。表３－19は1979年から1985年までの同市における三大刑の運用状況をまとめたものである。本表から明らかなように、三大刑の適用が厳打期に集中しており、とりわけ死刑は1983年および1984年に集中している。ここから、1983年に一挙に厳打ブームが盛り上がり、1984年以降徐々に沈静化していった様子がうかがえよう。

表３－19　拝泉県における三大刑分布表（1979～1985年）（単位：人）

年	死刑	死緩	無期	合計
1979	2	1	0	3
1980	0	1	2	3
1981	0	0	0	0
1982	0	0	0	0
1983	10	3	5	18
1984	3	2	7	12
1985	0	1	0	1

出典：『拝泉県誌』388頁。

⑥山東省棗庄市。同市では、1983年から1985年末までに、刑事事件2089件、2810名について結審し、そのうち死刑は67名、死緩は39名、無期懲役は91名、有期懲役は2344名、刑の免除が47名、無罪宣告が９名、他の

処理が213名であったという(138)。判決言渡人員の実に2.4％が死刑であり、７％が三大刑を言い渡されている。また、同市では、1983年８月から11月までに245件（347名）の強姦・無頼事件を結審し、18名に死刑、７名に死緩、19名に無期懲役を言い渡した(139)。強姦・無頼事件については、全体の5.2％が死刑を言い渡されており、７分野の対象の中でもとりわけ重点とされた無頼事件に対する重罰化が浮き彫りにされている。

⑦100の郷鎮。表３－20は警察部の「中国農村犯罪問題研究」プロジェクトによる調査結果の一部であり、調査対象である広東、江蘇、山東、河南、安徽、湖北、四川、吉林、陝西省、広西チワン族自治区の９省・１自治区における100の郷鎮における1978年から1989年までの刑罰分布状況を整理したものである。

表３－20　100郷鎮における刑罰分布表（1978～1989年）（単位：人）

年	死　刑	死　緩	懲　役	年	死　刑	死　緩	懲　役
1978	6	5	248	1984	29	8	1243
1979	4	0	294	1985	15	0	887
1980	3	0	411	1986	7	6	945
1981	4	2	556	1987	22	10	1344
1982	11	8	738	1988	20	5	1357
1983	52	16	1455	1989	20	10	1848

出典：公安部課題組「中国農村百郷鎮犯罪問題調査綜合報告」李忠信主編『公安社会科学研究報告選』（中国人民公安大学、2000年）217頁。

本表から以下の３点が明らかである。(ⅰ)厳打開始の1983年に受刑者が大幅に増加した。とりわけ死刑は前年比約５倍であり、死緩および懲役刑が前年比約２倍であることと比較すると、死刑の増え方の特異さが目立つ。(ⅱ)しかし、1984年以降、死刑、死緩および懲役は減少し、1986年には厳打開始前の1982年に近い数字になっている。このことは、厳打ブームが1983年に一挙に盛り上がった後、徐々に平静化していったことを意味すると考えられる。(ⅲ)死刑言渡数と死緩言渡数とを比較すると、前者

(138)　『棗庄市誌』430頁。
(139)　同上433頁。

が後者よりも多いことが常であり、死刑が死緩の倍以上ある年もある。

以上の検討から、地方レベルにおいても、全国的傾向と同様に重罰化が進んだことが明らかであろう。とりわけ、死刑、死緩および無期懲役の「三大刑」ついては、83年厳打の開始を境目に極端な変化が生じており、それを一言でまとめると、厳打対象に対する「三大刑」、とりわけ死刑の多用ということができよう(140)。厳打期間中、「無期懲役および死刑の判決を下した犯罪者のうち、90％以上が７類の重点打撃対象に属するものであった」(141)という指摘は過言ではない。

他方、①～⑤、⑦で指摘したように、死刑、死緩および無期懲役のいわゆる三大刑については、1983年および1984年に集中しており、それ以降は大幅に減少ないしは全く適用されていない。ここから、次の２点を指摘することができる。ひとつは、厳打ブームが1983年および1984年に最高潮に達し、その後は沈静化の途を辿っていったことである。

もうひとつは、ここから、全国の統計（表）における「懲役５年以上の刑」の構成内容に変化が生じていると推測できることである。すなわち、全国統計における「懲役５年以上の刑」というデータは、５年以上の有期懲役、無期懲役、死緩を含む死刑のデータのことであり、これらをひとまとめにしているため、全国統計からは、三大刑、とりわけ死刑の適用状況が明らかではない。この点、先の検討から、全国統計における「懲役５年以上の刑」の比率は1983年に急激に上昇した後、83年厳打終了後も50％台後半を推移しているが、実際には三大刑が占める比率は減少していると推測することができる。つまり、厳打開始前と比較すれば刑罰の分布は重罰化傾向にあるが、厳打開始直後の1983年および1984年にその重罰化ブームが最高潮に達し、その後はいくぶんか沈静化していったと考えられる。

なお、ここで「いくぶんか」というのは、重罰化ブームは確かに沈静化していったが、それは決して厳打以前の水準に戻ったとか、さらには

(140) 83年厳打初期において、広東省高裁が許可した死刑のうち、98.1％が厳打対象であったという（広東省高級人民法院「対厳厲打撃刑事犯罪活動以来復核死刑案件的情況分析」人民司法1984年９期８頁）。

(141) 馬克昌主編『中国刑事政策学』（武漢大学出版社、1992年）279頁。

厳打以前より量刑相場が軽くなったとかいうわけではないということである。この点、83年厳打以前とは異なり、「懲役５年以上の刑」が全体の50％以上を占める全国における刑罰の分布状況から明らかであろう。むろん、そこには厳打対象の犯罪の最高刑が引き上げられた(3.2.1参照)ということも影響していよう。政策決定者は厳打を３年間展開すると決定したが、実務レベルにおいては、必ずしも一本調子でキャンペーンが展開されたわけではなく、そのブームが沈静化していったことが確認できよう。

(2) ケーススタディ

「重きに」とはより重い刑罰ないしは他の制裁を科すことあり、実務においては、①法定刑の枠内で最高刑を科す（いわゆる［頂格判］）(142)、②恣意的な法適用、例えば、傷害致死か殺人か、強盗か強奪か、強姦か無頼か、１罪か数罪か（前項(5)で検討した事例参照）などについて争いのある事件を、刑罰がより重くなるように処理するなど(143)、③区別して取り扱わず、一律に重きに従って処罰する、具体的には法定の軽きに従って処罰する事由（例えば、自首、共犯における従犯）があるにもかかわらず、軽きに従って処罰しない、または逆に重きに従って処罰する(144)、などの方法が採られたようである。以下では、無頼罪（刑法160条１項）に関する４件のケースを素材として、「重きに」の実際を明らかにする。これらの事例を素材とした理由は２つある。ひとつは、一部の判決しか公開されていない中で、相対的に見て、これらの事例は比較検討に資すると考えられることである。もうひとつは、これら４例は無頼罪の中でも軽微なケースであり、「治安事犯の決定」の射程外にあるため(145)、「厳

(142) 羅昌平「関於在“厳打”整治闘争中貫徹依法従重従快原則的幾個問題」『厳打中的法律与政策適用』126頁。

(143) 馬克昌・前掲注（141）286頁。

(144) 同上。なお、83年厳打における具体的事例は管見に及ばないが、01年厳打における事案として、趙秉志・陰建峰「具有多個従寛情節豈能因“厳打”便頂格処刑 —— 黄海涛窃盗案」趙秉志主編『刑事法判解研究（第２輯）』（人民法院出版社、2003年）100頁以下がある。本件については4.3.3で検討する。

(145) 「治安事犯の決定」１条１号が対象とするのは、「無頼犯罪集団の首謀者、

打を理由」とする量刑の変化が見易いことである。なお、同項規定は以下のとおりである。

「多衆が集合して殴り合いをし、他人に言いがかりをつけて騒ぎを起こし、婦女を侮辱し、またはその他の無頼行為を行い、公共の秩序を乱し、情状が悪質な者は、７年以下の有期懲役、拘役、または管制に処する」。

【ケース１】(146)

〔事実の概要〕

被告人Ｘは1983年５月８日午後９時頃、自転車に乗り友人のＹとともに帰路についていたところ、Ａ女がひとりで自転車に乗っているのを発見した。ＸはＹに「Ａをからかおう」と言い、わざとＡにぶつかった。ＡはＸを非難したが、ＸはＡを力ずくで座らせ、Ａの乳房を撫でた。Ａは助けを求めたが、ＸはＡの喉をつかみ、他人が来るまでＡを離さなかった。

〔１審〕

江蘇省東台県(147)裁判所は、1983年９月28日に、Ｘを強姦罪で懲役13年に処した。

〔２審〕

Ｘは１審判決に不服で上訴した。２審はＸの行為はなお無頼行為にとどまり、しかも強姦の故意は認められないとし、Ｘを無頼罪で懲役７年に処した。

【ケース２】(148)

〔事実の概要〕

凶器を所持して無頼犯罪活動を行い、情状が由々しい者、または無頼犯罪活動を行い危害が特に由々しい者」であり、160条では最高刑が軽すぎると考えられた行為を捕捉するものである（3.2.1参照）。実際、以下に検討する４例では、いずれも同号規定が適用されていない。

(146)　『当代審判工作（上）』345頁。

(147)　現在は東台市である。

(148)　『当代審判工作（上）』324頁。

被告人Xは1983年８月19日、A女宅を訪問し蚊帳を販売しようとしたが、Aに拒絶された。Xは喉が渇いたと言い、Aにリンゴをもらい、食べ終わった後、Aの腕を撫で、ふざけて「何でこんなに太ってるんだ」と言った。AはXに出て行くよう言ったが、XはAの乳房を撫でた。XはAに平手をくらい、A宅を出て行った。Aはその夫Bが帰宅した後、事の経緯をBに告げたところ、Bは大衆とともにXを追いかけ、派出所に連行した。

〔１審〕

遼寧省蓋平県裁判所は1983年９月11日、Xを無頼罪で懲役３年に処した。

〔再審〕

遼寧省高裁は、再審手続を開始し、1984年８月11日、Xの行為は無頼罪を構成するには至らないと認定し、無罪を言い渡した。

【ケース３】(149)

〔事実の概要〕

1986年１月20日、広東省在住のXは商用で重慶市に赴き、甲ホテルに宿泊した。同日夜８時頃、Xは従業員A女がお湯を持ってきたときに、Aの顔を撫で、Aに平手打ちされた。Xはそれでも諦めずに、Aの臀部を撫でた。Xは甲の従業員らにより警察に連行された。

〔結果〕

警察は治安管理処罰条例に基づき、警告およびAに対する謝罪を命じた。

【ケース４】(150)

〔事実の概要〕

1986年３月18日午前、Xは混み合っているバス内で他地域の女性Aの臀部を触った。AはXの手を払いのけたが、Xはしつこく Aの下半身を触り、その場で大衆により捕まえられた。

〔結果〕

(149) 「調劇婦女挨耳光」胡冠武主編『違反治安管理行為案例評析（修訂本）』（中国人民公安大学、1996年）13頁。

(150) 「乗車要流氓、法理不容」同上14頁。

警察は治安管理処罰条例に基づきＸを治安拘留に処した（期間は不明）。

以上の４ケースはいずれも83年厳打期間中に処理されており、これらを比較すると、【ケース１】に暴力的要素（有形力の行使）が存在していることを除き、いずれの加害行為にもそれほど大きな差はないように思われる。にもかかわらず、それらに対する制裁は懲役７年、懲役３年、警告および被害者に対する謝罪、そして治安拘留と、加害行為の差の割には、処理結果には大きな隔たりがある。

こうした行為のいわゆる「量刑相場」について、「某地では、1983年９月以前、一般レベルの婦女に触れたり、婦女の入浴を覗き見したりするなどの行為のほとんどを犯罪と認定しておらず、ひいてはこれよりも少々質の悪い行為であっても、治安管理処罰を科して済ましていた。しかし、1983年９月以降、同地の一部の裁判所は、わりあい軽微な婦女に対する痴漢や婦女の入浴を覗き見する行為も無頼罪と認定するようになった」(151)という指摘がある。つまり、某地においては、83年厳打以前の「量刑相場」では重くても治安管理処罰であったのが、厳打開始を機に無頼罪と認定するようになったというのである。

この指摘は、先の４ケースの処理結果の推移と吻合するため、これらの分析にとって示唆に富む。すなわち、厳打開始直後に判決が下された【ケース１】（２審）および【ケース２】（１審）では、無頼罪が認定され懲役刑が言い渡された。つまり、両判決は以前であれば治安管理処罰にとどまっていた行為を、「重きに」のために無頼罪と認定し、刑罰を科したものであると考えられる。しかも、前者は刑法160条１項の最高刑である懲役７年で処断している。これはいわゆる［頂格判］の典型例であり(152)、本件の判断に「重きに」の追求が存在したことは否定できないであろう。

(151) 王勇「論定罪的協調統一原則」法学雑誌1990年１期16頁。

(152) 「治安事犯の決定」１条１号の「無頼犯罪活動を行い危害が特に由々しい者」に相当すると認定されれば、最高で死刑もありうるが、本件のような軽微な無頼行為でその可能性は――厳打の実態を考えると言い切ることはできないが――あまり考えられない。

他方、1984年下半期以降判断が示された【ケース２】（再審）、【ケース３】および【ケース４】では、厳打期間中であるにもかかわらず、83年厳打開始前の「相場」で処理されている。このことは、地方レベルの統計に対する分析結果と一致するといえよう。すなわち、重罰化は1983年および1984年に最高潮に達し、それ以降はいくぶんか沈静化していった、と。

以上の検討を通じて、厳打が始まった1983年、より具体的には第１戦役において「重きにかつ速やかに」がどれだけ徹底されたのか、またそれとは逆に、それ以降の戦役において徐々に厳打ブームが冷めていったことを看取できよう。

ところで、【ケース１】（１審）では強姦罪（未遂と認定されたものと推測される）として懲役13年の刑が言い渡されている。これは冒頭で紹介した②の無頼罪か強姦罪について争いのあるときに、重い強姦罪で処断するというケースに該当する法操作であると考えられる。実際の事件において争点となるのは、刑法160条１項の「婦女を侮辱する」行為と、同法139条1項(153)所定の強姦罪の未遂である。実務上および学説上、両罪の区別の決め手となるのは、「強姦の故意」の有無であるといわれている(154)。

そこで、何よりもまず【ケース１】で「強姦の故意」が認められるかが問題となろう(155)。この点について、【ケース１】の事案を読む限り、

---

(153) 同項規定は以下のとおりである。

「暴力、脅迫その他の手段で婦女を強姦した者は、３年以上10年以下の有期懲役に処する」。

(154) 最高裁・最高検・警察部「当面の強姦事件処理における法律の具体的運用の若干の問題に関する回答」（1984年４月26日）三－４は、「強姦未遂と無頼行為、無頼罪を区別する」と指示しているが、どのように区別するかについては明らかではない。この点、最高人民検察院《刑事犯罪案例叢書》編委会編『強姦罪、姦淫幼女罪』（中国検察出版社、1991年）190頁、『試用教材刑法学』440頁などは、本文で指摘したように、「強姦の故意」の有無を両罪の区別の決め手としている。

(155) 「刑法139条の強姦罪についての規定は、実際には刑法160条所定の無頼罪の一部である」という指摘が示すように、両罪は特別法と一般法の法条競合関係にあるとされている（張智輝・前掲注(5)55頁）。したがって、「強姦の故意」

ＸがＡをからかおうとしたことは明白であり、強姦するためにＡの乳房を揉んだり、首をつかんだりしたわけではなさそうである。この点は、「決して強姦の故意はなかった」と、本件２審も認めるところである。しかも、「重きに」が大勢を支配していた1983年にである。

また、【ケース１】の典拠が、「実務の経験によると、区別のカギは両者の故意の内容の差異にある。婦女を侮辱する無頼行為は、主観的には婦女を侮辱し、またはわいせつを働き享楽するためであり、強引に性交する目的はない。強姦未遂の故意内容は、婦女を姦淫することであり、（本件は）単に、犯罪者の意思以外の原因のため実現できなかっただけである」(156)と一般論を前置きした上で、本件を例として挙げていることも、本件１審における「強姦の故意」の認定に問題があったと読める。つまり、１審は「重きに」のために敢えて「強姦の故意」があると認定し、強姦罪として処断したものと考えられる。

以上のことから、実務においては「重きに」を実現するために、より重い罰条を適用する方法が採られているといえよう。厳打前であれば治安管理処罰条例を適用していた行為に、刑法の無頼罪、ひいては強姦罪を適用するのは、その最たる例である。

以上の検討を通じて、83年厳打前後の通常期と比べて、83年厳打期間中は量刑が重くなったことが明らかになったであろう。以下では、83年厳打期間中に採られた「重きに」を実現するための措置を見る。それは

があると認定された場合は、両罪の法条競合となる。ただし、この場合においても、法条競合だからといってただちに特別法である強姦罪が適用されるわけではない。なぜなら、中国の法条競合理論には、「重法は軽法に優位する」という原則があると説かれているからである（高銘暄・前掲注（125）529頁参照）。この重法が軽法に優先する原則は、罪刑均衡原則の立場から主張され、補充的な適用原則とされる。すなわち、特別法の法定刑が一般法よりも軽く、その犯罪に対しては刑罰が軽い場合は、罪刑均衡原則の見地から一般法を適用できるとされるのである（陳興良「我国刑法中的法条競合及適用」法学雑誌1986年第６期16頁参照）。なお、この点については、小口彦太『現代中国の裁判と法』（成文堂、2003年）135～136、164～167頁、拙稿・前掲注（36）100頁を参照されたい。

(156)　『当代審判工作（上）』344頁。

⑴ノルマの設定および⑵裁判の蒸し返しである。そして最後は、⑶下級裁判所から発せられた死刑適用要件緩和の要求である。なお、これは最高裁に受け入れられなかったため、「重きに」を実現するための措置ではないが、地方にも「重きに」への指向が存在することの実例であるため、ここでまとめて論じる。

⑴　ノルマの設定

83年厳打においては、「重きに」を実現するために、裁判所に対して重罰のノルマが定められた地方もあった。例えば、「重罰の判決は必ず70％以上でなければならない」、「５年以上の有期懲役の判決が刑事事件の80％を占めなければならない」、「重点打撃対象は法定刑の中間線以上の刑を科さなければならない」[157]などである。さらには、「死刑・勾留のノルマを定め、地方政法機関の業務成績を測る重要な基準とし（た）」[158]地方もあったという。

そして、最高裁副所長の林準も、83年厳打期間中にノルマや比率を定めてはならないと指示したことから[159]、こうしたノルマを定めた地方は少数ではなかったものと推測される。

それでは、誰がこうしたノルマを定めたのか。この点については、「党・政府指導者が『厳打』の成果を顕示するために、現実を顧みずに勝手気ままにノルマを課す」[160]という指摘がある。つまり、「党・政府」である。

⑵　「重きに」のための蒸し返し

中国では、裁判所および検察院は当事者の申立てを待たずに、職権で再審を開始できる（1.3.1Ⅲ⑸参照）。83年厳打においては、これらが発効判決・裁定の刑が軽いと考えたときには、この裁判監督手続に基づき、

---

[157] 馬克昌・前掲注（141）286頁。

[158] 釗作俊『死刑適用論』（人民法院出版社、2003年）81頁。

[159] 林準「抓住打撃重点　厳格依法辦事」前掲注（86）41頁。ここでいう「比率」とは、先に挙げた「重罰の判決は必ず70％以上でなければならない」といった比率のことを指していると考えられる。

[160] 陳興良「“厳打”中如何掌握刑事政策」『厳打中的法律与政策適用』84頁。

事件を蒸し返してより重い刑罰を科すという手法が採られた。[回頭案]（ないしは [回頭看]、[回鍋肉] (161)）と呼ばれるものである（以下、「裁判（または事件）の蒸し返し」と呼ぶ）。

これに関する実例は管見には及ばないが、以下の３つの通達を目にすることができた。順に見ていこう。

① 最高検「『死刑』に改判する事件に関するいくつかの意見」（1983年９月14日）

本意見では [改判]（原判決・裁定を改めることを意味する）や「判決を下す」[判処] という用語が用いられているが、検察に判決を下す権限はない。前項で見た共同事務処理や合同事件処理が想起されるが、それも深読みしすぎの嫌いがある。さしあたりここでは、[改判] を求めてプロテストするという意味で捉えておく。

本意見１条は、「死刑判決を下すのは [現行] の重大事犯を主とし、過去に重い罪について軽く処断された既決囚を死刑に改判するときは、慎重に判断すべきである」とし、慎重に裁判の蒸し返しを行うよう指示している。そして２条では、次の場合には死刑改判を求めるべきとする。すなわち、「死刑改判の対象は、元々民憤が大きく、罪が死刑相当であり、服役期間の態度が悪く、改造を拒み、または再犯し、断固殺すべき犯罪者でなければならない」、と。ただし、「罪を認めて法に服し、真面目に改造に取り組んでいる者は、改判すべきではなく、殺してはならない」（３条）とする。つまり、民憤が大きいこと、および罪が死刑相当であることを前提として、改造状態が悪ければ死刑改判を求めるべきというのである。

② 最高検「刑事犯罪活動に厳しく打撃を加える闘争における法律の具体的運用の若干の問題に関する答復」（1984年１月９日）

本答復１条は、「現在の刑事犯罪に厳しく打撃を加える闘争において、過去に不勾留、不起訴、起訴免除を決定し、または党規、内規、治安処

(161) [回頭] とは、「過去を振り返る」という意味であり、[案] とは「事案」を、[看] とは「見る」ことを意味する。また、[回鍋肉] とは、いわゆる中華料理の「ホイコーロー」のことであるが、ここでは肉を鍋に戻す、つまり温め直すという意味と考えられる。

罰その他の処理を行った者について、改めて勾留を承認し、または起訴することはできるか否か？」という照会に対して、以下のように回答する。

まず、同条１号は「原処理が正しい者は、改めて処理しない。原処理が軽すぎる者も、余罪または新たな犯行が見つかっていないときは、改めて処理しない」とし、原則として蒸し返さないとした。しかし４号は、「元の犯行が由々しく、処理が過度に軽く、大衆の不満が大きいものは、原決定を取り消し、改めて勾留または起訴する」とする。原処理が過度に軽く、「大衆の不満が大きい」ことを要件に、裁判の蒸し返しを肯定している。ここでは、「大衆の不満が大きい」ことを要件のひとつとしていることが特徴的である。

③　最高検「中央政法委員会『「回頭案」の処理における問題に関する回答』を配布することに関する書簡」（1984年６月18日）

本書簡は、黒竜江省政法委員会が裁判の蒸し返しをどのように行うかについて中央政法委員会に出した照会に対する中央政法委員会の回答を検察系統に下達したものである。その内容は、中央政法委員会「『回頭案』の処理における問題に関する回答」である。

それは次のように回答する。すなわち、「『裁判の蒸し返し』の処理については、貴委（黒竜江省政法委員会を指す）の意見に同意し、余罪および新たに犯した罪を除き、原則として改めて処理しないこととする」（１条）、「すでに処理した事件を改めて処理するときには、厳格に法定手続に則り行なわなければならない。受刑者［罪犯］の刑罰を加重するときは、原処理が正しかったか否か以外にも、さらに受刑者の服役期間中の態度を考慮し、全面的に党の政策を具現化しなければならない」（２条）、と。つまり①の立場と同じであり、中央政法委員会も裁判の蒸し返しを否定していたわけではない。

そして、現場に目を移すと、例えば梁根林は実習生として裁判所に勤務していた当時を振り返り、83年厳打期に「『回鍋肉』をする ―― すなわちすでに判決を下した事件について判決が軽いと思えば再び取り出してきて改めて判決を下（した）」(162)事例を目の当たりにしたと述べる。

(162)　陳興良・前掲注（21）222頁（曲新久報告「厳打的刑事政策」に対する梁根林のコメント）。

また、厳打終了後における厳打期間中に下された判決・裁定に対する裁判監督について、「『厳打』前に処理し、『厳打』中に改めて判決を下し、現在申訴が申し立てられている事件については、最初の処理が明らかに軽く、厳打中に裁判監督手続に基づき再審の上改判し、処罰を加重したものであるときは、申訴人に働きかけて訴訟を取り下げさせるか、または申訴を棄却し、原判決を維持すべきである」(163)という記述がある。「『厳打』前に処理し、『厳打』中に改めて判決を下し（た事件）」とは、裁判の蒸し返しにほかならない(164)。

このように83年厳打においては、中央政法委員会および最高検のお墨付きの下、「大衆の不満が大きい」、「受刑者の服役期間中の態度」などの制約が加えられているが、「重きに」を実現するために、すでに判決・裁定の効力が発生した事件が蒸し返され、改めて重く処理されたのであった。そしてこうした措置は、「政治のニーズに応えるために、過去に違法行為を行い処理された者について、警察は改めて労働矯正処分を実施することができる」(165)という指摘が示すように、刑事手続の領域に限られなかった。

⑶　死刑適用要件緩和の要求

3.3.1で見たように、「重きにかつ速やかに」の方針はトップダウン式で地方に伝達されていったが、「重きに」自体は、決して政策決定者の独りよがりな考え方ではなく、実務にもそうした考えが、むしろ政策決定者よりも色濃く存在した。このことは、83年厳打開始後に最高裁に続々と寄せられた各地の高裁(166)からの照会に対する最高裁の回答である

(163)　汪建成主編『刑事審判監督程序専論』（群衆出版社、1990年）155頁。

(164)　「過去にすでに処理し、また余罪を発見しておらず、さらには再犯していない者でも、より重い罰で処断したものもあった」（『本渓市誌』620頁）という記述も、裁判の蒸し返しを指している。

(165)　陳瑞華「警察権的司法控制 —— 以労働教養為範例的分析」法学2001年６期27頁。

(166)　最高裁への照会は、１級上の裁判所への照会を高裁に至るまで繰り返し、最終的には高裁が最高裁に照会すべきとされている（最高裁辦公庁「問題回答業務改善に関する通知」（1964年９月11日））。

「人民裁判所の重大刑事犯罪事件の裁判における法律の具体的運用の若干の問題に関する答復」(1983年９月20日)、「同答復(2)」(同年12月30日)、「同答復(3)」(1985年８月21日)を見れば一目瞭然である(以下、「答復(1)」、「答復(2)」、「答復(3)」と呼ぶ)。

これらでは毎回、死刑の適用除外を定める刑法44条[(167)]をめぐり、死刑判決を下すことができないとされる18歳未満および懐胎中の婦女に対する死刑適用ついて、同じような内容の照会が高裁から出された。

まず、18歳未満の者に対する死刑適用については、次の３件の照会がある(カッコ内は照会元の高裁)。

① 「犯罪時18歳未満であるが、犯行が特に由々しい者については、即時執行死刑を言い渡すことができるか否か？(内蒙古、福建、江蘇、北京、江西、河南)」(「答復(1)」)。

② 「被告人が18歳未満のときに由々しい犯罪を行い、満18歳以降にまた犯罪を行ったときは、前後の罪を併せて、死刑に処すことができるか？(江西、黒竜江、吉林)」(「答復(2)」)。

③ 「満14歳以上16歳未満の者が、殺人、重傷害、強盗、放火、常習窃盗罪その他の社会秩序を由々しく乱す罪を犯し、その犯罪行為が特に由々しいときは、執行延期２年付死刑の判決を下すことができるか？(寧夏)」(「答復(3)」)。

これらの照会に対して、最高裁は次のように回答した。①については、「刑法44条規定に照らして処理すべきである」とし、「できない」とした。②については、満18歳以降に犯した罪が死刑を規定していれば、「被告人が満18歳以降に犯した罪が、法に従い死刑に処することができるか、およびそうすべきかに基づき衡量すべきである」とした。③については「満16歳以上18歳未満の者については、犯行が特に由々しければ、執行延期２年付死刑に処することができる。(しかし)刑法は犯罪が特に由々しい16歳未満の者について、執行延期２年付死刑に処することができると規定していない」とし、「できない」とした。

---

(167) 同条は「犯罪のとき18歳未満の者および裁判時に懐胎している婦女には死刑を適用しない。満16歳以上18歳未満の者については、その犯行が特に由々しいときは、執行延期２年付死刑に処することができる」と定める。

次に、懐胎中の婦女への死刑適用については、次の２件の照会がある。

④　「ひとつは、事件が人民裁判所に起訴される前に、被告人が未決拘禁期間中に、中絶させられたときは、すでに懐胎した婦女ではなくなったと認定できるか否か、ということである。もうひとつは、裁判所が事件を受理したときに、被告人は懐胎中の婦女であり、中絶した後に死刑判決を下そうとすることである。我々の考えでは、未決拘禁期間中であろうと、裁判所における裁判時であろうとも、懐胎中の婦女については、死刑判決を下すために中絶を行うべきではない。すでに中絶した者については、懐胎中の婦女とみなして死刑を適用すべきではない。（福建、湖南、甘粛、浙江、黒竜江、河南）」（「答復(1)」）。

⑤　「裁判時に懐胎している婦女には死刑を適用しないが、執行延期２年付死刑に処すことはできるか？……（北京）」（「答復(2)」）。

両照会に対する最高裁の回答は以下のとおりである。④については、「刑法44条および刑事訴訟法154条の規定に照らして処理すべきである。すなわち、人民裁判所は『裁判時に懐胎している婦女には、死刑を適用しない』。人民裁判所が裁判時に、身柄拘束・取調中にすでに懐胎していたことを発見したときは、やはり上述の法規定に照らして、死刑を適用しない」とした。⑤については、「執行延期２年付死刑は執行を延期する死刑の制度のひとつである。懐胎中の婦女に死刑を適用しないことには、またその者を執行延期２年付死刑に処することができないことが含まれている」とし、「できない」と答えた。

以上の各地の高裁から出された照会からは、「裁判実務において、人民裁判所には死刑の適用範囲を拡張しようとする衝動が存在して」[168]いることが看取できよう。刑法44条規定に明らかに反している①、③および⑤、さらには懐胎中の婦女を中絶してまで死刑を適用しようとする④はその顕著な表れである。

しかし、この「死刑の適用範囲を拡張しようとする衝動」は、必ずしも裁判所だけに存在するものではなく、さらにいうなれば、裁判所には明文規定を破ってまで「死刑の適用範囲を拡張しようとする衝動」はないのかもしれない。すなわち、「司法実務において、多くの地方人民裁

[168]　曲新久・前掲注（21）255頁。

判所が問い合わせる必要のない問題についてまでも最高人民裁判所に照会するのは、往々にして裁判所が何らかの形で権威の挑戦を受け、最高人民裁判所の支持を得たいからである」[169]、と。つまり、地方の下級裁判所としては分かり切った問題であっても、外部の「権威」（これは党委員会や政府を想定しているものと思われる）の挑戦を受け、最高裁のお墨付きを得るためにやむを得ず照会する場合もあるというのである。法規定上明々白々であり、しかも裁判所内では意見がまとまっているにもかかわらず、わざわざ最高裁に照会した④は、この場合にあたるのかもしれない。

このように、下級裁判所が刑法の明文規定を破ってまで18歳未満の者や懐胎中の婦女に死刑を適用しようと何度も試みた一方で、最高裁がそのたびにその試みを退けた。最高裁がこうした地方の突き上げを抑え込んだのである[170]。このことは、法よりも政策を優先する傾向が中央よりも地方の方が強いことを示しているといえよう。またそれと同時に、こうした動きを通じて、明らかに違法であると分かりつつも、地方の権威に抗えないという裁判所の現実が浮き彫りにされていることを、ここで確認しておく。

3.3.5　裁判段階 3 ――「法制宣伝」

83年厳打においては、[法制宣伝] の一環として、大衆大会など大衆に見せつける形で被告人に対して判決を言い渡す判決宣告大会が行われた。

[法制宣伝] とは、「人民大衆に対する国の憲法および法律の擁護・遵守に関する宣伝教育活動」[171] といわれている。とりわけ厳打期においては、「重大犯罪行為を大衆の目に晒し、事実または感情により宣伝対象（人民大衆を指す）の共鳴を引き起こし、宣伝対象の犯罪行為に対する抵抗・反対を引き起こす宣伝対策」[172] という「見せしめ」的な煽

---

[169] 同上181頁。

[170] 曲新久は「当時の『厳打』の雰囲気においてはまた貴重なことでもある」と評価する（同上255頁）。

[171] 『法学詞典（増訂版）』（上海辞書出版社、1986年）611頁。

[172] 牛克・劉玉民『法制宣伝学』（人民法院出版社、2003年）12頁。

動的法制宣伝 [鼓動性法制宣伝] が多用される。社会を一致団結させて、党および政府とともに犯罪に立ち向かわせようとするのである。犯罪者は敵であり、党および政府は人民の味方であるという敵を創出する政治的ロジックが滲み出ている。

こうした煽動的法制宣伝の代表例のひとつは、現地裁判である。犯罪現場の近くで大衆を集めて裁判を行うそれである。83年厳打期においては、「多くの高・中級裁判所で『現地裁判』の方法が用いられた。すなわち、裁判所の幹部が合議体（の裁判官）を引き連れて各地に赴き、仕事を分担してそれぞれが責任を負い、重大事件を現地で開廷し、現地で合議し、しかる後に法に従い裁判委員会の決定を仰ぐために報告する」(173)、と。ここでは「裁判委員会の決定を仰ぐ」という点に留意されたい。

もうひとつの煽動的法制宣伝の代表例は、大衆大会を開催して、大衆の目前で被告人に対して判決を言い渡す判決宣告大会である。

83年厳打の前年の記述ではあるが、それによると、実際の判決宣告大会は次のように進められるという。「高い判決宣告台の前で、犯罪者は縄できつく後ろ手に縛られ、警察服を身に纏った護送者が力強く犯罪者の両手をつかみ、頭を押さえつけたり、かがませたりしている。ひとたび判決が宣告されれば、すぐさま引きずるようにして犯罪者を連れて行く。一部の地方では、現在でもまだ犯罪者に看板をぶら下げ、ひざまずかせ、判決宣告を聞かせ（ている）。……こうしたシーンを撮影して印刷した上で配布し、法律と規律を宣伝する材料とし、長期間至る所の宣伝欄で展示し、『威嚇作用』を発揮させている地方もある……」(174)、と。ここでは時代劇さながら、正義の味方（国家権力およびそれを掌握する党）が悪人（＝犯罪者）を成敗しているといった観を呈している。

そして、こうしたシーンを見せつけることにより、味方である大衆の正義感情を満足させ、その団結を図るとともに、犯罪から遠ざけようとし、また罪を犯した者については自首するよう警告するのである。例えば陝西省米脂県では、「(1983年) 9月16日に1万人規模の公開判決宣告大会を開催し、17事件、28名の犯罪者に対して法に従い判決を下し、人

(173) 前掲注 (22) 3頁。

(174) 陳鵬生「提唱招開“文明方式的宣判大会”」法学雑誌1982年2期48頁。

心をすっきりさせた」(175)といい、大衆の正義感情が満たされたことを強調している。また山東省棗庄市では、「1983年、市の両級人民裁判所が802名の典型的事件の犯罪者を選び、判決宣告大会を103回開催し、大会に参加した幹部・大衆は150万人に上った。同年国慶節前後に、棗庄市中級人民裁判所は相次いで大規模で勢いのある判決宣告大会を２回開催し、犯罪者38名について集中的に死刑を執行し、ビラ５万枚以上を配布し、大会に参加し直接教育を受けた大衆は11万名に達した。判決宣告大会後、犯罪者170名が政法機関に自首し、人民大衆は政法機関に2700回も告発・通報し、違法行為・犯罪者60名余りを連行してきた」(176)という。ここでは判決宣告大会やビラなどの形式で威嚇作用を発揮した結果として、多くの犯罪者が自首し、また大衆も積極的に刑事司法に参加し、告発や通報、ひいては違法行為・犯罪者を警察・検察・裁判所に連行したことが強調されている。

なお、刑法は自首について、「犯罪後自首した者は、軽きに従って処罰することができる。そのうち、犯罪がわりあい軽微な者は、処罰を減軽し、または免除することができる。犯罪がわりあい由々しい場合に、功績を挙げたときも、処罰を減軽し、または免除することができる」(63条)と定める。そして、最高裁・最高検・警察部が1984年４月16日に連名で発布した「当面の自首および関連問題における法の具体的運用に関する回答」(以下、「84年自首回答」と呼ぶ)によると、①犯罪事実または犯罪者が誰であるかを警察・検察・裁判所に察知される前、または質問され、もしくは強制処分を採られる前に、これらに自主的に出頭すること、②犯行をありのままに供述すること、③逃亡せずに取調べおよび裁判を受けることの３要件全てに該当した場合に、自首と認定される(177)。

さて、こうした判決宣告大会は、83年厳打において広く行われたようである。最高裁の統計によると、1985年、全国の裁判所は判決宣告大会

(175) 『米脂県誌』473頁。

(176) 『棗庄市誌』431頁。

(177) なお、①および②については例外的事由(例えば犯罪者が病気などで自ら出頭できない場合に、代理人や信書を通じて警察・検察・裁判所に犯罪事実を申告することも①の要件を充たすとされる)があるが、ここでは省略する。

を２万1434回開催し、６万5550件、犯罪者９万9585名について判決を言い渡し、傍聴者は延人数で１億3430万1700名であり、翌1986年は、判決宣告大会を2517回開催し、9346件、犯罪者１万3437名について判決を言い渡し、延人数で傍聴者は670万1885名であったという(178)。1983年および1984年の全国的データは管見に及ばないが、両年においてはさらに多かったものと推測される。

また、判決宣告大会に際しては、被告人を会場に護送するとき、または判決宣告後、刑場に護送するときに、市中引回し［遊街示衆］(179)が行われたこともあった。例えば、遼寧省大安県では、第１戦役第１戦（1983年８月２日から30日）において、「罪責が重く、民憤が大きく、影響の大きい犯罪者100名を10台のトラックに乗せ、大賚鎮、安広鎮で巡回し引き回すとともに、全県でラジオ動員大会を開催した。相次いで18人の犯罪者が自首し、父が子を、兄が弟を、妻が夫を、所属先が労働者を連れ、また本人が警察に自首するという活き活きとした局面が現れた」(180)という。

さらに、判決宣告大会の中には、判決を言い渡した後に、そのまま大衆の面前で死刑を執行する場合もあった。

公開処刑について、刑訴法155条３項はわざわざ「死刑の執行は公表しなければならないが、［示衆］してはならない」と規定し、これを禁止している。しかし、現実においては、「（1983年）９月１日、市第２中学校の広場で１万人規模の判決宣告大会を開催し、法に従い48名の犯罪者に判決を下し、周躍進、劉宏彬を処刑した」(181)、「裁判所は相次いで千人、万人以上の大衆大会を６回開催し、52名の各刑事犯罪について公開で判決を下した。法に従い強姦、婦女拐取売買、窃盗集団のリーダー、故意傷害致死犯９名を銃殺し、犯罪者を震撼させ、人民を教育・鼓舞し、

(178)　『司法統計資料』239、260頁。

(179)　［遊街］とは、街を練り歩くといった意味であるが、ここでは被疑者・被告人を引き回すことを指す。［示衆］とは、見せしめのために大衆に晒すことである。

(180)　『大安県誌』557頁。

(181)　『六安市誌』332頁。

全県の社会治安の好転を促した」[182]といった例が示すように、公開処刑が行われていた。

こうした現実に対して、1984年11月21日に中共中央宣伝部、最高裁、最高検、警察部および司法部は連名で「反動的メディアが我が犯人を処刑することを利用してデマをでっち上げて中傷することを厳重に防止することに関する通知」を出し、「国外および香港・台湾の反動的メディアの宣伝に口実を与えないために」、死刑の際に市中引回しをしてはならないと指示した。また、厳打における宣伝については、「主に犯罪者の罪悪を暴露することにより、大衆の厳正なる要求を反映し、刑事犯罪活動に厳しく打撃を加える闘争の正義、ニーズおよび重要性を大いに宣伝し、説得力に富む事実を用いて、この闘争が社会治安の維持、国家の安全保障、人民の利益の保護、足を踏み外した者の教育・救済、社会の風潮の根本的な転換の獲得などの面で勝ち取った喜ばしき成果を宣伝し、国内の反革命事件については原則として報道しない」と、きめ細かく指示している。

しかし、公開処刑は引き続き行われた。1986年７月24日に最高裁、最高検、警察部および司法部が連名で「死刑執行の際の市中引回しを厳禁することに関する通知」を出し、死刑執行の際の市中引回しを再度禁止したのである。そこでは、「近年、各地における死刑を執行する際に死刑犯を市中引回しする現象はかなり減少し（た）」というものの、「しかし、なおごく少数の地方では死刑囚を執行のために護送する際に、立て札を立て、市中引回しをする方法を用いている」と指摘されている。中央の政策決定者の再三にわたる禁止にもかかわらず、現在においても「実施の効果は必ずしも芳しくはない」[183]といわれており、その根絶は、末端において激しい抵抗に遭っている[184]。

---

[182] 『長豊県誌』434頁。

[183] 李川・前掲注（26）５頁。

[184] 1988年６月１日には最高裁・最高検・警察部が連名で「既決犯および未決犯の市中引回しを断固禁止することに関する通知」を出し、死刑囚のみならず、全ての市中引回しを禁止するとした上で、それを行った場合は「関連指導者の責任を追及する」と明示した。

以上のように、厳打期においては国が犯罪者を懲らしめている様を大衆に見せつけるための様々な措置が講じられている。その狙いは次の２点にあるといえよう。ひとつは、社会一般、とりわけ潜在的犯罪者に対する威嚇であり、もうひとつは敵である重大刑事犯を容赦なく裁くことにより、大衆の正義感情を満足させ、党・国・大衆という味方の結束を固めることである。

そして、こうした判決宣告大会に際しては、「党内外の名士に一部の重大事件の事件資料に目を通してもらい、事件の概要を紹介して意見を求めたりする裁判所もある。重大事件の犯罪者の犯罪資料を末端の組織に配布して、大衆に討論するよう呼びかける裁判所もある。判決前に犯罪者が所属する工場、街道、[社隊] などの勤務先で事件の概要を紹介し、法律を説明して、大衆の意見を聞く裁判所はさらに多い」(185)（[社隊]（[社隊企業]）とは人民公社と生産大隊が所有・経営する企業である）という。実際、北京市では第１戦役第１戦（同市では８月１日から８月31日）において、８月30日に北京工人体育場で判決宣告大会を開催し、30名に死刑を言い渡した。その際、大会前の同月17日に北京市党委員会が60名あまりの名士を集めて座談会を開き、（被告人）30名に対する死刑判決について意見を聴取したという（全員が死刑に賛成した）(186)。このように、社会各界や犯罪者に関わりのあった市民の意見を吸収しようとするのである。裁判の社会的影響力に極めて繊細な注意が払われていることがうかがえる（いわゆる「（裁判の）社会効果」である）。そして、こうしたやり方は、最高裁により「裁判活動の質の向上を促すだけではなく、また法制宣伝の強化、法の威厳の伸張、犯罪者への威嚇、大衆による犯罪活動との闘争の促進に良好な役割を果たしている」(187)という評価を受けている。

ところで、厳打期における判決宣告大会は、重く処罰することを見せつける、換言すると「重きに従って」を実現するものだけではなく、これとは反対に処罰を軽くすることを見せつける政策実現［兌現］大会も

(185) 前掲注（22）２頁。
(186) 穆玉敏『北京警察百年』（中国人民公安大学出版社、2004年）608～609頁。
(187) 前掲注（22）２頁。

行われた。

ここでいう政策とは、「懲罰と寛大を結びつける政策」、より具体的には「白状すれば寛大に、抵抗すればより厳しく」[坦白従寛、抗拒従厳]および「功績を挙げれば罪を減じ、大きな功績を挙げれば奨励を受ける」[立功折罪、立大功受奨]である。前者については、犯罪事実をありのままに自供すれば寛大な処分が、また後者については、例えば他の犯罪者の犯行を捜査機関に告発するなど、治安維持活動にとって功績があったと認められた場合には処罰が軽くなることが、党および国により約束されている。

例えば山東省棗庄市では、「強姦殺人犯Xと強姦犯Yは1983年、それぞれ犯行後逃亡し、1984年8月、相次いで警察に自首した。市中級裁判所は法に従い寛大に判決を下し、Xに有期懲役3年、執行猶予3年、Yに刑の免除の判決を下し、判決宣告を公開で行った後、その場で釈放した」(188)という。自首は「白状すれば寛大に、抵抗すればより厳しく」の「寛大に」の一事由であり、本事例では、寛大に処理する政策が実現されたことになる。本判決後、「市全体で30名以上の犯罪者が警察に自首した」(189)という(190)。

(188) 『棗庄市誌』431頁。

(189) 同上。

(190) 「強姦殺人犯」という表現は、刑法139条3項所定の強姦致死罪(「前2項の罪を犯し、情状が特に由々しく、または重傷を負わせ、もしくは死亡させた者は、10年以上の有期懲役、無期懲役または死刑に処する」)ではなく、強姦行為と別個に評価しうる殺人行為がある場合を指すのが通例である(例えば、武伝華「社会醜悪現象屡禁不止的原因及遏制対策」公安大学学報1998年2期25頁では、「強姦殺人犯」の例として、婦女を強姦し、女児を殺害した事例を挙げる)。したがって、Xについては殺人罪と強姦罪の併合罪として処断されたものと考えられる。人を殺した場合には命をもって償うという観念[以命償命]が強く、殺人罪には原則として死刑判決が下されるといわれる中国において、殺人罪を認定したにもかかわらず執行猶予を付した本判決は極めて異例と考えられる([以命償命]の観念については、例えば楊暁雄「侵犯人身権利犯罪死刑裁量理論及実務」陳興良主編『刑事審判実務研究』(中国方正出版社、1997年)371頁、王政勲「論司法実務中的死刑控制」『刑法学文集(2001)』444頁など参照)。しかし、資料に記載されているのは引用した箇所のみであり、本件につ

このように、いわば「アメと鞭」の使い分けにより、犯罪者に自首を促すのである(191)。そして、ここでの「アメと鞭」はともに法である。法が目的実現の道具と化しているのである。また、こうした厳打期における刑罰の運用には、「労働を通じて犯罪者を真人間に改造する」(192)とされている労働改造の教育刑的発想が極めて稀薄であることを、ここで確認しておく。

3.3.6　裁判後段階

この段階では行刑段階を考察対象とする。本段階における特徴的な現象は、⑴犯罪者の社会からの隔離および⑵受刑者の申訴の制限である。以下、順に見ていこう。

⑴　犯罪者の社会からの隔離

1981年の「両労の決定」以降、都市戸籍の抹消および強制残留により犯罪者および前科者（ここでは便宜的に労働矯正処分を受けたことがある者も含むこととする）は社会、特に大・中都市から隔離されてきた。とりわけ都市住民にとって、都市戸籍を抹消され、生涯農村で暮らすことは、監獄に入ることよりも恐怖に値することであった。とはいえ、強制残留であっても改造状態が良好であれば、社会（原則として元の居住

いてどのような事実が認定され、どのような法適用がなされたのかを知る術はなく、この点についてこれ以上論じることは不可能である。

(191)　なお、第３戦役（1986年３月以降）において各地で展開された反窃盗闘争において、警察が布告を出し、期限を付して自首を勧告するという方法も用いられた（「在党的政策感召和国家法律威懾下　南昌市千余名盗窃犯投案自首」『人民公安報（CD 版）』1986年４月18日、「天津市開展反盗窃闘争　一月内五千人投案自首」『人民公安報（CD 版）』1986年５月９日）。後（4.2.2および4.3.3参照）に検討するように、後の厳打においては警察・検察・裁判所（・司法行政機関）の連名で自首勧告がなされることがあるが、83年厳打においても同様であるのかは明らかではない。なお、こうした手法は1952年の三反運動においてすでに用いられていた（薄一波『若干重大決策与事件的回顧（上巻）』（中共中央党校出版社、1991年）144頁参照）。

(192)　楊殿升主編『労働改造法学』（北京大学出版社、1991年）63頁。

地）に復帰することは可能であった（以上については2.3.2Ⅰ参照）。

他方、一般残留については、警察部「第８回全国労働改造業務会議紀要」が「今後、犯人の刑期が満了すれば、強制留場すべき者を除き、いずれも捕まる前の所在地または直系親族の所在地に帰らせるべきであり」とし、それを受け、警察部・労働人事部「刑期が満了した留場（廠）就業人員の待遇関連問題に関する通知」（1983年５月４日）では強制残留を除き、「原則として就業のために残留させない」とされた。

このように、83年厳打開始直前までにおいては、「両労の決定」に基づき強制残留とされる者を除き、原則として刑期が満了すれば、また強制残留とされた者でも改造状態が良好であれば原則として、社会復帰できることになっていた。

ところが、厳打決定が出される直前の1983年８月19日(193)に司法部・警察部・最高検・最高裁が連名で出した「刑期満了の犯人および期間満了の労働矯正被処分者の社会復帰を暫定的に停止することに関する緊急通知」（以下、「83年釈放停止通知」と呼ぶ）は、釈放の要件を充たす者を一時的に釈放してはならないと指示した。曰く、「現在、全国ではまさに刑事犯罪活動に厳しく打撃を加える闘争が展開されている。大量の刑期満了の犯罪者および労働矯正期間満了の者を社会に帰らせた後、治安秩序を乱し、ひいては引き続き罪を犯し、大衆の憂慮をまねくことは、大衆の動員にマイナスであり、また彼ら自身にとってもマイナスであり、こうした事態を防ぐため、以下のことを決定する。本通知到達の日より、刑期満了の犯罪者および労働矯正期間満了の者については、都市居住であろうが農村居住であろうが、いずれも一時的に帰らせず、もって社会治安および刑事犯罪活動に打撃を加える闘争の順調な進展を保障する。例外的に特別な事情がある者、または確かに改造された者については、省、（直轄）市、自治区司法庁（局 —— 原文）の労働改造局または労働矯正処の承認を得て、釈放することができる」、と。たとえ両労人員が処分期間を終えたとしても、治安維持のために原則として一時的に残留させて、社会復帰させないというのである。しかも、「両労の決定」と

(193) 先述（3.1参照）のように、この段階においては、党中央および中央国家機関はすでに厳打に向けて動き始めていた。

は異なり、初犯者および初めて労働矯正処分を受けた者をも対象としており、また故意・過失を区別せずに、一時残留させるというのである。司法部・警察部・最高検・最高裁の通達により、憲法が保障する人身の自由(194)が剥奪されたのである。

なお、同年12月９日に司法部・警察部・最高検・最高裁「一部の刑期満了および労働矯正処分解除の一時残留者を社会に帰らせることに関する通知」が出され、以下の３つの事由にいずれかに該当する者を除き、原則として改造状態が良好であれば社会に復帰させることとした。その３つの事由とは、①「両労の決定」により強制残留とされる者、②大・中都市に居住し、犯罪がわりあい由々しく、改造されていない者、③大・中都市の戸籍を抹消された労働矯正被処分者（これには労働矯正期間中の態度が悪く、社会復帰後、再び罪を犯し本人の都市戸籍を抹消すべき可能性がある者を含む――原文）である。これらの事由に該当する者は強制残留となる。

本通知は、②で初犯者も強制残留の対象とし、また③では「都市戸籍を抹消された者」（「両労の決定」１条２項２段）のみならず「再び罪を犯し本人の都市戸籍を抹消すべき可能性がある者」も強制残留の対象とした点で、「両労の決定」の強制残留の対象を拡張したものといえよう。ともに大・中都市の治安維持に重点を置くものである。しかも、両者については、裁判を経ることなく、強制残留が決定されるのである。

このように83年厳打後、それまでの流れとは逆行して、両労人員が社会、とりわけ大・中都市から隔離されるようになった。大・中都市の治安を改善するためには、治安を乱す危険のある者を大・中都市から排除すればよい、ということだったのであろう。

こうした考えの下(195)、83年釈放停止通知は、受刑者を大・中都市から離れた辺鄙な地方の監獄・労働矯正施設に収容するよう指示した。すなわち、「法に従い殺す者以外は、一律に辺境の、または当該省・自治区・直轄市の辺鄙な地方に移送して改造する」、と。例えば、1983年10月20日、

(194)　憲法37条は、「中華人民共和国市民の人身の自由は侵害されない」（１項）、「不法な拘禁およびその他の方法により市民の人身の自由を不法に剥奪し、または制限することを禁止し……」（３項）と定める。

(195)　以下に指摘するように、西北部の辺境地域の開拓という目的もあった。

北京市の清河農場は全国に先駆けて719名の受刑者を新疆に移送し、その後「1985年までに西北部の労働改造施設に合計６回、計数千名に及ぶ受刑者・労働矯正被処分者を移送した」(196)という。そして、第１回目の移送に際して、「政府幹部は労働改造局が統一配布した原稿に照らして、集められた受刑者に対して動員演説を行い、政府が彼らを新疆に送り労働改造する理由を述べた。すなわち、第１は首都の社会治安のニーズであり、第２は大西北部開発のニーズであり、第３は彼ら（受刑者）を改造するためのニーズである」(197)。社会秩序の維持や辺境地域の開発という目的がまずあり、その後、受刑者の改造が来るのである。その後、北京市では1984年３月19日から同年９月17日までの間に、合計6度にわたり、計4628名が新疆に移送された(198)。また別の例を挙げると、上海市では、「最近、受刑者を他地域の労働改造施設に移送した。今回、西北部のある労働改造施設に移送された者は、いずれも社会治安に由々しき危害を及ぼし、法に従い懲役刑に処された受刑者であり……」(199)と、厳打対象の受刑者を西北部の監獄に移送した。山東省青島市でも、1984年に220名の受刑者が移動されており(200)、これも辺境の監獄に移送されたものと推測される。

そして、こうした受刑者を受け入れる側である新疆ウイグル自治区の例えば農八師墾区石河子市では、「1984年５月から1985年９月にかけて、再び他地域の犯罪者4589名、現地の犯罪者230名を収容し、労働改造を行った。1984年以降に収容した犯罪者の大部分は、1983年に全国で展開された刑事犯罪に厳しく打撃を加える闘争で処断された無頼グループ犯であった」(201)という。つまり、厳打対象の受刑者、特に83年厳打の重点中の重点であった無頼犯を辺鄙な地方に移送したのである。また、先

(196) 毛空軍「西行的囚車――厳打期間向西北押運囚犯紀」法律与生活1996年８期（CNKI）33、36頁。
(197) 同上34頁。
(198) 穆玉敏・前掲注（186）610頁。
(199) 「上海市労改局負責同志就注銷部分罪犯城市戸口、押送去西北某地労改答本刊記者問」法学1983年10期９頁。
(200) 『青島市公安司法誌』293～294頁。
(201) 『農八師墾区石河子市誌』551～552頁。

の表３－14(3.3.4参照)からは、1976年から1984年にかけて北京・天津・上海の３大都市では監獄数がほとんど変わっていないのに対して、元々相対的に多かった(202)内蒙古、黒竜江、貴州、新疆（新疆兵団も含む）などの西北部の辺鄙な地方では監獄が大幅に増設されたことがうかがえる。このことは、この時期に多くの受刑者が西北部の監獄に移送されたことを裏付けるものであるといえよう。

以上のことから、83年厳打においては、社会、とりわけ大・中都市からの犯罪者の隔離が、それまでにも増して徹底して行われたといえる。

⑵　受刑者の申訴に対する制限

先述（1.3.1Ⅲ⑸参照）のように、旧刑訴法下においては誰でも何時でも判決・裁定に対して申訴を申し立て、裁判所または検察院に再審の開始を求めることができた（裁判監督手続）。このことは受刑者であっても例外ではない。

とりわけ83年厳打期においては、主に次の２つの理由から、申訴のニーズが大いにあったと考えられる。ひとつは、「法に従い重きにかつ速やかに」のスローガンの下、「独立性」を欠いた裁判が広く行われ、しかも被告人の諸権利（例えば弁護権や上訴権）が制限されたため、少なくない誤判・えん罪を生んだことである。これについては、「例えば、ある労働改造農場における1983年『厳打』以降に収監された労働改造犯の申訴問題についての調査によると、503名の犯罪者の判決書を調査し、148件の全事件記録を審査した結果は以下のとおりである。犯罪と非犯罪を混同されたため、無罪を有罪とされた者が２名、ひとりで複数の罪を犯し、そのうちの一部の罪について有罪と無罪を混同された者が15名、犯罪認定の誤りが７名、量刑が重すぎるのが13名、軽すぎるのが２名、事実が不明瞭で根拠が不十分で軽率に判決を下された者が６名、以上計45名であり、調査数の8.6％であった」(203)という指摘がある。503名の内、

(202)　これは、「建国初期、国の安全と国家権力の安定のため、『民と利益を争わず、犯人が脱走しにくい』という原則の下、監獄の多くは辺鄙な地方に建設され」たためである（張秀夫主編『中国監獄法実施問題研究』（法律出版社、2000年）41頁）。

