



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	[北大法学論集 第58巻 第1号 全1冊]
Issue Date	2007-05-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/22564
Type	journal
File Information	lawreview_vol58no1.pdf



北大法学論集

第 58 卷 第 1 号

論 説

- M. ウェーバーとK. ヤスパースにおける価値思考の法哲学的意義（1）
 —— 現代正義論の思想史的背景 —— 菅 原 寧 格 1
- 金大中政権における「現代化」と社会政策（2）
 —— 福祉政策とジェンダー政策に見る自覚と現実の間 ——
 池 炫周・直美 61
- EU におけるソーシャル・インクルージョン政策の最新動向と
 日本への示唆 芝 田 文 男 490[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（4・完）
 —— 特に日本法との対比で —— 黄 詩 淳 438[53]
- 現代中国における「司法」の構造（6）
 —— 敲打：なぜ刑事裁判が道具となるのか？ ——
 坂 口 一 成 376[115]

研究ノート

- イングランドおよびウェールズにおける刑事上訴制度・救済制度（1）
 我 妻 広 306[185]
- 調停好き神話の崩壊（2・完）
 —— 現代中国紛争処理手続利用の変化が意味するもの ——
 王 冊 250[241]
- フランスにおける非婚カップルの法的保護（2・完）
 —— パックスとコンキェビナージュの研究 ——
 大 島 梨 沙 210[281]
- 保護責任者遺棄罪における「保護責任」についての一考察（3・完）
 松 原 和 彦 166[325]

資 料

- 「承認論」への未帰還
 —— 筏津安恕のヘーゲル研究によせて ——
 今 井 弘 道 111

雑 報

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

教		名譽教授	
今池	山藪松松保藤福深島高曾杉東實近小小小神小伊石五十厚	井田授島村澤原岡永瀬山見野原方藤山菅暮原川藤川風谷	弘清正重良弘喜志宏利一武勝和高邦謙弘芳太郎雄勝一武清兒
道治	男夫之陽夫宏利一武勝和高邦謙弘芳太郎雄勝一武清兒	民法民民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史	民法民民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史
哲学	民法民民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史	民法民民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史	民法民民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史
○		○	
藤人稗林林長中中長道常辻田田田高	原見貫田博研長哲照康善正	空瀬鈴白笹権小尾岡大遠	井川木取田左森木崎田塚藤
正俊清	博研長哲照康善正	信祐栄武光明一信龍	乾弘兒
則剛文文明晃之信一樹夫宏樹進護久賢司司志宏郎弘	民法民民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史	民法民民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史	民法民民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史
法政	民法民民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史	民法民民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史	民法民民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史
○		○	
深中中得新桑會准客員特任	町島川寬明明朝裕智隆誠	吉巨吉山山山山村宮宮松松町	邦克哲龍幹二裕太郎淳郎三孝貴
晋岳志子晶子恒夫幸行崇一	也刑(ア)政治思想史民法	理田田田本下崎口脇本久浦村	格彦己生一根郎章行行行行
法	民法民民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史	邦克哲龍幹二裕太郎淳郎三孝貴	民法民民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史
○		○	
内辻池菅佐倉黄高北遠	藤原藤田詩賀影宏泰	宮本	融志徹樹大仁夫史
大信炫寧陽賀世淳娥介弘	海幸周格子世淳娥介弘	融志徹樹大仁夫史	民法民民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史
海幸周格子世淳娥介弘	民法民民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史	民法民民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史	民法民民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史民法政治思想史

*は大学院公共政策学連携研究部専任教員
雑誌編集委員 ○印

M・ウェーバーとK・ヤスパースにおける
価値思考の法哲学的意義（一）

——現代正義論の思想的背景——

菅
原
寧
格

序論 目次
はじめに

第一章 ウェーバーにおける価値相対主義問題

第一節 現代正義論の問題背景

第一款 ロールズ『正義論』以降の問題地平

第二款 ラートブルフの「哲学的妥当論」と「歴史的・社会的妥当論」

第三款 ラートブルフにおける価値相対主義的思考の問題性

第二節 ウェーバーの「価値討議」論

第三款 ウェーバーにおける「人格」

第二章 ヤスパースにおける「コミュニケーション」

第一節 実存思想についての予備的考察

第二節 ヤスパースの「コミュニケーション」論

第三款 「コミュニケーション」論の可能性

第三章 諸批判への弁明と展望

第一節 〈実存思想の問題Ⅱ価値相対主義の問題〉に対する弁明

第二節 「人格」の二面性の問題と「近代Ⅰ反近代問題」に対する弁明

第三節 ウェーバーとヤスパースにおける価値思考の展望

序論 はじめに⁽¹⁾

本稿の目的は、マックス・ウェーバーとカール・ヤスパースの価値思考を現代正義論⁽²⁾の思想的背景として再構成すること、それによって、従来価値相対主義と呼ばれてきた思想の意義を現代正義論との関係から再考することである。

(以上、本号)

現代法哲学において、正義をめぐる規範的な議論が盛んに展開されるようになってから既に三〇年以上が経過した。周知の通り、そこで嚮導的な役割を果たしてきたのはリベラリズムに立脚した構想である。現在、正義をめぐる問題について考えるのであれば、それを否定的にみるにせよ、リベラリズムの主張を無視することはできない。その意味で、リベラリズムは現代正義論のなかで極めて重要な地位を占めている。しかし、このように重要な地位を占めていることが確かであるとしても、リベラリズムが現代正義論においてヘゲモニーを掌握するに至ったというわけではない。むしろ、法的決定や公共的決定の正統性をめぐる現代正義論の争いは、一貫して百家争鳴の状態にあるといった方が適切である。現代正義論がリベラリズムを中心に進展してきたということ、このことは確かだ。だがしかし、リベラリズムを中心に現在の問題状況が収束へ向かっているかと訊ねてみれば、そのような兆しもまたみえないというわけである。むしろ近年の正義論は、従来正面から取り扱われることが少なかった問題——例えば多文化主義やフェミニズムの立場から提起されてきた問題——をも取り込みながら、据野を広げつつあるというべきであろう。

ところで、現代正義論については右で述べたような問題状況を容易に確認できる一方、リベラリズムとは何かといったリベラリズムの根本にかかわる肝心な問題についての論争も後を絶たない。また、リベラリズムが重視する普遍主義的な観点と、何らかの議論を展開する際にはたとえ無自覚的であるにせよ立たざるを得ない歴史的・社会的文脈を重視する観点とをめぐる争いもある。そのような例としては、リベラリズム対コミュニティニズム論争を挙げることができであろう。コミュニティアンによるリベラリズム批判の特徴とは、それが、普遍主義的観点と緊張関係に立った歴史的・社会的文脈を重視する観点からなされた点にあった。

では、そもそも、なぜ、リベラリズムがかくも重要な地位を占めるに至ったのであろうか。そうなるまでの背景としては、どのような問題があったのだろうか。現在、正義論やリベラリズムをめぐる議論のなかで、こうした問題が必ず

しも明らかにされているというわけではない。むしろ、現在の正義論は、リベラリズムのような規範的議論に注目が集まるよりも以前の思想の延長線上に、「のりしろ」の無いまま接ぎ木されたようなものとしてある。確かに九〇年代を振り返ってみれば、リベラリズムをめぐる理論研究はまことにめざましい進展を遂げたといえる。しかし、八〇年代やそれ以前の問題状況へと立ち返り、リベラリズムが提起した問題設定と内在的にかかわらせながら思想史を研究しようとする動向は、現在では、すっかり影を潜めてしまったかのようにみえる。⁽⁴⁾

そこで、大枠として正義論を以上のように理解した上でここにまつわる問題を意識するのであれば、次のような観点に立つ必要がある。すなわち、およそ正義論のような法価値についての規範的な研究を現代的問題として探求しようとするのであれば、そうした現状はなぜ生じたのかという点についての研究も同時に並行して進めていくべきだ、という観点がそれである。というのも、現代の最先端な問題を扱う場合であっても、問題が成立するに至った背景についての研究を疎かにしてしまつては、肝心な現代的問題に対する探求も浅薄で一面的なものになりかねないからである。

リベラリズムをめぐる理論的問題——例えばどのようにリベラリズムは自己を哲学的に正統化しうるかといった問題——だけではなく、そうした現在のリベラルな議論が展開されるに至った背景にかかわる思想史的問題——例えば以前盛んに議論されていた価値相対主義問題はどのように克服されたのかといった問題——についても目を向け、両者が互いに対してどのような意味合いを持つのか。こうした問題についても検討しておく必要がある。⁽⁵⁾

では、こうした観点から正義論の問題状況を理解しようとする場合、その存在性格はいかなるものになるだろうか。以下の議論を円滑に進めていくために、ここで正義論の存在性格についての見解を示しておくことにしたい。ただ、正義論の存在性格如何については次のような回答が寄せられるかもしれないので、まずそうした予想される回答についての検討をしておくことにしよう。すなわち、現代法哲学・正義論の現状とは、リベラリズムやそれ以外の様々な立場か

ら発せられた正義の構想が今なお依然として多元的に生成し展開されている過程にある、という回答がそれである。というのも、正義論のような何が正しいかをめぐって争われる法価値上の問題とは、一朝一夕に決着がつくようなものではなく、その意味で常に過程にあると解さねばならないからである。したがって、そうした立場からみれば、正義の問題が常に過程に置かれているということを意識することが重要なわけで、それは決して靜態的に捉えられるべきではなく、動態的に捉えられるのでなければならぬ種類の問題だ、ということになる。

確かに、正義論において必要なのは、そうした発展途上の過程にあることを理解し、そうした状況に対して何らかの学問的見解を継続的に提示していくことである、と考えることができる。そして、こうした問題認識それ自体が間違っているわけではない。しかし、正義論の存在性格が問われていることに對する回答としてみるのであれば、これではいささか不十分な回答であるともいわざるを得ない。それは、正義のような重大な法価値にかかわる問題を考える際に、次のようなことが前提として取り込まれているように思うからである。すなわち、正義をめぐる問題とはきわめて実践的な問題であるにもかかわらず、そうした事実を過程という対象へと還元し、対象への観察と考察を加えることを法哲学の任務として考える、といった前提がそれである。そこに垣間見えるのは、現実の実践的な法現象を自然界でみられる現象とアナロジカルなものとして捉え、自然科学の実験対象のように、正義をめぐる問題についても「科学的」的に扱おうとする態度である。右で述べたような予想される回答には、こうした問題が前提として取り込まれている。

ところが、正義論は自然科学のように事実を観察し考察すればそれで事が済むというような種類の問題ではない。ある具体的な紛争に対して、ときには不可逆的な措置を命ずることも辞さないような法的判断をめぐって問題になるのが、法的な意味での正義の概念だからである。そしてこの意味で、正義論とは、極めて実践的な問題圏に属しているといわねばならない。この点を見極めなければ、正義をめぐる問題が過程にあるということの意味が、ときにはある結論を導

き出した過程、それ自体をも問題化するように迫られたり——論理的には首尾一貫した過程から現実的な妥当性に著しく欠けた結論が導き出されるような場合——、常に同時に開かれた問題として問い続けられたりするような営為として、そうした意味で過程にある、ということを理解することはできないだろう。正義のような極めて重大な法価値をめぐる問題は、不断に問い返し続けることができるような解釈学的に開かれたものとして、いわば反省的に再構成されるべき実践的な課題である。

また、これとの関連で次の点についても注意を喚起しておきたい。すなわち、正義の問題とは自然科学的に構成されるべき問題ではないが、それ以上に伝統的な哲学に則って構成されるべき問題でもない、ということである。正義の問題とは、伝統的な哲学や形而上学が回答を与えようと腐心してきたように、どの判断が真に正しい判断かを判定する客観的真理を発見したり、そうした構想を体系だてたりすることを目的とするわけではないからである。正義の概念をめぐる問題は、確かに哲学上の問題たりうる。しかし、ギリシア以来の哲学が主題としてきたように、観想や真理との関係で法的正義の概念を問題にすべきではない。法的正義とは、規範を漸次問題化しては反省的に問い直すような人々の規範意識に対して訴えかけてくるときに、つまり、規範と規範意識と双方の次元で表面化してくる問題だからである。したがって、その意味で法的正義とは非哲学的なものとして理解しておく必要がある。法的正義の問題とは客観的な真理をめぐる哲学的な問題ではなく、実践的な法的判断や法解釈にかかわるという意味での法に固有な「賢慮」とかかわる問題だ、という理解がこうした議論を行う上での前提になる⁽⁶⁾。

こうしたことから、正義をめぐる問題が過程にあるという意味は、自然科学と異なり、常に解釈学的に問題化されうるということであると同時に、常に開かれた実践的な問題として立ち現れてくるということになる。そして本稿では、こうした観点から現代正義論を再構成し、先述したような現在のリベラルな議論が展開されるに至った背景にかかわる

思想史的問題と取り組んでいく。従来重要な問題として捉えられていた価値相対主義の克服という課題は、このような意味での「課程」にある現代正義論、なかでもリベラリズムをめぐる思想動向と関係づけた上で、あらためて理解しなおされる必要がある。そして、この点を明らかにすることが、現代法哲学にとっては喫緊の課題である。

ところで、このこととは別に、現在、正義論やリベラリズムについて論じる際には、ある一つの共有された思想地平が形成されているということについても注意しておかなければならない。それは、正義をめぐる問題一般の議論ということではないが、現代正義論や法哲学の分野においては避けて通ることのできない問題である。すなわち、現在のリベラリズムを中心とした正義論の思想状況とは、少なくともジョン・ロールズによって成された一連の仕事を共有し合うことによって成り立っている、という事実がそれである。それゆえ、現代正義論で展開されている主張の多くは——リベラリズムに対して否定的な説明を与えるものであるにせよ、肯定的な説明を与えるものであるにせよ——ロールズの提起した議論の延長線上にある、ということを理解しておく必要がある。

しかし、そうであるとすれば、いや、そうであるからこそ、ロールズの議論を軸として現代正義論の潮流を腑分けし整理することには重要な意味があるということになるだろう。そこでこうした点に留意しながら、現代正義論の問題点を明らかにする上で恰好の見取り図を示しておくことにしたい。

そもそも、

- ① 法哲学の領域において現在展開されているような規範的正義論が活況を呈するようになったのは、一九七一年にロールズが『正義論』を発表してからのことであった。

そして、

② 後年リバタリアニズムやコミュニタリアニズムと称されるようになった議論の多くは、ロールズの『正義論』に対して向けられた批判と応答をめぐって展開されたものであった。

つまり、現在の正義をめぐる問題地平は①と②の経験によって切り拓かれた延長線上にあると、ひとまずはこのように図式化することができる。ところが、冒頭で述べたように、リベリズムの立場とそれをめぐるリバタリアニズムやコミュニタリアニズムとの論争に端を発する現在の議論状況は、一向に収束するようにみえない。しかも現在では、各論者による議論が細分化し拡散していく傾向さえ見受けられる。それゆえ、現代正義論全体としてどのように議論状況が推移してきたのかを把握することさえ容易ではない。このことも確かである。

そこで、

③ 現代正義論の状況については、『政治的リベリズム』を発表して以降のロールズに向けられた、性質を異にする二つの評価によって確認することが可能である。

このように理解しておくことにしたい。つまり現在では、「全く性質を異にする二つの評価」が両極として現れるようになった、それ程までも現代正義論のヴァリエーションは多様化してきたと理解しておこう、というわけだ。むしろ、ここでいわれている「二つの評価」が何かというのは興味深い問題である。だが、この点については後述するとして、ここでは、なぜ①から③のように言うことができるのか。一旦③の主張の可否を棚上げし、なぜ①から③のように

言えるのか、その理由を先に述べることにしよう。

まず、現代正義論の出発点についての記述であると同時に本稿の問題関心の出発点でもある①の見解であるが、これだけを素直に読めば、現代正義論の興隆はロールズの『正義論』に端を発するという極めて一般的な了解事項が述べられているにすぎないかのように見える。しかし、ロールズの『正義論』が法哲学研究にもたらした実質的な意味に注目してみれば、次のiとiiのような見解が①に含まれていることが判る。そして、このことを理解しておくことが、①から③に至る展開を把握する上では、決定的に重要である。

すなわち、

i 『正義論』以降、「正義とは何か」という問題を規範的・実質的に語ることが可能なのではないか、むしろ語るべきなのではないか、と考えられるようになった。

それゆえ、

ii 『正義論』以降、それまでの中心的な課題であった法哲学的価値相対主義の問題は克服された、ということになった（過去の遺物になった）。

要するに、このiとiiのような見解が①に含まれているということ。そしてここには、現代法哲学における正義論の展開を批判的に見ていく上で欠くことのできない観点が含まれているということ。このことが重要なわけである。ただ

し、iiで言われているように、『正義論』による価値相対主義問題の克服ということが重要だといいたいわけではない。むしろ、現在こうした理解が一般的には支持されているであろうということは推測できる。しかし、価値相対主義に対して果たした『正義論』の役割をどのように肯定的に評価するのではなく、ここでは逆に、そうした紋切り型の理解に対して疑義を呈することになしたい。というのも、今一度、価値相対主義をめぐる問題へと立ち返ってみれば、次のような疑問が湧いてくるからだ。

そもそも価値相対主義の問題は、本来に『正義論』によって克服されたと言えるのか。あるいは、今や過去の遺物になってしまったと言えるのか。仮に、そのように言えるとすれば、それはなぜそのように言えると言うのか。そこには十分な理由があるのか。否、むしろ今日この点が必ずしも明らかになっているわけでもないのに、価値相対主義問題は一般的に決着済みとして受け入れられているのが実情ではないのか、といった疑問がそれである。

そして、もし、こうした疑問に対する答えが明らかにされているわけではないとすれば、価値相対主義の問題と取り組むということの意義は、根本から見直されなければならないことになる。『正義論』が価値相対主義の主張を克服したという場合、こうした疑問について、よくよく考えてみなければならぬ。実際、一九七六年に刊行された『法哲学概論』の中で加藤新平が次のように述べたとき、問題の核心はこうした点にあった。曰く、「実質的正義の規準についてどのような理論構成を試みるにしても、先ず価値相対主義の徹底的な検討、それとの十分な理論的対決が必要⁽¹⁾」である、と。加藤のこの言葉を今述べた問題との関係で読み解けば、価値相対主義の問題とは現在においても十分検討に値する主題である、ということがわかるであろう。むしろ、現代正義論の経験を踏まえた現在だからこそ、価値相対主義にかんするテーマは、再考に値する主題といえるわけである。

むしろ、①—iを最大限に評価して、『正義論』の意義は「正義の二原理」に基づいた規範的な社会の枠組み作りと

しての正義設計にあるわけだから、これこそロールズが構想した「正義」の積極的意義に他ならない、と主張する者がいるかもしれない。また、「正義の二原理」をめぐる一連の議論が成功しているのか否かを判断するためには、ロールズの議論に内在した形で、別途、十分な検討を加える必要があるという者がいるかもしれない。しかし、これらは、①—iiのような『正義論』が価値相対主義の問題を克服したという疑義に対する反論としては、不十分である。①—iに基づいて、ロールズの議論は規範的な「正義」の原理を示すことに成功している、という見解を採ったとしても、このことが、iiでいわれているような、価値相対主義の主張が事実上論駁され無意味になった、それゆえ価値相対主義は克服されたという主張の理由付けにはならないからである。確かに、①—iは重要な論点である。だが、それを、iiの主張の理由付けとしてみた場合、iは単に必要条件を満たしているにすぎない。

そこで、問題としては、ロールズによって事実上論駁された対象とされている価値相対主義の主張と言った場合、一体どういうことが念頭に置かれているのか、価値相対主義の主張というときに何が表象されているのかという、価値相対主義の内容理解へと一歩踏み込む必要がある。そして、①—iのようなロールズ『正義論』それ自体が有する意義を内在的に評価することとは違った、まったく別個の問題として①—iiは読まれなければならない。すなわち、①—iiのように価値相対主義が『正義論』によって事実上克服されたと言う場合に問われているのは、実際に何が克服されていて何が克服されていないのかという価値相対主義の内容理解の問題にかかわっている、ということを理解しなければならぬ。

おそらく①—iiのように、『正義論』によって価値相対主義の主張は事実上克服されたという考えを支持する場合、その多くは代表的な価値相対主義者としてグスタフ・ラートブルフとハンス・ケルゼン、それにマックス・ウェーバーを想定していると思われる。しかし、例えば、「×××の主張のうち、×××については価値相対主義に立脚したもの

として問題視されねばならないが、そうした問題は、『正義論』の×××の議論によって克服されたと見るべきである、それゆえ、価値相対主義問題は『正義論』によって事実上「克服された、ということになった」と言える、ということを示した思想的議論は少ない。仮に、価値相対主義者に言及される場合があったとしても、その多くはラートブルフやケルゼンであって、ウェーバーについては閑却している場合が殆どである。したがって①―iiのような、『正義論』によって価値相対主義の主張は事実上克服されたという見方の多くは、ラートブルフ・ケルゼン理解に立脚した価値相対主義理解にとどまっている。そして、そうした価値相対主義理解が、ウェーバーを通じて理解されるような価値相対主義との関係ではどうなるのかといった点について、必ずしも明らかにされているわけではない。

さらに、現代正義論との関係で価値相対主義の問題を取り上げようとする場合、種々の問題が存在することもみとれる。なかでもその最たるものは、次のような問題である。すなわち、正義論と価値相対主義をめぐる問題とは、①から②へとリバタリアニズムやコミュニティリアニズムも含めた恰好で問題が拡散していくなかで現れた事態、③のような『政治的リベラリズム』以降のロールズに向けられた二つの異なった評価が現れてきた事態によって、きわめてアクチュアルな様相を帯びてくる、という問題がそれである。このことは、価値相対主義の内容理解にかかわるiやiiのような問題が①には含意されていたということから、①を受けて展開された②や③の議論についても価値相対主義の問題が関係しそうだ、ということを表している。しかし問題は、どのように関係するのか、である。そこで次に、こうしたことを念頭に置きながら、②の見解についての検討へと移ろう。

『正義論』の登場をエポック・メイキングな出来事として受け止めたのは、むしろ法哲学界だけではない。②には、そうした事情が示されている。もとよりロールズの議論は、主として倫理学の領域で伝統的に支配的であった功利主義

に対する批判として受け止められた。そして、ロールズのこうした議論は、リベタリアニズムやコミュニティアニズムのような現代正義論を構成する重要な議論の登場を準備した。この点については、既に多くの研究が蓄積されていることから明らかである。一つ一つの例を挙げることは差し控えるが、このことは、ロールズの『正義論』からノージックやサンデルといったリベタリアンやコミュニティアニズムの議論、さらにはドウオーキンのような「等しい尊重と配慮」を重視する権利論によって啓発され発展を遂げてきた、本邦の法哲学界を振り返ることからも確認できる。むしろ、一連の議論が反響呼んだ背景には、『正義論』以降に展開されるようになった議論が現代社会の問題として非常にアクチュアルな形でかかわっていて、英米社会のみならず日本社会にとっても示唆に富んだ意義深いものとして受け止められたという事情があった。②はこうした事態を示しているというわけだ。

しかし、このように『正義論』以降の動向を積極的に評価しうる一方で、その発展に応じて議論が高度に複雑化し、混沌としてきたのも確かである。現代正義論をめぐる学界の状況それ自体が現代という歴史的に固有の状況によって規定されているため、その意味で普遍的ではない事情によって規定されている、と考える余地もある。そしてこのことは、『政治的リベラリズム』の中でロールズ自身が現代という歴史的文脈を強く意識するに至ったという事情によっても端的に示されている。ただ、『正義論』におけるロールズの「原初状態」とは、そもそもがそうした歴史的文脈とは無関係に「正義」を追求しようという仕掛けになっている。それゆえ、『正義論』とは、「無知のヴェール」を被ることで必ずや合意するであろう普遍的価値としての「正義の二原理」、これを導出するための理論装置である、という見方もできよう。そして、周囲の多くはそのように受け止めてきた、と言えよう。こうした事情があることについては、注意しておかなければならない。

ところが、『政治的リベラリズム』の時点に至ってロールズは、そうした「正義の二原理」のような普遍主義的観点

ではなく、むしろ、宗教戦争を通じて歴史的に成立した——その意味で、歴史的に相対的な意味をもつ——「寛容の原理」を「哲学それ自体に適用する」こと、そして、正義の政治的構想における「人格」は「民主主義社会の公共的政治文化に内在する」し、そこでは「重畳的コンセンサス」が歴史的・社会的に成立しうるといった文脈主義的な観点——歴史的に相対化された観点——の重要性を主張するようになった。つまり、ロールズ自身は、自分が行うのは普遍主義的な「正義」の構想であるという主張を『正義論』で展開していたにもかかわらず、『政治的リベラリズム』では、部分的にはあるが、しかし核心的な部分でこれを翻し、歴史的・社会的文脈に即して「正義」を捕らえ返す必要性を訴えるようになった、というわけである。

では、現代正義論の議論状況のなかで、このように歴史的な文脈を重視するようになったロールズの動向をどのように捉えるべきかという問題になると、これを解くことは容易ではない。だからこそ、学界でも、統一的な見解を未だ形成しうるに至っていないばかりか、その裾野を広げ日々拡散している状況にあるわけである。『正義論』や、②で示されているような問題地平を前提に研究を進めてきた学界は、ロールズ自身が『政治的リベラリズム』において『正義論』の主張を部分的に翻してしまった事態を前に、これをどのようにとらえてよいのか思案し、立ち尽くしてしまっているかのようにみえる。ロールズ自身の告白にしたがって、彼が『正義論』における普遍主義的立場から『政治的リベラリズム』のような歴史的・社会的文脈主義へと立場転換をしたとみてよいのか。それとも、ロールズが思想家として変心したわけではなく、そもそも『正義論』のなかに、『政治的リベラリズム』で表明されるようになった歴史的・社会的文脈主義と親和的な観点が内在的に埋め込まれていたということになるのか。このようなロールズをめぐる問題との関係からあらためて振り返ってみた場合、当の本人を中心として②のような問題地平で展開されたような議論の意味とは、一体どこにあったことになるのか。このような諸々の問題を見渡してみると、そうした問題の一つ一つが現代正義論に

おける一種の「混迷」を構成している、とみるのもあながち不可能なことではないだろう。

ところで、こうした事態について、ローティは、ロールズが「徹底した歴史主義的、反普遍主義的態度」⁽⁸⁾に転向したとみた。ローティは、右で示した本稿の議論と一致する見解を表明し、問題の所在を的確に示したわけである。そして、事実、このようなロールズの立場転換ともとれる動向に呼応するかのようになり、さらに注目すべき動向も現れてきたし、先述の③には、そうした動向が示されている。

③には、ロールズの立場転換をめぐる対立する、性格を異にした二つの評価が登場してきた事態が示されていた。すなわち、二つの評価のうち一方の見解にしたがえば、ロールズは「共同体論の批判に耐えうるような価値対立的正統性危機の克服という課題に対して、政治的リベラリズムは正義の基底性を脱哲学化した正義の政治的構想をもって応えた」⁽⁹⁾とみることができる。しかし、他方の見解に立てば、ロールズの議論とは結局のところ、「道徳の諸制約のもとで種々の私的利益を調停する一種の合理的プロセスへと政治を還元してしまう」⁽¹⁰⁾、そういう理論であるにすぎないという。詳しいことは後述するが、「正義の二原理」から「正義の政治的構想」へとというロールズの転換をめぐる、前者は、「正義の脱哲学化」、哲学なき政治哲学に堕したとみるのに対し、後者は後者で、「政治なき政治哲学」、政治的なものを捨象した政治哲学へと堕したとみるわけだ。③にはこうした事態が示されている。

では、ロールズの立場転換という問題が提起されるに至った現在、どのように現代正義論の問題状況を理解し、問題解決のための課題を設定していけばよいのだろうか。先程のローティの見解を見てみよう。ローティは、「ロールズは、コンテクスト主義の唱導者たちの主たる攻撃目標の一つであった後に、いまでは彼らの最高の擁護者の一人になってしまったのだろうか」と問うた。「ロールズによる「公正としての正義」に関する「歴史化」された理解は、どれだけ成

功しているといえるだろうか⁽¹⁾と問いを立てた。そして、こうした形で、彼は『正義論』以降に展開されてきた現代正義論の問題を捉え返そうとしたわけである。

そこで本稿にとって重要なのは、このローティのような問いかけである。というのも、『正義論』のように「正義の二原理」といった普遍的価値に依拠して「公正としての正義」を哲学的に構想することの困難さを理由として、『正義論』で採用した普遍主義に立脚した戦略を放棄するのであれば——『政治的リベリズム』のような立場を採るのであれば——、必ずや「正義」は「歴史化」された上で理解しなければならないことを、ここでローティは看破しているからである。現代正義論における、いわゆるロールズの立場転換という問題には、普遍的価値に依拠して「正義」を構想すべしとする哲学的主張から、歴史的・社会的文脈に根ざして「正義」は構想されるべしとする主張への転換、といった意味が含まれている。そして、ローティは、まさにこの点を看破したからこそ、「ロールズによる「公正としての正義」に関する「歴史化された」理解は、どれだけ成功しているといえるだろうか」と問い返すことができたわけである。

しかし、そうであるとするれば、先にみたような②から③へと至る『正義論』を嚆矢とする現代の問題状況とは、『政治的リベリズム』以降のロールズの立場転換を受けて「正義」を「歴史化」して解釈していくための、新たな課題を設定するよう求められている状況だ、ということになる。③で示されているのは、ロールズの政治哲学が「正義の脱哲学化」を図るものであったり、哲学なき政治哲学へと墮落するものであったのか、それとも、政治的なものを捨象した「政治なき政治哲学」へと後退したのかという問題である。だが、それと同時に、ここには、こうした単純な二者択一的な問題設定を超えた地平でロールズの立場転換の問題は捉え返されねばならない、という事態もインプリケートされていたということになる。

したがって、ロールズが自ら表明したように『政治的リベリズム』以降は「正義」を脱普遍主義的に構想するよう

になったといえども、それはどの程度「歴史化」に成功しているのかといった形で問い直されなければならないであろう。あるいは、そうした「歴史化」が成功しているのか否か、『政治的リベラリズム』においては普遍主義的観点が後退しているのではないのか、といったことが問題なのではなく、そもそも『正義論』の中には歴史的・社会的文脈主義化していかざるを得ない事情が内在していたにもかかわらず、そうした事情を読み取らないまま安易に『正義論』を普遍主義的な現代正義論の出発点として受容したことに問題は起因する、とみななければならないであろう。そしてこのように言えるのであれば、この場合、決してロールズ自身が言うように『政治的リベラリズム』において自らの立場が転換したのではなく、『正義論』では萌芽的にみられたにすぎなかった歴史的・社会的文脈主義的な観点が『政治的リベラリズム』においては自覚化された形で前面に押し出されてきた、ということになる。しかし、そうであるとすれば、事態はいつそう深刻である。ロールズの立場転換にともなって現れてきた問題とは、結局、何だったのか。この点が根底から問い返されることになるからである。

ただ、本稿では、このようなロールズの立場転換をめぐる問題と網羅的に取り組んだり、それに決着を図ったりすることは断念せざるをえない。その意味で本稿の関心は、いわゆる「ロールズ研究」を行ったり、ロールズにおける「歴史化」された「正義」の構想がどれだけ成功しているのか、あるいは、成功していないのかをロールズ内在的に実証しようとする点にあるわけではない。しかしロールズの論考と取り組むにせよ、それをめぐって展開された一連の哲学的議論と取り組むにせよ、現在展開されている様々な議論それ自体が暗黙のうちに前提としている思想史的背景についての検討を伴わないまま行われるのであれば、それは、現代正義論研究として思想史的理解が欠けたものに終わってしまうし、このことだけは確かだ、と考えている。それゆえ、現代正義論の問題状況を理解し、問題解決へと向けた「見通し」を得ようとするのであれば、思想史的背景についての理解は不可欠と考えている。

ともあれ、ここに至っては、『正義論』を出発点として受け入れてきた現代正義論の問題地平を批判的に明らかにし、現代正義論の問題とどのように取り組んでいくのかを考えていく前提として、価値相対主義問題と取り組むことが不可欠である。その限りで本稿の主眼は、現代正義論の歴史に相当すると同時に、事実上は普遍主義と歴史的・社会的文脈主義の問題を主題としていた法哲学的価値相対主義の問題をその展開過程の中で検討し、再考していく点にある、といえる。具体的には、価値相対主義問題と格闘したウェバーの「価値討議」論がヤスパースの「コミュニケーション」論によって発展的に継承されていく過程に注目し、検討を行っていくことにする。

さて、以上のような問題関心を踏まえた上で、次に本稿の問題視角を明らかにしておこう。これは、ロールズの立場転換によって露わになった問題ということに對する本稿の問題視角であるが、同時に、ロールズの立場転換をめぐる問題に喚起されて価値相対主義の思想史的問題を扱う際のパスpekティブでもある。

まず、確認しておきたいのだが、先述したとおり、正義とは何かという問題それ自体は正義の真理性をめぐって古くから繰り返し争われてきた古典的問題だ、ということである。ただし伝統的な意味での正義論が、そのときどきの歴史的・社会的文脈や政治的権力によって左右されずに、いわば客観的な真理のような理念の観点から正義を正統化することを自らの任務としてきたのに対し、他方で、正義とは不可逆的な歴史の流れの中で、進んだように見えながらもまた元の位置に戻ってくるといった循環を繰り返す、いわば常に螺旋のような軌跡を描いて現れてくる実践的な問題である、という見方もあった。すなわち、正義をめぐっては、それを真理性とかかわらせながら理論的に探求しようとする哲学的なアプローチと、具体的な歴史的・社会的問題状況の中で成立する妥当な判断をめぐって争われる賢慮の問題であるという実践的な見解とが、従来から対立し合ってきたというわけだ。そうすると、現代正義論でみられたロールズの立

場転換をめぐる問題や価値相対主義の問題とは、このような哲学的問題と実践的問題との内的な緊張関係の現れであるということが理解できるし、まずはこのことを確認しておく必要がある。

そこでこうしたことを踏まえておけば、ロールズの立場転換をめぐる問題は、次のように定式化することができる。

確かに、『正義論』で普遍的原理として提唱した「正義」の構想を『政治的リベラリズム』で「歴史化」して読み変えようとするロールズの動向からは、歴史や社会の文脈から切断了上で普遍的原理として「正義」を構想することの難点を読み取ることができる。しかし、歴史や社会の文脈に即した形で「正義」を構想し直す——「歴史化」して読み変える——というのであれば、そこで構想し直されるような正義とはいかなる正義かが問題にならざるをえない。そのような歴史や社会の文脈に依拠した正義など、およそ客観性や普遍的原理を欠いた相対主義的な根なし草の正義にすぎないのではないか。仮に、そうではないというのであれば、それはなぜ、そのようにいえるのか。こうした問題が、ロールズの立場転換をめぐることは不可避的に生じるにちがいない。このように言うことができるだろう。

また、こうした展開が予想される場合、ロールズを中心として発展してきた現代正義論において現れるに至った問題については、これを表面的に理解するのではなく、その背景にある相対主義のような問題をも視野に収め、あらためて「正義」の問題を見つめ直すような枠組みが必要になる。つまり、現代において正義を論じようとするのであれば、かねてから前提とされてきた相対主義をめぐる思想的な問題を明らかにしなければならないわけだ。したがって、今や、現代正義論の問題が、右で示したような相対主義や古典古代以来の哲学的問題との関係で、しかもそれとは批判的に向き合わねばならない問題であるということを認めるのであれば、しかも、それが現代も含めてそのときどきの問題状況の中での具体的な問題解決の試みの中で現れる問題であるということを認めるのであれば、決して、先述した①のiiで表明されていたような主張を支持することはできない。むしろ、「実質的正義の規準についてどのような理論構成を試

みるにしても、先ず価値相対主義の徹底的な検討、それとの十分な理論的対決が必要⁽¹²⁾であるという加藤の主張を想起し、もう一度、価値相対主義と取り組む必要を理解しなければならない。そして、価値相対主義とは、あらゆる客観的な価値規準の定立を拒絶することによって規範的な哲学的議論の妥当性を問題化し、その妥当根拠を具体的な歴史的・社会的文脈との関連においてチェックするよう要求する、もつとも徹底した主張たりうることを認めなければならない。

また、ロールズの「正義」をめぐる問題が、「正義」を普遍的に構想すべきか、「歴史化」された理解に基づいて相対的に構想すべきかについての争いであつたことに着目すれば、この問題が、実は「ドイツ歴史主義」の問題を想起させるものとしても十分であることが理解されるのではないだろうか。さしあたり、ここで「ドイツ歴史主義」という場合、人間の理性と本性に対する信頼を基礎とした啓蒙主義や普遍主義に対する批判として、一八世紀から一九世紀のドイツで興隆した思想運動が念頭にある。そして、この「ドイツ歴史主義」とは、近代的な啓蒙主義や普遍主義の立場に見られた歴史や社会を超越した普遍的価値への帰依に対する拒絶と批判的応答の試みとして、あらゆる価値の源泉を歴史的・社会的条件に拘束される存在としての行為主体に帰そうとする契機を持っていた。このことにさえ注意しておけば、「ドイツ歴史主義」とは近代の啓蒙主義的普遍主義によって提起された問題を「歴史化」して読み替えようとする運動であつた、と捉え返すことができる。

むしろ、「ドイツ歴史主義」それ自体を扱う上では、当時の問題状況や社会的背景と関連づけた十分な検討が必要なることは言うまでもない。しかし、今述べたような「ドイツ歴史主義」を成立させた事情——価値の普遍主義的基礎づけ理論に対する、歴史的・社会的諸条件を考慮した立場からの批判的克服の志向——に注目してみれば、従来から哲学において争われてきた普遍主義と歴史的・社会的文脈主義をめぐる問題が、一八世紀から一九世紀では「ドイツ歴史主義」

の問題として、現代ではロールズの立場転換をめぐる問題として、それぞれパラレルに立ち現れてきたということができらる。

しかもこのように、一方で「ドイツ歴史主義」の問題を念頭に置きながら、ロールズの構想が「歴史化」したのかどうかという問題をロールズにおける文脈主義化の一端として理解するのであれば、「ドイツ歴史主義」をめぐる思潮の中でも、とりわけウェーバーの価値思考をめぐる問題が想起されることは想像に難くない。というのも、ウェーバー自身、「ドイツ歴史主義」を担った「歴史学派」の嫡出子であることを自覚しながらも、歴史主義が提起した問題を歴史的相対主義的な価値思考との関係で押さえ、それと批判的に対峙した上で、現実の社会政策・経済政策と学問的にかかわらせる必要があると考えた思想家だったからである。またウェーバーは、現実の社会政策・経済政策上の問題を学問上の問題として捉えようとしたが、このような実践志向は、時代状況が異なるとはいえ、現代の正義論においても共通して志向されている。その意味で、現代正義論の問題を考える際にウェーバーを参照しようというのであれば、そこに十分な理由を見出すことができる。

つまり、ウェーバーは、「ドイツ歴史主義」が提示した問題を遺産として相続しながらも、価値相対主義問題を具体的な問題状況における具体的な問題解決の試みとして捉え、価値相対主義の主張を一層徹底化させることによって従来の問題地平に対して新たな可能性を展望した思想家である。それゆえ、「ドイツ歴史主義」とは近代の啓蒙主義的普遍主義を批判的に克服したところで成立したものであったことに鑑みれば、ロールズにおける「正義」の「歴史化」をめぐる問題とウェーバーが克服しようとした「ドイツ歴史主義」や価値相対主義の問題とは、極めて近似した問題系統に属していると考ええることも十分に可能だ、というわけだ。

したがってこうした観点から、つまり、「正義」を「歴史化」して理解しようとするロールズの立場転換という事態

を「ドイツ歴史主義」との関係から思想的に理解するのであれば、「ドイツ歴史主義」のもとで思想的に成長したウェーバーの価値思考との関係で現代の問題を改めて問い直す余地が生じてくる。そして、このことを広く現代正義論の一般的な文脈を踏まえた上で振り返ってみれば、二〇世紀以降の法哲学における価値相对主義問題とは一体何だったのか問い返されなければならない、ということになる。また、このような事情が控えているからこそ、本稿では①のiiにみられるような見解には問題があると考え、そのことについてこだわったわけである。しかし、現実には、この①のiiで示された見解が広く共有されたか少なくとも前提にされていたからこそ、現代正義論は、結果的に、先に②と③で示された見解が成立するような方向に沿って生成し、発展していくことになった。¹³⁾

さて、以上のことを背景として、次に本稿が目的とするウェーバーとヤスパースの価値思考を現代正義論の思想史的背景として再構成を行っていく方法について簡単に述べておきたい。

まず、先ほど概観した現代正義論をめぐる①、②、③の見解について、さらに立ち入った検討を加えて本稿の問題視角が適切なものであることを示す。具体的には、ロールズの他、ノージックとサンデルの所論を検討することを通じて、そのことを示したい。そして現代正義論についての検討を終えた後、従来から代表的な価値相对主義者として目されてきたラートブルフの論考を批判的に検討して整理し、彼の思想と切り結ぶ形でウェーバーにおける価値思考の特質を別括していくことにする。ただし、本稿ではラートブルフの思想との全面的な比較検討を行うことはできないので、「法の妥当根拠論」を中心に検討して「正義」をめぐる考え方についての整理を行う。そうすることでラートブルフにおける相对主義的思考様式を確認し、その問題性についての検討を行い、これを終えた後で、ウェーバーの「価値討議」論へと入っていく。そして、ウェーバーの「価値討議」論は、彼の価値相对主義的思考様式を理解する上で決定的に重要

であること、その重要性については「人格」論として再構成することからも確かめられること、その後のヤスパースへ継承されるコミュニケーション的／討議倫理的なモティーフが隠されていることを突き止めたい。そうすることで、ウェーバーのような価値思考こそ具体的な歴史的・社会的文脈の中で正義を構想しようとする際には不可欠な思考様式である、ということをはっきりさせる。

ラートブルフとウェーバーにかなする検討を終えた後は、ヤスパースの「コミュニケーション」論と取り組むことにする。ヤスパースは、「価値討議」論におけるコミュニケーション的／討議倫理的なモティーフを發展させ、ウェーバー以上にこれを「人格」の問題として引き受けて捉え返し、ウェーバーを、現代における最も偉大な哲学者と評価し、その哲学的意味での後継者たろうとした思想家である。このようなヤスパースの思想の特質は、一方でウェーバーの価値思考のうちに最も優れた実存思想を見出しながら、他方でそれが排他的な単独者の哲学であることを拒絶することを通じて成り立つ「コミュニケーション」の中でのみ実存の問題が成立する、と考えた点にある。そして、ウェーバーの価値思考の中にこそ「実存哲学」の進むべき方向が示されていると考え、このことを自らが哲学していく出発点とした点に、ヤスパースの思想の特質はある。したがって、ここでは、ウェーバーの価値思考を「価値討議」論に即して捉え返すことによって、その理論的可能性が従来実存哲学者と言われてきたヤスパースの「コミュニケーション」論のなかで展開されていることを明らかにし、その軌跡から両者における価値思考の法哲学的意義を考えることにしたい。むしろそうした検討を進めるなかで、ウェーバーとヤスパースの価値思考には様々な誤解を呼び起こすような問題が伏在していないわけでもない、ということも明らかになるであろう。しかし、ヤスパースの実存思想それ自体がウェーバーの歴史的・社会的文脈を重視した価値思考と内的にかかわっているということ、このことを示していくなかで、そうした誤解は氷解するはずである。

そして最後に、両者の理論からいかなる弁明が可能になるのか、あるいは、いかなる理論的可能性が展望できるのかという点についても探っていくことにする。ウェーバーでいえば、彼にとつての価値相対主義問題とは何だったのか、彼の理論にとつて価値相対主義批判とはいかなる意味を持っていたのかを検討されることになる。価値相対主義問題とは何か、という問題は、そうした検討を通じてはじめて明らかになることだからである。同様に考えれば、ヤスパースの「コミュニケーション」論もヤスパースに寄せられた批判との関係で検討を行うことによって、例えば彼が用いた意味での「実存」や「愛しながらの闘い」といった概念は明らかになるだろう。そこで、ウェーバーについてはその歴史的・社会的文脈を重視した価値思考に対して超歴史的・社会的文脈の重要性を説きつつ「自然権」論の立場から批判したL. シュトラウスの所論を参照に、ヤスパースについては彼と全く立場が異なるようにみえる「人格の同一性」論で著名なD. バーフイットの所論を参照にしながら、両者の価値思考がもつ理論的可能性と限界を明らかにし、その法哲学的意義をまとめることにしたい。

以上より、本稿の構成は次の通りである。

第一章では、まず、ロールズの『正義論』と『政治的リベラリズム』の前後における「立場転換」をめぐる問題について概観し、現代正義論における問題の所在を確認する。また、ロールズの見解を中心に問題状況についての整理を行い、歴史的・社会的文脈と独立した普遍主義的な「正義」を構想することの困難さについて検討する。そして、この問題が、伝統的な法哲学的問題でもある「価値相対主義の克服」問題にかかわっていることを、代表的な価値相対主義者として目されるラートブルフの「法の妥当根拠論」を通じて示し、その問題性について論じる。これらの作業は、以下に続く、ウェーバーとヤスパースの思想史的検討との関連からいえば、予備的な考察ということになる。

次に第二節では、ウェーバーの思想のなかにひそむ価値思考の確かな可能性を明るみに出し、そのこととの関係において彼の「価値討議」の特質と意義を吟味する。そして、当時のドイツがおかれた政治状況に対して示された問題関心と交錯させながら、「正義」の問題は、常に政治的な問題との緊張関係において構想されるべきであるとウェーバーが考えていたことを確認する。

そして第三節では、「価値討議」の議論をふまえ、その担い手となる行為主体として、ウェーバーがいかなる「人格」を考えていたかについて吟味し、なぜ、ウェーバーの価値思考を考える上で、「人格」の問題が重要となるのか、その思想的・法哲学的意義を考察する。確かに、ウェーバーは歴史的・社会的文脈を越えた形で正義の問題を考えることに對して否定的である。しかしこのことは、ウェーバーにとって、正義の問題とはある具体的な歴史的・社会的文脈において具体的な問題解決を行うことである、ということが前提になっているからでもある。つまり、ウェーバーは正義の問題を歴史的・社会的な存在である「人格」が「価値討議」を通じて下すような、ある種の実践的な判断の問題として考えている、ということを明らかにする。したがってこの点を理解すれば、「人格」についての考察を抜きにしてウェーバーの価値思考を明らかにすることはできない、ということの意味についても理解することができる。ここでは、こうした事情を踏まえ、ウェーバーにとつての「人格」には相反する価値を追求しようとする二面性があることを明らかにし、その意義について論じることにする。

第二章では、第一章で検討したウェーバーの価値思考についての議論を踏まえ、ヤスパースの「コミュニケーション」論について検討することを主眼とするが、まずその前に、法哲学研究の側からみた実存思想の位相と、実存思想におけるヤスパースの「実存哲学」の位相を吟味しておく。なぜ今、法哲学研究の対象として、ヤスパースの思想を取り上げる必要性があるのだろうか。ウェーバーとの思想的関連性を通してヤスパース研究を行う際に生じるであろうと思わ

れる疑問の多くについて、ここで答える。そもそも、ウェーバーの価値思考を考える上で「人格」の問題が重要であるということは、ヤスパースがウェーバーの思想を継承していく際にとりわけ顕著な形で明確になったことでもある。

そして第二節以下では、「コミュニケーション」論について詳細に検討し、その法哲学的意義について考察していく。そこで主な分析対象となるのはヤスパースの主著『哲学』である。ヤスパースといえば、著名な「実存哲学」者であるが、ここでは「コミュニケーション」論における「現存在」の意義を「実存」とかかわらせながら考察し、それがヤスパースの法思想としてどのように形成されているのか、また法哲学的な観点からみた場合、どのような問題が含まれているのかについて考えてみたい。また、「コミュニケーション」論において重要な概念である「愛しながらの闘い」を遂行する行為主体として、いかなる「人格」が考えられていたのかを、ウェーバーとの比較思想的観点も視野に入れながら考察する。

第三章では、まず、第一節と第二節において、従来価値相対主義の主張や「実存主義」に対して実際によせられてきた批判や、現在の視点からみても、よせられるであろうと思われる批判について、ウェーバーとヤスパースの価値思考からみた場合に、いかなる弁明が可能であるかを論じる。したがってこの作業には、第二章まで行ってきた検討と考察を通じて得られた知見が援用されるわけだが、とりわけ注目したいのは、両者の「人格」に対する考え方である。というのも、「人格」に対する見解を、価値相対主義の主張や実存思想に対する批判への弁明としてどのように読み変えていくことができるのか、この点に、「価値討議」や「コミュニケーション」論の現代的意義がかかっているといっても過言ではないからである。「討議」の担い手として想定された人間像がいかなるものであったか。ヤスパースの場合であれば、行為主体として哲学する人間像がどのようなものとして描かれているのか。この点を明らかにすることによって、彼の「コミュニケーション」論や、「実存哲学」の性格を別決する。

そして、第三節では、ウェーバーとヤスパースの「価値討議」と「コミュニケーション」論における「人格」をめぐる生じる難問に対して、彼らの議論から、どのような展望が開けてくるかを吟味する。両者における「人格」とは、時間的に継続する不変の統一的主体としてみられているような人格ではなく、討議やコミュニケーションを通じて不断に反省的に行為する主体であった。では、そのような行為主体を両者が想定していたとして、両者の人格構想を現代の規範的正義論の文脈に投げ入れた場合、それは、いかなる意義を持ちうるのか。この点について、パーフィットの「人格の同一性」論に着目し、それとの関係で整理し、吟味しておく。パーフィットによれば、首尾一貫した不変の統一的な人格像とは異なった時間の推移にともなう心理的な連関状態こそ「人格の同一性」論においては重要だ、という。だが、このような彼の主張は、ウェーバーやヤスパースにおける「人格」との関係からみれば、どのように捉え返すことができるだろうか。極めて興味深い問題がここにある。そこで、「価値討議」や「コミュニケーション」を遂行する担い手である「人格」をめぐる問題について、パーフィットの「人格」論との関係から比較検討することによってその意味を解きほぐしてみたい。個々人と個々人が相互に結ぶ関係性として社会を捉え、そうした中で法や倫理、あるいは道徳はいかにあるべきか。こうした現代正義論の主要な関心事がパーフィットにおいては「人格」論によつて表意されているので、そうした「人格」論との関係からウェーバーとヤスパースにおける議論の射程を測ることにする。

また、それに加えて、普遍と特殊、普遍と個別、あるいは普遍主義と文脈主義の対立といった問題状況を抱えた現代正義論との関係で、両者の法思想がもつ可能性と展望を測るために、シュトラウスの論考を参照しておく。シュトラウスはウェーバーを歴史主義者とみなして問題化しようとするわけだが、ここでは、その歴史主義に対するシュトラウスの問題の立て方に注目し、現代正義論における普遍主義的観点と文脈主義的観点をめぐる問題状況を考える上での示唆を得ることにしたい。また、同時に、歴史主義的で文脈主義的である「価値討議」を特徴とするウェーバーの価値思考

やヤスパースの「コミュニケーション」論とは、現代まで綿々と続く普遍的な思考の思想史との関係でいかなる軌跡を描くことになるだろうか、といった思想的な問題についても考察しておくことにする。そして、これら一連の作業は、前節までの成果を踏まえ、ウェーバーとヤスパースにおける「闘争」の意義と「人格」を常に参照しながら展開していく。

以上が本稿の構成と大まかな内容であるが、最終的には、ウェーバーとヤスパースの価値思考をめぐる考察から得られた成果をもとに、現代法哲学における規範的正義論の背景を成している思想史的問題を再定位し、法哲学界における『正義論』以前と以後との議論を——価値相対主義について従来検討されてきた問題を批判的に継承したうえで、それを現代正義論の問題地平へと——生産的に接合させていくための方向性を示し、まとめたい。

第一章 ウェーバーにおける価値相対主義問題

本章の目的は、ウェーバーにおける価値相対主義問題を検討することによって、ウェーバーの価値思考に潜む法哲学的意義を明らかにすることである。そのための予備的作業として、はじめに現代法哲学で展開されている正義論について検討を行うところ、なぜ一見してウェーバーの価値思考と関係があるようには見えないような現代の正義論についての検討を行うことから本章を始めようというのか。そうした予備的作業を行う理由を先取りすれば、次のようになる。すなわち、ロールズが『政治的リベラリズム』を著してから現代正義論は、新たな問題地平へと展開していく徴候をみせている。しかし、こうした事態は、既に一世紀も前にドイツで生じた思想史上の問題、とりわけウェーバーの価値思考をめぐる法哲学的価値相対主義の問題を想起させるものとして十分なものだからだ、ということになる。

ロールズの『政治的リベラリズム』とは、本人の自覚的な言及から確かめられるように、『正義論』で展開した議論を「歴史化」して読み変えようとする試みである。そして、このことは、歴史や社会の文脈とは切断された普遍的価値として、「正義」を客観的に構想していくことがいかに困難であるかを示している。ところが、まさにこの普遍的価値と歴史的文脈をめぐる問題とは、ドイツの思想経験が既に正面から取り組んできた問題と密接にかかわっている。それは、歴史的文脈を重視する観点から普遍的価値一般に対する批判として展開された、ドイツ歴史主義の問題である。既に触れたが、ドイツ歴史主義とは、啓蒙主義的な立場から押し付けられた普遍的価値を批判的に克服しようとする過程の中で生じた思想的立場のことである。それゆえ、「正義」の基礎づけを歴史的・社会的文脈との関係から行うのか、そうした文脈を超越した普遍的観点から行うのかといった問題は、『政治的リベラリズム』以降の問題であると同時にドイツ歴史主義において争われた問題でもある。そしてドイツ歴史主義の問題に着目すれば、自身は歴史主義の立場に立ちながら、それへの理解を内在的に徹底させていく方向の中で歴史主義の問題を克服し、歴史的・社会的文脈に即した問題状況の中にありながら価値思考の可能性を切り開こうとしたウェーバーの研究が思い浮かぶ、というわけである。

しかも、このような歴史主義とウェーバーという問題は、法哲学の研究史を振り返ってみれば、『正義論』によって克服されたと一般的には考えられている価値相対主義の主張をめぐる問題を惹起するものでもある。つまり、正義を規範的に語りうるとすれば、それはいかにして可能になると学問的に言えるのか。法哲学上の問題を思想的に考えようとすれば、このような価値相対主義をめぐる問題が、現代正義論における問題との関係で、再び検討の対象になり得るというわけだ。

以上のような問題関心から、本章では現代正義論の思想的背景としてウェーバーにおける価値思考の問題を現代正義論の思想的背景として構成していくことにする。そしてそのための準備として、まずは現代正義論の諸動向につい

てロールズを中心に検討し、整理し、価値相対主義の問題について、相対主義法学の代表的な論客として目されているラートブルフの所論を吟味してこうした問題状況へと接近する見通しを立てておくことにする。そして準備が整った後、ウェーバーの価値思考について検討するという手順を踏むことにしたい。

第一節 現代正義論の問題背景

本節では、まず現代正義論のバイオニアであるロールズの『正義論』で問題とされた論点とその後の議論状況を確認し、『政治的リベラリズム』以降のロールズに向けられた批判を踏まえた上で、現代正義論における問題のポイントを確認する。そして、次に『正義論』が読まれるようになる前は盛んに探求されていた法哲学的価値相対主義の思想をラートブルフの見解に即して検討することにした。

第一款 ロールズ『正義論』以降の問題地平

一九七一年にロールズが『正義論』を著したとき、規範的正義論は長きに渡る眠りから目を覚ました。法哲学のみならず、政治哲学や社会哲学といった隣接関連領域をも取り込みながら発展を続けた規範的正義論の出発点として、今後『正義論』は記念碑的な業績として位置づけられるであろう。しかしこうした評価が与えられる一方、他方では刊行から三〇年以上を経た現在、実質的正義の規範的基礎づけを目指した一連の議論——現代正義論——は、ある種の「混乱」に陥っていることも確かである。ここでは、『正義論』によって提起された問題と『正義論』をめぐる繰り広げ

られた論争とを概観することを通じて、なぜある種の「混乱」に陥っていると考えられるのかを検討する。そして、その「混乱」を解きほぐす糸口を見出したい。

『正義論』が登場する以前に実質的正義の問題を展開しようとした場合、価値相対主義の問題を避けて通ることはできなかつたわけだが、まずはこの点を確認することからはじめよう。

例え話ではあるが、今、あなたは形式的正義ではなく、実質的正義を実現するよう迫られているとしよう。そして、そうした実質的正義を実現するために、ある法的判断を下したとしよう。ところが、そこで下したあなたの判断をめぐって、それは恣意的な判断であると考え、これに従うことを拒否する者が現れたと仮定しよう。そうすると、あなたは自らの下した法的判断が決して恣意的なものではなく、いかに正義になつてゐるかを説明する必要に迫られることになるであろう。つまり、自らが下した法的判断を正当化しなければならなくなる、というわけだ。しかもこの場合に争われているのは形式的正義の問題ではないので、所定の手続的条件を満たしていることをもつて自らの正当性を根拠づけることはできない。それゆえ、手続的条件とは違つた実質的な理由によつて、自らの判断が恣意的な専断ではないことを示さねばならなくなる。

さて、あなたは、こうした局面に追い込まれた場合、どのように考えるだろうか。様々な答えが考えられるであろうが、例えば、自らの判断が正しいのは客観的な見地から下した判断で真理になつたものだからだ、と説明する人がいるかもしれない。実際、古来より哲学にとって重要な課題とは、正しさとは何か、なぜそれが正しいといえるのか、正しさを根拠づけるものとしての客観的なものや、あるいは真理を探索することであつたといえる。しかし、そうした客観的なものや真理の見地を獲得することは本当に可能なのだろうか。いや、正義の正当性をそうした客観性や真理性

から基礎づけることなどできないのではないか。結局、正しさとは、相異なる評価主体の間で相対的に定まるものであって、それ以上でもそれ以下でもないのではないか。そうであるとすれば、こうした問題を学問的に扱うこと自体、無駄な試みなのではないのか。仮に、こうした疑問が湧き上ったとすれば、そうした伝統的な哲学観に立った答えて満足することはできないだろう。しかし、正しさをめぐってはこうした根本的なこと、すなわち、たんなる正当性とは異なった意味での正統性も含めてが問題になる。

したがって、実質的正義をめぐる問題に直面したあなたは、自らが下した法的判断を正当化する過程のなかで、決して看過できない根本的な問題——正統性の問題——を投げかけられる可能性がある、それも常にある、ということに気がつくことになる。また、実質的正義にかんする問題を学問的に取り扱うということとは、それ自体、甚だ厄介なものであるが、それと同時に決して避けて通ることのできない問題を常に潜在的に含んでいる、ということも理解するようになる。そしていかなる実質的正義の正統化に対しても懐疑を表明するのが価値相対主義であるゆえ、実質的正義の問題を展開しようとする場合に価値相対主義の問題を避けて通ることはできない、ということに気がつかざるを得ない。

価値相対主義の主張とは、そもそも正義とは何かを学問によつて客観的に規範的に基礎づけることができないとみる立場のことであった。加藤新平にしたがえば、正義や客観的真理の問題を認識の対象として想定しうることを認めるが、ある価値の妥当性は相異なる評価主体の間で相対的にしか定まらないので、正義や客観的真理の認識可能性はそもそも断念せざるを得ないとみる立場のことでもある。⁽¹⁴⁾すなわち、ある判断の正しさの是非にかかわる問題を論じる場合であっても、それは相対的にしか定まらない。そもそも正義にかかわる問題を学問的に決定することはできないということを含意した立場のことである。したがって価値相対主義の主張に立てば、正義や真理を客観的に同定することは不可能であり、また認識することもできないということになる。そして、価値相対主義とは、かような懐疑的な立場である

からこそ、「実質的正義の規準についてどのような理論構成を試みるにしても、先ず価値相対主義の徹底的な検討、それとの十分な理論的対決が必要¹⁵⁾」になる、というわけだ。

かくして価値相対主義の主張とは正義論に対して最も根源的な挑戦を投げかけることになるが、それは、法的判断や正しさをめぐって争いになる正統性の問題と直接的に関わっているからである。「実質的正義の規準」の「理論構成」を試みるような場合に、価値相対主義の主張は、そのように構成された「理論」それ自体が相対的にしか定まり得ないと批判する。したがって、この主張に則れば、正義や真理をめぐる価値相対主義的な問題を克服することができなければ、そもそも正義の問題を学問的に取り扱うことなどできない、ということになる。その結果、客観性や真理性によって正義を正当化したら正統化することはできないし、認識することさえできないという場合には、「正義とは何かを学問的に語ることはできるのか」ということを学問的に語ることはできるのか、といったいわばメタ・レヴェルでの問いだけを問題としうるにすぎない、ということになる。そして、このようなメタ的な問いをめぐる検討から始めなければならないということが、従来の法哲学の領域では、正義にかんする問題を取り扱う場合の暗黙の「約束事」だったわけである。

ところが、まるでこうした「約束事」など無かったかのように、『正義論』以降は事態が一変したと言わざるを得ない。というのも、ロールズの「原初状態」を認めて「正義の二原理」を採用さえすれば客観的に実質的正義を正統化することができるし、規範的正義論を創造的に展開していくことができる、と考えられるようになったからである。¹⁶⁾そして、こうした理解が浸透していくにしたがって、法哲学界では次のようなことが了解事項になった。すなわち、価値相対主義の主張が相対的にしか決まらなないと喝破した「実質的正義の規準」を『正義論』は実際に示すことに成功した。それゆえ、価値相対主義こそ哲学的誤謬以外の何物でもなく唾棄されるべきものである、という考えが共有されるようになって

たわけである。

結局、『正義論』以降、規範的に「正義」を構想しようとする気運が高まるのにしたがって、伝統的な価値相対主義問題とその克服というテーマは急速に影を潜め、衰退した。学界では、「正義の二原理」が画期的な発見として評価されるようになり、法哲学的価値相対主義が突きつけた懐疑的な問題に対する答えとしては、ロールズの『正義論』をもって正解とすることが事実上公認されているかのようになった。価値相対主義によって提起された厄介な問題を、ロールズは、ある「画期的な発見」をすることによって実に見事に切り返したのだ、という誤った理解がそこにはある。では、なぜそうした理解が誤っているといえるのだろうか。「画期的な発見」とはいかなるものであったのだろうか。この点から確認していくことにしよう。

ロールズによれば、「正義は、社会制度の第一の徳目であって、…法と制度は、正義にもとるならば、どんなに効率的で整然としても、改正されるか廃止されるかしなければならない」。そして、人々は社会の徳目として正義を正統化する「諸原理」を選択せざるを得ないが、それは、「原初状態」という「適切な初期のありのままの状況」に置かれた人々が「無知のヴェール」で包まれているからだ、と考えられた。ロールズはこのように説明する。そして、ここで獲得された「基礎的な合意」は「公正」なものとして疑念の余地なく承認されねばならず、こうした手続を経ることによって「正義の二原理」は成立する。それゆえ「正義」の概念とは、それ自体としては「原初的契約」に基づく「合意の対象」であるが、同時に、「自分自身の利益の増進に関心をもつ自由で合理的な人々であれば、自らの連合体の基礎的な条項を定義するものとして、平等な初期状態において受け入れるであろう諸原理」ということになる。⁽¹⁷⁾ ロールズはこう述べる。

しかし、なぜ、人々はこのような「諸原理」を正義の正統化理論として選択することになるのだろうか。人々が多様な原理を主張し合うという場合も考えられそうなものだが、ロールズによれば、そうした事態が起こることはありえない。「正義の二原理」を選択する人々は、「原初状態」という「適切な初期のありのままの状況」の下で「無知のヴェール」によって包まれているからである。ロールズにとってこのような「無知のヴェール」の下で獲得されるのは、「基礎的な合意」以外に考えられない。そうした「基礎的な合意」のみが「公正」な「諸原理」の導出を可能にするからである。それゆえ、こうした「公正」な合意手続から導かれた「正義の二原理」⁽¹⁸⁾以外に実質的正義を正統化する「諸原理」など考えられない、というわけだ。自己利益に関心を持った自由で合理的な人間は、確かに「原初状態」で「無知のヴェール」を被されるが、「基礎的な合意」についてはこれを「公正」なものとして承認するので、結局は「正義の二原理」を否が応でも採択せざるを得ない、ということになる。

さて、こうしてみれば、価値相対主義の提出した問題に悩まされてきた法哲学界にとつて、ロールズの『正義論』とは「何が正義といえるのか」という不毛な問いに終止符を打つものとして映じたに違いない。ロールズにしたがえば、「無知のヴェール」を被された「原初状態」では、「公正」な合意手続の下で「正義の二原理」という実質的正義を正統化する「諸原理」が得られるし、何よりも人々はそうした手続の採用を余儀なくされているからである。それゆえ、なぜあなたの法的判断が正しいといえるのかという問いについては、端的にそれが「正義の二原理」にかなっているからです、と答えれば必要にして十分であるということになる。このように受け止められたに違いない。そして、そうであったからこそ、まさに「正義の二原理」は「画期的な発見」として広く受け入れられたわけだ。

それゆえ、『正義論』を肯定的に評価した者には、次のような指摘が妥当した。

「原初状態…で締結される仮説的契約の当事者たちによって選択されるような原理」とは、もしも当人たちが合理的で理性的であるならば、「諸々の基本的な個人の自由を保障するもの」と「公正な機会の平等を掲げる一方で、社会的・経済的不平等、社会の一番底辺にいる者たちに最大限の利益を提供するように制度装置がなされることを保証するもの」からなる「正義の二原理」以外に考えられない⁽¹⁹⁾。

ともあれ、実質的正義を「公正」な仕方では哲学的に正統化する議論地平が今ここに開かれた、と一般的には考えられてきたといつてよいだろう。少なくとも『正義論』以降、価値相対主義の問題をどのように克服するのかといった議論が「時代遅れなもの」へと成り下がってしまったのは間違いない。何よりも『正義論』の功績とは、実質的正義を基礎づける客観的で普遍的な観点を見出した点にあるのであって、価値相対主義が提起してくるような厄介な問題を克服した点にある、というわけだ。ところが、法哲学の議論地平にとつてそれほど重要なパラダイム・チェンジをもたらしたにもかかわらず、『正義論』には発表された当初から多くの批判が寄せられてきたのも確かである。なかでも、リバタリアンとコミュニタリアンと呼ばれる人たちの批判は、『正義論』の核心にかかわっていると思われる。そこで、その代表として、ノージックとサンデルの議論を取り上げてみることにしよう。

まず、ノージックだが、彼は、ロールズが「格差原理」という議論に依拠して国家の福祉的再分配政策を導き、才能とは共有されるべきであると主張するのに対して、J. ロック的な自然権論の立場からの批判を展開する⁽²⁰⁾。ノージックは、自己の生命・健康・自由・財産にかんする権利の基底性に立脚した権原理論の立場から、「才能に恵まれた人達（仮に甲とする——菅原注）」による「才能の恵まれない人達（仮に乙とする——菅原注）」への問いかけを引き合いに出し

ながら、ロールズの議論を根底から揺り動かす。⁽²¹⁾ ノージックは次のようにいう。乙は甲と協同すれば利益を受けることを知っている。だが、もし乙が甲に協同してほしいと思うのであれば、乙は、ある条件を飲まなければならない。その条件とは、甲が乙に協力する引き換えとして最大限の利益を受けるということ、このことを乙自身が了承する限りで甲が協同するという条件である。つまり、乙としては、協力してもらおう代わりに甲が最大限の取り分を取ることに同意する、しかも、それ以上を取ると結果的に甲が最大限の利益を得られなくなるギリギリの線まで、甲が取り分を取つてよいということについて同意せよ、というのがこの条件の内容である。そして、この条件を承認するなら、甲は乙と協同してあげてもよいと、このようにいうわけである。

さて、甲と乙のどちらが「才能に恵まれた人」で、どちらが「才能に恵まれない人」として想定されていたのだろうか。言うまでも無く、甲が前者で、乙が後者の「才能に恵まれない人」であつた。では、なぜ乙は「才能に恵まれない人」であるにもかかわらず、「才能に恵まれた」甲に最大限の利益を与えるような条件に同意しなければならないのだろうか。こんな条件が取るに足らないものであるということなど、自明であるかのようにささみえる。しかし、こうした条件に同意しなければ、乙は才能に恵まれていない以上、協同を通じて利益さえも享受することができない、ということになる。むろん、ノージックもこうした話を取るに足らないものであることは承知している。それにもかかわらず、ノージックがこうした議論を展開したのは、ロールズの「格差原理」の論理的な矛盾を突こうとしたからである。

むろんロールズの「格差原理」にかんする説明を実際に参照してみれば、ここでノージックが甲と乙を入れ替えた、まったく逆のケースを想定していたことがわかる。ロールズにおいては、「才能に恵まれた」甲が「才能に恵まれない」乙と協同することで利益を受けることがあつてもよい。ただし、甲が乙との協同によって利益を享受できるのは、乙が可能な限り最大の利益を取ることを甲が乙に対して提案し、乙がこの条件を認める場合に限られる、というのが「格差

原理」の趣旨とされている。つまり、先程の例と比べると、甲と乙とが逆になっているわけだ。

このようなロールズの見解は、一見してもっともであるかのようにみえる。少なくとも、先程あげたノージックのうなケースとは違い、真剣に検討すべき議論を提出しているかのようにもみえる。しかし、だからこそノージックは自覚的に、あえて甲と乙との関係を入れ替えて検討すべきだと主張したにちがいない。というのも、ノージックは、ここで甲と乙を逆転させてはいけないことを正当化することなど不可能だと考えていたからである。実際、甲と乙との才能にかんする関係を入れ替えて考えてみれば、ロールズの「格差原理」とは、「才能に恵まれない人」である乙に対して不平等を促進しかねないようなメカニズムであるにもかかわらず、それを粉飾する理論装置であるということが露わになる。たしかに、ノージックが言うように、甲と乙とを入れ替えて考えてみれば、ロールズの「格差原理」における長所の「もっともらしさ」というものが揺さぶられてくることは疑いえないだろう。

では、ノージックがこのように主張したのはなぜだろうか。それは、端的にいえば、ノージックがロッキ的な意味での所有権を重視しているからである。すなわち、「市民すべてを暴力・窃盗・詐欺から保護する役割」および「契約を執行することなどに限定されている」ような「夜警国家」のみが「歴史的」に構成されている「配分の原理」を「正しく」機能させうる、とノージックは考えているからである。それゆえ、「才能に恵まれた人達」が「才能」を所有していることに対して「歴史的」に正当な裏づけがある場合には、そうした「才能」を「才能に恵まれない人達」に対して譲りたくないという人達がいてもよいではないか、と彼は主張するわけだ。人々の間で「才能」は事実として偏在している以上、ロールズが言うような「現・[時点での]・時間断片・[しか問題にしない]」原理⁽²²⁾（原文強調）によって現実が成り立っているわけではない。先述の例でも示したように、「才能に恵まれた人達」が「才能に恵まれない人達」に対して過酷ともいえるような条件を突きつけることもあり得るし、少なくともそれがロールズのような立場から否定され

なければならぬ理由はない。ノージックはこのように考えたのであろう。

こうしてみれば、ノージックとロールズにおける争いとは、「才能」の所有とその「配分の原理」をめぐる問題であり、その解決のためには歴史的観点を導入するのか、あるいは、しないのかといった点にあることが理解できる。そして、「配分の原理」を実際に行う国家像としては、これをロールズがいうような社会的福祉国家を選択するのか、それともロツクの夜警国家を選択するのかといった、二つの国家像をめぐる選択の問題へと最終的には帰着することになる。

さて、次にサンデルの議論に移ろう。ノージックと比べると、サンデルの議論はロールズが構想している理論の背後に潜む人格観とかかわっている点で特徴がある。『正義論』におけるロールズの「人格」は、「自己の本性を自由で平等な合理的存在として表現する生活様式を彼に構成させることができるような条件を求める」、「自ら選択した諸目的を持つ主体」として規定されていた。つまりその意味では、「自我は自我によつて肯定される目的に先行する」存在である。²⁴そして、ロールズにとつてこのような「人格」の構想は、「自由で平等な合理的存在として表現したいという願望は、第一の優先順位を持つものとしての正と正義の諸原理に基づいて行動することによつてのみ満たすことができる」、²⁵と考えられていた。「人格」とは、各人各様に共通する一般的な「善」のような、何らかの特定の目的があるから、それに沿つて形成されてくるといったようなものではない。そうではなく、「人格」とは、そうした特定の目的に対して、むしろ先立つて存在する主体でなければならない、というわけだ。

またロールズは、こうした主体が成立する条件が「善」のような特定の目的に対して「正」の優先性を支持する点にあるという。なぜ、「善」に対して「正」が優先性を一律に持つと言えるのかという点については置いておくにせよ、ここでのロールズは、各人の「善」をめぐつて争われるであろうコンフリクトを規制する枠組みとして、「正義」の概

念を要請していると理解することができる。そうすれば、コンフリクトをコンフリクトとして処理する枠組みはもちろん、「正」の基準やそうした枠組みが枠組みとして公正に機能するにはコンフリクトとは無関係な中立的立場からそれらが決定されるのでなければならぬ、というのがロールズの主張のポイントだ、ということになる。サンデルは、ロールズの『正義論』のポイントが「善」に対する「正」の優先性を主張する点にあるとみたわけである。⁽²⁶⁾

むろん、サンデルがこのようなロールズの立場を支持しているわけではない。そうではなく、サンデルは、「善」から独立して「正」を選択しうるような「人格」とは一体いかなる「人格」なのだろうか、という点が問題であると考えていた。仮にロールズが言うように、「善」とは独立に「正」を選択しうるような「人格」を考えることができるとすれば、それは、そうした「人格」にとつてそもそも「善」の問題自体がどうでもいい問題だったからなのではないだろうか。サンデルにしたがえば、ロールズは「善」から独立した存在としての「まったく負荷なき自我」へと「人格」を不当に貶めることによつてはじめて、そうした見方が可能になったにすぎない、というわけだ。つまり、ここでサンデルが想定しているのは、ロールズのような「善」に対して「正」を優先させるような「負荷なき自我」——つまりは歴史的・社会的文脈とは無縁の自我——に立脚した「人格」の構想では、「われわれが通常認めている、広範囲な道徳的、政治的責務の意味を理解できなくなる」、⁽²⁷⁾という人格観である。

ここで、サンデルの議論を少し敷衍しておこう。今、見てきたとおり、ロールズが言うような「人格」とは、「正」を「善」に対して優先的に選択するような「人格」であった。しかしそうであるとすれば、そうした「人格」相互における差異はいかなる意味をもつことになるのだろうか。サンデルはこの点に注目した。ロールズがいう「人格」においては、「善」よりも「正」を優先させなければならぬとされる。むろん、そこで想定されている「正」とは「正義の二原理」に則つて測られるべき「正」以外には考えられない。しかし、そうした場合、個々の「人格」にとつて重要な

「善」の問題が「正」の問題へと還元されてしまうことにもなる。それゆえ、「人格」と「人格」との間における個性が、そこではほとんど意味をなさなくなる、という帰結を招く。一步踏み込んでいえば、そもそも「善」に対して「正」を優先させるべきであるという主張それ自体が、個々の「人格」間の個性の意味を無くすべきだという要請を含んでいるということである。

結局、サンデルにしたがえば、問題は、ロールズの『正義論』で前提とされている「原初状態」という装置が、「複数の人格ではなく、単独の主体だけが、無知のヴェールに隠れている」という点に帰着する。そして、その理由は「原初状態」において「人格の多元性が要請される」としても、当事者相互を全く同一のものとして位置づけるような「無知のヴェール」が広がる⁽²⁸⁾とき、この多元性は解体「せざるを得ないからだ、というのがサンデルの主張のポイントである」。

つまり、サンデルはロールズの「人格」が単数の「人格」にすぎず、「善」について争い合うことなく必ずや不変の「正」を優先させるような存在であることを看取した。それゆえ、彼は、「原初状態の秘密」が、「そこで当事者がすることではなく、むしろ、そこで当事者が感知すること」にあると述べ、ロールズにとって「重要なのは、当事者が選択するものではなく、見るものであり、決めるものではなく、発見するものである」ことを、⁽²⁹⁾的確にも見抜いたわけだ。よしんば、ロールズがそれぞれの「人格」と「人格」との間には個性があり、差異を識別することは可能であると主張したとしても、サンデルがいうように、そこに「無知のヴェール」がかけられてしまっているのであれば、「人格」の個性や複数は解体する⁽³⁰⁾としか考えられない。少なくとも、「選択するもの」や「決めるもの」ではないであろう。ロールズ自身、「正義の二原理は、既存の願望とか現在の社会状態に条件づけられていない」から選択されると述べていたことを思い返せば、このサンデルの指摘は非常に説得的である。

このように、サンデルからみれば、ロールズの『正義論』とは予め何らかの解答Xが存在することが前提にあつては

じめて成立する議論にすぎない。そして、ロールズにとって決定的に重要だったのは、「原初状態」で「無知のヴェール」を被せられた各「人格」が集まって、この解答Xを「見るもの」として捉えたり「発見することだった、ということになる。もちろんこのようなサンデルの見解は、ロールズ批判として一面的かもしれない。しかし、サンデルの議論が重要なのは、右で述べたように「原初状態」で「無知のヴェール」を被せられた「人格」であれば誰でも獲得できる、そういう普遍的な解答Xの存在を予め想定できる仕掛けになっている、だから残されたことといえば、所定の「公正」な手続きにしたがって解答Xすなわち「正義の二原理」を見つけ出すだけだ、以上のような構造に『正義論』がなっている、ということ指摘した点にある。だが、そもそもなぜ、「原初状態」で「無知のヴェール」を被せられることに「人格」は同意しなければならないという合意が先取りされてしまっているから、ということになる。確かに、この「原初状態」を拒否することはできないという合意が先取りされてしまっているから、ということになる。確かに、この「原初状態」をめぐる問題さえクリアしてしまえば、後はロールズのいう所定の「公正」な手続きにしたがって「人格」は同じ解答Xを手に入れることができる、と言えるだろう。それゆえ、そもそも解答Xなるものは存在するのかといった問題や、解答Xが何かをめぐって繰り返られるべき争いは、ロールズの議論のなかでは隠されてしまっている。こうした点を指摘したのが、サンデルだったわけだ。

さて、ロールズは以上のような批判をノージックとサンデルから受けたわけだが、その後一九九三年の『政治的リベラリズム』では、自らの立場が『正義論』から大きく変化したように見えるかもしれない」と断った上で、『正義論』の特徴を次のように総括した。すなわち、「正義の二原理」とは「良き秩序をもつ社会」という観念と結びつくことが前提になっていたが、これは、「その秩序のもとにあるあらゆる市民が、現在わたしが包括的な哲学的教義と呼んでい

るものの基礎の上に立って、それを支持している」ことを意味している。たしかに、「正義についての政治的観念と包括的な哲学的教義の区別について、『正義論』では論じていない」。しかし、「ひとたび疑問が提起された場合、『正義論』が公正としての正義と功利主義を、ともに包括的あるいは包括的な一面を持つ教義として論じていることは明らかである」と。⁽³¹⁾ここでは、『正義論』が「包括的な哲学的教義」の一つにすぎないということを、ロールズ自身が表明し、しかも、「正義の二原理」とは「包括的な哲学的教義」であるゆえ、万人に選択されるものとして採用することができないとさえ言われるに至っている。つまり、「正義の二原理」に替えて、むしろ「深く対立しているがリーズナブルで包括的な教義が共存し、あらゆる人が立憲体制という政治的観念を肯定するということ」、「そのような重畳のコンセンサスの支持を取り付けること」⁽³²⁾を可能にする政治的観念の構造や内容を問わねばならない、と『政治的リベラリズム』では主張されるに至ったわけである。

ところで、こうしたロールズの『政治的リベラリズム』における発言は、決して看過することのできない重要な問題を含んでいる。「無知のヴェール」を被った「原初状態」が想定されることによって誰でも必ず合意に至るとされた普遍的志向を持つ「正義の二原理」ではなく、むしろ「正義」とは、宗教戦争を通じて歴史的に成立した「寛容の原理を哲学それ自体に適用すること、そして、『民主主義社会の公共的政治文化に内在する』歴史や社会の文脈に根ざした「人格」によって構想されるべきものである、⁽³³⁾ということを表明しているからである。ロールズは、『正義論』から大きく変化したように見えるかもしれない」と断りを入れているが、このことは、本人以外にとつては、わざわざ断られるまでもないほど一見して明白な立場転換である。例えばローティは、「徹底した歴史主義的、反普遍主義的態度」⁽³⁴⁾への転向とみたわけだが、妥当な診たてである。

ただし、このようなロールズの変化については、見方を、ノージックなどから『正義論』以降に受けた批判に対する

応答としての『政治的リベラリズム』という理解ができないわけでもない。そこで、この点を、確認しよう。まず、ノージックによるロールズ批判のポイントとは何であったか。この点からみてみよう。

先にみたように、そのポイントの一つは、ロック的な「夜警国家」のみが「歴史的」に構成されている「配分の原理」を「正しく」機能させるのであって、ロールズのような「現〔時点での時間断片〔しか問題にしない〕原理〕」がそれを成り立たせるわけではない、という点にあった。そこで、このようにノージックから批判をされたロールズは、『政治的リベラリズム』において、「民主主義社会の公共的政治文化に内在する」歴史や社会の文脈という歴史的観点を重視するように立場転換を行った。つまり、ロールズが『政治的リベラリズム』において歴史的観点を重視するようになったのは、ノージックがいうように「現〔時点での時間断片〔しか問題にしない〕原理〕」を誤りとして認めたからだ。このようにみることも十分に可能である。

そして、このように、ノージックが提起した歴史的な観点をめぐる問題を『政治的リベラリズム』は解消しようとしたのだ、と読むことができれば、残る問題は、ノージックの構想が「リーズナブルな包括的教義」であるのかどうかという点に絞られることになる。そして、もし、ノージックの構想が「リーズナブルな包括的教義」であるということになれば、次にその構想は歴史的・社会的文脈に即した「重畳的コンセンサスの支持を取り付けること」⁽³⁷⁾に成功しているのか、あるいは成功していないのかを吟味すればよい、ということになる。ロールズは、このように考えたのかもしれない。先立って、ロールズは『正義論』で捨象していた歴史的観点を『政治的リベラリズム』では採用し、かつて歴史の問題という観点から自らを批判したノージックへ応答したとみることもできると述べたのは、以上のような事情からである。

さてこうしてみると、『政治的リベラリズム』とは、『正義論』のように非歴史的で非社会的で非文脈主義的な普遍的

価値としての「正義」が選択されざるをえないような理論装置を創出しようとする試みではない、ということがわかる。そしてそこに両者の決定的な違いがあることもわかる。ある「リーズナブルな包括的教義」にとつて重要なのは、ある歴史的・社会的状況の中で「重疊的コンセンサスの支持を取り付けること」ができるのか否か、である。例えば、自分（ロールズ）の主張する「正義」と相手（ノージック）のいう「正義」との、どちらに軍配がಾಗるのか、それを、自分（ロールズ）が新たに設定した合意形成プロセスの枠組みを通して、その手続にしたがって決着させようではないかとロールズは提唱しているわけである。そうすることで、彼はノージックによつて批判されたような「現〔時点での時間断片〕しか問題にしない」原理」を、ある歴史的・社会的状況の中で「重疊的コンセンサスの支持を取り付けること」ができるのか否かといった実践的な問題へと、いわば問題の實質的な意味転換を図つたと評価することができる。そして、こうしたことを理解さえすれば、ロールズの『政治的リベラリズム』における次のようなコメントは極めて重要な発言であることも理解されるであろう。

「私は『政治的リベラリズム』では、『正義論』で示したような、歴史や社会とは独立した関係に立つ「真理」の観点から「正義」を哲学的に構想する戦略と訣別し、「民主主義社会の公共的政治文化に内在する」歴史的・社会的文脈に依拠した「重疊的コンセンサス」の成立可能性を通じて「正義」の問題を考へるようになったのです⁽³⁸⁾。

ただし、今みてきたように、『政治的リベラリズム』の重要なポイントが、『正義論』ではみられなかった歴史的観点を導入した点にあることを理解したとしても、何が「重疊的コンセンサス」を調達するのかという問題は残っている。仮に、この問題に対して、そうしたコンセンサスは「民主主義社会の政治文化に内在する」何かによつて調達されるの

だと応えたとしても、その何かが歴史的・社会的な文脈——「民主主義社会の政治文化」——に依拠して内在的に成立するのだと考えられているのであれば、それは必然的に歴史や社会に根ざした「善」と関わりをもつのではないのかという問題が残ってしまう。あるいは逆に、「善」とまったく関わらないというのであれば、逆に、それは歴史や社会に先行して存在する何か普遍的なものの残滓が存在しているからではないだろうかといった問題が残ってしまう。

注目すべきは、『正義論』と同じく『政治的リベラリズム』においても維持されている「善」に対する「正」の優先性という観点であろう。例えば、西欧民主主義流の「政治文化」とイスラーム圏における「政治文化」が衝突するのは、「政治文化」といえども、そこに歴史や社会に根ざした「善」の問題が関係してくるからである。だが、そうした状況下で、いずれが「正」であるかを決めることなどできるのだろうか。おそらくロールズも、こうした問題があることを理解していたのではないだろうか。ロールズであれば、そのような「政治文化」に内在する「何か」が「リーズナブル」であるといえるかどうか、そうすることで判断しようというのではないだろうか。

だがしかし、ここでの問題に対する答えとしては、これで十分ということではない。「善」とは独立した関係に立つ「正」の観念を、「善」に対して優先させる。しかし、そうした「正」の観念それ自体が「政治文化」に内在する」というのであれば、ロールズにとっての「政治文化」とは「善」から独立した文化の一つということになる。だが、「善」から独立した「政治文化」というものを考えることはできない。何らかの文化領域から自立した「政治文化」があるとするれば、そうした「政治文化」として一体どのような文化を想定すればよいのか、まったくわからなくなってしまうからである。

そして、こうした問題は、サンデルが提起した問題と通底する。サンデルによれば、『政治的リベラリズム』が「善」に対して優先する「正」として「重畳的コンセンサス」を調達しようとするときには、正当な理由がないにもかかわらず

ず大部分の「重大な道德問題」をカッコに括って暗黙の前提にしてしまっているとされる。③⁹ というのも、「正義や権利に関する熟慮は、このような熟慮が行われるための前提である、多くの文化や伝統において、表現されている善の構想と関連させられなければ、継続していくことができない」④⁰ からである。サンデルの目から見れば、ルールズにおける「正義」の「政治的構想」とは、こうした問題を忘れることができた場合にのみ、つまり、そのような歴史的・社会的文脈に条件づけられた「熟慮」とは何かについて問おうとする議論を封じたときにのみ、歴史的・社会的条件から独立した「熟慮」としての「重疊的コンセンサス」が成立する、といったパラドクスに陥っている。

しかし、先にみたような、「善」から独立していても「善」に優先するという「正」の観念それ自体が「政治文化に内在する」という発想は、こうした「熟慮」それ自体に付着している論争的な性格が予め捨象されているか、「熟慮」をめぐって争われるべき「政治的なもの」の領域の視点が全く欠落しているかのいずれか、である。それゆえ、『政治的リベラリズム』で言われている「重疊的コンセンサス」とは、そもそも「政治的なもの」の領域において争われた結果として獲得されるべきはずである「熟慮」が想定されていないのか、あるいは、「熟慮」の産物であるべきはずの「重疊的コンセンサス」が、そもそも争いの対象とならないものとして考えられているのかのいずれか、ということになる。ただ、『政治的リベラリズム』のなかにノージックに対する応答として読めた部分があったのと同様に、これをサンデルに対する応答として読むことができないわけではない。すなわち、サンデルは『正義論』におけるルールズの「人格」観を「負荷なき自我」と位置づけ「人間的自我の哲学的説明」以上の意味を持たないと批判したわけだが、こうした批判に対して『政治的リベラリズム』でのルールズは応答したのだ、と理解することができないわけでもない。その場合、『政治的リベラリズム』とは、歴史的・社会的文脈との関係から「人格」を捉え返す、いわば「負荷なき自我」という批判をかわす試みだったということになる。

しかし、こうした理解は直ちに破綻を余儀なくされる。というのも、歴史的・社会的に捉え返された「人格」が、歴史的・社会的文脈とは無縁な中立的枠組みである「重疊的コンセンサス」を愛好する、しかも中立的な枠組みである「重疊的コンセンサス」それ自体が実は歴史的・社会的文脈に根ざして成立した「人格」によって愛好される、というディレンマに陥ってしまうからである。むしろ、このディレンマが解決されれば、先述したような「善」と「正」と「政治文化」をめぐる問題も決着できるかもしれない。しかし、このような「重疊的コンセンサス」と関わる問題とは、それ自体が論争的なものであるし、それゆえコンフリクトが不可避なものであるということを直視すべきである。そして、こうしたコンフリクトが不可避であるからこそ、この問題が「政治的なもの」の領域と密接に関わってくる問題であることについても、あらためて気づかされることになる。

ともあれ、以上のようなノージックとサンデルの所論との関係から、『政治的リベラリズム』において表明されたロールズの立場転換を捉えてみれば、次のような二つの異なったタイプの評価が登場した事情についてこれを容易に理解することができるであろう。すなわち、一方は、「共同体論の批判に耐えうるような価値対立的正統性危機の克服⁽⁴²⁾という課題に対して、政治的リベラリズムは正義の基底性を脱哲学化した正義の政治的構想をもつて応えた」とみるのに対し、他方は、ロールズによる「正義の政治的構想」を、「道徳の諸制約のもとで種々の私的利益を調停する一種の合理的プロセスへと政治を還元してしまう」⁽⁴³⁾にすぎないとみる。むしろ、この二つの評価は、『正義論』から『政治的リベラリズム』へ——「正義の二原理」から「正義の政治的構想」へ——と移行したロールズの転換に対して向けられたものである。ここで注意しなければならないのは、前者ではロールズが「正義の脱哲学化」、哲学なき政治哲学を構想したとみられているのに対し、後者では「政治なき政治哲学」、「政治的なもの」を捨象した政治哲学を構想したとみなされて

いる点である。

ここに含意されているのは、次のようなことだ。前者は、「正」の「善」に対する優先性を普遍主義的に根拠づけようとした『正義論』と異なり、『政治的リベラリズム』が歴史的・社会的文脈のなかで正統化しようとすることを嘆いている。つまり、「正」の「善」に対する優先性は歴史的・社会的文脈を超えた普遍的観点から哲学的に構想されねばならない、これぞ「正義」をめぐる哲学の前提でなければならぬにもかかわらず、『政治的リベラリズム』ではそれが放棄されている、という。それに対し、後者は、『政治的リベラリズム』が正義を政治的に構想したものであるという以上は、単なる「財」の配分や私的利益をめぐる生じるにすぎない紛争の調停ごときに「政治的なもの」を貶めてはならないという。つまり、「政治的なもの」をめぐる不自由に生じるコンフリクトに対し、どのような積極的意義を与え、そこから創造性を引き出すことができるかについて問うべきところであるにもかかわらず、それをまったく問わないのが『政治的リベラリズム』の「政治なき政治哲学」たる所以である、という。

ここでは、前者と後者のいずれにせよ、普遍主義的観点から正義を構想することの困難さが示されている。ロールズ自身、歴史的・社会的文脈のような普遍的観点とは対極的な観点でさえ、正義のような規範的な問題を扱う際には無視しえないことに『政治的リベラリズム』では気づくに至った、と述べている。確かに哲学というものを普遍主義的観点——超歴史的・社会的観点——に立脚した思考様式として捉える限りにおいて、『政治的リベラリズム』とは「正義の脱哲学化」を指摘したものだといえよう。しかし、およそ現実の歴史的・社会的文脈と無関係な法現象などというものはありえないし、そうした法現象と無関係に正義を考えることなどできない。こうした事態を、ローティは看取し、ロールズにおける普遍主義重視から歴史的・社会的文脈主義重視への転換を「転向」とみて、次のように述べたわけだ。

「ロールズは、コンテクスト主義の唱導者たちの主たる攻撃目標の一つであった後に、いまでは彼らの最高の擁護者の一人になってしまったのだろうか、…ロールズによる「公正としての正義」に関する「歴史化された」理解は、⁽⁴⁴⁾ どれだけ成功しているといえるだろうか」

ここでローティは、「公正としての正義」を哲学的に構想することの困難さを承認するとともに、「正義」を「歴史化」して理解しようとするときには、さらに困難な問題もが不可避免的に発生せざるをえないことに気がついている。それは、「正義」を「歴史化」して理解することが本当に可能なのか、という問題だ。普遍的な観点を導入せずに「正義」を具體的な歴史的・社会的文脈において構想し、なおかつそれが「公正としての正義」であるためにはいかなる条件が必要か。常にある具体的な歴史的・社会的状況の中からしか「正義」の問題を考へることができないにもかかわらず、「公正」に「正義」を構想しようとする際には、普遍主義的な観点から「正義」を構想する以上に困難な課題を背負うことになる。ここにはある特定の具体的な歴史的・社会的文脈のなかにありながら、そうした状況に流されることのない「公正」な「正義」を創出することが果たして可能なのか、といった大問題が控えている。

ともあれ、『正義論』を嚆矢とする現代の規範的正義論の問題状況は、『政治的リベラリズム』以降のロールズの立場転換をめぐる二つの評価によって象徴されている。それは、ロールズの政治哲学が、「正義の脱哲学化」といわれるような哲学なき政治哲学なのか、あるいは「政治的なもの」を捨象した「政治なき政治哲学」なのかといった問題を通じて、現代の規範的正義論一般にかかわる普遍と特殊、普遍と個別、あるいは普遍主義と文脈主義をめぐる問題が表面化してきている、という状態である。その意味で『正義論』によって切り拓かれた現代正義論は、『政治的リベラリズム』をめぐって登場した二つの評価によって臨界点に達しており、こうした事態が、つまるところ「混乱」の様相を象徴し

ているとみられる。そして、ローティは、この点を看破したからこそ、「ロールズによる「公正としての正義」に関する「歴史化された」理解は、どれだけ成功しているといえるだろうか」と問い返したわけである。

以上が、本稿における現代正義論の問題状況についての基本理解である。そこで、次に現代正義論の思想的背景を探究するために、以下、『正義論』が導入される以前の法哲学の領域で盛んに研究対象とされていた価値相対主義の主張へと立ち返る。⁽⁴⁵⁾『政治的リベラリズム』以降のロールズの正義理解がローティの言うように「歴史化された」理解へと転換したとすれば、そしてこの問題を思想的観点から捉え返すとすれば、そうしたロールズの動向は『正義論』以前の思想地平へと逆行してしまうことにならないのか、ならないとすればなぜかという形で問い返さざるを得ないからである。

また、既に述べたことでもあるが、普遍的価値に立脚して「正義」を構想するのか、「歴史化」した上であらためて「正義」の問題を捉えていくのか、そもそも価値的思考というものが、歴史性を抜きにして成立するものなのかどうか、あるいは逆に、歴史的・社会的文脈に状況づけられた価値思考などというものはそもそも相対的なものでしかないのか。そうであるとしたら、その相対的とはどういうことなのか。こうしたことが問題にならざるを得ない。

そして、このような一連の問題は、価値相対主義の主張のなかでも、とりわけウェーバーの価値思考を想起させる誘因にもなり得る、ということにも注意しておかなければならない。というのも、ウェーバーはドイツ歴史主義の中で思想的に成長した思想家だからであるし、しかも、そのドイツ歴史主義とは、啓蒙主義的な普遍主義的思考様式を批判的に克服したところで成立したものだからである。したがって、「正義」を「歴史化」して理解しようとするロールズの立場転換によって示されている事態を思想史の文脈に即して理解するのであれば、啓蒙主義的な普遍主義を批判的

に克服しようとしたドイツ歴史主義のもとで思想的に成長したウェーバーの価値思考との関係で改めて問い直さなければならぬ。

要するに、現代法哲学にとつての価値相対主義問題とは何か、それは歴史的・社会的文脈とどのように関係しているのか、この点を明らかにすることがさしあつたての課題である。そしてその際に、重要となるのは次の点である。すなわち、ロールズは、『正義論』で提唱した「正義」の構想を『政治的リベラリズム』では「歴史化」して読み変えたが、こうした彼の変遷から窺い知ることができるのは、「正義」の問題を歴史や社会の文脈から切断して普遍的に構想することがいかに困難な問題であるか、ということである。しかも、歴史や社会の文脈に即して「正義」を打ち立てようとするれば、必ずしも普遍的原理を必要とするわけではないので、結局は相対主義の陥穽にはまつてしまふのではないか、仮に、はまらないというのであればそれはなぜか、そもそもロールズの戦略は成功したと言えるのか等々が問題になる、ということである。

むろん、こうしたロールズの立場転換が現代正義論の潮流に「逆行」しているとか、価値相対主義の立場へと「回帰」するものであると結論づけて事態を単純化すればよい、というわけではない。しかし、『正義論』以前の思想地平について、とりわけ価値相対主義の主張について、どのような理解が現在前提になっているのか、あるいは新たに共有されるべきなのかということについては、必ずしも共通理解が得られているわけではない。それゆえひとまずは以上のように現代正義論の現状を認識しておくことにしよう。そしてその上で、「正義」をめぐるこうした議論状況を発展させていこうとするのであれば、そうした志向を共有可能なものとするための一つの方法として、『正義論』以前の思想地平としての価値相対主義問題と取り組んでいこうと提案したいわけである。そもそも価値相対主義問題に対する理解が浅薄なものに終わってしまったについては、価値相対主義以降の思想地平で語られる現代正義論もまた同様に浅薄なものとし

て終始するより他にないからである。

以下、価値相対主義問題を克服済みとみなす一般的な見解について、本当にそれは克服されていたのかという観点から問い返す。そして現代正義論との関係を念頭に置きながら、その思想的背景として法哲学的価値相対主義の問題を吟味していくことにしたい。

注

引用した文献に邦語訳がある場合は、基本的にその訳文を参照している。ただし、用語・表記の統一などの必要性から一部訳文を変更した場合もあるため誤訳等が生じているかもしれないが、その際に生じた一切の責任はすべて筆者にある。また、引用箇所では、必要と認めた範囲で適宜省略と補足を行っている。省略した部分については「（・・・）」と表記し、逆に、補足した部分については「（――菅原注）」と記した。

（1）本稿は、二〇〇四年一月に公開した拙稿「正義論と価値相対主義の間——M. ウェーバーの「価値討議」とK. ヤスパースの「コミュニケーション」に即して——」（『北大法学研究科 ジュニア・リサーチ・ジャーナル No.10 (2003)』）におけるライト・モテーフを継承している。したがって、現代正義論と価値相対主義の思想に対する問題関心と視角は基本的に共通しているため、必要最小限の範囲において、内容上の記述で重複している部分がある。

（2）ウェーバーとヤスパースにおける価値思考とは、ウェーバーの「価値討議」論／ヤスパースの「コミュニケーション」論のなかで展開された議論を通じて形成された、価値をめぐる広義の思考様式を指す。

（3）現代正義論については、ロールズ『正義論』(J.Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard U.P., 1971) 以降、法哲学の領域で現れるに至った問題圏として理解されたい。その具体的な内容についての本稿の見解は、本文中で、徐々に明らかにしていく。

（4）ただし、少なくとも一九八〇年代後半までは「実践哲学の復権」といったスローガンとも呼応しながら、思想史研究も

一定の進展をみせていたように思われる。例えばそうした事情の一端は、竹下賢編『実践地平の法理論』(昭和堂、一九八四)や今井弘道編『法思想史的地平』(昭和堂、一九九〇)から窺うことができる。

(5) 日本法哲学会の二〇〇七年学術大会は、「法思想史学にとって近代とは何か」を統一テーマとして掲げている。だが、こうしたテーマを学術大会で真つ向から主題とすること自体、実は珍しいことである。このような動向は、日本法哲学会編『法哲学年報』(有斐閣)を紐解くことによって、直ちに確認することができる。それゆえ、思想史研究の意義を正面から問うようなテーマが採択されたということは、法哲学研究における思想史研究の重要性を再確認しようとする学界の気運を何よりも雄弁に物語っていると同時に、この時期、このタイミングで、本稿が提起する思想的な問題設定それ自体が、実はきわめて現代的であることをも示している。

(6) ここでの哲学的／非哲学的という表現は、形而上学的／非形而上学的とほぼ同様の意味で用いている。

(7) 加藤新平『法哲学概論』(有斐閣、一九七六) 四七一頁。

(8) R. Rorty, "The Priority of Democracy to Philosophy", in *The Virginia Statute of Religious Freedom*, M. Peterson and R. Vaughan ed., Cambridge U. P., 1988, pp. 262-263 (R. ローティ(富田恭彦訳)『連帯と自由の哲学』(岩波書店、一九八八)一七四―一七五頁)。

(9) 井上達夫『他者への自由』(創文社、一九九九) 二二頁(以下、本書からの引用は『他者への自由』と略記し、頁数のみを記す)。

(10) C. Mouffe, *The Return of The Political*, Verso, 1993, p. 49 (C. ムフ(千葉・土井・田中・山田訳)『政治的なもの』(日本評論社、一九九八) 九八頁)。

(11) C. Mouffe, *ibid.*, p. 43 (C. ムフ同上書八六頁)。

(12) 加藤前掲書四七一頁。

(13) もちろん、①と②で示したようなことなど、現代の法哲学研究者にとっては当然の「常識」かもしれない。それにもかかわらず、わざわざこのことを確認したかったのは、その「常識」が、ロールズの『正義論』以前に行われていた価値相対主義問題についての理解をも共有した上で、その上で形成されてきた「常識」であるようにみえない、と筆者が考えているからである。学界の主潮は、『正義論』によって価値相対主義問題が克服されたことを「常識」として受け止めて

いるが、近年の正義論を管見する限り、ある種の「混迷」が見受けられることは疑いえない。その「混迷」が、単に一時的なものであるならよいが、先述したとおり、この「混迷」は、古典古代から繰り返されてきた「正義」をめぐる哲学的問題の現前としてみる必要があるのではないか。その上で、現在、思想史的な問題として再構成するよう迫られている問題ではないか、と考えているからである。本稿では、現在共有されているそうした「常識」の背景として、ラートブルフやケルゼンに依拠した平板な価値相対主義理解があるのではないか。それは、ウェーバーの主張を等閑に付した結果として形成されたのではないか。しかし、ウェーバーの価値思考の理論的可能性は、例えばヤスパースの「コミュニケーション」論と関係づけながら模索することによって示すことができるのではないか、と考えている。

- (14) わが国の価値相対主義研究の第一人者として、加藤新平をあげることができる。加藤によれば、「価値相対主義：における相対的とは、或る価値の妥当が、相異なる評価主体の關係に於て相対的に定まるということで」、「価値とは：手段的価値ではなくして…、各評価主体にとつて、「それ自体に於て望ましい」とされるもの」をさす」のであつて、「究極的な価値規準については、その客観的（間主観的）な妥当性を理性の力によつて基礎づけることはできず、ただ各評価主体の情意とか良心の選択又は非合理的な信仰等に委ねる外ない」とされる（加藤前掲書四七五頁、四六五頁）。

- (15) 加藤前掲書四七一頁。

- (16) むろん、ロールズ自身が、こうした法哲学的価値相対主義問題との対決を「無視」したというわけではない。『正義論』それ自体は、むしろ英米哲学の文脈において「常識」とされていた正義の原理としての功利主義に対して、「反旗」を翻したものだつたからである。ここで「約束事」に反して……、ということも含意しているのは、少なくとも法哲学の領域においてそのように受け止められてきたということを示しているにすぎない。

- (17) 以上のロールズの議論については、J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard U. P., 1971, p. 3, pp. 9f.（矢島鈞次監訳『正義論』（紀伊国屋書店、一九七九）同上書三、九一—一〇頁（以下、本書からの引用は『正義論』と略し、頁数のみを記す）を参照。

- (18) Rawls, *ibid.*, p. 12, Chapter II（同上書一〇頁および第二章）。

- (19) C. Kukathas and P. Pettit, *Rawls, A Theory of Justice and its Critics*, Polity Press, 1990, p. 36（山田八千子・嶋津格訳『ロールズ「正義論」とその批判者たち』（勁草書房、一九九六）五三一—五四頁）。なお、嶋津による「訳者解説へ2」

の冒頭には次のような興味深い記述がある。すなわち、「指導教授の一人（長尾龍一か？——菅原注）」が『正義論』に對して、そんなものは「アメリカの現体制を正当化するだけの、ただの御用学だよ」と語ったことに對する述懐がそれである。嶋津によれば、「この（指導教授の——菅原注）反応は、その暗黙の前提として、なんらの体制や価値的前提を議論の出発点に採らないまま、時間と空間を超越して普遍的に妥当する「哲学的」議論の世界を設定し、そこで法と国家を論じてこそ法哲学の名に値するのだ、というような立場（学問観）に立っているようである。だからこの種の立場を採る場合：「価値相対主義」テーゼへの逆戻りに陥る外なくなる」という。確かにここで嶋津は、「相對主義以外の立場は絶対間違っている」という命題の陥穽に、「指導教授」がハマっていることを看取している。しかし、こうした見解を採ることで、「指導教授」の発言における決定的なポイントを逆に看過してしまったのではないだろうか。「指導教授」の真意は、次のような点にあつたと考えられるからである。すなわち、『正義論』は普遍的観点から正義を構想しようというが、しかしそうはいっても、そうした「正義」が真に普遍的に成立するとは思えない。というのも、『正義論』は、ロールズが生活を送っている現代のアメリカで生まれたものであるし、その限りではアメリカの現代社会という歴史的文脈から完全に免れることはできないからである。それにもかかわらず、『正義論』が自らに内在して抱え込んでいる歴史的文脈の観点を脱色しようとするのであれば、それは『正義論』が持つ歴史性の問題を隠蔽し、単に現状を追認する状況適合的な議論であることを意味するにすぎない。そして、そうであるとするれば、事態はいっそう深刻である。「指導教授」はこのように考え、『正義論』が歴史性の問題を隠蔽しようとする態度のうちに、アメリカの現体制を正当化する「御用学」へと転落しかねない性向が潜んでいることを看取したのではないだろうか。その意味では、「指導教授」の真意とは、『正義論』が真に普遍的かどうかについての真偽をハッキリさせようすることに力点があつたわけではない。そうではなく、『正義論』が普遍性や客観性を標榜し、現代のアメリカ社会という歴史的文脈やそこで成り立つ価値的な前提を隠蔽するのであれば、『正義論』とは、自らが標榜する普遍性と客観性を、歴史性の問題を棚上げにしたまま現体制へ付与するだけの「御用学」になる。つまり、現体制へと回収されるよう運命づけられた議論というわけだ。「指導教授」は、このことを見抜いた上で警鐘を鳴らそうとした。こう考えるべきではないだろうか。また、嶋津によれば、このような『正義論』批判が「指導教授」に可能であつた理由は、「指導教授」が時間と空間を超越しているからにすぎず、結果的に彼は「価値相対主義」テーゼに搦め捕られてしまう非を犯しているからだという。しかし、この嶋津の主張に對しても同意することはで

きない。というのも、「価値相対主義」の思想は、時間と空間を超越して成り立つような議論ではないからである。ここで嶋津が「価値相対主義」テーゼということで、何を含意しているのかは不明である。だが、決定的に問題なのは、嶋津にとっての「価値相対主義」が、「正義を規範的に論じることがタブー視する」代物であり、ばかげた命題の陥穽にはまって抜け出せないことにさえ気づくことができない、非論理的で「科学性と客観性の不毛な蠻気楼を追い求める」思想といった程度にしか認識されていないことである。しかし、そうであるからこそ、「思想の状況が、正義を規範的に論じることがタブー視するような『正義論』以前の状況へと戻る」などということは、嶋津にとっては真剣に「笑えない笑い話」ということになるわけでもある。むしろ、こうした嶋津のような主張は、従来からの、いわゆる価値相対主義と呼び慣わされてきた思想に対しては妥当する面があるかもしれない。この点については、別途検討しなければならないであろう。だが本稿では、こうした嶋津のような理解にとどまらず、あくまでも、「価値相対主義」理解の可能性を探求していくことにしたい。

(20) 「格差原理」については、例えば『正義論』§13を参照。

(21) 以下で展開しているノージックによるロールズ批判の例については、R. Nozick, *Anarchy, State, Utopia*, Basic Books, 1974, p. 195 (R・ノージック(嶋津格訳)『アナキー・国家・ユートピア』(木鐸社、一九九二)三二四―三二五頁)を参照。

(22) Nozick, *ibid.*, p. 26 (同上書四一頁)。

(23) Nozick, *ibid.*, p. 153 (同上書二六〇頁)。

(24) Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 560-561 (『正義論』四三七―四三八頁)。

(25) Rawls, *ibid.*, p. 574 (同上書四四七―四四八頁)。

(26) Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice 2. ed.* Cambridge U. P., 1998, p. 187 (M・J・サnder(菊池理夫訳)『自由主義と正義の限界』(三領書房、一九九九)一九頁、三四三頁)。

(27) というのも、サnderによれば、「その責務によって、われわれは特定の共同体、生活史、伝統における成員である」と結びついている」からである(同上書九一―一〇頁)。

(28) Sandel, *ibid.*, pp. 131-132 (同上書二五三頁)。この点について、ロールズは、「もし、誰かが、十分に内省した上であ

一つの正義概念を他より選好すれば、その時には、彼ら全てがそうするのであり、満場一致の合意に到達できる」と述べる。というのも、「当事者間の差異は彼らに知られていず、彼らは等しく合理的で、類似した状況にあるから、∴原初状態での合意を、任意に選ばれた一人の人間の観点から眺めることができる」からであるという (Rawls, *A Theory of Justice*, p. 139 (『正義論』一〇七頁))。したがって、ロールズが理論モデルとして打ち立てた「原初状態」では、「人格」と「人格」との間における個別性は意味をなさない。だが、「無知のヴェール」というのが、そもそも、そういうものとして設定されているのであれば、これは当然のことでもある。

(29) Sandel, *ibid.*, p. 132 (同上書二五四頁)。

(30) Rawls, *A Theory of Justice*, p. 263 (『正義論』二〇六頁)。

(31) Rawls, *Political Liberalism*, Columbia U. P., 1996, pp. xviii. (ただし、ロールズが単純なそれとリースナブルな包括的教義とを区別している点には注意を要する。)

(32) Rawls, *ibid.*, pp. xxi.

(33) Rawls, *ibid.*, pp. 10f., p. 13.

