HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	[北大法学論集　第58巻　第2号　全1冊]
Citation	北大法学論集, 58(2)
Issue Date	2007-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/28039
Type	journal
File Information	lawreview_vol58no2.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 58 巻　第 2 号

論　説

フランス憲法院による法律の憲法適合的解釈に関する一考察（1）
…… 辻　信幸　1

おとり捜査の研究（1）
―― ドイツ法理論の発展を手掛かりにして ――
…… 内藤大海　41

公企業と官僚制（10・完）
―― 戦時期・戦後復興期の営団・公団・公社 ――
…… 臭住弘久　95

日中戦争はなぜ南下したのか（3）…… 松浦正孝　137

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（2）
―― 現代正義論の思想史的背景 ―― …… 菅原寧格　229

金大中政権における「現代化」と社会政策（3）
―― 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　297

現代中国における「司法」の構造（7・完）
―― 厳打：なぜ刑事裁判が道具となるのか？ ――
…… 坂口一成　576[1]

シンポジウム

東アジア法哲学シンポジウム：中国における「生ける法」と
「司法」を通しての法形成の可能性（1）
…… 東アジア比較法文化研究会　369

はしがき …… 今井弘道　370

(1)「ネオ・エールリッヒ的な法形成モデル」の
「正統性 legitimacy 問題」…… 今井弘道　372

(2) 現代中国における国家法と民間法の研究
…… 蘇力(朱蘇力)　384

(3) 中国における先例システム確立の意義と段取り
―― 比較法的視座から …… 張騏　403

資　料

〈北大立法過程研究会報告〉
予備的調査の実態と最近の調査局改革―国会改革の動き
…… 大西勉　445

判例研究

民事判例研究 …… 和田美江　514[63]

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

名誉教授

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

教授

池田清治（民法）
今井弘道（法哲学）
遠藤乾（国際政治）＊
大塚龍児（商法）
岡田信弘（憲法）
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
小森光夫（国際法）
○権左武志（政治思想史）
笹田栄司（憲法）
白取祐司（刑事訴訟法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
空井護（現代政治分析）
高見進（民事訴訟法）
○田口正樹（法史学）
田中宏（法実務基礎）
田村善之（知的財産法）
辻康夫（政治学）
常本照樹（憲法）
道幸哲也（労働法）
長井長信（刑法）
中村研一（国際政治）＊
中山竹博（刑事実務）
長谷川晃（法哲学）
林田清明（法社会学）
林貴（商法）
人見剛（行政法）
稗貫俊文（経済法）
○藤原正則（民法）
町村泰貴（民事訴訟法）
松浦正孝（政治史）＊
松久三四彦（民法）
宮本太郎（比較政治経済）
宮脇淳（行政法）＊
村上裕章（行政法）
○山口二郎（行政学）＊
山崎幹根（行政学）＊
山下龍一（行政法）
山本哲生（商法）
吉田克己（民法）
吉田邦彦（民法）
亘理格（行政法）＊

特任教授

伊藤誠一（民事実務）
佐藤崇（刑事実務）

客員教授

曽野裕夫（民法）
田村智幸（法実務基礎）
村主隆行（民事実務）

特任准教授

山崎敏彦（行政法）＊

准教授

會澤恒（比較法）
桑原朝子（日本法制史）
新堂明子（民法）
得津晶（商法）
○中川寛子（経済法）
中島岳志（アジア政治論）＊
深町晋也（刑法）
藤谷武史（行政法）
眞壁仁（日本政治思想史）
水野浩二（法史学）
横溝大（国際私法）
吉川樹徹（ヨーロッパ政治史）＊
吉田広志（知的財産法）＊

講師

宮本融（国際政治）＊
石川敬史（政治史）
押見善久（労働法）
根本尚徳（民法）

助教

遠藤泰弘（政治思想史）
北見宏介（行政法）
高影娥（民法）
黄詩淳（民法）
倉田賀世（社会保障法）
佐藤陽子（刑法）
菅原格（法哲学）
池炫周（政治学）
辻信幸（憲法）
内藤大海（刑事訴訟法）

＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員　○印

雑誌編集委員

論　説

フランス憲法院による法律の憲法適合的解釈に関する一考察（一）

辻　信幸

はじめに
第一章　日本とフランスにおける従来の議論
　第一節　日本における従来の議論
　　第一項　日本における憲法院研究

第二項　大河原良夫による議論
第三項　蛯原健介による議論
第二節　フランスにおける従来からの議論
～解釈留保の起源と、フランス公法雑誌（R.D.P.）における憲法院判決の扱われ方
第三節　フランスにおける解釈留保の扱われ方
第四節　小括～初期のフランスでの議論と、日本における議論との関係
第二章　憲法院による解釈留保付き諸判決
第三章　現在の議論～留保の三分類論と、単一性質論
第四章　フランス憲法院判決における解釈留保の意義
第五章　日本の最高裁判決において用いられた合憲限定解釈の再評価
結びにかえて

（以上本号）

はじめに

一　合憲限定解釈とは？

合憲限定解釈は、一般に、「違憲と争われている法規につき、広狭二義の解釈が法文上は可能に見え、広義の解釈をとると法が違憲となり、または違憲となる疑いが強い場合、憲法に照らし法解釈をし、憲法上問題のない狭義の解釈を

導く」[1]ものと理解されている判決手法である。このように合憲限定解釈は、広狭二つの解釈が成り立ちうることを前提として、その中から合憲となる方を選択するものであると理解されてきた。この手法の最大のメリットは、違憲の疑いのある法律そのものは合憲としつつ、その法律のより憲法適合的な運用を可能にしうる点にあるといえよう。その結果、人権保障がより促進されることもあるだろう。他方でそれが抱える限界や問題として、行き過ぎると裁判官による法律の書き換え、すなわち事実上の立法となってしまうこと、また、法律の文言と実際に適用される内容とがかけ離れたものになり、その結果、かえって法律の適用があいまいになりかねないこと、法的安定性を害しかねないこと、また刑事法の場合には、その予見機能を阻害し、構成要件の不明確性を導いてしまいかねないこと、さらには、本来ならば違憲とすべき法律や条項まで、解釈によって救済してしまいかねないことなどが指摘されている。この手法は、司法消極主義的な違憲審査のあり方を前提として、法令については合憲性の推定原則が働いていることや、そこから導かれる憲法判断回避の原則から説明されることが多い[2]。

ところで藤井俊夫は、合憲限定解釈について、それは元来右で見たようなものであったが、今日では、この原則は実際上、「通常の解釈によれば違憲と思われるような規定をも、憲法の趣旨に合わせて限定することにより、それを合憲とするための判決技術となっている、といってよいものと思われる」[3]と指摘し、この広狭二義の解釈の存在というものがもはや前提とされていないのではないかと述べている。そしてここまでの断言はしないものの、合憲限定解釈が、「法律を合憲と判断する」という目的のもとで用いられ、その結果広狭二義（もしくはそれ以上）の解釈の存在を前提とする、という前提が微妙なものとなっていることは、広く認識されているように思われる。

たとえば高橋和之は、合憲限定解釈について、「ある法律が違憲（の疑い）を含むとき、それを除去するような意味に法律の意味を解釈する」[4]もので、「違憲となりうるような解釈も法律そのものの解釈としては十分可能」[5]な場合、よ

り端的にいえば、「そのような解釈こそが法律のもっとも素直な読み方であるという場合」[6]に用いられるのが通常であると述べている。すなわち、ごく普通に成り立ちうるいくつかの解釈の中から合憲のものを選択するというよりは、むしろ普通に読めば違憲となるが、それを何とか合憲としうるような「解釈」を導き出す、あるいは探し出すというほうがより近いということであろう。

もっとも高橋和之は、だからといって合憲限定解釈の手法を否定的に捉えているわけではない。この手法には、「法文の意味を合憲的なものへと画定する」[7]合憲部分画定型と、「法文のもちうる違憲的（あるいは違憲の疑いのある）意味を画定する」[8]違憲部分画定型の二つがありうると分析した上で[9]、さらに、この手法が広く注目されたのは全逓東京中郵事件[10]であったが、それ以前から最高裁判決の中で何度も採用されており、「文面上判断に入った場合、一般的に言えば、違憲とするよりは合憲限定解釈をする方が立法部の判断を尊重することになるから、司法消極主義の立場からはきわめて当然のルールといってよい」[11]と述べており、合憲限定解釈をひとつの手法として高く評価している[12]。

また戸松秀典は、合憲限定解釈とは、「ある法令について違憲の疑いがかけられているとき、その疑いを除去するように法令の意味を解釈する手法」[13]としている。そして、この手法が行使されているとき、「そこで解釈の対象となっている法令の規定は、広狭二義の解釈が可能であることが前提となっているはずである。」[14]と指摘することで、合憲限定解釈は、広狭二義の解釈を前提とするものであることを確認している。しかし続けて、「広狭二義の解釈可能性ということは、客観的、一律に決まっているわけでない。したがって、実際に狭い意味に限定して解釈されたことが適正なものか否かをめぐって、論議を引き起こすことになる」[15]と述べることによって、合憲限定解釈の正当性をめぐり、広狭二義の解釈の可能性、より端的にいえば狭い解釈が成り立つ可能性があったかどうかが争点となりえること、そしてそのかぎりで、合憲限定解釈は広狭二義の解釈可能性の存在を前提としているものであると示すと同時に、現実の合憲限

定解釈では、実際に広狭二義の解釈可能性の存否が争いとなるような「解釈」がなされていることを明らかにしている。[16]

もっとも戸松秀典も、だからといって合憲限定解釈を否定するわけではない。この手法が用いられるのは、法律の合憲性推定の原則と、「解釈により救えるならば法令に対する違憲の判断を避けるべきであるという、裁判所に求められる一般原則」[17]、すなわち「付随審査制の下では、当該事件の解決との関係で文面審査をするのだから、一般的・抽象的に法令を違憲と判断するような審査は避け、解釈により合憲とする余地があるなら、それによって当該法令を適用して訴訟・事件を解決することが裁判所の役割」[18]であることによっていると指摘している。戸松秀典は、最高裁判所がどのような判決を下し、そしてその結果、具体的にどういった内容の憲法が妥当しているのかということに主たる関心をおきつつ記述しているため、この手法の是非の評価をはっきりと示しているわけではないが、高橋和之と同様に、最高裁判所が用いるひとつのありうる手法と見ているといえよう。

ところで戸松秀典は、実際に最高裁判所の判決を見ると、合憲限定解釈の手法を用いる例はかなり顕著であるうえに、「その頻度もさることながら、重要憲法訴訟に対して用いられる例をよく見る」[19]と指摘している。[20]そしてそれらを見てみると、人権保障を促進するためにこの手法を用いる、人権保障促進型と、立法を正当化するためにこの手法を用いる、立法正当化型の二つのタイプに分けられることを明らかにしている。[21]このうち、前者の「人権保障促進型合憲限定解釈」は、「限られた領域における一定時期での展開をみせたにすぎ」[22]ないとし、具体的には、公務員の労働基本権に関する分野での判決、たとえば全逓東京中郵事件[23]などでこの手法がとられたが、のちに労働基本権に関する分野については「最高裁判所自身否定したため、判例法上の生命はなく」[24]なっているという。そして他方で、後者の「立法正当化型合憲限定解釈」と称すべき「人権保障に配慮するよりも、立法の正当性を維持することを専らの目的としてなされる合憲限定解釈」は、最高裁判所が積極的に採用する傾向を示していると述べ、福岡県青少年保護育成条例事件[25]

や税関検査事件[26]などを例としてあげている。[27]このように、人権保障型が衰退し立法正当化型が積極的に用いられるようになったのは、「最高裁判所が公務員の人権保障の価値よりも、制限禁止立法にこめられている利益（公共の福祉）のほうを優先したから」であると戸松秀典は指摘している。こうして、今日の最高裁判所の諸判決を前提とする限りで、合憲限定解釈が権利救済に積極的役割を果たす可能性はないと評価されている。

戸松秀典も、高橋和之と同様に、合憲限定解釈の手法をひとつのありうる手法と評価しているのだが、戸松秀典は最高裁判所の判例の傾向を分析することにより、この手法が権利救済に積極的役割を果たしていないことを明らかにしている。これらの指摘から明らかなように、合憲限定解釈の利点として、法律を違憲とすることなしに、より憲法適合的な法律の適用を実現することができる点があげられることがあるが、少なくとも今日の日本においては、そういったことはいえないと一般に評価されているのである。

二　合憲限定解釈の再評価の意義とその必要性

合憲限定解釈に対しては、現状でそれが果たしている機能、つまり右に見たように、立法の正当化に貢献し、違憲の疑いが濃い法律を救うばかりであることによる批判がある。そしておそらくは、そういった現実をふまえてのことであろうが、合憲限定解釈を論じる際に、それが人権を守るためのひとつの手段として役立ちうるものであることがしばしば強調されている。

たとえば芦部信喜は、「合憲限定解釈の合理性は、法律の適用範囲を限定することによって基本的人権保障の趣旨に反しない結果を導くことができるかどうかが決め手になる。」「限定解釈の限界は、当該解釈が実体的適正手続の観点か

らいって、どれほど個々の人権保障の趣旨・目的に忠実であるか否かという点とも密接にかかわる問題である」[28]であるとか、「構成要件の限定解釈の限界は、当該解釈がどれほど憲法上の個々の人権保障の趣旨・目的に忠実であるか否かという点と密接にかかわる問題である」[29]などと述べているのである。ところでこれは、要するに、どのように解釈したか、という問題ではなくて、どのような結果を出したか、という観点からする評価である。この結果、広狭二義の解釈の存在可能性といった問題は背景に退き、最高裁がとる司法消極主義的な立場を前提として、あるいは司法消極主義的な審査が望ましいものであることを前提として、いかに法律を違憲とすることなしに人権保障の実をあげうるかという、まさに「結果」を追い求めることが問題となってしまっている。

こういった「結果」思考の中で、公務員の労働基本権に関する諸判決において用いられた合憲限定解釈は、憲法学者からは、そこで導かれた結果によって、必然的に高い評価を受けることとなった[30]。だがそれにもかかわらず、いったいいかなる解釈を施したのか、という観点から、解釈の限界を超えるものであるなどと批判を浴び、最終的に最高裁はその立場を捨て去ることとなってしまった。つまり、合憲限定解釈は人権救済に役立つというメリットがあるという理解が、かえって、ありうる複数の解釈の中から憲法適合的な解釈を選択するという合憲限定解釈の本来の出発点から離れることを知らず知らずのうちに促進し、不明確性の増大や裁判官による立法行為になるといった、欠点を増幅するような結果となっているのである。

結局最高裁判所は、全逓東京中郵事件以来の、公務員の労働基本権に関する諸判決、とりわけ都教組事件と全司法仙台事件において自らが下した判決において採用した、いわゆる二重の絞りの合憲限定解釈に対して、全農林警職法事件において、その限定解釈のあり方のあいまいさを批判し、「不明確な限定解釈は、かえって犯罪構成要件の保障的機能を失わせることとなり、その明確性を要請する憲法三一条に違反する疑いすら存する」[31]と述べている。最高裁のこの

判決の立場に与するかどうかはともかく、これらの諸判決は、望む結果を追い求めるあまり、かえって合憲限定解釈の悪い面の一つが顕著に現れた事例と見ることもできるだろう。まさに、「限定解釈によって法令の規定の意味が明らかになったとしても、その解釈がそもそも無理なものであるときは、説得力を欠くことになるのではないか、ということが問われる」[32]のである。

合憲限定解釈は、使いようによっては、たとえ違憲の疑いが濃いものであっても、ただひたすらに法律を合憲と判断するための道具となってしまう可能性もあり、そして戸松秀典が指摘するように、現状において、合憲限定解釈はこのマイナス面が目立ってしまっているといえよう。このようなことから、日本において、合憲限定解釈には現在のところあまり注目が集まっておらず、かつて人権救済のために用いられたという過去の栄光だけが残っているようにも思える。だが最高裁自身も、全農林警職法事件で、公務員の基本的人権保障に関する諸事件で用いられた二重の絞りの留保には、罪刑法定主義に反することなどを指摘して排斥しつつも、処罰対象から、単なる規律違反と見られる行為や、ストに際して単なる機械的労務を提供したものを除外するという限定を施しているし、全逓名古屋中郵事件[33]でも、争議行為の指導的行為をしたものだけが罰せられるという限定を付している。また福岡県青少年保護育成条例事件においてみせたように、罪刑法定主義に関する分野においても、合憲限定解釈の手法は用い続けている。限定解釈によって出てくる結果が、違憲の疑いの濃い法律の救済になっているとしても、合憲限定解釈の手法そのものは、まだ生きているといえる[34]。今はマイナス面が目立ってしまっているとはいえ、合憲限定解釈は、立法機関たる国会と憲法裁判所たる最高裁との関係を必要以上に緊張化させることなく、憲法により適合的な法運用を可能にしうるものであり、使いようによっては、広く憲法裁判の場で有効な手法たりうるものであるように思われる。

最高裁判所による法律の合憲性の統制の活性化を望む声は多いが、最高裁判所のこれまでの判決の傾向を考えるとき、

最近やや変化の兆しが見られるものの[35]、今後突然に司法積極主義のほうに舵を切り、法律の合憲性に対する統制を活発化させるとはあまり考えられない。しかし、統制の活性化を望むのであれば、中間的な手法である合憲限定解釈の活用は考慮されてしかるべきである。また、たとえ最高裁判所の立場ほどでなくとも、司法消極主義的なあり方が、三権分立の中での裁判所の役割としてみるならば妥当と一般に考えられていることを思うと、合憲限定解釈の手法には、もっと光が当たっていてもいいはずである。

三　フランス憲法院の「解釈留保」付き判決

その意味で注目すべき動きを示しているのが、フランスの憲法院である。フランスでは長いこと、法律中心主義と「裁判官統治」に対する懸念から[36]、憲法裁判が行われてこなかったが、一九五八年憲法で憲法院による法律の合憲性の統制が導入されると、とりわけ一九七〇年代以降、活発な活動が続いている[37]。憲法院は周知のとおり、基本的には、法律の議会での可決後から、大統領による審署の前までの間に、法律の性質に応じて義務的又は任意に法律の合憲性を判断する、事前抽象審査のみを行っている。その憲法院で、活動開始以来一貫して、「解釈留保（réserve d'interprétation）」[38]と総称される判決手法が用いられ続けている。

憲法院が下す判決の種類は、おおきく、全部違憲、一部違憲、合憲、留保付き合憲に分けられ、前三者は、憲法院のホームページ上[39]でも、判決の区分けに用いられている。まず全部違憲判決は、審査された法律の条項の全体が違憲と判断されるもので、判決の主文において、付託された条文が憲法に違反することが宣言され、法律の審署が禁止される[40]。たとえば一九七六年のいわゆる車両検問法判決[41]がある。そこでは、「司法警察官…は、公の交通のある道路上で、車両

およびその内部の検問を、明白に廃棄された車両である場合を除き、その所有者または運転者の立会のもとに、職務として行うことができる」旨、定められていたのに対して、この規定が所有権保護、恣意的逮捕の禁止、個人の自由の原理、住居不可侵の原理に対する侵害の可能性などを理由として付託された。憲法院は、本法は「司法警察官…に対し、車両が公道上にあり、かつ検問が所有者または運転者の立会のもとで行われることだけを条件にして、すべての車両およびその内部への検問を行う権限を与えることを目的としたものである」としたうえで、法律の文言にはこの他の限定がなく、法規の一般性、許される検問の範囲の不明確性などを理由として、違憲の宣言をした。これにより、本法を審署することはできなくなった。なお憲法院によって指摘された問題点を補完することで車両検問を行うための法律を起草することは可能であったが、本件では結局、立法化そのものが断念された。

次に一部違憲判決は、問題となった法律の一部が違憲と判断されるものである。これには二つの場合がある。一つは不可分の一部違憲、もう一つは可分の一部違憲であり、いずれであるかは、少なくとも判決の主文の中で述べられる。不可分とされるのは、違憲と判断された条文が法律全体と深くかかわっている、あるいは本質的な要素であって、その条文無しでは法律が意味をなさない場合で、結局法律全体について審署が禁止される。それゆえ、全部違憲判決と同じ効果を有することになる[42]。可分の方は反対に、違憲とされた部分を取り去っても法律が適用可能である場合に宣言され、違憲とされた部分を除いた残りの部分について審署することができる。このような場合、違憲とされた部分を補完するような法律などがあとから制定されるのが一般的であり、そこにおいて、違憲とされた理由が考慮されることになる。また可分とされた場合に、大統領は議会に法律の再審議を求めることもできる。そのようなものとして、一九八五年八月八日の[43]、ヌーヴェル・カレドニー（ニューカレドニア）の選挙区分法判決がある。

この法律の定める選挙区割りは、いわゆる一票の価値について最大二・一三倍の格差を有していたが、その部分が平

等原則（選挙権の平等と法律の前での平等）を侵害しているとして、違憲とされた。大統領は法文全体の再審議を要求し、議会は、最大一・八二倍の選挙区割りを作成したのであった。(44)

第三に合憲判決は、審査された法律の全体が合憲であると判断されたもので、判決主文において、付託された条文は「憲法に適合する」、または「憲法に違反しない」と宣言され、(45)法律を審署することができるようになり、その条項は以後、常に合憲なものと扱われるようになる。(46)

最後に留保付き合憲判決である。留保付き合憲判決では、審査された法律のある条文について、憲法院が示した解釈に従う限りで、法律は合憲とされる。判決の主文において、「上で見た解釈の留保のもとで」問題の条文は合憲であると示されることもある。(47)形式の上では合憲判決であるので、判決を受けた法律は、大統領によって審署されうる。学説によって、訴えの却下と法律の無効の中間的行為として位置付けられている。なお辞書的な定義によれば、「解釈留保」とは、「諸法律の合憲性の統制において、憲法院によって用いられる技術であり、憲法に反することになるような、ありうるひとつの解釈を排除すること（中立化留保）によってであれ、憲法に適合すると宣言することを許す解釈を与えること（建設的留保）によってであれ、ある条項の違憲宣言を回避することを憲法院に許すものである。憲法院は時々、同じく（egalement）「指令的」な留保を述べる。すなわち、裁判官は法律の適用を担う諸機関に対して、憲法上の要求の尊重を求める」(48)ものである。この留保付き合憲は、法律を違憲とすることなく、憲法適合的な法律の運用を目指しているという点で、合憲限定解釈と同様の作用を営みうるといえよう。

この留保付き判決について、近年フランスでも注目が集まっている。最近では全判決中に占める割合も高く、(49)憲法院の判断手法として定着するにいたっている。

四　本研究の問題意識

以上を踏まえ、本研究では、合憲限定解釈の手法を再評価するべく、フランス憲法院の解釈留保の手法を参照して検討を進めていくこととする。フランス憲法院の解釈留保の手法を参照する理由は、次のようなものである。

第一に、フランスにおいて解釈留保を検討するときには、一般に、先に見た中立化、建設的、指令的の三分類論の枠組みが用いられている。しかし一口に三分類論といっても、論者によってそれぞれの要素の定義の仕方にいくらかばらつきがあったり、より細かな分類が用いられたりしている。[50] また、こういった三分類論に対して、アレクサンドル・ヴィアラは、その著書のなかで、すべての解釈留保は指令的な性格を有しており、そしてこの指令的な性格こそが解釈留保とそのほかの解釈とを分ける標識となるという、一元論とでもいうべき説を主張している。このようにフランスにおいても、解釈留保付き判決をどう理解するかについて、統一的な理解は存在していない状況である。しかし検討の枠組みとして用いられているのは、人権救済―法律救済というような判決が果たす機能ではなく、また解釈の結果いかなる結論が導かれたかということでもなく、基本的に法律の条項にどのような解釈が施されたかという、解釈手法を問題とする枠組みである。[51]

ところで、合憲限定解釈を再評価し、その再活用、再発展を考えるときに、合憲限定解釈のマイナス面をできるだけ抑え、プラス面をより大きくすることが重要である。そこで、合憲限定解釈の問題点として批判されているのは何かといえば、限定の不明確性やあいまい性、裁判官による恣意性、あるいは裁判官による立法行為となる、といった事柄であるが、これは、何が許される解釈で何が許されない解釈なのかを明らかにすることで、相当程度押さえ込むことができる問題である。[52] そこで、合憲限定解釈の限界というものを考えるには、日本における合憲限定解釈の議論のように、

出てきた結果に着目して分析するのではなくて、[53]いかなる解釈操作をしたのかという観点からの分析が不可欠であるといえよう。そういった観点から、フランスにおける解釈留保にまつわる諸議論は参照に値するものである。また、こういった分析をするためには、ある程度の判例の蓄積が必要であるが、その意味でも、憲法院の諸判決は非常に有用である。

第二に、フランスでは、長い間、法律中心主義的な考えの下で違憲審査制の採用それ自体を拒んできたにもかかわらず、今日憲法院による法律の違憲審査が活発に行なわれており、そしてその憲法裁判の発展の中で、合憲限定解釈的な手法である解釈留保が大きな位置を占め、今日では判決の不可欠の要素となっていることである。これは、憲法裁判の活性化、発展を志向するときに、きわめて有益な参照例となるものと考えられる。歴史的に法律の位置付けが非常に高かったフランスにおいて、端的に法律を違憲とすること無しに、法律をより憲法適合的にすることができる解釈留保の手法が、憲法院の活動当初から用いられ続けているのは、偶然ではないだろう。

第三に、さらに日本では、フランス憲法研究全体の充実ぶりからすると、解釈留保に注目した研究はいまだ数少ないといえる。そのため、解釈留保付き判決を網羅的に紹介し、分析を加えることにも、大きな意味があるといえる。

そこで、合憲限定解釈について再評価するための手がかりとして、フランスにおける解釈留保の問題を検討する。

しかし、合憲限定解釈と解釈留保とは、まったく同じものではない。ヴィアラによると、解釈留保の手法は事前・抽象型の合憲性の統制を行う機関に特有の手法であって、アメリカのような付随審査型には存在しない（ありえない）手法であるという。[54]憲法裁判所は、事前統制であるがゆえに抽象的な議論をせざるを得ず、その次元で将来起こるさまざまの事柄に対応する必要があること、また、統制した法律が、通常裁判官によって解釈適用される規範になり、特に憲法院はそこでなされる適用に一切介入できないため、どのような解釈がされるかわからないという不安があることか

ら、憲法裁判所が自らの解釈を明らかにするために用いるのが解釈留保の手法だというのである。解釈留保の「指令的」性格を強調するとこうなるだろう。

しかし、仮にすべての留保が指令的な性格を有するとしても、そのことから直ちに、留保の手法がフランス（あるいは抽象的審査を取る諸国）のみに存在する手法といい切れるだろうか。少なくとも、憲法に基づいて法律を限定的に解釈する、という点で解釈留保と合憲限定解釈とは共通する要素を有しているし[55]、また解釈留保が指令的である点に最大の特徴があるとしても、その指令の内容や、指令の出し方によって、さらに違いがあるとみることができるのではないだろうか。つまり、すべてが指令的な性格を持つとしても、その中に、事前の抽象的審査を行う憲法裁判所に固有の解釈留保と、より一般的に、憲法裁判所全般において行われうる解釈留保というものが、考えうるのである。もしそうであれば、それらの違いを明らかにすることには、フランスの憲法院の判決を理解するうえで意味があるし、また憲法裁判所全般において行われうる解釈留保は、日本の合憲限定解釈の議論でも参照に値するものになると考えられる。さらに、フランスにおいて、解釈留保付き判決がすでに相当数蓄積し、また今後もそれが増加していくことが見込まれ、さらに解釈留保を扱った論考も次第に多くなってきている今日、それらを整理検討し紹介することにも意味があると考える。

そこで本研究では、憲法院の活動開始以来今日まで下されたすべてのD・C・判決[56]のうち、法律を対象とする解釈留保付き判決を検討対象としてとりあげることにする。法律に対する合憲限定解釈のあり方を検討しようとする本稿においては、法律の合憲性を審査する機関としての憲法院を扱えばそれで足りるからである。なお補足的に、特に必要がある限りで、議院規則その他に関する判決に付された解釈留保にも言及する。

次に本研究の検討順序であるが、まず、日本において、フランスの違憲審査、そして憲法院に関してどのような議論

がされてきたか、そしてその中で解釈留保の手法がどう扱われてきたかを概観する。次に、解釈留保に関する諸議論を見る前提として、憲法院が下した解釈留保付き判決を概観する。第三に、フランスにおける解釈留保について、その時期的な起源や、あるいは学説等において、初期のころにはどのように扱われ、理解されてきたかを概観する。第四に、通説的な三分類論の最近の議論と、それを否定しているヴィアラの議論とを検討する。最後に、それらの諸議論を対比するなかから、憲法院の解釈留保付き判決をどのようなものとして理解すればよいかを検討し、その特殊フランス的な手法としての解釈留保と、違憲審査一般に共通する手法としての解釈留保とを明らかにし、後者について、日本での合憲限定解釈と対比してみたい。

註

（1）時国康夫「合憲解釈のアプローチ（上）」『ジュリスト』三二六号（一九六五年）八二頁。

（2）たとえば米沢広一は、合憲限定解釈を用いる根拠として、法規範を上位規範に従って解釈することによって憲法を頂点とする法体系の統一性を維持すべきこと、立法部の判断を尊重し法律は合憲と推定されるべきこと、法令を合憲とすることによって生じる混乱をできるだけ回避すべきこと、法令の合憲、違憲に関する不必要なあるいは未熟な判断の発生を防止すべきことをあげている。米沢「合憲限定解釈の許否」『法学教室』一〇七号（一九八九年）四〇頁以下。

（3）藤井俊夫「司法消極主義と合憲解釈」小林孝輔還暦記念『現代法の諸領域と憲法理念』（学陽書房、一九八三年）五二三頁以下。

（4）高橋和之「憲法判断回避の準則」芦部編『講座憲法訴訟』第二巻（有斐閣、一九八七年）二二頁。

（5）高橋、前掲論文。

（6）高橋、前掲論文。

(7) 高橋、前掲論文二三頁。
(8) 高橋、前掲論文。
(9) 阪本昌成も、この、合憲部分画定型と違憲部分画定型という区別をとっている。阪本昌成『憲法理論Ⅰ』補訂第三版（成文堂、二〇〇〇年）四一六頁。
(10) 最高裁判所大法廷昭和四一年一〇月二六日判決。
(11) 高橋、前掲論文二二頁。
(12) なおここで、高橋和之のいう「文面上判断」の意味であるが、これは、「法律を本件に適用する限りにおいて合憲あるいは違憲」とする手法である「適用上判断」と対置されるもので、「法律（の条文）そのものの合憲・違憲の判断を指」していることに注意する必要がある。この用語法によれば、適用審査の場合には文面上判断と適用上判断の両方がありうるが、文面審査においては文面上判断しかありえないことになる。高橋、前掲論文、五頁。
(13) 戸松秀典『憲法訴訟』（有斐閣、二〇〇〇年）二二六頁。
(14) 戸松、前掲書。
(15) 戸松、前掲書。
(16) ただしこれは、「広狭二義の解釈可能性ということは、客観的、一律に決まっているわけでない」ものであるから、これを突き詰めれば、要するに裁判所が合憲限定解釈の結果「こうである」と判断したならば、それがいかなる内容のものであろうと、それが合憲限定解釈として成り立ってしまうということを意味する。もしそうであるならば、広狭二義の解釈を前提とするというのは、もはや建前以外の何者でもなく、現実には、法律を合憲とするためになされる、違憲の疑いを排除するすべての解釈が含まれることになるだろう。
(17) 戸松、前掲書。
(18) 戸松、前掲書二一二頁。
(19) 戸松、前掲書二二七頁。
(20) 戸松秀典は、合憲限定解釈付き判決の例をいくつか検討した後で、「法令の規定について、裁判所が合憲だとの判断を下す解釈は、しばしば合憲限定解釈としての性格をもつことになるといってよい」とも述べ、この手法が非常に広範に用

いられうるものであることを指摘している。戸松、前掲書二三二頁。

(21) 同様のことを、藤井俊夫も指摘している。藤井、前掲論文五二六頁。また、君塚正臣もこの枠組みを用いている。君塚「合憲限定解釈の再検討―労働基本権を制約する最高裁判決を素材に」『帝塚山法学』一一号（二〇〇六年）五〇頁。

(22) 戸松、前掲書二二七頁。

(23) 最高裁判所昭和四一年一〇月二六日大法廷判決。

(24) 戸松、前掲書。なお、この分野以外に見られる若干の例として、昭和三五年七月六日大法廷決定をあげているほか、いくつかの少数意見を提示している。

(25) 最高裁判所昭和六〇年一〇月二三日大法廷判決。

(26) 最高裁判所昭和五九年一二月一二日大法廷判決。

(27) 戸松、前掲書二三〇頁以下。

(28) 芦部信喜「合憲限定解釈と判例変更の限界」『ジュリスト』五三六号（一九七三年）四六頁以下。

(29) 芦部信喜「法令の合憲解釈」小島和司編『憲法の争点（新版）』（一九八五年）二六一頁。

(30) もちろん、端的に違憲と判断するべきであった、という批判はあった。だがとりわけ、全農林警職法事件で最高裁が立場を変えて以降、よりましなものとして評価を受けているように思われる。

(31) 最高裁判所昭和四八年四月二五日大法廷判決。

(32) 戸松、前掲書二三三頁。

(33) 最高裁判所昭和五二年五月四日大法廷判決。

(34) 君塚正臣は、「全農林警職法判決で合憲限定解釈を論難した最高裁が、ほぼ同様の解釈を、法令の擁護のためには次々と行っていると言ってよい。」と指摘し、合憲限定解釈の手法がむしろ多数用いられていることを指摘している。なお、戸松、前掲註19も参照。

(35) それを示すものとして、例えば、郵便法を違憲とした平成一四年九月一一日大法廷判決、在外投票権について立法不作為の違憲を認めた平成一七年九月一四日大法廷判決という二つの違憲判決をあげることができよう。

(36) 「裁判官統治論」の起源とその変遷について検討したものとして、拙稿、「裁判官統治論に関する歴史的考察」『北大法

学論集』第五二巻一号（二〇〇一年）三一七頁。

(37) 憲法院の初期の活動について、深瀬忠一「フランスの憲法審査院―その性格と実績」『ジュリスト』二四四号（一九六二年）三四頁。

(38) この“réserve d'interprétation”については、論者によって、解釈の留保であるとか、留保解釈であるとか、留保付き解釈などという訳語が当てられているが、いずれをとっても特に意味に違いはない。

(39) http://www.conseil-constitutionnel.fr/

(40) 全部違憲判決の例として、たとえば、一九七七年一月一二日判決（CC76-75DC）、一九七九年一二月二四日判決（CC79-110DC）、一九八二年一二月二日判決（CC80-122DC）などがある。

(41) CC76-75DC, 1977. 1. 12. 本判決の邦語の解説として、坂本茂樹＝和田英夫「フランス憲法院の最近の判決について―車両検問違憲判決を中心に」『法律論叢』第五二巻一号（一九七九年）八九頁がある。

(42) 不可分の一部違憲判決が下された例として、一九八二年一月一六日判決（CC81-132DC）などがある。

(43) CC85-196DC, 1985. 8. 8.

(44) なおこの修正された法案は再度提訴されたが、憲法院は一九八五年八月二三日判決（CC85-197DC）において合憲と判断した。

(45) 論者によっては、「適合する」と「違反しない」の判示の間に効果の違いを見出すものもいる。たとえばファヴォルーは、「違反しない」の場合には、その合法性に関するすべての疑いを免れるものではないが、憲法についてみれば、決定的に異論を唱えられうるほどではないという判断なのに対して、「適合する」の場合には、まさに適合する、より厳格に憲法と合致するという判断であるとしている。Louis Favoreu, la decision de constitutionnalite, R. I. D. C., 1986, p. 622. そしてこの区別が、審署された法律に対する例外的な事後審査の可能性とかかわっているといった議論も見られるが、憲法院が意識してこれを使い分けていると見るのは困難であろう。

(46) このほか、憲法院が形式上の問題、たとえば法律がすでに審署されてしまっていたとか、付託に必要な議員数を満たしていないなどの理由から付託を不受理とした場合にも、結果的に合憲判決が下されたのと同じこととなる。ただし不受理の場合には、法律の内容の問題に立ち入らないことから、ここではとりあげないこととする。

(47) とりわけ初期の判決では、このような言及のないものが多い。最近では、ほとんどすべての場合に、主文で言及されている。

(48) Michel de Villiers, Dictionaire de droit constitutionnel (5éd), Paris, ARMAND COLIN, 2005, p. 214.

(49) 近年では、過半数の判決において用いられるにいたっている。

(50) Alexandre Viala, LES RÉSERVES D'INTERPRÉTATION DANS LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, (1999), L. G. D. J.

(51) もちろん、個々の判決において、そこで示された判断、あるいは付された留保から導かれる結果の妥当性が論じられることはある。

(52) 君塚正臣は、合憲限定解釈について、「法令の意味が過不足なく憲法適合的である場合を除いて、ほとんどの法令は合憲限定もしくは合憲拡張解釈をする余地がある」けれども、「合憲限定解釈は法文を変えず、解釈によって権利制限の幅を変えようというのであるから、それが法的安定性を害すること、予見機能を害する」ことも否定できないというところから、それを全部否定することも、全部肯定することも出来ないとし、そしてこのことから、「現行憲法の解釈論として、いかなる場合にどのような合憲限定解釈が許容されるのかを問題にすべき」であると指摘している。「許される合憲限定解釈」と「許されない合憲限定解釈」を区別する必要があるという点で、本稿と問題意識を共通するところがあるが、君塚は、それを検討するに際して、それが用いられる権利の分野を中心に議論をする点で異なる。君塚、前掲論文五〇頁。

(53) もっともこれは、付随的審査制をとる以上、個別の権利救済が問題となる中で憲法問題が争われるため、ある意味当然の傾向ということもできるかもしれない。

(54) Viala, ibid., p. 6.

(55) 大石眞は、合憲解釈の「原則は、ドイツ型の憲法裁判制度でも採用されている基本的な法律解釈方法でもあって、とくに司法審査制に特有の帰結というわけではない」と述べ、逆の側から、合憲限定解釈的な手法は、憲法裁判一般に共通する手法であると指摘している。大石眞『憲法講義Ⅰ』（有斐閣、二〇〇四年）一二頁。

(56) 法律等の憲法適合性に関する判決の総称。

第一章　日本とフランスにおける従来の議論

第一節　日本における従来の議論

第一項　日本における憲法院研究

「はじめに」のところで、憲法院の解釈留保付き判決に注目した研究は、日本ではまだ数少ないことを指摘した。しかしながら、憲法院に関する研究というところまで視野を広げると、かなりの量の研究の蓄積があるといえよう。そしてそれらの諸研究は、大きく分けて三つの目的から検討されていたといえるように思われる。[57] その第一のものは、憲法院の制度紹介、あるいは憲法院またはフランスの違憲審査に固有の研究である。そのような研究の例として、初期の憲法院研究である、深瀬忠一「フランスの憲法審査院―その性格と実績」[58]、田中館照橘「フランスの憲法審査院（上）（下）」[59]などのほか、滝沢正「フランスにおける憲法の最高法規性に関する一考察」[60]、大藤（原岡）紀子「フランスにおける批准前の条約の合憲性審査について（一）（二）」[61]、大河原良夫「フランス憲法院と条約」[62]、植野妙実子「フランスにおける法の一般原則」[63]などの論文がそれに当たるといえよう。

次に、違憲審査にまつわる諸問題を検討する素材として、憲法院およびその判例をとりあげた研究がある。たとえば、飯野賢一「フランスの憲法院と違憲審査を行う裁判官の正当性」[64]、山元一「《80年代コアビタシオン現象》以降のフランス憲法論の一断面―『法によって捕捉される政治』という定式をめぐって―」[65]、武居一正「フランス憲法院の性格」[66]、今田浩之「フランス憲法院の性格論の性格」[67]、今田浩之「フランス憲法院と『共和国の諸法律により承認された基本的

諸原理』」[68]、今関源成「フランスにおける〝違憲審査制〟の問題点／政権交代と憲法院」[69]といったものがある。

そして最後に、人権、あるいは統治機構を考察する際の手がかりとして、憲法院、特にその判決をとりあげた研究がある。たとえば、小原清信「マーストリヒト条約およびフランス憲法改正の問題と憲法院判決―一九九二年の二つの憲法院判決を素材として―」[70]、小原清信「フランス公法判例研究：いわゆるトゥーヴォン法違憲判決の研究（フランス語使用義務法の一部を違憲とした事例）」[71]、伊藤雅康「オルー法のなかの企業管理参加権―憲法学からのアプローチ―」[72]、野村敬造「フランス憲法評議院の最近における二つの判決」[73]といったものがあげられよう。

これらのうち、解釈留保付き判決との関係で特に注目すべきは、最後にとりあげた、主に憲法院判例を手がかりとした諸研究である。ところでこれらの研究は、確かに憲法院の判例を手がかりに検討されている。しかし主に問題にされているのは、憲法院の結論、つまりある人権をどのように理解したかということであって、解釈留保の手法が採用されたかというような、判断手法の問題にはあまり注目が集まっていない。こういった判例研究をする場合、そもそも研究者の目を引くのは違憲判決であることが多く、それゆえ、解釈留保が付された判決（当然に、結論は合憲となる）に集まる注目はおのずと低いものになりやすく、結果的にあまり扱われないということもあるだろう。しかしながら、解釈留保の手法が存在すること自体は、ある程度認識されていたということができる。たとえば矢口俊昭は、「憲法院の議院規則に対する違憲審査」[74]の中の、憲法院判決の効力を論じた部分で、「憲法院判決のなかに、『……の留保の下で』（sous réserve que）合憲というものがある。かかる手法の判決では、議院規則に対し一定の解釈が理由の中で提示され、その結果、議会の審議規則ならびに立法手続などで一定の運用が議院ないし政府に課せられることになる」[75]と述べ、議院規則の統制において解釈留保付き判決が用いられていることを紹介している。さらにその例として一九五九年六月一七日判決[76]や一九六二年七月一〇日判決[77]、一九六九年一一月二〇日判決[78]、一九七二年六月二八日判決[79]をあげるとともに、

「かかる判決方法はほかにもみられるが、憲法院が課した解釈・運用が尊重されていないという主張を今日まで全然きかない。したがって、この種の判決も各議院によって遵守されていると思われる」[80]と述べている。また、判決方法の特徴を述べている部分の記述において、「憲法的模範と議院規則の間の可能な限りの完全な類似」を求めるという意味で厳格な合憲性観念がとられていることを述べ、そのなかで、「この厳格性の一つの現れといえる『……の留保の下で』合憲という判決が若干みられる。その最初の例は1959年の判決に既にある。」とし、先にあげた一九五九年六月一七日判決を紹介したうえで、「かかる判決方法は、議会に対して不適用という重大な結果をもたらす違憲判決を避けるという意味を、憲法院が意識しているかいないかに拘らず、もっていることは確かである。しかし、同時にかかる判決方法が採用されるのは『憲法裁判官が憲法条文と規則の諸規定の間に単なる両立性でなく、真の合致を要請するからである。』[81]」というファヴォルーの言葉を紹介している。矢口俊昭は議院規則に対する留保を扱ったこの論文のほかにも、「フランス憲法院判決の進展―新聞事業の集中排除に関する二判決を中心に―」[82]のなかで、憲法院の一九八四年一〇月一〇・一一日判決[83]中で述べられた法律に対する解釈留保についても記述している。事件を紹介すると、本件で問題となった法律の第一〇～一二条の条項は、一人の人間が所有可能な新聞の流通量の比率について定めたもので、第一三条はそれを受けて、その比率の計算は、その人が新聞を獲得（acquisition）あるいは支配（prise de controle）したのに先行する一二か月で評価され、本法公布時に存在している状況については、本法公布に先行する一二か月について評価されると[84]定めていた。これに対して憲法院は第四三理由付けで、「本法第一〇、一一、一二条は、これらの条項において述べられていた基準の適用を二つの場合のみに限っている、先に見た本法第一三条の文言を考慮した形でしか読まれえない。すなわち一方で、本法律公布時において超過していた場合と、そして他方で、将来的には、排他的に獲得あるいは支配権取得に由来する超過の場合である。法律そのものは、新しい日刊紙を創刊する場合や、あるいは買収や支配

権取得以外の理由による流通量の発展の場合、この上限の作用から除外している。それゆえ、創刊の自由と日刊紙の自然な発展とは、読み手の自由な選択をまったく侵害しない」と判断し、第四四理由付けで、「このような解釈は、さらに法律の準備作業にも適合するものであり、優位せねばならない。（略）」と判断した。これについて矢口俊昭は、憲法院が「いわゆる留保つき合憲の手法を使い、適用領域を限定した」と評価し、「それに従うと、将来にわたっても、本上限の適用は新たに発刊された新聞あるいは所有権または支配権の取得以外の理由による頒布部数の発展の場合には排除される。これは本法適用のディレクティブといえよう」。「なお、本判決には、この他にも多くのディレクティブが見られるが、ここでは特にとりあげない。しかし、これにつき重要な革新である一点だけは指摘しておく必要がある。それは本判決ではじめてディレクティブがその本文で明示されたことである。すなわち、判決本文の二は、『上で述べた解釈という厳格な留保の下で、本法のほかの諸条項は憲法に反しない』とした。従来、ディレクティブについてはその既判力につき議論があったが、ここに同院は明確な回答を提示したといえよう」と述べている。こうして矢口俊昭は、「解釈留保つき合憲」判決は「適用ディレクティブ」を出すものであることを指摘し、本判決ではじめて、「ディレクティブ」が判決本文で明示されたことを明らかにしている。矢口俊昭はさらに、「ディレクティブ」には、適用ディレクティブのほかに、解釈ディレクティブと指導ディレクティブがあるとされていることを紹介している。(85)

しかしこれらの論考は、まさに憲法院研究の第三のもの、憲法院判決を通じて人権等の問題を検討するところに主眼がある。判決手法としての解釈留保は、それに必要な限りで付随的に扱われたに過ぎず、それ自体について深く検討したものではない。こういった状況の中で、比較的早い時期に解釈留保に言及した論文として、大河原良夫の「フランス憲法院と法律事項」(86)がある。そこで次項では、この論文において解釈留保がどのように扱われていたかを見ることにする。

第二項　大河原良夫による議論

大河原良夫は、この「フランス憲法院と法律事項」と題した論文において、憲法院の権限配分機能を通じて、フランス一九五八年憲法における立法府と執行府の間の立法機能の配分の問題を明らかにしようとしている。これは、先に見た憲法院研究の中では第一のカテゴリーに属するものといえよう。大河原良夫はその中で、憲法院がほかの国家機関との関係でどのように位置付けられるかを知るための一つの前提として、憲法院の下す判決の効力はどのようなものであるかを検討する必要があることを指摘し、そのために、ひとつの判決手法である解釈留保の効力の問題が扱われている。(87)

具体的には、憲法院と裁判部門、政治部門、立法部門との関係が、順次検討されている。まず憲法院と裁判部門との関係であるが、一般論として、憲法院判決の拘束力について、かなり幅のある理解がされていること、憲法院自身は明示的に「既判力」の文言を用いてはいないが、その判決を見ると、古典的な既判力概念を念頭においていると読み取れることを指摘しつつも、「だが今日、こうした本来的既判力よりも、留保付き判決の実効性等との関連で問題となるより広い意味での判決の拘束力の方が重要になっている」(88)と述べている。つまり、法律などの単なる合憲違憲の判断や、あるいは権限領域を確定する判決などでは、その拘束の程度の理解に差があるとしても、判決から引き出される結論はある意味で非常に明確なものであった。また、初期の憲法院判決は権限配分に関するものが多く、それゆえ審署ができる、できないとか、法律で定めることができる、できないという、形式レベルの事柄が問題となっていた。しかし憲法院が人権についても判断を下すようになり、さらに憲法院が判決手法としての解釈留保を多く用い、またそれが、法律の実体的な内容に大きな影響を及ぼす場合も見られるようになってくると、法律の文言はそのままであるのに、それが合憲的に適用されるためには憲法院の留保に従わねばならないということになる。こうして留保に従った適用がなされ

るかどうかが法律の合憲性に影響することとなり、それゆえ留保の実効性を含む広い意味での拘束力が重要な問題として現れてきたということだろう。この記述から、解釈留保の拘束力の問題が、憲法院の判決本体の拘束力とは別なものと意識されていたことがうかがえる。

次に、通常裁判所が憲法院判決にどう対応しているかを、行政裁判所系列と司法裁判所系列に分けて検討している。このうち、両裁判所に共通する指摘として、憲法院が活動を開始した初期のころは、憲法院判決自体の数が少なく、その上権限配分に関する判決が多かったこと、そういった憲法院判決に対して、通常裁判所は無視ないし矛盾するような立場をとったこともあること、しかし今日では、憲法院の判決、そして判例原則に従って通常裁判所も判断を下していることを指摘している。解釈留保に関して指摘するべきことは、大河原良夫が、一九七四年の提訴権拡大、人権条項の憲法ブロックへの取り込みといった情勢の変化により、「法律の実体的側面での判決・判例の不一致が起きる可能性」[89]が生まれ、さらに一九八〇年以降、憲法院が解釈留保の判決手法を多く用いるようになった結果、通常裁判所はその留保に拘束されるのかという新しい問題が生まれたとしている点である。大河原良夫はさらに、特に問題となるのはとりわけ「法律の適用機関としての通常裁判所に対して行動ラインを示す指示的な留保付き判決」[90]であることを指摘している。これは、この時点ですでに、解釈留保には指示的な性格を有するものとそうではないものがあると認識されていたことを示すもので、指摘しておくに値する。

そしてこの、留保に対する対応が見られた事案として、行政系列の最高裁判所たるコンセイユ・デタの一九八六年四月一六日判決[91]をあげている。この判決では、憲法院のいわゆる国有化Ⅱ判決[92]で問題となった法律の適用における補償算定の方法に関して、憲法院の留保を尊重する形で判断を下し、これにより、判決理由中の指示的勧告的留保について既判力を認めたと紹介されている[93]。そして憲法院は、解釈留保が通常裁判所によって尊重されることをさらに確固た

るものにするため、解釈留保の部分を判決主文に組み込むこともあると指摘している。このことからも、憲法院判決の拘束力と、解釈留保の拘束力の問題とがはっきり区別されていたといえる。そのうえで大河原良夫は、コンセイユ・デタが、憲法院の判決主文のみならず、解釈留保の部分を含む憲法院判決全体に既判力を認め、それに従ったと評価している。

破毀院との関係では、憲法院によって、安全と自由に関する法律に対する一九八一年判決[94]で、身元確認の濫用の恐れについて、立法府はそれを予防するために「多くの予防的措置を施している。その手続きを取り巻くそうした条件の全面的な尊重を監視するのは、司法裁判所および行政裁判所の権限に属する。また必要があれば、違法行為を有罪として処罰し、その損害の諸結果の賠償を供するのは、権限ある裁判所である」と指摘されたことをとりあげ、憲法院は、法律の適用のもたらす結果に対して、その濫用（＝適用違憲の可能性）の審査を通常裁判所に期待するために留保を付[95]していると分析しているが、それを受けた破毀院がどのような立場をとったかの検討はしていない。[96]

第二に、憲法院判決と政治部門との関係である。大河原良夫は、ここで改めて、憲法院判決の効力の問題は、留保付き判決の手法の本格的採用とともに顕在化したものであることを指摘している。[97]憲法院の通常の判決の場合、それは法律の審署が可能かどうかという問題でしかなく、憲法院判決と政治部門の間の関係に限定すれば、そこに抵触とか、拘束関係とかいったことが問題になる余地はない。だが、一定の適用や解釈を要求する留保が付されたとき、政治部門がその留保に従うかどうかが問題となりうるのである。

大河原良夫は、コンセイユ・デタについて検討した場合と同様、はじめに権限配分に関する憲法院判決を検討し、次に授権法律に対する憲法院判決を検討している。だがそれに先立ち、解釈留保に関する一般的な議論を展開している。その中で、解釈留保の手法は、一九五九年六月一七・一八・二四日判決[98]で初めて付されたこと、これは、憲法院がサ

ンクション主体となるため、その実効性が最大になる議院規則に対する判決であったことに触れている。そしてこのように起源としては古いものであった留保の手法は、先に見た一九八一年の安全と自由判決において、「法律の規定は…と解されねばならない」という定式が打ち出され、さらに、「それ以外の解釈は…違憲である」とする一九八四年の新聞法制改革判決[99]が出るに至り、洗練され、決定的な段階を迎えたと分析する。このとき、前記一九八一年の安全と自由判決以来の判決の長文化傾向を指摘し、これは、判決の趣旨を「できるだけ明確に述べることで、その趣旨を判決の名宛人に正確に実現してもらいたいという憲法院の願望表明」[100]であり、そういった配慮の一環として、違憲判決を減らす一方で留保付き判決を増やしたとも指摘している。ここでの記述では、解釈留保の手法の起源について正確な理解がされていることと、解釈留保付き判決が、違憲判決を減らすかわりに用いられたと指摘されている点が注目に値する。解釈留保の手法の起源については、比較的最近まで[101]、あまり正確に把握されず、一九八〇年代以降に用いられるようになったとの認識が示されたりする場合もあったなか、この時点ですでに正確な理解がなされたことを示している。また後者の、解釈留保の手法が違憲判決の減少とリンクしているという指摘は、今日ではおおよそ否定されている[102]。

ところで、権限配分に関する判決に付された留保の問題であるが、大河原良夫は、脱法律化が留保付きで認められた場合に、その結果作成されるデクレに対して憲法院は統制しえないので、留保は政府に対して間接的な効果しか持たないことを指摘している。しかしながら、憲法院が「法律の規定に違反しない限りで、デクレによる法律改正が認められる」という趣旨の留保を付した判決を下したときに、政府が、この留保違反を理由とするコンセイユ・デタへの越権訴訟という事態を避けるために、デクレによる手続を断念した例を紹介し、これをもって、脱法律化判決に留保をつけることは、デクレの制定に影響を及ぼす効果を持ちうると判断している。ここでも、間接的とはいえ、解釈留保に従う傾向があることが示されている。

次に、授権法律に付された留保の問題をとりあげている。授権法律に付される留保は、授権法律の適用についての条件が政府に対して明示されるもので、委任立法の内容を事前に枠付けることができる点で、用いる意味が大きいと指摘している。[103] また授権法律は、留保を付するのに適切な領域であるため、留保付きの判決の数も多くなり、「命令・義務付け」的な性格も強くなりがちであると述べている。解釈留保に、少なくとも命令的な性格のものとそうではない（もしくはそれほどでもない）ものがあることが前提とされている記述であり、先にも述べたように、注目するに値するものである。

大河原良夫は、授権法律に対する留保が増えたきっかけとして、コアビタシオンの下で、政府による憲法第三八条（立法の委任）の濫用の危険性に対する警戒感が、大統領と議会野党側に存在したことを指摘している。[104] コアビタシオン（あるいはより広く政権交代）を機に解釈留保が広く用いられるようになったという主張は、政権交代の転轍手としての憲法院という位置付けとともに、八〇年代に見られたものである。そこでは、憲法院が、左右両派の一方に肩入れしているという印象をもたれることなく、優れたバランス感覚によって、留保の手段も用いつつ判決をしているとの評価が一般的であった。大河原良夫の指摘は、憲法院の側からではなく、大統領や議会野党の側から見たものである点で独自のものであるが、解釈留保の発展状況を指摘したその内容は、当時の一般的な議論と同じものであるといえよう。[105]

授権法律に対する留保が付された具体的な例として、一九八六年のいわゆる民営化判決と、選挙区割り判決[106]をあげている。民営化判決は、二つの点で注目されている。ひとつは、民営化判決以前、憲法院は、授権目的が示されていれば、授権法律を合憲としてきたが、民営化判決では、オルドナンスへの授権範囲が明確に定められることを要求したことであり、もうひとつは、オルドナンスは憲法に違反してはならないことを判示したことである。これらの原則によって、憲法院は、経済立法の改廃をオルドナンスに認めるとの規定について、集中規制等の一定の規定のみを対象とする

ものであるとの限定解釈を示したほか、企業の譲渡価格算定についても、憲法上それらの企業の価値以下での譲渡が禁じられているとし、企業価格の一定の計算方法を命じたりしたのであった。こうして憲法院は、「委任立法によって合憲性審査を避けようとする政府に対して、合憲性ブロックの網をオルドナンスにまで及ぼそう」[107]とし、「合憲限定解釈を最大限に使っているところにも、憲法的要請を優先させようとする意図が表れて」[108]おり、さらに、「授権法律に対して留保つき合憲判決の手法を使うことによって、合憲性原理を行政裁判所の審査枠組み（適法性原理）のなかに統合しようとした」[109]と大河原良夫は評価している。ただ、政府のオルドナンスはコンセイユ・デタによって、この留保に従って審査されるはずであったが、そのオルドナンスが大統領の署名拒否にあったため、結局、この留保によってコンセイユ・デタが審査をすることはなかった。

次の選挙区割りに関するでも憲法院は同様の態度をとり、選挙区割りがオルドナンスに委任されていたのに対して、それが合憲となるための多くの条件を留保で示した。だが、このオルドナンスも大統領から拒否され、コンセイユ・デタによる審査を受けることはなかった。

これらから、政治部門、とりわけ授権法律（による授権）に対する解釈留保は、「判決主文に組み込み規範性を与えて、留保の内容を明確で厳格なものにしておけば、政府の解釈権に一定の枠をはめることができ、それだけオルドナンスの制定を困難にする」[110]と評価されている。ただ、政府がそれを尊重せず、さらに行政裁判所が留保のサンクションを拒否した場合、憲法院はそれをサンクションできないという限界があることも、あわせて指摘している。

最後に、憲法院判決と国会との関係について検討している。大河原良夫は、単純な合憲判決や全部違憲判決の場合、審署の段階に進むかどうかが問題なので、国会が新たに関係することはなく、憲法院判決の拘束力が特に問題になることはないが、留保付きの合憲判決と一部違憲判決の場合、その留保が付され、あるいは違憲とされた部分にどう対応す

るかという点で、憲法院判決の拘束力の問題が生じると指摘している。このうち留保が立法府に対する解釈指針を示した場合、これまでに見てきたのと異なり、憲法院は、後続の立法が提訴されたとき、自らの留保が尊重されているかどうかを審査することができることを指摘している。そしてその例として、先に見た選挙区割に関する法律をあげている。そこでは、前の判決で示した留保（本来はオルドナンスの制定権者に向けられたもの）によって、具体的な区割りをした法律が審査され、その結果、合憲の判断が下されたのである。[11] こうして、国会に向けられた留保付き判決は、国会によって考慮されたと見ることができると結論している。

このように本論文は、解釈留保の問題について検討した先駆的な研究であるが、しかしながら先駆的な検討であるがゆえに、今日の目で見ると実情に合わない評価が含まれていたりするのも事実である。たとえば、解釈留保を政権交代の影響の産物とする点は、当時多く見られた、政権交代の保証人としての憲法院の位置付けと深くかかわっているものであると思われるが、政権交代の有無にかかわらず、解釈留保付き判決が盛んに付されている現状を見るとき、もはやそのようにいい切れず、解釈留保は一つの確立した手法として憲法院の判例上定着したといっていいように思われる。

本論文は、留保をメインに扱ったものではなく、その分析は、判決がどのように執行されたかという点に主眼が置かれたものであった。それゆえ、解釈留保には指令的なものやそうでもないものがあることなどには触れているものの、それでは留保がいかなる性格のものであるのか、とか、どのようなタイプのものがあるのか、とかいう検討はあまりなされていない。解釈留保の手法は、一九九〇年代を経て今日、憲法院判決の一手法として、その判例上に根をおろしたといえ、そのような意味でも、解釈留保の手法を中心にすえた新たな検討が必要といえよう。

ところで近年、憲法院判決について精力的に検討しているのが、蛯原健介である。その研究の主眼は、憲法院の判決がいかにして実現されているか、憲法院とそのほかの国家機関との間の関係（蛯原は「協働関係」を築く必要がある旨

を力説する）におかれている。それら一連の研究の中のいくつかで、解釈留保が扱われている。そこで次項では、蛯原健介によって解釈留保がどのように扱われているのかを見ることにする。

第三項　蛯原健介による議論

蛯原健介は、先に述べたように、憲法院判決を題材とした諸研究を数多く発表している。そしてその中で、解釈留保についても言及している。たとえば「法律における憲法の具体化と合憲性審査」[112]と題した論文において、憲法院の判決にはどのような種類があるかを説明する中で、①全部違憲判決、②一部違憲判決（可分）、③留保条件付判決、④完全合憲判決の四つをあげている。このうち留保条件付合憲判決について、「憲法院はあまりにも多くの違憲判決を下すことを避けるために、留保条件付合憲判決（conformité sous réserve d'interprétation）をおこなうことがある。この技術は、憲法院の忠告に適合するように解釈することを条件として、審査された法律または条項を合憲と宣言するものである。しかし、憲法院は、留保条件を付しても、審署後はその法律をあらためて直接的にコントロールすることはできず、留保条件の遵守は政治部門の対応に左右されることになる。」[113]と述べている。そして留保が付された判決に対しどのような対応がなされたかを検討するために、一九八四年の新聞法判決[114]、一九八六年の民営化法判決[115]、そして同年の選挙区割りに関する判決[116]について言及している。

この論文は、憲法院の判決とそれに対するそのほかの国家機関の対応というところに焦点が当てられている。留保付き判決はその中のひとつとしてとりあげられているのみであり、留保付き判決に固有の問題その他について、特に検討するところはない[117]。

それに対し、解釈留保付き判決を中心に検討しているのが、「憲法院判例における合憲解釈と政治部門の対応―憲法院と政治部門の相互作用の視点から―（一）（二・完）」[118]である。蛯原健介は、フランスを範に取りつつ、憲法裁判所（憲法院）と、立法機関、執行・行政機関、あるいは司法機関（これら三つを政治部門と総称する）との関係について、憲法院の違憲判決に対する直接的な対応と、違憲判決を避けるために政治部門によって取られる対応を軸として研究を重ねてきており、憲法のよりよい実現がなされるため、これらの機関の間の「協働関係」が重要であることを主張している[119]。本論文もその一連の研究の中に位置付けられうるものであり、憲法院の判決一般ではなく、「解釈留保」が付された判決について、一方で、憲法院がその留保により、どのように政治部門を統制しているかを分析するとともに、他方で、政治部門がそれにどのように対応しているかを検討したものである。そこで、解釈留保の特徴と傾向を明らかにするために、それをめぐる学説を検討し、その意義と分類の整理をしつつ、量的・質的面からの統計的分析をし、また、一部事例の検討も行っている。

そのなかで、一九八〇年代、留保付き判決の増加を前にして、フランスでも研究の蓄積が進んだとし、ファヴォルーが、解釈留保を三種類に分類して論じたことを紹介している[120]。さらにこの論文に続き、フランク・モデルヌやオリビエ・ボー／オリビエ・カイラの共著の論文[121]などが続き、解釈留保研究の最近のものとして、ティエリー・ディマンノの『フランスおよびイタリアにおける憲法裁判官と解釈つき判決の手法』[122]があると指摘する[123]。そしてディマンノがこの論文において、従来とられてきた解釈留保の三分類論、すなわち中和解釈（interprétation neutralisante）、建設的解釈（interprétation constructive）、指令解釈（interprétation directive）をさらに詳細化した分類論を提示した部分を、好意的かつ詳細に紹介している。

それによれば、ディマンノはまず、①限定解釈（interprétation restrictive）、②建設的解釈、③指令解釈の大分類を

する。①は、法律の規範的効力を制限するものであるが、その程度によって、無効化解釈と中和解釈にさらに分類される。前者は、法律を明白に違憲無効とすることなしに法律の規範内容を無効にできるような訴訟技術とされ、その法規範は、適用可能であるが効力を有さない、法的幻影であるとされる。後者は、ある規定の規範内容を減退させ、あるいは減衰させるものとされ、さらに、積極的中和解釈と消極的中和解釈に二分される。この前者は、憲法に適合する規範内容を法律の規定から引き出すものであり、後者は、憲法に反する規範内容を削除するものであるとされる。②は、さらに付加的建設的留保と代替的建設的留保に二分され、前者は、法律の文言を憲法に適合させるため、解釈の名の下に、そこに欠けているものを付加するものであり、後者は、ある規定が当初含んでいた本来の規範内容を、別の規範内容に置き換えるもので、違憲の規範内容を当該規定から除去し、次に、憲法適合的な内容をそれに挿入するという二段階からなるものとされる。③も、さらに抽象的指令解釈と具体的指令解釈とに分けられ、前者は、きわめて一般的、抽象的な原理を法適用機関に遵守させることを目的とするものであり、後者は、より具体的に、法適用機関に対し、法適用の手順を示し、指導することを問題とするものである。

ディマンノはさらに、一九九七年二月まで、憲法院が通常法律および組織法律の審査において用いた解釈留保を統計的に分析している。そこで、通常法律について、一九七六年以降はほぼ毎年、留保付き判決が下されていること、一九八二年以降はその比率が上昇し、一部例外的な年を除き、二〇～五〇％程度の比率を占めていること、組織法律について、初めて留保付き判決が下されたのは一九八七年と遅いが、その後は通常法律と同様の比率で留保付き判決が下されていることが紹介されている。また、留保の根拠条文としてどのようなものが援用されているか、そしてそれは違憲判決の場合と比較してどのような特徴があるかを検討し、結論として、合憲解釈の技術が、主として基本権の具体化技術として利用されていることは明らかである、との結論に至っていることを紹介している。

蛯原健介は、ディマンノの議論をこのようにまとめてから、それぞれの分類に対応する事例をとりあげて紹介している。具体的には、無効化解釈につき、一九八二年七月二七日、一九八三年七月一九日、一九九四年一二月二〇日、一九九六年一二月二九日の各判決。積極的中和化解釈につき、一九九四年一月二一日、一九九五年一月一八日の各判決。消極的中和化につき、一九八四年八月三〇日判決。付加的建設的留保につき、一九八九年七月二五日、一九九五年一月一八日の各判決。代替的建設的留保につき、一九七六年七月一五日、一九九三年八月一一日、一九九五年一月一八日の各判決。抽象的指令的解釈につき、一九八二年一月五日、一九八六年六月二五・二六日、一九九四年一月二一日の各判決。[124] 具体的指令的解釈につき、一九八二年二月一一日、一九八六年六月二五・二六日の各判決である。またこのような留保を付するべきではない場合として、ディマンノが、犯罪構成要件に関する法律と、留保の結果財政支出の増加を招く法律の場合とをあげていることを紹介している。そしてこれらの紹介を踏まえて、蛯原健介はその研究の主題である、憲法院の解釈留保が政治部門によってどのように対応されているか（すなわち協働関係）の検討に入るが、そこでは、ディマンノではなくドラゴの議論に多くを負っている。

具体的に検討されているのは、国有化に関する一九八二年二月一一日、都市計画に関する一九八五年七月一七日、民営化に関する一九八六年六月二五・二六日、コミュニケーションの自由に関する一九八六年九月一八日、社会保障措置に関する一九八七年一月二三日の、いずれも指令的解釈付き判決である。[125] 先に大河原良夫の議論のところで見た民営化に関する一九八六年判決についてみると、同判決でオルドナンスに対して向けられた留保に対応する形で法律が定められたことが紹介され、そのことから、「立法レベルでは、指令解釈に対して適切な対応がなされたものといえよう」[126]と結論されている。「協働関係」をキーワードとしているが、留保が従われているかどうかについて、それを認めたものといえよう。

蛯原健介は最後に、授権法律に関する合憲解釈について、政府のみならず、コンセイユ・デタや共和国大統領も憲法院の解釈を考慮することが求められるとし、特に大統領につき、オルドナンスに署名するか否かを判断するものであり、オルドナンスの内容が明らかに憲法院の解釈に一致しないとの判断にいたった場合には、署名を拒否することが求められると指摘している[127]。先に触れたオリビエ・ボーとオリビエ・カイラの共著の論文は、憲法院の留保を最終的に解釈するのは大統領であり、それゆえ留保は実効性（拘束力）がないとしていた。蛯原健介のこの指摘は、（明示されていないけれども）ボーらの見解に反対し、大統領もそれに従わねばならないと述べていると理解していいだろう。

蛯原健介はこの論文において、憲法院の判決手法としての解釈留保について、解釈留保に関するフランスの議論の流れを簡単に振り返った上で、ディマンノの分類枠組みと議論を紹介するとともに、ドラゴの議論によって国の諸機関が留保に対しどう対応しているかを説明したといえる。先に見た大河原良夫の論文と異なり、解釈留保の問題を、正面から扱ったものといえる。

上述のようなものである蛯原健介の研究と本研究との差異は、蛯原健介は、憲法院判決の執行、憲法院判決をうけてほかの機関がとる行動に主に着目しているのに対して、本研究は、憲法院の解釈留保付き判決の手法に着目し、それがフランスにおいて果たす役割の特殊性と、違憲審査を行う裁判所一般で果たしうる役割の普遍性とを、それらの判決全体を概観し分析することによって明らかにしようとするところにある。

以上に、日本において、解釈留保に関する議論がどのように扱われてきたかを中心に検討し、解釈留保に焦点を絞った検討が、フランス憲法院に関する研究全体に比してあまり数多くないことが明らかにできた。次節では、フランスにおける解釈留保に関する議論について概観することにする。

註

(57) この点についてたとえば和田英夫は、日本におけるフランス憲法院及びその判例の研究状況について、フランス憲法院一般、その地位や性格、構成、機能などについて検討したもの、フランス憲法院の性格ないし機能の変化に着目したもの、憲法院の（とりわけ違憲）判決を検討したものの三つに大きく整理することができるとまとめている。和田英夫「フランス憲法院と無効違憲判決の分析―ファヴォルーの違憲判決無効事由の統計的分析を中心に―」『法律論叢（明治大学）』六一巻六号（一九八九年）一四七頁以下。ここではそれを参考としつつ、時の経過を踏まえた整理をした。

(58) 深瀬忠一「フランスの憲法審査院―その性格と実績」『ジュリスト』二四四号（一九六二年）三四頁。

(59) 田中館照橘「フランスの憲法審査院（上）（下）」『時の法令』五三一号（一九六五年）三二頁、五三二号（一九六五年）四九頁。

(60) 滝沢正「フランスにおける憲法の最高法規性に関する一考察」『上智法学論集』第四一巻三号（一九九八年）三頁。

(61) 大藤（原岡）紀子「フランスにおける批准前の条約の合憲性審査について（一）（二）」『一橋研究』第一八巻二号（一九九三年）七一頁、同四号（一九九四年）八九頁。

(62) 大河原良夫「フランス憲法院と条約」『都立法学雑誌』第三四巻一号（一九九三年）二二一頁。

(63) 植野妙実子「フランスにおける法の一般原則」『比較法雑誌』第一六巻三号（一九八三年）一頁。

(64) 飯野賢一「フランスの憲法院と違憲審査を行う裁判官の正当性」『早稲田法学会誌』第四九巻（一九九九年）一頁。

(65) 山元一「《80年代コアビタシオン現象》以降のフランス憲法論の一断面―『法によって捕捉される政治』という定式をめぐって―」清水望古稀『憲法における欧米的視点の展開』（成文堂、一九九五年）二〇九頁。

(66) 武居一正「フランス憲法院の性格」『法と政治』第三二巻二号（一九八一年）二三五頁。

(67) 今田浩之「フランス憲法院の性格論の性格」『阪大法学』一六二号（一九九二年）四二五頁。

(68) 今田浩之「フランス憲法院と『共和国の諸法律により承認された基本的諸原理』」『阪大法学』一七〇号（一九九四年）二四五頁。

(69) 今関源成「フランスにおける〝違憲審査制〟の問題点／政権交代と憲法院」『法律時報』第五七巻六号（一九八五年）六一頁。

(70) 小原清信「マーストリヒト条約およびフランス憲法改正の問題と憲法院判決―一九九二年の二つの憲法院判決を素材として―」『久留米大学法学』第一六・一七合併号（一九九三年）一五三頁。
(71) 小原清信「フランス公法判例研究：いわゆるトゥーヴォン法違憲判決の研究（フランス語使用義務法の一部を違憲とした事例）」『久留米大学法学』第二七号（一九九六年）八一頁。
(72) 伊藤雅康「オルー法のなかの企業管理参加権―憲法学からのアプローチ―」『札幌学院法学』第一二巻二号（一九九六年）三七頁。
(73) 野村敬造「フランス憲法評議院の最近における二つの判決」『金沢法学』第二〇巻一・二号（一九七七年）一頁。
(74) 矢口俊昭「憲法院の議院規則に対する違憲審査」『香川大学経済論叢』第五三巻三号（一九八一年）三七五頁。
(75) 矢口、前掲論文、三八五頁以下。
(76) CC59-2DC, 1959. 6. 17.
(77) CC62-18DC, 1962. 7. 10.
(78) CC69-37DC, 1969. 11. 20.
(79) CC72-48DC, 1972. 6. 28.
(80) 矢口、前掲論文、三八六頁。
(81) 矢口、前掲論文、三九〇頁以下。
(82) 矢口俊昭「フランス憲法院判決の進展―新聞事業の集中排除に関する二判決を中心に―」『香川法学』第七巻三・四号（一九八八年）二一二頁。
(83) CC84-181DC, 1984. 10. 10.
(84) なお憲法院の判決において、これを定めた第二項は違憲と判断され、本条第一項と二項とは可分のものとされた。
(85) 矢口俊昭は、このような分類論を提示しているものとして、Jean RIVERO, AUTOUR DE LA LOI SECURITE ET LIBERTE, "Filtrer le moustique et laisser passer le chameau"?, Actualité juridique. Droit administaratif (1981), p. 277. をあげている。
(86) 大河原良夫「フランス憲法院と法律事項（一）～（四・完）」『都立法学雑誌』第二九巻一号（一九八八年）八八頁、同

二号（一九八八年）二二九頁、第三〇巻二号（一九八九年）二六三頁、第三一巻一号（一九九〇年）二三五頁。

(87) 憲法院は、ほかの国家機関、とりわけ裁判権の間に、直接の上下関係等がなく、相互に独立した存在と考えられており、憲法院が自らの判決を自ら強制できるわけではないため、このような検討が必要となる。

(88) 大河原、前掲論文（三）二六八頁。

(89) 大河原、前掲論文（三）二七六頁。

(90) 大河原、前掲論文（三）二九七頁。

(91) C. E., 1986. 7. 9., Ville de Paris.

(92) CC82-139DC, 1982. 2. 11.

(93) 大河原、前掲論文（三）二七八頁。

(94) CC80-127DC, 1981. 1. 19-20.

(95) 大河原、前掲論文（四）二四五頁。

(96) 大河原良夫は、政治部門のタイトルのもとで、主として行政部門の対応を検討している。

(97) 大河原、前掲論文（四）二五〇頁。

(98) CC59-2DC, 1959. 6. 17-18-24.

(99) CC84-181DC, 1984. 10. 10.

(100) 大河原、前掲論文（四）二五〇頁。

(101) たとえば、ドミニク・ルソーによりつつ「留保条件付き解釈は、憲法院が一九九一年七月二四日判決においてはじめて採用した手法である」と説明しているものとして、江藤英樹「フランスの違憲審査制をめぐる憲法規範論の再検討」『法律論叢』第七四巻二・三号（二〇〇一年）二六六頁がある。もっとも江藤は、この記述はルソーの古い版によるもので、最新版では記述が異なるため、あえて古い版を紹介したことを断っている。

(102) むしろ近年では、解釈留保付き判決の比率が増大する以上に、違憲判決の比率も増しているような状況である。具体的には、本論文の第二章を参照のこと。ただし、留保の手法を用いることによって、本来もっとあるはずの違憲判決が減っている可能があることは否定できないだろう。

(103) 大河原、前掲論文（四）二五三頁。現代の概説書その他にも、同様の指摘をするものが多い。
(104) 大河原、前掲論文（四）二五三頁。例として、八六年の民営化、選挙区制に関する判決をあげている。
(105) CC86-207DC, 1986. 6. 25-26.
(106) CC86-208DC, 1986. 7. 1-2.
(107) 大河原、前掲論文（四）二五五頁。
(108) 大河原、同上。
(109) 大河原、同上。
(110) 大河原、前掲論文（四）二五八頁。
(111) 大河原、前掲論文（四）二六〇頁。ただし、憲法院はそのような場合、再び提訴された法律を実際に違憲としたことはない、と指摘することが可能である。
(112) 蛯原健介「法律における憲法の具体化と合憲性審査」『立命館法学』第二五四号（一九九七）五三八頁。
(113) 蛯原、前掲論文、五五〇頁。
(114) CC84-181DC, 1984. 10. 10.
(115) CC86-207DC, 1986. 6. 25-26.
(116) CC86-208DC, 1986. 7. 1-2.
(117) 蛯原健介はこのほか、「フランス行政裁判における憲法院判例の影響（一）」『立命館法学』二六三号（一九九九年）の一七三頁にて留保付き判決の拘束力を、「合憲性審査と立法的対応に関する一考察（一）」『立命館法学』二五六号（一九九八年）の五六七頁では、一九七七年七月二〇日判決について論述し、立命館法学二六七号（一九九九年）一一六〇頁では、Guillaume Drago : L'execution des decisions du Conseil constitutionnel, Economica, 1991. と、ティエリー・ディマンノの論文が収録されているLa legitimite de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Economica, 1999. が紹介されているが、いずれも留保付き判決に固有の問題を検討したものではない。
(118) 蛯原健介「憲法院判例における合憲解釈と政治部門の対応―憲法院と政治部門の相互作用の視点から―（一）（二・完）」『立命館法学』二五九号（一九九八年）一四二頁、二六〇号（一九九八年）五八五頁。

(119) そのような論文として、蛯原健介「法律による憲法の具体化と合憲性審査―フランスにおける憲法院と政治部門の相互作用―（一）～（四・完）」『立命館法学』二五二号（一九九七年）二九四頁、二五三号（一九九七年）五三三頁、二五四号（一九九七年）七五一頁、二五五号（一九九八年）一〇八三頁、「合憲性審査と立法的対応に関する一考察（一）～（二・完）」『立命館法学』二五七号（一九九八年）二四頁、二五八号（一九九八年）二六二頁、「フランス行政裁判における憲法院判例の影響（一）（二・完）」『立命館法学』二六二号（一九九九年）二四八頁、二六四号（一九九九年）二二頁、「フランス憲法院による審署後の法律の『事後審査』―その可能性と限界―」『立命館法学』二六五号（一九九九年）二三頁などがある。

(120) Louis Favoreu, La decision de constitutionnalité, Revue International Droit Comparé (R. I. D. C.), 1986-2-632 ; Le droit constitutionnel jurisprudentiel (mars 1983-mars 1986), Revue Droit Public (R. D. P.), 1986. なお、これらの論文の内容について特に詳細に論じているわけではない。

(121) Franck Moderne, La declaration de conformité sous réserve, in Le conseil constitutionnel et les partis politique, Journée d'étude du 13 mars 1987, A. F. D. C., Economica-P. U. A. M., 1988.

(122) Olivier Beaud / Olivier Cayla, Les nouvelles methodes du conseil constitutionnel, R. D. P., 1987-3, p. 677.

(123) Thierry Di Manno, Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie, Economica, PUAM, 1997.

(124) これらの判決については、のちにディマンノの議論をとりあげて検討する際に紹介する。そのためここで各判決について個別にとりあげることはしない。

(125) 指令的性格の強い留保であるほど、その対応関係は検討しやすいので、このように指令的解釈のみを取り上げることになったのだろう。

(126) 蛯原、前掲論文（合憲解釈と政治部門の対応）（二）六〇六頁。

(127) 蛯原、同上、六一七頁。

〔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。

論　説

おとり捜査の研究（一）

――ドイツ法理論の発展を手掛かりにして――

内藤大海

目　次

序章
第一節　問題の所在
第一款　おとり捜査の必要性と利用目的

第二款　おとり捜査の問題点――法益侵害――
第二節　研究の目的
第一款　わが国における理論の発展
第二款　違法性判断の基準の不明確性
第三款　違法性判断の実質的担保――違法なおとり捜査に対する法律効果――
第三節　論文の射程
第一款　おとり捜査に関する試論
第二款　組織犯罪対策についての展望
第一章　おとり捜査と捜査概念――犯罪発生前の捜査の適否――
第一節　問題の所在
第二節　わが国における議論の展開
第一款　警察活動に関する議論の史的発展
第二款　目的的区分論
第三款　伝統的区分論
第四款　検討
第三節　ドイツにおける議論の紹介
第一款　ドイツにおける捜査概念
第二款　おとり捜査と捜査概念
第三款　検討――被作出犯罪の訴追に向けられたおとり捜査――
第四節　小括――おとり捜査と事後捜査限定説――……以上本号
第二章　おとり捜査および類似の捜査手法
第三章　ドイツ判例理論

第四章　ドイツ学説の発展
第五章　わが国における議論
第六章　おとり捜査の規制
結びに代えて

序章

第一節　問題の所在

第一款　おとり捜査の必要性と利用目的

近年、深刻化する組織犯罪対策の一環として、捜査手法としてのおとり捜査の活用が関心を集めている状況にある。おとり捜査とは、「捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙する」捜査手法である、と一般に解されている(1)。このような捜査手法は、主にけん銃や麻薬等の密売事犯に用いられることが多く、効果を上げている。その理由としては、これらの犯罪が、一定の犯罪組織によって反復・継続して行われる傾向が強く、社会に対して多大な害悪を及ぼすものであることが挙げられる。加えて、組織防衛のための否認・黙秘、罪証隠滅工作等が徹底して行われることにより、供述証拠等に頼った通常の捜査手法によっては、最も責任を問われるべき首謀者・組織幹部を

検挙し処罰することが極めて困難であることが多いためであるといわれている。[2] 今日、組織犯罪に対抗する手段としておとり捜査が注目を集めている理由は、主にこれらの点に求められる。

ところで、わが国の薬物犯罪を時系列的にみた場合、戦前は薬物の使用が大きな社会問題になることはなかったようであるが、戦後、軍用に備蓄されていた麻薬が民間に放出され、それに伴い大量の中毒患者が生まれ、その取締りが社会問題化したといわれている。また、戦時中も、軍需工場での生産能率向上や前線での兵士の戦意昂揚のために覚せい剤が多用されていた結果、多くの覚せい剤中毒者が生まれたともいわれている。覚せい剤についても、戦後麻薬と同様軍用備蓄の放出により、中毒拡大に拍車がかかったとされる。[3] これらの時代背景と対応して、昭和二〇年代にはすでにおとり捜査が問題となる判例が登場するに至った。

その後、一九八〇年代に入ると、暴力団等の犯罪組織による薬物密売が社会問題化するようになった。薬物密売は暴力団等の犯罪組織の強力な資金源の一つとされ、市民を薬物犯罪の被害者となることから守ることは勿論のこと、このような資金源の枯渇も重大な命題となるようになった。[4] その結果、薬物事犯の取締りは特に組織犯罪対策の一つとして位置付けられるようになってくる。

このように、今日では薬物事犯は組織犯罪の一類型として位置付けられるようになっていることは周知の事実であろう。国際的な状況に目を向けた場合もこのことは同様であり、組織犯罪対策は、国際社会が克服すべき重要な課題となってきた。そこで、ここでは組織犯罪対策の一部としての薬物事犯対策、およびその対処方法の一つとしてのおとり捜査の必要性について説明を加えておきたい。そして、本稿との関係上、組織犯罪対策が国際社会で注目を集めてきた状況について述べることにする。

国際組織犯罪は、国際社会の安全と主権国家の安定にとって、ますます大きな脅威となりつつある。国際組織犯罪は、

国際経済および世界的な金融制度、法の支配、ならびに基本的な社会的価値観の信頼性を損なうとともに、汚職腐敗を生む要因となり、また、特に新生民主主義国家や開発途上国をむしばむことが、深く憂慮される。さらに、麻薬犯罪、マネーロンダリング、暴力行為および恐喝、汚職腐敗行為、女性や児童の不法取引、銃器の不法製造および不法取引、不法入国者の密輸、環境犯罪、カード詐欺、コンピューター関連犯罪、盗難車両不正取引、産業スパイ、海賊行為、知的所有権侵害その他の組織犯罪が、様々な国々において重大な問題となってきている。

国連では、こうした深刻な状況に対応するために、まず、一九九四年に国連組織犯罪対策閣僚級会議が開催され、「国際組織犯罪に対するナポリ政治宣言及び世界行動計画」が採択された。その後、一九九八年一二月九日に採択された国連総会決議五三／一一一に基づいて、国際組織犯罪対策条約起草特別委員会が設立されるに至った。この国連組織犯罪対策条約案では、国際組織犯罪と戦うために、犯罪組織への参加の犯罪化、マネーロンダリング行為の犯罪化、犯罪収益没収規定の制定、証人への贈賄行為ならびに証人および公務員への脅迫行為の犯罪化などが提案されており、捜査に関しては、コントロールド・デリバリー（Controlled Delivery）、電子的またはその他のかたちでの監視（Electronic Surveillance）、おとり捜査（Undercover Operation）などといった特別な捜査手法の活用を求め、各国は、刑事手続において、そうした新しい技術の導入可能性を探求する必要が生じてきた[5]。その後、二〇〇〇年一一月一五日に作成された国際組織犯罪条約の中では、おとり捜査の活用を求める条文は存在しないものの、このような世界的な動向に伴い、その活用を求める動きも高まってきている状況にあると考えられる。

このような世界的な動向に対応したものとして、特にドイツの状況について紹介しておく必要があろう。ドイツにおいては一九九二年に「不正な麻薬取引その他の組織犯罪の現象形態の対策に関する法律」（以下「組織犯罪対策法」とする）[6]が施行された。この法律により、ドイツ刑事訴訟法典には新たにいくつかの条文が付加されることになったが、中でも

一一〇条a～同条eは潜入捜査官に関する規定であり、[7]薬物事犯対策および本稿のおとり捜査との関係上注目すべきものであると考えられる。このような問題意識は、いくつもの国境を接する先進ヨーロッパ諸国や多民族国家といわれるアメリカ合衆国だけにとどまらず、わが国でも意識されるようになってきている。

わが国の警察庁も新たな捜査手法として、外国の刑事法制や捜査実務を参考にしつつ、おとり捜査、コントロールド・デリバリー、潜入捜査等の高度な捜査技術や捜査手法について具体的に研究し、その導入・活用に向けた制度や捜査運営のあり方を検討しており、[8]注目に値する。

このように、組織犯罪対策が重大な課題とされる昨今においては、おとり捜査はなくてはならない捜査手法の一つであるということができ、今後ますます利用が増えていく可能性が高まっているといえる。また、おとり捜査の実施に伴って生じる権利侵害もまた増加する可能性がある。加えて、警視庁が検討課題の一つとしている潜入捜査も、おとり捜査と類似する捜査手法であるが、これらの捜査手法が今後一層利用されるようになることを念頭に置きつつ、現段階での法的問題の解決、不必要な権利侵害の回避について検討することが必要であるように思われる。

第二款　おとり捜査の問題点――法益侵害――

おとり捜査の問題点については、わが国においても様々な指摘がなされてきた。おとり捜査が問題とされる理由としては、主に、①おとり捜査が詐術的性質を帯びる点、②国家が犯罪を作り出す点が挙げられよう。詐術的手段の使用については、これは汚い手段であり、信義誠実の原則ないし公序良俗に反する可能性があるという指摘を甘受せざるをえないが、[9]より具体的に法的な問題としては、司法の廉潔性および適正手続の観点からの批判が存在する。[10]また、国家

による犯罪の創造という点についてコメントするならば、本来国家は犯罪の防止がその責務であるにもかかわらず、犯罪の創造を伴う捜査手法を用いることは矛盾しているのではないかということがいえる。さらにこの点について附言すれば、刑事訴訟法は、すでに発生した犯罪を前提としているにもかかわらず、おとり捜査を仕掛ける時点では後に摘発されることになる一個の犯罪は未だ発生していないため、この点で、おとり捜査が刑事訴訟法上の捜査ということができるか否かが問題となる。[11] これら二点を総合的に勘案すれば、おとり捜査とは、本来、犯罪の防止を目的とし、また、犯罪が発生した場合においてのみ、その解明を目的とする警察活動において、捜査機関がその所属員およびその協力者をして未だ発生していない犯罪を発生せしめ、あるいは助長する点に、その問題性を見出すことができるということがいえよう。また、詐術的手段を用いるという点がフェアな方法ではないという批判も強い。その他、最近ではあまり議論されなくなったが、教唆犯としてのおとりの罪責も問題となるのであり、[12] おとり捜査が必要とされる一方で、それを運用するために解決しなければならない法的問題点は山積した状態であると考えられる。

第二節　研究の目的

第一款　わが国における理論の発展

わが国においては、リーディング・ケースとされる最高裁昭和二八年三月五日決定[13]（以下、本稿では単に「昭和二八年決定」とする）をはじめとして、数多くの裁判例が蓄積されており、それに伴い学説もこの問題を意識的に論じるようになってきた。まず、この点を史的にみてみると、戦後最も早い時期におとり捜査が問題とされた事案である、横

浜地裁昭和二六年六月一九日判決[14]およびその直後の横浜地裁昭和二六年七月一七日判決[15]は、抽象的危険のないことを理由として被告人を無罪とし、おとり捜査が常に犯罪の成否、訴訟手続に影響を及ぼすことを指摘したうえで、いわゆる「違法説」を明確にした。しかしながら、その後、昭和二八年決定は、おとり捜査がなされたか否かは、犯罪の成否または訴訟手続に影響を及ぼすものではないとし、犯意が捜査官あるいはその協力者によって誘発されたとしても、違法性、責任性は阻却されないという立場を明らかにしている。最高裁はしばらくこのような立場に立ち判断を行ってきたが、高裁レベルでは昭和二〇年代の後期には、すでに「わなの理論」[16]に基づくいわゆる「二分説」が登場している[17]。この「二分説」は、その後も判例・学説に影響を持ち続けることになる。その内容は、おとり捜査を大きく二つに分け、一方を「犯意誘発型」のおとり捜査、もう片方を「機会提供型」のおとり捜査とし、前者であれば違法、後者であれば適法であるとする見解である。おとり捜査を一律に違法か適法か判断するのではなく、一応の類型化を行い、おとり捜査の中にも違法なものと適法なものが存在するとした点で、この二分説は評価を受けてきたと考えられる。今日でも、二分説に立脚した見解を示している下級審の判例[18]を確認することができる。しかしながら、類型化がなされたとはいえ、二分説は、おとり捜査を単に二つのパターンに区別するにとどまるものであり、この二分説も、「画一的な基準で一律に判断できるものではない」[19]という指摘を甘受しなければならなくなった。このように、最近では、二分説とは異なるかたちで、学説上諸説が展開されることとなる。そのような諸説においても[20]、そのほとんどは、どちらかというと二分説にいうところの犯意誘発型のおとり捜査についてはこれを違法とし、機会提供型のおとり捜査の中に違法なものを見出そうとする傾向がうかがえる[21]。また、最高裁平成八年一〇月一八日決定[22]（以下、本稿では単に「平成八年決定」とする）の反対意見は、おとり捜査一般を「司法の廉潔性に反する」とし、個別事案における特別な必要性から例外的に認められるとの限定を付した。

このように、最近では、おとり捜査の違法性判断について様々な説が展開されるようになったが、先に挙げた平成八年決定の反対意見のように、おとり捜査一般を違法とし、例外的に運用の可能性を認めるという見解は、ほかに見受けられないようである。やはり近年、学説の大部分は、二分説を基礎としつつそれにほかの諸要件を付加して考慮するという見解か、二分説を基礎としていないともいいきれないものの、主に相当性、必要性（代替手段の欠如など）を総合的に考慮し、各事案に即して個別具体的に判断するという見解のいずれかを主張する傾向にあると考えられる。判例についても、犯意の既存、代替手段の欠如を違法性判断の要素として考慮する下級審判決[23]が存在し、おそらくわが国におけるおとり捜査の違法性判断についての見解は、判例・学説の双方において出揃った感がある。

第二款　違法性判断の基準の不明確性

わが国におけるおとり捜査の違法性判断に関する理論状況は、右で述べたような変遷を辿ってきた。おとり捜査を「犯意誘発型／機会提供型」の二つの場合にのみ振り分けて、それに基づき「違法／適法」の判断を下すという二分説の弱点の克服を試み、新たな判断要素について検討の必要性を訴える今日の一部の判例および学説の通説的見解は、画一的判断を回避しようとする点で、その意図するところは評価に値する。しかしながら、今日のこのような理論状況も、決定的な批判を免れないであろう。すなわち、これらの理論は、（おおむね同旨の主張をしていると思われるが）いずれも基準の明確性を欠いたものといわざるをえないのである。思うに、手段の相当性・必要性、あるいはそれが社会的に認められる範囲、犯罪の性質（重大性、密行性、組織性、証拠収集・犯人検挙の困難性など）、対象となる人物の有する嫌疑などは、おとり捜査の違法性判断を多角的に行う上で確かに看過しえない要素であろう。問題は、それらの要素

がいかなる関係にあるのかが不明であり[24]、それゆえ違法性判断の基準は不明確なままとなっている点である。本稿は、このようなわが国におけるおとり捜査の違法性判断の基準の不明確性を克服することを目的とし、違法性判断に新たな解決を図りたいと考える。

第三款　違法性判断の実質的担保――違法なおとり捜査に対する法律効果――

昭和二六年の横浜地裁の判決[25]およびその控訴審判決[26]を除いては、おとり捜査を違法と判断したものは、ほぼ存在しない[27]。このような状況については、違法視すべきおとり捜査が存在しないというわけではなく、これまでの違法性判断の基準[28]とその適用方法に問題があり、違法と見るべきおとり捜査が看過されてきてたのではないかという指摘もなされている。おとり捜査の違法性判断がより実質的な意味を有するためには、その積極的で活発な運用が期待されるべきであり、より積極的におとり捜査の違法性判断がなされなければならないと考えられる。また、おとり捜査の違法性判断を実質的に担保するためには、違法なおとり捜査がなされた場合の処置をどうするか、ということも考えなければならない。わが国においても違法収集証拠排除法則が認められて久しいが、実際に排除法則が適用されて証拠排除がなされた例は乏しい[29]。そのため、排除法則が実際に違法捜査の抑止に役立っているか否かは疑わしいところであるが、このような状況を避けるため、おとり捜査の違法性判断については、積極的な判断を期待するとともに[30]、違法なおとり捜査がなされた場合の法律効果として、判断の実効性を担保できる手段を考慮したい。

第三節　論文の射程

第一款　おとり捜査に関する試論

先に示したとおり、おとり捜査を取り巻くいくつかの問題に対して新たな示唆を提示することが本稿の目的である。すなわち、おとり捜査の違法性判断に対して、より実質的に違法性判断を導きうる判断基準を導くこと、およびその結果として違法なおとり捜査が行われた場合にどのような法律効果を付与することが妥当かについて、本稿では論及したいと考えている。

まず、おとり捜査に関する諸問題を検討するにあたり、ドイツの議論を参考にしたいと考えている。前述のとおり、ドイツにおいては一九九二年に組織犯罪対策法が施行され、その結果刑事訴訟法一一〇条a以下の条文が新たに刑事訴訟法典に導入されることとなった。これにより、潜入捜査官の投入が立法化されたのである。そのため、潜入捜査官（＝覆面捜査官）の投入に際しては、検察官および裁判官の同意、すなわち事前の司法審査が必要となった。ドイツにおいては、一九九二年以前も潜入捜査官を用いた潜入捜査は行われていたようであるが、刑事訴訟法一一〇条a以下の条文により、法の規制を受けることとなったわけである。一方で、アジャン・プロヴォカトゥール（またはロックシュピッツェル）と呼ばれる「おとり」を用いた犯罪作出型の捜査は、このような新たな法規制を受けることはなかった。この点は看過し得ない点である。すなわち、潜入捜査官の投入は事前の司法審査を必要とし、アジャン・プロヴォカトゥールの投入にはそれが必要とされない、という点である。この点に鑑みれば、一見したところ、潜入捜査官による情報収集活動の方がより強い法益侵害を伴うのではないかとも考えられる。つまり、アジャン・プロヴォカトゥールには許されない処分を、潜入捜査官は行うことが許されるが、そのため、潜入捜査官の投入には事前の司法審査が必要とされると考えられるのである。他方、わが国では一般的に任意捜査と考えられ、現にドイツでも司法審査を投入要件としない

おとり捜査は、そうではない潜入捜査活動と比べて、時としてドラスティックな結果を生じさせる場合がある。というのは、おとり捜査が違法となる場合、わが国においても、ドイツにおいても、何等かのかたちでの不処罰処理がなされるべきだという見解が強く存在する。しかし、潜入捜査に関して、ドイツ学説においてはそのような主張はみられず、せいぜい証拠禁止が主張されるに止まる。要件論の部分では、制約の小さいものが、なぜ、効果論の部分では大きな制約を受けることになるのか。このような、いわば逆転現象ともいえる状態は、何に起因するのか。この点を明らかにすることに、おとり捜査の違法性論を説き明かす示唆が存在するように思われる。

次に、違法なおとり捜査が行われた場合の法律効果の問題も本稿の主たるテーマの一つであるが、ここでもドイツの議論を参考にしたいと考えている。もちろん、そこには違法性判断においてドイツの議論を参考にするため法律効果についても同様に参考にするという理由もあるが、より実質的には、ドイツにおいては違法なおとり捜査に対して手続打切りというドラスティックな結果が導かれるということが理由として挙げられる。違法なおとり捜査が行われた場合に、どのような法律効果が導かれるのが妥当かという議論については、わが国でも諸説が主張されているが、実際におとり捜査が違法と判断された案件が皆無に等しく、この種の議論もそれほど活発でないというのが実情である。おとり捜査の違法性判断を実質的に担保するためには、違法なおとり捜査が行われた場合に、実質的な判断に入る前に手続そのものを打ち切ってしまうことが必要であると考える。そのため、ドイツの議論を参考にわが国におけるこのような議論の演繹可能性を模索したい。

さらに、違法性判断に付随して、強制処分と任意処分の限界設定についても考察を加える。すなわち、先にも述べたとおり、同種の捜査手法であると考えられるおとり捜査が任意捜査であり、一方潜入捜査が強制処分であると考え、その違いからおとり捜査に許容される範囲を明確化するのであるならば、その過程で、このような捜査手法における強制

と任意の限界が明確にされるはずである。したがって、この点から、捜査における強制処分と任意処分の限界設定に一つの試論を提示することができればと考えている。

第二款　組織犯罪対策についての展望

本稿では、おとり捜査に関する諸問題の解決を主たる課題としつつも、その過程では、ドイツの組織犯罪対策法について触れることになる。組織犯罪対策が世界的な問題意識としてとらえられており、わが国においても同種の問題意識は高まっている。したがって、実務においては今後おとり捜査あるいは潜入捜査を積極的に用いようとする傾向が認められる。目下のところ、潜入捜査が問題となった判例は見当たらず、また、このような捜査手法の問題性について論じた文献も存在しないようである。したがって、ドイツにおけるアジャン・プロヴォカトゥールの概念の対比として潜入捜査官に関する議論を考察する際に得られる知識をもとに、わが国において潜入捜査は認められるべきか、認められるとしたらどのような場合であるか、あるいはその許容範囲について検討を試みたい。また、組織犯罪対策全体の中で、これらの捜査手法がどのような位置に属するのか、その他の手続法上の諸施策としてどのような処分が考えられるか、本稿においてできる限り紹介をしたいと考える。

第一章　おとり捜査と捜査概念――犯罪発生前の捜査の適否――

第一節　問題の所在

近年、おとり捜査の適否が論じられる場合、まずおとり捜査の捜査としての性質について論じられることが見受けられるようになった。というのは、従来の考え方によれば、捜査とは犯罪の発生後に行われる刑事訴追に向けた活動であるのに対し、おとり捜査は犯罪の発生前に行われる活動であることが問題とされるようになってきたのである。しかしながら、従来より長い間おとり捜査の議論の中心はその適否に関するものであり、どのような類型のおとり捜査が適法とされるのかを明らかにしようと試みるものが大半であった。したがって、おとり捜査全般を捉えて違法あるいは適法とする議論はほとんどみられず[31]、その中に適法とされる余地があるということが議論の前提とされてきた。

他方、一九九〇年代以降組織犯罪対策の強化が叫ばれるようになってくると、犯罪発生前の捜査の問題性が指摘されるようになってきた。特に、通信傍受法[32]の立法に際しては、これまで定説であったとされる「行政警察活動（犯罪防止）＝犯罪発生前」、「司法警察活動（犯罪訴追）＝犯罪発生後」という警察活動の概念が、立法化の大きな障壁となった。さらに、通信傍受令状発付の要件のうち犯罪の嫌疑について、「将来犯罪」に対する嫌疑を加えたため（同法三条一項二号および三号）、従来の捜査概念を広げる必要があった。すなわち、将来犯罪に対する通信傍受が正当化されるためには、「将来の犯罪に対する捜査」も捜査である必要が生じたのである。

もっとも、通信傍受立法に反対する論者らは、先に挙げた伝統的な捜査概念を維持し、通信傍受法案のうち、特に将来犯罪に対する通信傍受について痛烈な批判を行った[33]。これに対し、井上正仁をはじめとする通信傍受立法推進派の論者は、伝統的な捜査概念とは異なる捜査概念を唱えて将来犯罪に向けられた捜査が捜査であることを論証しようとした[34]。周知の通り、通信傍受法は一九九九年八月一八日に公布され、翌年八月一五日に施行されることとなった。しかし、同法の成立前に行われた活発な議論は、通信傍受の枠を超え、捜査概念そのものをみつめなおす契機となった。

将来犯罪に対する捜査を捜査として観念しうるか否かという問題は、まさにおとり捜査に直結した問題といえよう。

というのは、おとり捜査は犯罪発生前の「捜査」であることが疑われるためである。より具体的にいうと、おとり捜査を仕掛ける時点においては、それにより後に訴追されることとなる犯罪は発生していないのだが、行政警察・司法警察区分論（以下「伝統的区分論」[35]とする）によれば、これを刑事訴訟法上の捜査として許容することは困難となる。つまり、伝統的区分論に依拠する限り、犯罪発生前の時点では警察はその防止に向けた行政警察活動しか許されないことになるはずである。

これまでも、おとり捜査のこのような性質については、まったく説明がなかったわけではない。例えば、おとり捜査を犯罪捜査のための準備活動と位置付け、捜査とは異なるものと捉えたり[36]、あるいは過去の犯罪捜査のためにおとりを用いるという考え方が示されてきた[37]。しかし、前者については「捜査の準備活動」という概念が不明瞭である[38]、後者については将来発生する一個の犯罪に着目すれば「将来の捜査」であることは否定できない[39]、といった批判がある。

一見したところ、おとり捜査を犯罪訴追に向けられた捜査であると位置付けるならば、従来の区分論では説明できなくなってしまうように思われる。また、昭和二〇年代の横浜地裁の一連の判例[40]等を除いては、これまでおとり捜査を一律に違法とする主張は見当たらない。すなわち、判例も学説もともに、おとり捜査の中に一定の許容領域があることを承認するのである。おとり捜査においてその違法性判断が議論の中心に存在するのは、そのことを前提とする。しかし、そうである以上、犯罪発生前に着手されるおとり捜査が捜査として許される根拠が示されなければならない。すなわち、従来の伝統的区分論に対する説明が必要となるはずである。伝統的区分論を維持するのか、新たな捜査概念の枠組みを構築するのかはひとまずおき、将来犯罪に対する捜査という点を念頭に置きつつ捜査概念の枠組みについてみておくこととする。

第二節　わが国における議論の展開

第一款　警察活動に関する議論の史的発展

以上述べたように、わが国においてはおとり捜査の議論を行う場合、これまではおとり捜査の捜査としての性格よりもその違法性判断が主な論点となっていた。しかしながら、特に通信傍受法の成立までの間に活発に交わされた警察活動に関する議論を契機として、おとり捜査の捜査としての性格そのものの問題も脚光を浴びるようになった。したがって、おとり捜査について論じる場合、そもそも犯罪発生前の活動を含むおとり捜査が捜査として観念されうるのか否かということについて明らかにしておく必要がある。そのため、わが国において警察活動がどのように考えられているのかについて論じておく必要がある。

長い間警察活動には二種類があり、一つは犯罪の発生を未然に防止する「行政警察活動」であり、もう一つは発生した犯罪の捜査を行う「司法警察活動」であるとされてきた。このような伝統的な捜査概念を本稿では「伝統的区分論」と呼ぶことにし、後に触れる「目的的区分論」と区別しておく。この伝統的区分論は最近までほとんど疑いなく受け容れられてきたのであるが、通信傍受法が、将来犯罪の捜査の一環として行われる通信傍受を認めるため、この点を伝統的区分論では説明できなくなったのである。そこで、行政警察活動と司法警察活動を区分する場合、犯罪発生の時期ではなく警察活動の目的を根拠とする学説が登場することとなった。すなわち、「目的的区分論」の登場である。目的的区分論を主張する論者は、伝統的区分論は大陸法系の職権主義的手続を継承した旧法時代の産物であり、英米法に倣った現行法制下における当事者主義的訴訟構造の下では、もはや実質的根拠に乏しい旨主張する(41)。本稿の対象であるお

とり捜査について考える場合も、伝統的区分論の枠内では、おとり捜査を捜査として位置付けることは困難であるようにもみえる。すなわち、おとり捜査は未だ犯罪の発生していない時期に仕掛けられ、おとりの働き掛けが成功した場合にはじめて、訴追すべき犯罪が誕生することになるからである。だとすれば、英米法系の現行法制下においては伝統的区分論を放棄し、新たな捜査概念の枠組みを構築した方が便宜であるようにも思われる。

しかしながら、伝統的区分論は今日においても厳として存在しており[42]、そのことが最も特徴的に現れたのは、通信傍受法の成立までに幾度となく主張された消極派による批判であったといえよう[43]。確かに、英米法に由来する当事者主義的訴訟構造を継承した現行法制下では、これまでの行政警察・司法警察の区別はもはや通用しなくなったようにみえなくもない。しかし、現行法制下でも伝統的区分論はなお消滅していない（むしろ伝統的区分論を支持する論者は少なくない）ことは非常に興味深い。よって、まず伝統的区分論がいつ頃どのようにして登場し、なぜ今なお存在し続けるのかについて、わが国の刑事訴訟制度の移り変わりと関係付けながら注意深くみていくことにしたい。

これまでに指摘されてきたように、警察活動を行政警察活動と司法警察活動とに区分する考え方は大陸法に由来する。わが国最初の刑事訴訟法典である治罪法（一八八〇年公布・太告三七号）は、フランス人法学者ボワソナードにより、フランス治罪法典を中心に諸外国の法を参考にして起草された[44]。フランスの警察活動概念に目を向けると、行政警察・司法警察の区分論はフランス革命に由来する。フランス革命においては三権分立の名の下で行政権と司法権の分離が図られ、行政組織である警察は司法から分離されることとなり、主な職務は「秩序の直接的実現」すなわち犯罪の防止とされた。これとは対照的に、検察は（準）司法官とされ公判において司法活動を行うとともにその準備活動である捜査を主宰することとなり、司法活動である捜査において警察は検察の指揮下に置かれることとなった[45]。このようなシステムは隣国であるドイツにも普及し、今日においても受け継がれている。

大陸法を受け継いだ戦前までのわが国の法制下においては、捜査概念もフランスおよびドイツと同様のものが引き継がれることとなった。わが国最初の刑事訴訟法典である治罪法（フランス型）においては、九二条で「検察官ハ後ニ記載シタル告訴告発現行犯其他ノ原由ニ因リ犯罪アルコトヲ認知シタル時ハ其証憑及ヒ犯人ヲ捜査シ第百七条以下ノ規則ニ従ヒ起訴ノ手続ヲ為スベシ」と規定する。その後に新たに公布・施行された刑事訴訟法（いわゆる「明治刑訴法」、一八九〇年公布・法律九六号）四六条は「検事ハ後ニ記載シタル告訴、告発、現行犯其他ノ原由ニ因リ犯罪アルコトヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタルトキハ其証憑及ヒ犯人ヲ捜査ス可シ」と、さらにドイツ法の影響を受けた旧刑事訴訟法（いわゆる「大正刑訴法」、一九二二年公布、法律七五号）二四六条は「検察官犯罪アリト思料スルトキハ犯人及証拠ヲ捜査スヘシ」と規定している。その他旧刑事訴訟法に限ってみても、一二七条、一二八条、二四七条が「司法警察官」という文言を用いており、二四八条は「庁府県ノ警察官」（同条一号）および「憲兵ノ将校、准士官及下士」（同条二号）について「検察官ノ補佐トシテ其ノ指揮ヲ受ケ司法警察官トシテ犯罪ヲ捜査」すべきものとしている。ここからみてとれるように、戦前は大陸型の糺問的訴訟手続が維持され、捜査はすでに行われた犯罪について検察官の指揮監督の下で行われるものとされた。学説も戦前から行政警察は犯罪の予防機能を有するものであり、司法警察活動は事後的な犯罪捜査機能を有するものとされた(46)。

このような伝統的区分論は、英米法系の現行刑事訴訟法が制定された戦後においてもなお残ることとなった。確かに、戦後は英米型の刑事訴訟法を採用し、糺問主義・職権主義的な訴訟構造から、弾劾主義・当事者主義的な訴訟構造への変化を遂げた。したがって、それまで（準）司法官であった検察官は一方当事者となり、警察と協力して証拠の収集等の捜査を行うこととなった。そのため、検察官は、司法官というよりも行政官としての地位を獲得したといっていいだろう(47)。それに伴い、現行法制下では捜査は司法の色を失い「行政的活動」となった。しかし、通説はあくまで行政警察・

司法警察を二分した考え方、すなわち伝統的区分論を維持し続けることとなったし、現行刑事訴訟法の文言にも「司法警察」という用語が残ることとなった。

一見したところ、目的的区分論を唱える学者のいうように、現行法制下において伝統的区分論を維持し続けることは矛盾しているかのようにも思える。ではなぜこのような状況が生じているのであろうか。これについては様々な要因が考えられるが、例えば、田宮裕は、先に挙げたように現行法上「司法警察」あるいは「罪を犯した」という表現が存在することを指摘するとともに、司法コントロールが骨抜きになることに対する不安などを挙げる[48]。他にも、伝統的区分論が消滅しなかった理由として、行政警察活動と司法警察活動が交錯する場面において、従来の考え方でも説明ができたこと、「捜査のための準備行為」という説明により事前行為が許容されていたことを挙げる見解も存在する[49]。いずれにせよ、通信傍受法の成立に向けた動きの始まる一九九〇年代まで、伝統的区分論に基づく事後捜査限定論ともいうべき捜査概念は、ほぼ問題なく存在し続けていたことは確かであろう。このことはおとり捜査についても例外ではなく、先に挙げた「捜査のための準備行為」などの説明を用いることにより、この種の問題は回避されてきた。

ところが、一九九〇年代以降このような状況は、変化の兆しを見せ始めることとなる。その契機となったのが、通信傍受法の制定に関する議論であった。通信傍受法案（当時）が将来行われるであろう犯罪に対する通信傍受を認めていたため、このことは特に問題とされた。通信傍受の場合、過去の犯罪捜査の一環として行うことも想定されうるが、その対象の多くは将来における犯罪となるであろうことが指摘されている[50]。さらには通信傍受法は将来の犯罪捜査に対する通信の傍受を認めた方がメリットは大きいという。ただし、将来犯罪に関係する会話等を傍受することになれば、それまでの伝統的区分論では説明できなくなってしまう。そこで新たに持ち出された理論が、警察活動の目的によって区別を行う目的的区分論であった。これによれば、たとえ発生していない犯罪についてであっても、後の刑事訴追のた

めにあらかじめ証拠を集めておくことは司法目的を有する司法警察活動、すなわち捜査ということになる。したがって、将来犯罪に対する通信傍受も、このような捜査概念の枠内においては捜査として説明できることとなる。

このように、通信傍受法の制定に関する議論の中で生まれた警察活動、捜査に関する議論は、その他の捜査手法についても捜査とは何かをあらためて問いかけることとなった。このことは、本稿の対象であるおとり捜査についても同じであり、おとり捜査を将来犯罪に対する捜査として位置付け、正当化する見解も存在するようになった(51)。

以上述べたように、わが国では旧法時代の訴訟構造を背景にして、「犯罪発生前＝行政警察活動＝犯罪予防」、「犯罪発生後＝司法警察活動＝犯罪捜査」という図式が構築されていた。これは戦後も長い間維持され続けてきたが、近年この図式とは異なる新たな捜査概念、警察活動概念が構築され提唱されるようになってきた。そこで、ここではおとり捜査が捜査として正当化されるのかという議論へと発展させていくことを目的として、本来警察活動はどのようにあるべきなのか、伝統的区分論と近時の目的的区分論とを十分に検討しておくこととする。

第二款　目的的区分論

先に紹介した通り、行政警察・司法警察という区分論の是非および理解に関する議論は、一九九〇年代における通信傍受法案に対する賛成・反対の主張の中で活発化し、発展を遂げたといえよう。時代的な流れに着目し論じるのであれば、先に登場した伝統的区分論から論じるべきであるようにも思われる。しかしながら、今日伝統的区分論を主張する論者の多くは、通信傍受法の制定に向けて登場し発展した目的的区分論に対する批判の中で、自己の主張を確認し発展させていったという経緯が認められる(52)。そこで、本稿では、まず先に目的的区分論を繰り上げて検討し、その後に、

対立する伝統的区分論について紹介することとする。

目的的区分論は、警察活動を行政警察活動と司法警察活動に分ける区分論自体は維持しつつ、伝統的区分論と異なる定義付けを行い、将来犯罪に対する捜査を可能にすることを目的とする。このような解釈の背景には、通信傍受法案が将来犯罪を対象とした通信傍受を含んでいたことがある。当然、伝統的区分論においては、警察は犯罪の発生前は犯罪の防止に努めなければならず、捜査は行えないことになる。したがって、伝統的区分論に基づく限り、将来行われるであろう犯罪について、事前に情報収集等の捜査を行うことは認められないことになる。事前捜査を認めるとする事前捜査積極説を主張する場合、以下に挙げる二つの選択が考えられる。すなわち、①そもそも、警察活動を行政・司法の二つに区分する区分論自体を放棄する、あるいは②区分論自体は維持しつつもその内容・解釈を変更する、このいずれかを選択しなければならないこととなる。事前捜査積極説を主張するための手段として、区分論自体の放棄を選択することも考えられた。しかし、事前捜査の積極的運用のために主張されたのは、概ね後者であった。おそらく、今日事前捜査を積極的に認める学説が区分論自体を否定していないことの理由としては、現行法が「司法警察職員」という用語を維持していることが大きいと考えられる[53]。いずれにせよ、事前捜査積極説を主張する論者の多くは、行政警察・司法警察という区分論を維持しつつ、その定義を変更するという手法をとることとなった[54]。

目的的区分論とは、行政警察活動と司法警察活動という警察活動の区別を認めつつも、これまでとは異なりその機能・内容を基準に分類を行おうとするものである。目的的区分論によれば、犯罪の防止や鎮圧[55]を目的とする活動は行政警察活動とされ、犯罪の訴追や処罰を目的とする活動は司法警察活動とされることになる。この限りにおいては伝統的区分論も同じなのだが、両者の差異は警察活動の対象となる犯罪の発生時期を問題とするか否かという点にある。つまり、犯罪の訴追や処罰を目的とする活動であれば、対象となる犯罪が未だ発生していない時点であっても、「捜査」として

許容されるというのである。従来の概念と異なり犯罪の発生時期を問題としないことについては、以下のような理由付けがなされている。すなわち、捜査かどうかがその時期によって区別される場合が多いのも事実であるが、しかしそれは「それぞれの目的による区分に従って、実例を積み重ねた結果にすぎず、それぞれの活動が、本来的・論理的に過去または将来の犯罪を対象とするものに限定されることまで意味するものではあるまい」[56]、というのである。要するに、このような理論に立つ論者は、「特定の活動の法的性格を決めるものは、その目的の内容であって、対象とする犯罪が過去のものか将来のものかという事実は、その区分にとって本質的な問題ではない」[57]、と考えるのである。

このように、区分論自体を維持しつつ、その定義を変更することによってもたらされる結果は、どのようなものであろうか。当初、目的的区分論者達が目指したのは、将来犯罪に関する通信を傍受することの正当化であったことは容易に推測される。すなわち、伝統的区分論では、およそ未発生の犯罪に対しては捜査をすることが許されないはずであるが、目的的区分論ではこれが可能となるためである。したがって、対象犯罪が将来訴追されることを予定し、そのための証拠収集を目的として通信傍受が行われる場合、たとえそれが未発生の犯罪であっても捜査として許容されることとなるのである。このことは、将来犯罪に対する捜査を可能とするという点で、大きな意味を持つ。

また、本稿の対象とするおとり捜査についても、これまでの説明とはかなり異なる正当化ができることとなる。これまで伝統的区分論の下では、おとり捜査を刑事訴訟法上の捜査として正当化するための説明としては、次に挙げる二通りの方法がとられてきた。すなわち、[58]①おとり捜査を仕掛ける行為そのものは捜査とはいえず、あくまで捜査のための準備行為として正当化できる、あるいは②反復して行われている犯罪に対して、過去の犯罪捜査のためにおとり捜査を用いる、[59]というのである。この点、①については、捜査のための準備行為という概念が不明確であるし、「自らが作り出す犯罪の捜査の準備行為を刑訴法上の捜査の範疇に入れることができるかに疑問があり」、捜査の準備行為が「程

度の差はあれ対象者の法益を侵害する」のであるから根拠規定もなく許されない、という批判がなされる。[60] 次に、②については、「将来発生する予定の一個の犯罪に着目すれば、それとの関係では『将来の犯罪捜査』である」という批判も成り立つ。[61] したがって、これまでの伝統的区分論の下でおとり捜査を捜査として説明しようとする場合、どこかで矛盾を残したままになっていた感があることは確かであった。

ところが、目的的区分論を用いることにより、おとり捜査も捜査として容易に説明することができる。すなわち、目的的区分論に立ち、将来犯罪の検挙・訴追に向けて証拠等を収集する警察活動も捜査であるとすれば、その働き掛けの結果行われる将来犯罪に関しても、おとり「捜査」を行うことが正当化されるのである。[62] このように考える論者の中には、むしろ「おとり捜査の核心は、将来の犯罪の解明・訴追にあると捉えるべき」であり、殺人などのように深刻な法益侵害を伴わない場合には、当該犯罪に関わる情報を収集し、その発生後に検挙した方が、当該犯罪を未然に防止するよりも社会の安全を守るために大きな効果をもたらしうる、と主張する論者も多い。[63]

以上のように、行政警察活動と司法警察活動の区分を両者の目的・機能から根拠付け、事前捜査を積極的に容認する立場の論者は、おとり捜査についてもそれが犯罪発生前の捜査であることを正面から認めることになろう。そして、このような主張の背後には、犯罪の防止による直接的な社会治安の維持よりも、犯罪の検挙・訴追によるその効果の方が大きいとする考えがあるものと思われる。[64] しかし、このような実質論のみから、過去の犯罪との関係の如何に関わらずおとり捜査が許容されるという結果が導かれるのだとすれば、目的的区分論に対して慎重にならざるをえまい。

第三款　伝統的区分論

警察の職務は行政警察活動と司法警察活動という二つに区分され、前者は犯罪発生前における犯罪の防止を、後者は犯罪発生後における犯罪の捜査を担う、というのが伝統的区分論である。前述の通り、この理論は治罪法から旧刑事訴訟法時代に定着した理論であり、大陸法の影響を色濃く受けたものとなっている。[65] しかし、組織犯罪対策の一環として通信傍受法が成立し、将来犯罪に対する通信の傍受が捜査として認められたことにより、これまでの捜査概念に大きな変化がもたらされることとなった。すなわち、目的的区分論の登場による事前捜査正当化論がこれにあたる。これは、通信傍受法がまだ法案であった段階で、これまでの警察活動概念あるいは捜査概念では説明のつかない将来犯罪に対する捜査を根拠付けるために、積極派の論者によって唱えられ始めた理論であった。最終的に、通信傍受法は将来犯罪に対する通信傍受を含んだまま成立し、事実上将来犯罪に対する捜査が認められることとなった。[66] では、通信傍受法の立法により、将来犯罪に対する捜査が一部容認されることとなったが、伝統的区分論は妥当性を失ったのであろうか。むしろ、通信傍受立法批判を通じて、伝統的区分論の理論的根拠は以前に増して明らかにされた感がある。伝統的区分論から導かれる具体的な帰結に踏み込む前に、まずは伝統的区分論がどのような根拠に基づくものであるかというところから説明しておくこととする。

伝統的区分論の根拠には、理論的根拠と実質的根拠の二つがあると考えられる。理論的根拠には、刑事訴訟法の条文の文言、近代法における犯罪概念、国家が国民に対して保障すべき人権保障があるように思われる。以下、これらの理論的根拠について説明する。

伝統的区分論の理論的根拠としてまず最初に挙げられるべきであろうものは、刑事訴訟法上の条文の文言であろう。刑事訴訟法一八九条二項は、「司法警察職員は、犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査するものとする」、と規定している。また、同一九九条は通常逮捕の要件として、「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由が

あるとき」に、「裁判官のあらかじめ発する逮捕状」を要求する。まず、このことから、刑事訴訟法が想定している捜査は事後的活動に限定されると解されるのである。

次に考えられるのは、近代法における犯罪の概念である。すなわち、伝統的区分論に基づき捜査を観念する場合、「犯罪の発生を捜査と強制処分の前提とする」ことになるが、これは、近代刑法が、「犯罪を個人の内心ではなく、個人の外部的行為としてきた」ことに対応する。そして、「犯罪が個人の外部的行為である限り、犯罪行為の存在は客観的に認識・確認できることを前提として、そのような客観的事実の存在を前提条件とする」のであるから、その前提条件により捜査権限が枠付けられる。[67] まず理論的には、このような発想が伝統的区分論の前提として存在する。

さらに、犯罪捜査ではなく犯罪予防を優先すべきであることの理由に、憲法一三条の個人の尊重を挙げる見解もみられる。その骨子は以下の通りである。憲法一三条後段は、「国民の権利」は「立法その他の国政の上で、最大の尊重」を必要とする旨規定されている。つまり、国家は人権に対して最大の尊重を義務付けられており、例えば法益侵害を放置することは、その義務をないがしろにしていることになる、というのである。すなわち、「侵害の事前の防止と事後の救済とでは、いうまでもなく前者の方が人権の保障にとって優れている。それゆえ、人権の最大限の保障のためには、国家は事前防止にまず努めなければならないということになるはずである。このように考えると、犯罪予防の任務が課せられている警察は、予防の措置が可能な場合にはまずは予防に努めるべきであり、それを怠り、犯罪の発生を黙認することは、人権に対する『最大限の尊重』の要請に反する[68]」ことになる、と。

次に、歴史的な経験的事実に由来する根拠について説明する。戦前は、行政執行法（一九〇〇年公布法律八四号）一条の「検束、仮領置[69]」および行政警察規則二四条の「怪シキ者」に対する強制連行[70]が濫用されたという。これらの措置は、いずれも行政警察の領域において強制的な処分を認めるものであり、「公安ヲ害スル虞アル者」および「怪シキ者」

という「過去の事実に枠づけられていない予測的要件」に基づく処分であったことが濫用を招いたとされている。例えば、司法警察活動の代表例である逮捕には令状主義の要請が働く、しかし右の「検束、仮領置」は行政警察活動としてその枠外に置かれる。警察が逮捕したいと思っている被疑者について令状発付に至るほどの嫌疑が生じていない場合でも、「検束、仮領置」を悪用すれば、司法目的で被疑者の身柄を拘束することが可能となる。反対に、司法警察活動が行政警察目的に利用されることも懸念される[71]。問題は、行政警察活動と司法警察活動とが、どちらがどちらの領域で濫用されているかということではなく、この両者が混交・融合されたまま悪用・濫用されやすくなることにある[72]。要するに、「両者を厳格に峻別して、それぞれの領域での規制を厳格化することが、歴史的経験的に要請されている[73]」、と考えられるのである。

今日においても、伝統的区分論を維持し行政警察と司法警察を厳格に区分する議論の背景には、以上のように理論的根拠と実質的根拠の二種類の理由が存在する。しかし、当然、これらに対しては目的的区分論の側からも批判が加えられている。以下では、これらの理論を参考にしつつ、捜査の概念はどのように観念されるべきかを模索したい。

第四款　検討

伝統的区分論の理論的根拠ならびに実質的根拠については、先に示した通りであるが、これに対して井上正仁からいくつかの反論が唱えられている。まず、理論的根拠のうち刑事訴訟法の条文の文言を根拠とすることについて、以下のような批判がなされた。すなわち、逮捕については刑事訴訟法一九九条が「罪を犯した」という過去形の文言を用いているため、「現行法上、未だ行われていない犯罪を理由にして人を逮捕することができない」ということを確認する。

さらに、「犯罪が実行される前に実行しそうな人を逮捕すれば、［中略］当該逮捕は予防的処分以外の何ものでもない」と述べ、ある種実質的な理由からも犯罪発生前の逮捕を否定し、「その規定を改正するという方法によっても、これを可能にすることはできないであろう」[74]、という。しかし、他方、「捜索・差押えや検証については、刑訴法二一八条一項が『犯罪の捜査をするについて必要があるとき』にそのような処分をすることができるとして、過去形の文言を用いてはいないため、法律上も、未だ行われていない犯罪[75]を対象にしてそれらの処分を行うことに、逮捕の場合と同じような意味での障碍があるわけではない」、と主張する。また、刑事訴訟法一八九条二項にいう「犯罪がある」という文言の解釈についても、「伝統的な司法警察観念を離れて、その文言自体から、そう解さなければならない必然性があるとまでいえるかは、疑わしい」[76]として、刑事訴訟法その他の条文の文言が事前捜査限定説の根拠とすることを否定する。

このような反論に対しては、以下のような再反論がある。すなわち、井上正仁は将来犯罪に関する逮捕は立法によっても許されるべきでないとするが、そうだとすれば、憲法三三条と関連する同三五条も同様に理解されるべきである、というのである。憲法三三条と関連付けて規定された規範構造からすると、「憲法三五条は、将来の犯罪については、逮捕の場合と同じく捜索・押収も許していないというのが理論的である。この意味においても、憲法三五条の『正当な理由』とは過去の犯罪との関係で規定された令状発付の要件なのである。そして、憲法三五条が同三一条の適正手続を『特化』[77]した規定である限り、憲法三五条自体が将来の犯罪については捜査権の発動を否定しているのである」、と。

次に、伝統的区分論が近代法の犯罪概念を根拠とすることについてであるが、これに対しては訴訟法的視点からの批判が展開されている。すなわち、訴訟法的視点に立てば、「犯罪の成否は裁判の結果はじめて明らかにされるはずのもの」であり、したがって捜査開始時には訴訟法上の犯罪は存在するはずがない、という趣旨の主張である[78]。つまり、訴訟法上、判決が確定するまでは被疑者・被告人は無罪であるため犯罪は存在しない、だとすれば「犯罪の存在」を捜査開

始の要件とすることは論理矛盾である、というのである。

また、戦前に行政警察活動が濫用されたことに対する反省という伝統的区分論の実質的根拠に対しては、両者を区別しないことが必ずしも悪い結果をもたらすとはいえないという。その一つに、行政警察活動と司法警察ないし犯罪捜査の活動とは、「どちらが強力で、権利侵害性の強いものでるかは、一概にはいえない」点を指摘する。また、この両者においては、司法警察活動に対する法的規制や手続的保障の方がより厳格で手厚いものとなっている、という点も挙げられる[79]。なるほど、司法警察活動においては、強制捜査は法定されているものについて、裁判官の発付する令状に基づいて許可されるため、処分に対する事前のチェックが働きやすいというのであろう。さらに、旧法時代に行政検束などの処分が濫用されてきた事実は、司法警察活動が行政警察目的のために濫用されやすいことを示すものではなく、むしろ、行政警察が司法警察目的のために濫用される危険があることを示すものである。したがって、両者の融和と警察権限の濫用は無関係であると主張する[80]。さらに、戦前の反省から伝統的区分論の解釈が生まれたのではなく、行政警察と司法警察とを峻別する議論は、ヨーロッパ大陸法に伝統的に存在し、わが国でもすでに治罪法時代から存在した。このことを捉えて、戦前の歴史的経験的事実に対する反省を伝統的区分論の理論根拠とすることはできない、という反論も主張されている[81]。

以上のように、目的的区分論を主張する論者からは、伝統的区分論の依拠する論拠に対していくつかの批判が加えられている。しかしながら、これに対しても、伝統的区分論の側から再批判が行われている。

まず、逮捕の場合と違い、捜索差押え等については、条文上将来犯罪に限定する書き方にはなっておらず、事前捜査限定の論拠として条文を持ち出すことは疑わしいという批判がなされた。これに対しては、憲法三五条は同三三条と関連付けて捜索差押えについて令状主義を規定しているが、その関連に対する説明が十分に果たされていない。また、憲

法三三条と同三五条を別個に考える場合、逮捕に伴う捜索・差押えについては先行する逮捕が過去の犯罪を対象としていなければならないのに、令状による逮捕の場合には対象は過去犯罪に限定されないことになる。しかし、なぜ憲法が両者についてそのような差別化を行ったのかが問題となる。(82)

さらに、犯罪とは外部的行為であるという近代法の原則が、司法警察と行政警察の区別の前提になっているという主張に対しては、実証的根拠に欠けるという批判がなされていた。しかし、この主張に対しても、「『客観的事実の存在を前提条件とすることで捜査権限を枠づけようとする発想』が『近代法の原則』のまさに『論理的』要請である、という点」にあり、人の内面を処罰することを許さない近代法の原則は、「『個人の外部的行為』という認識・確認可能な行為を客観的枠づけとすることによって、捜査権限の発動を抑制する」ことになり、「これを『近代法の原則』の『理論的要請』とみても、何の問題もない」という反論がなされている。(83) また、この点に関して、井上正仁は、「訴訟法的にみれば、犯罪の成否は裁判の結果はじめて明らかにされるはずのものであるから、その裁判を求める訴訟行為である公訴の権限の発生が犯罪の成立を前提にしていることは論理矛盾である」という。(84) しかし、捜査の前提として存在しなければならない犯罪というのは、「観念上の犯罪」であればよく、「訴訟法上の犯罪」があることを前提としないのは明らかであろう。(85) そうでなければ、憲法三三条にいう「犯罪」という文言も論理矛盾ということになりかねない。

また、実質的論点として、行政警察権が司法警察の分野で濫用されたという戦前の状況に対する反省から、伝統的区分論が維持されるべきだとする主張に対する井上正仁の批判は、的を射ていない。というのは、井上正仁は、行政警察活動と司法警察活動とでどちらが強力で侵害的な性質を有するかは一概にはいえないとするが、問題はそれが融和、混交された場合の悪用の危険性にあるためである。

以上のことから、戦後、アメリカ法の影響を受けた現行刑訴法下においても、なお「伝統的区分論――事後捜査限定

説」は生き続ける、と考えなければならないのである。ただ、冒頭にも指摘した通り、事後捜査限定説の下では、おとり捜査を捜査として位置付けることが困難であるようにも思われ、問題は残る。以下では、代表的な大陸法国でもあり、旧刑訴法（大正刑訴）のモデル国でもあったドイツの議論を参考に、おとり捜査と事後捜査限定説の整合性を明らかにしていきたい。職権主義的訴訟構造を有し捜査を事後的なものとするドイツにおいてもおとり捜査は行われており、この点、本章の問題意識にとってみるべき示唆は多いように思われるからである。では、このような趣旨から、以下ドイツの捜査概念についてみていこう。

第三節　ドイツにおける議論の紹介

第一款　ドイツにおける捜査概念

すでに指摘してきたように、わが国における行政警察・司法警察の区別の源流は旧法時代まで遡り、また、旧刑訴法はドイツ法を模範として作られたものであった。周知の通り代表的な大陸法国であるドイツでは、司法権を一手に担う検察官の指揮の下、検察官が捜査を行う。このような位置付けにおいては、検察官は、裁判官が判断を行うために必要な証拠を収集することにある。したがって、有罪証拠のみならず無罪証拠も調査しなければならない。したがって、わが国とは状況が若干異なり、ドイツの検察官は司法官としての地位を与えられる。また、実際の捜査の場面においては警察が活動することになるが、警察が捜査を行う場合、常に検察官の指揮監督下に置かれなければならないのはこのためである。それゆえ、司法官の指揮監督の下で、裁判、すなわち司法のために行われる警察活動は司法警察活動という

ことになる。このような、犯罪捜査のための警察活動は抑止的（repressiv）警察活動といわれ、すでに発生し存在する犯罪のみを対象とする。一方で、未発生の犯罪、すなわち将来犯罪については、警察が独自に活動を行うことができる。犯罪発生前においては、警察はその予防・防止に努めなければならず、訴追に向けた捜査手続ではないためである。ドイツでは、このような警察活動が予防的（präventiv）警察活動として位置付けられ、抑止的活動と明確に区別されてきた(86)。

犯罪発生前と後とで、警察活動にどのような差異があるのかについては、以上の説明から概要を得ることができよう。しかしながら、おとり捜査を捜査手続として位置付けることを試みる本稿においては、犯罪に対する二面的な国家的作用の、よりクリティカルな限界の設定が必要となる。そこで、以下、前領域（Vorfeld）と捜査可能な領域との区別について説明する。これら二つの領域を区分するメルクマールとなるのは、「初期段階の嫌疑（Anfangsverdacht）」である。初期段階の嫌疑とは、刑訴法一五二条の規定する「起訴法定主義（Legalitätprinzip）」の実効的な機能のために重要な位置を占める。すなわち、同条一項は、公訴提起が検察官によってなされることを規定し（国家訴追主義）、さらに同条二項は、「検察官は、明文による別の規定が存在しない場合、十分な事実に関する根拠が存在する限り、訴追可能な全ての犯罪行為に関して訴えを提起することを義務付けられる」と規定する。そして、刑訴法一六〇条一項は、「検察官は、通報その他の経路で、犯罪行為について嫌疑の認識を得たときは、公訴（öffentliche Klage）を提起すべきか否かを決定するために、事実関係（Sachverhalt）を究明しなければならない」、と規定する。すなわち、訴追権を担う検察官は、ある犯罪の存在について十分な根拠が存在する場合、犯罪の解明を行わなければならないのである。刑訴法一六〇条一項における「嫌疑」は初期段階の嫌疑といわれ、捜査開始の要件とされる。初期段階の嫌疑とは、一般に、すでに行われた犯罪に関する嫌疑をいう(87)。この初期段階の嫌疑の発生する前の段階は前領域といわれ、発生後の段階と

は区別される。前領域においては捜査を行うことはできず、国家はあくまで「危険防除（Gefahrenabwehr）」に努めなければならない[88]。反対に、初期段階の嫌疑が発生した後の段階では、検察は捜査をすることができるだけでなく、捜査を義務付けられるのである。ただ、このような危険防除と犯罪訴追の明確な区別は、一九七〇年代以降徐々に切り崩されていくこととなった[89]。

特に、一九九二年七月一五日の「違法な薬物取引およびその他の組織犯罪の現象形態の克服のための法律（das Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität）」（以下、本稿では単に「組織犯罪対策法」とする）により、新しい捜査手法がいくつか導入され、伝統的な捜査概念に影響を与えたことは記憶に新しい。ただ、これに対する学説の反応は厳しいものであった[90]。

第二款　おとり捜査と捜査概念

ドイツにおいては、犯罪に対する国家の反応として「危険防除」と「犯罪訴追」の二つが、明確に区分されることについては以上に紹介した通りである。そして、大陸法国であるドイツにおいては、少なくとも理論上、この両者の区別がわが国以上に明確でなければならないことも明らかである。他方、おとり捜査は、おとりの投入によって発生する被作出犯罪との関係でみれば、将来発生する犯罪――すなわち将来犯罪――を対象とした活動であるかのような外観を呈する。もしそうだとすれば、犯罪発生前においては国家は犯罪の予防・阻止に努めるべきだとする大前提からは大きく乖離することになってしまう。しかしながら、実際、ドイツにおいてもおとり捜査は多く行われており、被作出犯罪が訴追され有罪判決を受けることも多い。すなわち、判例は――わが国における理論状況と同様に――おとり捜査を画一

的に違法とはみなさない。ドイツにおいても、おとり捜査が訴追に向けられた国家的行為として位置付けられているのである。このことは、判例のみならず学説についてもいえる。学説において[91]、おとり捜査が将来犯罪に対する捜査である点を指摘して、全て違法だとする見解はほとんど見当たらない。したがって、おとり捜査と捜査概念との間の整合性を保つために、何らかの解釈が介在しているはずである。したがって、わが国でも「伝統的区分論――事後捜査限定説」を維持しつつ、おとり捜査を捜査として位置付けるための示唆が、ドイツの議論には存在するのではないかと推察される。

ところで、先に、ドイツにおいては、おとり捜査が将来犯罪に対する捜査である点を指摘して全て違法だとする見解は、ほとんど見当たらないと指摘した。しかし、中には、おとり捜査を被作出犯罪との関係では捜査とみなさない学説もある。ジーク（Sieg）は、伝統的な捜査概念を支持しつつも、これとの関係でおとりの投入自体を違法とはいわない。ジークの理論を簡単に説明すると、次のようになる。

「刑訴法一六三条の手法としての国家による犯罪誘発行為は、すでに行われた犯罪の嫌疑を前提とするのであるから、そのような嫌疑を伴わない誘発行為は認められない。したがって、いずれにせよ、誘発された行為の起訴およびその処罰は排除される[92]。」

ジークは、被誘発行為との関係では、おとりは刑事訴追に向けた活動であってはならないという。そして、おとりの投入が刑事訴追目的を有しうるのは、それがすでに行われた犯罪の解明に向けられたものである場合のみであると考えるのである。

では、彼の見解では、おとりの投入は被作出犯罪との関係で、どのように正当化されるのであろうか。ここで彼は「危険防除」のためのおとりの投入という視点を持ち出す。すなわち、国家による犯罪誘発が、例えば麻薬の撲滅を目的と

している場合であれば許されると考えるのである。[93] 例えば、すでに薬物を所持してこれをヤミ社会の流通に乗せようとしている人物がいるが、捜索差押を行うことができないような場合でも、犯罪予防のためのおとり捜査によって当該薬物を保全することはできる、というのである。もちろん、予防的警察活動であるから、その場合でも、おとり投入前段階ですでに発生していた犯罪（例えば、所持罪）については訴追可能であるが、被作出犯罪（例えば、譲渡罪）に関しては訴追することは許されず、危険防除――例えば違法薬物の流通からの排除など――のみが許されることになる。

国家が発生を阻止しなかった――場合によっては助長した――被作出犯罪については訴追を認めないというジークの見解は、おとり捜査の法的性格を十分意識したものであり、対象者が被作出犯罪との関係で訴追されないという結果を導く点でユニークなものではある。ただ、このような理論の持つ弊害も同時に意識されなければならない。結論からいうと、危険防除のためのおとりの投入は認められるべきではないからである。以下、これについて説明する。

危険防除のためのおとりの投入がありえないことについては、近年レッシュ（Lesch）およびエルボーゲン（Ellbogen）が指摘している。レッシュは、「おとりの投入は、危険防除とは評価されない。というのは、正確には、おとりは直接的には阻止（Verhinderung）ではなく――反対に――犯罪行為の創造（Hervorbringung）に向けられたものであるからである」[94]、という。つまり、おとりの投入による犯罪誘発においては、特定の人間によるコントロールされた犯罪において、刑法が妨げようとしている危険が具体化することを甘受しなければならない。しかし、警察は、目前に迫っている犯罪を阻止することを義務付けられている。[95] したがって、警察に義務付けられた直接的治安維持とおとりの投入とは一致しないと考えるのである。また、エルボーゲンも同様に述べ、流通している薬物や偽造通貨等の没収（abschopfen）のためにおとりを投入することも問題となりうるとしつつも、犯罪誘発行為によってはじめて新たな流通が開始されることになるため、犯罪誘発行為を抑止的措置として位置付ける理論構成には矛盾があるという。[96] また、エルボーゲン