(203)　馬克昌・前掲注（141）287頁。

45名の判決について犯罪認定、量刑、事実認定、証拠採用といった刑事裁判の基礎となるところで問題が存在したのである。そして、こうした判決が全体の8.6％もあったにもかかわらず、「事件処理の質は良好であり、誤差はわりあい小さい」(204)という評価がなされたことそれ自体、当時の裁判がどのようなものであったかを物語っていよう。また別の例を挙げると、「某市裁判所における1983年から1984年の『厳打』闘争中に判決を言い渡した刑事事件に関する筆者の調査統計によると、性質認定の不当、量刑が重すぎることを理由とする誤判は、全刑事事件の20％を占めた」(205)という。

もうひとつは、こうした裁判に対する受刑者の不満である。すなわち、厳打期の裁判は、裁判所は第三者としての判定者ではなく、警察や検察と同じく訴追者となっており、著しく不公平なものとなっていた(206)。加えて厳打期には「重きに」が強調されたため、通常期よりも重い刑罰を言い渡される。ただ厳打期に裁判が行われたという理由のみにより、不利益を被らなければならないのである。「もし、懲罰の軽重が時間や空間により異なれば､往々にして犯罪者に不満感を募らせることになり、また裁判所の量刑が公正ではないと思わせ、法律に触れ、社会を恨み、監獄で安らかに改造に励まず、報復の機会をうかがうようにさせる」(207)ということである。

以下に挙げる1985年７月末に北京で行われた調査(208)は、このことをはっきりと示している。調査は北京市某監獄三中隊の受刑者207名中（全て男性）､性犯罪（性を原因に殺人罪などを起こした間接的性犯罪を除く）

(204) 同上。

(205) 鮑遂献・張偉・趙小山「影響人民法院正確定罪量刑的原因与対策」法学評論1991年６期22頁。なお、後述（6.3.2Ⅰ参照）するように、中国では上級審が原判決と異なった判断をしただけで、原判決が「誤判」とされ得ることに注意されたい。

(206) とはいえ、通常期においては裁判の「独立性」が確保されていたわけではない。この点については後述（4.4参照）する。

(207) 羅昌平等・前掲注（121）125頁。

(208) 李建華「対69名性欲型罪犯的調査分析」《因性婚恋導致犯罪原因》課題組『因性婚恋導致犯罪問題研究』（北京市哲学社会科学規劃領導小組辦公室、1988年）118～119頁。

の受刑者69名を対象として行われた。調査対象69名の内、自らの罪を認めない者が49名（71％）もいた。その理由は次の４点に収斂される。①全犯罪事実を否認し、えん罪と考える者が７名（10.14％）、②犯罪行為の一部を否認する者が９名（13.04％）、③強姦ではなく、両者の合意によるとものと考える者が16名（23.18％）、④軽い罪なのに刑罰が重すぎると考える者が17名（24.63％）、と。

ところが、厳打期間中は再審の門は、最高裁の指示により、非常に狭く、また遠いものとなっていた。林準は、1984年７月19日の全国裁判所長座談会において、「誤判事件を是正することは、刑事犯罪活動に厳しく打撃を加える期間においては、わりあい社会的影響が大きいため、省、自治区または直轄市の党委員会に指示を仰ぐべきである。誤判事件を是正する際には、できるだけ警察や検察機関と情報を交換し、共同で討議すべきである」(209)と指示したのであった。本来ならば再審の結論をどうするかは裁判所の専権事項であるにもかかわらず、その裁判所に決定権はなく、しかもわざわざ省クラスの党委員会に伺いを立て、警察や検察と相談しなければならないとされたのである。

また、受刑者側としても、申訴には消極的であった。先に挙げた北京市の調査では、71％が罪を否認したが、ほとんどが申訴しなかった。その理由は次の２点である。「第１に、申訴しても無駄であり、改判の希望がほとんどないこと、第２に、形勢に圧され、騒いだら罪を認めていないとされることを恐れることに起因する。特に、『厳打』以降、受刑者の申訴は大幅に減少した。彼らは下手すると加刑され、または『罪を認めていない』と考えられ、素行が良くても無駄になり、各種の奨励措置や減刑を受けられないことを恐れている。……なぜなら、受刑者が罪を認めているかについて、労働改造機関は習慣的に、主に申訴を申し立てたか否かを基準としている」(210)、と。つまり、厳打の最中に捕まった以上、あがいても助かる見込みはなく（3.3.3で紹介したケースを見ればこのことをうかがえよう）、またあがけばあがくほど（申訴すればするほど）、服役態度が悪いとされ、より不利益を被るという認識である。

(209) 林準・前掲注（86）24頁。
(210) 李建華・前掲注（208）119頁。

これは実質的に受刑者の申訴権を剥奪することにほかならない。法律で定められている権利が、政治運動により死文化させられたのである。

3.4　厳打の成果

図３－２　立案・検挙・１審新受件数等状況図（1980～1989年）

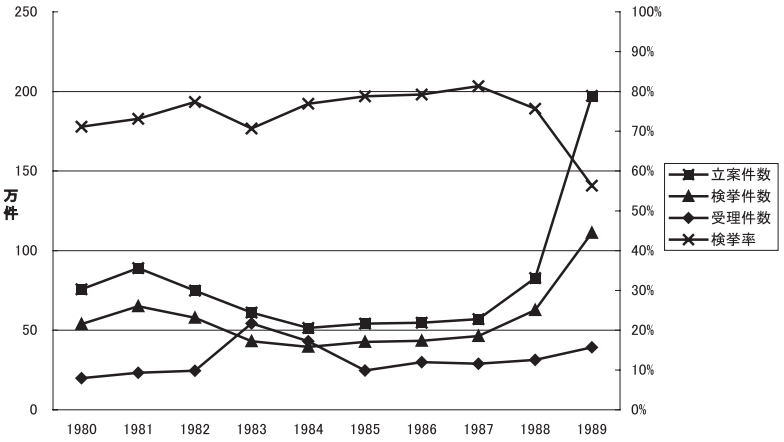


図３－２は1980年代の立案件数、検挙件数・率、１審新受件数をグラフにしたものである。本図から、厳打が始まった1983年には、1982年に引き続き立案件数が減少し、その後、1985以降微増するが、厳打期間中はその水準をほぼ維持していることが分かる。

厳打が開始された1983年には1980年代で立案件数が最も低くなっている。これは先述（3.1参照）のように、厳打開始後、立案件数が激減したからであろう。

そして、1984年も立案件数が減少した。地方に目を移すと、例えば四川省では、「広漢県において、1983年の刑事事件立案率は前年比41.2％減、治安事件は1982年比49.3％減、1984年上半期の刑事事件立案率は前年同期比42.6％減であった。射洪県においては、1983年の刑事事件立案率は前年比23.6％減、治安事件は前年比32.9％減……であった。南部県においては、1982年の刑事事件は前年比28％減、そのうち重大事件は40％減であった。1983年の立案率はさらに前年比60％減、そのうち重大事件は

33.3％減であった。1984年１月から８月までの刑事事件は前年同期比37.7％減、重大事件は90％減であった」[211]という。

このように厳打開始後の1983年および1984年はともに立案件数が減少している。1985年および1986年は、前２年よりも立案件数が若干増えたが、それでも厳打開始前よりも低い。

また、全事件の立案件数統計よりも信頼性の高い重大事件の立案件数も、ほぼ同様の傾向を示している（表３－21参照）。ただし、ここでは1985年にそれまでの最高値を記録した後、右肩上がりで増加している点で、全事件の立案件数とは異なっている。

表３－21重大事件立案件数状況表（1980～1989年）

年	全事件	重大事件	比率(％)	前年(％)
1980	757104	59054	7.8	－
1981	890281	66771	7.5	13.1
1982	748476	64369	8.6	-3.6
1983	610478	61048	10.0	-5.2
1984	514369	－	－	－
1985	542005	81301	15.0	－
1986	547115	98481	18.0	21.1
1987	570439	122644	21.5	24.5
1988	827880	203658	24.6	66.1
1989	1971901	477200	24.2	134.3

出典：重大事件の比率については魏平雄・欧陽濤・王順安主編『市場経済条件下犯罪与改造』（群衆出版社、1995年）58～59頁を参照し、これを元に重大事件立案件数を算出した。

中国の学界では、こうした立案件数に関する統計データを根拠に、厳打には少なくとも、短期的に立案件数を減少させる効果があるとする見解が多数を占めている[212]。なお、ここで「短期的に」というのは、図

[211] 中国法学会・四川省法学会聯合調査組「関於四川省広漢、射洪、南部三県実行社会治安綜合治理的調査報告」中国法学1985年１期43頁。

[212] 趙秉志・鮑遂献「論刑法観念的更新与変革」中国法学1994年２期57頁、馮衛国「“厳打”政策的理性分析」『刑法学文集（2001）』330頁、遊偉・謝錫美「“厳打”政策的回顧与科学定位」『刑法学文集（2003）』977頁など。

３－２および表３－21から明らかなように、1988年以降、急激に立案件数が増加しているからである（これを「リバウンド現象」[反弾現象]と呼ぶ論者もいる）。ただし、1984年から1987年までの４年間、立案件数が50万件台で推移した背景として、1984年に警察の内規である窃盗事件の立案基準が引き上げられたことを看過してはならない。これは警察が窃盗事件を立案して刑事事件として捜査するかを決める被害額のボーダーラインであり、1984年以前は都市で25元、農村で15元とされていたのが、1984年に都市で80元、農村で40元に引き上げられた(213)。そのため、窃盗事件の立案件数が減少した。そしてその減少分は、表３－22からうかがえるように、実は全事件の立案件数の減少分に相当する。もちろん、全刑事事件の立案件数の推移を、窃盗事件のそれだけで説明することはできないが、少なくとも、厳打の効果を議論する際には無視できない要素であるとはいえよう。

表３－22　窃盗事件立案件数推移表

年		1982	1984	1985	1986	1987	1988
窃　盗	立案件数	609481	395319	431323	425845	435235	658683
	前 年 差		-214162	+36004	-5478	+9390	+223448
全事件	立案件数	748476	514369	542005	547115	570439	827880
	前 年 差		-234107	+27636	+5110	+23324	+257441

*1983年の窃盗事件の立案件数についてはデータがないため除外した。

最後に、このように1985年前後を境に犯罪が増加傾向（重大事件は顕著である）に転じたことは、前節で繰り返し指摘したように、厳打ブームが開始当初に最高潮に達し、大体1985年を境に、沈静化していったことと吻合していることを、ここで指摘しておく。

3.5　中間考察 —— なぜ83年厳打が可能であったのか？

本章ではこれまで、政策決定プロセスと政策実施プロセスに分けて、

(213)　公安部「窃盗事件の立案基準の修正に関する通知」（1984年８月９日通達、同年９月１日施行）。なお、被害額が立案基準を下回る場合でも、立案されることはある（同通知（一）参照）。

83年厳打がどのように決定され、また決定に際して政策決定者がどのようなことを考えたのか、そして厳打の実施プロセスにおいてどのようなことが行われたのかを見てきた。以上の検討を踏まえて83年厳打という現象を定式化すれば、次のようにいうことができる。すなわち、83年厳打とは、⑴党の指揮の下で、⑵犯罪制圧という目標に向けて、⑶有効利用できるリソースを総動員する⑷政治運動である、と(214)。以下、順に詳述する。

⑴　党の指揮の下

厳打の実施を決断したのは鄧小平であった。その構想の具体化を指揮したのは彭真であり、その構想設計に携わったのは中央政法委員会、省クラス党委員会・同政法委員会、警察系統であった。そして、厳打の開始を告げたのは、党中央の厳打決定であった。このように、政策決定プロセスにおいて、党がしっかりと舵を取っていたことは明らかである。

また、実施プロセスにおいても、中央の指示の具体化を担ったのは地方各級党委員会（特に県クラス党委員会）であり、刑事司法の担い手を組織し、一斉検挙活動の指揮を執ったのも党委員会であった。さらに、「速やかに」刑事手続を進めるために共同事務処理や合同事件処理を組織し、また裁判所に対して重罰のノルマを課したのも党（・政府）であった。こうした事実からは、犯罪制圧のプロセス全体にわたり、党による「指導」が行き渡っていたことがうかがえよう。そして、下級裁判所から発せられた18歳未満の未成年または懐胎中の婦女に対する死刑の適用に関する照会からは、裁判所が地方党組織から十分すぎる「指導」を受けていたことを看取できよう。

このように、83年厳打においては、政策決定から政策実施の細部に至

(214)　山本秀也は「法輪功」の取締りについて、「組織壊滅の目標に向けて司法ほか行政、立法の“三権”が、分立なきままに総動員されていった」と指摘する（『本当の中国を知っていますか？』（草思社、2004年）181頁）。この指摘は私見と基本的に同じと考えるが、党の支配の正当性の調達の見地からは、大衆的自治組織や一般大衆が動員されていることも忘れてはならない（この点については4.3.1参照）。

るまで、常に党による指揮が存在した。

⑵　犯罪制圧という目標

83年厳打の目標が犯罪制圧にあることは、鄧小平の発言から明らかであろう。また同時に、その背後には、大衆の正義感情の満足を図り（「民憤」の重視（3.2参照）、判決宣告大会（3.3.5参照）など）、そこからさらには党の支配の正当性の確保という大目標があることも透けて見える。

⑶　有効利用できるリソースの総動員

ここで「有効利用できるリソース」とは、犯罪制圧という目標実現に資する事物を想定しており、具体的には①刑事司法の担い手、②法および③裁判を念頭に置いている。また「総動員」とは、犯罪制圧という目標実現に向けて、各リソースのあり方ないしは行動様式を調整した上で、これを最大限運用することであると考えている。以下、丸数字の順に、具体的現象を上の定義に当てはめていこう。

①刑事司法の担い手について。実際の活動においては、党の指揮の下で関連機関が一丸となり、また大衆的自治組織や大衆もこれに加わり、厳打が展開された。すなわち、検挙段階では警察や検察のみならず、党・政府機関や軍隊、そして裁判所、さらには大衆的自治組織も検挙活動に参加した。犯罪検挙後は、「速やかに」刑事手続を進めるために、共同事務処理や合同事件処理のように警察・検察・裁判所が党の指導の下で一致団結した。また、裁判においては裁判官不足から党機関や政府機関の職員、ひいては実習中の大学生すら裁判官とされた。そして、各段階においては厳打対象となった事件、とりわけ重大事件が優先的に処理された。厳打という「中心任務」に向かい、司法と行政を区別することなく、また大衆をも巻き込み、動員できる者は全て動員されたのである。

②法について。83年厳打においては、「法に従い重きにかつ速やかに」のために、法が改正された。その内容は、実体面においては、厳打対象の一部について既存の法定刑の上限が死刑にまで引き上げられ、また犯罪方法の伝授行為が犯罪化され、しかもこれらについて遡及効が認められた（「治安事犯の決定」）。また、手続面においては、厳打の主な標的

である治安事犯に限定して、起訴状謄本などの送達期限および上訴・プロテスト期間が短縮され（裁判迅速化決定）、高裁への死刑許可権の委譲が制度化された（改正裁判所法）。

これら一連の法改正の根底にあるのは、どのように「重きにかつ速やかに」を徹底するかという目的のみであり、そのためだけに刑法の遡及適用を禁止する旧きにかつ軽きに従う原則（刑法９条）や死刑抑制のための最高裁による死刑再審査手続といった制度の基本が踏みにじられたのである。それと同時に、これら一連の立法は、刑法・刑訴法の基本原則に関わるものと考えられるにもかかわらず、全国人大常委会の手によりなされたという点で、違憲の疑いが濃厚である。

また、立法ではなく、通達とも呼ぶべき文書の中には、明らかに憲法に抵触するものがあった。それは、司法部・警察部・最高検・最高裁の83年釈放停止通知である。本通知は厳打のために刑期満了した者および処分期間満了した者について、ごく一部の例外を除き、一時的に釈放しないとした。人身の自由を保障する憲法37条が無惨にも打ち破られたのである。

このように、厳打という政治的プレッシャーの前で、違憲すら顧みずに、厳打にそぐわない規定は改正され、また改正を待たずとも無視された。そして同様のことが実務でも生じた。

すなわち、「法に従い重きにかつ速やかに」を徹底実施するために採られた措置の中には、極めて矛盾に満ちているが、明らかに違法といえる現象もあった。それは、被告人の弁護士依頼権の剥奪、裁判所の事前介入、共同事務処理、合同事件処理、死刑囚の市中引回し・公開処刑、拷問などである。

例えば、合同事件処理は最高裁により禁止されたが、実際には地方の党委員会・同政法委員会の主宰の下で、「速やかに」の要請に応えるため行われていた。こうした事態が生じるのは、地方においては刑訴法や最高裁による禁止よりも、現地の党の権威が大きいことを示していると考えられる。また、繰り返し禁止されても死刑囚の市中引回しや公開処刑が根絶されないことからも、そうする必要性があれば法に違反してもよいと考えられていることを読み取れる。ここで「そうする必要性」とは、死刑が持つとされている一般予防機能および報復機能への信奉とい

う土台の上で、厳打期だからなおさらそうしなければならない、という考えである。

しかも、こうした違法があったとしても、「『厳打』という中心任務に奉仕するために、関連指導者および監督機構はかなり寛容な態度を採っている」[215]という。厳打が違法の免罪符となっているのである。法の軽視という点でいえば、中央よりも地方の方が深刻であるといえよう[216]。

また、法制宣伝の名の下で行われた公開勾留大会、判決宣告大会、現地裁判、さらには上に挙げた死刑囚の市中引回しや公開処刑は、法ないしは裁判の犯罪者（潜在的犯罪者も含む）に対する威嚇力および大衆や被害者の正義感情の満足という機能を最大限発揮させるための措置であると位置づけることができよう。そして、ここでは被疑者・被告人・受刑者は、威嚇機能と報復機能を十分に作用させるための素材でしかなく、これらの者の更正については全く配慮されていない。この点については、強制残留や都市戸籍抹消が何よりも雄弁に物語っているであろう。

このように、83年厳打における立法および法実務は、犯罪制圧という目標に奉仕する手段となっていたといえよう。

③　裁判について。そもそも「重きにかつ速やかに」が実現される主な場はまさに裁判である。この意味でこの方針が提起されたこと自体が、裁判が目的実現に向けて奉仕すべき手段とみなされていたことを意味し

---

[215] 馮衛国・前掲注（212）327頁。なお、著者は関連指導者および監督機構が寛容な態度を採っている違法行為として、これら以外にも弁護士依頼権の不当な制限、集中検挙のための逮捕・勾留基準の引下げ、勾留・判決言渡大会、拷問、強制処分の濫用などを挙げている。

[216] 3.3で繰り返し指摘したように、1985年前後を境に、厳打ブームそのものが沈静化していき、それまでと比べて、それほど「重きにかつ速やかに」ではなくなった。その理由についてある裁判官は、「85年以降、ようやく状況が好転し、裁判所も少しずつ冷静になり、法は政治より大きく、判決は政治的任務を遂行するものではないことが分かった」と述べる（強世功・趙暁力「双重結構化下的法律解釈 —— 対８名中国法官的調査」梁治平編『法律解釈問題』（法律出版社、1998年）236頁）。裏を返せば、それまでは裁判所も厳打ブームの熱狂の渦に巻き込まれ、政治は法よりも上位にあるものと考えられていたのである。

よう。

そして、実際に「重きにかつ速やかに」裁判が行われた(217)。裁判も党の指示に服する道具なのである。

まず、「速やかに」の面では、党（主に政法委員会）が共同事務処理および合同事件処理というやり方を用い、開廷する前に裁判結果を「調整」した。ここでの裁判は、実質的な判定の場ではなく、「法に従い」裁判を行ったという体裁を繕う儀式にすぎない。けだし、その裁判は空虚な形だけをなぞらえたものであり、真の決定権者は裁判官ではなく党だからである(218)。まさに曲新久が揶揄したように、党という指揮官の下で、「砲兵、工兵、歩兵」（＝警察・検察・裁判所）が「重きにかつ速やかに」犯罪者に打撃を加えるという任務を遂行しているという表現がぴったりである。

「重きに」の面では、重い刑罰を科すようノルマが設定され、また事件が蒸し返された。後者は、[実事求是] という中国の正義観に基づき打撃力不足であった裁判を是正するという意義があるのかもしれないが、いずれにせよ、それまでになされた裁判を否定することにほかならない。また、[実事求是] によれば、誤判やえん罪が多かった厳打期には、むしろ再審への道を広げるべきとなろう。ところが、現実はそれとは正反対に、申訴を事実上制限した。この時期に裁判を受けた者は、厳しく打撃を加えるという目標に邁進する国家装置＝裁判所の犠牲者というほかなかろう。

裁判に対するこうした統制（裁判の道具化）が、「司法の独立」を正面から否定していることはいうまでもなかろう。けだし、「司法の独立は、本来は裁判への不干渉、すなわち他の国家機関が裁判事務について、事前に裁判官に裁判内容について指揮命令できたり、または事後に裁判を

(217) 法源論的に表現すれば、党の政策（「重きに」）が裁判の法源となったということになる（小口・前掲注（155）81頁参照）が、本稿は裁判のあり方に焦点を置いているため、ここでは裁判が党の統制を受けていると把握する。

(218) 小口も党による事件の審査制度について、「『公安・検察・法院の間で』『重大な対立のある案件』は『党委員会に指示を仰ぐ』とはどういうことか。ここには司法的問題に対する真の判定者が誰なのかが如実に示されている」と指摘する（同上37頁）。

取消変更することを否定することに外ならない」[219]からである。また、裁判に対する統制は裁判所の外部からだけではなかった。例えば、多くの高裁・中裁では裁判委員会が現地裁判の結果をコントロールしていた。また湖北省漢川県のように、重大事件について上級裁判所の関与をうかがわせる記述もある。

そして、厳打期の裁判がこうしたものである以上、それが中立公平な立場で自分の訴えを聞き入れるはずがない、と被告人や受刑者が思うのも、また当然の結果である。現に、被告人が上訴する比率が1983年に激減し、また受刑者達は判決に不満があっても、厳打期間中に申訴しても無駄だという考えから申訴を控えた。「政治運動だから仕方がない」という受刑者の諦めを、また裁判が政治運動の一道具になっていることを看取できよう。

⑷ 政治運動

83年厳打が政治運動であったことはすでに3.1で指摘したとおりであり、この点について異論はなかろう。

以上のように83年厳打とは、「党の指揮の下で、犯罪制圧という目標に向けて、有効利用できるリソースを総動員する政治運動」と定式化することができる。そして、「なぜ83年厳打が可能であったのか」という問いに対しては、中央の政策決定者から末端の政策実施の担い手に至るまで、法および制度に独自の価値を認めず、これらを支配の道具とする考え方が支配的地位を占めているからであると考える。そしてその核心は、「有効利用できるリソース」に裁判も含まれていること、すなわち、裁判すら目的実現に向けて奉仕する道具とされたことである。けだし、裁判が道具とされなければ、すなわち行政から分離独立し、中立公正な第三者として権力をも拘束しうる存在となっていれば、「重きにかつ速やかに」裁判が行われることはないからである。この意味で、83年厳打を可能ならしめたのは、裁判すら道具とされたためであり、これが83年厳打の本質をなすと考えられる。

---

[219] 兼子一・竹下守夫『裁判法（第4版補訂）』（有斐閣、2002年）37頁。

次章では、上の定式をモデルとしてその後の厳打の現象を観察し、そこでの裁判のあり方を辿っていく。

論　　説

台湾法での相続の過程における遺留分減殺請求の機能(2)

――特に日本法との対比で――

黄　　詩淳

目　次

一、はじめに
二、遺産共有の性質　（以上、57巻4号）
三、遺留分制度
　1．遺留分規定の沿革
　2．遺留分制度の意義ないし存在理由
　3．遺留分制度の「型」
　4．遺留分権利者及び遺留分の率
　5．遺留分の計算
　　(1)　算定の基礎となる財産
　　(2)　評価の方法と時期
　　(3)　各人の遺留分額の計算
　6．遺留分の減殺請求
　　(1)　遺留分侵害額の計算
　　(2)　遺留分を侵害する法律行為の効力
　　(3)　減殺請求権の法的性質
　　(4)　減殺請求の対象と減殺の順序
　　(5)　減殺請求権の行使及び消滅
　　(6)　減殺請求の効力
　7．日本との比較　（以上、本号）
四、遺留分減殺請求の対象となる遺言による財産処分の法的性質
五、遺産分割

六、遺留分減殺と遺産分割
七、おわりに

三、遺留分制度

1．遺留分規定の沿革[132]

台湾の現行民法の中で、遺留分に関する条文は僅か三ヶ条のみである（第一二二三条～第一二二五条）。以上から台湾の現行の民法典では、遺留分があまり重要視されていないことが見てとれるが、このような態度は従前から同様であったというわけではない。現行民法の相続編以前に存在した大清民律草案、第二次民律草案、法制局草案における遺留分の条文は、現行民法よりその数が多く、かつ、詳細であった。現行民法を立法する際にも遺留分の問題が取り上げられた。現在の条文はかなり簡略化され、規定のない部分が多いが、かつての草案の遺留分に関する条文の変遷をたどることにより、立法者の考え方を明らかにし、現在のわれわれの解釈論にも役に立つ観点が得られるのであろう。

⑴ 大清民律（相続編）草案

かつて中国では家産制度が採られており、法律上は遺留分制度が存在しなかった。大清民律（相続編）草案は、日本の明治民法相続編を参考とし、遺留分（特留財産という）制度を導入した[133]（第一五四二条から第一五五四条まで）。現行民法の規定と比べれば、その特徴は以下の数点にまとめることができる。第一に、遺留分権利者の範囲はやや狭い。すなわち、第一五四二条によれば、遺留分権利者は継承人（男性直系卑属。第一四六六条を参照）であり、継承人がいない場合には、遺留分権

---

[132] 以下ではもっぱら中華民国民法における遺留分制度の沿革について述べる。台湾では日本統治時期に既に日本民法の遺留分が条理として台湾人に適用されていた。詳しい考察は、黄宗楽「台湾における遺留分の制度（上）」戸籍時報四九七号（一九九九年）二～四頁を参照。

[133] 戴炎輝・戴東雄『中国継承法』（自費出版、一九八六年）三二一頁。陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）［黄宗楽］三八六頁。

利者は夫または妻あるいは直系尊属である。夫または妻あるいは直系尊属は、法律上、「継承人」ではなく、「承受人」に分類されるが、遺留分権が認められる。これに対して、兄弟、家長、娘である「承受人」は、遺留分権利者の範囲に入っていない。夫、妻、直系尊属と兄弟、家長、娘は共に「承受人」に属するにもかかわらず、一部の者には遺留分権を認め、他の一部の者には認められない。なぜなら、立法理由によれば、夫・妻と直系尊属は被相続人とは親密な関係にあり、遺留分により生活を維持する必要がある。他方で、兄弟と家長は既に自立しているはずであり、また娘が「本来、相続には無権利であり、承受人とはいえども、順序がもっとも最後である」ことから、遺留分権利者から排除された。第二に、大清民律草案では遺留分の割合は一律に遺産の半分である。これに対して、現行民法は遺留分権利者の身分関係によって遺留分の割合に差がある。第三に、遺留分算定の基礎となる財産に算入される生前贈与として、①相続開始前の六ヶ月間に行われた贈与、及び②当事者双方が遺留分権利者に損害を加えることを知ってなした贈与が第一五四三条に挙げられ、これらは遺留分減殺請求の対象となる。そして、③特別受益に関して、第一五五四条は第一四七八条（特別受益）を準用している。このような定め方は日本民法第一〇四四条と同じである。そうすると、現在の日本の学説上の論争と同様の問題が生じる。つまり、特別受益は遺留分算定の基礎となる財産に算入されるが、減殺請求の対象となるのかは、条文の文言から不明である。いずれにせよ、現行の中華民国民法の解釈では、遺留分算定の基礎となる財産に算入される生前贈与は特別受益のみであるから、大清民律草案の①と②に該当する贈与は、現行法の下で遺留分算定の基礎となる財産に属さない。第四に、価格弁償（第一五五二条）及び消滅時効（第一五五三条「遺留分権利者カ相続開始ノ後減殺スヘキ遺贈又ハ贈与アリタル時ヨリ一年間減殺ヲ行ハサルトキハ其権利ハ時効ニ因リ消滅ス相続開始ノ後十年ヲ経過シタルトキ亦同シ」）の規定があるのに対して、現行民法には明文がない。その他の規定をみても、大清民律（相続編）草案規定の順序と内容は、確かに日本民法の遺留分の規定に類似していたことがわかる。

⑵　第二次民律草案

第二次民律草案相続編（第一四八九条から第一五〇九条まで）は基本

的には大清民律草案を踏襲している。以下では第二次民律草案で新設・変更された条文を簡単に紹介するにとどめる。①第一四九〇条は女性の被相続人の遺留分権利者に関する特別規定である。すなわち、この草案では、通常被相続人となる者が男性であると仮定された上、第一四八九条によると、その場合における遺留分権利者は直系卑属、妻、直系尊属という順序になっている。しかし、まれに女性が遺産を残した場合には、第一四九〇条はその遺留分権利者の順序は夫、直系卑属、直系尊属であると定めている。②第一四九二条は、「第一三三三条の規定によって宗祧継承から得た権利は、遺留分算定の基礎となる財産に算入されない」と明言している。第一三三三条は、祖先の神主（儒教で、死者の官位・姓名を記して祠堂に安置する霊牌）・祭具・墳墓・家譜などは、宗祧継承人によって相続されると規定している。これらの財産は第一四九二条に従い、遺留分算定の基礎に入らないが、宗祧継承人が第一三三四条によって相続した他の一般の遺産は、遺留分算定の基礎に入る。その他に増えた条文は、③被相続人の処分の性質に従い、減殺請求の方法を定める規定が四ヶ条ある（第一四九八条から第一五〇一条）。例えば、第一四九九条は、被相続人による遺贈・贈与が義務の免除である場合に、遺留分権利者は減殺できる額の範囲において受遺者または受贈者に対し義務の履行を請求することができる、と定めている。④第一五〇四条における「受贈者の果実の返還」と⑤第一五〇九条における「遺留分権利者の債権者の代位権」という規定も新設された。

(3) 相続法草案

その後、現行民法相続編の前身である一九二八年「法制局相続法草案」が現れた。同草案が制定される際に、六つの立法原則[134]が挙げられたが、遺留分もその一つである。相続法草案の説明の前文では、同草案は「…政治革新の際には、法律をもって新しい社会秩序の実現を促進する必要がある。本草案はこれを目標として掲げ、党と国の目下の需要に対応できるよう期待されている。それゆえに、われわれは伝統や旧習にとらわれず、革命原理の指示に従い、革命化した法規を作らなければならない」[135]

---

134 二の注106を参照。

135 司法行政部民法研究修正委員会編『中華民国民法制定史料彙編（下）』（司

とされており、遺留分に関する考え方も極めて急進的であった。すなわち、立法者は当該草案の第五六条で遺留分を認めたが、実際には遺留分ないし相続制度全体に対して敵対的な立場を採っている。立法の第三の原則においては、遺産制度の弊害が強調された。「...父が富豪であれば、子は豊かな生活を過ごすことができ、依頼心を生じるため、その弊害は至るところに存在する。子が先代創業の困難を知らず、遊びに耽り、自分や家族を害してしまうことはしばしば聞かれる。これもまた遺産制度の弊害の一つである」と。次に、弊害に対処する方法として、遺産税と遺産処分の自由が挙げられた。「世界中の先進各国は遺産の相続に対しては重い累進税率を設定している。これは弊害を緩和する一つの方法であるが、租税は財政状況により、常に調整しなければならないため、遺産税の規定は永久性を有する相続法で定めることができず、単行の税法で定めるべきである。視点を相続法に転じれば、遺産制度の弊害を減らすためには、相続法において、遺産処分の自由を認めるのが唯一の方法である。したがって、この法律は、被相続人の遺産の二分の一は直系卑属と配偶者に留保されなければならないと規定しているが、他方で、直系卑属と配偶者に留保された財産が、各人一万元に達するならば、被相続人は残りの遺産を全て自由に処分することができ、もはや二分の一の制限を受けない」と説明されている。さらに、この規定の趣旨は、「巨額の資産を有する被相続人は、これにより、大部分の財産で社会公益事業に貢献することができ、遺産制度の弊害を減らすことができる」[136]というのである。

この相続法草案の斬新な部分は、まさに遺留分に金額の最低額を定めたことである（第五六条第二項）。しかもその最低額の規定は、直系卑属と配偶者が遺留分権利者である場合にだけ適用されるのではなく、配偶者が単独で（第五七条）、または父母（第五八条）が遺留分権利者となる場合にも準用されている。その他、被相続人と受贈者双方が悪意で行った贈与について、前の二つの民律草案はそれを遺留分算定の基礎と

法行政部、一九七六年）三六二頁。

136 司法行政部民法研究修正委員会編『中華民国民法制定史料彙編（下）』（司法行政部、一九七六年）三六三頁。

なる財産に当然算入するが、本草案は「贈与時から三年未満」という条件を加えた[137]。なお、遺留分減殺請求権の長期の消滅時効は五年間に短縮された[138]。以上は、遺留分の制限といえる。なお、前の二つの民律草案における遺留分は、一律遺産の半分となっていたが、法制局草案において初めて遺留分権利者によって異なる割合の遺留分が定められた。すなわち、直系卑属と配偶者が相続人である場合に、遺留分は遺産の半分である。直系卑属だけが相続人である場合も同じとする（第五六条第一項)。配偶者だけが相続人である場合に、遺留分は遺産の三分の一である（第五七条)。被相続人に直系卑属がなく、父母がある場合は、遺留分は遺産の六分の一である（第五八条)。このような定め方は、現行民法にも引き継がれた。ちなみに、兄弟姉妹と祖父母は法定相続人となりうる（第一一条）が、遺留分権利者ではない。総じていえば、遺留分に関する条文数は、九カ条であり、第二次民律草案の半分未満である。立法者が遺留分を敵視していることは明確であろう。立法の説明では遺産制度ないし相続制度の弊害が述べられ、その結果、法定相続人の範囲の縮小と遺留分の制限という結論につながった。つまり、立法者は法定（血族）相続に否定的な態度を採っており、遺留分が排斥されるのも、これが法定（血族）相続の一環だからである。

⑷ 現行民法

中央政治会議が作成した「親族法相続法立法原則」の中の、相続法の第八点と第九点は遺留分に関するものである。第八点は、遺留分の規定の必要性に関する問題であり、結論は肯定的である。その説明は、「各国の立法例を観察すれば、個人の処分の自由を尊重する国、例えば英米などがあり、他方で、血族相続を維持する国、例えば、ドイツ、フラン

---

137 同草案第六〇条は、相続開始の一年以上前に行われた贈与は以下二つの条件を満たしてはじめて、遺留分算定の基礎となる財産に算入することができる。すなわち、①贈与者と受贈者に悪意があり、②贈与の時からまだ三年未満、ということである。以前の草案と比べれば、②は新たな要件であり、遺留分に算入する財産の範囲は狭くなった。さらに、同条後段は、公益事業への寄付も算入されないと定めている。

138 同草案第六四条は、長期消滅時効を五年間と規定している。前の二つ民律草案では一〇年間である。

ス、スイス、日本などもある。前者は遺産に対する完全な処分権を個人に与え、制限を加えない。後者は個人の処分の自由を認めるが、法律は血族の遺留分を定め、それが被相続人の処分に影響されない。両者を比較すると、後者のほうが情理にかなうため、それを採用する」ということである。そして、第九点は、遺留分権利者の範囲と遺留分の割合に関する問題である。結論は現行民法の条文と同じである。すなわち、直系卑属と配偶者または父母の遺留分はその相続分の二分の一、兄弟姉妹または祖父母のそれは相続分の三分の一である。説明では、まず、全体的遺留分（フランス法系）と個別的遺留分（ドイツ法系）の規定方法が紹介されている。その違いは、遺留分権利者の一人が相続権を失った場合に、全体的遺留分主義によると、その遺留分は他の遺留分権利者に帰属するが、個別的遺留分主義によると、その遺留分は被相続人の自由処分の部分となり、他の遺留分権利者とは無関係である。次に、そもそも遺留分は自由処分の例外であり、遺留分権利者が権利を失えば、その分はやはり自由処分の部分に帰属させたほうが合理的であり、かつ他の遺留分権利者をも害しないため、個別的遺留分主義を採用する、と述べられている。さらに、遺留分は相続分の二分の一か三分の一かは、ただ親族関係の親密度によって違いを設けるだけである、と説明されている[139]。

現行民法相続編の立法理由に関しては、以上の中央政治会議の立法原則のほか、起草説明書にも簡略した叙述がある。遺留分に関するものは、「六、遺留分の明文規定」の部分にあり、以下のように述べている。「わが国の旧律は相続人の相続分を規定しているが、遺産の処分権の範囲については定めていない。...本編は立法原則に従い、遺留分の規定を置いた。その範囲について、直系卑属、父母、配偶者の遺留分は相続分の二分の一、兄弟姉妹、祖父母のそれは相続分の三分の一である。血族関係によって異なる遺留分を定める規定は、わが国の国情に合致するものである」[140]。

---

[139] 司法行政部民法研究修正委員会編『中華民国民法制定史料彙編（下）』（司法行政部、一九七六年）五九七～五九八頁。

[140] 司法行政部民法研究修正委員会編『中華民国民法制定史料彙編（下）』（司法行政部、一九七六年）六四五頁。

現行民法の遺留分の規定に関する立法理由は、現時点では、以上の記述しか発見できない。但し、それを見る限り、現行民法の起草者は、法制局の見解とは異なり、特に相続制度（法定血族相続）ないし遺留分に対して懐疑的な態度を採っているとは思われない。他方で、前の三つの草案と比べると、現行民法の特徴は、①個別的遺留分主義を採用し、②遺留分減殺の対象を「遺贈」に限定したことである。②を見ると、立法者が遺留分の主張をあまり歓迎していないとも理解できなくはない。しかも、最終的に出来上がった条文は三ヶ条のみであり、この数は歴代草案の中でももっとも少ないものである。消滅時効などの重要規定すら欠けている。現行法以前の三つの草案には数多くの条文が揃っていたのに、立法者はそれを参考としていないか、または参考にはしたが意図的に条文に採用しなかったのかが必ずしも明らかではない。

いずれにせよ、規定の空白を補充するために、判例の形成と学説の解釈が不可欠である。現在の台湾における遺留分の解釈をみてみれば、その由来は明確に説明されていないが、内容を分析すると、それは以前の三つの草案条文から示唆を受けて展開されたものであるか、あるいは日本の学説を参考としたものがほとんどである。

なお、現行民法の遺留分に関する規定は、一九三〇年施行以来、改正されたことがないが、様々な議論はあった。具体的には、一九七四年に司法行政部が民法の改正計画を打ち出し、民法研究修正委員会を組織し、重要な問題点を検討した。その中で、遺留分に関するものも二点あった。すなわち、第一に、相続開始前の一定期間内に相続人以外の第三者に対する生前贈与が遺留分を侵害した場合に、何らかの救済策を講じるべきか、第二に、民法第一一七三条の生前特別受益の持ち戻しには、時間の制限を設けるべきか、という二点である[141]。改正作業が実を結ばなかったことは前述の通りである。それから、一九八五年には、親族編と相続編が改正されたが、遺留分の条文には変化はなかった。二〇〇五年に相続法改正の動きが出て、女性の相続権の保護という見地から、遺留分は強化されるようである。その詳しい紹介は七の３に譲る。

141 司法行政部民法研究修正委員会編『中華民国民法制定史料彙編（下）』（司法行政部、一九七六年）九七八頁。

2．遺留分制度の意義ないし存在理由

遺留分制度の存在理由について、学説は、⑴道義上の配慮（近親に対して全く遺産を残さず、全て他人に与えてしまうことは道義に反する）、⑵近親の扶養、⑶家制度の維持、を挙げている[142]。しかし、⑶家制度ないし家産の維持という理由に対しては、「近代法における個人財産尊重及び個人意思自治の思想に反する」として、現代社会では採用すべきでないと主張する学説もある[143]。他方で、立法者は遺留分制度の意義をどのように考えたかは、上述した立法の沿革からはっきりしない。

最近、日本においても、この問題（遺留分制度に対する理解）は重要な論点となっている。つまり、⑴遺留分を均分相続に基づく相続人の権利を平等に実現するものとして、被相続人の処分自由＝単独相続の実現の制約と見る学説[144]と、⑵遺留分制度を歴史的には家産維持をはかるための家族主義的制度として、被相続人の処分自由＝個人的財産権の保障に対する制約と見る学説（通説）[145]、という二つの見方がある[146]。このような理解は、日本民法の歴史に関係している。すなわち、明治民法の下では、遺留分制度は、被相続人の無償処分による家産の減少を制限し、家督相続人への家産の集中を目的とするものであった。そのために、日本の通説が遺留分を家産維持のための制度として理解することは、自然である。

上述の台湾の学説が言及した遺留分の存在理由の中で、⑶家制度ないし家産の維持は、日本の通説を参考としたものであろう。しかし、結論を先取りするなら、この理由は必ずしも中華民国民法の遺留分には当てはならない。まず、日本における「家制度の維持」は中国では観念でき

---

142 史尚寛『継承法論』（自費出版、一九六六年）五五六頁、陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）［黄宗楽］三八七～三八八頁。

143 戴炎輝・戴東雄『中国継承法』（自費出版、一九八六年）三二二頁。

144 伊藤昌司『相続法』（有斐閣、二〇〇二年）五頁。

145 中川善之助編『注釈民法（26）相続(3)』（有斐閣、一九七三年）［中川淳］三四二頁。中川善之助・泉久雄『相続法［第四版］』（有斐閣、二〇〇〇年）六四六～六四七頁。

146 犬伏由子「各章のテーマの位置づけと問題点」久貴忠彦編集代表『遺言と遺留分（第二巻・遺留分）』（日本評論社、二〇〇三年）三頁を参照。

ないものであるため、立法者が実在しない「家制度の維持」を念頭にして遺留分制度を導入したとは到底考えられない。若干詳述すると、そもそも日本における「家」の概念は、中国とは異なる。日本の「家」は、「形式的に思惟されたる家」[147]といわれ、人々の集団ないしその財産にとどまらず、それ以上のものが含まれている。日本の家は、「家業なり家名なりという固有の目的が人々の生死にかかわりなく存続し、人々から献身を要求すると同時にまた人々をその恩恵を浴せしめるような、永続的な目的が」[148]加わっている。換言すれば、家は独自の目的をもった機構であり、その名の下に個人を集結していた。ここから、家を継ぐという観念、そして家を継いだ当主の特権と責任が生ずる。家の物的基礎を過度に細分化することは、機構の維持を危くするものとして避けられなければならなかった。これに対して、中国には、このような「形式的に思惟されたる家の観念」が存在しなかった。家は「独自の機構ではなくして、個人が親族関係――同じ男系の血を分けたという同宗・同類の関係――を契機として結びついた集合体にすぎない」[149]。台湾の学説もまたこれに賛同し、「わが国伝統法上の『家』は、ヨーロッパ及び日本における封建的な色が濃い『家』と相違し、永久存続の意義を有しない。また、『本家』と『分家』の区別もない。ただ家産の分割によって、一つの『家』は数個の『家』に分化するのである。『家』は経済上の生活共同体であるにすぎない」[150]と述べている。「日本でいう意味における家業の観念も家名の観念も、中国には存在しなかったとすれば、そこには家を相続するという観念もまた存在し得なかった」[151]。「人々は、血すじの枝のどこに位置するかという自然的な事実によって、平等に、一定の家族身分を動かし難く保障せられ」た[152]。このことは、中国古来の諸子平

147 中田薫「中世の家督相続法」国家学会雑誌三二巻一〇号（一九一八年）二七頁［中田薫『法制史論集　第一巻』（岩波書店、一九二六年）所収、二七四頁］。
148 滋賀秀三『中国家族法の原理』（創文社、一九六七年）六一頁。
149 滋賀秀三『中国家族法の原理』（創文社、一九六七年）六七頁。
150 陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法親属新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇二年）［陳棋炎］四七二頁。
151 滋賀秀三『中国家族法の原理』（創文社、一九六七年）六六頁。
152 滋賀秀三『中国家族法の原理』（創文社、一九六七年）六七頁。

等の原則にも繋がっている。家という独立した目的を体現する機構が存在しないならば、この機構を維持するために財産を集中させる必要もない。家は人と財産の集合体にすぎないため、構成員はこの集合体を離脱することをきっかけとして、自己の財産の持分を取り戻していく。それは中国語でいう「分家」、すなわち、家ないし家産の分割である。このことは、日本の「家の相続」とはまったく別な概念である。

中国は家産の分割にあたって、徹底的な均分主義を採っており、日本の「家督相続」のような嫡長主義を採っていない[153]。なぜなら、中国には独立機構のような「家」が存在せず、家の財産を一人に集中させるような家督相続制度も存在しないからである。諸子平等の原則は、伝統的な固有法のみならず、大清民律草案から現行民法までずっと貫かれてきた。この原則は、現在われわれが想定している「相続」、すなわち純然たる財産の承継にあたっても保たれているのみならず、「相続」が祭祀の意味を伴った時代、すなわち「宗祧継承」においても変わるものではなかった（第二次民律草案相続編第一三〇八条）。

上述した通り、中国には日本の「家」がないことは異論のない事実である。中国における同居共財の家は、いずれ息子の数にしたがって細胞分裂のような現象が起きる。「（機構や看板のような）家」を維持することは考えられない。そのため、遺留分制度の意義を「家制度の維持」というのは、中国の家の分裂・繁衍の事実と矛盾している。確かに、大清民律草案から現行民法に至るまで、遺留分制度は条文上、被相続人が行った遺贈を遺留分減殺請求の対象とし、その財産が終意処分によって外部者に流出することを防ぐためのものである。この「家（という生活共同体）の外への財産流出防止」機能は否めないが、このことは「家の財産を一人の相続人に集中的に継がせるあるいは一つの集合体として保存させる」ことである「家制度ないし家産の維持」と同一視されるべきではない。

次に、仮に言葉の使い方では譲歩し、遺留分制度の「外部者への財産流出防止」機能が「家産の維持」であるという考え方に妥協するとして

[153] 臨時台湾旧慣調査会編『台湾私法　第二巻下』（臨時台湾旧慣調査会、一九一一年）五四八頁。

も、実際に遺留分制度の成立当時の社会的な状況に鑑みると、やはり「共同相続人間の平等」がその重要な機能であることを否定できない。具体的には、司法院三一年院字第二三六四号解釈の申請理由から、当時の遺留分の意義を窺うことができる。すなわち、一九四二年の当時、「社会一般の被相続人は依然として男尊女卑の思想を強く持っており、女子の相続権に反対している」。そして、被相続人は弁護士に助言され、生前処分で大部分の財産を息子に移転し、遺産にめぼしいものがなかった。生前贈与は、二一年院字第七四三号解釈（後の6(4)①Bを参照）によれば、仮に民法第一一七三条（特別受益）に該当するとしても、被相続人が遺産に算入しないと意思表示すれば、第一一七三条ただし書の規定を適用すべきであり、遺留分という制限を加えることはできない。このように被相続人の生前処分をすべて認容してしまうと、「頑固な家長は、この解釈を利用し、娘の財産相続権を侵害することが予想される」。この結果は、女子の相続権を認めた民法の立法趣旨に大いに悖ることになる。そのため、申請者は、院字第七四三号解釈の妥当性について、司法院の解釈を求めた。以上の経緯から、遺留分は女子の法定相続権の保護手段として位置づけられたことがわかる。つまり、遺留分は、同じく法定相続人に属する娘と息子の平等を図るための制度であると考えられていた。だからこそ、女性の相続権を保障する方法として、被相続人が生前、男性の相続人に贈与したものを、遺産に算入し、遺留分減殺請求の対象とする提案が出されたわけである。この司法院解釈が下された一九四二年は、民法施行の一〇年後であったが、当時の人々の遺留分に対する理解は、おそらく立法者とはさほど変わらない。立法者が繰り返し男女の平等を強調するのは事実である。そこで、男女の平等を如何に実現するかを考える際に、遺留分制度が「女性の相続権を保護するための最後の唯一の手段」であることを意識したはずである。総じていえば、中華民国民法の遺留分は、当初から、相続人間の平等に寄与するものとして考案されたといってもよかろうが、相続人間の性差という要素こそが立法者の本来の関心であることに留意すべきである[154]。

[154] 社会あるいは国家が女性地位の向上を図ろうとして、「相続制度をいわば政治的手段として用いる」と評価できる。このように、相続法に他の理念や指

他方で、もう一つの疑問は、被相続人が生前、相続人でない第三者に贈与したものを遺留分減殺請求の対象とする議論が何故存在しなかったかである。これについて、三一年院字第二三六四号解釈の申請理由にも若干の回答がある。すなわち、「欧米諸国では、被相続人がその財産を法定相続人である子に与えず、他の親友又は公益団体に贈与することは多く見られる。しかし、このことは、伝統の思想及び家族観がまだ根強く存在しているわが国では稀である」。第三者への生前無償処分がそもそも少なかった当時、第三者への生前贈与を遺留分減殺請求の対象とする論調は見当たらなかった。すなわち、被相続人が財産を家族以外の者に与える習慣は中国にはあまりないため、遺留分制度を設計する際に、法定相続人以外の者への贈与は見落とされた。これで「相続開始前の一定期間になされた贈与及び遺留分権利者を害することを知ってなされた贈与」を遺留分減殺請求の対象とする条文、つまり日本民法第一〇三〇条のような条文が、中華民国民法に存在しないことの説明がつく。その後、一九七五年に民法改正が議論された際に、「相続開始前の一定期間内に、相続人以外の人に対してなされた贈与が遺留分を侵害する場合の対策」はようやく問題視されはじめた[155]。この経緯から、遺留分は制定当時、「遺産の家族外の第三者への流出に対する対抗策」、すなわち「遺産を家族である法定相続人ないし家の中に留保するための手段」として第一義的には想定されていなかったことがわかる。

以上の二つの理由、すなわち、第一に、中国の「家」の意味・機能と日本のそれとは相違し、したがって「家制度の維持」は観念できないこと、第二に、制度成立当時の社会的背景から、中華民国民法における遺留分制度の意義を「家制度ないし家産の維持」と理解することは妥当ではない。正確にいえば、立法の時から遺留分制度には「相続人間の平等維持」という機能が主要的な目的とされていた。しかしながら、このことを学説は全く意識していないようである。現在、相続ないし遺留分の

導原理を押し込むことは珍しくないようである。西希代子「遺留分制度の再検討（1）」法学協会雑誌一二三巻九号（二〇〇六年）一二三頁。

155 司法行政部民法研究修正委員会編『中華民国民法制定史料彙編（下）』（司法行政部、一九七六年）九七八頁。

紛争が増えつつある中で、台湾でも遺留分の意義が見直される必要があろう。

3．遺留分制度の「型」

遺留分制度を説明するにあたって、従来の議論には、ローマ・ドイツ型の「義務分」とゲルマン・フランス型の「遺留分」とを典型的なモデルとした上で、自国の遺留分制度をこの二つの典型的モデルからの距離で説明する傾向がある[156]。これによれば、日本の遺留分制度はローマ・ドイツ型の制度とゲルマン・フランス型制度の中間的な存在であるということになる[157]。では、台湾の遺留分制度はどうなっているのか。

現行民法の遺留分に関する規定は第一二二三条から第一二二五条までであり、ゲルマン・フランス型の遺留分制度に属すると一般的に考えられている[158]。その理由は、民法は法定相続主義を採用して、全ての法定相続人に遺留分を与える。法定相続人はその相続人の資格に基づいて遺留分権を有する。すなわち、法定相続権は遺留分権の基礎である。したがって、相続欠格または相続放棄（第一一七五条：相続の放棄は相続開始時に遡って効力を生ずる。）の相続人は相続開始時に相続権を有しないことになるので、遺留分権も有しない。次に、遺留分は遺産の一部であり、遺産の上に存在するものであるから、遺留分が侵害された場合、返還請求の目的は原則として遺産の現物に限られる。

他方、民法には明文がないが、学説の大部分は、ローマ・ドイツ型の価額弁償主義に賛成している[159]。その理由は、家産の概念は徐々に薄め

---

156 潮見佳男「遺留分の学説と判例」家族＜社会と法＞一九号（二〇〇三年）九五頁。

157 遺留分制度に詳しい考察を加えた文献として、原田慶吉『日本民法典の史的素描』（創文社、一九五四年）三一七頁以下、五十嵐清「遺留分制度の比較法的研究」法学協会雑誌六八巻（一九五〇年）五号四五二頁以下、六九巻（一九五一年）二号一二六頁以下、三号二五八頁以下、高木多喜男『遺留分制度の研究』（成文堂、一九八一年）八九頁以下。

158 范揚『継承法要義』（商務印書館、一九三五年）五七頁。戴炎輝・戴東雄『中国継承法』（自費出版、一九八六年）三二一頁。陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）［黄宗楽］三八六頁。

られてきており、遺留分制度の機能は、家産の維持から遺族の生活保障に変化したとして、価額弁償のほうが便利でかつ遺言に表現された被相続人の意思にもかなうからである。そのため、学説は、台湾の遺留分制度はローマ・ドイツ型の特徴をも帯びていると主張している[160]。しかし、価額弁償はあくまでも学説（有力説）の主張にとどまり、それを肯定した最高法院の判例はまだ存在しない[161]。したがって、このことを根拠に台湾の遺留分制度はローマ・ドイツ型の特徴を有すると説明することは不適切であろう。仮にそう主張するなら、他の証拠を探すべきである。一つの手がかりとして、現行民法以前に存在した大清民律草案と第二次民律草案の条文は、価額弁償を支持する根拠となりうる。すなわち、大清民律草案第一五五二条は、「遺留分権利者カ減殺ヲ為ス場合ニ於テ受遺者又ハ受贈者ハ其物ノ価額ヲ弁償シテ原物ノ返還ヲ免ルルコトヲ得。」と規定しており、第二次民律草案第一五〇五条にも同様な条文がある。価額弁償の条文は、その後の法制局草案と現行民法には欠けているが、立法史の研究を通じて、解釈上、価額弁償を正当化する可能性がある。

しかし、台湾の現行民法においては、日本の価額弁償・遺留分放棄のような規定は存在せず、過去に判例もそれを積極的に認めたことはない。したがって、台湾の遺留分制度は日本のそれより一層ゲルマン・フランス型に近いといえよう。もちろん、このような言い方は、異なる国の遺留分制度を理解しやすくするためのイメージ作りにすぎない。学説が指摘した通り、現在「あるべき理論枠組（秩序・規範）」を議論する際に、この沿革・歴史認識への固執（例えば、ドイツであれ、フランスであれ、

159 史尚寛『継承法論』（自費出版、一九六六年）五五八頁。陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）［黄宗楽］三八六～三八七頁。

160 戴炎輝・戴東雄『中国継承法』（自費出版、一九八六年）三二一頁。陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）［黄宗楽］三八七頁。

161 価額弁償の可否について言及した下級審裁判例は二つある。台湾宜蘭地方法院八四年訴字第一五号判決と台湾高等法院八四上字第一二六五号判決（実は同一事件の一審と二審）である。前者において裁判所は価額弁償の可否について明確な意見を示さなかったが、後者において裁判所は全面的に価額弁償説を認めた。

そのような典型的な制度へと純化すべき思想）は危険である[162]ことに留意しなければならない。

4．遺留分権利者及び遺留分の率

(1) 遺留分権利者

中華民国民法第一二二三条によれば、法定相続人の全ての者が遺留分権利者である。それには、被相続人の直系卑属、父母、兄弟姉妹、祖父母及び配偶者が含まれている。

(2) 遺留分の率

遺留分の規定として、遺留分全体が遺産の何分の一という規定の仕方と、各相続人の遺留分がその相続分の何分の一という規定の仕方がある。台湾の現行民法は、大清民律草案・第二次民律草案及び日本民法とは異なり、全体的遺留分主義ではなく、個別的遺留分主義を採用している。この両者の差は、遺留分権利者の中に相続権を失う人がある場合に現れる。全体的遺留分主義においてはその者の遺留分は他の遺留分権利者に帰属するので、被相続人の自由処分できる部分は変動を生じない。個別的遺留分主義においてはその者の遺留分は他の遺留分権利者に影響せず、かえって被相続人の自由処分できる部分はその限度で増える。学説は一般的にこのように説明している[163]。果たしてこれは論理上当然の帰結といえるのか。台湾には参考となる判例がない。これに対して、日本の遺留分は全体的遺留分主義であり、下級審裁判例[164]は上述の結論（共同相続人の一部が相続を放棄した場合に、残りの相続人の遺留分は増加する）を支持したが、学説上は異なる理解がある。すなわち、日本民法第一〇二八条の遺留分が、遺産中の遺留分と自由分の比率を示すもので、第一〇四四条（第九〇〇条・第九〇一条の準用）による遺留分は各遺留