(34) Rorty, "The Priority of Democracy to Philosophy", pp. 262-263 (ローティ前掲書一七四―一七五頁)を参照。同様の指摘はムフにもみられるが、『政治的リベラリズム』への転向を歓迎する立場からローティは、「ロールズは、ドゥウォーキンよりもウォルツァーに近い」とみている。サンデルによれば、「原初状態の秘密」は当事者が合意を「発見」という点にあったのだが(サンデル前掲書二五四頁を参照)、こうした「発見」は、ユダヤ・キリスト教の「発見の道」において既に共通の道徳が「発見」されているからこそできるものであって、当事者は「発見」された道徳にそったデザインを「発明」とするウォルツァーは述べている (Cf. M. Walzer, *Interpretation and Social Criticism*, Harvard U. P. 1987 (M. ウォルツァー(大川・川本訳)『解釈としての社会批判』(風行社、一九九六)第一章を参照))。もちろん、「発見」と「発明」についての解釈の余地は残るけれども、おそらくは、ウォルツァーの「発見」がサンデルのそれよりも狭く捉えられているので、サンデルのいう「発見」にはウォルツァーの「発明」が部分的にはあるにせよ重なり合うように思われる。しかし、この点についての立ち入った検討は後日の課題としたい。

また、既に本文中においても指摘した箇所(注11)と重なるが、この点についてムフは次のように述べている。「ロー

- ルズは、コンテクスト主義の唱導者たちの主たる攻撃目標の一つであった後に、いまでは彼らの最高の擁護者の一人になってしまったのだろうか。彼はドウォーキン捨てて、ローティについたのか。今日、∴ロールズによる「公正としての正義」に関する「歴史化された」理解は、「どれだけ成功しているといえるだろうか」(C. Mouffe, *The Return of The Political*, p. 43 (ムフ前掲書八六頁))。
- (35) Nozick, *Anarchy, State, Utopia*, p. 26 (ノージック前掲書四二頁)。
 - (36) Nozick, *ibid.*, p. 153 (同上書二六〇頁)。
 - (37) Rawls, *Political Liberalism* p. x.
 - (38) Rawls, *ibid.*, p. 153.
 - (39) Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice 2, ed.* pp. 195-196. (サンデル前掲書三五五頁、参照『政治的リベラリズム』が焦点を当っているのは、∴正の優先の争点である。)(*ibid.*, p. 189, 同三四五―三四六頁)。
 - (40) Sandel, *ibid.*, p. 186 (同上書三四二頁)。
 - (41) Rorty, "The Priority of Democracy to Philosophy", p. 265 (ローティ前掲書一八〇頁)、『および』 M. J. Sandel, *ibid.*, p. 194 (同上書三五三頁) を参照。
 - (42) 井上『他者への自由』二二頁。
 - (43) Mouffe, *The Return of The Political*, p. 49 (ムフ前掲書九八頁)。
 - (44) Mouffe, *ibid.*, p. 43 (同上書八六頁)。
 - (45) 既に触れたが、加藤は、価値相対主義を研究する意義について、次のように述べている。「実質的正義の規準についてどのような理論構成を試みるにしても、先ず価値相対主義の徹底的な検討、それとの十分な理論的対決が必要」である(加藤前掲書四七一頁)。

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士(法学)学位論文(二〇〇六年九月二五日授与)に補筆したものである。なお、補筆にあたっては、平成一八年度―一九年度科学研究費補助金(若手研究(スタートアップ))による研究成果の一部を取り入れている。

論
説

金大中政権における「現代化」と社会政策（二）

——福祉政策とジェンダー政策に見る自覚と現実の間——

池 炫周・直美

目 次

- 序章 問題関心、先行研究、研究方法・説明概念の定義、本稿の構成
- 一、問題関心
- 二、先行研究

三・研究方法・説明概念の定義
四・本稿の構成

第一章 新興工業国 (NIEs) における社会政策

第一節 国家と社会政策の関係

一・経済における国家の役割…発展モデルに依拠して

二・社会政策における国家の役割

第二節 東アジアの福祉国家論…「東アジア福祉モデル」をめぐって

第三節 「言説政治」と金大中政権下の社会政策改革との関連性について

第二章 韓国における社会政策決定過程の歴史的背景

第一節 李承晩政権期

一・背景

二・社会政策の導入

第二節 朴正熙政権期

一・背景

二・社会政策の拡大

第三節 全斗煥政権期から盧泰愚政権期へ

一・背景

二・軍事政権から民主化へ…社会政策の改革

第四節 金泳三政権期

一・背景

二・韓国型福祉モデル構築へ…社会的セーフティー・ネットを目指す社会政策

第三章 金大中政権の福祉政策拡大の試み…実態と思想的背景

〔以上五七卷六号〕

第一節 経済危機から社会危機へ

一、IMFと財政改革

二、社会的危機から「生産的福祉」へ

第二節 金大中の思想背景

一、金大中の「生産的福祉」のビジョン

二、金大中大統領候補選挙公約と一〇〇大課題

三、「生産的福祉」の理念

第三節 金大中の参画福祉のビジョン

第四章 金大中政権におけるジェンダー政策の分析

第一節 政府レベルの認識…女性部の設立に至るまで

一、韓国における女性政策…法的措置

二、女性部に至る歴史的背景

第二節 ジェンダー政策過程とその具体的政策

一、政策の基本方針

二、女性特別委員会、女性部及び関連機関…組織と経緯

三、女性の政治参加促進の施策…女性の代表性向上のための女性の政治・公職参加拡大

四、女性の福祉基盤拡大

第三節 ジェンダー政策の批判的検討

一、金大中政権における女性の政治・経済参加促進の政策の批判的検討

二、女性の社会進出と福祉に対する社会的評価

第五章 金大中政権の福祉政策の分析

第一節 政府レベルの認識…金融危機後の社会状況と「生産的福祉イニシアティブ」

〔以上本号〕

第二節 福祉政策過程とその具体的政策

一、社会的セーフティー・ネット構築

二、社会保障システム拡大の改革

第三節 福祉政策の批判的検討

一、金大中政権における福祉政策の批判的検討

二、「生産的福祉」理念に基づく福祉政策の社会的評価

第六章 結論―韓国における民主主義の定着（Consolidation to Democracies）と「市民参加型」の民主主義の展望

付録

資料一 金大中候補者の選挙公約

資料二 新政権の一〇〇課題

資料三 女性部組織表

資料四 女性部歴代長官

資料五 女性部関連統計

資料六 女性部関連統計

資料七 女性部関連統計

資料八 女性部関連統計

参考文献

第二章 韓国における社会政策決定過程の歴史的背景

第一章においては、韓国を含めたNEEsないし東アジアにおける国家と社会政策の関係を検討し、また、この地域の

における社会政策の研究、特に、近年台頭している「東アジア福祉モデル」に関する先行研究をまとめ、その特徴を明らかにした。しかし、これらの研究には、歴史的背景を追ったものや、韓国の事例に沿って具体的な社会政策の変化・変容を述べている研究は少ない。そこで、本稿では、経済状況に密着している韓国の社会政策を、時系列的に明らかにし、金大中政権の政策がいかなる点で画期的であったかを、それ以前の政策と比較しながら示していきたい。

韓国で、社会政策が政策アジェンダにのぼった時期は、一九六〇年代とされている。したがって、具体的な歴史的背景の説明は、この一九六〇年代からはじめることにするが、その前に、一九五〇年代における経済と社会福祉の状況を一瞥しておきたい。一九六〇年以降については、時系列的に、金大中政権成立直前までの状況を説明することとする。

第一節 李承晩政権期

一．背景

朝鮮戦争停戦後の五〇年代は、米国など外国の援助に頼っていた。平均してGNPのおよそ一五・九%が米国の経済援助であった。⁽⁸¹⁾この五〇年代に発展した経済は、韓国に二つの政策遺制（policy legacies）を残すことになる。⁽⁸²⁾

まず、第一に、韓国経済は、発展のため米国により依存する形になり、いわゆる「依存発展（dependent development）」的な発展を経験することになる。第二に、国家と企業における関係である。一九四八年十二月に、米国と韓国の間で援助協定を結び、これによってCounterpart Fundが設立される。そして、この基金は、金融の安定化と民間の投資プロジェクトを支援するために、米国からの援助総額（米ドル）に相当する韓国ウォンを投入する仕組みになっていたのである。⁽⁸³⁾この時期、企業は投資する資本が大幅不足していたため、この基金から融資を受けること自体が特恵であり、また、銀

行の融資に対する利子が一八%から二五%であったのに対して、この基金からの融資に対する利子が三%から八%と、かなり低かったころもあった。このような外国の援助配給は、企業の利益追求型の活動 (rent-seeking behaviour) を引き起こす原因ともなった。⁽⁸⁴⁾ したがって、韓国の企業は、政治的権力との協調が不可欠となり、利益追求型の活動も手段として取り入れられ、それが政治的腐敗にもつながっていったのである。⁽⁸⁵⁾ こういった政府と企業におけるパトロン・クライアント関係ネットワークが、国家・社会に浸透してきた時代であるといえよう。

こういった経済状況の中、李承晩政権は、福祉政策については、国家による政策にはあまり尽力せず、大部分は、UNICEF などといった機関や外国からの救済援助プログラムに頼っていた。保健社会部 (現在の保健福祉部) の統計をみると、五〇年代には、平均して八〇%以上の社会支出が外国の救済援助からであった。⁽⁸⁶⁾ 五〇年代においては、韓国の経済が未発達であったこともあり、社会政策は導入されなかったと見ていいだろう。

また、韓国におけるイデオロギー的背景・分断の状況を考慮する必要がある。日本統治時代における社会主義的・ナショナリスティックな運動と密接につながっていた労働組合の運動は、米国占領期に禁止され、イデオロギー的な労働運動は阻止されたのである。⁽⁸⁷⁾ Deyo、Haggard、Koo が指摘するように「朝鮮戦争後の朝鮮分断は、一九五〇年代における労働運動の独立を妨げた」のである。労働者たちが、自らの経済的・政治的利益を主張する組織の形成を阻止されていたということは、政府はから見れば、社会福祉を進展させる圧力はほとんどなかったということになる。したがって、個人の福利 (well-being) は、ほとんどが家族援助、市場で定められた賃金、そして外国の救済援助に頼るほかなかったのである。

一九六〇年四月に学生たちの大規模な運動をきっかけとした四・一九革命により、李承晩政権は崩壊、一九六一年五一六革命によって朴正熙政権が誕生することになる。

朴政権は、その正当性を、経済的な側面から調達しようとしていた。この政権のキャッチ・フレーズは「経済的自足性と繁栄」とされ、クーデター直後の演説でも、経済的側面から自らの行動を正当化していた。⁽⁸⁸⁾ 朴大統領は当時、李承晩政権における政治的ネットワークを排除し、政治的「浄化キャンペーン」を促進し、中央集権的な「国家再建最高会議」を成立させる。一九六四年第三共和国の成立に伴い、新しい政治構造を帯びることとなるが、しかし行政府の高度な独立性は、依然として変わらなかった。このような政治権力の集権により、経済的官僚政治と新たな国家・企業関係が形成されることになった。

具体的には、経済発展を効率的に促進するために、政府組織を全面的に再構築し、新たに「経済企画院」、財務部、通商産業部を設置した。この経済企画院が、韓国における経済発展を促進する上で重要な役割を果たしたことは、広く知られている事実である。だが、こういった経済官僚の支配下における社会政策は、経済発展の副産物としか思われていなく、「発展を優先」する政策決定過程が支配的であった。

また、企業・政府間における新たな関係が成立してくる時代である。李承晩政権において特惠を与えられた企業の経営者などに厳しい措置が下され、全面的な「浄化」が行われた。だが、だからといって朴政権が企業との関係から遠ざかったということではなかった。六〇年代における輸出志向型の政策の下では、国家と企業との関係はより密接になっていった。例えば、この時期の政府は、国内・海外資本の配給を完全に支配していたため、企業は今まで以上に国家に頼ることになったということがある。輸出促進政策は、国家指導型の国家・企業関係を強化していったのである。⁽⁸⁹⁾ 前政権が個人的かつ共謀的であったとするならば、朴政権における関係は、より形式化された関係であったと指摘されている。こういった関係は、韓国における財閥の出現にも深く関わっている。

他方で、労働組合については、「韓国労働組合総連盟」といった単一の労働組合を結成したが、この組織は、賃金交

涉や政府の政策を執行するといった機能しか持ち得なかった。⁽⁹⁰⁾ また、韓国労総は、国家によるコーポラティス的な労働者の支配を目的としたこともいえる。⁽⁹¹⁾

以上のように、六〇年代においては、経済官僚の「発展優先」の傾向と、国家・企業関係の強化が際立つ中、いかなる社会政策が導入されたのか。このことについて少し検討したい。

二・社会政策の導入

上記でも述べたように、韓国において、資本の蓄積に向けて産業資本が動きだし、他方で社会政策が政府の政策アジェンダに登場したのは、一九六〇年代であるといわれている。これを象徴するかのようには、一九六二年元旦の演説で朴大統領は、次のように述べたのである。「社会扶助と社会保険を基盤とする社会保障制度を導入することによって、一般の人々の生活の質の向上と、福祉社会を成立することに我々は尽力する」⁽⁹²⁾。その後、朴大統領が、保健社会部に社会保障制度審議委員会を設置し、この委員会が、韓国における社会保障制度成立のために重要な役割を果たしたことは、多くの研究者によって指摘されている。⁽⁹³⁾ この委員会は、一九六二年七月に、韓国における社会福祉プログラムの立案を手がけ、その後、次のようないくつかの法律が制定された。(一) 社会保障に関する法律(一九六三年)、(二) 産業災害補償法(一九六三年)、(三) 医療保険法(一九六三年)、(四) 軍人年金法(一九六三年)。しかし、六〇年代初頭におけるこうした一連の法律が制定されても、実施されたプログラムはほんの一部であった、実施されたのは、一九六三年の軍人年金、一九六四年の産業災害補償、一九六五年の試行的医療保険、一九六九年社会扶助を含む社会保障などであった。

では、なぜ朴政権は、比較的短時間において、これほど多くの社会保障関連法を制定したのであろうか。その理由は、

Kwon や Han が主張する「政治的正当性の道具」であったからだと考えられる。⁽⁹⁴⁾たとえば、朴大統領は、一九六三年新年の演説で「我々は、いままで実現しなかったが、強力な執行能力をもつ福祉国家の規律を実現しなければならない。したがって、利用保健と産業災害保障保険制度を導入することにする」⁽⁹⁵⁾と述べている。朴大統領は、一九六三年一月の選挙に向けて、自らの正当性を示すために、演説では明確に「社会福祉」の関心を明確に示していた。しかし、この時期における社会保障のための政府支出は、GDPの1%にしか至らなかったこともまた、確認できるのである。⁽⁹⁶⁾

第二節 朴政熙政権期

一・背景

この時期の韓国経済は、急成長を遂げていたが、社会政策の面では、やはり経済発展に有益であることという文脈で捉えられていた。この時期、韓国は農業社会から工業社会への移行期でもあり、急速な都市化が進んでいた。⁽⁹⁷⁾したがって、経済発展や工業化の利益は、都市部を中心に分配され、そのため都市農村間の所得格差が拡大し、農村にいた人々は、大量に都市へと流入したのである。また、急速な工業化に伴い、労働者の人権や福利が、多く犠牲にされた時期でもあった。International Labor Organization（ILO）の統計によると、一九七〇年代における製造業の労働者の労働時間をまとめたところ、五二カ国のうち、韓国の労働者は、最も長時間で五四時間労働していたと発表し、労働中の事故に関しても、平均して一〇〇〇人中四・七二人という数字を示していた。⁽⁹⁸⁾

政治についてみれば、この時期韓国はより強力な権威主義体制に移行したといえる。朴大統領は、七〇年代に入ると「維新憲法」と打ち出し、さらに、いくつかの大統領緊急措置を公布したのである。ここでは、なぜ韓国がこの時期権

威主義体制に移行していったということを問うことは、本稿の本題に直接的に関わらないのでそれについては議論はせず、ここでは、この権威主義体制の移行が韓国にもたらした経済的・社会的影響を、より具体的に見ていくことにする。七〇年代に入ると、朴大統領は、六〇年代よりもいっそう経済発展に積極的に関わっていくことになる。七〇年代初期におけるアメリカの外交政策の変化によって、冷戦期における韓国の安全保障面の安定的な立場が脅かされると朴大統領は認識し、また、その結果、防衛関係に資源を割き、重工・科学業化に力をいれていくのである。⁽¹⁰⁰⁾ 朴大統領は、自らが先頭に立ち、重工科学業の発展を促進した。また、この重工科学業の発展を促すため、政府は、特定の財閥に特別な優遇措置をとり、政府と財閥の間には密接な関係が形成された。同時に、労働者や労働団体は政策決定過程から除外され、労働組合の活動は法的には保証されたにもかかわらず、集団交渉権は、政府によって抑圧されたのであった。では、こういった政治的・経済的背景の中で、社会保障はどのような状況であったのだろうか。

二・社会政策の拡大

朴大統領は、一九七三年一月新年の記者会見で、突然国民年金計画の導入を発表し、こう述べた。「一九七四年から国民年金計画を導入することによって、政府は、退職した人たちに高齢者年金を、障害者の人々に障害年金を、そして年金を供給される人の家族に配偶者年金を供給することにする」⁽¹⁰¹⁾。そして、一九七三年一月七日に国民年金法が成立し、一九七四年まで施行されることとなった。しかし、この先進的な立法にも関わらず、国民年金法が実行されたのは、その一四年後の一九八八年であった。その一義的原因是第一次オイル・ショックであり、朴大統領は一九七四年一月の緊急措置三号によって、国民年金法執行を一年間延期したのであるが、結局それが無期限に延長されたのである。

いずれにせよ、この一九七三年の国民年金法は、以下の三点において、韓国の国民年における基本的制度設定を確立したと言える。第一に、国民年金法は、社会保険モデル (social insurance model) を採用しているため、国民年金プログラムが富の再分配に貢献することは困難であろう。この国民年金法は、むしろ個人のライフサイクルに亘って、所得を提供するものであった。第二に、この国民年金法は、予算ファンディング・システム形式で、個人が払った分が、退職後にその個人に支払われるというシステムになっていた。したがって、年金制度は、社会保障というよりは、個人が保障する制度になっている。第三に、国民年金の財源は、雇い主と従業員両方が支払う仕組み (OASDI) または、一ヶ月あたり九〇〇ウォンを支払う仕組みとなっていた。したがって、政府は財政的な負担がほとんどなかったのである。

次に、一九六三年に成立した医療保険法は、一九七七年に社会保障プログラムの一貫である医療保険プログラムとして有効になった。医療保険法の規定では、二種類の保障があった。第一に、五〇〇人以上の従業員がいる企業の人とその配偶者に適用される Type I、そして、五〇〇人以下の従業員がいる企業、自営業、そして農夫などに適用される Type II があった。だが、実際、多くの人々は保険料が高く支払えなかったため、一九七七年の段階では、全人口の一四・五％の人々にしか医療保険が適用されてなかった⁽¹⁰⁾。このため、一九七九年七月に、三〇〇人以下の従業員がいる企業にも適用されるようになった。

この国民医療保険システムにも、幾つかの重要な特徴がある。第一に、初期の段階で五〇〇人以上の従業員がいる企業にしか適用されなかったため、医療サービスの使用に不平等が生じることが予想された。そのため医療保険で保障されていない人たちは、医療費が支払えないだけでなく病気へのリスクも高くなった。したがって、医療保険の導入は、排他的なものであったといえる。第二に、ヘルスケアに関して、国家は限定的な役割を担い、ケアの提供者というよりは、調整する側となっている。社会保険モデルを採用することによって、国家は財政的な負担を最小限にすることがで

きたのである。

最後に、政府の社会支出を見てみることにする。七〇年代における社会支出を見てみると、その七割弱が教育に使われている^(四)。これはおそらく、重工・科学^(四)産業化を進めていくための専門家育成を目的としていたと推測できる。他方、社会保障費は、二割程度に留まっている。この時期の社会支出をみると、国民年金法や医療保険プログラムが導入されたにもかかわらず、韓国における社会保障システムは、残余的なものであったことが確認できるのである。

では、なぜ朴大統領は、国民年金や医療保険を導入したのであろうか。これは、六〇年代同様、七〇年代においても、正当性の問題に関わってくると思われる。また、七〇年代初頭における維新体制下では、朴大統領の権威主義体制を非難する団体も多く、学生運動を含む多くの社会運動が展開されていた。そのため、自らの維新体制の正当性を維持するために、社会福祉のスローガンを打ち出す必要があったと考えられよう。また、六〇年代、七〇年代は、経済発展や工業化が優先されていたため、社会福祉は残余的なものとされ、政府の負担が最小限に留められている。そして、経済発展や工業化を促進するための社会支出（教育）が多いことから、社会保障は経済発展に貢献し、また政府負担が最小限に留めるようなかたちで導入されたということを確認することができる。

第三節 全斗煥政権期から盧泰愚政権期へ

一・背景

一九七九年朴大統領暗殺によって、維新体制は幕を閉じた。その後、八一年には、新たに全斗煥大統領の権威主義体制が成立するが、全政権に対する圧倒的な反発と批判は、強力な民主化運動へと発展し、八八年の盧政権の登場によつ

て、はじめての民主主義的な政権交代が実現することになる。そして、全政権と盧政権における経済政策は朴大統領の打ち出したものとは異なるものであり、安定化・自由化の傾向があったと特徴付けられる。

七〇年代の重化学工業化に伴い、韓国経済における工業化が定着し、製造部門における重化学工業の占める割合は、七〇年に四一・八%だったものが、八一年には、五四・一%にも増加していた。⁽¹⁰⁶⁾ 韓国経済は、労働集中型産業から重化学工業型産業へと変化していったのである。しかし、七〇年代末、韓国は深刻な経済状況に陥っていた。一九六二年から一九七八までに年間平均一〇%のGNP成長を見せていたが、一九七九年から八一年には、三%までに急落してしまっただのである。⁽¹⁰⁶⁾ この時期の景気後退は、第二次オイル・ショックが原因でもあるが、より根本的な原因は、一九七〇年代における重化学の発展のあり方、またそこにおけると政府と財閥間の密接な関係にある。この時期、韓国の経済は、世界経済の変動にとっても影響されやすい状況にあった。その理由の第一は、韓国重工業の主な財源が、外国からの借款であったということである。第二は、政府からの優遇措置の結果、重化学工業は、過剰能力の問題を抱えることになる。また、優遇措置の結果として財閥が成長し、その影響力が拡大したという問題も看過できない。そして、この工業化の結果、都市と農村における貧富の格差といった社会問題も生じたのである。

八〇年代後半、韓国は民主化を経て、民主主義という新しい政治体制への転換を経験することになる。この時代は、一九八〇年五月一七日全大統領のクーデターで幕が開く。だが、のクーデターが民主化の幕開けを直接的に示したわけではない。このクーデターは、直後に全国に戒厳令を公布し、すべての政治活動を抑圧したのである。それを象徴するかのように、同じ時期に光州事件がおき、多くの光州住民が命を落とすことになった。そして、一九八〇年九月、全が大統領に就任、その全政権は、権威主義体制を維持する形で政権を確立し、韓国の人々の民主化への願いは、また叶わないものとなってしまった。しかし、この時期に野党であった新韓国民主党代表の金大中や金泳三の政治活動、そして

民衆の民主化運動は、いっそう勢いを増したのである、その結果、一九八七年六月二九日、全大統領の後任者であった盧泰愚大統領の「六・二九民主化宣言」によって、韓国で民主化が実現したのである。韓国における政治体制の転換は、政治参加を求める人々の社会的要求と、それを受容する政治エリートが存在したからであるといえよう。

経済面では、七〇年代末の経済後退から韓国を脱出させるべく、全大統領は、経済の安定化と自由化を打ち出すのである。全大統領は、アンチ・インフレを強調した経済安定化政策を提案し、また腐敗、公共性の欠如、インフレといった「社会の三大病理」を排除する「社会の浄化」を提案した。⁽¹⁰⁾そして、経済の安定化を図るために、①政府予算を減らすなど厳しくし、②通貨の成長のため為替のレートを制限し、そして、③賃金の値上げを抑制するといった三つの方策を導入した。⁽¹¹⁾経済の安定化は、その後の盧政権にも引き継がれるのだが、民主化後成立した盧政権には、福祉関係の社会支出を増加するべきだという社会的要求、そして賃金値上げを求める労働組合の要求などから、こうした一連の安定化政策は、失敗に終わってしまう。⁽¹²⁾他方、全・盧両大統領は、経済の安定化と共に経済の自由化にも積極的に取り組んだ。具体的には、金融システムの規制緩和の促進などがあり、この一環として、産業銀行の民営化が実施されたが、その大部分の株主は政府自身であったため、民営化しても、政府の支配は依然として強いものであった。また、輸入に関して自由化を図り、一九八二年の平均関税が二三・七%であったのに対し、一九九一年には一一・四%にまで引き下げられたのであった。⁽¹³⁾

二・軍事政権から民主化へ…社会政策の改革

八〇年代後半は、民主化と共に、社会保障システム構築への大きな一步が刻まれた時期である。一九八〇年代前半、社会保障に関する画期的な政策があったというわけではないが、後半になると国民医療保険、国民年金などが打ち出さ

れたのである。

一九八七年には、既に国民の五〇・三％が医療保険でカバーされていたが、一九八九年七月に、それが都市部の自営業の人々にまで適用されることとなり、初めて国民医療保険制度ができたのである。この国民医療保険は、三つに分けられている。まず、Ⅰ種が「職場医療保険」、Ⅱ種が「地域医療保険」、Ⅲ種が「公務員・私立学校の教員医療保険」である。この医療保険の財源は、人々が納めた保険料と国からの補助であった。しかし、人々の保険料には、差異があり、Ⅰ種では、従業員が雇用主と五〇％ずつ負担し、雇用主の保険料は自らが一〇〇％を負担するものであった。その保険料は、組合によって月給の二一八％の間で相違があった。⁽¹³⁾ それに対しⅡ種は、五〇％が政府負担、五〇％が個人負担となっていたが、その保険料は、一世帯の所得、固定財産、扶養家族の数によって、金額が定められていた。そして、Ⅲ種では、公務員の場合、政府が五〇％負担、個人が五〇％負担し、私立学校の教員は、二〇％が政府の負担、三〇％が雇用主負担、そして五〇％が個人の負担になっていた。この皆医療保険の管理体系は、最終的には政府の負担が最小限に押さえられる組合方式のものであったが、興味深いのは、そこに至るまでの医療保険管理運営体制論争という統合論争であろう。この論争では、医療保険制度の管理運営を従来の組合方式にするか、全国一元化とするかが争点になり、官僚、学者、社会团体などが参加した、激しい論争と運動が生じた。⁽¹⁴⁾ ここでは、その論争の詳細について記述することはしないが、この論争が象徴点については指摘しておきたい。それは、八〇年代における社会福祉制度の改善が、政府の政策に対する市民の異議申し立てに基づいていたということである。民主化の波は、社会福祉・保健にも影響を及ぼしていたのである。

次に国民年金制度については、前述のように、一九七三年の国民年金法から一五年を経て、八八年に国民年金が成立した。国民年金は、当初一〇人以上の従業員がいる会社に適用されたのだが、九二年にはそれが五人以上となった。し

かし、国民年金の導入にも関わらず、一九九二年までの段階で、年金で保障されていた比率は、一五歳以上の労働人口のうち三三％にしかいたらなかった。⁽¹⁵⁾ 年金保険料は、一九九二年までに、月給の一・五％を雇用主と従業員が平等に払う仕組みになった。また、この年金保険料は、一九九三年からの五年間では六％に上がり、雇用主と従業員が各自二％ずつ、そして、残りは、企業の退職金の積立金 (severance reserve fund) から賄うと設定されたのである。

他方、年金そのものは、三つの種類の年金がある。(一) 老齢年金、(二) 疾病給付、(三) 遺族年金、である。老齢年金は、二〇年以上保険料を納めている六〇歳以上の加入者に支払われることになっており、したがって、老齢年金の支払いは二〇〇八年が最初となる。そして、この年金は、基本額と追加額の二つの金額を合わせたものであり、基本額は、保健加入者全員の平均月給と、保健加入者個人の平均月給で決定されるとされている。したがって、国民年金は、個人の所得をベースとした再分配機能付きのものとなったのである。

次に、この時期の社会支出を見てみることにする。一九八三年から一九九二年までの社会保障分野への支出について、一九八三年には一七・八％だったのが、一九九二年には三四・四％にまで増大している。しかし、GDP比で観れば、その一・一八％しか社会保障システムに使用しなかったこともまた確認できる。⁽¹⁶⁾ 社会保障モデルを導入することによって、この時期の韓国の社会保障において、政府の負担は最低限に抑えられたものだったのである。

全政権では、あまり社会保障システムは改善されなかったが、その後の盧政権では、国民医療保険制度や国民年金が実現され、福祉システムの制度化への大きな一歩になったといえよう。この医療保険制度や国民年金の実現に対しては、やはり民主化の影響が大きいといえる。医療保険の統合論争からも見えるように、下からの圧力と運動は、政府によって最早抑制が困難なほどに勢いを増していた。七〇年代の朴政権が、政権の正当性維持のために福祉政策を導入したのに対し、八〇年代後半の社会保障導入は、その性質が異なっているように見えるのである。

第四節 金泳三政権期

一．背景

一九九二年、大統領選挙において、韓国で最初の民間人大統領である金泳三が当選した。これは韓国政治史上、画期的なことであった。当時、韓国経済は不況に見舞われていたため、この政権には景気回復への期待が高まった。実際、金泳三大統領も、新しい経済政策を約束し、当初絶大な支持を得ていた。⁽¹⁷⁾一九九三年、金泳三政権は「新しい経済」ヴィジョンを体现した新五ヵ年経済計画を発表した。同年六月のことであった。この計画の中で特に強調されたのは、「改革」「規制緩和」「世界化」であった。個別的に見れば、「改革」では「公正な分配に伴う経済的正義を実現」することが、「規制緩和」では「強化する自由化に対応できるように韓国の経済を調整」することが、そして「世界化」では、「グローバルゼーションの傾向に受容し対応する」ことが強調されたのであった。⁽¹⁸⁾

景気回復を最優先した金大統領は、財政改革と金融改革に取り組み、また肥大化して財閥の再編を試みた。財閥については、上位三〇位の財閥に対して、系列企業を三つの業種まで認め、残りは分離・独立させようとした。こういった改革は、財閥企業を倒産に追い込み、金融システムによる圧迫と財閥の圧力で苦しんでいたその他の企業も活気を取り戻すようになってきた。また、金大統領は、当選前から韓国政治の最大の問題点が「腐敗」にあると確信し、つねに「韓国政府と社会という『下流』から腐敗を除去するためには『上流をきれいにしなければならない』」と主張していた。⁽¹⁹⁾朴政熙元大統領から始まったとされる収賄の習慣は、その後の全斗煥政権、盧泰愚政権期にも見られた現象である。特に全、盧元大統領が、ともに多額なスラッシュ・ファンドを蓄積したことは、一九九六年八月二六日の裁判でも明らかであった。⁽²⁰⁾これを受けて、金大統領は、「対腐敗措置」に積極的取り組んだ。具体的には「遺産の公開」、「金融取引に

おける実名の使用義務化」、「選挙における不正行為防止法の制定」、「政府資金規正法」、「地方自治法」、「世界化改革」などであった。⁽¹²¹⁾特に、「世界化」(グローバルゼーションのことを韓国では世界化と称する)について、金大統領は、一九九四年一月インドネシアで開催されたAPECから帰国後、それを強調したのだった。金大統領にとって、グローバルゼーションは、韓国経済を、世界経済にうまく統合させていくための戦略であったのである。しかし、このグローバルゼーションは、経済政策だけに留まらず、政府のあらゆる政策に対し適用されるようになり、「グローバルゼーションは、統治の新しくて全能的なイデオロギー的道具になった」といえよう。⁽¹²²⁾

こういった金大統領の財政改革や、腐敗除去に関する積極的なイニシアティブは、多くの国民からの支持を得た。⁽¹²³⁾また、韓国は、一九九六年一〇月にOECDの加盟国となり、念願の先進国入りを果たした。

だが、こうした金政権の施策や先進国入りは、必ずしも積極的に評価されたわけではない。OECD加盟に対しても、国内に賛否議論があったのである。それは、経済協力や金融面での国際基準の受容にあった。韓国は、先進国入りと同時に、金融、株式、外国投資、環境、交通、労働の分野で様々な義務を国際社会から課されたのである。他方、国内政治の面では、金大統領は「公正な分配に伴う経済的正義の実現」、「財閥改革」、「腐敗除去」という公約を行ったが、労使紛争、そして財閥に対する優遇、「財閥からの贈賄」は絶えることがなかった。また、輸出不振や世界市場での半導体・鉄鋼価格の低下によって、一九九六年上半期の財政赤字は九三〇万ドルにも上った。⁽¹²⁴⁾このような国際的圧力、そして国内政治・経済の諸問題が、国民の不満を募らせ、それは次第に金政権に対する批判となっていた。

このような政治的・経済的不満が拡大する中、一九九七年に韓宝(ハンポ)グループ不正融資事件が起きた。一四位の財閥にまで急成長した韓宝グループの主力企業である鉄鋼工業が一九九七年一月二三日に倒産したのだが、それに伴い政官民の巨額不正融資をめぐる贈収賄事件が露呈したのである。⁽¹²⁵⁾韓宝グループは、資金調達のため大統領周辺に働

きかけ、韓国の第一銀行、朝鮮銀行、産業銀行、外換銀行などから六〇億ドルといった巨額の資金を不正に引き出したという疑惑をかけられていた。そして、韓国の最高裁は、一九九七年二月二六日、既に詐欺・贈賄などの罪に問われ一・二審で懲役二五年の実刑判決をうけたグループ総会長、鄭泰守^{チョンテス}被告と収賄の罪に問われた国会議員六人の被告の上告を棄却した。これにより、全被告の有罪が確定、その結果国会議員四名が議員職を失う結果に至った。この事件と裁判は、韓国国民に、政治に対する不信感を再び呼び起こし、国民の不満は頂点を極めた。

他方、金政権末期の一九九七年秋には、財閥企業の経営破綻が相次いだ。財閥解体は経済の活性化を促した面もあったが、この段階ではその破綻がウォン通貨と株式の下落を招いた。

その結果、そもそも外国からの投資に頼っていた韓国から、海外資金が引き揚げはじめた。そのため、外貨建ての決済、政務不履行の危機が発生、国家的破産寸前の状況になったのである。そして、一月二二日、韓国政府はIMFへ緊急支援を要請、一二月三日、IMFのMichel Camdessus IMF事務理事との交渉で、五七〇億ドルのペールアウト・パッケージが決まり、OECD加盟国でありながら、IMF支援対象国となるという事態が生じたのであった。⁽¹²⁶⁾ IMFへの支援要請については、韓国内で、それが「政策介入」だとして強く反発する向きもあったが、「無駄遣いは亡国病」⁽¹²⁷⁾、「ドル集め」のスローガンの下、IMF管理下で国家的危機を乗り越えるべく、官民をあげての運動が様々な形で展開した。例えば海外旅行の自粛、輸入ブランド購入の拒否、手持ちのドル（外貨）の貯金、純金製品の供出、輸出重視による外貨獲得などの手段が採られた。

二・韓国型福祉モデル構築へ…社会的セーフティー・ネットを目指す社会政策

では、金泳三政権の下では、いかなる経済・社会政策が展開されたのか。まず、前政権同様、財閥の経済的力を制限

する策を展開した。第一に財閥の銀行からへの融資額を制限、第二に独占禁止法や公正取引法などを改善、そして二つの財閥によるクロス・インベスメントなどを規制、第三に核心事業に集中させるため、財閥の多様化を制限する「専門化」政策を導入し、第四に相続税などを利用し、財閥の創設者の家族にだけ富が残らないような措置を導入したのである。しかし、こういった措置は、財閥の力を半減するまでには至らなかった。

他方、文民大統領を戴く金政権は、手続きの民主主義を促進するための制度的改革を次々と打ち出した。この制度的変化は、市民社会の拡大をも促したのある。利益団体も拡散し、より影響力を増した。経済正義実現連合（経実連）や公害除去連合（公除合）などが、強力な圧力団体として浮上したのである。また、労働組合の多様化も実現し、従来政府レベルの韓国労働組合総連合しか存在しなかったものが、一九九五年一月には民主労働組合総連盟が新たに成立したのである。この民主労総の登場は画期的であり、韓国において労働組織が社会政策の改革に重要な役割を担うきっかけとなったのである。

次に、社会福祉面における改革を一瞥しておこう。金大統領は、新経済のための五カ年計画において、「韓国型福祉モデル」に基づいた社会保障システムの構築を宣言した。この計画では、以下の三つの具体的な目的が示されている。（一）恵まれない人たちのために、最低限の生活水準を確保し、扶助の金額を増やすた公的扶助プログラム、（二）社会福祉サービスを専門化し、積極的な民間参加を促し、家族の役割を基盤としたコミュニティ中心のサービスシステムを提供すること、（三）社会保障プログラムを拡大し、その財源を安定化させること、以上の三つである。しかし、社会的セーフティー・ネットを強化するという第一の目的とは裏腹に、公的扶助を受ける人の数が、一九九二年から一九九六年にかけて二五％も減少、また、公的扶助を受ける人たちが全体の人口で占めている割合が一九九二年には五％であったのに対して、一九九六年には三・三％に減ったのである。

社会保障プログラムに関して金大統領は、雇用保険プログラムや、年金プログラムの拡大などを試みていた。次に、雇用保険プログラムと年金プログラムについて、具体的にみてみよう。社会支出については、その後で検討する。

雇用保険プログラムは、一九九五年七月から導入された。このプログラムは、失業手当と積極的労働市場プログラムが、同時に導入された点に特徴がある。また、失業手当の条件は厳しく、手当が支給されるまでのウェイティング・ピリオドが、比較的長く、また手当ての支給は、最大で八週間とされている。⁽¹²⁸⁾そして、働く能力がありながら失業している人は、八週間の支給期間が過ぎると、手当てをもらうことができなくなる。「貧困」と判断された人たちは、子供のための最小限の医療と教育に対する扶助が支給される。したがって、雇用保険による失業手当が導入されたのにもかかわらず、失業者に対する社会的セーフティー・ネットは、最小限のものであった。雇用保険の導入したいは、韓国の社会保障システムの発展にとって画期的であったが、その条件などは厳しく、金銭的扶助よりは、労働市場の活性化を促すプログラムとなっていたのである。

次に、年金プログラムについて簡単に述べることにする。年金は、八〇年代に従業員一〇人以上の規模の企業まで適用されるようになったが、一九九五年七月に、農民や漁民といった自営業者にまで適用されるようになった。この自営業者に対する年金には、以下の特徴があった。まず、韓国における農民や漁民に対する年金は、高齢者に対する所得維持という文脈で導入され、農業が漁業を構造的調整するという文脈で提供されたわけではない。また、年金手当ては、他の保険加入者と同様であったが、年金保険の保険料が違ったのである。農民・漁民は、所得の三%を月に払うようになっており、それが五年に一度三%づつ上がり、最大で九%に上がるように組まれている。したがって、最終的には、農民・漁民の保険料は平均して、三〇%に留まっている。

そして、従業員には、政府の補助金は支給されないが、農民・漁民には、二〇〇四年までに月二二〇〇ウォンの金銭

的支援が提供された。具体的には、保険料の一／三は、低所得者に支給されることとなり、所得の再分配を試みたことが確認できる。しかし、こういった試みに対しては、財政的な不安も主張されている。韓国では、平均的に、保険料が六％と低いのに対して、年金は、所得の七〇％を支給することになっていたのである。⁽¹²⁹⁾

韓国政府は、国民年金のための補助金は支給したものの、他の社会福祉一般に関しては、財政的な負担を担わなかった。したがって、金政権が主張した「韓国型福祉モデル」はその言葉とは裏腹に、福祉への取り組みについては最小限のものであり、また特徴的なものもなかったといえよう。社会支出の数値を見ても、金政権においては、平均して政府支出の三四％を占めていたが、社会保障に対する支出は九・八％に留まっていたのである。⁽¹³⁰⁾

一九九〇年代、文民政権が誕生し、民主主義への取り組みが拡大され、韓国は政治的・経済的に新たな局面を迎えた。この時期は、金政権における「グローバリゼーション」という方向性で特徴づけられる。だが、このモットー下の社会福祉改革は、期待されたものの、その結果はその期待に答えることができたとは言いがたいものとなっている。民主化以降の韓国のアイデンティティ構築は、グローバリゼーションで幕をあげたが、九七年には金融危機を経験することになった。この時期に誕生した金大中政権は、韓国の社会福祉が注目されるきっかけとなる「生産的福祉」をモットーに、様々な面で社会福祉を改善していくのである。民主化を経て、グローバリゼーションで始まったアイデンティティ構築は、経済成長を大重要課題としてきた韓国が、金融危機以降経済以外のものでアイデンティファイするか、またOECD加盟国となった韓国がどう「世界標準」を達して維持するか、こういったことが金大中政権にとって、民主主義の定着と同時に、新たな課題となったのである。以下の章では、金大中政権に福祉政策とジェンダー政策を具体的に分析し、どのようなアイデンティティ構築を試みたかを見ていくことにする。

第三章 金大中政権の福祉政策拡大の試み…実態と思想的背景

一九九七年の大統領選挙は、第二章四節に述べたような社会的・経済的・政治的背景の中で、一月一八日に実施されたのであり、金大中が選出された。金大中政権の誕生、その性格、政策などには、当時の社会的・経済的・せいじて背景が色濃く反映することとなった。

また、先に金泳三の大統領当選の韓国政治における画期性を記したが、金大中氏の当選は、それ以上に画期的であった。それは以下の諸理由に拠る。(一) 初めて公正な選挙に基づく、与党から野党への政権交代を経験したこと、(二) 経済的繁栄に対する想定を覆すような「IMF経済危機」の只中に大統領選が実践されたこと、(三) この選挙がきわめて地域主義に満ちた選挙であったこと。

一九九七年七月にタイのバーツが下落した直後、東南アジア諸国、台湾と韓国でも金融危機が起きた。そして、この金融危機から脱出するため、韓国はIMFに援助の申請を申し出たのである。それまで、韓国は世界一位の経済大国であり、また、一九九六年に、東アジアでは日本に継ぐOECD加盟国であったため、IMF支援要請は予想外の展開であった。韓国に対するIMFの処方は、緊縮政策と為替レート切り下げ、企業及び金融の構造調整、そして社会不安に対するセーフティー・ネットの強化という諸項目であった。⁽¹³⁾

金融危機に伴い、平均的に二―三%であった失業率は、一〇%までに急増し、貧困問題や社会不安は、増大していた。こういった社会状況を表すかのように、ソウルでは、最も多いときに四〇〇〇人のホームレスが街頭に出現した。⁽¹⁴⁾失業率の急増による貧困層の増加という状況への対処としてまず想定されるのは、応急措置として、失業対策・生活保護対策といった臨時の生活保護制度は導入されるが、他方で社会保障システムじたいが衰退していったり、あるいは現状

維持に留まってしまうことが多い。⁽¹³³⁾しかし、金大中政権は、金融危機後に、従来その形成が見られなかった社会保障システムの拡大と、経済危機後の社会的セーフティー・ネットの構築を推進したのであり、後者はIMFの提言に沿うものだった。

しかし、社会保障関連の財政支出の増加や社会保険のカバレッジ拡大を除いて、のちに金大中が国家理念として提言する「生産的福祉」政策に対しては、IMFの提言以上のものを含んでいた。その結果、韓国における社会保障システムは、より包括的、そして制度化されたシステムへと変貌していき、また、韓国経済が世界市場に統合されていく中、それでも社会保障の拡大がはかられたという点で、グローバリゼーション原理の逆方向に向かっていったということにもなる。⁽¹³⁵⁾ここで、興味深い点は、金大中大統領自身が、彼の政策の目標を、先進国が掲げる世界水準の達成という点に置いていると認識していたことである。金大中大統領にとって、社会政策拡大は、一九九六年のOECD加盟により先進国入りした韓国が九年経済危機によって失墜した「名誉」を「挽回」することを意味しており、韓国の「真の先進国入り」を果たすカギであったと筆者は思う。

本章では、まず、金大中政権発足前後の社会状況とそれへの金大中政権の対応を第一節で簡単にまとめ、第二節では、第一節における金大中政権の対応を踏まえながら、金大中政権発足前後における金大中大統領の思想的背景、つまり彼がもっていたスタンダードを見ていくことにする。ここでは、金大中の著作などからみられる金大中自身の（大統領になる以前の）政治信条、大統領候補時期における選挙公約、それに対する社会の反応、そして大統領就任後に公表されたスタンダードをみることにしたい。こうすることで金大中大統領自身のスタンダード、とりわけ社会政策に関するスタンダードの変容過程を追い、次章で述べる政策をめぐる議論の前提を見ることができる。

第一節 経済危機から社会危機へ

一・IMFと財政改革

序論でも述べたように、韓国における金融危機が、一九九七年二月の大統領選挙直前に訪れたということから、金大中は、重大な金融・経済の課題に直面しながら当選したといえよう。この時期の韓国は、IMFの援助なしで財政を立てなおすことは困難であることを自覚し、IMF援助を申請していた。そして、韓国政府がとる措置などについて、支援のためにIMF側から養成される条件などもあり、IMFとの協議を強いられたのである。韓国政府側からIMF宛てに送られた文書でも、韓国は、IMFと協議することを約束している。「(前略) スタンドバイ協定が規定している期間中、韓国は、これから必要とされる施策の導入に対して、当局の専門家もしくはIMF取締役のイニシアティブによって、IMFの専務取締役と協議する。⁽¹³⁶⁾」

金大中新政権は、IMFの要望に即して経済の構造的改革やマクロ経済的政策を導入することに努力した。特に推進したことは、金融セクターの自由化であり、その結果、外国の機関が国内の財政機関を引き継ぐことになった。また、資本移動も自由化され、海外からの直接投資に対する反感は、否定的に捉えられるようになった。このような転換は、金大中大統領の就任式演説にはっきりと表れている。「外国への借金を一番効率的に返済し、企業の競争力を高め、そして経済の透明性を強化する方法は、外国からの直接投資を促すしかない」⁽¹³⁷⁾。

金大中政権は、財閥(재벌)改革を促進したが、これはIMFが要請した構造改革の課題でもあった。金大統領は、韓国企業のトップたちと会談をし、以下の五つの点で合意をした。(一) 透明性を確保する財政システム、(二) グループ企業への融資を保証することをやめること、(三) 骨太な財政構造構築、(四) 核心産業に集中し、中小企業とのパー

トナリシップを促進すること、(五) 大多数の株主への透明性の確保、以上の点である。⁽¹³⁸⁾

こういったIMFからの要望を受けたかたちで行われた構造改革⁽¹³⁹⁾は、金大中大統領の新しい政権下で促進された。そこでは財政改革が重要視されていたが、それよりもむしろ金大中大統領にとって重要であったのは、社会保障システム構築であったと筆者は考えている。

IMFから与えられた要望に対する金政権の対応は実は一筆ではなかった。金政権は財政改革についてはIMFの要望に沿って進めたが、社会保障に対しては、IMF以上の目標結果を出したのである。IMFの社会保障に対する方向性は、普遍的社会保障システムの導入ではなく、むしろ最低限の生活保障であり、どちらかというと「残余的福祉国家」を強調していた。だが、金大中政権は、社会保障政策をその要望よりも高いレベルの重要性をもつものとして設定していたのである。いいかえれば、IMFの要請は、労働市場の改革を強調したものであり、それに伴う調整のために緊急措置を提示したが、金大中は、緊急措置以上のセーフティー・ネット構築や社会保障制度の改革に乗り出した。これは、金大中が出した政権維持と正当化の一つ路線であったといえよう。

金大中政権においてIMFの要望より高いレベルの社会保障システムの形成が促進されたことは、IMFの文書からも確認できる。以下では、そのIMFの文書でどのようにに記録されているかを紹介することにする。

一九九七年二月三日に発表された、韓国政府からIMFへの支援要請に関する合意文書「Letter of Intent」を見てみると、以下のような項目が挙げられている。「労働市場改革(三八) 新たな雇用保険システムは、労働の再配置を促すものとし、これと並行に労働市場の柔軟性を確保するよう改善することを目的とする」⁽¹⁴⁰⁾とかかれてある。ここで注目すべき点は、社会的セーフティー・ネットに関しては、言及がなく、雇用保険の強化のみが述べられていることである。

この文書を受けて、一九九七年二月五日にIMFのStand-by条件が発表され、IMFと韓国政府間におけるIMFの支援条件と改革すべき政策が述べられた。この文書では、IMFが提案した韓国が促進すべきマクロ経済政策が要約されている。ここには労働市場の改革に関する項目があるものの、セーフティー・ネットに関する項目がないのである。ただ「新たに構築する雇用保険システムのキャパシティは、労働を再配置することであり、同時に労働市場の柔軟性を確保するよう改善することである」といった、労働市場の柔軟性についてだけ条件を提示しているに留まっていたのである。

上の文書以外に、一九九七年二月から二〇〇〇年二月にかけて、IMFと韓国政府間で締結された七つの合意文書が公表されている。各文書は、韓国が促進すべき経済政策について詳細な政策提案が書かれておる。以下、そこに含まれる社会保障の項目を、発表された順に細かく見てみることにする。

まず、先に見た一九九七年二月三日と五日に継ぐ、第三の文書を検討しよう。一九九七年二月二四日の「Letter of Intent」である。そこに明記されている労働市場改革に関する項目は、以下の通りである。「労働市場政策 六、経済成長の減速を最小限にすることが、プログラムの目的であるが、他の雇用の可能性を目差して、衰退する企業から労働者が移動しないように努力していくことにする」と書かれている。⁽¹²⁾ここではセーフティー・ネットに関する項目はなく、労働市場の改善が目標として設定されていることがわかる。

第四の文書である一九九八年二月に発表された「Letter of Intent and Korea: Memorandum on Economic Programs」には、以下のような内容が含まれている。「労働市場改革と社会的セーフティー・ネットに関する項目 目的（一）まず労働市場の柔軟性確保・労使政委員会の文脈において、レイオフの状況や手続きを明確にするために関連法を改定すること、また、民間の派遣会社などに関する制限的法的規定を緩和すること。目的（二）社会的セーフティー・ネット構

築…トレーニング支援や雇用安定化を含む雇用保険の予算を七千億ウォンから二兆ウォンまでに増大すること、収入のない人たちのために公的扶養を増大すること、労使政委員会の文脈の中で社会支出を追加することを考慮する。目的(二)失業手当企画の構築…失業手当企画を拡大すること」⁽¹³⁾。ここで初めてセフティーネットの項目が明記されている。ここで注目するべき点は、このセフティー・ネットに関する項目が、韓国政府側から提案した項目だということである。同年五月に韓国政府がIMFに宛てた文書にも「韓国政府は、経済状況をみつ、社会的セフティー・ネットの妥当性を随時レビューすることにする」⁽¹⁴⁾と明記されているのである。

その翌年の一九九九年には三つの文書が発表されたが、これらのLetter of Intentにも、社会的セフティー・ネットに関連する項目がある。一九九九年三月の月の文書には「失業率が史上最高の八・五%に達している現在、一九九九年においても社会的セフティー・ネットを拡大する」⁽¹⁵⁾、同年七月には、「韓国政府は、労使政委員会の交渉を補完するべく、失業手当を含む社会的セフティー・ネットにコミットし、社会的セフティー・ネットのための支出を七・九兆ウォンから一〇・四兆ウォンに改定し、また引き続き経済状況を見つ、社会的セフティー・ネット支出の妥当性と効率性をレビューすることにする」⁽¹⁶⁾と記されている。同年一月には、「金融危機でもつとも影響を受けた人たちのために、引き続き政府は社会的セフティー・ネットを維持することにコミットしていく(省略)」⁽¹⁸⁾と示されている。

しかし、二〇〇〇年七月に発表された文書では、社会的セフティー・ネットに関する項目の内容が一変する。つまり、金大中大統領が始めて生産的福祉という言葉をつかった一九九九年八月一五日の演説内容、また二〇〇〇年に導入された「国民基礎生活保護法」を受けて、韓国政府は、自らIMFに福祉政策の拡大を申し出たのである。その文書の内容の一部が以下である…「韓国政府は、政府指導の直接的雇用プログラムといった社会的セフティー・ネットから、「生産的福祉」を基礎とするシステムへと移行する。また、二〇〇〇年一月一日から「国民基礎生活保護法」が施行

される。その具体的内容は以下である。（一）最低限の生活の質を確保すること （二）公的扶助を受ける数を一九九九年の五〇万から二〇〇一には一五〇万人へと増大 （三）職業研修就職検索システム、保育園制度を通じて自活支援を促進すること （四）高齢者にたいする公的扶助を確保し、医療費用に対して援助を行うこと （五）ソーシャルワーカーの数をふやし、公的扶助を受けている人々たちの情報のデータベース化を改善する⁽¹⁹⁾。この文書は、韓国政府の方向転換を明確に表している文書だといえよう。

これらの文書から読み取れることは、以下の通りである。まず、一九九七年に発表されたIMFの条件規定書では、社会的セーフティー・ネットに関する項目はなく、労働市場の柔軟性の改善を強調したものである。しかし、一九九八年、一九九九年に発表された韓国政府側からの文書には、自らがセーフティー・ネットを構築するといった項目が挙げられている。しかし、これらの文書を見ると労働市場の柔軟性を強調しており、大量に発生した失業者に対する対策、いわば緊急措置的な側面が強いといえよう。しかし、二〇〇〇年の文書では、あきらかに韓国政府のスタンスの変化が見える。つまり、IMFが提案した労働市場の柔軟性だけでなく、また、緊急措置的なセーフティー・ネットだけでなく、「生産的福祉」を基礎とする、より包括的な福祉政策、もしくは社会政策を構築するといった意図が見える。他の政策、特に金融政策、財政政策、金融セクター改革、貿易の自由化、財閥改革などといった項目に関しては、IMFの詳細な政策提案に、韓国政府は従っていたが、しかし、社会政策に関しては、韓国政府、とりわけ金大中政権は、IMFの提案以上のものを促進したといえよう。

二．社会的危機から「生産的福祉」へ

金融危機以降、失業率は、一九九七年に二・六%だったのが一九九八年には五・七%にも上がり、その多くは中小⁽²⁰⁾

企業の倒産に伴う解雇が原因であった。また、一九九八年の半ばには、失業率が六・八%にも上昇した⁽¹⁵¹⁾。そして、経済格差をあらわすジニ係数 (Gini coefficient) は、一九九八年前期から後期において〇・三〇〇五から〇・三三二二に増加した⁽¹⁵²⁾。そして、都市部における貧困レベル以下の世帯が一九九七年で三・〇%から一九九八年には七・五%に増加した⁽¹⁵³⁾。

こういった状況に直面した金大中大統領は、就任直後の一九九八年に、新政権の「一〇〇大課題」⁽¹⁵⁴⁾を発表し、主に社会的セーフティー・ネット構築と社会保障の拡大に積極的に取り組んだ。

まず、社会的セーフティー・ネット構築について簡略的に説明することにする。上述の社会的危機に直面した金大中大統領は、まず一〇兆ウォン (国家予算の一〇%) を雇用の安定とセーフティー・ネットの構築にあてた。また、政労使協議会で合意した失業プログラムを推進し、このプログラムには、失業手当の拡大、ベンチャー企業などのための公的融資、再就職のためのプログラム、そして一時的な公的扶助が含まれる。こういった一般的な失業手当と同時に、経済危機で職を失った人々たちのための公的扶助を拡大することを積極的に推進した。

こういった状況の中、画期的な法案が制定された。それは、一九九九年八月一二日に制定された国民基礎生活保障法である。以前の生活保障プログラムは、家族の支援がない老人や子供といった特定のグループに公的給付を与えるものであったのに大使、金大中政権が推進した国民基礎生活保障法は、特定のグループに関係なく、最低レベルの生活を維持できない国民すべてに公的給付を与えるものであった。したがって、保障というのがただだに公的救済措置というのではなく、法に基づいた社会権として定義づけられた⁽¹⁵⁵⁾。

しかし、このような政策は、財政的にも維持することが厳しく、野党のハンナラ党からも批判も殺到し、「福祉病」で経済をまた悪化させるのではないかと懸念された⁽¹⁵⁶⁾。また、予算赤字などを根拠に、公的財政の拡大を継続すると破

統までに至るとも批判された。⁽¹⁹⁾

したがって、金大中大統領は、一九九九年八月一五日の演説において「第三の道」に類似する「生産的福祉イニシアティブ」を始めて国民に発表する。ここで金大中大統領が意味している生産的福祉というのは、以下として定義している。

- 一）社会福祉を基本的人権として認識し、国家がそれを保証し、保護するべき
- 二）生産的福祉イニシアティブは、「仕事を通じた福祉」という原理が前提
- 三）生産的福祉イニシアティブにおいて、社会福祉政策は、社会統合を促進し、持続経済成長と参加型民主主義の調和を發展させるものである

より一般化していいかえれば、生産的福祉とは、国民の生活水準を社会発展の促進と富の公平な配分によって改善することを意味する。

また、金大中大統領は、社会保障システムの拡大のため、年金制度も改善とした。従来四九〇万人と二一〇万人の農民・漁民しかは対象でなかったのが、一〇〇〇万人の自営業、そして五人以下の従業員が所属する会社の人達も対象となり、また労災保証についても、従来七五〇万人の労働者（五人以上の従業員が所属する産業会社）が対象となったのが、二〇〇〇年には、新たに一六〇万人（四人以下の従業員が所属する会社）にも適用できるようになった。

また、金大中政権が取り組んだ改革として、医療保険の統合があげられる。従来、会社の従業員のための保険会社一四二社と、一般市民のための二二七の地方保険会社があったのだが（公務員、教員はまた別）、二二七の地方保険会社、公務員、と教員の保険を担当する統合された新たな国家健康保険法人（NHIC）が成立された。二〇〇〇年七月には、残りの一四二社も統合された。

以上、簡単に金大中政権発足前後の社会状況とその対応をまとめてみた。では、金大中がとった対応策に根底にあったスタンダードとはいったいなんだったのかを、大統領就任以前からの金大中氏の思想背景を探り、どういった選挙公約が掲げられ、そして就任後、政権の具体的な課題としてどう形作られていったか、それに対する社会の反応はいかなものであったことを次節で分析してみることにする。

第二節 金大中の思想背景

一・金大中の「生産的福祉」へのビジョン

これまで金大中政権が推進した社会保障制度の構築・拡大政策について説明してきたが、こうした政策の背景には、金大統領個人のそれまでに培われた思想的理念があることを看過できない。軍政政権下においては、抑圧的な政府への批判を続け、民主化運動においては、在野知識人として活躍し、民主化以降においては、野党として、常に政府の保守的政策に批判を加えてきた。その金大中が選挙に当選した時、序論でも述べたように、多くの報道機関も注目した。金大中は、「準備された大統領」として多くの人に希望をもたらしただのである。

金大中は、「国民の政府」と自らの政権を称し、その概念のもとで、金融危機を克服するとともに、新たな韓国社会と政府のあり方を追求することに尽力した。金大統領は、金融危機以降、IMFの要望に即して改革を進めつつ、もう一方では、いままでの「成長第一主義」を掲げてきた政権とは明確に異なった改革を促進し、IMFの要望以上の社会保障制度を構築しようと試み、就任後は、その改革のベースとなる「生産的福祉」概念を構築したのである。

しかし、こうした政策は、金融危機やIMFからの要請があつて始めて形成された政策理念とは考えがたい。実際、

大統領就任以前に執筆した『大衆参加経済論』というの著書の中で、金は、社会政策の重要性、そしてその改善に関する以下のビジョンを既に提示していたのである。

第一に、全国民が人間的な生活を営むことができるように再分配的福祉を基本的に拡大すること。普遍的な公共扶助政策を形成し、また社会保険もすべての国民が恵みを受けるように改善し、あわせて租税制度の改革を通じて所得再分配を改善させていくこと。

第二に、社会投資的観点から福祉を發展させること。社会的保護も重要ではあるが、今後、知識産業社会において国民を社会的危機から積極的に保護していく方法は、人的資源を開発し、自活能力を促すことである。福祉は単純な所得移転ではなく、能力と機会の移動をふまなければならない。

第三に、生産過程を通じた分配的福祉を強化すること。勤労者が生活の安定と財産形成、そして文化生活を享受するためには、参加の機会を高め、それによる公正な保障を促さなければなりません。勤労者基本法を通して従業員のもち株制と成果配分を促進し、非正規労働者、中小企業勤労者の福祉を、企業の裁量ではなく、国家の政策支援として後押しをすることが必要だ。

最後に、国民の生活の質を向上させる福祉を志向すること。単に基本的生活の課題に対応する福祉ではなく、国民の全般的な生活水準を向上させることが必要である。健康な生活ができるように国民健康保険を制度化させ、快適でかつ安全な環境で暮らせるようにし、生命が尊重されるの会をつくらなければならない。文化的に余裕のある生活を享受できる社会的・経済的の制度を改善することも重要である。⁽¹⁸⁾

以上のように、最大の課題は、再分配を強化した国民の生活水準の向上と、自活能力を強化し、それを持続させることであった。また、歴代大統領もそうであったように、金大中にとっても、韓国が世界水準に達すること、つまり先進

国の仲間入りをすることは、重要な要素として受け止められていたのである。「このように私たちの努力が実るのであれば、過去韓国的高度成長に対する世界が注目していたように、成長と分配のバランスがとれた社会の典型を創出したモデルになるであろうと確信しています」⁽⁹⁾。

二・金大中大統領候補選挙公約と一〇〇大課題

一九九二年の大統領選挙において、金大中は、民主党の候補として、立候補した。だが、この選挙ではやぶれ、その次の大統領選で、ふたたびハンナラ党の李会昌候補と戦うことになる。民主党は、全羅道に基盤があった、いわゆる地域密着型の政党であったが、金泳三政権下での与党に対する不満が、野党である民主党支持に向かった。民主党候補であった金大中の選挙公約は、その内容としてやはりIMF克服と世界五強が冒頭に掲げられていたが、その内容を確認すると、実に政治の腐敗問題、中小企業の拡大、農村・漁村への手当て、労使問題の克服、社会福祉制度の構築、そして女性問題に至るまで、韓国社会の根幹問題に言及していたのである。特にここで注目したい点は、福祉政策構築、労使問題克服、そして女性問題に関する公約である。

まず、はじめに、福祉について、金大中候補は、社会開発五カ年計画を樹立することを約束した。福祉予算に関し、毎年三〇%を増額することを表明し、具体的な政策としては、医療保険の合併、国民健康保険制度の導入、公的年金制度の合併、敬老年金制の拡大、そして障害人生補助手当てを一〇万ウォンに値上げことを約束したのである。

次に、(二) 女性問題に関しては、比例代表制での女性の配分を考慮し、三〇%の割り当て制度(Quota)を導入することを選挙時に掲げたのである。また、政府の重要委員会の参与比率も三〇%を維持することにし、公共部門の女性比率を二〇%―三〇%まで増加させることを硬く約束したのである。また、具体的な制度としては、男女分離号棒制を

廃止し、産前休暇を一二週に拡大すること、そして、育児休職手当を制度化し、有給胎児検診休暇制度を導入することを約束したのである。⁽¹⁰⁾

このような種々の選挙公約については、当選後、金大中次期政権の閣僚で形成された「大統領職引受委員会」が、金大中政権の「一〇〇大課題」⁽¹¹⁾としてとりまとめ、メディアに正式に発表したものである。

福祉政策に関する課題としては、常に課題とされてきた生活の質の向上が挙げられていた。生活の質を高める福祉行政の改善として揚げられた目標は以下のとおりである。

(一) 低所得層、老人、障害者など社会的脆弱階層に対する福祉拡大

(二) 国民健康保障のために医療保険制度を改善

(三) 老後生活保障のために国民年金制度を改善

(四) 事前予防的健康管理体系の強化と医薬品の安全性確保

(五) 健全な家庭儀礼及び飲食文化の定着

他方、女性問題に関する課題としては、男女が平等に仕事をする社会を形成することが重要課題として述べられていた。特に(一)男女平等社会の構築のための差別的制度、慣行の改善そして(二)女性の雇用促進及び地位向上、が記載されていた。

三、「生産的福祉」の理念

世界も注目すべき「生産的福祉」とはいったいなのか。

金大中大統領が、「生産的福祉」という言葉を初めて使用した演説は、一九九九年八月一五日の「八・一五光復節慶

祝の辞」である。

(前略) 公正な課税を通じて経済的・社会的正義を実現する。税制改革の基本になる「金融所得総合課税」の実現を推進する。変則的な存続や贈与による富の不当な譲渡がなくなるように、税制を改正していく。不当な所得・脱税に対しては、厳重な懲罰を課していくつもりである。また、サラリーマンの税負担を減らし、高所得階層の所得源についても、透明性の高いものにしていく。絶対多数の国民が中産階層になるよう努める。中産階層の育成と庶民生活の向上を目標とし、人間開発中心の生産的福祉政策を積極的に行っていた。「国民基礎生活保障法」が国会で可決された。これにより、基礎生活水準以下のすべての国民に、生活・教育・医療などの基本的な生活を、制度として保障できるようになった。勤労能力や意欲のある国民には、職業訓練と障害教育の機会を提供し、それに見合う雇用場を見つけ出せるように援助する。高齢者、病弱者、両親のいない子供など社会的弱者に対する関心と支援を大幅に広げ、障害者の雇用やりハビリテーションを促進するための法律と制度を整備する。医療保険・雇用保険・国民年金・労災保険など四大保険制度を完全に制度化し、国民が生涯安心して暮らせるように社会保障制度を確立する(省略)。(10)

金大中はこの演説で、初めて「生産的福祉」という概念を使用し、本格的な包括的社会福祉政策を促した。また、上記の演説にもあるように、医療保険・雇用保険・国民年金・労災保険の制度化が、重要課題として掲げている。

これらの内容をふまえた上で、「生産的福祉」という概念に含まれる具体的要素をまとめておこう。それは、(一) 公正な市場秩序確立を通じた分配、(二) 国家による再分配的福祉、(三) 自活を支援するための社会的投資、(四) 生活の質向上のための投資拡大、(五) 持続可能な発展と反映の土台構築、(六) 生産的福祉理念の世界的な価値の実現、と

いう六点到要約できよう。この金大統領の根本概念としての生産的福祉」概念を理解した上で、金大統領が設定した目標（スタンダード）について、筆者なりに整理していきたい。

上述のように、金融危機以後、最優先に推進されたのは、セーフティー・ネットの構築であった。そこで、最重要課題として推進され、金大中が力を注いだのは、IMF援助への対処であった。つまり、本章の第一節一でも述べたように、IMFが提示した金融政策、財政政策に関しては、IMFの指示通りおこなう必要はあったが、これを国民に理解させるため、「IMFを利用する」という文脈を用意して国民に説明したのである。しかし、他方では、労働政策を含む福祉に関する指示に対しては、IMFの要求以上のものを構築しようとしたのである、金大中としては、IMFに上手に対処しながら、他方で国民への説明責任として、IMFの指示通りにすれを利用して改革を進めていくことを強調しつつ、しかし同時に、韓国独自のもの、韓国自身が成し遂げた社会福祉の拡大というものから、国民にIMF時代を説明しようとしたものだと位置づけることができる。IMFからの要求を、単なる押し付けとしてではなく、バランスをとりながら国内政治化していったものとも思える。そのため、とりわけ四大社会保険（国民年金、雇用保険、医療保険、産業災害保険）を充実させ、高齢者、障害者、女性、児童らの対する福祉サービスを拡大する必要がある、そのためには、やはり社会福祉を提供する公務員や雇用センターなどを増やさなければならなかったのである。

金大中が重要課題であると認識していた課題は、以下の四点にまとめることができるよう。（一）社会的セーフティー・ネット構築、（二）福祉の正常化、（三）後進的社会福祉政策の克服、（四）持続可能な福祉システムの構築、である。

では、金の政策のシンボルとも言える、一九九九年八月一五日の演説で登場した生産的福祉論の形成過程については、七月に大統領秘書室内に設けられた「生活の質向上企画団」の役割が重要で、そこにおいてその理念の体系化が行われたのであった。

生産的福祉の理念は、もちろん政治的スローガンという側面もあるが、しかし、この理念が、体系的に考えられたものであったというのも確かである。生産的福祉の基本哲学としては、(一) 権利としての福祉、(二) 働く権利の保障、(三) 社会連帯の強化の三点である。そして、その具体的な政策の方向として、(a) 国民基本生活の保障、(b) 職を通じた福祉実現、(c) 生活の質的向上のための基盤構築、という三点があげられる。これらを推進する戦略としては、(一) 公正な市場秩序の確立、(二) 国家による再分配福祉、(三) 自活のための社会的投資があげられていた。

このようなことが実行されたとき、生産的福祉が実現される、と想定されたのであった。⁽¹⁶⁾

繰り返しになるが、金大中は「生産的福祉」を民主主義と市場経済に並ぶ国政理念のひとつとして位置付け、また、国民のすべてが市場経済活動に公平に参加し、その利益を分配することのできる社会を実現し、そして自活能力がある⁽¹⁶⁾階層に対して職場を提供するといった理念を、金は重要な基準として待ち合わせていたことを確認ができるのである。

金大中の社会福祉へのこだわり、政治家として特別な思い入れは、大統領就任以前から持っていた理念・理想基づくものであると考えられるが、それは一九九九年あたりから具体化、体系化されていったものである。金融危機を経験し、IMFに援助を要請した韓国が、このIMFの介入について自らがそれをどう評価し、それとどう付き合っていくのかという問いが、そうした理念の形成に大きな影響を与えたことは間違いないだろう。理念は従前から有していたにせよ、金大中の付帯的な政策形成は、IMFへの対応を中心になされたといっても過言ではない。金融・財政改革を強いられた一方で、金大中は、社会福祉に関しては、IMF以上の水準で実施することを国民に約束することによって、自らの政権を位置付けていった。そして、国内でバランスをとりながら、国内の支持基盤を拡大していくため、市民団体や運動家と積極的に議論を交わし、理解を求め、また深めようとしていった。韓国における市民団体の強い影響力については、金大中政権がその基盤を作ったといえる。

第三節 金大中の参画福祉のビジョン

金大中政権は、特にこの論文で扱っている福祉問題やジェンダー問題に関する様々な特別委員会を設けることに尽力した。市民団体や運動家と政府との間のパートナーシップを図ろうというその方向性は、金大中自身のいままでの在野知識人としての経験、そして、支持基盤の確保などといったことを考慮しなければいけない。しかし、いままでの政権より密接なパートナーシップを図ったことは確かながら、微妙に距離をおいたことも事実である。しかし、こういった金大中の試みは、今の盧武鉉政権^{ノムヒョン}下における市民団体との連携の基盤になっていったと考えられる。この点を説明することは重要である。また、韓国における「世界標準」や「真の先進国」などといった目標に、金大中もまた敏感であったことは、事実である。この点は、彼の著書からも確認できる。

本節では、金大中の参画福祉というビジョンに焦点を当てつつ、彼が描いた参加と協力による共同体の構築と、生産的福祉推進の主体としての民間の役割強化というアイデアについて検討することとしたい。この作業によって、金大中政権の特徴を示しながらも、盧武鉉政権との連続性もあわせて検討することができよう。

金大中は、自らの生産的福祉の推進主体を民間部門に委ね、その役割を強化することこそが生産的福祉を達成する方法だと考えていた。そのためには、「従来受動的な政策の対象としてみなされていた民間部門が、⁽¹⁶⁾能動的な政策決定者としての立場や、執行上のパートナーとして、政府と一体となって一定の役割分担をしなければならない」と述べた。また、「生産的福祉の主要財源負担者である企業や労働組合は、生産的福祉政策が合理的に行われるように主要政策決定過程に積極的に参加すべきであり・・・（省略）市民社会団体、宗教団体などは地域社会内の多様なニーズを見出し、それを政策の方針として提起するとともに、公共分野では取り扱いにくい特殊な問題などの解決のために地域社会

の自発的な参加を促すなど、公共部門との完全なパートナーシップを形成していかなければならない」と主張している。⁽¹⁶⁶⁾金大中が特に強調した部分は、市民団体の積極的活動であった。市民団体は、政府の役人などが見落としがちな地域の特長な問題群などを提起してくれる一方、その活動が地域住民の自発的な参加を促す役割をも担うことが想定されていた。金大中が常に心がけてきた社会的平等、あるいは弱者の声に耳を傾けそれを政府に訴えることについて、市民団体の活動が期待されていた。こういった考え方は以下に端的に示されている。

市民団体は、公共部門が見逃しやすい疎外階層の問題に対する社会的認識が高く、地域住民の活動を組織化できる自発的な団体でもある。ところが、わが国の市民団体は地域別にその活動程度に格差があり、専門性と効率性における事業遂行能力では十分な信頼を得ていないのが現状である。市民団体が生産的福祉の実質的パートナーとしての機能を遂行するためには、より行動な専門性と技術の向上を図り、緊密な地域ネットワークを構成することによって、意思決定の構造を一本化し、福祉資源の効率的な活用システムを構築すべきであろう。

政府は、市民団体に活動を支援することにより、生産的福祉政策の効率の運用をはかるためのインフラを構築していく。特に、非営利民間団体（NPO）支援法を早期に制定することによって、市民団体が社会の多方面で想像力を発揮できるように支援していく計画である。また減税措置などによる寄付金の有効な活用など制度的にも見直し、社会的責任と透明性を備えた市民社会団体が、生産的福祉と関連した事業を自主的に推進していけるように支援していきたい。⁽¹⁶⁷⁾

以上の引用文で確認できるように、金大中は、市民団体の積極的な参加を望むとともに、その参加を支援するインフラ構築に積極的に取り組もうとしていた。生産的福祉の理念における市民団体の参加の重要性を強調すると同時に、地

域的ニーズや疎外階層など社会的弱者のニーズに取り組むことを視野に入れている。金大中政権における民間部門の積極的参加は、民間部門の役割強化と同時に、政権の支持基盤を作ることでもあった。この現象は、盧武鉉^{ノムヒョ}政権でも見られる現象であり、こういった市民団体を取り入れる戦略ともいべき政策決定過程のパターンの継続性も確認できる。

以上、金大中の思想的背景とビジョンについて検討してきたが、このような思想背景とビジョンの下に、ジェンダー政策と福祉政策の改革が推進されたのである。第一章でも述べたように、こういった思想背景は、金大中が自らの政権を正当化する「言説」としても利用されることになった。また、こういった「言説」が改革を推進する原動力でもあった。

次の第四章と五章では、このような「言説」が推し進めた具体的な政策を検討し、これらの政策に対する社会への影響とその評価も見てみることにする。

- (18) Bank of Korea, 『경제동계면보』 (서울: BOK, 1964)。
- (82) Dong-Myeon Shin, *Social and Economic Policies in Korea* (London: Routledge Curzon, 2003) p. 47.
- (83) Korea Development Institute, 『한국경제 반세기 총 자요집』 (서울: KDI, 1995) 八八頁。
- (84) 김대환, 「一九五〇년대 하국경제」 진덕규 편 『一九五〇년대의 이해』 (서울: 한길사, 1981) 一九七頁。
- (85) Jung-en, Woo, *Race to the Swift: State and Finance in Korean Industrialization* (New York: Columbia University Press, 1991) p. 66.
- (86) ちうに、一九五七年にピークを迎え、一〇五%にも上った。保健社会部 『保健社会部白書』 (一九七二年) を参照。
- (87) Frederic Deyo, Stephan Haggard and Hagen Koo, "Labour in the Political Economy of East Asian Industrialization," in *Bulletin of Concerned Asian Scholars* (Vol. 19, No. 2) p. 44.

- (88) Chung-Hee Park, *The Country, the Revolution and I* 2nd ed. (Seoul, Hollym Corporation, 1970) 参照。
- (89) Stephan Haggard, Byung-Kook Kim and Chung-In Moon, "The transition to export led growth in South Korea : 1954-1966" in *Journal of Asian Studies* (vol. 50) : Ha-Joon Chang, *The Political Economy of Industrial Policy* (Ipswich : St. Martin's Press, 1994) : E.M. Kim, *Big Business and Strong State : Collusion and Conflict in South Korean Development, 1960-1990* (Albany : State University of New York Press, 1997) を参照。
- (90) Frederic Deyo, *Beneath the Miracle : Labour Subordination in the New Asian Industrialism* (Berkeley : University of California, 1989).
- (91) Jang-Jip Choi, *Labour and the Authoritarian State : Labour Unions in South Korean Manufacturing Industries, 1961-1980* (Seoul : Korea University Press, 1989).
- (92) 한국 군사혁명사 편찬위원회 『한국 군사혁명사』 (서울 : 한국 군사혁명사 편찬위원회, 一九六三年) 三九一쪽。
- (93) Huk-Ju Kwon, 1995 ; Son, 1981.
- (94) Han, 1974 ; Kwon, 1995.
- (95) 한국 군사혁명사 편찬위원회 『한국 군사혁명사』 (서울 : 한국 군사혁명사 편찬위원회, 一九六三年) 三九一쪽。
- (96) 노인철・김수봉, 『사회복지 예산의 국제비교와 전망』 (서울, 한국보건사회연구소, 一九九五년)。
- (97) 一九六二年における農業、林業、漁業への雇用が五九・七%だったのに対して、一九七一年には四五・九%であり、六年の全GDPの四〇・一%だったのに対して、七一年には二九・一%であった(経済企画院、一九七二年, p. 三三四)。
- (98) ILO, *Yearbook of Labour Statistics*. (Geneva, ILO, 1972) Table 25. 同時期、日本が四三・三時間、イギリスが四四・九時間、アメリカ三九・八時間、メキシコが四五・一時間と発表されている。
- (99) 前掲、Table 26. 同時期イギリスは、一〇〇〇人中〇・四五人と発表されている。
- (100) Chung-ryum Kim, *Policy-making on the Front Lines : Memories of a Korean Practitioner 1945-79* (Washington, D.C. : World Bank, 1994) pp. 83-87.
- (101) 朝鮮日報、一九七三年一月一三日。
- (102) Shin (2003), p. 91, Table 5.6.

- (103) IMF, *Government Financial Statistic Yearbook* (1977 and 1986).
- (104) Ibid., 1977 and 1986.
- (105) 韓国開発院, 『産業政策의 基本課題와 支援施策改編方案』(서울, 一九八二年)
- (106) 前掲。
- (107) Mark L. Clifford, *Troubled Tiger : Businessmen, Bureaucrats, and Generals in South Korea* (N.Y. : Sharpe, 1994) pps. 164-7.
- (108) Stephan Haggard and Susan Collins, "The Political Economy of Adjustment in the 1980's," in Stephan Haggard et al., eds., *Macroeconomic Policy and Adjustment in Korea 1970-1990* (Cambridge : Harvard Institute for International Development and Korea Development Institute, 1994). 経済企画院『経済白書』(一九八三年) 三五五—六九頁。
- (109) Stephan Haggard and Chung In Moon, "Institutions and Economic Policy : Theory and a Korean Case Study," in *World Politics* (vol. 42, no. 2) pps. 210-37 ; Haggard and Collins (1994).
- (110) 経済企画院『経済白書』(一九八四年) 一二九—三二頁。
- (111) Soon Cho, *The Dynamics of Korean Economic Development* (Washington D.C. : Institute for International Economics, 1994) p. 157.
- (112) 保健社会部, 『保健社会白書』(一九八八年)
- (113) 保健福祉部, 『韓国型福祉制度의 成立을 위한 課題』(一九九六年)
- (114) 李蓮花, 「後發工業国における社会保険の導入と普及—韓国の医療保険制度を中心に—」(社会政策学会第一〇六大会自由論題報告, 一橋大学, 二〇〇三年五月一七一—一八日) 九頁。
- (115) 前掲, 九頁。
- (116) IMF, *Government Financial Statistic Yearbook*, 1986 and 1995.
- (117) 一九九三年には七一%の支持率を獲得したが、一九九七年には、三六%まで急落する。
- (118) "Major Programs for New Five-Year Economic Plan," *Korea Annual* (Seoul : Yonhap News Agency, 1994) pp. 359-67.
- (119) John Kie-Chiang Oh, *Korean Politics* (Ithaca, NY : Cornell University Press, 1999) p. 138.
- (120) 양근만 「한국 부패 구조의 심상부 이하기」『月刊朝鮮』一九九六年三月、一四六—二二五頁。また、裁判における判決

に関しては、『韓国日報』一九九六年八月二七日を参照。

(121) これらの措置・法律に関する資料は、韓国政府の『公報』(Official Gazette) 一九九六年三月一六日を参考。

(122) Chung-in Moon, "Democratization and Globalization as Ideological and Political Foundations of Economic Policy" in H. Mo and C. Moon, eds. *Democracy and Korean Economy* (Stanford, CA: Hoover Institution Press, 1999) p. 11.

(123) 韓国のギャロップ社が行った世論調査によれば、一九九三年には国民の八〇％の支持を得ていた。しかし、一九九五年四月の時点では、四四・九％まで低下した。 *Korea Newsreview*, December 30, 1995.

(124) この時期に公開された新聞記事や社説の多くが、韓国経済の危機を暗示していた。「韓国経済不況直面」『韓国日報』一九九六年八月八日『韓国日報』一九九六年九月四日、『朝鮮日報』一九九六年九月四日、조선일보 一九九六年九月二日、*Korea Newsreview*, March 22nd 1997.

(125) 韓宝グループの倒産からいっきにドミノ効果的に倒産・株式低下が相次いだ。一九九七年一月二七日韓宝グループ債務不履行のため倒産、一月二四日韓宝ニュースを受けソウル株式市場指数が二・八％下落、三月一九日サンミ鉄鋼業(二六位の財閥)も債務不履行のため倒産(その後四日間続けて株式市場下落)、四月二一日眞露(韓国最大の蒸留酒製造所)債務不履行に陥り救済措置を受ける、七月一五日キアグループ(八位の財閥)も債務不履行に陥り救済措置を受ける、そして一〇月二日サンバンウル(繊維工業)も債務不履行に直面する。これに関しては、*Korea Herald*, December 3, 1997.

(126) このパッケージの条件をいくつか上げておく…経済成長率をGDP基準の年一二％に抑制、物価上昇率九％に抑制するといった金融引締め、不良債権の早期処理、各種規制緩和などの条件が提示された。具体的なパッケージ内容について、朝鮮日報一九九七年一月一〇日を参照。

(127) 当時のIMF支援に対する様々な批判・反省などは、当時大部分の新聞で報道されていた。筆者は *Korea Herald*, February 9, 1998, *Korea Herald*, April 3, 1998 and *Korea Herald*, April 14, 1998 を参照しているが、朝鮮日報、東亜日報、韓国日報、などにも多様なスローガンが書かれていた。

(128) イギリスは、雇用記録が最低一年、手当て支給まで最低三日、そして手当ての支給は最大で五二週間である。スウェーデンは、雇用記録が最低五ヶ月、手当て支給までの待ち時間はなく、手当ての支給は最大で六〇週間である。日本は、雇用記録が最低で六ヶ月、手当て支給まで七日、手当ての支給は最大で三〇週間である。それに比べて韓国は、雇用記録が

最低一年、手当で守旧まで最低一四日、そして手当で支給は最大で八週間である。OECD, *The OECD Employment Outlook*, (Paris, 1991) Chapter 7.

(129) この数値を他の国と比較すると、たとえば、日本だと所得の一七・三五%を保険料として支払うのに対して、所得の七〇%を年金として支給することになっている。保健福祉部、「国民年金拡大のための改革課題」 www.welfare.or.kr/library/02/text/240.txt (一九九七年)

(130) 一九九五年日本の社会保障支出が三六・七%、スウェーデンが四九・五%に比べ、韓国は九・八%である。OECD, *Social Expenditure Statistics of OECD Members Countries*, (Paris, 1996).

(131) IMFのよる韓国通貨危機に対する処方の全文は、IMF公式サイト「IMF Standby Arrangement」一九九七年二月五日、<http://www.imf.org/external/np/oth/korea.htm>に掲載されている。

(132) 統計局、『経済活動人口年報』ソウル、一九九七—二〇〇〇年。

(133) 同じ時期に通貨危機を経験したタイ、インドネシア、マレーシアのケースを見ると、通貨危機以降、応急措置はとっており、各政府も短期的セーフティー・ネット構築を試みるが、国民年金制度、また雇用保険などの内容を見ると、同じ時期に通貨危機を経験した国の中で、年金皆制度、そして中小企業振興や社会セクター支出である雇用保険の整備や職業訓練の整備といった長期的セーフティーネット構築は、韓国だけに見られる現象である。山本克也、「アジア四カ国における年金制度—世界銀行およびIMFの影響」上村泰裕・末廣昭編『東アジア福祉システム構築』東大大学社会科学研究所、二〇〇三年、一八九—二〇九頁。

(134) 一九九七年から二〇〇〇年にかけて、IMFと韓国政府間で合意された政策合意文書 (letters of intent) がいくつかあり、こういった項目が、明記されている。IMF公式サイトにて合意文書を見ることができ。Letter of Intent¹ 一九九七年二月三日、<http://www.imf.org/external/np/loi/120397.HTM#memo>, Letter of Intent 一九九七年二月二四日、<http://www.imf.org/external/np/loi/122497.htm>, Letter of Intent and Memorandum on Economic Policies² 一九九八年二月七日、<http://www.imf.org/external/np/loi/020798.htm>を参照。

(135) 新自由主義者たちやグローバリゼーション擁護派たちは、グローバリゼーションによって世界経済に統合されていく中で、国際競争力を維持するためには、公的支出を最小限にする必要性があり、結局中立的な福祉国家モデルに帰結し、

社会プログラムにける支出は、少なくなっていくと強調している。が、しかし、実際韓国では、その逆の現象がおき、社会支出の額は以前に政権期より増加している。Hirst and Thompson, *Globalization in Question : The International Economy and The Possibilities of Governance* (Cambridge : Polity Press, 1996) 参照。

- (136) IMF, 'Korea : Memorandum on the Economic Program,' 一九九七年一月二二日, <http://www.imf.org/external/np/loi/120397.htm#memo> (前略…5. The Korean government is firmly committed to implement the policies outlined in the attached memorandum and will ensure that the policies are adequate to achieve the objectives of the program. The Korean government remains firmly committed to take any additional measures that may be necessary for this purpose. During the period of the proposed stand-by arrangement and thereafter, Korea will consult with the Managing Director of the Fund on the adoption of any measures that may be appropriate, at the initiative of either the Korean authorities or the Managing Director, in accordance with the Fund's policies on such consultations. We will also provide the Fund with such information that it requests on the progress made in policy implementation and achievement of program objectives.
- (137) 朝鮮日報, 「金大中就任式演説 全文」 一九九八年一月二六日。
- (138) Korea Herald, "President-elect Kim Dae Jung meets with Korea's Top CEO's", 14 January 1998.
- (139) 脚注一二一を参照。文書の一部は以下による: REPUBLIC OF KOREA, IMF Stand-By Arrangement, Summary of the Economic Program, December 5, 1997. Macroeconomic Policies 1. Objectives · The program is intended to narrow the external current account deficit to below 1 percent of GDP in 1998 and 1999, contain inflation at or below 5 percent, and--hoping for an early return of confidence--limit the deceleration in real GDP growth to about 3 percent in 1998, followed by a recovery toward potential in 1999. 2. Restructuring and reform measures · Troubled financial institutions will be closed or if they are deemed viable, restructured and / or recapitalized. The government has already suspended 9 insolvent merchant banks (on December 2, 1997). These banks have been placed under the control of MOFE and required to submit a rehabilitation plan within 30 days. These plans will be assessed in consultation with Fund staff and, if not approved, the institution will have its license revoked. A credible and clearly defined exit strategy will include closures as well as mergers and acquisitions by domestic and foreign institutions, provided the viability of the new groupings is assured. Clear princi-

ples on sharing of losses among equity holders and creditors will be established. The disposal of nonperforming loans will be accelerated. The present blanket guarantees which will end in three years will be replaced by a limited deposit insurance scheme. A timetable will be established for all banks to meet or exceed Basle standards. Prudential standards will be upgraded to meet Basle core principles. Any support to financial institutions will be given on strict conditions. All support to financial institutions, other than BOK liquidity credits, will be provided according to pre-established rules, and recorded transparently. Accounting standards and disclosure rules will be strengthened to meet international practice. Financial statements of large financial institutions will be audited by internationally recognized firms. Manpower in the unit supervising merchant banks will be sufficiently increased to make supervision effective and to allow proper handling of troubled banks. The schedule for allowing foreign entry into the domestic financial sector will be accelerated, including allowing foreigners to establish bank subsidiaries and brokerage houses by mid-1998. Borrowing and lending activities of overseas' branches of Korean banks will be closely monitored to ensure that they are sound. Nonviable branches will be closed. BOK's international reserve management will be reviewed with the intention to bring it closer to international practice. Deposits with overseas branches of domestic banks will not be increased further, but gradually withdrawn as circumstances allow. Financial institutions will be encouraged to improve their risk assessment and pricing procedures, and to strengthen loan recovery ; actions in these areas will be reviewed as part of prudential supervision.

- (140) IMF, Letter of Intent, 一九九七年十一月四日 <http://www.imf.org/external/np/loi/120397.htm>.

“Labor market reform 38. The capacity of the new Employment Insurance system will be strengthened to facilitate the re-deployment of labor, in parallel with further steps to improve labor market flexibility.”

- (141) IMF, IMF Standby Arrangement : Summary of the Economic Program, December 5, 1997. www.imf.org/external/np/oth/korea.html “Labor Market Reform : The capacity of the new Employment Insurance system will be strengthened to facilitate the redeployment of labor, in parallel with further steps to improve labor market flexibility.”

- (142) IMF, Letter of Intent, 一九九七年十一月四日 <http://www.imf.org/external/np/loi/122497.htm> “6. Labor market policies - while the program aims to minimize the inevitable slowdown in economic growth, we will aim to facilitate the neces-

sary movement of workers from declining firms to other employment possibilities. The government expects to shortly announce its views on labor market and wage issues, as well as on a fair sharing of the burden between employers and workers in the case of labor redundancies.”

- (143) IMF, Letter of Intent, Memorandum on Economic Program, 一九九八年二月七日 <http://www.imf.org/external/np/loi/020798.html> “Objectives : Labor Market flexibility, Social safety net, Unemployment benefits scheme”
- (144) IMF, Letter of Intent, 一九九八年五月二日 www.imf.org/external/np/loi/090298.html “The government will keep under review the adequacy of the social safety net in light of the economic situation.”
- (145) 一九九九年一月に公表されたIMF FactSheetでは、以下の文書が示されている：「(前略) IMFは、影響が及んでいる国々における経済活動の想定以上の収縮に対して、とても心配している。また、経済再構築やそれがアウトプットや雇用に及ぼす一時的な悪影響に関しても、まだまだ多くの努力が必要でとても十分承知である。我々は、援助国に対して、その期間を縮小・緩和するため、以下の中間的目標に重点をおいている：一、社会的セーフティ・ネットを強化・拡大し、また、労使政における対話を促進し、調整のための社会的コストを軽減すること (省略)」と書かれてある。
<http://www.imf.org/external/np/fs/1999.html> 一九九九年の初めから本格的に社会的セーフティ・ネットという項目がIMFの文書に表れている。
- (146) IMF, Letter of Intent, 一九九九年三月一〇日 <http://www.imf.org/external/np/loi/1999/031099.html> “With unemployment at a record high of 8.5%, the social safety net will be further strengthened in 1999 through an expansion of existing program.”
- (147) IMF, Letter of Intent, 一九九九年七月十四日 <http://www.imf.org/external/np/loi/072498.html> “To augment its contribution to the social compact with labor and business, the government has increased its commitment to provide expenditures on the social safety net, including unemployment insurance, from W7.9 trillion to W10.4 trillion (about 2.5% of GDP ; the government will continue to keep under close review the adequacy and effectiveness of social safety net expenditures in light of the economic situation.”
- (148) IMF, Letter of Intent, 一九九九年十一月十四日 <http://www.imf.org/external/np/loi/1999/112499.html> “The gov-

ernment will maintain its commitment to providing a social safety net adequate to protect those most exposed to the effects of the financial crisis...”

- (149) IMF, Letter of Intent, 111000年7月11日 <http://www.imf.org/external/loi/2000/kor/01index.html> “The Korean government has begun to move social safety net spending away from government-financed direct provision of employment toward a system of “productive welfare.” To this end, as of Oct 1st, 2000, the National Basic Livelihood Security Law will become effective and will : 1. Unify safety nets under one means-test umbrella that will secure a minimum standard of living for all Koreans while providing incentives for a return to the workplace for those able to work ; 2. Increase the number of recipients of subsistence benefits from 0.5 million in 1999 to 1.5 million in 2001 ; 3. Establish a self-support plan for those able to work through provision of job search information, vocational training, and day care services ; 4. Secure basic subsistence living for the elderly by increasing the number of beneficiaries and the size of the noncontributory social pension as well as providing free meals and in-home care to those in need. In addition, the elderly will be offered assistance in their out-of-pocket medical expenses ; and 5. Increase the number of social workers per recipient household and improve the information database on recipients.”
- (150) 經濟部、「雇用状況と失業率」 <http://www.mofe.go.kr> (last entered January 2005)
- (151) 前掲。
- (152) Hyungpyo Moon, et al. Economic Crisis and its Social Consequences (Seoul : Korea Development Institute, 1999) p.38.
- (153) Ibid., p. 40.
- (154) 付録資料二を参照。
- (155) 허선, 「국민기초생활보장법위 세정문기까지」 『복지동향』 111호 (一九九九年六月)。
- (156) 前掲。
- (157) 実際、經濟部の一九九九年の白書で確認すると金融危機以前の一九九七年において予算赤字が1%だったのが、一九九八年には三・二%、そして一九九九年には五・〇%までにも増加している。
- (158) 金大中 『大衆参加経済論』 (Hollym、一九九七年) 一八頁。

- (159) 前掲、八頁。
- (160) 金大中候補者の選挙公約（付録参考資料一参照）
- (161) 金大中政権の一〇〇課題のうち福祉、女性関係（付録参考資料二参照）
- (162) 金大中「八・一五光復節慶祝の辞」『大統領演説集』（ソウル、一九九九年）。
- (163) キム・スヒョン「韓国・金大中政権の社会福祉政策―評価と課題」上村泰裕・末廣昭編『東アジア福祉システム構築』（東大大学社会科学研究所、二〇〇三年）六二頁。
- (164) 金大中『生産的福祉への道』第一部、金大中『大衆参与経済論』、金大中『市民経済の話』参照。
- (165) 金大中、『生産的福祉への道』、毎日新聞社、一二〇頁。
- (166) 前掲、一二〇頁。
- (167) 前掲、一二一―一二二頁。

「承認論」への未帰還

——筏津安恕のヘーゲル研究によせて——*

今 井 弘 道

「近代への移行を展望するにあたって、現前する法律の側に立つことよりも、新たな時代の生の側に立つことこそが重要であった」

（筏津安恕「ヘーゲル法哲学の成立の一管見」より）。

* 本稿は、去る二〇〇五年一月に逝去された、故・筏津安恕・名古屋大学教授（専攻法哲学・法思想史）を追悼して、

二〇〇六年十二月三日（土）に名古屋大学で行われた「筏津安恕教授追悼シンポジウム・私法理論と近代法思想史」

(主催・筏津安恕教授追悼シンポジウム実行委員会、後援・愛知法理学研究会)において私が行った報告の全文である。いずれ、追悼記念出版が行われる際には、大幅な加筆・修正を行う予定であるが、今ここでは、記録のため、報告原稿の誤記その他の技術的訂正だけを施した形で、公表しておくこととする。

一 筏津安恕は道半ばで斃れた。道半ばで斃れたがゆえに、彼は本来帰還するべきところに、つまりヘーゲルの「承認論」に帰還することができなかった。私は、この点に焦点をおいて筏津のことを語ろうと思う。

筏津は、何よりも近世の私法成立史をめぐる研究者として記憶されることになるであろう。そして、おそらく今日の永尾報告はヘーゲルに即して、青井報告は近世法学史に即して、そのことを語るだろう。それが、筏津の仕事を正當に評価する正當なやり方なのかも知れない。そのことに、私は、いささかも異論を唱えるつもりはない。

しかし、そのことを承知の上で、そしてまたその点については、永尾報告と青井報告が委曲を尽くして評価するであろうことを前提とした上で、私は、筏津が、本来帰還するべきところ

に、つまりヘーゲルの「承認論」に帰還しえなかったということとを、強調しておきたい。そしてそのことに、深い哀悼の念とともに、無念の思いを表さずにはおれない。

彼の近世私法史のプロジェクトは、後に示すように、彼のイェナ期ヘーゲルの研究の中で、ヘーゲルによるルソーの『社会契約論』の批判的克服の具体相を究明する途次において、成立したものであった。筏津は、その進行中のプロジェクトについて、しばしば私に詳細に語ってくれたものであった。そのときに、その気宇壮大な法学史的眺望のすべてを私が正確に理解できたかどうかは疑問だが、私の関心は、常に「それで結局ヘーゲルとルソーの問題はどうなるのか」という点にあった。その問題は、当然にルソー・カント問題を、そしてカント・ヘーゲル問題を含んでいる。だから、法学史的問題に決着をつけたときに、筏津がどのような展望をもってこのヘーゲルの「承認論」を焦点とした問題領域に還帰してくることになるのかに、私の関心は集中していたわけである。

無論、筏津自身もそう考えていた。だから私と彼との間では、こういう了解が成立していた。契約史の整理が一段落ついたら、それがイェナ期のヘーゲル理解との関係でどういう意味をもつか、承認論理解との関係においてどのような意味をもつかの

を、総括的にじっくりと論じあおう、という了解である。

その後、私は、筏津の動向に関心を払うことにやや怠惰になった。要するに、彼が「承認論」に還帰してくることを待っていただけである。その点から振り返ってみれば、筏津の法学史の研究の意味も明快に了解できる筈だからである。この私の構えが、今の私に痛恨の思いをもたらしている。進行中のプロジェクト自体についても少し立ち入って聞いておけば……、という取り返しのつかぬ思いである。

私が筏津は道半ばで斃れ、本来帰還するべきヘーゲルの「承認論」に帰還しなかったと言ったのは、このような意味においてである。そして私は、筏津が、近世法学史の研究者として記憶されることになるであろうその研究を、今、畏敬の念をもって通読しながら、やはりそこに満たされないものを感じ、無念の感を抱くのである。承認論に還帰した彼とこそ、それをめぐる総括的討議をしたかった。筏津法哲学は、その本来の舞台で、もうひと展開を遂げたことであろう。そのことに立ち合いたかった、と思っているわけである。

二 ヘーゲル法哲学は、ルソーの『社会契約論』を批判的に継承している。それを継承する反面で、「社会契約」という法

学的残滓を背負ったパラダイムを批判し、それを自らの体系の内に揚棄することによってヘーゲル法哲学は成立した、このように言いうるわけである。この批判的継承の具体相の解明は、ヘーゲル法哲学の構造を解明するという作業にとつて、核心的な意味をもっている。そこに近代社会哲学の最大級のポイントの一つがあると言ってもいい。

では、ルソーの社会契約論からヘーゲルの承認論への過程において、一体具体的に何が生じたのか。これが筏津のオリジナルな問いであった。以下、この点を、筏津の議論を勘案しながら、私なりに整理しておこう。

ヘーゲルは、法哲学のあるところで、ルソーの社会契約論に言及して、次のように言っている。

「ルソーの功績は……意志を国家の原理として立てたという点にある」。だが、「ルソーは、後のフィヒテと同様に、意志を、個別的意志という特定の形式において捉えたとすぎない」。「普遍的意志（『一般意志』も、この「個別的意志」から出て来る「共通的なもの、*das Gemeinschaftliche*」として捉えられたものにすぎない（Rph. § 258）。

ここで、ヘーゲルは、(i) ルソーが「意志」を「国家の原理として立て」て、その「意志」に由来するのではない「既成的なもの」を否定した点を評価している。その上で、(ii) 「普遍的意志(＝一般意志)」を、「個別的意志」から出て来る「共通なもの、*das Gemeinschaftliche*」として捉えたにすぎなかったことを批判しているのである。

(i) については後に触れるとして、(ii) で注意すべきことは、ヘーゲルが、「一般意志」と「全体意志」とを混同しているわけではないという点である。「一般意志」と「全体意志」との区別は正確に踏まえられている。それを踏まえた上で、ヘーゲルは、「一般意志」に狙いを定めて、ルソーのそれは「個別的意志から出て来る共通なもの、*das Gemeinschaftliche*」にすぎない、と批判しているのである*。

*875では、ルソーへの言及抜きに、ただ契約そのものについて、同旨のことが述べられている。「共通的なもの、*das Gemeinschaftliche*」が、*gemeinschaftlicher Wille*と言っている。しかし、違ったことを言っているわけではない。

その議論をする場合に、ヘーゲルは、
(a) 法学的な思考を超えた地平に立っている。そして、法学的に捉えられた「意志」の地平の内部において「国家構成」と「国家の正統性根拠」を提示しようとする契約論的な発想を、原理的な次元で拒否しようとしている。

だからヘーゲルは、こう続けているわけである。

ルソーは、「意志」を、ヘーゲル自身がそうしたように「即自かつ対目的に理性的なもの」として捉えたわけではなかった。「国家における個々人の合一」は「契約」として、「個々人の恣意や意見や任意の……同意を基礎とするもの」として捉えられたにすぎなかった。その結果、「即自且つ対目的に存在する神的なもの(＝本来の意味での国家的なるものー今井)」と「その絶対的な権威と尊厳」とを破壊するという「帰結」が生じた(Rph. § 288)。

ここでヘーゲルが言っていることは、

(b) ルソーの社会契約は、基本的に、「合意論的契約論」の構造をもっているが、それは国家の正統性の根拠としては不十分で、しかも危険だということである。「合意論的契約」として

の社会契約は、民衆の秩序形成力という「カオス」の創造力（H. Heller）以上のもの表現しているわけではない。しかもこの「カオス」の創造力は、アンビヴァレントなものである。それは、一方で民主主義の核心を言い当てているが、他方では暴政への潜在的可能性をも秘めているからである。

暴政への潜在的可能性は、ジャコバン独裁として顕在化した。ヘーゲルは、この民衆の秩序形成力にまつわるアンビヴァレンスの克服を、哲学的国家学の中心的課題と見た。^{*}

* J. S. ミルは、異なった観点から、このルソー主義を克服しようとした。そのことは、『自由論』冒頭の議論に明らかである。

しかし、この問題に立ち入る前に、「合意論的契約」としての社会契約はこのようなアンビヴァレンスを抱えていたという事態の背後にあった問題——契約論による国家の正統化ということが抱えていた問題——に簡単に触れておく必要があるであろう。

三 ヘルマン・ヘラーは、『ドイツ現代政治思想史』において、周知のように近代初頭以降の国家支配の正統化論には、二つの類型があったとしている。

① 王権神授説に体现されているような「超越的正統化」と
② 社会契約説に具現されているような「内在的正統化」である（Heller, Die politischen Ideen Kreise der Gegenwart, 邦訳『ドイツ現代政治思想史』（お茶の水書房 一九八二）、一七一—一八頁）。

この枠組を踏まえて言うなら、②の「社会契約論」モデルの国家学は、①の「王権神授説」的な「超越的正統化」を批判し、正統化根拠を「超越（＝彼岸—今井）」から「内在（＝此岸—今井）」へと転換させることを、歴史的使命としていた、と言うことができる。このことは、ロックの『政府二論』にズバリ体现されている通りである。

ところで、この社会契約説的な「内在的正統化」も、更に二類型に下位区分可能である。

②—1 「啓蒙絶対主義」は、プーフェンドルフの時代には、もはや「超越的正統化論」を維持しえず、「契約説」を取り入れざるを得なくなっていた。その場合に取り入れたのが、「社会契約によって結合した者」が更に支配者との「服従契約」を結

ぶという二重契約説を構成し、

(ア) 「国家目的」——「義務の体系」の根拠——という個人の意志を越えたものの実現のために必要とされる〈権利の主権者への譲渡〉と、

(イ) その目的の実現を狙う〈主権者〉への〈服従〉と、を正統化するという契約論の類型である（ヘラー、邦訳、七四―七五頁、二八―二九頁）。

②―② これが、やがてルソーの支配者（主権者）と被支配者（臣民）の同一性という完全に民主主義的な契約論的な構成に転化する。こうしてもう一つの類型が成立する。この転化が、先ほど(i)として触れたこと——即ち、ルソーが「意志」を越えた「既成的なもの」を否定して、「内在化」を完成させて、「意志」を「国家の原理として立てた」点についてのヘーゲルの肯定的評価——とつながるわけである。

因みに言えば、カントが、「原始契約」という観念を通してこのルソーの社会契約を批判的に継受していることは周知の通りである。「批判的に継受」したというのは、「契約」と「意志」から経験的性格を剥奪してそれを「原始契約」として捉え返し、「法の理念」に転換させていたということを指している。場合によっては、この「原始契約論」を契約論の第三の類型と見て

②―③として挙げることも許されるかも知れない。

筏津は、社会契約論の②―①から②―②への転換を、法学に内在的な形で、「義務の体系」から「権利の体系」への転換として捉えている。ところで、以上のようなルソーの『社会契約論』を焦点として私が構成した思想的な理解それ自体が、カント・タイプの契約論とヘーゲル・タイプの契約論という類型構成を軸とした筏津の契約についての法学的研究を踏まえることによって、可能となったものである。本報告において重要なのは、この点である。

四 二の(b)で、私は、「ルソーの社会契約は、基本的に、「合意論的契約論」の構造をもっているが、それは国家の正統性根拠論としては危険だ」と述べた。「合意論的契約」としての社会契約には、「民衆の秩序形成力」という「カオス」の創造力」があるとも言った。それはどういうことか。

ヘルマン・ヘラーは、カントやフィヒテの「ドイツ的な秩序感覚」は、「カオスの創造力に対するルソー的な信頼をもちあわせていなかった」（邦訳、七九頁）と言っている。社会契約を理念化して、いわば「哲学的理念」からする「上からの革命」を唱えたカントやフィヒテの態度のことを指しているのではあ

る。この「哲学的理念からの革命」という観念は、「カオスの創造力」への対抗的観念という意味をもたされており、ルソーの社会契約への内在的批判という含意をもっている。ルソー的な「結合された意思」は、カント契約論の観点からみれば、「独立した存在意義」をもつべきものではない。私法論の次元での契約論では、カントは、あくまでも個人意思に固執しているが、それはこの点とつながっている。カントには、結合した意志が個人の意志を支配する可能性に強い懸念を抱いていたわけである。しかし、それは民衆的カオスのポテンシャルティのあらわれでもある。だからこそ、既に見たように、「結合された意思」としての社会契約がもつこの民衆的カオスのポテンシャルティは、カントにおいては、「原始契約」という理念へと脱色されて無害化されねばならなかったわけである。

だが、ヘーゲルは、このようなカント、フィヒテ流の「理念化」を通してのルソー批判という戦略を超え出ようとする。つまり、アンビヴァレンスを持つルソー的な「社会契約論的なカオス」に、「理念」をではなく、「契約」よりも高次の秩序形成の具体的な可能性を示そうとするわけである。「即自且対目的な意志」へと高めるといふ言葉は、そのことを言っているのである。

要するに、ヘーゲルの観点から見れば、ルソーの社会契約は、「義務の体系」に準拠するという性格をもたない「意志」に立脚し（肯定的評価）、

② 従って「個々人の恣意や意見や任意の明白な同意」を「基礎」とし（否定的評価への転換点）、

③ しかも単に「共通意思」として成立した「同意」は、個別的意志とは独立の性格をもつものとして理解されうるものであった。

そのような意味での「共通意思」は、ヘーゲルにとっても、ジャコバン独裁に現れるような恣意となりがちであった。しかしヘーゲルは「理念」に訴えようとはしない。筏津はあるところ、ヘーゲルの承認論をハイエク的な用語を使って spontaneous order として説明している（『イェーナ実践哲学』、四四頁）。それは、このような連関を念頭においてその間の対照を浮び上げようとしたものだと云ってよいかも知れない。

ともあれ、ここでヘーゲルが批判しているのは、ルソーが「合意論的契約論」を法的空間から逸脱させて国家形成の説明にまで拡張的に用い、国家の正統性根拠とした点に對してである。こうして「個別的意志」を根柢におく法学的／契約的国家観を否定し、それに置き換えられるべき「即自且対目的」な国家の

概念把握を積極的なものとして提示したのが、ヘーゲル自身の『法哲学綱要 Grundlinien der Philosophie des Rechts』などである。

五 ヘーゲルが法学的／契約論的国家観を否定しうる理論的根拠を手に入れたのは、一般に「イエナ前期」と呼ばれている時期である。しかも、この時期のヘーゲルの思考は、極めて生産的な混沌状態にあった。そこには、『法哲学綱要』に結実する多くのモチーフがひしめいていた。生かされることなく捨てられていったモチーフも少なくなかった。その中には、『法哲学綱要』以上に豊かな可能性を持ったモチーフ、現代にまで生き続けてしかるべきモチーフもあった。

一九九〇年に発表された論文「ヘーゲルの合意論的契約理論」（今井弘道編『法思想史的地平』（昭和堂一九九〇）所収）までの筏津のヘーゲル研究は、この時期に照準を合わせている——そしてその後は、そこで引用したランダウ論文に導かれて、急速に契約の法学的研究に入っていく——。言ってみれば、筏津のヘーゲル研究は、ヘーゲルが法学的／契約論的国家観の地平を離陸して『精神現象学』と『法哲学綱要』のヘーゲルに成長していくとするその瞬間の、多様な可能性を秘めた混沌

状態に焦点を当てられていたわけである。その中でも特に豊かな可能性を秘めていたのが、いわゆる「相互承認論」である。

「相互承認論」とは何か。本来立ち入って説明されるべき多くの論点を省略して簡単に言ってしまうえば、それは基本的に「ある種のコミュニケーション論」だ、と言うことができる。このように言うと、直ちにハーバーマスのコミュニケーション行為論が想起されるであろう。実際、そのハーバーマスのコミュニケーション論も、このイエナ期のヘーゲル研究から生み出されたものであった。しかし、その議論は、余りにも理性主義的なもの／カント主義的なものとなってしまう。特に問題なのは、「相互承認論」の不可欠の構成要素である「承認を求めの闘争」という議論に含まれているリアルな次元でのコンフリクトの要素が一掃されていることである。

そこで私は、その点をハッキリと意識した上で、さしあたりは、ヘーゲルの「相互承認論」が指示しているのは、「*dissent*」の表明／不服従／抵抗によって不断に非対称的関係性が克服されていく可能性を内包した、多層的なコミュニケーション的空間」だ、と言っておきたいと思う。そこにあるのは、要するに、negative approach (*dissent* の表明／不服従／抵抗)を通して、常に暫定的で発展可能性に開かれたダイナミックな合意空間と

してのコミュニケーション理解なのである。

多層的なコミュニケーション的空間だと言ったが、それは、例えば「愛」をメディアとした「親密圏」としてのコミュニケーション的空間——『法哲学綱要』では「家族」——、「意志」をメディアとした「法的なコミュニケーション的空間」、労働生産物を——従って貨幣を——メディアとした「欲望の体系」としての市民社会というコミュニケーション空間「その他その他、が考えられるからである。今私は「その他その他」という言い方をしたが、そこには、例えばJ. S. ミルが主張したような、「自由と寛容を基礎にして成り立つ思想／表現とそれへの批判のコミュニケーション空間」を、追加的に見出していくことも可能であろう、それはそのようなフレキシブルな空間だと見ることができると考えているからである。

*ヘーゲルは、カントが婚姻を「契約」の概念に包摂したことを激しく攻撃している(§75)。「親密圏」としてのコミュニケーション的空間」を「法的なコミュニケーション的空間」に解消することを否定し、それを固有の論理をもつコミュニケーション空間として理解しようとしたからである。そしてその批判の直後に、「それと同様に、国家の本性も契約関係にはない」と言っ

ている。国家をも、契約的＝法的存在次元を越えるものと見ているからである。

「相互承認」という言葉には、このような多層的なコミュニケーション空間が含意されていた。そして、イエナ期のヘーゲルは、「契約」を「相互承認」と見たフイヒテの批判的検討をテコに、「相互承認」をこのような多層的なコミュニケーション空間を孕んだものとして捉え返していく。と同時に、法空間を、従って契約を、そのコミュニケーションの単なる一形態として、制限的に捉え直していった。そして「合意論的契約理論」の妥当性を法的空間の内部にのみ限定したのであった。

このことが、契約論的な社会観の射程を相対化し批判するカギとなった。この点をテコにして、ホッブス、ルソー、フイヒテが越えられ、同時にカントが超えられたのであった——無_誤論、その前提としては、「義務の体系」としての法学が、「権利の体系」としてのそれへと転換させられていなければならなかったのであるが——。

ともあれ、ヘーゲルは、「契約」を「相互承認」と見たフイヒテの批判的検討をテコに、「相互承認」をこのような多層的

なコミュニケーション的空間を孕んだものと捉え返した。しかも、ヘーゲルは、このような多層的なコミュニケーション的空間の総体が、一方では、「即自かつ対自的に普遍的（理性的）な意思」とその担い手である国家を制度的に構成していき、他方ではその中に生きる人びとの規範意識を不断に洗練させ高次化させて陶冶していくのだ、と考えた。その国家Ⅱ「即自かつ対自的に普遍的（理性的）な意思」を単に一つのコミュニケーション空間、法的なコミュニケーション空間のメディアだけを使って構成することは、この観点からすれば、重大な片手落ちだというわけである。

六 前項で指摘したように、イェナ期のヘーゲルは、「契約」を「相互承認」と見たフィヒテの批判的検討をテコに、「相互承認」をこの多層的なコミュニケーション的空間を孕んだものと捉えると同時に、そのコミュニケーションの一形態として、法空間を捉え直した。ヘーゲルは、このフィヒテの議論の源流にルソーを見ていた。ルソーからフィヒテへという思想的流れは、「相互承認」というモティーフを潜在させたものとして「契約」を扱いながら、そのモティーフを顕在化させないでいる、と見たわけである。

このモティーフを顕在化させる大きな契機となったのは、アダム・スミスに体现されるイギリス古典経済学との接触であった。それに触れることによって、ヘーゲルは、「契約」という原子論的に理解される、「意志」次元のコミュニケーションの奥底には、人間の相互主体的な存在のあり方があるということを知った。この人間の相互主体的な存在のあり方を、ヘーゲルは、一旦はアリストテレスに従ってポリス的人倫と捉えたが、やがてそれは、近代的な分業・協業の關係として理解し直された。こうして、人間が自然に働きかけて生産物を作り出すという営為が分業Ⅱ協業として行われていて、そのことが人間の相互主体的な存在のあり方を支えているのであって、その相互主体的なあり方は直接的に現れることはないが、ある局面においては原子論的個人主義の外見を装う「意志」關係として、つまり「契約」という形で現象してくる、このように考え直したわけである。

このような考え方は、「労働と欲求の満足とは……依存の相互的である」。だから「主観的利己心は、すべての他人の欲求を満たすための寄与に転化する」(Rph. § 199) というスミスの起源を明瞭に窺わせる後のヘーゲルの議論にハッキリと現れている。しかし、ヘーゲルは、マルクスとは違って人間のこの

相互主体的なありかたを、「人間の自然との質料転換」の営みという角度から捉えることをしなかった。むしろヘーゲルの関心は、「dissectの表明／不服従／抵抗によって不断に非対称的関係性が克服されていく可能性を内包した、多層的なコミュニケーション的空間」とその中での個々人の規範的意識の陶冶・成熟に、そしてその陶冶・成熟と対応的に進展していく制度形成のメカニズムに、向けられたのであった。

この点に、ヘーゲルとマルクスの発想の差異が現れているわけだが、ある意味ではヘーゲルの発想の方が現代的な関心に沿うところがある。規範的空間を「dissectの表明／不服従／抵抗によって不断に非対称的関係性が克服されていく可能性」として理解したとき、批判的克服の対象となる「非対称的関係性」が、単に階級的支配関係として捉えられるだけでなく、さまざまな差別／差別意識に即して理解される可能性を含んでいると解釈可能だからである。事実、ヘーゲルの「相互承認論」は、ポスト・マルクス主義の地平において、New Social Movement等との関わりにおいてその現代的な意味を顕著に露わにしていたのであった。

だが、問題をいきなり現代にまでもってこなくとも、一世紀以上も前から、ヘーゲルとは独立な形においてであるが、問題

をそのような「相互承認」の枠組に即して理解する動向があった。そのことを、便宜上アクセル・ホネットの次の言葉に即して窺っておきたい。

「承認をめぐる闘争の圧力にさらされているところでは、合理的な意思形成に参加するための新たな前提がたえず考えだされなければならない」。こうして、「法学の内部では、主体の権利を、リベラルな自由権、政治的な参加権、および社会的な生存権に区別することがあたりまえになった。……こうした三分法のアプローチは……既にゲオルク・イェリネックにみられる」。また、「これと同じ区別が、社会的な階級差別の歴史的な均等化を個体の基本権が拡大していく過程として再構成するT・H・マーシャルの周知の試みの基礎になつてもいる」(ホネット『承認をめぐる闘争』、邦訳、一五四―一五五頁)。

このようなイェリネックやマーシャルの議論を、われわれは、「相互承認論」の枠組に即して理解することができる。われわれは、近年「あたらしい権利の噴出現象」を目撃したが、その動向はこのような先行現象をもっていたと言いうるわけであ

る。

このような「相互承認論」の地平を切り開くことによって、ヘーゲルは、ルソー的な「国家の民主的正統化」パラダイムから「対称的コミュニケーション空間形成論」パラダイムへの転換の可能性を切り開いた。この転換は、デモクラシー論に即して言えば、一元論的デモクラシーから多元論的デモクラシーへという内容を含むことができる。

七 ヘーゲル自身は、「相互承認論」のこのような可能性を切り開きながら、その可能性を全面的に展開することはできなかった。ヘーゲルは、むしろある理由から、「相互承認論」の妥当領域を自ら制約したのである。

その理由は、主としてヘーゲルにとっての問題状況に由来していた。最も重要なことは、英国の市民社会の発展を観察しながら、ヘーゲルが、「富の蓄積」と「貧困の蓄積」の中で展開されていく「承認を求めている闘争」が、国家の枠組、民族の枠組そのものを解体するかも知れないという危機感を抱いたことである。そこでヘーゲルの思索は、コンフリクト・モデルとしての「承認論」の枠組自体を相対化しながら、他方で危機を解消する階級的和解の模索に向かった。そこに現れてくるのが、

国家と国家官僚の倫理性であり、それを通しての社会政策・経済政策であった——因みに言えば、ここにおいて、*societas civilis*の伝統は、国家と市民社会の二元論という枠組に転換していくことになる——。そこでは、「承認を求めている闘争」は、国家官僚の倫理的政策的策定能力に代位されることになる。そのことによって「承認論」の体系上の位置も、大きく後退することになった。

ところで、このヘーゲルの発想を踏まえた地点に立つて逆の側から見れば、次のようにいうことができる。「富の蓄積」と「貧困の蓄積」の中で展開される「承認を求めている闘争」を、もしある種の合理性をもつて最後まで展開させることができれば、問題解決をその闘争の展開（それは正当な手続を必要とするであろう）の帰趨そのものに委ねて、国家は後景に退かせることができる。そのような手続的発想に立つことができない限りで、国家とその実体的正義が前面に出てこなければならなかったのだ、と。

この点をより一般化して、「承認を求めている闘争」の合理的展開を可能な限り追求していくなら、一方では国家の権威主義的な正統性要求の基礎を後退させ、他方では、当事者の規範的意識のより一層の陶冶の可能性を開きうるといふ展望が開けて

くる。ヘーゲルの国家と国家官僚の倫理性という議論を一步突き破れば、そこから国家の正統性要求を限りなく縮小させながら、コミュニケーション領域を拡大していくという方向に向かう現代法哲学の問題地平が見えてくる、というわけである。それは、国家と市民社会の二元論という枠組を、*societas civilis*へと一元化して行こうとする「市民社会・主義」的な方向性だとも言える。

ここでは文献に即して具体的に示すことはできないが、筏津のイエナ期研究は、基本的にはこのように概括しうるところまで進んでいた。筏津は、承認関係における個人と国家の非対称性、あるいは「普遍意志と個別意志の間の相互性の欠如」(S. 66)とそこでの対称性・相互性の回復という問題意識を何度か強調しているが、それを見ただけでも、そのことは察知しうる。

そもそも、以上で展開した私の議論は、私の議論と言うよりは、その筏津の議論の全体を私なりの観点から集約したものにすぎない。筏津は、そのことをヘーゲル研究に即して実証的に明らかにする為のジャンプをするところまで進んでいた。そして彼は、そのジャンプをするために大きく助走を取ろうとして、後ろまで下がって行った。つまり、法学史研究に入っていたのであった。

それが筏津のヘーゲル・タイプの「合意論的契約論」の源流を尋ね、そのポテンシャルティを確認し、ルソーとヘーゲルの関係を再吟味するという作業であった。このヘーゲル・タイプの「合意論的契約論」の源流を尋ねる作業が、筏津の最初の著書『失われた契約理論』に集められた仕事であり、その後全面展開されていく研究の内容である。

だから、われわれは、筏津のヘーゲル・タイプの「合意論的契約論」の源流を尋ねる作業が、上で述べた意味でのジャンプにつながるものであることを忘れてはならないのである。そして、その作業を踏まえた跳躍によつて、われわれは、ルソー、カント、ヘーゲルという近代法思想史の頂点に位置する思想の流れをはじめて具体的に理解しうるのである。同時に、サヴィニー以降の近代私法を、それを背景において、概念的に理解しうるのである。

冒頭でエビグラフに掲げた文章は、筏津がヘーゲルの「ドイツ憲制論」を分析する中で発した言葉である。この言葉は、しかし、「承認論」をテコにして法学史の中に分け入った法哲学者としての筏津の未完のプロジェクトに対しても、そのまま妥当するであろう。

北海道大学法学会記事

〇二〇〇六年二月一日(木) 午後三時より

「自民党一党支配のマクロストリア」

報告者 空井 護

出席者 五二名

本報告では、三八年間にわたる自由民主党の一党支配 (one-party dominance) の軌跡をあらためて巨視的に、いわばロングショットで俯瞰することを試みた。ただし、変化がなければ歴史は描けない。そこで、自民党の支配政党 (dominant party) としての議会内での優越的地位が、その安定性においてかなりの変動を経験していたことにいま一度着目し、三八年間を自民党一党支配の始動期 (一九五五―六〇年) ・安定期 (一九六〇―七二年) ・動揺期 (一九七三年―八二年) ・弛緩期 (一九八三年―九三年) の四期に分けたうえで、それぞれの時期の特徴

の発生原因を経路依存性に留意しつつ探った。その結果として、本報告で暫定的に提示した自民党一党支配史解釈の骨子は、以下の通りである。

自民党一党支配は、社会主義政党の政権到達阻止を目標とする保守合同によって始動したが、その時点では、保守政治家の目論見が当たる保証などどこにもなかった。ところが野党第一党の日本社会党は、一九五〇年代後半の「政治の季節」の経験を踏まえ、〈市民社会〉における政権基盤形成を〈政治社会〉での一挙的な勢力拡大に先行させる、〈市民社会〉先行型とでも呼ぶべき政権獲得構想を、「構造改革論」という形で採用するに至り、ここに与野党間の選挙競争は大きく弛緩した。しかも、この政権獲得構想は「日本における社会主義への道」に継承されたものであり、一九六〇年代を通じての自民党一党支配の安定は、かくて生じた野党の競争性 (competitiveness of opposition) の低位固定化のほぼ必然的な帰結であった。ところが同じく一九五〇年代後半の政治的経験は、自民党をして政権運営スタイルの転換を余儀なくさせ、このことに起因する自

民党の脱イデオロギー化が、「固い」自民党支持の再生産を不可能にした。この結果、自民党の支持基盤は量的縮小と質的弱体化と同時に見舞われたのであり、そうした状況下で未曾有の経済危機が生じたとき、「保革伯仲」という新たな政党布置が現出したのであった。しかしながら、こうして自民党一党支配が本格的な動揺を示す直前、一九六〇年代に社会党が選挙競争から離脱し続けたことの結果として、すでに「野党多党化」状況が表面化していた。そして、このもうひとつの新たな政党布置の出現に対し、社会党は〈市民社会〉先行型政権獲得構想を温存しつつ、単独政権論から連合政権論へと政権構想を転換することで対応したために、多党化した野党勢力は凝集性を回復できず、野党の競争性は容易に上昇しなかったのである。しかも野党間で本格的な連合政権協議が進展しなかったため、社会党の連合能力(Koalitionstaugkeit)喪失状況に変化は見られず、代替勝利連合の成立可能性は低いままでどまった。熾烈な派閥抗争にもかかわらず、自民党が大規模な分裂を経験しなかった所以である。その後一九八〇年代、とりわけ中曽根内閣以降、自民党は「改革」の展開を演出することにより、「支持政党なし」層の動員と「弱い」自民党支持層の離反の防止に努め、支配政党としての地位を維持する。だが、それは「固い」自民党支持

の培養に基づいたものではなかった。一方その間に、社会党は〈市民社会〉先行型の政権獲得構想を解消し、野党間で連合政権協議を進めるなかで、徐々にではあれ「現実政党化」し、連合能力を回復していった。ただし、自民党一党支配は、破片化を乗り越えて凝集性を備えた野党勢力が与党に対する競争性を高めたことで「弛緩」したのではない。野党第一党の連合能力の回復そのものが代替勝利連合の成立可能性を引き上げ、その結果として自民党内非主流派・反主流派にとっての離党オプションの成功可能性が高まったこと、つまり客観的な与党分裂可能性が増したことが、自民党一党支配を「弛緩」させたのである。そして実際にも、宮沢内閣の「政治改革」への消極姿勢を世に印象づけた羽田派が離党に踏み切ったとき、自民党一党支配は突如として終焉を迎えた。なお、自民党一党支配の終焉は自民党を中核に据えた連合政権の誕生ではなく、その野党化を招来したが、それは、「万年与党」から離脱した保守政治家が一時的とはいえ社会党と連合を組むことができたからであり、さらに遡れば、社会党が少なからず連合能力を回復していたからなのであった。

報告者にとっての目下の研究課題のひとつは、社会党統一を受けての保守合同と社会党の連合能力回復を背景に生じた保守

分裂という、二つの〈政治社会〉変動によって始期と終期を画される自民党一党支配の歴史を、政党間競争が生む独自のダイナミクスを備えた〈政治社会〉の歴史として再構成することであり、本報告はかかる試みの第一着手として行ったものである。質疑応答において参加者の方々から頂いたコメントはいずれも示唆に富むものであり、報告者としては分析のさらなる精緻化の必要性を痛感した次第である。

EU におけるソーシャル・インクルージョン 政策の最新動向と日本への示唆

芝 田 文 男

I はじめに

EU においては、経済面におけるグローバリゼーション及び知識基盤経済化による競争激化、並びに、低技能労働者の労働市場からの排除及び非正規労働化、人口構造の高齢化、グローバリゼーションの社会面の影響としての移民の増加、単身世帯の増加や女性の社会進出による家庭の構造や機能の変化といった状況の変化により、90年代以降、失業者や相対的貧困者の増加や、母子家庭、移民、障害者等の社会的弱者が、社会のさまざまなサービスや活動から排除されるソーシャル・エクスクルージョン(社会的排除)という状況が生じた。このため、EU 及び加盟国は、ソーシャル・インクルージョン(社会的包摂)政策を推進している。この研究は、EU の中でも先進国であり、特徴的な社会保障・労働政策の仕組みを持つドイツ、スウェーデン、イギリスの最新のソーシャル・インクルージョン政策の動向を概観するとともに、同じくグローバリゼーションと知識基盤経済化の競争にさらされ、失業率や非正規労働の増加、相対的貧困率の増加等の状況がみられる日本において、それらの国と同様の政策の必要性や実現可能性があるかを考察することを目的としている。

II ソーシャル・インクルージョンと社会保障等関連施策を めぐる EU の動き

1 ソーシャルインクルージョン政策と社会保障政策の統合と成長と雇用のための戦略との調整の動き

EU では、前述のとおり90年代から失業や相対的貧困世帯の増加がみられたことに問題意識をもった。このため、2000年3月のリスボン欧州理事会において、「より大きな社会的結合 (coherence)」、「貧困の根絶に向けた決定的な動き」及び「十分 (adequate) で持続可能な (sustainable) な年金制度」へ取り組みが、政策課題として上げられ、加盟各国は、前二者のテーマに対しては、Social Inclusion (社会的包摂) に取り組むための国家行動計画 (National Action Plan) を作成し、後者の年金問題に関しては、国家戦略報告 (National Strategy Report) を作成することとされた。EU 加盟各国は、それぞれその計画と進行状況の報告書を欧州委員会に提出し、欧州委員会は、それらの統合報告書を作成して、政策的取組みや、進行状況を報告し合い情報を交換した。そして、欧州委員会は、傘下の専門家の意見も踏まえて、統合報告書の中で、各国の計画や戦略を評価するという開かれた調整方法 (The Open Method of Coordination) という方式を、ソーシャルインクルージョンと年金問題について、別々に進行させていた。

しかし、社会的包摂のためには、労働・教育政策とともに、各国の社会保障政策 (EU では日本でいう広義の社会保障を表す言葉として社会的保護 (Social protection) が使われる。) の改善も求められることや、年金に限らず医療・介護問題も大きく関わることから、加盟国の負担の重複を避けるために、2003年の欧州委員会から欧州理事会・欧州議会等へのコミュニケ*1の中で、これらの政策の調整と進行管理を1つの過程にまとめる合理化案が提案された。そして最終的に2006年から「社会的保護 (Social Protection) とソーシャルインクルージョンに関する開かれた調整方法」にまとめられることとなった。これにより、①貧困や排除との闘い (ソーシャルインクルージョン)、②適切かつ持続可能な年金制度、③医療と介護ケア (long-term care) の三つの内容を含んだ2006年～2008年の国家行動計画を加盟各国が作成し、それを欧州委員会が統合計画書と毎年の進行状況の統合報告書としてまとめて、各国の情報交換と評価を行う1つの開かれた調整方法に手続きを統合することとなった。^{*2}

同時期、2005年3月に再度リスボンで開かれた欧州委員会で、2000年からのリスボン戦略の見直しが議論され、新たに「よい高い成長とより多くかつより良い仕事」を目標にリスボン戦略を再スタートすることが決定された。加盟各国に「国家改革プログラム（National Reform Programme）2005年～2008年」の作成を求めることとなった。^{*3} このプログラムは①マクロ経済政策（経済全般、財政政策など、それに大きな影響を与える社会保障制度の改革を含む）、②ミクロ経済政策（企業の成長を促す政策、研究・技術開発投資の推進、エネルギー・環境問題との調整など）、③雇用戦略（労働市場への参加促進、技能の向上、雇用主・被用者の変化への適応力の向上等）を内容とする。

欧州委員会は、2006年3月に前述のとおり、統一された「社会的保護とソーシャルインクルージョンに関する開かれた調整方法」に基づき、各国の施策の情報交換と調整をしていくことになったが、そこに定められている新しい共通目標の中でも、リスボン戦略の目的と効果のかつ相互に作用していくことを掲げている。^{*4} 特に雇用対策では、ソーシャルインクルージョンの国家行動計画と、国家改造プログラムには重なり合う部分が大きい。

2 スウェーデン、イギリス、ドイツ及び日本のソーシャル・インクルージョンの背景

ソーシャル・インクルージョンという言葉は、所得面の貧困にとどまらず、住宅・医療等各種サービスや就労、社会的活動への参加といった社会の多様なリソースや活動からの排除をなくすという意味で「多元的」であり、また、結果としての貧困や各種・サービス活動からの剥奪といった「静的な結果」にたいする救済といった対策ではなく、その結果をもたらさないための「動的なプロセス」に対する取組みとされている。^{*5}

このため、各国のソーシャル・インクルージョン対策は、極めて多様であるが、課題として共通し、かつ各国とも主要な課題として取組んでいるものとして、①労働市場への参加（失業の減少）と、②相対的な貧困率の減少がある。以下、この二つの課題に関わる共通指標を中心に、背景となる経済成長の状況とともに、EUの中でも社会保障の先進国でありながら、エスピン・アンデルセンの福祉国家の分類^{*6} として、社

会民主義型、保守主義型、自由主義型という特徴を持つとされるスウェーデン、ドイツ、イギリスの状況を、日本の状況と比較しつつ見ていきたい。

(1) 実質 GDP 成長率

表1でみるとおり、2000年以降スウェーデンとイギリスの経済成長は好調であり、ほぼすべての年で EU25カ国平均とほぼ同等か又は上回っている。他方、ドイツは全ての年で下回っている。背景には90年の東西ドイツ統合の社会保障を含む財政負担の増加、東部州を中心とした失業率の高さ、などの特殊事情もあるといわれているが、2006年に入ってからようやく景気や後述の雇用情勢に明るさが見えてきているようである。

日本は90年代から続く長期不況を2003年頃からようやく抜け出している。

表1 実質 GDP 成長率 (%)

	ドイツ	スウェーデン	イギリス	EU25カ国平均	日 本
2000	3.2	<u>4.3</u>	3.8	3.9	2.9
2001	1.2	1.1	<u>2.4</u>	2.0	0.4
2002	0.0	<u>2.0</u>	<u>2.1</u>	1.2	0.1
2003	-0.2	<u>1.7</u>	<u>2.7</u>	1.3	<u>1.8</u>
2004	1.2	<u>3.7</u>	<u>3.3</u>	2.3	<u>2.3</u>
2005	0.9	<u>2.7</u>	<u>1.9</u>	1.7	<u>2.6</u>
2006(予想)	1.7	<u>3.4</u>	<u>2.4</u>	2.3	<u>2.8</u>

注：下線は EU25カ国平均以上の国の成長率に引いている。

出典 Eurostat Structural indication database

(2) 社会保護費、社会支出（社会保障費）対 GDP 比比較

EU の 3 国の社会保護費（広義の社会保障費）は EU25カ国の平均より高い方だが、イギリスは2002年から平均を下回っている。3 国の中ではスウェーデンが一番高い。

日本との比較が可能な表2-2の OECD の社会支出の対 GDP 比2003年データを見ると、日本は合計で18.61%と EU 3 国を下回っている。

更に表2-2の項目別の社会支出の状況を見ると、「高齢」でイギリ

表 2 社会的保護費対 GDP (%)

	ドイツ	スウェーデン	イギリス	EU25カ国平均
2000	29.2	30.7	27.1	26.6
2001	29.3	31.3	27.5	26.8
2002	29.9	32.3	<u>26.4</u>	27.0
2003	30.2	33.3	<u>26.4</u>	27.4
2004	29.5	32.9	26.3	27.3

注：社会的保護費 Social Protection は日本の社会保障比

破線は EU25カ国平均未満の国

出典 Eurostat Structural indication database

表 2-2 OECD 基準による社会支出費対 GDP 比比較 (2003)

	高 齢	遺 族	障 害 等 傷 病	保 健 医 療	家 族	労 働 積 極 政 策 的	失 業	住 宅	生 活 保 護 等	合 計
ド イ ツ	9.52%	0.33	2.90	<u>7.97</u>	2.36	1.12	<u>1.80</u>	0.23	0.49	26.72%
スウェーデン	<u>10.11</u>	0.69	<u>6.58</u>	7.13	<u>3.54</u>	<u>1.27</u>	1.24	0.59	<u>0.70</u>	<u>31.86</u>
イギリス	6.40	0.23	2.50	6.68	2.44	0.51	0.51	<u>1.43</u>	0.12	20.83
日 本	8.69	<u>1.27</u>	1.27	6.16	0.75	0.30	0.45	—	0.20	18.61

注：比較のため各項目で最も数値の高い国に下線。

注：表 2 の EU 基準と OECD 基準は施設整備費等も入っている等基準が異なっている。「高齢」＝老齢年金、介護保険・老人福祉、「遺族」＝遺族年金等、「障害・傷病等」＝労災給付、業務外の傷病給付、障害年金、障害者福祉、「保健」＝医療の現物給付、「家族」＝児童手当、出産手当、育児休業給付等、「積極的労働政策」＝労働者の雇用機会提供・能力開発等、日本は雇用保険 3 事業、一般会計の公共職業案内費用等、「失業」＝雇用保険等の失業給付、「住宅」＝EU は公的住宅、住宅手当等、日本は住宅支出の統計未整備のため非計上、「生活保護等」＝公的扶助費と他に分類できないその他経費、日本は生活保護費が中心だが災害救助・婦人保護・原爆被害者給付含む。

出典 国立社会保障・人口問題研究所『平成16年度 社会保障給付費』原典 OECD Social Expenditure Database

スが低いのは中所得以上の者には基礎年金に上乘せされる 2 階部分の年金について、民間年金への移行を奨励している表れと思われる。

「障害・傷病等」の 3 国の高さは、給付の充実振りを反映していると言えるが、後述のように傷病・障害給付受給者の雇用への復帰を課題としている。

「家族」に関する社会支出のかなりの部分は、各国とも児童関係給付が占めているが、日本の低さが目立つ。後述のとおりイギリスは児童の貧困根絶を少子化対策ではなく機会均等と社会的排除の世代間移転防止の観点から重点的に取組んでいる。

「積極的労働市場政策」について、スウェーデン、ドイツの高さが目立つ。後述のように両国とも、特に政権が変わって以降、その生産性や機能の改善が課題とされている。「失業」は雇用保険の失業給付など受動的な失業対策の費用であるが、ドイツの高さは、同国の失業率の高さを反映している。

(3) 失業率と労働力率

社会的排除の主要課題の一つである労働市場への参加の状況を表すものとして、失業率と労働力率がある。失業率は単に離職しているだけではなく、就業能力があり、職業安定機関に登録する等調査時点で就職活動を行っている者の率であるので、傷病・障害等で就業能力を欠くとされる者や、育児等の就業への支障や、意欲の喪失で就職活動を行っていない者は含まれていない。そこで、EU では反対に労働に参加している者の率である労働力率を目標指標としている。就労年齢層全体（15歳から64歳）、就労年齢層の女性、就労年齢層中の高齢層（55歳から64歳）の3グループの労働力率について、2010年までの目標値として、全体は70%以上、女性は60%以上^{*7}、高齢者（55－64歳）は50%以上とする^{*8}という目標を立てている。

以下、各国の失業率・労働力率からそれぞれの課題をみると、ドイツはEU25カ国平均より高い失業率を示しており、若者もEU平均よりは低いが15%台であり、特に1年以上失業という長期失業者が多く、労働市場の流動性の低さが課題とされている。労働力率は高齢者に改善が見られるがいずれも目標を達成できていない。このような雇用情勢の悪さも要因の一つとして2006年夏に政権が変わったが、選挙の結果、与野党の差が少なかったため、大連立政権となり、各政党の合意と調整で改革が進められようとしている。

スウェーデンは、EUの労働力率の目標については、いずれも2000年より達成しているが、成長率の好調さに比べ近年若者を中心に失業率が高く、そのことも一因となって2006年9月に政権交代を招いている。新

政権となって、積極労働市場政策の規模の縮減や内容の見直し等、雇用政策の方向に変化がみられつつある。

イギリスは、労働力率の目標も達成し、失業率も EU の平均を下回っているが、後述のように雇用の継続と質に問題があることや、傷病を理由とする労働不能給付受給者の増大がみられ、それらの受給者の労働市場への復帰が課題とされている。

日本は、高齢者の労働力率は高いが、女性の労働力率の低さにより、全体としても70%を下回る。失業率は全体としては低いが、若者の失業率は EU22カ国平均や EU の 3 国よりは低い、日本の全体失業率の 2

表 3 失業率・若者失業率（25歳未満）・長期失業率（1年以上失業）（%）

	ドイツ			スウェーデン			イギリス			EU25カ国平均			日 本		
	全体	若者	長期	全体	若者	長期	全体	若者	長期	全体	若者	長期	全体	若者	長期
2000	7.2	10.6	3.7	5.6	10.5	1.4	5.4	12.2	1.4	8.6	17.4	3.9	4.7	9.1	1.2
2001	7.4	12.8	3.7	4.9	10.9	1.0	5.0	11.9	1.3	8.4	17.7	3.8	5.0	9.6	1.3
2002	8.2	14.2	3.9	4.9	11.9	1.0	5.1	12.1	1.1	8.8	18.3	3.9	5.4	9.9	1.7
2003	9.0	14.7	4.5	5.6	13.4	1.0	4.9	12.3	1.1	9.0	18.8	4.1	5.3	10.1	1.8
2004	9.5	15.1	5.4	6.3	16.3	1.2	4.7	12.1	1.0	9.1	18.9	4.1	4.7	9.5	1.8
2005	9.5	15.0	5.0	7.8	22.6	1.2	4.7	12.9	1.0	8.8	18.6	3.9	4.4	8.7	—

出典 Eurostat Structural indication database

表 4 労働力率 全体・女性・中高齢（55歳—64歳）（%）

	ドイツ			スウェーデン			イギリス			EU25カ国平均			日 本		
	全体	女性	高齢	全体	女性	高齢	全体	女性	高齢	全体	女性	高齢	全体	女性	高齢
2000	65.6	58.1	37.6	<u>73.0</u>	<u>70.9</u>	<u>64.9</u>	<u>71.2</u>	<u>64.7</u>	<u>50.7</u>	62.4	53.6	36.6	68.9	56.7	<u>62.8</u>
2001	65.8	58.7	37.9	<u>74.0</u>	<u>72.3</u>	<u>66.7</u>	<u>71.4</u>	<u>65.0</u>	<u>52.2</u>	62.8	54.3	37.5	68.8	57.0	<u>62.0</u>
2002	65.4	58.9	38.9	<u>73.6</u>	<u>72.2</u>	<u>68.0</u>	<u>71.3</u>	<u>65.2</u>	<u>53.4</u>	62.8	54.7	38.7	68.2	56.5	<u>61.6</u>
2003	65.0	58.9	39.9	<u>72.9</u>	<u>71.5</u>	<u>68.6</u>	<u>71.5</u>	<u>65.3</u>	<u>55.4</u>	62.9	55.0	40.2	68.4	56.8	<u>62.1</u>
2004	65.0	59.2	41.8	<u>72.1</u>	<u>70.5</u>	<u>69.1</u>	<u>71.6</u>	<u>65.6</u>	<u>56.2</u>	63.3	55.7	41.0	68.7	57.4	<u>63.0</u>
2005	65.4	59.6	45.4	<u>72.5</u>	<u>70.4</u>	<u>69.4</u>	<u>71.7</u>	<u>65.9</u>	<u>56.9</u>	63.8	56.3	42.5	—	—	—

注：下線は EU の労働力率目標を上回っているもの。

出典 Eurostat Structural indication database

倍近くある。また、若者を中心にパート・アルバイト等非正規雇用形態の比率が増大していることが課題とされている。

(4) 相対的貧困率の状況

社会的排除のもう一つの主要課題として、相対的貧困層の減少があげられる。その定義は可処分所得の中央値^{*)}の60%未満を貧困リスク層、50%未満を貧困層と捉えてその全体の人口に占める割合を、共通の政策目標の指標としている。

表5のとおり、EU 3国では、福祉の行き届いたスウェーデンが特に低く、ドイツはEU 平均並であり、イギリスは高い。表5-2で、日本をOECD 基準によって比較するとそのイギリスより高く、アメリカに接近する勢いとなっている。

また、表5-3に見られるようにイギリスでは子どもの貧困率が高いが、機会の平等の観点や世代間の貧困の連鎖の防止の観点から問題視され、後述のように重点課題とされている。これに対して、日本の子どもの貧困率が全体の率より低いのは、表2-2の家族給付の低さから見ても児童給付が充実しているからではなく、後述のように相対的貧困層の婚姻率・出生率の低さによるものと思われる。高齢層の貧困率のEU 3国の低さは、スウェーデンなどの税財源の最低保証年金の導入と、3国が近年取り入れた年金額の低い高齢者への一般の生活保護よりミーンズ

表5 貧困リスク層（所得中央値60%未満層）－全体・15歳以下の子・65歳以上人口比（%）

	ドイツ			スウェーデン			イギリス			EU25カ国平均		
	全体	15歳以下	65歳以上	全体	15歳以下	65歳以上	全体	15歳以下	65歳以上	全体	15歳以下	65歳以上
1995	15	18	15	—	—	—	20	28	32	—	—	—
2000	10	13	10	—	—	—	19	27	24	16	20	17
2001	11	14	12	9	7	16	18	23	27	16	20	16
2002	15	20	16	11	10	15	18	23	26	—	—	—
2003	15	20	16	—	—	—	18	22	24	15	19	17
2004	16	20	15	11	11	14	—	—	—	16	20	18

出典 Eurostat Structural indication database

表5－2 OECD データによる貧困リスク層と貧困層に属する者の人口比（％）

	ドイツ		スウェーデン		イギリス		アメリカ		日 本	
	60％未満	50％未満	60％未満	50％未満	60％未満	50％未満	60％未満	50％未満	60％未満	50％未満
1995	14	8	8	4	19	11	24	17	20	14
2000	14	9	11	5	19	11	24	17	21	15

注：1995はドイツと日本は1994年のデータ。2000はドイツは2001年のデータ。相対的貧困層は可処分所得中央値の60％未満、絶対的貧困層は可処分所得中央値の50％未満の層に属する者と定義する。

出典 OECD questionnaire on distribution of household incomes

表5－3 OECD データによる年齢別絶対貧困層に属する者の人口比
全体・子ども・高齢者

	ドイツ			スウェーデン			イギリス			アメリカ			日 本		
	全 体	子 ども	高 齢 者	全 体	子 ども	高 齢 者	全 体	子 ども	高 齢 者	全 体	子 ども	高 齢 者	全 体	子 ども	高 齢 者
1995	8%	10	11	4	3	4	11	17	12	17	22	21	14	12	23
2000	9	11	10	5	4	8	11	16	14	17	22	25	15	14	21