も指摘するように、連邦通常裁判所も、偽装購買（Scheinaufkauf）[97]は予防的手段ではなく、抑止的手段であることを確認している[98]。

結果、ジークの主張するように、おとりの投入が、被作出犯罪に対しては予防的に、過去の犯罪に対しては抑止的に働くという構成をとることには、理論上無理があることになる。

第三款　検討――被作出犯罪の訴追に向けられたおとり捜査――

ジークの主張する危険防除のためのおとり捜査という見解を取りえないことは、以上の説明から明らかとなった。では、危険防除のためのおとり捜査を否定するレッシュは、おとり捜査によって発生する被作出犯罪との関係をどのように説明するのであろうか。フィッシャー／マウル（Fischer/Maul）やレッシュは、被作出犯罪の訴追が可能であることを想定した上で、おとりの投入を捜査として位置付ける。ここで、被作出犯罪が、未だ初期段階の嫌疑の生じていない将来犯罪とはみなされないのかが問題となる。思うに、おとり捜査の問題は、おとりの投入によって発生する被作出犯罪との関係こそが重要なのであり、過去犯罪の処理をどうするかという問題とは別なのである。例えば、違法なおとり捜査と適法なおとり捜査の限界設定に関しても、当該被作出犯罪の処理との関係で重要なのである[99]。ジークの理論では、おとりの働き掛けの態様とは無関係に、常に被作出犯罪は訴追対象とはみなされないことになりうる。しかし、伝統的な捜査概念を堅持するフィッシャー／マウルおよびレッシュといった論者でも、おとり捜査によって発生した被作出犯罪の訴追を完全には排除しない。フィッシャー／マウルおよびレッシュが、被作出犯罪をどのような理論を用いて被作出犯罪とみなすのかは、今ひとつ明確にはされていない。しかし、過去犯罪との関係で被作出犯罪の発生を限定する点

に、おとり捜査が将来犯罪に向けられたものではないことに関する示唆が存在するように思われる。以下、第四節では、わが国における学説の理論を考慮に入れつつ、おとり捜査と事後捜査限定説の両立可能性について検討したい。

第四節　小括――おとり捜査と事後捜査限定説――

以上、わが国およびドイツにおける捜査概念について概観した。近年、わが国では、捜査概念の新しい考え方が主張され、警察活動に関する伝統的区分論およびそれに基づく事後捜査限定説にとらわれない新しい捜査概念が生み出されている。すなわち、目的的区分論に基づく事前捜査積極説であり、伝統的区分論とは反対に、将来犯罪に対する事前捜査を認めるという学説である。もし、「目的的区分論――事前捜査積極説」を認めれば、おとり捜査と捜査概念も容易に説明することが可能となる。というのは、被作出犯罪は一見したところ将来犯罪にみえるが、事前捜査を積極的に解せば何ら問題とはならないためである。しかしながら、事前捜査を積極的に容認する見解には同意できないことは、すでに述べてきた通りである。まず理論的な根拠としては、わが国の刑訴法一九九条における「罪を犯した」という過去形の文言であったり、近代法における犯罪の概念などが挙げられる。これらの根拠から、司法警察活動すなわち捜査は事後的なものに限られるということがいえる。また、実質的根拠として、戦前における行政警察・司法警察の混交による治安維持の暴走がある。今日においても、「目的も根拠法令も異なる司法警察・行政警察を融合させることは、結局は治安維持という大義名分に手続法上の制約を譲歩させることになりかねない」[100]のである。したがって、伝統的区分論を放棄することはできず、捜査とはあくまで過去犯罪のみを対象とするものであって、将来起こりうる犯罪に対しては予防に努めなければならないのである。

では、捜査概念をこのように限定付けた上で、おとり捜査をこの限界内に位置付けることは可能なのであろうか。わが国では、おとり捜査を「捜査行為のための準備行為」[101]と位置付ける正当化論と、過去の犯罪との関係で用いられる場合を正当化する理論との二つがあった。このうち、前者については、捜査活動のための準備行為と捜査との限界の不明確性もさることながら、犯罪作出という捜査の準備行為を刑訴法上の捜査の範疇に入れることができるのかという点や、そのような準備行為は程度の差はあれ対象者の法益を侵害する点に、問題が生じる[102]。

この点、ドイツにおいては過去犯罪との関係を重視した見解が示されていた。すなわち、初期段階の嫌疑が認められる犯罪が存在する場合でなければ、被作出犯罪に対しておとりを投入することは許されないのである[103]。このうち、被作出犯罪を「危険防除（Gefahrenabwehr）」とみなす見解は妥当でないことは、すでに述べた通りである。では、被作出犯罪との関係でおとりの投入を捜査とみなす見解はどのような理論に基づくのだろうか。実は、ドイツ学説においても、この点は明確には述べられていない。単に、先行犯罪について初期段階の嫌疑があれば、被作出犯罪の訴追に向けたおとりの投入が許されるというのである。

おそらく、過去犯罪と被作出犯罪との関係の精緻化が図られれば、この理論は強い根拠を有することになろう。そして、ドイツにおけるこのような議論は、過去犯罪との関係でおとりの投入を正当化するわが国の学説とかなり共通する部分を有し、わが国における議論の補強にも繋がる。そこで、ドイツ学説およびわが国の類似の学説が、どのような見解に基づいておとり捜査を捜査と位置付けるのかを模索したい。

わが国における伝統的区分論およびドイツの議論とも、おとり捜査によって発生させられる被作出犯罪を、先行犯罪との関係で捉えていることに注目すべきであるように思われる。わが国の議論を素材に考えると、例えば以下の類型については説明が付く。

過去犯罪との関係でおとりの投入を認める見解において説明できる類型は、例えば、最高裁平成一六年七月一二日決定[104]（以下、本稿では単に「平成一六年決定」とする）の事案における、所持罪との関係で役立てられるおとり捜査である。すなわち、薬物所持に関して比較的濃い嫌疑があり、この譲渡先を探している可能性のある者に対して、おとりが一定の働き掛けをする場合、おとりが投入される時点ですでに所持罪については成立している。したがって、当該おとり捜査の中でおとりに交付された薬物は所持罪の証拠であり、かかる証拠獲得のためにおとり捜査が利用されるという構成をとることは、理論上可能であろう。

ただし、これらは被作出犯罪との関係でおとり捜査を説明したものではない点に注意しなければならない。確かに、被作出犯罪ではなくてそれまでにすでに存在した罪（例えば薬物の所持罪）についてのみ起訴が行われたという事案も存在しないではない[105]。しかし、実務の運用をみれば、むしろ被作出犯罪の摘発のためにおとり捜査が用いられていることが明らかである。また、これまでの判例および学説も、被作出犯罪との関係で議論が行われてきた。では、被作出犯罪の捜査のためにおとり捜査を用いるという場合、どのような処理を施せば、おとり捜査を「将来の犯罪に対する捜査」という命題から外すことができるのであろうか。

ここであらためて伝統的区分論の趣旨を確認しておこう。まず理論的根拠として、刑訴法一九九条の「罪を犯した」の文言、近代法の犯罪概念、国民一般を犯罪から守るという国家の義務が挙げられてきた。そして、実質的根拠として、司法警察活動の行政警察活動への侵入による両者の混交が、それぞれの警察活動の濫用を招くのではないかという懸念があった。

まず、刑訴法一九九条の「罪を犯した」の文言であるが、先に示した通り、憲法三三条と同三五条の関係から刑訴法が捜査は犯罪発生後に行われることを想定していることは明らかである。刑訴法の形式上、理論上、捜査は犯罪発生後

に行われるものという図式が明らかになっているため、被作出犯罪との関係でおとり捜査を捜査と位置付けることは困難であるようにも思われる。すなわち、おとり捜査は犯罪訴追に向けた警察活動であるため、その意味で「捜査」であることは間違いなく、他方、被作出犯罪はおとり投入の時点ではまだ構成要件該当行為として存在しないためである。しかしながら、刑訴法一九九条にどのような実質的根拠が存在するのかによって、ある程度例外が認められうるような解釈を導くことも可能であるとの考えも成り立ちえないわけではない。すなわち、現行刑訴法は捜査の対象をすでに発生した過去の犯罪であると理解しているが、そのような理解はある実質的な根拠に基づくのであり、かかる根拠に矛盾しない限り、事後捜査限定の例外が認められる場合が存在すると考えられるのである。

では、現行刑訴法が事後捜査限定説的な理念に基づくものであり、その現れが刑訴法一九九条にみられるとして、そのような見解の背景にはどのような根拠が存在するのであろうか。先にも示した通り、事後捜査限定説の論拠としては、刑訴法一九九条の解釈、近代法の犯罪概念、国民一般の法益保護という観点、さらに司法警察と行政警察との混交に対する反省が挙げられる。このうち刑訴法一九九条については、その他の実質的根拠が刑訴法上条文として現れたものであるということができよう。要するに、刑訴法一九九条の解釈以外の根拠が示す指摘が、おとり捜査の場合に問題とならなければよいのである。

まず、近代法における犯罪は外的行為であるという指摘に対しては、以下のようにいうことができよう。確かに、近代法においては法は内面を処罰するものではないため、犯罪は外部的行為と理解されなければならい。しかし、おとり捜査のある種のものは、人の内面に向けられた捜査手法ではない。おとり捜査が行われる事案を想起してみると、対象者の側ですでに仲介人を通じて薬物の取引相手を探しているといったように、準備行為が認められるような場合、あるいはさらに進んで譲渡行為の実行の着手が認められるような場合は、対象者の外部的行為の表れがあったとみることも

できるだろう。[106] ただし、被作出犯罪等について嫌疑のない対象者に対し、単に遵法精神を試すためだけに行うような類型のおとり捜査は、当該人物の内面を観察することになり許されない。この点、ドイツにおけるフィッシャー／マウルおよびレッシュの求める「初期段階の嫌疑（Anfangsverdacht）」が、おとり捜査が対象者の内面に向けられたものでないことを担保する要件だったとみれば、説明がつく。

さらに、国家には犯罪の存在によって発生する危険から国民を守る義務があるが、おとり捜査は国家の管理の下で行われる点が考慮されなければならない。ある人物が譲渡目的で薬物を所持し、取引相手を探しているような場合、おとり捜査によって法益侵害が発生したことが認められても、それが拡大したとは考えられないだろう。すなわち、薬物犯罪では抽象的危険が問題となるところ、右のような場合には、国家が取引の相手方になるため、実際に当該薬物に対して警察の支配が及んだ時点で、危険は消滅すると考えられるからである。確かに、所持から譲渡に移る時点で、観念上はさらに所持のときよりも高度の危険が生まれることになるかもしれない。しかし、このような所持から譲渡に移ることでの危険の上昇は、国家が取引相手とならず、他の者が譲り受けた場合のときでも生じることになる。また、この人物がすでに取引相手を捜している場合などでは、譲渡に関する危険発生の蓋然性は極めて高いといえる。このことは、たとえ当該おとり捜査が失敗に終わり、薬物が社会に散逸したとして同じであろう。なぜならば、そもそもその薬物は社会に流通するはずだったからである。この意味では、法益侵害および危険の上昇はない。このように考えれば、少なくとも、譲渡目的で薬物を所持し、取引相手を探している人物に対しておとり捜査が行われる場合は、国民一般に対する法益侵害の発生は問題とならないといえる。

最後に、伝統的区分論の実質的根拠として指摘される行政警察と司法警察の混交による問題について述べる。おとり捜査は、司法警察活動として犯罪が発生する前に投入されるが、これが行政警察的な目的を帯び治安維持を名目に濫用

されないことが明らかにされなければならない。おとり捜査によって達成されるのは、一義的には秘密裏に行われる薬物密売等の検挙であり、また当該薬物および収益へ繋がる証拠の獲得であることが想定される。このような活動に行政警察活動、治安維持濫用が結び付くかどうかが問題となる。この点、通信傍受の濫用の場合は、日頃から犯罪活動について一般的な嫌疑のある犯罪組織を対象にこれを行うことにより、個別の犯罪とは関係なく包括的に当該組織を丸裸にしてしまうことも可能となる。つまり、本来の目的である具体的な犯罪の摘発と関係なく、通信傍受が犯罪予防、治安維持のために利用されることも懸念される。一方、一定のおとり捜査においては、このように具体的な行為を超えて対象者の行動、思想等を包括的に露呈させ、それにより治安維持が図られるということは想定されないように思われる。したがって、おとり捜査の場合にはこのような懸念はそれ程問題とならないように思われる。

以上みてきた通り、伝統的区分論に基づく事後捜査限定説の立場においても、この理論の実質的な根拠に矛盾しない限りにおいて、おとり捜査も許される領域があるように思われる。

（1）最決平成一六年七月一二日刑集五八巻五号三三三頁。なお、寺崎嘉博「囮捜査」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選［第六版］』（有斐閣、一九九二年）二四頁によれば、「組織犯罪、テロ・グループの内偵のために投入される者も『囮』と呼ばれる。これらの諸点を視野に入れて、囮捜査の問題を考える必要があろう」と述べられており、内偵捜査（あるいは潜入捜査）もおとり捜査の一類型とされる（なお、寺崎嘉博『訴訟条件論の再構成』（成文堂、一九九四年）二五二頁以下註二八参照（以下、本稿では単に「寺崎『訴訟条件論』」とする））。ただし、おとり捜査と潜入捜査とは問題の本質が異なるため、それぞれ異なる捜査手法として捉えておく必要がある。すなわち、おとり捜査は「犯罪誘発→摘発」を、潜入捜査は「情報収集」を狙った捜査手法であり、前者においては犯罪そのものが作出される点が問題となり、後者においては証拠収集方法が問題となる。この点、潜入捜査制度を有するドイツにおいては、違法なおとり捜査に対する救済策

として学説の多くが刑罰阻却事由の承認に基づく無罪判決、あるいは訴訟障碍事由の承認に基づく手続打切りを主張する。他方、違法な潜入捜査の場合には、そのような不処罰処理ではなく証拠禁止が導かれることになる（拙稿「ドイツにおける潜入捜査」北大法学論集五六巻四号（二〇〇五年）二九七頁以下参照）。

また、証拠収集活動である潜入捜査を除いたとしても、おとり捜査と類似する捜査手法が存在する。本稿がどのような捜査手法を対象とするのかを明らかにするためにも、ここで整理しておきたい。例えば、常習スリ犯の検挙のために、当該人物が乗り込んだ電車の同じ車両に捜査官が同乗し、彼が実際に犯行に出るのを待って検挙する場合がある。また、出店荒らしが頻発している地区で捜査官が犯人に狙われていると思われる店舗内に待ち伏せし、実際に出店荒らしが行われる時点でこれを検挙するという場合も考えられる。これらは、「犯罪の挙行に向けた国家による働き掛け」を必要としない捜査手法である。したがって、国家が犯罪の挙行を働き掛けるという問題点が含まれないため、犯罪誘発行為がないという意味でおとり捜査とは異なる。おとり捜査の問題点が、まさに犯罪を行うように国家が働き掛ける点にあるとするならば、これらのいわゆる「迎撃捜査」とは問題の本質が異なる（「迎撃捜査」の用語については、井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』（有斐閣、一九九七年）一四七頁（以下、本稿では単に「井上『傍受』」とする、先出「捜査手段としての通信・会話の傍受（五）」ジュリスト一一一号（一九九七年）二一六頁）参照）。同様に、違法客引きをしている行為者の前を単に通り過ぎるだけの行為や、違法なわいせつなサービスを提供している風俗店に客として入店する行為も、犯罪誘発行為が欠けるため、おとり捜査ではない。しかし、街娼に対して売春をする意思の有無を確認する行為は、おとり捜査の範疇に含まれることになろう。

このように考えると、わが国の判例上問題となってきたおとり捜査は、禁制品（違法薬物、銃器）の密売を対象としており、ドイツのように街娼による売春、強盗、放火に対するおとり捜査は行われていない。そこで、本稿でも、もっぱら禁制品の売買を対象とするおとり捜査について論じていくこととする。

（2）佐藤隆文「銃器事犯につき、違法、不当なおとり捜査であるとの主張が排斥された事例」警察公論五三巻九号（一九九八年）一一一頁参照。

（3）横浜地判昭和二六年六月一九日裁時八七号三頁、同昭和二六年七月一七日高刑集四巻一四号二〇八三頁（いずれもおとり捜査を違法と判断した）を皮切りにおとり捜査に関する判例が登場するようになり、その後リーディングケースとされ

るものとして、最決昭和二八年三月五日刑集七巻三号四八二頁が挙げられる。

（4）麻薬・覚せい剤犯罪の推移と対策についてまとめられたものとして、藤永幸治編集代表『シリーズ捜査実務全書八・薬物犯罪』（東京法令出版、一九九五年）が参考に値する。本書においても、「我が国において、麻薬・覚せい剤が社会問題化したのは、第二次世界大戦後のことである」とされ、さらに三つの波があるとされ、以下のようにまとめられている。すなわち、「一つ目の波は、敗戦直後から昭和三〇年代初頭にかけての覚せい剤（ヒロポン）濫用の激増である。その濫用は、敗戦によって疲弊、混乱した社会情勢を背景に急速に全国に蔓延し、昭和二九年には五万五〇〇〇人の検挙者をみたが、昭和二九年、三〇年の二回にわたる罰則の強化、徹底した検挙、覚せい剤の害悪に関する国民的キャンペーンの実施により、急激に減少し、昭和三二年には約八〇〇件と減少し、鎮静化するに至った。二つ目は、ヘロインの濫用である。この濫用も戦後の混乱期から始まり、暴力団組織の介在、密売ルートの組織化等により、昭和三〇年代に全国的に流行して社会問題となり、昭和三八年には約二五〇〇人の検挙者を数えるに至ったが、法改正による罰則の強化、暴力団組織の徹底した取締り、厳正な処分、啓発活動の推進など官民一体となった対策の強化により昭和三九年以降急速に減少していった。三つ目は、昭和四五年から再び増加し始め現在に至る覚せい剤の濫用である。昭和三二年以降数百人台で推移していた検挙者は、昭和四五年にわかに急増して逐年増加を続け、昭和四八年の罰則の強化等により翌四九年やや減少したものの、享楽的な社会風潮やこの密売を資金源とする暴力団の組織的介在等により昭和五〇年には再び増加に転じ、昭和五五年には二万人を突破し、昭和六三年まで二万人台で推移していた。平成元年には二万人を割り、以降一万六〇〇〇人前後で推移しているが、検挙人員の減少は、事犯そのものが減少したためではなく、より潜在化したためであるとの指摘がなされている」（同書一七頁）とされ、戦後の薬物事犯の推移をみてとることができる。

（5）国連犯罪組織犯罪対策条約案については、「第一一六回国際研修（平成一二年八月二八日から同年一一月一五日）」（http://www.unafei.or.jp/activities/kensyu_116.htm 2007.3.28.）参照。

（6）Gesetz zur Bekämpfung des illegaren Rauschgifthandels und anderen Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalitat（＝OrgKG）

（7）ドイツ刑事訴訟法一一〇条a（潜入捜査官）

一項　隠密捜査官は、次の各号に照らして重大な犯罪が行われたことを示すのに十分な根拠となる事実があるときは、

その解明のためにこれを投入することができる。

一．違法な麻薬若しくは武器の取引又は通貨若しくは有価証券の偽造、

二．国家の安全（裁判所構成法第七四条a、第一二〇条）、

三．職業的又は常習的犯罪、

四．集団の構成員による犯罪その他組織化された犯罪

隠密捜査官は、特定の事実に基づき再犯の危険があると認められるときも、重罪の解明のためにこれを用いることができる。隠密捜査官の投入は、事案の解明が他の方法では達成の見込みがなく、又は著しく困難であるときにのみ許される。また、重罪の解明のためには、犯罪が特に重要なため隠密捜査官の使用が必要であり、かつ他の方法では達成の見込みがないときにも、これを投入することができる。

二項　隠密捜査官とは、警察の職にある公務員で、ある程度永続的に変更された身分（架空身分、Legende）を与えられて、捜査にあたる者をいう。これらの者は、架空身分を用いて法律行為を行うことができる。

三項　架空身分を設定し又は維持するために不可欠である限り、これに必要な文書を作成し、変更し、又は使用することができる」としており、以下同一一〇条bは検察官および裁判官の同意、身元の秘密保持について、同一一〇条cは住居への立ち入りについて、同一一〇条dは権利者への通知について、同一一〇条eは取得した情報の使用について規定している。

なお、ドイツ刑事訴訟法の邦訳として、法務省大臣官房司法法制部「ドイツ刑事訴訟法典」法務資料四六〇号（二〇〇一年）九頁以下があり、前述の一一〇条aの邦訳も基本的にこれに倣った。

（8）「緊急治安対策プログラム（警視庁、二〇〇三年八月）」（http://www.npa.go.jp/seisaku/soumu2/program.htm 2007.3.28.）参照。

（9）吉浦正明「おとり捜査の適法性について」研修六二二号（二〇〇〇年）一一九頁以下参照。

（10）佐藤隆之「銃刀法違反事件においておとり捜査が適法とされた事例」現代刑事法二巻四号（二〇〇〇年）八八頁（以下、本稿では単に「佐藤・判批①」とする）、佐藤隆文・前掲論文（註2）一一一頁、尾崎久仁子「覚せい剤取締法違反被疑事件にかかるおとり捜査の適法性」法律のひろば五〇巻七号（一九九七年）七四頁、三井誠『刑事手続法（一）［新版］』（有

斐閣、一九九七年）九〇頁（以下、本稿では単に「三井」とする。先出「任意捜査の限界（二）」法学教室一四二号（一九九二年）八七頁）等参照。

(11) 安冨潔「いわゆる『おとり捜査』について」捜査研究四八巻八号（一九九九年）六四頁。

(12) 最決昭和二八年三月五日刑集七巻三号四八二頁によれば、「他人の誘惑により犯意を生じ又はこれを強化された者が犯罪を実行した場合に、わが刑事法上その誘惑者が場合によつては麻薬取締法五三条のごとき規定の有無にかかわらず教唆犯又は従犯として責を負うことのある」とされ、本決定は教唆犯としてのおとりの処罰についてその可能性を示唆したものといえる。

(13) 最決昭和二八年三月五日刑集七巻三号四八二頁。

(14) 東京高判昭和二六年一一月二六日高刑集四巻一三号一九六四頁。

(15) 東京高判昭和二六年一二月一一日高刑集四巻一四号二〇八三頁。

(16) わなの理論とは、わなの抗弁（defence of entrapment）とも言われ、アメリカ合衆国において発展した理論である。アメリカにおいては、一般に、「捜査機関がおとりを用い、犯意のなかった者に犯意を誘発させて、犯罪を行わせるに至らしめたときは、そのことは当該犯罪による訴追に対する抗弁事由となる」（田中英夫編集代表『英米法辞典』）とされ、これが「わなの抗弁」と呼ばれる。その他、わなの抗弁について書かれたものとして、ローク・M・リード著・酒巻匡訳「『わな』の抗弁とデュー・プロセス」ジュリスト七七八号（一九八二年）二九頁がある。

(17) 例えば、東京高判昭和二六年八月八日高刑集四巻九号一一一〇頁、大阪高判昭和二九年一月二八日高刑特報二八号七七頁など。

(18) 例えば、東京高判平成九年四月三日東京高裁（刑事）判決時報四八巻一～一二号三二頁、東京高判平成一〇年八月一七日高刑速報（平一〇）六七頁。

(19) 寺崎・判批（註1）二五頁。

(20) これと反対の姿勢を示す見解として、清野憲一「銃砲刀剣類所持等取締法違反に関するおとり捜査の適法性を認めた事例」警察公論五六巻七号（二〇〇一年）五六頁が挙げられる。これによれば、「事案の重大性やおとり捜査の必要性が高いこと等の事情がある場合には、犯意誘発型のおとり捜査を行うことも認めた上、これを行う場合の要件や手続きを準則

化することを考えてもよい時期に来ているのではないかとの見解も表明されている」と述べられている。

(21) このような姿勢を示す見解として、吉浦・前掲論文（註9）一一七頁、河原俊也「暴力団によるけん銃不法所持事件の控訴審判決」法律のひろば五二巻七号（一九九九年）五六頁などが挙げられる。また、おとり捜査の違法性判断について捜査機関の関与の程度及びおとりの働き掛けの態様・内容をファクターとするものとして、例えば、佐藤・判批①（註10）九一頁および尾崎・判批（註10）七一頁が挙げられる。後者によれば、「おとり捜査の必要性が認められ、さらに、おとり捜査の実施に際して生じた法益侵害の内容・性質が、なお相当とされる程度のものであったとしても、捜査の公平さとの関係で、捜査機関の犯罪関与の程度やおとりの働きかけの態様・内容によっては、許容される限界を超える場合も生じ得る」としている。

(22) 最決平成八年一〇月一八日（公刊物未登載／TKC判例ID: 28080113）。平成八年決定に対する評釈として、指宿信「おとり捜査の存在とその適法性（否定）」法学セミナー五〇九号（一九九七年）八二頁、尾崎・判批（註10）七一頁などがある。

(23) 例えば、横浜地判平成一〇年三月一八日判例時報一六四六号一七一頁参照。

(24) あらゆる評価の観点を具体的事案に当てはめていくという方法でおとり捜査の違法判断を論じたものとして、川崎英明「西ドイツ刑事訴訟におけるおとり捜査の規制」大阪市立大学法学雑誌三一巻一号（一九八四年）三二五頁、同「おとり捜査の規制」島大法学三〇巻一号（一九八六年）六七頁（以下、本稿では単に「川崎・前掲論文②」とする）、寺崎『訴訟条件論』（註1）二二七頁以下が挙げられる。

(25) 横浜地判昭和二六年六月一九日裁時八七号三頁、横浜地判昭和二六年七月一七日高刑集四巻一四号二〇八三頁、横浜地判昭和二六年一〇月一七日刑集八巻一一号巻七二二頁。

(26) 東京高判昭和二七年七月二九日刑集八巻一一号一七二三頁。

(27) また、これまでおとり捜査を違法とした確定判決は、存在しない（福井厚『刑事訴訟法講義［第二版］』（法律文化社・二〇〇三年）八五頁）。

(28) 川崎・前掲論文②（註24）六八頁によれば、「実際には、昭和二六年の横浜地裁の一連の無罪判決およびこれを支持した控訴審判決を除いて、当のおとり捜査を違法と断じたものは未だ存在しない。しかし、実務上かなりきわどいおとり捜

査が目につくとの指摘もなされており、その意味では右の事態は違法視すべき事例がないということよりもむしろ、下級審判例が依拠するおとり捜査の違法の判断基準とその適用方法の問題性にその責が帰せしめられるもののように思われる」との指摘がなされている。

(29) 最判昭和五三年九月七日刑集三二巻六号一六五二頁は、違法収集証拠排除法則のリーディングケースとされ、その後それなりの年月を経たが、ほとんどの判例は捜査の違法を認めつつも実際に証拠排除をなした例は少ない。その数少ない例としては、最決平成一五年二月一五日刑集五七巻二号一二一頁があり、注目を集めている。

(30) これと同旨のものとして、寺崎・判批（註1）二五頁は、「ドラスティックな解決こそが囮捜査の違法性の本質に迫り得るもの」としている。他に川崎英明など、このような見解を示すものは少なくない。

(31) おとり捜査全般をして違法とする見解は、横浜地判昭和二六年六月一九日裁時八七号三頁および横浜地判昭和二六年七月一七日高刑集四巻一四号二〇八三頁がある。ただし、これらの裁判例も憲法一三条違反を根拠とするものであり、おとり捜査が犯罪発生前の捜査である点を直接に指摘するものではない。

(32) 正式名称は「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」（一九九九年八月一八日施行、法律一三七号）。

(33) 白取祐司「盗聴立法と警察機能」小田中聰樹ほか『盗聴立法批判』（日本評論社、一九九七年）一七三頁（先出・法律時報六九巻九号（一九九七年）四二頁）は、「司法警察とは、犯罪の嫌疑（過去または現在のもの）を前提とした捜査活動を指し、行政警察とは、犯罪の予防・鎮圧である。将来起こりうる犯罪のために証拠を収集する（たとえば盗聴する）ことは、右の伝統的な区別からすれば、いかなる意味でも捜査はありえない」と指摘する。

(34) 井上正仁が通信傍受に関して論じた代表的なものとして、井上『傍受』（註1）（先出・二〇七頁以下）が挙げられる。

(35) 「伝統的区分論」の用語は、岩下雅充「将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制（一）」筑波法政三五号（二〇〇三年）九四頁（以下、本稿では単に「岩下・前掲論文①」とする）でも用いられている。

(36) 村井敏邦ほか「（対談）捜査の概念」法学セミナー五六二号（二〇〇一年）九九頁［白取発言］は、「たとえば電車の中に痴漢、あるいはスリがいるという情報を受けておとりを立てて現行犯逮捕する。現行犯逮捕という捜査行為のための準備行為と見れば、言葉は不正確だけども特に任意的なものであるし問題ない」という。

(37) 三井（註10）九〇頁。

(38) 岩下・前掲論文①（註35）九一頁以下。
(39) 例えば、白取祐司『刑事訴訟法［第四版］』（日本評論社、二〇〇七年）一一四頁（以下、本稿では単に「白取」とする）、佐藤隆之「おとり捜査の適法性」法学教室二九六号（二〇〇五年）四〇頁（以下、本稿では単に「佐藤・判批②」とする）。
(40) 横浜地判昭和二六年六月一九日裁時八七号三頁、同昭和二六年七月一七日高刑集四巻一四号二〇八三頁。
(41) 例えば、田宮裕「変容を遂げる捜査とその規制」法曹時報四九巻一一号（一九九七年）九頁は、「現在では、行政警察・司法警察の区別は、少なくともこの旧法時代までの基準では、もやは通用しなくなったというべきであろう」と指摘する。
(42) 岩下・前掲論文①（註35）八八頁以下。
(43) 通信傍受法案に対する批判のなかで伝統的区分論を固持したものとして、白取・前掲論文（註33）一五六頁以下、川崎英明「盗聴立法の憲法的問題」小田中聰樹ほか『盗聴立法批判』（日本評論社、一九九七年）八七頁以下（先出・法律時報六九巻四号（一九九七年）四七頁以下）などが挙げられる。また、通信傍受法を推進する主張を行う井上『傍受』（註1）一四二頁（先出・ジュリスト一一一一号（一九九七年）二一三頁）も、将来発生するであろう犯罪について令状を発付することができるか否かという議論に関して、「少なくとも数のうえでは、なお消極説が多数を占める状況にある」ことを認める。
(44) 白取（註39）二〇頁。
(45) 芦田一良「行政警察と司法警察に関する考察（一）」警察研究一八巻七・八号（一九四七年）三六頁では、「警察の活動を行政警察と司法警察とに區分する考へ方は、フランス法に其の起源を見出すのである」との指摘が行われている。また、田宮・前掲論文（註41）八頁参照。
(46) 團藤重光『刑事訴訟法綱要』（有斐閣、一九四三年）一六九頁。
(47) 田宮・前掲論文（註41）九頁。
(48) 田宮・前掲論文（註41）一二頁。
(49) 岩下・前掲論文①（註35）八八頁以下。また、同八七頁は、捜査が犯罪発生後の活動とされる法原理上の理由について以下のように分析する。すなわち、「刑罰権の確認をゴールとする連鎖的な訴訟構造による限り、連鎖の一部に組み込まれた捜査もまた、犯罪の発生後に生じる（観念上の）刑罰権を前提とするのが自然だといえる。だとすれば、捜査の開始

も犯罪の発生した後にはじめて認めるのがより理論的である」、と。

(50) この点について、井上正仁は、以下のように述べる。「これから犯罪を行おうとしている者らが、そのため打ち合わせ等を電話等の通信手段や口頭により行ったり、あるいは、傍受実施の時点には着手されている犯罪の実行や関与者間の連絡の手段として通信システムが用いられるといったことの方が、実際にはずっと多いと考えられる。そうだとすると、通信・会話傍受の効用という点だけからいえば、その後者のような犯罪を知覚し、その摘発の根拠を得るというところにこそ、遙かに大きなメリットがあることになる」（井上『傍受』（註1）一四一頁（先出・二一三頁）。

(51) 佐藤・判批②（註39）四一頁以下。佐藤隆之は、おとり捜査が過去の犯罪に対する捜査の一環として将来犯罪に向けられる場合であっても、おとり捜査の本質は将来犯罪の解明・訴追にあるとして、以下のように述べる。「おとり捜査が成功したときは、まずはおとりの働きかけの結果行われる将来の犯罪に関して、確実な証拠が獲得されるという構造の下で、おとりの働きかけが、いまだ発生していない犯罪の確実な訴追を主たる目的として行われるとしても、それはむしろ自然な成り行きであって、おとり捜査の確信は、将来の犯罪の解明・訴追にあると捉えるべきであろう」。

(52) 目的的区分論に対してあらためて行政警察・司法警察という区分論の意義および目的について論じたものとして、白取・前掲論文（註33）などが挙げられる。

(53) 貴志浩平は、現行法が司法警察という用語を維持していることについて、「これは、現行の刑事訴訟法が、戦後の急激な法制度の改革の過程において、極めて短時間のうちの改正作業を余儀なくされた結果、旧刑事訴訟法時代上の記述を随所に引きずったままになっていることの結果に過ぎないと思われる」と述べ、全体としては、「司法警察・行政警察区分論は、立法政策論としても妥当なものとは思われない」と主張する（貴志浩平「司法警察・行政警察区分論に関する一考察」警察学論集五二巻一号（一九九九年）五八頁および六八頁以下）。

(54) このことに関して、目的的区分論を主張する田宮・前掲論文（註41）九頁以下は、以下のように説明する。戦後、わが国の刑事訴訟法は英米法の影響を受け当事者主義を採用し、検察官はむしろ行政官と位置づけられ、捜査活動を司法と呼ぶ必要はなくなった。また、現行法の下では、訴訟の形態においても訴追・捜査と裁判とは理念として断絶し、捜査は司法的な色彩を喪失し、「司法から離脱した行政的活動」となった、と。すなわち、田宮は、現行法制下においてはすでに区分論自体を放棄するべきだという主張を行うかに思われる。しかしながら、田宮は区分論自体を維持しつつその定義を

変える（目的的区分論）という選択を行う。その理由は次のように述べられている。すなわち、「おそらく『司法警察職員』という用語は今後とも容易に消失しないであろうし、捜査固有の規制は残るであろうから、新定義を試みる方が妥当だとは思われる。そしてその場合には、訴追・裁判の準備的活動というように機能・目的に即して定義しておけばよい」という（田宮・前掲論文（註41）二一頁）。

(55) このような定義を行う論者として、井上『傍受』（註1）一四八頁以下（先出・二一六頁以下）、川出敏裕「行政警察活動と捜査」法学教室二五九号（二〇〇二年）七三頁、辻裕教「検証令状による電話の傍受が適法とされた事例」研修五八二号（一九九六年）二七頁以下、佐藤・判批②（註39）四一頁、酒巻匡「おとり捜査」法学教室二六〇号（二〇〇二年）一〇三頁以下、田口守一「将来犯罪の捜査の意義と限界」研修六二四号（二〇〇〇年）五頁などが挙げられる。

(56) 佐藤・判批②（註39）四一頁。また、辻・前掲論文（註55）二七頁以下も、「犯罪の発生前・発生後という区別は、通常は」、犯罪の防止は犯罪発生前に行われ、犯罪捜査は犯罪発生後に行われるというにとどまり、「犯罪発生の蓋然性が高度な場合に、発生前に捜査を行うことを禁止する趣旨まで含むものではない」と主張する。

(57) 川出・前掲論文（註55）七九頁の註三。

(58) 村井ほか・前掲対談（註36）九九頁［白取発言］。

(59) 三井（註10）八九頁以下。

(60) 三井（註10）八九頁。

(61) 白取（註39）一一四頁。

(62) 佐藤・判批②（註39）四〇頁。

(63) 佐藤・判批②（註39）四一頁以下、川出敏裕「組織犯罪と刑事手続」ジュリスト一一四八号（一九九九年）二四一頁。また、スリや出店荒らしに対する迎撃捜査の場合に制服の警察官を配備してこれを防止するなどの措置を取ることについて、「必ずそのような措置を取らなければならないものとも、あるいは取るのが適切だとも、思われない」とする見解（井上『傍受』（註1）一四八頁（先出・二一六頁）や、「繰り返される犯罪については将来の一件のみを未然に防止するだけでは不十分であり、やはり犯罪の検挙が必要である」という見解（古田佑紀「犯罪の発生時期と捜査の開始時期」判例タイムズ五二八号（一九八四年）五四頁）も見られる。その他、将来犯罪に対する捜査を許容し、さらに有意義であるとす

る見解として、廣畑史朗＝松田伸一「電話検証をめぐる諸問題」警察学論集四五巻七号（一九九二年）一〇八頁など。

(64) 井上説の利益衡量は、まさにこれに当たるように思われる。

(65) 本節第一款「警察活動に関する議論の史的発展」参照。

(66) 傍受令状により通信の傍受をすることができる場合として、通信傍受法三条一項二号は、「別表に掲げる罪が犯され、かつ、引き続き次に掲げる罪が犯されると疑うに足りる十分な理由がある場合」を挙げる。また、同三号も「当該別表に掲げる罪が犯されると疑うに足りる十分な理由がある場合」という表現を含んでおり、将来犯罪に対する傍受を認めている。

(67) 川崎英明「盗聴の問題性格と理論性格」小田中聰樹ほか『盗聴立法批判』日本評論社（一九九七年）一三七頁（以下、本稿では単に「川崎・前掲論文④」とする）。

(68) 三島聡「人権保障の確実性の要請と盗聴立法」法律時報七〇巻二号（一九九八年）五二頁。

(69) 行政執行法一条（検束、仮領置）

一項　当該行政官庁ハ泥酔者、瘋癲者自殺ヲ企ツル者其ノ他救護ヲ要スト認ムル者ニ対シ必要ナル検束ヲ加ヘ戎器、凶器其ノ他危険ノ虞アル物件ノ仮領置ヲ為スコトヲ得暴行、闘争其ノ他公安ヲ害スルノ虞アル者ニ対シ之ヲ予防スル為必要ナルトキ亦同シ

二項　前項ノ検束ハ翌日ノ日没後ニ至ルコトヲ得ス又仮領置ハ三十日以内ニ於テ其ノ期間ヲ定ムヘシ

(70) 行政警察規則二四条

怪シキ者ヲ見認ル［ト］キハ取糺シテ様子ニ依リ特区内出張所ニ連行或ハ警部ニ密報シ差図ヲウクヘシ倉卒ノ取計アル可ラス

(71) 例えば、治安維持の目的のために逮捕や捜索・差押えが濫用されることは許されないというべきであろう。また、通信傍受は（発生時期の如何に関わらず）捜査目的、すなわち司法警察活動として行われるが、これが治安維持という名目の下で濫用されるのではないかという懸念も残る。

(72) 例えば、伝統的区分論を堅持する白取・前掲論文（註33）一六七頁以下も、「目的も根拠法令も異なる司法警察・行政警察を融合させることは、結局は治安維持という大義名分に手続法上の制約を譲歩させることになりかねない」と指摘す

る。

(73) 川崎・前掲論文④（註67）一三七頁以下。

(74) 井上『傍受』（註1）一五四頁（先出・二一九頁）。

(75) 井上『傍受』（註1）一五四頁以下（先出・二二〇頁）。

(76) 井上『傍受』（註1）一四九頁（先出・二一七頁）。

(77) 川崎・前掲論文④（註67）一三九頁。

(78) 井上『傍受』（註1）一四五頁（先出・二一五頁）。

(79) 井上『傍受』（註1）一四五頁（先出・二一五頁）。

(80) 井上『傍受』（註1）一六三頁註三五六（先出脚註なし）。

(81) 井上『傍受』（註1）一六五頁註三六九（先出脚註なし）。

(82) 川崎・前掲論文④（註67）一五一頁。

(83) 川崎・前掲論文④（註67）一五二頁。

(84) 井上『傍受』（註1）一四五頁（先出・二一五頁）。

(85) 岩下雅充は、「刑罰権の確認をゴールとする連鎖的な訴訟構造による限り、連鎖の一部に組み込まれた捜査もまた、犯罪の発生後に生じる（観念上の）刑罰権を前提とするのが自然だといえる」と述べる（岩下・前掲論文①（註35）八七頁）。

(86) なお、ドイツの捜査概念について分析したものとして、岩下・前掲論文①（註34）、同「将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制（二）」筑波法政三七号（二〇〇四年）二二一頁以下（以下、本稿では単に「岩下・前掲論文②」とする）、同「将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制（三）」筑波法政三八号（二〇〇五年）二五三頁以下（以下、本稿では単に「岩下・前掲論文③」とする）、同「将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制（四）」筑波法政三九号（二〇〇五年）一二三頁以下がある。本稿におけるドイツの捜査概念に関する部分も、これらの論稿に依拠するところが多い。

(87) Vgl. KK-StPO, § 152, Rn 18, 18c [*Schoreit*]; LR-StPO, § 158, Rn 9 [*Rieß*].

(88) Vgl. LR-StPO, § 160 Rn 18 [*Rieß*]; *Meyer-Gosner*, Strafprozesordnug, 48. Aufl., 2005, § 152, Rn 4; *Walder*, Grenzen der Ermittlungstätigkeit, ZStW 1983, 867.

(89) 岩下・前掲論文②（註86）一二五頁以下。

(90) Vgl. *Sieg*, Die staatlich provozierte Straftat, StV 1981, 637f.; *Fischer/Maul*, Tatprovozierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmasnahme, NStZ 1992, 10. また、ドイツ刑訴法一一〇条a以下にあらたに潜入捜査官に関する規定が盛り込まれることとなったが、自己負罪拒否特権等の観点からも学説の批判が多い（拙稿・前掲論文（註1）三一二頁以下参照）。

(91) ただし、後に紹介するジーク（*Sieg*）は、おとり捜査によって発生する被作出犯罪との関係では、当該おとりの投入を危険防除のための活動と位置付ける（Vgl. *Sieg*, a.a.O. (Anm. (89)), StV 1981, 637f.）。これに対しては批判がある（Vgl. *Lesch*, Anm. zu BGH, Urt. v. 18.11.1999, JR 2000, 435ff.）。

(92) Vgl. *Sieg*, a.a.O. (Anm. (90)), S. 637.

(93) Vgl. *Sieg*, a.a.O. (Anm. (90)), S. 638.

(94) Vgl. *Lesch*, a.a.O. (Anm. (91)), S. 435ff.

(95) Vgl. *Lesch*, a.a.O. (Anm. (91)), S. 435.

(96) Vgl. *Ellbogen*, Die verdeckte Ermiitlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden durch die Zusammenarbeit mit V-Personen und Informanten, 2004, S. 51.

(97) 偽装購買とは、その担い手である偽装バイヤー（Scheinaufkaufer）が対象者から禁制品を買う形式で行われるおとり捜査をいう。通常は、上位概念であるアジャン・プロヴォカトゥール（agent provocateur）ないしロックシュピッツェル（Lockspitzel）という用語が多用される。

(98) BGH (4. Senat), Beschl. v. 16.3.1995, NStZ 1995, 507.

(99) 三井誠は事後捜査限定説を支持し、おとり捜査においても訴追の対象となるのはおとりの投入前にすでに発生していた犯罪でなければならないと主張する。そのため、例えばおとり捜査によって薬物の授受が行われたとしても、それ以前の薬物所持が対象となるとする（三井（註10）八九頁以下）。

(100) 白取・前掲論文（註33）一六七頁以下。

(101) 村井ほか・前掲対談（註36）九九頁［白取発言］。

(102) 三井（註10）九〇頁。

(103) Vgl. *Sieg*, a.a.O. (Anm. (90)), S. 637 ; *Fischer/Maul*, a.a.O. (Anm. (90)), 10 ; *Lesch*, a.a.O. (Anm. (91)), S. 435.

(104) 最決平成一六年七月一二日刑集五八巻五号三三三頁。

(105) 東京高判昭和二六年八月八日高刑集四巻九号一一一〇頁。

(106) 刑法は一定の犯罪に対して予備および未遂を認める。これらは結果発生がない場合でも一定の危険が認められる場合には、行為者を処罰することを可能にする。薬物犯罪に関しては予備の規定はないが、いわば予備行為に該当するような準備行為を外部的行為の現れとみることはできるように思われる。

論　説

公企業と官僚制（一〇・完）

――戦時期・戦後復興期の営団・公団・公社――

巣住弘久

目　次

序章　はじめに
第一節　課題の設定
第二節　分析枠組み

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

（以上、第五三巻第一号）
（以上、第五三巻第二号）
（以上、第五五巻第四号）
（以上、第五六巻第四号）
（以上、第五六巻第六号）

第一節　戦時期の公企業の閉鎖
第二節　公団の誕生
第六章　公団の展開
第一節　公団の活用
第二節　公団活用の抑制
第三節　公団の行政機関化
第七章　公社の誕生
第一節　行政調査部による現業官庁の「公庁」化構想
第二節　「Public Corporation」としての公社の誕生
第三節　戦後復興期における展開
終章　おわりに

（以上、第五七巻第三号）

（以上、第五七巻第五号）

（以上、本号）

凡例については、連載第一回（第五三巻第一号）の冒頭に記した。

第七章　公社の誕生

第一節　行政調査部による現業官庁の「公庁」化構想

占領下の日本では、統治機構の改革が推し進められた。それを担った機関の一つが行政調査部であった。行政調査部

は、一九四六年一〇月二八日に新憲法下の行政機構、公務員制度、行政運営に関する調査・研究・立案を行う臨時機関として内閣に設置された。[1] 本節で論じる現業官庁（国営企業）の一般行政機構からの分離は、行政調査部が発足した当初からの検討課題であった。（なお、ここでの「国営企業」とは、国有鉄道・通信事業・専売局・造幣局・印刷局・アルコール専売及び国有林野を指している。[2]）

行政調査部で現業官庁が問題とされたのは、中央行政機構の改革においてであった。[3] すなわち、行政機構の改革をすすめるにあたって、一般行政機構による行政事務と性質を異にする現業官庁のあり方が問われることになったのである。このことを行政調査部機構部の高辻正己（部員）は「行政機構改革の一試案」（一九四七年一月六日）のなかで、次のように記している。[4]

> 二．行政各部は、行政機関として、統治の機能を営むことを本来の使命とする。従てそれはその構成につき、左の要件を具備するよう改善されねばならぬ。
>
> 1．～2．〔略〕
>
> 3．国営事業の経営は、本来の行政事務とその性質を根本的に異にするから現業庁は、本来の行政機構より分離し、独立企業体制を確立すること。（企業の政治化を避け、経営の能率化を図るため、政府出資の特殊法人を以て、これを経営することも一案と考へられる。

高辻が現業官庁を一般行政機構から分離する際に想定したのが「政府出資の特殊法人」であった。「特殊法人」とは、第二章第四節で論じたように、歴史的に「営団」に遡ることができる言葉である。そして、機構部の雄川一郎部員（嘱

託）が作成した「国家的事業の経営形態について」（一九四七年六月四日）では、戦前・戦時期の営団、特殊会社、金庫、公社（満洲国）が「比較吟味」された。(5)

七月一五日になると行政調査部機構部は、（一）中央人事院の設置、（二）行政の総合管理部局、（三）建設省の設置、（四）運輸省等の現業機構の整備、からなる「処理を予定する主要項目」を作成した。現業官庁については、「運輸省等の現業機構の整備」において次のように記された。(6)

「国家企業の経営が、一般行政機構の一部として行われることは、理論上の徹底を欠くのみならず、企業活動自体が、やもすれば（ママ）機動性を失い、企業としての能率的経営が充分に行われないのみならず、政府による政策の遂行が煩瑣な現業上の責任をとることによつて累わされる虞があり、また反対に企業の政治化を齎す虞さえなしとしない。・・・行政機構上における現業と監督行政との混淆を匡し、監督権の公正妥当な執行を約するためには国家企業の経営体を一般的行政機構から分離独立させることが考慮されるのであつて、目下調査研究中の事項である。」

ここに示されているように、現業官庁の改革の要諦は、企業的能率性の確保、監督と経営の分離にあった。そして、一一月一〇日に行政調査部は「国家企業の経営形態に関する件」を作成し、そのなかで具体的方策として「公庁」を設立することを明らかにした。すなわち「国家企業中鉄道、通信及び専売の事業につき左記要領に基く特別の経営形態を採るものとする」とし、次のような要領を示したのである。(7)

第一　公庁（仮称）の設立

一、企業を関係省の行政から分離独立せしめ、別に特別の機関（公庁と略称する。）を設けて、これらの業務を行はしめること。

二、公庁は法人とすること。

第二　公庁の資本及び会計

一、施設等は公庁の固定資本として政府の出資とし、資金の借入、債券の発行をなし得るものとすること。

二、公庁の会計は、一般民間企業と同様のものとすること。但し予算及び決算は国会に提出すること。

第三　公庁の機関

一、公庁に、経営経験者、利用者代表の中から、国会の承認を経て、主務大臣の任命する任期を有する監理委員を以て構成する監理委員会を置き、重要事項の議決、経営の監督に当らしめること。

二、公庁に、監理委員会の推薦する任期を有する総裁を置き、監理委員会の監督の下に、庁務を総理せしめること。

第四　公庁の役職員

公庁の役職員は国家公務員とするが、一般の行政職員と取扱を異にすること。（国家公務員法第二條第十二號参照）

第五　主務大臣の監督

主務大臣の監督は、基本的な計画の決定、業務及び技術に関する一般的規則の認可等、必要の限度に止めること。

附

一、以上の措置に伴い逓信省を廃止し、運輸省を交通省と改め、通信事業に対する監督行政及び現逓信省のその他の行政を行わしめるものとすること。

二、アルコール専売は、これを廃止すること。

この文書に添付された「国営事業（ママ）の経営形態に関する件説明」は、「国営事業の経営部局を一般の行政機構から切り離して一個の独立の経営体として組織し、これを企業的に運営する」には、（一）企業体の経理面の改革、（二）企業体の人事制度の改革、（三）公益の保護、が必要であるとしていた。[8] このうち「（一）」経理面の改革では、「独立採算制の原則に徹する」ことが必須のこととされ、これを徹底するために企業体の法的独立、すなわち「法人」としての地位を与えることが不可欠であるとされた。「（二）」人事制度の改革では、「企業に適合した人事管理を行わねばならない」とした上で、「その任用、給与、服務、分限等に就ても専ら経営能率の向上の見地より特別の考慮と工夫を必要とする」とされた。そして最後の「（三）」公益の保護では、事業の性質上「企業としての能率向上と同時に、公益保護の手段を講じなければならない」とされた。しかし、公益保護のために国家管理を強化することは、企業性の否定につながりかねないことであった。そこで「専門家、利用者代表等を以て組織する委員会を経営体に設置」することで、公益性と企業性の両立を図ることが示された。以上の内容を支柱とする「国家企業の経営形態に関する件」は、行政調査部総務部長の前田克己をして「非常に理想案である」と言わしめるものであった。[9]

さて、以上のような「国家企業の経営形態に関する件」に前後して行政調査部は、具体的な成案である「鉄道公庁要綱案」[10]、「逓信公庁要綱案」[11]、「専売品公庁要綱案」[12]を相次いで作成した。行政調査部は、こうした一連の文書を纏めるにあたり、ＧＨＱ側へ意向の確認を行った。

ＧＨＱの反応は、民間運輸局（ＣＴＳ）が「鉄道公庁案には原則として賛成である」[13]、経済科学局（ＥＳＳ）財政課が「原則として反対ではない」[14]、民間通信局（ＣＣＳ）が「公庁案は大体、思想を同じくするものと認める」「全体的には賛成である」[15]というように、好意的なものであった。ただし、鉄道・通信・専売以外の国営企業に公庁を適用することについては、消極的な意見が相次いだ。すなわち、ＥＳＳ財政課は「大蔵省所管の現業機関中、印刷局、造幣局

は、commercialな活動をしないから、公庁案の原則の適用は不適当である。専売局は収入が目的で、鉄道通信とは、趣を異にするが、公庁形態をとることも考えられる」「営林局は、強いて公庁にする必要を認めない[16]」、天然資源局（NRS）は「営林事業が政府機構から切りはなされることに反対する[17]」との意向を示したのである。

鉄道・逓信・専売を公庁形態にすることにGHQから賛同を得た行政調査部は、関係する鉄道省・逓信省・専売局（大蔵省）等に意見を求めた[18]。しかし、これに対する回答は、鉄道省が「目下のところ当省としては本案には反対である[19]」、逓信省が「にわかには同意し難い[20]」、専売局が「公庁案よりも、現専売局機構の運営改善を図る方が、実際的効果的である[21]」というように否定的なものであった[22]。関係各省が問題にしたのは、現業官庁機構を一般行政機構から分離し、公庁を設立することの意味と、その実行可能性であった。公庁組織にすることなく現行制度の改正で目的を十分に達することができるという意向が、そこには存在したのである。

このように関係各省は、現業官庁としての枠組を維持しようとした。しかし、行政調査部は公庁化への動きを推し進めた。すなわち、行政調査部は「新憲法下の行政機構改革の方針」（一九四七年一二月一〇日）を作成し、そのなかで「現在の国家企業の中、先づ[23]鉄道、逓信及び煙草、塩、樟脳の専売の事業を対象として採り上げ、これを一般官庁とは異る独立の経営体をして行わし」むとの方向性を示したのである。そして、「以上述べ来たつたところの、国家企業の経営形態については、別の資料『国家企業の経営形態に関する件』及び『鉄道公庁要綱案』『逓信公庁要綱案』『専売品公庁要綱案』を参照のこと」とされた[24]。この文書は、それまでの行政官庁法に代わる「新行政官庁法の制定に備えて、来るべき全面的行政機構改革の方針を明らかにしようとするもの」であった。つまり、行政調査部は、広範な行政機構改革の文脈のなかで現業官庁機構の改革、すなわち公庁の設置が必要不可欠だと考えたのである。

しかし、行政調査部による公庁案を、当時首相であった片山哲は、社会党による国有国営化路線を妨げかねないもの

と見ていた[25]。そのため行政調査部は、片山内閣においてあえてこれを推進せず[26]、次の芦田内閣に対して公庁案を提示した。すなわち、一九四八年六月三日の「臨時行政機構改革審議会」（第一一回）[27]において幹事長の前田克己（行政調査部総務部長）は、次のように述べている。

「・・・何とかこれをものにしたいという気もしているわけであります。〔片山から芦田へ〕内閣もかわり、情勢も変つてしまいましたから、独立採算制が非常にやかましいのでありまして、行政調査部といたしましてはぜひこういう案〔公庁案〕の実現を期待いたしたい。」

前田が公庁案を示した「臨時行政機構改革審議会」とは、「臨時行政機構改革審議会令」に基づき一九四八年二月一六日に設置された「行政機構の改革に関する重要事項の調査審議を行う」機関である。そして、四月一日に「中間報告及び勧告」、六月三〇日に「最終報告及び勧告」を内閣総理大臣（芦田均）に対して行った[28]。このうち「中間報告及び勧告」では、「国家の活動の中には、一般行政事務、政府専売事業、国営企業の三者を区別せねばならぬが、以上の内、国家の企業の経営は、他の二者とはその性質が非常に異なるものであつて、国家の企業経営を一般行政機構から切離し、企業経営と監督行政との混淆を匡して行政機構の純化を図ると同時に、又、国家企業の経営には人事、会計の面で企業独立性を有する機構をして行わしめることが適当であるので、鉄道、逓信等の企業官庁を改編する」との「処理方針」が示された[29]。しかし、「最終報告及び勧告」では、鉄道・逓信について、それぞれ「鉄道総局系統の事務のうちから監督行政を分離し、運輸省の機構を次のようにする。但し、本決定は暫定的のもので、鉄道総局系統については[30]、今後公庁案（行政調査部試案）を参照し企業経営に関する抜本的改革を行うべきものとする」（運輸部内）、「現業と監督行政とを分離」する（逓信部内）[31]と述べられるにとどまった[32]。「政府の企業の形態についての改革は、これを今後の決定にまつこと」になったのである。

註

（1）行政調査部は、総務・機構・公務員・運営の各部からなった。なお、ここでの活動は国家行政組織法の立案などに結実した。行政調査部については、行政管理庁管理部『行政機構年報　第一巻』（行政管理庁管理部、一九五〇年）二九―三二頁。

（2）「国営事業の経営形態に関する件説明」（行政調査部「国家企業の経営形態に関する件」国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一一）。

（3）行政調査部「行政調査部運営の方針及び運営の状況」（昭二一・一二・二〇）国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一〇。このうち機構部の「二、具体的調査項目」「㈠、個別的研究項目」「(2)中央行政機構に関して」に「(カ)現業的官庁の機構をどうするか」という項目が見られる。

（4）機構部　高辻部員「行政機構改革の一試案」（昭和二一、一、六　補（ママ））国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一一。

（5）機構部　雄川部員「国家的事業の経営形態について」（昭、二二、六、四）国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一一。なお、この文書において公団は検討されていない。

（6）行政調査部機構部「処理を予定する主要項目」（二二・七・一五）国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一〇。なお、この文書の〔備考〕では、「1. 以上の各項目は、九月二十日迄に逐次成案を得るよう処理するものであること。」とある。

（7）行政調査部「国家企業の経営形態に関する件」二二・一一・一〇（国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一一）。

（8）同右。

（9）「臨時行政機構改革審議会（第十一回）」（昭和二十三年六月三日）四八頁。本議事録を閲覧するにあたっては、岡田章拓殖大学教授に便宜を図っていただいた。記して感謝申し上げます。

（10）行政調査部「鉄道公庁要綱案」（二二、一一、八）国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一一。

（11）行政調査部「逓信公庁要綱案」（一一月九日）国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一一。

(12) 行政調査部「専売品公庁要綱案」（一一月一四日）国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一一。なお、以上、三つの要綱案は、全て、一．総則、二．役員及び職員、三．監理委員会、四．業務、五．会計、六．監督、七．罰則、からなっており、形式が整えられていることが分かる。

(13)「鉄道公庁案に対す総司令部民間運輸局リッチャース、デ・グロート及びミッチェル三氏の意見」二二・一〇・三一（国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一七）。

(14)「公庁案に対するＧＨＱ側の意見（経済科学局財務部リード及びハッチンスン氏）」二二・一一・七（国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一七）。なお、「財務部」は「財政課」のことである。

(15)「公庁案に対するＧＨＱ側の意見（民間通信局フェイスナー及びアレン氏）」二二・一一・七（国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一七）。なお、行政調査部が作成した「国家企業の経営形態に関する件」（註7参照）で示された、公庁の設立に伴う逓信省の廃止については「可能と思うが、当局では回答できない」とされた。

(16) 前掲「公庁案に対するＧＨＱ側の意見（経済科学局財務部リード氏及びハッチンス氏）」。

(17)「公庁案に対する天然資源部の意見」二二・一一・一三（国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一七）。なお「天然資源部」は「天然資源局」のことである。

(18) 前掲「臨時行政機構改革審議会（第十一回）」五三頁。

(19) 運輸省「鉄道公庁案に対する意見」昭和二十二年十一月三十日（国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一七）。

(20) 逓信省「『国家企業の経営形態に関する件』についての意見」昭和二二、一二、一一（国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一七）。

(21) 専売局「専売品公庁案に対する意見」二二、一一、二四（国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一七）。なお、この文書は、一二月二日に専売局長官から行政調査部長に出されている。

(22) これ以外に行政調査部は、商工省などにも意見を求めている。商工省は「国家企業の経営形態に関する件」（一九四七年一一月一〇日）について「公庁制度を中心とする行政調査部案は、鉄道及び通信事業に局限して考慮されるべきもの」（傍線部は引用者による）と回答を行った。つまり、専売については公庁形態とすることに反対したのである。そして「アル

コール（専売）については現行の制度を最も適当と認める」とした（商工省「国家企業の経営形態に関する行政調査部案について」二二、一一、二七　国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一七）。因みにアルコール専売の廃止に反対する意見として、別途、醸酵工業課による「国家企業の経営形態に関する件」（国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一七）が「参考」として添付された。

(23) 行政調査部「新憲法下の行政機構改革の方針」昭和二二、一二、一〇（国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一七一一）三六―三九頁。なお、これは「第二章　中央行政機構の改革」の「(三)　各省機構の改革」における「四　現業省の問題」で述べられている。この原形となったのが、行政調査部機構部・佐藤功部員による「新憲法下の行政機構改革の方針」（二二・一一・三〇）である（国立国会図書館憲政資料室所蔵「佐藤達夫文書」一三七〇）。これを佐藤は、総務部長（前田克己）の命により、法制局長官に提出している（同）。

(24) 同右、行政調査部「新憲法下の行政機構改革の方針」一頁。

(25) 前田克己は、一九四八年六月三日の第一一回臨時行政機構改革審議会において「当時は片山内閣の時代でありまして、総理大臣にもちよつとお耳に入れましたところ、別にこの案は悪いとは思はぬけれども、どうも社会党で国有国営ということをやつているのとは逆にいくような気もするので、その点が少し気になるんだがという話がありました」と述べている（前掲「臨時行政機構改革審議会（第十一回）」五五頁）。当時、社会党が推進していた石炭国有化については、林由美「片山内閣と炭鉱国家管理」（『年報・近代日本研究-四―太平洋戦争―開戦から講和まで―』山川出版社、一九八二年）。

(26) 前田克己は「当時は社会党内閣でいろ〳〵石炭などの問題もありましたときですから、これを行政調査部で力強く推進することは避けておつたのであります」と述べている（同右「臨時行政機構改革審議会（第十一回）」五五頁）。

(27) 同右。

(28) 「臨時行政機構改革審議会令」第一条は、同審議会について「内閣総理大臣の監督に属し、行政機構の改革に関する重要事項の調査審議を行い、内閣総理大臣に対し、その結果を報告し、且つ必要な勧告を行う」と記している（前掲『行政機構年報　第一巻』一三一頁）。

(29) 同右、一三六頁。「中間報告及び勧告」の全文については、同、一三三―一三七頁。

(30) 同右、一一八頁。

(31) 同右、一一九頁。なお大蔵省に関しては、造幣局の機構簡素化について言及されるにとどまった（同、一一四頁）。全文については、同、一〇四―一三一頁。

(32) 同右、一〇六頁。なお、これと同時期に審議されていた国家行政組織法は、国営企業について特別の規定を設けていない。それは、国家行政組織法では「国家公務員法で現業官庁の職員が特別職とされ、それについて一般職と別の規定が設けられることとなつていますので、その方面から国営企業経営機関の運営が適当に行われて行くことを期待」したためである（前掲「国家行政組織法想定問答」「佐藤達夫文書」一七三五、における問「企業官庁に付て何等か特別の考慮をしてゐるか。」の答）。

第二節　「Public Corporation」としての公社の誕生

一・「マッカーサー書簡」と「Public Corporation」化

現業官庁の一般行政機構からの分離は「いわば図らざる別の観点より強力に推進され」[1]ることになった。その契機となったのが一九四八年七月二二日の「マッカーサー書簡」[2]である。マッカーサーから芦田首相に宛てて発せられたこの書簡は、国家公務員法を改正することで国家公務員から争議権と団体交渉権を剥奪するよう指示する一方、他方において「Public Corporation」化された鉄道と専売（塩・樟脳・煙草）の職員については国家公務員から除外することができるとしていた。すなわち「Public Corporation」化した場合に限り、こうした現業官庁の職員に制約つきで団体

交渉権を認めるとしたのである。[3] そして、これに加えて、この書簡では、逓信省の再編成についても言及がなされた。[4] こうして日本政府は、人事管理もしくは労務政策の観点から現業官庁を「Public Corporation」化することで、現業官庁を一般行政機構から分離することが可能となった。しかし、経営形態を「Public Corporation」に変更するかどうかは、日本政府の出方如何にかかっていた。[5] このことに関して七月二四日開催された「マ元帥書簡に関する第一回関係次官会議」において福島慎太郎官房次長は次のように述べている。[6]

「・・・現在の現業職員はすべて一般職として、公務員法の適用を受ける。その中から除外されるのは、鉄道と専売のみである。これも、もし、外したくないのなら、外さなくてもよい。公団は政府の従属機関だから、鉄道等は公団にしたのでは、外れない。外したいなら、パブリツク・コーポレーションにせよ。逓信は、官庁になることを期待している。但しかりに、パブリツク・コーポレーション（ママ）としても外れない。・・・専売も必ずしもパブリツクコーポレーションにしなくてもよい。」

これは、フーバー民政局（GS）公務員課長との会談を踏まえての発言であった。[7] このように「マッカーサー書簡」は、現業官庁の「Public Corporation」化を強制するものではなかった。しかし、その後の動きのなかで、鉄道・専売といった現業官庁は「Public Corporation」化されていくことになる。そこで次に、大蔵省の所管する専売事業を素材に、「Public Corporation」としての「公社」が誕生する過程を考察することにしたい。

二　「Public Corporation」化による「公社」の誕生

当時の大蔵省は、GHQとの折衝窓口として独自の渉外部局を設けていた。[8] 本項では、渉外部長であった渡辺武の

日記（以下、『渡辺日記』と記す）[9]を通して、専売事業が「Public Corporation」化される過程について検討していく。

『渡辺日記』に「Public Corporation」という言葉がはじめて登場するのは、一九四八年七月二八日のことである。この日、北村徳太郎大蔵大臣は、GHQとの定例会見において「専売事業をPublic Corporationと為すか否かは大蔵省として慎重考慮を要する旨申入」れを行った。渡辺は、これを受けて専業事業の「Public Corporation」化に対するGHQ側の出方を窺った。そこでの関係者の反応は「専売事業をPublic Corporationにすることに付ては慎重ならむことを希望、政府の金で賄う以上公職とあまり区別する要なし」（二八日、ESSのReed）、「（Whitney〔民政局長〕と相談の上の話として）Public Corp.にするか否か、する場合の内容は先ず日本側で一案を作るべし。司令部内でPublic Corp.担当者は特にきめない。PCに民間資本を導入する可能性は少かるべし」（三一日、GSのHauge）[10]というものであった。このように「Public Corporation」化に対するGHQ側の姿勢は、必ずしも積極的なものではなかった[11]。そして、八月四日の定例会見において大蔵省は「専売事業をPublic Corp.にするか否かは審議会を設けて研究する旨申入」[12]れ、八月六日に「専売事業審議会」を設置した。かくして、この問題は日本側で検討されることになった。

八月一一日にはじまった専売事業審議会（会長・荒井誠一郎元専売局長官）[13]では、幹事側から提出された第一案＝「現行制度の改善案」と第二案＝「専売公庁案」をめぐって議論が交わされた。意見の大勢を占めたのは、現行制度を改善するという第一案であった[14]。審議会は、現業官庁としての枠組をこれまで通り維持するという雰囲気だったのである[15]。かくして、九月二九日に「当面の処置としては専売事業の現状を基礎とし、その上に立つて労務の関係を調節し、又能率増進の方法を出来るだけ講ずることが最も適切と考え」「現行制度の改善案」を付した「中間報告」[16]が大蔵大臣に提出された。

この間、大蔵省は、ESSとの定例会見[17]の度に、ほぼ毎回、結論を出すよう求められていた。すなわち、八月一一

日にはマーカット（ＥＳＳ局長）から「なるべく早く結論を出すべし」[18]と言われ、八月二五日には「専売に関しこの次迄に大体の改組方針を示され度」[19]と指示されたのである。そして、八月二五日から一週間後の九月一日に開かれた定例会見では、マーカットから「専売改組に付ては・・・之は金融〔当時議論されていた金融業法を指す〕と異り多分に政治的問題故自由な意見を出してもらひ度い」[20]と催促されるに至った。大蔵省の動きは、遅遅として進んでいなかったのである。当時大蔵省から法務庁に出向していた林修三（法制第一局長）は、「大蔵省の中に、いろいろ批判的意見があり、大蔵省が乗り気でなかったので、私の方ものんきにかまえていました」とこの頃のことを回想している[21]。

こうした状況は、九月九日の午前中に法務局（ＬＳ）で開催された会議によって一変することとなった。この会議には、日本側から福島官房次長・佐藤法制長官・野田大蔵次官・原田専売局長官・渡辺渉外部長・下山運輸次官、ＧＨＱ側からバッシン・オプラー・アッペル（以上、ＬＳ）・オグデン（ＣＴＳ）等が出席していた[22]。渡辺は、この会議の模様を日記に次のように書いている[23]。

「LS 側より一昨日 Kades〔民政局次長〕と会議を開いた結果マ元帥が Whitney〔民政局長〕に対しマ元帥書簡中鉄道及三専売を Public Corporation に為すことに付 proper consideration を払ひ居らざるに付どんな案でもよいから Pub. Corp. とする案を作り法務庁から LS に提出すべき旨話があった。」

この要求は、大蔵省にとって予期せざることであった[24]。すなわち、これまで「Public Corporation」にするかどうかの「フリーハンド」は日本側にあると考えていたからである。渡辺が会議のなかで「之は従来 ESS から聞いた話及 GS の Hauge から聞いた話とは違ふ所あり、日本側が Pub. Corp. にするか否かに付ても自由に意見を出してよいといふことになって居たと申述」[25]べているように、大蔵省はこの要求に戸惑いを隠すことができなかった。しかし、これは日本側の最終的な結論を拘束するものではないとされた。すなわち、ＧＨＱ側の趣旨は「日本側が適当と信ずる結論を出

す事は自由であるが、同時に公企業体〔Public Corporation〕にした場合に於ては、如何なる案が出来るかという事も具体的に準備して国家の採決を仰ぐべきものと考える」[26]というものだったからである。[27]ただし、「司令部の意嚮はどちらかと云えば公企業体〔Public Corporation〕と為すことに傾いて居るとの説明」もなされた。[28]このことに関する福島官房次長の解釈は次のようなものであったという。[29]

「閣議に於て、両案を審議することは出来ぬが、若し国会がパブリツクコーポレーションがよいという決議を出した場合はここに案があると直ぐ出せるようにしたらどうか。パブリツク・コーポレーションにした案もなければいかぬ」

かくして、兎にも角にも日本側は、鉄道と専売を「Public Corporation」にするための法案づくりに取りかからなければならなくなった。

しかしながら、専業事業についての法案作成は、順調に進まなかった。その原因として、専業事業に関わりをもつESSが「Public Corporation」を巡る新たな展開を知らずにいたということがあった。[30]渡辺は、九日の会議にESS関係者が出席していなかったことから、ESSと連絡をとるべく会議当日の午後にリードと面会した。その時の様子を渡辺は日記に次のように記している。[31]

「Reed はこの話は全く自分の諒解と異るとし、新しい発展に付何等知る所なき様子なり内部連絡を依頼す。」（傍線部は引用者による）

このことは、リードが九日の会議の内容について事前に何も知らされていなかったことを示している。そして、翌一〇日の『渡辺日記』には、リードがようやく状況を把握したことが次のように記されている。[32]

「Bassin〔LS〕から電話で話があった由、その結果 Marquat〔ESS局長〕には未だ連絡なきも或は MacAr-

thur から Kades〔GS〕に話あり国際的考慮から Pub. Corp. を作る希望があるのかも知れず、その場合も Reed〔ESS〕としては財政監督が充分行はれなくなることを恐れる旨話あり。予算及決算に付き国会及会計検査院の監督をうけしむる要ありと強調す。」

このことから「Public Corporation」を取り巻く三つの状況を読み取ることができる。第一は、ESS局長のマーカットに連絡がなされていないということである。第二は、マッカーサーからGSのケーディスにトップ・ダウンでなされた話であるということである。そして、第三は、「Pub. Corp.」の背景に「国際的考慮」があるらしいということである。このうち第三の「国際的考慮」とは、主にソビエト連邦に対してのものだと思われる。[33] ソ連は、「マッカーサー書簡」について八月一一日の対日理事会で労働組合を抑圧するものと批判していた。[34] ソ連の批判をかわすには、団体交渉権を認める「Public Corporation」にする必要があったと考えられるのである。「マッカーサー書簡」に対する国際的な批判は、その後の「Public Corporation」化の動きに大きな影響を与えることとなった。

ところで、ESSが九月九日の会議に全く関与していなかったということは、会議の手続き的な正統性を揺るがすと同時に、ESSに解釈の余地を与えることになった。[35] 一〇日の『渡辺日記』には、ESS顧問のベーカー（Baker）と面会した時の様子が次のように記されている。[36]

「Pub. Corp. に関する昨日の経緯を話した所、Gen. Marquat より新なる指示なき限り日本側のよいと思ふ案を提出すべしといふ。」

その後の展開は、ベーカーの言う線で進んでいった。[37] すなわち、大蔵省は九月一一日の省議で第一案＝「現状制度の改善案」と第二案＝「Public Corporation 案」の比較検討を行い、[38] これを踏まえて一五日のESSとの定例会見で北村大蔵大臣は「第一案の方が望ましい」との考えを表明したのである。[39] 大蔵省側から説明された内容は、次のような

ものであった。(40)

一．専売局改組問題については左の二案が考へられる

即ち

a　専売局機構は現行通りとし其の運営を能率化するために主としてその経理面及人事面に所要の改正を行う。（別紙第一案）

b　煙草専売事業の中製造及び販売は公社をして行はしめ専売局は収納及び監督行政を行う（別紙第二案）

以上の二案を労働、公務員、財政等の諸見地より比較検討すれば次の理由から第一案を適当と考える。

〔以下略〕

「第一案を適当」とする理由は、「第二案」を採用したとしても、実際の問題として（一）罷業権、（二）給与支給、（三）取締り、（四）経理、において「第一案」と変わりがないということにあった（場合によっては弊害すら生じる）。「第一案を適当と考える」大蔵省に対して、ルカウント（LeCount）とサノー（Sanow）は、「専売事業に関する限り公企業体〔Public Corporation〕にしない事が望ましいと吾々も考えて居る」と支持を表明した。(41)かくして、一八日に大蔵省は、両案に意見をつけたものをLSに提出した。(42)

ところで、こうした「Public Corporation 案」を採用しないという結論は、九日の会議で説明されたGHQ側の意向（「司令部の意嚮はどちらかと云えば公企業体と為すことに傾いて居る」(43)）を無視することを意味した。そこで渡辺は、LS

との調整を次のように依頼した。(44)

「先週木曜日（九日）リーガル・セクションに於ける会議に於いては従来マーカット少将〔ESS局長〕から聞いて居た處と異なつて公企業体〔Public Corporation〕にする事を要望せられるが如き印象を受けたがこの點に関して司令部内の統一された立場を速やかに明らかにして頂き度い。」(45)

ESS側の代表として出席したファインはこれを了承し、次週の定例会見で返答することを約束した。(46)『渡辺日記』は、定例会見までのESSの動きを次のように記録している。

九月一六日　「電話にて Bassin〔LS〕と話した結果、LS の意向は大蔵省の希望如何に拘らず Pub. Corp. の案を提出せよとの事なること判明。」（ESS財務課の Hutchinson より）(47)

九月二〇日　「ESS に於て LS の意嚮に拘らず独自の意見を主張すべきや否に付 Marquat の意嚮をかためる様努力中。」(48)

かくして、二二日の定例会見では、ファインから次のような説明がなされた。(49)

「昨夜マーカット少将から聞いた処では最高司令官の意図は公企業体〔Public Corporation〕にする事を望んでおられる模様である。これは主として労働問題としての角度から来た結論である。」(50)

ここにおいて、専売事業の「Public Corporation」化は不可避のこととなった。これを踏まえてファインは、この改組が労働問題に端を発したものであることから「財政上の見地に立つた各種の主張は十分これをとり入れる余地がある」と述べ、日本側（大蔵省）に次のような提案を行った。(51)

「大蔵省から曩に提出した公企業体〔Public Corporation〕の案はあまり適当とは思われない。寧ろ形式は公企業

体にして実質は現状とあまり異ならぬものにしたらどうであらうか。」

これは、「Public Corporation」を骨抜きにする提案であった。ファインは「公社と公社でない差は次の一点であると考える。公社では直ぐ訴訟を起こすこと出来るが、国では直ちに訴訟を起こすことは出来ない」[52]という認識を持っていた。こうした提案の背後には、国家公務員の労働問題から発案された「Public Corporation」化に対するＥＳＳ側の懸念があったと考えられる。ＥＳＳは「Public Corporation」の給与水準が政府と関係なく引き上げられることによって、それが国家公務員に波及し、延いては国家財政の膨張につながることを恐れていた[53]。ＥＳＳは、国家財政の膨張を抑制するために、現状維持にこだわったのである[54]。そして、この提案は、大蔵省の考え方（現状維持）と一致するものであった[55]。

では、ファインの言うように表面上「Public Corporation」にして、実質的に現状維持とすることは、可能なのであろうか。このことに関してファインは、一〇月一日に「専売事業審議会」の「中間報告」を説明するためにやってきた荒井委員長に次のように述べている[56]。

「パブリツク、コーポレーションというのは、非常に幅の廣いもので、別に一定の型があるわけではない。パブリツク、コーポーシヨンによつて、其の活動を制限する意思はないので、大いに自由な運営を図られたい。本件はもともと労務関係に端を発しているのであるから種々と知恵を働かして自由に考慮をめぐらして戴きたい。此の意見〔中間報告〕は二重機構になるから公社〔Public Corporation〕はいかぬとあり大蔵省から前に持つて来たのと同一であるが、結論を先に出して考えていて、之は出発点から間違つているので、自縄自縛に陥るものである。米国の例によれば、公社〔Public Corporation〕は何でも出来るのである。先入主を捨てて、パブリツク、コーポレーシヨンに関する観念を變える必要がある。」

すなわち、「Public Corporation」は汎用性が高く、一定の型がないので、その内容については日本側で「自由に考慮をめぐらして」決めればよいというのである[57]。ここでは、先入観にとらわれることなく「Public Corporation」を認識することが求められた[58]。「Public Corporation」と現状維持は、こうしたESSの提案によって、両立可能となった。かくして、官僚制は、「Public Corporation」の理論的な文脈を離れて、官庁の意向に則して「公社」を形成することが可能になったのである[59]。

一一月一一日の第三回国会に提出された「日本専売公社法案」は、専売三事業（塩・樟脳・煙草）をそのまま「Public Corporation」に衣替えしたものであった[60]。そして、翌一九四九年六月一日に「日本専売公社」が大蔵省機構改革（大蔵省設置法の施行）に伴い発足した[61]。これは、「大蔵省の外局から新しい公社制度にかわったことに伴う改正点以外には、大きな変更はなかった[62]」と評されるものであった。つまり、「公社」の誕生は、「従来の公団とも異つた一つの新しい行政機関の出現を意味し[63]」たのである（傍点部は引用者による）。このことについて、専売事業を「Public Corporation」化する最中の一九四八年三月から一九四九年二月にかけて大蔵省事務次官であった野田卯一は、後日、次のように語っている[64]。

「このコーポレーションは、やはり司令部の指令からきたわけですが、私は非常によかったという結論はまだ出てきていないと思いますね。専売局にしておいてもあまり変わらなかったのではないかという感じがしますね。・・・専売局でやっていたって、あるいは公社にしたって、私はそう大きな差というものはなかったのではないかと思っております。」

以上のように、日本における「Public Corporation」としての「公社」は、これまで述べてきた「営団」や「公団」と異なり、それを形成するための論理を必要としない状況対応的な行政手法として誕生した。それ故に、そこには、W・

A・ロブソンが「Public Corporation」の設立を促す要因として指摘した経営に関する議会の監督からの自由や、人事・財政に関する大蔵省からの自由を求める動きを見ることはできなかった。(65) 行政手法としての論理を持たない「公社」は、官僚制にとって操作可能性の高い、きわめて活用範囲の広い執務知識になりうるものとして登場したのである。

註

（1）佐藤功「各省設置法及び行政機関職員定員法（一）―最近における行政機構の改革・続一」（『法律時報』第二一巻第八号、一九四九年）一六頁。なお佐藤は、当時、行政調査部機構部にいた。

（2）原文は、外務省特別資料部編『日本占領及管理重要文書集　第二巻　政治、軍事、文化編』（東洋経済新報社、一九四九年）一一二―一一七頁。「マッカッサー書簡」の作成過程については、竹前栄治『戦後労働改革』（東大出版会、一九八二年）二三〇―二三六頁、五十嵐武士『対日講和と冷戦』（東大出版会、一九八六年）三六―四六頁、遠藤公嗣『日本占領と労使関係の成立』（東大出版会、一九八九年）第四章、を参照。なお、これを受けて七月三一日に「政令二〇一号」（政令については、竹前、前掲『戦後労働改革』二三六―二三七頁）が公布・施行された結果、国家公務員から争議権と団体交渉権は剥奪された。そして一一月三〇日に国家公務員法の改正がなされた。

（3）「マッカーサー書簡」を出すにあたっては、ＥＳＳ労働課（キレン課長）とＧＳ公務員課（フーバー課長）の対立が見られた。そして、その対立に折り合いをつけようとするなかで、現業官庁の職員に団体交渉権を付与するという考えがでてきた（但し両者は、この点について了解していない）。以上については、遠藤、前掲書、第四章を参照のこと。なお、ここで制約つきというのは、調停仲裁制度が設置されるということである。

（4）逓信事業については、七月二四日に開催された「マ元帥書簡に関する第一回関係次官会議」において「逓信事業には、パブリツク、コーポレーシヨンは考えられていない」ので、「かりにパブリツク、コーポレーシヨンになつたにしても、

公務員法が適用になつて、職員は一般職になり、ストライキは禁止される」（有田次長）と述べられた。そしてこのことは、フーバーとの会談を終えて会議に出席した福島慎太郎官房次長が「逓信部内をパブリック（ママ）コーポレーションにしなければならぬと言うことでないことは明らかとなつた」と述べたことで確認された（佐藤功「マ元帥書簡より国家公務員法改正案に至るまでの資料若干」東京大学法学部所蔵「占領体制研究会資料」二七八八）。なお、逓信事業の除外は「全逓に対する露骨な措置」（有田）とする見解の他、海外において民営形態の例を見ないこと、事業の性質上私企業的経営によって収支を相償えないこと、に求める見方もある（佐藤、前掲「各省設置法及び行政機関職員定員法（一）」一四頁）。

（5）吾孫子豊『公共企業体労働関係法解説』（交通労働研究所、一九四九年）二〇―二一頁。

（6）前掲「マ元帥書簡より国家公務員法改正案に至るまでの資料若干」。

（7）同右。

（8）大蔵省財政史室編『昭和財政史―終戦から講和まで―』第4巻（東洋経済新報社、一九七七年）四二五頁。

（9）『渡辺日記』とは、前掲『対占領軍交渉秘録・渡辺武日記』を指す。渡辺はこの日記を出版する前に、日記をベースとした『占領下の日本財政覚え書』（日本経済新聞社、一九六六年）を出版し、そのなかで、本稿の以下の論述に関わることを記している（「公務員法改正―専売改組をめぐる応酬」）。しかし、それは専売改組の大まかな過程を記したものに過ぎず、本項での問題関心である「Public Corporation」化の過程で「Public Corporation」としての公社が具体的にどのように形成されたのかについては必ずしも明らかにしていない。以下では、『渡辺日記』をベースに、旧大蔵省の資料を用いつつ専売事業の「Public Corporation」化について論じる。なお、国鉄が「Public Corporation」となる過程については、日本国有鉄道『日本国有鉄道百年史　第10巻』（日本国有鉄道、一九七三年）、日本国有鉄道設立準備委員会『公共企業体日本国有鉄道』（日本交通文化協会、一九四九年）、兼松学『日本国有鉄道論』（東大出版会、一九六二年）など様々な記録、研究がある。

（10）前日（三〇日）の『渡辺日記』には、「ハウギ」（Hauge）を訪問したことが次のように記されている「Public Corporation に付質問、明日迄に Whitney と相談し置くべしといふ。」

（11）八月二日の『渡辺日記』には、「Reed〔ESS財政課〕によれば、Public Corp. の idea は Killen〔ESS労働課長〕を辞職せしめる為の努力のあらはれに過ぎずとの事、財政統制を乱すことなき様希望し居り、慎重論なり」と記されている。

このことからＥＳＳが、「Public Corporation」を政治的要因によるものと捉えていたことが窺われる。そもそもＥＳＳは、財政面から「Public Corporation」に消極的であった。

(12)『渡辺日記』八月四日の項。

(13) より正確に言うならば、九月一〇日の第五回審議会で「専売機構改正要綱」が配布され、第二案は「公社案」となった。

(14) 審議会は、八月一一日から一〇月一日まで八回開催された。議事日誌の大要については、日本専売公社『日本専売公社設立のいきさつ』（日本専売公社総務部総務課、一九五三年）一一―一四頁。また、大蔵省財政史室編『昭和財政史―終戦から講和まで―』第９巻（東洋経済新報社、一九七六年）四二六頁も参照した。なお、審議会では、行政調査部による「専売品公庁要綱案」も議論の遡上に載せられた（八月二〇日の第二回審議会）。

(15) こうしたことは鉄道事業についても言えることであった。たとえば、松並潤「『公共企業体日本国有鉄道』の成立（二）・完―失敗した『占領改革』―」（『法学論叢』第一三一巻第三号）八四―八五頁。

(16)「専売事業審議会報告（中間報告）」。

(17) 定例会見は、毎週水曜日に開かれた。

(18)『渡辺日記』八月一一日の項。

(19) 同右、八月二五日の項。

(20) 同右、九月一日の項。

(21) 林修三「戦後財政史　占領下の法制局の思い出」（『ファイナンス』第九巻第五号、一九七三年）五七頁。

(22)「大蔵省渉外特報（第九十七号）」（昭和二十三年九月九日）。

(23)『渡辺日記』九月九日の項。

(24) 鉄道省にとっては、予期せざることでなかった。鉄道省は、九月七日と八日にＣＴＳからこの件に関する指示を受けていたのである。このことについては、吾孫子豊『公共企業体労働関係法制定経過概要』（公共企業体等労働問題研究センター、一九七一年）七―八頁。ところで、前日八日の『渡辺日記』には、「〔欄外〕」として「此の日・・・Hoover〔GS公務員課長〕に面会、Public Corporationその他の問題に付協議」とある。この記述を見る限り、大蔵省側はこの件について若干知ることがあったのではないかと推測することも可能である。しかし、九月一〇日の第五回専売事業審議会における

渡辺の発言は、大蔵省が蚊帳の外に置かれていたことを示している。「会議（九日）があつた時バツシー（バッシン）から次のような話があつた『火曜日（八日）に、GSのケーディスの所で会議があつた、マ元帥の意見としては、日本側でパブリツク・コーポレーションの案を作つて出してもらつたらどうか』というようなことを申していた。私が話が今迄のとはちがう。司令部の考がかわつたのかとただした」（「第五回専売事業審議会速記要録」一三―一四頁）。因みに、フーバーは、この件に関心を持っていない人物であった（たとえば、遠藤、前掲書、二三五頁）。

(25)『渡辺日記』九月九日の項。

(26) 前掲「大蔵省渉外特報（第九十七号）」。

(27) マッカーサーの意向を受けたケーディス（註(24)参照）が出席していなかったため「やや明確さを欠いていた」という（前掲「第五回専売事業審議会速記要録」一四頁）。なお、『渡辺日記』九月九日の項は、このことについて触れていない。日記は「先方はKadesの意見はどうであったとか内部で相談し居る有様であったが、一応十日後に会談することに決す」とあるのみである。

(28) 前掲「大蔵省渉外特報（第九十七号）」。

(29) 前掲「第五回専売事業審議会速記要録」一四頁。これは、渡辺による発言の中で言及された。

(30) 前掲「大蔵省渉外特報（第九十七号）」。そこでは「鉄道はCTSも同席して居り・・・専売に付てはESSの代表者は居らず・・・」と記されている。

(31)『渡辺日記』九月九日の項。

(32) 同右、九月一〇日の項。

(33) 八月一一日の対日理事会において、ソビエト代表は「マッカーサー書簡」を批判し、臨時理事会の開催を要求した。そして、同二八日に臨時理事会が開催された。吾孫子豊は「このような空気を反映し、might well beは、九月上旬に至つてshall beと同様に取扱われることとなり、鉄道及び専売の従業員を国家公務員から外ずすこと、これに伴なつて公共企業体を組織すべきこと・・・等が、最高司令官の強い意思であるとして（日本政府に）伝えられるようになつ」たと記している（以上については、吾孫子、前掲『公共企業体労働関係法制定経過概要』四―五頁）。また、ソ連は、九月一六日の極東委員会でもこのことを採り上げた。

(34) 竹前、前掲『戦後労働改革』二三八―二四一頁。「マッカーサー書簡」に対する批判は、日本国内でも高まった（同、二三七―二三八頁）。

(35) 『渡辺日記』では渉外局長のベーカーか、ＥＳＳのベーカーか明らかにされていないが、対日投資についても話していることから、ＥＳＳのベーカーと判断することができる。なお両ベーカーは、同姓同名である（竹前栄治『ＧＨＱの人びと―経歴と政策』明石書店、二〇〇二年、七一頁）。

(36) 『渡辺日記』九月一〇日の項。

(37) ベーカーの発言を、渡辺、前掲『占領下の日本財政覚え書』は、マーカットによるものと記述している。しかし、日記の記述及びその後の展開を見る限り、これをマーカットによるものとすることには疑問がある。

(38) 『朝日』一九四八―九―一二。

(39) 「大蔵省渉外特報（第九十八号）」（昭和二十三年九月十五日）。『渡辺日記』には「第一案を可とする旨大臣から述べ」とある。なお、出席者は、日本側が北村蔵相・渡辺渉外部長・柏木事務官、ＥＳＳ側がファイン・コーエン・ルカウント・サノー、である。

(40) 「専売局改組問題について」（専　二三、九、一四）。この文書には「九、一五　大蔵大臣よりマ司令部マーカット経済科学局長に提出したる案」と記されている。『渡辺日記』によると、一五日の定例会見にマーカットは出席していないので、別途渡されたものと推測される。

(41) 前掲「大蔵省渉外特報（第九十八号）」。『渡辺日記』には「LeCount, Sanow 何れも賛成」とある。このことからもＥＳＳが専売事業の「Public Corporation」化に賛成でなかったことが窺われる。

(42) 「第七回専売事業審議会速記要録」三頁。

(43) 前掲「大蔵省渉外特報（第九十七号）」。

(44) 前掲「大蔵省渉外特報（第九十八号）」。『渡辺日記』には、このことについて「Legal Section との話の調節をたのみおく」と記されている。

(45) これは、マーカットが都合により出席できなかったためである。

(46) 前掲「大蔵省渉外特報（第九十八号）」。

(47)『渡辺日記』九月一六日の項。
(48)『渡辺日記』九月二〇日の項。
(49)「大蔵省渉外特報（第百号）」（昭和廿三年九月廿二日）。
(50)この会見の模様を渡辺は二二日の日記に「専売改組は Public Corp. にすることはC & C の意思なること判明せり」と記している（「C & C」とは、Office of the Supreme Commander for the Allied Powers を指す。外務省特別資料部編、前掲書、九頁）。
(51)前掲「大蔵省渉外特報（第百号）」。
(52)これは、石田大蔵省渉外部次長が、九月二二日にファインから聞いた言葉である（前掲「第七回専売事業審議会速記要録」五頁）。
(53)このことについては、たとえば、林修三「日本専売公社法と公労法のこと」（『昭和財政史―終戦から講和まで―』刊行だより2、東洋経済新報社、一九八六年）。
(54)ＥＳＳは、「日本専売公社法案」と「日本国有鉄道法案」において最後まで現状維持を意味する特別会計にこだわった（林、同右「日本専売公社法と公労法のこと」及び、林、前掲「戦後財政史　占領下の法制局の思い出」五八―五九頁）。このことは、一〇月一日にＬＳで開催された会議（ＥＳＳ、ＣＴＳ合同）においてＥＳＳのハッチンソン（Hutchinson）が「急速決定を要すること、及 Publ. Corp. を作る理由が労働問題にあること、の二つの理由に基き財務関係の対議会等の手続は全然現状と同じにする様」提案したことにも見ることができる（『渡辺日記』一〇月一日の項）。
(55)国鉄が、運輸省とＣＴＳの対立を通して公社化されたのとは対照的である（松並、前掲論文、八五頁）。なお、「Public Corporation」としての日本国有鉄道もまた、専売事業と同じく財政面において政府機関に近い拘束を受けることとなった。この点においてＥＳＳの主張は貫徹されたのである（運輸省編『運輸省三十年史』運輸経済研究センター、一九八〇年、一七五頁）。
(56)「号外　ファイン博士との会談記録」昭和廿三年十月一日　石田渉外部次長記。なお「中間報告」は、九月二九日に大蔵大臣に提出されている。
(57)このことは、一〇月一日にＬＳにおいて開催された会議（ＥＳＳ、ＣＴＳ合同）でＥＳＳのハッチンソン（Hutchinson）

が「急速決定を要すること、及 Publ. Corp. を作る理由が労働問題にあること、の二つの理由に基き財務関係の対議会等の手続は全然現状と同じにする様」提案したことにも見ることができる（『渡辺日記』一〇月一日の項）。そして、これに対して運輸省は「不満の模様」であったという。ESS側は、鉄道の「Public Corporation」案に批判的であった。リードは、渡辺に「CTSは Publ. Corp. にしたついでに国鉄を将来私鉄ならしめんとし居れり」（九月二四日）「鉄道の案は・・・あまりに私企業的考へ方が日本側は強い」（九月二八日）と述べているのである。

(58) ファインは、荒井委員長に次のようにも述べている。「パブリツク、コーポレーションについての基本観念を変えて戴いて結構だ。」（前掲「号外　ファイン博士との会談記録」）。

(59) 同様のことは、国鉄の公社化においても見ることができる（松並、前掲論文、八七頁）。

(60) 前掲『昭和財政史』第9巻、四二七頁。なお、国会に提出された「公社」法案は、財政的に政府機関と同じ監督をうけるというものであった。専売局と日本専売公社の制度上の差異を整理したものとして、西村弥「政策環境の変化と公社民営化に関する考察―日本専売公社の設立と民営化―」（『政治学研究論集』第一六号、二〇〇二年）四八頁「表1」を参照。

(61) 総裁には財界から秋山孝之輔日糖興業副社長を据えた。なお、公共企業体としての日本国有鉄道もまた運輸省設置法が施行された六月一日に発足した。

(62) 大蔵省財政金融研究所財政史室編『大蔵省史―明治・大正・昭和―』第3巻（大蔵財務協会、一九九八年）一四四頁。

(63) 佐藤、前掲論文、一七頁。

(64) 野田卯一「戦後財政史　戦後大蔵省時代の思い出」（『ファイナンス』第七巻第一〇号、一九七二年）三九頁。

(65) W. A. Robson, *Nationalized industory and Public ownership*, second ed., George Allen and Unwin Ltd., 1962, P. 59.（高橋達男訳『政府と企業』産業能率短期大学出版部、一九七〇年、七三頁。なおこの邦訳は、一九六六年版を用いている。）

第三節　戦後復興期における展開

本章の最後に、第三部で明らかになったことを纏めておきたい。

第五章で論じたように「公団」は、GHQによる占領という環境のなかで誕生した。その起点は、占領初期にGHQが戦時体制の払拭を私的独占の禁止によって実現しようと考え、「Government Corporation」の設立を日本政府に指令したことにあった。日本政府は、これを受けて「Government Corporation」を「公団」として具体化した。つまり、「Government Corporation」としての「公団」は、公的独占の論理を持つ行政手法として登場したのである。官僚制は、こうした行政手法としての論理を持つ公団を積極的に活用しようとした。しかし、それは、あくまでもGHQによるお墨付き（了解）を前提とする活用であった。それ故に、GHQが既存制度の強化へと方針転換した結果、公団の活用は抑制を余儀なくされることとなった。このように官僚制は、公団活用に際してGHQの顔色を常に窺わざるを得ず、公団設立に対するヘゲモニーを確立することができなかった。さらに、行政整理や「経済安定九原則」の文脈から、公団は縮小・廃止へ向かわざるを得なくなっていった。

以上のような「公団」とほぼ同時期に別の文脈から構想されたのが、本章第一節で論じた、行政調査部による「公庁」であった。行政調査部は、新憲法下における行政機構改革の一環として、現業官庁を「公庁」として一般行政機構から切り離し、政府の縮小を図ることを考えた。すなわち、公庁は、政府機構の縮小を図るという論理を持つ行政手法として構想されたのである。この意味で公団と公庁は、行政手法の論理において正反対の関係にあったということができる。

公庁は、関係各省の反対にあいつつも、GHQ各局の同意を得た上で、芦田内閣に提示された。ところが、現業官庁の改革は、予期せぬ方向から推し進められることとなった。それは、現業官庁の「Public Corporation」化を内容に盛

り込んだ「マッカーサー書簡」を契機とする動きであった。このなかで、政府機構縮小の論理を持つ「公庁」構想は消滅し、新たに「公社」が登場することになる。

「マッカーサー書簡」は、当初、現業官庁の「Public Corporation」化について、日本側の自由な判断に委ねるとしていた。しかし、当時の政治的状況のなかで、次第に「Public Corporation」化は不可避のこととなっていった。そして、そこでは、どのように「Public Corporation」の内容を整備していくのかではなく、「Public Corporation」を設置すること自体に意味が置かれた。こうしたなかで官僚制は、「Public Corporation」に自由な解釈を行い、その内容を官僚制にとって意味あるものにすることが可能となった。かくして誕生した「公社」は、官僚制の意向に即したものとなり、政府部局を再編成した以上の意味を持つものにはならなかった。これは、官僚制が公社設立に対するヘゲモニーを持ち得た結果であった。

日本専売公社法案・日本国有鉄道法案が一九四八年一一月三〇日に可決・成立し、翌一九四九年六月一日に施行されるまでの間に、農林省蚕糸局は、生糸価格の安定を図る目的で「日本蚕糸公社制度要綱（案）」（傍点部は引用者による）を作成した[1]。この要綱（案）では、「・・・公社の性格、役職員、会計監査等に関する事項は他の公共企業体に関する法律の規定を参酌して別に定めること」と記された。こうした動きに、論理なき「公社」を汎用性の高い行政手法として活用しようとする官僚制の認識を読み取ることも可能であろう。

次章では、これまで論じてきたことを序章と関連付けながら総括し、本稿で対象とした時期の公企業がその後の展開にいかなる意味を持ったのかを考えることにしたい。

註

（1）蚕糸局「日本蚕糸公社制度要綱（案）」二四、二、二七（東京大学法学部近代日本法政史料センター原資料部所蔵「田中啓一関係文書」Ⅶ―〈9〉―1）。

終章　おわりに

一．本稿のまとめ

本稿では、昭和戦時期から戦後復興期にいたる公企業が、どのような論理をもつ行政手法として形成され、官僚制にどのように活用されたのかを官民関係に留意しつつ歴史的に論じてきた。本稿を終えるにあたり、これまでの論述を通して明らかとなった諸事実と諸論点を整理し、それが意味することを考察したい。

本稿で明らかにした第一の点は、特殊会社（国策会社）の文脈の上に「営団」が形成されたということである。戦前期から戦時期にかけて行政手法として大規模に活用されたのは、特殊会社（国策会社）であった。それは、官民協力を必要とする生産力拡充や国家総動員体制を円滑に進める上で、官民協力の論理を持つ特殊会社（国策会社）が適していたからである。それ故に、当時、官庁企業形態を活用することは避けられた。しかしながら、会社形態である特殊会社（国策会社）は、非採算事業に不向きであった。営団はこうした状況のなかで構想された。つまり、営団は特殊会社（国

策会社）に委ねることができない例外的な場合の行政手法として誕生を見たのである（住宅営団・帝都高速度交通営団・農地開発営団）。

このことは、二つのことを意味する。一つは、営団が満洲に淵源を持つものでないということである。営団のモデルが満洲にあるという指摘は、戦時期のみならず昨今においても見られる[1]。しかし、実際には政策を円滑かつ有効に実施しようとするなかで、官民協力の論理の枠内において営団が構想された。営団は、当時の「官」（政府部門）と「民」（民間部門）の現実的な関係のなかから生み出されたものだったのである。いま一つは、「一九四〇年体制」論のように「民」に対する官僚支配を強化する手法として営団をクローズアップすることの不当性である[2]。確かに営団は、組織構造上、特殊会社に比べ主管省の強い指揮・監督下に置かれる形態であった。しかし、その活用に際しては、それが官民協力の論理から逸脱しないことを「民」側に説明する説得的な理由がなければならなかった（産業設備営団・重要物資管理営団・食糧営団・交易営団）。つまり、官僚制は、官僚支配の強化を危惧する私企業の同意なしに営団を設立することができなかったのである。こうしたなかで、官僚制が営団設立に対するヘゲモニーを確立し、それを大規模に活用していくことは不可能であった。営団は、「民」に対する官僚支配を強化する手法としては有効に機能し得るものではなく、今日においてイメージされる程、戦時期の官僚制において重要な地位を占めるものではなかったのである[3]。

本稿で明らかにした第二の点は、戦時期における「営団」と戦後復興期における「公団」の非連続な関係である。戦後復興期の公団は、ＧＨＱが、戦前・戦時期の特殊会社（国策会社）や営団を私的独占機関と見做し、それに代わるものとして「Government Corporation」を設置するよう日本政府に指令したことで誕生した。つまり、公団は、特殊会社（国策会社）や営団の根本的な否定の上に形成されたものであった。それは、特殊会社（国策会社）や営団のような官民協力とは全く異なる、公的独占の論理をもつ行政手法だったのである。このように、行政手法の論理において戦時期

の営団と戦後復興期の公団には断絶が見られた。

但し、両者の官僚制における執務知識としての位置づけは類似したものになった。当初、公団に備わる公的独占の論理は、官僚制にとって権限拡張を正統化するのに適したものであった。そこで官僚制は、ＧＨＱの指令・指示に便乗することで、公団を積極的に活用していこうとした(4)。しかしながら、この目論見は、ＧＨＱが現行制度の強化へと方針転換することによって打ち砕かれることとなった。さらに、行政整理や「経済安定九原則」によって公団そのものの廃止を余儀なくされた。かくして、官僚制は、公団を行政手法として広範に活用することを諦めざるを得なくなっていった。官僚制は、営団と同様に、公団においても、その設立に対してヘゲモニーを握ることができず、大規模に活用することができなかったのである。つまり、営団と公団は、行政手法としての論理は異なるものの、ともに官僚制にとって限定的な執務知識にしかなり得なかったのである。

最後に本稿で明らかにした第三の点として、戦後復興期における「公団」と「公社」の関係について整理しておきたい。公社が形成されるそもそもの契機は、新憲法下における行政機構の改革にあった。行政調査部は、戦時行政機構（中央行政機構）を改革していくなかで(5)、現業官庁を一般行政機構から分離することを考えた。そして、鉄道・逓信・専売事業を「公庁」化する具体案を作成した。ここでの公庁は、政府の縮小を図るという論理を持つ行政手法であった。このことが示すように、公庁は、政府の拡大を意味し、公的独占の論理を持つ公団とは相容れない関係にあった。

ところが、こうした一般行政機構から現業官庁を分離させる動きは、現業官庁を「Public Corporation」化できるとした「マッカーサー書簡」によって、予期せざる方向から進められることになった。この書簡が出された当初、現業官庁を「Public Corporation」にするかどうかは日本側の判断に委ねられるとされていた。しかし、「マッカーサー書簡」に対する批判が高まるとＧＨＱは、現業官庁を「Public Corporation」にするよう日本側に求めてきた。こうしたなか

で第一義的な意味を持ったのは、兎にも角にも「Public Corporation」を設置するということであった。この結果、「Public Corporation」をどのように組織化するかという具体的問題については、第二義的な意味しか与えられなかった[6]。つまり、ここでは、いかなる論理をもつ行政手法として「Public Corporation」を具体化するかではなく、「Public Corporation」として存在することに意味がおかれたのである。それ故に、官僚制は「Public Corporation」に自由な解釈を加え、その内容を官僚制にとって意味あるものにすることが可能であった。こうして公共性と企業性と併せ持つはずの「Public Corporation」は換骨奪胎され、現業官庁の実質を維持した（企業性を軽視した）「公社」が誕生することになった（日本国有鉄道・日本専売公社）。

以上のような経緯で登場した公社と、先に述べた公団に有意な関係を見出すことは難しい。行政手法の面では、公団が公的独占の論理を持っていたのに対し、公社は特定の論理を持たない状況対応的なものであった。また、執務知識の面では、公団がＧＨＱの了承の下で限定的にしか活用できないものであったのに対して、その設立において官僚制がヘゲモニーを握った公社は広範囲に活用できる可能性を持つものであったからである。加えて、こうした公社は、行政調査部が構想した公庁とも相容れない関係にあった。

以上の諸点を改めて纏めなおすならば、本稿で明らかにしたのは、「営団」「公団」「公社」が歴史的に各々別々の文脈と意味をもって登場し[7]、官僚制によって活用されようとしたということであった。すなわち、序章で述べたように、これまで公企業の形成期は、戦時期の営団にはじまる時間軸に即した極めて単線的なものとして描かれるのが通例であった。しかし、本稿で明らかにしたように、その過程は極めて複線的・複雑なものであった。つまり、戦前期からの特殊会社（国策会社）の文脈の上で営団が形成・活用され、戦後復興期にそれを否定する形で公団が登場した。そして、それとは異なる文脈において公社が誕生したのである。

二．その後の展開

「公社」は、それまでの「公団」「公庁」などと異なり、行政手法としての論理を持たないという点で、極めて特徴的なものであった。こうした論理なき公社は、官僚制に自由な解釈の余地を与え、状況対応的な行政手法として広範に活用されていく可能性を持っていた。しかしながら、公社の設立は、一九五二年の日本電信電話公社を最後に三つに止まった[8]。論理なき公社は、さらに「官界で使い易い」公団[9]へと姿を変えることで、数を増やしていったのである。これは、第五・六章で論じた「Government Corporation」としての「公団」とは異なるもので、所謂、現在につながる「公団」であった。そこで本稿を締めくくるにあたり、こうした「公団」の先駆けの一つである「愛知用水公団」[10]を素材に、公社と今日の公団の関係について若干の考察を試みることで、行政手法としての論理を持たない「公社」がその後の展開に与えた意味について仮説的に論じることにしたい[11]。

一九五一年九月八日にサンフランシスコで調印された講和条約は翌一九五二年四月二八日に発効し、日本は再び独立した。日本政府は、重要政策課題の一つである食糧増産を実施するために、世界銀行からの借款により愛知用水事業を推進しようと考えた[12]。こうした日本政府に対し世界銀行は、借款の条件としてＴＶＡのような「公社」（「Public Corporation」）を設立するよう希望してきた[13]。それは、政府の権力をまとうが、私企業の柔軟性や独創性を持つ法人（Corporation）の設置を意味していた。しかし、農林省は「公社」を柔軟に解釈することで、それを換骨奪胎し[14]、私企業としての柔軟性や独創性を欠いた農林省の一部局に過ぎない「愛知用水事業公社」を設立する法案を作成した。そして、外務省を通じて世界銀行に「我国の現行法制上、公社法に掲げられた認可事項の如きは、必要最小限度不可欠のものであり[15]、現行の他の公社〔国鉄・専売・電電〕法に比し、〔愛知用水事業公社に対する〕政府の監督権は弱い」との説明を行った。

さらに一九五五年五月一〇日には、世界銀行のデフリーズに対して「実現する方式は、行政慣習等に従わなければならぬ点があることを了承されたい」[16]と伝えた。こうして「愛知用水事業公社法案」は「愛知用水公団法案」と改称された上で[17]、第二二臨時国会に提出された[18]。かくして、農林省の外局のような愛知用水公団が登場することとなった。（因みに、この国会には、愛知用水公団法案の他に、日本住宅公団法案と農地開発機械公団法案が提出され、それぞれ可決・成立している。）

このように官僚制は、「Public Corporation」としての「公社」に自由な解釈を行うことで新たな「公団」を誕生させた。官僚制のこうした行動が可能であったのは、日本において公社が特定の論理を持たない行政手法として登場していたことと無関係でないように思われる。それは、世界銀行の希望する「Public Corporation」を具現化する際、官僚制が最初に参照するのは既存の三公社だからである。官僚制が三公社の影響を受けていたことは、先に述べた世界銀行に対する説明において公社に言及していることからも窺うことができる。なお、「公社」から「公団」への名称変更がなされたのは、国鉄などの「公社」と愛知用水事業「公社」を明確に区別するためであった[19]。すなわち、愛知用水事業公社は、公共企業体等労働関係法の適用を受けず[20]、予算等を大臣認可事項としていたからである[21]。公団は、公社に比べ国会のコントロールから逃れ得るという点で、まさに「三公社を多少簡便にして、わが国の官界で使い易いものとして構想された」ものであった[22]。

愛知用水公団が誕生した一九五五年は、日本の政治、経済において節目となった年でもある。政治においては、この年にその後の国内政治の枠組みとなる五五年体制が成立した。また、経済においては、『経済白書』で「もはや『戦後』ではない。われわれはいまや異なつた事態に当面しようとしている。回復を通じての成長は終つた。今後の成長は近代化によつて支えられる」と記された年であった[23]。その後、日本は、周知のように所謂、高度成長期に入っていった。

高度成長期には、公団を用いた社会資本整備が進められた他[24]、あらゆる所で公団が活用されようとした。たとえば、昭和三六年度予算の概算要求において各省から提示された公団は、次のような夥しい数に上った[25]。

総理府　新技術開発公団
厚生省　水道用水公団
農林省　農業水利開発管理公団
通産省　工業用水開発公団
運輸省　自動車検査公団
　　鉱工業技術開発公団
建設省　水資源開発公団
　　臨海工業地帯開発公団（運輸省と共管）
労働省　雇用促進公団

この時期、元大蔵官僚の今井一男は、資金運用審議会において次のような経験をしている[26]。

「一つの局〔運輸省〕で一遍に四つ公団を作ろうと、そんな案を持って来た。・・・そこで、『大体、局長一人でやっておったことをなぜ四人も総才（ママ）を作る必要があるんだ』と切り込んだら、そしたら、少しも驚かず『役人であれば一人で勤まります。公団、事業団にしたら四つに分けてやらせる必要があります』というのです。」

これは、公団が官僚制組織の対外活動に止まらず、官僚制組織の対内活動のための便利な手法になっていることを物

語っている。すなわち、ここでの公団は、官僚制の内部装置としての意味、つまり、人事管理の手段としての意味を持たされているのである。[27] 一九六四年九月の臨時行政調査会（第一臨調）答申は、公企業が飛躍的に増加した理由を「中央省庁の人事管理の行きづまり」あるいは「政治的圧力の解消」[28]に求めているが、今井の経験はまさにこのことを裏付けるものといえよう。[29]

このように公団は、官僚制のなかでどのような状況に対しても活用できる便利な行政手法として定着していった。これは、公団が特定の論理を持たない行政手法であるが故に可能であったといえる。こうした公団が公企業の中心にありつづけたことを踏まえるならば、行政活動の肥大化や非能率化をもたらす今日の特殊法人（公企業）のあり方に大きな影響を与えたのは、戦後復興期の経験であったと見做すことができるのである。[30]

序章第一節「図1」で見たように官僚制は、高度成長期に公団の活用範囲を拡げていった。[31] D・E・ディモックが指摘するような、一九四五年以来、日本が共産主義圏を除くどの国よりも公企業を広く活用したことは疑問がないという状況が展開されていったのである。[32] 本稿で試みたのは、まさにこうした展開の背後にある前提を歴史的に解明するということであった。しかし、公企業が高度成長期以降に具体的にどのような展開を見せたのかについては、財政投融資との関連にも留意しつつ説明しなければならない。このことについては、稿を改めて取り組むことにしたい。

註

（1）拙稿、前掲「戦時期『営団』の再検討―その虚像と実像」では、このことについて詳しく論じている。

（2）このことについては、同右で検討を行った。
（3）このことは、営団の設立が僅か七つに止まった（うち一つは、既存営団の改組）ことに端的に示されている。
（4）こうした動きは、官治統制を強化するものであると批判された。東京都食糧営団労働組合「官営？　民営」一九四七年一一月（国立国会図書館憲政資料室所蔵「柏原兵太郎文書」８４２―４）。
（5）このことについては、たとえば、岡田、前掲書。
（6）こと行政に関して、海外の制度を日本に移入する際、本来の文脈から意味が外れていくことが多いように思われる。このメカニズムについて検討することは、今後の課題としたい。
（7）法的側面においても、「営団」が公法人でも私法人でもない特殊法人であるのに対し、「公団」「公社」は公法人であるという差異が見られる。
（8）後日、原子燃料公社が誕生しているが、これはいわゆる「三公社」とは異なる。
（9）岡部史郎「公団論」（『公営評論』第一四巻第六号、一九六九年）一三頁。
（10）「愛知用水を衝く⑥」（『朝日』一九五七―六―二三）。なお、愛知用水公団は、その後、水資源開発公団に統合され、二〇〇三年に独立行政法人水資源機構となった。愛知用水公団が水資源開発公団に統合された経緯については、たとえば、水資源開発公団・総務課編『水資源開発と公団事業　公団10年史』（一九五四年）四三五―四三八頁。
（11）「公社」は、帝都高速度交通営団が一九五一年の法改正で公法上の法人になった際にも参考にされた（第五章第一節）。当時営団総裁であった鈴木清秀は、後者を参考にした理由について「それら〔公社〕とは事業の性格上全然内容において同一とする必要はないが、法性格では、これらと同様であるから」と述べている（鈴木、前掲書、三〇九頁）。なお、この時期になると「Government Corporation」としての「公団」はすべて廃止されていた。公法人として参考にできるのは、公社しか存在していなかったのである。
（12）このことを日本の経済自立政策の文脈のなかで捉えたものとして、赤根谷達雄「一九五〇年代における日本の対外経済政策の展開―日米余剰農産物協定から日豪通商協定へ―」（前掲『戦後日本の社会・経済政策』）八八―八九頁。
（13）ルーズベルトはＴＶＡ設立を勧告する教書のなかで、A Corporation clothed with the power of government but possessed of the flexibility and initiative of a private enterprise. と述べている（S. I. Rosenman ed., *Public Papers and Adresses of*

F. D. Roosvelt, vol., N. Y., Russelland Russell, 1969, P. 122. 邦訳として、アメリカ学会代表高木八尺訳編『原典アメリカ史』第五巻、岩波書店、一九五七年、五一七頁）。

(14) 農地局管理課「愛知用水事業の取扱」（三〇、二、二八）によると、かんがい、排水事業、開墾事業に関する計画書の作成は国が、事業の実施は「公社」が行うとされている。なお、開墾事業の地区開拓計画は県に委託するとされた。国立公文書館所蔵、平14法制０１２１４１００。

(15) 昭和三〇年四月一九日発　農林次官発外務次官宛「公文」（農林省農地局『愛知用水公団関係資料集』一九五五年八月）。

(16) 「第二回国際復興開発銀行農業調査団　議事録」（同右）。

(17) これは、大蔵省が公社法案に対して「『公団』若しくは『事業団』とすること」を求め、最終的に法制局が指示することでなされた。「愛知用水事業公社法案の問題点」（三〇、六、六）法規課（国立公文書館所蔵、平14法制０１２１４１００）。

(18) 前掲「愛知用水を衝く⑥」。

(19) こうした視点は、内閣法制局でのインタビューに基づく。

(20) 前掲「愛知用水を衝く⑥」。

(21) 同右。また、このことは、一九五五年一〇月三日の「愛知用水公団設立委員会」で公団法の特色として説明されている（『愛知用水史　資料編』愛知用水公団、一九六八年、三〇頁）。なお、日本国有鉄道法第三九条第二項は「予算は運輸大臣と大蔵大臣が協議して必要な調整を行い、閣議の決定を経て、国会に提出する。予算の修正の場合も同じ」とある。

(22) 岡部、前掲「公団論」一三頁。

(23) 経済企画庁編『復刻　経済白書　第七巻　昭和31年』（日本経済評論社、一九七六年）四二頁。これは、経済水準が戦前期の状態にまで回復し、新たな課題を認識するようになったことも示している（橋本寿朗「一九五五年」安場保吉、猪木武徳他編『日本経済史８　高度成長』岩波書店、一九八九年、五八―五九頁）。

(24) 公団を活用することで国土開発のための特定プロジェクトが推進されたことについては、御厨貴「国土計画と開発政治―日本列島改造と高度成長の時代―」（日本政治学会編『現代日本政官関係の形成過程』岩波書店、一九九五年）六四頁。

(25) 岡部史郎「公団の花ざかり―行政組織における公団の位置と機能―」（『自治時報』第一三巻第一一号、一九六〇年）。

(26) 内政史研究会「今井一男氏談話速記録第十六回（最終回）」昭和五十年十一月十二日（内政史研究資料　第二〇八集）二〇三頁。

(27) 猪木武徳は、特殊法人への「天下り」が「組織内部での移動」という側面を持つことを説明している（猪木武徳「人的資源から見た戦後日本の官僚組織と特殊法人」前掲『戦後日本の社会・経済政策』）。

(28) なお、答申は、設立理由に明確な「基準」を発見することは難しいと述べている。

(29) これは「中央省庁の人事管理の行き詰まり」の打開策であった。詳細については、「親方日の丸企業論⑥―最終回　粗製乱造招いた〝お役所植民地主義〟」（『週刊東洋経済』一九六六年一一月二六日号）二九―三〇頁。

(30) Chalmers Johnson, *Japan's Public Policy Companies*, P. 39.

(31) 「図1」に見るように公企業（特殊法人）は、昭和三〇年代（一九五五―一九六四年）の高度成長期に急増し、昭和四〇年代（一九六五年代後半）以降になると驚くほど沢山の内容を持つものが存在するようになった。なお、昭和三八年度から公団などの特殊法人は、行政管理庁（現総務庁）の審査対象となり、スクラップ・アンド・ビルドの原則に基づき増加が抑制された。

(32) M. E. Dimock, op .cit., P. 62.（鈴木幸夫、前掲訳、九五頁）。

〔付記〕

本稿は、一九九六年度―一九九七年度文部省科学研究費補助金（特別研究員奨励費）及び、一九九九年度―二〇〇〇年度文部省科学研究費補助金（奨励研究A）による研究成果を踏まえた、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇一年六月二九日授与）に大幅な加筆・修正を加えたものである。なお、加筆・修正にあたっては、二〇〇二―二〇〇六年度文部科学省科学研究費補助金（学術創成研究）による研究成果の一部を取り入れている。

論　説

日中戦争はなぜ南下したのか（三）

松浦正孝

第二章　松井石根と大亜細亜協会

第二節　イデオロギー・ネットワークとしての大亜細亜協会

（一）大亜細亜協会の成立とその特質

一九三三（昭和八）年三月、松井石根は同志である末次信正らと共に大亜細亜協会を成立させた。しかし、その際、すでに前節で述べたように、軍人などの党派的・集団的な政治活動を歓迎しない国内の動向や、陸軍部内で警戒された派閥活動との関係を考慮して、その活動を規定するにあたり、あくまでも文化・思想における啓蒙活動であって、政治的党派ないし組織ではないという建前を貫かざるを得なかった。同年八月台湾軍司令官となった松井による大亜細亜協会の結成につき、現地台湾の新聞はこう伝えている。

「松井石根中将は、長い間の持論である亜細亜連盟論を堂々と獅子吼し、アジア特に日本と支那とはどうしても握手提携して進む外他に途も方法もないといふことを断言し高唱してゐる、同中将の痛論は東京の大亜細亜協会から出てゐる『亜細亜連盟論』にはつきり出てゐるが現役将官として自ら進んで此の陣営を張り、親友の末次信正中将などと陣頭に立つて此主義主張のために今後の一生を捧げることも敢て辞せぬとさへ伝へられてゐる。尚本年三月成立を告げ本部を東京麹町区内幸町大阪ビル内に置く大アジア協会の創立委員には上の両中将の外には軍人は少く、新外相広田弘毅氏や近衛文麿などの政客の外は村川堅固、鹿子木員信、中谷武世の諸氏の如き学者が多く純理に基づき学者的立場から亜細亜連盟を強調せんとするものであると、　松井中将の亜細亜盟連論の中心は

国際連盟は例へて言ふと欧洲製の洋服の様なもので我々アジア人たる日支人にはピッタリ適はぬ、アジアはアジアで連盟を作つて世界平和、人類幸福の為めに貢献すべきだ……兄弟牆にせめいでどうして外侮を防ぎ得るか、アジアの中心勢力たる日支両国はアジア不復興の観点に立ち小異を捨てて宜しく大同に就くべきである

といふにある（以下略――松浦）[1]」

また、陸軍特別大演習及び軍中央部との打ち合わせのため上京した際にも、松井は新聞記者の質問にこう答えている。

「アジア連盟の運動は文化運動であつてお互ひがアジア連盟主義によつて精神的に結合して提唱し理解し合ひ、融

和融合して行くのであつて決して力によるものではない」[2]

松井が現役軍人であったという事情はあったにせよ、大亜細亜協会が思想文化運動であって政治運動ではないと自ら規定したこと、即ち、それが政治団体ではなく緩やかな結びつきによるイデオロギー・ネットワーク（前稿（一）（二）においては「政策ネットワーク」という用語を用いていたが、「イデオロギー・ネットワーク」の方が本稿の分析にふさわしいと考え、以下これを使用する）であったことは、戦前日本における政治システムの枠組みや制約との関係で、後々大きな効果を持つこととなった。

国際連盟に対する不信感と同様、西洋由来の政治組織である政党政治に対しても、特に田中内閣以降、その利益政治体質による腐敗や政権争奪や利益表出のあり方などが、日本の国体にあわないなどとして不信感が高まっていた。それまでの「民主主義」化要求の中心であった普通選挙が二八（昭和三）年二月に実施され、政党内閣の下で西洋型の議会制デモクラシーがようやく日本に実現されたはずの特別議会開会のその日、憲法学者美濃部達吉は次のように記した。

「近頃の日本の政治の有様を見ると、我々は唯政治上の暗黒時代が来つたといふ感じを禁じ得ない。立憲政治の最大の長所の一は、政治の秘密主義を排して、国民の環視の下に公明正大なる政治の行はるゝことにあるといはれて居る。しかるに普通選挙による第一回議会開会の今日に当つて、政治の公明正大はほとんど跡を絶ち、心ある者をして暗黒政治の到来を痛歎せしむるに至つたのは、果たして何人の罪であらうか。」

美濃部が「暗黒政治の到来」と指摘したのは、政府当局と暴力団との関係を疑わせるような不法な暴力行為の横行、政府による不法な選挙干渉、政府による議員買収などの事象である。そして美濃部は、田中政友会内閣に対して、三・一五事件による共産党弾圧のような思想圧迫よりも、政府に対する国民の不信の除去こそ、国体を守る喫緊の課題であると結論づけている。[3] 美濃部をして「暗黒政治の到来」とまで言わしめた政友・民政二大政党による政党政治は、政治

腐敗や熾烈な権力闘争、政治の非効率などを国民に印象づけ、周知のように三〇年代に入ると、さらに既成政党を中心とする政治システムに対する変革の要求が強烈に起こった。農村において政党によって利益が正当に表出されているという意識は薄く[4]、財界も労働組合も、利益団体として既成政党を直接に支援したことはなかった[5]。五・一五事件による政党内閣崩壊後も、高橋是清を中心とする従来のシステムの手直しによる「挙国一致」体制は、「重臣ブロック」や民政党などによる守旧派勢力による政治であるとされ、日本の「伝統」にふさわしい全く新しい政治システムを求める声が強まったのである。

近衛文麿を中心とする近衛新体制運動こそは、そうした要望を反映しようとしたものと見なされた。戦後から現在に至るこれまでの近衛新体制運動研究の主要課題は、ドイツ・イタリアなどの「ナチズム」・「ファシズム」や、ソ連の社会主義革命・共産主義革命をめざす勢力などを念頭に置き[6]、それらに相当する政治主体を探す「犯人捜し」であったと言っても過言ではない。しかしながら、かつて酒井哲哉も指摘したように、一九三〇年代の「大東亜戦争」へと向かう時代を分析する際に、「軍閥」、「ファシズム」といった機関・党派などの政治的組織を中心に検討する多元主義的・政治過程論的分析だけでは十分ではない。また、「革新」という漠然とした時代の雰囲気・気分を政治変動の説明に用いる手法は学問的緻密性に欠け、政治過程分析に耐えない。

それ故本稿では、こうしたアプローチに代わり、大亜細亜協会を、汎アジア主義という思想・イデオロギーによって結ばれ、これを普及・浸透させていく目的をもった緩やかなイデオロギー・ネットワークの中核として捉え、これを中心に政治変動を分析する。各種の経済・文化・社会組織に連なる緩やかなネットワーク組織であったからこそ、大亜細亜協会によるイデオロギーは国民の間に広く浸透し、大きな政治変動を起こすこととなった。政党や旧来の政治組織とは異なる形態を持つ政治組織であることを利用して、大亜細亜協会が「大東亜戦争」へと日本を導いていった政治的メ

カニズムを解明する前提として、本節では、大亜細亜協会が大亜細亜主義というイデオロギーを媒介とし多様な社会組織へと緩やかに連なる、従来とは異なる組織原理で成り立った政治組織であったことを明らかにしたい。

蓋し、近代日本政治史において、政治変動のための重要な転換点がいくつかあった。その転換をもたらした契機は、ある事件により、既成の体制が新たな状況の到来に対応することができないことが明らかになることであった。視覚支配装置による「御武威」に支えられていた徳川政治体制は、蒸気機関や「黒船」に象徴されるような新たな「文明」との戦争に敗れることを恐れた征夷大将軍が「攘夷」を躊躇うことをきっかけに、白昼大老が暗殺されるなど魔法の解けた「午前零時のシンデレラ」さながらにみるみる崩壊し、代わって明治維新体制の速やかな成立をみた(7)。「藩閥」によって寡占されていた明治専制体制は、第一次世界大戦前後における社会主義の台頭と米騒動や普選要求に見られる「民主主義の勃興」とに、大きな恐怖を覚えた元老山県有朋と政友会総裁原敬との歩み寄りによって、「政党政治」に道を譲った(8)。短い「政党政治」の時代の後にできた軍部優位体制は、国内外における敗戦下の戦時共産革命への恐怖を背景として、広島・長崎への原爆投下とソ連参戦とによって決断された天皇の「大東亜戦争」終結宣言を受け入れることで終わった(9)。そして、上陸したアメリカ占領軍は予想もしなかった日本国民の協力的な態度に迎えられ、アメリカと日本政府との取引・共謀による、天皇制・日米安全保障条約・憲法九条が同居する「戦後体制」が成立したのである(10)。その後、岸内閣は、日米安保を日本の復興に見合う形で、日本による米国への基地提供と米国による日本防衛の義務化により不平等条約から相互的なものとすることで「従属」的地位を改めつつ実質的な延長強化を行おうとすると共に憲法改正をめざした(11)。しかし、これを新たな対米従属による軍事同盟締結であるとして「平和と民主主義」を掲げ起こった未曾有の百万人デモにより、安保改訂と引き替えに岸内閣は退陣を余儀なくされた。かつて見られなかった国民運動の盛り上がりの前に、従来通りの議会運営によって政局を乗り切ることは不可能だと判断したためである。しかし皮肉にも、この

百万人デモの成功は、さらに「街頭の政治」の終焉と社会党の衰退とをもたらすと同時に、保守政党の側の転換をももたらし、岸内閣に起源を持つ所得倍増計画を中心とする経済成長第一主義と利益政治とによる「六〇年体制」と呼ばれる自民党一党優位体制を固定化することで、政治の位相を変えた。[12]

近代日本政治史を離れても、現在の世界を見回せば、同様の新たな政治形態の出現の例は容易に見出せる。例えば、九・一一事件以後の世界政治の変容である。確かに、アルカイダによる「テロ」の件数は数件に過ぎず、それによる実質的な死者が「ピーナッツ・アレルギーによる死者よりも少ない」ことを強調するジョン・ミュラーのような論者も居る。しかし、近代的自我を否定する自爆テロという手段や、インターネットや携帯電話といった新たなコミュニケーション手段の普及を利用した超域的で新たな「政治」形態の出現は、ジョージ・ブッシュら大国政治指導者に恐怖を与え、「テロとの戦争」を開始させ、新たな世界政治の時代を招いた。[13] このように、政治変動の契機となるのは、自分たちの知らない新たな政治の形態が始まるという恐怖感であることが多いように思われる。それは、たとえ既成の政治指導者を脅かす新たな動きが実際にはそれほど実態の大きくない場合でも、またそれが陰謀論に基づく幻想であっても、である。

大亜細亜協会は、従来の日本政治史研究において、それほど大きな意味付けを与えられてこなかった。しかし、本稿は、大亜細亜協会がもたらした新たな政治運動の組織・形態が、満州事変以後頻発していたテロリズムと共に、近衛文麿を含む政治指導者に大きな衝撃を与え、既成政党を中心とする政治形態を終焉させ、大政翼賛会を中心とした政治体制を創出した、という仮説を提示する。大亜細亜協会は、その運動形態、組織のあり方が、当時限界に達したと考えられていた既成政党による政治と全く異なっていた。その目的が権力掌握を主とするものであったというよりは、大亜細亜主義という汎アジア主義イデオロギーを政治的に浸透させることで、政治変革を起こすことを目的としていた。大亜細亜協会は、大亜細亜主義という汎アジア主義イデオロギーによって、軍人・外交官・民間右翼・学者・医師・宗教家・

実業家・外国人亡命者らを網羅し、日本の各地域のみならず、植民地の台湾・朝鮮、中国の各地域、さらに東南アジアにまでクラスターとしての支部を持つ超域的組織であった。大亜細亜主義というイデオロギーを掲げ、大亜細亜協会という中核組織の正規の会員で社会的影響力の大きな人々をハブとすることによって、一般民衆に対しても、宗教・教育・産業・マスコミなどの日常生活を通じた超界的な影響力を持った。日中戦争においては、そのネットワークが軍事・戦略・政治行動や宣撫・宣伝・イデオロギー工作を支える一大基盤となった。戦争は、正規の軍隊のみが行うものではないのである。また、日本国内においては、末次信正らを通じて神兵隊などのテロリストとのパイプを持ち[14]、亡命インド人ラース・ビハーリー・ボースを始めとする在日アジア人らをメンバーとする青年亜細亜連盟を別働隊とし、学生団体を擁し、多くの民衆を動員するデモや集会による示威運動という「街頭の政治」の手法をも有していた。理事長的存在であった下中彌三郎は、常務理事の中谷武世や鹿子木員信らと共に、三二年に新日本国民同盟という大衆動員による革命を目指す団体を作り（三七年に国民協会・愛国政治同盟・愛国革新連盟、農村団体・商工団体などと合流し日本革新党となり、四〇年七月の近衛新体制運動の中で新日本国民同盟系だけが大日本党として独立[15]）、それらを通じ軍部や民間右翼、赤松克麿らの無産政党とも連絡を持っていた。さらに大亜細亜協会は、各支部を通じて、地方政治家や地方財界、地方官僚組織にも浸透し始めていた。

一方、近衛首相は、日中戦争勃発以後、これを収拾する政治基盤として、既成政党とは全く異なる原理の政治組織を模索していた。池田成彬や宇垣一成を中心とする戦争収拾プロジェクトのための内閣大改造を成し遂げた後の三八年八月に近衛が積極的になった新政治組織作りの構想は、即ち、既成政党を中心とした新党運動ではなく、政党に頭山満ら民間右翼や皇道派・宇垣系・板垣新陸相ら軍部を加えた「新会」であった。近衛はかねてより、右翼に対し強い恐怖を抱いていた。しかも当時、右翼による政治運動が極めて活発であり、大亜細亜協会理事でもあった東京帝国大学経済学

部助教授橋爪明男（終戦時の経済学部長）が富田健治元内務省警保局長らと連絡して山形などで財閥・資本家攻撃を行ってこれを山形連隊幹部が支持するなど、世情騒然としており、支配層の間では右翼、軍人、「革新派」と呼ばれる大学教授らの言動の取り締まりが、大きな治安問題になっていた。しかし時の内務大臣は末次信正、文部大臣は荒木貞夫で、取り締まりを行うどころか彼らに同調する有様であった。このため、近衛は、これを抑えるために民間右翼の大物である頭山らを包摂する必要を感じていた。[16] 八月二八日、近衛は元老西園寺公望の秘書原田熊雄に対して、こう語っている。

「どうも識者といふ奴はみんな弱いので、何にもならんと思ふ。殊に知識階級はいかにも熱がない。河原田なんかは時局懇談会とか言ひ、後藤なんかもまたいろんなことを言ふけれども、一つとして出来たことがない。その点右翼の方はよほど進んでゐるし、結束も固いから、よほどしつかりしないと危い。先日も前警保局長の富田が来て、『閣下も犠牲になる場合があるかもしれない。まあ、閣下なんかは犠牲にしたくないけれども、場合によつてはそれも已むを得ないかもしらん』といふやうな話をして、だいぶ自分を脅してをつたが、自分は『まあ、やられたら、それは一つの運命だから仕方がない』と言つておいた。なほいよ〳〵自分が内閣を続けてやるやうになれば、[17] 一つ右翼を全部包含した大きなものを作らなければ、とてもやつて行けない。」

また近衛にとり、陸軍の協力も不可欠であった。近衛が小川平吉に語ったところによれば、次のようであった。

「板垣協和会の経験もありて新会設立に賛成なる旨を進言せり、実は是が予の心を動かせる動機なり、これまでは何とも思はざりしは卿の知る所なり」[18]

しかし、右翼と陸軍をも包摂した新しい政治組織としての「新会」構想は、それが支える目的としていた三八年の宇垣・池田らによる戦争収拾プロジェクトの失敗により、挫折した。[19]

四〇年夏に再び新政治組織が近衛新体制運動として問題となった時、近衛が念頭に置いていたのは、三八年の構想の

再現であった。八月四日、米内内閣の石渡書記官長と会見した近衛は記者団に対して新政治体制の必要性を強調し、ただ「政党が解党して、真中の障子と襖を取って離合集散しただけで、新しい政治体制だというのでは、国民を欺くもの」であると述べた。そして、全国民にも既成政党にも呼びかけ、組織思想も時代の要求に適合しなければならない、軍との協調は必要だがその「鼻息ばかり伺って、軍に盲従する」のでは意味がないと語ったのである。[20] 六月に枢密院議長を辞任する前、近衛は自らの新体制理念について、宿泊先の京都の都ホテルの便箋にこう書き残した。

「自分の理想とする挙国体制は、既成政党の解消を先決問題とするような、単なる既成政党の離合集散ではないのであって、国民各階各層を打って一丸とし、脈々として血の通う様な組織を成就することにあることは、先に新聞紙上自分の談話として報ぜられた通りである。かかる新体制を実現すべき具体的方策、構成、組織、機関、運営等については、猶攻究の要があるが、挙国体制の確立そのものの必要は言うまでもないことであるから、国家の飛躍的発展の使命を認識し、それの達成を冀求する国民の一人として、そのための新体制確立運動には敢えて微力を致し、よりよき紀行組織の成果を庶幾し、成立の暁にはその一分子として、参加しようと思うのである。」

そして六月二四日の枢密院議長辞任にあたり、近衛は次のような声明を出した。

「内外未曾有の変局に対処するため、強力なる挙国政治体制を確立するの必要は、何人も認めるところである。自分は今回枢密院議長を拝辞し、斯くの如き新体制の確立の為に微力を捧げたいと思う。最近頓に活発になった所謂新党運動も、この新体制確立という意味ならば洵に結構である。然し単なる既成政党の離合集散や、眼前の政権のみを目標とする如き策動であるならば、自分はこれと事を共にすることは出来ぬ。挙国体制の具体的内容、又これを具現すべき方策等については、各方面の意見を聴き慎重なる考究を遂げた上、これが実現に努力しようと思う。[21]」

当時、政界においては、新体制運動の内容と主導権とをめぐって熾烈な抗争が繰り広げられていた。松井や末次ら大亜

細亜協会も参加した汎アジア主義の東亜建設連盟、陸軍の支持を期待する新党運動の政友会久原派及び民政党の永井柳太郎グループ、新党に消極的な民政党主流派及び政友会中島派、そして、政党を含む各界代表の糾合を目指す知識人らの昭和研究会や有馬頼寧・風見章らのグループがその主要なアクターであった。当時その渦中にあって近衛の相談を受けていた矢部貞治東京帝大法学部教授は、当時の情勢をこう分析している。

「当時大部分の人は、新体制運動とはいっても、結局は『新党』運動と理解していた。近衛が屢々既成政党の離合集散は無意味だと強調し、『新党』と言わず『新政治体制』ないし『挙国体制』と言い、国民各層に呼びかけねばならぬと言っていたことも、当時は特別の意味があるとは思われていなかった。しかし当時の国民の世論は、単なる既成政党人や職業政治家の離合集散には、殆ど魅力を感ぜず、却ってこれに反発し、新しい運動は、産業人も、文化人も、宗教家も、青年も、婦人も、学生も、参加する国民運動であることを要望し且つ期待していた。この要望をどういう形で実現するかが、困難な問題であった。事実既に精神総動員運動、産業報国運動、日本革新農村協議会、東亜建設運動など、いろいろの形の国民運動が、既成政党と対立して行われていた。既成政党は無力であり魅力もなかった。[22]」

矢部自身は、知識人として昭和研究会と近く、ヨーロッパの動向や政治理論の観点から近衛に対して理論的提言を行っていたが、自ら何らかの政治組織のモデルを持っていたわけではなかった。近衛自身もまた、明確で確固たる構想を持っていたわけではなく、政局の中心にあって各勢力の角逐の波に身を任せていただけである。矢部自身の立場と近衛の漠然とした願望とは、矢部が近衛の伝記を執筆する中で何度も強調されている。

「既成政党人の近衛新党と、革新右翼の親軍的一国一党の潮流のほかに、今一つ国民大衆の純真な国民運動の要望があったことを、見逃すことはできない。国民大衆は表面で大声には言わないが、親軍的一国一党には深刻に反感

を抱いていたけれども、同時に既成政党の離合集散による新党にも、殆ど魅力を感じなかった。心ある国民はむしろ、軍部やその便乗者らを圧倒し、支那事変を解決に導くに足る様な、経済人も、文化人も、宗教家も、婦人も、青年も、学生も参加した、一大国民運動をこそ待望していたのである。」

矢部は、物言わぬ国民大衆の真意をこのように要約し、警察がまとめた新体制についての全国世論調査という文書の存在を根拠に、近衛が、既成政党に不信を示し、全国民の参加できる一大国民運動を国民が要望し、そのほとんどが指導者に近衛を望んでいたことを知っていたと述べている。(23)

日本で新たな政治体制が模索される時、それが知識人や国家官僚の想像力によって産み出されることは極めて稀である。知識人やシンクタンクの発表する政治構想や、官僚・軍部の国策案などは、西洋諸国で進行していることの模倣・紹介や、現実に社会の中で胎動している現象を整理・理論化したに過ぎないことが多いように思われる。実は、近衛が望み矢部が構想し国民が待望していたとされる新たな政治組織のモデルもまた、現実に存在していた。それが、大亜細亜協会である。評議員として大亜細亜協会の中心に近い所に居た近衛が、それを知らなかったわけはない。それ故に、常に、人の意表を突く人気集めの人事や挙国一致による均衡人事により政局を運営することに才能を持つ彼は、日中戦争収拾プロジェクトを推進しようとする宇垣や池田と共に、全く逆の政策を有する大亜細亜協会や汎アジア主義者を背景とした末次や大谷尊由を入閣させ、国民的人気をもつ「凱旋将軍」松井を内閣参議としたのである。近衛は常に国民の間の人気を気にしており、(24)国民運動などの動向を気にかけていた。組織論的には大亜細亜協会は新体制運動のモデルとなり得たが、しかし心情としての汎アジア主義を持ちつつも、英米との協調による戦争収拾をも捨てきれない近衛は、大亜細亜協会の提示する政策への完全な転換に踏み切ることができなかった。本間雅晴や宇垣一成などの同時代の軍人や政治家と同じように、近衛の中には、心情としての汎アジア主義と、実態経済における対英米依存の必要性認識