---

162 潮見佳男「遺留分の学説と判例」家族＜社会と法＞一九号（二〇〇三年）九五頁。

163 史尚寛『継承法論』（自費出版、一九六六年）五六三頁。陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）［黄宗楽］三九五頁。

164 大阪高判昭和六〇年三月二〇日判タ五六〇号一四四頁。

分権利者の個人的権利の枠の割合を示すものと解すれば、共同相続人の相続放棄によりこの者の個別的遺留分に属すべきであった部分は自由分と同性質のものとなり、実質的に自由分の枠を広げると主張されている[165]。

現行法では遺留分権利者の遺留分の率は、被相続人との関係の親密度によって異なる。しかし、大清民律草案・第二次民律草案にはこのような区別がなく、一律に遺産の二分の一であった。いずれにせよ、民法第一二二三条によれば、直系卑属、父母及び配偶者はその相続分の二分の一であり、兄弟姉妹、祖父母の遺留分はその相続分の三分の一である。したがって、遺留分の前提として、まず相続分を計算しなければならない。法定相続人とその順位は、民法第一一三八条に規定されている。すなわち、「遺産相続人は配偶者を除き、左の順序で定める。一、直系卑属。二、父母。三、兄弟姉妹。四、祖父母」。そして第一一三九条には「前条で定めた第一順位の相続人は、親等の近い者を先にする」と、第一一四〇条には「第一一三八条で定めた第一順位相続人は、相続開始前に死亡したとき、又は相続権を喪失したとき、直系卑属がその者の相続分を代襲して相続する」と、第一一四一条は「同一順位の相続人が数人いる場合、人数に応じて均等相続する。但し、他の法律に定める者はこの限りでない」と規定している。さらに、第一一四四条には「配偶者は互いに遺産相続の権利を有する。その相続分は左の規定により定める。一　第一一三八条で定めた第一順位の相続人と同時に相続するとき、その相続分は他の相続人と相等しい。二　第一一三八条で定めた第二あるいは第三順位の相続人と同時に相続するとき、その相続分は遺産の二分の一。三　第一一三八条で定めた第四順位の相続人と同時に相続するとき、その相続分は遺産の三分の二。四　第一一三八条で定めた第一から第四順位の相続人がいないとき、その相続分は遺産の全部」と規定されている。上述の規定に基づいて計算した結果、各人の遺留分は以下の通りである。

①　配偶者

配偶者が単独相続するとき、その相続分は遺産の全部であり、遺留分は遺産の二分の一である。配偶者は被相続人の直系卑属、父母、兄弟姉

165　伊藤昌司『相続法』（有斐閣、二〇〇二年）三七一頁。

妹、祖父母と共同相続するときについては、②③④⑤で検討する。

② 直系卑属

被相続人に子A・B・C三人がいる場合、A・B・Cそれぞれの相続分は遺産の三分の一である。遺留分は三分の一の半分、すなわち遺産の六分の一である。直系卑属が配偶者とともに相続するときは、配偶者の相続分は他の相続人と頭割りで計算する。例えば、被相続人には子三人と配偶者がいる。配偶者の相続分は遺産の四分の一であり、遺留分は遺産の八分の一である。他の子の相続分も遺留分も配偶者と同様である。

③ 父母

父母のみが相続人であるとき、父と母の各人の相続分は遺産の二分の一であり、その各人の遺留分は遺産の四分の一である。父母と配偶者が共同相続するとき、配偶者の相続分は遺産の二分の一であり、父と母の各人の相続分は遺産の四分の一である。そして父と母の各人の遺留分は、相続分の二分の一であるため、遺産の八分の一である。

④ 兄弟姉妹

兄弟姉妹の遺留分は上記の者と異なり、相続分の三分の一である。相続人が兄弟姉妹四人である場合に、各人の相続分は遺産の四分の一であり、遺留分は相続分の三分の一であるため、遺産の一二分の一である。相続人が配偶者と兄弟姉妹四人である場合には、配偶者の相続分は二分の一、兄弟姉妹全体の相続分も二分の一であるから、各人の相続分は八分の一である。その遺留分は二四分の一である。

⑤ 祖父母

祖父母の遺留分は相続分の三分の一である。相続人が父系と母系両方の祖父母である場合に、各人の相続分は遺産の四分の一であり、遺留分は遺産の一二分の一である。父系と母系両方の祖父母と配偶者が共同相続する場合に、配偶者の相続分は遺産の三分の二であり、祖父母全体の相続分は三分の一。各人の相続分は一二分の一で、遺留分は三六分の一である。

5．遺留分の計算

遺留分額を算定する方法について、民法第一一二四条は「遺留分は、第一一七三条により計算した相続すべき遺産の中から債務額を控除して計算する」と定められている。第一一七三条[166]は遺産分割の際に、相続

開始時の遺産額に特別受益額を加える規定である。したがって、第一一二四条によれば、「遺留分算定の基礎となる財産」の計算方法は、①被相続人が相続開始時に有した財産に、②特別受益財産を加え、さらに③債務額を控除する、ということである。

⑴　算定の基礎となる財産

①　相続開始時の財産額

被相続人が行った遺贈または遺贈と同視できる死因贈与の目的財産は、既にこの財産に含まれており、さらに加算する必要がない[167]。ただ、保険金・夫婦財産制の解消による剰余財産分配請求権・生命侵害による損害賠償請求権などは遺産に算入すべきか否かを更に検討する必要がある。

Ａ．保険金と死亡退職金・遺族給付

保険契約者が自己の相続人を保険金の受取人に指定した場合に、被保険者である被相続人の死亡によって相続人が保険金を受け取るのは、保険契約による受取人の固有の請求権に基づくものである。しかし、生命保険契約が、実際には、貯蓄預金としての性格をももっていることを考えると、保険金が相続のルールを避けつつ財産が被相続人から直接相続人へ流入することは、「財産隠匿の手段に悪用されるおそれもあ」[168]り、望ましい結果とはいえない。そこで、生命保険金を特別受益の持ち戻し対象とするか、及び生命保険金を遺留分減殺の基礎となる財産に算入し、減殺請求の対象とするかが日本で議論されている[169]。台湾における生命

166　（第一項）相続人のうち相続開始前に結婚、分居又は営業によって既に被相続人から財産の贈与を受けた者がある場合は、その贈与価額を相続開始時の被相続人所有財産に加えたものを相続財産とすべきである。但し被相続人が贈与の時において反対の意思表示をしたときは、この限りでない。（第二項）前項の贈与価額は、遺産分割時に、その相続人の相続分から控除すべきである。（第三項）贈与価額は、贈与時の価値によって計算する。

167　陳棋炎「関於我国民法所規定的特留分之研究」『親属、継承法基本問題』（自費出版、一九七二年）四七三頁。

168　我妻栄・立石芳枝共著『親族法・相続法』（日本評論新社、一九五二年）四八七頁。

169　中川善之助・泉久雄『相続法[第四版]』（有斐閣、二〇〇〇年）二一一～二一二頁。

保険の保険金は、保険法の規定によると、受益者が指定されていない場合には遺産となる（保険法第一一三条)。受益者が指定されている場合には、保険金は遺産には含まれない（保険法第一一二条)。これらの保険法の条文から、直ちに民法は保険金に対する持戻しと遺留分減殺請求を認めないという結論が導かれるわけではない。ただ、現実に相続をめぐる訴訟でこのような主張が見られないため、判例や学説の考え方はまだ不明である。なお、遺産及び贈与税法第一六条第九号は、「契約により、被相続人死亡時に、指定された受益者に給付する生命保険金、軍人・公務員・教員、労働者または農民保険の保険金及び互助金」を遺産の総額に算入しないとしている。この点は、日本の相続税法の規定（第三条第一項第一号[170]）と異なっている。

その他、死亡退職金について、軍人撫恤条例第四条、公務人員撫恤法第八条、学校教職員撫恤条例第九条は、死亡撫恤金（死亡退職金）を受給する遺族の順序を、次のように定めている。すなわち「一　父母、配偶者、子女及び死別した嫁。但し配偶者と死別した嫁は、再婚していない者に限る。二　祖父母及び孫。三　未成年あるいは成年であるが労働能力のない兄弟姉妹。四　扶養を受けられない配偶者の父母、祖父母。」という順序である。労働基準法第五九条第四号、労災によって死亡した労働者の遺族に対して、職業災害補償を与えている。受給権者の順序は、「(一）配偶者と子女。(二）父母。(三）祖父母。(四）孫。(五）兄弟姉妹。」となっている。これらの規定から、死亡退職金は法定されている受給権者が固有の資格で取得するといえる。

遺族給付について、まず保険に基づく死亡給付を概観してみる。労工保険条例第六五条は、第六三条（死亡給付）と第六四条（労災による死亡給付）の給付について、特定の遺族（範囲と順序は上記の労働基準法第五九条第四号と同様。但し、孫と兄弟姉妹は、被保険者に扶養されて

[170] 日本の相続法第三条第一項第三号は、「被相続人の死亡により相続人その他の者が生命保険契約の保険金又は損害保険契約の保険金を取得した場合においては、当該保険金のうち被相続人が負担した保険料の金額の当該契約に係る保険料で被相続人の死亡の時まで払い込まれたものの全額に対する割合に相当する部分」を、相続または遺贈により取得したものと見做している。

いた者に限られる）だけが受給できると定めている。司法院大法官解釈第五四九号（二〇〇二年）は、明確に労工保険条例による死亡給付と相続の違いを指摘している。すなわち、「労働者保険は、憲法第一五三条における労働者保護及び第一五五条、増補条文第一〇条第八項における社会保険制度の実施という基本国策に基づいた社会保障措置である。保険基金は、被保険者が納付した保険料、政府の補助及び使用者の負担額で構成されたものであり、被保険者の個人財産ではない。被保険者の死亡によって遺族が受給する手当は、性質上、所得の代わりである。その目的は、遺族が生活を維持できない結果を防ぐことにあるため、遺族が扶養されていた事実が必要な前提である。したがって、手当は、法によって相続しうる遺産とは異なる」のである。そのため、労働者保険の遺族給付は法律の定めにより遺族に与えるものであり、相続による取得ではない。他方で、軍人保険条例第六条は、「退役及び障害給付は、被保険者本人を受益者とする。死亡給付は、被保険者が左の親族から指定した者を受益者とする。一　配偶者。二　子女。三　孫。四　父母。五　兄弟姉妹。六　祖父母。」と述べ、受益者は原則として指定によると定めている。以上の遺族給付を遺族固有の権利と解することは自然である。しかしながら、受益者を指定していない場合は、同法第八条によれば、「死亡給付は民法の相続の規定に従って処理する」となっている。その他、公教人員保険法第七条は、「被保険者の受益者は、その本人又は法定相続人である。法定相続人がない場合に、受益者はその指定による」と定めているため、同法第一六条の死亡給付は、法定相続人が受給することとなる。このように、軍人と公務員保険に基づく死亡給付は、労働者保険の文言と異なり、法定相続人を受給権者として定めているが、保険に基づく死亡給付の性格は、軍人・公務員・労働者の三者とも同じ性質であることを考えれば、この給付は遺族が固有の権利に基づいて取得するものと解する。軍人保険条例における「死亡給付は民法の相続の規定に従って処理する」という条文は、死亡給付の「受給権者の範囲や順序」を民法の相続の条文通りに解することを指す。死亡給付自体を民法の相続財産と見做す意図がないのであろう。

次に、退職金関連の遺族給付を検討する。公務人員退休法第一三条の一、学校教職員退休条例第一四条の一によれば、月ごとに退職金を受給

している者が死亡した場合に、その「遺族」は「死亡撫慰金」を受給できるが、「遺族」の範囲は明確ではない。ただ第三項において、「遺族が父母、配偶者又は未成年の子である場合に、一次撫慰金を受給せず、…月ごとに撫慰金を受給することができる」と定め、父母、配偶者又は未成年の子は遺族であることがわかる。労工退休金条例第二六条前段は、退職金を受給する前に死亡した労働者について、その遺族又は指定された受給権者は、退職金を一括して受け取ると定めた。さらに、後段は、月ごとに退職金を受給している労働者が、平均余命に達する前に死亡した場合に、当該退職金の給付は中止する。労働者個人の退職金専用口座に対して清算し、残存金はその遺族又は指定された受給権者が受け取る、と定めた。労工退休金条例における「遺族」の範囲と順序について、第二七条は労工保険条例第六五条と同様の規定を置いている。さらに、労工退休金条例第二八条第四項は、退職金請求権の消滅時効（五年間）を規定しており、労働保険条例第三〇条の時効規定（二年間）に類似している。この二つの類似性から、労工退休金条例における退職金は、労工保険条例の遺族給付と同視され、社会保険の性質を有する法定給付と思われやすい。しかしながら、労工退休金条例第一四条によると、使用者は毎月、労働者の賃金の六％を退職金の口座に払い込むことを要する。将来、労働者が受け取る退職金は、使用者の払込金額とその収益である。国家は収益の年率について保証しているが、退職金の性質は、代替所得ではなく、むしろ「貯金」である。すなわち、退職金は、使用者が本来労働者に支払うべく「賃金」を貯金したものである。労働者は、使用者が払い込んだ退職金について所有権を有するが、ただ使用権が制限され、譲渡・差押・相殺または担保に供することができない。そのため、労働者の死亡によって、その遺族または指定された受給権者が請求できるものは、労働者が残した「貯金」であり、性質上、民法第一一四八条の遺産である。これには消滅時効の規定が適用されるべきではない。以上の理由から、学説は労工退休金条例第二八条の規定が法の目的や趣旨について十分に配慮していないと批判している[171]。したがって、退職金関連

[171] 郭玲恵「労工退休金条例年金保険争議問題初探」台湾本土法学七三期（二〇〇五年）六三～六四頁。

の遺族給付は、純粋な社会保険に基づく遺族給付とは性質上、異なるところがあり、遺産に属さないとは断定しがたい。

B．夫婦財産制の解消による剰余財産分配請求権

夫婦一方の死亡が民法第一〇三〇条の一の「法定財産制の解消」に該当すると解するなら、相続開始と共に、夫婦財産制の解消による剰余財産分配請求権も発生する。裁判例の状況は既に二の６の(3)で検討した。繰り返しになるが、最高法院はこの問題についてまだ判示していないため、民法の解釈にあたって剰余財産は「遺産」の範囲から除外すべきかがはっきりしないが、遺産税法の計算をめぐって最高行政法院は一九九七年の判決で、財政部八六年二月一五日台財税第八五一九二四五二三号函釈（各地区の国税局に、「遺産税を課徴する際に、如何に民法第一〇三〇条の一の剰余財産分配請求権を適用すべきか」に関して研究・決議した結果を通達したもの）に基づき、積極的にこれを肯定した。したがって、遺産税の計算において、生存配偶者は、遺産及び贈与税法第一七条に基づき、剰余財産を遺産総額から控除すると主張できる。

しかし、このような見解を採用すると、さらに別の問題が生ずる。すなわち、仮に死亡者が剰余の少ない配偶者であれば、死亡配偶者は生存配偶者に剰余財産の分配を請求する権利があり、その権利は相続される。それにより、死亡配偶者の相続人は生存配偶者に対して剰余財産の分配を請求する可能性がある。このような弊害を避けるため、二〇〇二年法改正で民法第一〇三〇条の一第三項が追加された。同条によれば、「第一項の請求権は、譲渡又は相続されることがない。但し、既に契約によって承諾された場合、或いは既に起訴した場合はこの限りでない」のである。立法理由は、「剰余財産分配請求権は夫婦の身分関係に基づいて生じるものであるため、夫婦の一方が死亡するとき、剰余財産分配請求権はその相続人に相続されるべきではない。...」と述べ、本項の趣旨が剰余財産分配請求権の相続性を否定することにあると明言した。これによって、生存配偶者は死亡配偶者の相続人に剰余分配を主張できるが、逆の請求、つまり死亡配偶者の相続人が生存配偶者に請求することは許されない。しかし、学説[172]と法務部はこの「一身専属権」の規定を強く

[172] 陳恵馨・郭振恭・許澍林・王海南・林秀雄のシンポジュウム発言、「研討

批判している。その理由は以下の通りである。

ａ．取引の安全を害する。被相続人の剰余財産分配請求権が相続されないと、相続債権者の弁済を受ける機会は減ってしまう。その他、相続の場合のみならず、離婚の場合もまた、剰余財産分配請求権を有する配偶者と取引した第三者は、債権者代位権（民法第二四二条）と詐害行為取消権（第二四四条）を行使できず、取引の安全を害する[173]。

ｂ．剰余財産分配請求権は、夫婦の共同生活における協力により生じたものであるが、財産権であることは否めない。法定財産制の解消前には、それは停止条件付きの債権であり、性質上は財産権である。そのため、それを行使及び帰属上一身専属的な権利として定め、あたかも非財産的な損害賠償請求権のように扱うことは、妥当でない[174]。その他、「身分関係に基づいて生じる」請求権もまた、必然的に一身専属的であるわけではない。例えば、民第九九九条の定める結婚の無効または取消によって発生する財産上の損害賠償請求権は、条文上、一身専属権となっていない。第一〇五六条離婚による損害賠償も同様である[175]。

ｃ．わが国が参考としたスイス法とドイツ法は、剰余共同制において、剰余財産分配請求権の一身専属性を認めていない[176]。

民法第一〇三〇条の一第三項の規定は以上の批判を招いたものの、立法者は最初から「死亡」を剰余財産分配請求権の発生原因と考えていたことがわかる。最高法院の判決はまだ見られないが、将来的には相続法の解釈として、剰余財産は被相続人の遺産とならないと判示されると推測することも可能であろう。このような解釈論は、「相続」の根拠に大きな波紋を及ぼすのではないか。すなわち、現代相続権の一つの根拠として、相続人の潜在的な持分の清算ということが挙げられている。しか

会記録」台湾本土法学三八期（二〇〇二年）八三～九六頁。

173 戴東雄『親属法別冊』（自費出版、二〇〇二年）二四頁。

174 陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法親属新論』（三民書局、二〇〇二年）［郭振恭］一六八頁。

175 林秀雄「剰余財産分配請求権之再造」月旦法学八九期（二〇〇二年）一五頁。

176 戴東雄『親属法別冊』（自費出版、二〇〇二年）二四頁。

し、配偶者が被相続人の遺産に対して剰余財産分配を請求し、その残余こそが相続法の「遺産」だとすると、配偶者の持分清算は既に済んでおり、その相続権は持分清算の要素を含んでいない。これに対して、血族相続人は剰余財産の分配請求権を有しないから、血族相続の部分は依然として持分清算の要素を帯びている。それにもかかわらず、相続法のルールとしては、配偶者と子の法定相続分は等しいものである。生存配偶者により多くの相続分を承認することは、おそらく立法者は生存配偶者の相続財産による生活保障の必要性が子より大きいと考えているからであろう。これは偶然にも世界各国における配偶者相続権の強化の流れに合致している。

C．生命侵害による損害賠償請求権

不法行為による生命侵害の損害賠償請求権は遺産となるかについて、台湾と日本の制度は非常に異なるため、詳しく説明する必要がある。まず、被害者が有する請求権を検討する。被害者が侵害を受けてから死亡するまでの間に、その身体・健康の損害について加害者に対しては当然に損害賠償請求権を有する。損害は、財産的損害と非財産的損害に分けられる。民法は第一九三条において、財産的損害に関する賠償請求権を定めている。すなわち、「（第一項）不法に他人の身体または健康を侵害した者は、被害者がこれによって労働能力を喪失若しくは減少し、又は生活上の需要を増加した場合には、損害賠償の責任を負わなければならない。（第二項）前項に定める損害賠償について、法院は、当事者の申立によって定期金を支払わせることができる。但し加害者に担保を提供させなければならない」。最も重要な財産上の損害は、医療費[177]及び就労不能による所得損失である。非財産的損害について、民法第一九五条

[177] 最高法院三九年台上字第九八七号判例は、「故意又は過失によって不法に他人の権利を侵害する者は、損害賠償の責任を負うべきである。このことは民法第一八五条第一項に定められている。権利とは、すべての私権を意味している。したがって、身体上の損害から生じた財産上の損害もまたこれに含まれている。本件上告人は、民国三五年旧暦一一月二七日に、被上告人に殴られ、左の脇下、腕及び額が負傷した。そのために医療費を支出したことは事実である。原審が被上告人にその賠償の責任を負わせるのは適法な判断である」と述べており、医療費を財産的損害として肯定した。

は、「(第一項) 不法に他人の身体、健康、名誉、自由、信用、プライバシー、貞操を侵害した場合に、又は不法に他の人格的法益を侵害し、かつ事情が重大である場合には、被害者は、財産以外の損害についてもまた相当の金額の賠償を請求することができる。その名誉を侵害された者は、併せて名誉回復に適切な処分を請求することができる。(第二項) 前項の請求権は、譲渡又は相続することができない。但し金額による賠償請求権が既に契約によって承諾され、又は既に訴えを提起されたときは、この限りでない。(第三項) 前二項の規定は、不法に他人が父、母、むすこ、むすめ或いは配偶者である関係に基づく身分的法益を侵害し、かつ事情が重大である場合に準用する。」と規定されている。この条文は、一九九九年に改正されたものである。重要な改正ポイントとしては、第一に、人格権の保護が例示規定となったこと、第二に、身分権の侵害に関する非財産的損害賠償請求権を承認すること (本条第三項) が挙げられる[178]。いずれにせよ、不法行為の被害者の身体・健康が侵害された場合に、この条文によって、非財産的損害 (例えば精神的損害) についても損害賠償を請求できる。以上の二つの請求権は、後に被害者の死亡したときには、相続されることとなる[179]。但し、非財産的損害の賠償請求権は、第一九五条第二項の制限を受け、「既に契約によって承諾され、又は既に訴えを提起されたとき」のみ相続される。

以上では、被害者が死亡するまで受けていた身体・健康上の財産的及び非財産的損害を検討した。さらに一歩進んで、被害者が自己の「死亡」について、損害賠償請求権を有するかという問題に入る。具体的にいえば、被害者が死亡しなかったら得べかりし利益、すなわち死亡による逸失利益は、被害者の損害として認められ、さらに被害者の死亡によって相続されるのかという問題である。これについて、かつてから判例と学説は否定的な見解を採用してきた。最高法院五四年台上字第九五一号判例は、「不法に他人を死亡させた場合に、被害者の相続人は、被害者が

178 邱聡智『新訂民法債編通則 (上) [新訂一版]』(自費出版、二〇〇年) 二八三～二八四頁。

179 王沢鑑「侵害生命権之損害賠償」『民法学説与判例研究　第四冊』(自費出版、一九九六年) 二八〇頁。

死亡しなかったら得べかりし利益について、加害者に対して賠償請求できるかは明確ではない。被害者の生命が侵害によって消滅したときは、その権利能力は失われるため、損害賠償請求権は成立する余地がない。このことは通説も認めている。さらに、民法は第一九二条及び第一九四条において、生命侵害に対して特別な請求の範囲を定めているため、被害者以外の者は、被害者が生存していれば得べかりし利益を請求することができないと解すべきである」と判示している。学説はこの判決を被害者の逸失利益の相続性を否定するものとして引用している[180]。

但し、生命侵害の場合に、被害者以外の者は、被害者の「死亡」について法律の規定により、加害者に損害賠償を請求できる場合もある。具体的には民法第一九二条第一項の医療費・生活上の需要を増加させた費用と葬儀費用、同条第二項の扶養請求権、及び第一九四条の特定の親族の非財産的損害である。これらの条文の意義について、「本来、第三者が被害者の死亡によって被った損害を加害者に対して請求するとき、民法第一八四条における不法行為の一般規定によらなければならないはずであるが、これらの損害は多くの場合に経済的損失であり、特定の権利が侵害されたわけではなく、且つ大部分は間接的なものであることから、直ちに一般不法行為の要件に該当するか否かが疑問である。そのため、民法は特定範囲の者が特定類型の損害について直接加害者に対して損害賠償を請求できるように明文（民法第一九二条と第一九四条）を設けている」と理解されている[181]。

第一に、民法第一九二条第一項は、「不法に他人を侵害して死に致した者は、医療費用及び生活上の需要を増加させた費用又は葬儀費用を支出した者に対してもまた損害賠償の責任を負わなければならない」と定めている。これは被害者以外の者が費用を支出した場合に適用される条文である。仮に被害者が生前、自ら医療費などを支払ったならば、上記の第一九三条第一項が適用され、被害者が死亡しても、当該賠償請求権

[180] 王沢鑑「侵害生命権之損害賠償」『民法学説与判例研究　第四冊』（自費出版、一九九六年）二八一～二八二頁。
[181] 王沢鑑「侵害生命権之損害賠償」『民法学説与判例研究　第四冊』（自費出版、一九九六年）二八二頁。

は相続される。

第二に、第一九二条第二項は、「被害者が第三者に対して扶養義務を負うときは、加害者は、その第三者に対してもまた損害賠償の責任を負わなければならない」と定めている。被害者が現に扶養能力を有しない場合は、将来の可能な扶養能力を基準とする。例えば、被害者Ａは八歳の子供であり、Ｙの車と衝突し死亡した。Ａの両親Ｘらはまだ四〇代であり、扶養される必要がない。最高法院一九年上字第二〇四一号判例は、「被害者は現在まだ父母を扶養する能力がないが、特別な事情がない限り、将来父母を扶養する能力がないといえない。被害者の将来あるはずの扶養能力を侵害することは、その父母が将来扶養を受ける権利を侵害することと同様であるため、父母はこれについて損害賠償を請求できる」と明言している。扶養金額の算定については、まず被害者の扶養可能期間（就労可能期間）を認定する。次に、扶養可能期間内で、請求権者の扶養を受けうる期間を認定する。扶養請求権者が未成年者である場合、原則的には成年になる前日までである。扶養請求権者が成年者である場合、その平均余命期間をもって算定する。例えば、四五歳のＡが死亡した。Ａには三歳の子Ｘ１と六五歳の母Ｘ２がある。Ａの定年年齢六〇歳までは一五年間の就労可能期間＝扶養可能期間が残っている。仮にＸ２の余命は七〇歳あるのであれば、その扶養を受けうる期間は五年間である。Ｘ１の成年までは一七年間あるが、その扶養を受けうる期間も一五年間と認定される。上述の期間内において、被害者と扶養請求権者の関係・被害者の将来得べかりし収入・扶養請求権者の需要・加害者の経済能力などの要素を総合的に考慮して加害者が賠償すべき扶養費を算定する。

もっとも、実際の判決を調べると、台湾の裁判所は扶養費の認定に対して厳格な態度を採っていることがわかる。つまり、遺族が請求できる扶養費の金額が非常に低額である。まず、判例が一般的に採用している扶養費の計算方式は、年間一人当たりの平均消費支出で計算するのではなく、被害者死亡当時の所得税における扶養控除額で計算している[182]。

[182] 判例は「控除額」や「寛減額」という用語を用いるが、所得税法第一七条第一項第一号は、扶養費の控除を「免税額」と称する。六八年台上字第四二号判例は、「扶養費の部分はその年の総合所得税における扶養控除額の一人当た

二〇〇三年度の総合所得税の免税額によれば、一年間一人当たりの扶養控除額は74,000元（260,000円に相当）、七〇歳以上の者の扶養控除額は111,000元（390,000円に相当）しか認められない。次に、仮に損害賠償請求権者が被害者の他に扶養請求が可能な親族を有するなら、その必要な扶養費から他人の負担分を引いたものを加害者が賠償すればよい。例えば、台湾高等法院八八年上字第五七五号判決は、被害者の母が扶養費の損害賠償を請求した事案である。裁判所は、母の一年間の扶養費を70,000元及び平均余命まで三一年間の扶養を受ける期間があると認定した。但し、母は被害者の他に四人の子を有する。被害者を含めた五人の子は共同で母を扶養する義務があるため、裁判所は上記の金額の五分の一しか請求できないとした。さらに、扶養費の損害賠償請求は、民法第二一七条の過失相殺で減額されることも多い。以上の三つの理由から、判例が最終的に認めた扶養費は、ほとんど一人当たり300,000元（1,050,000円に相当）未満となっている。

第三に、民法第一九四条は、「不法に他人を侵害して死に致しめた者に対しては、被害者の父、母、子女及び配偶者は、財産以外の損害についてもまた相当の金額の賠償を請求することができる」と規定している。請求権者は、被害者の父母・子・配偶者に限られる。一般的な傾向としては、請求権者の人数が多ければ、一人当たりの慰謝料が少なくなる。例えば、台湾高等法院花蓮分院九一年上字第二九号判決は、慰謝料の請求権者が被害者の両親・配偶者・子二人で計五人である事案であり、両親には各500,000元（1,750,000万円に相当）、そして配偶者と子らには各850,000元（2,970,000万円に相当）、合計3,550,000元（12,420,000円に相当）の慰謝料が認められた。台湾台中地方法院九一年訴字第二二五

り年間一万二千元で計算し、さらにホフマン式計算法に従って中間利息を控除し、そして他の扶養義務者が負担すべき部分を控除したものである」という原審の判断を支持している。さらに、（台湾高等法院高雄分院）九二年上字第七号判決は、「総合所得税における扶養控除額は、物価指数及び国民生活水準を照らせば、非常に足りないもの」として、被告が主張した所得税の扶養控除額による扶養費計算を退けたが、最高法院九四年台上字第九八三号判決は、「原審が直ちに台湾省年間一人当たりの平均消費支出を扶養費の計算基準としたことは、妥当ではない」と述べ、原審判決を破棄差戻した。

六号判決も、慰謝料の請求権者が被害者の母・夫・子三人で計五人の事案であり、母・夫には各500,000元（1,750,000円に相当)、そして子には各300,000元（1,050,000円に相当)、合計1,900,000元（6,650,000円に相当）の慰謝料が認められた。これに対して、台湾高等法院台中分院九二年重上字第一二号判決は、慰謝料の請求権者が被害者の両親のみの事案であり、両親には各1,200,000元（4,200,000円に相当)、合計2,400,000元（8,400,000円に相当）の慰謝料が認められた。そして台湾高等法院八七年訴字第三五二号判決も、慰謝料の請求権者が被害者の両親のみの事案であり、両親には各1,000,000元（3,500,000円に相当)、合計2,000,000元（7,000,000円に相当）の慰謝料が認められた。総じていえば、台湾での生命侵害による損害賠償の総額の中で、扶養費が占める割合は低く、大部分は慰謝料から構成されたものであるといえる。

生命侵害の損害賠償請求権についてまとめてみよう。被害者の死亡までの財産的損害は、相続の対象である。被害者の非財産的損害は、原則としては相続されないが、「既に契約で合意され、又は既に訴えを提起されたとき」に限り相続される。これらのものは、相続開始時の遺産額に算入される。他方で、「死亡」による逸失利益の損害は、相続されるものではない。ただ一定範囲の者は、自己の権利として医療費や扶養費・慰謝料について損害賠償を求めうるにすぎない。

② 一定の贈与（生前特別受益）の加算

以上は、相続開始の遺産に含まれるものを論じてきた。次に、民法第一二二四条は、遺留分算定の基礎となる財産の計算方法として、第一一七三条の計算方法を提示している。第一一七三条は本来、遺産分割の場合の「遺産」を算定する方法である。つまり、遺留分算定の基礎となる財産は、債務の控除を除けば、遺産分割の「遺産」の範囲と全く同じである。この点は日本と異なる。日本では、判例・通説によれば、民法第一〇四四条が第九〇三条を準用した意味は、特別受益を遺留分算定の基礎となる財産に算入することである。その他、第一〇三〇条によれば、相続開始前の一年間にした贈与及びその時期を問わず贈与者と受贈者双方が遺留分権利者に損害を加えることを知ってなした贈与は、第一〇二九条の遺留分算定の基礎となる財産に算入する。台湾にはこのような条文がないため、日本における遺留分算定の基礎となる財産の範囲は、台

湾より広い。

台湾の特別受益に戻るが、第一一七三条の条文の内容は、「（第一項）相続人のうち相続開始前に結婚、分居又は営業によって既に被相続人から財産の贈与を受けた者がある場合は、その贈与価額を相続開始時の被相続人の所有する財産に加えたものを相続財産とすべきである。但し被相続人が贈与の時において反対の意思表示をしたときは、この限りではない。（第二項）前項の贈与価額は、遺産分割時に、その相続人の相続分から控除すべきである。（第三項）贈与価額は、贈与時の価値によって計算する」となっている。被相続人が生前において、相続人に対して、結婚、分居又は営業のために行った贈与は、本質上「相続の前倒し」に属しているから、被相続人が受贈相続人を優遇する特別な意思に基づいてなしたものではない。被相続人の意思を推測し、これらの贈与を相続財産に加算するのが妥当である。したがって、中華民国民法は外国の立法例を参考して特別受益制度を設けたと思われる。もっとも、日本民法第九〇三条とは異なり、台湾の特別受益は遺贈を含めず、生前の贈与に限られる。遺留分算定の立場からすれば、この二者は確かに大差がないようにみえる。その理由は次の通りである。①で述べたように、台湾では、遺贈の目的財産は、既に「相続開始時の財産」に含まれている。日本では、遺贈の目的財産は、物権的効力説によれば、相続開始とともに相続財産から離脱するはずであるが、遺留分額計算については、相続財産のうちに含まれ、また、債権的効力説によれば、遺贈債務という形で相続債務として控除の対象となるはずであるが、遺留分額計算については、相続債務に含まれないもととして、扱われている。遺贈についての物権的効力説と債権的効力説の対立は、遺留分の算定にあたって、結論的に相違を生ぜしめる余地はない[183]。遺贈はどの説を採るにせよ、遺留分算定の基礎となる財産に含まれている。しかしながら、遺贈を特別受益とするか否かは、遺産分割の際に大きな相違をもたらす。これについては、後に五７⑵①で詳しく検討する。以下は台湾における特別受益について説明する。

Ａ．特別受益に該当する贈与

[183] 中川善之助責任編集『注釈相続法　下』（有斐閣、一九五五年）二二一頁。

民法第一一七三条第一項は「特別受益」に当たる贈与を「結婚、分居又は営業によって被相続人から受けた財産」と定義している。最高法院二七年上字第三二七一号判例によると、この規定は制限的列挙であり、例示ではないため、他の事由による贈与は特別受益には当たらない。

特別受益を肯定した裁判例はそれほど多くない。台湾高等法院八七年家上字第七九号判決で、被相続人は生前、子である原告に新居を購入する費用を贈与した。その際に、原告は「これから独立して生活していく。台湾における父母の遺産相続を放棄する」という書類を作成した。裁判所は、相続開始前の放棄が無効であると述べたが、この贈与を民法第一一七三条の「分居又は営業」のための生前特別受益と認定した。

さらに、注目すべき判決は、台湾澎湖地方法院八九年家訴字第九号である。同じく被相続人の子である原告ら（女性相続人）は、被告ら（男性相続人）に対して、遺留分を確認するために訴えを提起した。被告らは、被相続人が生前、原告の各人に係争不動産の168／2500の持分を贈与し、それが生前特別受益であると抗弁した。原告らは、この贈与が原告らの「結婚、分居又は営業」のためのものではないため、民法第一一七三条の要件に該当しないと主張した。裁判所は、まず最高法院二七年上字第三二七一号判例について説明した。すなわち、二七年判例は、被相続人の意思を推測し、被相続人が（相続人の）結婚、分居又は営業のために贈与したことは、遺産を先に給付する意思に基づいたものであるため、当該贈与を被相続人死亡時の相続財産に加算することは、相続人間の公平にかなう。結婚、分居又は営業以外の理由で贈与したことは、遺産の前渡ではなく、受贈者に特別に当該利益を帰属させる意思に基づいたものであるため、相続人間の公平に関係せず、当該贈与は被相続人死亡時の相続財産に加算しなくてよい。しかるに、本件は、被相続人の遺言、その妻の陳述、及び被相続人が晩年になって原告各人に係争土地の168／2500ずつの持分を同時に贈与した事情に鑑みると、被相続人は贈与当時に明らかに遺産を前渡しする意思があるといえる。したがって、当該贈与は民法第一一七三条の事由に該当しないが、被相続人は本来、原告らに特別に利益を帰属させる意思がないため、本件には最高法院の判例が適用されない。次に、法律の解釈論として、法の内在的な目的と規範の計画に照らし、特定の事情に対しては規定すべきであるが規定し

ていない場合は、法律の欠缺があり、類推適用により問題を解決すべきである。これに対して、法律の内在的な目的と規範の計画が既にその構成要件に完全に列挙されている場合は、反対推論により、それらの要件以外の事実には条文を適用又は類推適用すべきではない。本件は、第一一七三条における「結婚、分居又は営業」以外の事由で遺産の前渡の性質を有する贈与が、遺産に持戻されるべきかという問題である。この場合もまた、当該条文の内在的な目的と規範の計画を検討した上で、類推適用あるいは反対推論の方法で問題を処理するかを決めるべきである。上述した最高法院の判例と学説によれば、第一一七三条の立法趣旨は、共同相続人間の公平のため、遺産の前渡である生前贈与を遺産に持戻すすべきであるということである。したがって、被相続人が行った遺産の前渡である贈与を全てこの条文の規範の目的に含まれると考えることは合理的である。実際、第一一七三条は「結婚、分居又は営業」の三つの事由を列挙しているが、それはただ立法当時、条文の適用範囲を明確し、争いを防ぐためのものであると判示している。最終的に、原告らに対する上述の贈与は、遺産の前渡の意思に基づいたものとして、第一一七三条の類推適用によって特別受益に当たると認定された。その上で、裁判所は当該贈与を遺留分額算定の基礎となる財産に算入し、さらに遺留分侵害について判断した。

従来、第一一七三条の要件は制限列挙であると解されてきたが、上記判決がそれに囚われず柔軟な解釈論を展開したことは評価に値するものである。判決の指摘した通り、被相続人が晩年に行った贈与は、死亡を目前に何とか自らの手で遺産分配の問題を解決しようとする意図が強いといえよう。遺産及び贈与税法第一五条もまた、被相続人死亡前の二年間に、その配偶者・民法第一一三八条と第一一四〇条による相続人・これらの相続人の配偶者に対する贈与を、被相続人の遺産と看做すと定めている。現実に、台湾の民法は、既に述べた通り、日本民法第一〇三〇条のような規定がなく、遺留分算定の基礎となる財産に算入されるものが少ない。この不都合を避けるために、本判決のように第一一七三条を類推適用することは望ましい方法である。

B．持戻しの免除

特別受益の持戻しとは、上述の通り、被相続人の意思を推測し、一定

の贈与を相続財産に加算するものである。反対に、被相続人が異なる意思表示、すなわち持戻を免除する意思表示をすれば、それに従うこととなる。民法一一七三条一項ただし書はこのように規定している。持戻しの免除の意思表示は、明示的である必要があるのかについては、民法には明文がなく、黙示でもよいとされる。共同相続人の受けた特別受益は、この持戻し免除の意思表示によって、他の共同相続人の遺留分を侵害する可能性がある。この場合、当該特別受益は遺産に持戻すべきか、または遺留分減殺の対象となるかが問題である。民法にはこれ関する明文の規定がなく、判例も存在しない。学説上は様々な主張がある。

ａ．特別受益は持戻すべきであるが、遺留分減殺請求の対象とならないという説

持戻免除の意思表示によって、他の共同相続人の遺留分が侵害された場合は、その特別受益は遺産に持戻されるべきであるが、遺留分減殺請求の対象とならない。ただ贈与を受けた相続人が、遺産からそれ以上には何も取得することができないだけであるというのがこの説の主張である[184]。

ｂ．特別受益は持戻すべきであり、しかも遺留分減殺請求の対象となるという説

この説によれば、持ち戻し免除の意思表示があっても、これを無視し、ひとまず遺留分算定の基礎となる財産に算入し、遺留分侵害の結果があるか否かを検討する。遺留分侵害があれば、遺留分権利者が当該特別受益に対して減殺請求することができる。遺留分侵害がなければ、被相続人の意思を尊重し、（遺産分割における）持戻し免除の効果を認めることになる[185]。

ｃ．特別受益は持戻さず、かつ、遺留分減殺請求の対象にもならないという説

この説によれば、ａ説の、遺留分を侵害した「持戻し免除の意思表示のある」特別受益を持戻しの対象とする主張は、被相続人の意思に反す

184 戴炎輝・戴東雄『中国継承法』（自費出版、一九八六年）一五六頁。

185 陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）［陳棋炎］一六〇頁。

るのみならず、民法の規定にも悖る。民法の規定によれば、被相続人の遺言による遺産処分（すなわち、死後の行為）のみが、遺留分を侵害する可能性がある（民法一一八七条、一二二五条）。持戻しを免除した意思表示は、死後の行為ではないから、遺留分減殺の対象になりえない[186]。したがって、b説の減殺の主張も認められない。けだし、被相続人が贈与時に、持戻し反対の意思表示をした場合は、その贈与は特別受益に該当せず、普通の贈与である。普通の贈与であるため、持戻しの対象にも、減殺の対象にもならない[187]。

持戻し免除の意思表示によって、他の共同相続人の遺留分を侵害するという問題に関しては、台湾には実際の裁判例がまだ存在しない。以上のような議論は専ら学説上の論争にとどまっているため、その最終的な解決は今後の実務の進展を待つしかない。

③　債務額の控除

債務は私法上または公法上の債務を問わず、全て控除すべきである。その他、法律上遺産が負担する債務、例えば、遺産管理、分割及び遺言執行の費用などは、具体的な規定を欠くため、控除すべきかどうかが問題となる。学説の見解では、相続開始と関連して、しかも遺産の負担とすべき債務、例えば、死亡宣告、遺言開封、葬式、遺産価額鑑定の費用は、遺留分計算の基礎となる財産から控除すべきであるが、遺産管理及び清算費用は、相続人または遺産債権者の利益のためのものであるから、

---

186 生前贈与は遺留分減殺の対象とならないことについて、司法院二五年院字第一五七八号解釈：「生前贈与には遺留分規定の適用がない」。最高法院二六年上字第六六〇号判例：「民法一二二五条は、遺留分権利者は被相続人の行った遺贈によって、その遺留分が侵害された場合、遺贈財産に対して減殺請求ができると規定している。遺留分権利者の生前贈与に対する減殺は認められない。したがって、被相続人の生前贈与には遺留分の規定が適用されない」。ただ、これらの解釈と判例の射程は、生前贈与に対して遺留分減殺請求できないが、生前贈与の持戻し免除とは一切関係がない。

187 史尚寛『継承法論』（自費出版、一九六六年）二一九頁。黄宗楽「関於応継分之実質的公平之法的考察」輔仁法学八期（一九八九年）二三三頁。林秀雄「論帰扣」林秀雄主編『民法親属継承争議問題研究』（五南図書、二〇〇〇年）二八六～二八七頁。

控除をしなくてよいと解されている[188]。

(2) 評価の方法と時期

(1)で検討した財産の評価方法や時期について、民法には規定が全く存在しない。通説[189]及び判例[190]によると、遺留分の基礎となる財産は、客観的取引価格を基準として評価すべきであり、評価時点は被相続人の死亡時を基準とする。動産と不動産は取引価格で評価すべきであるが、農地は通常の取引対象とはならないため、収益価格で算定される[191]。さらに、条件付きの権利又は存続期間の不確定な権利の評価方法については、民法にも規定がないが、日本法を参考とし、裁判所に選任された鑑定人によって評価される[192]。

これに対して、(生前)特別受益の評価は、相続開始時ではなく、民法第一一七三条第三項によると、贈与時の価値を基準とする。特別受益の評価時点に関する条文は、現行民法以前の法律案に存在しなかった。現行民法の制定時に、なぜこの条文が加えられたのかは不明である。学説によると、特別受益の価額の評価時点は、外国立法例では、①贈与時の価額(ドイツ民法第二〇五五条第二項)、②相続開始時の価額(スイス民法第六三〇条、日本の通説)、③分割時の価額(ローマ法)、④不動産と動産を区別し、不動産は相続開始時の価額(フランス民法旧第八六〇条)、動産は贈与時の価額(フランス民法第八六八条)、などの種類があるが、民法は明文で「贈与時の価額」と規定した以上、それに従うべ

---

188 史尚寛『継承法論』(自費出版、一九六六年)五六八頁。陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』(三民書局、修訂三版、二〇〇五年)[黄宗楽]四〇〇頁。

189 陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』(三民書局、修訂三版、二〇〇五年)[黄宗楽]四〇二頁。

190 最高法院八二年台上字第二八三八号判決は、「被相続人の遺産価額を算定するのは、相続開始時に各財産の客観的取引価格、すなわち市場価格を基準とすべきである」としている。

191 陳棋炎「関於我国民法所規定的特留分之研究」『親属、継承法基本問題』(自費出版、一九七二年)四八二～四八三頁。

192 戴炎輝・戴東雄『中国継承法』(自費出版、一九八六年)三二九頁。陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』(三民書局、修訂三版、二〇〇五年)[黄宗楽]四〇一頁は、ドイツ民法二三一一条を参考とする。

きである[193]。仮に贈与時と相続開始時の間に長い歳月が経ち、贈与物の価額は両時点で大きな差が生じたとしても、学説は一般的にその物価変動を考慮すべきではないと解している[194]。しかし、この（贈与時を基準とする）規定と解釈について、相続人間の公平性に問題があるという学説もある[195]。

日本では、遺産分割時並びに遺留分減殺の価額弁償時と相続開始時の間に存在する時間的間隔によって生じうる激しい遺産価額の変動が配慮される。遺産分割を例にすれば、判例と通説は、相続開始時を基準として相続分の価額を算出するが、それはあくまで比率とみる。その比率を使い、分割時を標準として評価された遺産総額から分割を行う[196]。しかし、このような時間の間隔によってもたらされる物価変動という要素は、台湾の判例と学説では全く言及されていない。この点に関しては、将来の判例の形成を期待するしかない。

⑶　各人の遺留分額の計算

民法第一一二四条にしたがって算出した「遺留分の基礎となる財産」に基づき、さらに民法第一一三八条から第一一四四条までのルール（各共同相続人の法定相続分）にしたがって、各人の相続分を計算する。さらに、各人の相続分に民法第一一二三条に規定された一定の率に乗じた結果、各人の遺留分額が出てくる。

6．遺留分の減殺請求

---

193 胡長清『中国民法継承論』（上海商務印書館、一九四六年）一四八～一四九頁。李宜琛『現行継承法論』（台湾商務印書館、一九六四年）三九頁。

194 羅鼎『民法継承論』（会文堂新記書局、一九三七年）一四一頁。胡長清『中国民法継承論』（上海商務印書館、一九四六年）一四八頁。史尚寛『継承法論』（一九六六年）二二二頁。劉家祥「民法第一一七三条特別受益扣除制度之研究」（私立輔仁大学法律学研究所碩士論文、一九九八年）八七頁。

195 戴炎輝・戴東雄『中国継承法』（自費出版、一九八六年）一五八頁、三三〇頁。

196 谷口知平編『注釈民法（25）相続(2)』（有斐閣、一九七〇年）［谷口知平］二三七～二三八頁。中川善之助・泉久雄『相続法［第四版］』（有斐閣、二〇〇〇年）三一二～三一三頁。

遺留分権利者の現実に被相続人から受けた利益が、その遺留分額に達しないときに、はじめて遺留分侵害があるとして、遺留分権利者は遺留分減殺請求をすることができる。

(1) 遺留分侵害額の計算

民法第一二二五条は、「遺留分権利者は、被相続人のなした遺贈によってその得べき額に不足を生じたときは、その不足額に応じて、遺贈財産を減殺することができる。遺贈を受けた者が数人いるときは、その得た遺贈の価額に比例して減殺しなければならない」と規定している。したがって、遺留分が不足している（＝遺留分が侵害される）とき、遺留分権利者が減殺請求するか否かはその自由に委ねられる。

問題は、「遺留分権利者の現実に被相続人から受けた利益」とはどのようなものかである。この点について、民法は直接の規定を用意していないし、学説も詳しく説明していない。通常、「遺留分権利者の現実に被相続人から受けた利益」とは、被相続人から受けた特別受益[197]の価額や遺贈の価額のほか、相続によって現実に得た財産（遺産分割で得た財産）もそれに含まれる。

(2) 遺留分を侵害する法律行為の効力

遺留分を害する法律行為は、当然無効なのか、あるいは一応有効であるが、遺留分権利者からの減殺請求を受けてはじめて効力を失うか、という問題がある。

この問題について民法には明文がないため、学説には争いがある。台湾では物権行為の無因性が承認されているため、「遺贈」という一つの行為でも、その原因行為である遺贈（債権行為）、及びその履行行為である登記の移転または引渡（物権行為）、という二つの行為を分けて、それぞれの効果を確定する必要がある。以下の学説は、「遺贈」などの「債権行為」の部分の有効性に焦点を当てている。物権行為の部分の有効性に関しては、物権行為は登記の移転または引渡によって効力を生ずるため、その基礎となる意思表示に瑕疵（例えば、詐欺や強迫など）が存在しない限り、通常は有効である。それゆえ、台湾の学説は、この場合に

197 陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）［黄宗楽］四一五頁。

特に物権行為の有効性を問題としていない。

A．有効説（通説、判例）

通説は、遺留分を侵害する法律行為は無効ではなく、ただ遺留分を侵害した遺贈が減殺請求の対象となるにすぎない、と主張している[198]。最高法院五八年台上字第一二七九号判例は、「民法第一二二五条は、遺留分権利者は、被相続人のなした遺贈によってその得べき額に不足を生じたときは、その不足額に応じて、遺贈財産を減殺することができると定めているにすぎず、遺留分を侵害する遺贈は無効だとは規定していない」と述べて、通説と同じ立場である。しかし、いずれもその理由をほとんど説明していない。

B．一部無効説

この説は、遺留分を侵害した遺言による財産処分が、侵害の部分に限って無効であると解している。その理由は、第一に、民法第一一八七条（遺言者は遺留分に反しない範囲内において、遺言をもって自由に遺産を処分することができる）が強行規定[199]であること、第二に、遺留分権利者の保護[200]、が挙げられている。さらに、遺言による財産処分及び遺留分減殺請求権の法的性質との整合性を考慮し、遺留分に反する処分は減殺可能ではなく、無効とすべきであるという学説は、以下の通りその根拠を詳しく論じている。

まず、台湾の通説は、遺留分減殺請求権の性質を物権的形成権と解している。次に、台湾では債権行為と物権行為は相互に独立している。そのため、遺留分減殺請求が行われた場合に、物権的形成権の効力が生じ、物権行為（登記の移転と引渡）のみが効力を失うこととなる。仮に遺留分の規定に反する遺贈（債権行為）の効力を無効ではなく、減殺可能であると解すると、この場合に結局は物権行為のみが失効し、債権行為は

198 戴炎輝・戴東雄『中国継承法』（自費出版、一九八六年）三三二頁。陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）［黄宗楽］四〇四頁。

199 李宜琛『現行継承法論』（台湾商務印書館、一九六四年）一四一頁。

200 劉鍾英『民法継承釈義』（会文堂新記書局、一九四六年）一二一頁。郭欽銘「特留分扣減権之研究」軍法専刊四七巻七期（二〇〇一年）一二頁。

有効のままとなっている。そうすると、遺留分権利者は返還請求のしようがなく、「遺留分権利者が減殺請求したら、当然目的物の物権はその範囲に遺留分権利者に復帰し、遺留分権利者は物上請求権に基づいて返還を請求しうる」という減殺請求権の本来の役割とは矛盾する。有効説を採用しながら、なお上記の「減殺請求権の本来の役割」を達成しようとするなら、減殺請求権の効果を物権的形成権のみならず、債権的形成権の効果も有すると考えなくてはならない。しかし、このことを台湾の通説は認めていない。したがって、台湾では遺留分の規定に反する遺贈（債権行為）の効力を当然に無効と解すべきである。すなわち、遺贈（債権行為）が無効であるにもかかわらず、目的物の登記移転または引渡が完了されたら、物権行為は効力が生ずる。この場合には、仮に民法第一二二五条の規定がなければ、遺留分権利者は不当利得の規定によって返還請求をするしかない。しかし、現に遺留分減殺請求の規定があるから、それを行使し、遺贈目的物を交付する物権行為を無効とさせ、さらに自らの所有者である地位に基づいて返還請求権を行使できるというのが無効説の立場である[201]。

要するに、B説は、遺留分減殺請求権の「物権的形成権」の効力を「物権行為の効力をなくす」ことと解した上で、この場合に債権行為の効力が有効のままであると解釈が矛盾すると考え、よって債権行為は最初から無効だと解すべきであると主張している。結局、A説とB説は、遺留分減殺請求権の「物権的形成権」の効力に関する理解が異なる。A説の下では、遺留分を侵害する遺贈は有効であるから、遺留分減殺請求権の「物権的形成権」の効力は、きっと「債権行為＋物権行為の効力をなくす」ものであろう。本研究の立場では、「物権的形成権」の効力に関する説明は、B説のほうが理にかなうが、やはり最終的にはA説に賛成したい。なぜなら、仮にB説に従い、遺贈（の債権行為の部分）を最初から無効と解すると、受遺者は遺留分減殺請求を受けないうちは不当利得している状態にあり、不当利得返還請求権の時効（一般の請求権は一五

[201] 林秀雄「論特留分扣減権之性質」国立台湾大学法學論叢二一巻一期（一九九一年）三七八頁［林秀雄『家族法論集（三）』（漢興書局、一九九四年）所収、二九四頁］。

年間。民法第一二五条）は、遺留分減殺請求に適用される一〇年の時効[202]よりも長いから、この結論は受遺者にとっては酷であろう。

⑶　減殺請求権の法的性質

まず、減殺請求権は財産権であることについて、学説上は異論がない。つまり、当該請求権は一身専属の権利ではないため、相続ないし譲渡することが可能であり、遺留分権利者の債権者も代位行使できる[203]。次に、減殺請求権の性質については学説が分かれている。

A．抗弁権説

台湾の遺留分減殺請求の対象は遺贈のみであり、生前贈与が含まれていない。遺贈は仮に遺留分を侵害しても、遺贈目的物はまだ引き渡されていないので、減殺請求権の効力は消極的にその引渡しを拒否するだけで十分である。したがって、その性質は永久的抗弁と解されるべきであろうと抗弁権説は主張する[204]。

B．債権説

遺留分減殺請求権は一種の債権であり、特定の受遺者に対して行使できる。すなわち、遺留分権利者は受遺者に対して遺贈目的物の返還を請求する権利である。仮に受遺者が遺贈目的物を第三者に譲渡したら、遺留分権利者は当該の第三者に対しては減殺請求権を行使することはできないというのが債権説の立場である[205]。

C．債権的形成権説

民法の規定によれば、減殺請求権の相手は受遺者のみである。しかも

202　遺留分減殺請求権の時効に関して、台湾の民法には明文がない。最高法院八一年台上字第一〇四二号判決は、相続回復請求権の時効の類推適用を認めたようである（詳しい判決は本節⑸①を参照）。すなわち、民法第一一四六条第二項によれば、短期消滅時効は二年であり、長期消滅時効は一〇年である。これに対して、不当利得返還請求権の消滅時効は、一五年であり、明らかに相続回復請求権の時効より長い。

203　陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）［黄宗楽］四〇四頁。第二次民律草案相続編二一二条にも債権者代位権の明文がある。

204　李宜琛『現行継承法論』（台湾商務印書館、一九六四年）一三四～一三五頁。

205　劉鍾英『民法継承釈義』（会文堂新記書局、一九四六年）二一四頁。

減殺請求権は、権利者の一方的な意思表示によって法律の定めた効果を生じ、その性質は形成権であり、請求権ではない。遺贈は既に引き渡された場合に、遺留分減殺請求権の行使によって、遺贈行為（債権行為）が取り消され、遺留分権利者は遺贈目的物の返還を請求することができる。原因行為（遺贈）が取り消されたから、受遺者による目的物の占有は、法律上の原因のない利得となるからである。遺贈がまだ履行されていない場合には、遺留分権利者はその侵害された範囲内において、減殺請求の意思表示を行い、目的物の引渡を拒否することができる[206]。

D．物権的形成権説

まずは、立法沿革の視点からいうと、わが民法上の遺留分制度は、ゲルマン・フランス型に属しているため、ドイツ民法のような債権説を採るべきでなく、その代わりにフランス、スイス民法のような形成権説を採るべきである。とりわけ、民法第一二二五条は「減殺することができる」と規定しており、日本民法のような「減殺を請求することができる」という文言がないから、立法者が形成権説を採用していることは疑いがない。ただ、民法には、減殺は裁判上行使しなくてはならないという規定がないから、減殺請求権の行使は一方的な意思表示で足りる。次に、相続人保護の観点からいうと、わが民法は法定相続を原則としており、法定相続人はすべて遺留分を有する。しかも遺留分は最小限度の法定相続分である。遺留分減殺請求によって、遺留分を侵害した部分は当然に遺留分権利者に復帰すると解することで、相続人の保護の目的を達することができる。判例[207]と通説[208]はこの立場である。