注：絶対的貧困層は所得中央値の50％未満。子どもは18歳未満、高齢者は65歳以上、1995はドイツと日本は1994年のデータ。2000はドイツは2001年のデータ。

出典 OECD questionnaire on distribution of household incomes

テストをゆるめた税財源の扶助の影響とも思われる。日本の高齢者は厚生年金受給者層の増加により、高齢層の相対的貧困率は縮小しているが、就労の有無や、受給している年金の種類で、所得の格差が元々大きい中で、人口高齢化により高齢者の絶対数が増えていることや、単身・高齢者のみ世帯の増加など親族内の扶養力の低下で、相対的に貧困な高齢者の絶対数は増加しており、後述表8、9のように生活保護率全体の上昇にも寄与している。^{*10}

3 3 国の社会的保護とソーシャルインクルージョン関連施策の展開、 国家行動計画2006－2008年の主要課題と最近の政策変更

以下、2で述べた背景状況を踏まえて、EU 3 国がどのようなソーシャル・インクルージョン施策を近年展開しているかを概観したい。

(1) ドイツ

ドイツは、EU 平均より高い全体の失業率や長期失業率、EU 平均よりは低いが全体の失業率よりは高い若者失業率、近年改善が見られるが EU 目標に達していない女性労働力率、55歳以上の中高年齢者労働力率など、雇用の改善が最重要課題となっている。

その背景には、比較的強い規制の労働法制と労働組合によって、既存の雇用が守られている反面、新規の労働需要や雇用の流動性が低くなり、高い失業率や失業期間の長期化につながっていると言われている。このような問題意識から、近年、以下に述べるような大規模な改革が講じられている。

他方、相対的貧困率は、比較的手厚い社会保障・福祉制度でほぼ EU 平均並であり、3 国の中間に位置している。その改善策については、就労インセンティブを高める方向で、社会扶助と失業給付の整理等を行っている。以下、近年の改善策を具体的にみていきたい。

ア. ハルツ委員会の報告を受けた一連の労働市場改革と社会扶助制度改革の動き^{*11}

ドイツでは、失業率の高さ、特に長期失業率の高さが第一の政治課題とされ、近年2002年の Job-AQTIV 法、フォルクスワーゲン社の労務担当役員であったハルツ氏を委員長とするハルツ委員会の報告を具体化した通称ハルツ I～IV 法（2003～2005）及び労働市場改革法（2003）と一連の法改正を行い、積極的労働市場政策の担い手である機関及び施策の内容、失業関係給付制度並びに社会扶助制度に大きな変革をもたらした。以下その内容を項目ごとに見てみたい。

① 職業紹介組織の改革－独立公法人化と地方との協働・給付機関との統合

主としてハルツ III 法により職業紹介業務を行っていた国の連邦雇用局は、独立公法人の雇用エージェンシーに改編された。また、各雇用エージェンシーには、旧雇用局と自治体の社会福祉部局の組織を連携させた業務共同体（Arbeitsgemeinschaft）を置き、職業紹介と失業関係給付業務を、ワンストップ化させた。^{*12}

ハルツ I 法により、各雇用エージェンシーには人材サービスエージェ

ンシー（PSA）が置かれた。人材サービスエージェンシーは、失業者の職業訓練を行うとともに、失業者に対して人材派遣の形で、職業を紹介するシステムであり、そこから更に派遣先企業での直接雇用に結びつくことを期待する仕組みであるが、雇用エージェンシーの多くは、民間の派遣会社と契約を結び、その業務を委託している。

また、ハルツ法以前の2002年の4月から職業紹介クーポン制度が導入されている。これは6週間以上の失業者に発行され、民間の職業紹介企業が、これらの者に週15時間以上の勤務の職業を紹介できたら、その民間企業がクーポンをもらって報酬を得る仕組みである。

いずれの施策も、職業紹介組織の独立法人化、民営化や地方との協働によって効率化を図ろうとするものである。雇用エージェンシーへの組織変更については、組織移行時の一時的混乱や一部自治体での窓口の統一の遅れなどの支障は生じているが、相談のワンストップ化や職業紹介と給付業務の効率化がなされたとの好意的な評価を受けているようである。

他方、人材サービスエージェンシーについては、2004年に受託企業最大手のオランダの人材派遣会社が破産したことや、この制度を利用しない場合と比較して、かえって失業期間が長くなったとか、1件あたりの費用が高い等の評価もみられたため、2005年6月からは、各雇用エージェンシーは、人材サービスエージェンシーを必ずしも設置しなくてもいいことになった。

職業紹介クーポンについても、民間業者の一部に悪用事例があったり、紹介後再度失業する者の率がかかなりあることから、その活用にあたっては民間業者の業務内容のチェックが必要という指摘はなされているようである。

② 失業給付の見直しと社会扶助との再編成

従来、いわゆる失業保険である拠出制失業給付は加入期間に応じて最大32週間、従前の給与の60%（子どもがある場合は67%）が支給された。その期間経過後も資産調査により一定以下の低所得の失業者には、税財源で無期限の失業扶助（従前給与の53%、子のある場合57%を保障）が支給されるとともに、その給付水準が最低生活基準を下回っていれば、別途社会扶助（日本の生活保護に相当）を自治体から受給することがで

きた。

他方、社会扶助制度は、就労の能力や意欲がなかったり、就労への支障があるため、最低生活状態にある者など、失業扶助の対象外の者も受給していた。これらの失業給付及び社会扶助制度について、労働市場改革法とハルツIV法で以下の見直しが行われた。

まず、労働市場改革法（2003年）により、抛出制の失業給付（失業給付Ⅰと称される）の支給期間は最大32月から、54歳までの者は最大12月、55歳以上の者は最大18月に短縮された。失業給付Ⅰの水準については、従前所得の60%（子のある場合67%）を保障する方式は、そのままとなっている。

同時期に改正され2005年1月より施行されたハルツIV法により失業扶助と社会扶助の関係についても大きく改編された。

まず、一日に3時間以上働けると判断された者は、「就労能力あり」とされ、失業扶助が改編された失業給付Ⅱのみを支給されることとなった。この失業給付Ⅱの給付額は、社会扶助の水準と合わせた定額の給付となった。^{*13}

他方、社会扶助は、上記基準で「就労能力なし」と判断された者のみに支給されることとなった。その給付額は、前注13のとおり失業扶助Ⅱと水準を合わされた定額給付である。

なお、65歳以上の高齢者や障害者には、高齢者の子どもに対する扶養義務を緩和（子どもの年収が10万ユーロ未満は、子どもには扶養を求めない）した基礎所得保障制度が、別途、やはり税財源で支給されるので、高齢の貧困層は日本と異なり、社会扶助を受給していない。

失業給付Ⅱの受給者は、就労能力ありと判断されているので、原則として、雇用エージェンシーの職業の斡旋を余程の理由がないと断れないこととなっており、職業斡旋を断ると一定期間の給付の一部減額などの不利益な措置を被ることになる。

他方、就職後得た賃金収入に応じて給付は減額されるが、賃金のうち100ユーロは経費として控除され、それ以上の賃金も月1200ユーロまでは収入の一定割合は、手元に残る形とすることで、就労インセンティブがなくならないようにしている。また、若者の失業給付受給者については、特に雇用、職業教育または賃金補助付き就労等の特別な就労機会を、

早期に提供することが目標とされている。

制度改正の趣旨は、就労能力の有無で失業給付Ⅱと社会扶助を整理し、額も同水準とすることで両者の重複を整理し、就労できる者にはできるだけ就労してもらうということであった。これらの制度見直しや職業紹介支援の強化とそれを断った場合の不利益措置という「飴と鞭」の対策によって、失業期間や給付額を縮小し、失業者が減ることが期待された。

しかし、実際には2005年1月導入から失業者は増加し2月にピークの521万人に達した。社会扶助ではない給付への移行ということである程度の増加は予想されていたが、2005年平均の失業者データは、失業給付Ⅰの受給者は209万1000人、失業給付Ⅱの受給者は277万2000人となっており、失業給付Ⅱは当初の見込みを大きく上回っている。

その背景には、社会扶助より失業給付Ⅱにスティグマがないという要素もあるのかもしれないが、失業給付Ⅱでは、未成年でも親の家をでると同一家計（需要共同体）とみなされなくなることを悪用して、実際には親の支援を受けつつ家賃加算付きの失業給付Ⅱを別途受ける例、収入のあるパートナーと事実上婚姻関係にありながら住宅を共有しているだけと主張する例、資産・収入隠しなどの悪用例もあると見られている。

ハルツ改革後失業が増加したことが2005年9月の総選挙で社会民主党・緑の党連立政権の敗北につながったが、野党も単独過半数をとれず、その後保守・社会民主の大連立内閣成立につながっている。

③ その他の労働供給奨励策

ハルツ改革前から週15時間未満労働で賃金が月325ユーロ未満の者の社会保険料の被用者負担部分を免除するミニジョブと呼ばれる制度があった。ハルツⅡ法（2003）の改正で、その範囲を広げ、賃金月400ユーロまでは被用者負担部分は0とし、その後賃金の上昇に伴い月800ユーロの満額負担までは、緩やかに被用者負担上げていく方式に変えた。このように賃金額が上がって一部被用者負担部分が減額の対象となる雇用をミディジョブと呼んでいる。ミニジョブ・ミディジョブ対象者は11%増加したものの、そこから正規雇用に結びつく者は低い割合にとどまり、社会保険料を満額払う雇用者が減ったとの評価があるようである。

また、ハルツⅡ法で Ich-AG といって、失業者が1人会社を起業した場合に補助する制度を導入し、2004年までに26万件の利用があった。準

備不足から起業の失敗に終わるケースもあるが、起業の成功や他の就業への移行につながっているという評価がされている。

更に、2005年から1ユーロ・ジョブといって、長期失業者を対象に、自治体等が追加的で、公共性のある、公益業務を提供し、時給1ユーロで直接雇用する制度を始めた。職業習慣をつけさせ正規雇用への契機とすることが意図されているもので、2005年末で25万人がこの制度で雇用されている。しかし、労働組合や経済界からは民間の仕事や一般の雇用機会を奪い、市場を混乱させかねないとの批判もあるようである。

高齢者への失業対策・労働力率対策としては、①ハルツ I 法で55歳以上の失業者が新たに職に就いた場合に従前の賃金との差額の半分の補助を、失業していた期間だけ受けられることとなった。また、②中高年齢者の雇用を促進するために2005年末までに新規採用した場合の社会保険料負担の軽減策もとられている。

これら一連の低賃金労働者対策、自営業の起業支援、中高年齢者の雇用支援等によって、多様な労働機会を提供し、比較的硬直的で新規雇用が少なく、失業も長期化するといわれる労働市場を流動化することや、失業から少しでも就労に結びつき、やがて正規労働に移行すること、社会保険料・税の申告を免れる闇労働を少なくさせることをねらいとしている。

Ich-AG など効果が認められている施策もあり、中高年齢者の労働力率も上がってはいるが、ミニジョブや1ユーロジョブから正規雇用に結びつく例が少ないことや、社会保険料を払う雇用者が減少していること、1ユーロジョブ等の半公共的雇用の拡大が民間の労働市場を圧迫したりゆがめかねないとの批判もあるようである。

イ. ソーシャル・インクルージョン計画2006や国家改造プログラムの主要課題に見られるその後の政策展開^{*14}

ドイツの最新の社会保護とソーシャル・インクルージョンに関する国家戦略レポート（2006）と国家構造改革プログラムの実施・進行状況報告書（2006）の中から、ソーシャル・インクルージョン対策の主要課題を見ていくと、①労働市場の参加者の増加、②高齢層の労働市場の参加奨励策、③若者の失業対策と教育・訓練の不利の除去、④移民対策、

⑤子育てと仕事の両立支援策の強化、⑥障害者の差別の除去と統合強化があげられている。以下項目別に整理していきたい。

① 労働市場の参加者の増加

労働市場の参加者の増加策としては、アで述べたハルツ法を元とする一連の改革がその対策としてあげられている。失業給付Ⅱの受給者が2005年1月の制度移行時より大幅に増加する等、失業者は2005年2月に521万6000人とピークを示したが、その後主として輸出の伸びなど経済の回復で総選挙のあった秋以降失業者数も落ち着きをみせ、12月には460万6000人となっているが、2005年平均の失業者数は486万人と2004年平均より48万人増加している。

新たな対策としては、失業給付Ⅱの不正受給対策として、25歳未満の未婚の若者は親世帯の一員と見なすことや、独立世帯を形成して失業給付Ⅱの対象とするには地方機関の承認を要すること、同居パートナー等の立証責任を受給者側に移す等の給付濫用対策が講じられている。他方、失業給付Ⅱや社会扶助の旧東独州の低い基準額は西部州の基準に統一された（2006年1月）。

失業者の中でも特に労働市場から排除されがちな十分な教育や職業資格を持たない低賃金労働層が2005年で約160万人おり、失業者の39.5%にのぼるとされている。彼らに対して、社会扶助の最低生活水準以上の賃金を保障しつつ、より広範な低賃金労働の機会を提供するため、賃金・社会保険料負担に対する補助を組み入れる低賃金労働としての（Kombi-Lohn, combined-wage）の導入を検討している。その案の具体的中身^{*15}については現在検討が進められている。

② 高年齢層（50歳以上の者や55歳以上の者）の労働市場の参加奨励策

55歳以上の高年齢者の労働力率（2005年45.4%）を50%のEU目標以上にするとともに、政府として年金支給開始年齢を2012年から2029年までかけて現行の65歳から67歳に引き上げる方針を決定したこともあり、今後、高齢者雇用を一層奨励しようとしている。

既にア③でのべたように、50歳以上の者を雇用した場合の賃金補助や55歳以上の者を雇用した場合の失業保険料控除が講じられているが、他にも50歳以上の長期失業者の雇用を推進する62の地方プロジェクトを連邦が支援する施策である「Perspective 50plus」（2005）や、58歳以上の

者に1ユーロジョブの形で新たに3万人分の雇用提供を行うことなどの対策が行われている。

③ 若者の失業対策と教育・訓練の不利の除去

若者の失業者には前述のように3月以内に、教育訓練、雇用又は賃金補助付き雇用等の施策の対象となるように努力するという目標が立てられている。若者向けには他より手厚い75人に1人のアドバイザーが置かれ個別の助言指導が行われている。

また、ドイツは技能労働者となるために職場での数年間の見習い労働を行いつつ、週に数日専門学校のような所で職業に即した教育を受ける「デュアル・システム」が、従来から行われていたが、近年職場における見習い労働のポストの不足が見られた。このため、政府は、課徴金付きの法律案の国会提出により、見習い労働ポスト創出の強制案をちらつかせて経済界の譲歩を促し、最終的には2003年に連邦政府と経済界の間で「訓練と若年技能労働者のための国家協定」が2003年に結ばれた。これにより、経済界は年間3万人分の見習い労働ポストを提供し、連邦政府もそれにつけない者への基礎的職業訓練ポストを2.5万人分提供することになった。また、今まで見習い労働ポストを提供したことがない中小企業に補助する「Jobstarter」事業も開始している。

さらに、社会的排除の原因となる教育格差と取り組むため、後述の子育てと仕事の両立支援策とも重なるが、①2005年施行の保育拡大法で2010年までに全日制の3歳未満の保育所を23万人分作ることを目標に定め、事業主体である州を連邦が補助することとしたこと、②3-6歳向けの幼稚園も特に外国出身者等には修学前の語学教育にもなることから、その推進を図ること、③ドイツの学校は半日制が多いが、これを全日制に移行させるべく州の基盤整備に対して補助を行うこと、④毎学年中等教育で9%の生徒が卒業資格なく中退していき、労働や社会から排除されるリスクを負っているため、2006年「怠業者の第二のチャンス」という名の事業を開始し、年間1000人程度を対象に怠業者の学校での再教育や卒業後の企業での訓練等を行うこと、⑤生涯学習の観点から、企業で行う高度な技能訓練を支援する事業、等の諸施策を進めている。

④ 移民対策（語学教育と資格取得のための職業教育）

2005年に施行された移民法により、移民には語学教育やドイツの法制

度・文化・歴史などの基礎的情報を提供するなどの支援が行われることになっているが、連邦は、これらの情報提供や職業的な支援を行う移民のためのネットワークを形成するとこととした。

⑤ 子育てと仕事の両立支援策の強化

2007年から従来の育児手当が両親手当に衣替えされ、育児のため休業したり、週30時間未満の就業をする者に、従前給与の67%を保障することになった。その期間は片親のみの利用は12月だが、もう一人の親（父親）も利用する時は14月まで支給される。また、低賃金や無職だった親にも最低限月額300ユーロは支給されることになっている。

また、③の教育格差解消策の中で述べたように、全日制保育所の定員拡大や幼稚園の拡充、学校の全日制化が進められており、これらの施策は、両立支援策の中心施策でもある。

⑥ 障害者の差別の除去と社会への統合の強化

障害者に対しても2001年社会法典9章のリハビリと参加の充実に伴い「年金の前にリハビリ」原理を導入して、障害年金申請者に対しては、障害年金の支給決定前にリハビリや労働への参加の可能性を審査することになっている。また、障害者平等法により、労働法や市民法の分野で障害者が差別されることは禁じられている。

障害者の雇用への統合はまだ残された課題と認識されており、雇用主への訓練・雇用の助成措置の延長、充実策が図られている。

ウ．欧州理事会の評価

2005年までの各国の報告に対して、2006年3月に欧州委員会がまとめた「社会保護と社会的包摂に関する統合報告書」*¹⁶において、社会的包摂の部分でドイツの課題として指摘されていることは、①実施中の労働市場改革、特にハルツIV法が社会経済的に排除されるリスクのある層に否定的影響を与えないよう保障すること、②移民、特に第二、第三世代が十分な教育の利用で労働市場に統合されるよう持続可能な総合的施策を進めることであった。

また、2006年1月の欧州委員会の各国国家改造プログラムのドイツの雇用関連部分に対する評価は、優れている点として若者の失業への確固たる取組みを上げており、更に注意を要する点としては、①移民や低い

職業資格の労働者の統合の改善についてより総合的な取組みを進めること、②州の権限・責任に負う所の大きい保育所の拡大計画の具体化を図ることが掲げられている。

(2) スウェーデン

スウェーデンは、2 で見たとおり経済成長は好調で、労働力率も全体、女性、中高年齢層ともに、EU 目標をクリアしている（表4参照）。また、相対的貧困率も普遍的で手厚い社会保障・福祉制度によって、EU 平均を下回っている（表5参照）。このように、社会的包摂の観点から見れば優等生の国であるが、近年経済が好調の割には、失業率が高く（表3参照）、また、傷病給付を受給する傷病休業、障害者に支給される年金（30歳以上は傷病保障、20-29歳は活動保障という名称である）を受給して労働市場から退いてしまう早期引退者が増大しているなど非就労者の増大が問題視され、それも一因となって2006年9月の総選挙で、社会民主党・緑の党の左派連合が、穏健保守党を中心とする右派連合（Alliance for Sweden）に破れ、第二次大戦後3度目の保守政権となった。

社会的排除への対処方針にも変化が見られるが、その変化を前政権によってまとめられた「社会的保護とソーシャル・インクルージョンに関するスウェーデンの戦略2006-2008」^{*17}と、新政権がまとめた「成長と雇用のためのスウェーデン改革プログラムの改訂版^{*18}のソーシャル・インクルージョンに関連の深い雇用対策と相対的貧困対策を中心に、比較してみたい。

ア．「社会的保護とソーシャル・インクルージョンに関するスウェーデンの戦略2006-2008」の主要課題と施策-前政権の政策の基本的な方向-

スウェーデンは、職業等で区別しない普遍的な社会保障制度や手厚い福祉施策により、福祉国家を標榜しているが、その福祉国家を維持するためにも、就労第一主義をとり、働ける者は働いて支え手となってもらうことを基本方針としている。そのため、Activation（活性化）と言われる国・地方自治体が失業者に対して行う手厚い積極的労働市場政策により、失業者等の労働市場への参加自体を支援している。その内容は、個別の助言・指導等の就労斡旋、教育、訓練、賃金補助つき就労などで

あり、これらのプログラム参加中は失業給付で従前給与の80％程度を保障してきた。

前述のとおり15－64歳の労働力率は2005年に72.3％と、既にEU目標の70％を上回っているが、10代の者は教育を志向することが多いので、20歳から64歳の労働力率をできるだけ早期に80％に上げることを国内の目標に掲げている。(2005年の20－64歳労働力率は77.4％) また、失業者の中でも積極的労働市場政策に参加していない16－64歳の顕在失業率(open unemployment)は2005年に6％であるが、これを4％に下げることが目標に掲げていた。^{*19}

「社会的保護とソーシャル・インクルージョンに関するスウェーデンの戦略2006－2008」(以下「スウェーデンの戦略」という。)のソーシャル・インクルージョンに関する主要な課題と対策は以下のとおりとなっている。

① 全ての人を対象に就労、教育、訓練を推進する。

このため20歳～64歳の労働力率を80％とする国内目標を掲げているが、そのための施策としては、教育や積極的労働市場政策の充実を中心に掲げている。

a. 教育の目標と対策

教育の面では、50％は大学レベルの教育を修了することと、18－24歳は少なくとも後期中等教育(高校レベル)を修了させることを掲げている。

そのための施策としては、4歳からの就学前教育に週15時間の無料教育を提供したり、就学前教育の利用料の上限を設定すること等の幼児教育の充実に始まり、前期・後期中等教育での職業教育の充実、高等教育の質の向上等を対策に掲げている。

b. 若者等労働参加に困難を有する者の対策

若者の失業率はEU基準では2005年で22.6％とかなり高いが、その対策については、3月以内に教育・訓練、個別の計画に基づく助言・指導等を受ける目標をたて、対応することなど積極的労働市場政策の充実で対応することとしている。

また、労働市場への参加が困難な者として、長期失業者、外国出身者、傷病・障害を持つ者を上げているが、対策としては、上級の職業訓練定

[19]

員の1,000人増、積極的労働市場政策プログラム定員の11,000人増、障害者への賃金補助付き雇用の2,000人増などの対策を掲げていた。

c. 傷病休業・新規障害年金受給者の減少対策

2002年まで、傷病を理由として仕事を休業し、従前所得の80%を保障される傷病手当を受給する傷病休業者が増加し、さらに1年以上の傷病休業後、障害年金（活動補償・傷病補償）に移行する者も増大傾向にあった。その傷病の内容としては、精神や心理的なストレスを理由とするものが増えていた。

このため、国として、傷病休業日数を2002年の水準から2008年までに半減する目標を立て、具体的には、傷病休業の事業主の負担をそれまでの最初の2週間分の休業手当費用のみから、2週間以降の休業についても15%の事業主負担を導入することで、事業主の職場環境改善や職場復帰努力を促す改革がなされた。

この対策が効を奏したのか、2005年には傷病休業者数は2002年から33%減少した。

「スウェーデンの戦略」における対策は、これらの対策の継続と、医学的リハビリへの資金投入、障害年金受給者の実態調査の実施、傷病給付支給決定手続に対する、医師側・保険事務局側への支援などであった。

② 統合の推進、良質の住宅とホームレス対策、特に弱い立場にあるグループの対策強化

「スウェーデンの戦略」では、相対的貧困等の社会的排除対策として、次の3つの項目を掲げている。

a. 統合の推進

90年代に比較的多く受け入れた政治的難民などの移民や、その子弟は、スウェーデン語能力や教育・職業資格の低さ、労働市場での差別などにより、労働力率が低く、貧困層の1/3を占めている。この対策としては、その子弟等に対する語学教育の強化のための教員の増員、新規の移民を中心とした、個別の職業訓練・就職支援等の積極的労働市場政策の充実と、外国人に対する雇用面などの差別禁止の対策強化を挙げている。

b. ホームレス対策

スウェーデンのホームレスは2005年で17,800人いるとされているが、日本でいう路上生活者のホームレスだけではなく、そのかなりの割合は、

ホステル等の低額の宿泊施設に住む世帯を指している。従って、対策も住宅の提供・斡旋などが挙げられている。

c. 特に弱い立場にあるグループへの対策強化

2010年までに相対的貧困層の比率をかなり減少させるという EU 目標のために、所得中央値の60%未満層の相対的貧困層の減少のほか、スウェーデン独自の目標としては、社会扶助（日本の生活保護）受給者を1999年の水準の半数にするという目標を掲げている。対策としては、前述のとおり働ける者は積極的労働市場政策で雇用に結びつけることを中心としているが、その他に、特に注意深く対処すべき弱者グループの対策として、虐待や放置にさらされる要保護児童の早期救済、女性への家庭内暴力対策、薬物濫用者のケアなどを上げている。

③ 前政権の施策に対する欧州委員会の評価

「スウェーデンの戦略」や前政権がリスボン戦略の要請に基づき2005年に出した「スウェーデンの国家改造プログラム」に対する欧州委員会の評価はどのようなものであったかを見てみたい。

「社会保護と社会的包摂に関する統合報告書2006」（前注16）では、スウェーデンの労働力率等の好成績や手厚い対策を評価しつつ、今後の課題として、①高度な福祉水準の維持のために労働力への参加の増大を図ること、②移民の労働市場へのより良い、より早い統合等、労働市場を更に包摂的なものにする、③傷病休業や、障害年金による労働市場からの早期退出への対策を講じること、が掲げられている。

また「仕事と成長のためのリスボン戦略の各国国家改造プログラムの欧州委員会の評価」（2006年1月24日）^{*20}では、前政権の提出した国家改造プログラムの特に雇用対策部分の評価として、プログラムの良い点として、積極的労働市場政策の強化等の失業の減少策を上げており、更に注意を要する点としては、税制や社会保障給付システムを労働インセンティブが働くように改善して、労働供給が増加するようにすることを挙げている。

イ. 「成長と雇用に関するスウェーデン改革プログラム」の改訂版に見られる新政権の政策方針の変更

2006年9月の選挙で穏健保守党を第一党とする右派連合 Alliance for

Sweden が社会民主党・緑の党・左翼党等の前政権側を破った。その背景には、前首相が12年の長期政権であったことへの国民の飽きや、40代の穏健保守党党首ラインハルト氏の柔和な物腰の好印象等政策面以外の要素もあったようである。政策面では、第一に、保守連合側が、国民の支持の高い福祉制度には基本的に手をつけないと表明していたため、国民の政権交代への不安感が少なくなっていたことがあげられている。第二に、経済は好調だが失業率が高いという現状の評価と対策が争点となったが、社会民主党側は2005年以降の経済の好調ぶりや従前の積極労働市場政策で、顕在失業率を6%から4%程度に下げることが可能であり、問題はないという態度であった。これに対して、右派連合側は、積極的労働市場政策による教育・訓練などの対象者、長期傷病休業者、障害年金受給による早期引退者も含めれば就業年齢のかなりの者が労働市場の外におり、就業年齢層（20－64歳）の21%^{*21}にのぼる100万人が社会保障給付に依存している状況は問題であり、低・中所得層や事業主に対する減税や失業給付・傷病給付等の見直しで、新規雇用を需要・供給面から刺激すれば失業の減少を達成できると主張した。そして、国民は、後者の保守側の主張の方により共感を覚えたといわれている。

新政権発足後改訂再提出された「成長と雇用に関するスウェーデン改革プログラム改訂版」（2006年11月28日）や2007年度の政府予算案（2006年秋期予算）^{*22}における雇用政策や税制・社会保障制度の変更点により、新政権の政策が、どのように方針転換されているかを見てみたい。

① 税・給付対策 失業の罨、福祉の罨をなくし、事業主の雇用を奨励する

新政権は、従来の労働市場政策は、非効率的で受動的な給付の受給に導きがちだったと主張し、早期により多くの人々が労働市場へ移行するように、2007年に税制や給付を見直す以下の一連の政策を提案している。

（以下の内容は2006年11月政府予算案による。）

- 1) 賃金所得や事業所得に特別の控除をもうける。年間109,600kr（164.4万円）以上の所得 に対して、5,000Kr（7.5万円）～11,000kr（16.5万円）の控除を設ける。
- 2) 1年以上労働市場外にいた者（失業者・労働市場プログラム参加者を含む。）を雇用した場合、その被用者にかかる事業主の社会保

- 除料相当を控除する。期間はその被用者が労働市場を離れていた期間（上限は5年間）とする。
- 3）サービス業の新規雇用を刺激するため民間の家事援助サービスにかかる税を減税する。
- 4）就労の報酬を失業給付より高くすることを目的として、失業保険の支給条件や給付水準を厳格化する方向で見直す。
- ・支給に関する従前の要件である失業前12月中6月は月70時間以上就労を、80時間以上に厳格化する。
 - ・給付期間は300日原則だが、労働市場プログラム等に参加していれば更に300日の支給が認められていたのを、上限を300日（18歳未満の子がいる場合450日）とする。
 - ・給付額の水準を一律従前賃金の80%から、最初の200日は80%、それ以降は70%に下げ、早期の復職を促すものとする。
 - ・従前給与の計算方法を過去6月平均から12月平均にする。
- また、一連の減税策のための見返り財源として、9割を国の補助でまかなわれている失業保険の補助を10億kr（＝1500億円）分保険料負担に移し、失業保険料を引上げることを提案している。

② 若者対策

前述のとおり、若者失業率はEU基準で22%と高いが、2005年の16－24歳の求職登録者106,000人のうち、50,200人はフルタイムの学生であり、早期に教育・訓練、雇用斡旋のプログラムの支援対象としている（プログラム参加者していない若者の顕在失業期間の中央値は35日）が、①の対策の他、若者向けに次のような一連の対策を講じることを提案している。

- 1）19－24歳の若者を新規に雇用した事業主の社会保険料（老齢年金分除く）の半分に相当する額を1年間補助（税控除）する。
- 2）若者は求職登録から30日以内に個人コーチや個別行動計画の作成の支援受けることを目標とする。
- 3）25歳未満の若者の労働市場政策を「仕事の保証」というプログラムに改組し、個別の助言指導、訓練、職場体験を行う。現行の自治体が行っている地域若年者対策（20歳未満対象）や若年者活動保証プログラム（20－24歳対象）は、新プログラムに移行する。

③ 高年齢者の対策—より長く働く人生を

60–64歳の労働力率は、過去5年で男性が58.9%から65.1%、女性が50.1%から56.9%と上昇したが、一旦高年齢層の者が失業した場合、その期間は長期化する傾向にある。そこで、高齢者の雇用を奨励する一連の施策を提案している。

- 1) ①の1) の税控除額について、65歳以上の者は控除額を上乗せする。
- 2) ①の2) の控除期間の上限を55歳以上の失業者の雇用の場合は10年間とする。
- 3) 65歳以上の新年金制度対象者を雇用した事業主は、新年金制度の事業主特別保険料負担を免除するものとする。

④ 傷病休暇・障害年金受給者の対策

前政権は、傷病休業対策について、2008年までに傷病休業日数を2002年の半分とするという目標を立て、2003年に事業主負担を上げた。そして、前述のとおり2005年の傷病休業者数は2002年から33%減少し、その対策は効を奏したかに見えた。

しかし、新政権は、前政権の半減目標は傷病や障害を持つ者の新規雇用を妨げる、傷病休業者は減っても障害年金受給者は増えかねない、事業主の雇用コストが上昇するといった理由から、前政権の目標を取下げ、傷病休業、障害年金受給者の対策としては、次の政策を提案している。

- 1) 2週間以上休業した者の傷病休業給付の15%事業主負担を廃止する。
- 2) 傷病給付の計算基礎となる報酬上限の引上げを元に戻す。^{*23} この結果高所得の者の傷病手当額の上限を下げることになる。
- 3) 傷病手当の濫用を減少させるため、支給プロセスや条件を厳しくする。具体的には、手続きの早期化、認定困難症例の評価の改善のほか、傷病初日より医師の証明書を条件とする。
- 4) 職場復帰のためのリハビリを充実する。

⑤ 積極労働市場政策の縮小方向の見直し

国の労働市場庁が行っている手厚い訓練・賃金補助付き雇用は、労働市場弱者の雇用の推進に効果があるとされてきたが、近年、失業期間の長期化や一般就労への移行が少ないこと、生産性が低い等の批判^{*24}が多

方面から行われてきた。

このため、新政権は、積極労働市場政策の事業数、参加者数を削減する方向で合理化するとともに、民間雇用サービスの参入の検討を目指した一連の政策を提案している。

- 1) 長期失業者を対象とする「活動保障 プログラム (Active Guarantee Programme)」を「仕事と発展の保障」(A job and development guarantee) に改組し、300日以上失業者 (18歳未満の子どもを持つ者は450日以上) に参加を義務づける。内容としては、個々人に合わせた支援策でできるだけ早期に通常の雇用に復帰させる方向で、施策を見直し、プログラム参加中は従前給与の65%の手当を支給するが、不参加者は手当の受給権を失うこととしている。
- 2) 労働市場プログラムの対象者数を2006年現在の定員より5.2万人削減する。
- 3) プログラムを整理し、サバティカル・イヤー、ボーナス・ジョブ、教育休暇代替雇用、新規大卒者向け雇用等は廃止する。
- 4) 労働市場庁 (AMS) の機構改革を行うとともに、民間雇用機関、産業に特化した職業紹介機関、一時雇用の紹介機関等の参入を認める方向で検討する。

(3) イギリス

イギリスは、近年経済成長率は好調で、労働力率もスウェーデン同様 EU 目標を上回り (表 4 参照)、失業率も2005年で4.7% (表 3 参照) と EU 内でも最も低く、国内でも歴史的に低い水準となっている。

課題としては、相対的貧困層、特に貧困世帯に属する子ども割合の高さが問題とされており (表 5、表 5-3 参照)、貧困や社会的排除の世代間移転の防止や機会の平等の観点からも、子どもの貧困の減少を第一に掲げている。他の二国と異なり、比較的好調な国内施策の状況や選挙時期でなかったこともあり、政権や政策の大きな変更は見られていない。

ア. 「社会的保護とソーシャル・インクルージョンに関するイギリス国家戦略」の主要課題と対策

以下、「社会的保護とソーシャル・インクルージョンに関するイギリス国家戦略」の課題とされている項目と施策に、「雇用と成長に関するイギリス国家改革プログラム」*²⁵で紹介されている分析と施策を補う形

で、イギリスのソーシャル・インクルージョン政策の現況をみていきたい。

① 子どもの貧困の根絶

前述のとおり、貧困層に属する子どもの比率の高さや、非就労世帯に属する子どもの数の多さは、彼らが受ける教育環境の悪さや就労に対する意識の影響等を通じて貧困の世代間移転につながるおそれがあるとして、政府は2020年に、子どもの貧困の根絶を図ることを長期目標とし、2010年には、1998年の子どもの貧困数の水準と比較して、半減することを中間目標としている。

その対策としては、第一に、親の就労を支援することであり、特に、子どもの貧困率の高い母子家庭を中心とした片親世帯の就労支援として、後述の New Deal for Lone Parents など、対象者の個別のニーズに応じた助言・就職斡旋、訓練等の対策を講じている。

第二に、子育て世帯の家計を助けるため、児童手当の他、子どもの養育費用の税控除である Child Tax Credit で、子育て費用の支援を行うとともに、就労世帯の負の所得税型の税控除給付である Working Tax Credit や国の最低賃金制度等、就労による収入を働きがいのあるものとする「make work pay」施策を講じている。

第三に、片親世帯の就労支援のために保育定員の増加を図っている。保育定員は97年から61.7万人増加し、2005年125万人となっているが、2010年には、200万となるよう増加計画を進めている。また、特に、貧困者の多い都市部や地方の産業衰退地域等の不利な地域において、子どもセンターの設置を進めている。

第四に、教育の水準を上げることが目標に今後3年間で12億ポンドの資金を供給するとしている。

② 労働市場への参加の増加

EU 目標をクリアしている労働力率について、長期的に更に80%まで上げることを目指している。このためには、傷病・障害を原因に労働不能給付を受給している者を100万人減少し、母子家庭を中心とする片親を30万人雇用へ結びつけ、50歳以上の中高齢者を100万人就労に結びつける必要があるとされているが、教育や職業資格の低い者の教育・技能の向上も重要な対策となっている。

その目標達成のための具体的方策としては、第一に、1998年から行っている6月以上失業している24歳未満の若者を対象としたNew Deal for Young peopleがある。その後、25歳以上で1年半以上の長期失業者を対象としたNew Deal for Adults over 25 years、片親世帯を対象としたNew Deal for Lone Parents、失業者の配偶者を対象とするNew Deal for Partners、50歳以上の高齢失業者を対象とするNew Deal for 50 plus、障害者を対象としたNew Deal for Disabled Peopleが実施された。一連のNew Deal対策は、それぞれの失業者に担当のアドバイザーが付き集中的に就労の指導助言や斡旋を行うとともに、訓練、賃金補助付き雇用、ボランティア的な雇用、環境整備的な雇用等の斡旋なども行っている。2006年3月までで257万人以上がNew Dealプログラムに参加し、161万人がこのプログラムを通じて一旦は職に就いている。^{*26} また、2005年までに66万人の若者に職業を斡旋し、失業給付受給者を2／3減少させた。経済の回復の要因もあるが、New Deal政策が失業の減少に効果があったことは認められている。他方、賃金の高い安定した雇用に結びつきにくく、短期間で失業に戻っているケースもあるとの批判もあるようである。

第二に、2001年に年金と各種福祉手当を所管していた社会保障省と就労支援を担当していた教育雇用省の部局が再編され、雇用年金省となったことから、出先機関も職業斡旋をするJobcentreと福祉関係給付を行うBenefit Officeが統合されて、両方の機関の機能を持つJobcenter Plusが全国展開されている。このような機関の統合で、後述のように就労不能給付（Incapacity allowance）の受給者を始めとする福祉給付受給者の就労支援が強化されている。

なお、イギリスの生活保護は1996年メジャー政権当時に、今回ドイツで行われたように生活保護にあたる所得補助（Income Support）と税財源の所得調査付きの失業手当が再編されて、失業保険にあたる拠出制求職者手当（Jobseeker Allowance Contributed-based）の給付期間経過後も、就労能力があるとみられる者は税財源の所得調査付きの求職者失業給付（Jobseeker Allowance Income-Based）が支給され、彼らは求職活動に不熱心であったり、就職斡旋を合理的理由なく拒否すれば一定期間の一部停止などの不利益措置を受けることになっている。他方、週16時間以

上の仕事につけない就労能力に乏しい者は所得補助（Income Support 生活保護に相当する制度）を受給している。

第三に、傷病により就労できない場合、国民保険より4日以降28週までは傷病手当（Sick Pay）が支給されるが、それ以降も傷病が治らない場合は、就労不能給付（Incapacity benefit）が支給される。その名称からこの受給者には就労支援は行われていなかったが、本来の失業給付である求職者手当の受給者が1999年8月の120万人から2004年11月には77万人まで減少し、その後やや増加しても2006年2月に97万人程度に止まっているのに対して、就労年齢層の就労不能給付受給者は1999年8月265万人から2003年11月には278万人まで増加していた。スウェーデンでもみられたように、その受給者の多さや身体だけでなく精神・心理的障害を伴うなど微妙なケースも増加していることから、「welfare to work」の観点に立って、就労への復帰を促進させる対策が講じられている。

その受給者の多い地域（「disadvantaged area（不利な地域）」とされる貧困地域と重なっている。）のJobcentre Plusにおいて、「Pathway to Work」というパイロット事業を2003年10月から開始した。その内容は、受給者に対して個人アドバイザーによる就職を目指した面接を義務づけるとともに、必要があればNHS（国民保健サービス）と連携して、就職を目指した医学的なりハビリプログラムを行う。また、週16時間以上の職（年収15,000ポンド未満）に再就職者できた者に52週間毎週40ポンドの再就職手当（Return to Work Credit）を支給することとしている。この事業は当初7地区で開始されたが、現在30地域に拡大され、就労不能給付受給者の43%が対象となっている。就労不能給付受給者数は、2006年2月時点で270.5万人とやや減少している。

政府は2008年には「Pathway to Work」事業を全国で展開するとともに、就労不能給付を「Employment and Support Allowance」（雇用・支援手当）に再編して、就労アドバイザー等の支援を強化するとともに、就労能力がある程度あるのに就職活動に不熱心な場合に、手当減額措置を導入することを検討している。

障害者の就労による自立については、第一のNew Deal for Disabled Peopleで、雇用の個別支援の重点的対象グループとされており、7.5万人が就労斡旋されている。この結果、障害者の労働力率は1998年の38.1%

から46.6%に上昇している。

第四に、成人の教育や技能の低い労働者に対する技能戦略の強化である。従前から後期中等教育（高校程度）の卒業資格のない者に対する基礎的読解力、英語、数的処理能力をつける無料の教育機会の提供を行っている。また、New Deal for Skills の名称で、技能コーチ、技能パスポート（技能訓練修了を証し、雇用されやすくする）、前述の高校レベルを目指した成人教育の充実等などの一連の施策を展開している。

第五は、①の第二でも述べた「Make Work Pay」（雇用から働きがいのある収入を得させる）戦略である。サッチャー政権時に廃止・縮小された国全体の最低賃金を復活させ、賃金水準の上昇に応じてその額も改善している。また、就労世帯250万人が対象となっている負の所得税型の Working Tax Credit を行っている。

第六に、試行的に一部で実施している「Employment Retention and Advancement project」がある。これは、雇用の維持と、より賃金の高い安定した職に移ることを支援するもので、アドバイザーが就職斡旋後も含めて33月間対応し、この事業のために設けられた基金から、効果が見込まれる場合に訓練の費用を支援したり、週30時間以上の職業につけた時に賞与金を出すという仕組みである。現在試行的に行われており、その効果を見て今後更に事業展開を図るかどうかを検討することとされている。

その他、都市部などの貧困や非就労世帯の多い地域に、地方自治体が地域住民との合意の上で進める事業に国が支援する「City Strategy」等も主要施策に上げられている。

また、主要課題には上げられていないが、高齢者の雇用支援としては、前述の New Deal for 50 plus や年齢による雇用差別禁止規制の導入が上げられる。

③ 全ての者にとって、良質なサービスを利用可能にすること

イギリスの社会的排除対策の三番目の柱は、教育、医療などのサービスが経済程度や住む地域によって受けるサービスの格差があることを問題視し、すべての者に良質なサービスを提供することを主要課題としている。以下簡単に見てみたい。

1) 教育

②の第四でも述べたように、2001年より125万人が読解・語学・数的技能訓練受け、80万人が高卒レベルの資格を取得した。中等教育の水準の低い地域の底上げや地域の行政・企業と連携した職業教育の改善、高等教育進学者の増加も目標としている。

2) 医療の不平等への取組み

イギリスは国民保健サービス（NHS）でほぼ無料の医療を受給できるが、長年の投資不足から緊急でない手術に何ヶ月も待機させられ、富裕層は民間保険による医療サービスを受けている。所得の水準の違いにより、心臓バイパス手術を受ける率に差が生じている等、医療の不平等が課題とされている。このため、NHSの中で医療サービス供給者に準市場的な競争を一部導入して効率化を図りつつ、GDPに占める医療に対する支出割合をヨーロッパ平均並に増加させるため、計画的な予算の増加を図っている。一部には、予算の増額が、供給者の賃金引上げに回り、供給力の効率的向上に十分寄与していないという批判もあるようである。

3) その他

犯罪被害者対策、高齢者サービス、住宅、交通、低所得者の燃料費補助、債務過剰等金融問題の支援、電子政府等の諸サービスに対する格差への取組みを上げている。

④ 差別への取組み

四番目の柱は差別への取組みであり、障害者や、黒人・少数民族出身者の貧困や労働力率の低さの原因の一つとなっている差別に対して、差別規制の導入、就労や自立生活の支援を掲げている。

イ. 欧州理事会のイギリスのソーシャルインクルージョン戦略や国家改造プログラムに対する評価

「社会保護と社会的包摂に関する統合報告書」（前注16）では、イギリスの子どもの貧困対策の進展や高い労働力率を評価しつつ、今後の課題として、①収入、医療、技能の取得、人生の機会について持続している不平等を減少する努力を続けること、②最も不利な状況にある者に対して、総合的かつ個別のニーズにあった対策を行うことで、経済的に非活動な者の水準を下げる取組みを行うこと。③年金の格差問題について

取組みを続けること。④公的医療の対 GDP 比が EU や OECD の平均を超えるほどに支出や投資を増やさずに、専門医療スタッフ不足や待機時間の減少問題に取組み、医療の質・供給能力を改善し続けること、を指摘している。

また「仕事と成長のためのリスボン戦略の各国国家改造プログラムの欧州委員会の評価」(前注20)では、イギリスの国家改造プログラムの雇用対策部分の評価について、プログラムの良い点として、就労不能給付受給者の労働市場への再加入支援策である「Pathway to Work」を上げており、更に注意を要する点としては、技能の課題への取組みと、最も不利なグループの雇用対策の強化を上げている。

Ⅲ EU 3 国の政策の共通性と日本の状況への示唆

1 EU 3 国の政策の共通性

3 で見たドイツ、スウェーデン、イギリスのソーシャル・インクルージョン政策について、その共通指標に関係する、労働市場への包摂策と相対的貧困層の減少策を中心に共通する傾向を見てみたい。

(1) 労働市場への包摂

① 労働力率の向上

マクロ経済的に、人口少子高齢化による社会保障需要が増大する中で、福祉国家を維持していくためには、経済の支え手の拡大が必要であり、EU 及び今回取り上げた3国ともに、労働力率の上昇を目的としている。また、ソーシャル・インクルージョンの主要目標である相対的貧困層の減少対策についても、イギリスの「Welfare to Work」、スウェーデンの「Activation」等、表現は違っても、働ける者には就労支援を通じてできるだけ働いてもらうという方針がとられている。その背景には、就労を、生計のための苦行ととらえるのではなく、社会での役割、関係づくりをもたらす、重要な活動であり、就労への参加を、社会的包摂の一環として、肯定的にとらえている。

② 積極的労働市場政策とその見直し

労働力率の向上には受動的な失業給付や福祉給付の増大ではなく、積極的労働市場政策が必要となる。他方、表2-2のOECD基準による

積極的労働市場政策費の対 GDP 比（2003）をみると①ドイツ1.12%、②スウェーデン1.27%、③イギリス0.51%、④日本0.3%となっており、表3の2005年の失業率の低さ（①日本4.4%、②イギリス4.7%、③スウェーデン7.8%、④ドイツ9.5%）、表4の2005年（日本は2004年）の全体の労働力率の高さ（①スウェーデン72.5%、②イギリス71.7%、③日本68.7%、④ドイツ65.4%）の順位と必ずしも一致していない。

前述のとおりスウェーデンの新政権では、効率化の観点から特に訓練・賃金補助付き雇用等の事業の参加者数と事業数を縮小方向での見直し、後述⑤のように優先的対象者（若者・長期失業者・高年齢者）の雇用に対しては、減税や社会保険料の減免で雇用の需給のインセンティブを刺激する政策に重点を移そうとしている。ドイツも大連立政権の協定^{*27}の中で、積極的労働市場政策を継続発展させつつ、2007年に施策全体の抜本的見直しを図り、資金を最大限効果的、効率的に投入するとしている。

欧州委員会の「ヨーロッパの雇用2006」^{*28}第3章では、積極的労働市場政策の種別による効果をミクロ・マクロの両面から分析しているが、ミクロ分析^{*29}（各国の各施策の就労率と賃金水準の改善に対する効果を見る研究）では、税・社会保険料等の減免による雇用インセンティブ刺激策や公共職業サービスの斡旋・助言サービスが、最もプラスの評価であったのに対して、訓練や若者に特化した対策の効果はそれらに劣り、賃金補助付き雇用も代替効果や死加重によりあまり効率的でなく^{*30}、直接行政が仕事を提供する公共雇用施策は、訓練などより更に効果が不明確かマイナスの効果しかみられなかったとしている。

他方、マクロ分析（各国の失業率・労働力率に対して、各国の経済変動、積極的労働市場政策費用の全体の規模、種別ごとの積極的労働市場政策、失業保険の寛大さ、賃金に対する税の高さ、競争を制限する労働市場への規制の強さ等を説明変数とする研究）によると、各国の失業率や労働力率の変動の2/3は経済変動（景気）以外の要素で説明され、寛大な失業保険、賃金に対する税の高さ及び厳しい労働市場の規制は、失業率に悪い方向に影響し、積極的労働市場政策の全体の支出規模は効果に無関係であり、積極的労働市場政策の中では、訓練施策がプラスの効果ありという結果となったとしている。

ミクロ分析とマクロ分析で訓練事業に対して、逆の結果が出たわけだが、この報告書では、マクロ分析の各国に渡るデータ採取の難しさや、調査数の少なさを割り引いて評価する必要があるとしながら、ミクロ分析では事業の効果が1～3年程度の短期の雇用率等への影響しか見ていないので、訓練事業への取組みは短期的効果は少なくとも長期的効果はあるのかもしれないと分析している。

③ 職業支援機関の再編・効率化

3国とも、公共職業紹介機関と失業給付（福祉給付）機関を統合したJobcentre方式を採用し、対象者への相談・指導について、ワンストップ型で効率的に対応するとともに、失業給付（福祉給付）受給者の労働市場への復帰を促している。また、業務の一部を民間へ委託したり、民間就労支援業者への門戸開放を実施又は検討している。

④ 非活動者、非就労者対策の強化と障害者の就労自立支援

ドイツの障害年金受給前にリハビリを優先させる原則、スウェーデンの傷病休業の減少や障害年金の職場復帰支援策、イギリスの就労不能手当（Incapacity Benefit）受給者に対する「Pathway to Work」事業など、傷病や障害を理由に失業登録や就職活動を行わない非就労者に対する就労復帰を中心とした対策が進められている。このようにやや給付濫用対策の色彩の濃い事業だけではなく、イギリスのNew Deal for Disabled Peopleのように、障害者の自立支援や就職差別の解消を目的とした事業についても、各国において、社会的包摂策の主要課題の一つとして取り組んでいる。

⑤ 失業の罍・福祉の罍対策

教育や職業資格の低い層、移民等就労可能性（employability）の低い層は、低賃金、期限付き又は短時間など労働条件が悪く不安定な雇用にしかつけない場合が多く、失業給付や社会扶助・所得補助（生活保護）などの福祉的給付を働かず受給した方が、収入が高くなってしまうと、失業や福祉から自立しようという意欲がわからない、いわゆる「失業の罍・福祉の罍」と呼ばれる状態に陥ることが懸念されている。

このため、イギリスでは1997年ブレア政権以降、「Make Work Pay」といって、国家最低賃金の導入と改善、Working Tax Credit 等就労貧困層を支える対策を講じてきた。

ドイツでもハルツ改革の一環でミニ・ジョブ、ミディ・ジョブなど低賃金者の社会保険料を一部減免する対策を講じ、今後も「Kombi-Lohn」の導入を検討している。

スウェーデンも新政権になってから、低中所得層の稼働所得の減税や失業者・若者を雇用した事業主の社会保険料相当額の減免、失業給付の厳格化等失業の囲対策に政策の重点を移そうとしている。

このような視点は、必要だと思われるが、安易に社会保険料負担の減免拡大を進めることについては、ドイツのように社会保険料を負担する労働者数の減少傾向もみられ、費用・効果の分析も必要と思われる。

⑥ 教育との連携、技能向上策

労働弱者グループの中心の一つとして、教育・職業資格が低い層への就労可能性の強化が各国の主要課題の一つとなっている。いずれも幼児への就学前教育に始まり、中等教育機関（日本でいう中学・高校レベル）の職業教育や教育の質の改善、基礎的資格や卒業資格を持たず学校教育から脱落した者への対策、教育と見習い労働の組み合わせ対策（デュアル・システム）、高等教育進学率の向上や高等教育の質の改善など、労働政策に止まらず、教育政策を含めた総合的な技能向上戦略を展開している。

(2) 相対的貧困層の減少

① 子どもの貧困

前述表5-3にあるとおり、2000年のスウェーデンは手厚い福祉政策で全体の貧困率（5%）も低い、手厚い児童手当等の給付により、貧困層に属する子どもの比率は更に低い（4%）。ドイツはEU平均並で全体の貧困率（9%）より子どもの貧困率（11%）が高い。

イギリスは全体の貧困率（11%）に対して、子どもの貧困率（16%）が特に高く、放置すると子どもの教育・技能の低下、就職の不利を通じて、貧困が世代移転することや機会の平等が保たれないとして、特に子ども貧困の2020年までの根絶、2010年までの半減を社会的排除の主要課題の一つに掲げている、そして、特に貧困リスクの高い母子世帯等の片親を中心とする親の就労支援の他、Working Tax Credit 等を通じた保育料の支援、Child Tax Credit などの税控除、保育所や就学前教育の充実などを進めている。

② 就労年齢層の貧困

3 国とも、拠出制の失業保険の支給期間が終了しても、無期限の所得調査付きの税財源の失業給付がある。

しかし、イギリス、ドイツともに失業給付と所得補助・社会扶助の重複給付をやめ、週15－16時間程度の労働が可能な者は所得補助・社会扶助と同水準の失業給付のみを支給できることとしている。また、スウェーデンを含めて、それらの受給者が就職活動を怠ったり、職業紹介機関の就職斡旋を断った場合などに給付の一部を一定期間減額する等、ペナルティを強化するとともに、前述の Jobcentre 等による就労支援の強化に努めている。

③ 高齢者の貧困

高齢化の進展を踏まえ、各国とも、年金制度の中の早期引退制度の適用を抑制する方針を取り、中高齢者の就労支援の強化するとともに、引退時期を遅くし、より長い就労生活を奨励する傾向にある。

その対策としては、法律等による年齢による就職差別の禁止の導入や年金支給開始年齢の選択制と後送りする程増額する仕組みの導入（スウェーデン）、年金支給開始年齢の引上げ方針の決定（ドイツ67歳）や検討（イギリスは年金白書で68歳引上げの検討案を提示）を行っている。

他方、3 国とも年金受給年齢層の貧困者対策の導入が行われており、スウェーデンでは、移民等、税財源の最低保証年金の居住要件（＝40年居住で満額となる）を果たせない高齢貧困層向けに、高齢者生計援助法（2003年1月施行）による公的扶助制度である高齢者生計費補助を導入している。ドイツでは2001年制定の老齢資産法を契機とする基礎保障制度により、高齢者や同居配偶者の資産・所得は調査するが、子などの扶養義務は収入年間10万ユーロを超えないと問わない高齢者向けの公的扶助を導入している。また、イギリスでも2003年に創設された年金クレジット（Pension Credit）制度により高齢者の所得・資産の調査のみを行う公的扶助制度が導入されている。

2 日本における社会的排除政策の必要性和実現可能性の考察

グローバル化、知識基盤経済化、経済の成熟による低成長、人口の少子高齢化は日本においても、EU 先進国と同様な状況にあると

思われる。日本では最近格差論が世論をにぎわしているが、EU の社会的包摂は能力が高くその結果所得が高い者の出現を問題視しているわけではない。リスボン戦略の目標は「成長と雇用の質・量の拡大」であり、本稿で取り上げなかった各国の国家改革プログラムのミクロ部門の戦略では、研究開発・技能向上・起業化支援・競争力の強化策をうたっている。

社会的包摂は、それらの競争に破れ、あるいは破れやすいグループが労働や社会から排除されることを防ごうという施策であり、低所得層への転落や低所得層への長期間滞留、更には世代を超えた定着を防ぐことが社会の発展・安定化にとって望ましいという考え方である。その対策も第一義的には、受動的な福祉給付の充実ではなく、就労による自立支援である。

以下、EU で取り上げている社会的排除の指標から見た日本の状況の特徴と、EU の政策事例の日本への必要性や実現可能性を見ていきたい。

(1) 労働市場の状況と包摂対策

① 失業率・労働力率の現状と非正規職員の増加

表 3 のとおり日本の失業率は4.4%、長期失業率は2004年で1.8%と低く、若者失業率は8.7%と全体より高いがEU 3 国よりは低い。他方、表 4 のとおり労働力率は女性（57.4%）の低さを反映して、全体68.7%とEU の目標値（70%）を下回っている。

問題は、雇用形態の変化であり、パート・アルバイト、派遣社員・契約社員・嘱託等の非正規職員の割合が1985年の16.4%から90年20.2%、

2000年26%、2005年32.3%と増加しており、15-24歳では48%（労働力調査（詳細結果）（2005））と更に多いことである。

労働政策研究・研修機構の調査^{*31}によると34歳以下の非正社員の33%が「正社員になれなかった」ことを就業形態選択の理由に挙げ

表 6 役員除く雇用者中の非正規職員比率

年	非正規職員比率 (%)
1985	16.4%
1990	20.2
2000	26.0
2005	32.3

出典 総務省統計局

「労働力調査特別調査」（1985-2000）

「労働力調査（詳細結果）」（2005）

ており、不本意ながら非正規職員の雇用形態を取っている者が相当数にのぼっている。

そして、正規と非正規では様々な差がある。給与面では15-29歳の正規職員の年間収入は300万円台が最も多く（27.4%）、30歳台は400万円台（22.7%）、40歳台は500万円台（13.7%）とばらつきは多くなるが順調に上昇していくのに対して、派遣労働者は、15-29歳で200-249万円（29.9%）、30歳台も同階層（25.2%）、40歳台は50-99万円が最も多い層（23.9%）となっている。パート・アルバイトは全年齢で50-99万円が最も多く賃金格差は大きい。（総務省統計局「就業構造基本調査」（2002））

このような職場内の処遇の差だけではなく、厚生年金、共済年金加入率も正規職員89.3%に対して、契約社員・嘱託が61.6%、派遣社員が49.9%、パート・アルバイトが22.6%と、社会保障面でも大きな差がある。

このように、失業状態にあったり、不本意ながら非正規社員として働き、労働市場から排除されたり、労働市場の低層に止まっている者に対して、次の②で述べるような自立の支援策が求められる。

また、女性の労働力率は25-29歳の74.9%が、結婚・出産・育児期である30歳台に63%前後に低下し、40歳台に70%台に上昇するM字カーブ現象（総務省統計局「労働力調査」（2005））がみられ、復帰後はパート・アルバイトの職以外見つけにくいことから、保育所・育児休業・育児期の短時間労働など、正規職員の仕事を辞めなくてすむ就労と家庭生活の両立支援策や一旦辞めた場合の職場復帰支援策の充実が必要となる。

② 積極的労働市場政策の充実、民間・地方・福祉との連携、教育との連携

a. 積極的労働市場政策の効率化と充実

表7は積極的・受動的労働市場政策の対GDP比や労働人口に対する施策への参加者や失業給付等の受給者の比率を見たものである。ドイツ、スウェーデン等の高さに比べて日本の積極的労働市場政策の支出の対GDP比の低さが目立つ。前述Ⅲ1(1)②の欧州理事会の「ヨーロッパの雇用2006」の分析によれば、支出規模は必ずしも成果と結びつかず、イギリスのように比較的少ない支出で成果をあげている国もあること、雇

表 7 労働市場政策費の対 GDP 比と参加者（受給者）の労働人口における比率（2004）

	ドイツ		スウェーデン		イギリス		日 本	
	G 支 D 出 P 対	参 加 者 率	G 支 D 出 P 対	参 加 者 率	G 支 D 出 P 対	参 加 者 率	G 支 D 出 P 対	参 加 者 率
積極的労働市場政策	1.14%	—%	1.24%	—*%	0.52%	—%	0.28%	—
公共職業サービス	0.29	—	0.24	—	0.36	—	0.21	—
訓練	0.36	2.69	0.35	1.23	0.13	1.21	0.04	—
雇用インセンティブ	0.09	0.48	0.19	0.99	—	0.01	0.02	—
障害者雇用	0.15	0.42	0.43	1.81	0.02	0.50	0.01	—
直接的公共労働	0.13	0.68	—	—	—	0.02	—	—
起業インセンティブ	0.13	0.64	0.03	0.12	—	—	—	—
受動的労働政策	2.31	10.90	1.32	7.90	0.29	2.88	0.46	—
失業給付等	2.27	10.71	1.32	7.90	0.29	2.88	0.46	—
早期退職給付	0.04	0.20	—	—	—	—	—	—

注* OECD の統計にはないが、スウェーデンの2007年秋期予算によると、労働市場プログラム参加者の比率は2005年2.7%、2006年3.1%であるが、新政権は2007年以降それを減少させ2007年1.9%2009年1.5%に下げる計画を示している。

出典 OECD Employment Outlook

用保険 3 事業の見直し傾向にあること^{*32}に鑑みれば、効率化の努力は必要だが、比較的効果を上げているとされるイギリスよりも比率が低いことや、再チャレンジを政策課題とする現在の政権の方針からも、積極的労働市場政策への一層の資金配分が求められる。

これまでも非正規労働の中でも特に条件の悪い若年のパート・アルバイト層である「フリーターの20万人常用雇用化施策」等^{*33}が講じられてきたが、今後も、非正規職員と正規職員の不合理な雇用面の格差の縮小策^{*34}や、厚生年金の短時間労働者への適用策^{*35}の早期実施などが求められる。

b. 就労支援機関の民間・地方・福祉との連携

次に就労支援機関の在り方としては、EU でも就労支援機関は国が行っていたが、ドイツのエージェンシー化、各国の地方自治体との連携、民間活力の活用が行われている。日本でも注33にあるフリーター対策の

ジョブカフェは都道府県が民間団体に委託する形をとっており、長期失業者の個別就労支援も民間事業者に委託が行われている。また、北海道等雇用情勢の厳しい自治体における地方自治体や地元経済界との連携による雇用対策も講じられている。今後とも、そのような地方・民間との連携が求められる。

福祉との連携や非就労者対策としては、2005年より生活保護受給者のハローワークとの連携による就労自立支援策が講じられている。^{*36} また、幸い日本においては、健康保険の傷病手当受給者が急激に増大しているという傾向はないが、2004年時点で生活保護受給世帯の35.1%は傷病・障害世帯であるので、生活保護自立支援事業等による医療扶助等による傷病・入院から復帰支援対策と、就労自立支援対策の連携強化が望まれる。

障害者対策は、従来施設対策が中心であり、養護学校卒業生のうち肢体不自由児は67%が施設、5%が就職、6%が訓練機関、2%が進学で、20%は進路が決まらず家庭に戻っている。知的障害児は58%が施設、23%が就職、3%が訓練機関、1%進学で、15%は進路が決まらず家庭に戻っている。^{*37} 施設も本来は更生・授産などリハビリで能力を付けて就職など社会生活へ移行することが目的であるが、年間で就職のため福祉施設を出所した者は1%^{*38}にすぎない。このため、2005年に制定された障害者自立支援法では、就労支援の強化を柱の一つとしているが、今後、市町村福祉部局、養護学校等の教育機関、ハローワーク等の労働部局が連携して、就労支援策が充実されることが望まれる。

c. 教育との連携した技能戦略

日本の教育の状況は、2005年の高校卒業者の18歳人口に占める割合は約88%であり、EU 3国の20-24歳の少なくとも後期中等教育を終えた者の率（2004年ドイツ72.8%、スウェーデン86.3%、イギリス76.4%）^{*39}と比べても高い。また、日本の高校卒業者の47.3%は大学等に進学し、26.3%は専修学校へ入学する等中等教育を超えるレベルへの進学者も多い。他方、高卒後進学も就職もしない者が6.6%に対し、大学学部卒で就職も進学もしない者は17.8%に上るなど、高い進学率が就職可能性の向上に結びついているのか疑問な側面もある。

かつて、1992年には高校の求職者50万人程度に対し求人数が167万人

あり、新卒を大量に採用し、企業の中で職業能力を養成してきた。しかし、求人数は1994年に100万を切った後急速に落ち込み、2005年には求職者20万人程度に対して求人は26万人にまで減少している。^{*40} 変わって増えてきたのがマニュアルに基づいた単純労働であるパート・アルバイトを中心とするフリーターであり、1992年の101万人が2003年にはピークの217万人となり、近年先の常用雇用化対策や景気回復もあって2005年には201万人となっているが、派遣社員などが増加し前述表6でみたように非正規職員比率は依然増加している。フリーター201万人の内訳は中学・高校卒が130万人（65%）だが、短大高専卒も44万人（22%）、大学・大学院卒が25万人（13%）に上っている。

Ⅲ 1(1)⑥で見たようにEU 3国では、中等教育からの職業教育の充実、ドイツに伝統的に見られる見習い労働と座学を組み合わせたデュアルシステム、職業訓練等、教育と労働を超えた技能戦略が、インクルージョン政策の柱の一つとされている。日本でも注33の日本型デュアルシステムの試みも始まっているが、教育と労働行政の一層の連携を図った職業教育・技能戦略の構築が必要であると思われる。

(2) 日本の貧困層の状況と対策

日本の相対的貧困率は、表5-2のOECDデータにあるとおり、2000年において、所得中央値の60%未満層の比率で21%、50%未満層で15%とEU 3国より多くアメリカに次いで多い状況にある。

この背景には、(1)で述べたように若者の非正規従業員の増加と、その賃金水準の低さによる所が多いと思われる。^{*41} また、大竹氏(2005)は、元々所得格差の大きい高齢者層の人口比率の増加や、世帯規模の縮小による高齢単身者、高齢者のみ世帯等の増加を指摘している。以下、年齢階層別の相対的貧困の状況と対策について考察したい。

① 子どもの貧困

表5-3で所得中央値の50%未満に属する比率でみると、日本は全体で15%とイギリスの11%を上回っているが、18歳未満の子どもに関しては、イギリスが全体より悪く16%であるのに対して、日本は14%と全体をやや下回っている。

前述のとおり日本では、若者の非正規雇用が増加しているが、有配偶者の比率（男性）について、正規職員が1992年の68.9%から2002年の

67.2%と比較的小さな減少に止まっていることに対して、同時期非正規職員については64.9%から53%と大幅に落ち込んでいる。^{*42} 若年の貧困層の増加が、婚姻率の減少、その結果としての子どもを持つことを難しくしている状況を示唆しているものと思われる。

表8をみると生活保護世帯の中での14歳以下の保護人員の全体に対する比率は年齢構造の少子化を反映して下がっているが、その年齢層の中の保護率は1995年以降上昇している。表9の世帯類型別世帯保護率でも母子家庭の保護率が高まっている。表12の母子の非就労比率が高まっていることも考え合わせると、EU各国でも見られた母子を対象とした就労支援の強化や、母子世帯の就労阻害要因である子どもの保育サービスの強化が望まれる。

日本は、表13に見られるように、児童手当の額はEU 3国より低い。^{*43}

表8 年齢階級別被保護人員構成比率、保護率

	総数	0-14歳	15-59歳	60歳以上
	被保護人員構成率 (%)			
1975	100	23.5	46.2	30.3
1985	100	22.7	49.2	28.2
1995	100	13.0	43.0	44.0
2000	100	12.5	40.0	47.6
2003	100	12.8	38.5	48.7
2004	100	12.8	38.0	49.3
	保 護 率 (%)			
1975	11.6	11.3	8.4	30.0
1985	11.6	12.2	8.9	22.2
1995	6.8	5.6	4.6	14.6
2000	8.1	7.0	5.2	16.6
2003	10.1	9.3	6.4	19.3
2004	10.7	9.9	6.8	20.2

資料「被保護者全国一斉調査報告書」

表9 世帯類型別被保護世帯構成比率世帯保護率

	総数	高齢者	母子	傷病障害者	その他
	被保護世帯構成率 (%)				
1975	100	34.3	9.5	46.1	10.2
1985	100	32.5	14.4	43.6	9.5
1995	100	43.7	8.6	42.3	5.5
2000	100	46.0	7.8	40.3	5.9
2003	100	46.3	8.6	36.7	8.3
2004	100	46.7	8.8	35.1	9.4
	世 帯 保 護 率 (%)				
1975	20.7	114.1	173.5	12.4	
1985	20.4	79.5	216.4	12.0	
1995	14.2	45.1	103.7	8.0	
2000	15.8	42.6	94.3	8.9	
2003	18.9	46.2	112.3	11.6	
2004	20.5	49.6	145.3	12.3	

資料「社会福祉行政業務報告」

表10 被保護世帯中の非稼働世帯比率

	1975	1985	1995	2000	2004
非稼働世帯率	77.2	78.7	86.4	88.0	87.6

資料「福祉行政報告例」

表11 その他世帯保護開始理由

	1995	2003
世帯員の傷病・要介護	65.7%	21.5%
稼働者の死・離別	5.0	3.6
収入・仕事の減・喪失	14.7	43.2
貯金等の減・喪失	8.4	19.3
その他	6.3	12.4

資料「社会福祉行政業務報告」

「収入・仕事の減・喪失」は稼働収入減、定年失業、事業不振倒産、社会保障給付減、仕送り減

表12 世帯類型別非就労率推移

	高齢者	母子	傷病障害者	その他
1995	96.2	45.5	96.4	49.6
2004	96.6	51.8	91.4	62.8

資料「被保護者全国一斉調査報告書」

表13 児童手当の比較

	イギリス	ドイツ	スウェーデン	日 本
支給年齢	原則16歳未満	原則18歳未満	16歳未満	小学3年まで
所得制限	なし	なし	なし	あり
支給額 (第2子の場合)	週11.4ポンド (月約1万円)	月154ユーロ (月約2.2万円)	月1204クローネ (月約1.8万円)	月5,000円

資料 内閣府「平成17年版少子化社会白書—少子化対策の現状と課題」より作成
替レート2006. 2

少子化対策として、金銭給付がどれほどの効果があるか疑問視する意見も多いが、イギリスのように児童の貧困問題を、世代を超えた貧困の移転の防止や機会の平等の確保として重視する考え方もあり、財政赤字の中乏しい財源を投入するとしたら、子どもの貧困対策を優先することには意義があると考えてる。

② 就労年齢層の貧困

EU 3 国と比べ税財源の雇用保険がなく、就労年齢層に対する所得保障制度としては、拠出制の失業保険が切れた後は、スティグマの問題もある生活保護制度しかない。

他方、EU 3 国特に、イギリス、ドイツでは、生活保護にあたる所得補助や社会扶助と税財源の所得調査付きの失業給付を統合整理し、就労

能力のある者には、失業給付のみを支給するが、その受給者に対しては、支援も行う一方で、就労努力を怠り、正当な理由なく就職斡旋を拒否する場合は、一定期間の一部停止措置を取り入れるなど、制度の引き締めを図っている。

他方、日本の生活保護は、一旦受給開始した場合の就労支援については、従来は専門性に乏しいものがあった。前述及び注36のとおり、2005年度よりハローワークとの連携による自立支援事業が開始されているが、福祉と労働の連携による生活保護受給者の自立支援策の充実・強化が望まれる。

むしろ、貧困層の所得保障については、失業者や非就労者への所得保障の充実ではなく、就労へのインセンティブと福祉依存からの脱却を図るため、イギリスのように就労を要件に給付を行う「make work pay」対策の充実についても検討すべきと思われる。

具体的には最低賃金制度の充実^{*44}を図るとともに、Working Tax Creditのように、週16時間以上の就労を条件に所得が一定額に達するまでは週単位で税控除という形式で手当を支給する「負の所得税型の給付」の導入に関しても、財源面など課題も大きいだろうが、福祉の罫からの脱却という観点では、検討する価値があるように思われる。

③ 高齢層の貧困

表5-3のOECDデータによれば、所得中央値の50%未満の高齢者の比率は1995年の23%から2000年には21%に低下している。この傾向について大竹氏（2005）によれば65歳以上の貧困率の低下がみられ、白波瀬氏（2005）も高齢者のみ世帯のジニ係数の低下と全体との差の縮小を指摘している。^{*45} この背景には高齢者の年金制度の充実や厚生年金受給層の増大が考えられる。他方、そもそも高齢者の相対的貧困率は表5-3で見たようにEU3国よりかなり高く、表8、9に見られるように生活保護世帯における高齢者の比率の増加は顕著である。これは、白波瀬氏（2005）^{*46}の指摘にもあるように、高齢化の進展とともに、高齢者を含む世帯の規模の縮小の中で、基礎年金のみの受給者が多い高齢女性の単身高齢者世帯などの増加があることが考えられる。

その対策には次のようなものが考えられるが、年金制度の体系への影響や実現がかなり難しい論点も多く、年金制度そのものの検討を必要とす

るものが多い。

1) スウェーデンのように、報酬比例部分を一元化しつつ、併せて、国庫補助を低所得者・無年金者に集中する最低保証年金制度を構築する。

報酬比率年金の一元化については、自営業者等の所得把握の困難性、自営業者に事業主負担分の負担を求められるか、中高所得者の基礎年金の国庫負担がなくなることによるその階層の保険料負担増又は給付減の検討など、検討すべき点が多い。

2) 基礎年金の全額税財源化

莫大な税負担の調達の問題の他、税方式は社会保険料のように負担実績と給付が結びつかないために権利性が弱まる怖れがある。そのため、増税による財源確保が困難な場合、給付の低所得者への限定や給付の全体水準の引下げに向かう可能性が高いこと等が問題点として上げられる。

3) 高齢者向けの税財源の所得調査付き低所得者向け公的扶助制度

Ⅲ 1(2)の③で見たようにドイツ、スウェーデン、イギリスともに高齢者以外の親族への扶養義務を緩和した公的扶助を導入している。しかし、国民年金の保険料収納意欲へのマイナスの影響、税財源の確保等検討すべき問題点も多い。

当面は、パートタイマー等の短期間労働者の厚生年金適用などにより、未納・未加入者を減少させるとともに、将来、国民年金のみを受給する者が増えないようにすることが急務と思われる。

また、先進国一高い少子高齢化の状況が予測されており、保健医療制度の改善もあって平均寿命も世界最高水準にある日本においては、EU 3 国に共通する満額年金支給開始年齢の67～68歳への引上げ⁴⁷⁾の可能性、高齢者雇用の促進策、並びに就労における年齢差別の禁止策の導入なども検討する必要があると思われる。さらに、低年金受給層に対して、生活保護のみで対策を講じていけばいいのかどうかについては、今後とも年金制度の機能・あり方を検討する際には、重要な論点の一つであると考ええる。

Ⅳ おわりに

以上 EU 3 国と日本の失業率・相対的貧困率等の共通指標の最近の傾向、EU 3 国のソーシャル・インクルージョン国家戦略や、2005年のリスボン戦略を受けた国家改革プロジェクトの雇用施策等の最近の動向を概観するとともに、その共通点と、日本の状況に基づく社会的排除政策の必要性和実現可能性の考察を述べた。

グローバル化や知識基盤経済化の中で、知識・経験に乏しかったり、いろいろな意味で労働市場弱者になりがちな、若者、中高年齢失業者、教育・職業資格の乏しい者、外国出身者などのグループが、失業や低賃金で不安定な雇用に追いやられ、その結果として貧困や社会の多様なサービス・活動から排除されるという「社会的排除（Social Exclusion）問題は、EU、日本を問わず先進国共通の課題に思われる。

対策面においても、人口高齢化と、高度の経済成長が望みにくい成熟した経済環境により余裕のない財政状況と、グローバル化による厳しい競争環境の中で納税者・就労層の非就労層に対する風当たりが強まる状況においては、受動的な福祉的給付の充実ではなく、働ける者にはできるだけ働いてもらうという積極的労働市場政策や「workfare」に重点を置かざるということなどについても、各国で共通性が見られる。

日本は失業率は低い、女性の労働力率の低さ、若者や母子家庭など非正規雇用層などの就労年齢にある相対的貧困層の増大や、その結果としての出生率への影響も見受けられる。

また、就労状況や受給している年金の種類で元々所得格差の大きい高齢層が人口高齢化による増加するとともに、家族の扶養機能が低下し、単身・高齢者のみ世帯が増加していることとも相まって、高齢者の相対的貧困層の絶対数としての増加も見られる。

このため、日本においても若者・母子家庭等を中心とした非正規労働層に対して、効率性・効果性を考慮した積極的労働市場政策の充実が求められる。特に EU に見られて日本においてまだ顕著と思われない施策として、学校等の教育と労働側の能力開発を総合的に視野においた技能・教育戦略の充実が望まれる。

EU 3 国と比べると、就労年齢層の社会的扶助以外の税財源失業給付

や、無年金・低年金層の貧困な高齢者への独自の所得保障制度がないが、EUでも寛大すぎる受動的福祉給付の悪影響への懸念と就労支援強化の動きがあること、日本の財政状況や先進国一厳しい少子高齢化状況に鑑みれば、乏しい税財源は、少子化にも寄与し、世代間の貧困移転の防止や機会の平等につながる子育て層の支援や、経済的理由による教育機会の格差解消に優先的に使われるべきではないかと思われる。

就労年齢層は、就労支援を充実させるとともに、最低賃金の生活保護水準に配慮した確保や、就労を促進する税控除など「make work pay」対策の充実を検討すべきと思われる。

高齢者層の対策は、希望する限り就労を可能とする支援策を講じつつ、所得保障制度については、年金制度のあり方を含めて検討すべきものとする。年金の税方式への移行や高齢者向けの独自の税財源所得保障制度の創設は、日本の現状においては、年金制度の基盤を更に弱体化するおそれがあるので、年金体系全般との関係についても慎重に考慮すべきと思われる。低年金層に対する年金制度の機能がいかにあるべきかは、年金制度改正の検討の観点の一つであるとする。このような点に関しては、引き続き研究を続けていきたい。

(注)

*1 Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'Strengthening the social dimension of the Lisbon Strategy : Streamlining open coordination in the field of social protection' (2003)

*2 Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'Working together, working better : A new framework for the open coordination of social protection and inclusion policies in the European Union' (2005)

*3 European Council Brussels 2005年3月22-23日 Presidency Conclusion

*4 The overarching objectives of the OMC for social protection and social inclusion (2006)

*5 Berghman, J. (1995) 'Social Inclusion in Europe : policy context and analytical framework'

*6 エスピン アンデルセン (2001) 岡沢憲美・宮本太郎監訳『福祉資本主義の三つの世界 比較福祉国家の理論と動態』ミネルヴァ書房

*7 Lisbon European Council (2000年3月23日、24日) Presidency Conclusion, paragraph 5, 30

*8 Stockholm European Council (2001年3月23日、24日) Presidency Conclusion, paragraph 9

*9 平均値では所得の多い者の所得額に影響されて多めに出るので、所得順に下から順番に国民を並べて、真ん中の人の所得である中央値の60%の所得未満の者を貧困リスク層ととらえて、その層に属する者の人口の全人口に対する比率を指標としている。世帯が経済単位であり、世帯員が多いと世帯内で家計支出を合理化できるので、EUでは成人1人目は1、14歳以上の2人目以上の人員は0.5、14歳未満の子は0.3の重みかけて調整している。OECDでは世帯人員数でなく、その人員数の平方根で世帯所得を割り、各人の所得とすることで、世帯規模の影響を排除する等価調整を行っている。

*10 拙稿 芝田 (2006-2) 「日本におけるソーシャル・インクルージョンの政策の必要性と可能性—格差論・相対的貧困層の動向と若者・公的扶助受給者の自立支援—」

*11 アの部分の多くは労働政策研究・研修機構 (2006) 「労働政策研究報告書 No69 ドイツにおける労働市場改革—その評価と展望—」及び厚生労働省編 (2006) 『世界の厚生労働2006—2004—2005年海外情勢報告—』によっている。

*12 自治体側の要望により、69自治体について、職業紹介と給付の業務のすべてを、自治体側で行う形態も認められている。

*13 旧西ドイツ州は单身345ユーロ、パートナー1人あたり311ユーロ、14歳未満207ユーロである。旧東独州は給付が低かったが2006年より西部州の水準に統一された。子どもにかかる追加需要・家賃・暖房費等の加算により、社会扶助と同様に最低生活以上の水準を保証している。

*14 イの多くは 'National Strategy Report Social Protection and Social Inclusion 2006' 及び 'National Reform Program Germany 2005-2008 Implementation and progress report 2006' によっている。

*15 Kombi-Lohn については、2006年度秋を目途に具体化するとされていたが、2006年12月現在、まだ、財源等の問題もありまとまっていないようである。

*16 'Joint Report on Social Protection and Social Inclusion 2006' (2006年3月13日)

*17 'Sweden's Strategy for Social Protection and Social Inclusion 2006-2008' (2006年9月14日)

*18 'The Swedish Reform Programme for Growth and Jobs' (2006年11月28日)

*19 EUで比較する失業率はILO基準であり、積極的労働市場政策参加者でも

雇用ではなく教育訓練に参加している者等は失業者とされるため、表3の失業率は国内で使われている6%の顕在失業率（open unemployment）より高い7.8%となっている。

*²⁰ Communication from the Commission to the Spring European Council ‘Time to Move up a Gear Country Chapters –The Commission’s Assessments of National Reform Programmes for Growth and Jobs–’（2006年1月24日）

*²¹ 前述18の‘The Swedish Reform Programme for Growth and Jobs’ p17によれば、社会的給付の支援を受けている21%の内訳は、12%が傷病手当・リハビリ手当、障害年金等の傷病・障害関連給付、8%は雇用関係給付、1.5%は社会扶助とされている。

*²² Ministry of finance 2006年10月16日プレス・リリース‘Autumn Budget Bill : Putting Sweden to work –a good deal for all’

*²³ スウェーデンの年金や各種給付、社会保険料の上限などは毎年の消費者物価上昇率を勘案して定められる「物価基礎額」に一定の倍数の比率をかけて表現される。傷病手当の額は傷病前の賃金の80%を基本とするが、給付が準拠する従前の賃金の上限を定めている。これを物価基礎額の7.5倍から10倍に引き上げていたものを引き上げ前の7.5倍に戻す。

*²⁴ スウェーデン行政査察庁（Riksrevisionen＝国会に属し会計検査院と行政監察の両方の機能を果たす機関）が2006年8月に公表した労働市場庁（AMS）とその出先の雇用事務所の査察結果によると、①公共職業サービスの職業紹介に占めるシェアは90年代初めより低下している。②公共職業紹介の生産性（紹介数を費用で割ったもの）は1997年と比べ現時点で10%低下している。③雇用事務所間で大きな生産性の差があり、その差を説明し得る地域的要因は見あたらないので生産性改善の余地は高い。というものであった。

*²⁵ ‘UK National Report on Strategy for Social Protection and Social Inclusion 2006-2008’（2005年）‘Lisbon Strategy for Jobs and Growth UK National Reform Programme Update on progress’（2006年10月）

*²⁶ DWP（雇用年金省）Quarterly Statistical Summary（2006年8月16日）

*²⁷ 前述*11労働政策研究・研修機構（2006）附属資料p115「CDU、CSU、SPDの連立協定（2005. 11. 11）」（抄訳）

*²⁸ European Commission（2006年10月）‘Employment in Europe 2006’ chapter 3 p133-145

*²⁹ ミクロ分析は主として Kluve J., Fertig M., Jacobi L., Nima L., Schffner S.（2005）, ‘Study on the effective of ALMPs’ RWI Essen, Research project for the European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities.’による。1970年代から2000年代のEU各国の95のプログラムの137の積極的労働市場政策の事業後の就職率や賃金に対する改善効果を事業に参加しなかった

場合と比較している。

*30 代替効果は、賃金補助を受けた者は雇用されても、他の者の雇用を奪うだけで全体の失業率や労働力率はあまり改善しないということであり、死加重はそのような施策がなくても職に就けた者がいるので、賃金補助分資源配分の効率性を悪くするという効果である。2006年10月に筆者はスウェーデンの労働市場庁（AMS）のStrannerfos 調査課長にスウェーデンの手厚い積極労働市場政策が失業率を低下させない理由について質問した際も、代替効果と同様の意味を持つ置換え効果（displacement effect）により全体の失業率は思ったほど下がらないことを認めつつ、賃金補助付き雇用等は労働市場弱者を救う上で効果があるという主張をしていた。

*31 （独）労働政策研究・研修機構「多様化する就業形態の下での人事戦略と労働者の意識に関する調査（従業員調査）」（2005年）。集計対象は15－34歳の男女。

*32 労働政策審議会職業安定分科会雇用保険部会資料「雇用保険制度の見直しについて（案）」2006年12月27日。

*33 「フリーター20万人常用雇用化プラン」は、1）若者向けワンストップサービス型の就職支援サービスセンターであるジョブ・カフェの設置、2）フリーターの若者向けの賃金補助付き試験雇用であるトライアル雇用、3）企業実習と専門学校等での座学を組み合わせた日本版デュアルシステム、4）ハローワークでの常用雇用支援事業等を展開しており、2006年4月で22.5万人を常用雇用（パート・アルバイトではないという意味で必ずしも正規職員ではない）につけた。

*34 EUのように企業ごとでなく産業別労働組合ではないので「同一労働同一賃金原則」の確立は困難のようであるが、労働政策審議会雇用均等分科会「今後のパートタイム労働対策について（報告）」（2006年12月26日）によれば、パートタイム労働法について、通常労働者と職務、就業実態が同じであるパートタイム労働者の差別的取扱いを禁止する方向で一步前進の改正が検討されている。

*35 現在常用労働者の3／4以下の労働時間（原則週30時間未満）の者は、厚生年金に加入できず、2004年年金改正でも厚生年金適用は見送られ、短時間労働者の厚生年金適用については、その後5年を目途に検討することとされた。現在政府内で今年の国会提出に向けて検討が進められている。

*36 拙稿芝田（2007）で、ハローワークとの連携による生活保護受給者の自立支援事業の調査を行っている。

*37 中島隆信『障害者の経済学』（2006）東洋経済新報社。元データは文部科学省『学校基本調査』（2004）。中島氏は経済学者であり障害者の親である立場からどこにも行き場のない障害者に対してニートと同様であるとして、社会

の一員として多様な働き方や生活ができるための支援策の充実を主張している。

*38 厚生労働省ホームページ www.mhlw.go.jp/bunya/shougaihoveniritsushienhou01

*39 日本の数字は文部科学省「学校基本調査」の2005年高校卒業者を2005年国勢調査の18歳・19歳人口でそれぞれ割った率の平均。EU 3国の数字は、前注20の「仕事と成長のためのリスボン戦略の各国国家改造プログラムの欧州委員会の評価」による。

*40 厚生労働省「職業安定業務統計」

*41 この点については、内閣府「月例経済報告に関する関係閣僚会議資料（2006年1月）や、厚生労働省「平成18年度版労働経済白書」の分析、大竹氏（2005）P25等、政府、学識者ともに指摘しているところである。

*42 厚生労働省「平成18年版労働経済白書 就業形態の多様化と勤労者の生活」P291付3-(2)-22表。

*43 平成18年12月末現在、平成19年度予算案によれば児童手当の額を従前の第一子・第二子月額5,000円、第三子月額1万円を乳幼児加算として第一子・第二子も0～2歳までは月額1万円とする方向で平成19年度に制度改正を行おうとしている。

*44 労働政策審議会労働条件分科会「今後の最低賃金制度の在り方について（報告）」（2006年12月27日）によれば、国内の各地域ごとにすべての労働者に適用される地域別最低賃金を決定しなければならないこととするとともに、決定基準の一つの「地域における労働者の生計費」については、生活保護との整合性も考慮する必要があることを明確にすべきとしている。

*45 大竹氏（2005）p25 図1-14、白波瀬氏（2005）p166-167 図7-4及び図7-5。

*46 白波瀬氏（2005）p170-171 表7-2。

*47 高齢者の就労能力には個人差があることから、完全に支給しないというのではなく、今までの満額の年金をもらえる年齢を引上げ、早期支給者には減額し、支給開始年齢を更に後送りした者は増額する仕組みを導入するものである。

（参考文献）

岩田正美・西澤晃彦編著（2005）『貧困と社会的排除 福祉社会を蝕むもの』ミネルヴァ書房

大竹文雄（2005）『日本の不平等 格差社会の幻想と未来』日本経済新聞社

芝田文男（2006-1）「ソーシャル・インクルージョンへの政策的取組みの現状と将来—EU、スウェーデン、ドイツ、イギリスの取組みと日本の政策への含意」北大法学論集第57巻第1号

芝田文男（2006-2）「日本におけるソーシャル・インクルージョンの政策の

- 必要性と可能性—格差論・相対的貧困層の動向と若者・公的扶助受給者の自立支援—」北大法学論集第57巻第3号
- 芝田文男（2007）「ハローワークとの連携による生活保護受給者の自立支援プログラムの状況と課題—ソーシャル・インクルージョンの視点による保護と就労支援の連携施策の全国調査—」北大公共政策年報近刊予定
- 白波瀬佐和子（2005）『少子高齢社会のみえない格差 ジェンダー・世代・階層のゆくえ』東京大学出版会
- 山田昌弘（2006）『新平等主義「希望格差を超えて」』文藝春秋

台湾法での相続の過程における 遺留分減殺請求の機能（４・完）

—— 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 (以上、57巻5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
 - 1. 沿革
 - 2. 合有の遺産を共有に変更することは分割か
 - 3. 分割の当事者
 - 4. 遺産分割の対象となる財産の確定と評価
 - 5. 分割の禁止
 - 6. 遺産分割の方法ないし手続 (以上、57巻6号)
 - 7. 分割の実行——「扣還」(コウカン) 及び「特別受益の持戻し」について
 - 8. 遺産分割の効力
 - 9. 日本との比較
- 六、遺留分減殺と遺産分割
 - 1. 問題の所在
 - 2. 従来の学説状況
 - 3. 裁判例
 - 4. 最高法院判例の検討
 - 5. 下級審裁判例

6. まとめ

七、おわりに

1. 本稿のまとめ

2. 相続の一連の過程における台湾法の特徴—日本法並びに中国法と対照しながら

3. 法改正の動き (以上、本号)

7. 分割の実行——「扣還」(コウカン) 及び「特別受益の持戻し」について

遺産分割を実行するに際しては、単純に被相続人の死亡時の遺産額を基準とするのではなく、仮に相続人が被相続人から生前に特定の給付を受けたものがあれば、それを遺産の中に加算することにより、遺産の総額が確定される必要がある。

日本民法は、特別受益の持戻し計算を法定相続分の修正と位置づけている。これに対して、台湾では、特別受益の持戻しは遺産分割の実行のための計算過程と考えられている。日本では特別受益の他に、「寄与分」（日本民法九〇四条の二）も法定相続分の修正という機能を有するが、台湾には寄与分制度は存在しない。他方で、台湾でも特別受益の他に、相続人が被相続人に対して負う債務をその相続分から控除すべき規定があり（中華民法第一一七二条、「扣還」(コウカン) という）、遺産分割を実行するための計算過程の一環である。以下はまず「扣還」を簡単に紹介してから、「特別受益の持戻し」に入る。

(1) 「扣還」について

民法第一一七二条は、「相続人のうち被相続人に対して債務を負う者があるときは、遺産分割の際に、債務額に応じてその相続分から控除（原文は「扣還」）すべきである」と定めている³²⁶。相続人が被相続人に対

³²⁶ 陳棋炎・黃宗樂・郭振恭共著『民法繼承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）[陳棋炎] 一四三頁によると、この規定はドイツ民法第二〇四六条第二項とスイス民法第六一四条を参考したようである。ドイツ民法第二〇四六条第二項は、「遺産債務が共同相続人ノ或者ノミノ負担ニ帰スベキトキハ、分割ニ於テ此等ノ者ニ帰属スル財産ノミヨリ其ノ弁済ヲ請求スルコトヲ得」と定

して債務を負う場合に、当該相続人は、債務者と債権の準共有者という二つの身分を有する。遺産分割の実行の円滑化及び共同相続人間の公平を図るために、民法は「扣還」の規定を用意した³²⁷。具体的には、当該相続債権を他の遺産に加えて、相続分を計算する。この相続分から相続人の当該債務額を控除する。仮に債務額が相続分に等しいなら、当該相続人はそれ以上に遺産を得ることができない。債務額が相続分を超えた場合には、当該相続人の取得する遺産はない上に、相続分を超過した分の債務を弁済しなければならない。

これとは逆に、相続人が被相続人に対して債権を有するとき、分割の際にはどうすればよいのか。民法には明文がないが、判例と学説の見解は異なっている。台湾高雄地方法院八三年度家訴字第一〇〇号判決は、相続開始後、相続人は相続債務を弁済することなく直ちに遺産を分割することができるから、遺産分割の際に、債権者である相続人が自らの債権について遺産から優先して弁済を受ける（扣還する）という主張を退けた。つまり、裁判所は、相続人が被相続人に対して債権を有する場合に、民法第一一七二条の適用を否定した。しかし、学説はこれに反して、民法第一一七二条の趣旨に照らし、遺産分割の円滑化及び共同相続人間の公平維持のため、当該相続人が先に債権の返済を受けてから、他の相続人とともに相続分を応じて遺産を分割すると解している³²⁸。

(2) 特別受益の持戻しについて

民法第一一七三条は、遺産分割の実行にあたり、特別受益である生前贈与を遺産の中に加算すると定めている。これについては三で既に論じたので、ここでは特別受益が遺産分割に関連する部分だけを取りあげて検討する。

持戻の手続は、以下の通りである。まずは特別受益の価額を、被相続

めている（近藤英吉『独逸民法〔V〕 相続法』（有斐閣、一九三九年）一三六頁を参照）。スイス民法第六一四条は、「被相続人が相続人に対して有した債権は、遺産分割にさいしこれを相殺しなければならない」と定めている（松倉耕作『スイス家族法・相続法』（信山社、一九九九年）一五五頁を参照）。

³²⁷ 林秀雄『継承法講義』（元照出版、二〇〇五年）一二〇頁。

³²⁸ 戴炎輝・戴東雄『中国継承法』（自費出版、一九八六年）一五〇～一五一頁。林秀雄『継承法講義』（元照出版、二〇〇五年）一二二頁。

人の遺産に加えたものを相続財産とする。さらにこの相続財産を基礎として、民法第一一三八条、一一四一条、一一四四条の規定（相続人の資格及び法定相続分の割合に関する規定）に基づいて各相続人の相続分を計算する。この計算結果から、当該相続人が被相続人から受けた特別受益額を引いた残りの価額は、当該相続人が最終的に相続すべき財産である³²⁹。

① 遺贈は持戻しの対象ではない

日本民法は特別受益の対象を「遺贈、婚姻、養子縁組のため若しくは生計の資本としての贈与」と定めているが、これに対して、台湾の「遺贈」は特別受益の範囲に含まれない³³⁰。この規定は以下の難点をもたらす。遺贈が特別受益として算入されないことは、遺産分割にあたって遺贈を特別受益として先に相続人の相続分から控除しないことを意味する。以下では具体例を示して説明しよう。

〔例１〕被相続人には子ＡＢＣ三人がいる。被相続人は生前Ａに婚姻のために50万円を贈与し、遺言で甲不動産（価値50万円）はＢに遺贈した。残りの相続財産は50万円である。

相続開始時の被相続人の遺産は100万円（甲不動産50万円と他の遺産50万円）である。さらに民法第一一七三条第一項により、特別受益額である50万円を加え、みなし相続財産は合計150万円である。Ａ・Ｂ・Ｃの相続分率は三分の一であり、（抽象的）相続分は各50万円である。同条第二項によると、Ａの特別受益分は遺産分割の際、自分の相続分から控除されるべきであるため、Ａの現実の相続分はゼロである。次に、Ｂは遺贈を受けたが、遺贈は特別受益に当たらず、Ｂの相続分から控除する必要はない。すなわち、Ｂの相続分は依然として50万円であり、Ｃも同額である。しかし実際の遺産額は50万円しかない。この場合に、Ｂの相続分：Ｃの相続分＝50：50＝１：１であるため、50万円を半分にし、そ

³²⁹ 戴炎輝・戴東雄『中国繼承法』（自費出版、一九八六年）一五八頁。陳棋炎・黃宗樂・郭振恭共著『民法繼承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）〔陳棋炎〕一四五頁。

³³⁰ 戴炎輝・戴東雄『中国繼承法』（自費出版、一九八六年）一五五頁は、立法政策上、遺贈を持戻しの対象にしたほうが、公平に適うが、民法には明文がない以上、このような解釈は困難であると主張する。

れぞれ25万円を得る。最終的には、A50万円(特別受益)、B75万円(遺贈50万円+現実の遺産25万円)、C25万円という結果となる。

仮に同じ事例が日本で問題となった場合に、Bの遺贈は持戻の規定に従い、相続分から控除し、よって相続分はゼロになり、これでCは残りの50万円を取得することとなる。

このように、台湾では共同相続人への遺贈が持戻の対象とされないため、受遺相続人は遺贈のほか、相続分の割合でさらに遺産の分配を受けることができる。言い換えれば、共同相続人への遺贈は常に「先取的遺贈」になってしまう。この結果は日本と比べれば、確かに共同相続人間における公平の維持の要請には適合しない。これを是正するために、被相続人から共同相続人への財産処分を、遺贈ではなく、相続分の指定と解する方法がある。そうすれば、指定相続分が法定相続分を超えた場合に、当該受益相続人は、遺産分割の手続で更なる遺産の配分を受けることができない。前司法行政部五一年台函民字第一二五八号(行政解釈)は、このような扱い方を示唆している。すなわち、特定の不動産を特定の子に与えるという遺言による財産処分が、遺贈なのか相続分の指定なのかという事案について、前司法行政部は、「遺言者の意思で判断しなければならない。本件遺言の内容を見れば、被相続人は係争不動産以外の財産を当該受益相続人に与える意思がないと考えられるため、相続分の指定と認定すべきである」と述べている。このような柔軟な認定は一定程度、共同相続人間の公平を図ることを可能とする。

② 特別受益をめぐる紛争の特徴

以上は「遺贈が特別受益に該当しない」ことの意味を述べてきた。結局、台湾法の下で特別受益に該当するものは、一定範囲の生前贈与だけである。以下では、特別受益に言及した裁判例を〈表四〉に整理し、分析していく。

〈表四〉 特別受益に関する判決

番号	裁判所	判決号	争点
ア	最高法院 判決	91年台上字第556号	遺留分減殺請求に関する争い。被減殺者は、原審で減殺者の特別受益を主張したが、裁判では認められていない。

イ		90年台上字第2460号	原審は当事者が作成した「協議書」を遺産分割協議として認めた上で、被告が原告に給付する金銭が特別受益の持戻しに基づくものとした。最高法院は原審における特別受益の持戻しの判断を不当とした。
ウ		76年台上字第1387号	原告は被告に対して、名義上被告所有の土地が特別受益に該当し、遺産に算入すべきであること（しかも被告はこれに同意したこと）を理由として、持分を自らに登記移転することを求めた。最高法院は、①被告が自分の土地を原告に渡すのに同意していないこと、②原告が遺産分割の訴えを提起したわけではなく、持戻しを主張できないこと、③仮に土地が特別受益に該当するとしても、相続分を超えた分を返還しなくてよいことを理由として、本件で特別受益に基づいて土地の移転を請求することが不当だとした。
エ	高等法院判決	87年家上字第79号	原告は被告に対して、自分の相続権の存在の確認と遺産の1/8に相当する金額の給付を求める。裁判所は、被相続人が生前原告に与えた家屋購入費用の贈与を特別受益と認定し、それを遺産に算入した。
オ	地方法院判決	89年家訴字第9号	遺留分減殺請求に関する争い。原告は遺留分が侵害されたことを理由として、被告に土地の登記移転を請求した。裁判所は、原告が被相続人から得た土地の贈与を特別受益として遺産に算入し、その上で「割合的な遺留分」を算定し、減殺請求を否定した。

もともと、特別受益の持戻しは、遺留分と遺産分割の紛争に関わる事項である。三5②Aで遺留分の算定方法を検討する際に、（民法第一一七三条の類推適用について）判決オを取り上げた。後の六では遺留分減殺請求と遺産分割の関係を総合的に検討するので、判決アとオはさしあたり省略する。ここでは遺産分割に関連する特別受益の問題、すなわち判決イ・ウ・エを概観する。

判決イでは、被相続人には四人の子があり、生前、450万円の起業資金を子の一人である被告に贈与した。被相続人の死後、まず被告が他の兄弟三人(原告)に100万元ずつを給付し、その後、相続不動産を売却し、その代金から他の三人に350万元ずつ取得させ、残りがあれば四人で均分するという協議に達した。原審はこの協議を遺産分割協議と解した上

で、被告が原告に450万円を給付する約束を「持戻し」と認めた。これに対して、最高法院は原審の見解を退けた。その論理は以下の通りである。すなわち、被告は協議によりまず他の兄弟三人に100万円ずつを給付しなければならない。しかし、特別受益の持戻しはたとえ相続分を超えても現実に遺産に返還する必要がない。この点に限っても本件協議を持戻しと解することは不当である。とにかく、被告は被相続人から450万円の利益を受けたが、 $100 \times 3 = 300$ 万円の利益を吐き出すこととなる。その結果、被告の受益額は $450 - 300 = 150$ 万円しか残らない。それにもかかわらず、協議により相続不動産の売却代金はまず他の三人に350万円ずつを取得させてから被告が共に分配に参加できる。このような協議は持戻しといえない。したがって最高法院は原判決を破棄し差し戻した。

次に、判決ウで原告は係争土地が特別受益に該当し、遺産に持ち戻して共同相続人に分配されるべきであると主張した上で、特定の持分を自らに移転登記せよと求めた。この請求が認められないことは予期できる。最高法院は、まず、持戻しに関する主張は遺産分割の中で行うべきであると述べた。遺産分割を経ず、直ちに持戻しに基づき特定遺産の給付を求めることは考えられない。さらに、台湾の通説によれば、持戻しは観念的な操作にすぎず、特別受益の額が相続分を超えるとしても、実際に遺産に返還する必要がない（詳しい検討は次の(3)を参照）。すなわち、受益相続人は特別受益財産を遺産に戻して他の共同相続人に分配する必要がなく、ただ遺産分割の際に遺産から何も得られないだけである。したがって、本件についてみれば、原告が被告に対してその受益財産たる土地を自らに分配させるという請求は根拠がないと最高法院は指摘し、原判決を支持した。

以上の二つ判決は共に、共同相続人間の合意または原告の主張を特別受益として認めなかったものである。判決エはこれに反して、特別受益を肯定した珍しいものである。本件の原告二人は中国大陆にいる相続人である。この場合に、相続のルールは純粋な台湾の内部だけに関連する事件とは少し異なる。すなわち、台湾地区と大陸地区人民関係条例第六六条第一項は、「大陸地区の人は台湾地区の人の遺産を相続する場合に、相続開始時から三年以内、書面により被相続人の住所地の裁判所に対して相続の表示を行わなければならない。それがない場合は相続権の放棄

と見做される」と定めている。本件の原告はこのような相続表示の手続を完成した者であり、共同相続人と認められた。被告（台湾にいる六人の相続人）は原告の存在を無視し、遺産分割協議を行い、登記手続を既に済ませた。原告は自らの相続権確認と共に、それが侵害されたことを理由として、民法第一一四六条第一項（相続回復請求権）により相続分に相当する金銭給付を求めた。これに対して、被告は、原告と被相続人の親子関係の不存在、原告が相続権放棄を承諾したこと、原告の相続人資格が被相続人に廃除されたこと、原告１が特別受益を受けたことなどを理由として、原告の請求を拒んだ。ここでは、特別受益だけに検討を絞る。原告１が以前、二階建ての家屋を購入した際に、その代金は全額（59万元あまり）被相続人からの送金であった。裁判所は、原告１が「これから台湾の遺産につき相続権を放棄する」と書いた「保証書」、及び遺産と贈与税法第一五条が相続開始前の三年間にした贈与を遺産総額に算入するという趣旨に鑑み、この新居資金の贈与を民法第一一七三条第一項の特別受益に該当すると認定した。次に、同条の計算を経て、遺産総額が138万元であり、各相続人の相続分が17万元あまりである。原告１の特別受益額が既に相続分を超えたため、さらに遺産を得ることができない。また、遺産総額から葬儀費用を控除した結果、残りは88.7万元であり、被告六人の相続分（ $17 \times 6 = 102$ 万元）にも達していない。原告２は遺産から何も取得しておらず、遺留分が侵害されたが、それは原告１に減殺請求すべきであると判示された。以上は裁判所の判断である。

しかし、被告六人が真正相続人である原告二人を排除して行った遺産分割は、無効のはずである。この場合は遺産分割をやり直す必要がある。ただ、原告は直接遺産分割の無効ないし遺産分割の裁判を主張したわけではなく、相続回復請求権を主張した。この主張それ自体は可能である。司法院大法官釈字第437号解釈は、「相続権がなく相続開始時または相続開始後、真正相続人であることを主張した表見相続人、あるいは真正相続人が他の共同相続人の相続権を否定し、且つその遺産の占有・管理・処分を排除したことは、相続権の侵害に該当する。被害者またはその法定代理人は、民法第一一四六条により回復を請求することができる」と解している。本件の被告（回復義務者）は真正相続人である。その回復の方法は、原告にその相続分に相当する財産を返還すること

である³³¹。本件で裁判所は、遺産分割の計算と同様の過程で原告の「相続分に相当する財産」（17万元あまり）を算出した。まず、計算過程の中の、特別受益の認定には問題がないであろう。裁判所は、原告1の被相続人から得た新居購入資金が、台湾民法第一一七三条の「結婚、分居又は営業」のいずれに該当するかを明言せず、ただ遺産と贈与税法第一五条の趣旨に言及した上で、原告1の特別受益を肯定したが、一般的に言えば、このような家屋購入資金は、「分居」のための特別受益と認定される。しかしながら、以下の二点において判決には賛成できない。第一に、現実の遺産が仮に88.7万元しかないなら、それは特別受益を受けていない原告2と被告六人で均分されるべきである。しかし本判決では原告2は何も取得できず、ただ原告1に遺留分減殺請求せよと裁判所から示唆されている。第二に、三六(4)Bで述べた通り、特別受益はそもそも遺留分減殺請求の対象とならない。原告2は原告1の特別受益を減殺できないのである。裁判所が台湾にいる相続人を保護しようとする意図ははっきりわかるが、この二点についての判断は軽率であったと考える。

結論的にいえば、判決アとオにおける特別受益は、遺留分減殺請求の際に主張されたものであり、判決エのそれは遺産分割に関連する計算過程で認定されたものである。特別受益に関する裁判例はこのようにあまり多数ではなく、特徴を抽出するのが困難であるが、それを主張するためには、少なくともそれは（裁判所で）遺留分減殺請求の過程か遺産分割の過程において主張する必要がある。もちろん、共同相続人が協議で遺産分割を行う際に、いわゆる「持戻し」に関する約定を自由に結ぶことも考えられる。共同相続人が協議通りに履行すれば問題がないものの、そうでない場合に、他の相続人はやはり裁判所で訴訟を起こし、履行を請求しなければならない。しかしこのことはリスクである。まず、そもそも裁判所はこのような「協議」・「約定」の成立を認定しない可能性がある。判決ウはその具体例である。次に、たとえ裁判所が「協議」自体の存在を認めたとしても、それが「持戻しではない」と判断される可能性がある。判決イはそれに該当する。なぜなら、当該協議の内容に

³³¹ 陳棋炎・黃宗樂・郭振恭共著『民法繼承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）[陳棋炎] 八六頁。

において、共同相続人間で分配する財産は、実は被相続人の財産のみならず、相続人個人名義の財産にまで及ぶわけである。これは民法の「遺産分割」の対象範囲を超えたものである。このような協議は民法の想定する「遺産分割」とは言い難い。また、協議の中で特定相続人の財産を遺産に戻して分割させる約定も、民法の「特別受益の持戻し」に関する現物返還不要の原則に反しており、裁判所には「持戻し」とは認められない。しかし、このような協議は固有法の家産分析の枠組において実はわかりやすいものである。すなわち、係争財産は息子の個人名義となっているが、家族の意識の中ではそれが家産の一部であり、当該息子個人のものではない。したがって、家産分析の際に、その財産を分析の対象にすることはむしろ合理的である。この発想は、養贍財産を検討する際に既に触れた。すなわち、三六(四)①c（イ）（丙）で述べた、家産分析の際に息子名義の財産を養贍財産と設定することがそれである。判決イとウはまさに当事者の意識と判決の適用した「法」の間にギャップがあった例といえよう。

（３）相続分を超える特別受益の返還の必要性について

ここで扱う問題は、共同相続人の受けた特別受益が、その法定相続分を超えた場合に、超過分を現実に遺産に返還すべきか否かである。

特別受益者の受益額が相続分に等しい場合は、通説は日本民法第九〇三条二項を参考とし、特別受益者はさらに遺産から分配を受けることができないと解している。特別受益者の受益額が相続分を超えた場合も、民法には規定がないが、通説は日本民法と同様の解釈を採り、超過した分を返還しなくてもよいと主張している³³²。しかし、共同相続人間の公平を維持するため、及び返還否定説による引き続きの煩雑な計算過程を避けるために、超過した分を返還すべきであると主張する学者もいる。その主張は以下の通りである。

民法第一一七三条の特別受益に関する規定は、共同相続人間の公平を

³³² 胡長清『中国民法繼承論』（上海商務印書館、一九四六年）一四四～一四五頁。史尚寬『繼承法論』（自費出版、一九六六年）二二六頁。戴炎輝・戴東雄『中国繼承法』（自費出版、一九八六年）一五九頁。陳棋炎・黃宗樂・郭振恭共著『民法繼承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）[陳棋炎] 一四八頁。

維持するために、被相続人による生前贈与を、相続の前倒しと推測した趣旨である。この条文の制度趣旨を貫徹するならば、特別受益を受けた相続人に、その相続分を超えた部分を返還する義務を負わせるべきである。台湾の民法は充当計算主義³³³を採用しているが、それは現物返還主義の不便を避けようとするものであるに過ぎず、相続分を超えた部分を返還しなくてよいという意味ではない。しかも、返還不要説を採用したならば、それは引き続き複雑な配分問題³³⁴を生み出すおそれがある。台湾の民法は、日本民法のように立法理由で返還不要に関する説明を設けていないため、返還必要と解したほうが妥当である³³⁵。その他、大清民律草案第一四七八条第二項、第二次民律草案第一三七六条第二項は、明

³³³ 贈与財産の持戻しには、現物返還主義（現実に贈与物件を持戻しさせる方式）と充当計算主義（価額による加算と控除による清算方式）とがある。詳しい説明は、谷口知平編『注釈民法（25）相続（2）』（有斐閣、一九七〇年）〔有地亭〕一七〇～一七二頁、中川善之助・泉久雄『相続法〔第四版〕』（有斐閣、二〇〇〇年）二七〇頁を参照。中華国民民法の沿革からみると、大清民律草案第五編第一四七八条第一項但書は、「但被相続人カ単ニ暫時利用スルコトヲ許シ且未タ所有權ヲ移転セサリシ場合ニ於テ其受ケタル財産ノ価額ヲ遺産に算入シテ相続分ヲ定ムベシ」と規定している。その立法趣旨は、返還の方法として、現物返還と価額充当の二つのものを挙げた後、価額充当を採用したほうが、他の相続人を害せず、かつ受益者の利益保護にも適うと述べている（司法行政部民法研究修正委員会編『中華国民民法制定史料彙編（上）』（司法行政部、一九七六年）九六〇頁）。この理由は、中華国民民法の第一一七三条の説明にもなると考えられる。中華国民民法は充当計算主義を採用していることについて、戴炎輝・戴東雄『中国繼承法』（自費出版、一九八六年）一五二頁、陳棋炎・黃宗樂・郭振恭共著『民法繼承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）〔陳棋炎〕一四五頁。

³³⁴ 超過受益者がある場合に、当該特別受益者の具体的相続分はゼロになるが、超過額は現実に返還する必要がないため、結果として当該特別受益者が保有することができる。そうすると、この超過特別受益額を他の共同相続人がどのように負担するかについて、いくつかの計算の仕方が考えられる。具体的な算定方法について、谷口知平編『注釈民法（25）相続（2）』（有斐閣、一九七〇年）〔有地亭〕一九五～二〇〇頁を参照。

³³⁵ 林秀雄「論生前特種贈与価額超過応繼分価額時之解決方法」法学叢刊一二四期（一九八六年）三七頁〔林秀雄『家族法論集（二）』（漢興書局、一九九五年）所収、二七五頁以下〕。

文で「前項但書（持戻財産）ノ価額カ相続分ヨリ多クシテ返還ヲ為スヘキ場合ニ於テ若シ性質上分割スルコトヲ得サル物ナルトキ又ハ各相続人ノ協議ヲ得タル後ハ金錢ヲ以テ之ニ代ハラシムルコトヲ得」と定めているため、この法律の下では、相続分を超過した受益額は、確かに返還される必要がある。このことも返還必要説の根拠となりうる。

確かに、返還必要説を採れば、複雑な計算を避けることができる。特別受益と遺留分をめぐる問題に関しては、なおさらそうである。すなわち、仮に被相続人が生前、特定の相続人に対して多額の贈与を与えたとする。その結果、被相続人の死亡時にはめばしい遺産は存在しない。遺産分割時において、このような抽象的相続分額をはるかに超えた特別受益の返還を現実に命じれば、少なくとも共同相続人各人の法定相続分を確保することができる。そうすると、遺留分侵害の事態を回避できる。このような解釈は、台湾においては一定の説得力を有すると思われる。なぜなら、台湾の遺留分減殺請求の対象は、遺贈や死因贈与などの「死後の行為」に限られ、生前特別受益はその対象とならない。返還不要説を採ると、特別受益による遺留分侵害が起きても、遺留分権利者は特別受益に減殺請求できず、遺留分が結局は絵に描いた餅となってしまう。被相続人の生前処分による遺留分侵害を防ぐために、返還必要説はもっとも効果的なものであると考えられる。

しかし、返還必要説に問題がないわけではない。このことを考察するため、さしあたり、遺言による財産処分がまったくなく、多数の（特別受益に該当する）生前贈与だけが合ったという例を想定しよう。例えば、被相続人には子ＡＢＣがあるが、生前、Ａに起業資金５００万円を贈与した。遺産は１００万円である。みなし相続財産は $500 + 100 = 600$ 万円であり、ＡＢＣは $600 \times 1/3$ （法定相続分）＝２００万円ずつを得られるはずであるが、実際の遺産は１００万円しかない。返還必要説によると、Ａは、その特別受益がその相続分を超えた部分（ $500 - 200 = 300$ 万円）を遺産に返還すべきである。そうすると、遺産は $100 + 300 = 400$ 万円であり、ＢＣは各２００万円が得られる。返還必要説を採用すると、各共同相続人は必ずその法定相続分に相当する遺産を取得することができる。遺産分割の公平さはこれで維持できるが、遺言による財産処分の状況と比べれば、バランスが悪い。上述した例のＡに対する特別受益を遺贈として考えてみよう。

この場合に、A B Cの法定相続分は依然として200万元である。ただ、台湾の民法第一一七三条によれば、遺贈は特別受益ではないため、この場合に第一一七三条の出番はない。A B Cは残りの100万元を三人で分割し、一人当たりは33万元を得ることとなる。そうすると、Aは $500+33=533$ 万元、Bは33万元、Cは33万元を取得する。B Cの純相続額は遺留分（ $200 \times 1/2 = 100$ 万元）を満たしていない。B Cはその不足額（ $100-33=66$ 万元）についてAの遺贈を減殺請求できる。この遺贈の例で、B Cが最終的に得られる金額はその遺留分額（100万元）である。これに対して、被相続人の処分が遺贈ではなく、（特別受益に該当する）生前贈与である場合に、返還必要説によると、B Cはかえって法定相続分の200万元が得られる。言い換えれば、被相続人にとって、遺贈は遺留分に拘束されるものの、生前贈与は遺留分の二倍である法定相続分に制限される。これはアンバランスであろう。

また、上述の例（Aに対する500万元の生前贈与）で通説の返還不要説を採用すると、100万元の遺産はB Cに分けられる。B Cはそれぞれ50万元しか得られず、遺留分額に達していないものの、通説の下でB CはAの特別受益を減殺請求できない。それは返還必要説の批判通り、共同相続人間の公平を害することになる。しかしながら、このような生前贈与による遺留分侵害の問題を解決するためには、根本的には生前特別受益を遺留分減殺の対象とすべきである。遺産分割手続において特別受益の返還必要説を採用することは、遺留分の制限以上に不当に被相続人の生前処分の自由を制限しかねず、かえって現行法の遺留分制度の趣旨に反すると思われる。

(4) 現実の遺産が相続分より少ない場合の分割方法

遺産分割の計算は、上述したように、まずは民法第一一七三条に従い、相続開始時の遺産に特別受益を加え、みなし相続財産を算定する。そして法定相続分の規定に従い、各相続人の（抽象的）相続分額を計算する。さらに、当該相続分から特別受益額を引いて、残りの価額が当該相続人の最終的に相続すべき財産である。結果がマイナスまたはゼロの場合に、既に(3)で述べたが、当該相続人は特別受益を返還する必要がなく、ただ現実さらに遺産の分配を受けることができないだけにとどまる。結果がプラスであれば、当該相続人は遺産から配分を受けることができる。

しかし、仮に被相続人が多額の遺贈や贈与を行うことにより、現に残る遺産が少ない場合に、各相続人はどのような割合で遺産を分けるべきであるのか。この問題は、日本では「超過特別受益者の問題」（特別受益額が抽象的相続分額を超えた場合の問題）と呼ばれており、(3)の返還不要説から生まれた議論でもある。ただ、台湾においては遺贈は特別受益に該当しないので、多額の遺贈や贈与によって現実の遺産が少なくなったという問題を「超過特別受益」といえず、本稿では「現実の遺産が相続分より少ない場合の分割方法」という長い名称を付けた。以下では例を挙げて説明する。

〔例２〕甲の相続人は妻乙、子ＡＢＣＤである。死亡時の積極財産は950万元であり、債務は400万元である。甲は生前、Ａの営業のために150万元を贈与し、Ｃの結婚のために100万元を贈与した。そして甲は生前、妻乙と「乙は法定相続分のほか、さらに200万元を与える」という死因贈与契約を締結した。さらに甲は遺言で自分の母Ｍに300万元を遺贈した。どの相続人が遺留分侵害を受けたのか、かつ、どのように減殺請求すべきなのか³³⁶。

①まず、遺留分算定の基礎となる財産を民法第一二二四条の規定により確定する。

$950（積極財産）+150+100（特別受益）-400（債務）=800$ 万元

次に各相続人の（抽象的）相続分と遺留分を算定する。配偶者と直系卑属とともに相続する場合に、相続分は均等であるため、この事例では全員1/5である。

$800 \times 1/5 = 160$ 万元（抽象的相続分） $160 \times 1/2 = 80$ 万元（遺留分）

②各相続人の遺留分侵害額を計算する。遺留分侵害額の計算について、台湾の学説は詳しく説明していない。ただ概括的に「遺留分権利者の最終的に取得した相続額が、その遺留分額に達しないときに、遺留分侵害があるとして…」³³⁷と述べている。「最終的に取得した相続額」は、遺

³³⁶ この事例は、陳棋炎・黃宗樂・郭振恭共著『民法繼承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）〔黃宗樂〕四二二～四二四頁の〔設例Ⅰ〕を簡略化したものである。

³³⁷ 陳棋炎・黃宗樂・郭振恭共著『民法繼承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）〔黃宗樂〕四〇七頁。

産分割の結果であると考えられる。よって、まずは各相続人が遺産分割で取得した財産を確定する必要がある。

③遺産分割で取得する財産を計算するためには、民法第一一七三条のルールが適用される。

乙は遺言により、200万円の遺贈のほか、法定相続分である160万円を得る。

Aは既に150万円の特別受益を受けたため、 $160 - 150 = 10$ 万円しか得られない。

Bには何も特別受益がない。したがって160万円を得る。

Cは既に100万円の特別受益を受けたため、 $160 - 100 = 60$ 万円しか得られない。

Dは何も特別受益がない。したがって、160万円を得る。

以上の数字は、日本では一般的に「具体的相続分額」と呼ばれるが、台湾では特別な言い方がない。本研究ではとりあえず「具体的相続分額」の名を借用する。そのほか、遺留分の計算の過程における「相続分」は、以上の具体的相続分額と区別するために、「抽象的相続分」ということとする。

④乙A B C Dが受けるべき遺産は、 $160 + 10 + 160 + 60 + 160 = 550$ 万円であるにもかかわらず、現に存在する遺産は $950 - 400$ （債務）³³⁸ $- 300$ （遺贈） $- 200$ （遺贈） $= 50$ 万円しかない。50万円はどのように分割されればよいのか。

ここでは二つの考えがありうる。一つは、日本の通説³³⁹・審判例と同

³³⁸ 日本においては、具体的相続分額の計算方法として、債務は無視し、積極財産のみを分離しそれがどれだけずつ各相続人に帰属するののかという計算方法が採用されている。鈴木禄弥『相続法講義 [改訂版]』（創文社、一九九六年）二六四～二六八頁を参照。遺産分割にあたって債務を分離するかどうかの問題に関して、台湾では議論が見られない。ただ注337の[設例Ⅰ]では、債務は分離されずに、具体的相続分算定の財産から控除される。本来、これは遺留分の計算方法のはずである。このことは、台湾の学説は遺留分の算定と遺産分割の算定は別ものという意識がないことに由来するといえる。

³³⁹ 鈴木禄弥『相続法講義 [改訂版]』（創文社、一九九六年）二六三頁 [設例319]。

じ考え方である。すなわち、③で計算した具体的相続分額の割合に対応する形で、現実の遺産を分配する方法である。これによると、50万元は160：10：160：60：160の割合で分配される。もう一つの考え方は、これらの具体的相続分額の数字に関係なく、現実遺産を分割するとき、やはり法定相続分を基準とする。そうすると、乙A B C Dは50万元を均分に分けて、それぞれ10万元を取得する³⁴⁰。つまり、現実遺産を分配する際に、特別受益の価値がもはや考慮されず、もっぱら法定相続分に従う。

この問題に関連する台湾の裁判例は存在しない。学説は第一説に賛成する見解は見られないが、問題例で第二説を採用した学説は存在する³⁴¹。理由は全く示されていないが、おそらく以下の理由によると推測できる。まずこの計算方法は簡単である。次に、台湾において具体的相続分の概念がまだ形成されていないことも理由として考えられよう。すなわち、台湾の民法第一一七三条第二項は「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」と定めるにすぎず、日本民法第九〇三条第一項「…その残額を以てその者の相続分とする」というような文言がない。そのため、以上の学説はあたりまえのように、現実の遺産について、法定相続分を基準として分割すると書いている。

しかしながら、この解釈は、持戻しの機能を大幅に制限し、遺産分割における公平維持の機能を損なう。すなわち、相続人の特別受益額がその（法定）相続分額を超過する場合に、当該相続人は遺産分割手続で現実何にももらえないものの、特別受益額が（法定）相続分額を上回らない限り、それがいくらであろうと、当該相続人は特別受益の他に、法定相続分の比例で他の共同相続人と共に現存の遺産から分配を受けられる。そうすると、特別受益の持戻しは、みなし相続財産と抽象的相続分額を計算するために必要であり、抽象的相続分額を超えた特別受益を受

³⁴⁰ この計算方法を採用したのは、陳棋炎・黃宗樂・郭振恭共著『民法繼承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）[黃宗樂] 四二四頁の「設例Ⅰ」である。そこで、乙A B C Dの「純相続額」は一人で10万元となっている。

³⁴¹ 黃宗樂「關於應繼分之實質的公平之法的考察」輔仁法學八期（一九八九年）二二六頁。

けた相続人の分配参加を阻止できるが、それ以上の機能はまったく有さない。これは賛成しがたい解釈である。とりわけ、「現実の遺産が相続分より少ない場合」に至った理由が、遺贈ではなく、生前贈与である特別受益の事例では、法定相続分で遺産を分割することはなおさら不合理である。[例3]で説明しよう。

[例3] 被相続人には子A B C三人がある。Aの特別受益額は200万元であり、Bの特別受益額は100万元である。死亡時の遺産は120万元であるが、どのように分配すべきなのか。

みなし相続財産は $200+100+120=420$ 万元である。

A B C 各人の抽象的相続分額は $420 \times 1/3 = 140$ 万元

遺留分額は $140 \times 1/2 = 70$ 万元

Aの特別受益額200万元は相続分額140万元を超えたため、遺産から何も取得できない³⁴²。Bは特別受益100万元を受けたが、それが相続分額140万元を超えていないので、上述の学説によると、Bは依然としてCと共に120万元の遺産を均等で分配を受けうる。最終的にBは60(純相続分額)+100(特別受益額)=160万元を得たが、Cは60万元しか得られなくて、遺留分の侵害となる。それにもかかわらず、台湾ではCはA Bの特別受益を減殺請求できない。それは不当であろう。

仮に日本の通説の計算で処理すれば、 $B:C = (140-100):(140-0) = 40:140 = 2:7$ の割合で120万元の遺産を分ける。Bは29.67万元、Cは93.33万元を得られるため、遺留分侵害の問題を生じない。

³⁴² この例でAの特別受益額はその抽象的相続分額を超過した。この場合における遺産の分配方法は、本研究で挙げた日本の通説(具体的相続分を基準とする説)と台湾の学説(法定相続分を基準とする説)以外に、さらに他の方法がある。一つは、超過の特別受益者を不存在と擬制する説である。もう一つは、相続分を超過した特別受益額を、B Cが法定相続分の割合で負担するという説である。これについてもっとも詳しい検討を行ったのは、林秀雄「論生前特種贈与価額超過応継分価額時之解決方法」法学叢刊一二四期(一九八六年)三七頁以下、[林秀雄『家族法論集(二)』(漢興書局、一九九五年)所収、二七五頁以下]。それは各計算方法を丁寧に分析・比較した後、いずれも欠陥があるため、最終的に相続分を超えた特別受益を遺産に返還すべきであるという結論に達した。

したがって、現実の遺産が相続分より少ない場合に、その分け方は、法定相続分の割合で計算すべきではない。特に多額な生前贈与たる特別受益が存在する場合に、それが遺留分減殺請求の対象とならないことに起因した弊害を少しでも緩和するために（限界があるものの）、現実の遺産分割で具体的相続分概念を導入し、それにしたがって分割したほうが合理的であろう。

8. 遺産分割の効力

一九八五年の相続編改正前には、第一一六七条は、「遺産の分割は、相続開始時に遡ってその効力を生ずる」と定めていたが、この条文は改正の際に削除された。削除の理由は、遺産分割の効力が宣言主義から移転主義に変更されたからであると一般的には理解されている³⁴³。立法理由にも「遺産分割前に、共同相続人は遺産について合有の関係にある。しかし、本条によれば、遺産の分割は相続開始時に遡って単独所有の効力を生ずる。それは合有関係の存在を根本的に否定しており、法理上、自己矛盾に陥る。また、本条は第一一六八条の共同相続人間の担保責任にも合致しない。そのため、本条を削除する」と書かれており、宣言主義を廃止したことは明確であろう。では、宣言主義と移転主義の違い、及び移転主義が台湾で優勢になってきた過程はどのようなものであろうか。

宣言（認定）主義（*effet declaratif*）の下で、遺産分割には遡及効があり、相続人があたかも被相続人から直接権利を承継したかのごとく扱われる。換言すれば、相続開始によって生ずる遺産の共有は、遺産分割を行わせるための暫定的なものにすぎず、分割後、この共有ははじめから存在しなかったように擬制される。これは取引の安全を害すると一般的に考えられている。日本民法（第九〇九条）とフランス民法（第八八三条）はこの考え方を採用している³⁴⁴。これに対して、移転付与主義（*effet translatif*、*effet attributif*）の下では、遺産分割には遡及効がなく、各共同相続人が他の共同相続人を通じて権利の移転を受けることと

³⁴³ 陳棋炎・黃宗樂・郭振恭共著『民法繼承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）[陳棋炎] 一六四頁。