とが同居していたように思われる。特に、パリ講和会議に際して発表した論文「英米本位の平和主義を排す」[25]に見られるような国際政治経済における英米に対する格差是正主義と、対英米協調を指向する昭和天皇に対する忠誠とが葛藤を続けたのである。

第一次近衛内閣改造によって宇垣や池田を中心とする英国との協調による対中和平工作を志した彼は、しかしその後工作が進み宇垣人気が高まると宇垣に嫉妬すると同時に自らの戦争への責任が問われることを危惧しこれに対抗する反英・反宇垣の運動が強まると、陸軍の宇垣追い落としに対抗する手を打たなかった。このため、孤立した宇垣は怒って外相を辞任し、この工作は失敗に終わった[26]。その後これに代わり、日中戦争収拾のために近衛首相が九月末から末次信正内相・塩野季彦法相・木戸幸一厚相に委ねたのが、新党運動を一歩進めた国民再組織運動であった。一〇月下旬には、この三人に近衛首相を加えた四相会議で、「政党の外に官界、財界、学界をも内包しこれを基礎として国民全体を網羅する国民運動を展開し所謂国民再組織を行つて強力なる挙国的政治団体の結成に目標を置く」ことが決められたと、報じられるに至っている。既成政党に対抗する近衛新党運動を警戒してきた政友会・民政党両党も、新党運動ではなく国民再組織運動であるということに愁眉を開き、これに合流する意向であると伝えられた[27]。末次・塩野・木戸が新たな国民再組織構想を検討する中心となったのは、反宇垣・反英運動の展開にも鑑み、大亜細亜協会を背景に持つ末次と、右翼勢力の一部や司法界に影響力を持つと考えられていた平沼騏一郎の系統である塩野、そして近衛の盟友である木戸が選ばれたためである。その後政民両党は、一一月三日に近衛が東亜新秩序宣言を行う直前の一〇月二九日に東亜国民運動に関する宣言を発表して、新党運動を牽制すると共に、日中戦争遂行と東亜新体制樹立とに積極的に参加する意向を示した。「速やかに防共の実績を徹底し東亜の和平を確立し八紘一宇の大精神をアジヤ全民族に光被し[28]、もって世界の康寧に貢献」するため、東亜再建国民連盟を設置して全国五〇〇カ所で遊説を行うこととし、主導権争いから排除

されないよう布石を打った。四相会議の国民再組織案作りは末次内相の下で、阿部源基警視総監・本間精警保局長ら内務省によって進められ、新東亜国民建設同盟を樹立する案が作られた。しかし、既成政党や平沼系などの権力闘争の板挟みになった近衛が消極的になり、精神総動員中央連盟の改組とすることになったが、これもまた近衛内閣総辞職によって消滅した[29]。現実に国民再組織のモデル及び基盤を持っていた末次ら大亜細亜協会と、実現の根拠を持たず机上の革命プランを作った社会大衆党などの反既成政党勢力、抵抗勢力としての既成政党などとの間には、深い溝があったのである。なお、この時、末次には、内務官僚の下での国民運動組織化への警戒心はなかったようである。

しかし、その後、三九年夏になって反英運動が再び高まり、後述するように、大亜細亜協会が反英運動の成功の中で従来の思想文化運動の組織体から東亜建設連盟という政治組織へと脱皮していくと、危機感を持った既成政党がこれに対抗して近衛新党運動を起こし政治的主導権を握ろうとし、木戸、有馬頼寧と共に近衛も軍部に対抗する国民再組織運動を構想し、その理論化を政治学者の矢部貞治東京帝大教授に依頼するに至る[30]。この権力闘争の中で、大亜細亜協会は既成政党などによって影響力を限定されてしまう。さらに、その地方統治組織や民衆への浸透に危機感を持った内務官僚らの反撃により、大政翼賛会は政治結社ではなく公事結社であるとされて、政治運動体としての大亜細亜協会・東亜建設連盟は地方官僚組織と切り離される。そして、翼賛会の実権は支部長を兼ねることとなった県知事に奪われ、彼らは興亜同盟という思想啓蒙のみを扱う翼賛組織の一部へと封じ込められていくのである。以上を要するに、政治組織として可視化されるまで、思想文化組織と自己規定していた大亜細亜協会は、その緩やかなネットワークにより、汎アジア主義・反英主義に基づく日中戦争遂行（「聖戦貫徹」）と三国軍事同盟締結とを通じ、対米戦争をも含む「大東亜戦争」へと国民を動員するほどの政治的影響力を持ち得たのである。

大亜細亜協会は、三三年三月一日に定めたその創立趣意書において、「文化的にも、政治的にも、経済的にも、地理

的にも、はた人種的にも明らかに一個の運命共同体である」アジア諸国相互の反目・抗争を排除し、皇国日本を中心に一個の連合体（亜細亜連盟）にまで組織し統整することを目的としている。それにより、アジアへの干渉・離間を廃絶し、欧羅巴連合・亜細亜連合・亜米利加連合・サヴエート連合・アングロサクソン連合等の汎大陸的・汎民族的諸集団の並立を基調として、人種平等資源衡平の原則の上に新世界秩序を創建することを、日本の歴史的任務であるとした。規約第二条に定められた目的には、「本会ハ亜細亜諸国ノ文化、政治、経済、社会諸事業ヲ調査攻究スルト共ニ、皇国ト亜細亜諸国相互間ノ親和誘掖関係ノ増進並ニ之等ノ諸国ニ対スル皇国文化ノ普及流汎ヲ図リ、ヤガテ全亜細亜ヲ打ツテ一丸トスル亜細亜連盟ノ実現ニ向ツテ拮据スルモノトス」とあり、そのための事業として、「一、日本国民ニ対スル亜細亜意識ノ鼓吹、亜細亜諸国ノ国情ノ紹介、二、他ノ亜細亜諸国ニ対スル皇国文化及ビ満洲国ノ国情ノ紹介並ビニ宣伝、三、日本ト亜細亜諸国特ニ近東中欧亜細亜方面トノ通商ニ関スル調査、連絡、紹介、四、亜細亜諸国トノ間ニ於ケル教授及ビ学生ノ交換、研究員及ビ情報員ノ派遣、経済調査団、新聞記者団の招待並ニ派遣、五、汎亜細亜会議ノ開催、六、亜細亜会館ノ設立、七、本協会附属ノ学校及ビ研究所ノ設立、八、機関新聞雑誌、図書、パンフレット等ノ発行」が掲げられている。[31] 規約・趣意書を見る限り、これは政治団体であると言うこともできるが、しかしあくまでも文化・思想を啓蒙するという建前をとっていた。また、事業に文化・国情の紹介が含まれていることから学術関係・宗教関係・文化関係、アジア通商貿易に関する調査・連絡などがあることから通商関係、国情の紹介や研究員・情報員の派遣、新聞記者団の招待・派遣などがあることから情報関係やジャーナリズムなど、多方面にわたる事業を含み、それは後述するように、学者、宗教人、文化人、通商・実業関係者、軍や外務省と関係を持つ情報収集者、新聞社などのマスコミ関係者など、多様な会員による様々な活動とリンクしていた。従って、大亜細亜協会の活動及び影響力を考える際に、例えばナチスやファシズムのように職業別・分野別に組織化された附属団体を持ちながらも強固な求心力をもった政治組

織や、統制派・皇道派などの軍人を中心とした派閥ではなく、職能・文化・経済・宗教などの多元的・多様な組織・グループ・サブネットワークを、政治組織ではなくキー・パーソンをハブとして、緩やかにつなぐイデオロギー・ネットワークであったことを十分認識しなければならない。日本では、欧米のように職能団体・利益団体等が必ずしも十分に組織化されていなかったこともあって、各界・各分野の名望家を緩やかに連携させることで彼らの持つネットワークを通じ政治的影響力を行使する方法がとられたのである。ドイツ・イタリアなどの職能団体包摂型のコーポラティズムではなく、各界名望家連携型の政治的ネットワークであったといえよう。論者によっては、現在のアメリカにおけるネオコンの人的結合関係[32]に似ていると指摘する向きもあろう。

そのことは、大亜細亜協会が、①興亜運動においては協和会・新民会・大民会などとの緩やかな連合を考えていたこと、②中国華南地方を起源とする連省自治運動を念頭に中国を蒙疆・華北・華中・華南などに分け、それらと日本、満州、「南洋」などと連合させたアジア連盟を結成することを目標としていたこと[33]、③協会組織が後述するように本部・京阪神・名古屋・金沢（北陸）・熊本などといった異なる組織原理から成るネットワークの連合体として組み立てられており、しかも各支部もまた多様な政治・社会・経済・文化（例えば、陸軍、海軍、学界、地方官庁、在日外国人、在外日本人、宗教家、文化人など）の各界名望家が連携する形でのネットワークから成り立っていたこと、④協会自体は名簿が作成され組織化はなされていたものの、機関誌寄稿者を含む支持者や共鳴者が会員でないことも珍しくなく[34]、ラース・ビハーリー・ボースを含め協会に拠って活動していた者が必ずしも協会員であるとは限らなかったこと、などとも関連していた。そして、このような多元的・多層的で緩やかな構成原理によって異質なサブ・ネットワークから成り立っていた故に、大亜細亜協会が日中戦争から「大東亜戦争」への過程において、大きな影響力と役割とを持ち得たのである。その、当時としては特異な政治形態を、組織の実態に基づいて解明することが、本節の目的である。

（二）海外ネットワークと日本外交の変質

大亜細亜協会の初めての本格的な支部として台北に台湾大亜細亜協会が成立したのは一九三四年一月六日であり、これは前節で述べたように、松井石根が台湾軍司令官であったことが大きく寄与している。すでに述べたように松井は台湾住民に対して、日本帝国臣民であることの恩義に報いるようにというメッセージを発し続けたが(35)、台湾大亜細亜協会（台北支部）の趣旨もこれに沿ったものであった。三四年一月の台湾大亜細亜協会成立に先立って三三年一〇月一一日台北で設立された、その前身とも言える大亜細亜協会台湾支部の設立趣意書は、次のように謳っている。

「世界の情勢は最早亜細亜諸民族がばら〳〵に孤立するを許さない。亜細亜は蹶起して団結し、大亜細亜主義に基く自主自彊の道を講ずるに非ざれば、曾て人類文化の母たりし亜細亜の存在は、終局する処奴隷的存在を意味するに過ぎないものである。故に日満支三箇国は、大亜細亜連盟の前提とし政治的及経済的に提携して、共存共栄を図るべきは必然の運命である。［中略――松浦］

固有の道徳と文化の上に東洋の精神文明を吸収して消化し、更に明治維新以来西洋の物質文明を輸入して溶解し、在来の文明に配合して発達した世界に比類のない精神物質兼備の日本文明の持主たる日本は将に東洋の盟主として天に代り、東洋民族の没落を救援する重責を双肩に担ふて居る。日本の国是は決して他民族を犠牲にして自己の繁栄に資するが如き利己的侵略的のものでない。皇道主義に基く王道日本の念願は東洋各民族の政治的、経済的、文化的発展を助け、独立自尊、王道楽土の東洋を建設するにあるは台湾、朝鮮、満州に施された其の偉大なる治績を看れば、自ら明白となるであらう。［中略――松浦］

翻つて観るに東洋の中で一番真先きに日本の恩沢に浴し、今日の如く政治、経済、産業、文化の発達が遺憾なく発揮されて居る我台湾も、其の四十年前の昔を尋ねれば、彼の南支那海の海南島と少しも変わらなかつた事を思へ

ば、対岸支那の現状と我が現在の平和と幸福とを比較して豈啻雲泥の差のみならんやである。軍閥に掠奪搾取され、共匪に破壊蹂躙されて混乱無秩序に陥つた今日の対岸支那と其の祖先を同じくし、言語文字、風俗習慣を共通する台湾より視れば誠に同情の涙を禁じ得ないものである。幸に早くから帝国の治下に入り、其の撫育と薫陶を受けて幸福の中に成長し、東洋民族の中で最も日本の崇高なる大精神の理解者である我等台湾同胞は須らく其の使命と責任を自覚し、率先して亜細亜連盟の使徒として支那民族に向かつて天命を説き、大義を教へるに非らざれば外に誰か又適任者があらうか。吾等が若し苟且偸安して、此の重大責務を忘れたならば、それは母国日本と親類支那に対して忘恩も甚だしいと謂はねばならぬ。

是即ち大亜細亜協会台湾支部の創設された所以である。[36]」

この趣意書の起草は大澤貞吉及び佐藤佐であったが、[37]アジア各地に対する大亜細亜協会拡大の中心地としての台湾の性格付けが日本帝国による恩恵の最大受益者として明示されており、松井台湾軍司令官による大亜細亜主義イデオロギーの影響が明らかである。

台湾支部はその活動方針として、東京本部始め満州（新京）、華北（北京）、台湾対岸（上海、福州、廈門、汕頭、広東、香港）、マニラ、シンガポール、ボンベイ、バタビヤ方面との情報交換や、日本語・福建語・北京語等でのラジオによる大亜細亜主義宣伝などを掲げた。[38]台湾が、大亜細亜主義の中国及び東南アジア・インドなどへの発信の中心地として位置付けられていることが窺われる。初期参加者や発起人の他に、台湾各州知事・内務警察両部長、[39]総督府各部局課長、府評議員、州市協議員らが有資格者と認めた者への勧誘により会員を募集していることから、総督府もその組織化に関与したと考えられる。創立時の名誉顧問には中川健造台湾総督及び松井台湾軍司令官を戴き、佐藤佐や竹藤峰治らの学者・実業家や顔国年、郭廷俊らの台湾人と共に、沼川佐吉台湾憲兵隊長、土橋一次台湾軍高級参謀らを常任

評議員とし、顧問には辜顕榮、評議員には林熊祥らの台湾を代表する実業家が顔を見せており[40]、松井を中心に、台湾軍及び台湾実業界・学界などが協会の基盤となっていることを示している。三八年一〇月の時点では、台湾大亜細亜協会の会員は八九名、うち台湾人は一七名（一九・一％）であった。三四年には佐藤の指導により台湾人による大亜洲黎明会が創立され[41]、翌三五年一月には高雄支部が台湾支部の分会として設立された[42]。

一方、台湾大亜細亜協会成立二ヶ月後の三四年三月三日には朝鮮大亜細亜協会が成立したが、その設立準備を推進してきたのは朝鮮にある第二〇師団（竜山）司令部付の金子定一陸軍大佐らであった。松井らの大亜細亜主義ネットワークを朝鮮へと組織化する役割を担った金子定一[43]の存在は、重要である。支那駐屯軍参謀などの勤務経験のある「支那通」であった金子は、二六年三月から二七年九月まで参謀本部勤務であったから、ここで二五年五月から参謀本部第二部長であった松井の知遇を得て、大亜細亜協会成立と共に会員になったと推測することができよう[44]。台湾支部成立直後の一月二〇日、朝鮮新聞社主催で「亜細亜を語る」座談会が開催され、日本側から金子の他、朝鮮軍司令部付の豊嶋房太郎陸軍中佐、憲兵隊の荻野丈之助陸軍中佐、朝鮮総督府学務局長渡邊豊日子、大日本昭和連盟幹事庄司秀雄、朝鮮新聞副社長石森久弥ら、朝鮮側から韓相龍中枢院参議・朝鮮生命社長、朴榮喆中枢院参議・商業銀行頭取、申錫麟中枢院参議・同民会長、金明濬中枢院参議・国民協会理事長、曹兼相京畿道会議員・農具会社社長、方漢復国民協会理事らが出席した。この座談会を契機として、台湾大亜細亜協会の成立を追うように朝鮮亜細亜協会の設立が金子定一らによって急速に進められ、三月三日に京城で発会式が行われた[45]。金子は、ちょうど三月付けで金沢連隊区司令官に転出したため[46]、発会式当日の中心となったのは、協会幹事となった庄司秀雄・曹兼相・方漢復らであったという。朝鮮植民地における大亜細亜協会成立には、松井の同志であった金子定一ら陸軍の大亜細亜協会会員、及び朝鮮総督府が関わり、「親日派」の朝鮮人らが加わっていた。同じ植民地である台湾における大亜細亜協会成立を急いで後を追う形で朝鮮大亜細亜協会

の創立がなされたが、その創立趣意書には、台湾のそれに顕著な「共存共栄」イデオロギーが謳われていない。創立趣意書に書かれているのは、次のように台湾のそれとはかなり異質のものである。

「今や世界の政治は、満洲国独立を契機とし画期的な変化と転向とを遂げようとして居る。世界最新の満洲国家は、亜細亜の地に、亜細亜の人によつて建設されたものである。文明の母亜細亜の道念と光栄とは王道満洲新国家の自立に相踵いで東亜の自主再建の上に確立されねばなるまい。

世界の天地は欧米人の独占物ではない。彼の欲する所我亦欲するは当然だ。彼も人我も人たる以上彼等の重圧を受くるの理由は更にない。

十億の民よ!!亜細亜再建の為に目覚めよ、然り而して人種平等資源衡平の原則を獲得せよ

十億の民よ!!お互に手を握り、お互に励み合ひ、お互に人類として許されたる当然の名誉と幸福とを得ようではない［か――松浦註］。

斯くて始めて亜細亜の再建成り、東洋の平和が確立され惹いては世界の平和が確立されるのだ。

此秋に於ける朝鮮の立場は言はずして明白である、茲に鑑みるところあり、同志相謀り朝鮮にも大亜細亜協会を創立し、皇国大日本を盟主として亜細亜諸国間の親善を図り、亜細亜再建を目標として、全亜細亜人を打つて一丸とする亜細亜連盟の結成を実現せんが為に半島人一臂の労を捧げ、以て人類文化の進運に貢献し世界永遠の平和を招来せんとするに外ならぬ。」(47)

一方、満州ではすでに三三年一一月に大亜細亜主義の青年運動を行う大満州国青年団を結成させていたが、(48)松井は三五年に関東軍幹部と会見し、満州の協和会と大亜細亜主義推進で合意し、石原莞爾や板垣征四郎らを大亜細亜協会の会員とすることに成功した。すでに述べたように、日中戦争勃発以前には石原ら関東軍・協和会と大亜細亜協会とは、

欧米と対抗し亜細亜連盟を形成する際の戦略においてさほど大きな懸隔はなかった。[49] いずれも仏教を柱とすることにおいても、共通していた。大亜細亜主義協会理事で石原とも親交があった樋口季一郎[50]は、よく石原と東亜連盟論について議論をかわしたが、彼は次のように回顧している。

「石原の五族協和乃至東亜連盟の精神は、アジアにおける諸民族の平等の立場における協和であり、連盟であり、しかもそれを接続する紐帯として、彼は日蓮主義をもってせんとするのではなかったか。（中略）石原の東亜連盟は、未完成、未浸透の日蓮主義を筋金としていたものであるが、その価値は将来に期待せねばならぬ筈のものであると思う。しかし、それを今日および明日の思想的根拠として満州国の育成に役だたしめんとしたのだが、即急には間に合わない。理想は理想として仮に是認するとするも、やはり日本乃至日本人を中核とする「満州国」または大東亜といわねばならぬ。これが石原と東条との根本的思想対立ではなかったか。またこれが東亜連盟論者と大アジア主義者との思想的差違でもなかったか。前者は遠き将来を目標とし、後者は近き将来を目標とした。[51]」「彼は、『平等』に立つ東亜連盟論を、『東亜一体』の方便とするが、それの理想的紐帯を純世界主義なる『仏教』に求める場合、その差、果たして如何であるか。要は『実践』であって、主旨においては大差はないではないかと、私は主張するのであった。[52]」

華南では三三年に広東大亜細亜協会の結成にまでこぎつけ、その後中国当局の弾圧により停頓していたものの、松井は、広東・広西から湖南・貴州・四川など西南地方における南京政府打倒の動きとこれに呼応した形での華北における動きを支援し、[53]三六年春には中谷武世大亜細亜協会常務理事らの活動により天津日本租界に中国大亜細亜協会を成立させ、華中・華南でも大亜細亜主義の育成に力を入れた。[54] これらの現地における大亜細亜主義の動きが、日中戦争勃発後、現地における占領地宣撫工作や傀儡政権樹立工作の受け皿となり、華北における新民会、華中における大民会、

当初は華南を基盤としようとした汪兆銘工作などと合流していったことも、すでに述べた通りである。[55]華中の大民会は、元直隷派の軍閥で蔣介石の国民党に入党したり蔣介石と対立した馮玉祥の顧問をかつて務め、チチハル・熱河機関長、北平特務機関長などを歴任して予備役となった「支那通」で、日中戦争全面化後は上海で傀儡政権工作に従事していた大亜細亜協会会員の松室孝良陸軍少将が、一三九年一〇月から四〇年一一月まで顧問としてこれを動かしていた。[56]西南（華南）地方では、台湾・「南洋」との連関を重視しつつ、大亜細亜協会理事で松井の片腕であった和知鷹二が現地工作を主に担い、[57]汪兆銘政権擁立にあたっては、やはり大亜細亜協会理事の影佐禎昭らがこれを推進した。松井らの大亜細亜主義運動は、植民地の台湾・朝鮮、満州、中国における華北・華中・西南（華南）地方でそれぞれ支部を作る形でネットワークを広げ、さらに台湾をハブとして「南洋」へと新たなネットワークを伸ばそうとするものであった。

三四年五月六日には、「南洋」[58]で初めて比律賓大亜細亜協会が設立された。その中心となったのは、名古屋新聞特派員と称するマニラ滞在の今村忠助であり、彼は松井台湾軍司令官との親交を強調し、また台湾大亜細亜協会からも中心メンバーの佐藤佐台北高等商業学校教授が支援に訪れた。[59]大亜細亜協会では、三四年に起こった極東オリンピックへの「満洲国」参加問題をめぐって三四年一月に板垣征四郎がマニラを訪問し、これが契機となって比律賓大亜細亜協会が結成された。大亜細亜協会側では、発会式にマニラ在住邦人四〇〇〇名中六〇〇名が参会したと記しているが、[60]しかし対米関係を重視し、今村や望月音五郎会長らの行動を厄介視する現地の日本在外公館は冷淡であった。現地日本人社会における広がりも、期待されたほどではなかったという。[61]中国及び朝鮮・台湾植民地以外で大亜細亜協会が海外にできたのは、フィリピンだけであった。台湾を拠点に、華南並びに「南洋」に対して大亜細亜主義の普及に努めていた佐藤佐台北高商教授は、協会の機関誌に次のように書いている。

「今日国内に於ては大亜細亜主義は一種の流行語となり、愛国団体、青年連盟にして『大亜細亜』の名称を冠する

もの枚挙に遑が無い。而して有名無名の学者、評論家、軍人、政治家が誌上に於て、新聞紙上に於て、壇上に於て、此種題目の許に壮烈なる意見を開陳し、獅子吼してゐるが、夫等の所謂達見達識の中幾人が遠く海外に出向いて弱小民族、未開土着民族に主義を喚び懸けたであらうか、さうした実践的主義者が幾人あることであらうか。又今日国内には主義を奉ずる類似姉妹団体は幾十とあらうが、海外には幾何の団体があるであらうか。吾人の知る限りでは、稀に見る任侠の士望月音五郎氏に依て率ひらる、比律賓大亜細亜協会丈が在外唯一の姉妹団体ではあるまいか。国内の優勢さに比べて何といふ寂寥さであらうか。比律賓大亜細亜協会は駐在外交官の無理解と、専擅横暴なる財閥の走狗共の妨害とにもめげず、少数なれど志を同じくする比島側の有識者と提携して、幾多の艱難と闘ひつゝ僅に運動を続けてゐるのである。吾人同志は此純眞無垢なる姉妹団体を見殺しにしてはならぬ。」

「遺憾千万なことは吾が駐在外交官の内に尚主義に無理解なる者多数居ることである。先年筆者が対岸南支に遊説に赴いた時も一外交官は日本の満洲建国援助、及び上海事変、北支工作に中国人すらも及ばぬ歪曲せる非国民的見解を披瀝して吾人を喫驚せしめたる後『日支今日の情勢下に於て貴下が如何に大亜細亜主義を唱道するも耳を藉す者一人もあらざるべし』といふ。筆者私かに期する処あり唯省主席に紹介せんことを請しも、彼は円曲(ママ)に拒否したり、已むなく他に伝手を求めて省主席に会ひ説明するや、省主席は莞爾として『余人の説く大亜細亜主義ならいざ知らず人格識見夙に尊敬する松井大将の唱道せる大亜細亜主義は既に承知し居り、全幅的に賛成するものである』と答へた。筆者の見るところでは、広田外相の議会声明も彼の国際的センセーションを捲起したる天羽声明も亦均しく大亜細亜主義の一表現なりと思惟するに、海外に遊説するや先づ最初の駐在外交官の無理解や妨害に遭ふは遺憾の極であつて、主義唱道に当つては先づ出先外交官の説得からか、らねばならぬ煩雑さを痛感するのであるが偶々主義に無理解なる彼等の拝欧米、恐西欧思想に牽制されて自己の主張を回避したり撤回するが如きことあらば

之信念の人といふことが出来ぬ。」[62]

後述するように、三三年の重光葵外務事務次官就任を転機として、外務省内では大亜細亜主義にも理解を示す動きが強まったし、フィリピン以外の東南アジアやインドなどの総領事・領事らの中には積極的に大亜細亜主義運動に肩入れする動きが活発化した。その意味で佐藤佐の認識は正しかったわけであるが、同時に佐藤の指摘する通り、日中戦争勃発までは必ずしもそうした動きが主流であったわけでもない。

大亜細亜協会会員で海外に在住していた者は少なくない。三八年一〇月発行の本部会員名簿を調べただけでも、在外居住者は本部会員全体の一五・二％を占める三四名で、最も多いのが満州の一三名（五・八％）、これには石原莞爾・片倉衷（関東軍司令部）や伊藤六十次郎・中村寧（協和会）、中山優建国大学教授らが含まれている。次いで、中国の一二名（五・四％）、中でも華北が最も多く、南京・上海居住者（維新学院の黄撥文ら）もあり、軍人の他に同仁会医師なども含まれている。朝鮮は南次郎朝鮮総督を始め七名（三・一％）、台湾は河村徹台湾日日新報社長、竹藤峰治華南銀行理事、佐藤佐台北高等商業学校教授ら五名（二・二％）、そして英領植民地がビルマの国分正三とシンガポールの柴田利蔵との二名（〇・九％）、フィリピンの望月音五郎・古宮勝人ら二名、後はフランス・ジャワ・ペルー・イタリー・ラトビアが各一となっている。これら本部の在外会員の職業で多いのは、商社員などのほか、医師及び教師（大学等以外）の各三名であった。その他、インドネシア研究家の竹井十郎、星一星製薬社長、白岩龍平（東亜興業取締役）ら、海外にもしばしば出かけているが住所は日本内地に置いている者もかなりあるため、在外居住者の数は住所だけではつかめない。

一九四〇年一一月六日、大亜細亜協会では日比谷陶々亭において、紀元二六〇〇年式典参列のために上京していたフィリピン、シンガポール、ビルマ、タイ、タランカン、ボルネオ、蘭印など「南洋」各地の在留邦人招待懇談会を開いた。[63]

既存の会員に加え、東南アジアに広がる日本人を大亜細亜主義ネットワークへと組織強化しようとしたものと言えよう。これら在外居住者の多くは、現地に大亜細亜協会の支部を設立しようとしたと思われるが、そのほとんどは失敗した。その一例を、英領ビルマ蘭貢市ダンホージ街三八〇に住所を置く国分正三なる人物に即して、少し詳しく検討したい。[64] 国分は一九二三年頃からビルマに住み着いたとされ、英国側から、日緬協会幹部の大場忠、ハタ（別名フルハタ）、マンダレーのフジ写真館館主のマツナガらと共に「ビルマにおける不快な日本人」としてマークされ、海軍予備役大尉であり歯科医でもあるとされていた人物である。[65] 一九三六年四月にラングーン日本領事館に赴任した金子豊治領事は、日本外務省と連絡をとりあって、ウー・ソオ［U SAW］らビルマ人ナショナリストや現地新聞社に対して親日化工作や日中戦争以後の華人による日貨排斥運動への対抗運動を進めた。ビルマ政庁の治安当局は金子に対する監視を続け、ついに三九年一月日本政府に対して召還要求を検討したために日本側が金子を東京に呼び戻すことになった。[66] 現地ビルマ政庁のセイモア書記官［A. H. Seymour］が英国ビルマ省に宛てて三九年一月六日、金子の召還を日本政府に対して要求するよう求めた報告書によれば、着任後以来の金子の活動は、英国政府及びビルマ政府がビルマ・ルートを通じて中国への武器輸出を許しているという宣伝をし、ウー・ソウらを通じた親日化計画を進めるなどビルマ国内政治への干渉をする、「外国領事の役割としての正常な範囲を超える」ものであったという。[67] ビルマ側の認識としては、こうしたビルマを通じての援蒋という日本側の宣伝戦略は、[68] 一九三三年頃始まった日本の東アジアやマラヤ・ビルマなどにおける汎アジア主義的宣伝工作の延長にあった。

三三年は日本が国際連盟を脱退し、大亜細亜協会が設立され、外務省で重光葵が事務次官に、天羽英二が情報部長に就任して「アジア・モンロー主義」的な重光路線が成立[69]した分水嶺の年である。但し、英国情報活動研究の第一人者であるアントニー・ベストによれば、英国側にとってはまだ一九三三年の段階では日本の蘭印など東南アジアにおける

汎アジア主義的活動は脅威を感じるほどのものではなく、実際に問題となってくるのは、日中戦争開始後のことであり、それが特に活発化するのは四〇年以降のことであった。[70] 日中戦争開始後、日本ビルマ協会のメンバーらがビルマを訪問し、[71] 三八年になるとウー・ソウの日本軍部との日英戦争をも視野に入れた提携の動きや、[72] 金子領事による全アジア学生会議結成の動きが、[73] 英国側によって警戒されるようになり、一一月の明治節には金子領事や大亜細亜協会の国分らによって祝賀式が行われるなど日本側による宣伝活動が活発化した。[74] 一二月になると金子領事の下に、日本領事館員による援蒋ルート調査や、ウー・ソウへの資金援助、現地新聞への親日化宣伝、国際仏教者協会・日本ビルマ協会・日本貿易協会などを通じた仏教を利用した親日化工作などが行われていることが、ビルマ治安当局に報告されており、これが金子領事の召還要求へとつながっていったと思われる。

金子辞任後も、その後任として四〇年夏までラングーン領事となった久我成美が、金子によるビルマ新聞界の親日派形成工作をさらに推し進めた。[75] ビルマ側の情報では金子の赴任前の三五年当時から日本側はビルマで体系的な宣伝活動を始めていたとされ、ラングーン領事には、在留邦人と協力してビルマにおける情報収集及びイデオロギー宣伝の役割を果たすことが期待されていたように思われる。金子の後任となった久我もまた、三〇年代を通じ在インド領事や東アフリカのモンバサ領事などとしてインド人との提携による貿易伸張を推進していた人物である。[76] これらの汎アジア主義的活動を展開するラングーン領事らを助けて実際の現地への働きかけを担う在留邦人の中心となったのが国分正三であり、彼は情報収集活動に携わると共に、反英親日の宣伝活動を行った。[77]

国分は一八九一（明治二四）年福島県生まれで、海軍兵学校四一期生であったが、大尉の時に上官である艦長を殴ったために軍籍を剥奪され二三（大正一二）年四月海軍を去り、その後ビルマのスマトラに渡った。ゴム園開発・農業経営を手がけて失敗し、ラングーンで歯科医であった妻の助手をしながら、柔剣道も教え始めたという。国分がビルマに

親近感を抱いた理由は、同じ米を主食とし豆腐・野菜などを食すること、信仰篤い仏教国であること、日本と一部気候が似ており、ビルマ人が日本人に尊敬の念を払ってくれることなどであった。国分はビルマには一八年間滞在し、海軍軍令部嘱託として海軍関係者とも関係を保ち、地理・人情・風俗などを調査して情報提供を行う一方で、英国からの独立運動を目指すビルマ人革命家らと連絡を取り合い、日本に帰国する度に大亜細亜協会でビルマ事情の講演などを行った。[78] ビルマ政庁側の情報によれば、国分は、友人で日緬協会幹部でもある日本貿易会社の大場忠や、ウダガワ・Nらと共に大亜細亜協会のビルマ支部を作ろうとしたという。[79] 大亜細亜協会の方針に従い、国分はビルマにおける民族政党であるタキン党のバ・セイン、トゥン・オウッら初期メンバー（その後アウン・サンやヌらの主流派と分裂）[80]と交流を深め、ビルマ独立運動の支援を始める。[81] 国分によれば、当時、ビルマを含む「南方」[82]に居た日本人は、資本を持つ貿易商を除けば、日本では十分な資格を持たない医師・歯科医、写真屋が多かったという。実際、ラングーン在住の医師でバ・モオと親しかった鈴木司に見られるように、ビルマにおける汎アジア主義活動家はこうした職業を持つ者が多く、他に「西天開教」を志し三三年からビルマに渡った日本山妙法寺僧侶永井行慈らがあった。[83] ビルマ側では、日本人の写真家があまりに多くビルマを訪れるのは不自然だとしてこれに警戒を抱いたが、[84] 彼らが写真撮影に名を借りて地理・地形情報の収集を兼ねていた可能性は否定できない。

大亜細亜協会会員として、日中戦争勃発後汎アジア主義の影響を強く受けるようになった外務省・領事館や海軍軍令部などと連絡を取りながら、国分は、ビルマにおける反英独立及び対日協力を運動した。しかし根本敬が強調するように、結局ビルマにおけるアウン・サンらの反英独立運動と日本軍部とを最終的に結びつけたものは、四〇年六月に初めて失点挽回のためビルマに入った参謀本部第二部第八課（謀略課）付の鈴木敬司大佐の独断行動であった。鈴木は日緬協会書記兼読売新聞記者南益世と名乗って活動したため、ビルマ・ルート遮断のための反英独立を目指し四一年二月に

設置された謀略機関は南機関と命名され、鈴木を国分正三ら在留日本人が支えることとなった。[85] 率直なところ、四一年一二月の対米英蘭宣戦布告後のビルマ社会を巻き込んだ日本軍及びビルマ独立義勇軍（ＢＩＡ）によるビルマ制圧において果たした役割の中で、国分ら在ビルマの汎アジア主義者の築き上げてきた知識とネットワークがどれだけの割合を占めたのかを判断することができないが、台湾と比べれば、英米仏蘭の植民地であった「南洋」における日本人の現地社会に対する浸透は薄く、そこで汎アジア主義がどこまで影響力を持ったかは不明である。むしろ、「インド要因」同様、日本国内における汎アジア主義醸成にあたって、「南洋」が「アジア」というイメージを形成する重要な役割を果たしたことを強調しなければならない。そこに国分らの汎アジア主義者としての主要な役割があったと言うことができよう。

この他、英国領マラヤにおいては、大亜細亜協会などの活動に刺激されたインド人らの動きがあり、英国側の警戒を招いた。マラヤ司令部情報機関が三四年一〇月に発行した報告書においては、同年八月二五日に日比谷松本楼でラース・ビハーリー・ボースを中心に、インド独立と亜細亜連盟設立とを目的としてアジア独立協会が発足し、同時にこれと関係する大亜細亜協会によってマラヤのインド人らの間に独立運動が活発化していることが報告されている。[86] さらにその二ヶ月後には、シンガポール在住のコクボなる人物によって、松井石根の書いた大亜細亜主義に関するパンフレットの日本語版・中国語版がマラヤ在住のマラヤ人その他に対して配布されたことが報告された。[87] このパンフレットは国際連盟及び西欧帝国主義に対して非難を浴びせ、日中友好の重要性を強調していたという。マラヤにおいては、三四年頃から大亜細亜協会によるマラヤ在住の印僑及び華僑に対する宣伝活動が活発化していったことが、看取される。

一方、蘭印においては、大亜細亜協会の竹井十郎による蘭印政庁に対する批判活動が始まっていた。三四年四月頃から竹井は日本の『大阪毎日新聞』やスラバヤで発行されている日本語月刊誌『ジャワ』などで、あるいは『大亜細亜主

義』七月号で、日蘭会商に関係して蘭国政府や蘭印政庁が原住民を搾取圧迫し、英国の使嗾に乗せられ日本商品を排撃していると非難する論陣を張ってきた。その竹井がジャワで「日蘭会商の重要性、実態、取られるべき対策」と題するリーフレットを配布して、上記と同様の論旨による蘭印政庁批判を行い、七月末から八月初めにかけて『ジャワ日報』に原住民の蘭印支配排斥や現地の中国人・西欧人批判を呼びかける記事を掲載したのである。このため、これを危険視した蘭印政庁は竹井に追放命令を出したが、その前に竹井は蘭印を離れてしまった(88)。

このように、当時「南洋」と呼ばれた西洋帝国主義下の東南アジア各地では、三三・三四年頃を契機として、大亜細亜協会を中心とする東南アジアにおける汎アジア主義活動が動き始めた。これらの運動は、大亜細亜協会に所属したり、これにシンパシィを感じる個人によって行われているようにも見えるが、彼らの背後には、陸軍・海軍・外務省などにおける微妙な、しかし明確な汎アジア主義運動支援への転換が見られる。三三年の大亜細亜協会結成の重要性は否定できないように思われる。

東南アジアなどにおける汎アジア主義運動の展開を論じるにあたって、日本の外交政策及び外務省における変化について、ある程度詳しい説明をしておかなければならない。先にも触れたように、三三年は外務省にとり、五月の重光の次官就任、天羽英二の情報部長就任など、汎アジア主義的な路線へと転換していく分水嶺となった。なお近年、満洲事変後の日本外交について、従来の対英米協調から「アジア主義」に転換したという通説を修正した有力なものとして、対英米協調における連続性を強調する井上寿一の見解がある。即ち井上は、三四年四月一七日に天羽情報部長が発表した列国の対中国援助を排撃する声明（直接的には宋子文財政部長が米国と結んだ棉麦借款と、ジャン・モネの国際協力による対中経済建設協力構想(89)とを牽制したいわゆる天羽声明）を、この年一月二三日の広田外相による日中関係改善への積極姿勢を示した議会演説の延長上にあり、英米などに対しても配慮したものであったと主張する。それによれば、

悪名高い天羽声明は、その善意の意図と反して、中国ナショナリズムへの配慮を欠いたために、思わぬ国際的波紋を呼び中国親日派の孤立を招くという結果的な失敗を招いた過誤、即ち「東亜モンロー主義」と「誤解されたアジア主義外交」として弁護されるのである。(90)

しかしながら、こうした見解に対しては、外務省内における対中国政策の変容を緻密に追った富塚一彦による本質的な批判がある。事務次官就任後、対中国外交における実質上の外務大臣としての権限を握った重光は、天羽声明の下敷きとなる第一〇九号電報（三四年四月一三日発広田外相発在中国有吉公使宛）を自らの強いイニシャチヴの下で作成させた。そこでは、満州事変・上海事変及び「満洲国」建設に伴う日本の国際連盟脱退後に起こった状況変化を前提とした、日本の政策路線転換が明確に示されている。

「一、支那問題ニ関連シ帝国ハ其ノ主張及立場ヲ異ニシ遂ニ連盟脱退ヲ余儀ナクセラレ茲ニ帝国ハ他国カ認ムルト否トニ拘ラス自己ノ東亜ニ於ケル使命ヲ守ル為メ全力ヲ尽ササルヲ得サルニ至レリ固ヨリ諸列強ニ対シテハ極メテ謙遜的ノ態度ヲ以テ利害ノ調節ヲ図リ親善ヲ是求ムト雖モ東亜ニ於ケル平和秩序ノ維持ハ自己ノ責任ニ於テ単独ニ之ヲ遂行スルコト当然ノ帰結トナリタル次第ニシテ帝国ハ此ノ使命ヲ全フスルノ決意ヲ有スルモノナリ［傍線部松浦］」

傍線を引いた部分が、井上の強調する日本の対英米協調の側面であるが、この電報の本質はそれ以外の部分にこそあると読むのが自然であろう。

「二、該使命ヲ果ス為メ帝国ハ支那ト共ニ東亜ニ於ケル平和維持ノ責任ヲ分チ度意向ニシテ従ツテ支那ノ保全、統一及秩序ノ快復ハ帝国ノ最モ希望スル所ナリ而シテ之カ為ニハ支那自身ノ自覚及努力ニ俟ツノ外ニ方法ナキコト歴史ノ説明スル所ニシテ帝国ハ右見地ニ基キ支那側ノ日本排斥運動ハ勿論以夷制夷的ノ他国利用策ハ終

始一貫之ヲ打破スルニ努メサルヘカラス［傍線部松浦］」

また、重光新路線下における大きな変化は、英国等に依存することで日本を排除しようとすることを意味する「以夷制夷」という概念を、中国側における対日政策の問題の核として捉えるようになったことである。これこそ、汎アジア主義の本質の一つである。

「三、満洲上海事件後ノ情勢ニ顧ミ若シ此ノ際列強カ支那ニ対シテ共同動作ヲ執ルコトアラハ右ハ其ノ形カ財政的、技術的其ノ他如何ナル名目ヲ以テスルニ拘ラス必ス政治的意味ヲ包含スルコトトナルヘク其ノ結果ハ直接支那国際管理ノ端ヲ啓キ又ハ分割若ハ勢力範囲設定ノ緒トナルコトナシトスルモ支那ノ覚醒及保全ノ為不幸ナル結果ヲ招クノ虞アリ帝国ハ主義トシテ之ニ反対ヲ表セサルヲ得ス［傍線部松浦］［以下略］」(91)

中国に対する国際援助がその統一維持に役立つものの、日本から見るとその「覚醒及保全」の妨げになるという判断もまた、九カ国条約などの枠組みを脱却し、「アジア」の一員としての中国の覚醒と「アジア」回帰という汎アジア主義的価値判断に立ったものであったと言えよう。

これらの点は、富塚論文においても、重光の下での新規の考え方として指摘されている。その転換の根拠にあったのは、第一〇九号電報に先立って有吉公使らに発出された「重光次官ノ説明振貴官応酬上ノ御参考」に記された下記のような一節に凝縮されていた。

「茲ニ注意ヲ要スルハ満洲及上海事件ノ前後ヲ通シ日本人ノ心理ニ非常ナル変化ヲ来シタルノ一事ナリ日本ハ之等事件ノ為世界ヨリ受ケタル誤解ヲ解ク為連盟及其ノ他凡ユル方面ト戦ヒ今日迄自己ノ正当ト信スル処ハ一歩モ譲ラス世界亦次第ニ日本ノ立場ヲ諒解シ之ヲ承認スルニ至レリ。其ノ結果日本ハ東亜ニ於テ自己ノ正当ト信スル処ハ飽迄之ヲ遂行シ得ヘキ地位ニアルコトヲ知ルト共ニ此ノ地位ニ伴フ責任ヲ自覚シ且此ノ責任ヲ果ス自信ヲ有スルニ至

レリ。日本ハ東亜ノ平和及秩序ヲ維持スル為ニハ支那ト責任ヲ分ツ以外ニハ他ニ責任ヲ分ツ何者モナク又他ノ何者トモ之ニ関シ協議スヘキ必要ナシトノ確信ニ到達セル次第ナリ若シ支那カ過ツテ今後モ欧米露等第三国ヲ利用シ東亜ノ平和ト秩序ニ反スルカ如キ手段ニ出ルニ於テハ日本ハ断然之ヲ排撃スルノ用意アリ［傍線部松浦］」

こうした政策路線転換の延長に、重光は三四年一〇月二〇日付「対支政策ニ関スル重光次官口授」を行い、外務省内の見解を統一しようとした。即ち、英米等による中国における政治権益拡張や日中関係破壊などを排撃することからさらに進んで、爾後は「各国カ支那ニ樹立セル政治的勢力及其ノ機構ヲ破壊スルト共ニ右破壊ニ依伴スル利益ヲ支那ニ感得セシムルコト最モ得策」とし、「海関制度ノ破壊」及び「支那ニ於ケル欧米各国武力ノ撤退」、さらに「租界ノ解体、治外法権ノ撤廃」へと進み、中国から外国の政治勢力を駆逐し、日本の覇権により各国権益を保障すると共に通商上の均等待遇を与えることを目標とするというのである。(92)

こうした考えは、「英米協調」と「日中提携」という二面性を併せ持っていた幣原外交の解体に伴い、中国在勤経験の長い外交官として中国ナショナリズムを重視し反西洋帝国主義による「日中提携」を指向するようになった重光の帰結であったと見ることが可能であるが、こうした転換は重光に止まらない。重光の下で電報第一〇九号の起草をさせられた守島伍郎亜細亜局第一課長は、三四年四月一八日付で私見として「次回軍縮会議ニ於テ九国条約ヲ再確認スルコトノ不可ナル理由」なる文書を作成しているが、冒頭でその最大の理由を「日本ヲ支柱トスル東亜ノ平和維持ニ対スル最大ノ障碍タル支那ノ以夷制夷的抗日心理ヲ刺戟ス［傍線部松浦］」と記し、その実質的影響として、華北分離工作や「満洲国」との関係、福建などでの行動、日ソ戦争の場合などを例に、「九国条約ノ規定ヲ再確認スルニ於テハ日本ハ早晩約束ヲ破ラサルヘカラサルコトトナル虞アリ」と記している。(94)満州事変以後の状況変化により、対外向けには英米協調のポーズを見せながらも汎アジア主義に基づく「日中提携」と中国・欧米諸国間の離間とを優先させる重光の政策路(93)

線転換は、必然なものとして受け入れられるようになったのである。

日中提携と対英米協調の共存ではなくて、汎アジア主義的な対英（米）対抗という本音・本質と、対英米協調という建前的な対外的弁明との共棲こそが、天羽声明に代表される重光新路線の本質であり、それはさらに米内内閣期の有田放送へと連続する。その頂点とも言うべきものが、東条内閣期における重光外相による大東亜憲章である。「白鳥派」と呼ばれる枢軸強化派とは一線を画する、有田八郎、谷正之、重光、天羽ら「アジア派」と呼ばれる三〇年代中盤以降の外務省主流派の対英米政策は、その本音をできるだけ秘めて「極メテ謙遜的ノ態度ヲ以テ利害ノ調節ヲ図リ親善ヲ是求ム」ことであった。そして、外務省天羽の英国に対する本音、即ち明治維新以来の反西洋・反英主義が爆発するのが、開戦前夜の四一年九月のクレーギー大使と天羽外務次官との会見であった。これについて、多くの外交史料を渉猟してきた外交史家の細谷千博は、「日本の外交当局者の最高責任者のひとりが、駐日英大使に向けて外交辞令ぬきで、多年つもる鬱憤をぶちまけ、旧秩序変革の正当性を弁ずるにいたっては、日英間の武力対決はもはや時間の問題になったといってよいであろう」とコメントしている[95]。明治維新以降外務省内ないし日本国民の中に沈殿し、満州事変以後次第に湧き上がってきた汎アジア主義に関する、極めて適切な指摘と言えよう。

日本のリベラル派あるいは親英米派と呼ばれてきた政財界上層部との親交に重きを置いてきたクライヴ、クレーギーらの駐日英国大使らが、満州事変以降における一般の日本人の意識変化に比較的鈍感で、一方、本省極東部のクラークやデニングらの外交官が変化を確実に認識していたことについては、すでに別稿において指摘した通りである[96]。もっとも、クライブ大使も松平恒雄宮内大臣との会話などから、天羽英二について、吉田茂と対立し、若手外交官に「反英派」的な影響を与えているという評価は手にしていた[97]。また、グルー駐日米国大使も、広田を対中国際援助に反対しない「リベラル派」に、重光と天羽とをそれに反対する「国粋派」に分類していることについては、すでに富塚の研究

が明らかにしている通りである。[98] 英米本国でも、重光や天羽による汎アジア主義的政策路線への転換を的確に把握していたのである。

当時外相だった広田弘毅は、近衛首相らと共に、大亜細亜協会評議員として枢要の位置にあった。三三年九月に内田康哉に代わり斎藤内閣の外相に就任した際には、「大アジア主義と日米不戦条約締結」が外相就任にあたっての大方針であると伝えられ、[99] 自ら汎アジア主義者としての自覚を持っていたように思われる。広田外相は対中国外交についてはほとんど重光次官に任せきりで、重光新体制の下での汎アジア主義路線を容認していたと言われている。[100] その後広田内閣成立後暫くまで外相を務め、第一次近衛内閣の最初の一年においても外相を務めた広田の、大亜細亜協会会員としての影響力は松井や末次ほどではなかったが、しかし重光新体制下での汎アジア主義路線への転向を認めたことは、広田の大亜細亜主義者としての性格と矛盾するものではなかった。

大亜細亜協会本部会員の外務省関係者には、評議員として芳澤謙吉貴族院議員、松岡洋右満鉄総裁、広田弘毅前外相の他、理事として栗原正、筒井潔、[101] 田代重徳、白鳥敏夫、清水董三があり、幹事として佐藤忠雄（駐米大使館一等書記官であったが三六年七月に病没）らがあった。栗原は三一年満州国新京総領事、三三年天津総領事、三四年外務省調査部長、三七年ルーマニア兼ユーゴスラビア公使、三八年東亜局長、三九年スイス公使、四〇年トルコ公使などを務め、筒井潔は外務省情報部第二課長兼第三課長などを務め、いずれも枢軸派の白鳥敏夫系と目された人物である。白鳥は当時イタリア大使で、清水は上海大使館書記であった。他に会員として、伊藤述史（全権公使）、今岡十一郎（外務省嘱託）、本多熊太郎（前中国大使）、堀口九万一（前公使）、加瀬俊一（英国大使館二等書記官）、山下留吉（仏大使館書記）、青井孝市（満州国間島日本領事館）、北田正元（ペルー公使）、白坂義直（外務省嘱託）、稲原勝治（日本外事協会）らがあった。彼らは必ずしも「白鳥派」と目されていた人ばかりではない。しかしながら、実際には、須磨弥吉郎南京総領事（後

に情報部長）のように正式に会員となっていなくても、大亜細亜協会に出入りしたり機関誌に投稿するなど共に活動していた外交官も居た。重光や天羽のように、本音の部分では汎アジア主義者として外務省の中枢にありながらも、大亜細亜協会と直接の関係を持たない者もあった。海外にある総領事・領事クラス以下の現地職員の中には、大亜細亜協会に入らずとも、強い汎アジア主義的意識をもって活動していた者もかなりあったのではないだろうか。

特に、広田外相の下で容認された重光新路線では、先に述べたように、インドや「南洋」における領事クラスで大亜細亜主義を奉じ、この下に現地における汎アジア主義活動を公然と行うようになった者も少なくなかったと思われる。正に重光新路線の下で、インド、ビルマ、パキスタン、トルコ、蘭印などにおける現地外交官や彼らの援助を受けた民間の汎アジア主義者の動きが活発化し、英国植民地当局はこれに神経を尖らせ始めるのである。また、天羽の後任の情報部長には、河相達夫、須磨弥吉郎という二代にわたり汎アジア主義的色彩の強い官僚が選ばれた。河相は汎アジア主義的政策を巧妙な形でことあるごとに発信し、それが対外的に問題になると、外務省ではそれを公式声明ではないとして公式レベルでは曖昧にし続けた。『改造』一三八年四月号に発表した論文「日本外交の真意義」において、河相達夫情報部長は、蒋介石の抗日を援助する国際共産主義を批判しつつ、汎アジア主義的価値観を次のように強調した。

「東洋の文化を潰却し、『アジア』民族の共同の使命を裏切つて、『コミンテルン』の破壊工作を、極東に誘致して顧みざる蒋介石政権の背叛的行為は断じて許すべきでない。『アジア』大陸を赤色帝国主義の魔手より救ふために、日本の積極的進出は国家の急務である。赤化勢力の東漸に対抗して『アジア』民族の防共陣を鞏固にすることは、『アジア』全局の静謐のためにも亦、世界史的意義に鑑みても、極めて重要性を有すること、いはねばならない。殊に世界が地理的に経済『ブロック』を形成し排他的障壁を高くしてゐる今日、『アジア』民族生存のために、『アジア』独自の体制を総合樹立し、『アジア』的文化的提携の上に、経済的発展と政治的安寧とを求むることが最も肝要で

ある。而して『アジア』大陸の保全と『アジア』的精神文化の擁護と『アジア』民族の繁栄とは、歴史的、民族的必然性に基く日本の大陸発展を根幹として実現されなければならないと信ずる。」(102)

敵を国際共産主義にのみ求め、決して英国など西洋帝国主義を批判しないながらも、「アジア」という言葉をこれだけ連発する文章の裏には、国際共産主義以外の敵をも想定していることを嗅ぎつけるべきであろう。果たして、河相の文章の矛先は、その後、中国の英米依存へと次第に向けられる。

「『アジア』民族はその本来の深奥なる精神に目覚めて、新しい『アジア』的対体制を樹立するに当り、その高遠なる理想を実現する適切な方法として、物質的、経済的方面を閑却してはならない。……満洲事変後、急速に発達した日本産業の重工業化は、支那経済と完全なる唇歯輔車の関係を実現する条件を具備するに至つたのである。鉄、石炭、塩、棉花、羊毛、小麦等の支那重要資源は、我重工業及び軽工業に対し必要なる原料を供給する上に、地理的に有利なる条件を具有すると共に支那経済は日本産業の援助によつて最も有効なる建設事業を遂行し得るのであり、また廉価良質の商品を供給して、国民生活を豊富ならしむるのである。両者の利害は相一致すべき客観的情勢にある。この世界経済の客観的情勢を無視して、日支提携の正道を拒み、英米依存に走つた結果、彼等の対支経済活動は、武器売込による軍備拡張、重工業製品の捌口に適する鉄道（それも産業開発を主とせず、軍事的目的に重点を置く不生産的鉄道）、道路及び幣制改革に限られて、支那の資源を開発し、国民生活の発達向上に資すべき生産部面は多く閑却され、貧困なる地方農民の生活はいよ〳〵窮迫の淵に追詰められたのである。支那経済が著しく麻痺状態に陥り、不健全なる跛行的態様にあるのは、全く『アジア』の現実に背馳したる誤れる抗日政策の帰結である。［傍線部松浦］」

「要するに発展日本の外交目標は『ヨーロッパ』的功利主義を清算し、『アジア』的大生命を把握し、日満支三国

の提携を基礎とする『アジア』的体制を樹立せんとするにある。これによつて政治、文化、経済各方面に亘つて『アジア』民族の福祉増進とその繁栄を齎らさんことを期するにある。」[103]

河相は欧米の文化的経済的協力を排除するものではないとして、ドイツによる「満洲国」承認を歓迎するなど表向きには対欧米友好をアピールするが、しかし外務省中枢は、基本的には中国から英米を排除しようとする汎アジア主義的姿勢を強めていた。

三九年五月に東京の英国大使館が作成した政治報告書には、次のような河相の言動が記されている。三九年五月一日、河相情報部長は「喧嘩腰の声明において「(in a truculent statement)」、「極東を『半植民地的地位』へと貶めた英米両国は、門戸開放政策を極東に適用することを要求する前に全世界でそれを実現すべきである。日本はアジア人のためのアジアを強く要求する。」と述べた。ところが翌日クレーギー大使が沢田廉三外務次官に会ってこの発言をとりあげたところ、次官は三日にこの発言は「非公式談話の形で」行われたと伝えた。また、同二四日の非公式発言において、河相は中国における外国租界は当然中国の主権下に置かれていると見なすべきであって、日本軍占領地においてはその主権は当然日本の管理下に置かれると述べた。日本は占領地であろうと（ある報道によれば）外国租界であろうと、反日行為に対しては軍事力を行使してもこれを根絶する正当性を持つとも述べた。[104] 別の報道によれば、河相は、中国における日本の目的は中国の主権を日本の管理下に置くことだと述べたとも言う。河相の本音が出ていると思われるが、それを問題とされれば、外務省はこれを「非公式発言」として建前上否定する。こうしたパタンが定着しているのである。

大亜細亜協会理事で「白鳥派」でもあった栗原正外務省東亜局長は、三九年一月の講演で、日中戦争とは「従来列国ノ半植民地タリシ支邦」を舞台にした、日本と「コミンテルン」及び「英仏等ノ現状維持国」との争いである、と述べており、[105] 重光路線は三八年一一月の近衛首相による東亜新秩序声明以後、国内では外務省高官によってかなり公然と

語られるようになっていたことを示している。牛場信彦は、東亜新秩序声明及び有田外相の下で進められた東亜新秩序こそは「革新派」の議論を実現したものだと述べた[106]。天羽声明に代表される重光路線以降、外務省内で汎アジア主義的傾向が定着したことは、アジア各地における汎アジア主義運動の活発化と密接に結びついていたのである。

（三）国内における組織化

先述したように、予備役となった松井は、三五年一〇月から満州・華北を、三六年二月から三月にかけて華中・華南を旅行し、中国各地における大亜細亜主義協会の育成を試みた。そして、帰国した後の五月下旬、今度はネットワーク構築の重点を国内に移し、下中弥三郎理事と共に、京都・大阪・福岡・熊本・神戸・京都・名古屋と、関西・九州各地で精力的に大亜細亜主義講演会を開催した。そこでは中国各地における情勢の講演や、大亜細亜協会設立の趣旨[107]、設立経緯、現状及び将来についての説明がなされ、各地で支部結成が提案され、その準備が進められることとなった。七月下旬には金沢で大亜細亜主義運動懇談会が開かれ、松井・下中の他、牧次郎陸軍少将、石川県経済部長、金沢市助役等が出席し、その後石川県満州会主催、北国新聞社・北陸毎日新聞社後援の大亜細亜主義講演会が開かれた[108]。こうした一連の遊説運動の結果、三六年一〇月福岡、金沢、大阪に支部が発足し[109]、一二月には京都帝大教授らと大谷光瑞ら仏教関係者の準備していた京都支部が発会式をあげた[110]。その後も三八年四月には名古屋支部、五月には熊本支部及び大阪支部学生部ができている[111]。

なお、三六年九月から一〇月にかけて東北・北海道に対しても同様の遊説運動が行われ、仙台、札幌、小樽で大亜細亜主義懇談会が開かれて支部結成が話し合われた。集まった顔ぶれは、仙台では菊山知事、櫻田控訴院長、田村旅団長、島本参謀長、小野寺県会議長、中村商工会議所会頭、梅津市会議長ら六〇余名、札幌では荻原逓信局長、岡田拓殖銀行

頭取、内山連隊区司令官、和田法学博士ら四〇名、小樽では土居小樽市助役、市会議長、議員、各専門学校・中学校校長、実業家有志ら約五〇名であったが、[112]しかしその後この地方で支部ができることはなかった。大亜細亜主義運動が、東京を別とすれば、関西、北陸、九州を中心に展開され、東北・北海道などでは低調であったことは明らかである。二・二六事件などを起こした青年将校らの動機の一つにあった、東北・北海道の農村貧窮への怒りは大亜細亜主義運動とはあまり関係なく、むしろ景気回復基調にあった好況の輸出産業を背景とする「西日本」の通商競争の方がそれとの連関性を強く持っていたことになる。[113]このことは、後述するように、大亜細亜協会の会員に農業関係者がほとんどなく、逆に通商関係者・実業関係者が圧倒的に多かったこととも関連している。さらに言えば、人口過剰や食糧難を理由として満州などへの移民を伴った膨張政策、いわば「陸の帝国」への指向よりも、「南洋」やインドなど西洋帝国主義の植民地や華僑・印僑らを取り込もうとする「海の帝国」への指向の方が、大亜細亜主義の本質に近いことが言えるであろう。

三八年一〇月に発行された大亜細亜協会々員名簿[114]を基に、各支部会員の職業別構成をまとめたものが、表1である。以下、この名簿を基礎に、大亜細亜協会の構成について論じていきたい。この表は名簿に記された職名を参考に作成しているため、例えば軍人がそれと自己申告していない場合もあるし、また大学教授と書かれていなくても著名な教授であれば学者に分類してある。陸軍・海軍には、現役・予備役の区別をしていない。学者の中には、大学教授のみならず、高等学校校長なども含まれ、実業には会社員も含まれている。報道とあるのは、新聞社社長やジャーナリストなど、地方とあるのは、市長・助役などの地方官庁幹部や地方議員である。以上のように、この表は必ずしも厳密なものではなく、各支部ごとの特徴を大づかみにするための便宜的なものに過ぎないことにご留意頂きたい。

表1　大亜細亜協会各支部の構成

本部会員数	陸軍	海軍	外務	学者	実業	報道	医師	地方
244	58	30	16	30	25	9	8	3
比率（%）	23.8	12.3	6.6	12.3	10.2	3.7	3.3	1.2

農業	弁護士	その他
4	2	3（右翼）
1.6	0.8	1.2

福　岡	陸軍	海軍	外務	学者	実業	報道	医師	地方
63	19	1	0	11	20	0	3	6
比率（%）	30.2	1.6	0	17.5	31.7	0	4.8	9.5

農業	弁護士	その他
0	1	1（国防協会）
0	1.6	1.6

金　沢	陸軍	海軍	外務	学者	実業	報道	医師	地方
33	4	0	0	3	19	0	2	2
比率（%）	12.1	0	0	9.0	57.6	0	6.1	6.1

農業	弁護士	その他
0	1	0
0	3.0	0

大　阪	陸軍	海軍	外務	学者	実業	報道	医師	地方
190	6	1	0	9	92	16	4	3
比率（%）	3.2	0.5	0	4.7	48.4	8.4	2.1	1.6

農業	弁護士	その他
0	0	1（僧侶）
0	0	0.5

京　都	陸軍または海軍	外務	学者	実業	報道	医師	地方
144	3（1のみ陸と明記）	0	25	94	0	2	2
比率（%）	2.1	0	17.4	65.3	0	1.4	1.4

農業	弁護士	その他
0	4	1（茶道家）
0	2.8	0.7

名古屋	陸軍	海軍	外務	学者	実業	報道	医師	地方
112	12	4	0	5	49	8	10	4
比率（%）	10.7	3.6	0	4.5	43.8	7.1	8.9	3.6

農業	弁護士	その他
0	0	0
0	0	0

（四）軍人ネットワーク及び地方行政組織

まず本部の会員の最も多くを陸軍軍人が占め、海軍軍人がその約半数であることは、容易に目をひく。すべて佐官以上である。このことは、大亜細亜協会が汎アジア主義者のネットワークの中で、ある程度以上の社会的地位・影響力を持つエリートから成り立つ「氷山の一角」であり、大亜細亜主義の地下水脈は、会を超えた深部の庶民レベルにまでつながっていたことを示唆しているように思われる。[115] 大将は会頭の松井石根以下、南次郎朝鮮総督、末次信正海軍大将の三名、中将は板垣征四郎陸軍大臣、西川虎次郎陸軍予備役中将（福岡支部長）、本間雅晴第二七師団長、豊田副武第四艦隊長官、小野寺長治郎貴族院議員（陸軍）、小笠原長生予備役海軍中将、和田亀治予備役陸軍中将、建川美次陸軍予備役中将、谷壽夫中部防衛司令官、山脇正隆教育総監部総本部長、松井七夫予備役陸軍中将（石根の弟）、古荘幹郎第二一軍司令官（三八年九月まで台湾軍司令官）、小林省三郎海軍予備役中将、佐藤清勝（不詳）、菊池武夫男爵・予備役中将である。陸軍少将は今村勝次（不詳）、石原莞爾関東軍参謀副長（但し三八年八月に帰国）、飯村穣陸軍大学校幹事、坂西一良陸軍大学教官（利八郎の養嗣子）、西原矩彦（不詳）、豊嶋房太郎歩兵第二七旅団長、神田正種教育総監部第一部長、金子定一新京実務学院校長、根本博北支那方面軍特務部総務課長、安井義之助（不詳）、牧次郎（不詳、金沢支部顧問）、松室孝良予備役少将（三七年一二月から三八年五月まで上海で特殊工作、三九年一〇月から四〇年一一月まで大民会顧問）、蘆澤敬策（不詳）、青木成一（不詳）、佐藤安之助陸軍省嘱託（代表的な「支那通」の一人）、樋口季一郎参謀本部情報部長、鈴木貞一第三軍参謀長、鈴木宗作中支那方面軍参謀副長である。海軍少将は、戸塚道太郎第一連合航空隊司令官、南雲忠一水雷校長、近藤英次郎第一一戦隊司令官であった。

軍人のうち、役員となっていたのは、会頭の松井、評議員の西川虎次郎・小笠原長生・小野寺長治郎・建川美次・小林省三郎・菊池武夫・末次信正、理事の飯村穣・井上靖陸軍大佐・石川信吾海軍大佐・犬塚惟重海軍大佐・今田新太郎

陸軍中佐・秦彦三郎陸軍大佐・西原矩彦・本間雅晴・長勇陸軍大佐・大石保海軍中佐・和知鷹二陸軍大佐・神田正種・影佐禎昭陸軍大佐・加来止男海軍大佐・根本博・中瀬泝海軍大佐・楠本實隆陸軍大佐・牧次郎・前田稔海軍大佐・佐藤安之助・酒井武雄海軍大佐・柴山兼四郎陸軍大佐・樋口季一郎・森田貫一海軍大佐・鈴木貞一・鈴木宗作・末澤慶政海軍中佐であり、理事レベルがかなり積極的に動いていたグループと考えられる。和知・影佐・根本・佐藤ら、中国大陸で松井と連絡をとりながらアクティヴに大亜細亜主義運動を推進していたメンバーが目につくし、松井が三七年一〇月の段階で自分の幕僚に望んだ根本・飯村・鈴木宗作・和知らが含まれていることも自然であろう。[116]

理事の顔触れの中で一見意外に見えるのは、英国通として知られ、また英国側もそう認識していた本間雅晴であろう。彼は天津租界封鎖の際、天津地区担当の第二七師団師団長として現地陸軍責任者の一人であったが、[117]天津総領事田代重徳と共に大亜細亜協会の理事でもあった。しかしながら、一人の人間が英国通で「親英派」にして、しかもある側面においては反英的であるということは、不思議なことではない。確かに本間は英国通で、天津租界封鎖に際しても英国側に対し極めて紳士的であった。しかしインド植民地支配などに関しては英国に対して極めて批判的であった。本間がインドで過ごした二二年から二五年までの間、ガンディーを指導者とする民族運動が盛り上がったが、[118]本間はこれを支持し、大衆の精神的指導者としてのガンディーを高く評価する報告を本省へ送ったという。[119]本間が松井とも極めて近い関係にあったことは、すでに述べた通りである。

以上に挙げた陸海軍人について、主な略歴を整理したものが表2である。

表2　陸海軍出身の大亜細亜協会幹部と主要履歴（海軍は○）

〈大　将〉

松井石根　31ジュネーブ一般軍縮会議全権委員、33軍事参議官、35予備役、37召集、上海派遣軍司令官、中支那方面軍司令官、42大日本興亜同盟副総裁、44興亜総本部統理、45大日本興亜会総裁

南　次郎　19支那駐屯軍司令官、23陸士校長、27参謀次長、29朝鮮軍司令官、30軍事参議官、31陸軍大臣、34関東軍司令官、36予備役、42朝鮮総督、45大日本政治会総裁

○末次信正　21－22ワシントン会議全権委員随員、26教育局長、28軍令部次長、33連合艦隊兼第一艦隊長官、34横須賀鎮守府長官、35軍事参議官、37予備役

〈中　将〉

板垣征四郎　29関東軍参謀、36関東軍参謀長、38陸軍大臣、39支那派遣軍総参謀長、41朝鮮軍司令官

西川虎次郎　14関東都督府参謀長、16参謀本部第四部長、18第一三師団長、25第一師団長、27予備役

本間雅晴　22インド駐剳武官、27秩父宮付武官、30イギリス大使館付武官、35歩兵第三二旅団長、37参謀本部第二部長、38第二七師団長、40台湾軍司令官、41第一四軍司令官

○豊田副武　19－22イギリス駐在、31軍令部第二班長、33連合艦隊参謀長、35教育局長、軍務局長、37第四艦隊長官、39艦政本部長、42軍事参議官、43横須賀鎮守府長官、44連合艦隊長官、45軍令部総長

小野寺長治郎　25経理局主計課長、一等主計正、28被服本廠長、29主計監、30経理校長、31経理局長、33主計総監、34予備役、37－39貴族院議員

○小笠原長生　04軍令部参謀、12香取艦長、13東宮御学問所幹事、21予備役、宮中顧問官

和田亀治　14麻布連隊区司令官、19陸大幹事、21参謀本部第三部長、23陸大校長、25第一師団長、28予備役、のち在郷軍人会副会長

建川美次　11イギリス駐在、13インド駐剳武官、20国際連盟陸軍代表随員、29参謀本部第二部長、31同第一部長、ジュ

ネーブ一般軍縮会議全権随員、32国際連盟常設委員会陸軍代表、34第一〇師団長、35第四師団長、36予備役、40－42駐ソ大使、44翼賛壮年団長

谷　壽夫　15イギリス大使館付武官補佐官、20インド駐剳武官、24陸大教官、28第三師団参謀長、29参謀本部演習課長、30国際連盟陸海軍問題常設委員、34東京湾要塞司令官、35第六師団長、37中部防衛司令官、39予備役

山脇正隆　29参謀本部編制動員課長、31歩兵第二二連隊長、34ポーランド公使館付武官、35整備局長、38教育総監部本部長、38陸軍次官、39第三師団長、40駐蒙軍司令官、41陸大校長、41予備役、42ボルネオ守備軍司令官

松井七夫　16朝鮮駐剳軍参謀、18－20中国・外蒙古で関東都督府の諜報活動、22関東軍参謀、23奉天特務機関長、24奉天督軍顧問、28北京大元帥付、29歩兵第二旅団長、30予備役、39日満中央会理事長

古荘幹郎　23参謀本部編制動員課長、27陸軍省軍事課長、28歩兵第二旅団長、29人事局長、30参謀本部総務部長、32参謀本部第一部長、34第一一師団長、35陸軍次官、36航空本部長、37台湾軍司令官、38第二一軍司令官、39軍事参議官

○小林省三郎　23利根艦長、27赤城艦長、28航空本部教育部長、31満州特務機関長、33駐満海軍部司令官、34鎮海要港部司令官、36予備役、45護国連盟本部長

菊池武夫　20歩兵第六四連隊長、22歩兵第一一旅団長、24奉天特務機関長、27予備役、31－39貴族院議員、40隈府町長、41興亜専門学校長

〈少　将〉

石原莞爾　32ジュネーブ軍縮会議随員、35参謀本部作戦課長、36同戦争指導課長、37参謀本部第一部長、37関東軍参謀副長、38舞鶴要塞司令官、39第一六師団長、41予備役

飯村　穣　33参謀本部欧米課長、35歩兵第六一連隊長、37陸大幹事、38陸大校長、39関東軍参謀長、41総力戦研究所長、41第五軍司令官、43陸大校長、44南方軍総参謀長、44第二方面軍司令官、45東京防衛軍司令官、45憲兵司令官

坂西一良　34陸軍省調査班長、35関東軍参謀、37歩兵第五九連隊長、38陸大教官、40ドイツ大使館付武官、43第三五師

団長、44第二〇軍司令官
豊嶋房太郎　34歩兵第二三連隊長、36第一師団参謀長、38歩兵第二七旅団長、40憲兵司令部総務部長、40憲兵司令官、43近衛第一師団長
神田正種　35参謀本部欧米課長、36歩兵第四五連隊長、37教育総監部第一課長、38同第一部長、39参謀本部総務部長、41第六師団長、45第一七軍司令官
金子定一　34金沢連隊区司令官、36予備役。新京実務学院校長を経て42－45衆院議員
根本博　36歩兵第二七連隊長、38北支那方面軍特務部総務課長、38北支那方面軍参謀副長、39興亜院華北連絡部次長、39第二軍参謀長、40南支那方面軍参謀長、44駐蒙軍司令官
牧次郎　（不詳）神戸連隊区司令官、朝鮮軍光州師団管区全州地区司令官
松室孝良　25－26・28－29馮玉祥顧問、31騎兵第一連隊長、33チチハル・熱河機関長、35第七師団参謀長、36北平特務機関長、36騎兵第四旅団長、37予備役、37－38上海で政権工作、39－40大民会顧問　のち大日本回教協会総務部長
佐藤安之助　「支那通」として天津・北京駐在を経て、16スイス公使館付武官、22退役、23－26陸軍省嘱託
樋口季一郎　35第三師団参謀長、37ハルビン特務機関長、38参謀本部第二部長、39第九師団長、42北部軍司令官、43北方軍司令官、44第五方面軍司令官、45予備役
鈴木貞一　支那班勤務等を経て、35内閣調査局調査官、36歩兵第一四連隊長、37企画院調査官、38第三軍参謀長、38興亜院政務部長、40興亜院総務長官心得、41予備役
鈴木宗作　35歩兵第四連隊長、37教育総監部第二課長、38中支那方面軍参謀副長、39支那派遣軍参謀副長、40参謀本部第三部長、41第二五軍参謀長、44第三五軍司令官
○戸塚道太郎　32軍令部第二部第三課長、35那智艦長、37第一連合航空隊司令官、38横須賀航空隊司令、39第二航空戦隊司令官、40第一航空戦隊司令官、41第一一連合航空隊司令官、44航空本部長、45横須賀鎮守府長官、45予備役
○南雲忠一　29那珂艦長、31軍令部第一班第二課長、33高雄艦長、35第一水雷戦隊司令官、37水雷校長、38第三戦隊司令官、40海大校長、43第一艦隊長官、44中部太平洋方面艦隊兼第一四航空艦隊司令官

○近　藤　英次郎　30能登呂特務艦長、32赤城艦長、33加賀艦長、34第三艦隊参謀長、37第三水雷戦隊司令官、37第一一戦隊司令官、39予備役、42－45衆院議員

〈理　事〉

○石　川　信　吾　37厳島艦長、38青島特務部長、39興亜院政務部第一課長、40軍務局第二課長、42南西方面艦隊参謀副長、43第二三航空戦隊司令官、43軍需省総動員局総務部長、44運輸本部長・大本営戦力補給部長、45予備役

○犬　塚　惟　重　33青島特務艦長、38軍事普及部委員、38上海出張駐在、39兼犬塚機関長、39予備役、39犬塚機関長、41支那方面艦隊付（上海在勤海軍武官府特別調査部長）、42いつくしま丸艦長

今　田　新太郎　奉天駐在等を経て、35満州国軍顧問部、38台湾混成旅団参謀、39同旅団参謀長、39第二一軍参謀、40南支那方面軍参謀、40歩兵第七三連隊長、41第三六師団参謀長

秦　　彦三郎　ロシア畑を経て、36兵器本廠付新聞班長、37歩兵第五七連隊長、38ハルビン特務機関長、40関東軍参謀副長、41参謀次長・大本営兵站総監、45関東軍総参謀長

長　　勇　「支那通」としての勤務を経て、39第二六師団参謀長、40台湾軍司令部付、40印度支那派遣軍参謀長、41第二五軍参謀副長、41仏印機関長、42第一〇歩兵団長、44第三二軍参謀長

○大　石　　保　39興亜院調査官、40第一航空戦隊参謀、42愛国丸艦長、43兵備局第三課長、44平備局第一課長

和　知　鷹　二　「支那通」としての勤務を経て、37歩兵第四四連隊長、38台湾軍司令部付（特務工作）、38蘭機関長、41台湾軍参謀長、45南方軍参謀副長兼南方軍交通隊司令官、45中国憲兵隊司令官

影　佐　禎　昭　「支那通」としての勤務を経て、37参謀本部支那課長、37大本営第八課長（謀略課長）、38陸軍省軍務課長、39汪兆銘工作担当、39梅機関長

○加　来　止　男　33連合艦隊参謀、34海大教官、37木更津航空隊司令、38千代田艦長、41飛竜艦長

○中　瀬　　泝　ロシア畑を経て、39海南島根拠地隊特務部員、40アモイ方面特別根拠地隊副長、45軍令部第三部長

楠　本　實　隆　「支那通」としての勤務を経て、36参謀本部付（上海）、37上海派遣軍司令（特務部総務班長）、38同特務部員（総務課長）、39興亜院調査官（華中連絡部次長）、40歩兵第九旅団長、44北京駐在特命全権公使

○前　田　　稔　ロシア畑を経て、34軍令部第三部第七課長、38八雲艦長、39第五艦隊情報部長、39－40兼海南島特務部長、40軍令部第三部長、44－45中国大使館付武官、45第一〇航空艦隊長官
○酒　井　武　雄　台北在勤海軍武官など
　柴　山　兼四郎　「支那通」としての勤務を経て、36輜重大佐、37軍務課長、38天津特務機関長、39漢口機関長、40輜重校長、41輜重兵監、42第二六師団長、44－45陸軍次官
　森　田　貫　一　（不詳）
○末　澤　慶　政　44那珂艦長、44軍令部員兼海軍運輸本部総務課長兼第一課長

（本表の略歴は、秦郁彦『日本陸軍総合事典　第二版』によった。）

この表を一見して、陸軍に関して看守されることは、まず当然ながら、「支那通」が多いこと、日中戦争後は興亜院や現地傀儡政権の運営に携わった者が多いこと、本間・建川・谷とインド駐剳武官の経験者が目につくことなどである。彼らの多くは松井と親しい関係にあり、日中戦争以前、そして戦争拡大後に松井の構想と連携する形で軍事的に活動している。予備役になってからも、西川虎次郎、和田亀治、牧次郎は在郷軍人の立場で国内における大亜細亜協会の組織化に尽力している。松井が台湾軍司令官であった時期に台湾憲兵隊長であった沼川佐吉大佐、土橋一次高級参謀は台湾大亜細亜協会創立当時の常任評議員であり、海軍ではあるが松井らと連動して動いていた酒井武雄台北在勤海軍武官は[120]大亜細亜協会幹事、中堂観恵海軍馬公要港部先任参謀も大亜細亜協会会員であった。台湾軍参謀長であった大塚堅之助もまた、後述するように名古屋支部幹事としてその運営の中心にあった。松井司令官時代の台湾軍周辺の軍人ネットワークは、大亜細亜主義によって色濃く染められていたと言って良い。いずれのグループも、松井を中心とした大亜細亜主義イデオロギーを共有するネットワークを形成していたと言い得るのである。

海軍についても、日中戦争後、興亜院や南方関係の職に就いて居る者が多い。しかし何と言っても、海軍関係者の中で最も影響力の大きいのは末次信正であった。彼は松井と肝胆相照らし、松井出征の際には大亜細亜協会会頭を代行するよう任されており、しかも民間右翼関係者らとのつながりが強かった。当初大亜細亜協会の会頭に擬され、評議員としてこの会にも深く関係していた近衛文麿がこのことを知らなかったはずがない。近衛が日中戦争解決のための内閣参議制設置の際に、池田や宇垣らと共に末次を入れ、また内閣改造に際しては内務大臣という枢要な地位を与えたのも、大亜細亜協会や右翼関係者らを背景とする代表者として、宇垣・池田らと均衡をとるためであったと考えられる。末次は、ロンドン海軍軍縮会議において、軍令部次長として軍令部長加藤寛治と共に艦隊派の中心をなし、浜口内閣による統帥権干犯を非難し、海軍関係者や民間右翼によるテロを誘発した。かねてより右翼の影響力に強い恐れを抱き、軍部及び右翼をも政権基盤に加えなければ時局収拾を行うことができないと考えぬいてきた近衛は、[121]皇道派の代表と見なされる荒木貞夫と共に、大亜細亜協会及び民間右翼などを背景とする松井の盟友末次を閣内に取り込んだ。しかしながら内務大臣は警保局長、警視総監を始め、各地の県知事・警察を掌握する内閣の枢要であった。山本五十六海軍次官は「もし万一、末次が閣内に入つて排英の強硬な主張でもしたら、……海軍は絶対に反対する。その時は或は内閣が壊れるかもしれない」と憂慮し、池田や結城豊太郎日銀総裁らは末次の内相就任で右翼の勢力が強くなることを真剣に心配するなど、近衛周辺では末次に対する警戒が強かったが、近衛の側近であった木戸幸一内大臣は[122]「だつて近衛が辞めるよりもまあいゝぢやあないか。どうせ責任の地位に就けば、大したことはできやしない」と述べ、末次の人事は実現した。しかし、末次は国内治安担当の最高責任者である内務大臣に就任すると、平泉澄や神兵隊の前田虎雄らと懇意で「内務省きつての極端なファッショ的傾向のある」とされた富田健治保安課長を警保局長に抜擢する一方、[123]閣議でも[124]中国現地の松井らと歩調を合わせて、戦争収拾にあたって強硬姿勢をとることや広東攻略を急ぐことを主張した。また、

三七年一一月から三八年にかけて行った『改造』（三八年一月号）、『中央公論』などの雑誌のインタビュー記事で、日本の使命はアジアの黄色人種を白人種の「くびき」から解放することであり、蒋介石に対する援助を止めさせるために英国と一戦することも辞せずと述べた。それらは英仏などの新聞で報じられ、また英国議会でも、中国で松井石根上海派遣軍司令官がした反英的発言と共に問題とされるなど、対外的にも汎アジア主義を強く発信する結果をもたらした。[125] 三七年一二月に内務大臣に就任したばかりの末次は、三八年初頭の新聞において、まだ内閣参議の肩書きのまま、日中戦争の本質が日英戦争であることを次のように書いている。

「端的に言へば、支那軍は第三国の経済的、軍事的、思想的後援に依存して居るのである。従て皇軍は支那の領土で、支那軍と戦ひつゝあるが、実は支那を通じて経済的、軍事的、思想的に他の外国と戦ひつゝあるのである。……今回の事変において支那は一の熊襲に過ぎぬ。従つて唯これを潰滅しただけでは多年紛糾した日支関係の明朗を期すことは出来ない。必ずやその背後勢力を一掃して禍の根源を断たねばならぬ。私が戦争は寧ろこれからだと言つたのは実にこの意味である。[126]」

「現下の国際関係を率直に言ふならば、英米仏蘇の四国は支那に好意を寄せ、就中英蘇両国は最も露骨に支那を援けつゝあるが、これに反して独伊両国が日本に格別の好意を持つて居ることは世界周知の事実である。しかし乍ら蘇国は軍隊と人民が連合して反スターリン運動を起し今や政府はこれが粛正工作に没頭中で、今のところ我国に対して攻勢に出る余裕は全くないと言つてよい、……事変勃発以来英国の執り来つた反日的態度は誠に苦々しいものがあり、我国朝野に日を逐うて反英感情が昂まりつゝあることは極めて当然のことである。我々には支那に抗日の実力があるとは考へられぬ。然るに支那が飽まで長期抗戦を呼号する所以のものは支那の背後にあつて、これを援くる第三国があるからである。我々は支那が戦意を失はぬ限り飽までこれを膺懲する［。松浦註］英国が支那を援

け日本に敵するなら、我にも亦覚悟がある。」[127]

宇垣外相による日中戦争収拾の動きや日英会談が始まり、これに反対する勢力により激しい反英運動・反宇垣運動が起こると、末次内相は宇垣を右翼から守るどころか、「国策ニ反スル和平工作ヲ行フモノハ閣僚ト雖モソノ生命ノ保証ヲ為スコトヲ得ズ」と放言し、閣内で宇垣を攻撃した。こうして末次内相の存在は、英国を仲介とする日中戦争収拾構想の要である宇垣一成や池田成彬ら「親英派」と目された人々に対するテロを容認し、むしろこれを助長して彼らを中心とする「親英派」による戦争収拾の道を閉ざすことになったのである。

なお、大亜細亜協会の各支部に、内務省及び文部省などの下にある地方行政組織の幹部が組み込まれていたことは、末次の内相時代や、平沼内閣における反英運動高揚に際して、内務省のテロ対策や治安維持が必ずしもきちんと作動しなかったこと、反英運動の動員が後述するように地方行政の末端レベルにまで至るレベルで行われたことをよく説明するように思われる。大阪支部においては森下政一大阪市助役が理事、もう一人の市助役三宅正三や大阪府学務部長の鈴木省吾が評議員を務め、金沢支部では近藤駿介石川県知事並びに澤野外茂次金沢市長が顧問となり、会員には水野宗次郎金沢市会議員が居た。名古屋支部では名古屋市助役神田純一並びに藤岡兵一、名古屋市教育部長坂元暢が、京都支部では京都市助役の加賀谷朝蔵、京都市収入役の五島藤一が会員であった。福岡支部では福岡市助役の高武公美、前福岡市長の久世庸夫が理事、前県教育会長の白坂英彦、県会議員の武内謙介、福岡市会議員の今村貞次郎、神保清、国防協会主事の田中周平が会員であり、熊本支部の会長は藤岡長和知事で、顧問として小西竹次郎県総務部長や木内五助熊本地方専売局長、太田亀太郎熊本税務監督局長、佐々信一日本放送協会熊本中央放送局長、石田伊太郎熊本地方裁判所長、後藤省三熊本地方裁判所検事正、北里雄平県会副議長らが名を連ねていた。

なお表1で「右翼」にカウントしたのは、民間愛国団体に関係していた岩田愛之助、井田盤楠、菊池武夫の三人であ

るが、他にも含めるべきであるとの異論の余地は十分あり、また最後の二人は陸軍軍人としてもカウントされている。大亜細亜協会自体が「右翼」ではないかという批判は十分想定できるが、あくまで表1における「右翼」は便宜上の分類である。

なお、表1に示されるように、各支部のうち陸軍軍人の会員に占める割合の大きいものは、福岡、金沢、名古屋である。それぞれ、第一五、第九、第三の各師団司令部が置かれた軍都である。市民の生活も師団の存在と深く結びついており、陸軍軍人の影響力が高かったと考えられる。しかしながら、仙台、広島、旭川、弘前など、師団司令部があったところが必ずしも大亜細亜協会の拠点となっているわけではないし、大亜細亜協会支部があっても、大阪のように陸軍軍人会員の比率が必ずしも高くなっているわけでもない。これら陸軍会員の影響力が大きい所には、それぞれ何らかの要因がある。

福岡支部は会員六三名中一九名（三〇・一％）が陸軍軍人、支部長も西川虎次郎陸軍予備役中将で、会員には国防協会主事、教護連盟主事も含まれていた。支部は福岡県教育館内に置かれ、会員には福岡市助役や前県教育会長などの地方行政官や県会議員・市会議員などの地方政治家も多く、行政単位を利用した大亜細亜主義の浸透が行われたと思われる。

一方、金沢支部は先に述べたように、朝鮮大亜細亜協会設立に大きな役割を果たした金子定一少将が金沢連隊区司令官に赴任したこともあり、金子らの陸軍会員主導で支部作りが進められたと考えることができる。金沢支部ができたのは三六年一〇月で、顧問となったのは本多政樹という旧金沢藩家老の家系である男爵の他、金沢商工会議所会頭、石川県知事、金沢市長、支部長欠員のまま副支部長となったのは辰村米吉という土木建築請負・薬種商であった。しかし金沢支部は四〇年三月五日には、第九師団管区の岐阜・滋賀・福井・石川・富山の五県を包摂して北陸大亜細亜協会へと

発展的に解消された。顧問に大亜細亜協会理事で第九師団長の樋口季一郎中将を戴き、会頭に横山隆良男爵、副会頭に岡本規矩雄金沢医科大学教授を選んでいる。[128]すでに先行研究が明らかにしているように、元来金沢の第九師団は日清戦争後の対露戦争を視野に入れた六個師団増設の際に、札幌（第七、一九〇一年に旭川に仮営移転）・弘前（第八）・姫路（第一〇）・善通寺（第一一）・小倉（第一二）と共に創設されたもので、東京（第一）・仙台（第二）・名古屋（第三）・大阪（第四）・広島（第五）・熊本（第六）の維新初期に鎮台が置かれた師団とは異なり、師団の全国展開における北陸ブロックの拠点として置かれたものであった。[129]金子や樋口といった活動的な陸軍軍人会員の存在と、北陸という浄土真宗を中心とした宗教的要因及び、繊維・雑貨産業を中心とした経済的要因という二つの汎アジア主義への結びつきを同じくするブロックないしネットワーク[130]の故に、金沢支部は大亜細亜協会の中心となったのである。

なお、四一年八月二三日には、北陸大亜細亜協会の域内にありながら、飛騨支部が新たに結成された。発会式は高山市東本願寺別院で行われ、会員約一五〇名が参会し、理事長となったのは高山商工会議所副会頭の廣島粂蔵飛騨物産社長[131]であった。廣島自身も浄土真宗信徒の木工出身であり、真宗ネットワークを中心とした支部結成であったと考えられる。

名古屋支部は第三師団が置かれた所でもあり、大塚堅之助、山田虎夫[132]の陸軍中将、蟹江冬蔵[133]、那須太三郎[134]、半田國五郎、山田勝康[135]らの陸軍少将、津田次郎、村手彦増、村瀬本麿、遠藤太松、宮地太郎、白石信明らの陸軍大佐、森越太郎[136]海軍中将、林正男、松永壽雄らの海軍少将、寺田金圭太郎海軍大佐らの名前がある。名古屋支部の軍人会員は、現役将校を含む金沢支部と違い、ほとんどが予備役となって故郷に帰った退役軍人であったが、松井石根が台湾軍司令官を務めた際の台湾軍参謀長であった大塚堅之助[137]という熱心な大亜細亜主義者がいたことが、松井が名古屋出身であったことと共に、軍人会員が中心となって名古屋支部が結成された理由として推測される。

熊本は第六師団のあった所であるが、会員の職業が名簿に記されておらずその軍人の比率は不明である。会長が藤岡長和熊本県知事、副会長は脇山眞一県会議長と深水武平次陸軍予備役中将であった。深水は陸軍大学校第一八期で松井石根と同期（但し陸軍士官学校は深水が八期、松井は九期）、しかも基隆要塞司令官を最後に退役しており、台湾で大亜細亜主義を推進する側にあり、松井との関係から大亜細亜協会熊本支部創設の中心となったと考えられる。熊本県大亜細亜協会発会式に来賓として松井会頭と共に本部から参加したのは、伊藤述史公使、鹿子木博士、西原矩彦少将であった。理事には、軍人として熊本出身の陸軍予備役少将（最終職歴は下関砲兵連隊長）中根正常が居る程度で、西岡廣吉県学務部長、吉田定木山町長・県会議員、安原舜一熊本市助役ら県・市・町の地方行政官が理事など中心を占めた。熊本支部の所在地は熊本県庁学務課内にあり、熊本市公会堂別館で開かれた発会式には会員以外に市内中学校生徒も含む約三〇〇〇名が参列した[138]。また、熊本支部の特徴は、役員として、名誉職的な顧問が多く名を連ねていることである。その顔ぶれは、県経済部長・営林局長・税務監督局長・地方専売局長・総務部長、熊本高等工業学校長・熊本医科大学学長、日本放送協会熊本中央放送局長、熊本電気会社社長、熊本地方裁判所長・検事正・県会副議長・熊本市長・市会議長といった県・市の官僚・政治家や九州新聞社社長、蚕糸業連合会会長、熊本医大名誉教授といった県の顔役だけでなく、国民同盟の安達謙蔵総裁・伊豆富人・蔵原敏捷、民政党の大麻唯男、政友会の松野鶴平・木村正義・三善信房ら地元選出代議士らであった。安達総裁を筆頭に熊本を一つの基盤とする国民同盟が大亜細亜連盟設立を標榜していたことも大きかったが、地元選出代議士や県庁組織・県実業界も網羅した「挙県一致」的な体制であったと言えよう[139]。支部設立の初動を起こしたのは、深水ら松井とネットワークのある軍人であったが、その後は県地方官庁・県政界・県実業界が挙県一致となってこれを運営していったものと考えられる。

大阪支部については、理事の中で軍人出身であるのは第四独立混成旅団司令官であった河村董陸軍中将のみであり、

彼が三七年三月から三八年三月まで第四師団司令部付として、大阪支部設立に関わっていた可能性を否定することはできない。しかし他の支部ほど、松井らと関わりの深い軍人ネットワークを見出すことは難しく、後述するように新聞社を含む実業界の方が大きな役割を占めていたように思われる。

京都についても、理事には名古屋連隊区司令官、陸軍士官学校長、第三師団留守司令官などを務めた稲垣孝照陸軍予備役中将が一人含まれるだけで、後は京都帝大教授と実業界関係者のみである。評議員には大谷光瑞の名前があり、京大関係者と実業界、仏教界の主導で支部運営が進められたものと考えることができる。

以上に見てきたように、各支部のうち、福岡、名古屋、金沢、熊本はまず松井と関係の深い陸軍軍人が核となって働きかけ、地方官庁及び実業界などと共に支部の中核部分を形成し、大阪、京都については、実業界・学界などが主導して形成され、これに中将レベルの陸軍関係者が関与したものと言うことができよう。

（五）知識人・文化人ネットワークによる教化

大亜細亜協会による汎アジア主義イデオロギーの一般への浸透に大きな役割を果たしたと思われるのが、学者及びジャーナリスト、新聞社である。大亜細亜協会の二人の副会頭は、村川堅固東京帝国大学文学部教授（三五年より名誉教授）及び、矢野仁一京都帝国大学文学部名誉教授という東西におけるそれぞれ西洋史・東洋史の両碩学であった。古代ギリシアを専門とする村川堅固は、坪井九馬三・リース[140]らに師事し、一九〇三年からのヨーロッパ留学を経て〇六年から東京帝大文学部助教授、一二年から教授となった。村川は、大亜細亜協会で松井会頭と共に最も啓蒙活動に活躍した一人であり、彼は西洋史の権威として、日本が西洋諸国に比べ如何に優越しているかを説明した。例えば、論文「驚異の国日本」において、昔から西欧諸国で「驚異の国」と称せられるエジプトを例に引いた上でこう論じている。

「日本にはなる程ピラミツドに比すべき大きいものも、古いものも堅牢なるものも、営造物にはない。けれども一度も他に征服せられ、支配せられたことのない民族の独立、其の民族の大中心として、万古に動きなき其の帝室、これはエジプトにもなければ、ローマにもない。否世界の何処を見てもない。唯々日本にあるのみである。しかもエジプトの古営造物が、今日に遺つて居ても、流石に五千年の星霜を経る間に、自然的に又人為的に、剥落崩壊しかかつて居る。我が民族が三千年間に益々滋蕃し、東西の文化を摂取消化して、愈々開明し、今や列強の畏憚した露国を打破つて、世界を驚心駭目せしめ、押しも押されもせぬ世界的強国となつたのと到底同日にして談ずることはできない。周旧邦と雖も其の命維れ新なりといふが、周は二千五百年前に滅んだ。日本の命は日々に新にして、又日々に新なりである。これこそ世界の『驚異』ではあるまいか。」[141]

また、日本の国家成立そのものが特殊であり日本民族が優秀な智能素質を有し、今日まであらゆる環境に対処したことを日本発展の主要な原因とし、その素質として模倣に止まらず包括的な創造力を持つ点で日本と古代ギリシヤとの類似を指摘する。しかし、村川はその上で、こう述べる。

「ギリシヤ民族は今日西洋文明の基礎となれる独自の文化を完成して之を後世に遺しはしたが、然し自己保存の能力に於て大に欠くる所があつて、其の政治的生命は甚だ脆いものであつた。マケドニヤ、ローマ等強力民族が相次いで起るや、忽ち之に雌服して、其の民族的独立を喪失したのに反し、日本民族は永久其の独立を完保し、益々滋蕃し向上して今日に及び、将に其の大使命遂行の第一歩を踏み出してゐる。日本こそは『驚異の国』である。」[142]

では何故、元寇、戦国時代、日露戦争といった国難があったにもかかわらず日本は終始一貫独立を確保し得たのか。村川の答は、日本が「天佑の国」であることに求められる。

「支那や印度の文化が我国に伝はり、之が日本化されて東洋文化の精粋となり、我国に保存せられて、今や之を世

界に光被せしめんとする時期に到達して居るが、それも日本が島国であつて、紛々たる大陸諸民族の興亡起伏の渦巻から比較的隔離して、実力養成の為めの長い期間を経過し得たに由る所尠しとしない。かく考へ来れば我が　皇祖が、我等日本民族を此の大八洲国に安住せしめ給ふたことは、我が民族に取りて一大天佑的な御偉業であつたのである。[143]」

村川の見るところ、日本の開国が徳川幕府によって外圧の下に不用意に行われたことは幕府の崩壊を招いたが、それによって第二の徳川幕府ができず「明治維新皇政復興」ということで速やかに落着することができたのは、「独り我国にのみ望み得べき大幸運」であった。[144]開国の時期がその時を得たこともそうであったが、それだけではない。

「幕末に於ける国内の紛争が、明治維新、皇政復興といふ大団円を以て、速かに落着を見るに至つたのは、皇室といふ我が民族の大宗家が建国以来儼然として全民族の上に立ち、たとへ幕政七百年の間、其の統治の実権が臣民に委ねられて居たとはいへ、国家危急の場合には、いつたりとも此の大宗家を中心に、全民族が一致団結して善処を誤らないだけの基礎が、我が民族の間に据ゑられて居たのである。若し幕末に於ける外力圧迫の時期に於て、仮りに我国に万世一系の皇室といふものがなかつたと仮定したならば、我国家はどうなつたであらうか。恐らく最近の支那と同じ運命に陥つたのであらう。之を想へば、我が国体の有がた味が、今更のやうに身に沁みるのを覚ゆる。[145]」

今日においても、「皇国史観」の代表のように言われる東京帝大文学部国史学科の平泉澄が、日本皇室の有り難みを論じるのなら、何ら不思議とは感じられない。当時においてはなおのこと、平泉の歴史観は当然のことと見なされたであろう。しかし、長年堅実に研究に専心してきたと信じられてきた西洋史の泰斗村川堅固東京帝大教授が学究生活の結論として出したのが、万世一系の皇室を中心とする日本の国体こそが日本が世界でも稀な優越の所以であるという明快なものであったことは、洋行の機会とほとんど無縁な当時の一般民衆の心に新鮮に力強く響き、次のような言葉もまた、

疑うべくもない真実として受け入れさせたと考えられる。

「見よ、白人の世界的優越権は人類五千年の歴史中、其の十分の一にも足らざる最近三百年来のものではないか。其の以前の四千数百年間に於て、亜細亜の諸民族は、欧州諸民族とは分離して、独自の発展を遂げて居る。然も亜細亜民族の間に創造せられた文化が、欧州文化の淵源となつたものが甚だ多い。欧洲文化の基礎となつたギリシヤ文化が、中東地方のバビロニヤ文化に負ふ処の甚だ大なることは、今日学界の定説であるが、其のバビロニヤ文化たるや、亜細亜の一角に於て産まれたものである。［中略――松浦］

今や機運は転換し始めた。世界大戦後の欧洲諸国の顛落苦悩、大戦後一寸万年景気を歌はれた米国内部の禍根の暴露、一として機運転換の兆でないものはない。亜細亜民族の起つべき時は来たのである。而して之が指導的地位と実力とを有する者我日本民族を措いては他には一つもない。我等は深く自ら省察して、自己の能力に対する自信を固くし、敢然蹶起し、亜細亜諸民族を提撕発動せしめねばならぬ。」(146)

大亜細亜協会が評議員に国体明徴で名を馳せる日本原理主義者の菊池武夫を据えていたことに見られるように、天皇を中心とする日本の絶対的優位は大亜細亜主義の大前提であった。西洋史研究者の村川に、日本民族の能力に対する自信を与えた根拠の一つは、高橋財政下における当時の日本貿易の伸張であった。

「最近我が国商品が稍々世界的に進出したのに対し、英国を首め、其他の諸国も大に警戒し始めたのは事実である。進出し始めたといつても、之を世界大戦前の英国や、大戦後十年間の米国の輸出貿易の旺盛に比すれば、まだ〳〵多寡の知れたものである。それにすら既に欧米が警戒し来つたのを見れば、我国に於て自発的に輸出の管理統制を行はなければ、列国は共同戦線を張つて我国商品をボイコットする恐れがあるといふ論が今日大分盛である。其の論の当否は暫らく措き、世界が我国の産業発展に驚異を感ずるに至つたことは、何と謂つても我が国民の能力の顕

現たるに於て喜ぶべきことである［。松浦註］少くとも技術方面に於て我国民が、決して欧米白人に劣るものでなく、却つて之を凌駕するものあることは、我国民として是非之を自覚し、其の自信の下に益々奮励努力せねばならぬ。[147]」

村川は、当時起こっていた、大亜細亜主義が欧米を刺激するのではないかという議論に反発し、またアジア主義の範囲を東亜の数カ国に限ろうとする日満提携論などを次のように斥ける。

「我等はどこまでも大亜細亜主義で進みたい。即ち全亜細亜の民族を包容する精神的大団結の完成を以て、第一段の目標としなければならない。必ずしも支那といはず、暹羅といはず、印度といはず、アフガニスタンも、ペルシヤも、トルコも悉く之を包容すべきである。否現在欧洲に定住して既に数百年乃至数千年を経過せる民族と雖も、彼等の祖先が亜細亜より出でたるがため、今日尚ほ亜細亜精神を失はず、我等の主張に共鳴し、協力を惜まないものであるならば、我等は喜んで之を迎ふるに吝なるものでない。此の如き大襟度を以てして、始めて大亜細亜主義が他日実現せらるゝことを期すべきである。……白人は過去数百年の間に世界を侵略し、有色人を搾取することに慣れてきた。故に己を以て人を推して大亜細亜主義の提唱を見て直に復讐的侵略主義なりとなして之に備ふるの途を取らんとするかも知れぬ。……大亜細亜主義は、此の民族性を全亜細亜のために発揮し、白人による不正の抑圧を除去し、亜細亜民族をして、平和の楽土――それは白人世界雄飛以前に於て然りし如き――に安居せしむることが出来れば、それで足りる。……固より此のためには白人の或程度の退却は已むを得ない。……従つて彼等が大亜細亜主義の勃興に反抗的態度を示すことは当然である。然し之あるがために我等は正義の命ずる所を捨てゝ、白人の暴状に雌伏すべきではない。それは余りに我が国の尊厳を冒涜し我国の使命を無視し、我が国存立の意義を没却する所以である。[148]」

そして村川は、対米英戦争が始まると、中学校教員用のテキストにおいて次のように説くに至った。全国の中学校では、

この趣旨に基づいて、世界歴史が教えられ、学校教育の場を通じて汎アジア主義イデオロギーが浸透していったのである。

「白人の隆昌繁栄の蔭には、彼等の抑圧と搾取とに泣くも数に於て彼等に倍する被征服民族があることは見遁せない。更に白人自体について見るも、……白人の歴史は一面闘争の歴史に他ならぬ。……これは西洋文化が人類に真の平和をもたらす力のなきことを証明する。」「我国当面の目標たる大東亜共栄圏の確立こそ、世界に真の平和をもたらすべき我国使命遂行の第一歩である。我等はこの際祖先の偉業と最近の発展とに鑑みて、我国の能力を信じ、いかなる艱難をも克服して、愈皇運を扶翼し奉り、使命の完遂に邁進する決意を固むべきである。」(149)

一方、もう一人の副会頭である矢野仁一京都帝国大学名誉教授は、東京帝国大学文学部東洋史学科を卒業後東大助教授となり、清朝政府の招きで北京の進士館教習を経て、一九二〇年京都帝大教授（清外交史）となり、三二年に定年退官した。矢野はワシントン会議後、「満洲を以て日本の領土とする政策の理論的根拠を与へやうといふ動機からでは決して」なく、「支那歴史を専攻して居る者に於いては、これは事実当然のことを述べたに過ぎない心算で」「満洲は支那本来の領土でない」ことを主張した。そしてその後、「満洲国」独立により日本はその建国の理念目的を達成するよう援助する責務を負ったと述べ、これを日本の植民地化して経済的搾取を行うのでは、「名は独立国家であつても事実に於ては印度が英国に隷属して居ると同様の状態となり、満洲国人の怨恨を買ひ、亜細亜各地の弱小民族の我邦に対する期待を裏切り、僅かに満洲国を得たるに止まり、世界的にも亜細亜的にも孤立無援に陥るであらう」として、「満洲国」の現状を冷笑するのではなく、東洋的価値としての王道政治という理想を実現するよう助けることを力説した。(150)

日中戦争勃発後、矢野は、大亜細亜協会の論者らと多少論調を異にした、中国研究者らしい透徹した分析を行っている。矢野は、まず、日中戦争が、中国側が従来外国との戦争とは全く異なり、挙国一致、愛国の精神で死に物狂いで戦っ

てきていることを指摘し、「国民政府の多年の教育乃至宣伝によつて、今や支那全国に瀰漫するに至つた排日抗日の精神を反映するものとでも解釈しなければ外に解釈のしやうがない」と述べる。そして、近衛首相が議会演説で中国の排日教育・抗日政策を「古今東西の歴史に類例のない暴虐な態度」と批判したのを否定し、近衛が国民精神総動員大演説会で抗日勢力を壊滅させ「健全分子」と提携すると述べたのを誤りだとする。日本が中国の敵国でなく善隣友邦であり、排日抗日が非愛国であることを理解させなければ、敗戦後日本と提携する者は売国漢としか考えられないというのである。そして、日本が明治維新以来、中国と協力提携して東洋の平和を確立し、東洋の文化を発揚しようとしてきたにもかかわらず、東洋の平和・文化に関して日本と考えを異にする中国が、今日まで日本と協力しようとする誠意を見せたことはない、と断言する。従って、日本が中国に提携協力する必要を理解させるべく努力すればするほど、中国は排日侮日を増長し日中戦争となったというのである。そして、中国に日本との協力が必要であることを理解させるために、徹底的実物教育によって排日抗日の基盤を破壊すると同時に、占領地における実物教育により如何に日本が仁義の国、道義の国であるかを理解させ、日中提携が東洋文化の発揚、東洋平和の確立に必要であることを理解させなければならないと結論づけた[51]。中国研究の専門家として、矢野は現実的な分析を加え、その観点から日本に大亜細亜主義実現の可能性を見出すよう求めたのである。

元来、矢野は日中協力提携の可能性ということに極めて悲観的であった。日中戦争勃発前から、矢野は「日支の協力親善といふことは到底不可能かも知れない」と書いていた。理由は、中国が日中の利害が反するように考えていること、中国が中華思想を持ち日本と同じアジア・東洋の一国だという考えがなく、同じ文化・道徳を持つという観念がないことである。しかし矢野は、可能性は少ないかも知れないが残されている手段があるとして、中国人が日中両国には同一の使命があることを理解するよう努力すること、日本が満州を取ったわけではないことを形の上で明白に示すことを提

示していた。日中協力が到底できなければ仕方がないが、「それが出来れば亜細亜の天地はがらっと変る事は明かである」、「欧羅巴人に依てディクテートさるゝ欧羅巴本位の平和でなく、亜細亜を縛つて居る欧羅巴の勢力の退却に依て、亜細亜自身の力、亜細亜自身の意に依る亜細亜本位の平和が、恢復せらるゝことは明かである」[152]と一縷の望みを持ち、その実現の手段として大亜細亜主義に期待していた。大亜細亜協会幹部の中では、比較的醒めた眼を持っていたと言えよう。

その他、理事としては、黒板勝美の後継者である東京帝国大学文学部国史学科助教授（中世史）の平泉澄、大亜細亜協会設立の中心でもあった九州帝国大学法文学部教授（哲学）の鹿子木員信[153]、中国経済を専攻する元東亜同文書院教授で東京商大教授の根岸佶、弁護士で後に平沼騏一郎内閣の首相秘書官・書記官長となった法政大学教授の太田耕造、イスラーム研究者で聖心女子大学・東洋大学・立正大学などの教授を務めた内藤智秀[154]、満洲建国大学教授の中山優、東亜同文会の宇治田直義、台北高商教授の佐藤佐があり、大亜細亜協会の中枢にあった常任理事として、小野塚喜平次東大教授の下で政治学を修めた法政大学教授中谷武世が居た。会員にも、インドネシア研究者である今村忠助、竹井十郎や、拓殖大学教授飯泉良三、慶應義塾大学教授橋本増吉、満洲大同学院教授半田敏治、「革新派」として名高い東京帝国大学経済学部助教授橋爪明男、明治大学教授西田宇八、外交官出身でアウタルキー経済圏に詳しい法学博士の鹿島守之助鹿島建設社長、国民精神文化所員で哲学研究者の紀平正美、元台湾総督府総務長官で法学博士の貴族院議員下村宏、国家の生命学としての「生命科学」創設を説いた生理学者浦本政三郎慈恵医科大学教授[155]らがあり、その他にも教員として何人もが名前を連ねている。満鉄経済調査会の中平亮もこうした中に入れて良いと思われる。

元来大亜細亜協会は研究団体としての汎アジア学会を母体としていたから、当時はそれほど多くなかったアジア研究者を網羅し、インド人のラース・ビハーリー・ボースやベトナム人のコンデイらともつながりを持っていた。このうち、

イスラーム学者であった内藤智秀について簡単に紹介したい。内藤は、主にトルコ研究の立場から機関誌などに多くの論文を発表したが、そのうちの一つ「亜細亜か欧羅巴か」では、当時叫ばれていた一九三六年の危機を乗り越える方法として、クリミヤ戦役の際のトルコを模範とし、日満提携を基礎とするアジア諸国との連携、特にこれまで言われている東南アジアやインドのみではなく、西アジア・西南アジア、特にトルコ人種との連携を提案している。汎トルコ主義や汎ツラン主義を使い、ペルシヤ領アゼンバイジャン、トルキスタン、アフガニスタンなどへまで連携を伸ばすことができれば、ソ連を牽制することができるというのである。即ち、「満洲国」承認問題で日本が白人の批判審理を受けた一九三三年と、トルコをめぐり英仏伊埃土の五カ国とロシアとが戦いロシアが孤立した一八五四年とを比較し、孤立し革命を招いたロシアの轍を踏まないために「日本の指導下に於ける亜細亜人の亜細亜」という標語を実現すべきであると主張する[156]。彼は以前からトルコとの同盟やトルコ・フィンランドにおける汎ツラン主義、汎トルコ連邦運動、汎回教運動などとの提携を提案し、さらにこれを広げて回教諸国、インド、アラビヤ、ペルシャ、南洋、アフガニスタン、中国などと連携することで、英国にも対抗することができると述べていた[157]。

近年の研究によれば、日露戦争後、満州に移住してきていたタタール系ムスリムと日本人との間に接触が生じ、ロシア領内のタタール人と強いネットワークを持ちロシアに対抗して汎イスラミズム運動を組織していた彼らに、大アジア主義者や軍部が利用価値を見出して接近し、タタール系ムスリムの指導者アブデュルレシト・イブラヒムのように、イスラームに改宗させた日本をアジアの盟主として擁立し西欧帝国主義に対抗しようとする動きも現れた。イブラヒムによってムスリムとなった大原武慶や山岡光太郎を中心に、亜細亜義会も結成された。そしてロシア革命後、満州経由で日本に亡命してくるタタール系ムスリムは増加し、三〇年頃までに東京、名古屋、神戸、熊本などにタタール人コミュニティが形成されるようになった。三五年の神戸に続き、三八年五月には渋谷大山町にモスクが完成し、イブラヒムを

導師として礼拝が行われるに至った。落成祝賀式は君が代斉唱で始まり、満洲国皇弟の発声で「天皇陛下万歳」が叫ばれ、次いで大亜細亜協会会頭松井石根の発声で「回教徒万歳」が唱和されたという。[158] これらのことからわかるように、イスラームとの関係は、満州事変と関連の深いものであった。三二年には日本で初めて、イスラーム文化研究を行う「イスラム文化研究所」が設立されたが、その中心人物の一人が内藤智秀であった。[159] 三七年五月、「イスラム文化研究所」の後身である「イスラム文化協会」が成立し、三八年九月には林銑十郎を会長とする大日本回教協会が設立され、三九年二月に両者は合流した。[160] 先に紹介したように、大亜細亜協会にも参加した内藤は積極的にイスラームや汎イスラミズム運動、あるいはタタール人、トルコなどとの提携を訴え、[161] 在日インド人と同様ディアスポラであったタタール人の日本移住などもあって、大亜細亜主義は東アジアや東南アジア、インドのみならず、中東や「回教」圏にまで広がる「反西洋」、反西欧帝国主義としての「アジア」概念を手に入れたのである。学者の他、ボースら日本に逃れてきたアジア人が大亜細亜協会の広告塔となって活動したことは、その証言によって説得力を加えたと思われる。

なお、このような学者による活動が地方で大きな役割を果たしたのは、福岡と京都であった。表1を見ればわかるように、支部会員に占める学者の割合が高いのは、一七・五％の福岡と一七・四％の京都、そして九・〇％の金沢であった。福岡の場合、鹿子木員信を筆頭に、九州帝国大学教授の板垣政彦（医学部、温泉治療学研究所所長）、伊藤兆司（アジア農業地理学）、張玄彦（応用化学）、谷村熙（医学部）、後藤七郎（医学部外科学、陸軍少将、後に軍医監）、福岡高商教授平賀衡太郎や修猷館教師、高女校長などがあった。鹿子木の影響力が作用したと考えられる。三八年五月に福岡支部主催で時局講演会を開いた際には、荒川文六九州大学総長の「懇請により」松井と伊藤述史が九州大学工学部講堂において教授・学生一千余名に対して講話を行ったほどである。[162] 京都の場合、先に、支部設立の中心になったのが京都帝大教授らと大谷光瑞ら仏教関係者であったと述べたが、支部理事に谷口吉彦（経済学）・矢野仁一、評議員に堀場

信吉（理学部化学科）、竹崎嘉徳（農学部）、野上俊夫（心理学）、倉内吟二郎（不詳）、八木芳之助（経済学）、正路倫之助（医学部、七三一部隊に関与）、前田鼎（医化学）、郡場寛（植物学）、近藤金助（農学部微生物学）、榎本中衛（農学部水稲学）、作田壮一（世界経済学）といった各学部の学部長クラスが顔を揃え、他にも会員として、石川興二（東亜経済研究）、大井清一（工学部）、大藤高彦（工学部）、田島順（法律学）、松山基範（地球物理学）、牧健二（古代法制史）ら京都帝国大学教授が顔をそろえていた。京都帝大の比重は圧倒的に大きい。その他、仏教関係で大谷大学教授の寺内婉雅、阿部恵水、医学関係で京都府立医科大学浅山忠愛（外科学）らが会員としてあり、京都中学校長などもあった。意外にも理系の比率が多く、いわゆる「京都学派」に近い哲学系の会員はいないが、経済や農業、工業などでもアジアとの接点を持つ専攻が比較的多い。金沢の場合、理事として支部結成の中心にもなった岡本規矩雄の他、理事の古屋芳雄、会員の辰村清次ら金沢医科大学教授があり、他に藤花高等女学校校長、中学校教諭らが顔を揃えている。九州帝国大学、京都帝国大学、金沢医科大学がそれぞれ福岡、京都、金沢において持っていたプレゼンスを示すと同時に、彼らの社会的影響が大亜細亜主義を広めるのに役立ったことが推測できる。なお、大阪支部では、大阪外国語学校（後の大阪外国語大学）の葉山萬次郎校長と金子二郎教授・吉野美彌雄教授（いずれも漢語）、勝本鼎一大阪商科大学講師、辻元謙之助大阪帝大工学部講師、駒井徳三康徳学院長らが会員となっていた。

この他、大学関係者を含めて、医師が積極的に大亜細亜協会に参加していることが注目される。この点で特徴的なのは名古屋である。名古屋医科大学教授のみならず、病院長や医師としての会員の割合が多い。このことは、弁護士と共に医師が社会的地位の高い地域における名士であったこと以外に、軍医や外地における医療としての経験、さらに戦争や汎アジア主義において医療が果たした役割とも関係していると考えられる。医学や土木・建築・農業を含む科学技術は、日本の優越性を示す「文明」の「精華」として汎アジア主義の一部を構成し、占領地宣撫工作などに積極的に活用

されていったのである。

すでに佐藤佐台湾高商教授は、日中戦争勃発直後から、中国国民党が抗日のイデオロギーとして西洋流の三民主義を掲げているのに対抗して、皇道文化を普及することで南京政府をアジアへと復帰させ、大亜細亜連盟へと誘導すべきことを説き、武力戦争と併行して思想工作・文化工作を積極的に行うことを主張していた。日本がそれまで行ってきた文化政策が、義和団事件賠償金による留学生招致、人文・自然科学に関する研究所と一〇余箇所の病院の設置程度に過ぎず、「中国の開港場には何れも支那人相手の宏壮たるミツションスクール、病院を設置し、如何なる寒村僻地にも教会堂を有する欧米列国の文化思想工作」と比べると貧弱であったことを批判し、その充実を唱えている[163]。興亜院政務部長であった鈴木貞一は後に、興亜院の活動範囲は狭く、制約も大きくてあまり大きな仕事ができなかったと言いながら、占領地における排日的な空気を緩和するために、北京や上海にあった同仁病院の拡大など、医療と教育宣伝とを最も重視したことを回顧している[164]。とりわけ鈴木政務部長らは、傀儡政権育成や治安維持と共に華僑対策を重視しており、華北・華中は経済開発、「南洋」ともつながる華南は華僑との経済協力に力を入れ、日本語教育を含む社会事業やラジオ・新聞・映画などの宣撫工作を行った[165]。興亜院には総裁官房の他、政務部や経済部などがあったが、政務部第一課・第二課では現地傀儡政権の育成・協力・指導などを扱い、第二課ではその他に重慶政府の切り崩し、「南洋」華僑工作、三九年一一月に結成した興亜団体連合会による民間の形での傀儡政権支援、中国人留学生の指導なども行った。第三課は現地での政治・経済・文化調査、情報収集、映画による啓蒙宣伝などを扱った。この他に経済部と文化部があったが、本稿にとってより重要なのは文化部である。文化部第一課が文化事業団体の設立、興亜団体連合会の結成・指導、善隣協会・華北産業化学研究所・華北及華中棉産改新会・東亜文化協会の設立を扱い、第二課が、衛生・貿易・医療・救恤などを扱った。特に後者は、「日本医学ノ精華ヲ発揮シテ支那ニ於ケル衛生状態ヲ改善シ以テ有為ナル邦人ノ進出ヲ促

進シ併セテ支那民心ノ把握ニ資スル」ことを目的とし、同仁会事業を拡大し、華北・華中の防疫を行うと共に、占領地各地に診療班を編成派遣した。[166] 文化部第三課は思想・教育・宗教・学術を扱った。この他、技術部があり、コレラやマラリアなどの対策をも行った。占領地経営において、医療・技術などと、日本語教育を含む宗教・文化工作などによる宣撫工作が、大きな役割を占めている。

なお、興亜院には華北連絡部（北京）・華北連絡部青島出張所・蒙彊連絡部（張家口）・華中連絡部（上海）・廈門連絡部があった。このうち、廈門は、西南派政権のあった華南の一拠点や南洋などとの中継貿易地、第三国の租界であった鼓浪嶼接収などの性格から特に重視され、現地軍・領事館・台湾総督府と連携をとりながら、各種政策を実施することとされていた。その政務部第一班は、福建・廈門などを中心とした傀儡政権の育成指導、第三班は三民主義の修正や日本精神注入、排日容共除去、日本宗教の進出、貧民救済、博愛会医院を利用した防疫・医療・衛生などを扱い、第四班は「支那事変処理上主要解決点を占ムル対華僑工作」のための対華僑工作実施要領を三九年一二月作成し、廈門工作を行った。経済部も第一班が抗日是正・日本商品進出・南方貿易進展・資源開発・華僑対策宣撫工作などを、第二班が交通・郵便・電信・気象・公共事業などを扱う他、「南支開発日華経済提携ヲ特殊使命トスル」福大公司の指導などを行った。[167] 廈門を始めとする華南の宣撫事業の場合、対岸の台湾総督府の補助を受けつつ、廈門領事館が日本人小学校・旭瀛書院（台湾人公学校）、博愛医院、全〓新日報経営などを行ってきたが、興亜院の整備に伴い、博愛医院と新聞の経営を興亜院に移す方向になっている。[168] なお、こうした占領地における文化政策を重視する立場からは、逆に植民地や占領地における西洋諸国による文化政策を排除する政策が進められることとなる。[169] 駒込武が明らかにしてきたような、台湾や朝鮮におけるミッションスクール、教会、病院などに対する抑圧がそれである。

学者や文化事業関係者らの他に、社会的影響力が大きいのはジャーナリストやマスコミ関係である。大亜細亜協会の

評議員には、高名な徳富蘇峰が居た。[170] 蘇峰は「恐英病を根治せよ」と対英強硬論を唱え、[171] 日中戦争拡大直後から広東攻略を主張し、抗日の拠点を破壊すると同時に、「東洋を我物顔に振舞ひ、南支に龍蟠虎踞して、陰に陽に蒋介石の肩を持ちつゝある或国に対する実物教訓」として、「飽迄日本を見縊り、飽迄日本を妨害し、飽迄日本の寛裕と、好意とに酬ゆるに、忘恩と、裏切と、背徳とを以てしたる或国に対して。彼等の鼻の先に於て、皇軍本来の真面目を発揮するも、決して等閑の業ではあるまい。」と論じた。[172]『大阪毎日新聞』を中心とする蘇峰の反英論は、多くの人々に読まれた。

報道関係者が目立って多いのは、大阪支部、次いで名古屋支部であった。大阪の場合、三人居る常務理事の二人が、神尾茂大阪朝日新聞編集局顧問と大阪毎日新聞の澤村幸夫であり、理事に高石眞五郎、高原操という大阪毎日・大阪朝日の両主筆がおり、会員に村上長襷大阪朝日会長・上野精一社長、大阪朝日・大阪毎日両社の東亜部長、大阪朝日論説委員の武藤貞一[173]といったように、大阪朝日・大阪毎日両社の錚々たる顔ぶれが並んでおり、他にも、日刊工業新聞・大阪中外商業新報、同盟通信などの幹部が名を連ねていた。名古屋においては、地元の新愛知新聞の主幹・総務や名古屋新聞社長を始め、大阪毎日・ジャパンタイムス・東洋経済新報の支局長が会員となっており、やはりここでも新聞社が大きな役割を果たしている。福岡、金沢、京都などでは報道関係者が会員になるという現象は見られず、実際には新聞社が反英運動において果たした役割は大きかったものの、大阪、名古屋における新聞社の突出ぶりと大きな対照をなしている。彼らを通じて、ジャーナリズムが反英運動などに大きな影響力を振るったことは、容易に想像できる。例えば、一九三九年夏の反英運動において、報知・東京日日・東京朝日・中外商業新報・大阪毎日・大阪朝日・読売・国民・都の各新聞社と同盟通信社の一〇社は七月一五日に対英共同宣言を出し、「聖戦目的達成」に対して加えられる援蒋などの英国の妨害を排撃し、有田外相とクレーギー大使との東京会談において、英国が認識を是正して新秩序建設に協力するよう求めた。[174] 当時の政治空間を形成する上での新聞の影響力は、想像するに余りある。

なお、大亜細亜協会の文化思想団体としての運営の多くは、常任理事であった中谷武世法政大学教授と理事長だった下中彌三郎平凡社社長の二人に負っていたと言うことができる。機関誌『大亜細亜主義』の巻頭言は、ほとんどが中谷によって書かれている。中谷はまた、興亜院ができると鈴木貞一興亜院政務部長の下で、興亜院嘱託として上海に大亜細亜主義研究所を設立し、汪兆銘工作の思想文化面からの基盤作りを推進する一方、上海在住のインド人・ベトナム人・フィリピン人を集め亜細亜国民会議上海委員会を組織して、現地での大亜細亜運動を展開した。[175] 一方、非常に広い幅を持つ出版人・言論人であった下中の存在も、協会の大きな原動力であった。下中は、『世界美術全集』全三六巻、『現代大衆文学全集』全六〇巻などで成功し、一九三一年から三四年にかけて日本における最初の本格的百科事典である『大百科事典』全二六巻を刊行していた精力家である。三八年春、下中は北京に渡り、中国に、反日色を排除し「善隣・友好」を旨とする小中学校教科書を刊行・配布する事業を興すため、北支那方面軍特務部総務課長となっていた大亜細亜協会理事の根本博大佐の協力を得て、日中合弁の新民印書館を設立し、[176] 四〇年まで華北占領地における大亜細亜主義や対日協力の宣撫工作に従事した。下中は戦後も出版界・思想界に大きな影響力を持ち続けたが、下中を囲む人々によって作られた『下中彌三郎事典』は、大亜細亜協会における下中と中谷の存在について、こう記している。

「大亜細亜協会における下中の地位は、ただに理事長という役職としての立場だけでなく、協会の前身である汎亜細亜学会以来の、名実共に中心的な存在であって、下中と一身（ママ）同体的同志としての中谷武世等が、下中と共に協会を創立し、運営し、発展させていったということができる。会頭や重要役員には陸海軍の将星や参謀や政治家達が名を連ねていたが、下中の思想及び性格からしても、軍部や政府の御用的外郭団体たることに甘んずる筈はないのでありむしろ下中とその思想的同志が軍部を引きずって、国策の方向を大亜細亜主義の線にもっていったのである。大亜細亜主義が創立される当時までの軍部内の考え方には、いわゆる対支政策とか大陸経綸とかいうものはあって

も、インドやアラブ圏諸国の独立と解放を含む本来の大亜細亜主義的傾向は極めて微弱なものであり、外務省関係者や、軍部でも特に海軍部内には依然として日英同盟的思想の残滓が強く残っていた。これをインドの独立をも指向する反英的大亜細亜主義の雰囲気に盛り上げ、支那事変勃発前後における猛烈な反英運動の展開を見るまでに、現実の情勢を馴致していったことについては、大亜細亜協会における下中等の思想的同志の軍部に対する働きかけが大きく作用していることを見逃すわけにはいかない。そしてこのことは、歴史的事実として、支那事変が大東亜戦争につづく関係にあるように、大亜細亜協会を通じての下中、中谷等のアジア解放の思想運動が大東亜戦争の思想的要因に連なる[177]」。

この文章が中谷武世によって書かれたものであることを割り引いたとしても、下中及び中谷が大亜細亜協会の運営や、汎アジア主義思想の形成において果たした役割を否定することはできない。

この他、出雲大社宮司の千家尊建、大阪弁護士会長で日本禁酒同盟理事長の林龍太郎（大阪支部）、大谷光瑞の弟子で中央アジアへの大谷探検隊にも参加した浄土宗本願寺津村別院（北御堂）の本田恵隆（大阪支部）、京都支部評議員の大谷光瑞、大谷大学教授の寺本婉雅・阿部恵水、茶道宗家の千宗室（いずれも京都支部）といった宗教家、文化人も会員となっており、彼らの宗教ネットワークなどを通じて、関西や北陸を中心に大亜細亜主義が広く浸透していったことが推測される[178]。

（六）実業・経済ネットワーク

大亜細亜協会会員の内、ほとんどの国内実業界関係者は本部には所属して居らず、支部に所属している。本部会員が所属している企業は、大同商行、大和公司、中日実業（高木陸郎ら）、華南銀行（竹藤峰治）、日満鉱業、満鉄、南洋興

発、東亜興業など、台湾、満州、華北、「南洋」などとの通商・開発事業に携わっている国策・準国策会社と、台湾と深い関係を持っている星製薬（星一）[179]や、鐘紡（津田信吾）と大阪商船（村田省蔵）に見られるアジアで英国と熾烈な通商・海運競争を行ってきた企業とに大別される。

実業界関係者のうち、政治的影響力が強かったのは、紡績業界中で唯一本部会員となった鐘紡の津田信吾及び大阪商船の村田省蔵で、二人は日本紡績連合会会長、日本船主協会会長として打倒英国を目標にしてきた反英強硬論の双璧であった。いずれも、日本が明治維新以来モデルとし、超克すべき対象としてきた英国に対し激しく戦ってきた業界である。特に英国の代表的輸出産業であった繊維産業は、まず国家による急速な育成により輸入代替を行い、次に英国の主要市場であった中国、さらにはインド、東南アジアへと輸出を伸ばすことで、外貨を獲得し「富国強兵」を実現するための先兵の役割を果たしていた。紡績業界の中でも鐘紡は最も戦闘的であり、日英通商摩擦の際、津田は業界による輸出調整を求める「輸出統制」に激しく反発し、対英協調を図る政府を強く批判するなど、新聞などを通じ政治的にも積極的な発言を続けていた。津田は、日英通商摩擦に際して次のように檄を飛ばしている。

「東洋の市場において英国の息のかゝらぬ所はどこにもない、濠洲、アフリカ、印度は申すに及ばず、総ての市場に亘つて英国は多年その基礎を築き上げてゐるのみならず、南米においてもまた非常な勢力を持つて居る、今後我国の輸出貿易は英国に気兼ねして何処にか行くべき、十年以前までは日本の綿業者は支那を以て唯一の地盤とした、然るに十数年以来支那は日貨排斥を以てするのみならず、支那市場は混沌として、いつ安定すべきやは予測るこす（ママ）とが出来ない様になつて吾綿業はその後蘭領印度に或は英領印度に進出したのは止むを得ざるに出たものである、しかも今日英領印度、蘭領印度より退却を命ぜられたのが日印協商である　綿業者は今後何処に行くと泣き顔をするのではない、今は日本産業何処にか行くの問題である、現内閣が英国を恐る、こと虎の如しと云ふ今日の態度を

是認するならば我国は断然六十余年の明治、大正の文明を清算して鎖国主義に立戻るの外はあるまい」[180]

「日本綿業が唯一の支那市場を失つたのは外交上の折衝措置緩厳其宜しきを得ず彼れの軽侮を買つた事が原因であつた。満州事変で一部を恢復はしたが、上海を中心とする市場は今後十年氷結を免れない。此の如くして日本綿業が遠く南洋、印度に憂き旅を重ね千辛万苦漸く印度に足場を築くや息をもつかせず排撃を喰ひ更に放浪の旅に上らんとす。其状恰も罪人の追はるゝが如し。印度が英国の属領であるの故を以て正しき日印両国民の貿易を遠慮する必要はあるまい。東洋は白人の世界ではない。東洋人同志の通商、ことに安価良質の日本品を普及し其生活を幸福ならしむるのは日本民族の平和事業である。此貴き使命に対して加ふる暴虐を排撃せずして正義日本の威望何処にかある。此の如き無力の外交は次に来るべき幾多の外交々渉に悪例をのこすこと瞭なり。政府は日英、日蘭協商に如何なる成算を有するや。私の不可解とするところであります。」[181]

海運業もまた、輸出におけると同様、その経済的対英競争におけるインフラの側面を担ってきた産業である。『東京日日新聞』が三九年七月に掲載した特集記事「相搏つ日英経済戦　上　支那の巻」では、金融（通貨闘争）、貿易、事業投資と並んで、海運を取り上げている。それによれば、海運においても事変直前までは中国沿岸航路及び揚子江航路などにおいて英国が中国に次いで優勢であり、中国の国営汽船局である招商局に多額の債権を持ち中国海運を握ろうとしていた。事変によって英国は主力の上海及び揚子江沿岸線に打撃を受けたが、華南と香港とを結び、華北でも法幣貿易のため勢力を維持しようとしているというのである。この論説では、英国側は揚子江開放を日本に要求しているが、日本はまず国民政府によって破壊された中国海運を整備した後に英国の海運優位を打倒しなければならないと論じている。[182] 明治以来、安全保障や経済販路確保のためにまず日本近海における主要航路の日本側による創設・維持を目指し、次第にそれを広げようとしてきた海運業は、東アジア、さらには東南アジアにおいても、英国などの西洋諸国から海運覇権を

奪おうとしていたのである。特に、大阪商船は、『大亜細亜主義』に、「経済的大亜細亜主義の確立！亜細亜諸国との通商交通は　満州支那南洋諸島の視察は　大阪商船にて」という広告を掲げるなど[183]、東アジア・東南アジアにおける海運シェアを広げようとしていた。

大亜細亜協会の支部における実業界関係会員の多くは、津田の紡績業の如く、アジアにおける英国との輸出競争に従事してきた繊維産業・雑貨産業や、貿易業者が圧倒的に多い。彼らは、日印協商・日蘭協商を通じて、反英・汎アジア主義に目覚め、英国によって虐げられる「アジア」の具体的イメージを手にしたのである。そして、そうしたアジア向け輸出産業の牙城は「関西」であり、その主な輸出港は横浜ではなく神戸であった[184]。支部ごとの会員数のうち、実業関係者が六五・三％と最も多いのは京都である。高島屋、大丸、丸物百貨店、鳩居堂、京都瓦斯、京都電灯、島津製作所といった京都の代表的企業オーナーや全国的な生命保険・銀行の京都支店長のほか、織物商・生糸商・呉服問屋・洋傘商・刺繍業・鹿ノ子絞商・袋物商・料理業・旅館館主・薬種商・製氷業といった繊維関係を中心とする地場の自営業者が多いことも京都支部の特徴である。この他、京都商工会議所副会頭を初めとする理事・議員、京都取引所理事長などの地元財界幹部も多く参加していた。次いで五七・六％を実業関係者が占める金沢支部では、薬種商を始めとする商業関係者が多かった。大阪支部では、武田長兵衛商店（後の武田薬品）・伊藤忠商事・近江商会・竹中工務店・鐘紡・大阪商船・大阪朝日新聞・栗本鉄工所・丸善石油・住友生命・東京ペイント・内外綿・グリコ・又一商会・安宅商会・銭高組・美津野運動用品などのオーナーらや、繊維関係を始めとする各種中小の商工業者が多かった。また、元大阪商工会議所理事で参謀本部嘱託の武田鼎一が理事として、同会頭の安宅彌吉、副会頭の中山太一大阪実業組合連合会長・片岡安大阪工業会理事長も評議員として参加していた。なお、三八年一〇月の時点ではまだ神戸支部ができていなかったため、大阪支部には神戸を拠点とする企業の関係者も含まれていた。名古屋支部においては、豊田紡績・新愛知新聞・

名古屋新聞・名古屋鉄道・名古屋銀行・名古屋起毛・東邦瓦斯といった地元を代表する企業の社長ら幹部や中小商工業者が会員に名を連ね、米穀取引所所長・株式取引所理事・愛知県農会などの地元財界関係者も加わっていた。実業関係者の比率の比較的低い福岡支部では、鉄工所・造船所や鉱業関係のほか、中小の商工業者が会員になっている。

なお、三八年一一月二六日、約五〇〇名の参会者を集めて、神戸商工会議所において神戸支部が発会した。参会者の中には、北京政府、インド、トルコ・タタール、現地のムスリム、アラビア、モンゴルの代表者も含まれていたという。神戸は、これから述べるように、日本の汎アジア主義を考える上で、極めて重要な土地であり、ことに大亜細亜協会にとってもそうであった。そこで、通商・産業や文化などの面を中心に、神戸支部成立をめぐる事情を少し詳しく説明しておきたい。神戸総領事館のホィットトール（L. H. Whittall）は一二月一七日付のクレーギー大使宛電報で、新聞に報じられたその模様を伝え、特に松井会頭の演説を興味深いものとして紹介している。特に、大亜細亜協会が三三年以来大亜細亜主義の宣伝に沿って運営されてきたこと、中国国内と同様に蘭印・仏印・インドにおいても支持者を獲得しようと努力してきていること、そして、神戸の地こそアジアの抑圧されてきた諸民族が政治的・文化的独立を回復し共存できるようにするという協会の目的を実現する運動に最も適した場所であること、などを述べた点である。続いて立った村上堅固副会頭は、現在は有色人種復権の時代であるとし、日中戦争はその結果生じている有色人種と白人種との衝突であって、蒋介石は白人種の支援を受けていると説いた。三番目に立った伊藤述史公使は国際政治を回顧し、大亜細亜主義の必然性を論じた(185)。

大亜細亜協会神戸支部発会の二ヶ月後、英国のオベンス神戸総領事（A. R. Ovens）は、関西におけるアジア系外国人コミュニティの最も重要な華僑及び印僑について、東京のクレーギー大使に報告した。まず初めに、一月一八日に開かれた神戸華僑振興会の第一回総会について、それが汪兆銘支持を訴え日中通商改善を求める受動的なものであったこと

を説明した後、英国にとって関心事である印僑問題の詳細な説明に移る。特にA・M・サハーイの在日インド人社会における司令塔的立場に触れ、彼によって「インド人のためのインド建設」というスローガンの下インド人コミュニティの統合が図られ、日中戦争における日印提携が強調され、反英運動によってインド人社会と日本社会との関係強化が進められていることが述べられる。その後、大亜細亜協会についての報告がなされ、神戸支部の会員は一二月二五日の段階で一六八名であったが、数年のうちに五〇〇名を超えることが謳われており、一二月には矢野仁一副会頭による日中協力の将来についての講演会があったことを述べている。二月一一日の紀元節には神戸商工会議所で、数千人の大阪・神戸地区の実業家（ドイツ人・ハンガリー人・イタリア人を含む）、アジア各国からの約二〇〇人の参加を見込み、さらに兵庫県知事を初めとする神戸の県・市幹部、大日本回教協会の林銑十郎会長、大亜細亜協会の松井石根会頭、頭山満、ラース・ビハーリー・ボース、小笠原流宗家などの列席による汎アジア・反共集会を開く計画が進められていることも報告された。主催は前年に結成された亜細亜倶楽部（会長は田崎慎治神戸商大学長）、これを浄土宗僧侶の井川定慶京都帝国大学嘱託や永福寺管長らが後援するということであり、「他の都市でこのような国際的式典が計画されているかはわからないが、日本における華僑及び印僑の経済利益の中心である神戸においてなされることは極めて重要なことと言えよう」と報告は結論づけている。(186)

現在のところ、実際にこの式典が行われたことを裏付ける新聞・雑誌などの史料は寡聞にして見つけることができないが、英国神戸総領事のこの報告は、汎アジア主義において神戸が持っていた重要性を余すところなく伝えている。商工会議所を中心とする実業界、インド人・華僑・ムスリムを含むアジア人、神戸商大、仏教といったアクターが集まる神戸が、汎アジア主義の象徴として見なされたのである。元来、英国の日本大使館は、インド人コミュニティの中心である神戸を東京、大阪と異質な都市であることを認めながらも、それがこれほどまでの政治的重要性を持つに至るとは、

必ずしも考えていなかった。クライブ大使は、三四年一一月サイモン外相に送った電報において、東京・横浜・大阪・神戸の領事・総領事らからの報告書を根拠に、インド省がプラタープやボースらの反英活動を過大評価しているという判断を示した。確かに、神戸は「ボイス・オブ・インディア」を発行するインド国民会議派の拠点であり、反英運動の中心的指導者であるサハーイが居る。しかしながら、概してインド商人にとっての関心事はビジネスであり、それと反しない限り政治的な反英運動とは結びつかない。大阪・神戸の日本人商人もまた、ビジネスに関係しない限り、「英国が呻吟するインド大衆を圧迫している」という話にはあまり影響されないだろう[187]、と。後世から見れば、日印会商をめぐり、日本の軽工業関係者を中心に大阪・神戸の実業界が日本政府の弱腰を詰り、反英運動を始めているこの時点において、クライブ大使のこの判断は甘かったと言わざるを得ないであろう。しかし、クライブは、領事らの中では最も危機感を感じている神戸領事フィップス(G. H. Phipps)よりも、大阪商人はインド民衆の苦しみなどに関心はなく自分の商売の利益にしか目を向けないから、彼らが英国に対して文句を言っている間はインド人運動家の宣伝に手を打つ必要はないと主張する大阪総領事ホワイト(Oswald White)の意見に同調したのである[188]。

しかしながらその後、日英通商摩擦の激化と日中戦争とによって、大阪・神戸・京都・奈良など「関西」を中心に日本は、通商・産業・宗教・文化と政治問題との連関を深め、汎アジア主義、反英運動へと収斂していった[189]。切断されていた経済問題と他の分野における問題とを結びつけ、それを政治運動へと動員したのは、緩やかなイデオロギー・ネットワークとしての大亜細亜協会の力が大きいと考える。中でも、神戸支部ができる前から、貿易商の側面を持つサハーイが、大阪支部評議員として大阪・神戸の産業界において果たしてきた役割を無視することはできないであろう。日々の生活の場である職場、大学などの学校、檀家、新聞や講演会などによる公共政治空間を通じて、大亜細亜協会は、サハーイやボースら亡命インド人の反英主義の主張を反響させ、反英運動を盛り上げていったのである。それは、従来の

既成政党や労働組合、あるいは地方官僚制度などによって行うことができるものではなく、緩やかなイデオロギー・ネットワークとしての大亜細亜協会だからこそできたことであった。

（七）イデオロギー・ネットワークから政治団体へ

これまで述べてきたように、大亜細亜協会は、政党や藩閥、財界団体、労働組合、産業組合、宗教団体、右翼結社といった様々な政治組織・経済組織・社会組織とは異なる組織原理で成り立っていた。人々の生活に身近な日常の、政治・経済・文化・宗教といった異なる分野、業界におけるそれぞれのネットワークを、大亜細亜主義という比較的平易で共感しやすいイデオロギーによってつなぐことによって、政党組織や労働組合などによって通常は組織化されていない人々までも動員することができた。それは、大亜細亜協会本部という中核組織、そしてそこから国内外へ伸びる各支部というクラスター、本部及び支部に居る社会的影響力の大きな各界のハブ的人物を媒介として、四方八方へと影響力を広げていった。それは、日中戦争においては、松井石根を中心とする汎アジア主義に立脚した軍事行動を様々なレベルでサポートする陸海軍軍人らのネットワークであり、民間の形で傀儡政権育成や占領地の治安維持・宣撫工作を実施するネットワークでもあった。亡命インド人を中心とした在日外国人や新聞社、イデオローグのみでなく、地方官庁幹部、地方財界、地方政界などにも浸透することで、会員となっていない草の根レベルの民衆をデモや集会などの示威運動へと大量に動員し、国内に政治の波を作り出すことができたのである。当時としては、異例の政治組織原理に基づいた国民運動であった。

その政治的影響力が遺憾なく発揮されたのが、一九三九年夏の天津租界封鎖に際しての反英運動の昂まりであった。全国津々浦々における大衆運動は、政治家らを震撼させた。三九年一二月一〇日、池田成彬を訪ねた原田熊雄は、「今

度末次大将、松井石根大将、それから中野正剛、橋本欣五郎といつたやうな連中と生産党等が一緒になつて一つの団体を作つた。末次は『なに、錦の御旗を持てば何でもできるよ』[190]と言つてゐたが、どうも極めて危険な話だ。」と述べ、危機感を募らせている。

一二月一二日、大亜細亜協会は昭和一四年度総会を丸の内東京會舘で開いたが、その席上、下中彌三郎理事長は事業報告の中で次のように述べている。

「松井大将の出征中は、松井大将自ら末次大将に会頭として本会を統率されるやうに依嘱せられ、末次大将を中心として会務を進めて参りました。当時会内に時局委員会を設けて解決議案を当路に具申し、同時に全国の各支部にも働きかけ、支部の活動も次第に活発となつて参りました。

昨年三月、松井大将凱旋せられて後は、各地に転々講演せられ、事変意義の徹底に尽せられ殆ど席の暖まる暇もない有様でありました。此の間又新支部の結成にも尽力せられました。

本年夏季には甲州山中湖畔に於て、盛なる大亜細亜主義道場が開かれ、兼て支部連絡会議が開かれました。席上盛んな論議が戦はされた中に最も私どもを刺戟したのは、この非常時局、而も大亜細亜主義こそ時局解決の思想的本流たるべき時代にあつて、本部は一体何をしてをるか、研究会、講演会位でお茶を濁してゐてそれでよいのか、と云ふ詰責的質問でありました。それによつて、本部のものは大に意を強うすると同時に、安閑としてはをられなくなりました。最近革新諸団体と相携へて、東亜建設の力強い国民運動を展開しようとするに至つたのも実はその為であります。［中略――松浦註］

世界的動乱の勃発は、生命的、地域的、亜細亜協同体の結成を不可避に運命づけてゐます。この傾向に掉して、我が大亜細亜協会は、益々その存在の意義を明確にし、その活動を有効にせねばなりません。各地の支部もまたそ

れを要求せられ、国民またそれを切望してをる次第であります。最近各地に於ける講演会座談会が非常な盛況で、文字通り満場立錐の余地なく、場外に数千の大衆があふれ、両大将の挨拶によつて始めて退散を見たといふやうな有様でありました。これみな本会に対する国民の期待を物語つてをるものであると信じます。

本会の明日の活動は、国外的には支那始め亜細亜の諸地域へ大亜細亜主義思想の普及徹底を計るために人を派するなり、連絡するなりすることであります。国内的には、各地に支部を結成すると共に、革新諸勢力と相提携して、その連絡を密にし、この未曾有の時局に最善の活動を尽すことにあると存じます。[191]」

大亜細亜主義講習会は、反英運動も終盤となった三九年八月九日から一五日にかけて、山中湖畔旭ガ丘こなや旅館にて、東京・横浜・静岡・埼玉・山梨・金沢・名古屋・大阪・福岡・島根・神戸・広島・朝鮮から七一名の受講者を集めて行われた。[192] これと平行して行われた支部連絡会議がきっかけとなり、また協会が中心となった反英運動の盛り上がりにも刺激されて、大亜細亜協会は、思想文化団体から政治団体へと脱皮することとなったのである。大亜細亜協会は、一二月七日、安達謙蔵らの国民同盟、国民同盟から別れた中野正剛の東方会、橋本欣五郎の大日本青年党などと合流し、末次信正を会長とする東亜建設国民連盟（東建連）を作った。東建連に合流した政党の党首らは、いずれも、大亜細亜協会に所属していた顔ぶれである。そして、東建連結成直後の四〇年一月二一日に浅間丸事件が起こり、独ソ不可侵条約締結後一時下火となっていた反英運動が、東建連を中心に再び燃え広がることとなったのである。中谷によれば、中野の東方会や橋本の大日本青年党と競合する形で大亜細亜協会系の青年亜細亜同盟が末次を担ぎ、「新ファッショ運動」を成功させ、その結果、末次内閣説が噂されるほどその勢力は強まった。[193] なお、松井は、政治運動としての東建連にはおつきあい程度に名を連ねただけであったという。

しかしながら、政治のアリーナに上がったことにより、皮肉にも大亜細亜協会は失速していくことになった。その台

頭に危機感を覚えた既成政党の中から、近衛新党を作ることで政界再編の主導権を握ろうとする新党運動が現れ、東建連は従来の政党政治の延長上にある新党運動と互角に対峙する構図となった。米内内閣の石渡内閣書記官長が原田熊雄に対して、六月九日に「右翼陣営の愛国団体が、ほとんどすべて団結して、新党反対運動を非常に強力にやつてゐる。末次とか橋本とか、建川とかいふやうな所謂革新派の方は大したことはなさそうだけれども、右翼の愛国団体の一致した運動は、相当強い。必ずしもどつちが好いか悪いかわからないけれども、その情況だけは近衛に言つておいてくれないか。」と述べた通り[194]である。その後、中谷ら大亜細亜協会の多くが中国の汪兆銘政権擁立に忙殺されて国内の勢力が衰え、新党運動に東方会、国民同盟が合流していく中で、大亜細亜協会も孤立・閉塞し、結局「臣道実践」のみを綱領とする挙国一致を作り出した大政翼賛会の中に吸収されていくこととなる。

政治組織ではなく、思想文化団体として、従来の政治組織とは全く異なる組織原理を持つイデオロギー・ネットワークを実現した大亜細亜協会は、その政治的成功によって新興の政治組織となることで、政治のアリーナにおける既成勢力との権力闘争に敗れることとなった。九月四日、末次は有田八郎前外相に対して、「どうも今度の新体制といふのは、経済と文化のみの改革で、外交・政治には触れないやうだが、それでは自分達の考と非常に違ふから、到底自分は一緒にやつて行けない。一緒にやつていけない場合は、お辞儀をして辞めるよりしやうがない」と述べた[195]。大亜細亜協会を構成していた政治・経済・文化・宗教の諸要素は、官僚組織としての大政翼賛会の中に、抜け殻のように埋め込まれていった。中谷武世の言葉によれば、近衛新体制運動とは、「末次を旗頭とする東建連運動の凝りを散らし、軍部内に再び革新運動が盛り上がることを抑制する意図をも含めて、東建連の主張や軍部内の反政党的要請をも取り入れつつ始められたもの[196]」であった。一方、近衛の側近として関与した矢部貞治の自己弁護の言葉を借りれば、大政翼賛会とは「背後に国民的組織勢力を持たない内閣の無力を自覚し、支那事変を解決するために、軍部に対抗できるような国民的政治

力を、組織化しようとする必要から生まれた」[197]ことになる。実際にできあがった大政翼賛会は、政治的方向においては軍人らの影響力の強い大亜細亜協会や東建連の指向していたものを骨抜きにしたものの、それが求めていた大亜細亜協会の持っていた国民的組織の政治的エネルギー（国民的政治力）を失ったものであった。しかしながら、「大亜細亜戦争」への一里塚となった近衛新体制運動及び大政翼賛会とは一体何であったかを考える際には、そのネガとしての大亜細亜協会の特質を分析しないわけにはいかないのである。

（1）『台湾日日新報』一九三三年九月一七日付。
（2）同上一〇月一四日付。
（3）美濃部達吉『現代憲政評論』（岩波書店、一九三〇年）所収「暗黒政治の時代」。「大正デモクラシー」の理論的支柱と考えられた美濃部及び吉野作造の議会政治批判及び政友会批判については、坂野潤治『近代日本の国家構想』（岩波書店、一九九六年）第三章・第四章を参照。
（4）宮崎隆次「大正デモクラシー期の農村と政党」（一）～（三・完）（『国家学会雑誌』九三巻七・八～一一・一二号、一九八〇年）。
（5）松浦正孝『財界の政治経済史』（東京大学出版会、二〇〇二年）序を参照。
（6）例えば、伊藤隆『近衛新体制』（中央公論社、一九八三年）。
（7）渡辺浩『東アジアの王権と政治』（東京大学出版会、一九九七年）第一章「『御威光』と象徴」。
（8）岡義武『岡義武著作集』第三巻（岩波書店、一九九二年）第二・三章。
（9）松浦正孝「日中情報宣伝戦争」（松浦編『昭和・アジア主義の実像――帝国日本と台湾・「南洋」・「南支那」』（仮題、ミネルヴァ書房、近刊予定）。
（10）松浦正孝「一国史・二国間関係史からアジア広域史へ」（『国際政治』一四六号、二〇〇六年）一〇頁。

(11) 坂元一哉『日米同盟の絆』（有斐閣、二〇〇〇年）、増田弘・土山実男編『日米関係キーワード』（有斐閣、二〇〇一年）六六～六七頁。

(12) 坂野潤治『未完の明治維新』（筑摩書房、二〇〇七年）一五七～一五八頁、空井護「自民党一党支配体制形成過程としての石橋・岸政権」（『国家学会雑誌』第一〇六巻第一・二号、一九九三年）、同「もう一つの一九六〇年の転換」（『思想』第九三四号、二〇〇二年）。

(13) 中村研一「もう一つの政治の延長――テロリズム・自爆攻撃・アルカイダ現象」（北海道大学政治研究会報告、二〇〇七年三月二〇日）。

(14) 青年亜細亜連盟については、下中彌三郎伝刊行会『下中彌三郎事典』（平凡社、一九六五年）一八九～一九二頁をも参照。

(15) 新日本国民同盟以来の下中の同志であった佐々井一晁は、本間憲一郎らと共に「親英派」の襲撃を企てている（『大阪毎日新聞』四一年一月一七日付）。

(16) 原田熊雄述『西園寺公と政局』第七巻（岩波書店、一九五二年）第三章。

(17) 同上八七～八八頁。

(18) 小川平吉文書研究会編『小川平吉関係文書一』（みすず書房、一九七三年）三九八頁、三八年八月二八日付。

(19) 松浦正孝『日中戦争期における経済と政治』（東京大学出版会、一九九五年）第三章。

(20) 矢部貞治『近衛文麿』（読売新聞社、一九七六年）四四六頁。

(21) 同上、四四九～四五〇頁。

(22) 同上、四五四頁。

(23) 同上、四五五～四五六頁。

(24) 例えば、近衛と親しかった木戸幸一の追憶として次のようなものがある。志賀直方ら近衛内閣を待望する人々から、側近と見られる木戸が反対しているから近衛が出馬しないと抗議を受け、驚いた木戸が近衛に事情を聞くと、確かに木戸が反対しているからと近衛が言ったらしく、近衛は言葉を濁していた。木戸が、「君はいやならいやで、いやといってくれればいいじゃないか」と言うと、「ええまあ然しあまり誰れもいわなくなると淋しいからね」と近衛は答えた。木戸はこの話を、右翼・左翼を問わず人の話を聞くのが非常に上手で、誰でも自分の意見を理解し賛同してもらえたと感激し近衛

の支持者になるという有名なエピソードと共に、「近衛君の面目躍如として今でも忘れられない一つ話」で「近衛さんに対して憤慨するというよりも、いや磨らしいなとむしろ愉快な気持」だったと書いている（木戸幸一「近衛公追憶」『昭和同人　近衛公追憶会特集号』一九六六年一月一日）。

(25) 反英運動の昂揚した三九年後半には、三国軍事同盟締結に慎重で親英米的と見なされる昭和天皇に対し、軍部以外に国民の間にも反感が存在した。「小倉庫次侍従日記」（『文藝春秋』二〇〇七年四月号）三九年一二月一日の項には、次のように記されている。「一二月一一日（火）内務省保安課長の治安現況を聞く。米の問題、最も緊要なり。如何にして明年を乗切り得べきや。何事も起らざらんことを望むや切なり。近来注意すべきは「思召」として具体的ご意見が伝へられ、之が批判の対象となれることなり。速かに何とか考をめぐらすの要あるべし。蓋し内閣諸公の猛省を促すの要あるべし。湯浅内大臣亦、善処の要あるべし。武官府亦、戒心を加ふるの要あるべし。侍従職亦、思召を外に伝ふる場合は余程の慎重を要す。目下伝へらるる思召と称するものは、（一）板垣陸相更迭の事情（二）汪政権の樹立を速かならしむべし（三）英米依存主義などなりと。」

(26) 松浦正孝『日中戦争期における経済と政治』を参照。

(27) 『東京日日新聞』一九三八年一〇月二一日付。

(28) 『大阪毎日新聞』三八年一〇月三〇日付。

(29) 伊藤隆『近衛新体制』八八～九二頁。

(30) 木戸幸一「近衛公追憶」・矢部貞治「近衛公と翼賛会」（『昭和同人　近衛公追憶会特集号』一九六六年一月一日）。

(31) 「大亜細亜協会創立趣意」・「大亜細亜協会規約」（『大亜細亜主義』創刊号、一九三三年五月）。

(32) ネオコンについては、山本吉宣『「帝国」の国際政治学』（東信堂、二〇〇六年）第二章を参照。

(33) こうした発想は、戦後の下中弥三郎らによる世界連邦運動にもつながると考えられる。

(34) 『極東裁判速記録』第七巻四三六頁の中谷武世証言を参照。

(35) 松浦正孝「日中戦争はなぜ南下したか」（二）九六～九七頁。

(36) 「台湾に於ける大亜細亜主義運動」（『大亜細亜主義』一巻七号、三三年一一月）。

(37) 「大亜細亜協会会報」（『大亜細亜主義』二巻九号、三四年一月）。

(38) 同上。
(39) 同上。
(40) 「大亜細亜協会台湾支部発会式」（『大亜細亜主義』二巻一〇号、三四年二月）、駒込武「在台軍部と『反英運動』」（松浦編『昭和・アジア主義の実像――帝国日本の南進と台湾・「南洋」・「南支那」』）。
(41) 「大亜細亜協会々報」『大亜細亜主義』二巻一五号、三四年七月。
(42) 高雄支部については、駒込武「在台軍部と『反英運動』」を参照。それによると、結成式には、当時海軍軍令部第二部第三課長で大亜細亜協会理事だった（但し三八年四月頃から大亜細亜協会を脱退している）戸塚道太郎大佐が出席し、高雄州長を顧問とし、『台湾日日新報』高雄支局長らを幹部とし、第三艦隊旗艦「球磨」艦長堀内茂礼大佐らとも深い関係をもっていたという。
(43) 金子定一には、「日本民族の大陸還元」（『大亜細亜主義』六巻五九号・六〇号、三八年三月・四月）、「東亜の人心獲得」（同七巻七二号、三九年四月）がある。後者では、内鮮一体論、五族協和論を発展させた形での東亜協同体論を説いている。
(44) 彼らの経歴については、秦郁彦『日本陸海軍総合事典　第二版』（東京大学出版会、二〇〇五年）を参照。
(45) 金沢連隊区司令官となった金子は、三六年八月に予備役入りし新京実務学院校長となるまで、今度は金沢支部設立（三六年一〇月）に向けて奔走したと考えられる。
(46) 「朝鮮に於ける大亜細亜主義運動」（『大亜細亜主義』二巻一一号、三四年三月）、「朝鮮大亜細亜協会設立経過」（同二巻一二号、三四年四月）。
(47) 「朝鮮に於ける大亜細亜主義運動」（『大亜細亜主義』二巻一一号、三四年三月）。
(48) 『大亜細亜主義』一巻八号（三三年一二月）七二頁。
(49) 松浦正孝「日中戦争はなぜ南下したのか」（二）九七～九九頁。
(50) 樋口の書いたものとして、「皇道的大亜細亜主義の主張」（『大亜細亜主義』一巻三号、三三年七月）を参照。
(51) 樋口季一郎『陸軍中将樋口季一郎回想録』（芙蓉書房出版、一九九九年）二六七～二六八頁。
(52) 同上、三七〇頁。

(53) 松井石根「再転期に立つ支那政局と日支関係」（『大亜細亜主義』二巻一九号、三四年一一月）。
(54) 松浦正孝「日中戦争はなぜ南下したのか」（一）九七～九九頁。
(55) 同上（一）三二～三七頁。
(56) 秦郁彦編『日本陸海軍総合事典』の「松室孝良」による。
(57) 松浦正孝「汎アジア主義における『台湾要因』」を参照。
(58) 一九三八年一〇月発行の『大亜細亜協会々員名簿』によれば、今村の肩書きは日本大学講師、住所は東京市豊島区長崎南町となっている。
(59) 松浦正孝「日中戦争はなぜ南下したのか」（一）四九～五六頁。
(60) 「フイリピン大亜細亜協会経過報告書」（『大亜細亜協会』三巻二五号、三五年五月）。
(61) 松浦正孝「日中戦争はなぜ南下したのか」（一）四九～五六頁。
(62) 佐藤佐「大亜細亜主義者と其の信念」（『大亜細亜主義』五巻四八号、三七年四月）。
(63) 「大亜細亜協会々報」『大亜細亜主義』八巻九二号（四〇年一二月）。
(64) 根本敬『現代アジアの肖像13　アウン・サン』（岩波書店、一九九六年）九七頁。
(65) Governor of Burma to Secretary of State for Burma, 31th July 1940, *JAPAN Arrests of British suspects in Japan and detention of Japanese in British Empire*, M/3/1013, Oriental and India Office Collection, British Library, London.
(66) 根本敬『現代アジアの肖像13　アウン・サン』八七頁。
(67) Political activities of Japanese Consul at Rangoon, CONSULAR, M/6/43, Oriental and India Office Collection.
(68) Burma Defence Bureau Intelligence Summary NO12, *Defence Bureau Intelligence Summaries for 1938*, M/5/73, Oriental and India Office Collection.
(69) 富塚一彦「一九三三、三四年における重光外務次官の対中国外交路線」（『外交史料館報』一三号、一九九九年）。
(70) Antony Best, *British Intelligence and the Japanese Challenge in Asia*, 1914-1941, Palgrave Macmillan, New York, 2002, pp.122-125, 152-155, 160-180.
(71) *Burma Monthly Intelligence Summary, No8*, M/5/54, 30th Nov. 1937, p32.