---

206 羅鼎『民法継承論』（会文堂新記書局、一九三七年）二六五～二六八頁。胡長清『中国民法継承論』（上海商務印書館、一九四六年）二五七頁。

207 最高法院八一年台上字第一〇四二号判決は、「...当減殺請求権は性質上、物権的形成権であり、遺留分権利者が義務者に減殺請求をすると、遺留分に侵害する部分は効力を失う。」と述べている。

208 陳棋炎「関於我国民法所定的特留分之研究」『親属、継承法基本問題』（自費出版、一九七六年）四八六頁。陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）[黄宗楽] 四〇六～四〇七頁。林秀雄「論特留分扣減権之性質」国立台湾大学法學論叢二一巻一期（一九九一年）三七七～三七八頁 [林秀雄『家族法論集（三）』（漢興書局、一九九四年）所収、二九

⑷　減殺請求の対象と減殺の順序

①　減殺請求の対象――生前贈与について

贈与は無償契約であり、台湾では古くからその効力について議論がある。詳しい検討は四 4(1)に譲る。ここでは、もっぱら贈与と遺留分減殺請求の問題を扱う。

台湾民法第一一二五条は、「遺留分権利者は、被相続人のなした遺贈によってその得べき額に不足を生じたときは、その不足額に応じて、遺贈財産に減殺することができる。遺贈を受けた者が数人いるときは、その得た遺贈の価額に比例して減殺しなければならない」と規定しており、遺留分減殺請求の対象は一見すると、遺贈だけであると思われる。ところが、民法第一一八七条は、「遺言者は、遺留分の規定に反しない範囲内において、遺言をもって自由に遺産を処分することができる」と定めており、「遺言をもって遺産を処分する」ことには、通説によれば、遺贈に限らず、相続分の指定と遺産分割方法の指定なども含まれる。そこで、「遺言をもって遺産を処分する」ことである「遺言による財産処分」の意義を、次章で改めて検討する。以下は、どのような生前処分が遺留分減殺請求の対象となるかを判例と学説の立場をまとめてみる。

A．特別受益以外の一般的な生前贈与

ａ．贈与の効力

一般的な生前贈与と遺留分の問題に入る前に、まず、贈与の効力を整理する必要がある。これについてはかつてから論争があった。その原因は一九九九年民法債権編の法改正以前の条文に由来する。すなわち、改正前の民法第四〇七条は、「登記を経なければ移転することのできない財産を贈与したときは、移転登記をするまで、その贈与は効力を生じない」と定めている。「登記を経なければ移転することのできない財産」とは、不動産であることには異論がない。学説は一般的に、この条文を不動産の贈与の「特別の成立要件」と解した上で、これがない場合に、契約上の権利義務関係が生じないと主張している[209]。換言すれば、不動

二～二九四頁]。

[209] 仮に第四〇七条を不動産贈与の「特別成立要件」ではなく、「特別効力発生要件」と解するとしても、その法律効果は変わらない。すなわち、いずれに

産の贈与にあたって移転登記が行われるまで、当事者は契約上の権利義務を主張できないのである。物権行為の効力発生要件（登記）を債権行為の成立要件あるいは効力発生要件とするこのような定め方は、比較法からみれば相当特殊であるが、それは贈与者を保護するために、法が特別に贈与契約の成立または効力発生の要件を厳格に定めたからである[210]。

これに対して、裁判所は異なる理解をしている。四〇年台上字第一四九六号判例は、「民法第四〇七条が定めた登記は、不動産贈与の特別の効力発生の要件であり、成立要件ではない。贈与契約が成立した場合に、…贈与者はこの契約に拘束され、贈与目的である不動産の登記名義を受贈者に移転する義務を負うこととなる。受贈者もまたこれによってこの請求権を有することとなる」と述べた上、「本件の被告が既に書面によって原告に係争不動産を贈与したほか、原告もまたそれを承諾したので、贈与契約の成立要件は備わっているといわざるをえない。…したがって、被告は係争不動産の登記移転を補正する義務を負う」として、贈与契約を無効とした原審判決を破棄し差し戻した。この判決を皮切りに、その後、四一年台上字第一七五号、四四年台上字第一二八七号判例もまた同じ見解を繰り返している。しかし、判例のように解すると、不動産の贈与者を保護しようとする民法第四〇七条が意味を失うことを理由として、学説[211]は判例を強く批判している。

次に、贈与契約の撤回可能性について、一九九九年法改正前の第四〇八条は、「（第一項）贈与物を交付するまでの間、贈与者はその贈与を撤回することができる。その一部が既に交付されたときは、その未だ交付していない部分について撤回することができる。（第二項）前項の規定は、書面を作成した贈与又は道徳上の義務を履行するために贈与をしたときは、適用しない」と定めている。この条文が動産だけに適用されるのか、または動産と不動産の両方に適用されるかについても長い間争われてき

せよ、それが欠ける場合に、法律効果が発生せず、当事者は契約上の権利義務を主張できない。王沢鑑「不動産贈与契約特別生効要件之補正義務」『民法学説与判例研究　第一冊』（自費出版、一九九六年）四三八頁を参照。

210 同上、四三五頁。

211 王沢鑑『債法原理（一）　基本理論・債之発生』（自費出版、一九九九年）二二一頁。

た。八三年台上字第一六一三号判例[212]は、第四〇八条を動産と不動産の両方に適用されると明言した。

なぜ判例は、学説の批判を無視し、民法第四〇七条の立法趣旨を形骸化させながらも贈与契約の効力を以上のように解したのか。それは具体的な紛争の基礎となる事実を整理する必要がある。まず、四〇年と四一年の判例は同じ事案である。被上告人と訴外Ａは、その父から相続した遺産の一部を、上告人に贈与すると承諾し、しかも書面を作成したが、その後、不動産の名義移転をなかなか行わないので、上告人は訴えを提起した。次に、四四年判例で、被相続人は生前、係争不動産を四人の息子に分配するという「分居鬮（キュウ）書[213]」を作成した。相続開始後、被上告人（息子の一人）はその鬮書に基づき、上告人（他の息子ないしその相続人）に対して登記移転を請求した。最高法院は息子への不動産分配行為を贈与契約と解した上で、その効力が当事者の意思表示の合致した時点で生ずると一貫して判断した。その結果、被相続人（贈与者）が不動産の登記を移転する義務を負うため、その義務は死亡によって相続人全体に相続される。

このようにみれば、以上の三つの判例はともに相続関係の争いであることがわかる。思うに、相続絡みの贈与は、相続の前倒しであることが多い。四四年判例の「分居鬮書」はそれに該当する。また、四〇年と四一年判例における贈与契約は相続の前倒しではなく、おそらく、それは相続開始後、共同相続人と利害関係人（上告人は共同相続人ではないようであるが、被相続人とは親密な関係のある者であろう）との間の、遺産の分配をめぐる協議といえよう。固有法の枠組でいえば、これらの事案はすべて家産分析に関わるものである。家産分析は、共有財産である家産を分配する行為である。近代民法上、父の個人財産はと子のそれとは無関係なものであるが、固有法上、父の財産も息子の財産はすべて家産であり、分析（分割）の対象である。そのため、家産分析において、

212　（新）民法第四〇八条の趣旨に合わないため、最高法院九一年（西暦二〇〇二年）第九回民事庭会議決議は、本判例を援用しないと決定した。

213　鬮書は、固有法の家産分割（「鬮分」とも呼ばれる）の際に、当事者によって作成された書類である。詳しい紹介は、後の五１(1)②を参照。

われわれが見たのは父の財産を息子に配分すること、あるいは息子の個人財産を出して、兄弟の間で交換・再配分することであり、近代民法の下では、この行為が贈与に分類されるしかないものの、実はこれは共有財産たる家産の配分、すなわち共有物の分割に等しいのである[214]。以上の説明を前提とすれば、これらの贈与者は、民法第四〇七条が本来保護しようとした「無償契約の贈与者」とは若干異なり、むしろ分割行為の当事者とみたほうが相応しい。最高法院はこの際の受贈者（これもまた分割行為の当事者）を保護するためか[215]、第四〇七条を同条の文言に照らせば極めて広く解釈し、たとえ贈与目的の不動産の名義がまだ移転されていないとしても、贈与者がその拘束を受けると言いつづけてきた。確かに、このような受贈者は保護に値することは否めないが、解釈論としては他のよりよい方法があるはずである。例えば、贈与の書面（鬮書や家産分析協議書）があるため、民法第四〇八条第二項によって撤回できないと解することによって、贈与契約の拘束力を維持すべきであろう。

一九九九年改正後、第四〇七条は削除された。削除理由は、「現行条文は、不動産の贈与が登記移転によって効力を生じると定めており、不動産物権移転の効力発生要件を債権契約の効力発生要件と同様にし、つまり贈与契約の履行と効力発生の二つのことを混同していた。その混乱を避けるため、本条を削除する」という。さらに、第四〇八条第一項の「交付」を「権利移転」に改め、第二項の「書面」を「公証を経た贈与」に改正した。すなわち、改正後の第四〇八条は、動産と不動産の両方に適用される。贈与物の物権が移転するまで、贈与者は自由に契約を撤回することができる。但し、公証を経た贈与又は道徳上の義務を履行するため贈与は撤回できない。

また、不動産の贈与について、改正された民法第一六六条の一にも留意しなければならない。実はこの条文は、債編施行法第三六条第二項但

---

214 林永汀「『鬮分』的協議分割与信託性質研究」司法周刊一一九六期（二〇〇四年）第二版。

215 「最高法院は、個別の事案において公平な処理を図るために、このような判決を下した」と理解する学説がある。王沢鑑『債法原理（一）　基本理論・債之発生』（自費出版、一九九九年）二二一頁。

書（施行日は行政院と司法院により別途に決定される）により、未だに施行されていないが、以下は施行後の状況を仮定し簡単に述べるのにとどめる。民法第一六六条の一は、「(第一項) 不動産物権の移転、設定又は変更の義務を負担することを目的とする契約は、公証人によって公正証書を作成することを要する。(第二項) 当事者が既に不動産物権の移転、設定又は変更に合意しかつ登記を完了した場合には、前項の規定により公証されていない契約は依然として有効である」と定めている。そうすると、不動産を目的とした贈与契約は、公証人によって公正証書を作成することを要する。公証がないときには、要式性の欠缺で（死因贈与を含めた）贈与契約は無効となる。無効の契約は当事者に対して拘束力がないから、撤回する必要もない。仮に無効な契約のままで、履行（名義移転）が終わったとすると、新第一六六条の第二項により有効である。他方で、公証されたら、新第四〇八条第二項により、贈与者もまた撤回できない。したがって、新第一六六条の一の施行後、公証制度は撤回権の代わりに、不動産贈与者を軽率から保護することとなる。第四〇八条の撤回権は、実質的にもはや不動産贈与者を守る機能を有しない。

なお、上述した贈与に関する三件の判例は、民法第四〇七条の削除と共に、最高法院九〇年度（西暦二〇〇一年）第四回民事庭会議決議で削除された。とはいえ、かつての判例に存在する問題自体は、削除されたからといって当然消えるわけではない。新第四〇八条の下で、判例の事案と同じような（家産分析に関連する）贈与契約が現れた場合に、それは公証手続を経ていないから撤回可能な贈与とされるのであろう。言い換えれば、家産分配の行為を贈与と解すると、新第四〇八条の下で、公証を履践していないものが、撤回可能であり、「贈与者」はいつでも約束を破ることができる。そうすると、以前裁判所が旧第四〇七条を無理に解釈して維持しようとした「個別事案の公平」は覆される。したがって、そもそも、共有物分割に近い家産分析行為を、贈与契約と法性決定すること自体が、適切ではないのであろう。

しかし、現実に判例はある種の家産分析行為を贈与と解している。ということで、台湾における贈与には、家産分析のための贈与と一般の贈与という二種類が混在することを念頭に置く必要がある。これについては以下のｃでさらに詳論する。ｂではまず、一般論として生前贈与は遺

留分減殺請求の対象となるかを検討する。

ｂ．生前贈与と遺留分減殺請求権との関係

台湾民法における遺留分の規定には、日本民法第一〇三〇条と第一〇三一条のように生前贈与を遺留分に算入または減殺請求する条文が存在しない。したがって、判例と学説は一致して明確に一般の生前贈与が遺留分減殺請求の対象とならないと解している。

最高法院は以下の三つの判例において、生前贈与に対する遺留分減殺請求の可能性を否定した。最高法院二一年上字第七二四号判例は、「遺留分は遺贈財産についての規定である。所有権者が生前、全部の家産をその子に承継させた場合に、それは生前贈与であり、遺贈ではないため、遺留分の問題は生じない」。二五年上字第六六〇号判例は、「民法第一一二五条は、遺留分権利者は、被相続人のなした遺贈によってその得べき額に不足を生じたときは、その不足額に応じて、遺贈財産に減殺することができると定めている。民法は、遺留分権利者は被相続人のなした生前贈与に対して減殺請求する権利があると認めていない。したがって、被相続人の生前になした贈与は、遺留分規定の制限を受けないことは疑いがない」。四八年台上字第三七一号判例は、「被相続人の生前になした贈与行為は、民法第一一八七条で定めた遺言による財産処分とは異なる。すなわち、生前贈与は遺留分規定の制限を受けない」としている。

学説もまた、第一に、法律の明文がないこと、そして、第二に、生前贈与は通常すでに受贈者に引き渡されているので、第三者の利益保護が必要なこと、及び法律関係の複雑化を避けることを理由として、一般の生前贈与を遺留分減殺請求の対象とはしていない[216]。

ｃ．生前贈与をめぐる紛争の特徴――家産分析との関係を中心に

上述のように、生前贈与は遺留分減殺請求の対象とならないのは確かであるが、問題は、実際の紛争（とりわけ相続関連のもの）に直面した際に、裁判所がどのような無償の財産譲渡を「生前贈与」と認定したかということである。「生前贈与」と決定されたものは、遺留分の拘束を

[216] 史尚寛『継承法論』（自費出版、一九六六年）五七七頁。戴炎輝・戴東雄『中国継承法』（自費出版、一九八六年）三三五頁。陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）［黄宗楽］四〇八頁。

受けなくて済む。逆にいえば、「生前贈与」ではなく、「死因贈与」や「遺贈」などと決定されたものは、遺留分のルールを避けることができない。実務上、もっとも困難なのは、固有法の「家産分析」に関わる争いである（家産分析の概念説明は、五、遺産分割のところに譲る。ここでは、とりあえず「家産分析」を「相続」と見ることにしよう）。「家産分析」を念頭においた当事者の様々な行動を、如何に近代法の言葉に翻訳して、法的性質を決定するのか。現実には、裁判所は一部の「家産分析」に関する行為を、生前贈与と認定したため、以下では行為の種類に応じて各々検討する。

（ア）家産分析の際に、財産を息子に与える行為

四八年台上字第三七一号判例では、原告は被相続人の後妻であり、被相続人と先妻の間の三人の息子を被告として、遺産分割の訴えを提起した。被相続人は生前、財産の分配にあたって、すべての農地を被告らに分配し、但し被告らが自分と配偶者の生存中、小作料に相当する扶養費を払うべきであるという「鬮分書」を作成した。被相続人死後、当事者双方は再び遺産の分配について協議した。すなわち、原告が小作料に相当する扶養費を放棄する代わりに、遺産に属する土地甲を取得するという内容の協議である。裁判所は、まず被相続人が生前、農地を被告に分配した行為を、遺言による財産処分ではなく、生前贈与と認定した。次に、「被相続人の生前に行なった贈与行為は、民法第一一八七条で定めた遺言による財産処分とは異なる。すなわち、生前贈与は遺留分規定の制限を受けない」と述べた上で、贈与契約を履行すべき義務が、原告を含む共同相続人全体に相続されるため、原告は「鬮分書」の内容に反して、自らの相続分に基づいて遺産分割を請求することができないとした。なお、その後、当事者双方の協議は、被相続人の生前贈与に対して、和解契約の方式でその内容を変更するものであり、相続放棄とは何ら関係がないと判示した。

家産分析の効力をできるだけ維持するためか、裁判所は、被相続人が生前、家産分析の際に息子に与えた財産を「生前贈与」と決定した。これによって、家産分析における息子への財産分与は相続法の規範に服することはなくなる[217]。つまり、財産を与える行為は遺留分減殺請求の対

[217] 二二年上字第一五九五号判決、蔡墩銘編『民法立法理由、判解決議、実務

象とならないで済む。また、本件の家産分析の協議は、父が生前、家産を息子に与える代わりに、自己及び配偶者の死亡まで息子に扶養費を払ってもらうという負担を付している。これは負担付贈与とみてもよかろう。

但し、「家産分析の際に、財産を息子に与える行為」について、後の八八年台上字第九一号判決は、財産の権利移転の時期から「生前贈与」ではなく、「死因贈与」と解している。同じく「家産分析の際に、財産を息子に与える行為」であるにもかかわらず、異なる法性決定という判断の妥当性に関しては、四4(3)②に譲る。

（イ）家産分析の際に、財産を自己及び妻のために留保する行為

家産分析の際に、財産を悉く息子に分けることなく、自己または自己の妻妾の養老の費用として、その一部を保留することもある[218]。これは「養贍（ゼン）財産」と呼ばれている[219]。父の死後に残された養贍財産は、母があれば母に帰属し、息子らはこれに干渉することができない。これに対して、母もまた養贍財産を独断で処分すること、またはこれを息子以外の者に遺贈することを許されない。母が死亡した後にこの養贍財産は息子らに帰属する。

では、養贍財産には近代法の言葉ではどのような表現を与えればよいのだろうか。それは養贍財産が現実に（民法上）誰に属しているかによって、場合を分けて検討しなければならない。

（甲）養贍財産が父（被相続人）に属した場合

家産分析の際に、「（父名義の）養贍財産は父母死後、特定の者（息子）に帰属する」という約定は、父から息子への「死因贈与」と判断される[220]（詳しい分析は、四4(3)の判例ウ・エを参照）。

（乙）養贍財産が母に属した場合

「（母名義の）養贍財産は父母死後、特定の者（息子）に帰属する」という約定は、母から息子への「死因贈与」と判断される（詳しい分析

問題彙編』（五南書局、一九八六年）一三八五頁。曾文亮「台湾家産制度的演変」思与言四〇巻一期（二〇〇二年）三〇九頁。

218 仁井田陞『支那身分法史』（座右寶刊行會、一九四三年）四六二頁。

219 戴炎輝「近世支那及び台湾の家族共産制（二）」法学協会雑誌五二巻一一号（一九三四年）一〇一頁。

220 曾文亮「台湾家産制度的演変」思与言四〇巻一期（二〇〇二年）三〇八頁。

は、四４(3)の判例ア・ウ・エ・オを参照)。

（丙）養贍財産が息子（相続人）に属した場合

八三年台上字第一六一三号判例の事案はこれに該当する。すなわち、被相続人である父は生前、妻と二人の息子（先妻との子）との間で家産分析を行った。その中には、後妻の老後の生活のために、息子が現金五百万元と自己名義となっている係争不動産を、後妻に引渡または名義移転するという約定が含まれている。原審と最高法院はこれを「息子から後妻への贈与」と解した。本件の特徴は、後妻に与えたものは家産（名義は息子であるが、当事者の意識ではそれは家産であろう）から出捐した「養贍財産」であるにもかかわらず、妻死後の当該財産の帰属については定められていなかったのである。伝統的な養贍財産は、母の死後、息子に帰属するはずであるが、本件はこの点で伝統の養贍財産とは異なったものであるということになる。

以上の内容をまとめると、家産分析に関連する行為の中で、息子に財産を分配する行為、及び息子名義の財産を養贍財産とした行為は、裁判所に生前贈与と認定される（前者は被相続人である父から息子への生前贈与、後者は息子から父母への贈与)。これらの生前贈与は、判例によると遺留分減殺請求の対象とならない。他の家産分析に関する行為の法的性質は、四４(3)で詳しく判例を挙げて検討するが、先取りしていえば、死因贈与と決定されることが多い。問題は、家産分析の行為を、生前贈与と死因贈与とに分けて解するのが妥当かである。

Ｂ．特別受益である生前贈与

これは民法第一一七三条に該当する贈与である。特別受益である贈与は、第一二二四条によって、遺留分算定の基礎となる財産に算入されることについては異論がないが、第一一二五条には、特別受益を遺留分減殺請求の対象とする文言がないため、減殺請求できるか否かについては争いがある。

学説は、司法院二一年院字第七四三号解釈を、特別受益に該当する贈与が遺留分減殺の対象とならないという実務の見解の代表として挙げている[221]。当該解釈例の内容は以下の通りである。「...遺留分について、

[221] 陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』（三民書局、修訂三版、二

民法相続編は、遺言者が遺言をもって遺産を処分する場合に、遺留分の規定に反してはいけないと明文で規定している。その他、民法は、遺留分権利者は、被相続人の行なった遺贈によってその得べき額に不足を生じたときは、その不足額に応じて、遺贈財産を減殺することができると定めている。(民法第一一八七条、第一二二五条を参照)。このようにみれば、遺留分の規定は、被相続人によって死後の遺産が処分されることを制限するものである。当事者がその生前の財産を処分した場合には、当事者本人の意思を尊重すべきである。したがって、被相続人が生前にその相続人に贈与した財産は、第一一七三条に列挙されたものでなければ、それを遺産の中に算入すべきではない。仮に被相続人の贈与した財産が、第一一七三条に該当するとしても、被相続人が遺産に算入しないという意思を表示した場合は、第一一七三条ただし書の規定を適用すべきであり、条文の解釈により遺留分という制限を加えることはできない」というのである。その他、特別受益に該当する贈与が遺留分減殺請求の対象となるかについて明確に言及した判例は存在しない。

学説は従来、肯定説と否定説に分かれている[222]。

ａ．減殺請求肯定説

その理由は二つある。第一に、特別受益の性質は、相続分の前渡であるから、特別受益は相続分の指定と同様に、遺留分減殺請求の対象となるという理由である。すなわち、「特別受益は相続分の予めの給付であり...相続分の指定は元来、遺留分減殺請求の対象となりうる。...したがって、特別受益が遺留分の規定に反するとき、相続分の指定と同様に解すべきであり、すなわち、特別受益も遺留分減殺請求の対象となりうる。このような解釈のほうが、法律の整合性に適う」[223]。第二に、特別受益に該当する贈与の価値が、法定相続人の相続分を超える場合に、仮に遺留分権利者は当該特別受益に対して減殺請求できないとすると、遺

○○五年)［黄宗楽］四○九頁。

222 学説の対立を記録したものとして、「特種贈与可否為扣減標的？―身分法研究会第四次研討会記録―」国立台湾大学法學論叢二○巻二期（一九九○年）三三～三五頁。

223 陳棋炎『民法継承』（三民書局、一九五六年）一三九頁、一四一頁。

留分が保全できなくなり、遺留分の規定の意義が失われるからである[224]。

b．減殺請求否定説（多数説）

減殺請求肯定説の考え方は、確かに遺留分権利者の保護には資するが、わが民法の条文は、特別受益を遺留分算定の基礎となる財産に算入することのみを規定しており、特別受益を遺留分減殺請求の対象とするとは定めていないため、減殺請求肯定説を採用することは困難であると解さざるをえないというのが多数の学説の見解である[225]。

なお、持戻しを免除された特別受益が、遺留分減殺請求の対象となるかについては、既に上述の5(1)②Bで検討した通り、多数説は持戻し免除の意思表示を尊重し（持戻し不要と解する）、当該特別受益を、遺留分減殺請求の対象としていない。

②　減殺請求の順序

台湾の民法第一一二五条の後段によると、遺贈を受けた者が数人いるときは、その得た遺贈の価額に比例して減殺しなければならない。換言すれば、すべての遺贈は同じ順序で減殺請求を受ける。

(5)　減殺請求権の行使及び消滅

①　行使

遺留分減殺請求権の行使は、物権的形成権説を採った以上、それは受遺者や受贈者に対する権利者の一方的な意思表示であり、しかも裁判外でも行使できると解されている。この点において台湾と日本は同様である。

減殺請求権は一般の財産権であり、一身専属的なものではない。遺留分権利者の債権者、破産時の破産管理人、相続人不存在の時の遺産管理人はそれを代位行使できると解されている[226]。但し、相続債権者はこれ

---

224 陳棋炎「関於我国民法所定的特留分之研究」『親属、継承法基本問題』（自費出版、一九七六年）四七六～四七七頁。陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）［陳棋炎］一五五～一五六頁。

225 李宜琛『現行継承法論』（台湾商務印書館、一九六四年）一一三頁。戴炎輝・戴東雄『中国継承法』（自費出版、一九八六年）三三四頁。陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）［黄宗楽］四〇九頁。

226 陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）［黄宗楽］四一三頁。

を代位行使できるかが争われている。遺留分権利者が単純承認をした場合には、被相続人の遺産が相続人の財産と混同し、その結果、相続債権者は遺留分権利者の債権者と同一の立場にたつことになるから、その代位行使は認められる。これについては異論がない。しかし、限定承認の場合に学説上は異なる見解がある。限定承認にあたって相続債権者は本来、受遺者より先に弁済を受けうる（民法第一一六〇条）。遺留分減殺請求が、遺贈のみを対象とするため、遺贈より優先的に弁済を受けられる相続債権者にとって、遺留分減殺請求の代位行使を認める必要がないという学説がある[227]。これに対して、他の学説は、死因贈与が遺留分減殺請求の対象となりうるため、相続債権者の代位行使を認める実益があると主張する[228]。

② 減殺請求権の消滅の期間

日本民法には遺留分減殺請求権の消滅時効（一年、第一〇四二条を参照）を定める明文があるのに対して、台湾には条文上は規定がない。そこで、様々な見解が存在する。

A．相続回復請求権の時効の類推適用説

通説[229]は、減殺請求権の性質が相続回復請求権のそれに類似することを理由として、相続回復請求権の消滅時効（二年と一〇年、民法第一一四六条）を類推適用すると主張している。

最高法院の判例は遺留分減殺請求権の消滅時効について、第一一四六条の類推適用を明確に肯定したものがないが、下級審判決は存在する。台湾高等法院台中分院八〇年家上字第九六号判決は、消滅時効について判断した。すなわち、遺贈を受けていない相続人は、受遺者である相続人に対して遺留分減殺請求を行い、これによって取戻された財産につい

227 戴炎輝・戴東雄『中国継承法』（自費出版、一九八六年）三四〇頁。

228 陳棋炎「関於我国民法所定的特留分之研究」『親属、継承法基本問題』（自費出版、一九七六年）四八八頁。陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）［黄宗楽］四一三頁。

229 史尚寛『継承法論』（自費出版、一九六六年）五九一頁。陳棋炎「関於我国民法所定的特留分之研究」『親属、継承法基本問題』（自費出版、一九七六年）四九四頁。陳棋炎・黄宗楽・郭振恭共著『民法継承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）［黄宗楽］四二三頁。

て返還を請求した。高等法院は「遺留分減殺請求権は性質上、相続回復請求権に類似しており、民法第一一六四条第二項を類推適用し、遺留分侵害の事実を知った時から二年間行使しないときは、時効によって消滅する。被相続人は七七年一月一八日に死亡した。同月三一日葬式のとき、全家族が原告の家で遺言を閲覧したため、原告はその日に遺留分侵害の事実を知ったはずである。同年九月二四日に原告は彰化県田中地政事務所に、『被相続人が七五年一一月二〇日に作成した遺言は、すべての不動産を被告一人に相続させるという内容であり、遺留分の侵害に該当するため、貴機関は被告が単独で相続登記を行うことを認めるべきでない』という書類を送った。したがって、原告は遅くても七七年九月二四日の時点で遺留分侵害の事実を知ったといえる。…原告が八〇年一月一五日に本件訴訟を提起したため、その遺留分減殺請求権は二年間の時効によって消滅した。なお、原告は、別件の共有物分割訴訟で、七九年に反訴を提起し、遺留分減殺請求で勝訴判決を得たと主張している。しかし、原告の反訴の目的物甲は、本件の乙とは異なるものである。遺留分減殺請求権は、債権的請求権であり、その行使の対象について個別に認定すべきである。原告が前掲反訴で甲を減殺請求したが、その効力は本件の乙に及ぶわけではない。したがって、原告を敗訴させた一審の判決を維持する」と述べた。本判決の特徴としては、遺留分減殺請求権を債権的請求権と捉えること、そして消滅時効について相続回復請求権の規定を類推適用したことが挙げられる。

これに対して、原告は上告した。最高法院八一年台上字第一〇四二号判決は、時効について「...当該減殺請求権は性質上、物権的形成権であり、遺留分権利者が義務者に減殺請求をすると、遺留分に侵害する部分は効力を失う。原審は減殺請求権を債権的請求権と解し、減殺請求された目的物について時効が中断されるが、減殺請求されていない目的物については、時効が進行すると判断した。この見解は不当である。さらに、上告人がいつ遺留分侵害の事実を知ったかは、遺留分減殺請求権の時効の起算点に関わる問題である。原審がそれを七七年一月三一日か七七年九月二四日のいずれかであるとして明確に認定していないため、本裁判所は遺留分減殺請求権が二年間の時効に罹ったか否かを判断できない。したがって、原判決のこの部分を破棄し、差し戻す」と判示した。

本判決は、まず遺留分減殺請求権の性質を物権的形成権と肯定した最初の最高法院のものとして位置づけられている[230]。次に、本判決は減殺請求権の消滅時効に相続回復請求権の定めを類推適用するかどうかを明示していないが、「本裁判所は遺留分減殺請求権が二年間の時効に罹ったか否かを判断できない」と述べたため、実質的に二年間の時効を認めたとも理解できる。

以上の通説及び判例の見解に対して異論を唱える学説がある。

B．時効規定不要説

この説は、減殺請求権の性質を抗弁権と理解し、すなわち、減殺請求権が消極的に目的物の給付を拒むものにすぎないため、時効に関する期間は不要であると主張している[231]。

C．一般消滅時効説

民法に定めがないため、減殺請求権の消滅時効は、民法第一二五条の一般消滅時効を適用すべきであり、一五年間で消滅すると主張されている[232]。

D．取消権除斥期間説

通説は減殺権の法的性質を形成権と解している。台湾における形成権の消滅期間は、除斥期間であり、消滅時効ではない。請求権だけが消滅時効に罹る。民法第一二五条は、請求権の消滅時効を一五年間と定めている。他方で、減殺権は形成権である以上、消滅時効とは関係ないはずである。また、A説（通説・判例）対して、この説は、相続回復請求権（請求権）と減殺権（形成権）とは法的性質が異なるため、相続回復請求権の消滅時効を減殺権に類推適用するのは妥当でないと批判している。したがって、減殺権の期間は、やはり他の形成権の除斥期間を類推適用すべきであるという。例えば、民法第九三条（詐欺と強迫による取消）と第二四五条（債権者取消権）には、取消権の除斥期間について、

---

230 林秀雄「論特留分扣減権」輔仁法學一一期（一九九二年）[林秀雄『家族法論集（三）』（漢興書局、一九九四年）所収、三一五頁]。

231 李宜琛『現行継承法論』（台湾商務印書館、一九六四年）一三四～一三五頁。戴炎輝・戴東雄『中国継承法』（自費出版、一九八六年）三二七頁。

232 羅鼎『民法継承論』（会文堂新記書局、一九三七年）二七〇頁。胡長清『中国民法継承論』（上海商務印書館、一九四六年）二五九頁。

一年と一〇年の規定がある。これを減殺権に類推適用する結果、遺留分減殺権は遺留分の侵害を知ったときから一年間、相続開始時から一〇年間に行使しなければ消滅することとなる[233]。

⑹　減殺請求の効力

上述の⑶「遺留分減殺請求権の法的性質」で説明したが、遺留分減殺請求権の基本的効力は、遺留分を侵害する行為の効力を奪い、目的物上の権利を遺留分侵害額の範囲で遺留分権利者に取り戻すということである。目的物の物権が既に受遺者に移転した場合に、遺留分権利者は、遺留分減殺請求権を行使すれば、理論的には所有権に基づき目的物の返還請求ができるが、後の六で述べる判例は、これを否定している。また、相続回復請求権の時効を遺留分減殺請求権に類推適用することは既に⑸で述べた。これに対して、目的物の物権がまだ受遺者等に移転していない場合には、遺留分権利者は目的財産の引渡を拒否できる。学説はこの側面の効果を抗弁権とし、消滅時効にかからないと解している[234]。

7．日本との比較

これまで、台湾の遺留分と遺留分減殺請求の制度の概要を論じてきた。まずは遺留分制度に関する立法の変遷をみると、大清民律草案における最初の条文がかなり日本法に類似していたことは確かである。しかし、中国の家と日本のそれは異なる概念であり、中国では財産の承継が諸子均分を採られてきたため、中華民国民法における遺留分の意義は、「共同相続人間の平等維持」に重点があるといえる。これは立法当時に参考とした日本法と非常に異なる点である。

次に、台湾の法定相続人は、すべて遺留分を有する。これに対して、日本では兄弟姉妹は法定相続人となりうるが、遺留分権を有しない。台湾の条文は、遺留分を「相続分の何分の一」という文字を使っている。そのため、遺留分を不可侵的な相続分とみるのが一般的である[235]。また、

233　林秀雄「論特留分扣減権」輔仁法學一一期（一九九二年）［林秀雄『家族法論集（三）』（漢興書局、一九九四年）所収、三一三～三一五頁］。

234　戴炎輝・戴東雄『中国継承法』（自費出版、一九八六年）三四二頁。

235　陳棋炎「関於我国民法所定的特留分之研究」『親属、継承法基本問題』（自

日本法と比べると、台湾法には価額弁償の規定がなく、現物返還が原則であり、且つ相続開始前の遺留分放棄という制度も存在しないため、よりフランス・ゲルマン型の遺留分に近いといえる。

台湾における遺留分算定の基礎となる財産に算入されるものは日本よりやや少ない（日本民法第一〇三〇条のような規定がない）。生命保険金・死亡退職金・遺族給付、剰余財産分配請求権、生命侵害による損害賠償請求権は、その請求権者は、相続と異なる原理に基づいて給付を受け取ると解されてきたが、実際にこの部分はまだ十分に検討されることがなく、理論を精緻化する努力が必要である。とりわけ、仮にこれらの給付が被相続人の現実の遺産に近い額となってくるなら、それは相続と別途の財産承継の方法となりうる。これらの給付と相続との関係は将来の研究課題としたい。

遺留分減殺請求の対象となるものは、終意処分に限定され、生前処分（特別受益を含むもの）には及ばない。このことは、法が被相続人に生前処分の自由を比較的広く認めていることを示唆している。ただ、「家産分析」に関わる生前の行為は、生前処分と終意処分の両方に認定されたことがある。その意義については四４(3)で検討する。

台湾の判例通説によると、遺留分減殺請求権の法的性質は、物権的形成権であり、日本・フランスとはあまり違いがない。しかし、減殺請求の対象である処分の法的性質において、台湾と日本とでは差異が生じる。比喩的にいえば、全て同じ刀物（遺留分減殺請求権）を持っているとしても、切る対象（減殺請求の対象）がそもそも異なるので、同じ結果が出るはずがないと考えられる。本章は、減殺請求の対象となりそうなものとして、生前贈与を検討したが、生前贈与は原則として台湾では減殺の対象ではない。次章は、いよいよ減殺請求の本来の対象、すなわち遺贈などの終意処分について分析していく。つまり、被相続人が法定相続分と異なる意思表示（遺言による財産処分）をした場合に、これらの処分の性質ないし効力は如何なるものかを検討する。その後に、これらの効力によって、遺留分減殺請求の結果がどのようになるのかを六で論じる。

費出版、一九七六年）四五八頁。

＊本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇六年六月三〇日授与）に補筆したものである。

研究ノート

国民的独立のパトスとロゴス（３・完）

――ドモフスキのパトリオティズム1893-1908年――

宮　崎　　悠

目　次

はしがき

第一章　ドモフスキ研究の現状
　第一節　研究史
　第二節　ポーランド国外の研究状況
　第三節　現代ポーランドの研究動向

第二章　全ポーランド主義の形成
　第一節　なぜ全ポーランド主義なのか
　第二節　『我々のパトリオティズム』
　第三節　革命的プログラムの提言
（以上、第57巻２号）
第三章　シュラフタ国家からの民族的再生
　第一節　西欧体験と社会ダーウィニズム
　第二節　『一現代ポーランド人の思想』
　第三節　民族の気質
（以上、第57巻３号）
第四章　闘争のロゴス
　第一節　プログラム転換
　第二節　ポーランド人とは誰か
　第三節　リアリストの04年革命

第五章　未成立国家の外交構想
——『ドイツ、ロシアそしてポーランド問題』を中心に——
第一節　誰を敵とするのか
第二節　新しい帝国
第三節　ホーエンツォレルン国家の拡張
第四節　影響力の政治
第五節　未成立国家の外交構想

むすび

（以上、本号）

第四章　闘争のロゴス

はじめに——リアリズム対教条主義——

> 我々の社会には、二つの正反対の考えが存在している。それら二つの志向、二つの教義の間に戦いさえ生じている。それは政治的思想と、非政治的思想との戦いである。そして政治的リアリズムと、革命派・服従派・人道主義派といった、あらゆる教条主義との戦いである。(1)

1903-05年は、ドモフスキの政治思想にリアリズム志向が明確に示され、かつ、リアリズムが内外の政治過程における彼の組織原理として結晶化された時期であった。それはポーランドの自治ひいては独立への動きが、現実の政治的力として、ポーランド内外で広く発見され、同時にナショナリズム運動の担い手たちが現実政治と不可避的に直面させられた時期に重なり合う。そして当然に、ポーランド社会における諸政党・諸派間では、理念上・路線選択上の対立が先鋭化した。そのなかでドモフスキは、ロシア政治への積極的介入と国際外交活動への参画による政治的リアリズムの遂行をロゴスとした。換言するなら、独立へのパッションを抱きつつ、それを真にポーランド民族の独立に役立てるために、ロシア帝国における国内状況や国際状況に照らして合理性を備えたプログラムを準備し実行することを主張した。

文頭に引用した「政治におけるドクトリンとリアリズム」（1904年８月）や、

それよりやや早い時期に書かれた「祖国とドクトリン」(1902年５月)、「ロシアの危機に対して」(1903年２月)[(2)]といった論説からは、当時の彼の状況認識における変化を読み取ることができる。彼は、1902-03年にかけて、ロシアの内政・外政における危機がもはや「明白かつ多方面にわたる」[(3)]ものと看取するや、「今日、ほぼ確信をもっていえるのは、ロシアにおける現在の危機が、国家体制により深刻な跡を残さずして過ぎ去りえない、ということである。…(危機は)あまりに深くロシアの一般社会全体を揺るがし、国家の生存や組織の基礎そのものに関わる」[(4)]として、従来のロシア政治に対する見方を変化させた。換言すれば、彼のリアリズムは、ロシアの危機的変動に対応するために形成された思想であったといえよう。

他方、ポーランド内部の状況認識については、文頭の引用に示されている政治的リアリズム対教条主義という対立構図のように、ポーランド社会の政治勢力・非政治勢力の分布を、民族の力を正しく認識するか、そして現実の政治を変えるか、という基準によって二分している。これは、彼の思想において政治的リアリズムが独自の位置を占めつつあることの表れであった。

19世紀末から20世紀初頭のロシア領ポーランドにおいて、ドモフスキら国民民主党は民族主義的かつ非武装の政治運動を行う立場をとっていた。他方、「革命派」と表現されたポーランド社会党などの社会主義諸党派は、「プロタリアートの連帯」によりロシア帝国の打倒を目指す運動を行っていた。さらに主要な集団として、政治には関与せず、経済・文化活動においてポーランド民族の存続をはかる「服従派」あるいは「忠誠主義者」などと呼ばれる保守派がいた。

ドモフスキは、ここで、自らの立場を政治的リアリズムと位置づけ、他の立場は全て「教条主義」と一括して批判する。「教条主義」は、「祖国とドクトリン」(1902年５月)が次のように類型分けしている。[(5)]

「教条主義」と批判される類型の第一は「**正義**の王国」論、すなわち「正義の教条主義」である。[(6)]それは、「国際関係において必ずや正義が勝利すると信じるよう我々に命じ、また、そうした正義の勝利を早めるため、各方面で正義を行うよう、我々自身にも命じる」ものとされる。つまり、ポーランド民族が侵略や収奪を行いうる場合があってもそれを行わず、かつて自分たちが手に入れたものは返却し、他方で、自分たちから何かが収奪される場合には抵抗せず、もぎ取られたものを奪い返したりもしない、けれども、「正義の王国」が到来するまでひたすら待とう、という考えをさす。これは、道徳的には崇高であって

も、現実においては徹底した政治に対する無力感を表しており、受動的に正義がなされる日を待ち続ける「正義の教条主義」である。(7)

第二に、上記の教条主義とは「遠いが、確かな親類関係」にあると批判されているのが「社会主義的な教条主義」(8)である。両者は「正義」の信仰で似通っている。すなわち「社会主義的な教条主義」は「現在また将来における国際的なプロレタリアートの連帯」を宣言し、ヨーロッパ全体でプロレタリアートが勝利しさえすれば「ポーランド問題を「正義の原則において」処理してくれると信じる」よう人々に強いる教条主義である。(9)

> 社会主義的な教条主義によれば、今日、一つの集団として民族を考える必要はなく、民族の結合力を強める必要もない、という。むしろ、それ〔ポーランド民族の結合力〕を打ち砕き、労働する諸階層と、社会の残りの部分とを結ぶ道徳的な結びつきを切断し、他方で、労働する諸階層を他の諸国のプロレタリアートと合わせて一つにする必要がある、という。…「社会主義的な人民共和国」としてのポーランドには、確かな未来があるのだから、それを信じ、もっぱらそれに期待し、プロレタリアートの勝利を早めるために、今日の我々の道徳的基礎を破壊し、民族的理念を根絶しなければならない、等々という。(10)

さらに「社会主義的な教条主義」の対極には「スラヴ的教条主義」(11)がある。これは、ポーランド民族の救済を、「より大きなスラヴ族としての連帯にある」と宣言する立場であり、皮肉なことにポーランド人以外のスラヴ人（主にロシア人）に対する認知度が最も低く、対照的にドイツ人との関わりが最も多いプロイセン領ポーランドにおいて普及しているものである。「一族の中で最も強大なメンバーの優越のもとに、つまりロシアの優越のもとに」連帯を結ぶことを当然の前提とし、(12)さらに、「ロシアとの関係において過去のあらゆる傷跡を忘却することのみならず、今日ロシアから味わっているあらゆる不正な仕打ちに目を閉じるよう勧めている」立場として説明されている。(13)

これと同類の、より悲観的なものとして、「ロシアとの直接的同盟の教条主義」(14)が挙げられている。それは、ポーランド民族には、「政治的独立を取り戻すための最低限の環境もなく、歴史の宣告によって、ロシア国家の国境内での生存が言い渡されている」という「明白な事実を出発点とする」もので、「ロシ

ア政府影響下での、古く、もしかしたら居心地がよいかもしれないロシア国家との妥協を志向するよう勧め…相互の誠実な行いによって」、ロシア政府の信頼を獲得するよう勧めるものである。こうした論理から、ポーランド民族は、ロシアに抱擁（併呑）されるという不可避の結末が待っていることを知りつつ、不興をかう可能性は論じずに、その寵愛のみを信じ、すすんでロシアの抱擁の中へ身を投げ出すべきだ、とする「教条主義」が生まれる。(15)

これら代表的な教条主義の諸類型(16)に対しては、第一に、民族主義の歴史を動かす力を正当に評価することを知らず、反対に、「正義」、「社会主義的連帯」、「スラヴとの連帯」など政治的力にならない空疎な理念への過大評価があると批判されている。そして第二に、「正義」の教条主義は無為に救済を待ち続け、「社会主義」の教条主義は民族という枠そのものを解体するため、ポーランド民族の生存と独立には政治的に役立たない、と批判されている。先述のように、ドモフスキにおけるリアリズムとは、民族の利害のために現実の政治過程においてとりうる方策を選択し実行するための政治的選択をさす。そのため、彼にとっては、革命派も忠誠派も、民族的独立を他者に依存し現実のポーランドをトータルに動かすための主体性を放棄し、ポーランド政治から遊離してひたすら架空の理念に情緒的にしがみつき、現実を超え出る政治的ロゴスを欠くものとみなされており、そのために「教条主義」として一括して批判されている。

換言すれば、ドモフスキは、ポーランド政治における勢力配置図の認識そのものの転換をとなえていた。「政治におけるドクトリンとリアリズム」(1904年)において「ロゴスの欠如」が批判されている一方の極には、武装蜂起によるポーランド独立を目指す革命派があり、その対極には、忠誠主義があった。しかし武装蜂起主義対忠誠主義という対立軸はもはや、時代錯誤（アナクロニズム）であり、その政治的内実は存在しない、と彼は主張する。彼は、「実際のところ、今日、我々の社会には、絶対的な革命主義者も、絶対的な忠誠主義者も、存在しない。どちらかの極端の原理に信服している信奉者たちは存在しない」として、忠誠主義と、革命主義との対立を、「不誠実で論争的な策略」であるか、「空理空論の、問題の単純化であり、少しも事柄を明らかにしないどころか、反対に、政治思想全般をまどわせるものである」(17)と断じている。なぜなら、「少なくとも、有力な、組織された、指導的なスローガンに従って恒常的に活動を行っている集団という意味では」忠誠主義者の集団も革命主義者の集団も共に存在せず、「時として社会主義者たちは、武装蜂起に向けた準備について語っているが、彼らは、〔実

際には〕そうした領域で何の活動もしていない。反対側の立場においては、忠誠主義に偏執する人々や、徹底したモスカル好き達の小集団があるが、いずれも〔政治勢力として〕何の意味ももたない」[18]からである。したがって、忠誠主義対革命主義という対立の図式は、「政治的「時代錯誤（アナクロニズム）」であるか、または、古い戦略を新しい活動手段にしようと、粗悪な繰り返しをしているにすぎない」[19]と彼は認識していた。

ここでドモフスキは、「時代錯誤」に陥った政治のあり方を覆そうと試みている。彼の見解においては、ポーランド社会において対立しているのは、革命派と忠誠派ではなく、政治的リアリズムと、机上の空論と化している様々な「教条主義」のすべて、であった。この文脈において、リアリズムと、政治的思考、政治的なるものとは、同一視されている。ドモフスキの政治的リアリズムは、現実の政治過程において、ポーランドの独立という大目的のためにどのような手段をとりうるのかを、ロゴスに則って思考しかつ実行することを求めていた。

本章第一節において詳述するように、国内政治においては、彼の指導する国民民主党のプログラムの転換を行い、従来の伝統的な武装蜂起主義と名実共に決別した。また、こうしたリアリズムへの転換の直後、日露戦争が勃発したことを機に、敗戦に苦しむロシア政府への対応をめぐって、武装蜂起による政府打倒を唱えるポーランド社会党と対立し、「服従派」に転向したとの誤解や非難を受けることとなった。[20]

また、彼の思想においては、権力政治の現実を冷徹に認識するリアリズムと同時に、民族への献身を厭わず、民族的独立を求める意識としてのパッションとが共存していた点にも注意しなくてはならない。本章第二節において詳述するように、彼の思想におけるパッションは、その民族観の基礎であった。彼にとってポーランド民族を構成するものは、言語ーエスノ的要素もさることながら、一つの生命体として類推される、総体としての民族への献身であった。

そして第三節において述べるように、ドモフスキのパトリオティズムに内包されるロゴス的側面、リアリズムは、彼が指導した国民民主党のプログラム変更（1903年）や日露戦争（1904-05年）への対応、ロシア内に出現した政治空間の活用といった現実政治における対処といった歴史的出来事を軸に、明確化されていく。

第一節　プログラム転換

ドモフスキが『我々のパトリオティズム』（1893年）を発表して以降の十年間に、彼が活動拠点とする民族連盟は、その路線を大きく修正しつつあった。その変化を象徴する出来事が、国民民主党のプログラム（政治綱領）における方針転換（1903年）であった。国民民主党は、民族連盟を地下母体とする政党であり、ロシア領ポーランドを拠点としていた。(1) 1903年に出された新たなプログラムの特異な点は、1897年に発表された当初のプログラムにおいて主張されていた、民族主義的な武装蜂起を批判したことにある。そのため、民族連盟は、主としてポーランド社会党など他の政治グループから、「服従派」寄りになったという批判をうけることとなった。

こうした批判は、国民民主党のみならず、ドモフスキ個人にも向けられた。『我々のパトリオティズム』以降、民族連盟内で主導的立場にあった彼が、1903年の国民民主党プログラムを執筆したためである。(2) このプログラム転換を契機として、彼は、「服従派」と変わりないという批判を受けるようになった。また、後年のドモフスキ研究においても、このプログラムは、ドモフスキが親ロシア的な態度に転じたと解される原因となってきた。

ただし、以下で詳述するように、1903年のプログラム変更を単なる武装蜂起の放棄やロシア追従志向と解してしまうのは早計であり、ドモフスキ自身それを意図していたのではなかった。では、彼は何故、こうした誤解を招きかねない内容のプログラムへと、あえて方向転換したのであろうか。

本節においては、国民民主党がプログラム変更を行うに至った社会的背景を検討する。そして、ドモフスキが武装蜂起を批判し、ロシア内政への働きかけを重視した論理を明らかにする。

・ドモフスキ思想の展開と民族連盟

民族連盟の最初のプログラムは、ジグムント・ミウコフスキが1887年に執筆したもので、「既存の合法的－公的関係・機構にまっこうから対抗する」ものと評されていた。(3) その政治観の特徴としては、非合法活動の推進と、「止むことなき長期的革命」(4) の提唱が挙げられる。さらに、初期の民族連盟が持っていたもうひとつの特徴は、20世紀初頭まで、彼らが武装蜂起を唯一の独立達成の手段と見なしていたことにある。(5) より正確に言うなら、少なくともロシア領

ポーランドにおいては、党派に関わらず、ポーランド人の政治活動といえば蜂起或はその準備を意味する、との認識が共通していた。武装蜂起という伝統への執着によって、ポーランドの政治活動・独立運動は、影響をこうむってきた。それを主要な手段とすることに反発する人々であっても、19世紀ロシア領ポーランドの政治過程においては、それを考慮に入れざるを得なかったし、多くの場合、そういった人々も、自覚している以上に伝統的な武装蜂起主義に影響されていたのである。

それだけに、武装蜂起を政治活動の「手段」から排除するまでには、民族連盟内部において葛藤が続いた。以下に引用した1901年７月号『全ポーランド評論』紙には、その様子が反映されている。(6)

> ポーランドは、平和的な方法においては決して再建されないし、〔ポーランドを〕独立回復へと導くためのあらゆる政策は、決定的な瞬間において、プログラムの中に武装闘争を含んでいなくてはならない、と人々は我々に言う。**我々自身、それはよく理解している。しかし**、その真実を認識しているということと、蜂起政策をとることとの間には、距離がある。(7)

民族連盟としては、ポーランドの独立を目指しており、そのためには、最終的に支配帝国と武力によって衝突する可能性もありうるという認識をもっていた。しかし、独立のための武力闘争の重要性は認めても、それを即効性のある手段として、今すぐに用いるべき方法とすることには否定的であった。武力による戦いの重要性を認めたからといって、現段階において武装蜂起を計画し実行することは、論理に飛躍がある、というのである。

ポーランド独立という目的に対して武装蜂起は合理的な手段ではない、と認めること自体が、当時の民族連盟の方針上、かなりの混乱を招いた。それどころか、民族連盟は、最終的に蜂起を断念した結果、解決不能な問題に陥ることとなった。蜂起を断念するという変更に際して、民族連盟の指導者たちは、無理にでも、独立をかけた戦いのために蜂起に代わる手段を見つけねばならなかったためである。ポブク-マリノフスキは、実際のところ蜂起の他に手段が見つからなかったため、民族連盟は無意味な美辞麗句を用いざるを得なくなった、として、新しいプログラムを全く評価していない。(8) こうしたポブク-マリ

ノフスキの見方は、蜂起という手段を除外した後の選択肢を、帝国支配への服従に収斂したものと解してしまっている。

確かに、ポブク-マリノフスキが批判するように、民族連盟の主張は、一見論理一貫性に欠けていたかのようである。しかし、それは同時に、常に変化する政治状況を現実的に認識し、それに基づき適切な方法をとろうとする意志の表れであったと解することもできよう。ドモフスキは1893年の時点で、蜂起に代わる手段として「止むことなき長期的革命」(9)を提唱していた。つまり、蜂起という限定的な場においてのみ兵士として戦うのではなく、日々続いてゆく政治過程において、間断なく独立への活動を継続するべきではないか、という提案である。その提案を、彼は1903年のプログラムに織り込み、今度は党の活動方針として再び表明したのだと解するべきであろう。独立闘争の手段として効果の見込めない武装蜂起を批判し、ロシア内に生じた政治空間の可能性を捉えて政治活動を展開しようとする基本姿勢は一貫していた。したがって、1903年のプログラムを「服従派」的とする解釈は、そうした現実主義的な思考を看過あるいは過小評価しているといえる。

19世紀後半のポーランド社会の状況をおおまかにとらえるなら、一方において、伝統的な抵抗の手段であった武装蜂起は、(とくにロシア領ポーランドにおいて)ポーランド人の政治活動と切り離せないものと考えられていた。しかし、その対極には、分割された状態のままで経済・文化活動を発展させ、それによってポーランド民族の地位を高めていこうとする「有機的労働」(10)の考えがあった。とくに一月蜂起が鎮圧されて以降は、敗北感と無気力感が蔓延し、知識人や有産階級の間に有機的労働を推奨する傾向が広まっていた。

ドモフスキは、1893年にすでに伝統的蜂起主義を批判しており、武装蜂起は目的合理性を欠く活動手段であるという姿勢を貫いていた。この点で、彼の立場は一見、「有機的労働」を支持する所謂「服従派」と同じであるかに見える。ただし、「有機的労働」を推進する人々となる点は、彼が独立を長期的かつ現実的な目標としていた点にあった。

さらに、新しいプログラムにおいて、ドモフスキは、ロシア領ポーランドだけを独立闘争の主体とすることに異を唱えた。つまり、プロイセン領ポーランドやガリツィアも、ポーランドの定義に含めるという主張である。こうした志向をもつ人々は、「全ポーランド主義者」と称された。(11)ロシア支配下におかれて以来、合法的な政治活動が許されなかったために、武装蜂起によってロシア

支配を打倒する、という筋書きは、ロシア領ポーランドの政治活動において、当然の前提として固守されていた。したがって、ドモフスキが主張した、ドイツが東方へ進出すればドイツに同化される恐れが高まるのだから、それを防ぐためにロシアを破綻させずに民主化し、ロシア内で自立ひいては独立しよう、という考えは、聞く者に違和感を与えたであろう。にもかかわらず、そのリアリズムゆえに、ドモフスキの全ポーランド主義は民族連盟の中で着実に支持を広めていた。

1893年の『我々のパトリオティズム』が提示した思想は、十年間で民族連盟内の主流となった。そして、国民民主党は第一にロシア領ポーランドを活動の中心とし、それに加えてドイツ領ポーランドやオーストリア領ポーランドでも活動するという、ドモフスキの抱いていた構想が、国民民主党の方針として公にされたのである。(12)そこにおける武装蜂起の否定は、全ポーランド的な志向の明確化と、それに対する支持の拡大という背景の上で、示されたものであった。

第二節　ポーランド人とは誰か

ドモフスキの思想における重要な特徴の一つは、「全ポーランド主義」と呼ばれる考えにあったことは上述のとおりである。これは、三支配帝国によって引かれた国境線と、階級の格差とを超越し、ポーランド民族の統合を目指すという主張であった。「全ポーランド主義」は、どの領域がポーランドとなるのか、ならないのか、誰がポーランド民族の構成員となるのか、また民族的精神の共有を熱望する意思という、パトスの有無の問題を、必然的に引き出すものであった。そして、ポーランド人やポーランド民族といったものの定義が必要となるに伴い、他の諸民族の位置づけにかんする問題が生じるのは不可避であった。

こうした一方、ドモフスキの思想に内在するリアリズム、ロゴス的側面が、武力行使を伴わない政治的な活動を通じて独立を目指すという方針に表明されていることについても、すでに述べた。これは、19世紀末ロシア領ポーランドにおいて独立を目標とする政治活動と切り離せなかったロマン主義的蜂起主義を批判し、なおかつ、一月蜂起の鎮圧後に優勢となった「服従派」の唱える「三面忠誠主義」にも反対する、というものであった。

これら二つの特徴には、リアリズムとパトスつまり民族的独立への意識との

共存が示されている。こうした共存は、社会主義諸派や服従派の立場にはみられないものであり、彼の思想の特異な点であるといえよう。そこで、この節では、前者、ドモフスキの思想がもつリアリズムに注目し、その思想的基礎となっているドモフスキの民族観を押さえ、次章において彼のドイツ警戒論を分析するための前段とする（第五章）。