³⁴⁴ 原田慶吉「日本民法相続編の史的素描（三）」法学協会六〇卷三号四三頁。

なる。ドイツ民法（第二〇三三条第二項）とスイス民法（第六〇二条第二項）はこれに属する。

遺産分割の話はさておき、まずは一般の共有物分割の効力をみてみよう。実は中華民国民法は物権編において分割の効力に関して何も定めがない。通説³⁴⁵は、民法第八二五条³⁴⁶における共有者の担保責任に関する規定を理由として、民法が移転主義を採用していると論じる。つまり、共有者は互いにその持分を移転することによって単独の所有権を取得するわけである。共有物分割の効力は、分割完了の時から生じ、遡及効がない。そのため、分割前に、共有物に存在する担保物権は、分割によって何ら影響を受けることがなく、依然として設定者である当該共有者の持分に存在する。他方で、理論的に移転主義が優れていると認めつつも、その欠陥を指摘した学説³⁴⁷もある。すなわち、共有物の持分に担保物権を設定した際の問題である。例えば、A B C 三人は、三分の一ずつの持分で土地を共有している。Aはその持分につきDのために抵当権を設定した。その後、土地の分割が行われたが、共有物分割の効力は将来に向けて生じるので、Dの抵当権は影響を受けず依然としてAの持分の上に存続する。Aが債務を返済しない場合に、Dは抵当権を実行し、Aの持分を競売にかけることができる。Aの持分を買い受けた者は、B Cと元の共有関係に戻る。このことは分割によって消滅した共有関係を復活させ、分割の目的にそぐわない。これに対して、宣言主義を採るなら、このような弊害を避けることができる。なぜなら、分割が遡及効をもっているため、Dの抵当権はAの取得した部分にだけ存在し、もはやB Cとは関係がないからである。

最高法院八五年台上字第二六七六号判例は、「共有物の分割は、民法第八二五条に照らせば、各共有者が共有物の全部の上に存在する持分を互いに移転することによって、各共有者が自己の取得分の単独所有権を

³⁴⁵ 史尚寛『物権法論』（自費出版、一九五七年）一五四頁。王沢鑑『民法物権第一冊通則・所有権』（自費出版、二〇〇一年）三七五頁。

³⁴⁶ 民法第八二五条は、「各共有者は、他の共有者が分割によって得た物について、その持分に応じて売主と同一の担保責任を負う」と定めている。

³⁴⁷ 謝在全『民法物権論（上）』（自費出版、一九九五年）三七〇頁。

得たわけである」と述べて、移転主義を肯定したといえよう。では、遺産分割ではどうであろうか。

遺産分割の立法沿革からみると、大清民律草案と民国民律草案にはその効力に関する定めが存在せず、法制局相続法草案にいたってはじめて宣言主義を採用した（同草案第二二条第一項）。立法理由は見当たらないが、学説は、宣言主義のメリットを次のように述べている。第一に、宣言主義は相続の本質に合致する。すなわち、相続人の遺産は、直接被相続人から取得したものであり、他の相続人からではない³⁴⁸。第二に、宣言主義は移転主義と比べれば、しばしば取引の安全に不適であると批判されているが、それは遺産共有の法的性質を狭義の共有と解する場合は確かにそうである。しかし、中華民国民法が遺産共有の法的性質を合有と解しているため、共同相続人は遺産について具体的な持分を有せず、譲渡も抵当権の設定もできない。したがって、遺産分割に遡及効を認めても、第三者の権利を害するおそれがない³⁴⁹。

しかしながら、その後、学説の主流はむしろ移転主義説に変わってきた。その理由は以下の通りである。第一に、上述したように、一般の共有物分割について民法は移転主義を採っている。次に、民法第八三〇条第二項は、共有財産の分割に関する定めを合有財産の分割に準用しているため、合有財産たる遺産の分割も、移転主義を採るべきである³⁵⁰。第二に、移転主義のほうが取引の安全に適う。以上の経緯から、一九八五年に、宣言主義を採用した民法第一一六七条は削除された。

9. 日本との比較

最後に、台湾の遺産分割の特徴を日本のそれと比べてみよう。まず、台湾の遺産共有の法的性質が合有であるため、そこから「合有の不動産登記を共有に変更することが分割か」という疑問が生ずる。これは日本

³⁴⁸ 陳棋炎・黃宗樂・郭振恭共著『民法繼承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）[陳棋炎] 一六三頁。

³⁴⁹ 史尚寬『繼承法論』（自費出版、一九六六年）一九四頁。

³⁵⁰ 陳棋炎・黃宗樂・郭振恭共著『民法繼承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）[陳棋炎] 一六四頁。

では生じ得ない議論である。いずれにせよ、台湾の最高法院はこの問題について肯定的な答えを示し、したがって土地法第三四条の一の多数決では共有の登記には変更できず、共同相続人全体の同意を要するとした。ここから最高法院は遺産の一体性を重視していることがわかる。

遺産分割の対象となる財産については、台湾は日本より範囲が広いといえる。すなわち、日本において、可分債権と債務は共同相続人に相続分に応じて分割帰属し、遺産分割の対象とならないのみならず、特定遺贈などの目的物は受遺者に移転し、これも概念上、遺産分割の対象とならない。これとは対照的に、台湾では、可分債権と債務は相続人に分割して帰属せず、特定遺贈にも物権的効力がないため、これらのものは全て遺産分割の対象となる「財産」とどまる。

次に、遺産分割の方法について、台湾の学説は疑問もなく「遺言による分割方法の指定」を「協議分割」と「裁判分割」と同列に論じている。これに対して、日本ではそれに反対する学説が有力となっている。すなわち、遺産分割の方法は「協議分割」と「裁判分割」の二種類だけである。「分割方法の指定」はむしろ「現物分割」「換価分割」などと同様に遺産分割の態様として位置づけられるべきである。思うに、台湾の「分割方法の指定」はすべて債権的効力にとどまり、日本の「相続させる旨の遺言」のような物権的効力を有するものがないため、「遺言による分割方法の指定」があっても、それは協議分割または裁判分割を経る必要がある。したがって、台湾で「分割方法の指定」を「協議分割」と「裁判分割」と同レベルと解することはますます不適切である。裁判分割の手続について、日本では家庭裁判所の遺産分割の審判で判断するのに対して、台湾では地方裁判所の遺産分割裁判（共有物分割訴訟と同様）で判断する。

台湾では相続分の算定は遺留分の算定の前提となっており、両者の算定の基礎となる財産は、その範囲が全く一致している。つまり、台湾の遺産分割（相続分算定）と遺留分減殺（遺留分算定）は、同様の計算プロセスを採っている。日本の具体的相続分の計算と比べれば、台湾法の特徴は、遺贈を特別受益としないことである。そうすると、遺贈は常に「恵与的・先取的な遺贈」となる。遺贈が特別受益に該当しないため、共同相続人の一人に与えられた遺贈は、遺産分割の手続で考慮されない。この場合に、共同相続人間の平等は、遺留分によってしか守られない。

また、被相続人の贈与と遺贈によって、現実の遺産が相続分より少ない場合に、日本では各相続人の具体的相続分の割合で、残りの遺産を分配するが、台湾には実際の裁判例がなく、どのように処理するかが不明であるものの、学説は抽象的相続分を基準とするようである。

その他、遺産分割の効力について、台湾は移転主義であるのに対して、日本は宣言主義である。ただし、日本民法第九〇九条但書が宣言主義を修正すること及び第九一一条から第九一四条までが共同相続人間の担保責任を認めることを理由として、日本民法の宣言主義は実質的に移転主義とほとんど異ならないと指摘されたこともある³⁵¹。

以下では本題に戻る。相続開始後、まず相続人は被相続人の権利義務を包括的に承継する。相続人が複数であるとき、相続財産は共同相続人の共有に属する。この共有の状態を解消すべく、共同相続人は遺産分割を行う。遺産分割の手続や計算方法は既に述べておいた。各相続人（法定相続人の全ての者が遺留分権利者である）が遺産分割で取得した財産、及びその特別受益と遺贈と合わせた額が、その遺留分に満たない場合に、当該相続人は遺留分減殺請求権を行うことができる。

以上で述べたプロセスは最も正常なものである。しかし、そうでない場合もある。例えば、上述の〔例２〕を考えてみよう。被相続人は多額の遺贈を行い、遺産は僅かしか残っていない。相続人BとDは生前に特別受益を何も受けず、不満であろう。遺産の残額は50万元であり、BとDのいずれの遺留分額にも満たない。そこで、BとDは遺産分割を待たずに、直接受遺者である乙とMに減殺請求し、そして減殺請求によって取り戻した遺留分の（物権に基づく）返還請求権を行使することもありうる。この問題は、日本では「遺留分減殺と遺産分割」というテーマで盛んに議論されている。同じ問題が台湾ではどうなっているのか。六ではこの問題を検討する。

六、遺留分減殺と遺産分割

³⁵¹ 中川善之助代表『註釈相続法（上）』（有斐閣、一九五四年）[加藤一郎]二〇五頁。

1. 問題の所在

五の最後で述べたが、共同相続の場合、遺留分権利者は遺産分割を待たずに直ちに他の相続人に遺留分減殺請求権を行使することが可能ではなくである。現実には、遺産分割が行われておらず、各相続人の最終的な取り分はまだ判明していないが、裁判所は遺留分減殺請求の可否や額を判断するためには、それらの前提事実を自ら認定する必要がある。すなわち、裁判所は遺留分算定の基礎財産や各相続人の取り分を計算し、それをもとに遺留分侵害額を算定する。

問題は、このような（遺産分割前の遺留分減殺の）請求は常に可能なのか。可能ならば、さらには日本と同じ問題、すなわち、減殺後の法律関係はどうなるのかという問題が生じる。これを検討するためには、日本の学説と同様に、遺留分を侵害する遺言（遺言による財産処分）の類型を分けて考える必要がある。以下はまずこの問題に関する台湾の学説と裁判例の見解を分析してから、理論的な検討に進むことにする。

2. 従来の学説状況

台湾の学説は「遺留分減殺と遺産分割」の関係に言及するものが見られない。元来、この二つのプロセスが異なるものであるという意識は薄いものであった。なぜなら、繰返しになるが、台湾における遺留分算定の基礎となる財産と遺産分割のみなし相続財産は範囲が一致しているため、それを二つのものと区別する認識が乏しいからである。それゆえ、両者の関係を議論するものがほとんど存在しない。本研究で発見できた限りでは、減殺請求後の法律関係について、唯一明確に言及した学説³⁵²は、以下のように述べている。すなわち、この学説は、「遺留分減殺請求権を物権的効力を有する形成権と解したが故に、減殺請求の意思表示により、遺贈または死因贈与は遺留分侵害の範囲内で効力を失い、侵害の部分は当然に遺留分権利者に復帰することになる。したがって、減殺請求の意思表示によって、遺留分権利者は相手方との間に、目的物について共有関係になると解するほうが、理論的に妥当である」と主張して

³⁵² 陳棋炎・黃宗樂・郭振恭共著『民法繼承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）[黃宗樂] 四一四頁。

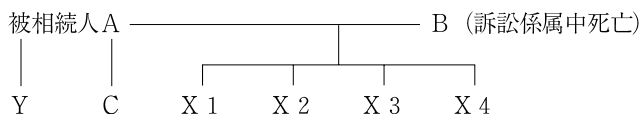
いる。その上で、参考文献として、日本の学説と判例を挙げている³⁵³。

3. 裁判例

減殺後の法律関係について、実は既に一九八九年に判決が存在する。それから現在に至るまで、同判決を含めて四つの最高法院の判決が存在しているが、学説による判例の検討は見られない。以下では判決を時間順でみていくこととする。

(1) 七八年台上字第九一二号

[事実]



AとBの間にはX 1らの四人の子がいた。Yと訴外Cは、Aの子であるが、Bの子ではない。Aは、五筆の係争土地をYに相続させるという遺言を残した。Aの死後、Yは係争土地の登記名義を自らに移転した。X 1らは自ら遺産の分配を受けずに遺留分が侵害されたことを理由として、Yに対して係争土地のそれぞれの5/56（各人の遺留分1/14+Bから相続した遺留分1/56）の所有権移転登記を請求した。

[判旨] 遺産継承と遺留分減殺は、その性質および効力が異なる。前者においては、相続人は相続開始の時に、被相続人の財産に属する全ての権利義務を承継する。相続人が数人いる場合に、遺産分割前に相続人は遺産について合有関係にある。後者においては、遺留分権利者が遺贈によって遺留分の侵害を受けたときに、遺贈に減殺請求することができる。遺留分減殺請求は、相続開始後に受遺者に対して行うべきであり、しかもこれは単独行為であり、減殺請求の意思表示した瞬間に効力を生じるので、合有の問題を起こさない。原審はX 1らが遺留分の規定に基づいて請求したと判断し、X 1らが遺産の共同相続を主張するとは認

³⁵³ 中川善之助監修『註解相続法』（法文社、一九五一年）〔島津一郎〕四六〇頁。中川善之助編『注釈相続法（下）』（有斐閣、一九五五年）〔加藤永一〕二五八頁。徳島地判昭和四六年六月二九日判時六四三号八四頁。

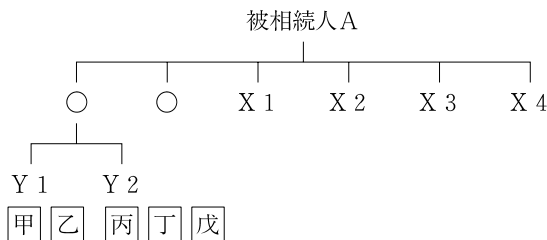
定していない。それにもかかわらず、原審は、遺産分割の前に、遺産は共同相続人の合有に属すると述べ、X 1 らはY に対してその持分の移転登記を請求することができないとしている。この判断は、理由矛盾の違法があり、したがって、原審の判決を破棄し差戻す。

本件は、最高法院が遺留分減殺請求後の法律関係について判断した最初の判決である。この事件の特徴は、遺産分割する前に、遺言による財産処分が既に履行されてしまい、目的物の所有権が受遺者など（Y）に移転していたことにある。本判決の遺言による財産処分は、「相続させる」と書かれているが、台湾には日本のような物権的効力を有する遺言による財産処分が存在せず、ここでの「相続させる」文言も日本の「相続させる旨の遺言」とは異なるものである。台湾での遺言処分は全て債権的効力を有するにすぎず、「相続させる」と書かれた遺言・相続分の指定・遺産分割方法の指定・遺贈などの言葉は、判決の中ではあまり厳密に区別をつけずに使われている。

原審は、遺産分割がまだ行われておらず、遺産が共同相続人全体の合有に属することを理由として、X 1 らはたとえ遺留分が侵害されたとしても、合有財産に対してその個別の持分を主張することは認められないとした。最高法院は、このような遺贈に対する減殺請求は「意思を表示した瞬間に効力を生じるので、合有の問題を起こさない」と述べた。つまり、最高法院は、遺産分割前であっても、既に完全に所有権を取得した受遺者に対する減殺請求によって、減殺請求者は侵害を受ける限度において、遺贈目的物について受遺者と「合有関係でなく、普通の共有関係にある」と判断したといえよう。

(2) 八六年台上字第二八六四号

[事実]



Aには子が六人いた。Y 1 と Y 2 はAの孫である。Aは遺言で土地甲・乙をY 1 に、土地丙・丁・戊をY 2 に遺贈した。Aの死後、その遺言執行者によって係争土地の登記名義が既にY 1 とY 2 に移転されている。X 1 らはY 1 らに対して、その各人の遺留分である1/12の範囲内で、土地の登記をX 1 らに返還することを請求した。

〔判旨〕 遺留分は被相続人が相続人のためにその遺産を留保すべき一定の割合である。遺留分は被相続人の遺産全体の上に概括的に存在するものであり、具体的に各目的物の上に存在するわけではない。X 1 らは、Y 1 らの得た遺贈によって、各人の遺留分が1/12の損害を受けた。しかし遺留分は持分ではなく、X 1 らが遺留分減殺請求権を行使したとしても、侵害された遺留分の範囲内で遺贈の効力を失わせたにすぎない。減殺によって回復された遺留分は、依然として概括的に五筆の係争土地の上に存在する。当該遺留分は減殺によって持分へと変わり、具体的な各目的物の上に存在することになるわけではない。したがって、X 1 らがY 1 らに対して、その各人の遺留分である1/12の範囲内で、土地の登記をX 1 らに返還するという請求には、法的根拠がない。

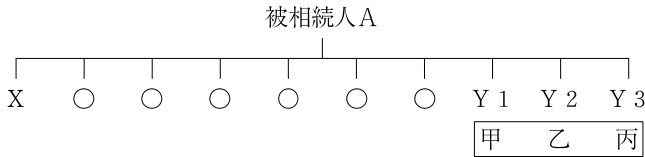
本判決は、上記判決(1)の後に、最高法院が再び減殺請求後の法律関係について判断を下したものである。しかしながら、その見解は百八十度の転換を見せた。

まず本判決の事案は、判決(1)との類似性が高いといえる。すなわち、遺産分割前に、遺言による財産処分が履行されてしまったことである。ただ判決(1)は「相続させる」と書かれた遺言であり、本判決は遺贈であるという点で異なる。しかし繰り返しになるが、台湾の全ての遺言処分は債権的効力を有するにすぎないため、両者を区別する必要はない。

さらに、本判決は、遺留分減殺請求後、回復された遺留分が依然として概括的に目的物全体の上に存在すると述べた。すなわち、本判決は減殺請求後、減殺請求者と受遺者は目的物について依然として合有関係にあると述べて、共有関係に基づくX 1 らの登記移転の主張を認めなかった。この見解は明らかに判決(1)と矛盾している。本判決が現れた後五年の間に、さらに下記の二つ判決が出現し、本判決と基本的に同様の立場に立っている。

(3) 八八年台上字第572号

[事実]



Aの相続人は一〇人の子である。Aの遺産は、土地甲・乙・丙を含め、合計4,261万円あまりであり、債務はない。各人の遺留分額は、遺産の1/20、すなわち213万円あまりである。Aは遺言で土地甲・乙・丙をY 1・Y 2・Y 3に分配した。そうすると、Y 1は1,485万円、Y 2は1,372万円、Y 3は1,185万円相当の遺産を得ている。これに対して、Xは31万円あまりの遺産しか得ておらず、遺留分が181万円あまり不足している。したがって、XはY 1らに対して減殺請求し、係争土地それぞれの9/200の所有権移転登記を請求した。Y 1らは、第一に、Xが被相続人から432万円の結婚資金と11万円の特別受益を得たこと、第二に、遺留分減殺請求によって取戻された部分は遺産全体の上に概括的に存在するものであり、遺産に属する個々の財産の持分には変わるものではないこと、という二つの抗弁を提出した。

[判旨] 遺留分は被相続人が相続人のためにその遺産を留保すべき一定の割合である。遺留分は被相続人の遺産全体の上に概括的に存在するものであり、具体的に各目的物の上に存在するわけではない。被相続人の遺贈によって侵害された遺留分は、持分ではないから、遺留分減殺請求権を行使したとしても、侵害された遺留分の範囲内で遺贈の効力を失わせるにすぎない。減殺によって回復された遺留分は、依然として概括的に係争土地の上に存在する。当該遺留分は減殺によって持分へと変わり、具体的な各目的物の上に存在することになるわけではない。したがって、Xは自らの遺留分が侵害される理由として、Y 1らに対して、甲・乙・丙土地の9/200の持分登記を自らに移転するという請求には、法的根拠がない。原審が第一審のX敗訴の判決を維持し、Xの控訴を棄却する判断は、法にかなうものである。Xが原審判決の法令違背を指摘し、原審判決を破棄するという請求には理由がない。

本判決は判決(2)に続き、減殺後の法律関係について、「回復された遺

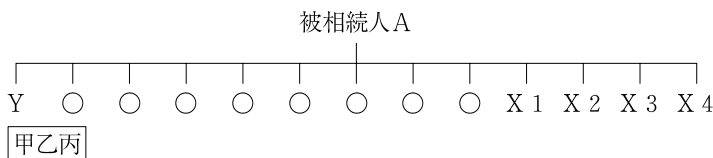
留分は、依然として概括的に係争土地の上に存在する」と述べた上で、減殺請求者と受遺者などとは目的物について合有関係にあると判断した。

本判決における被相続人Aの遺言による財産処分の種類は不明である。これは原審でも明確に認定されておらず、単に「遺言で分配する」としか述べられていない。このことも、台湾における様々な遺言による財産処分（「相続させる」と書かれた遺言・相続分の指定・遺産分割方法の指定・遺贈など）はあまり厳格に使い分けられていないことを示す。さらに、本件における遺言による財産処分は、判決内容から履行済みかどうかとも不明であるが、原審においてY 1らが「被告らは遺言の内容に基づいて合法的に相続登記を行った」と主張しているため、遺言処分は既に履行は完了していたと推測してよいのであろう。

本判決の文言はほとんど判決(2)と同じである。すなわち、最高法院は再び「遺留分は遺産全体の上に存在する抽象的な割合であり、それゆえ、減殺によって回復された遺留分も抽象的な割合のままである」という見解を述べ、原告の個々の目的物に対する持分の主張を受け入れなかった。

(4) 九一年台上字第五六号

[事実]



Aには相続人である子が三人いた。Aは遺言で甲・乙・丙土地をYに相続させるという「相続分の指定」を行った。Aの遺産は、係争土地の他、丁・戊土地（その後は1,416万元の値段で売却された）、株券と貯金がある。また、Aは320万元あまりの債務を有する。Aの死後、Yは係争土地の登記名義を自らに移転した。X 1らは自ら遺産の分配を受けずに遺留分が侵害されたことを理由に、Yに対して係争土地の1/26の割合の所有権移転登記を請求した。

[判旨] 被相続人の遺贈または相続分の指定がその自由に処分できる財産の範囲を超え、それによって遺留分権利者の取得する財産がその遺

留分に達しないときに、遺留分権利者は減殺義務者に対して減殺請求権を行使しうる。減殺請求権はその性質上物権的形成権に属し、減殺請求権者が義務者に対してこれを行行使した瞬間、遺留分を侵害する部分はその効力を失う。かつ、遺留分は被相続人の遺産全体の上に概括的に存在するものであり、具体的に各目的物の上に存在するわけではない。減殺請求権者が義務者に減殺請求権を行使した結果、減殺の効果は既に発生するが、減殺によって回復された遺留分は、依然として概括的に遺産全体の上に存在するのであり、具体的に個々の目的物の上に存在するのではない。したがって、X 1 らの遺留分が侵害されたことを理由として、Y に対して甲・乙・丙土地の各1/26の持分をX 1 らの各人に移転登記せよという主張を認めた原審の判断は、妥当とはいえない。次に、遺留分は、民法第一一七三条に基づいて算定された遺産から、債務を引いて計算するものである。遺留分権利者は、その現実に受けた利益が遺留分額を満たさない場合にはじめて、その不足額に応じて遺贈財産を減殺することができる。このことは民法第一二二四条、第一二二五条の規定からも自明のことである。原審が、X 1 ら各人の遺留分額、その現実に遺産から受けた利益額、そしてその額が遺留分額を満たすかを算定せずに、遺留分権利者の請求を肯定した判断は、速断の嫌いがある。上告理由が原判決の不当を指摘し、その破棄を請求することには理由がある。

本判決は、判決(2)と判決(3)に続き、「減殺によって回復された遺留分は、依然として概括的に遺産全体の上に存在する」ことを理由として、減殺後の法律関係は合有であり、共有ではないことを判示した。

まず本判決の事案をみると、遺留分を侵害した被相続人の処分は「相続分の指定」であり（原審の認定はそうであるが、Y はそれが遺贈であると主張した。その違いについては五 7 (2)①で既に述べた）、さらに、この処分は登記移転によって既に履行されている。

判決理由の部分は二つに分けて検討する必要がある。理由の前段では、判決(2)(3)と大体同様の文言が使われている。すなわち、「遺留分は遺産全体の上に存在する抽象的な割合であり、それゆえ、減殺によって回復された遺留分も抽象的な割合のままである」の繰り返しである。後段の理由は、今回の最高法院判決ではじめて現れたものである。すなわち、遺留分減殺請求の前提として、民法第一二二四条、第一二二五条の規定

によって遺留分侵害額を計算すべきであるが、原審はこのような計算過程を経ずに、遺留分の割合（各人1/26）から、直ちに原告らの（系争土地の各1/26の持分登記を原告らに移転する）請求を是認したことが違法であるということである。

4. 最高法院判決の検討

(1) 判決間の関係

まず上述した四判決の関係について、判決(2)(3)(4)は判決(1)とは明らかに結論が矛盾していると思われる。四判決の事案は共に、遺産分割前に遺言による財産処分が履行されたものであるにもかかわらず、判決(1)は遺留分減殺請求後の法律関係について「合有の問題を起さない」と判断したのに対して、判決(2)(3)(4)は「減殺によって回復された遺留分は、依然として概括的に遺産全体の上に存在する」、すなわち依然として合有関係にあると述べた。これは判例の変更であるといえよう。

(2) 理由の検討

遺産分割の前に、遺留分権利者が受遺者などに対して、遺留分減殺請求を行い、さらにこれに基づいて、遺言による財産処分の目的物に対して特定の持分を主張することは、判決(2)(3)(4)によって否定された。最高法院は、その根拠として、二つの理由をあげている。第一に、遺留分は最小限の相続分の保障であり、相続分は抽象的な持分であるから、遺留分も、そして減殺請求によって取り戻された遺留分も、遺産全体の上に存在する抽象的な持分のまま（すなわち遺産に復帰するの）である。したがって、減殺請求権者が、受遺者などに対して、目的物について物権法上の共有関係を主張することは認められない（判決(4)の前段の理由、及び判決(2)(3)の理由。以下では「理由一」と呼ぶ）。

第二に、裁判所は、各遺留分権利者の最終的に受け取った遺産額、及び遺留分減殺請求の前提である遺留分侵害額などの計算を経ずに、割合的に遺留分権利者の減殺請求の主張を認めてはいけないことである（判決(4)の後段の理由。以下では「理由二」と呼ぶ）。

理由二は、日本の最判平成八年一一月二六日民集五〇卷一〇号二七四七頁の判旨を彷彿させるところがある。日本において、それまでの実務で、遺留分減殺請求権行使の効果としては、減殺請求権者が、遺言処分

の目的物上に、民法第一〇二八条所定の個別的法定遺留分の割合による共有持分を取得したものとする扱いが多かった³⁵⁴。なぜなら、そのことで主張・立証の内容は簡略化することができるからである³⁵⁵。平成八年の最高裁判例は、実務のこのような慣行を「叱責して正した意味をもつ」³⁵⁶と評価されている。

ところで、台湾の最高法院判決における理由二は、どのような背景を有するのか。以上に挙げた判例の事実を分析すれば、判決(1)(2)(4)ではまさに日本の実務慣行と同様に、原告は、個々の遺言財産について、遺留分の抽象的割合に等しい持分を主張している。(判決(1)はその後の流れにそぐわないため、ここで省く)判決(2)と(4)にはこの共通性があるにもかかわらず、判決(2)は理由二（未計算）にまったく触れていない。判決(3)の原告は、遺留分算定の基礎となる財産の額、遺留分額、当事者双方の純相続額及び自らの不足額について主張・立証して、これらが事実審にも認められた（つまり理由二は存在しない）が、請求が理由一によって棄却された。

この三つの判決における原告の主張の仕方とそれに対応する判決理由を、表にして整理すれば、下記の通りである。

<表五> 最高法院判決(2)(3)(4)のまとめ

判決番号	原告が遺留分減殺請求のための計算を主張・立証したのか	理由一（取戻された遺留分は遺産全体の上に概括的に存在する）	理由二（遺留分減殺請求のための計算を経ていない）
判決(2)	×	✓	
判決(3)	○	✓	
判決(4)	×	✓	✓

原告が遺留分減殺請求のための計算をせず、単に遺留分の割合に相当する持分権を主張すれば、請求は理由一か理由一＋理由二かによって拒

³⁵⁴ 内田恒久「遺留分の構成等について——ことに被相続人が相続開始時に債務を有していた場合——」公証法学二七号（一九九八年）四五頁。

³⁵⁵ 伊藤昌司「判批」判例評論四六三号（一九九七年）二一〇頁。

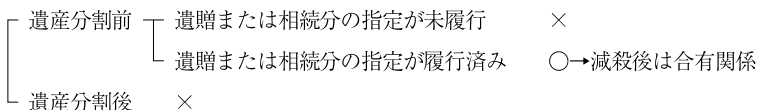
³⁵⁶ 瀬川信久「判研」北大法学論集五三巻二号（二〇〇二年）五四二頁。

まれる。原告が遺留分減殺請求のための計算についてきちんと主張・立証したとしても、理由一によって、特定の目的物に対する所有権移転の請求は拒否される。これでは、理由一と理由二の使い分けの区別がつかない。以下５の下級審裁判例を分析してみたら、この混乱はさらに目立ってくる。

(3) 射程

判決(2)(3)(4)の射程は、「遺産分割前に、遺言による財産処分がすでに履行されてしまった場合、相続人が受遺者などに対して遺留分減殺請求の意思表示をして、それに基づいて遺言による財産処分の目的物に対して物権的請求権を主張することは認められない」ということにつきると考えるべきである。遺産分割前に、遺言による財産処分がまだ履行されていない（目的物の物権が受遺者などに移転されていない）場合及び遺産分割後の場合は、判決(2)(3)(4)の射程に入らない。〈図一〉で示してみる（×は射程外、○は射程内）。

〈図一〉 台湾における遺留分減殺請求に関する（最高法院）判決の射程



5. 下級審裁判例

以上は台湾の最高法院の見解を整理した。次は、下級審における遺留分減殺請求の争いを検討する。

(1) 台南地方法院八三年家訴字第七六号

（台湾に居住する）被相続人には、直系卑属・尊属・配偶者が存在しない。被相続人は生前、遺言で家屋とその敷地を、離婚した妻である被告に遺贈した。相続人は、中国大陆に居住する兄弟である。兄弟の一人である原告は、遺留分減殺請求権を行使した。

裁判所は、「合有関係の下で、共有者が第三者に対して権利を行使し、給付を求める場合に、相続人全体に給付するよう請求すべきである。したがって、原告が自らに67万元を給付せよという請求は認められない」

と判示した。つまり、減殺請求によって財産を取戻す際に、「共同相続人全体に給付する」という請求が必要である。換言すれば、この判決は、取戻された財産が共同相続人の合有に属するもの、すなわち遺産の一部であることを示唆している。これは最高法院の見解と同様である。

(2) 宜蘭地方法院八四年訴字第一五号(上述3の最高法院判決(2)の一審)

被相続人は遺言で土地を二人の孫(被告ら)に遺贈した。被相続人の娘である原告らは、その各人の遺留分である1/12の範囲内で、土地の登記を自らに返還することを請求した。

裁判所は、以下のように判断した。原告の中の二人は、遺留分減殺請求権が時効によって消滅した。他の原告には時効の問題がない。遺留分減殺請求によって取戻された財産は、遺留分権利者の個人のものである。遺留分権利者は受遺者と共に係争土地について共有の関係を形成し、もはや共同相続の合有関係ではない。したがって、一部の原告の請求を認めた。

本判決の根拠付けの部分は、2で言及した学説の見解及び3の最高法院判決(1)を引用している。その後、控訴審(未公表)は被告が価額弁償に応じること理由として、価額弁償すべきであり、現物返還という原告の請求を棄却した。そして、本件はさらに最高法院に上訴された。最高法院は判決(2)で、取戻財産が遺産に復帰するという、本判決とは反対の見解を示した。

(3) 南投地方法院八六年訴字第二六四号(3の最高法院判決(3)の一審)

被相続人は遺言で土地を三人の息子(被告ら)に分配した。娘である原告は自ら相続した財産額は、その遺留分額を満たさないから、被告らに対して遺留分減殺請求権を行使し、係争土地の1/20の所有権移転登記を請求した。

裁判所はこのように判断した。民事訴訟法第二七七条によれば、当事者は自己に有利な事実について立証の責任を負う。また、民法における遺留分は、個々の遺産に存在するのではなく、みなし相続財産から債務を控除して算定すべきである。しかし、原告は、みなし相続財産から債務額を除いた額及び遺言による遺留分侵害額について何も立証していない。また、被告らは、原告が生前特別受益を得た証拠を提出した。したがって、原告の主張には理由がない。

地方法院の判旨は、4(2)の最高法院判決の理由二、つまり、遺留分減殺のための計算を経っていないことである。原告はこの敗訴の結果を受けて、控訴審できちんとした遺留分の計算を提出したが、控訴審と最高法院は共に、理由一で原告の請求を退けた。

(4) 澎湖地方法院八九年家訴字第九号

被相続人は、遺言で二人の息子（被告ら）のそれぞれに係争土地の830/2,500の持分を分配した。相続人は三人の原告と被告らを含めて八人である。各人の遺留分は遺産の1/16である。娘である原告らは、自ら相続した財産額が、その遺留分額を満たさないから、被告らに遺留分減殺請求をし、各原告に係争土地の103.75/2,500の所有権移転登記を請求した。

裁判所は、被相続人が生前、原告らに贈与した土地の持分（一人当たり168/2,500）を特別受益として認定し、みなし相続財産に算入した。この計算の結果、原告らの取り分が既に遺留分（156.25/2,500）に達したため、遺留分侵害の事実は認められなかった。

一般的に考えれば、遺産は係争土地以外にも何かがあるはずである。確かに、本件の当事者双方は、係争土地の他、特に争うことがなかった。訴訟手続であるため、処分権主義の制限で裁判所は他の遺産について判断できなかった。しかし、もし他の遺産、あるいは特別受益があるなら、後日、紛争再発の可能性が高い。以下の判決(5)はまさにその現れである。そうすると、本判決は無意味ではないかという疑問が生じた。以下の判決(5)はこの問題を意識しながら展開した。

(5) 澎湖地方法院九二年家訴字第一号

事案は上述した判決(4)と同様である。但し、原告らの主張はより具体的になっている。すなわち、遺産総額は1,153万元あまりであり、各人の遺留分額はその1/16、つまり72万元あまりである。被相続人は係争土地の1,660/2,500の持分（891万元あまりに相当）を被告らに与えた。そうすると、262万元あまりの遺産が残っており、各相続人の純相続分額は32万元あまりである。したがって、被告らを除く他の共同相続人はそれぞれ、39万元あまりの遺留分侵害を受けている。土地の市場価格で換算すれば、被告らの名義になっている土地の7,266/100,000の持分は、原告らの遺留分を侵害しているから、原告らは以下のことを求めた。第

一に、被告らが特定土地の7,266/100,000の所有権を失うこと、及びこの部分が共同相続人全体の合有に復帰することを確認する。第二に、原告らのそれぞれの遺留分侵害額が39万元あまりであり、それが遺産全体の上に概括的に存在することを確認する。第三に、被告らが前述の7,266/100,000の所有権登記を抹消し、相続人の合有登記に戻す。

裁判所は、以下のことを理由に、原告の請求を退けた。すなわち、遺留分はすべての遺産に存在するものであり、個々の遺産に存在するものではない。遺留分の侵害を判断するために、まずは遺産総額を概算し、遺留分額を算定し、さらに原告らの純相続額を遺留分額と比べて、侵害があるかを判断しなければならない。しかし、原告らの訴状に書かれた計算では、自らの実際に相続した財産額を挙げておらず、ある教科書の設例³⁵⁷における「純相続額」の計算方法で自分の相続するはずの遺産額を書いたにすぎない。そうすると、原告は係争土地についてのみ遺留分侵害の計算をしたにすぎず、遺産全体について計算したのではない。原告らが自らの取得した遺産について、明確に主張していないため、遺留分の侵害は認められない。また、そもそも被告らは、みなし相続財産の計算に関して異なった主張がある。したがって、原告の請求は是認できない。

本判決は、最高法院判決(4)の一年後に出されたものであり、最高法院の影響を窺える。すなわち、本判決の理由付けは、最高法院の判決(4)と類似している。ただ、最高法院判決(4)の原告らは、遺留分の計算を経なかったが、本件の原告らは、一応その計算を行った。本判決は、原告らの「未計算」を非難したわけではなく、「純相続分額の計算」方法を否定したわけである。具体的にいえば、遺言による財産処分を除いた遺産額はなお262万元の価値がある。この部分についてはまだ遺産分割が行われていないから、どの相続人がどの遺産(いくらの遺産)を得るかが確定できない。原告らは相続法の教科書通り、 $262 \div 8$ (相続人の数) = 32万元あまりが、各人の純相続分額に当たると主張した。しかし、現

³⁵⁷ これは注340で挙げた、陳棋炎・黃宗樂・郭振恭共著『民法繼承新論』(三民書局、修訂三版、二〇〇五年)[黃宗樂] 四二三～四二四頁の[設例I]であろう。

実に遺産分割がなかった以上、これはあくまで「仮想」にすぎない。仮に実際の遺産分割において、262万元分の遺産を、他の共同相続人に与えず、三人の原告に与えたら、原告は一人当たり87万元分を取得することができ、既に遺留分額（72万元）を超えている。本判決はこのようなことを危惧したのか、教科書に書かれた計算方法を採用しなかった。

本判決の下で、遺留分権利者は、自分の「現実に相続した遺産額」を主張・立証ができなければ、遺留分侵害額の確認ないし遺留分減殺請求が認められない。しかし、これほど重い主張・立証責任を要求するのは、厳格すぎるのではないか。「現実に相続した遺産額」は、そもそも遺産分割を経ないとわからないものである。そうである以上、遺産分割前の遺留分減殺請求はすべて不可能となる。最高法院判決(3)は、同じく原告が一応遺留分の計算をした事例であるが、原審と最高法院が原告の請求を棄却した理由は、「現実に相続した遺産額」の不確定性ではなく、「取戻し財産の遺産性」である。したがって、本判決の見解は厳格に失する部分がある。

この問題は日本でも生じるはずである。日本ではどう解決しているのか。最判平成八年一一月二六日民集五〇卷一〇号二七四七頁を例として概観してみよう。当該事例で原告（遺留分権利者）の一人は、遺産に属する預金の解約金と乗用車（以下 α とする）を取得したものの、最高裁は遺留分侵害額の計算で、 α を「遺留分権利者の相続取得額」として考慮せず、「遺留分減殺の外で」清算するとした³⁵⁸。すなわち、本来、遺留分侵害額は、「遺留分額－ α 」のはずであるが、 α は控除されずに遺留分減殺が認められたため、当該原告は別途に α を被告（遺言受益者）に返還しなければならない。これで、遺留分減殺請求の訴訟で、 α が具体的にいくらか、あるいは原告が相続で他に β を取得したか否かは、一応、確定しなくても、減殺が可能である。これに対して、本判決はおそらく、このような「別途の処理」を好まないため、 α と β が判明しなければ、遺留分侵害は認められないという判断を下した。

(6) 新竹地方法院九四年家訴字第二七号

被相続人は生前、係争土地を被告（子の一人）に遺贈するという公正

³⁵⁸ 瀬川信久「判研」北大法学論集五三卷二号（二〇〇二年）五四一頁。

証書遺言を作成した。被相続人には七人の子がいる。係争土地の他には、めばしい遺産がない。相続開始後、係争土地は「合有」の相続登記を経た。遺贈を受けていない原告ら（他の六人の子）は、その遺留分を理由として、遺産分割の訴えを提起した。具体的には、係争土地を、被告に8/14、原告の各々に1/14の持分で分割するよう求めた。

裁判所は、まず民法第一一六四条を根拠として、原告らの遺産分割請求権を肯定した。次に、（原告らが求めた）遺産の合有関係を共有に変更することは、遺産の分割方法の一つに属する。また、民法第一二二五条前段により、遺留分権利者は遺留分侵害を受けた場合に遺贈財産を減殺請求できる。被告は、「遺贈の目的物」が「遺産」ではなく、「遺贈の目的物」を遺産分割手続で分配すべきではないと抗弁したが、裁判所は、本件の受遺者が共同相続人の一人であるから、遺贈の目的物を遺産分割の対象財産にすることは妥当であるとしている。したがって、原告らの遺産分割の請求は認められた。

この判決は、「遺産分割の前に、遺留分は、減殺請求ではなく、遺産分割手続によって保護される」という、以下の6で析出する台湾の裁判所の態度を、如実に表している絶好の例である。詳しい検討は6の部分に譲る。

以上のように、下級審裁判例を概観してきたが、〈表五〉に倣って〈表六〉で整理してみる。判決(6)は遺産分割の訴えであり、遺留分減殺請求ではないため、省略する。

〈表六〉 下級審判決のまとめ

判決番号	原告が遺留分減殺請求のための計算を主張・立証したのか	理由一（取戻された遺留分は遺産全体の上に概括的に存在する）	理由二（遺留分減殺請求のための計算を経ていない）
(1)	○	✓	
(2)	×（減殺後の共有を承認）		
(3)	×		✓
(4)	×（裁判所は遺留分を計算して、侵害がないと判断）		
(5)	○		✓

一九九七年最高法院判決(2)が現れるまで、遺留分減殺請求後の法律関係、すなわち取戻財産の法的性質をめぐる判決は、物権法上の共有説（判決(2)）と遺産共有説（判決(1)）がそれぞれ存在した。一九九七年の最高法院判決後、もはや物権法上の共有説はなくなったものの、遺留分減殺を否定するための判決理由は混乱している。判決(3)における原告の請求は、遺留分侵害額の計算を経おらず、ただ個々の遺贈財産に対して遺留分の割合に相当する持分権を主張したため、裁判所は「未計算」の理由で訴えを棄却した。判決(4)は(3)とほぼ同じ（未計算）であるにもかかわらず、裁判所は「未計算」に言及せず、かえって自らで計算して、（遺留分侵害額がないから）請求を退けた。また、判決(5)では原告は一応計算したが、「現実に取得した遺産額」が不明であるため、棄却された。下級審裁判例の唯一の共通点は、結論の部分、すなわち、遺産分割を経ないいうち、遺留分減殺請求を認めない、ということのみである。

6. まとめ

共同相続人間の遺留分減殺請求は、相続の過程のどの時期に、どのように主張すればよいのかについては、〈表七〉のようにまとめることができる。

〈表七〉 遺留分減殺請求の態様

遺産分割の状態	遺言による財産処分 の状態	遺留分減殺請求訴訟（減殺による物権の移転）の提起可否	遺留分減殺請求の態様
遺産分割前	遺言による財産処分未履行	×（理由：遺言処分の目的物の物権は、まだ受遺者に移転されていない。）	遺産分割で遺留分を主張
遺産分割前	遺言による財産処分既履行	？	遺産分割で遺留分を主張。それが本当の問題解決の方法
遺産分割後	—	○	遺留分減殺訴訟で遺留分を主張

(1) 遺留分減殺請求と遺産分割との関係

台湾では遺産分割の計算と遺留分計算の基礎財産は、相続債務を除けば、その範囲が一致しているため、両者が独立の異なった手続とは理解されにくい。さらに、遺産分割も遺留分減殺も地方裁判所の管轄であり、遺産分割の裁判で遺留分の問題を考慮することができる。遺留分減殺請求の計算過程をみれば、遺留分権利者の不足分を計算するために、その「現実に相続した遺産額」を確定する必要がある。しかし、「現実に相続した遺産額」は、遺産分割の手続を経なければ額がわからないはずである³⁵⁹。すなわち、理論上は、遺産分割を行ってからではじめて遺留分減殺請求が可能となる。では、遺留分権利者が、この順番を守らずに、つまり、遺産分割の協議または裁判を経ずに、直ちに個々の遺言処分目的物に対して、自らの遺留分の割合に基づいて減殺請求をし、さらに当該割合の持分（具体的持分、物権法上の共有関係）を主張することは、受け入れられるのか。それは遺言による財産処分の法的性質に依存する。

(2) 遺言による財産処分の法的性質

① 原則——債権的効力

台湾における遺言処分には物権的効力を有するものが存在しない。遺言による財産処分目的物に関する物権は、引渡または登記移転の前には、遺産の中にとどまっているため、「遺産から脱落したもの」は存在しない。すなわち、これらの遺言による財産処分目的物は、「相続と同時に受遺者などに移転し、彼への権原（title）帰属が確定している」という事態が発生しないから、遺留分権利者はこのような「物権を取得していない受遺者など」に対して「物権的形成権」たる遺留分減殺請求権を主張しようがない³⁶⁰。（遺言による財産処分の受益者が共同相続人である場合に、）遺留分権利者は、遺産分割手続で遺留分を主張すれば、裁判所はそれを配慮し、遺留分侵害がないように分割するはずである。

³⁵⁹ 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）一〇四頁。

³⁶⁰ 林秀雄『継承法講義』（元照出版、二〇〇五年）三三九頁。もっとも、林教授は、遺留分減殺（請求）権の放棄について、「遺贈の目的物が引渡される前に、減殺権が生じないから、減殺権を放棄しようがない」と述べている。

遺留分権利者は、遺産分割とは別途に、遺留分減殺請求を訴求する必要がない。このことが、台湾の遺留分減殺請求事件が日本ほど多くない制度上の理由である。

② 例外——物権が移転してしまった場合

例外的に、遺産分割の前に、遺言による財産処分目的物が、受遺者などに引き渡され、または登記を移転されてしまうと、状況はどうなるのだろうか。この場合には、受遺者などへの権原（title）帰属が確定する。物権的形成権である遺留分減殺請求権は、その際、理論的には行使可能である。しかし、台湾の裁判例は、その理由は必ずしも明確でないものの、請求を認めたがらない。概ねその理由は二つに分けることができる。第一に、減殺によって取り戻される財産（遺留分）は、遺産全体の上に概括的に存在して、個々の財産の具体的な持分権とならない（以下、「理由一」と呼ぶ）。第二に、遺留分減殺請求するために、被相続人の遺産額、各遺留分権利者の遺留分額、遺産取得額及び遺留分侵害額を計算すべきである（以下、「理由二」と呼ぶ）。

（３）判旨の合理性及び裁判所の思惑

まずは理由一を詳しくみてみよう。遺留分権利者が減殺請求の意思表示をすると、「取り戻された遺留分＝抽象的な持分」というテーゼが適用され、取り戻された遺留分は遺産に復帰することとなる。しかし、「取り戻された遺留分＝抽象的な持分＝遺産復帰」は、法律上の規定に基づいた自明の結論というわけではない。

まず、判例が取戻財産を遺産と解した理由をみってみる。それは、台湾の遺産共有形態たる「合有」と関連している。合有状態の下では、相続財産を構成する個々の財産上への各共同相続人の持分が否定される。相続分は抽象的な持分にすぎない。遺留分は法定相続人から奪うことができない相続分（不可侵的相続分）と考えられるから、各遺留分権利者の遺留分も、相続財産全体の上に存在する抽象的な割合であり、個々の相続財産の上には存在しない。したがって、遺留分は「相続分の一部」という考えを貫けば、遺留分減殺によって取り戻された遺留分も、相続分と同様に抽象的な持分である。取り戻された遺留分は、具体的な持分ではないため、減殺請求権者と受遺者の間には目的物について物権法上の共有関係が成立するとはいいいがたい。取り戻された遺留分は、抽象的な

持分であるから、それを「遺産」と解したほうが自然である。最高法院判決(4)の前段の理由、及び同判決(2)(3)の理由は、まさにこのように述べている³⁶¹。

しかし、「遺留分＝抽象的な持分、減殺によって戻された遺留分＝抽象的な持分」というテーゼ（理由一）は、理由二で述べられた遺留分減殺請求の計算過程では維持できなくなる。すなわち、遺留分減殺請求において、理由二によれば、まず減殺請求者の遺留分額を計算し、その現実に得た遺産額をも算出する。この計算を経て、各遺留分権利者の遺留分侵害額が確定する。各遺留分権利者が遺言による財産処分のどの目的物に対していくら減殺できるかは、この計算を経た時点では既に確定している。つまり、各遺留分権利者の権利の存否は、既に確定している³⁶²。言い換えれば、台湾の民法第一一二四、一一二五条の計算を経ると、遺留分はもはや抽象的な割合的な持分ではなく、それは計算によって具体的な額へと転化する。この場合に、遺留分減殺請求によって取り戻された財産は、減殺請求者の個人のものであると解したほうが合理的である。したがって、遺留分権利者が以上の遺留分の計算を行って、遺留分侵害を主張した場合に、裁判所はもはや理由一でその請求を拒むべきではない。その点において、最高法院判決(3)と下級審判決(1)の理由付けは不適切である。当然ながら、遺留分の計算を経たため、理由二も成り立たないはずである。問題は、理由二の細部計算で生ずる。すなわち、遺産分割が行われていない以上、遺留分権利者の「現実に取得した遺産額」は

³⁶¹ 「遺留分は被相続人の遺産全体の上に概括的に存在するものであり、具体的に各目的物の上に存在するわけではない。減殺請求権者が義務者に減殺請求権を行使し、減殺の効果を既に発生するが、減殺によって回復された遺留分は、依然として概括的に遺産全体の上に存在するのであり、具体的に個々目的物の上に存在するのではない。」

³⁶² 遺留分減殺請求をめぐる紛争の段階は、第一に、減殺対象財産について、減殺請求者がいかなる割合の権利を有するかという紛争と、その権利が共有持分であった場合の分割をめぐる紛争との二段階に分かれる。前者は権利関係の存否の争いであり、後者は、財産をどのように分配するかについての形勢の争いである。松原正明「遺産分割事件と遺留分減殺請求との関係」家族〈社会と法〉一九号（二〇〇三年）三一～三二頁。

確定できない。下級審判決(5)は、この点を強く強調した。そうすると、民法第一一二五条に定められた遺留分侵害額の計算は、ほとんどクリアできない。遺留分権利者が一応計算した場合に、その請求を拒否するためには、この論理で行くしかない。

では、なぜ最高法院判決(3)と下級審判決(1)は、論理的矛盾を抱えたにもかかわらず、あえて理由一を固持し、取戻された財産を遺産と解したのか。それは、おそらく遺産の合理的な配分のためであると考えられる。例えば、被相続人には相続人となる子A B Cの三人がいる。被相続人は遺言でAに土地甲地（価値250万円）と乙地（価値250万円）を分配した。しかし遺産分割の前に、相続人の一人であるAが何らかの方法で甲地と乙地の登記名義を自分に移転していたとする。被相続人からの相続財産には他に土地丙地（価値50万円）と銀行貯金50万円がある。仮にB Cがここでいきなり甲地と乙地について、それぞれ1/6の所有権（減殺請求によって取戻されたもの）を主張すれば、もちろん、理由一によって退けられる。次に理由二で述べた遺留分侵害額の計算に入る。A以外の相続人であるB Cの遺留分はそれぞれ遺産（ $250+250+50+50=600$ 万円）の1/6で、100万円ずつである。しかし遺産としてはわずか100万円の価値しか残されておらず、B Cに均等に与えるとしても、二人の遺留分はそれぞれ50万円ずつの不足分が生じる。もちろん、この100万円の遺産は現実にはどのように配分されるかは、この段階で確定できない。これを理由として遺留分侵害額の計算を否定したのは、下級審裁判例(5)である。ここでは最高法院判決(3)と下級審判決(1)の意図を解明するため、とりあえず日本の通説にしたがって、B Cそれぞれに50万円分の遺産を与えるとして議論を進めよう。B Cはその不足分の価値を保全するため、甲地と乙地を減殺し、回復されたものは、甲地についてBとCはそれぞれ25万円分、乙地についてBとCはそれぞれ25万円分であるが、理由一によると、これは遺産の中に復帰する。つまり、遺産には甲地の1/5の所有権・乙地の1/5の所有権・丙地・貯金がある。遺産分割手続で裁判所はこれらの四つのものを自由な裁量によってB Cに分配することができる。例えば、Bには甲地と乙地が、Cには丙地と貯金が分配されたとする。そうすると、甲地と乙地についてはA Bの共有関係が生じる。それに対して、減殺された甲地と乙地の持分が、遺産に復帰せずに、A B・A Cの

個別の共有関係にあるとすると、結果的には、Aは甲地の4/5、Bは甲地の1/10、Cは甲地の1/10を有するということとなる（乙地でも同様な比率で共有が生じる）。甲地という一筆の土地に、三人の所有者が存在するという結果となる。かくして、取戻財産を遺産と解したほうが、遺産の合理的な配分に有益であるといえる。

このように解した結果、遺産分割前に、遺言による財産処分目的物の物権が受益者に移転する場合には、遺留分権利者は、理論的に（理由二通りの）遺留分侵害額の計算を行えば、遺留分減殺請求を主張しうるが、これによって取り戻されたものは遺産に復帰し、遺留分権利者は具体的な持分を有しない。すなわち、最終的には遺産分割を行い、そこから取戻財産を自らに分配してもらわないと、当該の取戻財産は減殺請求者の個人財産にはならない。そのため、遺留分権利者は、遺留分減殺請求と遺産分割の訴訟を二回に分けて提起するより、むしろ直接に遺産分割訴訟を提起し、その中で遺留分減殺請求の意思を表示し、裁判所にそれに従い分割してもらうほうが賢明である。下級審裁判例(6)は、本稿のこの見解を支持する絶好例である。

(4) 残された問題

もともと台湾の民法には遺留分に関する価額弁償の条文が存在せず（三の3を参照）、学説はこれを不都合であると考えている。しかし、台湾の裁判所が遺留分の減殺請求について上述した見解（減殺によって取り戻された遺留分は遺産に復帰）を採用した結果、遺留分の問題は遺産分割の手続で（共同相続人間の持分の交換を通じて）総合的に解決され、遺留分の現物返還の原則に起因する硬直性は多少とも緩和できることになろう。これとは対照的に、日本では遺留分減殺請求によって取り戻された財産の性質について、減殺請求の目的物は受遺者などと減殺請求者の物権法上の共有関係にあると解されている。一見、この解釈は目的物の一体性の維持に不利であるようにみえるが、日本にはまさに民法第一〇四一条（価額弁償）の規定があるから、問題はあまり生じない。遺産の不当な細分化を防ぐため、台湾と日本がそれぞれ異なる法解釈で対応しているのは、非常に興味深いことである。

残された問題を二点ほど挙げたい。一つは、日本でもよく議論されているが、遺産分割協議の申入れ、遺産分割訴訟の提起、または遺言無効

の主張には、減殺請求の意思が含まれているかという問題である³⁶³。これらの行為における遺留分減殺の意思表示の有無の問題は、主としては、遺留分減殺請求権の時効の完成（台湾民法第一一四六条第二項の相続回復請求権の定めを遺留分減殺に類推適用するなら、二年と一〇年の時効）を回避しうるかという問題である。これについて言及した台湾の裁判例はただ二件ある。すなわち、八〇年家上字第九六号（最高法院八一年台上字第一〇四二号の原審判決）と下級審裁判例(2)（八四年訴字第一五号）である。八〇年家上字第九六号で、被相続人は一九八八年一月一日に死亡した。同月三十一日、葬儀の日に原告を含めた家族全員は遺言を発見した。裁判所はこの時、原告が既に遺留分侵害の事実を知ったと認定した。また、同年九月二四日に、原告は不動産登記所に「被相続人が一九八六年十一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。裁判所は、「原告は遅くとも一九八八年九月二四日に遺留分侵害の事実を知ったのに、一九九一年一月一五日に本件訴訟を提起したため、遺留分減殺請求権は二年間の時効によって消滅した」と判断した。確かに、手紙に明確に「遺留分侵害」の文字が書かれた以上、時効が進行しはじめたと認められても仕方がないものの、遺言の内容を知っただけでは「遺留分の侵害を知った」といえるのが問題である。次に、下級審裁判例(2)において、遺産分割の調停申立てには遺留分減殺請求の意思がないと認定した。なぜなら、「調停申立てと参加の目的が、当事者が互いに譲歩することにより、紛争を止めることであるため、調停の際に遺留分減殺請求の意思表示が行われたと認めがたい」からである。もっとも裁判所は、その後、原告らが被告らに遺留分の返還に関する内容証明郵便を送ったことを遺留分減殺請求権の行使と認めた。また、学説はただ遺留分減殺請求権の時効を肯定したものの、遺産分割の請求に遺留分減殺請求の意思表示が含まれたかに関しては言及していない。では、日本の判例・学説はこの問題についてどのように論じているのだろうか。

³⁶³ 辻朗「遺留分減殺請求権の行使と制限」久貴忠彦編集代表『遺言と遺留分（第一巻・遺言）』（日本評論社、二〇〇一年）二二六～二三一頁。

まず、被相続人の全財産が包括遺贈された場合に、遺留分権利者がその遺贈または贈与の効力を争わず、遺産分割協議を申し入れたことは、遺留分減殺の意思表示が含まれるという判例（最判平成一〇年六月一日民集五二巻四号一〇三四頁）がある。すなわち、この判例のように、遺産のほとんどが一部の相続人に遺贈または贈与され、遺留分権利者がその効力を争わない場合には、遺留分権利者が遺産の分配を求める根拠は、遺留分減殺によるしかないのであるから、遺産分割協議の申入れが遺留分減殺の意思表示を含むと解することについては争いがない³⁶⁴。他方で、被相続人の財産のほとんど全部が贈与された場合に、遺留分権利者がその贈与の無効を信じていたため遺留分減殺請求権を行使しなかったことにもっとも認められる特段の事情のない限り、贈与が減殺することができるものであることを知っていたと推認するのが相当である、とする判例（最判昭和五七年十一月一二日民集三六巻一一号二一九三頁）がある。言い換えれば、遺留分権利者が贈与・遺贈の効力を争うとき、それが無効と信じるについて特段の事情がある場合には、遺留分減殺請求権の時効が進行しないものの、特段の事情がない限り、時効は当該贈与を認識した時点から進行する。この場合（ほとんどの遺産を遺言によって処分＋処分の無効を信じる特段の事情なし＋処分の効力について争う→消滅時効は進行）に、遺留分権利者が遺産分割請求だけを行なったとしたら、遺産分割請求に遺留分減殺の意思が含まれるか否かについて学説の見解は分かれている³⁶⁵。学説の論争はさておき、仮に日本の判例の

³⁶⁴ 高木多喜男『遺留分制度の研究』（成文堂、一九八一年）二二一頁。山本敬三「最判平成一〇・六・一一判批」ジュリ一一五七号（一九九九年）八九頁。副田隆重「最判平成一〇・六・一一判批」民商一〇二巻四＝五号（一九九九年）八六〇頁。中川善之助・加藤永一編集『新版註釈民法（28）補訂版』（有斐閣、二〇〇二年）[中川淳] 四七八頁。

³⁶⁵ かかる場合に、遺産分割請求に遺留分減殺の意思が含まれるとする説は、右近健男「東京高判平成四・四・二〇判批」判評四一一号（一九九三年）三八頁。高木多喜男『口述相続法』（成文堂、一九九八年）五五九頁。中川善之助・加藤永一編集『新版註釈民法（28）補訂版』（有斐閣、二〇〇二年）[中川淳] 四七八頁。これに対して、遺産分割請求に遺留分減殺の意思が含まれないとする説は、松倉耕作「遺産分割と遺留分」家族〈社会と法〉七号（一九九一年）

見解を台湾の問題に当てはめてみると、その結果はどうなるのだろうか。

まずは八〇年家上字第九六号の事案であるが、原告は遺言による財産処分の効力を争っておらず、直接に遺留分減殺請求に基づく所有物返還の訴訟を起こした。そのため、本件は遺産分割請求に遺留分減殺の意思があるかという問題とは無関係である。次に、下級審裁判例(2)では、原告らもまた遺言による財産処分の効力を争っておらず、直接に遺留分減殺請求に基づく所有物返還の訴訟を起こした。ただ、原告らは訴訟の前に、遺産分割の調停を申立てていた。日本の判例理論（最判平成一〇・六・一一）によれば、この場合における遺産分割調停の申立てには遺留分減殺請求の意思があるということになる。ところが、台湾の高等法院はこれを明示的に否定した。しかしながら、この判断（調停申立ての目的は相互の譲歩による紛争解決であるゆえに、減殺の意思がない）はあまりにも形式的・硬直的である。これまで述べてきた通り、台湾の最高法院が、遺留分減殺請求の判決において、取戻財産は遺産に復帰すると解したため、遺留分権利者は最終的には遺産分割手続でその遺留分に相当するものを取得することとなる。つまり、共同相続人間の（遺留分を含めた）相続紛争を、できるだけ遺産分割の一つの手続で解決するというのが最高法院の価値判断である。遺産分割手続に遺留分の調整という重要な機能を果たさせるならば、遺産分割の請求、すなわち遺産分割裁判の提起のみならず、遺産分割協議の申入れまたは調停の申立てもまた、遺留分減殺請求の意思表示があると認めるべきではなかろうか。したがって、被相続人が大部分の財産を遺言による財産処分で特定の相続人に与えた場合に、仮に遺留分権利者が既に時効期間内に、遺産分割の請求を提起したならば、遺留分減殺請求の意思表示があると認めてよかろう。

もう一つ残された問題として、遺産分割裁判（共有物分割裁判）では遺言による財産処分の目的物をその対象とすることができるのかということである。例えば、被相続人は遺言で土地甲を子Aに分配すると定めた。相続人は子Aのほかに、子Bと子Cがいる。相続開始後に何らかの

七三頁、山本敬三「最判平成一〇・六・一一判批」ジュリー一一五七号（一九九九年）八九頁、辻朗「遺留分減殺請求権の行使と制限」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）二三一頁を参照。

理由で、甲の登記はAの単独名義になった。Bは甲以外の相続財産について遺産分割訴訟を提起し、さらに甲の遺贈があまりにも多額で、自らの遺留分がそれにより侵害されているとして、遺留分減殺請求の意思を表示した。では、裁判所は分割方法として甲の一部の持分をBに分配することが可能か。おそらくこの場合は比較的問題がなかろう。下級審裁判例(6)は、「本件の受遺者が共同相続人の一人であるから、遺贈の目的物を遺産分割の対象財産にすることは妥当である」と簡単に述べたにすぎない。詳述すれば、甲の所有権は既にAに移転し、「遺産」に属さないとはいえ、Bの減殺請求によって取り戻された遺留分(甲の持分)は遺産に復帰するため、裁判所は「登記簿上Aに属する土地甲」を遺産としてBに分配することができる。その上、遺産分割訴訟は必要的共同訴訟であり、Bは、自分を除いた他の共同相続人全体(AとC)を被告としなければならない。したがって、Aは自分の受けた遺贈に対する遺留分減殺請求について、訴訟の過程で十分な攻撃防御の機会があり、手続面の保障にも問題がない。

もっとも、仮に受遺者が共同相続人以外の第三者であり、しかも遺贈目的物の物権が既に受遺者に移転した場合には、遺産分割訴訟で遺留分の問題が処理できないと考えざるを得ない。第三者は遺産分割訴訟の当事者ではないため、自分の関与していない訴訟で所有権(遺贈目的物)を奪われることは不合理であり、手続保障の原則に反する。その際に、共同相続人はやはりまず遺産分割を行い、さらに別の手続で受遺者である第三者に対して遺留分減殺請求によって生じる物権的請求権を行使する必要があると解することになろう。

七、おわりに

1. 本稿のまとめ

台湾の民法における遺留分制度は、その沿革及び現在の解釈がほとんど日本の制度や議論を参考とするものである。沿革についていえば、大清民律草案及び民国民律草案の条文は、確かに日本のそれに類似している。現行民法の遺留分に関する条文の数は少なく、日本との類似性が明らかだというわけではないが、他方で、解釈上、台湾の遺留分制度がゲ

ルマン・フランス型であること、遺贈・相続分の指定・遺産分割方法の指定が遺留分を侵害する場合に無効ではなく減殺請求可能であること、遺留分減殺請求権が物権的形成権であること、減殺請求が裁判外の意思表示で行いうることなどは、日本と同様である。

しかしながら、遺留分減殺請求の实际的機能をみると、日本と台湾とは相当異なる。台湾の裁判例は、遺留分減殺請求の訴訟（減殺請求により財産を取戻し、その部分の物権を主張する訴え）をなかなか認めず、減殺請求により取戻した財産が遺産に復帰すること、あるいは減殺請求のための侵害額計算を経っていないことを理由として、遺留分権利者の主張を退けている。これに対して、日本では贈与・特定遺贈・特定財産を「相続させる」旨の遺言、さらに最判平成八年一月二六日民集五〇卷一号一三二頁では全財産の包括遺贈を減殺することによって取り戻した財産が、物権法上の共有と解され、遺産分割の対象となる相続財産の性質を有さないとされた³⁶⁶。

日台のこの異同（遺留分制度自体は類似性が高いのに対して、遺留分減殺請求の機能がかなり異なること）をきっかけとして、本稿は、遺留分減殺請求の機能が遺留分制度の構造それ自体で決定されるわけではなく、他の様々なファクターに影響されているという仮説を立てた上で、相続の過程に沿ってこれらのファクターの作用を分析した。

相続開始後、相続人が複数の場合に、遺産はまず相続人の共有に属する状態となる。中華民法は、かつての兄弟の同居共財の状況に鑑みた上で、相続開始後の遺産をなるべく一体として保つべく、この段階の法的性質を合有と定めている。遺産に属する個々の財産の管理・使用収益・処分は、すべて共同相続人全体で行使しなければならない（例外は土地に関する多数決）。合有における持分が抽象的なものであるため、共同相続人は遺産に属する個々の財産について具体的な持分を有するわけではなく、それを処分することはできず、また遺産全体の上の相続分を処分することもできない。このことは遺産の一体性の維持に有利であ

³⁶⁶ 二宮周平「共同相続と遺留分および減殺後の法律関係」久貴忠彦編集代表『遺言と遺留分（第一巻・遺言）』（日本評論社、二〇〇一年）一七九～一八一頁を参照。

るが、反面、迅速な処分が必要な場合、例えば、株をよい値段のタイミングで売出そうとするときは、合有の状態は極めて不便である。また、合有説に対する批判としては、取引の安全を害するという指摘が考えうるが、台湾における不動産の登記には公信力があるため、第三者の保護に関する問題はそこで解決されている。

合有の状態を解消するためには、遺産分割の手続が必要であるが、遺産分割の基準は法定相続分のみではなく、被相続人による意思表示（相続人に遺贈・相続分の指定・遺産分割方法の指定）がある場合はそれが優先する。但し、これらの意思表示が遺留分を侵害するなら、遺留分権利者は減殺を請求することができる。以下では、遺言受益者が共同相続人であること、すなわち、遺留分減殺請求が共同相続人間で生じることが前提として、議論を進めていく。

では、遺留分権利者はどのように減殺請求をすべきであるのか。これは遺産分割の段階及び被相続人の遺言による財産処分の履行状態による。遺産分割前に、遺産に属する個々の財産はどの相続人に帰属するかはまだ不明である。仮に被相続人が「各相続人の相続分を次の通り定める。すなわち、A二分の一、B二分の一（Cはゼロ）」のような遺言を作成し、明らかにCの遺留分を侵害する財産処分を行ったとしても、実際に遺産分割が行わなければ、現実には遺留分の侵害が生じたとはいえない。遺言による財産処分は、遺贈・相続分の指定・遺産分割方法の指定があり、その内容が割合的な指定であろうと特定物の処分であろうと、物権の効力を生じず、受益相続人も単独で登記名義を移転することができない。すなわち、当該目的財産の物権は受益相続人に帰属することがなく、遺産の中にとどまり、共同相続人全体の合有に属する。したがって、遺留分権利者は減殺を行おうとしても、減殺対象の物権はそもそも遺産の中に入っており、減殺によっても復帰のしようがない。遺産分割前に、遺留分権利者は遺留分に相当する遺産を取得したいならば、遺産分割の訴えを提起し、その中で遺留分を主張すればよい。そこで、裁判官は遺留分侵害のない遺産分割の結果を出すはずである。これはもっとも一般的な状況である。

他方で、遺産分割前に、仮に何らかの間違い、あるいは遺言執行者の協力で、遺言による財産処分の物権が受益相続人に移転してしまった場

合に、遺留分権利者は確かに遺留分の侵害を受けたので、減殺請求を行う。問題は、遺産分割がまだ済んでおらず、遺留分権利者の具体的な遺産の取得分もわからないことである。遺留分権利者は、相続開始時の遺産額・特別受益・債務などを計算するとともに、自己の現実に相続した遺産額を仮定する必要がある。その上、遺留分侵害額が計算可能となり、減殺額が判明する。以上の算定過程を経れば、理論的に遺留分減殺額、つまり、どの遺贈財産をどの程度減殺するかは確定し、減殺者の個人的・確定的権利と解したほうが合理的である。しかしながら、台湾の判例によれば、このように減殺によって取戻した財産は、遺留分権利者の個人財産になるわけではなく、遺産に復帰することとなる。つまり「特定の財産の持分を自らに返還せよ」という遺留分権利者の訴えは認められない。この場合に、遺留分権利者はどのようにして遺留分に相当する財産を取り戻せるのか。当該遺言による財産処分の受益者が共同相続人の一人であるならば、遺留分権利者は遺産分割の訴えを起こせばよい。受益者が共同相続人以外の第三者であるならば、遺留分権利者はやはりまず残余の遺産を分割してから、第三者に対して遺留分減殺によって取戻した財産の返還を求めることができる。

また、遺産分割後、各相続人ないし遺留分権利者は、遺産取得分を確定し、遺留分侵害を受けたかも確認する。現実に侵害を受けた遺留分権利者は、遺言による財産処分の受益者に対して遺留分減殺請求しうる。目的財産の物権がまだ受益者（第三者）に帰属していない場合には、遺留分権利者は減殺によって残された部分を受益者に給付すればよい。目的財産の物権が受益者に移転した場合には、遺留分権利者は減殺請求の意思表示を行い、それに基づき取戻した部分の返還を求めることができる。

以上のように、遺留分の保護は、多くの場合は遺産分割を通して達成される。遺留分減殺請求によって財産を取戻し、そして物権的請求権に基づき返還を求めるという方法は、限られた場面（遺産分割後且つ遺言による財産処分が履行された後）でしか利用できない。このような結果をもたらす原因は何であろうか。まず、台湾の遺産共有の性質が共有であるため、例えば相続債権・債務は遺産分割を待たず共同相続人に分割帰属するわけではない。すなわち、すべての遺産は遺産分割の対象とな

る。次に、遺言による財産処分は物権的効力を有しないため、遺産分割前に現実に遺留分侵害が生じたとはいえ、遺留分減殺で目的物返還を請求しようがない。以上のように、遺産の合有及び遺言による財産処分の債権的効力は、相続に関する紛争を遺産分割まで凍結させることを意味する。遺産分割の手続では、法定相続分・被相続人の遺言による財産処分・遺留分の問題を総合的に斟酌し、一括して解決することが予定されている。遺産分割手続を利用せず、直ちに遺留分減殺請求を主張することは、場合によって理論的には可能であるが、取戻した財産が遺産に復帰し、最終的にはやはり遺産分割で問題を処理すべきであるというのが裁判所の見解である。全体としては、遺産分割による処理の守備範囲が広いため、遺留分減殺請求に頼る必要は減少する。本稿の最初の仮説に戻るが、台湾の遺留分減殺請求が日本のそれと異なる機能を有するのは、「遺産の合有及び遺言による財産処分の法的性質が遺産分割手続の力を増大させ、そのため、遺留分減殺請求の必要性が低下する」からであると結論づけられよう。

なお、遺留分が遺産分割手続で守られるという言い方について、本研究はさらに歴史的方法によってもそれを支持する根拠を発見した。すなわち、中国伝統の宗祧承継・家産分析では、諸子（息子）均分の原則が採られてきた。近代法化の過程で、宗祧承継がなくなり、家産分析が「相続」となり、諸子均分も「均分相続」となった。さらに、男女平等の流れが加わり、娘は息子と共に均分相続の仲間に加わるようになった。現行民法の均分相続に関して、息子の間で均分相続はかつての人々の法意識に合致しており、特に衝突がなかったものの、娘の均分相続の容認は、社会にとっては急激な改革であろう。そこで、被相続人が民法の定めを無視し、固有法の家産分析を行い続けることは多く見られる。この状況は、贈与（生前贈与と死因贈与の両方）に関する裁判例に如実に現れている。しかしながら、法律の専門家はこれが望ましいと思っではない。古い解釈例には、保守の父母が生前贈与によって財産を息子にだけ移転することを防ぐべく、遺留分の計算を通じて娘の相続権を保護しようとする議論があった。すなわち、遺留分は、法定相続人たる娘の相続権を息子のそれと同様に守るための制度として理解されていた。

また、従来、被相続人が家族以外の第三者に贈与や遺贈することは稀

であったため、それを遺留分に算入しようとする提案もなかった。このことは古い解釈例・民法改正の議論及び裁判例の分析からも判明している。中華民国民法には、日本民法第一〇三〇条のような条文がない（現在、第三者への遺贈は、遺留分算定のための基礎となる財産に算入されるが、第三者への生前贈与は入っていない）。つまり、立法者は、家族以外の者への財産流出を想定しておらず³⁶⁷、遺留分を主に共同相続人間の公平を維持するためのものとして考えていた。もともと共同相続人の利害調整は遺産分割手続で行われる予定である。遺留分が相続人間の公平維持という機能を有するならば、それは遺産分割の役割と重なっている。したがって、立法者はこのような理解の下で、遺産分割のための相続分の算定を、遺留分算定の前提とする条文（民法第一二二四、一二二五条）として制定した。換言すれば、遺産分割は遺留分減殺請求の前提となる手続であり、そこで遺留分の問題の解決が期待されている。

以上は歴史や条文の沿革から、遺留分減殺請求と遺産分割の本来のあるべき姿を描いていた。しかし現実には遺留分ないし遺産分割の平等維持機能を減らす解釈が多く存在している。まずは相続人に対する生前贈与は、実務では特別受益として認定されることが必ずしも多くはない（処分権主義の制限にも関わるが）。例えば、家産分析に関わる生前贈与の判例には、特別受益に言及したものがない。次に、たとえ特別受益として認められたとしても、それは遺留分減殺請求の対象とはならない。そうすると、被相続人は終意処分によって遺留分を侵害できないが、生前の処分は自由であり、遺留分を無視することが可能である。このことは学説によって長い間指摘されてきた。最近はやや法改正の動きが出ており、以下の３で紹介する。それ以前に、２ではまず台湾法と日本法並びに中国法との関連について述べる。

２．相続の一連の過程における台湾法の特徴—日本法並びに中国法と対照しながら

³⁶⁷ 相続人以外の第三者に対する贈与を遺留分に算入せずに済むという立法に対しては、以下の学説が厳しく批判している。黄宗楽「台湾における遺留分の制度（下）」戸籍時報四九八号（一九九九年）六頁。

日本法の遺産共有の下では、可分債権・債務の分割帰属が認められており、遺産分割の対象とはならない。相続分の譲渡も許される。また、特定遺贈や「相続させる」旨の遺言は物権の効力を有し、相続開始と共に物権が受遺者や受益相続人に帰属する。これもまた遺産分割の対象とならない。このような処分が遺留分を侵害する場合に、遺留分権利者は遺留分減殺請求を主張するしかない。もっとも、仮に当該処分の目的物を遺産分割手続に組み込んで遺留分の問題と一緒に判断できれば、一つの手続で相続の紛争が解決でき、特に問題も生じない。しかし、現実には、日本では遺産分割事件は家庭裁判所の調停審判による解決が必要であり、遺留分減殺請求事件については地方裁判所の共有物分割訴訟の手続が必要である。そのため、遺産分割で遺留分を侵害する処分の目的物を遺産分割で取り扱うことは不可能である。結局、同一の被相続人の有していた相続財産について、当事者が地裁へ行ったり家裁へ行ったりする極めて不都合な事態になってしまう³⁶⁸。さらに、遺留分権利者が受遺者に対する減殺請求により取り戻された財産は、減殺請求者と受遺者の物権法上の共有関係に属すると判例³⁶⁹が解しているため、遺産分割手続で遺留分問題は処理できず、別個の民事訴訟で決着させるほかない。言い換えれば、遺産分割で共同相続人間の紛争をまとめて解決できないゆえに、遺留分減殺請求に頼るしかない。

日本の実務・通説のこのような理解に対して、批判的な意見を有する学説が少なくない。このような学説は、遺産分割手続と遺留分制度を統合して捉えなおすべきであると主張するため、再統合パラダイムと呼ばれることもある³⁷⁰。再統合パラダイムの学説によると、以上の問題の根

³⁶⁸ 雨宮則夫「遺産分割手続における遺留分減殺請求の取扱い」判タ九六四号（一九九八年）四頁。

³⁶⁹ 最高裁平成八年一月二六日判決（民集五〇巻一号一三二頁）は、「遺言者の財産全部についての包括遺贈に対して遺留分権利者が減殺請求権を行使した場合に遺留分権利者に帰属する権利は、遺産分割の対象となる相続財産としての性質を有しないと解するのが相当である」として、この場合の受遺者と減殺請求者との共有関係を物権法上の共有であるとする判断を示した。

³⁷⁰ 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）一〇六頁。

源は、「一つの相続事件に付随する一連の紛争を、訴訟と非訟の二つの手続に分離し、しかも管轄裁判所まで別々にした立法自体の誤りに発するものである」³⁷¹。その解決策として、遺留分侵害の処分を当然無効と解し、審判手続の中で遺留分の問題を処理できるように解釈する³⁷²ほか、減殺で取り戻される財産を「相続財産」に回復し、その後は遺産分割が行われる³⁷³などが提案されている。そして、減殺によって取戻された遺留分権利者の具体的な遺留分は、寄与分や特別受益と同次元で「具体的相続分を確定するために」遺産分割手続の中で一体的に考慮され、このプロセスを経て、各相続人の具体的に承継する財産が確定することとなる³⁷⁴。さらに一歩進み、立法論として、遺産分割は通常裁判所の訴訟事件に戻し、かつての共有物分割の手続に一元化すべきであるとする提言もある³⁷⁵。

台湾の遺産分割と遺留分減殺の関係は、この意味では日本の再統合パラダイムに親和的な部分がある。つまり、台湾法は、遺産の一体性ないし遺産分割の総合解決機能を重視し、遺留分の問題を遺産分割手続で解決するため、さらに別の訴訟を提起することは原則として必要がない。日本と比べれば、台湾においては遺留分減殺請求訴訟（減殺により目的物の返還を請求する訴え）を活用する場面がかなり限定されている。台湾と日本におけるこのような相違は、言うまでもなく遺産分割手続（管轄裁判所など）自体の違いに理由があるが、その背景には、遺言による財産処分の法的性質及び遺産共有の性質が遺産分割の機能に影響しているという事情が存在する。また、遺産分割手続の機能は、遺留分減殺請求の必要性を左右するため、台湾の民法における遺留分制度は立法過程と現行規定において日本法にある程度類似するにもかかわらず、実際の

³⁷¹ 伊藤昌司『相続法』（有斐閣、二〇〇二年）三五〇頁。

³⁷² 伊藤昌司『相続法』（有斐閣、二〇〇二年）三八八頁。

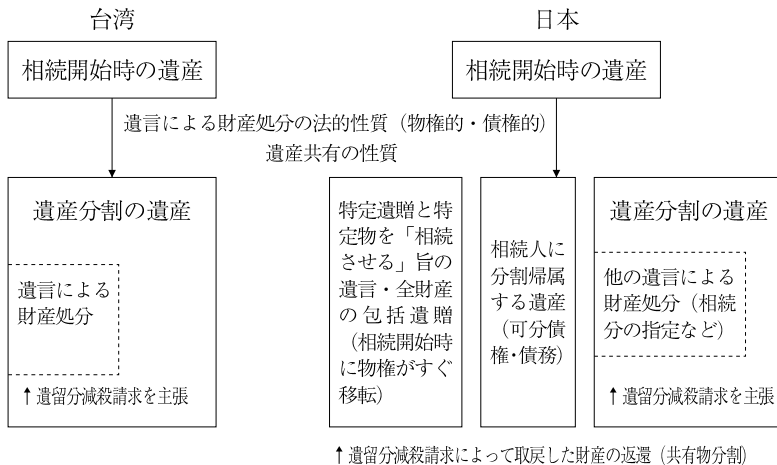
³⁷³ 渡瀬勲「共同相続人間における遺留分減殺請求と遺産分割の関係」ジュリスト五七一号（一九七四年）二〇七頁以下。

³⁷⁴ 潮見佳男「遺留分減殺請求権の行使」法律時報七五卷一・二号（二〇〇三年）九〇頁。

³⁷⁵ 伊藤昌司『相続法』（有斐閣、二〇〇二年）三五〇頁。

相続の過程において、遺留分減殺請求は異なる役割を演じ、異なる様相を呈している。以下は〈図二〉で台湾と日本の相違を示す。

〈図二〉 相続過程における台湾と日本の相違



次は、台湾と中国（中華人民共和国）相続法との関連について述べる。一九八五年に中華人民共和国相続法が成立した。その性格として、「前近代的な家族制度を打破し、男女平等、養老育幼、弱者救済という社会主義的原則の樹立をめざしながら、同時に家族共産制を核とする旧来の家族制度を社会主義の原則に適合する形で現代に再生し、社会主義経済の発展に役立てようとするもの」³⁷⁶という評価があるが、他方で「伝統法からかなり重要な精神を受け継いでいて」、「封建的な要素が生き残ることになる」という指摘も存在している³⁷⁷。いずれにせよ、中国の相続法は、現実には確かにその原理・原則のレベルで台湾法と非常に異なる要素が見て取れる。例えば、権利・義務一致の原則（いわゆる扶養—相

³⁷⁶ 長谷山彰「現代中国相続制度の変貌」利光三津夫編『法史学の諸問題』（慶応通信、一九八七年）四五八頁。

³⁷⁷ 鈴木賢『現代中国相続法の原理』（成文堂、一九九二年）三〇四頁、三一三頁の注（2）。

続対価の原理)、養老育幼原則³⁷⁸、当然限定相続原則は台湾法には見られないものである。しかしながら、現行法はさておき、二〇〇二年に公表された中国の民法典相続編建議稿³⁷⁹の内容には、台湾法に類似するものが少なからず窺われる。本研究に関連する部分に限っても、以下の類似点をあげることができる。第一に、生前贈与の持戻しに関する規定が新設され（建議稿第一〇条）、その条文の内容はほとんど台湾の民法第一一七三条と同様である。第二に、相続人間の公平を図る新たな遺留分

³⁷⁸ 養老育幼原則の現われとして、中華人民共和國相続法第一二条、一三条、一四条（相続人以外の者への遺産分与制度）と一九条があげられる。第一二条、一三条と一九条は確かに台湾にない制度であるが、第一四条は台湾の民法第一一四九条に類似すると指摘されている。その類似性に言及した研究は、鈴木賢『現代中国相続法の原理』（成文堂、一九九二年）二七五頁を参照。但し、両者の異なる部分を留意してほしい。まず、中国の第一四条は、「被相続人の扶養に頼っていた労働能力に欠けるまたは生活の基盤のない者」に限っているが、台湾の第一一四九条は継続扶養のみが明文の要件となっている。次に、中国の第一四条は上述した者のほか、「被相続人に対して多く扶養していた者」にも遺産分与するが、台湾法にはこのような規定がない。台湾の第一一四九条の趣旨について、学説の多数はそれを扶養の延長と解している。戴炎輝・戴東雄『中国繼承法』（自費出版、一九八六年）一二一～一二二頁、陳棋炎・黃宗樂・郭振恭著『民法繼承新論』（三民書局、修訂三版、二〇〇五年）〔陳棋炎〕一一二頁を参照。台湾の最高法院関連判例は六〇年代の前に九件あり、比較的多かったが、以降は最高法院一件、地方法院二件という程度にとどまる。ただ、最近の最高法院判決（民国九一年（西暦二〇〇二年）台上字第三三三三号）は、「民法第一一四九条は、遺産分与を受ける者が労働能力に欠け、または生活を維持できないことを要件としていない」と判示し、遺産分与と扶養義務との関連を明確に否定した。判例の見解は、学説とは相当違いがある。果たして台湾の第一一四九条の存在理由が、中国と同様に私的な扶養を促進し、社会的扶養の負担を軽減する「養老育幼原則」をもって説明しきれぬかは、更なる精緻な研究が必要であると思われる。

³⁷⁹ 張玉敏『中国繼承法立法建議稿及立法理由』（人民出版社、二〇〇六年）。その制定経緯や影響力についてはまだ不明であるが、それを通じて現在の中国学者の問題意識が推測できると評価されている。具体的な内容整理及び日本語訳は、朱曄「中国相続法の現代的課題（２）」立命館法学二八五号三〇九～三五四頁を参照。

制度が導入された（建議稿第二九条、台湾法と同じく「特留分」という）。遺留分権利者の範囲とその割合（建議稿第二九、三〇条）は、台湾法の規定と一致している。第三に、共同相続の場合に、相続財産が共同相続人の「共同共有」に属すると定められている（建議稿第二二条）。「共同共有」とは何かについて、建議稿の制定者意見及び他の条文との関連の考察からは、それが日本法の合有であると結論されている。これも台湾法と同じである。第四に、共同相続人の相続債務に対する責任は、連帯債務とされ（建議稿第七五条第二項）、しかも「台湾法が規定する相続債権者の同意があれば、連帯責任が免除されるような規定を採用する」と述べられている³⁸⁰。以上を背景として、「台湾法を参考あるいは台湾法と併存できる制度としての（中国の）立法の模索が存在するか」は興味深いテーマだといわれている³⁸¹。このように、台湾相続法の重要性は、中国法に与える示唆や影響の面においても、十分評価に値するのである。

3. 法改正の動き

中華民法の相続編は、一九三〇年に公布、翌年に施行されてから現在に至るまで、一九七五年に改正議論が出て、さらに一九八五年に実際に改正が行われた。二〇年が経過した後、最近は再び改正の動きが現れた。二〇〇五年一二月に法務部は民法相続編の改正パネルを結成し、二〇〇六年六月に相続法改正草案を完成する予定である。そのポイントは三点である。

(1) 「父債子還」など、知らない間に膨大な債務を相続してしまったことを防ぐための手段

現行法は、限定承認については三ヶ月（民法第一一五六条、相続開始時から）、相続放棄については二ヶ月（民法第一一七六条第七項、自己の相続の開始があったことを知った時から）の期間を定めている。この条文を知らずに、最近父の巨額の債務を相続してしまった未成年者も出現した。このような状況に直面し、様々な提案が提出された。第一に、

³⁸⁰ 朱曄「中国相続法の現代的課題（2）」立命館法学二八五号三三一頁。

³⁸¹ 朱曄「中国相続法の現代的課題（1）」立命館法学二八三号二二四頁。

限定承認と相続放棄の期間を延長する、または限定承認の期間の起算点を相続放棄と同じく「相続を知ってから」と改正するという意見がある。次に、台湾の現行法は、日本民法第八二六条（利益相反行為）のような規定がない。そこで、相続にあたり未成年の相続人を保護するため、特別代理人の設置が提案された。その他、さらに進んで、相続について限定承認を原則とすべきであり、単純承認を原則としないという主張もある。しかし、英米法のような人格代表者（personal representative）による清算手続（probate=administration of estate）が存在しない台湾法を前提とするなら、この提案はあまりにも軽率であろう。この弊害は、中華人民共和国の相続法における当然限定相続原則（第三三条第一項）に対する学説の批判を参照すれば即座に判明する。すなわち、現在、中国には相続を公示する制度及び遺産分割の前に一定の遺産凍結期間を認めるという制度が存在せず、相続人は他の関係者に通知しないままの状態 で債務の弁済または遺産の分割をすることがよくある。中国現行法における限定相続原則は、相続債権者の利益を軽視しており、法的バランスの欠如した制度であるとも指摘されている³⁸²。このような前轍を踏まないように、台湾は相続清算の手続を整備する前に、唐突に限定承認を原則とするような立法を行うべきではないと考える。

（2）女性の相続権の保護

父母が生前に、息子に財産を贈与しておくことや、相続開始後娘に相続放棄を強要することは台湾ではしばしば見られる。女性（特に娘）の相続権を保護するため、遺留分制度、相続回復請求権、特別受益の持戻、遺言制度を改正するという提案がある。マスコミによれば、可能な方向として、「相続開始前数年間に行われた贈与を、遺産と見做し、相続人に分配する」³⁸³という提案も出されたが、これは持戻財産ないしは遺留分算定の基礎となる財産の範囲を増大させるためであると理解できよう。

（3）相続権を剥奪するため

現行法は、第一一四五条に「相続権喪失」について規定があるものの、

³⁸² 朱曄「中国相続法の現代的課題(1)」立命館法学二八三号一八二頁。

³⁸³ 陳民峰、二〇〇四年四月二日民生報。

これは日本民法第八九一条（相続人の欠格事由）に類似するものである。すなわち、相続権喪失の事由は、いずれも老親の扶養とは無関係である。父母を扶養しない子に制裁を与えるため、父母が生前、「書面」で特定の子の相続権を剥奪するための規定を新設する動きもある。

本研究との関係でいえば、(2)の内容からもわかるが、法改正にあたって、遺留分はやはり女性の相続権の保護措置だと認識されている。この理解は現在も六〇数年前と変わっていない。今後は遺留分もまた共同相続人間の平等維持の方法として強化されそうである。他方で、(3)は父母が「親不孝」な子の相続権を廃除することを認めるものであり、扶養を相続と連結させようとする傾向である。この動きは、親の面倒をみた者が相続するという東洋的思考方法を重視する立場であり、遺留分に反対する方向³⁸⁴として理解することも可能である。なるほど、従来から、遺留分をめぐるのは遺言自由と法定相続権の保護という二つの要請が対立していると考えられてきたが、遺言自由の要請は最近、高齢者の生活保障と言い換えられたようである。すなわち、被相続人は特定の子に扶養してもらうために、多くの遺産をその子に与えたいが、これにとって遺留分はいわば邪魔物である。遺留分は、被相続人が老後の生活を自由に設計することを妨げる存在、つまり被相続人の自己決定権を過度に制限するものと理解されている。家族のあり方を契約自由の原則に委ね、法律の役割を最小限にとどめるという「契約的家族観」の下では、遺産処分に关する意図は重視され、遺留分制度は否定されることになる³⁸⁵。台

³⁸⁴ 原田純孝「扶養と相続——フランス法と比較してみた日本法の特質」奥山恭子＝田中真砂子＝義江明子編『扶養と相続』（早稲田大学出版会、一九九八年）二二二頁、村重慶一「アジア家族法三国会議に出席して」戸籍時報四九六号（一九九九年）一四頁。また、加藤美穂子「相続法再検討への素描的一試論——高齢化社会に対応できる相続法を目指して——」中川淳先生古稀祝賀論文集『新世紀へ向かう家族法』（日本加除出版、一九九八年）四二九頁は、遺留分は一定の親族関係を有する者に一律に認められるのではなく、むしろ「扶養との関係において、生前に被相続人を扶養・介護してきた相続人に限定してもよい…」と指摘した。

³⁸⁵ 安念潤司「家族形成と自己決定」『岩波講座 現代の法14自己決定権と法』（岩波書店、一九九八年）一三八頁。

湾の今回の法改正においても、この二つの要請が(2)と(3)にそれぞれ現れ、互いに衝突している。日本ではこの問題を「自己決定権の理念に基づいた」（公序としての）家族を相対化する動きと位置づける学説がある³⁸⁶。この学説は、家族に関する公序について二種類のカテゴリーを提案した。一つは、社会の基本的単位としての家族のあり方を定める公序であり、「政治的公序」と呼ばれる。婚姻の要件や親子関係の設定に関わるルールはこれに属する。もう一つは、家族構成員の自律に一定の制限を課すことによって家族内の弱者保護に資する公序であり、「保護的公序」と呼ばれる。夫婦財産制、離婚時の財産処理や子の処遇に関する強行法的規定はこれに分類される。「政治的公序」については、基本的には個人の自律領域の拡大を認め、家族の相対化に賛成するものの、「保護的公序」についてはその存続あるいは内容的組み替えまたは拡充が必要である³⁸⁷。では、遺留分の問題をこの理論の枠組で考えれば、どのカテゴリーに分類されるのか。本稿の最初の部分で言及した通り、平均余命の増加によって、被相続人（親）の死亡年齢が高齢であるのはもちろん、相続人（子）もまた四〇代か五〇代で既に生活の基盤を築いており、財産の相続によって生活を保障される需要が少ないのである³⁸⁸。そのため、法定相続権の最小限の保障たる遺留分は、「家族内の弱者保護に資する公序＝保護的公序」とは言いがたく、むしろ「政治的公序」に属するとも考えられる。しかし他方で、生存配偶者の生活保障の視角からは、遺留分は逆に「保

³⁸⁶ 吉田克己「自己決定権と公序」瀬川信久編『私法学の再構築』（北海道大学図書刊行会、一九九九年）二五〇頁。

³⁸⁷ 男女の実質的平等と家族構成員の人格的発展の確保は、自己決定によって処分することができない実体的価値である。これに関する公序は、内容的組み替え、さらに場合によって拡充が要請されると指摘する研究は、吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、一九九九年）二二七頁。

³⁸⁸ 有地亨『現代家族法の諸問題』（弘文堂、一九九〇年）一四頁、浦本寛雄『家族法〔第二版〕』（法律文化社、二〇〇〇年）三一二～三一三頁。これに対して、伊藤昌司『相続法』（有斐閣、二〇〇二年）七～八頁は、中年の子が老親の介護と自らの子の養育・教育の負担を同時に抱えることを理由として、高齢で死亡する親の遺産の相続が必ずしも子にとっては無意味とは限らないと反論している。

護的公序」として認められやすい。今後、遺留分制度を考案する際に、(血族相続と配偶者相続の意味の違いを含めた)最近における相続の意義の変動をも念頭に置くべきであろう。

以上のように、遺留分制度は本来妥協的なものであり³⁸⁹、遺言自由と法定相続権の保護の二つの要請から相関的に決定されるものである。遺留分を実現するための遺留分減殺請求もまた自己完結的なものではなく、その役割は他の要素と組み合わせた上で決定されるものである。本稿は、これらの要素、すなわち、遺留分減殺請求の機能が如何に遺産分割手続の状態に左右されるか、及びその両者の関係が如何に遺産共有の性質と遺言による財産処分の法的性質に影響されるかについて論じてきた。本稿は相続のプロセスにおける遺留分減殺請求の実際的な機能を検討するにとどまるが、それが相続の過程の解明の一環に寄与するものであることを期待している。さらに、遺留分制度自体の存続の必要性ないしその現代的意義³⁹⁰については、上述の通り、多くの基本理念がその間

³⁸⁹ 日本では、加藤永一『叢書民法総合判例研究58－1 遺留分』（一粒社、一九八〇年）一頁、中川高男『新版親族・相続法講義』（ミネルヴァ書房、一九九五年）四三三頁、中川善之助・泉久雄『相続法 [第四版]』（有斐閣、二〇〇〇年）六四六頁。台湾では、陳棋炎「關於我國民法所規定的特留分之研究」『親屬、繼承法基本問題』（自費出版、一九七二年）四三四頁は、遺留分制度を「遺言自由主義と遺産処分禁止主義を調和するためのもの」と考えている。

³⁹⁰ 遺留分の存続の必要性を否定的な見解としては、二宮周平＝小田八重子司会「シンポジウム [自由討論]」家族〈社会と法〉一九号（二〇〇三年）一八四頁 [松尾知子発言]、浦本寛雄『家族法 [第二版]』（法律文化社、二〇〇〇年）三一三頁、水野紀子「『相続させる』旨の遺言の功罪」久貴忠彦編集代表『遺言と遺留分 第一巻 遺言』（日本評論社、二〇〇一年）一七一頁。これに対して、遺言自由の危険性を懸念し、遺留分を「平等な法定相続の砦」とする存続賛成論として、伊藤昌司『相続法』（有斐閣、二〇〇二年）三～五頁、二宮周平『家族法 [第二版]』（新世社、二〇〇五年）四二五頁。また、遺留分の意義ないし存続の必要性について、最近、詳細な比較法上の研究が行われている。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）一七〇三～一七五二頁は、フランス法における遺留分制度の趣旨の再検討を通して、遺留分を積極的に評価する学説に疑問を投げかけている。青竹美佳「遺留分制度の機能と基礎原理（一・二完）——ドイツにおける遺留分権の憲法論

題に絡み合っており、非常に困難であるため、本稿では立ち入った検討ができなかった。これ以上の問題は、他日に譲ることにする。

*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。

的基礎付けによる新展開——」法学論叢 [京都大学] 一五五巻一号（二〇〇四年）二〇～五二頁・同一五五巻三号二六～四七頁は、ドイツの憲法上における遺留分の根拠付けを検討し、「遺言の自由に、基本法的価値秩序において基本的価値であるという評価が与えられ、遺留分は補助的な位置付けが与えられる」と理解している。これに対して、同じくドイツ法を研究の対象とした、藤原正則「最近三〇年間の遺留分をめぐるドイツの法改正論議（５・完）——高齢社会の下での遺留分存在論——」北大法学論集五六巻二号（二〇〇五年）六一七頁は、遺留分の存在意義が、「単に遺言自由、所有権の処分の自由と家族相続、平等主義の対立・調整に止まらず」、親族連帯をどう評価するするのかという現代的な問題を内包する「一般条項的な規定」とであると指摘し、遺留分の位置付けの点では、青竹論文とはやや異なっている。

現代中国における「司法」の構造(6)

—— 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

3.3 厳打期刑事司法の実態

3.4 厳打の成果

(以上57巻 4 号)

3.5 中間考察——なぜ83年厳打が可能であったのか？

(以上57巻5号)

4 その後の厳打

4.1 厳打の常態化

4.2 96年厳打

4.2.1 決定プロセス

4.2.2 96年厳打の現象

4.2.3 まとめ

4.3 01年厳打

4.3.1 決定プロセス

4.3.2 法的対応

4.3.3 01年厳打の現象

4.3.4 まとめ

4.4 章結

(以上57巻6号)

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

5.1 法規定から見る裁判の任務

5.1.1 裁判所法

5.1.2 刑法

5.1.3 刑事訴訟法

5.1.4 まとめ

5.2 量刑の判断因子——量刑事情

5.3 厳打の賛否をめぐる論争概観

5.3.1 肯定説

5.3.2 反省説

5.3.3 否定説

5.3.4 若干の検討

5.4 章結

6 「裁判＝道具」の構造

6.1 裁判の担い手——誰が裁判官になるのか？

6.1.1 裁判官になるための資格

6.1.2 誰が裁判官になっているのか

6.1.3 まとめ

6.2 法的決定形成プロセスに介在する制度

6.2.1 裁判所内部

6.2.2 地方ブロック——党委審査制

6.2.3 縦ライン——上級裁判所への照会

- 6.2.4 まとめ (以上本号)
 - 6.3 構造の潤滑油——裁判官の責任負担のあり方
 - 6.4 政府と裁判所の関係
 - 6.5 構造の全体像
- 終章

Ⅱ 裁判の位相——なぜ裁判が道具となるのか？

本稿の第1の課題「なぜ中国では厳打が可能なのか？」については、裁判が道具であるが故に厳打が可能となる、という私見を示した。ではなぜ裁判が道具となるのか。この問いを解きほぐすことが本部の課題である。

この課題に迫るための手がかりは、前部の考察においてすでに明らかになっている。それは、少なくとも政策決定者および裁判所の所長といった指導的地位にある者の脳裏において、裁判は「重きにかつ速やかに」の指示を遂行すべきものと認識されていることである⁽¹⁾。そこで以下ではまず、認識および理論の面から、裁判が権力の道具と考えられていることを明らかにする（5章）。

とはいえ、裁判が権力の道具と考えられているとしても、そうした認識がただちに現実のものとなるわけではない。現実には権力が裁判を道具として安定・継続して運用するためには、そのようにするための「仕組

⁽¹⁾ この点については、83年厳打の開始を告げた「厳打決定」の中の次の一文、「決して法律条文の意味と量刑の幅を、頑なに犯罪者に有利で、人民に不利な方へと解釈してはならない。我々の法は真に人民大衆、政法部門、警察の幹部・警察官が犯罪者と闘争するための鋭利な武器でなければならず、人民が法とは自分達を守るものだと感じさせ、犯罪者が法に違反することを恐れるようにしなければならない」、および1990年の厳打に際して、四川省で開催された裁判所の会議において、「(裁判所は)『厳打』闘争において、法という武器を十分に運用し、『伝家の宝刀』の役割を果たし、法に従い社会治安に由々しき危害を及ぼす犯罪者を重きにかつ速やかに懲らしめなければならない」という見解が共通認識となったことから明らかであろう。なお、范愉「中国裁判制度とその理念の研究（7）」名古屋大学法政論集171号（1997年）476～477、478～480頁も同旨である。

み」が不可欠である。なぜなら、そうした「仕組み」がなければ、裁判が権力の道具であり続けるとは限らないからである。これを逆から言えば、裁判が道具と認識されており、かつ現実に裁判が道具であり続けているのであれば、そこには裁判を現実に道具とするための「仕組み」が存在すると考えられるのである。裁判を道具とする「仕組み」、すなわち本稿がいうところの「裁判＝道具」構造の全体像を解明することが6章の課題である。この点はまた、従来の先行研究が十分に迫ることがなかった論点でもある。

5 中国における裁判観

本章では中国において裁判が中立公平の第三者による判定ではなく、権力の道具であると考えられていることを明らかにする。政策決定者および裁判所の所長といった指導的地位にある者の脳裏において、裁判が道具であることはすでに述べたが、本章では次の3点をさらに検討し、裁判＝道具の認識が中国の法的世界に深く根付いていることを明らかにする。まず、法が裁判の任務をどのように定めているのかを明らかにする(5.1)。次に、刑法理論において、何を根拠に刑を量定すべきとされているのかを検討する(5.2)。これは日本刑法学でいうところ量刑事情は何かという論点である。最後に、嚴打の賛否をめぐる諸説を検討し、「大勢」として嚴打に対してどのような態度を採っているのかを明らかにする(5.3)。

5.1 法規定から見る裁判の任務

本節では刑事裁判に密接に関係する(1)裁判所法、(2)刑法、(3)刑事訴訟法を素材として、各法が定める裁判所、刑法および刑事訴訟法の任務を明らかにする。こうした作業を行う理由は以下のとおりである。すなわち、中国には「裁判法」といった類の法律がないため、法が裁判の任務についてどのような立場を採っているのかは自明のことではない。とはいえ、なぜ裁判が道具となるのかという本部の課題を解きほぐすためには、法の立場を明らかにすることは不可欠である。そこで本節では、こうした作業を通じて、裁判の任務に関する法の立場をあぶり出す。とり

わけ裁判所法が定める裁判所の任務と、裁判に課せられた任務には極めて密接な関係があるといえよう。

5.1.1 裁判所法

裁判所法3条は、裁判所の任務を次のように定める。

「人民裁判所の任務は刑事事件および民事事件を裁判するとともに、裁判活動を通じて、あらゆる犯罪者を懲らしめ、民事紛争を解決し、もってプロレタリアート独裁体制を守り、社会主義的適法性および社会秩序を維持し、社会主義的全人民所有の財産、勤労大衆による集団所有の財産を保護し、市民による個人所有の財産を保護し、市民の人身の権利、民主的権利その他の権利を保護し、国家の社会主義革命および社会主義建設事業の順調な進展を保障することである。

人民裁判所はその全活動を通じて市民が社会主義祖国に忠実であり、憲法および法律を自覺的に遵守するよう教育する」。

本条から明らかなように、裁判所は裁判を通じて様々な目的を実現すべきものとされている。まず1項では、刑事裁判についていえば、犯罪者を懲らしめることが、裁判所がまずもってなすべき任務とされている。そして、これを通じて実現すべき最終的目的は、「国家の社会主義革命および社会主義建設事業の順調な進展を保障すること」である。これは「国家目的」と言い換えることができよう。また2項では、「社会主義法系の際立った特徴」⁽¹⁾である「司法の教育機能」が定められている。

このように、中国の「人民裁判所」は裁判を通じて国家目的を積極的に実現する任務を負っているのである。

5.1.2 刑法

旧法2条は次のように刑法の任務を定める。

「中華人民共和国刑法の任務は、刑罰によってあらゆる反革命その他の刑事犯罪行為と闘争し、もってプロレタリアート独裁体制を防衛し、社会主義的全人民所有の財産および勤労大衆による集団所有の財産を保

⁽¹⁾ 賀衛方「通過司法實現社会正義——对中国法官現状的一個透視」同『司法的理念与制度』（中国政法大学出版社、1998年）42頁。

護し、市民による個人所有の合法的財産を保護し、市民の人身の権利、民主的権利その他の権利を保護し、社会秩序、生産秩序、業務秩序、教育研究秩序および人民大衆の生活秩序を維持し、社会主義革命および社会主義建設事業の順調な進展を保障することである」。

旧法制定後の代表的教科書である『試用教材刑法学』は、本条を次のように説明する⁽²⁾。すなわち、一切の搾取階級の刑法の任務とは截然と異なり、本条は中国刑法が何に打撃を加えて、何を守るのか、そして刑法の任務と国家の任務の関係についてはっきりと説明している。「(中国)刑法は党および国の異なる歴史時期における主要任務に奉仕するものである」。そして本条が定める刑法の重要任務である、刑罰によって①反革命犯罪と闘争し、プロレタリアート独裁の国家体制を防衛すること、②その他の刑事犯罪と闘争し、社会主義的公共財産および市民個人の合法的財産を保護すること、③その他の刑事犯罪と闘争し、市民の人身の権利、民主的権利その他の権利を保護すること、そして④反革命その他の刑事犯罪と闘争することは、結局のところ、本条所定の各秩序を維持し、安全で良好な社会環境を創造し、社会主義現代化建設事業の順調な進展を保障することである。「刑法の全規定は、いずれも敵を鎮圧し、犯罪を処罰し、人民を保護し、4つの現代化建設を守るためのものである。刑法の規定に厳格に則り事を行わなければならない、そうしなければ、刑法の人民民主主義独裁の道具としての役割を十分に果たすことができない」、と。

このように本条が定める刑法の任務は、犯罪との闘争を通じて、各秩序を維持し（以下、「社会秩序」と総称する）、もって「4つの現代化建設」という国家目的の積極的実現に資する社会環境を創造することとされている⁽³⁾。ここから国家目的の積極的実現に奉仕すべきという考え方を読み取ることができよう。「刑法の人民民主主義独裁の道具としての

(2) 『試用教材刑法学』23～26頁。

(3) 高銘喧編『中華人民共和國刑法の孕育和誕生』(法律出版社、1981年)26頁。また王作富『中国刑法研究』(中国人民大学出版社、1988年)10頁も、刑法の任務を「まとめると一言である。すなわち社会主義革命および社会主義建設事業の順調な進展の保障である」とする。

役割を十分に果たすことができない」という表現は、このことを雄弁に物語っている。

また同時に、社会に危害を加える行為が犯罪であるとする実質的犯罪概念（同法10条）、類推許容規定（79条）と相俟って⁽⁴⁾、旧法の任務規定からは、刑法により国家刑罰権の恣意的発動を抑制しようとする発想は読み取れない。

さらに、刑法の保護の対象が「人民」に限られていると解されている点も見逃せない。というのは、保護対象が「人民」だけに限定されれば、論理必然的に、「敵」は保護の範疇に含まれなくなる。本条が「刑法が人民の利益を守り、敵に打撃を加え、犯罪に懲罰を加える重要な武器であること」……を表している⁽⁵⁾といわれる所以である。このように「人民を保護する」という背景にある考え方は、以下に見る現行刑法・刑訴法にも存在するが、贅言しない。

次に現行法を見てみよう。同法1条は刑法制定の目的を次のように規定する。

「犯罪に懲罰を加え、人民を保護するために、憲法に基づき、わが国における犯罪闘争の具体的経験と实际的状況を結びつけ、本法を制定する」。

本条から明らかなように、刑法制定の目的は、「犯罪に懲罰を加え、人民を保護するため」である⁽⁶⁾。なお、ここでいう「人民を保護する」とは、人民の人身の権利、民主的権利、財産的権利などの人民の個人的権利の保護のみならず、「人民の根本的利益を代表する国家政権、社会主義的政治・経済体制」の防衛も含まれる⁽⁷⁾。

そして同法2条は、刑法の任務を次のように定める。

⁽⁴⁾ この点については、拙稿「中国刑法における罪刑法定主義の命運——近代法の受容と拒絶——（1）」北大法学論集52巻3号（2001年）95～97頁を参照されたい。

⁽⁵⁾ 銅山「保護人民、打撃敵人、懲罰犯罪の武器——学習中華人民共和国刑法総則の一点体会」法学雑誌1983年1期43頁。

⁽⁶⁾ 李淳・王尚新主編『中国刑法修訂的背景与適用』（法律出版社、1998年）17頁、郎勝主編『中華人民共和国刑法新注』（中国法制出版社、2002年）3頁。

⁽⁷⁾ 郎勝・同上。

「中華人民共和国刑法の任務は、刑罰によってあらゆる犯罪行為と闘争し、もって国家の安全を防衛し、人民民主主義独裁の国家権力および社会主義体制を防衛し、国有財産および勤労大衆による集団所有の財産を保護し、市民による個人所有の財産を保護し、市民の人身の権利、民主的権利その他の権利を保護し、社会秩序および経済秩序を維持し、社会主義建設事業の順調な進展を保障することである」。

本条については、「基本的に旧刑法2条所定の内容であり、形勢の変化および犯罪闘争の実際のニーズに基づき、旧条文の文言を修正しただけである」⁽⁸⁾とされている。それ故、その主たる内容も旧法2条と同じであり、「犯罪処罰は手段であり、国家および人民の利益の保護が目的である」⁽⁹⁾とされている。

以上のように新旧刑法が定める刑法の任務は、刑罰により各種法益を保護し、社会秩序を維持し、もって社会主義革命や社会主義建設事業といった国家目的の積極的実現を推し進めることであるといえよう。

ところで、刑法の任務については、日本の学界においても、例えば大谷實は「刑法が社会において果たすべき機能またはその固有の役割」として、「社会を構成する要素（個人や集団——原文）の調和を図り安定させることによって、社会の発展に奉仕する」という社会秩序維持機能を挙げている⁽¹⁰⁾。ここから、日中両国の刑法の任務は似ているといえそうである（さらには刑法に社会秩序の維持を期待することは洋の東西を問わないといえよう）。

しかし、両者は実は似て非なるものであると考える。というのは、大谷は社会秩序維持機能をさらに法益保護機能と人権保障機能に分けているが、現行法2条においては、後者の「国家の刑罰権の行使を制限し、もって刑罰権の恣意的行使から一般国民および犯罪者の人権を保障する」⁽¹¹⁾という役割を見出すことができないからである。「人民」概念を採用している同条からは、むしろ「敵」には刑罰権の恣意的行使に対抗する権

⁽⁸⁾ 李淳等・前掲注（6）17頁。

⁽⁹⁾ 趙秉志主編『新刑法典的創制』（法律出版社、1997年）31頁。

⁽¹⁰⁾ 大谷實『刑法講義総論（追補版）』（成文堂2005年）4～7頁。

⁽¹¹⁾ 同上6頁。

利があるのかという疑問すら生じよう⁽¹²⁾。

この点について、現行法3条は罪刑法定主義的な規定を設けた。すなわち、「法律に犯罪行為であると明文規定しているものは、法律に照らして犯罪を確定し刑罰を科す。法律に犯罪行為であると明文規定していないものは、犯罪を確定し刑罰を科すことはできない」と。したがって、日本刑法でいうところの人権保障機能に相当する役割は、本条が担っていると解することも可能である。しかし、私見では「(現行) 刑法が具現する[罪刑法定原則]には、国家の刑罰権の恣意的発動を抑制し、市民個人の権利を保障するとの理念は内在していない」⁽¹³⁾。

以上を要するに、中国刑法の最重要任務は国家目的の積極的実現を推し進めることであり、刑法をもって国家刑罰権の行使を制限しようとする考え方は稀薄である、ということができよう。こうした刑法観は次の指摘が端的に示している。曰く「観念の深層においては、多くの人は依然として、刑法は階級独裁または政治的支配の道具であり、鎮圧権能を専ら実施する『伝家の宝刀』であり、刑法は永遠に冷酷なものであり、刑法の概念は常に監獄、暴力および血なまぐさい死刑、肉刑と結びつけられ、そのため、刑法の味は常に苦いものである。被告人、犯罪者、ひいては一般市民にとって、刑法は永遠に身の毛もよだつダマスカス剣なのである」⁽¹⁴⁾と。

5.1.3 刑事訴訟法

旧法2条は、次のように刑事訴訟法の任務を定める。

⁽¹²⁾ 「こうした叙述構造(敵味方)により、法律は市民だけを保護し、敵は権利が保障されず、情け容赦なく扱われ、消滅されるべきとなる」という指摘もある(勞東燕「刑事司法政治化的背後」陳興良編『公法(第5巻)』(法律出版社、2004年)51頁)。

⁽¹³⁾ 拙稿「中国刑法における罪刑法定主義の命運——近代法の受容と拒絶——(2・完)」北大法学論集52巻4号(2001年)250頁。また、4.4で検討した同性向けの管理売春事件において、全国人大常委会下屬機構が刑法改正に際して廃止されたはずの類推適用[比照]を指示したことは、このことを裏付けよう。

⁽¹⁴⁾ 梁根林「“刀把子”、“大憲章”抑或“天平”?——刑法価値的追問、批判与重塑」中外法学2002年3期335頁。

「中華人民共和国刑事訴訟法の任務は、犯罪事実を的確かつ適時に明らかにし、法律を正しく運用し、犯罪者への懲罰を保証し、罪のない者が刑事的追及を受けることのないよう保障し、市民が自覚的に法律を遵守し、積極的に犯罪行為と闘争するよう教育し、もって社会主義的適法性を維持し、市民の人身の権利、民主的権利その他の権利を保護し、社会主義革命および社会主義建設事業の順調な進展を保障することである」。

本条は学説上、刑事訴訟法の具体的任務を明示し、これらの具体的任務の実現を通じて達成すべき総任務を定めたものと解されている。例えば陶髦主編『刑事訴訟法学』では、刑事訴訟法の任務は、①犯罪事実を的確かつ適時に明らかにし、法律を正しく運用し、犯罪者の懲罰を保証すること、②罪のない者が刑事追及を受けることのないよう保障すること、③市民が自覚的に法律を遵守し、積極的に犯罪行為と闘争するよう教育するという3点の具体的任務の実現を通じて、最終的に「社会主義的適法性を維持し、市民の人身の権利、民主的権利その他の権利を保護し、社会主義革命および社会主義建設事業の順調な進展を保障する」という根本目的を実現することであると説明される⁽¹⁵⁾。刑事訴訟法においても、やはり最終的には社会主義革命や社会主義建設事業という国家目的に行き着くのである。

次に現行法を見てみよう。同法1条は刑事訴訟法制定の目的を次のように規定する。

「刑法の正しい実施を保証し、犯罪に懲罰を加え、人民を保護し、国家の安全および社会公共の安全を保障し、社会主義社会の秩序を維持するために、憲法に基づき、本法を制定する」。

同条については、現行刑法1条と同様のことが指摘できよう。

そして、同法2条では刑事訴訟法の任務を次のように定める。

(15) 陶髦主編『刑事訴訟法学』（高等教育出版社、1993年）28～31頁。なお、王国枢主編『刑事訴訟法学（第2版）』（北京大学出版社、1995年）30～40頁は①と②をひとつの具体的任務とするが、理論構成は同じである。すなわち、①+②および③という2つの具体的任務を通じて「社会主義革命および社会主義建設事業の順調な進展を保障する」という根本目的を実現する、と。

「中華人民共和国刑事訴訟法の任務は、犯罪事実を的確かつ適時に明らかにし、法律を正しく運用し、犯罪者の懲罰を保証し、罪のない者が刑事的追及を受けることのないよう保障し、市民が自覚的に法律を遵守し、積極的に犯罪行為と闘争するよう教育し、もって社会主義的適法性を維持し、市民の人身の権利、財産の権利、民主的権利その他の権利を保護し、社会主義建設事業の順調な進展を保障することである」。

本条は文言上若干の修正が加えられたにすぎない⁽¹⁶⁾。そのため、本条も旧条文と同じように解釈されている⁽¹⁷⁾。

5.1.4 まとめ

以上のように、裁判所法、刑法および刑事訴訟法が定める裁判所の任務、刑法の任務、刑事訴訟法の任務は究極的には一点に収斂される。それは、国家目的の積極的実現である。刑事裁判は、裁判所の裁判官が刑事訴訟法に則り刑法を適用するものであり、したがってその任務も、国家目的の積極的実現であると考えるのが筋であろう。そして、この「国家目的」は、法文上、「社会主義革命」ないしは「社会主義建設」と抽象的には表現されるが、具体的に何を指すのかは、必ずしも明らかではない。しかし、いずれにせよこの「国家目的」が、党が指導するところの国家が設定した目的であることに変わりはなく、裁判所はその目的の実現に向けて裁判を行うのである。このことは次の指摘からも明らかである。すなわち、「今日の中国の裁判所は、表面的に見れば、もとより昔日と同日に論ずることはできないが、我々が社会政治生活の今と昔を選んで横断的に分析すれば、裁判所の政治構造における被支配の一極という地位には、何の変化もない。『職能上の変化』は単に人民裁判所を敵対独裁の用心棒から、護送船団の航海士に変えただけであり、裁判所システムの自主性にとって何ら意味はなく、裁判所は依然として奴隷の

⁽¹⁶⁾ 改正点は、市民の権利として「財産の権利」を明文規定したこと、および旧刑訴法の根本目的と解されていた「社会主義革命」の削除の2点である。

⁽¹⁷⁾ 郎勝主編『關於修改刑事訴訟法的決定釈義』（中国法制出版社、1996年）7～8頁、周道鸞・張泗漢主編『刑事訴訟法的修改与適用』（人民法院出版社、1996年）38～40頁など。

ままである」⁽¹⁸⁾、と。現状に則して具体的にいえば、経済発展の促進、およびそのために社会秩序を維持することになる。この点、「国家法秩序を維持することを目的とする作用」⁽¹⁹⁾とされる法的判定型裁判とは截然と異なる。

5.2 量刑の判断因子——量刑事情

本節では中国刑法理論において、量刑に際してどのような要素を考慮すべきとされているのかを検討する。いわゆる「量刑事情」が何であるかという論点である。ここで量刑事情とは「量刑に際して考慮されるべき個別的・具体的要素」と定義しておく。中国刑法典には「それらの諸要素を評価・判定するための一般原理ないし方法」である量刑基準が何であるかは規定されていないが⁽²⁰⁾、量刑事情については、新旧刑法ともに同じ規定が設けられている。それは以下のとおりである。

「犯罪者に対する刑罰を決定するときには、①犯罪の事実、②犯罪の性質、③情状および④社会に対する危害程度に基づき、⑤本法の関連規定に照らして処断しなければならない」（現行刑法61条。旧刑法57条も同じ）（丸数字は筆者による）。

本規定は、中国刑法の量刑原則が「犯罪事実を根拠とし、刑法を準則とする」ことであることを示しているとされる⁽²¹⁾。前半部分の「犯罪事実」は①から④を含む広義の犯罪事実であり、それに対して①は狭義の犯罪事実とされる。また後半部分の「刑法を準則とする」は⑤から導かれる。具体的には、法定刑の枠内において、累犯、自首、さらには法定の従重・従軽・減輕（「両方の決定」施行後現行刑法施行以前においては加重も含む、以下同じ）事由に則り量刑を行うべきことを意味する。以下ではまず、量刑事情となる①から④の各要素の内容を簡単に説明し、

(18) 翟小波「法院体制自主性建構之反思」中外法学2001年3期302～303頁。

(19) 田中二郎『要説行政法（新版）』（弘文堂、1972年）6頁。

(20) 以上については、城下裕二『量刑基準の研究』（成文堂、1995年）16、20頁。

(21) 趙秉志主編『新刑法教程』（中国人民大学出版社、1997年）321頁、高銘喧主編『新編中国刑法学（上冊）』（中国人民大学出版社、1998年）358頁、陳興良『陳興良刑法学教科書之規範刑法学』（中国政法大学出版社、2003年）224頁など。

しかる後に、中国の量刑論がどのように理論構成されているのかを見る。

①犯罪の事実とは、犯罪を構成する主観的・客観的事実を指す。②犯罪の性質とは、行為者の行為が何罪を構成するのか、ということである。③情状とは、犯罪の情状のことであり、犯罪構成要件該当事実以外に、犯罪の社会危害程度および犯罪者の再犯可能性〔人身危険性〕⁽²²⁾の程度に影響を及ぼし得る具体的事実状況を指す。④犯罪の社会に対する危害程度は、犯罪行為が社会に惹起した危害の大小を指し、犯罪の本質的特徴である犯罪の社会危害程度（犯罪論においては「社会危害性」と呼ばれる）は、犯罪の成否を決定するのみならず、刑罰の軽重をも決定する。ここで「犯罪の成否」とは、現行刑法13条⁽²³⁾が「……、但し、情状が顕著に軽微であり、危害の大きいものは、犯罪とは認めない」と定めるように、社会危害性が小さければ、犯罪とはならないことを意味する。そして、犯罪の社会危害程度は犯罪の事実、犯罪の性質および犯罪の情状によって決定される⁽²⁴⁾。つまり、中国刑法の量刑事情は、①から③を総合的に判断して導き出される④社会危害程度、そして③が反映する再犯可能性と概括することができる⁽²⁵⁾。

⁽²²⁾ 陳興良「論人身危険性及其刑法意義」法学研究1993年2期37頁、周振想「論罪刑相適應原則」同『当代中国的罪与罰』（中国人民公安大学出版社、1999年）73頁などによると、〔人身危険性〕は日本でいう「再犯可能性」を指すものと考えられる。

⁽²³⁾ 旧刑法10条但書も同様。

⁽²⁴⁾ 以上については、高銘喧・前掲注（21）358～359頁を参照した。なお、日本国内の先行研究としては、小口彦太『現代中国の法と裁判』（成文堂、2003年）121～144頁参照。

⁽²⁵⁾ 社会危害程度（社会危害性）と再犯可能性〔人身危険性〕が量刑の二大根拠であるとするのが中国の通説と目される（高銘喧主編『刑法学原理（第3巻）』（中国人民大学出版社、1994年）212～213頁（周振想執筆）、趙秉志・前掲注（21）324頁、高銘喧・前掲注（21）362頁など）。とはいえ、旧刑法57条および現行刑法61条は再犯可能性を導き出す根拠としては必ずしも明白なものではない。ここで中国刑法学界が量刑事情に再犯可能性を読み込ませる理由としては、次の2点が考えられる。ひとつは、旧刑法起草時に再犯可能性を量刑事情とすることは織り込み済みであったことである。すなわち、元々旧刑法草案33稿は「犯罪者に対する刑罰を決定するときには、犯罪の事実、

だが、この社会危害程度の判断根拠は、刑法には規定されていないが、実は犯罪の事実、性質、情状だけではない。すなわち、「社会の政治、経済、治安の形勢も犯罪の社会に対する危害の程度に影響を及ぼす」⁽²⁶⁾と。つまり、刑法所定の①、②および③以外に、さらに「形勢」も考慮しなければならず、したがって、その当然の帰結として、「形勢」が量刑に影響を及ぼすことになる。曰く「犯罪の社会危害程度の大小は、主に犯罪の事実、性質、情状により決定されるほか、形勢とも密接に関係している。……わが国『刑法』が犯罪行為の社会に対する危害程度を量刑の根拠のひとつとしていることは、実質的には量刑に際しては必ず形勢を含めて考慮しなければならないことを含んでいる」⁽²⁷⁾と。そして、

犯罪の性質、情状および社会に対する危害程度に基づき、犯罪者の個人的状況、罪を認める正直さ、および犯罪の改悔の状を参照して、本法の関連規定に照らして処断しなければならない」と規定していたが、傍点部については実務において「適度に把握すればよく、条文にはっきりと規定する必要はなく、規定すれば次のような副作用が容易に生じる。第1に、犯罪事実自体がどのようなものであれ、一面的に犯罪後の態度を強調することになり、量刑上の偏りを招くことになる。第2に、一面的に罪を認める態度および改悔の状を強調することになり、被告人が十分に弁護権を行使することを躊躇するようになる。第3に、『犯罪者の個人的状況』は、出身成分を含むものと理解されやすく、出身成分が良ければ軽きに從って処罰し、出身成分が悪ければ重きに從って処罰することになりかねない。これは法の下での平等原則に反することになる。以上の生じうる副作用を避けるために、上記文言（傍点部）を削除した」という（高銘喧・前掲注（3）88～89頁。草案33稿の条文については、『刑法立法資料（上）』347頁を参照した）。もうひとつの理由は、刑罰の目的である。すなわち、中国の通説は刑罰の目的を一般予防および特別予防としているため、この立場からは、量刑事情に再犯可能性を読み込ませることが不可欠となる。

⁽²⁶⁾ 馬克昌『論死刑の適用』楊敦先・曹子丹主編『改革開放与刑法發展——1992年刑法學術研討會論文精選』（中国檢察出版社、1993年）180頁。また、高銘喧・前掲注（21）359～360頁も、「犯罪の社会危害程度を評価する際には、さらに国家の政治、経済、社会治安の形勢を適度に考慮しなければならない」とする。

⁽²⁷⁾ 金鑄・嚴雯『兩法執行中的問題与探討』（群眾出版社、1982年）60頁。このほか、張軍「論形勢与定罪量刑」趙秉志・張智輝・王勇・趙國強編『全国刑法碩士論文薈萃（1981届—1988届）』（中国人民公安大学出版社、1989年）75～

「社会形勢が行為の社会危害性の大小に影響を及ぼし、量刑時に考慮すべきことは、わが国刑法学界の一部の学者のコンセンサスとなっている」⁽²⁸⁾という。

そのため、嚴打期により重い刑罰を科しても、刑法4条および5条が定める法の下での平等と罪刑均衡原則には反しないというロジックが展開される。まず法の下での平等について例えば馬天山は、「司法実務においては、『嚴打』期と非『嚴打』期における量刑の違いが生じ得り、これは表面的には不平等の嫌いがありそうであるが、第1に、こうした違いは刑法所定の量刑の枠を限度としており、決してそれを越えてはならず、第2に、『嚴打』期において犯罪にわりあい重い処罰を科すことは、社会の実際状況に基づき確定したことであり、『刑法』の量刑の枠の自然空間が包摂し得るものであるため、実質的には、それらはやはり平等である」⁽²⁹⁾とする。また罪刑均衡原則についても、例えば馬克昌は「こうした犯罪自体が、いずれも社会治安に由々しき危害を及ぼす犯罪であり、社会治安の形勢が厳しい状況の下では、それらの社会危害性の程度も増大し、法に従い重きに従って処罰することは、まさにその犯行と負うべき刑事責任と均衡している」⁽³⁰⁾と論じる⁽³¹⁾。

76頁、趙秉志「“嚴打” 中刑法適用若干問題研討」『嚴打中的法律与政策適用』65頁なども同旨。

⁽²⁸⁾ 馬克昌「關於“嚴打”的刑法学思考」『刑法学文集（2001）』234頁。趙秉志「對『嚴打』中幾個法律關係的思考」人民檢察2001年9期（CNKI）25頁も同旨。

⁽²⁹⁾ 馬天山「從困惑的必然走向必然的頓悟——“嚴打”方針的實踐原則与完善思弁」『嚴打中的法律与政策適用』147頁。

⁽³⁰⁾ 馬克昌・前掲注（28）236頁。

⁽³¹⁾ なお、こうしたロジックに対しては、学界はもとより、実務においても批判の声が挙がっている。例えば、王曉光（中央政法委員会研究室処長）は嚴打だからといって犯罪の社会危害性が大きくなるというロジックには根拠がないと批判する（「關於我国刑事政策的幾個問題」檢察業務指導2003年4期11～12頁）。また学界においても、例えば顧蕭榮・遊海東は「『嚴打』の重きにかつ速やかには、同罪異罰、量刑の前後不一致を招き、事件処理の質を輕視するのみならず、嚴格な法律執行からも乖離し、罪刑均衡原則に悖り、司法の公正に悖る」と批判する（「20年来中国刑事政策的回顧与研究」『刑法学文集（2003）』899頁）。

そして、「形勢は客観的に存在しているものであるが、形勢の善し悪しを観察・評価するに当たっては、人々の立場、観点および方法により異なり、結論が異なることは常である(る)」⁽³²⁾という指摘が示すように、「形勢」は判断によって導き出される。それでは誰が「形勢」を判断するのか。それは党である。このことは、「ある行為の社会危害性が犯罪の程度に達しているかを決定するには、刑事政策の指導から離れることはできない。例えば、刑法規定が包括的な構成要件であれば、その具体的内容については刑事政策が形勢および具体的状況に応じて確認するほかない」⁽³³⁾、「刑法は懲罰の手段を用いて犯罪と闘争する重要な法律であり、その内容は必ず階級闘争の形勢を正確に反映し、社会政治、経済、文化的生活のニーズを反映し、党の方針・政策の要求に従わなければならない」⁽³⁴⁾という指摘から読み取れよう。