(72) *Burma Monthly Intelligence Summary, Volume II , No6.* For the Month ending 30th June 1938, M/5/55, p219

(73) *Ibid, No10,* For the month ending 3st Oct.1938, p88

(74) *Ibid, No11,* For the month ending 30th Nov.1938, pp. 52-54. 但し、この式典にビルマ人の参加はなかったという。

(75) *Burma Monthly Intelligence Summary Volume III No. 1, For the month ending 31st January 1939*, pp. 319-321, M/5/56, Oriental and India Office Collection.

(76) 松浦正孝「汎アジア主義における『インド要因』――日本帝国経済再編とディアスポラによる反英の論理」(石田憲編『膨張する帝国　拡散する帝国』東京大学出版会、二〇〇七年) 三節を参照。*Burma Monthly Intelligence Summary Volume IV No. 18, For the month ending 31st August 1940*, pp. 48-49 Japanese Activities, M/5/57, Oriental and India Office Collection. 四〇年八月久我に代わり深井キヨシが赴任すると日本領事館スタッフは強化され、一時日本人社会は本国引き揚げの方向に動いた。深井領事らはビルマの地理情報収集を進め、日本の援助によるビルマ解放という機運を推進した (*Burma Monthly Intelligence Summary Volume IV No. 18*, pp. 6-7)。

(77) 久我領事の下でビルマ新聞界の親日化や汎アジアイデオロギー宣伝に国分や大場らが活動した例として、*Burma Monthly Intelligence Summary Volume III No3, For the month ending 31st March 1939* pp. 253-255; *ibid. No5, For the month ending 31st May 1939* pp. 192-193, ; *ibid.No6, For the month ending 30th June 1939* pp. 154-156; *ibid. , No7, For the month ending 31st July 1939* pp. 128-130 , *ibid. No10, For the month 31st October 1939*, pp. 209-210; *ibid. No11, For the month ending 30th November 1939*, pp. 226-227, M/5/56.

(78) 太田弘毅「ビルマの独立運動と国分正三」(『鹿児島大学教養部史録』一九、一九八七年)、国分正三『ビルマめぐり』(三省堂、一九四四年) などを参照。『大亜細亜主義』六巻六六号 (三八年一〇月) には国分による「雲南・ビルマ国境踏査記」なる記事があって、英国にとってのビルマと中国とのつながりの重要性を強調し、「緬甸新情勢論」(七巻七二号、三九年四月)、「緬甸騒擾と援蒋ルート」(七巻七五号、三九年七月) では英国のビルマ政策と援蒋ルートの実情を紹介している。他に「分離後の緬甸政情」(五巻五四号、三八年一〇月) などの記事もある。同七巻七七号 (三九年九月) の「大亜細亜協会会報」には、国分が大亜細亜主義夏季講習会の講師としてビルマの現状を報告すると共に各支部連絡会議に出席したことが、同八巻九一号 (四〇年一一月) 七九頁には、東京・横浜の小学校教職員による教育大亜細亜主義研究会に、ビル

マから帰朝した国分を講師として招きビルマ事情研究会が持たれたことが記されている。

(79) *Burma Monthly Intelligence Summary Volume III No. 3, For the month ending 31st March 1939*, pp. 253-255.

(80) 根本敬『アウン・サン』第二章を参照。

(81) 太田弘毅「ビルマの独立運動と国分正三」。

(82) 太田弘毅「ビルマ事情紹介と国分正三」（『政治経済史学』二八八号、一九九〇年）。現地住民の写真需要は大きく、写真屋は歯科医同様、若干の科学的知識と技術を必要とするため住民から尊敬され、在留邦人では最も多い職業だったという。

(83) 根本敬『アウン・サン』九七～九八頁。

(84) *Burma Monthly Intelligence Summary No. 1*, 1937. 4. 30, pp. 287-289.

(85) 根本敬『アウン・サン』九七～一〇八頁、同「ビルマの独立」（池端雪浦他編『岩波講座　東南アジア史』八巻、二〇〇二年、岩波書店）、国分正三『ビルマめぐり』。なお、国分と鈴木との間には強い確執があったという（太田弘毅「ビルマの独立運動と国分正三」）。

(86) *Malaya Command Intelligence Notes No.83 of 19th Sept.*, F6136/601/61, FO371/18161, PRO. pp. 2-3.

(87) *Malaya Command Intelligence Notes No. 5 of 20th Nov.*, F7513/601/61, FO371/18161, PRO. p. 2.

(88) From Consul-General Fitzmaurice (Batavia) to British F. O., 2nd Oct., 1934, F6763/652/23, FO371/18186, PRO. 竹井十郎「日蘭会商対策と蘭印の邦品排斥」（『大亜細亜主義』二巻一五号、三四年七月）も参照。

(89) モネの国際協力構想は、中国建設銀公司設立計画として具体化した。

(90) 井上寿一『危機のなかの協調外交』（山川出版社、一九九四年）第三章「天羽声明と中国政策」、同『アジア主義を問い直す』（筑摩書房、二〇〇六年）第三章。

(91) 富塚一彦「一九三三、三四年における重光外務次官の対中国外交路線」（『外交史料館報』一三号、一九九九年六月）。近年の重光研究の総合的成果である武田知己『重光葵と戦後政治』（吉川弘文館、二〇〇二年）第二章も、井上説を批判し、三〇年代の「協調」外交の二〇年代との質的断絶を強調している。

(92) 同上。

(93) 酒井哲哉「『英米協調』と『日中提携』」（『年報・近代日本研究一一　協調外交の限界』山川出版社、一九八九年）。
(94) 天羽英二『天羽英二　日記・資料集第二巻（資料篇）』（天羽英二日記・資料刊行会、一九八九年）一三六七～一三七二頁。
(95) 細谷千博「日本の英米観と戦間期の東アジア」（細谷編『日英関係史　一九一七～四九年』東京大学出版会、一九八二年）。
(96) 松浦正孝「『島国』、そして『陸の帝国』から『海の帝国』へ」。
(97) 例えば、From Sir R. Clive to F. O., 25th Jan. 1936, F472/34/10, FO371/20227; From Sir R. Clive to Mr. Eden, 8th April 1936, F2493/89/23, FO371/20279, PRO.
(98) 富塚一彦「一九三三、三四年における重光外務次官の対中国外交路線」註七二。
(99) 『大阪毎日新聞』三三年九月一五日付夕刊。
(100) 富塚一彦「一九三三、三四年における重光外務次官の対中国外交路線」。なお、重光路線に反対する有吉明在上海公使は就任したばかりの広田外相に宛てた三三年九月二八日発第五六九号電報において、日中関係打開策に関し、日本側立場を中国側に説示の際、「大亜細亜主義ヲ強行スル意図ヲ有スルカ如キ印象ヲ与ヘサル様充分注意ヲ要ス」と記していた（同上論文、六八頁）。重光の下での新路線を「大亜細亜主義」と見て、これに強い危機感を持っていたことが、読みとれる。
(101) 「大亜細亜協会々報」（『大亜細亜主義』四巻四〇号、三六年八月）。
(102) 河相達夫「日本外交の真意義」（『支那事変関係一件　世論並新聞論調　本邦の部』A.1.1.0.30-2-3、外務省情報部『支那事変と帝国外交（河相情報部長講述集）』（三八年八月）所収）一一～一二頁。
(103) 同上一三～一二頁。
(104) *Political Diary No. 5, for May 1939*, p3, in From Sir R. Craigie to Viscount Halifax, 14th June 1939, F7589/874/23, CO129/575/3, PRO.
(105) 松浦正孝「再考・日中戦争前夜」（『国際政治』一二二号、一九九九年）一三四頁。
(106) 牛場信彦『外交の瞬間』（日本経済新聞社、一九八四年）四五頁。
(107) 「大亜細亜運動遊説経過概要」（『大亜細亜主義』四巻三九号、三六年七月）。
(108) 「大亜細亜協会々報」（『大亜細亜主義』四巻四〇号、三六年八月）。

(109)「大亜細亜協会各地支部発会式概要」（『大亜細亜主義』四巻四三号、三六年一一月）。
(110)「京都支部発会式経過」（『大亜細亜主義』五巻四五号、三七年一月）。
(111)「大亜細亜協会々報」（『大亜細亜主義』六巻六一号、三八年五月）、同（『大亜細亜主義』六巻六二号、三八年六月）、同（『大亜細亜主義』六巻六三号、三八年七月）。
(112)「大亜細亜協会々報」（『大亜細亜主義』四巻四三号、三六年一二月）。
(113)「東日本」と「西日本」の違いについては、大野晋・宮本常一ほか『東日本と西日本』（洋泉社、二〇〇六年）、山室恭子『中世のなかに生まれた近世』（吉川弘文館、一九九一年）、原武史『「民都」大阪対「帝都」東京』（講談社、一九九八年）などを参照。
(114) 防衛研究所戦史部図書館所蔵。
(115) 松井が「統制派」の中心を自分と南であると考えていたこと（松浦正孝「日中戦争はなぜ南下したのか」（二）七九頁）も、あるいはこのことと関わっているかも知れない。また、松井の「統制派」イメージが通常抱かれている「統制派」イメージとかけ離れているのも、松井における政治組織としての「統制派」イメージが、いわゆる陸軍の「派閥」ではなく、現代の言葉を借りれば、大亜細亜主義実現を指向するネットワークであったことによるのかも知れない。
(116) 松浦正孝「日中戦争はなぜ南下したのか」（一）六一頁。
(117) 天津租界封鎖に際しての本間については、永井和『日中戦争から世界戦争へ』（思文閣出版、二〇〇七年）一七四・二四五・二四九頁を参照。
(118) 角田房子『いっさい夢にござ候』（中央公論社、一九七五年）九九～一〇四頁。
(119) 松浦正孝「日中戦争はなぜ南下したのか」（一）一二頁。
(120) 駒込武「在台軍部と『反英運動』」、前出（近刊予定）。
(121) 松浦正孝『日中戦争期における経済と政治』一七〇～一七一頁。
(122) 原田熊雄述『西園寺公と政局』六巻（岩波書店、一九五一年）一七九～一八八頁。
(123) 同上一九五～一九六頁。
(124) 同上一八七・二〇三・二〇五頁。

(125) From Sir E. Phipps, Paris to F. O. 4th Jan. 1938, F152/152/ 23;, Ibid. 5th Jan. 1938, F175/175/23; From Sir R.Craigie to F. O. 6th Jan. 1938, F223/152/23; Ibid. 19th Jan. 1938, F745/152/23;, Ibid. 25th Jan. 1938, F1003/152/23, Foreign Office Minute (Mr. Henderson)4th Feb. 1938, F1482/152/23; From Sir R. Craigie to F. O. 9th Feb. 1938, F1627/152/23; Parliamentary Question, Mr. Arthur Henderson, 9th Feb. 1938, F1639/152/23; From Sir R. Craigie to F. O., 18th Jan. 1938, F2294/152/23, FO371/22185, PRO.

(126) 末次信正「戦ひは是からだ！（上）」（『神戸又新日報』三八年一月六日付）。

(127) 同（下）（同一月七日付）。

(128) 「大亜細亜協会々報」（『大亜細亜主義』八巻八四号、四〇年四月）。

(129) 本康宏史「『軍都』金沢と地域社会」（橋本哲哉編『近代日本の地方都市――金沢／城下町から近代都市へ――』日本経済評論社、二〇〇六年）。

(130) 松浦正孝「汎アジア主義における『インド要因』」を参照。

(131) 『人事興信録　第二〇版』（人事興信所、一九三九年）による。

(132) 山田は愛知県出身で、最終軍歴は第六師団師団長である。こうした情報の収集には、軍人データベース　サクラタロウDB（http://purunus.main.jp/index.php）や The Generals of WW II (http://www.generals.dk); あるいは Google, goo, Yahoo! JAPAN などを適宜利用した。

(133) 元歩兵第一八連隊長。

(134) 主な軍歴は、台湾憲兵隊長、東京憲兵隊長、朝鮮軍憲兵隊司令官などである。

(135) 愛知県出身で、最終軍歴は歩兵第六旅団長である。

(136) 愛知県出身で、軍令部参謀、石見副長、軍令部第二部長などを務め、最終軍歴は技術本部第二部長である。

(137) 最終軍歴は第七師団留守司令官である。

(138) 「大亜細亜協会々報」『大亜細亜主義』（六巻六三号、三八年七月）。

(139) 松浦正孝「汎アジア主義における『インド要因』」二〇～二一頁。

(140) 子の堅太郎もまた四〇年に東京大学文学部助教授となり、父と同じ古代ギリシア・ローマ史を専攻する東大教授として、

二代にわたり戦前・戦中・戦後の西洋史学界に大きな影響力を持ち続けた。

(141) 村川堅固「『驚異の国』日本――日本と亜細亜」（『大亜細亜主義』創刊号、三三年五月）。

(142) 同「日本と亜細亜（一）――『驚異の国』日本」（同一巻二号、三三年六月）。

(143) 「日本と亜細亜（三）――『天佑の国』日本」（同一巻三号、三三年七月）。

(144) 「日本と亜細亜（四）――『天佑の国』日本（中）」（同一巻四号、三三年八月）。

(145) 「日本と亜細亜（五）――『天佑の国』日本（下）」（同一巻五号、三三年九月）。

(146) 「大亜細亜主義実現の可能性」（同二巻九号、三四年一月）。

(147) 同上。

(148) 同上。

(149) 村川堅固『西洋史教程（中学校用）』（中等学校教科書株式会社、初版一九三七年、四一年三訂版。東書文庫所蔵）。

(150) 矢野仁一「満洲国の将来と王道政治」（『大亜細亜主義』一巻五号、三三年九月）。矢野は中国が「近代国民国家」であることを否定し、満蒙蔵は支那領土に非ずと論じた（西村成雄『張学良』岩波書店、一九九六年、三三頁）。

(151) 矢野仁一「支那事変と東洋平和の確立」（『大亜細亜主義』五巻五五号、三七年一〇月号）。

(152) 矢野仁一「日支関係の史的考察」（『大亜細亜主義』四巻四〇号、三六年八月）。

(153) 鹿子木員信は、元海軍中尉で日露戦争に従軍して哲学に目覚め、アメリカ、ドイツに留学して修士号・博士号を得て慶應義塾大学教授となる。哲学研究のためインドに渡ったが、インド独立運動に関わり追放され、大川周明や北一輝などと共に猶存社を興した。その後九州帝国大学教授となり、三七年一二月から三八年七月まで北支那方面軍最高顧問（中将待遇）となるなど日中戦争にも深く関わった（秦郁彦編『日本近現代人物履歴事典』（東京大学出版会、二〇〇二年）、「大亜細亜協会々報」（『大亜細亜主義』六巻六二号、三八年六月）。

(154) 内藤は五三年一二月から日本パキスタン文化協会会長を務めた（『下中彌三郎事典』五一二頁）。

(155) 中平亮は元大阪朝日新聞記者で、シベリアから潜入しレーニンと会見するなど革命ロシアにおける一年間を記したという『赤色露国の一年』（朝日新聞社、一九二一年）、『新装西亜細亜と阿弗利加』（平凡社、一九三三年）、『現代新疆』（南満州鉄道株式会社経済調査会、一九三五年）などの著書がある。

(156) 内藤智秀「亜細亜か欧羅巴か」(『大亜細亜主義』一巻六号、三三年一〇月)。
(157) 同「日土関係と汎民族運動」(同一巻三号、三三年七月)。
(158) 羽田正『イスラーム世界の創造』(東京大学出版会、二〇〇五年)二四九頁。
(159) 同上二二九～二三四頁。
(160) 同上二三四～二三六・二五一～二五三頁。
(161) インド人については、松浦正孝「汎亜細亜主義における『インド要因』を参照。但し、当時の多くの日本人にとって「イスラーム要因」が汎アジア主義の奥行きを感じさせるものであったことは事実であったと思われるが、通商摩擦や仏教などの身近な契機を含んだ「インド要因」ほどの具体性と影響力とをもったものでは必ずしもなかったように思われる。
(162) 「大亜細亜協会々報」(『大亜細亜主義』六巻六三号、三八年七月)。
(163) 佐藤佐「武力膺懲に思想工作を伴はしめよ」(『大亜細亜主義』五巻五三号、三七年九月)。
(164) 木戸日記研究会・日本近代史料研究会『鈴木貞一氏談話速記録(上)』(日本近代史料研究会、一九八一年)一〇九～一二一頁。
(165) 「昭和一四年四月一〇日、一一日　興亜院連絡部長官会議々事速記録」(『対支中央機関設置問題一件(興亜院設置)』(外務省外交史料館所蔵、A.1.1.0.31))。
(166) 『対支中央機関設置問題一件　興亜院功績概要書』第一巻(外務省外交史料館所蔵、A.1.1.0.31-4)。
(167) 同上。
(168) 一九三九年三月二四日付廈門内田総領事発有田外相宛電報第七一号(『対支中央機関設置問題一件(興亜院設置)』A.1.1.0.31、外交史料館所蔵)。
(169) 駒込武「植民地支配における神社参拝」(水野直樹編『生活の中の植民地主義』人文書院、二〇〇四年)、同「一九三〇年代台湾におけるミッション・スクール排撃運動」(『岩波講座　近代日本の文化史七　総力戦下の知と制度』岩波書店、二〇〇二年)、同「植民地支配と教育」(辻本雅史・沖田行司編『新体系日本史一六　教育社会史』山川出版、二〇〇二年)など。
(170) 当時、蘇峰は大森区山王一ノ二、八三二に、松井石根は同一ノ二、七〇八に住んでおり、二人の住まいは目と鼻の先で

あった。なお、徳富蘇峰『徳富蘇峰　終戦後日記』（講談社、二〇〇六年）二五～二七頁によれば、終戦直前、松井と徳富とは対ソ・対米に関する徹底抗戦を論じ合い、そのための行動を起こそうとした。しかしすでに時遅く、上層部では降伏が決せられていたという。

(171) 蘇峰生「恐英病を退治せよ」（『大阪毎日新聞』三八年一〇月二九日付夕刊）。

(172) 蘇峰生「広東攻略の意義」（『大阪毎日新聞』三八年一〇月二五日付夕刊）。

(173) 武藤については、松浦正孝「汎アジア主義における『インド要因』」を参照。

(174) 例えば、『東京日日新聞』三九年七月一五日付。

(175) 下中彌三郎伝刊行会『下中彌三郎事典』二四七頁。

(176) 下中彌三郎伝刊行会『下中彌三郎事典』一八〇～一八四頁。なお、この一八一頁の記述は根本を「北支那派遣軍特務部次長の根本大佐」としているが、根本は三七年九月から北支那方面軍司令部付、三八年五月から同特務部総務課長、同七月少将昇進、同一二月北支那方面軍参謀副長、三九年三月興亜院華北連絡部次長となっている（秦郁彦『日本陸海軍総合事典』による）。

(177) 下中彌三郎伝刊行会『下中彌三郎事典』二四六頁。

(178) 松浦正孝「汎アジア主義における『インド要因』」を参照。

(179) 鐘紡と大阪商船については、「高橋財政下の帝国経済再編と体制間優位競争」（坂野潤治他編『憲政の政治学』東京大学出版会、二〇〇六年）二六九～二七〇頁を参照。

(180) 津田信吾「英国を恐るならば鎖国主義に還れ（下）」（『神戸又新日報』三四年一月九日付）。

(181) 津田信吾「日印協商を顧みて（中）」（『時事新報』三四年一月二五日付。二三日の鐘紡総会での演説草稿）。

(182) 『東京日日新聞』三九年七月一八日付。

(183) 『大亜細亜主義』一巻三号（三三年七月）などを参照。

(184) 松浦正孝「汎アジア主義における『インド要因』」。

(185) From Sir R. Craigie to F. O., 22nd Dec., 1938, F820/820/23, FO371/23566, PRO, London. なお、この時期、神戸の総領事(Consulate-General, Kobe)はA. R. Ovensであるが、この電報については、Whittallが神戸総領事を名乗って報告し

ている。「大亜細亜協会々報」（『大亜細亜主義』七巻六九号、三九年一月）をも参照。

(186) From Sir R. Craigie to F. O., 6th Feb. 1939, F3101/3101/23, FO371/23572, PRO.

(187) From Sir R. Clive to Sir John Simon, 8th Nov. 1934, F7156/612/23, FO371/18185, PRO.

(188) Ibid.

(189) 松浦正孝「汎アジア主義における『インド要因』」。

(190) 原田熊雄述『西園寺公と政局』第八巻一二九～一三〇頁。

(191) 「昭和一〇四年度大亜細亜協会総会記録」（『大亜細亜主義』八巻八一号、四〇年一月）。

(192) 「大亜細亜主義協会々報」（『大亜細亜主義』七巻七六号、四〇年八月）、同（同七巻七七号、四〇年九月）。

(193) 下中彌三郎伝刊行会『下中彌三郎事典』二八二～二八四頁。

(194) 原田熊雄述『西園寺公と政局』第八巻二六〇～二六一頁。

(195) 同三三五頁。

(196) 下中彌三郎伝刊行会『下中彌三郎事典』二八三頁。

(197) 矢部貞治『近衛文麿』五一六頁。

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（二）

――現代正義論の思想史的背景――

菅原寧格

目　次

序論　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・社会学的妥当論」
　　第三款　ラートブルフにおける「相対主義」の問題性
　第二節　ウェーバーの「価値討議」論
　　第一款　「価値討議」の特質――〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉――
　　第二款　「価値討議」の意義
　　第三款　「価値討議」としての正義論
　第三節　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
　第三節　「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＝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－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

（以上、五八巻一号）

第二款　ラートブルフの「哲学的妥当論」と「歴史的・社会学的妥当論」

（以上、本号）

さて、これまでの議論のなかでは、ロールズの『政治的リベラリズム』をめぐって対照的な二つの評価が生じてきた点に、現代正義論の特徴を見出してきた。二つの評価のうちの一方は、『正義論』で「哲学的説明に依拠するもの」として説明された「正義」の構想が、『政治的リベラリズム』で「脱哲学化」されたことに対する批判である。他方は、これとは意味的に逆のもの、すなわち、『政治的リベラリズム』で採用されたように「正義」を「徹底した歴史主義的、反普遍主義的態度」に立って政治的に構想する立場など、所詮は「政治なき政治哲学」にすぎないという辛辣な批判である。そして現在の正義論では、このような二つの批判が生じてきた事態をどのように理解すべきかという点が問題だ、ということを示してきた。

また、このような二つの見解を導出した当のロールズ自身が、普遍主義から歴史的・社会的文脈主義へと立場を転換した、ということの意味についても注目してきた。それは、価値相対主義問題とは何だったのかを想起させる法哲学的問題であると同時に、ある意味で古典古代より続いてきた「正義」という法的価値をめぐる問題が、その様相こそ変えながらも、当該価値の普遍性と相対性の相克が依然として争点であり続け、現在においてもなお未解決な問題として引き継がれているということであった。しかし、こうした問題を顧みず、『正義論』の受容によって価値相対主義問題を精算してしまったことにしておこう、というのが現代法哲学の主潮である、ということ。そして、そうした態度こそが問題だということを、本稿ではこれまで示してきたわけである。

そこで以下、こうしたことを念頭に置きながら、清算の対象とされた価値相対主義問題とはそもそも何だったのかということについて、検討していくことにしたい。具体的には、「ドイツの相対主義のうち最もよくまとまった形で相対主義を展開しているウェーバーとラートブルフの所論」[1]に注目し、まずは、ラートブルフの見解を検討することから始めることにしよう。

ラートブルフにしたがえば、法の理念には、「正義」、「合目的性」、「法的安定性」の三つの要素が存在する。[2] その上で、彼は次のように述べた。法の追求すべき目的が問題となるような場合、「法を生ぜしめたと考えられる経験的な目的設定が問われているのではなくて、法を測るべき超経験的な目的理念が問われている」、と。

さて、この言葉で注目したいのは、ラートブルフが「経験的な目的設定」を超えた、まさに「超経験的な目的理念」を問題にしている点である。というのも、ここでラートブルフは、法の追求すべき目的を問題とする際には、「法を測るべき超経験的な目的理念が問われている」、と明確に回答しているからである。つまりラートブルフにとっては、法の目的が問われるのであれば、「この問題に対する解答は、正義という絶対的価値の場合と同様に、絶対的妥当性を要求しうべき諸種の価値の中のいずれに、正義の価値と並んで法が奉仕する使命を有しかつ奉仕する資格を有しているかを思索すること」によって獲得されねばならない、[3] と考えられていたわけだ。

ラートブルフにとっては、「正義および法的安定性は、法律観・国家観の対立を超え政党の争いを超えた理念」の問題であった。それゆえ、「法的安定性」を「すべての人が一様に必要と認める法の第一の課題」として設定するか、あるいは、「超経験的な目的理念」[4] として設定した場合に限ってのみ、当該実定法や法秩序はそれを支える「力」とともに妥当性をもつと考えられていた。ラートブルフについては、このように解することができる。そして、このような法の妥当根拠を哲学的理念に求めようとする主張は、「哲学的妥当論」[5] と呼ばれている。

もっとも、法の妥当根拠論としては、その妥当性を法体系に固有の規範性から引き出そうとするタイプの議論――法に内在する規範的性質に着目する議論――と、法体系とは独立して存在しうる哲学的理念や歴史的・社会的事実から妥当根拠を説明しようとするタイプの議論――法外在的な法以外の事実的側面に着目する議論――とを区別することができる。[6] このうち、後者に相当する、歴史的・社会的事実に着目して法の妥当性を説明しようとする立場は、「歴史的・

社会学的妥当論」と言われている。そして、「歴史的・社会学的妥当論」は、「実力説」や「承認説」へと分類されることもある。(7)

ともあれ、以上のように、ラートブルフは法の妥当根拠を「超経験的な目的理念」という哲学的理念に求めたわけだが、問題なのは、そうした哲学的理念に則らずとも「力」さえ背景にあれば、法が実効性をもつということは十分にありうるということ、そして、こうした問題に対してラートブルフがあまりにも無頓着だったことである。それゆえ、彼は、各個人間で「相対立する法律観の抗争を終熄させる」ことなど不可能と考え、「相対立する法律観の抗争を終熄させる任務を果たすべきもの」として、「一つの超個人的地位より一義的に規制されなければならない」という考えと合致するような「意志と実力」を想定し、妥当性と実効性との問題を混在させながら議論を進めてしまった。結果として、ラートブルフは、「何が正しいかを何人も確認できないとすれば、何人かが何が法であるべきかを確定することを要する」(8)ことになったわけである。

むろん、「相対主義」に立脚するラートブルフ自身は、「理性と科学」に依拠したとしても、各個人間で対立する法律観の争いを終わらせることはできないと考えている。つまり、「相対主義的見解によれば、理性と科学とはこの任務を果たすこと（何が正しいのか、いずれの法律観を採用すべきなのか、こうした問題に対して答えを与えること――菅原注）ができないから、意志と実力とがこれを引き受けなければならない」(9)、と。ラートブルフはこのようにみている。そして、こう考えることによってのみ、ラートブルフが法律観をめぐる争いの問題を、「理性と科学」によって解決することなどできない、そうしたことが可能なのは経験的に獲得された「意志と実力」だけだ、と述べたのも理解できるようになる。「相対主義」者であるラートブルフには、「理性と科学」によって、何が正しいかを絶対的・客観的に確認することなどできないからである。

ラートブルフにとって「相対主義」の立場を採るということは、「意志と実力」以外に互いの「法律観」の「抗争」を最終的に決着づけることはできないとみる立場を採る、ということである。そして、ラートブルフにとって、法とは「一つの超個人的地位より一義的に」導かれた「意志と実力」の現れ、である。要するに、ラートブルフは、そうした意味での法、つまり「権威を有する一つの権力的命令」としての法を通じて、「法的安定性」を確保しようとしたわけである。

しかし、このようなラートブルフの立場には決定的な問題があるといわざるをえない。というのも、ラートブルフは、ある法的判断が正しいかどうかという問題を、「理性と科学」によって証明しえない「何が正しいのかを何人も確認できない」問題とみなし、最終的には、「何人かが何が法であるべきかを確定することを要する」と言うからである。すなわち、こう言うことによって、ラートブルフは、ホッブズの「真理ではなくて、権威が法をつくる」という主張や、それを援用したカール・シュミットのような決断主義の立場と連続していくことになるからである。(10) ここで問題になるのは、「真理ではなくて、権威が法をつくる」というテーゼを、ラートブルフが無批判に受容している点である。既にホッブズやシュミットの議論に通底していたからこそ、ラートブルフは、何人かの「権威」による法や正しさの確定を要請したのだ、とも言えよう。

かくして、価値相対主義者として知られてきたラートブルフの「相対主義」とは、実はホッブズやシュミットの理論と極めて近い距離に位置していたことがわかる。しかも皮肉なことに、ラートブルフの立場とは、自ら「相対主義」と称していたにもかかわらず、例えば、法や正しさを確定するような「権威」や、そうした「権威」が制定した人為的な法に対しては、決して相対的な構えを採ることができない「相対主義」であった。右で見てきたように、ラートブルフの「相対主義」であれば、逆にそうした「権威」によって制定される法や正しさを支持する側に回ることになるからで

ある。

このようなラートブルフの側面は、従来あまり注目されてこなかったが、決して看過されるべき問題ではない。ラートブルフにおける「相対主義」の立場とは、歴史的・社会的文脈を背景として形成される「意志と実力」によって、つまり「真理」ではなく「一つの超個人的地位より一義的に」導かれた「意志と実力」とに由来した「権威」、そのような人為的に制作された「権威」に依拠して「法的安定性」という「正義」の実現を図ろうとする主張以外の何物でもないからである。しかも、「真理」ではなく人為的な「意志と実力」とに由来した「権威」によって「正義」が実現されるというのであれば、その意味でラートブルフの立場とは、「真理」のような哲学的理念に法の妥当根拠を求めた議論――「哲学的妥当論」――ではない、ということになる。そして、ラートブルフのなかでは、「法的安定性」という歴史的・社会的文脈を超えた普遍的理念が「意志と実力」や「権威」の生成とかかわる歴史的・社会的文脈によって基礎づけを得る、という矛盾した構造になっているわけだ。

ただ、そうであるとすれば、ラートブルフの「相対主義」とは、法の妥当根拠を「哲学的妥当論」ではなく、「歴史的・社会学的妥当論」に求めていたと考えなければ辻褄が合わなくなってしまう。そこで、ラートブルフは法の妥当根拠をどのように捉えていたのか、という点について、検討してみよう。

ラートブルフによれば、「法は有効に実現しえられる故に効力を有するのではなく、それが有効に実現しえられるときにはじめて法的安定性を与えうるが故に効力を有する」（強調原文）と解されていた。つまり、「意志と実力」を通じて「法的安定性」という普遍的な理念を有効に保証しうる際に、法は妥当し義務づける力をもつと考えられていたわけである。だが、こうしてみると、「意志と実力」に基づく「権威」とは「法的安定性」という理念の実効性を確保するという点で意味をもつにすぎず、それゆえ、現実の「権威」が正統化されるとすれば、それは「法的安定性」という普

遍的な理念が実効性を及ぼす限りにおいての話だ、ということになりそうである。そして、このように読むことができる以上は、規範的な理念に依拠して現実の基礎づけを図ろうとする、「哲学的妥当論」に連なる確かな彼の主張を、ここでは確認しておかなければならない。

したがって、ラートブルフのように、「法的安定性」という普遍的な理念に則って法の妥当性を根拠づけようとするのであれば――正統化しようとするのであれば――、これは確かに「哲学的妥当論」以外の何物でもない。それゆえ、彼の立場とは、やはり「歴史的・社会学的妥当論」に立つものではなく、「哲学的妥当論」に立つものとしてしか考えられない。(11)

したがって、「哲学的妥当論」に立つのであれば、ラートブルフは、「相対主義」にコミットしてはならず、歴史や社会を超越した立場から哲学的議論を展開しなければならなかった。そうでなければ、理論的に首尾一貫しないからである。ところが、ラートブルフの場合、そう事態が単純なわけではなかった。というのも、ラートブルフにとって、「法理念の三要素は互いに他を要求する」が「相互に矛盾」する性質をもつと考えられていたので、「法理念の三要素」はそれぞれが「同価値」であり、「三要素相互の順位関係もまた相対主義的なもの」にしたがって決定される、と解されていたからである。つまり、ラートブルフにとっては、たとえ「理性と科学」を駆使したとしても、「法理念の三要素」である「正義」・「合目的性」・「法的安定性」に対して順位づけを行うことなど不可能だ、と考えられていたわけだ。むろん、そうはいっても、三要素それぞれには固有の意味があるわけだから、順位づけをめぐってコンフリクトが生じることは避けきれないであろう。しかし結局ラートブルフは、順位づけをめぐって生じるこうしたコンフリクトについて、これらは「個人の良心」に応じて「相対主義」的に解決するしかない、と結論づけてしまう。(12)

要するに、ラートブルフが「哲学的妥当論」に立ちながら「相対主義」に拘った背景には、このような互いに他を要

求しつつも相互に矛盾する「法理念の三要素」の順位づけをめぐる問題があった。ラートブルフは「法理念の三要素」が互いに他を要求しつつも相互に矛盾する以上、普遍的な観点から一義的に順位を確定することなどできないと考えたのかもしれない。あるいは、そのように考えたからこそ、彼にとっては、この順位づけを確定できるのは「相対主義」に立脚した「個人の良心」しかなかったのかもしれない。

ただ、そうであるとすれば、次に問題にすべきは、ラートブルフによって言われている「個人の良心」の内実、ということになる。ところが、この「個人の良心」というものは、客観的な価値や真理、あるいは何らかの「理念」を契機として形成されることがあったとしても、それが歴史的・社会的な文脈を抜きに、前社会的に形成されてくる、ということは考えられない。つまり、「個人の良心」を客観的な価値や真理と無関係に考えることはできるが、歴史的・社会的文脈を抜きにして成立すると考えることはできないわけである。その意味で、普遍的価値というものは、常に時間的条件の下で現実化されざるをえないし、ラートブルフが「個人の良心」を歴史的・社会的文脈のなかでのみ成立する「相対主義」との関係で捉えているのも正しい。そこで、こうしたことを考慮した上で、次に、ラートブルフにおける「相対主義」的法理論の問題性を総合的に検討することにしよう。

ここまで見てきたことから、ラートブルフの法理論とは、全体的に「哲学的妥当論」の立場を採っているが、それと同時に、「歴史的・社会学的妥当論」や「相対主義」的見解をも自らの法理論の構成要素として取り込んでいる、ということがわかる。しかし、「相対主義」を展開するのであれば、「哲学的妥当論」を否定して「歴史的・社会学的妥当論」に立脚しなければ、論理的一貫性を保つことはできない。にもかかわらず、ラートブルフの立場は「相対主義」を展開しているようにみえなくもない、という仕掛けになっている。そして、彼の「相対主義」的法理論の問題性は、まさに

こうした「相対主義」を展開しているようにみえなくもない、という曖昧な態度に求めることができる。すなわち、第一に、「哲学的妥当論」に立つのであれば普遍主義を採用せざるを得ないにもかかわらず、あろうことか普遍主義とは相容れない「相対主義」的観点を取り込もうとしている、という点。第二に、その「相対主義」理解が中途半端なものにとどまってしまっているため、「個人の良心」が形成される際の歴史的・社会的条件や他者が果たす役割を予め過小評価し、「相対主義」や「個人の良心」の意義を消化しきれていない、という点。こうした点に、ラードブルフの法理論の問題性は存するわけである。

加えて、次の点も問題である。確かに、ラートブルフも「ナァタンの不可知論」を引き合いに出しながら、自らの議論が「ピラトの懐疑主義」のような底なしの相対主義ではないことを断っている(13)。しかし、「ピラトの懐疑主義」ではないことを断るのと同時に、先に述べたような「法理念の三要素」の順位づけをめぐる争いが生じた場合については、なおそうした争いを「調和」しうるのはずだという楽観的な人間像をラートブルフが抱いている、という点。この点も問題になる。要するに、彼の法理論が、一方で「哲学的妥当論」と「歴史的・社会学的妥当論」との間を右往左往しながらも、他方では「相対主義」のように「みえなくもない」構えを採ることができたのは、その背後に、争いを「調和」しうる楽観的な人間像が控えていたからだ、ということになるからである。

例えば、伝統や慣習といった法に関わる所与的なものや既成性と関わる事柄について、これを法哲学的に問題化しようとする場合、あるいは、ある法的決定や法解釈を正統化しようとする場合には、「哲学的妥当論」と「歴史的・社会学的妥当論」のいずれから根拠づけを行うのかといった点が不可避的に問題になるが――現代正義論における普遍主義と文脈主義をめぐる問題もこのことと直接にかかわっているが――、ラートブルフは、こうした問題に対して「相対主義」を称することで楽観的に構えていたわけである。

そこで、こうしたことからこの問題に対するラートブルフの態度をまとめると、以下のようになろう。すなわち、こうした一連の問題とは、ラートブルフ自身が言うようなラーテナウをめぐるハーモニーの問題として解決されるべきものにすぎない。「各人は彼の楽器をできるかぎり美しく演奏しさえすれば」それでよい。各人が自らの演奏にさえ集中さえすればそれでよいというのは、「われわれは作曲家ではなく演奏家で」あって、しかもハーモニーは自然と奏でられるということが前提とされていて、「何人も気にかける必要はない」からである。

しかし、「個人の良心」にしたがうことは当然の前提とした上でも、演奏家にとっては、いかにして、いかなる調和をもたらすべきか、あるいは目指すべきかという論点も重要なはずである。さらにいえば、「個人の良心」にしたがった演奏を各演奏家がなしうるための条件とは何か、そうした条件をいかに確保するのか、そうした演奏家の「個人の良心」の立場から問題を捉えることの方が重要なはずである。例えば、演奏家各人における「個人の良心」を必ずしも尊重しないような、例えば横暴な専制君主のような指揮者が演奏を取り仕切っている場合――あるいは、演奏家が「個人の良心」にしたがって演奏している所に現れ、そのような演奏では作曲者の真の意図が歪められていると難癖をつけ、挙句の果てには、作曲者が意図した通りに演奏するよう演奏家の「個人の良心」に干渉し、改変するよう迫ってくるような場合――を考えてみよう。こうした場合に、ラートブルフが想定するような演奏家には、一体何をすることができるだろうか。ここには、こうした演奏家と指揮者、そしてオーケストラとしてのハーモニーをめぐって実は緊張関係が生じてくるはずである。だが、こうした緊張関係をめぐる論争的な事柄に対しては、演奏家それぞれが「個人の良心」にしたがって演奏しさえすれば、全体としては調和するだろうと楽観してはばからない。まさに、このように考えてしまうという点に、ラートブルフの「相対主義」の問題性はあったわけである。(14)

それゆえ、ラートブルフの主張とは、一方で、「相対主義」を自己の法理論体系の基礎として位置づけながらも、そ

れとは相反する「歴史的・社会学的妥当論」の立場を採用しようとする。しかし、「法的安定性」という普遍的な理念が浸透したときにはじめて法が実効性をもつ、ということを強調するわけだから、このことを留保したまま「歴史的・社会学的妥当論」の立場をとろうとしても、それが不徹底な形で終わることは当然である。要するに、ラートブルフにおける「相対主義」とは、確かに「歴史的・社会学的妥当論」の契機を残しているが――しかも、「個人の良心」をめぐる自己の論拠の極めて核心的な部分とかかわる形で残しているのだが――、しかし、最終的に「哲学的妥当論」を主張する方向へ進むことを予め定められていた、その意味で極めて曖昧な主張である、ということを理解しておかなければならない。

そして、このことは、戦前から戦後にかけてのラートブルフの思想の変遷においても、ハッキリと確かめることができる。「相対主義」に立脚して曖昧な立場を採っていた戦前の時点では、一定の意味で「歴史的・社会学的妥当論」へ連なる契機をもっていたといえなくもないが、戦後は、まったくの「哲学的妥当論」である普遍主義的な自然法論を支持するに至ったからだ。ただしその前に、ラートブルフについては、自らの価値相対主義的立場がナチスの法治下において全くの無抵抗に終始したことへの反省から、戦後、自然法論へと大きく接近したのだ、という事情があったことも推察される。この点については注意しておかなければならない。

戦後ラートブルフが自然法論へと接近した背景には、次のような事情があった。すなわち、相対主義的禁欲の下で「正義」、「合目的性」、「法的安定性」を「同価値」とみる不可知論的な立場[15]――「理性や科学」によってその序列を一義的に決定しえないという消極的な主張を積極的に展開する立場――に立つことが、ナチス政権期のような時代においては無力である、との反省があった。それゆえ、ラートブルフは、相対主義的な発想を自然法によって克服しようとした

のだ、という理解も十分に考えられるだろう。

実際、ラートブルフ自身は、自らの価値相対主義的・法実証主義的立場が没批判的な遵法精神へと埋没したことについて、次のように反省している。すなわち、《命令は命令だ》《法律は法律だ》という二つの原則を用いることで、ナチスは軍人と法曹という「従者をてもとにつなぎとめておくことができた」のだが、この原則は「何十年もの間ほとんど反対もされずにドイツの法律家たちを支配した法実証主義の思想の表現」であると同時に、また「法曹階級から、恣意的かつ犯罪的な内容をもった法律に対して抵抗する力を奪い去ってきた」ものである[16]、と。「恣意的かつ犯罪的な内容をもった法律に対して抵抗する力」をどのように準備するかが、戦後ラートブルフの課題となったわけである。

ところが、ラートブルフは、「恣意的かつ犯罪的な内容をもった法律に対して抵抗する力」が要請される事態のなかに、「みせかけの正義と実在の正義との相剋」を見出してしまった[17]。それゆえ、彼らにとっては、「正しくない」法に対して抵抗する力を得るためにも、「正しい」法から「正しくない」法を区別しうるような客観的規準を発見することが重要な課題となった。そして、そのような客観的規準を打ち立てることができるのは、「哲学的妥当論」や自然法論だと考えるに至ったわけである。もちろん、こうした選択は、戦前に主張していた「相対主義」との関係で、ラートブルフにある思想上の転換をもたらさざるを得なかった。それは、「調和」を楽観的に期待していた点で独特の難点をもった歴史的・社会的に形成される「個人の良心」を重視する観点、すなわち「相対主義」からの訣別である。

結局、ラートブルフはこのように「相対主義」と訣別し、自然法論へと転換してしまったといえる。それゆえ、ナチス政権という歴史的・社会的に形成された人為的な「権威」に対しても批判的な構えを取ることを辞さない、そうした「個人の良心」が当時のドイツにおいては不在だったのは何故か――当時のドイツで「個人の良心」が歴史的・社会的に成立するための条件とは何か――、をラートブルフが問題化することは無かった。つまり、「制定法の不法」を許容

するナチス政権といった「権威」に対し、なぜ当時のドイツの「個人の良心」は屈服してしまったのか、という点が反省されることは無かったわけである。その意味で、ラートブルフは、自然法に基づく「正しい」「権威」を、歴史的・社会的に形成されたナチスのような「正しくない」「権威」の代替物として据え、ナチス政権下で起きた問題が、「正しい」かどうかを判別しうるような「制定法を超越した法」を導入しえなかったことに起因する、いわば法律学上の立場の問題とみなしたわけである。

ところが、ナチス政権といった「権威」に対して、なぜ「個人の良心」が屈服してしまったのかを問わなかったということについては、たんに法律学上の問題として説明するだけでは済まない問題が潜んでいる。というのも、ここから窺えるのは、ナチス政権という権威主義が跳梁跋扈する状態――法の妥当性と実効性の問題を棚上げにした状態――それ自体を問題化することなく、自然法という別の新たな権威主義によって克服しようとする、まさに「権威」志向的な発想――「真理ではなくて、権威が法をつくる」――以外の何物でも無いからだ。

重要なのは、「制定法を超越した法」を基礎づけるような理論が「相対主義」の内部で欠けていた、だから、そうした準備を理論的に可能とする自然法論へと接近すれば済むといったような話ではない、という点である。そうではなく、ナチス政権が許容した「制定法の不法」が跋扈するような状況に対しても、なお抵抗の構えを崩すことのない「個人の良心」が当時のドイツでは不在であった、という論点の方が重要だったはずである。しかし、それにもかかわらず、そうした問題に対してラートブルフはまったく鈍感であった、このことこそが問題なわけである。それゆえ、ラートブルフの「相対主義」とは、そうした「個人の良心」を理論的に支持することができないよう予め射程が定められていた――決して「権威」を相対化し得ない「相対主義」であった――ため、必然的にディレンマに陥らざるを得なかった(18)。

ラートブルフの場合、自然法論への接近ということよりも前に問われるべきであったのは、権威主義的な発想に依拠

した法思想であった。にもかかわらず、こうした問題については看過されていた。そして、このことが問題だったわけである。「個人の良心」のように、歴史的・社会的文脈を背景として――客観的・普遍的な真理とは無関係に――生成されたものに対して抜き差しならぬ懐疑を抱き、普遍主義的観点や「哲学的妥当論」に依拠して構成される自然法論へと方針転換を遂げたという点が、戦前から戦後にかけてのラートブルフにまつわる問題である。

さて、ラートブルフの自然法論への接近をめぐる問題を以上のように理解した上で、ロールズの『政治的リベラリズム』をめぐる議論へと立ち返ってみることにしよう。すると、そこでの議論のポイントは、『正義論』から『政治的リベラリズム』へのロールズの立場転換ということが、普遍主義から「徹底した歴史主義的、反普遍主義的態度」への転換を意味したという点にあった、といえる。加えて、ラートブルフの議論と比べてみた場合、ロールズにおける普遍主義的立場から歴史的・社会的文脈主義への転換という事態は、次のように言い換えることができる、ということについても確認しておきたい。すなわち、ロールズの立場転換をラートブルフ流にいうと、それは「哲学的妥当論」から「歴史的・社会学的妥当論」への転換だ、ということである。そして、このことを踏まえておけば、ロールズにおける『正義論』とは、「正義の二原理」によって基礎づけられている点で、ラートブルフの「哲学的妥当論」と対応した関係にある、といえる。また、『政治的リベラリズム』とは、『正義論』のような「哲学的妥当論」の系譜に立つものとは異なった、「歴史的・社会学的妥当論」の系譜に立ったものとして評価することができる。

ところで、学界の経験を振り返ってみれば、『正義論』最大の功績は価値相対主義を克服した点にある、ということが共通了解として成立していたはずである。このことは既に確認してある。そこで、こうしたことも踏まえた上で、『正義論』から『政治的リベラリズム』への転換にはいかなる事態が示されているのか、を考えてみることにしよう。する

と、『正義論』とは、ラートブルフでいうところの「哲学的妥当論」から支持しうる立場であること、それとは逆に、『政治的リベラリズム』とは「歴史的・社会学的妥当論」から支持しうる立場であること、が理解できるようになる。そして、ラートブルフ自身は、「歴史的・社会学的妥当論」へと連なる契機をもった「相対主義」の立場から、戦後は明確に「哲学的妥当論」を採用するに至り、自然法論へと接近していった、ということになる。

ただ、戦後のラートブルフにおいては、「哲学的妥当論」を徹底させ、自然法論へと全面的に帰依することによって、「歴史的・社会学的妥当論」や「相対主義」の克服が可能になる、と考えられていた。そして、そうした動向を踏まえていたかのように、ロールズの『正義論』は、価値相対主義を克服しようとする者にとって、絶好な議論として受け入れられてきた。それゆえ、ラートブルフの「相対主義」克服から自然法論への転換という思想動向に注目すれば、『正義論』によって「価値相対主義」は克服されたと学界が受け止めたのも、的確な状況把握であったと言わざるを得ない。要するに、ロールズの『正義論』とは、「相対主義」の克服を志向して、「哲学的妥当論」による自然法論の追求へ向かったラートブルフの動向を、極めて現代的な形で表現し直したものである、ということだ。

ところが、事態は、そう単純ではなかった。というのも、当のロールズ自身は、『政治的リベラリズム』に至って自覚的に立場転換を遂げたからである。しかもそれは、ここで示してきたようなラートブルフ理解からすると、まさに、あってはならない「逆コース」へと歩を進めていくことになるからである。すなわち、ロールズが『正義論』で示したような普遍的な「正義」の構想とは、ラートブルフの「相対主義」的な「正義」の構想を反省的に引き受けたかのような立場――戦後のラートブルフが自然法を志向したのと同じ方向性――であるにもかかわらず、当のロールズは、『政治的リベラリズム』においてその逆を行くかのように、そうした普遍志向が後退してしまっているからである。しかも、それならそれで、ロールズは思想史的に「逆コース」を辿っている、ということになってしまうからである。だからこ

そ、この問題はそう単純にはいかない。

おそらく、この問題を解く鍵は、ラートブルフにおける「相対主義」をどのように理解するかにかかっている。今一度確認しておきたいのは、ラートブルフの「相対主義」が、一方で彼自身によれば重視されていたとされる「個人の良心」を形成するための「歴史的・社会学的妥当論」を構成要素としながらも、他方で「哲学的妥当論」の立場を擁護することによって法の目的を実現し、実効性を準備しようとする曖昧な主張であった、ということだ。そして問題なのは、「相対主義」にとっては「歴史的・社会学的妥当論」が決定的な意味をもつ、ということを彼が自覚していなかったことである。少なくとも、「相対主義」にとどまっていては、「正しい」法とは何かをめぐる「制定法の不法」問題に対して答えを与えることができない、と戦後のラートブルフが考えたことだけは確かである。それゆえ、「哲学的妥当論」へと全面的に回帰したわけである。

つまり、戦前のラートブルフは、曖昧ではあるにせよ、「相対主義」の立場から「歴史的・社会学的妥当論」との折り合いをつける必要を結果的に認めていたために、徹底して「哲学的妥当論」を展開することができなかった。しかし、戦後のラートブルフは、自然法論のように「制定法の不法」問題に対して一義的な解答を提供しうる普遍主義的観点を重視し、「歴史的・社会学的妥当論」から、「哲学的妥当論」へと移行していった。このように考えることができる。

そこで、こうした理解が誤りではないと仮定し、あらためて先程みたようなロールズにおける『正義論』から『政治的リベラリズム』への立場転換をラートブルフに即した形で表現し直してみることにしよう。するとロールズの立場転換とは、ラートブルフで言うところの戦後の自然法論から戦前の「相対主義」への立場転換ということとパラレルな関係に立っていることが理解できる。しかも、ここでロールズが向かった方向それ自体は、ラートブルフ自身が志向したのとまったくの「逆コース」に担当する、ということが理解できる。

したがって、立場転換の前後でロールズが辿った変遷とは、ラートブルフが志向した脱「相対主義」とは「逆コース」にあたるということ、つまり、「相対主義」への回帰ということを――少なくともラートブルフの思想変遷をこれまで述べてきたような形で思想史的に理解する者にとっては――、含意することになる。なるほど、価値相対主義とはラートブルフ流の「相対主義」のことを指すと考え、そうした意味での「相対主義」は、既にロールズが克服したはずだったにもかかわらず、当のロールズ自身がそこへと回帰していってしまうというのだから、現代正義論が「混迷」に陥っているかのようにみえたとしても、何ら不思議なことではなかったわけである。

しかし、ここで問題なのは、『政治的リベラリズム』が「相対主義」へと接近しているか否かではない。そうではなく、「相対主義」の思想が「歴史的・社会学的妥当論」に立脚しているということ、そうであれば、『政治的リベラリズム』で露わになったロールズの主張とは「歴史的・社会学的妥当論」の系譜に属するということ、このように捉え返した上で「歴史的・社会学的妥当論」や「相対主義」の思想にはいかなる可能性が開かれていたのかを探ること、こうしたことが重要である。

つまり、一見「相対主義」への回帰を直観させる『政治的リベラリズム』であるが、このこと自体を思想史的に見れば、それは「歴史的・社会学的妥当論」の延長線上に位置している、ということ。そして、この「歴史的・社会学的妥当論」とは、ラートブルフによって切り捨てられ、その可能性については等閑に付されてきたため、可能性としては未知数である、ということ。それゆえ、「歴史的・社会学的妥当論」を淵源とする思想にいかなる可能性があるのかを探求する余地は残されている、ということ。こうしたことを自覚的に踏まえながら、いかにして適切な問題を打ち立てることができるのか、この点こそが現代法哲学の最重要課題である。したがって、かような問題設定は、『正義論』と『政治的リベラリズム』によって切り拓かれた現在の問題地平から「歴史的・社会学的妥当論」のような文脈主義的な考え

方の思想史的意義を探ると同時に、思想史的観点から現在の問題状況を捉え返していこうとする試みといえる。

この点で、従来の研究は、価値相対主義の代表者としてラートブルフを捉えながら、自然法理論へ転換することによって全的に「哲学的妥当論」への帰依したことに加えて、「相対主義」者として保持していた「歴史的・社会学的妥当論」の契機についても、これを等閑に付してきた。ラートブルフを通じて価値相対主義を理解してきた先行研究の多くは、価値相対主義の主張に潜在している「歴史的・社会学的妥当論」――「歴史的・社会的文脈主義」――の理論的な展開可能性については沈黙したまま、ラートブルフの「相対主義」に依拠することによって、価値相対主義を一面的に理解してきたわけだ。

しかし、こうしたことが、価値相対主義をめぐって問題化しなければならなかった論点だったわけではない。これまでの議論において、そのことは明らかになったはずである。今日の『政治的リベラリズム』へと至る現代正義論のなかでは、その現代正義論のパイオニアともいうべき『正義論』が価値相対主義を克服したという見解が、あらためて問い直されるのでなければならないだろう。その上で、『正義論』によって克服されたとされる価値相対主義の主張とは、一体何だったのか。ラートブルフの「相対主義」において見受けられたような、価値相対主義が立脚していた「歴史的・社会学的妥当論」と、その延長線上にある「歴史的・社会的文脈主義」の立場からは、いかなる思想的な可能性が拓けてくるのか。この点が問われるのでなければならない。以下、引き続き価値相対主義の主張についての分析と考察を進めていくことにしよう。

第三款　ラートブルフにおける「相対主義」の問題性

価値相対主義とは、「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って基礎づけること」を否定するが、それは、「或る価値の妥当が、相異なる評価主体の関係に於て相対的に定まる」[19]からに他ならない、という主張であった。そして、このことは、相対立する究極的価値の客観的認識と、その妥当性や優劣関係を論証することの断念を意味した。実際、ラートブルフは、自らの「相対主義」について、「窮極の当為命題は立証不可能であり公理のようなもので認識すること」はできないとみて、この種の問題を「科学的一義性をもって解決することは不可能である」[20]と定式化している。

また、ラートブルフと並ぶ代表的な価値相対主義者とみられることが多いウェーバーも、「神々のあいだの永遠の争い」という世界観に立脚し、「究極の拠りどころとなりうべき立場は、こんにちすべてたがいに調停しがたくまた解決しがたくあい争っている」[21]と論じていた。それゆえ、ウェーバーもラートブルフも、「或る価値」の妥当性が「相異なる評価主体の関係に於て相対的に定まる」[22]ことを承認していた点で、ともに価値相対主義者であったといえよう。

ただし、このことから直ちに両者の主張が、通常懸念されるような底なしの相対主義――いわゆる「ピラトの懐疑主義」――を意味するわけではないことには注意しておかなければならない。というのも、ラートブルフによれば、「相対主義」とは「理論理性に属し実践理性に属しない」が、このことが必ずしも全面的に[23]「窮極の立場の科学的基礎づけの断念を意味し、立場をとること自体の断念を意味」するわけではないからである。つまり、ラートブルフにとって、「相対主義は理論理性における一つの諦めではあるが、それだけに実践理性に対する強い訴えである」[24]といった側面も付与されていたのであって、この点を見落とすことがあってはならない。

そこで、価値相対主義の主張については、一旦、それが理論理性とかかわる認識の領域において主張されるものと、実践理性とかかわる実践的な領域において主張されるものとに区分し、吟味していくことにする。以下便宜上、認識領

域において主張される相対主義を〈認識論的価値相対主義〉、実践的な行為局面にかかわる相対主義の主張を〈実践的価値相対主義〉と呼ぶことにするが、先行研究で価値相対主義に対する言及がみられる場合、ラートブルフによって注意が促されていた上述のような区分が必ずしも前提にされているわけではない。[25] また、こうした区分を念頭において研究が進められている場合であっても、一定の注意が必要である。というのも、そのような区分をしたことから直ちに〈認識論的価値相対主義〉の立場から積極的な価値思考を展開する可能性が否定される、というわけではないからである。むしろ、注意しなければならないのは、実践理性との区分を隠れ蓑とすることで理論理性へと閉じこもり、積極的な価値思考の可能性についての掘り下げた検討が行われてこなかった、という点である。

こうした問題に対して、長尾龍一は、価値相対主義を認識上のそれと実践上（当為が問題になる場合）のそれとを表す場合とに区別した検討を行っている。[26] その彼によれば、「価値相対主義」の概念には次のような二つの場合があるという。すなわち、「価値判断は相対的である」という「認識」を表す場合と、「価値判断は相対化されるべし」という「当為」を表す場合がある、という。そして、両者の正当性を判断する基準については、「認識」を表す場合が「真」か「偽」を問題とするのに対し、「当為」では「善」か「悪」かが問題になる、と説く。この見解を前述の議論との関係に投げ入れてみれば、前者は〈認識論的価値相対主義〉の領域にかかわっており、そこでは「真」か「偽」かを問題にすべきであるということ、そして、後者は〈実践的価値相対主義〉の領域にかかわっており、そこでは「善」か「悪」かを問題にすべきであるということになる。

ところが、長尾は、こうした〈認識論的価値相対主義〉と〈実践的価値相対主義〉の論理的関係と、寛容の問題との間には必然的な結びつきがないということを、ウェーバーにおける「神々の争い」の議論に依拠して指摘し、〈認識論

的価値相対主義〉の主張は、学問をする上での前提になる、と主張した。そして、長尾自身は、実践的な行為局面と切り離した恰好で価値相対主義の問題を考えてしまったために、価値相対主義の主張をめぐる認識可能性の積極面については、これをほとんど評価しようとしなかったわけである。

この認識可能性の積極面ということについては後述するが、再度この問題を理論理性と実践理性との区分の問題に引きつけて言い換えるとすれば、たしかに、長尾は〈認識論的価値相対主義〉と〈実践的価値相対主義〉とを一応は区分していた、と言える。しかし、区分をしつつも、そのまま放置してしまったと言わねばならない。それゆえ、〈認識論的価値相対主義〉における積極的な可能性について、例えば、それを〈実践的価値相対主義〉との緊張関係に置きながら、価値相対主義の主張に潜在している積極的な側面に向かって進んで考察を行おう、といった姿勢が示されてくることはなかった。結果的に、長尾は、〈認識論的価値相対主義〉と〈実践的価値相対主義〉の両者をそれぞれ支えている心理的傾向には一定の共通性を認めることができる、と主張するに留まってしまったわけである。(27)

しかし、長尾が言うような心理的傾向として、いかなる共通性を考えることができるのだろうか。ここで重要なのは、〈認識論的価値相対主義〉と〈実践的価値相対主義〉との間の心理的共通性ではない。そうではなく、第一に、両者が緊張関係に立つことを踏まえた上で、価値をめぐる争いの諸問題を関係づけるにはどうすべきか、第二に、〈認識論的価値相対主義〉と〈実践的価値相対主義〉におけるコンフリクトと相克を通じて価値相対主義的な思考様式における積極的な意義を引き出すことは可能か。こうした問題を真摯に検討することこそが重要だったはずである。つまり、価値相対主義の問題とは、〈認識論的価値相対主義〉で完結すべきではなく、実践的な行為局面で問題とされる〈実践的価値相対主義〉との関係で掘り下げていくべきだし、こうした観点から再考していくことが、法哲学的な問題の立て方としては重要なわけである。しかし、結局のところ、このような方向で価値問題を考えることに対して、長尾は閑却して

しまった。従来の研究と同様、〈認識論的価値相対主義〉と〈実践的価値相対主義〉との関係についての考察ははじめから捨象されていたといわざるを得ない。[28]

このように、先行研究の多くは、価値にかんするウェーバーの考察を「没価値」的方法論として取扱うことに終始し、また、ラートブルフをウェーバーの「発展的」継承者とみなすことによって、ラートブルフに価値相対主義者のプロトタイプを見出してきた。そして、そこに関心を集中させる、という傾向があった。すなわち、ラートブルフが、学問のなしうる役割について、「各個人に立場をとることのもろもろの可能性をあますところなく提示することにのみ自己の任務を限り、各個人が立場をとること自体は彼の人格の深みから生じたところの決断…に委ねる」[29]と述べたのを引き受け、〈実践的価値相対主義〉にかかわる問題と〈認識論的価値相対主義〉の問題とを切断してしまう傾向があった、というわけである。こうしてみると、長尾の観点もラートブルフと同様に、実践的な行為局面において「善」と「悪」とが争点になってくるような〈実践的価値相対主義〉の領域については、これを、学問的な観点から――〈認識論的価値相対主義〉の領域から――批判する道を閉ざしてしまっていた、と言える。そして、その意味では、〈認識論的価値相対主義〉がもつ積極的な意義――積極面――についての考察を行うことは無かった、ということになる。

価値相対主義の立場――ラートブルフの「相対主義」に即して理解された価値相対主義の立場――に立てば、各人のとりうる立場を〈認識論的価値相対主義〉の次元から学問的に吟味し、可能な限りの解決策を提示することができる。ただし、実際の行為局面において「人格の深みから生じたところの決断」に従った倫理的行為や政治的行為を問題化することはできない。こうした局面では、「善」と「悪」を自らの識別基準とする〈実践的価値相対主義〉の問題が関係してくるからである。それゆえ、〈実践的価値相対主義〉と領域横断的にかかわってくる問題を、〈認識論的価値相対主義〉の問題としてのみ処理しようとするラートブルフや長尾の場合、実際の行為局面に引きずり出されるや否や、常に

「人格の深みから生じたところの決断」に従う「独断的絶対主義」や底なしの相対主義へと転落する可能性が内包されていた、ということになる。そして、このような〈実践的価値相対主義〉をめぐる問題が潜在していたにもかかわらず、こうしたことに気づかないまま、従来の研究は、ラートブルフや長尾のように〈認識論的価値相対主義〉の問題として価値相対主義問題を構成し、理解してきたわけである。(30)

価値相対主義の主張を、ラートブルフの観点から認識論上の問題として哲学的に理解しようとするのであれば、まさに今ここで述べたように、実践的な行為局面とは噛み合う接点をもちえず沈黙するか、あるいは逆に、行為――その動機からもたらす結果までも含めて――に対する批判それ自体からは超越し、自己正当化を試みるより他になくなってしまうであろう。それゆえ、価値相対主義問題の克服を志向しながら、そのための理論的可能性を吟味しようとするのであれば、ラートブルフや長尾とは袂を分かち、〈認識論的価値相対主義〉における認識可能性の積極面を十分に引き出すことによって、〈実践的価値相対主義〉との相関関係――認識面と実践面の相互関係・相互作用――に重点をおいて考察を進めていかなければならない。そこで次に、価値相対主義における積極的な意義、つまり〈認識論的価値相対主義〉における認識可能性の積極面についての検討を進めていくことにする。しかし、そのためには、以上で見てきたように、ラートブルフをプロトタイプとして価値相対主義問題と取り組んできた経験や、長尾の議論を反省的に引き受ける必要があるので、ラートブルフとは違った形で価値相対主義問題を考えていたと思われるウェーバーの主張と関連づけながら、この問題を捉え返していくことにしたい。

ところで、このような本稿の見解については、既に碧海純一によって次のような形で提出されていた課題とも重なってくる。碧海によれば、「ヴェーバーの理論は、決して認識と評価との単純な隔離を説いたものではなく、むしろ彼自

身の強烈な価値意識と表裏一体をなす、その意味で実は高度に実践的な提言であり、かれは、単に科学のなし得ないことを指摘しただけでなく、同時に、それが価値の諸問題についてなし得ることをも明確に示した」（原文強調）[31]ものである。それゆえ、ウェーバーの立場というものが、「実存的」・「決断的」とでもいうべく「要素を率直・冷静に認容した上で、我々の倫理的な選択における合理性の射程を最大化し、…理性による倫理問題の解決を可能な限り推進しようとする立場である」[32]ことは明らかである、という。

本稿にとって、この碧海の指摘は極めて重要な意味をもっている。長尾と異なり、価値相対主義の主張について、「単に科学のなし得ないことを指摘しただけでなく、同時に、それが価値の諸問題についてなし得ることをも明確に示した」のがウェーバーであることを看取し、正当な評価を下しているからである。また、先ほどから述べてきたような〈認識論的価値相対主義〉の可能性を積極的に引き出していくということの意味を的確に理解しているからである。

しかし、碧海は、ウェーバーの価値相対主義の主張を、英語圏において発展した分析哲学――とりわけ「価値情緒説」――とパラレルな関係に立つものとして理解することによって、結果的には、価値相対主義の主張が成立したドイツ思想史上の議論とは無縁な地平で処理してしまう。つまり、ウェーバーが価値相対主義の主張をめぐって展開した学問論や宗教社会学にかんする一連の議論は、「ドイツ歴史主義」のような思想史上の問題との関係において固有の意味をもつわけだが、こうした点については看過されることになったわけだ。それゆえ、ここに、価値相対主義問題を扱う上では、碧海のような見解に満足することなく、それをウェーバーのような思想とかかわらせながら――思想史上の議論と関係づけながら――あらためて検討し直す余地が生じてくることになる。

この点については、「分析哲学的相対主義者の説くところは、その斬新な革命的哲学的立場の故に、右に要約したような相対主義の主張（ウェーバー・ラートブルフ流のドイツ的な価値相対主義の主張――菅原注）に較べ、その力点の

おき所、全体のニュアンスにおいて違うところがある」[33]、という加藤の指摘もある。ただ、価値相対主義問題と取り組む上でのこうした加藤の見解は、碧海の場合と比べてみた場合に、まだ受け入れ可能である、ということを意味するにすぎない。つまり、あくまでも相対的には加藤の見解の方が支持し得る、ということを意味するにすぎない。その理由は次のとおりである。

確かに、加藤の場合は、碧海のように分析哲学に引きつけながら価値相対主義問題やウェーバーの価値思考を理解する場合と、それらを思想史上の問題として受け止めた上で理解しようとすることの違いに気づいている。しかし、ウェーバーとは、宗教社会学研究を通して獲得した「寛容」という概念を「近代の「リベラル」な思想」と同一線上のものとして捉え返し、歴史的に形成された思想を自らが価値相対主義問題を考える際の下敷きにしようと格闘した思想家であるということ――歴史的・社会的文脈のなかで価値問題は考えられるべきだというウェーバーのなかで最重要な訴え――について加藤が踏み込んでいくことは――少なくとも結果的には――無かった。それゆえ、後述するようなウェーバーの価値思考において決定的な役割を果たしていた「価値討議」や、あるいは「人格」をめぐる議論を加藤が捉えきることは無かったわけだし、ラートブルフのような「相対主義」理解を超えた次元で価値相対主義問題を捉え、処理することもなかったわけである[34]。そこで、現在こうした価値相対主義の問題と取り組むのであれば、加藤によって示唆されたような問題の入り口から内奥へと向かって踏み込む必要がある。

碧海や加藤は、両者とも価値相対主義の問題の深淵やウェーバーの価値思考の重要性に気がついている。しかし、碧海の場合であれば、いわば「分析哲学」へと逃避してしまうことによってこうした問題と正面から向き合おうとしない。そして、加藤の場合であれば、その深淵を覗き込みながらもいわば入り口で止まってしまい、奥へと十分に分け入っていくことはなかった。その意味では、結局のところ、価値相対主義問題への法哲学界の対応は不十分なものにとどまっ

た。だが、ここでの問題は、むしろ、ウェーバーが行ったように、価値相対主義問題の地平に立ちながらも価値相対主義を徹底して理解しようとする形で格闘したり、そうすることによって、従来の思想地平を超えていこうと模索することへ求められるべきだったのではないだろうか。

ウェーバー自身は、ラートブルフと同様に、「価値判断をくだす主体が、この究極の価値規準を〔意識した上で〕表白すべきか否か、これは、かれ個人の内奥に属する事柄であり、かれの意欲と良心の問題であって、経験的知識の問題ではない」、と考えていた。既に見たところであるが、「この究極の価値規準を〔当人に〕意識させることは、確かに、価値判断の科学的取扱いが、思弁の領域に踏み込まずになしうる最後のことである」[35]、とも述べている。しかし重要なのは、「思弁の領域」とは別個の問題として「価値判断の科学的取り扱い」ができる方法を探求し、つまり、そうしたことなど不可能だという議論――いわゆる従来の「没価値」的方法論――との関係の中から、可能な方法についてもこれを探求し、得られた成果を積極的に問題化していこうとする姿勢である。つまり、ウェーバーは、いったん〈認識論的価値相対主義〉を〈実践的価値相対主義〉との相関関係に投げ入れた上で、再度〈実践的価値相対主義〉の問題を〈認識論的価値相対主義〉の地平と関係づけながら問い直そうとしていたわけで、この点に彼独特の価値相対主義的思考様式の意義がある、と言うことができよう。

さて、このようなウェーバーの価値思考については、時代背景や展開された当時の事情も含め、節をあらためて詳しく論じることにするが、ラートブルフに無かった思考様式であることだけは確かだ。というのも、「哲学的妥当論」に立脚するラートブルフにとって、〈認識論的価値相対主義〉の問題は、もっぱら「哲人王」に奉仕するべき領域として扱われることになるからである。そして、現実の行為局面において問題化されるべき〈実践的価値相対主義〉の領域と

は切り離した上で構想されることになるからである。確かにラートブルフは、学問による価値判断の客観的基礎づけの不可能性を主張したうえで、「各個人が立場をとること自体は彼の人格の深みから生じたところの決断…に委ねる」と述べていた。それゆえ、この決断する主体としてラートブルフが想定していたのはどのような主体なのかと尋ねてみれば、そうした主体とは、かの「哲人王」のような人物以外に考えることができないことがわかる。

ラートブルフの次のような言葉を見てみよう。

> 価値判断の客観的正当化は不可能であるゆえ、「われら知らざるべしということのみが要請されるとしても、それは、いつの日か科学的一義性をもって可能なもろもろの世界観のなかから一つを決定する能力を有する天才のために、それらを体系的に展開しておくことによって、少なくとも有用な準備作業をしたことになると考えて、その方法を固執するだろう」[36]。

ここでいわれているような「天才」という言葉を聞いた者にとって、一体どのような主体を想定する余地が残されているかは、一目瞭然であろう。このような「天才」ということから想定されるのは、プラトンにおける「哲人王」のようなものしか考えられない。しかし、そうであるとすれば、事態はいっそう深刻である。ラートブルフにおいては、〈認識論的価値相対主義〉をめぐる問題が実践的な行為局面と切り離され、「哲人王」に奉仕するものとして構想された時点で、〈実践的価値相対主義〉にかかわる問題を〈認識論的価値相対主義〉の次元とかかわらせようとする契機は、完全に捨象されてしまうことになるからである。それゆえラートブルフにしたがえば、「価値判断」をめぐる問題は、「各人」にとっての問題としてではなく、「哲人王」が独占的に領有すべき問題として構成されることになる。

結局、ラートブルフにおいては、「各個人が立場をとること自体は彼の人格の深みから生じたところの決断…に委ねるべきだという主張が〈認識論的価値相対主義〉の問題と袂を分かち、独り歩きを始めた時点で、彼にとっての価値相対主義問題は、「独断的絶対主義」や底なしの相対主義へと転落するよう宿命づけられた、というべきである。換言すれば、ラートブルフの関心とは、結局のところ、歴史的・社会的条件から超越した「哲人王」に対して、学問がなしうることは何か、その「哲人王」にとって「有用な準備」をすることはいかにして可能になるのか、という点へと向けられていたわけである。そしてだからこそ、ラートブルフの関心は、まことにそうした決断を正統化する理念――「哲学的妥当論」――の探求へと移行していったわけである。

しかし、この点をめぐるウェーバーの関心を先取りしておけば、それは「哲人王」ではなく、あくまでも「各人」へと向けられていたことに注意しておく必要がある。また、ラートブルフの場合とは異なり、実際の行為局面における〈実践的価値相対主義〉の問題を、価値相対主義の積極面である〈認識論的価値相対主義〉とかかわらせることによって克服しようと考えていた点についても、同様に注意しておく必要がある。ウェーバーは、ラートブルフや長尾と異なり、〈認識論的価値相対主義〉の問題も実践的な行為局面との関係で現れてくると考えていた。そして、その上で、ウェーバーは、〈認識論的価値相対主義〉における問題を〈実践的価値相対主義〉の問題とかかわらせ、双方が相関的な緊張関係にあると捉え返し、問題化しようとしたわけだ。

このことは、ウェーバー自身が実践的な行為局面において主体が下す「価値判断」について次のように述べていることから見ても明らかである。すなわち、「〝価値判断〟とは、私が具体的固有性の内にある対象に対して特定の具体的な形で〝態度を決める〟こと」に他ならず、断じて「いかなる〝抽象的概念〟でもない」[37]。「価値判断」とは、行為主体としての「私」が下すものであり、すべて具体的な行為局面との相関的な緊張関係のなかでのみ問題にしうる。それゆ

え、〈実践的価値相対主義〉を徹底し、そうした帰結としての底なしの相対主義のような立場をウェーバーが支持する、ということは考えられない。「良心と意欲」に従って行為する個々の主体には、「価値判断」を下した過程と結果との関係から、自らの「価値判断」それ自体をも批判的に捉え返すことができると想定していた、とみるのが妥当である。

以上のことから、ラートブルフとウェーバーとは、代表的な価値相対主義者として参照されることが多いにもかかわらず、まったく価値に対する思考方法が異なっていたと言わねばならない。ラートブルフは〈認識論的価値相対主義〉と〈実践的価値相対主義〉との問題が互いに独立した関係にあるとみて、〈認識論的価値相対主義〉の立場から来る将来「哲人王」が登場する日のための構想を練り、〈実践的価値相対主義〉における問題は、あくまで「人格の深みから生じたところの決断」の問題であるとみて区分していた。しかしそれに対し、ウェーバーの場合、「各人」の具体的な行為局面における「価値判断」の客観性の問題を価値相対主義の問題として――〈認識論的価値相対主義〉と〈実践的価値相対主義〉との問題として――捉え返し、どのように解決していくべきかを模索しようとして議論を展開していた。両者のこうした違いについては、しっかりと確認されねばならないし、強調してもし過ぎることはない。

いずれにせよ、「相対主義」を主張する上で、「哲学的妥当論」に立脚していたラートブルフには以上のような問題性があったわけである。それは、「哲人王」に対するラートブルフの熱い眼差しであり、期待である。仮に、ナチス政権下における苦悩の経験を斟酌したとしても、その「哲学的妥当論」に立脚した普遍主義的な思考様式や、そうした方向へと収斂していったラートブルフ的な価値相対主義の主張には、思想的に拭い難き問題があった。むろん、このように述べたからといって、このことでもって「歴史的・社会学的妥当論」や、「歴史的・社会的文脈主義」の可能性があることを示したことになるわけではない。それゆえ、こうした点についての、とりわけウェーバーにおける具体的な問題展開についての検討は、次節以降で進めていくことにする。

本節では、まず、ロールズの『正義論』と『政治的リベラリズム』を通じてみられた、現代正義論における普遍主義と文脈主義の問題を、彼の立場転換に即して概観してきた。そして、この問題を、現代正義論研究としてのみ行うのではなく、一旦価値相対主義の主張にまで遡らせて思想史的に検討すべき余地があることを示し、そのことを確認してきた。その結果、価値相対主義の主張を吟味する場合には、具体的な行為局面における「価値判断」をめぐっては、〈認識論的価値相対主義〉と〈実践的価値相対主義〉という二つの議論地平を区分し、それら双方を互いに関係づけながら問題化していく必要性があることを示した。

ただし、先述したとおり、ここで得られた知見は、ラートブルフの「相対主義」に即して価値相対主義の主張を理解するのでは問題がある、ということを確認しえたに留まる。そこで次節では、ラートブルフと同じように、価値相対主義者として見られてきたウェーバーの価値思考の具体的な内容と、その議論展開にまで踏み込んで、価値相対主義の主張に潜む理論的可能性を展望することにしたい。

第二節　ウェーバーの「価値討議」論

本節では、ウェーバーにおける価値相対主義の主張を、ウェーバー自身によって展開された「価値討議」論に即して明らかにし、いかなる特質と法哲学的意義があると言えるかという点について検討する。そして、価値相対主義者と目されているウェーバーの「価値討議」論と、前節で見たようなラートブルフの「相対主義」の立場とでは、いかなる点で違いがあるのかを明らかにし、問題の所在を確認することにしたい。

第一款　「価値討議」の特質――〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉――

本節では、ウェーバーにおける価値相対主義の主張を「価値討議」論に即して明らかにしていく。そこで、その作業の一環として、ここでは、「価値討議」の特質について吟味する。そして、そのために、まずは、ウェーバーが「価値討議」を行う上で前提としている見解について、これを確認しておくことから始めることにする。

言うまでもないが、「価値討議」を行っていくためには、各人が価値判断を下しているという前提がなければならない。あまりにも当たり前のようではあるが、必ずしも他者と合致しない各人の価値判断が根底にあるからこそ、「価値討議」といったものが要求されるわけである。つまり、各行為主体によって下された価値判断が互いに一致しないような多くの場合に、そこで生じるであろう争いを処理するためには「価値討議」が要請される、というわけだ。

既にみたとおり、ウェーバーも、「〝価値判断〟とは、私が具体的固有性の内にある対象に対して特定の具体的な形で〝態度を決める〟こと」[38]であると述べていた。そして、ウェーバーがこのように言うときの「価値判断」においては、何よりも「私が…決める」といった主観的条件が、「価値判断」を下す際の重要な根拠として据えられていた。それゆえ、それぞれの「私」によって下された判断が合致しないということを、いかに問題化するかということがウェーバーにとっての課題であった。その意味で、彼は、各人の「価値判断」における主観的条件の重要性を認めること、その結果、各人の価値判断が異なることはむしろ結構なことだ、と考えていたわけである。ウェーバーは、各人の「価値判断」をめぐって何らかのコンフリクトが生じたとしても、コンフリクトが生じた原因それ自体に問題があると考えていたわけではないし、さらに一歩踏み込んで言えば、「価値判断」が主観的条件下の産物だから問題だ、というように考えていたわけではない。

ところで、このように考えると、ウェーバーにとっては、なぜそのように「価値判断」における主観的条件を重視したのか、という点が問題になるかもしれない。ただ、既に前節で行ってきた議論を踏まえれば、その理由は、ウェーバーの関心の重心がラートブルフとは異なっていたからだ、ということになる。すなわち、ウェーバーにとっては、「価値判断」という、主観的条件が何らかの形で影響を及ぼさざるを得ないような――したがって「哲人王」とは異なった――各人の判断に対して、関心が向けられていたからである。そして、碧海や加藤の見解を通じて検討してきたことでもあるが、ある個人の主観の産物にすぎないと見られがちな「価値判断」を、学問や科学が「客観的」に批判することは可能なのか、可能であれば、それはなぜ可能と言えるのか。こうした点に、ウェーバーの関心が向けられていた――さしあたり、このように言える――からである。

ウェーバーにしたがえば、「価値判断」の根拠には主観的要素が含まれており、各人の主観的条件は「価値判断」の重要な構成要素である。それゆえに、「人格の深みから生じたところの決断」にしたがって下される「価値判断」と、「価値判断」に基づいてなされる行為については、その客観性が問題にならざるをえないことになる。しかし、ウェーバーは、「価値判断」における客観性が問題になる場合であっても、これを学問的・科学的に考察することまで断念しようと――没価値的に――考えていたわけではない。そうではなく、主観的要素に根拠づけられた「価値判断」であったとしても学問的に取り扱うことは可能だし、「価値討議」をくぐり抜けた結果として当該「価値判断」が「客観性」を持つことも十分にあり得る、と考えていた。

だが、主観に端を発した「価値判断」が「客観性」を持つとはどういうことなのか。なぜ、ウェーバーは、そのように考えることができたのだろうか。彼によれば、主観の産物である「価値判断」は「価値討議」を通じて「客観性」を獲得するに至る、とされる。以下、「価値討議」の特質を検討することによって、この問題を明らかにしよう。

まず、各人がそれぞれの「価値判断」に基づき展開していく行為について、ウェーバーは、それが意味ある行為か、意味がない行為か、この点を区別するよう要求する。そして、「意味をそなえた人間の行為につき、思考を凝らして、その究極の要素を抽出しようとすると、どんなばあいにもまず、そうした行為が「目的」と「手段」の範疇〔カテゴリー〕に結びついていること」がわかる、という。ウェーバーにとって、「われわれがあるものを具体的に意欲するのは、「そのもの自体の価値のため」（つまりは、「目的」――菅原注）か、それとも、究極において意欲されたもの〔の実現〕に役立つ手段としてか、どちらか」[39]しか考えられないからである。それゆえ、ウェーバーにとっての意味ある行為とは、必ずや「目的」と「手段」の範疇」に結びついている、と言える。

そこで例として、医療行為のような場合を想起してみよう。そして、医療行為の「目的」は病気の「原因」を駆除し治癒という「結果」を獲得する点にあるということから、どのような理解ができるかを考えてみよう。そうすると、ある医療行為がウェーバーの言う意味ある行為の範疇に入っていると解されるためには、かかる「目的」を達成しうるだけの然るべき「手段」が考察され、選択されているのでなければならない、ということになる。当該医療行為が意味ある行為であるとすれば、それは必ずや「「目的」と「手段」の範疇」に結びついた行為だからである。ただ、医療行為を見守る周囲の人の視点から見れば、「原因」が治療され、その「結果」として患者が治癒したのかどうか、という点が決定的に重要である。つまり、周囲の人にとっては、当該医療行為が「原因」と「結果」の範疇に入っているときに限って、評価できるものとなるわけである。

それゆえ、もし、医療行為の「目的」を達成するために選択された「手段」が、加持祈祷のような呪術的行為であったとすれば、周囲の多くの人にとっては、これを意味ある行為と呼ぶことが困難になるであろう――加持祈祷にはいかなる効果も認められないとか、意味のない行為だということが言いたいわけではない（念のため）――。つまり、医療

行為が意味ある行為と言えるかどうかを考える上で、当該医療行為が「原因」と「結果」の範疇と結びついているかどうかは極めて重要なポイントになる、というわけだ。

では、かかる加持祈祷のような行為は、どのように解すべきか。ウェーバーに依拠して考えれば、病気を治すという「目的」を果たすための「手段」として加持祈祷が選択された、ということになりそうである。そして、この選択それ自体を誤りとして、一概に否定するわけにはいかないであろう。加持祈祷といえども、少なくとも本人にとって主観的には「目的」と「手段」の範疇」に結びついた行為として理解されたわけだし、その限りで主観的には「意味ある行為」として選択されたのだ、と考えられるからである。

ただ、加持祈祷には決定的な問題がある。それは言うまでもなく、医療行為としての加持祈祷が、医療行為をめぐる「原因」と「結果」のカテゴリーに結びついていない、ということである。つまり、加持祈祷という行為は、主観的に目的合理的かもしれないが、本人以外の別の人間――すなわち周囲の多くの人――からみた場合に、客観的に目的合理的な行為ということはできない。それゆえ、加持祈祷には問題がある。このように言うことはできる。つまり、このことは、ある行為が客観的にも目的合理的な行為であるためには、それが「目的」と「手段」の範疇」に結びついているだけでは足りない、ということを示しているわけである。主観的にというだけでなく、客観的にも目的合理的でなければ、これは意味ある行為ということはできない、ということでもある。要するに、「原因」と「結果」というテクニカルな因果関係によって裏打ちされていなければ、意味ある行為としての「客観性」がある、ということはできないわけだ。(40)

さて、こうした議論を踏まえれば、ウェーバーの行為論とは、人間の行為を意味ある行為として問題化していくように開かれたものとして理解することが可能となる。つまり、行為が「目的」と「手段」の範疇」に属するのであれば、

「目的」と「手段」の関係に対応した適切な因果関係を成立させる技術について、それを学問的に検討することが可能になるわけである。その上で、行為がなぜ意味をもちうるのかということについて、彼は、「人格の深みから生じたところの決断」に基づくからだと捉え直し、あらためて「価値判断」の問題――したがって価値相対主義問題――と取り組もうとしている、と理解することができるようになる。それゆえ、このようなウェーバーの議論にしたがえば、〈認識論的価値相対主義〉の主張を承認したとしても、「目的」と「手段」の範疇」に結びつけられた意味ある行為の「客観性」については、ある「手段」を導出した「価値判断」との関係から、技術的な批判――ここでは、便宜上〈技術的批判〉と呼ぶことにする――を行うことができる、しかも積極的にできるようになる、というわけだ。

以下の説明は、先行研究において何度となく論及されてきてはいるが、ウェーバーの価値思考の核心にかかわるところでもあるため、必要な範囲で、本稿においても説明を施しておくことにしたい(41)。

まず、〈技術的批判〉によって、われわれは、

①「（われわれの知識の、そのときどきの限界内で）いかなる手段が、ある考えられた目的を達成するのに適しているか、それとも適していないか、ある妥当性をもって確定することが出来る」。すなわち、「採用可能な特定の手段で、ある特定の目的をおよそ達成できるかどうか、その客観的可能性〔シャンス〕がどの程度か見積もることができる」。

それゆえ、

②「当の目的を立てること自体をも、そのときどきの歴史的状況〔の知識〕に照らして、〔採用可能な適合的手段が見当たらないから〕無意味である、というふうに批判できる」。すなわち、手段それ自体にかんして、目的を

達成するための因果適合的な観点から意味ある（ない）手段かどうかを検討しうると同時に、目的それ自体についても、手段との関係からは、客観的に意味ある（ない）目的かどうかを検討しうる。

また、

③われわれには「必要とされる〔当の〕手段を〔現実に〕適用することが、あらゆる出来事のあらゆる連関〔にいやおうなく編入されること〕をとおして、もくろまれた目的のありうべき達成のほかに、いかなる〔随伴〕結果をももたらすことになるかを、…知識の限界内においてではあるが、確定することができる」。

したがって、

④「意欲された目的の達成が、予見できる出来事の連鎖を介して、他のいかなる価値を損なうことになるか、そうした形でなにを「犠牲にする」か、という問いに答えることができる」ようになる。つまり、「行為」についての手段―目的を通じた検討から、当該「行為」によってもたらされるであろう副次的・随伴的に発生する効果や結果についての予測も可能になる、というわけである。

しかし、ウェーバーは、こうした〈技術的批判〉のみならず、「相異なる評価主体の関係に於て相対的に定まる」と解されてきた、価値相対主義の主張における「究極的価値」についても、これを学問的に批判することができると主張して憚らない。たしかに、「意欲する人間が、自分の良心と自分の個人的な世界観とにしたがって、問題となっている諸価値を評価し、選択する」わけだし、そうした「選択をくだすのは、意欲する人間の課題である」。このことは間違いない。だがしかし、ウェーバーによれば、ここには、さらに可能なことがあるという。

ウェーバーによれば、

⑤「われわれは、具体的な目的の根底にある、あるいはありうる「理念」を、まず開示し、論理的な連関をたどって展開すること」、すなわち、価値論理的に秩序だった「連関」にまで構成することができる。

そして、

⑥「歴史的に与えられた価値判断や理念のなかにある素材を、形式論理的に（ここでは価値論理的にという意――菅原注）評価する事、すなわち、意欲されたものが内面的に矛盾を含んでいてはならないという要請に照らして理想を吟味すること」ができる。

その結果、

⑦「意欲するものを助けて、かれの意欲内容の根底にある究極の公理、すなわち、かれが無意識のうちにも出発点とし、あるいは――矛盾に陥らず、首尾一貫性を保つためには、――出発点とせざるをえなかったはずの究極の価値規準を、みずから反省させることができる」ようになる。

ここには、目的から遡って導出された「理念」についての、〈技術的批判〉に関係した「形式論理的考察」のみならず、それとは決して同一視し得ない「意味適合的」な関係に即した批判――ここでは、便宜上〈価値論理的批判〉と呼ぶことにする――を加えうる可能性があることが示されている。

加藤は、ウェーバーの価値相対主義の主張には、積極面として、価値Aから価値Bが形式論理的演繹によって導かれるとみるべき「経験科学的考察の成分」が存在するが、それとは別に、価値Aから価値Bが導かれるということには、両者の間で「意味上適合している、或いは高度の親和性を持つという関係」が成立している場合があるということを指

摘している。そして、AとBの両価値の関係が、形式論理的演繹によって導かれる場合に対して、意味上適合する親和的関係が成立するような場合には、そこに「価値論理的考察とでも名づくべき成分」があることを指摘していた。(42)

むろん、こうした見解は、本稿が取り上げている問題の所在を的確に示しており、今ここで〈技術的批判〉や〈価値論理的批判〉を通じて示そうとしたことと、その狙いについての差があるわけではない。ただ、加藤の場合は、肝心の「価値論理的考察とでも名づくべき成分」(43)のもつ重要性を過小評価しているために、〈価値論理的批判〉にまで踏み込んだ考察がなされていない点で問題が残る。

ともあれ、以上の①から④の〈技術的批判〉に加え⑤から⑦の〈価値論理的批判〉についても考えていたということは、ウェーバーにおける「価値討議」の特質であると同時に、価値相対主義問題を扱っていく上で決して看過してはならない重要な論点である。そして、このことが、ウェーバーとラートブルフとの決定的な違いでもある。ウェーバーは、ラートブルフのように〈認識論的価値相対主義〉の領域で展開される倫理的な議論が必然的に〈実践的価値相対主義〉へと埋没していくという見解を否定し、〈価値論理的批判〉を用いることによって、その当の行為を生じさせたところの「価値」や、そうした「価値」をも規定する「究極的価値」との間にも「意味適合的」な関係に即した批判が可能になると考えていた。

ウェーバーによれば、「理念」を解明し「精神的に理解させる」ことを、「人間の文化生活にかんするあらゆる科学のもっとも本質的な任務のひとつ」とみなした上で、(44)そうすることが、「思弁の領域」とは別に、「価値判断の科学的取り扱い」ができる最後の方法としての〈価値論理的批判〉によって可能になる、と考えられていた。すなわち、〈認識論的価値相対主義〉の立場で生じた問題を「価値判断」が問われる〈実践的価値相対主義〉における問題と相関的に捉えることによって、〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉という二つの批判規準を導出したわけだ。

しかも、〈価値論理的批判〉を用いることによって、「歴史的に与えられた価値判断や理念のなかにある素材を、形式論理的に評価すること、すなわち、意欲されたものが内面的に矛盾を含んでいてはならないという要請に照らして理想を吟味すること」[45]のみならず、「意欲する者を助けて、かれの意欲内容の根底にある究極の公理、すなわち、かれが無意識のうちにも出発点とし、あるいは――矛盾に陥らず、首尾一貫性を保つためには――出発点とせざるをえなかったはずの究極の価値規準を、みずから反省させること」[46]をも可能にしたわけである。

さて、以上のことから、〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉といった二つの批判規準を用意していたという点に、ウェーバーが自らの価値思考の具体的展開として示した「価値討議」の特質がある、と言えよう。そして、このように、何ら普遍的な原理に依拠することなくとも、合理的で「客観的」な「価値討議」を行うことができるという点こそ、ラートブルフにおける「相対主義」の主張にはみられない、ウェーバーの価値思考で独自に見られるものだ、と言うことができよう。したがって、ウェーバー自身は、こうした特質が「価値討議」には備わっていると考えていたので、各行為主体の主観を故郷とする「価値判断」についても、これを学問的に「客観的」な議論として検討しうる、と考えていたわけである。そこで、こうした特質があることを踏まえ、次に、「価値討議」の意義についての検討へと移ることにしたい。

第二款　「価値討議」の意義

ウェーバーが、〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉といった二つの批判規準を要請したのは、意味ある行為をめぐって下される「価値判断」について、何らかの普遍的原理に依拠せずとも批判的に検討することができるようにするためであったと考えられる。彼は、こうした検討を「価値討議」と呼び、「この種の議論の前提としては、究極の評価には

原理上調停し難く背馳するものがありうることがわかってさえいればよい」と述べていた。そして、そのポイントが、「すべてを理解すること」は「すべてを宥すこと」を意味するものではなく、また一般に、異なる立場をたんに理解するところからこれに同意するところまで道は通じていない」点にあることを強調している。(47)

したがって、ウェーバーにとっては、価値相対主義の主張にかんして、しばしば問題にされる究極的価値についても、それがお互いに一致できるものであるかどうか、相反するものであるかどうかが問題だったわけではない。むしろ、互いの究極的価値が相反するものであるかもしれないということは、「価値討議」を行ううえでの前提であると考えられていた。つまり、「価値討議」を行う上でウェーバーが強調したかったのは、「理解」と「同意」を明確に区別しておくことであった。その上で、人間の「行為」を社会的・精神的に関連づけながら、「説明的に解釈」しうるように「理解」するよう努めること、ウェーバーは、こうした態度が科学的な「価値討議」を行う前提であるとみていた。それゆえ、ウェーバーにとっては、「理解」することと「同意」することとが決定的に区別されているわけで、この点を掴み損ねるようなことがあってはならない。

ただ、注意しておかなければならないのは、ウェーバーにとって、「理解的説明が望ましい」のは「意見を異にする人を人間的にいっそう「公正にみる」ことができる」からではない、という点である。そうではなく、「精神的連関もしくは社会的連関を扱う科学は、すべて人間の行動…を「理解」しようとし、さらにその理解に助けられて、あの行動（意味ある行為――菅原注）の経過を「説明的に解釈」しようとする」から望ましいのだ、(48)と考えられている点には注意しておかなければならない。そして、この点も、ウェーバーの「価値討議」論を理解する上では重要なポイントとなる。その理由を端的に言えば、「価値討議」の目的が安直な妥協を見出すことにあるわけではないからだ、ということになる。もちろん、「価値討議」が真摯な議論を尽くすよう要請するとはいえ、それでもなお、コンセンサスを形成

しえないこともあろう。しかし、議論の目的として設定されることが多い、いわゆるコンセンサスの形成さえもが、ウェーバーの「価値討議」論では、第一義的な目的として扱われることはない。

したがって、「価値討議」をすることの意義は、コンセンサスを形成する点ではなく、何よりも、「理解的説明」を可能にする点にあるとみなければならない。そして、ウェーバーのように考えるのであれば、コンセンサス形成を第一義的にみなさなくても済むので、多数者の前では些細な「差異」として軽視されがちな少数者の主張であっても、「価値討議」の対象として討議の俎上に載せることができる。コンフリクトをコンフリクトとして「理解」することが、まずもって「価値討議」の第一義的な目的だからである。すなわち、かようにコンフリクトをコンフリクトとして「理解」することを第一義的な目的とするので、些細なコンフリクトが問題化されたような場合であっても、それが少数者の主張であることを根拠として排除されたりすることはないし、安易な妥協を模索するようなことなど、まったく意味をもたなくなる、というわけだ。

かくしてウェーバーは次のように述べる。

「人間行為の実際の究極的動機を知るためにする行為の経験的な因果考察という目的」を果たす〈技術的批判〉と、「評価を異にする人と討議する場合、実際にあい対立する評価的立場を確定するために」行う〈価値論理的批判〉とを駆使し、「自分の論敵（あるいはそこに自分自身も加わる）が実際に心に懐いていることがら、つまり議論の当事者同士がたんに外見上ではなく実際に依拠しているところの価値を掴むこと、そうして後この価値に対してなんらかの態度がとれるようしむけること、これが価値討議ほんらいの意味」である。(49)

ここでは、討議の各当事者が依拠しているそれぞれの究極的価値（目的）については互いが「同意」に至らずとも、「理解」を通してそれぞれが目指す価値を明確にしうる、と考えられている。そして、「理解」を通じて当事者それぞれの究極的価値（目的）を明らかにすることに「価値討議」の意味がある、と考えられている。

そこで、このことを敷衍し、実際に「価値討議」に参加する人にとっての「実践的評価にかんする討議の意味」とは何かということについて考えてみよう。つまり、意味ある行為の源泉となる「価値判断」について討議をすることの意味とは何か、ということである。この点について、ウェーバーは、「（討議に参加している人々自身の）実践的評価にかんする討議の意味は、ただ次のとおり」と述べている。やや長いが、ウェーバーの「価値討議」を理解する上では不可避の議論なので、まとめながら引用しておきたい。(50)

（a）ある「価値判断」や、その結果もたらされた行為から、その担い手である行為主体における「内的に「首尾一貫した」諸価値公理を取り出すこと」、つまり、「個々の評価とその意味の分析から始まって、ますます原理的な評価的態度にますます上向してゆく操作」を行うことである。

（b）「ある究極の価値公理が、そしてそれのみが、ある実態の実践的評価の基礎にあるとすれば、この価値公理から出てくるはずの、評価的態度にとっての「諸帰結」を演繹すること。」すなわち、これは「論証にかんしてはまったく意味的なもの」である。

（c）「ある問題に対する実践的な評価的態度を実際に貫いたさい、出てくるはずの事実上の諸結果を確定すること」である。つまり、「必要な特定の手段に結びつくことから出てくる諸結果」や、「もともと欲したのではない副次結果が避けられないことから出てくる諸結果」を考察し経験的に確定し、しかも、選択すべき手段

や予想される副次結果を勘案してみた結果、「価値的要請をほんのわずかでも実現することは絶対に不可能である」とか、「近似的な実現さえまずはむりである」という結論がでたとしても、その結論をわれわれは理解できるということである。

また、それとは逆に、「はじめ考慮に入れてなかったような手段や副次結果に目をつむる必要」が生じた場合、「目的・手段・副次結果の比較考量に基づく決定がこの者自身の新しい問題となるにいたり、かくて他者への強制力は失われるにいたること」をも知りうるということである。

（d）（a）から（c）の作業を通じて、「ある実践的要請を主張する者が、はじめ見過ごしていたためまだ態度を決めていなかったような新しい価値公理、…要請が主張されうる」し、これは、「この者自身の〔古い〕要請とあの〔新しい〕要請とは衝突しあうものであるが」、いずれにせよ、このコンフリクトは、実際に現実に生じるか、意味的に生じることになる。それゆえ、現実に生じるならば、再度（a）と（c）の問題が、意味的に生じるのであれば（b）と（c）の問題が、反省的に問題化される。

こうしてみると、ウェーバーにとっての「価値討議」の意味とは、いかなるものであったのかが明瞭に理解できよう。一点毎に参照することは差し控えるが、これは、事実上、既に検討してきた〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉を遂行していくことに他ならない。このことは明らかである。ウェーバーはこうした作業を通じて、「価値討議」が有益なのは、討議が適切に行われたときには、討議の結果として生まれてくる「産物」を得られることに尽きるのではなく、討議が次々と移ろうそのときどきの局面で生じた事態についても、それを問題化し、かつての古い問題設定を変えていくように迫るから有益なのだと述べているわけである。(51)

ともあれ、「目的」と「手段」の範疇」に結びつく行為の担い手は、その客観的条件については〈技術的批判〉の観点から、主観的条件については〈価値論理的批判〉の観点から、批判的に吟味される。そして、「価値討議」の機能をこのように理解すれば、ウェーバーにおけるいわゆる「神々の争い」の問題も、〈認識論的価値相対主義〉の問題として捉えていておけばよいといった長尾に代表される理解が一面的なものにすぎず、〈実践的価値相対主義〉の問題と関連づけた上で、こうした「価値討議」の問題として扱っていくことには豊かな可能性が広がっている、ということが理解されよう。

すなわち、〈認識論的価値相対主義〉の問題であっても、その積極面に注目することによって、かような「価値討議」を展開していくことが可能になる。かつて、長尾は、〈認識論的価値相対主義〉の領域においてくだされる判断の結果は「真」か「偽」、〈実践的価値相対主義〉の領域では、「善」か「悪」である、と述べていた。そして、両者は理論的にはしっかりと分けることができるし、分けねばならないことが主張されていた。それだけ見れば、これは、その通りであるかのように見えなくもない。しかし、ウェーバーの「価値討議」において具体的に展開されている議論との関係に投げ入れてみれば、こうした長尾の主張が非現実的なものとして色褪せてさえみえる。だが、それは、長尾の主張が、〈認識論的価値相対主義〉の場では「理解」すること――「真」か「偽」か、これを「理解」すること――が重要だ、そして、このことは、〈実践的価値相対主義〉の場において「同意」すること――「善」であるか「悪」であるかを判定し、その帰結についても「同意」すること――とは、まったく別の問題だ、ということを主張するに止まっている――そして、ラートブルフも同様の地平で止まっている――からである。(52)

しかし、ウェーバーによれば、「価値討議」の意味は、討議が適切に行われたときには討議の「産物」を得られることに尽きるのではない、と考えられていた。そうではなく、討議が次々と移ろうそのときどきの局面で生じた事態につ

いても、それを問題化し、かつての古い問題設定を変えていくように迫るから有益なのだ、と述べられていた。[53] このことは、「理解」と「同意」とをまったく別の問題として処理することと決定的に異なっている。むろん、「理解」と「同意」とを区分することによって、重要な問題がすべて決着するわけではない。また、「価値討議」を終えた後にも、問題は問題として残り続けるかもしれない。ただ、それでもまったく別の問題として処理するのとは違い、問題は漸次的に解決へ向かうかもしれないし、当初提起された問題が反省的に捉え返さえすれば問題の意味転換が生じてくるかもしれない。このことの実践的な意義を、ウェーバーは主張しているわけだ。

しかし、そうであるとすれば、ウェーバーにとって「神々の争い」をめぐる問題とは何だったのか。「神々の争い」について、ウェーバーは、「もし君たちがこれこれの立場をとるべく決心すれば、君たちはその特定の神にのみ仕え、他の神には侮辱を与えることになる。なぜなら、君たちが自己に忠実であるかぎり、君たちは意味上必然的にこれこれの究極の結果に到達するからである」と言っていた。まさに、個々の究極的価値が互いに譲り合うこともなく、終わりなき闘いを繰り広げているかのような状況が目に浮かんでくるようである。だが、右で見てきたことを踏まえるのであれば、「神々の争い」をめぐる問題にはそうした表面的な問題だけではなく、第二の側面があることに気づく。つまり、一方では、「価値討議」を通じて、常に討議に参加するもの自身の究極的価値をめぐって、容赦なく〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉を浴びせ合うような状況のことを意味している。だが、しかしそのことは同時に、究極的価値それ自体をも含めて、そのときどきの反省の対象となるし、漸次組替えられていく可能性があるということをも意味する。[54] それゆえ、「価値討議」の意義を適切に理解しさえすれば、ウェーバーにおける「神々の争い」をめぐる問題についても、こうした後者の側面があったことに気づかされるようになる。むろん、このようなウェーバーにおける「神々の争い」をめぐる問題が、底なしの価値相対主義や、ラートブルフのような「相対主義」の主張と一線を画していることは、も

はや言うまでもないだろう。

要するに、「価値討議」を進めていくなかで重要なのは、「はじめ見過ごしていたためまだ態度を決めていなかったような新しい価値公理、さらにその結果として〔新しい〕要請が主張されうる」こともあるし、また、「この者自身の〔古い〕要請とあの〔新しい〕要請とは衝突しあう」ことも十分ありうる[55]、という点を明確に自覚していくことである。また、その場合、手段をめぐる討論を進めていくことによって、「寸分ちがわない共通の目的でさえ、実はまことにさまざまな究極の根拠から意図されるものだということ、そしてこのことが手段にかんする討論にも影響してくるということ」[56]も十分にありうるわけで、このことを忘れてしまってはならない。

ここで例を挙げよう。はじめは同じ目的を抱く同志であると思っていた者たちが、目的を遂行するための手段について〈技術的批判〉を互いに行った結果、実は、ちがう手段を選択したとしよう。この場合、ここでは何が起きているのだろうか。ウェーバーによれば、同じ目的を達成したいと願っているにもかかわらず、異なる手段を選択したとすれば、それは、そもそも同じだと思っていた目的自体に実はズレがあったからで、「価値討議」とはそうしたことに気づかせる効用がある、とされる。確かに、元々の目的が異なっていたのであれば、選んだ手段が異なるということは大いにあり得るであろう。だが、仮に同じ目的を設定していることは疑いようがない場合や、同じ手段を選択したような場合であったとしても、得られた結果から振り返ってみた場合、同じ目的を抱いていることを確認し合った討議を行った時点t・1と、その結果が出てきた時点t・2との間で、途中のプロセスにおいて当初抱いていたはずの目的が意味的に変容し、同じ手段を選んでいながら異なった結果が導かれる、ということもありうる。そして、こうした事態で何が起きているのかということが、「価値討議」、とりわけ、〈価値論理的批判〉によって詳らかにされてくる、とウェーバーは言うわけだ。

ここで重要なのは、「価値討議」には、次々と行為局面をめぐって移ろう条件を、それが主観的な条件であれ、客観的な条件であれ、変更していく可能性があるという点である。ウェーバーは、「ときには風習その他の見地からどうかと思われる新しい手段の採用を教えるものであったり、厭わしい副次結果に目をつむらねばならないことを教えるものであったり、あるいは、俺のやろうとしていることは、成功のチャンスという点では、実りなき「ドン・キホーテ的行為」ではあるまいか、などと疑念をいだかせて、目標の貫徹はとうていだめだと悟らせたりする」[57]ことがある、というが、ここには、紛れも無く、「価値討議」がもつフィードバック的機能が発揮されている。したがって、「価値討議」を適切に遂行していく限りにおいては、ウェーバーのようなタイプの価値相対主義の主張が、「独断的絶対主義」や、独我論へと単純に転落していくことはない。

このように、具体的な行為局面を不可欠のものとして想定する「価値討議」には、具体的な問題状況、その都度ごとの具体的なイシューをめぐって展開される、合理的で実質的な問題解決を反省的に目指す試みという機能がある。具体的な行為局面において選択を迫られた行為の担い手は、その客観的条件を〈技術的批判〉の観点から、主観的条件を〈価値論理的批判〉の観点から、批判的かつ反省的に吟味せざるをえない。だが、その際に、問題解決を可能とするような識別基準として何らかの普遍的な原理が要求される、ということはない。そして、こうした点に、ウェーバーの「価値討議」論の意義はある。繰り返し、先述したウェーバーの言葉を引用しておこう。

「人間行為の実際の究極的動機を知るためにする行為の経験的な因果考察という目的」を果たす〈技術的批判〉と、「評価を異にする人と討議する場合、実際にあい対立する評価的立場を確定するために」行う〈価値論理的批判〉とを駆使し、「自分の論敵（あるいはそこに自分自身も加わる）が実際に心に懐いていることがら、つまり議論の

当事者同士がたんに外見上ではなく実際に依拠しているところの価値を掴むこと、そうして後この価値に対してなんらかの態度がとれるようしむけること、これが価値討議ほんらいの意味」である。(58)

第三款　「価値討議」としての正義論

これまで本節では、「価値討議」の特質から始めて、その意義についても論じてきたわけだが、では、「価値討議」として、いかなる正義論が展開可能になると考えられるだろうか。本稿の目的の一つがウェーバーの価値思考を現代正義論の思想史的背景として再編成する点にあったことを踏まえれば、この点についても、吟味しておかなければならないであろう。そこで、まず、ウェーバー自身が、当時のドイツにおいて「価値討議」を展開しようとした理由や背景として、どのような事情があったのかをみておくことにする。

ウェーバーは、「価値討議」の問題を、当時の「後進国」ドイツの政治的・社会的状況のなかで構想した。それは、深刻な労働問題や経済問題を前にして、国家は何をなすべきか、国民は何をなすべきかを学問的に問う試みであった。彼は、皇帝の権威を背景としたビスマルクの「アメ」と「ムチ」によって馴致されてきたドイツの現状から、次のように述べねばならなかった。

「国民国家とは、なにか漠然としたもので、その本質を神秘的なくらがりのなかに隠せば隠すほどそれだけますます尊いものになる、と思っているひとが世間にはいますが、われわれにとっては、国民国家とはそのようなものではなくて、国民の世俗的な権力組織であります。…ドイツの経済政策の諸問題に対して――とりわけ、国家は経済

生活に介入すべきか、どの程度に介入するのがよいのか、それとも国民の経済的諸力の束縛を解いて、それ独自の自由な展開にまかせるべきか、またそうする時期はいつがよいか、というような問題に対しても――それらいちいちのばあいに、究極的・決定的な裁決を与えるのは、ドイツ国民とその担い手であるドイツ国民国家との、経済的および政治的な権力的価値関心でなければならない。[59]」

ここには、当時、ウェーバーが現実の政治的状況に対して、いかなる問題関心を持っていたかが、端的に示されている。まず、ビスマルクが皇帝の権威を背景に辣腕をふるっている事実があるとしても、それは「国民の世俗的な権力組織」にすぎないということ。そして、そのように国家を理解したうえで、なお問題となるのは、国家の国民に対する経済・福祉政策であるということ。また、そうした政策決定を行うのは、官憲国家とは異なった「ドイツ国民国家」でなければならないということ、である。つまり、そうした「ドイツ国民国家」への「権力的価値関心」に基づいた決定こそが社会秩序や国家の経済政策を決定していくべきである以上、ビスマルクの「アメ」と「ムチ」にも毅然と対峙しうる緊張関係のうちに国民を置かねばならないことが説かれている。[60]

国家による国民生活への介入をめぐる問題と取り組む上で、「国家に固有の価値といわれるものは一切これを否認したうえ、国家を特徴づけて、〔そうした価値とは〕まったく異なる諸価値実現のためのたんなる技術的補助手段だとする、そのような立場」を主張するということ、これは――現代においても、いや現代のように経済・福祉政策の果たす役割が肥大化した行政国家化現象が顕著に見られるのであればなおのこと――「まことに意味ぶかい」ことに変わりない。[61]

ウェーバーは、国家を、何か実体的な価値を帯びたものではなく、たんなる技術的装置・世俗的権力組織にすぎないものとみたわけである。だが、国家がウェーバーの言うような技術的装置・世俗的権力組織であるとすれば、それが組

織として経済・福祉政策を遂行しようとする場合、その政策は、意味ある行為として「目的」と「手段」の範疇」に結びつけて構成されるのでなければならないはずだ。また、国家によって遂行される社会・経済政策上あらわれてくる問題についても、「目的」と「手段」の範疇」に結びついた行為の問題として展開されなければならないことになる。したがって、ウェーバーの議論を踏まえた上で、技術的装置・世俗的権力組織として国家が行う政策を検討するのであれば、そこで生じてくる問題は、先の二つの批判規準に依拠した検討の対象、すなわち、「価値討議」の対象になる。

ところで、ウェーバーは、そうした「価値討議」にかける際の価値評価の観点について、次のような定式を与えていた。

「社会関係の秩序は、ひとが評価しようとするかぎり、どんな種類のものであれ、すべて例外なしに結局は次の点にかけて検討されねばならない。すなわち、ある社会秩序は、外的淘汰または内的（動機）選択の道程で、いかなる人間類型に対して支配的類型となるべき最適のチャンスを与えるか、という点にかけて」[62]。

つまり、技術的装置・世俗的権力組織としての国家が行う政策を問題化する場合には、それを問題化するときに依拠する「価値判断」の評価観点が、「国民」に対していかなる「チャンス」を与えるものであるか――あるいは、逆に「チャンス」を阻害するものであるか――といった点に準拠しているのでなければならない。ウェーバーは、こう述べているわけだ。

したがって、たとえ、「ドイツ国民国家」が実現を目指した「正義」にかなう政策であったとしても、そうした「正義」を形式論理的演繹が可能となるような究極的価値規範として措定することはできない、という。というのも、「われわ

れの直面するもろもろの問題にたいして、普遍的に妥当する究極の理想という姿をとる、ひとつの実践的公分母を創り出すようなこと」、つまり、「「ひとつの原理」を確立し、それを妥当なものとして科学的に確証し、その上で、当の原理から、実践的な個別問題を解決するための規範を一義的に演繹すべきである」といった見解は、ウェーバーにとって「ナイーヴな信仰にすぎない」からである。(63)

すなわち、〈実践的価値相対主義〉の次元で「ドイツ国民国家」が採用すべき政策を問題化しようというのであれば、何らかの「実践的公分母」や「ひとつの原理」を構想した上で、そこから「個別問題を解決するための規範を一義的に演繹」することなど不可能だ。ウェーバーは、こう考えている。これまでの議論に即していうと、そうした「実践的公分母」や「ひとつの原理」を打ち立てることができるのは、ラートブルフのように、「哲学的妥当論」の立場から擁護したような普遍主義的自然法論の立場をとるときに限られるであろう。

ただし、このように、「実践的公分母」や「ひとつの原理」といった究極的価値規範として「正義」を措定できないということと、現実に何がどこまで合理的に可能なのかを探求することとは、まったく別の問題であることには注意を払っておく必要がある。このことをウェーバーの見解にしたがって言えば、〈実践的価値相対主義〉の領域における問題であっても、それは〈認識論的価値相対主義〉に対して開かれた形で問題化することができるということを意味する。それゆえ、「正義」の問題をラートブルフのような「相対主義」の立場から語ることができないと主張したとしても、それが直ちにウェーバーのようなタイプの価値相対主義的な立場からも語ることができない、ということを意味するわけではない。この点は、先ほどからみてきた「価値討議」の特質と意義を振り返ってみれば明らかである。かくして、ウェーバーは次のように述べる。

たしかに、「価値討議」によって、「なんらかの規範的倫理、あるいは総じてなんらかの「命令」の拘束力というものは、各々のとる立場の「方向がまったく逆であるため」獲得できないか、「〔価値〕討議に含まれている少なくとも外見上は「相対化」する作用によってむしろ遠のいてしまうこと」はよくある。[64] しかし、「遠のくくらいならそういう討議はさけるべき」ということにはならない。

こうしてみると、あらゆる国家行為の規範として妥当する、普遍的価値としての「正義」を構想することはできないという主張と、およそ「正義」については一切沈黙するしかないという主張とは、まったく次元の異なった主張であることが理解できる。たとえ普遍主義的思考様式を拒絶したとしても、ウェーバーのような価値相対主義的思考を採用すれば――「価値討議」という実践を遂行していけば――、政策が現実のものとして登場してくる個々の具体的な行為局面ごとに、〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉を批判規準として使いながら、合理的な正義論を展開する可能性はある、ということになる。

むろん、「価値討議」の産物として、結果的に「正義」についての何らかのコンセンサスが形成されたとしても、これを採用するべきかしないべきかについては、これを、学問的に決着することはできないし、してはならない。したがって、〈認識論的価値相対主義〉の問題として、いかなる立場をとるべきかということについては、学問的に解答を与えることはできない。ただし、それは、あくまでも論理的にはそうであるという議論にすぎないのであって、現実に政策を決定していく過程では、時間的制約や財政上の制約をうけながらコンセンサスを形成していかねばならない以上、何らかの「決断」が、非学問的に下されざるをえない。それゆえ、ここで再び、〈認識論的価値相対主義〉と〈実践的価値相対主義〉との関係からいかなる「価値判断」を下すべきか――、個々の具体的な問題状況に対していかなる学問上

の議論を展開することができるのか――、が問われることになる。

ちなみに、ウェーバーは、「カント的倫理の命題のような「形式的」な命題は内容上の指示をぜんぜん含んでいないと思うならば、これは…非常な誤解で」、カント倫理学における「きわめて抽象的な倫理的命題の「形式性」ですら、行為の内容と無関係ではありえない」と考えていた。つまり、カントが打ち立てたいわゆる「定言命法」でさえ、個々の具体的な問題状況における行為規範として理解しなければ、まったく理解することができなくなるということを、ここでのウェーバーは正当にも指摘しているわけだ。

加えて彼は、たとえ「いかなる倫理に拠ろうとも一義的に決定できない問題に、「正義」の要請の帰結がある」と述べる。そして、その理由を以下のように考えていた。「多くをなす人にはまた多くを支払わねばならないのか、それとも逆に、多くをなしうる人からはまた多くを要求してよいのか」、「例えば正義の名において…大なる才能の持主には大なるチャンスを与えるべきなのか」、それとも逆に、「精神的天分の不均等な配分という不正義をば、周到な配慮…を通して均等にしなければならないのか」、「こうした（社会・経済政策上の――菅原注）問題を「倫理的」前提に立って解決しようとしても、無理」なのではないか、と。このように、ウェーバーは考えていたわけである。

ウェーバーは、およそ「正義」なるものが現実の問題として立ち現れてくる場合、「大抵の社会政策問題の孕む倫理上の問題性はこうした類型の問題性にほかならない」ことを熟知していた。また、彼は「政治行為の領域が孕んでいる倫理的なものとの緊張関係」が存在するのであって、これを「なくしてしまいたいなどと願うのは、怯懦のなせる業」以外の何物でもないともみていた[65]。それゆえ、やはり、最後に決め手となるのは、政治的決断と倫理的判断との対抗関係のなかで、「ドイツ国民国家」の担い手たる一人一人の「国民」の「政治的な権力的価値関心でなければならない」、と考えていたに違いない。要するに、形式的な正義の準則といえども決して無内容ではありえない。あろうはずがない。

それは、常に個々の具体的な行為局面に即して捉え返していかなければならないタイプの問題だ。そして、それはそのようなものとして、政治的な問題以外の何物でもない。ウェーバーはこのように考えたわけである。

したがって、ウェーバーは、正義の問題を扱う場合には、〈実践的価値相対主義〉の領域で生じた問題を〈認識論的価値相対主義〉の次元で問題化しなければならないと考えていたといえるし、こうした点からみれば、ラートブルフとは異なる主張をしていると見込んだ本稿の問題提起は適切なものであったといえる。

むろん、法や道徳が予めあらゆる個別的な事態を想定した上で、それが与える規範内容について、網羅的にリストを作成しておくといったことは不可能である。それゆえ、法や道徳には、一定の普遍性や一般性が内在的に要求されていることも肯ずるところである。しかし、ウェーバーが、「規範的倫理がそれ自体で一義的な指示を与えないような実践的な種類の諸問題」が存在することに注意を促し、次のように主張していたことには注意しておかねばならない。「だからといって、規範的倫理の可能性は少しも疑われるわけではない」し、「ひとり倫理だけがこの世で「妥当する」ものではなく、そのほかにも価値領域はいろいろある」わけだし、「場合によっては倫理上の「罪」をひっかぶる人にしか実現できないような価値の領域も存在する」だろうし、とりわけ「政治行為の領域がとくにそうである」[66]と。

すなわち、〈実践的価値相対主義〉の領域で生じた問題を〈認識論的価値相対主義〉の次元で問題化すると、論理的には〈認識論的価値相対主義〉の袋小路のなかで、底なしの相対主義に陥ってしまうかのようにみえるが、再度、そこでくだされるに至った新たな「価値判断」については、これを行為実践との関係で何度でも問題化していこうとすることは可能だし、むしろ、問題化していくべきだ、というわけである。しかし、さしあたりウェーバーの「価値討議」をこのように理解し、そして、そうした理解を採用するとしても、重要なのは、「だからといって、規範的倫理の可能性は少しも疑われるわけではない」、という点であろう。先にも述べたとおり、「政治行為の領域が孕んでいる倫理的なも

のとの緊張関係」が存在するのであって、これを「なくしてしまいたいなどと願うのは、怯懦のなせる業」以外の何物でもないからである。[67]

では、ウェーバーが具体的に「社会政策問題の孕む倫理上の問題」として、批判的に克服すべき対象として考えていたものは何であろうか。

結論から言えば、それは、例えば「慣例」や「日常」であり、「地縁」や「血縁」にかかわるようなものであった。ウェーバーによれば、「科学の前では慣例上自明のことこそが問題になる」にもかかわらず、「日常に埋没した人間」は、「宿敵のようにたたかいあう諸価値」を理解することができない。そうした者は、「衝突しあう諸価値のうち、どの価値が神に、どの価値が悪魔に支配されるかについての彼自身の最後的決断を避ける…口には苦くても食べないわけにはゆかぬ認識の木の実」を拒む者として弾劾されなければならない、[68]とされる。

この点は、一連の宗教社会学研究のなかで、「儒教の合理主義は合理的な現世順応を意味し、ピュウリタンの合理主義は現世の合理的克服を意味した」ことに触れ、後者の「巨大な業績は、何よりも氏族的紐帯の破壊ということであり、信仰および倫理にもとづいて築かれた生活共同態が地縁共同態に対して、家族に対してさえ、はるかに優越した地位を占めるにいたった」、という分析のとおりである。[69]

ともあれ、ウェーバーにとっての「正義」とは、社会政策・経済政策の問題の検討を可能にするための条件を、「価値判断」と「価値討議」を通じて、形式面と実質面、理論的な面と実践的な面との双方にまたがる形で探ろうとするものであったといえよう。それゆえ、「価値討議」における〈実践的価値相対主義〉の問題を〈認識論的価値相対主義〉の問題とかかわらせながら再構成するということは、具体的には〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉によって合理的で実質的な正義を担保しようとする手続的正統性の問題とかかわるのであって、決して正義を非合理的な個人の決断や、