・民族とは何か

1895年に『全ポーランド評論』（３月５日号）に掲載された「民族の一体性」という記事において、ドモフスキはポーランド民族という集団が存在する根拠について述べている。

> 我々は、ひとつの民族である。単一の、不可分の民族である。なぜなら、我々は、自分たちが統合されているという感覚を有しており、共通の集団意識を、共通の民族的精神を持っているのだから。この民族的精神は…（我々が）共有する国家が存続していた数世紀間を通じて形成されたものであり、共通の生存を求める闘争における、一体感である。そして、集団としての成功、失敗、目標へ向かう熱望において、隣接する諸外国の伝統と区別されているという感情である。この民族的精神は、歴史の長い過程を通じて形成された。この民族的精神は、歴史の中に、その存在と熱望を正当化するための根拠を見いだす。明らかに、「歴史的諸権利」というのは、中身のない題目ではないし、無意味な決まり文句でもない。そう、我々は一つの民族である。なぜなら、我々は共通の感情で結ばれており、共通の民族としての思考で結ばれているのだから…そしてポーランド人各人が、教育を十分に受けていない者であっても、ポーランド人としての意識を持つようになるという目標に、共通の意思が向けられているのだから。(1)

ポーランド人であるか否かは、ポーランド語を話すか、出生地がポーランドであるか、といった基準によって判断されるのではなく、「民族的精神」の共有にある、と彼は述べている。具体的には、ポーランド民族がさらされている、諸民族間の生存競争に貢献するかどうかによって決まる。つまり、民族の共通の目的に貢献する感情が、ポーランド民族の構成員を定める基準となっている。(2)

では、言語や出生地といった、エスノ－言語的基準は、全く重視されていなかったのであろうか。『一現代ポーランド人の思想』（1903年）では、各分割領におけるポーランド人の意識の相違について、次のような記述がある。

> ガリツィアには、自分たちを大変優れたポーランド人だと自負する人々がいる。彼らは、ポーランドとの関係を、単に、ポーランド語を公用語とし、ポーランド人に政府の職を与えるといった、そうした狭いものとしてのみ捉えている。しかし彼らは、迫害され、最も重要な諸権利を侵害されたポーランドについて、知ろうしない。また、とくにロシア領ポーランドには、苦しむポーランドをのみ愛する人々がいる。彼らのパトリオティズムは、ポーランド民族の抑圧を導けば十分なのである。彼らは、ガリツィアにいる同胞を、ほとんど嫌っていると言ってもよく、その理由は、〔ガリツィアのポーランド人たちが〕抑圧されてはいないからである…。(3)

ここでドモフスキは、ガリツィアを拠点とし「有機的労働」を唱導する知識人や文化人たちを批判しつつ、同時に、ロシア領ポーランドの武装蜂起の伝統に固執するパトリオティズムを皮肉っている。ガリツィアの知識人たちは、政治的には無関心を決め込み、高邁な文学に耽り文化的発展にいそしんでいる。それは、他の分割領にいるポーランド人や、統一されるべきポーランド全体の運命から目をそむけ、政治活動を理由に迫害される危険を回避する、無責任な態度である、という批判である。他方で、ポーランド民族独立のためという大義名分を掲げながらも、現実的には敗北に終わることが自明な武装蜂起を繰り返そうとする、熱狂的なパトリオティズムの唱道者らに対して、ドモフスキは冷笑的ともいえる見方をし、彼らは意図的にポーランドを困難な状況におこうとし、その状態で抵抗を続けることに価値を認める人々であると断じて距離を置いている。彼らは、祖国の分割という悲劇的運命や、自己目的化した武装蜂起への執着に自己愛を感じ、そこに自己満足がまぎれ込んでいることを、ドモフスキは感じ取っていたのではなかろうか。「悲しみには、いくぶんか快楽がまじっている」といったメトロドトス、あるいは、「泣くことには、ある種の快感がある」といったオウィディウスの指摘のように、(4)純粋な悲嘆というものは存在し得ない。どのような悲嘆の中にも、必ず一抹の歓楽が混ざっている。

確かに武装蜂起は、ポーランド独立と抑圧者の打倒という大義を掲げてはいたが、それは実現不可能な計画であった。にもかかわらず、蜂起主義者たちは、それを試み、敗北し、抑圧されながらも、繰り返そうとする。その理由としては、先にあげた大義もさることながら、とりわけシュラフタにとっては、蜂起を行い祖国のために犠牲を払うことが自己陶酔の手段となっている側面があったことも否めない。そういった文脈において、ドモフスキは、それが結果に対する責任を負ったポーランド民族のためのパトスではないことを、文中の表現を用いて説き明かしたのであろう。

ドモフスキの思想においては、ポーランド民族は「共通の意思」に基づくものとされ、目的を共有するものとされた。民族的精神を共有する者は、民族全体の利害を現実的に考え行動することが求められた。

しかし、現実には、ポーランド人となるべき人々とりわけ農民は、ポーランド民族としてのアイデンティティを意識していないという事実を、彼は認識していた。ドモフスキが理想とする、共通の意思で結ばれる共同体と、現実世界の「まだ啓蒙されていない」農民との間には、大きなギャップがあった。この問題について、彼は、いまだポーランド人としての意識を持たない農民たちは、潜在的ポーランド人なのであり、民族意識の啓蒙を通じて独立運動の主体へと成長するという説明をしている。(5) これは、潜在的ポーランド人という概念を用いることによって、民族としての意識が実際に広く普及する前段階においても、ポーランド民族の存在を確保するための構想であった。(6)

第三節　リアリストの04年革命

思いがけずロシアの衰退をもたらした日露戦争の展開は、ロシア帝国支配下にあって独立運動にかかわる人々の思考に、強い影響を与えずにはいなかった。ドモフスキもまた、国際状況の変化に対して最も鋭い感覚を示した一人であったが、他方で希望的観測は厳しく退けられ、その冷静な思考を失うことはなかった。

極東での緊張の高まりと日露戦争勃発およびその進展した時期において、彼の政治的リアリズムは初めて明瞭に発揮された。圧倒的な力を持つとされたロシア帝国が内外で危機におそわれるなか、二十世紀初期のリアリストの目に映じた国際情勢、とりわけポーランドをとりまく情勢はいかなるものであったろ

うか。

以下では、「日露戦争に対して」と題され、1904年６月に発表されたドモフスキの論説から、彼が状況の本質をいかなるものとして認識していたのか、また、そこに表出する彼の思想的特徴をみてみよう。(1)

> 戦争の勃発したその瞬間から、我々は皆無意識のうちに、太平洋上の何処か、満州や朝鮮といったエキゾティックな国々で最近起こったこの戦いが、我々民族の運命に重大な影響を及ぼさずにはいないことを、理解するというよりは感じていたのであった。とはいえ、漠然と現局面の重大性を認識するのみにとどまっているわけにはいかない。政治的な思考を働かせる必要がある。この戦争に何を期待すべきかを理解するためだけでなく、有害な幻想や、荒唐無稽な空想の誘惑に負けてしまわないために。(2)

ワルシャワから遠く、シベリアを越えた東の果てで起った戦争は、しかし、その地理的隔絶にもかかわらず、ロシア領ポーランドの政治活動家たちにとって極めて重大な意味を持っていた。緒戦で日本に敗北した専制権力の権威が弱まると、とりわけ左派の間では、この戦争に日本が勝利すれば、ロシアで革命が起るかもしれないという期待が高まった。ピウスツキらポーランド社会党は、日本との協力による武装蜂起をも視野にいれ、ロシア帝政を打倒する計画を現実に動かし始めていた。この論説より約５ヶ月早い1904年１月には、既に同党のピウスツキやヴィトルド・ヨットコ-ナルキェーヴィチ（Witold Jodko-Narkiewicz, 1864-1924）らが、日本在外公使館に対して、日本軍内におけるポーランド人部隊の組織や、ロシア軍に徴用されたポーランド人兵士を動員しての工作について、提案することを決定していた。(3)

しかし、ロシア領ポーランドにおける武装蜂起と日本軍の攻撃との挟み撃ちによって、ロシア軍およびロシア政府に打撃を与えるという考えは、たんにロシアが極東での戦争によって損害を受けているさ中であるという国際状況の変化を除けば、敗北と弾圧に終わった一月蜂起（1893-4年）のそれと本質的に同じであるとドモフスキは見ていた。緒戦においてロシア政府が打撃を受けるや否や、「一年前にはロシアを揺るぎなき大国とみなしていた人々の多くが、…ロシアを侮りはじめて」おり、またも武装蜂起という「積年の悪癖を持ち出そう

とし」、それによる独立という非現実的な悲願に流れかけている。それが彼の危惧であり、また警告を含む批判を発する所以であった。(4)

他方で、一月蜂起の失敗後、ロシア領ポーランドにおいては、もはや反政府的な政治活動にかかわろうとしない「服従派」が優勢であった。「服従派」の人々は、もしロシアが日本に敗北すれば、ロシア政府は、内政において臣民に対して厳しい政策を維持することができなくなり、妥協策を示してくるであろう、と期待していた。それが実現するならば、何も、危険を冒して政府に反対する必要はない。自ら武装蜂起で血を流したり、非合法の抵抗運動に身を投じたりせずとも、日露戦争の終結を待ってさえいれば、偶然の恩恵に与れるのではないか、と彼らが考えたとしても不思議はなかった。

こうした、「手に入れるべく苦労したり争ったりせずとも、熟した果実のように、ひとりでに歴史の樹から落ちてくる」果報を待つのみの姿勢を正当化することに対して、ドモフスキは「民族のエネルギー」という観点から、再考を促している。もし、彼らのいうように、ロシア政府の自発的な軟化に期待し、半ば眠った状態でい続けるなら、一つの生命体の姿に類推されるポーランド民族は、全体の活力を弱めるであろう。さらに、内政的変化に対する期待の高まりにもかかわらず、戦争の後に何も変わらなかったらどうなるのか。一月蜂起が見せた独立という夢が幻滅に終わったとき、人々が無気力にとらわれたのと同様、今回もまた、内政改革という期待は破られるのではないか。そして、その後には、精神的な傷跡として「幻滅」や「自信の喪失」が残されるだけではないか、と問う。彼にとって、戦争勃発からこれまでに示された、これらのポーランド社会の反応は、一月蜂起の敗北をもたらした極端な武装蜂起ないし行動主義への信頼や、また一月蜂起後の「服従派」が示した政治活動に対する徹底した無気力さという、両極の延長であった。(5)

では、ドモフスキ自身は、どのような方策をとろうとしていたのであろうか。

> ロシア国家は、対外的な力や国内での権力を失えば、臣民に対する〔専制的な〕姿勢の維持に不安を抱かざるを得なくなり、アジアで困難に直面すればするほど、我々を根絶するための戦いを遂行する力を弱めるであろう。他方、我々は、ロシア国家からの攻撃を撃退し、民族の生存のために必要なものを手に入れることができるようになるであろう。(6)

ここでの彼の国際情勢分析は、ほぼ上述の「服従派」のものと重なっている。ただし、大きく異なっているのは、座して望ましい変化を待つのではなく、これをロシア国家から受けてきた抑圧を退ける時期と捉え、これを機にポーランド民族の存続に必要な政治的条件を整えようという、危機的状況をチャンスに変えようとする視点である。

また、国民民主党、およびその地下組織である民族連盟は、「戦争が始まったときから、」ロシアの国内状況が法改正等によって変化するにせよ、それによって対ポーランド政策が大きく変わるといった過大な期待は持たず、「ロシアの国内状況の法的な変化を拠り所とする期待や希望に左右されない」と宣言していた。かりにロシア政府が内政に若干の変化を加えても、それだけでは、自分たちの望むような、ポーランド民族の生存維持には不十分である、という認識があった。「服従派」にはそれが理解できていない、と彼は考えていたのであろう。(7)

ロシア政府は「戦争の後に何を「与える」だろう、憲法だろうか、それとも別のもっと小規模な改革であろうか、あるいは引き続き現行の制度を維持して、期待を全て欺くのだろうか」と問う「服従派」の思考様式は、一月蜂起後40年間かけて培われた、政治的な受動性の表れであった。それは、自己の運命に対する無力さの現れであり、「常に政府に積極的な役割を認めて」しまうことになる、とドモフスキは批判する。(8)

ただし、うち続く敗戦の結果、ロシア政府が国際社会および国内において権威を失う、という展望については、「これは、多少は当たりそうな憶測などというものではない。紛れもない事実なのだ」として同意を示している。ただし、「ただ一つの事実から、それに見合わないほど拡張した結論を引き出すのは大きな誤りであろう」とし楽観を避けている。

ロシア政府の衰弱という「事実」を認識しつつも、そこから有利な状況を過大に評価するのをドモフスキは慎重に回避した。国民民主党やポーランド社会党など、ポーランド人の政治活動家集団にとって、「政府の威厳の衰えや財政危機」という支配者の苦境は、「並外れて好都合な状況」に他ならなかった。しかし、諸集団がばらばらの行動や計画をとっていては、政府にとって十分な対抗者となることはできない。いくら弱まったとはいえ、「相対的に見れば政府の力は、なお十分に大きいことが明らかになるであろう」。帝国と、国家なき民族のなかの更に一部活動家の少数集団とでは、全く規模が違っており、いわんや

武力に訴えるのだとすれば、その力の差は歴然としていた。(9)

そして彼は、ロシア政府を構成する官僚集団に着目している。たとえ戦争の結果がどうであれ、「高級官僚たちが、国家の体に新たな生命を吹き込むという目的のためだけに、その巨大な権力を自ら断念するなどとは」考えられず、彼らが政府の巨大な権力を保持することに変化はない、と彼は予測していた。

> さらに、政府は警察権力全般を強化し、また、盛んかつ精力的な活動を拡大した。ロシアの反対派の機関紙の機知に富んだ指摘によると、いまや、外政における敵より内政における敵との戦いに手練れたプレーヴェの方が、クロパトキンよりも活き活きしているのだという。(10)

開戦に当たっては、外交上の要因もさることながら、国内政治における対立が作用していた。すでに、1903年８月14日にウィッテが解任され、９月には、皇帝を議長とし、プレーヴェを副議長とする極東委員会が設置された。10月には、冒険主義的な構想を唱えるウィッテの政敵、ベゾブラーゾフがそのメンバーとなった。

プレーヴェは、「革命をおさえるには、小さな勝利に終わる戦争がわれわれには必要だ」と述べたといわれている。しかし、それはクロパトキンから聞いたウィッテが書き留めたもので、その背後には、プレーヴェに戦争責任を負わせようという意図があったとされる。プレーヴェが冒険主義的なベゾブラーゾフに近づいたのは、ウィッテを追い落とすためであったとされる。(11)

しかし、国内政治において活発な戦いぶりを見せていたプレーヴェは、この論説から一ヵ月とたたない1904年７月28日、ペテルブルクにおいて、エスエル党戦闘員サゾーノフにより暗殺される。日露戦争は、ロシア社会からの人気が極めて低い戦争であった。(12)ロシア国内の反政府政治活動家は、戦争批判を強めており、この死は広く歓迎された。(13)

プレーヴェの死後、新内相としてピョートル・スヴャトポルク-ミルスキー公爵が任命され、改革政策の承認をツァーからとりつけて、「自由主義者の春」とよばれる時期が到来する。そうした展望は、この論説が書かれた時点のロシアの状況からでも、ある程度予想が可能だったのであろう。

しかし、戦後に政府主導の改革が行われるにしても、それは表面的な緩和策

に過ぎず、ロシア社会と政府ないし官僚集団との関係が根本的に改められることはない、とドモフスキは分析している。

> ツァーリ政権は戦争の結果が不首尾に終わった場合、臣民に対して自ら妥協政策をとり始め、正当かつ極めて穏健な彼らの要求に耳を傾けるようになる、と判断する権限は何もない。…政府は、臣民を催眠にかけるために、絶大な力を有する毅然とした大国という役割を演じたがっている。(14)

「中枢まで道徳的に頽廃したモスクワの官僚集団」は、敗戦のショックで一時的に失墜した国家の権威が回復すれば、再び専制を強めるであろう。そこで、反政府政治活動をおこなうグループがとるべき行動は、当然そうした政府の真意を見抜き、それに抵抗することである、と彼は主張する。そして、それだけに満足せず、この状況を利用して政府の姿勢を根本的に変えさせることが必要である、と訴える。

> 実際、政府が戦争から極めて衰弱した状態で撤退することは明らかである。他方、我々を含め、政府と戦っているあらゆる集団にとって、任務遂行は極めて容易になった。なぜなら、政府の絶対的な力という堅固な壁に、対外的な敗北が、勝手にかなりの割れ目を入れてくれたのだから。我々の活動や民族的戦いの土壌は、並外れて肥沃になるであろう。しかし、最大限強調しておくが、戦後に我々を待っているのは、刈り入れではなく、政府の雑草を引き抜き、自前の耕地を開墾するという、困難かつ精力的な仕事である。つい最近まで、ロシア政府の権力に対抗するのはシシュフォスの苦役である、と多くの人が考えていた。彼らは、ロシアの建造物の壁をじっと見つめ、こう考えた。
>
> *一つ一つの煉瓦はしっかりとはめられているだろうか、*
> *そして彼らは絶望とともに肩を落とした*
> *あたかもこう考えているかのように：誰もこれらの壁を倒すことはない！と*(15)

ロシア政府の衰退という事実を過大評価してはいけないと警告したドモフス

キだったが、政治的変革を起こしうる絶好の機会が到来しつつあることは、確信していた。日露戦争の敗北は、決して倒すことができないはずだった権力の壁に、ロシア政府が自ら打ち込んだ楔であり、そこにできた小さからぬ間隙は、独立運動の突破口となるかもしれなかった。社会主義者たちは、ひびの入った壁を、自分たちの武装蜂起によって完全に打ち崩せると信じていた。他方、服従派の人々は、入ったひびからいくばくかの恩恵がこぼれてくることを期待し、壁の下にたたずんでいた。これに対して、ドモフスキは、僅かずつでもそのひびを広げ、対ポーランド政策を民主化させ、自治を与えさせる道筋を着実につけていこうとしていた。

彼は、さらに、ポーランド民族の内部にある様々な政治活動グループの「輪を最大限に広げて」、統一的な運動を形成しようと訴えている。おそらく念頭にあったのは、ポーランド社会党を中心とする左派諸集団であろう。これより約一ヶ月後に、日本政府への対応をめぐって、彼とピウスツキらポーランド社会党のメンバーとは激しく対立する。それを見越してか、ドモフスキが政党間での意見統一を図っていた様子がうかがわれ興味深い。(16)

政府が提案してくる改革が、表面的なものにとどまるのだとすれば、それに代わる案として、ポーランド人の側から積極的に要求を示していくというのが、彼の採ろうとしていた交渉戦術であった。しかも、それらの要求は、ポーランド民族の生存にとって不可欠なものの要求であると同時に、政府にとっても理解可能なものでなくてはならなかった。(17) ここで、打倒すべき敵としてではなく、交渉すべき敵対者としてロシア政府を描いている点で、彼の立場は社会主義諸派と異なっている。彼我の相対的な力関係を過信なくとらえるなら、それはむしろ当然の見方であった。

それぞれは小さな勢力にすぎないポーランド人政治活動家の集団が、ロシア帝国と交渉しうるまでの立場を獲得するには、諸政党間が一致しなくてはならない。それに加え、「こうした作戦が効果的であるためには、無条件に大衆的なものでなくてはならない…我々は先に立って、人民を貧困から連れ出し、啓蒙し、組織しなければならない」として、大衆の支持を得る必要性をドモフスキは強調している。(18)

たんに大衆を動員するだけでなく、ロシア政府との戦いの意味を、彼ら自身の問題として感じ取らせ、理解させる必要がある、と彼は主張する。農村労働者、工場労働者を問わず、「民族的運動」への自覚を促すことは、大衆をポーラ

ンド民族の一員へと、将来の国民へと啓蒙するプロセスにほかならなかった。

この論説の結びにおいて、彼は、「我々を待つのは、静寂や安全な避難所ではなく、戦いと任務である」、「だからこそ、現在、自分たちの力を、諸政党の狭量かつ取るに足りない規模の取り組みへと分散させてしまわず…共通の大規模な任務に力を注ぎ込むことこそが」諸政党の義務であるとして、ポーランド民族としての団結と統一を訴えている。(19)

ロシア帝政の揺らぎが現実のものとなりつつあった状況で、日本と協力しての武装蜂起を計画する左派の積極的行動主義者たちも、またロシア政府の自発的な内政改革が民主的なロシア国家をもたらすと期待する「服従派」たちも、それぞれの幻想にとらえられていた。そうした一種の高揚感が広まる中にあって、ドモフスキの示した情勢分析と提案は、民族の統一という、やはり一つの理想を説きつつも、なお冷徹な政治的リアリズムに根拠付けられていたといってよいであろう。

第五章　未成立国家の外交構想
――『ドイツ、ロシアそしてポーランド問題』を中心に――

ドモフスキは、十九世紀末から、ポーランド独立を極めて現実的な課題と捉えていた。すでに1895-1897年頃、彼はデンビツキとの間で、次のような対話を残している。

> 「あなたはポーランドの独立を心から望んでいますか？」こうドモフスキが問うと、
> 「勿論、望んでいます。」――デンビツキは答えた。
> 「では、あなたは何になりたいですか？」
> 「何になる、とは？」
> 「だから、独立したポーランドで、どういう役割を果たしたいですか？」

こうした問いは、「そんなこと一度も考えたことがなかった」デンビツキを、ひどく驚かせた。困惑するデンビツキに対して、ドモフスキは続けて言った。

「私だったら、一番望ましいのは、ワルシャワの警視総監になることですね。」
「？？」
「10年間で、ヨーロッパ式の生活を人々に教えるのです。清潔で整然とした町、ポーランドの首都に相応しい町にするでしょう。モスカレは、ワルシャワを『植民地の首都』にしてしまった。だから、出来るだけ速やかに、連中の痕跡をワルシャワから拭い去らねばならないのです。さあ、あなただったらどうしますか？」

再度問われて、デンビツキは、沈黙してしまった。それに対して、ドモフスキはこう反応したという。

「ああ！あなたたちは皆同じだ。感情では独立を切に望みながら、それに対する準備が全くできていない。独立ポーランドには、大臣や政治官僚、警察署長、外交官等々が必要になるということを、あなたたちのうち誰も考えていない。外国から専門家を連れてくるわけでもないでしょうに。あらゆる場合に備えて、私たちの世代のうちに、これらの任務の準備をしておかねばならないのです。」

これを聞いたデンビツキは、自分の目の前に「新しい地平」が展開したかのように感じたという。確かに、「その日がいつか来る」とは思っていたものの、自分も友人たちも、ドモフスキが指摘した現実としての独立について、全く考えていなかったことに気づかされた、と回想している。(1)

またドモフスキは、後年、『ポーランド政治と国家の再建』（1925年）において次のようなエピソードを記している。すなわち、『ドイツ、ロシアそしてポーランド問題』が発表された際、信望厚いクラクフの教授の一人は、「ドモフスキ氏は、自分がペテルブルクのポーランド・サークルの代表であることを忘れ、ポーランド外相になったつもりでいる」と述べたという。(2) これはおそらく、三面忠誠主義の立場からなされた批判であろう。その視点からは、ポーランド・サークルの代表は、ロシア領ポーランドに暮らすポーランド人の利益代表たるべきであるにもかかわらず、あたかも独立が可能であるかのように、将来のポーランド国家の外交構想を不遜にも論じていることへの批判であった。

ドモフスキは、こうした批判に対して、「もし、それが〔ポーランド・サークルの代表であるという立場の〕失念であったとすれば、既に1907年に、私はそうした失念をしつつ、ドゥーマに臨んでいたことになる。ポーランド・サークル代表者の主要な任務は、〔公式には未だ〕存在していないポーランド外務大臣の義務を果たすことである、と私は思っていた。そして、ポーランド再建を可能性としてだけでなく、不可避的なものであり、しかもそう遠い日のことではないと確信している人間にとって、それ以外の見方などあり得なかった。」と応じている。(3)

もし仮に、ドモフスキが一連の外交論を、これは未だ成立していないポーランド国家にとっての外交論だったのであるが、すでに1907年に書き上げていたという事実がなければ、(4)こうした回想は、自らの予見の正確さが歴史によって証明されたことを、いわば「後知恵」として強調したものと解されてしまうかもしれない。しかし彼は、『ドイツ、ロシアそしてポーランド問題』において、国際情勢への鋭い洞察力を示し、それに基づいて考え抜かれたポーランド政治を論じている。そして、1900年代のポーランド問題の国際外交的な状況認識に基づき、一貫した理性的判断にしたがって構想し、行動しようとしていたことを、読み取ることができる。(5)

第一節　誰を敵とするのか

ドモフスキの著述において、ロシアとドイツという二大国にどう対応するか、という点が盛んに論じられるようになったのは、プログラム変更へと向かう1890年代後半から1900年代初頭のことであった。

例えば、彼が編集を行っていた『全ポーランド評論』紙上では、1903年に「ドイツと共にロシアに対抗するのか、それともロシアと共にドイツに対抗するのか」という友敵選択の解決が議論されている。(1)

> 「ドイツと共に」或いは「ロシアと共に」という以外に答えは無く、これら以外に第三の選択肢は無い。なぜなら、ポーランドにとって最も正当な答えのひとつは、「ドイツにもロシアにも頼らずに、むしろ独力で両者に対抗する」というものだが、これは、しかし、ある場合において、前者あるいは後者に連合を申し入れる必要性を排除しないか

らである。(2)

いわば、ドイツあるいはロシアと連合することが二者択一的に検討されていたのであった。これは、事実上、どちらかの国家機構に取り込まれた上で、ポーランドとして一定の自治あるいは自立を維持しようという考えであった。当然、どちらにも取り込まれることなく、ポーランドが自力で独立国家となる可能性も言及されてはいる。しかし、その際にも、「連合」という形でどちらか一国の力を借りなければ、国家として成立することは困難であろうという苦汁に満ちた予想が示されている。そうした理性的な認識と、それでもなお独立を目指したいという願望とが、「ジレンマ」を生んでいた。つまり、ポーランドを政治単位として独立させようとする志向と、「連合」という名のもとで従属を不可避とする認識との矛盾である。

したがって、この時期にドモフスキがロシアやドイツとの関係を論じた狙いは、将来ポーランドが独立した（あるいはその途上で自治を得た）場合に抱える対外的「ジレンマ」への対処を論じ、ひいては彼独自の外交構想を示すことにあった。それが最も顕著に示されているのが、『ドイツ、ロシアそしてポーランド問題』（1908年）である。

既に第二章において詳しく論じたように、1893年の『我々のパトリオティズム』において、ロシア人はポーランド社会の内に入り込み、ロシア化を押し進める敵として認識されていた。そして、ロシアを、ポーランド民族という生物体の肉体を傷つけ抑圧する、いまそこにある野蛮な暴力として、具体的な事例を列挙し、その非道さを描いていた。その際、ドモフスキが武装蜂起を批判した理由の一つは、その非現実性にあった。ロシアの力は強大であり、蜂起を鎮圧するのに十分な軍事力を備え、ポーランド内に駐留しているのだから、蜂起は独立という目的に適切な手段ではない、というのである。そして、ドモフスキは社会的ダーウィニズムに則り、民族同士の生存競争という構図でポーランドの置かれた状況を捉え、ロシア人の暴力性を恐れつつも、文化面や経済面ではポーランド人の方が上だと考え、ロシア人を蔑視していた。(3)

これに対し、1903年時点でのドモフスキのロシア観では、粗野な暴力を具現するとしての非文化的なロシア人に対する、単なる嫌悪や忌諱感だけでなく、政治空間としてのロシア帝国の現状を見極めようとする視点が、明確にされている。(4)1890年代のドモフスキの著作と比べれば、ロシアの中のポーランド、と

いう視点から、ドイツとロシアに挟まれたポーランド、という視野への拡大があり、1908年の代表作である『ドイツ、ロシアそしてポーランド問題』の、基本的枠組みの形成とみることができる。

次に、彼のドイツ観をみると、ドモフスキは、文明化されていないという点でロシアを蔑視する一方、ドイツに対しては、その文化的優位を認めており、ポーランドの民族性を同化しうる手強い民族として畏怖し警戒しつつ、敬意を払っていたことがわかる。こうした民族的文化的な優劣評価に反して、政治活動領域としてのロシア領ポーランドを、彼は重視していた。ポーランド人を同化しえないロシア人の支配下の方が、優れたドイツ人の支配下よりも、民族としての自立を獲得しやすいと考えたためであった。彼は、ロシアという防御壁の中で、プロイセンを中心とするドイツの経済的ひいては文化的また軍事的拡大に備えようとする考えを持っていた。

また、1903年７月の小論「ドイツとロシアに対する我々の立場」においては、ロシアあるいはドイツを根拠なく嫌悪することが非難され、また、「ドイツの危険は明らかに、我々が概して思っているよりも大きく、それに直面した不安ゆえにロシアの抱擁に飛び込みたいと思う人々の多くが考えているよりも、なお一層大きい」としてドイツがもたらす危険に対する認識の低さに警告が発せられている。さらに、ドイツの側からは、ドイツ人が「ポーランドの民族性の成長を嘆く声」や、ポーランドの「政治－民族運動の発展を嘆く声」が聞こえてくる、と指摘する。(5)

そして、むしろ脅威として広く認識されているロシアのほうが、対応が易しいと論じられる。その理由を、「たとえ王国を失ったとしても――ただ王国だけに限っていえば――〔ロシアは〕その根本から揺り動かされはしないだろうし、むしろより正常な国境を獲得するかもしれないのだから」と説明している。また、彼は、「ロシアはプロイセンよりも、…迅速にある種の妥協がポーランド人との間に生まれるのを望んでいる」と確信していた。(6)

ドモフスキがこのように述べた根拠は、極東での緊張の高まりにあった。この小論より半年早い1903年１月の時点で、ドモフスキはミウコフスキに宛てて、ロシアは表面的にしか力が無いにもかかわらず、国際的な危機つまり日本との戦争へと急速に向かっている、と書き送っている。(7)「プロイセンにとって…目下最重要の課題は、…ポーゼンとオストプロイセンをドイツ化することにある」(8)とし、ポーランドにとって脅威なのは、極東に足をすくわれているロシア

帝国ではなく、むしろドイツだと強調している。

ポーゼンにおいては、1901年、ポーランド人生徒による大規模な学校ストライキが開始されていた。また、反ポーランド主義的な「ハカティスト」(9)を中心に、ポーランド人の土地取得に対抗することを目的とした、ドイツ人による東方植民活動が行われていた。これは、反面、ドイツとしても、東部プロイセンの「ポーランド化」に対して大きな危機感を抱き、断固としてそれを阻止しなければならないという見解が存在していたことを示唆している。例えば、この時期に活躍した自由主義者、ドイツ・ナショナリストとして知られる牧師フリードリヒ・ナウマンは、ポーランド問題について積極的に発言していた一人である。彼は、1898年帝国議会選挙に際し、選挙演説でポーランド人の流入の脅威を盛んに説いた。その主目的は、選挙戦における保守派のユンカー攻撃にあったが、同時に、ポーランド人の排撃をも意図していた。(10)

こうしたドイツ世論の動向に対し、ドモフスキとしても、警戒の対象をロシアからドイツへと移した。彼は、ロシアは目下極東の危機に集中しており、ポーランドにとって差し迫った危険性を持つ存在ではなくなっていた。ドイツに比べれば、ロシアは、ポーランド人の同化よりもずっと重要な課題を、数多く抱えている。とくにこの時期、ロシアの国家的課題はアジアに集中していた。その結果として、「極東やペルシャ湾へ向けてのイギリスとの競争の領域で、非常に困難な状況が生じるのは、全くもってありうること」であり、「ロシアは、ポーランド人に対して何らかの利権を与えることで、西方で自身の安全を得ることが最重要事だと認識している」のではないか、とドモフスキは見ていた。(11)

ミウコフスキへの書簡で示された見解と同様、外政上の危機に起因するロシア内政の危機に際して、何らかの民主的変化がポーランドにもたらされることを、ドモフスキは期待していた。ただし、ドモフスキは、ポーランド問題が国際化することは確信しつつも、それが何ら国境線の変更をもたらさないと考えていた。しかし、同時に、「我々には強い民族的要求があるということを、彼らの分割政策との戦いにおいて彼らに強く感じさせなくてはならない。そうすれば、モスカル〔ロシア人の蔑称〕も、漸くそれを理解するだろう」として、ポーランド民族としての要求を、ロシア政府に対して積極的に押し出す必要があると説いている。

誰も弱い者たちの友情を勝ち取ろうとはしない、なぜなら誰も彼ら

> を必要としていないからだ。もし我々が、〔ポーランドを三分する〕国境線にもかかわらず、緊密な民族的統一をもって強者となるなら、…日々の活動を通じて、…〔統一された〕ポーランドを建設するなら、そのとき敵はおのずと、我々に対し、より配慮することになるだろう。そうなれば、ロシアは、我々の歓心を得るために努力さえしなくてはならないかもしれない。(12)

1904年末には、ロシア領ポーランドにおいてもツァーリ政府の妥協的な姿勢が政策に現れていたことを、ドモフスキは見逃さなかった。(13) ドモフスキは、その思想のリアリズムゆえに、ロシアという政治活動領域内で、活動の範囲を広げようとしていたのである。

第二節　新しい帝国

前節に見た危機に直面するロシアと入れ替わるように、ドモフスキの政治認識なかで台頭したのが、ドイツという問題であった。彼は、危機に直面したロシア政治に積極的に参入するのと反比例するように、きわめて独特な形の「ドイツ脅威論」を唱えるに至る。それは、やがて、彼の著作『ドイツ、ロシア、そしてポーランド問題』(1908年)に体系的に展開されることになる。それでは、このプログラム転換の時期において、いかなる政治史的文脈から、ドモフスキは、ドイツに関する問題構成を行うにいたったのであろうか。そこで本節では、1890年代に遡り、ドモフスキのプロイセン領ポーランドの活動とドイツ認識の関連を再検討することとしたい。

ドモフスキにとって、ドイツが問題化する第一の文脈は、プロイセン領ポーランドの存在であることは、いうまでもない。彼は、政治活動を開始した1890年代から、ロシア領ポーランドに焦点を当て、そこに民族連盟が活動を行う拠点を置いていたことは、先述の通りである。しかし、三つの分割領全てを統合するという彼の「全ポーランド主義」の主張からすれば、ロシア帝国から分離独立するだけでなく、プロイセン領、オーストリア領という他のポーランドにおいても、現地のポーランド人と連携し、ドイツ帝国、そしてオーストリア帝国からも分離独立し、さらにその全体を統合する政治活動を展開する必要があった。それでは、プロイセン領ポーランドにおける彼の運動はどのように展

開されたのか。

既述のように、1893年、ドモフスキはポプワフスキやバリツキと協力して、「クーデター」を起こした。それは、スイスを拠点とした政治組織であるポーランド連盟を、ワルシャワを拠点とする民族連盟へと改変させる、というものであった。この際、民族連盟は、三分割領全体および亡命先における政治活動の統一を決定した。しかし実際は、「クーデター」と呼ばれるものの、ポーランド連盟側からの抵抗の恐れもなかった。なぜなら、ロシア領ポーランドを除く地域には、ポーランド連盟の組織は事実上存在していなかったためである。プロイセン領ポーランドには、もともと何の組織も設立されていなかったし、ガリツィアに置かれていた「委員会」は、結局何もせずに辞表を出し、解散した。また、亡命者の拠点として、スイスに中央本部が置かれていたが、全く形式上のみの存在であった。(1)従って、三分割領全域を網羅する政治活動を掲げた民族連盟は、プロイセン領ポーランドにおいては、ゼロからのスタートを余儀なくされたのである。

1896年秋、ドモフスキとポプワフスキはポズナンを訪れた。(2)旅の目的は、プロイセン領ポーランドに、組織設立の端緒を開くことにあった。しかし結果的に、プロイセン領ポーランドは、まだ若い世代の活動家が成長を待つ段階にあったため、さしあたり数人の活動家とのみ接触するにとどまった。このときドモフスキらが出会ったのは、ヴワディスワフ・ラプスキ（Władysław Rabski）や、ベルナルド・フシャノフスキ（Bernard Chrzanowski）、ボレスワフ・クリシェヴィチ（Bolesław Krysiewicz）といった、当時『ポズナン評論』*Przegląd Poznański* の出版にあたっていた人々であった。(3)

この『ポズナン評論』は、大学教育を受けた若者たちが、リベラルな考えを持つシュラフタと協力して、1894-96年頃に出版を始めた雑誌であった。同誌は、プロイセン領ポーランドの三面忠誠主義者が主張してきた、ベルリンでの議会活動を志向する戦略が破綻したことを宣言しつつ、上流階級が庶民の間で民族主義を宣伝するよう訴えた。こうした彼らの主張の背景には、プロイセンによる対ポーランド政策の抑圧的傾向等があったものと考えられる。『ポズナン評論』がドモフスキの『全ポーランド評論』にどこまで賛同したかは不明だが、その思想的立場は、極めて近かった。『ポズナン評論』は、こうした活動を行ううえで、シマンスキ（Szymański）らポピュリストとの協力関係を築いていった。

こうして、ある程度独自に成長した『ポズナン評論』が、ロシア領ポーランドを中心とする民族連盟と、本格的に協働を始めたのは、1899-1901年頃であった。この時期に初めて、民族連盟はプロイセン領ポーランドからメンバーを迎えている。以降の数年間に、その人数は徐々に増加し、ポズナニア、西プロイセン、上シレジアにおいて、国民民主党の組織的地盤を固めていった。ポズナンは、新しい運動の拠点となった。

1900年代に入ると、プロイセン領ポーランドにおける政治状況は、より大衆政治が大きな比重を占めるようになった。当初、ポズナンの国民民主党は、少数の高学歴な若い活動家のみで構成されていた。彼らの政治的な刺激によって、ポーランド人の商業者や職工、都市労働者は、しばしば露骨な外国人嫌いや反セム主義、反貴族的・反聖職者的なスローガンを使用するようになった。上流階級は、こうした運動に必ずしも同調してはいなかった。しかし、プロイセンのポーランド政策が抑圧的になり、忠誠主義が失敗し、学校ストライキが発生すると、上流階級の伝統的な政治スタイルは廃れていった。一般庶民の支持と信頼を得るために、シュラフタや聖職者は、よりラディカルで非妥協的なナショナリストの論調を取り入れ、ブルジョワや庶民との結びつきを深める必要に迫られていた。(4)

国民民主党が最初に公然の政治的成功を収めたのは、1901年、国民民主党指導者の一人フシャノフスキが、ドイツ国議会補欠選挙においてポズナンで議席を獲得したときであった。それを支えたのは、シマンスキらポピュリストの支援であった。続く1903年のドイツ議会選挙では、３人のポーランド人が議席を獲得した。彼等は、ポピュリストや国民民主党、「進歩的シュラフタ」の代弁者であった。これに対し、反ポピュリストの聖職者保守派は、従来の独占状態から一転、僅か５議席しか守ることができなかった。1904年までに、ポズナン国民民主党の構成員は増加し、正式な政党綱領をおくまでになった。そこでは、「全ポーランド主義」と、独立志向のエリート主義的ポピュリズムがうたわれていた。(5)

こうしてみると、プロイセン領ポーランドにおいて、初期の国民民主党の活動を支え、保守派に対する優位をもたらしたのは、シマンスキらポピュリストの協力であったことが分かる。国民民主党は、ポピュリストにリーダーシップとイデオロギーを提供し、ポピュリストがそれを大衆に喧伝して支持を集めるという役割分担が形成されていた。彼らは、教育を受けた有産階級の優越を認

めつつも、庶民をポーランド社会の中心となる重要な存在と位置づけ、彼らに物質的な繁栄をもたらし、民族意識に目覚めさせることを政治活動の主目的としていた。

1906年、シマンスキは国民民主党との正式な合流に同意し、(6) 自己の運営する『主張者』*Orędownik* 紙を売却して、国民民主党主導の新しい新聞『日刊ポズナン』*Kurier Poznański* を創刊した。同紙の編集には、ドモフスキと親しく、プロイセン領ポーランドにおける国民民主党の主要イデオロギストであったマリアン・セイダ（Marian Seyda）が当たった。『日刊ポズナン』が、高学歴の中・上流階級に向けて、国民民主党の公式見解を伝える一方、『主張者』やポピュリストが運営するローカル紙は、大衆向けに、国民民主党の見解を平易な庶民の語風で噛み砕いて伝えた。

ドモフスキは、第一次大戦以前に少なくとも３回、プロイセン領ポーランドを訪れている。1896年に最初の訪問があり、その後1899年にベルリンに３日間滞在した。また、1913年、やはりベルリンで民族連盟の総会に出席している。(7) ただし、『全ポーランド評論』紙上では、継続的にプロイセン領ポーランドの状況が報告されていた。そこから判断すると、プロイセン領ポーランドについては、ドモフスキはやや距離を置いた立場におり、彼以外の国民民主の指導者が活動を分担していたと考えられる。とすると『ドイツ、ロシアそしてポーランド問題』に結晶するドイツ認識は、プロイセン領ポーランドの問題を実地に考察した中から生まれたのではないことが理解できる。

それではドモフスキのもう一つの文脈であるヨーロッパ国際関係のなかで、ドイツはどのように認識されていたのでろうか。

日露戦争開戦の直前、1904年７月に、ドモフスキはロシア内の状況について、「ロシアでは外来のドイツ人出身の支配層が純粋ロシア人分子」と戦っている、という説を論じていた。(8) ポーランド社会党幹部で、ピウスツキの腹心であるフィリポーヴィチは、これをドモフスキの数多い「際モノ的」言説のひとつとみなし、ドモフスキの事実認識に疑問をなげかけていた。しかし、ここで注目すべきは、ドモフスキの言説が事実認識として正確か否かという問題よりも、ドモフスキがロシアの内政を考える際の変数としてロシアードイツ間の関係におけるドイツの脅威を考慮し、状況判断していた、という点であろう。戦争勃発がロシア内政にもたらす危機を、ドモフスキは予測していた。(9) ドモフスキの言説においては、そうしたロシアの内政的危機をより深刻にする一因として、

国際関係のおけるドイツの危険性が繰り返し強調されていた。

「東ヨーロッパの状況」論文においても、やはりロシア内政へのドイツの浸透が描かれている。それが執筆された1907年には、既にロシアの弱体化は現実のものとなっていた。したがって、ドモフスキは、ドイツとロシアの関係を見直しつつ、ドイツの脅威を強調する自説を確認していたのだといえる。

ドモフスキは、ドイツとロシアの関係について、ロシアがドイツの「平和的征服領域」(10)となっており、ロシアはドイツによって急速に侵されつつあると論じている。しかもドモフスキは、ドイツの浸透を多面的に進んでいるものとして捉えていた。そのため、ロシアの外交指導者とベルリンのドイツ政府指導者、ロシア人民とドイツの自由主義者、といった関係が挙げられており、それぞれの回路において、ドイツの影響が及んでいるのだと説明されている。(11)

詳しくみると、ドモフスキは第一に、ベルリンの政府指導者たちについて説明し、彼らはロシアを経済的に支配するためなら政治的妥協も惜しまない、と断定する。(12)そして第二に、ゼネストやテロといった「工場における労働者の運動」がもたらす「無秩序状態」に言及している。特にロシア領ポーランドでは、そうした「運動」の資金がドイツから提供されているとドモフスキは解釈していた。そして、ドイツによる資金提供がポーランドの無秩序化を招き、ひいては産業の減退を周期的に引き起こしている、と主張した。つまり、ドイツの自由主義者の意図にかかわらず、その産業が進出することで、結果的にロシア領ポーランドの産業が損なわれている、という認識をもっていたのである。これらは一見すると、ポーランドとドイツとの関係を論じたものであるかに見えるが、実際には、ロシア認識の反映としてのドイツ認識であり、ドモフスキのロシア政治への参画を根拠付けるための国際関係認識なのであった。

そして、最も特徴的なのが、市場への流入という視点からドイツの影響力の浸透を捉えた分析である。ドイツ政府が政治的妥協も辞さないのに加えて、ロシアが自力で経済発展できないことも、ドイツの経済的な影響力拡大を促進しているとドモフスキは分析していた。ロシアは天然資源に恵まれていながら、国家機構や産業関連の法の整備に欠け、経済活動の自由を保障する法的権利が発達していないことが、その根拠とされた。彼によれば、ロシアは常に、経済的により発達した隣人ドイツにとって、大きな需要のある市場となっていた。そして、ロシア市場において、「ドイツ産の輸入品は急速に増加し、今日ではもうロシアの輸入品の半分近くを占めている」。したがって、ロシアは、「将来的

にはドイツにほぼ従属するという悲惨で不利な政治状況に陥り、最後にはドイツにとって〔現在より〕ずっと都合のいい貿易条約」を、最終的にはのまされるであろう、と予測している。(13)

ドモフスキは、このような経済的影響力の拡大について、今日言うところの中心ー周辺という枠組みからドイツーロシア関係を認識していたといえるであろう。ローザ・ルクセンブルク（Rosa Luxemburg, 1870-1919）が『資本蓄積論』を上梓したのは1913年であった。彼はそれに先行して、ロシア領ポーランドの実態から、いわゆる「中心ー周辺」構造を直観的に把握していたと考えられる。

第三節　ホーエンツォレルン国家の拡張

ドモフスキは、その外交構想において、オーストリア領ポーランド（ガリツィア）をどのように位置づけていたのであろうか。『ドイツ、ロシアそしてポーランド問題』第六部に収録されている、「ポーランド問題の新たな国際的役割」という論文においては、オーストリア政府のシステムの影響下にある「最も後進的な地域」であったが、19世紀後半の40年間には、ポーランド民族の活動にとって最も恵まれた条件下におかれていた」とされている。(1)「社会的な関係は不健全で、そのため敵意が生じているにもかかわらず、経済的には貧しい状況にあるにもかかわらず、国土の東部ではルーシ問題のために常に不安があるにもかかわらず、ガリツィアはここ十数年間に、制度や法を獲得し、民族の文化的発展において明瞭に進歩をとげている」という。ルテニア人（ウクライナ人）との対立などが東部でみられるものの、政治的・文化的な発展は評価されている。更に、「ポーランドのこの地域は、今日、国としての広範な自治や、ポーランド政治の権力、ポーランドの裁判所、二大学を備えたポーランドの教育制度を獲得しており、ポーランドの包括的に組織化された生存の唯一のかがり火であり、より高水準の文化的・民族的分野における安穏な活動の唯一のかがり火となっている…」として、政治的・文化的に、オーストリア領での活動が不可欠であることを強調している。

他方で、彼の外交構想においては、「ホーエンツォレルン国家」に隣接する、オーストリア＝ハンガリー二重帝国は、ドイツの経済帝国的な拡張を阻むかに見える存在とされている。(2)プロイセンを中心として1871年に統一された、ドイツ人の帝国「ホーエンツォレルン国家」は、やはりドイツ人の帝国であるオー

ストリアと、ドイツ世界における主導権をめぐって歴史的な争いを続けていた。オーストリアの首府ウィーンは、自らがドイツ世界の中心である、という自負を持っており、プロイセンを中心とするドイツ国家の統一と相容れなかった。また、宗教においても、オーストリアはカトリックを信仰し、他方の「ホーエンツォレルン国家」はプロテスタント信仰が主であるという違いがあった。

そうした対立の上に起こったのが、1866年の普墺戦争である。サドヴァの戦いでプロシアが大勝し、決定的に敗れたオーストリアは、ウィーンを中心とするドイツ統一を諦めることになる。しかし、その敗北以降も、オーストリアは「ホーエンツォレルン国家」に取り込まれることなく、独自の国家機構を保ってきた。そして、ロシアが弱体化したのを機会に、バルカン諸国に対して以前より大胆な経済支配を展開しつつあった。

こうしたオーストリアのバルカン経済支配は、バルカンへ経済的に進出しようとするドイツの志向と対立するかに見える。しかしドモフスキは、こうした状況について、実際にはオーストリアはドイツと対立するつもりは全くない、と考えていた。それどころか、ドイツとオーストリアは、特殊な「同盟」関係にある、というのがドモフスキの認識であった。(3)

ドモフスキによれば、オーストリアとドイツの「同盟」関係は、ロシアの脅威に対抗するために生じたものであった。しかし、日露戦争後のロシアの弱体化を待つまでもなく、何十年も前からロシアとドイツおよびオーストリアとの友好関係は続いており、「同盟」の存在意義は失われたはずである。にもかかわらず、オーストリアとドイツの「同盟」は、通常の同盟以上の「何か」になっている、という点に、ドモフスキは注意を促す。そして、この「何か」が存在することによって、ドイツがオーストリアの内政にまで作用しているのだと論じる以下の引用部分では、そうした内政への浸透の指標として、二重帝国内部での、オーストリアとハンガリーの関係が分析されている。(4)

> 二つの半ー君主国はドイツ語で物事を処理しており、ハンガリー人の執拗な要求にもかかわらず、ドイツ語が軍用語となっており･･･ドイツ〔の民族性〕は国家の中で最強の民族性である。議会が強化されたにもかかわらず、国家政治に影響を及ぼしているドイツ人層、つまり王冠の助言者を自認する人々のサークルは、より高次の軍隊や官僚のヒエラルヒーをなしており、結局、ドイツ的であることが、全ての

王朝や国家の伝統になっている。(5)

ここには、オーストリア＝ハンガリー二重帝国において、ドイツの「民族性」がハンガリーや他の「民族性」よりも優位にあり、そのことが「ホーエンツォレルン国家」とオーストリアとを結び付けている、という分析が示されている。過去のドイツ世界における勢力争いの記憶や、カトリックとプロテスタントという宗教上の差異は、言語や文化や経済的利害の共有によって、乗り越えられるであろう。ドモフスキにとって、オーストリアは、既にプロシアの影響力に収められた「ホーエンツォレルン国家」の一半であった。しかるに、オーストリア人は、プロシアに発するドイツ人意識の拡大に取り込まれ、オーストリア人としての意識よりも、ドイツ人としての意識を優先するようになる。また同時に、オーストリアは、列強間の抗争が激しくなる中で「ホーエンツォレルン国家」との「同盟」に向かい、ドイツの帝国的発展に共に願いを託したのである。そうしたドイツとオーストリアの共通の志向は、ポーランド人も含めたスラヴ人にとって脅威になる、とドモフスキは指摘する。そしてチェコ人を例に挙げ、彼らが勢力を伸ばして、ドイツ的なるものを脅かすときにはいつも、ドイツ的な文化ー民族感覚や、ドイツ人としての団結力が増大した、と論じる。

> オーストリア人としての性格が非常に弱く、そのぶんプロイセン型ドイツ人の性格が非常に強いホーエンツォレルン人の国家には、スラヴ人の土地が隣接している。そのスラヴ人の土地に住むドイツ人の間では、全ドイツ主義的な趨勢が広がり、その趨勢は「ローマ・カトリックからの解放 *Los von Rom*」というスローガンを投げかけつつ、ほとんどホーエンツォレルンの人々に対する忠義にまで達している。その趨勢は、明らかに、独自のものとしてのオーストリアの存在を脅かしてしまっている。･･･オーストリア人の間でドイツ的感覚〔感情〕が弱まることはなく、プロイセン人との戦いの記憶が鮮明さを失うにつれ、それはむしろ増大した。(6)

オーストリアは、「ホーエンツォレルン国家」への「従属関係」に置かれ、ベルリンとヨーロッパ南東、ひいてはトルコを結ぶ、外交上の架け橋となってしまっている。従って、オーストリアのバルカン拡大は、ドイツの拡大そのもの

であった。オーストリア人のバルカンにおける活動は、「ハンガリー人としてでもチェコ人としてでもなく、ドイツ人として」地位を獲得することに目標を置いていたからである。(7)

「東ヨーロッパの状況」論文におけるドモフスキの分析は、プロイセン国家の拡大がドイツ民族的な文化や感覚を基礎にして国家形成を行うというダイナミズムを示している。だからこそ、スラヴ民族にとって「ホーエンツォレルン国家」のもたらす危険は、ロシアやオーストリア＝ハンガリー二重帝国による支配とは異質な危険であった。そして、その「ホーエンツォレルン国家」に隣接するポーランドにとっては、より一層大きな危険だったのである。

第四節　影響力の政治

『ドイツ、ロシアそしてポーランド問題』の第Ⅲ章「東ヨーロッパの状況　ドイツとロシア」には、1907年８月にスヴィーネミュンデで開催された会議の記述がある。また『ドイツ、ロシアそしてポーランド問題』第一版の序言は1908年４月19日付けである。この章が執筆されたのは、1907年８月31日、英露協商が成立した直後の時期であったと判断できる。英露協商では、ペルシャ（イラン）、アフガニスタン、チベットでの両国の勢力範囲にかんする合意が成立する。このとき、既に存在していた露仏同盟（1893年）や英仏協商（1904年）とあわせて、英仏露の三国協商が成立し、ドイツに対抗する構図が生まれることとなった。また、1907年６月に日露協商が結ばれ、日英対露仏の対立は解消されていた。そのため、極東での紛争に区切りをつけたロシアがイギリスやフランスと協力してドイツを取り囲む、という国際関係の対立構図が形成された。

ドモフスキはこの時期、ワルシャワとペテルブルクを中心に政治活動を行っていた。特に、1907年3-4月および5-6月にかけて、ドゥーマへの出席も含め、ロシア内の政治空間において活動を行うため、ペテルブルクに滞在している。(1) そのため、この時期のドモフスキの見解には、ロシア政府が置かれていた状況が反映されていると考えられる。

ドモフスキは、国家間の軍事的権力関係とは別の次元から、「影響力 wpływy」という基準を用いて、東ヨーロッパの状況を示そうとした。そこで、本節においては、ドイツがもたらす危険について、特に詳細に説明されている第三部 第Ⅲ章「東ヨーロッパの状況　ドイツとロシア」(2) から、この時期のドモフスキの

ドイツ観をみていくこととする。

「東ヨーロッパの状況」論文において、まず強調されているのは、日露戦争後のロシアの弱体化である。そして、ロシアが弱まった状況をついて、ドイツが優位に立とうとしないはずがない、とドモフスキは予測する。しかし、その場合想定されているのは、ドイツによる武力攻撃ではない。むしろ、「一方ではロシアの対外的な影響力とロシア国外にある利益圏を奪い、他方では、ロシア自体における影響力を強化し、ある一定の〔ロシアの利益〕圏内で影響力強化を実行する」という方法のほうが、ドイツにとって多くの利益を約束するものである、という。(3)武力攻撃によってロシア領土を簒奪するよりも、ロシアの「利益圏」つまりロシアが優勢な地域に入り込み、そこでドイツの勢力を広げることこそが、ドイツの狙いであるとドモフスキは見ていた。

> 〔日露戦争後ロシアは弱体化したが〕だからといって、戦闘的だったロシアが弱まったところをついてロシアをドイツが攻撃し、ロシア領の一部を強奪する、ということではない。国際状況がそれを許す場合でさえ、〔ドイツがロシアを攻撃することは〕なさそうである。なぜなら、今日プロシア政治が抱えている自領域内のポーランド人との問題を考えると、ドイツに隣接し部分的にドイツ領に割り込んでいるポーランド地域は、戦利品として魅力的でないからだ。ポズナンのポーランド問題が依然として解決されず、ドイツの利益とならない限り、この点について考えるのは難しい。(4)

ドイツに隣接するロシア領土、つまりロシア領ポーランドは、抱え込めばドイツにとって問題の種となるだけで、支配するに魅力的な地域ではない、とドモフスキは考えていた。行政機構によって直接に統治するより、むしろ経済的な利益拡張において、いわば非公式の帝国としてドイツは優越していくであろう。そうなれば、ロシアが従来利益を得ていた活動領域は、ドイツに奪われることになる。具体例としては、それまでロシアに向けられていたフランス資本の新たな投資先がドイツとなり、フランス財界の好評を得て、ひいては財界につながるフランス政界まで味方につけるであろう、という一例が挙げられている。

ロシアは従来、東方問題に関して、ダーダネスク海峡への通路を確保し、バ

ルカン半島を自己の勢力圏とすることを志向していた。しかし、露土戦争の戦後処理のため1878年に開かれたベルリン会議において、ビスマルクが中心となってロシアの南下を抑制して以降は、ドイツという壁に阻まれていた。ロシアの影響力は、アジアにおいてはイギリスの影響力と競合し、同時に、大陸ではドイツによって急速な侵食を受けていたのである。トルコをめぐるロシアとドイツの勢力争いは、それを明示した例であった。ドイツは既に、日露戦争後のロシアを恐れなくてもよくなっている、というのが、ドモフスキの見方であった。そうして、ドイツはバルカン半島を勢力圏に収め、アナトリアやバグダットにおける鉄道路線の拡大方向に沿って、政治的影響力や貿易、事業、入植を発展させている。こうした拡大路線は、いずれはイギリスのような植民地帝国の地位へとドイツを押し上げるであろう、という予測が示されている。(5)