以上の量刑論によれば、党が目下の「形勢」は芳しくないと判断すれば、それだけ量刑を重くしなければならないことになる⁽³⁵⁾。その結果、これまで社会危害性が小さいために犯罪とされてこなかった行為も犯罪とされ、また従来から犯罪とされてきた行為も、より重い刑罰が科されることになる。そして、「形勢は任務、方針、政策を決定し、刑法の適用は必ず方針・政策の指導に従わなければならない。この道理はわりあいはっきりとしている」⁽³⁶⁾という指摘から明らかなように、党が判断するところの「形勢」は、「任務、方針、政策」により示される。

このように、党の形勢判断により量刑相場が変動することが、理論的に正当化されているのである。このことはとりもなおさず、裁判が党の道具となるべきことが、刑法理論に組み込まれていることを示している。

かかる量刑論が中国刑事司法の実践に極めて適合的であることは、こ

⁽³²⁾ 樊鳳林「試論刑罰適用与形勢(上)」政法論壇1993年5期30頁。

⁽³³⁾ 聞長智「論我国基本刑事政策」趙秉志等・前掲注(27)72頁。

⁽³⁴⁾ 王伝生「適用刑罰与適応形勢」法学研究1981年6期4頁。

⁽³⁵⁾ ここでは、治安の悪化に対しては重罰化をもって臨むことが当然の前提とされている。

⁽³⁶⁾ 崔慶森・袁作喜「論懲辦与寛大相結合的基本刑事政策」法学研究1981年3期40～41頁。

れまでの考察から明らかであろう。すなわち、「長期にわたり、治安形勢の善し悪しは一貫してわが国の司法実務において量刑の軽重を決定する根拠となっており、治安形勢が悪化すれば、必然的に『嚴打運動』と『專項闘争』が繰り広げられ、『重きに従う』が政策化されている」⁽³⁷⁾という指摘が示すように、嚴打はまさにその現れである。

5.3 嚴打の賛否をめぐる論争概観

本節では中国の刑事司法当局（いわゆる「官方」、以下「当局」と呼ぶ）および学界における嚴打の賛否をめぐる論争の対立構造を整理する。ここでこうした作業を行うのは、法に従い重きにかつ速やかに打撃を加えるというスローガンが示すように、裁判が道具になることが嚴打の本質的特徴であるため、本論争の検討を通じて、以下に見る各論者・説の裁判観を間接的に映し出すことができると考えられるからである。

嚴打の賛否をめぐることは、中国の学界において90年代後半から徐々に注目を集め出した。83年嚴打開始時には、嚴打を正面から否定する見解は公の場では展開されなかった⁽³⁸⁾が、今日においてはこうした見解も公の場に登場しており、嚴打の賛否が学界の一大論点となっている。このことを示すように、中国法学会刑法学研究会では、2001年に嚴打そのものが、また2003年には嚴打を含む刑事政策が年次大会のテーマのひとつ

⁽³⁷⁾ 胡雲騰『存与廢——死刑基本理論研究』（中国檢察出版社、2000年）216頁。なお、著者は同時に「しかしながら、わが国の如何なる刑事立法文書においても、悪い治安形勢をもって重きに從って量刑する根拠とする文言は見あたらず、さらには重きに從って死刑を適用する根拠とすべきとの記述は存在しない」と指摘し、「形勢」を量刑事情のひとつとすることを批判する。

⁽³⁸⁾ 「重きにかつ速やかに」の方針に対する批判の声は、当初からあったといわれている。すなわち、「1980年、彭真同志は復職してすぐに、はっきりと重大刑事犯罪には法に従い重きにかつ速やかに懲らしめる方針を実施しなければならないと提起した。理解を示さない同志もあり、ひいては『四人の共産黨員』の名義で党中央に手紙を送り、法に従い重きにかつ速やかにに反対した」と（劉復之「“嚴打”就是專政——記小平同志對“嚴打”的戰略決策」『檢察年鑑（1992）』3頁）。しかし、90年代前半までにおいて、こうした嚴打否定論は、嚴打支持者がそれを批判するために持ち出されるものであって、否定説が自己の議論を展開するためのものではなかった。

つとされた⁽³⁹⁾。

本論争における各論者の主張を、筆者なりに整理すれば、①肯定説、②反省説および③否定説に分けることができる。中国においても3つの説に分類されている⁽⁴⁰⁾が、ここで「筆者なり」というのは、各論者の論旨の理解・整理が、中国の論者のそれと異なるからである。例えば、最高検の調査チーム「厳打」刑事政策研究課題組（以下、「最高検課題組」と呼ぶ）は各説の論旨を次のように整理する。すなわち、①肯定説は、厳打には問題も存在するが、それよりもメリットがはるかに大きいとして、引き続き厳打を行うべし、とする。②折衷説は、厳打については基本的に肯定するが、厳格に法に従い事件を処理していない、警察・検察・裁判所の合同事件処理などの問題点を指摘する。③否定説は、厳打は犯罪闘争の法則に違背しており、一般予防のみならず特別予防にもマイナスであり、しかも人権侵害を引き起こしやすく、マイナス面が顕著である、と。

しかし、この整理によれば、肯定説と折衷説に大差はないと考えられる。実際、厳打に問題はあるが、基本的に厳打を肯定する点について、両説は一致している。また、後に明らかにするように、今日においては、厳打の実践において生じた問題を是正し、厳打を修正していかなければならないという点でも両説は共通する。つまり、上の整理によれば、両説の間に質的な相違を見いだすことはできず、その区別は批判の程度の差にすぎない。

しかし私見では、最高検課題組の整理によると折衷説にカテゴライズされると目される論者の中には、どのように厳打を修正するかという点について、肯定説とは異質の主張を展開する者がいる。すなわち、肯定説は基本的にこれまでの厳打の維持を唱える。これに対し、いわゆる折

⁽³⁹⁾ 『刑法学文集（2001）』、『刑法学文集（2003）』参照。

⁽⁴⁰⁾ 中国の学界における呼称は統一されていないが、内容はほぼ共通している。例えば、遊偉および謝錫美は①肯定説、②反省説、③反対説に分け、最高検が組織した調査チーム「『厳打』刑事政策研究課題組」は①肯定説、②折衷説、③否定説に分けている（張穹主編『“厳打”政策的理論と実務』（中国検察出版社、2002年）247頁（遊偉・謝錫美執筆）、課題組「“厳打”刑事政策研究」張智輝・謝鵬程主編『中国検察（第4巻）——刑事政策与証拠規則』（中国検察出版社、2004年）79～80頁参照。

表説の中には、表面的には嚴打を支持しつつも、その修正プランにおいては、これまでの嚴打を「骨抜き」にする、全く異質の「嚴打」を提案している論者がいる。それは端的に嚴打から「裁判＝道具」の典型的表れである「重きにかつ速やかに」という内容を排除しようとする。これが本稿で反省説と呼ぶ主張であり、その論旨を単純化して表現すれば、これまでの嚴打を反省して、換骨奪胎を図ろうとするものである。

ではなぜ反省説は「面従腹背」ともいうべき回りくどいやり方採っているのか。それは、政治運動である嚴打に対して正面切って異を唱えることのリスクが大きいと認識されているからである。曰く「現在の嚴打について、私は本音をいえば、異を唱えることはできないが、それを支持していない」⁽⁴¹⁾と。つまり、反省説はいわゆる「政治的配慮」から嚴打反対を直截的に表明していないだけである。反省説の表現は否定説とは異なるが、嚴打に対する態度に質的な違いはない。そして、このように肯定説と反省説を区別した場合、肯定説は実務および学界の——政治的プレッシャーのため、それが本当に多数説であるかは別として表面的には——「多数説」になるものと目される。以下では各説の代表的論者の主張に則して論争を検討する。

5.3.1 肯定説

本説の典型的な主張は、83年嚴打を総括・評価する蕭揚主編『中国刑事政策和策略問題』⁽⁴²⁾に見られる。なお、蕭揚は現最高裁所長であり、

⁽⁴¹⁾ 『刑事政策検討』35頁（曲新久報告「嚴打的刑事政策分析」についての質疑応答における梁根林のコメント）。また、「このように重要な国家政策に対して、学界の研究はあまり多くない（このことは文革の教訓と関係がある。文化大革命という災難において、数え切れない無実の者が、言論のために『反党、反社会主義、反革命』の罪名ないしはその他のでっち上げられた罪名をかぶせられ、迫害を受け、監禁され、ひいては殺害された。こうした悲惨な経験は、数代にわたるインテリゲンチアにぬぐい去ることのできない恐怖感を植え付け、そのため、政治問題に関わることを恐れるようになった）」（カッコ内は原文脚注部分）という指摘もある（汪明亮「現実基礎と理性思弁：評嚴打刑事政策」『刑事政策検討』208頁）。

⁽⁴²⁾ 蕭揚主編『中国刑事政策和策略問題』（法律出版社、1996年）156、174～176頁。

出版当時は司法部長であった。

同書は、83年厳打およびその後の厳打の実践から見て、「犯罪とは各種の消極的現象の総合的反映であるため起伏はあるが、この方針（厳打を指す）が徹底執行されているときは、犯罪情勢は抑制されており、犯罪のリバウンドの範囲・程度も小さいことは事実が証明するところである」とした上で、「これが完全に正しい方針であることは実践が証明するところである」とする。そして83年厳打を振り返り、「社会治安に由々しき危害を及ぼす犯罪者に厳しく打撃を加え、社会治安の異常な状態を転換させるとともに、その効果は社会治安回復の範囲をはるかに超え、政治、経済、社会、思想などの多方面・領域にわたり、積極的作用および深遠な影響を生み出した」と総括した上で、その「積極的作用および深遠な影響」を以下の5点にまとめる。すなわち、①人民のために害を取り除き、億万の人民大衆の支持を獲得したこと、②重大刑事犯の気炎に打撃を加え、不安定要素を取り除き、生産力の発展および経済建設にプラスな社会環境を創造したこと、③人民大衆の適法性観念を強化したこと（判決宣告大会、座談会、展覧会などを通じた法制教育）、④犯罪者を震撼させ、不穏分子に警告を与え、大量の非行少年を更生させ、犯罪の発生を減少・予防したこと、⑤政法隊伍を鍛錬し、法制建設を促進したこと、である。

このように同書は、厳打の積極面のみを論じ、消極面については論じておらず、生粋の肯定説であると位置づけることができる。

しかし、厳打の消極面に目を向けないこうした論調は、90年代後半以降影を潜め、実務家の多くが厳打の問題点を指摘するようになる。例えば、貴州省高裁所属の鄒偉・張徳昌・陳文全は次のように論じる⁽⁴³⁾。すなわち、厳打を長期的に堅持し、厳打を土台として社会治安総合対策を行わなければ、国家の安定と秩序を維持することはできない。他方で中国はWTOに加盟しており、また国際社会にとけ込むためには、厳打においても罪刑法定原則、無罪推定原則、人権保障原則を堅持しなければならない。そのためには、厳打の実践において生じた次のような問題

⁽⁴³⁾ 鄒偉・張徳昌・陳文全「論新時期的“厳打”方針」貴州警官職業学院学报 2002年3期（CNKI）14頁以下。著者等が裁判官であるかは不明である。

を是正しなければならない。それは、①法の枠内で厳打を行うこと、②厳打期間中は重きに従わなければならないが、一律に最高刑を科すように、刑法所定の加重減軽を無視してはならない、③速やかにを追求するあまり、手続を軽視してはならない、④政法委員会による事案解決の調整は必要であるが、過度に多用してはならない、また合同事件処理は絶対に行ってはならない、などである⁽⁴⁴⁾。

また、学界における本説の支持者に目を移すと、例えば中国刑事訴訟法学の重鎮、陳光中は次のように論じる⁽⁴⁵⁾。「厳打と司法の公正には、確かに相互対立の一面があることも否定できない。なぜなら、厳打はつまるところ、犯罪抑止を主な目標とするものであり、犯罪抑止と人権保障の間には天然の矛盾性が存在し、法が被疑者・被告人に賦与した合法的権利は往々にして、被疑者・被告人が捜査・訴追機関に対抗して訴追を逃れる盾となり、よって、犯罪訴追の効率および効益を上げるために、各国は犯罪への打撃力を強化するときに、往々にして被疑者、被告人の権利に一定の制約を加え、手続正義の実現に一定の消極的影響を与えている」。手続的公正についていえば、例えば事前介入、共同事務処理、被告人の弁護権の制限などである。また、実体的公正においても、誤判の可能性の増大、証拠が網羅的でなくなること、証明基準の引き下げなどの問題がある。しかし「たとえこのようであっても、私見では、厳打に一定の欠陥があることを理由に、厳打の存在の必要性を否定することは不当である。その理由は簡単である。すなわち、安定した安全な社会秩序は社会が存在する前提および基礎であり、また個人が生存する前提および基礎でもあり、安定した社会秩序を欠くと、社会の存続および発展が困難になるばかりか、市民個人も生存・発展しがたいからである」と。また孟慶華も同様に、次のように論じる。すなわち、『『厳打』の重要な積極面は、悪事の限りを尽くし、危害が極めて大きい多くの刑事犯

⁽⁴⁴⁾ このほか、劉敏「略論当前“厳打”關争的適時性与必要性」青少年犯罪問題1996年5期（CNKI）16頁以下、黄祥青「“厳打”刑事政策的掌握与運用」政治与法律2001年6期23頁以下（著者は上海市高裁所属）なども厳打の問題点を指摘するが、結論としては厳打を支持する。

⁽⁴⁵⁾ 陳光中「厳打与司法公正的幾個問題」中国刑事法雜誌2002年2期5～6頁。

を法の網に入れ、犯罪者の増長する気炎に厳しく打撃を加えることである。他方、『嚴打』の消極面、すなわち一面的に『嚴打』を強調することは、人権保障にマイナスであり、また刑法の公正さを損なうなどは、司法実務における不当なやり方であるが、避けがたいものではない。しかも、『嚴打』の消極面は積極面よりもはるかに少ない⁽⁴⁶⁾と。

このように、近時の本説は、人権保障や公正といった価値の面でのマイナスを認めつつも、嚴打がもたらす実際の利益（治安の回復・維持）が大きいと、それを肯定していると把握することができる。すぐれて功利主義的な発想であるといえよう。こうした思考様式を反映し、この立場から展開される修正プランは、司法が嚴打に参加するという「重きにかつ速やかに」を否定するものではない。例えば、警察首脳は近年、嚴打改善のために「4つの転換」を打ち出した。すなわち、①規模について、広範囲にわたる統一的行動から、細分化した地域毎の特別行動への重点シフト、②方式について、集中的統一行動からルーティン・ワークでの取締りへの重点シフト、③手法について、人海戦術に依拠した野放図運営から、科学的手段に依拠した長期的効果メカニズムの樹立、および基本業務〔基礎工作〕強化への転換、④成果評価について、数字のために法を蔑ろにすることを防ぐために、量的指数から質的指数への重点シフトである⁽⁴⁷⁾。つまり、①対象地域の限定、②嚴打のルーティン・ワーク化、③基本業務の強化（社会治安総合対策につながる）、④「従重従快」と「依法」の統一、である⁽⁴⁸⁾。こうした警察首脳の方針転換の背景には、嚴打は犯罪の対症療法にすぎず、これまでその陰に隠れて見落とされがちであった犯罪予防（その具体的施策は社会治安総合対策）こ

(46) 孟慶華「“嚴打” 闘争的弁証思考」梁根林・張立宇主編『刑事一体化的本体展開』（法律出版社、2003年）337頁。このほか、史煥章「依法專政和依法“嚴打”——學習鄧小平法制理論的体会」法学1996年8期2頁以下、樊鳳林「論嚴打政策」公安研究2003年4期66～67頁なども同旨。

(47) 劉学剛「“嚴打” 留下的遺憾」瞭望新聞週刊2003年32期（CNKI）47頁。

(48) 同様の見解として、李双其「福建省“嚴打”工作調研報告」中国刑事法雜誌2002年2期94頁、金誠「再論“嚴打”的属性定位与價值分析」江西公安專科學校學報2002年2期（CNKI）50頁、王祿維「創新發展嚴打思想 確保社会長治久安」公安研究2003年11期27～28頁などがある。

それが犯罪の根治療法であるという刑事政策論上の発想の転換⁽⁴⁹⁾がある。

5.3.2 反省説

本説の代表的論者である陳興良（北京大学教授）は、次のように指摘する。すなわち、「法に従い重きにかつ速やかにの政策の提起・実施は、わが国刑法を重罰化の流れに置いた。これは当時の社会治安の維持に一定の積極的役割を果たし、犯罪の発生率を幾ばくか減少させた。しかし、社会治安についていえば、刑事的鎮圧は結局のところ対症療法にすぎず、根治ではなく、根本的に犯罪を生み出す社会的土壌を取り除くことはできない。しかも、あるとき社会治安の根本的好転という目標を提起したことも、今から振り返れば、反省に値する。事実、社会治安について努力すべきは動態的な均衡である。犯罪活動が社会に動乱をもたらさず、社会の変革と発展の活力がなお維持できてさえいれば、社会治安は基本的に正常であるとみなすべきである。他方、根本的好転は量的な具体的基準を欠くとともに、实际的ではなく、人々の主観的願望にすぎない。法に従い重きにかつ速やかにの刑事政策を実施してすでに10年以上経っており、理論的にこの刑事政策を反省する時期である。我々の考えでは、法に従い重きにかつ速やかにの刑事政策はすでに10年以上実施しており、一定の成果を得たが、理想的な犯罪対抗の社会効果を達成しておら

⁽⁴⁹⁾ 先述（2.2.1参照）のように社会治安総合対策は1979年段階ですでに打ち出されており、また中共中央・国務院「社会治安綜合治理の強化に関する決定」（1991年2月19日）では「わが国の社会治安問題を解決するための根本的な活路」（中共中央文献研究室編『十三大以來重要文献選編（下）』（人民出版社、1993年）1444頁）であると位置づけられたが、そのための諸施策の実現は遅れていた。例えば、北京市中心部において警察官による街頭パトロールが正式に開始したのは1995年のことであった（張曉秦・趙国玲主編『当代中国的犯罪与治理』（北京大学出版社、2001年）71頁参照）。しかし、近年においては警察首脳のみならず、中央の政策決定者も社会治安総合対策が犯罪対策の根本的措置であると強調するようになっている。先に指摘したように、01年厳打に「整治」が付け加えられたことはその証左である（4.3.1参照）。また、2002年に中共中央・国務院「社会治安綜合治理のさらなる強化に関する決定」（9月5日）が出されたことも、その表れである。

ず、適度に調整すべきである。この調整の方向は、軽罰化である(る)」⁽⁵⁰⁾と。つまり、嚴打は実際に犯罪率の低下という成果を挙げたが、嚴打により重罰化が進んだこと、および嚴打は対症療法にすぎないという消極面が指摘されている。

また、最高検課題組は次のような問題点を指摘する。すなわち、「歴代の『嚴打』においてはまた検討すべきいくつかの問題が露わになった。例えば警察・検察・裁判所の合同事件処理、『嚴打』を一面的に強調し、『法に従い』をあまり重視しないこと、一部の地方では『嚴打』を絶対化、単純化していること、一部の地方では社会治安総合対策活動が根付いておらず、打撃を加えながら犯罪が生じている状況であること、『嚴打』刑事政策と他の刑事政策との調整が十分になされていないこと」⁽⁵¹⁾である。

このほかにも次のような問題点が指摘されている(肯定説と重複するものが大半であるが、煩を厭わず挙げておく)。すなわち、「党・政府指導者が『嚴打』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し、任務の負担を重くし、犯罪の法則を顧みずに検挙件数と検挙期限を融通なく定め、一部の末端の司法部門は対応に疲れ、警察力の不足、経費の有限性、装備の立ち後れなどの原因も加わり、事件処理において訴訟手続を軽視し、ひいては拷問による自白の強要、証拠の違法収集を行っているところもある」⁽⁵²⁾、「政法機関の如何なる法律執行活動も、法的根拠がなければならず、これまでのように『運動ではない運動』を行い、氣勢を巻き上げ、違法行為・犯罪者を震撼させるために恣意的に大量の人を捕まえ拘束し、ひいては『蒸し返し』[回頭看]、大規模な『公開勾留』、『公開判決宣告』、市中引回し、死刑の集中執行などの非文明的なやり方を徹底的に改めなければならない」⁽⁵³⁾などであ

⁽⁵⁰⁾ 陳興良「刑事政策視野中的刑罰結構調整」法学研究1998年6期50～51頁。
なお、こうした考え方は、高銘喧・陳興良「面对市場經濟的刑法学研究」蘇惠漁・單長宗主編『市場經濟与刑法——1993年刑法學術討論會論文集』(人民法院出版社、1994年)40～41頁ですでに示されている。

⁽⁵¹⁾ 課題組・前掲注(40)82頁。

⁽⁵²⁾ 陳興良「“嚴打”中如何掌握刑事政策」『嚴打中的法律与政策適用』84頁。

⁽⁵³⁾ 丁衛強「以法治的精神指導“嚴打”」遊偉主編『華東刑事司法評論(第5卷)』(法律出版社、2003年)12頁。

る。

こうした問題認識に基づき、反省説は厳打改造プランを提示する。それは次の2パターンに整理することができる。すなわち、(1)「従重」から「従厳」への転換、および(2)厳打のルーティン・ワーク化である。

(1) 「従重」から「従厳」への転換

最高検課題組は、先の問題認識に基づき、厳打を〔依法従重従快〕から〔依法従厳従快〕に改造しなければならないとし、次のように論じる⁽⁵⁴⁾。すなわち、これまでの厳打の実践から見て、「重きに」について次の2点の誤解が生じている。ひとつは、「重きに」を重罰主義と混同し、厳打期においてはできるだけ重い刑罰を科す。もうひとつは、判決においてのみ「重きに」を行い、刑事手続の各段階における厳格な法律執行が軽視されている。「したがって、我々の考えでは、『従重』を『従厳』に調整した方がより適切である。『従厳』の基本的内容は厳しい打撃と厳格な法律執行である」と。なお、ここで、「従厳」とは主に以下のことを指す。すなわち、検挙率を上げ、犯罪増加を抑制し、予防措置を強化し、人民大衆の安全感を向上させること、および立案、捜査、勾留、起訴、裁判、執行の各段階において法律を厳格に執行し、誤りや遺漏を防ぎ、刑事司法の公正性を保障することである。

つまり、この改造プランによれば、新しい厳打の内容は、厳打期に重く処罰することではなく、行政による犯罪対策の強化、および法の徹底遵守ということになる。他方、司法の厳打参加の典型的現象である「重きに」については明確に否定されている。これは、「重きに」が「刑事司法の公正性」を損なうという認識に基づくものと読める。他方、「速やかに」については、法定期間内に「着実」および「正確」に迅速に犯罪事実を明らかにし、正しく法律を運用し、犯罪者を懲らしめなければならないとする。

これに対して、周長軍は「法に従い重きにかつ速やかに打撃を加える」厳打を「法に従い集中的に打撃を加える」厳打に転換すべきと主張とし、

⁽⁵⁴⁾ 課題組・前掲注(40)138頁。このほか、高維儉「当前犯罪動態变化是“嚴打”决策的重要依据」青少年犯罪問題1996年5期(CNKI)18頁以下も同旨。

厳打から「重きに」のみならず、「速やかに」をも取り除く⁽⁵⁵⁾。すなわち、「刑事犯罪への打撃はどのようなときであろうと、また誰に対してであろうとも、刑法および刑事訴訟法の規定に厳格に照らして、統一かつ平等におこなわなければならない、(量刑上) 厳しくなったり緩やかになったり、(訴訟手続上) 迅速になったり緩慢になったりしない」(カッコは原文) と。他方、「集中的打撃」とは、これまでの厳打でも行われてきた「統一行動」を指す。しかし、ここでは「重きに」と「速やかに」が取り除かれているため、「集中的打撃」とはいえども、これまでのそれとは異なり、行政領域に限定された一斉取締活動ともいうべき内容となる。このように「従厳」への転換の主張は、「統一かつ平等」な法適用を追求としており(法的安全性の追求と言い換えることができよう)、厳打が裁判に影響することを否定する。

(2) 厳打のルーティン・ワーク化

これは元々、儲槐植(北京大学教授)の次のような議論を論拠としている⁽⁵⁶⁾。すなわち、儲槐植は刑法典改正の議論において、「厳」と「厲」という2つの概念を用い(「厳」とは、刑法規範が細密であることを、また「厲」とは、刑罰が厳しいことを指す)、現在の刑法は「厲而不厳」(重罰だが規範は細密ではない)であるが、刑法は「厳而不厲」(規範は細密であるが罰は重くない)であるべきと主張した。そして、なぜ「厳而不厲」でなければならないかについては、次の3点の理由を挙げる。

①刑罰の目的。大多数の者を改造できるという立場に立てば、「必然的に刑罰適用による犯罪者の改造を重視することになる。改造は罪を認め、法に服することを前提とし、法に服するための条件は罪刑均衡である。したがって、刑罰は適切なものでなければならない。特別予防は決して一般予防の手段ではなく、一般予防は特別予防の必然的結果である」。

②功利主義的発想。まず、刑罰の犯罪抑制作用には限界がある。また、

⁽⁵⁵⁾ 周長軍「博愛、成本与制度安排——嚴打的制度經濟学分析」『刑事政策検討』306～307頁。

⁽⁵⁶⁾ 儲槐植「嚴而不厲：為刑法修訂設計政策思想」同『刑事一体化与關係刑法論』(北京大学出版社、1996年)305頁以下。

犯罪率には人為的要素（例えば窃盗について、犯罪として処断する額の高低により犯罪率は上下する）があり、低ければ低いほど良いわけではない。最後に、「打撃力不足」は、刑罰が軽いことだけではなく、犯罪として処断すべきを処断しないことも含まれる。したがって、長期的な社会効用を見れば、「厲而不嚴」よりも「嚴而不厲」がすぐれている。

③時代の趨勢。現代社会の刑法改革の潮流は、非犯罪化および非刑罰化である。これは犯罪原因論の発展、刑法の機能に対する反省および社会の現実的承諾によるものである。しかも、刑罰が重ければそれだけ良好な社会効果が得られるわけではないことは、一部の国の刑事立法が示すところである。

こうした議論に依拠しつつ、例えば劉仁文（中国社会科学院研究員）は次のように議論を展開する。すなわち、「嚴打については、犯罪者に重きにかつ速やかに嚴しく打撃を加えると、一面的に理解してはならず、政策の連続性の維持の下で『嚴而不厲』を達成すべきである。すなわち、常態的に各違法・犯罪行為を速やかかつ力強く処理し、ある特殊な時期に、ある犯罪者についてかけ離れた懲罰を科すのではない」⁽⁵⁷⁾と。

また、王曉光（中央政法委員会研究室処長）も、主に次の3点の改造プランを論じる⁽⁵⁸⁾。①經常的打撃を嚴打の主な形式とする。具体的状況に基づき集中打撃活動を展開することは必要であるが、平時の打撃と予防に力点を置くべきである。「何度『嚴打』闘争を展開しようが、表

⁽⁵⁷⁾ 劉仁文「兩年嚴打：回顧与反思」『刑事政策検討』345頁。このほか、張紹謙「反思刑法“嚴打”方針 維護社会長治久安」鉄道警官高等専科学学校学報2002年4期（CNKI）9、12頁、嚴勵「“刑事政策”的理性審読」上海大学学報（社会科学版）2004年4期（CNKI）5頁以下も同旨。また、陳興良も「嚴而不厲」を支持する（「刑事法治視野中的刑事政策」『刑事政策検討』141～142頁参照）。

⁽⁵⁸⁾ 王曉光・前掲注（31）10～12頁。なお、中央政法委員会研究室は2004年2月16日の『法制日報』誌上で「關於建立健全嚴打日常工作機制的綜合調研報告」（「嚴打のルーティン・ワーク化メカニズムの健全化に関する総合的研究報告」）を発表した。そこで同研究室は、嚴打をルーティン・ワークとしなければならないと主張した。これは、この改造プランと同様の議論のように見えるが、そこでは「法定の量刑の枠内で、法定期限内に重きにかつ速やかに」も提起されていることを看過してはならない。同研究室としては肯定説に立つものといえよう。

面的にはどれだけ盛大であろうが、ルーティン・ワークにおいて、社会治安に由々しき危害を及ぼす犯罪者に意識的に法に従い重きにかつ速やかに打撃を加えなければ、形式主義としかいえず、『嚴打』方針の基本精神に背馳することになる」。

②訴追能力の向上。ベッカリーアやレーニンによると、犯罪対策にとって重要なことは、「刑罰のきびしさではなく、刑罰の确实さである」⁽⁵⁹⁾。また、近年の嚴打における大衆の不満は、刑罰の厳しさが足りないことではなく、科刑が迅速ではなく、多くの犯罪者が法の網から逃れていることである。

③刑罰の平等性と厳粛性の維持。目下の際立った問題は、嚴打期と通常期において量刑が異なることである。「これは社会主義的適法性の尊厳と統一を損なうばかりか、『嚴打』の効果にも影響を及ぼし、社会の長期的安定にマイナスである。……刑事司法の尺度を統一し、軽重のアンバランスに反対し、刑事政策における公平と正義を実現しなければならない」。

つまり、嚴打のルーティン・ワーク化を求める議論においては、嚴打期と通常期に取締り、科刑、手続の進行速度に違いがあるのは法の公正性に反するとし、常に法に従い重きにかつ速やかに犯罪者を処罰しなければならない、とするのである⁽⁶⁰⁾。嚴打期と通常期に法適用の差異があるのは公正ではないという点では(1)と同じであるが、ここではキャンペーンを行うことも否定されている。このようにこの議論は、司法領域のみならず、行政領域においても法的安定性を追求しており、近代法的思考様式に基づき(1)をさらに発展させたものと位置づけることができる。

5.3.3 否定説

否定説はその主な論拠を功利主義的発想に求めるものと、近代法的思

⁽⁵⁹⁾ ベッカリーア (風早八十二・五十嵐二葉訳)『犯罪と刑罰』(岩波書店、1938年) 114頁。

⁽⁶⁰⁾ ただし、前節で見たように、形勢により社会危害性が変わるというのは中国刑法理論の通説であるため、多くの刑法学者は、嚴打期と通常期において量刑が異なることは、刑法の公正性を損なわないとする (例えば、馬克昌・前掲注 (28) 234頁、趙秉志・前掲注 (27) 65頁、趙炳寿・漆昌「論“從重”与刑事实体公正」『刑法学文集 (2001)』364頁など)。

考様式に求めるものとに大別することができる。最高検課題組が本説の代表的論者として掲げた程応需の議論⁽⁶¹⁾は、前者である。以下ではまず、その議論を見る。

程応需は厳打にはメリットだけではなく、デメリットもあり、後者の方が大きいため、今後は厳打を控え、社会治安総合対策に力を入れるべきであるとする。すなわち、そのメリットとは、①犯罪者を震撼させる効果があること、②科刑の確実さをかなり実現できること、および③迅速な科刑をかなり実現できることの3点である。これらについては説明する必要はなかろう。

他方、厳打のデメリットとは次の3点である。①「戦役」というやり方は、犯罪闘争の法則に違背する。すなわち、特定期間に集中して犯罪に「打撃」を加えるということは、それ以外の期間においては犯罪への「打撃」が弛緩していることになり、犯罪増加→厳打→犯罪減少→弛緩→犯罪増加の悪循環に陥る。②重罰は刑罰の威嚇力を左右する社会倫理の土台を損なう。すなわち、刑罰は公平や正義といった社会倫理に合致しなければ最良の社会効果を発揮することができない。しかして、厳打において重く処罰された者に対して、社会の公衆の中には非難するどころか、「『厳打』でなければこの事件はこんなに重く処断されるはずがない」と同情する者すらいる。このように本来ならば非難されるべき犯罪者が同情されており、社会における法の權威に対する尊重が弱まり、刑罰の犯罪予防の効果が大幅に割り引かれる。③厳打は一般予防のみならず、特別予防にもマイナスである（反省説(2)で紹介した儲槐植の議論と同様の内容である）。

そして、程応需はメリットとデメリットを比較し、「『厳打』のマイナスの効果は非常にはっきりとしており、それは『厳打』方針に内在する問題が直接的に決定していることである。全体的に見て、『厳打』はメリットよりもデメリットの方が大きく、一時的な結果を得ることはできるであろうが、長期的な視点に立てば、『厳打』は社会治安問題の根本的解

⁽⁶¹⁾ 程応需「透過“厳打”的利弊得失、再看我国預防犯罪的長期戰略」馬松建・史衛忠主編『刑法理論与司法認定問題研究』（中国檢察出版社、2001年）117頁以下。

決に役立たないばかりか、社会全体の犯罪予防計画の総体的実施にもマイナスである」と結論づける。

このように、程応需の議論は功利主義的発想に基づき、嚴打を否定するのである⁽⁶²⁾。ここには反省説で見られた法的安定性や司法の公正（独立）といった発想は稀薄である。この意味で、議論の枠組みとしては肯定説と軌を一にするものと位置づけることができる。

他方で、近年においては近代法的思考様式を法の原理と捉えた上で、嚴打を正面から否定する議論が登場した。以下では、最も痛烈に嚴打を批判する高超の議論を見よう⁽⁶³⁾。その論拠は、主に①法治の破壊、②嚴打により生じる社会問題の2点である⁽⁶⁴⁾。

まず、①については次のように論じる。すなわち、『法に従い重きにかつ速やかに』は司法機関に対して、『嚴打』プロセスにおいて、『法に従い』でなければならないことのみならず、同時に『重きにかつ速やかに』でなければならないことを要求する。これが、一方を立てれば他方が立たないという論理的難題であることは明らかである。すなわち、刑法の謙抑性および人道主義が説く『判決を下さなくてもよい者は判決を下さず、死刑に処さなくてもよい者は死刑に処さない』と『重きにかつ速やかに』が要求する『捕まえなくても捕まえてもいい者を捕まえ、判決を下さなくても下してもいい者に判決を下す』、訴訟期限が要求する

⁽⁶²⁾ 劉華「論法定刑の適度与協調原則——兼評重刑化説与輕刑化説」政法論壇1993年3期91頁も程応需に近い議論を展開する。

⁽⁶³⁾ 高超「“嚴打”的過去、現在与未来」梁根林等・前掲注(46)322頁以下。このほか、馮衛国「“嚴打”政策的理性分析」『刑法学文集(2001)』326～331頁、王文元「“嚴打”积疑」社会2001年5期(CNKI)46頁、蔣瑋・鄧占川「“零点”行動与公開逮捕質疑——兼論“嚴打”的弊端」甘肅農業2003年5期(CNKI)46頁なども同旨。また、馮玉軍・張超「“嚴打”的法理学思考」人大研究1997年5期(CNKI)10頁以下も近代法的思考様式に基づき嚴打を批判するが、同時に法と経済学の立場からも批判を加えている（法と経済学の立場からの批判を全面的に展開したものとして、馮玉軍・賀小平「“嚴打”的法律经济学分析」蘭州大学学报(社会科学版)1997年4期(CNKI)53頁以下参照）。

⁽⁶⁴⁾ このほか、社会治安総合対策の重視が声高に叫ばれているにも拘らず、現実としてはそのための措置が十分に講じられていない点も論じているが、嚴打批判に直接つながるわけではないと考えられるため、ここでは取り上げない。

『速やかにすべきは速やかに、ゆっくりとすべきはゆっくりと』と『一律に速やかに』の間の内在的矛盾は明らかに協調・統一することはできない。『法に従い』と『重きにかつ速やかに』の矛盾は、計画経済から市場経済へと転換する過渡期の今日における、『法律至上』と『法ニヒリズム』という2つの価値観の深層における衝突であり、『法治』と『人治』という国家統治策の苦渋に満ちた選択である。……先述のように『法に従い』と『重きにかつ速やかに』の両者の矛盾を調和させることはできず、実施を徹底させた結果は、当然に司法実務において各自がバラバラに行うことや、法律執行基準の不一致であり、これにより法の公正性と安定性が由々しく損なわれるばかりか、民衆の心にあるべき法の權威を失うことになる」。

また②については、厳打自体にしかるべき公正性についての配慮が欠けているため、以下の3点の問題が生じているとする。まず、厳打期には人的資源および物的資源が集中的に厳打に投入されるため、民事事件の審理遅延を招く⁽⁶⁵⁾。そのため、本来ならば民事訴訟で解決されるはずの矛盾が激化し、新しい犯罪が生じる（いわゆる〔民転刑〕（民事紛争が刑事の問題に発展する）の発想）。次に、厳打は警察・検察・裁判所に相互協力を要求するため、「裁判所はそのしかるべき中立性・独立性を放棄し、起訴ひいては捜査段階に事前に介入し、警察や検察院と共同で犯罪訴追の権能を担う。裁判官ももはや公正な裁判者ではなく、法廷上の第2の検察官であり、しかるべき対抗・制約の法廷を失い、中世の『糾問主義』裁判方式へと墮落する」。最後に、各地の看守所や監獄は深刻な定員超過の問題に直面し、「監獄は犯罪者の教育・改造の権能を全く担うことができず、赤裸々な懲罰機構に成り下がっている」。

その上で、「『法に従い重きにかつ速やかに』を内容とする『厳打』は、論理的にも司法実務においても、法治原則からの乖離をはっきりと露呈しており、わが国において従来から危うかった法に対する信仰が強い衝撃を受け、深層レベルにおける法道具主義的思考を反映している」とし、「わが国の『現代化』建設に直面し、依法治国の方針の徹底、法治国家

⁽⁶⁵⁾ この点については、馮玉軍・賀小平・前掲注（63）56頁がすでに指摘している。

建設という長期的目標から、『嚴打』がこうした歴史（の進展）に伴い過去の遺物となることは必定である」と結論づける。

5.3.4 若干の検討

以上の各説各論者の主張を、それが依拠する思考様式に基づき整理すると、以下になるだろう。まず、実務および学界の「多数説」である肯定説は、功利主義的思考様式に依拠するものである。また、否定説の程応需もこれにあたろう。他方で、反省説と否定説の高超などは、法的安定性や司法の公正性ないしは独立に基づき嚴打を批判していることから、近代法的思考様式に依拠するものといえる。

それでは、功利主義的思考様式に依拠して嚴打を肯定するということは、裁判のあり方について一体どのようなことを意味するのだろうか。

それは端的に、裁判が、思考様式における目的＝手段モデルの手段と位置づけられていることを意味するものと考えられる（ここで「目的＝手段モデル」とは、「一定の目的を実現するのに最も効率的な手段を選択するという、功利主義的考慮に基づいて決定を正当化すること」を指す⁽⁶⁶⁾）。すなわち、先述のように肯定説の論旨は、人権保障や公正といった価値の面でのマイナスを認めつつも、嚴打がもたらす实际的利益（治安の回復・維持）が大きいため、それを肯定するというものである。これは、实际的利益（目的）を獲得するために、価値の面でのマイナスを認識しながらも、「最も効率的な手段」として嚴打（手段）を選択していると解釈することができる。すなわち、これまでの嚴打とは異なる選択肢があることは、反省説の議論から明らかである。しかし、肯定説の論者にとっては、嚴打でなければ治安を回復・維持することはできないと把握されている。この点は、肯定説の「嚴打を長期的に堅持し、嚴打を土台として社会治安総合対策を行わなければ、国家の安定と秩序を維持することはできない」（鄒偉等）、および「嚴打に一定の欠陥があることを理由に、嚴打の存在の必要性を否定することは不当である。その理由は簡単である。すなわち、安定かつ安全な社会秩序は社会が存在する前提および基礎であり、また個人が生存する前提および基礎でもあり、

⁽⁶⁶⁾ 田中成明『法理学講義』（有斐閣、1994年）319頁。

安定した社会秩序を欠くと、社会の存続および発展が困難になるばかりか、市民個人も生存・発展しがたいからである」(陳光中)という議論から明らかである。つまり、肯定説にとって厳打は目的実現のための最適解なのである。肯定説の議論は、まさに目的＝手段モデルである。

そして、目的＝手段モデルに依拠して厳打が正当化されるということは、その一要素である厳打における裁判のあり方も、目的＝手段モデルにより正当化されるということになる。つまり、裁判のあり方は、法的安定性や司法の公正性(独立)ではなく、どれだけ目的実現に役立つかという思考様式により決定づけられているのである。こうした厳打正当化のロジックは、端的に裁判が道具と認識されていることを意味しているといえよう。

5.4 章結

本部冒頭でおさらいしたように、政策決定者および裁判所長といった指導的地位にある者の脳裏において、裁判は「重きにかつ速やかに」の指示を遂行すべき道具と認識されている。そして、5.1および5.2の検討から明らかなように、こうした認識は法および法理論の立場でもあると考えられる。

また、5.3で明らかにしたように、実務および学界の「多数説」が厳打を支持していることから、「裁判＝道具」の認識が実務および学界に深く根を張っていることを確認できよう。しかもこの根は「政治」に守られているのである。

国家目的を積極的に実現する作用、それは三権分立においては行政と呼ばれる作用である⁽⁶⁷⁾。したがって、中国で「司法」と呼ばれるところの裁判〔審判〕作用は、西洋近代法における行政にカテゴライズされることになる。そしてこのことは、中国においては司法が行政から分離しておらず、両者の間に質的な相違がないことを意味していよう。

なお、「裁判＝道具」の認識について、政策決定者、実務家および法学者は一枚岩のように見える。しかし、実際はそうでもなくなっている。このことは、量刑論における王曉光(中央政法委員会研究室処長)

⁽⁶⁷⁾ 田中・前掲注(19) 5頁。

による厳打期に社会危害性が大きくなるという道理はないという批判(5.2参照)、ならびに厳打の賛否をめぐる論争における反省説および否定説による厳打批判から明らかであろう。これらを裁判のあり方をめぐる認識面における変化の兆しと位置づけても差し支えなからう。

6 「裁判＝道具」の構造

前章で指摘したように中国において裁判は道具であると認識されている。とはいえ、認識がただちに現実のものとなるわけではない。そこには何らかの仕組みが不可欠である。裁判を道具たらしめる仕組みである。それが本章のタイトルにある「裁判＝道具」構造である。本章の課題は、この構造を明らかにすることである。

この課題に迫るため、本章ではまず、党と裁判所の関係、上級裁判所と下級裁判所の関係、および裁判所内部における裁判所指導者と個別具体的な事件の審理を担う裁判官の關係に着目して、これらの關係における「裁判＝道具」構造を明らかにする。しかる後に、政府と裁判所の關係を考察した上で、「裁判＝道具」構造の全体像を提示する。

以下では次の順序で論じていく。まず、どのような人物が裁判の担い手である裁判官になっているのかを明らかにする(6.1)。次に、法的決定の形成プロセスをめぐる制度を素材として、裁判が道具とならざるを得ない制度が築かれていることを明らかにする(6.2)。そして、この構造の運営を安定させる潤滑油を検討する(6.3)。最後に、政府と裁判所の關係を明らかにした上で(6.4)、「裁判＝道具」構造の全体像を提示する(6.5)。

6.1 裁判の担い手——誰が裁判官になるのか？

本節では、実際にどのような人物が裁判官になっているのかを検討する。裁判の担い手たる裁判官の人物像を明らかにしようとするものである。こうした作業を行う理由は、端的に、裁判のあり方を探る上で裁判官の人物像が極めて重要な資料となると考えられるからである。

以下ではまず、法規定から見た裁判官の任用条件から、裁判官になるための資格をまとめる。しかる後に、中国における論説、裁判官募集時

の実際の応募条件および最高裁の方針から、誰が裁判官になっているのかを浮かび上がらせる。なお、裁判官の任免は全国統一的行われるのではなく、各地方で行われる（詳しくは後述6.3.1参照）。

6.1.1 裁判官になるための資格⁽¹⁾

79年裁判所法（54年法も同じ）が定める裁判官の任用条件は、選挙権・被選挙権を有する満23歳以上の市民（ただし政治的権利を剥奪された者を除く）、という1点だけであった（34条）。法規定上、政治的権利を剥奪された者を除けば、誰でも裁判官になれたのである。

この点、1983年に改正された現行法は、34条1項に上記規定を掲げた上で、同条2項に「人民裁判所の裁判官は法的専門知識を具備しなければならない」という規定を追加した。一見したところ、誰でも裁判官になれるわけではなくなったようであるが、実際にそれをチェックするシステムが構築されなかったため⁽²⁾、同項規定はほとんど機能していなかった。この点については、次項で明らかになろう。

次に、旧裁判官法（1995年）を見てみよう。本法はおおよそ裁判官が備えなければならない要件と、新しく判事・判事補になる者が備えるべき要件を定める。前者については9条1項各号が定める（丸数字は号数。以下、これらをまとめて「9条1項要件」と呼ぶ）。すなわち、①中国国籍を有すること、②満23歳以上であること、③憲法を擁護すること、④良好な政治的、業務的資質を備え、品行方正であること、⑤身体健康であること、⑥大学学部・[専科]（[本科]は4～5年制（一般的には4年）、[専科]は2～3年制である⁽³⁾）の法律専攻卒業者、または非法律専攻を卒業し、法的専門知識を有する者で、2年以上の業務経験のある者、法学士の学位を取得し、1年以上の業務経験のある者、法学修士

⁽¹⁾ 本項の内容全般について、宇田川幸則「中国における司法制度改革——裁判官制度改革と『裁判官の独立』を中心に——」社会体制と法2号（2001年）39～43頁、鈴木賢「〔補論〕中国の法曹制度」広渡清吾編『法曹の比較法社会学』（東京大学出版会、2003年）355～362頁を参照した。

⁽²⁾ 鈴木・同上355頁。

⁽³⁾ 高等教育法（全国人大常委会1998年8月29日採択、1999年1月1日施行）17条。

または法学博士の学位を取得した者のいずれかでなければならない、と。なお、「業務経験」の「業務」に制限はない⁽⁴⁾。また、本法施行前に裁判官になっていた者については、研修により期間内に6号所定の要件をクリアしなければならないとされた(同条2項)が、その「期間」がいっただけについては明確にされていない。

もうひとつは、本法施行後に判事または判事補に新規任用される者については、全国統一の資格試験である「初任判事・判事補全国統一試験」[初任審判員、助理審判員全国統一考試]に合格しなければならないとしたことである(12条1項、46条3項)。試験は2年に1回で、1995年、1997年、1999年に行われた⁽⁵⁾。

ただし、本制度については、以下の2点に注意する必要がある。ひとつは、本試験は「公開」とされながらも、「受験できたのはすでに法院に勤めている者に限られ」⁽⁶⁾ていたことである。もうひとつは、本規定の射程は、本法施行後に判事または判事補に新規任用される場合に限られており、次の両者については適用除外とされたことである。すなわち、本法施行以前に判事または判事補であった者(本法施行以前に判事補であった者が判事に任命される場合も含む⁽⁷⁾)、および本法施行以後に新規に所長、副所長、裁判委員会委員、延長、副延長に任用される場合(12条2項)である。これらの者については、9条1項要件を充たしさえすれば、任用され得ることになる。なお、所長、副所長、裁判委員会委員、延長および副延長は、実際の業務経験のある者から優秀な者を選ばなければならないとされた(同項)が、これが裁判業務に限られるかについては定かではない⁽⁸⁾。

⁽⁴⁾ 周道鸞主編『法官法講義』(人民法院出版社、1995年)81頁。

⁽⁵⁾ 『法律年鑑(1996)』135頁、『法律年鑑(1998)』144頁、『法律年鑑(2000)』140頁。

⁽⁶⁾ 鈴木・前掲注(1)358頁。

⁽⁷⁾ 最高裁「初任判事・判事補試験暫定辦法」(1996年6月26日採択・施行)2条2項。

⁽⁸⁾ 解釈上は主に裁判業務を指し、それ以外の場合でもその他の法律関係の業務や法学研究・教育であるとされている(周道鸞「法官法——現行法官制度的重大改革」中国法学1996年2期109頁、葉向東「談談《法官法》第十二條的適用」

このように旧裁判官法は、全ての裁判官に対して一定の学歴または法的専門知識を必須とした上で、新任判事・判事補については試験を課すようになった。漠然と「法的専門知識」を要求していた裁判所法とは異なり、本法は法的専門知識をチェックする仕組みを設けたものといえよう。ただし実際上の問題として、以上の任用条件は「徹底されていない。数年来、毎年のように法律の専門教育・トレーニングを受けたことがない、法的専門知識および能力のない者が裁判所に就職して就業し、はなはだしきに至っては指導的ポストに就いている」⁽⁹⁾という指摘があることも付言しておく。

他方、任用条件のひとつとして、「良好な政治的、業務的資質を具え、品行方正であること」(9条1項4号)も規定されている。ここでいう「良好な政治的資質」とは、「第1に、裁判官となる者は必ず憲法を擁護し、党の基本路線を擁護し、社会主義の道を堅持し、人民主義独裁を堅持し、共産党の指導を堅持し、マルクス主義・毛沢東思想を堅持し、自主的に党の路線、方針、政策を執行し、党中央との一致を保つこと」⁽¹⁰⁾である。要するには党の言う事をおとなしく聞く者ということであろう。後述(次項)するように、本法施行以前の実際の裁判官新規採用において筆頭に挙げられていた政治的要件が取り込まれたのである。

最後に、2001年の裁判官法改正の内容を簡単に見ておこう。今次の改正は、2002年から始まった法曹三者の登竜門となる全国統一司法試験の実施に向けたものである。裁判官の資格に即していえば、主な改正点は以下の4点である。9条1項要件については、①学歴要件の〔専科〕以上から原則学部以上への引上げ、②業務経験の内容を「法律業務」と明記した上で、経験年数を引き延ばしたこと(6号)、また資格試験につ

政法論壇1996年3期51頁など)。

⁽⁹⁾ 藍璇「司法不公的成因及法院改革取向」广西政法管理幹部学院学报2000年増刊号(CNKI)6頁。著者は广西壮族自治区安瑤自治県裁判所長である。また、康為民「中国法官管理制度的改革」法律適用2002年5期(CD版)4頁も、旧裁判官法所定の学歴・法的専門知識要件について、「现实生活においては本規定を打ち破る、ないしは無視するやり方が依然として大手を振ってまかり通っている」と批判する。

⁽¹⁰⁾ 周道鸞・前掲注(4)80頁。

いては、③対象を判事・判事補のみならず、裁判委員会委員、廷長、副廷長が新規任用される場合にまで広げたこと、④試験を裁判所の内部試験から全国統一司法試験へと改めたこと(12条)を挙げることができる。なお、所長・副所長については「裁判官またはその他の裁判官の要件を具備した者」から選抜するとされた。ここで「裁判官の要件」とは、9条1項要件のことであり、結局、所長・副所長については、司法試験合格は任用条件とされなかった⁽¹¹⁾。

6.1.2 誰が裁判官になっているのか

建国以降今日に至るまでの裁判官の主な供給源は以下の5者であるといわれている⁽¹²⁾。①書記員。多くの裁判官が書記員から昇格してきたといわれ、例えば、深圳市南山区裁判所のWebサイト⁽¹³⁾で主な指導者として紹介されている所長、副所長などの裁判官7名のうち、5名が書記員からその裁判官人生をスタートしている(このほか、検察で書記員、検事補、検事などを歴任した後、裁判所に移ってきた者も1名いる)。②警察、検察および政法委員会などの政法機構のスタッフ。③退役軍人。④大学法学部の卒業生、教員など。ただし、④の占める割合が最も小さく、「政法高等教育機関〔政法院校〕を卒業した大学生・大学院生の中で裁判所、検察院に就職する者は、卒業生のごく一部にすぎない。某大学法学部の統計によると、1984年から1998年の15年間の2000名近い卒業生のうち、裁判所・検察院に就職した者は20%に満たない」⁽¹⁴⁾という。⑤党・政府機関のエリート幹部。これらが裁判所に異動した際には、所長、副所長などの裁判所管理職に就くのが常だという。

以上の5者のうち、法的専門知識のトレーニングを受けたといい得るのは②の一部および④のみであり、その他はいずれも法の素人、ないし

⁽¹¹⁾ 胡康生主編『中華人民共和国法官法釈義』(法律出版社、2001年)27～29頁。

⁽¹²⁾ 範思深「中国法院系統概観」梁治平編『法治在中国：制度、話語与实践』(中国政法大学出版社、2002年)180頁。なお、②ないし④の中には、裁判官に直接就任する者もいれば、①書記員を経由して裁判官になる者もいたと考えられる。

⁽¹³⁾ <http://nsqfy.chinacourt.org/> 参照。なお、本号所掲のURLは2007年1月31日現在のものである。

⁽¹⁴⁾ 王映暉「依法治国与司法改革」法商研究1999年2期47頁。

はそれに近い。しかも、裁判官の大部分は書記員から昇格してきたものである。法律上、裁判官の任用条件として法的専門知識の有無が問われなかったことと相俟って、このことは、裁判官が法に精通したプロフェッショナルしかねない職業ではないことを端的に示している。それでは、どのような基準をもって裁判官が選ばれてきたのであろうか。本項ではこの点を明らかにする。

建国後、また建国後順次「解放」されていった地方では、「人民裁判所」が建設されていった。そこでは当然に裁判官が必要になる。こうした裁判官のニーズは、「古くからの解放区の司法幹部を指導的幹部に充当したが、彼らの数は多くはなく、業務のニーズを満たすにははるかに不足していた」。そこで、その不足は次の3者により埋められたという。①南進中⁽¹⁵⁾の解放軍から「政治的にしっかりしていて有能な幹部、②法律を学んだことのある青年インテリゲンチアを含む新しい幹部、③中華民国の裁判官（いわゆる「旧司法人員」）。③は中華民国の裁判官が全員留任されたわけではなく、党中央の「対象を区別して慎重に処理する」政策に照らして選抜された者が留任された。この中で法のプロフェッショナルといい得るのは③のみである。

1952年の時点で、全国の裁判所幹部総数は約2万8000名であり、そのうち「旧司法人員」は6000名いたという。しかし、このプロフェッショナルも1952年から始まった司法改革運動において「旧法観点」、「旧法スタイル」と批判され、その多くが職を追われた（ここで「旧法」とは、西洋近代法の継受に努めた中華民国法を指す）。司法部の統計によると、司法改革運動を経て留任された「旧司法人員」は2000名あまりであったという。実に4000名が裁判所から追放されたことになる。

それと同時に、土地改革運動および反革命鎮圧運動に際して設置された人民法廷の幹部、ならびに大衆運動の積極分子から選抜された優秀な者、合わせて6000名余りが裁判所に入った⁽¹⁶⁾。また、最高裁所長の董

⁽¹⁵⁾ 中華人民共和国建国の1949年10月1日時点で、現在の版図全てが共産党政権に属していたわけではなく、内戦が続いていた。

⁽¹⁶⁾ 以上の建国以降の記述については、『当代審判工作（上）』24～25、41頁を参照した。

必武は、失業者および傷痍軍人を各級裁判所に充当し失業問題および軽度の傷痍軍人の就業を解決する方法とするよう提案し、これが採り入れられた⁽¹⁷⁾。裁判所が失業者や傷痍軍人の受け皿となったのである。

このように、50年代初期における裁判官の大部分は、法のプロフェッショナルではなかったのである。留任された「旧司法人員」も近代法的思考様式に基づき裁判を行えば、「旧法観点」との批判が手ぐすね引いて待っていることは火を見るより明らかである。その後、周知のように1957年の反右派闘争を皮切りに政治運動が断続的に展開され、1966年の文革を迎えたわけである。

文革が始まり、以上のような法のプロフェッショナルではない裁判官が「下放」され、また1972年以降、続々と元の裁判所に呼び戻されたが、それも多くはなく、文革以前の幹部は当時の幹部の10%に過ぎなかったことは先述のとおりである（2.1.1 I 参照）。

こうした状況において、裁判所スタッフの質・量的強化を図るのは焦眉の課題であった。党中央は旧刑法・刑訴法の施行に際して、1979年9月9日、「刑法・刑事訴訟法の適切な実施を断固保証することに関する指示」⁽¹⁸⁾を出し、「党と国家機関・軍系統および経済部門から、思想が良好で仕事のスタイル〔作風〕が正しく身体健康な一定の政策的・文化的水準をそなえた大量の幹部を、計画的・段階的に選び出し、相応の訓練を経たのち、司法部門の業務に配置する」という方針を打ち出した。ここでは法的専門知識が全く問われておらず、採用後の研修でそれを培うという考えが示されている。

ただし、ここで看過してはならないことは、文革期に大学が機能不全に陥り、当時、大学法学部の卒業生自体がほとんどいなかったことである⁽¹⁹⁾。

⁽¹⁷⁾ 『董必武法学文集』（法律出版社、2001年）130～132頁（「關於司法隊伍的改造和補充問題給中共中央書記處、劉少奇的信」（1952年6月25日）、「給中共中央各中央局負責同志的信」（1952年5月23日））。

⁽¹⁸⁾ 「中共中央關於堅決保証刑法、刑事訴訟法切實實施的指示」『司法手冊（1）』68頁以下。なお、邦訳は季刊中国研究5号（1986年）164～173頁（田中信行訳）を参照した。

⁽¹⁹⁾ 木間正道『現代中国の法と民主主義』（勁草書房、1995年）19～25頁、『現代中国法入門』292～293頁。

つまり、法的専門知識を問うこと自体が現実的ではなかったのである。そのため、裁判官にとっては前提条件である法的素養を任用条件とはすることができず、採用した後に研修を行うほかなかった。

以下では、こうした状況において、実際にどのような基準で裁判官を採用してきたか、またすべきとされていたかの具体例を示そう。

(1) 1982年の河南省の人事⁽²⁰⁾

1982年、河南省党委員会は、警察、司法部門に戸籍管理官、刑事警察官、司法警察官、看守員、預審員、検事、判事、書記員、公証人、弁護士などの人員5000名の増員を決定した。そこで、河南省党委員会組織部、同政法小組（政法委員会の前身か）および省人事局は、「政法部門に5000名の業務人員を転属・選抜採用することに関する通知」を連名で下達し、5000名の分配については、省編制委員会が決定するとした。

そして具体的な採用条件については、「思想が良く、政治的経歴がはっきりとしており、党の3中全会以降の路線、方針、政策および6中全会の決議を支持し、4つの基本原則を堅持し、仕事のスタイルが正しく、大衆と連携を取り、公正に業務を行い、忠実・誠実で、高卒以上の者。一定の政策水準と事務処理能力を有する者。健康で25歳から35歳までの者。方法はクラス毎に転属・新規採用し、原所属先が推薦し、試験（主には国語〔語文〕）を経て、優秀な者を採用する。裏口や、情に駆られた不正などは厳禁する」といった基準が示された。

ここで挙げられている条件は、①政治的立場、②人格、③学歴（高卒以上）、④健康状態、⑤年齢（25～35歳）の5点であり、法的専門知識は全く問われていない。試験が主には国語であることはこのことを端的に示している。また、今回の人事は党組織が中心となり行われていること、および判事が書記員や警察官などの行政職と同じ条件でまとめて募集されていることを指摘しておく。それぞれ党が人事を掌握していること、そして上記職業が「政法戦線」として同質の仕事であると認識されていることを意味していると考えられる。このほか、今回の募集は25歳以上で所属先の推薦を必要としていることから、学部新卒者ではなく、

⁽²⁰⁾ 「河南省委決定給政法部門増調五千名業務人員」人民檢察1982年1期17頁。

すでに他の職に就いている者を対象としていることがうかがえる。

(2) 1983年の第9回全国人民裁判所業務会議⁽²¹⁾

1983年11月21日に開催された第9回全国人民裁判所業務会議においては、最高裁の意見として、「必ず政治的にしっかりしていて、考え方が良好で、仕事のスタイルが正しく、若く、高校卒業以上の学歴を有し、身体が健康であるなど」といった条件が挙げられた。そして、こうした人材の主な供給源は、「大学に合格しなかったこれまでの高校卒業生から募集し、優秀な者を採用すべきである。また上の条件に合致する退役軍人から選拔し、短期間の研修に合格した者を配属してもよい。裁判所の人員採用は上述の要求に厳格に照らして行うべきであり、裏口採用を厳禁し、抱き合わせをしてはならず、頑なに裁判所に人員を受け入れる任務を負わせてはならない」、と。

ここで挙げられている条件は(1)と同じく、①政治的立場、②人格、③学歴（高卒以上）、④健康状態、⑤年齢（若い者）の5点である。主な供給源としては第1に大学不合格の優秀な高卒の若者を挙げているが、上述の条件に合致する退役軍人も視野に入っている。

(3) 1991年の最高裁「裁判所の定員増に伴う人員募集業務に関するいくつかの意見」⁽²²⁾

1990年10月1日の行政訴訟法施行に应じて、地方各級裁判所では行政裁判廷を設置する必要があるが出てきた。そこで、国家機構編制委員会は「全国の地方人民裁判所の定員を23万5420名から1万2000名増加して24万7420名とし、主に地方各級人民裁判所が行政訴訟法を実施するために、行政裁判機構を設置するために必要な定員、および際立った問題を適度に解決するために用いること」を決定した⁽²³⁾。これに呼応して最高裁

⁽²¹⁾ 「第九次全国人民法院工作会议纪要」（1983年11月21日）人民司法1984年1期27頁。

⁽²²⁾ 「最高人民法院關於法院增編進人工作的幾点意見」（1991年1月25日）『法院年鑑（1991）』401頁。

⁽²³⁾ 「国家機構編制委員會關於地方人民法院增加編制的通知」（1990年12月30日）

は上記意見を出し、新規採用の条件として次の3点を示した。①政治的立場。②学歴。公募採用する幹部、退役軍人幹部および選抜して異動させる裁判業務に適合する在職幹部は、高卒以上の学歴がなければならず、条件の整った地方では[大専]以上の学歴がなければならない。③年齢。公募採用する幹部は28歳以下、退役軍人幹部は原則として30歳以下の連排級幹部および35歳以下の營級幹部、選抜して異動させる裁判業務に適合する在職幹部は原則として35歳以下とすべきである。裁判業務のために直ちに必要となる専門家については、年齢を適度に緩和してもよい。

以上に共通する条件は、①良好な政治的立場、②高卒以上の学歴および③若いことの3点である。なお、(3)では人格および健康状態が明示されていないが、これらも当然の条件であったと推測される。

このように、80年代から90年代初頭において、裁判官になるには法的専門知識が必須とされていなかったのである。この点に比して、政治的立場が常に真っ先に掲げられていることが特徴的である。専門性よりも政治性が重視され、極端に言えば、政治的に安心できる人であれば、誰でもよかったのである（いわゆる[紅]と[専]の問題）⁽²⁴⁾。

その典型例は、裁判官を採用する際に退役軍人の名が挙げられていることである。こうした現象が生じるのは、裁判所が解放軍と同じく階級独裁の「伝家の宝刀」と性格づけられている⁽²⁵⁾ことと相俟って、退役軍人の政治的立場が良好であるからにほかならない。次のエピソードはこのことを如実に示している。1994年5月、某県は大量の退役軍人を裁判所に受け入れることとなった。そこで、法学部出身の県党委員会副書記が、組織部長に「そんなに多くの退役軍人が裁判所に来たらまずいことになるだろう」と言った。すると組織部長は、「何でもまずいんだ？ いずれにせよ独裁の道具だろうが！ 簡単な道理じゃないか。我々の解放軍

により1991年に定員（裁判官に限定されていない。書記員や事務職などをも含む定員と考えられる）1万2000名増が決定された（『法院年鑑（1991）』402頁）。

⁽²⁴⁾ 「誰でも裁判所に勤務することができる」と揶揄する論者もいる（成大輝「試論審判委員会制度改革の価値取向」曹建明主編『中国審判方式改革理論問題研究（上冊）』（中国政法大学出版社、2000年）251頁参照）。

⁽²⁵⁾ 張衛平「建築与法治理念」法学2002年5期5頁。

は何をしてるんだ？独裁の道具だろ。政法機関は何をしてるんだ？これも独裁の道具じゃないか。同じことだ！」と切り返したという⁽²⁶⁾。独裁の担い手である裁判官にとって必要なのは、法的専門知識ではなく、独裁の道具としての適格性＝良好な政治的立場なのである。そうである以上、83年厳打において大量の事件を速やかに処理するために、急遽、党機関や行政機関の人員を裁判官に仕立て上げたことは、当然の成り行きであったといえよう。

この点、前項で見たように旧裁判官法は裁判官の任用条件に大きな変革をもたらし、学歴および法的専門知識が必須とされた。しかし、当該規定は実際には十分に徹底されていないという。例えば、「わが国の裁判所系統は近年、大量の退役軍人幹部を受け入れ、そのうち、多くの者が直接的に裁判業務に従事しており、しかも、部隊在籍時の階級により、相応の行政上の指導的職務、例えば所長、副所長、廷長、副廷長などに充てる場合がほとんどである」⁽²⁷⁾という。

また旧裁判官法は他方で、政治的資質もおよそ裁判官たる者、不可欠の要件であるとする立場に立っている。前項であらかじめ指摘したように、建国以降の裁判官採用の第1の条件が取り込まれたのである。

そしてこの要件が、裁判官に対して党を支持し、党の指示に従うこと、換言すると党の政策の忠実な執行者であることを求めていることはいうまでもない。とりわけ所長、副所長、裁判委員会委員、廷長および副廷長についてはこうした傾向が顕著である。それは、これらの裁判所管理職が裁判委員会討議制や所長審査制を通じて裁判結果の最終的決定権を有しており、これらの者を抑えれば、裁判結果をコントロールできるからであろう。実際、裁判所の管理職ポストは、党への忠誠心が高いと思われる①黨員、②退役軍人、③政治的エリートによって占められている(①と②および③はかなりの程度において重複しているものと思われる)。以下、具体的に見ていこう。

⁽²⁶⁾ 賀衛方「通過司法實現社会正義——对中国法官現状的一個透視」同『司法的理念与制度』(中国政法大学出版社、1998年) 40頁。

⁽²⁷⁾ 蔡彦敏「独立審判探源及其現實分析——尋求實現立法与現實的契合」法学評論1999年 2期19頁。

表 6-1 高裁所長の同党グループ書記の兼任状況（1997年9月時点）

地 方	所 長	組	地 方	所 長	組	地 方	所 長	組
北 京	盛連剛	書	安 徽	韓雲萍	書	四 川	李玉龍	書
天 津	張柏峰	書	福 建	方忠炳	書	貴 州	謝錦漢	書
河 北	李玉成	書	江 西	李修源	書	雲 南	邱創教	書
山 西	李玉臻	書	山 東	宇培杲	書	チベット	白 釗	書
内 蒙 古	巴士傑	書	河 南	李道民	書	陝 西	王發榮	書
遼 寧	範方平	書	湖 北	李其凡	書	甘 肅	王世文	書
吉 林	楊慶祥	書	湖 南	■順初	書	青 海	馬有功	書
黒 竜 江	唐憲強	書	広 東	麦崇楷	書	寧 夏	鄒献朝	書
上 海	胡瑞邦	書	広 西	黄任文	書	新 疆	阿不都熱依木・卡德爾	—
江 蘇	李佩佑	書	海 南	田忠木	書			
浙 江	夏仲烈	書	重 慶	趙俊如	書			

出典：中共中央組織部・中共中央党史研究室・中央檔案館編『中国共産党組織史資料 第7巻（上）社会主義事業發展新時期（1976.10—1997.9）』（中共党史出版社、2000年）337頁以下、同書『第7巻（下）』、同書『附卷一（下）中華人民共和國政權組織（1949.10—1997.9）』1023頁以下を参照した。

* 「所長」は各地方の所長を、「組」は党グループを、「書」は「書記」を指す。「—」はポストなしである。

① 党員

裁判所管理職における党員の割合について、一般的に「わが国において、党の裁判所系統に対する指導は非常に直接的なものであり、裁判所の所長、院長は原則として党員であり、しかも党委員会書記は原則として所長が兼任する」⁽²⁸⁾といわれている。具体例を挙げよう。表6-1は1997年9月時点において、各高裁所長が、所属裁判所党グループにおいてどのような地位にあるかをまとめたものである。本表から明らかなように、高裁所長31名中、30名が所属裁判所党グループの書記である（残り1名（新疆ウイグル自治区高裁）は党グループメンバーではない）。

また、雲南省麗江市中裁の Web サイト⁽²⁹⁾で紹介されている同裁判所の所長、副所長等5名は全員党グループメンバーであり、党グループ書記は所長である。山東省壟利県裁判所の状況も同様であり、その Web

⁽²⁸⁾ 張衛平等『司法改革：分析と展開』（法律出版社、2003年）523～524頁（韓波執筆）。

⁽²⁹⁾ <http://ljzy.chinacourt.org/>参照。

サイト⁽³⁰⁾で紹介されている同裁判所の所長、副所長等6名は全員党グループメンバーであり、所長が党グループ書記を兼任している。

② 退役軍人

「河南省高級人民裁判所が1999年に発行した『前進中の河南法院』によると、洛陽市所轄の16の区・県人民裁判所の現任の正職所長のうち、9名が軍人出身であり、部隊から転業した後裁判所に入り裁判所の指導者となったのである。これは基本的にわが国の基層裁判所の全体的状況を代表しており、退役・転業軍人がわが国の裁判所隊伍において占める割合はかなり大きい」⁽³¹⁾。半数以上の所長が退役軍人であり、しかもこうした状況が普遍性を持つというのである。

このほかにも、例えば遼寧省遼陽市中裁のWebサイト⁽³²⁾では、指導部メンバー〔班子成員〕として8名の裁判官が紹介されている（その内訳は、所長1名、副所長4名、規律検査組長1名、政治部主任1名、執行局長1名である）。このうち3名が退役軍人である。裁判所指導者の半分近くが退役軍人により占められているのである。

③ 政治的エリート

「大部分の中級人民裁判所の所長は政治的考察を経て幹部から任命されたものであり、正規の法学教育を受けていない」⁽³³⁾、「党・政府機関の高級指導幹部も裁判所に異動し所長または副所長などの指導的職務に就くのが常である」⁽³⁴⁾といわれており、政治的エリートの出世街道の到達点または一通過点として裁判所の管理職ポスト、とりわけ所長および副所長ポストが用いられている。

⁽³⁰⁾ <http://klfy.chinacourt.org/>参照。同サイトでは「裁判所党グループメンバー」〔院党組成員〕という項目で所長、副所長などが紹介されている。このほか、後掲表6-4、6-5もあわせて参照されたい。

⁽³¹⁾ 王盼・程政挙等『審判独立与司法公正』（中国人民公安大学出版社、2002年）347頁。古い記録だが、1982年に江西省の各級裁判所で約200名の退役軍幹部を受け入れ、その際、着任前に半年間の研修を行ったという（『江西省法院誌』48頁参照）。

⁽³²⁾ <http://lyzy.chinacourt.org/>参照。

⁽³³⁾ 範思深・前掲注（12）172～173頁。

⁽³⁴⁾ 同上180頁。

上海市を例に挙げよう。『上海審判誌』には、建国以降の上海市内の裁判所（高裁、中裁、基層裁）所長・副所長の氏名、経歴などの情報が掲載されている⁽³⁵⁾。1976年以降1995年4月までに所長・副所長であった者は112名であり（1976年以前に所長・副所長に就任し、同年以降も在職していた者を含む）、そのうち30名が所長・副所長就任前に裁判所以外の職場でキャリアを積んできた者である。これは全体の26.8%に上る。内訳は、検察出身者が6名、警察・司法行政・監察部門出身者が7名、その他法律とは直接的なつながりがない職場出身者（党委員会も含む）が17名である。例えば、胡瑞邦は同市黄浦区党委員会書記、中共上海市警察局党委員会副書記兼政治部（人事部門）主任を歴任した後、1993年2月に同市高裁所長に就任した。また、先（3.1参照）に引用した楊時は中共中央辦公庁中央警衛科長、同市警察局政治部主任、上海人民ラジオテレビ台代理台長を歴任した後、1964年11月から1966年4月まで、そして1978年2月から1983年3月まで同市高裁副所長を務めた（中断は文革によるものと推測される）。なお、残りの82名についても、所長・副所長就任期間のみ記載されている者が多いため、全員が裁判官出身とは限らない。

また、112名のうち11名が、所長・副所長退任後、ないしは在職中に兼任として、裁判所以外の国家機関の要職に就いている。例えば関子展は、警察部辦公庁副主任、上海第二医学院党委員会書記兼所長を歴任した後、1978年から上海市高裁所長を務め、1983年4月に上海市8期人大常委会委員に「当選」した。なお、人大常委会委員は同級人大により選出されることとされているが（地方組織法8条4号）、実態としては人大代表による自由選挙ではなく、党委員会が統制していたものと考えられる⁽³⁶⁾。

⁽³⁵⁾ 『上海審判誌』492～511頁。

⁽³⁶⁾ 中央組織部「『中共中央が管理する幹部職務名称表』改正の通知」（1990年5月10日）によると、全国人大常委会委員は「党管幹部」原則に基づき、中共中央が管理するポストとされていることから、上海市人大常委会委員も同市党委員会が管理していたものと推測される（本通知については、人事部政策法規司編『人事工作文件選編（13）』（中国人事出版社、1991年）35～53頁参照）。

6.1.3 まとめ

以上見てきたように、少なくとも90年代前半までにおいて、法のプロフェッショナルであることが裁判官の必須条件ではなかった。これに対して、建国以降今日に至るまで、政治的立場がしっかりしていることは一貫して裁判官となるための必須条件であった。裁判の担い手は本来的に党の政策の忠実な遂行者であることが求められているのである。とりわけ、裁判結果の最終的決定権を握る裁判所管理職についてはこうした要請が強く、そのほとんどが党員を筆頭とする政治的立場がしっかりしていると目される者により占められている。より忠誠心の高い者が裁判所管理職に就き、裁判委員会討議制や所長審査制を通じて、党の意思を裁判に反映させる仕組みになっている。

6.2 法的決定形成プロセスに介在する制度

裁判官の独立の原則の下では、個別具体的な訴訟における終局裁判である判決・決定は、いうまでもなく当該事件を審理した訴訟法上の意味の裁判所が決する。ところが中国には、当該事件を審理した裁判体（以下、便宜的に「受訴裁判所」と呼ぶ）以外の者が、終局裁判である判決・裁定（以下、便宜的に「判決」とまとめて呼ぶ）を事前にチェックする法律上の、または法律に明文規定のない事実上の制度が存在する。そこで、本節では、こうした制度を考察し、裁判が道具になるシステムが築き上げられていることを明らかにする。具体的には(1)国法上の意味の裁判所内部における所長審査制および裁判委員会討議制、(2)地方ブロック〔塊塊〕における党委審査制、ならびに(3)縦ライン〔条条〕における上級裁判所への照会である。以下、順に見ていこう。

6.2.1 裁判所内部⁽³⁷⁾

本項では、(Ⅰ) 所長審査制および(Ⅱ) 裁判委員会討議制を検討する。実務でも、この順序で審査が進んでいくと考えられる。例えば、蘇力（北京大学教授）は次のよういう。すなわち、「延長は合議体が起草した具

⁽³⁷⁾ 本項の内容全般について、田中信行「中国刑事訴訟法の改正と裁判の独立」中国研究月報1996年11月号1頁以下を参照した。

体的事件の法律意見を受け取った後、審査する。^ア彼が合議体の意見に同意したときは、事案を上司、すなわち所長または主管副所長の審査に付すため、これに移す。合議体の意見に同意しないときは、自らの意見をしたため、合議体に再評議するよう求める。事案が所長または主管副所長の手に渡った後は、大体次の3パターンに分かれる。①所長が合議体の意見に同意するときは、署名して判決を出す。②合議体の意見に同意しないときは、業務延長と同様に、合議体に再議を^ア求める。③^ア彼が事案が重大、複雑であると判断したときには、事案を裁判委員会の討議に付すため、これに移すよう求める」⁽³⁸⁾と。つまり裁判所内部においては、受訴裁判所→延長（副延長）→所長・主管副所長の順で判決がチェックされ（所長審査制）、重大事件・ハードケースであれば、裁判委員会に回されるというのである（裁判委員会討議制）。ただし、後述するように、全国一律に、また全ての事件についてこうした手続を経ているわけではない。

I 所長審査制

裁判所法によると、裁判所は所長1名、副所長、延長、副延長および判事若干名からなる（19、24、27、31条）。判事は裁判廷（業務廷）に配属され、裁判廷には延長と副延長が置かれ、延長が合議体に加わった場合は、これが裁判長を担う（同法10条4項。副延長については明文規定がない）。ほとんどの裁判所においては、所長が副所長に裁判廷の管理を担当させている（いわゆる [分管副院長]、[主管副院長]）。そして所長は裁判所の裁判業務、司法行政事務および党務を主宰する⁽³⁹⁾。

所長審査制とは、「単独裁判官・合議体が審理した後、判決を下す前に、[主審人員]は事件審理の具体的意見を主管する行政業務指導者、例えば延長もしくは副延長または所長もしくは副所長に報告し、その審査・決定を受ける制度を指す」⁽⁴⁰⁾（[主審人員]は裁判の主な責任者であり、

⁽³⁸⁾ 蘇力「論法院の審判職能与行政管理」中外法学1999年5期41頁。

⁽³⁹⁾ 範思深・前掲注（12）172～179頁、蔡彥敏・前掲注（27）16頁。

⁽⁴⁰⁾ 張衛平「論我国法院体制的非行政化」同主編『司法改革論評（第1輯）』（中国法制出版社、2001年）104頁。なお、張衛平は「全ての事件」が所長審査制に係るとする。

必ずしも裁判長とは限らない⁽⁴¹⁾。現在のやり方は、「事件の裁判文書を延長、所長が審査し、署名する」⁽⁴²⁾というものである。なお、ここで延長や所長が「署名する」といっても、それは判決書に直接署名するわけではない⁽⁴³⁾。稟議書のような文書に署名するのであろう。

所長審査制に関する実定法上の根拠はなく、またいつから行われてい

表6－2 最高裁における所長審査制対象事件

① 院 長 ・ 副 院 長	1	死刑再審査事件：事実が明らかで、証拠が確かかつ十分で、犯罪認定が正しく、裁判廷の審査意見が一致しており、各面から勘案して必ず死刑に処断しなければならないもの
	2	死刑再審査事件：裁判廷の審査意見が「(旧) 刑法43条規定により、死緩に改判すべき」で一致し、死刑許可を請求した裁判所の同意を得てから死緩に改判するもの
	3	一般的な涉外事件
	4	2 審事件
	5	類推許可事件：裁判廷の審査意見が類推不当で一致したもの
	6	事案が複雑で、政策的、または新たな状況に遭遇し、法的、政策的根拠を欠き、裁判廷が十分な自信を持っていないもの
	7	下級裁判所の発効判決について確かに誤りがあることを発見し、下級裁判所に再審を命じるもの
	8	当裁判所が1979年12月31日以前に審査承認し、または以前の当裁判所各大区分院が言い渡した事件について、確かに誤りがあることを発見し、判決を改めるべきとの見解で一致しているもの
② 廷 長	1	死刑再審査事件：裁判廷の審査により、死刑に処すべきでないという認識で一致し、許可を請求した裁判所と協議の上、同認識で一致したもの
	2	高裁の判決に対する不服申立て〔申訴〕について、裁判廷の審査を経て、原判決が不当ではないという判断で一致し、申立てを却下するもの
	3	事案が簡単で、法的根拠があり、また援用できる案例があるもの

⁽⁴¹⁾ 鈴木賢「中国における市場化による『司法』の析出——法院の実態、改革、構想の諸相——」小森田秋夫編『市場経済化の法社会学』（有信堂、2001年）256頁。

⁽⁴²⁾ 張民「按照司法規律改革案件審批制度」人民司法1999年10期26頁。

⁽⁴³⁾ 判決書は合議体構成員および書記官が署名しなければならない（刑訴法164条。旧122条も同じ）。また、最高裁「判決書および裁定書に所長が署名すべきか否かの問題に関する批復」（1964年1月7日）は、所長は判決書に署名すべきではないと指示する。

るのかも明らかではない⁽⁴⁴⁾。筆者が目にするのできた建国後最も古い公的な文書は、最高裁・司法部が54年裁判所法施行に際して発した「裁判所法を学習し、徹底することに関する指示」（1954年12月7日）である。同指示は「裁判所内部の集団指導を確立・強化し、合議制および裁判委員会の役割をさらに発揮させ、所長および延長の集団指導における責任を強化する」とする。この「所長および延長の集団指導における責任」は所長審査制を指しているものと考えられる⁽⁴⁵⁾。

次にどのような事件が所長審査制の対象となるかについて見てみよう。最高裁において所長審査制の対象となる事件については、最高裁「事件審査承認辦法（試行）」（1981年4月16日採択）が定める。表6-2は本辦法3、5条を整理したものであり、「所長・副所長」の欄に挙げた各事件はそれぞれ所長または副所長が審査する事件であり、「延長」の欄に挙げた各事件は、所長または副所長が必要なときに延長に授權した上で、これが審査する事件である。

ここから読み取れるように、事案の重要性ないしは重大性により、所長・副所長が審査するものと、延長が審査するものに分けられている。また、この分類からは、最高裁が受理した刑事事件の全てを所長審査制の対象としていていると考えられる。例えば、①-6と②-3を比較すれば、シンプルケースは延長が、ハードケースは所長または副所長が審査する

⁽⁴⁴⁾ 管見に及ぶ限りではあるが、陝甘寧辺区高等裁判所組織条例（1939年4月4日公布）には所長審査制の原型と見られる規定がある（同条例は韓延龍・常兆儒編『中国新民主主義革命時期根拠地法制文献選編（第3巻）』（中国社会科学出版社、1981年）353頁以下に収録されたものを参照した。邦訳は、季刊中国研究5号（1986年）92頁以下（國谷知史訳）を参照した）。すなわち、同16条6号は高等裁判所延長の職権として、「裁判の取消または判決」を定める一方で、17条5号で同裁判官〔推事〕の職権として、「事件の判決および判決書の起案〔撰擬〕」を定める（同所長の職権として「同院のあらゆる訴訟事件の進行の監督および指揮」（5条2号）が定められているが、これが判決の審査をも含むのかは明らかではない）。なお、「裁判所が50年近くにわたり実施してきた『事件審査制度』」という指摘もある（周曉笛「“還審判權於合議庭”——廢除案件審批制度的思考」法律適用1999年9期（CD版）35頁）。

⁽⁴⁵⁾ 田中知行「中国における裁判の独立と党の指導——1954年～1981年——」季刊中国研究5号（1986年）53頁。

こととなっている⁽⁴⁶⁾。

ただ、これは最高裁についてのものであり、下級裁判所においてどのような事件が所長審査制の対象となっているのかは分からない。この点については、「決定を下す前に、所長または延長に報告して同意を得、所長または延長が裁判文書を審査・署名しなければならない」⁽⁴⁷⁾、「長期にわたり、裁判実務において所・延長事件審査はすでに慣習となっており、裁判官は事件の事実の審査のみに責任を負い、どのように判決するか（すなわちどのように法を適用するか——原文）については、所・延長が『チェック』し、実際に行われているのは首長責任制である」⁽⁴⁸⁾という指摘がある。

そして、所長審査制において、延長は最も現場に近いせいか、日常的な審査業務においては最初の審査者となっているようである。すなわち、「延長の許可を受けた裁定または判決こそが正式な裁定または判決である。たとえ判事が単独で下したものであっても、必ず延長の許可が必要である」⁽⁴⁹⁾と。ここでは、あたかも全ての判決が所長審査制の対象となっているかのようにいわれている。

とはいえ、所長審査制は元々明文の制度ではないため、制度としての普遍性は低く、地方によってそのあり方は異なる。例えば、「異なる裁判所、または同じ裁判所であっても事件によっては、合議体の権限行使状況は異なり、大体次の3パターンに分かれる。①合議体には事実認定権しかない、②合議体は事実認定権だけではなく、所長、延長と共同で法律適用権を行使する、③合議体は独立して、事実認定権および法律適

⁽⁴⁶⁾ 1981年3月19日に江華（最高裁所長）が天津市河西区裁判所で同裁判所スタッフと座談会を行った際の発言によると、当時の最高裁では、次のような手順で所長審査制が運営されていた。すなわち、①合議体による審理・評議、②延長または担当副所長による審査、③所長による審査、④所長または担当副所長が署名して発効、⑤争いのある、または重大な事件については裁判委員会に付託、である（「江華同志談人民法院独立審判問題」民主与法制1981年6期5頁）。

⁽⁴⁷⁾ 陳衛東主編『刑事訴訟法実施問題調研報告』（中国方正出版社、2001年）167頁。

⁽⁴⁸⁾ 周道鸞「独立審判与司法公正」法律適用2002年10期（CD版）7頁。

⁽⁴⁹⁾ 範思深・前掲注（12）178～179頁。

用権を含む審理・判決の全ての権限を行使する」⁽⁵⁰⁾という指摘がある。ここでは、①を所長審査制と、③を所長・延長が裁判結果に全く関与しないケースと、②を①と③の中間形態と位置づけることができよう。ここから、全ての事件が所長審査制に係るわけではないことがうかがえる。

また、現在進行中の司法改革において、受訴裁判所が実質的に審理し、判決を下す方向へと議論が進んでおり、すでに所長・延長の審査を受けず自ら裁判を完結させることのできる「主審裁判官」といった新しい措置も試験的に行われている⁽⁵¹⁾。

そして、受訴裁判所の意見と、所長・延長のそれとが異なるときは、「一般的には、下級が上級に従う、つまり担当者および合議体は延長、所長の決定に従う」⁽⁵²⁾ことになるという⁽⁵³⁾。まさに「延長および所長が事実上、裁判の真の決定者であり、事件を自ら審理する合議体ないしは単独裁判官は裁判についての提案者および執行者にすぎない」⁽⁵⁴⁾。

II 裁判委員会討議制

裁判委員会討議制は刑事訴訟法および裁判所法に規定されている制度である。これを定める条文は、以下のとおりである。

「およそ重大または難解な事件について、所長が裁判委員会の討議に付す必要があると認めるときは、所長が裁判委員会の決定に委ねるためその討議に付す。裁判委員会の決定については、合議体は執行しなければならない」(旧刑訴法107条)。

⁽⁵⁰⁾ 左衛民・周長軍・陸賢剛・呉衛軍「法院内部権力結構論」四川大学学報(哲学社会科学版)1999年2期(CNKI)84頁。

⁽⁵¹⁾ 例えば、山東省青島市では1999年3月から主審裁判官制を実施したという(孟天「一路求索——青島中院審判改革模式三人談」人民司法2000年3期(CNKI)12頁参照)。また、2000年7月11日には、最高裁が「人民裁判所裁判長選任辦法(試行)」を出した。

⁽⁵²⁾ 王国慶・馬海翔「審判組織運行機制改革之探討」法律適用2002年8期(CD版)76頁。

⁽⁵³⁾ 受訴裁判所がなお自らの見解に固執する場合は、最終的に法的拘束力を持つ裁判委員会に付託されることになる(範思深・前掲注(12)177頁)。

⁽⁵⁴⁾ 劉会生「人民法院管理体制改革的幾点思考」法学研究2002年3期16頁。

「合議体は開廷して審理を行い、かつ、評議してから判決を言い渡さなければならない。疑義があり、複雑で、または重大な事件について、合議体が決定しがたいと認めるときには、合議体が所長に報告し、裁判委員会の討議に付託するかの決定を仰ぐ。合議体は裁判委員会の決定を執行しなければならない」(現行刑訴法149条)。

「各級人民裁判所は裁判委員会を設置し、民主集中制を実施する。裁判委員会の任務は裁判の経験を総括し、重大または難解な事件およびその他の裁判業務に関する問題を討議することである」(裁判所法11条1項)。

これらの規定から明らかなように、裁判委員会は旧刑訴法下においては「重大または難解な事件」、また現行刑訴法下においては「疑義があり、複雑で、または重大な事件」を討議し、合議体はその決定を執行しなければならない。ただし、裁判委員会の決定を受けた事件の判決書に署名するのは、受訴裁判所構成員(と書記員)である⁽⁵⁵⁾。

なお、誰が裁判委員会に報告にするかについて、現行刑訴法149条は合議体がまず所長に報告し、所長が裁判委員会の討議に付すかを決定すると定める。旧刑訴法が合議体の主体性を全く認めていなかったことと比べ、条文上は、合議体のイニシアティブを強化したものと評価することができよう⁽⁵⁶⁾。とはいえ、実務においては、旧刑訴法規定と同じく、合議体の判断を経ずに所長が裁判委員会の討議に付すかを決定している裁判所が多いという⁽⁵⁷⁾。

⁽⁵⁵⁾ 最高裁「裁判委員会の討議を経た事件について判決書にどのように署名するかの問題に関する復函」(1957年7月23日)は、「裁判委員会は現在、原則的に対外的に公開していないため、裁判委員会の討議を経た事件の判決書については、やはり当該事件を審理した合議体の構成員が署名すべきである」とする。

⁽⁵⁶⁾ 立法目的は「裁判委員会が討議する事件の範囲を狭め、合議体が独立自主に裁判権を行使できるようにすることである」(陳衛東・前掲注(47)152頁。このほか、郎勝主編『關於修改刑事訴訟法的決定釈義』(中国法制出版社、1996年)180～181頁、周道鸞・張泗漢主編『刑事訴訟法的修改与適用』(人民法院出版社、1996年)245、247頁参照)。

⁽⁵⁷⁾ 例えば、重慶市高裁が1998年に、同市内の中裁および基層裁の刑事判決100例を調査したところ、裁判委員会に付託された事件は、いずれも所長が独断で

また、裁判委員会に「同級人民検察院の検察長は列席することができる」(裁判所法11条3項)。つまり、判決を左右する裁判委員会会議に検察も参与できるのである。このことは「裁判所の独立」と緊張関係にあると考えられる。しかし実態としては、「改正後の人民裁判所法公布後の10年間に於いて、検察長が同級人民裁判所の裁判委員会会議に列席することはほとんどなく、本法律条文は形骸化している」⁽⁵⁸⁾といわれている。また、「数人の裁判官に聞いたところによると、検察長は通常、刑事事件の討議に列席し、他の討議に参加することは少ない。たとえ出席しても、検察長の意見はあまり重視されない。なぜなら、その行政クラスが裁判委員会の裁判官と同じだからである」⁽⁵⁹⁾という。

次に、具体的にどのような事件が裁判委員会の討議の対象となるのかを見てみよう。上述の事件審査承認辦法(試行)によると、最高裁では以下の11類型の事件が裁判委員会に付託される(表6-3参照)。このほか、旧法所定の「『重大または難解な事件』」は、一般的に「社会、国内外の反響がわりあい大きな事件、当事者または社会に対する影響がわりあい大きな事件、指導機関または指導者に関わる事件を指す。合議体と延長または裁判所長との間で意見が分かれた場合も、『ハード』ケースとなる」⁽⁶⁰⁾という指摘もある。

また、現行刑訴法の「疑義があり、複雑で、または重大な事件」は、最高裁「『刑事訴訟法』実施における若干の問題に関する解釈」(1998年9月8日施行)114条2項⁽⁶¹⁾によると、以下の5類型である。すなわち、

そのことを決定していたことが判明した(重研「不遵守程序法現象依然嚴重」『人民法院報』1999年6月23日)。なお、調査対象となった100例全てが裁判委員会の討議に付されたのかは不明である。そして、王利明『司法改革研究』(法律出版社、2000年)191頁はこの調査結果を引用し、「多くの裁判所では、依然として所長ひとりで裁判委員会の討議に付託するかを審査決定している」とする。

⁽⁵⁸⁾ 惠恩邦「試議検察長列席人民法院審判委員會會議」法学1988年6期26頁。

⁽⁵⁹⁾ 範思深・前掲注(12)176頁。

⁽⁶⁰⁾ 裁判所スタッフに対するヒアリング調査(範思深・同上175頁参照)。

⁽⁶¹⁾ なお、現行刑訴法施行直前の1996年12月20日に最高裁が下達した「『刑事訴訟法』実施における若干の問題に関する解釈(試行)」(1997年1月1日施行)114条2項も同じ。

表 6－3 最高裁における裁判委員会討議制対象事件

1	当裁判所の合議体、裁判廷の審査において意見が分かれた事件
2	原判決変更の必要がある場合に、関連裁判所の意見を求めたが、改判の同意を得られなかった事件
3	重大な涉外事件
4	当裁判所が裁判する1審事件
5	全国的影響のある経済事件
6	県級以上の幹部もしくは知名人の、または影響が大きい死刑事件
7	許可を要する刑事類推事件
8	高裁・専門裁判所の判決・裁定に対する、または最高検が当裁判所にプロテストした事件
9	各級裁判所の発効判決・裁定に確かに誤りがあることが判明し、当裁判所が審級を引上げて裁判する事件
10	当裁判所の判決・裁定に確かに誤りがあることが判明し、裁判し直す必要のある事件
11	所長・副所長が裁判委員会の討議に付託する必要があると認めるその他の事件

①死刑判決を起案しているもの、②合議体を構成する裁判官の見解が大きく分かれているもの、③検察がプロテストしたもの、④社会的に大きな影響があるもの、⑤その他の裁判委員会が討議・決定すべきもの、と⁽⁶²⁾。

実際に裁判委員会の討議対象となる事件は、中国の論者の紹介によると、中裁であれば以下の6類型であるという⁽⁶³⁾。すなわち、①刑事事件（死刑判決を起案する事件、「経済犯罪」⁽⁶⁴⁾事件（例えば横領、贈収賄、

⁽⁶²⁾ 最高裁スタッフが執筆したコンメンタールである周道鸞等・前掲注（56）247頁は、主に「①事案が難しく、複雑で重大な事件、②社会的影響がわりあい大きい事件、③法律の類推適用により犯罪認定・量刑する事件、④人民検察院がプロテストした事件、⑤合議体構成員の間で意見が大きく分かれた事件、⑥（旧）刑法59条規定により処罰を減輕する必要のある事件が含まれる」とする。なお、本書は刑訴法典改正直後に出版されたため、刑法典改正（1997年）により削除された「類推適用」が出てくる。

⁽⁶³⁾ 範思深・前掲注（12）175頁。なお、これは中国全ての中裁に共通するものではないものと思われる。また、④が犯罪の「被害額」をも含むのであれば、これも刑事裁判に関係する。

⁽⁶⁴⁾ 日中両国における「経済犯罪（刑法）」概念の異同については、小口彦太「経済改革と中国刑法」針生誠吉・安田信之編『中国の開発と法』（アジア経済研究所、1992年）72～78頁を参照されたい。

密輸)、中級裁判所が下級裁判所の判決をひっくり返し、被告人を無罪とする事件、検察が下級裁判所の判決にプロテストした事件)、②所長と合議体の意見が分かれた事件、③主管副所長と合議体の意見が分かれた事件、④わりあい巨額な事件、⑤関わる労働者数が多い労働紛争事件、⑥香港、台湾およびマカオ住民ならびに外国籍人に関わる重要事件である。これらのうち、刑事裁判と関連するのは①、②、③、⑥である。また、②および③から、所長審査制で円満に解決することができなかった事件を裁判委員会が討議していることがうかがえよう。

また別の例を挙げると、湖北省武漢市江漢区裁判所は、2001年2月16日に「裁判委員会議事規則（試行）」⁽⁶⁵⁾を下達し、次の6種類の事件を裁判委員会の討議の対象とした（同規則13条各号）。すなわち、①執行猶予、刑の免除、無罪、監外執行を言い渡す刑事事件、②執行の根拠となる当裁判所の発効した法的文書に誤りがあることを発見し、是正しなければならない事件、③所長・分担所長が裁判委員会の討議に付す必要があると認める新型の事件、④再審および差し戻された事件、⑤事件処理について合議体の意見がわりあい大きく分かれている事件、⑥社会的影響が大きな、または社会の安定に関わる事件である。

そして、実際に裁判委員会が討議する事件は少なくない。例えば、刑事事件とは明示的に限定されていないが、某高裁では「1998年に138回（日）裁判委員会会議を開催し、1011件（回）の事件を審査承認し、これは同年の全結審件数の3分の1以上を占めた。この前後においても、同裁判所では、毎年裁判委員会で討議する事件の割合は基本的に3分の1前後であった。つまり、この高裁においては結審する3件に1件は裁判委員会が『審査承認』しているのである」⁽⁶⁶⁾（カッコ内は原文）という指摘がある。また、基層裁においては、「毎年大体10～15%、約20件の事件が裁判委員会の討議にかけられる」⁽⁶⁷⁾、「1997年、上海市奉獻県裁

⁽⁶⁵⁾ 康均心『法院改革研究——以一個基層法院的探索為視點』（中国政法大学出版社、2004年）428～433頁。

⁽⁶⁶⁾ 羅書平「審判委員会「審批案件」制度应予取消」張衛平主編『司法改革論評（第3輯）』（中国法制出版社、2002年）52頁。

⁽⁶⁷⁾ 蘇力『送法下鄉——中国基層司法制度研究』（中国政法大学出版社、2000年）104頁。

判所の裁判委員会が扱った刑事事件は31件であり、同年度における当該裁判所が処理した刑事事件総数の8.2%であった。他方、毎年平均すると大体10%前後である⁽⁶⁸⁾という指摘がある⁽⁶⁹⁾。さらに厳打期においては、裁判委員会は厳打に関するほとんどの事件を討議していたという。すなわち、『重きにかつ速やかに』の事件については、担当した裁判官がそのほとんどを裁判委員会に報告していた。裁判委員会は報告に基づいて事件の犯罪認定、量刑について討議し、被告人の犯罪認定、量刑を決定していた。そのため、裁判所がある事件の裁判の開廷を決定したときには、当該事件の裁判結果は一般的にすでに裁判委員会が裁判前に決定していた。さらには公式の判決書を制作・印刷していた地方もあった⁽⁷⁰⁾と。

このように、合議体が裁判するといっても、その一部は裁判委員会の決定なのである。

6.2.2 地方ブロック——党委審査制

党委審査制は、党委員会が重要な事件や警察・検察・裁判所で争いのあるハードケースの法的決定を審査するという制度である。これは根拠地時代にはすでに存在したといわれており⁽⁷¹⁾、法律上に明文の根拠は

⁽⁶⁸⁾ 王元「法院独立及其困境」(未公表)。本稿の引用は蘇力・同上による。

⁽⁶⁹⁾ 中には大半の事案が裁判委員会に付託されたという指摘もある。例えば、「某省高級人民裁判所では1996年に結審した刑事事件の70%以上が裁判委員会の討議にかけられた」という(劉亜林「論審判委員会討論個案職權」重慶大学学报(社会科学版)1998年4期(CNKI)71頁)。また、某中裁では1審事件および破棄する2審事件の全てを裁判委員会に付託すると規定しているという(嚴紅兵・周天勤「論審判委員会制度的改革与完善」律師世界1999年10期(CNKI)42頁)。このほか、鈴木賢が1994年に行った調査によると、重慶市中裁では「一審事件では3分の2近く、二審事件で10~20%を裁判委員会で討論している」という(鈴木・前掲注(41)255頁)。

⁽⁷⁰⁾ 陳瑞華『刑事審判原理論(第2版)』(北京大学出版社、2003年)344~345頁。

⁽⁷¹⁾ 「江華院長在北京市刑事審判工作會議上發表重要講話——人民法院必須認真執行“兩法”、嚴格依法辦事」法学雜誌1980年2期8頁。なお、50年代の党委員会の判決審査制度の運用については、胡軍「公安、檢察和法院應正確貫徹互相配合、互相制約的原則」法学1958年1期27頁、庚以泰「捍衛党对人民法院的領導、駁“審判獨立”的謬論」政法教学1958年1期17頁参照。

ないが、現在に至っても党委員会による審査は存続している。

とはいうものの、党委審査制は、制度としては実は党中央によりすでに否定されている。すなわち、党中央は1979年9月9日に「刑法・刑事訴訟法の適切な実施を断固保障するについての指示」（いわゆる「64号文書」）を出し、「今後、司法業務に対する党の指導を強化することは、最も重要な項目のひとつである。すなわち、法律の実施を確実に保障して、司法機関の役割を十分に発揮させ、人民検察院が独立して檢察権を行使し、人民裁判所が独立して裁判権を行使することを確実に保障して、これらの機関がその他の行政機関・団体または個人の干渉を受けないようにしなければならない。国家の法律は党が指導して制定したのであり、司法機関は党が指導してうち建てたのであるから、法律および司法機関の職権を尊重するということは、何よりもまず党の指導と党の威信を高めることにほかならない。党委員会と司法機関はそれぞれにそれぞれの責任を有しており、互いに取って代わることはできず、両者を混同すべきでもない。それゆえ、党中央は各級党委員会による事件審査承認制度を廃止するよう決定した」としたのであった。

これを裁判所に引きつけていえば、次のように要約できよう。「司法業務に対する党の指導を強化する」とは、党が制定した法律を遵守し、裁判所が「行政機関・団体または個人の干渉」を受けないようにすることである。また、党委員会と裁判所は職責が異なり、一緒くたにしてはならない。よって、両者の職責を混同することになる党委審査制を廃止する、と。

しかしそれと同時に、「各級司法機関における党組織および黨員幹部は、同級党委員会に自主的に業務を報告して指示を求めなければならない」とも指示した。党委審査制は廃止するが、裁判所の党グループは党組織として、また裁判官は黨員として、同級党委員会にお伺いを立てろというのである。

このことは、次のような発言からも明らかである。すなわち、彭真は64号文書下達翌年である1980年2月1日に、「個別具体的な事件については、党委員会が問わなければならない特殊なものを除き、やはり検察院、裁判所が独立して処理する」⁽⁷²⁾と述べ、個別具体的な事件につい

⁽⁷²⁾ 彭真「在広東省和広州市公検法匯報会上的講話要点」（1980年2月1日）『彭

て、「党委員会が問わなければならない特殊なもの」が存在することを示唆する。また、劉晋峰（天津市党委員会副書記）も1990年2月17日に、「各級裁判所は自主的に党委員会の指導に依拠し、これを受け入れなければならない。人民裁判所は日常的に党委員会に活動を報告し、およそ方針、政策などに関わる重要問題、または重大事件・ハードケースを処理するときには、自主的に党委員会に指示を仰ぎ、指導と助けを得なければならない」⁽⁷³⁾と述べる。

また実際に、次のような指摘から、党委審査制が形を変えて残っていることがうかがえよう。すなわち、「警察・検察・裁判所3機関が重大事件、涉外事件もしくは統一戦線にかかわる事件、または方針や政策に関わる問題に遭遇したときは、必ず自主的に党委員会に報告して指示を求めなければならない。党委員会の指示および決定については、真摯に徹底執行すべきである」⁽⁷⁴⁾、「法に従い独立して捜査権、検察権、裁判権を行使する警察・検察・裁判所3機関が、一般事件についてはなお法に従い処理できるが、ひとたび重大事件・ハードケースに遭遇すれば党委員会に報告して決定を仰ぐ」⁽⁷⁵⁾、「確かに党委員会の刑事事件の審査承認制度は今日においてはもはや制度ではないが、現在においてもなお地方党委員会から中共中央に至るまで、具体的事件の捜査、起訴、審理に対する干渉は完全になくなったわけではない」⁽⁷⁶⁾、「河北省3級裁判所の裁判実務から見て、大多数の地方党委員会、人大および同常委会は裁判所の具体的事件の裁判にほとんど干渉しておらず、95%以上の刑事・民事事件は人民裁判所が法に従い独立して裁判している」⁽⁷⁷⁾と。最

真2』214頁。

(73) 「天津市委副書記劉晋峰在天津市法院工作會議上的講話（摘要）」（1990年2月17日）『法院年鑑（1990）』524頁。

(74) 中央政法幹部学校刑法・刑事訴訟法教研室編『中華人民共和國刑事訴訟法講義』（群衆出版社、1981年）138頁。

(75) 白明路「試論我国刑事法律執行中的協調問題」楊敦先・趙秉志・王勇編『刑法發展与司法完善』（中国人民公安大学出版社、1989年）245頁。

(76) 曲新久『刑事政策的權力分析』（中国政法大学出版社、2002年）124頁。

(77) 樊守祿「完善人民法院依法独立行使審判權的理論思考和制度設計」河北法学2003年1期（CNKI）71頁。

後に挙げた河北省の実情は、「95%以上」の事件が「法に従い独立して裁判」するようになったことを誇示するものと読めるが、裏を返せば、それ以外の事案は「法に従い独立して裁判」していないということになる。

まさに田中信行が指摘したように、64号文書は「裁判員としては党委員会に報告しなくともよいが、党員として報告せよという要求であ(り)」⁽⁷⁸⁾、党委審査制は形の上では廃止が指示されたが、それは実質的に温存されてきたのである。

では、具体的にどのような形で実質的に存続している党委員会による審査が行われているのであろうか。この点については1993年になされた次の指摘が参考になる。すなわち、「現在、各級党委員会は同級裁判所の裁判業務の監督を、主に以下のやり方で行っている。①党委員会が専門の政法委員会を設置し、警察・検察・裁判所・司法行政機関の4機関の業務関係の調整の責任を負わせる。②裁判所から指示を求められた重大事件について討議し、党組織の意見を十分に発表し、裁判所が執行する。③裁判所の党員幹部の模範的法律執行を監督し、違法・犯罪行為を働いた判事に党の規律処分を科し、もしくは所属裁判所に懲戒処分を科すよう命じ〔責成〕。以下同じ)、必要なときは、国家権力機関（人大）にその裁判職務を免じ、もしくは罷免するよう提案し、または検察機関に立案させその刑事責任を追及するよう命令する。④大衆の陳情〔来信来訪〕を受理し、誤判事件を発見したときは、関係裁判所に法に従いは正するよう命じる」⁽⁷⁹⁾と。つまり、党委員会の政法委員会が判決チェックの実働部隊となっているのである。このことは、党委員会が政法業務を指導するために設けた〔対口部〕であることから、当然のことといえよう。

そして、裁判所の裁判に対する政法委員会を通じた党委員会の指導は、具体的には政法委員会による判決の事前調整という形で行われる。

この政法委員会による判決の事前調整は、前部ですでに指摘したように、嚴打期によく用いられた手法である。すなわち、83年嚴打においては、「速やかに」を実現するために、政法委員会主宰の下で合同事件処理や共同事務処理と呼ばれるやり方が採られた。そして、両者はその後

⁽⁷⁸⁾ 田中・前掲注(45) 76頁。

⁽⁷⁹⁾ 王洪俊主編『中国審判理論研究』（重慶出版社、1993年）106～107頁。

の厳打においても行われた。

とはいえ、合同事件処理や共同事務処理は、厳打だからこそ生じる特別な現象ではなく、日常的に行われているものである。このことは4.4で検討した同性向けの管理売春事件の顛末、そして次のような指摘からも明らかである。すなわち、「少なくない地方の党の政法委員会は政法機関の関係を調整するとの名目で、警察・検察・裁判所・司法行政機関の4機関を組織して刑事事件を討議し、犯罪認定・量刑を決定している。湖南の某市の政法委員会は重大事件・ハードケースを討議・決定するために、政法委員会書記をリーダーとする警察・検察・裁判所・司法行政機関などの機関の責任者から成る小組を設置している。福建省の一部の地域では、1994年に至ってもなお政法委員会が警察・検察・裁判所3機関を組織して合同事件処理を行っている」⁽⁸⁰⁾、「見解に相違が生じればいつも、法定手続に照らして制約権を行使するのではなく、ほとんどは政法委員会主宰の下で『党内共同事務処理』を行う。およそ重大事件・重要事件であれば、いずれも政法委員会が調査チームを統一的に組織し、『共同事務処理』の名目で議論を統一し、決定を下し、その後、政法機関が形式的に法定手続を行う。この間求められるのは一致のみであり、制約はなく、また法による相互協力も語るに及ばない。過去に生じた『合同事件処理』の教訓を受け、中央は何度も共同事務処理が合同事件処理と異なることを強調している。しかし、制度が変わりさえしなければ、共同事務処理は現実においては『合同事件処理』をもたらしうるのみである。これはまさに『厳打』以降、多くの地方で50年代のやり方が復活している要因である」⁽⁸¹⁾と。なお、後者の指摘からうかがえるように、合同事件処理や共同事務処理が「50年代のやり方」であったことをここで指摘しておく。

そして今日においては、実際に次のようなやり方で政法委員会による判決の事前調整が行われているという⁽⁸²⁾。

⁽⁸⁰⁾ 張慇・蔣惠嶺『法院独立審判問題研究』（人民法院出版社、1998年）164頁。

⁽⁸¹⁾ 石泰峰「政法体制改革芻議」複印報刊資料法学1987年3期38頁〔原載：江海學刊（経済社会版）1987年1期〕。

⁽⁸²⁾ 以下の記述については、林中梁編『各級党委政法委の職能及宏觀政法工作』（中国長安出版社、2004年）582～587頁を参照した。

まず、事前調整は主に会議の形式で行われる。これは「党内事件調整会」[党内案件協調会]と呼ばれており、政法委員会の書記、副書記、事務局長または副事務局長が議長を務める。参加者は同級の政法部門や下級政法委員会の責任者が参加する。また、政法委員会が文書（いわゆる[紅頭文件]）を発し、政法部門に指示することもあるという。

会議で「調整」される事案は、主に以下の9種類である。すなわち、①国内外への影響が大きく、注目されている特大刑事事件、②国内外への影響が大きく、または大きな影響を生みやすい政治的な事件、特に涉外事件（具体的にはほとんどが国家の安全に危害を加える罪）、③国内外を震撼させ、影響が極めて悪い悪質な事故、④事案が複雑で、関係者が多く、特に党・政府の指導的幹部が関与しており、干渉を受けている、または受け得る事件、⑤新類型の刑事事件、または経済紛争・民事事件、⑥政法部門間で争いのある事件、⑦下級の政法委員会間で争いのある事件（多くは地方保護主義を背景とした地方間の経済的紛争）、⑧下級政法委員会と上級の政法部門との間に争いのある事件、⑨上級党委員会・政法委員会、同級党委員会またはこれらの主要指導者から調整するよう求められた事件、である。

会議ではまず議長または事件の責任者が事案を説明し、問題点を摘示する。その後、参加者で討議する。最終的に議長が総括し、「参加者の共通認識となった意見、または少なくとも多数者の正しい意見、もしくは少数意見であるが正しいものをまとめ、議長の調整・説明を経て、最後に大多数の認可を得る」。また、統一見解を形成できないときは、上級の政法委員会や政法部門に指示を仰いだり、同級政法部門に対して上級政法部門に照会するよう指示したりする。

以上の説明からは、政法委員会が判決の形成に実質的に関与していることが明らかであろう。政法委員会の事前調整の対象となる事案の種類も少なくなく、およそ見解が分かれた事件や重要性の高い事件は、いずれもその射程内にある。

そして、「裁判＝道具」構造を解明するために、ここで何よりも注目したいのは、こうした会議においてどのように意思決定がなされているかである。上記説明からは、同一クラス内で決着がつく場合と、上級に指示を仰ぐ場合の2パターンがあることが分かる。後者については、上

級の見解が大きな影響力を持っていることは疑いない。このことは、4.4で検討した事例の経緯からも明らかであろう。

他方、前者については、同級の政法委員会、各政法部門の「話し合い」という観を呈しているが、実際は政法委員会の意思が貫かれているようである。というのは、会議の結論となるのは、「①参加者の共通認識となった意見、または②少なくとも多数者の正しい意見、もしくは③少数意見であるが正しいもの」とされている（丸数字は筆者が付した）。①は全会一致であるため、これが会議の結論となることに何ら疑問はなかろう。問題は②および③でいうところの「正しい意見」である。とりわけ③は少数意見であるが、それが「正しい意見」であれば、会議の結論となるという。そこで、「正しさ」を判断する基準とは何かが、政法委員会による判決の事前調整の実質を明らかにする鍵となる。これを考える手がかりは、次の指摘である。すなわち、「①一部の重大事件は、ほとんどの場合において政法委員会が裁判に方向性を定めており、警察・検察・裁判所・司法行政機関の各機関に考え方、認識を統一し、全力で協力するよう指示する。②一部のハードケースについて、警察・検察・裁判所・司法行政機関が性質認定において見解が分かれたとき、または処理において反目しあうときには、政法委員会が最終的決断を下すことが多々ある。……④少数の政法委員会指導者が言葉を法に代え〔以言代法〕、個人の意思を裁判所の裁判に代え、裁判業務に粗暴に干渉する」⁽⁸³⁾と。要するには政法委員会が決定を下すというのである。だとすると、上の説明にある「正しい意見」とは、結局、政法委員会が「正しい」と考える意見になろう。

ところで、宇田川幸則は、党が裁判に干渉するルートについて、興味深い指摘をしている。すなわち、「90年代以降、裁判委員会のあり方がクローズアップされるようになり、それに対する批判が強くなったが、これは『外圧』をはじめとする諸処の理由により、党の関与がこれまでのようにおおびらにできなくなり、法律上根拠のある裁判委員会をい

⁽⁸³⁾ 鮑遂献・張偉・趙小山「影響人民法院正確定罪量刑的原因与对策」法学評論1991年6期20頁。胡学相『量刑的基本理論研究』（武漢大学出版社、1998年）225頁も同旨。

わば隠れ蓑として利用し始めたフシがあることに世間が気付き始めたからではないか」⁽⁸⁴⁾と。つまり、法的制度である裁判委員会討議制を通じて党が裁判に干渉しているのではないかというのである。

表 6－4 遼寧省遼陽市中裁の党グループメンバーと裁判委員会メンバー

氏 名	現 職	党 組	裁判委
宋景春	院 長	○	○
范文来	副 院 長	○	○
那占久	副 院 長	○	○
呂辛德	副 院 長	○	○
高 田	副 院 長	○	○
劉建元	規 検 組 長	○	○
邢亜栄	政治部主任	○	○
金義強	執 行 局 長	○	○

出典：http://lyzy.chinacourt.org/

*「党組」は党グループメンバーであるか否かを、また「裁判委」は裁判委員会メンバーであるか否かを示す。「○」はメンバーであることを示す（表 6－5 も同じ）。

表 6－5 山東省広饒県裁判所の党グループメンバーと裁判委員会メンバー

氏 名	現 職	党 組	裁判委
王建民	所 長	○	○
孟黎明	副 所 長	○	○
趙連玉	副 所 長	○	○
郭 華	副 所 長	○	○
李祝田	紀律検査組長	○	○
馬国柱	執 行 局 長	○	○

出典：http://grfy.chinacourt.org/

実際、裁判委員会メンバーの役職を調べると、そのほとんどが所属裁判所党グループのメンバーでもある。表 6－4 および表 6－5 は、遼寧省遼陽市中裁と山東省広饒県裁判所の Web サイトにおいて、それぞれの裁判所指導者として紹介されている者の中から、党グループメンバー

⁽⁸⁴⁾ 宇田川幸則「小口彦太著『現代中国の裁判と法』」社会体制と法 5 号（2004 年）97 頁。

または裁判委員会メンバーである者を抜き出したものである。両裁判所では、党グループメンバーはいずれも裁判委員会委員でもある。このように党グループが裁判委員会を掌握しているのならば、党の指導はこの法律上の制度により合法化され得ることになる。

以上のことを筆者なりにまとめると、次のような党による裁判に対する「指導」の流れが見えてくる。すなわち、地方の党委員会は、[対口部]である政法委員会を窓口として、これが「事前調整」という形で裁判所党グループを「指導」する。そして、同党グループは法律上の制度である裁判委員会の意思として、この「指導」内容を合法的に実現する、と。こうした手法は、党委審査制の廃止を謳いながら「各級司法機関における党組織および黨員幹部は、同級党委員会に自主的に業務を報告して指示を求めなければなら(ない)」としていた64号文書よりも、党の指導に「合法」の衣をまとわせることができる点で、「洗練」されているといえよう。

6.2.3 縦ライン——上級裁判所への照会

中国においては、最高裁も判決の形成過程において下級裁判所が上級裁判所に照会すること〔請示〕を認めており⁽⁸⁵⁾、実際にも広く行われている。例えば、江西省について次のような指摘がある。「1980年の刑事訴訟法施行後、全省の上級人民裁判所は下級人民裁判所の重大事件・ハードケースについて、次第に開廷前の業務指導および監督を実施するようになった。その内容は基層人民裁判所の事実および証拠の審査、有罪と無罪、各罪の区別、干渉を排除し、正しく罪を認定し処理することを手助けすることを含む。開廷前の指導形式には『請上来』と『走下去』がある。『請上来』とは、下級人民裁判所の所長、刑事延長および事件処理人員を上級人民裁判所に招くことである。『走下去』とは、上級人民裁判所の所長、延長および研究室主任などが下級の人民裁判所に赴く

⁽⁸⁵⁾ 最高裁「照会回答業務改善に関する書簡」(1958年9月19日)、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)、最高裁辦公室「照会問題に関する通知」(1973年11月7日)、最高裁「事件を報告・照会する際に注意すべき問題に関する通知」(1986年3月24日)、最高裁「刑事照会事件の報告の範囲および注意すべき事項に関する通知」(1995年11月30日)など。

ことである。『請上来』であろうが『走下去』であろうが、その特徴は上級人民裁判所が下級人民裁判所とともに、事案を分析し、証拠を分別し、性質を検討し、処理意見を討議することである。少数であるが影響の大きな典型的事件については、上級人民裁判所はさらに裁判長の人選、公開審理の規模、傍聴対象、判決宣告大会の組織および宣伝報道の問題について、指導的意見を提案し、事件の質を確保し、事件処理の効果を拡大するのにプラスであるようにする⁽⁸⁶⁾と。

こうした上級裁判所への照会の存在を、我々が容易に目にすることのできる形式は、最高裁の司法解釈である。というのは、「司法解釈は永遠に実務を土台に登場するものであり、あなた（実務家を指す）が実務を通じて、事例を提供し、問題を提起しなければ、それに対応する司法解釈が作られない」⁽⁸⁷⁾からであり、最高裁が出す「答復」、「批復」、「復函」などの司法解釈は、まさに高裁の照会に対する最高裁の回答である（1.4参照、具体例としては3.3.4で紹介した「答復」）。実際、「最高人民法院公報を紐解けば、そこに大量に掲載されているのは、地方から最高人民裁判所に出された照会と、最高人民裁判所の批復である」⁽⁸⁸⁾という指摘が示すように、高裁から最高裁への照会は、裁判実務において広く行われている。

なお、法は司法解釈を最高裁（そして最高検）の専権事項⁽⁸⁹⁾としているが、実務においては、高裁もそれらしき文書を出している。例えば、福建省警察庁・高裁・高検・司法庁が1995年1月12日に連名で出した「銃器関連事件の処理における若干の問題に関する通知」や上海市高裁が2000年5月18日出した「麻薬犯罪事件の審理における法の具体的運用の若干の問題に関する意見」などである⁽⁹⁰⁾。

⁽⁸⁶⁾ 『江西省法院誌』258頁。

⁽⁸⁷⁾ 姜偉「“嚴打” 整治闘争中如何深化公訴改革」『嚴打法律適用指導』21頁。

⁽⁸⁸⁾ 王利明・前掲注（57）345頁。

⁽⁸⁹⁾ 81年解釈決議2条。また、最高裁「地方各級裁判所が司法解釈的な文書を制定すべきではないことの問題に関する批復」（1987年3月31日）も、地方各級裁判所が司法解釈的な文書を制定してはならないと指示する。ただし、何をもって「司法解釈的な文書」[司法解釈性質文件]とするかについては、十分に議論されていない。

⁽⁹⁰⁾ それぞれ「如何確定司法解釈的時間効力？」（司法信箱）人民司法2001年11

このように高裁が司法解釈的な文書を発出しているのは、「司法実務で遭遇した問題について、最高人民法院所や最高人民検察院に司法解釈を求めてもそれを得られない」⁽⁹¹⁾からである。つまり、高裁が敢えて司法解釈的な文書を発出せざるを得ないほど、下級裁判所からの照会が多いのである。実際、「裁判委員会が事件を討議した後に、法律適用の問題について自信がない、または事案が重大であると判断したときは、上級裁判所に照会すると決定する」⁽⁹²⁾という。また、「無錫市中級裁判所は照会の過多・濫用問題を解決することを、司法の公正の確保というハイレベルな問題と認識し、照会の問題を厳しく制限し、規範化するため、1996年初頭に、事実、証拠および実体的処理の問題については原則として照会してはならないと明確に規定した。……統計によると、1996年以降、結審件数が毎年32%の成長率で増加する中、市内全裁判所の書面による事件の照会は30%の割合で減少し、今年上半期の照会件数は1審結審件数の1000分の1.6であった」⁽⁹³⁾と無錫市中裁の成果を賞賛する指摘があるが、その反面、「厳しく制限し、規範化する」以前においては、「照会の過多・濫用問題」が存在していたことがうかがえる。

6.2.4 まとめ

本節では、実際に裁判を担当した裁判官だけでは判決を下すことができないことを見た。すなわち、裁判官は判決を下す前に、延長（副延長）、所長（副所長）、裁判委員会、党委員会（政法委員会）、上級裁判所による重層的なチェックを受けなければならないことが、法律上ないしは事実上制度化されている。つまり、厳打においては受訴裁判所以外の者により判決のチェックが行われていたが、これは厳打だからこそ生じる特

期63～64頁、遊偉主編『華東刑事司法評論（第5巻）』（法律出版社、2003年）331～336頁。

⁽⁹¹⁾ 吳孟栓・羅慶東『刑法立法修正適用通解（1997－2001）』（中国檢察出版社、2002年）27頁。

⁽⁹²⁾ 王国慶・馬海翔「審判組織運行機制改革之探討」法律適用2002年8期（CD版）76頁。

⁽⁹³⁾ 徐懿・周輝明・金颺「改進業務指導 減少個案請示」江南論壇1998年10期（CNKI）27頁。

別な現象ではなく、中国においてはルーティン・ワークなのである。

こうした制度の下にある裁判が——嚴打期の裁判と同様に——中立公平な第三者（独立の主体）が判断を下しているわけでもなく、また、対立する当事者がルールに基づいて攻防をつくすプロセスも保障されていないことはいうまでもない。ここでの「裁判」は、究極的には、より上位にある者（党委員会、同政法委員会、上級裁判所、裁判委員会、所長）の指示を遂行する場にすぎない。

イングランドおよびウェールズにおける 刑事上訴制度・救済制度(1)

我 妻 広

目 次

はじめに

第一章 イギリスにおける上訴制度

第一節 上訴審の構造

- 一、イギリスの上訴制度の沿革
- 二、刑事裁判手続きと犯罪類型
- 三、各裁判所への上訴
- 四、訴追側の上訴

第二節 上訴手続

- 一、上訴手続
- 二、上訴理由
- 三、事実審裁判所による事実認定を審査する上訴裁判所の権限
- 四、新証拠を受理するための控訴院の権限
- 五、再審理を命ずる権限
- 六、司法審査による上訴

第三節 小括

第二章 刑事事件再審委員会

第一節 刑事事件再審委員会設立の背景

- 一、誤判に対する内務大臣の権限
- 二、1968年 JUSTICE 報告
- 三、デブリン委員会報告
- 四、庶民院内務事項委員会報告
- 五、1989年 JUSTICE 報告
- 六、マグワイヤ・セブン事件とギルフォード・フォー事件に関する

メイ卿の調査

七、刑事司法に関する王立委員会

第二節 刑事事件再審委員会の創設とその組織

一、裁判所への付託

二、控訴院の補助

三、書類及び資料の入手

四、調査

五、付加的権限

六、付託手続

第三節 小括

終わりに

はじめに

本論文では、イングランドおよびウェールズ（以下「イギリス」という。）における上訴制度について論述する。イギリスにおいて事実認定の担い手は陪審であり、その判断を裁判官が簡単に覆すようなことは、被告人の陪審裁判を受ける権利を侵害し許されない。また、陪審制度は、長い歴史を有し、「隣人による裁判」を体現するものとして、裁判官から神聖視されてきた。しかしながら、陪審の判断を尊重すると、公判は問題なく行われたが、陪審の判断が誤っている場合、被告人の救済が非常に困難になるという問題が生じてきた。実際に、イギリスでは1980年代のIRAに関する深刻な誤判事件が生じるまで、陪審の事実認定に介入しようという動きはあったものの、不十分であり、実際に迅速な救済はできなかった。それらの誤判事件を受けて設立された刑事事件に関する王立委員会¹（The Royal Commission on Criminal Justice）（以下「王立

¹ この王立委員会は、バーミンガム・シックス（Birmingham Six）事件の有罪判決が破棄された同日に内務大臣によって設立を宣言された。バーミンガム・シックス事件とは、バーミンガムにおいて1974年にバブを爆破したとして有罪判決を受けた6名が、16年後に誤判の被害者であったと判明した事件である。委員長は Viscount Runciman of Doxford が務め、1993年7月に、刑事司法に関する様々な提言を盛りこんだ報告書をまとめた。The Royal Commission on Criminal Justice; Report Cm2263(1993)。

委員会」という。)の報告があり、その後成立した1995年刑事上訴法により刑事事件再審委員会(Criminal Cases Review Commission)(以下「CCRC」という。)が設立された。CCRCは確かに具体的な被害者を救済できるが、それによってやはり陪審の事実認定の尊重は後退しているのようにも思われる。一方で、CCRCが裁判所とは無関係な独立の機関であること、片面的構成をしていることから、その点を簡単にクリアできているとは思えない。従って、本論文ではイギリスにおいて陪審の尊重と被告人の具体的救済の問題をどのように解決したかについて探ることを問題意識としたい。

そのために、最初に複雑に絡み合ったイギリスにおける上訴制度の概要を前提として述べる。続いて、主に控訴院が上訴をどのように取り扱ってきたのか、具体的には、事実認定の審査方法、陪審評決破棄の条件、新証拠の取り扱い等を検討する。さらに、1995年以前の誤判事件に対する政府の対応、王立委員会報告につながるCCRC以前からの誤判の救済に関する議論を検討する。そして最後にCCRCの成立の過程およびCCRCそのものの考察を行う。

第一章 イギリスにおける上訴制度

本章では、イギリスの刑事上訴制度について概観する。第一節では、複雑に入り組んでいる上訴審の構造について整理をする²。それを前提として、第二節ではそれぞれの上訴審ではどのような上訴手続がなされるのか、について言及する。これにより、イギリスにおける上訴制度の概要、基本理念、問題点を検討する。

第一節 上訴審の構造

一、イギリスの上訴制度の沿革

上訴制度の果たすべき役割は三つあり、第一に、不服のある訴訟当事者のため第一審判決の妥当性を審査する機会を与えること、第二に、不当な結果を導

² 刑事上訴制度の概略について述べられた文献として、板津正道「イギリスにおける刑事上訴制度と法務総裁による照会について」判例タイムズ1079号(2002)33頁、がある。

く誤り、不正、誤った自由裁量を正すことを裁判所に求めること、第三に、下級審裁判所の判決に、一定の統一的な基準を持たせることである³。

歴史的な背景を見てみると、かつてイギリスでの上訴手続は非常に限定されていた。法律問題に関しては、例外的に、誤審令状 (the writ of error)、異議趣意書 (a Bill of exceptions) があったが、上級審には、破棄自判する権限が無く、差し戻すことしかできなかった⁴。

事実問題に関しては、更に厳しい状況にあり、19世紀までは陪審による有罪判決に対する上訴制度は全く存在しなかった。1848年になって、刑事留保問題付託裁判所 (the court for Crown Cases Reserved) が設立された。議会では1830年から1900年の間、少なくとも28回も刑事事件における上訴の問題を取り上げた。そして、特に深刻な誤判事件と言われるアドルフ・ベック事件 (the Adolf Beck case)⁵を契機として、1907年について刑事控訴院 (the Court of Criminal Appeal) が設立されることになった⁶。

二、刑事裁判手続と犯罪類型

上訴手続を理解する前提として、最初に簡単なイギリスの刑事裁判手続と犯罪類型を見ておきたい。犯罪は正式起訴犯罪 (indictable offences)、選択可能犯罪 (offences triable either way)、略式起訴犯罪 (summary offences) の三つに区別される。正式起訴犯罪は、謀殺、故殺、強姦等の重罪であり、刑事法院のみで審理可能な犯罪である。選択可能犯罪は、窃盗、重度の器物損壊、無謀運転等が含まれ、この犯罪の被告人は、治安判事裁判所 (magistrates' court)⁷

³ M Zander 'Cases and Materials on the English Legal System 9th edition' (2003) Butterworths, p.619.

⁴ Ibid., (footnote 3 above) p.620.

⁵ アドルフ・ベック事件の詳細については、庭山英雄『イギリス刑事裁判の研究』学陽書房 (1981) 91頁参照。

⁶ Zander, op.cit. (footnote 3 above) p.620.