何かわけのわからない非合理的な「人間の意欲」へと回収されてしまうようなものではない。

社会・経済政策といった問題――国家による国民生活への介入をめぐる問題――は、たんに〈技術的批判〉によってその客観的条件が模索されればそれでよいというのではない。同時に〈価値論理的批判〉を通して、なにゆえ、そうした立場を選びとったのかについても意味適合的な側面を追求し、討議に参加している人自身の主観的条件についても反省を促す点に、「価値討議」の特質があったはずである。そして、このことを、ここでは想起すべきである。

〈価値論理的批判〉は「究極の決断でつながりあった鎖のようなもの」としての「人生全体」をも批判的に、しかも反省的に検討するよう仕向けるので、そこにあるのは、「諸価値の対立は知らねばならない」、「諸価値の対立は見なければならない」という真摯な態度であったとしても、決して「独断的絶対主義」へと転落する他ない「没価値」的な底なしの価値相対主義の主張ではない。

ウェーバー自身の言葉によれば、「価値討議」をめぐって「ことあるごとにこの立場は「相対主義」だと言われるのであるが、…ひどくお粗末な誤解もあったものだ」と述べているが、その真意とは、まさにこうした点にあったとみなければならない。(70)

さて、以上が、ウェーバーの価値思考における「価値討議」論の特質と意義であり、そこに潜在していたというべき「価値討議」としての正義論であると言わねばならない。それは、明らかにラートブルフが言うような「相対主義」とは異質なものである。しかも、たんに異質というだけではなく、今見てきたような理論的可能性を感じさせるものとしても十分に評価できるという意味で、決定的に異なっている。そこで、次節では、このようなウェーバーの価値思考を更に剔抉していくために、彼の「価値討議」論の背景において、いかなる人間観が控えていたのかという問題を探って

いくことにする。具体的には、ウェーバーにおける「人格」を対象として検討するが、人間観や「人格」の問題を採り上げるのは、それが、こうした「価値討議」論の背景を構成しているというだけではなく、ウェーバーの価値思考全体をも根本的に規定しているとの見込みを持っているからでもある。

（1）加藤新平『法哲学概論』（有斐閣、一九七六）四七六頁。なお、原秀男は、その主著『価値相対主義法哲学の研究』（勁草書房、一九六八）のなかで、従来の「価値相対主義法哲学」研究の領域では、「その歴史的形成過程の考察が殆ど顧慮されることがなかった」ことを不服とし、ドイツでの「価値相対主義研究」がどのようにして歴史的に形成されてきたのかということについて、試論的に考察している。そこでの問題関心は、「何ゆえにラートブルッフが価値相対主義法哲学の代表者と目されるのかという問題」であり、ラートブルフの見解が「いかなる位置をしめるかという問題は、検討されないまま「代表者」としてとりあげられている」という点にあった（同書一―三頁）。この点で、原の問題関心と本稿の問題関心とは部分的に重なるものであるといってよい。ただ、結論として、原は、ラートブルフが「イエリネック以来の諸学者により主張されたところを集大成し、統合化し、応用あるいは踏襲した」とみて、やはり、「代表者」として扱うに足る大家だと位置づけることになる（同書五〇頁）。しかし、以下、本稿で後述していくように、また原も認めているように、たとえラートブルフに対して「ウェーバー的な思考方法の直接的影響を認めることができる」（同書五〇頁）としても「ウェーバーの相対主義のとらえかたは、現代のいわゆる価値相対主義と多分に異なったものであることは明らか」（同書三八頁）なのだから、ラートブルフが「価値相対主義法哲学」の「代表者」であることを確認し、それを正統化して満足する、というわけにはいかない。今なお、価値相対主義の主張を再検討することには意義がある、そして、それを現代の規範的な正義論と接合させていこうと企てることに意味がある、ということを確かめようとするのであれば、原も述べていた通り、ラートブルフに代表される「価値相対主義と多分に異なったもの」としてウェーバーの思想に立ち入って、検討を進めていく必要がある。ちなみにラートブルフ自身は、イエリネック、ウェーバー、ケルゼンの三名をあげて、「相対主義の最も重要な主張者たち」と考えていた（G. Radbruch, “Rechtsphilosophie, 3 Aufl. 1932”, in: A. Kauf-

man(Hrsg.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Bd.* 2, C. F. Müller, Juristischer Verlag, 1993, S. 235f.（（以下、*Rechtsphilosophie*, と略記し頁数のみを記す）（田中耕太郎訳『法哲学』〈ラートブルフ著作集一〉（東京大学出版会、一九六一）一二三頁））、また、G. Radbruch, "Der Relativismus in der Rechtsphilosophie (1934)", in: A. Kaufman (Hrsg.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Bd.* 3, S. 17f.（尾高朝雄訳「法哲学における相対主義」『実定法と自然法』〈ラートブルフ著作集四〉四頁）も参照。

（2）Radbruch, *Rechtsphilosophie*, §9（『法哲学』第九章）。

（3）Radbruch, *ibid.*, S. 278f.（同上書一七八頁）。

（4）Radbruch, *ibid.*, S. 302-304（同上書二〇八―二〇九、二二一―二二三頁）。ただし、「法的安定性」の思想においては、「法理念」の問題と「法の効力」ないし妥当根拠の問題とが互いに牽連する、とも述べられている（*ibid.*, S. 308（同二一六頁））。

（5）邦訳書中では、「哲学的効力論」の訳語が充てられているが、これは原文の die philosophische Geltungslehre を訳したものである（Radbruch, *ibid.*, S. 312（同上書二二一頁））。つまり、Geltugslehre の訳語として、邦訳書では「効力論」が充てられているわけだが、このように「効力論」と訳すことには問題が無いわけではない。その理由は次の通りである。すなわち、「効力」の有無ということを考えた場合に、仮に〈「効力」が有る〉と言うのであれば、用語法上、これは〈「実効性」が有る〉ということと殆ど同じことを意味することになる。しかし、法哲学的に見た場合、〈ある法に実効性がある〉ということと〈ある法が妥当している〉こととは、異なった法現象を指していることに注意しなければならない。換言すれば、〈ある法に実効性がある〉ということが法の事実的側面――〈存在〉の問題――を指しているのに対し、〈ある法が妥当している〉ということは、それによって法の規範的側面――〈当為〉の問題――を指している、だから両者は明確に区別しなければならない、というわけだ。それゆえ、「実効性」と「妥当性」とを明確に区別すべきであるということに対して自覚的に構えるならば、Geltungslehre の訳に「効力論」を充ててしまうというのは、いささか不適切であると言わねばならない。そこで、ここでは「効力論」に替えて、「妥当論」を充てることにした。なお、以下で展開していくラートブルフにおける法の妥当根拠をめぐる問題は、こうした法の「実効性」と「妥当性」――〈存在〉と〈当為〉――の問題と直接的にかかわっている。このことは、ラートブルフが方法二元論者であることからも明らかだが、ここではそうし

た〈存在〉と〈当為〉をめぐる方法二元論上の問題があくまでも存在するということを指摘するにとどめ、この点についての立ち入った検討については他日を期すことにしたい。

（6）ただし、これは概念上、両者の議論を分けて考えておく方が有益であるという意味にすぎない。この点については、「根本規範」の論理を介在させてはいるものの、「当為と存在、規範と事実を峻別し、法理論において倫理的考察と共に社会学的考察の介入をも却け、専ら法規範に定位しながら規範論理主義的考察を貫こうとしたケルゼンでも、法の規範的妥当が実効性に依存することを説いている」という指摘がある（加藤前掲書二七八－二七九頁）。

（7）「歴史的・社会学的妥当論（die historisch-soziologische Geltungslehre）」と、その「承認説」と「実力説」への分類、および問題点に対するラートブルフ自身の見解については、Radbruch, *ibid.*, S. 310-315（『法哲学』二一九－二二二頁）を参照。

（8）Radbruch, *ibid.*, S. 312 ff.（同上書二二一－二二三頁）。

（9）Radbruch, *ibid.*, S. 312（同上書二二二頁）。

（10）Radbruch, *ibid.*, S. 313（同上書二二六頁）。

（11）同上箇所を参照。なお、ラートブルフは、価値相対主義に立脚している『法哲学』（原本となる第三版は一九三二年発表）のなかでは、「歴史的・社会学的妥当論から哲学的妥当論へ推移する」と述べるに留まっているが（Radbruch, *ibid.*, S. 312（同上書二二一頁））、戦後は、明確に「哲学的妥当論」を支持するようになった（G. Radbruch, “Vorschule der Rechtsphilosophie(1948)”, in: A. Kaufman (Hrsg.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Bd. 3* C. F. Müller Juristischer Verlag, 1990, §12（野田良之・阿南成一訳「法哲学入門」『実定法と自然法』〈ラートブルフ著作集四〉（東京大学出版会、一九六一））。ラートブルフが「自然法」論へと転向したのかどうかということについては、ナチスとの関係で多少後述するが、ここで詳細に論じることはできない。ただ、ラートブルフにとっては、妥当根拠論のなかでの力点がたんに移動したにすぎず、戦後になってから「自然法」論へと転向したのではなく、戦後も戦前からの一貫した法実証主義者であった、と見る論者がいるかもしれない。ただし、このように、ラートブルフは転向などしていないし首尾一貫していたという場合には、どのような「力点」がどういう意味で「移動した」のか、といった諸々の問題についての厄介な説明をも、そうした論者は、併せて引き受ける必要が生じるだろう。そして、この点が、ラートブルフにおける「自然法」論への転向にまつ

わる問題を理解する上での決定的なポイントになる。このことだけは確かだ。ともあれ、このように、戦前と戦後のラートブルフの転向にまつわる厄介な問題をめぐって「力点が移動した」という議論の生じる余地があるということについては、大橋智之輔から直接的に示唆して頂いた。記して感謝したい。なお、本稿のラートブルフの価値相対主義問題に対する視角を決定的に規定しているのは、今井弘道「価値相対主義の問題性と市民的不服従」（今井弘道編著『法思想史的地平』（昭和堂、一九九〇）である。それゆえ、この今井論文のどこから、どのような影響を受けたのかということについて、必ずしも直接的な参照先を付しているわけではない。しかし、本稿が、今井論文によって示された問題関心をいっそう深めて膨らませようと努めたつもりであることは確かである。

(12) Radbruch, *ibid.*, S. 303f. S. 315（『法哲学』二〇九、二一三頁）。

(13) Radbruch, *ibid.*, S. 235f.（『法哲学』一一九頁）。

(14) 以上のラーテナウの議論については、Radbruch, *ibid.*, S. 235-239（『法哲学』一一九－一二〇頁）を参照。また、このようなラートブルフにおけるラーテナウをめぐる議論との関係における問題性については、今井前掲論文を参照。

(15) Radbruch, *ibid.*, S. 315（同上書二一三頁）。

(16) G. Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946)", in: A. Kaufman (Hrsg.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Bd. 3*, S. 83, 88G.（小林直樹訳「実定法の不法と実定法を越える法」〈ラートブルフ著作集四〉二五一、二五九頁）。

(17) Radbruch, *ibid.*, 88f.（同書二六〇頁）。

(18) このようなラートブルフの難点を詳細に突いた先駆的業績として、今井前掲論文を参照のこと。

(19) 加藤前掲書四六五頁、四七五頁。

(20) Radbruch, *Rechtsphilosophie*, S. 233（『法哲学』一一六頁）。

(21) M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3. Aufl., J. C. B. Mohr, 1968, S. 608,（以下、本書からの引用は *GWL* と略記し、頁数のみを記す）（尾高邦雄訳『職業としての学問』（岩波文庫、一九八〇）六四頁、以下、本書からの引用は『職業としての学問』と略記し頁数のみを記す）。

(22) ただし、本論でも後述するように、ウェーバーは、自らの立場がいわゆる「相対主義」であることを、折に触れて随所

で否定している。

(23) Radbruch, *ibid.*, S. 235f.（『法哲学』一一九頁）。ただし、ラートブルフの相対主義的主張にしたがえば、実質的に「立場をとること自体の断念を意味」していないとは、とても考えられない。というのも、後述するように、ラートブルフにおいて想定されている行為主体が、「哲人王」へと方向づけられているのは疑いえないからである。

(24) G. Radbruch, "Der Relativismus in der Rechtsphilosophie (1934)", in: A. Kaufman (Hrsg.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Bd. 3*, S. 171.（尾高訳「法哲学における相対主義」『実定法と自然法』〈ラートブルフ著作集四〉四頁）。

(25) このように価値相対主義の主張を区分して検討した先行研究としては、例えば、原秀男のように「科学的価値相対主義」と「政治的価値相対主義」とに分ける見方がある（原『価値相対主義法哲学の研究』九二―一〇二頁）。原は、前者を「社会科学における価値判断排除の要請を中核とする社会科学方法論そのものを意味」する合理論、後者を「特定の価値を選択し、確信の自由な表明に意義を与える」非合理論と性格付けている。この原の分け方は、彼自身によれば「価値相対主義の主張を、合理性によってつらぬかれた科学的次元（すなわち、理論理性の場）におけるものと非合理性を内包する価値確信、価値選択次元（すなわち、実践理性の場）におけるものとに区分して考察する見解」である。しかし、こうした規定によっても、ウェーバーが「価値合理的行為」と呼ぶような例や、実践的な行為局面において、主体が目的論的合理性を客観的に追求しないような例――不能犯のような事例――を捨象してしまうことに変わりない。もっとも、「政治的価値相対主義」は「科学的価値相対主義」の消極面に立脚したうえで、民主主義に資するというのがここでの本旨であるが（同書一三〇―一三九頁）、この点については、人権と民主主義とが必然的に結びつくわけではないことを指摘したE.トレルチの例を持ち出すまでもなく、価値相対主義と民主主義とを論理的に結びつけることはできない。いずれにせよ、「政治的価値相対主義」を基礎づけるのは「科学的価値相対主義」の消極面にあるとみられていて、その認識可能性についての議論を可能にする積極面をめぐる検討は、ほとんどされていないことに変わりない。また、こうした原の見解に対して、ラートブルフやウェーバーの学問的営為を規定していたのが、「科学的価値相対主義」とか「政治的価値相対主義」などではなく、「ヤスパース的な意味での実存的価値相対主義とでもいうべきもの」であるという指摘もある（この点については、本論のなかでも後述するが、さしあたり、三島淑臣「原秀男著『価値相対主義法哲学の研究』を読む」（『法の理論六』（成文堂、一九八六））を参照）。

(26) 長尾龍一「神々の闘争と共存――価値相対主義の一考察――」（『社会科学紀要第一八輯』）。

(27) 同上論文を参照。ただし、長尾は、本稿でいうところの〈認識論的価値相対主義〉と〈実践的価値相対主義〉とを混交することによって引き起こされるであろう学問的方法論上の誤解については、丁寧な場合分けをして、これを戒めている。もとより、本稿とて、こうした長尾の指摘を無視するものではない。ただ、長尾は、モラリズムが学問的認識の自律性に対して、当時、日常的に繰り返し行っていた越権行為を批難するがあまり、学問的認識の自律性の保全に問題関心を集中させていたきらいがある。だが、重要なのは、そうした学問的認識の自律性の保全を考える場合であっても、当該学問領域の対象それ自体が歴史的・社会的現実――道徳・慣習――と深い関係にある、そういった文化価値としての法や制度についての考察を行うことが法哲学に対して課せられている、という点である。そうであるとすれば、長尾の関心にしたがって学問的認識の自律性を保全することが可能であるとしても、そのことは価値相対主義に対する考察として十分条件を満たすにすぎない。それゆえ、モラリズムの越権に立ち向かうことの意義、すなわち〈認識論的価値相対主義〉との立場の違いというものを理解しつつも、その上で、さらに、現実の実践的な行為局面において問題化される〈実践的価値相対主義〉との緊張関係について研究が進められるのでなければならない。そうすることによって、はじめて価値相対主義をめぐる問題は、必要にして十分な条件が満たされると考えられる。

(28) 加藤前掲書四七六―四九四頁。後述するように、たしかに、加藤はウェーバーの価値相対主義における認識可能性という積極面について、「経験科学的考察の成分」と「価値論理的考察とでも名づくべき成分」とに着目している（同書四七八頁）。しかし同時に、加藤は、この「価値論理的考察とでも名づくべき成分」のもつ重要性を過小評価しているように思われる。というのも、加藤はラートブルフにおける「経験科学的考察の成分」の存在を過大評価し、ウェーバーと同列に並べ、「ラートブルフが相対主義のポジティヴな面をも重要視しそれを詳しく取扱っている」と述べているからである（同書四八九頁）。

(29) Radbruch, *Rechtsphilosophie*, S. 234f.（『法哲学』一一八―一一九頁）。

(30) ここでは、さしあたり次のような議論、すなわち、価値相対主義は、たしかに「自己を否定する契機としての価値絶対主義の登場を基礎づける」が、しかし、「論理的整合性を欠き、それゆえ首尾一貫しないものであるとしても、このことから直ちに思想としての独自性を否定するわけにはいかない」、という議論を念頭においている（原前掲書八七―八九頁）。

(31) 碧海純一『新版 法哲学概論〔全訂第二版補正版〕』(弘文堂、二〇〇〇) 一八三―一八四頁。
(32) 同上書二四二頁。
(33) 加藤前掲書四八三頁
(34) ここで、加藤による価値相対主義研究の詳細に立ち入って検討する余裕は無い。しかし、加藤の価値相対主義理解とは、価値をめぐる問題の相克――本稿に即して言えば或る一人の主体のなかで〈認識論的価値相対主義〉と〈実践的価値相対主義〉の問題をめぐって不可避的に発生するコンフリクトの問題――が生じることを認めながらも、なお、理念のような普遍的価値の高みに立ってその相克を関係づけることにより――確かに碧海のような分析哲学とは違った形ではあるが――、そうした問題を哲学的に克服しようとしたものであることに変わりない。具体的に見ると、「健全な思弁」とか「合理的に抑制された思弁」と言った言葉で価値問題を考えようとしているときの加藤は、価値相対主義問題を思想史的に理解する入り口にまで迫っていた。しかし、入り口まで来ながら、加藤の場合も、「今・ここ……における絶対的なるもの」として「できるだけ確固とした普遍妥当性をもつと思われるものを確立しようとしなければならない」と考え、歴史的・社会的文脈のなかでしか考えられない価値問題に対して、これを超歴史的・社会的に理解しようと志向し、結果的には、思想史的に価値相対主義問題を理解するのを中断してしまっている（加藤前掲書九九頁以下、四六八―四六九頁）。それゆえ、碧海や加藤の地平にとどまる限り、価値相対主義問題を思想史的に捉え返して歴史的・社会的文脈のなかで問題化しようとしたり、それを「賢慮」の問題として捉え返したりするような余地など生じてこない――その結果こうした問題とどのように取り組むのかという課題が現在も残されている――。しかし、後の論文（今井「自律的「人格」と公的判断――〈ウェーバーにおける実践的判断のための試論的考察〉――」『名古屋大学法政論集一一九』）と比してウェーバーに対する評価やその具体的な展開の仕方にかんして不満が残るものの、今井前掲「価値相対主義の問題性と市民的不服従」論文や「正義論と価値相対主義」論文は、価値相対主義問題をめぐるこうした点にいち早く気づいた先駆的業績として高く評価できる（今井「正義論と価値相対主義――F. A. ハイエクとH. ケルゼンに即して――」（竹下賢編『実践地平の法理論』（昭和堂、一九八四））。ただし、加藤は、「正義の実質内容を考えるに当って、まず疑いもなく不正として感得されることがらに注意を向ける」ことから始めようとする「否定を通しての思惟」という可能性についても言及しているので（加藤前掲書一〇〇頁）、この点には注意しておく必要がある。というのも、「否定を通しての思惟」の可能性を追

求するのであれば、「確固とした普遍妥当性をもつと思われるもの」の存在は必ずしも要求されないように思われてくるからである。そこで、このような「否定を通しての思惟」と価値相対主義をめぐる加藤の哲学的見解については、これを思想史的な問題関心や歴史的・社会的文脈とのかかわりから再度捉え直す余地がないわけでもない。この問題については、今後の課題にしたい。

(35) Weber, *GWL*, S. 151（富永祐治・立野保男訳、折原浩補訳『社会科学と社会政策にかかわる認識の「客観性」』（岩波文庫、一九九八）三五頁（以下、本書からの引用は『客観性』と略記し、頁数のみを記す））。

(36) ラートブルフは、学問による価値判断の客観的基礎づけの不可能性を主張したうえで、「各個人が立場をとること自体は彼の人格の深みから生じたところの決断…に委ねる」とみていたが、この決断する主体として想定されたのは、紛れも無くかの「哲人王」によって象徴されるべく人物に限定されている。彼は、かくして次のように述べる。価値判断の客観的正当化は不可能であるゆえ、「われら知らざるべしということのみが要請されるとしても、それは、いつの日か科学的一義性をもって可能なもろもろの世界観のなかから一つを決定する能力を有する天才のために、それらを体系的に展開しておくことによって、少なくとも有用な準備作業をしたことになると考えて、その方法を固執するだろう。」(Radbruch, *Rechtsphilosophie*, S. 235（『法哲学』一一九頁）を参照。)

(37) Weber, *GWL*, S. 252（森岡弘通訳「文化科学の論理学の領域における批判的研究」（『歴史は科学か』（みすず書房、一九八八）一五六頁（以下、本書からの引用は「批判的研究」と略し、頁数のみを記す））。

(38) 同上。

(39) Weber, *ibid*, S. 149（『客観性』三〇－三一頁）。

(40) Weber, *ibid*., S. 526（中村貞二訳「社会学・経済学における「価値自由」の意味」（『ウェーバー・社会科学論集』（河出書房、一九八二））三四〇頁（以下、本書からの引用は『価値自由』と略記し、頁数のみ記す。）。

(41) 以下、①から⑦へと分節化した〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉にかかわる説明は、Weber, *ibid*., S. 149 ff.（同上書三一－三五頁）を参照してまとめたものだが、既に、ウェーバーの価値思考における〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉の重要性については、加藤や今井らが指摘したところでもある。ただし、加藤については、ウェーバーの価値相対主義における認識可能性という積極面について、「経験科学的考察の成分」と「価値論理的考察とでも名づくべき成分」

とに着目しているものの（加藤新平　前掲書四七八頁）、肝心の「価値論理的考察とでも名づくべき成分」のもつ重要性を過小評価しているように思われる点で不満が残る。この点については、既に注三四でも触れたところであるが、今井の「自律的「人格」と公的判断」論文では、加藤が言うところの「価値論理的考察とでも名づくべく成分」についてもウェーバーの議論に即した形で十分な検討が施されている。その意味でも本稿の考察は、相当程度において、両先達の研究成果から有形無形の影響を受けながらも、主として今井の業績を基盤として成立している。そのため、今井論文のどこから直接的に影響を受けたのか、ということについての断りを、必ずしもしているわけではない。だが、本稿は、こうした両先達の研究に啓発されたことを直接的な動機としていること、そして、両先行研究によって見出された問題関心をいっそう膨らませることに努め、ひいては現代法哲学的議論へと生産的に接合させようとした企てであるということについては、ここに重ねて銘記しておきたい。

(42) 加藤前掲書四七八頁、および、今井同上論文を参照。
(43) この点を鋭く突いた先駆的業績が、今井同上論文「自律的「人格」と公的判断」である。
(44) Weber, *GWL*, S. 151（『客観性』三三頁）。
(45) Weber, *ibid.*, S. 151（同上書三四－三五頁）。
(46) Weber, *ibid.*, S. 151（同上書三五頁）。
(47) Weber, *ibid.*, S. 503（『価値自由』三一五頁）。
(48) Weber, *ibid.*, S. 503, S. 532（同上書三一五、三四七頁）。
(49) Weber, *ibid.*, S. 503（同上書三一五頁）。
(50) Weber, *ibid.*, S. 510f.（同上書三二一－三二四頁）。
(51) Weber, *ibid.*, S. 511f.（同上書三二四頁）。
(52) 長尾前掲論文を参照。
(53) Weber, *GWL*, S. 511f.（同上書三二四頁）。
(54) Weber, *ibid.*, S. 603-605, S. 608（『職業としての学問』五三－五六、六三－六四頁）。
(55) Weber, *ibid.*, S. 511（『価値自由』三三三頁）。

(56) Weber, *ibid.*, S. 500f.（同上書三一二頁）。
(57) Weber, *ibid.*, S. 513（同上書三一五－三一六頁）。
(58) Weber, *ibid.*, S. 503（『価値自由』三一五頁）。
(59) M. Weber, "Der Nationalstaat und die Volkswirtschaftspolitik", in : *Max Weber Gesamtausgabe* (Abteilung1: Schriften und Reden, Bd. 4.), J. C. B. Mohr, 1993, S. 560ff.（田中真晴訳「国民国家と経済政策」（『ウェーバー 政治・社会論集』〈世界の大思想二三〉（河出書房、一九六五）一九頁（以下、本論文からの引用は「国民国家と経済政策」と略記する））。
(60) ウェーバーは、「物質的な状況の「流れに抗して」、それも「羊の群れのように支配されたくないという、国民の断乎たる意志が、背後に存在している場合のみ」、「われわれが「個人主義者」であり「民主的な」制度の徹底した擁護者」であり、えると考えていた（M. Weber, "Zur Lage der bürgerlichen Democratie in Rußland", in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, J. C. B. Mohr, 1906, S. 347f（林道義訳『ロシア革命論』（福村出版、一九六九）八〇－八一頁））。
(61) Weber, *GWL*, S. 540（『価値自由』三五五頁）。
(62) Weber, *ibid.*, S. 517（同上書三三一頁）。
(63) Weber, *ibid.*, S. 153（『客観性』四〇頁）。
(64) Weber, *ibid.*, S. 503f.（『価値自由』三一五－三一六頁）。外見上の「「相対化」する作用」によって「遠のいてしまう」、あるいは、「異なる評価を心理学的に「理解」すればかき消されてしまうような「倫理的」信念」について、ウェーバーは「科学的認識によって破壊される宗教心程度の価値しかない」という。
(65) Weber, *ibid.*, S. 504-507（同上書三一六－三一九頁）。
(66) Weber, *ibid.*, S. 504（同上書三一六頁）。
(67) Weber, *ibid.*, S. 504-507（同上書三一六－三一九頁）。
(68) Weber, *ibid.*, S. 502, S. 504f.（同上書三一三、三一六－三一七頁）。
(69) M. Weber, "Konfuzianismus und Taoismus", in : *Max Weber Gesamtausgabe* (Abteilung1: Schriften und Reden, Bd. 19.), J. C. B. Mohr, 1989, S. 463, 476（大塚久雄・生松敬三訳「儒教とピュウリタニズム」（『宗教社会学論選』（みすず書房、一九七二））二〇五頁、一八五頁）。

(70) Weber, *GWL*, S. 507f.（『価値自由』三二〇頁）。

〔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（三）

――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　朴政熙政権期
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：社会的セイフティー・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

［以上五七巻六号］

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：女性部の成立に至るまで
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．金大中政権下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」

［以上五八巻一号］

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

［以上本号］

第四章　金大中政権におけるジェンダー政策の分析

李氏朝鮮の国家イデオロギーでもあった儒教思想では、父方居住の族外婚、長男相続、そして男女間で具別された活動範囲、この三つの規範が女性の地位を構成した[168]。こういった伝統が韓国の家族概念の根本となり、また今現在でもそれが社会の規範として位置づけられている面があることはいうまでもない。しかし、産業化と都市化が進む戦後韓国では、「ジェンダー」概念自体に変化がおとずれることになった。家族構成の変化と結婚に対する意識の変化が、それをもたらした重要な要素だといえよう。

産業化と都市化が韓国にもたらした現象は、家族構成の変化とそれに伴う家族概念の変化である。家族のありかたが、いわゆる伝統的家族から核家族へと変わっていき、一九七〇から八〇年代にかけては、核家族が主要な家族形態になった。この変容が、家族内の関係にも変化をもたらし、それまでの縦型権威主義的関係から、平等な個人の関係と移り変り始めたのだった[169]。

また、家族構成の変化に伴い男女ともに結婚年齢があがるという現象もみられている[170]。

他方、結婚に対する意識にも変化がおとずれている。今までの父系の継続としての結婚が、「恋愛結婚」へと展開していった[171]。そしてこういった「恋愛」に伴い「男性らしさ」（masculinity）、「女性らしさ」（femininity）の概念も変わっていったのである。「男性らしさ」とは一般的に「強い、活発、知的」と特徴付けられ、「女性らしさ」とは「感情的、弱い、順応」と特徴付けられた[172]。若い世代がより一層「完璧な恋愛」を求めることによって、女性より「女性らしく」なり、男性はより「男性らしく」なっていくのである。今までは男女の活動範囲や役割として区別されたのが、今日では、ジェンダーにおける精神的な違いを強調することへと転換してきているのである。

社会的・経済的変化によってジェンダーが変容していく中、女性は特定の雇用セクターに進出していった。特に、教育の場には女性の進出が多く、不動産や株式の売買などにも女性が活動しはじめた[173]。だが、こういった女性の社会進

出が顕著になったものの「政府機関における女性数の低迷からパスポート申請の困難にいたるまで、未だにジェンダーのアシメトリが様々な社会習慣に根付いていることを示している」[174]との指摘もある。

こういった状況の中、一九八八年に男女雇用平等法が制定され、一九九五年に改正されている。だが、それにも関わらず、今日でも雇用の面では女性が不利である。というのも、法律で禁止されているのにも関わらず、新聞の求人条件では、「男性のみ」「兵役を終了したもの」[175]などといった要件が付されることが多い。これは、韓国において未だに「ジェンダーの不釣合い」が存在していることを示している。

したがって、ここで扱うジェンダー政策というのは、平等主義に基づいた男女参画や社会福祉の促進を目的とする政策のことを意味する。そこで、次節において、女性の政治参加・公職拡大といった女性の代表性向上と福祉基盤拡大を中心とするジェンダー政策に焦点を当て、分析を加えていくことにする。

また、韓国女性の社会的地位をより具体的に理解するため、国際比較の観点から検討していくことにする。分析に際しては、国連開発企画（United Nations Development Program）が開発した「ジェンダー・エンパワーメント測定（Gender Empowerment Means）」を用いて比較したい。このGEMの数値は、女性が積極的に経済界や政治活動に参加し、意思決定に参加できるかどうかを測るものである。具体的には、女性の稼働所得割合、女性の専門職・管理職等の割合、女性が占める国会議員の割合を用いて算出した数値である。ここで使用しているデータは、UNDPの一九九八年と二〇〇〇年「人間開発報告書」[176]に基づいている。

このデータに拠れば、GEMについては、韓国が一〇二カ国中八三位となっている。他の数値と比べるとこの数値が特に低いことがわかる。たとえば、同じUNDPが開発した「人間開発指数（Human Development Index）」は、その国の国民の教育水準、所得水準、平気寿命を用いて算出された指数で、基本的な人間の能力がどこまで伸びているかを

測るものだが、この数値では韓国は一七四カ国中三〇位となっている。また、ＨＤＩと同じく人間の基本的能力の達成度を図る「ジェンダー開発指数（Gender Development Index）」は、女性と男性の間で見られる不平等に着目したものであるが、ここでは。韓国は、一六三カ国中三七位である。これらの韓国に関する数値を見てみると、基本的な人間能力の開発は国際的にも優れていて、また女性の能力の開発も進んでいるが、それを十分に発揮できる機会が整っていない状況が浮かび上がる。

もう一つの国際比較資料を参考にしてみたい。一九九八年、「女性の働きやすさ」について日本の経済企画庁が公表した指標によれば、経済協力開発機構（ＯＥＣＤ）加盟国二三カ国のうち、韓国が二〇位となっている（日本は一九位）[177]。この指標は、女性の就業率や男女家事分担率など、働く女性に関する複数の指数を使ったものである。これらの資料から、ジェンダーに関わる諸問題に関して、韓国は、国際社会において相対的に下位に位置付けられていることが明確になろう。

しかし、これだけでは、韓国で女性がおかれている具体的な状況までは把握できない。以下では、とりわけ政治参加と公職参加の状況について、具体的に記述したい。その上で、本題ともいえるジェンダー政策の分析へと移りたい。第一節では、政府レベルの認識をまとめることにする。第一節一では、女性部に至るまでの歴史的背景を述べたい。第一節二では、女性に関する法的処置を簡単に述べる。第二節では、金大中政権が実施した具体的な政策を見ていくことにする。第三節では、ジェンダー政策における諸問題を指摘し、政策とその社会に与える影響との間に生じる不一致を見てみることにする。このことにより、金大中政権下の社会状況を体系的に捉えることができると考える。ここでは、政府の認識では捉えきれなかった部分も浮かび上がろう。その部分を把握することで、金大中政権における社会政策の特徴をより明確化することができよう。

第一節　政府レベルの認識：女性部の成立に至るまで

一．韓国における女性政策：法的措置

韓国の女性に関する法律は、第一に憲法で平等規定が定められており、これが根幹となっている。第二に、基本法である女性発展基本法が制定され、他方で分野別の個別法が整備されていった。以下では、これらを個別に検討する。付帯的には、（一）憲法、（二）女性発展基本法、（三）男女差別禁止及び救済に関する法律、男女雇用平等法、（四）性暴力や家庭内暴力関連法、（五）家族法、（六）女性企業支援に関する法律を、個別に検討することにする。

（一）憲法[178]

大韓民国憲法（一九八七年一〇月二九日制定）の女性の権利に関する規定は、以下となっている。

・すべての国民は、法の前に平等である。誰も性別、宗教または社会的身分により、政治的、経済的、社会的、文化的生活のすべての領域において差別を受けない。（第一一条第一項）

・女子の勤労は、特別の保護を受け、雇用・賃金及び勤労条件において、不当な差別を受けない。（第三二条第四項）

・国は、女性の福祉権益向上のために努力しなければならない。（第三四条第三項）

・婚姻及び家族生活は、個人の尊厳及び両性の平等を基礎として成立し、維持されなければならず、国はこれを保障する。（第三六条第一項）

・国は、母性の保護のために努力しなければならない。（第三六条第二項）

（二）女性発展基本法[179]

「女性発展基本法」は一九九五年一二月三〇日に制定、一九九六年六月三〇日に施行された。この法律は、憲法の男女平等理念を実現するための国と地方自治体の責務等を規定し、それによって男女平等を促進し、女性の発展を図ることを目的としている。同法が制定されたことにより、基本的に、それまで個別分散的であった女性関連法令が取り入れられ、女性政策がより一貫性を帯び、また、体系的に実行されることが期待されたのである。

法律規定のきっかけは、一九九五年九月に北京で開催された国連主催の「世界女性会議」の一ヵ月後に政府が発表した「女性の地位向上のための十大課題」であった。その十大課題の一つに女性発展基本法制定が挙げられ、その制定が急速に進められていったのである。当時の金泳三大統領と女問題専門担当大臣であった政務第二長官の推進力がその制定の原動力となったと言われている。

この法律の主要内容は以下の通りである。

・男女平等の促進のための国民の義務を規定した。さらに国及び地方自治体には制度的措置の準備と必要財源の調達の責務を規定する。

・女性の参加が著しく進まない分野への女性参加を促進するために、女性に対する暫定的な優待措置を導入する根拠を設ける。

・政府は、五年ごとに女性政策基本計画を策定しなければならず、中央行政機関と広域自治団体は毎年実行計画を策定・施行しなければならない。

・男女平等の促進等に対する関心を国民全体で高めるため、女性週間を指定する。

・基本施策として、政治や政治決定過程、公職への参加の促進や雇用の平等、男女平等教育、性暴力や家庭暴力の予

防、家事労働価値の評価、大衆媒体の性差別改善当を列挙する。

・国は、女性発展基金を設置・実施、女性の権利増進のための事業や女性団体の事業の支援に使う。

・国や地方自治体が女性団体の活動に行政的、財政的支援を行う根拠を設ける。

制定当初は、同法は「絵に描いたもちになるのでは」という懸念があったが、実際の女性政策の発展に大きく寄与していることは以下で確認できるので、ここでは説明を省略しておく。個々の条項を具体化する特別法が制定・改正されており、また政府と地方自治体が施行計画に基づき着実に施策を推進している。

では、個別法を以下で検討することにする。

(三)　男女差別禁止及び救済に関する法律、男女雇用平等法

男女差別禁止及び救済に関する法律の制定に関しては、「男女差別禁止及び救済に関する法律」[180]が一九九九年一月六日に国会を通過し、同年七月一日から施行されている。

この法律の成立は、「韓国女性史に残る画期的な出来事」であると報道されたが、それは韓国の根深い女性差別を効果的に解消し、差別を受けた女性を救済することができる仕組みを整えたと考えられたからだった。また、雇用のみならず、教育、施設、サービス等の利用における差別や、法律や政策の施行における差別、セクシャル・ハラスメント等が禁止され、民間だけでなく、公共機関にまで対象が拡大した。

男女差別の解消を担当する専門機構「女性特別委員会」は、調査・是正勧告等を担当し、女性特別委員会から差別是正勧告を受けた当事者は、勧告に従わなければならず、処理結果を報告しなければならない。決定に不服のある場合は、意義申請ができるが、「差別にあたらない」という立証を行わなければならなかった。

法律審議過程において、女性特別委員会がこうした「準司法権」を持つことに対する反対意見も出たが、結局は実現されることとなった。また、実際に法が施行され、適用される段階に入れると、差別にあたるか否かの認定がかなり難しいことが予想されるので女性特別委員会では具体的な差別ガイドラインを作成することとなった。

法律の主要な内容は以下の通りである。

・雇用、教育、施設、サービス等の提供及び利用、法・政策の執行における男女差別を禁止する。また、セクシャル・ハラスメントを禁止する。

・差別禁止の対象は、民間事業所のみならず公共機関も含まれる。

・男女差別解消を担当する専門機関は女性特別委員会とする。女性特別委員会の機能は調査、差別可否の決定・調停・是正勧告・告発、法制度改善勧告、改善結果の報告要求、改善指針の樹立とする。

・女性特別委員会が差別事項を調査し、まず自主的解決のための合意勧告を行うことができ、合意しない場合には調停手続きにのせることができる。

・調査の結果、是正措置として男女差別行為の中止、原状回復・損害賠償等の救済措置教育、新聞の広告欄を通した広報活動をおこなう。

・勧告された者は女性特別委員会に処理結果を報告しなければならない。

・男女差別と決定された事項は、女性発展基金で訴訟を支援することができる。

「男女差別禁止法」制定と同じ時期に「男女雇用平等法」[18]が改正された。この法律は、少し早く一九九九年二月八日から施行されていたものである。男女雇用平等法の差別禁止分野は雇用のみであり、対象機関も民間のみであった。だが、この改正では、職場内のセクシャル・ハラスメント予防に関する事業主の義務等を定める条項が新設された。

男女雇用平等法、及びその施行令に従い、労働部は、公聴会等各界の意見を集約して「職場内セクシャル・ハラスメント予防指導指針」を制定した。この指針は、今後、職場におけるセクシャル・ハラスメントの可否を判断する、地方労働官署及び雇用平等委員会の判断資料として活用されることとなった。その指針の主な内容は次の通りである。

・職場におけるセクシャル・ハラスメントとは、事業主、上司または勤労者が職場内の地位を利用したり、業務と関連して他の勤労者に性的な言葉や行動等で、またはこれを条件に雇用上の不利益を与えたり、または性的な屈辱感を誘発するようにして雇用環境を悪化させることである。

・セクシャル・ハラスメントになりうる性的な言葉や行動の代表的な類型を言語的、視覚的、肉体的行為等に分けて例示する。

・相手が望まない性的な言葉や行動が反復される場合はセクシャル・ハラスメントになるが、一度だけの性的言動でも激しい場合にはセクシャル・ハラスメントになりうる。

・事業主の予防義務として、職員研修教育や定例朝会等、職員を直接の対象にした予防教育を年一回以上実施する。

・事業主はセクシャル・ハラスメントに関連する苦情処理機構や手続きを準備しなければならないが、その運営において可能な限り女性勤労者を含むようにする。

韓国においてセクシャル・ハラスメントは一九九三年に提訴されたソウル大学セクシャル・ハラスメント裁判以降社会的問題として認知され始めた。とはいうものの、男性が特に自分自身の問題という認識が薄く、法施行による混乱が予想されたため、労働部では一九九九年六月末までを法の周知期間とし、広報や教育に力を注ぐこととしていた。また、職場内セクシャル・ハラスメント予防教育教材を製作・配布する計画もたてられた。

また、教育部においても女子学生を対象にしたセクシャル・ハラスメント防止指針を作成する予定があったとされ、

民間企業においても社内指針を作成する動きが報道されている。

（四）性暴力、家庭内暴力関連法

性暴力・家庭内暴力関連については、以下三つの法律が制定された。第一に、性暴力犯罪の処罰及び被害者保護等に関する法律[182]、第二に家庭暴力犯罪（Domestic Violence）の処罰等に関する法律[183]、第三に家庭暴力防止及び被害者保護等に関する法律[184]である。

性暴力犯罪の処罰及び被害者保護等に関する法律は、一九九三年一二月一七日に国会で可決され、一九九四年四月一日から施行された。

同法が制定されるまで、性暴力は刑法第三二条の「貞操に関する罪」として扱われ、本人しか告訴ができないことや告訴期間が短いことなど、多くの問題があった。しかし、一九九二年に韓国女性団体連合の傘下に「性暴力特別法制定推進特別委員会」が結成され、活発な活動を展開した結果、同法の制定が実現することとなったのである。この法律は、性暴力犯罪を予防し、その被害者を保護し、また性暴力犯罪の処罰と手続きに関する特例を規定し、国民の人権を守り、より良い社会を構築することを目的としていた。

では、その法律の主要な内容を紹介したい。

・国及び地方自治体は、性暴力犯罪を予防し、被害者を保護するため、必要な法制度、財源を準備しなければならない。

・性暴力犯罪被害者に対する雇用上の不利益処分等を禁止する。

・加重処罰する性暴力として、義父や義兄を含む親族による性暴力、一三歳未満の未成年者に対する性暴力、障害者

に対する性暴力等を規定する。

・調査や裁判において、被害者の私生活秘密漏洩の禁止や審理の非公開等を規定した。

・国や地方自治体等は性暴力相談所や性暴力保護施設を設置・運営する。

保険福祉部が一九九九年三月に調査した結果によると、一九九八年に全国四三の性暴力相談所で受付けた相談件数は二四七八八件[185]、このうち顔見知りの人が加害者である場合が三八・六%にも達していた。また、相談件数は九七年の二倍、九六年の実に三倍に増大したのである。従来は、女性が性暴力被害を自分の恥や責任として一人で解決しようとしていたが、認識が改められ、申告・告発意識が高まったものと見られている。相談所以外に性暴力専門の電話相談が創設されたのも大きい役割を果たしていたであろう。これらの相談所は、予防活動にも力を注いでおり、各種調査研究活動や性暴力予防ビデオ製作、性暴力及び性暴力の特別講義も実施していた[186]。

家庭内暴力犯罪の処罰等に関する特例法は、一九九七年一二月一三日に制定され、一九九八年七月一日から施行された。この法律の目的は、家庭暴力犯罪の刑事処罰手続きに関する特例を定め、家庭暴力を犯した者に対し、環境の改善と性行の矯正のための保護処分を行うことにより、家庭暴力犯罪で破壊された家庭の平和と安定を回復して健康な家庭を育成することに置かれていた。

この法律の主要な内容は以下の通りである。

・家庭暴力を、家庭構成員間の身体的、精神的または財産的被害を伴う行為だと定義する。

・家庭構成員の範囲は、現在の関係だけでなく、前配偶者との関係、同居の親戚にも拡大する。

・家庭暴力について、従前は、家族構成員が調査機関に申告することが事実上難しかったのに対し、だれでも家庭暴力犯罪を知ったときには、誰でも調査機関に申告できるように規定する。相談や職務を通じて家庭暴力を知った相

談所代表や医療機関長等は、必ず捜査機関に申告しなければならない。また、家庭暴力を申告したものに対し、不利益があたえてはいけないとされた。

・事件の緊急性・深刻性に鑑み、申告を受けた司法警察官は、まず暴力行為を制止し、被害者を保護施設や医療機関に引き渡す等の応急措置をとらなければならない。

・家庭保護事件に認定された場合、この法律に基づく手続きによって審理がなされる。必要な場合、臨時措置の決定が下される。臨時措置には、被害者や家庭構成員に住居からの退去や、被害者の住居、職場等から一〇〇メートル以内の接近禁止等がある。

・保護処分とは、行為者の被害者に接近する行為の制限、保護観察等に関する法律による社会奉仕、受講命令、保護観察のことである。この処分は、刑事上の確定判決がでないので前科が残らず、従来被害者は、加害者が家族構成員であるため申告や告訴を回避していたが、保護処分を設けることによって、被害者が告訴をするという負担を軽減した。

・万一、加害者が保護処分を履行しない場合は、「保護処分不履行罪」（二年以下の懲役または二千万ウォン以下の罰金）で刑事諸刑を受けることとなる。

・暴力の程度が激しいと判断されれば、裁判所は職権で一般刑事事件として扱い、懲役等の実刑を下すことができる。

最後に、家庭暴力防止及び被害者保護等に関する法律についてであるが、これは一九九七年一二月三一日に制定され、一九九八年七月一日から施行された。一九九四年（世界家庭の年）に一次保護施設を運営していた団体が集まり、「家庭暴力防止法制定のための全国連帯」を結成して活動を開始した。彼らは、外国法令の調査、専門家ワークショップを通じて法制定に関する各界各層の意見を集約した。

他方、一九九六年、韓国女性団体連合内にも「家庭暴力防止法制定推進特別委員会」が結成され、各地域の運動本部とともに家庭暴力防止法制定のための署名運動を行ったほか、一九九七年一〇月三〇日には約八五〇〇〇名の署名を集め、「家庭暴力防止法案」の実現に向け、関係機関に請願を行った。このような民間の活動に刺激を受けた各党も、家庭暴力防止に関する法律を提案し、前述の「家庭暴力犯罪の処罰等に関する特例法案」と「家庭暴力予防及び被害者保護に関する法律」が国会で通過したのである。以下、その法律の内容を示そう。

・国と地方自治体は、家庭暴力に関する申告体制の構築・運営、家庭暴力予防のための研究教育相談の実施、被害者に対する保護施設の設置。運営、支援サービスの提供、家庭暴力の実態調査・広報、家庭暴力の予防のための法令の整備・各種政策の樹立及び施行とこれに必要な予算上の措置を行う。

・地方自治体には、家庭暴力の予防業務を担当する機構と公務員を置く義務を負う。

・国と地方自治体、届出民間機関は、家庭暴力関連相談所と保護施設を設置運営する。

家庭暴力に関する法律の制定後、それが適用された事例がいくつかあり、相談事例も増えているという。しかし、まだ知られていないことも多く、女性特別委員会は一九九八年一一月「家庭暴力予防道しるべ」という冊子を発刊し、全国の警察署、相談所等で配布している。内容は、家庭暴力事件に関する処理手順の一般人向けのわかりやすい説明や相談所・保護施設の連絡先等を掲載したものである。

（五）家族法[187]

家族法（民法の親族・相続編）には、儒教的な慣習に基づいた規定が存在し、女性にとっては、不利な規定も多く見られた。しかし、一九九七年七月一六日憲法裁判所で「同姓同本結婚の禁止」[188]規定に対する憲法不合致決定が下された。

憲法不合致制度とは、違憲決定とは異なりただちに無効になるのではなく、期限までに改正しなければ効力を失うという決定であった。

これをきっかけとして、当該規定の廃止をはじめとした民法の改正案が一九九九年二月に国会で審議されている。同改正案には、深刻化しつつある高齢化社会問題に対応するため、相続に関する不合理な規定の改正も含まれており、法案がそのまま通過することはほぼ確定であるとみられている。

ここで、同姓同本禁婚制度を廃止し、近親婚禁止制度（八親等以内の血族間等での婚姻の禁止）に転換することに関する。憲法不合致決定の要旨を見ておこう。

韓国民法は、八親等以内の血族・姻戚同志の婚姻が禁止される以外に、同姓同本である血族間の婚姻を一律に禁止している。この同姓同本禁婚制は朝鮮時代に法制度化され、一七世紀後半以降に確立された。これまで、本制度は男系中心の家父長的大家族中心の儒教的家族制度を維持するための手段の一つとして機能してきた。

今日、結婚は家と家ではなく人格と人格の結合であり、家族は家父長的大家族から核家族に変わるとともに、男女平等観念が定着し、経済構造も農耕社会が高度産業社会に変わり、また人口の急激な増加及び都市集中化現象により、同姓同本禁婚制の存立基盤が根元から揺らいでいる。これまで三度にわたる特例法で事実婚関係にあたる四四八二七組の同姓同本夫婦が法的救済を受けている。

憲法第一〇条の個人の人格権と幸福追求権は、個人の運命決定権を前提にしており、この運命決定権には、婚姻の自由と婚姻において相手を決定する自由が含まれている。また、憲法第三六条第一項は、婚姻制度と家族制度は人間の尊厳と両性の平等を尊重する民主主義の原理により決められなければならないことを明らかにしており、国家はこれを保障しなければならない。しかし、本条項はこれらの規定に真っ向から対立するだけでなく、その立法

目的が婚姻に関する基本権を制限しうる社会秩序や公共の福祉にも該当しない。

同姓同本血族の間の婚姻が優生学・遺伝学的に有害であるという主張は科学的な根拠がなく、社会の美風良俗と伝統文化に外れるという主張も説得力がない。憲法第九条により継承・発展させなければならない伝統文化は、現代の社会・経済的環境に合い、今日においても普遍妥当な伝統倫理ないし道徳観念でなくてはならない。

本条項が違憲という点で裁判官七人の意見が一致するが、このうち五人は単純違憲決定を、二人は憲法不合致決定を宣告しなければならないというように、意見が分かれている。そして、違憲決定に必要な六人を満たさないため、憲法不合致決定を宣告することとなっている。本条項は、立法者が一九九八年一二月三一日までに改正しなければ、一九九九年一月一日その効力を失い、裁判所その他国家機関および地方自治団体は立法者が改正するときまでこの法律条項の運用を中止しなければならない。(189)

次に、再婚禁止規定の削除の条項について述べたい。韓国の法律では、女性の六ヶ月間の再婚禁止期間の規定を設けているが、それは前後の結婚の時期が近い場合、出生した子の父の推定に疑惑が生じることを避けるためである。従来から、この規定の必要性について学者の間で論議があったところである。そのため、この規定の実効性がないこと、鑑定技術の発達で必要性がなくなったという理由により削除されることとなった。

嫡出否認制度の調整も改正された。嫡出否認の訴えは父だけが提起することができ、提訴期間も出生を知った日から一年以内に制限されていた。しかし、憲法裁判所で、この提訴機関があまりにも短く、父の人格権・幸福権追求権等が侵害されるという憲法不合致決定（一九九七年三月二七日）が下された。これを受けて、提訴期間を、嫡出否認理由を知った日から一年以内、出生した日から五年以内に延長することとなった。また、夫だけが提訴できるのは夫婦平等の理念に合わないため、夫だけでなく妻も提訴できることとされた。

最後に、扶養相続分制度が新設された。共同相続人の実質的均等を図り、家族関係における健全な価値観を確立するために、相当期間同居をし、被相続人を扶養した存続人に対する扶養料を五割以上負担した存続人には、固有存続分の五割を加算する制度を新設するといった改正をする予定である。

（六）女性企業支援に関する法律[190]

最後に、女性企業支援に関する法律について検討したい。ＩＭＦ以後の構造調整過程で女性が一時に調整対象になり、また女性労働力が非正規職化されるという現象が顕著に見られた。企業は女性職種や女性部署の廃止、女性中心の整理雇用を行った後、再び必要になった人材を柔軟性があり賃金の低い派遣職・契約職等として採用していたのである。

このように女性の就業環境が非常に不安定になっている中、一九九九年二月五日に「女性の企業支援に関する法律」が制定され、一九九九年六月一日より施行された。同法は、女性の企業の活動と女性の創業を積極的に支援することによって、経済領域において男女の実質的な平等を図るとともに、女性の経済活動を向上させ、国民全体の経済発展に寄与することを目的としていた。そして、国及び地方自治体は、女性の創業と女性企業の企業活動を促進するために資金・人材・情報・技術・販路などの分野における総合的な支援と事業活動機会が均等に保障されるように努力しなければならないとされている。

この法律の主な内容は以下の通りである。

・中小企業庁は公共機関による女性の企業に対する不合理な差別的慣行や制度の是正を要請できる。

・中小企業庁は毎年女性企業の活動促進に関する基本計画を樹立する。

・公共機関は、女性企業が生産する物品の購買を促進しなければならない。

・国、地方自治体は企業に対する資金支援において女性企業を優遇しなければならない。
・韓国女性経済人協会を設立し、女性企業総合支援センターを設置する。

以上、韓国の女性政策の中心となった法案をまとめてみた。これらの法案で見られるように、従来の儒教的伝統が多く組み込まれていた法律は、この一連の法律の改正によって、大きく変容した。女性が不利になるような法律から、現在では、より平等的な観点を用いた法律へと変わっていったのである。こういった法律を背景に、女性政策は展開していくのだが、政策の詳細は以下で検討することにする。

その前に、女性部の成立至るまでの経緯を検討した上で、具体的な政策の議論へと移っていくことにする。

二．女性部に至る歴史的背景

韓国における最初のジェンダー政策は一九四六年にさかのぼる。アメリカの軍事政府が、一九四六年に「子女局」を設け、以下の三つの責任を与えた。（一）社会的、経済的、政治的、文化的アリーナにおける女性の地位の改善、（二）女性の地位と福利に関する統計の集計、（三）そして女性の福利の改善に関する提案、この三つの責任、である。[19]

この後、女性に関するイッシューは、保健福祉部の管轄下に置かれた。一九八〇年までは、ジェンダー政策は、特定の女性（女性労働者、妊婦、売春婦）に対してしか適応されなかった。いいかえれば、政府は、女性の一般的ニーズに取り組まず、女性の地位を改善させる体系的な計画に打ち込んでいなかったのである。しかし、一九七五年、メキシコ・シティで開催された第一回女性に関する国際会議を契機として、韓国は女性に関するイッシューに取り組んでいくことになった。

一九八三年、保健福祉部管轄ではない、独立した「韓国女性発展機関」が設けられた。この機関は、女性の問題に対

処する研究機関で、一九八五年にはじめて女性の発展のための計画を提案するに至る。この提案では、三つの必要性を提起した。（一）女性労働力を最大限に活用すること、（二）女性の可能性を拡大すること、（三）健康的な家族計画を促進すること。この三つの原理に基づく計画を打ち出したのである。そして、同年「女性政策に関する委員会」を設置し、この計画を韓国政府に提出した。この基本計画は、政策として実現、展開していくことになるのだが、それは二つの段階に分けることができる。（一）一九八五－一九九五年の準備期間、そして（二）一九九五年－二〇〇〇年の導入期間である。一九八八年の盧泰愚政権期にジェンダー政策が「政務部第二長官室」(Second Ministry of Political Affairs)により扱われることになる。そして、金大中大統領政権発足後の一九九八年二月二八日政府組織法が改正され、政務部第二長官室が廃止され、女性政策を専門に担当する組織「大統領直属女性特別委員会」が発足した。さらに、行政自治部をはじめとする五つの部に女性政策担当官室が新設されるとともに、その他の省庁と地方自治体には女性政策担当部署を指定し、執行機能を担当させることとした。これにより、女性政策は、女性特別委員会及び地方自治団体がともに参画する政策として推進することができるよう体系化されたのである。

この女性特別委員会の組織は、委員長と常任委員兼事務所長各一名、そして非常任委員一三名（うち当て職六名〈法務部、行政自治部、教育部、農林部、保険福祉部、労働部の各次官〉委託職七名〈民間専門家〉）の計一五名で構成されている。事務所は、事務所長の下に、政策調整官、協力調整官、差別改善調整官の三つの調整官と総務課で構成され、職員は四一名であった。政策調整官は、主に、女性特別委員会の主要業務計画の策定・分析、政策開発・研究、国会・政党に関する事項、広報に関する業務を行う。協力調整官は、女性団体との協力及び支援、女性発展基金の管理運営、女性の国際協力に関する業務を行い、差別改善調整官は、法制度や行政措置、慣行等に現れる女性差別に対する調査及び是正業務を行うことになっていた。

この委員会は、女性地位の向上に尽力したが、一番の問題は、委員会に司法権・立法権がないことであった。九九年に制定された男女差別禁止法で準司法権が認められるようになるが、やはり政策の実行力・執行力という点で、独立した司法権や立法権が問題となり、この問題をきっかけに女性部（日本の省に相当）設置が議論され、二〇〇一年に設置されるのである。

この女性部設置に至る簡単な経緯を表にして示しておこう。

以下、その女性部の組織とその主な活動を紹介することにする。

第二節　ジェンダー政策過程とその具体的政策

ジェンダー政策が目的とするのは、女性の福利と生活の質を改善することである。大枠では、女性の地位と権利を包括的な国家政策によって改善し、ジェンダーの平等を導くことにある。憲法上では、男女平等は保既に障されてい

表１：女性部に至る主要事項

1988年２月25日	・政務部第二長官室発足 ・管轄の範囲拡大（首相＃243、1990年６月21日） ・女性関連の社会的文化的案件に取り組む
1998年２月28日	・政府組織法改正により政務部第二長官室が廃止され、大統領直属の「女性特別委員会発足（事務所職員41名）
1998年４月17日	・第一次女性特別委員会委託職に女性の地位向上に関する専門知識と経験がある７人の民間専門家が採用される
1999年２月８日	・女性差別禁止及び救済に関する法案が成立（1999年７月施行）
1999年７月23日	・女性特別委員会への規制が改正される ・女性差別廃止を重要目的とする
2000年５月23日	・第二次女性特別委員会発（７人の民間専門家採用）
2001年１月１日	・韓国初の女性部成立（政府組織法42条のもとで） ・女性部の主な活動として保険福祉部の管轄であった業務を女性部が担当することに（家庭内暴力、性暴力の被害者たちの保護とそれに関連する用務、売春の防止、元従軍慰安婦に対する生活保障の提供）

出典：女性部ホームページ、www.moge.co.kr

て、実際のところは他の法律もその下に制定されるはずである。しかし、現実では、下位の法律（lower laws）が、ジェンダーの平等を妨げている。ジェンダー政策とは、こういったジェンダーの平等の妨げになる法律を、憲法と平行にすることである。

ジェンダー政策の発展を理解するためには、女性関連の法律の立法過程を知ることが必要であろうと考え、上記のように女性関連の法律をまとめてみた。ジェンダーの平等に関する法には、憲法、家族法があり、女性の参加を促進する法には、労働基準法、そして男女雇用平等法がある。そして、女性の福利に関する法は、性犯罪に対する防止と被害者保護法がある。それを年代順に表にすると以下のようになる。

本節では、具体的な政策がいかなる基本方針のもとで立案され、施行されていったかを見ていくことにする。

表２：女性関連の法律制定

1948年７月	憲法制定
1953年５月	労働基準法実施　（女性の特別保護）
1958年２月	家族法制定
1958年11月	売春予防法の制定
1962年12月	第一回家族法改正
1977年12月	第二回家族法改正
1986年５月	シングルマザーの児童福祉制定法の改正
1987年12月	男女雇用平等法制定
1989年４月	第一回男女雇用平等法改正
1989年６月	国家公務員採用の改正
1990年１月	第３回家族法改正
1991年１月	児童保護法の制定
1994年１月	性犯罪に対する刑罰と被害者保護法の実施
1995年８月	第二回男女雇用平等法改正
1995年12月	女性の発展基本法
1997年12月	家庭内暴力（Domestic Violence）に対する刑罰の特別法の制定
1998年２月	第一回女性の発展基本法改正
1999年２月	ジェンダーに基づく差別防止の制定法

出典：執筆者作成。

一．政策の基本方針

政策上の基本的方針は、金大中大統領の就任演説で述べられたように「女性の権益保障と能力開発の積極化」[192]、および「家庭・職場・社会での男女差別の障害の除去」[193]であった。これを基礎に、女性特別委員会は、女性政策推進基調[194]を次のとおりに定めた。

①　性政策の主流化

具体的には、女性問題を国家政策領域で核心分野として扱われようにすることを目的とする。

②　女性の代表性の向上

国家の発展に男女が同等に参加し責任を負担できるように、社会の各分野への女性の代表性を高める。

③　女性の経済力の強化

知識・情報時代に対応し、女性が国家の重要な人的資源として活用されるよう、女性の経済力を高めていくことを目標とする。

④　女性界との協力強化

各種社会問題の解決に女性が主導的役割を遂行して行くように、女性関係団体等との協力体制を強化していく。

また、金大中政権発足後、大統領職引受委員会が「一〇〇大国政課題」を発表したが、そのうち女性政策部門には以下の二つの課題が設けられた。男女平等の社会構築と実現のための差別的な制度・習慣の改善、②女性の雇用促進及び地位向上[195]、である。

まず、課題①に関しては、大統領直属の女性特別委員会を設け、男女共同参加社会の基盤を構築し、民法（特に存続法）の法令や制度上の男女差別的な内容を是正し、性暴力・家庭暴力被害相談所の増設及び相談保護機能の強化し、男

女平等意識を高めるための教育・広報の強化し、階層別の助成に対する多様な福祉サービスの拡大に努力することを公表した。

課題②に関しては、公職等に対する女性割当制等、女性の社会進出の支援、育児負担緩和のための保育施設拡充、出産休暇・育児休職等、母性保護に伴う企業の負担を緩和することが提唱された。付帯的には、医療保険、そして雇用保険での一部負担を推進、女性の再雇用促進のため雇用保険基金の女性再雇用奨励金の拡大、公共訓練機関における女性訓練生の比率を向上、女性の能力開発の機会の拡大、積極的な女性雇用策の開発、夜間や休日勤務禁止等の過保護規定を労使及び女性団体の意見を徴収しておこなう合理的調整などを約束したのであった。

こういった基本方針の下、女性政策に関する計画を、女性発展基本法に基づき、五年ごとに策定するように規定された。「第一次女性政策基本計画」（一九九八年―二〇〇二年）が策定された。基本計画の性格は、「社会全般の女性発展を促進するための政府の施策方向とその内容を含む総合的な企画であり、今後五年間、政府の女性政策は基本計画を基に、各省庁間の連携によって一貫性をもって推進される。基本計画は政府の全省庁が参加して樹立される国家計画であり、地方自治体でも基本計画に基づき年度別施行計画を策定・施行する」とされている。

この基本計画では、金大中発足当時の大統領引受委員会で発表された課題をより拡張し、二〇大政策課題（一六六の細部課題に構成）を設けている。その課題は以下のようなものである。①社会全般の性差別的な法制度及び意識の改善、②政策決定過程への女性の参加、③雇用機会均等基盤の確立、④女性雇用の促進、⑤職場・家庭両立支援体制の確立、⑥女性労働者の労働条件改善、⑦男女平等教育のための条件造成、⑧女性専門人材の積極的な育成、⑨女性の生涯教育支援、⑩女性の健康増進、出生に係る比率の不均等解消、⑪保育事業の拡充及び内実化、⑫農業・漁業従事の女性の負担緩和と権益伸長、⑬要保護女性の福祉促進、⑭高齢化時代の女性福祉促進、⑮女性に対する暴力の根絶、⑯女性の文

化活動の活性化、⑰女性ボランティア等市民運動支援、⑱女性団体活動の支援、⑲女性の国際協力強化、⑳国家統一への寄与、などである。

これらを整理、分類すると、大きく二つの分野となろう。一つは女性の政治・公職参加の拡大、今一つはそして女性の福祉基盤拡大である。以下、第二節二で女性特別委員会、女性部および関連機関の組織と経緯に関して説明を加え、第二節三では、二つの分野における具体的政策を見ていくことにする。

二　女性特別委員会、女性部及び関連機関：組織と経緯

上記の様な計画を推進する体制・財源調達について、述べていこう。女性発展基本法第八条には「中央行政機関の長と市・道知事は、基本計画による年度別の施行計画を策定・施行しなければならない」と規定されている。これに基づき、市・郡・区は毎年一二月末までに市・道に次年度の所管女性関連業務に関する施行計画案を提出し、中央行政機関と市・道は毎年一月末まで当該年度の所管女性関連業務に関する施行計画案を女性特別委員会に提出することとなっている。女性特別委員会は、中央行政機関と市・道が提出した施行計画案を総括・調整し、同施行計画に係る大統領の承認を経て確定する。

女性発展基本法第八条は、施行企画の樹立とともに、前年度の施行計画の推進状況を点検するよう規定している。これに基づき、市・郡・区は毎年一月中旬までに同施行結果を市・道に提出し、中央行政機関と市・道は毎年一月末までに前年度の施行計画の施行結果を女性特別委員会に提出することとなっている。他方、女性特別委員会は、中央行政機関と市・道から提出された同施行結果を点検し、その結果を大統領に報告することが要求されている。そして、中央行政機関と市・道は施行計画の策定・施行のために当該機関に女性政策関連の協力部署を指定・運営することとされている。

女性政策にかかる財源の調達は、主に国の一般会計、特別会計（雇用保険金、国民年金、女性発展基金等）、地方自治体の予算などで確保している。

これらに加えて、女性特別委員会では、一九九八年一一月、女性差別申告センターを開所した。雇用や教育、財貨、施設、サービス等における差別、職場におけるセクシュアル・ハラスメント、その他女性であるということを理由にした差別に関し、来所や電話による相談を受け付けることになった。開設一ヵ月後の報道によれば、相談件数の五割ぐらいが雇用上の差別であるということが明らかになった。

ただ、女性部成立二年後には、盧武鉉（ノムヒョン）政権が発足したため、女性部の本格的な活動は二〇〇三年の盧武鉉（ノムヒョン）政権からといえよう。

女性特別委員会から女性部へという組織の流れとは違うところで、女性問題や女性の発展について尽力している機関は、韓国女性開発院である。同院は、女性発展基本法制定以前の一九八三年四月に設立され、女性問題に関する調査研究、女性の能力開発のための教育訓練、女性活動に対する支援などの業務を効率的に遂行することで、女性の社会参加及び福祉の増進に寄与することを目的としていた。研究本部では、法制及び政治に関する研究、教育及び文化に関する研究、雇用及び女性関連統計に関する研究、過程及び福祉に関する研究、各種セミナーの開催等、事業本部では女性の意識能力開発のための教育、文化活動の支援、女性団体の連携支援、国際協力・情報交流等、情報資料部では、女性問題に関する出版物、映像資料の制作、国内外資料の収集、データベース開発等を行っている。

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

（一）次世代女性指導者育成のための「女子大学生キャンプ」および強化教育実施

女性政治家養成の取り組みが、政党、女性団体、地方議会などによって、活発に行われている。[196] 女性の政治参加のためには、成人女性を対象に、女性指導者育成だけでなく中長期的な視野をもちながら、多様な分野の予備女性指導者を養成することが重要であるという認識がある。特に次世代女性指導者を各分野に進出させるために進路指導を行う施策が設けられている。

このため、「次世代女性指導者育成のための女子大学生キャンプ」が二〇〇〇年から実施され、金大中政権の末期には一五の市・道で六九六人の女性が参加するほどになっていた。[197]

女子大学生のキャンプの目的は、女子大学生に「女性と社会」に対する認識と政治意識提起の機会を提供し、政治決定過程に参加できるよう育て上げ、その指導力を発揮できるようにすることを目的に推進されている。こういった目標を掲げながら、各市・道が主体となり自発的に実施されている女性大学生キャンプの実施状況を以下の表でまとめてみたい。

また、こういった「次世代女性指導者育成のための女子大学生キャンプ」教育が、キャンプ終了後も途絶えぬように、「女子大生キャンプ強化教育」を二〇〇一年から実施している。このキャンプは、毎年一二月末にソウル女性プラザで開催され、二泊三日で様々な交流や訓練を集中して受けるものである。

（二）女性政治参加拡大のための民間協力事業強化

民間分野との協力ネットワーク強化を通した女性政策の効果的推進方案の一つとして、女性部では二〇〇一年から本格的に民間部門との共同協力事業を実施し、二〇〇三年では、企画課題の一つとして「女性の政治参加拡大」事業を構築、一〇の事業を支援している。事業内容は以下の通りである。

表３：年度別教育人数

年　度	2000	2001	2002	2003
人　数	660人	494人	494人	696人

出典：女性部、『女性白書』2001年、2002年、2003年、2004年の情報を基に執筆者作成。

表４：2002年度実施状況

地域	主　体　機　関	教育人数	主　　要　　内　　容
ソウル	女性政治勢力民集連帯	71名	・「女性の新しい見方」等講義 ・共通課題に関する討論
釜　山	釜山広域市女性団体協議会	50名	・「21世紀変化と新しい女性リーダーシップに向けて」講義 ・チーム別自由討論と発表
大　邱	啓明大学女性政策研究室	34名	・「女性の代表制拡大と政治参加」抗議 ・国会議員役割学習
光　州	朝鮮大学	48名	・「世界を読み世界を指導する」講義 ・男女平等のための戦略樹立に対する発表と討論
蔚　山	蔚山大学生活科学研究所	40名	・「指導者のビジョンとリーダーシップ」講義 ・意思決定のための会議進行方法と技術訓練
京　畿	韓国外国語大学 生涯教育院	51名	・“What do I really want ?” 講義 ・イメージ管理、成功した女性リーダーとの会話
江　原	江原大学	40名	・「地方自治時代における女性の役割」講義 ・女性大統領選出訓練
忠　北	忠清北道女性民友会	45名	・「女性はなぜ政治に参加しなければいけないのか？」講義 ・指導者資質開発のための政治力訓練
忠　南	忠清南道女性政策開発院	51名	・「地域社会と女性」講義 ・地域社会リーダーとして女子学生の指導力増進のためのワークショップ開催
全　北	全北女性政治発展センター	50名	・「21世紀と女性人材活用」講義 ・女性に対する性暴力、ＤＶ主題討論と発表
全　南	女性文化研究所	40名	・「地域女性人材開発と政治参加」講義 ・女性指導者との対話
慶　北	慶尚北道女性政策開発院	51名	・リーダーシップ診断と適性検査 ・女子大生政治意識の座談会 ・女性 CEO との対話
済　州	済州島女性特別委員会	52名	・「女性の社会と政治参加の必要性」講義 ・リーダーシップ実践訓練

出典：女性部、『女性白書』2001年、2002年、2003年、2004年の情報を基に執筆者作成。

表５：事業名

番号	団　体　名	主　　題　　名	地域
1	議会を愛する人たち	地方議会議定と予算監視活動	ソウル
2	女性政治勢力民主連帯	サイバー女性政治学校開催と教育養成資料制作	ソウル
3	韓国女性有権者連盟	サイバー空間を利用した女性政治リーダーシップ向上プログラム開発	ソウル
4	韓国女性指導者連合	女性勢力化のための Online プロジェクト（女性 Web Journal 構築）	ソウル
5	韓国女性政治文化研究所	20－30代政治改革傾向と参加形態に関する調査	ソウル
6	慶南女性会	新しい時代の女性指導者教育	慶南
7	21世紀女性発展委員会	女性政治参加拡大のための女性立候補者発掘と支援	光州
8	大田女性環境フォーラム	男女平等地方自治政策のためのリーダーシップキャンプ	大田
9	安養女性会	女性政治参加拡大のための女性有権者教育	京畿
10	韓国女性有権者連盟蔚山支部	「女性の力で蔚山を変える！」	蔚山

出典：女性部、『女性白書』2001年、2002年、2003年、2004年の情報を基に執筆者作成。

（三）政治分野における女性の代表性向上

二〇〇〇年二月、政党法改正によって各政党は、国会及び市・道議会議員選挙の比例代表に女性を三〇％以上推薦することを義務付ける割り当て制を導入した。また、政党法など政治関連法が二〇〇二年三月にも改定され、市・道議員比例代表に女性を五〇％以上にするように推進することを目標に、推薦する際には、二人に一人女性を含めることを義務付ける規定を設けた。こういった規定を違反した際には、候補者名簿提出を選挙管理委員会が拒否することができ、女性割り当て制（Quota）が実質的に効果を生み出すようにされたのであった。

これに伴い、二〇〇二年六月に実施された第三次統一地方選挙では、市・道議会比例代表の中で六七・一％（七三名中四九名）を女性が占め、一九九八年の三六・四％に比べ大きく増加したのであった。[198]

また、政党の地区候補者公薦の際に、三〇％以上の枠を女性に割り当てることになった。しかし、この条項は、勧告条項にとどまっていたため、実際には市・道議会で一九九八年とほぼ同じ二・三％（六〇九名中一四名）[199]にとどまる結果となった。これは、

女性が党内の候補者公薦の選考過程で落選した結果であるといわれている。

（四）政府委員会の女性参加拡大

韓国政府は、一九八九年から政府内に設置された各委員会に女性の参加を促進することを目指した。当初の目標は、二〇〇〇年までに女性の参加を一五％増加させることであったが、一九九五年の「女性発展基本法」制定の際には、この数値を更に三〇％に引き上げ、中央および自治体における委員会等、政策決定過程に関わる委員会などへの女性の参加を拡大するための方案を強調し、それを促進したのである。

委員会における女性参加拡大は、金大中政権下では国政課題として設定され、三〇％の増加目標を二〇〇五年度から二〇〇二年度へ前倒しし、積極的に取り組む姿勢を示した。そのために、女性委員の積極的な委員会活動を支援するため、新規参与の女性委員に対する政策開発能力向上のための教育を実施し支援することとした。一九九〇年代後半からの女性の参加率を見てみると、その成果が確認できる。

（五）女性の公職進出の拡大

一．女性採用割り当て制（Quota）

表６：年度別委員会女性参加　（単位：個、名、％）

区　分	委員会数	女性参加委員数	比　率	委員数	女性委員数	女性参加率
1995年９月	324	116	35.8	14619	1131	7.7
1996年９月	362	115	31.8	26053	2414	9.2
1997年６月	310	141	45.5	11269	1251	11.1
1998年12月	1206	714	59.2	15296	1896	12.4
1999年12月	1161	694	59.8	14944	2635	17.6
2000年12月	1202	996	82.9	16255	3842	23.6
2001年12月	1231	1129	91.7	16393	4547	27.7
2002年12月	1274	1210	95.0	16926	5093	30.1

出典：女性特別委員会、女性部、『女性白書』2001年、2002年の情報を基に執筆者作成。

表７：年度別女性採用割り当て制適用合格者

試験名	96年度			97年度			98年度			99年度		
	合格者人数	女性合格者	割り当て制適用者	合格者人数	女性合格者	割り当て制適用者	合格者人数	女性合格者	割り当て制適用者	合格者人数	女性合格者	割り当て制適用者
計	3334	885 26.5%	19 0.6%	3193	854 26.7%	20 0.6%	1559	310 19.9%	14 9.0%	2109	288 13.7%	40 1.9%
行政試験	192	19 9.9%	2	224	25 11.2%	4	182	42 23.1%	5	182	31 17.0%	2
外務試験	41	4 9.8%	1	45	9 20.0%	0	30	5 16.7%	……	20	6 30.0%	……
技術試験	46	2 4.3%	非対象	120	4 3.3%	非対象	48	1 2.1%	非対象	40	1 2.5%	非対象
地方試験	88	1 1.1%	……	89	6 6.7%	2	43	2 4.7%	……	27	4 14.8%	……
7級	500	41 8.2%	16	512	32 6.2%	14	160	27 16.8%	9	492	30 6.1%	18
9級	2467	818 33.1%	非対象	2203	778 35.8%	非対象	1096	223 21.3%	非対象	1348	216 16.0%	20

試験名	00年度			01年度			02年度		
	合格者人数	女性合格者	割り当て制適用者	合格者人数	女性合格者	割り当て制適用者	合格者人数	女性合格者	割り当て制適用者
計	3798	122 32.2%	86 2.3%	3845	1286 33.4%	59 1.5%	3906	1674 42.9%	83 2.1%
行政試験	203	51 25.1%	7	233	59 (25.3%)	3	257	73 28.4%	11
外務試験	30	6 20%	……	30	11 36.7%	……	35	16 (45.7%)	……
技術試験	47	3 6.4%	……	41	5 12.2%	……	50	3 6.0%	……
地方試験	24	……	……	27	1 3.7%	……	26	1 3.9%	……
7級	614	102 16.6%	36	599	96 16.0%	22	623	165 26.5%	14
9級	2880	1062 37.0%	43	2915	1114 38.2%	34	2915	1416 48.6%	58

出典：行政自治部、『統計年鑑』1996年、1997年、1998年、1999年、2000年、2001年、2002年のデータを基に執筆者作成。

韓国政府は、政策決定過程において女性の代表性を確実なものとするために、また女性の人的資源を活用して国家経済力を強化するため、一九九六年から公務員採用試験に女性採用割り当て制を導入し実施してきた。

女性採用割り当て制は、女性の参加が著しく不足している分野において、合理的に、また法律に基づいた参加を促すための、代表的措置として二〇〇二年までに施行された。

この制度は、公務員採用試験において相対的に女性合格者が少なかった上級行政試験、外交官試験、そして七級行政・公安・外務の行政職試験に適用されたが、女性合格者の比率が高い九級公務員試験、募集単位別に選抜予定人数が少ない技術職、そして職務の特殊性で男女区分募集が不可欠である警察の特殊部隊は、適用外となった。また、選抜予定人数が少なく、現実的に割り当てが難しい一〇人未満の採用段位試験も、適用外となっている。

しかし、女性の公職進出の拡大と地位向上のため、金大中政権下では、二回にわたり女性採用割り当て制を拡大した。まず、当初の一九九八年七月には、一九九九年に一八％、二〇〇〇年には二〇％だった比率を、一九九九年に二〇％に調整し、九級試験に女性採用割り当て制を適用した[200]。一九九九年四月の、二次拡大実施では、女性採用割り当て制採用期間を二〇〇〇年までから二〇〇二年まで延長し、対象を技術者にまでに拡大、さらに女性採用割り当て制比率を、職級別に最高三〇％までに拡大したのである。以下の表を見てみよう。九六年から〇二年までに女性合格者の人数がそれぞれの試験で増加していったことが確認できる。二〇〇二年には、合格者の数は四二・九％にも及んでいる。

二．男女均等採用割り当て制

女性採用割り当て制は、二〇〇二年末にその適用期間が終了し、施行期間の分析を基に、この制度をいっそう改善・補完し、男女平等を向上するため、新しい「男女均等採用割り当て制」制度が導入された。「男女均等採用割り当て制」は、公務員採用時に、男女問わずどちらか片方の合格者の比率が三〇％未満の場合、合格範囲内に該当する性別の合格

者を追加し、合格させるという制度で、二〇〇三年から二〇〇七年までの間実施されることになった。この制度は、金大中政権末期に導入され、その実行は、盧武鉉（ノムヒョン）政権に委ねられた。

三．管理職女性公務員の育成

行政自治部と中央人事委員会は、それぞれ二〇〇二年三月と五月に女性公務員に対する積極的な人事管理を重要内容として位置付ける方針を採用し、女性公務員の人事管理をし、女性公務員の人事管理指針を改善するためのいくつかの政策に取り組むこととした。採用、昇進、教育訓練等人事制度全般に対して男女平等の原理を提示した指針の施行により、公職部門における女性人材育成と男女均等の人事制度運営のための大きな枠組みが設けられたのである。

女性管理職育成のため、二〇〇一年から女性管理職拡大五ヵ年計画が実施された。導入時には、公務員全体の三二・八％が女性公務員であったが、その中で五級以上の管理職就いている女性公務員比率は五・二％に過ぎなかった。[201] そのため、二〇〇二年度には五・五％、二〇〇三年に六・五％、二〇〇四年には七・五％、二〇〇五年には八・七％、そして二〇〇六年には一〇・〇％を目標にした五ヵ年計画が実施されたのである。[202]

その上、中央行政機関の場合、「一機関、局長・課長級女性管理職一人以上」制度を実施、推進した。推進方法として、五級女性公務員を昇進対象とし、もし対象者がいない場合は、他機関から充員するという方法が採られた。

四．管理職女性公務員データベース構築

管理職女性の人材をプール（pool）し管理しながら、機関別の人材情報を作成し、女性の昇進に活用することを期して、二〇〇〇年六月に女性公務員データベース「女性政策管理システム」の作構築に向けた作業が実施された。

そして、二〇〇〇年八月一日、国家職五級以上の約七六〇人、地方職六級以上の約六八八二人の約七六〇〇人を対象

としたにデータが整備された。[203] 行政自治部は長期的な資料調査や補完作業をおこない、これを女性公務員の管理職進出拡大や他の人事政策促進の基礎資料として活用する方針である。

五．公務員教育訓練強化

男女平等に関する意識転換と女性政策への理解を高めるため、男女平等意識の独立課程が設けられ、教科・科目の開設が積極的に推進された。女性部と行政自治部が共同で二〇〇二年三月には男女平等教育プログラムを開発普及し、男女平等教育を効果的に構築した。

その結果、二〇〇二年五月、中央の教育機関のうち国家専門行政演習院に男女平等教育の独立課程が新設・運営され、地方レベルではソウル特別市公務員教育院に「平等意識教育」課程が二〇〇一年に続き再び機能することになった。

二〇〇三年度以降も、公務員教育訓練指針に男女平等意識独立教育課程の設置と関連教科・科目の編成を勧告する内容が盛り込まれた。

これに加え、行政自治部と女性部は共同で、女性公務員情報ネットワーク構築を目指すべく、二〇〇二年から「管理職女性公務員の交流会」を設け、女性学や女性政策、リーダーシップなどの分野で活躍している学者などを招き講義や討論の場を設け、ネットワーク構築を推進した。また、政府中央庁舎、政府果川市庁舎、政府大田市庁舎の三つの庁舎に勤務する女性公務員約六〇〇人を対象に「女性公務員ワークショップ」を開催し、管理職以外の女性公務員のネットワーク構築も推進した。

六．母性保護強化

労働基準法、男女雇用平等法、雇用保障法などによる民間対象の母性保護法の改定で民間企業における女性勤労者の出産休暇、育児休暇制度が改善され、これを契機として公職部門でも民間企業の母性保護政策との公平性を維持し、家

庭と職場が調和的に両立できるような勤務形態を構築するため出産休暇と育児休暇制度の定着のための法制整備がおこなわれた。

具体的に見れば、二〇〇二年一月一九日の国家公務員法と二〇〇二年一二月一八日の地方公務員法の改定が、育児休暇の申請対象と期間を拡大するものとして大きな意味をもった。以前は、一歳未満の子供を持つ公務員だけが育児休暇の申請が可能だったのだが、その改定後により、三歳未満の子供を持つ公務員にまで申請範囲が拡大し、妊娠中休職をすることも可能となった。また、休職期間も各子供に対して一年以内と設定され、子供の数と関係なく育児休暇を利用することができるようになった。

二〇〇一年度の時点の、育児休暇利用者は、一一八八人で対象者の四・八%に過ぎず、また、二〇〇二年度には、一八五四人が利用し、対象者の三・三%であったのを見ると利用者は想定されたほど増えなかった。(204)

二〇〇二年一月一九日の国家公務員法と二〇〇二年一二月一八日の地方公務員法、二〇〇二年一月二六日の公務員手当て等に関する規定改定は、育児休暇期間の号俸昇給反映と育児休暇手当て支給に関する規定を設けたものである。以前の国家公務員法と地方公務員法の「育児休暇期間中五割に該当する期間を号俸昇給に反映する」という規定を削除し、育児休暇期間中の全てが号俸昇給に反映されるようになった。また、二〇〇一年一一月に改定された公務員手当て等に関する規定、地方公務員手当て等に関する規定によって支給された月二〇万ウォンの育児休暇手当ても、継続的に支給されることとなった。育児休暇期間の号俸昇給認定と育児休暇手当ての支給等で、経済的負担による育児休暇回避現象を少しでも緩和することが目的とされていた。

最後に取り上げたいのは、二〇〇一年一〇月八日に、中央政府庁舎の職場保育施設の委託運営開始により、ソウルの中央庁舎、果川市庁舎、大田市庁舎等三つの政府庁舎すべてに職場保育施設が設けられたことである。また、二〇〇二

年一二月二日には、一九九八年八月に設置し、その後も運営中だった大田政府庁舎の職場保育施設が増築され、より質の高い職場保育サービス提供が始められたのだった。

四．女性の福祉基盤拡大

（一）低所得層女性福祉対策

母親または父親が一八歳未満の子供を養育する家庭において、支援基準に該当する低所得母子・父子家庭を支援対象とする制度が二〇〇一年に設けられた。支援基準として、四人家族で所得が一三〇万ウォン以下と設定された。金大中政権の末期の二〇〇二年度には、母子・父子家庭九一三七七世帯（二四六二四一人）が支援を受け、そのうち国民基礎生活保障手当て対象を除くと四一三九四世帯がこの支援を受けていることになる。[205]

支援内容には、在宅保護と施設保護の二つがあるが、まず、在宅保護について述べることにする。在宅保護には以下の内容が含まれる。①子供の学費支援、②養育費支援、③福祉資金融資、④永久賃貸住宅入居支援。①に関しては、低所得母子・父子家庭の中学生及び高校生を支援する内容であり、②は低所得母子・父子家庭の六歳未満の子供に対する養育費を支援するものである。③は、低所得母子・父子家庭一世帯あたり一五〇〇万ウォン以内の福祉資金を年利四％（固定金利）、五年支払いを据え置きし、分割償還を条件に融資して、支援する内容であり、④は、住居がない低所得母子・父子家庭の住居安定を支援するため地方自治団体で管理している永久賃貸住宅の一定量を、母子・父子家庭に優先的に供給するという内容のものである。

他方、施設保護として、①母子保護施設、②母子自立施設、③母子一時保護施設、④未婚母施設、⑤養育する未婚母のための中間施設（韓国語では中間の家と称されている）といった支援も盛り込まれていた。

①は、住居がない低所得母子・父子家庭に対する生活保護と自立基盤のため母子・父子保護施設を設置・運営している。保護期間は、原則として三年以内であるが、延長が必要であると認定された場合は、一年を単位として最大二年間延長できるようになっている。二〇〇三年のはじめには四〇箇所で一一四九世帯が支援を受けている。[206]

②は、母子保護施設に在住できる期間を過ぎた母子家庭で自立準備が未だ不十分だと認定される家庭と、住居がない低所得母子家庭が自立基盤を作るため、母子自立施設の設置と運営を定めたものである。保護機関は原則として三年であるが、延長が必要であると認定された場合には、一年単位で最大二年間延長できるようになっている。二〇〇三年の初めには、四箇所に六一世帯が支援を受けている。[207]

③は、配偶者の物理的精神的虐待によって子供の健全な養育と母親の健康に支障がでている可能性があると認定される母親と子供のため、母子一時保護施設を設置・運営しているということである。保護期間は六ヶ月以内だが、必要に応じて三ヶ月の範囲内で延長できる。二〇〇三年度初めには、一四箇所で四五九人が支援を受けている。[208]

④は、未婚の女性が妊娠し、または出産をする場合に、安全に分娩し、健康を回復するまで保護することを目的に未婚母施設を設置・運営することである。保護期間は、六ヶ月以内であるが、必要に応じて六ヶ月の範囲内で延長が可能である。二〇〇三年初めには、一〇箇所で三七人が支援を受けている。[209]

⑤は、子を養育することを決定した未婚母が地域社会で生活できるよう中間施設を設置・運営することを示す。保護期間は一年以内であるが、必要に応じて三ヶ月の範囲内で延長が可能である。二〇〇三年初めには、四箇所で五〇人が支援を受けている[210]

（二）女性障害者福祉サービス提供

女性障害者の福祉促進のため一九九八年五月から全国の障害者福祉施設を対象に女性障害者の相談室と休憩室を運営し、多様なサービスが提供されるようになった。そのサービスは、主に以下のような内容となっている。①女性障害者相談室の運営、②女性障害者休憩室の設置・運営、③既婚女性障害者の家事と育児活動支援、④未婚女性障害者に対するお見合い行事開催と結婚紹介、⑤女性障害者家事ヘルパー事業である。[21]①は、全国の障害者福祉施設において、女性障害者に対する社会的差別と不当な対応の申告が可能となり、相談・指導をおこなう。②は、女性障害者が自分の問題を自らで解決できるように方向づけるべく、議論をおこなったり、外部専門家を招聘して相談会を開催し、趣味教室を提供し、余暇活動を促す空間を設ける。③は、地域内のボランティアを拡大し、既婚女性障害者に対する外出補助、家事補助、育児補助を遂行するための支援をしている。家事保母サービスは、身の回りの手伝い、外出補助、掃除、洗濯、料理など含み、また育児補助サービスは、出産前と出産後の育児保護活動が含まれている。④は、女性障害者の結婚率が、一般女性に比べて社会的差別に影響されて低いため、福祉施設においてお見合いや出会いの場所を提供することである。⑤は、全国一六箇所にある障害者福祉施設において、家事ヘルパー事業を通じて、女性障害者の妊娠、出産、育児、家事支援をおこなうものである。これは、金大中政権の終わりに具体かされたもので、実施は盧武鉉（ノムヒョン）政権に委ねられた。

（三）ドメスティック・ヴァイオレンス（ＤＶ）及び性暴力防止

一九九四年一月の「性暴力犯罪の処罰及び被害者保護等に関する法律」、一九九七年一二月の「家庭暴力（ＤＶ）犯罪の処罰等に関する特例法」、「家庭暴力防止と被害者保護等に関する法律」の制定は、家庭暴力・性暴力に対して、国家が介入・予防する人権保護の一環として位置付けられた。こういった法律制定とともに、二〇〇一年度女性部の発足

を契機として、家庭暴力・性暴力が韓国社会における重要問題として認識されていった。だが、家庭暴力や性暴力に対する社会的問題意識は高まっても、暴力に対する事前予防のため、政府と社会の役割について認識をより高める必要性があった。したがって、女性暴力の原因究明と再発防止への対策など基本的な問題に政策を集中させ、女性暴力被害者の保護強化とともに暴力の再発防止のための行為者の矯正・治療プログラムの開発・普及が求められた。そして暴力予防のための広報と、認識改善事業に焦点をあてた事前予防政策もともに推進された。その一連の政策は次のとおりである。①女性緊急ホットライン電話「一三六六」の機能強化と認識度向上、②家庭内暴力行為者矯正・治療プログラムの開発・普及[212]。

①の女性緊急電話「一三六六」は、一九九七年一二月に、危機的状況にある女性のために、市・道に一箇所ずつ設置・運営されたものである。この「一三六六」は、性暴力や売春等、女性暴力緊急ホットラインであり、ＯＮＥ－ＳＴＯＰ保護網として一四四人の専門職員が二四時間体制で被害者保護に努めている。

②の家庭暴力行為者矯正・治療プログラムの開発・普及は、家庭暴力の特徴を踏まえた上で立案されたものである。家庭暴力は、その特徴上、持続的でかつ反復的に行われる傾向にある。そのため、その予防及び再発防止のためには、暴力行為者の矯正・治療が必要であると認識され、専門家の研究チームを構成し、矯正・治療プログラムの開発をおこなっている。この「家庭暴力行為者矯正・治療プログラム」は、全国保護観察所・家庭暴力相談所で普及しており、プログラムの効果的な運営のため、プログラム終了後、相談員から専門教育を提供する計画もある。

表８：2002年度女性緊急電話利用数値

年度	合　計	家庭暴力	性暴力	未婚母	家出誘拐	不倫関連	低所得者母子	職　業	離　婚	その他
2002	116864件	25863	5171	829	2361	1010	381	446	16538	64064
	100%	4.4%	22.2%	0.7%	2.0%	0.9%	0.3%	0.4%	14.2%	54.9%

出典：女性部、「1366運営実績統計」2002年。

（四）妊娠・出産に対する保険サービス

一九九七年から、妊婦の出産前後の管理を実施するため、保健所への登録制を実施した。この管理システムでは、定期的な健康診断を実施し、また新生児に対する先天性の異常検査なども行い、早期発見、治療を目指し、新生児の突然死などを改善する施策を設けている。

第三節　ジェンダー政策の批判的検討

この節では、まず第三節一で金大中政権下における女性の政治参加と経済参加について、統計に基づいて検討していくことにする。次に、第三節二で、世論調査から見る社会全体の評価について検討していくことにする。この作業により、金大中政権下でおこなわれた女性の平等や福祉の促進をモットーとした、一連のジェンダー政策の批判的検討を試みる。

一．金大中政権下における女性の政治・経済参加促進の政策の批判的検討

（一）女性の政治参加の状況

二〇〇二年六月一三日の総選挙の結果を見てみると、第一六代国会議員のうち、女性国会議員の比率は五・九％で、女性地方議員は三・四％であった。[213] 第一五代総選挙と比べると、第一五代国会議員の女性当選者の比率は三・〇％に過ぎず、地方自治体は、一・三％にとどまっていた。[214] これをまとめたものが表10である。

表９：年度別先天性異常検査の実績

年　　度	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
検査人数	62542	345013	419626	398461	407781	382338	246339	343908

出典：保健福祉部、『家族保険事業　実績報告資料』年度別。

表10：15代・16代国会議員における女性議員の比較

分野	数・割合（16代）	数・割合（15代）
閣　　僚	４名 女性部長官 環境部長官 保険福祉部長官 韓国初の女性国務総理：張裳（チャンサン）	２名 文化観光部長官 保健福祉部長官
国会議員	5.9％	３％
地方議員	全体3.4％ そのうち： 広域9.2％ 基礎2.2％	全体2.3％ そのうち： 広域5.9％ 基礎1.6％

出典：女性特別委員会、『ソウル女性白書』1998年；女性部、『女性白書』2002年のデータに基づき執筆者が作成。

以上の数値を見ると、三〇％や五〇％といった割り当て制を導入しても、女性の当選率が依然低く、大きな変化をもたらすような影響力を有さなかったことがわかる。しかし、こういった割り当て制というものは、数値としての結果だけで評価すべきとも言いがたい面がある。言い換えれば、こういった割り当て制は、意識の変化を促す効果もあるため、目標の数値には至らなかったものの、女性の政治参加がより身近なものになる可能性はある。

（二）女性の公職参加の状況

公職の場において女性の占める割合は徐々に増加している。[215] 行政自治部の統計年報（二〇〇二）によると二〇〇一年一二月末現在、行政部・立法部・司法部等全での女性公務員は二八二〇二八人と、全公務員の三二・八％を占めていた。[216] 二〇〇〇年には、二六七六四七人で三一・五％であり。二〇〇〇年に比べて一四三八一人増加していた。[217]

上記のように、女性公務員の増加現象は、女性自身の高学歴化、経済力拡大などといったこともあるが、一九八九年の公職の男女区分募集制廃止、一九九六年から二〇〇二年の女性採用目標制施行など等、政府の政策によるという面もある。また、民間企業に比べ、公的機関では、採用、昇進、

教育訓練等における差別が比較的少なく、身分保証の面でも安定した職であるという認識から、女性の増加に結びついたと見ることもできよう。

職種別で女性公務員の現状を見てみると、教育公務員が一六八七四六人で全体の五八・七％を占める。教育公務員は、女性公務員全体の五九・八％を占める。[218] 一―九級の一般職女性公務員は、六三一六八人で、全体の一般職公務員の二三・〇％を占める。研究・指導職は一七四〇人で、一七・〇％を占めていた。[219]

ただし、女性公務員の占有率を見てみると、定職が四二・一％、雇用・契約職が三五・九％となっており、特殊職の場合は、警察・消防職に女性が二四五四人で約二％、外務職となると六七人で四・九％、裁判官・検事で一九一人で六・六％を占めていた。[220] 政務職は、一・一％にとどまっていた。

所属別に見ると、行政部の女性公務員は、二〇〇七八四人で三七・一％を占め、[221] 立法部・司法部では、立法部が二〇〇一年に一四〇一人のうち女性が五八六人で四一・八％を占め、[222] 司法部では、女性公務員が三〇〇七人おり、二三・九％を占めていた。[223] 憲法裁判所には、一八四人中女性が五七人おり、三一％、そして中央選挙管理委員会には一八五六人で一八・八％を占めていた。[224]

以上の数値を見ると、公職に関して、教育公務員や一般公務員においては、割り当て制の目標であった三〇％を超えているかそれに近い数値が達成され、立法部と司法部においても、同様の結果が出ていることが分かる。だが、それに対して、特殊職では女性の比率が低いことが目立つ。

以上の数値を踏まえた上で、次に国際機関の基準を確認してみることにする。女性のインパワーメントを計った二〇〇〇年の国連人間開発報告書（UN Human Development）が出した報告では、Gender Empowerment Measures（GEM）のスケールでは、韓国は、一〇二カ国中七八位という結果となっている。韓国はシンガポール、日本、そしてフイリピ

ンよりも下にランクインされていたのである。[225]

（三）男女の賃金格差と雇用均等

一九九九年には、女性が経済活動人口の四〇％を占め、[226]男女雇用平等法も設立し、女性の経済活動も活発にはなってきた。しかし、男女の間には、未だ職場における差別や賃金格差が存在する。それを表11で見てみよう。

このデータからも明らかなように、九九年に女性の賃金は男性の六五・一％に留まっていたことがわかる。

こういった賃金格差の理由は、いくつか考えられる。まず、第一に、人的資源の資質が考えられる。以下の表で確認すると、一九九九年男女の平均教育の年数を見ると女性が一二・二年なのに対して、男性は一三・二年である。[227]

また、一九九九年の男女二五―四九歳の労働力参加率を見てみると、女性が四八・一％から六二・八％であるのに対して、男性は九〇％以上となっている。[228]女性が仕事をやめる理由は様々であるが、結婚と答えた人が多い。結婚に伴う育児などもその理由のひとつである。

人的資源の資質に関して、もう一つ指摘できる要因は、スキル（技術的能力）である。以下の表で確認できるように、男性の四四・一％が技術的資格を持っているのに対して、女性は、二三・九％にとどまっている。

表11：年度別男女の賃金比較（ウォン、％）

年　度	男性の賃金（A）	女性の賃金（B）	B／A
1985	386346	173319	44.9％
1989	603259	315995	52.4％
1994	1194821	678779	56.8％
1999	1681216	1060098	63.1％

月収と不定期的ボーナスを含む。
出典：労働部、『賃金構造報告書』各年度のデータを基に執筆者作成。

こういった人的資源投資の違いは、男女の賃金の格差に影響を及ぼしている。女性の工学部入学の比率は、年々少しずつ増加しているが、しかし実際の資格獲得の割合も見てみるとまだ差が大きい。

最後に、雇用における男女差について述べたい。新古典主義経済学者が、賃金が労働供給と労働支給の相互間で決まるものだとして、賃金の格差は差別によるものではなく生産性の違いから生じるものであると主張するのに対して、制度論者は、労働市場にはある程度差別があり、労働供給と支給の相互間で生じるものではなく、むしろ企業に内在する制度的規定と行為から生じると主張する。また、賃金は、多様な職種やランクで決まるとも主張している。以下の表で見てみると、韓国においても、職種やランクにおける男女の差が明確に見える。

このデータを参照すると、生産部門を除けばすべての職種で女性の比率が増加している。ただ、社会的地位が高いとされる職種では、女性の比率は低い状態に

表12：男女教育年数の比較（1999）

教　育（%）	男　　性			女　　性		
	未婚	既婚	合計	未婚	既婚	合計
小学校	0.7	3.8	3.0	0.6	14.6	7.4
中学校	3.9	13.2	11.0	2.4	23.1	12.4
高校	53.0	43.2	45.5	61.6	41.1	51.7
短大	15.9	10.1	11.5	21.5	8.6	15.2
大学又はそれ以上	13.5	13.1	29.0	14.0	12.6	13.3
教育の合計年数	13.5	13.1	13.2	13.0	11.2	12.2

出典：労働部、『賃金構造報告書』1999年のデータを基に執筆者作成。

表13：男女のスキル比較（1999）

スキル（%）	男　　性			女　　性		
	未婚	既婚	合計	未婚	既婚	合計
資格保持者	46.0	43.5	44.1	21.9	26.1	23.9
資格をもっていない	13.6	12.7	12.9	12.6	32.8	22.4
見習	40.3	43.8	43.0	65.4	41.1	53.6
その他	0	0	0	0	0	0

出典：労働部、『賃金構造報告書』、1999年のデータを基に執筆者作成。

留まっている。また、会社における幹部や管理職は、ほとんど男性が占めている結果となっている。こういった職種や会社でのランクの違いは、賃金の格差に大きな影響を与えている。

以上のことを踏まえて、女性の社会・経済参加において、未だに雇用は均等とは言いがたく、それに伴って女性の賃金が男性の六〇％といった賃金格差も存在することが確認できる。金大中政権が強調した女性の平等は、雇用状況や賃金の側面から見るとまだ不十分であったことが確認できる。

以上、金大中政権下における韓国国内の女性の政治参加と経済参加の状況について、統計を基に検討をしてきた。以下、世論調査を基に、女性の福祉に対する（男女双方からの）社会的評価を検討することにする。

二．女性の社会進出と福祉に対する社会的評価

ここでは、女性の社会進出と福祉に対する社会的評価[229]について、世論調査などのデータを用いて検討していきたい。ここで使用するデータは、韓国政府統計局が五年に一度行う世論調査『社会統計調査報告書　家族・福祉・労働部門』の統計データとしたい。この統

表14：男女の職種とヒレラルヒー構造比較（単位：％）

	1988			1999		
	男性	女性	女性/合計	男性	女性	女性/合計
職種						
管理職（幹部）	5.5	0.1	1.3	7.4	1.0	5.7
専門職（技術）	10.5	5.9	22.8	29.6	19.2	21.7
一般・事務職	22.3	22.4	34.7	16.1	37.6	61.8
サービス	5.5	7.3	41.1	3.0	11.2	61.8
生産	56.1	64.2	37.7	44.0	31.0	23.2
地位						
役員	3.6	0.1	1.8	8.4	1.3	6.1
部長クラス	4.4	9.1	1.5	8.5	1.4	6.5
中間管理職	3.2	1.0	13.4	3.5	1.8	18.4
その他	88.7	98.8	37.1	79.6	95.5	34.0

出典：労働部、『賃金構造報告書』1988年、1999年のデータを基に執筆者作成。

計は、韓国の男女一五歳以上の三〇〇〇人をサンプルとしたものである。また、このデータを補うため、独立調査機関であるＧＡＬＬＵＰ社のデータを使用する。

女性の社会進出に大きな影響を与えるのは、やはり家事と育児である。家事と育児に関しての評価は、次の通りである。一九九八年に行われた「家事負担実態」調査では、「妻が平素家事を負担する」と答えた人が九二・〇％だったのに対して、二〇〇二年では、八八・九％と三・一％減少した[230]。詳細に見てみると、一九九八年には「妻が全体的に負担」と答えたのが四四・九％だったの対して「妻が主導、夫が分担」と答えたのが四七・一％だった[231]。同じ調査項目で二〇〇二年の結果は、「妻が全体的に負担」と答えたのが三七・九％に対して、「妻が主導負担、夫が分担」と答えたのが五一・〇％だった[232]。二〇〇二年には、『家事負担の見解』という項目が新しく調査項目として加わり、男女一五歳以上の家事負担に関する見解では、「妻主導」と答えた女性が六一・三％に対して男性は七〇・八％だったが、その中でも「妻が全体的に負担」と答えた女性が五・一％、男性九・五％に対して、「妻の主導、夫が分担」と答えた女性は五六・二％、男性が六一・四％であった[233]。また、女性は「公平に負担したほうがいい」との回答が三五・九％にであったのに対して、男性は、二五・二％であった[234]。

以上の結果を考慮すると、男女の家事負担は、妻の方が多いことは明らかだが、夫も分担した方がいいという意識が表れていることも確認できる。家事の負担を女性が負うべきとする固定概念は減少し、男女ともに意識に変化を訪れていることを示している。

次ぎに、性差別に関する調査のデータを見ることにする。「性差別があると思いますか」という質問に対して、一九九八年のデータを見ると「家庭で（差別が）ある」と答えたのが三七・六％、「学校である」三三・二％、「職場である」七四・一％、そして「社会全般である」七七・一％であった。それに対して、四年後の二〇〇二年には「家庭である」

が三八・一%、「学校である」が三一・三%、「職場である」が六七・三%、そして「社会全般である」が六九・七%というように、一九九八年よりは、性差別の意識が多少減少したことが確認できる。

では、最後に女性の就業に対する意識と女性就業に対する障害要因について検討してみよう。調査項目の一つである「職業を持つことはいいことである」という質問に対して、一九九八年には八六・九%が「はい」と答えたのに対して、二〇〇二年もほぼ同様の八六・六%の人たちが「はい」と答えた。だが「仕事は結婚するまで」と答えた人たちは一九九八年に一一・六%だったのに対して二〇〇二年には五・二%へと減少した。また、「家庭の仕事と関係なく仕事を持つべきである」と答えた人たちは一九九八年に二六・八%だったのに対して二〇〇二年には三五・四%へと増加した。

この結果から推測できるのは、女性は結婚すると仕事をやめて家に入り、家事と育児に専念しなければならないというイメージは後退し、女性も家庭の仕事とは関係なく社会で働くことがいいという意識が増したことを確認できる。では、女性の就業に対する障害となる要因はいったい何であると認識されていたのであろうか。一九九八年と二〇〇二年ともに「女性の就業に対する障害となる一番大きい要因は育児負担である」と答えた人が多く、一九九八年には、二九・三%だったの対して二〇〇二年は三八・八%へと増加したのである。育児負担に次ぐ要因とされたのは「社会的偏見・慣行」であった。一九九八年に二八・二%だったものが、二〇〇二年には二二・八%と減少はしているものの、育児に次ぐ障害であると依然認識されている。この結果は、働く女性の大きな問題として育児問題と社会的偏見・慣行が大きい要因であることを示す。その理由として、育児休暇制度が不十分であるとか、妻に代わって夫が育児休暇をとることが難しいということ、さらに社会的イメージ、そして保育施設（保育園等）が不十分であるといった要因があると思われる。

韓国女性の政治参加や経済参加は確かに増加しているのだが、社会一般の評価としては、状況が激変したとは認識さ

れていなく、やはり政策が立案され試行されているといいつつも、社会にはそれほど定着していないことが確認できる。

金大中政権におけるジェンダー政策が、人々の意識に変化をもたらしたことは確認できる。しかし、その影響や効果は、期待されたほどは達成していない。議員や公務員の割り当て制や保育施設の拡大といった制度的な改革、また女性に限定された福祉施策に取り組んで来た金大中政権は、公約・演説・アジェンダなどで約束した目標を達成するはできなかったが、こういったジェンダーに関する問題群を人々に認識させ、また社会の意識に変化をもたらしたこともまた、確かである。

民主主義の重要な要素として、社会的弱者の包摂（social inclusion）は、常に掲げられる要素であるが、この時期の金大中は、その方向性を模索していたことは確かであろう。

第五章においては、その福祉政策の具体的な政策を検討し、社会における評価も見ていくこととする。

第五章　金大中政権の福祉政策の分析

上述のように、一九九七年の経済危機以降、韓国政府は、様々な改革を打ち出した。この改革は、ＩＭＦなどの外的圧力を受けたものでもあり、また金大中自身が自らの政権を正当化するためのものでもあった。一方で、ＩＭＦの韓国に関した条件の中で、労働市場の改革がもっとも多くの反発を招いた。こういった労働者の不満に対処すべく、金大中政権は、発足後に、政労使協議会を設け、事態の解決をはかった。結果的に、ここでの交渉によって一時解雇が合意され、政府は、労働組合の政治活動と人々のための社会的セーフティー・ネット構築を約束した[235]。

第三章でも述べたように、金融危機に伴い、平均的に二―三％であった失業率が、一〇％までに急増し、貧困問題や

社会不安は、募るばかりであった。こういった社会状況を表すかのように、ソウルの街では、一番ひどいときには四〇〇〇人のホームレスが街に出現したのである。[236] 失業率の急増による貧困層の増加などといった状況の中でまず想定されるのは、まず、応急措置としての、失業対策・生活保護対策などの臨時の生活保護制度を導入することであり、こうした場合には社会保障システム事態は衰退していくか、もしくは現状維持にとどまることが多い。[237] 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をむしろ拡大し、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った。このうち後者はＩＭＦの提言に沿うものだった。

労働市場の改革により、雇用形態や労働者の生活の質に変化が生じ、金大中政権は、労働者および失業者のために雇用保険法の見直しを行い、それを改正した。また低所得者やホームレスの人々のために、最小限の生活の質（ＱＯＬ）を保障するための「ナショナル・ミニマム」理念を制度化し、社会福祉のサービスを拡大した。こういった取り組みは、韓国のバランスの取れた福祉国家化を図るものでもあった。

この章では、前章に続き、金大中政権における福祉政策を見てみることにする。第一節では、金政権が金融危機直後の社会的状況をいかに把握し、金融措置にいかに取り組んで行ったかについて検討することにする。第二節では、金融危機以降制定され導入された福祉政策を考察する。第三節では、第二節で分析した福祉政策の批判的検討を行いながら、社会的な影響と一般の人々の評価を検討し、また一方で福祉政策における諸問題を指摘し、政策とその社会への影響との間に生じる不一致を見てみることにする。このことにより、金大中政権における社会政策を体系的に捉えることができると考える。いいかえれば、政府の認識が行き届かない部分を見ることにより、金大中政権の社会政策の特徴を、より明確に把握することを試みたいと考えている。

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」

一九九七年の経済危機により、労働者の不安定な就職の状況、そしてそれに基づく生活の質の低下が生じた。また、もう一方では、雇用構造の根本的な変化、そして所得の不平等が生じた。以下の表を参照してほしい。

失業率は、一九九八年と一九九九年にピークを迎えたが、その多くは中小企業や工場で働く、工業高校や専門学校などを卒業した人たちであった。また、雇用構造にも変化があり、一九九九年には正規労働者を非正規労働者が数の上で上回るという現象まで起きた。そして、経済格差や貧困率を見てみると表18のようになっている。

これらの表を見ると、一九九七年の経済危機は、韓国において所得の不平等を悪化させたことがわかる。また、貧困率の増加も確認できる。しかし、危機前に存在していた社会セーフティー・ネットでは、こういった新しい問題に対処できなかった。以下の表は、経済サービスに対する、福祉関連予算について、国別に比率で示したものと、韓国国内の年度別の予算である。

これらから明らかなように、経済危機後は、政府が被害者たちを救済する手段は限定されており、失業者などは以下のような二次的所得に頼るしかなかった。

一九九八年経済危機の一年後でも、失業者の約二・四％だけが失業手当や公的扶助という公的なセーフティー・ネットで生計を立てているに過ぎなかった。九七・六％が、私的セーフティー・ネットで生計を立てていたのである。この時期に、ホームレスは急激に増加し、二〇〇〇年六月には三〇〇〇人のホームレスがソウル市内で確認された。また、『朝鮮日報』の記事によれば、ホームレスの七一％が経済危機で職を失った人達だとのことであった（『朝鮮日報』、一九九八年五月一八日）。

表15：失業率（1996年－2001年）

年　度	失業率（%）	失業者の数（十万）	参加率（%）
1996	2.0	42	62.0
1997	2.6	55	62.2
1998	6.8	146	60.7
1999	6.3	135	60.5
2000	4.1	89	60.7
2001年１月	4.6	98	……
2001年２月	5.0	107	……

出典：経済部、『経済白書』、1996年、1997年、1998年、1999年、2000年、2001年のデータを基に執筆者作成。

表16：教育別失業率（1996年－2000年）　　（単位：%）

年　度	中学以下	高　　校	大学か大学以上
1996	1.1	2.5	2.6
1997	1.5	3.3	3.0
1998	5.8	8.2	5.7
1999	5.2	7.6	5.3
2000	3.3	4.7	3.9

出典：表15と同じ。

表17：雇用構造の変化1996年－1999年

Type/year	1996	1997	1998	1999
正規労働者	56.6%	53.9%	54.0%	47.1%
非正規労働者	43.4%	46.1%	47.0%	52.9%

出典：統計局、 KOSIS、1996年、1997年、1998年、1999年。
http://www.nso.go.kr （last entered January 2005）

表18：金融危機前後の経済格差1996－1999年

所得分配	1996	1997	1998	1999
高所得20%	37.9	37.2	39.8	40.2
中　産60%	53.9	54.5	52.8	52.5
低所得20%	8.2	8.3	7.4	7.3

出典：経済部、「所得分配と政策の動向」
http://www.mofe.go.kr （last entered January 2005）

表19：国内の貧困率（1996年－1999年）

年　度	期	貧　困　率
1996		4.3
1997	一　期	8.8
	二　期	7.2
	三　期	6.0
	四　期	7.5
1998	一　期	16.3
	二　期	17.0
	三　期	17.8
	四　期	14.9
1999	一　期	20.2
	二　期	20.0
	三　期	15.6
	四　期	14.5

出典：経済部、『経済白書』1996年、1997年、1998年、1999年のデータを基に執筆者作成。

表20：政府の社会支出（1993）

国	一人あたり所得（ＵＳ＄）	健　康	住宅、社会保障、福祉	経済サービス
米国	24,740	17.1	31.7	6.2
ドイツ	23,560	16.8	45.9	9.7
韓国	7,660	1.5	7.2	18.8
ギリシャ	7,390	7.4	14.7	9.4
チリ	3,170	11.5	39.3	14.6
ブラジル	2,930	5.2	30.0	7.5

出典：World Bank, *World Development Report 1995 : Workers in an Integrating World* (New York : Oxford University Press, 1995)

表21：政府の福祉の予算（十億ウォン）

年　度	生活保護(a)	年　金	福祉予算(b)	一般会計	a／c	b／c
1996	360.6	16.8	2370.7	58822.8	0.6%	4.0%
1997	435.7	20.4	2851.2	67578.6	0.6%	4.2%
1998	574.9	53.7	3112.7	75582.9	0.8%	4.1%
1999	1135.3	72.9	4161.1	83685.2	1.4%	4.9%
2000	1727.8*	……	6199.7	86736.4	2.0%	7.1%

出典：保健福祉部、『保健福祉白書』、1996年、1997年、1998年、1999年、2000年のデータを基に執筆者作成。
＊この予算は、「国民基礎生活保障法」の下で組まれた予算である。

こうした状況を受けて、一九九八年二月には、既存の社会保障プログラムを拡大し、これを「国民基礎生活保障プログラム」として位置付け、一九九九年には国際的競争力を維持するための「生産的福祉イニシアティブ」を導入した。金大統領は、ＩＭＦ経済危機の時期に、合意に基づいた社会保障政策と、またネオ・リベラル的な構造改革に取り組んだのである。これは、以前の保守勢力における、国家経済と企業の利益を促進するという方向性とは相当異なるものである。

金大統領は、韓国の福祉国家化に関する新しい道程を導いたと同時に、韓国のガバナンス構造、政治的インターアクション、そして社会政策決定過程に関しても、様々なインプリケーションを政治、社会に与えた。では、具体的に取り組んでいった政策はいかなるものであったかについて以下で紹介することにする。

第二節　福祉政策過程とその具体的政策

金大中政権は、大統領就任直前に、新政権が優先する「一〇〇大課題」[238]に提起したが、そこには福祉関連が六項目含まれていた。

（一）生活の質を高める福祉行政の改善

表22：失業者の二次的所得（1998）

	失業者の数	%
家族の所得	194,000	27.0%
親戚や友達からの援助	70,000	9.7%
貯金、手当て、不動産売却	362,000	50.3%
資産からからの収入（定期預金など）	18,000	2.5%
融資	50,000	7.0%
年金	2,000	0.3%
失業手当	10,000	1.4%
公的扶助	5,000	0.7%
その他	7,000	1.0%
合計	719,000	100%

出典：統計局、 KOSIS、1998年。

（二）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
（三）国民健康保障のために医療保険制度を改善
（四）老後生活保障のために国民年金制度を改善
（五）事前予防的健康管理体系の強化と食品医薬品の安全性確保
（六）健全な家庭儀礼及び飲食文化の定着

これらは、具体的には、（一）社会的セーフティー・ネット構築、（二）皆国民健康保険、年金制度などといった社会保障システムの拡大などへの積極的な取り組みとして具体化していった。ここでは、この二つの部門を個別に見ていくことにする。

一．社会的セーフティー・ネット構築

金融危機は、韓国の経済に大きな打撃を与えた。一九九七年から一九九八年にかけて、ＧＤＰは五・八％も減少し、ＧＮＩも一九九七年に一〇三〇七ドルであったのが、一九九八年に六八一三ドルにも減少した[239]。こういった経済への打撃は、個人の良き生（well-being）へも大きな影響を及ぼしたのである。

失業率も、金融危機以前の一九九七年には二・五％だったものが、一九九九年二月でには、八・七％にもふくらみ、一八〇万人が失業していると報告された[240]。失業者の特徴を見てみると、高等教育を受けていない人たちの失業率が一番高い[241]。また、失業者の中の割合も、世帯主の失業が一九九七年に三四・五％であったものが、一九九八年には四三・六％にもなっている。この配偶者、家庭への影響はいうまでもない。この時期におこったネガティブな社会現象に、通称「ＩＭＦ自殺」と呼ばれるものがある[242]。男性の世帯主（male bread winners）が、無理心中をする事件が増え、多数

に上ったのである。そして、失業者の多くは、中年の人々であり、とくに多かったのは、四五―四九歳の人々たちであった。金融危機と一言でいっても、どの社会的グループに属しているかによって、その影響は様々であった。上記の内容を総合すれば、一番打撃が大きかったのは、初等・中等教育しか受けていない、中年の臨時労働者やパートタイムの労働者たちだということになる。この人たちは、失業手当や生活保護を受ける対象から外れているため、失業者本人、そして家族にとっても、状況は困難を極めることになった。

第二章でも述べたように、一九九七年の金融危機以前にも、韓国に社会保障制度が存在していたが、まだ完全に機能してるわけではなく、未成熟であったため、市場のリスクから人々を守る役割を担いきれていなかった。したがって、金融危機後には、深刻な社会的危機が表れたのである。金大中大統領の新政権は、こうした点に鑑み、社会的セーフティー・ネットを構築し、社会保障システムの改革を促進したのである。また、これは、単に緊急措置的なものでなく、継続されるべきものとして想定されていた。

金大中政権は、失業保険と公的扶助制度の改革、そして職業トレーニングを導入し、社会的セーフティー・ネットを強化することを目標とした[243]。一九九八年一月には、失業保険を一〇人以上の従業員を雇用している職場に適用、三月には、五人以上の従業員を雇用している職場に適用、そして一〇月には、臨時従業員やパートタイムの人たちを雇用している職場にも適用されたのである。

失業手当の給付条件も緩和された。たとえば、それ以前は、失業手当を給付する場合、最低でも雇用保険を一二ヶ月間納入していなければならなかったのを、六ヶ月としたのである。また、失業手当の給付期間が三〇日であったものを、一九九八年三月からは、六〇日へと延長したのである。また、急増していた失業問題に対処するために、国全体の失業率が六%以上であった場合、「失業手当の特別延長」制度が導入されるようにし、個人はこれに申請できるとともに、

さらに六〇日延長することが可能となった。そして、給付金額も、以前の給料の五〇％が支払われることとなった（最低賃金の七〇％から日給最高額の三五〇〇〇ウォン以内の範囲で）。[244]雇用保険の納入も、月給の〇・六％であったのを、一％に増やしたのである。

次の課題は、公的扶助制度の改善であった。金大中政権にとって公的扶助制度の確立は、失業者への社会的セーフティー・ネットの構築へと至る上での核心ステップでもあったのである。

公的扶助制度は、それ以前にも「生活保護」という項目で存在していたが、この給付条件はあまりに厳格で、非現実的なものであった。生活保護を受けるためには、所得を得る手段がないことを証明し、かつ親戚などからの私的支援もないということを証明しなければならなかった。したがって、一九九七年の時点で、総人口の二・三％だけが公的扶助を給付対象となっていたのに過ぎなかった。さらに、以前の公的扶助制度下では、給付される方法には二つあり、一つ目は仕事ができないと判断された人だけに現金の支払いと無料の医療・教育扶助が与えられるものであり二つ目は仕事はできるが失業している人たちに対し、現金支払いはないが、限定された医療・教育扶助をおこなうというものであった。したがって、一九九七年に現金支払いというかたちで生活保護を受けている人は、三八万人と、総人口の〇・八％未満であったと記録されている。[245]金融危機以前に存在した社会扶助制度は、最低限の救済を提供するものであったのである。

こういった現状に対処すべく、金大中政権は、社会的セーフティー・ネット構築のために公的扶助制度を改善し、厳格であった給付条件の緩和を促進したのである。まず、はじめに導入されたのは「臨時保護施策」であり、失業や給料の減少に伴う生活の質の悪化に対処すべく導入された手当てであった。[246]この手当てを給付された人数は、一九九九年で七五万人である。この結果、公的扶助を給付された人々は、一九九七年に総人口の二・六％であったものが、一九九

九年には四・二％に増加した。[247] また、いままで仕事ができないと判断された人にしか支給されなかったのを、一九九九年には、全員に支給されるようになった。[248]

そして、二〇〇〇年一〇月からは、公的扶助制度にかわり、国民基礎生活保障法が導入された。この法的措置は、政府が決定する最低限の生活費以下の給料をもらっている人たち全員に生活手当てを給付することを意味した。この施策により、公的扶助を給付され得る対象者全員が生活手当てをもらえるようになったのである。[249] これにより、二〇〇一年八月までに、一五〇万人、総人口の三・二％が保障されることとなったのである。

第三に、社会的セーフティー・ネットを強化するために、職業トレーニング・プログラム構築や、政府が新しい仕事を作るといったことを目指した。[250] このプログラムは、失業者に仕事をする意欲を醸成させる目的で導入されたものである。特に、公共事業を増やして、失業手当をもらえない日雇労働者（daily workers）の仕事を増やした。この結果、月平均で三〇万人の失業者が仕事をすることができたのである。職業トレーニング・プログラムにも積極的に取り組み、目標として三二万人の失業者をトレーニングすると想定したのである。トレーニング期間に支払われる給料は、月五〇〇〇ウォンから二八〇〇〇〇ウォンと設定され、トレーニング参加者全員に支給されることとなった。

こういった具体的な取り組みは、金大中大統領の「生産的福祉」の核心であったといえよう。

二．社会保障システム拡大の改革

金大中政権は、社会的セーフティー・ネット構築だけでなく、より包括的な福祉システムの発展に力を注いだ。特に、皆医療保険の成立、自営業者を含む年金制度の拡大、すべての職場にも適用可能な労災補償保険制度への拡大、この三項目である。

その中でも、とりわけ注目されているのは、皆医療保険である。第二章でも述べたように、一九八九年に包括的医療保険システム構築という目的は達成したが、そのシステムは複雑なものであった。各地方保険団体は、それぞれ個別的に保険額を設定していたため、保険料もまちまちで、また収入額によって、どこまで保障されるかが異なっていた。したがって、自営業者たちが、雇用されている人より三〇％も多く保険料を払うといった状況もあった[251]。したがって、金大中政権は、統一した医療保険制度を確立するため、一九九八年一〇月に、二二七個の農民・漁民を含む自営業者たちの地方保険団体と、政府職員や私立学校の職員を担当する韓国医療保険法人を統一した。この統一に伴い、国民健康保険制度が見直され、二〇〇〇年七月に皆保険が実現したのである。

国民年金保険への改革も促進された。一九九七年の段階で、年金納入額は、GDPの六％である二・七兆ウォンにもなるが、年金の長期的財政の安定は疑問視されている[252]。その理由の一つとして、勧告における年金制度は、あまりに条件がよすぎる。それは、日本やドイツと比較してみてみると一目瞭然である。日本の場合、年金給付は六五歳、収入の一七・三五％を納入し、収入の七〇％を保障する制度である。ドイツの場合も六五歳、収入の一八・六％を納入し、収入の七〇％を保障するものである。しかし、韓国の場合、年金が給付される年齢を六〇歳とし、収入の六％を保険料として納入し、収入の七〇％を保障するものであった[253]。また、もうひとつの不安材料として、韓国における高齢化が指摘されている[254]。韓国では、二〇一〇年までに六五歳以上の人口が一二・四％にもなると推測されている。

これらの点も大きい課題であるが、やはり年金制度の最大の課題は、その財政面である。一九八八年に年金制度が実施された後、韓国政府は、年金として徴収された財源を、銀行より低い利子で借り受けている。『朝鮮日報』[255]では、こういった政府の行動を批判すべく「凶器をつかわない強盗」という韓国のことわざを使って批判した。

こうした問題に直面した金大中政権は、これらの批判を踏まえながら、年金制度改革に対して、より透明性と効率性

を確保することに尽力した。また、四〇年間年金保険を納入している人に対して、それまでのいままで収入の七〇％を保障するという基準を、六〇％にさげ、二〇一三年から年金が給付される年齢を五年ごとに一年延長することとした。これらに加え、一九九九年四月に、年金を都市部の自営業者にも給付されるようにしたのであった。これは、金大中政権の目標でもあった、経済的活動をしている一八歳以上のすべての人に年金が支払われる包括的国民年金制度の実現であったのである。

最後に、二〇〇〇年七月から実施された労災保険政策を取り上げたい。この政策の内容は、すべての職場に労災保険を適用することにある。一九九九年以降からは、五人以下の職場にも労働基準法が適用されることとなり、すべての労働者に労基法が適用されることとなった。そして、最低賃金制度も、いままでは一〇以上いる職場にしか適用されなかったが、二〇〇〇年一一月からすべての職場に適用されることとなった。

金融危機後における韓国の社会保障システムは、より再分配を促す、包括的なシステムへという改革の時代を迎えていた。金大中政権は、社会保障の拡大を、社会的秩序の維持と社会的連帯の強化を促進するものとして、重要課題としてきたのである。それ以前の政権と比較しても、金大中政権は、社会保障に関して、画期的な改革を促進したといえよう。(256)

第三節　福祉政策の批判的検討

上記に述べた政策は、金融危機以降の応急措置も含めて、より広範囲におよぶ社会的セーフティー・ネットと社会保障の拡大を目指したものであった。しかし、改革が行われ、法的措置が改善された一方で、その影響は限定的であった。その主な原因は、やはり財政的コストであった。

第三節一においては、公的給付を含む社会的セーフティー・ネット、そして国民健康保険、年金制度、及び失業保険といった社会保障システムに関する評価を、具体的に述べていきたい。最後の第三節二では、世論調査に見える社会全体からの評価について検討していくことにする。この作業により、金大中政権における最低限の生活の質を保障する福祉政策に対する批判的検討を試みる。

一．金大中政権における福祉政策の批判的検討

（一）公的給付を含む社会的セーフティー・ネット

まず、一九九九年の「国民基礎生活保障法」の淵源だが、それは一九六一年に制定された「生活保護法」まで遡る。これは、従来貧低所得者や貧困層の人々たちに対し、六項目の公的給付を提供した。それは、生活援助、自活援助、教育援助、医療援助、出産援助、そして埋葬のための援助であった。しかし、従来のシステムでは、対象が特定の層にだけ限定され、またその給付自体も限定された形のものであることが長年批判されてきた。そのため、一九九九年の国民基礎生活保障法は、ナショナル・ミニマム理念を法的に制定したものとして評価された。従来の生活保護システムでは、家族の支援を受けられない六五歳以上の老人、一八歳未満の子供、または障害者が給付の対象だったのに対して、新しいシステムは、四人家族を単位として収入が九三〇〇〇〇ウォン（日本円にすると九三〇〇〇円）以下の家族も給付の対象となったのである。しかし、財政的に制度を維持することが困難になっていき、一九九九年の給付者数が一九二万人だったのに対して、二〇〇〇年には一五一万人に減った(257)。また、二〇〇〇年以降は、ネオ・リベラル的なアプローチを取るようになり、福祉国家拡大と市場改革のバランスを取る一方で、最終的に経済的回復を重視するようになってくる。したがって、公的給付よりも、労働市場を活発化すべく、雇用保険や再雇用のための訓練プログラムなどは維持

されたのである。

次に社会保障システムを見ていくことにする。

（二）国民健康保険、年金制度、及び失業保険を含む社会保障システム

国民健康保険は、一九七七年、朴政権期に導入されたが、従業員五〇〇以上という規模の会社のみに対象が限定されていた。しかし、一九八九年に農村部や都市の自営業者も含まれることとなる。従来の国民健康保険には、三つのタイプが存在した。（一）公務員、私立学校の教員と事務員、軍人とその扶養家族、（二）農村部や都市の自営業者、（三）企業で働く会社員、ある。金大中大統領は、一九九九年にこれらを統一し、皆国民健康保険制度を確立した。しかし、皆国民健康保険に関して最も多く見られる批判は、保険料である。すでに医療費の五〇％を支払う国民健康保険がありながら、それ以上上保険料が高くしたために、統一した保険制度が成立したとはいっても、結果的に個人の負担がより大きくなってしまったのである。[258]

年金制度は、一九七三年に導入されたが、給付対象は公務員、軍人、そして私立学校の教員だけに限定されていた。この年金制度は一九八八年に改正され、農民、漁民、農村部における自営業者も年金対象となった。企業では、一〇人以上の従業員がいる会社員がその対象となった。そして一九九九年改正では、都市部の自営業者及び五人以上の従業員がいる会社員、そしてパート・タイムの労働者もその対象となった。だが、改正直後の新年金制度では、四〇年以上年金保険を納めている人に対し、従来はその収入の七〇％を保障するものであったが、それが六〇％と繰り下げられ、年金給付年齢を二〇一三年以降六〇歳から六五歳へと繰り上げられる予定とされた。また、年金の保険料も、引き上げられることが予定されている。[259] これらの改正の大きな要因は、やはり急速な高齢化社会を迎えることを前提とし、その

財政負担が大きくなることへの懸念にあった。[260]

最後に、失業保険について述べることにする。失業保険は、社会保障保険の中でも、もっとも新しい保険であり、一九九五年に制定された。この保険は、まだ失業率が低い時代に導入されたために、職業訓練や人材開発などに焦点があてられていた。しかし、金融危機以降、多くの労働者が職を失い、応急措置として失業手当を給付することとなった。その手当ては、失業する前の所得の五〇％を保証するというものであり、最低が二五万ウォン（二五〇〇〇円）で最高が九〇万ウォン（九〇〇〇〇円）と設定された。[261] しかし、この失業手当も維持することが財政的に困難になり、手当ての給付は、最低で二カ月から最大で七ヶ月と限定され、また、保険に加入している会社に六ヶ月以上働いていなければならないという規定を設けたために、中小企業などの会社の従業員は、手当てが適用されない場合も見られるようになった。既に述べたように、金融危機以後一番苦しい立場にあった人々たちは、まさにこういった中小企業の従業員であった。

では、最後に福祉政策に対する社会的評価を見てみることにする。

二．「生産的福祉」理念に基づく福祉政策の社会的評価

金大中大統領が推進した福祉政策に対する社会的評価[262]について、世論調査などのデータを用いて、見ていくことにする。ここで使用するデータは、韓国政府統計局が五年に一度行う世論調査『社会統計調査報告書　家族・福祉・労働部門』である。この統計は、韓国の一五歳以上の男女三〇〇〇〇人に対するサンプル調査の結果である。また、このデータを補う形で独立調査機関であるＧＡＬＬＵＰ社のデータを使用する。

まず、最初に、「社会保険料の負担に対する」認識の調査結果を見てみることにする。「社会保険料を支払っているか」

という問いに対して一九九八年には四一・九%が「支払っている」と答えたのに対して、二〇〇二年には五一・一%「支払っている」と答え、保険料を支払う人（あるいは支払っていると認識している人）が増えたことが確認できる。[263] しかし、一九九八年に「支払っている」と答えた人々の六一・六%が「大きい負担になる」と答えたのに対し、二〇〇二年には七〇・七%がそうと答えている。[264] 保険料を支払う人が多くなったが、しかしそれが生活に大きな負担となっていると認識されていることがうかがえよう。

次に、「生活条件の変化」という項目の調査結果を見てみることにする。「生活条件の変化」の「社会保障制度」に関する問いに対して、一九九八年に、「良くなった」と答えたのは一九・五%、「変化がない」と答えたのが四六・三%、そして「悪くなった」と答えたのが一四・二%だった。[265] これに対して、二〇〇二年には、「良くなった」と答えたのが二五・九%、「変化がない」と答えたのが四九・七%、そして「悪くなった」と答えたのが一五・四%だった。[266] また、「保健医療サービス」に関する問いに対しては、一九九八年に「良くなった」と答えたのが二四・六%、「変化がない」と答えたのが四九・八%、そして「悪くなった」と答えたのが一一・七%だった。[267] それに対して、二〇〇二年には、「良くなった」と答えたのが三〇・一%、「変化がない」と答えたのが四八・三%、そして「悪くなった」と答えたのが一四・六%だった。[268]

最後に、「失業者のための対策」という問いに対する結果を見てみることにする。一九九八年の結果によるともっとも多かった答えが「職業訓練の機会を増やす」で二七・〇%ともっとも多く、その次に「民間部門支援の拡大」が二一・二%、「収入が減っても就職を保障すること」が一四・八%、「公共事業を増やす」が一三・四%、「求人情報網の拡大」が一三・四%、そして「失業手当の拡大」が七・八%、「低所得者の生活費補助」が一・八%だった。[269] これに対し二〇〇二年では、同じく「職業訓練の機会を増やす」と答えた人が三〇・七%ともっとも多く、その次に「民間部門支援の

拡大」が七・五％、「収入が減っても就職を保障すること」が一二・九％、「公共事業を増やす」が八・二％、「求人情報網の拡大」が一三・八％、そして「失業手当の拡大」が一二・三％、そして「低所得者の生活費補助」が〇％となり、それに対して「創業支援拡大」が九・一％となった。[270] 両者の際立った相違点は、「民間部門の支援の拡大」と答えたのが一九九八年と二〇〇二年で二一・二％から七・五％に減ったこと、「公共事業を増やす」が一三・四％から八・二％に減ったことである。また、一九九八年には「低所得者の生活補助」が一・八％だったのに対し、二〇〇二年には〇％、そして新たに二〇〇二年には、「創業支援拡大」が九・一％であったことである。

以上の結果から推測できることは、社会的弱者を救うべく社会的セイフティー・ネット構築が推進された結果として、従来の家族や親戚に頼る「福祉観」から、社会権としての「福祉」認識に、意識の面で変化していっていることが確認できる。財政的に困難になってきたことにより、いくつかの限界はあることは事実であるが、ジェンダー政策同様、民主主義の重要な要素である社会的弱者の包摂（social inclusion）の路線は、福祉政策の傾向においても確認できる。

現在、韓国政府の最大の問題は、福祉政策の維持のための財政的対策であるといえよう。その方法として、コミュニティーを基盤とするボランティアの拡大や、民間委託などといった可能性がある、と筆者は考えている。

(168) Martina Deuchler, "The Tradition : Women during Yi Dynasty," in Sandra Matielli, ed. *Virtues in Conflict : Tradition and the Korean Woman Today* (Seoul : Royal Asiatic Society, 1977).

(169) 장권선「경제발전과 여성의 지위」『오늘의 한국사회』（서울：나남、一九九三년）三七九쪽。

(170) 여성특별위원회『여성백서』（서울、한우림、一九九八년）一二二쪽によると女性の結婚年齢が一九六〇年に二一・六歳だったのが、一九九五年には二六・一歳に上昇している。

(171) Laurel Kendall, *Getting Married in Korea : Of Gender, Morality, and Modernity* (Berkeley, CA : University of California Press, 1996) p.18.

(172) 조혜정『한국의 여성과 남성』(서울：문학과 지성사、一九八八) 一〇六쪽。

(173) "... it remains the case that gender asymmetry is manifest in many domains of social practice, from the significant underrepresentation of women in all branches of government to the difficulties that women face when they apply for passports..." in Laura C. Nelson, *Measured Excess : Status, Gender, and Consumer Nationalism in South Korea* (New York : Columbia University Press, 2000) p.11.

(174) Laura Kendall, Under Construction : *The Gendering of Modernity, Class, and Consumption in the Republic of Korea* (Honolulu, HI : University of Hawaii Press, 2002) p.6.

(175) 『한국일보』、一二〇〇一년一〇월一二五일。

(176) UNDP, *Human Development Report,* 1998.

(177) 『「女性の働きやすさ」　指標国際比較（一九九五年)』日本経済新聞、一九九八年五月四日。

(178) 韓国憲法裁判所ホームページ、「大韓民国憲法」(韓国語)
〈http://www.ccourt.go.kr/ccout _quick/chinese.asp〉(Last entered : December 20, 2005)

(179) 韓国女性開発院ホームページ、「女性開発基本法全文」(韓国語)
http://www.kwdi.re.kr/board/view.php?db=decree&category=&no=85&page=5 (last entered : December 20, 2005)

(180) 女性開発院ホームページ、「男女差別禁止法及び救済に関する法律全文」(韓国語)
http://www.kwdi.re.kr/board/view.php?db=decree&category=&no=82&page=6 「男女雇用平等法全文」(last entered : December 20th, 2005)

(181) 韓国女性開発院ホームページ、「男女雇用平等法全文」(韓国語)
http://www.kwdi.re.kr/board/view.php?db=decree&category=&no=10&page=13 (last entered : December 20, 2005)

(182) 韓国女性開発院ホームページ、「性暴力犯罪の処罰及び被害者保護等に関する法律全文」(韓国語)
http://www.kwdi.re.kr/board/view.php?db=decree&category=&no=89&page=5 (last entered : December 20th, 2005)

(183) 韓国女性開発院ホームページ「家庭暴力犯罪の処罰等に関する法律全文」（韓国語）
http://www.kwdi.re.kr/board/view.php?db=decree&category=&no=95&page=4（last entered : December 20th, 2005）
(184) 韓国女性開発院ホームページ「家庭暴力防止及び被害者保護等に関する法律全文」（韓国語）
http://www.kwdi.re.kr/board/view.php?db=decree&category=&no=47&page=9（last entered : December 20th, 2005）
(185) 女性部『女性白書』二〇〇一年。
(186) 女性部『女性白書』二〇〇一年，〇二年，〇三年。
(187) 韓国女性開発院ホームページ「家族法改正案」（韓国語）
http://www.kwdi.re.kr/board/view.php?db=decree&category=&no=96&page=4（last entered : December 20th, 2005）
(188) 姓が同じで，先祖の出身地が同じ者同志の結婚を禁止すること。
(189) 韓国憲法裁判所ホームページ「同姓同本禁婚事件：憲裁一九九七・七・一六，判例集九―二」（韓国語）
http://152.99.78.7:7778spomepage/xml _content _view.jsp?xml=90577&category=0318&page=&externa（last entered : December 20, 2005）
(190) 韓国女性開発院ホームページ「女性企業支援に関する法律全文」（韓国語）
http://www.kwdi.re.kr/board/view.php?db=decree&category=&no=39&page=10（last entered : December 20th, 2005）
(191) *The Forty-Year History of Women and Girls' Administration* (Seoul : Ministry of Health and Welfare, 1987) p.1.
(192) 金大中「第一五代大統領就任の辞」『生産的福祉への道』一三四頁。
(193) 前掲，一三四頁。
(194) 女性部『女性白書』二〇〇一年。
(195) 付録参考資料一を参照。
(196) 『朝鮮日報』
〈http://japanese.chosun.com/site/data/html _dir/2005/01/27/20050127000064.html〉（last access 2005.2.22）
(197) 『女性新聞』二〇〇四年一一月一二日。
(198) 女性特別委員会，女性部『女性白書』二〇〇一年，二〇〇二年，二〇〇三年，二〇〇四年。

(199) 前掲。
(200) 行政自治部、『統計年報』一九九八年、一九九九年、二〇〇〇年、二〇〇一年。
(201) 女性部、『女性白書』二〇〇二年。
(202) 行政自治部、『行政自治白書』二〇〇二年。
(203) 前掲。
(204) 行政自治部、『統計年報』二〇〇二年、二〇〇三年。
(205) 女性部、『女性白書』二〇〇二年、二〇〇三年。保険福祉部、『保険福祉白書』二〇〇二年、二〇〇三年。
(206) 前掲。
(207) 前掲。
(208) 前掲。
(209) 前掲。
(210) 前掲。
(211) 前掲。
(212) 女性部、『家庭暴力相談実績』、『性暴力相談実績』、二〇〇一年、二〇〇二年、二〇〇三年。
(213) 女性部、『女性白書』二〇〇三年。
(214) 女性部、『女性白書』二〇〇三年。
(215) 行政自治部、『統計年報』、一九九四年、九五年、九六年、九七年、九八年、九九年、二〇〇〇年、〇一年、〇二年。
(216) 行政自治部、『統計年報』、二〇〇二年。
(217) 前掲。
(218) 前掲。
(219) 前掲。
(220) 前掲。
(221) 前掲。

(222) 前掲。
(223) 前掲。
(224) 前掲。
(225) UNDP, *UN Human Development Report*, 2000.
(226) 統計局、KOSIS、一九九九年。
(227) 労働部、『賃金構造報告書』一九九九年。
(228) 前掲。
(229) この部分においては、主に女性の社会進出に関する統計を見ていくことにし、福祉一般の社会的評価については、第五章の福祉政策に対する社会的評価という部分でより具体的に説明し、詳細に検討していくことにする。
(230) 統計局、『社会統計調査報告書　家族・福祉・労働部門』一九九八年、二〇〇二年。
(231) 前掲。
(232) 前掲。
(233) 統計局、『社会統計調査報告書　家族・福祉・労働部門』二〇〇二年。
(234) 前掲。
(235) Chung-in Moon and Song-min Kim, 2002, pp. 139-172.
(236) 統計局、『経済活動人口年報』、一九九七－二〇〇〇年。
(237) 山本克也、二〇〇三年、一八九－二〇九頁。
(238) 付録の資料二を参照。
(239) 統計局、「都市勤労者年間所得」一九九九年。www.maeul.welfare.kribrary/9901/039.txt.；統計局、『韓国の重要経済指標』（ソウル、統計局、一九九九年）。
(240) 統計局「韓国における失業の性格」一九九八年。www.welfare.or.kribrary/9803/82.txt.
(241) 前掲。
(242) *Korea Herald*, 25 April 1998.

(243) 労働部、「失業保険」一九九八年。www.welfare.or.kribrary/9803/90txt.；労働部、『労働白書』一九九八年。
(244) 労働部、「雇用保険の主要点」一九九八年。www.maeul.welfare.netibrary/9804/72.txt.；労働部、労働白書、一九九九年。
(245) 保健福祉部、「低所得層のための生活保護」一九九九年。www.welfare.netibrary/9901ndez9905.html.；保健福祉部、『保健福祉白書』一九九九年。
(246) 前掲。
(247) 保健福祉部、「生活保護」一九九九年。www.welfare.or.kribrary/9901/106txt.
(248) 前掲。
(249) 保健福祉部、『保険福祉白書』二〇〇一年－二〇〇二年。
(250) 労働部、「失業保険」一九九八年。www.welfare.or.kribrary/9803/90txt.
(251) 保健福祉部、「医療保険」、一九九八年。www.or.kribrary/9803/13/txt.
(252) 문형표、『国民年金의実現를위한改善課題』（서울、발전연구소、一九九五년）四一。
(253) 保健福祉部、「国民年金拡大를위한改革課題」一九九七年。www.welfare.or.kribrary04/25.txt. これらの数値は、四〇年以上年金保険を納入している人を基準としている。
(254) 福祉保健部、『福祉保健部白書』二〇〇三年。
(255) 朝鮮日報、一九九八年一月一六日。
(256) 同じ時期に金融危機を経験したタイとインドネシアを見てみると、韓国と同様に金融危機後に社会保障を発展・拡大する傾向はみられないため、韓国のケースは特殊であると指摘する研究者もいる。Cf. Somsak Tambunlertchai, "The Social Impacts of the Financial Crisis in Thailand and Policy Responses," Conference Paper at the Conference of Social Implications of the Financial Crisis (July 29-31, 1998, KDI, Seoul) ; Iwan Azis, "The Transition from Financial Crisis to Social Crisis : a case of Indonesia," Conference Paper at the Conference of Social Implications of the Financial Crisis (July 29-31, 1998, KDI, Seoul).
(257) 保健福祉部、『保健福祉白書』一九九八年、一九九九年、二〇〇〇年。
(258) 한겨래신문、二〇〇〇년九월八일、二〇〇〇년九월一三일。

(259) 保健福祉部、『保健福祉白書』一九九八年、一九九九年。保険料については、二〇一〇年に九％、二〇一〇―二〇一四年に九・五％、二〇一五―二〇一九年に一〇・九％、二〇二〇―二〇二四年に一一・八％、二〇二五年以降一二・六五％と上げることによって維持できるという保健福祉部の予想である。
(260) 前掲。など、年金について、当初収入の七〇％返済から四〇％まで下げるという案もあった。
(261) 保健福祉部、『保健福祉白書』一九九九年。
(262) この部分においては、主に女性の社会進出に関する統計を見ていくことにし、福祉一般の社会的評価については、第五章の福祉政策に対する社会的評価という部分でより具体的に説明し、詳細に検討していくことにする。
(263) 統計局、『社会統計調査報告書　家族・福祉・労働部門』一九九八年、二〇〇二年。
(264) 前掲。
(265) 前掲。
(266) 前掲。
(267) 前掲。
(268) 前掲。
(269) 前掲。
(270) 前掲。

シンポジウム

東アジア法哲学シンポジウム

中国における「生ける法」と「司法」を通しての法形成の可能性（一）

東アジア比較法文化研究会

はしがき　今井弘道
（一）「ネオ・エールリッヒ的な法形成モデル」の「正統性 legitimacy 問題」　今井弘道
（二）現代中国における国家法と民間法の研究　蘇力（朱蘇力）（朱曄訳）
（三）中国における先例システム確立の意義と段取り――比較法的視座から　張駿（坂口一成訳）

はしがき

今井弘道

以下に掲載するのは、北京大学法学院の朱蘇力教授の論文「現代中国における国家法と民間法の研究」及び同法学院の張鶏副教授の論文「中国における先例システム確立の意義と段取り――比較法的視座から」である（なお、朱蘇力教授は、例えば『送法下郷――中国基層司法制度研究――』（中国政法大学出版社二〇〇〇）に見られるように、著者名を単に「蘇力」としておられて、これを「ペンネーム」のように用いられている。本論文も、今井には「蘇力」という筆者名で送られてきた。そこで、筆者名はそのまま「蘇力」としておきその下の（　）内に本名を入れた）。

この二論文は、二〇〇六年九月二三日（土）に、名古屋大学大学院国際開発研究科において、続いて同九月二五日（月）に北海道大学大学院法学研究科において行われた東アジア法哲学シンポジウム「中国における「生ける法」と「司法」を通しての法形成の可能性」において行われた両教授の報告を内容としたものである（このシンポジウムを名古屋大学でも行うことになったのは、松浦好治教授が代表をしておられる学術創成研究の好意に溢れたお申出と宇田川幸則助教授のご尽力によってである。この点については、この場を借りて、あらためてお礼申し上げておきたい）。

この蘇力・張鶏両教授の報告は大きく言えば、いうまでもなく中国の現在の法状況を念頭に置きながら、「法治」と

は何か、「Rule of Law」とは何かをめぐって展開されている、と言っておいてよいであろう。この点について論ずべきことは、いわば無数にある。しかし、今、ここでこの両論文の解説を立ち入って行っている余裕はない。そこで、今井がどのような問題意識からこのようなプロジェクトを展開するに至ったのかを、今井が朱蘇力・張鼎両教授を北海道大学法学研究科での講演に招待するに当たって、北京大学法学院で行った報告「ネオ・エールリッヒ的な法形成モデル」の「正統性 legitimacy 問題」（二〇〇五・一一）をまず採録しておくことによって示し、その解説に代えたい。そして、その上で、このような私の問題提起に対して、両教授がお示し下さった議論をここに掲載・紹介することによって、この問題に対するわれわれの議論の出発点を、あくまでも出発点を、確定しておくこととしたい。この出発点は、豊かな稔りをもたらしうるものである。このことを今、私はあらためて確信している。しかしその稔りの収穫は今後の作業である。

ところで、この両報告については、名古屋大学で行われた際に、寺田浩明・京都大学法学研究科教授と私がコメントをつけた。また、北海道大学で行われた際にも、私はコメントをした。これらについては、朱蘇力教授が携えてこられたもう一本の論文「中国の司法における政党」とともに、次号に掲載する予定である。

（一）「ネオ・エールリッヒ的な法形成モデル」の「正統性 legitimacy 問題」

今井弘道

一．相互理解に達すること。そのために、私にとっての蘇力像を繰り広げ、議論の中でその誤解を訂正することを通して相互理解に到達するという試みをまず始めること、そのことによって共通の議論の場を創り出すこと、これが本報告の狙いとするところである。

二．蘇力教授の議論では、現実に作用している裁判の場が法が生きかつ働いている場だ、そこに最もリアルな形で法が立ち現れ、実効性を貫徹させている、ということになるのであろう。そのことはよく分かる。

そのことを承認した上で、問題なのは、そのことが、例えば中国の――あくまでも例えばであって、もっぱら中国の、ではない。この点は後述することになる――法の生成と発展に対してどのような意味をもつものとして理解されているか、である。

私が主として問題としたいのは、この点に関してである。

三．そこで、最近私が知った上海大学の法社会学者・李瑜青教授のある研究会における報告を問題展開の手がかりとしたい。この報告における李教授の議論が、中国においてどのような評価を受けているのか、またそれが蘇力教授の議論とどのような関係に立っているのかを、私は知らない。しかし、問題を展開する手掛かりとしては、この報告は、少なくとも私にははなはだ好都合なものに思われるのである。

そこで、私は、ここで、法社会学者である李教授の議論を、法哲学者としての私の観点から捉え直し、私なりに補論し、整理し、敷衍し直して、ひとつのモデルとして構成してみたい。その意味では、以下での議論には、私の見解が大きく反映されており、議論の責任は私が負うべきものであることをお断りしておきたい。

四．李報告の出発点となっている事案とは、このようなものである。

精神病に悲観した夫に自殺された福建省のある村の農婦は、その後別の村の農夫との再婚を決意した。亡夫の親族は、債務を返済した上、四歳の娘を除くすべての息子を連れて出ることを農婦に要求した。村も、債務の返済がなければ婚姻状況証明書を発行しないとした。農婦は結婚登記の行政機関たる郷政府に結婚登記の手続を認めるべく求めたが、やはり認められなかった。そこで農婦は、郷政府が法定義務たる結婚登記を拒否したとして、県人民法院に訴訟を提起した。県法院の裁判官は調解を斡旋し、農婦に債務返済期日を明記した書類を提出させ、他方で子どもすべてを亡夫の両親に扶養させ、郷政府に結婚登記をさせる形で、この事案を解決した。

このような事案を手掛かりに議論が展開されるという手法には、蘇力教授のそれを彷彿とさせるものがあるが、それ

はともかくとして、これは、本来は行政事件に属する事案である。だが、裁判官は、「名望のある調解人」として、民事に関する論点を含めて、「非裁判的紛争処理（ADR ＝ Alternative Dispute Resolution）」の方式に従ってこの事案を解決した。李報告によれば、中国でのこのような「非裁判的紛争処理」のやり方には他にもいくつかの方式があり、農村などではかなり普遍化し、効果を上げているという。

李教授は、この事案に対して取られたこのような方式を、「国家法と郷土の正義を結合した司法モデル」と呼んでいる。その方式は、

(a) 法の発達段階を無視して「国家法一元論」的法観を振り回すことへの批判としての意味をもちうるだけでなく、

(b) 「国家法」が正統性を獲得するために不可欠な「国民からの賛同」の調達を可能にするものである。

この点に注意が払われ、この方式には十分な「合理性」がある、と考えられているわけである。

五. 私の観点から言えば、ここで次のような問題が生じる。この「合理性」とはいかなる意味での「合理性」か、という問題である。この点を李報告は立ち入って論じていない。法哲学者としての私の関心はここに向かっている。そして、蘇力教授に対する私の質問もこの点に関わっている。だが、この問題は後で取り上げる。

六. ところで、李報告が依拠する「法人類学」的観点によれば、現在の中国の農村は、

① 国家以前の「風習」が支配する「非国家法」の段階を超えて、

② 法律が次第に「風習」から分離して独立の存在を獲得する時代に入りつつあるが、

③ いまだ明確な立法者による法典時代に至ってはいない。

④　このような②から③への移行期のなかで、農村は「都市化の過程」を経験しつつあるが、この移行期間はかなり長期にわたることが予測される。

とすれば、重要となるのは、この「移行期」の様相であろう。

ところで、この移行期は、李報告に従えば、きわめて動的な様相を帯びることになりそうである。どういうことか。

七．移行期にある現在の中国の農村には、李報告によれば、以下の「三種の規範」が並存している――無論、このことは単に農村だけについて言えることではないであろうが――。

㈠　「大きな伝統」＝「中国の古代から形成されてきた行為の方式と価値観念」、

㈡　「小さな伝統」＝「社会主義国家の成立以来、計画経済の条件下で規制されてきた行為形式や価値観念」。および

㈢　「国家の正式な法律」（「国家法」）＝「改革開放の発展、市場経済体制の建設」と並行して整備されつつある「法律」、である。

八．「国家法と郷土の正義とを結合した司法モデル」が動的な様相を帯びてくると私が言ったのは、この「移行期」の様相がこれらの「三種の規範」の選択的統合の過程だと考えられているからである。つまり、その過程は、事実上は、

①　上の㈠㈡の二つの伝統によって形成された現在の中国の農村における具体的な生活規範と、㈢「改革開放の発展、市場経済体制の建設」と並行して整備されつつある「国家法」という二つの異質な、場合によっては対立的な規範を統合していく過程ということを意味しているのである。

②　従って、「国家法と郷土の正義とを結合した司法モデル」における「合理性」問題とは、

(a) そのモデルにおける、「非裁判的紛争処理」という手続きによって行われた個々の司法的紛争解決の「合理性」の問題であるとともに、

(b) この個々の判断の全体によって織りなされていく「三種の規範」の選択的統合の過程それ自体の「合理性」の問題――「法律が次第に風習から分離して独立の存在を獲得する時代」から「明確な立法者による法典時代」への移行期それ自体の「合理性」の問題――だということになる。

この(a)(b)「二つの次元」における「合理性」こそが、ここでの問題の焦点となる、というわけである。

九. このように考えてみれば、これらの「三種の規範」の選択的統合の、長期にわたる持続的な過程それ自体が、国家法がより合理的なものとして形成されていくであろうその過程だと理解することができるのではないだろうか。そして、その問題を考える場合の法哲学的な問題の焦点は、上記の②の(a)(b)の「合理性」問題にある、ということになるであろう。

この問題は、私見によれば、つまるところこのような紛争解決の「正統性 legitimacy 問題」に他ならず、またそのような紛争解決の累積過程における「法の支配」の問題にほかならない、ということができる。

李報告の問題提起は、事実上、このようなものとして法形成の過程を捉えようとする観点を含んでいる。少なくともそのように解釈可能である、私にはこのように思われる。

一〇. さて、以上のように私なりに解釈し整理した李教授の議論を、私は、「ネオ・エールリッヒ的な法形成モデル」と呼ぶことにしたい。そのように呼ぶ理由は、この法形成論が、エールリッヒの「生ける法 das lebendige Recht」と「法

曹法Juristenrecht」という二つの概念を基軸とした法形成論を、現在の中国的問題状況の中で現代化したものと見ることができるからである。だが、そのことの具体的な説明には、ここでは立ち入らない。また、私は、ここには、中国的問題状況を超えた普遍的な問題が伏在していると考えているが、それについては後述する。

ともあれ、こうして問題は、「ネオ・エールリッヒ的な法形成モデル」の「正統性 legitimacy 問題」にあるということができる。

一一．私は、この「ネオ・エールリッヒ的な法形成モデル」の「正統性 legitimacy 問題」は、「法存在論」の問題にまで立ち入らなければ、十分な解決は得られないもの、と考えている。そして、この点は、エールリッヒの法理論を、法存在論として整理しなおすことによって大きな手がかりを獲得しうるのではないか、と考えている。

「法存在論」の問題とは、簡単にいえば、「法が存在する」と言いうるのはどのような事態に対してなのかという問題である。以下では、この問題がどのような性格の問題であるのかを簡単に示しておこう。

一二．ある男Aが拳銃を持って別の男Bに「金を渡せ」と言ったとする。この時、そう命令された男は、「拳銃」という威嚇力におびえてその男にすべての所持金を渡したとする。ここでわれわれは、このような拳銃―状況 gunman-situation をモデルとして法を理解し説明することができるか、を考えてみよう。

まず、この例においては、「BはAに金を渡すべし」という規範が成立したのか、金を渡した男は、規範的な義務を履行したのか、と考えてみたい。答は、明らかに「否」であろう。

同じことが、国家についても言える。ある国家が、ただ権力だけを背景にして不合理な「法」を制定し、その「法」

の遵守を強要したとする。これは明らかにgunman-situationである。ここにおいて法は成立し存在するに至ったのか。人々には、その「法」を遵守する義務が発生したのか。私は、否といいうると思う。gunman-situationでは、法は成立しないし、「法の存在」を語ることは出来ない、と考える。

要するに、「法の存在」は、gunman-situationによって説明することができない。では、「法」が「存在」するとはどういうことか。これが、私の言う「法存在論」の問題である。

一三　エールリッヒの議論をここで要約的に示してみよう。エールリッヒは、社会的諸関係の中には、「生ける法」とそれに関わる民衆の「法的確信」があるという。そして、司法的な紛争解決を通して、その「生ける法」やそれに関わる民衆の「法的確信」が分節化・定式化articulateされて「法曹法」が成立していく、と考えた。エールリッヒは、ローマ法やイギリス法にたいする深い造詣をもっているが、エールリッヒは、それは基本的にはこのような形で成立したものだ、と考えている。

エールリッヒは、「国家法」中心主義を批判したが、それは、「国家法」それ自体を否定しようとするものではなかった。その批判のポイントは、このような「生ける法」とそれに関わる民衆の「法的確信」、それに立脚した「法曹法」の成立というような構造連関に支えられることのない、その意味においてはgunman-modelに転落しかねない国家的立法に対する憂慮に発するものであった。

このようにエールリッヒの議論を捉えてみるならば、「法が存在するとはどういう事態のことなのか」という私の問題提起の意味は、十分に了解されうるであろう。エールリッヒに即して言えば、「生ける法」とそれに関わる民衆の「法的確信」があって、それが司法的な紛争解決を通して分節化・定式化articulateされて「法曹法」が成立していくとい

うような事態がある場合に、「法が存在する」と言える。そして、「国家的法」も、このような構造連関を踏まえてその上に存立している場合に、「法として存在している」といいうる、というわけである。従って、このような構造連関を踏まえた「国家法」は、gunman-model に転落することはない。

一四. ここまで言えば、私の言いたいことは明らかであろう。私は、先ほど、「ネオ・エールリッヒ的な法形成モデル」の「正統性 legitimacy 問題」という問題を提起した。この問題は、ここに基本的に答えられている。つまり、エールリッヒ的な法形成とは、前項の最後のパラグラフで私が要約的に述べたような形で「国家的法」が存在しているといいうるような構造の中で法形成が進められるべきだというように考えるものだ、と理解することができるであろう。かくして、このような構造の中に、法形成の正統性根拠があるということになる。

一五. ここであらためて李報告において提示された事案を想起してみよう。それは、本来は行政事件に属する事案であった。その事案を、裁判官は、「名望のある調解人」として、民事に関する論点を含めて、この事案を解決した。そして、当事者達は、その解決に十分な満足を見出した。そのことのうちには、このような解決がある種の——つまり制定法外の——「合理性」、「正統性」をもつものであったことを示している。

ところで、そのような「合理性」、「正統性」は、上で述べた問題連関——社会的諸関係の中での「生ける法」とそれに関わる民衆の「法的確信」の存在、司法的な紛争解決を通しての、その「生ける法」やそれに関わる民衆の「法的確信」の分節化・定式化 articulate、そのような形での「法曹法」の成立とその「法曹法」の「国家法」との関係の問題といった問題連関——を含んでいるのではないであろうか。そのような問題連関を含むからこそ、そしてその問題連関

の根柢には「生ける法」と民衆のそれについての「法的確信」があるからこそ、そのような紛争解決の方式が、当事者たちに正統 legitim なものと承認され、自発的に受容されえたのではなかったか。

エールリッヒは、このような諸連関については、折に触れてさまざまな説明をしている。しかし、このような説明を包括的に行ってそれを法の存在論として整理し、「法の正統性」の議論にまで高めるという作業は行っていない。このような作業は、法学者としてのエールリッヒの手には余る法哲学的な作業と言わなければならないからである。

一六. それでは、既に充実した国家法体系をもっている国では、このようなモデルは意味をもたなくなっているのか。結論的に言えば、そうではない。裁判は、日々発展し変容する社会の中での紛争を対象とする。従って、そのような社会的動態の中で成立する紛争は、静態的な法体系の想定を超えた性格をもつことが少なくない。いや、むしろ法体系が想定していない、新たな要因を抱えているからこそ、紛争は、裁判の対象になるとさえ言いうるであろう。そして、そのような紛争は、新たな「生ける法」に支えられている場合が少なくない。そして、そのような紛争に対しては、国家法の柔軟な解釈が求められる。そして、柔軟な法解釈を通して、法は不断に発展させられていくわけである。

この場合、このような「柔軟な法解釈」は、合理性、正統性をもつのであろうか。このような疑問が抱かれるかも知れない。だが、その法解釈が、その紛争に関わる「生ける法」やそれに関わる民衆の「法的確信」の分節化・定式化 articulate という意味をもちうるのであれば、それは、既に述べてきたことと同じ理由で、合理性、正統性をもつということができるであろう。そして、そのような法解釈を通して、法は、常に新たに、より豊かなものとして、再形成されていくのである。

そして、このような過程が独立性を承認された裁判の下で固有のものとして保障され、法形成と再形成が自律的なも

のとして展開されうる場合に、そこにRule of Lawが実現されている、といいうるのではないであろうか。

一七. さて、私は、このような問題を考える上で、蘇力教授の議論は、実に豊かな素材を提供してくれていると評価しうるのではないか、と考えている。しかも私の理解しえた限りで言えば、蘇力教授は、以上で私が述べてきたような問題について、事実上肯定的な見解を有しておられるようにも推測される。

それとも、このように推測することは、誤解であろうか。そして、蘇力教授は、このように理解することを困難にするような問題が存在している、と考えておられるのであろうか。例えば、私が述べた「ネオ・エールリッヒ的な法形成モデル」には、何らかの難点が内在しているというように考えておられるのであろうか。私がお聞きしたいのは、この点である。

一八. 私がこの点をお聞きしたいと考えているのは、私のこのような問題設定には、大きく言って三つの、中国的な法形成を超えた次元の問題が関わっている、それが同時に中国における問題状況とも内在的に関わっている、と考えているからである。

第一に、日本やアメリカの現代的な法状況である。現代の日本やアメリカにおいては、「非裁判的紛争処理（ADR Alternative Dispute Resolution）」に大きな関心が寄せられている。その場合、そこでは、紛争の安価で大量の処理が可能になるという実用主義的な考慮が大きな比重を占めていることはいうまでもない。だが、「非裁判的紛争処理」による紛争の安価で大量の処理が現実に行われていくようになれば、そしてそのような解決方法が、国家的実定法とは相対的に独立したところで行われていくならば、既に存在する国家法とは相対的に独立して進められるそのような紛争処理

は、正統性をもっているのか、いかなる意味での正統性をもっているのかということが、大きな問題にならざるを得ないであろう。また、そのような紛争解決と国家法体系及びそれに従った司法的判断が、それにもかかわらず一つの整合的な法システムを形成していると言いうるとすれば、それはどのような根拠からか、という問題が生じてくることも避け難いであろう。

だが、このような問題は、実は、以上で述べてきたような問題と別の問題ではない。そして、基本的には、以上で述べてきたような形で答えられてよい問題であろう。逆に言えば、これまでに私が問題にしてきた中国にまつわる問題は、ＡＤＲに注目し、ＡＤＲを法システムの重要な一貫として取り込もうとしている日本やアメリカなどの問題状況と根柢において通じている普遍的な性格をもつ問題であるといいうるのではないであろうか。

一九．第二に、私の議論は、「ネオ・エールリッヒ的な法形成モデル」という観念を通して、現代中国における法形成の問題を理解しようとする観点に立つものであった。とすれば、この「ネオ・エールリッヒ的な法形成モデル」は、法形成の途上にある多くの発展途上国の法形成に対しても、大きなヒントを与えるもの、いやその原型となりうる意味を有するものということができるであろう。

二〇．第三に、「ネオ・エールリッヒ的な法形成モデル」は、現在のトランス・ナショナルな法形成問題と内在的に関連しているという事実がある。この論点について、いま私は、多くを語る力をもっていない。ここではただ、ドイツのクラウス・ギュンターの次の言葉を紹介するにとどめておくだけにしておきたいと思う。

「トランスナショナルな規範形成の過程は、とりわけ四つの異なる領域で観察することができる。その領域とは、（a）経済システムのグローバルな分化発展と、それを担う、またそれに伴うメディアとメカニズム、（b）この分化発展の環境や移民や発展に対する帰結、（c）諸々の人権、（d）グローバリゼーションの逆機能的帰結の克服のための、トランスナショナルな保護権の形成、である。これらの領域においては、国民国家とならんで、インターナショナルなローファーム、法律顧問、NGOs、インターナショナルな諸組織が、法定立の主体として現れている。もちろん、これらの主体がもつ重みは、それぞれに異なっている。だが、それらの活動は、ひとつのトランスナショナルなネットワーク構造のなかに組み込まれている。それらのネットワークのなかでは、経済学者、自然科学者、主体的に参加する市民と並んで、法の専門家がとりわけ活発に活動している。したがって、このようにして確立されていくトランスナショナルな法は、法曹法の特徴を持つといいうるのである」。

二一・蘇力教授が、私の言う「ネオ・エールリッヒ的な法形成モデル」に全面的に賛成されるかどうかはともかく、少なくともこのような問題に大きな興味を示されるならば、そこには、以上の三点を研究対象とする共同研究体制の大きな可能性が開かれてくるように私には思われる。

（二）現代中国における国家法と民間法の研究

蘇　力（朱蘇力）
（朱　曄　訳）

一・問題および意義

従来から、国家法と民間法との関係は法学研究において理論的意義および実践的意義を有する大きな問題である。しかし、中国は各地の政治・経済・文化の発展において不均衡であり、他民族を抱えながら社会の転換期を迎えている大国であり、このような大国である中国にとっては、その意味はとりわけ重大である。

西洋諸国や日本のような発展した国においては、国家法と民間法との関係は、歴史の中での制度の競争の中で自然に形成されてきた。それに関連する研究は、まず西洋の学者が植民地社会および第三世界の国家における研究の中で示した。本国の研究については往々にしてこれらの問題からの遡及的な研究として行われた。西洋諸国や日本のような発展した国は、法治が既に形成されているため、国家法と民間法の安定した制度的関係がすでに形成されている。従って、これらの研究の成果の学術的意義は大きいが、その実践的意義は大きく減退したものとなっている。

中国の場合には事情は異なっている。中国の国家法と民間法との関係は、最終的には必然的に歴史の中での民衆の行

動によって確定されることになる。しかし、現代中国の社会転換は政府の推進あるいは主導の下にで行われてきたものであるため、各種の関連する理論研究および結論は政府の政策決定および資源分配に一定の影響をもたらす可能性を有している。従って、これらの研究の仕方および成果が中国の未来の社会における国家法と民間法との形成に影響を及ぼす可能性はより大きい。これらの学術研究の影響が存立する可能性はあるが、法学者が期待するほど積極的なものではないかもしれない。この可能性は、実質的には諸刃の剣である。仮に研究の成果に誤りがあれば、政策決定にマイナスの結果ないし致命的な結果をもたらしかねない。従って、研究の結論は現代中国の社会歴史的条件が限定されている国家法と民間法の連動を変えることが出来ないし、規定することも出来ない。

その上、中国は大国であり、他（多）民族を抱えており、各地の政治・経済・文化の発展も不均衡である。これらの要素も、国家法と民間法の研究成果および理論的概括が現実的に適応される可能性を疑わしいものとしている。このような中国の社会的特徴のゆえに、各地の国家法と民間法の関係がまったく同様ではないものになる、或いはする可能性がある。世界において、各多民族大国が連邦制を採っていることは、ある意味においてこの問題の答えとなっている。中国の現代民族国家の再建は法治の統一を要求しているため、単一性の憲政構造を形成させた。すべての地域の局部における国家法・民間法の研究成果は仮に啓示ではないとしても規範としてその時代全体の中国国家法・民間法の構造の真の憲政および有効な運用に必ずしも有利な意味をもちうるわけではない。

また、その他の特徴は、学者が中国における国家法・民間法の研究をする際に地方制の条件および知識に対して、高度な敏感さおよび慎重さを要求している。例えば、西洋先進諸国と比較して、法治という形で行われている中国の中央政府の社会下層部に対するコントロールの力は比較的に弱いものであり、また所謂地方保護主義が存在している。且つ、このコントロールの力は各地において異なる。従って、たとえ国家法および民間法に対して一人の学者がもっとも理想

的規範と認めたものを示したとしても、そしてこれによって統一的な計画を制定したとしても、最後に実現するものは様々な具体的形態となるであろう。

また、多くのその他の要素は国家法・民間法の実際状況に影響しかねない。これらのものをここですべて提起することは不可能であり、その必要性もない。従って、上述したことは概括的なものでしかない。この問題の研究の中国における実践上の重要性を指摘して中国の法学研究者の高度な注意を促そうとするものである。

本文は一つの具体的研究ではなく、一部の中国法学界の観点に対して中国の経験および近年筆者の研究にもとづきマクロの視角から理論的に概括したものである。マクロだからこそ、その繊細なところをすべて議論することは出来ない。概論であれば必然的に多くの重要な問題を省略あるいは略されかねない。この点読者の許しを願っておきたい。

二、中国社会における民間法の発見

少なくとも、九〇年代前半まで、現代中国法学界においては、イデオロギーの誤った誘導および研究方法の過ちにより、あるいは法治の現代化の推進の学術および政治的策略および法曹の職業上の利益に起因にして、伝統中国はひとつの人治的社会であったと認定する傾向があった。法律の学者は、まず実証主義的な法律定義を採用し、立法機関・法律と道徳の分野・文字・および公布・国家の強制力を強調してきた。従って、儒教的な倫理性・祖制・天理人情・風俗習慣を広義の法律から排斥してきた。次に、彼らは自己矛盾を犯しながら、他面で所謂自然法の思想を堅持してきた。現代法律の価値判断をもって伝統中国の法律を評価したわけである。これらの法律が所謂現代法律価値を反映していないために悪法とみなされ、悪法は法ではないと考えられてきたのである。第三に、残された少数の法律は彼らが伝統中国

は封建的独裁社会であり、王権が至上のものであったこと、かつ法より権力が上であって、法によって国を治めるのではなかったことなどを認識しているがゆえに、法律の役割が仮にあったとしてもそれは非常に小さなものとされた。従って、中国は昔から一つの人治社会であったと描かれることになるわけである。これらの観点に対して全面的な分析・批評が必要である。

また、これらの観点がもたらした知識構造、理論的前提および実践的結果に対しても、さらなる分析が必要である。ただし、本稿ではそれはなしえない。本稿に直接関連している命題は、中国社会がひとつの人治社会であったとすれば中国社会内部・中国民間社会においては〝法〟あるいは民衆社会の生活を規制する地方制強制力を有する規範、所謂本稿で言う民間法が存在する可能性はないことになる、というものである。理論とは指導・観察の役割または研究の注意力を左右する役割を有するものである。したがって、理論上の排除あるいは不承認により学者が民間法を見るということが当然にできなくなるわけである。そこで民間法がなければ当然国家法と民間法との連動問題に言及することもできなくなる。このような観点は一九七八年以後の現代中国において少なくとも一五年から二〇年ほど持続し、今日においても大きな影響をもたらしている。

しかし、理論的な発展の可能性がまったくないわけではない。一部の学者は理論上において民間の慣習・風俗の存在を認めている。彼らは、中国の一九八〇年代－一九九〇年代の法理論の教科書においては、これらの慣習・風俗が社会生活を規制する役割を有していることを承認しており、中にはこれらのものが法律との間に一定の連動性を有していたことを認める学者も存在する。しかし、彼らは、法理学において慣習と慣習法の区別が堅持されていることを理由に、あるいは、風俗慣習が遅れていることを強調することにより、慣習法を法学研究の領域から排除してきた。また、ごく少数の学者は一定の慣習法に関する研究を行っていたが、しかし、これらの研究はせいぜい資料の収集に止まり、そ

の分析は明らかに不十分なものであった。また、これらのものは往々にして中国法理学における教条主義および現代中心主義に陥ってしまった。

少なくとも、学術の面から言えば、これらの観点およびこれを代表する学術伝統は、明らかに間違っている。ところで一九九〇年代以降、中国の学界において、国家法および民間法の研究をめぐって、二つの根本的な転換が生じていると言えるであろう。

第一は、法律を中心とする実証主義的な法律観念が突破されており、伝統の中国社会および現代中国社会において、文字で表現されたものではなく、社会実践（practices）によって表現された、地域性をもちさらに民間化された社会規範が、研究者の視野に取入れられてきていることである。第二に、一部の中国の法律の歴史に関する研究では、清末の民事慣習の調査資料その他の資料が用いられ、実質上研究の焦点が法として制定されていなかった規範に拡大されてきたということがある。以前の民間契約の収集および整理に対しても、同じ方法が用いられている。第三に、現代中国社会および法治状況の観念に対する実証的経験上の研究が行われてきた。一九九〇年代以降、不定期的な刊行という形で民間法が出版されてきた。これらの研究は、法律は単に国家立法によるとする一種の実証主義法律観念を、事実上否定した。イデオロギーの力によって、また学術訓練の不足もあって、多くの学者がまだ慣習と名付けられた民間規範について緻密に分析する能力をもっていない。これらの規範を再び表現にもたらしたり、系統的にこれらの規範と国家法との間の実在的関係を論述することができない。しかし、これらの研究の成果は民間規範を法学の視野にとりいれたことにあり、さらに法律の概念を広げたことにある。そしてまた、彼らの仕事はこれらの規範の存在が大量的であり普遍的であること、そして伝統の中国においてある種の装飾ではなく人々の生活がそれに依存している実在的規範であったことを示した。

これらの転換に役立つのは社会学、人類学および歴史学の研究である。例えば、「潜規則」という本が存在する。

第二の転換はより重要かもしれない。たとえ現在に、ではなくとも、将来においては重要となるであろう。この転換は研究アプローチの転換であり、社会学、人類学の研究方法を借用し、社会科学のアプローチをとっている。これらの研究は民間の規則を規則の発展および運用の具体的次元におき、これらの規則の制度的機能を考察している。また、これらの研究は本質主義の視点から出発して、民間の規則、規範および形式の要求、あるいは規範への要求に符合しているか否かを抽象的に考察するというようなものではない。

一連の研究において私は以下の理論的アプローチを堅持している。比較的に理論化された表述および分析のひとつは、私の「語境論」という著書に最も典型的に表わされている。相対的に長期的な存在により当時、現地の人々に認可された一種の社会規範、法律制度に対して私は機能主義的な考察を試みた。一つの具体的法律制度および規則を考察する際に、まず善意的にこの制度および規則が適用される通常の社会問題を再構築することが要求される。次に、問題を再構築した後、研究者は関連する人の知的な素質、自然環境、社会生産力および科学技術の水準および資源など相対的に安定している要素を考察しなければならない。また、これらの要素によって一般的社会問題を解決できる制度と規則を選択する際に、基本的な制約をも考察しなければならない。ただし第三に、これらの構築された正当性を簡単に固定化すべきではなく、これらの正当性は歴史的な真実ではなくただ一つの構築にすぎないことをはっきり認識しなければならない。従って、それらの条件を考察すると同時に、他の制度および規則がより適切に善意的再構築という社会問題を解決できるか否かを観測すべきである。第四に、類似した方式によってある法律制度および規定に関連する現代の社会問題を考察しなければならない。そして、前述した法律制度および規定に合致しているその社会問題が依然として存在しているか否かを考察しなければならない。この法律制度および規定を支える諸社会条件は、この制度および規定を変更

させる重要な変化が存在しているかどうかを考察しなければならない。第五に、一人の責任感をもつ法律家は具体的な制度および規則の変化を提示し、かつ既に発生した、あるいは予期された社会条件の変化をもとに提案した新制度および規則の正当性を説明しなければならない。私は自ら多くの伝統中国および現代中国の研究においてこのような研究方法を堅持している。しかも、今日この機能主義の法律観を採用する中国の学者はますます増えてきている。

この第二方面の転換の意義は、ただ単に民間法の存在が見えてきたということにあるのではなく、またいくらかの民間法の歴史的語境および合理性を論証したことにあるのでもなく、あるいはこの論拠が有力かどうかによっていくらかの読者を獲得したことにあるわけでもない。最も重要なのは、この転換が、民間法が存在したということの社会意義および機能を理解する基本的考え方を提供したことにある。たとえこの考え方が具体的民間法の分析の展開に言及する際に問題をもかかえることがありうるにせよ、本質主義の法律の研究の仕方からは脱皮している。従って、これは国家法と民間法の関係の研究に対して新たな道を開拓したことになる。

三、民間法の発生原理

国家法、民間法に関する系列の具体的問題に対する研究を通じて、民間法の発生原理を一般的に概括することができる。その中で最も重要なのは、民間法が特定の次元において人々が直面している長期的な共同問題に対応するため、長期的社会生活の中で徐々に進化してきた地方制度にある。私は、「語境論」の中で中国伝統の婚姻制度の主な特徴にもとづき一定の分析を行った。私の分析は、中国伝統の婚姻制度の主な構成要素はたとえ今日からみれば種々の問題を抱え、現代法治の理念に符合しないものであるとしても、全般的に言えば当時の農業社会の中でその役割を果たしていた。

またこれは、農業社会における一般人の婚姻家庭関係における種々の中核問題を制度化によって解決し、かつ当時の歴史的次元において人類繁栄という重大な問題に効率的に回答していた、ということを示した。「復讐と法律」という文の中で、私はさらに社会進化の角度から民間における復讐制度の発生・発展・変化の歴史的必然性を考察した。私の基本的観点では、復讐は以前の国家社会の中においては社会の基本制度であり、人々が侵略の食い止めを有効とするために徐々に進化発生した制度でもあり、かつ社会生活を維持するために必須のものでもあった。この種々の変形およびそれに相応するイデオロギーは、コミュニティーにおける生活の進化の産物である。

この民間法発生原理の概括は、その他の方式によって表述することもできる。仮に、実証法の立場―実証法優先・優越の立場―から出発すれば、この命題は民間法が地域住民が正式な制度（法律）の不足に直面した時に自己創造した制度であるということができる。私は「秋菊の困惑と山杠爺の悲劇」という文の中でいち早くこの問題を研究した。中国の農村において不孝な嫁に対して侮辱的社会圧力や見せしめなどの地域社会制裁がなぜ採用されるのかということについて、私の分析は、伝統中国および現代中国の辺鄙な農村においては国家の正式な法律の実際上のコントロール、および強制力が不足しているということが非常に重要であると考えた。あるいは、民衆が国家の正式的法律により解決するためのコストは彼らがこれによって獲得出来る利益より大きい。従って、これらの問題は事実上、コミュニティーの中の自発的な規制を通じて解決することしかできず、国家はせいぜいイデオロギーの上において符合的な支持を与えるに過ぎないと考えた。現代中国において仮に国家の正式な法律制度が実際の制度上の回答を提供できないのであれば、たとえ現代法治および法治にかんするイデオロギーが公民の人権を保護することを主張したり民間法のある制裁措置に反対したとしても、民間法がコミュニティー生活の中で偶発的に発揮した役割を排除することまではできないと考える。――国家法および国家法のイデオロギーに対する違反。この点には、多くの意味が含まれているため次の節においても

言及する。

民間法発生の問題において、往々にして人々に注目されず、あるいは容易に度外視された点は、民間法の発生のモデルである。機能主義の研究の考え方は、往々にして民間法発生の必要性と可能性を指摘しているが、しかし、はたしてそれが如何にして発生進化してきたかについて回答することはできない。対決論および社会生物学の進化論の影響を受けたことにより、そして外国の研究成果を借用して、私は「復讐と法律」という文の中で、文字の方式によって復讐制度の歴史的進化の中に潜在しているロジックを示すことを試みた。これには、復讐に関連する種々の民間信条およびやり方が含まれている。例えば、「歯には歯を、目には目を」、「神による天罰」、「子孫への天罰」「禍根を徹底的に取り除く」および、中国春秋戦国時代の門人食客制度、侠客や刺客制度などがある。これらの分析は、制度の進化が制度間競争、淘汰の結果であること、および社会制度の社会的役割に導いたものであり、所謂抽象的道徳命題によって導かれた制度ではないことを表示している。それらの生存してきた抽象的道徳命題は往々にしてこれらに付着した制度が社会的な役割に潜在的に合致していることにより生き残っていったのである。

従って、私の民間法の発生原理の起点は法律社会学の機能主義であり、その発生の解説に関する基本ロジックは経済学、とりわけ制度経済学および法律経済学に由来するものであり、伝統の法律社会学的あるいは法律人類学的なものではない。

四．民間法と国家法の相互補助および連動

上節の中で国家法制度の供給不足が民間法の発生を誘発した、と述べた。この命題はおそらくは民間法・国家法問題

の研究において最も興味深いものとなる筈のものである。

この命題を換言すると、全体社会の秩序の問題を維持する際に、民間法と国家法の機能は相互補助的であり（実証的）、両者は共同して社会における紛争予防および解決のシステムを構築するのだ、ということになろう。仮にすべての社会において民間法があるとすれば（個人的認識ではあるが）、この問題は普遍的な現象となる。法条主義は唯一の法律の観点を堅持していなければ、この点は中国の現代法治建設に警鐘を鳴らす役割を有する。法治は重要ではあるが、しかし法治はイコール国家制定法による統治ではない。現代中国の法治において民間法にはひとつの適切な位置を示すべきであって、しかもその適切さは副次的なものにすぎない訳ではない。これは、法律社会学および法律人類学の研究成果の指針となろう。

この方向を指摘するだけでは充分でない。重要なのは、何が適切であり、何が両者の有効な相互補助関係位置なのかという点にある。この問題は伝統的法律社会学や法律人類学の研究によって回答することはできない。この問題は長い目で見て、社会実践的形成の社会共通認識によって確定するべきものである。しかし現代中国社会にとって、この点においては法学研究者にとってのさらなる啓発的学科あるいは研究領域は、制度経済学および法律経済学にあるのかもしれない。とりわけ、これをもって指導的経験上の研究とすることができる。これらの経験的、実証的研究を通じて、法律学者は具体的制度の効果、およびコスト・ベネフィットを分析することができ、個々の制度の効果の限界を確定することができる。少なくとも原則上、ある問題においては有効な代替制度を発見することができ、一つの社会に対して有効な制度の組み合わせを発見することができる。この方面の作業は原則からみればきりがない。例えば、私があるレポートの中で指摘しているように、仮に現在中国社会が膨大な農民に有効な社会保障を提供することができなければ、換言すると、この種のものの提供が相対的に家庭による提供ほど効率的なものでないならば、現在中国農村のコミュニティー

の環境の中で〝孝順〟という伝統的儒教のイデオロギーを強調しコミュニティーの圧力によって子女の父母に対する扶養を促進することは、現在中国農村の環境において、ひとつのより効率的な農村老人社会制度になるかもしれない。当然、二つの制度はあれかこれかの択一的なものではない。二つの制度は多くのミクロ制度の次元において依然として相互結合させることができる。例えば、老人医療保険制度においては国家が提供する基本的な制度保証によることができるが、他の面においてより多くのことは子女によって提供することができ、コミュニティーの圧力によって保証することができる。また例えば、セクシュアルハラスメントを防止するという問題についても、当然国家の立法によって婦女の権利を保護することができる。しかし、法の執行上の問題およびその他の権利均衡の問題が存在するゆえに、もしかするとよりよい措置は婦女の自己保護およびその他の社会圧力保証という民間規範を強調することの方にあるかも知れない。

しかし、いったん動態的視角からこの命題をみると、他の命題を導くことができる。国家法と民間法との間は連動的であり、あるいは連動的であるべきである。このような事態は現代中国の転換期においては明らかに現れてきており、大きな必要もある。社会の転換は社会構造の変化、国家と社会との間の境界の変化を意味しており、従って、必然的に国家法と民間法（社会規範）の実際に影響している境界を再び確定させる。かつ、再び確定させるべきであろう。例えば、中国都市の人口の増加とともに流動人口、社会の人々の疎遠程度が増加し、結果として犯罪率も明らかに増加している。多くの伝統コミュニティー、あるいは計画経済のもとにおける都市コミュニティー自身が内包する違法犯罪防止の機能が大きく衰弱化するに至った。場合によっては、完全にその効果を失っている。この現象は次のことを意味している。すなわち、全般の社会において民間法はこの面では実際に影響を及ぼしうる境界が収縮し、そこで国家法がその社会の違法犯罪をコントロールする力を増加させることを要求している。これには警察の力の増加、設備の改善、およ

び技術の手段などが含まれる。他方、他の面において市場経済の発展とともに、市場自身がある方面においてひとつの有効な社会的コントロール集団にもなっている。従って、計画経済という条件のもとでの行政措置および手段（国家法）による社会のコントロールは、制度の効率の角度からあるいはコスト・ベネフィットの角度からみれば弱体化させるべきだということになる。

上述の二つの命題は、さらに緻密な分析および把握をすることができ、場合によってこれをしなければならない。従って、多くの具体的に実在する変量に対してさらなる考察を行わなければならず、国家法あるいは民間法といった粗雑な概念分類にとどまるべきではないことになろう。しかも、私は著書の中で多くの複雑な変量を研究している。上述の問題に関連して重要かつ詳細に見極める価値があるのは、とりわけ現代中国社会において何が民間法であるかということだ。民間法は全社会において普遍的に認識された規則と考えられるが、この規則は国家法に一致する可能性もあれば、場合によって国家法に不一致、あるいは相反的なものになりつつあると考えられる場合もある。例えば、人殺しを行えば命で償う、この点においては国家法と民間法との原則は一致しているが、しかし死刑排除論を提唱する自由派の観点が増加するにつれて両者の不一致があらわれる。したがって、元来この点においては国家法と民間法は協力関係にあるか、それが一つの競争関係に変化するかもしれない。また、姦通は罪ではないという国家法の原則は現在ある地域の民間法と衝突しているといわねばならないがもしかすると将来において重複していく可能性があらわれるかもしれない。

民間法は地域的あるいはコミュニティー的ないし群体（社会集団）的であるかもしれない。例えば、前述の姦通の問題においては異なる地域、コミュニティー（都会地域、農村地域、異なる民族との間）、異なる群体（知識人、娯楽層、下層社会）の間で実際上異なる規則が示されている。猥褻な刊行物を見るという案件の事例においては、私はこの規範の衝突を指摘している。その上、仮に中国社会がより現代化すると、もしかしてコミュニティー次元の民間法は社会群

体における民間法に転換するかもしれない。例えば同性愛者に関する規範。

すべての変化の中におけるどの変化も、国家法、民間法の現在の局面を変える可能性がある。この変化は場合によって、一方が弱体化し一方が巨大化するというようなものではないかも知れない。場合によっては単なる異なる社会群体の間に規範の衝突およびこれらの群体の政治的力によって国家法が道徳的色彩を帯びることを回避させることによって、より中立あるいは消極的なものになるであろう。

国家法・民間法の連動に影響する要素は多く存在している。その中には、社会的なものもあり、例えば地方の経済発展水準、民衆の収入の水準、社会組織の構造、社会福祉の水準、対外の交際の程度などを挙げることができる。場合によっては、国家の正式な政治法律制度の要素も存在しており、例えば、司法組織構造、その他紛争解決の仕組み、基礎財政およびそれの異なる紛争解決の仕組みにおける分配、裁判官・弁護士の数、質、費用、法律援助、ならびに国家法を利用する費用とその他の仕組みを利用する費用、国家法使用の利便程度（交通および通信を含む）、使用者の収入水準など。さらに、社会文化的、民族的習慣、コミュニティーによる圧力および流行のイデオロギーなどの要素を含むこともありうる。すべてのこれらの要素は、個々の具体的事案において詳細に分析し、具体的に考察しなければならず、国家法・民間法という二元的枠組みの外に放り出すことはできない。これらの具体的な分析を行った後、はじめて適切に抽象化し、概括することができるのである。

五．国家法と民間法との対決の代理人

マクロ面から見ると、国家法と民間法とは相互補助的であり、且連動的であるが、国家法と民間法との連動は自動的

に発生するものではない。具体的にみると、ミクロの面においては国家法と民間法の連動は具体的な功労者を通じて行われてきた。従って、法学研究について言えば、この局面は国家法、民間法の局面の変化を考察理解するにあたって、より重要なレベルである。

この面において、私の三つのおもな研究は以下のような初歩的な結論を指摘している。

一．社会の転換により現代中国において、国家法・民間法の対決は普遍的なものとして頻繁に存在するだけではなく、既に浮上してきているのである。

二．国家法・民間法の対決に参加するものは、紛争の当事者だけではなく、ときには国家法を代表する紛争の解決者も含まれる。

三．国家法と民間法とが完全一致していない場合には、必然的にいくつかの紛争解決の可能策が導き出される。

四．これらの方策はすべての対決者に対して異なる潜在的利益およびコストを示す。

五．すべての対決者は、各方式において自己利益の最大化を追求する。

六．この自己利益の最大化の過程は国家法と民間法が紛争解決の全過程に混じり込んでいくということを導く。紛争の結果は往々にして、境界において同時に国家法および民間法を再構築するわけである。

七．この再構築は個々の事案からすれば中国の理想の法治設計に不利なものになるかもしれないが、全体的に言えば中国法治形成に必然的なものである。現代法治の立場からみれば、これは現代法治が民間に浸透する基本形式と最も有効な形式であり、その中には制度創造の可能性も潜在的に存在している。

上述の中、本当の発見と言えるのは、紛争解決者のこの解決における役割である。今までの法学研究は、一般に紛争解決者を仮定し、とりわけ裁判官にかんして言えば、単に中立的な立場にいるというだけではなく、国家法を厳格的に

執行するものであり、国家法の代理人であると見てきたと言えよう。私の研究では、少なくとも中国基礎社会においては、種々の原因により名義上、国家法代理人である裁判官およびその他の紛争解決者も国家法・民間法対決における積極的参加者である。彼らは特定の具体的次元の種々の社会的制約をうけており、種々の個人利益を追求することを目的に各種の策略をもって民間法に妥協するだけではなく、自ら民間法を用いて、国家法の実現をはかろうとしている。従って、国家法と民間法の対決は、常に一方の他方に対する対決ではなく、他方の一方に対する対決でもある。私の研究は、この特徴が中国社会転換が直面する種々の現実、制約からもたらされたものであることを発見した。司法制度のレベルからみれば、これは基礎裁判官の利用できる資源、および実用主義の追求に密接な関係を持っている。これらの基本的制約が長期的に存在しているために現代中国において国家法と民間法が多元的に対決するという状況は長期的に存在するであろう。

六．国家法・民間法共存状態に対する再反省

実際には、相互補助であれ、連動であれ、対決であれ、さらに言えばこの三者の相乗であれ、その一つの観点から国家法と民間法との共存の各種の形態を概括することができない。この三つの語彙は、それぞれある程度において国家法と民間法との区別を強調している。相互補充は各自の領域、あるいは各自の制度の効果を強調している。連動は各自の領域が変動的であり、一方が弱体化し、一方が巨大化することを強調している。対決は相互の競争関係を強調している。しかし、両者がある領域において完全に重複する可能性も存在している。〝人を殺せば命をもって償い、借金すれば返還しなければならない〟。これは中国社会において、さらに言えばすべての社会においても民間法が長期的に存在して

おり、各種民間制裁の仕組み（家庭、家族、社会世論、自力救済、極道の社会）の支持と強制執行を獲得している。しかし、たとえある国家が〝人を殺せば命をもって償い〟という原則に修正を加えたとしても、現代社会の中の国家法は実質的にこの二つを遵守している。従って、少なくともこの二つの原則が及ぶ一部の問題において実質上国家法と民間法は重なるのである。この重複は社会における国家法と民間法の社会規範としての力を強化しており、当然のこととして、〝自然法〟に近い存在になっている。

たとえ両者が重複しても、場合によっては相互補強を意味しないことがある。〝人を殺せば命で償う〟（民間法）と、〝死刑排除、人権保障〟（一部の国家の実定法）との衝突を考えてみよう。両者のおのおのが自己の独占権の主張を図ろうとする場合には、両者の衝突が生じる。かつ、国家法は国家機関による強制力および現代法治、法制統一といったようなイデオロギーの支持を有している故に、実際には国家法が徐々に民間法が発揮できる役割の空間を圧縮してきた。しかし、たとえ国家法がこの領域における司法制度の運用において独占的なものとして形成されたとしても、民間法の役割が実際に発揮できる空間を圧縮したにすぎず、民間法を完全に消滅させることは不可能である。民間法は、民間の法律意識、換言すれば反法治の意識または法盲の力として、依然その役割を有している。国家法は、〝殺人〟に対処する際に、これらの民間法を堅守する〝法盲〟に対処すべきことが迫られる。また、いったん国家法が一定の方式において力量不足が表出した際には、民間法は反撃を発動し、局部の勝利（国家法の改訂）を収めることがある。場合によって、徹底的な勝利を収めることもある（自身を国家法に変身させる）。

一定の状況のもとでは、国家法は政治的法治的なイデオロギーの面において、天下を統一したと宣言することができる。しかし、実践において国家法は〝眼大腹小〟といわれるように、民間法が独占している領地において横断する際に片目をつむったり、場合によって制度上から黙認することもある。〝訴えずは受理せず〟はその典型的な制度措置である。

しかし、これも国家法が制度的に自分の管轄地を選別し、自分の権力の境界を画定し、効率的に自己の政治的法律資源を利用させる措置である。

仮にこのように国家法と民間法との関係を考察すれば、我々はおおよそ次の結論に至る。

第一に、民間法は普遍的であり、国家法は往々にして後から取入れられるものである。

第二に、この意義において、かつ法治主義の角度ではなく社会角度からみれば、民間法は国家法より社会の秩序および有効の治理により重要である。たとえ民間法が国家法ほど有効ではないとしても。

第三に、各管轄を有していることを除いて、多くの領域においては国家法、民間法が共同に管理されている。

第四に、共同管理の方式は二種類の物理的制裁力の総合支持であることが可能であり、場合によっては二種類のイデオロギーの相互の支持になりうる。場合によっては一種類の制裁力と、もう一種類との総合支持にもなりうる。

第五に、共同管理の方式は往々にして国家法の原則と民間法の細部による支持による。

第六に、民間法と国家法は完全に融合することがありうる。その場合、形式上の民間法は消去されたと観ることができる。

第七に、民間法と国家法との共存状態はそれぞれの次元における物理条件および社会条件の影響を受けており、従って、ひとつの固定化した理想状態などといったものは存在しえない。

第八に、すべての国家の国家法はいくつかの制度化されたものと、さらに多くの制度化されていないものの実定的かつ手続的な仕組みをもっている。国家法の自己効率（合法性を含む）の追求をすることによって、無意識のうちに自己の境界を画定することに至る。

これらのすべての結論は、たとえアプローチが異なるとしても、事実上近年アメリカにおいて関連する社会規範の研

究の結論と一致している。

七．国家法・民間法研究の影響と問題

国家法・民間法研究の学術意義は、現代中国において十分な認識を得ることができておらず、さらに有力に推進する研究を得ていない。その主な原因には、次のようなものがある。国家法の実現により法治が実現されるという迷信、民間法の具体的実証研究自体の欠如、法学界における社会科学方法と思考の欠乏、学界知識の老化、〝コストの沈着〟、学術批評と競争の不足などである。

しかし、国家法・民間法の研究は実質上、法学理論の研究領域をすでに大きく開拓してきた。これは、一九八〇年から一九九〇年代の中国主流の研究の基礎を覆しており、法学交差学科、とりわけ社会科学の要求に対して、法学研究が眼を向けるべきことを求めており、法学と経済学、社会学、人類学の研究成果をつなぎ始めた。新世代の法律学者はとりわけ理論法学界において、より多くの社会科学的、実証的かつ経験的研究を追求し始めた。今後一〇年以内に、中国の法学研究は理論レベルにおいてより大きな転換を迎えることを期待しうる。

ここで強調しなければならないのは、たとえ現代中国の民間法研究が過去一〇年において大きな進展を成し遂げたとしても、それ自身の存在は全く不十分なものにすぎないため、その影響力は不足しているということである。

第一に、多くのこの種の研究には、空虚な理論概念と一般的資料収集が多すぎ、しっかりした実証研究と緻密な分析が欠けている。ある程度において、民間法の研究は一種のイデオロギーの宣伝になり、またはなりえている。しかし、学術には転化していない。従って、そのようなものにはあまり多くの学術の推進力はない。

第二に、現代社会科学の理論の指導性が欠乏しており、多くの研究者は数十年前の慣習法或いは〝生ける法〟の理論に依拠しており、理論上の概括および昇華は存在していない。

第三に、民間法の研究への注目は、往々にしてその中の実定的規則に対する興味に限定されており、反面、その構成の規則、秩序性規則、および救済規則について関心をむけておらず、研究はなされていない。

第四に、現代法治イデオロギーは依然として強烈に存在しており、国家法は依然として疑いもなくその正当性を有している。対民間法の承認は往々にして一種の如何ともしがたい承認として、一種の妥協とみなされている。民間法の制度としての正当性が確立されておらず、その社会に対する機能および制度創造の機能はほとんど新たに理解されず、推進されていない。

（三）中国における先例システム確立の意義と段取り

――比較法的視座から

張　駪＊
（坂口　一成　訳）

一　名を正す（序に代えて）

中国共産党の一六回全国代表大会の報告は次のように指摘する。すなわち、「社会主義的司法制度は社会全体における公平と正義の実現を保障しなければならない。公正な司法および厳格な法執行の要求に照らし、司法機関の機構配置、権限分配および管理制度を調整し、さらに権限と責任の明確化、相互協力、相互制約、パフォーマンスの高い司法システムをさらに健全化する。裁判機関と検察機関が法により独立して公正に裁判権と検察権を行使することを制度的に保証しなければならない」、と。

先例システムは、裁判機関と検察機関が法により独立して公正に裁判権と検察権を行使することを保証する重要な制度である。それは裁判所の判決を土台として形成され、一定の法的効力および内部的つながりを持つ非公式の法源体系

である。筆者が本稿で論じる先例システムと、筆者が以前の論稿で提起した中国は判例法を採用すべきとする基本的観点および考え方は一致している。ただ、「先例システム」（precedent system）という表現が「判例法」（case law）という表現よりもいっそう適切であり、また先例システムはテクニカルタームとして、判例法よりも中国の法治建設のコンテキストにより適しているにすぎない。その具体的理由は次の四点である。①先例システムは判例法よりも具体的である。②判例法が歴史的にコモン・ローの伝統と密接不可分につながっているのに対し、先例システムはおよそ発達した法体系であれば有する重要な構成要素であり[1]、何らかの特別な法的伝統に依存するものではない。③「先例システム」はそれに対する政治的または学問的な不必要な猜疑心を減らすことができる。④「先例システム」であれば、実際の運用はより容易になる。

また私見では、「案例」という表現は「判例法」よりも適切ではない。具体的理由は次の四点である。①ある事柄、ある現象またはある行動に関する人々の表現ないしは呼び方は、それらの命名（naming）または限界づけ（delimitation）であり、人々の具体的実践と密接につながっており、人々の行動の方向性を示している[2]。②「案例」、「判例（法）」、「先例システム」は人々の社会活動の産物であり、それらが指し示すことは同一の現象である。すなわち、人々が司法活動に従事した産物（および行為）であり、異なる表現は、こうした活動に対する人々の異なる態度および行動の方向性を示すため、重要である。③案例の意味、性質および機能についての人々の理解は、すでにかなり固定化されている。案例とは、裁判所が事件を審理した後の範例であり、主には法を理解する補助的方法として法学教育および法学研究の領域で用いられている。もちろん、実務においても指導・啓発作用を発揮しているが、案例自体は法源ではなく、何ら法的効力を有さない。「案例」という表現を主張する学者も、実際はこのような意味で用いている[3]。④中国の法治建設のさらなる展開に伴い、現在、これまでの案例とは異なる先例システムの構築が差し迫って必要となっている。それは一

定の法的効力および内部的つながりを持つ非公式の法源であり、実務においては重要な積極的役割を果たし得る。

本稿は中国が先例システムを採用する必要性、直面している難題およびその解決方法を検討すると同時に、張氏が「〝判例法〟質疑」で提起した問題について私見を述べる。[4] 読者諸氏のご教示を賜れば幸甚である。

二　先例システムの必要性、機能、性質および中国特有の重要性

（一）先例システムと制定法の関係から見る先例システムの必要性

張氏によると、「判例法の誕生は法制度の不十分さと皇権と密接な関係がある」、「法制度の絶え間ない整備および民主主義制度の発展に伴い、判例法の地位も次第に低下する」。[5] こうした見解は歴史の発展の実際とは合致しないと思われる。司法先例または判例法はコモン・ロー系の主な法源（primary source）だけではなく、多くの中国の学者が制定法（成文法）国家であると考えている市民法系にも大量に見られる。[6] EC、EUの成立に伴い、ルクセンブルクに置かれたヨーロッパ裁判所の判例は、EU諸国の重要な法源となっている。

先例システムがあらゆる発達した法体系に普遍的に存在する理由は、一国の法体系におけるその必要性にある。まず先例システムの必要性について逐一議論していこう。以下で論じる先例システムの必要性は、主にそれと制定法との比較であり、とりわけ市民法系、いわゆる成文法国家の背景における比較である。

一　先例システムによる制定法の補充

市民法系において、先例システムは法典ないしは制定法の欠缺を補填するために用いられる。ラテン語でいう、先例

システム（原作者のいう customary law は判例法を意味する。以下同じ――筆者）は *praeter legem*（beyond the statute）であり、先例法は制定法を補充する。[7]

なぜ先例システムで制定法を補充する必要性があるのか？先例システムはどのようにして制定法を補充しうるのか？私見では、先例システムにより制定法を補充することは、法により事を行うことを追求するあらゆる社会においては必然的なことである。法の欠缺は不可避であり、もし法に依拠しなければならないとすれば、裁判所または裁判官が法の精神、原則に基づき形成した司法先例により事件を審理しなければならないからである。アメリカの法学者ルウェリン（Llewellyn）はこの点を具体的に分析しており、彼によると、立法機関が指示していない部分（またはそうした指示が変化した情勢および情勢の変化により生じた衝突によりひっくり返されたとき）に、ある種の先例システムが登場する。これは次のような理由による。まず、裁判官の裁判業務は効率を追求しなければならず、ハードケースの裁判は非常に困難なことであるが、従前の判決に従えば、仕事はとても楽になる。また、叡智にあふれる裁判官は人々から尊敬され、その判決は他の裁判官に必然的に影響力を及ぼし、他の裁判官たちは類似の事件に遭遇した際に同様の判決を出すべきと考えるであろう。[8] 例えば、アメリカの著名な裁判官カードーゾの判決は非常に影響力があった。

張氏によると、「真の法の欠缺は立法者に端を発する。つまり、真の法の欠缺は裁判官ではなく法にあり、裁判官は法治の原則の下では既存の法原則・内容を突破することはできない。まさに判例が現行法の内容・原則を変えることができないことはまた、判例が法の真の欠缺を補填できないことを決定する」。しかし、問題は次の点にある。第一に、「真の法の欠缺」と一般的な法の欠缺は何が異なるか？第二に、どのような法体系であれ、欠缺はある。これは争いようのない事実である。第三に、裁判官は既存の法原則を破ることはできないが、既存の法規定を破ることはできる（詳しくは後述。犯罪と刑罰については例外であろう）。これも事実である。例えば、賈国宇が北京国際スプレー剤有限会社、

龍口市厨房設備工場、春海レストランに損害賠償を求めた事件において、北京市海淀区人民裁判所は原告が主張したが、被告は法的根拠がないとした精神的損害賠償の請求について、制定法に製造物の欠陥による精神的損害賠償を認める規定がないにもかかわらず、被告に対して精神的損害賠償の支払いを命じ[9]、もって法の欠缺を補い、法の価値――正義を実現した。第四に、裁判官は法の原則の指導の下で、先例により新しい法規範を定立することにより制定法の欠缺を補填することができ、またそうすべきである。先述の事案の場合は、先例により、その他の地方で製造物の欠陥のため精神的損害を受けた当事者が精神的損害賠償を得られるよう裁判官を導くことができる。第五に、司法の先例により制定法を補充することは、やむを得ない事情であるのみならず、積極的な法発展の形態となり得る。対外経済貿易大学法学院の梅夏英助教授によると、現在、旧来の民法典は概念法学上の総攬的地位を失い、立法はさらに細かく分化したため、判例が新しい法を生み出すソースとなり得る[10]。判例が新しい法源であることはフランス、ドイツではすでに事実であり[11]、これは中国でも正しく、また必然的な選択肢である。先例システムにより制定法を補充することの正当性は、先例システムの第二の必要性と密接に関連している。

二　先例システムによる正義の実現

正義の実現における先例システムの必要性は次の二点である。まず、先例システムは連綿と具体的事案において抽象的規範を具体的に適用することを通じて、正義を実際生活において具体的に実現させる。類似の事案に同様の判決を下すことは、正義実現の基本原則である[12]。他方、抽象的な法規範と具体的な生活の間には、根本的な衝突が存在する。というのは、制定法は生来的に抽象的・概括的であるため、それはある種の活動の余地を必然的に伴い、ここに裁判官が正義を理解し、当事者が正義を感じるための障壁が生まれるからである。制定法の単純な適用により、一方において

は裁判官が法の内容を含む生活素材――先例の拠り所を喪失し、他方においては、この正義実現の基本原則が感じられなくなっている。判決結果に対し、当事者は自然に、どうして判決はああではなく、こうなんだ、という疑問を持つことになろう。関連する具体的事案との比較がなければ、当事者は制定法に表された正義を理解しがたい。先例システムは連綿と具体的事案において抽象的規範を具体的に適用することを通じてこうした衝突を解決し、よって正義を実際の生活中に具体的に実現させる。

上述の裁判官による制定法の単純適用の問題は、かなりの程度において仮定にすぎず、実際の生活においては普遍的な現象ではない。というのは、裁判所と裁判官は常日頃、事案を審理する際には実際には判例（ないしは案例と呼ばれるもの）を用いているからである。一九七九年に全国人大が「七法一条例」を公布・施行してから今日に至るまで、中国の各級人民裁判所は様々なランク、名称の「案例集」の編纂に取り組み、また実際に使用してきた。このことは別の側面から先例システムの重要性を示していよう。この点については、これは「案例集」ではないか、なぜ無理矢理「先例システム」に結びつけるのだ、という疑問を持つ読者がいるかも知れない。これは「名を正す」ためであり、実際に先例の役割を果たし、決して「啓発」にとどまらない案例[13]を、名実合致するように先例として裁判業務の重要な地位に位置づけ、「名」と「実」を合致させるためである。他方では、当事者間の公平のために、彼らに裁判官が事案を審理する際の実際の拠り所を知らしめ、正義を感得させ、司法裁判を「目に見える正義」にするためである。この点については後に詳述する。

次に、先例システムは制定法の規定を変えることにより正義を実現する。[14] 別のラテン語の格言を用いれば、先例システムは *contra legem* (against the statute)。これは、制定法が公正さを著しく欠く場合に作用する。先例システムは裁判官が法を適用した結果にすぎないかもしれないが、今日では、反対に法律を廃止している。このことはロジックに合

わず、また違法ではないのか？ここで、一部の民族における法を表す文字を考察すれば、先例システムが制定法を廃止・修正することは、ロジックに合わず、違法である、というわけではないどころか、逆に条理に合致することであることが分かる。[15] ヨーロッパとアジアの人口がわりあい多い民族のうち、中国語と英語を除き、いずれも二つの言葉を用いて、それぞれ「法自体」と「制定法」を表している。

	法自体(law as such)	制定法(enacted law)
ラテン語	ius	lex
スペイン語	derecho	ley
イタリア語	diritto	legge
フランス語	droit	loi
ドイツ語	Recht	Gesetz
トルコ語	hukuk	kanun

二列目の法のほとんどは同時に正義、正しい、正当、権利の意味もあり、一般的な法にあたり、三列目のほとんどは特に具体的な制定法を指す。この理解によると、司法機関が下した、正義と正当の理念に合致する司法決定も法であり、法自体の表れである。そのため、不公正な制定法条文を変える資格があるのだ。[16]

張氏によると、「法に至高の権威があるか否かは、法治の真偽を測る基本的なバロメーターである。……法治原則においては、判例の拠り所が法律に反することは許されず、法律規定と一致していなければならない（もちろん、依拠し得る相応の条項がない場合には、少なくとも適用する法律の原則および基本的精神と一致すべきである）」。ここには次のような問題がある。第一に、「法に至高の権威があるか否か」により法治の真偽を測定することは、一定のコンテキストないしは条件を前提とする。法治社会において法の至高の権威は政治権力に対して、あるいは（まさに）立法権に対してである。[17] 第二に、法治社会において、法律条文は絶対至高のものではなく、法律の上にはさらに公正や人類の尊厳があり、法律条文に揺るがしようのない権威があるとする見解は、基本的に一九四〇年代の第二次世界大戦前の法実証主義の観点である。第二次世界大戦後、人々はもはや、制定法条文自体がそれ自体の正当性（justification）、

正統性（legitimacy）を形成することのできる唯一の根拠であるとは信じなくなった。第三に、法治原則は裁判官が法の価値、原則、精神に基づき不公正な法律条文の効力を制限し、さらには事実上廃止し、または法律上その無効を宣言することを排斥しないばかりか、このことはまさに現代の法治と憲政の基本的要求のひとつでもある。これは公正に対する法治のリアクションであり、法治社会にあっては当然のことである。第四に、さらに進んでいえば、昔プラトンが述べた「法律は杓子定規な医者のようだ、病状が異なる病人に同じ処方箋を出す」というのと同様に、制定法には不十分さ、抽象的、不確定的などの欠点があり、もし公正などの法の価値、また法体系内部の制約を受ける先例システムの補助を認めなければ、権力、金銭または個人の恣意に左右されることになる。第五に、張論文を通観すると、氏は実際には制定法と法を同一視していることが分かる。氏のように法を単に制定法と位置づける観点は、基礎理論から見て、法を国家意思を表す立法機関の産物と見ていることになる。こうした見解は現在の法治の発展のニーズおよび法の発展の実際に合致しなくなっている。我々は法の概念を改めて理解し直すべきである。先例システムもその実、一種の法である。我々は既存の法の定義に縛られるべきではない。既存の内容が事物の外延を決めるのではない。その実、事物の外延が事物の内容を決めるのである。[18]「家庭」についての人々の限界づけが、実際には家庭の実際上の外延の発展に伴い発展してきたのと同様に。

三　具体性と柔軟性による制定法の適用の促進

制定法、法典法は先例システムによる連続的な適用の繰り返しの過程において、柔軟性を獲得するため、[19]先例システムは具体的・柔軟な制定法の適用の一助となる。具体的には、まず、司法機関は抽象的な法規範と具体的事案の主な「調停人」である。[20]裁判所は一般共同体の法の理解を公平に反映するであろうとする推論を基礎として、先例を宣言

する。裁判所は特定の実際の事実を基礎とし、具体的な問題を眼前に置き審理を進め、原告と被告の双方が存在し、一定の訴訟手続がある。これらの要素により、裁判所は具体的、全面的に判決を下すことができる。しかし、制定法の定立の責を負う立法者は異なる。立法者は関連する状況の細部を考慮する必要はない。なぜなら、彼らの仕事は完全かつ抽象的な規範の定立だからである。[21] 次に、先例は「先例拘束力の原則」（*stare decisis*）により覆され得る。しかも、先例中の判決理由（*ratio decidendi*）は、決して特定の用語に限定されているわけではない。[22] このことはまた、それに制定法にはない一定の柔軟性を与えている。

張氏によると、判例には法を「展釈」する作用があり、「法が字、単語であるならば、判例は辞典である」。氏によると、判例に法を「展釈」する作用があったとしても、判例を法源に昇格させる必要はない。ここでは次の点が問題となろう。まず、もし筆者が張氏であれば、私ならば「展釈」というタームで判例の法に対する作用を表さないだろう。なぜなら、「展」という字は、「展開」と解し得るのみならず、「発展」とも解し得、判例が法律を「発展」させることが氏の本意に適っていないことは明らかだからである。これは逆に私の見解である。次に、制定法と判例の関係を比喩的に喩えるならば、字と辞典の比喩は必ずしも適切ではない。というのは、通常、辞典における字の解釈は固定されているからである（とはいえ発展がないわけではない）。次のような比喩はどうであろうか。すなわち、制定法は映画の台本であり、先例システムは撮影した映画である、と。映画が台本に生命を吹き込むのと同様に、制定法は判例（ここでは先例システムともいってもよい）により活き活きとした生命力を得る。同時に、監督が台本を再創造するのと同様に、裁判官が制定法に依拠して事案を審理することには、制定法に対する裁判官による実質的な再創造を含み、判例は制定法の発展および豊富化である。実際、制定法は先例システムに支えられて発展し、豊かになっている。日本では、判例システムは法解釈の統一という面で非常に重要な役割を果たしている。[23] ドイツのザウアー（Sauer）教授によると、法

は法規範およびその適用を同時に含む全体から見なければならない。このことは、規範の意味は新たな適用により絶え間なく変化しており、ひとつの総体としての法体系およびその構成要素は「開かれており」、動態的で、しかも新しい要素を吸収できる――簡単に言えば、「法の適用が法を生み出している」[24]ことを意味している。

先例システムは制定法に対して事実上の重要な役割を果たしているため、それを法源のひとつ、非公式の法源としなければ、その役割を十分に発揮させることができず、また生じうる司法先例の濫用を防ぐことができない。

四　法の確定性の増加

張氏によると、「法決定論の魅力は、知っていることを前提として、論理的推論により正しい結論を導出することにあり、判例にとっては、それは片方の手で法律を引き寄せ、もう片方の手で事件事実を引き寄せている」[25]。こうした指摘は人々を鼓舞する。というのは、もし知っていることを前提にするならば、またもし論理的推論により正しい結論を得ることができるのであれば、多くの面倒や「えん罪・でっち上げ・誤判」を避けることができるからである。

しかし、現実は無情で、法は不安定である。俗に、「大きな帽子、両脇には翼があり、原告を食べた後に被告を食べ、原告と被告をしゃぶり尽くした後に法律が不健全とのたまう」という。これが反映しているのは、もちろん一時期の司法腐敗がもたらした、一部の裁判官が法律の不健全を理由として法によらないで裁判をしていた状況であるが、問題はそれほど単純ではない。この俗諺をきっかけとして、筆者には次の二点の疑問が生じた。ひとつは、司法が腐敗し、法律が不健全である場合に、例えば先例システムなどの法的措置を講じることにより、司法裁判を次第に「上向き」にさせることができるのか、それとも大なたを振るって制度改革をしなければ、裁判官たちは厳格に法に従って事を行わないのか、という疑問である。もうひとつは、司法腐敗が根治され、法律が健全化したと仮定した場合、司法裁判の前提

は常に既知のものであればよいのか、または立法は心がこもった「サプライヤー」のように、社会生活および司法裁判にそれらが必要とする立法製品をいつでも提供でき、また社会生活と司法裁判も忍耐強い顧客のように、「お店」の立法のあらゆる遅延やミスを我慢できるのであろうか、という疑問である。もし社会生活がそうではなければ、司法機関は法の精神、原則および一定の法規範により形成した司法先例により紛争を解決することが許されるのか？

私見では、法自体に不確定性があり、「法律の不確定性は法律自体と同じだけ昔からある」[26]。制定法はその抽象性と一般性のために、より大きな不確定性を持つ。法の不確定性は除去できないが、減少させることはできる。一定のルールにより組み合わされた先例システムまたは判例法は、法制度内部で連続性、一貫性および秩序を形成し、相互に衝突する判決を避け、または減らすことにより[27]、法の不確定性を減少させ、確定性を増加させる。後に先例システムの二つの機能を論じる際に、上の俗諺に関連する二つの疑問について答えたい。

五　事件数の合理的減少

多くの国の裁判所は訴訟事件の過剰、重い業務負担に苦しんでいる。中国も同様である。司法先例システムは事件数を合理的に減少させる効果的な方法である。なぜなら先例システムの先例は公表しなければならず、これにより当事者は裁判所が類似の事案を審理した際の判決理由を知ることができ[28]、もって自己の事案に上訴の根拠があるかどうかを知ることができ、「金を払って苦労を買う」という無駄な訴訟をできるだけ回避することができる。これはまさにわが国の鄭州市中原区人民裁判所が「先例判決」制度を実施したことの積極的効果のひとつであった[29]。先例システムにより事件数を減少させることにより、別の側面から司法業務の効率を向上させる。

（二）先例システムの機能

一　先例システムは法体系の中で重要な機能を担う構成要素である

先例システムの必要性はその機能と直接的に関係している。換言すると、中国がある種の先例システムを採用する要因は、発達した法体系に内在する品質にある。先例システムは発達した法体系において重要な機能を持っている。わが国の実務家・法学研究者においては、一九七九年以降に法体系の調和的発展の問題が一大争点となり、その後もこの問題は一貫して注視されている。しかし、かつて注目された重点は、実定法を土台とした法体系であり、立法を中心とした実定法からなる。我々は実定法さえ整えば、法体系は健全であり、完成すると考えていた。結果としては、多くの人を困惑させる法現象が生じた。一方では、立法機関は立法に追われ、また絶え間なく法令を制定して悦に浸り、他方では、社会生活の多くの領域には依然として「依るべき法がない」状況が存在している。その実、法体系の発展は、実定法が揃っているかだけではなく、相互に関連・作用し、調整し合う機能要素からなる有機的総体が不可欠である。[30] 一国の法体系の機能要素の整備と相互調整は、一国の法治の発展により重要な意味を持つ。先例システムはまさにこの意味において法体系の不可欠な機能要素である。

先例システムが不可欠な機能要素である理由は、司法機能に内在する裁判官の自由裁量権と直接的に関係している。フランスの法学者ジェニイ（Gény）によると、裁判官は法創造に参加するだけではなく、さらには既存の法律を発展させる。というのは、裁判官は法律により裁判するが、裁判官が裁判において適切な既存の法律を探し出せないときは、彼らはやむを得なく立法者のように法を創造するからである。[31] ここで、このことを裁判官が法律を適用・発展させる二重機能と呼ぶのはどうだろうか。このようにすれば、大陸法系と自己同定する多くの中国の実務家にも受け入れられやすいであろう――ジェニイはまさに本場の大陸法系の法学者である。裁判官、特に（最）高等裁判所の裁判官は、法

適用の過程で裁判官の自由裁量権を活用して実質的に法創造に参加している。このことは争いのない事実である。

しかし、どのようにすれば、裁判官の手足を縛らないだけではなく、また裁判官の自由裁量権の濫用を防止できるのだろうか。これはまた先述の俗諺の後に提起した二つの疑問（どのようにして裁判官が法により事を行うよう拘束するかだけではなく、裁判官の主観的能動性・積極性を発揮させるか）でもある。司法先例システムは法体系の変化過程において必然的に登場するこうした二重の機能をあわせ持つ法制度なのである。

二　先例システムによる裁判官の権限の制限

先例システムの第一の機能、またその主な機能は、裁判官の権限を拡大することではなく、制限することである。裁判官の権限は次の二点において先例システムの制約を受ける。まず、類似の事案を同様に処理するという制度的要求により、裁判所は先例のルールおよび推論の制約を受けなければならない。裁判官は自分勝手に先例のルールと推論から離れた裁判をしてはならず、裁判官が理由なく先例から乖離した裁判を行えば、弁護士、当事者、上級裁判所からの疑問・制約に晒されることになる。次に、裁判所は眼前の裁判を行う際に、将来の承諾を仔細に限界づけるという制約がある。というのは、先例システムの特徴は、特定の事案で用いた理由が、ある程度においてその後の事案を拘束するという承諾でもあるという点にある。推論をしたならば公表しなければならず、公表されれば弁護士が立証に際して引用したりする。裁判官が類似の事案は同様に処理する義務を意識した場合、こうした事案を比較すれば、裁判所は各事案を処理し、判決理由を書くときに非常に慎重になる。(32)

一七世紀のドイツは政治システム上は独裁支配であったが、相対的に独立した裁判所体系はすでに発展してきており、また社会も必要としていた。裁判所の独立と裁判所の専権の矛盾を解決するために、一六五四年に、判決に関与した裁

判官はすべて、必ず投票の理由、根拠および動機を公式記録に記載しなければならないという規定を設けた。その主な理由は、ベールに覆われた裁判所に対する特別な不信感にある。その目的は裁判官を統一的に管理する（syndicating）手段の提供であり、投票について不正・腐敗の疑いが向けられたときには、その記録にある理由は「事後監督」の牽制手段となる。(33)

裁判官の専断の防止に類似した考え方により、アメリカの国父たちは先例による裁判官の権限の制約を提案した。新大陸で自由、民主主義、法治の憲政国家を樹立するために、彼らは司法機関が立法機関、行政機関を監督・牽制し、その違憲の活動を防止する司法審査権を提案したのであった。しかしながら、彼らは司法官が聖人君子ではないことをよく知っていたため、それと平行して、厳格なルールと先例により裁判所を拘束することによって、司法専断を防止しようと提案したのであった。(34) アメリカの百年以上の法律史において、司法腐敗が社会問題とはならず、特に連邦裁判官の腐敗の事例が多くないことには、もちろん多くの理由があるが、先例システムが裁判官の権限を拘束し、司法専断を防止する上で重要な役割を果たしたことはいうまでもなかろう。

三　法律の改善・発展の面で裁判官を解放する先例システムの役割

先例システムは社会が裁判官に与えた道具であり、それは裁判官の隊伍に埋蔵されている法律を改善・発展させる貴重なエネルギーを発揮させるものである。裁判官は先例システムにより、法の欠缺の補填、制定法の誤りの是正、制定法の充実、および制定法の確定性の増加をめぐる自己の経験および決定を固定化するとともに、それを絶え間なく発展・改善させていく。

ジェニイによると、裁判所は何のためらいもなく形式的ルールに依拠することはできず、裁判官が妥当な判決を探し

出すときにそのテクニックを運用することを期待している。これはフランス民法典四条により裁判官が拒絶できない任務である。[35] この民法典の起草作業を率いた法学者ポルタリスは、起草当初にこの状況を予見していた。すなわち、人は時間の動きを縛ることはできず、立法者の予見には限りがあるが、自然は逆に無限にあらゆる関係者に影響を与え続ける。判例法の役割は裁判官による法創造、法典の回避、制限、拡張を助けることにある。[36]

フランスでは、先例を通じた司法機関の解放は、実質的には——風刺の意味を込めて——結果である。司法権の制限を趣旨とする原則が、反対にその拡大に用いられている。フランス革命の最も重要な遺産は、裁判官が立法権を持ち得ないという信念である。裁判官は意味が不明瞭な判決書の風格により、こうした信念に対する忠誠および裁判官立法の放棄を表している。[37] しかし、こうした語り尽くせぬ風格が、逆に裁判官たちを事実上、より自由にしているのである。ここでのねじれは、革命後の政治的局面および政治情勢が、裁判官に立法機関の指揮に絶対的に服従し、その矩を超えないように求める一方で、社会および法律の発展が、裁判官に自己の能動性を発揮し、社会および法律の発展に内在するニーズに自主的に応え、立法機関の仕事の穴を埋めるよう要求する、という点にある。こうした状況の下で、裁判官は意味不明な判決書により政治的境界線を墨守し、職務履行の過程において、政治的抗争を生まない曖昧な判決により、実質的に先例システムを形成し、もって自己の業務を完成し、自己の陣営を再建しているのである。これは主には政戦上の陰謀ではなく、むしろ法の変化における必然である。

（三）先例システムの性質と目的

一　市民法系の先例システムの性質に関する様々な応答

先例システムの性質は重要な問題といえよう。しかしながら、市民法系の学者はこの点についてコンセンサスに達し

ていないどころか、その見解は大きく異なっている。それは次の四説に概括することができる。①先例システムは法源であり、[38]一種の「非公式の法源」、[39]あるいは「補助的な法源」[40]である。②先例システムは別形式の慣習法であり、最近創造された慣習法である。[41]③先例システムは人民が正義に基づき行った創造である。先例システムを慣習法とすることに同意せず、人民の自治により黙示的に創造されたものと考える者もいる。裁判所が類似の事案に類似の判決を下すことは、正義の要求である。裁判所が裁判するとともに、国家の力を紛争解決に適用する権限自体が、関係する学説の作者の見解を尊重するか否かを決定する権威を裁判所に付与している。[42]④判例法を既定事実として承認し、こうした承認が平等的正義の促進および正当性の保障の一助となると期待する。[43]

先例システムの性質についての市民法系の学者の見解は一致してないが、このことは、先例システムないしは判例に法的拘束力があり、また法体系および社会生活においてますます顕著な役割を果たしていることには影響しない。

二　先例システムの目的：公正と効率

張氏はその論文で重要な問題を提起している。すなわち、「我々が『判例』を法源とする目的は何か？」[44]、と。また、フランスの学者ジェニイは、裁判官の「自由な裁判」は社会正義の実現、社会的効用の向上という二つの目的に仕える。[45]後者は中国の学者が常々口にする効率である。私見では、これも実は先例システムの目的の所在であり、先例システムの機能が、それがこの二つの目的を実現できることを決定している。

（四）中国における先例システムの特殊な重要性

一　先例システムは司法の独立にプラス

司法の独立は法治社会の基本的要求である。それを実現するためには一定の制度的担保が必要であり、あるいは一定の制度が独立した司法機関の拠り所といえよう。先例システムも司法の独立を支える重要な制度のひとつである。司法の独立にとっての先例システムの重要な役割は、次の二点から説明できよう。

まず、中国の司法の独立に関連する制度的改革は次の二種類に分けることができる。ひとつは、ハードであり、もうひとつはソフトである。裁判委員会、裁判長責任制などの人員配置、機構再編に関わる制度はハードである。司法先例システムはソフトに属し、基本的には上述の問題には関わらない。これら二種類の制度に関する改革・創造はいずれも重要である。しかし、司法先例というソフトはハードと比べて、改革・創造の難度はかなり小さい。これは、第一に、ソフトの改革は人々の利益に直接関わらないため、政治的リスクが小さいが、ハードの改革は既存の権力者の既得権益に直接関わるかもしれず、こうした改革のリスク・難度は相対的に高い。第二に、ハードの改革にはより多くの時間と条件が必要であり、その中にはソフトの建設・発展が含まれる。換言すると、司法先例システムの構築は、今後の司法の独立に向けた改革に有利な条件を創造・蓄積する。この点については後に詳述する。

次に、司法先例は司法機関が法により職権を独立して行使するのにプラスであるばかりか、制度上の司法の独立にもプラスである。現在、わが国の法学界は相互につながりはあるが必ずしも同じ意味で、司法の独立を論じているわけではない。多くの学者は制度・組織上で司法の独立を議論しており、そこでの司法の独立は、独立した司法機関が干渉を受けずに職権を行使することである。他方で、一部の学者は、中国の現行憲法、訴訟法、組織法が定めているのは、司法機関が独立して職権を行使すること、すなわち機能の独立であるとする。例えば、憲法は「人民裁判所は法律規定に照らして独立して裁判権を行使し、行政機関、社会団体および個人の干渉を受けない」と定める。司法の独立についての理解が一致していないことが、学者と実務家が司法の独立について論争している原因のひとつである。私見では、ま

ずそうした論争を棚上げにし、できることから着手する方がよかろう。司法先例システムは司法機関が法により職権を独立して行使するために不可欠な手段を提供するだけではなく、さらに制度・システム上の司法の独立のために必要な条件を整備し得る。なぜなら、それは司法機関に外部からの不正な干渉から逃れ、憲法・法制度を守る強力な武器を提供するからである。

中世の市民法系における法的証明制度の形成・発展は、我々に説得力に富む経験を提供してくれる。これらの国の裁判官は、中世には現在のような権限を持っていなかった。彼らは遊説、賄賂、脅迫――特に金持ちや権力者からの脅迫に抗えなかった。司法権能を適切に独立して行使できるようにするために、法的証明制度は、裁判官を上述の圧力から守る手段を発展させた。これらの手段には、証人の証言が異なった場合に証明力を衡量するための形式的ルール、排除法則、決定的意義を持つ宣誓制度が含まれる(46)。今日の訴訟法の視点からは、これらのルールは、不公平なものもあれば、また非常に不合理なものもあり、さらには荒唐無稽なものすらある。しかし、それらは裁判官を保護し、外部からの圧力を遮断するという点では、効果的な役割を果たした。司法先例システムはもちろん決して不公平、不合理、荒唐無稽ではないが、それは現代中国において司法の独立を実現する効果的な制度となり得るだろう。

二　先例システムは中国の憲政と法治の発展の一助となる

憲政と法治は中国経済・社会の発展に不可欠な制度的保障である。しかして、憲政と法治の制度のカギは、権力のチェックアンドバランスにある。これは「権力の過度の集中を防止し」、「絶対的権力」の登場を避けるための保証である。しかし、様々な原因のため、中国の憲政と法治の道は決して平坦ではない。司法先例システムは事実上の国家権力のチェックアンドバランスの枠組みを形成する上で非常に重要な意味を持っており、先述の司法の独立にとっての重要

な役割以外に、それは中国の法のプロフェッショナルと法共同体の養成・型作りの一助となる。成熟した法のプロフェッショナルと法共同体は、事実上のチェックアンドバランスを形成するために不可欠な人的資源である。[47] 司法先例は裁判官、弁護士、法学研究者を結ぶ架け橋となり得、それらの者は司法先例または司法先例システムを通じて議論、分析、研究、弁論し、このプロセスにおいて共通言語、共通の方法論・思考様式を形成し、もって社会の変化に絶対的に有益な社会の一体化と分化を形成する。

三　先例システムは中国の裁判官の資質の向上の一助となる

現在、相当数の中国の裁判官の資質が高くないことは、中国の法治の進展に影響を及ぼす軽視できない問題である。先例システムは裁判官の資質を向上させる効果的な方法になり得る。というのは、かなりの程度において、末端の裁判官にとっては、先例システムはある意味において「瓢箪の実を見て瓢箪を描く」（もちろん機械的ではあり得ない）ことであり、抽象的で干からびた法律条文により裁判するよりも、かなり容易に適用できることになる。張氏によると、判例を判例法とすれば、「裁判官が至るところで先例を探すようになり、その能動性の発揮を妨げ、ないしは裁判官の惰性を生み出し、あるいは新しい違法行為を眼前にしながら見逃すことになる」[48]。これは考えすぎであろう。もちろん、先例システムは司法領域のすべての病を治す万能薬ではないが、裁判官が「至るところで先例を探すようになる」ときには、その能動性は客観的にすでにかき立てられており、探さなければならないどころか、比較もしなければならず、その惰性はすでに「至るところで先例を探すようになる」過程で追い出されている。逆に先例システムがない状態では、そうした怠惰な裁判官が「法律が不健全である」ことにかこつけて自らを律しなくなるかもしれず、しかもその場合には、自己解放は法律上の譴責・追及を受けがたい。そのため、先例システムは現在の裁判官の専門的資質が低く、厳密

に法により事を行うことができない問題を解決する良策といえよう。

三　司法先例システムの構築に伴う難題およびその解決方法

（一）先例システムの構築に伴う難題をどのように認識するか？

これまで、司法先例システムが中国にとってどれだけ重要かに力を入れて説明してきた。重要であることにはいささか反するかもしれないが、こうした重要な制度は完全に自発的には形成され得ず、意識的に発展・建設を進める必要がある。中国の憲政と法治の発展と同様に、司法先例システムの発展・建設の道も平坦ではない。私見では、具体的な難題を分析する前に、こうした難題を認識する方法および視点について論じる必要がある。まず、先例システムの発展・建設の必要条件から見て、難題はどこから生じるのか？すなわち、先例システムの建設・発展にはどのような条件が必要となるのか？もし、我々がこうした必要条件を認識するとともに、それらが中国には存在しないとすれば、これはまさに先例システムの建設・発展が直面する難題である。アメリカの法学者ルウェリン[49]によると、職業裁判官、プロの弁護士、書面判決、近代的工業化国家が司法先例システムの必要条件である。イギリスの法学者によると、次の三つの条件により、イギリスのコモン・ローが誕生したという。すなわち、判例編纂が現在のような高水準に達したこと、裁判所の審級制度が現在の状態に発展したこと、上院の司法機能が今日のように傑出した法律家により行使されたこと、である[50]。次に、中国の現在の社会の実態から見て、司法先例システムの発展・建設の難題は、同時に、中国の法治建設が直面している難題である。したがって、総合的視座を持つことが最適であろう。総合的な視座から眺めると、難題は次の二点から生じている。ひとつは、司法先例システムの外にある社会条件ないしは制度条件であり、もうひとつは、

司法先例システム自体に端を発している。以下では、上述の二つの方法を総合して、中国が先例システムを発展・建設する際の難題およびそれらを克服・解決する方法を考察・分析する。

（二）法システムと人的資源から生じる疑問、難題およびその解決方法

一　法システムから生じる疑問とその分析

法システムの視点から生じる疑問とは次のようなものである。すなわち、先例システムは中国憲法が規定する国家権力を統一的に行使する人民代表大会制度と矛盾する、というものである。なぜなら、憲法規定によると、人民が国家権力を行使する機関は全国人民代表大会および地方各級人民代表大会であり、全国人民代表大会および同常務委員会は国の立法機関である。したがって、裁判所は法律を制定する権限をいくばくも持つべきではない。さもなくば、憲法所定の法システムと矛盾することになる。

この疑問に具体的に答える前に、まず、フランスの学者が類似の疑問に遭遇した際の回答を見てみよう。彼らの疑問は、司法先例システムはフランス政府の権力分立にマイナスであるのは司法機関の職責は司法であり、立法は立法機関、すなわち議会の職務だからである、というものであった。これに対するフランスの学者の回答は、我々が司法先例システムと全国人大の統一的権力との関係をどのようにハーモナイズするかを考える上で示唆に富む。[51] 第一の回答は、司法先例システムは立法機関がその黙認ないしは不作為の黙示的授権である、というものである。[52] こうした回答は中国の司法解釈の実情といえよう。第二の回答は、裁判官がその職務に基づき、職責を履行するに当たり事実上ルールに沿って、合法的に授与された権限である、というものである。あるドイツの学者は一八八五年に、「裁判所は国の代表であり、立法機関が公布した指示を適用し、完全化させるよう授権されている。その行使において成文法に違反したとして

も、その権限は合法である。なぜなら、組織化された裁判所を経由しており、あらゆる法秩序はここでその最終的結論が示されるからである」[53]と指摘した。第三の回答は現実主義的な回答であり、裁判官または行政官は社会の代表であると同時に、国家から法律を創造する権限を授与された一部分である、というものである。[54]第四の回答は、特色あふれる「回答」、すなわち答えなしである。多くの市民法系の法学者はこうした問題に直面した際に困惑したり、この問題を提起する際にしっくりとこず、またはこれは謎解きであると考えたり、避けることができないと考える者すらいる。[55]

私見では、裁判所が司法先例システムの権能を創造的に発展させることの正当性は完全に証明され得る。司法機関が立法を改正・発展させる創造的権限を有する理由は次の四点である。①大多数の立法はどれだけ細かく規定されていようが、不完全さはぬぐい去れない。なぜなら、立法機関は多くの異なる人からなっており、法律条文の文字は人によっては異なる意味を持つこともあるため、法律の確実な意味ないしは正しい意味は最終的にそれを適用する裁判官しか決定できない。②裁判官は立法機関にはない成文法・法典に新しい内容を充填する能力を持つ。裁判官はその職責および職務経験により、立法者が持ちようのないより高次の先見の明を持っている。まさにこのため、立法者が制定した法律がいつも「その作者たちよりも賢い」のである。③司法判決は学説のルーツにもなり得、それが受け入れられるかどうかは、それ自体の合理性および法律共同体のそれに対するコンセンサスによって決せられる。[56]④裁判官の行為のかかる権威は、裁判官に国家の不可分の執行機構に対するそれ自体の有効な授権に発する。

二　法曹に関する難題およびその解決

（一）先例システムにおける司法機関および法曹の重要性

法曹は先例システムの人的基盤である。あるドイツの学者によると、先例システムの質は同種族、同時代における同

様の教育を受け同様の任務に従事する人々の集団的作業に依存する。ドイツでは、相対的に独立し、良質のトレーニングを積み、分析テクニックを研鑽した法曹グループが存在し、それらは真の司法機能を履行するプロセスにおいて、先例システムを段階的、平和的に形成してきた[57]。裁判官以外に、弁護士も先例システムにおいて同様に極めて重要な役割を果たす。ルウェリンは、「弁護士が事件のためにする準備作業は裁判所の創造力を抑制し、または引き出す面で極めて重要である。ここでは、たったひとりの弁護士がひとりの立憲家になったかのようである[58]」。

（二）先例システム構築の視点から見た中国の司法機関および法曹の社会的地位・役割

先例システムの構築の視点から司法機関および法曹の現状を見れば、その状況は満足できるものではない。このことはまた、多くの実務家や研究者が先例システムに懐疑的態度を持ち、ひいては反対する重要な原因のひとつである。中国の現在の状況は、脆弱な司法の独立、裁判官の地位の相対的低さ、発達していない法曹である。これは先例システムを発展・構築する際の実際的問題である。

イェール大学ロースクールのラングバイン教授はフランスの先例システムの矛盾と混同を論じた際に、「フランスの裁判官はいつも自分たちが制定法に依拠して裁判していると述べ、その法発展における創造的作用を認めようとしない。彼らがそうする理由は、彼らが政治構造において弱い立場におり、その判決が判例法を基礎としたものであることを公開の場で認める勇気がなく、制定法を遵守し、先例を作ったことがなく、また作りたくもないと装っている[59]」と指摘する。

中国の社会システムおよび政治法律システムはフランスとは截然と異なる。しかし、法創造と法発展における自身の実際上の役割を認めることを避けるという点においては、中国の裁判官はフランスの裁判官と異なるところはない。

筆者はここで、概念矛盾かもしれない表現、脆弱な司法の独立を用いた。これはその実、矛盾に満ち、ちぐはぐな現

実の反映である。というのは、もし筆者が中国には司法の独立が存在しないと言えば、多くの異論を招くことになろう。しかし、こうした独立はまた、確かに満足しがたいため、意味は異なるかもしれないが、現実に反していない表現を用いた。どうして中国の司法の独立はこんなに脆弱なのか?こうした状況をもたらした原因は多い。例えば、裁判官が国家の政治・社会生活においてこれまで長い間窓際に追いやられていたこと、裁判官の任命過程において非法的要素と非制度的要素が紛れ込み、しかもこれらの要素が重要な役割を果たしていることなどである。裁判官が独立しておらず、社会生活において実際の決定権を持っていないため、彼らが法創造・発展において顕著な役割を果たせるとは考えにくい。そのため、継続的に非公式の法源となり得る制度的資源としての司法先例を形成する可能性はない。

しかしながら、状況は変わり得る。イギリスの司法機関とその君主制との関係において、類似の状況を看取できる。過去の数一〇年において、社会の分業上、中国の裁判所の構造および機能は行政化という要素を過分に含み、行政機関と根本的な区別がない。しかし、司法機関が変化し続ければ、遅かれ早かれ独立した社会的力量となりうる。例えばイギリスにおいて、コモン・ローの初期の形成に決定的役割を果たしたのは、行政上のニーズであり、立法上の構想ではない。国王およびその顧問からなる御前会議は、司法、行政、立法の権限を行使した。イギリスの裁判所史上、重要な地位を占める財政裁判所の当初の主要任務は、税務に関するあらゆる法律問題の処理であり、その後、特別裁判所となった(60)。国家機構は社会の発展に伴い次第に分化していき、司法機関は最終的には分立し、独立した社会的力量となった。

中国の状況は将来的に変わり得るのみならず、今まさに変化しており、裁判官はまさに市場経済の発展に伴いかなりの程度において窓際から中心部へと移ってきている。裁判官および法曹は市場経済社会において重要な役割を担っている。これは時間のかかる、漸次的な変化の過程である。喜ばしいことに、新型の裁判官の役割意識、あるいは裁判官という職業に対する時代の要求に合致する理解が、今まさに裁判官集団の間で形成されつつある。その中でも最も代表的

なことは、当時の最高裁副長官の祝銘山氏が最初の中国大法官会議で行った演説である。[61]

また、私見では、フランスとドイツの司法先例システムの発展史から見て、脆弱な司法の独立は中国が先例システムを採用することを阻害するとは限らない。独仏両国が司法先例システムを構築した際に、その司法機関は決して力のある機関ではなかった。[62] しかし、最終的には司法先例システムはやはり漸次的に形成されたのであった。

（三）裁判官の専門的資質・能力

わが国において、多くの裁判官は十分な専門的資質と能力を欠く。しかして、裁判官の専門的資質・能力は司法先例システムの保障である。[63] まさに張氏がいうように、「こうした判例の誕生には資質の高い裁判官集団および大量の司法実践が必要である」。ルウェリンによると、「先例の処理は一種のアートであり、一個人がその経験の中から学び取るアートである」。[64] しかし、実務の点から見ると、張氏の見解は悲観的に過ぎる。「わが国の基層裁判官の資質のはっきりとした低さ、および資質が高い高層裁判所の裁判官はほとんど事件に触れないという事実は、わが国において『目新しい』案例の誕生すら困難にさせており、『判例法』としての判例は語るに及ばない」[65]、と。

私見では、まず我々は今まさに二律背反に直面している時である。すなわち、法曹を十分に発達させる法治の環境を欠くだけではなく、法治を実現する社会的力量――十分に発達した法曹をも欠いているのである。これは古の「鶏が先か、卵が先か？」の問題であり、書物や文章の中では永遠に解決できない。この難題を解決するカギは社会生活の現実および司法実践である。実務において、「鶏」と「卵」は同時に生まれる。中国の司法機関はある種の司法先例システムの試みを始めている。例えば、天津市高裁の「判例指導制度」[66]、および河南省鄭州市中原区人民裁判所の「先例判決制度」[67]である。

次に、現在、基層の裁判官の資質と高層裁判所の裁判官の業務形態などの問題はどれも変数である。例えば時間によ

るならば、基層の裁判官の資質は漸次的に、普遍的に向上していくであろう。近年、最高裁を含む高層裁判所の裁判官は直接裁判をするようになり、今後も事件の裁判を主な業務形態とするよう望まれる。中国の裁判官の専門的資質・能力は法律教育・法学研究の発展に伴い必ず漸次的に改善・向上されていくだろう。法学部の系統的な教育・トレーニングは、次世代の裁判官の養成、現在の裁判官の訓練・レベルアップ、法律共同体の育成の面で、まさに顕著な、他に代替のきかない役割を果たしている。裁判官のプロフェッショナル化、法律職業の専門化に関する制度建設の絶え間ない改革・発展に伴い、この点はよりはっきりとなるだろう。

さらに、我々の視野を刑事裁判の領域に限定しなければ[68]、「目新しい」案例は決して少なくはなく、学者達の勉強・研究が足りていないだけである。『最高人民法院公報』〔中国の最高裁の公報〕にここ一〇年に掲載された案例およびここ七、八年一部の省・市の裁判所が編纂（ないしはそれに参与）している「案例集」を詳細に読めば、法の精神を的確に理解し、法を創造的に適用する面で素晴らしい案例を見いだすことができる。遺憾なことに、現代中国には公式な司法先例システムがないため、これらの素晴らしい案例は判例の役割を果たしていない。つまり、当事者がある裁判所で公正な結果の判決を得たとしても、他の地方で類似の事件の当事者もその恩恵に授かることができるわけではない。筆者はこの点についてこれまで繰り返し議論してきたため、ここでは省略する。

最後に、先例システムにおける裁判官の資質の重要性を誇張してはならない。なぜなら、第一に、裁判官の資質自体が混乱を含む問題であり、それは法的専門知識および法実務能力を含むだけではなく、公正を信じ、法律に忠実であるという道徳的資質も含む。裁判官の資質があまりにも低く、先例システムを採用できないと考えられている多くの状況は、その実、主にはその法的専門資質が低いからではなく、その道徳的資質が低いために、あるいは外部からの干渉があったため厳格に法により裁判できなかったために生じたものである。そうした状況においては、資質の低い裁判官の

面前に制定法を置いたとしても、彼は法によって裁判を行うことはできず、先述の俗諺が描写した情景が再現されるだけである。第二に、イギリスの先例システムが樹立されたばかりの時に、裁判官の資質はどれだけ高かったのだろうか？先例システムはそれでも樹立されたのではないのか？

（三）先例システム自体から生じる難題およびその解決方法

現行の法システムおよび人員構成により、どのようにして中国の先例システムを構築し、発展させる作業を始めればよいのか？あるいは、先例システム自体の形成はどのように始めればよいのか？このことは、先例システム自体から生じる難題およびその解決方法に関わる。いわゆる先例システム自体から生じる難題とは、先例システム自体を形成する際に備えていなければならない条件を指し、それらには、判決書の作成およびその引用・出版、先例システムを形作る方法論および先例システム内の調和メカニズムの設計に関する研究などである。以下では、順番に検討していきたい。

一　判決書の作成およびその引用・出版――先例と先例システムの形成

（一）判決書の作成およびその引用・出版の必要性

先例形成の第一歩は判決書の作成であり、先例システム形成の第一歩にはさらに先例の引用と出版が含まれる。その必要性は次の点にある。まず、判決書の作成およびその引用・出版は、今現在の事案における解決方法の形成と先行する判例の解決方法を調和させるのに良好な出発点を提供する[69]。次に、判決理由が正確であれば、判決書およびその引用・出版は当事者が判決の正確性を理解する助けとなる[70]。さらに、様々な原因により、裁判官も間違える。判決を出版すれば、裁判官に必要に応じた監視をすることになる。これは業務を改善する動力、司法権に対する制約および類似の事

件は同様に処理する平等・公正の保障となり得、しかも司法決定の作出過程における連続性を増強することができる。[71] 最後に、以前の判決を引用すれば、裁判で形成した結論を支えることができる。そして、推論を含んだ判決の出版は、何も新しいトラブルを引き起こさないばかりか、反対に、裁判官に法律家の学術共同体メンバーとなるためのより多くの資本を与える。[72] これはまた、ドイツ法史で実際に生じた状況でもある。[73]

イギリスでは、一六世紀に書面の訴状が導入されたことが、先例システムの形成プロセスを実質的に促進した。その後まもなく、具体的紛争に関する事柄は裁判前に変更できないように確定しなければならないという要求もその後を追うように確立された。ひとたびこれが確立されれば、特定の事実を参考にできる場合には裁判所の判決が読まれるようになったため、先例の範囲の確認が以前よりも正確になった。一六世紀末には「(判決) レポーター」(Reporters) の制度が設けられ、裁決・判決の印刷編集物も非常に重要な意味を持つようになった。[74]

(二) 一部の市民法系における判決引用・出版の方法と形式

ここでは次の具体的問題がある。

第一に、法律で判決の引用と出版の方法および形式を規定し、制度の基礎と枠組みを打ち固める。ドイツでは、プロイセンが一七九五年に法律で、あらゆる判決は推論するとともに、当事者に告知しなければならないと定めた。[75]

第二に多様な編集・出版方法。ドイツでは、判例編纂のモデルはひとつではない。その体裁から見て、学術タイプがあれば、また判決書の原形を留める「果汁一〇〇%ストレート」タイプもある。[76] 編者については、完全に民間人の編集のものもあれば、公式のものもあり、半官半民のものもある。ドイツの当時の最高裁 (German Reichsgercht) の重要な判決または選ばれた判例は、当初からその裁判官が編集し、民間が出版する半官半民の出版物に掲載されている。[77] 「裁判所が自己の判決集を蓄積するのに伴い、判決書がますます引用されるようになった」。[78] 日本でも、判決書の公表

および判例編纂は制度化・多様化の傾向がある。[79]

第三に、特色溢れる評釈。フランスでは、判決の評釈は法発展に重要な影響を及ぼす発明である。ドイツとイタリアでも、一部は編纂後にこうした注釈を加えている。[80]以下では、主にフランスの評釈の特徴を考察したい。①執筆者は弁護士、裁判官である。フランスでは法学教授は執筆陣に加わらない。しかしドイツでは、法学教授もこれに加わる。フランスでは、裁判官は特定の先例が追加されたかの分析や新領域の網羅的検討といった任務に従事しない。これらは学界のメンバーにより行われる。[81]②体裁。それらは、いくつかの標準的な判例集の直近の判例の後に置かれる脚注の付属である。③内容。評釈の内容は、裁判所が法典になした深く、豊富で、複雑な解釈であり、こうした解釈こそが国家の適用した法律である。④出版社は民間企業である。⑤使用者およびその使用方法。使用者は弁護士である。弁護士にとって、以前の判決を引用することは、初期には法廷を説得する手段であり、その後、これは確立された慣例となった。⑥評釈の機能と影響。それは自由に批判し、意見を交換するフォーラムの創設に相当し、法曹に大きな影響を及ぼした。[82]こうした影響は今日のアメリカにおける法曹に対するローレビューの影響よりも大きい。⑦フランスの評釈の発展。その後、裁判所は自身の公表者を抱えるようになり、もっぱら以前の判決の引用と分析を行っている。[83]

第四は先例の引用である。フランスでは、下級裁判所は上級裁判所の判決の引用を望む。なぜ強制しないのか？これは、下級裁判所の裁判の独立の問題に関わるからである。しかし事実上は、最高裁の判決はかなりの程度において下級裁判所を縛る先例として作用する。[84]フランスでは一九四七年の立法により、先例の引用は強制的な要求となった。フランス判例法の特徴は、先例遵守の方法であり、それはそれらの説得力をオープンに承認して直接的に引用するのではなく、それらの結果を裁判所自身の要約された学説ルールに吸収することによる。[85]

ドイツでは、先例引用の形式は決まっていない「比較型」モデルである。すなわち「（～の判決）に比して」という

ものである。しかし、それらはいつも付加的な記述により強化される。例えば、「帝国裁判所がすでに言い渡したように」、「当裁判所がいくつかの事案で確認したように」（それらを引用する）[86]。

（三）中国の現在の判決書の状況およびその発展

中国の裁判所の判決書は以前の判決を引用しない。しかも、長年、大多数の判決書は極めて簡単であり、通常、法的推論は提供されていない。こうした簡単すぎる判決書を土台とすれば、先例システムを構築することはできない。

しかし、状況は変わり始めており、一部の裁判所では判決書に法的推論の内容を記載するようになったため、判決書の内容は以前より豊富になってきた。広州海事裁判所は二〇〇〇年初頭から、判決書の内容および形式を改革した。判決書の作成者、すなわち判決を具体的に作成した者が目立つようになった。判決書の「本裁判所は……と考える」を「本合議廷は……と考える」ないしは「本判事は……と考える」に改めた。また、合議制の事案では、合議廷で見解が分かれた場合に、多数意見と少数意見を名前とともに判決書に記載し、最終的には合議廷の多数意見により裁判する[87]。

最高裁の応用法学研究所はここ数年、学術的見地から全国各地の裁判所の一部の判決を評釈している。このほかにも非公式の案例出版物がある。しかし、「案例」という考え方の制約を受け、それらは実務に大きな影響を与えていない。案例を引用する弁護士もいるが、公式に認められた制度ではないだけではなく、また広く普及した慣例でもない。たとえそうであっても、以上の新しい展開・やり方は、天津市高裁の「判例指導制度」や河南省鄭州市中原区裁判所の「先例判決制」を含め、中国の先例システムの重要な出発点となり得る。

（四）中国の先例と先例システム形成への提言

現在、中国で先例システムを打ち立てるための最も重要な仕事は次の二点である。

まずは先例の選択と出版である。これは最高裁が音頭をとり、組織的系統的に判決を選択・出版すべきである。ここ

では次のいくつかの具体的問題がある。①先例選択の基準。全国津々浦々すべての裁判所のすべての判決が先例となり得るわけではないため、選択の必要性が生じる。選択の基準は手続的基準と実質的基準の二種類ある。いわゆる手続的順とは、比率を確定し、各級裁判所が裁判した事案が一定の比率で入選するにしなければならないことを指す。[88] このほか、裁判所の類別および法廷の分業に応じてシリーズ毎に出版する。いわゆる実質的基準とは、法律の補充、法の欠缺の補填、制定法の是正、法律の柔軟性、具体性、確定性の増加などの面で意義のある判決であるかに重点を置いた基準である。②先例の選択主体。誰が選ぶか？現有のリソースを基礎に再編成することができる。常設の専門機構を設置し、各分野の専門家（裁判官を含む）を取り込み、先例の研究、選択、編集、出版を行う。③経費。出版された先例集は極めて実用的であり、出版社は積極的だと思われる。初期においては、関係するファンドからの出資も考えられる。④先例出版の組織。筆者は、最高裁が音頭をとり組織するよう提案するが、最高裁しか組織できないとは考えておらず、条件の整った高裁も組織（参加）してもよかろう。

次に、先例の適用と引用。弁護士と検察官は代理、弁護、公訴の際に、裁判官は判決作成時に、憲法、法律、法規、規則を引用できるだけではなく、また先例も引用することができる。引用の方式は、判決を作成する裁判所および時系列順の番号により引用してもよいし、また判決が編集・出版された出版物の名称および時系列順の番号により引用してもよい。実践から真の智慧が生まれる。関係する国の司法先例の実践から明らかなように、実務に携わる裁判官、弁護士、検察官が先例システムの真の創造者である。そのため、裁判所、弁護士、検察官が上級裁判所や所属裁判所の以前の判決を引用・参考するような先例システムに関する様々な試みを奨励すべきである。

二　先例システムの方法論とテクニック

（一）先例システムにおける法規範

先例システムの最も重要で実質的な要素は、それが含む法規範である。王亜新教授によると、「いわゆる判例は一般的に権威のある解釈を含む判決全体を指すものと用いられるが、より具体的には、判例が実際に意味するのは、判決書に記載された後の裁判実務に拘束力がある規範命題のみである」[89]。そして、先例に含まれる法規範ないしは判決書に記載された規範命題は非常に複雑で非常に多様化されたものである。

判決理由（*Ratio decidendi*）と傍論（*obiter dictum*）はコモン・ロー系において先例中の法規範と関係する問題である。しかし、これは複雑な問題である。というのは、先例中の判決理由と傍論を確定する統一的な基準がないからである。とはいえ、「先例の判決理由とは、裁判官がその結論を導き出すために必要なステップ、裁判官が採用した推論の筋道、または裁判官が陪審員に指示した必要な部分であり、明示的ないしは黙示的に扱った法律のルール（あるいはマコーミック教授のいう『法律問題上の判決』）である」、あるいは、モントローズ（Montrose）教授が提案する「判決理由と傍論は次の二つの意味で用いる。ひとつは、ある事件に拘束力を持たせるための法規範であり、もうひとつは、裁判官の決定の土台を形成し、実際の判決において見いだし得る法規範である」[90]という大雑把で簡明な見解を判断基準とすることができよう。

ドイツでは、裁判所は「決定の理由」と「附帯陳述」、ないしは「基本的理由」と「裁判官意見」ははっきりと区別されている。こうした区別は、主に裁判官全体会議の開催を避けるために用いられている。というのは、裁判長（達）の裁決が別の法廷の以前の判決と衝突する場合には、全体会議を招集してこの衝突を解決しなければならないからである。招集の労力や先行き不透明な全体会議を開催するのであれば、先例を区別した方がよい。たとえ顕著な衝突があったとしても、それらの言語を一体化させると同時に、出された問題により区別して、以前の事案と協調させるのである[91]。

日本では、先例中の法規範、すなわち判例の規範命題は次の二つの要素からなる。「重要な事実」を含む結論命題と理由づけ命題である。そして、「特定の事件事実から引き出された本案の結論が不可欠の論証ないしは論理構造でなければ、『理由づけ命題』として本案で示された判例の一部とならず、事件事実から導き出される結論とは関係するが、その論証を直接助けないものが『傍論』（*obiter dictum*）と呼ばれ、参考価値はあるが、拘束力のある規範命題とはみなされない」[92]。

（二）先例の範囲と画定の方法

先例の範囲とは、以前の判決がその後の事案の審理を支配する権威の範囲を確定することを指す。これについては、次の三つの可能性が考えられる。①裁判所は以前の事案の結果にしか拘束されない。②裁判所は以前の事案で宣言された法規範に拘束される。③裁判所は以前の事案で述べられた、結論を支持する理由の支配をも受ける[93]。この範囲は、裁判官が以前の判決を引用する範囲でもある。

先例の範囲およびその画定の基準は、法の伝統と密接に関係する。元米国比較法学会長のイェール大学ロースクールのダマシュカ教授は、ヨーロッパ大陸法系と英米コモン・ロー系は、判例法の方法および概念化の面でかなり異なり、両者は決して同じような方法で先例を理解していない。アメリカでは、先例は一連のストーリーであり、極めて具体的である。ヨーロッパ大陸では、裁判官は非常に抽象的な方法で、先例から特定のルールを探し出そうとする。例えばイタリアでは、裁判所が制定した非常に具体的な「制定法」がある[94]。この点は中国の最高裁が制定した条文化された司法解釈と似ている。ヨーロッパ大陸では、制定法がかなり具体的であるため、判例法の方法は相対的に抽象的である。

中国の将来の先例システムの範囲の画定は、ヨーロッパ大陸のそれに非常に近いものであるべきである。つまり、裁判所は先例の結果ないしは先例で宣言されたルールにしか拘束されない。先例で提示された理由は説得力があるにすぎ

ない。しかし中国では、先例システムの発展の初期においては、先例の結果およびルールには説得力しかない。説得力から拘束力へは一定のプロセスが必要である。

三　先例システムを規範化する制度設計とその他の問題

中国の学者が先例システムを考える際にいつも遭遇する問題は、全国にこれだけ多くの裁判所があるのに、裁判所の判決を土台とする先例システムの内部的整合性をどうやって保証し、相互に衝突させないようにするのか、裁判所が先例システムを採った際に、各自の勝手気ままに任せず、統一的に制度を実施するのか、というものである。その実、この問題は先例システムを採るどの国にも存在しており、根本的にこの問題を解決する妙薬はない。しかし、先例システムの規範化に極めて効果的な規定を設けている国もある。

ドイツでは、次の三つの法規定により先例システムを規範化している。ひとつは、法律上の二重の要求である。まずは、一八七九年のドイツ民事訴訟法典であり、同法は裁判所に主導的な理由を判決書に書き込むよう求めている。次に、帝国裁判所（Reichsgericht）が創設した特別条例であり、それは同裁判所の各法廷に、裁判所全体会議の同意を得なければ、別の法廷が法律問題においてなした決定から離れてはならない、という義務を課した。この二つの規定が合わさった効果は、以前の事案で宣言された理由およびそれらの「主導」の程度を分析するよう強制することである。[95] 次は、裁判官が当事者に対して負う誤判についての個人責任である。これは、下級裁判所の判決が上級裁判所の判決に合致するよう強制するもうひとつの法的装置である。[96] しかし、その規定は非常に複雑である。三つ目は、基本法が定める、二〇世紀の第二次世界大戦後に設置されたドイツ連邦憲法裁判所が基本法に抵触する決定の無効を宣言する権限である。[97] ここでいう決定には、成文法のみ成らず、執行機関の行政行為および通常裁判所の司法判決も含まれる。日本では、

判例の統一は、公式の制度と慣習の両面から保証されており、一方では、判例違反は上告理由であるとともに、上告審の判断は下級審裁判所の判断を拘束し、他方では、原則として裁判官は最高裁が確立した判例を自主的に遵守する。(98)

中国における先例の法的効力の制度設計について。まず、第一歩として、最高裁だけが、全国のすべての裁判所が遵守すべき先例を確定する権限を有する。将来的に条件が成熟すれば、各高裁も司法先例を確定してもよく、それらの判例については各自の下級裁判所が遵守すべきである。なお、その前提は、各高裁が確定した先例は法律および最高裁が確定した先例に反しないことである。次に、数年間引用を実践してから、先例違反を当事者上訴の正式な理由のひとつとし、上級裁判所は先例違反の判決を差し戻し、ないしは原判決を取り消すことをできるようにする。他方で、弁護士は先例を知らないために敗訴した場合、依頼人である当事者から「法律を知らない」ことを理由に民事賠償を請求されることになる。これは別の側面から法の統一性を守ることができる。しかし、先例違反のみの事案を誤判とし、それにより裁判官の法的責任を追及すべきではない。裁判官に先例を運用させる最も効果的な方法は系統的な法学教育である。先例システムがないところから、先例を運用し始めるまでは、段階的かつ長期的な過程である。しかし、今から始めなければならない。まず、経済的に発展し、裁判官全体の資質が高い省・市の裁判所から試験的に実施することも考えられよう。

同時に、中国の司法先例システムの形成・発展のために解決すべき問題はまだある。例えば、先例における事実と証拠の陳述、判決書の推論と判決の結論の記述、(99)および先例に関する手続の設計などである。

私見では、一回の改革でひとまとまりの体系を打ち立てることができるとは考えていない。我々は、法律自体の発展に伴い段階的に推し進めていくことしかできない。先例システムに関係する方法が登場し始めているのかもしれない。ゲヴィルツ教授はルウェリンの思想について、「ルウェリンによると、門外漢が（弁護士ではなく）期待される法律の『確

定性』を得ようとすれば、法規範において生じた『変化』と変遷過程にある社会規範の歩調を合わせなければならない」[100]と指摘する。今流行の言葉で言えば、「時代と共に進む」である。我々が中国の司法先例システムを考える際にも、同様の態度で臨むべきであろう。中国の司法実践は、今まさに司法先例システムを構築するよう求めている。このことはまた、筆者が一貫して中国の司法先例システムを「発展」させるというタームを用いてきた理由でもある。

（『法制与社会発展』誌二〇〇四年六期にて公表）

＊北京大学法学院助教授・法学博士。

イェール大学ロースクール中国法センター主任のゲヴィルツ（Gewirtz）教授には、同センターで先例システム研究を行う機会および各種資料を提供していただいた。センター副主任のヘヒト（Hecht）博士、ホースリー（Horsley）博士にも色々とお世話になった。また、コロンビア大学法学院のリーブマン（Liebman）教授、イェール大学ロースクールのラングバイン（Langbein）教授、ダマシュカ（Damăska）教授、ホイットマン（Whitman）教授、コールマン（Coleman）教授、同大学ビジネススクールの陳志武教授から、様々なご教示を得た。最高人民裁判所の蒋惠嶺判事、関毅氏、北京大学の柯栄住先生から本稿の作成にあたり貴重な意見をいただいた。さらに北京大学法学院の指導者および同僚には、日頃から筆者の研究を支持していただいている。ここに記して謝意を表したい。

（1）ここでいう「発達した法体系」とは、およそ相当の歴史的蓄積と連続性のある法体系を指し、西洋のコモン・ロー系、市民法系および中国古代の律令体系もこれにあたる。このことは文明および文化が発達しているか否かとは、直接的・必然的つながりはない。

（2）ここでは非自然的事象ではなく、人為的現象に対する命名ないしは呼び方を指している（Jules L. Coleman and Ori Simchen, “LAW”, in Legal Theory, 9 (2003), Cambridge University Press, p. 11, note 24.）。

（3）例えば、張慶旭「〝判例法〟質疑」比較法研究二〇〇二年四期一〇九、一一一、一一三頁（以下、「張論文」と略す―訳者）。

（4）張論文は私見に対するものではあるが、必ずしも私が同号で公表した論文を直接対象としたものではない。私がここで反論するのは、「宣戦布告なしの奇襲」であるが、本稿の目的は先例システムの研究をさらに進めることであり、最終的な結論がどうであろうと、その趣旨はわが国の法治建設および法学理論研究に有益であろう。もし行き過ぎた表現があったとすればご海容いただきたい。

（5）張論文一一一頁。

（6）拙稿「判例法的比較研究」比較法研究二〇〇二年四期八三～八五頁。中国史における先例システムについては、汪世栄『中国古代判例研究』（中国政法大学出版社、一九九七年）を参照されたい。

（7）Rudolf B. Schlesinger and others, COMPARATIVE LAW, Sixth Edition, New York, Foundation Press, 1998 pp. 669, 690.

（8）Karl Llewellyn, THE CASE LAW SYSTEM IN AMERICA, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1989, p. 5.

（9）『中華人民共和国最高人民法院公報』一九九七年二期六八～七〇頁。

（10）梅夏英「従〝物権法〟与〝財産法〟的争論看我国未来民法典」http://www.civillaw.com.cn（二〇〇三年二月一八日）。

（11）拙稿・前掲注（6）八三～八五頁。

（12）Rupert Cross and J. W. Harris, PRECEDENT IN ENGLISH LAW, Fourth Edition, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 3, Karl Llewellyn, THE CASE LAW SYSTEM IN AMERICA, p. 5, John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, William S. Hein & Co., Inc., Buffalo, New York, 1986, p. 421.

（13）張論文一一三頁。

（14）John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, pp. 401, 431.

（15）幸か不幸か、法律を表す中国語と英語は一語、すなわち法律、Lawだけである。中国の学者には、「法」と「法律」を区別して用い、「法律」は国家の制定法を、「法」は一般的、真の法の精神を具現化する法律を指す、とする者もいる（郭

道暉教授の論文を参照されたい）。しかし、これは大衆および学者が長年にわたり形成してきた言語実践（「法」と「法律」の混同）を基本的に変えていない。

(16) Rudolf B. Schlesinger and others, COMPARATIVE LAW, pp. 690-691.

(17) 弗雷德里希・奥古斯德・哈耶克（王明毅・馮興元等訳）『通往奴役之路』（中国社会科学出版社、一九九七年）八二、八三、八四頁。

(18) Jules L. Coleman and Ori Simchen, "LAW", in *Legal Theory*, 9 (2003), Cambridge University Press, p. 12.

(19) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, p. 421.

(20) Ibid., p. 486.

(21) François Gèny: *Judicial Freedom of Decision: Its Necessity and Method*, in SCIENCE OF LEGAL METHOD, Augustus M. Kelley. Publishers New York, New York, 1969, p. 5. なお、この点については、二〇〇二年の秋に北京大学法学院と香港大学法学院の学術年次大会において香港大学法学院長の陳文敏教授から大いに啓発された。ここに記して謝意を表したい。

(22) Henry M. Hart, Jr. Albert M. Sacks: THE LEGAL PROCESS, Edited by William N. Eskridge and Jr. Philip P. Frickey, Foundation Press, 1994, p. 126.

(23) 王亜新『対抗与判定――日本民事訴訟法的基本結構』（清華大学出版社、二〇〇二年）三一五頁。

(24) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, p. 486.

(25) 張論文一一三頁。今日、「法決定論」に魅力を感じる学者は本当に少なくなった。さしあたり、「法決定論」に内在する、かなり前にもうひとつの命題（裁判官は法律の機械的適用者、法律のスピーカーではない）が真ではないと証明されたことを詳細に検討することはやめておこう。

(26) Gunther Teubner, LAW AS AN AUTOPOIETIC SYSTEM, Blackwell, Oxford UK & Cambridge USA, 1993, p. 100. また拙稿「直面生活、打破禁忌：一個反身法的思路――法律自創生理論述評」法制与社会発展二〇〇三年一期参照。

(27) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, pp. 483, 421.

(28) ibid., pp. 435, 483.

(29) 宗辺「中原区法院試行先例判決制　当事人可了解類似案件判決結果」『人民法院報』二〇〇二年八月一七日。

(30) Henry M. Hart, Jr. Albert M. Sacks: THE LEGAL PROCESS, p. cxxxvii.
(31) François Gèny: *Judicial Freedom of Decision: Its Necessity and Method*, in SCIENCE OF LEGAL METHOD, pp. 3, 4-5.
(32) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, pp. 414, 424.
(33) ibid., p. 433.
(34) THE FEDERALIST, Edited by Jacob E. Cooke, Wesleyan University Press, 1961, p. 529.
(35) François Gèny: *Judicial Freedom of Decision: Its Necessity and Method*, in SCIENCE OF LEGAL METHOD, p. 2.
(36) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, p. 401.
(37) ibid., p. 431.
(38) 王亜新・前掲注（23）一一一五頁。
(39) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, p. 423, 426.
(40) Rudolf B. Schlesinger and others, COMPARATIVE LAW, p. 699.
(41) ibid., p. 669; John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, pp. 417, 418-420, 429-430, 441.
(42) ibid., p. 442.
(43) ibid., pp. 443-446.
(44) 張論文一一一頁。
(45) François Gèny: *Judicial Freedom of Decision: Its Necessity and Method*, in SCIENCE OF LEGAL METHOD, p. 4.
(46) Merryman, Clarkc and Haley, THE CIVIL LAW TRADITION, LexisNexis, 1994, p. 1018.
(47) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, p. 398.
(48) 張論文一一一頁。
(49) Karl Llewellyn, THE CASE LAW SYSTEM IN AMERICA, p. 5.
(50) Rupert Cross and J. W. Harris, PRECEDENT IN ENGLISH LAW, pp. 24-25.
(51) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, p. 422.
(52) ibid., pp. 423-424, 427.

(53) ibid., p. 443 より転載。
(54) ibid., pp. 422-423.
(55) ibid., pp. 415, 421, 425, 429, 430.
(56) ibid., pp. 443, 444.
(57) ibid., pp. 421, 434, 449.
(58) Karl Llewellyn, THE CASE LAW SYSTEM IN AMERICA, p. 104.
(59) 二〇〇三年三月一三日にイェール大学ロースクールでラングバイン教授に面談した際の発言。
(60) Mary Ann Glendon and others, COMPARATIVE LEGAL TRADITIONS, Text, Marterials and Cases, Second Edition, West Publishing Co. 1994, p. 440.
(61) 祝銘山「把生命中最宝貴的時光献給人民司法事業」『人民法院報』二〇〇三年三月二一日。
(62) Rupert Cross and J. W. Harris, PRECEDENT IN ENGLISH LAW, p. 13.
(63) 張論文一一二頁。
(64) Karl Llewellyn, THE CASE LAW SYSTEM IN AMERICA, p. 2.
(65) 張論文一一二頁。
(66) 李靖「天津法院推行‘判例指導制度’提升司法統一性」新華網、天津（二〇〇二年十月一五日）。
(67) 前掲注（7）、宗辺・前掲注（29）。
(68) 張論文が引用する案例のほとんどは刑事であり、場面は限られている。刑事裁判領域においては、筆者は絶対的な罪刑法定原則を堅持する。ただし、このことは、当該領域において先例システムが不適切であるということを意味しない。
(69) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, pp. 398, 399.
(70) ibid., p. 435.
(71) ibid., p. 436.
(72) Ibid., p. 440、王亜新・前掲注（23）三三頁。
(73) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, p. 444.

(74) Karl Llewellyn, THE CASE LAW SYSTEM IN AMERICA, p. 6.
(75) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, p. 436.
(76) ibid., p. 440.
(77) ibid., pp. 440′ 446.
(78) ibid., p. 448.
(79) 王亜新・前掲注(23)三一一～三一四頁。
(80) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, pp. 398, 399.
(81) ibid., p. 416.
(82) ibid., p. 398.
(83) ibid., pp. 402-413.
(84) ibid., p. 405.
(85) ibid., p. 407.
(86) ibid., p. 448.
(87) 広海法「広州海事法院的有関做法和効果」『人民法院報』二〇〇三年三月二四日。
(88) 私見では、先例の確立および先例システムの形成における下級裁判所の判決の役割を無視・軽視することはできない。私見を支持する見解およびその論拠としては、王亜新・前掲注(23)三一一～三一三頁参照。
(89) 王亜新・同上三一〇頁。
(90) Rupert Cross and J. W. Harris, PRECEDENT IN ENGLISH LAW, p. 72.
(91) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, pp. 448, 484, 449.
(92) 王亜新・前掲注(23)三一一～三一二頁。
(93) Lewis A. Kornhauser, *Adjudication by a resource-constrained team: Hierarchy and precedent in a judicial system*, 68 S. Cal. L. Rev. 1609.
(94) 二〇〇三年三月一七日に筆者との面談した際の発言。

(95) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, pp. 449, 446.
(96) ibid., p. 487.
(97) ibid., p. 490.
(98) 王亜新・前掲注（23）三一五頁。
(99) 王亜新教授は前掲注（23）書八章において、日本の裁判所の判決書の記載事項と様式についての要求などについて非常に詳細な考察・分析を行っている。これらは中国の裁判所・裁判官にとっても示唆に富むというべきである。しかも、日本の関連機構は専門的な『民事判決起案の手引き』を出版しており、こうしたことは、その判例制度の発展にとって根本的な意義を有している。こうしたやり方は中国の先例システムの発展を考える上で参照すべきであろう。
(100) Karl Llewellyn, THE CASE LAW SYSTEM IN AMERICA, p. xviii.

資　料

〈北大立法過程研究会報告〉

「予備的調査の実態と最近の調査局改革―国会改革の動き」

大西　勉

序　はじめに

衆議院調査局の大西でございます。今回は、このようなアカデミックな世界で話す機会を与えてくださったことに対し、心から感謝を申しあげます。しかし、実は私、アカデミックな世界とは縁遠い人間でありまして、どちらかといえば、「切った、張った」の世界で長らく過ごしてきた者であります。ですから私の立法過程の研究報告は、法制度的あるいは法律学的アプ

ローチというより、政治学的アプローチの傾向があるかと存じます。学問の世界と違いまして、政治の世界では、見る人によって捉え方が随分違うというのが日常であります。それゆえ皆様には、私の報告は検証不可能な印象論である、学問的厳格性を欠いた未熟なものである、と映るところでありましょうが、そのおそれは十分感じつつも、長年国会に身をおいてきた人間が、見聞きしてきたことを、ご参考までにと思いつくまま申しあげたいと思います。

第一、事務局改革について

まず、衆議院改革の動きについて申しあげます。レジュメの二ページにおいて列挙いたしました項目は、衆議院改革に当たって、重要な役割を果たしたと考えられます各事件の経緯であります。いろんな勢力がいろんな思惑で衆議院改革に絡んでいることがお分かりいただけるかと思います。

ここに挙げました平成一八年五月の「衆議院事務局等の改革に関する小委員会中間取りまとめ」という文書であります。これは私どももその作成に関与した文書でありまして、私たち事務局が議運の小委員会の先生方に、いわゆるロビイングをする際に利用していたものが、議運の小委員会での議論を受けているうちに、段々とこういう形に収斂して行ったものであります。

事務局等改革に関する小委員会は、平成一八年二月八日以来、九回にわたり協議が行われました。その過程での論議の結果がまとまったのがこの「中間報告」であります。一九年度概算要求締め切りの時期に間にあわせるため、中間報告の形をとり、さしあたり予算要求できるものについて結論をまとめたものであります。

この中間報告書は、国会の有様を知る上で格好のケーススタディになるように思えます。

ここには、衆議院事務局職員定数の純減、組織の改変、議員宿舎運行バスの縮減、特別給料表適用者の給与の見直し、その他が提案されています。こうした提案の背景となったのは、小泉内閣の公務員制度改革論に影響されるところが大であります。平成一二年一二月、橋本内閣で発足した「行政改革会議」の論議を受けて、その後の森内閣では二一世紀の開始とともに新たな中央省庁体制を確立するという「この国のかたち論」、これらの趣旨を引き継いだものであります。その中には、特殊法人改革、公務員制度改革、行政評価システムの導入、公会計の見直し、地方分権の推進、規制緩和、電子政府の実現等のい

わゆる行政の各分野での諸改革があります。その外、司法の分野での司法制度改革など、盛りだくさんなのでございます。

このときでも、国会改革については、政府は言及する立場にない、として、手をつけなかったのであります。国会というところは、外部からのチェックがなかなか及ばない世界とも言えるものであります。国会予算の作成において、財務省が関与することが考えられますが、財政法に二重予算という制度がございますので、国会はいざとなれば、別枠で予算を要求することができるわけです。そして、国民の代表たる国会という機構でありながら、実際は、隔離された世界に置かれているように、うまく国会が機能しているかどうかということが、あまり問われていない。これが一番の問題なわけであります。

平成一三年一二月には、内閣のほうでは、行政改革推進事務局や公務員制度改革推進室などの事務組織を立ち上げ、平成一七年度末までの集中改革期間に、公務員制度改革の大綱を作るということになりました。能力本位での任用・給与制度や、民間からの人材の登用、女性の登用、適正な再就職（天下り先）のチェック、機動的・弾力的な組織編制及び人員配置、国家戦略スタッフの設置など、制度面での公務員改革をやろうということになったのであります。これら公務員法改正につきましては、平成一五年中を目途に国会に提出すること、これの関係法律・政省令等は平成一七年末までに計画的に行うということ、また、地方公務員についても、国家公務員に準じたスケジュールで行うとされていました。

この間、与党のサイドからも行政改革推進の動きがありました。自民党の行政改革推進本部（衛藤征士郎本部長）は、政府や経済財政諮問会議と、行政改革を競うというようなスタンスでした。そのうち、衆・参の事務局をも視野に入れて、改革論議を進めました。平成一七年の春ごろから、われわれ国会職員に対しても、事務局はどんな組織になっていて、何人職員がいるのか、国会職員の給与体系は、他と比べて高いのでないかと、ヒヤリングを受けました。

平成一七年六月の閣議では、いわゆる「骨太の方針二〇〇五」が閣議決定されました。この骨太の方針は、二〇〇六年九月に自民党総裁任期終了とともに、引退を公言している小泉内閣の最後の骨太方針であります。このため、国・地方とも定員の純減を掲げて、「小さくて効率的な政府」を目指す。そのため、①資金の流れを変える。特に郵政民営化、政策金融の改革、バランスシートの総点検を。②仕事の流れを変える。特に国から地方へ、と市場化テストの推進を。③人と組織を変える。特に

国・地方の徹底した行革、公務員の総人件費の改革を行う、と改革路線をうたっています。そしてこれらについて、平成一七年末までに基本方針の作成と平成一八年度予算や地方財政計画に反映させるというものでありました。

しかし、そうであれば国会の組織はどうするのか。こういう背景のなかで、国会事務局改革が問題としてあがってきました。平成一八年二月二一日には、内閣官房長官から、衆議院・参議院の事務総長に宛てて、『「簡素で効率的な政府を実現するための行政改革の推進に関する法律案の概要」について』と題する資料が送付されてまいりました。これは内閣から国会に対して行政改革への協力を求める要請であります。

同日付で、自民党の行政改革推進本部長である衛藤征士郎氏と、公務員制度改革委員長である片山虎之助氏の連名で、衆議院議長の河野洋平氏及び参議院議長の扇　千景氏宛てに、「国会事務局改革に関する申し入れ」が送付されました。ここには以下のような要請がなされています。

「自由民主党行政改革推進本部は、今次の公務員の純減問題に関し、平成一八年度より一〇年間で二〇％の純減を提案している。政府は、今後五年で五％の純減を達成するため、これまで重ねてきたスリム化努力をはるかに上回る、大胆かつ構造的な業務の見直しに取り組み始めている。そのなかで、国会の事務局組織（両院事務局、両院法制局、国立国会図書館、裁判官弾劾裁判所事務局及び裁判官訴追委員会事務局）は、総務省による組織・定員管理の対象外となっているため、これまでスリム化・効率化の観点からの見直しが実質的に行われていなかった。国の行政機関の取り組みに鑑みれば、旧態を残している国会の事務局組織は、いまや、そのあり方そのものに立ち返って抜本的見直しを行うことは、喫緊の課題であり、政治の責任といえる。一〇年で二〇％の定員の純減を実現するには、両院の施設・設備や要員、機能の重複などを踏まえ、効率的な事務局運営のため、衆参両院の事務局の統合を目標にすえつつ、別添に掲げる事項につき早急に改革すべきと考え、ここに申し入れをいたします。何卒、議長の強力なリーダーシップを発揮いただきますようお願い申しあげます。」

政府の経済財政諮問会議は、五年間で五％の公務員の純減を達成することを目標に掲げました。役人はプラスマイナスゼロの現状維持を好みますから、公務員数の純減というスリム化を志向するこの政策は、画期的です。これを受けてさっき申しあげたように、内閣官房長官から、国会への協力申し入れがなされたというわけであります。

これに対し、自民党の行政改革推進本部というのは、内閣の経済財政諮問会議とは別に、自民党が独自でやってきた組織であります。ここには、内閣と与党は公務員制度改革という政策内容について同じ方向を向いていながらも、与党としては独自の組織を作って活動することで、政治家がキャリアを積むため手柄をアピールしたいという意図が見えてくるわけであります。

これが、図らずも「政府と与党との二重構造」という、もう一つの極めて大きな構造問題を露呈しているのであります。

いずれにせよ、国会議員でありながら、そして与党政治家でありながら、なかなか手が付けられない国会事務局という組織に対して、はじめて、内閣及び与党が、何とかしようとしたわけです。

政府・与党の要請に対し、実際に国会が行ったその結果が、ここに資料で掲げました「衆議院事務局等の改革に関する小委員会中間取りまとめ」なのであります。ちなみに、参議院では、衆議院よりもっともっと堅固でありまして、改革に関する小委員会というような機関の設置も、もちろん改革案等も一切しませんでした。多分参議院は、議長の下に、「参議院改革協議会」があり、そこで国会内部の問題は常に自立的に議論しているから、政府や自民党から言われる筋合いはないというのがその論理だと思います。そういう独善的ともいわれかねない論理が如何なものか？というアプローチに対し、その論理でいいのだというゼロ回答ということなのでありましょう。

さて、衆議院事務局等改革小委員会中間とりまとめでありますが、ここには、組織の改変について若干触れられてはおりますが、自民党の正規の機関が提案した改革案に比べて、ほとんど意味の少ない内容なのであります。組織改革を、当該組織に委ねると、「切腹できずに、ためらい傷ばかり」という喩えどおりということでしょうか。

組織をリストラ、縮小再生産するのは本当にむづかしいものです。特に国会では、国会の組織権限等の問題全てが、各院の議院運営委員会の所管事項であって、その命に沿ってしか事務局としては動けないわけであります。議運およびその構成メンバーが行革に関する様々な思惑から、あるいは、議員のパーソナリテイから、国会事務局改革問題については、それほど積極的になれなかった、こういうことではないかと思えます。もちろん、積極的に、国会は政府でないのだから、政府に対抗するためにも、もっと人を多くして、組織も拡張するべきだという議員もおりましたが。

これは結局、「個別の政治課題については、誰が取り組むのか、誰が推進役か」ということが決定的に重要であると思われるものであります。

第二、議員秘書制度の改革について

平成一四年ごろには、議員秘書給与の不正流用、詐取等で議員辞職や逮捕といったことがありました。

国会議員は、外面が派手ですから、国民の代表として日夜国政にまい進していると思われています。しかし職業形態から見れば、小規模企業経営者みたいなものかもしれません。議員は普通、選挙区と東京に事務所を置いています。それが三つ四つになるケースもあるようです。事務所は政治活動の本拠であり、選挙のときのヘッド・クオーターとなるものです。ですから事務所には相応の人間が必要で、必ず維持費等事務所経費がかかります。議員には三人の公設秘書が認められていますが、それだけで事務所の仕事を賄えるのはそう多くないと思います。必然的に私設秘書が必要ですし、その人件費・物件費がかかることになります。一説では衆議院議員の平均で、年間一億二千万円ぐらいかかるとか。ところが議員の歳費と文書通信交通費ではこれらを到底まかないきれません。それは政治資金その他から捻出することになるのです。歳費以外に収入のある恵まれた人は例外で、大多数の議員は別の収入があるわけではないですから、事務所経費等に苦労しています。

そこで、三人の公設秘書の給与を、議員の妻などの名義にして、これを事務所費などに使うとか、公設秘書の名義を借りて、名義代を一部支払って残りを議員が受けとり、私設秘書何人分の給与に充当するとか、いろいろの方法がありました。これらはいづれも法律違反で詐欺罪等に該当するものです。

こういった問題をどうルールづけるかは、本来議長の諮問機関である「議会制度協議会」や議院運営委員会の所管であります。しかしこのときの判断では、国会議員の信頼を回復するため、不祥事の再発防止のため、外部の公平中立の専門家による調査会に委ねるほうがよいということになったのです。そこで平成一五年二月、「国会議員の秘書に関する調査会」が設置されました。

平成一五年九月に出されました、調査会の答申の骨子を申しあげますと、これは公設秘書のみを対象に限定していますが、

① 秘書の雇用関係につきましては、議員のニーズを満たす

と同時に、国の財政状況からも許容範囲であるので、現行

制度を踏襲するのが妥当である。以前に当調査会が答申した「現行秘書制度の改善策」の実行を期する。

② 秘書の兼職は原則禁止とし、議員から議長に届出を行なった場合は兼職を認める。なお届け出文書は公開する。

③ 議員の配偶者、三親等以内の親族を公設秘書に採用するのは禁止。私設秘書はこの限りでない。

④ 秘書問題協議会は、常設機関として、その機能をはたすとともに、必要に応じて、秘書の当事者が答弁し発言するよう配慮する。

⑤ 秘書の給与制度、年金、退職手当について、議員にたいし、一括支給制度あるいは秘書手当てとして支給する方式は採用しない。この一括支給方式は大多数が支持していない。また今回の問題が生じたのは、「当事者の運用に問題があった」との見解が過半数である。ただ現行三人の秘書に異なる給料月額を支給しているのは、秘書間に職務内容の差異が見出せないから、給料一本化を提案する。

⑥ 秘書による議員等に対する寄附については、秘書自身の任意によるもので法規に則ったものでなければならない。

⑦ 秘書の定年は、七〇歳と提案する。

こういった答申内容でありました。

これは、結局、秘書の給料等のピンハネなど違法行為は、個々の議員の運用上の問題としております。秘書給与支給制度は別に問題でないとしているのです。その根拠としているのは、議員や秘書に対するアンケート調査の回答であります。

しかし、秘書の問題は、実は議員と秘書の労務問題、議員の事務所経費つまり政治活動のコストを誰が負担するのが合理的かという問題、公設秘書と私設秘書の格差の問題、政治活動をする人間同士としての議員・秘書の関係、私設秘書という職種の幅の広さと曖昧さをどのように規制するのがいいのか、あるいは規制できるのか、等々の根本的な問題を多くかかえているのです。

国会議員の生活形態が、千差万別の中で、どのようにして、代議制度つまり、立候補の自由と政治活動の実質平等を確保するかが一番のポイントなのです。

だが複雑な議員・秘書問題の実態の中では、現状としては、従来のラインに則ってそのままいくのしかない、というのが穏当なところかもしれません。

第三、瀬島調査会について

平成一三年一一月に、「衆議院改革に関する調査会」いわゆる瀬島調査会が綿貫議長に答申を提出いたしました。

土井議長の時代には、平成六年に「国会改革への一つの提言」それに、平成八年には「議員立法活性化に関する一つの提言」が行なわれました。これら二つの提言は、国会改革の柱の一つと理解されていましたが、国会というところは、いろいろの思惑からか、なかなか改革が進まないのも事実であります。

綿貫議長は、平成一二年七月の就任以来、国会のあるべき姿について広く有識者から意見を聴きたい、勉強会の場を設けたいとの意向を持っておられました。そうして同郷の友人である、NTT相談役の瀬島龍三氏に内々勉強会を立ち上げたいこと、その会長就任を依頼しておられました。

そして、この意向を藤井議院運営委員長に伝え、協力要請。藤井委員長は、「議長の私的勉強会だが、衆議院改革は、議院運営上の重要問題であるので、理事の皆さんのご了承を得たい」と提案。議運の各党理事がこれを了承して、調査会発足となりました。

瀬島氏は、委員内定者一二名の前で、綿貫議長からの要請を受けたのは、政府の行政改革については一応の進捗をみせているが、立法府の改革は依然立ち遅れている。そして、二一世紀の日本の活力を蘇生させるには、国家機能の改革、特に国会の改革が不可欠だとする議長の認識に共鳴したからですと述べておられます。会長代理に加藤寛氏、委員に石原信雄氏、稲盛和夫氏、上田章氏、氏家斉一郎氏、木村慶子氏、長岡實氏、波佐間重彰氏、諸井虔氏、屋山太郎氏、鷲尾悦也氏という、各方面の第一人者、ビッグネームばかりでありまして、その規模と影響力は大変なものであります。

綿貫議長は、記者の取材に、「議論は調査会の委員に一切お任せするが、答申は私が咀嚼して各党に検討を求める。委員の意見丸呑みでは議員は納得できない。実現に向けて議長のリーダーシップを発揮する」と決意を述べておられます。

議長からの諮問事項は①政治倫理に関する事項、②国政審議のあり方に関する事項、③議員の諸経費に関する事項の三点でありました。これを三つの部会に分けて議論を進めました。

平成一三年一一月一九日に答申となりました。

答申内容は、非常に格調が高いもので、国民の代表としての国会議員に高い倫理性と自浄能力を求める。議会制民主主義を体現し一部団体利益の代弁者でなく、国会審議の形骸化を打破すべきである。表舞台での審議活性化・実質化とともに、国会運営の透明性が重要で、このため国会の運営を与野党の共同責

任のもと、国民の目に見える形で行なうべきである。国会議員がこれら職責を十全に遂行できるため、ソフト面では、立法調査機能の拡充強化が、ハード面では議員会館の整備が必要。また国会情報の公開のため国民と国会の双方向での情報ネットワークを構築する必要がある。折から世は聖域なき構造改革をせまられているが、それは国会といえども決して例外ではない、と言うものであります。

さらに答申の詳細にふれますと、倫理については、新たに「政治倫理基本法」をつくり、これに、議員辞職決議案が可決された場合の議員身分の剥奪、資産公開において資産増減が明確になる制度の作成、資産報告書等の内容をチェックする第三者機関の設置を組み入れる。

国会運営については、スケジュール闘争の運営から表舞台でオープンな議論をするため、①党首討論はシャドーキャビネットも視野に入れる。②予算委員会の議論は予算に即したものとする。③国会運営は議院の公式機関が行なう。④党議拘束を緩和する。⑤請願を積極的に活用する。⑥本会議趣旨説明は制度本来の姿に戻す。⑦国会会期を長期化する。

議員の諸経費等については、①議員の歳費に日割り支給を導入する。②永年在職議員の特典を廃止する。③立法事務費及び文書通信交通滞在費の使途を明らかにする。④新議員会館及び新議員宿舎を建設する。⑤会派割り当て自動車を民間借り上げとする。⑥議員秘書の氏名、経験年数を公表する。⑦衆・参事務局組織の統合を推進する。⑧国会情報を高度情報化時代に即応した方法で発信する。

このような、ある意味では非常にドラスチックな改革案であります。従って、もともと現状維持的発想が強い議運・国対の議員たちや、議長のリーダーシップを好ましく思わない議員たちが少なくない状況では、なかなか受け入れられるものではありません。しかし、受け入れられやすい部分、たとえば議員会館や議員宿舎の建て替えは、もう既に着実に進行しています。

ここで私が思いますに、日本の議会には、議長は調停役に徹するものである、議長が政治のリーダーシップを取るのは好ましくないのだ、というイメージというか政治文化があるように見えます。

もしこの様な政治文化があるとすれば、土井議長が出した「国会改革への一つの提案」も一種の上からの押し付け的改革案となります。綿貫議長の進めた「瀬島調査会答申」も、議長がリーダーシップを発揮した好ましからざる提案ということになりま

す。

従って、これら国会改革に関する提案の多くの部分が、敬遠――敬って遠ざける　というかたちになるような感じを持っております。

ここで、瀬島調査会が発足した頃の政治背景をおさらいしますと、平成一三年という年は、KSD事件や、議員がらみの不祥事が多かった年です。経済的には、景気が最低というほどに落ち込んだ時期でして、森内閣が、三月一〇日に退陣を表明しました。一方中央省庁再編という構造改革論が進行しているときでもありまして、綿貫議長が長年の政治キャリアからして、国会改革の衝動に駆られ、独自の調査会をと考えても不思議ではないと思います。

こういう状況に対し、一方では、森総理の辞意表明、小泉総裁の誕生という権力移動のタイミングを捕まえて、自・公・保の与党三党の幹事長が、小泉内閣を支持するという三党合意の中で、「政治倫理を確立し、国民に開かれた、効率的な国会を実現するため」、両院の議院運営委員会理事その他をメンバーとする、「与党三党国会改革推進協議会」を設置するという一項目を入れたのであります。綿貫議長提案の瀬島調査会が、現に活動を行っているその最中に、であります。

結局、これは、与党三党が国会改革を取り仕切るという意思表明であります。そして、これを受けて五月一八日に設けられた、大野功統議運筆頭理事を座長とする「国会改革推進協議会」は、瀬島調査会とほぼ同時期に平行して審議を進めることになりました。

そうすると、大野さんの「国会改革推進協議会」は、現実政治の現役プレーヤですから、その議論の進め方も要領よく無駄がない。五月一六日から六月末までの二ヶ月間で八回の審議をして、「今国会で結論を得たもの」と「今後議論をすべきもの」とに分離し、要領よく、その実現のための道筋まで描いて、改革案を作ったのです。

一方、瀬島調査会は、各界の大物を集めて格調高い議論をして、一一月まで時間をかけた報告書を綿貫議長に上げたということになります。

二つの報告書のなかで、①永年在職議員に対する特典の廃止、②議員死亡の場合の弔慰金の廃止については両者共通で、それでは、六月の段階、つまり一四年度概算要求の時期に間に合わせた「国会改革推進協議会」の方に分があるといえます。

その他の問題については、瀬島調査会の方が、目的意識が明

確で一貫性がある提案と読めますが、大野座長のほうは、翌年度概算要求に間に合わせるための、事務処理的なものについての提案という、印象を受けます。そして、現実的、実務的処理をするものは、翌一四年三月に、議院運営委員会で国会予算に関連する法律案として、委員会提出法律案として提出され、成立しました。

瀬島調査会の報告のうち、理念的色彩の強いものは、事実上、発表のみで実現されることはなかったわけであります。結局、土井議長提案の改革案と、ほぼ同じような形に終わったといえるようです。

中身が濃い本質的部分にかかる国会改革案は、次の出番がくるまで長い眠りに就いたといえるかもしれません。

第四、国会審議活性化法と党首討論について

国会審議を活性化させるため、平成一一年七月、「国会審議の活性化及び政治主導の政策決定システムの確立に関する法律」が制定されました。そして、この法律を受けて、翌平成一二年の常会開始時から、衆参にそれぞれ国家基本政策委員会が新設され、党首討論が行なわれることになりました。

国会審議活性化法は、国会改革の一環として、国会審議のあり方を見直そうとするものでありまして、①政府委員制度の廃止、②副大臣等の設置、③国家基本委員会の設置つまり党首討論の実施　という三点を内容としております。

この法律が制定されました背景は、従来から国会では、議員でない政府委員が答弁をおこなうという形がほとんどで、国会審議が形骸化している、国民から選ばれた議員同士が政策論議をするのが国会ではないのかという批判・反省が高まっておりました。そこで一連の国会改革の論議や内閣制度・中央省庁再編等の行政改革の動きの中で、議員同士の議論が国会審議の活性化につながる、そのためには、政府委員制度を廃止して代わりに副大臣制度を作ろうという気運が湧き上がってきました。

こういう気運の中でイギリス議会を視察した議員団が、たまたま下院で、Questions for oral answers における Prime minister's question に出くわし、これはいい、日本でも是非採用しようとなったのです。イギリスに行く前の当初の国会審議活性化構想の中には、党首討論が入ってなかったのですが、急きょ採用ということになったのです。

かって、リクルート事件や消費税導入をめぐる国会での紛糾を受けて、平成二年ごろ、衆議院の議会制度協議会の場で、各

党からの国会改革に関する各種提案がなされていました。これら提案では、議員同士の討論を重視し、政府委員の答弁を少なくしようという方向では各党一致していました。さらに政治不信を増大させた佐川急便事件やゼネコン献金問題をめぐって、宮沢内閣に対する内閣不信任案が可決されました。そのとき、平成五年七月の第四〇回総選挙で、細川非自民連立内閣が誕生しました。そこで与党を占めることとなった新生党の小沢代表幹事が、その一〇月に、政府委員制度廃止の構想を発表しました。さらに平成八年六月には、土井議長から、「議員立法活性化に関する一つの提言」が発表されました。この中でも、政府委員を入れずに議員同士の自由な討議を実施すべきことが提唱されていました。

平成八年一〇月の第四一回総選挙、これは小選挙区比例代表並立制の下での第一回目の総選挙でした。そのとき成立した第二次橋本内閣は、自・社・さ連立内閣でありました第一次橋本内閣と異なり、社・さは閣外協力するだけで、自民単独の小数内閣となりました。しかし、二一世紀を迎えるにあたって、細川あるいは村山という連立政権の時代にはなかなか進まなかった改革、国政のいろいろな分野での改革を、自民単独の橋本内閣に期待しようという雰囲気がありました。こういう中で、第二次橋本内閣は、財政構造改革を目玉にして、中央省庁再編制・行政改革を含む「六つの改革」を提案しました。

こういう雰囲気は、国会の場においても、例外でありません。平成九年九月、第一四一回国会の冒頭には、各省庁の局長クラスであります政府委員二七六名の任命に関し、慣例どおり議長が承認を与えるかどうかという問題が生じました。新進・民主・太陽の野党三党がこれに強く反対したため、結局、議院運営委員会で採決をして、政府委員承認を決定することとなりました。また、同九年一一月には、この野党三党が、政府委員制度の廃止や副大臣等の設置を内容とする「国会審議活性化を図るための国会法及び国家行政組織法等改正案」を提出しました。これは野党提出案のために、委員会に付託されないままに廃案となりました。

平成一〇年七月の参議院通常選挙において、橋本内閣の経済政策等に対する批判の結果、自民党が敗北したことを理由に、橋本総理辞任、小渕内閣誕生となりました。

参議院での安定多数をえるため、その一一月には、自民党と自由党との自・自連立協議が行なわれました。そのうち政治改革に関する部分は、①政府委員制度を廃止し、国会審議を議員

同士の討論に改める。②与党議員は大臣・副大臣・政務次官等として政府に入り、与党と政府の一体化を図るという二項目が唱われました。

この自・自連立合意をうけて、両党の実務者協議が行なわれました。平成一一年三月二四日に合意に至りました。その主な内容は、①政府委員は次の一四六回国会から廃止する。②平成一三年省庁再編にあわせて、政務次官を廃止し、副大臣・政務官を導入する。③政府質疑は、総理、国務大臣、副大臣、政務官等に対して行なう。④細目的・技術的説明のために政府参考人を出席させることができる、というものでした。そして、このあと、この実務者協議のメンバーを含む議員団がイギリスに行き、イギリスのクエスチョンタイムに倣って、党首討論を導入しようという構想になり、その導入実現に急速に傾いたというわけです。

ちなみに、野党民主党は、従来から同様の仕組みを設けようとの構想を持っておりまして、この党首討論導入に熱心でした。一説によると、当時民主党の委員長は菅　直人議員で、弁舌のうまさから、党首討論が絶対メリットあると判断したといわれています。実務者協議においても、「総理と野党党首の恒常的な討論」を合意条件としております。これに対し、自民党から、党首討論の実現に伴い、総理の国会審議への出席を従来よりも制限するよう要求し、最終的には民主党もこれを受け入れることになったのであります。

このように、各党実務者協議は、自・自の政策合意をベースとして、そこに「国家基本政策委員会の設置」という新しい項目を追加などして、六月一四日には、自民・自由・民主・明改の四党による「国家基本政策委員会の設置、政府委員制度の廃止及び副大臣等の設置並びにこれらに伴う関連事項の整備等に関する合意」ができまして、党首討論、政府委員廃止、副大臣設置という制度発足ということになったわけです。

ここでは、あくまで制度論中心でありまして、内容、哲学についてはあまり議論していないのが実情です。しかも、国会審議活性化法としては議院運営委員会提出の、議員立法であります。その中に、内閣法の改正条項や国会法の改正条項を含むものでして、統治機構の大きな変革が十分な審議もなく実現してしまったというのが現実なのであります。

第五、予備的調査について

衆議院の常任委員会・特別委員会は、委員会として、調査局

長または法制局長に対し予備的調査をするよう命じることができるようになりました。また四〇名以上の衆議院議員は、常任・特別委員会に対し委員会が調査局長等に予備的調査の命令を発するよう要請することができるようにもなりました。

四〇名以上の議員は議長に対し予備的調査の要請書を提出し、議長が特定の常任・特別委員会にその要請書面を送付すると、当該委員会は調査局長等に対し予備的調査の命令を発するものとするという構造であります。

予備的調査は、委員会の命をうけた調査局長等が行うものであります。これはあくまで憲法第六二条に規定されている議院の国政調査権の発動の一つの形態であります。憲法に規定されている国政調査権は実務上、議院が直接行使することはしておりません。議院から承認をうけて常任委員会が国政調査権を行使する、あるいは議院から設置の決議で付託された特別委員会が国政調査権を行使するという構造になっています。そして常任委員会・特別委員会は本来、当該委員会が合議体として国政調査活動を行うのですが、実際はその委員会のメンバーたる委員の全部または一部が調査活動を行うことが普通の姿でありますが、それでもその調査は合議体としての活動という形をとらなければならないものなのです。しかし調査活動によっては情報収集・分析・理解など、また方法・内容などいろいろの理由から、委員でない国会職員たる調査局長等に、下調査の代行をさせたほうが好都合なものもあります。そういった場合には便宜、委員会が行う国政調査権を、その前段階の部分について、調査局長等に代行させようという制度なのであります。そして、議員四〇人以上の要請があれば、所管委員会は予備的調査を命じるものとするという構造になっているところから、「少数者調査権」とも称し得るもので、ドイツ下院の調査委員会にも対抗できる制度といえます。

国会職員たる調査局長等といっても公務員でありますから、無制限に予備的調査をさせるのでなくて、予備的調査を行うにあったっては、国民の基本的人権を不当に侵害することがないよう、歯止めがかけられているのであります。具体的にはこの制度発足当時の第一四九回国会、平成九年一二月一一日の衆議院議院運営委員会で、

① 四〇人以上の議員が予備的調査に係る要請を行うときは、当該予備的調査に係る委員会を定めて要請することができるものとする。

② 前項の予備的調査に係る要請があった場合には、各委員会においては、本制度上の基本的人権に係る要件が恣意的

に運用されることとならないよう十分配慮すること。なお、刑事訴追を受けている事件については、予備的調査を命ずることは見合わせること。

③　各委員会の命により調査局長等が予備的調査を行う場合において、調査局長等が行った調査協力要請を官公署が拒否したときは、当該委員会は、官公署に対し、調査協力要請に応じることができなかった理由を述べさせることができるものとすること。

こういう予備的調査運用に関する申し合わせを行って、これを予備的調査実施の指針としているのであります。

一方、調査局長は議院事務局法第一九条により、予備的調査に関し官公署に対して、資料の提出、意見の開陳、説明その他の必要な協力を求めることができると規定されておりまして、かなり広範な権能が与えられているのです。

予備的調査を終えたときは、調査局長は予備的調査を命じられた委員会に報告書を提出するのですが、委員長は、その報告書の写しを議長に提出するとともに、当該委員会に報告書が提出されたことを報告する例となっています。

この報告書をうけた後、当該委員会がどう行動するかは何ら規定されておりませんから、一般的な委員会の活動をとる、つまり委員会提出法律案の作成を行うとか、なんらかの委員会決議をおこなうとか、さらなる国政調査権を発動して、証人・参考人等の招致とか、関係大臣その他政府関係者に対し糾問するとか様々な手段が考えられますが、実際これをどうフォローアップするかは政治の問題ということになります。

予備的調査制度は、平成九年一二月一一日の衆議院本会議で、衆議院規則改正案として成立しました。この制度を説明する前に、当時の政治状況をお話しますと、当時平成九年は、第二次橋本内閣です。この内閣は自・社・さが閣外協力をするという、自民の単独少数内閣となりました。一方、世の中の雰囲気は、久しぶりの自民党内閣だ、二一世紀という歴史の区切りの時期であるから、懸案問題に対処してもらおう、という期待がかかっていた時期でもありました。橋本内閣は、財政構造改革をはじめ、六つの改革を掲げておりまして、国会でも改革の機運があった時期といえましょう。

当時衆議院では野党民主党及び共産党がそれぞれ独自の行政監視院法案を提出しておりました。これらの法案と国会改革をめぐる与野党の水面下の調整の過程で、予備的調査制度が生ま

れてきたものであります。参議院側はこの間の動きに関与していないこともあり、また衆議院とは異なる別の角度から、オンブズマン的要素を考える参議院改革協議会等での意向があったりして、衆議院とは異なる方向に進んだものであります。

民主党案で考えている行政監視院とは、アメリカ議会のＧＡＯ・会計検査院（Gneral Accounting Office から、General Acountability Officee にその後名称と職務内容を変更しています）をモデルとし、憲法上の機関である会計検査院や内閣の機関である総務庁の行政監察局を一緒に統合して国会による行政の監視及び立法に関する機能の充実強化に資するため、国会に三〇〇〇人規模の行政を監視する機構をつくろうという構想でありました。

当時はバブル経済崩壊後で住専に対する六八五〇億円の公的資金投入問題がありました。ノーパン・しゃぶしゃぶ事件等での公務員のモラル低下や、政府のガバナビリテイ懸念が厳しく批判される中でして、国民の代表たる国会にチェックを期待する面が大きいものでした。そこで、ＧＡＯみたいな行政監視院に、国の行政機関の業務に関する監視、調査及び評価を行わせよう、またそのために必要な法律の制定及び改廃に関して意見を述べさせようというものであります。

この民主党案のほかに共産党案もありまして、その内容は若干の違いがありました。

これら野党の法律案は、その他の政治改革関係法案とともに、第一四一回臨時国会に提出されましたが、委員会に付託されないまま廃案となりました。

しかし、当時の自・社・さという政治状況と公務員の倫理等などの社会状況の追い風と、それ以上に議院運営委員長に開明的な人物が就任していたこともあり、これら法案をも含めて、国会の国政調査権を拡張する、会計検査院の権能と国会との関係を深めるなど、画期的な改正案が与野党間の水面下の折衝が行なわれました。その結果、事実上の合意に至ったのであります。ここで、いわゆる委員会提出法律案として、提出され両院または衆議院の議決を経て成立したものであります。

ちなみに、そのときの改革は大体こういうものであります。

一）決算行政監視委員会の新設

衆議院の常任委員会として、「決算委員会」を改組して、新たに「決算行政監視委員会」を設置するものとする。

二）国会法一〇四条による報告及び記録の提出要求に関する

規定の整備

① 内閣又は官公署が各議院又は各議院の委員会からの報告又は記録の提出の求めに応じないときは、その理由を疎明しなければならないものとすること。

② ①の理由を受諾することができない場合は、その議院又は委員会は、更にその報告又は記録の提出が国家の重大な利益に悪影響を及ぼす旨の内閣の声明を要求することができるものとすること。

③ ②の要求後一〇日以内に、内閣がその声明を出さないときは、内閣又は官公署は、先に求められた報告又は記録の提出をしなければならないとすること。

三）会計検査院に対する特定事項の検査の要請

各議院又は各議院の委員会は、審査又は調査のため必要があるときは、会計検査院に対し、特定の事項について会計検査を行い、その結果を報告するよう求めることができるものとすること。

四）会計検査院法の一部を改正し、会計検査院は、正確性、合規制、経済性、効率性及び有効性の観点その他会計検査上必要な観点から検査を行うものとすること。

五）衆議院事務局に衆議院調査局を置き、委員会の命を受け予備的調査を行うこととする。衆議院調査局に衆議院調査局長を置き、衆議院事務総長を助け、衆議院調査局の事務を総括するものとすること。

六）衆議院調査局長は、予備的調査を命じられたときは、官公署に対して、資料の提出、意見の開陳、説明その他必要な協力を求めることができるものとすること。

次に予備的調査の実績を申しあげます。

平成一〇年に制度が発足して以来、平成一八年末までに、全部で二九件の予備的調査が命じられました。

委員会の議決による予備的調査の命令は、二件。四〇人以上の議員からの要請にかかる予備的調査が二七件を数えております。

平成一八年に予備的調査を命じられました件数は、四件ですが、それらは

① 三位一体の改革に伴う地方公共団体の財政への影響及びその調整に関する予備的調査

② 中央省庁の補助金等交付状況、事業発注状況および国家公務員の再就職状況に関する予備的調査

③ 独立行政法人の組織等に関する予備的調査

④　国民年金・厚生年金の納付した保険料の記録が消滅する事案等に関する予備的調査

であります。

予備的調査の結果、多くの反響があったケースとして、平成一七年一一月一日に命令された、松本剛明君外四五名の議員からの要請にかかる「公益法人等における国家公務員の再就職状況及び中央政府からの補助金等交付状況に関する予備的調査」について、その報告書概要を説明させていただきます。この予備的調査は規模が大きいところから、大変な労力・日時を費やしまして、平成一八年二月三日に報告書を提出したものです。

まず調査項目ですが、公益法人等における国家公務員退職者の再就職状況があります。これについては、調査局におきましては、関係一四省庁に対し、平成一七年四月一日現在の、その所管に属する公益法人・独立行政法人・特殊法人等を対象に、一定のフォームでの質問表を送り、回答を求め、それを取りまとめる形で調査を行いました。

国家公務員退職者の再就職者の数

当該公益法人の取締役（理事、監事等取締役に相当する職を含む）の総数及び、そのうち国家公務員退職者の取締役（同上）の人数

再就職者の役職名、再就職者の就職日、再就職した者の国家公務員としての最終官職、再就職者の当該法人に再就職する前の職歴（前の職歴が調査対象法人である場合に限る。）

これが調査細目ですが、その結果は、調査事項該当法人数四、四三五法人。うち、国家公務員が再就職していた法人数は、三、九二三法人で、再就職者は、二二、一八三人でした。このうち、役員に再就職した者がいる法人数は、三、四三四法人で、役員に再就職した者数は、八、九一五人でありました。各省庁毎の詳細な数字は、別表のとおりですが、ここでは省略させていただきます。

次の調査項目は、公益法人等における国からの補助金等交付状況でありまして、平成一七年度予算ベースにおきまして、

当該法人の年間収入

当該法人が交付を受けた、補助金等の額、補助金等の交付

を受けた目的・理由
当該法人が交付を受けた補助金等の、国の予算上の費目
当該法人が、他の調査対象法人に対して取引若しくは事業委託等の経済的関係を有する場合、当該経済的関係の相手先名称及び年間取引額（直近決算ベース・年間一〇〇万円未満のものを除く）

という調査細目に対し、補助金交付のあった法人数は、一、五七五法人で、補助金等の合計額は、約六兆一五五七億円となっています。各省庁所管別詳細の別表は、省略させていただきます。

この予備的調査は、要請者代表の松本剛明君が民主党の政審会長でもありますから、本件調査は、民主党として統一的意図のもとに要請したものとも考えられます。そして事実、この予備的調査報告書提出後、民主党で記者会見を開き、報告書の内容を記者発表しておりました。マスコミの多くの社がこの問題に関心を有していたところから、新聞紙上等で大きく報道されました。

また、そのあと、平成一八年三月二三日の参議院財政金融委員会におきまして、民主党の尾立源幸議員から、本件予備的調査報告書の内容につき、質疑通告が行なわれました。

その趣旨は、予備的調査要請者の調査依頼事項の詳細中、「補助金、委託金等名称の如何にかかわらず国から交付された資金」とある。補助金、委託金だけに限らず、契約を通じて交付された委託費なども調査対象に含めるのが調査の趣旨だと考えるが、補助金、委託金だけに限定した経緯をお聞きしたい」、というものでありました。

これに対して調査局長は、同委員会にて次のように答弁しました。

「先生ご指摘になりました今回の予備的調査は、衆議院議員四六名からの調査要請に基づき、内閣委員長から小職に調査命令がなされまして、調査局において調査したところであります。調査に当たって、調査要請事項の内容を検討したところ、報告書を取りまとめるには、各省の協力が不可欠であることから、協力を仰ぐ省庁、およびその内容を検討したわけでありますが、その際は、ただいま先生がご指摘なさいました契約を通じて交付された資金については、どのような契約関係について対象と

するか、一義的に明確な基準を設けることが困難であり、個別の契約関係の精査が必要とされることから、今回の調査においては、一定の期間において、かつ、各府省及び法人において定義を明確にして統一された基準で調査を行う必要上、予算等において定義上明確な「補助金」「委託金」等として整理されているものを調査対象としたものであります。なお、「補助金等」の解釈については、「補助金等」という用語において通常意味するところとして、公益法人白書等において対象とされている補助金、委託費等に関する定義を参考としたところであります。すなわち、補助金等とは、「国が国以外のものの行う事務または事業に対し、法令又は予算に基づいて補助金、負担金、交付金等として、財政上の援助を与える経費、法令又は予算に定める利子補給金等」であり、委託費とは、「国の事務、事業、調査、試験研究等を委託する経費」をいうものと認識して調査を行った次第であります。何卒ご理解を賜りたいと存じます。」

以上、とりとめのない報告でございますが、これで終わらせていただきます。誠にありがとうございました。

＊本稿は、二〇〇六年八月二四日に北海道大学で開かれた研究会（平成一八年度科学研究補助金基盤研究（A）「変革期における新たな立法動向と多元的立法過程に関する比較的・総合的研究」に基づくもの）における報告の原稿に加筆訂正していただいたものである（研究代表者岡田信弘記）。

雑　報

北海道大学法学会記事

○二〇〇七年三月二六日（月）午後一時半より（附属高等法政教育研究センター主催）

「アジアにおける思想と法の連鎖をめぐって」

報告者　島田　弦（名古屋外国語大学講師）

山室信一（京都大学人文科学研究所教授）

出席者　二七名

本シンポジウム「アジアにおける思想と法の連鎖をめぐって」は、本法学研究科内の科研費基盤研究S「〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究」（研究代表者：長谷川晃）と共同で法学研究科附属高等法政教育研究センターが主催し、北大法学会の共催を得て開催された。本シンポジウムの基軸となっている前記基盤研究Sは、様々な法的アクターの主体的活動を中心とする異なった法体系・法文化の相互融合過程たる〈法のクレオール〉を契機として法実践が形づくられてゆくという法の動態を、理論・制度・歴史の観点から立体的に把握しようという試みであるが、本シンポジウムはその研究の一環として、アジアにおける法の相互融合の有り様を思想や制度の連鎖過程において眺めてみようとするものであった。

このような見地から本シンポジウムの報告者として招聘されたのは、インドネシアにおける慣習法（アダット法）と宗主国たるオランダの法との相互作用を注視しながら東南アジアにおける法体系形成の諸相を理論化しようと研究を進めている気鋭の若手、島田弦・名古屋外国語大学講師と、東アジアにおける近代化の歴史経験の中での日本、中国、朝鮮、そしてタイなどに亘る思想と法制度の相互連鎖と新たな法空間形成の諸相に関する独創的研究で名高い、山室信一・京都大学人文科学研究所教授であった。両氏は、それぞれ、「インドネシアにおける『アダット法』概念の形成とオランダ法学」、「東アジアにおける思

想連鎖と法』――〈法のクレオール〉研究との交錯へ向けて――」と題して報告をされ、それぞれについて質疑応答が行われた。

島田氏は、インドネシアにおけるアダット法の認識の形成が現地の実際の慣行のみならずそれを体系化しようとしたオランダ法学者の作業によってなされて来た様を分析した。島田氏は、インドネシアのアダット法は本来地域ごとに異なる土地使用慣行の集積なのであるが、それは特に一九世紀半ば以降のオランダの植民地政策の展開の中でオランダ人法学者によって自覚的・意図的に体系化され、それが第二次大戦後のインドネシア社会の中でも利用されてきていることを明らかにし、オランダの政治・外交の動きとアダット法の認識・実践とが連動していること、特にインドネシアの慣行を尊重することがオランダの植民地権益につながったことや、その際にライデン大学を中心とするオランダの歴史法学の展開が重要な意義を持っていたことなどを跡づけた。また、質疑応答の中では、オランダの植民政策と法制度運用の関係や、オランダにおける保守主義と自由主義との対立が些か捻れた形でインドネシアの慣行の受容と拒絶に結びついていたことの意義、第二次大戦後のインドネシア社会の独立過程におけるオランダ法利用の変遷などが特に議論の的となった。

山室氏は、日本を中心とする東アジア全体の近代化過程の中で書籍、留学生、外国人教師、国際結社などが主要なアクターとして媒介した思想連鎖の有り様を明らかにすることで、法制度の相互融合も促進された様子を論じられた。そこでは特に日本の近代化過程に関して、和魂洋才による異質なものの受容、平準化や類同化、そして固有化による法の重層化の下に、国際法への参加、法典編纂、そして植民地支配による「国民帝国」の形成といった近代日本の展開の特徴が検討された。また、そこでは、日本の法制度に現れた培地依存性、法空間の位階化と人の選別、法言語の相互融合（特に日本国憲法の起草過程における人の概念の翻訳に関する攻防）などが〈法のクレオール〉にとって意義ある問題場面として示唆された。報告に続いた質疑応答においては、特に一九三〇年代の日本における「国民帝国」の形成と新たな法秩序たる圏域法の構想の展開についての政治的評価、日本の西洋法継受の初発段階における中国文献の影響、秩序空間形成の意義、翻訳を介した〈法のクレオール〉のパラダイムなどをめぐって、山室報告の含意が多角的に質された。また、ここでは特に日本において条文中心の法理解が制度展開の障碍となっており、権利保障を中心とする法の多面性の理解が重要であることなどが強調された。

以上の二つの報告は、日本を含むアジアにおける法の動態的形成を考えるうえで貴重な視点を提供するものであり、本シンポジウムは極めて刺激に富むものとなった。

（文責　長谷川晃）

論　　説

現代中国における「司法」の構造（7・完）

――厳打：なぜ刑事裁判が道具となるのか？――

坂　口　一　成

目　　次

序論
　問題意識および課題
　本稿の構成
　先行研究の検討
　本稿の意義
　用語の説明　（以上57巻2号）
1　基本概念の整理
　1.1　刑事司法の担い手
　1.2　制裁制度
　1.3　刑事手続の概要
　1.4　解釈制度　（以上57巻3号）
Ⅰ　厳打とは何か
2　厳打前夜の治安状況と犯罪対策――「重きにかつ速やかに」の登場
　2.1　文革の後遺症
　2.2　1979年：全国都市治安会議
　2.3　1981年：5大都市治安座談会
　2.4　章結
3　83年厳打
　3.1　厳打の決定プロセス
　3.2　法的対応　（以上57巻4号）
　3.3　厳打期刑事司法の実態
　3.4　厳打の成果

3.5　中間考察――なぜ83年厳打が可能であったのか？
（以上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
4.3　01年厳打
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
5.2　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
5.4　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？
6.2　法的決定形成プロセスに介在する制度　（以上58巻１号）
6.3　構造の潤滑油――裁判官の責任負担のあり方　（以下本号）
6.3.1　裁判官の人事権者――党管幹部
6.3.2　裁判官に対する責任追及
6.3.3　まとめ
6.4　政府と裁判所の関係
6.5　構造の全体像
終章
総括
なぜ裁判は道具でなければならないのか？
残された課題

6.3　構造の潤滑油――裁判官の責任負担のあり方

本章ではこれまで、「裁判＝道具」構造を構成する担い手および制度を検討してきた。すなわち、6.1では裁判官が本来的に党の政策の忠実な遂行者であることを、また6.2では受訴裁判所だけでは判決を下せず、

党組織（党委員会および政法委員会）や「上司」（所属裁判所の所長、廷長、裁判委員会、そして上級裁判所）の意向を受け入れる法的ないしは事実上の制度が形成されていることを明らかにした。

それではこうした仕組みの実効性を担保する制度は何であろうか。具体的には、裁判官が党の政策の忠実な遂行者であり続け、また党組織や「上司」の意向を受け入れる制度が実効的に運営されるための制度的担保である。

これについて中国や日本で議論に上がるのは、主には裁判官の身分保障と裁判所の財政の２点であるが、以下では裁判官の身分保障に焦点を合わせて論じる。その理由は２つある。ひとつは、裁判官が本来的に党の政策の忠実な執行者であること、および党組織や「上司」による裁判に対する干渉についていえば、裁判官の身分保障（そしてその脅威となる責任追及）のあり方こそが、その実効性を支えていると考えられることである。もうひとつは、裁判所の財政の問題については政府と裁判所の関係について論じられるのが常であるため(94)、本章でこれまで論じてきた内容と直接的な関連性がないことである（政府と裁判所の関係については次節で改めて検討する）。

そこで本節では、裁判官の身分保障をめぐり、次の２点を検討する。すなわち、裁判官の実質的な人事権者、および裁判官が負うべき責任である。後者には、具体的な審理を担う裁判官の責任と、そうした裁判官の「上司」である所長（副所長）の責任がある。

6.3.1　裁判官の人事権者――党管幹部

本項では誰が裁判官の人事権を握っているのかを明らかにする。

法は裁判官の任免権者を次のように定める。まず、各級裁判所長については、原則として同級人大が選挙・罷免し、直轄市内および地区に設

(94)　中国における議論ついては、張慜等・前掲注（80）248頁、王利明・前掲注（57）121頁、範思深・前掲注（12）165～166頁など。また日本における議論については、鈴木賢「人民法院の非裁判所的性格――市場経済化に揺れる法院の動向分析――」比較法研究55号（1993年）178頁、葉陵陵「中国の地方保護主義と司法の独立」熊本法学83号（1995年）102～103頁など。

置された中裁の所長については、対応する同級人大がないため、裁判所所在地の省クラス人大が選挙・罷免する（1.1.3Ⅱ参照）。

また、所長以外の裁判官の任免権者については次のように定められている。最高裁の副所長、判事および裁判委員会委員は、最高裁所長の指名に基づき、全国人大常委会が任免する（憲法67条11号）。地方各級裁判所の副所長、廷長、副廷長および判事は同級人大常委会が任免する。直轄市内および地区に設置された中裁の副所長、廷長、副廷長および判事は、省クラス人大常委会が任免する（裁判所法35条１～３項）。これらの任免は所属裁判所の所長の指名に基づいて行われる（裁判官法11条３～５項。旧法も同じ）。地方各級裁判所の裁判委員会委員は、所長の指名に基づき、同級人大常委会が任免する（裁判所法11条２項）。このほか、各級裁判所に必要に応じて配置される判事補については、当該裁判所が任免することとされている（同法37条、裁判官法11条６項。旧裁判官法も同じ）。

このように法は、裁判官の任免権が人大ないしは人大常委会にあると定める（判事補は所属することとなる裁判所である。以下同じ）。しかし、裁判官任免の真の決定者はこれらではない。裁判官の任免、さらには進退については、［党管幹部］原則の名の下で党が掌握している(95)。

党管幹部原則は建国前から続いてきたといわれており(96)、具体的には「幹部の補充、任用、育成・訓練、審査、監督、賞罰、配置転換、給与、福祉・厚生、退職・休職等の諸制度」(97)を党が管理するというものである。ここでいう「幹部」は党員に限らず、およそ幹部であれば全てその対象となる。「党員システムによると、彼ら（判事および判事補）は一般幹部に属する」(98)ため、裁判官は均しく党管幹部原則に射程内にあることになる(99)。

---

(95) なお、2005年４月27日に全国人大常委会で採択された公務員法（2006年１月１日施行）４条も、「公務員制度は……党管幹部原則を堅持する」と規定する。

(96) 『現代中国法』41頁。

(97) 中村桜蘭「中国の幹部管理体制（1949～1953）」アジア研究38巻２号（1991年）39頁。

(98) 範思深・前掲注（12）178頁。

(99) 幹部とは誰か、という問いに答えることは極めて困難である。中国では一

そして、この党管幹部原則こそが、国家機関内に設置される党グループ、[対口部] と呼ばれる党内に設けられる国家機関を指導するためのカウンターパート（裁判所の [対口部] は政法委員会である）、そして個々の党員というチャンネルを通じた「党の指導」の制度的担保である。このことは、中央政法委員会に長年身を置いてきた林中梁の次の指摘から明らかであろう。すなわち、「党の政治指導、思想指導、組織指導の三者は緊密につながっている一体であり、政治指導および思想指導は組織指導の方向性、性質および内容を決定し、組織指導は政治指導および思想指導に組織的保証を提供し、政治指導および思想指導はともに組織指導に依拠して実現される」(100)と。

以下、党管幹部原則の具体的内容を検討し、党管幹部原則の名の下で

般的に、およそ国家機関の勤務人員は「国家勤務人員であり、また国家幹部である」とされており（景杉主編『中国共産党大辞典』（中国国際広播出版社、1991年）296～297頁参照）、裁判所に勤務する者も幹部となる。したがって、裁判官だけではなく、書記員や司法警察なども幹部となる。しかし、裁判所に勤務する者全員が幹部であるかというと、そうではないようである。というのは、裁判所には肉体労働者も勤めているからであり、これについては幹部とされていないと思われるからである。裁判所については不明であるが、例えば甘粛省高検においては、検察官は当然のこととして、書記員や司法警察、さらには一般の事務員も幹部とされているが、肉体労働者 [工勤人員] は幹部とされていない（『甘粛検察年鑑（1999）』（2000年）208頁）。おそらく裁判所においても同様であると思われる。

(100) 林中梁・前掲注（82）７頁。また、矢吹晋も「実際にはノーメンクラツーラ制こそが（党の）そうした働きかけに実効性を与える制度的保証であり、『指導的役割』の実体そのものである（る）」と指摘する（『巨大国家中国のゆくえ――国家・社会・経済』（東方書店、1996年）117頁）。なお、1987年の政治体制改革プランでは [対口部] の廃止と党グループの段階的廃止が提案されたが、党管幹部原則にはメスを入れようともしなかった（趙紫陽「沿着有中国特色的社会主義道路前進」（1987年10月25日）中共中央文献研究室編『十三大以来――重要文献選編（上）』（人民出版社、1991年）37頁参照。実際、中央政法委員会は1988年５月19日に、大幅に権限・規模縮小された「中央政法指導小組」に改組された（1990年５月に復活）。林中梁73頁参照）。このことからも、党にとっての党管幹部原則の重要性がうかがえよう（毛里和子『新版現代中国政治』（名古屋大学出版会、2004年）163頁参照）。

人事権を党に握られている裁判官の身分が、どれだけ保障されていないかを明らかにしよう。

現行の党管幹部制度のひな形は、党中央組織部「幹部管理業務を強化することに関する決定」（1953年11月）（筆者未見）であり(101)、本決定ではいわゆる「分部・分級」管理方式が採用された。「分部管理とは、すべての幹部を軍事、文化教育、工業計画、財政貿易、交通運輸、農林水利、統一戦線、政法、大衆活動その他、の九つの部門に分け」党の関係部門が管理することであり（例えば、裁判官を含む政法業務幹部は、その［対口部］である政法委員会が管理する）、「分級管理とは、中央および地方各級の党委員会のあいだの、各級ごとの幹部管理についての分業制度をさだめたものである」(102)。その後、1955年に、党中央は中国版ノメンクラトゥーラである「中共中央が管理する幹部職務名称表」および「中央への報告を要する幹部職務名称表」を出し、同年９月には各地区・部門に対して自らが管理する職務名称表を速やかに定めるよう催促した。なお、中央が「管理する」、または中央に「報告する［備案］」とされているが、実質的には前者は中央が任免することを、後者は任免について中央の承認を要するという意味であると考えられる(103)（以下、前者を「任命ポスト」、後者を「承認ポスト」と呼ぶ）。

表６－６　党中央が任免・承認する裁判所ポスト

	中　　央	省クラス
任　免	最高裁所長、同副所長、同裁判委員会委員、同党グループ書記、同副書記、同メンバー	高裁所長
承　認	最高裁廷長、副廷長、廷クラス判事	高裁副所長（専門裁判所の所長・副所長*）

*専門裁判所は省クラスとは限らないが、便宜上このようにした。

(101) 景杉・前掲注（99）307頁。

(102) 田中信行「中国――『党政分離』と法治の課題」近藤邦康・和田春樹編『ペレストロイカと改革・開放――中ソ比較分析』（東京大学出版会、1993年）249頁。

(103) 矢吹・前掲注（100）118頁が「中央が管理する職務名称」を「任命ポスト」と、また「中央への報告を要する職務名称」を「承認ポスト」と呼ぶもこの意味と考えられる。

表６－７　地方各級裁判所幹部人事の実質的任免権者・協力者一覧表

ポ　ス　ト	実質的任免権者	協　力　者
高裁所長	党中央	省クラス党委員会・最高裁党グループ
高裁副所長	省クラス党委員会	最高裁党グループ
中裁所長	省クラス党委員会	地クラス党委員会・高裁党グループ
中裁副所長	地クラス党委員会	高裁党グループ
直：中裁所長・副所長	市（省クラス）党委員会	高裁党グループ
基層裁所長	地クラス党委員会	県クラス党委員会・中裁党グループ
基層裁副所長	県クラス党委員会	中裁党グループ
直：基層裁所長	市（省クラス）党委員会	県・区党委員会・高裁党グループ
直：基層裁副所長	県クラス党委員会	高裁党グループ
直：中裁裁判委員会委員・廷長、副廷長・判事	市（省クラス）党委員会	高裁党グループ
その他の裁判委員会委員・廷長、副廷長・判事	同級党委員会	同裁判所党グループ
正副処長・正副科長・正副主任・執行員・判事補およびその他の幹部	同級党委員会	同裁判所党グループ
党委員会管理外の地方各級裁判所幹部	同裁判所党グループ	なし

＊「直」は直轄市を指す。なお、表中の点線の意味については下記参照。

管見に及ぶ限りの党中央が任免するノメンクラトゥーラの最新版は、1990年５月10日に出されたものである(104)。表６－６はそこに記されている党中央が決定し、または報告を受ける裁判所のポストをまとめたものである。同表から明らかなように党中央は、中央と１級下の省クラスの重要ポストを任免することになっている（なお、これ以前においては原則２級下まで管理することとなっていた）。

省クラス以下の党委員会が管理するものについては、少々古いものであるが、中共最高裁党グループ「各級人民裁判所党グループが党委員会

(104)　前掲注（36）の1990年の通知。

の裁判所幹部管理に協力することに関する辦法」[105]（1984年１月10日）が詳しく定める。表６－７は本辦法が定める地方各級裁判所幹部の人事を決定する党組織、および当該党組織が幹部を選抜する作業に協力すべきとされる党組織をまとめたものである。

本表から明らかなように、およそ裁判所幹部たる者は、ひとしく党組織が実質的な人事権を有している。なお本辦法からは、所長・副所長ポストの実質的任免権者は、１級上の党委員会である場合もあれば、また同級党委員会である場合もあると読める。しかし、先に挙げた中央の幹部職務名称表、および本辦法の高裁所長・副所長の実質的任免権者についての規定から、所長については１級上の党委員会が、副所長については同級党委員会が実質的任免権者になるものと考えられる（副所長は１級上の党委員会の承認ポストとなる）。筆者がWeb上で見つけた最近の県クラスの「幹部職務名称表」によると[106]、県クラス党委員会の任命ポストは同級裁判所（基層裁）の党グループ書記、副書記、副所長などであり[107]、同所長については１級上の党委員会の任命ポストとされ、県クラス党委員会は上級党委員会に協力することとされている[108]。本

---

[105] 『司法手冊（３）』609頁以下。

[106] 例えば、江蘇省溧陽市の「中共溧陽市委管理的幹部職務名称表」（2004年３月20日）（http://www.jslydj.com/）、江蘇省鎮江市丹徒区の「関於制定中共鎮江市丹徒区委管理的幹部職務名称表的通知」(2004年)（http://www.dtdjw.gov.cn/）。なお、本号所掲のURLは2007年３月31日現在のものである。

[107] 県クラスに設置される基層裁は裁判所系統の末端であるため、県クラスの１級下の郷クラスには裁判所がない。ただし、人民法廷があるときは、廷長ポストを管理するようである。陝西省留県の「中共留坝県委管理的幹部職務名称表及領導職数表」（施行は2000年以降であるが具体的な月日は不明）（http://www.liubadj.gov.cn/）参照。

[108] 広東省広州市白雲区の「中共広州市白雲区委管理的幹部職務名称表」(2004年２月４日)（http://dangjian.by.gov.cn/）では、同区裁判所長は、広州市党委員会が決定し、同区党委員会がそれに協力するとされている。

なお範愉は、法律上、裁判官の任免権が人大・同常委会にあること、および旧裁判官法12条２項で「所長、副所長、裁判委員会委員、廷長および副廷長を担う者は、実際の業務経験を有する者から優秀な者を選び、人選を提出しなければならない」と規定されたことから、「実際に従来の党の組織部門又は行政

表において点線で区切っているのはそのためである。ただし、所長は上級党委員会の任命ポストであるが、先述（6.1.2、とりわけ表６－１参照）のように、所長は一般的に所属裁判所党グループ書記であるため、同級党委員会がその人事に全く関与していないわけではないことも指摘しておこう(109)。

また、1995年に中共中央辦公庁が転達した中共中央政法委員会「各級党委政法委員会の業務の強化に関する通知」(110)によると、「党委員会の参謀・助手」である政法委員会は、以下のような形で裁判官人事に関与することになっている。すなわち、①最高裁所長（原文を直訳すれば「中央政法各部門の指導層のうち中央の管理に属する幹部」となる）の任免については、「中央組織部が観察した後、中央政法委員会に意見を求めるか、または中央組織部の観察チームに中央政法委員会のメンバーを加え、共同で任免意見を提出し、中央の関連規定に照らして中央の審査に付す」、②各級政法委員会は①を参考にして幹部管理に協力する、と。

そして地方各級政法委員会は、実際に次のようなやり方で人事に協力しているという(111)。①政法委員会が観察し、指導的幹部の任免意見を提出し、組織部に意見を求めた上で、党委員会の審査に付す、②組織部と政法委員会が共同で観察し、その任免意見を党委員会の審査に付す、③組織部が任免意見を提出し、政法委員会に意見を求めた上で、党委員会の審査に付す、と。組織部と政法委員会のいずれが主となるかは統一されていないが、いずれにせよ両者が共同で人事案を固めていることは明らかであろう。

部門の法官任命権が廃棄された」（「中国裁判制度とその理念の研究（６）」名古屋大学法政論集170号（1997年）282頁）と指摘する。しかし、上に挙げた例から、党管幹部原則が実際に「廃棄」されていないことは明らかである。

(109) 党規約47条１項によると、党グループ書記を任命するのは同級党委員会であるため、上級党委員会も当該裁判所の同級党委員会の意向を無視して所長を任命するわけではなかろう。

(110) 「中共中央辦公庁転発『中共中央政法委員会関於加強各級党委政法委員会工作的通知』的通知」（庁字［1995］28号）。筆者未見であり、本稿の引用は林中梁・前掲注（82）639頁による。

(111) 林中梁・同上639～640頁。

ところで、これまでの規定からは、裁判所幹部の人事が党組織（裁判所党グループも党組織である）だけで完結しているように読める。だが、実際には政府（人事部門）もこれに関与している。例えば、最高裁・国家計画委員会・労働人事部「1985年に地方各級人民裁判所で幹部を募集し、採用することに関する通知」（1984年11月25日）(112)は、裁判所の幹部を採用するにあたっては、原則(113)として１級上の裁判所の審査を経た後、審査を担った裁判所の同級政府人事部門の承認を得なければならないとする（例えば、中裁が幹部を採用する場合は、１級上の高裁の審査を経た後に、高裁の同級政府である省クラス政府人事部門の承認が必要となる）。また、北京市高裁が2000年に設けた規定(114)によると、北京市内の高裁以下の裁判所においてスタッフ（裁判官とは限らない）を新規採用する際には、おおよそ次のような手順を踏まなければならない。①採用する裁判所（以下、「採用裁判所」と呼ぶ）による資格審査・面接、②高裁による試験、③審査・政治審査・身体検査、④「裁判所補充幹部審査表」の作成、⑤区・県人事局の公印を同表に押捺、⑥高裁幹部処の審査、⑦市人事局の審査、と。先に挙げた例とは、採用裁判所と同級の人事局を経由する点（⑤。ただし「公印の押捺」がどれほど実質的な意味を持つのかは不明）で異なるが、上級裁判所の審査を受けた後に、最終的に上級政府の承認が必要である点は同じである。

さて、ここでひとつの疑問が生じる。すなわち、先ほどまでは政府が全く登場しなかったのに対し、1984年の通知および北京市高裁の規定では、逆に党が全く登場しない。

こうした違いが生じる所以は、党内の規定上は党組織と政府が区別されているが、実態としては両者が一体化しているからであると考えられる。すなわち、「『党管幹部』の原則の下では、政府の人事部門と党の組

(112) 労働人事部政策研究室編『人事工作文件選編（７）』（出版社年不明）77～81頁。

(113) 高裁が幹部を採用する際には、自ら審査を行った後、省クラス政府人事部門の承認を求める。

(114) 「北京市高級人民法院関於北京市法院系統調入、録用工作人員暫行規定（試行）」（2000年２月25日）北京市高級人民法院編『首都法院改革与建設規範』（知識産権出版社、2002年）360～363頁。

織人事部門は一体化している［合二而一］」(115)と。つまり、党と政府が一体化し（具体的には党委員会組織部と政府人事局）、これらが裁判官の人事を実質的に握っているのである。いわく「裁判官任免の実務において、地方党・政府指導者が直接的かつ決定的な役割を果たしている」(116)と。

そして、ここでカギとなるのは、こうしたプロセスを経て決定された人事案が人大で覆されることがまずないということである。すなわち、「わが国の裁判官管理システムは党管幹部の原則に従っており、裁判官の任命はまず現地の党の組織部門の考察・同意を経なければ、人大の任免にかけることができない。一般的にいって、人大が党委員会の意見に逆らうはずがなく、党委員会の指名は原則として通過する」(117)と。

そのため、党および政府に任免を掌握されている裁判官は、これらの意向に服従せざるを得ない。例えば、1980年に江華（最高裁所長）は、「彼らは『何が裁判の独立だ、お前を業務からはずしてやる』、『裁判の独立に手を出すことはできない。だがお前は幹部だ、俺は管理できる』と言う。司法幹部が（裁判の独立）原則を堅持したために、人民裁判所から異動させられるということがたびたび生じている」(118)という状況を指摘した。このことは、当時の裁判官が置かれていた境遇を如実に物語っていよう。党の意向に逆らえば自身の地位を失うことになるのである。

この点、旧裁判官法８条は、裁判官の権利として「法定の事由により、また法定の手続によらなければ、停職、降格、罷免または処分されることはない」（３号）を定めた。そして、その法定の事由には、もちろん党や政府の意向に逆らうといった事由は含まれていない（同法13条、30条、38条。現行法も同様である）。

しかして、こうした状況は今日においてもなお過去の遺物とはなっていない。このことは、次の指摘が端的に示している。「（裁判の独立）原則を堅持し、その指示に従わない司法機関の指導者および事件処理担当

(115) 郭道暉「実行司法独立与遏制司法腐敗」法律科学1999年１期７頁。
(116) 王利明・前掲注（57）167頁。
(117) 張衛平等・前掲注（28）40頁（張衛平・胡夏冰執筆）。
(118) 江華・前掲注（71）９頁。

者は恣意的に更迭、停職ないしは異動させられ（る）」[119]、「司法実務において事件の判決が現地の党・政府指導者の意見に合致しない、またはその同意を得られないときには、裁判官が異動、停職、ひいては更迭されることもある」[120]と。法律でわざわざ規定したにもかかわらず、裁判官の身分は極めて不安定な状況に置かれたままであり、裏の人事権者である党や政府に逆らえば、自身の仕事を失うかもしれないのである。そうである以上、裁判官が自らの進退を握っている党や政府の意向に従順であることは当然といえよう。

6.3.2　裁判官に対する責任追及

Ⅰ　誤判責任制

先述（6.2.3参照）のように、下級裁判所から上級裁判所に発せられる「照会」は中国においては特異な現象ではなく、いわば日常的なこととなっている。ではなぜ、下級裁判所が裁判内容についてこれほどまで上級裁判所に照会するのか。その制度的要因のひとつとしては、下級裁判所の判断が上級裁判所の２審または再審で破棄・改判されれば、それは「誤判」[錯案] と認識され、その結果、自らの業務評定にマイナスとなることを挙げることができる[121]。例えば、裁判官の昇任・昇給は、主に政治基準と業務基準により行われ、後者は具体的には事件処理の質（法的文書の質、被改判率、発効判決の再審率など）と件数により測られるという[122]。２審で破棄されたり、裁判監督手続により再審を行われたりすれば、端的に「誤判」と認識され、自らの出世に響くことになっているのである。

---

[119] 譚世貴「論司法独立与媒体監督」中国法学1999年４期18頁。

[120] 周道鸞・前掲注（48）６頁。

[121] このほか、裁判官の業務能力が低いことを理由が挙げられるが、それでは業務能力が高まればそれは自然と消え去るものなのだろうか。問題は上級裁判所に覆されれば「誤判」となる考え方、そして「誤判」であればその裁判を担当した裁判官の責任を追及するという制度にあるのではなかろうか。上級裁判所に照会することによりその危険を回避できるのであれば、上級裁判所に照会し、責任を逃れようとするのが条理であるように思われる。

[122] 張衛平等・前掲注（28）25頁（張衛平・胡夏冰執筆）。

また、近年においては、「改判率、差戻し率は、これまで裁判所系統の事件処理の質を測る基準であり、また先進（組織）を選定する際の根拠であった。誤判責任追及制［錯案責任追及制］を実施してから、それと主審人員の職位目標賞与とをリンクさせ、改判１件につき50元マイナス、差戻し１件につき100元のマイナスとし、合議体を構成する裁判官にも連帯責任を負わせている裁判所もある。そこで、改判を減らし、差戻しを避けるために、基層裁判所は上級裁判所との関係を密接にし、頻繁に問い合わせ、照会するという風潮が大いに蔓延している」(123)、「今は誤判責任制があり、上級裁判所が監督している。誤判は名声が落ちるだけではなく、賞与や昇進にも響く」(124)といわれている(125)。このように元々自己の判断が２審・再審で破棄されれば業務評定にマイナスの評価が下されていたのが、誤判責任追及制（以下、「誤判責任制」と呼ぶ）の登場により、それに拍車がかかったのである。

誤判責任制とは、1988年から各地で行われている試みであり(126)、司法改革の最重要課題として「司法の公正」が叫ばれている近年においてはとりわけ強調されている。これは「誤判」と認定された際に、当該判決・裁定を下した裁判官の責任を問うという制度である。なお、本制度が定めるのは、裁判所組織内における懲戒処分である。以下では、江西省人大常委会が1997年８月15日に施行した「司法機関誤判責任追及条例」

(123) 朱志俊「法院内部請示風付加長」法学雑誌1999年４期50頁。

(124) 強世功・趙暁力「双重結構化下的法律解釈――対８名中国法官的調査」梁治平編『法律解釈問題』（法律出版社、1998年）228頁。

(125) また、差し戻す際に、「上級裁判所は当事者に２審の原判決破棄の裁定書を送達するほか、下級裁判所に当該事件の具体的問題に関する意見を特に下達することもある。こうした意見は、上級裁判所が制作した当事者に向けた裁定書よりも、その内容においてかなり詳細である」という（張衛平・前掲注(40)103頁参照）。

(126) 淳勇「論人民法院的錯案責任追究制」河北公安高等専科学校学報1998年５期（CNKI）60頁。なお、誤判責任制は1993年10月末までに、河南、河北、海南、甘粛、寧夏、天津、山東、湖南、江蘇、江西などの省・自治区・直轄市の各級裁判所において、試験的に実施されていたという（廖永安「関於錯案責任追究制度的反思」江蘇社会科学1999年３期（CNKI）62頁参照）。

を例にして、具体的にどういうものか見ていこう。

本条例は、①判決に誤りがあり、２審または再審で改判されたとき、②裁定に誤りがあり、２審または再審で破棄されたとき、③違法に調停を行い再審で破棄されたときが「誤判」に該当すると定める（８条）。ここでの「誤り」は、事実誤認、法適用の誤りおよび法定手続違反である（３条）。つまり、ここでいう「誤判」とは、原審裁判官の判断が２審・再審で維持されなかった場合を指しているのである。

表６－８　誤判の事由と責任者および法的決定の形態

誤判の事由	責　任　者	法的決定の形態
担当裁判官の過失	担当裁判官	一人制
主管指導者の誤った決定	主管指導者	所長審査制
集団討議を経た決定	誤った意見を主張した者	合議制または裁判委員会討議制
上級機関または関連責任者の指示	上級機関または関連責任者	上級への照会

誤判責任を追及するのは所属裁判所の裁判委員会であり、上級裁判所がそれを監督する（５条２項、６条３項）。誰が責任を負うかについては、12条が定める。表６－８は同条に基づき、誤判を招いた原因とその場合に責任を負う者、そして各事由に対応する法的決定の形態をまとめたものである（「法的決定の形態」は筆者の推測である）(127)。

「誤判」と認定された場合、責任者には相応の懲戒処分が科され、また場合によっては犯罪として処罰される（裁判官について想定されているのは枉法罪(128)であろう）。また、「誤判」により当事者に損害をもた

(127) なお、同条２号は「司法鑑定人、検証人または記録人が故意過失により誤判を招いたときは、司法鑑定人、検証人または記録人が責任を負う」とするが、ここでのテーマとは関連性が薄いため省略する。

(128) 刑法399条の規定は以下のとおりである。

「司法勤務人員が私事により法を枉げ、または情に駆られて法を枉げ、無罪と知りながら訴追されるように仕向け、有罪と知りながら故意に庇い訴追を受けないようにし、または刑事裁判活動において事実および法律に故意に違背し、法を枉げて裁判を行った者は、５年以下の有期懲役または拘役に処する。情状が由々しい者は、５年以上10年以下の有期懲役に処する。情状が特に由々しい者は、10年以上の有期懲役に処する。

らしたときは、国家賠償法に基づき賠償する（13条２項）(129)。

このように「誤判」による責任の負担を避けるためには、自分の上司や上級裁判所の意見に従えばよい制度になっているのである。だとすれば、こうした制度の下において、所長審査制、裁判委員会討議制や上級裁判所への照会(130)が、個別具体的事件の審理を担う裁判官にとって、極めて有用な保身の盾となることはいうまでもなかろう。いわく「一部の裁判官は、ひとたび疑問のある事件や新しい類型の事件に遭遇すれば、責任負担や自己の利益の損失を回避するために、主管副所長に照会し、ひいては事件を裁判委員会の決定に委ねる」(131)と。とりわけ、自己の判断が２審や再審で破棄ないしは改判されれば「誤判」とされる以上、上級裁判所に照会し、その指示に従っておけば、「誤判」のリスクを大幅に減らすことができよう(132)。

民事または行政裁判活動において、事実および法律に故意に違背し法を枉げて裁判し、情状が由々しいときは、５年以下の有期懲役または拘役に処する。情状が由々しい者は、５年以上10年以下の有期懲役に処する。

司法勤務人員が収賄し法を枉げ、前２項の行為を行うと同時に、本法385条所定の罪を構成するときは、より重い規定に照らして犯罪を認定し処罰する」。

(129) 本条例は誰が賠償するのかを規定していない。この点について、国家賠償法（全国人大常委会1994年５月12日採択）は次のように定める。まず、同法19条４項は、「再審で改判され無罪となったときは、原発効判決を下した人民裁判所を賠償義務機関とする。２審で改判され無罪となったときは、１審判決を下した人民裁判所および勾留決定を下した機関を共同賠償義務機関とする」と定める。そして、①拷問や暴力行為などにより市民を負傷・死亡させた者、②武器・戒具を違法に使用し、市民を負傷・死亡させた者、③事件処理において横領・収賄を働き、私情に駆られて不正をなし、枉法裁判を行った者については、当該個人から一部または全部の賠償費用を求償できるとする（24条１項）。したがって、ここでまず賠償義務を負うのは、「誤判」とされた判決を下した裁判所であると考えられる。

(130) なお、党委員会や政法委員会の指示に従い、「誤判」とされた場合に誰が責任を負うかについては不明である。

(131) 蘇力・前掲注（67）126頁。

(132) 「裁判実務において、上級裁判所により改判・差し戻される事件のほとんどは照会していないものであり、［疑請］手続を経た上訴事件であれば、上級裁判所は一般的に原判決を維持する」という（陳衛東・前掲注（47）165頁）。

そして、こうした誤判責任制は全国で広く行われている(133)。だとすれば、照会という極めて行政的な手法(134)が日常的に行われるのは、自然の成り行きであろう(135)。

なお、最高裁は1998年９月４日に「人民裁判所裁判人員違法裁判責任追及辦法（試行）」を出し、「違法裁判責任」という概念を創出した。本辦法は「人民裁判所判事が裁判または執行業務において、裁判業務に関連する法律もしくは法規に故意に違反し、または裁判業務に関連する法律もしくは法規に過失により違反し、由々しき結果を惹起したときは、違法裁判責任を負わなければならない」（２条）と定める。そして、裁判の誤り(136)があったとしても、故意・過失がなく、それが解釈の相違や事実および証拠の認識の相違によるものであれば、「違法裁判責任」を問わないとした（22条）。これらの規定から明らかなように、「誤判追及制は行為の結果『誤判』を根拠とするものであ（る）」(137)のに対して、

なお、ここで［疑請］とは、「ハードケースについての照会の略称」である（同164頁）。

(133) 例えば、唐仲清・陳華楨「錯案責任追究制的思考与建議」広西社会科学2003年１期（CNKI）78頁が紹介する、江蘇省高裁が1992年11月に制定した「誤判責任追及規定」、河南省高級人民裁判所が1993年１月に制定した「全省裁判所誤判責任追及暫定規定（試行）」。また、陝西省人大常委会「各級人民裁判所、人民検察院、警察機関誤判責任追及条例」（1996年１月30日採択、同年３月27日発布・施行）、海南省人大常委会「各級人民裁判所、人民検察院、警察機関誤判責任追及条例」（1997年９月26日採択、同年10月22日発布・施行）も同様である。

(134) 小口彦太はこの誤判責任制を評して「司法というよりは行政の職務の原理に馴染みやすい」という（『現代中国の法と裁判』（成文堂、2003年）216～217頁）。

(135) 本条例の称する「司法機関」は、裁判所のみならず、検察および警察も含まれる。こうした「司法機関」の把握方法と相俟って、裁判所が行政機関と同じロジックで管理されているのである。

(136) 具体的には５条から21条までに「違法裁判責任」が問われる「誤り」の類型が規定されている。例えば、14条は「事実および法律に故意に違背し、誤った裁判を行ったとき」（１項）、「過失により裁判の誤りをもたらし、深刻な結果を惹起したとき」（２項）を定める。

(137) 周永坤「錯案追究制与法治国家建設――一個法社会学的思考」法学1997

違法裁判責任制が「追及するのは裁判官の違法裁判の行為であ（る）」[138]。その後、北京市や湖北省武漢市でも同様の規定が設けられている[139]。

しかし、だからといって、誤判責任制がこれに取って代われられたわけではない。例えば、賀日開・賀岩の調査によると、「某基層裁判所では1999年から正式に最高人民裁判所の両『辦法』を実施し、３年あまり経ったが、違法裁判責任を追及されたのはわずか１件だけである。誤判責任を追及されたのは、1999年はなく、2000年は８件、2001年は５件であり、2002年は７月末までででわずか２件であり、３年あまりで計15件しか追及されておらず、しかも逓減傾向を見せている」[140]という。両制度は併存しているのである。実際には「主には実体的判決の誤りから誤判を認定している。……最高人民裁判所の誤判追及の基準は、手続を主な基準とするものであり、これは各地の法規と衝突するところがあり、しかも当該辦法はまだ試行であり、本当に統一的に実施されていない」[141]という。

Ⅱ　所長引責辞任制――裁判所指導者の責任

前項で論じたように、誤判責任制は事件を担当する裁判官を上司や上級裁判所に照会するように仕向けるものであるが、これとは逆のベクトルで働く制度も、近年の「司法改革」の一環として作られた。それは「所長・副所長引責辞任制」（[院長、副院長引咎辞職制]。以下、「所長引責辞任制」と呼ぶ）である。

これは、最高裁が2001年11月７日に発布・施行した「地方各級人民裁判所および専門人民裁判所所長、副所長引責辞任規定（試行）」により

年９期７頁。

[138] 賀日開・賀岩「錯案追究制実際運行状況探析」政法論壇2004年１期151頁。

[139] 「北京市高級人民法院関於貫徹落実《人民法院審判人員違法審判責任追究辦法（試行）》的実施細則」（1999年５月４日）13条（北京市高級人民法院・前掲注（114）344～346頁）、湖北省武漢市江漢区裁判所の「裁判過誤責任追及暫定規定」[追究裁判錯誤責任的暫行規定]（2003年１月15日施行）10条（康均心・前掲注（65）477～484頁）。

[140] 賀日開等・前掲注（138）155頁。

[141] 葛磊「法院錯案追究制度分析」中国司法2004年４期35頁。

制度化されたものであり、「職責を果たさず、または正しく果たさず、業務上の由々しい過ちが生じ、または深刻な結果を惹起した」場合は、直接的な指導責任を負う所長または副所長が、自主的に辞任しなければならないとする（３条）。具体的には、以下に掲げる４点の事由のひとつが生じたときは「自主的に辞職を申し出なければならない」（４条）。すなわち、①所属裁判所において深刻な枉法裁判事件が生じ、国家利益、公共の利益および人民大衆の生命・財産が深刻な損失を被り、または悪質な影響を惹起したとき、②所属裁判所においてその他の由々しい規律・法律違反の事件が生じたにもかかわらず、それを秘匿して報告せず、または調査を拒み、由々しき結果を惹起し、または悪質な影響を惹起したとき、③所属裁判所において、装備または行政管理業務において監督を怠り、重大事故または深刻な経済的損失を惹起したとき、④所長、副所長の職務を引き続き担当すべきではないその他の事由、の４点である（同条各号）。

こうした要件の下で所長・副所長に責任を負わせることについては、「前２号の規定は事実上、所属裁判所における不正な裁判、裁判における枉法について所長に直接的な責任を負うよう求めている」(142)という批判の声が上がっている。そのため、「所長の命運が事実上、所属裁判所の事件の裁判と一蓮托生であることは明々白々である。事件の判決の善し悪しは、もはや判決を下した裁判官ひとりのことではなく、所長もこれについて責任を負わなければならない」(143)。そこで、所長・副所長はこうした監督責任を果たすために、「ある程度において、他の裁判官に対する司法的監督・管理を強化することになろう。監督・管理の手段は多種多様であるが、最も主要なものは、現在最も非難されている措置、例えば廷長・所長による事件の審査、重畳的なチェック、裁判官間の連帯責任、裁判委員会、規律検査などであろう」(144)。つまり、所長

(142) 孫霞「誰是法官的上司？院長還是法律？――論法官独立審判的実現」法学評論2002年４期157頁。

(143) 廖丹「試析法院院長引咎辞職制度」広西政法管理幹部学院学報2002年３期（CNKI）28頁。

(144) 蘇力「中国司法改革邏輯的研究――評最高法院的《引咎辞職規定》」戦略与管理2002年１期（CNKI）30頁。

引責辞任制が所長審査制や裁判委員会討議制の潤滑油となり、所長・副所長による裁判の統制を強化するように作用しているというのである。そして、「それは裁判所という司法機構内において所長個人の行政首長責任制を推進しようとするものであり、このことは行政の手段で司法機関を直接管理することに等しい」(145)と。

なお、具体的な手続については次の２パターンが定められている。ひとつは、所長・副所長が本規定どおりに辞職を申し出る場合である。この場合は、「幹部管理権限を有する党委員会および上級人民裁判所に辞職申請書を提出し、党委員会が上級人民裁判所と協議した上でその同意を得た後、法定手続に照らして処理する」（５条）とされている。もうひとつは、所長・副所長が辞職を申し出ない場合である。この場合は、「幹部管理権限を有する党委員会が上級人民裁判所と協議した上でその同意を得た後、人大または人大常委会に法定手続に照らして罷免、更迭または停職するよう提案する」（６条）とされている。かかる手続から、実際に上級・同級党委員会が上級裁判所と協議した上で、裁判官人事が進んでいることが透けて見えよう(146)。

---

(145) 孫霞・前掲注（142）158頁。蘇力・同上33頁も「我々の多くの司法の管理者、政策決定者、司法改革の唱道者およびマスメディアは、司法制度のロジックと行政制度のロジックおよび立法制度のロジックが全く異なるという点を全く意識していない」と批判する。また、張少凱は「本規定は、行政機関が『幹部人事制度改革深化綱要』、『党・政府指導的幹部選抜任用業務暫定条例』に基づき確立した指導的幹部引責辞任制度の内容と本質的に一致するものであり、行政的管理制度のレベルにおける改革措置である」と指摘する（「司法改革若干問題反思」法律適用2005年１期61頁）。

(146) 本手続については憲法および裁判官法に違反しているという批判がある（蘇力・同上35頁参照）。まず前者は、先述（前項参照）のように、所長・副所長の任免は、憲法上、人大および同常委会の専権事項であるが、本規定では上級裁判所がそれに関与するとされている点、および上級裁判所の下級裁判所に対する監督は裁判業務についてと明記されている点を指している。また後者は、新旧裁判官法が「裁判官が辞職を求めるときは、本人が書面で申請し、法の定める手続に照らしてその職務を解かなければならない」（旧法37条、現行法39条）としているにも拘らず、辞職申請書の提出を強制している点を指している。

6.3.3　まとめ

本節では裁判官の身分が極めて不安定な状態におかれていることを見た。すなわち6.3.1で見たように、法規定とは裏腹に、裁判官の人事は、党管幹部原則の名の下で党に（政府とともに）掌握されており、個別具体的事件の判決が党（および政府）の指導者の意向に合致しなければ、恣意的にその地位を剥奪される恐れが常に存在している。

また6.3.2で見たように、誤判責任制および所長引責辞任制により、個々の担当裁判官にとっては「上司」の意向に従うことが、また裁判所指導者である所長・副所長にとっては、「部下」である担当裁判官の裁判結果を管理することが保身につながる仕組みになっている。

このように、本章で検討してきた諸制度は、裁判官の責任という潤滑油により、安定して運営されているのである。

6.4　政府と裁判所の関係

本章ではこれまで、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裁判官の関係に焦点を合わせ、「裁判＝道具」構造を検討してきた。しかし、一府両院の憲法規定とは裏腹に、実態として、政府も裁判所に指示を下している。実際、厳打において、裁判所、検察および警察は党委員会および政府の指揮下に置かれていた（3.3.1、4.2.2参照(147)）。憲法が政府と裁判所の間には指導ないしは監督の関係はないとされているにも拘らず、なぜ現実においては裁判所が政府の指揮下に置かれるのか。

その理由としては、次のようなことが考えられる。まず、当地の指導者が党委員会であるとすれば、政府は「準指導者」であり、裁判所を指導する立場にあるとされていることである。それは、政府首脳が党委員会において副書記、ひいては書記を担っていることに表れている。なぜなら、「わが国においては、国家機関の指導者の権威の有無が、当該機関の機能の発揮に非常に重要な意義および影響力を有する」(148)からで

(147)　民事訴訟におけるいわゆる「地方保護主義」の問題もその典型例である。

(148)　曲新久・前掲注（76）131頁。なお、曲新久も「もちろん、政府が同級人民裁判所、人民検察院の人・財・物を管理するシステムも、人民裁判所や人民

ある。

まず政府首長についていえば、「政府首脳は一般的に党委員会副書記（党委員会書記も少数ながらある――原文）であ（る）」[149]という指摘がある。そうであれば、政府首長は同時に党のナンバー２でもあるため、党組織（党グループを通じた指導）および党の規律（「個人は組織に従い、少数は多数に従い、下級は上級に従い、全党は中央に従う」[150]）により、政府の「準指導者」としての地位が確保される[151]。すなわち、「地方行政指導部の正職は通常、現地党委員会の副書記を兼任しており、その

検察院の政府に対する依存および政府のアドバンテージを形成している」（同115頁）とし、政府が人事および財政を握っていることによるその影響力の強さを否定しているわけではないが、政府と裁判所の関係を決定づけているのは、それらの党内の序列にあるとする。この点について、中国では一般的に、裁判所の「人事・財政・物資」が同級の党委員会や政府に掌握されているため、裁判所はこれらに従属せざるを得ないといわれている（例えば、張徳淼・周佑勇「論当前我国実現司法正義的条件和途径」法学評論1999年１期23頁、譚世貴・前掲注（119）18頁、王利明・前掲注（57）121頁など）。しかし、経費を同級地方政府の財政支出により賄っているのは裁判所だけではなく、実は党委員会も同様である。すなわち、1995年11月22日に国務院が発布・施行した予算法実施条例３、４条によると、予算法（全国人大、1994年３月22日採択、1995年１月１日施行）４条１項および５条３項が定める国庫により経費を支出すべき「各部門」には「政党組織」が含まれる。つまり、共産党の経費は国庫から支出されているのである（何国強『当代中国地方政府』（広東高等教育出版社、1994年）215頁は、地方政府の支出項目として、「第１に各級地方党委員会の活動経費……」を挙げる）。しかし、党委員会が同級地方政府に従属しているということは管見に及ばない。同じく経費を国庫に依存しているからといっても、党委員会と裁判所では政府との関係は全く異なる。こうしたことは、地方各級党委員会が管轄行政区画内の人事や財政を掌握しているシステムにおいては当然のことと考えられる。そしてそうである故に、各国家機関の首長の党内序列が各国家機関相互の関係に反映されるのであろう。

[149] 曲新久・同上115頁。

[150] 党規約10条１号所定の「党員個人は党の組織に従い、少数は多数に従い、下級組織は上級組織に従い、全党各組織および全党員は党の全国代表大会および中央委員会に従う」とする原則である。

[151] 曲新久・前掲注（76）114～115頁。

ため、党の序列から見て、県長と裁判所長の上下級の指導関係は疑うべくもない」(152)と。政府首長が党委員会書記を兼任している場合についてはいうまでもなかろう。

実際、省クラス党委員会の指導者を見てみると、政府首長が省クラス党委員会の副書記を兼任するのが通例となっている。この点については、1997年９月時点における省クラスの政府首長、政法委員会書記、警察庁（局）長、高裁所長、高検検察長が、省クラス党委員会においてどのようなポストに就いているのかをまとめた表６－９から明らかである。省クラス政府首長31名のうち、同級党委員会書記が３名、同副書記が27名である。これに対し、31名の高裁所長は、いずれも同級党委員会常務委員会の委員ですらないのである。そして、2006年時点でもこうした状況に変化はない(153)。政府が「準指導者」であり、裁判所がその「指導」を受ける立場にあることは明らかであろう(154)。

このように裁判所は政府の格下と位置づけられているが、実はそれだけではなく、［公検法（司）］という呼称が示すように、政府の一業務部門にすぎない警察（そして司法行政部門）と同様に、裁判所はその業務部門と認識されている。このことは次の指摘が端的に示していよう。すなわち、「現在、実際には歴史的沿革に基づき法的地位および機構のランクにおいて各級裁判所は同級人民政府の一部門と同等視、ないしはそ

(152) 左衛民・周長軍『変遷与改革――法院制度現代化研究』（法律出版社、2000年）182頁。

(153) ラヂオプレス編『中国組織別人名簿』（RP プリンティング、2006年）。同書によると2006年11月15日現在、省クラス政府首長31名の内、党委員会書記代理１名、同副書記30名である。なお、河北省高検の王其江検察長は同級党委員会常務委員である。

(154) 現職検察官は政府と検察の関係について、「各クラス政府のトップは通常当該クラスの党委副書記を兼任しており、検察長は同クラス党委員会の委員にしかなりえず、誰が誰を指導しているのかは明らかである」と指摘する（王明理・安毅「対中国検察制度三対矛盾的思考」中国検察理論研究所・中国検察官協会編『新世紀検察改革展望――首届全国検察理論研究年会文集』（中国検察出版社、2000年）163頁）。しかしこれまで論じてきたように、この指摘は検察のみならず、裁判所にも妥当する。

表６－９　省クラス主要指導者の同級党委員会におけるポスト（1997年９月時点）

地　方	政　府		政法委		警　察		高　裁		高　検	
	首　長	党	書　記	党	首　長	党	所　長	党	検察長	党
北　京	李其炎	副	強　衛	常	張良基	－	盛連剛	－	何訪拔	－
天　津	張立昌	書	宋平順	副	宋平順	副	張柏峰	－	張徳銓	－
河　北	葉連松	副	許永躍	副	兪定海	－	李玉成	－	候　磊	－
山　西	孫文盛	副	張秉法	常	李玉璋	－	李玉臻	－	左　祥	－
内モンゴル	烏力吉	副	万継生	常	李慶玉	－	巴士傑	－	張鶴松	－
遼　寧	聞世震	書	董万徳	－	郭大維	－	範方平	－	楊業勤	－
吉　林	王雲坤	副	趙永吉	常	趙永吉	常	楊慶祥	－	李向武	－
黒竜江	邵奇恵	副	王建功	副	徐衍東	－	唐憲強	－	于万嶺	－
上　海	徐匡迪	副	王力平	常	劉雲耕	－	胡瑞邦	－	倪鴻福	－
江　蘇	鄭斯林	副	李明朝	常	李明朝	常	李佩佑	－	張品華	－
浙　江	柴松岳（代）	副	斯大孝	常	斯大孝	常	夏仲烈	－	葛聖平	－
安　徽	伝錫寿	－	陳瑞鼎	常	陳瑞鼎	常	韓雲萍	－	宋効賢	－
福　建	賀国強	副	黄松禄	常	黄松禄	常	方忠炳	－	鄭義正	－
江　西	舒聖祐	副	彭宏松	常	丁鑫発	－	李修源	－	闕貴善	－
山　東	李春亭	副	張恵来	常	高新亭	－	宇培杲	－	趙長風	－
河　南	馬忠臣	副	鄭増茂	常	王明義	－	李道民	－	李学斌	－
湖　北	蒋祝平	副	劉栄札	常	劉栄礼	常	李其凡	－	鍾澍欽	－
湖　南	楊正午	副	李貽衡	常	李貽衡	常	詹順初	－	張樹海	－
広　東	盧瑞華	副	陳紹基	常	陳紹基	常	麦崇楷	－	王　駿	－
広　西	成克傑	副	丁廷模	副	陸炳華	－	黄任文	－	韋家能	－
海　南	阮崇武	書	王学萍	常	胡志華	－	田忠木	－	秦醒民	－
重　慶	蒲海清	副	王鴻挙	副	陳邦国	常	趙俊如	－	秦信聯	－
四　川	宋宝瑞	副	王景栄	常	呂　卓	－	李玉龍	－	龔読綸	－
貴　州	呉亦侠	副	胡克恵	常	姜延虎	－	謝錦漢	－	胡克恵	－
雲　南	和志強	副	姜興長	常	馮家聡	－	邱創教	－	和占鈞	－
チベット	江村羅布	副	子　成	常	子　成	常	白　剣	－	土登才旺	－
陝　西	程安東	副	楊　烈	－	趙英武	－	王発栄	－	張文宣	－
甘　粛	孫　英	副	楊振傑	副	郝洪涛	－	王世文	－	李徳奎	－
青　海	白恩培	副	馮敏剛	副	恵文林	－	馬有功	－	劉　暁	－
寧　夏	白立忱	副	王魁才	－	龐明元	－	鄒献朝	－	胡叙明	－
新　疆	阿不来提・阿不都熱西提	副	李逢滋	常	張秀明	－	阿不都熱依木・卡徳爾	－	買買提・玉素甫	－

出典：警察庁（局）長については『法律年鑑（1998）』1298～1299頁を参照した。ただし、このデータは1997年12月31日時点のものである。それ以外については、表６－１と同じ。

＊「党」は省クラス地方党委員会での役職を意味し、当該項目における「書」は同書記を、「副」は同副書記を、「常」は同常務委員を指す。なお、書記および副書記は常務委員である。「－」はポストなしである。

のものとされている。『全国優秀宣伝刊物』において、某直轄市の指導機構責任者の経歴を紹介する資料において、そのうち市党委員会、市人大、市政府、市政治協商会議、市規律検査委員会の責任者を紹介し終えた後に、『市政府各機構責任者』の部分でようやく『市高級人民裁判所長』の名前を目にすることができるのであり、これはまさに裁判所を同級政府の一権能部門、一内設機構としているのではないか？」(155)、と。また、1999年初頭に四川省の一部の基層裁所長を対象として行ったヒアリング調査において、ある所長は「中国の現行制度において、裁判所の業務は現実的であり、常に書記に面と向かって報告しなければならず、裁判所は客観的に見て党委員会や政府の一権能部門となっている」と吐露したという(156)。

そして、警察・検察・裁判所の関係においては、裁判所が警察の格下となることが通例となっている。それは政法委員会の存在によるものである。というのは、警察のトップが政法委員会の書記や副書記を兼任した場合、政法委員会指導者として裁判所を指導する立場にあるからである（むろんその逆もあり得るが）。すなわち、「現在、少なくない地方の政法委書記が警察の主要指導者を兼任することが慣例となっている。そのため、警察は３機関の相互関係を処理する際に二重の身分を擁する主導的地位に立っている。政法委員会が政法機関を直接指揮することにより、ほとんどの場合において警察がその他の機関の上に立つことになるのである。政法委員会の決定に従うことは実質的には警察の決定に従うことであり、裁判所、検察院はこのため警察を監督することができない。筆者は調査中、多くの人々が警察を裁判所、検察院の上級機関であると考えていることに気づいた。このジョークはおそらく現行制度と関係があるのであろう」(157)と。

---

(155) 李漢成「建立社会主義市場経済体制迫切需要樹立人民法院的権威」法律適用1994年11期（CD 版） ７頁。

(156) 左衛民等・前掲注（152）183頁。

(157) 石泰峰・前掲注（81）38頁。曲新久も「警察の行政首長が党委員会政法委員会書記を兼任すれば、警察は人民裁判所や人民検察院に対して相対的なアドバンテージを獲得することになる」と指摘する（曲新久・前掲注(76) 115頁）。

実際に、省クラスにおいては警察局・庁長が政法委員会書記となることが多い。表６－10は、省クラス政法委員会書記の中で、各年度末時点において警察・検察・裁判所・司法行政機関の庁（局）長、検察長、所長ないしは党書記を兼任していた者の一覧表である（2006年のデータは同年11月15日時点のもの）。

本表から明らかなように、ほとんどの省、自治区および直轄市において政法委員会書記に就任しているのは警察庁（局）長である。そしてこうした場合、警察が裁判所の上に立つことになるのはいうまでもない。中には、吉林省の趙永吉、江蘇省の李明朝、福建省の黄松禄などのように同級党委員会の常務委員を兼任している者もおり、天津市の宋平順に至っては同級党委員会の副書記を兼任している(158)。

以上のように、国家機関の構成構造において、裁判所の地位は一府両院の建前とは異なり、同級政府の格下であるばかりか、業務部門と同列に扱われ、さらには業務部門の指導下に入ることすらある。こうした政府に対する裁判所の地位を規定しているのは、各機関の首長の党内の序列である(159)。しかも、政府首長が同級党委員会の副書記を担うのは固定化された図式であり（というよりも、党委員会のナンバー２、ないしはトップが政府首長のポストに就くと表現した方がより適切であろう）、したがって、政府が「準指導者」として裁判所を指導する立場にあることも固定化されているといえよう。

なお、①両業務に対するエフォートが分散する、②政法部門間の争いを法に従い公正に処理できない、またはセクト主義に陥りやすいという２点の理由から、同級の「政法指導者」は政法委員会書記を兼任すべきではないという批判もある（林中梁・前掲注（82）14～15頁参照）。党もこうした問題があることに気づいており、1999年には中共中央「政法幹部隊列の建設をさらに強化することに関する決定」（４月15日）を出し、「各級政法委員会の書記は、同級党委員会常務委員が担当しなければならず、原則として同級のその他の政法部門の指導的職務を兼任してはならない」と指示した。しかし、現実は以下に見るとおりである。

(158) 1997年９月時点で、31名いる警察庁（局）長のうち、党委員会副書記または常務委員を兼任している者は11名いる（表６－８参照）。

(159) なお、行政クラス［行政級別］のランク付によると、裁判所は同級政府よりも半クラス下の国家機関と位置づけられている。このことは、「現在、地

表６－10　省クラス政法委員会書記の「政法部門」首長兼任状況（1990～2006年）

地方	氏名	所属機関		政法委	兼任	地方	氏名	所属機関		政法委	兼任
北京	強衛	警	99－00	96－01 04－06	99－00	湖北	鄭少三	警	03－06	03－05	03－05
						湖南	朱東陽	警	90	90－92	90
天津	宋平順	警	90－97	93－04	93－97		李貽衡	警	93－99	95－01	95－99
内蒙古	万継生	警	95－97	93－01	95－97		周本順	警	00－02	02	02
遼寧	丁世発	裁	01－06	01	01		李江	警	04－06	04－06	04－06
吉林	趙永吉	警	96－98	96－00	96－98	広東	陳紹基	警	91－98	93－01	93－98
	聶文権	警	05－06	02－06	05－06		梁国聚	警	99－06	02－06	02－06
上海	劉雲耕	警	97－99	98－01	98－99	広西	林超群	警	90－95	90－95	90－95
	呉志明	警	00－06	02－06	02－06	重慶	陳邦国	警	97－00	98－01	98－00
江蘇	李明朝	警	93－00	95－00	95－00		朱明国	警	01－06	02－06	02－06
浙江	夏仲烈	警	90－92	90－92	90－92	貴州	胡克恵	検	93－97	90－97	93－97
	斯大孝	警	93－97	93－98	93－97		姜延虎	警	94－04	98－06	98－04
安徽	王勝俊	警	90－91	90－92	90－91	雲南	姜興長	司	93－94	95－98	98
	陳瑞鼎	警	92－97	96－99	96－97			検	98		
	趙正永	警	98－00	00	00	チベット	子成	裁	90－92	90－97	90－97
福建	黄松禄	警	90－97	94－00	94－97			警	93－97		
	鮑紹坤	検	98－01	02－06	06		楊松	警	03－04	03－05	03－04
		警	06				王賓宜	警	04－06	06	06
山東	高新亭	警	96－01	97－05	97－01	陝西	宋洪武	警	05	05－06	0
河南	鄭増茂	裁	90－95	93－98	93－95	青海	唐正人	警	92－94	90－94	92－94
湖北	田期玉	警	90－91	90－91	90－91	寧夏	李順桃	警	98－05	99－06	99－05
	劉栄礼	警	93－97	93－97	93－97	新疆	張秀明	警	96－02	00－06	00－02
	陳訓秋	警	98－01	01－02	01						

出典：2005年までは『法律年鑑』各年度版「省、自治区、直轄市政法部門及有関部門負責人名単」参照。2006年についてはラヂオプレス編『中国組織別人名簿』（RP プリンティング、2006年）。

*表中の下二桁の期間はそれぞれの就任期間を指し、兼任期間は所属機関の長と政法委員会を兼任した期間を指す。

方各級司法機関は行政クラスにおいていずれも同級の行政機関よりも半クラス低い。県長は正処クラス、県裁判所長は副処クラス、市長は正局クラス、中裁所長は副局クラス、省長は正省クラス、高裁所長は副省クラスなどである」（張衛平等・前掲注（28）38～39頁（張衛平・胡夏冰執筆））という指摘からうかがえよう。また、少々古くなるが、1985年９月１日に出された中共中央辦公庁「地方各級裁判所、検察院の幹部配備を強化することに関する通知」も、裁判所長の行政クラスを政府首長の半クラス下とする。例えば、省クラスであるならば、省政府首長が省長クラスで、高裁所長が副省長クラスとなる。しかし本文で指摘したように、現実には各機関首長の党内序列により、相互の上下関係が決する。

そして、こうした「準指導者」の地位にある政府は、指導者である党委員会とともに、管轄地域の治安について責任を負わなければならないとされている。すなわち、中央社会治安綜合治理委員会「社会治安総合対策活動において『属地管理』原則を実施することに関する規定（試行）」（1991年12月25日）(160)は、各級党委員会および政府は管轄地域の社会治安の維持に全体的な責任を負い、同地域における社会治安総合対策活動について全面的責任を負うとした。なお、1979年の全国都市治安会議において治安回復を図らなければ「党および政府の職務懈怠」とされるという認識が示されたように（2.2.1参照）、本規定以前においても党委員会および政府が管轄地域の治安について責任を問われなかったわけではなかろう。

実際に厳打においては、例えば湖北省荊沙市では、「数年来、わが市における各『厳打』行動においては、党および政府の主要指導者が全体的責任を負い、分担指導者が当該部分について責任を負い、政法委員会が実際上の責任［実責］を負い、政法各部門は各々の職責を果たし、各々について責任を負い、関連部門が積極的に協力し、政法警察幹部・警察官が主力軍を担い、広範な大衆が積極的に参与する闘争の局面を形成している」(161)という。裁判所の「働き」が不十分であれば、裁判所のみならず、党委員会や政府も「上司」として責任を問われるのである。あたかも各地方ブロックが一組織となって当地の治安維持を請け負っているかの様相を呈している（この点については次節で改めて検討する）。

そして、政府はこうした「責任」を果たすために、「準指導者」として裁判所に指示を下す。この「準指導者」の指示を担保するものは、指導者の指示を担保するものと同じである。すなわち、人事と財政である(162)。人事については、6.3.1ですでに検討した内容と重複するため、ここで

(160) 筆者未見。以下の内容については、蕭揚主編『中国刑事政策和策略問題』（法律出版社、1996年）123～124頁を参照した。

(161) 張普華「“厳打”闘争的実効問題」人民公安1995年14期（CD版）32頁。

(162) 「（裁判所長は）現在県党委員会から金をもらうために70％の精力を使わなければならない」という指摘が示すように、当然のことながら財政も「党の指導」に服する（「法官談法制」中外法学1989年４期51頁）。

は省略する。以下では財政に焦点を合わせてみていこう。

国家機関の予算案編成は政府の職務であり（憲法89条５号、地方組織法59条５号）、「裁判機関の経費は行政機構の財政部門により掌握され、その人員編成は、同級行政機関編制委員会により決定され、その設備および後勤の保障は、行政機構の関連部門が担当し、または協力する」(163)。そして今日においては、司法改革が声高に叫ばれる中、行政による裁判に対する干渉や地方保護主義の根源(164)として、「裁判所の財政支出（事件処理経費、給与・福利、建設資金などを含む――原文）は政府の支配に服しており、このことは政府が裁判所の裁判の独立に干渉する脅迫手段となっている」(165)ことが批判されている。

表６－11　江西省裁判所の収支状況（1997～2000年）単位：万元

年	収入			支出					収支
	予算外収入	財政支出	合計	人件費	行政経費	業務費	基礎建設	合計	
1997	12300.0	6451.2	18751.2	5717.7	4072.1	7459.3	3576.9	20826.0	－2074.8
1998	14218.8	7909.0	22127.8	6937.6	4958.0	7753.9	3870.0	23519.5	－1391.7
1999	16304.3	9786.4	26089.7	8616.8	5420.0	8608.4	3756.5	26400.7	－311
2000	13184.9	13671.8	26856.7	11313.3	5406.6	10218.3	1016.5	27953.7	－1097

出典：薛江武・張勇玲「法院経費保障問題的分析与思考――江西法院経費保障情況調査報告」人民司法2001年８期37頁。
*2000年度には借入金も含まれている。

しかも、裁判所の経費は潤沢どころか、赤字というのが現状である。例えば1985年８月31日に最高裁および財政部が連名で出した「人民裁判所の業務経費難問題を適切に解決することに関する通知」には、「一部の基層人民裁判所の経費は依然として深刻であり、全く足りておらず、１年の経費を10ヶ月、ひいては半年で使い切ってしまうところもある」という件がある。こうした状況は今日でも変わっていない。このことを示すのが、江西省の全裁判所の1997年から2000年までの収支状況をまと

(163) 黎国智・馮小琴「人大対法院個案監督的反向思考」法学2000年５期10頁。
(164) 鈴木・前掲注（94）178頁。
(165) 張慜等・前掲注（80）248頁。

めた表６－11である。

このように、江西省の裁判所は全体として赤字が続いており、財政支出では人件費を賄うのが精一杯であり、地方によっては給与の未払いすらあるという(166)。

そして、こうした状況は何も江西省に限ったことではない(167)。人件費を例に挙げれば、「2000年だけで、全国の裁判所における裁判官およびその他の職員の未払い分給与は4.7億元に達し（た）」(168)という。したがって、裁判所としてはより多くの予算をとりつけ、財政収入の拡大を図ることが必須となる。むろん、最終的に「財布の紐」を握っているのは党委員会であるが、裁判所にとって、具体的な予算配分を立案する政府の影響力を軽視することはできない。そのため、「二重の忠誠（縦ラインと地方ブロック）の圧力の下で、司法権が正当に行使できないときの最終的な結果は、大体において地方権力の意思に従わざるを得ないというものである――裁判所の『幹部・警察官』全体の衣食住と交通の責任を負う所長・副所長にとって、『節操を失う』ことは些細なことであり、餓死するかどうかこそが大問題である」(169)という状況に陥っているという。

---

(166)　「2000年末までに、全省の112の裁判所（専門裁判所を含まない）中、給与未払いの裁判所は87あり、裁判所総数の77.68％である。そのうち、各種の補助、手当が未払いの裁判所は77あり、総数の68.75％である。基本給も補助、役職手当も未払いの裁判所は10あり、総数の8.9％である。さらには一部の裁判所では連続数ヶ月生活費のみ支給し、給与を支給しない現象も存在している。全省の裁判所で給与未払い人数は3736人に達し、未払い総額は1398万元に上る」（カッコ内は原文）という有様である。とりわけ深刻なのは基層裁であり、100ある基層裁のうち正常な業務の運営に足りるだけ経費が支出されているのは９％しかないという（薛江武・張勇玲「法院経費保障問題的分析与思考――江西法院経費保障情況調査報告」人民司法2001年８期37頁）。

(167)　上記薛江武等論文の編集者コメントによると、「全国の裁判所と比較すると、江西の状況は典型的のみならず、さらには一定の普遍性を有する」。また、裁判所の財政問題の現状については、王亜新「中国の裁判所の財政的基盤について」比較法研究61号（2001年）154頁以下参照。

(168)　周道鸞・前掲注（48）４頁。

(169)　賀衛方「司法改革中的上下級法院関係」法学1998年９期43頁。

6.5　構造の全体像

本章におけるこれまでの検討を要約すると、裁判所は政府、さらには警察や司法行政部門などの政府業務部門と同じく、上位者（裁判所については党委員会、政法委員会、政府）の指揮命令下にあるということになる。「現在、依然として少なくない人が裁判所と行政機関を『法律執行機関』と呼び、裁判所を党委員会や政府の一部局とみなし（ている）」(170)という指摘は、裁判所のこうした位置づけを何よりも明確に物語っていよう。裁判所は政府業務部門と同じく、党委員会および政府の指揮の下で法律を執行する機関＝行政とされているのである(171)。そして、こうした上意下達の指示の実効性を根本的に担保するものが、「責任」であることは先述のとおりである（裁判官については前々節、政府については前節参照）。

以上のような「裁判＝道具」構造を定式化すれば、①責任を媒介とした②権力不分の③ヒエラルヒー構造ということができると考える。丸数字の順にその内容を敷衍しよう。まず①「責任を媒介とした」とは、個別具体的事件の審理を担う裁判官はもとより、それに指示を下すパワーを有する当該裁判官所属裁判所の指導者層（所長、副所長、廷長、副廷長および裁判委員会）、上級裁判所、同級政府、同級党委員会にも相応の責任が課されていることを指す。つまり、ヒエラルヒーの構成要素全てが、パワーに応じた責任を負っているのである。そして、その責任はヒエラルヒーの上位者に対して負うものである。次に②「権力不分」とは、裁判所に引きつけていえば、司法が行政から分離していないこと、つまり裁判所が果たすべき「裁判」という作用が行政に解消されていることを指す。このことは端的に、裁判の任務が国家目的の積極的実現と

(170) 李承武「淡化行政色彩：法院改革的必由之路――関於改革現行法院行政化管理体制的幾点思考」行政与法2000年５期（CNKI）56頁。

(171) そしてこのことはまた、小口彦太が指摘したように、裁判所の作用が行政と質的に区別されていないことを意味する（小口・前掲注（134）44頁）。ここでいう裁判所の作用には、司法行政的な作用のみならず、司法作用＝裁判も含まれる。このことは6.2で検討した法的決定形成プロセスに介在する諸制度、および前部で明らかにした厳打の実践が何よりも如実に物語っている。

されている点に表れている。最後に、③「ヒエラルヒー構造」とは、明確な上下関係の序列ができあがっており、上位者は下位者に対して「責任」に応じたパワーを持ち、事実上ないしは法的に、指示を下せるということである。

そしてこうした構造は、前節で指摘したように、あたかも党委員会を指導者とし、政府を「準指導者」(172)とする各地方ブロックが一組織となって当地の治安維持を請け負っているかの様相を呈している点で特徴的である(173)。例えば、社会治安総合対策において採用された「属地管理」原則を北京市に当てはめて考えると、次のようになろう。まず、北京市（省クラス）の党委員会および政府は、北京市全体の治安について責任を負うことになる。次に、例えば北京市の市轄区である海淀区（県クラス）の党委員会および政府は、北京市海淀区内の治安について責任を負うことになる。そして、各級裁判所は同級党委員会および政府の指示に従い行動するのであるが、何か問題が生じたときは、裁判所が責任を負わなければならないだけではなく、同級党委員会および政府もその上位者に対して責任を負わなければならない、と。

また先述（前節参照）のように、湖北省荊沙市では厳打に際して、「党および政府の主要指導者が全体的責任を負い、分担指導者が当該部分について責任を負い、政法委員会が実際上の責任を負い、政法各部門は各々の職責を果たし、各々について責任を負（う）」とされた。これも上と同様の仕組みであるといえよう。

責任を媒介とした権力不分のヒエラルヒー構造において、裁判所には縦ラインにおける上位者（上級裁判所）と地方ブロックにおける上位者（同級党委員会・同政法委員会・政府）がいる。だが、実際の責任負担

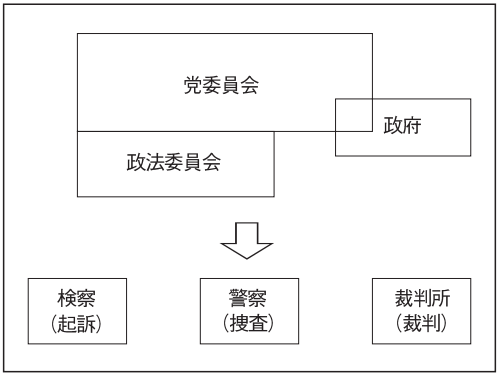
(172) 中国では一般的に「党委員会と政府の指導の下」[党委、政府的領導下]や「党および政府の指導者」[党政領導]といった表現が用いられる。こうした表現は党委員会と政府の関係および両者の位置づけ（指導者と「準指導者」）を反映しているといえよう。

(173) 清代の裁判制度が「請負」的であったとする研究として、陶希聖『清代州県衙門刑事審判制度及程序』（台北食貨出版社、1982年）60頁がある（[責任制]と表現する）。

の形態からいえば、まず地方ブロックの上位者に対して責任を負わなければならない仕組みになっているのである。このことはまた、人事・財政制度のあり方とも吻合していよう。

以上を踏まえて、一地方ブロックにおける党・国家機関の関係を概念図化したものが図６－１である。本図で示す各地方ブロックの積み重なりにより、「裁判＝道具」構造が形成されていると考えられる。

図６－１　地方ブロックにおける党・国家機関の関係



*なお、政府が党委員会と一部重なっているのは、政府首長のほとんどが党委員会書記ないしは副書記ポストに就いていることから、両者が重なり合っていることを反映するためである。

それでは、裁判所の縦ラインにおける上位者、すなわち上級裁判所との関係をどう考えたらよいのであろうか。これについては4.4で検討した同性向けの管理売春事件の経緯が参考になる。すなわち、南京市秦淮区の警察は検察に本件被告人の勾留を請求したが、検察はこれを却下した。警察は検察の判断に服さず、再議を請求したが、再び退けられた。そこで警察、検察はそれぞれに上級部門に報告し、その結果、省政法委員会が本件のために会議を開催し、そこで高裁が最高裁に照会することが決められた。県クラスなどでどのような経緯を経て上級部門に報告したのかは定かではないが、省クラスにおいては、政法委員会が警察・検察・裁判所を集めて会議を開いたが、そこで決着がつかなかったため、高裁に対して最高裁に照会するよう指示したのであった。つまり、まず

地方ブロックで解決を試み、それが果たせなかったから上級裁判所に照会したのである。

このことは、中央政法委員会に長年身を置いた林中梁の次の指摘からも確認できる。すなわち、いわゆる「党内事件調整会」において、「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（政法委員会の書記、副書記、事務局長または副事務局長が務めるのが通例）の調整・説明を経て、最後に大多数の支持をとりつける」。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、と(174)。つまり、同会議において統一見解を形成できれば、上級の出る幕はないが、逆に統一見解を形成できなかったときは、上級裁判所、上級政法委員会などに照会するのである(175)。

このように見てくれば、まず地方ブロックで解決を試み、それが不調に終わったときは、上級にお伺いを立てるという図式が成り立つ。そして、上級にお伺いを立てた場合には、「司法実務において、多くの地方人民裁判所が照会する必要のない問題について最高人民裁判所に照会するのは、往々にして裁判所が何らかの形で権威の挑戦を受け、最高人民

(174) 林中梁・前掲注（82）586～587頁。なお、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）２条は、「事件の犯罪認定、量刑の問題に関する照会については、正式の照会報告書を作成し、詳細な事案報告および事件資料を添付しなければならない。照会報告においては、高級人民裁判所裁判委員会の意見または政法委員会の意見を明記しなければならない。裁判委員会の見解が分かれたときも、裁判委員会がどの意見に傾いているかを明記すべきである」とする。つまり、最高裁は省クラス政法委員会の意見も含めて照会を勘案するとされているのである。

(175) ただし、これは政法委員会が「調整」する必要のある重大事件・ハードケースについてであり、政法委員会が口出しする必要のないケースについては、政法委員会の「調整」会議を経由することなく、上級裁判所に照会するものと考えられる。なお、「一般的な大量の事件は政法部門がそれぞれ法に従いその職責を果たし、法に従い処理すればよく、人為的に手続を増やす必要はな（い）」（同上582頁）といわれているようように、政法委員会の「調整」会議を経由しない事案が多数を占めるのであろう。

裁判所の支持を得たいからである」(176)という指摘から読み取れるように、その回答に従うことになるのであろう。

こうした構造の下にある裁判は、必然的に上位者の指示を「執行する」道具となろう。けだし、こうした構造は裁判官が中立公平な第三者として判定を下すことを予定しておらず、まさに上位者（究極的には党中央）の指示を下位者に貫徹するためのものだからである。そうである以上、厳打のような政治的任務においては裁判の道具化がより徹底されることになろう。さもなくば、「重罰を科すべき罪である『厳打』対象について、重く処断できないばかりに軽く処断すれば、我々が有すべき政治的原則性および法の厳粛性を失うことになる」(177)という指摘が示すように、自らの政治的立場に疑いが生じることになる。

なお、中国における司法の独立や裁判官の独立を一般的に論じる上では、憲法上裁判所を監督する立場にある人大と裁判所の関係も論点となる。しかし、地方人大は「党委員会が頭を縦に振らなければ監督できず、政府が不愉快になれば監督できず、難題に遭遇すると監督できない」(178)という指摘が示すように、憲法の建前とは裏腹にこれまで実質的な役割を果たしてこなかった。それは次のような理由によるといわれている。すなわち、「『一府両院』を監督し、法律を徹底実施させるための多くの問題は、党委員会と政府が共同で決定し、連名で文書を発し、政府が実際に行う。警察・検察・裁判所３機関の関係も、長期に渡り党委員会、政法委員会が調整している。さらに、政府首長は党委員会の第１副書記である。このほか、地方国家権力機関の構成員は、基本的に同級行政機関、裁判機関、検察機関の定年間近の幹部が移ってきたものであり、彼らのほとんどの給与および福祉待遇は依然として元の所属先に頼っている。……一部の人民大衆が、『４つの看板、１つの扉（党委員会、人大、政府、政協）、主人はひとり（党委員会書記）』というのも無理ない」(179)

(176) 曲新久・前掲注（76）181頁。

(177) 黄祥青「“厳打”刑事政策的掌握与運用」政治与法律2001年６期25頁。なお、著者は上海市高裁に所属している。

(178) 郭道暉「実行司法独立与遏制司法腐敗」法律科学1999年１期12頁。

(179) 王果純・伍玉功「我国司法体制存在的問題及其対策」常徳師範学院学報（社会科学版）2000年５期（CNKI）18頁。

と。つまり、人大が裁判所に対して果たすべき監督の権限は、党および政府が行使しているため、人大の出る幕がないというのである。実際、前部で明らかにしたように、厳打に際して裁判活動を指揮したのは党および政府であったし、人大は実務の第一線ではなく、第一線から退いた者の職場と認識されている(180)。

このように地方国家権力機関としての地方人大は形骸化しており、その実務に対する影響力は限られている。加えて、「経験科学的見地よりすれば、日常的に業務を遂行しない機関にどれほどの権力性があるかきわめて疑問であり、対『国家権力機関』との関係で司法の従属を云々することにはあまり意味がない」(181)（傍点は原文）。

ただし、90年代中頃以降、学界において注目を集めている人大による個別具体的事件の監督（いわゆる［個案監督］）(182)の問題が示すように、近年においては地方人大の役割の実質化が模索されているようである。このことを示すように、近年、省クラスにおいては党委員会書記ないしは副書記が人大常委会主任ポストに就くようになっている。例えば、1997年９月時点において省クラス人大常委会主任31名のうち、同級党委員会書記が２名、同副書記が４名、同常務委員が１名であったのに対し、地

(180) 例えば、チベット自治区で高裁所長、警察庁長、同自治区政法委員会書記を歴任した子成は、60歳になったときに「自分も年をとった」という理由から人大常委会を最後の職場に選んだという（李祥編『西藏公安的揺籃』（中国人民公安大学出版社、2003年）178頁参照）。また、次のようなエピソードも、人大の実際上の地位の低さを示していよう。組織部長、規律検査委員会書記、党委員会常務委員会委員などの要職を歴任し、党委員会副書記と政法委員会書記を兼任していた順昌県の李建は、1998年の任期に伴う指導部刷新の際に、今度こそ県長になれると思っていた。しかし、「上級は彼を県長にしようとは考えておらず、県人大常委会主任ないしは政協主席に就かせようと考えていた。そのため、李建はひどい『挫折』感を味わった」と（「従“厳打”先進到黒悪勢力“保護傘”――原福建省順昌県委副書記兼政法委書記李建的堕落軌跡」記者観察2002年９期（CNKI）47頁）。

(181) 小口・前掲注（134）26頁。

(182) 例えば、李暁斌「対“人大”質詢法院的質疑」法学1996年９期２頁以下、王晨光「論法院依法独立審判権和人大対法院個案監督権的衝突及其調整機制」法学1999年１期18頁以下など。

方人大が改選され、人大常委会主任が新たに選ばれたばかりの2003年２月28日時点では、31名中、同級党委員会書記が23名、同副書記が６名であった(183)。先に引用したように、「国家機関の指導者の権威の有無が、当該機関の機能の発揮に非常に重要な意義および影響力を有する」(184)のであれば、この変化は人大のあり方が大きく変わる兆しといえよう(185)。憲法上、裁判官の任免および裁判所の予算を最終的に決定するのは人大であるため、人大は現在の党および政府と同じ役割を合法的に果たすことが可能である(186)。省クラス党委員会書記ないしは副書記が同級人大常委会主任に就くようになったのは、まさにその布石であるといえよう(187)。

---

(183) 1997年については中共中央組織部・中共中央党史研究室・中央档案館編『中国共産党組織史資料　第７巻(上)社会主義事業発展新時期(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『附巻一（下）中華人民共和国政権組織（1949.10－1997.９)』1023頁以下を、また2003年については、「各省、自治区、直轄市党委、政府、人大、政協負責人一覧表」瞭望新聞週刊2003年９期(CNKI)46～48頁を参照した。なお、2006年11月15日現在では、29名（広西チワン族自治区、甘粛省の人大常委会主任ポストは欠員）中22名が同級党委員会の書記であり、４名が副書記である（ラヂオプレス・前掲注（153）参照)。

(184) 曲新久・前掲注（76）131頁。

(185) 加茂具樹『現代中国政治と人民代表大会――人大の機能改革と「領導・被領導」関係の変化』(慶應義塾大学出版会、2006年) 298～301頁も同旨。

(186) 但見亮は「憲法上の最高権力と事実上の最高権力の一体化をもたらすもので、今後国家運営の重点が行政機関から立法機関へと移行する、すなわち『民主』という正当性根拠の重要性が高まっていく、という党指導部の意識が現れたものである（る)」と分析した上で、「今回の組織変更は、権限の肥大化しつつある人大の常務委員会に対する党の統制確保とその強化を目的とするものであり、要するに、党による随意の介入に合法的な形式を付した、ということにすぎない」と指摘する（「中国の『監督』制度における『民主』と『法治』（２・完)」比較法学39巻２号（2006年）65、66頁)。筆者も同感である。

(187) 侯少文「地方三套班子換届的三大新看点」瞭望新聞週刊2003年９期(CNKI)45頁は、「党の人大活動に対する指導をしっかりと堅持しなければならないだけではなく、また人大の国家権力機関としての役割を適切かつ効果的に発揮させなければならない。党組織の主な責任者が法に従い人大常委会の主任に就くことは、新たな指導・執政方式創造の模索である。このようにすれば、党の人

終　　章

総　　括

本稿の課題は、厳打という実践的営為の分析を通じて①現代中国において厳打が可能である理由を明らかにすること、その上で②なぜ裁判が「道具」となるのかを究明することの２点であった。これまで、Ⅰ部およびⅡ部にて、それぞれの課題に対する筆者なりの答えを提示した。それは以下のようなものである。まず課題①については、裁判が道具であるが故に、筆者が「党の指揮の下で、犯罪制圧という目標に向けて、有効利用できるリソースを総動員する政治運動」と定式化した厳打が可能となると考える。次に、課題②については、裁判が権力の道具と考えられていること、そして何よりも現実に、裁判が上位者の指示に従わざるを得ない構造に組み込まれているからである、と考える。以下では、本稿におけるこれまでの作業を振り返りつつ、以上の私見を確認していこう。

まず１章では、本稿の考察に関連する基本概念を整理した。これは２章以降の論述の便を図るためであり、その内容はこれまでの日本の中国法教科書で説明されている事項がほとんどである。

次にⅠ部（２～４章）では、現代中国において厳打が可能である理由を明らかにするために、厳打とは一体どういうものであったのかを、裁判のあり方を中心に実証的に明らかにした上で、その本質を析出した。まず２章では、文革終結以降（1976年）から83年厳打までにおける治安状況、および犯罪対策としてどのような措置が講じられたのかを見た。次に３章では、83年厳打においてどのようなことが行われたのかを実証的に明らかにした上で、厳打とは「党の指揮の下で、犯罪制圧という目標に向けて、有効利用できるリソースを総動員する政治運動」であると定式化した。そしてその本質的特徴は、裁判すら「有効利用できるリソー

大に対する指導の主たるものは、もはや人大の外から影響力を及ぼすのではなく、党組織および党員を通じて人大内部から役割を果たす、というものになる。これは党の指導の改善であり、また党の指導の強化であると同時に、人大の役割を十分に発揮させることにもプラスである」とする。

ス」に含められたことであり、この点こそが中国において厳打が可能である要因であると指摘した。

そして４章では、この定式を軸に、83年厳打とその後の厳打の異同を検討した。具体的には、4.1で83年厳打以降、厳打が常態化し、各地で展開された厳打においても83年厳打と同様の手法が採られていたことを見た。4.2および4.3では、裁判のあり方を中心に、96年厳打および01年厳打を検討し、83年厳打との異同を検討した。その結果、これらの厳打がいずれも「党の指揮の下で、犯罪制圧という目標に向けて、有効利用できるリソースを総動員する政治運動」の枠組みに収まるものであり、裁判が「有効利用できるリソース」に含まれていたことが明らかになった。その後の厳打も83年厳打と同じく、裁判が道具であるから可能なのである。最後に4.4では次の３点を指摘した。第１は、２章で考察した文革終結以降83年厳打以前における犯罪対策も、実は「党の指揮の下で、犯罪制圧という目標に向けて、有効利用できるリソースを総動員する政治運動」であり、裁判が「有効利用できるリソース」に含まれていたことである。第２は、裁判が「有効利用できるリソース」とされるのは厳打期に限らず、通常期でもそうであることである。このことは、「裁判が道具となるのは厳打だからではなく、そもそも裁判が道具だからである」ことを意味する。第３は、近代法的思考様式が浸透しつつあることである。

要するに同部の課題に対する私見は、裁判が権力の意のままに操られる道具だから厳打が可能となる、というものである。

それでは、なぜ中国においては裁判が道具となるのであろうか。これに答えることがⅡ部（５～６章）の課題であった。

Ⅱ部ではこの課題に認識と構造の両面から迫った。まず、５章では裁判が道具と認識されていることを明らかにした。すなわち5.1では、裁判所法、刑法および刑事訴訟法における裁判所、刑法および刑事訴訟法の任務規定から、刑事裁判が国家目的の積極的実現という任務を負わされていることを明らかにした。次に5.2では、刑法理論上、党が判断するところの形勢により量刑相場が変化するものとされていることを明らかにした。つまり、党の意向が反映される理論構成になっているのである。

同章最後の5.3では、厳打の賛否をめぐる論争を検討した。そこでは、学者の間に厳打という政治運動を正面から批判することはできないという考えがあるため、厳打には問題点があるものの、基本的にはそれを支持する見解が実務および学界の「多数説」となったことを見た。その論旨は目的＝手段モデルを基調とするものであり、これにより厳打が正当化されるということは、厳打期の裁判も目的＝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、どれだけ目的実現に役立つかが裁判の評価基準となっているのである。しかし他方において、管見に及ぶ限り少数説ではあるが、厳打の質的転換を図る反省説、および正面から厳打を批判する否定説があった。これらは近年における学界の西洋近代法への接近を反映し、法的安定性や司法の公正性（独立）を基調とするものである。

このように同章では、法、法理論および（表面的には）学者の認識において、裁判は国家目的を積極的に実現すべき道具であるとされていることを論じた。三権分立において、国家目的を積極的に実現する作用は行政と呼ばれている。この意味で中国の裁判作用は三権分立でいえば、行政にカテゴライズされるものであり、中国の司法と行政の間に質的な相違は認められない。厳打において、さらには通常期においても、裁判が道具となる背景には、こうした裁判観が横たわっていることを見て取れる。

とはいうものの、認識がただちに現実のものとなるわけではない。裁判が道具と考えられていることと、実際に裁判が道具であることはストレートにはつながらない。そこには、裁判を必然的に道具とするための仕組みが不可欠である。それが6章で明らかにした「裁判＝道具」構造、すなわち「責任を媒介とした権力不分のヒエラルヒー構造」である。

同章ではまず、裁判の担い手たる裁判官が、本来的に党の政策の忠実な遂行者であり、裁判結果の最終的決定権を握る裁判所管理職は、より忠誠心の厚い者であることを明らかにした（6.1）。次に6.2では、裁判において判決が下される前に、それをチェック・調整する法的ないしは事実上の制度が存在することを見た。それは①裁判所内における所長審査制および裁判委員会討議制、②地方ブロックにおける党委審査制、ならびに③縦ラインにおける上級裁判所への照会である。個別具体的事件

の審理を担当した裁判官だけでは判決を下せない仕組みになっているのである。

そして6.3では、裁判官が党の政策の忠実な遂行者であり続け、また党組織や「上司」の意向に従うことを制度的に担保する仕組みを明らかにした。それは裁判官の「責任」を追及する様々な制度からなる。具体的にはまず、憲法上人大ないしは人大常委会の専権事項とされている裁判官の任免が、実際には中国版ノメンクラトゥーラである党管幹部原則の名の下で、党委員会を筆頭とする党組織および政府に掌握されていることを見た（6.3.1）。裁判官が党や政府の意向に逆らえば、その身分を失う可能性があるのである。次に6.3.2では誤判責任制と所長引責辞任制を検討した。前者は２審や再審において原判決が破棄・改判された場合に、当該原判決が「誤判」とされ、当該判決を下した、ないしは指示した裁判官が責任を問われるというものであった。ここで「指示した裁判官」が負う責任とは、所長審査制、裁判委員会討議制または上級裁判所の照会に対する回答に基づき判決を下し、後に「誤判」とされたときには、それを指示した者が責任を負わなければならないことを意味する。つまり、実際に審理を担当する裁判官は、「上司」の指示に従っておけば、責任を追及されないのである。これは裁判所内部における下から上へ指示を求める動機である。他方、後者は管轄内の裁判について所長または副所長の責任を追及する制度である。これは上から下へと指示を強化せざるを得ない動機となろう。このように制度上、責任を媒介として、上からの指示に従順であればリスクを回避できる仕組みになっているのである。

次に6.4では、政府が同級裁判所を指揮する仕組みを明らかにした。それは、政府首長が一般的に同級党委員会の副書記であることから、当地の「準指導者」となり、同級裁判所を指揮する立場にあるというものである。またここでは、裁判所を指揮する立場にある党委員会や政府も、その「上司」として責任を負わなければならない立場にあるということも指摘した。そして、6.5では、「裁判＝道具」構造が、あたかも地方ブロックがひとまとまりの組織のようになり、そしてその積み重なりにより形成されていることを指摘した。

以上のように、裁判官が上位者の指示に従わなければ、責任を問われ、

ひいては経済的に締め付けられ、職を追われることになる仕組みになっているのである。そしてこの「上位者」とは、所属裁判所における所長、副所長、廷長、副廷長および裁判委員会であり、また縦ラインにおいては上級裁判所であり、地方ブロックにおいては同級の政府、党委員会・同政法委員会である。これが地方ブロックの積み重なりにより形成された、責任を媒介とした権力不分のヒエラルヒー構造である。裁判官が当該構造に組み込まれているから、裁判が道具となるのである。

それでは、裁判を道具とする認識と構造の関係をどのように考えればよいのだろうか。具体的には認識が構造を生んだのか、構造が認識を育んだのか、という問題になろう。しかし、これは「卵が先か、鶏が先か」の問いかけであり、また実際に裁判が道具とならざるを得ない構造となっている以上、現代中国においてなぜ裁判が道具となるのかという問いを考える上で、いずれが先かは重要な問題ではない。けだし「裁判＝道具」構造が存在する以上、裁判は道具とならざるを得ないからである。そして、こうした考えの下では、「裁判＝道具」の認識が「裁判＝道具」構造を支える土台となっていると位置づけることができよう。なぜなら、裁判が国家目的の積極的実現を担う作用であるならば、その目的を統一的・効果的に実現するためには、上下の命令系統を明らかにし、責任の帰属を明確にする必要があるからである(1)。「裁判＝道具」構造はその合目的的な形態のひとつと考えられる。

なぜ裁判は道具でなければならないのか？

以上が本稿の課題に対する筆者なりの回答である。しかし、疑問というものは次から次へと浮かんでくるものである。とりわけ「なぜそうなっているのか」という問題意識を持っていれば、疑問が尽きることはないだろう。実際、「総括」を書き終えた後に、そもそもなぜ裁判が国家目的の積極的実現の任を担わなければならないのか、という疑問が筆者の

(1) 田中二郎は、「行政の組織及び権限等について認められる特色（上下の命令系統を明らかにし、責任の帰属を明確にする。）も、行政がある目的を追求する作用であり、それを統一的・効果的に達成する必要があることに基づく」（カッコ内は原文）と指摘する（『要説行政法（新版）』（弘文堂、1972年）6頁）。

脳裏に浮かんできた。これについてはいまだ定見とはいえないが、現段階においては次のように考えている。それは、裁判が党の支配の道具であるが故に、大衆の裁判に対する評価は党による支配の正当性問題(2)と直接的にリンクしている、それ故に、党は支配の正当性を証明するためにも社会秩序を維持しつつ、大衆の正義感情を満足させ続けなければならない、そしてそのためには裁判というチャンネルが必要かつ有効である、その結果、裁判は党にとっての支配の道具になる、という一連の循環が存在していることである。以下、この内容を敷衍することをもって、本稿における考察の幕を下ろしたい。

まず、党の支配の正当性の実情については、寺田浩明の次の指摘が大いに参考になる。すなわち、「中国の共産党の政権の基礎はどこにあるかというときに、よく革命の実績にあると言われます。選挙を受けたわけではなくて、革命の実績しかないのだと言われます。しかし実はもっと厳しくて、むしろ中国共産党の政権の正当性は、今現に民意の支持を受けているというその事実にしかありません。それを裏側から言うと、まだ革命が起こっていないことだけが現政権の正当性の根拠になるようなところです」(3)と。

実際に政策決定者は自らの支配の正当性を楽観視できる状況にはなく、社会秩序の混乱がその危機をもたらすと認識しているようである。このことは、1979年の全国都市治安会議において彭真が示した、治安回復を図らなければ「党および政府の職務怠慢」(4)とされるという認識、および83年厳打に際して鄧小平が示した「刑事事件、悪質事件が大幅に増えており、こうした状況では人心を得られないということだ」(5)とい

(2) 「支配の正当性」論（Legitimität der Herrschaft）については、マックス・ウェーバー（世良晃志郎訳）『支配の社会学Ⅰ』（創文社、1960年）を参考にした。

(3) 寺田浩明「《人治》と《法治》――伝統中国を素材にして」京都大学法学研究科21世紀COEプログラム　オケージョナル・ペーパー第３号（2005年）16頁。

(4) 彭真「関於整頓城市社会治安的幾点意見」『彭真２』199頁。

(5) 劉復之「“厳打”就是専政――記小平同志対“厳打”的戦略決策」『検察年鑑（1992）』２頁。

う認識から読み取れよう。

とはいうものの、刑事司法に社会秩序の維持を期待するのは古今東西普遍的なことといえよう。ここで特徴的なことは、中国では、党の支配の正当性が「今現に民意の支持を受けているというその事実」にしかない上に、治安問題がその正当性問題に直接リンクしているために、社会秩序の維持といった際に、大衆の正義感情を満足させることに細心の注意が払われていることである(6)。例えば、83年厳打に際して出された「厳打決定」は、「『悪人が威張り、善人がいじめられ、防犯協力者は息が詰まり、末端幹部は意気地がない』異常な状況に陥っている。もし我々がこのような状況を迅速に制止せず、その蔓延・発展を放任しておけば、必ず人民の生命・財産の安全に由々しき危害を及ぼし、社会の安定を破壊し、社会主義の物質文明と精神文明の建設を妨害し、広範な勤労大衆の不安と不満を引き起こすことになる」(7)と指摘する。ここでは、社会秩序の混乱により生じた、「悪人が威張り、善人がいじめられ、防犯協力者は息が詰まり、末端幹部は意気地がない」というまさに不正義の縮図ともいえる「異常な状況」が大衆の不満をもたらしている、という政策決定者の危機感が透けて見える。

また先述（4.3.1参照）したように、李川の議論によれば、厳打は大事件の発生により動揺をきたした党の支配の正当性を調達するために発動される(8)。これは実際にも吻合する鋭い指摘である。しかも、実務サイドの見解を代表すると目される蕭揚主編『中国刑事政策和策略問題』(9)

(6) 王雲海は中国で死刑が多用される要因として、「選挙を行わないのに、なぜ共産党が『一党指導』原則に従って国家権力を掌握することができるのか、という共産党政権の正当性と正統性の問題が浮かんでくる。……中国の国家権力は、『民主主義的選挙』という圧力の前で、かつてないほど民衆の意思を取り込もうとしており、『民主的選挙はやっていない』という弱みを補うために、逆に民主主義以上に民衆の意思に敏感となり、最大限にそれを尊重しようとしているのである」と指摘する（王雲海『死刑の比較研究――中国、米国、日本――』（成文堂、2005年）185頁）。

(7) 中共中央文献研究室編『十二大以来――重要文献選編（上）』（人民出版社、1986年）387頁。

(8) 李川「当前厳打研究中的四個誤区」中国刑事法雑誌2003年２期３頁。

(9) 蕭揚主編『中国刑事政策和策略問題』（法律出版社、1996年）174頁。

では、厳打の「積極的作用および深遠な影響」の筆頭として、「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」が挙げられている。これは李川の議論を裏書するものといえよう。

そして、裁判を通じて大衆の正義感情を満足させるという現象は、厳打期のみに限らず、通常期にも見られる。例えば、大衆の正義感情を満足させる（民憤を鎮める）ために政法委員会が裁判に介入し、裁判官に死刑判決を下させたとされる次のケースである。すなわち、「最近筆者は、北方の某市の政法委員会が原告側（当地の当事者）の圧力に耐えきれず、裁判所長経由で、主審裁判官に対して、傷害致死罪であるが情状を斟酌してなお死刑に処すには至らない被告（余所者である当事者）に死刑判決を下すように指示した事件を耳にした（本件の主審裁判官によると、１審で被告に有期懲役の判決が下された後、原告側が何度も集団で陳情し、さらには裁判所を取り囲んだ。まさに『民憤』の圧力の下で政法委員会は本件に干渉したのであった――脚注）」[10]（カッコ内は原文。また「原告」、「被告」の表現は原文のママ。なお、「原告」は被害者の親族等の関係者と考えられる）。

これは大衆の正義感情が「憎むべき犯罪者」を厳しく処罰するよう求めた場合の事例であるが、反対に、大衆の正義感情が「哀れむべき犯罪者」に対する処罰を軽くする方向で働いた事例もある[11]。

〔主な参考条文〕

旧刑法67条１項

拘役または３年以下の有期懲役に処せられた犯罪者について、犯罪者の犯罪情状および改悛の状に基づき、執行猶予を適用しても再び社会に危害を及ぼさないことが確かであるときは、執行猶予を宣告することができる。

同法132条

故意に人を殺害した者は、死刑、無期懲役または10年以上の有期懲役に処する。情状がわりあい軽微な者は、３年以上10年以下の有期懲役に

---

[10] 張衛平等『司法改革：分析与展開』（法律出版社、2003年）523頁（韓波執筆）。

[11] 「李洪泰等故意殺人案」中国高級法官培訓中心・中国人民大学法学院編『中国審判案例要覧（1995年綜合本）』（中国人民大学出版社、1996年）102頁以下。

処する。

〔事実の概要〕

被告人X_1、X_2、X_3は兄弟であり、X_4、YはX_1の子である。8年前、Yは両親に妹を養子に出し、自分の妻とするよう提案したが、拒絶されたため、両親を憎み、X_1夫婦を山に追い出し、虐待するようになった。1994年1月2日、Yは両親を訪れ、X_1の妻を虐待した。X_2、X_3、治防委の者が諫めにきたが、逆に罵倒した。Yが寝た後、X_1はX_2、X_3、X_4にY殺害を持ちかけ、自分が責任を取るといい、3名の同意を得、Yを殺害した。

〔1審〕（山東省泰安市郊区裁判決1994年4月29日）

4被告人の所為に殺人罪を認定し、それぞれX_1に懲役4年、X_2に懲役1年、執行猶予2年、X_3に長期6ヶ月、執行猶予1年、X_4に懲役2年、執行猶予3年を言い渡した。

1審は判決理由を次のように判示した。すなわち、4被告人の行為は殺人罪を構成するが、事件後、被告人居住の村の大衆が連名で嘆願書を提出し、4被告人を寛大に処理するよう求めた。YがX_1夫婦を虐待してきたことを勘案すると、X_2等親族が義憤に駆られてYを殺害したことの情状はわりあい軽いとみなすべきである。犯行においてX_1は主犯であり、X_2等3名は補助的役割を果たしたことから、従犯である。4被告人の犯罪の特定の情状、および民意を考慮し、法に従い処罰を減軽し、または軽きに従うことができる。

なお、1審判決後、4被告人は上訴しなかった。

〔解説〕

どのような目的、理由があろうとも、人を殺してはならない、これが法の立場である。しかし、本件被告人等の所為は「義により親族を滅する」[大義滅親] である。1審が「行為者が『義憤に基づき』という特殊な情状に基づき、本件被害者の生前の非行が義憤を引き起こしたという具体的状況、および当地の大衆がしきりに司法機関に対して被告人の処罰を軽くするように求めたという民意を総合的に考慮し、（上記のように被告人を処断したことは）妥当である。この量刑は罪刑均衡の法原則を具現化しただけではなく、また大衆の意見も考慮しており、情と法の双方を考慮したものといえよう」。

〔コメント〕

〔解説〕が指摘するように、本判決は大衆の正義感情を反映し、「哀れむべき犯罪者」を軽く処罰したものといえよう。本件からは次の２点を確認することができる。ひとつは、民意、民憤、大衆の正義感情というものが処罰を軽くする方向でも働くことである(12)。もうひとつは、

(12) 胡雲騰が「中国においては、国は刑事司法に対して、人民大衆および庶民を満足させなければならないことをはっきりと要求している。そのため、我々の司法機関は常に人民が満足する裁判所、人民が満足する検察院、人民が満足する派出所となるための活動などを行っている。刑事司法が人民の満足を得るようにすることは何ら間違ってはいないが、司法機関が人民の意見を重視するときには、往々にして大衆の情緒の影響を受けやすい」と指摘した上で紹介する次の２例も、「民意」により裁判結果が変わったとされる。すなわち、「この２つの例はともに中国の山東省で起きたものであり、各犯罪者の犯行はともに殺人であり、犯罪者と被害者は親族であった。ひとつ目の事案は、犯罪者が喧嘩の過程で相手方を殺害したというものである。死刑を制限するとの刑事政策および当該事件の具体的情状に基づき、当該犯人の犯行はなお情状が極めて由々しい程度に達しておらず、法に従い死刑を言い渡さなくともよく、同省高級裁判所も当初は被告人に即時執行死刑を言い渡すことに決して賛成していなかった。しかし、被害者の親族および居住していた村の庶民が不満に思い、断固として被告人を死刑に処すよう求め、しかも、ひっきりなしに裁判所の前で集合して騒ぎを起こしたため、最終的に、同裁判所はやはり被告人を死刑に処した。これは被害者サイドの態度が死刑に影響を及ぼした典型例である。もうひとつの事案は、被告人が家庭内の紛争において、自己の妻および義母を殺害したというものである。中国刑法の規定によると、このような２人を殺害する犯罪は、犯行が極めて由々しいものに属し、死刑に処しても何ら誤りはない。しかし、被告人の義父、すなわち両被害者の父・夫が、裁判所に被告人を死刑にしないように断固として要求した。彼の理由は、被告人の10歳の子供はすでに母親を失っており、さらに父親を失うことはできない、というものであった。結果、山東省高級人民裁判所は被告人の義父の意見に同意し、被告人を即時執行死刑に処さず、執行延期２年付死刑に処した。中国の司法実務においては、死刑に処してもよく、また死刑に処さなくともよい事件について、被害者側の態度が死刑に影響を及ぼす事件は決して個別的な現象ではない」と（胡雲騰「関於死刑在中国司法実践中的裁量」中国政法大学刑事法律研究中心・英国大使館文化教育処主編『中英量刑問題比較研究』（中国政法大学出版社、2001年）128～129頁）。

大衆が裁判所（解説は「司法機関」としているため、裁判所だけではないかもしれない）に働きかけ、裁判所がそれを民意として受け取り判決に反映させ、そしてそうした判決を「情と法の双方を考慮したもの」と評価する図式が存在していることである(13)。

このように、裁判は大衆の正義感情を満足させるためのチャンネルとして位置づけられているのである(14)。その際に看過してはならないことは、地方ブロックが大衆の正義感情の受け皿となっていることである。政法委員会が「民憤」を受け入れ、それを鎮めるために裁判官に指示を下した上のケースはその証左である。

また、いわゆる「集団陳情」［集団上訪］(15)と呼ばれる現象も、同様に解釈することができる。これは、大衆が何らかの不満を抱き、集団で党・国家機関に陳情するというものであり、その矛先が判決に向けられることも少なくないという。すなわち、「司法実務において、特に刑事司法実務において、数十、数百、ひどいときには数千の農民が公安、検

(13)　「［法律効果］と［社会効果］の統一」ともいわれる。前者は、法規定に合致していれば、良好であるとされる。後者を測る基準は様々であるが、その内のひとつは、「社会的評価。すなわち、社会大衆の事件処理活動および事件処理結果に対する支持度である」とされる（姜偉・銭舫・徐鶴喃『公訴制度教程』（法律出版社、2002年）125～126頁）。このほか、「判決が民意を反映しているか否かは、事件処理の社会効果の最も直接的な表れである」とする指摘もある（熊洪文「“民憤”対刑事審判的影響」人民検察2004年４期60頁）。なお、裁判においては「情」も考慮しなければならないとする発想は伝統法にも見られる（滋賀秀三『清代中国の法と裁判』（創文社、1984年）263頁以下）。

(14)　高見澤磨の次の指摘も同旨と考えられる。すなわち、「『民憤』は必ずしも復讐感情に由来するものではない。大衆の正義感情というべきものへの考慮が法令中に、またはその運用に組み込まれていることは……刑事的事件の処理にあたっては、被害者及びその周囲の人々と被告人（加害者）及びその周囲の人々のみならず、当地の大衆の納得を得ながら処理を進める必要があることを示している」と（『現代中国の紛争と法』（東京大学出版会、1998年）201頁）。

(15)　裁判所に対する［上訪］は「嘆願」と訳した方が適切かもしれないが、［上訪］の対象は党・国家機関にも向けられるため、本稿ではさしあたり「陳情」と訳しておく。

察院、裁判所および省、市の党委員会や政府を取り囲む事件がよく起きている」(16)と。そして、集団陳情は「各級党委員会が最も重視し、かつ最も恐れる」(17)問題といわれている。それは端的に集団陳情が大衆の不満の表れと見られ、当地の社会秩序の維持を担う指導者としては、自己の責任問題にも発展し得る問題だからであろう。そして、判決に対する不満について「党委員会や政府を取り囲む」のは、これらが「裁判＝道具」構造下の一地方ブロックにおける裁判所の上位者だからである。

大衆側も、このことを分かっているから、「党委員会や政府を取り囲む」のである。その際、被害者は「不満の表れ」を大きく見せるために、様々な手法を駆使して頭数を揃える。例えば、一個人である場合は20元で人を雇い、村幹部である場合は、その権力を活用し、取り囲み［囲攻］に参加した者の村での無報酬作業の時間を短縮するなどの便宜を図るという調査結果もある(18)。大衆にとっては、多数を集めて意見を表明すること、すなわち「民憤」を演出することは、いわば自らの要望をかなえるための「定石」なのである。

そして、中国の政策決定者にとっては幸いなことに、厳打を筆頭とする「裁判＝道具」構造における裁判の道具的運用は、ある程度、大衆の正義感情を満たし、その支持を獲得してきたようである。以下の指摘はこのことを示していよう。すなわち、「厳打はわが国社会において民意の基盤があり、しかも厳打においては人民大衆を広く参加させるよう動員することが強調される。……社会治安は人民大衆が注目することであり、厳打はかなりの程度において人民大衆に安心感を持たせることができる。したがって、厳打は広範な社会的支持を獲得した」(19)、「犯罪率が上昇し、社会治安の形勢が悪化するたびに、大衆の重罰を求める呼び声を耳にする」(20)、「社会各界は犯罪率の急激な上昇を立法および司法

(16) 劉忠「民憤：躁狂与断裂――一種刑事法治立場叙事」陳興良主編『刑事法評論（第13巻）』（中国政法大学出版社、2003年）317頁。
(17) 同上。
(18) 同上。
(19) 陳興良「厳打利弊之議」『刑事政策検討』４頁。
(20) 邱興隆「死刑的効益之維」法学家2003年２期56頁。

部門の犯罪に対する『打撃力不足』にあると考え、各界からの圧力はまた、刑事立法および司法部門にますます増加する犯罪を刑罰により抑止することに精力を大いに注ぐよう迫る現象が生じている」[21]と。

また01年厳打に際して、大衆の反応を「一部の地方における調査状況から見て、人民大衆は今回の『厳打』整治闘争に非常に期待を寄せており、一部の大衆はひいては今回の『厳打』が1983年『厳打』と同じように、党委員会が直接指導し、刑事訴訟法の手続的な制約を変通・改正し、重大刑事犯を迅速に壊滅するように望んでいる」[22]と分析する論者もいる。

実際、厳打の賛否に関するアンケート調査を見ると、大衆は厳打を支持しているようである。具体例を４点示そう。

表７－１　警察・検察・裁判所の「打撃力」に対する評価

	寛大すぎる		厳しすぎる		妥　当		変化不定		未回答	
	人	%	人	%	人	%	人	%	人	%
都市	5044	33.90	244	1.60	3195	21.50	6234	42.00	143	1.00
農村	2213	35.98	160	2.60	1547	25.15	2204	35.83	27	0.44
全体	7257	34.54	404	1.92	4742	22.57	8438	40.16	170	0.81

出典：「中国農村公衆安全感調査分析報告」李忠信主編『公安社会科学研究報告選』（中国人民公安大学、2000年）243頁を元に作成。

表７－１は次の２つの調査結果をまとめたものである。まず、「都市」の行は、1991年５～６月に警察部公共安全研究所が行った第２回全国都市公衆安心感サンプル調査の結果である。これについての対象地域・対象者・有効回答数などについては不明である。他方、「農村」の行は、1990年末から1991年にかけて、広東、広西、安徽、河南、山東、吉林、江蘇、陝西省の80郷鎮の農民8000名を対象に行われたアンケート調査の結果である（有効回答数は6151件、76.89％）。先述（4.1参照）のように、1990年には全国的な厳打が行われており、当該厳打における「打撃力」に対

[21] 魏平雄・欧陽濤・王順安主編『市場経済条件下犯罪与対策』（群衆出版社、1995年）144頁。

[22] 劉炎・劉才光「論“従重”与刑事実体公正的関係」高銘暄・馬克昌主編『刑法学文集（2001）』355～356頁。

する大衆の評価も、両調査結果に影響しているものと考えられる。

これらの調査結果によると、約23％の大衆が警察・検察・裁判所の「打撃」に満足していることがうかがえる。また、現在の「打撃」が寛大すぎるとする者が約35％を占めている。これはより強力な「打撃」を求めているという点で、厳打を肯定する立場にあるといえよう。とりわけ農村ではその傾向が強い。それに対して、犯罪への打撃が「厳しすぎる」と感じている大衆は、２％にも満たない。また、「変化不定」とは、厳打期と通常期において「打撃」に温度差があり、安定していないという意見を指すものと考えられる。これが消極的な意見であるのか、または大衆の困惑を示しているのかは定かではない。全体としては、大衆は厳打支持ないしはさらに力強い厳打を求めているといえよう。

次に、表７－２は、1999年に広東省広州市で行われたアンケート調査の結果である。本調査は「法律執行機関が犯罪への打撃力を強化すること」について行われたものである（対象者数や有効回答数などについては不明）。ここで「法律執行機関」が捜査機関のみを指すのか、さらには裁判所までも含むのかは分からないが、97.3％の大衆が「打撃力」の強化を求めていることが読み取れる。

表７－２　「打撃力強化」について（単位：％）

強く要求	要　　求	どちらでもよい
84.4	12.9	2.7

出典：梁国聚「広東公安機関実行“重典治乱”的啓示」公安研究2001年10期20頁を元に作成。

表７－３は、北京市警察局西城分局が、2001年３月末に同分局管内において180名を対象に行った調査の結果である（うち未回収１）。調査内容は「01年厳打は必要であるか」である。本表から明らかなように、99％近い大衆が01年厳打を必要であると考えている。

最後に、表７－４は大学生150名を対象に行ったアンケート調査である。時期や場所については不明である。本表から明らかなように、90％の大学生が厳打を支持しており、厳打に反対する者はわずか４％にすぎない。

以上のように、４点のアンケート調査結果から、大衆が厳打に肯定的・

表７－３　01年厳打は必要であったか？

とても必要		必　　要		どちらでもよい	
人	%	人	%	人	%
166	92.8	11	6.1	2	1.1

出典：北京市公安局西城分局「関於人民大衆対厳打期望値的調査与思考」公安研究2001年９期24頁を元に作成。
＊本表には「不要」の項目はないが、これは原文のママである。調査時にこうした選択肢があったのかについては不明である。

表７－４　大学生の厳打に対する態度（単位：%）

完全に賛成	基本的に賛成	反　　対	興味なし
75	15	4	6

出典：「黒社会（性質）組織犯罪対策研究」張智輝・謝鵬程『中国検察（第１巻）――2001年最高人民検察院重点課題匯編』（中国検察出版社、2003年）163頁。

積極的であることが明らかであるといえよう(23)。そしてこのことは、大衆の脳裏においても、治安が悪くなれば党は厳打を行い、裁判所はより重い刑罰を科さなければならない、という認識が根付いていることを示している。しかも、大衆の多くは「犯罪は人でなしの行為であり、極めて醜悪で不名誉なことである、犯罪者は社会の獅子身中の虫であり、みんなで成敗すべきである」(24)と考えているという。そうである以上、治安が悪化したときに厳打を発動することは、党の支配の正当性調達の見地からいえば、大衆の正義感情に吻合した極めて適切な対応となろう。逆に社会秩序が混乱しているのにもかかわらず、政策決定者が手をこまねいていれば、それは大衆の正義感情に悖り、もってその支配の正当性の危機をもたらすことになる。そうであるが故に、「学者は軽々しく『厳打』の様々な弊害を論証してもよいが、政策決定者は『厳打』を放棄できないし、またその勇気もない。『厳打を行わない』という試みが失敗

(23)　こうしたアンケート調査に際して、一般大衆も何らかの政治的プレッシャーを感じているのか、筆者には知る由もない。少なくとも学者も大衆が厳打を支持していると認識していることから、これらの調査結果は大衆の内心とかけ離れたものではないと考える。
(24)　曲新久『刑事政策的権力分析』（中国政法大学出版社、2002年）119頁。

すれば、その結果は想像しがたい」[25]といわれるのである。

要するに、裁判が道具でなければならない理由は、党が裁判を通じて大衆の正義感情を満足させ、もってその支配の正当性を調達しなければならないと認識しているからである。そしてその背景には、寺田が指摘したように、何の根拠もない党の支配の正当性が日々問われているという実情があるものと考えられる。

そして以上のことを抽象化すれば、次のような循環メカニズムを描くことができよう。すなわち、①（「裁判＝道具」構造において）裁判は党の道具である→②裁判に対する大衆の不満はその支配の正当性問題に直接的にリンクする→③正当性を調達・確保するために大衆を満足させる裁判を行わなければならない→④党が裁判をコントロールできる仕組み、すなわち「裁判＝道具」構造が必要となる（①に戻る）、という具合である。こうした支配の正当性をめぐる循環メカニズムに裁判が巻き込まれているが故に、裁判は権力の道具であり続けてきたものと考えられる。

残された課題

以上のように本稿は「なぜ厳打が可能なのか」という疑問を出発点とする旅路を踏破してきたわけであるが、さしあたり次の２点が、本研究にとって大きな問題として残されているのではないかと考えている。以下では、それらの問題状況を概観し、しかる後に本稿の長い旅路を、一旦締めくくることにする。

ひとつは、現在進みつつある司法改革の「裁判＝道具」構造に対する

---

[25] 王平「刑罰軽重的根拠――兼論“厳打”」政法論壇2002年２期99頁。また、徳岡仁も「このような大々的な取り締まりをおこなってもなお多くの犯罪者は、当局も認めるように網の目をかいくぐっているのが現状である。このことは、常識的に考えれば、取り締まり当局の能力を遙かに凌ぐ量や質の犯罪が相当蔓延しているのである。かかる意味で『闘争』と銘打って行うこれらの集中取り締まりキャンペーンはもはや限界にきているといえよう。（改行）だとすれば、これらの『活動』は『大衆の強烈な希望』を一時的に叶える程度のものだといえば言いすぎであろうか」と指摘する（『現代中国とその社会―治安問題と改革開放路線の20年－』（晃洋書房、2005年）167頁）。

影響である(26)。中国では「80年代後半に始まる『民事裁判方式の改革』を契機として、とりわけ90年代中期以降、『司法改革』が声高に叫ばれるようになってきた」(27)。そして、この司法改革の目標は、党15回大会（1997年）において江沢民（総書記）が、「司法改革を推進し、司法機関が法に従い独立・公正に裁判権および検察権を行使することを制度的に保証（する）」(28)と報告したように、裁判についていえば、法に従った独立・公正な裁判の確立ということになろう。そして、1999年10月20日に最高裁が出した今後５年間の司法改革の綱領である「人民裁判所５ヶ年改革要綱」（以下、「第１次改革要綱」と略す。2005年10月26日には「人民裁判所第２次５ヶ年改革要綱」が出された。以下、「第２次改革要綱」と略す）でも、「人民裁判所の改革の総体的目標」のひとつとして、「独立性、公正性、公開性、高効率性、清廉性をさらに高め、良好な裁判業務メカニズムを運営すること」が挙げられている（現在、裁判所サイドは「公正と効率」のスローガンを掲げている）。

法に従った独立・公正な裁判というと、本稿冒頭で定義した法的判定型裁判が想起されよう。すなわち、「判定」を目的とし、①紛争を対象とし、②中立公平な第三者（独立の主体）が判断を下し、③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が保障され、④法に従うという裁判である。裁判官の独立という点に着目すれば、かかる裁判が「裁判＝道具」構造とは対極の位置にあることは明らかであろう。

それでは、こうした司法改革は「裁判＝道具」構造に根本的な転換を迫るものなのであろうか。法に従った独立・公正な裁判の確立を目指す司法改革は、「裁判＝道具」構造とは正反対のベクトルであるように見える。

しかし私見では、現段階においては、この司法改革により「裁判＝道

(26) 司法改革は現在進行中であるため、これは「本研究の延長として将来的にやるべき課題」である。

(27) 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頁。

(28) 江沢民「高挙鄧小平理論偉大旗幟、把建設有中国特色社会主義事業全面推向二十一世紀」（９月12日）中共中央文献研究室編『十五大以来重要文献選編』（人民出版社、2000年）33頁。

具」構造に根本的な転換が生じるとするのは、楽観的な見方ではないかと考えている。それは端的に、これまでに打ち出されてきた司法改革の措置が、「裁判＝道具」構造の枠内にとどまっているからである。

例えば、裁判官の人事制度について、党管幹部原則の名の下で同級党委員会（および政府）が裁判官の人事権を実質的に掌握し、上級裁判所党グループは協力的立場にすぎなかった制度を、上級裁判所党グループが下級裁判所の裁判官の人事を主導し、同級党委員会がそれに協力する制度に改めようとする改革措置が、試験的に行われている。つまり、党管幹部原則の枠内において、裁判官人事の主導者を同級党委員会から上級裁判所党グループに改めるというものである。

これは1988年11月に中共中央組織部と最高裁が黒竜江省、浙江省、福建省および内モンゴル自治区を対象地域とし、試験的に行った改革措置であり、その目的は「人事と財政経費を地方から相対的に分離させ、もって裁判官が国の法律を公正に執行し、地方勢力の影響を受けないよう」にするためであるといわれている。実際、黒竜江省では「下属の２級裁判所（中裁と基層裁を指すと考えられる）の所長・副所長については、地方管理を主とするから、上級裁判所の管理を主とするに改めた。廷長、判事については所属裁判所の管理を主とする」という(29)。

しかし、本措置により、同級の党委員会や政府の意向に適わなければ、職を失うという状況から脱却できたとしても、今度は、上級裁判所の意向に適わなければ、職を失うという状況になる可能性がある。たとえ、本措置が司法の独立に向けての一歩前進であったとしても（確かに地方ブロックの桎梏から脱却という点では前進であろう）、現段階においては、本質的には責任を媒介とした権力不分のヒエラルヒー構造のままであると考えられる。しかも、第１次改革要綱ではなお「試験的実施により得た成果を肯定し、試験的実施中に生じた問題を真摯に検討し、解決策を提起する」という模索段階にあり、本措置の推進は難航を極めている状態である。

このほか、時を同じくして党内でも変化の動きがあった。先述（6.3.1

(29) 以上については、陳有西「近年来我国法院改革運作状態」中外法学1994年４期72～73頁を参照した。

参照）の中共最高裁党グループの辦法では、所長・副所長の任免について、同級地方党委員会に１級上の裁判所党グループと「十分協議する」[充分協商] ことが求められていた。これに対し、中共中央「政法幹部隊列の建設をさらに強化することに関する決定」(1999年４月15日）では、「地方党委員会が政法部門の指導的幹部の任免を決定する際には、１級上の政法部門党グループ（党委員会）の同意を得なければならない」（カッコ内は原文）とされた。これは「党委員会は独自の判断で人事を決定することができなくなった」（田中信行「中国の司法改革に立ちはだかる厚い壁」中国研究月報61巻４号（2007年）37頁）と読める。ところが、中共中央「党・政府指導的幹部選抜任用業務条例」(2002年７月９日）は、これを骨抜きにするような規定を設けた。すなわち、両者の意見が一致しない（ここでは１級上の裁判所党グループの同意を得られない）場合は、最高裁所長を除き（４条１項)、「正職の任免は上級党委員会組織部門に報告し、これが調整し、副職の任免は主管サイド（地方党委員会を指すものと考えられる）が決定する」(31条）とした。結局、１級上の裁判所党グループの同意は必須の要件ではないのである。旧条例である中共中央「党・政府指導的幹部選抜任用業務暫定条例」(1995年２月９日）26条が本条例31条とほぼ同じ規定であることから、旧態に復したということになろうか。

なお、第２次改革要綱では、「一定地域内で裁判官を統一的に採用し、基層人民裁判所に統一的に配分して任官させる制度を模索する」とされており、改革の次のステップの青写真が示された。この改革案が実現されれば、少なくとも基層裁の裁判官は県クラスの「裁判＝道具」構造から脱却することができよう。ただし、誰が統一的に採用・配分するかによっては、より上級の「裁判＝道具」構造に組み込まれたにすぎない、となり得ることはいうまでもない。

ところで、先ほどの江沢民報告には、実はすぐ後に続く文があり、それは、「えん罪事件、誤判事件の責任追及制度を打ち立てる」というものであった。第１次改革要綱にも「制度建設を強化し、監督メカニズムを健全化し、司法の公正と清廉を保障する」という項目がある。つまり、司法の公正を保障する制度は、責任追及制度や監督メカニズムであると考えられている。

先述（6.3.2参照）の誤判責任制および違法裁判責任追及制、ならびに所長引責辞任制は、まさにこれに該当する。しかして、先述のようにこれらの制度は、「上司」への照会、「部下」への監督を強化する方向で作用しているのである。現段階における司法改革の措置は、不正を防止するための監督強化といった様相を呈している。この点、第２次改革要綱は、「裁判官が法に従い独立して裁判する責任制度を樹立し、合議体および単独裁判官の裁判職責を強化する。……段階的に合議体・単独裁判官責任制を実施する」とし、独立して裁判をする主体を裁判官と明示した点で注目される。しかし同時に、ここでもやはり裁判官の責任追及により公正を担保しようとする点で、従来と軌を一にしていることを看過してはならない。

以上のことから、昨今の司法改革の状況からいえば、「裁判＝道具」構造はなお安泰であると考えられる。ただし、司法改革をめぐる議論においては、司法の独立・公正というテーゼに触発されてか、今日に至っては、人事・財政制度の改革をセットにした裁判官の独立を求める主張が展開されるようになっている(30)。こうした動きが「裁判＝道具」構造に大打撃を与え、ひいてはその崩壊をもたらす可能性があることはいうまでもなかろう。また、王懐安（最高裁咨詢委員会名誉主任・元同副所長）は、「司法改革を進めるに当たっては、まず地方ブロックの指導を縦ラインの指導、すなわち垂直指導に改めるべきである。建国初期、国家事務の管理の経験が浅く、人々は党の指導とは、各級地方党委員会が指導しなければならないものと勘違いしてしまった」(31)と指摘し、地

(30) 例えば、王徳志「以法官保障独立為核心推進司法改革」法商研究1999年１期112頁以下、陳衛東・韓紅興「以法官独立為核心推動我国法官制度的現代化」人民司法2002年２期33頁以下、孫霞「誰是法官的上司？院長還是法律？――論法官独立審判的実現」法学評論2002年４期157頁。

(31) 王懐安「法院体制改革初探」人民司法1999年６期（CNKI）30～31頁。なお、著者は、「地方ブロックの指導を縦ラインの指導はともに党の指導であり、あるクラスが１級上に従うことであり、最終的には党中央に従うことになる。これは党の指導を弱めることではなく、党の裁判機関に対する指導を真に強化することである」（同31頁）としており、その議論は「党の指導」の枠組みまでをも突破するものではない。

方各級裁判所を地方ブロックの桎梏から脱却させようとする。もちろん、これらは現段階においては議論にすぎないが、議論の内容自体からは「裁判＝道具」構造を打破する方向性も看取できる。

もうひとつは、本稿で論じてきた裁判のあり方のルーツである。序論の「先行研究の検討」において、裁判が行政的であることは伝統法の連続である、とする小口彦太の主張に対して投げかけた、伝統→西洋近代化→社会主義法の継受という歴史を辿ってきた現代中国において、「なぜ裁判のあり方に関する伝統中国法の遺伝子（裁判＝行政的）が今日においても残存しているのか、同書ではこの点が明らかにされていない」という疑問である。

中国法制史の研究成果が示すように、清代の裁判は、「事実問題についても法律問題についても、相争う当事者の主張に対して下される判定という性格をもたなかった。むしろそれは、紛争なり犯罪なり、およそ人の世の調和の乱れを意味する事件に対して、統治者として適切な処置をとるための手続であった」（傍点は原文）。それは「直接にせよ間接にせよ窮極的にはすべて皇帝から権限を賦与せられ、皇帝によって自由に任免されるところの官僚」によって行われる「王朝が天下を治める行為――天下の管理――すなわち行政の一環でしかなかった」(32)。

また、裁判における法的決定のあり方も、「下級機関はつねに上級機関の、また同一機関内においても下位者は上位者の審査を経ること、言い換えれば下位者は上位者の指示、命令を仰ぐことが予定されており、それは決定の主体が自らの手で独立して決定を下すという裁判における決定の方式とは異質であった」(33)。そして、「法の適用を誤って擬した場合――誤ったか否かは、結局、最終段階においてどう決定されたかによって定まるわけであるが――原審の官とそれに同調した各級上司とは、それぞれの場合に応じて所定の懲戒処分を受けなかったのであり」、これにより、「法の適正な運用が保障される仕組」となっていた(34)。

---

(32) 滋賀・前掲注（13）86、11、80頁。

(33) 小口彦太『現代中国の法と裁判』（成文堂、2003年）65頁。

(34) 滋賀・前掲注（13）77頁。なお、「法の適用を誤って擬した場合」について、「誤ったか否か」の決め方、および「誤って擬した」とされた者の責任を追及

このように、清代における裁判をめぐる理念および構造は、現代中国における「裁判＝道具」構造と極めて類似しているといえよう(35)。そして、こうした構造においては、厳打に似た現象を見出すことができる。それは「杖斃」と呼ばれるものである。

杖斃とは、「官憲が犯罪者を杖で叩き死に至らしめること」(36)である。杖斃は清代中期の実務において、「必要的覆審制を前提とした上で、それを用いることで発生する様々な不都合の対策」(37)として運用されていた。鈴木秀光はケーススタディを通じて、次の５点の杖斃選択の理由を析出した。すなわち、「①必要的覆審制に要する時間を考慮して死刑の執行を早めるため、②必要的覆審制で用いる題本の性質に由来する弊害への考慮、③必要的覆審制では死刑にできない案件をより厳しく死刑にするため、④必要的覆審制を用いた場合に多くの民衆に累が及ぶことを避けるため、⑤必要的覆審制を用いることで不測の事態が発生することを避け主要な者のみを罰するため」(38)である。

このうち、③の例とされた事案は、厳打の発想と酷似している。当該事案は雍正３（1725）年に福建省で起きた集団による強盗未遂事件である。強盗未遂の首犯は杖一百流三千里であるため、正規の手続では死刑にできない。しかし、当該事件は同年廈門（アモイ）で起きた強盗事件の風潮に乗じて事を起こそうとしたのであり、「重きに従い厳しく処罰

する点は、誤判責任制に極めて類似している。ここにも伝統との連続を見出すことができよう（王琳「錯案追究：謹防“銭穆制度陥穽”」人民検察23期47頁も同旨）。

(35) 筆者は6.5で、現代中国における「裁判＝道具」構造について、「あたかも各地方ブロックが一組織となって当地の治安維持を請け負っているかの様相を呈している点で特徴的である」と指摘した。当該部分で引用したように、この「請負」という発想は中国法制史の知見に拠るものであり、この点からいっても伝統法と現代中国法の連続性が確認できよう。

(36) 鈴木秀光「杖斃考――清代中期死刑案件処理の一考察」中国社会文化学会17号（2002年）149頁。

(37) 同上154頁。

(38) 同上。なお、「題本」とは、「皇帝官僚制内部における上奏（文）」を指す（同155頁）。

しなければ〔若不従重厳行究処〕、どうして奸人の肝を恐れさせることができようか」（〔　〕内は原文）として、皇帝に上奏し、杖斃の許可を求めた(39)。

これは厳打のようなキャンペーンではないが、秩序を乱す者には既存の法や手続を破ってでも厳罰を加え、秩序を回復しなければならない、という発想の点では、厳打と酷似しているといえるのではなかろうか(40)。

ところで、現代中国法のルーツを探る上では、伝統法だけではなく、社会主義法の影響、とりわけ最も影響が大きかった旧ソ連法にも目を向けなければならない。このことは裁判のあり方も例外ではなく、裁判をめぐる制度の多くが旧ソ連の影響下にある。例えば、そもそも人大制は旧ソ連のソビエト制をモデルとしており(41)、また「裁判＝道具」構造の潤滑油たる党管幹部制度は、旧ソ連のノメンクラトゥーラを模倣したものであった(42)。さらに旧ソ連においては、「上級裁判所が管轄地域内の下級裁判所の活動を指導する『ゾーン＝システム』という制度が存在していた」(43)という。

そして、実際に「特定の政策目的（たとえば「不労所得」一掃）を実現するために「法秩序維持機関」は協働すべきである、という考えが存在した。法秩序維持機関には、検察庁・内務機関（警察）・国家保安機

(39) 同上152頁。

(40) 寺田浩明は「皇帝は同時に、その臣下に対して、事情が急な場合には、既存の法にも手続にも拘泥せず、本来的な社会正義の要請に応えて臨機応変に振る舞うことを求めたりもしました」と指摘する（前掲注（３）７頁）。杖斃はその一例であろう。また、鈴木秀光が史料に基づきその運用の実態を明らかにした「恭請王命」や「就地正法」も、こうした裁判のあり方の実例といえよう（「恭請王命考――清代死刑裁判における『権宜』と『定例』」法制史研究53号（2003年）１頁以下、「清末就地正法考」東洋文化研究所紀要145号（2004年）47頁以下）。

(41) 蔡定剣『中国人民代表大会制度』（法律出版社、第４版、2003年）19頁。

(42) 陳野苹・韓勁草主編『安子文伝略』（山西人民出版社、1985年）109～110頁、矢吹晋『巨大国家中国のゆくえ――国家・社会・経済』（東方書店、1996年）118～119頁。

(43) 小森田秋夫編『現代ロシア法』（東京大学出版会、2003年）44頁（小森田執筆）。

関・司法省のほか、裁判所も含められていた。こうした考え方のもとでは、警察・検察などの活動を法にもとづいて統制しつつ――とくに政治的性格の強い事件において――自律的な判断を行うことを裁判所に期待するのは困難であった」(44)（カッコ内は原文）。まさに中国の厳打を彷彿とさせる指摘である。実際、旧ソ連においても厳打と同様に、1960年代に党主導で反「経済犯」キャンペーンや反「無頼行為」キャンペーンが行われ、事後法の遡及適用やキャンペーン以前においては違反行為とすらされなかった無頼行為が刑事裁判にかけられるようになったという(45)。当時のモスクワの弁護士は次のように語ったという。「重大なキャンペーンが実施されているときには、いかなる手続法も実質法（ママ）もキャンペーンの行手をはばむことはできない」(46)と。

このように現代中国における厳打という現象は、伝統時代と旧ソ連の両方に見出すことができるのである。したがって、現代中国の裁判のあり方は伝統法におけるそれと変わらないとする小口の見解に、筆者は賛同する。しかし他方において、社会主義法の立場からも、「裁判＝道具」構造における裁判のあり方は導かれ得る。それは現代中国における裁判のあり方が伝統法と社会主義法の「共鳴」ないしは「適合（fit）」の産物であることを意味していよう。そこで次に、なぜ両者の「共鳴」が可

(44) 同上。

(45) 松下輝雄「社会主義体制における『裁判の独立』――ソ連と中国の司法力学――」社会主義法研究会編『社会主義法研究年報 No.8　社会主義と司法』（法律文化社、1987年）32～33頁。このほか、ジョージ・フェイファー（壁勝弘訳）『ソビエトの法律と市民』（弘文堂、1969年）159～160頁も1961年から1962年にかけて行われた経済犯罪に対するキャンペーンにおいて、行為時法（1926年のロシア共和国刑法典と考えられる）によると懲役３年以上８年以下の通貨投機について、事後法（1960年に制定された同法典か）を遡及適用した上で懲役15年に処し、さらにソ連最高会議幹部会の特別布告により死刑に処したケースを紹介する。なお、ソ連最高会議幹部会とは、「最高ソビエトの内部におけるその代表機関として、最高ソビエトの閉会中にその権限を代行する『常設の』最高権力機関であ（る）」（藤田勇『概説ソビエト法』（東京大学出版会、1986年）69頁）。

(46) ジョージ・フェイファー・同上。

能であったのか、両者の「何が」共鳴したのかが問われなければならない。冒頭で述べたように、この点も残された課題となる。

＊寺田浩明教授（京都大学）には、中国法制史における「杖斃」の存在をご教示いただいた。通山昭治教授（九州国際大学）には、Harold M.Tanner, *Strike Hard! Anti-Crime Campaigns and Chinese Criminal Justice 1979-1985*, Cornell Univ East Asia Program (1999)をご提供いただいた。宇田川幸則准教授（名古屋大学）には幾度となく筆者の議論にお付き合いいただき、そのたびに的確なアドバイスをいただいた。佐藤陽子助教（北海道大学）には本稿の校正にご協力いただいた。ここに記して各位に謝意を表したい。

＊＊本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2006年３月24日）に加筆・修正したものである。また、本研究の一部は、平成17年度科学研究費補助金（特別研究員奨励費）による。

判例研究

民事判例研究

和田美江

いわゆる「モデル小説」について、公的立場にない被害者の名誉、プライバシー、名誉感情が侵害され、重大で回復困難な損害があるとして、小説の出版差止めを認めた事例（「石に泳ぐ魚」事件）

最高裁平成14年９月24日第三小法廷判決

（平成13年（オ）第851号、同年（受）第837号損害賠償等請求事件）

（判例時報1802号60頁、判例タイムズ1106号72頁）

〈事実〉

Ｘは東京生まれの韓国籍の女性であり、韓国の大学卒業後平成５年に来日し、大学院に在籍していた。Ｘは幼少時血管奇形に属する静脈性血管腫にり患し、多数回の手術にもかかわらず完治の見込みはなく血管奇形は外貌に現われている。Ｘの父は日本国内大学の国際政治学教授であったが、昭和49年講演先の韓国においてスパイ容疑で逮捕され、同53年まで投獄された。Y_1は平成３年に芥川賞を受賞した著名な劇作家・小説家である。ＸとY_1は平成４年にY_1が訪韓した際に知り合い、交友関係を持つようになり、Y_1が日本に帰国した後も文通などしていた。Y_1は「石に泳ぐ魚」と題する小説（以下「本件小説」という。）を執筆し、Y_2が編集兼発行者で、Y_3が発行する雑誌『新潮』平成６年９月号において公表した。本件小説にはＸをモデルとする「朴里花」なる人物が全編に亘り登場する。「朴里花」は日本生まれの韓国籍女性で、Ｘと同年代に韓国に移住し、Ｘと同じ大学を卒業し日本の同じ大学大学院でＸと同一の学科を専攻している。顔面には完治の見込みのない腫瘍があり、彼女の父もまた日本の大学の国際政治学の教授をしていたが、講演先の韓国でスパイ容疑に

より逮捕された経歴を持つ。他方、「朴里花」は高額の寄付を募る新興宗教に入信したという虚構が述べられている。さらに、「朴里花」の顔面の腫瘍に関し、通常人が嫌う生物や原形を残さない水死体の顔などに例えて描写するなど、異様なもの、悲劇的なもの、気味の悪いものなどと受け取られる苛烈な表現が施されている。

Xは上記雑誌において本件小説が公表されこれを読むまで、Y_1が自分をモデルに小説を執筆していたことを知らず、また、公表後にもY_1に対し公表を承諾したことはなかった。Xは本件小説を読み、「朴里花」が自分をモデルとしていることを知るとともに、Y_1を信頼して話した私的な事柄が多く記述されていること等に激しい憤りを感じ、自分がこれまでの人生で形成してきた人格がすべて否定されたような衝撃を受けた。

Y_3は本件小説の日本語版の販売等を行う権利を有している。

そこでXは、本件小説及びこれに関する文書により名誉が毀損され、プライバシー、及び名誉感情が侵害されたとして、Yらに対し、人格権、不法行為、不公表合意等に基づき、損害賠償、謝罪広告の掲載、本件小説の公表の差止等を求めた。

この裁判に先立つ平成７年11月にXは本件小説の出版差止めを求める仮処分を申請していたが、審尋においてYは単行本にして日本及び韓国で公表しないこと、公表する際は、仮処分手続き中に提出された改訂版による旨を陳述し、これを受けXが仮処分申請を取り下げた経緯があった。提訴後Y_1が『新潮』平成８年12月号に執筆したエッセイ「表現のエチカ」においてXのイニシャルを明示するとともに、「石に泳ぐ魚」のモデルであることを明らかにし、顔面の腫瘍という障害の事実を強調したなどとしてそれに対する損害賠償請求を追加した。

一審（東京地裁平成11年６月22日判例時報1691号91頁）は、Xと面識のある者又はその属性を知る者にとって、本件小説の登場人物とXは容易に同定可能であるとした上、本件小説の記述にはXの名誉、プライバシー、及び名誉感情を侵害する部分があるとして、不法行為の成立を肯定した。そして、Xは本件小説等の公表により多大の精神的苦痛を被ったとして、本件小説について慰謝料100万円、「表現のエチカ」について慰謝料30万円の支払い、また、XとYらの間には本件小説を公表しない旨の合意が成立していたと認定し、同合意に基づく本件小説の出版等の差止めを認めた。一方、本件小説の修正版の出版等の

差止めについては、Xの同定が困難であるとして認めず、また、謝罪広告と回収依頼広告等についても必要なしとして認めなかった。

Yらからのみ控訴されたところ、原審（東京高裁平成13年２月15日判例時報1741号68頁）は名誉権等の侵害による慰謝料については、一審と同様の判断をするとともに、出版等の差止め請求については、XYら間に本件小説を公表しない旨の合意が成立していたとは認められないとしたが、人格権に基づく本件小説の差止めが認められるとした。

出版社Y_2 Y_3側らから上告及び上告受理申し立てが、作者Y_1側から上告がなされた。

出版社らの上告理由は、①名誉、プライバシーを損なわない表現方法などの創作上の配慮の必要性を説く原判決は、司法という公権力が文芸作品の表現それ自体や表現方法そのものに規制を加えるものであり、②プライバシーという未確立の権利をもって表現行為の差止を認めたことは憲法21条１項に違反するとし、上告受理申し立て理由は、本件小説の全体的テーマと表現を見れば、小説としての公共性が認められ、個々の表現内容のみから名誉、プライバシーの侵害を肯定し、出版物の差止を許容したことは判例に違反するというものである。

〈判旨〉上告棄却

「原審の確定した事実関係によれば、公共の利益に係わらないXのプライバシーにわたる事項を表現内容に含む本件小説の公表により公的立場にないXの名誉、プライバシー、名誉感情が侵害されたものであって、本件小説の出版等によりXに重大で回復困難な損害を被らせるおそれがあるというべきである。したがって、人格権としての名誉権等に基づくXの各請求を認容した判断に違法はなく、この判断が憲法21条１項に違反するものではないことは、当裁判所の判例（最高裁昭和41年（あ）第2472号同44年６月25日大法廷判決・刑集23巻７号975頁〔夕刊和歌山時事事件〕、最高裁昭和56年（オ）第609号同61年６月11日大法廷判決・民集40巻４号782号〔北方ジャーナル事件〕）の趣旨に照らして明らかである。」

同日、作者Y_1側に対しても、第三小法廷は本件判決とほぼ同旨の上告棄却判決を下した。

〈評釈〉

一　はじめに

⑴　法と文学の関わり

一般に表現の問題に法規制が直接に関係する局面は、近代においては報道表現において論じられることが多いのだが、従来文学においても若干の判例が積み重ねられてきている。

まず刑法における猥褻表現に関する規制の有無である。有名なＤ・Ｈ・ロレンス著『チャタレー夫人の恋人』（伊藤整訳）の事件[1]や、マルキ・ド・サド著『悪徳の栄え』の翻訳書に関する事件[2]、及び永井荷風作といわれている「四畳半襖の下張り」を雑誌『面白半分』に掲載したかどで野坂昭如らが起訴された事件[3]など、文学の芸術性と刑法のわいせつ罪との規制の調整が問題になった。時代状況が変化し、文書全体の猥褻性が総合的に検討され、下級裁判所において猥褻性が否定されるものが散見されるようになった[4]。規制の主な正当化は社会通念であったが、しかし、社会通念とは可変的なものであり、道徳観念の防衛という域を出ないという問題がある[5]。このような判断には、猥褻性の法規制とは、国家後見主義的介入であり社会秩序維持であるとの批判がある。

---

[1] 最大判昭和32年３月13日刑集11巻３号997頁。「芸術性と猥褻性とは別異の次元に属する概念であり、両立しないものではない」として文学作品の猥褻性を認定した。

[2] 最大判昭和44年10月15日刑集23巻10号1239頁。猥褻性が解消しない限り思想的・芸術的価値があっても猥褻文書と扱われることがありうるとする一方、文書の章句は文書全体の関連で判断されなければならないという、全体的考察の手法を示し、結局猥褻性を認定している。

[3] 最判昭和55年11月28日刑集34巻６号433頁。文書の猥褻性は描写の程度と手法、文書全体に占める比重、文書に表現された思想等と性描写の関連性など、総合的に検討したものを、その時代の健全な社会通念に照らして決定されるべきとして、この文書の猥褻性を認定した。

[4] 日活ロマンポルノ事件（東京高判昭和55年７月18日判時975号20頁）、『愛のコリーダ』事件（東京高判昭和57年６月８日判時1043号３頁）など。

[5] 駒村圭吾『ジャーナリズムの法理―表現の自由の公共的使用』（嵯峨野書院、2001年）281頁参照。

他方、文学表現による個人法益侵害に対する調整機能として、民法における所謂「モデル小説」の不法行為問題がある。作家が小説を書く際、明らかに特定の人物や特定の事件を素材に加工して出来上がった小説が、一般にモデル小説といわれている。それゆえ、モデル小説は、特定の人物なり事件なりの特徴が、読者にとっては小説の中に未消化のまま埋め込まれた印象となり、小説の扱い方によっては素材の対象になった関係者の名誉毀損やプライバシー侵害の存否が問題になる。本件も、作家柳美里の小説「石に泳ぐ魚」によって、Xが名誉毀損、プライバシー及び名誉感情が侵害されたとして争われたものである。モデル小説のリーディングケースは、『宴のあと』事件[6]といわれているが、この事件は初めて司法上プライバシー侵害が問題となった事案で、モデルになる人物の精神的損害と出版の自由との調整が主要な争点となった損害賠償事件である。モデル小説の紛争はそれ以降、数はそう多くはないが、主に名誉毀損とプライバシー侵害が争点となり損害賠償訴訟が起こされてきた。

ところで、アメリカの1960年代の終わりから70年代にかけてニュー・ジャーナリズムというジャンルが台頭し、フィクションとノンフィクションのある種の接近が出来上がっていた[7]。従来から文学ジャンルにはノンフィクション、ジャーナリストの手法には調査報道というものがあったのだが、この文学と報道が別々に構築した分野の両者を融合させてジャーナリストの新たな潮流をもたらしたのである。同様に、現実の持つある種の力を文学作品という表現活動に融合させるのが、わが国の私小説を筆頭とするモデル小説であると考えられる。そこで、ある事実が起爆となって創作意欲が掻き立てられた小説家における表現の自由と、素材対象に選ばれたことによって社会的評価に晒される人格的利益との調整が図られている。

本判決では、名誉、プライバシーだけでなく、従来の最高裁では主観的だとして慎重に回避されてきた名誉感情の保護法益[8]の承認も含めて、これら三つ

---

[6] 東京地判昭和39年９月28日下民集15巻９号2317頁。

[7] 駒村・前掲書注５・69-75頁参照。

[8] 最判昭和45年12月18日「民法七二三条にいう名誉とは、人がその品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的な評価、すなわち社会的名誉を指すものであつて、人が自己自身の人格的価値について有する主観的な評価、すなわち名誉感情は含まないものと解するのが相当である。」

の人格的法益が人格権として明示的に保護された。また、表現の自由と被害者の人格権が等価的に比較考量され、その結果人格権侵害に基づく小説の出版が差止められた。更に、従来のモデル小説紛争では、主に著名な人物や有名な事件を素材にしたものが多かった上に、損害賠償は認められても差止めは認められなかったのだが、本件の場合、モデルが無名の私人の日常の出来事であったこと、及び、この小説の将来に向けての単行本出版等の差止めが認められたことなどが注目される。

⑵ 本判決の問題の所在

本件小説は「私小説」という、日本の小説手法において特有の、作者の身辺雑記を小説に仕立てる伝統的なものであったが、この表現様式と個人の人格的利益との緊張関係の顕在化において、いわゆる「モデル小説」出版の利益より被侵害者の人格的利益が優越して、人格権に基づき将来の単行本出版差止めが認容されたことに、本判決の重要な意義がある。しかし、差止めの判断の根拠が「重大で回復困難な損害のおそれ」という表現にとどまり、人格権の個別の被侵害利益との関係は抽象的で、いわゆる「事例判決」にとどまったと解されるため、最高裁が小説出版の差止めそれ自体をどのような個別の要件で認めるかは今後の判例の積み重ねに残されたといわれている。

本件は、いわゆる「モデル小説」というジャンルでの損害賠償および差止めが問題になったので、モデル小説の訴訟類型を検討し、その判決例・学説の状況を概観してみる。特に、プライバシーの侵害や名誉感情の侵害に関する議論を考察する。すなわち、本稿は以下において、モデル小説という類型の判例・学説の流れを概観し（二）、モデル小説における名誉・プライバシー・名誉感情の侵害とモデル小説の差止めの救済措置について検討し（三）、次にモデル小説の今後の課題を議論し（四）、そして最後に私見のまとめ（五）という流れに沿って本判決を検討しようと思う。

二　モデル小説の判例・学説

⑴ 従来の「モデル小説」の判決

最初に小説のモデル性が問題になった事件は、昭和29年11月雑誌『面白倶楽部』特大号に載った宮本幹也の小説で、当時の政治家佐藤栄作に対する名誉毀

損罪が問われた刑事事件（①「幹事長と女秘書」事件[9]）である。被告人は「佐藤栄作をモデルにしたものではなく、作者のフィクションである」「名誉を毀損する内容のものではなく名誉を毀損しようとする意思はなかった」と主張したが、判決は第一にモデルであるか否かという点につき、第二にフィクションの程度について考察した。そして第一の点は「本件作品には各所にその主人公の後藤大作は実在の人元自由党幹事長佐藤栄作を推知せしむるに足る表現がなされている[10]。」「客観的に実在の人物に近似しているのは決して偶然の一致ではなく、被告人宮本の主観においても同人が佐藤栄作を本件作品のモデルにしたことは疑う余地がない[11]。」とし、第二の点は、「作品がフィクションであり真に小説であるから事実ではないと称し得られるためには、個々の実在のモデルから感じ取られた生のものが作者の頭の中で十分に燃焼し、完全なフィクションに昇華して特定人の具体的行動を推知させない程度に、人間一般に関する小説の純粋性を有するものにまで高められていなければならない。」「本件作品を全体としてみると、モデルである佐藤栄作個人に関する事実を推知せしめない程度に完全なフィクションになっているとは言えず、人間一般に関する小説の純粋性を有する作品にまでなっているとは解せられない。」として、執筆者及び雑誌編集者の両名をそれぞれ５万円の罰金刑に処した。

モデル小説初の民事訴訟は船橋聖一の朝日新聞紙上連載小説「白い魔魚」に対する謝罪広告損害賠償請求事件（②「白い魔魚」事件[12]）である。原告は「小説と実在との相似性、密着性、関連性が切断されていない」「本件小説のモデルにされ…恥ずかしい私生活の場を小説として描写公表されたことにより社会的声価を失墜され、自己の名誉感情を著しく損われ、多大の精神的苦痛を蒙った。」と主張し、作者に謝罪広告と50万円の慰謝料を請求したものだが、「小説

9 東京地裁昭和32年７月13日判時119号１頁。

10 判決は、出版社の編集員が一読して主人公が佐藤栄作だと思ったこと、挿絵画家も原稿を読み聞かされて直ちに主人公が実在の佐藤栄作だと直感したこと、その似顔絵を描いて挿絵にしていることなどを認定している。

11 その理由を、判決は被告人らが読者の興味をそそる点に重点を置いたことが明らかで、これによってより多くの利益を図ろうとした営利目的の私企業の組織による出版事業であり、文化向上や公衆の娯楽や教養に資するような専らの公益目的とは解せられないとしている。

12 岐阜地判昭和34年３月28日判時182号17頁。

と事実との同一性乃至は類似性の存在にも拘らず、これらは未だ以って本件小説が原告をモデルにしたものであることを推認せしめる根拠となすに足らない。」と判示し、「被告が原告を本件小説のモデルにしたことを認めるに足る直接の証拠はなく、またこれを推認せしむるに足る事実を認むべき証拠もない」として、請求は棄却された。

大きな法的論争を巻き起こしたのが、前述の新潮社刊行の三島由紀夫の小説『宴のあと』に対する原告有田八郎が提起した、プライバシー侵害に関する損害賠償と謝罪広告請求事件（③『宴のあと』事件[13]）である。このときの原告の主張は、第一に仮名を挙げても実名と同様の効果がある、被告らは本書の広告文に「モデル小説」の宣伝文句を使用していた。第二に私生活の「覗き見」もしくは「覗き見したかのような」描写の公開によってプライバシーが侵害され、精神的苦痛を受けた。第三にプライバシーのように個人の尊厳に基盤を置く権利は、言論・表現の自由に原則的に優先し、特殊な違法性阻却事由のあるときに限って「国民の知る権利」が優先するに過ぎない、というものである。これに対し被告らはプライバシー侵害には現実の「事実」の公開が必要である。また、本作品は文学的昇華度の高い文学作品であり、全体としてモデルに対し作家としての節度を保っており、社会的に許容される合理的な限界を逸脱していない。そして、個人法益のプライバシーの権利よりも、民主主義の基盤である社会一般の利益を図る言論・表現の自由が優先されると主張した。

判決は以下の点から原告の主張を認めた。第一に、本件小説は暴露小説、実録小説とは異なるが、原告のモデル性を一般の読者に察知させるに十分な、世人の記憶に生々しい事件を小説の筋立てに全面的に使用し、原告の実名を挙げた場合と差異がない。第二に、モデル小説は文芸的価値の面だけでなく、モデル的興味によって読者の関心をそそる傾向にある。そのような状況では、読者の既知の事実以外は全て作者のフィクションであると受け取られるほどには「今日のモデル小説に対する関心、興味は純化されていない」。第三に「プライバシー権は私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」として理解されるが、私生活の公開とは、公開された内容が(i)私生活上の事実でありまたは私生活上の事実らしく受け取られる恐れのあること、(ii)一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立った場合公開を欲しないであろうとみとめ

13 前掲注６参照。

られること、(iii)一般の人に未だ知られていないことで充分である。第四に芸術的価値、言論・自由の保障の優越性、公的存在、被告の承諾はいずれも違法性阻却の理由とならない。第五に私生活の公開の場合は、損害賠償請求は認められるが謝罪広告は「原状に回復させるということは不可能なことであり」請求が認められないとして、原告有田八郎のプライバシー侵害に関し、作者三島に80万円の損害賠償を命じた。

その後、プライバシー権侵害に基づく事前差止めを求めた先例的判決例が、元日本社会党衆議院議員であって、社会主義運動家、婦人解放運動家である神近市子が提訴した、吉田喜重監督の映画「エロス＋虐殺」の製作会社、興行会社４社に対するプライバシー侵害および名誉毀損を理由とした同映画の上映禁止の仮処分申請事件（④映画「エロス＋虐殺」事件[14]）である。本件映画は、「日蔭茶屋」事件として知られる実際に発生した人情事件を素材に、無政府主義者大杉栄をめぐる三人の女性の愛憎や葛藤を描いたものである。第一審は「検閲を禁じた憲法二十一条二項の精神を考慮して権利侵害の違法性が高度な場合にのみ、差止請求を認めるべきものと解する」とし、事件は公知であり、債権者自身も著述しており、また著名人であることから、それほどの高度の違法性がないということで申請が却下された。控訴審は「被害者が放置されることによって被る不利益の態様・程度と、加害者がその活動の自由を制約されることによって受ける不利益のそれとを比較衡量して決すべきである」とし、映画内容が、被害者の過去における恋愛的葛藤および傷害事件を中心的素材とするものであつても、既に公知であり、低劣不当な意図の製作ではないと認められ、「比較衡量の結果、さしせまった、しかも回復不可能な重大な損害が生じているとは認められない」として抗告が棄却された。

更に平成になって、無名の私人がモデルになった小説を訴える事件が登場した。それは、芥川賞作家高橋治が執筆した小説『名もなき道を』において、大学卒業後20回にわたり司法試験を受験しながら変死した実在の人物がモデルにされたが、その主人公の妹夫婦が、名誉毀損・プライバシー侵害を理由に小説家及び出版社に対して本件小説の出版中止、全国紙及び地方紙への謝罪広告の掲載及び慰謝料各500万円の賠償を請求した事件（⑤『名もなき道を』事件[15]）

---

[14] 東京地決昭和45年３月14日判時586号41頁、東京高決昭和45年４月13日高民集23巻２号72頁。

[15] 東京地判平成７年５月19日判時1550号49頁。

である。それに対し、東京地裁判決は以下のように判示した。「本件小説は、実在の人物を素材とし、登場人物が誰を素材として書かれたか一応特定し得るような小説である[16]が、実在人物の行動や性格が作者の内面における芸術的創造過程においてデフォルム（変容）され、それが芸術的に表現された結果、一般読者をして作中人物が実在人物とは全く異なる人格であると認識させるに至っており」「一般読者をして小説全体が作者の芸術的想像力の生み出した創作であって虚構（フィクション）であると受け取らせるに至っている」という理由で、モデル人物と主人公の同一性を否定した。更に、「ごく限られた範囲内の読者であってもモデルを詮索するような読み方をするような読者がいることを前提にしても、また、モデルとされた主人公の色覚異常、変死の事実は一般に知られたくない事柄でプライバシーに属する事実であるが、その場合でも、事実が本件小説の主題及び構成上不可欠であると認められ、表現の方法・内容においても秘事のあからさまな暴露とならないよう慎重な配慮がなされており」、本件は虚構作品と認定され、請求は棄却された。

最後の事例は、作家清水一行の執筆した小説『捜査一課長』である。精神遅滞児施設で発生した園児の死亡事件であるいわゆる「甲山（かぶとやま）事件」をモデルとした小説に対し、「甲山事件」において被疑者とされた原告（裁判の結果最終的に無罪になった）が、被疑者の生い立ちを公表したプライバシー権侵害、及び、犯人と断定するような記述で名誉を侵害されたと主張して、作家及び出版者に対して謝罪広告および損害賠償（慰謝料2000万円及び弁護士費用200万円）を請求した事件（⑥『捜査一課長』事件[17]）である。本件は第一審から上告審全て「素材事実と虚構事実とが渾然一体となって区別できないモデル小説」は、私生活上の事実の公表や事実の摘示による社会的評価の低下が不法行為を成立させる可能性があることを認めている。小説またはモデル小説という表現方法、または形式を選択したからには、モデル本人の承諾を得ていないなら、他の表現手段を採りうる余地がある以上、人格権侵害を認めても作家の表現の自由に対する不当な制限となるものではないとしている[18]。また、本件小説の執筆・

---

16 司法試験を20回失敗した男性がモデルであることを出版社が謳って売り出された小説である。

17 大阪地判平成７年12月19日判時1583号98頁、大阪高判平成９年10月８日判時1631号80頁、最判平成11年２月４日判例集未登載。

18 大阪地判平成７年12月19日判時1583号110頁。

出版の目的が多分に営利目的であり、本件小説各版の出版部数その他一切の事情を考慮して、80万円の慰謝料が命じられた。謝罪広告はその効果は極めて小さいとして否定された。

(2) 従来の学説の流れ

モデル小説による名誉毀損・プライバシー侵害が生じる可能性は一般的に多くの学説から支持されている。その際問題が先鋭化されるのは、小説はフィクションであるのに、どのように実在人物の人格的侵害を成立させるのかという点である。フィクションは事実ではないのだから、プライバシー侵害など起こるはずがないという理解が成り立つ。特に文学を成立させているのは、作者自身の問題意識や感性の表現であり、その作品世界に誘われた読者に対して感動を呼びさますものであるとするなら、作者の加工意図による表現を通じて、事実は歪められ小説に仕立てられているともいえる。しかし、文学的想像力は作者の全くの想像力ではない。どれほどに想像力が豊かな人でも、全てを最初から作り出すことはない[19]。つまり何らかの材料があり、何らかのモデルを素材にしているといえる。更に、前述で触れたように、報道と文学のそれぞれの訴えかける力の手法が融合され、フィクションとノンフィクションの境界が曖昧になりつつあり、表現技巧の巧拙と相俟って、芸術性高いものから低俗な娯楽性を追求するものまで、ひとくくりに小説といっても、多様のジャンルや形態の可能性が存在している。そこでいわゆる「モデル小説」をどの範囲に定義するべきかが論点の出発となる。「実在の特定人物つまりモデルを実名または仮名で登場させ、その者の行動・性格などを虚実ないまぜながら」小説、映画などの形で一つの物語に仕立てたものと捉えるのが奥平康弘教授である[20]。しかし、小説は「多かれ少なかれ実在の人物や出来事を素材にしている」のだが、素材とされた人物や出来事を想起させないほどに手が加えられるべきであるの

---

[19] 例えば、幾代通「モデル小説とプライバシー問題」法律時報33巻5号（1961年）39頁において「厳密に言えば、なんらかの意味と程度においてモデルをもたない小説などはないといってよいであろう。」と指摘している。

[20] 奥平康弘『ジャーナリズムと法』（新世社、1997年）223頁参照。しかし、このように広くとると、モデルの秘密暴露に重点を置いた「暴露小説」や、ノン・フィクション仕立てを強調した「実録小説」などの再分類が必要になるとも述べている。

に、「誰でも素材とされた人物や出来事を理解できる場合や、それが実在の人物や出来事を素材としていることが意図的にうたわれているような場合」をいわゆる「モデル小説」だと定義するのが松井茂記教授である[21]。これに対し、実在の人物や実話の題材に関し、世間一般人が当該人物や事件を容易に了解する有名人、有名事件が題材になるばかりでなく「狭い範囲の人々が題材を了知する場合も、モデル小説といえる」として人物や出来事の公知非公知の別を問わず、何がしかのモデル性を広く肯定するのが棟居快行教授である[22]。

そこで「モデル小説」の虚構と事実の混在が名誉毀損・プライバシー侵害を引き起こしたとしても、作品の芸術的価値によって権利侵害の成否に影響を及ぼすであろうことをいち早く肯定したのが伊藤正己教授である[23]。芸術的表現の自由といえども法的審査に付すのは当然であるが、その違法性は侵害された現在的利益との比較衡量によるものとし、違法性阻却の可能性を公的存在の理論や被害者の同意の他に、「芸術的昇華が充分であるときには、権利侵害の態様を弱め、さらにすすんでは侵害を成立しなくなる」と指摘し、文学的に評価しうる作品であること自体が一定の違法性阻却事由になると考えている。小堀憲助教授も純然たる私小説の創作活動は保護されてしかるべきで、私的利潤の追求のために宣伝をした出版者の行為にのみ違法性を認める[24]。このような捉え方とは少し違うが、芸術作品が過去、政治上、思想上の作品と比べて低く扱われることの不当性を指摘し、やはり芸術的価値が高い場合に違法性阻却を肯定したいと考えるのは奥平教授である[25]。同様な指摘は松井教授にもある。個

---

21 松井茂記「モデル小説と名誉毀損・プライヴァシー侵害」法律時報69巻6号（1997年）106頁参照。

22 棟居快行「出版・表現の自由とプライバシー」ジュリスト1166号（1999年）12頁参照。

23 伊藤正己「『宴のあと』判決の問題点」ジュリスト309号（1964年）49頁参照。

24 小堀憲助「プライバシー権の侵害―『宴のあと』判決をめぐって―」法律のひろば17巻12号（1964年）32頁参照。

25 奥平康弘「『宴のあと』事件判決について」判例時報389号（判例評論75号）（1964年）41頁参照、しかし「私人は侵害を受忍しなければならない場合とはどのような場合か、よくわからない。」と続けている。同・前掲書注20・229頁参照。やはりここでも、芸術作品の過去の不当な評価に対する不服が主張されている。それゆえ「作品全体としての評価」によってプライバシー侵害の違法性を減少する手立てを示唆する。

人法益を保護することにより小説に及ぶ萎縮効果の大きさを憂うるからである[26]。小説の特質を考慮する意義を示唆している。更に田島泰彦教授からは、小説の自由をより広範に求める主張もある[27]。小説という創作性・虚構性の特質に鑑みて、表現の自由を最大限確保する必要性を説き、権利侵害の成否の判断基準において、小説表現にふさわしい免責法理の配慮を求めている。同様な意見は大石泰彦教授にも見出される[28]。彼は、モデル小説が芸術性・虚構性によって権利侵害が昇華されるという一般論は、違法性阻却の限定効果となりモデル保護に厚くなっているが、他方モデル小説という一ジャンルの存在意義を否定し窒息させるものであると主張する。モデルが特定可能であろうとも一般読者が芸術的虚構であると認識できれば違法性は否定されてよい、個人法益侵害の違法性を緩和しなければ、同時代の息吹を伝えようとするノン・フィクション作品などは、文芸の利益が大きく殺がれると危惧する。

これに対し、道田信一郎教授はサマセット・モームの著書を引用して、作者にはモデル人物（his originals）を保護するためできる限りの手段を用いなければならない倫理基準の執着と忠誠を求め[29]、戒能通孝教授も、特にプライバシーという個人法益侵害に関しては作品の文学的評価を抗弁とすることに対し懐疑的である[30]。三島宗彦教授も同様に作者の倫理的基準の必要性を説いている[31]。そして、現代にその流れを受け継ぐのが棟居教授である。「作品による実話のデフォルメ（変容）は、評価の相対的な『芸術性』にたよって実現され

---

[26] 松井・前掲注21・107頁参照。

[27] 田島泰彦「『意思に泳ぐ魚』東京地裁判決を考える―プライバシー・名誉・差止めの判断をめぐって」法学セミナー540号（1999年）66頁参照。「私見では、小説という創造的・芸術的営みは、できるだけ多くの自由が保障されるべきであって、少なくとも、原則として事実報道の場面より制限を受けるというものであってはならないと考える。」とする。同旨は、同「『石に泳ぐ魚』事件―憲法の視点から」田島泰彦・山野目章夫・右崎正博編著『表現の自由とプライバシー―憲法・民法・訴訟実務の総合的研究』（日本評論社、2006年）232頁にも述べられている。

[28] 大石泰彦『メディアと法と倫理』（嵯峨野書院、2004年）130頁参照。

[29] 道田信一郎「サマセット・モームの執筆倫理基準など」法律時報33巻５号（1961年）34頁参照。

[30] 戒能通孝「プライバシーとその範囲」法律時報33巻５号（1961年）15頁参照。

[31] 三島宗彦『人格権の保護』（有斐閣、1965年）324頁参照。

るべきではなく、時代・場所・名称など、客観的な記述の変更によって実現されるべきなのである[32]。」と主張し、裁判官による芸術性の評価を加味させることを全面的に否定している。

すなわち、小説がフィクションとして自立することを前提として、鑑賞に価する作品に手厚く保護を認めるのが前者の立場であり、作品の鑑賞価値とは無関係に、小説構想と現実の訴えかける力が作者の中で融合する際、現実との切断を創作活動に盛り込むことが作者倫理としての規範であると強く求めるのが後者の立場ということになろう。私小説手法は言うに及ばず、小説と報道の境界すら曖昧化された作品群が登場してきている現代においては、読者にとっても、モデルのある小説が作者の創作意図によって加工された虚構であるという自立性が自明のものではなくなりつつあり、芸術性の是認と人格権侵害の不法行為は別次元であると考える立場が大勢のようである[33]。

侵害行為が表現行為である場合、憲法で保障される表現の自由の理論を考慮することは現在では自明視されている。他方、被侵害利益（名誉・プライバシー）

---

[32] 棟居・前掲注22・18頁参照。

[33] 長尾英彦「芸術の自由とプライバシー」中京法学35巻3=4号（2001年）35頁注記（35）参照。「筆者も、文学作品・芸術作品の価値が低いと考えているわけでは決してない。そもそも、両者は性質の違うものであるから、価値の高低など比較のしようがないのではないか。そして、モデル小説について一定の制限があるとすれば、それはモデル小説の価値が低いからではなく、他者の人格権を侵害する（虞がある）からだと言うほかないのではなかろうか。」と記す。中村英樹「モデル小説とプライバシー――『石に泳ぐ魚』出版差止め判決（平成11.6.22東京地判）〈公法判例研究〉」法政研究67巻３号（2001年）187頁は、「裁判所がある小説作品の芸術性に対して何らかの価値評価を下すことは、決して妥当であるとは思われない。」と述べる。上村貞美「モデル小説によるプライバシー侵害と名誉毀損―柳美里『意思に泳ぐ魚』控訴審判決をめぐって」ジュリスト1207号（2001年）118頁で、「人の名誉が毀損されプライバシーが侵害されることを容認してまでも、芸術上の表現自由を尊重すべきだとする見解に与することはできない。」と主張し、大江健三郎の「その発表によって苦痛をこうむる人間の異議申し立てが、あくまで尊重されねばなりません。それなしでは、言論の自由、出版の自由の人間的基礎がゆらぐことになりかねません。」（大江健三郎「陳述書と二つの付記」世界665号（1999年）217頁）という警告に強く共感すると説く。

も憲法の基本権とされていて、憲法の私人間効力のほかに、国家の基本権保護義務論[34]の適用などによって憲法的基本権の調整原理が縷々主張されてきた。しかし、憲法で保障する表現の自由の多くの議論は、プレスやジャーナリズム等の表現の自由を中核においており、むしろ小説作家による文学・芸術の表現の自由は周辺の扱いである。表現の自由の保障は、近代の民主主義の発展と共に形成されてきた議論だからである[35]。そのため、猥褻表現や差別的表現などは、プレスやジャーナリズムの自由との関係が離れるほど、憲法の表現の自由の周縁部になりがちであった[36]。したがって、文学の表現も芸術性を強調すればするほど、実は、憲法における表現の自由の議論と絡み合わせにくいのである。

しかし今一度、憲法における表現の自由を保障する根拠は何であるかを考察する必要がある。小説表現について「表現の自由」との関連で深めた考察をされている駒村教授の整理によると、エマソンの原理論[37]を出発とする米英理論の影響の下、概ね、次の三つの根拠の複合として表現の自由の保障が支えられているという[38]。第一に個人の自己実現[39]（self-realization, self-fulfillment）、

---

34 山本敬三「現代におけるリベラリズムと私的自治―私法関係における憲法原理の衝突―（一）」法学論叢133巻（1993年）４号19頁、５号17頁参照。被害者と加害者の基本権のいずれも完全に犠牲にされてはならないという原則から、司法判断は①過少保護の禁止②過剰介入の禁止に基づく衡量法則があり、さらに①適切性②必要性の各原則に拘束されるとしている。

35 アメリカの「表現の自由の原理論」の詳細は奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』（東京大学出版会、1988年）第１章参照。

36 奥平康弘『表現の自由を求めて―アメリカにおける権利獲得の軌跡―』（岩波書店、1999年）234頁以下、喜田村洋一『報道被害者と報道の自由』（白水社、1999年）28頁以下によると、アメリカ憲法の修正１条が制定された1791年から20世紀半ばまで、名誉毀損は、猥褻表現と同じく、修正憲法の保護の及ばないものと考えられていた。この前提が崩れ去ったのが、1964年のニューヨーク・タイムズ対サリバン判決（*New York Times Co. v. Sullivan,* 376 U.S. 254,（1964））によってであったという。

37 Thomas I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment,* 72 YALE L. J. 877（1963）. によると、表現の自由が憲法保障上優越的な地位を占めるべき根拠は①個人の自己充足（individual self-fulfillment）②真理発見（社会過程）③国政アクセス（政治過程）④共同体の安定化の４つである。

38 駒村・前掲書注５・５頁参照。

39 Martin H. Redish, *The Value of Free Speech,* 130 U. PA. L. REV. 616（1982）.

第二は思想の自由市場[40]（free marketplace of ideas）、第三は自己統治[41]（self-government）だという。しかし、第一の根拠と、第二第三の根拠は、密接にかかわりながら次元を異にしているらしい。前者は個人の自律を尊重するものであり、自律に自由の核心を基礎付けて「表現の自由」を内在的価値から支えるものであるが、後者は、多様な情報の流通という社会的利益に根ざすものであり、「表現の自由」の手段的価値にすぎない。したがって、自由な情報の流通を前提としたコミュニケーション促進の高度な公開性を要請し、情報収集を肯定する知る権利は後者の次元の保障である。

また、わが国の憲法学は二重の基準論（double standard）も支持してきた[42]。この基本構想は精神的自由権（表現の自由）を経済的自由権に対比して優越的であるというものである。その理由は、経済的自由が政治過程で奪われても、表現の自由があれば政治批判によって原状に復する途があるが、表現の自由が奪われると政治過程に訴える途そのものが閉ざされるからというものである。すなわち、表現の機能的脆弱性に配慮し、民主的政治過程を維持するためとされている。しかし、この正当化では、政治過程から孤立した少数派の権利・利益の脆弱性に対する配慮は抜け落ちる。したがって、表現の自由という精神的活動を厚く保護するためには、政府規制によって政治的少数派が萎縮効果（chilling effect）に晒されやすいという面に更に配慮が求められる[43]。すなわち、一般的に政治的言論（political speech）に、特権的な保障が付与される[44]。以上のような正当化根拠の理由によって、従来の表現の自由の保障の議論は政

---

[40] the dissenting opinion of Associate Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. (joined by Associate Justice Louis Brandeis) in the U.S. Supreme Court case *Abrams v. U.S.* 616 (1919).

[41] Alexander Meiklejohn, Political Freedom : The Constitutional Powers of the People (N.Y. : Harper & Brothers, 1960) 75.

[42] 芦部信喜『憲法学Ⅲ　人権各論①』（有斐閣、1998年）248～261頁、長谷部恭男『テレビの憲法理論―多メディア・多チャンネル時代の放送法制―』（弘文堂、1992年）９～32頁など参照。

[43] 浦部法穂『憲法学教室Ⅰ』（日本評論社、1988年）181頁、小林節『憲法〔改訂版〕』（南窓社、1991年）36頁など参照。

[44] 松井茂記『日本国憲法』（有斐閣、1999年）114～115頁で、松井茂記教授は、民主的政治プロセスの権利保護に特権的価値を置く。

治的言論をめぐる民主主義的討議の観点が中核となって発展してきた。

駒村教授は第一の個人の自己実現の根拠を敷衍し、更に二つの側面に分けてそれぞれを①「生き方の自律的選択」②「それを実行に移す手段選択」と言い替えた。そこで、①を個人の自由の内在的価値であり、社会的利益をも覆しうる権利（「切り札としての権利（right as trumps）[45]」）として、個人的利益の保護の重要な基礎を与える。すなわち、「切り札としての権利」論は個人の自律の根源的側面を強調する。そして、②を表現類型の手段的選択の側面と捉え、芸術的表現が政治的言論とは、表現類型において等価であることを主張するものであるが、他方で、表現類型は他者との共存が問題になる限りで社会的利益に抵触する可能性を主張する[46]。すなわち、政治的言論以外にも個人的受益のための表現の自由の憲法的保障を広げながら、従来の政治的言論の特権的地位は、「多様な情報の流通」という社会的利益が、表現の自由の制約根拠へ対抗的作用として働く「公益調整のための公益」機能であったことを強調する。つまり、「多様な情報の流通」という社会的利益は、個人の自律と相補的循環関係にあり個人の自律と並ぶ根拠保障であるとして、表現の自由の保障・制約根拠を、表現類型の公益が個人の自律を実現する手段的価値であるか否かに置いている。ゆえに、公益に応じて、政治的言論に資する事実報道のような「民主制の公的討議」という制度保障的な根拠の次元と、創造的表現に資する小説のような「個人の自律的決定」という認知的価値追求的な根拠の次元に大別でき[47]、社会的利益との抵触問題が生じた場合それぞれの根拠の次元に応じた調整が必要となる。従って同じ小説のジャンルであっても最初からモデルの実名を挙げたり、仮名を用いてモデルの特定性を明示したりするニュー・ジャーナリズム

---

[45] Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously（Harvard University Press, 1978）木下毅・小林公・野坂泰司共訳『権利論』（木鐸社、1986年）参照。道徳的な個人の自律（personal autonomy）を根源的な絶対的権利として尊重する発想である。勿論、単なる個人の恣意的な無限定な自由ではなく、言語という公共的ルールに制約された「社会的なもの」の表明が前提になっている。

[46] 駒村・前掲書注５・24頁参照。

[47] 石村善治「モデル小説」『現代損害賠償法講座（２）』（日本評論社、1972年）201頁でも、表現活動そのものが持つ社会的機能に対する慎重な配慮が必要であり、「民主主義的意見形成機能」と「芸術創造の機能」の言論保障理念に対応させることの必要性に言及する。

手法の類型は、本稿でいうモデル小説類型とは作者の創作意図の違いが明確であり、表現類型が区別される。

したがって、小説が人間の内面的自律の選択に関わる芸術であるという表現保障の根拠（自己実現）問題と、それを実行に移す際の手段選択である表現類型による他者共存との利害調整（不法行為）問題とのレベルを切り離す必要がある[48]。小説の場合はモデルの特定性あるいは被害者とモデル人物との同一性が明確になって始めて、名誉毀損・プライバシー侵害の問題が生じる。山田教授は、文学表現の不法行為の成否を、モデルと実在の人物がいかに近く（本人もしくはそれらしく）表現されていたかという、現実の距離を測る〈同定可能性の判断〉に重点を置くことにより、「モデル小説の事例において、芸術の高低により違法性を争う必要はなくなる[49]」と主張する。

「芸術創造の機能」という表現行為の特性から考察するに、モデルを求めた小説でも「小説家が何らかの主題（芸術的メッセージ）を伝える目的のために登場人物やそのエピソードを単なる手段として用いているに過ぎない[50]」と捉えうるため、報道表現とは違い実在人物の特定性を自由に曖昧化できるはずである。しかし、作者の意図に反して、読者によって実在の人物が特定可能[51]であれば、作品内容や人物の取り扱い方、表現方法によって、名誉毀損やプライバシー侵害の成立する余地が出てくる。その際の利害調整としては、名誉やプライバシー侵害は小説表現形式の特性に配慮されるべき[52]なのか、それとも報道表現と同様の手法で個々の文章ごとに検討されるのか、その点も未整理であった。すなわち、細部の事実と虚構が区別できない場合は、小説の虚構性を配慮し、虚実の渾然一体性自体を芸術表現と見做し、侵害の成否は、作者のデ

---

48 山田卓生＝上机美穂「モデル小説におけるプライバシーと名誉」日本法学71巻4号（2006年）95頁参照。「つまり、芸術として是認されるのは、文学的に優れた表現というよりも、いかに事実とかけはなれた表現になっているか、というところで判断されている。」と指摘する。

49 山田・前掲注48・95頁参照。

50 棟居快行「小説のモデルとプライバシー」法学教室181号（1995年）117頁。

51 同定問題は、石村・前掲注47・211頁以下、奥平康弘・本判決「判批」コピライト2003年2月号32-33頁などでも指摘されてきた。

52 三島・前掲書注31・322頁、棟居・前掲注50・117頁参照。特にプライバシー侵害の成否の結果に差が出る可能性を孕む。

フォルメ（変容）を読者が虚構と受け取るか事実と誤認するかに大きく関係するということが判例・学説の共通認識であった[53]。しかし、事実が摘示された場合、または読者が明確に事実と誤認する場合は、基本的に報道表現の違法性評価とは区別されていない。小説がモデル人物の社会的評価を低下したと認めるには、小説の表現に事実の摘示または事実と誤認される描写が要件となり、報道表現と同様、公共性、公益性、真実または真実相当性があれば免責される[54]。他方、プライバシー侵害は、通常人の欲しない私事の公開などと定式化され、やはりモデルとされた人物が公的人物であれば公共性や公益性に関する事項はプライバシー縮減に影響すると考えられている。私事の開示も、事実の開示もしくは事実と誤認させる描写が要件である。なお、名誉感情の侵害[55]は、名誉の三つの概念のひとつ[56]とされ、自己自身の人格的価値について有する主観的な評価であって、かつては法的保護に値しないとされたが[57]、近年は、法的保護に価する利益として肯定する説[58]が多いものの、主観的感情の領域の問題であるので、無条件な法的保護の対象にはされない。また、広範囲な法的救済を認める説よりは「その侵害が一般市民の普通の感覚からして…社会通念上許される限度を越えた侮辱行為については、法的保護を認め[59]」不法行為として慰

---

53 杉浦正典「モデル小説と名誉毀損・プライバシー侵害の成否―小説『意思に泳ぐ魚』事件」法律のひろば（1999年）12号60-61頁参照。

54 田島・前掲注27・66頁では、部分的な事実が組み込まれている場合、事実報道に適用される免責の法理の適用の余地があるとする。松井茂記「自伝的小説の公表とプライヴァシー侵害・名誉毀損・侮辱」法律時報72巻4号（2000年）107頁も同趣旨と解する。

55 竹田稔『〔増補改訂版〕プライバシーと民事責任』（判例時報社、1998年）335頁は、「人が自己自身の人格的価値について有する主観的な評価であって、主観的ないわば感情の領域にある」と説明する。

56 竹田・前掲書注55・335頁参照。「その一は社会の評価や自己の評価とは離れて、客観的にその人が持つ人格的価値（内部的名誉）であり、その二は、社会が人の人格的価値について与える評価（社会的名誉）であり、その三は、自己自身で与える自己の人格的価値に対する評価（名誉感情）である」という。

57 三島・前掲書注31・253頁参照。

58 宗宮信次『名誉権論』（有斐閣、1961年）228頁、五十嵐清『人格権論』（一粒社、1989年）14頁など参照。

59 竹田・前掲書注55・340頁。

謝料請求を認めるのが通説である。

要するに、モデルの特定性を前提としたモデル小説の違法性評価は、報道表現と同様に具体的な個別の名誉毀損・プライバシー侵害を判断する。小説という表現形式がデフォルメを通じて事実誤認を惹起する特性があり、違法性判断の際、名誉毀損やプライバシー侵害の認定可能性が一般の事実報道よりも不当に広範になることを危惧する指摘がある[60]一方、作家は表現者の責任において、モデルの側の名誉権・プライバシー権と対置するしかない[61]との指摘もある。

また、モデル小説の名誉毀損・プライバシー侵害の救済に関しては、一般に損害賠償、慰謝料、差止め、謝罪広告などが考えられる。損害賠償と慰謝料の請求は一般的だが、学説において、謝罪広告は民法723条の条文から名誉毀損に対応できるが、プライバシー侵害は名誉毀損のように明文化されていない上に、被侵害利益の性質から対応しにくいとされるのが通説である[62]。モデル小説は実質的にプライバシー侵害が中心であるので現実的な謝罪広告による救済はないものと見做される。他方、差止めによる救済は学説でも早くからその可能性が論じられてきた[63]。まずは、排他性を有する物権類似の絶対権的性質を根拠に、人格権に基づく妨害排除請求権ないし妨害予防請求権としての差止めが認められたのだが、次第に不法行為の効果としても認められた。その推移の背景には名誉やプライバシーの保護を重要な法益とする要請が高まった社会状況がある。特に表現の差止めが許される要件として、従来三つの学説が存在する。

⑴ 等価比較衡量（通説）。両者を等価なものとして比較衡量を行う。

㋐ 事案に即し、具体的事情を考慮要素とする個別的衡量説[64]。

---

60 伊藤・前掲注23・51頁、松井・前掲注54・106頁など参照。

61 棟居快行「小説『石に泳ぐ魚』をめぐる最高裁判決」法律のひろば2004年５月号75頁に指摘されている。

62 幾代通「謝罪広告」『現代損害賠償法講座（２）名誉・プライバシー』（日本評論社、1972年）249頁、竹田・前掲書注55・223頁参照。

63 宗宮信次『増補版　名誉権論』（有斐閣、1961年）479、482頁、末川博『民法上の諸問題』（弘文堂書房、1966年）351、352頁、加藤一郎『法律学全集　22-Ⅱ不法行為〔増補版〕』（有斐閣、1974年）213頁以下、五十嵐清＝藤岡康宏「人格権侵害と差止め請求――『エロス＋虐殺』事件を契機として」判例評論139号（1970年）２頁以下など参照。

64 被害者側は、私生活上の事実や個人的情報の種類・内容、当該私人の社会

(イ) 具体的事情では判断の安定性、および予測可能性が確保されないので、二つの権利の間で利益衡量を明確に準則化する類型的利益衡量説[65]。

(2) 高度の違法性説（表現の自由重視[66]）。民主主義社会の存立基盤である表現の自由の優越性を肯定する。(i)表現行為が社会の正当な関心事でない、(ii)表現行為が現実的悪意であるという二要件で判断する。

(3) 現実の悪意説[67]。表現者が現実の悪意を持って侵害行為に及んだことを被害者（公務員あるいは公的人物に限る）の側に立証させる。

モデル小説の差止めという救済措置の可能性は③『宴のあと』事件判決の傍論[68]ですでに言及され、④映画「エロス＋虐殺」事件抗告審決定[69]でも認められてはいたが、憲法21条の表現の自由に配慮し、事前抑制に当たる差止めに関しては慎重な考慮と厳格な要件を要請する判決例の謙抑的姿勢に、学説は概ね好意的である。権力による安易な表現行為規制は、表現行為一般に重大な萎縮

的地位・影響力、その公表によって実際に受けた不利益の態様・程度、などを考慮し、加害者側は、当該作品の目的、作品中での被侵害者に関する叙述の態様、当該叙述が作品全体の趣旨に照らし、真に必要やむを得ないものであったか、当該叙述以外の表現あるいは同定可能性を排除する表現が可能であったか、などが検討される。

65 最大判昭和61年６月11日民集40巻４号872頁「北方ジャーナル」事件で採用された。

66 比較衡量を前提としつつ、名誉毀損のような免責法理の確立していないプライバシー侵害の違法性判断基準をできる限り明確にしようとする説（いわゆる類型的比較衡量説）であり、竹田・前掲書注55・232頁参照。

67 政府と公務員の自由な討論と批判を保障するためアメリカで形成された判例法理。

68 「いわゆるプライバシー権は私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利として理解されるから、その侵害に対しては侵害行為の差し止めや精神的苦痛に因る損害賠償請求権が認められるべきものであり、民法709条はこのような侵害行為もなお不法行為として評価されるべきことを規定しているものと解釈するのが正当である。」と述べる。

69 「現行法は人格的利益の侵害に対する救済として、損害賠償ないし原状回復を認めることを原則とするけれども、人格的利益を侵害された被害者は、また、加害者に対して、現に行われている侵害行為の排除を求め、或は将来生ずべき侵害の予防を求める請求権をも有するというべきである」と述べている。

効果をもたらすと考えられているからである。例えば、④事件などは差止め訴訟ではなく慰謝料請求なら認められた可能性があった事例だと指摘される[70]。通説は、差止めは当該表現の自由の規制を意味するとし、憲法21条２項の検閲の絶対的禁止の趣旨に鑑みて、言論の自由という正当な利益の行使態様の評価と被侵害利益の詳細で慎重な利益衡量が必須だとし、司法判断といえども厳格な要件による極めて謙抑的行使を支持している。ただし、『生贄』事件（東京地決昭和42年９月12日判例集未搭載）は、差止め認否の基準も提示することなく書籍（モデル小説）の差止めを認容したという[71]。

しかし、従来の権利侵害や不法行為、利益衡量などを根拠にするのとは別に、最近の差止め可能性においては、秩序違反からの検討が台頭している[72]。違法な侵害や繰り返しの危険に対しての差止めには、独自の要件を考慮する可能性[73]が主張され始めたのだが、表現の自由の事前差止めに対する慎重論が大勢を占め、北方ジャーナル事件[74]が公共の利害に関する報道の自由の事前差止めのリーディングケースとされ、不法行為における名誉毀損に基づく差止めの要請が、表現の自由における例外的制約として位置づけられてきた。芸術表現の差止めも不法行為による救済可能性が認められているものの、人格権侵害を具体的な制約として表現の差止めを論じる学説はほとんどなかった。最近、プライバシーを民法709条の不法行為構成とは異なる根拠として差止め請求を可能に

---

70 五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、2003年）200頁。

71 大石泰彦・本判決「判批」（平成14年度重要判例解説）ジュリスト1246号（2003年）14頁に記されているが、この判決に関しては他に情報が入手できなく、残念である。

72 藤岡康宏『損害賠償法の構造』（成文堂、2002年）31頁における「市民社会の基本的な秩序類型から実質的意義の民法の体系化を図る構想においても窺うことができる」、吉田克己「現代不法行為法学の課題―被侵害利益の公共化をめぐって」法の科学35号（2005年）147頁において「被侵害利益の公共化の中で、不法行為制度は、損害填補機能だけでなく、秩序違反行為抑止機能を期待されている。」などの指摘を参照。

73 五十嵐＝藤岡・前掲注63・６頁。

74 最大判昭和61・６・11前掲。一般論として①公共の利益に関する事項であり、②表現内容が真実ではなく、専ら公益を図る目的のものではないことが明白であり、③被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるとき、人格権に基づき差止めが認められるとした。

する説[75]が説かれるが、モデル小説の不法行為との関連は不明である。小説の自由な流通という社会法益に専ら関心が奪われている現在は、差止め可能性の根拠が小説自体の芸術性と被侵害利益との衡量判断に重点が置かれている。

ただし、近年は、インターネット等の目覚しい発達に伴う情報環境の変化もあり、表現の放置は、「侵害の繰り返し」を拡大させるおそれがあり、継続侵害を阻止するために差止めが有効である点を捉え、一旦流通に乗せられてから、人格権侵害に気づいた出版物や書き込みに対して差止めが請求された場合は、文字通りの表現の自由に対する事前抑制機能とは区別して考えるほうがよいという指摘[76]がある。一般に現代はメディアの発達により、表現の自由は表現手段の代替性・多様性という点で選択の幅が広がっているのに対し、人格権侵害の救済措置が検閲の絶対禁止という伝統的理論のまま差止めに謙抑的では救済の効果に欠けるとの懸念は指摘されている[77]。

以上のような状況のうちに、本判決が下された。

三　考察

⑴　モデル小説における名誉・プライバシー・名誉感情の侵害

本判決の論点を、二点取り上げようと思う。一つはモデル小説の違法性判断

---

[75] 山野目章夫「私法とプライバシー」田島泰彦・山野目章夫・右崎正博編・前掲注27・29頁参照。

[76] 藤岡・前掲書注72・176頁参照。また、紙谷雅子「小説による名誉毀損とプライヴァシィ侵害」法時73巻４号（2001年）82頁では「公開を望まない私事の公表という違法な状況は既に発生しており、差止めは無意味なので、出版公表の禁止は有効な救済方法ではあり得ない。もっとも、最初の公表とそれ以降の公表の規模や方法、範囲などを考慮して、被害の拡大を抑えることを主眼とする制限という説明も可能である。」と述べる。

[77] インターネットの匿名性は、無名の私人同士の悪意の書き込みの可能性を高め、差止め請求の相手をプロバイダーに求める訴訟が増えている。反面、対抗言論の対等性が保障されるサイト上では、安易な削除の解決よりも、意見表明に対しては意見表明で応酬することが健全だとする論もある。安永正昭「インターネット上での名誉・プライバシー侵害からの法的保護の現状」民商法雑誌133巻4=5号（2006年）8-9頁を参照すると、対抗言論の適用の場はかなり限定されるとコメントしている。

の観点である。一審、原審は個々の被侵害利益に応じて個別的に分析し、それぞれの侵害が競合すると確定したが、本判決は本件小説の事実関係に基づき、名誉・プライバシー・名誉感情の侵害が認定されることを肯定するのみ[78]で個別の説明はしていない。この判決の認定態度に、本件小説において表現の自由の価値や重要性が当該モデルとなった人物の人格的利益とどのように比較衡量されたのかが不透明であるとの指摘は多い。例えば、名誉毀損の場合、相当性理論による免責法理はどのように位置づけられたのか[79]、あるいは、権利として未成熟なプライバシーの侵害においても、どのような両者の比較衡量の末に侵害が認められたのか[80]、また、名誉感情の侵害とは具体的に何を指しているのか[81]、「侮蔑」に置き換えてもよいのかなど、最高裁ではいわゆるモデル小説の違法性が初めて言及されたケースにも拘わらず、確かに、これらの点は不明瞭である。違法性を曖昧にしたまま[82]、主要な関心が差止め効果の当否に移ってしまうため、多くの混乱を招来しているように思われる。そこで、可能な範囲で、本判決の違法性の意義を改めてまとめてみたいと思う。

二つ目に採り上げたい点は、やはり、小説の差止めについてである。本件は、被侵害利益のいわば総合した要件で差止め請求を認容したに過ぎなく「事例判

---

78 大石・前掲注71・13頁では、表現の自由や人格権の根幹に関し、法学界にとどまらない広範な社会的議論が生まれていた事件だけに、最高裁の法律論展開を期待されたが、判決理由は「いやに素っ気ないものであった」と批判している。奥平・前掲注51・32頁も「主題が持つ重さという点からみて、正直なところ素気がない」と述べる。

79 田島泰彦「小説表現の自由とモデルの人権」法律時報75巻３号（2003年）109頁参照。本判決が引証する二つの判例は共に事実報道の名誉毀損であるが、本件は小説におけるプライバシー侵害が重要な要素であるから、事案の先例的価値の妥当性が説明不足であると主張する。

80 田島・前掲注79・109頁参照。

81 滝澤孝臣・本判決「判批」NBL814号（2005年）91頁に「名誉感情の侵害が名誉、プライバシーの侵害から独立して問題となった事案は少なく」、その救済のあり方の個別な検討は今後の判例・学説の展開を待たなければならないとの指摘がある。

82 田島・前掲注79・110頁参照。被害者の事情に比べ表現者の利益が希薄であり、差止め是認要素の私人や公共性の判断にも、小説表現の自由に十分な配慮が欠落している、と述べる。

例」にとどまるという指摘[83]がすでにあるように、人格権に基づく差止め請求の認容も、抽象的な説明しかなされていない。小説の出版等の差止めは、名誉・プライバシー・名誉感情の総合的判断[84]が可能な場合に限って請求が認容されるのか、あるいはいずれかの侵害が問題になった場合でも個々に差止め請求が可能なのか[85]、可能としたら、どのような要件においてなのか、指針が曖昧である。これは、本件小説の違法性認定が曖昧なままに放置されたことに起因していると感じる。

本件事案の被侵害利益に対するモデル小説の違法性と差止めとの関係を少しでも明確化できれば幸いである。

㈠ モデル小説の小説としての限界と違法性

モデル小説の特殊性を考える際に、最高裁判決中に引用された前掲最判61年判決「北方ジャーナル」事件との異同をどう捉えるかが鍵概念になる。件の事件は出版の差止めを認められたという点で本件と救済効果が類似している。しかし、それぞれ表現類型は違う。61年判決事例は報道表現に関わり、「北方ジャーナル」の差止めは知事選直前の措置であった。読者にとっては、民主的選挙の公正性と将来の公共の利益確保のために真実の情報が欠かせない。報道表現に依存している市民の知る権利は、自らの公共の利害に欠かせない利益である。しかし、「北方ジャーナル」事件は、公共に関わる事実報道の正当な表現類型とは認められず、名誉毀損の違法性が阻却されなかった。

他方、芸術を追求する小説に求められる表現の自由は何であろう。本件原告の代理人の一人である木村晋介弁護士は、公共の関心事とは全く違った娯楽や文化的充実感を求めている[86]という。そして、報道と小説の表現の性格が違う

---

83 滝澤・前掲注81・89頁。

84 奥平・前掲注51・34-35頁は、この三者は相互関係が深く、通説の明確な区分には疑問を呈している。

85 大塚直・本判決「判批」法学教室270号（2003年）別冊判例セレクト15頁では「本判決は、名誉とともにプライバシーや名誉感情が侵害された場合に差止めが認められうることを示したにすぎず、プライバシー等の侵害のみで差止めが認められるとしたわけではない。」と指摘する。

86 木村晋介「『石に泳ぐ魚』事件判決の評価をめぐって」法律時報72巻７号（2000年）45頁の立場。大塚・前掲注85・15頁も報道と文学を「公共利益性」の有無

ために自ずとその制約には違いがあることを指摘している。しかし、小説は単なる娯楽には収まらず、ある種の公共性は具わっているのだから、あえて表現の自由の制約を小説と報道で区別することには反対だという見解[87]もある。さらに、そもそも両者の小説における表現の自由が依拠する理解が異なるのであって、前者は個人の多様性を認める人格的自律の中心になる「非公共空間」で理解し、後者は民主主義の支配原理である「公共空間」で理解するからだと指摘し、これまでの通説は表現の自由を後者の狭い範囲に収斂させがちだったと批判し、前者と後者の二元的表現空間構成[88]を奨励する説がある。

さて、確かに小説からは、直接に民主主義の実現や公共的利益の情報を求めているのではなさそうだ。むしろ、もう一つの代替的現実という、虚構の世界での自由な存在の可能性を楽しもうとしているといえるだろう。三田誠広氏は「多くの人々が小説を読み、楽しみ、また読むことを契機として社会について深く考え…楽しむと同時に自分を深めるために小説を読みたいという気持ち[89]」があるという。小説は作者が描きたい本質を何に託すかは全くの自由であり、事実を書かねばならないという報道やルポに不可避の制約が全くない上に、「全く新たな小説世界を自由に創造することが、小説表現者には許されている[90]。」そして、「より多くの読者に伝えるためには、その“伝えたい本質”を普遍化する必要がある。…普遍化するためには、…全く別の類比物・類比事象に託すのがもっとも有効であり、…事実に縛られる必要は全くない[91]。」フィクションの世界は、読者個々人にとっても、非現実に開かれた自由な楽しみである[92]。しかし、モデル小説のように、「安易に実在の人物の存在感に依拠した小説手法[93]」

で区別する点で同趣旨であろう。

87 松井茂記「『石に泳ぐ魚』事件判決をめぐって―木村弁護士の批判に応える」法律時報72巻10号（2000年）75頁。

88 棟居・前掲注61・78～79頁。

89 座談会「柳美里『石に泳ぐ魚』最高裁判決をめぐって―判決が投げかけているもの」法学セミナー577号（2003年）38頁の三田誠広発言参照。

90 佃克彦『プライバシー権・肖像権の法律実務』（弘文堂、2006年）118頁参照。

91 佃・前掲注90・118-119頁参照。

92 座談会・前掲注89・38頁の三田発言に「一般の読者の読む権利」の想定がなされなければならないというくだりがある。同時に「文化的な生活をする権利」「芸術を愛する権利」らしきものと説明し、文学の存在の独自性を強調する。

93 棟居快行・本判決「判批」別冊ジュリスト179号（2005年）（メディア判例

は、実在人物とモデル同定が確実となり、虚構と現実の分離はなく連続である。小説は、多様な解釈や想像力の豊かさを膨らませ自己変革に繋がる精神的領域だが、合理性と相互批評で自律的市民が育成される公共領域に地続きでつながることにより、小説は作者が現実を分析した思想書に変化するだろう[94]。もっとも、作家が現実の何かに触発され、現実の出来事にモチーフを求めることはあるであろう。しかし、その現実をそのまま踏襲しただけでは、圧倒的現実世界をただ描写し評価を加えるに過ぎず、「読者と並んでそれを『読んでいる』にすぎない[95]」不出来なノンフィクションの一種と批判されても仕方があるまい。

一方で、本件小説はフィクションというよりも「私小説」である、という反論があるかもしれない。私小説は「自分をありのままに見つめることが大切で、…いささかも虚偽を交えずに自分をそのまま告白していくことが大事[96]」な独自の文学ジャンルであると言われている。私小説の構造は現実との切断が不可能であるのに本件は私小説の特性に配慮した基準が司法判断に希薄であると[97]。それに対し、私小説独自の世界というようなコンセンサスの存在が、時代や社会の変化によって既に揺らぎ出しているし、私小説がフィクションと事実の両方の権利を持つ自由は、報道の自由との対比からもバランスが悪く、私小説の伝統的な既得権は私小説特権論になるので控えるべきであるとも反論されている[98]。

ところで、本判決は本件「私小説」の違法性を認定するに当たり、まず㈠仮名人物によるモデルの同定性を認め、次に㈡小説の公表による名誉毀損とプライバシー侵害、名誉感情の侵害のあることを認め、さらに㈢違法性阻却事由を否認した。つまり本件のモデル小説の違法性を考える上で、㈠で加害行為を特

百選74事件）151頁。

94 大石・前掲注71・14頁では、「モデル小説」の存在意義を「すでに評価の定まっている人物や事実に関して、世間的・通俗的な見方とは異なる個性的な解釈を提示し、作者の思想や感性を鮮明に浮かび上がらせる」ものと提示しているが、小説の存在意義が現実の価値的側面に拘束されすぎているようで、疑問である。

95 棟居・前掲注93・151頁。

96 座談会・前掲注89・41頁の三田発言。

97 座談会・前掲注89・41頁の三田発言。

98 座談会・前掲注89・41-43頁の木村晋介発言。

定し、(イ)で被侵害利益を特定し、(ウ)で阻却事由を検討という三段階で判断している。憶測だが、最高裁は、恐らくモデルの同定それ自体を違法性認定の第一の要件としたと思われる。同定は実名を名指したのと同じ効果がある。形式的に仮名に置き換えたとしても、同定が容易であれば、実質的には実名で書いたのと大差ない。そしてそれは公然と他人の話題を流布したことと同じである。第二の要件として、小説の表現形式が私小説であったとしても、小説において表現内容に他人の名誉毀損・プライバシー侵害・名誉感情侵害に関する事項を含めば、その公表が違法になることを最高裁が初めて正面から肯定した。そして、他人のことを窺わせる表現内容が公共の利益に関係があり、その人物が公的立場である場合には、違法性阻却事由を検討する余地のあることが示唆された。報道と同様、小説も公表においては、他人の名誉・プライバシー・名誉感情に充分な配慮しなければならないということだろう。違法性阻却事由の可能性も含めて、小説における公表の制約が付されたことになる。しかし、小説は報道表現と異なり正確な事実に拘束されることはなく、むしろ事実よりもテーマの普遍性に拘束されて作者の世界観をストーリーに乗せて自由に展開させたものの公表である。今後は、小説のモデル人物の同定可能性を回避し、プライバシーや名誉にかかる事実を表現内容に含めないような創作のインセンティヴが働くだろう。

さて、以上のように本判決を受け止めると、①「幹事長と女秘書」事件、③『宴のあと』事件、④映画「エロス＋虐殺」事件、⑥『捜査一課長』事件などは、全て同時代の著名な人物や事件がモデルであって、誰にとっても客観的に同定が容易だと認定されたものである。しかし、②「白い魔魚」事件や⑤『名もなき道を』事件などの無名の私人がモデルである場合は、客観的な同定が容易か否かの判断基準において、一般読者を想定する理由も曖昧で、基準とする読者が定まらないまま、必ずしも同定の成否が判然としなかった。②事件の判決では、主張された証拠からの客観的に容易な同定が否定され、かつ作者の主観的な同定の意図も否定されたが、⑤事件は、地域の知人においては、客観的に同定が容易であることが認定されたが、一般の読者においては、同定の可能性を否定された。本判決は読者の範囲に関して一般読者の基準を取らず、当該小説のモデルを知る人物にとって客観的に同定が容易であると認定し、作者の創意工夫は作者およびモデル人物の周辺の不特定多数の人々の感受性にまで配慮すべきことを要請したといえる。

次に、本件小説の公表による不法行為における権利侵害だが、主に名誉・プライバシー・名誉感情などの人格的価値を侵害したとして、プライバシーや名誉感情を明確に権利と位置づけることを回避している姿勢が見受けられるが、権利侵害要件が違法性に置き替えられている現在の判例法理[99]ではこの説明で充分なのだろう。むしろ本判決の特徴は、人格的価値に名誉とプライバシーのほか名誉感情を新たに打ち立てている点に注目される。一般に名誉感情は客観的権利（名誉やプライバシーなどの権利）に付随するものと捉えられがちであるが、本判決は名誉感情を独立に打ち立てることによって、違法性の根拠を求める上で、被害者感情が極度に損なわれる精神的苦痛[100]に相応な配慮をするべきことを強調したように思える。

⑥『捜査一課長』事件は、摘示事実が名誉を毀損しプライバシーを侵害する場合は、モデル小説は事実の客観的論評を意図するものではなく、モデルとされた個人の犠牲の上に作者・出版社が利得を得るのであるから「モデル小説」は原則違法であり、骨格的要素である事実が公共の利益に関する事柄であり、真実であること、または真実であると信じるにつき相当の理由があることを立証する場合に違法性が阻却されるとした[101]。しかし、報道表現と小説表現が

---

99 最大判大正14年11月28日民集４巻670頁（大学湯事件判決）参照。

100 竹田・前掲書注55・340頁で「感情を無条件に法的保護の対象になると解することはできない。しかし、人は誰でも名誉感情をもっており、それが他人の行為によって侵害され他の人格的価値が侵害されたのと同様な精神的苦通を受けることも否定できない。これをすべて法的保護の埒外に置くことは、法的秩序の安定に欠けることになり、国民の法に対する期待に添わない結果となる。そこで、名誉感情については、その侵害が一般市民の普通の感覚からして社会生活上是認できる限度を越えていると判断される場合に限って、法的救済を認めるのが相当である。」と、積極的な法的保護を認める領域の設定を肯定する。

101 松井・前掲注21・107頁は、金儲けからモデル小説の原則違法という判断に異を唱える。モデル小説の表現手段には独自の存在意義があると主張する。また、フィクションであるモデル小説における違法性阻却事由に、報道表現における「相当性」理論を援用する点についても、小説に対する過度の萎縮効果になることを指摘し、不適切であると批判する。また、山田・前掲注48・95頁は、「小説を『売らんかな』という意図を持った形で書くことや、批判的（critical）に書くことのみでは名誉毀損、名誉感情、プライバシー侵害にはならないと思われる」と説く。人格的価値侵害の違法性を評価する分析視角には、あくまで

表現の自由の価値の正当化根拠において異なる根拠に立脚しているものと考えるなら、その違法性や違法性阻却に関して、報道表現と小説表現の違いを十分に自覚した上でさらに検討しておくことが必要であろう。⑥事件は、社会的な注目度や話題性に絡めて、読者の購買意欲を高める宣伝手法や出版時期を選択したため、被害者の人格的価値（名誉やプライバシー）に関して重大な侵害を行ったとして作者と出版社の不法行為責任が認定されたが、本件小説も、柳美里が芥川賞を受賞した直後の話題性の高い時期に、作家の処女作として単行本化が企画されていたのであり、小説自体も「自伝的小説」と宣伝し、作家の社会的な注目度や話題性をより高める作品として発表機会を狙っていた状況がうかがわれるので、確かに作者や出版社の利得がモデルの犠牲を踏み台にすると言えなくもない。表現の公表は表現の自由の中核をなす自由であるが、同人誌に公表するレベルとメジャーな大手出版社で公表するのとでは、公表の部数規模が雲泥に違う場合がある。他方、公表によって侵害される個人の犠牲も個人の人格的価値の中核をなすものである。問題は、これら二つの価値の衝突と調整が予測不能であると、表現の過度な萎縮効果が現われ、反って表現の自由それ自体が掘り崩される危険に陥り、個人の自律を支える表現機能の不全に陥らないとも限らない。報道被害が報道の自由の保障の範囲で救済法理が模索されているのと同様に、モデル小説被害も小説表現の自由が保障される範囲で違法な侵害が救済かつ予防されるような法理を確立するのが望ましい。

では、モデル小説による人格権侵害は具体的にどのような場合を救済し、どのような場合を違法性阻却事由として理解すべきであろう。読者は小説をあらかじめ虚構の世界と了解しつつ読むのが一般である。小説の楽しみは、現実世界と切断された表現空間に自らを投入し、異次元世界を楽しむものである。ところが、実在人物と作中人物との同定により、読者には虚構世界と現実世界との次元が錯綜し、両次元を行きつ戻りつして作者の誘導による虚実の混同をきたす。モデル小説は、作者の表現によって虚実の融合が図られるので、読書を通じてモデルになった人物に対する現実の印象を小説方向に修正する契機が生じる。その修正がモデル人物の不本意であり、社会的にも是認できる限界を超えていれば、小説を公表した不法行為責任は問われなければなるまい。

も、社会的是認の限度に照らして線引きを設ける必要性を説く趣旨であろう。名誉感情侵害における違法性認定を肯定する場合の竹田稔氏に接近する。

すなわち、モデルを知る人物において、モデル人物の従来の社会的評価が下方向に修正されたり、不同意でプライバシー情報が提供されたり、社会的に是認されない苛烈な人物描写を読まされるモデル小説を公表した場合は、そのような表現内容を含んだモデル小説は違法であるとしたのが本判決であろう。報道表現は事実に近づかなければならない宿命があり、実在人物の権利（名誉やプライバシー）と抵触する可能性が大きいが、小説の場合は、現実世界に近づかずとも、無限の広大な領域で表現する可能性が広がっているとされるので、作家がわざわざ特定人物の現実世界に入り込んできて、人格権と交錯する領域に自発的積極的に入ってきた場合は、一定の制約もやむを得まい[102]。私小説の伝統的手法だとして、飽くまでも現実への積極的接近、事実の告白スタイルを貫く限りは、その公表に対し、慎重な配慮が義務付けられる内在的制約が認められることは妥当であろう。

(イ) モデル小説の違法性阻却事由の検討

ここで、モデル小説の人格的利益侵害の場合、事実報道のように、表現の多様な流通を促し、国民の知る権利に基づく民主主義の要請を根拠にした免責が働くかどうかを検討する。本件原告代理人の木村弁護士は「同じ表現の自由に属するものであっても、小説による表現の自由と事実報道による表現の自由では、名誉毀損の成立について、書く側と書かれる側の利害調整の要素が根本に異なるものとの考えを基点としている[103]。」と述べる。端的に民主制の公的討議を活性化し維持する目的の報道表現は、正確な事実に基づいた表現の流通を保障する公共的存在である。事実が必然である報道表現は、事実を書く上での違法性阻却事由がなければ報道表現の自由や利益が享受されえない。他方、小説は価値の多元的可能性を拓き個人の自律を促し、私的自由を陶冶させる。したがって、そもそも虚構の世界である小説は本来的に想像であって、そこに名誉毀損の免責法理を適用すること自体が無理であるという[104]。しかし、モデル小説においては、現実の実在人物の社会的事実に抵触する記述が存在する。事実の拘束がないのに、わざわざ現実の領域に近づいて事実を書くのは作家の

102 佃・前掲書注90・119頁参照。
103 木村・前掲注86・45頁参照。
104 松井・前掲注87・75頁参照。

意図であり、サンクションとしてモデル小説には免責法理が不適用である[105]とすると、事実らしく書いた「モデル小説」は名誉毀損が常に拡大する危険がある。作家の責任リスクが高まれば、自ずと「モデル小説」の萎縮効果も高まる。モデル小説の一定の存在意義を評価する立場からは、小説類型によっては、一定度事実の書き込みが必然であれば、モデル人物の名誉に抵触する表現内容に関して名誉毀損の免責法理を模索し、作者の負担を軽減するべきであると主張されている。しかし、本稿で扱っているモデル小説は、虚構を前提にした文学作品に限定しているので、「事実の書き込みが必然」になることはない。

しかし、私小説は現実との接点が不可欠である面を否めない。私小説は作家の感受性の物語と言っても差し支えのないほどに独特の文学スタイルによって、日常の現実を凝視し真実を探求する一人称物語である。私小説の表現内容に知人の名誉を毀損する事実の摘示を含めることは、作家の感受性によって、他人の名誉毀損を小説に周到に配置することであろう。たとえ小説のテーマにおいて名誉毀損の事実の摘示が不可欠であると作家が主張しようとも、作家個人の満足にしかならない（公共性・公益性の欠落）。知人の名誉毀損をテーマに小説を表現する正当化の根拠は乏しい。そして、そのような私小説を創作する意義やテーマが読者を惹きつける芸術表現であろうか。

同様に、プライバシー侵害の免責も考察する必要がある。報道表現におけるプライバシーの場合、報道の正当性と私事における秘匿の要請とが緊張関係に立たされてきた。アメリカでは、公的存在（public figure）の法理があって、自己の業績、名声、生活方法等により公的存在になった者、または公衆がその行為や性格に興味を持つであろう職業を選択することにより公的存在になった者は、プライバシーの権利の一部を失うとする法理である。もう一つは公衆の関心事（public interest）の法理であって、表現行為が正当な公衆の関心事（legitimate public concern）であるときは、プライバシー侵害にならないとされている[106]。そこで、違法性阻却要件として㈠表現行為が社会の正当な関心事で

[105] 木村晋介「再び『石に泳ぐ魚』事件について」法律時報72巻13号（2000年）271頁参照。免責要件が問題になる余地はありうるが、しかし、それは作家の側がそれらの免責要件を具体的に主張した場合に限られるとし、本件のように、作家が小説の虚構性という笠を着る場合は、免責法理の機能する余地はないという趣旨を述べる。

[106] 竹田・前掲書注55・197-198頁参照。

あること(イ)その表現内容が不当なものでないこと、の二つが理解されている[107]。この要件をそれぞれ敷衍すると、まず(ア)は公共の利害に関する事項だということになろう。報道というプレスの自由は社会全般の利益増進に奉仕するという理念に支えられている。しかし、対象者の社会的地位や活動状況など、対象となる事柄の内容によって正当な関心事（公共の利害に関する事項）の範囲に広狭がある[108]ことは軽視できず、現実の違法性阻却の線引きは容易ではない。(イ)に関しては、市民の好奇心に訴え興味本位であり品位を欠く表現であれば違法性が阻却されない[109]ことになるが、この点も裁判官の良識による無意識な当てはめで、許される表現と許されない表現を区分けされる[110]としたら、そのような線引きの正当性も微妙である。

さて、それではモデル小説によってプライバシーが侵害された場合、公益目的や公共の利害が違法性を阻却する観点となるであろうか。モデルが公的人物の場合は、周知の私的事実の範囲がそもそも無名の私人よりも狭いので、その分プライバシーは予め縮減されていると考えられるが、モデルが無名の私人である場合と公的人物である場合でプライバシー公表の免責に差がつくであろうか。モデルを同定させてわざわざ現実に近づいた作家の意図は、やはりサンクションに値するであろう。報道表現のプライバシー公表の目的に公益目的や公共の利害目的があれば違法性が阻却されるであろうが、しかし私人のプライバシー侵害は、報道表現においても違法阻却事由に乏しい。翻って、小説の場合は作品のテーマに必要であるから書かねばならないのであろう。本件のような私小説において無名の私人のプライバシーの提示はなおのこと作品のテーマに必要であること以外の目的はないであろう。作者に表現の工夫の余地が残されている以上、テーマの必要性は違法性阻却事由とはなりえない。

また、プライバシー侵害の違法性の重要度は専ら被侵害利益の情報保護の利益考量にかかっている。公私の別によるプライバシー侵害の成否と、程度の判断は別考量であるとも考えられるだろう[111]。いわゆるセンシティヴ情報（個

107 竹田・前掲書注55・199頁参照。
108 竹田・前掲書注55・201頁参照。
109 竹田・前掲書注55・204頁参照。
110 喜田村・前掲書注36・70頁参照。
111 紙谷・前掲注76・78頁以下参照。

人の自律に深く関わる領域の事柄や、差別の温床に根付く事柄など）の公表に関わる場合、違法性はより強まる。他方、公的人物がすでに他の機会で一定度公表済みのプライバシーは情報保護が薄くなる余地はある。具体的利益考量はケース・バイ・ケースである。しかし、モデル小説のプライバシー侵害は、モデルを知る読者の読書体験を通じて生じる。読者がモデルのセンシティヴ情報を事実らしく受け止める限り、作者のプライバシー侵害責任は免れがたい。したがってモデルの同定を可能にしている「モデル小説」は作家側の表現の創意工夫により名誉毀損・プライバシー侵害の回避が容易である反面、敢えて秘匿事項をとりたてて表現する必然性や正当化に乏しく、基本的に免責を考慮する事由がないのではないか。

本判決で「公共の利益に係わらないXのプライバシーにわたる事項」「公的立場にないX」とわざわざ説明があるのは、公的人物や公的関心事によっては違法性阻却事由の可能性が示唆されただけで、必ずしも、報道表現と同様な違法性阻却事由があると断定しているわけではない。本件のXは大学院生であり無名の私人であって、プライバシーの予めの縮減を考慮する必要は無いという趣旨であるのか、それとも公私の区別によって人格的利益の違法性の程度が違うと解釈する趣旨であるのか、定かではないが、本判決は純然たる私人のモデル小説化の違法性阻却が否定されている。積極的に公的活動に取り組んでいるわけではない私人であるXは、本人の同意なく不本意な表現を公表されるいわれもなく、また、その表現内容に社会的な是認を超えた苛烈な表現が施されていた。事実よりも普遍性がテーマの純文学である限り、同定を容易にさせた作家の責任は問われよう。モデルをわざわざ容易に同定させる必然はないし、表現内容に含まれた名誉・プライバシー侵害に違法性を阻却させる正当な公益もない。たとえ、作者が「『困難に満ちた〈生〉をいかに生き抜くか』という本件小説の主題を小説という形式で表現する上で必要不可欠」な事項だと主張するにしても、モデルを同定させた責任は作家が引き受けなければならない。

⑵ 違法な表現の差止め

一般に出版の差止めは、表現の自由の重大な制約と受け止める向きが主流である。その底流には、公共空間の公共言論の保障という民主主義的要請がある。そして、本判決中に引用された最大判昭和44年６月25日「夕刊和歌山時事」事件は、刑法230条ノ２第１項にいう名誉毀損の事実証明に関して真実相当性で

よいとされた事案として有名であるが、実はこの第一審二審で被告と原告の利益衡量が行われて比較衡量という手法が定着した事案でもある[112]。前掲最判44年判決では「刑法230条ノ２の規定は人格権としての名誉の保護と、憲法21条による正当な言論との調和をはかったもの（傍点筆者）」と述べられた。この事件は、個人の名誉を毀損したとしても、目的が公益のための正当な言論であったということで新聞記事の違法性が阻却されたという事案であったが、他人を害しても保護される表現にはより高次の価値（正当性）がなければならないということであった。その法意を尊重すると、本件の事案においても、侵害された人格権とモデル小説の表現との調和を図らなければならず、モデル小説の違法性を阻却するには、人格権としての名誉権等の保護に勝る、より高次なモデル小説という表現価値が必要である[113]。また、もう一つの引用判例である前掲最判61年判決「北方ジャーナル」事件は、差止められた表現自体が、事実報道において公共の関心事でもなく公益目的もない表現である上に、被侵害者にとっての人格的自律に関わる重大で著しく回復困難な損害の虞があった場合である。相互批判と対話を重んじる民主制的討議空間では、正当な言論の確保が基盤であると考えられる。この場合、たとえ、他人を害する言論でも、より高次の正当性によって違法性が阻却される場合があるが、正当性なくして他人を害するだけの言論は、憲法の保障外であるという表現の自由の内在的制約によって、差止めがもたらされたものと考えられる[114]。

一方本件は、直接に民主主義的な意見形成を主眼に置いたジャーナリズム領域ではなく、現実世界と切断された虚構の世界に自由を求め、人格的自律形成

---

112 村上孝止「プライバシーの保護と表現の自由」『新・実務体系　名誉・プライバシー保護関係訴訟法』（青林書院、2001年）216頁で指摘されている。

113 五十嵐・前掲書注70・272頁によると、ヨーロッパ大陸法の下では、人格権侵害に対する救済手段としてまず第一に差止め請求が考えられているという。同276頁で、わが国は人格権に基づく差止めの要件が議論中だが、人格権侵害が表現行為である場合は、憲法の表現の自由の要請により、さらに何らかの調整が必要だと指摘している。

114 尾吹善人「言論の自由と営利目的」法律時報33巻５号（1961年）16頁は「ものを知る人が『言論の自由』の絶対性を叫ぶよりも、その合理的な限界について考え、どのような言論の規制であれば憲法的妥当性と共に実効性を有するかを積極的に提示する必要性がある」と述べる。

を主眼とする文学表現領域である。それゆえに小説という創造的・芸術的営みはより一層多くの自由が保障されるべきである[115]との主張が傾聴に値するにしても、他人の人格権を侵害しながら差止めが認容されない小説は、やはり、小説の表現の正当性が個人の人格権侵害を少なくとも凌駕するときに限ると考えられる。しかし、人格的自律や人格の多様性を育む領域の小説の表現それ自体が、他者の人格権を侵害し、かつその侵害が拡大再生産され、被害者にとって事後回復が重大で困難な損害を与える場合は、実は自律や多様性の表現領域における重大な自己矛盾である。他者蹂躙の小説は多様性や人格的自律の尊重というより高次の正当性を掘り崩す危険があり、正当性なくして他人を害するだけの表現として、「北方ジャーナル」事件の法意により、差止めを認容できる。引証判例によっても、本判決の差止めは憲法21条に違反していないといえよう。

一般に出版物に対する差止め請求権は、契約に基づく債権的請求権、不正競争防止（不正競争防止法３条、特許法100条、実用新案法27条）や著作権（著作権法112条）などの知的財産権に基づいて認められるほか、人格権侵害についても認められる[116]。

「北方ジャーナル」事件は、名誉毀損による人格権によって出版差止めが認められたが、その後下級審ではプライバシー侵害による出版差止めも多数認められた[117]。しかし、出版差止めは、作者の作品公表の自由、出版の自由を制約するだけでなく、一般に表現行為の萎縮効果をもたらすといわれる。そしてこの萎縮効果は、規制の基準が不明確であればあるほど大きくなり、違反した表現行為に対する制裁が強くなればなるほど大きくなると指摘されるが、対象を明確にした差止めであれば、行動規制の範囲は明確に限定され、萎縮効果の影響は小さいと考えられる[118]。裁判の結果が予測不能であれば、莫大な損害賠償認容も萎縮効果があるといわれている。したがって、表現の自由を規制す

---

115 田島・前掲注79・110頁、同「『石に泳ぐ魚』東京地裁判決を考える」法学セミナー540号（1999年）66頁など参照。

116 町村泰貴「差止めの手続きと損害賠償」前掲書注27『表現の自由とプライバシー』77-78頁参照。

117 例えば、東京地決平成元年３月24日判例タイムズ713号94頁、東京地決平成８年３月14日判例時報1566号73頁、神戸尼崎支決平成９年２月12日判例時報1604号127頁、東京地判平成９年６月23日判例時報1618号97頁など。

118 町村・前掲注116・87頁参照。

る差止めが、単純に損害賠償よりも萎縮効果を高めるとは限らず、出版差止めが損害賠償請求よりも慎重であるべきということは一概にはいえない状況である。但し、可能な限り厳格な要件の下に行なわれるのが望ましく、最終的に表現の自由が確保できるよう、多様な情報流通を萎縮させないよう言論の正当性を確保する手当てが要請される。

確かに小説表現の自由と報道表現の自由は位相が違うにしても、小説の出版の自由[119]も多様な作品を流通させる意味で萎縮効果をもたらしてはいけないから、改めて出版の差止めに関して報道表現同様な厳格要件が必要であるかの検討は必要である。差止めが小説の出版の自由に萎縮効果をもたらさない範囲の厳格性は必要であろう。しかし、モデル小説の違法性に関して重要な阻却事由が考えられなかった点を考慮すると、流布に値しない違法なモデル小説とは、①表現内容に人格権侵害を含み、②その放置は人格権侵害の継続または拡大再生産が予想され、③回復が著しく困難な損害を与える虞があるという三要件で充分であろう。人格的自律の可能性を豊かにさせる文学的表現活動を職業とする作家は、その表現内容に現実の人間の人格的利益を害しないように配慮する小説作法を心がけねばならないのである。実在人物のモデルが容易に同定できる「創作」とは、もはや形容矛盾であり、小説の表現としては不要な[120]ものであろう。また、小説としての成熟・未成熟の把握も出版社などの業界で社会的責任として持つべきである[121]。出版社が未成熟小説を成熟小説であるかの

---

119 この場合、小説の出版の差止めとは小説の公表の差止めと考え、小説の自由と小説差止めの自由は特に区別しないことにする。

120 棟居・前掲注93・151頁では、この点を「作家が虚構性を主張するなら、属性や時代設定などを変更することで作品の質を損なわずに同定の可能性を封じる手だてもあったはずであり、本件判決［「石に泳ぐ魚」最判］は安易に実在の人物の存在感に依拠した小説手法を排するものとして重要な意味を持つといえよう。」と、巧みに捉えている。

121 座談会・前掲注89・41頁の三田発言に「『新潮』という雑誌は権威の高い文芸雑誌であります。そういう『新潮』の編集部が載せるに値する文学作品であるということを評価したわけです。その評価というのは、文学を愛する人々にとって、信用していい評価であろうと思われます。」とある。芸術の格付けは問題があるが、現実問題として、マス・メディアの編集権は社会的権威と信用において現在重要な地位にあるといえる。

ように扱い、モデルの存在を宣伝し読者の購買力を誘うプレスの責任は現代社会においては重大であり、看過できない。

本判決は、「夕刊和歌山時事」事件のように、本件小説と被侵害利益の利益衡量を行い、人格権侵害を凌駕して保護されるべき小説の正当性を否定した。本件のように、モデル人物には何の非もなく、違法性は専ら、作者や出版社らの作出である場合は、正当な小説表現の自由の保障の範囲外と見做されうる。差止めの成否は、その小説の公表の利益と公表によって受ける損害との利益考量によってなされたが、本件小説表現の正当性を充分検討している点に賛成である。また、本件の差止めは、違法な「モデル小説」の今後の単行本出版のみが否定され、先に月刊誌『新潮』に連載された過去の作品は残りかつ違法性を修正する作品の単行本出版が認められた。必ずしも小説の表現の自由を制約しているとはいえない配慮がある理由は、司法審査が公表後の判断であり、違法とされた小説も一定度閲覧される機会が保障され、今後の評価に晒され委ねられる余地が残されているからである。また、違法性さえ除去されれば広範な公表の機会に開かれており、作家の芸術性の追求を継続できる途が残されている。実際、判決確定後に修正版の小説が同出版社から出版されている。私小説は全てが不法となるわけではない。表現の真摯な工夫にモデルの同意がある場合は一定の違法性阻却事由となりうるだろう。どのような同意が阻却事由になるかは、手続きの問題とも重なるが、判例法理の枠内では、同定可能なモデル人物の同意の範囲を超えて表現内容に人格的利益の侵害が含まれる場合に違法性が問題となる。その場合は、やはりこれまでの判決のように表現内容における総合的な利益衡量を積み重ね、モデル小説の具体的な違法行為と侵害された人格的利益を画定し、法的観点から小説手法を是正するように警鐘を与え続けるしかない。その場合、小説の表現の正当性は虚構性が完結しているか否かで判断されなければならない。

表現の自由の保障の範囲内で可能な出版差止めの根拠が、公益目的である正当性で利益考量されるなら、今後は表現行為の違法性が明らかで、侵害が継続的であれば、被害者の人格権侵害が重大かつ回復困難でもなくても、差止めが認められる余地はあるように思われる。しかし、思想の自由市場を支持する立場からは最大限の流通の確保を重んじるため、この件に関してはなお一層の慎重な検討が必要だと主張するだろう。さらに、表現行為態様の違法性は軽微だが侵害が継続する場合、あるいは違法性は明らかだが侵害が継続しない場合、

それぞれの差止めはどのような根拠で許容され、あるいはされないであろうか。いずれも具体的被害者の不利益との相関関係が差止め判断の糸口になりそうである。また、表現行為の違法性が軽微で、侵害の継続性がない場合、人格権侵害の「回復困難な重大性」だけで、差止めの重要な法的根拠となる余地があるのかも議論となりそうだ。

四　モデル小説の今後の課題

④映画「エロス＋虐殺」事件は、原告からの上映をやめるようにという抗議を無視し、モデル人物の同定が容易である仮名を用いたフィクション映画を興行しようとした事案であった。映画の中心のテーマは、男女の恋愛葛藤による刃傷沙汰で、事件細部は誇張描写されていた。モデル人物は事件後服役し、事件の詳細や具体的な深部については秘匿したい私事であったようだ。しかもその後結婚し二児の母となり、一年ほど前には政界からも引退し一市民としての平穏な生活を享受していた時分の映画化[122]であった。おそらく、私小説という文学的伝統のある日本では、フィクションの作品にモデル人物の現実を取り入れることに抵抗が少なく、映画「エロス＋虐殺」は現実以上の迫力を有する作品として鑑賞されていただろう。判決では、日蔭茶屋事件は周知の歴史的事実であるという論理から名誉毀損やプライバシー侵害が否定されたのだが、好対照なのは、同様に本人の同意なく、犯罪事件後12年余を経過して小説が書かれたノンフィクション『逆転』事件[123]である。最高裁は前科等にかかわる事実を公表されないことは法的保護に値するとし、一市民として社会に復帰後は、前科等にかかわる事実の公表によって、新しく形成している社会生活の平穏を害されその更生を妨げられない利益を有する[124]と判示した。諸事情が違うの

122　五十嵐・前掲書注70・199頁で「昭和45年度の各種映画のベストテン上位を独占しており、芸術作品として評価に値することは疑う余地はない。」とコメントされている。

123　最判平成６年２月８日民集48巻２号149頁。

124　「ある者が刑事事件につき被疑者とされ、さらには被告人として公訴を提起されて判決を受け、とりわけ有罪判決を受け、服役したという事実は、その者の名誉あるいは信用に直接にかかわる事項であるから、その者は、みだりに右の前科等にかかわる事実を公表されないことにつき、法的保護に値する利益

で単純には比較できないが、現在から振り返ると④事件も作品の芸術性とは無関係に、創作の表現内容自体を検討していたなら、プライバシーと名誉感情の侵害であったのではないだろうか。本人の同意を得ないまま、作者が一方的にモデル同定の作品を公表する場合、作品表現の人格権侵害による違法性によって、当該モデル自身が名誉感情を損なう危険性が常に伴い、人格的自律の危機に見舞われる可能性は否定できない。差止めの利益衡量においても、自律を脅かすほどの著しく回復困難な損害を与えるかどうかの判断は重要である。

翻って、本件小説は作者と思われる登場人物を主人公に展開した私小説であった。「私小説」は「わたくししょうせつ」とも言われ、作者自身が自己の生活を叙述しながら、その間の心境を披瀝してゆく作品である[125]。心境小説とも言われる所以である。大正期に全盛し、その後衰退する。一般に形式上主人公が一人称か三人称かは、私小説の実質には関係ないとされている。本件も「梁秀香」は三人称の主人公であるが、作者柳美里の分身であり伝統的私小説の手法で書かれたといえる。私小説は写生・写実を基礎とし、作者の眼に映る事実を虚実ない交ぜの渾然一体とした事実として描き、純然たる虚構（フィクション）とはニュアンスが異なる。また、私小説という心境小説の特質として、日常の些事を悉く、周囲の利害関係人の許可を得ずに無遠慮に小説の題材に選択するので、周囲の迷惑を顧みず、私小説作家の特権と酷評されても仕方のない創作手法がまかり通っていた。岡邦俊弁護士が私小説の大家広津和郎の例[126]を

を有するものというべきである（最高裁昭和五二年（オ）第三二三号同五六年四月一四日第三小法廷判決・民集三五巻三号六二〇頁参照）。この理は、右の前科等にかかわる事実の公表が公的機関によるものであっても、私人又は私的団体によるものであっても変わるものではない。そして、その者が有罪判決を受けた後あるいは服役を終えた後においては、一市民として社会に復帰することが期待されるのであるから、その者は、前科等にかかわる事実の公表によって、新しく形成している社会生活の平穏を害されその更生を妨げられない利益を有するというべきである。」と示された。

125 『広辞苑第五版』（2002年）参照。

126 岡邦俊「続・著作者の事件簿（49）」JCA ジャーナル49巻11号（2002年）71頁にて広津が自分の私小説時代を批判していることを引用している。家族のプライバシーの犠牲の上に作家生活が成り立っていたことを自責の念で吐露していたらしい。

もって、私小説手法が万能ではないことを説得的に示している。そしてこれまで、作家と周囲の人間の緊張関係が顕在化しなかった理由の一つに、一方で作家活動が家族の生活を経済的に支え、他方で家族の平穏な生活の犠牲を作品に供することで経済バランスが成り立っていた一種の家族団体の経済性の循環が、私小説作家の無遠慮な特権を支え、かつ家族の人格的利益の犠牲を容易に隠蔽させていたのだと推測される。

しかし、本件小説は作家と被害者の間が、もはや家族ではない。作家の得る利益と比較して被害者の平穏な生活利益の犠牲が全く報いられないどころか、作品が流布すればするだけ、新たな人格権侵害が繰り返されるおそれがある。特に、本件小説の書かれるまでのいきさつによると、ＸとＹは日常のごく親しい友人関係にあった。親しい友人間の常として、公開を望まない私事の吐露はつきものであり、秘匿の合意は暗黙のうちに済まされているものだ。そのような密な人間関係にあったにも拘わらず、Ｘの同意を取らず、一方的に小説の素材（しかも今回は主題に深く関係する）に取り上げた扱いの不当は問題にされるべきであり、モデル人物の人格的自律の保障においても、公表前に作品公表の同意を求めるなど親密な人間関係としての踏むべき手続きが必要であろう。

もう一点、見逃したくないのは出版社の地位である。現代はマス・メディアを通じてさまざまな「表現の自由」が形成されているといっても過言ではない。したがって、一般に職業的小説家は出版社を通じて公表の場を確保し、自己の作品の評価を広く世間から得ることが可能になる。他方、出版社は作家を選択し作品を吟味することによって、文化の発信を請負い、かつ、経済的利益を得ることができる。小説がロング・セラーになり版を重ねるたびに、時代を超えた読者を拡大する出版社の経済利益は現代の社会構造において無視できない重要な企業活動の営業の源泉である[127]。

また、出版社の知名度と宣伝力で多くの読者の獲得が可能になるため、出版

[127] 東京高判平成12年11月29日判例時報1741号68頁参照。本件原審は「新潮社はわが国有数の出版社であり、Ｙ柳は第116回芥川賞を受賞した作家であって、これにより社会的関心が高まっていることが窺われる。そして被告らは本件小説を出版する意向を有している。本件小説が出版されると、相当の発行部数になるものと見込まれる。」と述べ、被告らが時機を見ての出版意欲であることを示唆し、また時を経る毎に小説の読者が新たに加わることにも言及している。

社は伝統的に若い作家には助言・忠告できる立場にある（経済的・技術的要因から編集者や出版社は一定度若い作家の指導的立場に立つことが可能である）。作家の積極的な出版の加担をする以上、小説による不法行為の結果にも連帯して法的責任を負うのが販売元の企業責任である。出版社は私企業でありながら、反面社会的責任が期待されうる。社会の健全な文化の流布の担い手として、現代において出版活動の公益性・公共性は広く認められる。出版社の販売方法や、作家との協働的編集作業は小説における不法行為の未然の防止に重要な局面になりうる。本件小説は、出版社が内容を吟味するとXの人格権侵害は容易に予想された作品だと思われるが、私小説手法の衣に隠れてその点がルーズであったようだ。インターネットにおいてさえ、プロバイダーの責任問題が取り沙汰されているのであるから、ましてや、出版社の編集権行使の可能性と文化の担い手としての責任ある立場から、作家の作品に対するチェック機能を十全に働かせるべきであろう。ひとたびモデル小説によって不法行為がなされた場合、特に大手の出版社は職業的専門家として法的に高度な注意義務が課されたとしても、報償的責任として構成することが可能であると思う[128]。⑥事件の第一審[129]は、出版社の通常の編集作業の注意義務を重視し、原告の名誉毀損を認識しながら出版に及んだと認定し、「出版の目的、手段及び方法が相当であるとは言い難い」として、出版社に作家との共同不法行為を認めた。出版社の免責は、出版の編集作業プロセスにおいて十分なチェック機能を果たしたかどうか、その出版目的と手段及び方法の相当性で決するべきであろう。

五　まとめ

本件の差止め請求は出版を希望する作家と出版社に向けて認められたので、一見表現の自由の事前抑圧の事案に見えるが、事案の検討を通じて、必ずしも

[128] 大阪地裁境支部判昭和58年３月23日判例時報1071号38頁では、『密告』という実録小説の名誉毀損に関し、「およそ出版事業に携わるものとしては、事前に慎重かつ厳重に記述内容を点検、審査するなどして、その内容が他人の名誉を毀損することのないようにすべき注意義務がある」のに、本件文章における虚偽を看過したのが過失だとしたのが参考になる。

[129] 大阪地判平成７年12月19日判例時報1583号82頁。

そうではないことを明らかにできたのではないか。法の下の表現の自由と聞くと、私たちは民主主義に仕えるジャーナリズムの発想やあるいは素朴に主権者としての自律の表現の自由だけを想定しやすい。しかし、現実には営利企業のマス・メディアを通じて、曖昧な責任の共同作業、言論の商品化の大量生産化のもとで、われわれは選択的受動的に多様な表現の消費者になっている。そのひとつに小説があり、読書を通じた虚構の中で人格的自律を陶冶するという異次元の表現世界を確保している。現実に享受できるさまざまな表現行為は、単一の平面で捉えることのできない、重層的・多次元的なものである。文化の多様性や価値の多元性はそのような多次元構成の中で培われるものだろう。そのように多次元的表現の多様な存在こそ表現の自由の真意だと認めるなら、各々の「正当な」表現の自由を徒に規制するときに限り、表現の抑制には慎重になり謙抑的であるべきなのだろう。確かに歴史的にも国家に規制されやすい表現の自由ではあるが、だからといって安易に「表現の自由」を金科玉条に固守するのではなく、常に「正当な」表現の保護を明確にしていかなければ、表現の自由の守るべき本質を逃してしまうだろう。

本件は「名誉・プライバシー・名誉感情」を一束にして侵害が認められた。これらの法益は一人の人格の多元的な価値の表現である。作家の作為や作品の醸し出す小説世界、読者の反応等、さまざまなコンテクストの中で人格の自律が脅かされる状況を捉えると、明確に区分された法益侵害の競合ではなく、統合的な人格的価値の多元性を表象したと考えるのが理に適うだろう。特に「名誉感情」という法益が特筆されたことは、社会的に受忍できる表現内容の限度が定められ、人格的自律形成を損なう表現領域は社会的な正当性を認めないことを象徴したといえそうだ。最高裁判所は多次元的表現行為を認める一方、各次元の表現の公正な自由の確保を志向したとも言えそうだ。事実報道が民主的討議に資する公共領域であるのに対して、小説は人格的自律にかかわる根源的な自由の領域に接近する。差止めを認めなければ小説を読むであろう特定多数の読者は、当該モデル人物Ｘと生活圏を共にする現実社会の人々である。社会との交流も、自律を支える重要な現実である。市民社会での自律形成は国民主権者としての理性的自律だけでなく、社会共同体の情緒的つながりによっても支えられている。そのことを正面から認めた判決かもしれない。本判決は、人間の自律を核として行為態様と被侵害利益とを相関関係で衡量し、法の妥当な解決を求めたといえる。法による差止めが、人格の自律を守るという正当な目

的に向けての必要最小限の行使であることを宣明した、今回の判旨に賛同する。

なお、本判決の問題点については、学説の検討のところで見たように、見解に対立があり、私は最高裁と同様にモデル小説の表現の自由論に対して表現の類型に応じた批判的反省を迫るスタンスから分析を試みた。これは一般的には、種々の表現行為（わいせつ、ポルノ、さらにはセクシュアル・ハラスメント。本件では、私小説、モデル小説のそれ）に対する被害者の視点からの不法行為的規制の再考を迫る諸外国の理論的転回に示唆を受けるものである[130]が、日本の私小説観という文学理論上の立場も影響している。（わが国の私小説はフランス文学の自然主義に学ぶものだったが、個人主義が確立していない日本はその背景にある自然科学的態度を理解せず、ただ技法的に学ぶだけで自然主義を矮小化していたとの批判がつとにある[131]。自伝的、告白的な暴露は外に目を閉じた自我形成だという文学態度の後進性[132]や、芸術と実生活の二律背反に陥る作家自身の実生活喪失のイロニイなど手厳しい評論にも晒されてきている[133]。そして近年、テクスト理論からの「私小説」ジャンルの定義づけ[134]や、

---

130 セクシュアル・ハラスメントにつき、若干の検討を行ったのが、拙稿「セクシュアル・ハラスメントの不法行為評価（１）（２完）」北大法学論集53巻５号６号（2003年）である。

131 小林秀雄「私小説論」（1935年）〔『小林秀雄全集　第３巻』（新潮社、2001年）所収〕395頁参照。中村光夫「風俗小説論」（1950年）〔『中村光夫全集　第７巻』（筑摩書房、1972年）所収〕596頁は、私小説が小説に必須な仮構の要素を斥けたのは、事実と真実を混同したゆえであると看破していた。

132 伊藤整「日本的方法」（1947年）〔『小説の方法』（岩波書店〈文庫〉、2006年）所収〕78-79頁、同「特殊な場合」（1948年）〔同所収〕97頁参照。

133 平野謙「小説の二律背反」（1951年）〔『芸術と実生活』（岩波書店〈現代文庫〉、2001年）所収〕35頁参照。

134 Irmela Hijiya-Kirschnereit, Selbstentblößungsrituale : Zur Theorie und Geschichte der autobiographischen Gattung “Shishosetsu” in der modernen japanischen Literatur（Franz Steiner Verlag GmbH, Wiesbaden, 1981）イルメラ・日地谷＝キルシュネライト（三島憲一・山本尤・鈴木直・相澤啓一訳）『私小説―自己暴露の儀式』（平凡社、1992年）239頁によると、二つの弁証法的関連がある基本要素で成立するという。一つは「事実性」Factizitat であり、作者が潜ませるテクスト信号により作品の「現実依拠性」を示し、読者はその信号に基づき「現実対応」を判断するよう暗黙の了解が機能しているのである。第二は「焦点人物」Fokusfigur であり、作中人物、語り手、作者に共有された単一の視点を設けた

また私小説言説の歴史的生成の分析が[135]試みられている。）しかし、それを検討することは、判例研究の域を越えることになるので、ここでは立ち入らない。

ことである。この視点が体験を語る主体として取捨選択の決定権を持ち、筋書きを統括する。したがって現実の言表と話者の言表の二つのアスペクトが一体化して、価値評価を含む情緒的言語形式が現われてくる。

135 Tomi Suzuki, Narrating the Self : Fictions of Japanese Modernity（the Board of Trustees of the Leland Stanford Junior University, 1996）鈴木登美（大内和子・雲和子訳）『語られた自己―日本近代の私小説言説』（岩波書店、2000年）19頁は、私小説の描く「現実」や「自己」への関心を、物語（ナラティヴ）テクストとして作家の「自己」主体に還元せず、歴史的条件の言説実践の可能態として析出し、作者と読者の相互作用による歴史的プロセスの小説方法化として再構成している。

執筆者紹介（掲載順）

辻　信幸	北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター助教
内藤大海	北海道大学大学院法学研究科助教
奥住弘久	千葉大学法経学部准教授
松浦正孝	北海道大学大学院公共政策学連携研究部教授
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
坂口一成	日本学術振興会特別研究員
今井弘道	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授
蘇力（朱蘇力）	中国・北京大学法学院教授
朱　曄	中国・浙江大学法学院講師
張　騏	中国・北京大学法学院教授
大西勉	衆議院調査局長
和田美江	北海道大学大学院法学研究科博士課程

平成19年７月24日　印　刷
平成19年７月31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　北海道大学生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北８条西８丁目
TEL 011(747)8886

発行所　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北９条西７丁目
TEL 011(706)3074 FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 58 July 2007 No. 2

CONTENTS

ARTICLES

Une étude sur les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du conseil constuitutionnel (1) ····· Nobuyuki TSUJI 1
Eine Studie über die tatprovozierende Ermittlungstätigkeit (1)
——anhand der theoretischen Entwickelungen in der BRD——
····· Hiromi NAITO 41
Public Enterprise and Bureaucracy (10)
——From the Viewpoint of Administrative History——
····· Hirohisa UOZUMI 95
Why did the China War Spread Southward? (3)
····· Masataka MATSUURA 137
Die rechtsphilosophische Bedeutung des Wertdenkens von M. Weber und K. Jaspers (2)
——Der gedankengeschichtliche Hintergrund der gegenwartigen Gerechtigkeitstheorie—— ····· Yasunori SUGAWARA 229
Social Policies and "New Politics" during the Kim Dae Jung Administration (3)
——The Perception Gap seen in the Expansion of Welfare and Gender Policies——
····· Hyunjoo Naomi CHI 297
The Structure of 'Justice' in China Today (7)
——'Strike Hard!' : Why Criminal Suits May Serve as an Instrument?—— ····· Kazushige SAKAGUCHI 576[1]

SYMPOSIUM

Symposium on East Asian Legal Philosophy: Possibilities of Legal Formation through "Living Law" and "Judiciary System" in China (1)
···· East Asian Comparative Legal Culture Workshop 369
Introduction ····· Hiromichi IMAI 370
(1) Neo-Ehrlichian model of law-evolution and its legitimacy
····· Hiromichi IMAI 372
(2) A study about "state-law" and "social-law" in contemporary China
····· Suli 384
(3) A meaning of constituting the judicial-precedent-system in China
····· ZHANG Qi 403

MATERIAL

Actual Condition of Preliminary Investigation and Recent Reform of Research Bureau in House of Representatives
····· Tsutomu OONISHI 445

CASE NOTE

Note on Civil Law Case ····· Yoshie WADA 514[63]

[ ]···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