ドイツはヨーロッパ大陸で勢力を伸ばし、更には、アジアやアフリカへの植民地主義的拡張にまで興味を示している、とドモフスキは認識していた。ただし、ドイツ国内には、コンスタンティノープルからテヘランまでの植民地主義的拡張主義をとる勢力と、ヨーロッパ大陸南東部つまりバルカンへの拡大にとどめようとする勢力の、二つが存在することに注意を払ってもいた。ドイツ国内において拡張路線を主導する前者を、「全ドイツ主義者たち wszechniemcy」(6)とドモフスキは呼んだ。そして、全ドイツ主義者を宥めている後者が、ドイツ政府の指導部つまり「ベルリンの政治家たち」であると、ドモフスキは考えていた。

> 全ドイツ主義の熱狂者たちの想像力は、余りにも遠くまで行ってしまったために、ベルリンの政治家たちの考えを追い越し、自分たちの計画においては既にオーストリアを簒奪してしまっている。今日、〔全ドイツ主義者らの考えでは〕ベルリンからペルシャ湾やテヘランまで連続することになっているドイツ領土に沿って、ドイツはロシアを西と南から包囲し、またエジプトや東インドにおけるイギリスを脅かしつつ、バルト海から中央アジアまで、ドイツ帝国の境界線を半円で描いている。(7)

しかし、堅実なベルリンの政治家たちは、「全ドイツ主義者」の幻想に反して、ヨーロッパの南東部つまりバルカン半島へ進出することを選んだ。しかもそれ

は、「静かで平和的な征服」[8]であった。武力による侵攻ではなく、経済活動による掌握である。ドモフスキは、経済帝国的な拡張に、ドイツがもたらす危険の重要な特徴の一つを見ていた。

第五節　未成立国家の外交構想

1907年８月、第二ドゥーマと第三ドゥーマの端境期に、ドモフスキはラッペルスヴィルへ赴いた。それは、1906年７月から1907年７月までの活動を報告した、民族連盟の「活動概要」を提出し、ラッペルスヴィルの亡命者組織から活動資金を得るためであった。ドモフスキは、ラッペルスヴィルでからグリオンへ向かい、そこで『ドイツ、ロシアそしてポーランド問題』の執筆を開始。数週間、その執筆に費やしたが、全てを書き終えることはできなかった。[1]おそらく、出版地であるルヴフで、後日完成させたのであろうと言われている。[2]

この時期の一連の著作では、将来のポーランド国家が置かれる国際関係や、そこでのドイツとの関係を論じつつ、ドモフスキの行動指針となるロシア防御壁論を根拠づけていく論理が展開されている。その集大成が、『ドイツ、ロシアそしてポーランド問題』（1908年）であった。これらの論考は、いわば、未成立国家の外交構想として執筆されたものであった。ここでいう外交構想とは、とりわけ、この時期のヨーロッパ国際政治において圧倒的優位にあるドイツに対抗するために、反独同盟を形成することを意味していた。

・「急転の年」――1925年の回想より――

それでは、『ドイツ、ロシアそしてポーランド問題』が執筆された1907年前後、東ヨーロッパにおける政治状況は、どのようなものだったのであろうか。ドモフスキは、1925年に回想して、戦間期ポーランドが「どのような道を経て独立に至ったのか、本当に知ろうとする者は、1907年の政治がどのようなものであったのかを知らねばならない」と述べている。その理由は、この年に国際状況が大きく変化し、とくにロシア政治とドイツ政治において重大な変化が起ったためであった。以下では、『ポーランド政治と国家の再建』（1925年）に基づき、ドモフスキの1907年認識を概観する。

この年、ロシアは日露戦争に敗れた上、深刻な内政危機に瀕していた。その結果、「対外的にもロシアの力は急激に弱まり、同時に、ドイツの立場を強める

ことになった」。更に、仏英はこうした戦争の帰結を予測して、開戦後間もない1904年に英仏協商を結んだのだというのが、彼の分析であった。英仏協商により、「両国間で係争中だった植民地問題は全て処理され、フランスはモロッコで自由行動権を得、ドイツはモロッコに関して利権の外におかれることとなった」。(3)そして、1906年のアルヘシラス会議において、仏英の和親協商が結ばれ、更に英露間の接近も始まった。次いで1907年には、中央アジアの対立事項について、英露協商が結ばれた。「英仏露の合意は、三大国間の絆を密にするものであり、それが現れたことで、世界政治におけるドイツの役割はますます縮小していかざるを得なかった」。(4)そして、「ヨーロッパは、相互に対立する二大陣営に分かれた。一方には、三国同盟（ドイツ、オーストリア=ハンガリー、イタリア）があるが、イタリアにとってはあまり安定した配置ではなかった。なぜなら、海岸線の長さゆえに、英仏の海軍力に対抗できる状態ではなかったからである。結局、イタリアは地中海に関して、もう一方の陣営である英仏露と合意を結ばねばならなかった」。(5)

国際社会において、英仏露が対独包囲網を形成しつつある状況で、ロシアの内政もまた、安定を取り戻しつつあった。ドモフスキは、その様子について、「ロシアは、既に1907年には、内政危機に対処できるようになっていた」としている。

> 第三ドゥーマにおいて、政府は、もはや勝者となっていた。ドゥーマの運営は、既に、十月党の穏健政党に握られていた。彼等は、ナショナリストや、右翼過激派と共に、議会の三分の二を占めた。ドゥーマとの協働、とくに、十月党指導者グチコフとの協働によって、ほとんど新編成とも言うべき、軍の大規模な再編が始まった。この仕事は、まだ記憶に新しい敗戦の経験を活かし、速やかに進められ、その進展に伴って、ロシアの対外的な威力が再びよみがえってきた。(6)

内政において、一応の安定を得たロシアは、再び外に目を向け始めた。「ツァーリ国家の対外政策は、自信を取り戻し始め、戦争中に拡大しつつあったドイツへの依存を払いのけた。新たなイギリスとの合意は、ロシアにとって、少なからぬ励ましとなった」。(7)しかしそれは、ドイツとの対立を生む原因となった。なぜなら、「ドイツは、諸大国の新たな結合によって、世界政策の広い

道を進む勢いに歯止めをかけられたため、ベルリンとバグダットを結ぶ線に沿った大陸拡大の大計画を描きつつ、自分たちの力を、最も小規模な抵抗へ、バルカンと西アジアの方向へと向け始めた。それは何よりも、ロシアの利益を阻むものであった」[8]という。

ここで注目すべきことは、「ロシアでは、ドイツに対する好戦的な気分は存在しなかったにもかかわらず」、独露間の衝突は近づいており、「既に1907年には、ロシアとドイツとがぶつかり合う大戦争が起きるのは、時間の問題であることが明らかになっていた」[9]とドモフスキが回想していることである。

このときロシア国内では、「確かに、第三ドゥーマの後、パトリオティックな空気が途方もなく強まっていった。それは、革命への反動や、ユダヤ人へのポグロムといった攻撃に示されたばかりでなく、ロシアの影響力を対外的に拡大し、大国としての役割を強化しようとする熱望の中にも表されていた」という。[10]

しかし、戦争が近いというドモフスキの見方は、当時のロシア国内の雰囲気とは、異なっていた。ロシア国内は、まだドイツとの戦争ムードに入っているわけではなかった。

> ロシアの進む道を阻むものは何よりもドイツである、という意識は、まだ明確にはなっていなかった。それどころか、国家の内部にはドイツの強い影響が感じられた。そうした影響が、〔反独的な〕意識を拭い去り、ドイツの危険性から注意をそらそうとしていた。もしロシアの外交がますます明確に反ドイツ的な方向へ進展するなら、それに対しロシア国内では親ドイツ的傾向や、ドイツ人への支援や、それと並行的なポーランド人に対する敵対行為が支配的となる。そうしてロシア内政においてベルリンからの教唆や圧力を被ることになることは明らかであった。[11]

後述のように、ドイツの「影響力」がロシア内政に大きく作用していたという見解は、ドモフスキのドイツ論において一貫している。ドイツは、経済的・文化的な「影響力」によって、直接軍事力を行使することなしに、ロシアの内政を動かし、その反ドイツ傾向を抑制している、というのである。

更に、この時期ロシアの内務大臣だったドゥルノヴォ（Piotr Nikolajewicz

Durnowo, 1844-1915）が指摘したように、「ロシアにはドイツとの戦争を行う余裕など全くなく、そのような戦争はロシアにとって破滅になりかねない」という考えが常識的だったのであろう。(12)

こうしたロシア国内の見解については、「ロシアの世論は、オーストリア＝ハンガリーを主要な敵とみなしていた」とし、ロシア社会が、「オーストリアとドイツを結びつける絆」の強さを理解せず、必要以上にオーストリア政治とドイツ政治と区別していたと指摘する。そして、「程なくしてロシア人の間違いが明らかになった」と結論付けている。(13)

ただし、ポーランドを分割した三カ国においては、「ロシアードイツ間の戦争が急速に近づいており、その戦争においてポーランド問題が表出するであろう、という認識」があり、ドイツとロシアとの戦争が予見されていた。ひいては、三国間でポーランド問題の処理の仕方が模索されていた、とも指摘している。それは、三政府の対ポーランド政策へのイニシアチヴが、「突如よみがえった」ことに表れていたという。

> プロイセンにおいては、前例なく速やかに、反ポーランド立法が進展し、ポーランドの土地においてドイツ性を強化するために莫大な額を供給し、ますます集中的にオストマルク協会が活動を展開した。
>
> オーストリアでは、ポーランドの手から東ガリツィアをもぎとろうという明らかな意思を持って、ウクライナ人に改名したルテニア人を無遠慮にも組織化し、保護を与えた。
>
> ロシアでは、〔ポーランド東部の都市〕ヘウムに知事を設置し、会議王国から分離させるプロジェクトが持ち上がったこと、ならびに、非公式の布告において東ガリツィアへの欲望を示した。(14)

ドモフスキは、これらの対応に、三カ国におけるイニシアチヴの復活を見ていた。こうした三政府の政策について、「三カ国全ての目的は一つ、ポーランドの領土を最小限に抑えるということであった。活気と性急さとが、同時にそこ此処で見られた。それが、ただ偶然の一致であったということが、あり得るであろうか？」と述べている。ブレスト＝リトフスク条約が後に示したように、三政府は合意の上で、ポーランド領土を最小限に抑える形での、ポーランド問題の処理を図っていた、というのである。(15)

「1907年に、何が起っているのかを認識し、少しでも状況について知っている人々であれば、我々には無駄にする時間など一瞬たりともないことを理解していたに違いなかった。敵〔ドイツ〕の計画の成功を望まず、ロシアードイツ間の衝突の瞬間に、ポーランド問題を、ベルリンのいう意味ではなく、我々のいう意味において導くには、速やかに行動を重ねなければならなかった」(16)と述べているように、1925年の回想においては、ポーランド問題処理を有利に運ぶために、ドイツの政治に対抗することがいかに重大な意味を持っていたかが強調されている。まだロシア国内が気づかないうちから、ポーランド人活動家たちはロシアードイツ戦争の勃発を予想し、その結果、ポーランド問題の処理がベルリンの思惑通りにならないよう、活動を始めていたというのである。1907年以降、静かに、しかし大変な緊張を伴いつつ、二国間の戦いは始まっていたという。このとき、ドイツとロシアは「極めて不均衡な」力関係にあったとドモフスキは分析している。一方のドイツは、ベルリンから大国としての政策を進め、ポーランドも含め「全世界で活動中のエイジェントを通じ」、「ウィーンばかりか、ペテルブルクにおいても、ポーランド問題の運命に強い影響を及ぼしていた」という。(17)これに対しロシアは、ようやく対ポーランド政策の編成を始めたばかりであり、「自分たちの目標や方針を、少数の頭脳においてのみ」認識している状態であった。(18)

> この戦いの経過は、今日まで知られておらず、理解されてこなかったため、ポーランドにかかわりのない人々にとってさえ、興味深いものかもしれない。
>
> 1907年に、我々がドゥーマにおいてきた政治的基盤は、我々の足の下から取り除かれてしまった。6月〔第二ドゥーマ解散〕以降、政府が議会を掌握し、議会の大部分は政府を支持してポーランド人に対抗し、従って我々だけが少数議席へと縮小させられ、重要な役割を担うことができなくなる、という予想があった。
>
> それにもかかわらず、私は第三ドゥーマに出席した。それは第一に、名誉の問題であった。ポーランドに一撃が加えられた後で、退くことなどできなかった。…第二に、首都から選出された議員であり、ポーランド・サークルの代表であるという立場が、私にポーランドの名の下に演説し、活動するための公式の肩書きを与えていた。それは、あ

> の時期の私にとって、非常に必要なものであった。…同時に、もしドイツ－ロシア戦争勃発の瞬間にポーランド問題を準備しておくなら、私たちの内的な活動の重心を、ドゥーマの壁の外に移さねばならなかった。(19)

ロシアの戦争準備に関する低い評価に比べ、ドイツの好戦性や、ポーランド民族に対する敵対性への認識は、18年後に回想の中で述べられたものであるにもかかわらず、過剰とも言えるほどに危機感に満ちている。戦間期の独立状態は、ドモフスキにとって、「一貫して我々〔ポーランド〕民族の存在を完全に消し去ろうと」するドイツの危険性という思念からの解放を全く意味していなかった。

> ドイツ国家の中であれ、国境の外であれ、我々を残酷に根絶しようとしてきたドイツの勢力が衰退するようにと、我々は切に願わざるを得なかった。
>
> ビューローは議会で、「我々は、わが国内のポーランド人と戦っているのみならず、ポーランド民族全体と戦っている」と述べた。これに対する、唯一の実直かつ論理的な回答は、ポーランド民族全体が、ドイツに対抗して戦うことであり、その没落を切望することであった。(20)

彼の評価からすれば、ドイツとの戦争にロシアが勝利するためには、ロシア軍の再編だけでは不十分であった。多少なりとも、「ロシア政治上の準備が必要であったし、国内におけるドイツの影響力を打ち壊すことが必要であった」という。

> おそらく歴史上、ロシアほど奇妙な、はっきり言って醜怪な状況にある国家は、存在しなかったであろう。ロシアの対外政策は、そうならざるを得なかったために反ドイツ的であったが、他方で内政では、親ドイツ傾向が支配していた。ロシア政府のような、これほどまで協調のない政府の中でのみ、外務大臣とそれ以外の閣僚との著しい対照が生じえたのであろう。こうした事態の根本的な原因は過去に存在した。そして、そこではプロイセンが大国としての成功を収めていた。

> フリードリヒ大王は、シニカルに言うなら「ポーランドの聖体」を食するという共通点においてロシアと結びつくことが、プロイセンにとってどんなに大きな意味を持つことになるか、既に理解していた。(21)

以上の状況をドモフスキは総括して、「ポーランド分割を機に結ばれたロシアとプロイセンとの関係は、対外政策の反目によって対立することとなり、ロシアはプロイセンとの断絶に至った。しかし、ポーランド人は1863年の蜂起を通じて、ビスマルクに改めて友好関係を緊密にする機会を与えてしまった。仏露同盟によって、ロシアがドイツには頼らずに国際的な立場を得ると、日露戦争と内政危機がロシアの対外的立場を弱め、ドイツに対するロシアの依存は再び大きくなり、ポーランド人の革命主義者たちが、再びそれを少々促進することになった。」(22)としている。つまり、ロシア政府のドイツに対する依存は、外交上の対独包囲網を英仏と共に築いたことで弱まる気配を見せながら、内政におけるドイツの「影響力」の作用や、ポーランド人による近視眼的な武装蜂起や革命主義活動によって、よみがえってしまった、というのである。

> ロシア政府がドイツに依存していることを暴露し、そうした依存を白状せざるを得ない、あるいは、見解を変えざるを得ないような難しい状況に、ロシア政府を置くことだけでは十分でなかった。ドイツとの戦いにおいてポーランドはロシアの側に立つであろうという意識をロシアにおいて広め、口先だけでなく、活動においても、ドイツの傀儡になってロシアに対抗したくないと我々が思っていることを示し、ロシア世論を組織して、ポーランドの破壊へ向けてロシアをドイツの道具としている政策に対抗する必要があった。(23)

こうしてみると、少なくとも1925年の回想からする限り、ロシアードイツ間の戦争が勃発した場合、ドモフスキがロシアを支持し、「ポーランド問題」の解決からドイツの「影響力」を排除しようとしていた様子が伺える。それは、英仏露による対独包囲網や、ひいてはドイツとの戦争を利用し、「ポーランド問題」の処理を有利に進めようという外交構想であった。以下では、1907-1908年にかけての彼の著述をもとに、そうした外交構想がいかにして考え出されたのか、

また、どの程度明確化されていたのかを検証する。

・「ポーランド問題」の転換

後年の回想における1907年分析は、ある程度歴史の後知恵において、ロシア革命後の戦争の利用を論じた側面があることは否めない。では、「ポーランド問題」の処理と、ドイツ－ロシア間関係について、1907-1908年当時はどのように論じられていたのであろうか。

『ドイツ、ロシアそしてポーランド問題』において、彼が論じている外交構想を支える柱の一つは、「ポーランド問題」の意味が転換したという確信にあった。

1864年以降、「ポーランド問題」は、分割三国の内政問題とされ、国際政治の舞台においても、またポーランド人自身の意識においても、「完全に葬られたように見えていた」。(24) それは第一に「ポーランドの蜂起の７年後にフランスがプロイセンとの戦争において撃破され辱められ、」第二に「プロイセンの優越のもとに統一されたドイツと、アレクサンドル二世の改革後、新編成の軍によって強化されたロシアという、ポーランド独立にとっての二つの敵が、ヨーロッパの勢力配置において主要かつ支配的になり、」その結果、ポーランド人の中の「最も頑固な楽観主義者たちでさえ、外からいかなる援助を受ける望みも潰えたと認めざるを得なくなった」ためであった。(25)

> 新たな国際情勢において、ポーランド問題を取り上げることで利益を得る国家は一つとして存在しなかったし、ポーランド人が政治ファクターとして何の可視的な価値も示さなかったにもかかわらず、もしどこかにポーランド問題を取り上げようという願望が現れたとしても、二つの最強国家は完全な沈黙を命ずることができたであろう。
>
> ポーランド領土を保有する三国家のそれぞれにおいて、ポーランド問題は、単に国内問題であり、専らその国に属する問題であり、外部からのどのような干渉をも認めない問題であると見なされていた。しかも、その問題の状況は、どの国においても、国家に対して深刻で危険な性格のものとは見なされていなかった。(26)

こうした、いわば古い「ポーランド問題」は、ポーランド人にとっては「政

治的独立の回復」の問題であり、諸外国にとっては、「ロシアの勢力を弱め、」「ロシアとヨーロッパとの間にダムを築く」という問題であった。(27)その後、一月蜂起の鎮圧と共に「ポーランド問題」は葬られた。それが、1907年前後になって再浮上してきたというのである。しかも、その意味を大きく転換して、よみがえったのであった。そうであるとすれば、『ドイツ、ロシアそしてポーランド問題』は、ロシアードイツ戦争の予感の中で、非常な緊張感（あるいは危機感）を持って書かれた文章の集積といえる。

彼は、1907年までの十数年間に、一方ではポーランド政治の内発的・本質的基礎がしっかりと形成され、他方でヨーロッパの国際状況は全面的に変化していたため、その結果として、ポーランド問題は、19世紀前半に有していたのとは全く異なる、新たな役割を担うようになったと述べている。(28)普仏戦争におけるプロイセンの勝利およびドイツ帝国建設の結果、「ヨーロッパにおける第一位の席」をドイツは占めるようになった。ドイツは勢力を急速に伸ばし、他の諸民族の利益を阻み、中世の神聖ローマ帝国が果たしていたよりも大きな役割を得ようという野望を抱いていた、とドモフスキは強調する。他方で、日露戦争におけるロシアの先の敗北ならびにツァーリ国家の内政危機は、ヨーロッパ全体が長きにわたって恐れていたロシアの威力が、「思っていたよりもずっと脆弱な基盤の上に築かれていたものであったことを明らかにした」のである。(29)

こうして、ヨーロッパの勢力均衡において、成長するドイツに対し、弱体化したロシアは、全く貧弱な立場に置かれるようになった、と彼は分析している。そして、次のように説く。

> 今日、西ヨーロッパ諸国の利益は、ロシアの弱体化にあるのではなく、ロシアを強化し、ドイツに対抗させるに十分な能力を持たせることにある。なぜなら、さもなければ、ロシアはベルリン政治の意のままの道具に、ドイツの影響圏に、ドイツが徐々に征服していく対象になってしまうからである。
>
> こうした国際状況において、ポーランド社会にとって明らかなのは、もし今後、ポーランド社会に、民族的生存の破滅という危機が差し迫るとすれば、それはロシアからではなく、ドイツからもたらされる、ということである。(30)

この引用に続く部分で、ドモフスキは、ロシア支配が用いる「ロシア化」という手段が「ポーランド人という民族の特殊性や独自性を少しも弱めることができなかった」と述べている。そして、ロシア支配によってポーランド民族の文化的成長が抑制された等のマイナス面を指摘しながらも、「ロシアはもう決して、少なくとも予見できる将来においては、反ポーランド的な政治システムを獲得するほどの能力を持たないであろう」と断じている。(31)

これに対し、ドイツに対する見方は、首尾一貫してポーランドにとって厳しいものである。「ドイツがポーランドの民族性にとって危険なものであり続け、プロイセン政府を通じて、我々の民族に対する戦いの手段を、絶えず先鋭化させ」ていき、ますます大きな危険をもたらすことになる、と予測している。その結果、ポーランドは、ロシアとオーストリアという残る二つの分割国に頼らざるを得なくなる、というのが彼の見方であった。しかし、ロシアもオーストリアも、ドイツに依存しているため、「今日ポーランド民族の運命全体にドイツは強い影響力を及ぼしている」とも指摘している。

> こうした危険性について、ドイツがポーランド人という種族の特殊性を消し去るためだと理解してはいけない。なぜなら、この点で経験が示しているのは、その無力さなのだから。ドイツ側からなされる攻撃は、何より、我々の生存の根本的要素（それらの要素のおかげで、我々は、政治的独立を失いつつも、独自の伝統や、独自の民族的思想をもつ政治的民族であり続け、国家をもつ他の大きな諸民族とも対等な民族であり続けている）を脱組織化し、消滅させることに向けられている。ドイツは、民族的独自性や自立した生活、高水準の文化の維持に不可欠な、また（プロイセン分割領の同胞たちが用いる定義での）ポーランド民族のプロレタリア化に不可欠な、これらの文化的・経済的手段を、我々から切り離そうと切望している。(32)

換言するなら、ロシア支配による損害が表面的な文化的発展の抑制にとどまるのに対し、ドイツの政策が与える打撃は、ポーランド民族の存在そのものを脅かす、民族としての生存手段を一つ一つ断ち切っていく性質のものである、とドモフスキは認識していた。

ロシアが衰退し、それと表裏一体の関係においてドイツの「影響力」が増大

しつつあるヨーロッパの国際情勢において、ドモフスキにとって「ポーランド問題」の新たな意味とは、民族の生存をかけたドイツとの戦いに他ならなかった。

むすび

> ポーランドの政治は、ポーランドの境界内で完結するものではない。なぜなら、〔ロシア、プロイセン、オーストリアという〕三国家へのポーランド領土の併合は、我々の民族を３つの断片にし、３つの国家機構の下に置かれた３つの部分に分けてしまい、また同時に、ある種の役割を〔ポーランド人が〕ロシアやプロイセン、オーストリアの〔国内〕政治において演じざるを得なくさせているからだ。(1)

ここに引用したのは、1904年１月に書かれたドモフスキの小論「ポーランド政治の領域としての諸分割国家」の一節である。ここまで論証してきたように、ドモフスキは、文化的・民族的にポーランド人より高次にあると認めているドイツ人に対して畏敬の念を持つと同時に、その影響力の強さを警戒していた。それとは対照的に、第二章で詳述したように、社会ダーウィニズム的な観点に基づき、ロシア人という「人種」を、野蛮で暴力的な存在として嫌悪あるいは蔑視していた。ドモフスキの思想的立場は一見「服従派」のようだが、しかし、ロシアに追従していたわけではなかったのである。それは、第四章で述べたとおり、日露戦争に際してドモフスキが示した、激しいロシア支配への反発からも明らかである。にもかかわらずドモフスキは、あえてロシア内政のダイナミズムに則ったポーランド自立を目指した。それは、第五章で見たように、民族性というものに立脚するドイツ国家がもつ、異質な危険性を恐れたためであった。

ドモフスキは、ロシアという最も身近な敵対者にのみ目を奪われることなく、東ヨーロッパやヨーロッパ全体、あるいは日本やアメリカも含むヨーロッパ以外の地域との関係も視野に入れた枠組みの中に、ポーランド問題を位置づけていた。さめたリアリストの視点からロシア内政の文脈を見定め、ドイツの危険性に警告を発しつづけたドモフスキの思想的立場は、統一と独立を目指すパッションと、ナショナリズムによって貫かれていたのである。

日露戦争の直前、ロシア領ポーランドにおいては、ロシアに対する反発が勢いを増しつつあった。武装蜂起への気運さえ高まる中、ドモフスキはあえてロシア（そしてプロイセンやオーストリア）の内政に参画する重要性を訴えた。

> 〔三帝国の内政における〕役割との関わりを断ち、それがもつ影響を断つことは、ロシア政治やプロイセン政治、オーストリア政治への自制であり、〔目先のことしか見ていない〕近視眼の証拠であり、自己の無力さを感じている証拠である。我々の民族の運命は、まず我々の力を伸ばすことに、次にこれら三国家の運命にかかっている。(2)

武力ではなく政治による戦いへ眼を向けさせようとするドモフスキの緊張感は、以下の文面にも表れている。

> 政治は、〔武力による〕典型的な戦争と同様、優れた戦いの手段なのだ。政治活動においては直接ライフルや大砲を用いない、という差異を伴ってはいるが、前者においても後者においても、民族の本質的・道徳的な力が戦っていることには変わりない。(3)

1917年、「まさにロシアの最後となる」(4)ボリシェヴィキ革命により、ツァーリの支配は崩壊した。ツァーリの帝国の消滅とロシア内政の民主化は、ドモフスキの予想以上に急激に、数々の非ロシア人自治国の成立を可能にした。そうしたロシアの変化と同時に、ドイツとオーストリアの敗戦によって第一次大戦が終結するという歴史の偶然が、ポーランドの独立をもたらしたのであった。以降ドモフスキは、主にイギリスやフランスでの外交活動に力を尽くし、ポーランド国内で政治の中心に戻ることはなかった。しかし、常にロシアだけでなくドイツの危険性を意識していたことからもわかるように、国際情勢を広い視野で捉えるドモフスキの感性は、ポーランド国内で指導者となったピウスツキに劣るものではなかった。

1918年11月14日、病床のドモフスキを遠くパリに残したまま、ピウスツキを国家主席とするポーランド第二共和国は再生を遂げた。けれども、150年にわたる異民族帝国支配の後にようやく訪れたこの新しい時代も、ポーランドの人々を平穏な日々へと導くものではなかった。

1939年９月、ドモフスキの死の半年後に、彼が生前恐れ続けたドイツがポーランドへ侵攻した。1944年８月、ついにワルシャワ蜂起で武器を取ったワルシャワ市民をナチスは鎮圧し、ソビエトが静観する中、同年10月、熾烈な抵抗の末にポーランドの「魂の首府」(5)は壊滅した。蜂起のもたらした損害は、その市街を灰燼に帰しただけでなく、知識人層を中心とする甚大な人的被害を伴い、その後半世紀に渡ってポーランドの独立と自由を損なった。ポーランドは、ソビエトの傘の下に収められ、長い従属の時を過ごすこととなるのである。

「夜は徐々にしか明けない」(6)という。曙光を求めるポーランドはなお、暁の闇にとどまり続けねばならなかったのである。

註

ドモフスキの一次文献・引用中は、(“patryotyzm” など) 現代の表記と異なるものがあるが、原典のまま表記する。

第四章　闘争のロゴス

(1) Dmowski, “Doktryna i realizm w polityce”, in Dmowski, *Dziesięć Lat Walki* (Częstochowa, 1938) (以下、Dmowski, “Doktryna”. と表記), s.209.
(2) Dmowski, “Wobec kryzysu rosyjskiego”, in Dmowski, *Dziesięć Lat Walki* (Częstochowa, 1938) (以下、Dmowski, “Wobec”. と表記), s.302-314.
(3) Dmowski, “Wobec”. s.302.
(4) Dmowski, “Wobec”. s.303.
(5) Dmowski,“Ojczyzna i doktryna”, in Dmowski, *Dziesięć Lat Walki* (Częstochowa, 1938) (以下、Dmowski, “Ojczyzna”. と表記), s.46-47.
(6) 強調は原典のまま。Dmowski, “Ojczyzna”. s.49.
(7) Dmowski, “Ojczyzna”. s.48-49.
(8) Dmowski, “Ojczyzna”. s.49.
(9) *Ibid.*
(10) *Ibid.*
(11) *Ibid.* 強調原典のとおり。
(12) Dmowski, “Ojczyzna”. s.50.
(13) *Ibid.*
(14) *Ibid.*
(15) Dmowski, “Ojczyzna”. s.50-51.
(16) そのほか、様々な類型の小規模の教条主義が存在することを指摘しつつも、それらは政治において果たす役割が少ない分、与える害も少ないとしている。

Dmowski, “Ojczyzna”. s.51.

(17) Dmowski, “Doktryna”. s.209.

(18) Dmowski, “Doktryna”. s.208.

(19) Dmowski, “Doktryna”. s.209.

(20) ドモフスキの視点から見た場合、「服従派」は、ポーランド政治思想が二つの極端な立場つまり革命派と忠誠主義の間をスイッチの切り替わりのように行ったり来たりする二極的な状況の中で、中道を求めている立場を強調する人々と認識されていた。ドモフスキによれば、服従派は、「テーゼとアンチテーゼは存在するが、しかし、シンテーゼを探そうという意欲すらない」ポーランド社会に対する批判を唱えるものとされた。しかし、こうした主張を、ドモフスキは、「スタインチクたちが思いついた」、「時代錯誤な」構想であると断じ、批判した。Dmowski, “Doktryna”. s.208.

第一節　プログラム転換

(1) 民族連盟 Liga Narodowa と国民民主党 Stronnictwo Narodowo-Demokratyczne の関係については、以下の説明を参照。

前章で詳述したように、『我々のパトリオティズム』（1893年）は、ロシア領ポーランドとくにワルシャワにおいて、有機的労働や服従派の考えに反発する若年層を中心に好評を博した。この成功によって、ドモフスキは民族連盟の中で指導的地位を占めることとなった。それは、民族連盟が、国民民主党へと移行する第一歩であった。この民族連盟という政治グループは、当初から、秘密組織としての側面と、デモのような公然の活動との「二重性」をもつ組織であった。当時ロシア領ポーランドでは、政治的活動は認められておらず、ドモフスキらは専ら非合法的に活動を展開していた。そうした秘密組織としての活動と平行して、1891-1895年には、公然のデモンストレーションが組織されていた。

政治活動が認められていないロシア領ポーランドにおいて、「こんなところで合法的に活動する政党をつくるという発想はショッキングなものであった」と宮島直機は指摘している。地下活動としての秘密性という一面と、公然の活動を行う一面とが同時に存在する二重性の「新鮮さ」が、民族連盟の特徴であった。宮島直機『ポーランド近代政治史研究』（中央大学出版部、1978年）三〇頁。

民族連盟に、組織上の変化をもたらしたのが、「ロシア分割領における国民民主党のプログラム」‘Program Stronnictwa Demokratyczno-Narodowego w zaborze rosyjskim’であった。これは、1897年６月に民族連盟の年次報告において示されたもので、これにより公然と政治活動を行う政党として国民民主党が結成された。その目的は、「ポーランド全体のための、一つの党を創出する第一歩」を踏み出すことにあった。以上、Fountain, *op.cit.* pp.41-44を参照。また年代については、Kułakowski, Mariusz, *Roman Dmowski w Świetle Listów i*

Wspomnień (Londyn, 1968) t.1, s.299-301.

(2) Pobóg-Malinowski, Władysław, *Narodowa Demokracja, 1887-1918 : fakty i dokumenty* (Warszawa, 1978) (以下、Pobóg-Malinowski, *Narodowa Demokracja.* と表記), s.240.

(3) *Ibid.*

(4) Dmowski, Roman, *Nasz Patryotyzm* (Berlin, 1893) (以下、Dmowski, *Nasz.* と表記), s.24.

(5) Pobóg-Malinowski, *Narodowa Demokracja.* s.236.

(6) 『全ポーランド評論』*Przegląd Wszechpolski* は、その前身である『移住評論』*Przegląd Emigracyjny* をドモフスキが改称し、1895年１月オーストリア領ポーランドのルヴフで創設した民族連盟の準機関紙。２週間に１号の割合で発行されており、価格表から判断する限り、「オーストリア=ハンガリー君主国」、「ロシア帝国分割領」、「ドイツ帝国及びブラジル」、「フランス及びローマ・カトリック諸国、ブラジル、アルゼンチン」、「英国」そして「アメリカ合衆国」へ配送されていた。ドモフスキは、海外に渡航していた時期を除いて編集を務めていた。ドモフスキが同紙に最初の論文「民族の同一性」を寄せたのは、1895年３月15日であった。Skr.(ドモフスキの筆名 Skrzycki の略), 'Jedność Narodowa', *Przegląd Wszechpolski*, nr.6 dnia 15 Marca 1895, s.81, s.98, s.113.

(7) Pobóg-Malinowski, *Narodowa Demokracja.* s.236 より再引用。原典は 'W Naszym Obozie', *Przegląd Wszechpolski*, lipiec, 1901, s.429. 強調は原典のまま。

(8) Pobóg-Malinowski, *Narodowa Demokracja.* s.236.

(9) Dmowski, *Nasz.* s.24.

(10) 「有機的労働 praca organiczna」という言葉は、19世紀中葉以降慣用的に用いられていた。経済的また文化的発展を重視する運動だったことから、「実業」とも訳される。ロシア領ポーランドにおいては、シフィエントホフスキやプルスが代表的な推進者であった。

(11) Bułhak, Władysław, *Dmowski-Rosja a kwestia polska : u źródeł orientacji rosyjskiej obozu narodowego 1886-1908* (Warszawa, 2000) (以下、Bułhak, *Dmowski-Rosja.* と表記), s.74.

(12) Kułakowski, *op.cit.* t.1, s.204-205.

第二節　ポーランド人とは誰か

(1) Porter, Brian, *When Nationalism Began to Hate : Imagining Modern Politics in Nineteenth-century Poland* (New York, 2000), p.202より再引用。

なお、I. ドイッチャーが「ユダヤ人とは何か」という問いに関して指摘したように、「ポーランド人とは誰か」という問いもまた、それがいかなる世界、環境におかれたポーランド人であったのかという問題を抜きにしては答えられな

い。「とりまく外界や、自らを分裂させ人類をたち切っている敵対関係」を考慮せずに、ポーランド人を定義することは、無意味であろう。したがって本節の課題は、現状において三分割され、国家をもたない状況にあるポーランド民族が、現在どのような意思を持って、また将来どのような民族として自己の再構成を目指すのか、ドイツとロシアの中間にあって生存を獲得するのかという視点から、ドモフスキの思想におけるポーランド人観を明らかにすることにある。I. ドイッチャー、鈴木一郎訳『非ユダヤ的ユダヤ人』（岩波新書、1970年）、五五-五六頁。

(2) Porter, *op.cit.* p.202.

(3) Dmowski, Roman, *Myśli Nowoczesnego Polaka*（1934, Warszawa）（以下、Dmowski, *Myśli.* と表記）, s.29.

(4) ミシェル・ド・モンテーニュ、宮下志朗編訳『モンテーニュ　エセー抄』（みすず書房、2003年）、七四頁。

(5) Porter, *op.cit.* p.204. 国民民主党系（当初ポーランド連盟系）組織は、1880年代末から農村において、一般的な知識や農業知識を広めるための啓蒙活動を行っていた。農民向け雑誌『ポーランド人』の発起人であり、農村問題に詳しかったポプワフスキ（1888-1908年にかけ農村で活動）をはじめ、人民向け書籍出版委員会の指導者となったアレクサンデル・ザヴァツキ（Aleksander Zawadzki）など、国民民主党の主要メンバーたちは、三分割領それぞれにおいて、農民の間に入っての活動に従事していた。主要な農村組織については、Wolsza, Tadeusz, *Narodowa Demokracja wobec Chłopów w Latach 1887-1914 Programy, Polityka, Działalność*（Warszawa, 1992）, s.307-308.

第三節　リアリストの04年革命

(1) Dmowski, “Wobec Wojny Rosyjsko-Japonskiej”, in Dmowski, *Dziesięć Lat Walki*（Częstochowa, 1938）（以下、Dmowski, “Wobec Wojny”. と表記）, s.358-364.

(2) Dmowski, “Wobec Wojny”. s.358.

(3) 阪東宏『ポーランド人と日露戦争』（青木書店、1995年）九九、一一三-一一二三頁。

(4) Dmowski, “Wobec Wojny”. s.358.

(5) Dmowski, “Wobec Wojny”. s.358-359.

(6) Dmowski, “Wobec Wojny”. s.359

(7) *Ibid.*

(8) Dmowski, “Wobec Wojny”. s.359-360.

(9) Dmowski, “Wobec Wojny”. s.360

(10) *Ibid.* プレーヴェ（Vyacheslav Konstantinovich Pleve, 1846-1904）は、ワルシャワにドイツ人中学教師の子として生まれ、モスクワ大学法学部を卒業。帝

政ロシアの右翼内務官僚。警察局長（1881-84）、内務次官（1884-94）を歴任し、1902年４月から内相。反動的なことで知られ、内相就任直後、ハリコフ県、ポルタワ県の農民蜂起を徹底して弾圧した。1903年のキシニョフにおけるポグロムに関しても責任があったとされる。極東で日本との緊張が高まる中、政敵ウィッテを打倒するため、強硬派ベゾブラーゾフを支持し、日露戦争開戦を推進することとなった。また、クロパトキン（Aleksei Nikolaevich Kuropatkin, 1848-1925）は、1898-1904年に陸軍大臣。極東軍総司令官として1904-05年の日露戦争を指揮したが、能力を疑問視され、1905年2-3月に行われた奉天の会戦で大敗した後、第一軍司令官に左遷された。

(11) 田中陽兒、倉持俊一、和田春樹編『ロシア史２―18-19世紀―』（山川出版社、1994年）三三三頁。

(12) 同上、三三五頁。

(13) 同上、三三八頁。和田春樹、和田あき子『血の日曜日』（中央公論社、1970年）四-五頁。

(14) Dmowski, “Wobec Wojny”. s.361.

(15) Dmowski, “Wobec Wojny”. s.362. 文中の詩は、ミツキェヴィチ「ペテルブルク」（1832年）からの引用。以下は前後の部分の抄訳。「人々のために町を作るのでなく、自分のために首都を作るよう、ツァーは命じ／その意思の絶対性を示した[...]ローマは人々の手によって建てられ／ヴェニスは金持ちが作った／けれどもペテルブルクを見た人はいった、おそらくこれを建てたのは悪魔であろう、と[...] 巨大な建物、これは石材の、それは煉瓦の[...]一様にそろった屋根と壁[...]その人ごみの間を数人が歩いていった[...]彼らは街を見ている／基礎、壁、屋根／大理石、花崗岩／両目は試しているかのように離れない／一つ一つの煉瓦はしっかりとはめられているだろうか／そして彼らは絶望とともに肩を落とした／あたかもこう考えているかのように――誰もこれらの壁を倒すことはない！と[...]巡礼は、悪意に満ちて微笑んだ／手をふり上げ、握り締め、復讐を込めて石材にたたきつけた／あたかも、街の岩石すべてを威嚇したかのように」。原語の詩については、Mickiewicz, Adam, *Dziady*（Warszawa, 1994）等を参照。

(16) Dmowski, “Wobec Wojny”. s.362.

(17) Dmowski, “Wobec Wojny”. s.362-363.

(18) Dmowski, “Wobec Wojny”. s.363.

(19) Dmowski, “Wobec Wojny”. s.364.

第五章　未成立国家の外交構想――『ドイツ、ロシアそしてポーランド問題』を中心に――

(1) Micewski, Andrzej, *Roman Dmowski*（Warszawa, 1971）, s.49-50.

(2) Dmowski, Roman, *Polityka Polska i Odbudowanie Państwa* (Warszawa, 1989)（以下、Dmowski, *Polityka.* と表記）, t.1, s.116.
(3) Micewski, *op.cit.* s.150. Dmowski, *Polityka.* t.1, s.116.
(4) 『ドイツ、ロシアそしてポーランド問題』は、1907年に『全ポーランド評論』に掲載された一連の外交論を、翌1908年に再編し出版したもの。
(5) Micewski, *op.cit.* s.150.

第一節　誰を敵とするのか

(1) Pobóg-Malinowski, *Narodowa Demokracja.* s.232-233.
(2) Pobóg-Malinowski, *Narodowa Demokracja.* s.233.
(3) ドモフスキの著作では、モスカル Moscar（ロシア人を指す）等の蔑称が頻繁に用いられる。また、ヤギを意味するカツァプ kacap という単語によって、ロシア語を話す人・ロシア系ユダヤ人を指す場合もあった。ただし、注意しなければならないのは、比較的ニュートラルな名称として用いられる場合であっても「ロシア人 Rosjanie」や「ドイツ人 Niemcy」、あるいは「ユダヤ人 Żydzi」という言葉が発せられる場合に、その言葉がもつ背景から完全に自由ではありえない、という点である。おそらく今日においても、語られる状況によっては、いわゆるニュートラルな名称も負の価値を持つことがある。「民族」あるいは「人種」など、意図的に他者の出自に触れる場合、あからさまな蔑称でないにせよ何らかの付加を負う可能性は避けられない。
(4) Dmowski, Roman, "Nasze stanowisko wobec Niemiec i Rosji (lipiec 1903 r.)", in, Dmowski, Roman, *Dziesięć lat Walki* (Częstochowa, 1938)（以下、Dmowski, "Nasze stanowisko". と表記）, s.148.
(5) Dmowski, "Nasze stanowisko". s.157. なお、ここでの議論と対照的に、1902年５月の Dmowski, "Ojczyzna". s.50においては、「(スラヴ的教条主義は) ドイツ性との戦いにおいてロシアの後援を獲得しようとしている。たとえ、その後援の代償として東部国境において受ける損失が、西部国境において獲得できるものを数倍上回っていたとしても」とし、ロシアから被る損害がドイツからのそれよりも大きいものとして、「スラヴ的教条主義」を批判している。したがって、おそらく1903年前半がロシア志向の明確化した転換期であったと推測される。
(6) Dmowski, "Nasze stanowisko". s.158. 文中の「王国」は、会議王国つまりロシア領ポーランドのうち、東方の現ウクライナやベラルーシを除いた地域。
(7) Kułakowski, *op.cit.* s.245.
(8) Dmowski, "Nasze stanowisko". s.158. ドモフスキは著作の中で、ドイツ Niemcy という語とプロイセン Prusy という語を使い分けている。1871年以降、プロイセンがドイツ全体を統一し、勢力を伸ばしていく、というのがドモフスキの基本的認識であった。「プロイセン」とほぼ同義で用いられているのが

「ホーエンツォレルン人の国家」という言い廻しであり、それが各地のドイツ人の忠誠を集める、とされた。ドイツの脅威を論じる場合にも、常にプロシアが中心に置かれていたといえる。例えば、Dmowski, Roman, *Niemcy Rosja i Kwestja Polska* (Częstochowa, 1938) (以下、Dmowski, *Niemcy.* と表記) s.133-134. また、Dmowski, Roman, 'Poland Old and New' in Duff, J. (ed.) *Russian Realities & Problems* (Cambridge, 1917), pp.83-121参照。

(9) 1894年にポズナン地方からポーランド人を根絶することを目的として設立されたドイツ人の組織「ハカタ」のメンバーをさす。

(10) ナウマンは、「大農場はポーランド人、スラヴ人を呼び込んでいるのです。…ポーランド人は入ってこようとします。彼らもまた生きたいというわけです。しかしそれは、我々民族にとっては脅威なのです。保守派の支配下にある東部は、国民的にいって脅威なのです。」と訴えている。東部プロイセンにおけるポーランド人農業労働者の増加に、ドイツ側としても危機感を抱いていた様子が伺える。今野元『マックス・ヴェーバーとポーランド問題　ヴィルヘルム期ドイツ・ナショナリズムと研究序説』(東京大学出版会、2003年) 一〇三頁より再引用。

(11) Dmowski, "Nasze stanowisko". s.158.

(12) Dmowski, "Nasze stanowisko". s.159.

(13) たとえば、農村の自治拡大や、新聞検閲の緩和が実施されていた。宮島、前出、三七頁。

第二節　新しい帝国

(1) Kułakowski, *op.cit.* t.1, s.156.

(2) Kułakowski, *op.cit.* t.1, s.300.

(3) Marczewski, Jerzy, *Narodowa Demokracja w Poznańskiem 1900-1914* (Warszawa, 1967), s.102.

(4) Hagen, William W. *Germans, Poles and Jews* (1980, Chicago), pp.232-233.

(5) Hagen, *op.cit.* p.234.『全ポーランド評論』紙上においても、1902年、プロイセン領ポーランドのための国民民主党綱領が公表された。Micewski, *op.cit.* s.48.

(6) ただし、『主導者』紙の編集活動は1908年に没するまで続けた。シマンスキは当初、国民民主党が社会革命を目指す潜在性を持っているのではないかと疑っていた。しかし、1905年に、ドモフスキが社会主義革命にも、ツァーリ支配からの民族的独立にも反対したため、国民民主党に信頼をおくようになったという。Hagen, *op.cit.* p.234.

(7) Kułakowski, *op.cit.* t1, s.300, s.421.

(8) ティトゥス・フィリポーヴィチ (Tytus Filipowicz) の証言が以下の文献に収録されている。Jędrzejewicz, Wacław, "Sprawa 〝Wieczoru〟 (Józef Piłsudski a

wojna japoński-rosyjska 1904-1905)", *Zeszyty Historyczne*, 1941, no.27, p.50.

(9) 1903年１月１日ミウコフスキ宛ての書簡。Kułakowski, *op.cit.* t.1, s.246-247.

(10) Dmowski, *Niemcy.* s.137.

(11) フィリポーヴィチの回想によると、ドモフスキは、ロシアの「人民の意志」がドイツの支援を受けたものだった、と論じている。なお、ドモフスキは、ドイツ内部にはロシア官僚に協力する者がいる、とも論じている。

(12) Dmowski, *Niemcy.* s.137.

(13) Dmowski, *Niemcy.* s.138.

第三節　ホーエンツォレルン国家の拡張

(1) Dmowski, *Niemcy.* s.242.

(2) Dmowski, *Niemcy.* s.132. オーストリアとハンガリーの関係については、Dmowski, *Niemcy.* s.133参照。

(3) Dmowski, *Niemcy.* s.132.

(4) *Ibid.*

(5) 「二つの半-君主国」は、原文では、obu półów Monarchji とされ、オーストリア=ハンガリー二重帝国をさしている。Dmowski, *Niemcy.* s.133.

(6) Dmowski, *Niemcy.* s.133-134.

(7) Dmowski, *Niemcy.* s.134-135.

第四節　影響力の政治

(1) Kułakowski, *op.cit.* t.1, s.415.

(2) Dmowski, *Niemcy.* s.129-145.

(3) Dmowski, *Niemcy.* s.129-130.

(4) Dmowski, *Niemcy.* s.131.

(5) *Ibid.*

(6) 一般的には、「全ドイツ主義」は、ドイツとオーストリアを統一する、という考えをさしている。したがって、ここで示されているドモフスキの「全ドイツ主義」観は、普く喧伝された全ドイツ主義に対する誇張された一解釈に過ぎない。「全ドイツ主義」といっても、そこに含まれる考えの幅はかなり広範であり、ドイツ人がいない地域にまで、異民族支配としての植民地を拡張しようという志向を含まない場合が主流であったことに注意しなくてはならない。なお、「全ドイツ主義者 wszechniemcy」という表現は、ドイツ語の alldeutsch から、ポーランド語へ訳出したものと考えられる。「全ドイツ主義」が、ドモフスキの「全ポーランド主義」にも影響を与えた可能性もある。しかし、ドモフスキの「全ポーランド主義」は、ポプワフスキを通じてボリシェヴィキから取り入れられたとする見解も示されている。Bułhak, *Dmowski-Rosja.* s.46.

(7) Dmowski, *Niemcy.* s.130.
(8) Dmowski, *Niemcy.* s.131.

第五節　未成立国家の外交構想

(1) Kułakowski, *op.cit.* t.1, s.415.
(2) Micewski, *op.cit.* s.150.
(3) Dmowski, *Polityka.* s.124
(4) Dmowski, *Polityka.* s.125.
(5) *Ibid.*
(6) Dmowski, *Polityka.* s.125-126. 十月党（所謂「オクチャブリスト」正式には「十月十七日連合」）は、第三ドゥーマにおいて、148議席を有して第一党となった。アレクサンデル・グチコフ（Aleksandr Ivanovich Guchkov, 1862-1936）はその指導者の一人であり、ロシアへの愛国心に則り日露戦争に参加した経歴を持つ。
(7) Dmowski, *Polityka.* s.126.
(8) *Ibid.*
(9) *Ibid.*
(10) *Ibid.*
(11) *Ibid.*
(12) Dmowski, *Polityka.* s.126-127, note 10.
(13) Dmowski, *Polityka.* s.127.
(14) *Ibid.* オーストリア領ポーランド（ガリツィア）におけるウクライナ・ナショナリズム運動については、Davies, Norman, *God's Playground*（Oxford, 2005）（以下、Davies, *God's.* と表記）pp.115-116参照。ウクライナは、1667年アンドルソボの講和によりポーランドとモスクワによって分割され、ドニエプル右岸はポーランド領、左岸はロシア領とされた。その後、ポーランド分割により、ポーランド領ウクライナのうち、ガリツィアはオーストリア領に、それ以外はロシア領になった。オーストリア領においては、ロシア領よりも、ウクライナ民族運動が進展していた。ロシア領と異なり、オーストリア領では合同教会が迫害される心配はなかったし、ルテニア語での初等教育を行うこともできた。ただし、「ウクライナ人」という名称が受容されるようになったのは、ようやく19世紀末になってからであった。1882年以降、ナロドフツィ Narodovtsy と呼ばれる、若いポピュリストのグループが脚光を浴びるようになり、政治活動が激化したのである。彼らは、ロシア領にいるウクライナ人との連携を密にし、「サン川からドン川にいたる大ウクライナ」の創設を要求した。このルテニア人ポピュリストたちが、ガリツィアにおいて「ウクライナ人」を自称した最初の集団であった。まもなく、「ウクライナ人」という名称は、都市の知識人からカルパチアの農民にいたるまで、あらゆる類の集団で用いられるようになった。そ

して、世紀転換期までには、ガリツィアに、様々なウクライナ人政党が出現していた。結果として、ウクライナ人とポーランド人の衝突は不可避となっていた。第一次大戦以前の状況では、ウクライナ人が、ガリツィアを「西ウクライナ」としてウクライナ民族の国家に編入すると主張していたのに対し、ポーランド人は、「東マウォポルスカ」として独立ポーランドに編入することを主張していた。ただし、古くからの住民にとって、これらのナショナリスト運動は「非ガリツィア的」なものと映っていた。

(15) Dmowski, *Polityka.* s.128-129.

(16) *Ibid.*

(17) Dmowski, *Polityka.* s.129.

(18) *Ibid.*

(19) Dmowski, *Polityka.* s.129-130. ドモフスキは1907年10月30日、ワルシャワから議員として選出された。

(20) Dmowski, *Polityka.* s.130. 絶滅、根絶などと訳される Ausrotten は、オストマルク協会によってスローガンとされ、プロイセン東部におけるポーランド人住民に関して、ドイツの新聞や、プロイセンの政治家の一部によって用いられた。Dmowski, *Polityka.* s.130, note 18. ビューロー（Bernhard von Büllow, 1849-1929）は、1900-1907年にかけドイツ帝国宰相。

(21) Dmowski, *Polityka.* s.130.

(22) Dmowski, *Polityka.* s.131.

(23) Dmowski, *Polityka.* s.131-132.

(24) Dmowski, *Niemcy.* s.3.

(25) *Ibid.*

(26) Dmowski, *Niemcy.* s.4.

(27) Dmowski, *Niemcy.* s.235.

(28) *Ibid.*

(29) Dmowski, *Niemcy.* s.236.

(30) *Ibid.*

(31) Dmowski, *Niemcy.* s.236-237.

(32) Dmowski, *Niemcy.* s.237-238.

むすび

(1) Dmowski, Roman, “Państwa rozbiorcze jako teren polityki polskiej (styczeń 1904r.)”, in Dmowski, *Dziesęć Lat Walki* (Częstochowa, 1938), s.160-161.

(2) Dmowski, *op.cit.* s.162.

(3) Dmowski, *op.cit.* s.162.

(4) Dmowski, ‘Rewolucja rosyjska’ in, Dmowski, *Polityka Polska i Odbudowanie*

Państwa (Częstochowa, 1937), s.379. ドモフスキは、革命の数週間前に、「〔軍の革命参加が本当なら〕まさにロシアの最後となるだろう」、「〔ボリシェヴィキも帝政と〕同じ屑の山になる」といった発言を残している。*Ibid.* s.368-369.

(5) Dmowski, *Nasz.* s.3.