⁷ 治安判事裁判所 (magistrates' court) は、法律家ではない治安判事 (magistrate または justice of peace) によって構成される裁判所である。なお、大都市では事件数の増加に伴い、治安判事だけでは処理できなくなったため、専門の法律職である有給治安判事 (stipendiary magistrate) によって構成される場合もある。また、治安判事について鯉越溢弘編『陪審制度を巡る諸問題』現代人文社 (1997) 143頁、に詳しい記述がある。

または刑事法院 (crown court)⁸での裁判を選択することができる⁹。略式起訴犯罪は治安判事裁判所で審理する軽微な事件で、交通法違反事件の大半および、暴行、飲酒による秩序違反、客引き行為等である¹⁰。

三、各裁判所への上訴

ここからは各裁判所へのそれぞれの上訴経路について解説する。

1 治安判事裁判所から刑事法院への上訴

治安判事裁判所において、結審を迎える事件は略式起訴犯罪あるいは選択可能犯罪である。この治安判事裁判所からの上訴は、有罪判決および量刑を理由とする上訴は刑事法院へ¹¹、法律違反を理由とする上訴は女王座部¹² (Queen's Bench Division) へ¹³なされる。

刑事法院における上訴審¹⁴は、事実問題、法律問題、量刑問題を含めて、再度の事実審理 (rehearing) を行う¹⁵。すなわち、証人は再び尋問され、新たな証人を喚問することもできる。この審理は、職業裁判官 1 名と 2 名から 4 名の

⁸ 刑事法院は、正式起訴犯罪および選択可能犯罪の第一審を取り扱う場合、事実認定を担当する陪審と訴訟指揮を担当する裁判官によって構成される。

⁹ 被告人の陪審による裁判と裁判官による裁判の選択については、不必要と思われるような場合にでも、陪審裁判を開かなくてはならないことに対する、裁判所の負担や訴訟経済などの観点から問題が指摘された。William T Pizzi 'The green grass of the Crown Court' (2000) *New Law Journal*, p.1311. 参照。

¹⁰ 鯉越・前掲書 (注 7) 8 頁。

¹¹ Magistrates' Courts Act 1980, s.108.

¹² 女王座部は高等法院の一部であり、主にコモンローの適用に関する民事事件、商事事件等の第一審を担当する。高等法院は、いくつかの上位裁判所 (superior court) を統合して作られた裁判所である。大法官部 (Chancery Division)、家事部 (Family Division) そして女王座部 (Queen's Division) の三部からなる。

¹³ Magistrates' Courts Act 1980, s.111.

¹⁴ 'Judicial Statistics Annual Report 2005 (Revised)' (2006) Department of Constitutional Affairs, table 6.14. (<http://www.dca.gov.uk/dept/depstrat.html>) 治安判事裁判所から刑事法院への上訴について、2005年において、処理件数 12,805件であり、そのうち認容3,651件、却下3,791件、量刑変更1,886件、その他3,477件であった。

¹⁵ Supreme Court [Senior Courts] Act 1981, s.79(3).

治安判事の合議体によりなされ¹⁶、陪審による審理はなされない。この場合、許可 (leave) は必要とされない。また、この上訴は被告人側のみがなしうる¹⁷。被告人は21日以内に上訴を申立てる旨の通知しなければならない¹⁸。刑事法院は非常に広範な権限を有し、治安判事裁判所の判決の追認したり、有罪判決あるいは無罪判決を覆したり、量刑を変更したりする権限がある¹⁹。また、治安判事裁判所に訴訟を差し戻すこともできる²⁰。

2 合意事実記載書による女王座部に対してなされる上訴

治安判事裁判所から女王座部に対してなされる上訴²¹は、治安判事裁判所からの合意事実記載書 (case stated) の方法により認められている²²。この場合も許可は必要とされない。また、この上訴は法律問題に限定されて行われる²³。この上訴に関しては、被告側、訴追側双方がなしうる²⁴。上訴人が上訴を請求すると、治安判事は、女王座部における審理のために認定された事実、参照した判例、判決および法律問題の内容について書面にし、女王座部に提出する。裁判所は書面を両当事者に配り、意見を求める。当事者が書面について不服であれば、書面の再提出を求めることができる。治安判事裁判所が、合理的な理由無く書面の提出を拒否することは司法審査の対象となりうる。また、この上訴は事後審構造をとる。上訴審は、2名または3名の裁判官で構成されるが、重要な事件については、高等法院首席裁判官 (Lord Chief Justice) と2名または3名の高等法院裁判官 (high court judge)²⁵により構成される。また、21日

¹⁶ Ibid., s.74(1).

¹⁷ Magistrates' Courts Act 1980, s.108.

¹⁸ Criminal Procedure Rules 2005, r.63.2(3).

¹⁹ Supreme Court [Senior Courts] Act 1981, s.48.

²⁰ Ibid., s.48.

²¹ Judicial Statistics, op.cit. (footnote 14 above) p.24. 2005年において、治安判事裁判所から女王座部に対してなされた合意事実記載書による上訴は、処理件数97件であり、認容45件、却下52件であった。

²² Magistrates' Courts Act 1980, s.111(1).

²³ Supreme Court [Senior Courts] Act 1981, s.28.

²⁴ Ibid., s.28.

²⁵ 高等法院裁判官は、高等法院で民事事件を審理するか、または刑事法院で極めて重大な事件を取り扱う。

以内に行われることが必要である²⁶。

3 司法審査手続による女王座部に対してなされる上訴

治安判事裁判所から女王座部に対して、司法審査手続という形で上訴が認められている²⁷。司法審査手続は、サーシオレイライ (certiorari)、マンデイムス (mandamus)、プロヒビション (prohibition)²⁸の決定を求める申立てにより開始される。司法審査は申立てただけでは自動的に有効とはならず、最初に単独の裁判官から許可を得なければならない。許可が得られたならば、訴訟は合意事実記載書 (case stated) とほぼ同様の方法で女王座部において審理される。

4 治安判事裁判所自身による誤りの審査および是正

治安判事裁判所が一定の明らかな間違いを犯した場合、それを是正するために、治安判事裁判所は自身の誤りを審査し、間違いを是正することができる²⁹。無罪を主張する被告人を審理し、有罪判決を下した治安判事は、異なる治安判事の前で審理が無効である旨を宣言し、再度の審理を命じる、あるいは量刑を変更あるいは撤回することもできる。

これまで、見てきたように治安判事裁判所からの上訴については手厚い配慮がなされている。イギリス国内においても、治安判事裁判所からの上訴について「公平に申し分のない制度を形成する³⁰」と評価されている。この手厚い上訴制度の理由として、治安判事が法律の専門家ではないから間違いがあることが当然であるとして予定されていること、取り扱う事件が略式起訴犯罪および

²⁶ Criminal Procedure Rules 2005, r.64.7.

²⁷ Ibid, ss.29, 31.

²⁸ サーシオレイライは、下位裁判所の手続の記録を、高等法院に移送し破棄するために発せられる命令である。マンデイムスは、下位裁判所がある行為をなすことを命ずることであり、プロヒビションは、下位裁判所が管轄権を越えて行為するのを禁じる命令である。宮城啓子『裁量上告と最高裁判所の役割—サーシオレイライとヘビナス・コーパス』千倉書房 (1998) 260頁参照。

²⁹ Magistrates' Courts Act 1980, s.142.

³⁰ J R Spencer 'Jackson's Machinery of Justice' (1989) Cambridge University Press, p.200.

選択可能犯罪であり、手厚い上訴があったとしても、上訴裁判所の負担が小さいことが挙げられる。しかしながら、問題となるのは陪審制度を有する刑事法院からの上訴である。

5 刑事法院から控訴院刑事部への上訴

正式起訴犯罪あるいは選択可能犯罪の中で被告人が刑事法院での裁判を希望した場合、刑事法院において陪審による裁判が行われる。この刑事法院からの上訴が、控訴院刑事部 (Court of Appeal Criminal Division) に対して行われる。

控訴院への上訴は許可が必要となる³¹。この許可は控訴院から発せられる³²。まず、許可申請は、単独の裁判官 (通常、高等法院裁判官) によって審理される³³。この裁判官は書面のみを考慮し、口頭弁論は行わず、請求に関する決定を行う。しかし、この請求が拒否されても、請求者は、3人の裁判官からなる合議法廷による許可請求を新たに行うことができる³⁴。この審理では、予め当事者は本案についての主張を用意することを求められる。許可請求が認められれば、その時点から、すぐに審理が始められる。

また、この審理は、治安判事裁判所から刑事法院への上訴のように再度の事実審理 (rehearing) を行わない。上訴人は、特定された上訴理由を示さねばならない。記録 (transcript) が、被告人が不服とした原審手続きの速記あるいはテープレコーダーから作成される。予め、その記録は控訴院裁判官により読まれており、弁護人は記録に基づいて裁判官に主張を行う。

³¹ 法律問題のみの上訴について許可は必要ではないという唯一の例外があったが、1995年刑事上訴法1条により、この例外は廃止された。

³² Criminal Appeal Act 1968, s.1. なお、公判を担当した裁判官の上訴相当との証明書 (certificate) によって、控訴院に対する上訴を行うこともできる。

³³ Judicial Statistics, op.cit. (footnote 14 above) table 1.7. 2005年における控訴院に対する上訴許可請求の受理件数は7,023件であり、このうち有罪判決に対して1,661件、量刑に対して5,178件、その他184件であった。このうち、単独の裁判官による許可請求の中で、有罪判決について認容360件、却下1,111件、量刑について認容1,541件、却下3,092件であった。

³⁴ Judicial Statistics, op.cit. (footnote 14 above) table 1.7. 2005年において、合議法廷に対する新たな許可申請は1,381件が受理され、有罪判決に対して557件、量刑に対して824件であった。また、合議法廷によって請求が新たに認められたのは467件であり、有罪判決について141件、量刑について326件であった。

許可が必要とされ、再度の事実審理が出来ない理由は、刑事法院と控訴院の人的資源の違いにある。刑事法院は約700名の職業裁判官と約25,000名の治安判事を有し³⁵、一方で、控訴院裁判官は民事を含めても37名である³⁶。これでは、略式起訴犯罪の場合と同様に審理を行うことは出来ない。さらに、徹底的な制限が課せられなければならないし、審理手続きは非常に迅速になされなければならない。従って、上訴許可による選別が必要になる。

6 控訴院から貴族院への上訴

控訴院から貴族院への上訴ができる³⁷。この上訴は、一般的公共的重要性 (general public importance) を持つ法律問題を取り扱う³⁸。その際、控訴院は、本件が一般的公共的重要性を持つことを証明しなければならない。それに加えて、本件が貴族院により考慮されるべき問題を含む旨の許可が控訴院あるいは貴族院から得られなければならない。検察側からの上訴も認められる。

7 女王座部から貴族院への飛躍上訴

女王座部から貴族院へ直接上訴ができる³⁹。この上訴手続きは控訴院から貴族院への上訴と同様であり、一般的公共的重要性を持つ法律問題に関してなされる⁴⁰。また、女王座部は、証明および許可を得なければならない。この上訴については検察側からの上訴も認められる。

四、訴追側の上訴

³⁵ Spencer, op.cit. (footnote 30 above) p.202.

³⁶ Judicial Statistics, op.cit. (footnote 14 above) table 1.7. これは2006年1月1日現在の数である。

³⁷ Criminal Appeal Act 1968, s.33.

³⁸ Judicial Statistics, op.cit. (footnote 14 above) table 1.3, 1.4. 2005年において、控訴院からの上訴許可は21件が取り扱われ、許可8件、却下10件、申請途中が3件であった。また、12件の上訴審のうち、認容8件、却下4件であった。

³⁹ Administration of Justice Act 1969, s.12(3).

⁴⁰ Judicial Statistics, op.cit. (footnote 14 above) table 1.3, 1.4. 2005年において、女王座部からの上訴許可は20件が取り扱われ、許可5件、却下15件であった。また、7件の上訴審のうち、却下5件、審理途中が2件であり、認容された上訴は無かった。

第一審終了後、通常、訴追側は無罪判決に対して上訴権を持たない。しかし、例外がある。それは、合意事実記載書による法律問題に関する上訴と、刑事法院でなされた訴訟の控訴院に対する法律問題に関する上訴である⁴¹。また、近年の法改正により訴追側上訴はさらに拡大されている。これら例外とされる訴追側上訴をそれぞれ述べる。

1 合意事実記載書による女王座部への訴追側上訴

合意事実記載書の方法により、上訴が認容されれば、訴訟は差し戻される⁴²。その際に、法律問題に関する女王座部の決定に照らして、有罪判決にすべきあるいは、事案を再審理するべきという意見が付される。

2 刑事法院から控訴院刑事部への訴追側上訴

1972年まで、刑事法院における無罪判決に対して訴追側の上訴手段は無かったが、1972年刑事司法法36条⁴³に基づき、刑事法院における訴追側上訴が新たに認められた⁴⁴。この上訴は、法務総裁（Attorney General）によって控訴院に対してなされる⁴⁵。上訴の対象は法律問題に限定され、上訴の結果は原審の結果に影響しない。控訴院の審査後に、控訴院が貴族院によりこの問題が考慮されるべきであると考えたならば、貴族院に付託される可能性がある。

また、1988年刑事司法法36条⁴⁶により、刑事法院における判決のうち、極端に寛大な量刑についても訴追側の上訴権が認められた⁴⁷。この上訴は法務総裁

⁴¹ 裁判官の決定（ruling）に対する訴追側上訴については ‘Prosecution Appeals Against Judges’ Rulings’ A Consultation Paper No158.

(<http://www.lawcom.gov.uk/library/lccp158/cp158sum.pdf>) がある。

⁴² Supreme Court [Senior Courts] Act 1981, s.28A (2) .

⁴³ Criminal Justice Act 1972, s.36.

⁴⁴ 刑事法院から控訴院への無罪判決および量刑に対する上訴について、板津前掲（注2）「イギリスにおける刑事上訴制度と法務総裁による照会について」が詳しい。

⁴⁵ Judicial Statistics, op.cit. (footnote 14 above) table 1.7. 2004年において、法務総裁による1972年刑事上訴法36条に基づく上訴許可の申請は5件であった。

⁴⁶ Criminal Justice Act 1988, s.36.

⁴⁷ Judicial Statistics, op.cit. (footnote 14 above) table 1.7. 2004年における1988年刑事司法法36条に基づく量刑に対する上訴許可は160件であった。

により付託され、控訴院の許可がなければならない。当初、この上訴の結果は、被告人に実際に科せられる量刑には影響せず、将来における同様の訴訟にのみ影響する予定であった。しかし、保守党議員からの反対により、この上訴は現実の訴訟に対しても影響を持つことになった。

王立委員会は、無罪判決を得るために陪審の買収によって有罪判決を受けた人物がいる場合、訴追側は、無罪判決を受けた被告人に対して再び訴訟を始める権限を有すべきである、という勧告を行った⁴⁸。その結果この勧告の中身は1996年「汚れた無罪 (tainted acquittals)」手続として法律で定められ⁴⁹、陪審および証人の妨害あるいは脅迫により無罪となったと判断された人物がいた場合、高等法院は無罪判決を破棄する命令をすることができる。ただし、王立委員会は、訴追側証人の誤りの結果、被告人が無罪となった場合に訴追側に上訴権を認めるべきである、という提案は支持しなかった。

さらに2003年刑事司法により重大事件に限り、控訴院は無罪判決を取り消し、再審理を命ずることができるようになった。その要件は「新しく有力な証拠 (new and compelling evidence)」そして再審理を行うことが正義にかなうと認められることである⁵⁰。

第二節 上訴手続

以下では上訴手続について検討するが、中心となるのは刑事法院から控訴院への上訴についてである。なぜなら、重罪である正式起訴犯罪の第一審が刑事法院で取り扱われる以上、その上訴は主に控訴院に対してなされるからである。また、他の上訴が、治安判事の判断や法律問題を取り扱うのに対して、控訴院では陪審の判断した事実問題を取り扱わなければならないので、陪審と裁判官

⁴⁸ Report, op.cit. (footnote 1 above) p.177, para 74.

⁴⁹ Criminal Procedure and Investigation Act 1996, ss.54-57. また「汚れた無罪」手続について鷹野旭「一事二審理? イギリスにおける二重の危険禁止法理に例外を設ける法改正について」判例タイムズ (2005) 93頁参照。

⁵⁰ Criminal Justice Act 2003, pt. 10. この二重の危険の例外について鷹野・前掲(注49)、またこの法案が制定された経緯について平田元「イギリスにおける『二重の危険』論議をめぐって—最近の法律委員会報告書を中心に—」『光藤景咬先生古希祝賀論文集・下巻』成文堂 (2001) 737頁。

の判断の対立が表面化しやすい。従って以下では特にことわらない限り、刑事法院から控訴院への上訴について検討する。

一、上訴手続

上訴手続のうち再度の事実審理の手続をとるのは、治安判事裁判所から刑事法院への上訴だけでしかない。この手続は、全ての証人により新たに審理を始める手続であり、原審は無かったものとして扱われる。しかし、それ以外の上訴手続は、この場合上訴裁判所が原裁判所の判決を基礎として上訴を審理する事後審の形式を採っている。上訴人が主張すべきことは、下級審で間違っていたことを示すことである。例えば、上訴人は、判決が証拠の重要性に反して下されていること、あるいは一定の不正が行われたことを主張し、そのために原審の手続についての全部あるいは一部の記録を示し、判決が誤っていることを明らかにしようと試みる。非常に珍しいことであるが、証人が原審で尋問されていないが、例外的な条件において、控訴院が新たな証人を召喚し、証人尋問することもある⁵¹。

1 許可請求

控訴院刑事部への上訴は全て許可を必要とし、許可は通常控訴院に求める。許可請求は最初に、単独の裁判官（通常は高等法院の裁判官）によって審理される。この裁判官は書面のみを審査して、請求の許可及び認容を決定し、口頭弁論を行わない。もしこの裁判官が許可請求を却下したとしても、上訴許可請求者は新たに三人の裁判官からなる合議法廷に許可を求めることにより、許可請求を再開する権利を持つ。通常は訴追側も請求人側も合議法廷に出席することはないが、合議法廷は公開の法廷であり、実際の審理を行う。ただし、合議法廷で許可請求が認容されることは非常に稀である。もし許可請求が認容されれば、請求審が上訴審を兼ねる場合が多いため、あらかじめ弁護人は本案についての主張を用意しておくことを事前に通告されている⁵²。

2 許可請求に関する法律扶助

⁵¹ Zander, op.cit. (footnote 3 above) p.637.

⁵² Ibid., p.637.

1967年刑事司法法により、被告人が法律扶助⁵³を得た上で審理において弁護がなされる場合、上訴の問題についての法的助言に関する規定が導入された。その規定の下では、法律扶助が認められた訴訟において、弁護人は依頼人に上訴理由があろうとなかろうと、上訴理由を立案するために、訴訟の最後において依頼人に助言をしなければならない。この手続は、控訴院は上訴理由があると考えるかどうかが、または弁護人が問題を考慮するための時間を必要とするかどうかについて法廷で直ちに定められた書式に書き込む、というものである。弁護人は21日以内に、それを書き込んだうえで、法的助言をすることが要求される。しかし、王立委員会の調査によると、様々な点でこの制度は不十分であると評価された⁵⁴。というも、被告人が法律扶助を受ける場合、弁護人は上訴理由があるかどうかについて被告人に助言した後、弁護人の義務は無くなる。従って、単独裁判官に対する許可請求が一旦却下されてしまうと、合議法廷への請求ができるにもかかわらず、その請求に関する助言を行うことまで法律扶助によってカバーできていない⁵⁵。合議法廷における再請求の認容率に関しても、弁護人が出席しているかどうか、大きな影響を与える⁵⁶。従って、上訴許可の再請求がなされる場合も、以前の請求の法律扶助が継続されるということとを規定することが求められる⁵⁷。

3 未決勾留日数の刑期への算入に関するルール

見込みのない許可請求を開始することに対する罰則として、上訴にかかった一定の時間は量刑に算入しないと裁判所は命令できる⁵⁸。この命令は減多に行

⁵³ イギリスの刑事法律扶助制度について、小山雅亀「最もすぐれた刑事法律扶助制度の憂鬱」季刊刑事弁護 2号（1995）36頁、幡新大実「イングランド・ウェールズにおける総合法律支援制度の構造改革」季刊刑事弁護48号（2006）129頁、がある。

⁵⁴ J Plotnikoff and R Woolfson, 'Information and Advice for Prisoners about Grounds for Appeal and the Appeals Process' (1993) Royal Commission Research Study, No 18, pp.79-89.

⁵⁵ Report, op.cit. (footnote 1 above) p.167, para 25.

⁵⁶ Zander, op.cit. (footnote 3 above) p.639.

⁵⁷ Report, op.cit. (footnote 1 above) p.167, para 25.

⁵⁸ 見込みのない上訴許可請求をした者に対して未決勾留日数を刑期に算入しないと裁判所の命令を Time loss rules と言う。

使されないし、算入をしないと命令できる日数も90日に制限されている。しかし、この命令は受刑者に対して強烈な脅しとして作用している⁵⁹。受刑者の多くは、この命令が減多に行使されない、ということを知らない。その上、請求にかかった全ての時間が、刑期に算入されないという命令が上訴裁判所によってなされるという誤った知識を有している。この誤った知識により、上訴をしなかった受刑者は多いと考えられる。このことは弁護人が受刑者に対して正確な知識を助言すべき法律扶助とも関連する。

二、上訴理由

刑事事件において、上訴は有罪判決または量刑決定に対してなされうる。上訴が有罪判決に対するものである場合、事実問題に関して、法律問題に関して、事実問題と法律問題の両方に関して、あるいはその他上訴理由を満たすであろう問題に関して上訴がありうる。その中で上訴理由として弁護人の過誤が認められるか、ということについて述べる。

1 弁護人の過誤

一般的に控訴院は、公判において弁護人(counsel)に過誤があったという理由で上訴を認めることはない、という立場を採っている⁶⁰。しかし控訴院は、仮に弁護人が上訴理由となりうるような特に不適当な弁護を行えば、上訴裁判所は有罪判決を破棄すべきであるとも述べている⁶¹。具体例を挙げれば、クリントン(Clinton)事件⁶²において、弁護人が公判に被告人を出廷させなかった結果、陪審は被告人の外見と被害者による加害者の人相書きとの違いについて

⁵⁹ 1970年、有罪判決破棄の理由変更に伴い、上訴許可請求が増加していたことを考慮して、女王座部首席裁判官パーカー卿(Lord Parker)が未決勾留期間の刑期への不算入の命令を積極的に行う旨述べたことがあった。この時、上訴許可請求は約12,000件から半数の約6,000件にまで激減した。参照 Zander, op.cit. (footnote 3 above) p.641.

⁶⁰ R v Gautam [1988] Crim LR 109, CA. 尚、R はラテン語の Regina (女王)の略語であり、訴追側を示す。

⁶¹ R v Ensor [1989] 1 WLR 497, CA ; R v Crabtree, Foley, McCann [1992] Crim LR 65, CA.

⁶² R v Clinton [1993] 2 All ER 998, CA.

判断することができなかった。弁護人の行為によって有罪判決が誤りである、または有罪の確信に達していない (unsafe or unsatisfactory)⁶³とされた場合、控訴院は、弁護人の不適当さそのものを評価しようとはしないであろうが、審理や評決への影響を評価しようとするであろう⁶⁴。例えば、ボール (Boal) 事件⁶⁵では、被告人であるボールが罪を認め、彼の弁護人が特に不適当な弁護をしたとは言えなかったにもかかわらず、控訴院は有罪判決を破棄した⁶⁶。被告人は、火事警戒法 (Fire Precautions Act) における犯罪について法人管理者としての法的責任が無かったにもかかわらず、その犯罪について有罪判決を受けた。このことにより、法に基づく十分な防御がなされなかったとされた。

王立委員会は、弁護人の過誤に対する控訴院の判断は不適当さの程度に関するよりむしろその影響に基づくべきである、と勧告した⁶⁷。しかしながら、1994年11月ドライバー (Driver) 事件⁶⁸において控訴院は、弁護人が不適当な弁護

⁶³ 'unsafe and unsatisfactory' という文言はバーミンガム・シックスの上訴審 R v Melkenny [1992] 2 All ER 417, CA において不可分であると述べられ、訳文としても「合理的疑いに達していない」とされてきた。しかしながら、1995年の刑事訴訟法改正では、'unsafe' の一語に統一された。そこで本論文では 'unsafe' と 'unsatisfactory' をそれぞれ独立した意味をもつ言葉としてとらえ、訳語として「誤りである、または有罪の確信に達していない」としておく。

⁶⁴ Zander, op.cit. (footnote 3 above) p.652.

⁶⁵ R v Boal [1992] 3 All ER 177, CA.

⁶⁶ ボール事件の他に弁護過誤が問題とされた事例として、アーウィン事件 R v Irwin [1987] 2 All ER 1085, CA. (弁護人が被告人と相談することなくアリバイ証人を呼ばないことを決めた事例であり、結果として有罪判決が破棄された)、オルワリア事件 R v Ahluwalia [1992] 4 All ER 889, CA. (主張されるべきであった限定責任能力の弁護をするため、殺人の有罪判決が破棄され、再度の事実審理が命ぜられた) がある。

⁶⁷ Report, op.cit. (footnote 1 above) p.167, para 25. 王立委員会の報告書は以下のように述べる。「弁護人が、その後誤りであったことが明らかになる判断をしたという理由で懲役刑に処せられる被告人がいる、ということは全くもって正しくないことである。問題なのは、弁護人が間違いを犯したことの程度ではなく、弁護人個人の判断が、合理的であろうと非合理的であろうと、誤判を引き起こしたのかどうかということである。」

⁶⁸ R v Driver (November 1994, unreported) cited from Zander, op. cit. (footnote 3 above) p.652.

をしたことを証明する必要があることを強調した。一方で、同年同月のアリ・チャールトン (Ali and Charlton) 事件⁶⁹において控訴院は、不適当な弁護が上訴理由となることは例外的でなければならない、と述べた。

1995年12月スタプル・ラム (Stapal Ram) 事件⁷⁰における決定が控訴院で下された。控訴院は謀殺 (murder) の有罪判決に対する被告人の上訴を却下した。原審において被告人は、正当防衛の主張が防御の選択肢としてあったのに、挑発 (provocation)⁷¹を防御方法として主張するよう弁護人により助言されていた。判決において、控訴院は以下のように述べた。「有罪判決を覆すために、原審における弁護人の過誤を主張しようとする傾向が強まっているように思われる。王立委員会の提案の中に、弁護人の合理的な判断でさえ誤判の原因となりうる、という含みがあると考えられる。被告人が弁護人の過誤を理由に懲役刑を受けることを支持しえない。しかし同時に、弁護人の判断が合理的であった場合、例えば、訴訟を異なる枠組みで進めたほうがより勝訴するチャンスがあったであろう、といった理由で訴訟手続きがいつまでも先延ばしにさせられるべきではない、という公益 (public interest) がある⁷²。」弁護人の過誤による上訴を一切認めないことは簡単であるが、それにより控訴院が果たすべき役割が果たせなくなってしまうというジレンマを抱えている。

2 上訴の一回性

ピンフォールド事件⁷³において控訴院は上訴権は一度しかないと判示した⁷⁴。控訴院は、新証拠を根拠とする上訴であっても、二度目の上訴を審理する権限を持たない。ただし例外的状況として、かつては内務大臣 (Home Secretary) の権限による控訴院への事件の差戻し (refer back) の手段があり⁷⁵、現在で

⁶⁹ R v Ali and Charlton (November 1994, unreported) . cited from Zander, op. cit. (footnote 3 above) p.652.

⁷⁰ R v Satpal Ram [1995] Times, 7 December, CA.

⁷¹ 挑発 (provocation) は謀殺 (murder) から故殺 (manslaughter) に減軽される理由にしかない。

⁷² Zander, op. cit. (footnote 3 above) p.653.

⁷³ R v Pinfold [1988] 2 All ER 217, CA.

⁷⁴ 他に上訴の一回性についての判例には R v Pegg [1988] Crim LR 370. 参照。

⁷⁵ Criminal Appeal Act 1968, s.17.

は刑事事件再審委員会（Criminal Cases Review Commission）による事件の差戻し請求や、訴追側による控訴院に対する無罪判決取消しの請求⁷⁶をすることは可能である⁷⁷。

三、事実審裁判所による事実認定（findings）を審査する上訴裁判所の権限

1 控訴院の権限

控訴院は有罪判決を破棄、または刑の減輕をすることができる。また、控訴院は新たな審理（a fresh trial）を命ずる権限を有する。

2 控訴院による事実問題の審査

2-1 新証拠がない場合の事実に関する陪審評決の破棄

事実問題を取り扱う上での控訴院刑事部の役割は、上訴審裁判所と陪審の適切な関係について根本的な問題を引き起こす。すなわち、どんな場合に上訴裁判所が陪審と異なった見解を採ることができるか、ということである。最初に、上訴裁判所が有罪判決を破棄するための条件を示したのは、1907年刑事上訴法4条⁷⁸であった⁷⁹。さらに、この条文は1966年刑事上訴法2条に変更され、1968年の刑事上訴法2条⁸⁰となった。その後、1968年法2条は1995年刑事上訴法2条⁸¹に改正された。

1907年刑事上訴法4条1項⁸²

「刑事控訴院（The Court of Criminal Appeal）⁸³は、有罪判決に対する上訴

⁷⁶ Criminal Justice Act 2003, pt.10.

⁷⁷ なお、これらの例外的状況については2章で詳述する。

⁷⁸ Criminal Appeal Act 1907, s.4.

⁷⁹ これ以前に陪審評決における事実問題をめぐる刑事上訴は立法化されていなかった。

⁸⁰ Criminal Appeal Act 1968, s.2.

⁸¹ Criminal Appeal Act 1995, s.2.

⁸² Criminal Appeal Act 1907, s.4.

⁸³ 1907年当時、刑事事件に関する上訴は刑事控訴院（Court of Criminal Appeal）が担当していた。1966年に刑事控訴院は廃止され、その権限は控訴院刑事部（Court of Appeal Criminal Division）が引き継いだ。

について、以下のような場合上訴を認容すべきである。陪審評決が合理的ではない、あるいは証拠を考慮すると支持し得ないという理由で破棄されるべきものであると考えられる場合、上訴人に有罪判決を下した裁判所の判決が、何らかの法律問題について間違った決定をしたという理由で破棄されるべきものであると考えられる場合、またはいかなる理由においても誤判（miscarriage of justice）があったと考えられる場合である。それ以外の場合、上訴は却下される。

但し、上訴審において提起された論点が上訴人に有利に判断されるかもしれないとの見解を持ったが、実質的な誤判は生じなかったと考えるならば、刑事控訴院は上訴を却下する。」

陪審評決への上訴裁判所の姿勢は多くの判例において示されているが、典型的な判例といえるのがホプキンス・ハッサン（Hopkins-Husson）事件⁸⁴である。この事件において、首席裁判官ゴダルド卿（Lord Godddard CJ）は以下のよう
に刑事控訴院の判断を示した。

「他の6件の事件に関しては、陪審はそれら6件のうち5件で無罪評決を出した。そして上訴人である少年アラン・シンプソン（Allan Simpson）の事件において、陪審は彼を有罪であるとした。事実審裁判官が有罪評決に驚き、彼自身は明らかに無罪評決を選んだであろうと明確に述べたということを（上訴人が）主張するのは公正であり正しい。しかし刑事控訴院の歴史において非常に早い時期から、事実審裁判所において評価されるべきことであるのだが、事実審裁判官が評決に満足しなかったという事実が有罪判決を破棄するために裁判官自身によって上訴理由として採用されてはならない、という主張がなされ、以来しばしば主張されてきたことを述べることもまた正しい。もしそうであったならば、陪審の意見を裁判官の意見に置き換えることを意味するが、それは本裁判所が決してしないことの一つである。

同様に、本裁判所の歴史の中で同様に早い時期から示されていたことがある。それは、裁判官の数人あるいは全員が、陪審は異なる評決を答申するであろうと考えていたということが、この国の憲法上の裁判手段である陪審評決の受理を拒否する根拠にはならない、ということである。もし陪審に証拠が示され、

⁸⁴ R v Hopkins-Husson [1949] 34 Cr App Rep 47, CCA.

誤導 (misdirection) が無く、合理的な陪審 (a reasonable jury) がたどり着くことができない評決であると言えないのであれば、本裁判所は陪審によってされた有罪評決を破棄しない。」

これらの権限に対する控訴院の姿勢についてマイケル・ディーン (Michael Dean) は以下のように述べる⁸⁵。「明らかなのは、控訴院が有罪判決に対する上訴について、訴訟の本案 (merit) よりむしろ証拠や手続き、実体法の副次的論点に関心を寄せているということである。明白な誤導、誤った証拠の採用あるいは排除、または一定の手続違反を指摘することができた上訴人は、自身が無罪であり、陪審が間違った判断をしたということを単に主張した上訴人よりも上訴が認容されることを期待できる。」

JUSTICE⁸⁶は、老練な裁判官が驚くような、十分な証拠によって裏付けられていないと考えられる判決が、単に陪審によってなされたという理由で、破棄されるべきでないとするのは不合理であり、適切でないと思われる、と指摘した⁸⁷。

ドノヴァン委員会 (the Donovan Committee)⁸⁸も同様の見解を採った⁸⁹。「刑事上訴法1907年4条1項の文言によれば、厳密に解釈すると、間違っただけで犯人であるとされ、結果的に間違っただけで有罪とされた無実の人物の事件において、犯人識別の証拠が表面上は信頼できる場合、実質的に上訴権によって保護されない。この欠陥は改善されるべきであるように思われる⁹⁰。」

そして、ドノヴァン委員会はより広範な基本原則の採用を勧告した。それは、

⁸⁵ Michael Dean 'Criminal Appeal Act 1966' (1966) *Criminal Law Review*, p.535.

⁸⁶ JUSTICE とはもっぱら法律家が加盟する団体であり、刑事司法に関する法案について、数多くの意見書や調査報告書を提出してきた。国際法律家協会英国支部でもある。

⁸⁷ JUSTICE 'Criminal Appeals' (1965), para 59.

⁸⁸ ドノヴァンを委員長とする、1964年に任命された刑事上訴裁判所に関する調査、報告を行うために設立された委員会である。この委員会の勧告により1907年刑事上訴法は改正された。

⁸⁹ 'Report of the Interdepartmental Committee on the Court of Criminal Appeal' (1965) Cmnd 2755.

⁹⁰ Ibid., p.33, para 145.

控訴院の意見として評決が「訴訟のあらゆる状況に基づいて、誤りであり、有罪の確信に達していない (unsafe and unsatisfactory)」場合、控訴院は有罪判決を破棄すべきである、ということである。この勧告は1966年刑事上訴法において正式に採用され、その後1968年刑事上訴法⁹¹にも含まれた。

1968年刑事上訴法2条1項

「控訴院は以下の場合、有罪判決に対する上訴を認容しなければならない。

- (a) 事件のあらゆる状況を考慮して、陪審評決が誤りであり、有罪の確信に達していない (unsafe and unsatisfactory) という理由で陪審評決が破棄されるべきものであると考えられる場合または、
- (b) 原審の判決が、法律問題について誤った判断に基づいているという理由で破棄されるべきと考えられる場合、
- (c) 公判の過程で重大な違反があったと考えられる場合、それ以外の場合は上訴は却下されなければならない。

但し控訴院は、上訴審において提起された論点が上訴人に有利に判断されるかもしれないとの見解を持ったとしても、実質的な誤判が生じなかったと考えるならば、上訴を却下する。

2 項 有罪判決に対する上訴審理において、もし控訴院が上訴を認容するならば、有罪判決を破棄しなければならない。」

2-2 クーパー (Cooper) 事件と内在的疑いのテスト

この1968年刑事上訴法2条によって陪審評決の破棄に関する新たな論点が生じた。その論点とは内在的疑いのテスト⁹² (lurking doubt test) についてである。1969年、控訴院はクーパー事件⁹³において、陪審評決にアプローチする方法に関して、ホブキンス・ハッサン判決において示された方針とは大きく異なる考えを宣言した。

⁹¹ Criminal Appeal Act 1968, s.2.

⁹² 内在的疑いのテストについては、平田元「イギリスにおける刑事陪審と上訴制度 ―内在的疑いを中心に―」『竹澤哲夫先生古稀祝賀論文集 誤判の防止と救済』現代人文社 (1998) 455頁が詳しい。

⁹³ R v Cooper [1969] 1 QB 267, CA.

クーパー事件の概要は以下の通りである。22歳の女性マクファーレン（McFarlane）が三人の酒に酔った若者の一人によって暴行された。被告人は暴行（assault）罪で有罪とされた。犯罪の6週間後に人定パレード（identification parade）⁹⁴から被害者は被告人を犯人であるとした。被告人自身の言葉によると「彼女を見たことはない」のだが、被害者は自分の証言に少しの疑念も持っていなかった。被告人にとって、決定的な証人であったのは、被告人の友人であるデービス（Davis）という証人であり、彼は共通の友人であるパーク（Burke）と公判以前に被告人を訪ねた。その訪問の後、パークがデービスに語ったことは、実際はパークに暴行の責任があったのだが、彼には前科があり、それによって「4年の刑を食らうであろう」から白状するつもりは全くない、ということであった。被告人とパークにはよく似た身体的特徴があった。にもかかわらず、陪審は被告人を有罪とした。

控訴院のウィジュアリー卿（Widgery LJ）は、以下のように判示した。

「この事件について重要なことは、私が言及すべき全ての資料が陪審の面前にあった、ということである。誰も説示（summing up）を批判できず、実際に被告人のためにフリスビー（Frisby）裁判官は相当な長さの説示をしており、その説示は全く公平なものであり、事件の困難さを陪審に警告するために、おそらく述べることができたであろう全てのことが明確に述べられた。この事件において、あらゆる争点が陪審の面前に示され、陪審は適切な説示を受けている。従って、本裁判所はこの事件に介入することを非常に躊躇している。何年も、繰り返し述べられてきたことであるが、控訴院は証人を見て、証言を聞く陪審が持つ優位性を認識すべきである。すなわち、もし全ての証拠が陪審の面前に示され、説示が完全であれば、控訴院は軽率に介入すべきでない。実際に、1966年刑事上訴法が制定されるまで、控訴院がそういった事件について、介入するということはほとんどなかった。

しかし、現在控訴院の権限は少々異なる。その事件のあらゆる条件を考慮して、陪審評決が誤りであり、有罪の確信に達していない（unsafe or unsatisfactory）という理由で陪審評決が破棄されるべきであると控訴院が考えるならば、控訴院は実際に有罪判決に対する上訴を認容する義務がある。このことが意味

⁹⁴ 庭山・前掲書（注5）91、94頁参照。なお、人定パレードとは犯人識別のために行う複数人に対する面通しのことである。

することは、こういった種類の訴訟では、控訴院は結局、自身に本質的な質問をしなければならない、つまり、事件が破棄されないままであっても良いのであろうか、すなわち、不正 (injustice) があつたかどうか不安にさせる控訴院の考えの中に何らかの内在的疑いが無いのかどうか、ということである。これは証拠によって厳密に基礎づけられないかもしれない反応 (reaction) である。すなわち、それは控訴院が経験するとおりの事件の一般的な感覚によって形成されうる反応である。

我々は、陪審が控訴院にない優位性を持つにもかかわらず、内在的疑いが陪審評決を無効とするべき理由の一つであるのかどうか、ということを検討した。十分な考慮の後に、控訴院は、この評決が誤りが無い (safe) とは言えないという判決を下した。従って、我々は有罪判決を破棄するための上訴を認容する。この事実に関する限り上訴人は放免される。」

クーパー事件で公式化された非常に広範な内在的疑いのテストが控訴院の一般的な態度に影響を与えるならば、上訴人の多くが、有罪判決を覆すための合理的な機会を得るはずであった。しかし実際には、控訴院は内在的疑いのテストを簡単に適用しようとしなかった。1983年の調査において、内在的疑いのテストは、完全に埋もれてしまった⁹⁵、と評された。JUSTICE によって行われた調査によると、有罪判決に疑念を抱かせる新たな何かはないが、有罪判決に内在的疑いがあるという理由で控訴院が有罪判決を破棄した事件は、クーパー判決以来6件のみであった⁹⁶。ただしこの報告では、公刊されていない判決があるかもしれない、と述べられている。

内在的疑いのテスト、または少なくともその定式が使われた判例として例をあげると1973年パティンソン事件⁹⁷、1976年レイク事件⁹⁸、1977年ナイ事件⁹⁹が参照できる。また1986年スペンサー事件¹⁰⁰において、その定式 (formula)

⁹⁵ Tom Sargent 'More Law Reform Now' (1983) Barry Rose, p.91.

⁹⁶ JUSTICE 'Miscarriages of Justice' (1989) para4.19, p.49.

⁹⁷ R v Pattinson [1973] 58 Cr App Rep 417, CA.

⁹⁸ R v Lake [1976] 64 Cr App Rep 172, CA.

⁹⁹ R v Nye [1977] 66 Cr App Rep 252, CA.

¹⁰⁰ R v Spencer [1986] 2 All ER 928, HL.

は貴族院によって再び使用された。判決においてアクナー卿（Lord Ackner）は内在的疑いという言葉を使って自説を展開した¹⁰¹。このことから、内在的疑いのテストが継続的に存在していたことは明らかである。問題はテストが実際に、どの範囲で適用されたかどうかである。

内在的疑いのテストを使うことに控訴院が著しく及び腰であるという重要な洞察は、王立委員会に対する証言で、広く刑事上訴を経験した元裁判官であるロートン（former Lord Justice Lawton）により述べられた¹⁰²。

「控訴院のクーパー判決まで、法律に記された何らかの理由がない限り、有罪判決は破棄されるべきではないとされてきた。しかしながら、この判決において控訴院は、不正が行われたかどうかの疑念を抱かせることを内在的疑い、あるいは根拠のある懸念（reasoned unease）と表現する、主観的なテストを適用しうることが宣言された。似たような言葉で言えば、もし控訴院に不正があったという見込み（hunch）があれば、控訴院は有罪判決を破棄できるということの意味する。このことは刑事司法を運営する上で健全な方法ではありえない。1969年以来、上訴がこの理由で認容されたのはたった6回だけなのだから、控訴院裁判官たちが同じように考えたことが認められるであろう。」

2-3 内在的疑いのテストに関する王立委員会の報告

王立委員会は、「内在的疑い」のテストについて相反する証拠（conflicting evidence）を受け入れることである、と述べた。控訴院はこのテストの適用を稀にしか認めなかったという指摘がある。すなわち JUSTICE 報告¹⁰³によると、1968年から1989年の間の21年で該当する判例はたった6件しかなかった。さらに、1989年における114件の上訴例のうち、内在的疑いによる判例は1件だけであった。1990年における始めの102件の認容された上訴のうち、控訴院が内在的疑いがあると述べた判例は6件である。また1992年における始めの102件

¹⁰¹ アクナー卿は「それゆえ、わたしは正義（justice）が行われなかったかもしれないという内在的疑いを持つ。そのことが、有罪評決が誤っている（unsafe）と私に結論付けさせたのだ。」と述べた。

¹⁰² Zander, op.cit. (footnote 3 above) p.662.

¹⁰³ JUSTICE 'Miscarriages of Justice', op.cit., (footnote 96 above) para 4.19, p.49.

の認容された上訴のうち、新証拠も審理手続きの違反が無かったにもかかわらず、控訴院が有罪判決を破棄した判例は14件であった。これらのうち9件で、証拠が弱すぎる、または有罪判決に瑕疵があったと控訴院は述べた。その他5件の判決では、控訴院が「内在的疑い」があるということを実際に言及していた¹⁰⁴。

王立委員会は、語句として言及が無かったとしても、実際に「内在的疑い」の原理に基づいて稀に上訴を却下していた、と述べた¹⁰⁵。それらの事件では、公判においての誤りが無く、法律に関する誤りもないが、控訴院での3人の裁判官の経験を総合して、審理や陪審評決の中に不正があったであろう、という結論が導かれた。その結果、裁判官は、少なくとも陪審評決が有罪の確信に達していなかった (unsatisfactory) という理由により上訴を認容した。このアプローチと内在的疑いの原理を適用することの間に本質的な違いはない¹⁰⁶。この事柄に関する委員会の結論は、控訴院がそうすることが正しいと感じたとき、この権限を行使するべきであるということである。

「陪審評決を破棄することについての控訴院裁判官によって感じられる躊躇 (reluctance) は、私たち (王立委員会) が十分に認めている。陪審は証人を見て彼らの証言を聞いた。一方で、控訴院はそれらのことをしなかった。しかし文書を読み、主張を審理する上で、控訴院が評決について重大な疑問を抱いた場合、有罪判決を破棄する権限を行使すべきである。私たちは、控訴院が陪審評決が誤りである (unsafe) と考える場合に、それを破棄することが陪審裁判制度を傷つけるとは考えない。それゆえ、私たちは以下のことを勧告する。すなわち、もし事件の審査 (review) 後、控訴院が、評決が誤りである (unsafe) または誤りかもしれない (may be unsafe) という結論に達した場合、陪審が関連のある全ての証拠を審理し、法の誤りあるいは重大な違反無く、評決に達したとしても、控訴院が有罪判決を破棄すべきである、ということを2条改正の一部として明らかにすべきである¹⁰⁷。」

¹⁰⁴ Report, op.cit. (footnote 1 above) p.171, para 43.

¹⁰⁵ Ibid., p.171, para 44.

¹⁰⁶ Ibid., p.171, para 45.

¹⁰⁷ Ibid., p.171, para 46.

この王立委員会の方針を採用した控訴院判決の例としてホートン事件¹⁰⁸が参照できる。この判決において、控訴院は上訴を却下したが、控訴院の義務は「事件を一般的に審査すること」であると述べた。控訴院は、陪審の面前に無かった新たな証拠がないとしても、評決が誤りであり、有罪の確信に達していない (unsafe and unsatisfactory) ことがあることを認めた¹⁰⁹。

2-4 上訴審裁判官の仕事量に関する問題

誤判の問題に関して一般的に述べられることは、上訴審裁判官は適切に事実審における証拠を考慮する時間がない、ということである¹¹⁰。いずれの上訴審裁判官も、数日または数週も続く審理記録を完全に読むための時間がない。バリスター¹¹¹ (counsel) の助力により、彼らはある段落からある段落へ飛び飛びで証拠を検討する¹¹²。従って、彼らが審理の微妙な雰囲気をつかむことはほとんどできない。このことは、事実審裁判官または陪審の優位さが強調される理由の一つである。彼らは、次々と現れてくる証拠を見て、宣誓 (testimony) をした証人を観察することができる。

陪審の決定の特別な地位と控訴院におけるその効果について、バーミンガム・シックスの有罪破棄判決の中で控訴院は以下のように述べている。

「刑事司法制度において陪審が最も大切であることは、控訴院の刑事部と民事部の違いによってうまく表現される。刑事部と同様に民事部もまた制定法に従わなければならない。しかし民事部の権限は刑事部より幅広い。民事上訴は、訴訟全体を再審理する (re-hearing) 方法を採用している。だから、民事部は

¹⁰⁸ R v Houghton (21 May 1992, unreported) cited from Zander, op.cit. (footnote 3 above) p.663. この事件は内務大臣による控訴院への付託事件である。その理由は、警察官が上訴人の自白を捏造していたことが、筆跡鑑定 (ESDA test) により示されたことである。

¹⁰⁹ 政府は2条が改正されるべきという、王立委員会の提案を受け入れたが、王立委員会によって提案された形での提案は採用しなかった。

¹¹⁰ Zander, op.cit. (footnote 3 above) p.663.

¹¹¹ イギリスではソリシター (solicitor) ではなく、バリスター (barrister) のみに counsel という言葉が用いられる。

¹¹² JUSTICE report 'Miscarriages of Justice' (1991) The Child and Co Lecture, p.52. para 4.26.

法律と同様に事実にも関心を払う。控訴院が証人を再び取り調べないことは事実である。しかし、控訴院は証人の証言を読む。民事事件において、控訴院が下級裁判所とは異なる事実についての見解を採ることは結果として生じる。しかしながら、刑事事件においては、この方法は不可能である。無罪判決と同じく有罪判決に関しても、それらを宣告する役割は憲法的に裁判官ではなく、陪審に属しているので、控訴院刑事部の役割は必然的に限定される。よって、控訴院民事部が完全な意味で上訴手続きを有しているのに対して、刑事部は審査を行う裁判所であると説明されるのは正しいように思われる¹¹³。」

3 審理での誤りによる陪審評決の破棄

王立委員会は、有罪判決を破棄するために控訴院が最も頻繁に採用する理由は、審理での何らかの誤りがあったという理由である、と述べた¹¹⁴。通常、陪審の誤導、または説示における何らかの瑕疵、さもなければ証拠の採用あるいは排除に関する決定について事実審裁判官により法適用の誤りが生じる。

1968年刑事上訴法2条¹¹⁵に基づき、審理での誤りは3つの方法で取り扱われる。最初に、但書 (proviso) を適用して、些細なこととしてその誤りを取り扱う方法である。次に、有罪判決を破棄し、再審理を命ずる方法である。最後に、最も一般的であるが、有罪判決自体を破棄し、自判する方法である。

王立委員会の多数意見は異なる案を提案した¹¹⁶。すなわち、

- (1) 審理での誤りがあるにもかかわらず、有罪判決が誤っていない (safe) と控訴院が考える場合、上訴は却下されるべきである。
- (2) 控訴院が、審理での誤りにより評決が誤らされた (unsafe) と考える場合、上訴は認容され、有罪判決は破棄されるべきである。
- (3) 有罪判決が、審理での誤りの結果として誤りである (unsafe) かもしれないと控訴院が考えるならば、裁判所は有罪判決を破棄し、再審理 (retrial) を命ずるべきである。

委員会の3人のメンバーによる少数意見は、審理に影響を与えるには十分に

¹¹³ R v McIlkenny [1992] 2 All ER 417, CA.

¹¹⁴ Report, op.cit. (footnote 1 above) p.169, para 35. 1990年において、審理での誤りを理由とする上訴は、認容された上訴の82%に含まれた。

¹¹⁵ Criminal Appeal Act 1968, s.2.

¹¹⁶ Report, op.cit. (footnote 1 above) p.170, para 38.

重大であるが、誤った (unsafe) 有罪とするには十分に重大でない誤りがある、というもう一つの類型を加えることを求めた¹¹⁷。この場合、少数意見は、控訴院が再審理を命ずるべきであると考えていた。しかし、多数意見はそれに同意しなかった。なぜなら、多数意見にとって、明らかに有罪である人物が、単に訴訟で誤りがあったことを理由に、再審理を認められるべきではないからである¹¹⁸。

4 起訴前の不正あるいは手続上の違法行為による陪審評決の破棄

王立委員会の12名のうち9名が同意した多数意見によると、上訴が起訴前の問題 (pre-trial malpractice)¹¹⁹に基づく場合、控訴院は、その問題が有罪判決を誤らせた (make unsafe) または誤らせたかもしれない、と考えたならば、控訴院は有罪判決を破棄すべきであるとする。それゆえ、もし被告人が有罪であると示す十分な、汚れない (untainted) 他の証拠があれば、訴訟に影響を与える予備段階で何らかの明白な不備があったとしても、有罪判決が破棄されるべきではない¹²⁰、とする。一方、2名の少数意見によると、有罪の明白な証拠があったとしても、控訴院は有罪を破棄すべき場合が有りうると考えた¹²¹。

4-1 汚れた証拠の取り扱いに関する王立委員会9名による多数意見

多数意見は王立委員会報告書において以下のように述べている¹²²。

「犯罪者 (criminal) の有罪判決を破棄することが、警察の不正を罰する上での適切な方法であると考えたとしても、このことが警察の態度に実質的な影響を与えるであろう、という考えを支持するためには不十分である¹²³。どんな事件でも、十分な他の証拠で有罪を宣告され、犯罪を犯した人物が、他の誰かによる犯罪があったかもしれないことを理由に無罪放免になるべき、という

¹¹⁷ Ibid., p. 169, para 37.

¹¹⁸ Ibid., p. 170, para 36.

¹¹⁹ 例として証拠の捏造やPACE (Police and Criminal Evidence Act 1984 警察及び刑事証拠法) における重大な違法行為が挙げられる。

¹²⁰ Report, op.cit. (footnote 1 above) p. 172, para 48.

¹²¹ Ibid., p. 233, para 62.

¹²² Report, op.cit. (footnote 1 above) p. 172, para 50.

¹²³ Ibid., p. 172, para 48.

ことは道徳的に正しくない。そのような犯罪は、制度の中でそれ自体として訴追されるべきである。刑事司法制度における信頼が維持されるべきであるならば、不正行為を行った警察官が処罰されることが必要である。これに関連して、より効果的な警察の罰則を導入すべきである、という勧告を非常に重要であると考えている。控訴院は、警察署長が発見した、警察官による不正行為のあった事件を全て報告せねばならない。不正がより重大であればあるほど、裁判所が誤っていない (safe) であろうと結論づけることが少なくなるであろうことも予測される。

多数意見の見解からすると、少数派の見解は論理的ではない¹²⁴。その見解は、最初に裁判官が陪審による審理のために汚れた (tainted) 証拠を認めた場合に、影響するであろう。もし裁判官が証拠を適切に排除していたならば、その評決は否定されない。少数派の見解は論理的に、裁判官が排除しようとする汚れた証拠¹²⁵に基づく訴訟を打ち切ることを事実審裁判官にさせなければならない。多数意見は、誤りが無く (safe)、証拠能力が認められ (admissible)、証明力がある (probative) 証拠に基づく評決を答申することを陪審から取り上げることは受け入れ難いと考える。取り上げられるのは、PACE78条¹²⁶により排除される汚れた証拠だけである。もし有罪評決を維持するために証拠能力および証明力のある証拠が残っているならば、78条は訴訟を打ち切ることを裁判所に認めていない。」

4-2 汚れた証拠の取り扱いに関する王立委員会2名による少数意見 これに対して、少数意見は以下のように反論する¹²⁷。

¹²⁴ Ibid., p.172. paras 49-50.

¹²⁵ 違法な手段によって入手された等の理由により証拠能力のない証拠のこと。

¹²⁶ Police and Criminal Evidence Act 1987, s.78. (1) いかなる手続においても、裁判所は、訴追側が立証の基礎として申請する証拠につき、その証拠が獲得された状況を含むすべての事情を考慮して、その証拠が獲得された状況を含むすべての事情を考慮して、その証拠を許容することは当該手続の公正さに有害な影響を及ぼすためこれを許容すべきでないと認めるときは、その証拠を許容することを拒むことができる (邦訳は、法務資料第447号に依った)。

¹²⁷ Report, op.cit. (footnote 1 above) p.234, paras 68-72.

「刑事司法制度の道徳的基礎は、もし訴追官が汚い手段 (foul means) を使ったならば、被告人がはっきりと有罪であるとしても、自由放免にされなければならないということを必要とする。手続の廉潔性 (integrity) に致命的な瑕疵がある場合、訴追側によるこれらの行為によって利用された司法制度における矛盾の表明として、有罪判決は破棄されるべきである。

多数意見によると、警察官の不正行為を助長することになるであろう。特に警察官が被告人を有罪であると信ずる重大な事件の場合、警察官は被疑者を有罪にするために、証言の強制、証拠の捏造、証拠の隠蔽をしたくなるかもしれない。不幸にもそのような行為があった多くの事例がある。

多数意見は、PACE78条の核心にある原則を危うくする危険がある。PACE は、証拠が訴訟手続を『不公正 (unfair)』にする、という理由で裁判所に証拠を排除する権限を明示的に与えている。『不公正』という言葉は、道徳的原理を基礎としながら表現されている。控訴院は、不正行為が陪審評決に何らかの影響をもたらしたと言えない場合でも、受け入れ難い警察実務に基づく有罪判決を維持することを拒否するため、非常に広くこの権限を繰り返し使用してきた。

もちろん、78条はあるが、多数意見は、被疑者が実際に有罪であるということを示すのに十分な証拠がある場合、『不公正 (unfairness)』の問題は無視できると述べることによって、道徳的強制力 (moral force) の一部を控訴院から取り除こうとしているのかもしれない。訴追側の不正行為を阻止することに関心を持つ裁判官たちは、多数意見によって落胆させられるであろう。警察や他の訴追側機関 8 prosecution agencies) に向けられたメッセージの点から、多数意見が、PACE78条に対する裁判官の態度により果たされている非常に良い効果を元に戻してしまうかもしれない。

しかし、問題は訴追側の不正行為を阻止すること以上のものである。刑事司法制度の核心において、手続きそれ自体が廉潔性をもたなければならないという本質的な原理がある。多数意見が提起することは、犯罪捜査における訴追側の不正行為に対する対応は、訴追あるいは懲戒的手続を通じて違反者 (wrongdoer) を処分することである。これが行われたとしても (実際にはしばしば行われることはないであろうが)、その方法は単に不十分であるということだけでなく、廉潔性の原理とは無関係である。事件が重大であればあるほど、司法制度がその価値を是認する必要性が大きくなる。訴追側機関の行為によって道徳的合法性 (moral legitimacy) が有罪評決から失われたならば、控訴院は、

どんなに強力な有罪の証拠があっても、評決を破棄するための説明が見つからない (residual) 権限を持たなければならない。刑事司法制度の廉潔性はいかなる個人を有罪にすることよりもはるかに重要である。」

5 陪審の評決が破棄されない場合—「但書 (the proviso)」の適用

上訴審における問題が、上訴人にとって不満のない、些細なものである場合であれば、有罪判決が破棄されるあるいは再審理 (retrial) が命ぜられる、ということにはならない¹²⁸。イギリスにおいて、この問題は「但書」によって取り扱われてきた。

ここで言及する但書とは刑事上訴法 2 条 1 項の一部であり、「ただし、控訴院は、上訴審において提起された論点が上訴人に有利に判断されるかもしれないとの見解を持ったとしても、実質的な誤判が生じなかったと考えるならば、控訴院は上訴を却下する¹²⁹。」という部分である。マイケル・ナイト (Michael Knight) は、但書の適用について、但書の権限が行使させられた大多数の訴訟が、重大な誤りがある訴訟であるということを指摘する¹³⁰。この議論の余地のある主張を実証する前に、ナイトは但書請求を適用するテスト (test) について以下のように述べる¹³¹。

「上訴裁判所が判断するテスト (test) は誤りの程度では無く、誤りがあろうとも、合理的な陪審が不可避免的に有罪判決を下すための十分な証拠と十分な説示があるかどうかである。もし証拠と説示が十分であれば、実質的な誤判はない¹³²。しかしながら、もし誤りが、合理的な陪審に決定的な影響を与えたといえれば、誤判である有罪判決を維持することになるかもしれないのだから、有罪判決は破棄されなければならない。上訴裁判所は、説示の誤り、証拠能力のない証拠、誤って提出された正式起訴状の影響といった誤りを比喩的に記憶

¹²⁸ アメリカではこれは「無害の手続的瑕疵 (harmless error)」として知られている。

¹²⁹ Criminal Appeal Act 1968. s.2.

¹³⁰ M Knight 'Criminal Appeals : a study of the powers of the Court of Appeal Criminal Division on appeals against Conviction' (1970) Stevens, p.15.

¹³¹ Ibid., p.16.

¹³² Stirland v DPP [1944] AC 315, HL.

から消し去る。そして、誤りがなかったとしても、間違いなく有罪判決となったであろう事件であるかを問う。そして、もしこの疑問を肯定できるのなら、誤りに目をつぶるということを明らかにする。」

ナイトは、審理において重大な違反があったにもかかわらず、但書が適用された場合のたくさんの判例を列挙する¹³³。また、陪審が被告人の前科について誤って知らされたにもかかわらず、但書が適用された判例を16件紹介している¹³⁴。そして以下のように指摘する¹³⁵。

「確かに、近年上訴裁判所は、合理的な陪審が不可避免的に有罪判決に達したであろうということが公正 (fair) であることを示すため・・・証拠を極端に慎重に検討する。この明確かつしばしば綿密な配慮は、(但書が適用されたが) 重大な誤りがあった事件において、但書の定期的な使用の十分な認識とみなされうる、不安感や嫌悪感を露にする。

但書が適用された場合、そして適用されなかった場合の訴訟の違いは往々にしてほとんど存在しないかのように非常に小さい。この難題に対する答えは誤り以外の証拠の評価や説示の基準にある。

上訴裁判所が有罪判決を維持したくても、また合理的な陪審によって不可避免的に有罪とされる証拠と説示がおそらくあったであろうとしても、特定の誤りは非常に重大であるから、但書の適用ができない場合がある。その場合、相応の有罪判決を下すべきという陪審の希望が、刑事事件における公正 (fairness) の一般原則のために犠牲にされなければならない。これはマクスウェル事件¹³⁶

¹³³ R v Haddy (1944) 29 Cr App Rep 182, CCA. 陪審が被告人の黙秘 (silence) から有罪を推測するよう誤導された。R v Whybrow (1951) 35 Cr App Rep 141, CCA. 殺人未遂 (attempted murder) についての故意に関する誤導があった。R v Slinger (1961) 46 Cr App Rep 244, CCA. 裁判官が訴追側に挙証責任 (onus of proof) があることを陪審に告げなかった。R v Edwards (1983) 77 Cr App Rep 5, CA. 裁判官が陪審に対して挙証責任について説示をしなかった。

¹³⁴ Knight, op.cit. (footnote 130 above) pp.19-20.

¹³⁵ Ibid., p.21.

¹³⁶ Maxwell v DPP [1935] All England Report 168, HL.

において述べられた原理である。すなわち、刑事訴追という行為のために正義が命ずるところによって導き出される一般的規則が無視される、または信用されないことよりも、有罪の人物が放免されるほうがまだましである、ということだ。」

6 2条の改正

以上で概観してきたような指摘をふまえて、1968年刑事上訴法2条の改正がなされることになる。この改正に際しては、王立委員会により骨組みが作られ、1995年刑事上訴法2条により実際に改正されることになった。

6-1 王立委員会の改正勧告

王立委員会は1968年刑事上訴法2条を改正する必要があるということを全員一致で合意した¹³⁷。しかし、それがどのように改正されるべきか、ということに関しては一致をみなかった。8名による多数意見は、1968年法2条1項abc号で述べられた、異なる上訴理由は、単一の新たな理由に代えられるべきであり、すなわち、有罪判決が『誤っている、あるいは誤りかもしれない (is or may be unsafe)』にすべきである、と勧告した¹³⁸。この意見によると、もし控訴院が有罪判決が誤っている (unsafe) ということを確認すれば、控訴院は有罪判決を破棄する。そして、もし控訴院が有罪判決が誤っているかもしれない (may be unsafe)、さらに再審理 (retrial) を実行できない、またはその望みがないということがなければ、控訴院は有罪判決を破棄し、再審理を命ずるべきである、と主張した¹³⁹。この枠組の下では、但書は必要ないかもしれない。

3名の少数意見は、「誤っている (unsafe)」という一語で、全ての可能性のある上訴理由をひとまとめにすることは、控訴院が混乱することになるかもしれない、と考えた。この「誤っている (unsafe)」という文言は陪審に何らかの誤りがあった、ということの意味する。ところが、必然的に陪審評決に影響

¹³⁷ 本条項の欠陥についての詳細な論述について、R Buxton 'Miscarriages of Justice and the Court of Appeal' (1993) Law Quarterly Review, p.66.

¹³⁸ Report (footnote 1 above) p.170, para 38.

¹³⁹ Ibid., p.170, para 38.

しないけれど、非常に重大な誤りなので有罪判決を維持すべきではない程度 of 法律や手続の違反または誤りがある、という場合が考えられる¹⁴⁰。さらに、包括的な原則では控訴院にとって十分な指針とはならないであろうから、上訴理由は、陪審が誤った結果に達したということに対する上訴と、審理においてまたはそれ以前に法律あるいは手続の実質的違反または誤りに対する上訴を区別すべきである、ということが主張された。

6-2 1995年刑事上訴法

結局、政府は「誤っている (is unsafe)」そして「誤りかもしれない (may be unsafe)」の両者を区別すべきであるという王立委員会の勧告を、受け入れなかった。新法では、単に有罪判決が誤っている (is unsafe) かどうか、という文言だけとなった。さらに、1968年刑事上訴法2条に代えて、「控訴院は(a)もし控訴院が有罪を誤っている (unsafe) と考えれば、有罪判決に対して上訴を認容すべきである。(b)それ以外の場合では上訴は却下される」といった新たな但書を定めた¹⁴¹。

政府は、王立委員会の多数意見にある程度従ったが、完全にその意見を採用したわけではなかった。内務省 (Home Office) は、控訴院が多様に対応できる方法によって一貫性を確保する一方で、広く様々な主張を考慮するため控訴院の自由を保つ唯一の原則は「誤っているまたは、誤りかもしれない (is or may be unsafe)」という定式である、と述べていた¹⁴²。討議資料によると、政府は王立委員会により提案された広範なアプローチに関心を示し、王立委員会の多数意見を採用し、詳細な勧告の大部分の論理を受け入れていた。

しかしながら、刑事上訴法案 (Criminal Appeal Bill) において、政府は、陪審の評決が「誤っている (unsafe)」という理由だけでなく「誤りかもしれない (may be unsafe)」という理由で上訴がなされうべきである、という勧告を受け入れなかった。この論点は法案での討論の中で考慮されたが、政府はそ

¹⁴⁰ Ibid., p. 168, para 34.

¹⁴¹ 1995年刑事上訴法改正当初の論文として、J.C.Smith 'The Criminal Appeal Act 1995 (1) Appeal Against Conviction' (1995) CrimLR, p.920. 参照。

¹⁴² 'Criminal Appeals : Criminal Appeals and the Establishment of a Criminal Cases Review Authority [consultation paper]' (1994) Home Office.

の意見を変えようとしなかった。内務省長官ニコラス・ベーカー (Nicholas Baker) は、審議において以下のように述べた。「『誤りかもしれない (may be unsafe)』という文言の難しさは、それが本質的に不確かであるということである。いかなる有罪判決も誤りかもしれない (may be unsafe)。そういったテストによれば、現在より相当に多くの件数の上訴を許可せねばならないという結果を控訴院にもたらすであろう。単にそれは確かに有罪が誤っている (unsafe) ことを、控訴院が分からないからである¹⁴³。」

また「誤りかもしれない (may be unsafe)」ということは、控訴院以外の誰かの側の主観性を示唆していた。「それは現在の実務よりはるかに範囲が広がるであろうし、王立委員会が希望するよりはるかに広くなるであろう・・・我々は現在より有罪判決が覆されることがない、という結果を意図しているのではない。私たちは控訴院の実務を整理したいのである¹⁴⁴。」「または誤りかもしれない (or may be unsafe)」という文言を導入するための改正は9条と8条をあわせることで無効にされた¹⁴⁵。

ジョン・スミス (John Smith) 教授は、基本的に「誤りかもしれない (may be unsafe)」という文言は加えない、という政府見解に同意しつつ、この点について以下のように述べている。

「もし控訴院が、上訴人が有罪であるかどうかについて内在的疑いを持つに過ぎないならば、すなわち、控訴院が上訴人が誤って有罪とされたかかもしれないと考えている場合、有罪判決は誤っている (is unsafe)。そのとき、『我々が上訴人が誤って有罪とされたかかもしれない』と考えることと『我々が上訴人が誤って有罪とされたかかもしれない、ということがあるかもしれない』と考えることは何が違うのであろうか。違いはないであろう。控訴院が内在的（または増大する (or greater)）疑いを持つ、あるいは持たない、ということである。政府が『あるいはおそらく (or may be)』という文言を排除したのは正しいと思われる。なぜなら、この文言は混乱のみを導く可能性があり、そしておそらく、『誤っている (unsafe)』という狭い意味をもたせることを控訴院に認めさ

¹⁴³ Hansard [HC] 21 March 1995, col 26.

¹⁴⁴ Ibid., col 27.

¹⁴⁵ Ibid., col 28.

せることになるからである¹⁴⁶。」

いままで控訴院は被告人が有罪であることに疑いを持たなかったとしても、法律の誤りまたは重大な違反があることを理由に有罪判決をたびたび破棄してきた。もし、控訴院が被告人の有罪判決について内在的（または増大する）疑いを持つ時はいつでも、控訴院は、有罪判決が単に「誤っている（unsafe）」だけであると判示すべきであるならば、このことは控訴院の権限を厳密に制限することになるかもしれない。しかし、議会における論争はこれが政府の見解ではないということを明確にしている。法案の第二回読会（Reading）において、内務大臣はこの条項について以下のように述べている。「本質的に、それは控訴院における実務をそのまま表しており、裁判長が歓迎を述べてくれることを私は楽しみにしている¹⁴⁷。」また、常任委員会で国務大臣は、上級司法部（senior judiciary）の裁判長や裁判官は、このテストについて多くの考えがあり、彼らが望むことは新たなテストは控訴院における実務がそのまま語られることである、と述べた¹⁴⁸。また、スミス教授は以下のように主張している。政府案では「1995年法は王立委員会の目的を何も達成していない。その目的というのは、控訴院は審理における陪審による間違い、または他の誤りを根拠に判決を覆すことを過去よりも迅速にすべきである、ということだ¹⁴⁹。」

また、内務長官は「または有罪の確信に達していない（or unsatisfactory）」という文言を改正条文に残すことを否定した¹⁵⁰。彼は王立委員会に同意して、「誤っている（unsafe）」と「有罪の確信に達していない（unsatisfactory）」との間の実質的な違いはないとした。一方で、「有罪の確信に達していない（unsatisfactory）」が手続的瑕疵を意味し、「誤っている（unsafe）」は証拠上の瑕疵に関連する、という主張があった。しかし、政府の見解は、「誤っている（unsafe）」という文言は、ある事件の訴追におけるやりかたの瑕疵や、訴追事件において重大な瑕疵のある証拠を理由として、受け入れ難い有罪判決を

¹⁴⁶ [1995] Criminal Law Review, 922.

¹⁴⁷ Hansard, [HC] 6 March 1995, col 24

¹⁴⁸ Standing Committee B, 21 March 1995, col 26.

¹⁴⁹ [1995] Criminal Law Review, 925.

¹⁵⁰ Standing committee B, op. cit. (footnote 148 above) col 27.

取り扱うのに効果がある、ということであった。もし、手続的瑕疵が有罪判決の安全性 (safety) について疑いをかけるのに相当に重大であれば、控訴院は上訴を認めるであろう¹⁵¹。

貴族院における第二回読会の論争において、首席裁判官テイラー卿 (Lord Taylor) が新たな原則を述べた。それは「有罪が誤りである (unsafe) かどうか」ということは、現在の上訴理由を狭めることなく、普通の市民にとって簡潔で、ちょうど良く、包括的であろう¹⁵²、ということであった。王立委員会によって勧告された「誤りかもしれない (may be unsafe)」という概念を政府が受け入れなかったことについては批判があった。しかし、テイラー卿は以下のように述べる。「疑いの解釈が『誤っている (unsafe)』という文言において既に包括的であるから、テストにおいて『または誤りかもしれない (or may be unsafe)』という文言を含めることについてメリットはないであろう。誤りかもしれない有罪は誤っているのである¹⁵³。」

上訴理由の文言が「誤りである、または有罪の確信に達していない (unsafe or unsatisfactory)」から「誤っている (unsafe)」に変わることによって、被告人が有罪であることが明確であることを示す十分な証拠があるけれど、審理あるいは審理前に何らかの誤りがあった場合、有罪判決を破棄するための控訴院の権限は相当に制限される結果となった。例えば、チャルクレイ・ジェフリーズ (Chalkley and Jeffries) 事件¹⁵⁴において、警察は、強盗の共謀に関連して家に盗聴器 (listening device) を取り付けられるように口実としてクレジットカード詐欺で被告人を逮捕した。被告人は、裁判官がテープレコーダー録音された会話の証拠能力を認める決定をした後、有罪答弁を翻した。控訴院は、有罪判決を誤っている (unsafe) と考えなければ、公判で依拠した証拠に何らかの瑕疵があっても、上訴を認容する権限がない、と判示した。

ファロー (Farrow) 事件¹⁵⁵においても同様である。この事件において、控訴院は内在的疑いのテストがもはや適切でないと判示した。しかし、ミュレン

¹⁵¹ Ibid., col 27.

¹⁵² Hansard [HL] 15 May 1995, col 311.

¹⁵³ Ibid., col 311.

¹⁵⁴ R v Chalkey [1998] 2 All ER 155, CA, R v Jeffries [1998] 2 All ER 155, CA.

¹⁵⁵ R v Farrow [1999] Crim LR 306, CA.

(Mullen) 事件¹⁵⁶において、控訴院は完全に異なるアプローチを用いた。上訴人は、イギリス当局とジンバブエ当局の間の通謀詐欺 (collusion) によってイギリスで不当に訴追された。さらに、通常の逃亡犯罪人引渡手続を考慮されること無く国外に追放され、イギリスにおいてテロ犯罪について有罪判決を受けた。数年後上訴人は、審理全体が国外追放の違法性により無効にされることを理由に時間外の上訴許可を得た。そこで、控訴院は、訴追の重大さにもかかわらず、イギリス当局の振る舞いは非常に恥ずべきことから、有罪を維持することは公共の良心に対する侮辱である、と判示した。法律を守ることに對する、露骨かつ極端に重大な怠慢があり、あらゆる状況が訴追側を支持しない。この事件で表明された見解において、1995年に改正された刑事上訴法における「誤りである (unsafe)」という文言の意味は、2条の新たな定式が、有罪判決を破棄するための理由として手続の濫用を認めた以前からの控訴院実務を残す意図があったことを明示する上で、非常に曖昧である。さらに、誤りのない有罪判決のためには、有罪判決が合法でなければならない。有罪判決が、あるべきでなかった審理に由来したならば、有罪判決は誤りが無いとしてほとんどみなされ得ない。

控訴院の政策が定まるまでに、しばらくの間があるであろうと思われる。少なくとも、良心に訴える事件において、控訴院は、被告人の事実上の無罪を満足させることを必要とされることなく、有罪判決を破棄する準備があることが望まれるべきである。

四、新証拠を受理するための控訴院の権限

ここまで、新証拠がない場合の事実問題の審査について述べてきた。ここからは新証拠がある場合、控訴院は新証拠の受理についてどのような方針があるのか、ということについて述べる。

1 新証拠受理の方針

控訴院刑事部は新証拠を受理するための十分な権限を持っている。1968年刑事上訴法23条には以下のように規定する¹⁵⁷。

¹⁵⁶ R v Mullen [1999] Crim LR 561, CA.

¹⁵⁷ Criminal Appeal Act 1968, s.23.

「23条1項 本法律第一部の目的のために、控訴院は、正義にかなうために必要または適切であると考えるときに、控訴院は以下のことをすることができる。

- (a) 事件について決定をするために必要であると思われる物の提出、すなわち訴訟手続に関連する文書、提出書類あるいはそのほかの物の提出を命じること。
- (b) 上訴手続において必要な証人にたいして、たとえその手続中において喚問させられていると否に関わらず、控訴院の尋問に応ずるべく、出頭し尋問を受けることを命ずること。
- (c) もし証人からの証拠の提出があったならば、証拠を受領すること。

2 項 前項の規定に関わりなく、証拠が控訴院に提出された場合、受理されたとしても上訴を認容するための何の理由も提供しないであろうと確信しない限り、以下のときに控訴院は証拠を受理する権限を行使すべきである。

- (a) 証拠が確からしく、さらに上訴対象である争点に責任を持つ上訴手続において認められるであろうということが、控訴院にとって明白である場合。
- (b) 証拠が前の手続において示されなかったが、示すことができなかったことに対する合理的説明がある、ということについて控訴院が納得した場合。」

刑事事件における上訴裁判所の新証拠受理に関する方針は、フラワー（Flower）事件¹⁵⁸において示された。ウィジュアリー（Widgery）裁判官は以下のように判示した。

「本裁判所（刑事控訴院）は、請求の時点で信頼できるように思われる新証拠の請求を許可する時、証人が出頭し、反対尋問がなされたならば、当該証拠の信頼性（reliability）を考慮し、評価すべき裁判所の義務がある。このことは、証拠が本裁判所において反証（rebuttal）として請求される時、特に典型的である。新証拠を審理し、証人の信頼性を考慮するとき、裁判所は、次の三つの見解のうちの一つを採るであろう。第一の可能性は、裁判所が、新証拠が確かであり、上訴審において決定的であることを認められた場合、裁判所は、

¹⁵⁸ R v Flower [1965] 50 Cr App Rep 22, CCA.

通常疑いなく、有罪判決を破棄するであろう。あるいは、裁判所が、証拠が決定的であると認められなかったならば、陪審が、原審で検討された証拠に加えて、新証拠を考慮できるように、裁判所は新たな審理（new trial）を命ずる。第二の可能性は、新証拠が確かであることを裁判所は認めないが、それが陪審に受け入れられ、信じられるかもしれないと考えられる場合である。一般的な考え方としてこういった場合、新証拠の重要性を評価するのは陪審によるのが正当なのであるから、証拠が陪審によって考慮されるために、裁判所はおそらく新たな審理を命じる。第三の可能性は、証拠を審査した裁判所が積極的にそれを信用せず、証人が真実を言っていないと確信する場合である。そういった場合、一般的に繰り返し述べていることであるが、新証拠は価値がないものとして取り扱われ、新証拠は提出されなかったことになり、上訴手続は進められる。」

控訴院が認める新証拠の範囲の狭さを示す顕著な例は、ルーク・ドハティ（Luke Dougherty）に関する事件である¹⁵⁹。彼は万引きで起訴され、2人の目撃者によって犯人であるとされた。しかし実際には犯罪が生じたそのとき、彼は20人ほどの知り合いとともにバス旅行中であつた。しかし、その知り合いのうち法廷に召喚されたのはたった2名であり、1名は彼の恋人であり、もう1名は前科を持っていた。陪審は彼のアリバイを信用せず、有罪判決を下した。彼の上訴許可申請は却下されて18ヶ月の懲役が確定し、10ヶ月で釈放された。

この事件はJUSTICEに取り上げられた。そこで、JUSTICEは、バスに乗っていた人々の供述を許可するよう法律扶助（legal aid）により認めるよう控訴院に求めた。しかし、その請求は却下された。補助裁判官（Registrar）によると、この段階で法律扶助を認めるのは適当であると考えられない。というのも、面接される人数が多すぎるからである。

上訴許可の申請についても、単独裁判官の段階で、ソリシタを任命する根拠がなく、新証拠を申請することはできないと、判断された。ドハティの弁護士と補助裁判官との間の会話において、補助裁判官は、この種の事件は理由を明示するには向いていないと述べた。証人を申請するべきという依頼人の要求にもかかわらず、公判で弁護士が証人を申請しなかった場合に、裁判所が新証拠の請求を却下した、様々な判例集未登載の判決があつた。その後、合議法廷に

¹⁵⁹ ドハティ事件について、庭山・前掲（注5）285頁参照。

においてこの事件が審議された時、新証拠の点は主張されることすらなかった。弁護人は異なる争点を主張した¹⁶⁰。にもかかわらず、上訴を却下する上で控訴院は、もしその点が主張されたとしても、そういった証拠が控訴院で受理されうる以前に必要とされる条件が満たされていないと述べた。

JUSTICE はこの事件に関心を持ち続け、実際に1972年11月に、元大法官であったガーディナー卿 (Lord Gardiner) の事務所を通じて、事件を内務大臣により控訴院に付託させた。ドハティの釈放はすぐに控訴院によって命令された。そのときアリバイ証人の尋問が命ぜられたが、審理においてドハティのために、訴追側は、誤りであり、有罪の確信に達していない (unsafe and unsatisfactory) かどうかについて争わなかった。

この全く気の毒な話は、デブリン委員会報告 (the Report of the Devlin Committee) において報告された¹⁶¹。そしてこの訴訟について、委員会は、我々の正義の執行は当事者主義制度に基づいており、その審理はたくさんの戦いの特徴を保持している (『戦いにおいて、時間通りに、その場でその一団の全てを揃えることは互いの側の責任である。ブリュッヒャー (Blücher) とプロシア軍が折よく到着した時、グルーシ (Grouchy) 隊がまだ向かっている途中であったという理由で、ナポレオン (Napoleon) が、ワーテルロー (Waterloo) の評決に対して上訴はできない。』) と述べた。当事者主義制度のもとでは、もし訴訟の時点での証拠の欠如が不運によるものであり、それが怠慢または証拠無しでよいという故意の決定のせいでないならば、請求の趣旨は認められる。このルールは刑事事件も、民事事件も同様である。しかし、無実の人間が『『克服されるべき災難』の原理 (the principle 'woe to the conquered')』に基づいて獄中に居続けることは許されない。しかし、本救済は国王大権を行使する行政官に拠るものである。委員会はいかなる新たな条文上のルールも勧告しないし、控訴院の方針を転換することも勧告しなかった。もし控訴院が、この問題が控訴院自身より内務省により決定されるべき問題であるとしたほうが良いと考えるならば、その見解は受け入れられるべきである。一方で、新証拠の許容性を

¹⁶⁰ この新たな争点は被告人の同一性 (dock identification) についてであった。

¹⁶¹ Report of the Departmental Committee on Evidence of Identification in Criminal cases (1976) House of Commons Paper 338, ch 2. cited from Zander, op.cit. (footnote 3 above) p.677.

認める例外的な条件があるかどうかを考慮するときに、控訴院は排除される証拠の重要性を評価すべきである。受刑者が釈放されるべきことが明白であるような場合には、すぐに釈放されるべきである。

新証拠の問題について、控訴院のわずかに緩和された態度がディクソン・ディクソン（Dixon v Dixon）事件¹⁶²において示された。治安判事裁判所において、男性は、自分の子供ではないと主張する子供に養育費を払うことを命ぜられた。治安判事裁判所の審理の後、夫は血液検査をし、結果的に子供は彼の子供ではないことが示された。彼は定期的支払い命令に対する時間外の上訴許可申請と、血液検査という新証拠を認める許可を部裁判所（Divisional Court）¹⁶³に申請した。（治安判事裁判所における審理では、彼は弁護人を伴っていなかった。審理は法的助言を求めることを彼ができるようにするために延期された。しかし、彼は、費用を理由にそれをしなかった。彼が法律扶助を求めるべきだという提案をするものは誰もいなかった。）もし男性が治安判事裁判所での審理の間に合理的な注意を払ったならば、証拠が有効だった、または有効とされたかもしれないという理由で、部裁判所は新証拠の認容許可を却下した。

上訴審において、控訴院は新証拠を伴って再審理をするべく治安判事裁判所に対して問題を差し戻した。控訴院は、審理の時点で合理的な注意を有効にしえたことを理由に、請求人に有利な決定的証拠を排除することは非常に重大な問題である、と述べた。誰もが知っている誤って述べられた決定的な事実に基づいて裁判所が判断することは望ましくない。

しかし数月後、貴族院はより限定的な見解を採った。リントン事件（Linton）¹⁶⁴において、貴族院は兵士によって狙撃された原告に対して、新たな審理と新証拠の許可を却下した、北アイルランドにおける決定を支持した。原告は、自分は兵士とIRAのテロリストの間で銃弾に巻き込まれた無実の通行人であった、と主張した。一方で、陸軍は、彼がテロリストの一人であるということを主張した。原告は傷害について損害賠償を請求した。証拠の決定的な箇所は、ジーンズの後ろのポケットに持っていた、雇用カードであった。カードはその事件

¹⁶² Dixon v Dixon [1983] 133 NLJ 305, CA.

¹⁶³ この場合高等法院家事部（High Court Family Division）の部裁判所に対して申請される。

¹⁶⁴ Linton v Ministry of Defence [1983] 133 NLJ 1103, HL.

があったとき、彼がインタビューの仕事をしている途中であったことを証明した。しかし、彼はなぜそれが血痕も皺も無かったのか、ということを反対尋問で説明できなかった。陸軍側バリスタは陪審に対して、実際に彼は雇用カードを身につけていなかったと主張した。結局陪審は原告の主張を認めなかった。

上訴審において、原告は二種類の新証拠の提出を求めた。最初に、彼が述べたことは、ジャケットにカードを実際に入れていたことを覚えていること、そして、それにより血痕や皺のない理由を説明できるであろう、ということであった。第二に、彼が撃たれた後、意識がなくなった時の病院の記録における書類を提出することを求めた。その書類が示すことは、雇用者カードを含む持ち物が確かに審理で彼が話していたカードであった、ということであった。

全員一致で貴族院による判決が言い渡され、スカルマン卿が述べたことは、「上訴人はラッド・マーシャル (Ladd v Marshall) 事件にあったテストの2番目と3番目は満たした」ということであった。証拠は重要であり、それはどうやら確からしい。しかし、最初の要件を満たすことができなかった。上訴人(または彼の弁護士)は、事実を明らかにする証拠を裁判所に提出することについて、合理的な注意を払わなかった。貴族院は「我々の制度は当事者主義の制度であり、主張を証明するための証拠を持って裁判所にやってくる、という原告の義務がある」と述べた。さらにスカルマン卿は、下級審での北アイルランドの首席裁判官による傍論 (dictum) に賛成してこれを引用した。「新たな審理は認められない、または新証拠は許容されない。なぜなら、第一審の結果は、負けた側による不注意あるいは誤った記憶によって、または純粋な誤りによって、誘引された (あるいは誘引されたかもしれない) または生じたからである。」

2 上訴審において主張される新たな争点

控訴院は一般的に、上訴審において争点を初めて提起することを許可しないと思われる。

それ故、ターリン事件¹⁶⁵における、ヘビラス・コーパス (habeas corpus)¹⁶⁶

¹⁶⁵ Tarling, Re [1979] 1 All ER 981. Re は regarding の省略であり、未成年者の名前を伏字にしている。

¹⁶⁶ 現在、ヘビラス・コーパスは、身柄拘束の合法性に関する法律問題を決定するためにのみ用いられる、宮城・前掲書(注57) 143頁参照。

に関する訴訟において、ギブソン（Gibson）裁判官は以下のように述べた。「ヘビース・コーパスの請求人は、訴訟において請求人に利用できる最初の請求を済ませておく必要がある。以前の手續で争うことができた、それゆえ争われるべき争点を次の手續きにおいて生じさせることは、手續きの濫用になる¹⁶⁷。」

同年のメイナード事件¹⁶⁸においては、ロスキル（Roskill）首席裁判官は以下のように述べた。「我々がたびたび本裁判所で述べてきたことであるが、論点、特に証拠の採否という論点が原審で故意に示されない場合、我々が、初めて本法廷でその論点を取り上げることを許可するのは、非常に例外的な事件においてだけである。他に判示すべきことは、この種の争点を隠し持ち続け、控訴院のために争点を残しておき、科学的検査の二度のやり直しをすることがないよう弁護人に勧告することである。」

ステアランド事件¹⁶⁹では、弁護人が原審で異議申立てをしなかった場合、裁判所は、証拠請求の採否に関する上訴を許可できないという、確固たるルールを貴族院が却下した。しかし、貴族院は以下のように述べた。「弁護人が異議を申し立てないことは、被告人が本当に予断を持たれているかどうか、という疑問に関して一定の意味があるかもしれない。しかし、上訴のために異議申立ての理由を維持するために、その時点で異議申立てをしないことは弁護人の裁量の適切な行使ではない¹⁷⁰。」

1995年コックス事件¹⁷¹で、控訴院は、原審で依拠されなかった問題が有罪判決に対する上訴審で審理されたかもしれないことは、まさに不満足な（unsatisfactory）ことである、と述べた。原審において訴追側と原審裁判官は、説示の中で謀殺に対して可能な防御手段として挑発（provocation）の争点¹⁷²を加えることは陪審を混乱させるかもしれない、ということに同意した。しかし、弁護人は何の異議申立てもしなかった。原審において被告人側は責任の減殺を主張していた。上訴審において、被告人側は、裁判官が挑発の争点を取り

¹⁶⁷ Tarling, Re [1979] 1 All ER 987.

¹⁶⁸ R v Maynard [1979] 69 Cr App Rep 309, CA.

¹⁶⁹ Stirland v DPP [1944] AC 315, HL.

¹⁷⁰ Ibid., p. 328.

¹⁷¹ R v Cox [1995] Crim LR 741, CA.

¹⁷² 挑発により生ぜしめられた激怒状態（heat of passion）で犯した故意の殺人は、謀殺（murder）ではなく、故殺（manslaughter）として軽く処罰される。

扱わないことで陪審を誤導したと主張した。控訴院は被告人の主張を支持したが、上訴理由の但書を適用することにより上訴を却下した。控訴院は、将来のために、バリスタは事実審裁判所に対して義務を負っている、ということが明示されるべきであると述べた。もし挑発という防御を支持する証拠があることがどちらかのバリスタにより明らかであるならば、その証拠を取り扱うことを裁判官に求め、陪審に争点を任せるべきである。控訴院は、これは新たな義務の定式化であり、それゆえどちらか一方のバリスタを批判をすることはできない、と述べた。この義務が審理でとりあげられうる一般的な全ての論点に拡張するのか、あるいは、裁判官が合理的な陪審は弁護側の主張を理解できないと判断した場合でさえ、明文により裁判官に陪審にこの争点を任せることを要求される、挑発という特別な場合だけに適用されるのか、という問題は残る¹⁷³。

3 原審の後生じた問題に関連する新証拠

新証拠が原審後生じた問題に関連する場合、その状況は明らかに異なる。しかし、控訴院は、伝統的な非常に狭い方針を有している。その方針は、訴訟には限度があるべきであり、十分な理由がないのであれば、訴訟が再開されるべきでない、ということに基づく。ムルホランド・ミッチェル事件 (Mulholland v Mitchell)¹⁷⁴において、原告は非常に重大な傷を負ったが、自宅または通常の個人病院のどちらかで治療することが可能である、ということを経験したことを理由に裁判官によって賠償額が評価された。原審後、彼の容態が著しく悪化したことを理由に上訴がなされた。控訴院はその事実を証明するために提出された新証拠を採用した。上訴審において貴族院は、控訴院は合理的にその裁量権を行使したが、一般的に、裁判官が決定を下すうえでの基礎が、その後の出来事により明らかに誤りであったとされないならば、新証拠が、裁判官により評価された不確実性の問題に関連して認められるべきではない、と判示した。

新証拠を受理する権限に対する控訴院の狭く、消極的な態度にもかかわらず、もし控訴院が選択すれば、控訴院は、証拠能力さえあればどんな証拠でも受理する権限があることに疑いはない。そして、控訴院は自身の決定でそういった証拠を請求し、審理できる。刑事上訴法23条に基づくこの自由裁量権はギルフォ

¹⁷³ R v Cambridge [1994] 2 All ER 760, CA.

¹⁷⁴ Mulholland v Mitchell [1971] AC 666, HL.

イル (Gilfoyle) 事件¹⁷⁵において控訴院により強調された。そのうえ、新証拠を受理する権限は、弁護側同様に訴追側の助けにもなる。唯一の制限は、控訴院がそういった証拠が正義のために必要または適切であると考えなければならない、ということである。控訴院は、誤判は無実の人を有罪とすると同様に、有罪の人を無罪にすることからも生ずるかもしれない、というステアランド事件¹⁷⁶でのサイモン卿 (Lord Simon) の言葉を引用している。

事件が控訴院に付託されたとき (以前は内務大臣により、現在は CCRC により)、新証拠を受理する権限は通常の上訴の場合より限定されない。これは多くの判例から明らかである。例えば、マグラ事件¹⁷⁷、スパークス事件¹⁷⁸、スウェビー事件¹⁷⁹、グレイブス事件¹⁸⁰がそうである。しかし、原審で採用されなかったであろう証拠を、控訴院が受理する場合があるということは考えられない。王立委員会は以下のように述べている¹⁸¹。もし、有罪判決が宣告されているが、誤判が生じたことを示す証拠能力のない証拠があったならば、控訴院よりむしろ国王大権 (Royal Prerogative of Mercy) により取扱うべきである (つまり王立委員会の見解では、もし採用されるよう求められた新証拠が、証拠法則に基づき認められないならば、控訴院はそれを受理すべきではない)。

1966年の刑事上訴法案に関する議論において、時の内務大臣は以下のような見解を述べた。すなわち、どの証拠が採用できるものとして取り扱われるかを決定することは、控訴院にとって本質的な問題であるけれど、控訴院は、証拠の採否に関する以前の手続により拘束されないし、控訴院は、出来る限り誤判がないようにするという原則に照らして手続を再検討できるし、されるであろう、と¹⁸²。

ドノヴァン委員会は、いかなる誤判もできるかぎり、避けられ、正されるようにするために、控訴院が新証拠を審理する権限を行使するという意味で新証

¹⁷⁵ R v Gilfoyle [1995] NLJR 1720, CA.

¹⁷⁶ Stirland v DPP [1944] AC 315 at 324, HL.

¹⁷⁷ R v McGrath [1949] 2 All ER 495, CCA.

¹⁷⁸ R v Sparkes [1956] 1 WLR 505, CCA.

¹⁷⁹ R v Swabey [1972] 2 All ER 1094.

¹⁸⁰ R v Graves [1978] Crim LR 216, CA.

¹⁸¹ Report, op.cit. (footnote 1 above) p.176, para 67.

¹⁸² Hansard [HC] 30 April 1964, col 722, p.501, para 135.

拠の採用を解釈している、と述べた¹⁸³。委員会の考えによると、もし、原審で有効でなかった証拠についてその条件が無くなれば、控訴院はその証拠を採用するかもしれない。そして、委員会は、控訴院がもし証拠が関連性をもち、信用性があり、さらに陪審に証拠を見せることができなかった理由について合理的説明ができるのであれば、二次的な証拠は受け入れられるべきであると勧告した。

4 新証拠に関する王立委員会の見解

王立委員会は、新証拠に基づき認容された上訴は比較的まれであったと述べた。JUSTICE 報告によると1990年において102件の上訴認容があり、新証拠に基づく上訴は6件であった。1992年において102件のうち4件であった¹⁸⁴。

委員会は、刑事上訴法23条において表明された制定法の枠組みを広範に認めたが、おそらく控訴院はその権限を非常に狭く解釈したのであろうと指摘した。控訴院は、何らかの疑いがあれば新証拠を審査するべきであることはもつともである。新証拠は捏造される可能性があるし、たびたび捏造されるであろう。被告人とその弁護士は、有罪判決という出来事において、彼らが希望するどんな方法でも、控訴院に対して他の防御することが自由であるという、単なる手続上の流れであると原審を考慮しないようにすべきである¹⁸⁵。

一方で、新証拠が真実であるならば、控訴院は、上訴人の容疑を晴らす、または少なくとも有罪判決について重大な疑問を投げかけるであろう、という可能性に気づかなければならない¹⁸⁶。控訴院は新証拠が原審で採用できたのかどうか、そして採用できたのであれば、それが示されなかったことに合理的な説明があるのかどうかを考慮しなければならない。委員会は、控訴院の態度が時には過度に限定的であり、一般に控訴院は狭くよりむしろ広く新証拠を取扱うべきである、と主張した¹⁸⁷。

¹⁸³ 'Report of the Interdepartmental Committee on the Court of Criminal Appeal' (1965) Cmnd 2755.

¹⁸⁴ Report, op.cit. (footnote 1 above) p.172, para 51.

¹⁸⁵ Ibid., para 55, p.173.

¹⁸⁶ Ibid., para 55, p.173.

¹⁸⁷ Ibid., para 56, p.174.

従って、証人が証言を変えたい場合、控訴院が非常に注意深く観察することは適切であるが、証人が変えたいと思う以前の証言をした理由について、何らかの合理的な説明がある場合、控訴院は証言を受け入れるべきである¹⁸⁸。

刑事上訴法23条によると、控訴院は、新証拠が「信用できるようだ (likely to be credible)」ということを審査しなければならない¹⁸⁹。王立委員会はこのテストは限定的過ぎるという見解をとった。そのテストは「信用に値する (capable of belief)」に変えるべきであるということを委員会は全員一致で勧告した。これは、控訴院に正義の執行をより大きくさせる少々広範な公式声明になるであろう¹⁹⁰。この勧告は1995年刑事上訴法4条により達成された。

五、再審理 (retrial) を命ずる権限

以上では、新証拠の受理に関する控訴院の態度とそれに対する反応について述べた。そこで、新証拠の受理が認められたとすれば、再審理が命ぜられるのかどうか、という問題が生じる。そこで、再審理の権限はどのように用いられているかについて述べる。

1 再審理 (retrial) を命ずる権限

1988年まで、刑事事件における再審理を命ずる権限は、控訴院が新証拠の請求を許可した場合にのみ存在した。再審理を命ずる権利を規定している条文は1968年刑事上訴法7条であった。

1968年刑事上訴法7条1項

「控訴院が有罪判決に対する上訴を認容し、[さらに本法の23条に基づき受理される、または受理される可能性のある証拠を根拠とすることによってのみ、上訴が認容される]¹⁹¹、そして正義にかなうと考えた場合、上訴人に再審理を命じる。」

¹⁸⁸ Ibid., para 57, p. 174.

¹⁸⁹ Criminal Appeal Act 1968, s.23(2).

¹⁹⁰ Report, op.cit. (footnote 1 above) p. 174, para 60.

¹⁹¹ この大括弧内の文言は1988年刑事司法法43条により取り除かれた。

再審理の規定によると、先行する手続がない場合、例えば陪審が評決に達しなかったような場合、控訴院は新たな審理 (new trial) を命令することができる。かつて、控訴院は、法律違反により審理が損なわれると、新陪審召集令状 (venire de novo)¹⁹²により新たな審理を命じていた。新陪審召集令状の命令によると、控訴院は、審理が最初から無効とされることを決定しなければならない。

ローズ事件¹⁹³において、裁判官が陪審に決定を急がせるため圧力をかけたことが示された事案において、貴族院は謀殺の有罪判決を破棄した。しかし貴族院は、審理が有効に始められた以上、新陪審召集令状は命令できないし、その審理が最初から無効であるとは言えない、と判示した。

控訴院が再審理を命令する一般的な権限を持つべきかどうか、という問題についてはタッカー委員会 (the Tucker Committee)¹⁹⁴により1954年に、そして1964年にはJUSTICE 委員会によって十分に検討された。タッカー委員会は再審理を命ずる一般的な権限があるべきかどうか、について5対3で分かれた。JUSTICE 委員会は、賛成9票、反対4票にわかれた。両委員会も、新証拠があったときは、再審理を命令する権限があるべきということについて全員が一致した。

再審理を命令する一般的権限は1988年刑事司法法43条¹⁹⁵として法文化された。裁判所が正義にかなうと考えればいつでもそれが適用される。これは単に1968年刑事上訴法23条から文言を削除しただけであった。

現在、再審理を命令する権限は一般的なものになり、もはや新証拠事件に限定されない。しかしながら、元来少ない再審理の命令件数が大きく増えることは無かった。1989年8月から1991年3月までの19ヶ月のうちに、控訴院が再審理を命じたのはたった4件であった¹⁹⁶。これは、1966年から1968年までの2年

¹⁹² 陪審の評決に誤りや瑕疵があることを理由に、初めの陪審による評決を否定するとともに、事実審理を再び行うべく新たに陪審員を召集するよう命じた令状のこと。

¹⁹³ Rose [1982] 2 All ER 731, HL.

¹⁹⁴ Report of the Departmental Committee on New Trials in Criminal Cases, 1954, Cmnd 9150. cited from M.Zander, op.cit. (footnote 3 above) p.591.

¹⁹⁵ Criminal Justice Act 1988, s.43.

¹⁹⁶ Hansard [HC] 11 March, 1991, vol 187, col 361-2.

間に新証拠の理由のみで9件、1981年から1986年の5年の間に14件の再審理があったことと大きく変わらない¹⁹⁷。しかし、注目すべきであるのは、1992年から1995年に再審理の数は、それぞれの年毎に12件、20件、51件そして54件と増加した。この数字が示すことは、控訴院がその事柄に対する態度を急激に変更したということである。

王立委員会は控訴院に対してもっと再審理を命ずるよう強く主張した¹⁹⁸。王立委員会は、再審理は、控訴院が陪審の判断を先取りして、推論的予測をすることを回避する上で魅力的な解決方法である、と述べる。また、王立委員会は、控訴院が有罪判決に疑いを持っており、より十分に吟味された証拠または主張を審理したい場合、再審理は手続きを進める最良の方法であろう、と考える。

しかしながら、もし何らかの理由で再審理が不可能であると思われる場合、何をすべきかということに関して、王立委員会の意見は真つ二つに分かれた。委員会の6人のメンバーは、そういった状況において、控訴院は有罪を破棄し、無罪を言い渡すべきであるとした。その理由は、再審理を求めるためには有罪が誤りだったかもしれない (might be unsafe)、という決定が既になさなければならないからである。一方で、残りの5人のメンバーは、そういった状況において控訴院は自判すべきである¹⁹⁹、と主張した。

再審理がある、または再審理がないことについての司法の利益は、貴族院によりリンチ事件²⁰⁰、枢密院によりホルダー事件²⁰¹およびオピユイ・クワン事件²⁰²で考慮された。控訴院はそれぞれ3年後、4年後、3年後に再審理を命じた。

タッカー委員会によると、再審理はオーストラリア、カナダ、ニュージーランド、セイロンで十分に機能していた。ナイトは1928年以來の北アイルランドにおいて再審理の広範な利用があったことを指摘した。そして、1954年から1964

¹⁹⁷ Patrick O'Connor, 'The Court of Appeal: Retrials and Tribulations' (1990) Criminal Law Review, pp.615,622.

¹⁹⁸ Report, op. cit. (footnote 1 above) p.175, para 65.

¹⁹⁹ Ibid., para 66.

²⁰⁰ DPP v Lynch [1975] 61 Cr App Rep 6 at pp.16, 22 and 47-48, HL.

²⁰¹ Holder v R [1978] 68 Cr App Rep 120, PC.

²⁰² Au Pui-Kuen v A-G of Hong Kong [1979] 69 Cr App Rep 33, PC.

年の期間で有罪事件を破棄した全てのうち4分の3で再審理が命令をされていた、と指摘した²⁰³。

2 新証拠事件における再審理と自判

デブリン卿 (Lord Devlin) は、控訴院が、有罪判決の破棄または但書の適用により、疑わしい事件を判断することで陪審の機能を奪い始めた、と強く主張した²⁰⁴。彼は、最初にスタフォード事件²⁰⁵を、次にルートン殺人事件²⁰⁶を取り上げた。ルートン事件では、決定的な新たな証拠があったのに、控訴院は再審理を命ずることを繰り返し拒絶した。

スタフォード事件における貴族院の判示によると、新証拠のある事件において控訴院の仕事は、控訴院が評決が誤りであり、有罪の確信に達していない (unsafe and unsatisfactory) かどうかを決定することである。貴族院は、控訴院は証拠の重要性を考慮すべきであるが、証拠がどういった影響を陪審に及ぼしたのか、ということに関する疑問にはそれほど控訴院自身が関与するべきでない、と判示した。一方で、デブリン卿は、控訴院が陪審の機能を奪うという理由でこのアプローチを強く批判した²⁰⁷。彼の見解によると、スタフォード事件に適用されたルールについて、スタフォードは陪審によってというよりも、裁判官と陪審の混ざった裁判体により、有罪判決を受けなかったのである。実際に、目下のところ新証拠の影響力を評価しなければならないのは裁判官である。もし控訴院が評決について合理的な疑いを持たなければ、陪審が合理的な疑いを持ちえた、ということ considers しないことになる。逆にいえば、もし控訴院が、陪審が新証拠により明らかになることについて合理的な疑いがあるであろう、と述べたならば、それが意味することは、控訴院が合理的な疑いをもっている、ということである²⁰⁸。しかし、デブリン卿の主張するその方針の危険性というのは、控訴院が陪審の結論を誘導することができる、という

²⁰³ Knight, op.cit. (footnote 130 above) p.151.

²⁰⁴ Devlin 'The Judge' (1979) Oxford University Press, pp.148-176.

²⁰⁵ Stafford v DPP [1974] AC 878. HL.

²⁰⁶ The Luton Murder Case.

²⁰⁷ Devlin 'The Judge' (1979) OUP, pp.148-176.

²⁰⁸ Stafford v DPP per Lord Dilhorne at p.893.

ことである。

控訴院のアプローチはバーミングハム・シックス事件において明言された。控訴院が適用すべき方針に関して、控訴院を拘束する貴族院の先例すなわちスタフォード事件が参照できる。その方針は、本事件に関する1988年判決²⁰⁹で控訴院により以下のように要約された。「陪審が導いたであろう結論は何か、ということ控訴院自身に尋ねることにより、控訴院はその見解を検証することを好むかもしれないが、最終的に我々が判断しなければならない問題は、陪審が審理した証拠による陪審評決と、我々が審理した本裁判所に存在する新証拠の両方を含む訴訟のあらゆる状況の下で、有罪判決が誤りでなく、確信に達している (safe and satisfactory) かどうか、という疑問である。もしそうであれば、有罪判決は維持されなければならない。もしそうでなければ、有罪判決は破棄されるべきである²¹⁰。」

王立委員会は、もし控訴院が結果として新証拠の影響を判断すれば、控訴院は陪審の機能を奪う、というデブリン卿の批判を検討した²¹¹。王立委員会は、新証拠が有罪判決について明らかに決定的であるので、控訴院が有罪判決が誤りである (unsafe) とする、すなわち控訴院が有罪判決を破棄すべき場合を除いて、デブリン卿に同意した。その他に、訴訟の結果に影響した可能性のある証拠に関連性があり、信用性があることに基づいて新証拠とすることを認めた場合に、それが利用不可能、あるいは不必要ということがなければ、控訴院は再度の事実審理を命ずべきであるとした。王立委員会は、他の証人に会っておらず、彼らの証言も聞かないのだから、控訴院は、陪審における新証拠の最終的な信用性および影響を評価するための適切な裁判所ではない、と述べる²¹²。

新証拠に基づく上訴審において、再審理ができない、あるいはその他必要でない場合、王立委員会は、控訴院が自判する以外の選択肢はない、と全員一致

²⁰⁹ バーミングハム・シックス事件は、誤判が認められ、内務大臣の付託がなされた事件である。ここで述べられた1988年判決は内務大臣の付託を受けた控訴院の判決のことである。

²¹⁰ McIlkenny per Lloyd LJ.

²¹¹ Report, op. cit. (footnote 1 above) p.175, para 62.

²¹² Ibid., p.175, para 62.

で判断した²¹³。

実際に新証拠について判断することの義務を控訴院から取り除く方法はない。なぜなら、不可避免的に控訴院は、証拠が信用性と重要性をもつかどうかについて判断しなければならないからである。これは陪審の役割を奪っているのではなく、控訴院は証拠の信用性と重要性の考慮を必然的に伴うのである。

六、司法審査 (judicial review) による上訴

ここからは、女王座部による司法審査について述べる。この手続きは主に治安判事裁判所からの上訴事件に関する。また、手続きが控訴院とは異なり、さらに刑事事件審査委員会 (Criminal Cases Review Commission) の決定に対する不服申立の手段となりうる。

女王座部の合議法廷 (Divisional Court) は、治安判事裁判所の判決が自然的正義のルールを満たさないこと、あるいは裁判権がないことを理由に、その判決を破棄する権限がある。この手続きは、古い特権であるサーシオレイライ (certiorari) の救済措置による。サーシオレイライは最高法院規則53条²¹⁴に基づく、司法審査の請求である。この権限が行使されるのは、治安判事が裁判権を持たなかった、あるいは悪意または予断に影響を受けた、という主張があった場合、または治安判事が被告人に訴訟に出席することを許可しなかった場合などである²¹⁵。司法審査請求は、本案の実質的問題に対してではなく手続に対してなされる。訴追側が、偽証とされた宣誓証言によって利益を得た場合、その請求がなされた事例がある²¹⁶。しかし、その問題は手続きが正規であるかということになっている。1973年判例²¹⁷において、控訴院は、サーシオレイライの案件について、その方法の正しさを尊重しながら、四季裁判所の判決

²¹³ Ibid., p.175, para 63.

²¹⁴ Rules Supreme Court Order, r. 53.

²¹⁵ R v Thames Magistrates' Court, ex p Polemis [1974] 2 All ER 1219, DC. ex p は司法審査の対象となった元の事件の被告人であることを表す。

²¹⁶ R v Leicester Recorder, ex p Wood [1947] 1 All ER 928. レコーダ (Recorder) とは非常勤裁判官のこと。年間に約6週間、裁判官として事件を審理する。しかし、それ以外はバリスタあるいはソリシタとして働く。

²¹⁷ R v West Sussex Quarter Sessions, ex p Albert and Maud Johnson Trust Ltd [1973] 3 All ER 289, CA.

を破棄するべきであると考えた。判決に対する上訴は無かったが、その後一方当事者は、判決の変更を求めるのに十分な証拠を発見した。女王座部はサーシオレイライの請求を却下し、それについて控訴院は、デニング卿(Lord Denning)の反対意見はあったものの、同意した。ロートン裁判官とオル裁判官(Lawton and Orr LJ)が判示したことは、サーシオレイライが、単に新証拠が発見されたという根拠により、下級裁判所の判決を破棄することは認められない、ということであった。サーシオレイライが認められる根拠は、形式と手続きの瑕疵に制限されているが、この審理に瑕疵は無かった。反対意見において、デニング卿は、証拠がおそらく信用でき、結果的に重要な影響をもつであろう場合には、審理で相当の注意をもってしても発見されえなかった証拠により、サーシオレイライの手段がとられるべきである、と述べた。

しかしながら、1979年ホートン事件²¹⁸において、サーシオレイライにより請求できること、または請求できないことの間に事前に引かれた境界線は、曖昧にされたように思われる²¹⁹。この事件において、被告人は相当の注意を払わず運転したとして、有罪判決を受けた。その後、警察は、審理以前に会ってはいたが、請求しないことを決めた二人の証人の名前を、被告側のソリシタに通知した。彼らの供述は被告人の事実説明にとって有用であった。女王座部は1973年判決²²⁰を参照しながら、申立ての根拠が、重要な新証拠により明らかにされることである場合、サーシオレイライが認められないことが明らかになっている、と述べた。しかし、申立ての根拠は、「訴追側が知っているが、請求する意思がない補助的な証人を通知されるという請求人の本質的な権利に訴追側が応じなかったことによって²²¹」請求者が自然的正義の法則のもつ利益を奪われたことであった。ウィジュアリー卿(Lord Widgery CJ)は、問題が技術的なものであり、苦難や現実の不正がこの請求者に対してなされたことは明らかであるから、問題の重要性すなわち、サーシオレイライの射程内にこの問題が当たることは、疑いのないことであると述べた。ホールズベリー法令

²¹⁸ R v Leyland Justices, ex p Hawthorn [1979] 1 All ER 209.

²¹⁹ Zander, op.cit. (footnote 3 above) p.596.

²²⁰ R v West Sussex Quarter Sessions, ex p Albert and Maud Johnson Trust Ltd [1973] 3 All ER 289, CA.

²²¹ R v Leyland Justices, ex p Hawthorn [1979] 1 All ER 209 at p.210.

集 (Halsbury's Laws of England) において、記録上の欺罔行為、通謀、手続の欠陥、誤りがあった場合、有効となるサーシオレイライについての言及がある。自然的正義のルール違反についての言及はないが、これが請求の基礎となりうることに疑いはない。もし、補助的な証拠が考慮されなかったという事実を理由に治安判事裁判所が非難されることになっていれば、問題は無かったであろう。しかし、この非難は訴追側に対してなされた。ウィジュアリー卿は以下のように述べて、有罪判決を破棄した。「我々はこのことについて注意深く考えた。なぜなら、どちらにせよ判決の結果は魅力のない特徴を持つ、難しい事件であるからだ。しかし、もし詐欺、通謀、偽証、つまり裁判所自体に影響を与えないことによって、有罪判決を破棄するためにサーシオレイライの請求が認められるならば、我々は、被告人を公平な審理に付することを妨げた訴追官の誤りが同様の領域に位置づけられるべきある、ということができる。我々は、自然的正義の明確な否定があった、という結論に達した。非は訴追側にあり、裁判所にはないことが十分に理解しているが、我々は、有罪判決を破棄すべき問題であるとする²²²。」

この判決の解釈は重要である。というのは、女王座部が提起したことは、申立てが裁判所の当該訴訟以外で起こった何かに基づいていても、女王座部が不正がなされたと強く感じた場合、熟慮の上で請求を進んで容認するかもしれない、ということだからである。1973年判例における境界線が曖昧にされている、といった点はここである。

同様の判例として、ナイツブリッジ事件²²³ (万引き事件において私立探偵の証拠により、被告人が警察官から無視された事実により不利益を被ったことがその後わかった場合、有罪判決が破棄された。)、リバプール事件²²⁴ (警察官の予め矛盾していた供述が審理または上訴で露見しなかった場合、有罪判決が破棄された。) キングストン事件²²⁵ (アルコール測定器 (Lion Intoximeter) の自動目盛装置に欠陥があったことが、その後発見された場合、酒酔い運転 (drink-driving) の有罪判決が破棄された。) がある。

²²² Ibid., p. 211.

²²³ R v Crown Court at Knightsbridge, ex p Goonatilleke [1986] QB 1.

²²⁴ R v Crown Court at Liverpool, ex p Roberts [1986] Crim LR 622.

²²⁵ R v Kingston upon Thames Justices, ex p Khanna, [1986] RTR 364.

第三節 小括

この章では、第一節でイギリスの上訴制度の基本的構造、第二節で具体的な上訴手続について述べた。

第一節で述べたように、イギリスの上訴は非常に複雑である。この複雑さにより手続の煩雑さを招き、さらに裁判所の資源配分を非効率的なものにしていく。資源配分の非効率性に関して端的な例を挙げると、選択可能犯罪における陪審裁判選択をしながら、有罪答弁をする被告人に関する問題が挙げられる。例えば、選択可能犯罪には窃盗が含まれており、治安判事裁判所で裁かれるべき、ほんの些細な窃盗に関しても陪審裁判が選択できてしまう。また、単に有罪判決を先延ばしにするために、陪審裁判を選択すること被告人もいる²²⁶。実際に、これらの問題を解決するために、刑事裁判所の統合が提言されている²²⁷。しかしながら、一方で各裁判所がそれぞれ監視しあい、それぞれの考えを有することにより、より健全な刑事司法が形成できるという、考え方もできる。

また、第二節によると、イギリスにおいても日本と同様に、適正手続と実体的真実の相克があることがわかる。これは、特に新証拠の取り扱いについての論述で顕著であった。また、上訴理由の「誤りがあり、有罪の確信に達していない (unsafe and unsatisfactory)」という文言もこれを表しているといえる。すなわち、「unsatisfactory」という文言は各証拠から判断して、有罪かどうか、という判断を示す。一方で、「unsafe」は適正手続の判断をも含んでいると考えられる。1995年刑事上訴法において、上訴理由の判断は「unsafe」一語になったのであるが、それはまさに、この二つの判断をぼやかしてしまうことになり、議論されるべき点であろう。

また、再審理の命令の増加に関しても注目すべきである。事実認定に対する介入を非常に嫌う、イギリスにおいてすら再審理の命令の必要性があると判断されている。このことはとりもなおさず、無辜の救済は法的安定性に優先するという認識がなされ、実務における両者の比率が前者に大きくかかってきてい

²²⁶ 一般的に、陪審裁判にはその準備に時間がかかり、被告人が有罪を認めたとしても、治安判事裁判所で裁かれるより判決が出るのに時間がかかる。

²²⁷ 'Criminal Courts Review Robin Auld's summary of his review report' (<http://www.criminal-courts-review.org.uk/summary.html>)

イングランドおよびウェールズにおける刑事上訴制度・救済制度(1)

る流れを示している。そして、この流れを示すうえでさらに顕著である、CCRC の創設に関しては次の章で述べたい。

調停好き神話の崩壊（２・完）

——現代中国紛争処理手続利用の変化が意味するもの——

王 冊

はしがき

第１章 人民調停の制度的枠組の変遷

第２章 人民調停と裁判の利用の変化 (以上、57巻２号)

第３章 人民調停衰退の原因と立て直しの動き

１．人民調停はなぜ利用されなくなったのか

- (１) 人民調停の利用者が変化したこと
- (２) 人口の移動によって紛争の処理基準が共有できなくなったこと
- (３) 紛争の内容が大きく変容したこと
- (４) 調停委員の（法的）資質が欠けて、複雑多様化した紛争に対応できなくなったこと
- (５) 調停協議が法的効力を有しないこと

２．人民調停制度の再生

(１) 2002年意見

- (a) 人民調停組織の再建
- (b) 人民調停委員の資質向上
- (c) 人民調停手続の規範化
- (d) 人民調停協議への法的効力の付与
- (e) 人民調停活動に対する法院と司法行政機関の指導

(２) 2002年司法解釈

- (a) 人民調停協議の性質と効力
- (b) 人民調停協議成立後、法院は当該事件につき裁判できるか
- (c) 調停協議の無効確認、または変更、取消の訴え
- (d) 挙証責任
- (e) 調停利用と時効中断

- (f) 人民調停に対する法院による指導
 - (3) 2002年規定
 - (a) 人民調停委員会組織
 - (b) 人民調停委員
 - (c) 手続の規範化
 - (d) 調停の効力と調停協議の履行
 - (e) 人民調停活動に対する指導と協力
 - 3. 制度改革に対する批判的評価
 - (1) 人民調停と訴訟との連携強化の理論的基盤が薄弱であること
 - (2) 一部の規定が現行法律と衝突していること
 - (3) 設定した紛争処理の範囲が限定的であること
 - (4) 改革した制度を全国的に適用させるのが困難であること
 - (5) 人民調停制度の政治的な影響が強いこと
 - 4. 人民調停の最近の動き
 - (1) 人民調停李琴事務所
 - (2) 工事現場人民調停委員会
 - 5. 小 括
- おわりに
- 1. ま と め
 - 2. 今後の課題 (以上、本号)

第3章 人民調停衰退の原因と立て直しの動き

人民調停利用の総件数が激減している中、2002年には新たに規定、司法解釈の公布など一連の措置が採られ、人民調停の利用を取り戻すための改革が行われた。また、これらの規定、司法解釈の公布にともない、司法部長ないし最高人民法院長などが、人民調停活動を評価し、再び利用するようにと呼びかけた¹。

¹ 2002年9月28日から北京で開かれた全国人民調停活動会議では、蕭揚（最高人民法院長）、曹建明（最高人民法院副院長）、張福森（司法部長）、段正坤（司法部副部長）、羅幹（中央政治局常務委員、國務委員、中央政法委員會書記）などが参加し、それぞれが行った「講話」の中で、人民調停制度を評価しその利用を呼びかけた（人民法院報2002年9月28、29日、法制日報2002年9月28、29日人民調解2002年11期11－23頁）。

本章では、まず、改革以前に学界において指摘されていた人民調停制度の問題点について整理を試みる。そして、2002年に公布された人民調停制度に関する一連の規定、司法解釈などを概観し、何が変化したかをまとめる。最後に、今回の改革の意義がどこにあったのか、残された問題点は何かを考えたい。

1. 人民調停はなぜ利用されなくなったのか

中国の裁判外紛争処理手続を研究している范愉教授²は、人民調停制度が、最近の紛争に対応できなくなった原因を主に以下のように整理している。①地域または職場を中心とする社会が、人口の移動によって解体している。人々の関係も、従来の親密な信頼関係から、相対的に互いに独立した関係になりつつある。したがって、説得中心の人民調停は機能しなくなった。②農村では古い住民管理システムは解体したが、新しい村民自治体制ははまだ未完成のため、人民調停組織網（ネットワーク）に抜け穴ができ、また運営に障害が起きている。③人民調停は、制度の権威性、確定性ないし強制性を欠く。それゆえ、制度利用者は、調停手続のコストや時間を考慮して、訴訟手続に抜本的な解決を求める傾向がある。④人民調停制度の手続に関して、挙証責任、調停協議書の書式、司法補佐員や法院による審査などについて規定がなく、手続の規範化が欠けている。⑤調停委員の資質に問題がある（とりわけ法律知識が乏しい）ため、[依法調解（法に依拠して調停を行う）]ができず、利用者の調停に対する不信感を招いている。⑥市場経済の中、「報償を期待せず、公益事業に熱心で公正かつ清廉な」調停委員は、（経済面において）甚大な犠牲を払っている。制度に与えられている国家予算も限られているため、有能な人材を確保できず、調停委員の資質向上に問題が起きている。⑦社会的価値観が変化し、法治主義が求められる中、訴訟は権利実現の唯一の方法とされ、その利用が推進される一方で、調停は軽視されるきらいがある。⑧近年、法院判決が認定した損害賠償金は高額化しており、紛争当事者には訴訟をすればもっと賠償をとれるという射倖心理が生まれ、調停よりも訴訟が選択される。⑨法整備にともない法律が増え、同時に紛争が複雑化し、調停委員が紛争処理過程でとまどいを感じて

² 范愉教授は、日本への留学経験があり（名古屋大学・法学博士）、帰国した後、日本ないし欧米のADR制度をリアルタイムに紹介し、中国でADRブームを引き起こした。

いる³。以下、范愉教授が提示した諸点を中心に、人民調停制度の問題点について筆者なりに整理を試みる。なお、訴訟に関連する問題は、本稿の2章4節に既に触れたので、ここでは人民調停制度に関してのみまとめる。

（1）人民調停の利用者が変化したこと

人民調停は、主に個人の間で起きる紛争を調停する制度であった。しかし、経済システムの転換にともない、以下のように従来であれば想定されていなかった主体による紛争が頻繁に持ち込まれるようになっている。①労働者と企業との紛争。例えば、浙江松門鎮の人民調停では、労働者と企業がらみの紛争は、全体の23%も占めている⁴。②私人と共産党の幹部との紛争。1996年、1997年河北省において行われた調査では、党幹部とかかわりのある紛争は、全体の29%にも上っている⁵。③私人と社会組織との紛争。例えば、人民調停委員会の母体である村民委員会が紛争当事者になるケースも増えている⁶。さらに、

³ 范愉『非訴訟糾紛解決機制研究』（中国人民大学出版社、2000）506－509頁。同『非訴訟程序（ADR）教程』（中国人民大学出版社、2002）246－247頁。

⁴ 中国司法2001年8期55頁。また極端な例として、広東省佛山市での調査では、地域住民間の紛争は1割にとどまっているのに対し、企業がらみの紛争は9割にも達している（蔡家榮＝林有志＝毛聯合「公司企業転制時期人民調解工作的思考」中国司法2001年4期48頁）。労働者と企業との紛争の原因は、主に①企業の破産、合併などによるレイオフ、収入減、生活水準の低下、または、企業を通して加入した医療保険に関わるもの、②退職した労働者に与えられた住宅や医療補助などの社会福祉に関わるもの、③企業の組織転換に関する法律、法規、政策の矛盾が引き起こすもの。それゆえ、企業が実行する際にとまどいを感じ、労働者との意見対立によるもの（同上）。

⁵ 許新軍＝徐茂明＝韓学書「当前人民内部矛盾糾紛的狀況、成因及化解」当代司法1998年12期、34頁。その他、山東省各市で開設した電話による法律相談サービスの統計でも、自然人と地方幹部に関わる紛争は12.9%にも達しているという。当代司法1999年8期45頁。

⁶ 村民委員会の任務とは、自治的任務と行政的任務と二つに分かれている（杉田憲治「中華人民共和國村民委員會」修道法学第12巻2号8頁以下参照）。したがって、一方では、人民調停や公共事業などの自治的な活動を行いながら、他方では徴兵、計画出産、土地管理、埋葬改革（火葬の普及）などの施政にも協力しなければならない（同上、9－12頁）。たとえば、計画出産や埋葬改革

全国的な経済発展に伴い、以前と比べて、一つの紛争における当事者の数も増加する傾向にある⁷。

(2) 人口の移動によって紛争の処理基準が共有できなくなったこと

経済システムが転換し、経済活動の活発化につれて、農村部から都市部への出稼ぎ労働者が増えたほか、都市間の人口移動も激しくなっている⁸。

都市部では、土地再開発によって、これまで維持されてきた地域の共同体構造も解体しつつある⁹。そうした中で、人民調停制度を利用するそれぞれの当事者、および当事者と調停者との関係が変化してきている。すなわち、双方の当事者、当事者と調停者とは、必ずしも以前のように顔見知りであるとは限らず、慣習の規範に基づく紛争処理基準を共有することが難しくなっている。

他方、農村部では、出稼ぎ後、再び農村に戻った労働者によって都市部の「価値基準」や「習慣」、すなわち新たな「紛争処理基準」が持ち込まれるケース

のような最も紛争が起きやすい行政任務を、村民委員会が担当すれば、村民と村民委員会との間に紛争が起きる可能性が極めて高いと思われる。

⁷ 許新軍ほか・前掲注5、34頁。河北省で行われた調査では、調停の中で、解決が困難と判断された事案では、当事者が5人以上の事案が80%ほど占めていることが分かった。また、多い時は当事者が100人以上を超える事案もあるという。

⁸ 2000年の中国国勢調査〔人口普查〕では、出稼ぎ労働者を含め流動人口は1億4千万ほどあることが明かになった（叶裕民＝黄壬侠「中国流動人口特徴与城市化政策研究」中国人民大学学報2004年2期75－81頁）。なお、これまでの国勢調査〔人口普查〕の資料分析を通じて、これからの中国では、流動人口はますます増えていくと予測する研究もある（楊雲彦「中国人口遷移の規模測算与強度分析」中国社会科学2003年6期97－107頁）。また、手稼ぎ労働者が農村部から都市部に移動することによって、中国では都市化が急速に進んでいると指摘する研究もある（胡鞍鋼「城市化是今後中国经济發展的主要推動力」湖南社会科学2003年6期78－84頁）。

⁹ 都市部では、住宅制度改革や土地開発が進む中、平屋〔平房〕の住民がマンションに引っ越したり、農村部からの出稼ぎ労働者が都市部に定住している中、居民委員会や村民委員会では「戸籍はあるが管轄に住んでいない」、または「管轄に住んでいるが戸籍がない」という現象が起きている（王緒倉「適応市場經濟探求人民調解工作的新路子」当代司法1994年7期23頁）。

が増えていると考えられる。これにより、これまで閉鎖的な農村部であったからこそ維持しえた慣習的規範が紛争解決の基準として機能しなくなりつつあると想像される。こうした変化のため、紛争処理に際しては、調停よりむしろ裁判に頼るしかないという場面が増加しているのだと考えられる。

（3）紛争の内容が大きく変容したこと

農村部、都市部の経済システム転換によって新たな紛争の種類が現れている。農村部では、農地請負、計画出産、宅地管理、土地収用、資源開発利用、環境汚染、税金徴収などの紛争が現れ、都市部では、レイオフ人員の再就職、労資、土地再開発による住宅の〔折遷〕（立ち退き・移住）、不動産、マンション管理などに関する紛争が起きるようになっていく¹⁰。また、複数の組織・機関の間で起こる紛争が増え、その処理は一層困難なものになっている¹¹。このように、複雑多様化した紛争を処理することは、人民調停委員会の能力をはるかに超えていると思われる。

（4）調停委員の（法的）資質が欠けて、複雑多様化した紛争に対応できなくなったこと。

89年条例においては、調停委員は一定の法律知識と政策に対する一定水準の理解を要求されている（4条）。しかし、法律に通じた調停委員はほとんどいないのが現状である¹²。そのため、調停の現場においては、調停委員の資質が

¹⁰ 許新軍ほか・前掲注5、34頁。または、黄小川「従当前広東基層矛盾糾紛看加強人民調解工作的必要性和重要性」中国司法2003年3期56—57頁。なお、〔折遷〕とは公的建設事業のための土地収用により、立ち退き、移住を命じられること。高見澤磨『現代中国の紛争と法』（東京大学出版会、1998）132頁。

¹¹ 許新軍ほか・前掲注5、34頁。河北省の調査では、紛争の起因が二つ以上の機関、団体にあり、処理するには連携作業が必要となる事案が増えている。調停の中で、困難と判断された事案は、紛争の原因は二つ以上の機関、団体にあるものが50%以上であったという（同上）。

¹² 例えば、89年条例下の調停委員について、以下の特徴があるという指摘もある。①ほとんどが定年退職した高齢者である、②中学校卒業以上の学歴を持つ人が少ないが、社会生活経験が豊富である、③人柄がよい、地域の人々に尊敬されている、④長年当該地域に住み、地元の人々の生活状況ないしその性格、

問われかねない様々な問題も起きている¹³。また、従来、調停委員による調停が重視してきたのは、「三靠」[靠感情維持、靠輩份压制、靠行政関与（感情の維持に頼る、年齢の差に頼る、行政の関与に頼る）]、「四頭」[地頭、村頭、炕頭、嘴頭（田畑のあぜ道、村の出入り口、オンドルの上、口頭で説得し、調停すること）]であったと言われていたように、法律の理解は必ずしも必要とされていなかった¹⁴。しかし、近年、紛争は複雑多様化し、調停委員の「依法調停（法に基づく調停）」が要求されるようになった。にもかかわらず、調停委員が法的資質を欠いているため、当事者の信任を得られず、結果的に調停が利用されなくなったといわれている¹⁵。

（5）調停協議が法的効力を有しないこと。

89年条例下では、調停協議は、解釈上においては法的な効力がなく、仮に、

興味などについてもよく把握している。楊磊「中華人民共和国における人民調停制度」修道法学第12巻2号38頁。高見澤磨・前掲注10、38－39頁。

¹³ 例えば、法律知識が乏しいため、法に反する調停が行われる例として、以下のようなものがある。夫をなくしたAが子供を連れて再婚を考えていた。子供を連れ去りかつ相続によって得た財産を持ち去ることについて、先夫の実家から猛烈な反対にあった。調停委員の「一生懸命な調停」によって、Aは子供の養育権と相続した財産を放棄することによって、再婚することができた。すなわち、調停委員は法律知識がないため、再婚の自由という基本的な権利を守るところか、法律によって守られるべき相続権、養育権さえ失わせたという事案である（謝秋明＝邱長福「農村民事調解的誤区」中国民政2000年3月号、33頁）。また、ある夫婦の離婚調停で、調停委員会が「離婚に同意する」という村民委員会の判子付きの意見書を出した、調停委員も当事者もそれを法的な効力があると信じていた。しかし、後に女性の当事者が再婚しようとしたところ、危うく重婚罪となるところだった（同上）。さらに、刑事事件を調停した例もある。強姦の被害者に対して、調停によって加害者は300元の「治療費」と五卓の酒席で済ませたという（高見澤磨・前掲注10、202頁）。

¹⁴ 王章玉「探索民調工作新機制」中国司法2001年6期53頁。

¹⁵ 范倫・前掲注3、507－508頁。法律の理解水準のほか、調停委員の学歴の低さも指摘されている。例えば、北京市石景山区の2279名の調停委員の中、短大卒以上は228名、高卒レベルは446名、中卒以下は1605名となっている（同上、508頁〔注1〕）。

調停委員の努力によって、調停協議に至ったとしても、法的には当事者がそれに拘束されず、後に翻意することが認められてきた¹⁶。それゆえ、利用者は、翻意されるリスクを負うのであれば、最初から訴訟の利用を選択するという傾向がある¹⁷。また、苦勞して得られた調停協議が、後に裁判になると証拠にすらないというのでは、「調停委員会の苦勞が結局無意味な労働になる」と人民調停の現場から不満が出ており、調停に対する調停委員のインセンティブもなくなりつつある¹⁸。

以上、人民調停制度が利用されなくなった主な原因を整理した。これらの原因の意味を考察するにあたって、戦後日本社会の法化を分析した六本佳平教授の見解が参考になる。六本教授は、戦後の日本社会の構造上の変化を以下のようにまとめている。すなわち、「①地域の居住集団がその中で起きている紛争について自ずから（ママ）第三者として情報を得、関与するという条件がなくなること、②技術の発展や生活様式の変化とともに、行為の指針となり争い処理の基準となる自明の習慣的規範が有効性を失い、人為的で明示的な法規範に基準を求めざるをえなくなること、③紛争行為を一定の限界内にとどめ、当事者の間に立って交渉を仲介したり、解決を指導したりする調停者の役割を担いうる名望家が少なくなり、法的な専門能力に依存せざるをえなくなる」¹⁹。これは、いずれも現在の中国社会に当てはまるものではなからうか。六本教授によって提示された「法化」²⁰の概念によれば、人民調停制度が利用されなくなっ

¹⁶ 中国民事訴訟法においては、「当事者が達成した調停協議を履行すべきである」としつつも、「調停を望まず、調停が不成立或いは翻意したときは、人民法院に対し訴えを提起することができる」とし（16条2項）、人民調停協議に対する当事者の翻意が認められている。また、人民調停協議が翻意され、提訴された場合、人民調停協議書は証拠としてさえ認められていない（劉忠定「人民調停協議書審核制的試行及實踐意義」上海政法管理幹部学院学報2001年1期57頁）。

¹⁷ 范愉「当代中国非訴訟糾紛解決機制的完善与發展」学海2003年1期80頁。

¹⁸ 何兵「糾紛解決機制之重構」中外法学2002年14卷1期17頁。劉忠定・前掲注16、57頁。

¹⁹ 六本佳平『日本の法システム』（放送大学教育振興会、2000年）108頁。または、六本佳平『法社会学』（有斐閣、1986年）248－249頁。

²⁰ 「社会構造に内在する秩序装置が力を失って、当事者を直接にとりまく人々

た原因は、中国において「社会秩序の法化」現象が起きているからだということになる。

また、日本社会の「法化」現象に対する以下のような六本教授の指摘も、同じく現在の中国にあてはまると考えられる。すなわち、「ここで『法化』という概念は、社会秩序が法システムへの依存性を高めるという、客観的な条件を指すものであることに注意しておきたい。それは、紛争処理のために法の要素が必要になるということを示すにすぎないのであって、人々の意識や行動様式や法システムの在り方などが法的秩序に適したものとなるということを示すものではない」²¹。つまり、調停よりも裁判という中国の現状は、経済システムが転換する中、従来の紛争処理手続が弱体化し、国家が用意する裁判手続への依存度が高くなったにすぎないといえる。

2. 人民調停制度の再生

人民調停制度の利用総件数が減少し、訴訟の利用が急増するなか、中国共産党中央委員会（以下、中共中央という）、最高人民法院と司法部は人民調停について改革を行い、制度の再生をはかろうとする動きを見せている。具体的には、人民調停制度に関わる三つの文書、規定が制定された。すなわち、2002年9月5日に最高人民法院が公布した「人民調停協議に関連する民事審理に関する最高人民法院の若干規定」（以下、2002年司法解釈という）²²、同年9月24日に中央委員、国務院が転送した「新時期の人民調停活動をさらに強化することに関する最高人民法院・司法部の意見」（以下、2002年意見という）²³、司法部が9月26日に公布した「人民調停活動に関する若干の規定」（以下、2002年規定という）²⁴である。以下、この三つの文書、規定の性質と主な内容、またこれらの新たな規定によってどのような問題が解決されようとしているのかを概

からなる紛争準拠集団の機能が低下し、国家の法システムの規範や手続や制裁力によらなければ、紛争の解決が困難となる傾向を社会秩序の「法化」と呼ぶ」（六本佳平・前掲注19（『法社会学』）250頁）。

²¹ 六本佳平・前掲注19（『法社会学』）250頁。

²² 人民法院報2002年9月19日1面。

²³ 『中国司法行政鑑2003』（法律出版社、2003年）635－637頁。

²⁴ 法制日報2002年9月28日2面。

観する²⁵。

（1）2002年意見

2002年意見の性質は、党、法院、司法行政の政策文書とみるべきである²⁶。転送先は、各省、自治区、直轄市党委員会と人民政府、中央と国家機関各部委、軍委総政治部、各民間団体である。さらに、末端の組織である県クラス、新疆生産建設兵団クラスまで送達し、居民委員会、村党支部、村民委員会まで伝達するよう定めた。内容は九つの項目²⁷に分かれ、最高院人民法院と司法部による人民調停活動に関する包括的な改革意見ないし指示が述べられている。

人民調停制度改革の理由ないし必要性について、本意見は以下のように指摘する。「社会主義市場経済システムの樹立と発展、各種利益関係の調整にとともに、新たな対立・紛争、紛争主体が現れ、紛争の内容も益々多様化、複雑化している。数多くの紛争は、時機を損なわずに即時に解決〔疏導化解〕しなければ、大衆の騒動にまで発展する可能性があり、刑事犯罪に「激化」する場合もある。（こうした場合）党と政府の中心活動を著しく妨害することになり、

²⁵ 公布の順番は、最初は2002年司法解釈（最高人民法院）、そして2002年意見（中共中央辦公庁、國務院辦公庁転送）、最後は、2002年規定（司法部）となっている。しかし、2002年意見は、最高人民法院と司法部が共同で作成し、中共中央辦公庁・國務院辦公庁が転送（認可）したものである。それゆえ、今回の改革に関する最高人民法院、司法部、中共中央と國務院の四つの部門の改革の意図を反映していると思われる。それゆえ最初に紹介する。

²⁶ 当該意見は、最高人民法院と司法部が共同作成したものであるがゆえ、司法解釈でもあり、行政規則でもある（逆に厳密に言えば、どちらでもない）。また、中共中央辦公庁・國務院辦公庁が「転送」した点では、党内文書と行政法規という性質もある。

²⁷ すなわち、①新時期の人民調停活動の重要性、緊迫性を十分に認識すること、②新時期の人民調停活動の改革と発展を積極的に推進すること、③多種多様な人民調停組織を強化・整備・発展させること、④人民調停活動の規範化、⑤法律に基づいて人民調停協議書の法的効力を確認すること、⑥人民調停委員の資質を向上させること、⑦人民調停の社会安定維持の作用を十分に発揮させること、⑧人民法院による人民調停委員会に対する指導を切実に強化すること、⑨人民調停委員会活動に対する指導を司法行政機関の重要任務として強化すること、である。

社会の安定[社会穩定]と経済の持続的発展に影響を及ぼすことになる」。また、調停組織の積極性を引き出し、紛争を即時有効に処理することは「国家の恒久的な安定[長治久安]を維持し、党の政權党としての地位を強固なものとする[鞏固党的執政地位]」うえで重要な意義があるとした。

2002年意見では、まず现阶段の人民調停活動の状況をまとめ、それを肯定的に評価した後、人民調停活動は時代と共に前進し、絶えず現状に即した改善[創新]がなさなければならないとした。その上で、国内のここ数十年の成功した経験をまとめたほか、諸外国の有意義な経験を学び、新たな体制を打ち立て、新しい状況を研究し、際立っている問題を解決しなければならないと指示した²⁸。

以下、その具体的な内容を五つにまとめて紹介する。すなわち、人民調停組織の再建、調停委員の資質向上、手続の規範化、法的効力、法院・司法行政機関による指導、である。

(a) 人民調停組織の再建

これまで、村民委員会と居民委員会に設置されてきた人民調停委員会、または企業・事業単位に設置されてきた人民調停委員会について、後述するようにその組織を強化し、活動の規範化を図るとともに、活力を高めることを指示した。その上で、組織建設について新たに以下の三点を指示した。①郷鎮、街道にも人民調停委員会を新設することを積極的に推し進めること²⁹。②現有の郷鎮、街道の司法調停センター³⁰を逐次に人民調停制度の範疇に編入すること。

²⁸ 諸外国の経験を学ぶよう指示した点は注目に値する。従来は、人民調停制度は諸外国にない、中国だけの優れた制度として「東方経験」や「東方の一輪の花[東方一枝花]」として欧米に対し喧伝し自賛してきた。たとえば、1981年に中国に訪問したアメリカ連邦最高裁のパーカー長官が人民調停委員会を視察した後以下のようにした発言がよく文献などに紹介されたりする。「世界のどの都市でも市民のあいだには、いざこざが絶えないが、どこも徹底的な解決法を見出していない。中国の調停委員会はすばらしい。このやり方だと、多くの小事件を前もって解決することができるので、裁判所の負担が軽くなる。ぜひとも中国の状況をアメリカに紹介したい」人民中国編集部編『中国の民事調停』（人民中国、1984）5頁。しかし、2002年意見では、ここで諸外国の経験をも参考すべきだと指示した点は、大きな意識変化であるといえよう。また、諸外国の経験とは、後述するように諸外国のADR制度を指している。

²⁹ 郷鎮・街道とは、末端の行政機関である（国家組織法68条）。

³⁰ 司法調停センターとは、1999年に山東省陵県で初めて組織され、司法所を

③積極的、妥当かつ確実に、業界、地域の自律的な人民調停委員会を発展させること。これらの三点の組織建設に関する指示の狙いは、組織網の整備、拡大にあると思われる。

(b) 人民調停委員の資質向上

これまでも調停委員の資質向上の必要性が指摘されてきたが、2002年意見では、その具体的な方法を提示した。すなわち、①人民調停委員会の類型ごと、クラスごとに、その活動範囲の特徴・要求に基づいて、各調停委員が備えるべき法知識レベル、学歴を明確にすること。②人民調停委員の総合的資質を向上させるため、定期的に教育・研修〔培訓〕を行うこと。③新設する郷鎮、街道の人民調停委員会については、民主的な選挙と任命制度を結合させ、人民調停組織の構成員をより優れたものにすること、である。

調停委員の資質の向上に関して、最も注目すべき点とは、郷鎮、街道人民調停委員会の構成員に関する任命制度と、行政官である司法補佐員³¹の参加である。2002年意見において、郷鎮・街道の人民調停委員会は、退職裁判官・検察官、弁護士、法学者及び司法補佐員の参加を奨励した。法律専門家を調停委員に加える狙いは、人民調停制度に法的要素を補填することにあると考えられる。また、司法補佐員の直接調停参加は、人民調停に対する行政による指導監督を強化するためであると考えられる。

(c) 人民調停手続の規範化

社会における信頼〔公信力〕を高めるため、調停委員会の活動方式、手続などを「規範化」という改革方向が示された。しかし、2002年意見では具体的な方法については調停を公開するという点以外に、従来の人民調停制度の三

主体に、郷鎮党委員会、政府の幹部（郷鎮副書記が主任を兼任、司法所長が常務副主任を兼任）を構成員とする紛争処理機関である。性格は行政調停である（紀德偉＝李耐勇「關於陵県經驗の兩則背景資料」『民間法〔第一卷〕』（山東人民出版社、2002年）312－315頁）。2000年4月に開かれた全国基層司法行政会議において、この陵県の試みが「陵県經驗」と名付けられ、各地において建設（推進）するよう指示された。その後、全国的に普及させたという（許錫福「全国郷鎮司法調解中心迅猛發展」人民調解2000年11期13頁、同「繼續推進郷鎮司法調解中心建設」人民調解2000年12期6頁）。

³¹ 司法補佐員とは、末端政権の司法行政工作員である。「司法補佐員工作暫定規定（司法部、1981）」2条。

つの原則³²などを改めて挙げるにとどまっている。すでに定められた原則を新たに強調する必要があったのは、これらの原則がこれまでの厳格に守られていなかったという解釈もできる³³。この制度の規範化の動きは、人民調停を形式的、外見的により正式なものにするためであり、調停に法的効力を与える前提となっていると思われる。

(d) 人民調停協議への法的効力の付与

後述するように、2002年司法解釈は人民調停協議の法的効力を明示した。2002年意見では、その司法解釈を援用し、各クラスの人民法院とくに末端の人民法院と派出人民法廷に対し、2002年司法解釈を貫徹し、執行するように重ねて指示した。

法的効力を明示した狙いは、人民調停を利用した当事者の翻意を防ぎ、制度の権威性、または効果を高めることにあると考えられる。

(e) 人民調停活動に対する法院と司法行政機関の指導

法院と司法行政機関による人民調停活動への指導の強化を指示し、具体的な方法について規定した。2002年司法解釈と2002年規定と重複する部分については後に紹介するが、そこで言及されていない点についてのみふれておく。①人民法院は人民調停委員に対して研修を実施すること。法知識の教育と調停方法の指導の一環として、基層人民法院および派出人民法廷は、研修会 [培训班] などの方法で人民調停委員に対する教育を行う。②人民調停委員に裁判における事案の審理の準備手続に参加させ、審理を傍聴させることを通じて教育を行うこと。③経験のある人民調停委員を陪審員として招聘すること、である。

法院、司法行政機関による指導の強化の狙いは、調停委員の資質向上のみならず、制度の規範化も含まれている。また、研修会で各委員会の委員、裁判官と顔を合わせる機会などが増え、情報交換が進むことによって、結果的に人民

³² すなわち、合法原則、自由意思による参加、調停前置をとらない、である。

³³ 例えば、当事者の訴訟する権利を尊重するという原則が掲げられているが、しかし、多くの文献では、「当該地域では、数年内訴訟がなかった」ことを、人民調停活動が成功した証拠として紹介している。例えば、「調解之花放異彩、25年糾紛不出村」中国司法2001年2期50頁、など。このように「訴訟がなかった」ことを評価基準とするならば、調停委員による調停の押し付けを誘発し、当事者の裁判を受ける権利を害する可能性が高くなると考えられる。

調停と裁判、人民調停組織間の連携強化にもつながる。

2002年意見では、このように人民調停の改革行動指針（ガイドライン）を提示した。

（2）2002年司法解釈

2002年司法解釈は、司法解釈³⁴であるがゆえに、全国各クラス法院の裁判活動を拘束する。その内容とは、13カ条によって構成され、人民調停協議の法的効力を明示し、後に当該紛争が法院に持ち込まれた際の処理方法を定めたものである。当該司法解釈の起草過程では、国内のみならず、国外においても調査研究が行われ、各国の成功経験を参照したという³⁵。2002年司法解釈の起草背景を紹介する文献では、これまで人民調停協議に法的効力を付与しなかったことについて以下のような記述があった。すなわち「これまで民事訴訟法16条においては、人民調停の協議の性質と効力について明確な規定を設けていない。それゆえ、調停協議に達した場合でも、一方の当事者が翻意し、法院に提訴した際、法院は調停協議の効力を認めず、原紛争について判決しなければならない。このため、人民調停委員会の機能が十分に発揮させることができない。また、人民法院が常に紛争処理の最前線に立たされてしまい、社会において発生する対立を即時に処理できず、社会秩序の安定と経済の持続的發展に影響を及

³⁴ 司法解釈とは、最高人民法院と最高人民檢察院が発する文書である。「実際の裁判の場でもっとも重要な役割を果たしている法源」といわれている。

³⁵ 国内では東部、中部と西部において調査研究を行い、全国各クラス人民法院、司法行政機関、一部の人民調停委員会委員と学者の意見を集約した。国外ではノルウェー、スウェーデンの調停制度に対する専門調査団を派遣した。また、制定過程では、UNCITRAL（国際商事仲裁モデル法）の関係する規定を参考にし、アメリカ、ノルウェー、スウェーデンなどの経験を参照したという（人民法院報2002年9月29日1面）。さらに、草案ができた段階では、梁慧星教授（中国社会科学院法学研究所）、王利明教授（中国人民大学）をはじめ、学者の意見を聞き、各クラスの法院、司法部関係部署、人民調停委員の意見も取り入れたという（最高人民法院民事審判第一庭＝司法部基層工作指導司編『「關於審理涉及人民調解協議的民事案件的若干規定」「人民調解工作若干規定」講話』〔中国社会科学出版社、2002〕49頁）。しかし、学界、法院などから具体的にどのような意見が出され、また、UNCITRALのどの条文、諸外国のどのような経験が参照されたなどについては不明である。

ばす結果になっている」³⁶。最後に、このような問題を解決するため、「法に基づいて人民調停協議の効力を明確にさせることが極めて重要」であると結んだ³⁷。2002年司法解釈の主なポイントは以下の通りである。

(a) 人民調停協議の性質と効力

人民調停委員会での調停を経て作成され、民事上の権利義務にかかわり、当事者双方が署名または捺印した調停協議は、民事契約としての性質をもつことを明確にした（1条）。その上で調停協議に基づく強制執行について、債権的内容を有し、公証機関が法律に基づいて強制執行効力を付与した場合には、債権者は被執行人の住所地ないし財産所在地の人民法院に強制執行を申請することができる」と規定した（10条）³⁸。

(b) 人民調停協議成立後、法院は当該事件につき裁判できるか

これまでは、人民調停協議の性質が不明であったため、その履行、変更などを求める訴えについて、法院は受理しなかった。2002年司法解釈によって、調停協議が民事契約とみなされたことを受け、①当事者が、相手に対し調停協議に基づく履行を求め、法院に提訴した場合（2条1項）、②当事者が、調停協議書の変更または取消、無効確認について提訴した場合（2条2項）、法院はそれを受理しなければならないと定めた。つまり、調停が成立しても、裁判の可能性が自動的に排除されるわけではない。

³⁶ 最高人民法院民事審判第一庭＝司法部基層工作指導司編・前掲注35、48頁。

³⁷ 最高人民法院民事審判第一庭＝司法部基層工作指導司編・前掲注35、48頁。

³⁸ この条文によって、人民調停協議にもとづき強制執行できるようになったと一般的に理解されている。しかし、実質的には、現有の公証制度を活用したにすぎず、執行に関して人民調停協議に何らかの新たな効力が付与したわけではない。これ以前にも下記三つの要件さえ備わっていれば強制執行を申請すると規定されていた（「公証機関が強制執行効力を付与した債権文書の執行に関する最高人民法院と司法部の連合通知（2000年9月1日）」1条）。三つの要件とは、公証を受ける文書が、①金銭、物品、有価証券の給付に関する内容を有すること、②債務債権関係が明白であり、かつ債権者と債務者は当該文書について異議がないこと、③「債務者は債務を履行しない、また履行が不完全の場合、強制執行に服する事を承諾する」という記載があることである。つまり、2002年の司法解釈が出される以前でも、人民調停協議が公証手続を経由すれば、同じく強制執行効力を得ることが可能であった。したがって、今回の改革には、単にこうした方法をあらためて提示したという意味しかない。

人民調停協議にかかわる民事事案の審理は、末端の人民法院、またその派出機関である人民法廷が担当する（11条１項）。審理は、簡易手続を適用する（11条２項）。

（c） 調停協議の無効確認、または変更、取消の訴え

2002年司法解釈では、まず、下記三つの要件を備えていれば、その効力を認めるとした。すなわち、①当事者が完全な民事行為能力を有すること、②意思表示が真意であること、③法律、行政法規の強行規定または社会公共利益に反しないこと（４条）。ただし、①国家、集団ないし第三者の利益を損なう、②合法的な形式で非合法的な目的を隠している、③公共の利益を損なう、③法律、行政法規の強行規定に反する、④人民調停委員会に調停を強迫（強要）された、のいずれにあたる場合も調停協議は無効となると定めた（５条）。

調停協議の変更、取消については、以下のいずれにあたる場合も認められるとした。①当事者が重大な誤解に基づいて達成した調停協議、②著しく公平性を欠いた状況のもとで達成した調停協議、③詐欺、脅迫の手段をとったり、あるいは、当事者の真意に反する状況下で合意に達したりした調停協議（６条）。さらに、取消権の消滅についても条文を設けた³⁹。

また、これらの訴えを法院において審理する際は、「当事者が（調停協議の）変更を請求した場合、法院は（調停協議を）取消してはならない（６条３項）」、「調停協議が部分的に無効の場合、その他の部分の効力に影響を与えず、その他の部分は依然として有効とする（８条後段）」などとして、法院による判断に一定の制限を課した。

（d） 挙証責任

訴訟における挙証責任については、調停協議の履行を求める訴訟では、その履行について異議がある当事者が、または、無効確認、あるいは変更、取消を求める訴訟では、無効、変更を求める当事者が、それぞれ挙証責任を負う（３条）

（e） 調停利用と時効中断

³⁹ 取消権を有している当事者がその権利について、知り、または知りうる時点から一年以内行使しない場合（７条１項）、取消権を有している当事者がその事由を知った後、明確に表示、または行動をもって取消権を放棄した場合（同２項）は、取消権が消滅する。

人民調停の利用と訴訟時効の中断についても条文を設けた。調停協議に関する訴訟時効は、民法通則135条が適用されるとし（9条1項）、原紛争の訴訟時効は、人民調停委員会の調停開始によって中断する（同2項）。判決によって調停協議が取消ないし無効とされた場合、時効は、取消ないし無効の判決が発効した日より新たに計算される（同3項）⁴⁰。

(f) 人民調停に対する法院による指導

法院による人民調停活動への指導については、条文において、「判決によって、人民調停協議が変更、取消または無効と確認された場合、適切な方法で当該地域の司法行政機関、または人民調停委員会に通知する（12条）」と定めるにとどまった⁴¹。

以上、2002年司法解釈を概観した。これは現行民事訴訟法が規定する「当事者は調停による協議を履行しなければならない」（同法16条）というあいまいな文言についての解釈であるといえる。これまであいまいだった人民調停協議の性質について、民事契約としての性格があることを明らかにし、加えて時効の中断効、強制執行効力を得る方法も明記した。この司法解釈からは、紛争処理における人民調停の位置づけについて、法院の意識が大きく変化したことが読み取れる。

こうした変化の背景には、人民調停をより効果的な紛争処理機能を発揮させ、大量の紛争をふるいにかけ、法院にまで持ち込まれないようにしたいとの意図があったのではないかと想像される。

判決よりも調停によって紛争を処理しようとする姿勢は、同時期に行われた法院内部の改革においてもみられる。この点においては法院調停に関する范倫教授による実証調査に基づく研究論文がある⁴²。ここでは司法機関が、判決の

⁴⁰ これまでは、人民調停の利用と訴訟時効に関わる問題について指摘した報告は見当たらない。訴訟時効の中断に関する条文を設けたのは、いわゆる「諸外国の経験を参照した」ことによるものと思われる。

⁴¹ 前述（2002年意見）したように、法院は調停委員の職業訓練も行い、また、法院調停の準備作業にも調停委員に参加させるなど、実際には、ネガティブな「通知する」とどまらず、ポジティブな指導も期待・指示されている。

⁴² 范倫「調解的重構（上）（下）」法制与社会発展2004年2期113-125頁、3期90-108頁。

みによる紛争処理に限界があることに気づき、法院調停を再評価し、再び重視する傾向があることが指摘されている⁴³。つまり、法院は訴訟の決着の付け方についても、判決よりも法院調停という方向へ転換しようとしている。2002年司法解釈は、まさにこのような、訴訟よりも人民調停、判決よりも法院調停という流れの中で登場したものである。

第二章では、改革・開放路線への転轍以後、紛争当事者が紛争処理手続として人民調停よりも訴訟、また訴訟内では法院調停よりも判決が選択される傾向があることを指摘した。そうした風潮に一定の歯止めをかけ、人民調停を再生させたうえで、改めて訴訟との適切な役割分担を模索しようとしたのが、2002年の改革の意図であったと思われる。

（3）2002年規定

2002年規定は司法部が公布したものであり、その性格は行政規則である。したがって、その拘束力が及ぶ範囲は、司法部の所轄内に限られる。全部で45カ条によって構成され、人民調停について規定している89年条例（行政法規）に対する細則的位置づけにあると解される⁴⁴。2002年規定を解釈する文献の中に、人民調停制度の役割について、以下の論述がある。「改革開放という新たな歴史条件の下、民間紛争と社会対立が益々増え、かつその内容は日々多元化、多様化、複雑化しつつ、社会の安定が著しく脅かされている。（それを）単に人民法院の訴訟ルートをもって解決するには、法院のキャパシティを超えることになり、国家、社会と群衆の紛争処理にかかるコストが高くなるわりには、効果は必ずしも高いとはいえない。（中略）人民調停制度の『第一の防御線』としての機能を特に発揮すべく、民間紛争を萌芽状態の段階で即時に解決し、『激化』する前に解決すべきである。人民調停制度と訴訟制度を相互補助、相互協

⁴³ また、蕭揚氏（最高人民法院の院長）も、「人民法院はさらに訴訟調停を強化しなければいけない。当事者の思想工作を真剣〔認真〕に行い、辛抱強くかつ緻密〔耐心细致〕な説得・教育〔説服教育〕を通じて、当事者の自由意思で調停協議をまとめさせ、法院調停による終局率を高めることに努めなければならない」と指摘した（人民法院報2002年9月28日）。

⁴⁴ 2002年意見の中では、人民調停委員は89年条例に規定されている紀律を遵守しなければならない、との記述があるため、89年条例は廃止されていないと思われる。

力させることで、社会秩序を維持するシステムを構築すべきである」⁴⁵。

以下、2002年規定によって変更された諸点についてのみ、五つにまとめて紹介する。すなわち、調停組織、調停委員の資質向上、手続の規範化、効力・履行、指導である。

(a) 人民調停委員会組織

従来の人民調停委員会の上に、郷鎮・街道人民調停委員会の設置を定めた(10条)。また、必要ならば地域または業界に人民調停委員会を設置するという条文を設けた(10条)。その設置と構成員について上級機関に報告し、記録に残すことを義務づけた⁴⁶。また、村民委員会、居民委員会および企業・事業単位の調停委員会は、ニーズに応じて、さらに小規模な組織にあたる自然村、[小区(楼院)]、作業場[車間]などを単位として、調停班を設け、調停員を任命することができる(12条)。

村民調停委員会、居民調停委員会または企業・事業単位の調停委員会が調停できない難しい紛争、あるいは複数の地域ないし企業にまたがっている複雑な紛争は、郷鎮、街道の人民調停委員会が受理し調停を行う。あるいは、関係する人民調停委員会が共同で調停を行う(21条2項)。

つまり、タテの方向としては、従来の村民・居民委員会調停委員会(下級調停)の「上」に郷鎮・街道調停委員会(上級調停)を設け、「下」には自然村・小区・作業場調停班を設けることができるとした。ヨコの方向としては、関係する各調停委員会による共同調停の道を広げている。このように従来の人民調停委員会組織をタテ、ヨコに広げ、ネットワークの構築と各組織間の連携を目指していることが明白であろう。

(b) 人民調停委員

調停委員について、村民・居民委員会などにおいてのレベルでは、女性を委員に含めるべきとの内容を加えた以外(11条3項)、89年条例とほぼ変化して

⁴⁵ 最高人民法院民事審判第一庭＝司法部基層工作指導司編・前掲注35、109－110頁。

⁴⁶ 人民調停委員会では、郷鎮・街道司法所(科)に、郷鎮・街道の人民調停委員会では、県クラスの司法行政機関に対し、それぞれ報告し記録に残す(10条2項)。これは、人民調停委員会に対する司法行政機関の管理強化の一環であると思われる。

いない。また、新たに設置を定めた郷鎮・街道の人民調停委員会の委員については、以下の人員が就任すると定めた。①当該郷鎮・街道の管轄内の村民委員会、居民委員会および企業事業単位の人民調停委員会主任、②当該郷鎮・街道の司法補佐員⁴⁷、③郷鎮・街道の管轄内に住み、法知識を有し、または専門知識がある人民調停活動に熱心なボランティア（13条）。④郷鎮・街道の調停委員については、高校卒業程度以上の学歴を備えるべきであると定めた（14条2項）。

調停委員の選出方法として、新たに任命制度を設けた（2条2項）。任命する権限は、村民・居民委員会レベルの人民調停委員会の場合は、村民委員会と居民委員会にある。郷鎮・街道調停委員会の場合は、郷鎮・街道の司法所（科）が任命する。地域ないし業界に設置した調停委員会の場合は、当委員会を設置した組織が任命を行うと定めた（15条）。任命する調停委員の基準・対象については、特に定めはない。しかし、2002年意見にあるように、その任命対象としては、主に退職裁判官、退職検察官、弁護士、法学者などの法律家を有力な選択肢として想定していると思われる。

調停委員の資質を向上させるために、各クラスの司法行政機関は、多種多様な形式で人民調停委員に対する教育・研修を行い、調停委員の資質向上に努めるとの規定も設けたが（40条）、具体的な方法は明示していない。

このように調停委員に一定の学歴を要求したり、法律家を任命したり、または、調停委員の研修についての規定を設けたりすることは、人民調停委員の資質を向上させるだけでなく、人民調停制度における法的要素をより一層色濃く印象づける効果を狙っているとの見方もできよう。

（c） 手続の規範化

89年条例が、調停手続に関してはほとんど規定を設けていないのに対し、2002年規定では手続について詳細に規定し、制度の規範化を図っている。例えば、調停の開始について、89年条例と同じく、①当事者の申請または、②調停委員会の判断で開始すると定めた（23条1項）が、②については当事者が異議を申し立てた場合、中止するとの内容を付け加えた（同1項）。また紛争を受理した際には、登録しなければならないと内容が盛り込んだ（同3項）。さらに、

⁴⁷ 89年条例では、司法補佐員は人民調停委員会を管理する任務にあたっていたが、2002規定では、新たに設置した郷鎮・街道の調停に直接参加することが加えられた。

調停に際しての当事者の権利と義務を規定し（6条、7条）⁴⁸、調停を開始する前に、書面または口頭で人民調停の性質、原則、効力を当事者に告知しなければならないと定めた（30条）。

調停を行う調停委員の人数については、調停委員会が一人の調停委員を指定して行い、必要に応じて複数の調停委員が調停に参加することができるとした（25条1項）。また、当事者が担当する調停委員の忌避を求めた場合は、それに応じなければならないとの定めも設けた（25条2項）。調停の準備段階では、調停委員会が両当事者に対して交互に事情調査を行う、または、必要に応じて当事者以外の関係者も調査対象とし、事実関係を確かめる（26条）。調停は基本的に専用に設置された場所で行うが、必要に応じ、当事者の便宜を計らうため、ほかの場所で調停してもよい（28条）。調停を行う際は、必要に応じて公開で行うことができる。ただし、当事者のプライバシーや商業秘密に関わる場合、または当事者が反対した場合は非公開で行う（29条）。調停は一般的に一ヶ月以内に終了する（33条）。人民調停活動で用いられる各種書式は、司法部が統一制定する（44条）⁴⁹。

このように、2002年規定では、手続における詳細な規定を設け、制度の規範化を図った。これは、人民調停協議に民事契約という性質をもたせるために、手続をよりフォーマルなものとする必要があったためと思われる。また、手続をより厳密に規定することによって、調停の質を向上させ、均一化する狙いもあると考えられる。さらに、調停手続について明確かつ厳密な規定を与えることは、行政機関による管理・監督・指導を容易にする狙いもある。

（d）調停の効力と調停協議の履行

人民調停協議を民事契約とみなすとした2002年司法解釈を根拠に、2002規定

⁴⁸ 当事者の権利とは、①人民調停の中では、自分の意思によって調停を開始しまたは中止する、②調停委員の忌避を求めることができる、③抑圧・強制を受けず自分の意見を述べ合理的な要求を提出することができる、④自由意志によって調停協議を達成する（6条）。義務とは、①紛争の真実を述べなければならない、②調停規則を遵守しなければならない、③紛争・矛盾を激化させてはならない、④人民調停協議を自覚的に履行しなければならない（7条）。

⁴⁹ 司法部は2002年11月にその書式と使用説明を印刷して配布した。『中国司法行政年鑑2003』（法律出版社、2003）641—649頁。

では人民調停協議の効力とその履行について規定を設けた。まず、人民調停協議が民事契約の効力を有することを再確認した上で（５条）、調停した紛争が民事上の権利義務関係を有する場合、または当事者が希望した場合は、調停協議書を作成しなければならないと定めた（34条）。また、当事者はその調停協議を自ら進んで履行しなければならない（36条１項）。その履行状況を把握するため、人民調停委員会は随時、紛争当事者を訪問し〔回訪〕、その履行状況を記録するとした（36条２項）。

当事者が調停協議の任意履行をしなかった場合の対応についても規定した（37条）⁵⁰。調停協議に至ったにもかかわらず、当事者が履行しない時は、調停委員はその履行を促す。調停内容について、問題があると当事者が主張し履行を拒否する場合は、その内容について委員会が確かに不適切と判断すれば、両当事者の同意を得て再度調停を行う。その後も不履行の場合は、当事者に対して人民政府ないし法院による処理などを提言する。

当該紛争が人民法院に提訴された場合、調停を行った調停委員会が、法院における審理に協力しなければならない（38条）という条文も設けた。2002年規定では、調停協議の効力を規定しただけでなく、その履行に向けて協力、監督することまで、調停委員（会）の仕事の範囲に入れた。

（e）人民調停活動に対する指導と協力

人民調停活動の質の水準を高めるために、各クラスの司法行政機関がその地域の人民調停委員会に対する指導を強化することを定めた（39条１項）。同時に、その指導においては、人民法院との協調と協力を強化すべきとした（同２項）。また、郷鎮・街道の司法所（科）、司法補佐員による人民調停活動に対する指導監督を強化すべきと定めた（43条）⁵¹。その他、人民調停委員会の任務につ

⁵⁰ ①正当な理由なく当事者が協議を履行しない場合は、その自主履行を督促する、②当事者が調停協議書の内容が不適切であると申し立てたり、人民調停委員会が調停協議書に不適切な部分があることを発見したりする場合は、双方当事者の同意を得た後、原調停協議の変更または取消のために再度調停を行い、新たに調停協議を作成する、③督促をしても履行しない場合、当事者に末端人民政府に処理を求めることが可能であること、調停協議の履行、変更、取消について人民法院に提訴することが可能であること、を告知する（37条）。

⁵¹ 具体的には、郷鎮・街道の司法所（科）、司法補佐員は、調停委員会あるいは紛争当事者からの人民調停活動に関連する問い合わせ、相談または苦情など

いて、新たに「村民委員会、居民委員会、所属企業、または末端人民政府に活動報告をしなければならない」という条文も設けた（3条3項）。これらも、行政による指導を強化するための措置であると考えられる。

人民調停活動の資金について、各クラスの司法行政機関は、人民調停活動の指導または表彰の経費を保障すべき（42条）、人民調停委員会の活動経費と人民調停委員の手当を確実に確保するために、司法行政機関は、村民委員会、居民委員会、企業事業単位と協調し、または督促しなければならない（42条）と定めた。

以上、2002年規定を概観した。当該規定よりうかがえる制度改革の狙いとは、以下の諸点にあるといえる。すなわち、①人民調停委員会の整備、各人民調停委員会間の協業体制を強化することによって、衰退している組織網の再整備を行い、人民調停がカバーする範囲を拡大する。また、地域を跨いだ複数当事者がかかわる紛争の調停を可能にする。②新たに設置する郷鎮・街道調停委員会に、調停委員として法律家を迎え入れ、紛争処理の基準に法的要素を注入し、いわばミニ裁判としての性格も持たせ、紛争を法的に処理する。③司法補佐員が直接に郷鎮・街道で行われる調停に参加し、行政による関与を強化する。④制度の規範化を推し進め、調停協議の法的効力を明確化するとともに、人民調停をより一層正式な制度にする。⑤法院・司法行政機関の指導監督を強化し、人民調停による紛争処理の結果の正当性を補完する。

以上、2002年改革の中核となる三つの文書・規定の解説を中心にして改革を概観してきた。改革のガイドラインとして出された2002年意見からは、立法者が感じている危機がうかがえる⁵²。人民調停を再び機能させれば、危機回避に

に回答し、処理する。調停委員会の要請または必要に基づき、具体的な調停活動に協力、参与する。人民調停委員会の主宰で達成した調停協議が、法律、法規、規定と政策に反しているか否かを審査し、問題を発見した場合はそれを正す。人民調停活動の経験や情報を交流させ、民間紛争の特徴・法則を研究し、人民調停委員会活動の改善・進歩に役立てる（43条）。

⁵² すなわち、「数多くの紛争は、時機を損なわずに即時に解決〔疏通化解〕しなければ、大衆事件まで発展する可能性があり、刑事犯罪に「激化」する場合

寄与するものが大きいという意識のもとで⁵³、今回の改革が行われたといえよう。また、近年、大量の紛争が法院に持ち込まれ、事実上既に法院のキャパシティを超えている。紛争処理において人民調停に「第一の防御線」としての機能を発揮させ、紛争をある程度、人民調停で振り落とすことは、法院にとって切実な要望となっている⁵⁴。

以上まとめると、今回の改革の狙いとは、人民調停を再度活性化させ、それにより治安の維持、社会の安定を図ることと、法院の負担軽減にあるといえる。

改革の基調とは、主に人民調停制度に法的要素注入することと、行政関与の強化である。法的要素の注入では、具体的に、人民調停を利用した場合、裁判に近い効果が得られるようにするため、2002年司法解釈では、人民調停協議を民事契約とみなすと明示した。また、調停の開始に、時効の中断効が付与され、公証手続を経た調停協議を強制執行する方法まで条文において提示した。さらに、調停の過程において、法律有識者を調停委員として参加させ、そして調停手続の規範化を図ったように、人民調停手続をいわばミニ裁判的に再構成する狙いがうかがえる。

行政関与の強化は、主に以下二点に集約することができる。すなわち、①こ

もある。（こうした場合）党と政府の中心活動を著しく妨害することになり、社会の安定〔社会安定〕と経済の持続的発展に影響を及ぼすことになる」（2002年意見）。

⁵³ 人民調停制度が再生されれば、「人民調停組織の積極性を引き出し、活動の優勢を発揮させれば、新しい時期の社会対立・紛争を即時かつ有効に処理できる」。そして、「（人民調停が）紛争を即時有効に処理することは『国家の恒久的な社会安定〔長治久安〕を維持し、党の執政地位を強固なものとする〔鞏固党的執政地位〕』に重要な意義をもつ」（2002年意見）。

⁵⁴ 2002年改革が行われた際、蕭揚氏は、「人民調停活動が順調に機能すれば、人民法院が公正かつ効率的に事件処理するために、良好な基礎を提供することになる。『公正と効率』という法院活動の目標を実現することが可能になる。人民法院は、紛争処理の最後の防御線となる」蕭揚「在全国人民調解工作會議上の講話」法制日報、2002年9月28日2面。そもそも、1991年民訴法改正の際も、「人民調停委員会の調停活動がうまくいけば、法院に持ち込まれる民事事件が減少する」という論調がすでにあった。最高人民法院民事訴訟法培訓班編『民事訴訟法講座』（法律出版社、1991年）32頁。楊榮新＝陳桂明編『新民事訴訟法講話』（中国政法大学出版社、1991年）32頁。

れまで人民調停を指導する立場であった司法補佐員という行政官を、調停委員として直接人民調停に参加させると規定したこと、②郷鎮・街道レベルの末端人民政府に、郷鎮・街道人民調停委員会を新たに設置したこと。当該委員会は、既存の人民調停委員会の上級組織にあたり、村民・居民委員会レベルの人民調停委員会で解決できない紛争を処理すると規定した。

このような改革が行われた結果、人民調停協議の正当性は、これまで同様に「当事者の合意による」という点から調達すると同時に、新たに法的要素の導入と、調停手続への行政関与によって補強されている。つまり、人民調停制度に持ち込まれた紛争は、行政関与のもと、あたかも法的に処理され、当事者が自ら調停協議に合意することで解決されるようになった。

3. 制度改革に対する批判的評価

人民調停に関する司法解釈が公布されたことや、人民調停協議は民事契約とみなされるようになったことは、2002年の十大法院ニュースと十大法制ニュースとして選ばれ、社会的に注目された⁵⁵。また、調停協議を民事契約とみなす点について、学界においても好意的な評価が与えられ⁵⁶、既に改革の一部は実行に移されつつある⁵⁷。しかし、他方では、今回の改革の問題点を指摘し、改

⁵⁵ 法制日報2003年1月2日2面（法院十大ニュース）、法制日報2003年1月9日1、2面（法制十大ニュース）。

⁵⁶ 尹田（北京大学法学院教授）「人民調解協議應視為民事合同」、張衛平（清華大学法学院教授）「人民調解の新發展」、楊榮新（中国政法大学教授）「拓寬人民調解業務範圍・確定人民調解協議効力」、王衛國（中国政法大学民商經濟法学院長、教授）「人民調解制度具有広範的可適用性」（法制日報2002年9月28日4面）。または、范愉「淺談当代『非訴訟糾紛解決』的發展及其趨勢」比較法研究2003年4期36頁。

⁵⁷ 例えば、郷鎮・街道の人民調停委員会の設立に関して、北京市司法局は、2003年9月までに市のすべての街道（郷鎮）に人民調停組織するよう指示した（李剛編『人民調解概論』〔中国檢察出版社、2004年〕310頁）。また、2004年9月2日に、上海市保險同業組合〔同業公会〕では、はじめて業界の人民調停委員会を設置し、保險に関する紛争を処理するようになった（「上海金融動態」上海金融2004年10期64頁）。法院による人民調停への指導に関しても、裁判官による人民調停委員の指導が行われていると紹介する記事があり（「江蘇省宿豫県法院充分發揮對人民調解組織的指導作用」人民法院報2003年6月4日）、また、

革は不十分であると批判する声もある。

上海市黄浦区人民法院の曹光曜副院長らは、今回の人民調停制度の改革について、以下五つの問題点があると指摘する⁵⁸。すなわち、①人民調停と訴訟との連携強化の理論的基盤が薄弱であること、②一部の規定が現行法律と衝突していること、③設定した紛争処理の範囲は限定的であること、④改革した制度を全国的に適用させることは困難であること、⑤人民調停の行政による管理的な色彩が濃いこと。以下、これらの問題点を中心にして、他の論者の主張も参照しつつ、今回の改革の問題点について考えてみる。

（1）人民調停と訴訟との連携強化の理論的基盤が薄弱であること

今回の改革の主旨の一つは、人民調停と訴訟手続の連携強化である。すなわち、人民調停が民事契約とみなされる調停協議を作成し、その調停協議を司法審査の範囲に入れることにより、調停協議の法的効力の問題の解決を図ろうとしている。これに対し、論者はこのような両手続の連携強化による解決方法は、人民調停制度の発展に寄与するものがあり、「司法資源」の節約にもなるが、しかし、その「理論的な基盤が薄弱である」と指摘する⁵⁹。つまり、その連携の理論基盤を、司法手続がどのように「民事契約」を処理するかにとどまっている点に不足があり、裁判における人民調停協議という特殊な「契約」の処理に独自の理論基盤を持つべきとの指摘である⁶⁰。

法院と司法行政機関が共同で人民調停組織を指導しているとする報道もある（「讓調解發揮更大作用—上海市長寧區着力強化民間糾紛調解機制」法制日報2004年4月3頁3面）。さらに、調停協議書の効力を認定したことを紹介する記事もあれば（「法院認定人民調解協議有效」人民法院報2004年4月17日）、逆に法律に反する調停協議書を無効にしたことを紹介する記事もある（「内容違反法律強制性規定、曲靖中院確認—人民調解協議無効」人民法院報2004年11月16日）。

⁵⁸ 曹光曜＝金樞「人民調停制度改革の不足与反思」法治論叢（2003）18巻5号45－48頁。

⁵⁹ 曹光曜＝金樞・前掲注58、46頁。

⁶⁰ 曹光曜＝金樞・前掲注58、46頁。論者は、「人民調停は民・商事契約を生産するマシンでもなければ、どの民・商事契約が法院は受理しなければならないと規定している必要性もない」と指摘したにとどまり、人民調停と司法手続との連携に関する理論的基盤をどのように整備すべきかについて、具体的な提案が出されていない。

論者の指摘には、二つのポイントが含まれていると思われる。すなわち、①人民調停協議を民事契約とみなすことが妥当なのか、②人民調停と訴訟手続との連携を強化すべきなのか、である。

調停協議を民事契約とみなすことについては、学界では、当事者の翻意を防ぎ、人民調停の紛争処理手続としての有用性を高めるためであると考えられ、この方法は適切であるとする見解が存在する一方⁶¹、他方では、以下のようにその妥当性に問題があるとの指摘もある。すなわち、調停協議とは、第三者である人民調停委員会の積極的な関与のもとで得られるものであり、当事者の完全な自由意思による合意ではなく、民事契約とみなすには妥当性を欠くとする指摘⁶²、また、人民調停協議は、仲裁や行政による紛争処理とは効力は異なるものの、一定の手続によって得られた結果であるがゆえに、単純な民事契約とするのは妥当でないとする指摘である⁶³。

また、人民調停と訴訟手続の連携強化を図るべきか否かについては、学界では、「司法資源の節約」という視点から以下のような消極的な意見がある。最近、法院調停が再び重視される中、法院調停は、裁判と人民調停との連携の接点として重視されるようになった⁶⁴。紛争処理の現場においては、当事者は、まず法院の指導のもとにある人民調停手続を利用し、不調ないし翻意の場合、法院調停を利用して紛争の処理を目指す場合が多いと思われる。このような人民調停と裁判の連携こそ、「司法資源」の浪費であるとの指摘である⁶⁵。

⁶¹ 例えば、尹田「人民調解協議應視為民事合同」法制日報2002年9月28日4面。

⁶² 秦国荣「人民調解制度：法律性質、文化成因及現代意義分析」蘭州大学学报（社会科学版）（2004）32卷3期93—94頁。

⁶³ 江偉＝廖永安「簡論人民調解協議的性質与効力」法学雜誌24卷2期（2003年）11頁。

⁶⁴ 范愉「調解的重構（上）－以法院調解的改革為重点」法制与社会發展2004年2期120—121頁。

⁶⁵ 王晶「対人民調解原則作為民事訴訟基本原則的質疑」塩城工学院学报（社会科学版）2003年1期10頁。つまり、人民調停と法院調停は、調停手続内容が重複である可能性が高く、実質に同じレベルの調停が、二回も行う点において、「資源の浪費」であるという。なお、実態調査に基づいた研究では、「法院調停と村・郷の人民調停の方法、結果はほぼ同じである」と指摘する研究もある（劉広安＝李存捧「民間調解与權利保護」〔夏勇編〕『走向權利的時代（1999年修訂版）』〔中国政法大学出版社、2000〕280頁）。

人民調停と裁判の連携については、最高人民法院の楊永清裁判官も以下のよう
に指摘した。すなわち、連携に注目するのであれば、まず、それぞれの役割
分担をはっきりさせ、各自その役割を果たすことが重要である⁶⁶。つまり、む
やみに「連携」して紛争の「処理」を図るよりも、各手続の質の保障ないし向
上が大事であるという。

その他、私見においては、両手続の連携は、人民調停が成功する可能性とそ
の質を低下させる危険があると考ええる。すなわち、当事者が人民調停を利用す
る際に譲歩すれば、将来裁判になった場合、自分にとって不利になる可能性が
あると考え、（リスク回避のために）譲歩に消極的な態度を示すこと（率直な
話し合いをしない、自白的陳述をしない）になりかねない。その他、当事者が
後になって調停協議の変更、取消などで訴訟を起こした場合、調停を担当した
委員会は、裁判による当該案件の審理に協力すべき（2002年規定38条）との条
文にも問題を感じる。当該紛争を調停し、内容を把握している調停委員を法院
審理に協力させるのは、確かに効率的である。しかし、審理の対象は、紛争そ
のものではなく、むしろ調停協議の合法性・妥当性と、調停の過程において不
正や抑圧があったか否か、である。ゆえに、調停委員を裁判官側の「協力者」
として位置づけ、参加させることは、手続保障上、深刻な問題が潜んでいると
いえよう。

（2）一部の規定が現行法律と衝突していること

人民調停協議に関する法院の審理では、管轄に関して現行民訴法に抵触する
恐れがあると論者が指摘する⁶⁷。つまり、民事契約の管轄は、現行民訴法上で
は、被告の住所地または契約の履行地の裁判所となっている（民訴法24条、土

⁶⁶ 楊永清「人民調解与法院訴訟關係之研究」中国司法2004年2期52頁。楊裁
判官によれば、調停委員による調停の質が高ければ、人民法院の審理の質と効
率も高くなる。また、人民法院が、調停協議にかかわる紛争の審理を公正・慎
重に行えば、調停委員の実質的な指導になるだけでなく、調停委員の積極性を
引き出すこともできるという（同上）。なお、楊裁判官は、経験豊富な人民調
停委員を陪審員として招聘すべきと提案しつつも、審理を公正に行われるため、
紛争を調停した調停委員が、同じ紛争が訴訟になった場合に、陪審員として訴
訟に参加することは避けるべきと指摘した（同上、53頁）。

⁶⁷ 曹光曜＝金権・前掲注58、46頁。

地管轄)。これに対し、調停協議に関する変更または取消の訴えが提起された場合、人民法院による人民調停委員会の指導、監督のため、当事者は当該人民調停委員会の所在地の法院にしか提訴できず、現行法と衝突する可能性がある⁶⁸。また、逆に、法院が管轄を理由に受理しない紛争でも、当事者が当該地域の人民調停を利用することによって、法院が受理しなければならないという事態も生じかねない⁶⁹。

その他、私見においては、2002年規定では、末端の行政機関である街道、郷鎮に人民調停委員会を設置し、行政官である司法補佐員を調停委員として人民調停に参加させる内容を定めた（10条2項、13条2項）条文に問題を感じる。これは、憲法（111条）、民事訴訟法（16条）によって定められている人民調停委員会の「大衆自治組織」という性格に抵触することは明白であろう。また、現行法と衝突しているとまではいえないものの、2002年司法解釈では、調停協議に関連する紛争において、法院はまず人民調停が正当に行われたかどうかを審理するにとどまり、争っている事実についてまでは審理しないとしている。場合によって、当事者の裁判を受ける権利を妨害することにもなりかねない。

（3）設定した紛争処理の範囲が限定的であること

今回の改革は、人民調停の範囲を従来の「民間紛争の調停」（2002年規定3条）という原則を維持したうえで、その紛争を「自然人と自然人、自然人と法人あるいはほかの社会組織との間の、民事権利・義務に関連する各種紛争」（20条）とした。これに対して、人民調停の範囲は、例えば道德に関する紛争も含め、その範囲を拡大すべきであると論者が指摘する⁷⁰。

私見では、処理される紛争の範囲を条文によって決める狙いとは、これまでのように刑事事件も人民調停によって処理してしまう問題を防ぐためである。扱う紛争の範囲については、人民調停制度の「住民自治」という性格から考えると、当事者による要請があり、かつ当該紛争の調停が法に抵触していなければ、当事者が「大衆自治組織」である人民調停委員会に調停を申請し処理を求

⁶⁸ 江偉＝廖永安「簡論人民調解協議的性質与効力」法学雑誌24巻2期（2003年）11頁。

⁶⁹ 曹光曜＝金権・前掲注58、46頁。

⁷⁰ 曹光曜＝金権・前掲注58、46頁。

めることは、何ら問題が存在しないといえよう。

（4）改革した制度を全国的に適用させるのが困難であること

広大な国土を有する中国においては、地域によっては、起きている紛争の実態（内容・質）が異なり、また、それを解決するために人民調停制度が果している役割も異なっている。このような状況の中、全国レベルの条文を制定し、それをもって制度改革を実現させ、制度の発展を図るのは非現実的と論者が指摘する⁷¹。

論者は経済発展が比較的遅れている中・西部と、急速に発展している沿海部という二つの地域を取り上げ、分析を通じて上記の指摘を裏づけた。すなわち、経済が発展途上にある中・西部地域では、人口移動が比較的少なく、生活水準が低く、「法制観念」も薄い。よって、紛争の類型も単一的であるため、従来の「道德教化」型紛争処理が効果的である⁷²。しかし、調停委員は年長者が多く、その資質も不十分であると同時に、経済発展が遅れているため、調停を行う場所の確保、設備の購入が困難であり、時には調停協議書を発行することさえできないのが実状である。これに対し、東部沿海地域では、人々は教育水準が高く権利意識も高い。また人口移動も活発であるため、紛争は複雑多様である。しかし、人民調停組織は、古くからある「和を貴ぶ」という調停観に束縛され、そこから逃れることができない。そして、事実審査もせず、無原則的に当事者に互譲をもとめることで紛争の処理を図ろうとしている。このような紛争処理は当事者のニーズに応えておらず、選択されなくなりつつある⁷³。

論者と同じく、私見では、人民調停が機能しなくなった原因は地域によって異なる。地域ごとにその発展の程度が異なり、貧富の差が激しいと指摘されている中国では、一つの規則をもって全国一律に人民調停制度の改善を図ることは困難であることは明白であろう。場合によっては、逆に制度の硬直化を引き起こしかねないと考える⁷⁴。

⁷¹ 曹光曜＝金権・前掲注58、46頁。

⁷² 曹光曜＝金権・前掲注58、47頁。

⁷³ 曹光曜＝金権・前掲注58、47頁。

⁷⁴ 人民調停をこれまで規制してきた89年条例は、17条しかなく、内容は綱領的であるがゆえに、地域によって柔軟な運用が可能であった。2002年規定は、

(5) 人民調停制度の政治的な影響が強いこと

第一章において紹介したように、これまでの人民調停制度には、行政による関与が常に存在し、政治的な影響が濃く存在していた。今回の改革では、その点が改善されないままであり、このような政治的な影響は人民調停制度の発展を妨げていると論者が主張する⁷⁵。すなわち、「人民調停制度の（社会の治安を維持し、党の統治地位を強固なものにするという）政治的な機能を過度に強調するあまりに、人民調停制度の性質について誤解を招きかねないと同時に、紛争を処理する過程で当事者の自由意志が軽視される恐れがある。終わりのない調停、または調停の強要が生じ、人民調停制度のさらなる発展が阻害されかねない。紛争処理手続の多元化が求められている今、人民調停制度の改革と発展を、政治的な任務として捉え、取り込むべきでない。また、単純に社会安定の維持、社会治安総合統治・管理の強化という角度から宣伝すべきではない。人民調停制度に過度な圧力をかけるべきではない」という⁷⁶。

論者の記述を、筆者なりに整理すると、以下のようなものになる。要するに、人民調停が社会の紛争や対立を迅速に処理することは、いわば治安対策の一環であり、党の執政地位の維持に寄与するものがある。社会・国民統治にも利用されやすく、それゆえ今回の改革に関して党や関係機関も積極的であった。しかし、このような政治的な位置づけないし利用推進は、逆に、党が自らの地位を維持するために、人民調停を介して、利用者を抑圧する危険性をはらんでいることも指摘せねばなるまい。

4. 人民調停の最近の動き

本稿はここまで、人民調停と欧米・日本で議論されているADRを結びつけて議論することを避けてきた。その理由は、人民調停制度は外見上、確かに「裁

45条にまで増えている。詳細な規定を設けることは、制度運用の全国統一、または指導監督には有意義であるが、しかし他方では、調停における調停委員の活動を制限することにもなり、事案ごとに柔軟な対応ができなくなる恐れもある。これを回避するために、いくつかの省が各自の条例を作成する動きもあったが（たとえば、「湖北省人民調停活動規定（2003年9月）」、杭州市人民調停条例（2005年9月）など）、しかし、その内容はほぼ2002年規定と同様であった。

⁷⁵ 曹光曜＝金権・前掲注58、48頁。

⁷⁶ 曹光曜＝金権・前掲注58、48頁。

判外」であり「代替的」な手続であるが、しかし、欧米・日本において一般的に論じられているADRの役割や理念などとは大きく異なっていると考えたからである。とはいえ、改革の内容からは、調停協議の効力、制度利用による中断効、執行力の付与に関して一応の規定を設けた点は、むしろ世界のADR潮流の先端に走っているかのようにもみえる。

しかし、制度設計者が「紛争は社会秩序を乱す『悪』とみなし、経済発展の攪乱要素であり、直ちに処理しないと党と政府の中心活動を妨害することになる」という意図で改革を行った点、中国の裁判制度がいまだ成熟しておらず、十分に機能していない点から⁷⁷、あえて人民調停をADRと呼ばない必要性があると考ええる。中国の裁判外紛争処理と外国のそれらの制度を並べて議論することが危険だと指摘する研究があるように⁷⁸、錯覚を招くような「人民調停＝

⁷⁷ たとえば、現時点の中国では、民法典の整備が行われている最中である（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1249：114－123頁、1250：190－197頁）。現行民事訴訟法（1991年）も時代遅れとされ、その改正の必要性が議論されている（江偉＝徐継軍「民事訴訟法典修訂の若干基本問題」中国司法2004年2期19－23頁、趙鋼＝劉学在「關於修訂『民事訴訟法』的幾個基本問題」法学評論2004年2期3－21頁）。そして、裁判について、「独立性の欠如、腐敗の蔓延、行政的な法的決定システム、法院の行政機関化など、中国の裁判所は実に多くの問題を抱えている」という指摘もある（鈴木賢「〔補論〕中国の法曹制度」（広渡清吾編）『法曹の比較法社会学』（東京大学出版会、2003）355頁）。また、裁判官の資質向上を図るために、裁判官法改正（2001年）にともない2002年より司法試験制度が発足したばかりである（同上）。これらの実状からは、中国の裁判の機能が成熟し、欧米・日本のように機能しているとは言い難い。

⁷⁸ 高見澤磨教授は、「代替的紛争解決論が、先述のように訴訟制度を一定程度整えた社会が、それ故に隘路に陥っている状態を抜け出すための議論であると理解するならば、それと最初から訴訟制度を十分には整えられず、調停的解決に委ねてきた中国と並べて議論する危うさを感じる」（高見澤磨・前掲注10、12頁。初出：「中華人民共和国における紛争と紛争解決（一）」立命館国際研究〔1995〕8巻1号95頁）と指摘した。中国の現象を代替的紛争解決論的に議論するのは、「やはりある程度無理な接木」であるとした（同上5頁）。また、中国の現状をポストモダンの語るのは、「周回遅れのライナーが先頭集団と並走しているのを見て先頭集団にいるという勘違いをしているのではないか」と批判した（高見澤磨「〔書評〕季衛東『超近代の法—中国法秩序の深層構造』」

A D R」という表現は避けるべきであろう。

中国の社会では、いまだ日常世界と法的領域が垣根なく地続きになっていると言われている⁷⁹。法的領域の創出ができていない、あるいは、西洋法的な裁判制度がまだ確立されていない点を考慮すれば、「裁判外手続」を強調するあまり、人民調停が、近代市民法によって否定された前近代的な調停に戻る（あるいは維持される）危険性さえ感じる。本来、人民調停制度をどのようにネーミングするのかは、さほど問題ではない。とはいえ、拙速にネーミングすることで、諸外国のA D R経験が遮断される恐れがある場合には、やはり慎重を期すべきであろう。

とはいえ、近時、限られた地域に、A D R的な人民調停活動も見られるようになった。以下紹介する。

(1) 人民調停李琴事務所

2004年5月に上海長寧区の江蘇路街道辦事処は12万元を出資し、人民調停委員であった李琴氏と紛争処理業務の請負について契約を交わした⁸⁰。中国においては政府が紛争処理サービスを購入することになり、話題を呼んだ。具体的に、江蘇路街道辦事処は、李琴氏に対し、毎年12万元を支払い、部屋二つを事

社会体制と法、創刊号〔2000年〕108頁）。

⁷⁹ 鈴木賢「北東アジア法文化圏—中華人民共和国と中心として」比較法研究60号（1998年）40頁。中国では、素人的直感が法の素人のみならず、そのまま法の世界でも通用しているのであり、法院で扱われる紛争にも法的再構成は厳格に要求されていない、という（同上）。また、「法的領域」が形成できていない原因について、鈴木教授は以下のように推測する。「西洋型の法では、法技術的な囲い込みが社会的尊重を獲得し、権威あるものとされているのに対して、中国法ではあえて法独特の思考を採らずに、日常感覚をそのまま法の世界にも持ち込むことで、逆に法の権威を保持しようとしているのではないだろうか。〔中略〕ただでさえ社会的ステータスの低い中国の法（律家）は、民衆の意識に近づくことでかろうじて民衆に受容されているのであり、独自の法の帝国を築いてもそっぽを向かれるだけであろう。」（鈴木賢「〔書評〕 変わらぬ中国法の『からくり』—高見澤磨『現代中国の紛争と法』」社会体制と法、創刊号〔2000年〕112頁）。

⁸⁰ 范倫「社会転型中の人民調解制度—以上海市長寧区人民調解組織改革の経験為視点」中国司法2004年10期55頁。

務室として提供する⁸¹。その代わりに、李琴氏は、当該地域に起きている、簡単な紛争の40%、複雑な紛争90%の処理を行う。なお、処理を行った簡単な紛争のうち95%、複雑な紛争のうち80%の調停の成功率を達成しなければならないとした。そのほか、毎週四回以上（半日）居民委員会を訪問し、紛争状況の把握に努めなければならない、毎年2回以上、居民委員会の調停委員に対し、教育・研修をしなければならないとした⁸²。このように、紛争処理業務を商品化し、紛争処理に市場理論を導入することでより良き手続を整備する動きは、注目に値する。

（2）工事現場人民調停委員会

もう一つは「建築工事現場の人民調停委員会」である。建設ラッシュとなっている北京では、数多くの建築工事現場がある。そこでは、建築工事にとまいない常に労使紛争、付近住民との雑音ないし交通にかかわる紛争などが起きている。そこで、北京市朝陽区政府では、工事現場に人民調停委員会を設立させ、建築工事に関連する紛争を集中的に処理することを目指した⁸³。

工事現場人民調停委員会の業務内容とは主に以下4つである。①建築現場において、建築施工に関する法律を周知し、調停活動の基礎を作る、②労働法及び関係する法律・法規を周知し、法律に基づいて開発業者や施工企業に賃金の支払いなどについて説明させ、その具体的な内容を労働者に公告し開示させる、

⁸¹ 上海市司法局「上海市積極推進人民調解專業化、社会化建設」中国司法2004年10期63頁。なお、李琴は、居民委員会の主任を務めたことがあり、20年ほどの調停経験をもつという。また、数回にわたり全国優秀人民調停員に選ばれ、司法部より「全国模範人民調停員」という名誉称号が授与された。なお、当該地域は6万人が居住しており、1人2元という計算式で12万円となった。

⁸² 上海市司法局「上海市積極推進人民調解專業化、社会化建設」中国司法2004年10期63頁。「上海長寧区：街道辦12萬元買服務首開該市先河」領導決策信息2004年6月22期。なお、現在ではこのような制度が、上海市司法局によって上海市において推し進められている。たとえば、徐匯区天平路街道では、28萬元を出資し、退職裁判官と基層法律服務者計5人を招聘し、紛争処理業務にあてた（上海市司法局「上海市積極推進人民調解專業化、社会化建設」中国司法2004年10期63頁）。

⁸³ 李剛編『人民調解概論』（中国檢察出版社、2004）322－324頁。

②建築工事が始まる前に、工事の内容、施工企業名や施工期間などを付近住民に開示し、施工企業に対する意見・要求を募る。施工企業と住民との協議を促し、意見が一致したところ、「文明施工共建協議書」を作成し施工企業と住民代表に署名させる、④工事中、施工企業と住民の間に紛争起きた場合、「文明施工共建協議書」を基準・根拠に、司法所が工事現場人民調停委員会、当該住民委員会、住民代表を招集し、解決案について協議させ解決を図る。

工事現場人民調停委員会という試みの魅力とは、事前に当事者間が協議する場を設け、紛争を未然に防ぐ、あるいは紛争が起きた際の処理方法について交渉させ協議書の作成を促す。結果的に、紛争予防することができ、仮に紛争が起きた場合でも速やかな処理が可能となる。

このように、近時、限られたケースとはいえ、人民調停制度もいろいろな可能性を見せはじめている。

5. 小 括

本章では、2002年改革の内容をみてきた。一章において、法的効力と制度の性格について、行政の関与が強化された場合は、法的効力があるという方向に移動するとの仮説を出した。今回の改革についても、図3と図4で示されているように、この仮説は当てはまると思われる。人民調停の性格は、相対的に「住民自治的」から「行政的」へ移動したといえる。それにより、行政の介入度合いが高まることで、法的効力も、相対的に「ない」から「ある」へと移動した。

また、3章の1節では、訴訟が増えた原因は社会秩序の「法化」であると導きだした。今回の改革において、このいわゆる社会の「法化」に対して、立法者が出した処方箋とは、人民調停手続に法的要素を取り入れ、ミニ裁判的に制度を再構成することであった。つまり、人民調停制度は少なくとも表面的には、それぞれの争点に対し法的根拠に基づき判断を下し、またその結果においても裁判と同程度の強制力を持った効果が得られるような制度へと変貌を遂げようとしている。

しかし、2002年の「改革」後にも、データ上、人民調停の利用が回復する兆しはない。2001年の人民調停利用件数（4,860,695件）と比べて2002年では、4,636,139件となり減少し続けている。2002年に公布された改革の諸規定が発効したのは11月1日であったため、改革の効果がまた反映されていなかったも理解できる。しかし、2003年においても、4,492,157件と利用回復の兆しは現

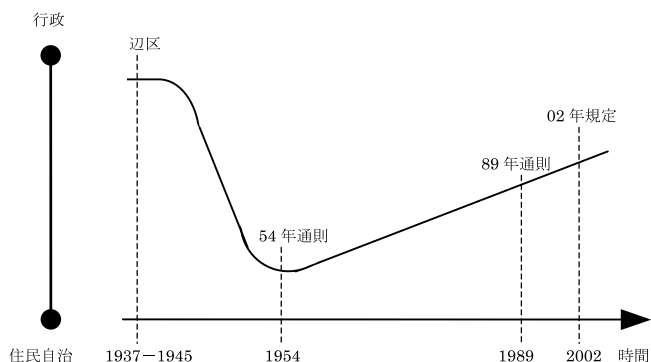


図 3．人民調停の性格

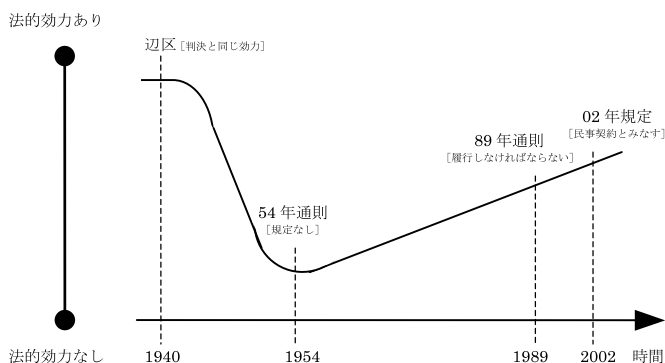


図 4．人民調停の法的効力

れなかった。また、2004年も4,414,233件と減り続け、減少幅は少し縮小したとはいえ、改革によって人民調停利用の減少傾向に歯止めがかかったとは到底いえない。これを受けて、2004年2月に、最高人民法院と司法部が主催した全国人民調停活動座談会では、最高人民法院長や司法部長らが講話を行い、再び人民調停の重要性を強調するとともに、利用を呼びかけた⁸⁴。このような動員

⁸⁴ その講話は、中国司法2004年3期に収録されている。羅幹（中央政治局常務委員、中央政法委員会書記）「充分發揮人民調解作用創造穩定和諧社会環境」

が必要となったことは、改革に期待された成果を得られなかった証拠でもあると考えられる。

おわりに

1. ま と め

本稿では、課題である2002年改革が行われた原因および狙いを探るために、人民調停制度の歴史的経緯を整理し（一章）、人民調停と訴訟利用のデータを比較したうえ（二章）、2002年改革を紹介した（三章）。いわば、「人民調停制度はどこから来たか」「どうなっているのか」「どこへ行こうとしているのか」という順で論を進めてきた。

その中で、①「住民自治的であるか・行政的であるか」と「法的効力の有無」の動態的相関関係、これまでの制度に関する二者択一的分析の問題点を指摘し、②調停の退潮・訴訟の隆盛をデータの示し、中国では、社会の「法化」現象、つまり人々が裁判に頼らざるを得なくなりつつある現象が起きているのではなからうかとまとめ、③条文の分析によって立法者の意図を探り、改革の問題点を整理した。

本稿の「2002改革の背景と狙いを探る」という課題に対する筆者の結論は以下通りである。今回の改革のきっかけは、人民調停の利用件数が激減したことである。改革の狙いとは、人民調停制度を再び機能させ、その利用を増加させることである。具体的な改革手段とは、人民調停に対する行政関与の強化と法的要素の注入である。これらの手段によって、当事者にとって裁判と同じ効果を得られる制度へ、いわばミニ裁判への変身が試みられた。人民調停制度がこのように変化し、再び機能すれば、紛争が訴訟まで発展したり、社会における対立が顕在化したりするまえに、また、既に発生した民事紛争が激化して刑事事件に変質するまえに人民調停による処理が可能となる。その意義とは以下三

6－8頁、肖揚（最高人民法院長）「人民法院应加强对人民调解工作的支持与指导」9－11頁、張福森（司法部部長）「充分发挥人民调解三大职能努力开创人民调解工作新局面」12－14頁、胡澤君（司法部副部長）「大力加强司法所建设努力做好新时期人民调解工作」15－16頁、黃松有（最高人民法院副院長）「大力抓好人民法庭建设切实加强人民调解工作支持和业务指导」17－19頁。

点考えられる。①社会における対立を即時に取り除き、社会の安定・秩序の維持ができること、②法院に持ち込まれる紛争を減らし、法院の負担を軽減させること、③社会の安定・秩序が維持され、訴訟件数が減少すれば、党の執政地位を強化できることである。

今回の改革において、もう一つ注目すべき点とは、改革は欧米・日本のADR潮流の中で行われ、立法者には人民調停をADRへ変身させるという意識があったことである。そのため、今回の改革目的は、人民調停の利用を増加させ、従来の使命を取り戻すだけでなく、それを実現するために、人民調停制度にADR理論という新たな命を吹き込もうとしていることが読み取れる。

2. 今後の課題

本稿においては、主に人民調停制度に関する規定の分析を通じて、制度設計者の意図を探ってきた。そのため、実務における人民調停の運用の実態については、なお明らかにされていないところが多い。とりわけ、調停活動に行政が具体的にどのように関与しているのか、どのような人が調停委員になり、調停が具体的にどのように行われたのか、なぜ法的効力が必要か、つまり、なぜ当事者が一旦合意した後に翻意するのか、などである。また、最近出版された人民調停案件集⁸⁵では、「紛争の経緯」「調停の過程」「調停の結果」「調停の法的根拠（条文）」「評釈」という順で事案調停を紹介している。これは、むしろ「法に準拠して調停を行う」という動きの現れである。これまでと同じ類型の事案は、その処理方法がどのように変わったのか、事案研究を通じて、人民調停制度の変容を探る必要性も感じている。

本稿では、2002年改革後も、なぜ人民調停の利用が回復していないのかという究極の問いに明確な答えを示すに至らなかった。その原因については、むしろこれから調停者、調停利用者へのインタビュー調査などを通じて実務レベルで探らなければならない。

本稿の冒頭では、「中国人は和を貴ぶのか」、「そのために調停が好まれるか」という文化的な考察まで深入りしないとした。「和を貴ぶ＝（調停が好まれ）裁判を使わない」という法文化的説明について、高見澤磨教授は、現に中国に

⁸⁵ 呉玉華編『人民調解案例』（中国檢察出版社、2006）。

において数多くの紛争が裁判所に持ち込まれている事実を挙げ、「和を貴ぶから裁判はない、ということは、ない」と指摘した⁸⁶。しかし、そもそも中国人は、和を貴ぶという習慣があるのか⁸⁷。またそれが調停、訴訟利用とどう関係しているのかも明らかにする必要があるだろう。

一方、近時の日本では、日本人の法意識や訴訟回避傾向について、再び議論が活性化している⁸⁸。いずれも欧米と比較して、日本の訴訟利用がなぜ少ないのかに着目して論を進めている点が特徴的である。しかし、比較法的な研究の対象として、欧米の影響が薄く、古くから文化を共有してきた中国の現状（訴訟と調停利用状況）を引証基準にし、「なぜ日本の訴訟が少ないか」との問題にアプローチする手法もありうるのではないか。

その他、前述したように、欧米・日本のADR潮流に乗り人民調停とADRとする研究がある。これは、裁判外紛争処理手続の利用という共通点に力点を置き、中国を欧米・日本の法学と同じスタートラインに立たせ研究を進めるとの発想からくるものであろう。たしかに、中国にとってたとえば、戦前の日本のように、調停が肯定的に使われた時代から、戦後の「『全面的否定論』から『現実的消極的容認論』を経て『理論的積極的肯定論』へ」⁸⁹との過程は、「回り道」に受け止められてもやむを得ない。調停の再建に力点をかけば、中国も一気に紛争処理のポストモダンになれるとの発想があってもおかしくない。しかし、中国が人民調停を再建すれば、果たして本当にポストモダンになれるのかどうかについては疑問を感じる。こうした中、むしろ、日本の「『全面的否定論』から『現実的消極的容認論』を経て『理論的積極的肯定論』へ」との過程を模

⁸⁶ 高見澤磨「中国の社会と法」（河合隼雄＝加藤雅信編）『人間の心と法』（有斐閣2003）243－261頁、

⁸⁷ たとえば、儒教思想の伝統を持つと言われる中国において、古くから「和を貴ぶ」という強い価値観に支配されてきた結果、実生活においても「中国人は和を貴ぶのだ」という錯覚に至っているのではないか、という説明もあり得る。

⁸⁸ たとえば、五十嵐清「西洋法学者が見た日本法——『日本人は裁判嫌い』は神話か？」『現代比較法学の諸相』（信山社、2002年）271－292頁。馬場健一「訴訟回避傾向再考——『文化論的説明』へのレクイエム」和田仁孝＝櫻村志郎＝阿部昌樹編『法社会学の可能性』（法律文化社、2004年）123－146頁。

⁸⁹ 田中成明『現代社会と裁判』（弘文堂、1996年）46頁。

索する必要がある。つまり、このような「回り道」をたどることが、法が社会に浸透し、根付くことにどのような意義があるのかを探るためである。これらの問題について、今後の研究課題としたい。

※本稿の執筆にあたり、鈴木賢教授（北海道大学）からご教示を得た。ここに記して謝意を表したい。

※本稿は、2003年度～2005年度の日本学術振興会科学研究費補助金（特別研究員奨励費）による研究成果である。

フランスにおける 非婚カップルの法的保護（２・完）

—— パックスとコンキュビナージュの研究 ——

大 島 梨 沙

目 次

序

第１章 フランスにおける非婚カップル保護技術

第１節 パックス

第２節 コンキュビナージュ

第１章総括

(以上、57巻6号)

第２章 フランスにおける非婚カップル保護理論

第１節 パックス法前史

Ⅰ パックス発案に至るまで

１ 異性・非婚カップルの状況

２ 同性カップルの状況

Ⅱ パックス法制定に至るまで

１ パックス法案以前

２ パックス法案

第１節小括

第２節 パックス法制定の帰結

Ⅰ パックスとは何か

１ 憲法院裁決

２ 学説の考え方

Ⅱ パックス法が与えた影響とは何か

１ コンキュビナージュへの影響

２ 婚姻への影響

第2節小括

第2章総括

結語—日本法への示唆

1 準婚理論の妥当性

2 一般法による非法律婚カップルの保護（以上、本号）

第2章 フランスにおける非婚カップル保護理論

第1章において、フランスにおける非婚カップル保護技術は、日本のそれとは大きな相違があるということを明らかにした。すなわち、パックスとは、当事者間の契約を登録して公示するという日本にはないフランス独自の制度であり、民法上の効果だけでなく、社会保障法・税法・賃貸借に関する法律などの効果も付与される。一方、日本の内縁にあたるコンキュビナージュについても、日本のように婚姻法が参照されることはなく、民法の一般法によって解決が図られており、社会保障法における扱いも付与される効果ごとに要件が設けられ¹⁴⁰、個別に要保護状態と要件とを考慮して法的効果が付与される仕組みとなっている。

では、なぜ非婚カップル保護技術は日仏でこのように違っているのだろうか。フランスにおいては、なぜパックスという制度が存在し、なぜコンキュビナージュに婚姻法の規定を準用しないのだろうか。このような問題を検討するためには、フランスにおける非婚カップル保護技術が形成された過程を考察することによって、フランスにおける非婚カップル観、非婚カップル保護理論を抽出する必要があるだろう。その際に注意すべき点は、コンキュビナージュと婚姻の歴史が古いのに対して、パックスは最近になって創設されたものであるということである。現在のフランスにおける非婚カップル保護理論を考察するためには、パックスが設けられる以前の非婚カップル観も参照しなければならない。そこで、まず、パックス法制定以前の非婚カップル保護の歴史と非婚カップル観を概観し（第1節）、そのうえで、パックス法の制定が従来の考え方にどの

¹⁴⁰ これに対し、日本の社会保障法は、「配偶者」という言葉の定義規定として「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者」を含むという方法によって内縁を保護する（健康保険法3条7項、厚生年金保険法3条2項等）。

ような影響を与えたかを検討する（第2節）。これらの作業を通して、現在のフランスにおける非婚カップル保護理論を明らかにすることとしたい。

第1節 パックス法前史

パックス法制定以前の非婚カップルの状況については、さらに、パックスの創設が検討されるに至るまでの状況（Ⅰ）と、パックスの創設が検討され始めてから実際に制定に至るまでの状況（Ⅱ）に分けて、見ていくこととする。

Ⅰ パックス発案に至るまで

パックス法の立法が発案されるに至るのは、それ以前の非婚カップルの状況に何らかの問題があったからであると考えられる。以下では、パックス発案に至った非婚カップルの状況を、異性カップルの状況(1)と、同性カップルの状況(2)に分け、順に扱う。

1 異性・非婚カップルの状況

パックスが存在しない段階では、異性の非婚カップルといえば、コンキュビナーージュしか存在しなかった。したがって、パックス法以前のコンキュビナーージュの状況を概観する¹⁴¹。

(1) 民法典起草時における「無視」

民法典の起草者は、法の関知しない単なる事実状態であるとして、コンキュビナーージュを意図的に「無視」することとした¹⁴²。コンキュビナーージュへのこのような態度の背景には、フランス革命後に生じた自由な婚姻観に対する疑念¹⁴³や、当時の有産市民の禁欲主義的な性思想・婚姻観があったようである。

¹⁴¹ コンキュビナーージュの歴史については、二宮周平「フランスにおける事実婚（一）ーコンキュビナーージュ（concubinage）の研究ー」阪大法学106号（1978年）48頁以下に詳しく書かれている。本稿では、簡単に概観するにとどめる。

¹⁴² Laurent Leveneur, *La famille*, *supra* note 78, p.40.

¹⁴³ フランス革命後、婚姻は民事契約であるとして世俗化されたため、その帰結として、夫婦双方の合意による離婚、性格の不一致による離婚が認められた。だが、それによって、離婚が頻発して社会的混乱が生じたために、新しい婚姻観に対する不信感が人々の間に広がったようである。

すなわち、規律ある婚姻秩序、家族秩序を再構築することによって、社会の安定を図ろうとされていたため、コンキュビナージュを法律において規律することは、秩序を乱すのではないかと危惧されたのである¹⁴⁴。民法典の起草者の一人であるポルタリスも、民法典序論において、「婚姻の公示制及び要式性のみが、曖昧で不適法なあの結合を予防し得る」と述べている¹⁴⁵。つまり、コンキュビナージュは、曖昧で不適法であり、婚姻制度によって予防すべきものと考えられていたことが見て取れる。

とはいえ、法的レベルにおけるコンキュビナージュの無視は、コンキュビナージュ当事者たちにとって不都合ばかりであったともいいきれない。コンキュビナージュが無視されていたということは、すなわち、法的保護は与えられないが、コンキュビナージュで生活することを禁止されてもいないということを意味するからである。コンキュビナージュ無視には、コンキュビナージュを詮索することによって生ずる私的生活の侵害から個人を守ろうという人権思想の影響もあったようである¹⁴⁶。性的関係をもったり、同棲したり、家族を形成するということは、自由に愛し合うという権利である。これは自然法であり、基本的自由であると考えられたのである¹⁴⁷。

では、コンキュビナージュを民法典において無視する根拠は、何に求められているだろうか。それは、ナポレオンの「コンキュビナージュ当事者が法律なしで済ませているのだから、法律も彼らは無視する」という有名な言葉¹⁴⁸に

¹⁴⁴ 金山直樹「フランス革命・民法典における契約自由の原則—婚姻と離婚も踏まえて—（一）」民商131巻2号（2004年）194頁。

¹⁴⁵ ポルタリス著（野田良之訳）『民法典序論』（日本評論社、1949年）37頁。

¹⁴⁶ 二宮・前注（141）48頁。

¹⁴⁷ 現フランス民法典第9条は、私生活の尊重という原則を規定している（1970年7月17日の法律第643号によって加えられた）。現在では、ヨーロッパのレベルにおいても、ヨーロッパ人権条約第8条によって、私生活及び家族生活の尊重が保障されており、さらに、婚姻外でカップルを形成して生活する権利は、ヨーロッパ人権裁判所によって承認され、保護されている（Jean Hauser et Danièle Huet-Weiller, *supra* note 85, p.195 ; Jean-Claude Bardout et Liliane Ricco, *supra* note 85, p.10-11）。

¹⁴⁸ この言葉が引用されているものとして、Michel Hanotiau, *Réflexions sur l'union libre*, Ph. De Page et R. De Valkeneer (dir.), *supra* note 85, p.17 ; Laurent

よく表れている。つまり、コンキュビナージュは、「婚姻の拘束を受けない」という意思で結ばれる事実上の結合である¹⁴⁹ため、法律上は考慮しないとされたのである。したがって、コンキュビナージュ当事者は、法的保護を受けることはできないが、その一方で、法的拘束も受けないとされており、自由が確保されている。婚姻の制約から自由であるところにコンキュビナージュの本質があると考えられているのである。この原則的考え方は、フランスにおいては民法典制定時から一貫している。

このように民法典では「無視」されていたコンキュビナージュであるが、事実としてコンキュビナージュが存在する以上、法的問題は発生する。そこで、判例は、問題ごとに保護技術を作り出していった。比較的早い段階から構築された保護技術としては、無償譲与の有効性の承認、誘惑による関係成立の場合の関係解消時の損害賠償請求の認容、自然債務を理由とする関係解消時の他方の保護、「事実上の組合」理論による関係解消時の清算が挙げられる。

(2) 法的保護の拡大

20世紀に入ると、交通事故が増加したという背景から、コンキュビナージュの一方当事者の事故死の際の他方当事者から加害者への損害賠償請求が次第に認められるようになっていった。また、立法によって、現実に世帯生活をしている者に対して諸給付が与えられるようになったのもこの時期である。

だが、このようなコンキュビナージュ当事者の保護は、その後、停滞する。コンキュビナージュを自由を本質とする事実上の結合であるとする学説からの批判を受けて、それまでの判例で認めていたコンキュビナージュ当事者の保護を否定する判例が出されたり、コンキュビナージュ当事者を保護する立法が廃されたりしたのである。

この状況を脱し、コンキュビナージュ当事者の保護が拡大していくのが、1970年代である。五月革命後のこの時期、自由恋愛志向の高まりからコンキュビナ

Leveneur, *La famille*, *supra* note 78, p.40 ; Alain Sériaux, De l'opportunité d'un statut des concubins, *supra* note 80, p.30 ; ペルサン著（齊藤訳）・前掲書注（23）146頁。

¹⁴⁹ 実際上は、コンキュビナージュにならざるをえなかったために形成されたコンキュビナージュも存在する。婚姻障害のために婚姻できないカップルや、経済的な理由で婚姻が難しいカップルなどである（Jean Hauser et Danièle Huet-Weiller, *supra* note 85, p.180）。

ジュで生活するカップルが増大し、それに応じて法的紛争も頻発するようになったのである。この現実を受けて、裁判所や立法府は、コンキュビナージュ当事者にさらなる法的効果を与えるようになっていった¹⁵⁰。コンキュビナージュは、もはや無視される存在ではなく、法的にも考慮されうる存在となったのである。

では、コンキュビナージュ当事者に法的効果を与えることは、婚姻の拘束からの自由を本質とする事実上の結合であるというコンキュビナージュの原則から考えると、なぜ正当化されるのであろうか。

それは、婚姻の拘束から自由であるコンキュビナージュ当事者も、「婚姻と抵触する事項以外」については法的保護を必要とするのであり、その場合、要保護性があったり、一般法に当てはまるのであれば、法的効果を認めても差し支えないと考えられたことによる¹⁵¹。したがって、婚姻している者に固有の規範については、コンキュビナージュ当事者には適用されていない¹⁵²。

コンキュビナージュに対するこのような考え方があるために、コンキュビナージュ契約は、婚姻と抵触する可能性があることが問題であるとされるのである¹⁵³。他方、一般的契約がさほど困難なく認められたのは、まさに、それらが婚姻モデルと競合しないからである。コンキュビナージュ当事者間による一般的契約が有効であるとされたことは、法制度によって採用された「非法」の世界にコンキュビナージュをおくことから、「法」の世界に一步進めたものであり、象徴的な意味があったと分析されている¹⁵⁴。そこからさらに、コンキュビナージュ契約が問題となっているということは、「一般法」の世界にコンキュ

¹⁵⁰ この時期のコンキュビナージュの状況とその保護について、二宮周平「フランスにおける同棲・事実婚の実態、当事者の意識、社会の評価」松山商大論集35巻1号（1984年）97頁、同「八〇年代フランスにおける事実婚と私生活の尊重」立命館法学5・6号（1988年）964頁。

¹⁵¹ Laurent Leveneur, *La famille*, *supra* note 78, p.33-34.

¹⁵² 婚姻とコンキュビナージュが区別がされるのは、あくまでも法律上においてである。事実のレベルで、コンキュビナージュが婚姻と類似していることは、フランスにおいても承認されている。例えば、コンキュビナージュは「事実上の婚姻」と形容されたりもしている（Philippe Malaurie, *supra* note 59, p.30）。

¹⁵³ 本稿第1章第2節II 2 参照。

¹⁵⁴ Dominique Fenouillet, *Couple hors mariage et contrat*, *supra* note 118, p.85-86.

ビナージュを位置づけることから、「婚姻法」の世界へと進みつつあるということであり、それは、従来のコンキュビナージュ保護理論では、承認しえないのである。

とはいえ、非婚カップル関係の安定的形成のために、一般的契約よりも包括的なコンキュビナージュ契約へのニーズは存在する。そこで、立法によってこのような契約を特別に認めてはどうかという考え方が生まれてくる。つまり、コンキュビナージュ契約としては承認しがたいため、パートナー契約といった特別契約を立法によって創設してはどうかと考えられたわけである。

このようなコンキュビナージュの状況が、パックス創設に何らかの寄与をした可能性は否定できない。だが、パックス創設が目指された直接のきっかけは、パックス法以前の同性カップルの状況にある。

2 同性カップルの状況

パックス法制定以前の同性カップルの状況¹⁵⁵は、異性の非婚カップルの状況とは大きく異なっている。同性カップルは、抑圧されてきたのであり、そこから自由を勝ち取ることがまず目指された（(1)）。それが一定の成果を挙げた後は、カップルとしての承認・保護を求めたわけであるが、それは拒絶されたのである（(2)）。

(1) 抑圧

① ソドミー法

ソドミー法とは、「異常」な性的行為（特に男性間の性的行為）を禁止する法制度であり、そのような行為を行った者に対して刑事罰を課すものである¹⁵⁶。キリスト教において同性愛が罪であると考えられていた¹⁵⁷ことを背景として、

¹⁵⁵ フランスにおける同性カップルの法的な状況を概観するものとして、Caroline Mécary, *Droit et homosexualité*, Dalloz, 2000.

¹⁵⁶ フランス（ヨーロッパ）のソドミー法について、Flora Leroy-Forgeot, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, PUF, 1997, p.64；大島俊之「ソドミー法を終わらせたヨーロッパ人権裁判所」神戸学院法学35巻1号（2005年）1頁。

¹⁵⁷ キリスト教が当初から同性愛を罪であるとしていたかについては疑問があるとされている。聖書では同性愛が罪であるとは書かれておらず、その後の聖書の解釈によって同性愛が罪と考えられるようになったようである（伊藤悟ほか著『同性愛って何？』[緑風出版、2003年] 110頁）。

中世ヨーロッパでは、男性間の性的行為が教会裁判所によって処罰されており、フランスにおいても、男性間の性的行為を罰するソドミー法が制定されたようである。すなわち、中世のフランスにおいては、男性同士のカップルは、法的に保護されるどころか、無視されていたわけでもなく、抑圧されていたわけである¹⁵⁸。

しかし、フランスでは、ソドミー法は、フランス革命の影響を受けて1791年に廃止された。その後、1810年に法典化された刑法典（ナポレオン刑法典）においても、男性間の性的行為の禁止は規定されなかった。

② 差別的取扱い

だが、このような同性カップルへの態度は、20世紀になって、多少硬化することになる。1942年、異性間の性的行為への同意可能年齢（15歳）よりも、同性間の性的行為への同意可能年齢が18歳と高く設定された（刑法典旧第331条第2項）のである。さらに、1960年には、公然わいせつ罪について、同性愛に関係するときは量刑が重くされる（刑法典旧第330条第2項）に至った。これらは、同性間の性的行為の一部について、異性間の場合よりも罪を重くしたものであり、同性間の性的行為が異性間の場合とは差別化され、半犯罪化されたといえる。

その後、1960年代後半から1980年代にかけて、同性愛解放運動が活発になり、上記の差別的規定を撤廃し、同性愛を犯罪視することを国家にやめさせ、私生活に干渉されない消極的自由を勝ち取ることが目指された。この時代においては、規範的拘束から完全に開放された自由なセクシュアリティの理想こそが支配的であり、国家から同性カップルが承認されることは求められていなかった。国家からの承認は、排他的な一对一の関係に基づくブルジョア的異性カップルモデルの再生産につながるとして忌避されたようである¹⁵⁹。1982年8月4日の法律によって、刑法典における上記の差別的規定は廃止され、同性カップルは、少なくとも法律上は、消極的自由を勝ち取るに至った。

(2) コンキュービナージュからの排除

同性カップルは、次に、同じ非婚カップルでありながら異性のカップルには

¹⁵⁸ 女性間の性的行為については、存在しないものとされて無視されていたようである（Caroline Mécary, *supra* note 155, p.20）。

¹⁵⁹ 齊藤笑美子「訳者解説」ペルサン著（齊藤訳）・前掲書注（23）144-145頁。

認められるようになっていたコンキュビナージュとしての保護を、同性カップルにも認めさせることにより、同性カップルのカップルとしての承認を目指し始めた。その背景には、保護に対する実際の強い要求があったといわれている。特に、エイズの拡大により、同性カップルの一方が死亡し、他方がそれまで住んでいた住居を追われるといった状況への対応が求められていた¹⁶⁰。

このような背景のもとで、同性カップルがコンキュビナージュに含まれるか否かの初めての破毀院判決が1989年に出された。

① 破毀院判決

i) 破毀院社会部1989年7月11日判決

1989年7月11日、破毀院社会部は、同性カップルのコンキュビナージュに関する2つの判決を出した¹⁶¹。

第一の事例は、エールフランス社の客室乗務員の「婚姻している配偶者及び自由結合の配偶者(conjoint)」(同社従業員規則)に認められる同社航空機チケットの特典が、同性のパートナーに認められるか否かが争われたものである。エールフランス社が、同性パートナーへの特典付与を拒否したために、訴訟となったものである。

第二の事例は、疾病保険・出産保険の適用に関する1978年1月2日の法律が、受給権者の資格を認める「社会保険被保険者と夫婦同様に(maritalement)生活している者」に、社会保険被保険者の同性パートナーが当てはまるかが争われたものである。社会保障機関が同性パートナーからの請求を拒否したために、訴訟となったものである。

破毀院は、この2つの事件において問題になった「自由結合の配偶者」や「夫婦同様に生活している者」という概念は、「夫婦のように生活することを決定したとはいえ、婚姻によって結びついていない2人の者を指すため、それは、1人の男性と1人の女性から成るカップルでしかありえない」と判断した。異性のコンキュビナージュ当事者には与えられる保護を、同性カップルに与えることを否定したのである。このことから、同性カップルとコンキュビナージュで生活する異性カップルとを同一視することを、破毀院は明確に拒絶したといえる¹⁶²。

¹⁶⁰ 齊藤笑美子「訳者解説」ペルサン著(齊藤訳)・前掲書注(23)146-147頁。

¹⁶¹ Cass. soc., 11 juillet 1989, D. 1990, Jur. p.582 note P. Malaurie.

¹⁶² ここで注意すべきは、「コンキュビナージュ」という言葉の定義そのもの

ii) 破毀院第３民事部1997年12月17日判決

1989年判決によって、判例法による同性カップルの法的保護が否定されたため、1990年代に入ると、同性カップルにも異性カップルと同様の法的保護を立法によって与えようとする動きが起き始めた。さらに、1990年代後半に入り、同性カップルに法的保護を与える立法への議論が活発化するなか、さらに同性カップル保護の要請が高まる契機となった事件が起こった。

破毀院第３民事部1997年12月17日判決¹⁶³は、同性カップルの一方がエイズにより死亡した事例において、賃借人であった死亡当事者と「周知のコンキュビナージュ関係にある者（*concubin notoire*）」の場合に認められている他方への賃借権の移転（賃貸借関係改善に関する1989年7月6日の法律第462号第14条第8項）を認めなかった。「コンキュビナージュは、婚姻の外観をもつ、安定的で継続的な関係からのみ生じうるため、1人の男性と1人の女性の間（にのみ成立しうる）（下線部、括弧内筆者）」と判示したのである。これによって、コンキュビナージュに同性カップルが含まれないことが決定的となった。

② 破毀院判決への批判

これらの破毀院の判断に対しては、同性カップルもコンキュビナージュに含むとの結論を採用しえたにもかかわらず、あえて同性カップルを法的承認から排除したものであり、道徳上の偏見を助長するものであるとの批判がされている¹⁶⁴。コンキュビナージュという言葉は、ラテン語の *concubina* からきており、*concubina* は単に「一緒に寝る」ということを意味する *concumbere* に由来する。このため、コンキュビナージュという言葉からは、性別の違いという基準を導

が問題となったわけではなく、チケットの特典が認められる「自由結合の配偶者」、あるいは、社会保険被保険者の受給権者の資格が認められる「夫婦同様に生活している者」という概念に、同性カップルが含まれるかどうかの問題となったという点である。つまり、問題となった法的効果と、問題となった言葉に限定して、同性カップルを排除する判断がなされたと見ることもできるのである。しかし、判文中において「コンキュビナージュ」という言葉が、「自由結合」や「夫婦同様に生活している者」とほぼ同じ意味で使用されていることなどから、コンキュビナージュ全般に対して、同性カップルを含まないとする判断がなされたと解されているようである。

¹⁶³ Cass. 3^e civ., 17 décembre 1997, D. 1998, Jur. p.111 note J.-L. Aubert.

¹⁶⁴ Caroline Mécary et Flora Leroy-Forgeot, *supra* note 31, p.86.

入することは帰結しえないというのである。「コンキュビナージュという言葉ではなく、一緒に生活する2人の者（語源によると一緒に寝る者）の状況を定義すること」が、これらの事件では問題であったのであり、本件の当事者となった同性カップルの状況は、「その性別がどうであれ、コンキュビナージュ当事者と呼ぶことを何も妨げない」ものであったと批判されている¹⁶⁵。

では、破毀院は、どのような理由付けをして、同性カップルのコンキュビナージュからの排除を帰結したのだろうか。破毀院の考え方を検討する前に、1989年判決の2つの事件を共通して扱った法院検事の採用した論理を参照しておきたい¹⁶⁶。検事は、コンキュビナージュを婚姻と接近させることによって、同性カップルとは遠ざけるという論理を採用した。それは、コンキュビナージュと婚姻は嫡出であるか自然であるかという違いはあれど、家族を形成する、つまり「再生産を目的とする」点で同じであるとするものである。したがって、再生産を担うことのできない同性カップルは、コンキュビナージュとは同一視することができないという帰結が導かれる。

これに対し、破毀院は、再生産といったことには触れておらず、法院検事ほどには、コンキュビナージュと婚姻との同視をしていないように思われる。1989年判決においては、「夫婦のように生活することを決定したとはいえ、婚姻によって結びついていない」というところに、コンキュビナージュの意義が見出されている。つまり、「婚姻しうる」カップルが非婚であることを選択するということに、コンキュビナージュの意義を見出したのであり、そう考えると、「婚姻しえない」同性カップルは、コンキュビナージュに含まれないとする帰結が導かれる。1997年判決においては、「婚姻の外観をもつ」カップルであるという点が、コンキュビナージュの特徴であるとされている。婚姻は男女のカップルにしか認められていないのであるから、異性カップルのみが婚姻の外観をもちうることになる。いずれも、1人の男性と1人の女性の間の結合である婚姻を参照することによって、コンキュビナージュを定義している点では共通である。だが、「なぜ」そのように定義できるのかについては、判決文中で全く述べられておらず、不明なままである。

この手法に対しては、従来の判例のコンキュビナージュに対する態度と矛盾

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ 齊藤笑美子「訳者解説」バルサン著（齊藤訳）・前掲書注（23）149頁。

するとの批判がなされた¹⁶⁷。既に述べたように、それまでの裁判所の立場は、コンキュビナージュを、婚姻の拘束から自由であることを本質とする事実上の結合であるとして、婚姻とコンキュビナージュを区別することに腐心してきたからである。しかし、同性カップルが問題となると、従来の立場に反して、コンキュビナージュを、婚姻を参照することによって定義している。よって、婚姻とコンキュビナージュを近接させるような論理を廃し、「厳粛」な行為である婚姻と純然たる事実であるコンキュビナージュを根本的に区別するべきであると批判されたのである。

また、別の角度からの批判もある。1989年判決・1997年判決で問題となったのは、社会法の領域におけるコンキュビナージュの保護である点に着目する立場である¹⁶⁸。たとえ、コンキュビナージュと同性カップルとを区別することが望ましいとしても、それは、民法の領域に限られるべきであり、社会法の領域においては、カップルの「タイプ」を考慮する以前に、各個人の要保護性が考慮されなければならないというのである。

いずれにせよ、これらの破毀院判決により、同性カップルが法的に全く保護されないことになり、それによる不都合が生じたことは確かである。特に、1997年判決は、世論の関心を引き、人々の間に同性カップルに対する同情が生まれたようである。これによって、1989年判決以降模索されていた、立法による同性カップルの保護の必要性が広く認識されるようになった¹⁶⁹。

この同性カップル保護の要請が、パックス法を制定する主要な動機であった。それが、1で述べた、非婚カップルに特別な契約の枠組み作りという提案と重なって、パックス法創設へと向かっていったのである。

Ⅱ パックス法制定に至るまで

同性カップル保護の要請を受けて何らかの立法が目指されたといっても、実

¹⁶⁷ Jacqueline Rubellin-Devichi, RTD.civ., 1990, p.61 ; JCP., 1998, I , 151, n° 2, obs. H. Bosse-Platière ; Caroline Mécary, *Droit et homosexualité*, *supra* note 155, p.126-127 ; *Le Pacs*, *supra* note 31, p.86-87.

¹⁶⁸ Clotilde Brunetti-Pons, L'émergence d'une notion de couple en droit civil, *supra* note 89, p.37.

¹⁶⁹ Caroline Mécary, *Droit et homosexualité*, *supra* note 155, p.111.

際にどのようなものを立法するか、そのようなものを立法してよいのかについては長い時間と多くの議論が必要であった。パックス法制定に至るまでの過程としては、2つの局面に分けることができる。第一は、どのようなものを立法するかというパックス法案以前の動き(1)、第二は、パックス法案という1つの法案の是非についてなされた攻防(2)である¹⁷⁰。

1 パックス法案以前

(1) 90年代前半

① 民事パートナー契約に関する法案

同性カップル保護を目的とした法案として、最初に提出されたものが、民事パートナー契約 (le partenariat civil) に関する法案 (1990年6月第422-25号) である。この法案は、同性カップルはコンキュビナージュに含み得ないとする1989年7月11日の破毀院判決を受けて、1990年6月に、社会党の元老院議員ジャン＝リュック・メランションによって、元老院に提出された。当時は、左翼である社会党の政権下であったが、1人の議員が提出したにすぎないこの法案は、議論されることはなかった。

この法案の時点では、同性カップルを保護することを主たる目的としているものの、同性カップルだけに適用されるのではなく、異性カップルをも対象としていたうえに、兄弟姉妹などの近親者である2人組等にも開かれたものとなっていた¹⁷¹。同性カップルのみに限定されなかったのは、フランスの共和主義によるものと説明されている¹⁷²。つまり、市民の自由と平等を尊重するために、個人の具体的特性に基づいて市民の中に特殊なカテゴリーを作ること好まないというフランス独自の考え方が、同性カップルに限定しない保護の枠組みを生み出したというのである。より大きな争点に同性カップルの問題を解消することによって、既存の家族秩序に楔を打ち込もうと意図されたもので、

¹⁷⁰ パックス法制定過程については、Gérard Bach-Ignasse et Yves Roussel, *Le pacs juridique et pratique*, Denoël, 2000, p.180 et s.; Roselyne Bachelot, *Le Pacs entre haine et amour*, Plon, 1999, p.10; 大村・前掲書注(23) 243頁以下が詳しく紹介している。

¹⁷¹ Gérard Bach-Ignasse et Yves Roussel, *supra* note 170, p.200.

¹⁷² Laurent Leveneur, *supra* note 33, p.8. ジェスタツツ著(野村・本山訳)・前注(23) 100頁、齊藤笑美子「同性愛者と家族」東海法学27号(2002年) 55頁。

五月革命以来の流れを汲む方向性であるとも説明される¹⁷³。また、婚姻を避けて婚姻外で生活する異性カップルも婚姻以外の新しい地位を必要としている、と述べることによって、同性カップルの法的承認に対する反発を軽減する意図もあったようである。

② 民事結合契約に関する法案

民事パートナー契約の立法の動きは、ジャン＝ポール・プリカンら5人のグループに受け継がれた。彼らは、1991年9月に、同性および異性の非婚カップル、および、同棲する者たち（les cohabitations）のための法的地位を創設することを目指して、グループを組んだのである。その後、このような地位を創設する契約は、民事結合契約（le contrat d'union civile、略してCUC）と呼ばれるようになり、1992年には、民事結合契約のためのグループが作られた。

1992年11月25日、民事結合契約の創設に関する法案（第3066号）が、ジャン＝ピエール・ミシェルら8人の議員によって、国民議会に提出されたが、審議には至らなかった。これは、社会党の議員グループの一致が得られなかったために、一部の議員によって提出されたものである。当時は、同性カップル保護の必要性が徐々に認識されつつあったものの、この問題に対する関心が薄かったために審議されなかったようである。

なお、民事結合契約に関する法案（第880号）は、1993年12月、ジャン＝ピエール・ミシェル、ジャン＝ピエール・シュヴェヌマン、ジョルジュ・サレ議員によって、国民議会に再提出された。しかし、93年3月に左翼は政権を失っており、再提出時、議会では右翼が多数派だったため、議論はされえなかった¹⁷⁴。

(2) 90年代後半

① 社会結合契約に関する法案

1995年9月、民事結合契約の創設実現を目指すグループと、エイズ患者を支援する援助団体が結びついて、社会結合契約（le contrat d'union sociale、略してCUS）の創設が目指されることとなった。名称が変更になったものの、社会結合契約も、基本的には、民事結合契約を踏襲したものであり、同性カップルを含む非婚カップルの社会的承認が目指された。

こうして練られた社会結合契約に関する法案（第3315号）は、1997年1月23

¹⁷³ 齊藤笑美子「訳者解説」ベルサン著（齊藤訳）・前掲書注（23）152頁。

¹⁷⁴ Gérard Bach-Ignasse et Yves Roussel, *supra* note 170, p.183.

日、社会党のグループによって国民議会に提出された。さらに、1997年3月19日、社会党の元老院議員のグループが、同様の法案（第274号）を元老院に提出した。しかし、当時も政権は右翼が握っていたため、これらの法案は、議論されなかった。

なお、1997年6月に社会党が政権を取り戻した直後にも、同様の法案が立て続けに提出されている。1997年6月24日、民事及び社会結合契約（un contrat d'union civile et sociale、略してCUCS）を創設する法案（第88号）が、ジャン＝ピエール・ミシェルと急進派のグループの議員によって、国民議会に提出された¹⁷⁵。また、1997年7月には、社会党国民議会議員のグループが社会結合契約に関する法案（第94号）を提出した。いずれも、社会党政権下とはいえ、党からの十分な委任を得て準備され提出されたものではなかったため、審議はされなかったようである。

② 共同利益契約案

以上のような社会党側の動きに対し、保守側も、同性カップルへの立法による対応について、検討を始めていた。保守政権末期の1996年、当時のトゥーボン司法大臣がボルドー大学の家族法学者ジャン・オゼ教授に報告書作成を依頼したのである。オゼ教授の報告書は、1998年2月に提出された。

オゼ教授が提案したのは、性別構成や関係を全く問わない2人を対象とした、そして金銭問題の解決に限った契約（共同利益契約 le pacte d'intérêt commun、略してPIC）の創設であった¹⁷⁶。財産的次元に限定するため、オゼ教授は、新設するこの契約を、財（biens）に関する民法典第2編に書き加えるとしている¹⁷⁷。同性カップル承認という象徴的效果をもたらすことなく、同性カップルに实际的な利益を与えることが目指されたことによるものと思われる。

しかし、このオゼ案が出された当時、政権は社会党が握っていた。1997年6月、社会党が国民議会選挙に勝利したため、政権は社会党に移ったのである。

¹⁷⁵ Tristan Mage, *Pacte civil de solidarité (PACS)*, *De la proposition de loi relative au pacte civil de solidarité : 13 octobre 1998 à son adoption devant le Parlement français : 13 octobre 1999*, Tome I, 1999, p.79.

¹⁷⁶ Jean Hauser, *Du PIC au PACS, expertise génétique d'une loi*, Dr. famille, hors-série, déc. 1999, p.15.

¹⁷⁷ 一方、パックスが書き加えられたのは、人（personnes）に関する民法典第1編の最後である。

そのため、オゼ案が実際に法案となって提出されることはなかった。

③ イレーヌ・テリー案

1997年6月に政権を取り戻した社会党は、同性カップル保護立法を重要な課題の1つとして捉えていた。そこで、社会党政権のオブリー雇用連帯大臣とエリザベト・ギグー法務大臣は、1998年2月3日、家族社会学者のイレーヌ・テリー教授に対して、同性カップル保護立法に関して諮問を行った。それを受けて、1998年4月に提出されたものがこのイレーヌ・テリー案である¹⁷⁸。

この案は、同性カップルはコンキュビナージュに含まれないとした破毀院判例を立法によって覆し、同性カップルもコンキュビナージュに含まれるとすることによって同性カップルを保護するというものであった。新しいカップルの地位を新たに創設しないで済まそうとする点で、それまでに提案された中では、最も消極的なものといえる。

テリー教授のこの姿勢は、カップルの性別構成を問わない契約を創設することに対して反対であったことに由来する。彼女は、同性カップル保護のために新たに制度を構築するのであれば、同性カップルに限定したものにすべきであるとの立場をとる。その背景には、性差に意義を見出す考え方がある¹⁷⁹。彼女は、「性差」が社会的、文化的に構築されたもの、すなわち「性化されたもの (le sexué)」であることを認めたうえで、その文化的差異こそが人間社会に意味を与えていると考える。とりわけ、カップルの関係は、性化されたアイデンティティによって生じる感情によって形成されるものであり、「性化されたもの」の意義が重視されるべき領域であるとする。このため、カップルという関係を形成するための制度が性別構成を問わないということは、同性間か異性間かが重要な意味をもつカップルを規律するものとして、望ましくないというわけである。だが、彼女は、同性カップルを差別し、法的保護を否定する立場をとるわけではない。カップル関係内の「性的なもの (le sexuel)」、すなわちセクシュアリティは、「性化されたもの」とは区別されるべきものだからである。

¹⁷⁸ Irène Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, Odile jacob, 1998.

¹⁷⁹ このような分析を加えるものとして、Éric Fassin et Michel Feher, *Parité et PaCS : anatomie politique d'un rapport*, Daniel Borrillo et Éric Fassin (dir.), *Au-delà du PaCS*, PUF, 2001, p.30. 齊藤笑美子「パックスとパリテー性差とセクシュアリティの交差点」法とセクシュアリティ第1号(2002年)48頁以下。

ゆえに、事実上の結合としてのコンキュビナージュに同性カップルを含めることによる保護のみを提唱したのである。

2 パックス法案

後にパックス法（1999年11月15日の法律第944号）として成立するに至った法案は、実は、ほぼ同じ内容で2回提出されている。1回目に提出された民事・社会結合契約に関する法案を「パックス1」、2回目に提出された民事連帯協約に関する法案を「パックス2」と呼ぶこともある。それぞれについて順に見ていくこととする。

(1) 民事及び社会結合契約に関する法案：パックス1

民事及び社会結合契約（un contrat d'union civile et sociale、略してCUCS）という名前は、社会党の政権奪回直後の1997年6月24日に、ジャン＝ピエール・ミシェルと急進派のグループの議員によって、国民議会に提出された際に初めて使用されたものである。民事及び結合契約においても、同性カップル・異性カップルにとどまらず、一緒に生活することを望むすべての人々がその対象とされていた¹⁸⁰。

1997年9月12日、国民議会の司法委員会の委員長であるカトリーヌ・タスカが、パトリック・プロシュとジャン＝ピエール・ミシェルに対して、議員らによって提案された様々な法文を調和させることを要求した。これを受けて、ジャン＝ピエール・ミシェルとパトリック・プロシュが、民事・社会結合契約に関する法案（パックス1）を練り上げ¹⁸¹、1998年4月28日、国民議会の司法委員会にかけられた。そして、1998年9月23日、国民議会の司法委員会において採択され、国民議会に提出されたのである。つまり、この法案は、議員グループが提出した従来の法案と比較して、十分な準備に基づいて司法委員会の採択も

¹⁸⁰ マルティヌ・オブリー雇用連帯大臣も、1997年7月21日に、ジャン＝ポール・ブリカンに宛てた手紙において、このことを確認していた（Gérard Bach-Ignasse et Yves Roussel, *supra* note 170, p.212）。

¹⁸¹ この段階でも、カップルに限定せず、共同生活の目的をもつ2名の者のために必要な連帯を向上させるという姿勢は維持されていたようである。1998年1月24日、民事及び社会結合契約のためのグループの第2回会議に、カトリーヌ・タスカとエリザベス・ギグーは、その旨のメッセージを寄せている（Gérard Bach-Ignasse et Yves Roussel, *supra* note 170, p.213-214）。

得て与党側から出されたものであり、立法の可能性が高いものであったといえる。

だが、この法案に対しては、右翼側から、当該法案の内容には憲法違反があり、審議するまでもないとして、国民議会議院規則によって定められている不受理の抗弁がなされた。不受理の抗弁は、通常、議会多数派が提出している法案については可決されることがないはずである。しかし、与党である社会党議員の欠席多数と、野党議員の高い出席率によって、1998年10月9日、与党提出の法案に対する不受理の抗弁が可決されてしまうという「珍事」となった。このような事態となった原因としては、社会党議員の関心の低さであるとか、問題が与野党の区別を超えて個人の価値観と関連していること、当該法案を廃案にしようとする側の熱意が高かったことなどが挙げられている。

(2) 民事連帯協約に関する法案：ボックス2

1998年10月13日、民事・社会結合契約に関する法案は、民事連帯協約 (le pacte civil de solidarité) に関する法案（第1118号）と名前を変えたものの、内容はほぼそのままで国民議会に再提出されることになった。名前が変更されたのは、民事連帯協約という名前のほうがフランス人にとってイメージがよいからのようである¹⁸²。

国民議会の第一読会では、民事連帯協約に関する法案に、約64時間の議論を費やした。多くの時間がかけられたのは、保守側の抵抗が強かったためである。そのほとんどは、同性カップルを法的に保護することに対する抵抗であり、異性カップルとその子からなる家族に価値を置くべきであるとする意見が、その主なものであった。このため、国民議会での議論の過程で、「家族とは関係のない単なる契約」としてのボックスの色合いが強められることになった。その結果、「成年に達した自然人」に当事者を限定する文言が加えられ、ボックスの優先を婚姻と同様に市町村役場としていた原案から、小審裁判所書記課での優先に変更された。ボックスの終了の要件、税や賃貸借に関するボックスの一定の規定を同居している兄弟姉妹に開いていることの是非については、論じられたものの修正はされなかった。このような議論を経て、一部修正された法案¹⁸³が、1998年12月9日、国民議会の第一読会において、316対249で採択され、元老院に送られた。

¹⁸² 大村・前掲書注（23）243頁。

¹⁸³ Tristan Mage, *supra* note 175, Tome IV, 1999, p.789 et s.

元老院での審議においては、同性カップルの制度新設による承認を絶対的に拒絶すべきことが主張され、コンキュビナージュと婚姻との間に新しい地位が創設されることに対しても激しい反対がなされた。ボックスは、非婚カップルや独身者を侵害するとして批判されたのである。このため、元老院の多数派は、「ボックス」を創設する規定をすべて削除する代わりに、個人の生活の自由や私生活・家族生活の尊重を民法典第9条第1項に規定し、コンキュビナージュの定義規定¹⁸⁴とコンキュビナージュ契約の有効性の承認を民法典に導入することによって、同性カップルを含めた非婚カップルの保護を図った。また、カップルに限らず連帯関係にある者に恩恵を与える税制や、遺言の自由を保障する相続制度を採用することにより、共同生活をする者を保護するという手法をとった。こうして、国民議会が採択したものとは全く違う法文に書き改められた法案（婚姻、コンキュビナージュ、連帯関係に関する法案第1479号）¹⁸⁵が、1999年3月23日、195対116で採択されて、国民議会に送られた。

国民議会の司法委員会は、コンキュビナージュの定義規定を置くことについては受け入れたものの¹⁸⁶、ボックスを削除することと、税制及び相続に関する規定を設けることについては拒絶した。ボックス法案は、国民議会の第二読会において、3月30日から4月1日にかけて審議され、最終的に施行されることになるボックス法と全く同じ内容に修正された。ボックスの小審裁判所での手続の詳細、共同の住居に関する支出についての第三者に対する連帯責任、ボックス締結後に有償で取得した財産についての共有推定、ボックス解消の帰結、成年被後見人のボックス締結無能力、生存配偶者と同様にボックスの生存当事者にも死亡一時金が支払われるなどの規定が加えられたのである。一方で、税や借家に関するボックス法の規定が共同生活をする2人の兄弟姉妹間にも適用されうるとしていた規定は削除された。この修正されたボックス法案¹⁸⁷は、

¹⁸⁴ 「コンキュビナージュは、婚姻によって結びつくことなく、カップルとして生活する2名に関する事実である」として、性別構成に言及しない一方、婚姻については、「身分吏による挙式がなされた1人の男性と1人の女性の結合である」として、同性カップルを排除する規定が設けられた。

¹⁸⁵ Tristan Mage, *supra* note 175, Tome VII, 1999, p.1363 et s.

¹⁸⁶ とはいえ、定義規定を置くことについて受け入れたのみであって、元老院案の定義のまま規定することを受け入れたわけではない。

¹⁸⁷ Tristan Mage, *supra* note 175, Tome VIII, 1999, p.1707 et s.

1999年４月７日、300対253で採択され、元老院に送られた。

元老院は、国民議会から送られてきた法案の第二読会での審議に入る前に、その先決問題¹⁸⁸があるとの異議申立てをなすことを、1999年５月11日、214対98で決定した。その理由としては、婚姻が参照されるべき制度であること、婚姻とコンキュビナージュの間にカップルの新たな法的地位を構築することは婚姻を侵害すると同時に非法の世界のコンキュビナージュを拒絶するおそれがあることなど８項目を挙げている¹⁸⁹。

両院で結論が分かれたため、1999年５月18日、各院の同数の代表から成る合同委員会が開かれたが、合意は得られなかった。

国民議会の司法委員会は、もはやボックス法案の修正を行わないことを決定した。1999年６月15日、国民議会は、新しい読会において、前回と全く同じ内容のボックス法案を300対243で採択した。

一方で、元老院は、1999年６月30日、国民議会が全く同じ内容の法案を出してきたことなどを理由として、新たに先決問題の異議申立てを決定し、ボックス法案の審議を行わなかった¹⁹⁰。

結局、国民議会の単独議決となった。1999年10月13日、賛成315・反対249・棄権４で、国民議会が民事連帯協約に関する法案を可決し、法律として成立する運びとなったのである。

しかし、反対派の抵抗は、それだけでは終わらなかった。ボックスに関する法案が可決されたその日、反対派議員（国民議会議員213名、元老院議員115名）によって、憲法院に違憲審査申立てがなされたのである。憲法院は、1999年11月９日、多くの留保を付けながらも合憲判断を下した¹⁹¹。

1999年11月15日、シラク大統領が審署し、ようやくボックス法は発効するに至ったのである。

¹⁸⁸ 法案が審議される院において、議員の提案により、当該法案については審議の必要がないことを決定する目的で１回に限り提起されうる問題のことをいう（元老院規則第44条第３項）。

¹⁸⁹ Tristan Mage, *supra* note 175, Tome VIII, 1999, p.1744.

¹⁹⁰ Tristan Mage, *supra* note 175, Tome IX, 1999, p.2077.

¹⁹¹ この合憲判断の内容については後述する。

第1節小括

パックス法は、1989年の破毀院判決によって、同性カップルがコンキュビナージュに含まれないとされたことを契機として、制定されたものである。したがって、同性カップルたちの法的保護の要求に応えるということが第一の目的として目指されたわけであるが、そのためには、保守側からの強い抵抗を抑えなければならなかった。このため、パックスは、保護技術として稚拙なものとなり、さらに、複雑な法的性質をもつことになった。いかに抵抗を抑えて同性カップルたちの要求にかなう法律を実現させるかということに関心が向けられたために、法律上の細かな配慮がされなかった、あるいは、なしえなかったのである。

一方で、パックス法は、コンキュビナージュの定義を規定し、同性カップルもコンキュビナージュに含まれうるとしている。これは、元老院から出された全く違う法案において、「婚姻しないカップルとしてのコンキュビナージュの尊重を確実なものにするために」コンキュビナージュの定義規定を加えることが提唱されたことを契機としており、当初のパックス法案には存在しないものであった¹⁹²。とはいえ、パックス法は、同性カップルの法的保護を主たる目的としたものであるから、コンキュビナージュの定義規定を加えるという手法は、同性カップルを排除する従来の判例法上のコンキュビナージュの定義を修正するものとして有用である。したがって、現在のパックス法においてコンキュビナージュの定義規定がされたのは、「コンキュビナージュに同性カップルを含ませる」ためであって、元老院がいうような意味での「コンキュビナージュの尊重」は直接の目的ではなかったと考えられる。このことは、コンキュビナージュ契約の有効性を規定した元老院案に対し、パックス法では、コンキュビナージュの効果について、何も規定が加えられなかったことから説明できる。パックス法は、婚姻しないカップルとしてのコンキュビナージュに対する法的対応については、従来通り、判例法の解釈に委ねているのである。

つまり、パックス法は、非婚カップルの法的保護に大きな影響を与えるものであるにもかかわらず、パックスについてもコンキュビナージュについても、十分な法律上の規定を置いたとはいえない。このため、パックス法制定後のパックスとコンキュビナージュそれぞれの法的位置づけについては、解釈に多くが

¹⁹² Alain Sériaux, De l'opportunité d'un statut des concubins, *supra* note 80, p.29; Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *La famille*, 2^eéd., Defrénois, 2006, p.158.

委ねられているといえる。

第２節 パックス法制定の帰結

最後に、パックス法の制定がフランスにおける非婚カップル保護理論に与えた意味を検討する。パックスについての保護理論がどのようなものであるか（Ⅰ）を概観した後、コンキュビナージュ保護理論や婚姻秩序へのパックス法の影響（Ⅱ）を考察する。

Ⅰ パックスとは何か

新たに創設されたパックスというものの性質を法的にどう捉えるか、そのような保護をどのように説明できるかというのは、パックスのその後の運用や、パックスを締結していない非婚カップルの地位にとって、重要な問題である。パックス法違憲申立てを受けての1999年11月9日の憲法院裁決¹⁹³は、パックスの保護技術を憲法上正当化する説明を加えることによって、それらの問題に一定の解答を与えた(1)。この裁決をどう評価し、パックスをどう位置づけるかについては、学説において対立している(2)。

1 憲法院裁決

1999年11月9日の憲法院裁決は、i) 意見書 (mémoire) の受理可能性、ii) 立法手続の適法性、iii) 立法者の裁量権の範囲、iv) 平等原則違反、v) 「共和的婚姻の侵害」、vi) 「契約法の基本原理」の侵害、vii) 人間の尊厳の保護原則の侵害、viii) 私生活の尊重の侵害、ix) 家族と子どもの保護の侵害、x) コンキュビナージュ当事者の権利の侵害、xi) 所有権の侵害という項目の検討を通して、多くの解釈上の留保をつけながらも、パックスを合憲であると判断した¹⁹⁴。憲法院により、パックスの性質には、相反する2つの方向性が与え

¹⁹³ 前注(28) 参照。

¹⁹⁴ 違憲の疑いがあるパックス法の規定について、解釈上の留保をつけることによって合憲とした点に対する批判がある。いわば、憲法院が、第二の立法府のような機能を果たしてしまっているというのである (François Terré, Histoire d'une loi, Dr.famille, Le Pacs, hors série, déc. 1999, p.29)。

られた。1つ目は、婚姻との近接、2つ目は、婚姻との区別である。

(1) 婚姻との近接

ボックスと婚姻との近接としては、憲法院がボックスの当事者をカップルに限定した点 (①)、ボックス法の規定の多くを強行法規とした点 (②) が挙げられる。これらは、ボックス法の中に設けられた諸規定間を合憲的、整合的に解釈するためのものである。

① カップルへの限定

立法者は、ボックスと婚姻とを区別するという考え方や、共同生活者すべてを対象にするという意図から、ボックス当事者間に性的関係が要求されるわけではないと考えてきた。ただ、実際には、ボックス当事者間には性的関係が存在することが多いであろうことを見越して、婚姻と同様の障害事由（民法典第515-2条）を設けたと説明していたのである¹⁹⁵。

これに対して、憲法院は、婚姻の障害事由を踏襲したボックスの障害事由を正当化できるのは性的関係の存在だけであるとして、ボックス当事者間に性的関係が必要であるとの解釈上の留保を付した。民法典第515-1条の「共同生活」の定義に、共同住居での同棲に加えて、「カップルの生活 (une vie de couple)」を前提とするという留保を加えたのである。さらに、憲法院は、障害事由に抵触するボックスを絶対無効であると判示しており、その理由として、ボックス障害の規定は婚姻障害と同じ根拠によって正当化されることを挙げる。つまり、「人の法」における公序規範の尊重であるとする。これによって、ボックスは、「カップルも利用できる」新たな契約としてではなく、「カップルのための」特殊な契約であるということになった。

このことは、ボックス当事者の私生活の尊重への配慮が求められるという帰結を導く。ボックスは、カップルという人格的關係に基づく契約であることになったためである。憲法院は、ボックス当事者の私生活の尊重のため、ボックスの登録簿の閲覧がデクレによって（第三者の権利に留意しながらも）制限されなければならないと判示している。

② 強行法規性の承認

憲法院は、ボックス法によって民法典上に書き加えられた民法典第515-1条から旧第515-7条の規定のうち、後得財産の共有推定を定める民法典旧第515-5

¹⁹⁵ Nicolas Molfessis, *supra* note 71, p.405.