(6) 岡義武「戊辰戦争終結後における攘夷の風潮」『岡義武著作集 第六巻 国民的独立と国家理性』（岩波書店、1993年）七九頁。これは、明治二年四月、戊辰戦争終結以降の尊攘派および尊攘の風潮の状況を念頭に、日本国内の混沌とした情勢を述べたもの。

研究ノート

保護責任者遺棄罪における「保護責任」についての一考察（２）

松　原　和　彦

目　　次

本稿における問題意識
第１章　旧刑法編纂過程における立法議論
第２章　旧刑法下における学説の状況
第３章　現行刑法編纂過程における改正議論　　（以上、57巻３号）
第４章　現行刑法下における学説・判例の展開（戦前）
　第１節　通説の形成
　第２節　判例における「保護責任（者）」の理解の変遷（１）
　第３節　通説と旧ドイツ刑法下における学説の状況
　第４節　小括
第５章　現行刑法下における学説・（裁）判例の展開（戦後）
　第１節　通説への批判と現在の議論状況
　第２節　（裁）判例における「保護責任（者）」の理解の変遷（２）
　第３節　新ドイツ刑法下における学説の状況
　第４節　小括　　（以上、本号）
第６章　検討
本稿における結論
付録：裁判例一覧表

※ 本稿は修士論文（2006年１月31日提出）に加筆・修正したものである。

第４章　現行刑法下における学説・判例の展開（戦前）

ここまで、現行刑法に関する議論の前提として、旧刑法に関する議論、すなわち、第１章では立法議論、第２章では学説の状況、について、そして第３章では、それらを承けて現行刑法への改正議論について、①「遺棄」の捉え方、②それと「保護責任（者）」の関係と（具体的）根拠（範囲）、③保護責任者遺棄罪の加重処罰根拠、の３点を軸に整理してきた。本章は、現行刑法に関する議論のうち、戦前の学説と判例のそれぞれの展開と、当時のドイツにおける学説の状況、の整理等を目的とするが、その前に、第１章ないし第３章の内容を簡単に振り返っておく。

まず、第１章では、①’普通遺棄罪（336条ないし338条）では「遺棄」のみが、尊属遺棄罪（363条、364条）ではそれに加えて「不奉養」が、処罰されており、「遺棄」では作為的形態が念頭に置かれていたこと、②’保護責任者遺棄罪の前身である有償受託者遺棄罪（338条）では、主体の範囲が①’とは無関係に、「有償受託者」に明確かつ限定されており、他方、単純遺棄罪（336条、337条）では、その主体には親が含まれ、また、その範囲が解釈上限定される可能性があったこと、③’有償受託者遺棄罪の形式的加重処罰根拠は「有償性」にあるが、その実質的意義が不明瞭であったこと、が示された。

これを承けて第２章では、学説を論者の立場などに従って整理した結果、①’「遺棄」が義務懈怠行為として理解され、それには作為的形態と不作為的形態があると一般的に理解されていたこと、後者の形態には、作為義務が必要であるとする見解があったこと、②’①’の影響から、単純遺棄罪の主体の範囲が解釈上限定されていたこと（判例も同様。）、①’において不作為的形態の場合に作為義務を必要とする見解も、そのことと「有償受託者」の理解を関係づけてはいなかったこと、③’「有償性」の実質的意義は、信任／信用／信頼関係の破壊に求められていたこと、が示された。

そして、第３章では、①と③に関しての直接的な議論は存在しなかったこと、②「保護責任者」は「扶養の義務のある者」とされていたが、それは、第一義的には民法上の扶養義務者であると解釈することができ、また、旧刑法との関係を考慮すると、その者から委託された者も含むと理解し得たこと、つまり、通説よりも極めて限定された主体が想定されていたこと、が示された。加えて、旧刑法の単純遺棄罪の主体に該当していた者の多くが「保護責任者」に吸収さ

れたため、単純遺棄罪の適用範囲が極めて限定されたことも示された（但し、これまで不処罰とされていた者、すなわち、「保護義務者」ではない者を新たに処罰することになった可能性は十分にある。）。

以上を承けて本章は、戦前の、学説のみならず判例の展開、更には、学説の背景にあった当時のドイツにおける学説の状況、の歴史的叙述／整理等を目的とする。具体的には、先に述べた①ないし③を軸に通説の形成過程を描き出し（第１節）、大審院判決を時系列的に整理して、②に関する理解の変遷を学説との関係に注意しながら辿り（第２節）、通説の形成に大きな影響を与えた当時のドイツにおける学説を、①と②を軸に整理し、通説との関係に検討を加える（第３節）。そして最後に、これらをまとめる（第４節）。

第１節　通説の形成[1]

まず、「遺棄」に関する通説の形成過程を辿ってみよう。

現行刑法は1907（明治40）年に公布、1908（明治41）年に施行、されたが、改正議論に重要な立場で関与した磯部四郎の著書『改正刑法正解』ではすでに、「遺棄」には２つの態様があると説明されていた。「遺棄は扶助を要すへき者を置去りにしたる場合（以下、「置き去り」という。）と之を他所に移す場合（以下、「移置」という。）とを共に包含す」る[2]のである。確かに、「遺棄」の概念上、これらの態様のあることは容易に想定され得るが、しかし、磯部は、そこから更に進んで（？）、単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪とでそれを異なって理解（以下、「遺棄の相対化」という[3]。）しなかった。

これに対して、神谷健夫＝神原甚造はその著書『刑法詳論』で、遺棄の相対化に言及した。「遺棄の観念並に其範囲は刑法学上至難なる問題の一に属す」ると前置きした上で、「遺棄の意義は如何に之を定むへきか独逸の学説に於て遺棄の所為を広狭の二義に別つを通例とす我刑法の解釈に於ても亦之に倣ふを

---

[1] 第１節で参照する文献は、できる限り初版を用いることとする。

[2] 磯部四郎『改正刑法正解』（1907〔明治40〕）433頁（以下、磯部『正解』と引用する。）。なお、筆者が参照したのは、『日本立法資料全集 別巻34』（1995）として復刊されたものである。

[3] 酒井安行「遺棄の概念について－作為・不作為概念との関係を中心として－」早稲田大学法研論集28号（1983）72頁参照。

便とす」として、「遺棄」を狭義の遺棄（移置）と広義の遺棄（移置と置き去り）とに分類し、単純遺棄罪の「遺棄」は前者を意味する[4]、と説明したのである[5]。

このように、「遺棄」に関する通説の淵源が当時のドイツ刑法学にあったことは明らかである[6]。では、これと「保護責任（者）」とは、どのように関係づけられたのだろうか。

当初、この点は明確には意識されていなかったようである。例えば、泉二新熊はその著書『改正日本刑法論』で、「保護責任なき者は単純に保護を与へすとの事実に因て刑責を負担せす而して保護せすと云ふのみにては遺棄に非す従て例は道路に棄児あり通行者之を扶助せすして通過する（以下、「棄児不救助事例」という。）も遺棄罪を以て論することを得す」[7]と説明したのである。

これに対して、大場茂馬はその著書『刑法各論 上巻』で、次のようにその点について明確に言及した。「狭義の遺棄は積極的の所為即ち行為にのみ因りて成立するものにして消極的の所為即ち不行為に因りて成立するものに非す。消極的所為即ち不行為を罰するは、常に行為者に何等かの義務ある場合に限る。故に、一般遺棄罪を規定したる第二百十七条の所謂遺棄は、単に狭義の遺棄のみを指称するものにして広義の遺棄を包含せすと解すへきなり。」[8]と[9] [10]。大場

---

[4] 神谷健夫＝神原甚造『刑法詳論』（1913〔大正２〕）944頁以下参照（以下、神谷＝神原『詳論』と引用する。）。

[5] もっとも、神谷＝神原以前に、大場茂馬が、ドイツの学説を参照していたようだが、神谷＝神原とは異なり、狭義の遺棄を移置、広義のそれを移置と広義の「不保護」、広義のそれを置き去りと狭義のそれ、と説明した。大場茂馬『刑法各論 上巻』（1909〔明治42〕）123頁以下参照（以下、大場『各論』と引用する。）。これは現在の有力説の１つである。

[6] もっとも、山岡萬之助は、単純遺棄罪でも「被害者を転置若くは抛置し扶助の可能を阻碍するを以て犯罪を構成す」ると主張していた。山岡萬之助『刑法原理』（1912〔大正１〕）364頁（以下、山岡『原理』と引用する。）。同書363頁も参照。これも現在の有力説の１つである。

[7] 泉二新熊『改正日本刑法論〔訂正十版〕』（1910〔明治43〕、初版1908〔明治41〕）761頁（以下、泉二『日本刑法論』と引用する。）。

[8] 大場『各論』132頁。

[9] もっとも、移置を作為形態、置き去りを不作為形態とする理解に対しては、その後、木村亀二によって批判される。木村亀二『刑法各論』（1939〔昭和14〕）42頁以下参照（以下、木村『各論』と引用する。）。なお、筆者が参照したのは、

の「遺棄」の理解が、当時のドイツ刑法学の影響を一応受けていたようであることと併せ考えたとき、この点もその影響があったと推測される。

では、「保護責任（者）」それ自体は、どのように理解されていたのだろうか[11]。例えば、磯部は、保護「責任の原因は法令に基くと特別の契約に因るとを問は」ない[12]と説明していたが、このように、法令と契約が「保護責任」を生じさせる基本類型であることに異を唱える見解はその後もまったく存在せず、議論は、具体的な適用事例を想定して、「保護責任（者）」の根拠（範囲）を拡大する方向にのみ進んでいったのである。

法文社（1957）から復刊されたものである。

10 神谷＝神原は、単純遺棄罪において「通説は狭義の遺棄のみを指示すると云ふに一致す」として、「棄児不救助事例」と親による子供の「遺棄」とを比較して、後者の場合に置き去りが含まれるのは、「置去る者と置去らるる者との間には何等かの法律関係存することを要するや自ら明にして斯る関係は即ち次条に所謂『保護すへき責任』の関係」であり、そのような関係がなければ、「絶対に『置去』に因る遺棄行為を想像するを得」ないと、より明確に説明していた。神谷＝神原『詳論』946頁参照。

11 戦前の「保護責任（者）」の解釈論について論じる際には、単純遺棄罪の主体との関係に若干の注意が必要である。単純遺棄罪の主体は、現在の学説においては解釈上限定されていないが、戦前は、旧刑法下の学説と同様の見解が有力であった。ここでは特に、島田武夫の見解を紹介しておく。島田は、単純遺棄罪を「事実上保護責任ある者の遺棄罪」と理解し、後述する「同居同行事例」や「旅店其他客の来集を目的とする場屋の管理者」がこれに当たると主張していた。島田武夫『日本刑法新論 各論』（1925〔大正14〕）176頁以下参照（以下、島田『各論』と引用する。）。これに対する批判として、木村『各論』47頁、小野清一郎『刑法講義各論』（1928〔昭和３〕）191頁註（三）参照（以下、小野『各論』と引用する。）。「保護責任（者）」の根拠（範囲）が拡大するに伴い、島田の挙げるこの２つの場合は、それに取り込まれる。この意味で、「保護責任（者）」の解釈論と微妙に関係があったのである。なお、以下では、註において、各論者の作為義務論にも言及する。それは、「保護責任（者）」との関係を明確にするためである。

12 磯部『正解』435頁。もっとも、この段階ですでに「保護責任（者）」の根拠（範囲）の拡大が見られると言えなくもない。というのも、民法上の扶養義務と解し得た「扶養の義務」が法令一般におけるそれまで抽象化／一般化されてしまっているからである。その後、法令は、私法のみならず公法（含刑法）も含むとされるに至る。

泉二は、「法律上の義務を負担せさる者か任意に特別の扶助関係を設定したるときは尚ほ法律上の保護責任を生する」と主張して、「保護責任（者）」の根拠（範囲）の拡大への第一歩を踏み出した。これは、具体的には、「棄児発見者か養育の意思を以て自家に引取りたる後之を遺棄する」場合（以下、「棄児拾上事例」という。）を想定したものであった（なお、ドイツの学説を参照していた。）[13]。

これに対して、大場は、泉二の見解を法律的に構成した。「棄児拾上事例」と「幼者、不具者等を同行したる」場合（以下、「同行事例」という。）においては、「扶助を要すへき者の保護若くは扶助を事実上引受」けることにより「保護責任」が生じるが、それは「義務なくして他人の為め事務の管理を始めたる者は、本人其相続人又は法定代理人か管理を為すことを得るに至るまて其管理を継続するを要す（民法六九七条一項、七〇〇条）との民法上の原則」の「準用」であると説明したのである（なお、ドイツの学説を参照していた。）[14]。この法的構成は以後、「棄児拾上事例」については学説上受け入れられていった[15]。しかし、「同行事例」の法的構成については、次のような異論も存在したのである。

神谷＝神原は、「同行事例」（なお、神谷＝神原の場合、「同居」を含めるため、以下、「同居同行事例」という。）や「旅店其他客の来集を目的とする場屋の管理者」の場合について、特に「同居同行其自体は必すしも事務管理にあらす事

---

13 泉二『日本刑法論』761頁以下参照。作為義務は、（ⅰ）「法令か明示若くは黙示に依り或作為を命するとき」（例：扶養義務者と公務員の職務上の〔「行政命令」に基づく〕義務）、（ⅱ）「合意上特に或作為の義務を引受けたるとき」（例：病人の看護を引き受けた者、手術する医師〔黙示の引き受け〕）、に生ずるとする。同書169頁以下参照。

14 大場『各論』133頁以下参照。作為義務として、（ⅰ）「法律上の規定より生する作為義務」（例：刑法上の義務として218条の保護義務など、行政法規上の公務員の義務、契約）、（ⅱ）「既に行ひたる行為より生する作為義務」（例：「棄児拾上事例」、手術する医師など）、を挙げる。大場茂馬『刑法総論 下巻〔再版〕』（1918〔大正７〕、初版1917〔大正６〕）597頁以下参照。

15 これに対して、山岡萬之助は、「遺棄に先だつ行為」として処理することを主張していた。山岡『原理』365頁参照。作為義務として、（ⅰ）「刑法其他の法規に於ける明示黙示の義務」、（ⅱ）「先に為したる行為より生ずる違法の結果を其行為者に於て妨止する義務ある場合」、を挙げる。同書135頁以下参照。

務管理と看得る場合は問題なきも斯る関係存在せさるときは何故に法律上の保護責任を生するかか問題」となるところ、その場合は、「公序良俗又は国民の法的確信」により「保護責任」が生ずる、と主張したのである（なお、ドイツの学説を参照していた。）[16]。

これに対して、岡田庄作はその著書『刑法原論（各論）』で、「同居同行事例」を「黙示の契約」によって説明した。なぜなら、「同居同行を承諾するときは少くとも暗黙に之（客体―引用者註。）か保護を為す事を承認したるものと認めさる」を得ないからである。従来「同居同行事例」では、同居同行の開始時点、つまり、行為者が被害者と関係を構築した時点で、すでに被害者が保護を必要とする状態になっていることが大前提であったと思われるが、同居同行の途中で突然被害者がそうなってしまった場合でも「暗黙の契約」で説明できる（する）点に、この法的構成の意義がある。岡田（庄）は、「吾人の身体は常に健全なるものに非す。時として疾病に侵さるる事あるは何人も熟知」しているから、その場合も同居同行者は「保護責任」を負うというのである[17]。この見解は、保護責任者遺棄罪の成立範囲を格段に拡張し、反対に単純遺棄罪のそれを極めて狭くするが、これは、「保護責任（者）」の根拠（範囲）の拡大現象のいわば極地であると言えよう。

ここまでですでに明らかなように、通説は、当時のドイツ刑法学の影響も手伝って、戦前に形成されたのである。ここでは、遺棄の相対化と、それと「保護責任（者）」との関係、註で示した各論者の作為義務論と比較したときおおむね両者が一致しているといってよいこと、しかももっぱら法律的・形式的な理解が採用されていたこと、が明らかになった。

---

[16] 神谷＝神原『詳論』950頁以下参照。作為義務は、（ⅰ）「法令により作為を命せられたるとき」（例：扶養義務）、（ⅱ）「合意上作為を為すへき義務を負担したるとき」（例：看護婦による病人の看護の約諾）、に生ずるとする。同書254頁以下参照。

[17] 岡田庄作『刑法原論（各論）〔再版〕』（1915〔大正４〕、初版1914〔大正３〕）437頁以下参照。作為義務として、（ⅰ）「法律上の義務」（例：親の子供に対する保育義務）、（ⅱ）「契約上の義務」（例：看護婦の看護義務）、（ⅲ）「先に行為を為したる場合には当然後の行為を為すへき義務」（例：過失で火鉢を転倒させる行為）、を挙げる。岡田庄作『刑法原論（総論）〔再版〕』（1915〔大正４〕、初版1913〔大正２〕）224頁参照。

これとは対照的に、③保護責任者遺棄罪の加重処罰根拠については、次の論者を除いて、言及されることはなかった。小野清一郎はその著書『刑法講義各論』で、「保護責任ある者は、其の法律上義務づけられたる身分に基き特に加重された処罰を受けるに過ぎない。」、「行為の違法とは行為が法律の理念に反すること又は法律秩序一般の要求に反することである。（行為者の法律上責任ある身分と同一に非ざることを注意せよ）。」、「行為者の地位又は身分としての『保護責任（義務）』と行為の違法性の一般要件としての『遺棄すべからざる義務』と其の性質を異にすることが、第二一七条と第二一八条との区別される要点である」[18]と、木村亀二はその著書『刑法各論』で、「単に、後者（保護責任者遺棄罪―引用者註。）を以つて身分に因り刑を加重する場合なりと為すことを意味するに過ぎない。」[19]と、説明したのである。

両見解に共通するのは、「保護責任」と作為義務は異なる、という認識である。前者はある特定の者の特別な責任であるのに対し、後者は「万人の義務」なのである[20]。また、「保護責任（者）」が（で）あるが故に、保護責任者遺棄罪は加重処罰される、という認識も共有している。さらに、両者の「遺棄」に関する理解を見てみると、いずれも単純遺棄罪における「遺棄」は移置あるいは作為に限定される、としながらも、なお上述の「保護責任（者）」の理解を示している。これはすなわち、両見解が、通説とは異なり、「遺棄」と「保護責任（者）」とは必ずしも論理必然的な関係にはないということを示唆しているということである。もっとも、両者の見解は加重処罰根拠を形式的に説明してるにすぎず、更に進んだ議論は少なくとも戦前の段階には存在しなかったのである。

第２節　判例における「保護責任（者）」の理解の変遷（１）[21]

---

18 小野『各論』190頁、191頁註（三）。

19 木村『各論』45頁。

20 この点は重要である。現在この点を強調するのは、松宮孝明である。松宮は、「218条の保護責任は『特別な義務』であり、これは217条の『遺棄』に当たる場合の罪責を加重し、単なる不保護の罪責を根拠づけるが、217条の作為義務は『万人の義務』であり、217条の不真正不作為犯を根拠づけるに過ぎない」と主張する。松宮孝明『刑法各論講義』（2006）71頁（以下、松宮『各論』と引用する。）。

21 先行業績として、時武英男「保護責任者遺棄罪における保護責任」西原春

では、判例は「保護責任（者）」をどのように理解したのだろうか。本節では、この点に関する判例の変遷を、学説との関係に注意を払いつつ、時系列に沿って整理したい。

判例は、学説と同様に、当初から「保護責任」が法令と契約によって生じることを認めていた。元雇用者である被告人が、疾病による業務遂行障害を理由に解雇されたにもかかわらず被告人の住居（お堂）で寝ていた元被雇用者を、道路に遺棄した事案について、明治45年の大審院判決は、「被告等に法令若くは契約に基く扶助の義務なしとするも之を扶助せすして遺棄するか如きは善良の風俗を害すること甚しきものにして刑法第二百十七条に……該当すること論を俟たす」[22]として、「保護責任」が法令と契約により生ずることを当然の前提としていたのである。また、被告人が、第三者から（金17円と共に）貰い受けた幼児を適切に養育しなかったために、同児を死亡させた事案について、大正４年の大審院判決は、「法律に因ると将契約に因るとを問はす養育の義務を負ふ者か……単に義務に違背して食物を給与せ（さる）……ときは生存に必要なる保護を為ささるものにして刑法第二百十八条……に該当す」る[23]としていたのである。

その後、判例は「保護責任（者）」の根拠（範囲）を徐々に、しかし確実に拡大させていった。内縁の夫婦が、養子として貰い受けた幼児を適切に養育しなかったために、同児を栄養障害に陥らせた事案について、大正７年の大審院判決は、「保護すへき責任ある者とは必すしも所論の如く法令上扶養の義務を負担せる者のみに限るの趣旨にあらすして契約其他の事由に依り之を保護すへ

夫ほか編『判例刑法研究 第５巻』（1980）113頁以下がある（以下、時武「保護責任」と引用する。）。もっとも、本節は、判例理論の探究を目的とするものではない。

[22] 大判明45・７・16刑録18輯1083頁。判文上明らかなように、本判決は単純遺棄罪の成立を認めた数少ない例である。その他、大判大４・５・21刑録21輯670頁（乞食の老者を自宅に引き取ったところ、病気に罹患したため、屋外に遺棄した事案）、名古屋地判昭36・５・29裁時332号５頁（泥酔した同居の同僚を厳寒の屋外に遺棄して死亡させた事案）、がある（逆に言えば、この３件しかない。）。これらでは、被告人の「保護責任」の有無は問題とされなかった。

[23] 大判大４・２・10刑録21輯90頁。本判決は契約による「保護責任」を認定した。

き責任ある者を包含す」る[24]とし、判例上初めて、法令と契約以外にも「保護責任」の生じる可能性に言及したのである。また、雇用者が、疾病中の住み込みの被雇用者を突然解雇して、住居から強制退去させた事案について、大正８年の大審院判決は、「雇主か雇人と同居するの一事に因り当然雇主は同居中疾病に罹りたる雇人を保護す可き法律上の責任ありと云ふことを得さる」としながらも、「雇主及ひ同居雇人間の関係にして或は一般慣例に従ひ或は当事者間の黙契に依り雇主に於て叙上の保護を加ふへき義務を負ひたる場合に於ては法律上の保護責任を認むへきこと論を俟たさる」[25]として、新たに「一般慣例」による「保護責任」を認めたのである。そして、大正７年判決の「其他の事由」は「一般に承認せらるる条理」として[26]、大正８年判決の「一般慣例」はそのまま、その後の学説に影響を与えたのである[27]。

これとは反対に、判例は学説を採り入れることによっても、「保護責任（者）」の根拠（範囲）を拡大させていった。芸娼妓酌婦の周旋業を営む被告人が、疾病中の芸娼妓酌婦を自宅に引き取ったにもかかわらず、適切に処置しなかったため、同女を死亡させた事案について、大正15年の大審院判決は、法令と契約、そして「慣例」により生ずる「保護責任」は、「病者を引取り自宅に同居せしめたる場合の如き其の引取主は之を引取る義務なかりしときと雖一旦之を引取り自宅に同居せしめたる以上は引取主は病者か其の保護を受くるの要なきに至り又は其の保護を為す者あるに至るまては法律上継続して保護すへき義務あるものと論定すること民法事務管理の法理に照し正当なり」[28]としたのである。また、被告人が乞食である妻の実兄を、村長の要請により不本意に自宅に引き取った後、山林内に放置した事案についても、昭和12年の大審院判決は、「保護すへき責任ある者とは……事務管理等により保護すへき責任を負ふに至りたる者をも包含する」[29]としたのである。

---

[24] 大判大７・３・23刑録24輯235頁。本判決は原判決を、「暗黙の約諾」による「保護責任」を認めたものとした。

[25] 大判大８・８・30刑録25輯963頁。

[26] 小野『各論』188頁、189頁註（一）参照。なお、先の神谷＝神原の議論（註〔16〕）参照。

[27] 島田『各論』178頁以下参照。

[28] 大判昭15・９・28刑集５巻387頁。

[29] 大判昭12・３・24判決全集４巻６号42頁。

以上、「保護責任（者）」の根拠（範囲）に言及した計６つの大審院判決を時系列に沿って整理した結果、それが、①法律的・形式的に理解されていたこと、②判例自体によって、あるいは、学説の影響を受けて、拡大されていったこと[30]、が明らかになった。

第３節　通説と旧ドイツ刑法下における学説の状況

我が国の通説の形成には、当時のドイツの学説が大きく影響した。そこで本節では、第１節で参照した我が国の文献で頻繁に引用されていたドイツの文献を紐解くことにより、その学説状況を確認し、改めて、我が国の通説との関係を検討する。まず、ライヒ刑法典（以下、「旧ドイツ刑法」あるいは「旧法」

[30] 但し、判例と学説が対立する点も存在した。民法上の扶養義務者（主として旧民法954条以下参照。）と「保護責任者」の関係及び「保護責任」の履行順位が問題となった、大判大７・３・23刑録24輯235頁及び大判大８・８・７刑録25輯953頁では、民法上の扶養義務者と「保護責任者」は同一であり、民法上の扶養義務の法定履行順位によれば、先履行順位者がすでにその場から離れることで、あるいは、その場で、扶養義務（「保護責任」）を放棄した場合（但し、その者に保護責任者遺棄罪は成立しているようである。）には、被告人は後履行順位者であっても「保護責任」を負うとされた。これに対して、牧野英一は、①民法上の扶養義務と「保護責任」とは根拠（内容）が異なる、②前者には、抽象的意味（地位）と具体的意味（「現に一定の給付を為す可き義務」）があり、抽象的「義務に反して扶養を為さずということは、観念上考へ得られない」と、上記判決を批判した。牧野英一「遺棄罪と保護義務」同『刑法研究第二巻〔第四版〕』（1932〔昭和７〕、初出1919〔大正８〕）284頁以下参照（前掲大判大７・３・23の評釈。以下、牧野「保護義務」と引用する。）。現在の一般的理解は、この牧野の批判に負うところが大きい。もっとも、上記判決が扶養義務者と「保護責任者」を同一に理解していることを前提とすれば、民法の法定履行順位に拘束され、先履行順位者の扶養義務（「保護責任」）の放棄のために、後順位履行者にその履行を求めるのは、当然である。以上２点から、あたかも上記判決が、扶養義務者と「保護責任者」を異なって解し、それ故法定履行順位に従っていない、という理解（例えば、団藤重光『刑法綱要各論〔第三版〕』〔1990〕454頁、同頁註〔一〕〔以下、団藤『各論』と引用する。〕。）は、学説史としても、また、判例の「読み方」としても、妥当でない。なお、註（81）参照。

という。）における当初の遺棄罪規定を見ておく。

＜旧ドイツ刑法＞[31]

§.221.

(1) Wer eine wegen jugendlichen Alters, Gebrechlichkeit oder Krankheit hülflose Person aussetzt, oder wer eine solche Person, wenn dieselbe unter seiner Obhut steht oder wenn er für die Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme derselben zu sorgen hat, in hülfloser Lage vorsätzlich verlässt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

(2) Wird die Handlung von leiblichen Eltern gegen ihr Kind begangen, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

(3) Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung der ausgesetzten oder verlassenen Person verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe bis zu zehn Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren ein.[32]

---

[31] Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. 5. 1871 (RGBl. S. 127). (１) ないし (３) は引用者が付した。なお、ここに至る遺棄罪の歴史的展開については、Konstantin Feloutzis, Das Delikt der Aussetzung nach deutschem und griechischem Recht (§ 221 dStGB, Art. 306 grStGB), 1984, S. 83ff. (zitiert : Feloutzis, Aussetzung, S. ...).

[32] 宮澤浩一訳「ドイツ刑法典」法務資料439号 (1982) 156頁 (当訳はいわゆる養子法による改正後のものである。) を参考に、筆者の邦訳を以下に掲載する。

§.221.

(1) 幼年、身体障害又は疾病のために保護のない状態にある者を遺棄した者、又は、保護のない状態にある者が自己の保護下にあるとき又は宿泊、移動又は宿泊に配慮しなければならないときに、保護のない状態に故意に置き去りにした者は、３月以上の軽懲役に処する。

(2) (両) 親が自己と血縁関係にある子供に対してその行為をしたときは、６月以上の軽懲役に処する。

(3) その行為によって、遺棄又は置き去りにされた者に重大な身体傷害を生じさせたときは、10年以下の重懲役に処し、死亡させたときは、３年以上の重懲役に処する。

我が国の遺棄罪と単純に比較したとき、ドイツの遺棄罪の特徴として４つ挙げられる。我が国の単純遺棄罪に対応する１項では、①“aussetzt”（以下、「Aussetzen」という。）と“in hülfloser Lage vorsätzlich verlässt”（以下、「Verlassen」という。）の２つの行為が処罰される点（以下、前者の規定を「Aussetzen 条項」、後者のそれを「Verlassen 条項」、という。）、②Aussetzen 条項とは異なり[33]、Verlassen 条項の主体は明文上限定されている（“wenn dieselbe unter seiner Obhut steht oder wenn er für die Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme derselben zu sorgen hat”）点、③（それにもかかわらず）両条項は同じ法定刑である点、④我が国の加重（保護責任者）遺棄罪に対応する２項では、明確に「（両）親」（“Eltern”）が「自己の子供」（“ihr Kind”）を Aussetzen または Verlassen した場合にのみ、１項よりも重く処罰する点[34]、である。もっとも「保護責任（者）」の解釈論を展開するときに、本項が参考となり得ないことは明らかである[35]。

以下では、文献の発行年の古い順に、各論者の遺棄罪に関する見解を見ていく。その際に注目する点として２つ挙げておく。① Aussetzen と Verlassen とが、どのように理解されていたのか、② Verlassen 条項において法文上限定されている主体が、どのように理解されていたのか、である。②については、作為義務論との関係にも注意する。なお、Aussetzen は狭義の遺棄（Aussetzen / Aussetzung im engeren Sinne）と言われており、以下でも同様とする。

ビンディング（Karl Binding）は[36]、「救助者との空間的あるいは場所的な離隔[37]」が遺棄（罪）の特徴であるとする。そして①について、Aussetzen とは、

---

[33] Aussetzen 条項における主体については、Feloutzis, Aussetzung, S. 188.

[34] その後、1976年のいわゆる養子法（Adoptionsgesetz）による改正で、養子も保護対象となった。法文上は“leiblichen Eltern”から単に“Eltern”となった。Gesetz über die Annahme als Kind und zur Änderung anderer Vorschriften（Adoptionsgesetz）vom 2. Juli 1976（BGBl. Ⅰ, S. 1749).

[35] 註（147）参照。

[36] Karl Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl., 1902, § 17 S. 62f（zitiert : Binding, Lehrbuch, S. ...）. なお、筆者が参照したのは、Schientia Verlag Aalen（1969）から復刊されたものである。

[37] ビンディングの「空間的あるいは場所的な離隔」については、Binding, Lehrbuch, S. 63 Fn. 2.

被害者が「それまでの救助者または第三者による良好な保護のあった場所から危険かつ保護のない場所に連れて行かれ、かつ（行為者に）立ち去られる（verlassen wird）[38]こと」と定義し、これは「遺棄の通常形態」であるという[39]。他方、Verlassen とは、行為者が、被害者が「その助力なしにすでに危険かつ保護のない場所にあることを認識あるいは発見し、かつそこから解放（befreien）しないこと」と定義する。被害者自身による離隔行為を黙認することもこれに当たるという。

②については、Verlassen は不作為による作為犯であると主張する。それ故、Verlassen 条項の主体は、法文に列挙されている者に限らず、広く不作為による作為犯をなし得る者を含むのである。具体的には、両親、契約による保護者（Hüter）と養育者（Pfleger）、世話する人（Wärter）、保母（Kindermädchen）、病院の経営者（Hospizwirte）、そして「保護のない状態に変更を加えるような介入によって（durch änderndes Eingreifen in ihre Lage）、保護のない者についての保護を事実上引き受けた者」を挙げる。

ビンディングの見解は、我が国の通説との関係では、ａ）Aussetzen でも「立ち去り」という要素を重視する点、ｂ）被害者自身による離隔行為を黙認することも Verlassen であるとする点、で注目される。ここでは Aussetzen と Verlassen を被害者の移動と行為者の移動とで区別していない。また、ｃ） Verlassen 条項の主体を明確に作為義務者と同一視している。

オルスハウゼン（Justus Olshausen）は[40]、①について、Aussetzen とは、概念上「これまでの状況から別の保護のない状況へと転換されること（vesetzt wird）による、故意による積極的な活動」であると定義する。他方、Verlassen とは、「既存の関係の放棄」が本質であるとして、収容しないこと（Nichtaufnehmen）はこれに当たらないと主張する。そして、行為者と被害者の間に空間的な離隔が必要であるとしても、保護（Obhut）や配慮（Sorge）

---

[38] ビンディングには、遺棄（罪）について、「生命あるいは健康の維持を他人の救助に頼らざるを得ない者は、その者との場所的な離隔によって、生命あるいは身体に関して危殆化されるべきではない。（それ故）重点は Verlassen にある。」という認識を前提にしている。Binding, Lehrbuch, S. 62.

[39] Binding, Lehrbuch, S. 63 Fn. 3.

[40] Justus Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 9. Aufl., 1912, § 221, Rn. 5ff.（但し、本書の最終版は12版〔1942〕である。）.

の履行命令に対する違反行為（真正不作為犯）が問題となるから、行為者による客体の Verlassen というのは必要でなくなり、それ故、空間的な Verlassen のみならず、被害者自身が行為者から離れていくのを黙認するのも、消極的な態度としてそれに該当すると主張する。

また、②については、“Obhut”と“er für die Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme derselben zu sorgen hat”とを区別して論じる。前者には、174条の“der Obhut Anvertrauen”とは異なり、特別な信頼を獲得するような行動（infolge eines besonderen Vertrauensaktes）によらない、自然発生的な義務によって、行為者の保護（Schutz）の下に被害者がいるという関係も含まれるとする。しかし、オルスハウゼンは、そうであったとしても、なお少なくともそれは法的な保護関係でなければならず、純粋に道徳的な、それ故純粋な事実上のそれでは不十分であると主張した。また、他の見解と同様に、契約の場合を肯定する。後者の場合も、前者と同様に、法的な義務の場合のみと解している。

オルスハウゼンの見解のうち注目されるのは、ａ） Verlassen において「関係性」を重視している点、ｂ）被害者自身の立ち去りを黙認するのは Verlassen であるとする点、ｃ） Verlassen 条項の主体を法的な場合に限定する点である。

マイヤー＝アルフェルト（Hugo Meyer / Philipp Allfeld）は[41]、「（行為者と被害者の）両者が相対しているというそれまでの空間的な関係の変更、空間的な離隔」が必要であると説く。そして、①について、 Aussetzen とは、「人が保護のない状態にある場所へ連れて行くこと」、 Verlassen とは、「人が行為者自身の離隔行為によって、早くも保護のない状態にあること」、と定義する。Verlassen については、ａ）収容する義務のある者が保護のない者を収容しない場合はそれに当たらないが[42]、ｂ）被害者自身による離隔行為をさせるに任

---

[41] Hugo Meyer / Philipp Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl., 1922, § 73 S. 351f.（zitiert : Meyer / Allfeld, Lehrbuch, §... S. ...）.

[42] 玄関（入口）の遮断、梯子や橋の破壊（「あらかじめ存在する両者の一体化の可能性を解消する場合」という。）も Verlassen に該当する。そして、 Verlassen をあらゆる保護の義務の懈怠と同一視する見解に対しては、「法の趣意が確定的ではない」として、懐疑的である。 Meyer / Allfeld, Lehrbudh, § 73 S. 352 Fn. 9）.

せることはそれに当たる。

②については、被害者に対して「配慮する法的義務」のある場合にのみ問題となり、次の者がそれに当たる。ａ）法律上の義務を負う者（親、後見人〔Vormund〕）、ｂ）契約上の義務を負う者（教育者〔Erzieher〕、奉公人〔Dienstboten〕、世話をする人）、ｃ）被害者の「Obhut を事実上引き受けており、かつそれにより事態の成り行きに介入する者」、である。マイヤー＝アルフェルトは、この点を若干詳しく説明している[43]。１つは、なぜ、事実上の保護の引き受けが法的義務として充分であるかである。それは、174条（２号）のように、人が行為者の Obhut に委ねられている必要はないからである。それ故、そのような行為が「必然的にその継続を義務づけているのであれば」、それで充分なのである。もう１つは、なぜ、一時的な保護（迷子を正しい道へと誘う場合）は法的義務として充分ではないかである。それは、「被害者にとって有益な他の効果を排除した事実上の関係」を設定していないからである[44]。

マイヤー＝アルフェルトの見解は、ａ） Verlassen の捕捉範囲が拡大しており、しかし、ｂ） Verlassen を「不保護」のようなあらゆる世話する義務の放棄とすることには反対して、それと一線を画している点、ｃ）一時的な保護の場合を法的義務から除外する点、が注目される。

旧刑法以来、我が国の文献において頻繁に引用されたのは、リスト＝シュミット（Franz von Liszt / Eberhard Schmidt）である。リスト＝シュミットは[45]、①について、 Aussetzen とは、「従前の状況から他のそれに転換すること、外界

---

[43] なお、その中でマイヤー＝アルフェルトは、作為義務を論じた箇所を参照するよう指定している。作為義務が生じるのは、ａ）法の特別な命令によるときで直接規定されている場合（親の子供に対する扶養）、ｂ）そのうち契約的な関係のある場合（看護人〔Krankenwärter〕、ベビーシッター〔Kinderfrau〕、助産師〔Hebamme〕、職務上の義務〔Amtspflicht〕）、ｃ）「危険な状況を生じさせた先行する行為〔vorangegangenes Tun〕」の場合（現場監督を引き受けた者、手術をした医者、意図せずに水の中に突き落としてしまった者、閉じこめてしまった者）、である。 Meyer / Allfeld, Lehrbuch, § 22 S. 116.

[44] Meyer / Allfeld, Lehrbuch, § 73 S. 351f. Fn. 8）.

[45] Franz von Liszt / Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Dentschen Strafrechts, 24 Aufl., 1922, § 90 S. 331f.（zitiert : Liszt / Schmidt, Lehrbuch, § ... S. ...）.（但し、本書の最終版は25版〔1927〕である。）

との、それまで被害者が保護を受けていた関係が解消されたこと」、Verlassen とは、空間的な離隔であり、それは、行為者が被害者から離れていくことはもちろん、被害者がそうすることも含まれ、更には、玄関（入口）の施錠や「合義務的な Obsorge の懈怠」（不作為）も Verlassen に当たる、と理解する。

他方、②については、法文上列挙されている義務づけ事由は、法律、契約に加えて、遺棄された子供の引き受けのような、「先行する行為（先行行為）」（vorangegangenes Tun）[46]を一応挙げているが[47]、リスト＝シュミット自身はこれには消極的であった。

リスト＝シュミットの見解は、ａ）Aussetzen においても保護関係の存在と関連づける点、ｂ）Verlassen の捕捉範囲が広い点、ｃ）引き受けの場合に法的義務を生じさせることに消極的である点、で注目される。

フランク（Reinhard Frank）は[48]、①について、Aussetzen を「他の状態への空間的な転換」と、Verlassen を、第５章第３節で詳述する第６次刑法改正法により使用される Imstichlassen とは同義ではなく、「Aussetzen とは対照的に客体ではなく、行為者の現在地を変更するという空間的な離隔」が必要であると理解する。具体的には、Aussetzen については、救助手段の奪取や保護のない状態での滞留を強制することは Aussetzen ではないと主張する。他方、Verlassen については、ａ）通説同様に、「合義務的な Fürsorge の単なる放棄」は Verlassen に当たらないとしつつ、しかし、ｂ）行為者が被害者の現在地へ行くのを自身で不可能あるいは著しく困難にする行為は、それには当たらないと主張する。ｃ）保護者や世話をする人などが被害者の立ち去るのを黙認するのは不作為による Aussetzen であると主張する。ｄ）行為者が被害者との空間的な離隔を反義務的に解消しないのは、不作為による Verlassen であるという。

---

[46] 現在でいうところのいわゆる「先行行為」ではないことは明らかである。この点は、第２章、第４章においても注意しなければならない点である。

[47] リスト＝シュミットは、作為義務について論じた箇所を参照するよう指定している。作為義務が生じるのは、ａ）「特別な法秩序の命令」として、刑法のもの、公／私法（明示／黙示）のもの（一定の法的地位〔公務員、契約〕）、ｂ）「先行する、他人の利益を危殆化する振る舞い」、である。Liszt / Schmidt, Lehrbuch, § 30 S. 134f..

[48] Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 18. Aufl., 1931, § 221 S. 472f..

②についてフランクは、保護または世話の事実上の引き受けが、その継続を法的な義務とするという。しかし、当初からまったくの一時的な救助の履行（Hilfeleistung）である場合には、法的な義務とはならないという。フランクは、法律や契約の場合を特に明示してはいないが、当然の前提にしていたと思われる。

フランクの見解は、ａ） Aussetzen と Verlassen を明確に被害者の移動と行為者の移動で区別する点、ｂ）被害者による立ち去り行為の黙認を不作為による Aussetzen とする点、ｃ）既存の空間的離隔の不解消を不作為による Verlassen とする点、で特徴的である。

以上、主要な論者の見解を概観したが、ここで簡単にまとめる。①については次のように言える。ａ）空間的あるいは場所的な離隔、あるいは関係という場合、行為者との離隔／関係なのか、救助者などとのそれなのか、に「対立」があった。しかし、定義の仕方を批判するということは見られない。ｂ） Aussetzen にせよ、 Verlassen にせよ、我が国の通説が採用した見解が必ずしも統一的な理解ではないように思われる。なお、特に対立のあったのは、被害者が行為者の下から立ち去っていくのを黙認する行為が、不作為による Aussetzen なのか、あるいは Verlassen なのか、である。フランクは前者、ビンディング、オルスハウゼン、マイヤー＝アルフェルト、リスト＝シュミットは後者、を支持していた。この点、フランクとビンディングの対立の根源は明らかであり、それは、 Aussetzen あるいは Verlassen の定義による。ｃ） Verlassen において、あらゆる保護の懈怠行為にまで拡大するかにも対立があり、マイヤー＝アルフェルト及びフランクは反対、リスト＝シュミットは賛成、という状況であった。フランクの場合、行為者の現在地の変更がないために、そのようになると思われる。ｄ） Verlassen 条項の主体については、オルスハウゼンが唯一、事実上の関係を排除する、つまり法的な関係のみを問題としていた。

以下では、フェロウツィス（Konstantin Feloutzis）の著書を手がかりに、その後の議論状況を加味しながら、我が国の通説とドイツにおける学説とを比較して、我が国の通説の比較法的問題点を指摘する。

第１に、ドイツにおいてはもはや Aussetzen ＝移置＝作為という理解は採られていない、言い換えると、 Aussetzen にも不作為による場合のあることが承認されていたことである。例えば、幼児の乗っているベビーカーが急な坂道を転げ落ちるのを止めない保母、あるいは、第三者が被害者を保護領域から連れ

出すのを黙認する義務者は、Aussetzen の不真正不作為犯とされるに至り[49]、我が国の通説における Aussetzen ＝移置＝作為という定式はドイツにおいてはもはや成立していなかったのである。この点は、第５章第１節で述べるように、戦後本格的に主張されるに至る。

第２に、Verlassen との関係においても問題がある[50]。我が国の通説が理解するそれは、Aussetzen と Verlassen がいわば表と裏、すなわち作為と不作為というものであったが[51]、すでに紹介した論者の中にもいたように、Verlassen を我が国の「不保護」に相当するまで捕捉範囲を拡大する見解がその後有力に主張されるようになったのである。空間的な離隔を要しない、つまり後述する（第５章第３節）第６次刑法改正法後のいわゆる Imstichlassen あるいは行為者による保護の放棄と Verlassen を捉える見解は、通説を「現実に則さない自然主義的な概念の限定」と批判し、結局221条は具体的な危険を回避しないことが問題なのだから、空間的に離隔することとそれ以外の行為態様とでは違いがないと主張したのである[52]。

また、ドイツの通説にあっても、そこまでは認めないものの、Verlassen の捕捉範囲についてはその内部で議論があったのである。すなわち、上述のような見解に対して通説は、一貫して空間的な離隔を要求し、① Verlassen 概念の可能な語義（Wortsinn）に含まれない、② Verlassen と Lassen の歴史的生成過程の違い、③142条との類似性故の特定の行為態様を処罰する趣旨とすること、④法は行為者が被害者の傍にいることを要求する趣旨であること、⑤テクストに反していること、⑥後述するところと関係するが（第５章第３節）、いわゆる不帰還事例において具体的な場面を想定したとき、不都合な結論に至ること、を批判したが、その内部にあっても、次の４つの場面において争われていた[53]。① Verlassen の典型例たる（Aussetzen とは対照的に）行為者の空間的移動、②行為者による被害者への物理的な接近可能性の遮断、③行為者によ

---

[49] Feloutzis, Aussetzung, S. 147.

[50] Feloutzis, Aussetzung, S. 161ff..

[51] これに反対するのは、Gustav Radbruch : in Karl Birkmeyer (et al.) (hrsg.), Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. V, 1902, S. 191 Fn. 9).

[52] 以下の議論を含めて、Feloutzis, Aussetzung, S. 165ff..

[53] Feloutzis, Aussetzung, S. 168ff..

る被害者への援助行為の精神的な不能状態の作出、④いわゆる不帰還事例、である。後の議論との関係では、④が重要である。不帰還事例とは、行為者と被害者との間に存在する空間的な離隔状態を解消しない場合の Verlassen における処理の問題であるが、母親が子供の許へ帰還しない場合とホームドクターが訪問診療を拒否することによる空間的な離隔状態の不解消の場合とは、後者は Verlassen に当たらないとされていた。

このように、有力説であれ、通説であれ、Verlassen をやはり単純に置き去りと理解することはできないのである。

第３に、Aussetzen と Verlassen との関係である。両行為は規定上相互独立である（一方が他方を含むという関係にはない）が、前者が一般的に狭義の遺棄と称されているように、我が国において「遺棄」という語に両行為を含めて解する可能性は充分にあったと思われる[54]。反対に、その後の Verlassen の議論状況からすれば、後者を「不保護」と解する可能性もあった。しかし、我が国の通説のように、単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪とで「遺棄」の理解を相対化するという方向性は、ドイツの規定あるいは議論からは出てき得ない。また、そもそも、単純遺棄罪は「遺棄」のみを、保護責任者遺棄罪はそれに加えて「不保護」を、それぞれ規定しているのであり、前者が Aussetzen 条項、後者が Verlassen 条項、という対応関係にはないのである。

第４に、Verlassen 条項の主体は作為義務者（保障人的地位にある者）であることにまったく異論はなく[55]、我が国の通説はそれを援用して、「保護責任」を作為義務と同一視したと思われるが、これについては２点指摘できる。１つは、つとに指摘されているように、我が国はドイツとは異なり、主体の違いが法定刑の違いに反映している点である[56]。Aussetzen と Verlassen とが表と裏の

---

[54] 牧野英一は「我刑法の解釈としては、遺棄には、Aussetzung と Verlassen とが包括されて居るのである。故に、保護義務なき者の遺棄と保護義務ある者の遺棄との区別には Aussetzung と Verlassen との区別を以て之に対応せしめることは出来ない。従て、Verlassen の成立に必要なる保護義務を以て直ちに我刑法第二一八条の保護義務を律することはできないことになる」と指摘していた。牧野「保護義務」300頁。

[55] Feloutzis, Aussetzung, S. 187.

[56] 平野龍一「刑法各論の諸問題３」法セ199号（1972）75頁参照（以下、平野「諸問題３」と引用する。）。

関係にあったと理解した場合、Verlassen 条項の主体が作為義務者（保障人的地位にある者）であるとするのは問題がない[57]。しかし、我が国とドイツとで法定刑の設定の仕方に違いのあることは、このような理解を直接に採用することを躊躇させるに充分である。もう１つは、たとえ「保護責任」と作為義務を同一視したとしても、我が国の保護責任者遺棄罪において立法者があえて「保護する責任のある者」（平成７年の口語化前においては「保護す可き責任ある者」）という表現形態を採用した意味が理解し得なくなる点である。すでに指摘したように、旧刑法下においてもすでに作為義務的観念は存在していた。そうだとすれば、「保護」ではなく、「作為」とする可能性も充分にあったはずだからである。以上の２点の指摘は、「保護責任（者）」という概念には、作為義務（者）とは異なった意味が付与されていることを示唆するものであるように思われる。

第５に、Verlassen の行為性質と同条項の主体との関係である。ここまで述べたように、Aussetzen、Verlassen ともにその捕捉範囲を拡大させていき、従来の表と裏の関係はなくなったといってよい状況になった。そして、Verlassen は不作為犯であるとする見解が通説であったといってよい。そうだとすれば、作為義務者（保障人的地位にある者）を Verlassen 条項の主体とすることには何らの違和感もないであろう。しかし、例えばエーザー（Albin Eser）のように、Verlassen は作為犯である（但し、不真正不作為犯の可能性は否定しない。）とする見解であっても、なお同条項の主体は作為義務者（保障人的地位にある者）であった[58]。このことは、Verlassen の行為性質と同条項の主体との関係は存在せず、我が国の通説のように、一方で不作為が処罰されているからと言って、他方でそれが処罰されないという論理は、少なくともドイツにおいては採用されていないのである。

以上大きく５つの視点から我が国の通説とドイツにおける学説との関係を検討したが、どの局面にせよ、我が国の通説は比較法的に無理があったといわざるを得ないのである。現在の学説が、「保護責任」＝作為義務という定式を超えようとするのは、その意味で正当であろう。

---

[57] Verlassen を不作為犯とする傾向にあったようである。Feloutzis, Aussetzung, S. 175ff..

[58] Adolf Schönke / Horst Schröder / Albin Eser, Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Aulf., 1997, § 221 Rn. 7f., 9a.

第４節　小括

本章では、現行刑法に関する議論のうち戦前のもの、すなわち、第１節では学説、第２節では判例、第３節では旧ドイツ刑法、をそれぞれ扱った。第１節では、通説の形成過程を辿ることによって、それが当時のドイツの学説の強い影響下にあったことが明らかにされた。第２節では、判例の展開を時系列に沿って整理することにより、「保護責任（者）」の根拠（範囲）が、判例自身によって、あるいは、学説の影響を受けて、拡大されたことが明らかにされた。なお、学説・判例においては、「保護責任（者）」は法律的・形式的に理解されていたことも重要である。第３節では、ドイツにおける主な論者の見解を概観することにより、我が国の通説がそれを参考にしたことにはさまざまな無理があったことが（改めて）明らかにされた。第５章では、これらの戦後版を扱うことにする。

第５章　現行刑法下における学説・（裁）判例の展開（戦後）

本章は、我が国における戦後の学説及び（裁）判例の展開と、1998年に各則の大改正が行われたドイツ刑法（以下、「新ドイツ刑法」あるいは「新法」という。）下における議論状況、の整理等を目的とする。具体的には、まず学説について、現在の議論に大きな影響を与えた２つの通説批判の内容及び意義を明らかにした上で、本稿冒頭の②、③についての現在の議論状況を、対立軸を明確にして整理する（第１節）。次に判例について、基本的には時系列に沿ってその展開を辿るが、その際、判例評釈（判例解説・判例批評。但し、当該判決・決定の出された時期のものに限る。）を参照することで、学説・実務と判例との距離感を明らかにする（第３節）。更に新ドイツ刑法について、その改正趣旨を明らかにした上で、現在の議論状況を紹介し、かつ我が国の解釈論に資し得る視点の存否を検討する（第３節）。最後に、以上をまとめる（第４節）。

第１節　通説への批判と現在の議論状況[59]

[59] 近時、遺棄罪に関する諸論点を整理したものとして、齊藤彰子「遺棄罪」法教286号（2004）49頁以下がある（以下、齊藤「遺棄罪」と引用する。）。

戦前に形成された通説は、戦後、２つの批判に晒されることになった。そして、それは、その後の遺棄罪解釈論に多大な影響を与えたのである。１つは「遺棄」の理解に関する大塚仁の批判、もう１つは「保護責任（者）」あるいは「遺棄」の理解とそれとの関係に関する平野龍一のそれ、である。

まず大塚は、移置を作為、置き去りを不作為、と理解する通説が、「ドイツ刑法の解釈に無批判的に追随している嫌いがある。」、「表面的な行為形態に捉われ」ていると批判して、移置には「扶助を要すべき者が任意に立去るに任せ」る不作為が、置き去りには「被遺棄者の保護者への接近を遮断し、または困難ならしめるような」作為が、それぞれあり得ると主張した[60]。この批判／主張には、移置／置き去りという感覚的な概念を作為／不作為という刑法的概念によって、より詳細に分析した点に重要な意義があった。

しかし、大塚の見解も通説の枠組みを逸脱するものではなかった。なぜなら、大塚は、「遺棄罪の罪質が上述したとおり（危険犯的性格と保護義務懈怠犯的性格―引用者註。）であるとき、行為者における被遺棄者に対する保護責任の有無は、遺棄行為の可罰的定型性の範囲、すなわち、構成要件的遺棄行為の意味を画する上に、おのずから差等を導くべきこととなる」として、結局「保護責任」は作為義務であることを根拠に、遺棄の相対化を認めた（但し、単純遺棄罪の「遺棄」を作為とする。）からである[61]。もっとも、そうだとしてもなお、これによって遺棄罪解釈論が飛躍的に発展したことは間違いない。

これに対して、平野は、その通説の枠組みそのものに異を唱えた。平野は、通説の枠組みによれば[62]、「保護責任者遺棄は、二一七条の不作為としては処罰されないような行為を、二一七条よりも重く処罰するのであるから、この保護責任とは不作為の作為義務よりも、もっと重い責任でなければならない。」と批判したのである[63]。この批判には、「保護責任（者）」の解釈論と保

60 大塚仁「遺棄罪」同『刑法論集（２）』（1977、初出1953）108頁以下参照（以下、大塚「遺棄罪」と引用する。）。

61 大塚「遺棄罪」109頁参照。

62 もっとも、平野は、通説を単純遺棄罪では不作為の「遺棄」を処罰しないから「保護責任」はすなわち作為義務であると主張するものと理解しているが（平野「諸問題３」75頁参照）、通説は、「保護責任」はすなわち作為義務であるから単純遺棄罪では不作為の「遺棄」は処罰されない、と主張するものである。

63 平野「諸問題３」75頁以下参照。林美月子はこの点に学説上見解の一致が

護責任者遺棄罪の加重処罰根拠が関係することを示した点に重要な意義があった。

平野は「保護責任」と作為義務との具体的な関係、つまり、「もっと重い責任」の意味、を明らかにはしなかったが[65]、これによって遺棄罪解釈論は新たな段階へと進んだのである。以下、「保護責任（者）」の解釈論に関する学説の現状を整理する。

現在の学説において、「保護責任（者）」の解釈論には２つの対立軸がある。

あるとするが、それが実現されているかは疑問である。林美月子「保護責任の発生根拠」西田典之＝山口厚編『刑法の争点〔第３版〕』（2000）136頁参照（以下、林〔美〕「保護責任」と引用する。）。

64 なお、平野の批判は、遺棄の相対化を前提にしたものであったが、その後の議論状況からすれば、それとは無関係に妥当する。現在、「遺棄」に関する対立軸は２つある。１つは「遺棄」と「不保護」の区別規準、もう１つは単純遺棄罪の「遺棄」に不作為のそれを認めるか否か、である。しかし、遺棄の統一化を志向する近時の有力説、すなわち、日高義博（同「遺棄罪の問題点」中山研一ほか編『現代刑法講座 第４巻 刑法各論の諸問題』〔1982〕167頁以下参照〔以下、日高「遺棄罪」と引用する。〕。）、町野朔（小暮ほか『各論』〔町野〕68頁参照。）、西田典之（同『刑法各論〔第３版〕』〔2005〕29頁以下参照〔以下、西田『各論』と引用する。〕。）、林幹人（同『刑法各論』〔1999〕46頁以下〔以下、林『各論』と引用する。〕参照。）に代表される、「遺棄」を作為あるいは移置に限定し、その他を「不保護」に含める見解、あるいは、内田文昭（同「不作為の遺棄」同『犯罪構成要件該当性の理論〔刑法研究第２巻〕』〔1992、初出1982〕44頁以下参照。なお、同書44頁註〔１〕及び〔２〕参照。）、岡本勝（同「『不作為による遺棄』に関する覚書」法学54巻３号〔1990〕８頁以下参照〔以下、岡本「覚書」と引用する。〕。）、堀内捷三（同『不作為犯論―作為義務論の再構成―』〔1978〕262頁参照〔以下、堀内『不作為犯論』と引用する。〕。）、曽根威彦（同「遺棄罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 各論』〔1996、初出1992〕30頁以下参照〔以下、曽根「遺棄罪」と引用する。〕。）に代表される「遺棄」に不作為のそれを含める見解、のいずれにあっても、各論者の「遺棄」の理解と「保護責任（者）」のそれとの関係は存在しないといってよいと思われる。それ故、以下では「遺棄」に関する議論は省略する。

65 その後、平野は、身分の継続性（とすでに見た小野の見解〔註［18］参照。〕）を論拠に、「保護責任者」とは「日頃から相手方の生活について配慮すべき地位」（責任身分）と理解するに至る。平野龍一「単純遺棄と保護責任者遺棄」警研57巻５号（1988）10頁（以下、平野「遺棄」と引用する。）。

１つは「保護責任」と作為義務の関係、もう１つは「保護責任」の性質、である。具体的には、まず前者について、作為義務論の理論的発展をそのまま「保護責任（者）」の解釈論に反映させる[66]見解（以下、「新作為義務説」という。これに対して、通説を「旧作為義務説」という[67]。）[68]、作為義務関係的に理解しつつそれよりも限定する見解（以下、「限定作為義務説」という。）、作為義務とは無関係とする見解（以下、「非作為義務説」という。）がある。また、後者については、新作為義務説及び限定作為義務説は違法要素とし、非作為義務説は責任要素とする。

新作為義務説の論者である西田典之は、通説が作為義務（「保護責任」）を法律的・形式的に理解することに反対し、「遺棄が積極的に要扶助者の生命の危険を創出する行為だとすれば、不保護の主体である保護責任者も、すでに存在する要扶助者の生命の危険を支配しうる地位にある者に限定されるべきであろう。この支配的地位が行為者の意思に基づいて獲得された場合に保護責任を認めうるのは当然であるが、支配的地位が行為者の意思に基づかない場合には、行為者と要扶助者との間に一定の生活共同体から生ずる生活上の継続的な保護

---

66 すでに、日高は、作為義務論の動向が参考になると指摘していた。日高「遺棄罪」173頁参照。

67 なお、旧作為義務説は、新作為義務説と同様と解される見解（団藤『各論』453頁、454頁参照。）と、単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪の法定刑の差は後者の責任非難の高さによるとする見解（大塚「遺棄罪」105頁以下参照。）がある。

68 なお、岡本は、構成要件の類型的判断、違法性の非類型的・実質的判断という枠組みから、「保護義務懈怠」を類型化して、法令、契約、事実上の引き受け、先行行為、を挙げ、「建物等の所有者・管理者等の地位に」基づく類型を排除する。そして、更に違法性の判断において、さまざまな個別具体的な事情を考慮して、保護責任者遺棄罪に相応しい違法の質・量を備えているか否かを判断するという。岡本「覚書」39頁以下参照。岡本の作為義務論については、同稿22頁以下参照。微妙に「保護責任」と作為義務とが異なる。また、日高も、その作為義務論とは異なり、「保護責任」を法令、契約、事務管理、条理を挙げる。日高「遺棄罪」169頁以下参照（但し、日高の場合、「保護責任」と作為義務の内実が異なるのは当然である。）。更に、単純遺棄罪を危険惹起犯、保護責任者遺棄罪を危険状態不解消犯、つまり、前者は作為犯、後者は真正不作為犯、とする見地から、「保護責任（者）」を通説と同様に解する見解がある。山中敬一『刑法各論Ⅰ』(2004) 92頁以下参照（以下、山中『各論Ⅰ』と引用する。）。

関係の存することが必要であろう。」[69]と主張し、近時、齊藤彰子も、「現在では、不真正不作為犯の成立範囲自体厳密に検討されるようになっており、それ以上に、保護責任者遺棄罪の成立範囲を限定する必要もない」[70]と主張する。平野の批判にかかわらず、本説のように通説が形を変えて未だ主張される根底には、限定作為義務説が提示している「保護責任（者）」の内実が、結局は作為義務と大きく異ならないという認識があるからである[71]。