条以外は強行法規であるとの留保を付した。中でも、相互的物質的援助義務の強行性と、一方的解消時にフォートがある場合の補償義務の強行性が強調されている。前者は立法者の意図や他のボックス法の条文との関係を根拠に、後者は人権宣言第４条の「自由」を根拠とする。このことは、契約自由により規律されるはずのボックスを拘束的な婚姻に近接させていると評価できる。

憲法院のこの判断は、なぜコンキュビナージュで生活するカップルや単身者よりもボックス締結者が税制等において優遇されるのかという問いに合憲的に応答する際にも活用される。

まず、なぜボックスがコンキュビナージュよりも優遇されるのかについては、ボックス当事者が、コンキュビナージュのカップルとは違って、「一定の債権債務関係に拘束されている」からであるとする。つまり、コンキュビナージュのカップルは、相手方との関係形成・維持・解消すべてにおいて自由であるのに対し、ボックス当事者は、ボックス法の強行法規からくる拘束を受けているため、両者間の取り扱いの相違は正当化されるというのである。

また、なぜボックス当事者が単身者と違って共同課税の利益を受けるのかについて、憲法院は、共同課税の利益は一方当事者が無収入かわずかな収入である場合にのみ享受されるものであるところ、「共同課税から引き出される他方当事者の利益は、人権宣言第13条（租税負担の平等原則）に照らして、世帯内の被扶養者の存在によって正当化される」と述べた。これも、コンキュビナージュとの区別と似たような論理である。すなわち、単身者と違って、ボックス当事者は、相手方の扶養についての負担をする場合があり、その負担は、ボックス法によって課せられているのであるから、その場合に税金が共同課税となることによって恩恵を受けることは正当化されることになる。

つまり、ボックス当事者は、ボックス法の強行法規による法的義務を負っているため、法律によって恩恵が与えられることが正当化されるというのである。

（２）婚姻との区別

憲法院は、ボックスと婚姻とを近接させたものの、同視はしていない。両者の区別をはっきりと残している。これは、ボックスが婚姻や基本権を侵害しているという主張を斥けるためになされたものである。

① 契約という法性決定

憲法院は、ボックスが婚姻制度と抵触するために違憲であるという申立てに対し、ボックスに関する規定は、婚姻に関するいかなる規範も問題にしていな

いとして、パックス法の合憲性を認めた。つまり、パックスは婚姻制度とは違うものである、だから合憲であるという考え方である。

さらに、憲法院は、そのようなパックスの法的性質を、「契約」であるとしており、それは、「民法典第515-1条から第515-7条の目的は、共同生活を組織するために成人の2人の自然人によって締結される特別な契約の創設である」との言葉に最も端的に表明されている。そして、この「契約」であるとの判断は裁決文中に繰り返し現れている。

例えば、憲法院は、遺棄 (répudiation) を容認するパックスは人間の尊厳を侵害しているとの申立てに対し、パックスは婚姻とは関係のない「契約」であるから、その一方的解消は遺棄と法性決定することはできないとしている。そのうえで、パックスの一方的解消が可能であることについて、パックスのような「期間の定めのない契約」を一方的に解消することは、人権宣言4条から生ずる自由の中に含まれることを挙げてその違憲性を否定している。また、パックスの一方当事者が婚姻した場合のパックスの即時解消については、婚姻の自由の尊重からそれを正当化している。さらに、憲法院は、パックスが婚姻制度や家族制度とは無関係な契約にすぎないことから、子どもとの関係を規律せずにカップルの関係を規律すること、生涯パックス締結数の制限や再パックス待機期間を設けないことは、立法者の裁量の範囲内であるとする。

この次元においては、パックスは婚姻とは関係のない「契約」であるという性質を根拠にして、カップルの人格的要素から生じうる問題について扱わないことが正当化されている。

② 契約自由の承認

既に述べたように、パックスの多くの規定が強行法規であるとされたことから、パックス当事者の契約自由は、憲法院によって縮小されたといえる。だが、パックス後に有償で取得した財産の共有推定を定める民法典旧第515-5条については、パックス当事者の自由が尊重されている。憲法院は、同条の文言自体を根拠として、共有推定を当事者の合意によって修正することを認めたのである。一方、共有推定が及ぶ場合については、共有に関する民法典第815条の適用があるとする。

この共有の例のように、憲法院は、パックスには契約に関する民法典の一般規定が適用されると明記しており、特に、契約の有効要件である「合意」の瑕疵に関する民法典第1109条以下が適用される旨を明らかにしている。これは、

当事者の契約自由を確実に保障しようとしたために述べられているものと考えられる。

以上の憲法院の判断は、パックス法を合憲とするために、憲法上の原則、契約法上の原則、「人の法」的要素、立法者の意図といった根拠を使用できるところで持ち出してきた感があり、統一的な説明が難しい。立法段階で考えられていたものよりも、パックスの法的性質が複雑なものとなったといえる。

2 学説の考え方

憲法院裁決に対しては、学説からの批判が多い。立法過程においては、パックスが「契約」である旨が強調されていた。しかし、憲法院は、「契約」であるとの法性決定をしながらも、婚姻と近接させるような判断を同時に行っている。憲法院は、パックスと婚姻とを、立法者の意図以上に近接させたことによって、コンキュビナージュよりは安定的に、婚姻よりは非拘束的になるようにパックスを位置づけたのである。つまり、コンキュビナージュと婚姻の間に、パックスという第三の型を創り出したといえる。このことによって、パックスが不安定になったと批判されるのである¹⁹⁶。

では、第三の型であるパックスとは、何なのであろうか。コンキュビナージュと婚姻との間にパックスがあるとして、どの程度まで婚姻に近接しているといえるのだろうか。この問いに対する見解は、パックスの法的性質を「契約」と捉えるか「制度」と捉えるかに対する見解の違いにつながる¹⁹⁷。

(1) パックスの法性決定：契約

パックスの法的性質は、立法過程においても、条文上も、憲法院裁決においても、「契約」であるとされている。しかし、パックスには、締結できる当事者、手続、合意できる内容などに通常の契約以上の制約がある。「契約」としてのパックスの特殊性は、コンキュビナージュ当事者が結ぶコンキュビナージュ契約と比較すると明らかである。コンキュビナージュ契約は、婚姻の拘束からの自由

¹⁹⁶ ジェスタッツ著（野村・本山訳）・前注（23）102頁。Philippe Malaurie, *supra* note 59, p.30.

¹⁹⁷ この「制度」か「契約」かという議論は、フランスではよくなされる議論である。ここでいう「制度」と「契約」の意味については、前注（30）参照。

を本質とするコンキュビナージュ当事者が、当事者の自由な意思によって契約内容を作成し、それに合意するものであり、一般的な契約法理に従う。原因の合法性など、契約の有効要件を充たす必要はあるが、コンキュビナージュ契約は、当事者の契約自由、意思の自律の原則に支配されている。一方、パックスは、パックス法や憲法院裁決によって設けられた制約により、必ずしも当事者の自由な意思によって契約内容が作成できるわけではない。この制約がなぜ正当化されるのかといえ、パックスがある特定の目的をもった法規範の総体であるから、すなわち「制度」であるからと考えられる。このことは、パックスを「契約」と性質づけることの妨げとならないか。

パックスが「制度」としての性質をもつこと自体は否定できない。しかし、パックスを「契約」であるとする立場は、パックスの「制度」としての側面は特に重要ではないとする¹⁹⁸。通常、「契約」と法性決定されるものにおいても、契約の一般的枠組みのほかに、法律によって強行的に決定される内容を含んでいるからである。そのような例としては、組合契約であるとか消費者契約が挙げられる。これらの契約には制約が多いが、その「契約」的性質は否定されていない。パックスもこれと同じで、基本的な法的性質は「契約」であるというのである。

この考え方は、パックスの目的や規律があくまでも通常の契約と同じ財産的次元に限られているという前提に立っているものといえる。パックスは、財産的次元を規律するものであるが、カップルの共同生活における財産的關係規律を目的としているため、その範囲内で婚姻に類似するにすぎないと考えるのである¹⁹⁹。したがって、この立場においては、コンキュビナージュとパックスと婚姻とは、それぞれに次元の違うものである。事実上のカップルにすぎないコンキュビナージュ、カップルの共同生活の財産的規律をする「特別な契約」としてのパックス、家族を形成する礎として制度的にカップルを保護する婚姻と分けられるのである。

(2) パックスの法性決定：「制度」

これに対して、パックスの法的性質を字義通りに「契約」とすることは、パッ

¹⁹⁸ Françoise Dekeuwer-Défossez, PACS et famille, Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé, RTD civ. 2001, p.531.

¹⁹⁹ *Ibid.* p.545.

クスの本質を捉えていないとの見解もある²⁰⁰。そこで対照されているのが婚姻である。フランスにおいては、婚姻もまた民事契約であるといわれる²⁰¹。この場合、当事者の自由な意思によって、婚姻を「利用することについて」合意することを指して民事契約と呼ばれている。婚姻の利用に入った後は、当事者間の関係が強行的に決定されるのであり、それが婚姻「制度」と呼ばれるのである²⁰²。ここで保障されている当事者の自由とは、契約自由ではなく、フヌイエ教授の言葉を借りれば、「カップルの自由（liberté du couple）」である。他者の圧力や干渉を受けることなく、婚姻制度の利用を合意することができる点に重点が置かれているのである²⁰³。「カップルの自由」の保障は、コンキュービナージュ当事者を保護することにもつながる。カップルが婚姻制度を利用しないことを選択する自由をも保障するからである。

ここで、ボックスに視点を戻すと、ボックスにおいて保障されている当事者の自由は、契約自由というよりも婚姻において保障されている自由に近いことが分かる。ボックスにおいても、その利用について、当事者の自由な意思によって合意することが可能であるものの、ボックスの利用に入った後は、ボックス法の一体的な規律に従うからである。ボックス利用後も、一定の事項については当事者の合意による関係規律が可能であるが、それは、ボックス「制度」がそのような関係規律を部分的に認めているからに他ならない。したがって、ボックスが「契約」とされることは、婚姻における民事契約のように、ボックス当事者（及びコンキュービナージュ当事者）に「カップルの自由」を保障するため

²⁰⁰ Dominique Fenouillet, Couple hors mariage et contrat, *supra* note 118, p.100 et s.

²⁰¹ フランスの婚姻における契約自由の原則を検討するものとして、金山直樹「フランス革命・民法典における契約自由の原則－婚姻と離婚も踏まえて－（一／二・完）」民商131巻2号（2004年）1頁・131巻3号（2004年）20頁。

²⁰² 「利用するかどうか」についてのみ当事者の自由な意思により、その後は強行的な規律をするこのような制度を、フヌイエ教授は、「法定の地位の制度（institution-statut légal）」として分析している（Dominique Fenouillet, Couple hors mariage et contrat, *supra* note 118, p.104）。

²⁰³ 齊藤笑美子「性的指向と人権－フランスにおける同性間婚姻議論－」一橋法学5巻2号（2006年）563頁においても、「婚姻の自由は制度の課す公序に従うことを自ら選びとる自由と考えられる」とフランスにおける婚姻の自由を説明している。

の技術として意味がある。しかし、全体としてのパックスの法的性質は、「制度」であると結論付けることができるというのである。

この考え方に立つと、パックスと婚姻の位置づけは、かなり近接したものになる。もちろん、パックスを「制度」とする見解においても、パックスが財産的關係規律に限定されたものであることは重視しており、「制度」であるからといって人的關係規律をするものであるとは結論付けていない。だが、こちらの考え方によると、カップルを規律する制度として婚姻とパックスが同視されており、ただ、婚姻は家族をも規律することから、保護のレベルや認められる法的効果が違っているだけであるとの位置づけをすることになる。これらに対し、コンキュピナージュは、制度である婚姻とパックスに対置される自由な結合であるということになる。

パックスの法的性質の理解としては、どちらも可能な理解である。結局、パックス法の強行的な規定に、どのような、そしてどの程度の意味を見出すかによって、「契約」と捉えるか「制度」と捉えるかが変わってくるのである。だが、当事者資格、手続、当事者間の義務、当事者間で合意できる内容についての制約がある一方で、社会保障法上、税法上、借家法上、労働法上の効果が一体的に付与されるパックスは、「特別な契約」の域を超える強行的性質を持っていると考えるのが自然ではないだろうか²⁰⁴。そして、その強行的性格は、カップルの保護を目的とするものであるがゆえのものであろう。パックス全体については「制度」であるとしたうえで、当事者の合意を「契約」とすることによってカップルの自由を保障しているとの説明は、パックス全体を「契約」と法性決定するよりも無理がなく説得的であるように思われる。

いずれにせよ、パックスの法的位置づけについて、共通して帰結しうることがある。それは、パックスとは、非婚カップルを「公化」したものであるということである。パックスを「契約」とする見解をとっても、私生活のレベルから法律によって枠組みが設けられた契約関係に引き上げられたパックスが「公化」であることは否定しえない。このことは同時に、カップル全体に視野を広

²⁰⁴ 2006年のパックス改正により、婚姻と同様の公示方法が採用されたり、財産制の規律が強化されたりしたことは、パックスの「制度」性を強めたものと言えるのではないか。

げると、公的なカップルとして独占的な地位をしめてきた婚姻を相対化する作用をもつと考えられる。パックスのこのような性質は、非婚カップルの法的保護にどのような影響をもたらすであろうか。

Ⅱ パックス法が与えた影響とは何か

第三の型であるパックスという保護装置を創り出し、コンキュビナージュの定義規定をしたパックス法が与える影響としては、コンキュビナージュへの影響(1)と、婚姻への影響(2)が考えられる。

1 コンキュビナージュへの影響

パックス法の制定がコンキュビナージュ保護理論に与えた影響としては、まず、コンキュビナージュの定義規定が民法典に加えられたことによる影響(1)が想起される。しかし、パックス法によってパックスという新たな非婚カップル保護技術が出現したことが、従来の非婚カップル保護技術であるコンキュビナージュの保護理論に与える影響(2)の考察も忘れてはならない。

(1) 定義規定による影響

既に述べたように、パックス法によって、「カップルとして生活する異性または同性の2名の物の間における安定性および継続性を示す共同生活によって特徴づけられる事実上の結合」(民法典第515-8条)というコンキュビナージュの定義がなされたのは、同性カップルをコンキュビナージュに含めるためであったといえる。そこで、検討しなければならないのは、同性同士のコンキュビナージュが認められたことが従来のコンキュビナージュ保護理論に与えた影響である。それまでの判例は、婚姻を参照し、婚姻とコンキュビナージュを近接させることによって、同性カップルをコンキュビナージュから排除していた²⁰⁵。しかし、パックス法によって、コンキュビナージュに同性カップルが含まれることが承認された一方で、男女のカップルに限定されている婚姻については修正がされなかったわけであるから、コンキュビナージュは、婚姻とは違うものであるということが確認されたことになる。フランスにおいては、民法典制定時から、コンキュビナージュと婚姻との区別が原則であったわけであるから、コンキュビナージュを婚姻と同視することを否定するパックス法は、コンキュ

²⁰⁵ 本稿第2章第1節Ⅱ2(2)。

ビナーージュの独自の地位を再確認したものといえる。

が、同性カップルをコンキュビナーージュに含むとすると、新たな理論的問題が生じてくる。それは、なぜコンキュビナーージュとして保護されるために「カップル」であることが必要なのかという問題である。従来は、コンキュビナーージュの保護は、男女のカップルに認められた婚姻と同じく、男女のカップルにしか与えられないとしていたものであり、それは、突き詰めて考えれば、法的保護を与えるか否かを、生殖可能性で区別していたものと説明できる²⁰⁶。つまり、子どもという新しい人格が生まれる可能性のある重要な結合であるとして、男女のカップルの保護が正当化されていたことになる。しかし、パックス法によって、同性カップルにもコンキュビナーージュの保護が認められたために、カップルであるか否かで、コンキュビナーージュの法的効果が認められるか否かが決まることになったのである。生殖可能性とは関係なく、ある2名の者がカップルとして生活しているかどうか、コンキュビナーージュとされるか否かを決めるのである²⁰⁷。そうすると、なぜ「カップル」が保護されて、兄弟同士や友人同士で共同生活をしているような場合は保護されないのかという疑問が生じる。さらにそれは、なぜ2名間でなければならない、3名以上で共同生活をしている場合ではいけないのかという疑問にもつながる。

²⁰⁶ ここでいう生殖可能性とは、当該カップルの具体的な生殖可能性をいうのではなく、より抽象的な次元での生殖可能性を指す。なお、生殖可能性による区別は、生殖補助医療へのアクセスが認められるカップルについて、残存している。同じコンキュビナーージュのカップルであっても、異性のカップルにしか、生殖補助医療へのアクセスは認められない。同性カップルと異性カップルを同視するというパックスの論理を貫くのであれば、同性カップルにも生殖補助医療へのアクセスを認める帰結になるとして、パックスの論理自体の問題を指摘する立場もある (Laurent Leveneur, *supra* note 78, p.8.)。

²⁰⁷ カップルか否かの判断基準が、性的関係の有無だけにあるのかどうかは、民法典第515-8条からは明らかでない。例えば、愛情で結びついてはいるが、セックスレスのカップルは、コンキュビナーージュに含みうるのだろうか。カップルの概念が明らかでないことについては、イレヌ・テリーの指摘が丸山「PACS－同性愛の制度的承認か？」・前注(23)171頁で紹介されている。Clotilde Brunetti-Pons, *Couple, concubinage et PACS, De l'émergence d'une hiérarchie des couples?*, *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, L.G.D.J., 2002, p.47にも同様の指摘。

おそらく、コンキュビナージュに非カップルの２人組が含まれない理由は、コンキュビナージュという言葉自体が「一緒に寝る」「ベッドを共にする」という意味を包含しているためであると思われる。コンキュビナージュという言葉になじまないとしても、パックスを非カップルの２人組に開くことは可能であったはずであるが、パックスは「カップルとして」同性カップルを公認することを重視したため、立法過程では検討されたものの、非カップルには開かれなかったようである。また、非カップルの２人組は、人格的結合であるカップルと比べて、法的保護の必要性が低いことも大きな理由であろう²⁰⁸。３名以上の共同生活については、性的関係のあるものであるならば、やはり、倫理的に問題があるとされたと思われる。性的関係のないものであれば、パックスによって保護するほどの要保護性がないと考えられたのであろう。このように考えると、パックス法によるコンキュビナージュの定義規定がカップル概念を相対化し、カップル保護の意味を問い直す作用をもつことは確かであるが、そのことによって、コンキュビナージュ保護が後退するものではなさそうである。

（２）パックス登場による影響

一方で、パックスという新しい非婚カップル保護技術は、コンキュビナージュの保護を縮小させる可能性があるといわれている。

もちろん、パックス法によって新しいパックスという制度が提供されたからといって、婚姻外で生活するパックスを締結しうるすべてのカップルが、パックスを締結しなければならなくなるわけではない。彼らは、コンキュビナージュで生活することを選択することができる。しかし、その選択は、従来よりも、公的な承認を求めず自由であることを重視する意思であると評価されやすくなるであろう。そのような自由な関係に対して、法的保護は必要ないとする帰結が導かれやすくなり、判例法によって認められてきたコンキュビナージュの保護が後退する可能性があるのである。例えば、パックスの承認は、コンキュビナージュ関係の形成・維持のために締結される一般的契約の無効を帰結する可能性がある指摘されている²⁰⁹。このような事態は、パックス創設の意図に

²⁰⁸ ジェスタッツ著（野村・本山訳）・前注（23）101頁では、非カップルのパックス締結の目的は、多くの場合、税負担を軽くするためといったものになるであろうと指摘されている。

²⁰⁹ Dominique Fenouillet, Couple hors mariage et contrat, *supra* note 118, p.128.

はなかったものであるが、婚姻とコンキュビナージュの間に位置づけられるようなものを創設したことによって、コンキュビナージュの地位が相対的に低下するような論理をもってしまうのである²¹⁰。

しかしながら、パックス法によって、それまでは判例法上の定義にすぎなかったコンキュビナージュが民法典上に定義されたということは、コンキュビナージュがもはや法的に無視されるものではないということを明らかにするものである。パックスが非婚カップルを「公化」したことによって、多少、コンキュビナージュに認められてきた保護が後退する可能性はあるが、一般法の活用によるコンキュビナージュ当事者の保護がなされなくなる帰結を導くような論理は、パックス法には見出すことができない。むしろ、コンキュビナージュは、パックス法によって、「婚姻とは違う」事実上の結合として「法的に考慮される」という意味合いが強化されたものといえるだろう。

2 婚姻への影響

パックス法は、婚姻に対する考え方にも影響を与えたと考えられる。パックス法以前は、公的なカップルとしては、婚姻が独占的地位を占めていたのに対し、パックス法によって、パックスという新たな公的なカップルが認められたことは、どのような意味をもつであろうか。従来、婚姻制度における一定の規律は、非婚カップルに対してであっても、性的関係のある結合全般に影響をもたらしてきた。そのような規律を婚姻秩序と呼ぶとすると、パックス法の制定は、婚姻秩序に何らかの影響をもたらしたと考えられる（①）。そして、婚姻制度そのものにも、パックス法の影響は及びうる（②）。

(1) 婚姻秩序への影響

① ライフスタイルの多様化？

婚姻でもコンキュビナージュでもない第三の型が創られたことは、婚姻できないあるいは婚姻を望まないカップルではあるが、特異性と正統性の認容を望む非婚カップルに特別の地位が用意されたものであると評価することができる²¹¹。異性カップルについては、婚姻を回避しつつ2人の生活を法的に整理する道を

²¹⁰ Philippe Malaurie, *supra* note 59, p.30.

²¹¹ Dominique Fenouillet, Couple hors mariage et contrat, *supra* note 118, p.91.

提供するという意味がある²¹²。同性カップルについては、彼らの結合の正統性が承認される道を提供するという意味がある。つまり、カップルの共同生活においてとりうる選択肢が増えたということであり、それは、公的なカップルが婚姻のみであったことによる強固な婚姻秩序を弱める作用をもつかもしれない。

しかし、パックスが前提としているライフスタイルは、性的関係のある２名の者が１つの住居で排他的に同棲する形態であり、これは、婚姻において前提とされているライフスタイルと何も変わらない。カップルが別居しながら関係形成をするというライフスタイルや、１人の男性と複数の女性が１つの家で暮らすというようなライフスタイルが承認されたわけではない。パックスが提供する新たなライフスタイルの選択肢とは、「婚姻に似た生活をする」というものにすぎないのである。婚姻秩序は、パックスが創設されたとはいっても、維持されているといえる。

② カップルの多様化？

パックス法は、同性カップルにパックス及びコンキュビナージュを開くことによって、カップルは男女によるものという婚姻秩序を弱めたといえる。これは、カップルの多様性を一定程度は承認したと評価できる。

しかし、パックス法は、生殖補助医療や養子縁組に関する規定を修正することはせず、パックスに当事者間の子どもに関する規律を置くこともしなかった。したがって、子どもを生み育てることができるのは男女のカップルに限られるという考え方が維持されたということになる²¹³。「カップル」の概念が同性カップルにも開かれたといっても、「両親としてのカップル（couple parentale）」

²¹² 齊藤笑美子「訳者解説」ベルサン著（齊藤訳）・前掲書注（23）142頁。

²¹³ 男女のカップルであれば、非婚カップルであっても子どもを生み育てることができるという点では、家族を形成するのは婚姻カップルであるという婚姻秩序は弱められているといえる。このことは、生殖補助医療へのアクセスがコンキュビナージュのカップルにも認められたことに、象徴的に現れている。これによって、「両親としてのカップル」という次元における婚姻とコンキュビナージュの同視が行われている。だが、子どもを生み育てるためには、父と母が必要であるという婚姻秩序・家族秩序は、維持されているといえる（Clotilde Brunetti-Pons, L'émergence d'une notion de couple en droit civil, *supra* note 89, p.47）。

は男女によるものという秩序が維持されている²¹⁴。

また、不貞関係のカップルや近親間カップルなどの他の結合を法の外に残しておくことによって、ボックス法は、暗に、それらのカップルの道徳的否認を確認した。つまり、性的関係の排他性、モノガミー、インセストタブーといった婚姻秩序は、「カップル」という概念に影響を与えているのであり、それらの婚姻秩序は、尊重されるべき秩序として維持されることが示されているのである。婚姻秩序は、ボックスによって弱まった部分もあるが、かたくなに維持されているといえる。

(2) 婚姻制度への影響

非婚カップルが婚姻以外の手段によって自らの関係を形成・維持していくことを承認するボックス法は、婚姻制度自体を弱体化させると考えられるかもしれない。しかし、ボックス法は、直接には、婚姻制度に手を加えていない。ボックスの効果を限定することによって、婚姻制度を侵害しないように配慮がなされている。ボックス当事者には、人的義務や、家族に関する効果、子どもに関する効果が認められていない。そのことによって、ボックス法は、それらが婚姻制度に留保されるべき要素であるということを確認しているのである。このことから、ボックス法によって、婚姻制度は、人的関係を規律するものとして、家族を規律するものとしての独自の地位が再確認され、強化されたとも考えられる。安定的継続的な関係を維持し、子どもを生み育て、家族を形成するものとしての婚姻の尊重は、堅固に維持されている²¹⁵。ボックス法は、伝統的な婚姻観・家族観に変更を加えていない²¹⁶。

²¹⁴ Clotilde Brunetti-Pons, L'émergence d'une notion de couple en droit civil, *supra* note 89, p.46.

²¹⁵ 数字の上でも、ボックスが婚姻を凌駕するという事態は起きていない。ボックス締結数は、ボックスが創設されて以来、年々増え続けているものの、2005年のボックス締結数は、6万組である (Sylvie Dibos-Lacroux, *supra* note 31, p.7)。一方で、2005年に新たに婚姻したカップルの数は、28万組近くであり、ボックス締結数ははるかに上回っている (Le Monde, 17 janvier 2006, note. A. Chemin ; Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau, *supra* note 32, p.815)。

²¹⁶ Remi Lenoir, Le familialisme et le PaCS, Daniel Bollillo et Éric Fassin (dir.), *supra* note 179, p.59. とはいえ、ボックス法施行から7年が経つ現在、事実のレベルにおいては、婚姻観は変化してきているようである。例えば、パリ第4

だが、同性カップルをカップルとして承認するパックス法によって、なぜ婚姻制度は同性カップルに開かれなかったのかという疑問が強まることは確かである²¹⁷。実際に、パックス法制定後、同性間の婚姻の効力が争われた事例がある。ボルドー控訴院第6民事部2005年4月19日判決は、「婚姻に関する国内法は、異性間でしか婚姻しえないとしており、ヨーロッパ人権条約の法文やフランスの判例にも、（異性間に限定する理解について）何の抵触も認められない」として、同性間の婚姻を無効とした²¹⁸。だが、生殖が婚姻に不可欠であるという考え方は、宗教上の婚姻については当てはまるが、民事婚にとっては、不可欠なものではないと指摘されている²¹⁹。民事婚は、生殖能力の欠如を婚姻無効原因にすることなく、子どもに関する責任分担を規定しているからである。さらに、ボチエは、性的関係さえも、民事婚の本質ではないと述べている²²⁰。婚姻は「精神と意思の結合」であるとするのである。であるならば、同性カップルに婚姻が認められない理由はないように思われる。

結局のところ、婚姻が同性カップルに開かれなかった理由は、道徳的・宗教的次元の問題によるところももちろんあるが、法的問題としては、親子関係に関する問題²²¹が大きいようである。同性カップルに婚姻を認めた場合、同性カップル間の子として養子をとったり、生殖補助医療を受けることができるということが、問題視されているのである。これらの問題は、パックス法制定過程においても付随的に取り組まれたが、先送りにされたものである。同性カップル

区役所では、パックスを締結したカップルが希望する場合には、「婚姻の間（salle des mariages）」において、「挙式」を執り行っているとのことである。

²¹⁷ 齊藤笑美子「性的指向と人権－フランスにおける同性間婚姻議論－」一橋法学5巻2号（2006年）555頁がこの点について詳細に検討している。

²¹⁸ CA Bordeaux, 6^e ch. civ., 19 avr. 2005, D. 2005, IR, p.1113 note. J. Daleau.

²¹⁹ Caroline Mécary et Flora Leroy-Forgeot, *supra* note 31, p.41-42.

²²⁰ Jean-Paul Branlard, *Le sexe et l'état des personnes*, L.G.D.J., 1993, p.38.

²²¹ この問題について、Marcela Iacub, homoparentalité et ordre procréatif, Daniel Bollillo et Éric Fassin (dir.), *supra* note 179, p.193 ; Genevière Delaisi de Parseval, La construction de la parentalité dans les couples de même sexe, Daniel Bollillo et Éric Fassin (dir.), *supra* note 179, p.229 ; Martine Gross, *L'homoparentalité*, PUF, 2005, p.52. 渡邊泰彦「同性カップルと親子関係－ヨーロッパの状況をめぐって－」東北学院大学論集第63巻（2004年）125頁。

が子どもの両親となることができるかどうか、同性カップルに婚姻を認めるかどうかという問題は、パックス法によっては解決されなかったものであり、今後の議論の必要性が高まったといえる。

第2節小括

パックス法の制定は、フランスの非婚カップル保護理論に、3つのことをもたらしたといえる。

1つ目は、婚姻ほどではないものの「婚姻に似たような」保護を与えるパックスを創設することによって、婚姻と区別されてきた非婚カップルに、「婚姻に似た」地位への道という新たな選択肢が認められたということである。それまでのフランスにおいては、非婚カップルの「婚姻に類似する法的地位」というものは認められていなかったわけであるから、これは大きな変化である。

2つ目は、コンキュビナージュに同性カップルを含めるという定義規定を置くことによって、婚姻とは区別されるコンキュビナージュの独自の地位が再確認されたということである。「婚姻に似た」パックスが創設されたといっても、「婚姻とは違う」コンキュビナージュの地位が否定されるわけではないのである。

3つ目は、同性カップルを異性カップルと同視することによって、「カップル」の意義に変化をもたらしたということである。生殖可能性が前提とされなくなったために、カップルとは何か、なぜ保護されるのかという問題を提起する。これは、婚姻制度に対しても、婚姻制度とは何か、なぜ同性カップルに婚姻制度が開かれなのかという疑問を投げかけることになる。

このように、パックス法の制定は、カップルをめぐる法理論の状況に大きな変化をもたらしたといえる。

第2章総括

フランスにおいて、パックスとコンキュビナージュという2つの非婚カップル保護技術が設けられているのは、その経緯によるところが大きい。コンキュビナージュに同性カップルが含まれないとする1989年の破毀院判決を受けて、同性カップルを法的に承認し、保護することが必要とされ、その結果、パックスが設けられた。だから、パックスとコンキュビナージュという2つの技術がある。言ってしまうばそれまでのことである。

だが、両者には、それぞれ独自の意義が見出されている。

コンキュビナージュは、婚姻の拘束から自由であることを本質とした「婚姻とは違う」事実上の結合として法的に考慮されるという独自の地位である。このため、コンキュビナージュにおいては、原則として、個人の自由が尊重されるのであり、例外的に、当事者が自らの意思で相手と契約を結んだ場合や、当事者に要保護性がある場合に、法的効果が与えられるのである。

これに対して、パックスは、婚姻することができないカップルや婚姻を望まないカップルではあるが、自分たちの関係が公認されることを望むカップルのために設けられた²²²、「婚姻に似た」制度である。それは、一律に婚姻とは区別されてきた非婚カップルに、新たな選択肢を提示する。婚姻でもコンキュビナージュでもない独自の公的な地位²²³を、非婚カップルに保障するという点に意義があるのである。

一方で、パックスもコンキュビナージュも、「非婚」カップルである。つまり、「婚姻とは違う」という点では共通なのである。このため、パックスもコンキュビナージュも、当事者間に人的義務が発生せず、家族に関する効力、子どもに関する効力も発生しないことになっている。つまり、当事者間の人的関係、家族、子どもを規律するのは、婚姻制度のみであると考えられていることが分かる。婚姻だけが、家族の生活に必要な安定性を保障するものとされているのである²²⁴。

このように、コンキュビナージュ、パックス、婚姻には、それぞれ独自の意義が見出され、それによって、保護の技術や度合いにも差が設けられている。だが、いずれの保護技術においても、カップルの自由、そして、私生活についての個人の自由が重視されている点では共通である。カップルが生活していくにあたって、コンキュビナージュ、パックス、婚姻のどれを選ぶか、選ばないかは、個人の自由であり、その選択は尊重されなければならないと考えられているのである。

²²² Sylvie Dibos-Lacroux, *supra* note 31, p.9.

²²³ *Ibid*, p.6. 2006年の改正によって、パックスの独自の地位はさらに強化されたといえるだろう。

²²⁴ Laurent Leveneur, *La famille*, *supra* note 78, p. 37.

結語—日本法への示唆

以上のフランス法の検討は、日本法に多くの示唆を与えているように思われる。本稿の冒頭で掲げた日本法の2つの問題、準婚理論の妥当性(1)と一般法による保護のあり方(2)に分けて、フランス法からの示唆を提示したい。

1 準婚理論の妥当性

(1) 私生活の自由・カップルの選択の自由の軽視

本稿での検討により、フランスにおける非婚カップル保護理論は、コンキュビナージュ、パックス、婚姻の3つにそれぞれ、婚姻の拘束から自由な事実上の結合、共同生活を送るカップルのための制度（あるいは特別契約）、家族および人的関係を規律する唯一の制度という独自の理論的枠組み(法的位置づけ)を与え、それらのいずれを選択するかは個人の私生活の自由・カップルの自由であるとして、私生活の自由を尊重しているということが解明できた。これと比較すると、日本において観念されているカップルの分類、すなわち事実婚（あるいは選択的内縁・自由結合）・内縁・法律婚の3つはそれぞれ、(夫婦共同生活の実体はあるが)意図的に婚姻届を出していないカップル、夫婦共同生活の実体はあるが婚姻届を出していないカップル、婚姻届を出したカップルという区別にすぎず、フランスのような独自の法的位置づけがされているわけではない。日本では、いずれのカップルについても、婚姻法の規定をどこまで適用することが可能かという法律婚に包摂して解釈する理論枠組み（準婚理論）が採用されてきたのであり、カップル関係において当事者がその法的な地位を「選択」するような土壤は整っていないといえる²²⁵。婚姻法の規定の適用を拒否するという当事者の意思、あるいは婚姻法の規定の適用は拒否するけれども独

²²⁵ 水野紀子「カップルの選択」ジュリ1205号（2001年）85頁においても、（フランスにおいては）「問題が、あくまでもカップルの『選択』によるものという前提が疑われてはいない。したがって議論の対立点は、その選択肢をどのように構成するか、つまり法が社会にとって望ましい家族モデルを樹立して提示するべきか否か、という点に収斂する。しかし日本では、婚姻と同棲が、カップルにとって平等な『選択』の対象となる社会基盤は、まだ存在していない。」と指摘されている。

自に契約を結んで関係形成しようとする当事者の意思は、準婚理論の適用（内縁としての保護）を否定する根拠になりうるだけであり、そのような意思を積極的な特徴とする法的理論枠組み・法的地位は確立されていないように思われる。つまり、日本では、法律婚（準法律婚）か独身かという選択肢しかない状況であり（同性カップルについてはその選択肢もない状況であり）、これでは、個人の私生活の自由やカップルの選択の自由を尊重することは困難であるといえる。

（２）法律婚独自の意義の軽視

準婚理論は、法律婚の外でのパートナーシップの自由を軽視することによって、法律婚を尊重しているのかということ必ずしもそうではない。フランス法が婚姻と非婚とを理論上厳密に区別して婚姻の優位性・特別性を維持しようとしていることと比較すると、法律婚の規定を非法律婚カップルにも類推適用するという準婚理論の手法自体が、法律婚に独自の意義をそれほど見出していないことの現れであることが分かる。フランスと比較すると、法律婚と非法律婚の区別を曖昧にする準婚理論の前提には、届出することに集約されない「法律婚の本質」が存在するという考え方があることが浮かび上がってくる。日本にのみ存在する事実婚という言葉も、このような考え方を反映したものといえる。

その際の「法律婚の本質」とは何か。一般に言われる内縁の定義²²⁶からすると、それは「婚姻意思」と「夫婦共同生活の実体」という２つの要素であるということになる。準婚理論によると、この２つが事実として存在すれば、非法律婚カップルであっても法的保護が与えられる。以前のように法律婚のイメージが共有されていた時代にはそれで問題がなかったかもしれないが、今日のカップルの多様化に直面すると、そこで言う「婚姻意思」と「夫婦共同生活の実体」とは何かが問われることになり、解釈者の当該関係に対する価値判断に結論が左右されることを許容する。例えば、当事者が自分達は「結婚している」との意識で何らかの法的効果を求めていたとしても、従来の典型的な夫婦共同生活モデル（同居、生計同一、一对の男女、排他的性関係の存在、子どもの存在等）とは異なるカップルのあり方²²⁷であれば、否定的な評価（内縁と

²²⁶ 前注（７）参照。

²²⁷ 例えば、別々の場所に住み、週末に互いの家を行き来するといった形態（コミューター）。

はいえないという評価、婚姻法の保護を与えるに値する関係ではないという評価）がなされる可能性がある。当の法律婚カップルにおいては、従来型の夫婦共同生活モデルとは違うカップル形態が数多く存在するにもかかわらずである。反対に、当事者が「結婚していない」つもりだったにもかかわらず、内縁と認定されて法的義務が課される可能性もある。

もっとも、「法律婚の本質」という概念を現代的に捉え直して確定させ、ある程度法的安定性を備えることができれば上述の問題はなくなると考えられるかもしれない。例えば、「法律婚の本質」を、「2名の者による排他性継続性を前提とした人格的な協力関係」と解釈すれば、同性カップルや別居・生計独立のカップルであっても「内縁」として法的保護を付与することが可能になる。このように考えると、準婚理論は、婚姻とそれ以外を頑なに区別するフランスの非婚カップル保護理論よりも、非法律婚カップルを「差別」することなく、柔軟で保護の厚い解決ができ、実践的には有用であると考えられるかもしれない。

しかし、そこで理論的に問題となるのは、「法律婚の本質」を柔軟にして保護を与えていくことにより、法律婚自体の位置づけがさらに複雑になることである。上記のようにして非法律婚カップルに法律婚に準じた保護を与えるとすると、婚姻法の規定の非法律婚カップルに対する影響力が強まる一方で、婚姻法が同居義務を規定したり、異性カップルに限定していることの意味は埋没する。届出に集約されない「法律婚の本質」を重視すると、「届出＝公示」のみが法律婚独自の特徴であると考えていくことにつながるだろう。その場合、内縁にも法律婚にも「法律婚の本質」があるにもかかわらず、両者間で相続権など認められる法的効果に違いが生じることは、届出の有無だけで正当化できるのだろうか。あるいは法律婚に認められる法的効果を減らすことによって、法律婚と内縁の違いを届出の有無の違いに相応になるようにするのか²²⁸。法律婚の独自の意義はそれほどまでに軽視されてよいものなのだろうか。これらの点をどう考えるかは、非法律婚カップルの法的保護の問題というより、日本における法律婚の位置づけ・意義の問題であるといえるだろう。本稿では、日本

²²⁸ 二宮周平教授はこのような方向性を志向する（研究推進ボード主催公開ワークショップシリーズ『第3回 婚外関係の多様化と法的保護のあり方』〔北海道大学大学院法学研究科、2007年〕70頁）。

の法律婚の検討を行ったわけではないので、この点については結論を留保したい。いずれにせよ、準婚理論を今後も非法律婚カップル保護理論として維持していくのであれば、個人の私生活の自由・カップルの選択の自由の担保、「法律婚の本質」概念の確定、法律婚の意義の再検討が不可欠であるということが明らかになった。では、一般法による非法律婚カップルの保護はどうだろうか。

2 一般法による非法律婚カップルの保護

(1) 身分法と財産法

フランスにおける非婚カップル保護技術は、コンキュビナージュもパックスも、一般法を基礎にしている。婚姻法の規定が婚姻カップルだけに及ぶフランスでは、非婚カップルには、婚姻という特別な関係がないわけであるから、通常の個人間と同様、「一般」法が適用されるのは当然の論理となっている。これに対し、日本においては、婚姻法・一般法という構造ではなく、身分法・財産法として峻別し、それぞれ別の論理が支配する領域と考えられてきた²²⁹。それによれば、カップルの関係というのは、非打算的・感情的な関係であるため、財産法ではなく身分法によって規律されるべきことになる。このため、非法律婚カップルにも婚姻法（身分法）の規定が準用され、財産法によって捉えることはほとんどなされてこなかったものと思われる。したがって、日本において一般法（財産法・契約法）により非法律婚カップルを保護する可能性を考える際には、身分法・財産法という峻別論をどのように克服するかをその後の学説の展開も踏まえて検討しなければならないことになる。この点は、日仏の違いとして意識すべき点として指摘するにとどめる。

(2) 一般法による保護の限界

仮に、上記峻別論を克服し、一般法による非法律婚カップルの保護を日本においても行うとした場合、どのような点が問題となってくるだろうか。フランス法の検討から得られた示唆をまとめておきたい。

裁判所による事後的解決のレベルでは、コンキュビナージュに対するフランスの裁判所の判断枠組みが参考になる。ここで具体的方法を繰り返すことはしないが、コンキュビナージュの関係を事実上の組合と考えるなど、カップルの関係を一般法によって捉える際の示唆が多く見られるように思われる。この事

²²⁹ 中川善之助『身分法の総則的課題』（岩波書店、1941年）1頁。

後的解決の次元においては、一般法では金銭に置き換えられないものについては考慮が難しく、家事労働や愛情といった要素をどのように組み込んでいくかという点に困難な問題があることが示唆される。しかし、一般法によっても要保護者を保護しうるのは、フランスの事例が示しているといえる。

当事者の事前的規律のレベルでは、フランスにおけるコンキュビナージュ契約や、コンキュビナージュ当事者間の一般的契約、パックスを登録する際に提出する契約が参考になる。日本においては、婚姻外のパートナーシップを目的として契約を締結するだけで、そのような契約全体が「公序良俗違反」で無効と評価されかねない空気がある²³⁰が、婚姻外のパートナーシップを形成すること自体は、個人の私生活の自由の尊重、カップルの選択の自由の尊重という観点から、否定されてはならないということが本稿の検討から明らかになった。このことは、一般法の原理である契約自由の原則にも適うといえる。

ここで問題となるのは、パートナーシップのための契約を締結すること自体の是非ではなく、当事者間でどこまでの規律が可能かという点である。フランス法の検討からは、対第三者効と婚姻法との抵触に限界があることが示唆される。

対第三者効については、当事者間の「契約」という形式をとる以上、認めることはできないだろう。だが、フランスでは、賃貸人との関係など、対第三者効が認められないことによって問題が生じる場面で、個別に立法により保護を図っている。コンキュビナージュの場合はその保護の程度が弱い、パックスでは、まさに「対第三者効」という点を制度的に支援しているといえる。当事者間の契約の存在を公示することができるようにし、それによって、使用者や賃貸人、税務署などに対する効果の発生を可能にしているのである。このようなフランスの手法は、日本においても、立法論のレベルで参考になるように思われる。

フランスにおいて、婚姻法との抵触が問題となる典型的な場面は、非婚カッ

²³⁰ 我妻栄『法律学全集23 親族法』（有斐閣、1961年）18頁は、絶対に届出をしない（がパートナーシップを形成する）という合意について、「当事者は法律的拘束の生じない男女の結合関係を欲しているわけである。かような合意は、公序良俗に反するものとして、単に婚姻としての効果を生じないだけでなく、契約としての効果も生じないものと考えらる。従って、一方が契約を破棄しても、他方は損害賠償を請求することができない」とする。

ブル間の契約が家族財産（当事者が既婚者であった場合の婚姻家族の財産）を侵害するようなときである。その際は契約の一般理論である原因理論によって無効とされうる。より興味深いのは人的義務についてである。フランスにおいては、貞操義務や同居協力義務、存続保障、子どもの認知義務などの人的義務については、婚姻の専権事項との考え方が強く見られる。したがって、非婚カップルは、人的義務について契約することはできないとされ、純粋に財産法的に扱おうとする傾向が強い。この点については、日本では、法律婚にそのような意義があるのかというところから検討する必要があるように思われる。

このように、一般法による非法律婚カップルの法的保護にもまた、検討すべき課題が残されているということが明らかになってくる。一般法には馴染まないような人格的な要素をどう考えるか、「カップル」の特殊性をどう考えるか、それは法律婚の専権事項なのかという問題である。

本稿第2章において、カップルは生殖可能性とは切り離され、性的関係の存在自体にその意味が見出されてきていることを示したが、そこでいう性的関係には、深い人格的關係の存在があるように思われる。つまり、カップル保護において重要視されているのは、性的関係自体の存在よりも、それに象徴的に現れる「人格的關係」の存在ではないだろうか。だが、そのような特別な関係は、個人にとって重要であるにもかかわらず、他の人間関係と客観的に区別することは困難で、法的に扱うことに適しにくいこともまた事実である。だから婚姻法がそのような関係を特別に規定したといえるのか。そうであるとして、婚姻法外の関係については、法はそのような人格的要素を考慮しないことにしているのかどうか。この点も、本稿では問題点を指摘するに留まる。

このように、本稿で検討した非法律婚カップルの問題は、より大きな問題へとつながっている。非法律婚カップル（特に選択的非法律婚カップル）の法的問題のみを個別的に取り上げて論じるのではなく、法律婚を含めたすべてのカップルや人格的關係の法的保護を再検討しなければ、非法律婚カップルの法的保護のあり方について明確に結論づけることはできないことが明らかになった。残された課題は多いが、そのさらなる検討については別稿に譲ることとし、ひとまず本稿を終えることとしたい。

※本稿は、北海道大学審査修士（法学）学位論文（2006年3月24日授与）に補筆したものである。

保護責任者遺棄罪における 「保護責任」についての一考察(3・完)

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5章 現行刑法下における学説・(裁)判例の展開(戦後)
(以上、57巻5号)

第6章 検討

第1節 遺棄罪の基本構造

補 節 扶助者の「扶助」責任

第2節 「保護責任『者』」理解の再構成

本稿における結論

付録：裁判例一覧 (以上、本号)

第6章 検討

本稿は、第1章ないし第5章において、218条の「保護責任(者)」がどのような理解されてきたのかを、それに関係する争点である、「遺棄」の理解の仕

※ 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が、第6章を大幅に加筆・修正した。

方や218条の（形式的・実質的な）「加重」処罰根拠、更には作為義務論にも注意しながら整理・検討してきた。その概要は次の通りである。

まず、第1章では旧刑法の立法議論、第2章ではその下での学説の状況、第3章では現行刑法への改正議論をそれぞれ扱ったが、そこでは、「加重」遺棄罪（218条と、その前身である旧刑法338条〔有償受託者遺棄罪〕）を中心に、我が国における遺棄罪の規定形態、立法・改正議論、学説を整理することで、「保護責任（者）」解釈論のいわば「原点」を確認した¹。

次に、第4章と第5章では、説明の便宜上、前者を戦前の議論、後者を戦後のそれに充てたが、それぞれの前半では我が国の判例及び学説の展開を辿り、後半ではドイツの学説を整理・検討することで、前者については「遺棄」の理解の仕方や218条の（形式的・実質的な）「加重」処罰根拠、更には作為義務論との関係、そしてそれらの現状を、後者についてはドイツの学説と我が国の通説との関係、ドイツの学説における我が国の解釈論に資し得る視点の存否を明らかにした²。

そして、本章では、以上の整理・検討を前提に、第一に遺棄罪の基本構造を明らかにし（第1節）、第二に本稿の目的である、「保護責任者」理解を作為義務論とは切り離すという意味で再構成する（第2節）。なお、本章では、第1節と第2節の間に補節を設け、第1節の議論を補足する。また、本章では、これまでとは異なり、説明の便宜上項目を設けることとする。

第1節 遺棄罪の基本構造

1. 問題の所在

遺棄罪解釈論上古くから議論があるのは、「遺棄」と「不保護」の各態様及び区別規準についてである。当初、「保護責任」は作為義務であるから217条のそれは移置＝作為、218条のそれは移置と、置き去り＝不作為というように、「遺棄」を相対的に理解し、区別規準を要保護者と「行為者」との「場所的離隔の

¹ 拙稿「保護責任者遺棄罪における『保護責任』についての一考察(1)」北法57巻3号（2006）314〔223〕頁以下参照。

² 拙稿「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)」北法57巻5号（2007）340〔193〕頁以下参照。

有無」に求めるのが通説であった。しかし、その後議論は「進展」し、現在は「遺棄」は統一的に理解されるべきことを前提に、その仕方によって区別規準にもヴァリエーションがある。

他方、近時議論があるのは218条の「加重」処罰根拠についてである。当初、217条において不作為の「遺棄」は処罰されないことを前提に、しかし、それが218条で「重く」処罰されることを通説の議論枠組みでは説明できないと批判され、両罪の関係・構造を解明する必要性が顕在化した。現在、217条において不作為の「遺棄」が処罰されるか否かの議論とは無関係に、その点は共有されている。なお、「加重」処罰根拠の如何は「保護責任（者）」の法的性質に関係していることに注意を要する。

現在の議論状況については、しかし、次のような問題点がある。まず、前者については、単なる「遺棄」・「不保護」の概念規定に留まることが多く³、その、遺棄罪の全体構造上の位置づけが不明確になっているように思われる。一部の有力説を除き、「遺棄」には「場所的離隔」という要素が必要であるとされていたが、まず、誰と要保護者との間のそれなのか、次に、なぜ遺棄罪はそれを処罰するのか、言い換えれば、「場所的離隔」と遺棄罪における「危険」とはどのような関係にあるのか、そして最終的には、特に217条は行為者に何をしよう（しないよう）求める規定なのか、等が不明確なままである。このことは、特定の者の、特定の法益を保護するために、なぜ「遺棄」・「不保護」という行為だけが処罰されているのかを明らかにする必要があるということを意味する。

また、後者についても、遺棄罪の全体構造を視野に入れていないため、相互に批判する以上に議論は進展していないように思われる。「保護責任（者）」を違法要素とする見解と責任要素とする見解（それぞれは、新作為義務説・限定作為義務説と非作為義務説の対立に対応する）の間で交わされている相互の批判の内容は、それ自体必ずしも不当ではないと思われるが、それで議論は停滞してしまっているのである⁴。これは、両説が、「保護責任（者）」の認められるべき具体的な範囲を、ほぼ同様に理解していることに起因していると考えら

³ 齊藤彰子「遺棄罪」法教286号（2004）50頁参照（以下、齊藤「遺棄罪」と引用する）。

⁴ もっとも、後に明らかになるように、非作為義務説の限定作為義務説に対する批判の方がより妥当である。

れるが、このような膠着状態を脱して、いずれの立場（あるいは第三の立場）が妥当であるかを判断するためには、遺棄罪の、上述のような諸問題を解き明かすこと、すなわちその基本構造を明らかにすることが必要である。

このように、遺棄罪の基本構造を明らかにした上でなければ、本稿の検討課題である「保護責任者」の何たるかを論じる前提が整わないように思われる。本節では、以上のような問題意識の下、遺棄罪の基本構造について論じることとする。

2. 遺棄罪の基本構造解明のための起点設定

まず、基本事項を確認すると、217条と218条とに共通の要素は、第一に、保護法益が生命及び身体であること⁵、第二に、罪質が抽象的危険犯であること⁶、第三に、客体が老年、幼年、疾病、身体障害に起因する「扶助を必要とする者」（以下、「要保護者」という）であること、の三点である。他方、異なる要素は、第一に主体（217条＝誰でも〔以下、これを「扶助者」という〕、218条＝「保護責任者」）、第二に行為（217条＝「遺棄」、218条＝「遺棄」と「不保護」）、第三に法定刑（217条＝1年以上1年以下の懲役、218条＝3年以上5年以下の懲役）、の三点である。

異なる要素において明かなように、両罪においては、共通の要素を前提に、主体（身分の有無）—行為（「不保護」処罰の有無＝「遺棄」に処罰を限定するか否か）—法定刑（「加重」処罰の根拠）は密接不可分・円環構造になって

⁵ 通説はこのように解するが（団藤重光『刑法綱要各論〔第三版〕』〔1990〕451頁など）、有力説は生命に限定する（平野龍一「刑法各論の諸問題3」法セ199号〔1972〕74頁など）。判例は前者に与する。大審院大正4・5・21刑録21輯670頁参照。

⁶ 罪質については、抽象的危険犯とする通説（西田典之『刑法各論〔第4版〕』〔2007〕27頁など）、具体的危険犯とする見解（平川宗信『刑法各論』〔1995〕70頁参照〔以下、平川『各論』と引用する〕）、抽象的危険犯＋保護義務懈怠犯とする見解（大塚仁「遺棄罪」同『刑法論集(2)』〔1976、初出1953〕106頁〔以下、大塚「遺棄罪」と引用する〕、日高義博「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〕163頁〔以下、日高「遺棄罪」と引用する〕）が対立している。判例は抽象的危険犯説に与する。前掲大審院大正4・5・21参照。

いる⁷。したがって、後者の要素から基本構造を解明することは困難であろう。そこで、本稿では、前者の要素のうち客体に注目して遺棄罪の基本構造の解明を図ることとする。

3. 「遺棄」・「不保護」、「危険」、そして基本構造へ

遺棄罪で保護される客体は、老年等一定の原因による要保護者である。その意義は本罪の保護法益論によって規定されるが⁸、しかし、ここで重要なのは、要保護者には「概念必然的」に「他人」の「助け」が必要だということである⁹。言い換えれば、要保護者には、それがなければ侵害（死亡・傷害）結果（219条）に至る高度の類型的危険性が内在しているということである。そして、遺棄罪とはそのような者に対する「遺棄」・「不保護」という特定の・限定された行為を処罰する犯罪類型である。したがって、本罪の行為・「本質」は要保護者＝「他人」関係によって規定・理解されなければならない¹⁰。

しかし、遺棄罪は規定上要保護者以外に、扶助者と「保護責任者」しか想定していない。とすれば、ここで言う「他人」はそのいずれかでなければならない。この点、本罪は218条においてのみ「不保護」を特別に処罰しており、また、それは、「遺棄」よりも捕捉する行為態様が広いことに見解の一致がある。このことは、本罪において決定的に重要なのが「不保護」、つまり、要保護者を積極的に「保護」することであることを意味する。

したがって、「他人」とは「保護責任者」であり、そうすると、本罪の行為・

⁷ この点を強調するのは、大塚「遺棄罪」106頁、日高「遺棄罪」164頁である。

⁸ 保護法益論において、生命及び身体とする通説・判例（前掲大審院大正4・5・21）によれば「扶助を要すべき者とは老幼不具又は疾病に因りて精神上若くは身体上の缺陷を生し他人の扶持助力を待つに非されは自ら日常生活を営むべき動作を為す能はざる者」となり、生命に限定する有力説によれば「扶助者の扶助によりはじめて生命に対する危険から身を守ることができる状態」にある者（山口厚『刑法各論〔補訂版〕』〔2005〕32頁〔以下、山口『各論』と引用する〕）となる。

⁹ このことは保護法益論に左右されない。それ故、以降、保護法益に言及する際には、「生命・身体」と表記する。

¹⁰ 山口厚「遺棄罪」同『問題探究 刑法各論』（1999、初出1997）20頁、27頁参照（以下、山口「遺棄罪」と引用する）。

「本質」は、要保護者＝「保護責任者」関係（以下、「保護＝被保護関係」という）によって規定・理解されることになる¹¹。そしてその結果、次の四つの基本的な理解が導かれる。

すなわち、第一に、遺棄罪の基本類型（原型＝本来的遺棄罪）は218条であり、217条はその処罰「減輕」類型（非本来的遺棄罪）¹²であること¹³、よって、要保護者の「保護」に関しては、「保護責任者」が第一次的な責任を負うこと、第二に、218条は「保護責任者」による保護＝被保護関係、いわば規範的な「枠」の、「内部」からの（直接的な）破壊行為（「遺棄」・「不保護」）を、また、217条は扶助者によるその、「外部」からの（間接的な）破壊行為（「遺棄」）をそれぞれ処罰する規定であること、第三に、従来の見解の最大公約数的理解を前

¹¹ したがって、「遺棄」を「要扶助者と保護責任者又は扶助者との場所的離隔の作出」と理解する（山口『各論』35頁参照）のは妥当でない。

¹² 身分の観点からすれば、217条は処罰「拡張」類型であり、行為の観点からすれば、それは処罰「限定」類型である。立法者は、処罰範囲を非身分者に拡張する代わりに、行為を限定し法定刑を軽くすることで、遺棄罪全体のバランスを図った、と理解することができる。

¹³ 通説も同様に理解していたと評価するのは、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（以下、塩見「遺棄」と引用する）。遺棄罪の基本類型は、ドイツの遺棄罪においては歴史的には、加重遺棄罪（新ドイツ刑法221条2項1号。より明確には、血縁的・法的親子関係にのみ処罰範囲を限定していた旧ドイツ刑法221条2項参照）に求めることができるが、少なくとも我が国の遺棄罪においては、それと同様の理解を採用することはできないように思われる。すなわち、第一に、旧刑法では、明らかに単純遺棄罪（336条、337条）が基本類型であって、加重遺棄罪（有償受託者遺棄罪〔338条〕）は（文字通り）処罰「加重」類型であった。第二に、旧刑法では、親による子供の遺棄は、（現在では考えられないことかもしれないが）単純遺棄罪として軽く処罰されていた。つまり、ドイツの遺棄罪では、親による子供の遺棄＝加重遺棄罪であったが、我が国の旧刑法では、親による子供の遺棄＝単純遺棄罪だったのである。そして、第三に、218条の立法史的原型は、有償受託者遺棄罪であって、親による子供の遺棄ではない。したがって、我が国の遺棄罪は、立法史的には、ドイツのそれと同じではない。本稿は、現行刑法の遺棄罪の理論構造上218条が基本類型であると理解するのであって、（必ずしも妥当ではない）歴史的理解や「現在の原型」（親による子供の遺棄）によってではない。

提にすると、218条における「不保護」は「枠」を維持した状態での実質的なその破壊行為であり、「遺棄」はまさにそれを（形式的に）破壊する行為であること、第四に、本罪における危険は、場所的・環境的なそれではなく、「枠」が形式的・実質的に破壊されることであること¹⁴、である¹⁵。

以上が遺棄罪の基本構造のうちの基本的事項であるが、次に、これを前提に、本罪の基本構造上最も重要な点、すなわち上記第一の、217条が「減輕」処罰される根拠について検討することとする。

4. 「減輕」処罰根拠について

すでに指摘されているように、従来の「危険」の理解によれば、行為者が「保護責任者」であるか、あるいは扶助者であるかによって、「危険」の程度に類型的な差は生じないため、「減輕」処罰根拠が危険性・違法性の低さにあるとは言えない。例えば、行為者が「保護責任者」であるとしても、自動車に轢過される可能性による、あるいは第三者による救助の可能性の減少による、そのような場所・環境の「危険」の程度は変わらない¹⁶。つまり、「保護責任（者）」を違法要素と理解することはできないのである。そうだとすれば、論者が主張するように、「減輕」処罰根拠は責任の類型的低さにあると言わざるを得ず、したがって、「保護責任（者）」は責任要素ということになる。

¹⁴ 山口「遺棄罪」27頁以下とそれに対する齊藤「遺棄罪」51頁の評価参照。酒井安行は、結論として、「危険」を人的保護環境の悪化と理解するが、これを「保護を免れるという特別の行為無価値的側面を伴う危殆化」と評し、それ故、217条の主体は「概念必然的に」解釈上限定されると主張する。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）85頁以下参照。しかし、前段については必ずしもそのように言う必然性はないし、後者については、本稿のように理解すれば、217条の主体は「概念必然的に」は限定されないのである。したがって、217条を非身分犯とする、現在の通説の理解が妥当である。

¹⁵ このように理解して初めて、行為が「遺棄」と「不保護」に限定されている実質的意義が明らかとなる。従来の見解では場所的な離隔・移動の有無が「遺棄」と「不保護」の中核的要素であったが、これでは、なぜそれが処罰されるのかを明らかにし得ない。要保護者の生命・身体を危殆化する行為は、それ以外にも存在するからである。

¹⁶ 林幹人『刑法各論』（1999）48頁参照。

この点、従来の「危険」とは異なり、それを上記第四のように理解したとしても、確かに218条と217条では危険「結果」に類型的な差はない。しかし、本稿の「危険」の理解については、上記第二、すなわち、その惹起の「態様」において、218条では「内部」からの（直接的な）、217条では「外部」からの（間接的な）惹起というように、危険惹起「結果」ではなく、危険惹起「態様」の異なることが遺棄罪の基本構造上明らかであるから、その点に217条の「減輕」処罰根拠を求めることができる。

もっとも、危険惹起「態様」の相違は結局のところ「行為主体」のそれに基づくものであるから、したがって、「減輕」処罰根拠は217条が非身分犯であること、逆に言えば¹⁷、218条が身分犯であることの理論的意義に求められることになる¹⁸。こうして、「危険」惹起「結果」からその「態様」の相違へ、そして身分のそれへと視点を移すことによって、非作為義務説の論者が主張するようには、直ちに「減輕」処罰根拠を責任の類型的低さに求めなければならない、ということにはならないのである。

そこで、身分犯について検討すると、その理論的意義は、一般的には、生物学的身分（例えば、強姦罪〔177条〕。但し、直接正犯）、法益関係の身分（例

¹⁷ 非身分犯である217条では、それを解明する議論の契機が存在しないためである。「なぜそうである（身分）のか」という問いの方が、「なぜそうでない（非身分）のか」というそれよりも、少なくともここでの問いとしては適切であろう。

¹⁸ 確かに、戦前の段階ですでに、この点是小野清一郎と木村亀二によって主張されており、このことは、従来の「危険」の理解からも、結果的に、本稿のこのような視点到達する可能性が十分であることを意味する（規定形態を素直に見れば明らかであるとは思われるが）。そうだとすれば、本稿の理解の意義は、その遺棄罪の基本構造によればそう理解するのが従来に比して明白かつ自然であるということを示した点、あるいは、遺棄罪の基本構造を明らかにすることによって小野＝木村説を理論的に基礎づけたこと、にあるということになる。しかし、特に平野龍一を除くと、（あまりにも当然であったが故にか）小野＝木村説が（正当に）評価されることなく、現在の議論がまったく別のフィールドで「加重」処罰根拠を論じていることは事実である。もっとも、小野＝木村説はその先の議論、すなわち、どのような意味で行為主体の相違が（違法性として）「加重」処罰根拠に関係するのか、あるいは、なぜ218条は身分犯なのか、その実質的意義は何なのか、を検討しなかったという意味で、やはり形式的な「加重」処罰根拠しか示していなかったのである。

えば、賄賂罪〔197条以下〕、処罰範囲を政策的に限定するためのいわば政策的身分（例えば、秘密漏示罪〔134条〕）、の三つに分類される¹⁹。しかし、「保護責任者」という身分は生物学的身分や政策的身分ではあり得ない。なぜなら、それは男・女とは無関係であるし、また、218条は基本類型であるから、処罰範囲を限定する必要がないからである。むしろそれは、217条において行為が「遺棄」に限定されていることに現れていると言える。

したがって、218条は法益関係の身分犯ということになる。そうすると、218条は、「他の法益」の侵害・危殆化を「通じた」、要保護者の生命・身体に対する危険の惹起であるがゆえに法定刑が重く、217条はその「他の法益」の侵害・危殆化を伴わない、要保護者の生命・身体に対する「単なる」危険の惹起であるがゆえに、「減輕」処罰されるということになる²⁰。とすれば、「保護責任（者）」は違法要素ということにもなる。

補節 扶助者の「扶助」責任

1. はじめに

このように、遺棄罪の基本構造は理解されるが、本節では、本稿のような「遺棄」の理解に対して提起されている、「例えば、扶助者のいない要扶助者を第三者がより危険な場所に運んで放置した場合（例えば、自分の家の玄関先で行き倒れになっている旅人を人気のない山奥に運んで放置した場合）は、……、それによって要扶助者の生命・身体に対する危険が増加する可能性があるのであり、一律に処罰範囲から除外されるのは妥当とは思われない。」²¹という批判

¹⁹ 堀内捷三『不作為犯論—作為義務論の再構成—』（1978）252頁参照（以下、堀内『不作為犯論』と引用する）。なお、西田典之『新版 共犯と身分』（2003、初出1974）328頁参照。

²⁰ その結果、生命・身体に対する危険への被害者の同意が有効であるとするならば（例えば、山口『各論』31頁以下参照。これに反対するのは、例えば、大塚「遺棄罪」111頁参照）、218条においては、その副次的法益のみを放棄した場合には217条の成立可能性が問題となり、それに加えて主位的法益をも放棄した場合にはその成立可能性すら存在しなくなる（したがって、遺棄罪については無罪ということになる）。

²¹ 齊藤「遺棄罪」51頁以下。ここで想定されている「危険」は明らかに、場

について検討することとする。

「遺棄」・「不保護」の各態様を巡っては現在も議論があるが²²、一般的に想定されている行為態様はおよそ次の通りである（以下、T＝行為者、O＝被害者、D＝第三者とする）。

- (1) TがOをより危険な場所に移動させる行為
- (2) TがOを危険な場所に放置する行為
- (3) Tが、Oがより危険な場所に行くのを黙認する行為
- (4) Tが、Oがより危険ではない場所に行くのを阻止する行為
- (5) TがOに十分な食事を与えないなど、実質的に「遺棄」する行為

そして、更に、これらは次のように場合分け可能である。第一に登場人物の数（〔T＋O〕または〔T＋D＋O〕）、第二に初期の状態（保護＝被保護関係未構築型または保護＝被保護関係既構築型²³）、第三にTまたはDの身分（扶

所的・環境的なそれであり、この点ですでに本稿とはその理解を異にする。しかし、指摘されているような場合は217条で捕捉されるべきであるし、むしろ、このような場合を処罰しなければ、事実上217条の存在意義はなくなってしまうであろう。そして、以下のように、本稿の理解する遺棄罪の基本構造によっても、このような場合は217条で捕捉される。

²² 特に問題なのは、扶助者による「保護責任者」の殺害行為である。なぜなら、それは要保護者と「保護責任者」の間の「場所的」離隔を最大限に（「あの世」と「この世」）作出する行為と言えるからである。もっとも、これが217条で捕捉されるべきとする場合、要保護者と「保護責任者」のいずれも殺害することを前提に後者を先に殺害した場合は、殺人罪と、要保護者との関係で217条が常に成立することになり得る。また、「保護責任者」の自殺行為は、「遺棄」または「不保護」に当たるとして、218条が成立することになり得る。しかし、ドイツの遺棄罪のように一般的・具体的な危険の惹起ではなく、「遺棄」・「不保護」という特定の行為による抽象的危険の惹起のみを処罰する我が国の遺棄罪では、これらの行為の捕捉範囲は相当程度限定されざるを得ない。殺害行為は、「遺棄」あるいは「不保護」の日常用語上含まれないとか、たとえわずかとはいえ、「保護責任者」による「保護」の可能性を残している（「保護責任者」の生存を前提とする）行為に限定されるとか、根拠が当然に問題となる。本稿の検討課題ではないが、重要問題である。山口「遺棄罪」23頁以下、27頁参照。

²³ 但し、これは本来的には、T／D＝「保護責任者」の場合のみに当てはま

助者または「保護責任者」)、第四に、それぞれにおいて問題となり得る行為態様である。以上の場合分けの結果は次の通りである。

I. 登場人物＝2名：

1. 初期の状態：
 - (1) $T=O$ (保護＝被保護関係既構築型)
2. Tの身分：
 - ① 「保護責任者」
 - ② 扶助者
3. Tの想定される行為
 - i) Oから離れる行為
 - ii) OがTから離れるのを黙認する行為
 - iii) Oを実質的に「遺棄」する行為

1. 初期の状態：
 - (2) $T \neq O$ (保護＝被保護関係未構築型)
2. Tの身分：
 - ① 「保護責任者」
 - ② 扶助者
3. Tの想定される行為
 - i) Oの接近を妨害する行為
 - ii) Oに接近しない行為

II. 登場人物＝3名：

1. 初期の状態：
 - (1) $D^{24}=O$ (保護＝被保護関係既構築型)

るが、ここでは T/D ＝扶助者の場合をも含めておく。

²⁴ Dの刑事責任はさしあたり不問とする。TもDも保護責任者である場合は、履行順位または責任内容・範囲が問題となる。この点は、「本稿における結論」で若干触れる。

2. T×Dの身分：

- ① T = 「保護責任者」×D = 「保護責任者」
- ② T = 「保護責任者」×D = 扶助者
- ③ T = 扶助者×D = 「保護責任者」
- ④ T = 扶助者×D = 扶助者

3. Tの想定される行為

- i) OをDから引き離す行為
- ii) DをOから引き離す行為
- iii) OがDから離れるのを黙認する行為
- iv) DがOから離れるのを黙認する行為

1. 初期の状態：

- (2) D≠O（保護＝被保護関係未構築型）

2. T×Dの身分：

- ① T = 「保護責任者」×D = 「保護責任者」
- ② T = 「保護責任者」×D = 扶助者
- ③ T = 扶助者×D = 「保護責任者」
- ④ T = 扶助者×D = 扶助者

3. Tの想定される行為

- i) OがDに接近するのを妨害する行為
- ii) DがOに接近するのを妨害する行為
- iii) OをDの許へ連れて行かない行為
- iv) DをOの許へ連れて行かない行為

2. 遺棄罪の基本構造：補足

さて、本論に入る前に、本稿が提示した遺棄罪の基本構造について若干補足する。本罪の基本構造は、218条＝基本類型＝関係の内部的（直接的）破壊性、217条＝「減軽」処罰類型＝関係の外部的（間接的）破壊性であるが、これは作為形態を念頭に置いたものである。これに対して、不作為形態の場合、218条＝関係の非構築性、217条＝関係の構築非援助性となる。つまり、後者は、保護＝被保護関係のある場合にはそれを外部から破壊してはならず（作為を処罰）、それがない場合にはそれを構築するよう（「保護責任者」を）援助しなけ

ればならない（不作為を処罰）のである。なぜなら、扶助者自身は自らの「手」で「保護」することまで法的に要請されていないからである。これに対して前者は、保護＝被保護関係のある場合には内部から破壊してはならず（作為を処罰）、それがない場合にはそれを（とりあえず）構築しなければならない（不作為を処罰）のである²⁵。

これを「遺棄」と「不保護」、それぞれに当てはめると次のようになる。すなわち、218条の「遺棄」は既存の保護＝被保護関係を内部から破壊する作為と、あるべき保護＝被保護関係を（自ら）構築しない不作為を内容とし、「不保護」は既存の保護＝被保護関係を維持しつつ実質的に内部からそれを破壊する不作為を内容とする。これに対して、217条の「遺棄」は既存の保護＝被保護関係を外部から破壊する作為と、あるべき保護＝被保護関係を「保護責任者」を通じて構築しない、つまり「保護責任者」によるその構築を援助しない不作為を内容とする。

²⁵ もっとも、ここでは、本稿の理解する遺棄罪の基本構造を前提に、従来から一般的に想定されている行為態様をそれに当てはめただけであり、217条において不作為による「遺棄」を何らかの形で処罰すべきか否かはひとまず措くこととする。この点は現在も議論があるが（その詳細は、山口「遺棄罪」20頁以下参照）、一つの確認と一つの可能性についてだけ、ここでは述べておきたい。まず、「遺棄」という文言そのものには、いわゆる「置き去り」あるいは不作為形態が含まれるということである。このことは、例えば、死体遺棄罪（190条）と動物遺棄罪（動物の愛護及び管理に関する法律44条3項。なお、動物虐待罪〔同条2項〕も参照）において一般に是認されている（前者については、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第二版〕第9巻』〔2000〕234頁以下〔岩村修二〕参照。後者については、動物愛護論研究会編著『改正動物愛護管理法Q & A』〔2006〕167頁以下参照）。これを前提に、「不保護」との関係が論じられなければならない。次に、「遺棄」と「不保護」の区別規準についてである。218条は「不保護」という真正不作為犯を処罰しているが、このようにそれを処罰するのは刑法典上稀であり、その他には、多衆不解散罪（107条）の「解散しなかった」と、不退去罪（130条後段）の「退去しなかった」の、二つしか存在しない。前者は騒乱罪（106条）の「集合して」に、後者は住居侵入罪（130条前段）の「侵入し」に、それぞれ対応するが、いずれも作為犯であることに異論はない。とすれば、遺棄罪においても同様に、「遺棄」は作為犯と理解することが可能ということにもなり得る（なお、先の動物遺棄罪と動物虐待罪、それぞれの条文を参照）。

これを前提にすると、先の場合分けされた事例群は、一応次のような結論を導く。

I(1)①i) ないしiii) では、218条が成立する。他方、I(1)②i) ないしiii) では、217条は成立しない(?)。

I(2)①i) ii) では、218条が成立する。他方、I(2)②i) ii) では、217条は成立しない(?)。

II(1)①i) ないしiv) では、当該行為自体は処罰に値しない（危険が生じていない）が、その後のTの振る舞い如何によっては、218条が成立する余地がある。II(1)②i) ないしiv) では、218条は成立しない。II(1)③i) ないしiv) では、217が成立する典型パターンである。II(1)④i) ないしiv) では、217条は成立しない(?)。

II(2)①i) ないしiv) では、当該行為自体は処罰に値しない（危険が生じていない）が、その後のTの振る舞い如何によっては、218条が成立する余地がある。II(2)②i) ないしiv) では、218条は成立しない。II(2)③i) ないしiv) では、217条が成立する典型パターンである。II(2)④i) ないしiv) では、217条は成立しない(?)。

3. 扶助者の「扶助」責任

ここで問題となるのは、217条が成立しないとされる場合（(?) の場合）である。なぜなら、その場合においては、扶助者が要保護者を引き渡すべき「保護責任者」の存在が明らかではないからである。しかし、これは、次のように理解可能である。

個別具体的な「保護責任者」を想定できないとき（例えば、天涯孤独な人）、あるいは、それを容易に発見できないとき（例えば幼者について、(母) 親の所在がわからない場合）、当該要保護者を保護する責任は誰にも存在しない。当該要保護者を保護する責任は、第一次的には個別具体的な「保護責任者」にあるが、しかし、第二次的には国家にあると考えられる。なぜなら、国家には、国民の生命・身体を保護する最終的・究極的責任があると言えるからである。遺棄罪が、究極的には福祉政策の問題であるという指摘²⁶は、この意味で妥当

²⁶ 例えば、大塚「遺棄罪」120頁。

である。つまり、遺棄罪は単に、要保護者の生命・身体の「保護」に関する、「保護責任者」と扶助者との役割分担だけではなく、国家とのそれでもあると考えられるのである。

したがって、個別具体的な「保護責任者」が想定できない場合等の扶助者の責任内容は、典型的には上述の意味での国家的役割を担っている警察という国家機関²⁷の許へ要保護者を連れて行くことであり²⁸ ²⁹、その不履行は217条を成立させることになる³⁰ ³¹。

このように理解することによって、本節冒頭の批判は回避できるし、また、従来必ずしも明確ではなかった217条の責任内容も明確になるのである。

第2節 「保護責任『者』」理解の再構成

1. はじめに

第1節において、遺棄罪の基本構造、特に217条の「減輕」処罰根拠が副次的法益の不存在にあることが明らかにされた。それ故、ここから直ちに「保護責任者」の範囲が明らかになるように思われるかもしれない。しかし、少なくとも、副次的法益の具体的内容は、本稿の理解する遺棄罪の基本構造からは直接的・内在的に導かれ得ないであろう。他方、それが明らかにされたとしても、

²⁷ 警察官職務執行法3条の緊急保護義務がその根拠である。なお、国家＝警察の役割が二次的なものにすぎないという指摘はすでに、田宮裕＝河上和雄編『大コンメンタール警察官職務執行法』（1993）236頁〔渡辺咲子〕にある。

²⁸ もっとも、警察だけで十分かは問題である。現在の我が国の法制度上、要保護者のうち老者、病者、身体障害者を「保護」する責任のある国家機関は必ずしも十分に設置されているわけではない。したがって、現時点では、制度上要保護者の適切な「保護」を合理的に期待し得る非国家機関（例えば病院など）も含めて理解せざるを得ないであろう。

²⁹ なお、塩見「遺棄」135頁参照。

³⁰ なお、要保護者を「保護」するのは個別具体的な警察「官」であるが、彼・彼女は「保護責任者」ではない。それによる要保護者の遺棄はたかだか217条しか成立させない。なぜなら、218条「的保護責任」は警察という国家機関にあるからである。

³¹ このように理解した場合、217条はいわゆる不救助罪に極めて近似することになるだろう。堀内『不作為犯論』241頁以下参照。

それによって「保護責任者」の範囲が明確になるとも思われない。むしろ、副次的法益の具体的内容は、「保護責任者」の範囲が明確化された後に明らかになるようにも思われる。

いずれにせよ、副次的法益の存在は、「保護責任者」の範囲の抽象的ないわば「外枠」を画すだけであって、「保護責任者」の範囲を具体的かつ明確に確定させるためには、やはり我が国の遺棄罪の「理論的」原型であり、本来的遺棄罪である218条それ自体から導き出されなければならないであろう。そこで、本節では、本稿の検討課題である、作為義務論とは切り離された「保護責任者」解釈論を展開することとする。

「保護責任（者）」の解釈に関する現在の学説は、「保護責任」は作為義務そのものであるとする新（・旧）作為義務説、法定刑の差を強く意識して「保護責任」は作為義務よりも類型的に違法性が高いものであり、限定されなければならないとする限定作為義務説、そもそも「保護責任」と作為義務とはまったく別の要素であり、前者は責任要素であるとする非作為義務説、の三説に分類し得た。また、「保護責任（者）」の法的性質については、新作為義務説及び限定作為義務説が違法要素、非作為義務説が責任要素と理解している。第1節での検討によれば、本稿では、「保護責任（者）」は違法要素であると解することから非作為義務説は採用し得ず³² ³³、したがって、まず、非作為義務説を除く

³² 「保護責任（者）」を責任要素とするのは、本説内在的にも妥当ではない。その根拠が薄弱なのである。例えば、曾根威彦は、「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」からと説明するが（曾根威彦「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。この点は、旧作為義務説の大塚仁の見解〔大塚「遺棄罪」105頁以下参照〕、必ずしも旧作為義務説ではない日高義博〔日高「遺棄罪」163頁参照〕も同旨である）、これが直ちに責任要素であることを導くわけではない。現に、非作為義務説の論者である林幹人の見解に対しては、違法要素性が窺われるとの指摘がある。林美月子「保護責任の発生根拠」西田典之＝山口厚『刑法の争点〔第3版〕』（2000）136頁参照。「保護責任（者）」の法的性質は、遺棄罪の基本構造から導き出されなければならない。

³³ もっとも、結論的には、本稿の方向性は、本説と同様である。堀内捷三は、「保護責任者遺棄罪の保護義務は、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により要する形式的な義務であり、作為義務論とは「義務の発生事由、根拠、性質を異にする。」と主

各説に検討を加え、それにより、問題の所在、「保護責任（者）」の解釈論を展開する上での本稿の視点、及びその学説上の位置づけを明らかにすることとする。

なお、各説の検討の前に確認しておくべき点は、（旧作為義務説を除き）いずれの見解も最終的に「保護責任（者）」が（で）あるとして、218条の行為主体として捕捉される範囲に、そして、その理解の仕方に大きな違いはないということである。言い換えれば、旧作為義務説のように、「保護責任（者）」を、第一に、法律的・形式的に理解するのではなく、第二に、比較的広範に認めるのではなく、第三に、条理や慣習といった不明確な根拠で認めるのではない、という点に異論はないといつてよい。また、「保護責任（者）」を事實的・実質的に理解するために、その一般的意義が抽象的になる傾向にあることも共通している。したがって、以下では、「保護責任（者）」の認められる範囲及びその理解の抽象性については、ひとまず措くことにする。

張している（堀内捷三『刑法各論』〔2003〕29頁）が、これは基本的に妥当である。しかし、だからといって、「保護責任の根拠については、……（要扶助者と行為者）と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」（同書32頁）というのは、妥当ではない。第一に、共同体的関係にあることと事実上の保護の引き受けの開始とがどのような関係にあるのが明らかでないし、第二に、いわゆる「移転を伴うひき逃げ」などのいわば先行行為＋（排他的）引き受け型においては、確かに事実上の保護の引き受けの開始はあると言えるが、共同体的関係があるとはいい得ないのではなからうか。そして第三に、確かに、一般論としては、「保護責任」と作為義務とは異なるが、では、実際にどの程度区別できているのか疑問である。また、論者は、「たとえ保護すべき地位、身分を有していても、その責任を果たすことが困難であり、不可能なときには、保護する責任があるとはいえない。」（同書32頁）と主張するが、そこでいう「保護する責任」が作為義務を指すのであれば理解できるものの、そうでなければ、やはり「保護責任者」と作為義務とを混同していることになり妥当ではない。更に、平野龍一は、身分の継続的性質から「保護責任」の理解を導くが（平野龍一「単純遺棄と保護責任者遺棄」警研57巻5号〔1986〕10頁参照）、身分は必ずしも継続的性質を有さず（平野龍一『刑法総論Ⅱ』〔1975〕372頁参照）、また、身分の継続的性質から平野のような理解が直ちに導かれるわけではないであろう。

2. 新作為義務説の検討

本説は、現行刑法の制定以来一貫して主張されている最も古い学説である（新作為義務説は、基本的には、旧作為義務説と作為義務論の理解の仕方に違いがあるにすぎない）。その根本的理解は、「保護責任」と作為義務とを同一視する点に尽きるが、この点は、（それを維持しつつ以下の点を一応説明する一部の見解を除き³⁴）218条と217条の法定刑の差を合理的に説明していない、あるいはできないという、かつて平野龍一が批判した点に基本的には尽きていると言えよう。本稿では、この点の重要性を認識しているがゆえに、第1節において遺棄罪の基本構造を論じて明らかにしたのである。

にもかかわらず、近時、遺棄罪について検討した齊藤彰子も結局は本説を妥当とする³⁵。すなわち、齊藤によるその他の見解に対する批判は基本的には妥当であり、「論者〔特に、限定作為義務説のそれ—引用者註〕の提示する限界設定は合理的なものとは思われない」という批判は、限定作為義務説の「保護責任は、不真正不作為犯の作為義務と重なる」という文脈においては（ある意味³⁶）妥当であるが（この点は本説の論者により繰り返し批判されている点である）、しかし、先の平野の批判を真正面から受け止めていない点、つまり、遺棄罪の基本構造中最も重要な点を検討していないという点で妥当でない。また、「保護責任者」という「文言から、その種の制限的解釈を導くことは困難」と批判するが、確かに、これは従来 of 学説に対しては、そのように言うことも可能であるが、218条の制度趣旨等から「保護責任者」を「制限的」に「解釈」することは可能であるように思われる。更に、論者は、「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

³⁴ 大塚「遺棄罪」105頁以下参照。なお、日高「遺棄罪」163頁参照。

³⁵ 以下の引用も含めて、齊藤「遺棄罪」53頁参照。

³⁶ 但し、両者が「重なる」の意味が問題である。「保護責任」と作為義務は、本来的には異なる概念であるから根拠が異なるはずであるのに……、というのであれば、その批判は妥当であるが（もっとも、その可能性は限定作為義務説にはないが）、結果的に「保護責任者」の認められる範囲が「重なる」から……、というのであれば、その批判は妥当ではない。例えば、親はその子供との関係では通常「保護責任者」であり、また作為義務者でもある。つまり、「保護責任者」である範囲と、（通常）作為義務の認められるそれとが「重なる」ことはあり得るのである。

罪の成立範囲を限定する必要もない」というが、「保護責任者」の範囲が狭いであろうことは、「制限する必要」性のためではなく、218条の趣旨上本来的には「制限されるべき」だからであるし、(後に述べるように) なぜそもそも「保護責任」と作為義務とを同一視することができるのかがまったく論証されていない。

3. 限定作為義務説の検討

本説は、新作為義務説を基本的に継承しつつ、しかし、それとは(大きく)異なり、平野の批判を真正面から受け止め、218条と217条の法定刑の差を、作為義務を限定することで説明しようとする。

しかし、第一に、論者の提示する「保護責任」概念に問題がある。例えば、山口厚のそれは、218条の「現在の典型」である、親による子供の遺棄を強く意識したものであるが(「継続的保護関係を中心とした……」にそのことは現れている)³⁷、なぜそのように限定できるのか、その理論的根拠が明らかではない(「保護の引き受け」というが、作為義務とは異なり、この場合にのみなぜ「事実上の引き受け」では十分ではないのだろうか。いわゆる「移転を伴うひき逃げ」を排除する趣旨以上に、根拠が必要である)³⁸。

第二に、作為義務論との関係に問題がある。論者は、「保護責任」の違法性の類型的高さを、要保護者の「保護責任者」への依存性と、「保護責任者」による他者の保護可能性の減殺を挙げるが、前者は作為義務においても見られるし、後者はそもそもそれを考慮すべきか疑問である。(後者は新作為義務説にも当てはまるが) 218条は扶助者に保護することを要求していない以上、その者による「保護」の可能性を問題とすることには意味がないようにも思われるし、他方、「保護責任者」による「保護」の可能性を減殺したとしても、行為者が「保護責任者」であれば単に自身が保護すればよく、他の「保護責任者」の存在は行為者の「保護責任者」の確定如何に何ら必要ないと思われる。「保護責任者」の範囲を確定するに際して、作為義務論的要素は本当に必要であるのか、疑問である。

³⁷ 山口『各論』36頁以下参照。

³⁸ 齊藤「遺棄罪」52頁以下参照。

4. 「保護責任（者）」の作為義務的構成から純粋身分犯的構成へ

しかし、従来の学説（但し、非作為義務説を除く）の最も批判されるべき点は、「保護責任」を作為義務的に構成する点である（以下、これを「作為義務的構成」という）。確かに、作為義務論の理論的發展によって、不真正不作為犯の成立範囲は、従来に比して格段に限定された。それ故、それ以上に限定することは、事実の上に事実を積み上げるという方法論とも相まって非常に困難であり、その意味で、近時再び新作為義務説を採用する論者が登場したことは（議論の文脈としては）理解することができる³⁹。しかし、その新（・旧）作為義務説も（そして当然、限定作為義務説も）、そもそもなぜ作為義務的構成が理論的に可能なのか、その論証を一切していないのである。

また、次のような問題がある。第一に、作為義務的構成はドイツ刑法の影響によるものであることは間違いないが、根本的に、我が国とは規定形態が異なる遺棄罪を前提とするドイツの議論を我が国に「適用」したことは、さまざまな点で妥当ではない。つまり、比較法的に根拠がないのである。

第二に、我が国の近代刑法典における遺棄罪の変遷を概観すると、立法者にも、立法に重要な立場で関与した者（本稿では、磯部四郎の議論を参照した）にも、作為義務的構成は見られなかった。立法者は、「保護責任者」は「扶養の義務ある者」であると説明していたし、磯部四郎も法令と契約によって規定されるとしか述べていなかったのである。つまり、我が国の立法史的にも根拠がないのである。

第三に、作為義務的構成は、その理論的前提として、不作為による「遺棄」を念頭に置いていることになるが、そもそも217条であれ218条であれ、原則的処罰行為態様は、他の犯罪類型と同様に作為による「遺棄」のはずである。しかし、その場合に、作為義務は理論的に必要でないから、作為義務的構成は理論的に不可能である⁴⁰。これは、つまり、戦前に小野清一郎と木村亀二が正当にも主張したように、また、戦後に非作為義務説がそうしたように、更に、規

³⁹ それが、齊藤「遺棄罪」53頁である。

⁴⁰ なお、作為による不作為犯という構成を示唆するものとして、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『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第三巻 現代社会と刑事法』（2000）111頁以下参照。また、同稿113頁註（76）も参照。

定上明らかなように、そして、遺棄罪の構造上もそうであるように、「保護責任（者）」は、作為義務的ではなく、作為と不作為の両行為態様に係る「保護責任『者』」という純粋に「身分」として理解されなければならないということの意味する⁴¹（以下、これを「純粋身分犯的構成」という）。

このように、作為義務的構成は、比較法的に、立法史的に、理論的に、妥当でない⁴²。不作為による「遺棄」の場合には、行為者が「保護責任『者』」であることを前提に、作為義務の存否が問題となるのであって、両概念の理論的意義はまったく異なるのである⁴³。

⁴¹ 作為義務者という「身分」と「保護責任者」という身分とを混同しているという批判はすでに、岡本勝「『不作為による遺棄』に関する覚書」法学54巻3号（1990）14頁以下、香川達夫「遺棄罪と共犯（完）」学習院38巻1号（2002）6頁、12頁、13頁、15頁などでなされていた。また、堀内『不作為犯論』231頁以下も参照。判例及び学説上、特に作為義務の存否が問題となる放火罪（108条以下）や殺人罪（199条）では規定上主体は限定されていないが、218条はそうではないという点が決定的に重要なのである。前者と後者を混同してはならない。

⁴² もっとも、作為義務的構成にもそれ相応の理由がある。それは、218条においては、作為にせよ不作為にせよ、あるいは「遺棄」にせよ「不保護」にせよ、「保護責任」を免脱するという意味で、究極的には、不作為犯「的」側面が強いからである（山口「遺棄罪」26頁参照）。また、實際上218条が問題となる事案の多くは、その行為が不作為「的」態様といい得ることから、その場合に、行為者は「保護責任者」ではあるが作為義務はない、というように、「保護責任者」であるか否かを作為義務の存否とは無関係に判断することは「事実上」無意味と言い得るからである。そうだとすれば、遺棄罪の基本構造を、217条＝作為犯、218条＝真正不作為犯、と徹底して理解するのであれば、作為義務的構成はなお可能である。現に山中敬一は、217条を危険創出（作為）型、218条を危険不解消（不作為）型と理解する（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〕）。しかし、刑法典上類似の構造を有する騒乱罪（106条）＝多衆不解散罪（107条）と、住居侵入罪（130条前段）＝不退去罪（同条後段）では、後者の法定刑は、前者と同等かあるいは低いかのいずれであることから、それは少なくとも刑法典の構造からすれば疑問がある。結局、作為による遺棄が218条でも原則的処罰行為態様であることを認めるのであれば、本稿のように理解せざるを得ないように思われる。

⁴³ したがって、行為者が「保護責任者」であるか否かを判断する際に、作為

こうして、「保護責任者」の解釈にあたっては純粹身分犯的構成を採用すべきであるが⁴⁴、これを、遺棄罪の基本構造の理解とも併せて、従来の学説との関係で位置づければ、本稿の理解は次のようになる。すなわち、「保護責任者」を作為義務論から切り離す点で、新旧作為義務説及び限定作為義務説とは距離を置く（反対に、非作為義務説に近づく）が、「保護責任者」を違法身分とする点で、非作為義務説とも距離を置く（反対に、新作為義務説及び限定作為義務説に近づく）ものである。

もっとも、本稿は、そうだとしても、従来の学説のすべてを放棄するわけではない。なぜなら、（旧作為義務説を除く）従来の学説には、あるべき保護責任者の範囲は親子関係を中心とした家族・親族共同体、あるいはそれに類似する者に限定されるべき、という暗黙の共通認識があり、それは同床異夢ならぬ「異床同夢」とでも言い得るが、やはりこれは基本的・最終的には実現されるべきであるからである。とすれば、純粹身分犯的構成の実質的意義は、作為義務や、親による子供の遺棄という218条の「現在の典型」からひとまず切り離して、「保護責任者」を真正面から規定する必要があるという「真の問題」を顕在化させた、あるいは再認識させたことにあることになる。

そして、従来の解釈論の基礎を放棄した結果、「保護責任者」理解の再構成は（あるいは、本来的にはそうあるべきであったのだが）、やはり本来的遺棄罪である218条それ自体によってなされなければならない。そこで、以下では、「保護責任者」を「制度型」と「合意型」に類型化して、その再構成を試みることにする⁴⁵。

義務論におけるような、例えば「依存性」、「排他的支配性」、作為可能性、結果回避可能性（札幌地判平成15・11・27判タ1159号292頁参照）といった要素は、考慮されない。

⁴⁴ （現在なお議論が続いているという意味で）不安定な作為義務論に依拠しないために（また、作為義務論の態度決定をする必要がないために）、あるいは、親による子供の遺棄という、218条の「現在の典型」を論拠としないために、「保護責任者」の理解が解釈論的に安定するという利点がある。

⁴⁵ 以下では、次の文献を主に参考にした。ロナルド・ドゥオーキン（小林公訳）『法の帝国』（1995）308頁以下及び350頁註（20）、（21）、山岸俊男『安心社会から信頼社会へ』（1999）、ハンス・ヨナス（加藤尚武監訳）『責任という原理—科学技術文明のための倫理学の試み—』（2000）139頁以下（特に162頁以下）。また、平山幹子『不作為犯と正犯原理』（2005）215頁参照。

5. 制度型の「保護責任者」⁴⁶

遺棄罪は老年等を原因とする要保護者を「保護」する規定である。また、要保護者とは侵害結果（219条）に至る高度の類型的な危険性を内在している者である。要保護者がそのような者であるならば、その生命・身体を手厚く「保護」する必要がある、また、それを最大化するには、その生命・身体に対して抽象的な危険が生じた段階で刑法が介入することになる。

このような立法政策は妥当である。しかし、遺棄罪が「真に」要保護者を「保護」する規定であるならば、それが老年等一定の原因による場合に限定される必然性はないようにも思われるが、それは次のように理解することができる。すなわち、老年等であれば、要保護者になる蓋然性が（老者、幼者、病者、身体障害者のいずれにも該当しない）25歳の健康な青年よりも類型的に高いために、特に保護する必要性があるということである。

したがって、遺棄罪は要保護者ではなく、実は老者等を「保護」する規定である、と理解することができる。そして、すべての人間は老者等（但し、ここでは幼者を除く。この点は後述する）になるという蓋然性を内に秘めているのだから、まず、本罪のような規定をつくる際になすべきこと（あるいは、本罪のような規定を通じた国家の役割）は、25歳の健康な青年が病者・身体障害者になったとき、あるいは彼・彼女が年齢を重ね老者になったとき、そしてそれらのために彼・彼女が要保護者になったときに、（これらが生じる事態は、立法の段階ですでに明らかなことであるから）これらに備えて、かつ誰一人としてその生命・身体「保護」がなされないという事態を最小限にするために、（国家の責任として）25歳の健康な青年が要保護者になったときのための、その生命・身体を「保護」することに関する最低限の制度的な保障体制を確立することである⁴⁷。しかし、すべての者にそうした責任を負担させるのが過剰であることは明かである。そうだとすれば、「一定の者」にそうした責任を第一次

⁴⁶ 本類型の基本的な発想は、すでに平川『各論』68頁以下に見られる。すなわち、平川は遺棄罪を「社会的弱者の生命・身体の刑法的保護」と捉えている。但し、以下で述べるように、結論は大きく異なる。

⁴⁷ いわば「セーフティー・ネット」である。なお、このように理解したとしても、生命・身体は国家のために（あるいは、国家によって支配・管理されるように）存在するのではない。

的に委ねることが立法政策として妥当であり、その結果が「保護責任者」（の一部）として具体化されたと理解できるのである。

このような意味での最低限の制度的保障の要請は、乳飲み子により妥当する。乳飲み子は、幼者でありかつその性質上要保護者であるから、出生したら必ず誰かがその生命・身体を「保護」しなければならない（し、加えて、老者等とは異なり、（長期的な観点からは）教育的側面もある）から、最低限の制度的保障の要請がより妥当するのである。しかし、老者等の場合と必要性の点においては何ら異なるところがない。

218条が、第一義的には、国家によって、生命・身体に対する「保護」の、最低限の制度的保障が確立された結果のものであると理解できるのであれば、そうして初めて、同趣旨の他の法制度において「特別の義務」を負担させられている者が「保護責任者」となり得ると理解することができることとなる。そして、それは、民法における広義の⁴⁸扶養義務者の範囲を定める諸規定であると考えられるのである^{49 50}。広義の扶養義務者は、そうでない者との関係では、被扶養義務者に対して第一次的な責任を有するが、それが金銭的な給付を典型とするのだとしても、それすら法的に要求されていないような非扶養義務者には、「保護責任者」として振る舞うよう法的に要求できないように思われる。

なお、ここで注意しなければならないのは、扶養義務者であれば「保護責任者」となり得るというだけであって、扶養義務者の範囲内の者の誰かが現に要

⁴⁸ 養子縁組（民法809条）、親権（同820条）、未成年者後見人の場合（同857条）を含む（なお、成年被後見人は、その制度趣旨上財産管理をその任務とすることから〔同858条〕、「保護責任者」とはなり得ない）。

⁴⁹ 旧民法（戦後全面改正される前の家族法）では、現行民法とは異なり、戸主の、家族（旧民法732条以下参照）に対する扶養義務が規定されており（旧民法747条参照）、また、扶養義務者の履行順位が法定されていた（現行民法878条に対応する旧民法955条以下参照）。それ以外の、扶養義務者の範囲には大きな変更はない（現行民法877条1項に対応する旧民法954条1項参照。なお、旧民法954条2項及び現行民法877条2項、3項）。なお、兄弟姉妹に扶養義務を負担させることについては、民法学説上立法論として疑問が提起されている。内田貴『民法Ⅳ 親族・相続〔補訂版〕』（2004）302頁参照。

⁵⁰ 民法の起草者が、扶養義務者の範囲を確定する際に考慮した事情については、梅謙次郎『民法要義 卷之四 親族編』（1912〔明治45〕）528頁以下参照。なお、筆者が参照したのは、有斐閣（1984）から復刊されたものである。

保護者にならない限り、「保護責任者」とはならないということである。つまり、扶養義務者は「保護責任者」になり得る資格のある者なのである。したがって、旧作為義務説のように、「保護義務は、…（要保護者）…の生活を具体的に保護する義務でなければならない」⁵¹わけではない。例えば、離れて暮らしている53歳の親（北海道）と25歳の健康な青年（東京）の場合、青年は親との関係で扶養義務者であり、本稿の理解によれば、たとえ「具体的」ではないとしても、親が要保護者であれば、ただ自身が扶養義務者だからという理由のみで「保護責任者」である（逆もまたしかり）。但し、このような場合の多くは、作為義務（あるいはその他の要素）が欠けるために、218条が成立しないだけにすぎないのである。本稿も、作為義務と扶養義務とを同一視していないのである。

6. 合意型の「保護責任者」：序説

制度型の「保護責任者」の範囲は、218条の第一義的な趣旨上当事者の任意に委ねるのではなく、国家の責任において制度を確立することによって、要保護者の生命・身体の「保護」を保障するということに特徴があるのに対し、合意型の「保護責任者」の範囲については、「任意」であるがゆえに不明確な場合が多い。合意型では、制度型よりも画一的な処理が困難である。以下、この点について論じることとする。

合意型の理念型は、登山パーティーを典型例とする危険共同体型と、夫婦をそれとする夫婦型⁵²であり、この二つの類型は、ある意味で対極的な関係にある。もっとも、そうであったとしても、それらが同じ類型に括られる以上、それらに共通の要素は存在する。

例えば、危険共同体型においては、学説上登山パーティーとピクニックは区別されており⁵³、また、夫婦型においては、一般的に（仮に、人間関係の濃淡、あるいは情緒的関係の存否を考慮すれば）、夫婦と、単なる恋人や友人とは区別され得るであろう。この区別をそれなりに妥当とする、つまり、登山パー

⁵¹ 大塚「遺棄罪」114頁。

⁵² なお、夫婦型は、後に明らかになるように、男＝女関係を意識したものではない。

⁵³ 大塚「遺棄罪」115頁以下、前田雅英『刑法各論講義〔第4版〕』（2007）80頁註8）参照。

ティーと夫婦の場合には218条を成立させるべきであるとするならば、両類型に共通する要素は、ある活動に参加するあるいは関係を構築する際の、他の場合とは比較し得ない、いわば規範的な「高い障碍」の存在である。そして、これが、218条の重い法定刑を基礎づけるように思われる。逆に言えば、「低い障碍」しか存在しない場合には、ただか217条の成立が認められるにすぎないのである。先の「ある意味」というのは、この「高い障碍」を基礎づける事情が、両類型で異なることを意味する。

そうすると、ここでことさら「任意」とする意味も明らかとなる。それは、つまり、行為者に218条の重い法定刑を基礎づける「高い障碍」を乗り越えるか否かの選択の機会を事前に保障し、それを乗り越えたこと、「選択」したことが、行為者の保護責任者となることにかかる「帰責性」を基礎づけるのである⁵⁴。そして、行為者にとってのいわば「不意打ち」を防止するのである⁵⁵。以下では、これを基礎に、危険共同体型と夫婦型について論じることとする。

7. 合意型①：危険共同体型

まず、危険共同体型について、この類型において「高い障碍」を基礎づけるのは、当該活動に必然的に伴う要保護状態に陥る高度の類型的な危険の存在である（以下、「危険な活動」という）。というのも、自身の「身」を、文字通りそのような危険にさらすことになるために、危険な活動に参加するか否かを判断する際に、他と比較し得ない程度の慎重さが要求されるからである。

しかし、積極的（自ら危険な活動を主催するの）であれ、消極的（危険な活動に参加する者からの勧誘によるの）であれ、通常自身の「身」を危険にさらすことの明らかな活動に参加することは、ある意味で「異常」である。逆に言えば、その異常さを「正常さ」に変える、つまり、（自己の身を危険にさらすというある種の）「不利益」を、（少なくとも）補填する（ある種の）「利益」

⁵⁴ 作為義務論においては、鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要 8 号（1999）355頁以下参照。

⁵⁵ 例えば、大塚「遺棄罪」116頁は、218条の成立を認めるべきでない事例において、「偶然に」とか、「たまたま」という事情を考慮しているように思われる。本稿の理解によれば、それは、そもそも行為者が「高い障碍」を越えるか否かの選択をしていないから、と説明されることになる。

があるからこそ、それができるのであろう。このように理解すれば、あえて「高い障碍」を乗り越えることにも、合理的な理由があると言うことになる。そして、そこで言う「利益」とは、もちろん自身の趣味等の満喫感ではなく、自身が現に要保護状態に陥った場合に、第一次的な責任において遺棄罪に言う「危険」を回避してくれる「利益」、すなわち、相手方が「保護責任者」として振る舞うことである。

このことは、危険な活動に参加するその他の者にも当然に当てはまることである。なぜなら、危険な活動に参加する以上、自身だけがその危険を回避することなどできないという意味で、危険を「共有」しているからである。

したがって、危険共同体型においては、危険な活動に参加する者の間では、自身の（危険に身をさらすことによって、類型的に要保護状態に陥る危険性が高まるという意味での）「不利益」を補填する（自身が実際に要保護者になったときに、相手方がそれに対して第一次的に責任を負う、つまり、「保護責任者」として振る舞うという意味での）「利益」を、相手方から享受し、他方で、自身も、相手方の「不利益」を補填する「利益」を提供する、端的に言えば、「利益」の享受と「責任」の負担とを「交換・取引」しているのである。相互が対等な立場にあるということは、危険な活動に参加する者は、自身以外の者について、「保護責任者」となり得る地位にあるということである。

8. 合意型②：夫婦型

危険共同体型における「高い障碍」を基礎づける事情は、このように、当該危険活動に必然的に伴う、要保護状態に陥る類型的な危険性であり、これは客観的・外形的に判断し得るため、「保護責任者」の、そして（それを通じた）218条の成立範囲が（不当に）拡大する可能性は極めて低いと言えよう。

これに対して、夫婦型においては事情が大きく異なると言わざるを得ない⁵⁶。

⁵⁶ なお、法律婚（及びそれとほぼ同じ法的効果を楽しむ内縁）の場合、民法752条があるため、これはむしろ制度型ではないかという疑問があり得る。確かに、その意味では夫婦は、いわば「交錯領域」に位置づけられるとも言えよう。しかし、制度型では、親は子供を選択できないし（その逆もまたしかりである）、兄弟姉妹も同様であるというように、当事者の「意思」の介在する余地がないが、本類型ではそうではない点、また、法律婚等の場合、「事柄の本質上」（但し、これがどのような意味なのかについては、後に明らかにする）

もちろん、それを最も厳格に、つまり法律婚に限定すれば、判断は客観的・外形的に容易になし得、その結果、「保護責任者」の、そして（それを通じた）218条の成立範囲が（不当に）拡大する可能性はまったくなくなるであろう。しかし、判例はそれに限定しておらず、また、学説も（基本的に）それに反対していないことからすれば、結論においてそれは妥当でないということになる。もっとも、法律婚という客観的・外形的ないわば「枠」を取り外した結果、なし崩し的に、「保護責任者」の、そして（それを通じた）218条の成立範囲が（不当に）拡大することになる危険性が極めて大きくなる。夫婦型においては、できる限り明確な規準によって、「保護責任者」の、そして（それを通じた）218条の成立範囲が（適切に）限定されなければならないという要請が強いように思われる。

例えば、同じ会社の寮に住む同僚と二人で共に飲食のために外出し、その後帰宅（？）途中で歩道上で、同僚が第三者によって割れたビール瓶で大腿部を刺突されたために要保護状態に陥ったにもかかわらず、その場に放置した事案について、昭和43年の岡山地裁判決⁵⁷は、特に理由を明示することなく、218条の成立を認めた。これに対しては、学説においては、「飲み仲間に期待される倫理的義務をただちに保護義務として」いる⁵⁸と、実務においても、「人的関係、先行行為、保護の引き受けなど、いずれの点においても保護責任を認める根拠は薄弱である」⁵⁹と批判されている⁶⁰。

これに対して、本稿の理解によれば、先行行為や保護の引き受け、「依存性」・「排他的支配」などの要素は、少なくとも行為者が「保護責任者」であるか否

「配偶者」が218条の意味における「保護」する責任を相互に負う点で、制度型とはやはり異なるというべきである。その意味では、同752条は確認規定であり、同818条、877条は創設規定と理解されることになる。

⁵⁷ 岡山地判昭和43・10・8判タ232号230頁。

⁵⁸ 小暮得雄ほか編『刑法講義各論—現代型犯罪の体系的位置づけ—』（1988）73頁〔町野朔〕（以下、町野『各論』と引用する）。

⁵⁹ 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第二版〕第11巻』（2002）191頁〔半田靖史〕。

⁶⁰ これに対して、本判決を妥当と評価するのは、山中『各論Ⅰ』98頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第二版〕第2巻』（1999）82頁以下〔土屋眞一＝名取俊也〕などである。

かを確定する際に考慮されない要素であるが、そうすると、この場合の実質的な規準として最もあり得るのは、「人的関係」やその濃淡であろう。しかし、人間関係と一口に言っても、個々の場合で事情は異なる。例えば、出会って日は浅いが真に結婚することを臨んでいる、あるいは真に愛し合っている異性・同性間、10年ぶりに再会した旧友、仲の悪いクラスメイト、上司と部下の関係、大学教員と学生の関係などである。仮に、人間関係やその濃淡を規準とするとすれば、それは抽象的にすぎるだろう。

では、どのように考えるべきだろうか。夫婦型における「高い障壁」を基礎づける事情は、まず、典型的な「夫婦」を想定したとき、それが他（典型的には、友人）と圧倒的に異なるのは、その関係を構築するには自己の生活（生命・人生）を賭さなければならないことである。なぜなら、それは、自身の存在のすべてを相手に委ねることを意味し、その意味で自身の「身」を危険にさらすと言えるから、やはり、そのような関係を構築することについての判断は慎重にならざるを得ないからである。そして、危険共同体型と同様に、その「高い障壁」を乗り越えられるのは、結局、相手も自分と同様にその生活（生命・人生）を自分に提供し、自分にその存在のすべてを委ねることになるからである。ここでは、危険共同体型とは異なり、生活を「共有」しており、他方、それと同様に、「交換・取引」が成立しているから、相互に「保護責任者」となり得る基礎付けがなされているのである。

そうすると、判例上218条の認められた事案の多くが「同居」のそれであったこと⁶¹、また、行為者が保護責任者であるか否かの判断において、学説上明示・黙示を問わず、その存在が重視されていること⁶²、がそれなりに理解可能

⁶¹ 大判大正8・8・30刑録25輯963頁と名古屋地判昭和36・5・29裁時332号5頁を対比されたい。なお、幼者の、自宅への引取行為が、一般的に、「保護責任者」であることを基礎づけるとされるのは、大人とは異なり、それには生活を共にすることによって、ある程度長期的に伴う教育という要素が考慮されているためと思われる。また、これまでの人的関係から、生活を共にすることが容易に想定される場合（判例においては、義兄や半雇用関係にある場合がある）だからであろう。もっとも、本稿の理解によれば、引取行為自体が重要なのではなく、生活を共有している（する）ことである。要保護者の性質、要保護者との関係等は、その存否を図る一つの事情にすぎない。

⁶² 町野『各論』71頁参照。

になる。なぜなら、夫婦も同様であるが、他人と生活を共にすることの、典型的・象徴的・客観的・外形的事実が、物理的な意味で「同居」することだからである⁶³。

もっとも、厳密な意味でのそれが要求されるわけではない。なぜなら、ここで言う生活を「共有」することとは、実質的な判断だからである。例えば、単身赴任先の妻と本来的居住地の夫の場合、前者の意味での「同居」は存在しないから218条の成立範囲外であるとするのは、妥当ではない。逆に言えば、物理的な意味での「同居」が存在しても、生活を共にしているとは評価し得ない場合には、218条の成立は認められるべきではない。例えば、その典型として、いわゆるルーム・シェアリングが挙げられよう。

したがって、夫婦型で決定的に重要なのは、人間関係でもその濃淡でもなく、生活を共有しているか否かである。その判断事情としては、例えば、「同居」の期間が長期に亘っている事実、それがなくとも、「同居」時における相互に結婚する意思の存在など、あるいは、それが長期に亘るであろうことを窺わせる客観的な事実があれば、218条の成立を認めるべきである。

なお、制度型と同様に、合意型においても、ある種の「活動」に参加することによって形成された当事者関係が、「保護責任者」となり得る資格を基礎づけるだけであって、その関係当事者の誰かが要保護者にならない限りその他の関係当事者が「保護責任者」であるとは言い得ない⁶⁴。

9. 保護責任者遺棄罪とは何か？

本節の最後に、保護責任者遺棄罪とは何かについて述べておく⁶⁵。

⁶³ 内田文昭『刑法各論〔第三版〕』（1996）93頁、94頁註（10）参照。

⁶⁴ なお、制度型の場合、「保護責任者」となり得る地位から解放されることは余り考えられないが、合意型の場合は、危険や生活を共有していないと評価されれば、それで「保護責任者」となり得る地位から解放されることになる。例えば、登山パーティが、登山終了後に一度解散した場合には、もはや危険を共有していないので、そのメンバーは「保護責任者」となり得る地位から解放され、したがって、例えば、ある日道端にかつてのメンバーが要保護状態に陥っていたにもかかわらず、それを放置したかつてのメンバーは、かつてそうであったことを理由に、218条で処罰されないのである。

⁶⁵ 従来の判例及び学説において是認されてきた多くの事案は、このような理

制度型、合意型のいずれにあっても、そこで前提とされているのは217条的世界観、つまり（血も涙もない）一般社会（開かれた世界）である。すなわち、制度型とは、一般社会におけるある一定の関係にある者を、制度設計段階で抽出して「保護責任者」（の一部となり得る者）とする類型であり、他方、合意型とは、一般社会におけるある一定の任意に構築された関係にある者を、「保護責任者」（の一部となり得る者）とするものである。端的に言えば、218条は、特殊な社会（閉じた世界）における、要保護者の生命・身体を「保護」する規定なのである。

また、両類型に共通するのは、当事者が相互に「保護責任者」となり得る地位にあるということである。刑法は、その意味で、要保護者の「保護」の第一次的な責任を、特殊な社会（閉じた世界）を構成する者に委ねたのである。217

論構成でも捕捉される。しかし、次の二点に注意を要する。第一に、判例及び学説において是認されてきた、「(継続的) 保護（事実上）の引き受け」による218条の適用という、いわば「事務管理型」は、本稿の理解によれば、妥当でない。それは、制度型でも合意型でも正当化し得ないからであるが、更に二点を指摘することができる。まず、遺棄罪の基本構造上217条においても「事務管理型」は存在するため、それによって217条と218条とを区別することはできない。したがって、自宅に連れて行こうが、「(継続的) 保護の意思」があろうが、たかだか217条の成立しか認められないことになる。次に、「事務管理型」は、歴史的には、218条の適用範囲を拡大する端緒であったため、これを認めることは「保護責任者」の範囲の限定化を実質的に放棄することを意味する。逆に言えば、「保護責任者」の範囲の限定化を指向するのであれば、「事務管理型」を「最初に」放棄しなければならない。第二に、その論理的帰結として、第三者が「保護責任者」となるのは、現に「保護責任者」である者からその責任を引き受けたからであって、要保護者との関係によってではない。制度型（合意型でもよいが）のために、基本的に要保護者にはすでに「保護責任者」は存在するのであるから、一定の関係にないためにそもそも「保護責任者」となり得る地位を獲得していない者は、「保護責任者」からしかその責任を引き受けることはできないのである。したがって、例えば、（本来あってはならないことであるが）緊急搬入された身寄りのない者に対して、手術担当医となった医師が、術後適切な措置を施さなかったという場合には、従来の見解によれば218条の成立が認められ得るが、本稿の理解によれば、上述の条件を満たさないためにたかだか217条しか成立し得ないことになる。なお、当然、医師という身分は、「保護責任者」か否かの判断に何らの影響も及ぼさない。

条は、社会的連帯思想の現れといわれることがあるが⁶⁶、それとあえて対比するならば、218条は、個人的連帯あるいは内部的連帯と言うこともできるだろう。

218条と217条をこのように比較すると、要保護者の視点からは、特殊な社会（閉じた世界）の構成員に対して自身の生命・身体を「保護」してくれるであろうと「期待」することは合理的であり（これを「信頼」ということができる）、他方、一般社会（開かれた世界）のそれに対して同様に「期待」することは単なる「淡い期待」にすぎないといえよう⁶⁷。両者は質的に異なるのである。

もっとも、そのような「信頼」も相手との一定の関係にあることが前提に生じる⁶⁸から、単なる要保護者の信頼「感」ではなく、（生命・身体の「保護」に関する）信頼「関係」というのが正確であろう。そうすると、例えば、親Aに遺棄されたその子供aの場合と、赤の他人Xに遺棄されたaの場合とを比較すると、実は、前者と後者ではそのような「信頼関係」の存否に決定的な差があることとなり、「保護責任者」が218条に存在する副次的法益のために違法身分であることからすれば、副次的法益とは、そのような「信頼関係」と理解することも可能であろう⁶⁹。

⁶⁶ 改正刑法草案282条（単純遺棄罪）の説明によれば、本条は「社会連帯的思想から刑事責任を問うものである」。法制審議会刑事法特別部会編『改正刑法草案 附同説明書』（1972）225頁以下。

⁶⁷ 本稿の理解によれば、前掲岡山地判昭和43・10・8の事案における被害者が抱いたであろう「期待」は、国家＝法制度によって、あるいは「高い障壁」を乗り越えたことを基礎とする当事者の合意によって保障された合理的な理由のある「信頼」ではなく、単なる「淡い期待」にすぎないことになる。

⁶⁸ 合意型の場合、当事者の意思が無から有（「信頼関係」）を生じさせるが、制度型の場合、あえて言えば、国家＝法制度が無から有（「信頼関係」）を生じさせているのである。

⁶⁹ もっとも、試論の域を出ない。本節冒頭で述べたように、副次的法益の具体的な内容は、本稿の議論からは直接的・内在的には導き得ないと思われる。それを明らかにするためには、「不保護」の実質的意義・内容を明らかにしなければならないであろう。身分の有無一行為の広狭―法定刑の軽重は円環構造（「保護責任者」の要件なくして、「不保護」のそれはなく、その逆もまたしかりである）だからである。

本稿における結論

まず、本稿の結論をまとめる。

- ① 我が国の遺棄罪の「本質」は、要保護者と「保護責任者」との関係、すなわち保護＝被保護関係によって理解されるため、行為もそれで規定される。
- ② 我が国の遺棄罪の基本類型（原型＝本来的遺棄罪）は218条であり、その処罰「減輕」類型（非本来的遺棄罪）は217条である。
- ③ 218条は保護＝被保護関係を「内部」から（直接的に）破壊する行為を、217条はそれを「外部」から（間接的に）そうする行為を処罰する規定である。
- ④ 「不保護」は保護＝被保護関係を実質的に破壊する行為を、「遺棄」はそれを形式的にそうする行為を意味する。
- ⑤ 我が国の遺棄罪の「危険」は保護＝被保護関係の破壊をその内容とする。
- ⑥ 217条の「減輕」処罰根拠は、218条における副次的法益（国家＝法制度または一定の当事者の合意によって形成された「信頼関係」）の不存在である。
- ⑦ 要保護者の「保護」は、第一次的には「保護責任者」の責任であり、第二次的には扶助者のそれである。そして、扶助者の「扶助」責任は、「保護責任者」、または国家＝警察に要保護者を引き渡すことである。
- ⑧ 制度型の「保護責任者」については、民法における広義の扶養義務者がそれになり得る者となる。
- ⑨ 合意型の「保護責任者」については、(i)危険共同体型においては危険な活動に参加することによって（危険の共有）、(ii)夫婦型においては生活（生命・人生）を共にすることによって（生活の共有）、関係を構築した者がそれになり得る者となる。
- ⑩ 218条はいわば「個人的・内部的連帯」に、217条はいわば「社会的・外部的連帯」によっている。

そして、遺棄罪を通じて、刑法は、要保護者の生命・身体を、以下のような役割分担によって「保護」していることになる。

第一に、国家と扶助者・「保護責任者」との関係では、後者が第一次的責任

を負う。国家は、それらによる「保護」が期待できないとき、例えば、扶助者によって発見され得ない場合、あるいは「保護責任者」の所在が明らかでない場合に、緊急的・一時的に要保護者を「保護」するにすぎない。これは、（警察官職務執行法3条にあるように）典型的には警察によってなされる。そしてその後、警察は「保護責任者」の所在を明らかにして、要保護者を「保護責任者」に引き渡し、あるいは、それが容易には発見できない、または存在しない場合には、（しかるべき手続きによって）しかるべき機関に要保護者を引き渡し、新たに「保護責任者」を決定させる等しなければならない。

第二に、扶助者と「保護責任者」との関係では、後者が第一次的責任を負う。したがって、扶助者は要保護者を発見した場合には、基本的には、「保護責任者」に引き渡さなければならない。それが困難である場合は、国家（基本的には警察）に引き渡さなければならない。

第三に、国家の一般的な責任として、扶助者との関係では、それが要保護者を引き渡せるような、適切な国家機関を設置することが、また、「保護責任者」との関係では、金銭等の給付等による支援体制を構築することが考えられる。

最後に、残された問題点と他の争点について以下述べる。

第一に、本稿の理解によれば、「保護責任者」は複数存在し得るため（むしろそれが通常である）、不作為の「遺棄」や「不保護」の場合には履行順位が問題となる。その決定には、各々の「保護責任」（作為義務）の内容・範囲が重要となるように思われる。例えば、親と保育士の場合を考えると、親は子供を保育士から引き取る義務があるという意味で責任が重く、その範囲も広いと言える一方で、保育士は親に子供を引き渡せば、「保護責任者」という地位から解放されるという意味で責任は軽く、その範囲も狭いと言えるだろう。とすれば、履行順位は、親が保育士に優先するということになり得る。これらはいずれも作為義務論の問題であろう。

第二に、遺棄罪においては、（本稿のような理解を前提としなくとも）「保護責任者」が要保護者の生命・身体の「保護」に関して第一次的責任を負うことは規定形態上窺い得るが、この責任は、本来的には、国家の責任・役割であるように思われる。また、218条は究極的には不作為犯とすら言い得るから、作為義務論において、誰が作為義務を負うべきかを決定する際には、国家の責任・役割の、明文にない形での責任の委譲があるとも考えられる。不真正不作為犯

の場合、218条のように明文がない以上、その委譲のある場合は極めて限られたものになるだろう。もっとも、これは、遺棄罪と理論的に連続的な関係にある不作為による殺人罪（199条）を念頭に置いたものであって、不作為による、放火罪（108条以下）や詐欺罪（246条）との関係では、国家の責任・役割との関係は無関係であるようにも思われる。

こうして本稿は、①遺棄罪の基本構造と、②「保護責任者」の範囲を明確化することによって、③遺棄罪を通じた要保護者の「保護」に関する全体的な役割分担を浮き彫りにしたことになる。しかし、「遺棄」・「不保護」の内容如何の問題は、更に検討すべき重要課題として残っている。

付録：裁判例一覧

※事案：「⇒」の左側を行為者、その右側を被害者とする。その他は適宜「……関係」などで表記する。

※罰条：「+死・傷」は219条の適用を意味する。「→」の左側を起訴時の罰条、その右側を認定された罰条とする。なお、基本的には217条ないし219条以外の罰条を表記しない。

※判断：行為者が「保護責任者」であるか否かを検討している場合を「○」、していない場合を「×」とする。

なお、本一覧表で挙げられている裁判例は当該事案の確定判断である。

判 決 ・ 決 定	事 案	罰 条	判断
大判明治45・7・16刑録18輯1083頁	元雇用者⇒元被雇用者	§ 217	○
大判大正3・1・26新聞922号28頁	子⇒母親	§ 218	×
大判大正4・2・10刑録21輯90頁	幼者の貰い受け	§ 199	○
大判大正4・5・21刑録21輯670頁	老者の引き取り	§ 217	×
大判大正5・2・12刑録22輯134頁	幼者の貰い受け	§ 218	○

大判大正 7・3・23刑録24輯235頁	子⇒父親	§ 218＋死	○
大判大正 8・8・7 刑録25輯953頁	夫婦⇒母親	§ 218＋死	○
大判大正 8・8・30刑録25輯963頁	雇用者⇒被雇用者	§ 218＋死	○
大判大正14・12・8 刑集 4 巻739頁	夫婦⇒母親	§ 218	×
大判大正15・9・28刑集 5 巻387頁	病者の引き取り	§ 218＋死	○
大判昭和 3・4・6 刑集 7 巻291頁	父子⇒妻（母親）	§ 218＋死	×
大判昭和10・10・30刑集14巻1100頁	戸主⇒伯母	§ 199→§ 218＋死	×
大判昭和12・3・24判決全集 4 巻6号42頁	義兄の引き取り	§ 218	○
大判昭和12・9・10刑集16巻1251頁	両親⇒子供	§ 218＋死	×
最判昭和27・12・9 裁判集刑70号285頁	父親⇒子供＋祖父	§ 218＋死	×
札幌高函館支判昭和28・2・18高刑集 6 巻1号128頁	養母⇒子供	§ 218＋死	×
札幌高函館支判昭和29・3・16判特32号95頁	子⇒父親	不明	○
最判昭和33・5・24刑集12巻8号1535頁	隊長⇒隊員	§ 218＋死	×
大阪高判昭和30・11・1 高刑特 2 巻22号1152頁	ひき逃げ事犯	§ 218	○
最判昭和34・7・24刑集13巻8号163頁	ひき逃げ事犯	§ 218	○
熊本地判昭和35・7・1 下刑集 2 巻7＝8号1031頁	医師⇒新生児	§ 218→不成立	○
名古屋地判昭和36・5・29裁時332号5頁	同僚関係	§ 217＋死	×
横浜地判昭和36・11・27下刑集 3 巻11＝12号1111頁	雇用者＋同僚⇒被雇用者（同僚）	§ 218＋死	○
東京高判昭和37・6・21高刑集15巻6号422頁	ひき逃げ事犯	§ 218＋死	○
最決昭和38・5・30裁判集刑147号409頁	親⇒子供	§ 218	×

大阪地判昭和39・11・5判時390号51頁	夫婦関係	§ 218	×
神戸地判昭和41・5・21判タ194号185頁	ひき逃げ事犯	§ 218	×
大阪高判昭和41・11・14高検速報(昭和42年)5号	ひき逃げ事犯	§ 218	×
岡山地判昭和43・10・8判タ232号230頁	同僚関係	§ 218	×
最決昭和43・11・7判時541号83頁	愛人関係	§ 218+死	○
盛岡地判昭和44・4・16判時582号110頁	ひき逃げ事犯	§ 218	×
仙台高判昭和44・8・19高検速報(昭和44年)14号	父親⇒子供	§ 218	×
東京高判昭和45・5・11高刑集23巻2号386頁	ひき逃げ事犯	§ 218	○
東京地判昭和48・3・9判タ298号349頁	母親の恋人⇒子供	§ 218	○
大阪高判昭和54・3・14判タ396号150頁 ⁷⁰	母親⇒子供	§ 218+死	×
東京高判昭和60・12・10判時1201号148頁	内縁関係	§ 218+死→§ 211 I	×
最決昭和63・1・19刑集42巻1号1頁	医師⇒新生児	§ 218+死	○
東京地判昭和63・10・26判タ690号245頁	母親⇒子供	§ 218 (+傷)	×
最決平成元・12・15刑集43巻13号879頁	薬物注射者⇒被注射者	§ 218+死	×
大分地判平成2・12・6判時1389号161頁	母親⇒子供	§ 218+死	×
千葉地判平成12・2・4判タ1072号257頁	母親⇒子供	§ 218+死	×
甲府地判平成13・10・24公刊物未登載 (TKC-LEX/DB28075415)	夫婦関係	§ 218+死	×
福岡地判平成13・12・6公刊物未登載 (TKC-LEX/DB28075111)	実父+養母⇒子供	§ 218+死	×

⁷⁰ 判タでは大阪高判昭和53・3・14とされているが、原審が大阪地判昭和53・3・29なので、おそらくこのようであろう (TKC-LEX/DB には、いずれにせよ、本判決は未登録である)。

さいたま地判平成13・12・26公刊物未登載(TKC-LEX/DB28075240)	父親⇒子供	§ 218＋死	×
さいたま地判平成14・2・25判タ1140号282頁	母親⇒子供	§ 218＋死	×
神戸地判平成14・6・4公刊物未登載 (TKC-LEX/DB28075607)	兄弟関係	§ 218＋死	×
神戸地判平成14・6・21公刊物未登載 (TKC-LEX/DB28075605)	母親⇒子供	§ 218＋死	×
神戸地判平成14・10・25公刊物未登載 (TKC-LEX/DB28085170)	父親⇒子供	§ 218＋死	×
福岡高宮崎支判平成14・12・19判タ1185号338頁	宗教関係者⇒子供	§ 218＋死	○
大阪地判平成15・3・13公刊物未登載 (TKC-LEX/DB 未登録) ⁷¹	店長＋店員⇒客	§ 218＋死	○
札幌地判平成15・11・27判タ1159号292頁	夫婦関係	§ 218＋死→§ 218	×
広島高岡山支判平成16・1・28公刊物未登載 (TKC-LEX/DB28095162)	母親⇒子供	§ 218＋死	×
金沢地判平成16・6・24公刊物未登載 (TKC-LEX/DB28095533)	子⇒母親	§ 218＋死	×

⁷¹ 山内由光「判解」警公59巻5号（2004）59頁以下参照。

執筆者紹介（掲載順）

菅原 寧 格	北海道大学大学院 法学研究科助教
池 炫周・直美	北海道大学大学院 法学研究科助教
芝 田 文 男	北海道大学大学院 公共政策学教授
黄 詩 淳	北海道大学大学院 法学研究科助教
坂 口 一 成	日本学術振興会特別研究員
我 妻 広	大学業非常勤講師 大学院
王 冊	北海道大学大学院 法学研究科附属高等 教育研究センター客員研究員
大 島 梨 沙	北海道大学大学院 法学研究科博士課程 員
松 原 和 彦	北海道大学大学院 法学研究科博士課程 員
今 井 弘 道	北海道大学大学院 法学研究科附属高等 教育研究センター教授

平成19年 5 月23日 印 刷
平成19年 5 月30日 発 行

編 集 人 小 森 光 夫

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. 58 May 2007 No. 1

CONTENTS

ARTICLES

- Die rechtsphilosophische Bedeutung des Wertdenkens von M. Weber und K. Jaspers (1)
—— Der gedankengeschichtliche Hintergrund der gegenwertigen Gerechtigkeitstheorie —— Yasunori SUGAWARA 1
- Social Policies and "New Politics" during the Kim Dae Jung Administration (2)
—— The Perception Gap seen in the Expansion of Welfare and Gender Policies ——
..... Hyunjoo Naomi CHI 61
- The latest tendency of social inclusion policies in EU and implication to Japanese policy Fumio SHIBATA 490[1]
- The Function of Deduction of Compulsory Portion in the Process of Succession in Taiwan (4)
—— In Comparison with the Law in Japan ——
..... Sieh-chuen HUANG 438[53]
- The Structure of 'Justice' in China Today (6)
—— 'Strike Hard' : Why Criminal Suits May Serve as an Instrument? —— Kazushige SAKAGUCHI 376[115]

NOTES

- Criminal Appeal System and Criminal Cases Review Commission in England and Wales (1) Hiroshi WAGATSUMA 306[185]
- The Collapse of the Myth of the Preference for Mediation (2)
—— Implications of the Change in the Utilization of the Procedure for Dispute Resolution in Contemporary China ——
..... WANG Ce 250[241]
- La protection juridique du couple non marié en France (2)
—— le PACS et le concubinage —— Lisa OSHIMA 210[281]
- Über das Tatsubjekt der qualifizierten Aussetzung (3)
..... Kazuhiko MATSUBARA 166[325]

MATERIAL

- Unzurückkunft zur Anerkennungstheorie Hegels
—— Zur Hegelstudien Prof. Yasuhiro IKADATSUs ——
..... Hiromichi IMAI 111

[]...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