その限定作為義務説の論者である山口厚は、「『保護する責任のある者』は、単純遺棄罪において不作為による遺棄の可罰性を基礎付ける保障人的地位とは異なるものであり、それよりも重い処罰を基礎付けるべきものであるから、より限定されたものでなければならない。」として、「継続的保護関係を中心とする保護の引受けに基づいて保護すべき義務を負う場合に限定するのが妥当である。」、「保護責任者は、単なる保障人的地位にある者を超えた作為義務を負担するが、それは排他的支配を前提とした、継続的保護関係を中心とする保護の引き受けが存在する」場合である、と主張する[72]。そして、「保護責任」は作為義務の一種だから違法要素であり[73]、しかし、前者が後者よりも重いのは、被害者の行為者に対する依存性、第三者による救助可能性の減少、があるからとする。なお、違法要素性を見い出す視点は、新作為義務説と異ならないと言える。

本説は、非作為義務説に対し、単純遺棄罪で不保護が処罰されないことを責任の軽さで説明することは、「遺棄」との関係上疑問である、責任の重さは違

---

69 西田『各論』32頁。なお、同書33頁註（９）参照。

70 齊藤「遺棄罪」53頁。そして、①「家族のような親密な生活共同体関係にある場合」、②「自己の排他的支配領域内に引き入れる等により、他人による救助が不可能若しくは困難な状況が作り出された結果、要扶助者の安全がその者に排他的に依存しているといってよい場合」、を挙げる。この見解は、中森喜彦のそれである。中森喜彦『刑法各論〔第２版〕』（1996）41頁参照。

71 他に、現行法の文言上「保護責任（者）」を限定的に解釈することは困難であるという批判がある。塩見淳「遺棄の概念」西田典之＝山口厚『刑法の争点〔第３版〕』（2000）135頁参照。

72 山口厚『刑法各論〔補訂版〕』（2005）36頁以下参照（以下、山口『各論』と引用する。）。結論において同趣旨なのは、松宮『各論』70頁以下、73頁以下参照。

73 小暮ほか『各論』75頁〔町野〕参照。

法性のそれの主観的な反映にすぎない[74]、と批判する。

以上の見解とは異なり[75]、非作為義務説を主張するのは林幹人である。もっとも、以前から、遺棄罪の原型性、すなわち、親による子供の遺棄を強く意識した者は存在した。例えば、堀内捷三[76]、日髙義博[77]、曽根威彦[78]である。しかし、林（幹）の場合、それらとは異なり、現行刑法上の遺棄罪規定に沿ったより理論的な根拠をもって本説を主張する。林（幹）によれば、単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪とでは、特に作為による遺棄を想定した場合、行為者如何に

---

[74] 山口『各論』37頁、同「遺棄罪」同『問題探究 刑法各論』（1999、初出1997）31頁参照。他に、犯罪の本質を法益侵害・危険に求め、義務違反はそれに関係する限度でのみ把握されるべきという批判がある。内田文昭『刑法各論〔第三版〕』（1996）92頁参照。更に、同書93頁、94頁註（10）も参照。

[75] 限定作為義務説の「保護責任（者）」の内容は抽象的であるが、具体的にその根拠（範囲）を提示しているのは、町野朔である。町野は、「保護義務の存否は、要扶助者の生命の保護がもっぱら行為者に委ねられているという実質的な考慮によって決せられるべき」ことを前提に、①「夫婦・親子を典型とする親族的結合関係」があるとき、①'実質的にみて親子関係があるとき、②そのような関係がない他人の場合であっても、行為者が被害者の「保護を排他的に引き受けたとき」、に「保護責任」があるとする。②の根拠としては、第三者による保護可能性の消失及び「法が行為者に保護の継続を期待することを妥当ならしめる」こと、を挙げる。小暮ほか『各論』70頁以下〔町野〕参照。

[76] 堀内『不作為犯論』262頁以下及び同『刑法各論』（2003）29頁、32頁参照。後者では次のように主張している。「二一八条は要保護者に対して一定の身分・地位を有する者の遺棄行為に対しその身分の故に刑を加重している場合である。保護責任者とは責任身分である」、「保護義務は、要扶助者を扶養、監護すべき地位、身分を意味するように、保護者と要扶助者との一定の身分関係により要ずる（ママ）形式的な義務であるのに対して、作為義務は事実上の引き受け行為から生ずるものである。前者は責任要素であるに対して、後者は違法要素である。両者は、義務の発生事由、根拠、性質を異にする。」、「保護責任の根拠については、要扶助者との関係が重要であり、要扶助者を排他的に支配したか、あるいは因果的に支配したかは問題ではない。両者の間に保護に関する一種の共同体的関係が認められれば足りる。それは、事実上保護の引受けの開始があったかにより判断される」。

[77] 日髙「遺棄罪」163頁参照。

[78] 曽根「遺棄罪」19頁以下、30頁以下参照。「保護責任は、もともと親子・夫婦などの保護共同体の地位に基づいて発生する責任要素で」ある。

よって違法性（危険性）は異ならないと限定作為義務説を批判し、後者が加重処罰されるのは責任が重いからであり、「保護責任（者）」は、「長期の緊密な人的関係を基礎として、要扶助者を保護する動機をもつことが強く期待できるばあい」であると主張する[79]。

このように、現在「保護責任（者）」は、戦前とは異って事実的・実質的に理解する傾向にある。これは、作為義務論の理論的発展が強く影響した結果と思われる。他方、「保護責任（者）」の法的性格、言い換えれば、保護責任者遺棄罪の実質的な加重処罰根拠、の理解には争いがあるが、いずれの見解も、「保護責任（者）」が認められる範囲を行為者と被害者との間の極めてコアな関係に限定しようとしている。それ故に、各論者が提示する「保護責任（者）」の理解が他の論者のそれと実質的に同じであるように思われるのである。現在の「保護責任（者）」を巡る解釈論の状況は、極めて混乱していると言えよう。

第２節　（裁）判例における「保護責任（者）」の理解の変遷（２）[80]

次に、本節では、「保護責任（者）」の根拠（範囲）に言及した戦後の（裁）判例の展開を（一部を除き）時系列的に見ていく。その際、第４章第２節とは異なり、本節では、当該判決・決定が下された時期の判例評釈を手がかりに、それに対する評価の変遷にも注意を払うことにする。

戦後も当初は、戦前の判例の特徴である「保護責任（者）」の根拠（範囲）の法律的・形式的な理解は継承された。（事実の詳細は不明であるが）「元来民法の規定により尊属に対し扶養義務を負担する者はすべて刑法第二百十八条にいわゆる尊属たる老者等を保護すべき責任あるものに該当」する、とした昭和29年の札幌高裁函館支部判決[81]、医師である被告人が、被告人の医院内におい

---

[79] 林『各論』47頁以下参照。もっとも、この見解に対しては、林美月子が、「法益との継続的な関係が重視されているとも言える。」として、違法要素とも解し得ることを示唆している。林（美）「保護責任」136頁。

[80] より詳細には、時武「保護責任」123頁以下参照。もっとも、本節も、判例理論の探究を目的とするものではない。

[81] 札幌高函館支判昭29・３・16判特32号95頁。判文は次のように続く。「扶養義務者数人ある場合において尊属たる老者等と同居する者は他に扶養義務者があると否とを問わず保護をなす責任があるものと解すべきであつて民法第八百

て、堕胎を希望していた妊婦から予期に反して出生してしまった嬰児に対し適切な措置を施して妊婦へ引き渡したが、妊婦によって置き去りにされた同児に対して、妊婦が引き取りに戻ってくることを期待して何ら特別な措置を施さず、同児を死亡させた事案について、一般論として、保護「責任は法令の規定、契約、慣習、事務管理その他条理によつて発生する」、とした昭和35年の熊本地裁判決[82]、雇用者が被雇用者２名を自宅での酒宴に招いたところ、被雇用者の１人が泥酔したために、一方の被雇用者が、同人の帰宅に付き添い、その後別用で同人らに追いついた雇用者と共に同人を「保護誘導」したところ、同人と踏切上で口論となり、雇用者と被雇用者がその場に泥酔している同人を置き去りにして、同人を列車の轢過により死亡させた事案について、一般論として、「刑法第二百十八条第一項に規定する保護責任は単に法令に基くもののみならず契約に因ると、事務管理に因ると、はた又社会一般通念に因るとを問わ」ない、とした昭和36年の横浜地裁判決[83]、が存在したのである。但し、これらはあくまで「保護責任（者）」の解釈論の一般論にすぎず、熊本地裁判決では、条理による「保護責任」を否定し、横浜地裁判決では、「一般社会通念」をも併せてそれを認めたことから、いずれにおいても、徐々に一般条項（事実）を介して「保護責任」の有無を判断する傾向になってきた[84]。

七十八条より扶養の順序を定めた上で、扶養義務を尽くさない場合において刑事責任を負うべきものと解することはできない。」。戦前にも類似の判決があったことはすでに言及した。註（30）参照。それとの関係を考えると、戦後、法定履行順位規定がなくなったことを考慮しても、当初判例はやはり、民法上の扶養義務者は「保護責任者」であり、そのうち扶養義務（「保護責任」）を履行できる状況にある者が履行すべきである、つまり「保護責任」を負うと理解していたようである。本判決は尊属と「同居」している扶養義務者に絶対的先履行義務があるとするが、これは、旧民法956条の影響と、扶養義務（「保護責任」）の履行可能状況の１つの類型的判断であると解されるのである。もっとも、「同居」がどのような意味でそのような判断を導くのかは、問題となる。

[82] 熊本地判昭35・７・１下刑集２巻７＝８号1031頁。但し、本判決は、事務管理あるいは条理により「保護責任」があるとする検察官の主張を排斥し、被告人を無罪とした。

[83] 横浜地判昭36・11・27下刑集３巻11＝12号1111頁。社会一般通念、暗黙の保護の承諾、事務管理の法理、により「保護責任」を肯定した。

[84] 註（25）参照。

「保護責任（者）」の法律的・形式的な理解は、現代型犯罪である交通事犯（「（移転を伴う）ひき逃げ」）に関する、保護責任者遺棄罪の成否が問題とされた（裁）判例にも見られた。「道路交通取締法第二四条第一項は自動車の交通に因り負傷した者があつた場合には当該自動車の操縦者又は乗務員等に対し被害者を救護すべき義務を課しているので、右の操縦者等は刑法二一八条第一項にいわゆる『保護す可き責任ある者』に該当する」、とした昭和30年の大阪高裁判決[85]を皮切りに、道路交通取締法24条、同法施行令67条を括弧で引用して、「かかる自動車操縦者は法令により『病者を保護す可き責任ある者』に該当する」、と大阪高裁判決と同様の論理で「保護責任」を導き出した昭和34年の最高裁判決[86]、そして、その後の昭和37年の東京高裁判決[87]、昭和41年の大阪高裁判決[88]、が存在したのである。

昭和34年の最高裁判決の担当調査官であった栗田正が、本判決は「保護責任」の根拠を法令に求めたものであるが、そうでなくても、被告人による自動車への収容が「民法上の事務管理の法理に照らし保護責任を負うに至るべきことは、（前掲大判大15・９・28―引用者註。）の趣旨に徴し明白である。」[89]、と説明したことからも明らかなように、ここでも戦前の特徴を継承していたのである。

しかし、その後、一般条項の活用が前面に出て、「保護責任（者）」の事実的・実質的理解へと移行することになった。被告人が、顔見知りと称して自己の自動車に乗せた女性から降車を申し入れられたにもかかわらず、走行を継続したために、同女の飛び降りによる保護すべき状態を生じさせた事案について、昭和45年の東京高裁判決は、一般論として、「刑法第二一八条第一項の保護責任の根拠は、法令、契約、慣習、条理などのいずれであるかを問わない」とした

---

85 大阪高判昭30・11・１高刑特２巻22号1152頁。

86 最判昭34・７・24刑集13巻８号1163頁。なお、本判決は、「刑法二一八条にいう遺棄には単なる置去りをも包含すと解すべ」きとした。

87 東京高判昭37・６・21高刑集15巻６号422頁。なお、「移転を伴うひき逃げ」と言えるか微妙な事案であった。

88 大阪高判昭41・11・14高検速報（昭和42年）５号。なお、本判決は、移置は作為であり、置き去りは不作為である、と（裁）判例中唯一明言した。

89 栗田正「判解」昭和34年度最判解刑事篇280頁以下（特に、283頁以下）参照。なお、同書286頁註（三）参照。

上で、「自動車運転者が歩行者を誘つて助手席に同乗せしめて走行中、しきりに下車を求められたにもかかわらず、走行を継続したため、同乗者が路上に飛び降り重傷を負つた場合に、その救護を要する事態を確認した運転者としては、いわゆる自己の先行行為に基き、刑法第二一八条第一項の保護責任を有する」[90]、そして、この場合、道交法上の救護義務を負うか否かは関係ないとして、「自己の先行行為」という条理を介して判断したのである[91]。

本判決が、これまでの（裁）判例とは異なり、「いわゆる自己の先行行為」によって「保護責任」を認めた背景には、昭和34年の最高裁判決に対する学説及び実務からの厳しい批判があったためと思われる[92]。学説においては、例えば、藤木英雄が、「ひき逃げの刑事責任の問題は、結局、不真正不作為犯の理論が、当該の場合に、いかなる役割を演ずるかに帰着する。」とした上で、道交法上の救護義務と「保護責任」とはその性質・目的が異なると批判し、結論として、「自己の責めに帰すべき事由により、他人を生命の危険におとし入れた以上、そこに偶然的な事情によるものではあるが、親族関係、契約等の当事者間の関係に比すべき密接な生活関係を見出しうる」ことを理由に、先行行為による「保護責任」を主張し[93]、実務においても、例えば、谷口正孝が、救護義務と「保護責任」との違いを指摘した後、「『先行行為に対する保護責任』（Obhutspflicht durch vorausgegangenen Tun）を肯定するのが正当」であると

---

90 東京高判昭45・５・11高刑集23巻２号386頁。後に本判決に対しては、「女性を車に乗せることはその死を惹起する危険のある先行行為でもない」と批判された。小暮ほか『各論』〔町野〕73頁。しかし、女性からの降車の申し入れを拒否したため、女性が身の危険を感じやむなく走行中の自動車から飛び降りたのであるから、そのような状況での走行行為それ自体が「先行行為」であると理解し得なくもない。

91 なお、これ以前の岡山地判昭43・10・８判タ232号230頁（住み込み労働者の同僚が第三者の刺突行為により重傷を負ったにもかかわらず、その場に放置した事案）は、一般的に、条理による「保護責任」を認めたものと理解されている。他方、東京高裁判決後の最決昭43・11・７判時541号83頁（愛人で泥酔していた女性を裸にして厳寒の田んぼに放置した事案）では、弁護人が上告趣意で、原審が事務管理による「保護責任」を認めたことは不当と主張したが、本決定は直接それに答えることなく上告を棄却した。

92 時武「保護責任」125頁以下、135頁以下も同趣旨である。

93 藤木英雄「ひき逃げと不作為犯」警研33巻９号（1962）３頁以下参照。

主張していたのである[94]。

古典的遺棄罪観に合致する事案でも、同様の傾向が見られ始めた。被告人が、婚姻目的で同棲していた女性と共謀して、同棲開始６日後に同女の女児を高速道路路肩外側に遺棄した事案について、昭和48年の東京地裁判決は、なお書き、括弧書きで、「判示のような事実関係のもとにおいて被告人東條と同棲関係に入つてすでに数日とはいえ共同生活を営んでいる同黒木は、右東條の連れ子である秀子に対し、条理上ないし社会通念上これを保護すべき責任を有するに至つた」としつつ、①被告人らの（将来的な）永続的関係の存在（予定）、②幼児を適切な施設等に預けるなどせずに、「幼児を含めて新たな共同生活を始めた場合においては、社会的にも、右夫婦と子供を含めた全体が一個の家族として扱われ、右幼児と男性との間の関係は、いわゆるまま父・まま子の関係として正規の親子関係に準じた者と見るのが一般的であること」、などの具体的な事情から「保護責任」を導き出したのである[95]。

本判決に対して鈴木義男は、「黙示の契約あるいは事務管理を問題とすることも可能」としながらも、「契約あるいは事務管理が根拠とされた事例においても、はたして民法上の概念としての契約ないし事務管理にそのままあてはまるかどうかはかなり疑問であり、むしろ、暗黙の承諾あるいは自発的な挙動によっていったんは事実上の保護を開始したという事実が法律上の保護義務を基礎づける重要な事情の一つとされ、これを説明するための方法として契約ないし事務管理の観念が援用されたにすぎない」[96]と指摘し[97]、実務においても、法

---

[94] 谷口正孝「ひき逃げに対する法的規整」ジュリ237号（1961）27頁参照。なお、同稿28頁註（12）、（19）、（20）も参照。これに対して、そもそもこの種の事案に保護責任者遺棄罪を成立させること自体に疑問を呈したものとして、前田宏「いわゆる『ひき逃げ』と遺棄罪の成否」臼井滋夫ほか『刑事判例研究Ⅱ』（1968、初出1961）311頁以下参照。

[95] 東京地判昭和48・３・９判タ298号349頁。もっとも、被告人は自己の「保護責任」を認めていた。

[96] 鈴木義男「保護責任者遺棄罪における保護責任の根拠」臼井滋夫ほか『刑法判例研究Ⅲ』（1975、初出1973）533頁（同種の指摘としてすでに、長島敦「轢き逃げと遺棄罪」同『刑事判例研究Ⅰ』〔1966、初出1963〕280頁以下〔前掲最判昭34・７・24の評釈〕、臼井滋夫「泥酔者に対する保護責任者遺棄致死罪の成否」同ほか『刑法判例研究Ⅲ』〔1975、初出1969〕523頁以下参照〔前掲最決昭43・10・８の評釈〕。）。鈴木は、「条理」あるいは「社会通念」による解決を

律的・形式的な理解に距離が取られ始めたのである。

そして、この東京地裁判決を最後に、一般論としても「保護責任（者）」を、法律的・形式的には理解せず事実的・実質的に検討する（裁）判例が現れるに至り、大審院以来の伝統的な理解に完全に幕が下ろされた。昭和63年の最高裁決定は、「被告人は、産婦人科医師として、妊婦の依頼を受け、自ら開業する医院で妊娠第二六週に入つた胎児の堕胎を行つたものであるところ、右堕胎により出生した未熟児（推定一〇〇〇グラム弱）に保育器等の未熟児医療設備の整つた病院の医療を受けさせれば、同児が短期間内に死亡することなく、むしろ生育する可能性のあることを認識し、かつ、右の医療を受けさせるための措置をとることが迅速容易にできたにもかかわらず、同児を保育器もない自己の医院内に放置したまま、生存に必要な処置を何らとらなかつた結果、出生の約五四時間後に同児を死亡するに至らしめた」という事実関係においては、保護責任者遺棄致死罪が成立する、としたのである[98]。

本決定の担当調査官であった原田國男は、「判例・学説上従来保護責任の根拠として考えられてきた諸事情」として、①保護の継続性、②引き受け、③先行行為、④独占的地位、の４つの要素を列挙し、本件ではそれらがいずれも認められると論じ[99]、学説においても、先行行為と事実上の引き受けの両要素が認められると主張され[100]、いずれせよ、完全に「保護責任」の伝統的な理解

是としながらも、①行為者と被害者との永続的関係、②行為者による被害者に対する保護の事実上の開始、③行為者による要保護状態惹起への関与、④保護の緊急性、保護可能者の唯一性、保護の容易性、の４つの考慮事情を列挙した。

97 これに対して、条理ではなく、「同居した事実そのものが母と共同してその連れ子である養女を監護することであると評価」して、事務管理による「保護責任」を認めるべきとの主張は、山火正則「判批」判タ303号（1974）106頁以下参照。

98 最決昭63・１・19刑集42巻１号１頁。

99 原田國男「判解」昭和63年度最判解刑事篇１頁以下参照。加えて、最決平１・12・15刑集43巻13号879頁（ホテルの一室で覚醒剤を注射したために、少女を重篤な状態に陥らせた事案）に関する、原田國男「判解」平成元年度最判解刑事篇394頁註（二〇）、林陽一「判批」法教118号（1990）99頁、内田文昭「判批」平成２年度重判解（1991）145頁、町野朔「判批」警研62巻９号（1991）26頁など参照。

100 佐伯仁志「判批」判例セレクト’88（1989）34頁参照。その他、大谷實「判

は見られなくなったのである。

平成14年の福岡高裁宮崎支部判決も、事案からすれば、契約あるいは事務管理による「保護責任」を認めることができたにもかかわらず、詳細に事実を認定した後、被告人が「加江田塾において、三郎を迎えて生活させることにした時点で、親権者である夏子から、三郎の養育監護を委託されて引き受けたものと認め」られる[101]、として、「保護責任」を認めたのである。

ここまで、判例評釈による当該判決・決定に対する評価を含めて、「保護責任（者）」の根拠（範囲）に関する戦後の（裁）判例の歴史的展開を叙述してきたが、当初戦前と同様の傾向を示していた（裁）判例は、しかしその中でも一般条項を介して「保護責任」の存否を判断し出し、その後、それが前面に押し出され、最終的には、それを事実的・実質的に判断するに至ったのである[102]。

第３節　新ドイツ刑法下における学説の状況

1998年の第６次刑法改正法（6. StrRG）による改正[103]は、旧ドイツ刑法制定（1871〔明治４〕年）以来初めての各則における包括的改正であり、特に221条にあっては、規定形態の変更にとどまらず、実質的な改正がなされた。本節では、同改正法後の新ドイツ刑法221条に関する学説の状況を紹介等するが、最初に、同改正法によって旧ドイツ刑法221条がどのように改正されたのかを簡単にまとめ、次に、本節の具体的な目的を設定し、そして、学説を紹介等する。

批」判タ670号（1988）61頁、金沢文雄「判批」法教92号（1988）108頁、中谷瑾子「判批」昭和63年度重判解（1989）148頁など参照。

101　福岡高宮崎支判平14・12・19判タ1185号338頁。

102　学説における作為義務論は、大まかに言えば、その法律的・形式的理解から事実的・実質的それへと展開したが、判例の場合は、この点微妙である。なぜなら、判例上不作為犯が認められた主要な犯罪は、放火、殺人、保護責任者遺棄、詐欺であるが、放火と詐欺では、作為義務の法律的・形式的理解は採られていないからである。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第二版〕第２巻』（1999）67頁以下〔土屋眞一＝名取俊也〕参照。なお、近時、不作為による殺人を認めた最高裁判例については、最決平17・７・４刑集59巻６号403頁参照。

103　Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts（6. StrRG）vom 26. Januar 1998（BGBl. Ⅰ, S. 164）.

＜新ドイツ刑法＞

§221

Aussetzung

(1) Wer einen Menschen

1. in eine hilflose Lage versetzt oder

2. in einer hilflosen Lage im Stich läßt, obwohl er ihn in seiner Obhut hat oder ihm sonst beizustehen verpflichtet ist,

und ihn dadurch der Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung aussetzt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter

1. die Tat gegen sein Kind oder eine Person begeht, die ihm zur Erziehung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut ist, oder

2. durch die Tat eine schwere Gesundheitsbeschädigung des Opfers verursacht.

(3) Verursacht der Täter durch die Tat den Tod des Opfers, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.

(4) In minder schweren Fällen des Absatzes 2 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 3 auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.[104]

---

[104] 以下、筆者の訳文を掲載しておく。なお、川口浩一「ドイツ刑法各則の改正―対照表と新条文の試訳（１）」奈良産11巻１号（1998）３頁参照。

＜新ドイツ刑法＞

第221条

遺棄

(1) 人を

１．保護のない状態に誘い又は

２．自己の保護下にあるか又は自己にその他の援助する義務のあるにもかかわらず、保護のない状態にさらして、

死または重大な健康毀損の危険を惹起した者は、３月以上５年以下の自由刑に処する。

(2) 次の者は１年以上10年以下の自由刑に処する。

１．自己の子供または教育もしくは生活全般の世話を受け負っている者に対

旧法からの主な改正点は、次の通りである[105]。①旧法における本罪の保護法益を巡っては学説上、生命及び身体とする多数説と生命とする少数説が対立していたところ、新法では、明文で前者の見解が採用された（“der Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung”）。②旧法１項では、第１選択肢で Aussetzen を、第２選択肢で Verlassen を処罰していたところ、新法１項では、前者を１号に、後者を２号に、というように条文構造が明確化された（但し④）。③旧法では１項の客体は限定されていたが（“wegen jugendlichen Alters, Gebrechlichkeit oder Krankheit”）、新法ではそれが削除され、その結果、「孤島事例」や「登山事例」が処罰されるようになった[106]。④新法１項では、旧法１項における Aussetzen が“in eine hilflose Lage versetzt”に（以下、「Versetzen」とする。）、Verlassen が“in einer hilflosen Lage im Stich läßt”に（以下、「Imstichlassen」とする。）[107]、それぞれ置き換えられた（以下、前者を

して、その行為をした者

２．その結果、被害者に重大な健康毀損を惹起した者。

⑶　被害者を死亡させた場合、３年以上の自由刑に処する。

⑷　２項において、さほど重大ではないときは、６月以上５年以下の懲役に、３項において、さほど重大ではないときは、１年以上10年以下の懲役に、処する。

[105] 遺棄罪の改正点を簡潔にまとめたものとして、Tatjana Hörnle, Jura 1998, S. 177 ; Claus Kreß, NJW 1998, S. 641 ; Hans Kudlich, JuS 1998, S. 469f. ; Heiko H. Lesch, JA 1998, S. 474f. ; Markus Nolte : in Ellen Schlüchter (hrsg.), Bochumer Erläuterungen zum 6. Strafrechtsreformgesetz, S. 29ff. (zitiert : Nolte, Erläuterungen, S. ... Rn. ...) ; Günther M. Sander / Olaf Hohmann, NStW 1998, S. 275．但し、ヘルンレとノルテの論攷は、若干の解釈論を展開している。また、改正趣旨については、BT-Dr 13 / 7164, S. 34f. ; BT-Dr 13 / 8587, S. 34f., 60 ; BT-Dr 13 / 9064, S. 14f..

[106] 前者は、ある船員が１日分だけの食料と一緒に孤島に置き去りにされる事例（少なくとも、置き去りにされた時点では、船員は旧法上の客体ではない。）を、後者は、山登りしている時に、山岳案内人が山に不案内な登山者を、人気がなく道もない標高の高い山脈に一人置き去りにする事例（少なくとも、山に不案内な登山者は、旧法上の客体ではない。）を、指す。後者は、改正趣旨の中で触れられている。BT-Dr 13 / 7164, S. 34 ; BT-Dr 13 / 8587, S. 34．

[107] この点はすでに紹介／検討されている。酒井安行「ドイツ刑法における遺棄罪規定の改正と遺棄概念」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集編集委員会『宮澤浩

「Versetzen 条項」、後者を「Imstichlassen 条項」、という。）。⑤旧法の Verlassen 条項では、その主体が“wenn dieselbe unter seiner Obhut steht oder wenn er für die Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme derselben zu sorgen hat”とされていたが、新法の Imstichlassen 条項においては、それが“obwohl er ihn in seiner Obhut hat oder ihm sonst beizustehen verpflichtet ist”となった（以下、前者を「Obhutspflicht」、後者を「Beistandspflicht」、とする。）。⑥旧法２項では、主体／客体の範囲が、血縁的／法律的親子関係に限定されていたが（“Wird die Handlung von Eltern gegen ihr Kind begangen”）、新法２項１号では、それが拡大した（“die Tat gegen sein Kind oder eine Person begeht, die ihm zur Erziehung oder zur Betreuung in der Lebensfürung anvertraut ist.” 以下、後段のうち、前者を「Erziehung」、後者を「Betreuung」、という。）。

このように旧法から新法へ大きく改正されたが、では、本節においては、何を紹介し、どのように「保護責任（者）」の解釈論への示唆を獲得すべく検討すべきだろうか。まず、我が国の通説が Verlassen 条項に大きな影響を受けたという歴史的経緯から、⑤、そしてその前提として④（但し、Imstichlassen のみ。）に関する学説の状況を紹介する。次に、加重遺棄罪という点で保護責任者遺棄罪と共通する２項１号（⑥）に関する学説の状況を紹介する。そして、それぞれの点において「保護責任（者）」の解釈論に資し得る視点が存しないかを検討する。つまり、本節の前半では Imstichlassen 条項に関する議論の紹介と検討を、その後半では２項１号に関するそれらを、目的とする。

なお、これらの紹介と検討に際しては、改正趣旨と、ドイツにおける遺棄罪研究で活躍するキューパー（Wilfried Küper）の論文[108]、近時、改正後の学説を整理・検討したルックス（Heidrun Lucks）の著書[109]を軸とする。

Imstichlassen 条項の主体に関する改正趣旨は、「Obhut という概念は、すでに事実上存在する保護関係及び世話関係を指し、それは例えば、山歩きしている間の、山岳案内人と、それと契約上つながりのある登山者の関係」であり、

一先生古稀祝賀論文集 第三巻 現代社会と刑事法』（2000）93頁以下参照。

[108] Wilfried Küper, ZStW 111（1999）, S. 31ff..

[109] Heidrun Lucks, Der Aussetzungstatbestand nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz - ein allgemeines Lebens- und Gesundheitsgefährdungsdelikt?, 2003（zitiert : Lucks, Aussetzungstatbestand, S. ...）.

「Beistandspflicht という概念は、旧法上の義務を超えたものであり、……13条の不真正不作為犯の領域における作為義務をも基礎付ける、その他、323c条を除く法令あるいは法律行為に起因する義務」である、と説明される[110]。これによれば、新法は旧法における主体の範囲を拡大したものと理解し得るが、学説においては、改正によっても旧法と内容上の変化はないという理解が一般的であると言ってよい。キューパーは、「かつてと同様に、保障人犯罪（身分犯）であり、保障人的地位に起因する“Beistandspflicht”の必要性が法律上新たに公式化されたが事実上変更はなく、その上、13条１項の原理・原則がその義務に妥当する」[111]とし、また、ルックスも、「かつてと同様に、行為者が被害者に対して保障人的地位になければならず、つまり、不真正不作為犯の保障人的地位が生じる一般的原理がここに妥当する。」[112]と説明しているのである。シュテルンベルク・リーベン＝フィッシュ（Irene Sternberg-Lieben / Christian Fisch）[113]、シュトルエンセー（Eberhard Struensee）[114]、ヘルンレ（Tatjana Hörnle）[115]、ノルテ（Markus Nolte）[116]もその旨明言している[117]。

このように、新法と旧法とで主体の実質的な内容に変化はないという学説の理解からすれば、「保護責任（者）」の解釈論に有益たり得ないように一見思われる（議論の中心は、現在のドイツにおける不真正不作為犯論の議論状況如何に移ることになる。）。しかし、少数ではあるがこれに対抗する見解があり、そ

---

[110] BT-Dr 13 / 7164, S. 34 ; BT-Dr 13 / 8587, S. 34 ; BT-Dr 13 / 9064, S. 14. これに対する批判として、Hörnle, Jura 1998, S. 177 Fn. 77 ; Irene Sternberg-Lieben / Christian Fish, Jura 1999, S. 47.

[111] Küper, ZStW 111 (1999), S. 49.

[112] Lucks, Aussetzungstatbestand, SS. 191, 187, 192. Hörnle, Jura 1998, S. 177 ; Christian Jäger, JuS 2000, S. 33 ; Sternberg-Lieben / Fish, Jura 1999, S. 47 ; Eberhard Struensee : in Friedrich Dencker / Eberhard Struensee / Ursula Nelles / Ulrich Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, 1998, S. 37 Rn. 34（zitiert : Struensee, Einführung, S. ... Rn. ...）. これに対し、Betreuungspflicht は広く解されるとの主張は、Nolte, Erläuterungen, S. 30 Rn. 4.

[113] Sternberg-Lieben / Fisch, Jura 1999, S. 47.

[114] Struensee, Einführung, S. 37 Rn. 34.

[115] Hörnle, Jura 1998, S. 177.

[116] Nolte, Erläuterungen, S. 30 Rn. 4.

[117] Jäger, JuS 2000, S. 33も同趣旨か。

の限度で紹介する価値があると思われる。もっとも、Imstichlassen 条項の主体に関する少数説の見解を紹介する前に、まずImstichlassen という概念を説明しなければならない。

Verlassen から Imstichlassen へ改正された趣旨は、「Imstichlassen という概念は、この実行の方法（Ausführungsart）が、空間的な Verlassen のみならず、援助義務者が、援助の実行に向かう状態にあるにもかかわらず、それを故意に放棄することによって、実現され得る、ということを現行法よりも明確に表現した」と説明される[118]。

では、Imstichlassen へと改正されたことによって、具体的にどのような事例が処罰されるようになったのだろうか。しばしば挙げられるのは、看護師が病室内にいるにもかかわらず、必要な措置を講じないで患者を危険に陥れた場合（「看護師事例」）である。これはつまり、「不保護」が処罰されるようになったということである。その他、故意に寝ることや飲酒することによって、自己の行為能力を奪う行為、鍵を破壊することで連絡ドアを遮断する行為、橋を取り壊す行為が該当し[119]、更には、13条の適用の可否に関係して、旧法下で行為性質に争いのあった、行為者が時宜を得た帰還をしないで被害者を危険に陥れる場合（「不帰還事例」）、つまり、行為者と被害者との間にある空間的／場所的離隔を解消しない行為が直接（unmittelbar） Imstichlassen に当たるとされているのである[120][121]。

このように、Imstichlassen が相当広い概念、すなわち、「救助行為の放棄」[122]、

---

[118] BT-Dr 13 / 8587, S. 34 ; BT-Dr 13 / 7164, S. 34．しかし、この改正は以上の意味にとどまらず、旧法における Verlassen の激しい解釈論争に「立法者の鶴の一声」(legislatorisches Machtwort) で決着をつけるということにもなった、と評価されている。Lucks, Aussetzungstatbestand, S. 201 ; Küper, ZStW 111 (1999) , SS. 49, 51．旧法下における Verlassen を Imstichlassen と解した学説が採用されたことになる。この見解については、Feloutzis, Aussetzung, S. 156, 161f..

[119] Lucks, Aussetzungstatbestand, S. 203．

[120] 旧法下での簡単な議論状況を含めて、Küper, ZStW 111 (1999) , S. 63f.. キューパーはこれを「解釈論上非典型的な場合」(dogmatisch atypische Fälle) という。

[121] 以上のような行為について、旧法下においても学説上議論があったことについては、Feloutzis, Aussetzung, S. 161ff..

「放棄された援助のあらゆる形態」[123]として理解された場合、しかし、次のような問題が出てくる。イェーンケ（Burkhard Jähnke）は、「しかしながら、この広い法律上の文言は、遺棄の特殊な性格が存在しないような、単なる刑法外的義務違反の場合をも捕捉するのである。このことは、意図せざる、そして受け入れることのできない可罰性（の範囲）の拡大を阻止するために、Imstichlassen という概念を説明するよう命じるのである。」[124]と述べ、Imstichlassen という概念において、Imstichlassen 条項の適用範囲の限定を図ろうとしたのである。具体的には、一般的な見解によれば、患者からの診療訪問の申し出を拒否した掛かり付け医、あるいは、緊急の呼び出しがあったにもかかわらず応答せず、あるいはそれに大きく遅延した消防士において、その結果、被害者に重大な身体傷害あるいは死亡結果が生じた場合に、Imstichlassen 条項を通じて２項２号あるいは３項が適用されることになってしまいかねないが[125]、そのような法定刑の「飛躍」（Sprung）は説明できないのではないかというのである。

では、どのようにして Imstichlassen 条項の適用範囲を Imstichlassen という概念を通じて限定するのだろうか。イェーンケは、Imstichlassen の「語義上存在する強い否定的な価値判断を正当化する近接関係（Näheverhältnis）」、言い換えると、行為者と被害者との「空間的な対峙関係」（Verhältnis im räumlichen Beieinander）が Imstichlassen という概念上前提になっていると解釈する[126]。このような見解は他に、アルツト＝ヴェーバー（Gunther Arzt / Ulrich Weber）[127]、レンギール（Rudolf Rengier）[128]、マウラッハ＝シュレーダー＝マイ

---

122 Küper, ZStW 111 (1999), S. 52.

123 Lucks, Aussetzungstatbestand, S. 202.

124 Burkhard Jähnke, Leipziger Kommentar, 31. Lfg., 11. Aufl., 1999, § 221 Rn. 29（zitiert : Jähnke, LK, Rn. ...）.

125 同様の批判は、旧法下において、Verlassen を Imstichlassen のように理解する見解に対して向けられていた。Feloutzis, Aussetzung, S. 167.

126 Jähnke, LK, Rn. 29.

127 Gunther Arzt / Ulrich Weber, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, 2000, § 36 Rn. 7. 親子関係にあっても、この特別な要素がなければならない、と主張する。

128 Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil Ⅱ, 5. Aulf., 2003, § 10 Rn. 11. 医師、消防士、警察官、権限のある救護職員は、救助義務には反しているが、特別な帰還義務はない、と主張する。

ヴァルト(Reinhart Maurach / Friedrich-Christian Schroeder / Manferd Maiwald)[129]によっても主張されている（但し、ニュアンスの差はある。）。

次に問題となるのは、そのような関係がどのような意義を有しているかである。これに関してイェーンケは、空間的な近接／対峙関係の存在は、「存在する保護命令を遵守する特別な期待を基礎づける」と説明するのである。

つまり、イェーンケは、Imstichlassen の概念中には空間的な対峙／近接関係が内在しており、これによって、たとえ Imstichlassen 条項の主体が従来通り保障人的地位に関する発生原理・原則が妥当するとしても[130]、なお先に挙げた場合における「不当」な結論を回避することができるというのである。

しかし、これに対しては、ホルン＝ボルタース（Horn / Wolters）が次のように批判している。そのような文言のある種の限定は、「テキストを誇張するものであり、強制的に（zwingend）空間的に解釈された Verlassen という概念にもはや合わせないという変更された犯罪規定に矛盾する。」[131]というのである。また、ルックスも、ａ） Imstichlassen という概念から空間的な近接さという要素は出てこない、ｂ）立法趣旨からしても、そのような限定をするいかなる根拠も提示されてはいない、ｃ）「不帰還事例」がすべて不可罰になってしまう、として、難色を示している[132]。

そこで、このような批判を受けて、イェーンケなどと問題意識を共有しつつ、Imstichlassen 条項の適用範囲を Imstichlassen 概念においてではなく、異なった要件で限定しようとするのがノイマン（Ulfrid Neumann）である。結論から先に述べれば、ノイマンは、「特別な社会的近接さ」と言う要素を見出し、それを Imstichlassen 条項の主体、すなわち保障人的地位にかかる限定要素とす

---

[129] Reinhart Maurach / Friedrich-Christian Schroeder/Manferd Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1., 9. Aufl., 2003, § 4 Ⅱ Rn. 12. Imstichlassen には、保護義務者の特別な用意ができていることの言明の伴う（mit einer besonderen Bereitschaftserklärung des Obhutspflichtigen）特別な近接関係がなければならない、と主張する。なお、親族の場合も否定するようである。

[130] Jähnke, LK, Rn. 32．判例等の具体的な場合については、Jähnke, LK, Rn. 33 が詳しい。

[131] Eckhard Horn / Gereon Wolters, Systematischer Kommentar, 54. Lfg., 7. Aufl., § 221 Rn. 6（zitiert : Horn / Wolters, SK, Rn. ...）.

[132] Lucks, Aussetzungstatbestand, S. 205.

るのである[133]。

イェーンケが問題とした事例において、Imstichlassen 条項の適用を排除する理由として、ノイマンがまず挙げるのは、Versetzen 条項との関係である。Versetezn は作為犯であり、また他の犯罪と同様に、その不真正不作為犯は成立するが、そうだとすれば、13条２項が適用され、減軽される可能性がある、他方で、Imstichlassen を真正不作為犯と理解した場合[134]、それには13条２項の適用がないため、危険を積極的に惹起した場合（Versetzen）の方が単にそれを回避しなかった場合（Imstichlassen）よりも「よい」（軽い）と言うことになる、しかしながら、Versetzen 条項と Imstichlassen 条項とでは、明らかに主体の範囲に広狭がある、そうだとすれば、Imstichlassen 条項において13条２項の適用がないという意味での重い責任を基礎づけるのは、主体が Versetzen 条項よりも限定されているところに求められるから、その差を主体に反映させなければならない、と言うのである。つまり、保障人的地位を何らかの形で限定しなければならないのである[135]。

このようにノイマンは主張して、具体的には、次のように Imstichlassen 条項の主体を限定する。母親が、自己の子供が現実的に苦境にあるにもかかわらず、帰宅しないという場合は、なお「不帰還事例」として Imstichlassen により捕捉されるべきであるという認識の下[136]、親と子どもという関係性に着目して、Imstichlassen 条項の主体（保障人的地位にある者）にかかる限定要素として、「心理的―社会的な」「特別な近接さ」を挙げるのである。つまり、特別な近接さを規範的に理解するのである。より具体的には、制度的に基礎づけられた救助義務を履行すること（警察官、消防隊員、救命医の救助義務）に対する期待を超えた個人的な関係を支えとする信任関係という意味での心理的－社会的な特別な近接さのある場合に、主体を限定するのである[137]。

---

133 Ulfrid Neumann, Nomos Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl., 2005, § 221 Rn. 24 (zitiert : Neumann, NK, Rn. ...).

134 もっともこれに関しては議論がある。Neumann, NK, Rn. 18ff..

135 Neumann, NK, Rn. 28.

136 旧法下においても、母親の場合と掛かり付け医の場合とで結論を異ならしめる見解は存在した。Feloutzis, Aussetzung, S. 172.

137 Neumann, NK, Rn. 29. そして、このような関係は、「保護的保障人的地位」に典型的に見られる、と言う。これに対して、Obhutspflicht は、保護的保障

イェーンケを批判したルックスも同様の帰結に至る。「保障人が被害者あるいはその保護のない状態に対して、まさに個人的な責任に基づいて、援助の実行を義務づけられているか否かが決定的である」として、具体的には、行為者と被害者が家族であるような狭い個人的な関係、被害者を援助することを義務づける契約、を挙げるのである[138]。

以上が少数説の概要である。では、これは「保護責任（者）」の解釈論に何か資し得るものを有しているだろうか。この点を若干検討する。

イェーンケなどは、ａ） Imstichlassen 条項の主体は不真正不作為犯における保障人的地位にある者である、ｂ） Imstichlassen に当たるとされる「不帰還事例（あるいはそれに類する事例）」、すなわち、被害者と空間的に離れた医師、警察官、消防士、権限ある救助職員による不救助は、本条項の適用範囲から除外されるべきである、という２つの前提・根拠をもって論じている。確かに、そのような事例が最悪の場合、結果的加重犯として処罰され得るという結論は不当であろう。しかし、次のように、我が国の解釈論にはなじみにくいと思われるのである。便宜的にｂ）から述べておこう。

まず、イェーンケなどに対する批判を見てみると、（あ）立法趣旨との関係、（い）「不帰還事例」の処理、を重要な根拠としている。しかし、（あ）は、我が国においては、「遺棄」にせよ、「不保護」にせよ、新ドイツ刑法のように空間的離隔は概念要素として不要である、とは必ずしも言い切れない。現行刑法への改正議論では、遠隔地からの「扶養料」の不送付は、「遺棄」あるいは「不保護」に当たり得ると、政府委員が答弁していたが、それ以外に深い議論はなかったのである。つまり、立法（改正）趣旨が必ずしも明らかではない我が国においては、それを根拠に論じることはできない。また、（い）については、我が国の場合、特に保護責任者遺棄罪にあっては、「遺棄」と「不保護」という２つの行為が予定されているところ、そもそも「不帰還事例」が判例及び学説において、処罰に値するのか否かすら議論が固まっていない。判例上この種の事案は皆無であるし、また、学説上この点について明確に言及しているのは、

人的地位に、 Beistandspflicht は、監督的保障人的地位に、対応するという見解として、 Horn / Wolters, SK, Rn. 8 ; Bernhard Hardtung, Münchener Kommentar, Bd. 3, 2003, § 221 Rn. 14f.

[138] Lucks, Aussetzungstatbestand, S. 206f..

例えば、林（幹）が、根拠は明らかではないが、「不保護」との関係で疑問を呈し[139]、他方、山中敬一が「遺棄」との関係で肯定するくらいなのである[140]。そしてこの問題は、「遺棄」と「不保護」とを概念上どのように区別するのかという前提問題がまずあって、「不帰還事例」の処理はその後の問題である。ドイツ刑法のように、Versetzen と Imstichlassen とが“hilflose Lage”の発生時期によって区別される[141]のとは異なるのである。我が国において、もし、「不帰還事例」が「遺棄」として処罰され得るのであれば、単純遺棄罪においてもそのようないわば重い責任を行為者に負わせてよいのかが問題となり、他方、「不保護」に当たるとした場合はそれが問題とならないということになるが、これは、「遺棄」や「不保護」という概念の中に、何らかの要素を読み取ると言うよりは、単純遺棄罪の主体と保護責任者遺棄罪のそれとに直結する議論になると思われるのである。

次にａ）について述べれば、改正趣旨によれば、Imstichlassen 条項の主体は不真正不作為犯における保障人的地位にある者を意味するとしている以上、特段の事情がない限りこれを覆すことは困難である。そして、イェーンケは、「医師としての身分は、保障人的地位を、そしてそれ故に違法性を基礎づける。」と主張する[142]。しかし、我が国においては大きく事情が異なる。我が国の通説は「保護責任」を作為義務と同一視しているが、古くから「法令」による「保護責任」の具体例として挙げられるのは警察官であり、「契約」によるそれは医師であった。前者は、警察官職務執行法３条を根拠とする「保護責任」であるが、そもそもそのこと自体問題となっているからである。現に判例上そのような事案は皆無であり、圧倒的多数の見解が民法上の扶養義務や道交法上の救護義務が「保護責任」に直結しないことと同様に、警職法上の義務も「保護責任」に直結しないとするのである。

このことは、医師の場合も同様である。医師法23条の診療指導義務を１つの根拠に「保護責任」の有無を判断する判例はあったが[143]、学説上は同法19条

---

139 林『各論』46頁。

140 山中『各論Ⅰ』90頁註（７）。

141 Herbert Tröndle / Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl., 2006, § 221 Rn. 7f（zitiert : Tröndle / Fischer § ... Rn. ...）.

142 Jähnke, LK, Rn. 29.

143 例えば、前掲熊本地判昭35・７・１（消極）、前掲最決昭63・１・19の第

１項の応召／応招／診療義務との関係が一時問題とされ、そこでは、「保護責任」に直結しないということで見解の一致があった[144]。最近でも、同義務違反が犯罪とされることに強い違和感を示す論攷が、医事法分野において現れているのである[145]。医師という身分が直接「保護責任」を導くのではなく、契約や引き受けなどがそれを導くのである。

このように、我が国の解釈論の状況からすれば、イェーンケの前提それ自体問題とならざるを得ない。では、ノイマンの見解については、どのように評価することができるだろうか。

ノイマンは、イェーンケらと問題意識を共有しつつ、Versetzen 条項と Imstichlassen 条項とにおける行為の性質に由来する13条の適用の有無という観点から、両条項に存在する実質的な違法性の差の存在を顕在化させた上で、両条項の法定刑が同一であることを考慮して、Imstichlassen 条項の実質的な違法性の高さを、保障人的地位にある者という意味での主体の範囲に限定要素として反映させたのであるが、我が国の単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪との間に存在する法定刑の顕著な差を（違法性あるいは責任に関係づけて）「保護責任（者）」の解釈論に反映させようとしているのと、実質的には同じ方向であり、その意味では、我が国の解釈論に資し得る可能性を有しているように思われる。

しかし、そこでいう「心理的―社会的」な「特別な近接さ」という概念が抽象的にすぎるというのはひとまず措くとしても、なぜ個人的な関係に限定されるのか、つまり、制度的にのみ基礎づけられた、成人によって擁護されるべき救助義務（者）が排除されるのかが、結論の当不当にかかわらず明らかではない。親子の場合と医師などの場合を対比することによって導かれた要素は、実は結論の先取りにすぎないようにも思われるのである。また、ノイマンは、「保障人自体によって生じさせられた危険の回避に関する、保障人の特別な（個）人的な管轄（besondere persönliche Zuständigkeit）の観点から」、Ingerenz の

１審判決である那覇地石垣支判昭57・３・15刑月14巻３＝４号259頁（積極）参照。

144 中森喜彦「医師の診療引き受け義務違反と刑事責任」法学論叢91巻１号（1972）24頁、金沢文雄「医師の応招義務と刑事責任」法時47巻10号（1975）40頁参照。

145 樋口範雄「医師の応召（応招）義務・診療義務」法教312号（2006）112頁以下参照。

場合は Imstichlassen 条項の主体に当たるという。その理由として、「危険状態に対する行為者のまさに個人的な責任（persönliche Verantwortlichkeit）の故に、被害者が行為者による Imstichlassen のないことを信頼する」からと説明される。しかし、先のノイマンの限定要素との関係は必ずしも明確ではないように思われる。

以上、Imstichlassen における一般的な学説とそれに対抗するそれとを紹介及び検討してきたが、特にノイマン以外の見解は、我が国の「保護責任（者）」の解釈論に影響を及ぼし得ないと思われるのである。

では本節の最後に、２項１号の主体に関する議論[146]の紹介と、「保護責任（者）」の解釈論に及ぼし得る影響について検討する[147]。

まず、改正趣旨から確認する。この改正によって新たに主体／客体に含まれることが明らかなのは、継親／継子と里親／里子である。これは、１号後段（“Person”）に該当する。そして、後段は、174条１項１号を継承しているため[148]、

---

[146] Hörnle, Jura 1998, S. 177 ; Jäger, JuS 2000, S. 34 ; Sternberg-Lieben / Fisch, Jura 1999 S. 49f. ; Nolte, Erläuterungen, S. 31 Rn. 5 ; Struensee, Einführung, S. 42f. Rn. 51．174条１項１号の保護目的との関係に言及するのは、Sternberg-Lieben / Fisch, Jura 1999, S. 50 Fn. 83．具体的な主体／客体について述べておくと、ヘルンレは、Betreuung に関して、生徒に対する集団の監督（Trainer einer Schülermannschaft gegenüber den Schülern）を含める。イェガーは、後見人及び教師を含める（但し、Erziehung か Betreuung かは定かではない。）。シュテルンベルク・リーベン＝フィッシュは、Betreuung に関して、老人ホームあるいは社会福祉施設に居住する者を含める（但し、誰と居住者の関係かは明らかではない。）。ノルテは、Betreuung に関して、単なる労働関係や財産業務の世話は除かれるとする。

[147] 平野は、保護責任者遺棄罪は、「ドイツ刑法は『親』に限っているのを、もう少し拡げたものといえるだろう。」と述べていた。平野「遺棄」10頁。なお、岡本勝「覚書」41頁以下も参照。

[148] 下線部分が２項１号後段に対応する箇所である。

§ 174

Sexeuller Mißbrauch von Schutzbefohlenen.

(1) Wer sexuelle Handlungen

１．an einer Person unter sechzehn Jahren, die ihm zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut ist, ……

それに関する判例及び学説によって発展してきた解釈原理[149]が援用され得るとされる[150]。

では、なぜ本号は重く処罰されるのだろうか。この問題は主に、“Kind”に年齢制限が付されていないこととの関係で論じられているが、実質的な根拠を明示するものは少ないと言ってよい。その中で、ホルン＝ボルタースは、加重処罰根拠を子供の特別な保護の必要性に[151]、シュテルンベルク・リーベン＝フィッシュは、客体の幼年を理由とする特別な親権的世話（besonderen elterlichen Fürsorge）の必要性に[152]、求める。ノイマンは、“Kind”及び“Person”については、ホルン＝ボルタースと同様に、特別な保護の必要性故に、加重処罰すると説明しているのである[153] [154]。

しかし、このような状況は、明らかに我が国の解釈論への影響はないものと評価されるべきである。我が国の遺棄罪においては、単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪とで保護されるべき客体の性質に変わりはない。それ故、後者においてのみ、特に保護の必要性を強調することはできないのである。そうだとすれば、やはり、なぜ保護責任者遺棄罪は重く処罰されるのかという問題は依然残るのである。

第４節　小括

本章では、第４章に続いて、現行刑法に関する議論のうち戦後のもの、すなわち、第１節で学説、第２節で（裁）判例、第３節で新ドイツ刑法における遺棄罪解釈論、を扱った。第１節では、現在は、「遺棄」と「保護責任（者）」の関係ではなく、保護責任者遺棄罪の実質的な処罰根拠が「保護責任（者）」の

---

[149] Karl Lackner / Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Aufl., 2004, §174 Rn. 5ff., 17 ; Adolf Schönke / Horst Schröder / Theodor Lenckner / Walter Perron/Jörg Eisele, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 174 Rn. 5ff., 17 ; Tröndle / Fischer, § 174 Rn. 3ff.,18..

[150] BT- Dr 13 / 9064, S. 14f..

[151] Horn / Wolters, SK, Rn. 14.

[152] Sternberg-Lieben / Fisch, Jura 1999, S. 49, Fn. 77.

[153] Neumann, NK, Rn. 37f..

[154] これらに反対するのは、Jähnke, LK, Rn. 37.

解釈論にどのように反映されるのかが主要な問題となっていることが、第２節では、戦前の判例が採用してきた「保護責任（者）」の法律的・形式的理解が徐々に放棄され、現在はその事実的・実質的理解に落ち着くに至ったことが、それぞれ明らかにされた。第３節では、Imstichlassen 条項の適用範囲を制限する一つの試みであるノイマンの見解が、我が国の「保護責任（者）」の解釈論と同じ方向性を有していること、しかし、それにも未だ不明確な点が残されていること、が明らかにされた。

以上、第１章ないし第５章はその紙幅の多くを歴史的な整理に費やしてきた。第６章では、本稿の検討課題である「保護責任（者）」の理論的解明に向けて、具体的に検討を進め、最終的な帰結を示す。

執筆者紹介（掲載順）

朱　曄	北海道大学大学院法学研究科講師
奥住弘久	千葉大学法経学部助教授
櫛田久代	敬愛大学国際学部助教授
坂口一成	日本学術振興会特別研究員
黄　詩淳	北海道大学大学院法学研究科助手
吉田克己	北海道大学大学院法学研究科教授
潮見佳男	京都大学大学院法学研究科教授
佐伯仁志	東京大学大学院法学政治学研究科教授
林田清明	北海道大学大学院法学研究科教授
宮崎悠	北海道大学大学院法学研究科博士課程
松原和彦	北海道大学大学院法学研究科博士課程

平成19年1月24日　印刷
平成19年1月31日　発行

編集人　今井弘道

発行人　北海道大学大学院法学研究科長
瀬川信久

印刷　北海道大学生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北8条西8丁目
TEL 011(747)8886

発行所　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北9条西7丁目
TEL 011(706)3074 FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 57 January 2007 No. 5

CONTENTS

ARTICLES

Free Competition and Acknowledgment of Third Party Malicious Intent in dual real estate transactions
—— the case of China law from the viewpoint of comparative law ——
…… Ye ZHU 1

Public Enterprise and Bureaucracy (9)
—— From the Viewpoint of Administrative History ——
…… Hirohisa UOZUMI 61

The Struggle against Anti-federalism: Development of Internal Improvement Policies in the U.S. in the Early 19th Century (5)
…… Hisayo KUSHIDA 97

The Structure of 'Justice' in China Today (4)
—— 'Strike Hard!': Why Criminal Suits May Serve as an Instrument? —— …… Kazushige SAKAGUCHI 532[1]

The Function of Deduction of Compulsory Portion in the Process of Succession in Taiwan
—— In Comparison with the Law in Japan ——
…… Sieh-chuen HUANG 460[73]

SYMPOSIUM

Collaboration of the Public and the Private in Consumer Law (1)
—— A Crossroad of Divergent Legal Approaches ——
…… 21st Century Legal System Project 155
Introduction …… Katsumi YOSHIDA 157
Money-Lending Business Regulation Act and Private Law
—— The Incorporation of Sonderprivatrecht in Business Regulation Laws —— …… Yoshio SHIOMI 159
The Role of Criminal Law in Consumer Protection
…… Hitoshi SAEKI 192
Comment …… Katsumi YOSHIDA 209
Discussion …… 220

NOTES

The Device of Private Sphere and Law: A Prehistory of Privacy in Modernizing Japan …… Seimei HAYASHIDA 241

Pathos, Logos i Niepodległość Narodu (3)
—— Patriotyzm Romana Dmowskiego 1893–1908 ——
…… Haruka MIYAZAKI 400[133]

Über das Tatsubjekt der qualifizierten Aussetzung (2)
…… Kazuhiko MATSUBARA 340[193]

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan