HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集　第59巻　第2号　全1冊
Citation	北大法学論集, 59(2)
Issue Date	2008-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/35527
Type	journal
File Information	lawreview_vol59no2.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 59 巻　　第 2 号

論　　説

価値相対主義問題の「克服」のために
——ウェーバーからヤスパースへ—— …… 菅　原　寧　格　　1
無権限者による他人の物の処分と他人の債権の取立による不当利得（1）
——自己の権利領域への無権利者による干渉に対する反動的請求——
…… 藤　原　正　則　　43
汎アジア主義における「九州要因」（上）
——ヒト・モノの移動と「歴史的記憶」——
…… 松　浦　正　孝　　101
自白排除法則の研究（1）…… 関　口　和　徳　　171
被害者の承諾（4）
——各論的考察による再構成—— …… 佐　藤　陽　子　　215
おとり捜査の研究（4）
——ドイツ法理論の発展を手掛かりにして——
…… 内　藤　大　海　　293
冷戦終結後日本の防衛政策（1）
——1993～1995年の行政過程を中心に——
…… 柴　田　晃　芳　　590[　1]
営造物型国立公園における保護・利用・調整（1）
——アメリカの国立公園を素材に—— …… 久　末　弥　生　　540[51]

資　　料

日本支配期における台湾人の法意識の転換
——台湾法と日本法との融合—— …… 王　　泰　升　　365
黄　詩　淳　訳
〈北大立法過程研究会報告〉
立法補佐機関改革の動向と課題 …… 榊　原　志　俊　　397
国会法規範の特性 …… 森　本　昭　夫　　453

判 例 研 究

民事判例研究 …… 根　本　尚　徳　　500[91]

2008（平成20）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）
今井弘道（法哲学）
臼杵知史（国際法）
小川晃一（政治思想史）
小川浩三（法史学）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小暮得雄（刑法）
小菅芳太郎（法史学）
小山昇（民事訴訟法）
近藤弘二（商法）
實方謙二（経済法）
東海林邦彦（民法）
杉原高嶺（国際法）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
中村睦男（憲法）
畠山武道（行政法）
深瀬忠一（憲法）
福永有利（民事訴訟法）
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）

教授

山畠正男（民法）
池田清治（民法）
伊藤誠一（民事実務）
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）
小名木マリ（国際法）
権左武志（政治思想史）
笹田栄司（憲法）
佐々木雅寿（憲法）
白取祐司（刑事訴訟法）
城下裕二（刑法）
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）
辻村善之（知的財産法）
常本照樹（憲法）
道幸哲也（労働法）
長井長信（刑法）
中村研一（国際政治）＊
中山博之（刑事実務）
長谷川晃（法哲学）
林田清明（法社会学）
林　竣（商法）
人見剛（行政法）
○藤原正則（民法）
松浦正孝（政治史）＊
宮本太郎（比較政治経済）
宮脇淳（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）＊

准教授

會沢恒（比較法）
川村力（商法）
桑原朝子（日本法制史）
曽野裕夫（民法）

客員教授

田村智幸（法実務基礎）
村主隆行（民事実務）
佐藤崇宏（法実務基礎）

特任教授

○山口二郎（行政学）＊
吉田広志（知的財産法）
吉田徹（ヨーロッパ政治）＊
水野浩二（法史学）
眞壁仁（日本政治思想史）
堀口健夫（国際法）＊
○藤谷武史（行政法）＊
○中島岳志（アジア政治論）＊
中川寛子（経済法）
得津晶（商法）
新堂明子（民法）
齋藤哲志（比較法）

助教

板橋拓己（国際政治）
葛森愛軍（刑法）
河計二（商法）
北見宏介（行政法）
黄詩淳（民法）
坂口一成（比較法）
菅原寧格（法哲学）
關和德（刑事訴訟法）
池周亮（政治学）
宮崎悠（国際政治）
高影娥（民法）

＊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

価値相対主義問題の「克服」のために

――ウェーバーからヤスパースへ――

菅原寧格

目　次

一．はじめに
一―一．目的
一―二．問題の所在

二．ウェーバーの思想
二―一．「価値判断」の問題
二―二．「価値討議」について
二―二―一．〈意味ある行為〉
二―二―二．「価値討議」の特質
三．ヤスパースの思想
三―一．ヤスパースの学問観
三―二．「コミュニケーション」について
三―二―一．議論の前提
三―二―二．「現存在」の問題
三―二―三．「実存」の問題
四．むすびに代えて
四―一．ウェーバーとヤスパースの思想史的意義
四―二．ウェーバーとヤスパースの現代的意義

一．はじめに

一―一．目的

本稿では、いわゆる価値相対主義問題を再検討し、この問題がどのように克服されるべきであったかについて論じる。

いわゆる価値相対主義問題とは何か。価値相対主義問題とは伝統的な法哲学的問題だが、現在の学界において必ずしも注目を集めているわけではない。むしろ、ジョン・ロールズ『正義論』の登場以降、澎湃として湧き起こった実質的正義論の前に克服されてしまった過去の課題として受け止められている、といえよう。それゆえ、価値相対主義問題の克服を考えるのであれば、まずもって価値相対主義問題とは何であったのか、あるいは何でなかったのかを説明しておくことから始めなければならない。価値相対主義問題に対する共通の理解を得ることなく、その克服の方途としていかなる道がありえたかを探ることはできないからである。(1)

一―二．問題の所在

価値相対主義問題を克服するための糸口はどこにあるのだろうか。まずは、ウェーバーからヤスパースへと継承された思想を手がかりに、価値相対主義問題とは何であったのかを再構成することにする。そして、価値相対主義問題をどのように克服していくべきかの方向性を見定めた上で現代正義論に対する思想史研究の可能性を展望し、価値相対主義問題はもとより現代正義論の現状を突破するための糸口を得たいと思う。そもそも法哲学において、価値相対主義問題というときの価値相対主義とはいかなる思想内容を指しているのだろうか。まずは、この問題を確認することから始めることにしよう。

価値相対主義の主張とは、これまで次のようなものであると解されてきた。ある価値の正しさは相異なる評価主体との間で相対的に定まる。それゆえ、普遍的に妥当する正しさや、評価主体相互の関係を超えた所で成立する正しさ、および、そうした正しさの客観性を認識することはできない立場のことである、と。(2) つまり、価値相対主義を主張する

者にとっては、相異なる評価主体間におけるそれぞれの主観との関係から価値の「正しさ」が定まるという点が重要なのであって、客観的な真理のもとで正しさが決まってくるなどとは考えられていない。したがって、価値相対主義の主張を踏まえるのであれば、各評価主体によって選択されたある価値が「正しい」といえるのはなぜか。そもそもこうした課題を学問上の問題として取り上げて科学的に解決することは可能か、可能であるとすればそれはいかにしてか、という点が問題にならざるをえなかった。

ところで、このような価値の「正しさ」に関する問題は、従来から「価値判断論争」として理解されてきた問題でもある。「価値判断論争」とは、ある価値判断が正しいとすれば、それは何故に正しいといえるのかをめぐって二〇世紀前半のドイツにおいては盛んに議論されていた価値の客観性と主観性に関わる問題である。そして、価値相対主義を主張する論者は、そうした価値の「正しさ」などは相異なる評価主体の間で相対的にしか定まらないという立場をとってきた。

したがって、「価値判断論争」の渦中に置かれた価値相対主義者に対しては、概ね次のような批判が寄せられてきた。第一に、何が正しいかを客観的に判定する基準が無いのであれば、いずれの正しさをも決定することができなくなるのではないか。もし、客観的な判定基準が無いとすれば、価値相対主義は底なしの懐疑主義に陥らざるをえないという種類の批判がこれである。そして第二に、価値相対主義は、「ある主張の妥当性は相対的に定まる」という前述の主張を、相対的にというよりは、むしろその妥当性を絶対的に主張することによって成り立っているのではないか。もし、そうであるとすれば、結局、価値相対主義とは独断的絶対主義に他ならないという批判である。

ともあれ、「価値判断論争」の文脈からみた価値相対主義者に対しては、このような批判が加えられてきたということを押さえた上で、価値相対主義の思想背景、および、価値相対主義がいかなる内容を持つ思想であったのか、を確認

することにしよう。以下、マックス・ウェーバーの思想に即してこの問題と取り組んでいくことにするが、ウェーバーに注目する理由は次のとおりである。それは、彼が「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」[3]思想家の一人としてみなされていたし、現在でもそうみられているからである。また、筆者自身、ウェーバーからヤスパースへと受け継がれていく思想の流れをトレースすることによって、従来の価値相対主義問題を突破していくための糸口が見出せると考えたからでもある。

二．ウェーバーの思想

二―一．「価値判断」の問題

ウェーバーは、価値相対主義の主張に関して、次のように述べていた。確かに、「価値判断」[4]をくだす人間にとって何が最重要な問題――究極的価値――なのか、こうしたことは本人の良心と意欲の問題であって、経験的知識の問題ではない、と。しかし、一方でこのように述べながらも、他方では、なぜその対象となる問題に究極的関心を集めるだけの価値が存するのかということを、本人に対して学問は意識させることができる、とも述べていた。[5]つまり、前者では「価値判断」における主観性の問題が言及されているのに対し、後者においては、そうした「価値判断」が単なる主観性の問題を超えて、学問の対象になりうるということが述べられているわけだ。このように、一見すると相反するような両義的な姿勢をウェーバーは採ったわけだが、それはなぜか。この点を少し敷衍してみることにしよう。

例えばある人が、「私が自分の信ずる神の声に従うのであれば、私は輸血を拒否しなければならない」と考えて、「輸

血を拒否した」とする。この場合、実際に「輸血を拒否した」という行為とその根拠となった「価値判断」との関係はどのように解されるべきか。私たちには、ここで言われているような、ある人にとっての当人の良心と意欲にしか帰せることのできない不確実性を纏った当人の主観という次元でしかこの問題を扱うことはできないのだろうか。

もし、先述したような従来の価値相対主義理解にしたがうとすれば、そのとおりだ、ということになりそうである。また、ウェーバーであっても、先程の前者の見解に立脚すれば、「価値判断」をくだす人間にとっての究極的価値をめぐる問題とは本人の良心と意欲の問題である、ということになりそうである。あるいは、まさにこうした事情があったからこそ、ウェーバーは代表的な価値相対主義者であるとみなされてきたのだ、ともいえそうである。

しかし、もし、ウェーバーの中で、このような前者の見解と、それとは一見して矛盾しているかのようにみえる後者の見解とが連続的な関係に立っていて、むしろそこには首尾一貫性があったと想定するのであれば、ウェーバー本人が前者のような価値相対主義的見解に固執していたと考えることはできない。その場合、ウェーバーは前者のような「価値判断」の主観性の問題をも取り込んだ上で、なお、「価値判断」についてもこれを学問上の問題として適切に設定しうると考えていた、ということになる。彼は、「価値判断」の問題をもっぱらそこに潜む行為者の主観の問題へと帰責するような立場を必ずしもとっていたわけではない。このような事情を理解した上で、ウェーバーの見解とはどのようなものであったか。果たして彼の真意はどこにあったのか。彼が、前者と後者のような両義的にもみえる姿勢をとったのはなぜか。このことが問われるのでなければならないだろう。当人の究極的価値に関する「価値判断」の問題を、果たしてウェーバーはどのように学問的問題として構成しうると考えていたのだろうか。

先程の例に戻って考えてみよう。神の命令に反して「輸血を拒否した」場合、この決定はどのように解されるか。おそらく、ウェーバーであれば、輸血の拒否を命じた神の声そのものに関する「正しさ」について、その是非を私たちが

学問的に判定することはできないと考えるであろう。なぜ神がそのような命令を下したのか、といった神それ自体の内的動機づけに関わる問題を社会科学上の問題として構成することはできない――むろん神学上の問題にはなりうるであろうが――。また、当人がどのような神を選択するのかといったことそれ自体は、本人の意欲と良心に帰せられるべき問題を含んでいる。だが、当人が、みずからの良心にしたがって神の声を聞き分け、その結果として実際に「輸血を拒否した」というのであれば、「ある人が神の声に耳を傾け、神の声に従って輸血を拒否したこと」が、当人以外の第三者である私たちに対して持つ意味というのもある。そして、このことを私たちが問い、私たちにとって持つであろう「輸血を拒否した」ことの意味を明らかにしていくということは学問にとって可能である。むしろ、こうしたことは積極的に学問上の問題として取り扱うべきである。ウェーバーであれば、こう主張したであろう(6)。

また、このように考える背景としては、次のような事情もある。ある人が実際に「輸血を拒否した」とすれば、そこには当人にとっての究極的価値である神の教義から導かれた「価値判断」があったはずである。つまり、ある何らかの「価値判断」を原因として「輸血を拒否した」という結果が生じた、という関係がそこには成立していたはずである、と。しかし、そうであるとするならば、輸血の拒否を決定した要因である「価値判断」が本人の意欲と良心に基づく究極的価値から導かれていたとしても――先程の前者のような立場をとったとしても――、本人の意欲と良心に基づく「価値判断」とそうした「価値判断」の結果である輸血の拒否との間においても、そこには、何らかの関係が成立しているはずである。輸血を拒否するように神が命じたから、神の声にしたがって行動したから、実際に輸血を拒否したというのと同様に、神の声を当人が聞き分けたにもかかわらず、実際に拒否を貫かない場合もありえないわけではないからである。したがって、ここでの問題は、「価値判断」が本人の意欲と良心に基づいているという点ではなく、「価値判断」と「価値判断」の結果として行った輸血拒否との間の関係がどのようになっているのか、という点に集約されることに

なる。

こうした事情を踏まえるのであれば、社会科学において取り扱うべき問題とは、神の教義の「正しさ」如何という問題ではなく、なぜ当人はそうした行為を選択するに至ったのかという連関の解明、および、そうした選択をしたことによってもたらされた結果の意義を問うことである、ということが理解できるであろう。また、ウェーバー自身は、こうした文脈の中で、或る人の「価値判断」が「正しい」と言えるのはなぜかを問うことができるようになるし[7]、このような意味での「正しさ」こそ問われなければならないと考えていた、という前述の主張を理解できるようになる。

そして、以上のようにみれば、ウェーバーにとっては、各人の究極的価値の源泉でもある本人の意欲と良心、および、そこから派生してくるものでもあるところの主観的な価値関心とは、「価値判断」を下す上での前提条件であったことがわかる。ウェーバーは次のように述べている。「一見、価値判断とは、究極において特定の理想を基礎とし、それゆえ「主観的な」起源に発するものであるから、そうした価値判断は、科学的討論から排除されなければならない、との帰結が生ずるようにも思われよう。しかしじつは、けっしてそうではない。…批判は、価値判断の前でも立ち止まりはしない。問題はむしろ、理想や価値判断にかんする科学的批判とは、なにを意味し、なにを目的とするのか、という点にある[8]」、と。ウェーバー自身、「価値判断」が主観的な価値関心と関係しているからこそ、この問題は正面から取り上げられるのでなければならないと考えたのであって、各人の主観性に端を発していることを根拠として「価値判断」の問題を学問の領域から排除したり没却したりしようとしたわけではなかった。むしろ、ウェーバーは各人それぞれの主観性に発する価値関心には他をもっては代え難い固有の意味があることを訴えていた、と理解すべきである。

ところが、それぞれの主観性に端を発する価値関心それぞれに、それぞれの固有の意味があるというのであれば、いずれかの「価値判断」を選択しなければならない際に優劣をつけることができなくなるのではないか、ということも考

えられる。また、仮に、そのような事態が生じた際には、各人相互の間でのコンフリクトが少なくとも論理上は不可避になってしまうことも懸念されるところである。まさにウェーバーがいうところの「神々の争い」がここで生じてくるわけだが[9]、結論を先取りしていえば、彼が、こうした事態を前にして、他人は他人、私は私、といったような意味での相対主義に陥るといったことはなかった。むしろ、コンフリクトを不可避なものとして受け止めた上で底なしの相対主義にも陥らないような、ある種のディレンマを打開するための方法についても考えていた。そこで、次に、この点についての検討へと移ることにしよう。

二―二．「価値討議」について

二―二―一．〈意味ある行為〉

ウェーバーは、「価値判断」が問題になる行為を〈意味ある行為〉に限定して捉えていた。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」、と考えていた。「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」（「目的」のため――菅原注）か、それとも、究極において意欲されたもの[10]〔の実現〕に役立つ手段としてか、どちらか」である、というのがウェーバーの見解である。

つまり、ウェーバーは「価値判断」の問題を〈意味ある行為〉との関係で捉えていたわけだが[11]、この〈意味ある行為〉については、以下のような例をあげながら説明することができる。ある医療行為においては、当該医療行為の「目的」

が、病原菌――病気の「原因」――を駆除し、治癒するという「結果」を得る点にあるとする。そうすると、私たちがある医療行為を〈意味ある行為〉と感ずるのは、当該医療行為において、かかる「目的」を達成するための然るべき「手段」が選択されているはずである、という推測が成り立つときに限られるであろう。然るべき「手段」が選択されたことによって、病気の「原因」が駆除され、その「結果」として治癒し、当初の「目的」を達することができたのかどうか――「原因」と「結果」の間に適合的な因果関係が成立しているのかどうか――という観点に基づかなければ、私たちには当該行為が〈意味ある行為〉であるかどうかを判断することができない、ということである。

ここでのポイントは、私たちにとっては、当該医療行為が「原因」と「結果」との関係に適合的な因果関係を満たしているときにしか、「目的」が達成されたか、そのための適切な「手段」が選択されていたのか、つまりは〈意味ある行為〉であったのか、ということについての価値評価を下すことができない、ということである。もし、「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、これを〈意味ある行為〉として私たちがみなすことは困難にならざるをえない。今述べたとおり、当該医療行為が〈意味ある行為〉と呼べるかどうかを私たちが判別するには、その医療行為が「原因」と「結果」の範疇に結びついているかどうかを見極めるより他に、実効的な方法はないからである。

では、かかる加持祈祷のような行為は、どのように解されることになるのか。ウェーバーの図式にしたがうならば、病気の完治という「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。だが、仮に加持祈祷を当事者が「「目的」と「手段」の範疇」に結びついた「手段」として採用した――当事者が少なくとも主観的には「意味ある行為」であると確信して選択した――としても、加持祈祷がいわゆる医療行為における「原因」と「結果」とのカテゴリーには結びついているということはできない。加持祈祷が当事者にとって主観的に〈意味ある

行為〉であることはありうるけれども、そのことと、第三者である私たちをも含めて客観的に〈意味ある行為〉であったといえるかどうかということとは、別次元の問題だからである。したがって、加持祈祷とは、少なくともここでいうところの〈意味ある行為〉として「客観性」を持たない――意味の無い――行為ということになる。

結果的に、私たちには、「目的」を達成するための「手段」との関係にカテゴライズされた〈意味ある行為〉について、それが「原因」と「結果」との間で適切な因果関係を構築しえているかどうかをもって、当該行為の合理性を確かめることができるようになる。ウェーバーは、そうした因果関係を担保するものを「技術」と呼ぶが、そうした「技術」についての検証が可能であれば、私たちには、当該行為が目的合理的であるかどうかを論じることができる。それゆえ、もし当該行為が目的合理的な行為であるということがいえるとすれば、それは「客観的に、ということはつまり科学的認識に従って、正しい手段を使用する行為」である、という事態を示していることになる。対照的に、加持祈祷とは、「主観的に「合理的」な行動は、主観的に合理的というだけですでに合理的に「正しい」行為と同じではない」行為、ということになる。少なくとも、「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「客観性」がある、と評価することはできないからである。ウェーバーは、〈意味ある行為〉についてはこのように考え、「目的」と「手段」の関係の他に、それと対応する「原因」と「結果」の適切な関係を成立させる〈技術〉について因果関係を検討することが可能になる――以下これを、〈技術的批判〉と呼ぶ――、と考えていた(12)。

ところが、〈意味ある行為〉についても、ウェーバーは「目的」の根拠になった各人の「究極的価値」を学問的に批判することができると述べている。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。しかし、彼によれば、ここには、さらに可能なことがあるとされている。それは、「目的」の

根底にある「理念」に関しても、〈技術的批判〉とは決して同一視しえない「意味適合的」な関係に即した批判――以下、〈価値論理的批判〉と呼ぶ――を加えうる可能性である。[13] つまり、当該行為が〈意味ある行為〉であるならば、「原因」と「結果」との適切な因果関係を検討する〈技術的批判〉に加え、当該行為の「目的」を規定している「理念」――輸血の拒否を命ずる神を信仰すること――についても、〈価値論理的批判〉を用いることによって合理的に検討することができる、[14] というわけである。

二―二―二：「価値討議」の特質

ウェーバーは、「価値判断」について、主観性が絡んでくる問題だから学問的な議論から排除しようと考えていたのではない。むしろ、そういう種類の問題だからこそ〈意味ある行為〉の問題として構成し、先述した二つの批判規準を用いて合理的に検討することができると考えていた。そして、〈意味ある行為〉については「価値討議」を展開すべきだし、展開しなければならないと考えていた。各人の主観性に関わる問題であることを理由として、「価値判断」の問題を学問の世界から追放し、学問が中立性を装いながらその時々の状況を安易に黙認したり、追随したりするようなことがあってはならない。そのためには、「価値判断」の問題を学問上の問題として――「価値討議」として――適切に構成し、取り扱っていくのでなければならない。「価値討議」としての学問には、「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」[15]ができる、というのがウェーバーの主張であった。そして、「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」[16]をも可能にするのが、ウェーバーが意図した「価値討議」としての学問である。[17]こうした態度が、いわゆる底なしの懐疑主義や独断的絶対主義とまったく異なっていることは、改めていうまでもない。

しかしながら、こんにち、「価値討議」の議論から窺うことができるこうしたウェーバーの思考様式について、必ずしも共通理解が得られているというわけではない。このことは、代表的な先行研究を振り返ってみることによって確認することができる。法哲学界の一時代を築いたといっても過言ではない加藤新平と碧海純一の見解を通じて、確認しておくことにしよう。

まず、価値相対主義研究の第一人者として著名な加藤新平であるが、彼は、ウェーバーの価値相対主義には、〈技術的批判〉に加えて、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についての指摘をしている。つまり、AとBという二つの価値の間には、形式論理的演繹から導かれる場合と意味上適合する親和的関係、「価値論理的考察とでも名づくべき成分」があるということを、彼は把握していたわけである。[18]ただし、加藤は、肝心のこの「価値論理的考察とでも名づくべき成分」を過小評価してしまったために、前述したような〈価値論理的批判〉として展開するには至らなかった。それゆえ、価値相対主義問題の深淵を覗き込みながらも入り口で立ち尽くし、奥へと分け入っていくことはなかったといわざるをえない。[19]

また、碧海純一も、ウェーバーの思想のなかにこうした〈価値論理的批判〉のようなものがあることに対しては、十分自覚的であったと思われる。しかし、おそらくは、ウェーバーの価値相対主義を、英語圏において発展した分析哲学と重ねて理解しようとしたためであろう。ウェーバーが「価値判断」をなぜ問題化しなければならなかったのかという

点に踏み込んで、碧海が問題を構成することはなかったようである。つまり、ウェーバーにとっての価値相対主義問題は、当時のドイツ国民国家における社会政策上の問題状況との関係で捉えられてこそ固有の意味を持ってくるにもかかわらず、こうした思想史上の問題を碧海は看過してしまったわけである。(20)

さて、以上のような代表的な先行研究を踏まえてみた場合、ウェーバーの思想のなかでも、とりわけ「価値討議」に注目すべき理由があることは明らかになってくる。まず、「価値討議」には、〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉という二つの批判規準を用意した点に特長があったということを押さえておこう。そして、こうした「価値討議」を行っていく上では、何らかの普遍的な原理の想定が必ずしも要求されるわけではなかったという点も押さえておくことにしよう。そうすると――ウェーバーの価値思考を「価値討議」に即して捉え返すのであれば――、一見して底なしの相対主義に陥りそうな価値相対主義の思想であったとしても、必ずしもそこに埋没しなければならない必然性があるというわけではなく、むしろ何らかの普遍的な原理に依拠せずとも合理的で「客観的」な「価値討議」を行うことができるという視点を彼は提示していた、ということに気がつく。しかも、このように価値相対主義の思想の可能性を探っていくのであれば、そこには、従来「価値相対主義」として理解されてきたネガティブな思想と比べて雲泥の差を見出すことができるようになる。(21)

また、こうした見地から見ると、ウェーバー思想の可能性を看過してきたことによって象徴されるように、価値相対主義問題に対する法哲学界の従来の対応は極めて不十分なものにとどまっていた、ということにも気がつくだろう。むしろ、現代において求められるべきは、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価値相対主義を徹底して理解しようとする形で格闘し、そうすることを通じて、従来の「価値判断論争」の水準を超えていくような思考様式を模索していくことである、と思われる。結局、価値相対主義については、これを徹底して理解しようとす

る際に生じざるをえない価値相対主義思想に固有の問題と、そのことを前提としながら従来の水準を越えていくような格闘を遂行していく場合には直面せざるをえない問題と、二重の意味でその問題性を「克服」していくことが課題だったわけである。少なくとも、こうした事情を度外視したまま価値相対主義問題を論ずることはできない。

そこで次に、そうした「克服」を模索した具体的展開例として、ウェーバーの思想を継承した哲学者カール・ヤスパースの議論をみていくことにしよう。

三．ヤスパースの思想

三―一．ヤスパースの学問観

ウェーバーは、「価値判断」における主観性の問題と取り組むにあたって当時のドイツの学界状況を批判し、存在と当為の問題を峻別するよう要求していた[22]。こうした思考様式はウェーバーに限らず新カント派に特徴的な方法的二元論として広く知られているものだが、このことについて、ウェーバーを私淑していた哲学者であるヤスパースは、次のように問題を措定し直している[23]。すなわち、「私の知っていること」と「私の欲していること」とは一致しない、「存在するものについての認識は、存在するべきものについての判断を含んではいない」、「事実からしては、いかなる規範も導きだされない[24]」、と。

つまり、ウェーバーと同様に、ヤスパースも存在と当為、事実と規範の問題を区別して考えることの必要性を認識していたわけだが、それに加えて、ヤスパースにとっては、「本来科学とは如何なるものであるか、科学は何をなすこと

ができるか」[25]という問題が、「知識の正しさ」――客観的な「科学」に基づいて導出される知識の普遍的妥当性――と「信念の真理」――主観的な究極的価値に由来する信念に潜む真実性――との関係上、抜き差しならない問題として捉えられていた[26]。「知識の正しさ」と「信念の真理」とは、次元が異なる問題として理解されていたわけだが、このことは、「科学の限界は明らかである。いいかえれば、事実からしては、いかなる拘束的な規範も導きだされない」[27]、と換言されている。科学的に獲得された「知識の正しさ」とは、あくまでも「知識の正しさ」以上のものを示すわけではない。ましてや、「知識の正しさ」が直接的に「信念の真理」に代わって、「×××すべし」といった当為を要求することなどできるはずもない。ヤスパースにしたがえば、このように考えることになる。しかし、そうであるとすれば、科学には何をすることができるのだろうか。ウェーバーと同様に、ヤスパースにとっても、「価値判断」における認識の「客観性」にかかわる問題、すなわち、価値相対主義問題といかに取り組んでいくべきか[28]、が解決すべき重要な課題として認識されていた。ヤスパースもウェーバーと同様に、客観的に普遍妥当的な「知識の正しさ」と、あらゆるものに対する絶対的妥当性をむしろ欠いた主観を起源とする「信念の真理」と、この二つを区別するという重たい問題を背負うことになったわけである[29]。ヤスパースにとっての「知識の正しさ」とは、あくまでも「知識の正しさ」以上のものを示すものではなかったし、「信念の真理」とは異なる問題であった。それゆえ、ウェーバーが「価値判断」における「正しさ」を主観と関係づけることによって学問的に構成したのと同じように、ヤスパースは、「知識の正しさ」の「信念の真理」に対する関係を問題化するに至ったということができる。

では、ヤスパースにとって、科学を通して何をすることができると考えられていたのだろうか。ヤスパースによって、科学に可能であるとされたことは、以下のとおりである。

ⅰ　科学は、人が自分で立てた目標にかんがみて、表向きの手段で何を達成しうるかを教えてくれる。

ii　科学は人生の意味を私に示すことができない。けれども、科学は私によって欲せられているものの意味を、私に対して展開させ、

iii　それによっておそらくは意志の目標そのものを変えることができる。(30)

この主張を注意深く読んでみると、ヤスパースが、iにおいてウェーバーの「価値討議」における〈技術的批判〉を、iiとiiiとでは〈価値論理的批判〉のことを念頭に置いていたことは疑いえない。だが、このことから、どのようなことがいえたことになるのか。この点が問題となる。

ここから窺うことができるのは、第一に、「価値判断」を下す主体における主観の問題に対して学問は真摯に取り組む必要があるという問題関心を、ウェーバーとヤスパースが共有していたということである。つまり、各人の「主観的な」関心を、両者とも学問の出発点に据えていた、ということである。そして、第二に、自らの思想背景の中心的地位を占めている、こうした「価値判断」と学問／科学、哲学にかかわる問題を、彼らがどのように展開させていったのか、その方向性と意義を見定めるための基点、である。ヤスパースがウェーバーと同様の問題関心から哲学を開始したというのであれば、その後に展開されたヤスパースの思想もウェーバーとの関連において把捉していくことが可能になるし、そうすることで、実存哲学を法哲学的に理解し、そこから一定の意義を見出すことができると考えられるからである。(31)

そこで、ウェーバーが、各人の主観を起源とするそれぞれの問題関心には固有の意味がありうるということを認め、「価値討議」にかんする議論を導入していたことを思い返し、それとの対比において、ヤスパース哲学の要諦をなす「コミュニケーション」の議論をみていくことにしよう。

三―二．「コミュニケーション」について

三―二―一．議論の前提

ヤスパースにおける「コミュニケーション」は、ウェーバーの「価値討議」にかんする議論を前提としている。その具体的な内容が意味することは、第一に、ヤスパースの「コミュニケーション」論とはウェーバーの行為論との関係で捉えらなければならない、ということである。このことは、ウェーバーのところで論じた例の〈意味ある行為〉の議論と関係している。ヤスパースは、「意味を問い有意味に行為せざるをえないことが人間の本質であり状況である」と考えており、「行為し、行為することによって存在し、しかもその存在が同時に自分自身であることを己の自由においてはじめて自覚しうるような存在としてみずからに現象する」こと、このことが、「私は私自身において存在」する本来的意味である、と捉えていた(32)。つまり、自分が自分自身として存在するのは、行為するということを通じてであって、しかも、そうした自己とは〈意味ある行為〉をせざるをえない、と考えていたわけである。

第二に、ヤスパースの「コミュニケーション」論においては、「実存」と「現存在」という次元の異なる二つの概念が区別されていることを理解しておく必要がある。ヤスパースにとっての「実存」とは、決して「心理学的な（意味でいわれるところの――菅原注）主観ではない」。そうした主観とは異なり、「実存は、主観性と客観性との両極のうちに現存在として現象するもの」であって、「実存は、対象としてどこかに与えられていたり、観察のために基礎的なものとして推論されたりするような或るものの現象ではない」。そうではなく、「実存は、ただ実存自身と他の実存にとってのみの現象である」。それゆえ、「私の現存在が実存であるのではなく、人間は現存在において可能的実存」に留まっている(33)、とされる。つまり、人間とは「現存在」において未だ「実存」しているわけではなく、「可能的実存」として現れてくる、それゆえ、ヤスパースにとって「実存」するということは「現存在」していることと異なっているわけで、

人間は「現存在として現象する」というわけである。(34)

三―二―二．「現存在」の問題

「現存在として現象する」とはどういうことなのか。次に、この点について、少し考えてみよう。ヤスパースによれば、「コミュニケーション」は「共同体諸関係のうちに現存する」、そういう「現存在のなかで種々の仕方で遂行される他の人々との生活」のなかで遂行されるものとして捉えられていた。(35) そして、「共同体諸関係」において営まれる「種々の仕方で遂行される他の人々との生活」の舞台に相当するものが「現存在」であるとされていた。

ヤスパースは、このような「共同体諸関係」のなかでも原初的な共同性が成立している範囲においては、当人の「自己意識」と周囲の「一般意識」とが合致している、と考えていた。そこでは、当人にとっての「自己意識はヴェールをかけられている」状態、いわば「無意識性」の状態に置かれている。それゆえ、このような「原初的共同性」においては、当人に固有の意識と周囲の人々の意識との間において、何らかの関係性が取り結ばれる余地は無い。(36) ヤスパースは、「ヴェールをかけられている」状態にとどまっている「自己意識」が支配的であるような「原初的共同性」の状態を「ナイーヴな現存在」としてみたわけである。そして、このような「原初的共同性」や「ナイーヴな現存在」と「現存在」との間に区別を設けるに至った。(37)

ところが、ヤスパースによると、ひとたび「コミュニケーションを意志するならば、このような無意識性に沈み込むことを欲しない」、とされる。自己と他者との間で何らかの関係性が生じていることに気づくのであれば、そこでは、必ず「コミュニケーション」への意志が現れてくる、と考えられているからである。「コミュニケーション」への意志

を自覚した人間は、「原初的共同性」によって淡々と維持されるにすぎないような「ナイーヴな現存在」にとどまることができなくなる。[38] だが、このように考えられるのは、ヤスパースが、人間を複数の「自我単子」として見ていることと関係している。人間が「ナイーヴな現存在」を超えようとするときには、「独立した自我」が顕わになってくる。そうすると、独立した「自我と自我とはいかにして了解し相互に交渉するかという問いが生ずる」ようになる。[39] そして、「自我単子」と「自我単子」の間において、「現存在と現存在との関係」が成立してくる、というわけである。

ただ、このように述べられている「自我単子」とは、相互に交換・代替可能である「自我点」であるにすぎない。つまり、いずれの「自我点」であっても、それぞれが固有の「自我点」であることを示すような特性をもたないという意味で、交換・代替可能な存在である、と考えられている。そして、そのような「自我点」と「自我点」との間で成立する関係が、ここでいわれているような「独立した自我」の間で成立する関係を指している。したがって、今ここでの・掛替えの無い存在である「自我」と「自我」とによって成立するような関係が想定されていたわけではない。[40] ここでいわれているのは、誰が誰であってもよい。そういう「自我点」と「自我点」との関係である。

しかし、このように交換・代替可能な「自我点」にも特長がないわけではなかった。それは、同一の事物と直面した場合、どの「自我点」であっても同一の事物として理解することができるからである。「自我点」は、同一の事物を通じて結びつくことができるし、同一の事物を通じてある種の関係性を形成することができる、というわけである。それゆえ、このことから、「自我点」相互においては、どの「自我点」であれ、「目的」／「手段」にカテゴライズされる〈意味ある行為〉については、これを相互に理解することができるようになる、と考えられている。交換・代替可能であるという点に絞って「自我点」に着目すると、そうした「自我点」とは交換・代替可能な存在に過ぎないようにみえなくもないが、「自我点」という「現存在と現存在の関係」においては、〈技術的批判〉が可能になるという側面も浮上して

くる。ヤスパースも、「客観的な事物の共通の了解による、自我と自我との了解」と「目的とそれに所属する手段とが共通的に捕捉される行為」が「自我点」においては問題になる[41]、と述べている。

ただ、「現存在」にも問題はある。それは、「自我点」が代替可能な「点」であるゆえに、目的のためには「自我点」同士が相互に相手方を「支配されるような自然物」として、たんに手段として扱うよう働きかける場合も起こりうる、ということである。つまり、「自我点」としての自己と「自我点」としての他者との間に成立する関係には、人間をモノとして扱うような、まったくの非人格的な関係が許容される可能性が残ってしまう[42]、という問題があった。ヤスパースがこうした点を見落としたわけではないだろうが、さしあたり、こうした局面で成立する「コミュニケーション」については、「現存在的コミュニケーション」という限定づけがなされることになった。

だが、ここでいわれている「現存在」とは、「現存在」であると同時に「可能的実存」でもある。それゆえ、「可能的実存」による「コミュニケーション」が限界に達した場合、別の形の「コミュニケーション」が成立してくる、といわれた。そして、ここに、ヤスパースの思想がウェーバーの思想を継承しつつ、いっそう発展させていこうとする萌芽を認めることができる。というのも、ウェーバーが、一方でカント倫理学の影響を強く受けていたけれども、他方で当時のドイツの社会政策をめぐる学界状況によって強く規定されていたために、その主たる問題関心が「現存在」における〈意味ある行為〉の問題へと限定されていたのに対し、ヤスパースは、ウェーバーがいうような〈意味ある行為〉にとどまることなく、対他者関係との間で生じてくる人間存在一般の問題についても注目していた、と考えられるからである。それゆえ、ヤスパースは、他者を単に手段として扱ってしまうかもしれない「現存在」／「可能的実存」の間で展開される「現存在的コミュニケーション」が限界に達した場合に起こり得るような、それとはまったく異なった「コミュニケーション」論を考えるようになったわけである[43]。そこで、そうした具体的な展開としての「実存」の問題をみて

みることにしよう。

三―二―三：「実存」の問題

「現存在」が「可能的実存」として「現存在」を超えていく、つまり、「現存在的コミュニケーション」の限界を超えていくとき、そこで展開される「コミュニケーション」は「実存的コミュニケーション」へと移行している。そして、そこでみられる行為の「目的」が意味的に適合しているか否かを問い質そうとするのであれば、それはウェーバーがいうところの〈価値論理的批判〉へと接近していくことになる。[44] ウェーバーは、行為の「目的」の根底にある「理念」に関しても、〈技術的批判〉とは決して同一視しえない「意味適合的」関係に即した批判として〈価値論理的批判〉が可能になると考えていたわけだが、[45] ヤスパースは、「実存的コミュニケーション」には、「自我が相互に、因果的にではなく理念的に結ばれている全体性」[46]に関わる問題を提起する点で、独自の意義があるとみていたからである。ヤスパースはこのように考え、行為者の「目的」の根底にある「理念」の問題を「意味適合的」関係に照らして問おうとしていた。だが、このことは、〈価値論理的批判〉の対象となった問題を、ヤスパースが「実存的コミュニケーション」として構成しようとしていたことを意味している。ヤスパースは、なぜ「実存」を問題としたのか。

問題は、「価値判断論争」で顕わになった「価値判断」の源泉となるような評価主体の主観性をどのように位置づけるか、という点に端を発している。主観性の位置づけをめぐっては、ウェーバーが「価値討議」にかけることによって学問的に主観の問題を批判しようとしたのに対し、ヤスパースは、そういう主観を抱くような人間とは何かという点に着目しつつ「コミュニケーション」論を展開するに至った。それゆえ、人間が単なる因果的帰属の問題を超えて「理念」

の問題を扱おうとする場合、自己の全存在を賭けて「究極的価値」から導かれた「理念」を問題にする存在者を指す人間像として、つまり「現存在」とは異なる人間像として、ヤスパースは「実存」という概念を導入したのであろう。また、だからこそ、「現存在的コミュニケーション」の限界においては、「実存的コミュニケーション」を行う必要がある、と彼は考えたのであろう。

この点について、ヤスパースは、「現存在的コミュニケーション」の枠内に留まる人間が「不満」によって支配されているとみていた。ウェーバーが〈技術的批判〉に留まることを良しとせず〈価値論理的批判〉へと移行していくと考えた背景には、「実存」へと未だ至ることができない人間の「不満」がある、とヤスパースは考えたわけである[47]。したがって、ウェーバーが「価値判断」のくだされる局面では「神々の争い」が起きることを不可避とみなし、そこで生じてくるコンフリクトを学問的に問題化しようとするなかで、「価値討議」を構想したのに対し[48]、ヤスパースは、そもそも「価値討議」にコミットする人間の根底には「不満」があるということ、そして、「不満」を抱えた「現存在」が「実存」へ突破していこうとする際には「実存」としての各人の間で「コミュニケーション」が必要になると考えていた[49]。その意味では、ヤスパースもウェーバーが「価値討議」論を展開したのと同様の動機に基づき、「不満」と「不満」によって引き起こされるコンフリクトを問題化する一つの様相として、「コミュニケーション」論を捉えようとしていたわけである。

ただ、ヤスパースは、「現存在」でコンフリクトが問題化してくる場合、それがしばしば「暴力をともなった闘い」になることについても言及している。つまり、「現存在」とは、みずからをも破壊しかねない「暴力をともなった闘い」[50]の問題を原理的に回避することができない存在として規定されたわけである。しかし、ヤスパースにとって、「現存在」とは、「可能的実存」として、「その開示過程において自己を明白にしながら自己をなお創造する」存在でもあった。ま

た、「コミュニケーションにおいて私は他者と共に私に開示される」ので、「実存的開示によって経験的な現存在としての私が何であるかのみならず、私自身が何であるかが世界内で明らかになる」、そういう可能性も「闘い」の仕方によっては顕現してくる、と考えられていた[51]。それゆえ、問題なのは、そういう後者のような「闘い」としてどのような「闘い」があるのか、ということになる。

この点について、ヤスパースは次のように述べる。「私は個別者として自分だけでは開示されることもないし現実的でもない」が、「コミュニケーションにおいて開示されることの過程は、闘いであると同時に愛であるような、あの、他と比較しようのない闘い」、すなわち「愛しながらの闘い」――「実存」のための「闘い」――を引き起こさずにはいない[52]、と。彼にとって「実存的コミュニケーション」における争いの様相とは、「愛しながらの闘い」以外にはありえなかった。

そして、このような「実存」をめぐる「愛しながらの闘い」が、徹底的な公明さを求め、あらゆる権力と優越感を排除し、他者の自己存在と自分の自己存在とを同等に取り扱うことをその内在的条件として含んでいるということは、彼にとって当然視されていた。「闘い」が愛しながら行われる際には、「愛」を通じて、そこには「連帯性」と「同等性」を見出すことができるようになるし、またそれとは逆に、「愛」とは「連帯性」や「同等性」といった形で現象してくると考えられていた。

このように用いられている「連帯性」とは、「（コミュニケーションに入るという意味での――菅原注）冒険を引き受け、それを共通のものとし、結果に対しては共に関与するから、自己を問いの対象とするあの徹底性をはじめて可能にする」ことで生じてくるとされる。また、「同等性」とは、「技術的な闘争手段〔知識や知能や記憶力や疲労度〕の差異にもかかわらず、いっさいの力を相互に出し合うことによって」成立するものとして捉えられている。「コミュニケーショ

ン」においては、「闘いは同等の水準で行われるから、闘いそのもののうちには既に承認があり、設問のうちには既に肯定がある」[53]。それゆえ、ヤスパースは、「実存的コミュニケーションにおいてはきわめて激しい闘いのうちに、まさに連帯性が顕現される」[54]、と考えることができたわけである。

四．むすびに代えて

四―一．ウェーバーとヤスパースの思想史的意義

ウェーバーもヤスパースも「価値判断」における「正しさ」と行為者の主観の関係を学問的に問題化することから議論を出発させている。そしてウェーバーが「価値討議」を通じて、〈意味ある行為〉における意味開明に重点を置いた議論を展開したのに対し、ヤスパースは、〈意味ある行為〉の担い手である人間の存在理由について、「コミュニケーション」を通じて迫ろうとしていた。

いわゆる価値相対主義問題の文脈のなかで通常理解されているような価値相対主義の主張とウェーバーの見解とが異なっているのは既に見てきたとおりであるが、では、ウェーバーの思想の特長とは、いかなる点にあったといえるだろうか。端的に述べるとすれば、ウェーバーの思想の意義とは、〈意味ある行為〉に対して「価値討議」における二つの批判規準を適用し、普遍的な原理に依拠せずとも行為の「正しさ」を学問的に議論しうる道筋を明らかにした点にあった、ということになるだろう。

また、彼は「価値討議」における理解と同意をめぐる問題については両者が全くの別次元の問題であることを踏まえ

ていた。[55] その上で、ウェーバーは、同意に至ることを必ずしも「価値討議」の目的としたわけではなかった。彼は、コンセンサス形成を必ずしも討議の第一義的な目的としてみなさなかったわけである。だが、そうすることによって、どのような討議が可能になるのだろうか。必ずしも合意形成を目指すわけではないといった討議を行うことに、どのような生産性があるのだろうか。討議を合意形成の場として想定するのであれば、こうした疑問が出てくるかもしれない。しかし、例えば、多数者の前であれば些細な「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」の対象として公正な討議の俎上に載せるといったことが、ウェーバーであれば、「価値討議」を構想する上での前提条件としてみなすことができるようになる。[56] 彼にとって重要だったのは、あくまでもコンフリクトをコンフリクトとして「理解」することだったからである。あくまでも底なしの相対主義に陥ることのない、徹底した「価値討議」とは、こうした方向で展開することによって可能になると考えられていた。

では、このようなウェーバーに対し、ヤスパースはどうであったか。この点、彼は、「価値討議」を人間の「コミュニケーション」の一形態として捉え返し、その根底には「現存在」における「不満」と、「実存」としての「愛」という問題があることを明らかにした、ということができる。[57] ヤスパースもウェーバーと同様、同意に至ることを必ずしも第一義的な目的として設定していたわけではなかったが、彼の「コミュニケーション」をウェーバーの「価値討議」と比べてみると、「コミュニケーション」の方に、より具体的で活き活きとした人間存在の様相を看取することができる。というのも、ヤスパースは、まず、「闘いながらのコミュニケーションが、時間的現象の中ではつねに未完結である」ことに注意を促し、時間的現象として「コミュニケーション」を捉えていたからである。そして、「他人と私自身とを、とことん吟味する」ことによって、「コミュニケーション」の当事者たちには、「コミュニケーション」の展開に応じた自己の意見の修正が認められるようになるし、それと同時に、他者の意見を修正するよう異議申し立てをすることも認

められるようになる、と考えていたからである。(58)

換言すると、そこでは、当初設定された問題枠組みを転換していく可能性が双方に等しく開かれてくる、と考えられていた。「コミュニケーション」においては、当事者間における「連帯性」と「同等性」を尊重しようといった意味での規範意識が共有されてくることになる、と考えることもできる。また、「コミュニケーション」の当事者たちの間で共有されるに至った規範意識が、そうした「コミュニケーション」の過程を通じて再度当事者たちの問題関心へとフィードバックされ、みずからの規範意識に対して何らかの働きかけを行うといったことも考えられるわけで、その意味では、「コミュニケーション」のなかに反省的作用を惹起する契機がはじめから埋め込まれていた、ということもできる。

このように、ウェーバーからヤスパースへと継承された思想史的展開を辿るのであれば、そこには、従来理解されてきたような価値相対主義とは異なった形で「価値相対主義」という問題を新たに構成し直し、「克服」していく道が開けてくるように思われるし、そうした点に両者の思想を法哲学研究として取り上げる意義もあると考えられる。

四―二．ウェーバーとヤスパースの現代的意義

では、ウェーバーとヤスパースの思想がもつ現代的意義とはいかなるものになるだろうか。急速に科学技術が発達した当時のヨーロッパの問題状況下で、「価値判断」をくだす際に関わる判断主体における主観の意義を両者が重視していたということは、ある意味で反時代的であったわけだが、このように、何が正しい「価値判断」であるといえるかという点から思想史を検討するのであれば、それは、現代正義論に対して有益な観点を提供しうるように思われる。現代正義論では、例えばロールズ『正義論』のように普遍的／客観的な「正しさ」を提示した上で制度設計を進めていく傾

向を、その主潮として捉えることができるように思われるわけだが、他方で、当のロールズ自身は後年になってから、歴史的・社会的文脈に根ざした形で正義の問題を見直す余地があることを指摘するに至っているということも、今や広く知られるところとなっている。

ロールズの立場転換それ自体は、『政治的リベラリズム』において明確に示されているわけだが、そこでの議論を本稿との関係でまとめるとすれば、普遍的／客観的な尺度にのみ従って「正しさ」を決定したり、行為の次元と無関係に「正しさ」を真理の問題として処理したりするのは、困難であるばかりか誤っている、という点をロールズ自身が自覚するに至ったということである。そして、このような問題が生じてきているにも関わらず、かくも規範的な正義論がなぜ隆盛を極めるに至ったのかという点についての解明が進んでいるかといえば、これまた必ずしもそうではないといった状況に現在の学界の問題は伏在している。

そこには、いくつかの理由を挙げることもできようが、第一に挙げられるべきは、「価値判断」を下す主体の主観性と切断しえない「価値判断」における「正しさ」の問題について、これを客観的に基礎づけられないとみた価値相対主義に対し、実質的な「正しさ」を客観的に語り、普遍的に語り得る方途を『正義論』は示しえている、という理解である。実質的正義論の成立可能性を否定していた価値相対主義の主張は、かくして『正義論』によって突き崩された、というわけだ。第二の理由は、ともあれ『正義論』が「正しさ」を客観的に基礎づけることに成功したということを認めることによって、この際「価値相対主義」のような厄介な問題に対しては幕を降ろし、『正義論』によって価値相対主義問題は克服されたことにしてしまおう、という考えである。

しかし、今や価値相対主義問題をそのような形で突破し、克服しようとするのは不適切な対応であったというべきであろう。ロールズが後年に至って『正義論』のスタンスを翻したのはなぜか。普遍的／客観的な尺度にのみ従って「正

しさ」を決定するのが困難であるとすれば、一方で普遍的／客観的正義の規準なるものを相対化しつつ、しかし、底なしの相対主義とは異なった意味での「価値判断」における相対性と主観性の問題から逃れることは決してできない、ということに気づいたからではないのか。この議論を承認できるのであれば、問われるべきは、まさに『正義論』によって価値相対主義問題を突破し、克服したことにされた、ということの意味でなければならない。すなわち、いわゆる価値相対主義問題とは何だったのか、それはいかなる形で克服されるべきであったのか、こうしたことが現在あらためて問い返されるのでなければならないわけである。

また、こんにち『正義論』以前に盛んに検討されてきた価値相対主義問題と現在取り組むというのであれば、そこには、期せずとも現代正義論の存立基盤と向き合い直すという意味が含まれてくる。より積極的にいいかえるとすれば、現代正義論の出発点へと立ち返ることによって、現代正義論を有効に批判するための視座を獲得する上での重要な契機が浮かび上がってくるかもしれない。しかも、ここには更なる重要な意味もある。もし、こうした見解が正しければ、代表的な価値相対主義者と目されてきたウェーバーとは、現代に先駆ける形で「価値判断」の「正しさ」における客観性の問題と取り組んでいた思想家であったということになるからである。そして、そうしたウェーバーの思想を継承したヤスパースも併せ、両者は、現代正義論が直面しているような問題を「価値判断」における主観性の問題として実に適切な形で捉えていたということになるわけだし、その意味で、現代の問題を先取りしていたということになるからである。

以上の点を踏まえてみると、ウェーバーやヤスパースから読み取られるべき積極的な現代的意義とは、判断主体における主観の問題を無視して「価値判断」の問題を捉えることはできないし、すべきではないといった思考様式のあり方である。たしかに法学に期待されている主要な任務とは、〈法規範〉の担い手である人間の問題に対して正面突破を試

みるというより、むしろこうした問題を脇に置いてでも法秩序における〈法規範〉の客観的意味を探求したり、具体的現実に〈法規範〉を適用するための解釈学を産出したりすることであるという考えは、今なお支配的な見解なのかもしれない。しかし、ウェーバーやヤスパースの議論を通じてわかることは、「価値判断」における主観性の問題を学問的に扱うことは可能であるということにとどまらず、むしろ行為実践との関係から行為主体の価値関心を捉え返さなければならない状況下に私たちが置かれている、ということである。私たちは、価値相対主義問題を現代的にもアクチュアリティを持った問題として、再考すべき絶好の機会を迎えている。また、このように問題の所在が確かめられたのであれば、〈法規範〉の客観的意味探求とは別の問題として、〈法規範〉の担い手である行為主体としての人間の価値関心――〈規範意識〉――についても、これが、いかように共有され形成されてくることになるのかについて、別途探求していかなければならない。

ともあれ、以上のように、ウェーバーからヤスパースへと至る思想史研究を行っていくことによって、必ずしも「価値判断」における「正しさ」の客観的基礎づけを行わなくとも、当事者が「価値討議」や「コミュニケーション」を行うことによって、合理的なコンセンサスを得たり、双方が当初の〈規範意識〉を反省的に変化させていくあり方を認めたりすることができる、ということは確かめられた。そして、ひいては、今後のこうした問題を展望していくための批判的視座を獲得することができた、とも考えられる。長きにわたって法哲学界を悩まし続けてきた価値相対主義問題を「克服」するための糸口は、価値判断の主体における主観の問題と正面から取り組み続けることによってのみ開かれてくる。少なくとも私たちは、そうした具体的なあり方の一例をウェーバーからヤスパースへと継承された思想の中に見出すことができた、といえよう。価値相対主義問題はどのように克服されるべきだったのか。この「克服」の意味を問い直すことは、現代法哲学が対峙すべき喫緊の課題である。

（1）濱真一郎がいうように、「ロールズは、…実質的正義の内容を判断するための客観的基準は「ある」という考えを広める、きっかけを作った」わけだが、そのことによって、「価値相対主義が完全に乗り越えられたわけではないし、客観的基準が固定化されることに批判的な、ポストモダンからの問題提起もある」（深田三徳・濱真一郎編著『よくわかる法哲学・法思想』（ミネルヴァ書房、二〇〇七）一〇一頁）。しかしそうであるとすれば、いや、だからこそ、私たちは、「実質的正義の規準についてどのような理論構成を試みるにしても、先ず価値相対主義の徹底的な検討、それとの十分な理論的対決が必要」であるという加藤新平の問題提起を（加藤新平『法哲学概論』（有斐閣、一九七六）四七一頁）、真摯に受け止めなければならないのではないだろうか。

（2）「価値相対主義…における相対的とは、或る価値の妥当が、相異なる評価主体の関係に於て相対的に定まるということで」、「価値とは…手段的価値ではなくして…、各評価主体にとって、「それ自体に於て望ましいとされるもの」をさす」のであって、「究極的な価値規準については、その客観的（間主観的）な妥当性を理性の力によって基礎づけることはできず、ただ各評価主体の情意とか良心の選択又は非合理的な信仰等に委ねる外ない」（加藤前掲書四七五、四六五頁）。

（3）加藤前掲書四七六頁。

（4）ウェーバーによると、「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」である（M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3. Aufl., J.C.B.Mohr, 1968, S. 252（以下、*GWL.* と略記）（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、「批判的研究」と略記））。ちなみに、当時の彼にとって、もっとも切迫していた問題は、ドイツにおける社会政策の問題である。

（5）「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」。しかし、「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」（Weber, *ibid.*, 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、『客観性』と略記））。

（6）前注（5）を参照。

（7）こうした「価値判断」について、ウェーバーは、「〝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」、と述べていた。したがって、ウェーバーが俎上に載せようとする「価値判断」とは実践的な行為過程で問題となる「価値判断」であるが（前掲注（4）参照）、そうであるとすれば、それは今述べてきたような神と輸血拒否をめぐるような事例において問われてくるような「価値判断」のことでもある。

（8）Weber, *ibid.*, S. 149（『客観性』三〇頁）。

（9）ウェーバーは、「神々の争い」ということに言及し、「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」と述べている。そして、この問題の意味は、以下で言及する「価値討議」によって、「明確」になると考えられている。つまり、「神々の争い」に決着をつけることは学問によっては不可能であるが、そこで何が争われているのかという点について、学問は「価値討議」を通じて明らかにすることができる、という考えを抱いていたわけである（Weber, *ibid.*, S. 603-605, 608（尾高邦雄訳『職業としての学問』（岩波文庫、一九八〇）五三―五六、六三―六四頁）。

（10）Weber, *ibid.*, S. 149（『客観性』三〇―三一頁）。

（11）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））を参照。

（12）前掲注（11）を参照。ウェーバーによると〈技術的批判〉によって、われわれは、以下のことが可能となる。

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。

なお、①から④へと分節化した〈技術的批判〉と次注（13）における⑤から⑦の説明については、Weber, *ibid.*, S. 149 ff.（『客観性』三一－三五頁）を参照。

（13）ここで再構成した〈価値論理的批判〉について、ウェーバーは以下のように論じている。

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、価値論理的に秩序立てた「連関」を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。

(14) ウェーバーは、〈技術的批判〉もさることながら、「目的」の根底にある「理念」を解明し「精神的に理解させる」ことを、「科学のもっとも本質的な任務のひとつ」とみなした上で（Weber, *GWL*, S. 151（『客観性』三三頁））、そうであるからこそ、「価値判断の科学的取り扱い」にとって可能な最後の方法――〈価値論理的批判〉――がある、と考えていた。

(15) Weber, *ibid.*, S. 151（同上書三四－三五頁）。

(16) Weber, *ibid.*, S. 151（同上書三五頁）。

(17) ウェーバーは、「価値討議」について、「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」と述べている。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（Weber, *ibid.*, S. 503（『価値自由』三一五頁））。

(18) 加藤前掲書四七八頁。

(19) 加藤は、〈各人の「理想」に端を発する「価値判断」をめぐる問題をどのように「科学的に」扱うべきか〉という難問を前にして、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考えていた。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ウェーバーに即して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」――そうすることこそ「科学的」である証しになる――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）。しかし、碧海や加藤のように、歴史的・社会的文脈のなかで問題化される「価値判断」の問題を、科学的に客観的／普遍的な真理を追究することによって解決しようとするのであれば、例えば法的判断のような「価値判断」にかんする問題を「理論知」の問題として捉えることにはなるだろうけれども、「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――代わりに、実践上問題となる「価

値判断」を実践とは無縁の地平で正統化／正当化しうる真理の探究に励むことにはなる――。しかし、後の論文（今井弘道「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「価値相対主義の問題性と市民的不服従」（今井弘道編『法思想史的地平』（昭和堂、一九九〇））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。だが、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見解は必ずしも明らかなものではない。それゆえ、こうした問題と取り組むことは、今後の課題である。

(20) 碧海によると「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）（碧海純一『新版 法哲学概論〔全訂第2版補正版〕』（弘文堂、二〇〇〇）一八三―一八四頁）。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」（同書二四二頁）ことは明らかである、と述べている。他方、加藤はこのことについて、ドイツ的な価値相対主義者と比べて「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、…、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」、と述べている（加藤前掲書四八三頁）。

(21) ウェーバーに即していうならば、「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、ということになる（Weber, *GWL*, S. 503（『価値自由』三一五頁））。

(22) ウェーバーは、当時の学会に対して「「あるもの」〔存在〕の認識と「あるべきもの」〔当為〕の認識とは、原理的には区別されなかった」と感じていた（Weber, *ibid.*, S. 151（『客観性』一八頁））。

(23) ヤスパースの次のような弁は、こうした事態を見事に言い得たものとして評価することができる。「私がはじめて哲学の教師になろうと思ったのは、常になされなければならないこと、即ち本来の哲学するはたらきを想起すること、が行われておらない、ということを知ったと思ったときでした。一九二〇年にマックス・ヴェーバーが死にました。…いまや本来の哲学するはたらきを想起させる人が他にないとするならば、私が敢えてそれをやらねばならないわけになりました。こういう意味で一九二一年私が哲学教授の職に就いたとき、私はいまやはじめて計画的な哲学の勉強と哲学に関する著作を始めようと思ったのです」。K. Jaspers, *Rechenschaft und Ausblick. Reden und Aufsätze.* R.Piper & Co.Verlag, 1951, S. 330（以下、本書からの引用は *RuA* と略記し頁数のみを記す）（草薙正夫訳「私の哲学への道」（ヤスパース協会訳『現代ヨーロッパの精神的課題』創元社、一九四九）一七二頁（以下、本書からの引用は『精神的課題』と略記し、頁数のみを記す））

(24) K. Jaspers, *Kleine Schule des Philosophischen Denkens*, Serie Piper, 1974, S. 95（以下、本書からの引用は *KSP* と略記し、頁数のみを記す）（松浪新三郎訳『哲学の学校』（河出書房新社一九八〇）一五四－一五五頁（以下本書からの引用は『哲学の学校』と略記し、頁数のみを記す）。

(25) Jaspers, *RuA*, S. 347（『精神的課題』二〇一頁）。

(26) Jaspers, *KSP*, S. 93.（『哲学の学校』一五〇－一五一頁）。

(27) 同上。

(28) むろん、ヤスパースにとって、「科学におけるこの問題の解明は、今世紀のはじめに緊急のものとなった」わけだが、なかでも、こうした問題に対して「ほとんどかつてみられないほどの情熱をもって、追求した」のは、ウェーバーであっ

た（Jaspers, *ibid.*, S. 95（同上書一五四頁））。

(29) Jaspers, *ibid.*, S. 93.（同上書一五〇－一五一頁）。

(30) Jaspers, *ibid.*, S. 95f.（同上書一五四－一五六頁）。

(31) こうした方向性を考える場合、次のような加藤の見解を踏まえた上で展開していかなければならない。加藤によると、「ヤスパースのいう実存的交流 existentielle Kommunikation というような思想は、たしかに個々人の心の持ち方や倫理的態度決定の上で深い省察を迫るものがあると思うが、そこから、所詮は日常人しかも平均人の共同生活の一般的秩序に外ならぬ法の世界に対して、どういう仕方で、どういう形の通路が開かれてくるのか、何らか客観的実質的な正当性の原理・原則が与えられるものなのか、実存哲学そのものの受けとり方の相異も手伝って困難な問題がある」（加藤前掲書二三四頁）とされる。確かに法哲学において「実存哲学」を扱う上では、こうした問題がある。ただ、ウェーバーのような価値相対主義理解を参照としながらその克服を志向するヤスパースのような思想動向との関係に着目することによって、こうした「困難な問題」を「困難な問題」として終わらせない方途があるのか、あるいはないのか、こうした問題を探求していく必要がある、ということもできる。

(32) K. Jaspers, "Existenzerhellung", in : *Philosophie II*, Julius Springer, 1932, S. 36, 33（以下、本書からの引用は *Phi. II* と略記し、頁数のみを記す）K. ヤスパース（小倉志祥・林田新二・渡辺二郎訳）『ヤスパース・マルセル』（中公バックス・世界の名著 七五）（中央公論社、一九八〇）八七、八四頁（以下、本書からの引用は『世界の名著 ヤスパース』と略記し、頁数のみを記す）ちなみに、ウェーバーは「我々がこの上もなく経験的〝自由の感情〟を抱いてなす行為とは、それが、合理的に、すなわち心的、物理的、〝強制〟や情熱的〝感情〟に左右されることなく、また明確な判断が〝偶然〟くもらされることもなく、遂行されたと我々が意識するような行為に他ならない。つまりこのような行為において、我々は、明確に意識した一つの〝目的〟を我々の知識の尺度、すなわち経験諸規則からみて最も適当とされるこの目的の〝手段〟によって追求するのである」（Weber, *GWL.*, S. 226f.（『批判的研究』一一八－一一九頁））、と述べている。また、ヤスパースは、あくまで「考察は行為ではない」し、「眺めることは実存することではない」、と考えている（Jaspers, *KSP*, S. 95（『哲学の学校』一五五頁））。

(33) ここでの議論については、Jaspers, *Phi. II*, S. 1（『世界の名著 ヤスパース』四九－五〇頁）を参照。

(34) ヤスパースによると、「現存在は現存するか現存しないかのいずれかであるが、実存は可能的なものであるがゆえに、選択と決断を通して、みずからの存在に向かって進むか、それともその存在からそれて無のうちに退くかのいずれか」（前掲注（33）を参照）を選択することができる。そして、人間とは、「現存在」として「他の実存」と出会い、「他の実存」と関係をもつことによってのみ、「実存」としての思いを他者に馳せることが可能になる存在として捉えられている。したがって、ヤスパースにおいては、まずもって、「現存在」が、「実存」においての基底的な条件をなすと同時に、「現存在」における人間とは、「実存」へと向けた条件としての「可能的実存」として捉えられていることになる。

(35) Jaspers, *ibid.*, S. 51（同上書一〇四頁）。

(36) 「私は万人がなすべきことをなし、万人が信ずることを信じ、万人が考えるごとくに考え」ることによって、「個人意識」を全体の「普遍意識」へ何の疑念も抱かずに合致させることが可能な状態である（Jaspers, *ibid.*, S. 50 ff.（同上書一〇四－一〇五頁））。

(37) 「ナイーヴな現存在」では、自己と他者とが未分離のまま意識レベルとしては無意識的に同一化しているので、人々の間で「コミュニケーション」が要請される事態は、そもそも想定さえされていない。

(38) Jaspers, *ibid.*, S. 51 f.（同上書一〇五頁）。

(39) Jaspers, *ibid.*, S. 51 f.（同上書一〇五頁）。

(40) Jaspers, *ibid.*, S. 52（同上書一〇五－一〇六頁）。

(41) Jaspers, *ibid.*, S. 52（同上書一〇六頁）。

(42) 「自我点」相互の間において自己と他者とを識別しうるような標識を得ることは原理的に不可能だが、便宜上そうした区別ができたと仮定すれば、「あらゆる他の自我を事物として取り扱う」ような、「他人そのものが事物」であるとみなすような関係を考えることができるという意味である（Jaspers, *ibid.*, S. 52（同上書一〇六頁））。

(43) ヤスパース自身は、「私は私自身の行為のみによってコミュニケーションの意味を獲得するのではなく、そのためにはそれを他人の行為が出迎えねばならない」と述べている。彼にとって他者存在とは、「われわれ両者は相互承認において、はじめてわれわれ自身となる」ような存在以外に考えることができない。ここでの「相互承認」には、「私」と他者存在とが、互いに手段的存在ではないことを確認し合う、といった意味が含まれている。つまり、「私」にとっては、他者存

在が、それ自体として尊厳をもった「他者」として現れてくることが前提とされている。「コミュニケーションは私の可能的な自己存在の深みから、他人のうちにある同じ可能性から話しかけられて要求されるものであり、このコミュニケーションにおいて私は、そのつどの唯一の他者と共に、私がそれであるものとなる」のであって、「われわれ両者は相互承認においてはじめてわれわれ自身となる」からである（Jaspers, *ibid.*, S. 57（同上書一一〇－一一一頁））。

（44）ヤスパースは次のように述べている。「或る目標を立てようとする意志は、いかなる（科学的な――菅原注）知識からも、正当なものとしては導き出されない。けれども、誠実な理性的存在としての人間の意志は盲目ではないから、この意志は討議における思考を通じていっそうはっきりしてくることもありうる。さらに討議は変化していくだろう。討議している二人は、もともと自分たちが何を欲しているかについて、自分でもいっそう明らかになるだろう。両者は、それぞれ相手の語ったことを、いわゆる《究極の立場》に帰着させようとし、君はそれを本当に欲しているのかという問いで、帰結を示そうとする」（Jaspers, *KSP*, S. 77（『哲学の学校』一二一－一二二頁））。

（45）前掲注（13）、（14）を参照。

（46）Jaspers, *Phi.II*, S.54 f.（『世界の名著 ヤスパース』一〇八頁）。

（47）ヤスパースは、「現存在」／「可能的実存」から「実存」を開明していくための根源、原動力として「不満」を位置づけ、「コミュニケーションに対する不満は実存へ突破するための根源であり、その突破を開明しようとすることのための根源である。…実存開明はコミュニケーションの不満の経験とともに始まる」（Jaspers, *ibid.*, S. 55（同上書一〇九頁））、と述べている。「現存在」では、「個々人は客観的な伝統のうちにあり、その伝統を私にもたらし、私自身はその伝統のうちで代置されるが、それによって（逆に――菅原注）伝統の客観性そのものは少しも変化されない」。つまり、「現存在的コミュニケーション」にとどまっているうちは、みずからを取り巻く所与的条件それ自体を問題化し変革しうるような形態の「コミュニケーション」を展開することができない、そして、みずからとは独立した関係に立つ「伝統の客観性」は些かも微動だにしない、だからここに「不満」が生じてくる、というわけである（Jaspers, *ibid.*, S. 56（同上書一〇九－一一〇頁））。

（48）ウェーバーは、「価値討議」を行った結果、コンセンサスというものは、「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。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、と述べている（Weber, *GWL*, S. 503f.（『価値自由』三一五－三一六頁））。

(49) ヤスパースは、こうした問題について次のように述べている。「討議は本来的なコミュニケーションの手段であるが、まだ（単にそれだけをもってしても――菅原注）そのコミュニケーションの実現であるとはいえない。（現存在としての――菅原注）可能的実存は、自己の信念と意欲との意味を明らかにするために討議に入る。討議する者は両方とも、自分たちが本来何を考えているかをまだ知らない。彼らはその討議において、あの根源、すなわちそこにおいて彼らが一致したり一致しなかったりするところの、…根源に到達しようと努める。けれども、それらの原理は彼らにとって直ちに相対的となる。…もし実存的結合における信頼の意識が他の根源からして既に強力になっているならば、そのときには討議のこの形式は一つの自己存在の他の自己存在との絶え間なき哲学的開明への道である」（Jaspers, *Phi. II*, S. 100（『世界の名著ヤスパース』一五六－一五七頁）。

(50) 「暴力をともなった闘い」とは、「強制し、制限し、抑圧するという働きをする」一切の闘いを意味し、「現存在が暴力をともなった闘いに固く結びつけられたものであるということは、じつは乗り越えられないどうにもならない（現存在にとっての――菅原注）限界状況」である、と考えられていた（Jaspers, *ibid*., S. 235, S. 239（同上書三一二頁、三一九頁））。

(51) ここでは、「闘いということがもつ二つの本質的に異なった様式」が考えられている。曰く、「闘い」とは「暴力をともなった闘い」であると同時に、「他者と共に私に開示される」ような「闘い」のあり方もありうる、というわけである（Jaspers, *ibid*., S. 64, 235（同上書一一八、三一二頁））。

(52) Jaspers, *ibid*., S. 65（同上書一一九頁）。

(53) Jaspers, *ibid*., S. 65ff.（同上書一二〇－一二一頁）。

(54) こうした「コミュニケーション」が成り立つ前提として、ヤスパースは次のようなことを考えていた。「討議している二人は、ともに知ることを欲している。両者は明白な事実をみとめるとともに、もろもろの矛盾を認める。両者はおたがいに耳を傾ける。両者はおたがいに忌避しないことを欲する。しかも両者は、対立のなかで、それぞれの自分の究極的な目標が明らかになることを欲する」ことが必要である、と（Jaspers, *KSP*, S. 77f.（『哲学の学校』一二三頁））。

(55) 前掲注（17）を参照。

(56) かくしてウェーバーは次のように述べた。「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（Weber, *ibid.*, S. 503（同上書三一五頁））。

(57) ヤスパースは、「了解しがたいもの」こそが「コミュニケーション」の根底にあると考えていた。このことについては次のように述べている。「了解可能なものは実は了解しがたいもののうちにある共同体のための媒介であり、了解しがたいものを明晰化の無限の過程へもたらすものである。…だから、単に了解可能なものが主要関心事となれば、…万事が水のように透明に合理化されるならば、共同体としてのコミュニケーションは消失する」と（Jaspers, *ibid.*, S. 62（同上書一一七頁））。

(58) Jaspers, *Phi. II*, S. 243ff.（『世界の名著 ヤスパース』三三六―三三七頁）。

〔付記〕

本稿は、二〇〇七年一一月一〇日に同志社大学で行われた二〇〇七年度日本法哲学会学術大会・B分科会における報告「価値相対主義問題にかんする一考察――ウェーバーからヤスパースへ――」を行うために起草した原稿を補筆したものである。当日の報告概要については、二〇〇八年一〇月発行予定である日本法哲学会編『法哲学年報二〇〇七――法思想史学にとって近代とは何か――』（有斐閣）へと投稿し、過日査読の結果掲載されることが決定されている。しかしながら、上記『法哲学年報二〇〇七』に所収される予定の論文は、時間の関係で縮約された学会報告をさらに圧縮したものにとどまっているため、ここに報告のもとになった草稿それ自体を補筆し、あらためて議論全体の枠組みを示すとともに、別途公表することにした次第である。本稿の起草にあたっては、長谷川晃（北海道大学大学院法学研究科教授）、金澤誠・落合研一（北海道大学大学院法学研究科博士課程）、高田慎二（北海道大学大学院法学研究科修士課程）の各氏、および、森元拓氏（北海道医療大学薬学部講師）より貴重な意見を賜った。記して謝意を表したい。また、本稿に関連する論文として、拙稿「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――現代正義論の思想史的背景として――（一）～（七・完）」（『北大法学論集』第五八巻第一号～第五九巻第一号）がある。あわせてご一読いただければ幸いである。

なお、本稿は、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

無権限者による他人の物の処分と他人の債権の取立による不当利得（一）

――自己の権利領域への無権利者による干渉に対する反動的請求――

藤原正則

目　次

一．はじめに

二．ドイツ法の経緯と現在の状況
1．ドイツ民法典の制定の前後の議論
（1）後期普通法下の不真正事務管理と不当利得
（2）学説の議論
（3）ドイツ民法典の出発点
（4）フロインドの議論
2．他人の物の無権限の処分
（1）ライヒ裁判所の判例
（2）学説の動向
（a）ライヒ裁判所の判例以前から、ＢＧＢ八一六条一項一文の適用、又は、類推適用を支持していた学説
（b）判例に反対の学説
（c）判例に賛成の学説
（3）第二次世界大戦後の判例・学説による所有権保護の拡大
（a）連邦通常裁判所によるライヒ裁判所の判例の継承と発展
（b）学説による追認の一層の擬制化
2―1．小括
3．他人の債権の無権限の取立
（1）ＢＧＢ八一六条二項の機能
（2）ライヒ裁判所の判例と初期の学説
（a）ライヒ裁判所の判例
（b）初期の学説
（3）連邦通常裁判所の判例と第二次世界大戦後の学説
（a）連邦通常裁判所の判例

（以上、本号）

（b）判例に反対の学説
（c）判例を支持する学説
3－1．小括
三．日本法の状況と問題の整理
1．他人の物の無権限の処分
（1）はじめに
（2）他人の物の処分に関する（裁）判例
（3）他人の物の処分に関する学説
2．他人の債権の無権限の取立
（1）他人の債権の回収に関する（裁）判例
（2）他人の債権の回収に関する学説
四．おわりに

一．はじめに

1．他人の動産を無権限で処分したが、第三者が動産を善意取得した場合は、原所有者は無権限処分者に対して不当利得（動産の売却代金、又は、動産の通常の価値）の返還請求が可能である。[1][2] 無権限者が他人の債権の弁済を受領して、債務者が免責される場合（民四七八条、四八〇条）も、債権者は無権限の弁済受領者に対して不当利得返還請求できる。[3] 以上の侵害利得の事例での、動産の原所有者、債権者の不当利得返還請求の成立の可能性に関しては、異論の生じる余地はない。

他方で、（占有離脱物、又は、第三者が悪意・有過失で）無権限者の処分が所有者に対して効力がなく、動産の所有者が第三者に対して所有物返還請求（回復請求）できる場合には、所有者は無権限処分者に対して不当利得返還請求できるか。[4] さらに、無権限者に対する弁済により債務者が免責されない場合も、債権者は債務者に対する本旨弁済の請求（だけ）ではなく、弁済受領者に対して不当利得の返還請求が可能かも問題となる。[5]

2．以上の後者の問題に関して、最判平成一六年一〇月一六日（判時一八八一号六四頁）は、金融機関に対する預金債権を共同相続した二人の共同相続人の一人が全額の払戻しを受けた事例で、金融機関は免責されないにもかかわらず、[6] 金融機関に弁済請求せず、弁済受領した共同相続人に対して不当利得返還請求した他の共同相続人（債権者）の請求を認容している。つまり、判例は、結果的に前示の後者の所問を肯定したことになる。かつ、その際に、判例は、上告人が上告理由で主張した、「債権は存続するから『損失』がない」という無権限の弁済受領者の抗弁は信義則に反するとして退けているが、他方で、債権者の損失の有無には直接には言及していない。債権者の弁済受領者への請求の肯定の理由は、無権限の弁済受領によって債権者の権利行使が事実上の不利益を受ける可能性があること、及び、他人に帰属する債権を取り立てながら、債務者の給付義務の存続を主張するという弁済受領者の矛盾した行為が信義則に反することに根拠が求められている。

さらに、同判例に類似のケースで、東京高判平成六年四月二四日（金法一三九二号四二頁）は、債権者の弁済受領者に対する不法行為による損害賠償請求を認容している。ただし、他方で、判決へのコメントでは、当該事件での債権者の損害の有無には疑念があるが、結論には異論はないであろうと指摘されている。[7] つまり、ここでも債権者の損害の有無に関しては、判決は正面から判断してはいない。

3．以上の平成一六年最判の結論を、学説は一致して支持している。ただし、その理解の仕方は、様々である。例え

ば、最高裁の判示を文字どおりに解して、債権者に損失はないと弁済受領者は信義則上抗弁できないから、債権者は自己の損失の証明を要しないと理解するもの[8]。債権者の弁済受領者への請求を、弁済（受領）の追認の意思表示と理解し、弁済効の確定を説くもの[9]。他方で、同様に追認を前提としながら、追認にもかかわらず、債権者は債務者に対する債権を失うことはないと解するもの[10]。ただし、その場合でも、債務者と弁済受領者は不真正連帯債務の関係にあると説くもの[11]。および、債権者は弁済受領者からの引渡との同時履行での追認が可能であると解するものなどがある[12]。さらに、判例の信義則による判断に依拠して、一方で、債権者が弁済受領者に請求すれば、債務者に対する（本旨）弁済の請求は信義則違反となり、他方で、債務者が債権者に民四七八条の抗弁を主張すれば、債務者の弁済受領者に対する非債弁済の不当利得の返還請求は信義則に反すると、当事者の請求の方向で結果的に実体法上の権利帰属を確定させようという学説もある[13]。ところが、そのように考えても、債権者が弁済受領者に不当利得（又は不法行為）による請求を行い、同時に債務者が弁済受領者に不当利得返還請求した場合には、結局は両者の優劣が問題になる。その場合に、従前から、奥田説は、債権者の請求が優先すると、両者の衝突を調整していた[14]。しかし、債権者が債務者に優先すると解する積極的な理由を見いだすのは容易ではない。特に、債務者の破産の局面を考えれば、弁済受領者への直接請求により、債権者は債務者の破産財団に対して事実上は優先弁済権を取得する結果になることを考慮すれば、債権者の優先権はもとより、不当利得返還請求の成立自体に対する疑念も生じうる[15]。

4．それでは、（裁）判例が直截には債権者の損害・損失を認定しない理由は何であろうか。学説に関しても、追認により自ら不当利得を発生させた債権者の弁済受領者に対する不当利得返還請求を説くもの以外には、同様の疑問が当てはまる。さらに、債権者の弁済受領者への請求に追認を擬制する学説でも、債務者の弁済受領者への不当利得返還請求と債権者の弁済受領者への請求との優劣は判然とはしない。このような状況に鑑みて、本稿は、以上の問題に関する

議論（論点）の蓄積のあるドイツ法を参照して、わが国の問題を考えることとしたい（ちなみに、ドイツ法では債権譲渡には通知・承諾が対抗要件とはされていないから、債務者が譲受人ではなく譲渡人に弁済するという事態は、わが国より頻発する[16]）。その際に、ドイツ法では、債権者が弁済受領者に不当利得返還請求する場合には、債権者の追認（Genehmigung）が不可欠と解されている。さらに、冒頭で呈示した、例えば、他人の動産を窃取した無権利者が動産を処分し、かつ、無権限処分が連鎖した場合に、所有者は善意・無過失の中間取得者（Zwischenerwerber）の処分を追認して、売却代金を不当利得返還請求できると解されている。かつ、債権者の弁済の追認は、所有者による無権限処分の追認の延長線上で議論されている。ところが、わが国の判例を見ても、ドイツの判例と同様に、善意・無過失の中間取得者に対する不当利得返還請求を認容するとは考えにくい[17]。所有者による無権限処分の追認の可能性を説く学説も、必ずしも善意・無過失の中間処分者に対する不当利得返還請求を前提としているようには見えない[18]。そうだとすれば、追認という法律構成上の補助手段（Hilfskonstruktion）の利用可能性では共通の議論が可能であるように見えながら、両者の違いが生じる原因を考えるのは有意味な作業だと考える。

5．そこで、以下では、まず冒頭の二つの所問に関するドイツの判例・学説を紹介する（二）。その上で、ドイツ法から発見された論点を参照して、わが国の問題を考えることとする（三）。結論を先取りするなら、わが国の上述の（裁）判例も暗黙の前提としているように、他人の物の無権限処分も債権の無権限の取立も、広い意味では他人の権利領域（Rechtssphäre）への干渉である。その際に、所有者による無権限処分の追認、債権者による無権限の弁済（受領）の追認を容認した上で、無権利者に対する物の通常の価値（乃至は、売却代金）、弁済受領者に対する給付の返還請求を肯定するなら、無権限者の行為（他人の権利領域への干渉）の結果の引渡を権利者が請求することを認めたということになり、その意味で両者は共通の問題だということになる。しかし、物の所有権（使用・収益・処分）は所有者に排他

的に帰属するが、弁済（物）は債務者の財産に由来し、債権者は当該の債権の帰属は別として、無権限者への給付自体に対しては排他的な帰属を主張できないはずである。かつ、ドイツ法では盗品・遺失物でも金銭・有価証券は善意取得が可能だが（ドイツ民法（以下、BGB）九五三条二項）、それ以外の占有離脱した動産では善意取得は原則として排除されており（同条一項）[19]、わが国の民一九三条、一九四条のような規定を持ち合わせていない。それゆえ、前者での問題の評価は、わが国とは相当に異ならざるを得ない。しかし、無権限者による債権の取立では、より共通の議論が可能だということになる。そこで、本稿の末尾（四・）では、同じく侵害利得でも、不当利得以外の財貨の帰属と取引の安全の制度の構造によって、その具体的な構成、および、不当利得と不法行為の関係は一様ではないことを論じることとしたい。

（1）例えば、我妻栄『債権各論下一（民法講義Ⅳ4）』（岩波書店・一九七二年）［一五〇八］、松坂佐一『事務管理・不当利得（新版）』（有斐閣・一九七三年）一五一頁以下、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為上』（青林書院・一九八一年）八二頁、一九三頁など。

（2）その際に、所有者が返還請求できるのは、物の客観的価値（市場価格）か、売却代金かの評価は分かれている。例えば、前掲・我妻［一五〇八］は、無権限処分者は「対価」を不当に利得するとしている。前掲・松坂一五二頁以下は、ドイツの議論を紹介した上で、客観的価値の賠償を支持する。前掲・四宮一九四頁も同旨。以上に関しては、客観的価値の返還を支持する、藤原正則『不当利得法』（信山社・二〇〇二年）二一七頁以下を参照。

ちなみに、ドイツ法では、ドイツ民法（以下、BGB）八一六条一項一文が、無権利者による有効な処分の場合に、無権利者は「処分により取得したもの（das durch die Verfügung Erlangten）」の返還義務を負うと規定しており、売却代金の返還義務を支持するものが一般的である。ただし、客観的価値の返還を支持する学説もあり、争いがある。わが国の学説も、以上のドイツ法の学説の影響下で議論してきたといえる。以上に関しては、前掲藤原二一七頁以下を参照。

（3）不当利得に関するものとして、前掲注（1）我妻［一五四三］、前掲注（1）松坂一六五頁、前掲注（1）四宮一九九頁、前掲注（2）藤原二二九頁、加藤雅信『新民法体系Ⅴ（事務管理・不当利得・不法行為）』（有斐閣・二〇〇二年）五六頁など。債権総論との関係では、磯村哲編『注釈民法（一二）』（有斐閣・一九七〇年）八一頁［澤井裕］、奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社・一九九二年）五一〇頁、平井宜雄『債権総論（第二版）』（弘文堂・一九九四年）一九八頁、内田貴『債権総論・担保物権（第三版）』（東大出版・二〇〇五年）五六頁など。判例（大判大正七年一二月七日民録二四輯二三一〇頁）も同旨。

（4）学説で明示的に否定するものは、見あたらない。肯定説として、例えば、前掲注（1）我妻［一五〇八］、前掲注（1）松坂一五二頁、前掲注（1）四宮一九三頁以下、前掲注（2）藤原二一六頁などを参照。

（5）この場合にも、明示的な否定説は見あたらない。肯定説として、不当利得に関しては、前掲注（1）我妻［一五四六］、前掲注（2）松坂一六五頁、前掲注（1）四宮一九九頁、前掲注（2）藤原二三〇頁など。債権総論に関しては、前掲注（3）澤井八一頁以下、前掲注（3）奥田五一一頁、前掲注（3）内田五七頁などを参照。

（6）当該準占有者が自称する法定相続分の限度で、民四七八条が適用されるとする、東京地裁平成七年一一月三〇日判時一五七八号七一頁を参照。

（7）金融法務事情のコメント部分では、「本件のように債権が消滅せずに存続する場合に、そもそも損害ありとすべきかというのとは、若干問題の中身が異なる。本判決の結論には異論はないであろうが、不法行為による損害とは何かという興味深い問題を採り上げた注目すべき判決である」とされている（金法一三九二号四三頁）。

（8）笠井修「判批」ひろば五八巻一〇号五三頁以下。

（9）平野裕之「判批」リマークス三一号七〇頁以下、七三頁。

（10）角田美穂子「判批」法セ六〇三号一二〇頁、小野秀誠「判批」金法一七四八号七頁以下。

（11）山田誠一「判批」『平成一六年重判』八六頁以下、八七頁。

（12）藤原正則「判批」民商一三二巻一号一一二頁以下、一一七頁、同「判批」リマークス三四号三八頁以下、四一頁、岡孝「判批」リマークス三二号六頁以下、九頁。

（13）中舎寛樹「判批」金法一七八〇号七頁以下、一〇頁、潮見佳男『プラクティス民法（債権総論）（第三版）』（信山社・

二〇〇七年）三一九頁以下。

（14）前掲注（3）奥田五一一頁。

（15）特にドイツ法で指摘される論点である。例えば、Wulf-Henning Roth, Ist eine Genehmigung bei §816 Ⅱ BGB möglich?, JZ1972, 150ff. を参照。わが国の文献としては、前掲注（12）藤原・民商一一六頁、同・リマークス四一頁を参照。

（16）BGB三九八条　他人との契約によって、債権者はその他人に債権を譲渡できる（債権譲渡）。契約の締結により新債権者は旧債権者に交代する。

以上の帰結として、債務者が旧債権者に弁済した場合に関する、BGB四九七条、四〇八条については、二・3・注（4）を参照。

（17）この点に関しては、本稿の三・での課題であるが、谷口知平・甲斐道太郎『新版注釈民法（一八）』（有斐閣・一九九一年）二八二頁以下［三宅正夫］を参照。

（18）例えば、前掲注（1）四宮一九五頁注（一）の具体例は、AがBから預かった物をCに売却し、Cは所有権を取得しないというケースである。かつ、そこでの効果として、客観的価値賠償と、BのCに対する売却代金への客観的価値の限度での代位が説かれるに止まる。さらに、前掲注（1）・我妻［一五〇八］、前掲注（1）・松坂一五六頁、注（五）では、所有者による無権限処分の追認を認めた判例（大判昭和一〇年九月一〇日民集一四巻一九号一七一七頁、最判昭和三七年八月一〇日民集一六巻八号一七〇〇頁）を指示している。しかし、この判例は所有者の第三者に対する損害賠償請求権、抵当権の抹消請求を、所有者の追認を認定して退けた事例であり、無権限処分を追認して売却代金の返還を認めた事例ではない。さらに、売買の連鎖の事例には言及していない。

以上に関してより適切な事例は、共有者に一人（甲）による共有船舶の全部の処分で、処分者に対する他の共有者（乙）の売却代金の請求を、「他ノ共有者乙カ後日其売買行為ヲ承認シタルトキハ事務管理ノ法則ニ依リ民法第七〇一条第六四六条ノ規定ニ基キ甲カ乙ノ持分ヲ売却シテ受取リタル代金ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ルヤ明カナリ」と判示した大判大正七年一二月一九日民録二四輯二三六七頁であろう。つまり、この判例は、無権限処分を所有者が追認して、無権利者に対して売却代金を請求することを認めている。しかし、この事例でも、当然に無権限処分者には故意・過失があり、善意・無過失の中間処分者に対する請求を認めたものではない。ただし、以上の点に関する検討も、本稿の三・での課題である。

（19）ＢＧＢ九三五条（１）動産が所有者から窃取され、遺失したとき、又は、その他の占有離脱のときは、九三二条乃至九三四条による所有権の取得はできない。所有者が間接占有者にすぎず、かつ、動産が占有離脱したときも、同じである。（２）金銭、有価証券、及び、公の公売で売却された動産に関しては、前項の規定は適用されない。

二．ドイツ法の経緯と現在の状況

１．ドイツ民法典の制定の前後の議論

（１）後期普通法下の不真正事務管理と不当利得

本稿の対象、つまり、他人の動産を無権限で売却した者に対して、所有者は売却代金の請求が可能か、さらに、無権限の弁済受領者に対して、債権者は給付の引渡請求が可能かという問題は、ドイツ民法典以前の普通法では、事務管理（negotiorum gestio）の問題として論じられていた。つまり、事務管理訴権（本人の事務管理者に対する引渡請求（actio negotiorum gestio directa（事務管理直接訴権））、および、事務管理者の費用償還請求権（actio negotiorum gestio contraria（事務管理反対訴権））の成立の要件は、客観的な他人の事務の存在だけで充足されていた。すなわち、一七、一八世紀の普通法の下では、利得禁止の原理（「何人も他人の損失によって利得すべからず」）が事務管理・不当利得・転用物訴権の一元的な基礎とされていたからである。事務管理訴権（直接訴権）は管理人の主観的意思と無関係に、権利侵害の排除という視点から基礎づけられており、管理人の過失のある場合の不法行為、過失を前提としない不

当利得と区別されていなかった。[1] ところが、後期普通法になると、次第に事務管理は独自の制度として不当利得・不法行為から分離し、その積極的契機として利他的意思が要求されるようになりつつあった。かつ、それは事務管理者の本人に対する請求（反対訴権）だけではなく、本人の事務管理者に対する請求（直接訴権）でも同様であった。[2]

さらに、本稿の問題との関係で重要なのは、後期普通法でも動産の善意取得は認められていなかったことである。その下で、無権限で売却された物が第三者（買主）の下で滅失した場合に、所有権を失った所有者は、善意の占有者（処分者）が第三者に対する売却により取得した代金を返還請求できるのかが問題とされていた。既に当時の支配的な見解では、以上の所有者の請求権は、処分者には「他人の事務を管理する意思（animus aliena negotia gerendi）」が欠如するから事務管理ではなく、不当利得（無原因の不当利得（condictio sine causa））の問題だと考えられていた。その上で、物の滅失後は処分者（善意の占有者）はその買主から追奪担保責任の追及（Eviktionsregress）[3]を受けることはなく、取得した代金を保持できるから、占有者の不当利得が問題となると解されていた。

以上の状況を背景として、処分者の不当利得の返還義務に関して、イェーリング（Rudolf Jhering）とヴィントシャイト（Bernhard Windscheid）の間で、当時有名だった論争が存在した。論争の出発点は、イェーリングの論考[4]に始まる。そこで、イェーリングは、善意の占有者が他人物を売却した場合も、所有者は買主に対する所有物返還請求が可能だから、占有者は売却代金の返還請求を受けることはないと主張する。ただし、物が滅失したか、買主が時効取得した場合に、不当利得返還請求を認めたローマ法源はあるが、それは処分者（占有者）が権原を誤信して（titulus putantiva）占有取得しており、取得の原因（causa）を欠く場合である。他方で、所有者は所有物返還請求権を失うから、売却代金への不当利得返還請求（condictio sine causa）が成立するとする。[5] さらに、占有者の処分を事務管理と考え、所有者が処分を追認するという方法も妥当ではないという。[6] その結果、従前の占有者（処分者）に対して、不当利得返還請

求できる要件は、以下の二つとなる。第一が、従前の占有者が善意だが、権原（titulus）を有していないこと。占有者が悪意の場合は、レイ・ヴィンディカチィオに服する。したがって、不当利得の登場の余地はない。さらに、権原を有する占有者が物を消費した場合、つまり、言葉本来の意味で、物自体から（ex re ipso）利得した場合も、不当利得とはならない。第二が、所有者が所有物返還請求権を有しないこと、つまり、時効取得、加工、又は、滅失で所有権が失われたことである。要するに、イェーリングは、処分された物が返還不能となった場合に、かつ、善意だが権原のない占有者に限って、補充的に不当利得返還義務を認めようというのである。加えて、所有者の処分の追認も、物が滅失していない場合は、所有者は所有物返還請求権を有するから、補充的責任は必要ないはずであり、追認による事務管理の成立は不要であると指摘している。(7)

反対に、ヴィントシャイトは、イェーリングの提起した論争を受けて、冒頭で自分の物を処分して占有者が取得した利得を、所有者が返還請求できるのは、善意の占有者一般に対してか、それとも、善意だが権原のない（ohne Titel (=aus putantivem Titel)）占有者に対してだけなのかと問題提起している。(8)その上で、論争の基礎とされたローマ法源を検討して、決定的な解答は得られないことを確認する。しかし、その上で、ヴィントシャイトは、次のように論じている。「自分のために遂行されたのではない事務を、それが客観的には自己の財産領域への侵害だという理由で、それを自分のために遂行されたとして、事務の利益を自分のものとする権利が承認されれば、確かに、私法は相当程度に柔軟で大胆なものだといえよう。しかし、実定法秩序がそうすると決定したなら、善意の事務管理者に対しても、同じことが請求できないのか。・・・善意の事務管理者に利益を保有させることを認めるなら、所有者には事務管理者に対してだけではなく、第三者に対する請求も否定しなければならないはずである。なぜなら、（第三者が所有者から追奪を受ければ）第三者は追奪担保請求によって事務管理者から事務管理によって取得した利益を剥奪するからである。仮に

そこまで行かないなら、善意の事務管理者に対する本人からの請求を否定しても得るところはない」[9]。その上で、ヴィントシャイトは、具体的な問題に則して、該当するローマ法源を検討する。例えば、本稿の対象である、他人の物の処分を追認して、処分者に対して売却代金を請求できるかという問題である。もっとも、以上に関するヴィントシャイトの検討の結果は、これを否定する明確な証左は得られないという消極的な所見である[10]。その上で、権原を有する善意の占有者に対する所有者の請求が確実に認められているといえるのは、付合による所有権の取得に関する法文だけであること。しかし、総じて、原則として、権原を有する善意の占有者に対しても、利得の返還請求が認められていることが確認できるとしている[11]。加えて、ヴィントシャイトは、自説に反対する論拠となりうる法源、および、善意占有者の果実の返還義務を検討し、反対の決定的な証拠は提供されないと結論づけている[12]。その上で、ヴィントシャイトは、権原のない占有者に対してだけ返還義務を認める反対説の論拠を、（一）権原のない善意占有者の責任は、例外的な責任である（要するに、類推可能性に関する議論だが、この問題に関しては決定的な論拠は提供されていないと結論づけている）。（二）権原を有する占有者の利得は不当ではない。（三）権原を有する占有者は利得していない、に要約し、検討を加えている[13]。第二の論拠に対する反論で、ヴィントシャイトは、権限を有する占有者が反対給付を出捐しているから、利得の正当化原因があるというなら、権限のない占有者の出捐も利得を正当化することになるなどの反論を加えている。結論は、権利を基礎づけることのない権原と権原のないことが区別される理由は見あたらないということである[14]。第三の論拠の検討では、占有者には利得はないというのは、換言すると、前主への反対給付が存在するからである。しかし、それでは、権原のある占有者と権原のない占有者の区別の理由にはならない。もっとも、以上の命題が妥当か否かは検討を要するとして、ヴィントシャイトが提出するのが、物を転売した善意の占有者は前主に支払った反対給付を、所有者に対する不当利得返還義務から控除できるかという問題である。学説には対価控除を支持するものも

あるが、ヴィントシャイトは否定すべきだと主張する。というのは、物の転売以前は、占有者は所有者から返還請求された場合は、前主に対して追奪担保責任を追及する他はなかったはずである。[15] したがって、物の転売により、占有者の状況が改善されるべき契機はないからである。要するに、ヴィントシャイトの議論の骨子は、所有者に与えられる保護は、無権利者による所有権の取得が認められない限りで、所有物返還請求権以外の形式でも貫徹され、そのことで取引の安全が損なわれることにはならない、かつ、以上の結論を決定的に否定するローマ法源も発見できない、むしろ、その反対だということである。

以上のヴィントシャイトの主張に対して、イェーリングは、ローマ法源ではなく、実質的な論拠に重点を移して再論し、反論している。すなわち、イェーリングは、ヴィントシャイトの考え方を、物権的な所有権保護を人的訴権によって完全化（Vervollständigung des dinglichen Eigentumsschtzes mittels einer persönlichen Klage）することだと評している。[16] しかし、イェーリングの考え方では、所有権保護のためにローマ法が認めた人的訴権は、二種類に限られる。第一が、所有物が現存する場合の訴権であるが、所有権が滅失・添付などで失われれば、所有物返還請求権と同じく、訴権は消滅する。第二が、不法行為による所有権の侵害に対する訴権で、その場合は、侵害時に所有権が存続していれば足り、訴権の行使時の所有権の存在は要件とはされない。[17] しかし、不法行為訴権は別として、不当利得返還請求権は所有物返還請求に対して補充的にだけ発生するはずである。かつ、以上の点に、物の滅失とは無関係な事務管理訴権と不当利得返還請求権の違いがあるはずである。ところが、ヴィントシャイトのように不当利得を通じて所有権保護を拡張すれば、物が滅失した場合も、所有者は従前の占有者に対しても不当利得の返還を請求できることになる。さらに、以上の人的保護の考え得る拡張としては、物権的な保護の要件から完全に解放されて、所有者は現在の占有者に対して所有物返還請求で物の返還請求をするか、従前の占有者に対して不当利得訴権で利得の返還請求を行うかの選択権を与えられ

ることにもなりかねない[18]。以上を指摘した上で、イェーリングは、物の滅失、混同、果実の収取、時効取得などの事例を検討している。その際に、ヴィントシャイトの考え方では、BがAから窃取した物を善意のCに売却し、売却が連鎖して、物が滅失した場合も、従前の占有者C等に対して不当利得返還請求できる。これでは、法的不安定と混乱が生じる[19]。したがって、従前の善意の占有者に対して所有者が売却代金の返還を請求できるのは、無原因（sine causa）で占有取得した占有者、および、悪意の他権者の相続人という例外的な場合に限られるというのが、イェーリングの結論である[20]。その結果、所有者が占有者に売却代金を請求できるのは、極めて例外的な場合だけに限られる。さらに、善意占有者が物を売却した場合だけではなく、物を消費、加工、混和、付合、時効で所有権を取得した場合も、所有者の不当利得返還請求権は切断されるべきだとされている[21]。

以上のイェーリングの考え方は、法律関係の単純化と取引の安全のために、所有物返還請求が不能となった場合は、悪意の占有者、又は、権限のない善意の占有者に対してだけ、人的訴権（不当利得返還請求権）を制限する解釈論の試みだといえよう。だから、動産の善意取得制度が存在せず、言い換えると、他の手段での取引の安全が指向され、かつ、不真正事務管理が制限されていく時代の傾向からは、イェーリングの立論が通説的立場を形成するだろうことは想像に難くない[22]。事実として、当時の支配的見解も、イェーリングを支持していた。しかし、ドイツ民法典によって一般的に動産の善意取得が認められれば、今度は、ヴィントシャイトの方向に議論が傾いていくだろうことも、ある意味では当然の事態の推移であると考えることも可能であろう。

（1）以上に関しては、前掲一・注（17）三宅二八四頁以下、および、普通法からドイツ民法に至る事務管理と不当利得（転

用物訴権）の関係については、磯村哲「不当利得・事務管理・転用物訴権の関連と分化」（磯村哲『不当利得論考』（新青出版・二〇〇六年）一一一頁以下）を参照。本稿の本文との関係では、一一七頁以下を参照。以下の普通法からドイツ民法制定前後に関する本稿の記述は、具体的に他人の物の無権限処分に関するドイツ法を紹介・検討する三宅論稿と、磯村の学説史研究に、問題発見に始まり、具体的資料の調査のきっかけの殆どを負っている。

（2）前掲注一・注（17）三宅二八四頁以下、前掲注（1）磯村一二六頁以下、一四三頁以下を参照。

（3）ちなみに、他人の物を売却した悪意の占有者は、物の現存とは無関係に、所有物返還請求権（rei vindicatio）、提示訴権（actio ad exhebendum）、盗の不当利得返還請求権（condictio furtiva）によって所有者に対して全利益（volles Interesse）を返還する責任を負う。他方で、善意の占有者の返還義務は、無原因の不当利得（condictio sine causa）の問題と考えられていた。以上に関しては、Rudolf Freund, Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs, Marcus, 1902, S. 2ff.; Detlef König, Ungerechtfertigte Bereicherung, Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, Carl Winter, 1985, S.157ff.、および、後掲注（∞）Windscheid, aaO., S. 301f. を参照。

（4）Rudolf Jhering, Abhandlungen aus dem Römischen Recht, Breitkopf und Härtel, 1844, S. 1ff. (In wie weit muß der, wer eine Sache zu leisten hat, dem mit ihr gemachten Gewinn herausgeben ?), S. 78ff. ちなみに、イェーリング（、および、ヴィントシャイト）の論証は、ローマ法源の引証によるものだが、ローマ法源の理解、および、その引証の妥当性を検討する能力は、筆者にはない。しかし、本稿の目的の限りで、イェーリングの論旨を追っていくには、ローマ法文自体の検討は不可欠なものではないと考える。その理由は、例えば、石部雅亮「明治期の日本法学の国際的ネットワーク―穂積陳重・岡松参太郎とヨーゼフ・コーラー」石部雅亮『法学部における理論教育と実務教育（科研報告書）』二〇〇七年一〇二頁以下、一〇七頁の、「ドイツでもまた、19世紀の後半には、イェーリング（R. Jhering）やヴィンドシャイド（B. Windscheid）にみられるように、ローマ法源の歴史的考察よりも、それにとらわれず、ローマ法における普遍的・一般的なものを抽出し、そこに理性的法秩序の範型をみようとする傾向が有力になり、その限りで共通の認識が広がっていた」という記述を参照。

（5）前掲注（4）Jhering, aaO., S.79.

（6）前掲注（4）Jhering, aaO., S.80f.

（7）前掲注（4） Jhering, aaO., S.84f.

（8）Bernhard Windscheid, Zwei Fragen aus der Lehre der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung (Leipziger Dekanatsprogramm von 1878), in gesammelte Reden und Abhandlungen, Hrsg.Paul Oertmann, Duncker und Humblot, 1904, S.301ff., S.301f.

（9）前掲注（8） Windscheid, aaO., S.309f.

（10）前掲注（8） Windscheid, aaO., S.311ff.

（11）前掲注（8） Windscheid, aaO., S.310ff., S.315f.

（12）前掲注（8） Windscheid, aaO., S.316ff., S.321f.

（13）前掲注（8） Windscheid, aaO., S.323ff.

（14）前掲注（8） Windscheid, aaO., S.330ff.

（15）前掲注（8） Windscheid, aaO., S.332ff.

（16）Rudolf von Jhering, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache verpflichtet, nach deren Untergang dem Eigentümer derselben den gelösten Kaufpreis herauszugeben ?, Ein Beitrag zur Lehre von der Grenzen des Eigenthumsschutzes, JherJb (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts), Bd. 16 (1878), S.230ff., S.238.

（17）前掲注（15） Jhering, aaO., S.238.

（18）前掲注（15） Jhering, aaO., S.240.

（19）前掲注（15） Jhering, aaO., S.240ff., S.289ff.

（20）前掲注（15） Jhering, aaO., S.316.

（21）前掲注（15） Jhering, aaO., S.317f.

（22）例えば、Windschid / Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.2, 8.Aufl., 1900 (Nachdruck, Keip, 1997), §422 (S.817), Note.8 にあげられたイェーリングを支持する文献を参照。さらに、以上のイェーリングとヴィントシャイトとの論争も含め、BGB八一六条の成立に関しては、前掲注（3） König, aaO., S.157ff. を参照。

（2）学説の議論

以上のような状況を前提に、例えば、ゾイフェルト（Lothar Seuffert）は、一八六八年に他人の物（物権的権利）や債権を処分した場合に、権利者は処分を追認できるかを論じている。ゾイフェルトは、AがBの物をXに売却し、後にBが追認したが、Aは売買契約の締結の際に、Bの事務を処理する意思を有していた場合と、意思を有していなかった場合を例としてあげる。AにBの事務処理の意思があった場合は、Bの追認は事務処理の追認（Einwilligung）に他ならない。したがって、追認とその効果は、事務管理（neg. gestio）の準則による。さらに、AがBの名前で行為したか否かで、顕名代理か非顕名代理かの違いがあるにすぎない。その結果、追認の一般理論により、追認は遡及効を有する。以上の理は、他人の債権の譲渡、物権的権利の設定でも同様であり、権利移転に引渡（Tradition）の必要な場合でも結論的には同じである。他方で、Aに事務管理の意思のない場合も、同様である。さらに、「所有者の事務を管理する意思なしで、他人の物又は債権に関して法律行為を行うことはありうる。このような売却行為は、その対象が他人に属するものだから、所有者乃至は債権者の行為領域（Geschäftskreis）に属しているから、客観的には他人、しかも権利者の行為のように映る行為が存在することになる。以上のような行為に関しては、本書の主な叙述部分で、その行為領域での行為がその権利対象に属する者は、売主が事務管理者として行為する意思を持っていなかった場合も、あたかも事務管理の意図を持って行為した者が行ったかのように、その行為を扱う権能を有することを見てきた」[23]。したがって、追認によって、行為者が事務管理者であったように扱うことが可能だとされている[24]。

他方で、ツィマーマン（Ernst Zimmermann）は、一八七二年の事務管理に関する論考で、事務管理を真正事務管理（ächte negotiorum gestio）、および、悪意の不真正事務管理（unächte negotiorum gestio, die auf dolus malus beruht）と善意の不真正事務管理（unächte negotiorum gestio bona fide）に分類し、善意の不真正事務管理による本人の直接請

求（unächte actio negotiorum gestorum diercta）の一環として、他人の物の処分による利得と、他人の債権の回収について論じている。[25]

ツィマーマンは、他人の物の処分による不当利得の要件は、第一に処分者が権原を誤信して処分したことだと指摘する。加えて、取得者の下で物が滅失、時効取得、又は、発見できないことにより、所有物返還請求が不能となる必要があることを確認する。さらに、以上のような偶然の事態とともに、所有者による承諾（Genehmigung）、つまり、売却を事後に追認（Ratihabition）することで、受領した反対給付の返還請求が可能かという面倒な問題が存在すると、ここでの問題を取り上げる。ツィマーマンによれば、これを肯定すべき理由は、追認した場合も所有者は所有物返還請求権を失っている点では変わらないことである。反対に、否定する理由は、滅失・時効取得・発見不能は所有者の意思と無関係に所有物返還請求権が消滅し、明らかに不当利得訴権の必要性がある緊急事態のケースだということである。[26]その結果、ツィマーマンは、後者の理由で、イェーリング（Abhandlungen S.82ff.）に賛成して、追認の権限を否定すべきであろうとする。加えて、学説は論じていないが、追認が行われた場合の効果はという難問が残るとも指摘する。つまり、追認により追認者は所有権を失い、何らかの不当利得返還請求が可能なのかである。ツィマーマンの答えは、追認により所有者は処分者に贈与したか、反対給付を請求するとしか解釈できない。しかし、真正事務管理の要件は存在しないから、結果として売却代金を取得するための追認は不可能である。結論として、追認は効果を発生させないというのである。[27]

今ひとつ、他人の債権の回収の場合は、例えば、自分がVに属する債権を取り立てたり、更改しても、無効（例えば、更改）又は取消が可能（例えば、取立て）で、権利者に対しては効力を有しない。Vが追認しても、以上の事態は全く変わらない。なぜなら、自分が取り立てた債権は、自分がそうだと考えた債権であり、この債権に対してはV（債権者）

は処分権限を持たないからである。自分が債権を回収した場合も、（債務者の）非債弁済の不当利得（condictio indebiti）を追認によって奪うことはできない。追認によって、自分が利得することも、Vが（現実に存在する）債権を失うこともない。同様の理由で、自分が勝訴判決を得て債務の弁済を受けた場合も、無原因の不当利得（condictio sine causa）や利益による事務管理訴権（utilis actio negotiorum gestio）が発生することもない。なぜなら、確かに、自分は非債弁済の不当利得を請求されることなく利得しているが、債権者は債権を失わず、損害を被っていないからであるとされている。[23]

要するに、ツィマーマンは、他人の物の処分による所有者の不当利得返還請求は、真正事務管理の要件を具備しないという理由で否定し、他人の債権の回収では、それに加えて、回収したのは「他人の」債権ではなく、債権者は債権を失わない、さらに、債務者の弁済受領者への非債弁済の不当利得返還請求権を追認によって奪うことはできないという理由で、不当利得返還請求を退けている。

反対に、モンロイ（Ernst von Monroy）は、所有者の追認（Ratihabition）を肯定している。モンロイの考え方は、以下の通りである。まず、故意に他人の物を処分した場合に、所有者が後に追認することができるのは当然である。さらに、自己の物と誤信して他人の物を処分した場合は真正事務管理ではないというのが、ツィマーマンが追認を否定する理由である。しかし、故意に他人の物を処分した場合には、不真正事務管理であるにもかかわらず、ツィマーマンは、「権利者は他人の行為の結果を自己のものとすることができるとして」、真正事務管理の場合と同様に本人の直接訴権を認めている。だから、故意の侵害の場合に追認を承認するなら、誤信による侵害の場合も追認可能なのは当然の帰結（Konsequenz）であるとモンロイは考える。加えて、故意の他人の物の処分の追認が可能なのは、故意の行為者の主観的契機ではなく、他人の所有権の行使という純粋に客観的契機（das rein objektive Moment）が根拠となっているか

らであるという。さらに、物の滅失・時効取得・発見不能という緊急の場合に限って不当利得が必要となるという、ツィマーマンのあげる論拠も決定的ではない。以上は制限的な例示ではなく、それ以外のケースでの追認による事務管理債務の発生を排除するものではないとモンロイは指摘している。[29]

他方で、他人の債権を無権利者が処分（譲渡・質入）した場合は、追認は不可能だとモンロイは考えている。というのは、所有権は譲渡可能な権利である。所有権が譲渡されても、後主の占有下では、前主の存在は物自体からは分からず、一方の権利主体から他方の権利主体へと完全に移転する。しかし、債権では話が違う。ローマ法とは異なり、現在は債権譲渡は認められてはいるが、所有権と同様の流動性があるわけではない。債権は譲渡されても、その本来の法的構造が保たれている。かつ、債権の債権者への密接な関係が、この問題の基礎となっている。つまり、他人の債権の譲渡が無権利者の名前で行われても、債権者の権利の行使ではなく、その効力もその対象に関しても、他人の債権とは全く無関係である。したがって、債権者の追認は不可能であり、仮に、追認すれば、それは債権者自身の債権の譲渡であり、追認ではない。以上の理は、他人の債権の取立にも当てはまる。つまり、例えば、DのTに対する債権を、無権利者Gが自己の債権と誤信し又は悪意で、自己の債権として取立てた場合は、Gの取立てた債権は、真の債権者Dの債権ではなく、そうであると無権利者Gが称した存在しない債権だからであると、モンロイは主張している。[30]

以上のゾイフェルト、ツィマーマン、モンロイの議論の対比から、以下のように考えることも可能であろう。まず、ゾイフェルトは追認による不真正事務管理を肯定するから、他人の権利領域への干渉である点では共通する、他人の物の処分と債権の処分とを区別していない。反対に、不真正事務管理に対して否定的なツィマーマンは、物の処分だけではなく、債権の処分、取立のいずれでも追認の可能性を否定する。他方で、モンロイは、物の処分の追認は肯定するが、債権の処分、および、取立の追認は否定する。かつ、後者の根拠は、債権者が変われば債権の同一性は存在しないとす

る点で、ツィマーマンと共通する。つまり、物の所有権の対象は、空間的・有形的に他とは区別されており、かつ、対象（の使用・収益・処分権）は所有者に対して排他的に帰属している。他方で、債権は債務者の行為に対する債権者の権利であり、しかも、弁済された物は、債務者の財産に由来しており、債権者に排他的に帰属するわけではないからであろう。だから、他人の権利領域への干渉だけを根拠とする権利者の反動的な引渡請求（客観的要件だけによる事務管理の成立）が否定されれば、同じく他人の権利領域に属する事務でも、権利の権利者への帰属性の強弱が区別されることになることになるのであろう。

(23) Lothar Seuffert, Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte, Stahel'sche Buch=und Kunsthandlung, 1968, S.113.
(24) 前掲注（23）Seuffert, aaO., S.110ff.
(25) Ernst Zimmermann, Aechte und unächte negotiorum gestio, Ein Beitrag zum römischen Obligationenrecht, J. Ricker'sche Buchhandlung, 1872. 前掲注（1）磯村一四四頁は、事務管理の成立、しかも、本人の直接訴権（actio directa）に関しても事務管理意思を要求する傾向は、一八七〇年代以降、特に、ツィマーマンの労作以来、有力化し、普通法の大勢となったと指摘している。
(26) 前掲注（4）Jheringを参照。
(27) 前掲注（25）Zimmermann, aaO., S.55f.
(28) 前掲注（25）Zimmermann, aaO., S.57ff. ただし、ツィマーマンは、表見相続人が債権を取り立てた場合は、相続人は追認して相続回復請求（petitio hereditas）が可能だとしている。
(29) Ernst von Monroy, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte, Stiller'sche Hof und Universitäts=Buchhandlung, 1878, S.98ff.
(30) 前掲注（29）Monroy, aaO., S.113ff.

（3）ドイツ民法典の出発点

以上のような状況を背景に、ドイツ民法典は成立したのだが、本稿にとって重要なのは、ドイツ民法が（悪意の侵害者に対する準事務管理（BGB六八七条二項）は別として）不真正事務管理を退け、かつ、動産の善意取得を承認したことである。[31] さらに、後者との関係で、BGB八一六条一項、二項の規定がおかれた。

まず、事務管理に関してであるが、例えば、理由書（Motive, Bd. Ⅱ, S.869f.）では、以下のように説明されている。

「（客観的には）他人の事務を自己の事務と考えて、本当は事務が関係する者のためにではなく、事務が処理されたときは、事務管理（negotiorum gestio）に関する規定は適用されない。その場合にも、不法行為による事務処理者の責任は排除されないが、事務処理者と本人は、相互に事務処理によってもたらされた不当利得による責任を七四八条二項の基準で負担する。この点で、本草案は幾つかの現行法[32]とは部分的には異なっている。しかし、このような場合に、まず本人に事務管理直接訴権（actio neg. gest. directa）を認めるなら、やはり一般原理との抵触は避けられない。事務処理者に過失がないことを前提とするなら、客観的な他人の事務が存在すれば、事務管理直接訴権の要件は具備されるという、何度か立法過程でも提案された原則を、支持することはできない。直接訴権、つまり、法的意味での事務管理の不可欠の要件は、他人の事務を遂行するという事務管理者の意識と、それゆえにそれを取り巻く事情から避けがたく看取される意思である（八五五頁、八五六頁を参照）。問題の事例では、事務管理反対訴権（actio negot. gest. cotraria）が適用される余地は、ますます存在しない。事務処理者に他人のためにする意思（animus obligandi）がないから、それだけで反対訴権は排除される。そうではなく、事務処理者と本人は、不当利得返還請求権（七四八条）に制限される。とはいっても、不当利得の返還義務の他に、事務処理者の第三者の権利領域への侵害が過失による加害行為であるがゆえに、事務処理者が不法行為に関する一般的原則（七〇四条以下）による責任を負担する可能性もある。過失による不

法行為が問題となるがゆえに、以上の方向では、事務処理者の誤信に過失があるか否かは重大な意味を持つことになる（2項）。

本人の側からの事務の追認の効果に関しては、本草案は規定をおいていない。通常の意味での追認、つまり、追認により本人が、自身の権利領域を拡大して、上述の事務管理の原則に抵触しながら、事務管理直接訴権による請求権を創出する効果を伴って、事務処理者との関係を承認するような単独行為は、この局面では論外である。同様に、以上のような一方的な追認が、本人に対する事務管理反対訴権を基礎づけることもあり得ない。一般原則に従って、一項の場合には、その変更は単独行為ではなく契約によるという、草案の規定により成立した関係に服することになる。法規定によって以上を変更する根拠は存在しない。」

つまり、準事務管理を除く不真正事務管理を承認しないだけでなく、本人が追認して同様の法効果を発生させることもできないというのが、立法者の明示的な意思であった[33]。その結果が、BGB六八七条の規定である。すなわち、BGB六八七条（一）他人の事務を自分の事務と考えて遂行したときは、六七七条から六八六条の規定は適用されない。

（二）その権限がないことを知って、他人の事務を自分の事務として遂行した場合は、本人は六七七条、六七八条、六八一条、六八二条による請求権を行使することができる。本人が以上の請求権を行使したときは、事務処理者に対して六八四条一文による責任を負う。

他方で、先のヴィントシャイトとイェーリングの議論との関係では、他人の物を無権限で処分して第三者に善意取得させた善意の占有者の責任は、BGB八一六条一項に規定がおかれた。さらに、同様に他人の債権の弁済を受領して、債務者に弁済効が発生した場合の弁済受領者の責任は、同条二項に規定がおかれた。他方で、添付による不当利得返還

請求は、九五一条に規定がおかれることになった。

具体的には、以下のとおりである。

ＢＧＢ八一六条（一）無権利者が目的物を処分し、これが権利者に対して有効であるときは、無権利者は、処分によって取得したもの（das durch die Verfügung Erlangte）を権利者に引き渡す義務を負う。処分が無償で行われたときは、処分によって直接法律上の利益を得た者が　同一の義務を負う。

（二）無権利者に対して給付を行い、これが権利者に対しても有効であるときは、無権利者は、給付されたものを権利者に対して引き渡す義務を負う。(34)

ＢＧＢ九五一条（一）第九四六条から第九五〇条の規定により権利を失った者は、権利の変更により利益を取得した者から、不当利得の返還の規定によって償金を請求することができる。原状回復は請求できない。

（二）不法行為による損害賠償義務に関する規定、及び、費用の償還と施設の収去権に関する規定の適用は排除されない。第九四六条、第九四七条の場合は、主物の占有者が付合を生じさせたのではないときも、占有者の所有者に対する収去権に適用される規定による収去が許される。

つまり、普通法下での議論は、ドイツ民法の規定からは、見て取ることが不可能となったのである。(35)

加えて、以下の議論と関係するドイツ民法典の規定をあげておく。

ＢＧＢ一八四条（一）別段の定めがないときは、事後の同意（追認）の効力は、法律行為の時に遡る。

（二）追認以前に法律行為の目的に対して行われた、追認者の処分、強制執行・仮差押の方法での処分、又は、破産管財人の行った処分は、追認の遡及効によってその効力を失わない。

ＢＧＢ一八五条（一）権利者の同意（Einwilligung）を得て行ったときは、無権利者の物又は権利（Gegenstand）の

処分は有効である。

（二）権利者が処分を追認した（genehmigen）とき、又は、処分者が物又は権利を取得したとき、又は、権利者が処分者を相続し、かつ、単純承認したときは、処分は有効となる。後二者の場合は、物又は権利に関して相互に矛盾する複数の処分が行われたときは、先の処分だけが有効となる。

BGB三六二条（一）債務の給付が債権者に行われたときは、債権関係は消滅する。

（二）第三者に対して履行の目的で給付がされたときは、第一八五条の規定が適用される。(36)

(31) ドイツ民法の善意取得の承認、および、それと関係する不当利得の規定の立法の経緯については、前掲注（3）König, aaO., S.159ff. を参照。

(32) この部分で、理由書の注（1）では、以上とは違って、本人は事務管理による直接訴権を取得するが、事務処理者は本人に対して不当利得返還請求できるに止まるという規定をおく立法（および、立法提案）が指示され、他方で、プロイセン法では、事務処理者は事務管理による権利・義務は取得しないが、転用物訴権（nützliche Verwendung）が適用されると紹介されている。

例えば、わが国のパンデクテン方式の模範となった、ザクセン民法では、事務管理の項目に、以下のような規定がおかれていた。

一三三九条　委任なしに、又は、委任が無効で、又は、委任は存在しても、それが本人の委任に基づくものではなく、又は、事務管理人に委任されたものではないときは、委任なしで他人の事務が管理されたことになる。事務管理人が、委任のないことを知っていても、委任されていると誤信していたときも、同様である。

一三二四条　自己の事務と誤信して他人の事務を管理したときは、事務の管理を受けた者は、本人の権利を取得するが、事務を管理した者に対しては、利得が現存する限度で責任を負う。Bernhard Francke, Das Bürgerliche Gesetzbuch für

das Königsreich Sachsen nebst der Gerichtsordnung und anderen hiermit in Verbindung stehenden Reichs und Landesgesetzen, 3.Aufl., 1892, S.247 による。

今ひとつ、バイエルン草案では、

七四八条　事務管理人が第三者の事務を自己の事務と誤信して管理したときは、事務管理者は本人に対して上記の規定にしたがって責任を負う。

本人は、事務管理による利得がある限りで、事務管理人に対して責任を負う。

以上の草案の理由書では、「以上の規定は一般的に認められた法原則と一致するから、以下の点に留意するだけで足る」とした後に、他人の事務を自分の事務と誤信した場合は、「事務管理者の側には、本人を自分の行為によって義務づけようという意思がない」から、本人は不当利得の責任だけを負う。他方で、「本人の請求権にとっては、どのような意思で第三者が自己の事務に干渉したかは重要ではない。だから、他の場合と全く同じ請求権が本人に帰属する」と説明されている。Entwurf eines bürgelichen Gestzbuches für das Königsreich Bayern, München, Christian Kaiser, 1861, S.227 (Nachdruck Scientia, 1973).

他方で、プロイセン一般ラント法では、第一部（Theil I）第一三章（Dreyzehnter Titel（物の所有権及び権利の第三者による拡張））第二節（Zweyer Abschnitt（事前の委任のない他人の事務の引受））に、以下の規定がある。

二二八条　原則として、他人の委任、又は、明文の法規定により与えられた権利なしに、他人の権利に干渉する権限は認められない。

二二九条　以上の干渉を行った者は、干渉を受けた所有者に対しても第三者に対しても、責任を負う。

二三〇条　ただし、特別な権利なしに、他人の物、又は、行為の利益を自己のものとすることは許されず、他人の損失によって利得することはできない。

以上の規定を前提とする、他人の債権を取り立てた無権利者の責任に関するプロイセン上級裁判所の判例については、後掲二・3・注（7）を参照。

(33) Protokolle Bd. II, S.741f. も参照。事務管理の追認が、事務処理者の損害賠償義務の免除を目的とすること、理由書（Mot. II S.867）の立場に変更がないことが確認されている（S.867）。さらに、他人の事務を自分の事務と誤信した場

合に、事務処理者の不法行為責任は排除されないが、本人と事務処理者は不当利得の規定に従って責任を負うことも確認されている（S.868）。

前掲注（22） Windscheid / Kipp, aaO., §431 (S.870), Note.18. も参照。後者の注で、ヴィントシャイトは、普通法の状況と事務管理の可能性を概観した上で、所有者の追認による不当利得返還請求が可能かは困難で争いのあった問題であると指摘し、ツィマーマン（前掲注（25））とモンロイ（前掲注（29））を指示している。かつ、ヴィントシャイト自身の考え方は、従前の自著（前掲注（8））を指示するに止めている。そこでのヴィントシャイトの結論は、この請求を否定する確実な証左はないという消極的なものであった。つまり、ヴィントシャイトは、一方で善意の処分者が売却代金を請求された場合に、前主に支払った対価の控除の可能性を否定している。その論拠は、占有者が物を転売する前に所有物返還請求されれば、前主に対する追奪担保責任を追及する他はなかったから、物の処分によって占有者の地位が改善される根拠はないというものであった。以上の論拠は、第三者の下で物が滅失などしていないが、所有者が処分を追認して売却代金を請求した場合にも当てはまる（以上に関しては、前掲注（8）に関係する本文を参照）。しかし、上記のヴィントシャイトの注の関係する本文は、ドイツ民法典が不真正事務管理を排除したという記述である。以上から、自説を貫徹すれば到達しうる法律構成が、その機能としては、民法典の不真正事務管理の否定と抵触する可能性を、ヴィントシャイトは危惧していたのではないかと推測することも可能であろう。

（34） 椿寿夫・右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』（三省堂・一九九〇年）による。

（35） 前掲注（3） König, aaO., S.161 は、その結果、民法典成立後のドイツの民事法の解釈学は、普通法の議論を忘却してしまったと指摘している。ちなみに、BGBの準事務管理と利益の返還に関する不当利得の規定の立法過程に関しては、花本広「ドイツ法における利益引渡責任（Gewinnhaftung）－ドイツ民法六八七条二項・八一六条一項・八一八条一項・二項・九五一条の成立史から－」『現代契約法の展開（好美清光先生古稀記念論文集）』（経済法令研究会・二〇〇〇年）一九三頁以下が詳細である。

（36） 椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』（日本評論社・一九八八年）による。

（4）フロインドの議論

ところが、民法典の施行から間もない一九〇四年に、現行の民法典を前提とする解釈論として、フロインド（Rudolf Freund）は以下のような議論を展開している。

ローマ法でも普通法でも、同意（Einwillgung）は、一般的に物権的に有効ではない法的行為（Rechtsakt）を有効とする効力を有していた。自己の権利領域への他人の処分を追認する（genehmigen）可能性は、権利者に対して制限されてはならない。それでは、物の支配の不当な制限である。ただし、追認した処分を自己に帰属させるための追認を、ツィマーマンは拒否している。（物の滅失などで所有物返還請求が不可能となったときに、始めて不当利得が問題になるから）所有物返還請求に対する不当利得返還請求の補充性と、自ら権利喪失を発生させる行為である追認とは矛盾すると考えるからである。ところが、それでは、所有者は売却代金の返還のほうが有利な場合でも、所有物返還請求権の行使を強制されることになる。他方で、ローマ法源からは明確な答えを発見できなかったヴィントシャイトは、所有権の喪失が所有者の意思によるか否かを全く区別していない。ローマ法源が肯定するのは、悪意の占有者の処分を事務管理として追認して、不当利得返還請求する可能性だけである。しかし、処分の追認の可能性を否定して、悪意の占有者に比して善意の占有者に寛容性を示そうと試みても、所有者が現在の占有者に対して所有物返還請求権を行使すれば、善意の占有者も追奪担保責任を問われるから、結局は目的は達成されない。しかし、ヴィントシャイトに与して、権原を有した善意占有者に対する不当利得を肯定すれば、ローマ法でも無権利者の売却の追認を肯定する法源は存在する。以上が、フロインドの普通法での議論とローマ法源に対する考え方である。

他方で、現行法ではＢＧＢ一八五条で、無権利者による他人の権利の処分を有効にする可能性として、同意（Einwillgung）と並んで追認（Genehmigung）が規定されている。したがって、追認の基礎に売買、贈与、事務管理な

どの原因（causa）が存在しない場合は、ＢＧＢ八一六条が適用されて無権利者に対する不当利得返還請求権が発生する。さらに、不当利得返還請求権の補充性も問題にならない。確かに、悪意の処分者は、準事務管理による責任を負う。しかし、ＢＧＢ八一六条は処分者が善意か悪意かを区別していないから、その限りで不当利得返還請求権の補充性を問題にしていないと解することができる。

さらに、ＢＧＢ六八七条の規定も、以上の解釈とは矛盾しない。善意の事務管理者に対する不真正事務管理（unechte negotiorum gestio）による訴権の拒絶と、不当利得返還請求の肯定とは別の問題だからである。却って、権利者と不真正事務管理者の間の財貨移動を矯正するのが、不当利得法である。その結果、当然に適用されるのが、ＢＧＢ八一六条の規定であり、同条は無権利者の処分の有効性の根拠を問題にしていないと考えることができる。[37]

その上で、フロインドは、以上の解釈で問題になることを幾つか検討している。例えば、物が第三者の下で付合、加工で所有権取得された場合に、所有者は第三者に対する債権的な請求権を取得するから、ＢＧＢ八一六条は適用されるのかという問題である。しかし、所有者は追認して、無権利者の処分を物権的に有効として、不当利得返還請求することは、同条の文言とは矛盾しない。ただし、ＢＧＢ九五一条の請求権がいったん発生したら、後に権利者が追認しても除去することはできない。しかし、ＢＧＢ九五一条の請求権を放棄した場合は、ＢＧＢ八一六条の請求を排除するわけにはいかない。[38]さらに、両者が並存して、処分者と第三者は連帯債務の関係に立つと解する余地もある。

さらに、フロインドは、他人の債権の取立の債権者による追認も可能だとする。まず、フロインドは、他人の債権を処分しても、債権者に帰属する債権と無権利者が処分した債権との間には同一性が存在しないから、債権者の追認は観念できないというモンロイの普通法下の議論を紹介する。しかし、一定の客観的なメルクマールが存在すれば、債権の同一性が存在すると考えることを、取引は要求していると、フロインドは主張する。

したがって、現行法の民法典の下では、無権利者が他人の債権を処分することは可能であり、かつ、現実に債権が同一だというメルクマールが存在すれば、債権者は処分を有効とすることが可能である。現に、現行法ＢＧＢ一八五条は第一次草案では三一〇条だったが、そこで問題にされていたのは、他人の債権の処分だった。ＢＧＢ三六二条では、無権利者に弁済目的で給付された場合は、ＢＧＢ一八五条が適用されて、追認が可能だとされている。

以上の追認の結果は、原則として、ＢＧＢ八一六条が適用された場合と同じである。その上で、不当利得返還請求が可能か否かは、追認の可能性と同様に、債権の同一性に依存している。特に、債務者が破産したときに、債権者は非債弁済されたのは自分の債権だと主張して、弁済受領者に不当利得返還請求することはできない。つまり、弁済されたのは自分に帰属する債権（例えば、弁済受領者は債権者への債権譲渡人）だったと証明できないときは、非債弁済の不当利得は破産財団に帰属するというのが、フロインドの議論の骨子である。(39)

その上で、最後に、フロインドは、新たに規定がおかれたＢＧＢ八一六条は、いわゆる不真正事務管理の場合に、他人の財産の処分を追認により物権的に有効となるときは、ＢＧＢ六八七条を補完して完全なものとすると指摘している。(40)だから、フロインドの目標は、後期普通法を継承したドイツ民法典の立法の過程で否定された不真正事務管理を、ＢＧＢ八一六条の規定によって部分的に復活させようという試みだと考えることもできよう。

(37) 前掲注（3） Freund, aaO., S.38ff.

(38) 前掲注（3） Freund, aaO., S.44ff. 今ひとつフロインドが検討しているのが、物が滅失・時効取得された場合にも、処分者への請求が可能かという問題である。なぜなら、物の滅失・時効取得は、所有者の危険であり、その副次的効果として、処分者に売却代金の返還を命じる余地はないという考え方もあるからである。しかし、普通法、プロイセン法では、

物の滅失・時効取得によって、処分者は追奪担保責任を免れるから、処分者に対する売却代金の不当利得返還請求を基礎づける典型例だった。BGB八一六条にとっては、権利の喪失が処分によろうが、処分後の時効取得だろうが、無関係である。同条の「有効（wirksam）」とは広義の意味での有効であると、フロインドは論じている（S.44f.）。

(39) 前掲注（3）Freund, aaO., S.63ff.

(40) 前掲注（3）Freund, aaO., S.68.

2. 他人の物の無権限の処分

（1）ライヒ裁判所の判例

以上で見たように、無権利者による他人の物の処分と債権の取立に対する権利者の請求という問題は、民法典の制定の前後には、まずは（不真正）事務管理の問題、および、無原因の不当利得（condictio sine causa）の問題として議論されていた。ところが、不真正事務管理という共通項の基礎が失われると、物の処分と債権の取立のケースは、必ずしも共通の問題とは考えられなくなった。その上で、後者は前者に対する判例・学説の立場が固まった後に、前者との連続性の下で、かつ、懐疑的に議論され始めた。それゆえ、論述の順序として、無権利者による物の処分を最初に取り上げることとする。

民法典の制定後は、以上の局面を想定して新たに規定がおかれたBGB八一六条一項に関する判例は、極めて少なくなったと指摘されている。なぜなら、従前とは異なり、善意取得の制度が認められた後は、原則として善意の占有者（中間取得者）は物の所有権を取得するからである(1)。ただし、特にわが国との対比で重要なのは、ドイツ民法では金銭・

有価証券は占有離脱物でも善意取得が可能だが、それ以外の占有離脱した動産は原則として善意取得されないということである。具体的には、

ＢＧＢ九三五条（一）物が所有者から窃取され、遺失し、又は、それ以外の方法で占有離脱したときは、九三二条から九三四条による所有権の取得はできない。所有者が間接占有を有するにすぎず、物が占有者から占有離脱したときも、同様である。

（二）前項の規定は、金銭、有価証券、又は、公の競売で売却された物には適用がない。

つまり、金銭・有価証券は盗品・遺失物でも善意取得でき、かつ、公の競売が介在すれば通常の動産も同様だが、他方で、それ以外の動産は、わが国の民法一九三条のような回復の期間の制限には服さず、民法一九四条のように取得者からの対価抗弁を受けることもなく、（時効取得、添付、滅失は例外として）所有者には物の追及が可能である。したがって、わが国でのいわゆる「金銭騙取の不当利得」がトピックとして問題となることはないが、[2] 他方で、動産所有権の保護はより完全だということになる。

加えて、以下に紹介するライヒ裁判所の判例との関係で重要なのが、ドイツ民法旧二八一条（新二八五条）の規定である。

ＢＧＢ旧二八一条（一）給付を不能にした事情により、債務の目的に対する代償又は代償請求権を債務者が取得したときは、債権者は代償として受領したものの返還又は代償請求権の譲渡を請求できる。

（二）債権者が給付に代わる損害賠償を請求できる場合で、前項に定めた権利を行使したときは、取得した代償又は代償請求権の価値は減額される。[3]

というのは、当初は判例は、無権利者が他人の物を処分して第三者に引渡を終えたときは、無権利者の返還義務の履

行不能とみなしたからである。民法典制定後の議論は、一九二二年のライヒの判例と共に開始された。

①ライヒ裁判所一九二二年六月二六日判決（RGZ105, 84）

［事実の概要］製靴工場を営む原告から、一九一九年五月に工場の管理人の息子他三人により、計二回合計四万五〇〇〇マルクの皮革が窃取された。盗品は、窃盗犯からJの飲食店の主人アダムSへ、アダムSからB、BからK、KからDへと転売され、Dは一部をJの手工業者、および、Dの供述によれば他所の買主に売却した。警察の協力で、原告は一〇〇〇マルクの皮革だけを回復した点については争いがない。一九一九年一〇月二九日の刑事判決で、Sは盗品故買で一年の刑を受け、判決は確定している。BKDに対しては、盗品故買での起訴はされず、皮革のころがし（Kettenhandel）の罪で、一万五〇〇〇マルクの罰金刑が科されている。

原告は、SBKDに対して、主位的に連帯して四万五〇〇〇マルクの損害賠償を、副次的にS四万五〇〇〇マルク、B一万二一一五マルク、K八〇〇〇マルク、D二万四八五マルクの各自の皮革の売却代金を請求した。一審では、Sの四万四〇〇〇マルクの損害賠償義務を認めたが（確定）、他の三人の被告に対する請求は棄却した。原告は控訴して、三人の売却による利益（Gewinn）の返還を請求した。原審は請求を棄却したが、上告は認容された。

［理由の概要］ライヒ裁判所は、まず、盗品の皮革が善意取得されることはなく、原告の所有物返還請求が可能である点を確認する。さらに、BKDが善意なら不法行為による損害賠償請求権は成立しないという点では、原審と同様である。しかし、原告の売却代金の返還の請求は、BGB八一二条、八一六条の適用を別としても、BGB二八一条が適用される可能性があるとして、同条の物権法への適用の可能性を検討している。

「確かに、いわゆる物権的代償（dingliche Surrogation）の適用は、一般的に可能なわけではなく、個々の規定によりその効力と範囲が定められている。だから、幾つかの法規定（例えば、BGB一三七〇条、一三八一条・・を参照）

に表現されているのは、目的物の売却により取得されたものが、法的な特定性を保って、売却されたものに取って代わるという法的な考え方である。しかし、BGB二八一条は、以上の規定とは異なっている。同条は物権法ではなく債権法の規定であり、債務の履行が不能となった事情により、債務者が代償を取得したときは、債権者は代償の返還を請求できるという規定である。代償として取得したものの所有権を債権者が取得するという意味での物権的代償ではない。

確かに、BGB二八一条は債権総論の規定だが、占有のない所有者の占有者に対する物権的請求権（BGB九八五条）に同条を適用することに、決定的な疑念があるわけではない。物権的請求権にも債権総論の規定が適用されることは、（悪意の占有者の遅滞による責任を定める）BGB九九〇条二項の規定も示している。(4) だから、BGB二八一条が契約上の返還請求権、又は、給付請求権にだけ適用され、物の回復が不能となった所有者には適用されないと解する論理必然的な理由は見あたらない。

善意の占有者は損害賠償義務を負わない。しかし、BGB二八一条二項からも分かるとおり、同条一項の損害賠償請求は不法行為による損害賠償請求ではない。しかも、損害賠償請求が排除されたときにこそ、BGB二八一条による返還請求の適用が適切だと法が考えていたという可能性も考慮されてもよい。

以上に加えて、特に学説で争いがあるのは、占有者が有償の処分行為により取得したものの返還を、所有者はBGB二八一条によって請求できるのかという点である。しかし、本件のように、債務を負った物を自由意思で売却した場合に同条の適用がないとは、当裁判所は考えない。『代償、又は、代償請求（einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch）』というBGB二八一条の文言は、法律行為による対価を必ずしも排除するものではない。物が売却されても、債権の目的が返還不能、給付が不能となっていないからといって、給付の不能により債務者が代償又は代償請求権を取得したという要件が否定されるわけではない。同条の意味と文言からは、給付を不能とした事情なしで債務者に代償が帰属した

ときも、その要件は具備される。確かに、ライヒ裁判所は、RGZ91, 260では、債務者は取得した利益を返還する必要はないと判示した。しかし、それは債務者が債務不履行の責任を負っている事例であり、本件とは事案を異にする。かつ、当該の事件ではより高額の売却代金を原告が請求しており、本件では原告は客観的な市場価格を請求している。したがって、本件ではこの点を検討する必要はない。

ＢＧＢ二八一条による代償から、調達費用や取得のための支出が、どの程度で控除されるべきかに関しても、本件で検討する必要はない。本件では、被告の利益（Gewinn）、つまり、取得費を超えて被告が取得した超過利益（Mehrerlöse）の返還が問題になっているからである。又、複数の債務者の誰に対してＢＧＢ二八一条の要件が具備されるかも、本件では検討の必要はない。なぜなら、本件の請求は、合算しても、皮革の通常の価値を超えていないし、その通常の価値が市場価格を超えているという証左もないからである。つまり、本件で請求されているものは、ＢＧＢ二八一条の一般的な法思想に合致すると考えられる限度内に止まっている。以上の限界を超えるのは、占有離脱した物に代わって、市場価格や客観的価値が請求されたが、債務者が市場価格以下で売却した場合であるが、本件はそのような事例とは考えられない。

ころがしによる罰金も、控除されない。被告が原告に罰金刑を転嫁する理由はないからである。」

さらに、以上に加えて、ライヒ裁判所は、原審がＢＧＢ六八七条一項を根拠に事務管理の規定の適用を退けたのは妥当だとしている。「上告理由は、本件では本人の追認があり、ＢＧＢ六八一条、六六七条に請求の根拠があると主張しているが、その見解には与せない。原審は、訴えの提起による追認の認定を退けている。かつ、このような原審の認定が、ＢＧＢ一三三条（意思表示の解釈の準則）に抵触するか否かの検討も不要である。なぜなら、本人の追認があっても、理由書二巻八七〇頁が適切に指摘しているように、六八七条一項の場合にはその適用の要件が欠けるから事務管理

は成立しないからである。

上告理由は、原審のＢＧＢ八一二条、八一六条に関する説示にも向けられている。しかし、以上の説示に照らせば、この点を本件で論じる必要はない。」

②ライヒ裁判所一九二三年三月一二日判決（RGZ106, 44）

［事実の概要］退却途上の野戦病院は、一九一八年一二月に進軍が不能となった馬匹をウンター・Ｓに残して出発した。翌年一月、野戦病院の飼料責任者は、馬匹を同地の市役所で競売にかけた。被告は一六五マルクで馬匹を競落し、売却代金を飼料責任者に交付した。さらに、一九二〇年一月に被告は馬匹を六〇〇〇マルクで転売した。原告の主張では、馬匹の使用と相殺された飼料を考慮しても、被告は馬匹の転売により最低でも四一〇〇マルクを利得している。そこで、原告は被告に対し、四一〇〇マルクに遅延利息を付しての不当利得の返還を請求した。原審は請求を棄却したが、上告は認容され、原判決は破棄差戻しされた。

［理由の概要］野戦病院の飼料責任者は、馬匹の処分権限を有しない。一九一八年一二月の動員解除例の規定によれば、馬匹の処分にはライヒ資材管理局の許可が必要だった。したがって、一九一九年一月の競売により被告が馬匹の所有権を取得する余地はない。裁判所の代理人の代理権を被告が誤信しても、被告は所有権を取得しない。ＢＧＢ九三二条（動産の善意取得）が成立するのは、処分者に所有権があると信頼していた場合に限られるからである。以上の事実関係を前提に、競売により被告に帰属したのは、占有にすぎない。ゆえに、被告の馬匹の占有期間の使用利益の返還だけが、ＢＧＢ八一二条、八一八条二項により問題となるという原審の考え方は、法律の錯誤である。原告の請求は、転売代金の返還を求めており、その根拠はＢＧＢ八一六条一項一文である。

「一見すると、同条の要件は具備されていないようにも見える。被告が一九二〇年に馬匹を転売した第三者も馬匹の所有権を取得しない。第三者がＢＧＢ九三二条二項の善意者であっても、一九一九年五月二三日の法令（ライヒ官報四七七頁（RGBl. S.477））が発布されており、本件では問題にならない例外を除いては、売却の権限のない者から軍用品を取得した者の善意取得は排除されている（RGZ105, S.295を参照）。被告の馬匹の処分は、原告に対して効力を有しない。

だから、処分は原告の追認によってだけ有効となり、かつ、訴の提起により追認は与えられている。権利者が処分を追認したときは、無権利者の処分は有効となると、ＢＧＢ一八五条二項は規定している。ＢＧＢ一八四条によれば、追認は遡及効を持つから、ＢＧＢ八一六条の意味では処分は最初から有効だったとみなされることになる。さらに、追認には方式は要求されておらず、ＢＧＢ一八二条一項は処分者に対する追認を許しているから、処分の対価の請求の訴と追認が一体であることには全く疑問の余地はない。しかも、権利者が対価を請求しながら、かつ、対価の請求は処分が有効な場合にだけ可能だが、しかも、処分の有効でないことを留保して第三者から物を所有物返還請求しようというのは、無意味で耐え難いから、対価を請求すればそこに追認も看取できる。だから、原告が対価を訴によって請求したからには、原告は追認し、同時に、所有物返還請求権を放棄していることになる。それ以外の原告の行為の理解は、信義則とは折り合わない。以上の解釈により、関係者間の利害は最も良く調整される。物ではなく物の価値に所有者が関心を持つなら、自分で処分するために所有物返還請求権するより、処分の対価を請求すればよい。他方で、従前の所有者に売却代金を返還すれば、処分者は売却代金以上に及ぶＢＧＢ四四〇条、三二五条以下の第三者からの損害賠償請求（追奪担保責任）から保護される。他方で、被告の追奪担保責任による損害賠償請求の要件はＢＧＢ四四〇条二項の要件と同一である。つまり、以上の方法が当事者の利害に最も合致している。ＢＧＢ一八四条、一八五条、八一六条は、以上

の方法を指示している。処分者が自分に権限があると考えて行為した場合には、事務管理の請求権では目的は達成されない（BGB六八七条一項）。以上の考え方は、学説では以前から提唱されていた（Oertmann Komm. zu §816 Anm. 1a, v. Tuhr Allg. Teil Ⅱ 2 S.227, 239, RGR. Komm. §816 Anm. 1）。」

以上の二つの判決により、ライヒ裁判所は、善意の無権限処分者に対する所有者からの売却代金の返還請求を肯定した。ただし、その根拠は、履行不能によるBGB二八一条の代償請求権と、所有者が処分を追認（BGB一八五条）した上でのBGB八一六条一項一文による不当利得返還請求とに分かれていた。②判決の評釈で、レヴィ（Ernst Levy）は、「処分により取得したもの（Herausgabe durch die Verfügung Erlangten）」（BGB八一六条一項一文）は、「代償として取得したもの（Herausgabe des als Ersatz Empfangenen）」（BGB二八一条一項）より多義的だが、解釈により両者は接近しているから、判然とは区別できない。しかし、他人の所有権の侵害の賠償には、他人の処分の追認による八一六条一項一文の適用が適切であり、直感的にも分かりやすい。代償請求を所有物返還請求に拡大することには見解の対立があり、従前のライヒ裁判所の判例と矛盾すると評している。その上で、二八一条と八一六条の関係が判示されなかったのは、残念であると指摘する。但し、①判決、②判決ともに誤想事務管理の場合（BGB六八七条一項）に本人からの引渡請求を認めるという構成を否定したのは妥当だとコメントしている。[5] ところが、その後に、ライヒ裁判所の判例に反対する、ハンブルグ高裁の判決が登場して、ライヒ裁判所は両者の関係を論じる必要性に迫られることとなる。

③ハンブルグ高裁一九二五年五月九日判決（JW1926, 1244）

［理由の概要］「本件の争点は、盗品を転売した善意の占有者に対して、所有者は代償請求が可能かである。BGB八一二条以下の請求権は、本件には適用できない。権利者の財産から義務者の財産への直接の移転が不当利得

返還請求の要件であることは、間違いなく承認されている。しかし、本件では、以上の要件が欠如している。なぜなら、無権限処分者が処分により取得したのは、権利者の財産ではなく、第三取得者の財産だからである（RGRK. 3. Aufl. zu §812 Note3 等）。

それ以外でも、被告の処分は所有者に対して有効ではないから、ＢＧＢ八一六条は適用されない。それどころか、所有者は現在の取得者に対して、ＢＧＢ九八五条の請求権を有している。

それ以外で考え得るのは、ライヒ裁判所が占有のない所有者の占有者に対する物権法上の請求権に適用したＢＧＢ二八一条である（RGZ105, Nr. 24）。しかし、債務法上の規定を物権法に適用することには、当然に疑念がある。一九二四年一一月一一日の判決（HnasGerZ. 1924 Nr. 50 Fall 153）で、当裁判所は重要な疑問点を幾つか提示しておいた。ライヒ裁判所で問題となったのは、一般化が不可能な、特に限られた事例だという点は、見逃されてはならない。当該の事件では、盗品は回復が不能であり、かつ、盗品の価値（Wert）とは違った売却益（Gewinn）が請求の対象であった。ライヒ裁判所は、特に請求の範囲に関しては留保した上で判決を下すこととなった。

本件では、ブリリアント型のダイアモンドを被告は売却益なしで転売しており、売却益の返還は問題にならない。その他にも、ＢＧＢ二八一条による返還請求の範囲には、学説上の争いがある。同条の請求は不当利得返還請求ではなく、代償請求だという点は確かだとしても、被告が売却益からの取得費の控除の抗弁を主張できるかは不明である。債務者はＢＧＢ二七五条で後発的不能の場合は債務から解放されること、被告には過失がないから、責任は軽い責任であることを考えると、悪意の債務者と同様の扱いをするのは不当である。

ＢＧＢ二八一条の基礎となるのは、物を給付すると約した者は、給付が不能となった場合は、不能により取得したものを給付すべきだという考え方である。被告が利益なしで、自分の兄弟の宝石商にダイヤを売却した場合は、被告に支

払われた代金は、自然かつ経済的な考え方では、引き渡されたダイヤの代償ではなく、支出の代償と解すべきである。かつ、被告になにがしかの利益が残された場合に関しては、発言を控えておく。」

④ハンブルグ高裁一九二五年一二月二日判決（JW1926, 2775）

［理由の概要］「当裁判所はライヒ裁判所の見解に与しようとは考えない。ライヒ裁判所は、ＢＧＢ二八一条は債権総論の規定だが、占有を失った所有者からの従前の善意の占有者に対するＢＧＢ九八五条の請求権に適用が可能と解している。つまり、文言からは、ＢＧＢ二四一条から四三二条が所有物返還請求権には適合しないとか、ＢＧＢ九八七条から九九三条が所有者が占有を失った場合に関して包括的に規律していると解する論理必然的な理由はないというのである。

ライヒ裁判所は、物権的請求権も債権的請求権も所有権に由来するから、同一の権利関係から発生する請求権を異なった扱いをする理由はないと考えている。

ところが、そうなると即座に考えつく難問、物を売却した一連の従前の占有者に対して売却代金を対象とするＢＧＢ二八一条の請求を認めればどうなるのかに対しては、ライヒ裁判所は意見表明する契機はなかった。取得した代償を請求できる範囲に関しては、ライヒ裁判所は留保している。物の返還が不能なら、原則として所有者は、どの占有者に対してもその取得費を考慮せずに請求が可能かに関しては、ライヒ裁判所は立場を明らかにしていない。

当裁判所の民事二部は、ライヒ裁判所に反対のHansRZ1925, 785で、以下の点を重視した。ＢＧＢ二八一条では、物を給付する義務という債務者の契約上の債務が問題であり、ＢＧＢ九八五条では、占有者は所有者に対して物の占有を保持する義務が問題になっているわけではない。占有者は物を占有している限りで、物の返還義務を負うにすぎない。

このように両者を対比すれば、二つの請求権の本質的な違いがはっきりする。一方では、債務者は物を自由に売却して契約上の結合から離脱することはできない。他方で、善意の占有者は占有を失うことでBGB九八五条の請求権の要件を除去できる。占有は、請求権の事実上の『要件』である。

法規の文言からも、返還請求権の事実上の要件の喪失によって、請求権が消滅するという事態の推移に、『給付が不能となった』という状況を見て取るというのは、当裁判所には理解できない。給付の後発的不能によって契約上の拘束が除去されないというのは、BGB二八一条のルールに関する決定的な考慮事由であり、理由書二巻四七頁（Motive, II S. 47）は、『債権関係に入った当事者の意思はそうであるという正当な想定に、以上の原則は基づいている』としている。契約関係では債務者は給付義務を負うが、反対給付の権利を有している。それゆえにこそ、債務の履行が不能となった場合に、債権者は債務者に代償を請求できるのは、合理的な当事者の意思に合致している。かつ、その場合には、債権者は反対給付の義務を負っている。

反対に、BGB九八五条の場合は、契約関係を前提としないから、当事者意思は手がかりにはならない。その結果、それ以外では考えられない問題、取得費用を支出（Aufwendung）として取得した代償から控除すべきか、所有者は転売益だけを請求できるのか、そうすると、不当利得の性質を有することになるが、売却代金も請求できるのか、そうなると、悪意で転売した占有者が損害賠償義務を負って市場価格の返還義務を負うのと比べても、却って、善意の占有者は不利な扱いを受けることになる。

BGB二八一条の適用は帰責事由のない不能を前提としており、契約の対象を売却すれば、帰責事由があり、損害賠償義務を負うから、債権者は十分に保護されている。つまり、BGB二八一条は契約法の規定であり、BGB二七五条、二八〇条の規律していない欠缺を埋めている。仮に、BGB二八一条を善意の占有者による商品の転売に適用すれば、

欠缺補充の規定を通常のケースに適用することになる。なぜなら、善意で取得した商品を転売するというのは、極めて当たり前の経済活動だからである。民法典の体系では、この問題は所有権に基づく請求権で規律されているはずであり、債権法の対象ではない。

以上で述べたとおり、法律関係の同質性も立法の制度目的も、BGB二八一条の類推適用には欠如している。同条の規定の位置も、その内容も、物権関係に適用すべき規定ではない。善意の占有者が自発的に物の占有を放棄した場合には、給付を不能とした事情は存在しない。その場合も、依然としてBGB九八五条の要件は存続している。BGB九八五条の請求権は、法体系上はBGB二四一条の給付請求権ではない。」

以上の二つのハンブルグ高裁の判決は、BGB二八一条、八一六条のいずれの適用に関しても、ライヒ裁判所の判決に反対している。後者に反対する理由は、利得移動に直接の因果関係がないこと。および、第三者が物を善意取得しなければ、所有者は所有権を失わず、したがって、所有者の損失によってではなく、第三者の損失で利得しているからである（③判決）。さらに、①判決のライヒ裁判所の判決理由を批判し、BGB二八一条の適用に反対する理由は、包括的で詳細かつ説得的である（④判決）。以上のハンブルグ高裁の判決に対しては、掲載紙の解説も好意的であった。[6] その結果、④判決の上告審で、ライヒ裁判所も判例を変更して、BGB八一六条一項一文による問題解決だけを選択することになった。

⑤ライヒ裁判所一九二六年一〇月二八日判決（RGZ115, 31）

［事実の概要］一九二一年から一九二三年の間に、原告の被用者Eは、原告の所有する金属地金を窃取し、七車両分の積荷、計一二万一三〇〇キログラムを被告に売却し、被告は地金を転売した。Eは窃盗と詐欺で刑罰が確定している。

原告は被告に損害賠償を請求し、請求額の一部の二〇〇〇マルクの支払いを命じる判決を得ている。現在の訴訟では、同一の事実に基づいて、原告は被告に四四五〇、七三マルクを請求している。地裁は請求を棄却したが、被告に一二七〇マルクの支払いを命じた。高裁は請求には理由はないが、地裁の判決の変更の必要ないと考えた。原告の上告は認容され、原審に差し戻された。

［理由の概要］「控訴審は、従前の控訴審の判決（OLGHamburg：LZ1925, Sp. 609；1926Sp594）に従って、ＢＧＢ二八一条を所有者の物権的請求権には適用できないと考えた。つまり、ＢＧＢ二八一条は契約上の請求権にだけ適用されることになるが、これは従前のライヒ裁判所の民事六部の判例（RGZ105, 84）とは異なっている。その理由として、原審は、以下のように説示している。占有はＢＧＢ九八五条の請求権の事実上の要件である。この請求権の事実上の要件が失われる任意の売却の過程に、ＢＧＢ二八一条の意味での給付を不能とする事情を見て取るというのは、無理であると考えられる。契約関係のある場合には、不能となった給付に代わって債務者の取得した代償を債権者が請求するというのは、当事者の意思に合致する。反対給付が残存する限りで、債権者は義務を負っている。反対に、ＢＧＢ九八五条の場合は、契約関係がないから当事者意思からは何も出てこない。契約法でＢＧＢ二七五条、二八〇条が規律しない帰責事由のない不能という欠缺を、ＢＧＢ二八一条が補充している。仮に、善意の占有者の転売の場合に同条を適用するなら、通常のケースに欠缺補充の規定を適用することになる。なぜなら、善意での転売は通常の経済過程だからである。・・・。

以上の説示は、その重要な内容には、いずれにせよ結論としては、賛同すべきである。ＢＧＢ二八一条の基礎となるのは、給付が後発的に不能となっても債権関係は消滅せず、返還義務という方向で効力を有するという考え方である。かつ、以上の債務は、債権関係に法律上の原因を有している。・・・しかし、善意の占有者に対する所有者の返還請求

の場合には、話が違う。その場合は、占有者が物を回復して返還することが可能か否かにかかわらず、占有を失っただけで物権的請求権は消滅する。つまり、返還の不能が占有者を義務から解放するか否かではなく、所有物返還請求権はその基礎を失って、占有の喪失と共に消滅することが問題なのである。そうすると、義務の存続がない以上は、ＢＧＢ二八一条の適用の可能性は消滅する。従前の民事六部が、ＢＧＢ二八一条が物権的請求権にも適用されない論理必然的な理由はないと判示したのは、以上の物権的請求権の特別な性質がＢＧＢ二八一条の適用を許さないことを看過している。当裁判所は控訴審と同じく、以上の見解に与する。・・・以上の見解は、RGRK, BGB§895, Anm. 5でも支持されている。

原告は、更に、不当利得も請求の根拠としているが、控訴審はこの点に全く言及していない。不当利得返還請求としては、原告の訴は正当化の根拠があるように思われる。ただし、ＢＧＢ八一二条、八一八条二項の請求で不都合なのは、被告は占有を取得しただけで、所有権を取得したわけではなく（ＢＧＢ九三五条）、かつ、占有期間に取得した物の使用利益を請求できるに止まることである（ＢＧＢ八一八条）。反対に、本件では、ＢＧＢ八一六条一項一文の要件は具備されている。確かに、被告の盗品の処分は、原告に対しては有効ではない（unwirksam）。しかし、処分の効力は、ＢＧＢ一八五条二項、一八四条一項の追認により有効となり、かつ、原告が被告に売却代金を請求したことに、追認の意思表示が見て取れる。以上に関しては、現在も維持すべき当裁判所の一九二三年三月一二日の判決（RGZ, Bd. 106, S. 44）を参照されたい。所有者が一連の転得者の最後の取得者を発見した場合に、その取得者がその前主にＢＧＢ四四〇条二項によって請求が可能かという危惧に関しても、全く問題はない。なぜなら、前述の判決で明言されているように、売却代金の返還は、前主に対する責任追及の要件と考えられるべきだからである。さらに、追認の遡及効により処分者はもはやＢＧＢ八一六条一項一文の無権限処分者ではなくなっている、したがって、同条の適用の可能性はなくな

るという考え方も拒絶すべきである。なぜなら、ＢＧＢ八一六条の無権利者の意味はＢＧＢ一八五条のそれと同一であり、処分者が処分時には事実として無権利だったことは間違いないからである。処分は追認があれば有効となり、かつ、無権利者によって行われたが、権利者により行われたかのように扱われる。・・・。」(7)

以前にライヒ裁判所の②判決は、所有者の無権限処分者に対する売却代金の請求は、無権限処分の追認とみなされ、所有者は所有権を失う。所有物返還請求を留保しての売却代金の請求は信義則とは合致しないと判示していた。以上に加えて、所有者からの返還請求を受けた従前の占有者（処分者）は、物の返還請求（追奪）を受けたわけではないが、前主に対する追奪担保責任の追及は可能であること、および、追認の遡及効により処分時にも無権利者ではなくなれば、ＢＧＢ八一六条の適用の要件を欠くのではないかという理論的な問題にも、本判決は答えを与えている。その結果、本判決によって、無権利者による処分の追認（ＢＧＢ一八五条）と不当利得返還請求による売却代金の返還請求（ＢＧＢ八一六条一項一文）という、現在の通説・判例の方向性が決定された。(8)ところで、当初はライヒ裁判所が採用した二つの可能性、ＢＧＢ二八一条とＢＧＢ八一六条は、普通法の議論との連続性で考えると、前者は、（イェーリングとヴィントシャイトとの論争の対象だった）物が第三者の下で滅失した場合の無原因の不当利得返還請求であり、後者は、不真正事務管理の追認の系譜につながると考えることも可能であろう。前者は、占有者による転売を、物の滅失になぞらえるものであり、後者は、自己の権利領域に関係する無権限者の行為に対する事務管理訴権を基礎づける追認だからである。ただし、前者は、物の占有の喪失を契約上の債務の履行不能と同視するという難点ゆえに、判例は採用しないという結論に落ち着いた。ところが、後者の考え方は、（少なくとも理由書と議事録を見る限りでは）民法典の立法者が退けたはずの不真正事務管理の復活であろう。そこで、以下では、同時期の学説が、ライヒ裁判所の判例をどう評価したのかを見ていくこととする。

（1）前掲1．注（3）König, aaO., S.163.

（2）いわゆる金銭騙取の不当利得の問題は、ドイツ法では、主に騙取者と弁済受領者の不法行為という角度から考えられている。前掲一．注（2）藤原三七四頁、詳しくは、例えば、注前掲1．注（3）König, aaO., S.205f. を参照。

（3）前掲1．注（36）椿・右近を参照した。

BGB新二八五条（一）債務者が第二七五条一項から三項により給付を不能とした事情で、債務の目的について代償又は代償請求権を取得したときは、債権者は代償として受領したものの引渡又は代償請求権の譲渡を請求できる。

（二）旧規定と同じ

以上は、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社・二〇〇三年）を参照した。

（4）BGB九九〇条（一）占有者が占有の取得時に善意でないときは、占有者は所有者に対して占有取得時から九八七条、九八九条による責任を負う。占有者が後に自分が適法占有者ではないことを知ったときは、知った時から同様の責任を負う。

（二）占有者の遅滞による責任は、以上とは無関係である。

（5）Ernst Levy, Anm. JW1923, S.684. ちなみに、②の判決に関して、前掲一．注（3）König, aaO., S.163は、戦時法規違反という非典型的な事例で、ライヒ裁判所はBGB一八五条、八一六条を適用することになったと指摘している。

（6）③判決への、Ernst Hagelberg, JW1926, S.1244f.、および、④判決への、Wedemeyer, JW1926, S.2775を参照。ただし、ハーゲルベルクは、BGB二八一条の適用に反対するだけではなく、善意の占有者に売却代金の返還義務を課すこと自体に反対している。理由は、売却代金は他人の物だけでなく処分者の活動に由来する。それゆえ、権利者が自分では取得できなかっただろう財産上の利益の入手は不当である。BGB九八五条以下の規定は、訴訟係属以前は善意の占有者に損害を与えないことを目的としている。所有者は複数の処分者の中から最も有利な処分をした者を探し出し、かつ、それは物の返還請求より簡単で有利な場合もある。しかし、返還請求を受けた占有者は、次々に前主に遡及して、法的不安定が発生するからである。他方で、ヴェーデマイヤーは、不当利得による解決を示唆している。

（7）以上に続いて、同判決の掲載された、JW1927, 1141では、被告の利得に関しては、BGB二四二条（信義則）ではなく、BGB八一八条が適用されるが、Eに支払った代金を控除できない。支払った代金と転売の売却代金との間には因

果関係が存在しないという（公式判例集には掲載されていない）判示が掲載されている。

（8）本判決に対して、ヴェルナーは、結論には賛成しながら、幾つかの留保を付している。まず、ハンブルグ高裁は、一般的に物権的請求権にはBGB二八一条は適用されないと判示した。しかし、ライヒ裁判所は、本件のように物の返還が可能な場合に限って、返還義務の不能を前提とするBGB二八一条を適用しなかったと理解されるべきだとする。かつ、その考え方を正当化するために、以下のような例をあげている。「その良い例が、間接占有である。例えば、Uが指輪を窃取されたとする。Bは指輪を善意で盗人から買い受け、Eに貸与した。Eは外国に赴いて、Bが指輪を回復するのは、通説によれば不能であると考えられる。九三五条で所有権を取得しないBは、間接占有者である（八六八条）。したがって、Bは所有物返還請求権（九八五条）の被告となる。しかし、債権法の総則規定は原則として債権的請求権には適用されるから、Bは二七五条で不能ゆえ返還義務から解放される。しかし、二八一条を適用しない理由はない。つまり、BはUにEに対する返還請求権を譲渡する義務を負う。要するに、BGB二八一条の適用は、以上の事例では可能である。返還請求権は不能ではあるが、消滅するわけではない。請求権の要件は、依然として具備されているからである。ゆえに、二八一条は物権的請求権にも適用されうる。したがって、ライヒ裁判所の判示は、本件に関してだけ妥当である。」

さらに、ヴェルナーは、BGB八一六条と一八五条による問題解決は妥当であるとも指摘している。Wernr, JZ1927, S.1141ff.

（2）学説の動向

（a）ライヒ裁判所の判例以前から、BGB八一六条一項一文の適用、又は、類推適用を支持していた学説

学説には早くから、他人の物の無権限処分の追認と不当利得返還請求という法律構成を提案するものがあった。例えば、フォン・トゥール（Andreas von Tuhr）は、以上の可能性を肯定した上で、例えば、AがBの物を売却した場合に、Aが売却によって取得した価値の返還をBがBGB八一六条一項によって請求したときは、追認権者の行為からBGB

一八五条二項の意味での追認（Genehmigung）が推認できると、黙示の追認の可能性を例示している。[9] さらに、トゥールは同意（Einwilligung）と同じく停止条件付きでの追認も可能だと記述した後に、Xが無権限で売却した物の所有者は、利得が所有者に支払われるという条件で追認できるという具体例をあげている。[10]

さらに、シュルツ（Fritz Schulz）は、不当利得の基礎を二元的に侵害取得（Eingriffserwerb）で基礎づける試みの過程で、侵害取得の一環として「返還すべき物の売却による取得」にも統一的な構成を構想している。その上で、BGB八一六条一項一文の適用されるのは、最も強力な他人の物の侵害であり、所有権が失われる。これに次ぐのが、BGB八一六条二項で、無償取得者への所有権の返還請求が成立する場合だが、処分者への請求も肯定されてしかるべきである。最も弱い侵害が、取得者が所有権を取得しない場合だが、以上と異なった処遇が処分者に与えられる必要はない。したがって、少なくともBGB八一六条の類推により、処分者に対する売却代金の返還請求が認められてしかるべきだと、シュルツは説いている。さらに、その際に論拠とされるのが、相続財産を相続占有者が処分した場合は、処分の有効・無効を問わず代位物の返還請求を肯定するBGB二一一九条である。[11] ただし、トゥールとは違って、シュルツは所有者は処分を追認して所有権を失うのでなければ、売却代金の請求はできないと解している。[12]

他方で、ユングはBGB八一六条一項一文の類推による売却代金の返還を肯定している。ただし、その理由は、処分者の追認の効果としてではなく、所有者にとって物の回復が困難となったり遠隔地に物がある場合には、占有の侵奪は事実上は処分に等しいという経済的観点からであると説いている。[13]

以上のような学説を見ると、ライヒ裁判所の判例以前から、漠然と売却代金の返還の可能性を説く学説は存在した。しかも、トゥールの提案は、先に見たフロインドと同様であり、いわば不真正事務管理の復活である。[14] ユングも物の滅失と物の回復の困難を同一視する点で、普通法の議論との連続性が見て取れる。他方で、以上とは思考図式の違った

シュルツの侵害取得論も、権利者に排他的に帰属する財貨の侵害に対する保護（侵害利得）という現在の不当利得類型論の一環を形成するものと評価することも可能であろう。(15)

ただし、この問題をめぐっての本格的な議論が始まったのは、ＢＧＢ一八五条、八一六条一項一文の適用を肯定したライヒ裁判所の判例（⑤）以来であった。

（ｂ）判例に反対の学説

判例に反対する学説の中で、最初に最も包括的な反論を試みているのが、ハイマン（Franz Haymann）である。まず、権利者に対して無効の処分に、ＢＧＢ一八五条二項の追認で有効とみなしＢＧＢ八一六条を適用するのは、同条の文言にも同条の趣旨（ratio）にも反している。なぜなら、ＢＧＢ八一六条一項は、権利者に対して有効「な（ist）」処分を前提としており、追認で有効「となる（wird）」ではないからである。しかも、同条の立法の経緯からは、善意者の保護のために権利者の意思とは無関係に処分が有効とされる場合に同条が適用されることは明らかである。つまり、処分は違法だが、処分者と権利者の間に契約関係は存在せず、処分者の善意ゆえに所有権に基づく請求権、不法行為、事務管理の規定も適用されない場合に、始めて処分者（ＢＧＢ八一六条一項一文）、又は、無償取得した第三者（同条一項二文）に対して不当利得返還請求が可能というのが同条の考え方である。所有者が所有権を失わず、物が現存している限りは、権利者は所有物返還請求権の行使に制限される。無効な処分により取得した利益を権利者が請求できるのは、処分者の悪意を前提とする準事務管理者（unechter Geschäftsführer）に対してだけである。仮に、ＢＧＢ八一六条の文言と制度趣旨に反して、同条を適用して、善意の無権限処分者の売却代金の返還義務を認めるなら、本来は不当利得の返還義務を負うにすぎないはずの善意の処分者に事務管理を適用するのと変わらない。ＢＧＢ八一六条はＢＧＢ九五一条と同様に、権利者が意思に反して損失を被った場合に、権利者に損失の補償を与える規定である。例えば、私の庭に

庭師が約定に基づいて、弁済目的で植物を植えて植物が土地に付合した場合に、ＢＧＢ九五一条が適用されないのと同様に、無効な処分を追認によって有効としてＢＧＢ八一六条が適用されるわけではない。加えて、追認の効果は、処分者と追認者の間の原因関係から発生するはずである。ところが、本来は原因関係が存在しない場合に、追認によって不当利得返還義務を発生させるのは無理である。しかも、ＢＧＢ八一六条一項二文の規定する処分が無償の場合に、処分を追認することは権利者にとって無意味である。かつ、このことがＢＧＢ八一六条を拡張して適用することが、同条の制度趣旨に反していることの十分な証明である。以上の理論的な疑念に加えて、ハイマンは、処分者の才覚によらねば誰も取得できなかっただろうような売却代金を権利者が取得するのは妥当ではないと主張している[16]。

さらに、ハイマンは、以上のケースにＢＧＢ二八一条を適用することにも反対する。確かに、ＢＧＢ九九〇条二項と一一四六条の存在からも[17]、債権総論の規定一般が物権的請求権に適用されないわけではないと考えられる。しかし、同条の制度趣旨である「代位物（stellvertretendes commodum）」の返還は、物自体の返還が可能な場合には当てはまらない。仮に、物の返還が不可能となっても、中間処分者は物の返還が不能となった事情で売却代金を取得したわけではない。反対に、違法な処分によって返還が不能となったと考えるなら、物が発見できるか否かはＢＧＢ二八一条の適用に無関係である。同条は債務者だけに請求が可能な債権者を保護する規定であり、かつ、債務者が履行不能により代位物を取得した場合に限って適用可能である。反対に、第三者に対しても所有物返還請求できる所有者とは、同条は無関係である。物が転売されても、物の返還義務は不能とはならず、第三者に移転しているからである。さらに、例えば、担保責任を買主に対して負担する可能性のある処分者が、売却代金を代位物として取得しているとはいえない。加えて、ＢＧＢ二八一条の適用を肯定するなら、転売の連鎖したときは全ての処分者に対して請求が可能とならざるを得ない。しかも、処分者は返還義務から前主に支払った代金を控除して純利益を返還すればよいというものではない。以上の不

都合が、BGB二八一条の適用に反対し、BGB六八七条一項の考える善意の処分者の評価に反することを示している。[18]

最後に、ライヒ裁判所の、所有者が処分者に売却代金を請求することが追認に当たり、かつ、その際は所有者は所有権を放棄したものとみなされる、それ以外の理解は信義則に反するという判示にも、ハイマンは反対する。所有者が法律の素人の場合は、放棄の意思は認められず、かつ、放棄の意思表示は、放棄者が権利を知っていたことが必要であり、少なくともそれが放棄者の行為から推認できる場合に限られると解すべきだからである。[19]

さらに、当時の代表的な学説であるヘック（Philipp Heck）も、BGB八一六条一項一文の適用に反対している。かつ、同条の適用の要件を追認（BGB一八五条）により満足させることは、抜け道（Ausweg）だとして批判的である。以上の構成に対して、ヘックは、追認は無権限処分に物権的効力を与えはするが、売却代金の返還請求を基礎づけるわけではない。債権的な売却代金の返還請求が追認で発生するのは、追認が同時に事務管理に対して行われた場合である。しかし、BGB六八七条一項からも、このケースでは追認の可能な事務管理は存在しない。所有者は追認により所有権を失いはするが、売却代金の返還請求権を取得するわけではないというのである。[20] つまり、以上は、追認が基礎づける売却代金の請求は、実質的には不真正事務管理の復活だという批判だといえる。実際に、以上の法律構成を、ヘックは事務管理の追認であり、支持しがたいと評している。[21] 加えて、ヘックは、所有者が売却代金の返還を請求をすれば、追認が擬制され、留保なしで所有者は所有権を失うというライヒ裁判所の判例の解釈にも承伏しがたいとする。ヘックの考え方では、このケースにはBGB二八一条が適用され、加えて不当利得返還請求もBGB八一二条で可能だとされる。その上で、物が回復されたときは、無権限の処分者は売却代金を目的消滅の不当利得（condictio causa finita）で返還請求できると解している。[22] つまり、ヘックは物の現存にもかかわらず、所有物返還請求以外での所有権保護の必要性は承認しながらも、[23] 事務管理の追認には反対している。

今一人、ジーバー（Heinrich Siber）も判例に批判的であった。理由は、第一には、ハイマンと同様にBGB八一六条の文言（処分は有効であり（ist）、追認によって有効となる（wird）、ではない）への抵触である。さらに、所有者が追認すれば、所有者自身が所有権の喪失を基礎づけており、それなら処分者の利得は法律上の原因を欠くとはいえない。BGB六八七条二項の適用される場合以外は、所有者は事務処理者に対して引渡請求はできないはずである。したがって、所有者と処分者および取得者との関係が、追認の前提となると指摘している。[24] つまり、ジーバーも、他人の事務を自己の事務と誤信した場合に、追認により事務管理が成立したのと同様の効果が発生させられることを危惧していると考えることができる。

（c）判例に賛成の学説

他方で、当初からライヒ裁判所に賛成する学説も多かった。その中で、最もまとまった考察を加えているのが、デレ（Hans Dölle）である。デレは、ライヒ裁判所とそれに反対する学説の根拠を逐一検討している。その上で、デレは、BGB二八一条、一八五条と八一六条の適用のいずれをも支持している。まず、BGB二八一条に関しては、仮に同条を適用しなくても、所有者が第三取得者（現在の占有者）に所有物返還請求すれば、第三取得者は処分者に対して追奪担保責任を追及するから、処分者は売却代金を保持することはできない。したがって、BGB二八一条による所有者の売却代金の返還請求を排除しても意味はない。また、転売が連鎖した場合には、所有者は最も高価に処分した処分者を探し出すだろうという危惧も決定的ではない。さらに、善意の従前の占有者が、所有者からBGB二八一条の請求、買主からの追奪担保責任の追及を受ける可能性があるという指摘も、当たらない。処分者は所有者に対して、処分の追認と同時履行で売却代金を返還すれば足るからである。その結果は、BGB一八五条の適用で遡及的に所有権を失った所有者は売却代金を保持し、処分者は第三取得者の追奪担保責任の追及を恐れる必要がなくなる。以上の結果は、処分者

が無償取得した場合は、極めて満足のいくものである。他方で、処分者が前主に代金を支払っていた場合は、BGB四四〇条（追奪担保責任）の類推で、処分者は（盗人の可能性もある）前主に請求することになる。もちろん、その請求が実効性のない場合もあろう。しかし、仮に物を占有していたときは、善意の占有者といえども物自体の返還義務を負い、かつ、その場合に追奪担保責任の実効性が保障されていたわけではない。(25)

さらに、BGB一八五条、八一六条の適用の可能性に関して、デレは、ハイマンの論拠に逐一反論している。まず、追認は遡及効を持つから、BGB八一六条一項一文の文言が、有効な（ist）でも、有効となる（wird）でも、処分は始めから「有効な（ist）」ものとみなされることになる。物権的請求権が存続するなら、不当利得の出番はないというが、物権的請求権の現実の行使が不可能な場合には、その必要があることは否定できない。処分者と第三取得者が原状回復を望んでいる場合でも、処分者およびその相手方の意思と、追認の可否は無関係だからである。処分者が高価に処分したときは権利者は自分では取得できないものを取得するという反論も、決定的ではない。いずれにせよ、本来は売却代金は、処分者に帰属すべきものではないからである。善意の処分者に事務管理を適用したことになるという指摘も当たらない。なぜなら、BGB八一六条一項一文が適用されれば、善意の処分者も売却代金の返還義務を負うから、BGB六八七条一項が善意の処分者を保護しているとは考えられないからである。確かに、立法者はBGB八一六条一項で権利者の意思と無関係に処分が有効となるケースを想定しており、その考え方はハイマンと同様であろう。しかし、それならハイマンに反論できれば、立法者意思も克服可能である。さらに、ハイマンは、所有者の承諾による処分では、原因関係に関する規定が適用され、後に追認した場合も、同様にその効果には原因関係が基準となるという。そうすると、BGB八一六条の登場の余地はなくなる。しかし、追認の効果は、法的な可能性であって、許容性でも当為でもない。追認が創設するのは、処分権であり、その行使は基礎となる法律関係に係っている。しかし、それが存在しない場

合は、処分の追認によって、不当利得を排除する法律上の原因は発生しない。したがって、所有者が追認しても、処分者が無権利者であることに変わりはない。つまり、寄託物を受寄者が処分して第三者に善意取得させた場合と変わりはない。それゆえ、BGB八一六条一項一文の適用に問題はない。[26]

ただし、他方で、デレは、所有者が追認によって確定的に所有権を失うのでは、処分者に対する執行が功を奏さなかった場合を考えれば不当であると判例を批判する。それゆえ、所有者は売却代金の返還と同時履行での追認が可能というのが、デレの考え方である。[27]

その上で、いずれの構成によっても所有者は売却代金の請求が可能である。BGB二八一条の場合は、所有物返還請求権の喪失の代償としての返還請求であり、以上の債権関係が所有者と処分者の間の法律上の原因となる。処分者の責任の基準は、所有物返還請求権の名宛人のそれである。ただし、以上の法律関係は、不当利得返還請求権を排除するものではない。他方で、BGB八一六条が適用された場合は、処分者が法律上の原因の欠缺を知らないときは、現存利得の限りで返還義務を負うと、デレは解している。[28]

以上のように、デレは、BGB一八五条、八一六条一項一文、および、二八一条の代償請求の双方を肯定している。さらに、売却代金の返還と追認の同時履行も、デレは提案している。その意味では、デレは、BGB一八五条、八一六条による売却代金の返還請求という現在の通説・判例の出発点を確立したといえよう。[29][30]

さらに、エルトマン（Oertmann）、レオンハルト（Leonhard）などの学説も、BGB八一六条の適用に賛成していた。[31]

（9）Andreas von Tuhr, Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Zweite Hälfte., Duncker (Nachdruck

der 1918 erschienenen erster Auflage), 1957, S.239.

(10) 前掲注（9） von. Tuhr, aaO., S.238f.

(11) ＢＧＢ二〇一九条（一）僭称相続人が相続財産を対価とする法律行為によって取得したものも、相続財産から取得したものとみなす。

（二）（省略）

(12) Fritz Schulz, System der Rechte der auf den Eingriffserwerb, AcP105 (1909), S.1ff., S.336ff.

(13) Erich Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes, 1902, S.52.

(14) ちなみに、フォン・トゥールは、ドイツ民法の否定した転用物訴権に関しても、事務処理者の本人に対する反対訴権（actio negotiorum gestio contraria）を、相手方が直接請求するという構成で承認している。つまり、フォン・トゥールは、事務処理者に本人のためにする意思が欠如した場合にも、客観的な他人の事務を本人に帰属させることを、他の手段によって実現することを試みていたのではないかと考えられる。以上の転用物訴権に関するフォン・トゥールの学説に関しては、三宅正夫「事務管理者の行為の本人に対する効力」『事務管理・不当利得の研究（谷口教授還暦記念論文集）（三）』（有斐閣・一九七二年）三〇二頁以下、および、平田健治「フォン・トゥールの『転用物訴権論』について（一）（二）」法政理論二〇巻三号一頁以下、同四号一〇二頁以下を参照。

(15) 前掲1．注（3） König, aaO., S.162 は、物の消費・添付・売却という形での所有権の割当内容に矛盾する物の利用を、不当利得の独自の類型として析出したのは、ヴィルブルグとケメラーとであるとしている。しかし、侵害利得の一環としては、既にシュルツは他人の物の処分を独自の類型として考察していると考えるべきであろう。例えば、シュルツを侵害利得の発見者と呼んでいる、Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 20. Aufl., Heymann, 2004, Rn. 704 を参照。

(16) Franz Haymann, Zuwendung aus fremdem Vermögen, Jherjb. Bd. 77 (1927), S.188ff., S.276ff. 今ひとつ、自分の見解に反対する学説を批判的に検討したハイマンの極めて厳しい書評がある。そこで、特に、ハイマンが理論的に批判しているのが、自己の財産的価値の放棄を伴わない目的物の放棄という考え方（両者の分離可能性）、追認にもかかわらず処分の権利者に対する法律上の原因の欠缺ゆえの不当利得の可能性などである。Franz Haymann, Dr. jur. Hans Seidel : Die Anwendbarkeit des §816 BGB. auf nachträgliche wirksam werdende Verfügungen., JW1931, S.1172ff.

(17) ＢＧＢ九九〇条は、前掲1・注（4）を参照。
　ＢＧＢ一一四六条　債務者が遅滞に陥る要件が、所有者に備わったときは、債権者には不動産から遅延利息を請求できる。
(18) 前掲注（16）Haymann, aaO., S.287ff.
(19) 前掲注（16）Haymann, aaO., S.299f.
(20) Philipp Heck, Grundriß des Schuldrechts, Mohr, 1929, S.426f.
(21) 前掲注（20）Heck, aaO., S.105.
(22) 前掲注（20）Heck, aaO., S.427, S.104f.
(23) 前掲注（20）Heck, aaO., S.105.
(24) Heinrich Siber, Grundriß des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2, Schuldrecht, Felix Meiner Verlag Leipzig, 1931, S.435.
(25) Hans Dölle, Eigentumsanspruch und Ersatzherausgabe, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben (Hrsg. Otto Schreiber), 3. Bd., Gruyter, 1929, S.22ff.
(26) 前掲注（25）Dölle, aaO., S.29ff.
(27) 前掲注（25）Dölle, aaO., S.33.
(28) 前掲注（24）Dölle, aaO., S.33f.
(29) Paul Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Heymanns, 1929, §816, 1.a)(S.1343). エルトマンは、ここでの目的は事務管理では達成できない。仮に、この方法を否定すると、所有者は取得者から物を回復し、取得者は処分者に追奪担保責任を追及する。しかし、これは極めて面倒で、社会的に望ましからざる紛争の解決であるとしている。ただし、エルトマンは、物が取得者の下で消費された場合は、所有者は処分者ではなく取得者に対して不当利得返還請求が可能だとしている。しかし、後者の場合も、実際的な不都合は同じであろう。したがって、両者の違いは、追認の対象の存否による追認の可能性の有無である。ただし、そうなると、エルトマンは、一方で実益を追及しながら、他方で、追認の擬制化を徹底していないから、実益の追及が不十分だということになろう。
(30) Franz Leonhard, Das Schuldrecht des BGB, 2.Bd. (Besonderes Schuldrecht des BGB), Duncker, 1931, S.510ff. レオンハル

トも、売却代金の返還と同時履行での追認を提案している。

(31) 例えば、Staudinger-Komm (Seuffert), 10. Aufl. (1943), §816, Anm. 4.; Planck-Komm (Landris), 4. Aufl. (1928), §816, Anm. 3.; RGRK (Sceffler), 11. Aufl. (1960), §816, Anm. 6f.; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 14. Aufl. (1954), §225 I 3 (S.874ff.); Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl. (1954), § 84 IV 1 (S.326f.).

※本稿は、平成一九年度～二一年度科学研究費補助金（基盤研究（C））（研究代表・藤原正則）、（財）全国銀行学術研究振興財団二〇〇六年度研究助成、及び、早稲田大学二一世紀ＣＯＥの成果の一部である。

※（以下の（二）～（四・完）に掲載予定（脱稿済）も含めて）本稿を研究の途中で逝去された、故大阪市大教授・和田卓朗兄に献呈したい。和田兄は筆者の「新兵（大学院）時代」の「鬼軍曹（一番身近な教育者）」であった。和田兄からは法学とドイツ語に関する職業技術を教わるとともに、デモーニッシュな研究意欲の具体像を眼前に示していただいた。特に筆者の最初の論文は、和田兄のご指導がなければ完成はおぼつかなかったであろう。最初の留学の最中も、（偶然にも同じくミュンヘンだったが）ここが和田兄の踏んだ戦場だと思えば、放棄したくなる戦闘意欲もいやが上にも掻き立てられた。和田兄の学恩と指導に感謝し、ご冥福を心からお祈りする。

論　説

汎アジア主義における「九州要因」（上）

――ヒト・モノの移動と「歴史的記憶」――

松浦正孝

一　はじめに

日本を「大東亜戦争」と呼ばれる戦争へと導いた過程を分析するために、筆者はこれまで、大亜細亜協会[1]を中心と

するアジア主義のネットワークが、経済的・政治的な要因により、次第に大きな影響力を持つようになっていったことを指摘してきた。一九三〇年前後に世界に波及した世界大恐慌とそれに対する日本帝国の政策、満州事変とそれに伴う日本の国際連盟からの脱退、「満洲国」建国を、その転換の画期として指摘し、さらに、日中戦争の進展の中で、そうした状況が加速されたことも論じてきた。幕末以来、民間に存在していたアジア主義[2]は、次第に汎アジア主義の様相を濃厚にし、北進論は徐々に南進論へと舳先を変えた。元来、明治維新以降のアジア主義は、例えばその代表的な民族主義団体黒龍会がロシアを黒龍江の向こう側に押し戻すという意味の名前を付けていたことに見られるように、ロシアを主要な敵として見なしていた。そしてその後も、英国・米国などとの同盟や協調により、ロシアないしソ連に備えるという北進論的な色彩は強かったのである。また、通常、「昭和期における軍部の政治進出」として思い浮かべられる五・一五事件や二・二六事件などを起こした青年将校らは、農村恐慌に苦しむ北関東・東北・北海道・中部養蚕地帯の農村への同情を大きな動機としていたとされているし、満州事変を起こした石原莞爾や満州移民を支えた東亜連盟などは、東北地方と強いつながりを持っていた。こうした青年将校らの怒りを基盤とし満蒙権益擁護・国内政治体制改革を中心とする「昭和維新」論は、「陸の帝国」を指向するものであったが、「満洲国」成立と高橋財政下での経済政策や帝国経済の再編に伴い、体制変革の動きは、英国など西洋資本主義・帝国主義をアジアの海域から駆逐し「海の帝国」を建設することへと変容していった。満州事変後に作られた大亜細亜協会の支部が、会頭松井石根との関係が強い地区や師団所在地（金沢、名古屋、福岡、熊本）のほか、繊維や雑貨などの軽工業を基盤とする地域（大阪、神戸、名古屋）や、仏教などの影響力の強い地域（京都、神戸、金沢）に作られたことは、世界恐慌後の帝国経済再編に伴うインド商人の進出に見られる「インド要因」や、南進の拠点である植民地台湾を中心に活発化した「台湾要因」と対応している。大亜細亜協会においては関西や九州地方、環日本海（日本海側）における基盤が強く、一方、東北・北海道には支部も作

られなかった。台湾商人、インド商人、そして華僑らのネットワークと資本とを日本が掌握し、それらを東南アジア・南アジア開発へと向けることで、孫文がかつて呼びかけた大亜細亜主義を旗印に、通商・イデオロギーを軸として日中対立を止揚し、「大東亜共栄圏」を作ろうとしたのである。[3] このように、筆者は、これまで、三〇年代以降の汎アジア主義と、それ以前のものとの断絶性を強調し、幕末以降のアジア主義が変質したことを論ずることに重点を置いてきた。

しかしながら、例えば大亜細亜協会の機関誌『大亜細亜主義』[4]を手に、その大亜細亜主義イデオロギーを思想史的・政治経済史的に子細に検討すると、そこには幕末、さらに遡って中世末期以来、あるいはそれ以前からの連続性が存在することに改めて気付く。例えば、地政学的な政治・経済構造、地縁・血縁などの人のつながり、アイデンティティとしての「歴史的記憶」や思想の伝播・継受などである。その多くは、日本列島と大陸や周辺諸島との関係であり、特に、九州地方と琉球、朝鮮半島、中国大陸との結びつきである。それを、ここではアジア主義における「九州要因」[5]と名付けることとする。九州は、古くから九州国権派や頭山満らの民族主義運動の基盤であったし、民政党から分かれ、反英や大亜細亜主義を唱えて斎藤内閣や政友会・民政党両二大政党の弱腰を批判した安達謙蔵や中野正剛ら国民同盟の拠点でもあった。また、日印通商摩擦で日本の反英感情が高まりかけた時を捉え、インド人活動家らが反英キャンペーンの講演活動に出かけたのも、商工業での利害関係の強い関西並びに九州であった。[6] そこには彼らを後援した民族主義者らの影が見えるが、その経路は、「志士の道」とでも呼ぶことができるように思われる。大亜細亜協会において、福岡・熊本両支部が重要な役割を果たしたのも、後に大亜細亜協会が他の友好団体と統合した東亜建設連盟が浅間丸事件[7]に際して反英運動を大々的に展開した舞台が東京、大阪、神戸と共に、福岡、熊本、佐賀などであったことも、「九州要因」と深く関わっているように思われる。

本稿では、これまでと少し趣を変えて、中世から幕末維新、中国国民革命期、日中戦争期、そして「大東亜戦争」末

期を貫く汎アジア主義における「九州要因」について、地理的観点・通商的観点・「歴史的記憶」の観点から、検討を加えたい。それによって、「大東亜戦争」をもたらした汎アジア主義に、もう少し広がりと奥行きを持たせることが本稿の目的である。

二　「九州要因」に関わる二つの「物語」

歴史的な検討に入る前に、「九州要因」を考える上で手がかりになる、二つの「物語」を紹介しておきたい。

第一は、大亜細亜協会の会頭松井石根が戦後語った、日本陸軍の大陸政策の起源についての歴史認識である。

「陸軍の大陸政策なるものは古く川上操六大将時代から伝統的のものである。大将は所謂アジアの諸国を糾合してヨーロッパの侵略に備へようといふのが目的であるのであつて、自らも屢々アジアの各地を巡つてをるが、又当時の有力なる人をアジアの南北に向けてアジアの各地との連絡提携を図つた。其の最も顕著に現れたものが、即ち例の荒尾精の日支提携運動となつてをる。その他支那は勿論、南洋各地方面にも人を派遣してをる。要するに、アジアの諸民族と提携し之を援けて各々その立国の途を構じ（ママ）てアジアの団結を図らうといふにあつた。」(8)

川上操六は、薩摩藩出身で日清戦争を指導した人物である。すでに日清戦争以前から戦端を予測して参謀次長として軍制改革を行い、大陸作戦の準備をし、戦争を勝利へと導いた。川上は、かつて西郷が征韓論を唱えるに際し、予め北村重頼・別府晋介らを朝鮮に、樺山資紀らを南清に派遣して情報収集に当たらせたのに倣い(9)、一八八七（明治二〇）年参謀次長になると、朝鮮、華北、華南、インド、中央アジア、シャム、安南、南洋群島などに多くの将校を派遣し、情報を収集させた。中でも川上が熱心に後援したのが、後述する荒尾精であり、その他、福島安正、上原勇作、宇都宮

太郎、明石元二郎らを世界各地に派遣すると共に、自らも朝鮮・中国を視察している。戦後には台湾を「元と大陸附属の地にあらずして、寧ろ日本の地脈に接続する島嶼である」として、「台湾は東亜に於ける平和の心臓部である」との明治天皇の言葉を強調し、華南、安南・トンキンなどの東南アジアへの躍進を期してこれらの地域を視察した。東南アジアでは英仏の植民政策を視察し、明石陸軍少佐をフィリピンに派遣し、独立運動に参加させようとしたという。その一方で、朝鮮を根拠地として日露戦争に備え満蒙進出を志して、ウラジオストック・東部シベリアを視察した[10]。松井の「歴史的記憶」の中で、薩摩閥の川上が、西郷を継ぎ、後のアジア主義的大陸政策の原型を形作った人物として位置付けられるのは、不自然ではない。

また、松井の秘書であった田中正明によれば、松井が最も崇拝していたのが同じ名古屋出身の荒尾精であった[11]。大亜細亜協会の機関誌『大亜細亜主義』では、一九三四年一一月号及び四一年五月号・六月号に、荒尾精の同志として中国の楽善堂などを舞台に活躍し大陸に散った浦敬一や、楽善堂・日清貿易研究所での同志宗方小太郎らを扱った読み物が連載されるようになり[12]、「大東亜戦争」（対米英蘭戦争）開始直前の一二月号には、荒尾精の「宇内一統論」が途中まで掲載された[13]。これは、大亜細亜協会が荒尾らを自分達の政治的主張の先駆者として位置付けていることを意味している。荒尾は一八五九（安政六）年に生まれ、実家が困窮を極めたため、一五歳より篤志家で薩摩出身の警部菅井誠美の援助を受け、外国語学校や陸軍教導団を経て一八八二（明治一五）年士官学校を卒業し陸軍少尉となった。書生時代、菅井宅に集まる陸海軍少壮軍人らの征韓論に刺激され、菅井の紹介で、一時期西郷隆盛宅に寄寓したこともあったという[14]。西力東漸の情勢に慷慨憤激していた荒尾は辞職して清国に渡ろうとしたが、菅井の説得により一時これを断念し、熊本歩兵第一三連隊を経て、念願の参謀本部支那部付となった。翌一八八六（明治一九）年、官命により清国に渡り情報収集に従事したが、諜報費の捻出と扮装のため漢口に書籍・薬材・雑貨を扱う楽善堂を設け、此処を拠点に商

人に身をやつし、宗方小太郎・井手三郎ら同志と共に中国全土を調査して回った。その後、西洋帝国主義に対抗するためには日清提携と富強とが必要であるとして両国間の貿易振興を図り、一八九〇（明治二三）年、上海に日清貿易研究所を創設した。これを後援したのは、黒田清隆首相・松方正義蔵相・前田正名農商務次官・川上操六参謀次長ら薩摩閥や岩村通俊（土佐藩出身、鹿児島県令や北海道庁長官を歴任し薩摩閥と近かった）らである。頭山満は、荒尾の日清貿易研究所経営が窮迫した際、川上が自宅を担保として調達した四千円で荒尾を援助したことを以て、「川上は尠なくとも東亜先覚者の第一人者と云つても誰れ一人異論を挟むものはあるまい」と述べている。[16] なお、尾張藩は、倒幕に際して重要な役割を果たしたため、尾張出身者は明治政府でも重きをなしており、荒尾や松井の例に見られるように、薩摩閥と近い関係にあったと言うことができるであろう。[15]

日清貿易研究所は単なる研究所ないし諜報のための拠点ではなく、将来は亜細亜貿易協会を設立し亜細亜貿易研究所を附属させ、日本のみならずアジア全土から研究生を募集して、卒業後は各国に亜細亜貿易協会の支店を置き、一八九七（明治三〇）年頃には日本国旗をアジアの各港に翻し、国内の殖産興業や農工商業・金融運輸交通を始めとするあらゆる分野の整備などと相俟ってアジア貿易を牛耳り、日本を東洋の英国とすることを目標としていた。当時としては、画期的に広い視野に基づいた経国論であったと言うことができよう。なお、荒尾は「我国は皇国也、天成自然の国家也、我国が四海六合を統一する派、天の我国に命ずる所也」、「今日に於て彼老朽化せる支那を奈何す可く、彼孤弱なる朝鮮を奈何す可く、彼衰廃淪没せる暹羅安南印度を奈何す可きやの問題を決定するは、実に我国が宇内的事業に対する第一着手と謂ふべし」として「宇内一統論」を唱え、日本を盟主とするアジア主義に基づくアジア防衛論を説いた。[17] 同研究所の卒業生は日清戦争が勃発すると、参謀次長川上操六の厳命により、諜報・通訳などの担い手として大いに活躍したが、通商貿易をアジア興隆（「興亜政策」）の基盤と考える彼の「貿易富国」論や、西洋帝国主義に対抗するための日

清経済提携を軸としたアジア通商ネットワーク・情報ネットワークの考え方は、日清貿易研究所が資金難と日清戦争とにより閉鎖されてからも続いた。初めての公式植民地となった台湾と日本内地との融和を図るべく荒尾が設立した紳商協会がそれであるし、陸軍士官学校以来の荒尾の同志で日清貿易研究所を予備役として支えた根津一が一九〇一（明治三四）年、東亜同文会会長近衛篤麿の要請で初代院長に就任した上海の東亜同文書院も、同研究所の延長にあるものであった。荒尾は、台湾・澎湖島、廈門・福州・香港などの華南への進出を重要と考え、台湾で活動し始めたが、一八九六（明治二九）年、ペストのため急死した[18]。頭山満は彼を「五百年に一度は天偉人を斯世に下す」その人として敬慕し、「大西郷以後の人傑」と称えたが、荒尾本人もまた「日本では南州を敬慕して居った[19]」といい、根津一もまた、荒尾は「特に大西郷を慕ひ、支那人にては曾国藩を敬し、常に其等の言行録抔にしては居つた[20]」と回顧している。

松井が同郷の先輩である荒尾を尊敬し、しかも荒尾が栄誉を顧みず軍籍を離脱して中国商人になりすまし、一民間人の資格で「支那」との提携やアジア再興の理想のために大陸、特に華南や台湾などに力を注いだこと、軍事のみならず諜報、通商、調査研究をその事業の中核と考え、協会を作ってアジア各地に拠点を作りアジア連盟ネットワークを築こうとしていたこと、そして西郷隆盛を敬慕して薩摩閥と非常に近い関係を築いていたことなどは、後の松井による大亜細亜協会設立の経緯などを理解する上で、極めて重要である。特に、荒尾が「貿易富国論」や通商による日中の結びつきをアジア主義の本質と考えていたことは、肝要である。

荒尾や、荒尾の義父で衆議院議員などを務めた西毅一、荒尾の日清貿易研究所における後継者である実業家白岩龍平らにとって、日清経済提携とはまず、海域アジア、特に中国周辺における航路及び商権を日本の手に収めることであった。明治初期、日本及び中国近海における海上通商は、長らくの「鎖国」の結果、中国商人及び西洋商人の手にあったからである。西は天津滞在を経た一八八二（明治一五）年、次のような殖産興業のための視察報告を記した。

「吾人の悉知する如く、海品にして吾人之を主管すれば左まで利益を得ず。是実に怪む可し支那及び西洋商にして之れに関らしめざれば、彼等の従前神戸或は函館等の開港場出帆後に得る利益は尽く吾人の利益となれば、従前一二一万余円の利益は二割或は三割を増すべし。今此商権は尽く彼れにあり、吾人偶々此等の物品を上海に出商せんとするも、常に彼れに抑制せられ、只彼等の残余を得るに過ぎず。実に嘆ずべきならずや。而して日本商賈は此一点に注意するもの少なく、其の慣習に適さざる物品を［清の地に――松浦註］輸入せんとする者多し。其着目は何処にありや。予が云ふ所の商の字義とは或は反するあらん乎」[21]

日清戦争の結果、講和条約で得た日本国汽船による上海・蘇州杭州航路の拡張を実現するため、日清貿易研究所の卒業生である白岩龍平は一八九六（明治二九）年大東新利洋行（大東汽船）を興し、珍田捨巳上海総領事や小村寿太郎外務次官ら日本官憲、そして近衛篤麿らの後援を得て、中国資本と熾烈な競争を繰り広げ、その経営に成功した。さらに一九〇二（明治三五）年には湖南汽船を設立したが、その背景には小村・珍田ら外務省及び福島安正参謀本部第二部長・宇都宮太郎同第三部員、大隈重信・加藤高明・犬養毅らの政治家、渋沢栄一らの実業家、近衛篤麿らの後援があった。一九〇七（明治四〇）年には、白岩は日中間の航路で競合することとなった湖南汽船・大阪商船・日本郵船・大東汽船を統合して日清汽船を設立し、社長に逓信省管船局監理課長石渡邦之丞を就かせ、海軍の後援を得て、政府の手厚い補助金を受けることとなった。[22]

一八九九（明治三二）年、東亜会と同文会とが合併して東亜同文会ができるが、その中心になったのが白岩龍平である。会長に近衛篤麿、初代幹事長に陸羯南を戴き、「時局の変遷は日清間の問題に研究を要する事日一日より多からしむ。而も其必要に応ずるの機関なきを憾む。是吾人同文会を創立して、実地の問題の講究を為し、以て此必要に応ぜんとする所なり。本会は政党以外に立ち、専ら彼我人士の情意を疎通し、商工業の発達を助成するを以て目的とす」を主旨と

して、北京・上海・漢口・福州・広東に支部を置いた。篤麿の死後、一九一〇（明治四三）年には佐賀藩最後の藩主であった鍋島直大が会長、根津一が幹事長となっており、上海支部には支部長有吉明上海総領事を初め、白岩、宗方小太郎、村田省蔵（大阪商船）、松井石根陸軍少佐らが居た。なお、白岩は二二（大正一一）年東亜同文会が財団法人となるのと同時に理事長に就任し、三六（昭和一一）年まで在任した。一九〇一（明治三四）年、東亜同文会は上海に東亜同文書院を設立し、根津が初代院長に就任した[23]。根津は東亜同文書院創立一〇年後にこう述べている。

「我が東亜同文会に於ては数年前より上海に東亜同文書院と云ふものを建てまして、さう云ふ事業に適当の人材を養ひつつあります。既に創立後一〇年を経まして其の人材を養った成業の結果を見まするとと、先刻申した支那語は勿論、支那の商業慣習、度量衡、通貨と云ふようなことから其の他欧米人が迚も分らぬような、事柄を学科の中に組み入れまして之を三ケ年教授する、そうすると卒業期には支那人と同様に知得出来ます。是は私等の実験致して居る所でありまする、此の上海の東亜同文書院を卒業した者は昨年までに四七〇人ある此等の人物は何れも満州から北清、中清、南清の各要所要所に配布せられまして、種々の経済事業に従事して居りまする、即ち此等の人達は皆支那の内地或は開港場に入り込み、支那の商業慣習に依り支那の度量衡支那の通貨を用ひ所謂コンプラドルを使はずして自ら支那人と直接に取引を致して居りまして少しも不自由困難を感じない、就中直接の取引に就きましては、漢口に居りまする一部の連中の行動は尤も趣味を感じつつあります。彼等は支那服を着け河南の棉、豆の産地に入り、支那の通貨度量衡、商業慣習に依り直接に生産者より買ひ受けるのであります[24]、さうすると大層利益がある。在漢口の独逸商人等が為す能はず常に羨んで居る事であります」

この根津の紹介ほど、東亜同文会ならびに同書院が、荒尾精の日清貿易研究所の延長にあること、日本にとってのアジア主義が日本と中国との通商を、中国商人や西洋商人を仲介とせず直接掌握することで、商業的利益を挙げることに

あったこと、その際に「同文同種」であることを利用して中国人と混交することを西洋人に対する優越性として位置付けていたことをよく示しているものはない。この当時はアジア主義とは言っても東アジア主義であり、世界恐慌後の汎アジア主義とは異なるが、アジア主義による日中提携論はこのような構造を持っており、情報活動と通商膨張とが表裏の関係にあったことが理解できる。松井が東亜同文会上海支部の会員であったことや白岩が後に大亜細亜協会の創立委員となったことなどと合わせ、後の大亜細亜協会も満蒙のみならず台湾を中心とする華南や上海など中国中南部を重要な活動対象と見なしていたこと、通商及び諜報・情報宣伝活動を重視していたことなど、近衛篤麿の東亜同文会と、二二年からその副会長を務めた近衛文麿を中心として発足した大亜細亜協会との連続性は明らかであろう。文麿は篤麿から、その「御遺物」として東亜同文系の人脈を引き継ぐと共に、そのアジア主義をもそっくり引き継いだのである。航運業界から日中経済提携・資本輸出・借款などへと足場を移し、一九〇九年にそれらを目的とする東亜興業を興した白岩や、当時は白岩のライバルであった三井系の中国興業（後身が中日実業株式会社）の高木陸郎[25]らが大亜細亜協会へと結集していったこと、荒尾精から松井石根へという流れもまた、確認できる。

しかし、一九二〇（大正九）年渋沢栄一を会長に、和田豊三を副会長とし、白岩を幹事の中心として結成された日華実業協会に見られる財界による日中経済提携[26]は、中国における資本主義の成長やナショナリズムの高揚に伴い、排日ボイコットと対峙し強硬論を主張する喜多又蔵日本綿花株式会社・日華紡績社長ら大阪実業界と、日中国交調整を目指す渋沢・白岩らの間で激しい内部対立に苦しむこととなる。さらに、白岩らの作った東亜興業は、日中戦争拡大の中で日中経済関係が破綻し、国策会社による中国経営へと変わる中で活動の場を失い、一九三八年二月に門野重九郎会長・常務取締役内田勝司・取締役白岩龍平らの名前で、近衛首相・広田外相ら閣僚や北支那方面軍司令官寺内寿一・上海方面軍司令官松井石根・北京特務部長喜多誠一らに宛てて、華中については東亜興業を利用し支援してくれるよう、事実

上の敗北宣言とも言える嘆願書を提出している。白岩は日中戦争勃発前、財界による日中国交調整に期待をかけ[27]、日華協会などの場で、大亜細亜協会理事の和知鷹二・楠本実隆や喜多誠一らと交流して彼らの経済提携に関する意見を聞いているが、楠本陸軍支那班長の「力を持って支那を転向させる、我意に絶対服従せしむる方針なり」という説明に失望した[28]。同じ大亜細亜協会の中でも、白岩ら旧来の日中経済提携論と、新たな軍部中堅層との間では、埋められない大きな隔たりが生まれることになるのである。

なお、松井石根を理解する際には、彼自身の回顧にあるような、西郷から川上操六、荒尾精へという強固な地縁的つながり（ネットワーク）に基づく系譜・自己認識（アイデンティティ）[29]を理解することも重要であるが、さらに、松井や大亜細亜協会を理解する際、もう一人、逸してはならない人物がある。それは、参謀本部第二（情報）部長や朝鮮軍司令官などを努め、薩摩・佐賀を中心とした九州出身者による反長州閥「上原派」（その後皇道派・統制派を形成する「昭和軍閥」となる）の中心であった宇都宮太郎（佐賀出身）である。宇都宮は一八六一（文久元）年佐賀（鍋島）藩士の家に生まれ、一八八五（明治一八）年陸軍士官学校を第七期生として首席卒業した。一八九〇（明治二三）年陸軍大学校卒業後、九二年参謀本部に配属され、川上操六参謀次長の副官としてその信任を受けた。その後インド派遣などを経て、日清戦争に際しては川上大本営陸軍上席参謀兼兵站総監の下で大本営参謀を務め[30]、南進軍参謀として台湾に出征した。また、戦後は参謀本部第三部部員として福建など華南に出張、日露戦争においてはイギリス公使館付武官として明石元二郎らと共に対ロシア情報工作に従事し、歩兵第一連隊長（東京）、参謀本部第二部長に就任した。第二部長時代には部下の松井石根を使い三菱財閥の岩崎久弥から清国革命派支援のための資金を得て孫文らの国民革命を支援し、中国二分（ないし三分）論を実現しようとした。また、満蒙独立運動、回教徒工作、民間人による東南アジア進出計画を支援し、その後朝鮮軍司令官として、かねてからのアジア主義政策を推進した。宇都宮は、陸軍大学校を首席

で卒業した尾張藩出身の松井に属目し、幼い自らの娘の代わりに姪を松井と縁組みさせようとしたほどであったが、松井家の借金問題などが障害となり、これは実現しなかった。しかし宇都宮は松井を腹心として用いると共に終生自らのアジア主義政策実現の後継者として期待し、彼に自らの経綸を実現するよう求め、その了承を得ている。[31] また、薩摩・佐賀閥が優勢であった海軍ではなく長州閥が強固である陸軍を敢えて選んだ宇都宮は、部下となった西郷寅太郎（隆盛の遺児）を庇護し、薩摩閥や九州諸藩出身者や尾張藩出身者などとの関係を重んじ、また中世以来大陸と特別な関係を持つ佐賀鍋島藩出身者としての歴史をアイデンティティとして強く自覚していた。[32] 宇都宮をめぐる「歴史的記憶」については後述するとして、ここでは、西郷、川上、荒尾、宇都宮、松井と連なるアジア主義人脈の系譜を確認しておきたい。西郷から松井へと、アジア主義の「物語」はつながっているのであり、そこには「九州要因」が経糸となって綴られていた。

第二の物語は、日中戦争が勃発・拡大した時期に首相を務め、それが「大東亜戦争」に発展することを阻止することができなかった近衛文麿が、終戦直前に戦争拡大の過程を回顧して作り上げた陰謀説に基づく有名な「近衛上奏文」である。よく知られるように、一九四五（昭和二〇）年二月一四日、近衛文麿は三年ぶりに昭和天皇に拝謁し、戦争の見通しに関する上奏を行った。以下に、書き出し以下、その重要な部分を抜粋する。

「敗戦は遺憾ながら最早必至なりと存候。以下此の前提の下に申述べ候。敗戦は我国体の瑕瑾たるべきも、英米の与論は今日までのところ、国体の変更とまでは進み居らず、（勿論一部には過激論あり、又将来いかに変化するやは測知し難し）、随て敗戦だけならば、国体上はさまで憂うる要なしと存候。国体護持の立前より最も憂うべきは、敗戦よりも、敗戦に伴うて起ることあるべき共産革命に候。

つらつら思うに我国内外の情勢は、今や共産革命に向って急速度に進行しつつありと存候。」

「右の内特に憂慮すべきは、軍部内一味の革新運動に有之候。少壮軍人の多数は、我国体と共産主義は両立するものなりと信じ居るものの如く、軍部内革新論の基調も亦ここにありと存じ候。」

「抑々満洲事変、支那事変を起し、これを拡大して遂に大東亜戦争にまで導き来れるは、これら軍部内の意識的計画なりしこと、今や明瞭なりと存候。満洲事変当時、彼等が事変の目的は国内革新にありと公言せるは、有名なる事実に御座候。支那事変当時も、『事変永引くがよろしく、事変解決せば国内革新はできなくなる』と公言せしは、この一味の中心的人物に御座候。

これら軍部内一部の者の革新論の狙いは、必ずしも共産革命に非ずとするも、これを取巻く一部官僚及び民間有志（之を右翼というも可、左翼というも可なり、所謂右翼は国体の衣を着けたる共産主義者なり）は、意識的に共産革命にまでは引きずらんとする意図を包蔵しおり、無智単純なる軍人、これに躍らされたりと見て大過なしと存候。この事は過去五十年間、軍部、官僚、右翼、左翼の多方面に亘り交友を有せし不肖が、最近静かに反省して到達したる結論にして、此の結論の鏡にかけて、過去十年間の動きを照らし見る時、そこに思い当る節々頗る多きを、感ずる次第に御座候。

不肖は、この間に二度まで組閣の大命を拝したるが、国内の相克摩擦を避けんがため、できるだけこれら革新論者の主張を容れて、挙国一体の実を挙げんと焦慮せる結果、彼等の主張の背後に潜める意図を十分看取する能わざりしは、全く不明の致す所にして、何とも申訳無之、深く責任を感ずる次第に御座候。」

この後、近衛は、共産分子によって扇動された右翼及び軍部の一部に、徹底的米英撃滅論及び対ソ提携・対中共提携を論じ、共産革命を考える者があることを警告し、敗戦必至の現状ではもはや、国体護持のため一日も早く戦争終結を講じる必要があるとして、軍部内の一味を一掃し、軍部の立て直しを行う必要を強調した。天皇の下問に対して、近衛

は、当時の軍部主流に反対する者として、皇道派の小畑敏四郎、石原莞爾、宇垣一成、阿南惟幾の名前を挙げている。(33)

当時近衛が共産主義革命の陰謀を進める「軍部内一部の者」と見ていたのは、梅津参謀総長らの「大分閥」であった。近衛は四三年一月、木戸幸一内大臣に宛てて次のような、これまた有名な書簡を書いた。少し長くなるが、適宜引用する。

「東条首相病気の為、早くも後継内閣に梅津説、或は梅津陸相説伝へらる。之に付き御参考までに。

軍部内の或一団により考案せられたる所謂革新政策の全貌を最近見る機会を得たり。之と在職中内閣に提案せられたる幾多の革新政策とを比較し、更に対外問題に関し軍部と折衝したる体験を考へ合するに思ひ当る節甚多く、一度此鏡にかけて満洲事変以来今日に至る内外の動きを照し見る時凡てが判然とし来るが如き感あり。

此革新案なるものは昭和十一年より十二年に亙り、参謀本部石原莞爾が日満財政経済研究会なる宮崎正義をして起案せしめたる生産拡充五個年計画に伴ふものにして、当時池田成彬、結城豊太郎氏等も目を通したる筈なるが、其後石原及宮崎遠ざけられても此案は軍部の一角に残り、然して次第に急激のものとなり、今日は明白にソ連と同型の共産主義と選ぶ所なきものになり居れり。」

「軍部内の一団がまさかかゝる赤の思想を抱き居るものとは考へられず、然れども第一次内閣に於ける支那事変、第二次内閣に於ける日米交渉等に関し軍部と折衝したる体験を顧るに、故意に事変を拡大し、故意に交渉を遷延したりと思はるゝ節極めて多し。勿論陸相始め首脳部にかゝる意図ありしとは考へられざるも、少くも右の一団が尋常手段にては実現困難なる革新政策を行はんと意図しつゝありし事実に想到すれば、彼等が故意に戦争を拡大し、故意に戦争を誘発する行動に出づる事ありしとするも怪しむに足らざるなり。

さて右の軍部内の一団の中心人物は誰なるかと推するに、小生は池田純久なりと睨み居れり。池田が企画院を去

りて後、其後釜［企画院調査官――松浦註］に同郷の秋永を推し、秋永の周囲に革新官僚を集め革新政策を濫発しつゝあるが、池田は依然背後より糸を引き居る筈なり。而して秋永も革新官僚も革新政策の奥の院に何が鎮座ましますかは知らざるが如し。

池田純久は麻生久、亀井貫一郎等と親交ありて常に相伴ひて小生を訪問せしことあり。第一次内閣当時最頻繁なりしと記憶す。池田は支那事変勃発当時天津軍にあり、作戦主任和知が満洲に出張中事変勃発し其間自ら作戦主任として事変を拡大せしめたり。或は故意に和知を満洲に出張せしめ其留守を覗ひしとの見方もあり、和知は其後此事を憤慨しありしと伝聞す。

池田は大分県出身なり（秋永も然り）、南、梅津は同県先輩なり。支那事変勃発当時参謀本部（次長多田［駿。宮城出身――松浦註］、作戦部長石原［莞爾。山形出身――松浦註］）は明白に不拡大方針なり。然るに陸軍省（大臣杉山［元。福岡県小倉藩出身――松浦註］、次官梅津）の態度は甚だ曖昧なりしことは御承知の如し。此事は池田―梅津の関係、及其当時南より首相宛に事変徹底解決を要望する電報ありし事実等を彼是考へ合す時肯かるゝ節あり。

当時北支にありし大迫［通貞。鹿児島出身。留守五七師団長（弘前）――松浦註］（現在弘前師団長）は最近舎弟水谷川に面会の節、支那事変を拡大せしめたる責任者は梅津なりと申せし由。

梅津は一見極めて穏健に見え、故湯浅内府の如きも口を極めて称賛せり。

御上に於かせられても御信任深しと承はる。其他民間に於ても所謂現状維持方面より喜ばるゝ観あり。然るに何ぞ図らん、梅津系統は池田を始め最警戒を要する革新分子なり。勿論、梅津が起つ場合是等系統のものを完全に抑え得れば問題なけれど、支那事変以来の関係を見るに其事は殆不可能なるに似たり。

梅津、首相又は陸相の場合、池田が軍務局長、武藤［章。熊本出身――松浦註］が次官たること略確定なりとの情報あり。池田は従来例の一団の中心なりしも表面には立たざりしが、今度愈表面の中心に立つ決意出来たりとせば、革新に一歩を進むる確信を得たる結果と思はる。

何れにせよ梅津出馬の結果は、最急激なる革新実現に拍車をかける可能性甚大なり。さなきだに内外緊張の情勢は赤の跋扈を招来する危険甚大なる今日、此事は深甚の警戒と注意とを要すと思ふ。[34]

右御参考まで」

「近衛上奏文」に書かれている危機意識は、この書簡と共通するものである。「近衛上奏文」は、英米を巻き込んだ日中戦争という国際政治の広い文脈から見ると、日本が明治維新以来着々と中国及びアジア侵略のシナリオを進めているという趣旨の中国側による「田中上奏文」という陰謀論と、情報宣伝戦争・イデオロギー戦争において対抗するものであった。[35]そして中国側が画策した植民地台湾・朝鮮での反戦運動や日本国内での厭戦気分の蔓延、コミンテルンとつながった尾崎秀実のゾルゲ事件発覚など、「近衛上奏文」の陰謀論を裏付けるように見える状況証拠を近衛は数多くつかんでいたから、いくつかの事実誤認があったにせよ、「近衛上奏文」には政治状況を説明する「物語」としての信憑性があるように、当時見られたのである。[36]ここでは、この近衛による「物語」が、南次郎・梅津美治郎を中心とする「大分閥」及び、杉山元・武藤章といった「九州組」を、「戦時共産主義革命」の一味とする陰謀説の物語を作っていることに注目したい。当時、近衛は吉田茂や池田成彬、あるいは真崎甚三郎・小畑敏四郎らの「皇道派」と共に、陸軍の対米英徹底抗戦論に反対し、早期終戦を働きかけていたから、近衛の陰謀説が真崎らによる軍部内権力闘争観の入説の影響を強く受けていたことは、容易に想像できる。それでは、なぜ、南を筆頭とする「大分閥」が、そして「九州組」が、陰謀の首謀集団として特定されたのであろうか。それを知るためには、いわゆる長州閥の優位が揺らぎ、代わっ

て昭和軍閥が台頭して以来の、複雑な軍部内権力状況の変遷を理解する必要がある。

昭和に入って以降、従来の長州閥優位に対する反発が強まり、宇垣一成の第二期陸相時代（二九年七月～三一年四月）・南次郎陸相時代（三一年四月～一二月）に長州閥は次第に陸軍本流の地位を追われていった。長州閥の田中義一を継ぐものと考えられた宇垣（岡山）は陸相在任中に、すでに希薄化しつつあった長州色を一掃すると共に、金谷範三（参謀総長、大分）・南次郎（次期陸軍大臣、大分）・本庄繁（関東軍司令官、兵庫）・建川美次（参謀本部第二部長・第一部長、新潟）・小磯国昭（陸軍省軍務局長、山形）・杉山元（陸軍次官、福岡）・二宮治重（参謀次長、岡山）ら「宇垣の四天王」や阿部信行（陸相代理、石川）・梅津美治郎（陸軍次官、大分）、松井石根（ジュネーブ一般軍縮会議陸軍全権、愛知）らを宇垣・南系として陸軍の中心に置いた。この宇垣・南の陸相時代に、反長州閥を掲げてきた薩摩・佐賀閥を中心とする「上原派」を中心に、今度は宇垣・南系に対する反対勢力が次第に強まってきた。宇垣・南系に代わって「上原派」が台頭するのは、満州事変後に荒木貞夫が陸相となり、金谷参謀総長を更迭して閑院宮に、二宮参謀次長を真崎に代えるなどし、荒木・真崎が陸軍省・参謀本部を掌握する露骨な皇道派人事が行われてからである。南は陸相在任最後の日の三一年一二月一〇日、日記に陸軍の現状として「陸軍ハ九州組ト現在勢力トニ縦ニ二分セリ。薩長閥ノ代リニ将来九州組出テン。其ノ内最モ林仙之［第一師団長、熊本――松浦註］不可ナリ」と記しており[37]、また三二年三月に宇垣・南系と見られた林弥三吉東京警備司令官や岡本連一郎近衛師団長が予備役に編入された際には、岡本が南に「真崎・荒木ニテ陸軍人事ハ九州組ニ変ハル。必ズ反動来ル」と語っている。ここでは、「上原派」の台頭が、宇垣・南系によって「九州組」の台頭として捉えられているのである。大亜細亜協会会員であった松室孝良陸軍少将は、「山県、桂、寺内等の長閥の巨頭が相次いで世を去るや、陸軍の派閥関係は明治維新以来残存せる派閥関係の有力閥である福岡、佐賀、大分、土佐閥（之等の閥族は明治維新後に於ける国軍編制の関係上比較的多くの有力将校を出してゐ

る）等の勢力争の時代に入った。」と述べ、その後均衡が破れ下剋上の気風が現れた、としている。(38)

「上原派」はその後、三四年一月の林銑十郎陸相就任を契機として、皇道派（荒木貞夫（東京）、真崎甚三郎（佐賀）・柳川平助（佐賀）・秦真次（福岡）、小畑敏四郎（高知））と統制派（林銑十郎（石川）、永田鉄山（長野）、東条英機（岩手））とに分かれていくことになる。しかし三三（昭和八）年、「上原派」の中心であった金谷範三（大分。南の盟友）・武藤信義（佐賀、皇道派）・上原勇作（旧薩摩領部分の宮崎、元帥。皇道派）が相次いで死去し、三四年一月、政治指導力の欠如を批判されるようになった荒木陸相が病気を理由に辞職して林に代わったことから、皇道派が没落し、今度は、宇垣・南系と統制派とが接近し始めることになる。三一、二年頃南や南周辺が感じていた「九州組」の台頭とは、必ずしも狭義の皇道派の台頭のみではなく、後に宇垣・南系と組むことになる統制派を含む陸軍中堅層以上の現象であった可能性がある。宇垣・南系と統制派とは、満洲国の背後を固めるための華北・内蒙工作や航空戦力強化などの政策面で近く、対ソ強硬策を主張する皇道派と対立した。統制派の中心と目されていた永田鉄山が斬殺された後の三五年秋の人事で、荒木らと対立した宇垣・南系の松井が予備役に編入され、皇道派が関与したとされる二・二六事件の結果、「粛軍」が断行され、真崎・荒木らの皇道派と共に、南・建川・小磯・阿部の宇垣・南系も予備役となった。林陸相による宇垣・南系と皇道派の両派閥に対する「両成敗」が原因といわれている。(39)その結果、皇道派と宇垣・南系とが排除され、陸軍は東条英機（本籍地岩手）を筆頭とする「統制派」全盛の時代になるというのが、通説的な見方であろう。

しかし、それでは、「近衛上奏文」が、日中戦争・「大東亜戦争」へと日本を引きずっていった陸軍部内の戦時共産革命主義者を目指す陰謀集団を、南次郎を筆頭とする「大分閥」としていることを、どのように説明したらよいのだろうか。これには、派閥対立図式による分析手法の限界を意識した上で、当事者の認識による補正を行う必要があろう。上記に紹介した先行研究では、松井石根は宇垣・南系に分類されているが、松井自身は次のように戦後回顧している。

これについては既に簡単に紹介したことがあるが、[40] この間の陸軍内部の状況を生き生きと示しているので、ここでは松井の言葉をそのまま引用する。

「その当時の陸軍部内の考が凡そ二つに分れてをつた。それは一つは真崎、荒木あたりの皇軍主義で、これは政策的に外に向つて軍国主義的にアジアを侵略して行かうといふ見地よりも、国内に於ける政党その他の運動に対して所謂統帥権の確立を護つて行かうといふことに重点があつたと思ふ。世間で皇道派と言つてをつたが、僕等のは、それはさうだけれども世界一般の情勢が斯うであるし、無論それと協調して行かなければならぬ、だから無論さういふ極端の事は出来ない、僕等は統制派と言つてをつた。統制派に属する主なる者は僕と南であつた。その他に本庄が居つたけれども、これ等は何方附かずの風であつた。宇垣さんはその時分朝鮮に居つたからあまり関係なかつた。今の小磯でも建川でも寧ろ僕等の方であつた。僕等は荒木、真崎とは同期生でもあるし、個人的には懇意であるのだから、――時分の主張を異にしてをるといふ点はあつたが、――それをひどく争ふといふことはなかつたけれども、若い者は皆さういふ風にして彼方に附き此方に附き非常に騒がしくなつて来た。殊に永田事件など起こつたりするやうになつて来たから、僕等はその点でも、これはそんなことで陸軍部内が分離するといふことは宜くないから、お互に我々のやうな主な者と思はれてをる者はもう引退つた方が宜くはないか、それで僕は真崎に、『お互いはもう引退らうぢやないか』と言つたが、黙つて誰も賛成しなかつた。それも一つの重要な原因である。恰もさういふ風に反対派のやうになつてをつたから僕等の大アジア運動を目して、『軍部以外の者と提携して政権を狙つてをるのだ』といふ風のデマも飛ぶし『うるさいから大アジア主義一点張りで行かう。』それで僕は一つは辞めさせて貰ふことにした、さうして十年の八月に僕は辞めた。然るに十年の秋から十一年の春にかけて支那の南北を旅行して十一年の二月に広東に居る時に二・二六事件が起こつた。二・二六事件には我々は反対であつたが、居な

かつたから僕は免れることが出来た。不幸にして渡辺あたりは此方に居つて殺された。あの人は派閥的にはさうは思はれてをらなかつたけれども、教育総監に在つたものだから殺された。」(41)

松井は「上原派」の中心的存在であった宇都宮太郎参謀本部第二部長の腹心であったが、その後仏領印度支那、欧米出張、上海駐在、浦塩派遣軍参謀、ハルビン特務機関長などの在外勤務を経て、一九二五（大正一四）年から二八（昭和三）年の参謀本部第二部長時代には田中義一陸相・宇垣一成陸相と良好な関係であった。このため、すでに松井の私淑していた宇都宮が二二年に病死していたこともあって、松井は宇垣・南系と目されることになる。松井は、政策的にも、政党内閣との協調や航空兵力整備の重視などの点で、宇垣らと一致していた。従って、松井を中心に見ていけば、「上原派」が宇垣・南系と対立し、皇道派と統制派に分かれていく、という派閥図式は、必ずしも当たらない。(42)しかも、政策的には、宇垣・南系と統制派の距離は近く、対ソ強硬論をとる皇道派と対立していたから、元来「上原派」であった松井が、宇垣・南系となり、南と共に、一時は反宇垣・南系となった「上原派」から分かれた統制派の中心になる、という解釈は不思議ではない。そもそも陸軍における派閥という概念自体が便宜的なものであるし、「皇道派」、「統制派」という区別自体を否定した陸軍軍人もあった。そして何よりも、陸軍内部の権力状況を大きく変えたのが日中戦争の勃発であり、大亜細亜協会を中心とする新たなイデオロギー的結合の台頭であった。こうした変化の中では、松井のみならず、「皇道派」とされていた鈴木貞一も中心的存在として位置していた。この点について、松井はこう述べている。

「対外政策的に異なつてをるといふところになつて来たら、僕等は支那と提携して行かうといふことを専ら言つてをつたのだが、皇道派は『専らロシアを叩かなければいかぬ』といふ事に熱を持つてをつた。彼等があの二・二六事件で成功して政権を取つてをつたらロシアとの戦争が起こつてをつたかもしれぬ。さうでなかつたから僕等が支那と手を握らうとした。それがうまく行かなかつたからアジア戦争になつて来たのだから、寧ろ皇道派で行つたら

日米戦争は避け得たかも知れない。僕等の方はアメリカと戦争する意思はなかつたけれども、支那の方がうまく行かなかつたから英米と戦争することになつてしまつたのである。」

「軍のやり方といふものは初めは支那事変に対しては、――これは政府の政策がさうだつたのだが、――所謂蘆溝橋事件が起こつた時に局地的解決をして時局の拡大をさせないやうな考へ方で行つてをつた。上海事件が起こつた時でもまださうであつた。それは政府とすれば上海方面の英米関係が錯綜してをるからこれはあまりやり過ぎると英米の方に累を及ほすやうになるからあの辺にはあまりやりたくないといふ意向があつたし、軍の方ではその頃の作戦部長が石原であり参謀次長が多田であつが、それ等は本当はやはり皇道派の思想を継いで『ロシアと戦をしたい、だから満州を固めればよい。』だから北支那はよいけれども、上海方面あたりに戦をするといふことを希望しなかつた。さういふ肚があつたものだから恰も政府のさういふ対英米政策と吻合して上海あたりでは極く消極の考で、その前の上海事件で支那と停戦協定が出来て支那軍を何処からは入れないといふことになつてをつた。だから『その範囲で日本軍は行かう』といふつもりであつた。僕に呉れた最初の兵力は一個師団半で、『上海の周囲を小さく占領して行かう、』斯ういふ考であつた。」「『南京を取つて直ぐ兵力を北の満州に持つて来い』といふ計画を参謀本部はしてをる、寧ろロシアの方を恐れてをつた、だから漢口まで行くといふ考ではなかつた。僕は『ロシアとは一時的妥協をしてをつて支那問題を片付ける』といふ考であつたから『南京まではどうしても行かなければいかぬ、その代り南京で戦は終る』といふ風に考へてをつた。南京まで行つて見ると、これは『斯んな日本の軍隊を以て支那を席捲してをつたら戦には勝つても感情的には日支は離間するばかりだからこれはいかぬ。』斯う思つたから、それで僕は帰つて来て大アジア協会をやつたのだが…。」[43]

この松井の述懐を要するに、日中戦争勃発後の陸軍部内は、対ソ戦争を重視しようとする荒木・真崎らの「皇道派」

及び石原莞爾ら参謀本部と、アジア主義を実現することで南進することになった松井・南を含む「統制派」との対立図式へと変わる。松井の「統制派」解釈は、永田死後の状況認識として、決して突飛なものではなかった。例えば、海軍で情報収集を担当していた高木惣吉大佐が収集した四一年二月二〇日付の「総合情報」では、「陸軍現派閥関係」として、皇道派・統制派・中立派という分類がなされ、その中で次のような説明が加えられている。皇道派は、対ソ強硬派・「支那事変」批判派であり、真崎甚三郎、荒木貞夫、本庄繁、奈良武次、多田駿、板垣征四郎、柳川平助、小畑敏四郎、秦真次、磯谷廉介、岡村寧次、山岡重厚、山下奉文、鈴木率道、川辺正三、塚田攻、土橋勇逸、田中隆吉ら、事実上の中心人物は柳川・小畑で現役では隊付無天組に多いとされている。統制派は、「支那事変責任派」であり、南次郎、松井石根、小磯国昭、杉山元、梅津美治郎、建川美次、東条英機、樋口季一郎、橋本欣五郎、重藤千秋、長勇、影佐禎昭、根本博、坂西一良、田中新一、池田純久、片倉衷、木下英明、岩畔豪雄ら、「事変拡大ノ責任者タル統制派ガ失敗ヲ蔽ハントシテ三国同盟締結ヲ急ギ、観念的日蘭国交調整ヨリ進ンデ急激ナル南進論ニ移行セル情況ニアリ」と記されている。中立派は、阿南惟茂・鈴木率道・塚田攻・牟田口廉也ら「支那事変ニ対スル反省派」で大転換による急速解決を唱える者と、石原莞爾・沼田多稼蔵らとに分けられている。(44)

これは、正に「統制派」の中心を松井、南、小磯、建川らであるとする松井の状況認識と一致する。また、「統制派」とされる者の中には、松井、南、建川、樋口、橋本、長、影佐、根本、坂西ら大亜細亜協会幹部が入っており、(45)上海派遣軍司令官であった松井が三七年一〇月の段階で、近く編成される中支那方面軍の自らの幕僚として希望した重藤、根本らも入っている。(46)さらに、近衛文麿が敗戦間際に作成した近衛上奏文において日中戦争を拡大させていき日本を戦時共産革命へと導こうとしたとして畏怖した、池田、梅津、南らが含まれている。(47)このように見てくると、日中戦争以後における「統制派」とは、松井を中心として、宇垣・南系、東条以下統制派の中堅軍人、「支那通」などのアジ

ア主義派により形成された緩やかな結合と見ることも可能であろう。とすれば、通常林銑十郎の下で統制派の中心をなしていたと考えられている永田鉄山が死んだ後、日中戦争勃発と拡大とを統制する陸軍中枢の核が弱まり、アジア主義な日中戦争解決を指向し、中国現地と民間に大きなネットワークを持つ大亜細亜協会などの動きが勢いを得て、対米英蘭戦争、即ち「大東亜戦争」へと導く結果となったことになる。[48] 日中戦争を機に、「統制派」の意味が大きく変わったのである。

そう考えてみると、終戦直前に近衛文麿が「近衛上奏文」の中で、日中戦争を拡大し戦時共産主義革命を実現しようとしている軍部内の共産分子として恐怖した相手が、南・梅津や池田純久・秋永月三らの「大分閥」であったことも、[49] うまく説明がつく。「近衛上奏文」の陰謀論は、宇垣・南系と激しく対立したことがあり、当時近衛に接近していた真崎ら皇道派による入説の結果できあがったものである。確かに、皇道派の中心である真崎甚三郎・勝次（佐賀。弟の勝次は海軍）、柳川平助（佐賀）、土橋勇逸（佐賀）、秦真次（福岡）、小畑敏四郎（高知）、山岡重厚（高知）、山下奉文（高知）、と皇道派には佐賀・高知出身者が多かったが一時ほどではなかったし、統制派の方には、南（大分）、松井（愛知）、杉山元（福岡）、梅津（大分）、池田純久（大分）、武藤章（熊本）、重藤千秋（福島）、楠本実隆（鹿児島）、橋本欣五郎（福岡）と、大分を中心に九州並びにそれに近い出身者も目に付くが、東北・北関東・中部などの出身者も同じ程度居て、必ずしも実際に「大分閥」ないし「九州組」が圧倒的だったと言うことはできない。しかし、真崎甚三郎らには、かつて対立した宇垣・南系の南次郎や、企画院で統制経済に関与した池田純久らのイメージが強かったのであろうか。党派意識の強い真崎らによる陰謀論の陰謀論たる所以であろう。

むしろ、近衛にとっては、真崎らの入説に怯えたことに加え、「近衛上奏文」にあったように、日中戦争拡大論や日米戦争積極論、早期終戦に反対する対米英強硬論者らが、戦時共産主義革命の陰謀論者に見えたことの方が重要であろ

う。宇垣・南系であった松井（日中戦争拡大時、現地軍最高司令官、名古屋）を含め、杉山元（日中戦争拡大時陸相、東条退任の後再び四四年七月～四五年四月陸相。福岡）、梅津美治郎（日中戦争拡大時陸軍次官、東条退任の後四四年七月～四五年一〇月参謀総長として徹底抗戦論、大分）、武藤章（戦争拡大時参謀本部作戦課長、熊本）といった顔触れを見ただけで、真崎らによる陰謀説を信じるに十分であるように思われる。特に杉山、梅津は、近衛にとって、かねてより信頼しがたい人物であった。しかも、近衛が上奏文で述べているように、近衛自身が大亜細亜協会に深く関与して松井ら大亜細亜主義者を政治基盤に取り込み、陸軍省を中心とする強硬論に妥協して戦争を拡大してしまっており、責任を感じるが故になおさら陰謀論は真に迫って感じられたのではないだろうか。南、梅津、松井ら「九州要因」と関わりつつ日中戦争を拡大するのに責任あった「統制派」を近衛は、真崎らから受けた「大分閥」という言語象徴で直感的に表現したのではないだろうか。

本節の初めに挙げた一つめの物語である西郷隆盛から松井石根に連なるアジア主義の系譜と、二つめの物語である陰謀説「近衛上奏文」の後景をなす、アジア主義の結果としての「大東亜戦争」という言説とは、「九州要因」という歴史的構造によって結びつけられる。実は、近衛が大亜細亜協会に関与し、頭山満（福岡）らのアジア主義者とも深く関わってきた背景には、アジア主義者であった父近衛篤麿から引き継いだアジア主義人脈があり、さらに、近衛家は薩摩藩主たる島津家と深い関わりがあり、それを通じて九州各藩とも因縁があった。近衛篤麿の「篤」は祖父忠熙の養女として徳川家定の正室となった島津斉彬の養女篤姫の「篤」であり、文麿の女婿細川護貞は熊本藩最後の藩主護久の孫であると同時に第一七代当主であって、その子護熙の「熙」は近衛忠熙からとられた字である。近衛が震えおののいた「近衛上奏文」の陰謀説の「物語」は、文麿の政治行動の結果であり、近衛家の来歴によるものであり、さらに薩摩藩を中心とする中世以来の「九州要因」に由来するものであった。また、薩摩出身の西郷隆盛、川上操六―荒尾精（尾張）―

宇都宮太郎（佐賀）－松井石根（尾張）の系譜によって受け継がれた、郷村自治（連省自治・雄藩連合）・「通商富国」・民族混交による亜細亜連盟の構想[50]は、中世以来の海域アジアを舞台とする「新しい中世」への回帰を目指す「九州要因」によるものであった。これらが、荒削りながら、本稿の論証しようとする仮説である。

三　「新しい中世」[51]という枠組み

政治史分析にあたって政治過程論による手法をとる場合には、政党や労働組合などの西洋的近代組織、あるいは軍人による派閥などが中心となり、大亜細亜協会などの組織はこぼれ落ちてしまう。政党や圧力団体などの公式の政治団体と異なり、政治団体を標榜せず、可視化されない形で政治的影響力を行使していった場合には、それにあった分析枠組みを考えなければならないのである[52]。これまでの先行業績が、僅かな例外を除き[53]、ほとんど大亜細亜協会を無視してきたのは、協会の中心であった松井石根が、血塗られた南京虐殺事件の最高責任者として[54]、あるいは日中友好を願いながら冤罪の犠牲として処刑された「昭和の聖将」としてのみ扱われ[55]、彼らのアジア主義運動が外交史・政治史として正面から分析されなかったためもあるが、協会の「イデオロギー・ネットワーク」としての特質が理解されず、活動を分析するのに適当な分析枠組みがなかったためではないだろうか。マルクス主義政治学・歴史学やアメリカ政治学を含めた西洋政治学を輸入してこれを日本に当てはめてきたこれまでの先行研究は、当然のことながら西洋諸国を模範とする日本の近代的発展の歴史を扱い、西洋由来の政党・労働組合運動・共産主義運動・ナチズム・ファシズムなどに相当する政治主体を探し出そうとしてきた。その場合、大亜細亜協会をほとんど無視して昭和戦前期を論じることになったのも、無理はない。もちろん、西洋的近代化をモデルとする側面が近代日本史において重要な意味を持っていたこと

は否定できないが、それで解明できない側面が多々あることも事実である。

近代日本のアジア主義を考える際、代わって、中世以来の日本とアジアとの関わり、日本の国内秩序との連続性や比較を考えることは、大きな助けとなるように思われる。網野善彦が日本列島を倒置した富山県作成の「環日本海諸国図」を用いて強調してきたように、日本海及び東シナ海は、日本列島、南西諸島とアジア大陸とに囲まれた「内海」であった。中世、そして近世初期まで、「倭寇」「倭人」は「日本人」と同一ではなかった。「倭人」は国家を越え国境に関わることなく、朝鮮半島・中国大陸・日本列島などにわたる海域を生活の場とした人間集団であり、アイヌはサハリンやアムール川（黒龍江）上流から北海道・東北地方北部にわたって活動した交易民であった。内田良平らが作った民族主義結社である黒龍会の名称は、黒龍江の向こうへと白人種を追いやろうとしたためとも、シベリアを渡り黒龍江付近に到達した内田がその景色に感動してつけたとも言われているが、彼らの「アジア」像が、アイヌを含むこの周辺の民族が混交し交易して暮らしていた時期のそれを「桃源郷」のようにイメージしていたことは容易に想像できる。「天下布武」を遂げた織豊政権期において「日本国」としての統一意識が強まり、秀吉による朝鮮出兵を経て徳川政権が「鎖国」を行うまで、日本海沿岸や九州地方の人々にとって、「アジアの海」は朝鮮・中国はもちろん、琉球・東南アジアへと連続する生活圏であり、日本は海によって仕切られた「島国」などではなかった[56]。日本列島を起点に「内海」を挟んでユーラシア大陸へと向かう時、四つのルートがあった。①博多から壱岐、対馬を経て朝鮮半島へと向かうルート、②北海道、サハリンを経てアムール河を遡り満州に向かうルート、③薩摩を出て琉球弧を島づたいに渡り、中国南東部に達し、台湾・東南アジアや華北へと向かうルート、そして④長距離航海により、長崎から五島列島を経て、寧波周辺へと東シナ海を横断するルートである。「鎖国」の時代にも、それぞれ対馬、松前、琉球、長崎という四つの「口」が開かれていた。日本列島の産物としては、北の昆布・鮭などの海産乾物、毛皮、日本刀や磁器、織物などの工芸品、銀、銅、硫黄、生

糸、米などがあり、一方、日本に必要なものとしては、朝鮮人参などの薬種、貨幣、砂糖、木綿・絹織物や陶磁器、文具などの工芸品、経典、さらには鉄砲・軍艦などの武器などがあった。このため、モノの移動としての交易は「鎖国」時代も含めて不可欠であり、常にヒトとモノの移動を求める大きな力が働いていた[57]。平和的、略奪的、経済的、軍事的、如何なる形態をも含む交流の「歴史的記憶」も、そうしたモメントの一つであった。

東アジアにおける海禁政策は、明の建国以来、朱子学・中華思想・農本抑商主義などに基づき、倭寇対策や治安維持のため、原則として私貿易や中国人の海外渡航を禁じ、自らの意志で中国皇帝を宗主と認め臣属し朝貢する船団のみを受け入れ、広州・泉州・漳州においた市舶司との取引を認めたのが始まりである。しかし明代半ばには有名無実化し、明は有名な王直（現在の安徽省出身で平戸にも居を構えた）や徐海らを含む華商・ポルトガル商人・日本人らによる寧波を中心とした密貿易・倭寇に苦しんだ[58]。一六世紀後期の倭寇は、中国出身者も日本の武士のように頭髪の一部を剃り落とした月代という髪型を記号とした。徐海らのグループは交易よりも掠奪に専念し、都市の攻撃や官軍との対峙の際に日本から雇われた武士が軍事プロフェショナルとして活躍した。中国各地の無頼や官憲に反感を抱く人々が掠奪に参加し、沿岸地域の村には倭寇に参加した男達が戦利品を満載して凱旋してくると村民らに歓迎されたところもあったという[59]。朝鮮沿岸を荒らし回り密貿易を行った倭寇も、朝鮮社会と乖離していたわけではなく、朝鮮の富裕商人、地方官衙、通詞、辺将、住民らも巻き込み、彼らを密貿易の手引きや取引相手、情報提供者として、朝鮮社会に食い込んでいた。むしろ、貧しいために倭寇貿易に依存しないとやっていけない朝鮮集落もあったし、最大の倭寇密貿易の受益者はソウルの大商人だったとの指摘もある[60]。

徳川政権以降の日本や李氏朝鮮などもまた明を模倣して海禁政策をとり、それぞれが「小中華主義」をとった。戦国時代の九州大名、例えば平戸松浦氏・豊後大友氏・島原有馬氏・薩摩島津氏・五島宇久氏・天草志岐氏らは、それぞれ

「富国強兵」のために上方市場と地元産地との連結と共に、海外貿易を熱望し、そのためにキリスト教への接近をも厭わなかった[61]。特に島津氏は、坊津など薩摩の諸港を勘合貿易の拠点とし、倭寇の根拠地であった薩摩領内の甑島の取り締まりに腐心し、明・南蛮・呂宋などと積極的に貿易を行った。まず平戸領主松浦隆信と面会して九州での交易センターを押さえ、中国との交易の舞台であった九州の統一を果たし、アジア海域の統制を強化しようとした豊臣秀吉は、明から朝貢体制を学んで「日本型華夷秩序」を築こうと朝鮮・琉球・印度・呂宋・台湾等に朝貢を強要し、朝鮮出兵からついには明との対決に至る。一時は日本軍の小西行長（堺商人の次男）が日本国内の海洋商人の要望を背景に、日本のみを互市システム（政治的交渉を伴わない交易形態）の相手から排除している明との交易再開を中心とする日明講和案を進める場面もあったが、主戦派の加藤清正の疑念を招き、明の皇女を日本の天皇に嫁がせ、朝鮮半島南部を割譲するなどの内容を持つ日本側の講和案が実はほとんど無視されていることを、清正が秀吉に告げたために、秀吉が激怒し、交渉は決裂したという[62]。一方で秀吉は、朱印船貿易・バテレン追放・博多保護などを通じて貿易の統制化を進めた[63]。徳川政権は当初対外的には豊臣氏よりも柔軟な政策をとったものの、次第に長崎貿易・糸割符制（生糸貿易の統制化）強化から「鎖国」による海外渡航禁止・長崎一港制限へと進み、九州大名を中心とする西南大名のポルトガル商人との相対貿易を禁じ、長崎奉行の統制の下での貿易しか認めなくなった[64]。

しかし、「鎖国」となった「鎖国」以後も、日本は松前藩・対馬藩・薩摩藩・長崎会所の四つの「口」を通じて世界とつながっていたのであり、日本に必要な物資は相変わらず、「海のアジア」を通じて幕府統制下の交易や密貿易により供給されていた。一六世紀に東アジアで展開した海上交易の中心は、日本が輸出する銀で中国の生糸・絹織物や朝鮮の人参を輸入するというものであった。明による日本との直接貿易を禁止する海禁をくぐり抜ける形で倭寇が活躍し、東南アジアを経由する出会い貿易が行われ、中国商人、ポルトガル商人、さらには日本から追放された彼らに代わって

オランダ人が、こうした広域貿易を担った。一七世紀に明に代わった清は、海外交易を管理しつつ明よりも寛大に容認し、日本の貿易統制によって溢れた中国船が日本側の幕府統制を回避しようとして「抜け荷」を行った[65]。関ヶ原の合戦で徳川方に対抗した島津氏は、その後上洛と陳謝とによって呂宋・安南・西洋・シャムなどとの朱印船貿易を許され、さらに中国貿易を強化した。「鎖国」が進む中、ついに一六三四（寛永一一）年には中国貿易が禁止されたが、島津氏は漂着という名の密貿易と琉球貿易とによって、徳川政権の強い統制の下に置かれながらも、その目を潜りながら、ようやく中世における活発な中国・朝鮮・東南アジア・西洋との貿易の痕跡をつないでいったのである[66]。石見銀山が発見され、朝鮮由来の灰吹法という精錬技術が導入されると、一六世紀から一七世紀前半にかけて、密貿易・間接貿易の形をとりながらも、銀が年間六〇トン余り日本から東アジア・東南アジアへと輸出されていったという[67]。特に一七世紀中期から一八世紀前期にかけての時期は、対馬藩宗家による日朝貿易の最盛期であり、日本の丁銀は対馬藩から朝鮮へ輸出された後、朝鮮の宗主国である中国へと再輸出され、中国からは丁銀と引き替えに生糸・絹織物が朝鮮へ輸入され、対馬経由で日本国内（京都）へと渡った。特に丁銀の輸出量は、長崎貿易を遙かに凌駕しており、多くは私貿易や密貿易の形で行われた。胡椒や香料などの東南アジアの商品が、中国やオランダ商人によって長崎に入り、さらに対馬を経て朝鮮に入るという広域通商圏も成立していた[68]。徳川幕府は日朝通交貿易を管理していたが、田代和生によれば、実際の主体は対馬藩にあったという。銀が枯渇し始めると、徳川幕府は統制貿易の輸出品を銀から銅へと切り替え、さらに一七一五年の正徳新例で「俵物」（干し鮑・イリコ・フカヒレ）[69]・「諸色」（昆布・スルメ・干しエビ・トコロテンなど）と呼ばれる乾燥海産物へと置き替えていくことになる。そして、西日本を中心とする商品経済進展の中で、対馬藩とは別に、琉球という東アジア・東南アジアへとつながる植民地を持つ薩摩藩を中心とし、統制貿易としての海禁を嫌う中国商人や日本側西南雄藩でも、藩財政立て直しのためにも、自由貿易を求める動きを始める。初めは密貿易や

藩際貿易として、次いで、各藩領内での対外貿易と政治的自立、さらには外交的自立までをも要求し始めるのである。

幕末維新期の尊王攘夷・倒幕運動は、通商経済の側面から巨視的に見れば、対外危機を契機として生じた「攘夷」というナショナリズムを大きなエネルギーとしながらも、決して徳川政権による「鎖国」の維持を要求したものではなく、むしろ九州や日本海沿岸の雄藩が徳川政権による貿易統制・政治統制を排除し、各藩領内の港で自由に交易するよう求めた雄藩連合による「開国」・「富国強兵」の運動であったと見なすことができる。[70] そうでなければ、尊王攘夷運動によって徳川政権を倒した明治新政府が、政権を握ったとたんに「文明開化」・「富国強兵」に邁進したことの説明がつかないように思われる。なお、こうした見方は、思想史の立場から見ても必ずしも根拠のないものではない。島津斉彬・松平慶永らはもちろんのこと、攘夷派の巨頭水戸斉昭や薩長の志士たちのトップも本心は開国通商論（「一旦攘夷、後開国」）で孝明治天皇や朝廷の非妥協的な攘夷論に批判的であったことはよく知られているし、[71] 日本の開国問題は必ずしも危機の実態のないものであったことも有力に主張されている。[72] 問題の本質は、天皇への権力回収という体制転換（「尊王」）にあった。西洋列強の脅威に際して、徳川政権がすぐにロシアによる襲撃に対する報復も迅速な開国もせず、[73]「ご公儀」の威光を守るため結果として外圧に屈して開国する形になったために、それと外交問題ないしナショナル・プライドの問題（「攘夷」）とが結びつき、「皇国」思想を強調する水戸学などがそれを増幅して、深刻な政治問題化したのである。将軍後嗣問題との交錯もよく指摘されるところである。これを要するに、明治維新とは、一面において徳川政権成立以前に戻り、「新しい中世」ないし「近世初期への回帰」を目指そうとする動きであって、その政治的象徴として持ち出されたのが天皇親政だったのである。福沢諭吉は、「尊王攘夷」イデオロギーの本質を、次のように鋭く指摘している。

「先年外国と御条約御取結に相成候以来、世間にて尊王攘夷抔虚誕の妄説を申唱候。之が為め、御国内多少の混雑

を生じ　廟堂の御心配不少義に候得共、畢竟、其説の趣意は天子を尊候にても無之、外国人を打払候にても無之、唯活計なき浮浪の輩、衣食を求候と、又一には野心を抱候諸大名、上［徳川政権――松浦註］[74]の御手を離れ度と申姦計の口実にいたし候迄の義にて、其証跡顕然に付、別段弁明仕候にも不及候義に奉存候。」

西洋列強に対する生理的・感情的反発はあったにせよ、「尊王攘夷」を掲げる運動指導者自身が、徳川政権による経済統制を嫌い、海外との自由な通商を通じての諸藩「富国強兵」を要求し、体制転換を求めていたのである。そしてその裏には、中世末から近世初期にかけての原イメージがあった。

対外関係だけではなく、国内政治体制として見ても、大亜細亜協会を中心とするアジア主義イデオロギーの組織原理は、「新しい中世」と親和的なものであった。大亜細亜協会が各界の名望家・有力者を網羅した組織で、そこから各界に政治的影響力を浸透させたことは、日本の古代律令制度が崩壊した中世、天皇家・摂関家を含む公家、大寺社（寺家・社家）、幕府を中心とする武家などの多元的な「権門勢家」が国家の公権や経済を多層的に分有し、相互に矛盾・対立しつつ、かつ、相互補完的に職能的分業関係をもって総体として支配していたとする黒田俊雄の「権門体制論」[75]を想起させる。実際、元来分権的で統合主体の存在を「幕府的存在」として排除している明治憲法体制が、元老・藩閥・政党などによる事実上の非制度的統合力を失った[76]、しかし政党・軍部・財界などの既成勢力による緊張を伴った相互依存によって辛うじて支えられていたこの時期を、「新しい中世」として分析することには、大きな有意性があると考えられる。明治維新以降アジア主義を主張してきたのは、西郷隆盛に始まる薩摩・佐賀・土佐・福岡などを中心とする民権運動家や民間右翼であったが、彼らの理想とする社会は、中央集権とは対極にある郷村自治や郷党の水平的絆に基づいた中世惣村的な社会であったし、政治体制としても天皇を中心に臣民が緩やかに結びつくものが想定され、強権的な幕府的存在や「有司専制」による天皇と臣民との間の夾雑物を排除する方向にあった。西郷の系譜を引く者は、西南戦争

以来多く野にあったし、陸軍・官僚制における長州閥の優位などもあり、陸軍においては、アジア主義的心情を抱く薩摩・佐賀閥という傍系、情報将校や「支那畑」などの傍流的地位に置かれることが少なくなかった。昭和軍閥に多い「支那通」には、外国情報の収集分析や諜報、謀略などを担当する参謀本部第二部長、同支那課長、中国駐在公使館付武官などのポストを歴任し、その他の外国に赴く者が多く(77)、このため、中国現地における情報・謀略工作や政治・経済工作という任務と陸軍部内での傍系的地位、そしてアジア主義的政策の結合がますます強化されるという制度論的結果を招いたことも指摘しておく必要があろう。

昭和戦前期、天皇は、主観的には「立憲君主」として積極的な政治介入に慎重な態度を取った。統合主体としての元老は次第に消失し首相推薦者として西園寺公望のみが残ったが、「元老重臣」はテロリズムによる脅威に曝されていた。衆議院に基盤を置く政党のうち、既成政党は農村問題・経済問題の解決に失敗し「党利党略」による抗争で国民の信用を次第に失っていたし、社会大衆党は議席を伸ばしていったが、大きな影響力を持つには至らなかった。関東軍の独走を陸軍中央が追認した満州事変以後、政府が軍部を抑制することも、出先軍部を軍中央部が統制することも難しくなったが、だからといって軍部が政治の方向性を独自に決められるようになったわけでもない。軍人の政治関与は、建前として禁止されており、また、陸軍自体、内部に旧来から抱えてきた対立・分裂によって迷走するようになったためである。内務省・司法省などの文民官僚制もまた、各省権限については力を持っていたが、統合主体としての力は全くなかった。貴族院、枢密院なども同様である。民族主義団体など民間右翼は批判勢力としての発言力を増し、青年団運動や仏教勢力、新聞社なども力を保っていたが、単独で既成組織に代わるものはなかったし、全体として統合される試みも成功しなかった。既成の体制が求心力を失い、多元的な各組織・各勢力が牽制しあう「中世」に類似した状況であったと言うことができる。

こうした状況の中、軍部・経済界・学界・宗教界・ジャーナリズム・地方官僚制などの「権門」の名望家を緩やかに網羅する新しいスタイルの政治組織形態として、大亜細亜協会を分析するならば、大亜細亜協会の新たな意義が見えてくるのではないだろうか。大亜細亜協会は、各界・各層・各地域（日本内地に限らずアジア各地を含む）を束ねるイデオロギーとして、仏教を中心とし神道・儒教・大本教・日本基督教団・イスラム教・ヒンドゥ教などを包含する大亜細亜主義を鼓吹し、このアジア主義の背後にはアジア通商圏における日本帝国の通商競争があった。このことを、中世に置き換えて考えると、伝統仏教思想を基に日本を「仏の垂迹たる神々の鎮座する聖地」として神国思想が構成され、多元的な「権門勢家」を融和し支配層を結集してその政治秩序を正統化し、その背景に北東・東・東南アジアとの通商復活や人的交流の進展があったことにも通じるように思われる。(78)

このように考えてみると、大亜細亜協会やアジア主義は、西洋的政治組織や国家主義イデオロギーとしてではなく、中世以来の、あるいは国家としての統一性を欠く「新しい中世」における「イデオロギー・ネットワーク」という、「影の国家」(79)として分析することができるのではないだろうか。近代以降の日本には、開発独裁による西洋的近代化・西洋諸国との協調による西洋的帝国化を目指す大久保利通を継いだ長州閥を中心とする日本帝国政府の主流が取ろうとしてきた道とは別に、西郷隆盛から大亜細亜協会に連なるアジア主義の道があった。これは、政府による統制としての海禁政策が緩み始め、西洋列強による安全保障上の危機が到来した東アジアに共通する現象としての分権的な連省自治運動（雄藩連合）の一種であり、自由な通商活動に裏打ちされた「貿易富国論」と人的浸潤による開拓・移民を含む民族混交論とを支柱とする「新しい中世」の実現を通じ、「皇威」を四海に拡張しようとするものであった。この「影の国家」は、国家機構における傍流、また在野における思想として伏在し続け、世界大恐慌期以後の帝国再編成（「昭和維新」・「東亜新秩序」）の時代になって、各方面に一挙に浸透し、日中戦争と共に、その特性を活かしながら、次第に国策の

中枢を掌握していく。皮肉にも、「影の国家」が軸となって膨張する日本帝国が中国侵略における内応者としようとしたのは、華北・西南地方における連省自治運動であり、海域アジアの通商活動を支える華僑・台湾商人・インド商人であった。

「影の国家」として「新しい中世」への回帰を目指すアジア主義を中心に日本近代史を見直すことは、従来の近代政治史・外交史が描いてきた日本近代史に、もう一つの道程を書き加えることになる。

四　幕末維新における「新しい中世」回帰の動きと西郷隆盛

本節では、薩摩・佐賀を中心とする九州・四国・環日本海などの雄藩が、西洋帝国主義国による安全保障上の危機や財政危機に対応する藩政改革の中で、次第に血縁的・地縁的・通商的結合関係を深め、幕府による統制の目をかいくぐって「新しい中世」への回帰を模索するようになり、ついには徳川幕府打倒、明治新政府樹立へと向かう動きを簡単に整理する。幕末維新以降のアジア主義が、「九州要因」によって活性化していく過程を明らかにするためである。

薩摩・佐賀を中心とする九州勢力は、長州藩と共に明治維新の原動力となった。明治憲法体制において、長州閥が藩閥の中心となり政治の主流をなす中で、薩摩閥を中心とする九州を基盤とした人的結合関係は傍流となり、アジア主義を支える一つの基盤となったと言えよう。尾張藩が反幕府勢力として明治維新において重きをなしたように、後述する荒尾精や松井石根など尾張出身者も、この勢力と近い関係にあったように思われる。一橋慶喜を中心とする「一会桑権力」が、尾張藩主徳川慶勝の実弟である京都守護職松平容保（会津藩）、京都所司代松平定敬（桑名藩）[80]らから成っていたように、九州・四国の雄藩も、血縁・姻戚関係、そして通商などにより強く結びついていた。例えば、専売制など

の殖産興業や洋式の軍制改革を断行するなど藩政改革に成功し、越前藩松平慶永・薩摩藩島津斉彬・土佐藩山内容堂と共に「四賢侯」と称された宇和島藩八代藩主伊達宗城は幕臣旗本の次男であるが[81]、彼は佐賀藩一〇代藩主鍋島斉直の女と結婚し、しかも宗城の先代宗紀の室も佐賀藩九代藩主鍋島治茂の女であった[82]。宇和島・土佐という四国の両外様藩は、西洋式の軍制改革や商品生産奨励・藩際貿易などによる藩政改革に成功し、幕末の政治中枢に進出して公武合体運動を推進する[83]。また、佐賀藩及び福岡黒田藩は、交代で長崎御番役を務める関係で、長崎における藩際交易にも関わり、商品・技術・情報交流に早くから通じていた。一一代福岡藩主となった黒田長溥は、「蘭癖」で知られる薩摩藩九代藩主島津重豪の九男で、藩士を長崎に派遣して西洋科学を学ばせ、領内の生蝋を買い集め大阪を通じて一手に売り捌く財政改革や、軍政改革を断行したものの、藩内の勤王派弾圧などで影響力を低下させた[84]。

佐賀藩は、一一代藩主鍋島直正（閑叟）の下で古賀穀堂[85]をブレーンとし、長崎警固を通じて西洋知識の導入に努め、人材登用、財政再建、有田・伊万里の陶器や白蝋、石炭、茶などを強力な藩統制の下で製造奨励し、江戸・大坂で売り捌いたり長崎から対外輸出する殖産興業、銃器・大砲など軍事産業、造船・蒸気機関製造などの画期的な改革を推進した。中でも、佐賀藩の擁する大砲は、戊辰戦争を薩長による「私闘」と見られるのを嫌った倒幕軍の強力な軍事力となり、佐賀藩の「大割拠」による「富国強兵」は、藩を明治維新の中で大きく浮上させるのに貢献した[86]。なお、一八六七（慶応三）年のパリ万国博覧会に参加したのは、幕府のほか、薩摩藩と佐賀藩のみであった。これは、幕府を除けば薩摩藩と並ぶ例外であり、両藩が徳川幕府に対抗する力をつけたことを意味している。佐賀藩九代藩主治茂が藩政改革を行うにあたり、ブレインの一人儒者石井有助を遊学させたのが、六代藩主細川重賢の下で人材登用・財政再建・商品作物統制を含む殖産興業などを内容とする宝暦改革を成功させた熊本藩であった[87]。熊本藩はこれにより幕府や各藩の改革に大きな影響を与え、九州雄藩としての地位を確立したのである。

なお、長州（萩）毛利藩は、村田清風による天保改革によって財政再建や専売制実施・軍制改革などを行おうとしたが、失敗に終わった。坪井正裕、次いで周布兼翼の両派による「安政改革」により「富国」を目標とした領内産物の広範な取り立てと上方販売が行われ、商品生産・流通の発展に対応した地主・豪農層・商人の掌握を通じ、藩際貿易の基礎が築かれたという。その後、「開国」という事態を踏まえて、一四代藩主敬親の側近長井時庸（雅楽）が「航海遠略策」による公武合体論を唱え、これを採用した長州藩は一躍中央政界に進出したが、吉田松陰門下の久坂玄瑞ら尊王攘夷派の反対と坂下門外の変による老中安藤信正の辞任により長井は失脚し、藩是は「航海遠略策」から「破約攘夷」へと転回した。長州藩は、こうした中で「文久改革」を行って行政機構改革を行うと共に藩際貿易を拡大し、奇兵隊編成などの軍事改革を行った。一八六四（元治元）年七月、前年（文久三）年の八・一八政変によって亡命してきた三条実美ら尊王攘夷派公家七名を受け入れていた長州藩は、冒険主義的な禁門の変を行って敗北し、また八月には四国連合艦隊の砲撃に完敗した。この時、「尊王攘夷派」の高杉晋作が、下関開港による長州「開国」を主張するようになった。その後幕府による第一次長州征伐に屈した長州藩は、財政改革・軍政改革と共にそれらのための薩長交易再開、通商拡大、製蝋・製油・製鉄・造船を目標とする「慶応改革」を始めた[88]。近年の研究で、一八五九（安政六）年に始められ「文久改革」に至る、薩長交易を初めとする藩際交易は、下関を中心とし、関東、畿内、越前・対馬・長崎・小倉・薩摩（さらに琉球）といった広範な交易へと拡大しており、中下層農民をも基礎とするものであったこと、また長州など雄藩が大阪・江戸・下関など中央市場の既成株仲間・新興商業組織の豪農商を従属商人として再編し、幕府の中央統制的な国内商業統制策と対立していったことが明らかにされている[89]。特に長井雅楽の「航海遠略策」は、他藩から「自己航海の私論」と批判されたように、長州一藩が幕府に接近して国内交易を拡大し、対外貿易にも参加しようというものであった[90]。幕末における商品経済の発展は、その後、自由な国内外での通商を求める西南雄藩と、株仲間など既成商業組織を中心

とする統制経済を維持しようとする徳川政権との対立を醸成し、藩際交易によって徳川政権に対抗する雄藩連合が形成されていく基盤となったのである。特に、その中心となったのが、琉球及び長崎において海外市場とのアクセスを部分的にとはいえ、認められていた薩摩藩であった。

薩摩藩は、鎌倉以来の三人衆（少弐・大友・島津）のうち唯一旧領安堵された近世大名であり、中世以来の在地構造を温存させた。一六〇九（慶長一四）年、琉球に侵攻してこれを支配下に置き、琉球の朝貢貿易を利用して明との貿易を維持することに成功した。[91] そして、長崎会所における幕府（及び長崎商人）による特に厳しい貿易統制制度の中で、薩摩藩は長崎会所や対馬藩、松前藩と共に海外に開かれた限られた「口」としての位置にあったが、同時に、蝦夷地を支配する松前藩と共に、琉球を服属させ「植民地」としていた例外的な藩でもあった。[92] この「植民地」支配体験は、海洋貿易及び南進の履歴と共に、薩摩藩の重要な特質として記憶されるべきであろう。当時、長崎会所における貿易額は清国船が総額銀六千貫、オランダ船が金五万両という限度が定められていたが、それを超えた積み荷は密貿易の対象となることもあり、薩摩藩は積戻船との出会い貿易を行う他、五島列島東岸、薩摩西岸の羽島・串木野・阿久根・坊津などで漂着船に見せかけた清国船との取引を盛んに行った。広く知られているように、薩摩藩は「鎖国」の例外として、薩摩藩の物産を琉球経由で清国へ輸出する一方、清国産である「唐物」を琉球経由で輸入し薩摩藩内で使用することを許されると共に、白糸・紗綾だけを京都で、また、文化年間からは「琉球国扶助」の名目で、これらと薄紙・五色唐紙・鉛・羊毛織・丹通・緞子・猩燕脂・花紺青の唐物八品を長崎会所で、さらに文政年間から鼈甲・爪・竜脳・硼砂・沈香・沙参・阿膠・辰砂・茶碗薬など一六品を加えて長崎会所で制限額の枠内で売ることを許可され、さらにその制限額を超えて許可地以外でも売買した。[93] このことは、幕府による長崎会所貿易に多大な損失を与えた。また、元来幕府が独占貿易の対象とする俵物（フカヒレ・干しアワビ・煎海鼠の俵物三品）や利尻昆布を、江差、松前、函館などから富

山の売薬商密田家や金沢藩御用商人銭屋五兵衛らの北前船に乗せて琉球経由で清に運び、琉球では昆布と黒砂糖を、[94]清では昆布と薬種・絹織物を交換するなど密貿易を行い、清国華僑らと積極的に接触していた。この結果、清国との貿易が減じ、元来幕府が独占するはずの長崎会所における貿易利益は大幅に減って、赤字を重ねるに至った。[95]その一方で、薩摩藩は「開国」による欧米商社の中継貿易で打撃を受けるまで、こうした中国密貿易や蝦夷地密貿易、奄美産砂糖の独占交易などにより、藩財政の半ば以上を占める巨額の利益を上げていた。[96]さらに、薩摩藩は、朝鮮との「口」である対馬藩を無視して朝鮮にまで渡航し、下関・長崎・琉球・蝦夷地・北陸を結ぶ西南交易圏に朝鮮をすら加え、一大貿易国を形成しようとしていたのである。[97]家斉が将軍であった文化・文政期に薩摩藩が琉球経由の「唐物」を長崎会所で売り捌く制限が大幅に緩められたのも、九代藩主重豪が徳川一一代将軍家斉の正室に娘を嫁がせたことから、幕府中枢に薩摩藩が太いパイプを持っていたためである。このため、長州藩と違い薩摩藩は長崎貿易を許され、家斉の死去に伴い一八四一（天保一二）年から四三年にかけて水野忠邦によって行われた天保の改革によって長崎交易を停止されたものの、水野の失脚と薩摩藩・水戸藩の支持する阿部正弘の登場とによって薩摩藩の「琉球」産物（清国からの輸入を含む）長崎払いが本格的に再開される。[98]

「蘭癖」で知られる九代藩主重豪は、年来の財政窮乏や一七五四～五五（宝暦四～五）年の木曾・長良・揖斐三河川の手伝普請（宝暦治水）によって致命的打撃を受けた藩財政を立て直すため、緊縮政策・人材登用・藩専売強化などの殖産興業・開化政策を行うほか、幕府の長崎貿易に割り込み清との通商を拡大したほか、将軍家・諸大名との養子・婚姻により政治的族縁関係を強化することで藩政再興を行おうとした。豊前中津藩・筑前福岡藩・陸奥盛岡支藩八戸藩・越前丸岡藩（若年寄有馬誉純）に男子を養子として入れ、茂姫を徳川家斉の正室としたほか、日向佐土原藩・伊勢桑名藩・美濃大垣藩・大和郡山藩・出羽新庄藩・上総鶴牧藩・三河挙母藩などに娘を輿入れさせ、播磨竜野藩主脇坂安董（寺

社奉行・老中）の娘を養女とし、自らも一橋宗尹の娘と結婚することで田沼意次（一橋家家老田沼意誠の兄）との関係を深めた。こうした姻戚関係強化策はその後も続けられ、重豪の後見した一〇代斉宣の娘は膳所藩・白河藩・小田原藩に正室として嫁し、男子は松山藩の養子となったし、同じく一一代斉興の娘は左大臣近衛忠熙、岡山藩、膳所藩、土佐藩に嫁し、男子は岡山藩主の養子となった。そして一二代斉彬の養女篤姫は近衛忠熙の養女となった上で一三代将軍家定の正室となるのである。なお、よく知られるように、近衛家は島津家との縁が極めて深い。元来、島津氏の出自は現在の宮崎県都城市にあった近衛家の荘園島津荘の荘官であった。忠熙の正室は島津斉興（重豪の孫）の養女郁姫（斉宣の娘で斉彬の叔母）であって忠熙は斉彬とも親交があり、その孫篤麿（斉彬の養女貞姫と忠房との子。貴族院議長）は、東亜同文会・国民同盟会を作って支那保全論を掲げアジア主義の中心人物となる一方、東西本願寺と密接な関係を築き、その子文麿も大亜細亜協会への関与を始め、アジア主義政策を推進する。[99] 重豪の政策は家老調所笑左衛門広郷が継承拡大し、砂糖・米・生蝋・菜種子・鬱金・朱粉・薬種類の国産品増産を進めると共に藩債を整理し、軍備増強、唐物貿易の拡大と密貿易などが推進された（天保改革）。調所は、一八四四（弘化元）年以来琉球に来航し通商を求めるようになったフランス船来航に際し、幕府に対してやむを得ない場合には琉球国内に限って貿易を黙許させることに成功し、これに清国との密貿易を潜り込ませ、琉球に代わって広東を対フランス貿易の拠点にしようとする構想すら抱いた。その後藩内対立の激化と密貿易発覚に伴い、調所は服毒自殺し、斉興は隠居させられ、福岡藩主黒田長溥・宇和島藩主伊達宗城・中津藩主奥平昌高・八戸藩主南部信順ら近親大名（伊達以外、重豪の子）の協議により、名君の誉れ高い斉彬が一八五一（嘉永四）年一二代藩主に就任し、積極的開国論の立場から、洋式工業導入による富国強兵、殖産興業、軍政改革、自領（琉球・奄美大島・薩摩南端の山川港）における開港・開市の実現と台湾などアジア進出とを目指した。天保改革に引き続くこの安政改革により薩摩藩は佐賀藩と共に最強の雄藩となり、長崎貿易による富国強兵策に止まっ

た土佐藩、四国連合艦隊に敗北して下関開港の必要性に目覚めてようやく開国へと転換することになる長州藩に差をつけることとなった。[100]

貿易及び密貿易によって経済力及び軍事力をつけた薩摩藩を中心に、越前藩や宇和島・佐賀・土佐・福岡・安芸などの越前・西南各藩が、通商貿易面でのネットワークによって強く結ばれるようになっていった。[101]具体的には、すでに斉彬死去の翌年一九五九（安政六）年長州藩から米・塩・繰綿・白木綿・大和嶋・柳井嶋・染地形付類・半紙類・鯨骨粕を移入し、薩摩藩から藍玉・琉球木具類・琉球反布・煙草・名取綱・鰹節・硫黄・麻苧・琉備後大島表合などを移出した。薩長交易は六二（文久二）年から六四（元治元）年にかけて長州藩の政治情勢により一時中止となるが、その間両藩ともそれぞれ交易圏を大きく拡大した。六五（慶応元）年七月には、薩摩藩と坂本龍馬の亀山社中の斡旋で長州藩は小銃と蒸気軍艦を購入し、六六年には薩長交易も再開されるに至る。一八六四（元治元）年七月、実現はしなかったものの薩摩藩が軍艦を海外に発注する際の代価として、土佐の樟脳・茶・白糸、柳川の茶・白蝋、宇和島の干藻などを充てようとする計画があった。また、六三年からは薩摩藩から安芸藩に天保銭・西洋品・絹布類・端物・生蝋・種油・錫を送り、安芸からは米穀・繰綿・銅・鉄等を送る「藩際貿易」が始まり、六四年三月には南部藩の大豆・昆布・銅と薩摩藩の絹布類・古着類・綿類・砂糖・煙草・薬品・塩・鰹節などが交換された。六六（慶応二）年には密貿易とも言うべき交易協定が越前藩との間で結ばれ、薩摩が長崎からイギリス・オランダに輸出する茶・生糸を越前から買い入れたことが知られている。越前藩は松平慶永の下、横井小楠・三岡八郎（由利公正）を登用して横浜・長崎貿易に積極的に参加していた。薩摩藩は長崎会所を通じてイギリス・オランダから資金を導入する契約を結び、白糸・茶・昆布を奄美大島でイギリスに、米を中心に口之永良部島でオランダに受け渡し、これらは上海で売り捌かれた。売り上げは、薩摩藩の富国強兵のための資金である。さらに六五年、遣英使節団に加わり渡欧していた薩摩藩士五代才助（友

厚）はブリュッセルにおいてベルギー商社設立の仮契約を結び、帰国後これと「諸大名同志合力の商社」と取引する構想を長州藩に勧め[102]、また、藩船開聞丸に米穀を積み込んで長崎・下関・兵庫・大阪に回航し、武器・弾薬の売り込みに従事した。薩摩藩は、佐賀・福岡など九州雄藩、土佐・宇和島など四国雄藩、長州・安芸など中国地方雄藩、越前など環日本海雄藩と通商ネットワークを結ぶと共に、各藩の「貿易富国」を進め経済的自立を奨励し、それによる「連省自治運動」的な動きを推進し始めたのである。

また、かつて徳川政権初期[103]、島津・松浦両氏と共に中国や呂宋・安南・シャムなどとの通商外交に意欲を見せ、長崎貿易を推進した佐賀鍋島藩では、「蘭癖」で有名な第十代藩主直正が西洋文明を積極的に導入した。アヘン戦争に際しては、英国軍艦に石炭を売るため松浦郡で採炭事業を開始し長崎で高価に売却して利益を得、石炭・焔硝・櫨・磁器・麻・楮・海産物を大阪を経て長崎へと転売し、その利益で殖産興業を推進した。鍋島藩は黒田藩と共に長崎警備を担当し、特に海外事情に関心深く、高島炭坑の開発などによる採炭事業を中心に大きな利益をあげ、秘密裏に鍛工用機械一台を輸入して一八六八年から英国グラバー商会との採炭・販売の合弁経営を開始し、成功を収めた。そればかりか、鍋島藩はグラバー商会を通じての居留地貿易に飽きたらず、独自に上海石炭市場を調査するなど、海外市場への直接進出に頗る積極的であったという[104]。また、熊本の細川藩は「鎖国」後にも、幕府を恐れず長崎貿易、長崎を利用した蔵物（米を中心とする）販売市場、金融市場の活動を続けている[105]。福岡（筑前）の黒田藩は、徳川氏を憚る政治的意図から貿易への乗り出しを控えたが、巨大資本と長崎代官の地位を利用した末次平蔵や五カ浦廻船と呼ばれる領内の博多商人の貿易活動は頗る活発であり、伊藤小左衛門による朝鮮への武器密輸、末次平蔵による抜船が行われ、発覚した末次は処刑された[106]。黒田氏が自らの貿易をこれらの商人に代行させたとする見方もある。福岡藩では、一八二六（文政九）年以降、瀬戸内海の製塩向けを中心に石炭を藩専売とし、遠賀郡芦屋と若松に会所を作り、遠賀川や堀川運河を利用して

領内の炭坑から石炭を若松に集め、他藩などに輸出した。

なお、佐賀・福岡などの石炭産業は、特に明治以降、炭鉱労働者（朝鮮人労働者を含む）[107]・水運業者（「川筋者」）・荷役労働者（「沖仲仕」）などから成る一種の任侠集団・博徒の基盤となると同時に、明治以降、中国などへの輸出産業としてアジアとの紐帯となった。通商を通じて「アジア」のイメージを形成するのに役立ったと思われる。また、石炭は、炭鉱経営を行い頭山満らの玄洋社や荒尾精の日清貿易研究所などに資金提供を行った杉山茂丸[108]や玄洋社の結城虎五郎・平岡浩太郎（内田良平の叔父で初代玄洋社社長。西南戦争に西郷軍として参加、赤池・豊国炭坑などを経営。衆議院議員となり憲政党結成に尽力。[109]）に見られるように、アジア主義者・右翼の資金源ともなっていった。頭山ら福岡藩出身の勤王論者は、明治維新をなした西郷らに憧れたものの、福岡藩が日和見的態度に終始したためにこれに加わることができず、萩の乱や西南戦争に参加したが、その後服役などを経て浪人として過ごした。石炭産業やそれらを通じた朝鮮・中国との紐帯、周縁社会におけるバンド的絆で結ばれた共同体意識は、中世から幕末維新を貫いて存続した九州地縁意識と共に、アジア主義の重要な基盤をなしたと言うことができよう。[110]そして、同志愛のために斃れた西郷は、彼らの永遠の思慕の対象となったのである。

いわゆる領国型の外様大名を中心に構成された[111]九州では、関東のような非領国地帯における広域経済圏は成立せず、日田を中心とする天領の特権的掛屋商人が直接藩経済に関与する分権的経済圏を成立させた。九州雄藩は、日田商人に藩財政・藩政改革を依存した福岡藩などと、自助努力で得た自己資金により改革を実現した薩摩藩・佐賀藩[112]の類型に分かれる。そして、大阪を中心としたいわゆる幕藩制市場構造とは異なり、大阪商人に依存しない藩財政や藩際交易といった地方分権（「大割拠」）を成り立たせたのである。[113]薩摩・佐賀などの九州雄藩、宇和島・土佐の両四国雄藩、越前藩は、藩政改革を通じて分権的経済圏確立と軍備強化を自力で実現し、さらには領内で外国との通商交易を拡大し

ようとして、あくまでも幕府統制下の海禁（「鎖国」）政策にこだわる徳川政権との対立を招くことになる。

一八五八（安政五）年の日米修好通商条約に始まる「開国」の結果、それまで利益を上げていた蝦夷地・中国・琉球などとの密貿易や交易独占が、西洋諸国の中継貿易によって打撃を受けると、薩摩藩は横浜で生糸を密売買し、アメリカの南北戦争に際しては大阪で大量の棉花を買い集めて横浜と長崎で売却し高騰した原綿で利益をあげた。また、洋式軍政改革の費用捻出のため、密かに二五〇万両にも及ぶ天保通宝を密造した。[114] 越前藩も横浜と長崎の密貿易に参加した。佐賀藩は、イギリスなどの蒸気船や上海などに石炭を売ることで、やはり大きな利益をあげた。当時の英仏側史料を詳しく検討した石井孝の先行研究によれば、一八六三（文久三）年七月の薩英戦争による敗北以後、薩摩藩は、日英通商条約の利益に幕府と共に薩摩藩も与りたく藩主は当初より戦争に反対であったと述べて、[115] 完全に英国と提携するに至り、開国政策の採用、外国貿易の本格的展開、大規模な殖産興業、軍制改革、脱藩出奔の形をとった遣英使節団の派遣[116]へと政策転換した。

しかるに、六三年九月に幕府が横浜鎖港を米蘭に提案し、また生糸など五品江戸廻しを命じて幕府による通商貿易の独占回復を図ってから、英国など外国側による横浜における生糸取引は壊滅的打撃を受け、さらに長州藩による五月の米国商船砲撃に始まる下関海峡封鎖は横浜に次いで重要な地位を占めていた長崎貿易を一時破壊してしまった。[117] ここに、英仏米蘭四国から見て、日本国内は、横浜鎖港に反対し貿易を積極的に展開しようとする薩摩・越前・宇和島など僅かな「開国」派の諸侯と、急進的攘夷論の長州藩、そして攘夷勢力に宥和して横浜鎖港を決定しようとする「開国」や貿易に消極的な幕府、という構図が現れたのである。そのことを英国公使オールコックは十分認識して本国にこれを報告すると共に、四ケ国代表をまとめて下関砲撃へと導き、長州藩を惨敗させた。下関は、「裏日本」と「表日本」、九州と本州との結節点である要港であった。このため、攘夷論過激派が支配していた時期の長州藩はここを封鎖すること

で西洋諸国の通商に打撃を与えようとしたのであり、敗れて開国論へと転換した後は、今度はここを開港して幕府力に保護されてきた「天下の御台所」大阪及び長崎の伝統的問屋をバイパス[118]し、西日本商業圏から西洋諸国への貿易及び国内通商を行う拠点として自藩の「富国強兵」を図ろうとしたのであった。そして、翌六四（元治元）年八月の四国艦隊による下関砲撃で徹底的敗戦を被り、外国船砲撃が朝廷及び幕府の命令に従っただけであって藩主は平和を望んでいるとする書状を英国艦隊司令官キューパー中将に提出[119]して以後、長州藩もまた、藩の危機を知り急遽英国留学から帰国した井上聞多（馨）・伊藤俊輔（博文）の指導の下で従来の攘夷政策を放棄し、下関開港による外国貿易推進、軍制改革、殖産興業を企図し始めた[120]。

一八六四（文久四・元治元）年の参与会議においては、一橋慶喜が島津久光（薩摩）・松平慶永（越前）・伊達宗城（宇和島）の主要参与を「天下の大愚物、大奸物」と罵り[121]参与会議をぶちこわした。背景には、薩摩藩を中心とする貿易立国（藩）論の雄藩と、幕府との対立があったという。一方、貿易総額が三〇〇〇万ドルをはるかに超えていた薩摩藩は、条約勅許問題を実際の「開国」とは切り離し、政争の手段として勅許に反対した[122]。自由な外国貿易を要求する薩摩藩その他の雄藩が、徳川政権を中心とする経済統制や政治体制に反対するという図式は、いよいよ明瞭となったのである。

なお、この図式は、一九三〇年代における日印通商摩擦に際し、英国との対立を緩和するために日本の対インド輸出統制を企図した斎藤内閣に向かって、大亜細亜協会評議員で鐘紡社長の津田信吾らが統制反対や自由貿易主義を唱え攻撃を加えたことと類似している。津田は、次のように述べた。

「今回の日印問題の結果政府は民間の自由意思に委すべき棉花の輸入量にまで差出口を加へて物々交換の原則を適用したのみならず官僚外交で一貫し専ら政治的解決を楯に当業者の意思を無視したのである、しかも協商の結果と

しては、日本の綿業の輸出に対して政府は一大干渉を敢行せざるを得ない羽目に陥つて居る　今日世間に流行つてゐる所謂統制経済が即ちそれである、印度からは踏まれたり蹴られたり、その上当業者の足と手を縛り上げようといふ恐れ入つた次第である、自縄自縛、我が国の産業は正に危機に瀕せりと云ふも過言ではないと考へる」

「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ゝ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ち戻るの外はあるまい(123)［傍線松浦］」

外国との対立を恐れて行われる官僚による統制経済・輸出規制が、日本の産業を束縛する近代文明以前の鎖国主義として否定され、徳川海禁体制と統制経済とがパラレルに捉えられていることは、興味深い。

以上のような経済史的文脈を考慮すると、最近佐々木克と坂野潤治によって相次いで取り上げられて再び有名になった、西郷隆盛が書いた書簡の意味も、さらに明確になる。大久保利通は、五月半ばに英国に着き各地方の視察に出かけた使節団のトップである大目付監督新納刑部久修及び大目付開成所掛学頭町田民部久成に宛てて、一八六五（慶応元）年八月四日付けの書簡を送り、薩摩藩でも、製鉄機械建設や防備、洋学振興などが順調に進んでいる事を告げ、藩内及び日本国内の近状を報告した。そして、第二次長州征伐へと向かおうとする幕府の姿勢を、腐敗し私心に満ちたものとして批判し、このような体たらくでは西洋列強諸国に蹂躙されている清国の轍を踏むに違いないとして悲憤し、その一方で、次のような新たな動きを紹介し、今後の指針とすべきであると述べた。

「去なから長州戦争以往　所謂暴論過激之徒　大抵眼ヲ豁開シ攘夷之不可成ヲ弁別大ニ国ヲ開ク「ヲ唱候　人心ニ相成候　尤具眼之諸藩ハ佐賀越前土佐宇和島等断然商法等思考之向ニ被聞候若　大樹家竜頭蛇尾ニシテ東下相成候ハ、益命令不被相行　各国割拠之勢不可疑　依之富国強兵之術必死ニ手ヲ伸シ国力充満　仮令一藩ヲ以スモ　天朝奉護　皇威ヲ海外ニ灼然たらしむるの大策ニ着眼するの外無之候」[124]

即ち、長州藩も四国艦隊による下関砲撃で敗れた後は、過激派も攘夷（対西洋戦争）の不可能を悟り「開国」による自由通商を唱えるようになった。佐賀・越前・土佐・宇和島など薩摩と提携する雄藩は、すでに薩摩藩が一九六三年から開始していた外国貿易（「商法」）を始め、過激な攘夷論を捨てた長州藩も、伊藤俊輔（博文）・井上聞多（馨）に兵器購入斡旋を依頼する手筈になっていた。将軍家（「大樹家」）が「諸侯会議」も開かず、兵庫沖に浮かぶ英仏米蘭各国の軍艦の圧力に負け、独断で日米修好通商条約勅許と兵庫開港とをあっさり受け入れてしまった以上、その威信はますます行われなくなり、各藩が割拠する勢いは止められなくなる。覚醒した雄藩は、それぞれが割拠して富国強兵を推し進め、朝廷を守り天皇の威信を海外に輝かせるしかない。薩摩藩は、それまでの朝廷・幕府・各藩による挙国一致体制の方針を捨て、「私心」から第二次長州征伐を行おうとする幕府を見限り、富国強兵を進めようとする長州藩の割拠に協力する方針へと転換したのである[125]。

すでに坂本龍馬の仲介により長州藩の武器購入への協力を約していた西郷は、「幕手を相離れ、朝廷約定の御願申上候は、何れ各国の諸侯被召呼、天下の公論を以て至当の御処置不相成候ては不相済、只幕府より申出候計にて、兵庫開港・勅許共相成候様の事に陥り候ては、皇国の御辱此上も無之」と、兵庫開港・条約勅許を中心とする政局混乱を利用して、「尊王」を口実に幕府から雄藩連合へと政策決定権を奪おうとし、これに対抗して長州再征の勅許を得た幕府を、越前・薩摩・宇和島の連合により阻む工作を大久保らと共に始めた[126]。六六（慶応二）年一月に結ばれた薩長密約によっ

て、井上聞多・伊藤俊輔らを中心とする長州藩は下関開港をしなくても薩摩藩を通じて武器を含む貿易をすることが可能になり、薩摩藩は横浜鎖港を朝廷に誓約した幕府に代わり、外国商人の密輸[127]による横浜での生糸貿易を保護し、長崎でも海外商人の需要に応じて繰綿・茶などを貿易しようとするようになった。

薩摩藩における、幕府との提携から長州藩擁護への主要な意見の転換は、六四（元治元）年九月に西郷が幕府内開明派の軍艦奉行勝海舟と会談したことにあると言われている。六三年の八・一八政変で攘夷過激論排除と三条ら「七卿都落ち」を実現し、翌年七月の禁門の変で幕府軍と共に長州藩討伐[128]の中心となった薩摩藩であったが、西郷・勝会談を契機として、次第にそれまでの対長州強硬論を転換するに至った。この会談で、西郷は勝から、列強から信頼されていない幕府に代わり、雄藩による「諸侯会議」を開き、列強に対抗できるだけの武力を背景に、横浜・長崎は開港し、兵庫開港問題についても交渉し条約勅許を実現すれば、「皇国の恥」にならぬよう道を開くことができるという構想を初めて聞き、これに感服した。雄藩による「諸侯会議」は「共和政治」と表現され、それが実現するまでは各藩「割拠」による富国強兵を行うべきだと主張されていた[129]。勝の構想は、実は幕府の元海軍奉行・大目付の大久保忠寛や越前藩政治顧問の横井小楠らにも共有されていた。特に横井は、六〇年の『国是三論』の中で殖産興業論を盛んに唱えており、米国初代大統領ワシントンを深く尊敬し、英国議会政治をも「堯舜三代」の理想的政治に連なるものとして評価していたという[130]。

薩摩を中心とし、佐賀・越前・土佐・宇和島などの雄藩がそれぞれ自立すると共に、「共和政治」による緩やかなブントとしての「大名会盟」・「諸侯会議」を作るという構想は、幕末のこれら雄藩による通商拡大・対外自由貿易要求の動きの中で生まれてきたものであった。それまでの徳川政権による強い経済統制を忌避し、徳川政権の支配に見切りをつけて対抗すると共に、自立した各雄藩の「富国強兵」により日本の「連省自治」を目指そうとする動き[131]である。

先に紹介した五代才助の薩摩・越前などによるベルギー商社計画もその一つであり、「独逸連邦に倣ひ、諸大名会盟すること」がそのモデルとしてあった。その動きは、当時幕府外国奉行翻訳方を命ぜられていた福沢諭吉が六六（慶応二）年に起草し要路に示した「長州再征に関する建白書」の中でも次のように紹介され、注意喚起されている。

「殊に近来は、新聞紙抔に大名同盟等申説を唱候徒党有之、右は此迄政府の御処置を満足に不心得、由て唯今の御条約を廃し、諸大名を同盟為致、日耳曼［ゼルマン――松浦註］列国の振合にて新に同盟の諸侯と条約可取結と申趣意にて、英公使パルクス抔も内実は其説に心酔いたし居候哉の趣、尚又、薩州其外諸家よりも御遊学生多人数海外へ罷越居候其者共、何れも大名同盟の説に可有之に付、長州の者どもも、彼国におゐて自ら依頼いたし候処も有之、右書生輩と申談じ、多方に遊説いたし、又は新聞紙等へ専ら同盟の説を弁論仕候はゞ、一時欧羅巴の人心を傾け、各政府の評議も之が為変動いたし間敷とも難申」[132]

福沢は、五代や西郷らのドイツをモデルとした「大名会盟」論に対抗するため、外国の軍事力を借りて長州征伐を断行し、これに異論ある大名があるならばその大名を直々に討伐することで「御威光」[133]を示し、それにより一気に封建制をとりやめて将軍を「大統領」とする郡県制を実現するよう提案したのである。[134]

薩摩藩を中心とした雄藩連合は、藩内に強い攘夷論を抱えながらも、開国による自由な各藩の通商貿易とそれによる富国強兵とを希求し、また政治的にも、「私戦」である第二次長州征伐に失敗した徳川幕府政治に見切りをつけ、「自存自大自強」を図る雄藩割拠に基づく天皇中心の連邦型「共和政治」による富国強兵の推進をめざした。第二次長州征伐に失敗する中で将軍家茂が逝去した翌月の一八六六（慶応二）年九月八日に京都の大久保が薩摩の西郷に宛てた書簡でも、一橋慶喜が徳川家家督を継ぎながらも将軍職就任を辞退し続けている間に、島津久光に対して「共和之大策を施し征夷府之権ヲ破　皇威興張之大綱相立候様御尽力奉状冀候」[135]と記されている。

六六（慶応二）年八月に将軍家茂の死去を受けて徳川家の家督を継ぎ、一時長州との休戦勅命を受け入れた一橋慶喜は、九月七日幕府・長州問題処理や政府組織など重要問題を扱うための諸侯会議を尾張藩以下二四藩に対する朝命により召集する形式をとったが、実際には徳川家の権力基盤を固め、征夷大将軍に就任するための準備を進めた。このため、九月八日、大久保一蔵は西郷に宛てて書簡を送り、「橋［一橋慶喜――松浦註］譎詐百端之心術、至平ヲ以賢侯之公論ヲ容れ候儀も無覚束、内実ハ今般諸藩御召之事も、断然朝命之処ハ色々御拒ミ申上候次第ニ而、其底意も推計られ」ると、諸侯会議召集が朝廷を利用しての、狡猾な慶喜によるポーズだけの詐術に過ぎないと推測し、越前藩松平慶永が不満を持っていることなどに触れた上で、この機会に乗じて「共和之大策を施し、征夷之府権ヲ破、皇威興張之大綱相立」てることを主張した。西郷もまた、慶喜が将軍職就任を辞退しているのを好機として「断然ト御許容ニ相成、有名ノ侯伯五六藩ニ御委任、王制ニ被為復度」と述べ、豊臣氏の五大老制度をそのモデルとして挙げた[136]。薩摩・越前・土佐・宇和島などの有力藩主による寡頭政府である。西郷における新しい政治体制のイメージが、徳川政権による中央集権・統制を排除した上での、「新しい中世」ないし「近世初期の再起動」にあったことは注目して良い。一方、この時点では、徳川政権が目指すのは、将軍を中心とする「郡県制」（中央集権）であった。

徳川慶喜は一二月五日に征夷大将軍・内大臣に任ぜられ、フランス公使ロッシュの進言に沿って六七（慶応三）年三月兵庫港開港についての勅許を奏請し、勅許を得ぬままに英米仏蘭各国に兵庫開港を確約し、その後朝廷に勅許を迫って五月下旬にようやくこれを得た。薩長を中心とする倒幕運動が進む中、長州藩が薩摩藩を介して英国から武器・軍艦など軍備を調達し、フランスは借款による常備軍再編成や製鉄所建設などによって幕府を支援したが[137]、歴史家石井孝は、英仏両国がそれが代理戦争にならぬよう中立維持・内戦阻止に留意したことを強調している。六七（慶応三）年一〇月、徳川慶喜は土佐藩・安芸藩の進言に沿い、在京一〇万石以上の諸藩重臣による諸侯会議に大政奉還を諮問したが、一二

月九日の政変によって、薩摩・土佐・安芸・尾張・越前の五藩は禁門を占領して王政復古を宣言し、小御所会議を開いて新政権成立を行った。これ以後六八（明治元）年初めに鳥羽伏見の戦いがあり[138]、薩摩・長州・土佐・尾張・越前などの新政府と幕府との間で、英国の強い意向の下に行われた江戸無血開城を挟み、戊辰戦争が戦われたことは、周知のことであろう。

明治維新後の一八六八（明治元）年六月（閏四月）、岩倉具視・木戸孝允・大久保利通を中心とする「有司」に定められた政体書は、もはや、西郷・五代らが二、三年前に構想していたような、各藩が主権を温存するプロイセン統一前のドイツ連邦制をモデルとした緩やかな連省自治的・分権的「会盟の国」を目指していなかった。『万国公法』[139]や『連邦史略』（アメリカ史の漢訳）、福沢諭吉の『西洋事情』を参考とし、より集権的な「合邦の国」のアメリカ連邦制をモデルとした、「皇国」を以て「一天地」とするものであった[140]。中国における連省自治運動は、同じくアメリカ連邦制をモデルとしていたが、しかしこの時点における明治政府の考える「連邦制」よりも、分権性が強かったように思われる。

すでに戊辰戦争後の一八六八（明治元）年、江戸城を開城させ、五月に上野彰義隊の戦いが終わった頃から、西郷隆盛は維新革命に情熱を失った。奥羽・北越に反政府軍が奥羽越列藩同盟を作っていたにもかかわらず、六月には鹿児島に帰り、またその後戦列に復帰した後も、戦いが終わってから到着し[141]、先陣に立って戦うことがなくなった。一一月には中央政府に出仕せず、後事を大久保に託して鹿児島に帰ってしまう[142]。西郷にとって、唯一の主君は島津斉彬であり、終生それは変わらなかった。故斉彬の臣下であり続けるために、明治維新の見通しがついたところで引退し、中世末以来の薩摩藩の藩士へと戻ろうというのが西郷の意図であり、薩摩藩の枠を越え藩士としての立場を否定することで明治近代政府の「有司」となることを選んだ大久保利通とは袂を分かったのである[143]。旧薩摩藩士として鹿児島に戻り分権の道を維持した西郷と異なり、大久保は西洋化による中央集権化を推進し、岩倉使節団の一員として、進んだアメリ

カと日本との格差に愕然とし、帰国後は「およそ人心の大刷新と政務の大改革とを断行せんとするには、先ずその居より之を改め、気分を移さねばならぬ。」として、服装や生活スタイル全般にわたるまで西洋風に一新し[144]、西洋型国民国家（さらには帝国）にキャッチアップする「有司専制」による開発独裁を推進した[145]。大久保内務卿の下には、大隈重信大蔵卿・黒田清隆開拓使長官・伊藤博文工部卿がつき[146]、「大久保独裁体制」が大久保暗殺によって途絶えた後は、集権化されたドイツ・オーストリアに留学した伊藤博文・山県有朋ら長州閥の開明派官僚によってそれが継承されていくこととなる[147]。明治国家のモデルは、旧北ドイツ連邦の「会盟の国」でも、アメリカの「合邦の国」でもなく、ドイツの中央集権的「郡県制の国」へと移っていったのである。

なるほど薩摩・長州・土佐から徴集された親兵八〇〇〇を置いた上でなされた一八七一（明治四）年七月の廃藩置県は、西郷を上京させた上でなされた中央集権化の大改革であったが、西郷が薩摩藩兵を率いて積極的に参加した親兵創設は依然強大な家臣団を抱える薩摩藩が主導権を握って「天皇の軍隊」を作ろうとしたことによるものであり、廃藩置県を当初主導したのは、岩倉具視と、彼が長州・薩摩両大藩の抵抗を封じるために利用しようとした江藤新平・大隈重信らの佐賀藩とであった。その後、毛利敬親（三月末）・鍋島直正（一月）といった維新の功労者である雄藩前藩主の死亡と敬親の集権化への遺言とによって、薩長両大藩の集権化への抵抗は薄れ、逆に両藩出身者の西郷・大久保・木戸らが、岩倉ら公家と土佐・佐賀両藩から主導権を奪って、流れとなった廃藩置県を断行することで発言力を確保しようとした[148]。複雑で変転する権力闘争の結果、薩摩・長州両藩のエリートは、政治単位としての藩という枠を解体させ、代わりに藩閥（郷党）という人的ネットワークの影響力を残存させることに成功したのである。財政的事情や廃藩後をにらみ各藩から続々と廃藩の建白書が出され、長州藩も廃藩の意向であると木戸から知らされる中で、西郷は、中央政府で薩摩藩閥が主導権を握り続けるためにも、版籍奉還を西郷・大久保の裏切りと考えて廃藩に抵抗する前藩主島津久

光の決断が遅れることに、焦りと苛立ちとを隠せなかった。

「封土返献、天下に魁たる四藩、其の実蹟相挙らず候わでは大いに天下の嘲笑を蒙り候のみならず、全く朝廷を欺き奉り候場合に成り立ち、天下一般帰着する所を知らず、有志の者は紛紜議論相起こし候上、外国人よりも、天子の威権は相立たざる国柄にて、政府と云うもの国々四方にこれある抔と申し触らし、頓と国体相立たざる旨申し述べ候由、当時は［今は――松浦註］万国に対立し、気運開き立ち候わでは、迚も勢い防ぎ難き次第に御座候間、断然公議を以て郡県の制度に復され候事に相成り、命令を下され候時機にて、御互いに数百年の御鴻恩、私情において忍び難き事に御座候得共、天下一般此の如き世運と相成り、如何申しても十年は防がれ申す間敷、此の運転は人力の及ばざる処と存じ奉り候。」[149]

親友桂久武に宛てて書いた書簡に表れているように、この時点においては、西郷は「連省自治」の立場を離れ、薩摩藩閥の発言権維持のためにも、集権的な「郡県制」への趨勢に抗うことはできないという立場を取らざるを得なくなっているのである。しかし薩摩郷党（薩摩閥）に対する西郷の情愛はことのほか強く、親兵を基礎として近衛兵が成立し、山県有朋の軍隊制度整備により階級制が導入されると、将校になれなかった兵士や、郷士と城下士との対立により辞める郷士らのために、警察への就職を斡旋し親身になってその面倒を見た。[150] また、宮中改革にも熱意を見せ、侍従に島義勇（佐賀）・高島鞆之助（薩摩）・米田虎雄（熊本）、宮内大丞に吉井友実（薩摩）・村田新八（薩摩）・山岡鉄太郎らがなるとこれを喜び、明治天皇に対して忠誠を尽くした。[151]

当時西郷は、前藩主島津久光による憎悪に悩まされていた。久光は西郷らの行った廃藩置県に激怒し、自分が疎外されているとして西郷を執拗に恨み、明治天皇西国巡幸に供奉した西郷が鹿児島に滞在したのに自分への挨拶に来なかったことを責め立てた。久光は西郷に、君臣の情誼を無視して自ら高位高官にあること、皇国上下の階級を打破し、結髪・

服装・婚姻等の美風良俗を破壊し西洋に心酔すること、戊辰戦争後の兵士の暴行を助長したことに関する詰問状を出したため、西郷は休暇をとって急ぎ鹿児島に帰り、久光に詫び状を差し出した。[152]その一方で西郷は、一八七一（明治四）年一一月に岩倉使節団として日本を発った大久保利通がアメリカから写真を送ってきたのに対し、「尚々、貴兄の写真参り候処、如何にも醜態を極め候間、もふは［今後は――松浦註］御取り止め下さるべく候。誠に気の毒千万に御座候。」と嫌悪感を示し、[153]留守政府の三条実美・大隈重信（「詐欺師」と罵倒）・井上馨らの茶屋遊びなど高官の腐敗を憎み、[154]留守政府が洋風の「文明開化」に狂奔するのを苦々しく見ていた。

「人智を開発するとは、愛国忠孝の心を開くなり。国に尽し、家に勤むるの道明らかならば、百般の事業は従って進歩すべし。或いは耳目を開発せんとて電信を懸け、鉄道を敷き、蒸気仕掛けの器械を造立し、人の耳目を聳動すれども、何故に電信・鉄道の無くては叶わぬぞ、欠くべからざるものぞという処に目を注がず、猥りに外国の盛大を羨み、利害得失を論ぜず、家屋の構造より玩弄物に至るまで、一々外国を仰ぎ、奢侈の風を長じ、財用を浪費せば国力疲弊し、人心浮薄に流れ、結局日本身代限りの外ある間敷也。[155]」

島津久光から難詰されたのと同様の「西洋近代」に対する「新しい中世」からの批判的視線を以て、西郷は大久保を中心とする明治新政府の進路を見ていたのである。西洋諸国との条約改正に惨めに失敗した岩倉使節団が帰国すると、西洋諸国ではなく、日中提携・日韓提携を視野に入れアジアへ向けて外交をなすべきだという島津斉彬の構想を引き継いだ西郷の主張は、征韓論となって、七三（明治六）年九月に帰国した大久保・岩倉・木戸らと衝突した。国家建設のモデルを西洋諸国に置こうとする大久保らに対抗して、対アジア外交こそを軸に進めるべきだという西郷の主張が、戦争の覚悟を持っていたことは確実であるが、彼が朝鮮との戦争を望んでいたか平和を望んでいたかという議論自体には、さほどの意味はない。西郷や江藤新平・副島種臣（佐賀）、後藤象二郎・板垣退助（土佐）が征韓論争に敗れて下野し、

西郷が近衛都督を辞して鹿児島に帰ると、皇居を守るべき近衛兵のうち薩摩出身の多くが「西郷どん帰るから、己らも帰る」とぞろぞろ随いていってしまった。そして、鹿児島に帰った旧近衛兵を含めた薩摩出身者が、一八七四（明治七）年五月の台湾出兵に志願して参加した。この台湾出兵に際しては大久保・大隈ら明治政府側と西郷の弟従道との間で五月に会見が持たれ、従道が台湾蕃地事務都督としてこれを断行した。台湾出兵は清国との戦争の危機すら包含する重大な問題であり、清国に派遣された大久保の交渉が無事にまとまるとは必ずしも思われていなかった。このため、薩摩藩出身の黒田清隆開拓使長官や川村純義海軍次官は、西郷隆盛を最高司令官として日清戦争を行うことをも主張しており、征韓論をめぐる対立が必ずしも西南戦争へと直結しなかったことが、坂野潤治によって明らかにされている[156]。明治六年の政変は、征韓論という具体的イシューをめぐり、西洋式国民国家建設を目指すか、あるいは中世のようにアジアへの浸潤・融合を図っていくか、という外交路線対立が顕在化した事件であった。一方、西南戦争は、七六（明治九）年から起こった神風連の乱・秋月の乱・萩の乱に続く、中央集権化を完成させるか否かの、実はすでに廃藩置県で決着していた国家体制をめぐる対立であった。両者はそれぞれ、アジア主義の、対外政策、国家・社会構造に関する決着であったと言えよう。

西南戦争によって薩摩藩閥は多くの人材を失い、長州藩閥に対して影響力を低下させるが、中央政府レベルでは一応薩長の均衡が保たれた。また、明治国家の傍流として、連省自治的分権論、中世以来のアジアに対する通商貿易・人的浸潤（同化・植民）発展論、西洋式国民国家システム・帝国主義への対抗、戦争を回避しない対外強硬論などを内容とする西郷のアジア主義イデオロギーは、九州（薩摩・佐賀など）を中心とする人的ネットワーク・地縁ネットワーク・通商ネットワークとして引き継がれていくのである。

（1）大亜細亜協会については、後述する拙稿の他、松浦正孝「解説　雑誌『大亜細亜主義』と大亜細亜協会について」（後藤乾一・松浦編集解題『復刻版　大亜細亜主義』全二六巻、龍渓書舎、近刊予定）を参照。

（2）かつて入江昭『日本の外交』（中央公論社、一九六六年）は、「現実主義的」な政府と「理想主義的」な民間のアジア主義という対立を、近代日本史を貫く外交方針の対立図式として提示した。

（3）松浦正孝「汎アジア主義における『台湾要因』」（『北大法学論集』五五巻三号、二〇〇四年）、同「島国、そして『陸の帝国』から『海の帝国』へ」（『国際政治』一三九号、二〇〇四年）、同「高橋財政下における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）、同「日中戦争はなぜ南下したのか」（一）～（三・未完）（『北大法学論集』五七巻一・二号、五八巻二号、二〇〇六・二〇〇七年）、同「汎アジア主義における『インド要因』」（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）など。

（4）『大亜細亜主義』では、山田長政についての寺沢堅二「山田長政時代の日暹関係」（三四年八月号）、佐藤信淵についての今田新太郎「佐藤信淵先生と大亜細亜主義」（三三年八月号）・松原晃「佐藤信淵の大亜細亜主義」（三六年二月号）・田中惣五郎「佐藤信淵の支那経綸」（三八年六月号）、大国隆正についての下中彌三郎「維新の先覚大国隆正の思想とその世界皇化論」（三三年二月号）、近衛篤麿についての白岩龍平「近衛霞山公の大亜細亜経綸に就て」（三三年八月号）、横矢重道「時艱にして近衛霞山公を憶ふ」（三四年二月号）、孫文についての清水董三「孫文の大亜細亜主義」（三三年六月号）、山田良政についての協会調査部「大亜細亜主義先覚山田良正」（三八年一二月号）などがあり、後述するように荒尾精・浦敬一・宗方小太郎らについての記事がある。これらは、大亜細亜主義の自己規定・系譜意識としてどのようなものが共有されていたのかを知る参考になる。

（5）場合により、「大陸要因」、「朝鮮要因」、「西南要因」、「中世要因」などと呼ぶ方が良い場面もあろう。川勝平太は、日本を、東北・北海道から成る「森の日本」、「野の日本」（関東平野）、「山の日本」（中部東海北陸）、「海の日本」（瀬戸内を囲む）という地域に分けることを提唱している（北川勝彦「地域統合の経済史的前提――ヨーロッパと東アジア――」（『社会経済史学』七三巻三号、二〇〇七年））が、これに従えば「『海の日本』要因」ということになろう。「海の日本」という要因を重視すれば、江戸時代の北前船航路の系譜上に、大亜細亜協会の金沢支部も位置付けることができる。

（6）松浦正孝「汎アジア主義における『インド要因』」一〇～一一頁。

(7) 下中彌三郎伝刊行会編『下中彌三郎事典』（平凡社、一九六五年）二八三頁。
(8) 内外法政研究会「松井石根氏談　我が大陸政策と軍（防衛研究所図書館所蔵、中央／戦争指導その他／二一七）」。
(9) 西郷の征韓論の後、一八八四（明治一七）年に清仏戦争が起こると、参謀本部はこれに前後して福島安正、青木宣純らの情報将校を北京、広東などの華北・華南に派遣し、諜報活動に当たらせた（徳富猪一郎『陸軍大将川上操六』（大空社、一九八八年。原著は第一公論社、一九四二年。）一〇四～一〇五頁）。
(10) 同上書。「大東亜戦争」開戦直後のこの時期に、徳富による川上の伝記が刊行されたことも、偶然ではない。
(11) 田中正明「解説」（井上雅二『伝記叢書二四〇　巨人荒尾精』大空社、一九九七年）。
(12) 鹿子木員信「大亜細亜主義の先覚浦敬一」（『大亜細亜主義』三四年一一月号）、高見洋「興亜の先覚・浦敬一」（上）（下）（同四一年五月号・六月号）、同「興亜の先覚・宗方小太郎」（同一〇月号）。
(13) 「荒尾精の宇内一統論」（同上一二月号）。
(14) 小山一郎『東亜先覚荒尾精』（東亜同文会、一九三八年）七～八頁。
(15) 特に川上操六による庇護については、同上書、二四三～二四六頁の小山秋作談に詳しい。
(16) 徳富猪一郎『陸軍大将川上操六』一〇九頁。
(17) 井上雅二『巨人荒尾精』一五一～一六五頁。
(18) 同上、一～一三七頁。また、『東亜先覚志士記伝』上巻（一九六六年、原書房。なお、原著は一九三三年、黒龍会出版部刊）三二一～四三三頁。
(19) 井上雅二『巨人荒尾精』二一六～二一九頁。
(20) 同上、二二一頁。
(21) 中村義『白岩龍平日記――アジア主義実業家の生涯』（研文書院、一九九九年）一九～三〇頁。
(22) 同上書、三三～六六頁。
(23) 同上書、一三八～一五七頁。
(24) 同上書、一四八頁。なお、「支那服」を身につけ「支那人」と全く同様に彼らが振舞っていたことは、中国出身者等を含む中世の「倭冠」が「月代」を結い、「倭服」を着、「倭語」を話して東アジアにおける通商や掠奪等を行っていたこと

（上田信『中国の歴史09　海と帝国』講談社、二〇〇五年、二〇六～二〇九頁）を彷彿とさせ興味深い。

(25) 中村義『白岩龍平日記――アジア主義実業家の生涯』、一五七～一一五頁。

(26) 財界については、松浦正孝『財界の政治経済史』（東京大学出版会、二〇〇二年）や李廷江『日本財界と近代中国』（御茶の水書房、二〇〇三年）を参照。

(27) 内田勝司らの日中経済提携の動きについては、松浦正孝『財界の政治経済史』第五章第三節を参照。

(28) 中村義『白岩龍平日記――アジア主義実業家の生涯』、一二三～一二七頁。

(29) 終戦に至る時期の政治を理解する際、出身地による地縁ネットワークの強固さは極めて重要である。成立初期の自由党が土佐派・関東派、立憲政友会が九州派・関東派・東北派など地域別のブロック構成でできあがっていたこと、大正・昭和期の有力政治家である床次竹二郎代議士（鹿児島）、安達謙蔵（熊本）といった党人派政治家が、政界再編の度に同県選出議員の全員もしくは多くを伴って政党を移り歩いていたことなどは、有名なエピソードである（北岡伸一『自民党』読売新聞社、一九九五年、二六～二七頁）。なお、床次・安達ともに内務大臣を務めたが、院外団に強い影響力を持つ彼らはこの政党内閣における枢要のポストにあって「周縁社会」の掌握に熱心であった。政友会の床次は浪曲師の組織化を図ると共に大日本国粋会などの任侠の徒を支持基盤に組み込んだし、民政党の安達は院外団の小泉又次郎、吉田磯吉ら「ヤクザ」出身者や大和民労会を擁した（宮崎学『ヤクザと日本』、筑摩書房、二〇〇八年、第二章）。

(30) 徳富猪一郎『陸軍大将川上操六』一一一頁。

(31) 宇都宮太郎日記研究会『日本陸軍とアジア政策　陸軍大将宇都宮太郎日記』第一巻、一九一一年一〇月八日の項など。

(32) 宇都宮の後妻寿満子は佐賀藩家老鍋島幹の娘で、徳馬を始め一〇人の子をなした。鍋島幹は栃木県令、元老院議官、青森県知事、広島県知事、貴族院議員などを務め、男爵となった。

(33) 矢部貞治『近衛文麿』（読売新聞社、一九七六年）七〇一～七〇四頁。

(34) 木戸日記研究会編『木戸幸一関係文書』（東京大学出版会、一九六六年）五九一～五九三頁。

(35) 一九三九（昭和一四）年九月三〇日、近衛は華族会館で、当時「支那研究室」主事であった細川嘉六から山陰地方の農村視察の報告を聞いた。細川の視察は、近衛から情報収集費を託されていた風見章の依頼によるものであった。細川の結論は、「一、現在の経営形体における負担は限度に達したること。一、非戦的意識の発生漸く顕著にして、その傾向は漸

次に昂まりつゝあること。」という深刻なものであり、細川はさらに山陰道車中で商人が「内乱が起るかも知れませんね」と平気で話しているのを聞いている。後日、尾崎秀実からこれに対する近衛の反応が「細川嘉六氏の話はつまらなかつた」という心外なものだったことを聞いた風見は憤慨し、「政治的感覚を疑はざるを得ざるに至る」「国政の前途、ついに戦慄を禁じ得ざる也」と記している（風見章『風見章日記・関係資料』（みすず書房、二〇〇八年）一一三～一二四頁、解説五二一頁）。

(36) 松浦正孝「日中情報宣伝戦争」（松浦正孝編著『昭和・アジア主義の実像』ミネルヴァ書房、二〇〇七年）。

(37) 佐々木隆「陸軍『革新派』の展開」一八頁・北岡伸一「陸軍派閥対立（一九三一～三五）の再検討」五八頁（近代日本研究会『年報・近代日本研究一　昭和期の軍部』）。

(38) 南の証言については、同上佐々木論文二二頁。松室の回想については、内外法政研究会「資料第二六号　松室孝良氏談　日本陸軍の内情」（『極東国際軍事裁判関係一件　裁判に関する研究資料　内外法政研究会研究資料』第一巻、D·1.3.1.1-26-1、外務省外交史料館所蔵、所収）一八～一九頁を参照。

(39) 佐々木隆「陸軍『革新派』の展開」・北岡伸一「陸軍派閥対立（一九三一～三五）の再検討」。北岡伸一は、真崎が林陸相によって教育総監を罷免されて後、林のことを日記に「土蜘蛛」「蜘蛛」としか書いていないことを「私はこれを読んで、何か背筋の寒くなる思いがしたことを憶えている。『林』というのは簡単な苗字である。それをわざわざ貶めて『土蜘蛛』と書いている。この執念深さはただごとではない。こういう人が、政治の激しい対立の世界に入ったとき、とんでもなくバランスの崩れた認識を持ち、党派的な動きをするかもしれないと、私は感じた」と書いている（北岡『日本の近代五　政党から軍部へ』（中央公論新社、一九九九年）二一八～二一九頁）。この記述自体が興味深いものであるが、真崎の林に対する深く執拗な憎悪を窺わせると共に、真崎の林以外（後に述べる南ら）に対しても発揮される、対立党派に対する強い執着を想像させる点で、さらに興味深い指摘である。

(40) 松浦正孝「日中戦争はなぜ南下したのか（二）」七八～七九頁。

(41) 内外法政研究会「松井石根氏談　我が大陸政策と軍」。

(42) 北岡伸一「陸軍派閥対立（一九三一～三五）の再検討」。

(43) 内外法政研究会「松井石根氏談　我が大陸政策と軍」。

(44) 伊藤隆編『高木惣吉　日記と情報』下巻（みすず書房、二〇〇〇年）五一四～五一五頁、四一年一月二〇日付。
(45) 松浦正孝「日中戦争はなぜ南下したのか（三）」一七八～一八二頁。
(46) 同「同（一）」六一頁。
(47) 同「日中情報宣伝戦争」（松浦編著『昭和・アジア主義の実像』）三九四～三九五頁。
(48) 松浦正孝「解説　松井石根と大亜細亜協会」。
(49) 松浦正孝「日中情報宣伝戦争」。
(50) この構想は、大亜細亜協会の理事長であった下中彌三郎により、戦後、「世界国家、人種混交、郷村自治」の世界連邦構想へと連なる。一九五一年八月、戦争協力者としての追放を解除された下中は、その記念に九州旅行に出、熊本から大分へと向かう列車の窓から西郷隆盛の詩を吟じたという（下中彌三郎伝刊行会『下中彌三郎事典』二七五～二八〇頁）。
(51) 「新しい中世」という用語は、ヘドレイ・ブルが一九七七年に刊行した著書で創出した国際システムについての概念を、アジア・太平洋地域をめぐる国際情勢分析に応用した田中明彦『新しい「中世」』（日本経済新聞社、一九九六年）により、かつて流行した。同書は、「新しい中世」の特徴を、非国家主体の重要性増大、イデオロギーの普遍主義、複雑な相互依存関係などに置いている。本稿では、一九三〇年代という近代日本、さらにアジア世界をも貫通させようとした政治構造のあり方を分析する概念として「新しい中世」という語を使うこととする。定義の仕方によっては、徳川政権による政治・経済統制を排除し、織豊政権期に戻り、そこからリセットしようという動きは、「新しい近世初期」と呼ぶこともできるが、あえて徳川政権期と区別する意味で、本稿では「新しい中世」というやや手垢の付いた言葉を使うこととする。
(52) 非公式・非制度的なネットワークとして可視化されない形で活動した「財界」の分析の試みについては、松浦正孝『財界の政治経済史』（東京大学出版会、二〇〇二年）を参照。
(53) 管見の限りでは、大亜細亜協会を扱った学界の先行業績として、後藤乾一『昭和期日本とインドネシア』（勁草書房、一九八六年）、三谷太一郎「日本における『地域主義』の概念」（同『近代日本の戦争と政治』岩波書店、一九九七年）、海野弘『陰謀と幻想の大アジア』（平凡社、二〇〇五年）がある。
(54) 南京虐殺事件を扱った書物は、枚挙に暇がない。
(55) その最近の代表として、早瀬利之『将軍の真実』（光人社、一九九九年）がある。

(56) 特に、網野善彦『日本の歴史00　『日本』とは何か』（講談社、二〇〇〇年）を参照。
(57) こうした観点からの最近の成果として、加藤雄三・大西秀之・佐々木史郎編『東アジア内海世界の交流史』（人文書院、二〇〇八年）がある。特に加藤雄三「はじめに」を参照。また、モンゴル帝国時代における、アムール河下流域・サハリン・北海道・東北地方北部という広域にわたるアイヌ・和人・山靼などが混淆して毛皮貿易などを行った「北の倭冠」については、中村和之「アイヌの北方交易とアイヌ文化」を参照。
(58) 武野要子『藩貿易史の研究』（ミネルヴァ書房、一九七九年）第一章。村井章介『中世倭人伝』（岩波書店、一九九三年）。幕末期の藩貿易などについては、中西聡氏の御教示を得た。
(59) 上田信『中国の歴史09　海と帝国』（講談社、二〇〇五年）二〇六～二〇九頁。
(60) 村井章介『中世倭人伝』第三章。
(61) 武野要子『藩貿易史の研究』。
(62) 上田信『中国の歴史09　海と帝国』二五七～二六二頁。
(63) 武野要子『藩貿易史の研究』第三章。
(64) 同上、第四章。
(65) 上田信『中国の歴史09　海と帝国』二九三～三〇六頁。
(66) 武野要子『藩貿易史の研究』第五章。
(67) Man-houng Lin, *China Upside Down—Currency, Society, and Ideologies, 1808-1856*, Harvard University Asia Center, 2006, pp. 59-63. 城山智子「銀の世界」（遠藤乾編『未来を開く人文・社会科学七　グローバル・ガバナンスの最前線』東信堂、二〇〇八年）一六四～一六六頁。
(68) 田代和生『近世日朝通交貿易史の研究』（創文社、一九八一年）第二部、同『日朝交易と対馬藩』（同、二〇〇七年）第四章。
(69) 上田信『中国の歴史09　海と帝国』三二四～三三五八頁。
(70) 対外危機にあった中国でも、各省自立に基づき清国を倒そうとする連省自治運動が広東・湖南など豊かな地域を中心に起こっており、長らく「海禁」政策を採ってきた東アジア世界が体制転換を迫られた時に出現した共通の政治運動であっ

たと見ることができる。

(71) 岡義武『岡義武著作集』第一巻（岩波書店、一九九二年）第一章第三節、井上勝生『幕末維新政治史の研究』（塙書房、一九九四年）第七章。

(72) 渡辺浩「思想問題としての『開国』」（朴忠錫・渡辺浩編『日韓共同研究叢書三　国家理念と対外意識』慶應義塾大学出版会、二〇〇一年）。

(73) 同「『御威光』と象徴」（渡辺『東アジアの王権と思想』東京大学出版会、一九九七年）。

(74) 「長州再征に関する建白書」（一八六六（慶応二）年）（富田正文編『福沢諭吉選集』第一巻、岩波書店、一九八〇年）九二頁。なお、島津斉彬もすでに一八五八（安政五）年六月五日付近衛忠熙宛書簡において、同様の趣旨の攘夷論批判を行っている（池田俊彦『島津斉彬公伝』岩崎育英奨学会、一九五四年、二三三－二三四頁）。

(75) 黒田俊雄『黒田俊雄著作集第一巻　権門体制論』（法藏館、一九九四年）。これをめぐっては、永原慶二、石井進、網野善彦ら、様々な立場からの批判・論争があったが、今なお有力な学説としての意義を失っていないと考える。

(76) 三谷太一郎「政党内閣期の条件」（中村隆英・伊藤隆編『近代日本研究入門』東京大学出版会、一九七七年）。

(77) 北岡伸一「支那課官僚の役割」（『年報政治学一九八九　近代化過程における政軍関係』岩波書店、一九九〇年）。

(78) 佐藤弘夫『神国日本』（筑摩書房、二〇〇六年）一五六～一六二頁。なお、中世史研究については、橋本雄氏のご教示を得た。

(79) 「影の国家」とは、英国などにおける「影の内閣 shadow cabinet」を念頭に置いた筆者の造語である。これは、中世以来の「アジール」や非農業民、海のアジア、東西地域相違論などを取り上げてきた歴史家網野善彦や、彼に強い影響を与えた宮本常一らの民俗学、最近では宮崎学『近代ヤクザ肯定論』（筑摩書房、二〇〇七年）などに連なる、「周縁」から見た新たな近代日本政治経済史・政治社会史の試みへと通じる。なお、作家北方謙三は、『水滸伝』一七巻（集英社、二〇〇〇～二〇〇五年）次いで『楊令伝』（同、二〇〇七年～）において、バラバラな英雄群像であった『水滸伝』を、宋という国家の中から起こりこれを浸潤し転覆しようとする「影の国家」梁山泊についての、全く新しく雄大な物語に作り上げた。この「影の国家」は、軍事・行政・財政・通信・運輸・思想・諜報・科学技術・兵站・文化・出版・宣伝など様々な職能・分野で、国家に対抗するネットワークを作り上げ、「替天行道」イデオロギーを掲げる革命・新国家建設の巨大

プロジェクトである。歴史小説ではあるが、大亜細亜協会をこうした組織と比較することは興味深い。このことも含め、黒田俊雄が、中世国家のあり方を捉えるにあたり、ヨーロッパ的な国家と異なる「アジア的な社会構成」という論点（黒田、前掲書、二四四～二四五頁）や「東アジア世界の歴史的展開の一部」として日本の民族的・社会・文化圏形成を捉えようとする視角（同二七六～二七七頁）を提示したことは、示唆的である。

(80) 慶勝の跡を継いで尾張一五代藩主となった、慶勝のもう一人の弟茂徳は隠居した後、慶喜が徳川本家を継いだのを受けて一橋家を相続し、将軍家を補佐した。慶勝らは尾張藩の支藩高須藩藩主の子で、彼らを「高須四兄弟」と称する（藤野保『近世国家解体過程の研究　前編』吉川弘文館、二〇〇六年、三九八～四〇四頁）。このうち、尾張藩の慶勝だけが明治政府側として活躍することになる。

(81) 宗城の弟山口宗孝は宇和島藩支藩の吉田藩藩主として迎えられた。

(82) 藤野保『近世国家解体過程の研究　後編』（吉川弘文館、二〇〇六年）二五七～二五八頁。

(83) 同上、二七五～二七七頁。

(84) 同上、三二七～三三四頁。なお、福岡藩支藩の秋月藩は、土佐藩一〇代藩主山内豊策の五男長元を一〇代藩主としたものの藩内対立などで弱体化している。

(85) 古賀については、真壁仁『徳川後期の学問と政治』（名古屋大学出版会、二〇〇七年）を参照。

(86) 藤野保『近世国家解体過程の研究　後編』四〇〇～四一五・六七三～六七五頁、藤野保編『佐賀藩の総合研究』（吉川弘文館、一九八一年）、同『続佐賀藩の総合研究』（同、一九八七年）、木原溥幸『幕末期佐賀藩の藩政史研究』（九州大学出版会、一九九七年）。

(87) 藤野保『近世国家解体過程の研究　後編』五一一～五三五頁。熊本藩では、一〇代藩主斉護の六男で一一代藩主慶順の弟護美（長岡護美）が藩主の代理として公武合体論を推進し、明治維新に際しては護美を警戒した慶順により日和見的態度をとって福岡藩と共に雄藩としての地位から脱落したが、明治政府は一二代となる護美の兄護久を議定とし、護美及び横井小楠を参与に任命した。なお、長岡護美は一九〇三年に設立された日印協会の初代会頭となり、第二代会頭には佐賀藩出身の大隈重信が就任している（松浦「汎アジア主義における『インド要因』」）。

(88) 藤野保『近世国家解体過程の研究　後編』一二九～一六六頁。

(89) 井上勝生『幕末維新政治史の研究』（塙書房、一九九四年）第二章・第三章。
(90) 同『日本近現代史①　幕末・維新』（岩波書店、二〇〇六年）八四頁。
(91) 例えば、中村質『近世長崎貿易史の研究』（吉川弘文館、一九八八年）第六章。
(92) 荒野泰典『近世日本と東アジア』（東京大学出版会、一九八八年）、ロナルド・トビ『近世日本の国家形成と外交』（速水融他訳、創文社、一九九〇年）、朝尾直弘『将軍権力の創出』（岩波書店、一九九四年）、濱下武志『朝貢システムと近代アジア』（岩波書店、一九九七年）ほか。
(93) 中村質『近世長崎貿易史の研究』第一一章。
(94) ちなみに、薩摩藩の琉球支配とサトウキビからの製糖は、薩摩閥が優位した北海道開拓使におけるテンサイ糖からの製糖への着目となり、製糖会社株は、近代日本がアイヌから豊かな河川や土地を取り上げていく際の道具となった（井上勝生氏のご教示による）。また、札幌農学校が産んだ植民地官僚・農業技師らが、台湾支配における製糖・産米技術指導にあたったことも指摘しておきたい。なお、薩摩閥と協力関係にあった佐賀閥も、佐賀藩時代には福岡藩と共に江戸時代長崎出島の警固役として砂糖や製菓技術に接する機会が多く、戦前佐賀人の職業として「一に軍人、二に司法官、三に菓子屋」と言われるほど製菓・砂糖関係の産業が発展した。森永製菓（森永太一郎）、江崎グリコ（江崎利一）、新高製菓（森平太郎。彼の伝記小説としては、曾孫である北方謙三が『日本経済新聞』朝刊に二〇〇七年から連載中の「望郷の道」を参照。ちなみに、森平太郎は、昭和一三年一〇月発行『大亜細亜協会々員名簿』（防衛研究所図書館所蔵）によれば、台湾大亜細亜協会の会員であった。）などの創始者はいずれも佐賀県出身であり、佐賀県は北海道と並ぶ製菓王国であると言えよう。なお、石炭の産出という点でも福岡・佐賀と北海道は共通点があり、砂糖・石炭、周縁的労働者、琉球・台湾・アイヌなど「植民地」を通じて日本近代史を見ていくと、九州雄藩や沖縄と北海道とのつながりが見えてくる。なお、佐賀藩主鍋島直正は一八六九（明治二）年蝦夷開拓総督を命ぜられ、島義勇らを開拓御用掛、開拓使主席判官として札幌の都市建設を行わせ、赴任しなかったものの初代開拓使長官となって佐賀県人を多く北海道に植民させた。島が第二代長官東久世通禧と衝突して解任された後、これを継いだ岩村通俊（土佐藩出身だが薩摩閥に近い）や、黒田清隆開拓使次官（次いで長官）ら、薩摩藩出身者が北海道開拓使・北海道庁を支配することになったが、征韓論の中心となった佐賀・薩摩両藩が、明治維新後に植民地としての北海道開拓に向けられたことは、沖縄県初代県令が佐賀鹿島藩の最後の藩主で、佐賀

藩主鍋島直正の甥である直彬であったことや、同県第三代県令が岩村通俊であったこととあわせ、軍事・植民・経済などの観点から極めて興味深い。この点で、島津斉彬が南方経営と共に蝦夷地開拓の必要性を軍事・外交・経済などの観点から早くより主張していたことは、重要である（池田俊彦『島津斉彬公伝』第一三章、牧野伸顕序『島津斉彬言行録』（岩波書店、一九四四年）巻之二、巻之四など。なお、池田俊彦は東大史学科を卒業後、麻生中学校で教える傍ら、島津家編輯所に勤務して薩摩藩関係史料を長年にわたり編纂・整理した歴史家であり、その伝記は信頼でき便利である。）。

(95) 中村質『近世長崎貿易史の研究』第一一章。小説ながら、南原幹雄『抜け荷百万石』（新潮社、一九八六年）が、この間の状況をよく表している。但し、この小説では一八四八（嘉永元）年以来三年間長崎奉行を務めてきた稲葉遠江守忠明（江戸在府の同役は大屋安房守直安）が長崎会所不振の責任をとって切腹したところから始まっているが、実際には一八四八年九月に長崎奉行に赴任した稲葉出羽守正申（同役は井戸対馬守覚弘で、稲葉の後任が大屋遠江守明敬）はその着任一ヶ月ほど後に亡くなっている。この部分も含め、あくまでフィクションとして読む必要があろう。

(96) 井上勝生『日本近現代史①　幕末・維新』八五～八六頁。

(97) 武野要子『藩貿易の研究』（ミネルヴァ書房、一九七九年）第九章。

(98) 中村質『近世長崎貿易史の研究』第一一章。

(99) 島津忠亮（薩摩支藩の佐土原藩主の子）・長岡護美（副会長）・頭山満・犬養毅・陸羯南・中江兆民らが参加し、九州・四国・山陽山陰・近畿東海・甲信方面などに支那保全論と満州からのロシア撤兵を促す全国遊説を行うなどした（山本茂樹『近衛篤麿』ミネルヴァ書房、二〇〇一年）。伊藤博文らの満韓交換論に反対する勢力が結集され、自然と、反「長州閥」の九州・四国・西日本勢力が多くなる結果を生んだ。

(100) 藤野保『近世国家解体過程の研究　後編』六三二～六六二頁。

(101) 佐々木克『幕末政治と薩摩藩』二一五～二一七頁。

(102) 石井孝『増訂　明治維新の国際的環境』分冊二（吉川弘文館、一九七三年）四九八～四九九頁、上原兼善『鎖国と藩貿易』三〇一～三〇六頁、井上勝生『日本近現代史①　幕末・維新』一三〇頁、高木不二「長州再征期の越前藩と薩摩藩」（慶應義塾大学文学部内三田史学会『史学』六八巻一・二号、一九九九年）、同「慶応期薩摩藩における経済・外交路線と国家構想」（明治維新学会編『明治維新の新視角－薩摩からの発信－』高城書房、二〇〇一年）。

(103) 武野要子『藩貿易の研究』第六章。
(104) 同上第一〇章。なお、木原溥幸『幕末期佐賀藩の藩政史研究』第八章では、安政の大獄を境に阿部正弘政権を支えた島津・鍋島・伊達などの西南雄藩連合の結びつきが弱まったことが指摘されている。
(105) 同上第七章。
(106) 同上第八章。
(107) 宮崎学『ヤクザと日本』（筑摩書房、二〇〇八年）第一章を参照。
(108) 野田美鴻『杉山茂丸伝　もぐらの記録』（島津書房、）一四三～一六二頁。
(109) 玄洋社々史編纂会『玄洋社社史』（一九二一年、同会。近代史料出版会、一九七七年）六一三～六四三頁。
(110) 松本健一『雲に立つ』（文藝春秋、一九九六年）第一・二章を参照。
(111) ちなみに、川路聖謨は大分県日田の下級役人の子であり、井上準之助は日田の造り酒屋の生まれである。このことは、決して偶然ではない。
(112) 日田商人の代表である広瀬家と御用達・大名貸・献金などの金銭関係を持たなかった九州大藩は、薩摩藩と佐賀藩だけであったという。
(113) 藤野保『近世国家解体過程の研究　後編』五九一～六〇〇頁。
(114) 井上勝生『日本近現代史①　幕末・維新』八五頁。
(115) 石井孝『増訂　明治維新の国際的環境』分冊二（吉川弘文館、一九七三年）四五七頁。
(116) 林望『薩摩スチューデント、西へ』（光文社、二〇〇七年）を参照。なお、留学生派遣もまた島津斉彬の遺志であった（池田俊彦『島津斉彬公伝』四二一頁）。
(117) 石井孝『幕末貿易史の研究』（日本評論社、一九四四年）第二編第二章。
(118) 石井孝『増訂　明治維新の国際的環境』分冊二、四九八～四九九頁。
(119) 石井孝『増訂　明治維新の国際的環境』分冊一（吉川弘文館、一九七三年）三二八頁。
(120) 同上、第三章。結局下関開港は認められなかったが、大政奉還後の六七（慶応三）年一二月七日に神戸開港・大阪開市がなされた後、神戸がアジア向け貿易の中心地となってアジア主義の中で重要な役割を果たすようになったことは、拙稿

「汎アジア主義における『インド要因』」で述べた通りである。

(121) 同上一二二～一二三頁。

(122) 同上一三一頁。

(123) 「英国を恐るならば鎖国主義に還れ（下）」（『神戸又新日報』一九三四年一月九日付）。

(124) 日本史籍協会編『大久保利通文書一』（一九二七年、東京大学出版会）二九一～三〇三頁。但し、引用箇所は一部読みやすいように多少表記を変えてある。

(125) 佐々木克『幕末政治と薩摩藩』（吉川弘文館、二〇〇四年）三一一～三一五頁、坂野潤治『未完の明治維新』（岩波書店、二〇〇七年）第一章。なお、一八六五（慶応四）年一〇月将軍家茂は朝廷に条約勅許と兵庫開港とを奏請し、条約の勅許は得たが兵庫開港は許されなかった。

(126) 石井孝『増訂　明治維新の国際的環境』分冊二、三九二～三九三頁。

(127) 同上、第五章第一節・第二節。

(128) 一八六四年九月一六日付西郷発大久保一蔵宛書簡（西郷隆盛全集編集委員会『西郷隆盛全集』第一巻、大和書房、一九七六年、三九六～四〇五頁）。佐々木『幕末政治と薩摩藩』三〇二～三〇七頁、坂野『未完の明治維新』第一章。

(129) 佐々木『幕末政治と薩摩藩』三〇二～三〇七頁、坂野『未完の明治維新』第一章、佐々木克「攘夷と国是の位相」（古屋哲夫・山室信一編『近代日本における東アジア問題』吉川弘文館、二〇〇一年）。

(130) 坂野『未完の明治維新』三〇～三四頁。

(131) 一八六四（慶応三）年のパリ万国博覧会に、幕府と共に薩摩藩・佐賀藩が別個に出展することになったことは、幕府と「同等之国柄」になったとの自信を薩摩藩のヨーロッパ出張者に与え、ドイツ各邦と同様に、薩摩藩も幕府と同じく外国と台頭の外交関係を持てるようになったと考えさせるに至った（高木不二「慶応期薩摩藩における経済・外交路線と国家構想」七二～七三頁）。なお、太平天国の乱の報に接した島津斉彬は、「清国の事情かくなるべしとは思はなかつた。先年阿片戦争起りて未だ数年ならざるに、未だ内政整はず内は長髪賊蜂起し之を鎮定するの威力なく、既に病膏盲に入れるものか、かくして益々外国の侮りを受け英仏等諸国の侵略を受くるに至らん。彼国既にかくの如しとすれば、日本は隣邦故心を用ひなければならぬ。英仏等の諸国清国に志を得たる以上は我邦も晏如たるを得ない。何とかして我より先ず福州に

手を入るること肝要ならん。畢意諸国の滅亡せんことを望むには非ず、一日も早く速に政事を改革し軍備を整へ日本と連合する時は英仏と雖もまた深く恐るるに足らぬが、清国その版図の広大なるを誇り、日本を視ること属国の如くならば到底連合は困難である。今日の急務は何とかして一日も早くその覚醒を促し両国の協調を見たきものなり」と語ったという。この斉彬の日中提携（必要に応じて介入）による西洋列強への対抗の構想は、後の西郷によるアジア主義や征韓論へと連なっていると言われ（池田俊彦『島津斉彬公伝』二三八～二三九頁）、日本の雄藩による「連省自治」運動が中国の「連省自治」とアジア主義を通じて連携する可能性を示唆している。後述する征韓論をめぐる西郷のアジア諸国に対する態度を考える際に、平和か戦争かという視点からではなく、一番に考慮すべき点であろう。

(132) 富田正文編『福沢諭吉選集』第一巻、前掲、九四頁。

(133) 高木不二「長州再征期の越前藩と薩摩藩」。

(134) 六七（慶応三）年一一月、薩摩・土佐両藩士によるサトウ暗殺未遂事件があり（石井孝『増訂　明治維新の国際的環境』分冊三、吉川弘文館、一九七三年、七三九頁）、六八（明治元）年一月備前藩兵による外国人無差別攻撃である神戸事件、二月土佐藩兵による仏軍艦乗員殺傷である堺事件があり、英国公使パークスも同月刺客に襲われた。

(135) 日本史籍協会編『大久保利通文書一』四〇九～四一三頁、佐々木克『幕末政治と薩摩藩』三四三頁。

(136) 石井孝『増訂　明治維新の国際的環境』分冊二、第五章第六節、第六章第一節。

(137) 石井孝『増訂　明治維新の国際的環境』分冊二、第六章第一節。

(138) 同上第七章第六節。同第八章第五節によれば、フランス公使がロッシュからウトレイに代わると共に、仏政府も英国との協調による明治新政府への協調政策に復したという。

(139) Henry Wheaton, *Elements of international law : with a sketch of the history of the science, vol. 1 & vol. 2*, London, B. Fellowes, 1836 を漢訳したもの。開成所が一八六五年に翻刻した『萬国公法』や、一八六八年に京都の御用御書物製本所が翻刻した『萬国公法訳義』がある。Henry Wheaton (1785-1848) はアメリカの弁護士・外交官で、デンマーク代理公使やプロシア公使となった。同書は数カ国語に翻訳され、しかも何回も版を重ねるロングセラーであった。一八七六年には中村正直が校閲したものが刊行され、八二年には司法省が日本語に訳した『恵頓萬国公法』を刊行している。

(140) 井上勝生『幕末維新政治史の研究』（塙書房、一九九四年）第九章。同『日本近現代史①　幕末・維新』一七三～一七

七頁。

(141) 例えば、鹿島茂『ドーダの日本史』（朝日新聞社、二〇〇七年）一二〇～一四七頁。

(142) 一八六九（明治二）年、親友で薩摩藩執政心得の桂久武に宛てた書簡において西郷は、「少弟［西郷――松浦註、以下同じ］身上の儀、幾回も申し上げ候通り、如何に讒口にもいたせ、一度賊臣の名を蒙り、獄中迄打ち込められ候に付き、其の儘朽ち果て候ては先君公［島津斉彬］へ申し訳これなく、一度国家の大節に臨み、賊臣の御疑惑を相晴らし候えば、泉下の君へ謁し奉り、口をつぐみ申す間敷と、是のみ相考え罷り在り候事に御座候。只是計の思い込みにて御奉公仕り居り、全く君臣の情義は相通ずべき道理にこれなく、義の一字のみにて相勤め居り候次第、御憐察も成し下されず候わでは、余り無理の訳にては御座有る間敷哉。」と引退の意志を強調した（猪飼隆明『西郷隆盛』、岩波書店、一九九二年、四三～四四頁）。

(143) 同一〇六～一〇八頁。

(144) 佐藤誠三郎「大久保利通」（同『「死の跳躍」を越えて』都市出版、一九九二年）一八五頁。

(145) 瀧井一博『文明史のなかの明治憲法』（講談社、二〇〇三年）第一章。

(146) 坂野潤治『未完の明治維新』一六〇頁。

(147) 瀧井一博『文明史のなかの明治憲法』第二章・第三章。

(148) 藤野保『近世国家解体過程の研究　後編』七五五～七八六頁。

(149) 一八七一年七月二〇日付西郷発桂（四郎）久武宛書簡（『西郷隆盛全集』第三巻、一二〇～一二五頁）。

(150) 『西郷隆盛全集』第三巻、二二二～二二四・二三八～二四六・二八四～二八八頁。この点において、「私の国のものは政治には役に立ちません、戦には可いが」としばしば述べて藩閥的利益から超然とし、「国家の役人」として振る舞い続けた大久保（佐藤誠三郎「大久保利通」一九六～二〇〇頁）と西郷との違いは歴然としている。

(151) 猪飼隆明『西郷隆盛』一一三～一一四頁。なお、これら宮中の天皇側近に対しては、後に伊藤博文が西郷らの思惑を排除する形での宮中改革を行う（坂本一登『伊藤博文と明治国家形成』吉川弘文館、一九九一年）。

(152) 『西郷隆盛全集』第三巻、三一八～三二四頁。

(153) 一八七二年二月一五日付西郷発大久保利通宛書簡（同上、二二六～二三七頁）。

(154) 同上二五四～二五八頁。
(155) 「南洲翁遺訓」（『西郷隆盛全集』第四巻一九七～一九八頁）。鹿島茂『ドーダの近代史』一五六頁。
(156) 坂野潤治『未完の明治維新』第四章。

論　説

自白排除法則の研究（一）

関口和徳

目　次

序　章　問題の所在
第一節　日本の刑事手続における自白の地位
第二節　自白排除法則に関する議論の問題点と最近の動向
第三節　アメリカ法の示唆――ミランダ判決

第四節　本研究の課題
一　研究の対象――自白排除法則の整序
二　研究の視角と本稿の構成
第一章　アメリカの自白排除法則
第二章　ミランダ・ルールとその課題
第三章　日本の自白排除法則
第四章　自白排除法則の整序
終　章　結語

（以上、本号）

序章　問題の所在

第一節　日本の刑事手続における自白の地位

（一）自白とは、「自己の犯罪事実の全部または主要な部分を認める被告人（被疑者）の供述」である。(1) 自白は、被告人自らが犯罪事実を認める供述であることから、古くより刑事手続上高い地位が与えられてきた。今日、日本の刑事訴訟法（一九四八年七月一〇日法律第一三一号、一九四九年一月一日施行。以下、刑訴法という場合、日本の刑事訴訟法のことをさす）一九八条一項は、捜査官に被疑者を取り調べる機会、すなわち被疑者から自白を得る機会を与えている。ただし、そこで得られた自白が後の公判において、無制限に証拠として許容されるわけではない。日本国憲法（一九四六年一一月三日公布、一九四七年五月三日施行。以下、単に憲法という場合、日本国憲法のことをさす）三八条一

項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」として、自己負罪拒否特権すなわち黙秘権の保障を規定している。これは、コモン・ローに由来し、直接的にはアメリカ合衆国憲法（以下、合衆国憲法という場合、アメリカ合衆国憲法のことをさす）第五修正を継受したものと解されている。(2)

憲法は、続く三八条二項では、「強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない」と規定している。そして、この憲法の規定をうけた刑訴法三一九条一項は、「強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑のある自白は、これを証拠とすることができない」と規定している。(3)両者を総じて自白法則といい、このように自白の証拠能力に制限を設けるねらいは、取調べを事後的に規制することにあるとされる。(4)

ところで、日本国憲法が制定される以前の時代の日本においては、自白の証拠能力についてとくに制限は設けられていなかった。(5)それどころか、自白は、古くより洋の東西を問わず、「証拠の王（ないし女王）」として高い地位が与えられ続けてきたのである。(6)たとえば、神聖ローマ帝国皇帝カール五世の下で、一五三二年に制定されたカロリナ刑事法典（Constitutio Criminalis Carolina）において、自白採取のための拷問が明文で認められていたことは、広く知られているところである。(7)日本に目を転じてみても、近世以前の時代において自白を得るための拷問が行われていたことは周知の事実であるが、(8)近代に入ってからも、一八七三年（明治六年）七月の改定律例三一八条は「凡罪ヲ断スルハ口供結案ニ依ル」と規定し、自白の存在を有罪判決の不可欠の要件としていたのである。同条は、一八七六年（明治九年）の太政官布告により、「凡罪ヲ断ズルハ証ニ依ル」と改正され、現行刑訴法三一七条にあたる証拠裁判主義が導入され、一八七九年（明治一二年）に、ようやく拷問が禁止されるにいたる。こうして、制度上、拷問は廃止されたのであるが、実際には、その後も拷問は後を絶たず、終戦にいたるまでそれが続いたのである。(9)憲法は、このような過去

の苦い経験の反省の上にたち、三六条で拷問を「絶対に」禁止するとともに、三八条一項では自己負罪拒否特権（黙秘権）を保障し、さらに三八条二項で自白の証拠能力に制限を設け、加えて憲法三八条三項では自白のみで被告人を有罪にすることを禁じた（自白の補強法則）のである。[10] このような厳重な規定は世界でもほとんど類例をみないものであり、[11] そこからは、日本の旧法下における経験を踏まえての自白に対する厳しい禁忌の姿勢を看取することができよう。

ところが、[12] このような理念に反して、（イ）「大部分の事件で被告人は自白し、それが刑事司法の運用のしかたを支配している」かのような実情にあること、（ロ）自白は被告人自身が自身の犯罪事実を認めた供述であり、推論過程を経なければ犯罪事実の認定ができない情況証拠とは異なり、推論過程を経ずに犯罪事実の認定ができる直接証拠であることから、実際の刑事訴訟における自白の地位は依然として高いといわざるをえない。[13]

（二）そのため、捜査官は、被疑者を取り調べて自白を得ることに極めて熱心であり、[14] このことは、次に紹介する捜査の実務経験を持つ論者の主張からも鮮明に看取することができる。

たとえば、秦野章氏（元警視総監）は、「新憲法以下の新しい法律体系の下において、自白の証拠価値が落ちたからといつて、その捜査上の価値がひいて減殺されたかに思う者ありとすれば、それは全く逆でさえあつて、自白の証拠価値の減殺を自白以外の証拠で固める必要上、[15] そのような証拠をひき出す方法として自白はますます捜査上の価値を高めさえしているのである」[16] とされる。また、出射義夫元検察官は、「捜査の過程における被疑者の取調は、何と言つても捜査の中心である。情況証拠の収集の重要であることは言うまでもないが、捜査において、想定犯人（容疑者又は被疑者）から真相を聞きだすことは最も必要なことである。私は裁判上の認定においては、自白を証拠の王であるとは必ずしも考えない。然し、捜査においては、被疑者の取調は捜査手段の王であると思う。遠い将来は知らず、現実はそうであると断言して憚らない。被疑者の取調を軽視する訴訟理論は偽善であるか、然らざれば非現実的である」[17] とされる。

さらに、山﨑裕人氏（当時、岡山県警警備部長）は、「現実に発生している犯罪の大部分は、正に被疑者の取調べを中心とする現在の実務によって、実体的真実の発見に成功している」[18]とされる。加えて、村上尚文元検察官は、「最近においては、『科学的捜査』、『情況証拠による事実の認定』などといわれているが、依然として自白は『証拠の王』であり、その証拠価値の高いことは否定できないところである。現に自白を得られなければ起訴できない事件も少なくないのであるから、自白の獲得は、極めて重要である」[19]とされ、土本武司元検察官は、よりストレートに、「『自白』は、満天に散りばむ星の中でひときわ光彩を放つ金星のごとく、証拠の王である」[20]と表現される。

このように、自白は、実体的真実発見の観点から、「証拠の王（女王）」として、今日においてもなお重要視され続けているのである。しかし、このような観点からだけではなく、日本においては、被疑者から自白を得ることが道義的観点からも極めて重視されているのである[21]。

たとえば、土本元検察官は、「わが国においては、被疑者の取調は非闘争的であり、しばしば捜査官と被疑者との感情移入によって悔悟の心情を生み、捜査官に対する自白が前非を悔いた証しとして道義の回復があると感じるので、自白を引き出すことは、犯人のためにも国民感情のうえからもむしろ必要なことであり、したがって捜査官が被疑者の取調から手を抜くことは国民感情に反することになる」[22]とされる。また、原田明夫元検察官も、「捜査段階で否認していた被疑者が、公判廷で心からなる真摯な自白をする例は、きわめてまれである。そうだとすると、捜査段階において、被疑者に真相を供述することを求める過程そのものが、当該被疑者に反省を促すという意味で、刑事政策的な意味を有するという側面がある」[23]とされる。さらに、林茂樹氏（当時、警察大学校教授）も、「取調べの過程は、単に事件を検察官に送致するかどうかという判断のため行われるのではなく、実は、その際の被疑者とのやりとりを通じてその者の心に働きかけがなされている。事件を契機にして揺れ動き、何かに頼ろうとし、犯した罪のつぐないをどうすれば良い

のかについて思い惑っている被疑者に対して、捜査官の誠実さ、人間的な魅力が良い影響力をもつことは少なくない……我々日本人の血の中に生きつづける道徳感情からしても、また憲法や刑訴法の底に流れる真実を探求して社会正義実現の要請からも、被疑者に自白を求めることは正しい捜査なのである」とされる。[24][25]

このように、捜査実務において、自白は、実体的真実発見の観点と道義の観点の両面から極めて重要視されている。それゆえ、「犯人」と目される被疑者が黙秘権を行使して自白をしない場合、捜査官の立場からすれば、その被疑者は、真実発見を妨げ、また道義的にも許されざる者であり、激しい焦燥感や憤慨の対象となりうる。[26]その結果、自白をしない被疑者は、しばしば厳しい取調べにさらされることになるのである。[27]

（三）自白を重視する傾向は、捜査実務家の中だけでなく、裁判実務家の中にも深く根を下ろしている。たとえば、中野次雄元裁判官は、「自白は証拠の王であって裁判官をひきつける証拠であることは否定できません」ときわめて率直に述べられている。[28]また、川上拓一元裁判官は、「[学説はいわゆる取調べ受忍義務を否定するが、―筆者注]いかに科学捜査が進歩発展しようとも、それによって得た資料だけで当該被疑者が犯人であることを立証しようとすることは困難であるといわざるを得ない。このことはとくに贈収賄事件や公職選挙法違反事件など従来からいわゆる物証の少ない事件では被疑者の供述を得なければ事案を解明することすら困難であると思われること、共謀その他犯罪の主観的な側面や共犯者間の行為の分担、責任の割合などを明らかにするには被疑者の供述が有力な証拠となること、同じく、犯人と被疑者との結び付きについても、被疑者の供述は有力な証拠になり得ること、さらにまた、取調べを通じて捜査官と被疑者との人格的な触れ合いによりその誨化遷善を促すという刑事政策的効果、カウンセリング的効果も否定できないと思われることなどから、被疑者の取調べは必要であると考える」とされており、[29]ここからも裁判官が自白を重視していることを窺うことができる。

このように、捜査官のみならず、裁判官も自白を重視しがちな理由について、戒能通孝博士は次のように分析された。すなわち、「[自白があれば、—筆者注] 裁判についての自信を持ち、安んじて有罪・敗訴の判決を書けるという意味で、自白はより多くの裁判官の心理的要素をみたしている」と[30]。また、大野平吉教授は、「戦前の刑事裁判における自白の偏重は、拷問はないという検察官・裁判官一体の治安維持優位の意識のうちに受け継がれている」と指摘される[31]。さらに、裁判官自身の間からは、第一に、自白の信用性の判断を厳密に行いさえすれば、「実体的真実発見の要請に応えることができる」こと、第二に、「裁判官に秩序維持思想が強」く、「真実の発見を犠牲にしても憲法上、刑訴法上の原則を貫くべきであるという確信をもてない」こと、第三に、「任意の自白と任意でない自白とを区別する基準が明確でない上、取調の実際を立証する証拠資料も乏しい（取調過程の不可視性[32]）」、第四に、「裁判官に捜査官に対する無意識的遠慮ないし捜査官との心的一体感がある」ことなどが指摘されている[33]。

このように、自白の証拠能力を判断する立場にある裁判官が自白を重視しがちであることから[34]、自白排除法則は必ずしも十分に機能しているとはいい難い状況にある[35]。

第二節　自白排除法則に関する議論の問題点と最近の動向

（一）自白が、今日においても、事実上「証拠の王（女王）」としての地位を占めているとすれば、取調べにおいて被疑者から得られた自白を、彼に対する有罪認定に用いることができるか否かは、実務においては極めて重要な問題である。同時に、先述のように、憲法は自白に対する厳しい禁忌を表明しているのであるから、自白の証拠能力をめぐる問題は、最も重要な憲法問題の一つであるともいえる。それゆえ、自白排除法則（なお、これまで、「自白排除法則」

という用語は、自白法則の別称として用いられることがほとんどであったように思われる。[36] しかし、本稿において用いる「自白排除法則」の意味は、自白法則とパラレルではなく、自白の証拠能力の判断枠組みのことであり、自白法則、違法収集証拠排除法則をともに包摂する上位概念である）は、研究者、実務家を問わず、刑事法に関わるすべての者にとって重大な関心の対象であり続けており、これまでに実に多数の論稿が公にされ、活発な議論がなされてきた。[37]

ところで、これまでの自白排除法則に関する議論において、中心的な検討対象とされてきたのは、自白法則の根拠である。先述のように、刑訴法三一九条一項は「強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑のある自白は、これを証拠とすることができない」と規定している。自白法則の根拠をめぐる争いは、ここにいう「任意にされたものでない疑のある自白」、すなわち不任意自白とはどのような自白のことを指しているのかをめぐっての争い、換言すれば、自白法則が排除の対象としている自白とはどのような自白なのか、についての争いである。そして、自白法則の根拠については、自白が虚偽であるか、ないしは虚偽のおそれがあるか否かを問題にする虚偽排除説、黙秘権等の人権が侵害されたか否かを問題にする人権擁護説、自白が適法な手続によって得られたのか否かを問題にする違法排除説の三説を軸に議論が展開されてきた。[38]

（二）しかし、従来の議論には本質的な問題があったといわざるをえない。それは、自白法則は、憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項の解釈の問題であるにもかかわらず、学説の多くが、それらの解釈というよりも、むしろ、自白排除の範囲を念頭に置いた政策的な議論に重点を置いてきた点である。

まず、虚偽排除、人権擁護の観点を重視する見解（多くの学説は、両者をともに重視する立場にたつ［任意性説］）には、被疑者の取調べや「実体的真実」の発見を重視する観点から、違法な手続によって得られた自白の排除を阻止しようとする色彩が色濃く窺えるものが少なくない。[39]

他方、違法排除説も、三一九条一項の文言を離れた政策論的解釈の要素を多分に含むものであった。[40] たしかに、憲法三一条およびこれをうけた刑訴法一条が適正手続を保障していることからすると、違法な手続によって得られた自白の証拠能力は認められるべきではない。しかし、虚偽排除説や人権擁護説にたった場合、違法な手続によって得られた自白の証拠能力が、虚偽のおそれがない、あるいは供述の自由が害されていないという理由により認められてしまうため、違法捜査を抑止することが困難となり、適正手続を保障する憲法の要請を充たすことができなくなる。違法排除説にたてば、そのような任意性説の難点を克服することができる。そのような意味において、違法排除説の果たしてきた役割は極めて大きなものがあったというべきである。

しかし、違法排除説には次のような問題点が存在している。第一に、刑訴法三一九条一項は明らかに「任意にされたものでない疑のある自白」を排除の対象としているが、[41] あまりにも任意性という見地から離れ、被疑者の内面を軽視していること、第二に、違法排除説が自白法則を違法収集証拠排除法則の一適用場面と解することにより、刑訴法三一九条一項のウェイトは低くなり、刑訴法三一九条一項の実質的な解釈、[42] すなわち、「任意にされたものでない疑のある自白」の意味の解明がおろそかにされていること、第三に、違法排除説にたつと、「任意にされたものでない疑のある自白」とは、違法な手続によって得られた自白ということとなる。任意性のない自白は違法に収集された自白であるという説明もありうるが、[43] いずれにしても、違法排除説にたった場合、自白が排除されるためには、手続の違法が裁判所によって認定されなければならない。そうすると、裁判所によって違法とさえ評価されなければ、いかに過酷な取調べや、被疑者の人権を侵害するような取扱いがなされたとしても、自白の証拠能力は認められることとならざるをえない。[44][45] はたして、それが、刑訴法三一九条一項の趣旨といえるのであろうか。これらの点以外にも、違法排除説には、いくつかの理論的な問題点が残されたままとなっている（第三章参照）。

（三）ところで、最高裁は、長らく違法に収集された証拠の排除に消極的であったが[46]、一九七八年、ようやく違法収集証拠排除法則を採用するにいたった。そして、この判例実務の大転換を機に、自白法則の解釈をめぐる議論も新たな局面に突入したといえる[47]。自白についてもこの違法収集証拠排除法則の一般原則を適用すべきとする[48]、いわゆる競合説が主張されるようになったのである。

競合説は、「任意にされたものでない疑のある自白」については任意性Ⅰ説（任意性説にたつ学説のうち、捜査手続の違法性を理由に自白の任意性が否認される場合のありうることを認めない説。第三章で詳述する）にたってその証拠能力を判断するが、その観点からみて排除を相当としない自白であっても、捜査手続の違法が重大な場合には違法収集証拠排除法則を適用することによって自白を排除すべき、とする説である。競合説の根底には、自白も証拠の一類型であるから、違法収集証拠排除法則の一般原則がそのまま妥当しうる、という理念が横たわっている。したがって、その問題認識それ自体は、違法排除説と軸を一にするものといってよい[49]。そして、この競合説は、近時支持を広げつつあり、裁判実務家の間にもかなりの程度浸透しつつある。

これまでの裁判実務においては、違法な手続によって得られた自白をその違法性を理由に排除する方法は、別件逮捕・勾留中の自白など主に違法な身体拘束中の自白の証拠能力が争われた数多く判例において採用されてきた[50]。それらの判例をごく大まかに整理すると、第一に、身体拘束の違法を理由に不任意自白として排除したもの、第二に、端的に身体拘束の違法を理由に自白を排除しているが不任意自白として排除したものなのか違法収集証拠として任意性の問題とは切り離して排除したものなのかが必ずしも明らかでないもの[51]、第三に、違法収集証拠排除法則と同様の基準で、明確に違法収集証拠であることを理由に排除したもの[52]、とに分類することができる。違法収集自白を排除する場合、理論的には自白法則による排除と違法収集証拠排除法則による排除とが考えられる。しかし、従来の判例は、違法に収集

された自白が排除される場合のありうることを承認する点ではある程度の一致をみてはいるが[53]、その理論的な判断枠組みは一様ではないし、いかなる理由で当該判断枠組みを採用したのかについての説明も必ずしも十分ではなかったため（第二の類型の判例は特に）、自白法則と違法収集証拠排除法則とがどのような関係にたつのかは不分明なままであった。

ところが、近時、外国人の女性被疑者に対する九泊一〇日にわたる「任意取調べ」で得られた自白の証拠能力が争われた、いわゆるロザール事件にかかる一審判決[54]と控訴審判決[55]が、ともに自白法則と違法収集証拠排除法則との関係について検討し、自白の証拠能力の判断においては両者を競合的に適用すべきことを明確に判示するにいたった。

（四）私は、さしあたり次に挙げる三つの理由から、競合説は自白の証拠能力の判断枠組みとして支持しうる説であると考えている。

第一に、競合説にたてば、手続の違法が問題となる場合には判例の採用する違法収集証拠排除法則の適否を検討し、自白の任意性が問題となる場合には、明文規定である刑訴法三一九条一項を用いればよく、基準として明快であるとともに、双方について突き詰めた分析・整理が可能になること、第二に、田宮博士によって違法排除説が提唱された当時とは異なり、違法収集証拠排除法則が最高裁によって明確に採用されている今日においては、刑訴法三一九条一項を違法排除説から理解すべき実益は乏しく、そうだとすれば、「より明文に合致し、かつ、より実務にもなじみやすい無理のない考え方」[56]をとるほうが賢明であると思われること[57]、第三に、従来の通説である違法排除説は、違法に得られた自白を排除するという点で、適正手続の実現に資するすぐれた見解であった。しかし、手続における違法の有無を基準に自白の証拠能力を判断するため、事実上、被疑者の供述の自由が侵害されていたかどうかについては必ずしも重視されず、手続が違法とさえ評価されなければ、「任意にされたものでない疑のある自白」の証拠能力が肯定されてしまう

事態が生じうる。それに対し、競合説にたつと、違法に得られた自白だけでなく、必ずしも違法とは言い難い、あるいは適法な手続によって得られた「任意にされたものでない疑のある自白」についてもカバーすることができるのではないかと思われることである。(58)

（五）もっとも、競合説に関しては、これまで必ずしも掘り下げた検討が十分にはなされておらず、多くの問題点が存在していることも事実である。第一に、自白法則によって排除される「任意にされたものでない疑のある自白」については、従来主張されている任意性説（任意性Ⅰ説）の立場から排除の是非を検討することになるが、はたしてどのような自白が「任意にされたものでない疑のある自白」として排除されるのかが明らかになっていないこと、第二に、自白法則と違法収集証拠排除法則とはどのような関係にたつのかが必ずしも明らかになっていないこと、第三に、違法収集証拠排除法則を適用する場合の排除の基準について、とりわけ、物証と同じように「相対的排除説」(59)にたつべきなのかについて議論が尽くされていないことが挙げられる。

これらのうち、まず解決しなければならない問題は、第一の問題点であろう。「任意にされたものでない疑のある自白」概念の正確な把握は、競合説にたつ場合にはとりわけ重要であるように思われる。なぜなら、競合説は、自白法則については任意性説にたちつつ、そこでは排除にいたらない場合であっても、手続の違法が重大な場合には違法収集証拠排除法則を適用することにより当該自白を排除しようとするものであるから、「任意にされたものでない疑のある自白」の解釈しだいでは、違法収集証拠排除法則の適用範囲にも変化が生じうるからである。(60)もっとも、この点については、個々の事案において裁判所が個別に判断すれば足りる問題であるという見方もありえよう。しかし、憲法三八条二項と刑訴法三一九条一項の条文には、「強制、拷問若しくは［又は］脅迫による自白」、「不当に長く抑留若しくは［又は］拘禁された後の自白」という、文理上、違法収集証拠排除、不任意自白排除いずれの根拠ともなりうる文言が含まれて

いる。「任意にされたものでない疑いのある自白」の概念を正確に把握し、自白法則と違法収集証拠排除法則の適用範囲を確定することは、憲法三八条二項、刑訴法三一九条一項の正確な解釈のためにも不可欠な作業というべきであろう。

また、第二の問題点は（第一の問題点とも密接に関連する問題点である）、自白法則と違法収集証拠排除法則の重なり合いの程度の問題である。ここでも、任意性概念の正確な把握が重要となる。従来主張されている競合説は、自白法則については任意性Ⅰ説にたつものがほとんどであるが、任意性Ⅱ説（任意性説にたつ学説のうち、捜査手続の違法性を理由に、自白の任意性が否定される場合のありうることを認める説。第三章で詳述する）や折衷説（自白法則には、虚偽排除、人権擁護、違法排除の観点が競合的に含まれ、それらのうちのいずれかに該当すれば自白の任意性は否定されるとする説。第三章で詳述する）にたつことも理論的には可能である。ロザール事件判決が自白法則の根拠について任意性Ⅰ説にたっているのか、それとも任意性Ⅱ説ないし折衷説にたっているのかについては議論の余地がありうるが、自白法則の根拠について任意性Ⅰ説にたてば、自白法則と違法収集証拠排除法則とはまったく別個のものとして競合することとなる。しかし、自白法則の根拠について任意性Ⅱ説ないし折衷説にたった場合、自白法則と違法収集証拠排除法則とは、一応は別個のものということはできるが、違法排除の部分では重なり合う場合がでてくる。そして、その重なりがどの程度の重なりとなるかは、「任意にされたものでない疑のある自白」の解釈次第で異なってくるのである。

それでは、「任意にされたものでない疑のある自白」とは、どのような自白と解したらよいのであろうか。この点については、アメリカの判例、とりわけ、ミランダ判決の示唆を改めて見直してみるべきであるように思われる。

第三節　アメリカ法の示唆――ミランダ判決

（一）自白排除法則について検討する場合、アメリカ法、とりわけそこでの判例の発展を無視することはできない。憲法三八条一項は合衆国憲法第五修正を継受したものであるし[61]、日本の自白排除法則に関する議論は、アメリカの判例理論の多大な影響の下に展開されてきたからである。

自白排除法則に関するアメリカの判例のうち、もっとも重要であり、かつ日本における議論にきわめて大きな影響をもたらしたものといえば、一九六六年のミランダ判決[62]であることは、だれもが一致して認めるところであろう[63]。

周知のように、ミランダ判決は、一八九七年のブラム判決[64]以降、捜査段階への適用のなかった合衆国憲法第五修正を警察での取調べに対しても適用し、身体拘束中の密室での取調べについて、「このような取調べ環境が、個人を捜査官の意思に屈服させる以外の目的で生み出されたものではないことは明らかである。この雰囲気はそれ自体脅迫的である（This atmosphere carries its own badge of intimidation）。たしかに、これは物理的な脅迫ではない。しかし、同様に人間の尊厳を破壊するものである。今日の外界から遮断された取調べ実務は、わが国において最も尊重されてきた原理の一つである、個人は自己に不利益な供述を強制されないということと相容れない。身体拘束環境に内在する強制の要素を払拭するのに十分な保護手段が採られる場合を除いて、被告人から得られたいかなる供述も彼の真に自由な選択の産物ということはできない[65]」とした上で、身体拘束中の取調べの要件として（イ）黙秘権の告知、（ロ）いかなる供述も自己に不利益に用いられうること、（ハ）取調べに弁護人を立会わせる権利のあること、（ニ）私選弁護人を依頼する資力のない場合には国選弁護人を付することができることの告知（Miranda Warnings）（ミランダ告知［警告］）を求め、それに反して得られた自白は画一的に排除されることを判示したものである（Miranda Rule）（ミランダ・ルール）。

従来、アメリカにおいては、身体拘束中に取り調べられたという事情のみでは自白の任意性は否定されないと解されていたが[66]、ミランダ判決はそのような立場を明確に否定したのである。ミランダ判決の意義はこの点に、すなわち、

身体拘束中の取調べ自体に内在する強制に着目し[67]、自白の証拠能力が問題となる局面を、捜査官によって物理的強制が加えられた場合[68]や、弁護人との接見が制限された場合[69]、あるいは違法な身体拘束がなされた場合[70]など、捜査官による違法な行為が行われた場合に限定するのではなく[71]、身体拘束中の被疑者取調べという、それ自体としては適法な手続にまで及ぶということを明確にした点にある。

（二）このようにみてくると、アメリカの自白排除法則、ことにミランダ判決に依拠して違法排除説を説くことは必ずしも適切とはいい難いように思われる。たしかに、ミランダ判決は、それまで採用されていた任意性判断の基準である事情の総合説（totality of circumstances test）による適正手続＝任意性説（due process voluntariness test）（自白が得られた際の一切の事情の総合的な評価によって、自白が任意になされたものでないと認められた場合に、合衆国憲法第一四修正の保障するデュー・プロセス違反を根拠に自白の任意性を否定する説。第一章で詳述する[72]）を採らずに、ミランダ・ルールに違反して得られた自白の画一的排除という判断枠組みを採用したものである。この判断枠組み自体はまさに違法排除説である。しかし他方で、ミランダ判決は、「取調べによって得られた供述の取扱いにおいて、われわれはすべての自白を許容しないと主張しているのではない。自白は、法執行において、適切な要素のままである（Confessions remain a proper element in law enforcement）。いかなる強制による影響もなく、自由かつ任意になされたすべての供述は、もちろん、証拠として許容される……任意になされた供述はいかなる種類のものであっても、第五修正による制約を受けないし、またその許容性は、今日のわれわれの判示による影響を受けないのである[73]」とも述べている。すなわち、ミランダ判決は、ミランダ・ルールに反して得られた自白は任意になされたものとはいえず、任意性を欠くために証拠として許容されない、ということを明らかにした判例ということなのである[74]。

（三）ところで、ミランダ判決については、「表面的には、ルールの違反即自白の排除という法理を認めたわけですが、

実際には、それは、問題の焦点を、権利の放棄が任意になされたかどうかという点に移しただけでした。[75]問題が、『自白の任意性』から『権利放棄の任意性』へと少し前の段階に移っただけのことであったわけです」という指摘もなされている。たしかに、ミランダ判決は、身体拘束中の取調べについて、「人間の尊厳を破壊するものであり」、「わが国において最も尊重されてきた原理の一つである、個人は自己に不利益な供述を強制されないということと相容れない」として、その問題性を指摘しながら、[76]他方で、そのような強制を払拭するための権利告知を、身体拘束中に、弁護人の立会いもなく行うことを認めている。また、権利放棄の手続が適性に行われることについての担保もない。そのため、被疑者がミランダ告知を受け、権利行使を求めているのに、それを捜査官が無視するというケースさえ見受けられるという。[77]また、公判で権利放棄の任意性が争われる場合、それは被疑者と捜査官以外の者が存在しない空間での事実についての争いにならざるをえず、任意性判断のための客観的資料は乏しい。[78]そのため、被告人と捜査官との宣誓合戦となり、[79]その場合には捜査官側が優位になるという点や、権利放棄の任意性の判断が、事情の総合説にたって行われる点について批判が向けられている。

そこで、ミランダ判決は身体拘束中の取調べに内在する強制に着目したが、問題の本質は「身体拘束中の取調べに内在する強制」なのではなく、むしろ「身体拘束自体に内在する強制」なのではないかという疑問が生じてくる。[80]アメリカの学説においては、「身体拘束自体に内在する強制」に着目し、ミランダ判決では自己負罪拒否特権（黙秘権）の保障が尽くせないとして、新たな具体的な提案をするものがいくつか見受けられる。[81]たとえば、弁護人との相談を経ていない被疑者の取調べを禁止する見解や、[82]身体拘束中に得られた自白を全面的に排除すべきとする見解などがそれである。

ミランダ判決が指摘した「身体拘束中の取調べに内在する強制」という点はもとより、「身体拘束自体に内在する強制」

という点にも着目し、そしてそれが被疑者の供述の自由にどのような影響をもたらし、自己負罪拒否特権（黙秘権）保障といかなる点で抵触するのかについての検討が必要となる。

（四）とはいえ、ミランダ判決が、身体拘束中の取調べに内在する強制に着目した点が大きな進歩であることに疑いはない。それに対し、日本の裁判・捜査実務は、身体拘束中の密室での取調べ自体が自白の任意性を否定する理由にはならないと解しているし[83]、憲法三八条一項が自己負罪拒否特権（黙秘権）を保障し、刑訴法一九八条二項は取調べに先立って捜査官が被疑者に黙秘権を告知することを求めているにもかかわらず[84]、黙秘権の告知を欠いたとしても自白の任意性は直ちには否定されないというのが判例の立場である[85]。また、弁護人選任権（憲法三四条、刑訴法三〇条）の告知についても規定されているが（刑訴法二〇三条一項、二〇四条一項）、この告知を欠いた場合についても黙秘権の告知を欠いた場合と同様に解されている[86]。さらに、刑訴法三九条三項は接見指定権を規定し、実務は、取調べは刑訴法三九条三項の「捜査のため必要があるとき」に含まれると解していることから、被疑者は弁護人と自由に接見ができるわけではない。もちろん、取調べへの弁護人立会いなど認められてはいない[87]。加えて、刑訴法一九八条一項が「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調べることができる。但し、被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる」と規定していることから、同条但書を反対解釈し、逮捕・勾留されている被疑者には、いわゆる取調べ受忍義務が課されるという解釈に則って取調べ実務が行われ、判例にもこれに追随するものが見受けられる[88]。日米間の実務の乖離はきわめて大きいといわざるを得ない[89]。

第四節　本研究の課題

一　研究の対象――自白排除法則の整序

日本における従来の自白排除法則に関する議論は、先にも述べたように、自白法則の根拠に関するものが中心であった。そして、そこでは、アメリカにおける判例の発展を念頭に置いた違法排除説が提唱され、これが通説化した。しかし、先にみたように、違法排除説には、検討を要する理論的な問題点が数多く存在しているし、また、違法収集証拠排除法則の採用に象徴される判例実務の発展をうけ、自白の証拠能力を自白法則と違法収集証拠排除法則とを競合的に適用して判断しようとする見解も主張されるに至っているが、競合説は、それ自体について必ずしも十分な検討が試みられておらず、自白法則と違法収集証拠排除法則との関係などについても不分明なままである。そうであるとすれば、白取祐司教授がつとに指摘されているように[90]、自白排除法則の解釈について改めて見直してみる必要性は高まりつつあるのではなかろうか。

ところが、最近の自白排除法則に関する研究においては、そのような点についての検討が必ずしも十分とは言いがたいように思われる。たとえば、自白法則と違法収集証拠排除法則との関係について重要な判断を示したロザール事件判決については、いくつかの評釈が出されてはいるものの[91]、同判決を契機に、自白法則と違法収集証拠排除法則との関係について掘り下げた検討を加えたものや、自白法則の解釈について再検討を加えたものは、現在のところごく少数にとどまっているからである[92]。

本研究においては、今なお数多くの問題点が残されている自白排除法則について、アメリカの動向や日本における判例の新しい展開などを踏まえつつ検討を加え、その整序を試みることとしたい。

二　研究の視角と本稿の構成

（一）自白法則の解釈に際しては、憲法三八条二項が「アメリカ法の継受であることが疑いを容れない以上、アメリカ証拠法の……発展段階を念頭において解釈するのが合理的である」[93]、あるいは「前提とされる『任意性』は、アメリカ法の『任意性』概念をとり入れたものと考えられ、……合衆国最高裁に於ける『任意性』概念の発展を十分考慮した上で、内容を定めるべきものといえる」[94]といわれるように、アメリカ法の発展を十分に考慮しなければならない。

先にみたように、ミランダ判決は、身体拘束中の取調べ自体に内在する強制に着目し、それが第五修正の保障する自己負罪拒否特権（黙秘権）と相容れないとしている。そうであれば、第五修正の流れを汲み、自己負罪拒否特権（黙秘権）を保障する憲法三八条一項を持つ日本においても、自白の任意性概念を正確に理解するためには、身体拘束中の取調べ自体に内在する強制と自己負罪拒否特権（黙秘権）との関係に着目すべきではなかろうか。しかし、従来の議論においては、この点が必ずしも重視されてはこなかったように思われる。

もちろん、このような点がまったく認識されていなかったわけではない。平野龍一博士は、一九五八年の時点で（すなわち、ミランダ判決がだされる八年も前に）「抑留・拘禁中になされた自白は、むしろ一応任意性に疑があるといってよい」[95]と明確に述べられた[96]。また、鴨良弼博士は、国選弁護の意義を論じるに際して、次のように述べておられる。「被告人・被疑者は、訴訟という特殊の場では、異常な心理状態におかれるのが通常である。自由の拘束に対する恐怖、取調における萎縮した心理と不安、訴訟の結果、ことに有罪、刑罰等に対する恐怖・不安、かような特殊な心理状況下にあることは、被告人・被疑者によって程度の差こそあれこれを否定することができない。このような精神的な制約は、国側の強力な権限と直接、相接したときに、とくに顕著にあらわれよう」[97]。さらに、鈴木茂嗣教授は、「適法な拘束状

態にあること自体が事実上一定の強制的作用を営むことは否定できない」、「拘束自体に供述強制的要素が随伴している」とされている。[98] 加えて、渡辺洋三博士は、「法社会学の立場から問題をみるなら、たとえば自白の任意性などということなどは、事実としておよそ存在しえない。警察署の密室での取調べがおこなわれるということ自体が、もはや任意ではありえないからである。すすんで自首した場合くらいをのぞけば、かならず強制があるのであって任意ではない。身柄を拘束されたもとでの任意ということは滑稽でさえある」とし、その強制は、「権力をもつ者ともたない者との間に当然に生ずる強制力である」とされた。[99] これらの見解の根底にある問題認識は、ミランダ判決の問題認識と通じるものがあるといえよう。以上に挙げたもの以外にも、学説においては、取調べが自己負罪拒否特権（黙秘権）と抵触することを実質的な根拠として「取調べ受忍義務」を否定する見解が通説化し、接見指定制度（刑訴法三九条三項）について、取調べ時こそが最も弁護人の援助を必要とする局面であるとして、いわゆる「狭義の物理的限定説」が展開されてきたが、[100] これらもまた、根底には身体拘束中の取調べに内在する強制に対する問題認識が存在するものといえよう。

しかし、このような問題認識が自白排除法則に関するこれまでの議論において十分に反映されてきたのかといえば、そうとはいい難い。先にも述べたように、ミランダ判決がだされる以前から、身体拘束中の自白は不任意の推定を受けるという指摘はなされてはいたが、ミランダ判決がだされたことを契機に、このような不任意性の推定をさらに推し進め、身体拘束中の取調べ自体に内在する強制という観点から任意性概念の再構成を試みる動きは、ほぼ皆無であったように思われる。その後も、学説においては、身体拘束中の取調べには強制が内在するという点については広く認識されてきたといえるものの、そのことが自白排除法則の議論において反映されることはほとんどなかったといってよい。

このような状況の中、過去に発生した冤罪事件を素材に、供述心理学の観点から被疑者が虚偽の自白に陥ってゆく過程の解明を試みた浜田寿美男教授の『自白の研究』（三一書房、一九九二年）が上梓された。[101] 浜田教授の問題認識は、

ミランダ判決と同様に、身体拘束中の取調べに内在する強制が被疑者の供述の自由を侵害するというものであり、同書は、被疑者が虚偽の自白に陥ってゆく過程の解明を通して、身体拘束中の取調べに内在する強制の実体に迫るものである。同書は、心理学界はもとより、刑事法学界においても大いに注目を集めるところとなり、『法学セミナー』誌上で、浜田教授と刑事法研究者・実務家とを交えて「『自白の研究』を読む」と題する座談会が企画された[102]。そこで特に注目すべきは守屋克彦元裁判官（当時、現職）の次の発言である。すなわち、「虚偽の自白にいたる心理が、取調べ手段の個々の違法からばかりでなく、通常行われる取調手段の総合から生まれるという、浜田論文にいう『場の異常性』は、いままで自白の任意性の判断基準には登場してきていませんでしたけれども、今後は、何とか任意性の判断基準に組み入れて行けないものかと、私は考えています[103]」。この守屋元裁判官の発言は、自己負罪拒否特権（黙秘権）の観点よりも、やや虚偽自白の防止という観点に重点が置かれてはいるものの（その意味で、自白の信用性の観点とも密接に関連するものの）、身体拘束中の取調べが自白の任意性に及ぼす影響についてミランダ判決とほぼ共通の問題認識にたち、また、それをまさに任意性判断の基準として取り入れるべきであると主張する内容のものであり、画期的な問題提起である。

しかし、その後の学説が、自白の証拠能力について考える上で、身体拘束中の取調べに内在する強制や供述心理学の成果を十分に踏まえた検討を行ってきたのかといえば、必ずしもそうとはいい難い。学説は、ミランダ判決がだされた際に続いて、二度も、身体拘束中の取調べに内在する強制と自白の任意性との関係について検討をする機会を逸してしまったのである。そこで本稿では、自白排除法則に関する議論において、これまで必ずしも重視されてこなかった、身体拘束中の取調べに内在する強制や供述心理学の成果についても、十分に意を払った検討を行うこととしたい。

（二）本稿では、以上のような問題認識にたちつつ、次のような構成で、日本の自白排除法則の整序を試みることとする。

第一章「アメリカの自白排除法則」においては、一八世紀末にイングランドで成立した自白法則を受容して、連邦最高裁としてはじめて自白の証拠能力を否定したホプト判決（一八八四年）にまで遡り、そこから連邦最高裁の判例がどのようにミランダ判決にたどり着くことになったのかについて検討してゆく。

第二章「ミランダ・ルールとその課題」においては、ミランダ判決にはどのような意義があるのか、そして、ミランダ判決以降の判例はどのように展開していったのか、について概観してゆく。ミランダ判決の意義は、自白の証拠能力を判断する上で、身体拘束中の取調べに内在する強制に着目した点であるが、その観点から、ミランダ判決を眺めると、被疑者に権利放棄を認めている点に代表されるように、ミランダ判決にはその依拠する理念と矛盾するとも思われる点、ないしは自己負罪拒否特権（黙秘権）の保障にとってなお不十分な点があることに気付く。そこで、そのようなミランダ判決に残されている問題点について、ミランダ判決以降のアメリカにおける被疑者取調べの問題状況、学説の問題提起などをとりあげつつ検討する。

第三章「日本の自白排除法則」では、日本の学説、判例の動向について概観するとともに、そこで明らかとなる問題点について検討する。ここでは、これまでの学説と判例について、改めて見直す過程を通して、その本質的な問題点を浮き彫りにする。

第四章「自白排除法則の整序」では、第一章から第三章までの検討を基礎に、日本の自白排除法則の体系的整序を行う。具体的には、ロザール事件判決を素材に競合説の正当性を明らかにするとともに、競合説にたつ上で問題となる、違法収集証拠排除法則と自白法則のそれぞれの内容の検討を通して、自白の証拠能力判断のあり方を考察し、一つの試論を示すこととしたい。

（1）白取祐司『刑事訴訟法［第五版］』（日本評論社、二〇〇八年）三五八頁。なお、福岡高判昭二四（一九四九）・九・六判特一号一二四頁。

（2）法学協会『註解日本国憲法（上）』（有斐閣、一九五三年）六六〇頁。

（3）憲法と刑訴法とでは条文の文言が異なるため、すなわち、刑訴法には憲法には存在しない「その他任意にされたものでない疑のある自白」という文言が付け加えられているため、両者の関係がかねてより問題となっていた。当初、最高裁は、刑訴法が自白排除の範囲を拡張したものとみる拡張説を採用していたが（最判昭二四［一九四九］・一〇・一三刑集三巻一〇号一六五〇頁）、その後、任意性に疑いのある場合は、「刑訴法三一九条一項に反し、ひいては憲法三八条二項にも違反する」として、同一説を採用するにいたった（最大判昭四五［一九七〇］・一一・二五刑集二四巻一二号一六七〇頁）。なお、学説においては、井上正治『新刑事訴訟法原論』（朝倉書店、一九四九年）二二二頁、団藤重光『新刑事訴訟法綱要［七訂版］』（創文社、一九七四年）二五〇頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法［改訂版］』（青林書院、一九九〇年）二一八頁、三井誠「自白の排除法則とその根拠（一）」『法学教室』二四六号（二〇〇一年）七六頁などは同一説を主張するが、平場安治「自白の任意性」佐伯千仞＝団藤重光編『総合判例研究叢書　刑事訴訟法（一）』（有斐閣、一九五七年）四頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説』（有斐閣、一九九三年）二一〇頁、多田辰也『被疑者取調べとその適正化』（成文堂、一九九九年）二一四頁、松尾浩也『刑事訴訟法（下）［新版補正第二版］』（弘文堂、一九九九年）四二頁などは、拡張説を主張する。

（4）川崎英明「違法取調べの抑制方法」井戸田侃編集代表『総合研究＝被疑者取調べ』（日本評論社、一九九一年）一〇二頁、多田辰也「自白の任意性とその立証」『刑事訴訟法の争点［新版］』（一九九一年）一九八頁、田宮裕『刑事訴訟法［新版］』（有斐閣、一九九六年）三四五頁、松尾・前掲注（3）書四一頁。

（5）平場・前掲注（3）論文三頁。

（6）団藤・前掲注（3）書二八四頁、高田卓爾『刑事訴訟法［二訂版］』（青林書院新社、一九八四年）九、二五五頁。

（7）カロリナ刑事法典四七条。もっとも、カロリナ刑事法典で認められた拷問による自白の採取は、「二名の良き証人」によって（二三条）、「確たる徴表が、あらかじめ、存在し、かつそれが立証せらるるにあらざれば」許されなかった（二〇条）のである（塙浩『フランス・ドイツ刑事法史』［信山社、一九九二年］一六九頁以下）。このようにみてくると、カロリナ刑事法典のもとでの自白の採取は、「証をもって人を求む」という体をなしていたといえ、「人をもって証を求む」ために

過酷な拷問がなされた日本におけるそれとは本質的に異質のものともいえよう。カロリナ刑事法典のもとでの拷問と自白については、グスターフ・ラートブルフ（碧海純一訳）『ラートブルフ著作集第三巻　法学入門［改訂版］』（東京大学出版会、一九六四年）二〇五頁、ミッタイス・リーベリッヒ（世良晃志郎訳）『ドイツ法制史概説［改訂版］』（創文社、一九七一年）五〇二頁、米山耕二「カロリナ刑事法典について［刑事訴訟における合目的性と正義（二）］」『一橋論叢』七一巻四号（一九七四年）二三九頁、米山耕二「カロリナの刑事手続―近代刑事司法の礎―」『一橋大学研究年報法学研究』九号（一九七五年）一五九頁、藤本幸二「中近世ドイツにおける証拠法の変遷について―カロリーナ刑事法典における法定証拠主義を中心として」『一橋論叢』一二五巻一号（二〇〇一年）六九頁、公文孝佳「糾問手続における徴憑（状況証拠）と自白に関する一考察」『神奈川法学』三七巻一号（二〇〇四年）一四一頁、公文孝佳「徴憑と自白に関する一スケッチ」小暮得雄先生古稀記念『罪と罰・非情にして人間的なるもの』（信山社、二〇〇五年）二三五頁、藤本幸二『ドイツ刑事法の啓蒙主義的改革とPoena Extraordinaria』（国際書院、二〇〇六年）一九頁以下、Jhon H. Langbein, Prosecuting Crime in the Renaissance: England, German, France (Harvard University Press, 1974) 167, Jhon H. Langbein, Torture and the Law of Proof (The University of Chicago Press, 1976) 12 等参照。

（8）石井良助『日本法制史概説［改版］』（創文社、一九六〇年）四八一頁、平松義郎『近世刑事訴訟法の研究』（創文社、一九六〇年）七七四頁、熊倉武『刑法学の理論と実践』（敬文堂、一九六七年）一〇九頁、石井良助『日本刑事法史』（創文社、一九八六年）六三三頁等参照（もっとも、文化年間以降には拷問が行われなくなったことも指摘されている。平松・前掲書八三七頁、石井・前掲『日本刑事法史』六五七頁参照）。

（9）明治期の拷問と拷問廃止の動きについては、団藤重光『刑法の近代的展開』（弘文堂、一九四八年）三〇頁、手塚豊『明治初期刑法史の研究』（慶應義塾大学法学研究会、一九五六年）一〇九頁、熊倉・前掲注（8）書一二五頁、山中俊夫「明治初期刑事法思想の研究―ボアソナードの思想を中心として」『同志社法学』一九巻三号（一九六七年）一頁、山中俊夫「明治初期拷問制度とボアソナード」『同志社法学』一九巻四号（一九六八年）六七頁、小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』（日本評論社、一九七六年）一二六頁、ボアソナード（吉川経夫訳）『ボアソナード答問録』（法政大学出版局、一九七八年）五〇頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』（成文堂、一九八八年）二一一頁、白取祐司「自由心証主義の反省―適正な事実認定のための試論―」光藤景皎編『事実誤認と救済』（成文堂、一九九七年）六頁以下、田中輝和「わが国にお

ける自由心証主義の成立―前近代的刑事司法の基層と現在」小田中聰樹先生古稀記念『民主主義法学・刑事法学の展望（上）』（日本評論社、二〇〇五年）三二〇頁等参照。大正期の拷問については、小田中・前掲書三二八頁以下参照。昭和期（太平洋戦争終戦まで）の拷問については、海野晋吉「刑事事件における被告人の自白の任意性について」『警察学論集』一〇巻四号（一九五七年）四頁以下、海野晋吉『ある弁護士の歩み』（日本評論社、一九六八年）一五三頁、田宮裕『刑事訴訟とデュー・プロセス』（有斐閣、一九七二年）一一〇頁以下、小田中聰樹『刑事訴訟法の史的構造』（有斐閣、一九八六年）一〇頁等参照。

(10) 田宮裕『捜査の構造』（有斐閣、一九七一年）二八一頁。なお、周知のように、合衆国憲法にはこのような厳重な規定は存在しない。

(11) 同右。

(12) 田宮・前掲注（4）書三四四頁。

(13) 田宮博士は、「古来、自白は、そのとびぬけた重要性ゆえに『証拠の女王』とまでよばれてきた。これは、もともと拷問を予定する法定証拠主義の時代のことではあるが、自白の実質的な証拠上の地位という限りでは、現在でも、その実態に、おそらく変わりはない」とされる（田宮・同右）。なお、近年の第一審における自白事件の割合は、二〇〇二年は九一・六％、二〇〇三年は九一・四％、二〇〇四年は九一・二％、二〇〇五年は九一・五％、二〇〇六年は九一・〇％と、毎年九〇％以上という高い割合で推移している（最高裁判所事務総局刑事局「平成一八年における刑事事件の概況（上）」『法曹時報』六〇巻二号［二〇〇八年］五七頁「第三四表 通常第一審における自白事件及び否認事件の割合」参照）。

(14) 日本の刑事司法の特色とされる「精密司法」（松尾浩也『刑事訴訟の原理』［東京大学出版会、一九七四年］八九頁、松尾浩也『刑事訴訟法（上）［新版］』［弘文堂、一九九九年］一六頁、松尾浩也『刑事訴訟法講演集』（有斐閣、二〇〇四年）一六七頁、松尾浩也『刑事法学の地平』［有斐閣、二〇〇六年］一八八頁等参照。なお、「精密司法」について詳細な検討を加えている田口守一『刑事訴訟の目的』［成文堂、二〇〇七年］一〇五頁以下も参照）は、自白によって、ひいては、自白を得るために行われる熱心な取調べによって支えられている。このような「精密司法」の問題点については、福井厚「いわゆるモデル論の意義」『刑事訴訟法の争点』（一九七九年）二二頁、小田中聰樹『現代司法と刑事訴訟の改革課題』（日本評論社、一九九五年）三〇〇頁、田宮裕『日本の刑事訴追』（有斐閣、一九九八年）二〇頁、高田昭正「刑事司法の改

革課題―『日本的特色』論との関係で」三井誠他編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下）』［成文堂、二〇〇七年］一六頁等参照。なお、いわゆる「モデル論」との対比を通して「精密司法」について検討を加えた最近の研究として、白取祐司「モデル論と精密司法論」村井敏邦他編『刑事司法改革と刑事訴訟法（下）』（日本評論社、二〇〇七年）一五七頁以下。

(15) 秦野章「自白について」『警察学論集』一二巻一一号（一九五九年）一頁。なお、田宮裕編著『刑事訴訟法Ⅰ』（有斐閣、一九七五年）三〇七頁以下［親崎定雄執筆］も同旨のようである。

(16) この見解は、憲法による自白に対するきびしい規制、禁忌が、取調べの必要性、自白の重要性をいっそう高めていると解するものである。自白重視の捜査の根底にある「人をもって証を求む」という考え方を典型的にあらわしている見解といえる。

(17) 出射義夫「任意捜査の限界」佐伯千仞＝団藤重光編『総合判例研究叢書　刑事訴訟法（二）』（有斐閣、一九五七年）一三、一四頁。これに賛同するものとして、米澤慶治「被疑者の取調べ」『判例タイムズ』五三七号（一九八四年）六二頁。

(18) 山﨑裕人「『被疑者の取調べ』考」『警察学論集』三八巻八号（一九八五年）六九頁。

(19) 村上尚文『取調べ』（立花書房、一九七九年）二三頁。

(20) インボー他（小中信幸＝渡部保夫訳）『自白』（ぎょうせい、一九九〇年）の巻頭における推薦文参照。

(21) なお、アメリカにおいても、自白を道義的な観点から重視する見解は存在する。たとえば、ミランダ判決におけるホワイト裁判官の反対意見（Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) at 537-538）や、カプラン教授の見解（Gerald M. Caplan, *Questioning Miranda*, 38 Vanderbilt L. Rev. 1417 (1985) at 1420-1421, 1458-1460）などは、そのことを如実に物語っている。とはいえ、道義的観点を重視する傾向は、アメリカよりも、日本のほうがはるかに強いようである（デイビッド・T・ジョンソン［大久保光也訳］『アメリカ人のみた日本の検察制度　日米の比較考察』［シュプリンガー・フェアラーク東京、二〇〇四年］一一五頁参照）。

(22) 土本武司『犯罪捜査』（弘文堂、一九七八年）三五頁。

(23) 原田明夫「被疑者の取調べ―検察の立場から」三井誠他編『刑事手続（上）』（筑摩書房、一九八八年）一八一頁。

(24) 林茂樹「逮捕・勾留中の被疑者取調べについての一考察（下）」『警察学論集』三七巻一二号（一九八四年）五八頁以下。

その他、自白の刑事政策的意義を主張する見解としては、出射義夫『犯罪捜査の基礎理論』（有斐閣、一九五二年）三四

一頁、藤永幸治「我が国の捜査実務は特殊なものか―別件逮捕・勾留と関連して―」『判例タイムズ』四六八号（一九八二年）三七頁、堀田力「真実発見のための課題」『判例タイムズ』五一一号（一九八四年）四一頁等。

(25) 取調べにおける被疑者と捜査官との人間関係、すなわち「人と人との触れ合い」（堀田力「正しく自白させる方法」『判例タイムズ』五三三号［一九八四年］五四頁）を強調する見解も根強く主張されている。たとえば、藤永幸治元検察官は、「被疑者が自己の犯罪事実を全面的に認める自白を任意にするということは、捜査官と被疑者の間にまさに人間的ないし人格的な信頼関係が形成されて初めて可能となるのであって、このことは経験上も明らかである」とされる（藤永・前掲注(20)論文三七頁。このほかに人間関係を強調する見解として、河井信太郎『検察読本』［商事法務研究会、一九七九年］一一四頁、青柳文雄『日本人の罪と罰』［第一法規、一九八〇年］一六七頁等）。しかし、取調べにおける被疑者と捜査官との立場の違いに鑑みると、両者の人間関係を強調することには多大の疑問が残る（平野龍一「現行刑事訴訟の診断」『団藤重光博士古稀祝賀論文集（四）』［有斐閣、一九八五年］四一六頁。人間関係を強調することの問題性を指摘する最近の研究として、宮城啓子「被疑者の取調べと自白の採取」『現代刑事法』四九号［二〇〇三年］一一〇頁）。

(26) たとえば、山﨑氏は、「一般に捜査官は非常に正義感に燃えており、人を殺したり傷付けたり、あるいは人の物を盗んだりしていたことが他の証拠からも明白であるにも拘わらず、シャアシャアとして口を拭ったり、供述を転々と変えていくような被疑者に遭遇すると、捜査官対被疑者の関係よりも寧ろ人間としての憤りが先に立ってしまうが、これらの制限を歯ぎしりしながら思い起こすというようなことも間々あり、こうした憤りを否定することは、人間性を無視した余りに冷淡な批判となろう」とされる（山﨑・前掲注(18)論文七〇頁以下）。また、最近の論稿には、捜査官が被疑者から自白を得ることは、「人間社会の道徳的要請（社会の構成員にとっては道徳的義務）によって支えられている」とするものがあるが（渡邉一弘「自白の証拠能力―コメント」三井誠他編『新刑事手続Ⅲ』［悠々社、二〇〇二年］一二三頁）、そのような考え方を推し進めてゆけば、被疑者が捜査官に自白をすることが「道徳的義務」であるということにもなりかねない。なお、佐伯千仞博士は、このような考え方を極端に貫くと、拷問の許容につながりかねないことを危惧されていた（佐伯千仞『刑事裁判と人権』［法律文化社、一九五七年］一四九、一五〇頁）。

(27) このような自白追及への期待は、一般市民の間にも深く根を下ろしている。浜田寿美男教授は、「真犯人が自らの罪を反省することなく、のうのうと否認するなどということは許しがたいという気持ちが、捜査を担当する取調官にも、そし

て私たちのうちにも深く根を下ろしている。他者の生命を奪い、他者の生活を侵した罪人には、やはりそれなりの懲罰がなければならないし、その行為への謝罪がなければならない、そういう気持ちは、おそらく誰にでもある。こうした心情が自白追及につながることは、言わば必然である」と指摘される。浜田寿美男『自白の研究―取調べる者と取調べられる者の心的構図［新版］』（北大路書房、二〇〇五年）七四頁。

(28) 中野次雄『刑事法と裁判の諸問題』（成文堂、一九八七年）一六八頁。

(29) 石丸俊彦他『刑事訴訟の実務［新版］（上）』（新日本法規出版、二〇〇五年）二二二頁〔川上拓一執筆〕。

(30) 戒能通孝『自白と裁判』（日本評論社、一九五一年）三一頁。なお、安倍治夫元検察官は、裁判官には、「自白依存的旧刑訴法的感覚」があるとされる（安倍治夫『刑事訴訟法における均衡と調和』［一粒社、一九六三年］一一四頁）。

(31) 大野平吉「日本の刑事裁判における自白について（一）―『自白の証拠能力』補説」『広島法学』四巻一号（一九八〇年）一一頁。

(32) 「現代裁判の課題解決をめざして―全国裁判官懇話会報告―Ⅰ」『判例時報』一三一〇号（一九八九年）五頁（以下、同論文は、「懇話会報告Ⅰ」と引用する）。検察官や警察官に対する仲間意識の問題性については、渡部保夫『無罪の発見―証拠の分析と判断基準―』（勁草書房、一九九二年）四一五頁以下に詳しい。

(33) 捜査官が自白を重視するのは、このように裁判官が自白を重視しているからであると考えることもできる。捜査官は有罪を立証することを目的に証拠の収集を行うのであり、事実認定において重視される証拠の収集に力を注ぐのは必然だからである。捜査官が自白を重視していることと裁判官が自白を重視していることとの間には密接な関連性があるのである。したがって、自白を「証拠の王（女王）」としないためには、裁判官の側の意識の変革が重要となる。

この点、裁判員制度の実施を目前に控え、現職裁判官の中から、自白を重視しがちであった従来の傾向からの転換を指向する見解が相次いでだされていることが注目される（松本芳希「裁判員制度の下における審理・判決の在り方」『ジュリスト』一二六八号［二〇〇四年］九一頁、今崎幸彦「共同研究『裁判員制度導入と刑事裁判』の概要　裁判員制度にふさわしい裁判プラクティスの確立を目指して」『判例タイムズ』一一八八号［二〇〇五年］一〇頁、今崎幸彦「裁判員裁判における審理及び制度運営上の課題　司法研修所における裁判官共同研究の概要」『判例タイムズ』一二五五号［二〇〇八年］一四頁［「録音、録画媒体のような客観的証拠がない限り、任意性に疑いが残るとして自白調書の取調べ請求を

却下する事例が増えるのではないか」とする」等参照）。

近時、取調べのあり方について、捜査機関の側からも再検討の動き（最近の動向については、さしあたり、小坂井久「取調べ可視化論の現在・二〇〇八　裁判員裁判まであと一年の攻防」『季刊刑事弁護』五四号［二〇〇八年］八頁参照。なお、警察での取り組みを詳細に紹介したものとして、「特集・被害者取調べの新たな在方について」『警察学論集』六一巻六号［二〇〇八年］一頁以下参照）がみられる背景には、いわゆる「志布志事件」（第一審無罪。鹿児島地判平一九［二〇〇七］・二・二三判例集未登載［確定］）や「氷見事件」（再審無罪。富山地高岡支判平一九［二〇〇七］・一〇・一〇判例集未登載［確定］）といった冤罪事件の存在のみならず、裁判実務の中に、自白に対して厳格に対応する方向性を模索する動きがみられるということも影響しているのではなかろうか。

(34)　「自白の任意性に対する疑問の提示、自白の信用性・真実性の肯認不能、自白の任意性の否定という三段論法的な判断が」少なくないという指摘や（守屋克彦『自白の分析と評価』［勁草書房、一九八八年］一四九頁）、「具体的事例をみると、任意性・信用性の判断はいわば表裏一体の関係にあり、任意性の判断の中で供述変更を問題としたり……、任意性に疑問を提示しつつ信用性判断に投影させたり……するなどその区別は簡明ではない。多くの事例は、程度の差はあるが最終的には自白の信用性に投影させて解決を図っている」という指摘（司法研修所編『自白の信用性』［法曹会、一九九一年］九頁［田崎文夫執筆］）からもわかるように、実務においては、自白の証拠能力の判断と信用性の判断とがかなり相対化している。なお、荒木伸怡教授は、「職業裁判官が事実認定をも行う制度の下では、証拠能力と証明力とが制度的には分かれており段階的な判断であるはずなのに、いずれも同一人に委ねられているがゆえに、両者の判断が事実上混交されてしまうことが少なくない」とされている（荒木伸怡『刑事訴訟法読本　冤罪・誤判の防止のために』［弘文堂、一九九六年］一五七頁）。

このように、証拠能力の判断と信用性の判断とが相対化する理由として、守屋克彦元裁判官は、取調べ状況の客観的な認定が困難であることを挙げ、「その認定の手がかりとして、自白の信用性を吟味し、ひいて、取調べの状況に対する被告人と取調べ官との供述のいずれが信用できるかという判断の手がかりとすることは、今日の不可視的な取調べの状況においてはある程度やむを得ないことではなかろうか」とされる（守屋・前掲書一四九頁）が、刑訴法三一七条にいう「証拠」とは証拠能力を備えた証拠のことをいう（白取・前掲注（1）書三〇五頁）のであり、本来、証拠能力を欠く自白に

ついては、その信用性を判断することはもとより、それを目にすることさえも許されないはずである（木谷明『刑事裁判の心―事実認定適正化の方策［新版］』［法律文化社、二〇〇四年］六〇頁）ことに鑑みると、証拠能力の判断と信用性の判断とは厳格に区別されるべきである（岡部泰昌「捜査段階の自白の任意性・信用性と『疑わしきは被告人の利益に』の原則―最三小決昭和五七年三月一六日を素材にして―」『判例時報』一〇三八号［一九八二年］一八頁、村井敏邦「刑事手続と最高裁判所」『法律時報』五九巻九号［一九八七年］二八頁、下村幸男「任意性・特信性の判断」石松竹雄判事退官記念『刑事裁判の復興』［勁草書房、一九九〇年］二〇八頁）（自白の証拠能力と信用性との関係に関する従来の判例・学説については、阪村幸男「自白の任意性と信用性をめぐる判例理論」竹澤哲夫先生古稀祝賀『誤判の防止と救済』［現代人文社、一九九八年］三九九頁以下、木谷・前掲『刑事裁判の心』六〇頁以下に詳しい）。

なお、木谷明元裁判官は、「取調べ状況について、被告人と取調官との間での水掛け論に持ち込まれた場合は、捜査官側の負けと割り切る必要がある」とされ、取調べ状況認定の困難さを信用性判断に依拠することなく克服する手法を提言されている（木谷・前掲『刑事裁判の心』五九頁、一三九頁。これに対する批判としては、石井一正「書評」『判例タイムズ』一一四四号［二〇〇四年］四二頁がある。ちなみに、この石井元裁判官の批判に対しては、木谷元裁判官が自ら反論を加えられた。木谷明「畏友石井一正教授にあえて反論する『合理的疑い』の範囲などをめぐって」『判例タイムズ』一一五一号［二〇〇四年］一八頁）。

(35) 最大判昭二三（一九四八）・七・二九刑集二巻九号一〇一二頁。

(36) 最近のものとして、たとえば、松田岳士「刑事訴訟法三一九条一項について（上）」『阪大法学』五六巻五号（二〇〇七年）二三頁参照。

(37) 自白排除法則について検討を加えた文献は膨大な数に上るため、ここでは、自白排除法則を一般的に論じた文献を中心として掲げることとし、それ以外の文献（たとえば、判例評釈など）は、後述の該当箇所において紹介することとしたい。

まず、論文としては、吉野辰雄『自白の証拠能力』（みのり書房、一九四九年）、栗本一夫「自白」日本刑法学会『刑事法講座（六）』（有斐閣、一九五三年）一一六五頁、横井大三『判例自白法』（一粒社、一九五二年）一三頁、眞野英一「自白の任意性」『法律時報』二六巻八号（一九五四年）二九頁、藤岩睦郎「自白」団藤重光責任編集『法律実務講座刑事編（八）』（有斐閣、一九五六年）一七八九頁、平場・前掲注（3）論文三頁、青木英五郎『司法研究報告書第一〇輯第二号　証拠

評価の方法―自由心証主義における論理法則および経験法則の分析―」（司法研修所、一九六〇年）一二四頁、平田胤明『法務研究報告書四七集三号　自白の任意性並びに信用性に関する実証的研究』（法務総合研究所、一九六〇年）、野瀬高生「任意性よりみたる供述調書の在り方」『警察学論集』一四巻一一号（一九六一年）四六頁、井上正治「自白の任意性」『法政研究（九州大学）』二四巻二号（一九五七年）一頁、青柳文雄「自白の証拠能力」『ジュリスト』三〇〇号（一九六四年）三四二頁、柏木千秋「自白の任意性」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座二』（有斐閣、一九六四年）一五〇頁、守屋克彦「捜査段階における取調の違法と自白の任意性」『法律時報』四二巻一四号（一九七〇年）一八六頁、谷口正孝＝太田幸夫「自白の証拠能力」『判例タイムズ』二五六号（一九七一年）六五頁、田宮・前掲注（11）書二八一頁、松下一永「自白法則の実務的考察」『警察学論集』二四巻二号（一九七一年）一頁、横井大三『証拠　刑訴裁判例ノート（二）』（有斐閣、一九七一年）一六三頁、大野平吉「自白法則」『ジュリスト』五〇〇号（一九七二年）四五五頁、平場安治編著『セミナー法学全集三　刑事訴訟法』（日本評論社、一九七三年）七二頁（平場安治執筆）、平田胤明＝日野正晴「自白の任意性」平野龍一＝松尾浩也編『実例法学全集　刑事訴訟法［新版］』（青林書院新社、一九七七年）四一九頁、大阪刑事実務研究会「特集　違法収集自白の証拠能力」『判例タイムズ』三九七号（一九七九年）七頁、森井暲「黙秘権と自白法則との関係」『刑事訴訟法の争点』（一九七九年）二一〇頁、大野・前掲注（31）論文一頁、土本武司「自白法則」別冊判例タイムズ七号『刑事訴訟法の理論と実務』（一九八〇年）一九五頁、河上和雄『自白　証拠法ノート（二）』（立花書房、一九八二年）、石川才顕『刑事手続と人権』（日本評論社、一九八六年）二三六頁、大野恒太郎「自白―検察の立場から」三井誠他編『刑事手続（下）』（筑摩書房、一九八八年）八〇七頁（以下、同論文は、「検察の立場から」と引用する）、庭山正一郎「自白―弁護の立場から」同書八一八頁、佐藤文哉「自白―コメント」同書八三三頁、鈴木・前掲注（9）書二一一頁、石井一正「自白の証拠能力」大阪刑事実務研究会『刑事公判の諸問題』（判例タイムズ社、一九八九年）四〇五頁、下村幸雄『刑事裁判を問う』（勁草書房、一九八九年）一六二頁、二五七頁、前掲注（32）「懇話会報告Ⅰ」三頁、椎橋隆幸「黙秘権ⅤS自白法則」『法学教室』一一九号（一九九〇年）三〇頁、守屋克彦「自白の任意性の審理と立証責任」石松竹雄判事退官記念『刑事裁判の復興』（勁草書房、一九九〇年）二二九頁、阪村幸男「自白の任意性法則」井戸田侃編『総合研究＝被疑者取調べ』（日本評論社、一九九一年）五五一頁、多田・前掲注（4）論文一九八頁、渡辺修『被疑者取調べの法的規制』（三省堂、一九九二年）三一七頁、椎橋隆幸『刑事弁護・捜査の理論』（信山社、一九九三年）二一二頁、渥美東洋

『刑事訴訟における自由と正義』（有斐閣、一九九四年）七九頁、小早川義則『ミランダと被疑者取調べ』（成文堂、一九九五年）一一頁、憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』（日本評論社、一九九七年）四一二頁〔小坂井久執筆〕、小早川義則「自白排除法則の現状と展望」佐伯千仞先生卒寿祝賀『新・生きている刑事訴訟法』（成文堂、一九九七年）一五五頁、鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造（下）』（成文堂、一九九七年）五二〇頁、「特集　自白の任意性を争う」『季刊刑事弁護』一四号（一九九八年）、稲田隆司「判例にみる任意性判断」『季刊刑事弁護』一四号（一九九八年）八二頁、阪村・前掲注（34）論文三九九頁、白取祐司「自白法則の閉塞状況と課題」『季刊刑事弁護』一四号（一九九八年）三〇頁、大谷剛彦「自白の任意性」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』（青林書院、一九九八年）一三六頁、多田・前掲注（3）書二一三頁、山田道郎「自白法則と違法収集証拠排除法則」『法学セミナー』五四〇号（一九九九年）四〇頁、安富潔「自白の任意性」『捜査研究』五八〇号（二〇〇〇年）四二頁、三井・前掲注（3）論文七六頁、三井誠「自白の排除法則とその根拠（二）」『法学教室』二四七号（二〇〇一年）六二頁（以下、同論文は、「根拠（二）」と引用する）、三井誠「判例における自白排除の根拠」『法学教室』二四八号（二〇〇一年）八〇頁、大澤裕「自白の任意性とその立証」『刑事訴訟法の争点〔第三版〕』（二〇〇二年）一七〇頁（以下、同論文は「任意性」と引用する）、川上拓一「自白の証拠能力―裁判の立場から」三井誠他編『新刑事手続Ⅲ』（悠々社、二〇〇二年）一八九頁、古賀康紀「自白の証拠能力―弁護の立場から」同書二〇二頁、渡邉・前掲注（26）論文二一二頁、小林充「自白法則と証拠排除法則の将来」『現代刑事法』三八号（二〇〇二年）五八頁、平良木登規男「自白（その二）」『警察学論集』五五巻五号（二〇〇二年）一九二頁、井戸田侃『刑事訴訟理論と実務の交錯』（有斐閣、二〇〇四年）一八二頁、木谷・前掲注（34）『刑事裁判の心』五五頁、一三七頁、大澤裕「自白の証拠能力といわゆる違法排除説」『研修』六九四号（二〇〇六年）三頁（以下、同論文は、「違法排除説」と引用する）、青木孝之「自白排除法則再考」『琉大法学』七七号（二〇〇七年）二〇〇頁、遠藤比呂通『市民と憲法訴訟』（信山社、二〇〇七年）二〇一頁、寺崎嘉博「自白法則について」三井誠他編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下）』（成文堂、二〇〇七年）四一一頁、松田・前掲注（31）論文二三頁、安原浩「任意性論の再構築」村井敏邦他編『刑事司法改革と刑事訴訟法（下）』（日本評論社、二〇〇七年）七五九頁、青木孝之「自白の証拠能力―木谷コートの実践例に学ぶ―」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題』（成文堂、二〇〇八年）一四三頁等。

概説書・演習書としては、井上・前掲注（3）書二二一頁、江家義男『刑事証拠法の基礎理論〔訂正版〕』（有斐閣、一

九五二年）二八頁、齊藤金作『刑事訴訟法学［訂正版］』（有斐閣、一九五三年）一二三頁、平場安治『改訂刑事訴訟法講義』（有斐閣、一九五四年）一八〇頁、江家義男『刑事訴訟法教室（中）』（大蔵省印刷局、一九五八年）一九七頁、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、一九五八年）二二七頁、伊達秋雄『刑事訴訟法講話』（日本評論新社、一九五九年）二二〇頁、斉藤金作『刑事訴訟法（上）』（有斐閣、一九六一年）一九四頁、鴨良弼『刑事証拠法』（日本評論社、一九六二年）二〇六頁、安平政吉『刑事訴訟法』（弘文堂、一九六三年）一七四頁、栗本一夫『実務刑事証拠法』（立花書房、一九六六年）七八頁、伊達秋雄『改訂刑事訴訟法講義』（政文堂、一九六八年）一九〇頁、田中和夫『新版証拠法［増補第三版］』（有斐閣、一九七一年）二一一頁、四八四頁、石川才顕『刑事訴訟法講義』（日本評論社、一九七四年）二四四頁、団藤・前掲注（3）書二四八頁、青柳文雄『五訂刑事訴訟法通論（下）』（立花書房、一九七六年）三〇四頁、庭山英雄『刑事訴訟法』（日本評論社、一九七七年）一六九頁、岸盛一『刑事訴訟法要義［新版九版］』（廣文堂書店、一九七八年）一六五頁、横山晃一郎他『刑事訴訟法』（有斐閣、一九七八年）一五五頁［久岡康成執筆］、佐伯千仞『刑事訴訟法の考え方』（有斐閣、一九八〇年）一一〇頁［田宮裕執筆］、鴨良弼編『新版刑事訴訟法講義』（青林書院新社、一九八一年）二一五頁［庭山英雄執筆］、高田・前掲注（6）書二一五頁、田宮裕『演習刑事訴訟法』（有斐閣、一九八三年）二二三頁、能勢弘之他編『講義刑事訴訟法』（青林書院、一九八四年）二一一頁［大野平吉執筆］、渥美東洋『レッスン刑事訴訟法（中）』（中央大学出版部、一九八六年）一三七頁、松本一郎『事例式演習教室刑事訴訟法』（勁草書房、一九八七年）一六八頁、横川敏雄『刑事訴訟』（成文堂、一九八七年）二八六頁、能勢弘之『刑事訴訟法二五講』（青林書院、一九八七年）五四頁、小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法（下）』（有斐閣、一九八八年）一五八頁、山中俊夫『概説刑事訴訟法』（ミネルヴァ書房、一九八九年）二三一頁、白取祐司『論文講義刑事訴訟法』（早稲田経営出版、一九九〇年）二三四頁、鈴木・前掲注（3）書二一七頁、土本武司『刑事訴訟法要義』（有斐閣、一九九一年）三五一頁、石川才顕『通説刑事訴訟法』（三省堂、一九九二年）二四六頁、臼井滋夫『刑事訴訟法』（信山社、一九九二年）二七二頁、松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』（有斐閣、一九九二年）二九五頁［島田仁郎執筆］、井戸田・前掲注（34）書一六三頁、高窪貞人『新訂刑事訴訟法概論』（蒼文社、一九九六年）一一八頁、田宮・前掲注（4）書三四六頁、田宮裕＝多田辰也『セミナー刑事手続法 証拠編』（啓正社、一九九七年）一六〇頁、村井敏邦編著『現代刑事訴訟法［第二版］』（三省堂、一九九八年）二五一頁［村井敏邦＝大出良知＝川崎英明＝

白取祐司＝高田昭正＝新倉修執筆］、黒木忍＝川端博編『刑事訴訟法』（信山社、一九九九年）一九一頁［山田道郎執筆］、松尾・前掲注（3）書四一頁、藤木英雄他『刑事訴訟法入門［第三版］』（有斐閣、二〇〇〇年）三一四頁［松本時夫執筆］、石丸俊彦他『刑事訴訟の実務［新版］（下）』（新日本法規出版、二〇〇五年）二〇二頁［仙波厚執筆］、光藤景皎『口述刑事訴訟法（下）［補訂版］』（成文堂、二〇〇五年）一六九頁、渡辺直行『論点中心刑事訴訟法講義［第二版］』（成文堂、二〇〇五年）二六九頁、渥美東洋『全訂刑事訴訟法』（有斐閣、二〇〇六年）四二九頁、池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義［第二版］』（東京大学出版会、二〇〇六年）三三六頁、上口裕他『刑事訴訟法［第四版］』（有斐閣、二〇〇六年）二一三頁［上口裕執筆］、小林充『刑事訴訟法［第三版］』（立花書房、二〇〇六年）二三三頁、田口守一『刑事訴訟法［第四版補正版］』（弘文堂、二〇〇六年）三八〇頁、庭山英雄＝岡部泰昌編『刑事訴訟法［第三版］』（青林書林、二〇〇六年）二三一頁［鯰越溢弘執筆］、石井一正『刑事実務証拠法［第四版］』（判例タイムズ社、二〇〇七年）二一六頁、川端博＝辻脇葉子『刑事訴訟法［新訂版］』（創成社、二〇〇七年）二五六頁、寺崎嘉博『刑事訴訟法［補訂版］』（成文堂、二〇〇七年）三五一頁、寺崎嘉博編著『刑事訴訟法講義』（八千代出版、二〇〇七年）二〇三頁［伊藤博路執筆］、福井厚『刑事訴訟法講義［第三版］』（法律文化社、二〇〇七年）三二五頁、渡辺咲子『刑事訴訟法講義［第四版］』（不磨書房、二〇〇七年）二九五頁、安富潔『刑事訴訟法講義』（慶應義塾大学出版会、二〇〇七年）二八一頁、山口直也＝上田信太郎『ケイスメソッド刑事訴訟法』（不磨書房、二〇〇七年）二七一頁［上田信太郎執筆］、山本正樹他『プリメール刑事訴訟法』（法律文化社、二〇〇七年）一九七頁［渡辺修執筆］、椎橋隆幸編『プライマリー刑事訴訟法［第二版］』（不磨書房、二〇〇八年）二二〇頁［柳川重規執筆］、白取・前掲注（1）書三六〇頁、水谷規男『疑問解消刑事訴訟法』（日本評論社、二〇〇八年）一九四頁等。

注釈書としては、横井大三『新刑事訴訟法逐条解説Ⅲ』（司法研修所、一九四九年）九三頁、青柳文雄他『註釈刑事訴訟法 第三巻』（立花書房、一九七八年）二八六頁［青柳文雄執筆］、田宮裕『注釈刑事訴訟法』（有斐閣、一九八〇年）三六二頁、平場安治他『注解刑事訴訟法（中）［全訂新版］』（青林書院新社、一九八二年）六九三頁［鈴木茂嗣執筆］、小野清一郎他『ポケット註釈全書 刑事訴訟法（下）［新版］』（有斐閣、一九八六年）八五四頁［栗本一夫執筆］、高田卓爾編『基本法コンメンタール刑事訴訟法［第三版］』（日本評論社、一九九三年）二六九頁［田宮裕執筆］、高田卓爾＝鈴木茂嗣編『新・判例コンメンタール刑事訴訟法（四）』（三省堂、一九九五年）一〇九頁［光藤景皎執筆］、伊藤栄樹他『注釈刑事訴訟法［新

版］（五）』（立花書房、一九九八年）一六五頁〔植村立郎執筆〕、藤永幸治他編『大コンメンタール刑事訴訟法（五）Ⅰ』（青林書院、一九九九年）二〇一頁〔中山善房執筆〕、小田中聰樹他編著『刑事弁護コンメンタール一　刑事訴訟法』（現代人文社、一九九八年）二九三頁〔高田昭正執筆〕、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法［第三版増補版］』（弘文堂、二〇〇六年）六六五頁等。

(38) 自白法則の根拠としてこの三説がありうることを最初に指摘されたのが平野博士であり（平野・前掲注（37）書二二七頁）、それを整理されたのが田宮博士である（田宮・前掲注（10）書二八二頁以下。なお、白取・前掲注（1）書三六〇頁参照）。

(39) 例えば、大野・前掲注（37）「検察の立場から」八〇九頁、土本・前掲注（37）書三五四頁。

(40) 田宮裕『刑事法の理論と現実』（岩波書店、二〇〇〇年）二二一頁参照。

(41) 文理の軽視を指摘するものとして、松尾編・前掲注（37）書二九七頁〔島田執筆〕、小林・前掲注（37）論文六〇頁、寺崎・前掲注（37）論文四二二頁参照。違法排除説にたちつつ、任意性から過度に離れることを警戒する見解として、光藤・前掲注（32）書一七二頁参照。なお、遠藤比呂通弁護士（元東北大学助教授）は、「憲法三八条一項の規定する権利、三八条二項の規定する自白の証拠能力についての自白法則、刑訴法三一九条の自白の任意性の要請の三者の関係をめぐっての議論は複雑であ［る］。しかし、一つはっきりしていることがある。それは、刑訴法三一九条一項が、『任意にされたものでない疑のある自白は、これを証拠とすることができない』と『任意性』をキイワードにしている以上、この概念をはっきりさせねばならない」とされる（遠藤・前掲注（37）書二〇一頁）。

(42) 小坂井久弁護士は、違法排除説自体が「憲法三八条二項の解釈の枠を越えた立論であったため、逆に憲法三八条二項の解釈論としては、かえって不明確性を帯びる結果になっている」ことを指摘されている（憲法的刑事手続研究会・前掲注（37）書四七六頁〔小坂井執筆〕）。

(43) 鈴木・前掲注（3）書二一九頁、松尾・前掲注（3）書四二頁。なお、後に詳しく検討するミランダ判決は、このような立場にたっているものと解される。*Cf. Miranda*, 384 U.S. 436.

(44) 最決昭五九（一九八四）・二・二九刑集三八巻三号四七九頁（グリーンマンション事件）では、四夜にわたる宿泊を伴う任意取調べが違法ではないとされ、また、最決平一（一九八九）・七・四刑集四三巻七号五八一頁（平塚事件）では、

午後一一時に任意同行した被疑者に対して一睡もさせずに翌午後九時まで約二二時間にわたって取調べが行われたが、これについても違法性が否定されている（ただし、両決定には取調べを違法とする少数意見が付されている）。最近のケースとしては、民事判例ではあるが、いわゆる恵庭ＯＬ殺人事件の被告人（当時）による国家賠償請求訴訟において、被告人（女性）を連日長時間にわたり取り調べ、その過程で、取調官（男性）がうつむく被告人の髪を払いのけるなどの有形力を行使したり、「穏当を欠」く言葉で追及するなどして、被告人を床に崩れ落ちて自力で歩行できないまでに精神的に追い詰めたことについて、「相当程度に心理的な圧迫をもたら［した］」としながらも、事案の重大性や嫌疑の高さなどを理由にその違法性を否定している（札幌地判平一七［二〇〇五］・三・二八判例集未登載。恵庭ＯＬ殺人事件については、白取祐司「恵庭ＯＬ殺人事件―弱い情況証拠と苛酷な『任意取調べ』」『季刊刑事弁護』四七号［二〇〇六年］一〇五頁等参照）。

(45) この点は、身体拘束中の被疑者に「取調べ受忍義務」を課している日本の捜査実務を考えると、とりわけ問題をはらんでいるように思われる。なぜなら、裁判実務家の大勢は、身体拘束中の被疑者に「取調べ受忍義務」を課すことを支持しているものと解されるからである（例えば、石丸他・前掲注（29）書二二二頁、二六七頁［川上執筆］、裁判所職員総合研修所監修『刑事訴訟法講義案［三訂版］』［司法協会、二〇〇七年］七二頁等参照）。なお、取調べ受忍義務を肯定する判例については、後掲注（88）参照。

(46) 最大判昭三六（一九六一）・六・七刑集一五巻六号九一五頁。ただ、最判昭二四（一九四九）・一二・一三裁判集刑事一五号三四九頁は、傍論としてではあるが、「［物証の場合、―筆者注］物其自体の性質、形状に変異を来す筈がないから其形状等に関する証拠たる価値に変りはな」く、訊問調書作成手続が違法である場合とは「事柄の性質が違う」としている。違法の類型にもよるが、最高裁は、違法に得られた自白が排除されることについては必ずしも否定はしていなかった、とみることもできる。

(47) 最判昭五三（一九七八）・九・七刑集三二巻六号一六七二頁参照。また、この判決がだされてからほどなくして、『判例タイムズ』誌上において、現職裁判官の共同による、違法収集自白の証拠能力に関する研究（大阪刑事実務研究会「特集・違法収集自白の証拠能力」『判例タイムズ』三九七号［一九七九年］七頁以下）が公表されていることが、このことを如実に物語っている。

(48) アメリカにおいては、不合理な捜索、押収、抑留を禁じた合衆国憲法第四修正に基づく違法収集証拠排除法則が、物だけでなく供述にも適用されている。*Cf.* Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963).

(49) 競合説を支持するものとして、松尾編・前掲注（37）書二九八頁〔島田執筆〕、大谷・前掲注（37）論文一三七頁、角田正紀「違法な身柄拘束中の自白」『刑事訴訟法判例百選〔第七版〕』（一九九八年）一六九頁、津村政孝「違法な身柄拘束中の自白について―最高裁昭和五八年七月一二日判決が意味するもの」『ジュリスト』一一四八号（一九九九年）一一三頁、田中康郎「接見制限後の自白」『現代刑事法』二二号（二〇〇一年）三九頁、三井・前掲注（3）論文七七頁、出田孝一「黙秘権・弁護人選任権の不告知と自白の任意性」大阪刑事実務研究会『刑事証拠法の諸問題（上）』（判例タイムズ社、二〇〇一年）二七八頁、米山正明「利益誘導と自白の任意性」同書二八九頁、大澤・前掲注（37）「任意性」一九二頁、川上・前掲注（37）論文一九二頁、小林・前掲注（37）論文六四頁、高木俊夫「証拠排除のあり方」『現代刑事法』五五号（二〇〇三年）四一頁、石丸他・前掲注（37）書二〇三頁〔仙波執筆〕、石井・前掲注（32）書二二一頁、白取・前掲注（1）書三六三頁。なお、佐藤・前掲注（37）論文八三三頁。

(50) 東京地判昭四二（一九六七）・四・一二下刑集九巻四号一頁（東十条事件）、東京地決昭四六（一九七一）・九・八刑月三巻九号一二八三頁、岡山地倉敷支判平七（一九九五）・八・四判時一五九三号一四六頁等。

(51) 金沢地七尾支判昭四四（一九六九）・六・三刑月一巻六号六五七頁（蛸島事件）、東京地判昭四五（一九七〇）・二・二六刑月二巻二号一三七頁（東京ベッド事件）、福岡地小倉支判昭四六（一九七一）・六・一六刑月三巻六号七八三頁（曲川事件）、旭川地判昭四八（一九七三）・二・三刑月五巻二号一六六頁（忠別川事件）、津地四日市支決昭五三（一九七八）・三・一〇判時八九五号四三頁（四日市青果商殺し事件）、大阪高判昭五五（一九八〇）・三・二五高刑集三三巻一号八一頁等。

(52) 福岡高判昭六一（一九八六）・四・二八刑月一八巻四号二九四頁（鹿児島夫婦殺し事件〔差戻し控訴審〕）等。

(53) 上口裕教授は、「違法な身柄拘束中の自白が違法収集証拠として排除される場合のあることは確立した下級審判例となっている」とされる。上口裕「違法な身柄拘束中の自白」『刑事訴訟法判例百選〔第八版〕』（二〇〇五年）一六九頁。

(54) 千葉地判平一一（一九九九）・九・八判時一七一三号一四三頁。

(55) 東京高判平一四（二〇〇二）・九・四判時一八〇八号一四四頁。

(56) 松尾編・前掲注（37）書二九七頁〔島田執筆〕。
(57) 違法収集証拠排除法則が適用されることによって、いわゆる反復自白の証拠能力の判断においては、「毒樹の果実論」が妥当することにもなる。
(58) この点、三井誠教授は、「〔違法排除説は、―筆者注〕実質的にみても、たとえば自白獲得の態度・方法が『不当』程度にとどまり、違法とまでいえない場合、かりにその自白が『任意にされたものでない疑』があっても、その証拠能力は肯定されることになるが（違法排除にいう『違法』の内容にもよるが、この種の事例は生じえよう）、これでよいかは疑問である」という、きわめて示唆的な指摘をされている（三井・前掲注（37）「根拠（二）」六四頁）。
(59) 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、一九八五年）四〇四頁参照。
(60) 控訴審判決のように、違法収集証拠排除法則の適用を先行させ、その段階で重大な違法が認められた場合には自白を排除するとした場合、「任意にされたものでない疑いのある自白」の解釈によって、違法収集証拠排除法則の適用範囲に変化が生じることはない。しかし、違法収集証拠排除法則によって排除に至らなかった場合には、続いて、任意性の判断がなされるのであり、自白法則と違法収集証拠排除法則との相互の補完関係に変わりはないのであるから、やはり「任意にされたものでない疑いのある自白」の正確な把握が重要となる。
(61) 田宮・前掲注（4）書三五一頁。
(62) *Miranda*, 384 U.S. 436 (1966). ミランダ判決の紹介・研究としては、小早川・前掲注（32）書のほか、芝原邦爾「捜査段階における自白の許容性―ミランダ事件判決の意味するもの―」『ジュリスト』三五六号（一九六六年）一〇六頁、田宮裕「Miranda v. Arizona; Vignera v. New York; Westover v. United States; California v. Stewart, 384 U.S. 436 (1966)―被逮捕者の黙秘権保障の方法、尋問には弁護人の立会が必要、逮捕と国選（州選）弁護権、その他」〔一九六六―二〕アメリカ法三二八頁、俵谷利幸「ミランダ判決について（一）（二）」『警察研究』三八巻六号（一九六七年）七五頁、三八巻七号（一九六七年）八七頁、鈴木義男「ミランダ判決の一〇年」『研修』三五二号（一九七七年）一四頁、吉野辰雄「弁護権と自白の証拠能力―所謂ミランダ事件等について―」『英米法学』二三号（一九八二年）四頁、鈴木義男『刑事司法と国際交流』（成文堂、一九八六年）二一六頁、渡辺・前掲注（32）書一四頁、熊本典道『刑事訴訟法論集』（信山社、一九八九年）三一四頁、石川才顕『捜査における弁護の機能』（日本評論社、一九九三年）一一八頁、村井敏邦『刑事訴訟法』

（日本評論社、一九九六年）一〇六頁、洲見光男「ミランダ判決三〇周年に寄せて」『刑法雑誌』三七巻一号（一九九七年）一〇八頁、鈴木・前掲注（37）書四九四頁、多田・前掲注（3）書二六〇頁、香城敏麿『憲法解釈の法理』（信山社、二〇〇四年）五一九頁、Richard A. Reo & George C. Thomas (eds.), The Miranda Debate : Law, Justice, and Policing (Northeastern University Press, 1998)、Gary L. Stuart, Miranda: The Story of America's Right to Remain Silent (The University of Arizona Press, 2004) 等。

(63) 熊本典道元裁判官は、ミランダ判決は「我国の捜査法の発展に決定的影響を与え［た］」と評される（熊本・前掲注（62）書二九九頁）。

(64) Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897).

(65) *Miranda*, 384 U.S. at 457-458.

(66) さしあたり、J・H・ウィグモア（平野龍一＝森岡茂訳）『証拠法入門』（東京大学出版会、一九六四年）一六七頁参照。

(67) 鈴木義男他「座談会・ミランダの射程―ディカソン判決の意義と日本法への示唆―」『現代刑事法』二二号（二〇〇一年）一三頁〔高野隆発言〕。この判示に批判的な見解として、Joseph D. Grano, *Prophylactic Rules in Criminal Procedure : A Question of Article III Legitimacy*, 80 Northwestern University L. Rev. 100 (1985) 参照。

(68) *E.g.,cf.* Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278 (1936).

(69) *E.g.,cf.* Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964).

(70) *E.g.,cf.* McNabb v. United States, 318 U.S. 332 (1943); Mallory v. United States, 354 U.S 449 (1957).

(71) 田宮・前掲注（11）書三三九頁。

(72) 〃ランダ判決の最も重要な判示として、まずはこの点が挙げられてきた。*E.g.,cf.* Welsh S. White, Miranda's Waning Protection: Police Interrogation Practices after Dickerson (The University of Michigan Press, 2003) 4.

(73) *Miranda*, 384 U.S. at 478.

(74) 椎橋・前掲注（37）書六〇頁、鈴木他・前掲注（67）論文（座談会）五頁〔椎橋隆幸発言〕、同六頁〔渥美東洋発言〕。

(75) ロック・M・リード他『アメリカの刑事手続』（有斐閣、一九八九年）六一頁〔ロック・M・リード発言〕。このことは、〃ランダ判決がだされた当初から指摘されていた。*E.g.,cf.* Note, *The Supreme Court, 1965 Term*, 80 Harvard L. Rev. 91, at

205 (1966); Richard H. Kuh, *Interrogation of Criminal Defendants—Some Views on Miranda v. Arizona*, 35 Fordham L. Rev. 233, at 236 (1966).

(76) *Miranda*, 384 U.S. at 457-458.

(77) Richard A. Leo, *Inside the Interrogation Room*, 86 The Journal of Criminal Law & Criminology 266 (1996) at 270.

(78) Stephen J. Shulhofer, *Reconsidering Miranda*, 54 University of Chicago L. Rev. 435 (1987), at 460-461.

(79) これを批判するものとして、White, *supra* note 72, at 9-10。なお、Welsh S. White, *Defending Miranda: A Reply to Professor Caplan*, Vanderbilt L. Rev. 1 (1986), at 11 も参照。

(80) *E.g.,cf.* Irene Merker Rosenberg & Yale L. Rosenberg, *A Modest Proposal for the Abolition of Custodial Confessions*, 68 North Carolina L. Rev. 69 (1989).

(81) Charles J. Ogletree, *Are Confessions Really Good for the Soul ?: A Proposal to Miranda*, 100 Harvard L. Rev. 1826 (1989), at 1826-1830.

(82) I. M. Rosenberg & Y. L. Rosenberg, *supra* note 80, at 109-113.

(83) 名古屋高判昭二五（一九五〇）・五・一一九判特九号八〇頁。藤岩・前掲注（37）論文一八〇三頁、平場・前掲注（3）論文四四頁、柏木・前掲注（37）論文一六九頁、児島武雄『刑事裁判論集』（信山社、一九九二年）六六頁。

(84) 最高裁は、黙秘権の告知は憲法の保障には含まれないとしている。最大判昭二三（一九四八）・七・一四刑集二巻八号八四六頁、最大判昭二四（一九四九）・一一・九刑集三巻一一号一四六頁、最決昭二四（一九四九）・九・七刑集三巻一〇号一五六三頁、最判昭二五（一九五〇）・一一・二一刑集四巻一一号二三五九頁参照。

(85) 最判昭二五（一九五〇）・一一・二一刑集四巻一一号二三五九頁、東京高判昭二六（一九五一）・六・一八判特報二一号一一四頁、広島高岡山支判昭二六（一九五一）・九・一七判特二〇号一一一頁、最判昭二八（一九五三）・四・一四刑集七巻四号八四一頁。なお、松尾編・前掲注（37）書三〇四頁〔島田執筆〕、出田・前掲注（50）論文二七四頁、岡田雄一「『黙秘権等の不告知と自白の任意性』『刑事訴訟法判例百選〔第八版〕』（二〇〇五年）一六七頁参照。

(86) 仙台高判昭二七（一九五二）・六・一八判特二二号二三八頁。なお、岡田・前掲注（85）論文一六七頁参照。

(87) 取調べへの弁護人の立会いが認められない理由としては、立会いを認める規定が存在しないことや、捜査密行の原則な

どが挙げられている（石井・前掲注（37）論文四〇九頁等参照）。それに対し、学説においては、立会いを認める見解が有力である（白取祐司「捜査の可視化と適性化」『自由と正義』五四巻一〇号［二〇〇三年］八五頁）。たとえば、渡辺修教授は、黙秘権、包括的防御権、弁護人依頼権を根拠に、被疑者には弁護人立会請求権が認められると解される（渡辺・前掲注（37）書二一六頁、渡辺修『捜査と防御』［三省堂、一九九五年］二五〇頁。ほぼ同旨の主張をするものとして、吉村弘「身柄拘束中の被疑者の取調」『北九州大学法政論集』一四巻三号［一九八六年］二四五頁、大出良知「刑事弁護の憲法的基礎づけのための一試論」『自由と正義』四〇巻七号［一九九三年］一二三頁、高田昭正『被疑者の自己決定と弁護』［現代人文社、二〇〇三年］九九頁）。また、井戸田侃教授は、「訴訟的捜査観」にたち、犯罪捜査規範一七七条二項を根拠に、取調べへの弁護人立会いを認められる（井戸田侃『刑事手続構造論の展開』［有斐閣、一九八二年］四四頁。これを支持する見解として、米田泰邦「被疑者の取調」『判例タイムズ』二九六号［一九七三年］四一頁）。また、憲法・刑訴法は取調べへの弁護人の立会いを認めているとする見解として、沢登佳人「憲法・刑事訴訟法英文によれば、検察・警察の取調を受けるとき、被疑者は弁護士のつきそい援助を求める権利を有する」『法政理論（新潟大学）』一五巻二号（一九八三年）二〇一頁等。

(88) 岡山地決昭四四（一九六九）・九・五判時五五八号一〇七頁、大阪高判昭四九（一九七四）・七・一八判時七五五号一一八頁、東京地決昭四九（一九七四）・一二・九刑月六巻一二号一二七〇頁（都立富士高校放火事件）、青森地判昭五一（一九七六）・一・二七判時八一三号七二頁、東京高判昭五三（一九七八）・三・二九刑月一〇巻三号二三三頁（都立富士高校放火事件控訴審判決）、神戸地決昭五六（一九八一）・三・一〇判時一〇一六号一三八頁（神戸まつり事件）、東京地決昭五六（一九八一）・一一・一八判時一〇二七号三頁など参照。なお、接見交通に関する最大判平一一（一九九九）・三・二四民集五三巻三号五一四頁は、なお書きにおいてではあるが、取調べ受忍義務が直ちに黙秘権を奪うものではない旨述べている（本判決の位置づけについては、木谷・前掲注（34）『刑事裁判の心』四三頁注四参照）。

(89) 小早川義則「合衆国最高裁と日本法」『桃山法学』一号（二〇〇三年）四九五頁。なお、D. H. Foot, *Confessions and the Right to Silence in Japan*, 21 Georgia Journal of International and Comparative Law 415 (1991) at 485も参照。

(90) 白取・前掲注（1）書三六三頁。

(91) 一審判決については、警察大学校重要判例研究会「判批」『捜査研究』五九〇号（二〇〇〇年）三六頁、山下貴司「判批」

『警察公論』五五巻一一号（二〇〇〇年）一一〇頁、洲見光男「宿泊を伴う取調べと自白の証拠能力」『平成一二年度重要判例解説』（二〇〇一年）一八四頁、川島健治「判批」『現代刑事法』三六巻（二〇〇二年）一〇〇頁、森山大輔「判批」『研修』六四五号（二〇〇二年）三一頁。一審証拠決定（千葉地決平一一［一九九九］・二・二四判例集未登載）について、四宮啓「違法捜査の司法的コントロールに関する覚書」梶田英雄判事・守屋克彦判事退官記念『刑事・少年司法の再生』（現代人文社、二〇〇〇年）一七七頁。控訴審判決については、岡田悦典「長期間の宿泊を伴う取調べ」『法学セミナー』五八四号（二〇〇三年）一二一頁、小林充「判批」『判例評論』五三五号（二〇〇三年）三六頁、大澤裕＝川上拓一「任意同行後の宿泊を伴う取調べと自白の証拠能力」『法学教室』三一一号（二〇〇六年）七五頁。なお、本件弁護人の報告として、秦雅子「フィリピン人女性が被告人の殺人被告事件　宿泊を伴う取調べと自白を偏重した有罪判決（平成一一・九・八千葉地方裁判所判決）」『季刊刑事弁護』二〇号（一九九九年）一一六頁、殷勇基＝秦雅子「殺人被告事件（ロザール事件）　自白を排除しても可能性が残れば有罪？」『季刊刑事弁護』三二号（二〇〇二年）九九頁。

(92) 大澤・前掲注（37）「違法排除説」三頁、大澤＝川上・前掲注（91）論文七五頁などは、この点に関する数少ない貴重な研究である。

(93) 団藤・前掲注（3）書二五〇頁。

(94) 鈴木・前掲注（37）書五一四頁。

(95) 平野・前掲注（37）書二二九頁。

(96) これは、身体拘束中の取調べに内在する強制に着目した指摘であるように思われる。なお、守屋克彦元裁判官は平野博士の見解を「任意性をどちらかといえば供述心理中心に捉える考え」と評される（守屋・前掲注（37）論文二四七頁）。

(97) 鴨良弼『刑事訴訟法の新展開』（日本評論社、一九七三年）一六三頁。

(98) 鈴木・前掲注（9）書七一、七二頁。

(99) 渡辺洋三「誤判の責任―松川裁判の意味するもの―」『世界』二一五号（一九六三年）一九三頁以下。

(100) 村岡啓一「接見交通―弁護の立場から」三井誠他編『刑事手続（下）』（筑摩書房、一九八八年）三三六頁。

(101) 同書は、二〇〇五年に北大路書房から新版が刊行されている（浜田・前掲注（27）書）。

(102) 守屋克彦他「座談会・特別企画『自白の研究』を読む　自白分析の到達点と虚偽自白排除の可能性（上）（中）（下）」『法

学セミナー』四五七号（一九九三年）六六頁、四五八号（一九九三年）八〇頁、四五九号（一九九三年）七四頁（浜田・前掲註（27）書所収）。

（103）守屋他・前掲注（102）論文（中）八一頁〔守屋克彦発言〕。なお、渡辺・前掲注（37）書二八〇頁。

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「自白排除法則の研究」（二〇〇八年三月二五日学位授与）に補筆したものである。

論　説

被害者の承諾（四）

――各論的考察による再構成――

佐藤陽子

目　次

序論
第一章　国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾
第二章　財産に対する罪と被害者の承諾

（以上五八巻三号）
（以上五八巻四号）

第一節　はじめに
第二節　領得罪（窃盗罪・強盗罪・詐欺罪・恐喝罪）
第三節　毀棄罪（器物損壊罪）
一　はじめに
二　器物損壊罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について
三　表明の必要性（合意の方式）について
四　合意能力について
五　錯誤・強制に基づく合意について
（一）錯誤に基づく承諾―ドイツ―
（二）錯誤に基づく承諾―日本―
（三）強制に基づく承諾
（四）器物損壊罪における錯誤・強制に基づく合意―私見―
六　まとめ
第四節　盗品等関与罪
一　はじめに
二　盗品等関与罪の法益と本質―被害者への贓物返還事例を手がかりに―
三　被害者への贓物返還事例と被害者の承諾
四　「正常な回復」を放棄するために必要な承諾の真意性
五　まとめ
第五節　小括
第三章　自由に対する罪と被害者の承諾
第四章　生命・身体に対する罪と被害者の承諾
結語　～総論的考察への示唆～

（以上五八巻五号）

（以上本号）

第三節　毀棄罪（器物損壊罪）

一　はじめに

これまで財産犯と被害者の承諾の関係について、領得罪を例に検討してきたのだが、このような検討から領得罪における承諾には二種類あるということが明らかになったように思われる。具体的にいうと、ひとつは構成要件の特別な行為態様に関係した承諾（行為態様に係る合意）であり、ひとつは構成要件メルクマールにはかかわりないが、法益侵害に関係した承諾（法益侵害性に係る合意）である。前者の要件は構成要件のメルクマールが定め、後者の要件は、自律的な法益放棄の本質がそれを定める。

このような区別は、領得罪に限らず、おそらく多くの構成要件において被害者の承諾を類型化するひとつの基準となるものであろう。

以下では、他の財産犯の例として器物損壊罪をとりあげ、財産犯と被害者の承諾の関係について再度検討してみたい（本節二）。そしてまた本稿では、前節で論じられなかった法益侵害性に係る合意の詳細について、検討してみたい。とりわけ三では表明の必要性について、四では承諾能力について、五では錯誤・強制に基づく承諾について検討する。

二　器物損壊罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について

これまで被害者の承諾の総論的検討において、器物損壊罪における承諾は、通説的に違法性を阻却する同意に分類さ

れてきたようである。[1] しかし、構成要件該当性を排除する合意に分類する見解も有力である。[2] 果たして器物損壊罪における被害者の承諾は、犯罪論体系上どの位置に分類されるべきであるのか、そしてその性質はどのようなものであるのだろうか。

本稿では前節でおこなった方法論に従って、まず器物損壊罪の構成要件メルクマールの特殊性について、次に器物損壊罪の法益について検討する。

刑法二六一条（器物損壊罪）は、「他人の物を損壊し、又は傷害した者は、三年以下の懲役又は三十万円以下の罰金若しくは科料に処する。」と規定している。器物損壊罪の構成要件メルクマールである「損壊」とは、物の物理的な損壊に限らず、物の効用を害する一切の行為であり、「傷害」とは、損壊と同義であるが、客体が動物であるときに用いる用語であるとされている（効用喪失説・通説）。[3] 結論からいえば、「損壊」、「傷害」という用語からは、窃盗罪の「窃取」や詐欺罪の「詐取」のように、構成要件メルクマールの充足のために被害者の意思状態に関係した特別な（法益放棄とは異なった）行為態様が要求される事実をよみとることができないであろう。

確かに、損壊概念（以下、傷害概念も含む）における効用の喪失を検討するにあたっては、食器への放尿のように、感情的・精神的効用まで考慮に入れられている。これを逆に解すると、客観的に物の喪失があっても、被害者の承諾が存在しているのであれば、彼の感情・精神的効用に従って、「損壊」ではないといえるかもしれない。[4] しかし、これまで感情的・精神的効用の議論はあくまでも損壊・傷害概念を広げる方向でのみ議論されてきた。そして、それはおそらく正しいことなのであろう。というのも、あくまで判断されるべきは感情的・精神的「効用」であって、感情や精神そのものではない。客観的に効用を喪失した物は、やはり損壊されたというべきである。[5] 被害者の承諾を得て、皿を割った又は飼い猫を殺害した者は、損壊（傷害）をおこなってはいないと表現することは客観的事実に反しているように思

われるのである。損壊は、被害者の意思に左右されず、客観的に判断されるものであろう。

実際、ドイツの学説が器物損壊罪における承諾を違法性阻却の同意に分類する根拠として、器物損壊罪の構成要件メルクマールが、被害者の意思に反する損壊を明確に規定していない点があげられている。(6) 窓ガラスに石を投げることを許容した被害者の承諾によって、いったいどの構成要件が排除されるのだろうか。(7) たとえ所有権者自身が石を投げ込んだ場合であっても、「Beschädigung」や「Zerstörung」は存在するのである。(8)

その一方で、合意に基づく行為はもはや「Beschädigung」や「Zerstörung」がないと解する見解も存在する。(9) この見解によれば、構成要件の文言は多かれ少なかれ偶然によるものであるから、どの段階で承諾が効力を有するのかについてはそれに左右されえないという。その上で、個々の事例に応じて、「Beschädigung」や「Zerstörung」がない場合もあるとして、たとえば、ある人が薪にするために古くて価値のない箪笥を所有権者の委託を受けてのこぎりでひいた場合、あるいは庭師が柵を刈り込んだ場合、あるいは父親が買ってきた花火を子供が打ち上げた場合を例にあげる。

確かに庭師の例や花火の例は、損壊という用語を用いるのに若干の抵抗を覚える事例ではある。庭師は柵を「刈っている」し、子供は花火を「上げている」。これらの行為にはすでに損壊とは別の意味が与えられているのである。しかし、それらの行為の中にはやはりなお損壊要素が残っているように思われる。たとえば時計の修理のように、時計が直るまでの間は時計の解体は修理であり、損壊でもある。同じように、美しく柵が刈り込まれるまでの間は、柵の刈り込みは損壊でもある。花火の場合も同様に、そこでは当該物の効用を達成するために手段としての損壊が用いられているといえるだろう。

以上のことから、「損壊」は客観的な基準に基づく用語であって、特別な被害者の意思態様を要求した文言ではない、ということができる。つまり、器物損壊罪における被害者の承諾は、行為態様に係る合意ではないのである。

それでは、法益侵害性に係る合意はどうであろうか。法益侵害性に係る合意は、その承諾によって構成要件で保護された法益の侵害性が否定されるタイプの承諾であるから、ここでは器物損壊罪の法益が重要となる。つまり器物損壊罪で保護された法益（財産権）の存在が、被害者の自律的な決定によって左右できるのであれば、ここでの承諾は法益侵害性に係る合意である。

器物損壊罪における承諾を違法性阻却の効果しか有さない同意に分類するドイツの通説は、この問いを否定する。刑法は身体の完全性、名誉、所有権を民法九〇三条（所有権）に基づく権限の行使において保護するのではなく、具体的な物のこれまでどおりの存在を、そのような権限の必然的な前提として保護するものであると考えるからである。[10] そして、所有権者の委託に基づいて他人の木をきることは、はじめから結果無価値を欠いているという批判に対しては、このような批判は構成要件が単に不法を類型化する機能しかもたないという点を見誤っていると排斥する。また、この見解によれば、前述のように器物損壊罪における構成要件メルクマールに被害者の承諾に関する事項がよみとれないということさえも偶然ではないという。[11] 財物の存在そのものが、保護法益である所有権を保護する前提として構成要件によって保護されていて、それゆえに構成要件メルクマールは被害者の意思に関する要素を含んでおらず、以上のことから器物損壊罪における被害者の承諾は、正当化事由としての性質を有することになるのである。[12]

これに対して、器物損壊罪を合意に分類する見解によれば、価値的な観点の下では、行為客体の侵害から、必ずしも当該構成要件を充足しなければいけないという帰結は決して導かれないという。[13] 刑法の課題が法益の保護にあるとすれば、法益は構成要件該当行為を定めるにおいて決定的な影響をもつようになる。法益が侵害されたときのみに類型的な不法が存在し、その時のみ、構成要件が充足されるというのである。[14]

それでは、この見解が考える器物損壊罪の法益（所有権）はどのような性質を有しているのだろうか。

この点についてはマイバルトが、「Eigentumsverletzung ist Willenswidrigkeit（所有権侵害は意思に反することである）」という命題を打ち立てている。[15] 所有権者に自己実現を可能にすることが所有権保護規範の意味だからであり、所有権者の意思に基づく行為は所有権者側からしてみれば、まさに自己実現行為だからである。このような理論に基づけば、器物損壊罪においては、あるいはそれに限らず所有権を保護するあらゆる規定（たとえば窃盗罪）において、所有権者の承諾は構成要件を排除する効力をもつことになる。[16]

また、器物損壊への承諾を合意に分類する説は、他人性のメルクマールと承諾の関係についても若干の検討を加える。つまり、被害者の承諾が形式的に民法でカバーされる時には他人性が排除され構成要件がなくなるのに対して、それが民法でカバーされないときには違法性が排除されるにとどまるという点に疑問を投げかけるのである。[17] それによれば物を他人による損壊について放棄した所有権者の意思は、三〇三条の目的に基づいて考えると、物をこれまでの所有権者とは別人のものにした意思と同価値である。[18] これらはいずれも所有権者の自己実現であり、それゆえ所有権の行使そのものであり、いずれも構成要件該当性の排除という性質をもつべきだというのである。

このようなドイツの議論は、日本の議論においても十分考慮に値するだろう。日本においては器物損壊罪の保護法益は所有権等の財産権とされている。[19] そして、器物損壊罪における（法益侵害性に係る）合意と同意[20]の分岐点は、器物損壊罪の構成要件が所有権を保証する基礎として物の無償性を保護していると考えるか、あくまで保護されるべきは所有権であり、かつ所有権を行使可能なより実質的な権利（いわば財産的自由に対する権利）と捉えて、被害者の意思に反した侵害がなければ構成要件に該当するような不法の徴憑さえも存在しないと考えるかである。

結論からいえば、本稿の立場は後者である。なぜならば、客観的に物が存在していること、そしてまた行使の側面が顧慮されていない静的な権利としての財産権には刑法的に何の重要性もないと思われるからである。他の財産犯、窃盗

罪や詐欺罪等と比較しても分かるように、ここでいう財産権の侵害は物そのものの侵害ではなくて、物と人との関係（財産権）の侵害なのであり、この関係は実質的にはそれを所有する人間によってのみ定められるものであって、所有権者が自己と破壊された物という関係を望んだのであれば、そのような関係を作出した行為者は何ら構成要件に該当するような法益侵害をしておらず、むしろ法益（権利）を促進（実現）しているといえるであろう。ゆえに、器物損壊罪で保護される法益は、被害者の自律的な決定によってその侵害性の有無が左右されるべきである。

なお注意しておかなければならないのは、あくまで物の他人性は民法に基づいて定められるものであるということである。民法の要件に基づかなければ、構成要件の他人性メルクマールは欠けることはない。この点で両者を混同させる見解には賛同できないだろう。しかし、民法に基づいても基づかなくても、器物損壊罪に関する承諾は所有権者の権利行使といえるはずである。このような権利の行使が、他人の手を介しておこなわれた場合に常に構成要件を充足するという解釈は、過度の所有権の保護でありまた制限であるということができる。刑法は物の保護には興味がなく、財産権者の保護に興味を持っているのである。財産権の対象物の無傷性は、それが実際に誰かの権利を侵害するから重要なのであり、また行使の側面を含まない静的な存在としての財産権の保護も、刑法の課題ではない。両者は無主物と同じように刑法にとっては一瞥する価値もない存在なのである。

以上のことから、器物損壊罪における承諾は、構成要件該当性を排除する性質を有した、法益侵害性に係る合意であるといえるだろう。そして、このような承諾は被害者の自律的な意思に基づく法益の放棄という特徴を有している。つまり犯罪阻却の根拠は、当該罪の法益が被害者の権利（自由）に関係した性質をもつゆえに、たとえ外見的に法益が侵害されているようにみえても実際には侵害されていない、ということにあるのである。またこのことは前述のように、同じく財産権を保護する領得罪における承諾のうち、財産権者の承諾にもあてはまりうることである。

三　表明の必要性（合意の方式）について

それでは、器物損壊罪における合意が有効であるというためには、どのような要件が必要であろうか。ここでは行為態様に係る合意ではないので、構成要件からそれを導き出すことはできない。器物損壊罪の承諾は法益侵害性を排除するための承諾であるのだから、ここで重要なのは被害者の自律的な決定、そしてそれに対する刑法の評価と言えるだろう。このような性質は同意にも共通するものである。

また器物損壊罪の法益が財産権（財産と人との関係）であることに鑑みれば、このような承諾は、同種の法益を保護する領得罪における法益侵害性に係る合意（占有者とは別に存在する所有権者の承諾）と同様の性質を有すると解するのが適切である。しかし、前節では構成要件の性質上、法益所有者とは別の第三者が巻き込まれることが前提となっていたため、そのことを顧慮した議論を展開した。ゆえにそのような事情のない本節では、法益侵害性に係る合意の固有の意味から生じた表明の必要性について改めて検討したい。

上述のように、ドイツ・日本の通説（総論的考察）によれば器物損壊罪における承諾は違法性を阻却する同意に分類されている。ゆえに、通常当該罪における承諾の要件は、同意の要件の中で検討されることになる。

なお、同意の領域でなされる総論の議論を本稿でいう法益侵害性に係る合意の議論において参考とする正当性は十分にあるであろう。なぜなら両者は法的性質を有しており、その犯罪阻却根拠の基礎に自己決定があることにおいて同じだからである。両者の差異は、このような承諾が刑法との関係でどのように扱われるかにある。

これまで発展してきた総論テーゼに従うと、被害者の同意は外部に表明されていなければならないとするのが通説的な見解である[21]。そして、そのような表明は明示的なものに限らず、黙示的なものでも構わないとされている。前節に

おいて略述したように、合意・同意に限らずあらゆる承諾の場合において意思の表明を要求する見解も存在しているから、同意における（制限的）意思表明説はかなりのコンセンサスを得ているといえるだろう。しかし同意の場合にのみ意思の表明を要求する見解が内心傾向の実務的な不確実性を根拠とするのであれば、それは矛盾である。[22] なぜなら法的安定性がないことを持ち出すのであれば、あらゆる承諾に同じことがあてはまるからである。

それではなぜ、同意においてのみ意思表明が必要であると解されているのだろうか。この点について積極的に論じたものは見つからないが、それには二つの理由があるように思われる。一つは、総論テーゼに基づく同意は、傷害罪や殺人罪など重要な犯罪における承諾でも用いられる類型であって、刑法的にそれを受け入れるには十分な配慮が必要だということである。しかしこのような根拠は、傷害罪や殺人罪における同意に意思表明を要求する根拠とはなりえても、器物損壊罪のそれに意思表明を要求する根拠とはなりえない。たしかに領得罪とは異なり、器物損壊罪の場合には物は滅失し、もはや取り返しがつかないという事態は容易に起こりうるが、それは生命や身体と比べてささいな滅失であることは疑いがない。[23] それゆえむしろ重要であるのは、もう一つの理由であるように思われる。つまり、ゲールズも指摘していたように、同意は法的性質を有しているということである。同意は、事実的な検討によって構成要件メルクマールが確定した後に問題となる、法的性質をもった犯罪阻却事由である。それゆえ、このような性質の承諾は内心にはとどまらず、外部に現れていなければならないというのである。社会現象として現れた犯罪を否定する同意は社会現象として外部に表明されていなければならない、という理論は、十分に納得のいくものであるように思われる。

他方、[24] 同意においても意思方向説は主張されている。とりわけ、自己決定権を強調する立場から、この帰結は導かれやすい。[25] つまり、刑法は法益所有者の自己実現の可能性として個人の法益を保護しているのだから、たとえそれが表明されていなくとも、被害者が法益侵害に承諾しているのであれば、そこには自律性の侵害はないというのである。

とりわけ日本において、意思方向説は非常に有力に主張されている。[26] 被害者の承諾に基づく行為は、被害者が法益を放棄することによって違法性がなくなるのであるから、被害者が承諾したという状況があれば、そこには違法性を阻却する根拠があると解するのである。同意における意思方向説が有力である点も、同意と合意の区別を重要視しない日本の学説の特色であるといえるだろう。

以上のことを要するに、意思表明説と意思方向説は結局、被害者の承諾が「法的性質」を有することを重視するのか、その根拠の「自己決定」を重視するのかの違いであるといえよう。それでは、器物損壊罪における表明の方式はどのようにあるべきか。

結論から言えば、「法制度」としての承諾を、「自己決定」自体よりも重視すべきであるように思われる。なぜならば、ここでの評価の対象は、最終的には、社会現象としての行為（犯罪）だからである。社会現象としてのマイナスの評価を受ける客観的要件を満たした行為を許容するために、社会現象としての承諾を要求すべきではないだろうか。さもなければ、なぜ被害者の承諾は少なくとも行為時に存在しなければならないのかを説明することができないように思われる。被害者にとって、その物への関心をいつ失ったかは重要ではなく、それが重要なのは、刑法が犯罪成立いかんを把握したいからである。この点で、単なる自己決定ではなく、社会に認識される自己決定を要求することは、十分意味のあることのように思われる。

また植物状態にある者が被害者となった場合など、被害者の物に関する態度が明らかではない（確認ができない）とき、通常刑法はその物は放棄されていないという前提からスタートする。表明がないときには、被害者の意思は財物の維持を望んでいるという前提は、意思方向説よりも意思表明説と整合性があるように思われるのである。

以上のことから、器物損壊罪における承諾（法益侵害性に係る合意）は、表明が必要であると解することが適切であ

ろう。なお、このことは、器物損壊罪の特質というよりも、法的性質を有する承諾の特質として導かれたことにも注意すべきである。

このような表明は社会的に確認できれば良いので、行為者に表明される必要もなければ明示的に表明される必要もない。承諾は、明示的・黙示的に、外部に表明されればそれで十分であろう。たとえば看板がよく壊されるコンビニで、オーナーがその破壊を容認することを店員たちに報告したのであれば、[27] その看板の破壊はすでに器物損壊罪に関係した所有権者の処分権侵害ではないということになるのである。

ただし、このことからは、表明の錯誤や単なる錯誤、あざむれの承諾の場合においては「表明された承諾に拘束される」[28]という逆の帰結は導かれえない。社会的な制度として表明を要求することと、その認識された同意が「自己決定」という犯罪阻却根拠を備えているかは別問題である。もしも、表明された承諾が、本人の自己決定の表明として評価できない場合には、それは、有効な承諾ではないといえよう。

四　合意能力について

これまで検討してきたように、器物損壊罪における承諾は、法益侵害性に係る合意である。そして、器物損壊罪における法益とは、財産権であり、多くの点で[29]領得罪における法益侵害性に係る合意の議論と同じものがあてはまるだろう。承諾能力についても、同様である。

確かに器物損壊罪においては、領得罪とは異なって、後になってそれを取り消したとしても実際問題として物を取り返せない、つまりは物が完全に消失してしまっている場合がある。このような性質ゆえに、比較的判断能力の未熟な未

成年等を自らの安易な決定から保護するため、その承諾能力をより制限する必要があるだろう。たとえば物の著しい損失を招くような物の損壊においては、領得罪よりも高い認識能力と判断能力を必要とすべきである。しかしこれは、窃盗罪においても安価なおもちゃを譲渡する場合より、貯金通帳を譲渡する場合の方が、より高い承諾能力が必要であると考えることと同様である。承諾の効果と意義が大きければ大きいほど、それに見合った認識能力と判断の成熟性が要求されるのであり、承諾能力は構成要件ごと確一に定められるものではない[30]。未成年の承諾能力は一定の年齢制限に左右されず、個々の事例に基づいて判断されるべきである。

それでは合意能力が最終的に当該財の重要性や侵害の程度に左右されるとして、より一般的に合意能力にはどのようなものが要求されているのだろうか。そしてなぜそのような能力が必要であるのだろうか。これについては、アーメルングが詳細な検討をおこなっている。

アーメルングはまず一般的抽象的に「合理的に同意を決定する能力[31]がない者は、同意無能力者とみなされる」というテーゼを打ち立てた[32]。なぜならば、同意者がここで保障されている自由は、彼の「幸福追求（pursuit of happiness）」に貢献するものであり、そして彼が法的に保護された利益を放棄したとき、彼はそれを普通、他のことを満たすために用いるからである。それゆえに、議論の開始点は、同意者には彼の利益を合理的に守る能力がなければならない、ということにある。同意能力者は、彼にとって何が有益かを認識しなければならないのである。そして、ここで重要なのは、（責任能力の場合のように）刑法理論の規範的な考察ではなく、経済的な考察方法における利益計算である。

それでは、より具体的に、「合理的（vernünftig）な同意の決定[33]」とはどのようなものをいうのか。

アーメルングはまず、同意の価値決定的側面に注目する。法益侵害に同意した者は、法益の一部または全部を犠牲にさらす。それは、分別のある者ならばいたずらにおこなわず、普通はそのことから生じる何らかの利益を期待してい

るがゆえにおこなうものである。たとえば反対給付がそうである。また、単に不利益を避けるために財を犠牲にすることもありうるし、所有者にとってささいな物を放棄することが合理的でないということもできない。ゆえに、利益を得るため、不利益を避けるため、あるいはその所有者にとってその法益がささいな価値しか有していないときには、その放棄の決定は不合理であると言うことはできない。そしてまた、ここで用いられた利益・不利益の判断は、同意者自身によっておこなわれることになる。[34] なぜなら、被害者の承諾は自己決定に基づく行為であって、何が彼にとってよいことなのかを独自の価値システムに基づいて判断する権限は同意者にあり、さもなければそれは他者決定（Fremd-Bestimmung）となってしまうからである。それらのことから、被害者の承諾を有効におこなうためには、合理的な判断をする能力が必要であるが、その合理性は客観的に決めるものではなく、つまり偏向者がその偏向ゆえに下した客観的に不合理な決定は合理的な決定ということができ、他方客観的に合理的なものからの逸脱が、[35] 彼の嗜好ではなく、本人すら支配することのできない彼の価値システムをゆがめる障害（Defekt）ゆえに、発生した場合には、彼には同意能力がないということになる。[36] 結局、ここでは、合理的な決定を下すための、生物学的な（biologisch）確定が問題となってくる。

また、それと並んで、同意者が合理的な決定をするためには事実を知っていなければならない。財の評価を裏付ける事実（たとえば箪笥のアンティーク的価値）、適切な予測をするのに重要な事実（臓器摘出の前提としての癌の存在）が重要である。[37] また、不利益を避けるための承諾の場合には、事実的には他の選択肢の存在が重要となる。十分な選択肢がある場合には、どの選択肢がより財を損なわないかという判断が必要であり、この判断は事前に予想できる択一的に存在する措置の結果という事実に左右される。[38] これらは上述の価値判断とは異なって、客観的に認識ができるものである。[39] このことから、決定者は合理的な同意に重要な事実と因果経過を判断する能力を有していなくてはならな

いことが導かれる。[40] 同意者は、当該財の価値を裏づけ、侵害の作為あるいは不作為の結果についての予測がそれに基づくような事実を認識できなければならないのである。そしてこの予測的な熟考の際には、将来的な展開を適切に判断する能力も必要としている。ここからさしあたって要求されるものは、知的な理解力である。同意者は一定の知識を有し、その手持ちの知識を論理的に結びつける能力が必要なのである。

その一方で、将来的な予測を正確に行うことは、専門家にも難しいために、この能力の存否を判断することは困難だが、いずれにせよ幽霊の影響など、錯覚的なつながり（wahnhafte Zusammenhänge）を信じている者には欠けていることになる。[41] また、特別な知識を必要とするような（たとえば医的侵襲の）場面では、専門家の説明を理解する能力が必要である。

そして正しく認識し、障害なく評価をすることのできる者は、最後に、それに基づいて行動する能力を有していなければならない。[42] 認識に基づいて自らを律する能力を有していなければ、自己決定の能力は制限されている。これは、たとえば精神障害者や未成年者が、正しい認識に反して誘惑に負ける場合や、麻薬中毒者が、それが自分に害を与えることだと分かっていながらも、麻薬の注射を依頼する場合などにあてはまる。[43] そして以上のような合理的な決定のために必要な知的能力は、企画された侵害の複雑性に左右されることになるのである。

結果として、幸福追求権の一部としての（合理的な）自己決定のために必要な能力を有さない者は、未成年又は精神障害若しくは精神疾患のために、財の価値・その等級を理解し、将来的な結果やリスクを理解し、また目的を達成するためにどの手段がもっとも負担が少ないかを理解する能力がなく、またはそのような理解に基づいて行動する能力がない者である。[44] 以上のようなアーメリングの帰結に基づけば、結局彼の初めのテーゼ「合理的に同意を決定する能力」のうち「合理的」という用語の本来的な意味は失われている。生物学上の障害がないこと、その上で合理的な結論を下

すもとになる事実を認識・判断する能力、その認識に基づいて自らを制御する能力が決定的なのである。(45)

このようなアーメルングの主張は、多くの点で納得することができる。(46)同意のために犠牲にさらす財の価値、侵害の結果等を認識する能力、利益を衡量する能力は、自律的な自己決定のために必要不可欠である。たとえば、一〇歳の少年がおもちゃと交換に、彼の所有する五百万円の壺の破壊に承諾したとする。ここで被害者がおよそ、五百万円という価値の意味を理解する能力を欠いている場合には彼は承諾能力を有していないことになる。また、破壊した壺が二度とその価値を取り戻せないことを理解せず、あるいは破壊の代償としてもらったおもちゃが、その壺を売れば容易に購入できることを理解する能力がない場合も同様である。自らの認識・評価に基づいて行動する能力も、自己決定に基づく行為と言うためには必要不可欠であろう。

ただ、アーメルングのテーゼには、二点問題があるように思われる。

第一に、「未成年又は精神障害若しくは精神疾患のために」という限定を、同意能力テーゼの開始点でおこなったことである。なぜならば、確かにこのような人たちには認識能力・判断能力が欠如している可能性が類型的に高いかもしれないが、一度このような絞りをかけてから、さらに実質的に能力がない者を選んでいく彼のテーゼは二度手間であるように思われるのである。アーメリングはこの絞りを「嗜好」によって不合理な決定をした（成人の）被害者に同意無能力という烙印を押さないために用いたのであろうが、彼のテーゼでは結局、決定の「合理性」は実質的な重要性を失っているのであり、その次に続く能力、つまり財の価値・その等級を理解し、将来的な結果やリスクを理解し、また目的を達成するためにどの手段がもっとも負担が少ないかを理解する能力、またそのような理解に基づいて行動する能力が決定的となっている。そうだとすればそのような絞りをかけずとも同意能力は十分に決定することができると思われるのである。承諾無能力は結果的にそのような者に限られるとしても、それを検討する場合にはそういった既成概念から

解放されているべきであろう。生物学的な確定は、その者に認識能力・判断能力が欠如していたことを証明する有効な手段ではあるが、同意能力テーゼを構成する必要不可欠な前提ではない。

第二に、アーメルングが幽霊の影響といった幻覚的なつながりを信じている場合に同意能力を否定したことである。なぜならば、幻覚的なつながりを信じるか否かは、その者の能力ではなく信条にかかわりうるからである。たしかに同意能力のない幼児は、幽霊や神といった迷信じみたものを信じる傾向にある。そして分別ある大人は、このようなものを信じる傾向にあまりない。しかし、分別ある大人の中にも、幽霊や神の存在を妄信している人もいるだろう。たとえば精神的に疾患のない成人が神の奇跡が起こると信じていたゆえに、彼の大切にしているイエスの像を破壊することに承諾したとしても、普通は彼には十分な判断能力があるというのではないだろうか。もしも、子供が幽霊を信じることと、大人がそれを信じることに差異があるとすれば、それは子供の決定が十分な事実の認識に基づいておこなわれていないという点、つまり事実の認識能力が著しく欠けているという点であろう。客観的に生じた事実を認識・分析する能力を持っている成人が（あるいは未成年でも）、幽霊や神の存在を信じているのであれば、それは本人の信条の自由であって、それゆえに承諾能力が否定される必要はない。アーメルングは、この点をテーゼの開始点に「未成年あるいは精神障害あるいは精神疾患のために」という絞りをかけることによって克服しようとするが、このような絞りは不要である。ここでは妄信が問題なのではなく、妄信へと至らしめるような認識能力の低さが問題なのであり、通常の認識能力・判断能力を有しているものが特別に何かを妄信していても、それは彼の価値判断に基づく信条である。

以上のことから、自律的な自己決定であるというためには、犠牲にさらす財の価値、侵害の結果等を認識する能力、利益を衡量する能力が必要であり、それゆえこのような能力が、自律的な自己決定を根拠とする犯罪阻却事由、法益侵害性に係る合意に要求されることになる。具体的に器物損壊罪においては、破壊される物の価値、物が破壊されること、

損壊の程度、破壊されたことで導かれる帰結（利益得失）を認識し、そのような認識に基づいて何を優先すべきかという評価を行い、それに基づいて行動する能力が必要である。このような能力があれば、たとえ客観的に安易で不合理な決定を未成年者が下したとしても、それは彼の自己決定に基づく行為であるといえるだろう。

五　錯誤・強制に基づく合意について

被害者の承諾が錯誤・強制に基づいてなされた場合、その承諾は有効か無効かという議論は、被害者の承諾の要件においてもっとも頻繁に議論されるテーマの一つである。このテーマは主に違法性を阻却する同意との関係で論じられることになるが、合意においても同様の問題が生じる。とりわけ本稿における法益侵害性に係る合意は、効果的には合意だが、被害者による自由な法益の処分が問題となっている点で性質上は同意に類似しているといっていい。また、多くの文献は、上述のように器物損壊罪を同意に分類する。それゆえ、本節では、器物損壊罪における錯誤・強制に基づく承諾の有効性について、同意に関する総論的な議論を参考にしつつ検討していきたい。

（一）錯誤に基づく承諾―ドイツ―

ドイツにおける通説・判例は、かつて決定に重大な影響をもたらした欺罔に基づく承諾は原則的に無効であるという立場に立っていた[47]。しかし、なぜこのような錯誤のテーゼが用いられるかについて、学説も判例も解釈論的に納得のいく根拠で基礎付けることはなかった。ここでは事例ごとの解決が重要視されるだけで、そのために注目に値する錯誤とそうでない錯誤の区別も常にあいまいのままとなっていたのである[48]。しかしこのような議論状況は、一九七〇年に

アルツトがこのテーゼに批判的な、そして現在非常に有力となった法益関係的錯誤の理論を展開することで大きく変化することになった。錯誤に基づく承諾の議論はここから急速に発展しはじめたといっても過言ではないだろう。

それゆえ以下ではまずアルツトの議論から紹介していく。また、錯誤に基づく承諾の議論は論者ごとに様々であって、いまだに統一的な解決をみない領域である。それゆえ、本稿では論者ごとに、その理論の特徴を紹介していきたい。

アルツトによれば、民法においては、被害者が欺罔から自由であることについて保護されるべきであるが、刑法は、原則的に定まった、つまり静的なものとして想定された法益を保護するだけのもの（Bestandschutz）であるという。[49] アルツトは、この静的なものに関する錯誤だけを重要とみなし、これを法益関係的錯誤と名づけた。[50] そして、それ以外に関する錯誤は、同意を無効なものへと導かないとしている。アルツトが後者の例としてあげたのは、その支払能力を欺罔されていたにもかかわらず、一〇〇〇ＤＭを与えることを約されて平手打ちに同意した者の事例、そして虚偽の謝礼の約束をうけて、他人の代わりに懲役刑を受けた者の事例である。これらの事例において承諾を無効にして傷害罪・監禁罪の成立を認めるというのであれば、二四〇条（強要罪）[51]も二六三条（詐欺罪）もその保護を拒絶したような交換の自由を刑法的に保護することになってしまうからである。また刑法が、ここで傷害罪や監禁罪を適用してしまえば、事情によっては民法的に強制できない一身専属的な財の売却についての請求権すら刑法の助力でもって達成されてしまうとアルツトは懸念する。刑法は、すべての法益、またいわゆる「一身専属的な」法益が交換客体となることに貢献すべきではない。ゆえに、承諾を無効にする欺罔は、被害者を法益関係的な錯誤に導くものでなければならないと彼は主張した。アルツトの分類によれば、法益関係的錯誤といえるのは、同意者が、彼が何を放棄するのか分かっていない時だけである。[52] 法益の放棄でもって法益の所有者が追い求めようとした目的に関係した欺罔は、法益関係的ではない。[53] またこの基準は欺罔に基づかない単なる錯誤においてもあてはまり、法益関係的錯誤は常に同意の有効性に影響を与え

ることになる。[54]

なお、アルツトは、脅迫（Drohung）によって得られた承諾に関しても同じ理論を用いて解決しようと試みた。それによれば脅迫によって得られた承諾は無効である。[55]脅迫によって得られた法益所有者の承諾は、その実際の意思が法益保護に向かったままであるということを何ら変えていないからである。ここでの法益所有者は、自己答責的・任意に法益を放棄したということはできない。被脅迫者の意思は侵害と対立しているので、脅迫は常に法益関係的なのである。[56]

このようなアルツトの見解は、学説の一部で支持を受けることとなった。[57]しかし、これらの学説でも、アルツトの基本テーゼや帰結をすべて可としたわけではなく、たとえばシュテルンベルク・リーベンは、静的な物体は自由な処分を念頭においた人間の発展の基礎としてのみ保護されるとしてアルツトの基本テーゼを否定した。[58]またヤコブスは、法益関係的錯誤説に依拠しつつ、法益関係的錯誤にあてはまらない場合も間接正犯の理論に基づいて処罰範囲を拡大できるとした点で、アルツトの結論とは異なっている。[59]とりわけ前者の主張に関係して、アルツトが出発点としたテーゼ、つまり刑法は静的な客体を保護しているというテーゼには、学者の批判が集中した。[60]シュテルンベルク・リーベンやロクシンのように、他人の物の所有権や他人の身体の完全性への侵害はすでにそれ自体で刑法に反しているのではなく、同時に法益所有者の意思に反した時にはじめて刑法に反することになるという主観的な法益論を主張する論者は、一層これに反対することになるだろう。[61]この点についてアルツトは後の研究で、法益関係的錯誤は法益と処分の自由の分裂した定義ではなく、静的に考えられる財と財に潜む処分の自由の一致した定義であるとして、若干の訂正を加えている。[62]

しかし、アルツトの法益関係的錯誤が、そのような修正を加える以前から有力で、複数の学者の支持を得るにいたったのは、反対給付についての欺罔で彼の展開した理論があまりに魅力的だったからであろう。対価についての欺罔ゆえ

に法益侵害に承諾をした場合、傷害罪や監禁罪を認めてしまえば、反対給付に関する信頼（期待）を詐欺罪においてひかれている限界をさらに超えて間接的に保護することになり、それでもって立法者が望まない、[63]そしてまた刑事政策的にも好ましくない一身専属的な法益の商業化に刑法が手を貸してしまうことになるという考えが、かつての通説への批判として多くの学者に認識、共有されることになったのである。しかしそれにもかかわらず、アルツトの見解に完全に与する事は困難であり、なぜなら、そのテーゼに基づく解決は処罰範囲をあまりに狭めてしまうからである。

そのため、ドイツではかつての通説と法益関係的錯誤説の間で解決を模索する中間説が有力となった。中間説の論者としては、ロクシン、レンクナー、キューネ等が上げられる。

ロクシンによれば、被害者の承諾は、それが法益所有者の自律性の表現として、つまり行動の自由の表現として表れている範囲でのみ有効でありうる。[64]法益関係的な錯誤の場合には、それが欠けていて、なぜなら同意者は彼がどの程度行為客体を事実上放棄するのかを知らないからである。その一方で反対給付についてのみ錯誤しているのであれば、同意者は彼の法益を自由に放棄しているといえる。

ロクシンのこの議論は法益関係的錯誤説が基礎となっている。しかしロクシンはさらに、法益関係的錯誤説は、法益関係的でない事情についての欺罔は決して被欺罔者の自己決定権に抵触しない、つまりその同意は錯誤にもかかわらず彼の自由の表現として現れると言うことができるときのみに、無制限に受け入れることができるとして、たとえば子供が盲目になると騙されて自らの目を移植目的で放棄した母親の例をあげて、法益関係的な錯誤がない場合であっても、被害者の同意が被害者の自律的な決定の帰結ということができない場合があるゆえに、法益関係的錯誤説は無制限には受け入れられないと主張した。つまり、法益関係的錯誤であるかそうでないかは、同意の有効性について根本的な重要性をもたらさないと解したのである。[65]

また同意者の自律的な決定を顧慮しようとすれば、あらゆる動機が考慮される（あらゆる処分の自由が保護される）ことになるとのアルツトの考えを、ロクシンは否定した。なぜなら、誤ったイメージを伴う承諾が、なお同意者の自由な処分の表現として判断されるかどうか、つまり承諾が有効か否かは、同意者の主観的な恣意性の問題ではなくて、客観的な評価の問題だと考えたからである。[66] このような出発点からロクシンは、法益所有者の自己決定権を排除する欺罔とそうでない欺罔を客観的に区別するために、事例グループごとの検討を試みた。

まず、①「法益関係的な錯誤」においては、あらゆる同意は無効である。[67] 正確に言うと、欺罔がもともと与えられている同意を無効にするのではなくて、そもそも同意は法益侵害のそのような種類に関係していない。同意は無効ではなくて、存在していないのである。

なお、ここでいう法益関係的錯誤はアルツトの想定するそれよりはわずかに広いようである。というのも、血を抜いた後で、それを何に使うのかということ（侵害の種類）についての錯誤も法益関係的であると解されているからである。[68]

続いて②「反対給付についての錯誤」においては、双務契約を結んだ場合、人は常に反対給付が得られないリスクを引き受けているということから議論をスタートする。[69] 民法的には、欺罔に基づく契約の場合、契約を取り消して遡及的に無効とする可能性があるが、そのような可能性を刑法に移して、原則的に同意を無効とすることは目的論的に間違っていると彼はいう。なぜなら、刑法的に重要な場面においては、被欺罔者は通常自らの義務を履行しているので、被欺罔者は契約に固執することになるからである。つまり、ここで重要なのは同意を無効にすることではなく、反対給付を得ることである。そして反対給付の保護は、詐欺罪あるいは民法上の履行請求権の範疇であって、当該構成要件の問題ではない。また、適切な理由で民法が提訴可能性を、刑法が詐欺罪による保護を拒絶した場合に、回り道をしてそれを保護することは、つまり欺罔を根拠として傷害罪等で処罰することは矛盾である。それゆえ②における承諾は有効のま

までである。

その一方で③「利他的目的についての錯誤」の場合には欺罔に基づく同意は無効である。[70] たとえば医学の発展のために必要だといわれて同意した傷害が、実は傷をつけることだけが目的だった場合、承諾者は事実を知っていたら同意をしなかっただろう。ここでの同意は承諾者の行動の自由の表明ではなく、むしろそれは欺罔によって作られ、操作された意思である。②「反対給付についての錯誤」との違いは、②における取り決めは、客観的な基準に基づいて重要なまま残っているということである。承諾者が望んだ状況はなお確定可能であり、民法と刑法の詐欺規定はその際被欺罔者に手を貸す。それに対して③においては、最終的に被欺罔者の目的は達成することができない。以上のことから③における承諾は、法益所有者が自律的に決定したものではなくて、他者が決定したものであるゆえに、無効となる。

さらに④「損害を避ける目的についての錯誤」も、事情は同じである。[71] ある人が、彼の法益領域についての侵害を許容したとき、他の損害を回避しようとした限りで、彼は利他的に振舞っており、同意の無効性については③と同じことが適用されることになる。同意者が自分の利益を追い求めた場合でも結果は同じである。④の例としてロクシンは緊急状態の欺罔をあげる。たとえば、前記の母親の角膜移植の事例や、いわゆる猛獣事例（檻の中で飼っていた肉食獣が脱走し、公衆を危険にさらしていると欺罔された被害者が、実は檻で大人しくしていた猛獣の射殺に承諾したような場合）がこれにあたる。被欺罔者はこのような欺罔を、脅迫でおこなわれた強要の場合に存在するのと同じ精神状態に被欺罔者を陥らせるのに用いるのであるから、脅迫によって強いられた同意が無効であるのならばここでもそうでなければならないという。もちろん、緊急状態が実際のものであれば同意は有効であり、なぜなら被害者がおこなった財の衡量の中には彼に残された自己決定の自由が現れているからである。④に関する欺罔は、客観的に制限されていない自由な決定の余地を、脅迫をおこなうのと同様に狭めるから、それが同意を不自由に、それゆえ無効とするのである。

最後に⑤「動機に重要な付随的事情についての錯誤あるいは行為者にその充足が左右されない期待への錯誤」は、同意を無効にしない[72]。たとえば、単なる研修医を免許を有した医師だと錯誤して侵襲に承諾した場合には、研修医のそれが免許ある医師のそれよりも身体的危険に関するリスクを高めない場合には、その承諾は患者の自由な意思の表明でないとはいえない[73]。美容手術や庭にある古い小屋を取り壊させるためにかかる費用（報酬）についての錯誤も付随的錯誤であり、それは②の錯誤とパラレルである。また、整形手術によって異性に対する魅力が増すという、整形手術に付随した更なる期待の欺罔は、整形手術に関する契約が履行されたということを変えるものではない。自由な意思決定の帰結は常に不確実であって、その自律性（決定）が、言葉巧みに信じさせられた期待に由来するとか、後で後悔させられたとかは重要ではないのである。

以上のことから、ロクシンは①「法益関係的錯誤」③「利他的目的についての錯誤」④「損害を避ける目的についての錯誤」が、欺罔によってもたらされた場合には、それに基づく承諾は法益所有者の自律的な決定ではなく、無効であると解した。

なお、ロクシンは客観的に存在する同意を重視する立場にあるので、同意が単なる錯誤に基づいて表明された場合には、それがたとえ法益関係的な錯誤であったとしても有効であるとしている[74]。この点でも、ロクシンは法益関係的錯誤説と一線を画しているといえる。

他方このようなロクシンの中間説と同様にレンクナーは被害者の承諾がいつ自己決定ではなく、他者決定となるのかという視点から検討を加えた[75]。そして、他律的な決定がどのような場合に現れるかという点についてレンクナーは二つの例をあげた。

一つは欺罔によって法益関係的な錯誤が惹起された場合である。ただしここで注意すべきは、レンクナーはアルツト

やロクシンよりも「法益関係的な錯誤」を広く解しているということである。彼は、同意者が侵害された法益への、その行為の結果・意義・効果についてはっきり認識していない場合には（欺罔に基づかない場合であっても）錯誤に基づく承諾は無効だとした上で、その中に放棄した財についての誤ったイメージ、価値を形作っている性質、そして物の市場価格についての誤ったイメージ、さらに財が侵害された際の利益得失に関する誤ったイメージをも含ませている。[76] 確かにレンクナーは「法益関係的」という用語を使ってはいるが、それはアルツトの想定したような制限されたものではなくて、保護法益に関する限りでのあらゆるイメージという意味に用いられているといえよう。

さらに、レンクナーは自己決定が他者決定になる場合の第二の例として、錯誤自体は法益と関係していないが、それが同様の脅迫によって惹起されたのであれば有効な同意が阻却されるような法益に関係した不自由な状況が、それによって同意者にもたらされた場合を挙げる。[77] それはたとえば、子供が病気だと偽られて表面上は差し迫って必要な献血に承諾した母親の場合である。ここでの欺罔は「さもなければ子供を殺す」という脅迫と同じように、母親の自律的な処分を排除する。

このような二つの状況が承諾を無効とし、また反対にそれだけが承諾を無効にすることができる。それゆえレンクナーによれば、ロクシンが肯定した利他的な目的のための承諾は無効ではない。[78]

ロクシンやレンクナーを代表とする中間説は、法益関係的錯誤説に加えて、いつ自己決定は他者決定になるのかをカズイスティックに検討する点に特徴がある。しかしこのような中間説はそのカズイスティックな方法論ゆえに、全体的な根拠が欠けているとの批判がなされることになる。[79] また、もとのアルツトの議論から次第に法益関係的錯誤自体の内容が広がっていくのも特徴的であろう。

続いて法益関係的錯誤説のテーゼを用いながらもその他の理論を補完的に用いてアルツトとは全く異なる帰結に達し

たキューネの見解について紹介したい。後述のことから判明するように、彼も中間説に分類することができる。

キューネによれば、錯誤は、鉄のボールを木のボールだと錯誤して足に落とすことに承諾した、あるいはメリケンサックをはめていることを知らずに、殴られることに同意をしたような内容の錯誤と、言い間違いあるいは書き間違って思っていることとは別のことを表明してしまった表明の錯誤、そして動機の錯誤に区別される。そしてキューネは、内容の錯誤と表明の錯誤を検討するに当たって、アルツトと同じように、刑法は単に構成要件的にカバーされた法益の存立（Bestand）を保護していて、それについての処分の自由の完全性は保護していないということから議論をスタートした。[80] ここでは処分の自由は、（それが侵害されていないときには構成要件が阻却されないという意味で）[81] その消極的な形態（Ausprägung）においてのみ法益の一部であるという。そして、キューネはアルツトと異なって、他方ロクシンと同様に、内容の錯誤や表明の錯誤においては、法益関係的錯誤であっても、同意者自身が同意を正しく、完全に表現することを怠ったことを無視してはならないと主張する。[82] ここでは民法と同じように、放棄をした者に起こった過ちは、原則的に彼のリスクの範囲に分配されることになる。つまり、同意はたとえ法益関係的な錯誤があっても有効のままである。[83] これは受け取り手がそれを知っていた場合も同じである。このような状況においても、表明者が衝突状況のきっかけとなっているからである。しかし、キューネはこの時、権利濫用の原則の適用可能性を指摘する。受け取り手が、真の意思と表明された意思との違いを知っているにもかかわらずに、法益を侵害した場合には、彼の行為は原則的に、被害者が侵害を許容しないだろうことを知っている普通の行為者と同じである。それゆえに、同意は彼に対して（相対的に）無効ということになる。[84] これは、受け取り手が欺罔によって、不完全な表明を惹起した場合にはなおさら当てはまるし、また脅迫や暴行によって強要された承諾の場合、放棄の表明の相対的無効性は明らかであろう。

他方動機の錯誤について、キューネは、動機が現在の事情に向けられている時と、将来的な事情に向けられている時

に区別する。そして彼は後者の場合、同意は有効のままだと解する[85]。なぜなら、刑法は行為時に同意の有効性を定めなければならないので[86]、将来的な事情に関係した仮定的な（事実を知っていた場合の）意思と実際の意思の相違は、既存の法益放棄の無効性へとは導かないのである。それに対して前者の場合は、さらに対価的なもの（entgeltlich）と、対価的でないもの（unentgeltlich）に区別される。ここでキューネは法益関係的錯誤説的な彼の基本概念から、対価的なものについての錯誤は刑法にとって重要ではなく、承諾は有効のままであるとする[87]。そして、このような錯誤が欺罔で引き起こされた場合、詐欺罪が排他的にカバーすることになるので、権利濫用の原則はここにはあてはまらないと考える。つまり、錯誤が欺罔によって引き起こされた場合でも、欺罔者は同意を自らのために用いることができるのである。その一方で対価的でないものについての錯誤は、法益処分の付随事情であるので対価的な錯誤と同様に同意を無効にはしないが、権利濫用の原則は詐欺罪によって排除されず、錯誤を知ってそれを利用した者には、同意は無効ということになる。

結局、キューネは基本的に法益関係的錯誤説に立ちながらも、具体的に多くの場面ではそれとは異なる基準（権利濫用の原則など）によって承諾の有効性を判断している。

このようにアルツトのテーゼは多くの学者に影響を与え、同意と錯誤の問題を、かつての議論よりもより理論的・一般的に発展させるきっかけとなった。しかしこのきっかけは、確かに法益関係的錯誤説に好意を示す学者に影響を与えたが、それに反対する立場にも、同様の効果をもたらした。

たとえばアーメルングがそうである。アーメルングはまず、法益関係的錯誤説や中間説を徹底的に批判することから始めた。アーメルングによれば、アルツトのテーゼは、同意者の法益利用の目的が、同意の有効性にまったく影響を与えない点に問題があるという。同意者の相手方がそれを知っていた、あるいはまったく計画的に惹起していたかどうか

は関係なく、同意者は錯誤ゆえの損害結果を負わなければならないことになってしまう。このように同意者の価値システムから同意決定を独立させることは、不自然であるというのである[88]。また、アルツトは脅迫に基づく承諾について、法益放棄を実際には望んでいないから常に法益関係的であると主張したが、それによって「法益関係」の概念に他の意味が与えられているし[89]、対価について欺罔された同意に基づく法益侵害は詐欺罪で対処できるという主張も、詐欺罪成立のためには領得の意思が必要であるから、ただ相手に傷をつけることを目的で行った侵害（たとえば献血）の場合には対応できないと彼は批判した[90]。対価に関する欺罔がなされた場合でも、欺罔者は経済的な期待を侵害したのみならず、一般的な基準に従えば被害者ではなくて彼に帰責されうるような身体の損害も惹起しているのだから[91]、せいぜい詐欺罪の不法しか認めないアルツトの見解は否定されるべきだというのである。

さらにロクシンに対しても、あらゆる構成要件に法益所有者の処分の自由を含ませる彼の法益論（一元説）に対する批判[92]、カズイスティックな決定に対する批判をむけているし、キューネに対しても、キューネの行う二重の考察は必要がないと主張した[93]。なぜなら欠陥のある同意を無効としたとき、そこからただちに表明の受け取り手に決定的な不利益は生じないからである。個人的な帰責可能性の検討の際に、同意の受領者の利益を考慮する余地があるのである。

そのうえで、アーメルングは自説を展開した。アーメルングによれば、同意の有効性と法益侵害が誰に帰責されるかは別問題である[94]。そして、アーメルングはここでまず、意思の欠缺が同意者の過ちに基づくときは同意者に、侵害者のそれに基づく場合には侵害者に帰責されるという帰結の前提を提示したうえで、いつ同意が有効とみなされるかについての検討をおこなった[95]。

ここでは本節四同意能力で紹介した議論と同様に、有効な同意のためには同意者は彼の価値システムと一致して決定しなければならないとアーメルングは考えた。つまり、彼の価値システムと反するものはすべて無効であり、錯誤・脅

迫によって承諾が与えられた場合はそれにあたる。[96] そして順序的には同意の有効・無効が導かれた後に、帰責の問題が生じることになるのである。

では、具体的にどのような場合にどのような帰結が導かれることになるのか。

上記の基礎に基づいてアーメルングはまず、単なる錯誤の場合を検討した。それによれば表明の錯誤であっても、内容の錯誤であっても、それは同意者の価値決定を表現していないので無効であり、そこから帰責の問題が生じることになる。[97] それは、行為者に錯誤の責任があるかに左右されるのだが、さらに例外的に言い間違いを知っていたのならば、行為者は故意責任を免れることはできない。[98] また、義務に反してそれを怠った者は、過失犯となる。

そして次に、アーメルングは決定の過ち（Entscheidungsfehler）について論じるのだが、ここでは本節四で論じた基準と同じように、それを価値決定、予測の決定、葛藤の決定の三つにわけることになる。[99] 価値決定の際の欠陥で問題となるのが動機の錯誤であるが、この場合においても、承諾は無効である。コストと利益を分析する際に、誤った事実的前提からスタートした者は、必然的に彼の価値システムにその結果が反するような決定をするからである。ここでの行為者への帰責は、錯誤の責任が行為者側にある場合のほかに、行為者が、放棄された法益評価が間違いに基づいた事実理解に由来していると知っている場合（故意犯）、義務に反してそれを見破ることを怠った場合（過失犯）におこなわれる。次に予測の過ちについては、将来が期待したものと違う風に形成される不確実性は、将来の出来事を顧慮して決定するすべての人が受け入れる危険であることを出発点とする。[100] 同意の有効性をただ期待した出来事の発生にだけ左右させるのは困難であり、有効性の判断は侵害者がそれをおこなった瞬間に、当事者の意思に反しているか否かについて答えを出さなければならない。ゆえに、ここでの錯誤は承諾を無効にしない。しかし、予測を立てた者は普通、現在の所与のものに依拠しておこなっているので、動機の錯誤として取り扱われる場合もある。最後に、葛藤の錯誤は、

それが必要であるときにのみ被害者の価値システムに適している。[101] なぜなら、彼にとってベストなのは、二つの財とも無傷のままであることだからである。より価値の低い財の放棄は、それが価値のある財の喪失を妨げるのに十分な時に必要となり、そして法益の喪失に脅かされた人がより侵害されないような救助手段が他にない場合に必要となる。それゆえ同意者が価値ある財を救出するのにより緩やかな選択肢があることを知らなかった場合には、同意は無効となる。そしてここでの行為者への帰責は他の領域と同じことが当てはまることになるが、結果の帰責は、法に見合った別の行為が同じ損害をもたらすに過ぎないときには欠けることになる。[102]

このような記述は、法益関係的でない錯誤にもあてはまる。[103] ただし、上述のことは①ある財の犠牲と、他の財の維持が実際に条件関係（Bedingungszusammenhang）にあるときにのみ適用されるので、たとえば同意者が彼の法益利用のリスクを引き受けていたときにはそれは欠けることになる。この時、同意者は錯誤していない。また②法益関係的でない錯誤は、しばしば予測が重要であるが、その場合、予測の現在の基礎に欠陥が関係している時に無効となる。[104]

また、自分の財を他の財と交換することに内在するロジックは、自分の領域の他財を維持するために自分のある財を利用する（たとえば緊急状態時）ことと同じであるとアーメルングは考える。ゆえに反対給付について錯誤した時にはその犠牲は無意味であり、同意は無効であるという帰結が導かれることになる。アルツトやロクシンは、人の価値が商業化されると批判するが、しかしそれは対価に関係した被害者の錯誤を意識的に利用し、それでもって法倫理的な最低限の命令、つまりは誰もそれについて補償することなしに法益を損害してはならないという命令に反した行為者を保護していることになる。[105] また、法益関係的錯誤説がもつような、ある法益を他の財の獲得のために交換した者は、単に彼の法益の維持に価値を置いていないというイメージは間違っているという。[106] 所有者にとって法益は、相対的な価値を持つに過ぎないからである。付随事情についての錯誤も同様であり、同意者が任意に誰がその法益を侵害できるかに

ついて定める自由を持っていることは争われるべきではないのである。[107] ただしそのような決定を無視した者が、同意者が彼とは異なる者に許容した財の侵害の責を負うべきかという問題は別である。同意者がその財の放棄を決定した時、侵害の権限のない者の侵害には結果無価値がかけており、[108] また権限を与えられていない者が、権限を与えられている者と同じ資格を有しているときには、侵害者は「許された危険」の範囲で振舞っているので、行為無価値もかけている。[109] しかし、無権限の侵害者が、同意者が権限を与えた者の前提となっているリスクを限定する評価を欠いているときにはそうではない。

このようにアーメルングは、あらゆる錯誤に基づく同意を無効だと解し、アルツトや彼に賛同する多くの学者が否定した、対価に関係した錯誤にも重要性を与えた。アーメルングは自己決定という視点から、かつての通説に根拠を与えたのである。

さらに、レンナウも、アーメルングと同様に法益関係的錯誤説を否定し、かつての通説に根拠を与えることに貢献した。

レンナウは、その理論の出発点で完全に法益関係的錯誤説を否定する。法益関係的錯誤は、実際には同意はすでに存在していないからである。[110] そもそも同意した意識がないときには、それは同意ではない。そして、レンナウは、同意の違法性阻却根拠となる自律的な決定とはいかなるものかについて検討した。

レンナウによれば、同意は財の所有権者がその財を放棄する目的を自ら決定した時、つまり自分の価値基準にもとづいて定めた時に、自律的であるとして評価されることになる。[111] 錯誤と強制は、このような内部での利益衡量を妨げる。しかし、ここから、あらゆる錯誤・強制に基づく同意は無効であるという帰結にレンナウはたどりつかない。[112] なぜならここで重要なのは「(Rest) - Freiheit （残余の自由）」だからである。

レンナウによれば自律的な同意は、処分者が、利用した財について彼の決定の直接的な結果について知っているときにのみ存在する。また、財喪失の間接的な結果も、最善の利益衡量をするためには必要である。合理的な決定のためには、財の所有者が同意に重要な事実を知っていることが前提なのである。しかし、そのような理想的な自己決定・自由はアーメルングがおこなう様には、刑法によって現実に保障することは出来ない。全知でない人間の決定は、常に不十分だったり、不正確な決定根拠の下でおこなわれているからである。人はただ、制限された、たとえば研究によっても途切れることなく拡大可能な知識しか持っていないので、刑法で重要な自由とは、全知の者の理想的な自由と比較するとやむを得ず相対的な自由、つまり「残余の自由」となる。そして同じことが人や自然によって作られ、決定者に影響を与えるようないつでもどこにでもあるような強制について考える場合にもあてはまる。[13] 強制にさらされず、彼の目的を最善に定め、そして実現することのできる全能な人は、全知の人と同じように、法によって実現可能なものとして保護することが出来ない。自由は人間には常に相対的な、つまり制限された自由として存在するのである。

それでは刑法が保護すべき自由とは何であるのか。レンナウによれば、刑法は法益を禁止と命令によって社会的に害のある人の行為からのみ保護することができるので、原則的には、他人によって惹起されたあるいは法的な委託にもかかわらずに取り除かれなかった錯誤・強制のみ重要となる。[14]「残余の自由」が他人の行為によってさらに制限されたあるいは義務に反して拡大されなかった場合に、同意は自律的な決定ではない、つまりは無効であると判断されることになるのである。[15] そして、この無効性は侵害した人にとって、相対的に決まるものでもある。たとえ第三者の欺罔や強制によって、同意者の自律的な意思決定に影響が与えられていたとしても、それはその第三者との関係でのみ無効であって、実際に侵害をしたのがそれとは別の人であるときには、それは「残余の自由」の一部として、つまりは自然的社会的な環境で常に負荷を与えられている全知全能でない人間の自律的な決定として評価されることになる。それゆえに、

たとえ欺罔や強制の存在を知っていたとしても、その同意は当該侵害者に対しては有効である。[116] 処分した財の所有者の保護は、事情によっては欺罔者に間接正犯として財の侵害を帰責することによって顧慮されることになるのである。[117]

以上が、現在ドイツで展開されている錯誤・欺罔に基づく承諾議論の大まかな概要である。アルツトの法益関係的錯誤説とアーメルングの錯誤理論を両極に、様々な議論を紹介したが、略述すれば以下の通りである。①アルツトをはじめ、法益関係的錯誤説に共感を示す論者は、被害者の承諾において、あるいは法益論そのものとして保障されている自律性を保護客体に関係するものに限定している。つまりは、刑法において処分の自由は、一定の客体を処分するか否か、どの程度処分するかの範囲でのみ保護されると考える。②しかし、①の理論では、社会一般的に受け入れがたい帰結が生じてしまうために、中間説はカズイスティックに、それ以外でいつ同意が自律的でなくなるのかを基礎に重要な錯誤・欺罔を導き出したり、[118] 他の理論を用いてその帰結に修正を加える。中間説の利点は、対価的あるいはささいな付随的な事情の錯誤を錯誤無効の範囲から排除することで処罰の不当な拡大を阻み、逆にカズイスティックな検討や他の理論による修正で法益関係的錯誤説の処罰範囲の不当な縮小を修正できることにあるが、その弱点として、一般的な根拠が薄弱であることが挙げられる。

それに対して③アーメルングのように、被害者の承諾にとっては、自己決定が重要であり、真の意思（価値システム）に反する決定はすべて犯罪阻却の根拠が欠けていると解するのであれば、[119] 反対給付に関する錯誤（欺罔）も含め、あらゆる錯誤（欺罔）に基づく承諾が無効となる。処罰範囲の異常な広がりは帰責の問題で解決される。ここでは、対価的な錯誤（欺罔）に基づく処罰は、むしろ適切なものとして受け入れられることになる。この見解の利点は、個人の自己決定権と法益を広く保護できる点にあるが、それは錯誤無効の範囲を結局は制限しないことに繋がりかねず逆に弱点となる。[120]

以上が、錯誤に基づく承諾の総論的な議論である。それではこれらの見解の対立は、器物損壊罪にどのような影響を与えるのだろうか。

注目すべきは、アルツトの法益関係的錯誤説の範囲では、器物損壊罪は扱われていないという点である。器物損壊罪の法益は、物ではなく、所有権という処分の自由であると考えているからである。[121] それゆえ反対給付に関する錯誤も、器物損壊罪における承諾を無効にし得る。それに対して中間説では、そうは解していないようである。法益関係的錯誤[122]の領域を広げるためのカズイスティックな検討の中に、器物損壊罪の例が用いられていることからそれは明らかとなる。もしも、器物損壊罪は一般的な処分の自由を保護していると解するのであれば、ここで器物損壊罪を例に出す理由がない。そのため、両極端に位置したアルツトとアーメルングの帰結がほぼ一致し、[123] 中間説の帰結よりも錯誤無効の範囲が広がることになる。

中間説は、対価に関する錯誤や付随事情に関する錯誤に基づく承諾は有効であるという点で共通しているが、それ以外のどのような場合に承諾が無効となるかは論者ごとのカズイスティックな検討にかかっているので一概に答えることはできない。他方、アルツトの法益関係的錯誤説やアーメルング等のかつての通説を擁護する立場に基づけば、被害者の決定に重要な影響を与えた錯誤（欺罔）は承諾を無効とすることになる。

（二）錯誤に基づく承諾―日本―

かつては日本においても、同意の決定に重要な影響を与えたあらゆる欺罔は、同意を無効にすると解されていた。しかし、近年では非常に有力に法益関係的錯誤説が主張されるようになっている。それはドイツ以上に好意的な態度だと言ってかまわないであろう。

日本で法益関係的錯誤説が受け入れられた背景は、ドイツのそれと同じように、「ある構成要件の保護法益と無関係な利益についての欺罔行為を、被害者の承諾を無効にすることを通じて当該構成要件で処罰するのならば、アルツトの言うように、実質的には当該法益を錯誤が関係する別の法益に変換することになるか、あるいは欺罔から自由であるという意思活動の自由一般を保護することになる」点が憂慮されたことにある。[124] 対価に関する錯誤、ささいな付随事情の錯誤に基づく承諾を有効にできるアルツトのテーゼは、それほど魅力的だったのである。しかし、アルツトの法益関係的錯誤説では帰責範囲があまりに狭くなりすぎるという問題意識はここでも現れる。それゆえに、ドイツの中間説と同様に、法益関係的錯誤説の考察方法を受け入れながらも、さらに自律的な決定とは何かについて、付加的に検討する見解が有力に主張されているのである。[125] しかし、日本独自の議論として注目すべきは、中間説のおこなうカズイスティックな法益関係的錯誤説の修正を、法益関係的錯誤説の中に取り込もうとする試みであろう。以下ではそのような学説についてまず紹介していきたい。

たとえば山口厚は、「法益関係的錯誤」が認められる場合には、惹起された法益侵害について同意・承諾が存在しないのであり、同意・承諾は存在するが、それが自由に与えられたといえないために無効となるのではないということを議論の開始点でまず確認した。[126] そこから、いつ法益関係的錯誤が存在するのかという問題について、第一に、侵害の対象となる法益の価値、当該法益に対する侵害の程度について正確な認識がない場合にそれが認められるという法益関係的錯誤説の一般的なテーゼを用いた。[127] 基本的な例としては、損害の対象となった物品の価値について錯誤がある場合（贋作だと騙されて絵画の損壊に同意したが、それが真作であった場合等）、侵害の対象となる法益の価値に錯誤はないが侵害の程度について錯誤がある場合（木製の球を足の上に落とすことに同意したが、落とされたのは鉄製の球で、重大な傷害を負った場合等）が挙げられている。さらに、①余命の長さについて欺罔して、殺害についての同意を得た

場合、②緊急性を欠く手術について欺罔して、手術に同意させた場合が、特別な例として挙げられている。①では「余命の長さ」に「法益関係性」があり、②では人の身体は全体としても保護の対象となっているために、身体の全体的な健康との関係で有する身体に対する個別の侵襲の意義は異なるから、これも「法益関係性」があるとしている。ここでいう法益関係的錯誤は、アルツトのいうそれよりははるかに広く、侵害の対象となった物の価値についての錯誤をも含めていることから、むしろレンクナーのそれに近いものである。

続いて、第二に、法益の保護価値が法的な評価によって変化する場合、そうした評価を基礎付ける事実について欺罔されたときには、ひいては法益侵害の侵害性について錯誤が認められることになり、「法益関係的」であると主張した[128]。注目すべきは、このテーゼであって、これこそがロクシンを代表とする中間説によるカズイスティックな修正を法益関係的錯誤説の内部で解決しようとする試みである。これによれば①法令行為を装っていたがゆえに、拒絶ができないと錯誤して住居への立入りに同意をした場合には、立入りの許諾権の法的評価について錯誤に陥っているから「法益関係的」であるという。また②緊急避難・正当防衛を装って、たとえば自分の飼っている猛獣が逃げ出し、人に危害を加えそうだと欺罔されたゆえに、それを殺すことに同意を与えた場合には、本当にそうした状況が存在すれば、猛獣の殺害は緊急避難によって同意の有無にかかわらず正当化されるから、猛獣の法的価値はその限りで否認されることになり、そうした状況について錯誤に陥って同意した場合には、猛獣の法的評価について錯誤している、「法益関係的な錯誤」ということになる。

さらに（ここからは法益関係的錯誤説としては広がりすぎのようにも思われるが）、山口説は第三に法益処分の理由・動機についても場合によっては法益関係性を認めた[129]。財産や自由といった一定の目的を実現するために、それを処分することが予定されている法益の場合がそうである。さらに、それ自体が自己目的である生命は別として、ささいな傷

害については処分の自由を肯定する余地がある、と彼は考えた。ただし、重大な傷害・生命に危険のある傷害については、処分の目的等について錯誤が存在していても、それは「法益関係的」ではない[130]。

最後に、このような同意の存在を否定する法益関係的錯誤の枠組みを超えて、存在する同意が自由になされたとはいえない場合にはさらに同意・承諾は無効となる[131]。この部分は、中間説を法益関係的錯誤説に取り入れる過程で、カバーしきれなかった部分であり、その意味で法益関係的錯誤説の修正である。自由でない同意の例は、強制されてなされた同意であり、また緊急状態が欺罔されている場合である（たとえば子が失明すると欺罔されて、母親が自身の角膜を移植することに同意した場合）。実際の緊急状態において、被欺罔者の心理状態は一面において抑圧されているが[132]、なお完全には抑圧されていない、つまりなお自由の余地が残っているゆえに、そこでの承諾は有効だが、現実には存在しない緊急状態を欺罔することにより法益主体の意思を抑圧した上、抑圧された部分を利用して同意を得、法益侵害を惹起した場合には、被欺罔者を利用して法益侵害を惹起したという評価が強要の場合と同様に可能となるのである。

第三番目、つまり法益処分の理由・動機についての錯誤を法益関係的錯誤とみなす部分に残る問題を別として、このような説は、中間説の議論の弱点を克服しているように思われる。なぜなら中間説は、「自律的な決定」の有無をカズイスティックに検討しているがゆえに、なぜ対価的な欺罔の場合にはそれが否定され、あるいは利他的な目的の時はそれが肯定されるのかといった基準を理論的には一切導き出せていないからである。そこでは「客観的な基準」というよりは論者の主観的な基準が持ち出されていた。その一方で、山口説は、それを客体の法的価値に結びつけたまま[133]、そしてそれが不可能だった部分は、むしろ強制状況の問題として一線を画した議論を行ったのである。

その一方でさらに、西田典之は山口説が強制状況の問題として一線を画した錯誤の部分をも法益関係的錯誤にとりいれようと尽力する[134]。西田説によれば、山口説の第二番目の法益関係的錯誤状況においては、「甲の心理においては自分

のライオンの価値とライオンが食べるかもしれない人間の生命の価値が比較され、その比較においてライオンの価値は実際よりも低く評価され、それゆえに射殺に同意している」のであり、それと同様に山口説が強制状況の欺罔として一線を画した状況においては「母親は、子供の目の完全性の方が優越し自分の角膜の価値が低いものであると考えたのである」から、そこには明らかに「法益関係的錯誤」があると考えた。ここでは山口説の第二の理論と強制状況欺罔の理論が、緊急状態の仮装による同意としてパラレルに扱われている。(135)

また小林憲太郎も、山口説の第三番目の議論を批判したうえで、上述の角膜移植の（緊急状況の錯誤）事例を「補充性を充足する過剰避難の誤信」として、法益関係的錯誤に組み込もうとした。(136) 小林説は議論の開始点において、わが国の緊急避難の規定は功利的正当化をその基本的な発想としているのであるが、しかしいくらより大きな、あるいは同等の利益を保全するためとはいえ、他者の人格を犠牲にすることまでは、規範的に正当化し得ないであろう、と言及して、まず角膜移植の事例では緊急避難によって正当化されないことを確認する。そのうえで、「しかし、厳密に考えてみると、この事例で問題となり得る危難の転嫁は、子供から母親へのそれに限らない。そこで母親は子供の利益状態を、自己のそれのパラメーターに取り込んでいる、より分かりやすくいえば母親という同一人格の内部で、子供が失明せずにすむことによって得られる自己満足の利益と、眼球を保持する利益とが衝突しており、前者から後者への危難の転嫁を問題とすることも可能である。そしてこのように考えれば、他者の人格への配慮を考慮に入れる必要がない。さらに被害者は原則として、自己の有する利益の価値序列を自由に形成することができるから、母親が自分の身よりも子供の方を大事に思う人間である以上、この危難の転嫁は緊急避難によって正当化される余地がある」というのである。(137)

これらの見解では緊急避難類似状況と緊急状態の欺罔が、被害者側の内心的な事情を顧慮するという方法によってパラレルに扱われているようである。しかしこのような方法は、客観的な物の法的評価ではなくて、被害者の心理的な物

の評価を重要視する点で法益関係的錯誤説からは逸脱しているようにみえる。「法益関係的錯誤」は、その名のとおり、刑法上の（客観的な）「法益」の問題であるのだから、被害者の主観的価値基準を考慮にいれた理論は、法益関係的錯誤説のテーゼとしては、若干奇異の印象を与えるだろう。これはむしろ、ロクシンの中間説のような法益関係的錯誤説から離れた修正といえる。

山口説等、日本の法益関係的錯誤説の論者が展開した正当化事由の錯誤事例は、構成要件で保護された法益を当該構成要件との関係でしか捉えていなかったドイツの学説に対して、刑法上のあらゆる法的評価を加えた法益として捉えなおしたところに価値がある。しかし、角膜移植の事例においては、このような法的評価の変化は、刑法上は起こらない。子供の目に完全な保護が与えられているのと同じように、母親の目にも、刑法上、完全な保護が与えられているのである。さもなければ、子供の目を治療するために、その母親の角膜をその承諾なく取り出す場合も、緊急避難、あるいは過剰避難として評価されることになってしまう。結局何らかの形で法益関係的錯誤説とは異なった視点から修正しなければ、適切な処罰範囲は導かれえないのである。

なお日本における法益関係的錯誤説も、アルツトのそれと同様に、財産犯の法益の中に、生命・身体・自由とは異なった（処分の自由も保護されているという意味で）法益の特別性を認識している[138]。しかし、これは主に詐欺罪との関係で意識されているのであって、器物損壊罪は議論の対象ではない。だからこそ、緊急状況下における承諾の議論において器物損壊罪の例が用いられているのである。財産に対する罪が処分の自由をも保護しているというのであれば、緊急状態における猛獣射殺の事例などは当該錯誤が法益関係的か否かを検討する前に、何の問題もなく器物損壊罪の成立が認められることになるだろう。しかしそうしてはいないことから、器物損壊罪では、傷害罪等と同様に、基本的には保護された物そのものに関する事情だけが法益関係的であると見られているようである[139]。

器物損壊罪においては、錯誤（欺罔）によって生ぜしめられた承諾は、日本の法益関係的錯誤説、中間説ともに、物の価値、物の喪失の有無、程度、範囲、緊急避難（類似）状況について錯誤しているときにのみ、同意は無効であると解する傾向にある。このような議論と帰結はロクシンやレンクナーのそれに類似しているが、ロクシンが同意を無効に導くとした利他的目的の錯誤については、同意の有効性は肯定されている点にも注意が必要である。(140)

以上のように日本でも欺罔・錯誤に基づく承諾の無効性を制限しようとする見解が有力となっているが、その一方で、法益関係的錯誤あるいはカズイスティックな基準による客観的な有効性判断ではなく、アーメルングやレンナウのように、被害者の主観に着目したそれを広く認めようとする見解も主張されている。

たとえば林幹人は、被害者の同意がある場合に犯罪の成立が否定されるのは、被害者が、自分の自由な意思で法益を処分する決定をしたからであるという基礎理論を出発点に、ここでいう自由意思の有無は、あくまで被害者本人の意思に即して判断されなければならないと考えた。(141) そして被害者が喪失した法益にどれほどの価値を認めていたかを問題とし、他方、処分することによってもたらされると信じた利益にどれほどの価値を認めていたかを問題としなければならないと解した。そのため、被害者自身の価値観にとって、もたらされると信じた利益の価値が処分される法益の価値をはるかに凌駕するために、もはや衡量の余地なく問題の法益を処分せざるを得ないと考えたのであれば、彼はその法益処分の意思決定について、不自由であるとする。

上嶌一高も同様に、被害者本人を基準とした意思の抑圧の有無を決定的な要素と解した。(142) 上嶌説は上述した山口説が、錯誤の場合と強制（類似）の場合とを区別するのに対して、「脅迫や緊急状況の欺罔の場合、被害者が告知され、認識している対象が、法益侵害の危険であり、特に危険が切迫しているときには、被害者に精神的動揺を与え、その合理的判断能力を減退させることもあり得、被害者の意思決定に与える影響が大きく、同意を無効とすべき程度に行為者から

心理的強制をうけたと言える場合が事実上多いであろうが、利益の実現可能性についての欺罔の場合でも、被害者の意思決定に与える影響が大きいときには、同意を無効とすることを否定する理由はない」とし、錯誤も重要であると解した。その上で「人間は自己の認識するいろいろな条件の制約の下で意思決定することを迫られる。それらすべてが被害者に心理的な強制を与えていると捉えると、同意をした被害者がどの程度心理的強制を受けていたかを問題とすることは意味がないともいえよう。問題は、心理的強制が行為者の欺罔ないし脅迫等によってどの程度惹起されるかということである」として、ここで問題なのは行為者による意思の抑圧なのだと主張した。これによれば、被害者の同意の無効性に決定的な役割を果たすのは、行為者によって惹起された意思の抑圧の程度であって、法益関係的錯誤や脅迫に限らないことになるのである。

これらの説の利点は、被害者の自律的決定という被害者の承諾の基盤に依拠しながらも、ささいな欺罔に基づく承諾の有効性を否定しなくてすむ点にある。そのため、逆に、自律的意思の有無の検討は事例ごとに行われることになるので、決定的な基準を打ち出せないことが弱点となる。

他方、井田良は、被害者の同意が行為を適法にする理由は、法益の維持のためには法益主体もまた相応の責任を分担すべきであるのに、法益主体みずからが法益を放棄したというのであれば、法はその者のために法益を保護してやる必要はない、ということから議論を開始させる(143)。それゆえに、被害者本人にとり動機づけに重大な影響をもつ欺罔行為により真意に沿わない法益放棄の意思決定がおこなわれたという時には、加害者との関係で被害者の法益の要保護性は失われるとはいえない、とする。

井田説のこのような理論においては、「本質的なことは、加害者との関係で被害者の法益の要保護性が失われるどうか」であるから、この見解は、アーメルングのあらゆる錯誤に基づく承諾を無効へと導く理論とその後の帰責による調整を、

同意の有効性の判断の中で一まとめにした見解であるといえよう。しかし、この見解は、アーメルングの議論の欠点を補っている。つまり、アーメルングの議論では、同意が違法性阻却事由に分類されているゆえに、構成要件の段階で行ったはずの帰責問題が、違法性の段階でもう一度むしかえされることになるが、同意の有効性判断の段階で、危険の分配と言う形でそれを行えば、このような体系的な疑問は生じなくなるのである。

なお上述した三説は、対価に関する欺罔が錯誤無効を導くことになるが、それは問題視されていない。これらの説はいずれも、被害者が自らの価値観に基づいて同意を決定していない点、そしてその裏返しとして自らの思い通りに被害者に決定を行わせた第三者が存在している点（つまり自己決定ではなく他者決定）を、錯誤無効の根拠としている。

（三）強制に基づく承諾

これまで錯誤にもとづく承諾の取り扱いについて検討してきたのだが、それでは、強制にもとづく承諾はどのように取り扱われるのだろうか。

自然的な（人によって作られていない）強制に基づく承諾は、同意の有効性とは関係がないとするのが通説的な見解である[144]。なぜならば、このような場合、同意こそが運命的な強制状況からの打開策となるからである。ここで刑法が同意の成立を認めなければ、同意者に唯一残された強制状況からの逃げ道がふさがれてしまうことになる。

他方で人為的に作られた（たとえば脅迫）強制状況における承諾は、法益所有者の自由な意思の表れではなく、強制状況作出者＝侵害行為者であるときには、そのような承諾は無効である[145]。これはすべての論者が同意を示すテーゼであり、なぜならばここでなされた被害者の承諾は被害者の任意のものではなく、他律的な（行為者による）決定だからである。

それでは、ここでいう強制とはどの程度のものを意味するか。

ドイツでは、強制に基づく承諾は、二四〇条[146]の要件が必要であるとするのが通説である。[147]ここで大切なのは、社会的な生活の中で、甘受すべき強制は顧慮されないということである。それゆえ、もしある女性が、その物を壊さなければ結婚しないといって、器物損壊の承諾を得たとしても、その同意は無効ではない。なぜならば、彼女は法的に義務のないことをしない、と脅迫しているので、法的に重要な方法で、被脅迫者の自由の領域を侵害していないからである。

ここで緊急避難の意味での強度に強制が達している必要がないのは、緊急避難の場合には、罪のない第三者が巻き込まれることから、被脅迫者は強要に対して一定程度抵抗することが要求されているのに対して、自らの法益を放棄する承諾の場合には、そのような第三者はいないので、やむを得ず放棄された法益に脅迫者からの保護を与えない理由がなくなるからである。[148]

それでは、強制状況作出者＝侵害行為者でないときは、どのように扱うべきか。

侵害を行った脅迫者ではない第三者の可罰性は、①同意を有効とし、帰責の範囲でそれを行う方法と、[149]②同意を無効とし、同じく帰責の範囲でそれを行う方法がある。[150]両者は、同意者に正当防衛を認めるか否かで異なってくるが、いずれにせよ、同意者の正当防衛は、相当性の問題として、同意の撤回程度に抑えられることになる点に注意すべきである。

なお、上述のようにアルツトは、強制に基づく承諾はすべて法益関係的なもの（つまり常に無効）であると解するがこのような理論は不当である。[151]なぜなら、ここでは錯誤の場合と異なった定義が「法益関係的」という言葉に与えられているからである。

（四）器物損壊罪における錯誤・強制に基づく合意―私見―

これまで錯誤・強制に基づく承諾の総論的研究についてみてきたのだが、それでは、錯誤・強制に基づく承諾はどのように扱われるべきだろうか。そしてより具体的に、器物損壊罪にそれをどう当てはめるべきか。ここでは、まず総論的な検討をおこなう。このような検討が許されるのは、器物損壊罪における承諾が、構成要件のメルクマールに左右される行為態様に係る合意ではなく、被害者の自律的な自己決定を問題とする法益侵害性に係る合意に関係しているからである。

まず注意しなければならないことは、法益関係的錯誤の場合には錯誤以前にそもそも承諾は存在していないということである。ただし、このようなテーゼは、アルットのいう（最狭義の）法益関係的錯誤に限られる。なぜなら、（程度問題も含めて）法益を放棄した意識がないのであれば、そこには法益の放棄に関する自律的な決定はないからである。そうでないところで初めて、法益放棄の決定は存在するが瑕疵がある、という錯誤に基づく承諾の議論の余地が生じるのである[152]。法益の所有者がその物を喪失することを知っているか否かは、そもそも検討の対象となる承諾の存否を決定する重要な前提である。

次に（広義も含めて）純粋に法益関係的錯誤でなければ、常に承諾は有効であると考えることは困難であると思われる。被害者の承諾の犯罪阻却根拠が自己決定であるというのであれば、そのような要件を満たさない承諾は無効とすべきである。確かに、刑法はあらゆる自由を保護しない。その点で、法益関係的錯誤説のテーゼには納得がいく。しかし、これは一部で誤解を生ぜしめるテーゼでもあるだろう。つまり、仮にあらゆる欺罔に基づく承諾を無効だと解しても、このテーゼに反することにはならないと思うからである[153]。その承諾に基づいて物が損壊された時点で、すでに承諾が法益に関係しているといえるのではないだろうか。刑法は、それを用いて利益を得たいだとか、そういった意味での自

由を保障するものではなく、物を維持するあるいは維持しないという自由を保護するものであるが、その放棄が自律的でなく決定されたというのであれば、それが反対給付に関する欺罔に基づいていたとしても、やはり法益の維持に関係した錯誤であるように思われるのである。つまり、法益関係的錯誤説のテーゼに縛られる必要はないのである。

さもなければ、同意に付けられたあらゆる条件が無効となるだろう。[154] 器物損壊罪を例にとれば、花火を子供に打ち上げさせる（花火の維持は本人にとって重要ではない）という承諾の「子供」の部分は、（法益関係的錯誤説のいう意味で）法益関係的でないので、横から通行人がそれに火をつけたとしても、彼の承諾は有効ということになってしまう。[155] 法益所有者は、刑法的に（程度問題も含めて）物を放棄するか否かの二者択一の権利しか有さないことになる。しかし、そのような解釈は適切ではないだろう。法益所有者は、物の放棄をする場合に、なんらかの条件をつけることができるのであり、物の維持か放棄、二つのどちらかしか選べないと考えるのは、あまりに形式的すぎるように思われる。法益所有者の法益を放棄する自由はそれを放棄するにあたり追い求められた目的との関係をも顧慮してようやく満たされるのであり、このことを度外視することはできない。[156]

またさもなければ、同意能力のテーゼにも疑問が生じることになる。なぜ同意能力者には物の価値等を認識し、利益得失を判断する能力が必要とされるのか。仮に刑法的に保護された被害者の権利は、維持か放棄の二つしかないのだとすれば、有効な承諾のために必要な能力は、維持と放棄、二つの意味を理解する能力で十分ではないだろうか。物の価値や利益得失を理解し、判断する能力は、どこからも導かれえない。

さらにドイツの中間説や日本の法益関係的錯誤説のいう法益関係的錯誤は、アルツトのそれよりもずいぶん広いものではあるが、それは財産犯に限っての話であり、生命や身体の保護が財産よりも実質的に薄くなる点で疑問である。生命や身体は金銭に換えられないとすることで、逆に生命・身体の保護が薄くなるというのであれば、それは本末転倒で

あるように思われる。

以上のことに鑑みれば、被害者の承諾の根拠、つまり自己決定の有無を基準とし、それが自律的な決定として評価できなければ、いわゆる法益関係的錯誤でなくとも錯誤無効を導くべきである。

それでは、具体的に自律的決定とはどのようなものをいうのだろうか。

レンナウのいうように、人は常に制限された条件で自己決定を行う。自然的な意味でも、社会的な意味でも、人は一〇〇％自由ではない。だから、自然的な強制状況下での同意は彼に残された強制状況回避のための唯一の選択肢を、彼が選んだという意味で自律的であるし、錯誤にもとづいた決定だとしても、彼が想定した選択肢の一つを、彼が選んだという意味で自律的である。しかし、仮に、誰かによって意図的に財の利用に関係して、ある一つの選択肢を選ばせるために、二つある選択肢が一つしかないように見せかけられた時には、また実際には存在しない選択肢をあるように見せかけられたり、あるいは実際に存在している選択肢であっても、それほど魅力的ではない選択肢を、それを選んでしまうほど魅力的に見せかけられたのであれば、そこには自律的な決定はなく、操作された決定があるといえるだろう。行為者によって巧みに奪われた承諾に基づく侵害は、行為者によって突然おこなわれた侵害と類似のものであり、承諾は無効となるべきである。

他方でまた、ここで重要なのは「侵害を目的とした」欺罔・強制（状況の作出）だけであろう（欺罔・強制の時点ですでに当該財の侵害の故意を要する）。なぜならそうでない欺罔・強制は自然的な錯誤・強制と変わらないと考えるからである。人は社会の中で生活しているのであり、それゆえ錯誤・強制状況の多くは、人為的なものが絡んでいる。

しかし、このような理論でもっても容易に解決できないのは、強制状況作出者又は欺罔行為者と、侵害行為者が異なる人格であった場合である。つまり、前述の理論にもとづけば、当該承諾は他者決定であるので無効であるというべき

なのだが、しかし、侵害をおこなった第三者から見てみれば、自然的な原因であろうと人為的な原因であろうと、被害者の承諾に基づいて行為をおこなったことになんら変わりがない。ここでは相対的な承諾の有効性を認めるか否かが問題となっている。

思うに、承諾に基づく侵害を意図しておこなわれた欺罔・強制状況下において生じた被害者の承諾意思は確かに完全な意味での自律的な決定ではない。しかし、刑法は行為者の行為の可罰性を問題とする法律であるのだから、行為者側の事情も度外視することはできないだろう。また強制（脅迫）状況下において（情を知った）第三者の侵害を禁止することは、被害者に唯一残された打開策をなくしてしまいかねない。ゆえにここでの同意は（行為者との関係では）被害者に残された自由の表明であるとみなし第三者との関係では、有効とされるべきである。この意味で、承諾の相対的な効力は認められる。ただし、法益侵害の目的で欺罔・脅迫をした者と協力関係にある者が侵害をおこなった場合は、その承諾は無効である。侵害者が欺罔者に協力して、あるいは欺罔者と共謀して欺罔に基づく承諾を利用したのであれば、たとえその錯誤の発生に責任がなく、また侵害者には錯誤を排除する義務がなかったとしても、欺罔者との特別な関係（共同正犯類似の状況）ゆえに、彼はそれを利用することが許されないというべきである。これに対して欺罔・強制の存在を知っているだけでは、（欺罔者ではない）行為者は承諾を得ずに唐突に侵害行為をなした者と同列に扱うことはできない。確かに、不必要な侵害を行ったという点で侵害者には道義的な非難が向けられうるが、刑法的には、彼に錯誤を、結果的にはそれに基づく承諾を排除する義務がない以上、不可罰である。

その一方で、たとえ錯誤・強制が侵害を目的とした欺罔・強制に基づかない場合であっても、既存の錯誤・強制状況を排除する義務のある者（当該法益侵害の意図なく欺罔・強制をおこなった者もこれにあたる）が後に生じた法益侵害（の危険）を認識しつつそれを意図的に排除しなかったときも、同意は無効となるというべきである。また義務に反し

て錯誤・強制状況を排除しなかった者に対しては、承諾は（当該構成要件との関係では）なお有効であるが、承諾入手時の義務違反ゆえに、彼には過失犯が成立することになる。

ただし、これらすべての当然の前提として、欺罔、強制、義務の不履行と承諾との間に因果関係がなければならない。[157]

以上のことを整理すると以下の通りである。

有効な承諾があるというためには、承諾が被害者の自律的な決定に基づいていることが重要である。それゆえ当該構成要件で保護された法益に関する事情（法益関係的な事情）のみが重要なのではなく、被害者が財の放棄によって追求しようとした目的も重要となりうる。

但しここでいう被害者の自律的な決定とは、あらゆる錯誤・強制から解放された決定のことではなく、法益侵害を目指して人為的・意図的にゆがめられていない決定のことしか意味しない。なぜならば、それこそが社会という領域に生活する人間に（当該構成要件との関係で）最低限保障されるべき自由だからである。それゆえ、自らに起因する錯誤や自然的な強制状態、また法益侵害を目的とせずになされた欺罔・強制に基づく承諾は、なお（当該構成要件との関係においては）被害者の自律的な決定のままである。

以上のことから、法益侵害を意図してなされた欺罔・強制に基づく承諾は無効である。しかし、法益侵害者が欺罔・強制をおこなった者と別の第三者であった場合、その者にとってはそのような承諾は自然的に存在する錯誤・強制状況下でなされた承諾と同じものであり、この承諾は一〇〇％の自由を有さない被害者の自由の表明、自律的な決定である。ゆえに第三者が法益を侵害した場合には、その承諾は彼に対しては有効であり、欺罔・強制をおこなった者が間接正犯として処罰されることになる。

その一方で、侵害を意図せずなされた欺罔・強制に基づく承諾、単なる錯誤・自然的な強制状況に基づく承諾はなお

被害者の自律的な決定であり、有効である。しかし、法益侵害者に錯誤・強制状況を排除する義務があり、かつ意図的に錯誤・強制を排除しなかったときには、承諾はその者に対して相対的に無効となり故意犯が成立する。義務に反してそれを怠った場合には、（当該構成要件に関係する限りで）承諾は有効であるが、彼には過失犯が成立しうる。なお法益侵害者に錯誤・強制を排除する義務がない場合には、承諾はその者に対しては有効であり、意図的に錯誤・強制状況を排除しなかった者がいる場合にはその者に間接正犯が、義務を怠り錯誤・強制を排除しなかった者がいる場合にはその者に過失犯が成立しうる。

以上のことは、器物損壊罪においてもあてはまる。とりわけ器物損壊罪においては、ドイツの中間説あるいは日本の法益関係的錯誤説が行うような法益関係的錯誤のテーゼは疑わしい。それは、法益関係的錯誤の中に物の評価を入れているからである。生命や身体のように法益の「Sein」だけを問題とするのではなくて、法益の経済的価値を考慮にいれるのは、それが財産だからであり、つまりはその交換価値が重要だからであろう。しかし交換価値の侵害が保護されているのであれば、実際に交換したものがそれと見合わない価値しかなかった場合にも同様のことが言えるべきである。私見では法益関係的錯誤説には依拠しないが、仮に法益関係的錯誤説をとるのであれば、アルツトのように、財産犯をこの領域からはずすのが適切であろう。

私見に基づけば、対価に関する欺罔についても、同意は無効と評価されることになるが、この点はそれほど重要ではないように思われる。確かに、ここでは詐欺罪による対処で十分なように思われるが、しかし行為者に領得の意思がない場合がほとんどであることも見落とされるべきではない。物を破壊しようとする者が、それを欲している場合は少ないであろう。そしてここでは、実際に自律的でない決定に基づいて、つまり意思に反して物が破壊されているのである。

また、本稿のように、自ら作った錯誤は承諾を無効とせず、それが無効となるのは行為者が義務に反してそれを取り

除かなかった時だけであると解すると、飼い犬がぬいぐるみとじゃれあっているのを、他人の犬を襲っているのだと錯誤したAが、Bに犬の射殺を依頼した場合に、たとえBがその事実を知っていてうさばらしに犬を殺した場合でも、Bには器物損壊罪が成立しないという結果になってしまうとの批判がなされるだろう。[158] 確かにここではAは、実際には飼い犬の殺害を望んでいないし、Bはそれを利用して彼の法益を侵害しているといえる。Bは行為を控えるべきであろう。しかしAの自己決定を正しい方向に導く義務がない限り、やはりAの指示に従ったBの行為への非難は倫理的なものにとどまると解するべきである。Aの決定を正しい方向に導く刑法上の義務は、ただ事情を知っていただけのBには存在しない。

六　まとめ

器物損壊罪における承諾は、法益侵害性に係る合意である。器物損壊に被害者が承諾した場合には、法益侵害性が欠けるために、器物損壊罪の実質的な構成要件該当性が排除される。法益侵害性に係る合意は、構成要件メルクマールから導かれるものではなく、むしろ犯罪論体系的には異なるが被害者自身が自律的な決定に基づき刑法で保護されている法益を放棄するものであり、一般的に「同意」に分類される承諾と類似の性質を有している。

つまり、法益侵害性に係る合意で重要なのは自己決定であり、その有効性は、自律的な決定の有無で判断されることになる。ゆえに、あざむれによる承諾や、他者によって自律性を奪われた承諾（侵害を目的とした欺罔や強制状況の作出、義務に反して錯誤が取り除かれなかった承諾）は無効である。また、構成要件で保護された財は、刑法的に維持と放棄の二つの形でしか意味を有していないわけではないので、承諾につけられた条件も有効である、つまり、条件に反

しておこなわれた侵害は承諾の範囲外にあるし、承諾能力として要求されるのは、破壊される物の価値、物が破壊されること、損壊の程度、破壊されたことで導かれる帰結（利益得失）を認識し、このような認識に基づいて、自己の価値観に従って何を優先するかの価値判断を行い、それに従って行動する能力である。

その一方で、社会的制度である刑法で外形的に犯罪と捉えられた行為の評価を覆すのは、社会的な制度としての承諾でもある。ゆえに被害者の自己決定は内心にとどまっているだけでは十分ではなく、社会的な現象として認識されなければならない。つまり、合意は表明されなければならない。

第四節　盗品等関与罪

一　はじめに

これまで被害者の承諾と財産犯について検討してきたのだが、財産犯と被害者の承諾に関係して、もう一つ重大な問題を生ぜしめるのは、盗品等関与罪である。[159] というのも、盗品等関与罪、とりわけ盗品あっせん罪において、被害者の承諾が有効か否かが各論的に議論されているからである。具体的には被害者が有償での盗品取り戻しに承諾した場合に、盗品あっせん罪が成立するかが議論されているのだが、判例・通説はそれを肯定する傾向にある。しかし、ここで仮に有償で盗品を買い戻すことへの承諾が本稿が検討の課題としている「被害者の承諾」であるとするのであれば、このような問いへの答えは、これまで学説が発展させてきた総論的な理論も考慮に入れた上でなされなければならないだろう。このような考察は、これまでおこなわれてきた盗品等関与罪の検討では欠けているように思われる。果たして被

害者への贓物返還事例では、盗品等関与罪の成立は認められるべきであろうか。

二　盗品等関与罪の法益と本質―被害者への贓物返還事例を手がかりに―

刑法二五六条の盗品等関与罪は「①盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物を無償で譲り受けた者は、三年以下の懲役に処する。②前項に規定する物を運搬し、保管し、又は有償で譲り受け、若しくはその有償の処分のあっせんをした者は、十年以下の懲役及び五十万円以下の罰金に処する」と規定していて、盗品の無償譲り受け、運搬、保管、有償譲り受け、有償処分のあっせんを刑罰でもって威嚇している。刑法二五六条と被害者の承諾の関係を論じるにあたって、まずは法律の文言を検討しなければならないが、このような文言からは、当該罪の構成要件が犯罪成立のために特別な被害者の意思状況を要求していることを読み取れないと思われる。それゆえ被害者の承諾の議論は、法益論に移すことができるであろう。

盗品等関与罪の法益に関しては、通説的に追求権であると解されている（追求権説）。この説によれば、盗品等関与罪の保護法益は、窃盗罪・詐欺罪等の財産犯によって領得された財物に対する被害者の追求権である[160]。ここにいう追求権とは、民事的には、所有権や、占有権等の物権に基づく当該財物の返還請求権のことを意味するが、必ずしもそれに限られるものではなく、法律上返還請求ができるもので足りるとされている[161]。とはいえ、盗品等関与罪の本質に関していえば、法益である財産権侵害のみで図ることはできない。なぜならば、盗品等関与罪（とりわけ二項）の法定刑が、背任罪・委託物横領罪・遺失物等横領罪より、また罰金の併科という意味で、財産権を直接に侵害する窃盗罪等よりも実質的又は形式的に重いものとして規定されているからであり[162]、また被害者の追求をもっとも困難にする盗品の

毀棄行為は盗品等関与罪を構成しないからである。[163] ゆえに追求権説は盗品等関与罪の本質として、財産罪を一般的・類型的に促進する性格（本犯助長的な性質）も認めている。[164] ただし、あくまでも本犯助長的性質は被害者の財産権と別個に犯罪を構成する要素ではない、つまり、所有者の財産権（法益）侵害という基礎がなければ、たとえ本犯を助長するような行為がおこなわれたとしても盗品等関与罪の成立はないのである。

以上のような追求権説に基づくと、盗品等関与罪の成立のためには被害者の追求権侵害が最低条件であるので、贓物が被害者の下へ返ってきた被害者への贓物返還事例では、（物が戻ってきたという意味で）追求権は侵害されておらず、盗品等関与罪の成立は認められないように思われる。[165] しかし、学説の中には追求権侵害を肯定する見解もある。なぜなら、ここでいう追求権とは単にその物を追求できる可能性だけではなく、特段の理由のない負担をすることなく追求できる可能性、つまり財産権の正常な回復を意味していると解しているからである。[166] それゆえ被害者への贓物返還事例であっても、被害者が対価を支払って贓物の返還に応じた場合には、行為者に弱みを握られ対価の支払いを余儀なくされたことをもって贓物の正常な回復が妨げられたと評価し、盗品等関与罪が成立する可能性がでてくるのである。[167]

その一方で通説とは異なり、違法状態維持説は事後行為が本犯の作出した違法状態を維持することに盗品等関与罪の本質を見出す。[168] この見解は、盗品等関与罪の本犯助長的性質を重視し、追求権説に依拠した場合よりも広く盗品等関与罪の成立を認めようとするものである。この説は、贓物罪[169]の本質を先行行為者が作り出した違法状態の維持に見出すドイツの通説（維持説）[170]を基礎にしているといわれている。[171] しかしドイツの通説はむしろ日本の追求権説と類似の性質を持っているといえるだろう。[172] なぜならばドイツの維持説は盗品の本犯助長的性質を重視したものでないからである。ドイツの通説によれば、贓物罪の法益は被害者の財産であり、ここでいう違法状態とは、占有と占有権（とりわけ所有権）が先行行為によって引き離されている状況、つまり占有権者が占有を有しておらず、占有者が新たな占有権を有し

ていない状況のことをいうのである。[173] またドイツの維持説は、被害者への贓物返還事例において贓物罪の成立を認めていない。[174] 物が所有者ないしは権利者に戻ったときはそのような違法な状況は続いておらず、被害者への贓物返還事例に贓物罪が成立することはないと考えられているからである。[175] ただし、ごく少数ではあるが維持説の中でも被害者への贓物返還事例で贓物罪の成立を肯定する見解があり、この見解は代価の支払いを前提とした被害者への贓物返還事例に関しては、無条件で権利者の所有権を認めていないという点で先行行為者の（違法な）処分権を不当に行使しており、違法な財産状態は維持されていると解するのである。[176] 無条件で返還されなければ違法状態が回復したとはいえないとするこの考察方法も、日本の追求権説と類似している。財産的な侵害よりも本犯助長的性質をその不法の中心にすえる日本の違法状態維持説は、贓物罪と並んで犯人庇護罪がない日本のニーズに応じて、日本で独自の発展を遂げたドイツのそれとは一線を画する説といえるであろう。

違法状態維持説に基づけば、被害者への贓物返還事例においては、当然盗品等関与罪の成立が認められることになるとされている。[177] 被害者に贓物を有償で返還する行為は、被害者以外の者に買取りをあっせんする場合と実質的には同じことに近いからであり、また法的に正常な盗品等の回復とはいえない被害者への返還は、「盗品に関し不法の利益を得、財産犯を助長する」からである。[178]

しかし、違法状態維持説は盗品等関与罪の法益を何と解しているのかが明らかではない点に問題がある。当該罪の法益を財産ではないと解する立場とも異なっているようであり、[179] これは、違法状態維持説は盗品等関与罪の本質を解明するものとしてはあまりに内容が空虚であるといわれるゆえんである。[180]

このように盗品等関与罪の本質論は二つの説が対立しているのだが、追求権説にたっても違法状態維持説にたっても、被害者への贓物返還事例には盗品等関与罪の成立が認められうることが明らかになったように思われる。日本にはドイ

ツの犯人庇護罪のような規定がないので、さもなければ被害者の弱みに付け込み代価を得て被害者に贓物を戻した者が恐喝罪や詐欺罪にあたらない限りは処罰されないという処罰の間隙ができてしまうからである。[181]

判例も同様の傾向を示しており、最近では最決平成一四年七月一日刑集五六巻六号二六五頁をあげることができる。この判決の中で最高裁は追求権説に依拠した上で「追求権侵害」の内容に、単に被害者が当該財物を取り返すということのみならず、特別な負担をすることなくそれをとりもどすことのできる権利の侵害を含ませたといわれている。[182]

またこのような平成一四年決定の態度はこれまでの判例のそれを受け継いだものであり、他にも被害者の依頼に基づき盗品のあっせんをした被告人に盗品等関与罪の成立を認めた事例（最決昭和二七年七月一〇日刑集六巻七号八七六頁）がある。他方、被害者への贓物返還事例で盗品等関与罪の成立を否定した例として、東京高判昭和二八年一月三一日東高刑時報三巻二五号五七頁があげられる。後者の事例は、被告人が専ら被害者のために行為したことが、高く評価されたようである。

しかしなぜ、財産犯であるはずの盗品等関与罪において、どの（本質論の）見解に基づいても被害者の承諾は有効とみなされないことがあるのだろうか。財産は個人の自由に処分できるものであり、被害者の承諾は常に有効とみなされるべきではないのか。

この疑問に答えるためには、ここでの承諾がこれまで議論してきた承諾とは異なる性質を有していることに注意しなければならない。というのも、ここでは被害者は領得罪や毀棄罪で保護されている財産権（所有権や占有）を放棄しているわけではないのである。彼は自律的な決定によって、物に関する自律的支配を放棄していない。むしろ、それを実質的に取り戻そうとしているのである。

仮に、盗品等関与罪において、「その物はもういらない」という形でもって、被害者が物に関するなんらかの権利を

放棄したのであれば、そのような承諾は当該罪が財産犯である以上、常に有効なものとみなされるべきであろう。ここでの承諾は、そういった財産権を放棄するものではなく、特別な性質のものである。被害者は物の支配権を放棄したのではない。ただし、違法状態維持説が択一的にせよ単独にせよ、たとえば本犯を助長することに関する公共の法益を保護するというのであれば、その法益を一個人は放棄できないから被害者の承諾は無効ということになろう[183]。被害者が承諾していたか否かは、本犯助長的性質を判断する一要素にすぎなくなる。とりわけ本罪では構成要件に物の他人性は明記されていないのであって、被害者にも盗品等関与罪の成立が（文言上にすぎないが）ありうることに鑑みると[184]、被害者がたとえその物の追求権（所有権・占有権）を放棄したとしても、盗品等関与罪の成立は本犯助長的性質の有無によって左右されることになるのである。

三　被害者への贓物返還事例と被害者の承諾

被害者への贓物返還事例を解決するに当たって追求権説に依拠し、さらに本罪の法益が単なる「追求権」ではなく「正常な回復」をも意味するというのであれば（私見では、実際にそのように解すべきだと考えるのだが）、そこには被害者の承諾の余地がある。なぜなら被害者は「正常性」を放棄すること、つまり代価の支払い等、異常な回復に承諾することが可能だからである。その一方で、追求権に「正常な回復」を含ませない、いわば純粋な追求権説に依拠するのであれば、被害者の承諾について論じてもあまり意味がないことになる。なぜなら、ここでは被害者が物をとりもどせないという意味での「追求権」だけが問題であるので、被害者への贓物返還事例においては、被害者がそれに承諾したことは無関係に、被害者の手元に物が返ってきたという事実のみで被害者の追求権侵害は存在しないことになるからで

ある。

他方、違法状態維持説の文献では被害者への贓物返還事例に関して被害者の承諾で解決を試みたものはない。なぜならこの説によれば、重要なのは被害者が承諾したか否かではなく、被害者への贓物返還行為がどの程度本犯を助長する性質のものであったか否かだからである。[185]

以上のことから追求権説に立てば被害者の承諾の余地があること、違法状態維持説に立てばその可能性が失われることが明らかになったように思われる。

それでは、追求権説のうち、「正常な回復」までもその権利に含ませる見解に基づいた場合には、どのような条件下で被害者の承諾の成立が認められるのだろうか。この点について、さらに検討を進めることにする。

四　「正常な回復」を放棄するために必要な承諾の真意性

「正常な回復」を含む追求権説にたつと、盗品等関与罪の保護法益である「正常な回復を受ける権利」は放棄可能な個人の権利であり、常に被害者の承諾に基づいて犯罪の成立を妨げる可能性を有している。[186] なぜならこのように解さなければ、被害者が贓物をとりもどすために誰の協力も受けられず、自らの手で直接とりもどすしかなくなるといった帰結を導きかねない、つまり被害者の純粋な取り戻しの権利を侵害しかねないからである。

そして、いつ被害者の承諾が有効となるかについてはいくつかの見解が存在している。

たとえば無償で返還される場合に準ずるような①経済的意義を無視しうるような交換条件が要求される場合（捜査機関への不通報）、あるいは②関与者が被害者の代理人として専らその指揮・命令の下に従属的立場で行動する場合に承

諾の有効性を認める見解がある。[187] ①の要件は、本罪が財産犯であることから導き出されたものである。被害者の下に贓物が返還され、純粋な意味での追求権が侵害されていない被害者への贓物返還事例においては、それが財産犯として評価されるほど正常な回復ではなかったというために、いわれのない金銭的負担をしたことが重要となるのである。[188] 他方で、②の要件は、行為者が被害者と同一視できるかということに関係しているように思われる。②の要件が満たされる場合には、被害者は自らの手として行為者を利用しているのである。通常被害者の承諾では自傷行為と被害者の承諾に基づく他害行為は厳密に区別して論じられる傾向にあるが、ここではそのような区別は薄くなっている点に特徴があるといえよう。特に会社や団体がらみの事件の場合には、個人の行為が会社の行為であること、子会社の行為が親会社のそれと評価できることが多く、その点が考慮されていると思われる。

その一方で、平成一四年決定の評釈の中には、判例の傾向として、付された条件が被害者の容易に受け入れうるものであったか否かで、被害者の同意が瑕疵である危険性が一定程度に達しないような場合には、本罪の成立が否定されると説明する見解もある。[189] この要件は文脈のとおり、承諾の真意性の問題を取り扱った要件である。被害者が容易に受け入れられる条件であった場合には、当然そこには意思の抑圧はなく、他方容易に受け入れられないような条件に承諾した場合には、そこには充分に意思の抑圧を認めることができるだろう。しかしこの要件では、被害者のために間に入った行為者をも処罰する恐れが出てくる。本犯者がどんな理不尽な要求を突きつけてくるか分からないからである。

それに対して、行為者が被害者のためというよりも、窃盗犯人のためあるいは自己のために行為した場合には、追求権の放棄と評価できないとする見解がある。[190] この見解は、真意性とはかかわりがなく、行為者側の意識にスポットをあてた見解である。しかし、追求権の放棄とはあくまでも被害者側の問題であるので、それが有効か否かを行為者の意思に委ねるのは適切ではないだろう。これは帰責の問題、あるいは不法領得の意思の問題であり、[191] ここでは放棄の有

効性自体の判断については留保されたままなのである。

それでは、本稿はこのような問題をどう取り扱うのか。私見によれば、被害者への贓物返還事例において被害者の承諾が無効であるというためには二つの要件が適切であるように思われる。一つは、贓物の取り返しのために出された条件が経済的なものであることである。これは、総論的な被害者の承諾論とはかかわりなく、本罪が先行の財産犯に端を発した、被害者の財産に対する罪であることから導き出される帰結である。ゆえに、警察に通報しないことを強要されて贓物の返還を受けたとしても、そこには財産的な侵害はなく、盗品等関与罪は成立しない。

そして二つ目は、被害者の承諾が真意でないことである。これは、総論的な被害者の承諾論から導かれた要件であるといえるであろう。しかし、ここでいう真意性に関しては、当該罪の特殊性に鑑みて、特別な配慮が必要である。なぜならば、被害者はすでに強制状況下にあるからである。

被害者はすでに大切な財を質に取られた状況にあり、被害者が物に執着していればいるほど代価を支払ってでも取り返したいと思うのであって、ここでは被害者は被害者の意思に反して行為者に思い通りの承諾をさせられてしまう危険がある[192]。たとえば平成一四年最高裁決定では、被害者は七億円超分の小切手を窃取されており、それが誰かの手に渡ったときのことを考えれば、八千万円程度の代価で取り戻すこともやむを得ないと考えている。申し出をうけるか、あるいは拒絶して小切手が流出する危険を引き受けるかという、理不尽な二択はすでに被害者の自由を制限している。しかし、ここで注目すべきはこのような強制状況は、被害者に盗品等関与罪の承諾をさせるために、作り出されたものではないということである。これは社会的自然的に存在する、承諾に影響を与えない強制状況である。それゆえ、このような承諾に基づいて行為してはならないのは、このような強制状況を排除しなければならない義務の持ち者だけである。具体的にいえば、財の返還請求を受けうる者（つまり現在、違法に財物を所有している者）であり、またそのような義

務の持ち主である者の手足となった者であろう。強制状況を作出した者に協力し、その強制に由来する承諾に基づいて法益侵害（正常な回復の侵害）に加担した者は、「被害者の承諾を得るために自らが作り出した強制状況を利用してはならない」というその者の地位を受け継ぐことになる。

その一方で、行為者が強制状況作出者と協力関係にない場合であっても、既存の強制状況ゆえに些細な脅迫が被害者の自由を制限する脅迫として評価されることもある。たとえばあっせん人が、「盗難手形が出回れば会社は莫大な損害を受けるとか、取引先にも多大な迷惑がかかるなどと告げて、資金繰りや会社の信用を慮るA社の困惑した状況に付け込み、被告人らに依頼すれば安価に回収できると言葉巧みにつげて」[193]いる場合には、被告人の意思はさらに抑圧されたものとなる。このような言及は、確かに通常ならば脅迫にあたるほどの強度のものでなかったと思われるが、被告人は、取引に入る前からすでに生じていた被害者側の意思の抑圧状況を利用して更なる意思の抑圧をおこない承諾を得ているのであって、そこでは被害者の意思の不自由性を度外視できないほどの不法があるといえるだろう。回復の「正常性」を放棄する被害者の承諾は、財物が（意思に反して）すでに手元になく、それが流出するおそれが常に存在しているゆえに、類型的に他の財産犯よりも意思の自由を欠いているのである。これに鑑みれば、このような場合においては、被害者の承諾の無効性が認められるべきである。

五　まとめ

盗品等あっせん罪における被害者の承諾は、「正常な回復」を顧慮する追求権説に依拠した場合に、犯罪の成立を妨げる余地がある。つまり、「正常な回復」のうち「正常」部分の放棄である。ただし「正常性」を放棄する被害者はす

でに強制状況にあり、この状況下で与えられた第三者への承諾は有効とみなされるが、強制状況を排除する義務のある者、その協力者に対しては無効である。また、ささやかな脅迫だとしても被害者の強制状況をさらに悪化させるような行為がおこなわれた場合には、それは被害者を強制的に法益放棄へと導いたことになり、承諾は無効、本罪が成立することになる。

第五節　小括

財産犯における承諾を検討する中で、合意には二種類あることが明らかになった。一つは構成要件によってなんらかの被害者の意思状態が要求されている場合の合意であり、本稿では行為態様に係る合意と呼んだ。もう一つは構成要件メルクマールではなく、被害者の処分権に完全に服する法益の特質から導き出された法益侵害性を（結果として構成要件該当性を）排除する合意であり、本稿では法益侵害性に係る合意と呼んだ。

前者は構成要件メルクマールが被害者の意思状態に関係した特別な行為態様を要求している場合であるので、このような承諾に必要な要件は一般的に導き出すことができず、文言とその解釈から導かれるものである。後者は、被害者の自由な法益の放棄が問題となっているので、その要件は自律的な決定の有無に左右されることになる。具体的には、合意者には当該財の価値と、放棄の効果について十分に認識する能力があり、それに基づいて自己の価値観に従って判断し、またそのような判断に基づいて自らを律する能力が必要である。また、あざむれでなされた承諾や、欺罔などによって被害者の自由意思ではないと評価された合意は無効である。被害者が承諾をするに際して特別な事情がある場合には、このような事情を加味して真意性（自律性）の判断を行わなければならない。

その一方で法益侵害性に係る合意は、事実の問題ではなく、社会的（刑法的）に認識された構成要件該当行為を排除するための刑法上の制度であるので、合意の存在が社会現象として外部に認識されなければならない。具体的には、法益侵害性に係る合意は、少なくとも行為時までに表明されなければならない。なお撤回は常に可能であるが、表明は必要ではない。撤回は、合意が刑法上の法制度であることに鑑みて、（一度表明された合意を優先するという意味で）常に社会に認識される（表明される）必要があると解することもできるが、法益侵害性に係る合意の犯罪阻却根拠は自己決定であり、単なる存在するだけの合意には、もはやそのような排除根拠がないと考えられるから、表明がなくとも合意は撤回される（犯罪阻却の根拠を失う）とみなすべきであろう。

（1）*Lenckner*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, 2006, Vorbem §§32ff., Rdn. 33a; *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1994, Vor§32, Rdn. 115. Vgl auch *Rönnau*, in: Leipziger Kommentar, 12. Auflage, 2007, Vor§32, Rdn. 177（以下、*Rönnau*, in: LK と略す）

各論的検討は、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一三巻』（第二版、二〇〇〇、青林書院）五八六頁〔瀧賢太郎ほか〕。

Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, 2007, §303, Rdn. 9; *Stree*, in: Schönke/Schröder, 2006, §303, Rdn. 12; *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 2005, §303, Rdn. 18; *Mitsch*, Strafrecht Besonderer Teil 2 (Vermögensdelikte/Teilband 1), 1998, §5, Rdn. 28; *Wolff*, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1992, §303, Rdn. 20.

（2）山中敬一『刑法総論』（二〇〇八、成文堂）二〇三頁（但し、一元説）、井田良「被害者の同意」現代刑事法一四号（二〇〇〇）八七頁、内藤謙『刑法講義総論（中）』（一九八六、有斐閣）五八〇頁。

Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 36. Auflage, 2006, Rdn. 366a; *Großengießer*, Die Rechtswidrigkeit bei der Sachbeschädigung (§303 StGB), JR 1998, 91ff.; *Heinz Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970, S. 29ff.;

Maiwald, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, S. 102ff. Vgl. auch *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht Besonderer Teil/2, 29. Auflage, 2006, Rdn. 136.

またヤコブスは「構成要件該当性を排除する同意」に分類する（*Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1991, 7. Abschn, Rdn. 111.）。

（3）大谷實『刑法講義各論』（新版第二版、二〇〇七、成文堂）三四三頁、西田典之『刑法各論』（第四版、二〇〇七、弘文堂）二六一頁、前田雅英『刑法各論講義』（第四版、二〇〇七、東京大学出版会）三五七頁、大塚仁『刑法概説（各論）』（第三版増補版、二〇〇五、有斐閣）三五一頁以下、山口厚『刑法各論』（補訂版、二〇〇五、有斐閣）三五三頁、団藤重光『刑法綱要各論』（第三版、二〇〇三、創文社）六七六頁。

ただし、松宮孝明『刑法各論講義』（第二版、二〇〇八、成文堂）三〇三頁、城下裕二「損壊概念」西田典之ほか編『刑法の争点』（二〇〇七、有斐閣）二一六頁以下参照。

（4）それゆえ、通説である効用喪失説に対しては、損壊概念を「損壊」という用語以上に広げすぎているという批判がなされるのである。

（5）また、感情的・精神的効用も、決して被害者の主観に基づく要件であるとはいえないだろう。たとえ本人が二度とそれを使うことができなくなったとしても、生理的に受け付けない者が食事で使ったという理由で、箸が箸としての効用を喪失するわけではない。ここでは、一定程度の客観的な基準が必要なのである。

（6）*Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, 1995, §17, Rdn. 9; *Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 33.

（7）*Baumann/Weber/Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §17, Rdn. 9.

（8）ドイツ刑法三〇三条（器物損壊罪）一項「違法に他人の物を損壊（beschädigt）又は破壊（zerstört）した者は、二年以下の自由刑又は罰金に処する。」

（9）*Gropengießer*, a.a.O. (Anm. (2)), 91; *Maiwald*, a.a.O. (Anm. (2)), S. 105.

（10）*Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 33.

（11）*Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 33.

（12）*Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (1)), §303, Rdn. 1; *Stree*, a.a.O. (Anm. (1)), §303, Rdn. 1; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (1)), §303, Rdn. 1;

Mitsch, a.a.O. (Anm. (1)), §303, Rdn. 1; *Wolff*, a.a.O. (Anm. (1)). §303, Rdn. 1.

(13) なおイェシェック／ヴァイゲントは、器物損壊罪の承諾は同意であり、また同意の際には刑法的保護の対象は構成要件的行為によって侵害される侵害対象物の無傷性であり、単なる処分の自由ではないと主張しながらも、薪にするために古いたんすをのこぎりでひかせた者は、その目的決定（Zweckbestimmung）を変えたのだから、はじめから器物損壊罪は問題とならない（構成要件阻却）とも解している *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996, S. 375f.）。

(14) *Gropengießer*, a.a.O. (Anm. (2)). 91.

(15) *Maiwald*, a.a.O. (Anm. (2)). S. 89ff.

(16) *Maiwald*, a.a.O. (Anm. (2)). S. 103.

(17) *Gropengießer*, a.a.O. (Anm. (2)). 92; *Maiwald*, a.a.O. (Anm. (2)). S. 103.
Vgl. *Hirsch*, Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen, Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungstrafbestimmungen, JZ 1963, 155f.

(18) *Maiwald*, a.a.O. (Anm. (2)). S.104.

(19) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一三巻』（第二版、二〇〇四、青林書院）五三三頁〔石川弘〕。

(20) 本稿でいう同意は、被害者が法益侵害性を放棄した場合ではなく、法的保護の放棄（刑法規範の後退）を要求しているに過ぎない場合である。詳細は後述（第四章）する。

(21) *Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 43; *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 111; *Zipf*, a.a.O. (Anm. (2)), S. 48; *Baumann/Weber/Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)). 817, Rdn. 104; *Jescheck/Weigehd*, a.a.O. (Anm. (13)). S. 381f.（ただし、バウマン／ウェーバー／ミッチェは、さらに行為者への表明をも要求とする。なぜならば、同意の表明は行為者に行為の客体と実行モデルを決定する手段であり、このような前提の下でのみ、同意者は行為者によって惹起された出来事をコントロールすることが可能となるからである。）

(22) *Alfred A. Göbel*, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, S. 136.

(23) *Geerds*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, 264.

(24) ただし自己決定を尊重する説が必ずしも意思方向説と結びつくわけではない（Vgl. *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Auflage, 2006, §13, S. 71ff.; Rönnau, in: LK (Anm. (1)), Rdn. 161.）。

(25) *Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1984, Rdn. 125; *Jakobs*, a.a.O. (Anm. (2)), 7. Abschn, Rdn. 115, 14. Abschn, Rdn. 8; *Göbel*, a.a.O. (Anm. (22)), S. 135.

(26) 佐伯仁志「被害者の同意とその周辺（一）」法学教室二九五号（二〇〇五）一一二頁（以下、佐伯・「同意」と略す）、振津隆行「被害者の承諾（下）」法学セミナー三九〇（一九八七）六〇頁、町野朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究第二巻』（一九八一、有斐閣）一七九頁、中野次雄「被害者の承諾」佐伯千仞ほか編『総合判例研究叢書刑法（1）』（一九五六、有斐閣）一〇四頁、内藤・前掲書（脚注（2））五九四頁。

(27) ただし、破壊を止めに入る店員たちの危険に鑑みて、破壊を甘受する決定をしたのであれば、それは承諾というに不十分である。オーナーは、物の破壊を真意に承諾しているとはいえないからである。

(28) 表明の錯誤と単なる錯誤に関しては、*Kühne*, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts, JZ1979, 243ff.; *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 122; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 111f.

Abw. *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 323ff（以下、*Rönnau*, Einwilligung と略す）; *ders*, in: LK (Anm. (1)), Rdn. 196; *Amelung*, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998, S. 48; *Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 46.

あざむれの承諾に関しては、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第二巻』（第二版、二〇〇四、青林書院）二五二頁〔古田佑紀〕、森永真綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤（二・完）」関西大学法学論集五三巻一号（二〇〇三）二一二頁。反対は内藤・前掲書（注（2））五九一頁、中野・前掲書（注（26））一〇八頁。*Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 49（同意は無効）も参照。また、大判明四三・四・二八刑録一六・七六〇参照。ただし、表明に拘束されるという見解の中でも、行為者が錯誤やあざむれであることを知っていた場合あるいはそれを見破るべき義務があった場合には、権利の濫用として同意を援用することが許されず、表明に拘束されなくなるとする見解は、いずれにせよ結論において反対説と同じになる。

(29) 詳細は、拙稿「被害者の承諾（三）―各論的考察による再構成―」北大法学論集五八巻五号（二〇〇八）二二頁参照。

(30) *Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 39; *Rönnau*, in: LK (Anm. (1)), Rdn. 194; *Wessels/Beulke*, a.a.O. (Anm. (2)), Rdn. 374; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 84; *Schmidhäuser*, a.a.O. (Anm. (25)), Rdn. 127.

(31) ここではEinwilligung（同意）という用語が使われているが、論文上であげられた例の中には強姦罪等のEinverständnis（合意）の例も含まれているため、承諾全般に妥当する問題として議論が行われているといえるだろう。

(32) *Amelung*, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I), ZStW 104, 544.

(33) *Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 545.

(34) *Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 546.

(35) アーメルングは障害の中に、年齢的な未熟さ（Minderjährigkeit）をも含める（*Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 552.）。

(36) *Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 553.

(37) ここでアーメルングは葛藤的同意（Konflikteinwilligung）という言葉を用いている。このような同意は、もしもそれが差し迫った損害を克服するために、少なくとも十分な手段を意味するときに必要となる（*Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 549ff.）。

(38) ただし、事実的にどれがどのような損失をもたらすのかということを認識した後に、客観的にもっとも有害な行為を選んだとしても、それは同意者の価値判断であり、合理的な判断ではないということはできない。たとえば、バイオリンの名手が、病ゆえに両腕の切断か死かという選択を迫られたときに、後者を選択することは合理的である。

(39) *Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 549.

(40) *Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 553.

(41) *Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 554.

(42) *Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 555.

(43) *Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 556.

(44) *Amelung*, ZStW104 (Anm. (32)), 558.

(45) Vgl. *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 88.

(46) また*Amelung/Eymann*, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JuS 2001, 942も同様の定義をしており、未成年、

精神的な障害又は精神的な病気ゆえに、（a）同意に関係する財や利益が彼にとってどのような価値や重要性をもつのか、（b）どのような事実が重要であるのか、（c）同意決定から生じる結果やリスクがどのようなものであるのか、（d）同意で追求する目的を達成するために場合によってはより彼にとって負担の少ないどのような手段が他に存在するのか、を理解できない時には、その者は同意無能力者となる。*Rönnau*, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, Jura 2002, 668 も同旨である。

(47) Vgl. *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 277.

(48) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), Rdn. 97; *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 277.

(49) *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 16ff.

(50) *Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 20.

(51) このような帰結を許容するかつての通説・判例への批判が、アルツトの法益関係的錯誤説の基盤となっている。

(52) *Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 22ff.

(53) ただし、医的侵襲の際の「健康になる」という目的についての錯誤は、反対給付に関する錯誤ではあるが法益関係的である。（*Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 22.）

(54) *Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 29.

(55) *Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 31ff.

(56) *Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 32.

(57) *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 533ff.; *Jakobs*, a.a.O. (Anm. (2)), 7. Abschn, Rdn. 117ff.

(58) *Sternberg-Lieben*, a.a.O. (Anm. (57)), S. 368ff. シュテルンベルク・リーベンが、その自由主義的な法益論にもかかわらず法益関係的錯誤説に賛同するのは、ここで保護されている法益は単なる自己決定権ではなく、保護客体に関係している自己決定権だけであると解するからである。

(59) *Jakobs*, a.a.O. (Anm. (2)), 7. Abschn, Rdn. 117ff. ヤコブスの見解の利点は、結論的にアルツトのそれよりも、より広く、適切に行為者への帰責を認めることが出来る点、そして法益関係的錯誤に依拠せず、同意を有効とした場合とは異なって、

同意が無効である事を知らずに行為をした第三者の行為を、構成要件の段階で不問にできる点にある。
ヤコブスクの批判は、Vgl. *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 410ff.

(60) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 99; *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 282ff.; *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 21ff.

(61) Vgl. *Roxin*, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984, S. 279.（以下、*Roxin*, in: Noll-GS と略す）

(62) *Arzt*, Heileingriffe aufgrund einer Blanko-Einwilligung bezüglich der Person der Arztes, in: Festschrift für Jürgen Baumann, 1992, S. 209.（以下、Arzt, in: Baumann-FS と略す）

(63) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 99; *Kühne*, a.a.O. (Anm. (28)), 244ff.

(64) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 99.

(65) *Roxin*, in: Noll-GS (Anm. (61)), S. 280f.

(66) *Roxin*, in: Noll-GS (Anm. (61)), S. 281.

(67) *Roxin*, in: Noll-GS (Anm. (61)), S. 283.

(68) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 103.

(69) *Roxin*, in: Noll-GS (Anm. (61)), S. 284.

(70) *Roxin*, in: Noll-GS (Anm. (61)), S. 285f.

(71) *Roxin*, in: Noll-GS (Anm. (61)), S. 286ff. Vgl. *Roxin,* a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 104f.

(72) *Roxin*, in: Noll-GS (Anm. (61)), S. 288ff.

(73) 研修医が行うことでリスクが増す侵襲であるのならば、それは法益関係的錯誤である。

(74) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 111. ただし、同意者の錯誤を見抜いていて、意識的にそれを利用した時には権利の濫用ゆえに、同意を援用することができない。

(75) *Leckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 47.

(76) *Leckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 46.

(77) *Leckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 47.

(78) *Leckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 47.
(79) *Rönnau*, in: LK (Anm. (1)), Rdn. 199; *ders*, Jura2002 (Anm. (46)), 671; *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 30.
(80) *Kühne*, a.a.O. (Anm. (28)), 244.
(81) キューネは一元説を採る(Vgl. *Kühne*, a.a.O. (Anm. (28)), 244.)
(82) *Kühne*, a.a.O. (Anm. (28)), 244.
(83) *Kühne*, a.a.O. (Anm. (28)), 244.
(84) *Kühne*, a.a.O. (Anm. (28)), 245.
(85) *Kühne*, a.a.O. (Anm. (28)), 245.
(86) Vgl. *Kühne*, a.a.O. (Anm. (28)), 243.
(87) *Kühne*, a.a.O. (Anm. (28)), 246.
(88) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 21. Vgl. auch Rönnau, in: LK (Anm. (1)), Rdn. 199.
(89) この点はアルツトの理論でもっとも批判される部分である。Vgl. *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 284; *Roxin*, in: Noll-GS (Anm. (61)), S. 287.
(90) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 23.
(91) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 24.
(92) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 28ff. アーメルングによれば、器物損壊罪の構成要件は、その物について自由に処分する所有権者の権限ではなく、物の所有権を保護しているのであり、自己決定権自体は構成要件で保護されていない。
(93) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 31f.
(94) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 37. 同意は正当化事由であり、またそれによって同意者は財の侵害を自らの責任に負わせる。しかし同意的意思がない時には、正当化の基礎はなくなる。また同意者への帰責の判断も基礎付けられなくなる。なぜなら、その欠缺は同意者の不注意が原因かもしれないし、同様に同意者が欺罔されている場合のように法益侵害者に法益侵害を帰責させる根拠があるかもしれないからである。
(95) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 40ff.

(96) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 42f.
(97) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 46f.
(98) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 48f.
(99) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 52.
(100) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 53.
(101) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 54.
(102) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 56.
(103) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 58.
(104) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 58.
(105) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 60.
(106) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 61.
(107) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 61ff.
(108) Dr. A に手術を依頼したのに Dr. B が手術をし，Dr. A が施術した場合と同じ結果にいたったとき。
(109) Dr. A と Dr. B の技量の差が，当該手術の結果に対してリスクの差を生み出さないとき。
(110) *Rönnau,* in: LK (Anm. (1)), Rdn. 199; *ders,* Einwilligung (Anm. (28)), S. 195f.
(111) *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 205ff.
(112) *Rönnau,* in: LK (Anm. (1)), Rdn. 201ff.; *ders,* Einwilligung (Anm. (28)), S. 220f.
(113) *Rönnau,* in: LK (Anm. (1)), Rdn. 201ff.; *ders,* Einwilligung (Anm. (28)), S. 228ff.
(114) *Rönnau,* in: LK (Anm. (1)), Rdn. 201ff.; *ders,* Einwilligung (Anm. (28)), S. 230.
(115) *Rönnau,* in: LK (Anm. (1)), Rdn. 201ff.; *ders,* Einwilligung (Anm. (28)), S. 258.
(116) *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 259ff. なお第三者による欺罔・強制と行為者の可罰性の関係については，*Rönnau,* in: LK (Anm. (1)), Rdn. 209. を参照。
(117) ただし，錯誤がアルツトのいう法益関係的錯誤であるときには，それは錯誤ではなく，そもそも承諾がないので，同意

はもとから存在せず、主観的な帰責（故意）の問題として解決されることになる（*Rönnau*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 261.）。

(118) Vgl. auch *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Anm. (13)), S. 383.

(119) Vgl. auch *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 119. 第三者によって引き起こされた錯誤に基づく承諾は侵害者が、それを知らなかった場合に相対的に無効となる。

(120) Vgl. *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 346ff. また、アーメルングのように同意は違法性阻却事由であると解すれば、構成要件の段階で終わっているはずの帰責の問題が、違法性の段階で再び表れるという体系矛盾がおきることになる（Vgl. auch *Rönnau*, in: LK (Anm. (1)), Rdn. 195）。

(121) *Arzt*, in: Baumann-FS (Anm. (62)), S. 211.

(122) Vgl. *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 105.

(123) 確かに、アルツトがここでいう処分の自由には一定の制限がかかっている。つまり、一般の人がその状況を重要とみるかどうかである（たとえば、家の取り壊し工事をするのがドイツの労働者か外国の労働者かは重要な事実ではない。Vgl. *Arzt*, in: Baumann-FS (Anm. (62)), S. 208）。しかし、このような状況は、客観的帰責の問題でも重要視されることになるから、帰結はほぼ一致すると言って構わないだろう。

(124) 山口厚「『法益関係的錯誤』説の解釈論的意義」司法研修所論集一一一号（二〇〇三）九八頁以下、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報一号（一九八五）五九頁（以下・佐伯「錯誤」と略す）。（また、日本に法益関係的錯誤説を紹介した先駆的研究としては、山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関西大学法学論集三三巻三・四・五合併号（一九八三）二七三頁以下。）

(125) 森永真綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤（一）」関西大学法学論集五二巻三号（二〇〇二）一九九頁以下、斉藤誠二「欺罔にもとづく承諾」『吉川経夫先生古稀祝賀論文集　刑事法学の歴史と課題』（一九九四、法律文化社）一五九頁。

(126) 山口・前掲論文（注（124））一〇一頁。その他にも、山口厚「欺罔に基づく被害者の同意」廣瀬健二ほか編『田宮裕博士追悼論集上巻』（二〇〇一、信山社出版株式会社）三二一頁以下参照。

(127) 山口・前掲論文（注（124））一〇一頁以下。

(128) 山口・前掲論文（注（124））一〇二頁以下。

(129) 山口・前掲論文（注（124））一〇三頁以下。

第三番目の類型は、後の研究で、このような類型における錯誤の重要性を認めない他の法益関係的錯誤説への批判として展開されることになる（山口厚『刑法総論』（第二版、二〇〇七、有斐閣）一五九頁以下）。

(130) 多くの説でこのような法益は処分の自由が制限されるから、結局は同意の有効性は制限されることになる点に注意すべきである。

(131) 山口・前掲論文（注（124））一一〇頁以下。

(132) これは中間説に依拠する林美月子（林美月子「錯誤に基づく同意」松尾浩也ほか編『内藤謙先生古稀祝賀・刑事法学の現代的状況』（一九九四、有斐閣）二八頁）が、緊急避難（類似）状況に関連して、「もし欺罔の内容が真実であり緊急避難状態にあるのならば、行為者の行為は正当化されるのであり、反対に同意する者の法益は犠牲にせざるを得ない状況にある」から、このような欺罔に基づく承諾は無効であると主張したことに向けられた批判でもある。確かに、通常の強制状況の場合には強制下の同意は無効とされないのであるから、そのような状況が欺罔で作られた場合にのみ、被欺罔者の自由は制限されていると解するのは疑問であろう。

(133) 佐伯仁志「被害者の同意とその周辺（2）」法学教室二九六号（二〇〇五）八四頁以下も同旨である。また、山中・前掲書（注（2））二一二頁以下参照。ただし、両説とも第三番目の目的・動機の部分までは認めていない。

(134) 西田典之『刑法総論』（二〇〇六、弘文堂）一七九頁。また、通常法益関係的錯誤説の論者がそう考えるように、山口説の第三番目の法益関係的錯誤は、西田説には含まれない。

(135) 小林憲太郎「いわゆる『法益関係的錯誤』の意義と限界」立教法学六八号（二〇〇五）三三頁。なぜなら、「そもそも法益処分の自由とは、各構成要件の着目する一定の属性の変更が、どのような評価を受けるかに関係する、その意味で個別の構成要件に固有のものであり、他の異なる属性の変更が受ける評価に関係していてはならない。そうでないと各構成要件が、わざわざ一定の属性のみに着目して法益を記述し、その処分の自由だけを保護しようとした趣旨が没却されてしまうからである」。

(136) 小林・前掲論文（注（135））四二頁以下。

(137) また、小林・前掲論文（注（135））四三頁以下によれば、被害者の価値観も、無限定に刑法による承認をうけるわけで

はないが、角膜移植の事例で子供を愛犬に置き換えた場合であっても、法益関係的錯誤を肯定する余地があるという。なぜなら、緊急状況にある、その意味である種のパニック状態に陥り、冷静に害を衡量できない被害者の意思にそれほど絶対的な正当化力を与えてよいかには疑問があるからである。

しかし、冷静な害の衡量は、錯誤の性質の問題ではなく、同意能力の問題であることに鑑みれば、このような議論に法益関係的錯誤説を基礎付けるための説得力があるかは疑問であろう。

(138) 山中・前掲書（注（2））二一三頁、山口・前掲論文（注（124））一〇三頁以下、佐伯・前掲論文（注（124））六一頁。

(139) ただし、山口説に関しては、山口・前掲論文（注（124））一〇三頁以下参照。また、小林・前掲論文（注（135））三四頁は、財産に対する罪の特殊性を顧慮して、たとえばローソクの効用は誰が吹き消すかにより異なるから、このようなものに関する錯誤（効用を変化させるような錯誤）は、法益関係的錯誤だと解する。しかし、客観的なローソクの効用（火を灯す）は、誰がそれを吹き消したかによって変わるものではなく、ここでは特定人に吹き消させたいというローソクの所有者の主観が評価の対象となっているといえるだろう。ここでいう効用は、客観的なそれではなく、主観的なそれであって、これを法益関係的錯誤というのであれば、アルツトのように、財産犯をその他の罪と同様に扱わない方が適切であるように思われるのである。

(140) 林（美）・前掲論文（注（132））三一頁以下。

(141) 林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」芝原邦爾ほか編「松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻」（一九九八、有斐閣）二四九頁以下。

(142) 上嶌一高「被害者の同意（下）」法学教室二七二号（二〇〇三）八一頁以下。また、曲田統「生命・身体に対する罪における『被侵害者の錯誤と同意』」札幌学院法学二四巻一号（二〇〇七）二七頁以下参照。

(143) 井田・前掲論文（注（2））九一頁以下。なお井田良『刑法総論の理論構造』（二〇〇六、有斐閣）一九一、一九八頁以下も参照。

(144) *Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 48; *Roxin*, in: LK (Anm. (1)), Rdn. 208; *ders.* Einwilligung (Anm. (28)), S. 436ff.; *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 121.

(145) *Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 48; *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 120; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 113f.;

Amelung/Eymann, a.a.O. (Anm. (46)), 944; *Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 31.

(146) ドイツ刑法二四〇条（強要罪）「違法に、暴力又は著しい害悪の脅迫でもって人に行為、許容、若しくは不作為を強要した者は、三年以下の自由刑又は罰金に処する。」

(147) *Lenckner*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 48; *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 120; *Rönnau*, in: LK (Anm. (1)), Rdn. 207; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 113f.; *Amelung/Eymann*, a.a.O. (Anm. (46)), 944; *Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 31.

(148) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 115.

(149) *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 255; *Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 32. レンナウによれば、ここでは同意者は、行為者の介入に財をさらすことをより利益があると考えたのであるから、それを妨げることはこのような同意者にとっての最善の道を妨げることになるゆえに、脅迫に基づく同意は第三者に対しては有効である。

(150) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn. 116.

(151) 注（89）を参照。

(152) Vgl. *Rönnau*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 222ff.

(153) *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (1)), Rdn. 119; *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 292ff.; *Amelung*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 24.

(154) *Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 419ff.

(155) Abw. *Sternberg-Lieben*, a.a.O. (Anm. (57)), S. 531ff. シュテルンベルク・リーベンによれば、ここでは対価に関する条件も許されうる。なぜならば、条件付きの承諾の場合には、異なる条件下での侵害には承諾していない（承諾の不存在）のに対して、対価についての錯誤の場合には承諾が存在するという点で異なっているからである。

しかし、後者の場合にも、対価を受け取ることは、黙示的に定められた同意の条件と解するべきであろう（*Rönnau*, Einwilligung (Anm. (28)), S. 422ff.）。

(156) なお *Arzt*, a.a.O. (Anm. (49)), S. 46. によれば、器物損壊罪の場合には、保護されているのは処分権そのものなので、同意に付与された条件は有効である。

(157) 林（幹）・前掲論文（注（141））二五一頁参照。

(158) 森永・前掲論文（注（28））二二二頁以下。

(159) 町野・前掲書（注（26））二二八頁以下、中野・前掲書（注（26））八四頁参照。
(160) 深町晋也「判批」ジュリスト一三一四号（二〇〇六）一五七頁、山口厚『新判例から見た刑法』（二〇〇六、有斐閣）二三一頁以下、林幹人「判批」判例タイムズ一一八一号（二〇〇五）一一〇頁以下、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一三巻』（第二版、二〇〇四、青林書院）四七四頁〔河上和雄ほか〕、曽根威彦『刑法各論概説』（第三版、二〇〇三、成文堂）一九二頁、岡野光雄『刑法要説各論』（第四版、二〇〇三、成文堂）一九六頁、中森喜彦『刑法各論』（第二版、一九九六、有斐閣）一七八頁、団藤・前掲書（注（3））六六〇頁。
(161) 河上ほか・前掲書（注（160））四八一頁。
(162) 山口・前掲書（注（160））二三二頁以下。
(163) 前田雅英「盗品等に関する罪」研修六六三号（二〇〇三）六頁。また、前田・前掲書（注（3））三四三頁も参照。
(164) 団藤重光編『注釈刑法』（一九七六、有斐閣）五六四頁〔内藤謙〕、団藤・前掲書（注（3））六六〇頁以下、深町・前掲論文（注（160））一五七頁、山口・前掲書（注（160））二三二頁、林・前掲論文（注（160））一一一頁、河上ほか・前掲書（注（160））四八一頁、曽根・前掲書（注（160））一九四頁以下、岡野・前掲書（注（160））一九九頁。
(165) 高山佳奈子「判批」現代刑事法五四号（二〇〇三）六二頁、豊田兼彦「盗品等に関する罪について（三・完）」愛知大学法学部法経論集一五九号（二〇〇三）一九頁以下、西田・前掲書（注（3））二四四頁、曽根・前掲書（注（160））一七六頁、林・前掲論文（注（160））一一五頁。
(166) 今井猛嘉「盗品等関与罪の成否」現代刑事法五七号（二〇〇四）一〇〇頁、松尾誠紀「判批」北大法学論集五四巻五号（二〇〇三）一八七頁以下、山口・前掲書（注（160））二三八頁以下、河上ほか・前掲書（注（160））四八一頁。
(167) 朝山芳史「判解」法曹時報五六巻二号（二〇〇四）三〇四頁。
(168) 木村光江『刑法』（第二版、二〇〇四、東京大学出版会）三四七頁、大谷・前掲書（注（3））三三九頁、前田・前掲書（脚注（3））三四二頁以下。
(169) ドイツ刑法二五九条（Hehlerei）「他人が盗んだ物又は他人の財物に向けられた違法な行為によって獲得された物を買った者又は自身か第三者に手にいれさせた者、若しくは自身か第三者が利益を得るためにそれを売却した又はその幇助をした者は、五年以下の自由刑又は罰金に処する。」

(170) *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Auflage, 2008, §259, Rdn. 1;*Stree*, in: Schönke/Schröder, 2006, §259, Rdn. 1; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 9. Auflage, 2003, §39, Rdn. 1; *Hoyer*, in: SK, 6. Auflage, 2001, §259, Rdn. 1; *Ruß*, in: LK, 11. Auflage, 1994, §259, Rdn. 1; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (1)), §259, Rdn. 1; *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (1)), §10, Rdn. 1; *Wessels/Hillenkamp,* a.a.O. (Anm. (2)), Rdn. 824.

(171) ドイツの贓物罪の詳細は豊田兼彦「盗品等に関する罪について（一）（二）」愛知大学法学部法経論集一五九号（二〇〇二）一頁以下、一六〇号（二〇〇二）八三頁以下を参照。

(172) 本犯助長的性質はドイツ刑法二五七条の犯人庇護罪（Begünstigung）でカバーされることになる。（二五七条一項「違法な行為を犯した他人を、彼に行為の利益を確保させる意図で助力をした者は五年以下の自由刑又は罰金に処する。」）

(173) *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (1)), §10, Rdn. 32.

(174) *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (1)), §259, Rdn. 7; *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (1)), §10, Rdn. 48; *Fischer*, a.a.O. (Anm. (170)), §259, Rdn. 18a; *Stree*, a.a.O. (Anm. (170)), §259, Rdn. 33; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (170)), §39, Rdn. 32; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (170)), §259, Rdn. 29; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (170)), §259, Rdn. 27.

(175) ただし犯人庇護罪や場合によっては恐喝罪、詐欺罪の成立はある。 Vgl. *Kristian F. Stoffers*, Die entgeltliche Rückveräußerung einer gestohlenen Sache an deren Eigentümer durch einen Dritten, Jura1995, 113ff.

(176) *Mark A. Zöller/Karl-Heinz Frohn*, Zehn Grundprobleme des Hehlereitatbestandes (§259 StGB), Jura1999, 384.

(177) 前田・前掲論文（注（163））一〇頁。

(178) 前田・前掲論文（注（163））一〇頁。

(179) なお井田良「盗品等に関する罪」芝原邦爾『刑法理論の現代的展開・各論』（日本評論社、一九九六）二五七頁以下は、盗品等関与罪の処罰規定は「本犯者への犯行後の協力・援助行為を禁止して本犯者を『孤立』させることにより、財産犯への誘因をのぞき、ひいては盗品処理ないし売却等のための非合法的な仕組み（たとえば、ブラックマーケット）の形成を阻止するためのもの（本犯の被害者の保護は規制の反射的効果にすぎない）」とし、本罪の犯人庇護罪的性質を強調しており、本罪の財産犯的解釈に疑問を呈しているようである。また伊東研祐『現代社会と刑法各論』（第二版、二〇〇二、成文堂）二八九頁以下参照。

(180) 平野龍一『刑法の基礎』（一九六九、東京大学出版会）一九八頁参照。

(181) この判例の評釈は、設楽裕文「判批」日本法学七〇巻二号（二〇〇四）号一八七頁以下、東雪見「判批」上智法学論集四七巻二号（二〇〇三）一四九頁以下、上嶌一高「判批」法学教室二七六号（二〇〇三）九二頁、大場亮太郎「判批」警察学論集五六巻六号（二〇〇三）二〇〇頁以下、豊田兼彦「判批」愛知大学法学部法経論集一六一号（二〇〇三）一頁以下、松宮孝明「判批」法学セミナー五七五号（二〇〇二）一一九頁、深町・前掲論文（注(160)）一五六頁以下、林・前掲論文（注(160)）一一〇頁以下、高山・前掲論文（注(165)）五八頁以下、松尾・前掲論文（注(166)）一八六頁以下、朝山・前掲論文（注(167)）二九五頁以下がある。

(182) 平成一四年決定のいう正常な回復が、金銭的な負担の有無のみを基準としているかには争いがあるが、ここではそれに限られるべきではないように思われる。なぜならば、原審で用いられた「無償での返還」という用語が平成一四年決定では用いられていないからである。それゆえ、警察に通報しないことを条件に財物の返還をうけたとしても盗品等関与罪は成立することになる。今井・前掲論文（脚注(166)）九九頁、上嶌・前掲論文（注(181)）九三頁参照。しかし、盗品等関与罪は財産犯であり、判例が財産とは関係ない基準をもちいることを批判する学説も多い。深町晋也「判批」西田ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論』（第六版、二〇〇八）一五一頁、山口・前掲書（注(160)）二三九頁、今井・前掲論文（注(166)）九九頁、東・前掲論文（注(181)）一五六頁参照。

(183) 東・前掲論文（注(181)）一五四頁参照。

(184) 大場・前掲論文（注(181)）二〇七頁参照。

(185) 前田・前掲論文（注(163)）一〇頁参照。

(186) 山口・前掲書（注(160)）二三九頁、朝山・前掲論文（注(167)）三〇五頁。なお被害者自身による取り戻しはいわば自傷行為であるから、構成要件には該当しないことになる。被害者への贓物返還事例に被害者の承諾を当てはめることへの反対は、豊田・前掲論文（注(181)）一五頁参照。

なお、朝山・前掲論文（注(167)）三〇五頁は、違法性の段階で被害者の承諾を考慮するとしているが、本罪が財産犯であることに鑑みると、被害者の承諾は保護法益の存在と表裏一体であって、それゆえ構成要件該当性（法益侵害性）を阻却すると解するべきであろう。

(187) 山口・前掲書（注(160)）二四〇頁。
(188) 深町・前掲論文（注(160)）一五八頁、山口・前掲書（注(160)）二四〇頁参照。
(189) 上嶌・前掲論文（注(181)）九二頁。
(190) 大場・前掲論文（注(181)）二〇六頁。
(191) 深町・前掲論文（注(160)）一五九頁以下。
(192) 今井・前掲論文（注(166)）九七頁。また、深町・前掲論文（注(182)）一五一頁を参照。
(193) 名古屋高判平成一三年一〇月四日刑集五六・六・二七五。

〔付記〕
本稿は北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇七年三月二三日授与）「被害者の承諾～各論的考察」に補筆したものである。

論　説

おとり捜査の研究（四）

――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展開
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、五八巻二号）
第二章　おとり捜査および類似の捜査手法
第一節　アジャン・プロヴォカトゥール（agent provocateur）

第二節　潜入捜査官（Verdeckte Ermittler）
第三節　連絡員（V-Mann, V-Person, V-Leute）および情報提供者（Informant）
第四節　アンダー・カヴァー・エイジェント（under-cover-agent）
第五節　ドイツにおけるおとり捜査の担い手
第三章　ドイツ判例理論
第一節　はじめに
第二節　犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）
　第一款　判例
　第二款　理論の出発点――「既存の犯意の具体化」――
　第三款　評価の視点
　第四款　許されざる犯罪誘発行為の法的帰結
　第五款　検討
第三節　重大な影響（erhebliche Einwirkung）基準
　第一款　判例
　第二款　理論の出発点――「被告人に対する重大な影響」――
　第三款　評価の視点
　第四款　許されざる犯罪誘発行為の法的帰結
　第五款　検討
……（以上、五八巻四号）
第四節　量刑的解決
　第一款　連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決
　第二款　その他の判例
……（以上、五八巻五号）

第三款　量刑説の理論構造
第四款　評価の視点
第五款　最近の判例の問題意識
第四章　ドイツ学説の発展
第一節　はじめに
第二節　証拠禁止説
第一款　学説
ａ　リューダーセンの理論
ｂ　フランツハイムの理論
ｃ　ベルツの理論
ｄ　フィッシャー／マウルの理論
第二款　刑訴法一三六条ａから導かれる証拠禁止の妥当性
第三款　基本権侵害を根拠とする証拠禁止の妥当性
第四款　検討
第三節　刑事訴追権限失効論
第一款　学説
ａ　ブルンスの理論
ｂ　フォートによる批判
ｃ　タシュケによる再反論
ｄ　ゲッセルの理論
第二款　理論の出発点
第三款　他の処理方法との類似性
第四款　検討

第四節　刑事訴訟目的喪失論
第一款　学説
シューマンの理論
第二款　理論の出発点
第三款　評価方法
第四款　検討
第五節　憲法的訴訟障碍論
第一款　学説
a　リースの理論
b　ヒレンカンプの理論
c　ヴォルフスラストの理論
d　ヴォルターの理論
第二款　理論の出発点
第三款　評価方法
第四款　検討
……（以上、本号）
第六節　無罪説（刑罰阻却事由説）
第一款　学説
a　ゼールマンの理論
b　ヴォルターの理論
c　クラウス・ロクシンの理論
d　インメ・ロクシンの理論
e　シューネマンによる批判

f　プッペによる批判
第二款　理論の出発点
第三款　評価方法
第四款　検討
第七節　量刑説
第一款　学説
a　キューパーの理論
b　エルボーゲンの理論
第二款　理論の出発点
第三款　評価方法
第四款　検討
第八節　小括
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

第三款　量刑説の理論構造

以上、連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決（【10】判例）以降の判例を紹介した。これらの判例の共通性は、違法な犯罪誘発行為の法的帰結として量刑による解決を肯定する点にある。【10】判例の第一刑事部の判断は、

少なくとも法律効果に関する議論においてはその後の判例をリードし続け、これが今日でも維持されているのである。【10】判例の理論構造については、先に紹介した通りであるが、以下ではその後の判例が【10】判例における第一刑事部の見解をその後どのように維持し、発展させていったのかみていくことにする。

ところで、【10】判例が登場した後、第二刑事部は、【11】および【12】判例において、違法な犯罪誘発行為の法的帰結として訴訟障碍による解決という見解を維持し続けた(1)。しかし、同刑事部も【13】判例においてこの見解を変更することとなる。第二刑事部も、この事案において【10】判例の見解を前提とする点が見受けられる。特に、訴訟障碍の法的性質に関する部分について、【13】判例は【10】判例の理論を引き継いでいるとみられる。第二刑事部は、犯罪誘発行為が問題となる場合における訴訟障碍の承認の判断は、全体考察や評価と同じ意味を有するとする。そして、このような判断は評価によってはじめて明らかになるため、「実際に手続を妨げるのではなく、基本的には実体判決（Sachurteil）を妨げる」のであるから、訴訟障碍の法的性質に矛盾するというのである。また、第二刑事部は、違法な犯罪誘発行為の法的帰結として訴訟障碍を承認する場合、要件と法的結果の関係が曖昧であること、量刑による処理こそが事案に適合した解決であること、犯罪誘発事例における被誘発者の処罰の問題は正犯性（Täterschaft）の問題と一致することを挙げて、減軽事由の承認による解決が優れていると主張し、判例変更を高々と宣言した。

さて、その後の判例は、変遷なく減軽事由の承認による解決を認めるにとどまるが、これらの判例の理論構造をみておく必要があろう。ここまで【10】判例における第一刑事部の見解、【13】判例における第二刑事部の見解についてみてきたが、どちらかというと訴訟障碍による被告人の不処罰というドラスティックな結果を回避するため量刑による解決を選択するという、いわば消極的な選択による説明が主であった。したがって、これらの判例においては許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠がどの点にあるのかについては、明確かつ十分な説明はなされていない。しかし、許されざ

る犯罪誘発行為の法的帰結を論じる場合、当該行為がどの点で許されないのかが大きく影響してくるものと思われる。これまでにみてきた、「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」および「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準においては、許されざる犯罪誘発行為が人間の尊厳あるいは法治国家原則中の撞着法理に反するため違法となるということが言明されていたのである。この点、【10】および【13】判例以降の判例は、どのように考えているのであろうか。

先にも述べた通り、【10】判例の第一刑事部および【13】判例の第二刑事部は、この点について明確な論証をしているとは見受けられない。ただ、【17】および【21】判例は、特に重大で解明困難な犯罪との闘いのためにアジャン・プロヴォカトゥールの投入は必要であるが、その投入には法治国家的限界が設定されているということを確認している(2)。確かに、違法な犯罪誘発行為の判断方法をみても、被誘発者の嫌疑および既存の犯意を考慮するもの（【17】、【19】、【20】、【21】、【22】、【23】判例）、アジャン・プロヴォカトゥールの重大な影響の有無および働き掛けを考慮するもの（【16】、【18】、【20】、【21】、【22】、【23】判例）などがあり、一見したところ、犯意の具体化理論および重大な影響基準と一部共通する違法性判断が行われているとみることもできる。また、【20】判例の第五刑事部は、「国家的行為の単なる客体におとしめられた」という点を減軽事由として考慮すべきであると述べている。また、同様に【21】判例の第四刑事部も、被誘発者が「国家的行為の単なる客体におとしめられた」点を指摘し、そのように評価される違法が当該事案では刑の免除（Aufhebung）にも達するという。したがって、これらのことから、量刑による解決を主張する連邦通常裁判所の判例も、違法の根拠に関してはこれまでの判例理論と同様に解しているのではないかと考えられる。なお、違法性の判断方法等については、本節第四款「評価の視点」で詳論する。

では、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為が行為者に有利に働く減軽事由となるためには、当該誘発

行為が法治国家的限界を逸脱する場合のみであろうか。判例は、法治国家原則違反を減軽のための必要条件とは考えていないとみるべきであろう。【15】判例の第二刑事部は、「あらゆる働き掛け」が量刑事由として考慮される点を指摘する。また【18】判例の第四刑事部もこのことを指摘した上で、アジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けは量刑の範囲の確定について考慮されるという。つまり、法治国家原則に反するような重大な影響を伴う働き掛けがあった場合はもちろん、そうでなくともアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為は減軽事由として考慮されるというのである。【15】判例で、第二刑事部は、犯意を有する者（Tatbereiter）を責任および刑罰に関与させるという特別な危険の実現を指摘する。そして、「被告人が公共の利益（öffentliche Interesse）においてそのような［責任および刑罰に関与させられるという］危険に曝される場合、この危険は彼にとって更なる減軽事由（Strafmilderungsgrund）として評価されなければならない。」（括弧内は引用者）とする。同様の指摘は、【17】判例においてもみられ、また【18】判例でも「公共の利益のために責任と刑罰に関係させられることの中に存在する減軽事由」が認められている。

以上のことに鑑みると、量刑的処理を図る連邦通常裁判所の判例の理論構成は、以下のようなイメージを浮かび上がらせる。すなわち、許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠として法治国家原則違反あるいは人間の尊厳に対する侵害が挙げられる。このことは、一定の犯罪類型についてはアジャン・プロヴォカトゥールの投入の必要性を認めつつも、法治国家的限界が存在するという指摘、および被誘発者が「国家的行為の単なる客体」におとしめられてはならないという指摘から明らかとなる。ただ、このような反法治国家原則的な犯罪誘発行為でなくとも「あらゆる」犯罪誘発行為が減軽事由として考慮される。なぜならば、被誘発者には可罰的行為に関与させられるという危険が及ぶからである、と。さらに、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為の問題は、正犯性（Täterschaft）の問題と一致するという指摘もある。学説においては、アジャン・プロヴォカトゥールと被誘発者との関係を共犯の議論と関係づけて検討する

のみ考慮されるという見解が正犯性の理論と結び付いたものであるということは、判例からはみてとることはできない。ものもみられる。[3] しかし、可罰的行為に関与させられるという危険性が全ての犯罪誘発行為において減軽事由として

第四款　評価の視点

以上説明したように、許されざる犯罪誘発行為の法的帰結として量刑的解決を狙う判例は、違法の根拠という点では、「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」および「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準と比べてもそれ程独自性はないように思われる。これらの判例を概観したところ、「法治国家」という用語を用いた説明がしばしばなされており、また、対象者を「国家的行為の単なる客体」としてはならない点が指摘されていることからも、違法性の判断基準自体は従来の二つの判例理論と大差ないように感じられる。ただ、この点について附言しておくならば、量刑説に立つ判例は、被疑者の犯意ないし嫌疑を重視する傾向が強く感じられ、判断基準という点では「犯意の具体化理論」と近い理論であるようにも思われる。実際に判例をみてみると、これまで「犯意の具体化理論」および「重大な影響」基準で用いられてきた評価の視点とほぼ同様の視点が用いられていることが分かる。例えば、【20】判例では、被誘発者について、これまで品行方正であり嫌疑も存在しなかった点、また、以前に犯罪を行う気もなかった点が指摘され、他方、アジャン・プロヴォカトゥールについて、被誘発者に対し経済的損失を示し圧力を掛けたり、さらなる犯行継続を拒否する者に対して黒幕の存在を示して脅すことにより、続行を強要したことが指摘されている。また、【22】判例では、過去の判例に依拠しつつ、[4] 働き掛けの性質、強度および目的、被誘発者の犯意（Tatbereitschaft）、アジャン・プロヴォカトゥールの犯行への寄与の仕方および規模、他人（アジャン・プロヴォカトゥール）のコントロールの程度

などが評価の視点として挙げられている。また、実際に被誘発者の側に存在した嫌疑やアジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けの回数など具体的事情を考慮して判断がなされている。【23】判例においても、嫌疑や働き掛けの仕方といった評価の視点が検討されており、特に「単なる参加」にとどまるか否かが適法か違法かの限界とみなされている。

量刑的処理のみを認める判例が以上のような評価の視点を検討課題とする背景には、これらの判例の考える違法の根拠がこれまでの判例理論と大きく変わらない点が存在するように思われる。すなわち、違法か否かは、被誘発者に対して重大な影響が存在したか否か、人間の尊厳に対する侵害があり被誘発者が「国家的行為の単なる客体」におとしめられたか否かで決せられる。だとすれば、その判断において用いられる評価の視点も変わらないということになろう。

ただ、刑訴法一六〇条一項の意味における「初期段階の嫌疑（Anfangsverdacht）」など、これまでには評価の視点として具体的に指摘されてこなかった嫌疑の要件を指摘する判例もある。すなわち、本稿第一章[5]でも検討したが、アジャン・プロヴォカトゥールの投入が具体的な犯罪の発生前に行われる点に関する指摘である。かかる問題は、【17】判例の第一刑事部によって指摘されているが、それまでには明示的に取り上げられてはこなかった点である。以下では、この点を含む最近の判例の問題意識についてまとめておこう。

第五款　最近の判例の問題意識

先に検討したように、アジャン・プロヴォカトゥールの投入に関する一つの問題として、将来の犯罪に対する捜査の許容性という点が挙げられる（本稿第一章参照[6]）。わが国でも、犯罪発生前は予防に努めなければならず（行政警察活動）、訴追に向けた捜査活動は犯罪発生後に行われなければならない（司法警察活動）というのが伝統的な捜査概念、

警察概念であった。この点、大陸法国のドイツではこのような考え方がより一層強まることは想像に難くないし、実際に伝統的区分論は大陸法に由来するものなのだが、だとすればアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為を捜査の範疇に取り込むためにどのような理論構成が必要となるのかが問題となるのである。【17】判例では、被誘発者に対して「相当する犯罪行為を計画しているとかそれに関与しているということについて、すでに刑訴法一六〇条一項の意味における嫌疑が存在するような人物に対してのみ投入が許される」ということが指摘されている。しかも、判断にあたった第一刑事部は、このことを法治国家原則によって設定される適法性の本質的境界線とみなしている。また、【21】判例でも第四刑事部は同様の見解を示している。その他、【13】および【23】判例でも初期段階の嫌疑が問題とされていることが確認できる。このうち【13】判例ではそれ程大きく取り上げられていないが、【23】判例では以下のように述べられている。

「警察のロックシュピッツェルによる影響の強さが犯罪誘発行為（Tatprovokation）にまで達するのであれば、連絡員（ならびに潜入捜査官）が刑訴法一五二条二項および一六〇条において比肩可能なレベルで、すでに行われた犯罪に関与したとか、または将来の犯罪をする準備ができているということについて嫌疑がある人物に対して投入される場合にのみ、犯罪誘発行為は許容される。そのような犯意の存在に関しては、十分な事実的根拠が存在しなければならない。このことは、連絡員の投入が純粋な（犯罪誘発までの）予防的危険防除（präventive Gefahrenabwehr）に役立つのか、あるいはそもそも抑止的性質を有するのかということには左右されない。」

おそらく、【23】判例で判断に当たった第一刑事部は犯罪誘発行為を捜査と理解し、当該犯罪誘発行為が捜査である以上は初期段階の嫌疑が存在しなければならないというのであろう。しかし、初期段階の嫌疑の意味内容に関しては伝統的な理解とは異なるように思われる。すなわち、右の第一刑事部による表現によれば、すでに行われた犯罪に関与し

たことのみならず、将来における犯罪を実行する準備ができているということに関する嫌疑をもアジャン・プロヴォカトゥールの投入条件としているのである。ただ、第一刑事部は、将来の犯罪に関する嫌疑も初期段階の嫌疑に含まれるとは明言しておらず、あくまで刑訴法一五二条二項および一六〇条において比肩可能なレベルでそのような嫌疑が存在することを要件としている点にも注意を払うべきであろう。したがって、初期段階の嫌疑をどのようにみるかは明らかではない。しかしながら、いずれにせよ将来の犯罪行為に関する嫌疑であってもそれが存在する場合にはアジャン・プロヴォカトゥールの投入は認められるという点で、伝統的な抑止と予防の理解とは異なる見解を示しているようにも思われる。しかも、アジャン・プロヴォカトゥール、連絡員および潜入捜査官の投入が、犯罪予防のために行われるのか犯罪抑止のために行われるのかは問題ではないとする点にも留意しておかなければならない。すなわち、第一刑事部は、危険防除目的ではなく犯罪抑止目的の場合であっても、将来の犯行に関する嫌疑が存在する場合において、アジャン・プロヴォカトゥール等の投入が認められることを明言しているのである。

本稿第一章では、学説において、フィッシャー／マウル（Fischer/Maul）およびレッシュ（Lesch）らが初期段階の嫌疑（Anfangsverdacht）をアジャン・プロヴォカトゥール投入の要件として挙げている点を指摘した。そして、本稿は、そのような主張の背景には、おとり捜査が対象者の外部的行為に向けられたことを担保する要件として、初期段階の嫌疑が用いられている可能性があることを示唆した。判例のいう「将来の犯罪をする準備ができているということについて嫌疑がある」という要件についても同様のことが考えられるのであれば、伝統的な捜査概念との関係上一定の説明はつくように思われる(7)。

次に、これまであまり触れられてこなかった問題としてアジャン・プロヴォカトゥールの行為の国家への帰責可能性の問題があった。この点については、【2】判例の第一刑事部が「国家に帰責されるべき法律違反」という表現を用い

て以降、多くの判例が同様の表現を用いている。[8] しかしながら、アジャン・プロヴォカトゥールによる許されざる犯罪誘発行為の責任が国家に及ぶかという意味での帰責性の問題は、これまで判例ではほとんど論じられてこなかった。この種の議論は学説において散発的には論じられてきたが、[9] どのような場合に国家への帰責性が認められるかという点について連邦通常裁判所の判例が論じたのは【23】判例における第一刑事部がはじめてであった。この点について、第一刑事部は以下のように述べている。

「許されざる犯罪誘発行為は、それが連絡員の指導という点で責任を負う公務員が認識している状況で行われた場合、あるいはいずれにせよ連絡員がこれを阻止することができた場合には、公正な手続の保障を考慮して国家に帰責されなければならない。警察が連絡員に任務を与える場合、警察はこの人物を監督する機会と義務を有する。そこから生じる帰責性の例外は、警察が連絡員の誤った行為を考慮に入れることができない場合にのみ、妥当しうる。」

第一刑事部はこのように述べることで、アジャン・プロヴォカトゥールが関与する多くの犯罪誘発行為が国家に帰責されることを明らかにしたといえる。実際、【23】判例においても、アジャン・プロヴォカトゥールとして活動していた連絡員（V-Mann）は警察から密に指導を受けていたため、警察に当該犯罪について帰責性が認められた。アジャン・プロヴォカトゥールが投入される場合、警察の指揮監督の下で行われるのが普通であろうから、たいていの場合は当該犯罪について国家への帰責性は認められることになると思われる。

また、多くの場合においてアジャン・プロヴォカトゥールとして投入されるのは連絡員であるが、これらの者の供述と伝聞（Hören-Sagen）証拠との問題もある。実際に、【17】判例の事案においてこのことが問題となった。本稿では、「犯罪誘発→検挙」の形をとる捜査をおとり捜査と位置付け、ドイツにおいてこれを担う者をアジャン・プロヴォカトゥールと定義した。他方、「犯罪組織への潜入→情報収集」を担う主体を潜入捜査官および連絡員と定義した。したがって、

アジャン・プロヴォカトゥールとして投入された人物であっても犯罪情報の収集とその供述に関する問題は、潜入捜査の問題ということになり、本稿の射程から外れる。[10] この点については他日に期すこととする。

第四章　ドイツ学説の発展

第一節　はじめに

以上、判例理論の変遷について見てきたが、そもそもドイツにおいてアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発型捜査の手続法的問題点が最初に論じられるようになったのは、学説においてであった。学説においてアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為の手続法的問題点について正面から取り組んだのは、一九七五年のリューダーセン（Lüderssen）[11]の論文であった。それまで議論の中心は、実体法の領域におけるアジャン・プロヴォカトゥール本人の教唆犯としての罪責であったが、リューダーセンは、基本法一条一項によって保護される人間の尊厳（Menschenwürde）、基本法二〇条の規定する社会国家理念、および刑訴法一三六条aによって禁じられる尋問方法との関係でアジャン・プロヴォカトゥールの犯罪誘発行為の手続法的違法性を論じた。このリューダーセンの論文が登場して以降、判例においてもアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為の手続法的問題に関する議論が活発化していったといえよう。

他方、近年、特に一九九〇年代以降アジャン・プロヴォカトゥールの犯罪誘発行為に関する議論の中心は変化してきているといえる。すなわち、許容される犯罪誘発行為の限界設定に関するものは減少し、そのような許容限界が踏み越えられた場合の法律効果を論じるものが多くみられるようになってきたのである。しかしながら、ドイツにおける犯罪

誘発行為の違法性判断に関する議論は一九八〇年代を中心に活発に行われており、わが国にはみられない議論の発展を目にすることができる。また、一九八〇年代の議論そのものもさることながら、今日でも――量的な減少はあるものの――当時の議論を礎にした議論があらためて展開されている。特に、近年わが国においても指摘されるようになってきたおとり捜査の捜査としての性質に関する問題については、一九八〇年代以降今日でも議論の蓄積をみることができる。

このような趣旨から、本章ではドイツにおける議論を比較法の対象とするわけだが、本節では、前出の判例理論との対応関係を中心にドイツ学説の紹介を行いたい。

第二節　証拠禁止説

学説において最初に登場したのが証拠禁止説であった。違法な犯罪誘発行為の法律効果が捜査手続における問題であることに鑑みれば、手続法的解決として証拠禁止説が最初に登場したことは当然の帰結かもしれない。証拠禁止説を主張した論者としては、リューダーセン（Lüderssen）、フランツハイム（Franzheim）、ベルツ（Berz）が挙げられる。いずれも、一九七〇年代から一九八〇年代初頭にかけて、証拠禁止説を主張しており、法律効果に関する議論としては初期の頃のものという位置付けもできよう。しかし、先にも触れた通り、証拠禁止を主張する学説はその後ほとんどみられなくなる[12]。おそらく、学説がこのような傾向を示した背景には、実質論として、違法な犯罪誘発行為によって刑事手続に関与させられる者に対して処罰の可能性を残す点に不備を感じたためではないかと考えられる。後に訴訟障碍説および無罪説について検討する際に明らかになるが、証拠禁止説が支持できない理由を明確にするためにも、リューダーセンらによって主張された証拠禁止説の内実がいかなるものであったのかをここで示しておく。また、証拠禁止説を主

張するフランツハイム、ベルツについても順に紹介する。

第一款　学説

a　リューダーセン（Lüderssen）の理論

先に指摘した通り、リューダーセンは、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為の違法性について訴訟法的観点から論じた最初の論者である。許されざる犯罪誘発行為の法律効果に関して彼の示した理論の大枠は、以下のようなものである。すなわち、リューダーセンは、まずアジャン・プロヴォカトゥールの行為が実体法上犯罪構成要件を満たす場合、直ちに訴訟法に反するとして、この類型を適法な犯罪誘発行為のカテゴリーから除外する。というのは、構成要件に該当するアジャン・プロヴォカトゥールの行為は、刑訴法の規定に明文をもってこれを許容するものが存在しないためである。[13] ただ、アジャン・プロヴォカトゥールの行為が構成要件に該当する行為でなければ全て許容されるわけではない。そこで、リューダーセンは刑訴法一三六条aの禁じる「欺罔（Täuschung）」という概念を持ち出す。すなわち、構成要件に該当しない行為でも法的に疑わしい（犯罪誘発の）行為類型を刑訴法一三六条aによってカバーするのである。つまり、彼の議論の大きな流れは以下のようになる。まず、許されざるアジャン・プロヴォカトゥールの活動は刑訴法一三六条aの禁じる「欺罔」に該当し、そこから証拠禁止が認められる。以下では、このようなリューダーセンの理論をより詳細にみていこう。

リューダーセンの理論の中心は明らかに刑訴法一三六条aを根拠とする点にある。つまり、構成要件に該当するアジャン・プロヴォカトゥールの行為がここでの議論の中心なのではなく、構成要件には該当しないが手続上疑わしい

誘発行為をどのようにして違法とするのかが問題となる。彼はこのような類型に含まれる誘発行為を、禁じられる尋問の一類型として「欺罔」を掲げる刑訴法一三六条a一項を援用し、違法とみなすのである。条文から明らかなように同規定は直接的には尋問に関する規定であるが、リューダーセンはシュミット（Schmidt）の見解[14]に依拠しつつ、この規定は「その体系的な地位を超えた広い意味内容を有」し、そのために盗聴および嘘発見器の使用などその他一連の疑わしい捜査手法について検討する場合に用いられてきた、という。[15]このような前提をとるならば、許されざるアジャン・プロヴォカトゥールの行為を検討する場合にも同条項の適用は可能であることになる。リューダーセンは、より具体的にいうと、被誘発者にとってアジャン・プロヴォカトゥールの任務が明らかであった場合、被誘発者は関わり合いにはならなかったであろうという点を重視し、この点で欺罔が問題となるとする。[16]そして、特に「一定の手続のために必要な嫌疑が全く存在しない場合」に、このことはより一層妥当することを指摘する。さらに、このような議論は、欺罔の結果が証拠物の提示ではなく行為そのものであることによりさらなる改善を受け、この点で、誘発行為と結びついた犯罪予防に対する刑訴法一三六条aの適用可能性が支持されるというのである。[17]

以上のように、リューダーセンは刑訴法一三六条a一項の適用範囲が尋問以外の手続的行為にも及ぶことを前提としつつ、これに反するような誘発行為が行われた場合は同三項第二文の証拠使用禁止を認める。

また、彼は刑訴法一三六条aを根拠とする証拠禁止のみならず、憲法的視点からみた証拠禁止をも指摘する。すなわち、許されざるアジャン・プロヴォカトゥールの活動の違法の本質を、他人を不法（Unrecht）の中に巻き込み罪責と刑罰（Schuld und Strafe）に導く点に見出し、この点が基本法一条一項および同二条一項に反すると指摘する。まず、基本法一条一項についてリューダーセンは以下のようにいう。すなわち、「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重して保護することは、あらゆる国家権力の義務である」、と。したがって、倫理神学的（meraltheologisch）見

解が今なお有効であれば、「罪への誘惑は精神の謀殺（Seelenmord）である」ため、許されざるアジャン・プロヴォカトゥールの活動は基本法一条一項に反するという。[18] 次に、基本法二条一項については、同規定が「自由な人格発展の権利（Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit）」を保障するものであることを確認しつつ、以下のようなレス（Less）の見解を示す。[19] すなわち、扇動者（Anstifter）は、「他人の人格の尊重を侵害する……［つまり］他人の意思の動機付けを禁止行為へと向けさせることで、彼は自由な人格の発展を侵害するのである」（括弧内は引用者）、と。[20] さらにリューダーセンの指摘する憲法的示唆は、基本法一条一項および同二条一項にとどまらず同二〇条の規定する「社会国家（Sozialstaat）」および「社会的連帯の理念（Idee einer Solidarität）」にも敷衍する。これらの概念は、人間の強い社会間の絆を説くものである。つまり、人は他人を必要とするため、その枠組みにおいては各人が他人のことについても社会的共同責任を負う、ということがここから導かれるというのである。したがって、この意味で基本法一条一項の人間の尊厳および同二項の自由な人格発展の権利は、もはや「完全に独立した人間」を前提とはしないことになる。以上のように述べて、リューダーセンは、もし他人を不法へ巻き込むのであれば、それは先に述べたような意味から基本法一条一項および同二項に対する違反となるとともに、社会国家理念にも反することになる、と説くのである。[21]

このようにリューダーセンは、許されざるアジャン・プロヴォカトゥールの行為の法的帰結として、刑訴法一三六条aの類推適用から導かれる証拠禁止と基本権侵害を根拠とする証拠禁止の二つの類型が存在することを示した。

ところで、リューダーセンの主張するこのような証拠禁止が、いかなる性質を有するものかというのもまた一つの問題となる。すなわち、かかる証拠禁止が「波及効（Fernwirkung）」を伴うものであるか否かという問題である。この点、リューダーセンは、ドイツでは厳格な意味での「毒樹の果実理論」が存在しないので、証拠禁止が波及効を

有するか否かは非常に議論の余地があるとしつつも、最終的に波及効を承認する。[22] つまり彼によれば、かなり包括的な証拠禁止が承認されることになるのだが、この点シューマン（Schumann）による分析によれば、このような波及効を伴う証拠使用禁止（Beweisverwertungsverbot）からは実質的には訴訟障碍と同様の効果が生じるとされる。[23]

以上のようなリューダーセンの理論構成に対しては、特に刑訴法一三六条a一項は、尋問（Vernehmung）に適用されるべき規定であるが、これが容易に思い浮かぶ。まず、刑訴法一三六条a一項は、尋問（Vernehmung）に適用されるべき規定であるが、これが果たしてリューダーセンの主張するように「体系的な地位を超えた広い意味内容を有する」といえるのか、という批判である。[24] また、同規定の禁じる「欺罔」を用いた尋問についても、欺罔の意味についてより厳格な解釈を行う論者も存在する。すなわち、刑訴法一三六条a一項の意味における欺罔とは、意思決定の自由および意思活動の自由を侵害する欺罔のみに妥当し、例えば、被告人に対して彼の共犯者がすでに自白したとか、もう証拠は十分に揃っているなどと述べて自白をさせられる場合に限定されるというのである。[25]

なお、憲法的根拠から証拠禁止を導く見解は後にフランツハイムおよびベルツによっても主張されているので、以下これらの論者の見解をみていくことにする。

b　フランツハイム（Franzheim）の理論

同様に、証拠禁止説を主張する論者としてフランツハイムが挙げられる。彼は、違法なアジャン・プロヴォカトゥールの行為は基本権侵害に基づく証拠禁止を導き、この証拠禁止は波及効を伴うとする。同様の構成はリューダーセンによってすでに示されていたわけだが、フランツハイムはまずリューダーセンによるこのような理論構成が理論上根拠付けられうるものであるか否かが、なお吟味されなければならないとする。この点、判例が、侵すことのできない

人格の中核領域（基本法一条一項および同二条一項）が捜査によって侵害される場合には、法定の証拠禁止と並んで法定されていない証拠禁止を基本権から演繹してきた点を指摘する。そしてフランツハイムも、刑事訴追機関による犯罪行為の誘発が人間の尊厳を侵害することを挙げる点ではリューダーセンと共通するものの、その背景となる視点について彼とは異なるものが示されている。すなわち、フランツハイムは、有罪を導くために被誘発者が国家的行為の単なる客体におとしめられるため、彼の人間の尊厳が侵害されるとする。そして、「市民の人格権（Individualrecht）に対する侵害が、刑事訴追における国家的共同体の利益（Interesse der staatlichen Gemeinschaft）よりも高く評価される場合」、証拠獲得禁止および証拠使用禁止は基本権から導かれうるという。つまり、人権侵害および手続違反に対する非難を受けるのであるから、証拠禁止は波及効を伴うというのである。[26] フランツハイムは、被告人は無罪にされる必要はなく、そのような証拠使用禁止が訴訟障碍に匹敵するということを理由なしに認める結論を引き出さない点でリューダーセンと見解を異にする。

c　ベルツ（Berz）の理論

さらにベルツは、フランツハイムと同様に、連絡員による犯罪誘発行為について、憲法的規定――すなわち、基本法一条一項、同二条一項、同二〇条三項――に対する違反を指摘する。そして、そのような憲法的証拠禁止（verfassungsrechtliches Beweisverbot）は、警察のアジャン・プロヴォカトゥールの行為が既存の犯意を有する被疑者に対してではなく、これまで疑いを掛けられたことのない者に対して行われた場合は、いずれにせよ承認されるという。[27] そして、そのような証拠禁止の結果は、手続において誘発された行為全体が考慮されてはならないということになるという。つまり、犯罪行為に対するそれぞれの嫌疑（jeder Verdacht）が欠けており、それゆえ、訴えの提

起のための十分な根拠（刑訴法一七〇条一項）は存在しないという。その結果、このこと（および刑法二〇三条の私的領域の秘密）に鑑みて、証拠使用禁止は実質的に訴訟障碍（Verfahrenshindernis）の効果を有する、という。

d　フィッシャー／マウル（Fischer/Maul）の理論

フィッシャーとマウルも、アジャン・プロヴォカトゥールによる許されざる犯罪誘発行為に対する法律効果として証拠禁止を主張する。彼らは、過去の連邦通常裁判所の判例[28]を根拠に、証拠獲得禁止から必然的に証拠使用禁止が導かれるわけではないことを認めつつ、さらに証拠禁止が導かれる根拠を以下のように説明する。すなわち、「嫌疑のない者（Unverdächtige）に対するアジャン・プロヴォカトゥールの投入の場合に存在するような、基本法一条一項と結びついた同二条一項によって保護されるべき人格権の中核領域に対する重大な侵害においては、秘密裏なテープ録音や警察による住居内の監視および盗聴という手段の投入の場合のように、［中略］基本法から直接的に証拠利用禁止が生じる」[29]とし、最終的に包括的証拠使用禁止を認める。

以上、証拠禁止を主張する論者の見解についてみてきた。このように違法な犯罪誘発行為の法的帰結として証拠禁止を導く見解の多くは、犯罪誘発行為の手続法的問題性が議論されるようになり始めた時期に主張されていたことが確認される。一九九〇年代に入ってからも、先に紹介したフィッシャー／マウルによる論稿が証拠禁止による解決を支持しているが、概ね一九八〇年代中期以降は証拠禁止による処理を主張する学説はみられなくなっていったといえよう。むしろこの時期以降、学説の多くは量刑による処理で十分であるとする判例に対抗する形で、なにがしかの不処罰処理を主張するようになっていった。この点、証拠禁止による処理を支持する見解のいずれをみても、不処罰処理と同様の効

果が期待できることはすでに確認してきた通りである。すなわち、ここで主張される証拠禁止は波及効を伴う包括的証拠禁止であるため、実質的には訴訟障碍と同様の帰結が導かれると考えられるためである。ただ、学説の多くが証拠禁止による処理を支持してこなかった要因は、そこから導かれる効果ではなくその理論構成にあったといえよう[30]。そこで、以下では証拠禁止説に対する批判について紹介しておくことにする。

リューダーセンの理論を紹介した際にも多少触れたが、まず容易に想像できる批判は、刑訴法一三六条aを根拠とする証拠禁止に対するものである。すなわち、刑訴法一三六条aをアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発事例に用いることは、同規定の適用範囲を超えているのではないかと考えられるためである。以下、刑訴法一三六条aによる証拠禁止を否定する見解についてみておこう。

第二款　刑訴法一三六条aから導かれる証拠禁止の妥当性

このような刑訴法一三六条aに基づく証拠禁止の理論構成に対しては、まず、同規定が直接的には「尋問（Vernehmung）」についてのみ規定したものである点が指摘される。ここで改めて同規定をみてみよう。

刑訴法一三六条a

一項　被疑者の意思決定および意思活動の自由は、暴行、疲労、傷害、薬物の投与、苦痛、欺罔または催眠術によって侵害してはならない。強制は、刑事手続法（Strafverfahrensrecht）が許容する限度でのみ、これを用いることができる。刑事手続法の規定により許容されていない処分をもって強要することおよび法律に規定されてい

ない利益を約束することは、いずれも禁止される。

二項　被疑者の記憶力あるいは思考能力を侵害する手法は、許されない。

三項　一項および二項の禁止は、被疑者の同意に関係なく効力を有する。この禁止に反して行われた供述は被疑者がその使用に同意している場合であっても、これを使用することは許されない。

この点、シューマン（Schumann）は、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発事例において一三六条aを持ち出すことは、「その制度的位置付けを遙かに超える意義を有することになるのではないか」として疑問を投じる。[31] さらに、ボウヨンク（Boujong）によれば、同規定は「その他の証拠獲得ではなく尋問にのみ」適用されるとする。[32] したがって、尋問が問題となる以上供述（Aussage）の獲得が問題となるわけだが、[33] 犯罪誘発が問題となるアジャン・プロヴォカトゥールの投入の場合においては負罪行為そのものが問題となるのであり負罪供述が問題となるわけではない。[34] おそらく、このような理解の背後には同規定が刑事訴訟法典の第一編第一〇章に存在し、この章は被疑者および被告人の尋問に関する規定がおかれていることと関係していると思われる。[35]

ところで支配的見解によれば、刑訴法一三六条aは、基本法一条一項の人間の尊厳および同二条一項の自由な人格発展の権利を具現化したものであるとされる。[36] したがって、同規定から刑事手続全体に及ぶ原理を導き出すことも可能かもしれない。おそらくリューダーセンの主張する同規定の「体系的な地位を超えた広い意味内容」というのは、このような理論的背景を有するものであると思われる。[37] しかしながら、学説の多くはこのようには考えない。

ただ仮に、刑訴法一三六条aの適用範囲が尋問に限定されないとしても、これとは別の視点から同規定を根拠とする証拠禁止にはなお克服しがたい障壁が残る。ここで問題となるのが「欺罔（Täuschung）」の意義である。アジャン・

プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為が問題となる場合に刑訴法一三六条aを適用する見解は、アジャン・プロヴォカトゥールの真実の身分が対象者に明らかとなっていない点を重視する。すなわち、被誘発者にとってアジャン・プロヴォカトゥールの任務が明らかであった場合には関わり合いにはならなかったであろうという点が、欺罔禁止に抵触するというのである。しかしながら、この点に対しても多くの学説が否定的な態度をとる。なぜならば、それら学説は単に真実を明らかにしなかったことだけでは、刑訴法一三六条aの意味における欺罔に当たらないと考えるからである。[38] 判例もこの見解に立つ。すなわち、同規定にいう欺罔とは、意思決定の自由および意思活動の自由（Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung）が著しく制限されてしまうような状態をいうのであって、例えば被疑者に対して共犯者がすでに自白しているとか、もう証拠は十分に揃っているなどと述べて自白をさせられる場合を想定しており、[39] そのため、ここで問題となる欺罔は被疑者の決定の自由がドラスティックに狭くさせられてしまうような場合のみを想定していることになる、と。[40] プッペ（Puppe）はこの点をさらに詳しく描写する。すなわち、刑訴法一三六条aの適用を受ける欺罔とは、同規定に挙げられているその他の手段――暴行、疲労、傷害、薬物の投与、苦痛および催眠術[41]――と同様に強制の効果を有するものだと理解されるのである。

さらにシューマンはこのような見解を支持しつつも、ここで問題となる欺罔が法的状況に関して本質的であったか否かという基準を示す。すなわち、供述の自由が侵害される場合とは証拠状況（Beweislage）あるいは法的状況（Rechtslage）の本質的な点について欺罔がなされ、ひいては強制と同様の状況が生み出される場合である、という。そして、扇動行為（Anstiftung）に従うかどうかは、構成要件に該当する違法を行うかどうかという行為者に委ねられた決定に鑑みれば、行為者に法的にみて重要な全ての視点は認識されていたし、――このような視点から[42]――不利な証拠を提出する意思がどの程度あるかということは完全に行為者に委ねられていたと指摘する。

またインメ・ロクシン（Imme Roxin）は、潜入捜査官による情報収集活動を認める組織犯罪対策法を根拠に、刑訴法一三六条aの適用を否定する独自の見解を以下のように展開する。

「組織犯罪対策法は潜入捜査官の投入が許容されることを出発点としている。特定の状況における彼らの潜入は情報の獲得に役立つ。またそのような状況においても、投入の対象者は彼らが警察の情報提供者（Informant）であることを知らない。この対象者も、会話の相手が潜入捜査官であることを認識していれば情報を提供しないだろう。つまり、このような捜査対象者は、被誘発者と同じ規模で欺罔されている。このような欺罔は立法者によって正当化されている。」

このようなインメ・ロクシンの議論は、具体的には刑訴法一一〇条a以下の規定を念頭に置いたものである。確かに、組織犯罪対策法によって新たに導入されることとなった刑訴法一一〇条a以下の規定は、一定の条件下で潜入捜査官の投入を認める。ただ、刑訴法に授権根拠があるからといって、それだけであらゆる問題が除去されるわけではない。学説においても、潜入捜査官の情報収集活動の問題を指摘する見解は多くみられる[43]。したがって、刑訴法一三六条aの適用を否定する理論構成のうち、インメ・ロクシンによるこのような見解が妥当といえるかは、さらなる検討の余地を残しているといえよう。

第三款　基本権侵害を根拠とする証拠禁止の妥当性

以上、刑訴法一三六条aを根拠とする証拠禁止の妥当性についてみてきたが、少なくとも同条の適用可能性とそこでいう「欺罔」の意義に鑑みると、これをアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発の場合に利用することは困難で

あるように思われる。ただ、許されざる犯罪誘発行為に対して証拠禁止による解決を主張する場合も、刑訴法一三六条aの規定を経由せずに基本権侵害から直接的に証拠禁止を導くことも可能であろう。以下では、基本法一条一項および同二条一項に対する違反から直接的に導かれる証拠禁止の可能性について検討を加える。

基本権侵害から証拠禁止が導かれることは、すでに確認されている命題である。[44] したがって、ここで問題とされる基本法一条一項および同二条一項が証拠禁止を明文で規定していないからといって証拠禁止が導かれえない理由とはならない。そこで基本権侵害に基づく証拠禁止に対する批判として容易に思い出されるのは、そもそも基本権侵害が存在しないという主張である。シューマンは、基本権侵害に基づく包括的証拠禁止の可能性について批判的な検討を行っている。彼は、人格権侵害に基づく証拠禁止についてレス（Less）[45]とトレッヒセル（Trechsel）[46]の見解を引き合いに出し、アジャン・プロヴォカトゥールによる教唆（Anstiftung）[47]が正犯（Haupttäter）の人間の尊厳の侵害に当たることを根拠付けうると考えられるとしつつも、最終的にこれを否定する。すなわち、教唆に従った正犯は法的意味において自由な決定を行っており、また、行為者が享受する社会的尊重（soziale Achtung）を危険に曝したのは教唆者ではなく行為者自身であるというのである。したがって、行為者は犯罪誘発行為によって人間の尊厳および基本法二条一項に基づく権利、つまり自らの自由処分に委ねられている権利について侵害を受けたということは問題にならない、と。[48]

また、インメ・ロクシンは次のような主張を行っている。まず、基本法一条一項の保障する人間の尊厳に対する侵害の有無については、刑法理論における間接正犯（mittelbare Täterschaft（刑法二五条一項））の理論を引き合いに出し、これまでアジャン・プロヴォカトゥールが直接の実行者とみなされた事例はないことを指摘する。つまり、間接正犯の場合に照らして、アジャン・プロヴォカトゥールが直接の実行者であり被誘発者が道具となっているという状況は認められないという。したがって、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発事例においては被誘発者は国家の道具と

はなっていないので、刑法的視点からみて国家的行為の客体とはなっていないというのである。[49]

さらに、インメ・ロクシンは、支配的見解が刑訴法一三六条aを基本法一条一項を刑訴法において具体化されたものとする点を指摘して、同規定との関係で以下のような見解を示す。すなわち、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発の場合には例外的な場合を除いて強制は問題とならず、欺罔のみが問題となる。しかし、リューダーセンやベルツらによるこのような問題意識は、意思決定の自由および意思活動の自由に対する侵害ならびに人間の尊厳の侵害を主発点としているが、誘発者が実はペテン師であり、したがって被誘発行為は発見されず処罰されないという錯誤に基づく推論は、基本法一条一項の枠内においては保護すべきではない、とする。[50]また、基本法二〇条の社会的連帯を根拠とする見解に対しても、社会の不統一（Desintegration）が行われる場合、つまり嫌疑のない者が犯罪行為をするように指示される場合は許されないが、それは基本法一条一項の侵害があるからではなく、明文の授権根拠がないからだという。そして、違法な薬物取引においては、取引関与者はあらかじめ相手方との間には信頼関係がないのであり、社会的連帯の概念は及ばないという。[51]

また、基本法二条一項にいう自由な人格発展の権利に対する侵害を根拠とすることの可否についても、インメ・ロクシンはこれを否定する。彼女はここで情報自己決定権について見解を示したいわゆる国勢調査判決[52]を引用する。この判決において連邦憲法裁判所は、情報自己決定権の存在を認め、自己の個人データを放棄するか利用するかについては原則として自ら決定することができるとした。これは基本法一条一項と結び付いた二条一項から導かれる基本権とされる。インメ・ロクシンは、国勢調査法は自己情報の放棄を義務付けていたが、犯罪誘発行為の場合はそうではない点を指摘する。つまりアジャン・プロヴォカトゥールによる誘発の場合では、被誘発者はそれにより自らに罪責を負わすことになる犯罪行為を行ってはならないのであり、犯罪行為を挙行するか否かの選択肢は被誘発者自身に存在したという。

加えて、ほとんどの事案ではアジャン・プロヴォカトゥールは被誘発者にとって他人であったり、あるいは特に親しい人物ではなく、したがって私的生活領域が犯されたとみることはできないとする。そのため、一般的人格権（allgemeiner Persönlichkeitsrecht）は侵害されたとはいえず、この意味からも基本法二条一項違反は問題とならないという。(53)

以上のような議論を展開し、インメ・ロクシンはアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発の場合においては基本権侵害は存在しないという。したがって、彼女のこのような理論は、証拠禁止説とともに訴訟障碍説の批判にも繋がることになる。ただ、このような彼女の理論が支持しうるものであるか否かはなお検討の余地を残す。このような反論を考慮しつつ、許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠としてかかる基本権侵害を観念しうるか否かについては、後に十分な検討を行う。

では、仮に基本権侵害を許されざるアジャン・プロヴォカトゥールの活動の根拠とすることができるのであれば、これを根拠に証拠禁止説を支持することができるのであろうか。だとすれば、同じく基本権侵害を根拠とする訴訟障碍説との差異はどの点に求められるのであろうか。この点について検討する必要がある。

刑訴法一三六条aを持ち出さないフランツハイム、ベルツ、フィッシャー／マウルらの見解をみると、以下のような筋道を辿ることが明らかとなる。まず、許されざるアジャン・プロヴォカトゥールの活動に基本権侵害が認められる点を出発点とする、そして、そこから波及効（Fernwirkung）を伴う包括的証拠禁止を導く。この包括的証拠禁止は派生証拠の使用も禁じるため、実質的には訴訟障碍と同等の効果が期待できる。おそらく、証拠禁止説を唱える論者は、ここでいう証拠禁止が単なる当該証拠の使用禁止にとどまるものではなく、包括的証拠禁止となることで実質的には訴訟障碍の承認といったようないわば不処罰的処理が期待できることを想定している。したがって、結果は訴訟障碍説と変

わらなくなるわけだが、そうすると基本権侵害から直接的に訴訟障碍を導くのではなく、なぜ証拠禁止を経由してその結果訴訟障碍と同等の効果を求めなければならないのか、その必然性に疑問を残す。

第四款　検討

以上みてきたように、特に初期の頃の学説においては、違法な犯罪誘発行為の法的帰結として証拠禁止による処理を求めるものがみられた。これらの学説は、刑訴法一三六条ａを根拠として証拠禁止を導くものと、基本権侵害を根拠とする証拠禁止を導くものとの二つに大別できることが明らかとなっている。まず、刑訴法一三六条ａを根拠とする証拠禁止については、条文の内容が「尋問（Vernehmung）」と「供述（Aussage）」を対象とするものであるため、「犯罪誘発行為（Tatprovoziehung）」とその結果として生じる「行為（Tat）」との関係にまで同規定の射程が及ぶかはかなり疑わしい。また、一三六条ａの意味する「欺罔（Täuschung）」に、犯罪誘発行為の際に用いられる欺罔まで含まれるということも疑わしい。この点はすでにドイツ学説において指摘されてきた点である。では、基本権侵害に基づく証拠禁止という理論構成はどうだろうか。インメ・ロクシンは、「国家的行為の単なる客体」として取り扱われる状況というのは、被誘発者がアジャン・プロヴォカトゥールの「道具」となっているような場合を指すという。しかし、犯罪誘発が問題となる事案においてはそのような状況は存在しないため、人間の尊厳に対する侵害はないと考えている。これは、おそらく間接正犯（mittelbare Täterschaft）を念頭に置いた議論であることがうかがえる。したがって、彼女は、「国家的行為の単なる客体」とされることを、間接正犯における「道具」とされることと同質のものであると考えていることが明らかである。しかしながら、この両者は質的に同様のものであるといえるのであろうか。確かに、間接正犯の場

合における道具となった者は、単なる客体として扱われたということができよう。しかし、単なる客体として取り扱われることは必ずしも「道具」とされることに限定されないのではないだろうか。つまり、国家的行為の単なる客体とされることは、他人の道具とされることよりも広い概念であるように思われるのである。「国家的行為の単なる客体」という表現を用いたのはフランツハイムであったが、基本法一条一項および同二条一項違反を違法の根拠とする論者は、リューダーセン、ベルツ、フィッシャー／マウルらであった。リューダーセンは、犯罪誘発行為の違法の根拠を「社会的崩壊の状況（Zustand sozialer Desintegration）」あるいは「法的共同体との分裂（Zwiespalt mit Rechtsgemeinschaft）」へ被誘発者を巻き込むことと関連付け、この点において被誘発者の人間の尊厳は侵害されているという[54]。その後、フランツハイムは基本法一条一項および条一項によって保護される人格の中核領域に対する侵害を指摘し、有罪を導くために被誘発者が「国家的行為の単なる客体」におとしめられるため、人間の尊厳が侵害されると述べた。さらに、ベルツ、フィッシャー／マウルは、このような基本法の規定に対する侵害の所在を、「嫌疑（Verdacht）」の欠如に求めた。つまり、「嫌疑のない者（Unverdächtige）」に対してアジャン・プロヴォカトゥールが投入される場合には、基本法一条一項と結びついた同二条一項によって保護されるべき人格権の中核領域に対する重大な侵害が存在することになるという。すなわち、嫌疑のない者を被疑者として取り扱うことの中に、重大な人格権侵害が存在するというのであり、インメ・ロクシンのいうように他人の「道具」として取り扱われることに限定されないのである。その意味で、両者の見解には齟齬があり、そもそも「人間の尊厳」という概念がどのような広がりを有するのかが問題となる。

以上証拠禁止説を支持する学説について検討を加えたが、学説の多くは何等かの形での不処罰処理を支持する。そして、許されざる犯罪誘発行為に基づく不処罰処理は、訴訟障碍による手続打切りと無罪判決のいずれかによる処理に大

別できる。インメ・ロクシンによる訴訟障碍説の分析では、まず、学説において広く支持されている訴訟障碍説は、国家刑罰権（staatlicher Strafanspruch）の失効に基づくもの[55]、および矛盾に満ちた国家的行為（widersprüchlicher Staatlichen Verfahrens）に基づくものとに大別でき[56]、さらに法治国家原則違反からも訴訟障碍を導くことが可能であるという。一方、わが国におけるドイツ学説の分析においても、訴訟障碍による手続打切りには、さらに三つの立場に分類されるといわれる。すなわち、刑事訴追権限失効（Verwirkung der Strafverfolgung）論、刑事訴追目的喪失論、憲法的訴訟障碍（verfassungsrechtliche Verfahrenshinderniss）論である[57]。このように、ドイツにおいては、違法な犯罪誘発行為の法律効果として不処罰処理を帰結する学説が支配的見解を構成しているが、その内容は様々であることがうかがえる。すなわち、これらの理論はそれぞれ訴訟障碍という結論を導こうとする点で共通するが、理論の出発点を異にする。以下では、訴訟障碍という結論を導く三つの類型について、それぞれの類型ごとに節を分けて検討を加える。

第三節　刑事訴追権限失効論

第一款　学説

許されざる犯罪誘発活動に対して訴訟障碍を認める見解のうち刑事訴追権限の失効を根拠とするものは、ブルンス（Bruns）、タシュケ（Taschke）、ゲッセル（Gössel）[58]、らによって主張された。この理論的構成は、まず訴追することを目的に犯罪を誘発することについて「矛盾行為（venire contra factum proprium）禁止の原則」の適用を認め、そこから国家刑罰権（staatlicher Strafanspruch）の失効を認めることを前提とする。以下、それぞれの論者ごとにこの理論

構成を紹介しておこう。

a　ブルンス（Bruns）の理論

ブルンスは、連邦通常裁判所第五刑事部一九八二年八月一〇日判決[59]に対する評釈[60]において、概ねこの第五刑事部の見解を支持し、訴訟障碍説を以下のように根拠付ける。すなわち、訴訟障碍は憲法的な視点から根拠付けられるのではなく、矛盾に満ちた国家的行為に対する非難から根拠付けられるという[61]。この撞着法理は、人間の尊厳を引き合いに出すよりもより直接的に納得できるし、有効的であり、一方では刑訴法一三六条aの適用可能性（Anwendbarkeit）についての論争は問題とならなくなるという。

先に示した判例評釈の中で、ブルンスはその当時の議論がいわゆる「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」から「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準へと移行した点を指摘し、その背後にある違法の根拠の変化を明確にする。すなわち、それまでは判例においても法治国家および人間の尊厳の保護に対する侵害として、「国家的行為の客体として有罪立証の目的におとしめられてはならないことに対する非難」が指摘されていたが、一九八三年当時では「悪意的で矛盾に満ちた国家行為という非難」がこれに替わって表に現れてくるようになったという[62]。このような判例の見解を支持するに当たって、彼はまず刑事手続の「司法形式性（Justizförmigkeit）」が警察の訴追の利益に優越することを明らかにし、アジャン・プロヴォカトゥール投入の正当化において刑事政策上の必要性は確固たる論拠とならないという[63]。そこで、アジャン・プロヴォカトゥール投入の許容限界の設定が必要となることになる。先にも指摘した通りブルンスの議論はいわゆる重大な影響基準を示す判例の見解を支持するものであり、この見解をより深化させることで自説を形成する。ここで彼は民事法における「矛盾行為（venire contra factum proprium）禁

止の原則」を用いて判例の趣旨を具体化しようとする。すなわち、民事法の領域においては、矛盾に満ちた行為によって請求権が発生する場合その請求権は失効する。したがって、ここで問題となっている犯罪誘発の場合においても、国家の矛盾した態度によって刑事訴追権限が獲得される場合、前提となる権限の獲得において瑕疵があるために訴追権限が失効する（verwirken）ことになるという。もちろん、ここでいう国家の矛盾した態度というのは、後に当該行為について被誘発者を処罰するためだけに当該人物に当該行為を挙行させる点に見出せるのである。彼は、これを英米法におけるエストッペル法理に相当するものと捉え、国家のアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為が矛盾行為禁止の原則に触れるか否かを判定するために、被誘発者に対する重大な影響の有無をみるという。

ただ、矛盾に満ちた行為という非難は、特に民事法において権限濫用の一類型として現れるものであるため、この原則が実体刑法（materielles Strafrecht）に適用可能かどうかという問題が生じる。ブルンスは、確かにこのことはほとんど研究されてこなかったし、類推禁止（Analogieverbot）のために疑わしいという。結論から述べると、ブルンスは矛盾行為禁止の原則の刑事手続における適用を承認する。[64] 彼は、同原則の刑事手続における適用は、もともと連邦通常裁判所第二刑事部一九八一年二月六日判決（【五】）の理論であることをまず指摘し、[65] さらに犯罪人引渡（Auslieferung）の案件に関して連邦通常裁判所がこの法理が適用可能であることを肯定した点も引き合いに出す。加えて、矛盾行為禁止の原則の刑事手続における適用が、理論上どのように正当化されるかも重要であるが、[66] これについてはフォート（Foth）との間で議論の応酬を行ったタシュケ（Taschke）[67] による主張の方がより明らかにしており、後述することとする。

b　フォート（Foth）による批判

判例理論における訴訟障碍の可能性の承認は、ブルンスによる詳細な分析により刑事訴追権限失効に基づく訴訟障碍の理論的構成という形で補強された。ただし、民事法の理論に基礎を置くこのような理論構成は、その後その弱点を補強する形でタシュケによって強化されたといえる。そこで、ここではタシュケによる理論的強化の契機となったフォートによる批判をまず紹介しておこう。フォートは刑事訴追権限の失効を基礎とする訴訟障碍の可能性を以下のいくつかの点から否定する。

フォートは、かかる理論構成が支持できない根拠として「水晶の夜」事件[68]などのナチ犯罪を例に挙げる。すなわち、ナチス政権下では国家は国民をしてユダヤ系の国民に対する犯罪行為を行うように扇動したが、裁判所は国家によって犯罪行為を扇動され唆された行為者の相当数を処罰している、という。彼はこのような犯罪が刑事訴追の枠外におかれるべきであったのかという点に疑問を投じる。さらに、このようなケースに関してはこれがナチ時代の特殊国家を背景としているという事情を考慮することができるかもしれないが、現在においても軍人法一一条および軍刑法五条を手掛かりに法的類似性を有する状況が存在するという。すなわち、「軍人法一一条および――それに対応する――軍刑法五条は、犯罪の挙行に向けられた軍事命令は遵守されてはならない、と規定する。それにもかかわらず――つまり彼が犯罪行為を挙行することで――命令を遵守するならば、彼がそのことを認識していたか、あるいは彼が命令を遵守することにより犯罪行為を挙行することが明らかである場合は、彼［行為者］に対して罪責が認められる」、と。したがって、立法者は、国家（すなわちこの場合その代理たる軍の上官）が犯罪行為を教唆する（anstiften）場合においてさえ、行為者（命令を受けた下級軍人）に対して訴訟障碍を認めず、せいぜいのところ、刑罰が軽減されうるか、あるいは軽罪（Vergehen）ひいては刑の免除が可能となるにとどまるのだ、という[69]。

次に、フォートは三権分立の視点からみた問題性を指摘する。すなわち、内務行政官庁（Innenverwaltung）が犯

罪行為を扇動することによって、同時に被誘発者に対する裁判所の措置を妨げることができるのか、さらには刑法を立法した議会の権限を妨げないのかという点に疑問を投じるのである。彼は、「第二権力［行政］が行為者を扇動し、第三権力［司法］がこの行為に対し訴訟障碍を認める間に、第二、第三の権力は、第一権力［立法］によってなされた判断の裏をかいて効力を無に帰せしめることは許されるのであろうか」という。つまり、アジャン・プロヴォカトゥールによる誘発の事案において訴訟障碍を承認することは、行政権の担い手である警察が他の二権の権限を処分することになり許されないというのである。[70]

フォートは、最後の指摘として、犯罪誘発の事案における対象犯罪のイメージを挙げる。すなわち、犯罪誘発行為が問題となる多くは麻酔剤（Betäubungsmittel）事犯であるが、この場合個々の被害者が存在しないことが議論に影響しているのではないかという。したがって、殺人あるいは強盗といった犯罪が問題となる場合、概観は全く異なってくるのだと主張する。例えば、警察が連絡員を通じてBを殺すようにAを教唆し（anstiften）、そしてAがこれを挙行した場合、誰も行為者Aを訴追の枠外に置くべきだという見解には達しないだろう、という。[71]

以上のような問題点を指摘しつつ、フォートは最終的に連絡員による扇動（Anstiftung）が訴訟障碍を根拠付けることに対して否定的な態度を示し、「量刑の枠内における考慮を受け入れることはできないのか注意深く吟味されなければならない」と述べる。このような示唆はその後の連邦通常裁判所の判例に影響を与え、判例は許されざる犯罪誘発行為が行われた場合に、訴訟障碍ではなく量刑による解決を選択するようになったと考えられる。[72]

c　タシュケ（Taschke）による再反論

タシュケは先に紹介したフォートの見解に対して、以下のように反論する。

まず、国家が扇動したナチ犯罪の訴追可能性、軍人法および軍刑法の規定を引用し、国家によって教唆（Anstiftung）された犯罪に訴訟障碍は承認されないとする、フォートによって立てられた命題は、そもそも前提となる状況を看過している点を指摘する。すなわち、「まさに当該行為を理由として起訴され有罪判決を受けるために国家によって犯罪行為を扇動された者」は刑法上訴追されないのである。つまり、国家が犯罪を教唆したことが決定的なモーメントではなく、それを根拠に「後に訴追するという目的」が決定的なのである[73]。したがって、このような態度をとる国家の行為は、「矛盾し悪意に満ちたもの」という性質を帯びるのである。この点、ナチ犯罪の訴追可能性に関しては、「国家的扇動は、行為者を国家的に処罰するために行われているわけではないため」、このような国家的扇動に対しては矛盾し悪意に満ちた行為という非難は該当せず、訴訟障碍を検討する前提条件とはならないのである[74]、と。さらに、軍人法の規定の演繹可能性については、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発事案においては何ら「法的類似性の認められる状況（rechtsähnliche Fälle）」は存在しないため、これを否定する。なぜならば、この場合においてもナチ犯罪の場合と同様に「矛盾に満ちた悪意的行為」が問題となる場合ではないためである。したがって、「演繹理論を認める比肩可能性が存在するのは、彼が処罰され、そのことによって再び『法の道』に連れ戻されるために扇動を受け、国家が彼をその道から逸脱させた場合にも、行為者は訴追されるということが――軍人法、軍刑法あるいはその他の場合において――規定されている場合のみである」という[75]。

次にフォートが示した三権分立的視点からの批判については、警察は国家の刑罰請求権を自由に処分してはいないという反論がなされる。すなわち、警察は、刑罰請求権を消滅させるために犯罪誘発行為を用いるのではなく、反対に刑罰請求権を創出しようとしているためである、と。さらに、立法権の判断が訴訟障碍の承認によって効力を奪われるか否かという点は非常に疑わしいともされる。というのは、立法権が排他的規定を置いている場合であればこれ

に対する処置は許されないが、訴訟障碍の承認の場合そうではないのであるから立法権の判断が効力を奪われたということはできない、と。また、行政権と司法権との関係では、違法な手続によって獲得された自白が刑訴法一三六条aによって利用不可能となる場合と比較する。すなわち、違法収集自白の場合は、警察がその行為によって事実上行為者の処罰を妨げることになるが、この点違法な犯罪誘発行為によって訴訟障碍が承認される場合と類似性を有する。このような着想を一般化するならば、法治国家原則に対する捜査機関の違反行為によって訴訟障碍が導かれることも、立法者の判断の裏をかいて効力をなくすことにはならない、という。(76)

最後に、対象犯罪のイメージが与えるこの種の議論への影響という点については、訴訟障碍による処理を導く上でこれが説得的な根拠とはならない点を以下のように指摘する。タシュケは、警察が連絡員を通じて行為者AにBを殺害するように教唆しAがこれを遂行した場合、Aを訴追の枠外におくという結論には誰も辿り着かないだろうという点は認める。ただし、タシュケによればこれも前提となる条件を欠いた議論であると反論される。すなわち、「Aが殺人の罪を理由に有罪判決を受けるためだけに教唆を受けた場合」は、このような概観は変わるというのである。(77)フォートの議論はまさにこの条件を欠いたものである、と。

以上のように述べ、タシュケは、判例の示す「矛盾し悪意に満ちた行為」の内容を「矛盾行為禁止」の原則と捉え、そこから刑罰請求権の失効を導く見解を支持する。

d　ゲッセル（Gössel）の理論

ゲッセルは、アジャン・プロヴォカトゥールを通じて国家の指示を受けてなされた可罰的行為を処罰しないとする連邦通常裁判所の判断について、問題なく同意できるとして、その理由を以下のように示す。すなわち、国家はその

構成員に可罰的行為をするように指示することで、可能な限り犯罪行為を防止すべきであるという義務に背くことになる。したがって、国家刑罰権（staatlicher Strafanspruch）がいわば不正に獲得されたのであり、そのため訴追がなされてはならないほどに信義に反するためである、と。したがって、その結果、訴訟障碍が導かれるというのである。[78] また、ゲッセルは当時第二刑事部によってしばしば繰り返し述べられてきた以下の文章を引用し、法治国家原則違反から訴訟障碍が導かれるということを論証しようとする。

「国家機関の任務あるいは同意の下に活動するアジャン・プロヴォカトゥールが、――文字通り――重大な影響によってはじめて行為者を法の道から逸脱させるのであれば、彼を再び法の道へと連れ戻すためにのみ行為者を刑法上訴追する場合、国家は、矛盾し悪意に満ちた行為という非難に曝される。これは、法治国家的秩序においては、許され得ないことである。そこからもたらされる結論は、誘発を受けた行為者に限定された刑事訴追の禁止ということになろう。それは、職務上考慮すべき訴訟障碍の効力を生じさせる。[79]」

ただ、ゲッセルがこのような見解を示したのは、強盗事件に関する連邦通常裁判所第二刑事部一九八三年一二月九日判決[80]に対する評釈においてであった。この事案では、被告人らの防御計画（Verteidigungskonzept）について検察官が情報を獲得していたことが問題となった。しかし第二刑事部は、このような事情はなお訴訟障碍を根拠付けるものではないと判示した。すなわち、「法治国家原則の意義からは、刑事手続における同原則に対する侵害が訴訟障碍（Prozeßhindernis）の発生を結果として導くことは、しかしながら認められない」というのである。この点ゲッセルが着目するのは、同じ第二刑事部がアジャン・プロヴォカトゥールの問題に関する数多くの判断において論じてきたこととの矛盾であった。それまで第二刑事部は、違法な犯罪誘発行為の判断および法律効果に関する議論において、次のように述べてきた。すなわち、犯罪誘発行為は、法治国家原則によって保護されている限界内においてのみ許さ

れるが、この限界を超える場合には訴訟障碍が承認されうる、と。[81] 確かに、ゲッセルの評釈した第二刑事部判決とそれまでの犯罪誘発行為に関する第二刑事部の判決を比較する場合、彼が指摘するように両者は矛盾しているという印象を受ける。ゲッセルは、このような矛盾が解消されるためには、法治国家原則違反から自動的に訴訟障碍が導かれるわけではなく、特に重大な場合においてのみそれが承認されるということを認めるしかないとする。[82]

第二款　理論の出発点

違法な犯罪誘発行為の法的帰結として刑事訴追権限失効に基づく訴訟障碍を主張する論者は、民法の領域における「矛盾行為禁止の原則（venire contra factum proprium）」を理論的基礎とする。すなわち、国家の矛盾した態度によって刑事訴追権限が獲得される場合、前提となる権限の獲得において瑕疵があるために訴追権限が失効するというのである。かかる指摘は学説においてはブルンスによってはじめてなされた。その後、ブルンスの主張する矛盾行為禁止の原則を根拠とする刑事訴追権限失効論は、フォートによる反論を受けることとなる。しかし、このような理論構成を支持するタシュケによってフォートの反論は崩され、その後もゲッセルが刑事訴追権限失効に基づく訴訟障碍の承認を支持することとなった。

もともとこのような理論の基礎は、連邦通常裁判所第二刑事部一九八一年二月六日判決（【五】）[83]で示された「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準の理論の中に存在した。このことはブルンスによって指摘されていたが、タシュケは、フォートによる批判を検討し、反駁するに当たって、この理論の理論的根拠を強化するに至ったといえる。つまり、「矛盾に満ちた悪意的行為」と表現されていた国家の矛盾行為とは、「後に訴追するという目的」で国家が犯罪を唆

すことであるということを明確にしたのである。このような国家の矛盾行為に対して訴訟障碍という法的構成を与える理論として、民事法の基礎概念である矛盾行為禁止の原則が用いられるのである。

このように、刑事訴追権限失効論の理論的基礎は、「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準において示された違法の根拠に大きく依拠しているといえよう。このような理論はおそらくブルンスによってはじめて主張されたと考えられ、それまでの学説[84]は証拠禁止による解決を支持していた。リューダーセンやフランツハイムは、刑訴法一三六条aを根拠とする包括的証拠禁止から訴訟障碍と同様の効果が導かれるということも指摘していたが、同条の適用範囲という点で弱点を有していた。訴訟障碍による解決は、このような問題を不必要なものにできるというメリットを有する。また、一九八〇年から一九八一年にかけての判例理論であった「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」も訴訟障碍による問題解決を示していたが、ブルンスらの主張する刑事訴追権限失効論はその前提を異にする。すなわち、犯意の具体化理論においては、「国家的行為の客体として有罪立証の目的におとしめられてはならないことに対する批難」が違法の根拠とされ、この点に理論的基礎が置かれていた。このような批判の法的評価が「人間の尊厳」に対する侵害ということになる。この点、先にみたように、ブルンスは刑事訴追権限失効論の理論的基礎である撞着法理の方が、人間の尊厳に対する侵害を基礎に置くよりも直接的に納得的であり、有効であるとする。おそらく、人間の尊厳に対する侵害を理論的基礎に据えることに否定的態度が示された理由は、犯罪誘発事例においては基本権侵害は観念しえないという批判を考慮したためではないかと思われる。思うに、証拠禁止説の一つの根拠付けとして基本権侵害が持ち出されていたが、その後、インメ・ロクシンによって否定されていた。結果として証拠禁止を導く場合であれ、訴訟障碍を導く場合であれ、いずれにせよ出発点において基本権侵害を考慮とするという共通性があるのであれば、前述のインメ・ロクシンによる批判はここでも妥当することになろう。ブルンスがこのような点を考慮して撞着法理の方が直接的に納

得的というのであれば、ある程度理解できる。[85] ただし、証拠禁止説を検討する際にも述べたように、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発が問題となる場合に基本権侵害が問題とならない、ということはできないように思われる。

他方、インメ・ロクシンは、以下の点についても批判を行っている。すなわち、信頼の構築（Vertrauenstatbestand）がなければ、矛盾行為禁止の原則は導かれないところ、犯罪誘発事例においては、誘発者の背後に国家が存在することを被誘発者は知らず、したがって彼が訴追されないことに関する信頼は生じえない[86]、と。この点、民事法上の概念である矛盾行為禁止の原則を、犯罪誘発事例の場合にそのまま適用しようとすることは困難かもしれない。しかしながら、彼女自身が指摘しているように、このことを確認しても、そのことによって直ちに国家の権限濫用が取り除かれるということにはならない[87]。矛盾行為禁止の原則が信頼の構築の点を問題とするものだとしても、これに示唆を得た新たな判断基準の存立可能性まで否定されるということはなかろう。

全体としてみたところ、刑事訴追権限失効論に立つ学説の多くは、ブルンスの示した理論を確認し、補強するにとどまっているといえよう。ゲッセルもそのような論者の一人であるが、彼の指摘には注意を払うべき箇所がみられる。すなわち、訴訟障碍が否定された犯罪誘発ではない事案との比較から、訴訟障碍が承認されるのは、国家の矛盾行為という法治国家原則違反が「特に重大な場合」においてのみだという結論を導いているのである。

以上のことを総合すれば、刑事訴追権限失効論の理論根拠を次のようにまとめることができよう。すなわち、国家が被誘発者に重大な影響を与えて犯行を唆したような場合には、刑罰請求権の獲得という点において矛盾行為が介在することになる。このような、矛盾は重大な法治国家原則違反に該当するため訴訟障碍が承認される、と。

第三款　他の処理方法との類似性

ここで、他の処理方法との位置関係を確認しておこう。違法な犯罪誘発行為の法的帰結として証拠禁止を導こうとするリューダーセンの主張においても、同様の指摘がみられた。というのは、リューダーセンの主張においてはアメリカ法のわなの理論が参考にされており、アメリカ法における禁反言の原則を十分に意識したものであった。彼は、アメリカにおいては、わなに掛ける行為（entrapment）は禁反言（estoppel）になり、捜査官の行為が有罪判決の妨げになる（estop）ことを指摘していた[88]。また、連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決（【一〇】）[89]では、国家刑罰権の失効から刑罰阻却事由（Strafausschließungsgrund）が発生するという理論構成が想定されていることが読みとれる。この判決において、第一刑事部は、違法な犯罪誘発行為を根拠とする訴訟障碍事由および刑罰阻却事由の承認を否定し、量刑的解決のみを認めている。第一刑事部は、刑罰阻却事由否定される根拠として、その前提となる国家刑罰権の失効[90]という理論構成が、刑法における民法上の基本概念の許されざる転用であるとする。

このように、国家の矛盾した行為に基づく刑事訴追権限の発生という点に、許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠を模索する理論にも、その結果という点で多少の差異がみられる[91]。そこで、証拠禁止説および刑罰阻却事由説との関係上、ここで紹介したブルンスらの主張はなぜ訴訟障碍という帰結に至らなければならないのかが問題となる。この点、証拠禁止あるいは刑罰阻却事由の承認ではなく、あえて訴訟障碍を選択することについて理由を明確にした論者はいない。おそらく、ここで訴訟障碍を主張する論者は、不処罰処理という点から、証拠禁止ではなく訴訟障碍による解決を積極的に選択したと考えられる。これに関して、川崎英明による分析でも、「おとり捜査をめぐって国家の直面する矛盾は、一方で国家（捜査・刑事訴追機関）が犯罪を誘発しておきながら、他方で同じ国家（裁判所）がこれを処罰する点に生ずる。この矛盾を回避するためには、（犯罪誘発の事実は消えないから）処罰を回避するしかない。しかし、おとり捜査に基づき提起された公訴を有効とするなら裁判所は実体裁判を迫られ、この場合、証拠禁止を承認しても他の証拠が

存在しうるから、伝統的な刑法理論の下では有罪判決に至るしかない。従って、矛盾回避のためには起訴の無効、従って訴訟障害を承認するしかない」ということが指摘されている。(92)

この点を考慮したとしても、国家的行為の矛盾が違法の根拠となる場合に訴訟障碍が唯一の処理方法である必然性は論拠付けられない。なぜなら、不処罰処理の方法として刑罰阻却事由の承認による処理という可能性は残るからである。仮に、ここで紹介したブルンス以下の論者が、違法な犯罪誘発行為の法的帰結が不処罰を導く処理方法でなければならないと考えたとしても、刑罰阻却事由を選択しなかった理由はなお疑問の余地があろう。(93)この点に対しては、以下の第四節で紹介するシューマン（Schumann）が説明を行っている。それによれば、民事法の請求権の場合と異なり、刑罰請求権は手続においてはじめて請求可能であるため、手続上の結果として訴訟障碍が導かれるという。(94)

第四款　検討

以上みてきた刑事訴追権限失効論は、判例理論における「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準に大きく影響を受けた理論であるということができよう。判例においては重大な影響がある場合に訴訟障碍が導かれる理由について、当該犯罪誘発行為の批判の対象こそ示していたものの、理論的精緻化は進んでいなかったように思われる。この点、ブルンスは判例の示す「矛盾し悪意に満ちた国家的行為」という批判を、矛盾行為禁止の原則という形で理論的に構成し、説明付けている。その点で、学説の果たした役割は評価できよう。その後も、批判論に対して再反論がなされるなど当理論は強化されていった。それでもなお判例および他の学説から、矛盾行為禁止の原則を刑罰請求権についても妥当させることは、民事法上の基礎概念の刑事法への「許されざる転用」であるという批判を受けてきた。しかしながら、な

ぜ民事法上の基礎概念である矛盾行為禁止の原則を刑事法領域に転用することが許されないのかについては、それらの批判論も説明を行っていない。ドイツ民事法上の基礎概念である矛盾行為禁止の原則からは、アメリカ法におけるエストッペル法理（estoppel doctrine）の存在が想起される。アメリカ法のエストッペル法理に比較法的示唆を得て説明することも可能だろう[95]。確かに、請求権という点についてみれば、同法理は手続法的というよりはむしろ実体法的結果を導く法理論であるかもしれない。しかしながら、矛盾行為禁止の原則から手続法的結果として訴訟障碍が導かれることについては、刑罰請求権は手続においてのみ請求可能であるため民事の請求権と状況が異なるというシューマンの説明が妥当しよう。

一方、これら学説の議論は、違法な犯罪誘発行為ひいては違法捜査から、いかにして訴訟障碍を導くかという点に焦点を当て、「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準を用いる判例の示した評価方法を容認するものであることがうかがえる。判例は訴訟障碍の前提となる法的根拠については十分な補強を行っていたとはいい難いものの[96]、これら学説は判例の重大な影響基準の理論的補強に貢献したといえよう。

第四節　刑事訴訟目的喪失論

第一款　学説

刑事訴訟目的の喪失を理由に訴訟障碍を導く理論的枠組みは、シューマン（Schumann）によって主張されている。以下、シューマンの主張する訴訟目的の喪失を根拠とする訴訟障碍という理論構成についてみておこう。

シューマン（Schumann）の理論

この見解を主張する論者としてシューマン（Schumann）が挙げられる。シューマンは、訴訟障碍を導く三つの構成を示し、それらを全て批判する。そこで挙げられた訴訟障碍の三つの理論的枠組みとは、刑訴法一三六条aに基づく包括的証拠使用禁止を経た結果認められる訴訟障碍、次に基本法違反に基づく同様の理論構成と、撞着法理から国家刑罰権の失効を根拠として訴訟障碍を導くというものであった[97]。また、量刑による解決[98]および刑罰阻却事由（Strafausschließungsgrund）の承認[99]についてもこれを否定する。最終的に、彼はフォルク（Volk）[100]によって発展させられた訴訟障碍の概念に大きく依拠しつつ、訴訟目的（Prozeßzweck）の喪失に基づく訴訟障碍という理論的枠組みを示す。この理論においてはまず訴訟目的の意義が問題となる。フォルクは、訴訟目的とは刑罰秩序（Strafordnung）の実証を通じて公衆（Allgemein）の法意識を確認し、そのことで犯罪行為によって脅かされた法的平穏（Rechtsfrieden）を回復させることにあるという[101]。したがって、このような刑事訴訟の目的が失われる場合に訴訟障碍が導かれるという。シューマンはこれを前提として、公衆の法意識の確認のための手段としての手続が、その目的にとって無用となり信頼喪失の限界を超えてしまうのは、犯罪誘発の場合においては、当該行為が刑事訴追機関によって特に刑事訴追という目的のために作り出されたものという特徴を有する場合においてのみであるとする。そして、これに該当する場合として、捜査当局がアジャン・プロヴォカトゥールを通じて犯罪に関与し、その際当該犯罪が主として捜査当局（またはアジャン・プロヴォカトゥール）の所産とみなされるような場合を示す[102]。この点、ブルンスらの提示する刑事訴追権限失効モデルと異なるのは、まさに当該行為者を後に訴追するという意図で誘発行為が行われたという事情を決定的なモーメントとして考慮しない点である。すなわち、シューマンは、単なる「内心的事実（innere Tatsache）」は、このような評価において変化をもたらすことはないという[103]。したがって、アジャン・プロヴォカトゥールが殺

人の教唆を行いこれを被誘発者が挙行した場合にも訴訟障碍は認められるかというフォートによる問題提起に対しても、タシュケとは異なる反論を行う。というのは、シューマンの議論は「自己矛盾態度」に許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠を見出すのではなく、「脅かされた法的平穏の回復」という刑事訴訟の目的にそれを見出すためである。したがって、被害者ならびにその家族の私的な補償の必要性を誘導し引き継ぐという点にも刑事手続の指命があることが考慮されなければならいことになる。その結果、典型的に特に高い補償の必要性が結果として生じる行為（おそらく殺人など）場合、いずれにしても個々人の法益に対する既遂（vollendet）犯罪においては、彼の示す前提条件が存在したとしても訴訟障碍は認められないという。(104)

なお、シューマンは訴訟障碍以外の手段による処理方法を否定している。まず、刑訴法一三六条aを根拠とする証拠禁止の可能性については、二つの問題を指摘する。すなわち、同条の制度的位置付けから尋問以外の場合にも同条の規定が適用できるかという問題と、同条にいう「欺罔」の意義である。このような指摘についてはすでに前述した通りである（本章第二節第二款参照）。また、基本権侵害を根拠とする訴訟障碍の可能性については、教唆（Anstiftung）に従って行動した正犯（Haupttäter）は法的意味において自由な決定を行っており、また彼が享受する社会的尊重（soziale Achtung）を危険に曝したのは彼自身であるという。つまり、行為者は犯罪誘発行為によって自らの有する人間の尊厳および基本法二条一項に基づく権利、つまり自らの自由処分に委ねられている権利について侵害を受けたとはいえないというのである（本章第二節第三款参照）。また、シューマンは、国家刑罰権の失効に基づく訴訟障碍という理論構成について、仮に民事法に由来する原則が刑事法においても有効であるとしても、このような理論構成による訴訟障碍の承認は認められないという。というのは、矛盾行為禁止の原則は先行行為で設定される信頼の構成（Vertrauenstatbestand）に対する矛盾が問題となるのだが、連絡員の誘発行為は不処罰（Straflosigkeit）に対する

信頼を惹起するのに十分ではないから、というのである。[105] 最後に、量刑的解決を主張する連邦通常裁判所第一刑事部に対しては、「刑事訴追機関の犯行への関与」という点が問題であるのにこの点が見落とされているという批判を述べる。シューマンは、このような批判に対して「権限外」理論（"ultra-vires"-Lehre）が反論として引き合いに出され、帰責性が否定される可能性も指摘する。すなわち、権限を越え任務を濫用した警察のアジャン・プロヴォカトゥールの行為は、国家に帰責されてはならないということが持ち出されうる、と。しかしながら、彼はタシュケの見解に依拠しつつ、アジャン・プロヴォカトゥールが警察の連絡員たる身分の下で行為する場合は、警察も許されざるアジャン・プロヴォカトゥールの行為を帰責されるべきであるとする。[106] また、その意味では、刑罰阻却事由も問題を量刑のレベルにまで押しのけるのと同じ程度にしか適切とはいえないという。刑罰阻却事由が違法性と責任の枠外にあるとしても、刑罰の必要性の基準の下でその無価値性を減少させる行為経過（Tatgeschehen）の状況において刑罰阻却事由が根拠付けられる場合には、いずれにせよこのことが妥当するという。[107]

以上のように他の処理方法を否定し、フォルクの見解に依拠しつつ、訴訟目的は刑罰秩序（Strafordnung）の実証を通じて公衆（Allgemein）の法意識を確認し、それによって行為により脅かされた法的平穏を回復させるという点にあるとする。したがって、違法な犯罪誘発行為と訴訟障碍の問題に関する判断は、アジャン・プロヴォカトゥールの犯行への関与が、このような刑事訴訟の目的のための手段としての訴訟を信用するに値しないという理由から無用たらしめるかどうかという点にかかっているという。[108]

最後に、シューマンは、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為が違法とみなされる場合について以下のように述べる。

「公衆の法意識の確認のための手段としての手続が、その目的にとって無用であるという理由から信用を失う限

界が踏み越えられるのは、行為が刑事訴追機関にとって特に刑事訴追という目的のために作り出されたもの（Geschaffenen）であるという特徴を有する場合においてのみである。これに該当するのは、当局が（アジャン・プロヴォカトゥールとして活動する）連絡員を通じて、当該犯罪行為が主として当局の所産とみなされるうる形で関与した場合である。その際、次の二点のいずれか、あるいは両方から判断がなされる。すなわち、行為者に対する影響の強さ、あるいは行為の実現（Tatausführung）に向けた関与の規模である。判例の基準によれば、行為者が対象となる犯罪（entsprechende Taten）の嫌疑を有する場合であっても許容されない行為への関与という点で、刑事訴追機関はすでに手続の開始において不法に深く関与している。そして、行為により侵害される規範の不可侵性をまさに手続によって実証するための手段として手続が不適切であるという程度に、行為を作為的に作出している。[109]」

以上のように、シューマンは、犯罪誘発行為が許されざるものとなる限界の判断にあたって、アジャン・プロヴォカトゥールの影響の程度および行為への寄与度を検討対象とする。これは、客観的な評価の視点を重視する「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準と共通する判断方法といえよう。また、彼は基本権侵害に基づく証拠禁止を否定する際に、そもそも犯罪誘発事例においては基本権侵害がないことを主張する。そのため、人間の尊厳および人格的自律権といった基本権侵害の有無を判断するための要素として「嫌疑」の要素を考慮することを排除する。つまり、シューマンは、被誘発者に存在した嫌疑の視点は、単に全体の中の一つの視点としての意義を有するにとどまるという。この意味は、嫌疑の要素は、アジャン・プロヴォカトゥールの影響の重大性あるいは行為寄与度を判断するための一要素としてのみ意義を有するにすぎないということである。[110] したがって、嫌疑の視点は二次的機能を有するにとどまることになろう。

第二款　理論の出発点

以上みてきたことから、刑事訴訟目的喪失論は刑事訴訟目的の存否を訴訟障碍の根拠とすることが明らかとなろう。しかし、この理論が注目したのは、法的平穏の維持あるいは法秩序の証明という刑事訴訟の目的達成のために、そのような法的平穏・秩序をいったん失わせるという点であり、その意味では撞着法理を用いる刑事訴追権限喪失論と共通する。ただし、シューマンらはこのような矛盾行為に基づく刑罰請求権の失効を民法上の請求権に関する概念を用いて説明するのではなく、刑事訴訟の目的と照らして説明付けている。すなわち、当該犯罪行為の作出がまさにその行為を訴追するためだけに行われたのであれば、公衆の法意識の確認およびそれによる法的平穏の回復という刑事訴訟の目的は失われるためである、と。よりシンプルに述べるならば、公衆の法意識の確認と法的平穏の回復という目的のために、わざわざ法的平穏を崩すことに許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠を見出す点にこの理論の主眼がある。

第三款　評価方法

以上のようなシューマンの議論をみれば、刑事訴訟目的喪失論の基礎にあるのは国家の矛盾行為であるということが明らかとなる。ただ、ブルンスらによって唱えられている刑事訴追権限失効論と異なるのは、同様の国家行為の矛盾を刑罰請求権の生成過程に求め、瑕疵ある訴追権獲得という形で表すのか、それを刑事訴訟目的違反行為として指摘するかの違いである。いずれにしても、国家の側の行為に着目した理論であることに共通性を見出すことができよう。したがって、ここでも評価のポイントは問題となる行為の客観的事象に求められることになる。すなわち、アジャン・プロ

ヴォカトゥールの影響の程度および行為寄与度という点から、彼の行為が公衆の法意識の確認および法的平穏の回復という刑事訴訟目的に反するものであるか否かが判断されるのである。そして、行為者の主観的側面および内心状況は、このようなアジャン・プロヴォカトゥールの影響の程度および行為寄与度を測る上で検討される視点にすぎないことになる。この点、シューマンは、犯罪誘発事例においては、人間の尊厳すなわち人格的自律権侵害がないということを明言している。したがって、このことからも刑事訴訟目的喪失論においては、国家の矛盾行為の有無が判断対象であって、そのためアジャン・プロヴォカトゥールの側に着目した判断要素の検討が主となることになる。

第四款　検討

違法な犯罪誘発行為の法的帰結として訴訟障碍を主張する二つめの理論は、刑事訴訟目的の喪失を根拠とするものである。このような理論構成を用いるシューマンは、そもそも刑事訴訟の目的が何たるかという点について、フォルクの見解に依拠していた。フォルクは、刑事手続法（Strafverfahrensrecht）は特定の目的のために存在するのであり、したがって訴訟条件（Prozeßvoraussetzung）とも結び付いていなければならないという[111]。そして、「刑事訴訟（Strafprozess）の目的は、法的平穏の維持（法秩序の証明）である」という[112]。シューマンはこのことを根拠に、当該犯罪行為（Tat）がそれを訴追するという目的のために作り出されたという特徴を有する場合、公衆（Allgemein）の法意識の確認およびそれによる法的平穏の回復という刑事訴訟の目的は失われることになり、そのため、このような場合においては訴訟障碍が導かれるという。

これに対し、なぜ訴訟目的が欠如すれば訴訟障碍が生じる根拠付けが不明瞭である、あるいは訴訟目的の基準が不明

瞭であるといった批判がある。例えば、インメ・ロクシンは、シューマンの主張するような訴訟目的喪失訴に基づく訴訟障碍の可能性を否定する。先に示した通り、シューマンは訴訟目的の失効に基づく訴訟障碍が認められるのを、アジャン・プロヴォカトゥールの度を過ぎた（übergewichtig）寄与が認められる場合のみとする。しかし、他方、嫌疑のない者に対する犯罪誘発が行われた場合でも訴訟障碍は認められないとする。彼女は、両方の場合における非許容性の原因が法治国家原則違反に見出されるべきであるため、このような相違は説得力はないという。さらに、彼女は以下のような決定的な指摘を行う。

「加えて、［シューマンの理論は］なぜ訴訟目的（Prozeßzweck）の喪失の場合に訴訟障碍が承認されるのかということについて論拠を欠いている。フォルクもまた、確かに訴訟目的の喪失と訴訟障碍を同一視してはいない。訴訟障碍は構造上の前提条件が存在する場合にのみ存在しうる。」[114]

以上のように述べ、シューマンの主張する訴訟障碍には構造上の前提条件がないため認められないという。[113] 同様の指摘はシェファー（Schäfer）によってもなされている。[115]

この点に関し宇藤崇は、「フォルク自身が他方で、法的平穏の確保という訴訟目的は、全手続法の指導理念であると考えていることを想起すれば足りよう。後者の点も、新たな訴訟障碍を承認しようとするときにつきものの難点であり、訴訟目的喪失論固有のものではないといえよう」とし、インメ・ロクシンおよびシェファーの批判を論駁する。[116] このような宇藤の反論によって刑事訴訟目的喪失論の弱点が克服されたといえるのか否かについては、なお検討を要する。これについては後述する（本章第八節）。

第五節　憲法的訴訟障碍論

第一款　学説

憲法に直接の根拠を求める訴訟障碍は、一九八〇年代～一九九〇年代初頭にかけて、リース（Rieß）、ヒレンカンプ（Hillenkamp）、ヴォルター（Wolter）、ヴォルフスラスト（Wolfslast）といった論者らによって主張された。これらの論者は、許されざる犯罪誘発行為が憲法に抵触することを根拠に訴訟障碍を導き出そうとする。以下、これらの論者の主張する理論についてみておこう。

a　リース（Rieß）の理論

本稿ではリースの主張を憲法的訴訟障碍論のカテゴリーに分類し、紹介するが、厳密には彼は憲法的訴訟障碍論を展開するわけではない。ただ、以下の紹介から明らかなように彼の主張する理論は結果として憲法的訴訟障碍と同様の効果をもたらす。以下、リースの主張する理論についてみていこう。

リースは、法治国家原則違反の違法捜査を訴訟障碍事由の中に取り込むことに対して、以下のような懸念を示す。すなわち、訴訟障碍という制度は、「いかなる実体裁判もなされるべきではないために（weil）用いられる理論装置[116]（dogmatisches Instrument）」であり、「ある程度厳格に記述されえ、かつ記述されている事象」でなければならない、と。そして、「憲法上特別の重要性を持つ手続規則（Verfahrensregeln）を守ることは訴訟条件の責務ではなく、訴訟障碍の概念は特に重大な手続違反と本質的に同義のものと扱われてはならない[117]」という。そして、法治国家原則違反の違法捜査に対しては「別の権利保護システムおよび対応システム（differenziertes Rechtsschutz- und Reaktionssystem）」があるとして、訴訟障碍の承認以外の解決法を示す[118]。

このように、リースは、個々の事象を新たに訴訟障碍事由とすることに対して消極的であるように思われるが、一定の場合においてはこれを肯定する。彼は、既存の「典型的な（klassisch）訴訟障碍事由とかなりの類似性を有する場合」においてのみ、新たな訴訟障碍事由が認められるとする[119]。この点、法治国家原則違反の違法捜査から訴訟障碍が導かれるという理論構成においては、これとは反対のことを出発点とする。すなわち、いかなる実体裁判も行われないようにするために（damit）訴訟障碍が要求されることになる。しかも、この場合、実体裁判を行うことのできない理由は、この事由の中に存在しない。その意味で、法治国家原則違反の違法捜査を訴訟障碍事由の中に取り込むことは、伝統的な訴訟障碍の考え方と背反する[120]。したがって、法治国家原則に反する捜査からは訴訟障碍は根拠付けられないのだという。

しかし、リースは、極端に重大な法治国家原則違反が認められる場合には、「憲法的訴追禁止」という構成で手続打切りを承認する。彼は、「重大かつ治癒の不可能な法治国家原則違反」が認められる場合には、現行法の規定がなくとも、刑法六〇条[121]、刑訴法一五三条の場合と同様に、制裁請求権（Sanktionsanspruch）の放棄が正当化され、法治国家原則違反による「訴追禁止（Verfolgungsverbot）」が承認される場合があると主張する[122]。[123]

あらためて留意しておく必要があるのは、リースは違法捜査に基づく制裁という意味での訴訟障碍を認めず、あくまでも訴追禁止という形で手続打切りを目指す点である。この意味では、彼は訴訟障碍の伝統的な理解に立脚しているといえる。しかし、先にも述べた通り、彼の立論は実質的には憲法的訴訟障碍と同様の効果を有することになる。したがって、両者の相違は、問題を訴訟障碍という形で処理するか、訴追禁止という形で処理するかという形式的なものにとどまるといえよう。この点、リースは、実質的には同様の結果を導くにもかかわらず訴追禁止という構成をとった理由を、以下のように述べている。すなわち、訴訟障碍の場合「その条件と結果が明確であり、立法者によっ

て限定的に承認されているため、性急かつ無差別的な発動への誘惑が大きい」ということを理由に、訴訟障碍ではなく訴追禁止という新しいカテゴリーにおける処理を主張するのである。[124] その意味では、憲法的訴訟障碍を主張する他の論者と比べると、彼の主張する訴追禁止による手続打切りはより限定的な適用を見込んだものであると考えられる。[125]

b　ヒレンカンプ（Hillenkamp）の理論

ヒレンカンプも、違法な犯罪誘発行為の法的帰結として憲法的訴訟障碍を主張する論者の一人である。彼は、「特に例外的な場合において（in besonderen gelagerten Ausnahmefällen）」のみ訴訟障碍が最終手段（ultima ratio）として理解されるという。そして、このような視点から三つの制約が結果として導かれるという。すなわち、①補充性（Subsidiarität）、②修復可能性（Irreparabilität）であり、さらにこれらの点から③「訴訟の継続がもはや甘受しえない（Fortsetzung des Verfahrens nicht mehr hinnehmbar）」程の重大な事実が問題となるような法治国家原則違反が、考慮されることになる。これら三つの条件が満たされる場合に、憲法を根拠とする訴訟障碍が承認されうるという。彼の理論の出発点は、刑事訴訟と憲法の目的にある。すなわち、刑事訴訟と憲法の目的は、機能的刑事司法と公正な裁判（fair trial）という二点、すなわち薬物犯罪の撲滅と欺罔禁止および自己負罪拒否特権の保障を基礎とする法治国家原則から導かれる、という。[126] その意味で、憲法を基礎とする訴訟障碍の承認は、刑事訴訟の目的設定のみならず、比例原則という憲法の目的設定を考慮したものでなければならないことになるという。[127]

以上のように、彼は全体考察を軸とした比例性原則を持ち出し、右の三点を条件に特に例外的な場合においてのみ、訴訟障碍を承認する。[128] このような憲法的訴訟障碍の承認にあたって考慮されるべき視点として、彼は連邦通常裁判所第一刑事部（【一】）が示す四つの項目を用いる。すなわち、①被告人に対する嫌疑の基礎と程度、②警察官の影響

の性質、強度および目的、③犯意（Tatbereitschaft）、④被告人自身の、他人のコントロールを受けていない能動性である。[129]

c　ヴォルフスラスト（Wolfslast）の理論

ヴォルフスラストは、以下の場合に、国家刑罰権の失効を認める。まず、国家機関が違法な方法で当該行為に関与した場合であり、次に、行為者が国家の秘密情報員（Agent）の誘発者（Verführter）としての役割を認識しないという意味において、国家機関が行為者に対して行為を唆す場合である。[130]彼女は、国家刑罰権が不正に獲得される場合には、国家による重大な法律違反が存在し、それは、基本的に国家刑罰権の発生および行為は妨げられなければならないという。[131]そして、このような原則が制限されうるのは、特に危険な行為（故殺）の場合にのみ考慮されるのであり、犯意があり（tatbereit）、犯行に及ぶ気のある嫌疑を有する行為者が誘発を受けた場合には問題とならないという。[132]ヴォルフスラストは、国家の法律違反の効果は、手続的領域において検討されるべきであり、[133]リース（Rieß）[134]の見解にも言及しつつ、手続の禁止（Verfahrensverbot）を提案する。[135]

d　ヴォルター（Wolter）の理論

ヴォルターは特定の違法捜査の法的帰結として、訴訟障碍による解決を主張する論者の一人である。違法捜査の法的帰結として訴訟障碍が認められるとする理論構造は、ここで紹介した憲法的訴訟障碍論と内容を同一にする。そのため、ここで簡単に紹介することにする。ただし、一般論としては憲法的訴訟障碍の可能性を認めつつも、違法な犯罪誘発行為の場合には訴訟障碍を認めずに、刑罰阻却事由の承認に基づく無罪説を主張するため、留意する必要があ

る。

ヴォルターも概ねヒレンカンプと同様の主張を行う。まず彼は、違法捜査を①「極端な人権侵害のある事例」、②「特に重大な個別的事例」、③その例外の違法がある場合に分類する。そして、特に①の「極端な人権侵害のある事例」を問題とし、この類型においてさらに社会倫理上の最低ライン（sozialethisches Minimun）が犯された場合には包括的な憲法的訴追禁止が認められうるとする。彼によれば、憲法的訴追禁止とは、「刑罰による実体法規範の実現などの支配的課題が達成不可能あるいは無意味となった手続の調整的・制裁的効果（ausgleichende und sanktionierende Folge）」であり、「極端に不当で甘受しえない基本権侵害あるいは修正不可能ないし抑止不可能な基本権侵害がある場合に、憲法的訴追禁止は社会倫理上の最低線の範囲内で基本権保護を最大化するのに役立つ」ものであるとされる。さらに彼は、比例性原則との関係にも触れ、基本権保護と機能的刑事司法の均衡という比例性原則に基づく判断がなされうるのは、基本法一条に関連しない違法捜査があったときのみであり、「極端な人権侵害のある事例」あるいは「特に重大な個別事例」の基本法一条違反については、何らかの訴訟的な保護ないし負担軽減対策（prozessuale Schutz und Entlastungsvorkehrungen）を取ることが義務付けられ、その意味で比例性原則の介入する余地はないという[136]。

ただし、前述の通り、犯罪誘発行為との関係では、ヴォルターは「極端な人権侵害のある事例」であることを否定し、憲法的訴追禁止を認めない。彼は、違法な犯罪誘発行為の法的帰結としては憲法的訴訟障碍ではなく、刑罰阻却事由を認める。これについては後述する[137]。

第二款　理論の出発点

以上見てきたように、訴訟障碍説のうち第三の類型は法治国家原則違反を根拠とした憲法的訴訟障碍であった。このような見解をリードしたリースの見解は、違法な犯罪誘発行為があった場合に訴訟障碍という法的帰結を導くこと自体には異論を唱えるが、憲法的訴追禁止に基づく手続打切り（Einstellung）という構成をとる点で、結果として訴訟障碍と同様の効果が生じさせることになる。具体的には、彼は、「重大かつ治癒の不可能な法治国家原則違反」が認められる場合に制裁請求権の放棄を認め、そこから訴追禁止を導く。リースのこのような立論の後、ヒレンカンプらがこれに続いたわけだが、彼らも、訴訟障碍が認められる条件として、問題となる犯罪誘発行為が「修正不可能」な基本権侵害を伴う点を指摘している。ヒレンカンプは、訴訟障碍を「最終手段（ultima ratio）」と位置付け、この「修正不可能性」に「補充性」の条件を加え、この両者から当該訴訟の継続が甘受しえない程の重大な事実が問題となるかを吟味した上で、特に例外的な場合にのみ訴訟障碍を承認することができるとした。このような三要件の前提となっているのは、機能的刑事司法と公正な裁判を保障する法治国家原則であるとされ、その意味で比例原則という刑事訴訟および憲法の目的設定が考慮されなければならないとされた。このようなヒレンカンプの見解に対しては、憲法的訴訟障碍を最終手段として位置付けるのであれば、実体法的処理である無罪処理を同様に位置付けることもできるのではないか、という指摘もみられる[138]。この点、確かに、ヒレンカンプは最終手段として無罪判決による処理を検討しておらず、このことに対する理由も述べられていない。

次に、ヴォルターも基本権侵害と機能的刑事司法の均衡という点から、比例原則が介在することになるという。このような比例原則の存在を指摘する点で、彼の理論はヒレンカンプと共通する。しかしながら、ヴォルターは犯罪誘発行為が問題となる場合において、憲法的訴追禁止の前提条件である「極端な人権侵害」の存在を否定する。この点に対し、国家的犯罪誘発が行われる場合にも社会倫理上の最低ラインは踏み越えられる場合があるのではないかという指摘がある[139]。

また、ヒレンカンプとの関係で注意しておきたいのは、両者とも比例原則という概念を持ち出すが、ヴォルターにおいては基本法一条一項違反については比例原則が介在する余地はないとする点である。すなわち、彼は基本法一条一項によって保護される人間の尊厳がある場合には、直ちに訴訟障碍が導かれなければならないと考えるのである。ただし、前述の通り、ヴォルターは犯罪誘発事例においてそのような基本権侵害の存在を否定する。

また、その後ヴォルフスラストは「国家刑罰権の不正な獲得」という点に着目し、そのような権限獲得を訴訟障碍事由とみなす。この見解は、先に紹介したブルンスらによって主張される刑事訴追権限失効論と共通するかのようにも思われる。ただ、彼女は犯意、意思および嫌疑という行為者自身の内面に着目し、犯罪誘発行為の適否を判断する点で、ブルンスらとは異なる。したがって、本稿では、行為者の基本権侵害を根拠に憲法的訴訟障碍を支持する論者としてヴォルフスラストを位置付けておく。(140)

第三款　評価方法

では、どのような場合に許されざる犯罪誘発行為であるとされるのであろうか。すなわち、ここで紹介した論者は、重大な法治国家原則違反あるいは重大な基本権侵害を訴訟障碍事由とみなすわけだが、それがどのように判断されるのかということである。この点について明言しているのはヒレンカンプである。彼は、①被告人に対する嫌疑の基礎と程度、②警察官の影響の性質、強度および目的、③犯意（Tatbereitschaft）、④被告人自身の、他人のコントロールを受けていない能動性、という四つの視点を挙げる。これらはすでに連邦通常裁判所の判例において用いられてきた視点である。また、ヴォルフスラストも「犯行の準備のできている、犯行に及ぶ気のある嫌疑を有する行為者」という視点を

呈示する。これらの点から思い出されるのは、連邦通常裁判所が一九八〇年代初頭に用いていた「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」である（【一】～【四】判例参照）[14]。これらの論者は、許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠を基本権侵害に関係付けて考えるため、犯意の具体化理論という判例理論に共通した判断要素が導かれることになるのであろう。

第四款　検討

以上みてきたように、憲法的訴訟障碍論は許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠を、行為者の基本権に対する重大な侵害と捉え、行為者側の事象に着目したいわゆる主観説的判断基準を示しているといえる。先にみた二つの訴訟障碍説ではおとり捜査の違法の実質が国家（誘発者）の側に求められ、行為者側の基本権侵害は問題とされなかったのに対し、憲法的訴訟障碍論においてはむしろ行為者の基本権侵害が問題とされる。したがって、許されざる犯罪誘発行為があった場合に基本権侵害が認められる場合があるとする点で、先に紹介した二類型とは異なる理解を示す。この点、以下で紹介する無罪説を主張する論者の中には、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発事例においては基本権侵害はないのだとする学説が登場する。これについては、すでに本章第二節第四款において述べているように、被誘発者がアジャン・プロヴォカトゥールの道具となっている状況を問題とするのではなく、嫌疑のない者が被疑者として扱われること自体が問題とされなければならず、その意味で基本権に対する侵害は観念しうるように思われる。

（1）拙稿「おとり捜査の研究（二）」北大法学論集五八巻四号（二〇〇七年）一四六頁以下参照。

（2）この点、これら以外の判例においては、仮に法治国家的許容限界を超えた場合であっても訴訟障碍の承認まで導かれることはないという表現で、法治国家という文言が登場するにとどまる（Vgl. BGH (1. Senat), Urt. v. 23.5.1984, BGHSt 32, 345ff.（【10】）; BGH (Großer Senat), Beschl. v. 7.11.1985, StV 1986, 47f.（【14】）; BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senat), Beschl. v. 10.3.1987, NJW 1987, 1874f.（【16】））。したがって、法治国家原則違反が違法な犯罪誘発行為の法的根拠となる点を明示する判例は少ない。

（3）例えば、インメ・ロクシンは、被誘発者が「国家的行為の単なる客体」となっているか否かの検討に際して、間接正犯（mittelbare Täterschaft）の理論を引き合いに出す。ただし、彼女自身は量刑的解決を支持するわけではない（Vgl. *Imme Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 2. Aufl., 1995, S. 105f.）。インメ・ロクシンの主張する理論については、本稿第四章参照。

（4）BGH, a.a.O. (Anm. (2)).（【10】）

（5）拙稿「おとり捜査の研究（一）」北大法学論集五八巻二号（二〇〇七年）五三頁以下（以下、本稿では単に「拙稿（一）」とする）。

（6）拙稿（一）（註5）五三頁以下。

（7）拙稿（一）（註5）五三頁以下。

（8）Vgl. BGH (4. Senat), Urt. v. 11.9.1980, NStZ 1981, 70f.（【3】）; BGH (1. Senat), Urt. v. 21.10.1980, 163f.（【4】）; BGH (3. Senat), Urt. v. 6.2.1981, NJW 1981, 1626f.（【5】）; BGH (2. Senat), Beschl. v. 23.12.1981, NStZ 1982, 156f.（【8】）; BGH (2. Senat), Urt. v. 23.9.1983, NStZ 1984, 4f.（【9】）; BGH, a.a.O. (Anm. (2))（【10】）; BGH (2. Senat), Beschl. v. 4.6.1985, StV 1985, 309ff.（【13】）; BGH (4. Senat), Beschl. v. 16.3.1995, NStZ 1995, 506ff.（【21】）。

（9）Vgl. etwa, *Bruns*, “Widerspruchvolles” Verhalten des Staates als neueartiges Strafverfolgungsverbot und Verfahrenshindernis, insbesondere beim tatprovozierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel, NStZ 1983, S. 55f.; *ders*, “Zur Frage der Folgen tatprovozierenden Verhaltens polizeilicher Lockspitzel”, Eine Besprechung des Urteils BGH 1 StR 148/48 v. 23.5.1984, StV 1984, 392., *Taschke*, Verfahrenshindernis bei Anstiftung durch einen Lockspitzel?, StV 1984, S. 179f.;

Schumann, Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als agent provocateurs?, JZ 1986, 70, *Eschelbach*, Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten, StV 2000, 392f.

（10）しかしながら、【17】判例の事案をみても分かるように、偽装バイヤー（Scheinaufkäufer）が獲得した情報が法廷で証拠として取り扱われることも多い。そして、その場合【17】判例の事案のように、偽装バイヤーを取り調べた警察官の供述が採用される場合がある。戦後英米法の影響を受けたわが国では伝聞法則が採用され、多くの例外は残すものの伝聞証拠は原則的に禁じられることとなった。しかし、ドイツにおいては直接性の原則はあるものの、伝聞証拠を禁じる法則はない。したがって、わが国とは異なり伝聞証拠であること自体が問題となるというよりも、伝聞証拠の証拠価値が問題となる。つまり、わが国においては証拠能力の問題となるのに対し、ドイツでは証明力の問題として処理される。

（11）*Lüderssen*, Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation, Festschrift für *Peters* 1974, S. 349ff.

（12）一九九〇年代において証拠禁止による解決を主張するものとして、Vgl. *Fischer/Maul*, Tatprovozierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme, NStZ 1992, S. 7ff.

（13）*Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 361.

（14）*Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, Göttingen 1957, Rn 5 für § 136a.

（15）*Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 361.

（16）*Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 362.

（17）*Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 363.

（18）*Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 363f.

（19）*Less*, Der Unrechtscharakter der Anstiftung, ZStW 69 (1957), 53.

（20）*Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 364.

（21）*Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 365.

（22）*Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 368f.

（23）*Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 66. 同様にリューダーセンの主張する包括的証拠禁止が実質的には訴訟障碍と同じ効果

を生じさせることを指摘するものとして、宮木康博「ドイツにおけるおとり捜査の法的帰結」同志社法学五七巻六号（二〇〇六年）五一二頁以下。また、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）三三二頁（以下、本稿では単に「川崎・前掲論文①」とする）では、「波及効が承認されることで、被告人は場合によっては無罪判決で救済されよう」という指摘もみられる。いずれにしても、リューダーセの主張する包括的証拠禁止が認められれば、何らかの形での不処罰処理が期待できるようにも思われる。ただし、後述するように、川崎英明は、実体裁判がなされた場合伝統的な刑法理論の下では有罪判決に至るしかないとして、訴訟障碍の承認を支持する（川崎英明「おとり捜査の規制」島大法学三〇巻一号（一九八六年）八六頁以下（以下、本稿では単に「川崎・前掲論文②」とする））。

(24) *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 66.

(25) BGH (3. Senat), Urt. v. 24.8.1988, BGHSt 35, 328. また、ロクシンはこのような判例の見解を示しつつ、刑訴法一三六条aにいう欺罔とは、被疑者の決定の自由がドラスティックに狭くさせられてしまう場合のみを想定しているという（*Claus Roxin*, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheindeweg, NStZ 1995, 465f.）

(26) *Franzheim*, Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittelung von Straftätern, NJW 1979, S. 2015.

(27) *Berz*, Polizeilicher agent provocateur und Tatverfolgung, JuS, 1982, S. 416.

(28) BGH (1. Senat), Urt. v. 10.5.1983, BGHSt 31, 380; BGH (2. Senat), Urt. v. 5.12.1984, BGHSt 33, 83; BGH (4. Senat), Urt. v. 10.4.1986, BGHSt 34, 52.

(29) *Fischer/Maul*, a.a.O. (Anm. (12)), S. 13.

(30) もちろん、証拠禁止の効果の不十分性を危惧する見解もある。例えば、川崎英明は、「波及効が承認されることで、被告人は場合によっては無罪判決で救済されよう。しかし、証拠禁止の対象とはならない証拠の存在が承認される限りは、なお有罪の危険は残ることが看過され得ないのである」として、積極的に訴訟障碍を導こうとする（川崎・前掲論文①（註23）三三二頁）。

(31) *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 67.

(32) KK-StPO, 3. Aufl., S. 623, § 136a, Rn 6 [*Boujong*]. この点に関してロガールも刑訴法一三六条aは尋問のみに直接的に適

用されることを確認し、さらに同三項第二文の証拠使用禁止は供述のみをカバーするとする（*Rogall*, Strafprozessuale Grundlagen und legislative Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren, JZ 1987, 850.）。

(33) Vgl. *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, 48. Aufl., 2005, S. 526f., § 136a , Rn 4ff.

(34) *Imme Roxin*, a.a.O. (Anm. (3)), S. 115.

(35) LR-StPO, 25. Aufl., § 136a, Rn 6ff. [*Hanack*].

(36) Vgl. *Imme Roxin*, a.a.O. (Anm. (3)), S. 114.

(37) 筆者はおとり捜査と類似した捜査手法である「潜入捜査」について検討を試みた際に、この点についてドイツ学説の見解に触れた。潜入捜査官による情報収集活動についても、刑訴法一三六条ａ一項の禁じる欺罔を理由としてこれを禁じる見解がみられる。しかし、潜入捜査官による情報収集を尋問の概念から排除する見解は存在するものの、多くはそのような尋問類似行為を実質的に尋問と同様の行為としてその概念に包含する理論構成を採る。もし、リューダーセンの主張するように同規定が尋問を超えた適用範囲を有すると考えるならば、尋問類似行為を尋問に包含する必要はない。しかしながら、潜入捜査官による情報収集活動に刑訴法一三六条ａの適用を承認しようとする学説の多くは、敢えてこれを尋問と定義付けることでそれを可能とする。したがって、リューダーセンと同様の構成を採る学説は皆無であるといえよう（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）三一二頁以下）。

(38) Vgl. KK-StPO, 3. Aufl., § 136a, S. 627, Rn 21 [*Boujong*]; *Meyer-Goßner*, a.a.O. (Anm. (33)), S. 529ff., § 136a, Rn 12ff.; LR-StPO, a.a.O. (Anm. (35)), § 136a, Rn 37 [*Hanack*].

(39) BGH (3. Senat), Urt. v. 24.8.1988, BGHSt 35, 328.

(40) Vgl. *Claus Roxin*, a.a.O. (Anm. (25)), 465f.

(41) Vgl. *Puppe*, List im Verhör des Beschludigten, GA 1978, 305. Vgl. auch *Peters*, Strafprozeß, 4. Aufl., 1985, S. 336.

(42) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 67. また、インメ・ロクシンもシューマンのこの見解を支持する。確かに、行為の挙行については独立した決定が行われてはいるが、警察のアジャン・プロヴォカトゥールの存在についてはそうではないということがヒレンカンプから指摘されている（*Hillenkamp*, Verfahrenshindernis von Verfassungs wegen, NJW 1989, 2848.）。しかし、これに対しても決定の自由はその中核領域においては侵害を受けていないとする（*Imme Roxin*, a.a.O.

(Anm. (3)), S. 117.)。

(43) 潜入捜査の情報収集活動に関するドイツ学説については、拙稿（註37）三〇六頁以下参照。

(44) Vgl. *Claus Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. S. 181, Rn 17.

(45) *Less*, a.a.O. (Anm. (19)), S. 43.

(46) *Trechsel*, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 20ff.

(47) 本稿では、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為が問題となる場合、Anstiftungを原則「扇動」ないし「扇動行為」と訳出している。判例・学説のいずれを見ても、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為は、Tatprovokationあるいは Anstiftung のいずれの用語も用いられており、Anstiftung がドイツ刑法二六条にいう教唆を意味するものとして用いられているのか判然としない場合が多い。しかし、ここで紹介したシューマンの理論は、まさに正犯（Haupttäter）との関係で Anstiftung の用語を用いていることからも、それが教唆を意味することが明らかである。

(48) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 67f.

(49) Vgl. *Imme Roxin*, a.a.O. (Anm. (3)), S. 105f.

(50) Vgl. *Imme Roxin*, a.a.O. (Anm. (3)), S. 106f.

(51) Vgl. *Imme Roxin*, a.a.O. (Anm. (3)), S. 108f.

(52) BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, BVerfGE 65, 1.

(53) Vgl. *Imme Roxin*, a.a.O. (Anm. (3)), S. 112ff.

(54) Vgl. *Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 363.

(55) *Imme Roxin*, a.a.O. (Anm. (3)), S. 186.

(56) *Imme Roxin*, a.a.O. (Anm. (3)), S. 194.

(57) 宇藤崇「違法捜査と不処罰処理（一）」法学論叢一三三巻二号（一九九三年）四四頁。その他、わが国で違法なおとり捜査の法律効果を中心にについてドイツの理論を検討したものとして、川崎英明「違法捜査と訴訟障害」島大法学三一巻三号（一九八八年）三五頁以下（以下、本稿では単に「川崎・前掲論文③」とする）、寺崎嘉博『訴訟条件論の再構成』（成文堂、一九九四年）二二七頁以下（以下、本稿では単に寺崎『訴訟条件論』とする）などが挙げられる。

(58) ゲッセルは、この理論構成を支持すると思われるデンカーの見解に理論的根拠を与える。そのため、本稿では差し当たり刑事訴追権限喪失に基づく訴訟障碍論を主張する論者の一人として分類した。このような分析は宮木康博にもみられる（宮木・前掲論文（註23）五〇七頁以下）。ただし、ゲッセルはおとりによる犯罪誘発活動以外の捜査においては、これとは異なる見解を示す。そのため、宇藤・前掲論文（註56）四八頁以下では、憲法にその理論的根拠が直接求められるような訴訟障碍を主張する論者として分類される（なお、この点は宮木論文も同旨）。

(59) BGH, Urt. v. 10.8.1982, NStZ 1983, 80. この事案は、ロックシュピッツェルの活動の国家への帰責可能性が問題となった事案である。すなわち、被告人に対して犯罪誘発行為を働き掛けた証人Hは、捜査機関からは一般的任務および具体的任務のいずれも与えられておらず、固有の自発的な意思、利己的動機から被告人をして薬物取引を行う決意を惹起した。このような事実認定に基づき、連邦通常裁判所第五刑事部は、被告人の有罪判決の妨げとなる国家的捜査機関の行為は存在しないとした。ただ、この事案では、犯罪誘発者であるHの行為が国家のロックシュピッツェルの行為とみなされなかったがために訴訟障碍が導かれなかったわけであるが、第五刑事部は「被告人固有の他人に支配されていない能動性をも考慮した上で、証人Hの犯罪誘発行為が被告人の寄与がそれに対して背後に退く程の重大性を有していたといえるか否かは未解明のままである」として、一定の関心を示している。したがって、ブルンスは撞着法理を基礎として訴訟障碍を承認する理論を示した判例と評価しているものと思われる。

(60) *Bruns*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 49ff.

(61) *Bruns*, a.a.O. (Anm. (9)), 49ff.

(62) Vgl. *Bruns*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 50.

(63) Vgl. *Bruns*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 51.

(64) BGH, a.a.O. (Anm. (8)), NJW 1981, 1626. (【5】)

(65) BGH (2. Senat), Beschl. v. 15.1.1982, NJW 1982, 1238. この事案で連邦通常裁判所は、犯罪人引渡（Auslieferung）の事案において悪意に満ちた行為を裏付けるようなものはなかったので、刑訴法六〇条二号の適用は考慮しなかった。

(66) *Foth*, Kann die Anstiftung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen?, NJW 1984, S. 221f.

(67) *Taschke*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 178ff.

(68) 水晶の夜事件とは、一九三八年一一月八日に発生した公使館書記官エルンスト・フォン・ラート暗殺に端を発した、ユダヤ人を狙った暴動であり、翌九日夜から一〇日未明にかけてナチス党員・突撃隊およびこれに賛同した非ユダヤ系住民がドイツ全土のユダヤ人住宅、商店地域等を襲撃、放火した。ナチスは、このような暴力行為をラート暗殺に対する「民族主義の正当な蜂起」と称し、黙認していたとされる。なお、水晶の夜事件の詳細に関しては、H・J・デッシャー著／小岸昭訳『水晶の夜』（人文書院、一九九〇年）一〇五頁参照。

(69) *Foth*, a.a.O. (Anm. (65)), S. 222.

(70) *Foth*, a.a.O. (Anm. (65)), S. 222.

(71) *Foth*, a.a.O. (Anm. (65)), S. 222.

(72) ブルンスは、連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決（BGH, a.a.O. (Anm. (2)) (【10】)）は明らかにフォートの論文を根拠としていると指摘する（Vgl. *Bruns*, a.a.O. (Anm. (9)), StV 1984, S. 392.）。

(73) *Taschke*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 178.

(74) *Taschke*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 179.

(75) *Taschke*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 179.

(76) *Taschke*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 180.

(77) *Taschke*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 179. この点について、ブルンスは、「このことは失効の問題とは全く関係がないし、フォートの例が少なくとも誤解を招く一方で、タシュケが事案の解決、つまり成功した誘発を受けた行為者の可罰性の判断の路線を予め正しく決定しているという事実には何の変わりもない」として支持する（*Bruns*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 392.）。

(78) Vgl. *Gössel*, Anmerkung zum BGH, Urt. v. 9.12.1983, NStZ 1984, 421.

(79) BGH, a.a.O. (Anm. (8)) (【5】); BGH (2. Senat), Beschl. v. 13.11.1981, StV 1981, 276f. (【7】); BGH (2. Senat), Beschl. v. 23.12.1981, NStZ 1982, 156. (【∞】)

(80) BGH (2. Senat), Urt. v. 9.12.1983, NStZ 1984, 419f.

(81) Vgl. etwa BGH, Urt. v. 23.9.1983, a.a.O. (Anm. (8)). (【9】)

(82) Vgl. *Gössel*, a.a.O. (Anm. (77)), S. 420. このような解釈は一定の説得力を有するものの、ゲッセル自身がいうように「特

に重大な法治国家原則違反」がどのように判定されるのかは分かりにくい。

(83) BGH, a.a.O. (Anm. (8)). (【5】)

(84) ブルンスが初めて訴訟障碍説に対する支持を表明したのは一九八三年（*Bruns*, a.a.O. (Anm. (9)）であると思われるが、これ以前では、リューダーセン（*Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)）、フランツハイム（*Franzheim*, a.a.O. (Anm. (26)）、ベルツ（*Berz*, a.a.O. (Anm. (27)）らが証拠禁止説を支持していた（本章第二節参照）。

(85) また、人間の尊厳に対する侵害から訴訟障碍を導く場合、そのことが法治国家原則に違反するから訴訟障碍に至るという構成をとる。その意味でも、撞着法理を根拠とする方が直接的に訴訟障碍を導くことができると考えられよう。このような指摘は、川崎・前掲論文②（註23）八七頁においてもみられる。

(86) *Imme Roxin*, a.a.O. (Anm. (3)), S. 186f.

(87) *Imme Roxin*, a.a.O. (Anm. (3)), S. 187.

(88) Vgl. *Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 354f. ただし、リューダーセンの議論は、アメリカ法を用いた比較法的研究というよりはむしろドイツ法における解釈論から構成されており、彼がアメリカ法におけるわなの理論を紹介したのはおそらくアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為に手続法的問題領域が存在することを論証するためであったのではないかと推察される。

(89) BGH (1. Senat), Urt. v. 23.5.1984, a.a.O. (Anm. (2)), S. 2300ff. (【10】)

(90) 連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決については、本稿第三章第四節参照。

(91) ただし、リューダーセンやフランツハイムのように波及効（Fernwirkung）を伴う包括的証拠禁止を主張する場合も、結果として訴訟障碍が導かれることになるという指摘もなされている。実際、シューマンは訴訟障碍が導かれる構成として三類型を挙げ、そのうち二つを包括的証拠禁止から導かれる訴訟障碍として分析している（Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 66.）。

(92) 川崎・前掲論文②（註23）八六頁以下。

(93) すなわち、仮に民事法における誠実義務違反に基づく請求権獲得の抗弁が刑事法領域において適用可能であるとしても、国家刑罰権の失効も刑罰阻却事由の形で実体法上の結果とならなければならないのではないかという問題が生じる。ここ

で紹介した論者らによっては明確にされなかったが、次（本節第二款）で紹介するシューマンは、刑罰阻却事由の承認を否定する。最終的に、彼は矛盾行為禁止の原則に基づく刑罰請求権の失効という構成を、その前提となる信頼の構築という点で否定する。しかし、仮に同原則の適用が可能であるとすれば、その結果は手続法上の結果である訴訟障碍として現れるという。というのは、民事法上の請求権は裁判所外でも可能であるのに対し、国家刑罰権は手続においてのみ請求しうるものであるからである。そのため刑事法と民事法では状況を異にするため、民事法同様に実体法上の結果として構成する必要はないという（Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 68f.）。

(94) Vgl. Schumann, a.a.O. (Anm. (9)), S. 69. なお、シューマンの主張の詳しい内容については、前掲（註93）参照。直前の註。

(95) エストッペル（禁反言）法理とは、英米法における原則で、争点禁反言（issue estoppel）、副次的禁反言（collateral estoppel）等があり、「先の手続で被告人に有利に決定された争点を国家が再度問題とすることを防止する原則」であるとされる（田口守一『刑事訴訟法［第四版補正版］』（弘文堂、二〇〇六年）四四七頁）。一般的には、裁判の確定力との関係でエストッペル原則が問題となる（高倉新喜「一事不再理の効力と既判力（拘束力）について（一）～（四）」北大法学論集五一巻一～四号（二〇〇〇年）参照）。

(96) その他、刑事訴追権限失効論を支持すると思われる論者として、デンカー（Denker）とカツォルケ（Kazorke）が挙げられる。デンカーは、一九八二年の論文で、許されざるアジャン・プロヴォカトゥールの行為は、被誘発者に対する訴訟障碍（Verfahrenshindernis）を導くということを明らかにしているが、その理論的な詳細は明らかにされていない（*Denker*, Zur zulässigkeit staatlicher gesteuerter Deliksbeteiligung, Festschrift für *Dünnebier* 1982, S. 453.）。また、カツォルケは、先に示したブルンスおよびタシュケの示した理論的枠組みを支持する（*Kazorke*, Die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs, 1989, S. 163ff.）。

(97) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 66ff.

(98) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 70.

(99) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 71.

(100) *Volk*, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978, S. 171, 204ff.

(101) *Volk*, a.a.O. (Anm. (99)), S. 71.

(102) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 72.
(103) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 71.
(104) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 72.
(105) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 68.
(106) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 70.
(107) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 71.
(108) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 71.
(109) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 72.
(110) 嫌疑の視点等については、*Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 71f. 参照。
(111) Vgl. *Volk*, a.a.O. (Anm. (99)), S. 171.
(112) *Volk*, a.a.O. (Anm. (99)), S. 183.
(113) Vgl. *Imme Roxin*, a.a.O. (Anm. (3)), S. 200. また、フォルクは「訴訟目的（Prozeßzweck）は、不明確な制度を実体法的あるいは手続法的なものとして分類するためのパラメーターとしては考慮されえない」（*Volk*, a.a.O. (Anm. (99)), S. 173.）という。
(114) LR-StPO, 22 Aufl., S. 132ff., Kapital 11, Rn 12 [*Schäfer*].
(115) 宇藤・前掲論文（註56）①六〇頁。ただし宇藤崇は、なぜ無罪判決まで至らずに訴訟障碍でとどまるのかという点で、シュトマンとは異なる見解を示す。
(116) *Rieß*, Verfahrenshinderniss von Verfassungswegen?, JR 1985, S. 48.
(117) LR-StPO, 25 Aufl., § 206a, Rn. 32 [*Rieß*].
(118) Vgl. *Rieß*, a.a.O. (Anm. (115)), S. 48.
(119) Vgl. *Rieß*, a.a.O. (Anm. (115)), S. 47.
(120) Vgl. *Rieß*, a.a.O. (Anm. (115)), S. 47.
(121) ドイツ刑法六〇条前段は、刑を科すには及ばないことが明らかである場合に、裁判所は刑を免除する（absehen）こと

を規定する。ただし、一年以上の自由刑に対してはこれは適用されない。

(122) ドイツ刑訴法一五三条は、軽微事件の不訴追（Nichtverfolgung von Bagatellsache）について規定する。一五三条一項は、行為者の責任が軽微であり、刑事訴追に公共の利益が認められない場合に、裁判所の同意を得て、公訴を提起しないことを認める。そして、同二項は、公訴提起後も、一項の要件に基づき、検察官および被告人の同意を得て手続を打ち切ることができるとする。

(123) Vgl. *Rieß*, a.a.O. (Anm. (115)), S. 48.

(124) Vgl. *Rieß*, a.a.O. (Anm. (115)), S. 48.

(125) 同様の分析は、川崎・前掲論文③（註56）四五頁においてもみられる。

(126) Vgl. *Hillenkamp*, a.a.O. (Anm. (42)), S. 2847.

(127) Vgl. *Hillenkamp*, a.a.O. (Anm. (42)), S. 2848f.

(128) BGH (1. Senat), Urt. v. 15.4.1980, NJW 1980, 1761.（【2】）

(129) Vgl. *Hillenkamp*, a.a.O. (Anm. (42)), S. 2849.

(130) *Wolfslast*, Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung, unveröffentlichte Habilitationsschrift Göttingen, 1993, S. 357ff.

(131) *Wolfslast*, a.a.O. (Anm. (131)), S. 361f.

(132) *Wolfslast*, a.a.O. (Anm. (131)), S. 364ff.

(133) *Wolfslast*, a.a.O. (Anm. (131)), S. 424.

(134) *Rieß*, a.a.O. (Anm. (115)), S. 45ff.

(135) *Wolfslast*, a.a.O. (Anm. (131)), S. 434.

(136) Vgl. SK-StPO, § 151, Rn 209f [*Wolter*].

(137) ヴォルターの主張する刑罰阻却事由の承認による解決については、本章第六節第一款参照。

(138) 宇藤・前掲論文（註56）五一頁以下。

(139) *Franzheim*, a.a.O. (Anm. (26)), S. 2015, *Lesch*, Anm. zu BGH, Urt. v. 18.11.1999, JR 2000, 435. なお、宇藤・前掲論文（註56）五二頁も同旨。

(140) インメ・ロクシンおよび宮木同旨。

(141) Vgl. BGH (1. Senat), Urt. v. 10.6.1975, GA1975, 333f. (【1】); BGH, a.a.O. (Anm. (127)) (【2】), BGH, a.a.O. (Anm. (8)) (【3】), BGH, a.a.O. (Anm. (8)). (【4】)

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇七年三月二三日授与）に補筆したものである。

資料

日本支配期における台湾人の法意識の転換

――台湾法と日本法との融合――

王泰升
黄詩淳 訳

一、はじめに――「書かれた法から生ける法へ」の分析枠組み

本稿は、一八九五年に日本植民統治当局が、日本で施行された法（以下「日本法」と呼ぶ）を台湾に持ち込んだ後、日本法が如何に台湾に存在する法（以下「台湾法」と呼ぶ）と混淆（Creole）・融合（Fusion）したのかを明らかにしたい。[1] そこでは特に台湾の社会に着目し、そこでの法意識（legal con-

sciousness)、例えば法の社会生活における役割または法の持つ規範内容が、どのような変化を生じたのかを検討する。この問題意識の下で、研究の対象は政治権力が発布した抽象的な法律に限らず、さらに、一般の人々が日常生活でどのように「法」と呼ばれる規範を理解しているのか、また、法的行動をとるときに実際にはどのような規範に依拠したのか、という問題にも及ぶ。

これらの問題に答える前提として、まず、以下のプロセスを念頭に置く必要がある。すなわち、現に台湾法と日本法が属する大陸法系の下で、形式的な条文は確かに国家によって制定されたものであるが、それが一般の人々に受け入れられ、法意識として馴染まれるまでは更なる時間を要する。大陸法系の国々は、国民を規制するために、強制力のある法律、すなわち立法府による法律と行政府による命令を含めた「法令」を公布する。(2) これらの法令が国家に採用されたのは、特定の政治・経済・社会・文化条件の下で、統治エリートの政策考慮に基づくか、あるいは社会における様々な利益団体による折衝の結果である。一見、国家（state）はいかなる内容の条文も制定でき、それによって社会（society）を拘束することができるように見えるが、実際には一般の人々の法意識を含む社会の現実状況は、ある程度これらの条文の実践に制約をかける。

次に、抽象的な文字で構成された条文は、常に「学説」によってその内容を補充され解釈される。学説はその時の法学の著作に現れている。学説の内容と論者の背景とは密接に関連している。すなわち、論者の政治・経済上の地位、性別、民族、イデオロギーないし受けた法曹養成教育は、その主張に影響を与える。一部の学説は、当時の政治・経済・社会・文化等の条件の下で主流的な意見となる。つまり、学説を提唱する「人」は、国家「法」の内容形成に大きな影響力を及ぼすわけである。

さらに、学説を引用しながら、「個々の事案に法律を解釈・適用すること」がある。すなわち司法機関の裁判または行政機関の行政処分を通じ、抽象的・一般的な法規範は、特定の人または事案を具体的に拘束するようになる。個々の事案に関する法の解釈と適用を究明するために、その解釈と適用を行った「人」、特に裁判官、検察官と弁護士の思想背景、生活経験について研究を加える必要がある。また、解釈と適用の過程、例えば裁判には弁護士による代理があるのかについても留意すべきであろう。この段階では、国家法が特定の者の社会生活に直接に干渉するため、これにより当事者の法意識に衝撃を与えることが可能である。

最後に、「一般の人々の法的な社会生活」も考察しなければならない。特定の法域で暮らす人々は、たとえ直接に裁判所あるいは行政機関と関わりがないにせよ、当該機関による個々の事案に関する法的判断がマスコミ等の手段によって伝えられるため、法が定めた遵守すべき行為規範を知る余地がある。但し、法を知ることは法を守ることに等しいわけではない。たとえ法が定めた事情が実際に起きたとしても、当事者は法の指示に反して行動することがありうる。継続的かつ積極的なプロモーションがなければ、一般の人々に既存する法意識または行動様式は簡単に変わるものではない。言い換えれば、国家法に掲げられた新たな法意識が人々の現在の法意識に取って代わることは、時間がかかることである。しかも、そもそも一般の人々の間には、政治・経済・社会上の地位、性別、民族、イデオロギー等の違いがあるため、新たな法意識を受け入れるにあたっては異なる考慮と態度が必要であろう。

近代のヨーロッパ大陸法を学んだ日本法は、「征服者の法」という優越な立場にあった。以下では、本稿は、日本法が一八九五年に中華帝国法と漢民族・先住民族の慣習が織り成した台湾法に出会った際にはどのように対応したのか、また、日本法が台湾人の法意識にどのような変化をもたらしたのか、さらに、それにより一九四五年に日本の植民支配が終了した際に日本法と融合した新たな台湾法がどのようなものとなったのかについて検討を進める。

二、憲法についての意識

（一）台湾法の固有の考え方

日本法は一九世紀末に初めて台湾で施行された。それまで台湾に居住していた先住民族と漢民族（または「華人」と呼ばれる者）は、当然に法を持っていた。それは当時の台湾法である。以下は「憲法についての意識」[3]、すなわち人々がどのような憲法的生活を送っているのか、政治権力がどのように動いているのか、統治機構がどのような枠組みであるのか、さらに、個々の人間が共同体との関係がどうなっているのかについて論じる。詳しく言えば、先住民族の法とは、島の山地と森林に生存するための準則である。これに対して、漢族の移民の憲法は、古い中華文明に由来するものである。とはいえ、最初に日本帝国が実際に支配できたのは、台湾の人口の多数を占める漢族の移民及び漢化した先住民族である（法律上は「本島人」と称される。すなわち、福建、客家の二つの漢民族と先住民族中の平

埔族が含まれる[4]。そのため、彼らと日本法との出会いから述べてゆく。

西洋の立憲主義における最も核心的な主張は、統治者が法（憲法）の拘束を受け、それにより、人々の基本権が保障されるということである。このような理解あるいは考え方は、当時、台湾の漢族に存在したのか。伝統的な中華文明では、政治的権威が発布した法律の上に、さらに一つの上の規範がある。それは「礼」である。儒教の教えによれば、政治上高い地位にある者は、率先しこの上級規範を遵守しなければならない。その他、擬人化された「天」は皇帝の上に存在する。皇帝は「天命」を承り民を治める。つまり、伝統的な中華文明では、統治者の自己要求によりその責任が果たされることが期待されている。そして、統治された人々が政府に何か積極的に要請することは想定されていない。「天子」である皇帝に対して、唯一要請できるのは「天」という存在である。しかし、現実の政治体制には、皇帝の行為を拘束しうる「礼」または「天意」の中身・内容を認定できる機構が存在しない。さらに、中華帝国の官僚による法律の解釈・適用は、最終的には皇帝の批准が必要である。皇帝は法律に沿わずに行動することができる。そのため、制度的には皇帝が、最上位規範である「礼」の中身を決定することとなっている。その結果、政治に不満を抱く者は、制度外の武力に頼るしかなく、「替天行道」（天に替わって道を行う）の旗を掲げ皇帝の絶対的権威を覆すしかない。その後、新しい統治者は依然として「天の子」であり、皇帝を至上の権威とする天朝の体系を維持する。確かに同じ王朝に属する皇帝には「先王成憲」（先帝の遺訓）や「祖宗遺命」（祖先の遺訓）の制約があるものの、その目的は人民の利益を保障するものではない。このような状況の下で、清の支配を受けた台湾の漢族の社会では、たとえ有力な地主や商人であっても、自らの利益を追求するため天朝の体制を変えようという主張はできなかった[5]。

ところで、先住民族はその生活様式で異なる憲政についての意識を見せた。オーストロネシア語族の法文明を有する台湾の先住民族は、祖先から伝わってきたものには必ず合理性と正当性があると考えている。文字による記述が存在しておらず、かつての礼儀作法や固有の慣習は自然に年長者に比較的熟知されているため、年長者は自然にリーダーとなる。多くの族にはいわゆる「頭目」が存在し、その権力もまた族により異なるが、通常は交渉・仲裁の仕事を行うにすぎない。「統治的権威」である長老らが、守るべき規範または特定の事案に適用する準則・ルールを判断しようとする場合に、彼らは祖先の遺訓と慣

習を斟酌しなければならず、好むままにすることができない。もっとも、現実には、長老らを拘束する祖先の遺訓と慣習の内容は何かということについて、長老らは自ら解釈することができる。(6)

（二）日本法における近代立憲主義的要素の台湾法への部分的進入

中華文明における「法」とは、政府が公布した指令で人民を統治するためのものである。これに対して、西洋から導入され、東アジアで「法」と翻訳されたものは、さらに、人民がこれを用いて政府の行為を牽制することが可能なものである。(7)日本の法は元来、中華文明のそれに近かったが、明治維新以降に富国強兵のため西洋の近代法を学び始めた。さらに、日本の支配階級の利益を図り、君権を重視し絶対主義の色を帯びたプロイセン憲法に倣い、一八八九年に明治憲法を発布した。明治憲法第四条によれば、天皇は「国家の元首にして統治権を総攬し」ているが、「憲法の条規によりこれを行う」必要がある。すなわち、日本は西洋の立憲主義を採り入れたため、政治的権力者の行動はやはり憲法の拘束を受けなければならない。したがって、国家務事項について、法律・勅令その他国務に関する詔勅は国務大臣の副署を要する。立法事項について、天皇は帝国議会の協賛を以って立法権を行う。司法権に関して、個々の裁判は裁判所が行う。さらに、統帥事項も「軍部」を通して上奏されることになっている。制度上、天皇は法律を裁可しその公布及び執行を命ずる権力を有するが、実際には天皇は前述した各政府機関の意見に従うにすぎない。ある意味ではこの時の日本には微妙な「四権分立」の体制が出来上がっていると言える。臣民の基本権もまた、帝国議会が制定した法律によって制限されることがあるが、形式的には大日本帝国憲法により明文で保障されている。但し、憲法が新しい領土、例えば一八九五年に取得した台湾に適用されるかということについては、憲法自体には規定が存在しなかった。(8)

明治政府はお雇い外国人憲法学者から意見を聴取した後、一八九六年に「六三体制」を作り上げた。その特徴として、帝国議会は台湾地域に対する立法権を台湾総督に委任した。台湾総督はこれにより、帝国議会が協賛した法律と同様な効力を持つ「律令」を公布することができる。他方で、帝国議会の協賛を経てから日本で施行されている法律は、台湾では総督の「勅令」によって指定されない限り、効力が生じない。この状況は一九二一年の法三号（一九二二年施行）まで続いている。法三号は

ようやく総督の権限に制限をかけた。すなわち、台湾で施行されている法律の内容について、総督は勅令で調整できるものの、律令については、勅令によって日本の法律を導入することが困難でありかつ台湾の特殊な事情に鑑みて必要と考えられる場合に限って、総督が自ら律令を制定することができるように狭められた。しかし他の面から見て総督の権限は大きいといわざるを得ない。総督は勅令により台湾の行政権、軍事権（一九一九年以降は台湾軍指令に移転）を総攬し、しかも律令により裁判事務を司る法院（裁判所）を設置し、「司法行政監督権」を有する。したがって、台湾に対するすべての国家統治権は、司法裁判権を除き、総督に集中した。植民地の利益を搾取しやすくするため、総督は代議機関の監督を受けずに専制政治を行った。(9)

一八九八～一九〇六年に台湾総督であった児玉源太郎は、一九〇二年に帝国議会で次のように示した。すなわち、台湾人が知っている「法」は、統治権が一つに集中する類型であって分立する類型ではなく、「総督の威厳を保つために」六三体制と同様に総督に様々な権力を持たせるべきであるというのである。(10)そのため、日本法における近代立憲主義的要素が、日治時代に台湾法に完全に入りきれなかったのは、日本の植民当局が自らの統治に不利な権力分立制度を採り入れたくなかったからである。

明治憲法が台湾で施行されているのか、また、議会の立法権を留保なしで総督に委任することが違憲ではないのかということについて、戦前の日本の憲法研究者は争っていた。日本帝国は、最初は憲法が部分的に台湾で施行されると示したが、その後、主張を変え、台湾における六三体制の存在が憲法の施行を前提とする（つまり憲法は台湾で施行されている）とした。他方で、学説の状況については、たとえ明治憲法が台湾で施行されていると認める研究者でも、委任立法が特定の事項に限られるべきだと考える者は少なかった。この少数派の立場からすれば、法三号以前の六三体制は違憲のおそれがある。しかし、研究者の多数は、広範な委任立法を認め、総督の律令権が違憲ではないと主張した。その他には、憲法が部分的にしか台湾で施行されていないと述べる者もいる。この学説によれば、憲法における総督の律令権に関する条文が、偶然にも台湾で施行されていない部分であるため、六三体制は違憲となる余地がない。当然のことながら、憲法がまったく台湾で施行されていないという学説の下では、六三体制には違憲の問題は生じない。台湾に居住している法学者もまた、基本的には日本内地の学者の見解に従った。(11)換言すれば、憲法理論に浸っている研究者は、日

本法における権力分立の概念が台湾法に導入されていないことに対して、批判するばかりか、かえって様々な法解釈によって支持した。また、これは政策の問題であり、法解釈の問題ではないという消極的な考え方もあった。これはおそらく、これらの研究者が誰も台湾出身の者でなく、植民政権に圧迫された台湾人の立場からこの問題を考えていなかったからであろう。

日本支配前期、台湾人は、総督府の施策に不満を持つ場合に、「政府は憲法により統治すべきである」または「権力は分立すべきである」という西洋の立憲主義に基づいて訴えることがほとんどなかった。これに対して、武力顛覆あるいは時代更迭という伝統的な漢族の考え方から、日本の植民政権に反抗した者も少なからず存在した。他方で、台湾にいる日本人の中には、憲法の概念を用いて政府を批判する者も確かにいたが、台湾人との交流が少なく、その主張は時に台湾人の利益と相容れないものでもあった[12]。

総じて言えば、日本支配後期に台北帝国大学で教鞭を執っていた園部敏が指摘した通り、明治憲法は形式上は台湾で施行されているが、一部の規定は台湾には実効がなかった[13]。台湾にとって、法秩序では「効力」を持つ明治憲法が「実効性」[14]を有しないのは、統治階級に施行する気がなかったからである。日本当局のこの態度は、国民が政府に対して憲法を遵守せよと求めることを台湾人が日本支配前期に知らなかったことと関係する。

（三）台湾人の憲法についての意識の変化

一九二〇年代から、日本統治の下で成長した新世代の台湾人の中に、流暢な「国語」すなわち日本語が話せ、日本の近代化教育を受けた知識人エリートが現れた。一部の人は、台湾地域で選出された代議士により構成された植民地議会の成立を提唱し、これによって台湾総督の立法と予算権を制限しようとした。さらに憲法上の人民の請願権に基づき、帝国議会に請願案を提出した。具体的には、一九二七年に台湾農民組合が、また一九三一年には台湾地方自治連盟が、それぞれ帝国家議会に請願案を提出した。また、台湾文化協会等の政治団体は、政府批判の講演、集会を行って、警察により禁止または解散させられたが、憲法における言論と集会の自由を根拠として行動し続けていた。一九二七年には結社の自由の下で、台湾史上の初の近代型政党、つまり台湾民衆党が成立した。彼らは一九三五年に憲法における人身自由の保障の定めに基づき、弁護士団体を通じ、違法に逮捕された農民を釈放するよう警察に要請した。とりわ

け一九三五年に台湾地域では州庁、市、街庄議会が成立した。その職権は限られており、直接に選挙された構成員も最大半分しか占めなかったが、人々の参政権は「制限された選挙」の枠内で初めて実現した。しかしながら、一九三七年の日中戦争勃発後から一九四五年の日本支配期の終了まで、人々の自由は再び厳しく規制された(15)。

前述した台湾の知識人エリートは、日本法が持ち込んだ西洋の立憲主義の概念を受け容れたといえよう。漢族の伝統的な憲法意識の下で、これらのエリートは、儒教が提唱した「聖君賢相(英明な君主と賢明な宰相)」と「父母官」(親のように人民を愛する官僚)の理想を信じ、統治階級の仁徳を期待するはずである。しかし実際には、日本人は台湾人に対しては差別的であるため、儒教が唱えた上位者に対する期待と想像はいかにも非現実的である。その代わりに、立憲主義における「自由」の概念は、日本人が支配した国家機構による不当な干渉を排除するのに役に立った。また、ほとんど参政不可能な台湾人エリートにとって、「民主」の概念は、参政を求める際の理論根拠となり、台湾人のニーズを満たすものであった。つまり、外来政権による高圧的な統治の下で、土着の人々はかえって「自由」と「民主」の使い勝手がわかるのである。そのため、もともとは形式的にしか台湾法に存在しなかった立憲主義の条文は、彼らの積極的な政治反対運動により、その意義が見直された。日本支配後期に、西洋の立憲主義的概念を受け容れたこれらエリートは、台湾人の社会にかなりの影響力を有したが、その一方で人数的には少数であり、社会主義者と親しい者もいた。

他方で、国家の各部門がそれぞれの権力を維持するための行動は、制度上存在するにすぎない権力分立の設計を、実際に機能させる可能性をもたらした。日治時代に台湾の判官(裁判官)と検察官は、内地の判事と検察官と同様の任用資格が必要であり(16)、近代の法学教育を受けた者でなければならないため、憲法に対しても一定程度の認識があった。一九一四年に覆審法院検察官早川彌三郎は、台湾の判官が帝国憲法第五七条により天皇の名において法律により司法権を行う者であり、総督府の代わりに司法権を行使する者ではないため、その裁判が行政官庁から独立していると指摘した(17)。さらに、一九一九年に検察官三好一八は、法院条例の発布後、台湾の「法院は憲法に基づいて法律により築かれた独立した裁判所であり、判官は憲法により身分保障を受ける独立した裁判官である」と述べている(18)。また、一九二三年に高等法院長の谷野格は、「憲法によると、司法権は法律が定めた特別裁判所により行われうる。台湾総督府の法

院条例は法律に相当するものでるため、全然問題がない」と示した。[19] 要するに、台湾における裁判官と検察官は、繰り返し明治憲法を引用し、自らの独立した裁判権を正当化しようとしている。

台湾の裁判所は、「集権的・専制的」と思われる台湾総督府の権威に挑戦したこともある。一九二〇年に高等法院は帝国憲法に基づいて、以下のような法的論理を打ち出した。すなわち、台湾総督府が一九〇四年に作成した決議では、犯罪即決の可能な範囲は、「法律または命令」に反する場合であるのに対して、[20] 高等法院によると、行政官庁が犯罪即決を行いうるのは、行政的な事務処理の準則である「命令」、つまり行政の目的に反する場合に限られる。この解釈は、裁判所の司法裁判権を守るため、行政官庁が行いうる犯罪即決の領域を縮小し、行政府が司法裁判に介入する可能性を減らした。その他、台湾の地方行政官庁が担った民事争訟調停では、官の権威を利用し当事者にその裁決結果の受入れを強要するのみならず、強制執行までも可能である。さらに、調停成立後、当事者は同一事案について裁判所に訴訟を提起することができない。高等法院長の谷野格は、まさに（犯罪即決と）同様な考え方の下で、民事争訟調停制度が明治憲法第二四条で保障された臣民の訴訟権に反するおそれがあると述べた。[21]

以上の例のように、明治憲法を援用しながら法律の主張を立てることは、日本支配後期には既に一般的になっている。例えば、訴訟代理人とされる機会を増やそうとする弁護士は、台湾で行政訴訟制度を施行すべきであると主張する際に、明治憲法をその根拠としている。[22] 当時、法律を知っている台湾人に限らず、日本語が使える一般の人々は、既に近代憲法の概念に言及できる環境に置かれていた。

しかしながら、日治時代に台湾法が受け容れた日本法の立憲主義的な要素は、当時「蕃人」または「高砂族」と呼ばれた先住民族には適用されなかった。植民当局は、帝国議会の協賛を経た法律と同様な効果を持つ規範（つまり律令）を用いて、彼らを拘束しようとはしなかった。先住民族に対する統治は、立憲主義とは全く関係がなかった。最小限の「形式的な法治国家」の条件、すなわち法律と行政命令を区分することすら整っていなかった。その結果、警察を主とする行政官庁は、先住民族の種々の出来事について規範を作成し、さらに個別の事案ごとに裁決を行っていた。[23] したがって、先住民族は、台湾で施行された日本法の中から西洋の立憲主義的な概念を知るすべがなかった。

三、訴訟についての意識

（一）台湾の固有の訴訟意識と西洋の近代的な訴訟意識の違い

清の支配下にある台湾の訴訟意識は、疑いなくその一部は漢族の憲法意識に由来している。以下では、「訴訟」が人々の間で起きた際に、加害行為の存否、加害者にどのような制裁を与えるのか、または加害者が損失を填補しなければならないのか、その価値がどれくらいなのかといったことに関する判断基準について検討してゆく。前述した漢族の憲法概念によれば、政治的権威が発布した法律、例えば清の皇帝が官僚に対して、あるいは官僚が人民に対して掲げた成文の規範は、以上の問題を解決するための最上位規範ではない。そこではむしろ「礼」に従うことを要する。したがって、訴訟の最終的な目的は、個々の事案に即し、利害関係者の意見と利益、すなわち地方の慣習や行政の便宜等を斟酌し、紛争が生じる前の「礼に適った」社会生活の秩序に戻させることである。そのため、義理人情を精通し人民をわが子のように愛する地方または上級官僚ないし最も道徳を備えた皇帝は、すべての利害関係者を尋問し、真実を究明してから、個々の事案について妥当な判断を下すのである。[24] そして両当事者はその決定に服さなければならない。

清の時代の台湾法におけるもう一つの訴訟概念は、先住民族のそれである。先住民族の間に争いが起きた場合に、通常は長老または影響力のある者、例えば頭目が仲裁者となり、両当事者に譲歩を求め、秩序の回復を図っている。それでも両当事者が受け入れないならば、猟あるいはレスリングを行い、その勝負で判断する。つまりその勝者の主張が通される。なぜなら、祖霊または神様が紛争を見て理のある方に力を貸すはずだと彼らは信じているからである。[25]

一九世紀末に日本法に伴って台湾に入ってきたのは西洋の近代的な訴訟概念である。西洋の考え方では、「法」は普遍性を持つものである。同様な事案は同様な法律効果に繋がるのである。紛争または訴訟が起きた際に、当初から存在する「法」を見つけ出す必要がある。これはいわゆる「法の発見」(law-finding)である。同様な事情の当事者には同様な制裁または利益配分を与えるべきである。主権国家の誕生後、「法」の制定と執行は国家に独占されることとなった。司法機関が法に基づいて下した裁判は、当事者の同意なしで効力が生じる。さらに、個人主義と自由主義の理念を基礎とし、「弾劾主義」的な訴訟手続が発展させられ、それによって法の発見と個々の裁判を行われる。すなわち、まずは対立する原告と被告が互いに攻撃や防御を行

う。その後、中立の立場にある裁判官が、当該事案を拘束する「法」を認定して裁判を下す。この手続は三者間構造となっている。これは、以前に存在した「糾問主義」的な訴訟手続、つまり裁判官と被告人との間で構成された二者間構造とは異なっている。弾劾主義的な訴訟手続では、当事者双方は法の専門家に依頼しその主張を代弁してもらうことができる。すなわち、検察官が国家の代表として犯罪を糾弾すること、または糾弾された国民が弁護士を雇って弁護してもらうのである。最終的には「法」以外の要素に干渉されることがない裁判官（日治時代は「判官」と呼ばれる者）が法の中身を確認する。このような裁判では、「法」に適う請求はすべて支持され、「法」に適わないものはすべて拒まれる。ここには中間のグレーゾーンがない。「法」と関係のない理由によって左右されることは決して存在しない。[26]

以上のような簡単な理念型に近いまとめに基づくならば、漢族と近代西洋の訴訟概念は、いくつかの相違点が見て取れる。第一に、裁判にあたり、「官衙」は統治上の要請をも斟酌するのに対して、「裁判所」は司法権の目的すなわち法の発見しか考えていない。第二に、前者は糾問主義的であるのに対し、後者は弾劾主義的である。第三に、前者は当事者間の利益調和を目指すものであり、「柔軟性」と「個別妥当性」を重視するのに対して、後者は一般的なルールを個別の事案に適用する際の「明確性」と「安定性」を強調している。その他、言うまでもなく、先住民族の訴訟概念は、近代西洋のそれとは更に大きな差がある。

（二）台湾の漢族への近代西洋の訴訟概念の漸次的影響

日本支配の二年目である一八九六年に、西洋式の訴訟手続を採用する法院が台湾で活動し始めた。[27] さらに、一八九九年に台湾総督府は、台湾の漢人（法律上は「本島人」）の紛争が、日本の刑事及び民事訴訟法に従って処理されると定めた。但し、台湾の判官と検察官の訴訟における職権を強化するため、一九〇五年に内地と異なるいくつかの特別規定をも発布した。実際に日本植民当局は、一方では弾劾主義を採った法院を設立した。ここでは検察官が刑事訴訟の原告／弁護士が被告人の弁護人あるいは民事訴訟の原・被告の代理人、という図式になっている。他方で、一九〇四年に糾問主義的である「犯罪即決手続」と「民事争訟調停手続」も確立された。ここでは検察官も弁護士も出番がなく、地方の行政官僚が裁決を行う。その後、内地延長政策の故に、一九二三年から台湾で施行された民事訴訟法は、日

本とはほとんど差がなくなった。刑事訴訟法も大体事情は同様である。それにもかかわらず、犯罪即決と民事争訟調停は、台湾法に存在する特有な制度として引き続き維持されている。[28]

犯罪即決と民事争訟調停は、旧台湾法の訴訟制度の再現に他ならない。清の時代に地方衙門の官僚は、笞罪（ちざい）と杖罪（じょうざい）以下の軽犯罪、及び「戸婚田土銭債」（戸籍、婚姻、不動産、金銭債務）に関する事項について、上級官僚の覆核を経ず直ちに審決することができた。しかも律令に基づいてではなく、情理によって判断するのはむしろ通常である。[29]上述した笞罪と杖罪以下の軽犯罪に関する中華帝国の処理法は、日本支配期に次のように変化した。すなわち、庁長（上級警察官が代行）は違警罪または程度の軽い賭博罪（後は「暴行罪」も含まれるようになった）、及び行政規則に反する罪について、被告を訊問する後、その刑罰を直ちに宣告することができ、例外的な場合に限って裁判所に移送する。また、「戸婚田土銭債」に関する中華帝国の処理法は、日本当局により、地方政府の調停官が民事紛争を調停し、和解を促し、裁判所への民事訴訟を提起させないような制度に転換された。

では、台湾の漢族は、生活の中で裁判所に触れ、次第に西洋式の訴訟概念を理解し受け容れることがなかったのか。実は一八九六年九～一〇月に、台湾に移住した日本人が創立した台湾新報では、漢文で「裁判所とは何か」という紹介が見られた。それによれば、台湾総督が「被告を訊問し、刑を宣告する権力を有しないのは、帝国憲法と三権分立の理念に由来している」。裁判所は民事と刑事の裁判を分け、「その依拠する律令が異なり、審理する者も異なる」。さらに、当該新聞では近代ヨーロッパ式の訴訟手続に依拠した「定式の訴状」が提供され、日本人の法律専門家が漢文で掲載した「訴訟代理」の広告が数多く見られた。[30]この時の台湾の漢族はまだ日本語を使いこなせてはおらず、新聞からこれらの情報を得られるとは限らなかったものの、一部の人々は確かに日本人と付き合っており、また新聞に投稿する者もいたため、当該新聞は一定の影響力があったと思われる。また、一八九六年一二月にある日本人の弁護士は、台湾人の顧客を開拓するため、当時台湾の豪族である「林本源家」の法律コンサルタントを務めていると自称している。[31]

形式はさておき、台湾の漢族は確かに日本人を訴訟代理人として依頼し、新たな裁判所制度を利用して自らの利益を守ろうとしていた。特に金銭に関わる紛争ではこの傾向は顕著である。例えば、「日治法院檔案」（日本支配期の裁判所文書）[32]の中にある、台中地方法院の一八九九年の強制執行記録によれば、台中

県彰化城祖廟街第九九番に居住する廖氏は、日本人弁護士である水野金次郎を雇い、同街第一四二番に居住する陳氏を被告として、「資本金を取り戻す」訴えを裁判所に提起した。一八九八年に勝訴判決が得られたため、一八九九年一月に裁判所に対して強制執行を申し立てた。このような民事強制執行手続は、中華帝国時代には存在しなかったものである。廖氏は日本人に訴訟を委任したため、この「新しい債権の取立方法」を知り、利用することもできたわけである。

しかしながら、すべての台湾の漢族が新たな訴訟制度を理解したとまでは言えない。例えば一八九七年一二月に、数名の台湾の漢人は、日本人との間の民事紛争について、「討求木柱理還不還　恩准移飭究追之願」（返されるべき木材の返還を相手に求めたが、返してもらえなかった。ぜひこの案を受理し、木材を返してくださるよう願う）と書かれた文書を台湾総督に提出した(33)。紛争が起きた後、台湾の漢人らは、まず警察署に対して「追封」（追討と差押）を求め、次に裁判所に「呈控」した（訴状を呈した）が、裁判所が「蒙追而未追」（追討してくださったものの、木材の返還が実現しなかった）のため、台湾総督府に「追還本金」（元本の取戻）を「叩乞」（懇願）した。このプロセスは、清代の紛争解決手続、すなわち、まず差役に介入を依頼し、次に衙門の官吏に債務者の糾問を懇願することとはさほど変わらない。これらの台湾の漢人は、裁判所が債務者を追及してくれないと感じた。これはおそらく、訴えが正確に提起されておらず、裁判所に認容されなかったからであろう。一般の人々に既存した訴訟意識が、国家の新しい制度によって直ちに変えられるものではないことは、この例からも判明する。

もっとも、新しい法院制度は、時間が経つにつれて、徐々に一般の人々に熟知されていく。一九一六年に台湾の漢人によって出版された「台湾語」の教科書には、「伊在得做法院的通譯」（彼は法院の通訳を担当している）、「在我打算、不如著倩辯護辯」（私の考えでは、弁護士を雇って弁護してもらおう）、「判官在公堂在問案」（判官は官衙で案を審理している）という例文が書かれた(34)。したがって、裁判所に行く、弁護士を雇う、判官が審理する、ということは、一九一〇年代には「台湾語」を話す台湾の漢族の日常生活の一部になったようである。留意すべきことは、西洋弾劾主義の下での「検察官」は、当該台湾語読本に現れなかった。一般の人々は検察官の役割をあまり知らなかったのであろう。

当事者が自由に紛争解決方法を選べる民事事件では、以前の漢族の訴訟概念を組み込んだ民事争訟調停制度は、次第に主流

ではなくなり、西洋の訴訟概念に基づいた法院制度は、かえって盛んになった。台湾の漢族（本島人）に関する統計データによれば、一九〇四～一九一四年に地方政府の調停件数は、法院の民事訴訟件数より多かったが、一九一五年から法院の数字は調停を上回った。しかもその差は年々広がっていき、日本支配後期の一九三七～一九四二年に、裁判所の件数は、調停のそれの倍となった[35]。裁判所の人気からは、人々が民事事件で自らの利益を争う際に少なくとも西洋の訴訟概念を嫌がることはなかったのだろうと言える。但し、これは漢族伝統の訴訟概念の放棄を意味するわけではない。双方の譲歩と関係の維持は、依然として民間社会では重要な紛争解決の理念であり、しかも国家が提供した民事争訟調停制度にも存在する。

近代西洋の訴訟概念が社会で流布することは、当該訴訟概念ならではの弁護士業にも密接に関わっている。一九一九年には、台湾の漢人の初めての弁護士（葉清耀）が登場した[36]。もう一人の弁護士である鄭松筠は、一九二三年に創刊され台湾人の声と宣伝された『台湾民報』の創刊号に、「法律コンサルタント」のコラムを設け、質問応答の形式で人々に法院のことを教え、台湾の漢族が西洋の訴訟制度を理解する機会を増やした[37]。また、一九二〇年代から一九三〇年代の前半にかけて、台湾における弁護士の人数は激増した。台湾の漢族出身の弁護士が多くなったほか、台湾の漢族に受け入れられた日本人の弁護士もさらに増えた。それは経済環境の改善に伴い、人々の裁判所利用可能性も高まったからであろう[38]。

これに対して、人々が手続を自由に選べない刑事事件では、その多くは漢族の訴訟概念に近い犯罪即決手続で処理され、近代西洋の訴訟概念を採った法院に入るのが少数であった。日本の植民統治者は、司法コストの節約と警察権威の強化を図り、犯罪の多くを占める軽犯罪事件について上級警察官に即決を付した。検察官や裁判官の手に渡り、刑事訴訟手続で処理されることは少なかった。両者の割合は、日本支配初期と後期には六対一であり、支配中期には三対一である[39]。前述した憲法の状況と同様に、国家統治権と高度に関連する法分野では、日本の植民当局は、台湾人が近代西洋的な法律概念に触れることを望まない。その結果、日治時代に台湾人が刑事事件に関わる時は、漢族の訴訟概念には存在しない、フランス革命の成果である「検察官」[40]に相対することはほとんどなかった。したがって、一般の人々は、弾劾主義における検察官と裁判官（日治時代には判官）との区別を理解していないようである[41]。

さらに、漢族で近代教育を受けた医者である頼和のことを例

として挙げてみよう。彼は文学が社会の現実を反映すべきであると強調している。彼が一九二〇年代に書き上げた小説「一桿秤仔」（天秤）では、「判官」が、「官衙」の糾問主義（検察官の関与なし）で犯罪を糾弾する官僚として理解されている。つまり、この小説では、犯罪を判断する官僚が果たして、国法上、西洋式の法院の判官か行政機関の即決官かが、明確に区別されていない[42]。頼和の描いた「裁判官」のイメージから、当時台湾の漢人の訴訟概念には、漢族の伝統と近代の西洋文明という二つの要素が混じっていることが見て取れる。

（三）先住民族における近代西洋の訴訟概念の影響の少なさ

台湾人の訴訟意識に言及する際には、先住民族のそれをも含まなければならない。日本植民当局は、西洋式の裁判所のシステムを用いて台湾の先住民族の刑事及び民事訴訟を処理する気が最初から全くなかった。これは台湾の漢人（漢化された平埔族をも含む）に対する態度とは相当異なる。台湾総督府は日治時代初期に、「蕃地」と呼ばれる先住民族の居住地には実質的な支配力を欠いていたため、先住民族に刑事的な制裁を下すか否かは、先住民族の事務を扱う「撫墾署長」の判断に委ねられた[43]。その後、蕃務（先住民族事務）を所轄する地方行政機関、特に一九〇三年以降は警察が、訴訟を含めた先住民族の事務を決定する[44]。重大と思われる場合、例えば強盗殺人事件は、行政庁により検察官に移送されることも可能である。台湾総督府の一九〇〇年第一号内部訓示によれば、検察官は先住民族を起訴する必要があると考える場合に、まずは総督に報告し、総督が統治の見地から下した判断に従わなければならない[45]。一九〇六年の台湾総督府の内部書類によれば、前述した犯罪即決手続で先住民族の被告人に即決宣告をする場合は、事前に総督に報告し、その指揮に服することを要する[46]。したがって、制度的にみれば、先住民族に刑事的な制裁を与えるか否かの最終的な判断基準は、「法」ではなく、統治上の要請である。これは東アジアの伝統的な訴訟意識を如実に反映している。その他、一九一五年の軍事力行使によって蕃地を実質的に支配する以前、日本帝国と先住民族の間には、「政府と人民」の関係が事実上存在しなかった。それゆえ、日本統治当局は積極的に先住民族の民事紛争に介入する余地がなかった[47]。

一九一五年以降、国家権力を象徴する日本の警察は、先住民族に関係する争いの最終的な決定者となった。とはいえ、警察は常に先住民族の頭目を招き、紛争解決に参加させ、先住民族の慣習を参照しながら、先住民族の社会で起きた刑事または民

事紛争を解決していた。日本の警察にとって、日本帝国の先住民族に対する支配と先住民族の社会の安定こそが、先住民族の刑事または民事紛争を扱う際の最高目標である。したがって、警察は常に（しかし必ずというわけではなく）加害者が所属した部落の慣習に沿って制裁を与えている。それは被害者またはその所属部落が報復を起こし、個人ないし部落間の衝突への拡大を避けるためである。民事的な争いについても、先住民族の慣習を斟酌し、双方の利益を配慮する処置を採ってきた[48]。換言すれば、台湾固有法における先住民族の訴訟意識は、ある意味では台湾で施行された日本法に受け入容れられたのである。

しかし、先住民族の慣習の中で近代法の基本原則に明らかに反するもの、例えば自力復讐または出草（首狩り）は、日本の国家法に受け容れられたわけではない。また、特定の争いについて、警察は先住民族の慣習に基づいて判断したと称するが、実際に日本による慣習調査を調べても、このような慣習は見当たらない[49]。その他、日本の警察は、一部の事件、例えば加害者が先住民族で被害者が台湾の漢人または国家である事件について、自らの熟知している日本の刑法を用いて制裁を与えたことがある。さらに、警察により発布された「規約」には、先住民族の社会にもともと存在しなかった規範、例えば猟のための山焼き、旅行の際の番刀（先住民族の武器）携帯や家畜の放牧を禁止する規定が加えられた[50]。ここでは日本法と台湾法の融合が明確に見られる。

蕃地に居住する先住民族が法院に送られることは極めて少ない。先住民族が一般行政地域（最初は蕃地であったものの、その後一般行政地域に改められたところを含む）に移住する場合に、その紛争は法院の管轄に属する[51]。いずれにせよ、前述した通り、刑事の起訴は総督が「蕃情」（先住民族の事情）により判断するため、実質的には西洋式の訴訟手続に従って処理されるわけではない。

四、民事についての法意識

（一）漢族の民事についての法意識

「民事についての法意識」とは、いわゆる「民事事件」について、先に規則を確立し、それを用いてすべての人または少なくとも当事者を拘束したほうがよいのか、さらに、財産的な利益または身分関係をどのように決定すれば人々の法感情に一致するのか、ということを指している。異なる法文明と法律概念は、異なる答えをもたらす。

一九世紀末に台湾の漢人が有する民事についての法意識は、清朝支配期の経験、及び数千年間引き継がれてきた漢族の法意識に由来する。清の皇帝が発布した、通称「大清律令」という成文的な規定は、一般の人々の「戸婚田土銭債」について、官僚が守るべき規範が書かれている。しかし、それは独立した章ではなく、すべての紛争類型について定める意思が窺われない。[52] なぜ皇帝が「戸婚田土銭債」に関わる事項について予め明文を定めないかと言えば、それは、個々の事案にあたって広い裁量の権限を行政官僚に持たせることにより、統治の面からみて最も妥当な処理法が導き出されると皇帝が期待したからである。妥当な処理法とは、処理しないこと、地方の慣習により処理すること、あるいは当該官僚が妥当と考える処理法等が含まれる。国家の法律が限られた規範機能しか有しない当時、「戸婚田土銭債」の問題をどのように扱えばよいのかについて、民間ではその共通の規範が既に確立している可能性がある。さしあたり、これを「民間の慣習規範」と呼ぶことにしよう。他方で、政治的権力は、これらの「民間の慣習規範」を必ず適用するわけではない。一般の人々もまた、これらの「民間の慣習規範」が等しく・無差別的にすべての事案に適用されるべきであると考えてはいない。むしろこれらの規範は重要な準則の一つにすぎず、その他にも個々の事案における「人情」と「義理」が斟酌されなければならない。例えば、清朝の台湾社会では、一つの田地に「大租戸」と「小租戸」の二人の「業主」（所有者）が並存しうると慣習で認められる。これは大清律令に存在しない関係であるものの、大小租の関係がどのように成立するのか、当事者が相手方にどのような利益を給付すべきなのかについては、民間には相対的に緩く強制的に執行されない慣習的な規範が存在する。その結果、台湾の漢人に関わる「民事」事項は、確定性が極めて低い。具体的な紛争が起きた場合に、特定の時間が基準点とされた上で、当事者双方の関係と利益配分が決定されるわけであるが、将来もまた同様な処理となるとは限らないのである。

では、利害関係者は、書面により契約を結ぶことによってこの不確定性を消すことができないのか。[53] 書面による契約を有するなら、「理」には叶うとしても、「情」に功を奏するとは限らない。例えば、当時、売買は慣習上、売主が後日に買い戻しうる「活売」と後日にもはや買い戻せない「絶売」の二種類があった。しかし、たとえ売買の契字（契約書）に「杜賣盡根」、「不言找、不言贖、不言增、不言贖」等の言葉が書かれ、つまりこの契約が「活売」ではなく「絶売」であると明示されたとして

も、清代の台湾では、売主は自らが困窮に陥たり、または売買の完了後に地価が高騰したこと等を理由として、「找洗」（または「找貼」）の名義で、買主に対して元の代金以外の追加料を請求することが可能である。とはいえ、実は清の律令と台湾の行政官僚は、明文で「找洗」を禁止した。それにもかかわらず、契字に書かれた売買代金額が現実上、市場価額より低いこと、または貧しい人を助け裕福な人を抑えるという価値観、あるいは単に争いを解決できることなどから、世論や地方の行政官僚は「找洗」の請求を肯定していた(54)。

（二）日本法によって導入されたヨーロッパ大陸の民事法概念と台湾法との融合

日本では一八九八年以降すべての民商事項について定めるヨーロッパ大陸式の法典が出来上がったが、これらの法典は台湾において、日本人あるいは中国人以外の外国人に関わる民商事項のみに適用され、台湾の漢人に関わる民商事項には適用されなかった。一九二三年一月一日から、日本の民商事法典は、民法の親族編と相続編を除き、ようやく台湾の漢人に適用された（しかし先住民族が含まれていないことは前述の通りである）。換言すれば、日本の台湾支配の始まりである一八九五年から日治時代中期である一九二二年までの間に、日本は台湾漢人の「旧慣」を用いて台湾漢人の民商事項を処理していた。親族と相続事項は、一九二三年以降でも引き続き「旧慣」が適用され、日本支配の終焉である一九四五年までは変わらなかった(55)。

上述した条文における「旧慣」とは、台湾の漢人社会における伝統的な法規範である。旧慣を文理解釈すれば、その内容は清代の台湾法の延長のようである。しかし、一見伝統の延長にすぎない規範は、実はある種の改造または融合を経て、近代法の体系を継受した日本法の一部となったわけであり、清代の台湾法とはもはや異なるものである。婚姻に関する民間の慣習を例として挙げよう。清代に民間の慣習は、行政官僚または一般の人々にとっては、判断基準の一つにすぎない。他の判断基準をも合わせて斟酌しなければ、具体的な法律関係または給付を決めることができない。しかし、日本支配期における「法」とは、事前に定められた一般性を有する規範である。したがって、法的な権利義務を確定するために、台湾の漢人の婚姻に関する一般性のある規範をまず見つけ出す必要がある。この際に、律令は「本島人の民事商事に関する事項は旧慣による」と指示している。さらに、日治後期の特例勅令は、「本島人ノミノ親族及相続ニ関スル事項ニ付テハ…慣習ニ依ル」と定めている。し

たがって、慣習は「唯一」の判断基準となり、他の規範に干渉されない。但し、この一般性のあるルールを、個々の事案に適用するにあたって、まずは「旧慣」とは何かを解釈しなければならない。

ヨーロッパ大陸法を継受した国家では、母国の学説に影響された継受国の法律研究者は法の解釈についてその見解を示し、ある程度その国の法曹に影響を及ぼしている。日治初期に台湾総督府は「旧慣温存」政策を打ち出した。日本出身の裁判官・検察官と行政官僚が台湾漢人の慣習を理解していないこと、及びこれらの官僚が旧慣の認定に際して異なる判断をすること危惧し、総督府は京都大学の岡松参太郎に台湾人の旧慣調査を依頼した[56]。日本法が既にヨーロッパ大陸法学の概念を取り入れた他、岡松自身もまたドイツ留学の背景を有していたので、彼はヨーロッパ大陸法の概念及び近代化した日本民法の分類により、台湾人の慣習の内容を解釈していた。しかも、清代の台湾人の慣習が統一されていないため、岡松は、各地の規範の共通するところを取り上げ、相違するところを捨象し、台湾全体に適用しうる一般性のあるルールをまとめた。例えば、前述した大小租の関係は、台湾の北部と南部において状況が若干異なる。南では大租戸が実質に土地を支配する業主と思われることもあるが、松岡を雇った総督府は南北を問わず、一律に小租戸に慣習法上の「業主権」を認めた。大租戸は、小租戸から大租額を受け取る「大租権」という権利を有するにすぎない[57]。

「旧慣」を適用しなければならない国家の司法または行政部門は、個々の事案にあたっては岡松の調査結果を参照しており、慣習の中身に関する「解釈」を行い、これらをヨーロッパ大陸法で呼ばれる「慣習法」として扱った。すなわち、慣習法は、社会の変遷により慣習の内容が変化しない限り、一般性を有している。とはいえ、司法府は必ずしも研究者らの調査報告の結論を全般に受け入れるわけではない。(調査報告ではなく、)個々の裁判で示された見解こそが、強制力を持ち、当事者あるいは一般の人々を拘束できる規範である[58]。日治時代に台湾の民事裁判を担当した判官は、その多くは日本の近代法学教育を受けた日本人である。一九三一年に初めて、日本の近代法学教育を受けた台湾の漢人である裁判官黄炎生が現れた。この背景から、これらの判事が作り出した台湾の慣習法は、当然ながら日本法の要素がかなり入り込んでいる。日治時代後期に、台湾漢人の親族と相続の慣習法を最も研究し、影響力のある判事は、日本内地の出身で私立大学の中央大学法科を卒業した姉歯松平[59]である。

台湾総督府は、法解釈の形式で旧慣を改造する他、日本法を参考とし、台湾における民事特別法を制定し、「旧慣による」という一般法を排除した。例えば、総督府は一九〇四年に律令で、「旧慣により」大租戸が有する「大租権」を廃止した。そうすれば、一つの土地には、小租戸が享受する民事法上何らの負担を受けない「業主権」だけが残っている。これにより日本法の「一物一権主義」が貫徹される。また、清代に台湾の漢人は「胎借」の慣習があった。仮に債務者である出胎人が、期限に債務を弁済しないとしても、債権者である承胎人は、債権の弁済を受けるため担保である契字（土地の所有の証明）で指示された土地を売り渡すことができない（訳者注：胎は債務者より債権者に信憑としてある種の物件を交付し金銭を貸借する関係をいう。不動産権に関する字拠は胎の物体となりうる。『台湾私法　第一巻　上』七一〇頁以下参照）。日治時代の「旧慣による」という状況の下で、当該承胎人は、担保のための契字が債権に付いているとはいえ、前述した権利内容である「胎權」を有するにすぎない。しかし、一九〇五年に律令により制定された「台湾土地登記規則」は、同規則が適用されて土地台帳に登録されたものに関して、「登記された」胎權が「担保ニ供セラレタル土地ニ付他ノ債権者ニ先チ自己ノ債権ノ弁済ヲ受クルコトヲ得」、しかも日本の「競売法中…抵当権ニ関スル規定ハ胎權ニ之ヲ準用ス」ると定めている（同規則第二条）。言い換えれば、抵当権者が抵当目的物を競売にかけ、他の債権者に先んじてその代金から弁済を受けるという日本法で定められた権利は、慣習法上このような権利を持たない胎權者に与えられた。これと同時に、胎權、業主権、賸耕權の設定、移転、変更、処分の制限、または消滅は、登記を経ないと効力が生じないと定められて、慣習法上の意思主義（当事者の合意により直ちに効力が生ずること）とは異なった（同規則第一条を参照[60]）。

前述した民事特別法により旧慣を変えることは、日治時代の台湾法に日本法の色、あるいはヨーロッパ法の色をさらに染め上げた。このような仕方は、岡松参太郎が主張した「旧慣立法」、すなわち近代ヨーロッパ大陸法と台湾の慣習を取り入れて[61]台湾人のニーズに応える民法典を制定することに相通じる（実際に草案は一九一四年に制定された）。さらに、岡松は、このことが日本人の慣習を無視した日本民法典に示唆を与えられると考えている[62]。しかしながら、一九一九年日本の植民政策が「内地延長」主義に転換した後、日本の民商法典が台湾に直接適用される議論が主流となり、岡松参太郎一個人ではこの流れを変えることはできなかった[63]。

（三）台湾人の民事についての法意識の部分的変化

まず、一九三〇年代に台湾の漢人社会における不動産売買実務[64]を素材として、台湾の漢人の民事法意識に起きた変化を考察する。契約における言葉遣いから、古い台湾法と新しい日本法との融合が見られる。漢文で書かれた契約書（当時、日本語で書かれたものもあるが）に、漢人が契約締結にあたって伝統的に使用する言い回しや慣用語が数多く残されている。例えば、「今因乏金別創、乃託中引就向…相議」、「其金即日同中親收足訖、隨即…踏明界址、交付…前去掌管、收益、納課」、「並無與人重張典掛、以及上手來歷交加不明等情為礙」、「一賣千休、日後永不敢別生枝節、…此乃雙方喜悅、各無反悔、口恐無憑、今欲有憑、特立…」等である。留意すべきことは、日本法における漢字の法学専門用語が、既に台湾の漢文契約書に現れたことである。例えば、売買の目的物は「不動産」、「建物」である。かつての「価銀」（代金）は、「売渡代金」に取って代わられた。売買契約当事者以外の第三者が行った異議または阻害は、「故障」と呼ばれることとなった。つまり、日本支配が三〇余年間経過した当時、日本の民事法上の一部の制度は台湾の漢人に知られるようになった。特に以前の「永為己業」という言い方が、「永為己有」（永遠に自己の所有に属する）に変化したことは、一九二三年に日本民法典が台湾に施行され、よって「業主権」が「所有権」に変わったという変遷を程よく反映している。[65]

次に、売買の目的物と当事者の資格は、かつての漠然としたものから徐々に明確となった。例えば、土地の売買にあたって、漢人は伝統的には「四至」、つまり東にはどこまでか、南にはどこまでか、西にはどこまでか、北にはどこまでか、という言い方によって土地の範囲を特定していた。ところが、日治時代の土地調査が完成されてから、すべての土地には番号が付いているため、売買の際に人々は地番で目的物を特定することとなった。土地台帳と登記制度により、土地の業主権者あるいは所有権者がはっきりしているので、信憑性に問題がある「上手契」によって土地の取得歴を証明することはもはや必要でなくなった。しかも一九二三年以降、台湾の漢人の建物にも登記制度が適用されはじめた。かつて取引の際に、漢人は紛争予防のため「中人」（仲介者）に立ち入ってもらい、しかも契約に署名させる慣習があったものの、登記制度の証明機能、及び日本法における「司法代書人」が契約の作成にあたって専門的なサービスを提供できることから、「中人」は次第に契約から消え去った。また、日本の印鑑制度の導入によって、当事者は法律行為を明確に他人に代理してもらうことができる。換言すれば、台

湾の漢人が明確性・予想可能性の高く取引安全に資する資本主義的な民事法制度を利用することが多くなってきている。この法制度が基礎とする価値観も台湾の漢人に受け入れられた。日本支配の終了後、既に六〇年余りの時間が経ったが、日治時代に導入された司法書士は依然として活躍している。また、家屋の売買にあたって、人々は日本の「坪」という計量単位を使い続けている。その他、国家は印鑑登記制度を廃止しようとしたが、国民から猛烈な批判に遭い、続行を余儀なくされた。これらの例からは、当時、日本法の制度が確かに台湾の社会に定着したと言える(66)。

但し、財産法ではなく、親族と相続に関する漢族の法意識には、日本法による影響が少ない。台湾の漢人に関わる親族事項は「旧慣」あるいは「慣習」によると規定されてきた。裁判所は確かに公序良俗により特定の慣習を否定し、「法理」または社会の変遷を理由として近代法の価値に近い慣習法を認定することができるが(67)、これは台湾の漢人の法意識を変えるほどのものではない。しかも、漢族の伝統的な家族主義は、形式的に個人主義に立脚する民法の定めによっても実現できる。例えば、裁判所は個人主義的な民法に基づき、婚姻を「夫と妻」という二人の「個人」の契約と解している一方で、この個人的な法律行為には「尊長」の同意がなければ効力がないと認めている。結果的には、この解釈は、婚姻が二つの「家」のつながりであり、尊長（例えば父）の決定によるものである、ということとさほど変わらない。さらに、個人主義的な民法では、「家」は権利主体ではない。伝統的に「家産」と思われる田園は、「家」を所有者として登記することができず、父または子のような「個人」の名義に属さなければならない。しかし、父は未成年の息子の法定代理人となり、売買等の法律行為を行えるため、これは父が家産処分権を専有するという漢人の伝統とはあまり違いがない(68)。また、家産制度の下で「父債子還」（子は父の債務を弁済しなければならないこと）は当然の理とされた。しかし個人主義的な民法は、相続人である子が限定相続または相続放棄により債務を弁済しないことを認めている。一九三六年高等法院判官総会決議は、日本民法における限定相続または相続放棄の規定が「法理」として台湾の漢人の民事紛争に適用できると肯定したものの(69)、これまではこのように判決した事案がまだ見られない。この問題に答えるためには、日治時代の裁判所文書をさらに研究しなければならない。

では、五〇年間の日本支配を経験した後、台湾の漢人は「契約を締結した以上、その通りに行動すべきである」という西洋

の契約法の精神を受け入れたのだろうか。日治時代の国家法は、権利と義務の法制度や裁判所の裁判を通じ、このような契約理念を支えていた。かつて「紛争時の事情を考慮して協議し直す」という意識は普遍的であったものの、裁判所を利用する台湾の漢人の増加につれ、道徳、倫理あるいは実際の利害関係を理由として相手方を説得できない限り、契約の当事者は契約内容を守らなければならなくなった。日本支配の終了時の台湾では、「遵法精神」が普及していることが様々な論者に肯定されている。[70]

「遵法」には、既存の契約を履行することが含まれる。具体的な状況は、当時の新聞、日記、回顧録やオーラル・ヒストリー等の資料について、さらに分析を加える必要がある。

これに対して、日治時代において先住民族の民事的な法意識はあまり変化していない。当然ながら、台湾の先住民族の固有法には、天然資源、損害賠償、親族相続等の民事事項に関する規範が存在する。[71]しかし、憲法についての意識の場合のように、日本帝国は「法によって」先住民族を統治する気がないため、台湾の漢人に関わる民事事項が「慣習による」という制定法は先住民族に適用されず、したがって裁判所はこれにより慣習法を形成させるすべもない。総督府もまた彼らの「慣習を立法化する」予定がなかった。一九二三年以降に、日本の民商法は台湾の漢人に適用されたが、先住民族には及んでいない。[72]一九一五年に日本帝国が実質的に蕃地を支配下に入れ、しかも先住民族の民事紛争処理に介入できた後、ようやく先住民族の民事事項は日本法の影響を受け始めた。しかしながら、前述したように、先住民族の紛争を任意に判断できる日本の警察は、多くの場合に先住民族の慣習に沿って決定を下すのであり、日本民法を参照して先住民族の争いを解決することはごく一部に限られている。[73]また、蕃地以外に居住する先住民族は、裁判所の管轄に属することとなっている。では、裁判所はどの実体法によりその民事事件を処理すべきであるのか。これまでの研究では、先住民族に関わる刑事事件が日本の刑法に基づき裁判が行われたと判明したが、民事紛争は裁判所に受理されたのか、また、受理されたなら、どのように法律が適用され裁判が行われたのかは不明である。この問題に関しては、整理中である日治時期の裁判所文書についてさらに研究しなければならない。とはいえ、上述した通り、先住民族の民事的な法意識は、日本法の影響を受けたことがあるかもしれないが、非常に限られている。[74]

五、むすびに

日本の植民支配は、台湾で最大の利益を上げるため、被支配者である台湾人に既存する法意識あるいは行為様式を考慮しなければならなかった。比喩的に言えば、あたかも農家は羊の餌の種類を決めることができるが、羊の習性に合わせて餌を考えなければならないのと同様である。日本法と台湾法が半世紀の間に融合していた状況の下で、台湾人の法意識は確実にある程度変化したと言える。

日本の当局は、完全ではない近代立憲主義の法制度を台湾に導入したが、これにより、一部の台湾の漢人は、立憲主義こそが圧迫された台湾人のニーズに合致すると意識し、西洋の立憲主義を支持し始めた。とはいえ、大部分の台湾の漢人は、近代の西洋思想に触れる機会が少なかった。また、先住民族には立憲主義の法制度が適用されておらず、近代西洋の憲法概念がさらに遠かった。

これに対して、近代西洋の訴訟制度を採用した日本の裁判所は、日治時代の初期から活動し始めた。但し、日本の当局は一般の人々の利用を特に望んでいたわけではなかったため、漢族の伝統的な価値観に基づいた台湾法における官衙の糾問式手続を、特殊な犯罪即決制度と民事争訟調停制度に改造し、台湾人による裁判所の利用を妨げた。とはいえ、台湾の漢人は自らの利益を図り、裁判所を使うことが徐々に増えた。新しい近代西洋式の訴訟意識は、伝統の漢族の訴訟意識と並存している。他方で、先住民族はほとんど裁判所制度とは無縁であるため、既存の訴訟意識を維持し、政治的権威が個々の事案の利害関係に即して下した判断を受け容れていた。

また、民事的な法意識については、日治時代前期に台湾の漢人に関わる民事事項はすべて旧慣によるが、後期に親族と相続事項のみが旧慣により、財産法はヨーロッパ大陸式の日本の民商法に従った。これと同時に、日本が行ったヨーロッパ式の慣習法及び民事特別法の調整によって、台湾の漢人は、民事紛争の解決にあたり、価値観が次第に変化した。一九二〇年代以降、財産法の分野ではヨーロッパ大陸の資本主義的な民事法の価値が相当受け入れられた。しかし、親族と相続法の領域では伝統的な家族主義は依然として揺るがし難かった。先住民族について言えば、警察が基本的には先住民族の慣習によりその民事事件を処理していたため、彼らは資本主義に基づいた日本民法の影響を受けなかった。

五〇年間の日本による支配を経て、清朝支配下の台湾法は、半世紀間、日本法と融合していた。台湾法はこれによって変貌した。台湾人の法意識もまた漢族の伝統的なものと異なるもの

となった。その結果、一九四五年に台湾人が民国時代の中国法に接した際には若干の違和感を覚えた。その後、また半世紀以上に渡って台湾法では民国時代の中国法との融合が始まった。[75] これはおそらく、植民開始当時、台湾を長らく領有し続けられると考えた日本の植民統治者が予想し得なかったことであろう。

【訳者あとがき】

本稿は、二〇〇七年一一月二日、北海道大学大学院法学研究科において、同研究科長谷川晃教授を代表者とする科学研究費基盤研究S「〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究」プロジェクト（課題番号：一七一〇三〇〇一）主催のワークショップにゲストとして招聘された国立台湾大学法律学院王泰升教授（台湾法制史）が行われた報告の改訂原稿を翻訳したものである。訳者はその際に通訳を務めさせていただいたが、王教授の報告は、異なる法体系の相互作用や融合過程を探求する前記研究プロジェクトの目的に即して、日本法と台湾法の相互作用の様々な局面を明らかにした、たいへん興味深いものであった。

この翻訳は、ワークショップを主催した長谷川教授から、王教授のご快諾をいただいたうえで訳者に依頼があったものである。また、翻訳にあたっては、王教授及び長谷川教授から多くのご教示をいただいた。この意義ある論文の翻訳を務めさせていただいたことを光栄に思うと同時に、両教授のサポートに感謝したい。

（1）歴史上、台湾法が日本法の一部であった（一八九五～一九四五年）ため、日本という要素（element）は台湾の法文化の一部となっている。それは台湾法が中国法の一部であり（一六八四～一八九五年、一九四五～一九四九年）、したがって中国という要素（element）が台湾の法文化の一部となっていることと同様である。なお、本稿における「法律」は、立法府が制定した法律のみならず、むしろ国家が実力を用いて執行する強制力のある社会規範の全般を指す。台湾では「法律」と「法」の意味は厳格に区別されていない。具体例として、国立台湾大学の法学教育機構は「法律学院」の名になっているが、当然ながら、ここは単に立法府が制定した法規範だけを扱うのではない。

（2）コモン・ローの国家では、司法府の裁判例で構成された不文の判例法（case law）もまた国民を拘束するための規範である。これに対して、大陸法系の国々では、議

会により制定された法規範、すなわち「制定法」(statute)が唯一の法源である。

(3) 本稿における「憲法」は、「固有の意味の憲法」を指している。「憲法」は「立憲された憲法」に限らない。この定義の下でのみ、西洋の近代法に影響される前の東アジア社会について検討することが可能である。許志雄『憲法之基礎理論』(自費出版、一九九三)一〇、一九～二〇頁を参照。

(4) 王泰升『台湾日治時期法律改革』(聯経、一九九九)一六～一七頁。英文版は Tay-sheng Wang, *Legal Reform in Taiwan under Japanese Colonial Rule (1895-1945): The Reception of Western Law* (Seattle, Wash.: University of Washington Press 2000)。

(5) 詳しい論証と参考文献は、王泰升「自由民主憲政在台湾的実現：一個歴史的巧合」『台湾史研究』第一一巻第一期(二〇〇四年六月)一七二～一七五頁。

(6) 各先住民族は政治の実状が同様であるわけではない。ここは一般状況について述べている。詳しいことは、王泰升『台湾法律史概論』(元照、二〇〇四)二二～二四頁。

(7) 西洋に由来した「法」は、統治者対被統治者、すなわち「上対下」の統制機能のみならず、被統治者対統治者、つまり「下対上」の統制機能をも有する。

(8) 詳しいことは、『台湾法律史概論』一三五～一三八頁を参照。

(9) 詳しいことは、『台湾法律史概論』一三八～一四一頁を参照。

(10) 内閣記録課編『台湾ニ施行スルキ法令ニ関スル法律其ノ沿革並現行律令』(内閣記録課、大正四年)一三二、一三四頁。

(11) 日本国及び個々の論者の主張と参考文献は、王泰升「台湾日治時期憲法史初探」『台湾法律史的建立』(二版)(自費出版、二〇〇六)一九〇～二〇四、二一一～二二二頁。

(12) 小林勝民『台湾経営論』(丸善書店販売、明治三五年)二五～二八、三〇～三三、三七、四五頁。

(13) 園部敏『行政法概論――特に台湾行政法規を顧慮して――』(昭和一八年)一二六～一九頁。

(14) 例えば、台湾総督府法務部長の長尾景徳は、憲法が台湾で施行されているのかという問題について、次のように指摘した。国民参政に関する憲法の条文は、法律が選挙者の資格、選挙の方法を定めてから、実際に活用されると言える。女性が選挙法により選挙者でないとされたが、憲法が女性に適用されないと言えないと同様に、選挙法が特殊の事情を有する植民地の国民を選挙者として排除するものの、当該憲法の条文が台湾で施行されていないとは言えない。長尾景徳・大田修吉『台湾行政法大意』(新稿、昭和九年)一～五頁。しかし、日本の選挙

法が台湾の人々を選挙者として認めないのは、日本の統治者による政策的な決定であることは言うまでもない。

(15) 戦争の終期に外地の人々に政治参加させるため、天皇は三人の台湾人を貴族院議員に勅選した。台湾では衆議院選挙が行われる予定であったが、結局終戦までは実現しなかった。王泰升「台湾日治時期憲法史初探」二二九～二三〇頁、王泰升『台湾日治時期法律改革』二四九、二五五頁、王泰升・薛化元・黄世杰編『追尋台湾法律的足跡：事件百選及法律史研究方法』(五南、二〇〇六)一一六～一一七、一二〇～一二三頁。

(16) 王泰升『台湾日治時期法律改革』一三三、一三六～一三七、一七一～一七八頁。

(17) 早川彌三郎「台湾司法制度論」『台法月報』第八巻第二号(大正三年二月)三九～四四頁。

(18) 三好一八「独立せる台湾の司法」『台法月報』第一三巻第八号(大正八年八月)一四頁。

(19) 谷野格もまた、「委任立法が違憲ではないため、法律の委任を受けた律令の形により台湾総督府が法院条例を定めたことは、違憲の嫌いがない」と主張する。谷野格『台湾新民事法』(台湾時報發行所、大正一二年)四七頁を参照。明治憲法第六〇条は、特別裁判所ノ管轄ニ属スヘキモノハ別ニ法律ヲ以テ之ヲ定ム、と規定している。

(20) 詳しくは、台湾総督府警務局『台湾総督府警察沿革誌第二編：領台以後の治安狀況(下巻)』(昭和一七年)三三八～三四九頁を参照。

(21) 谷野格『台湾新民事法』三一～三三頁を参照。帝国憲法第二四条は、日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ権ヲ奪ハル、コトナシ、と定めている。

(22) 例えば、王泰升「台湾日治時期憲法史初探」二二六、二三〇頁。

(23) 王泰升『台湾法律史概論』一七〇～一七一、一八七～一八八頁を参照。

(24) 張偉仁「伝統観念与現行法制－「為什麼要学中国法制史?」一解－」台大法学論叢第一七巻第一期(一九八七年)一～三九頁、寺田浩明(王亜新訳)「日本的清代司法制度研究与対『法』的理解」、「権利与冤抑－清代的聴訟和民衆的民事法秩序」王亜新・梁治平編『明清時期的民事審判與民間契約』(法律出版社、一九九八)一一二～一三八、一九一～二六五頁、滋賀秀三(王亜新訳)「中国法文化的考察－以訴訟的形態爲素材」王亜新・梁治平編『明清時期的民事審判與民間契約』(法律出版社、一九九八)一～一八頁、岸本美緒「妻可売否?－明清時代的売妻、典妻習俗－」『契約文書与社会生活』(中央研究院台湾史研究所、二〇〇一)二二五～二六四頁。但し、異説及びそれに対する検討もある。詳しくは黄宗智『民事審判与民間調解：清代的表達与実践』(中国社会科学

出版社、一九九八）一～一六三頁、寺田浩明（王亜新訳）「清代民事審判：性質及意義－日美兩国学者之間的争論」北大法律評論第一巻第二輯（一九九八年）六〇三～六一七頁。

(25) 王泰升『台湾法律史概論』二四～二五頁。

(26) 王泰升『台湾法律史概論』五〇～五一、一〇九～一一三頁。

(27) 台湾総督府法院条例によって設立された法院は、一八九六年七月一五日から活動し始めた。これは「台湾の人々の近代的な司法体験」の記念すべき始まりである。台湾は現在、中華民国法の立場から、中国が一九四〇年代の初めに英米から領事裁判権の廃止を得た一月一一日を「司法節」（司法記念日）とする。しかしながら、台湾の人々の立場から、これまでいくつかの異なる政権の下での法律発展史を考えるならば、むしろ七月一五日を司法記念日としたほうが相応しいのではないか。

(28) 各制度の詳しい紹介は、王泰升『台湾日治時期法律改革』九七～一〇二、一一三～一一四、一三一～一三三、一九四～一九八、二一三～二一六頁、王泰升（阿部由理香訳）「台湾における『法の暴力』の歴史的評価：日本植民地時代を中心に」高橋哲哉・北川東子・中島隆博編『法と暴力の記憶：東アジアの歴史経験』（東京大学出版会、二〇〇七）三〇～三三頁を参照。

(29) 王泰升『台湾法律史概論』六九～七六頁。

(30) 『台湾新報』明治二九年九月一〇日、九月二三日、一〇月一七日、一〇月二一日。

(31) 『台湾新報』明治二九年一〇月二一日、一〇月三〇日、一二月五日。

(32) 「日治法院檔案」の紹介は、王泰升（松平徳仁訳）「旧台湾総督府法院司法文書の保存と利用」林屋礼二・石井紫郎・青山善充編『明治前期の法と裁判』（信山社、二〇〇三）四二六～四四一頁。

(33) 「日治法院檔案」台中地方法院刑事類「機密文書」（台北の司法官訓練所図書室所蔵）。

(34) 劉克明『国語対訳　台語大成』（新高堂、大正五年初版・大正一四年六版）一〇二、一六〇頁。

(35) 詳しい論証と数字は、王泰升『台湾日治時期法律改革』一九九～二〇三頁、表三－七。

(36) 王泰升・曾文亮『二十世紀台北律師公会会史』（台北律師公会、二〇〇五）七一頁。

(37) 『台湾民報』創刊号（一九二三年四月一五日）二六～二七頁。

(38) 王泰升『台湾日治時期法律改革』二〇四～二一二頁、王泰升・曾文亮『二十世紀台北律師公会会史』五三～五六頁。

(39) 詳しい論証と数字は、王泰升『台湾日治時期法律改革』

二一三～二二一頁、表三－九。

(40) 林鉅雄『検察官論』（学林、一九九九）一四、六九～七〇頁。

(41) 日治時代における「検察官の裁判官化、または裁判官の検察官化」、及び検察官の社会イメージについて、王泰升「歴史回顧対検察法制研究的意義和提示」『検察新論』第一期（二〇〇七年一月）七～一〇、一三～一四頁。

(42) 賴和のこの小説に対する分析及びその法律概念に対する解釈は、王泰升「台湾法律文化中的日本因素：以司法層面為例」『政大法学評論』第九五期（二〇〇七年二月）二一～二四頁。

(43) 『台湾総督府公文類纂』永久保存、明治三〇年七月九日、第四門文書、報告類、四、「司法事務　生蕃ニ対シ刑法適用方諮問ノ件」を参照。

(44) 王泰升『台湾法律史概論』一七一頁。

(45) 『台湾総督府公文類纂』永久保存、明治三三年六月一六日、第一六門司法、刑事類、四八、「生蕃人吧浪浪ニ対スル強盗殺人被告事件起訴方台南地方法院へ指令」。

(46) 『台湾総督府公文類纂』永久保存、明治三九年二月一三日、司法門、刑事類、民総九二〇號、「生蕃人ノ犯罪即決ニ関スル通牒方ノ件」。

(47) 蔡桓文「国家法与先住民族習慣規範之衝突与解決」国立台湾大学法律学研究所修士論文（二〇〇七年）五～七頁。

(48) 蔡桓文「国家法与先住民族習慣規範之衝突与解決」七二、七八、八〇、九五、一七五頁。

(49) 蔡桓文「国家法与先住民族習慣規範之衝突与解決」五九～六〇、六九～七〇、八二頁。

(50) 蔡桓文「国家法与先住民族習慣規範之衝突与解決」二五、九一、一七五頁。

(51) 蔡桓文「国家法与先住民族習慣規範之衝突与解決」二四、七三、九七～九九頁。一般行政地域に住む先住民は、裁判所に認証を求めなければならない。『台湾総督府公文類纂』永久保存、大正元年一二月一二日、第六門司法、非訟類、九、「生蕃人ニ対シ公正証書做成方花蓮港登記所書記請訓ニ対シ」。

(52) これは他に詳しい考察があるため、ここでは詳論を省く。王泰升「台湾民事財産法文化的変遷－以不動産買売為例」同『台湾法的世紀変遷』（元照、二〇〇五）三三五～三四〇頁を参照。日本語版は、鈴木賢訳「台湾における法文化の変遷――不動産売買を素材として――」『北大法学論集』第五四巻第六号（二〇〇四年）二二五三～二二八三頁。

(53) 一部の西洋の研究者は、書面による契約がこのような効果を持つと意識したが、西洋の法概念のみで考察を進め、漢族の伝統の法意識でこのことの意味を理解するこ

とがなかった。Rosser H. Brockman, “Commercial Contract Law in Late Nineteenth-Century Taiwan, in Jerome A. Cohen, Randle Edwards, and Fu-mei Chang Chen ed., Essays on China’s Legal Tradition (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1980), pp. 76-136。

(54) 鄭宏基「從契字看台湾法律史上有関土地買売的法規範」国立台湾大学法律学研究所修士論文（一九九八年）八八～九二、一〇五～一〇六頁。岸本美緒「明清時代における「找価回贖」問題」『中国――社会と文化』第一二号（一九九七年）二六三～二六六、二八六頁。

(55) 関係する条文と立法理由は、王泰升『台湾日治時期法律改革』三〇三～三〇五、三一七～三一八頁を参照。

(56) 岡松参太郎は明治三二（一八九九）年一二月に、台湾総督の児玉源太郎及び台湾民政長官後藤新平から、台湾の旧慣調査の委託を受けた。翌年二月に台湾総督府臨時台湾土地調査局特約顧問の身分で台湾を訪れ、『台湾旧慣制度調査一斑』（台湾總督府臨時台湾土地調査局、明治三四年）を編纂した。この本は英文版もある。次に岡松は臨時台湾旧慣調査会（一九〇一～一九一九）を組織し、台湾漢人の慣習の調査を完成させ、計三巻である『臨時台湾旧慣調査会第一部調査第三回報告書 台湾私法』（明治四三～四四年）を出版した。また、先住民族の慣習の調査も行い、計五巻である『臨時台湾旧慣調査會第一部蕃族調査報告書』（大正三～八年）を出版し、さらに『蕃族調査報告書』（台湾日日新報社、大正四年）を編纂した。

(57) 王泰升「撥雲見日的台湾法律史研究」同『台湾法律史的建立』（自費出版、二版、二〇〇六）、五九～六四頁。臨時台湾旧慣調査会『臨時台湾旧慣調査会第一部調査第三回報告書 台湾私法』（自費出版、明治四三年）第一巻上、二八〇～二八九頁。

(58) 台湾私法で認定された台湾人の慣習は、裁判所により公序良俗に反して無効であると解されることもある。例えば、慣習では合股（訳者注：「合股」は、二人以上の者が出資し共同の事業を営む組織の総称。『臨時台湾旧慣調査会第一部調査第三回報告書 台湾私法 第三巻下』（明治四四年）一二二頁を参照）の股東（訳者注：合股財産の持分すなわち股份を有する者）は、その所持股份の割合で、合股債務について「無限責任」（これはヨーロッパ大陸法の用語であり、漢人の言葉ではない）を負うと台湾私法に書かれたが、裁判所が認定した慣習法では、当該株主は「連帯責任」を負うべきであるとされた。王泰升『台湾法律史概論』二九四～二九五頁。

(59) その個人的な経歴と研究業績は、王泰升「以台湾法制研究為志業的姉歯松平」『台湾本土法学』第八九期（二〇〇六年一二月）一～一八頁を参照。

(60) 清代の胎借に関する慣習は、臨時台湾旧慣調査会『臨時台湾旧慣調査会第一部調査第三回報告書 台湾私法』第一巻上、七一〇～七一四頁を参照。引用された律令は、条約局『律令総覧（「外地法制誌」第三部の二）』（自費出版、昭和三五年；重刊版、文生書院、平成二年）一〇五、一六三頁を参照。

(61) 早稲田大学東アジア法研究センターで整理された「岡松文書」（雄松堂書店によりマイクロフィルムに製作され発売される予定）から、岡松参太郎は、総督府当局に台湾土地登記規則の制定に協力したことが判明する。例えば、岡松文書 No. 台灣一五－一九－二「土地登記規則案　附逐條說明書」、No. 台灣一五－一九－一四「獨逸民法、獨逸土地登記法譯」を参照。一九一〇年代初期に岡松参太郎が旧慣立法に基づく台湾民事法典を起草する際に、その参考とされた立法例は、ヨーロッパ大陸法であるフランス、ドイツとスイス等の民法典である。岡松文書、No. 台灣一五－一「胎権令參考立法例」を参照。

(62) 岡松参太郎はドイツの概念法学、及び日本のドイツ法学一辺倒の状況を批判した。台湾の立法事業、すなわち、現地の慣習調査を基礎とし社会生活上実用性のある法典を制定することにより、日本法に対する反省を促したいと考えている。さらに、岡松は、少数の（日本）内地人のため三〇〇万に及ぶ台湾人の慣習を破ることが適切ではないと主張している。岡松暁子「研究者としての岡松参太郎」『岡松参太郎の学問と政策提言に関する研究』（科研費補助研究成果報告書、二〇〇三年）二三～二四頁、呉豪人「岡松参太郎論－植民地法學者的近代性認識」林山田教授退休祝賀論文集編輯委員會編『戦鬥的法律人』（自費出版、二〇〇四年）五四七頁、西英昭「土地をめぐる「旧慣」と『台湾私法』の関係について（二）」『法学協会雑誌』第一二二巻第八号（二〇〇五年八月）一四〇三頁、岡松参太郎「台湾の立法」『台法月報』第二巻第二号（一九〇八年二月）三頁を参照。

(63) 拙著「學說与政策交織下的日治台湾民事法制変遷：以岡松文書為中心」（公表直前）は、岡松参太郎の学説と台湾植民地政策との関係を検討した上で、一九九〇年に台湾で行われた民法債権編の改正が、岡松博士の主張した近代ヨーロッパ大陸式民法と現地の慣習との融合を実現したと考えている。

(64) ここでは一九三四年に司法代書人（司法書士）である台湾の漢人が印刷した定式契約書を取り上げる。これは相当程度、当時よく使われている契約書を代表できる。将来、さらに大規模にこの時代の契約書を収集及び分析ができれば、一層説得力が高められる。王泰升「台湾民事財産法文化的変遷－以不動産買売為例」三二八～三三〇頁を参照。

(65) 王泰升「台湾民事財産法文化的変遷－以不動産買売為例」三四八～三四九、三五三頁。
(66) 王泰升「台湾民事財産法文化的変遷－以不動産買売為例」三五三～三五四、三五七～三五八頁。
(67) 王泰升『台湾日治時期法律改革』三五七～三六一、三六三～三六四頁。
(68) 王泰升「台湾民事財産法文化的変遷－以不動産買売為例」三五五～三五六頁。
(69) 姉歯松平『本島人ノミニ関スル親族法竝相続法大要』（台法月報發行所、昭和一三年）四二四～四二五頁の註を参照。姉歯松平は本書で、限定相続及び相続放棄が台湾の漢人の慣習であると主張したが、実際にこれが果たして台湾人の慣習なのかは疑わしい。
(70) 王泰升『台湾日治時期法律改革』二九七頁。
(71) その内容は、臨時台湾旧慣調査会『臨時台湾旧慣調査会第一部蕃族調査報告書』計五巻、増田福太郎『未開社会における法の成立』（三和書房、昭和三九年）を参照。
(72) 姉歯松平『本島人ノミニ関スル親族法竝相続法大要』一〇頁、王泰升『台湾法律史概論』三二〇～三二一頁。しかし、日治時代の後期に先住民族には日本民法が適用されたという主張もある。黄静嘉『春帆楼下晩濤急：日本対台湾植民統治及其影響』（台湾商務、二〇〇二）一一三、一三四頁を参照。
(73) 例えば、一九三一年に台東庁警務課長によって発表された「戸口事務処理の疑問に関する件」は、日本民法の定めに従って、行政区内に失踪した先住民を取り扱えると認めている。梁煒智「百年來台湾先住民族土地分配制度的変遷与国家法令」国立台湾大学法律学研究所修士論文（二〇〇〇年）四二頁。
(74) 蔡桓文「国家法与先住民族習慣規範之衝突与解決」九七～九九頁。
(75) 民国時代の中国法・中華民国法が台湾に次第に台湾化し、現在の台湾法に形成したことについては、王泰升「中華民国法体制的台湾化」同『台湾法的断裂与連続』（元照、二〇〇二）一四七～一九二頁、王泰升『台湾法律史概論』一二七～一三一、一四三～一五三、一五六～一六〇、一七二～一七九、二三七～二四〇、二四二～二四五、二五三～二五六、二六六～二六九、二九九～三〇四、三二五～三二九頁。

資料

〈北大立法過程研究会報告〉

立法補佐機関改革の動向と課題

榊原志俊

目次

はじめに
一　国会改革の概念と立法補佐機関改革の位置付け
二　立法補佐機関の種類と性格
1　立法補佐機関の種類

2　立法補佐機関の性格―立法調査部門とそれ以外の違い
三　立法補佐機関に関する改革案
1　改革案の概観
2　立法補佐機関の合理化
3　立法補佐機能（特に立法調査機能）の拡充・強化
四　立法調査機関の現状と特色―衆議院調査局を中心に
1　衆議院調査局の制度的変遷
2　衆議院調査局の業務
3　立法調査機関の特色
五　衆議院調査局ビジョンの策定
1　衆議院調査局ビジョン策定の経緯
2　衆議院調査局ビジョンの構成、内容
六　立法調査機関改革の課題
1　立法調査機能の拡充・強化と調査員の専門性の強化
2　政策立案機能の充実
3　統合論に対する評価
4　立法調査機関改革の今後の課題

はじめに

本稿は、国会改革の一要素をなす各議院の事務局・法制局、国会図書館等のいわゆる立法補佐機関の改革、特に議院の立法調査機関である衆議院の調査局、参議院の常任委員会調査室の調査機能の拡充・強化に関し、その動向と課題について、検討

しようとするものである。

本稿の構成は、まず、「国会改革」とはどのような内容を指すのか、「立法補佐機関の改革」が「国会改革」の概念の中でどのような位置付けにあるのかについて簡単に考察し、次に、「立法補佐機関」の種類・性格等について概観し、さらに、立法補佐機関に関する各種の改革案について、特に平成一二年以降のものを中心に検討を加えている。次いで、立法補佐機関のうち、立法調査や法制執務の分野を担当する立法調査機関の現状と特色、衆議院調査局の改革、衆議院調査局ビジョンの策定等について考察し、最後に、立法調査機関改革の課題について検討を加えている。

本稿は、平成一九年八月二四日、北大立法過程研究会で報告した報告原稿を補正するとともに、新たに「注」を付したものである。本稿中意見に亘る部分は、すべて私見であることを予めお断りしておく。

一　国会改革の概念と立法補佐機関改革の位置付け

まず、「国会改革」という場合、どのような意味内容を指し示しているかが問題になる。類似した概念に「政治改革」がある。「政治改革」は選挙制度、政治資金制度、政治腐敗防止等の改革を指し示しているが、広い意味では、国会改革を含むものであろう。これに対して、「国会改革」とは、議会制度、国会における諸機能、議員、議員秘書、国会事務局、国会職員等をめぐる諸制度における改革、合理化、適正化等を指し示している。[1]「国会改革」を問題としているときは、「政治改革」は狭く選挙制度、政治資金制度、政治腐敗防止等の改革を指しているようである。もっとも、政治改革と国会改革とは、対象が政治の場に関係するものであるので、重なり合うことも少なくない。

「国会改革」の概念の中に含まれるものとしては、概ね次の八つの項目に分類することができよう。

第一は、「立法機能の改革」である。これは、国会、議会の本来的な任務である立法機能に関する改革である。このうち、「議員立法の活性化」の要請が多い。「党議拘束の緩和」も問題とされている。

第二は、「行政監視機能の改革」である。国会、正確には各議院の有する行政監視権限を適切に行使させる必要がある。これは、既に「決算行政監視委員会」（参議院では決算委員会と

は別に「行政監視委員会」）の設置によりひとまず決着がついている。また、「予備的調査制度」も設けられている。

第三は、「国会審議・運営の改革」である。これには、国会審議活性化法（平成一一年法律第一一六号）による各種の活性化策がある。これは、①政府委員の廃止、②副大臣制度の導入、③国家基本政策委員会の新設、党首討論の導入を内容とするものであった。また、「国対政治の是正」や「与党事前審査制」[2]の問題もある。さらに、会期制の問題（通年国会の提案）もある。

第四に、「参議院改革」の問題がある。参議院の在り方、その独自性の確保の問題が長年議論されてきている。さらには、いかなる形態の二院制が望ましいかの問題もある。

第五に、「議員待遇の改革」がある。議員歳費の削減、議員年金の廃止、その他議員特権の見直し（永年在職議員の肖像画作成費、特別交通費等）が問題になっている。

第六に、「政治倫理の確立」の問題がある。これには、議員の資産公開、政治倫理審査会の実効性の確保、あっせん利得の処罰の問題がある。この領域は、政治資金の問題や腐敗防止の問題と密接に関連し、境界は曖昧である。

第七に、国民の国会へのアクセス、換言すれば、国会情報の発信の問題である。国会審議中継やインターネットによる国会情報の発信は既に行われているが、その内容、迅速さ等については検討の余地があろう。

第八に、「立法補佐機関の改革」である。

「立法補佐機関」とは、広義においては、立法府に置かれる立法活動を補佐する機関である衆議院・参議院の議院事務局、衆議院・参議院の議院法制局、国立国会図書館、裁判官弾劾裁判所事務局、裁判官訴追委員会事務局及び議員の職務の遂行を補佐する議員秘書を指す。狭義においては、以上のもののうち、議員秘書を除いたものを指している。狭義の立法補佐機関のうち、立法調査分野・法制分野を補佐する立法補佐機関を「立法調査機関」という。立法調査機関は、具体的には、衆議院・参議院の議院事務局の中に置かれている衆議院調査局・参議院常任委員会調査室、衆議院・参議院の議院法制局、国立国会図書館調査及び立法考査局を指している。

「立法補佐機関の改革」について、まず問題になるのは、積年の課題である「立法補佐機能の拡充・強化」の問題である。また、最近では、「立法補佐機関の合理化、スリム化」が問題になっている。これは、近時の行政改革、構造改革の動向に影響を受けたもので、各議院の事務局、法制局等の職員の給与、

手当、定数、事務・事業等の見直しが問題となっている。なお、広義の「立法補佐機関」に含まれると考えられている「議員秘書」については、秘書制度改革が提言され、政策秘書の設置などが実現した経緯があるが、ここでは論じない。

本稿は、これらの項目中、狭義の立法補佐機関を検討の対象としている。

二　立法補佐機関の種類と性格

1　立法補佐機関の種類

立法補佐機関とは、前述したように、狭義においては、立法府において立法活動を補佐する機関をいい、具体的には、衆議院・参議院の事務局、衆議院・参議院の法制局、国立国会図書館を指している。

（議院事務局）

衆議院・参議院の各議院には、事務局と法制局とが設けられている。事務局のトップである事務総長は各議院において国会議員以外の者から選挙で選任される（実態は各議院事務局の内部登用である）。

事務局の組織は、事務部門と立法調査部門に大別される。前者には、議事部、委員部といった議事運営部門、庶務部、管理部といった管理部門、議院警察を掌る警務部、速記法によって会議録を作成する記録部が含まれる。後者に該当するのは、衆議院事務局においては「調査局」、参議院事務局においては「常任委員会調査室」である。衆議院の調査局は、議院運営委員会、懲罰委員会を除く各常任委員会に対応する一五の調査室と各特別委員会を担当する五つの特別調査室から構成されている。各調査室には、調査室長（常任委員会専門員の充て職）、首席調査員、次席調査員、調査員が配置される。調査局は、平成一〇年に常任委員会調査室を一元的に改組したものであるが、事務局の中に調査局が置かれていること、調査局の中では依然として各調査室が並存していること、（常任委員会専門員の充て職であるところの）調査室長は調査局長の指揮命令を受けて予備的調査を行うが、委員会の調査事務については常任委員会専門員がその属する常任委員会の委員長の命令で実施していること等、理解の難しい制度となっている（調査局、常任委員会調査室について、詳しくは後述する）。

平成一九年度の衆議院事務局の定員は一六七四人（事務総長を含む）、参議院事務局の定員は一二六〇人（事務総長を含む）

となっている。

（議院法制局）

各議院には法制局が置かれており、法制局のトップである法制局長は各議院の議長により任命される。法制局は、議員提出法律案、修正案の立案の業務を担当している。衆議院法制局は、六部で構成されており、平成一九年度の定員は八二人（法制局長を含む）である。参議院法制局は、五部で構成されており、平成一九年度の定員は七六人（法制局長を含む）である。法制局における立案業務は、法制執務という技術的側面があるが、立法調査部門に含まれると考えられている。

（国立国会図書館）

国立国会図書館は国会に置かれ、館長は両議院の議長により任命される。司書部門と並んで調査部門として「調査及び立法考査局」が置かれている。司書部門は「国立」の中央図書館としての機能を、調査部門は「国会」の図書館としての機能を果たしていると言えよう。調査及び立法考査局の組織は、総合調査室、調査企画課、国会レファレンス課、議会官庁資料調査室・課、政治議会調査室・課、行政法務調査室・課、外交防衛調査室・課、財政金融調査室・課、経済産業調査室・課、農林環境調査室・課、国土交通調査室・課、文教科学技術調査室・課、社会労働調査室・課、海外立法情報調査室・課、電子情報サービス課の一二室一四課で構成されている。調査及び立法考査局の体制は、課があってその上に調査室が置かれているという形態（室課制）をとっており、各課は日常的な業務・依頼調査に対応し、各調査室は高度な調査の対応をしているようである。(3)

各調査室は、専門調査員を主任とし、場合により複数の専門調査員及び主幹、主任調査員により構成され、主任である専門調査員は、対応する課が行う調査について必要に応じ課長に指示することができることとなっている。なお、調査及び立法考査局においては、調査及び立法考査局長の下に各調査室があり、一体的な組織となっている。(4)

平成一九年度の国立国会図書館の定員は、九二三人（館長、副館長を含む）である。

2　立法補佐機関の性格―立法調査部門とそれ以外の違い

このような組織や部門によって、立法補佐機関において遂行すべき任務・業務に大きな違いがある。議事運営部門においては、本会議や委員会の議事が円滑、適正に遂行されるように処

理すべきであるし、管理部門にあっては、人事法規や会計法規に基づいて部内行政を適正に実施することに眼目がある。警務部や記録部においては、議院警察、速記法による会議録の作成という業務を適正に実施することが求められている。

これに対して、立法調査部門においては、提出された法律案についての説明資料の作成、議員からの調査依頼への対応、議員提出法律案・修正案の立案等が業務の基本である。少数の人数で一つ又は複数の省庁を担当し、その省庁又はその中のある局の政策や所管する法律の内容ばかりでなく、政省令、通達、その他細かな行政実務にまで通暁している必要がある場合もある。立法調査機関においては、いかに調査能力を高めるかが組織としての最大の課題である。他方、立法調査機関においては、衆調査局・参常任委員会調査室、衆・参法制局、国立国会図書館調査及び立法考査局（以下「国会図書館調査局」と略す）の業務には区分がなく、重複している部分がある(5)。例えば、議員提出法律案の法律案要綱は、いずれの機関でも作成することができるが、実際には法制局で作成している。議員提出法律案の提案理由は、議員本人か調査局・調査室が作成することが多い。しかし、各立法調査機関はそれぞれ独立して調査業務を行っており、立法調査機関相互間の連携は希薄である(6)。このような業務の重複と連携の希薄さが、立法調査機関に対し、合理化、効率化を目的とする統合を求める近時の動きの原因となっているし、他方、調査能力を向上させなければ、頼むに足らずとばかりに議員等からの調査の依頼が来なくなったり、他の機関に依頼されることもあり得る。

このように立法補佐機関といっても、内部の組織や部門によって、遂行すべき任務・業務に大きな違いがあり、一方、特に立法調査部門相互間においては職務の重複が一般的であることに留意すべきである。

三　立法補佐機関に関する改革案

1　改革案の概観

平成時代に入ってからの立法補佐機関に関する主な改革案を見てみよう。

まず、平成八年までの改革案は、概ね立法補佐機能及びそれを担う立法補佐機関の拡充・強化を主張するものであった。立法補佐機能、立法補佐機関を拡充・強化することは、立法府の立法機能の強化に繋がると考えられたからであろう。

立法補佐機関の拡充・強化の必要性一般については、平成二年六月の衆議院議会制度協議会における各党の改革案に盛り込まれたところである。[7]自由民主党は「国会活動の活性化のため、事務局のあり方の改善を検討すること」を、日本社会党の「国会改革についての提案」は「国会の調査・立法体制を強化する」ことを、公明党の「国会改革」提案は「議員立法を主体とするように体制を整えること。そのために、国会の調査立法体制を飛躍的に強化すること」を、日本共産党の「国会改革についての主なテーマ」は「国会の調査・立法補佐部局の拡充強化」を、民社党の「国会改革に関する提言」は「国会の情報収集・研究調査体制の強化―「情報調査局」の設置」を、それぞれ提案していた。

その他、各界からの改革案においても立法補佐機能の拡充・強化が主張されていた。例えば、平成四年一一月七日の政治改革推進協議会（民間政治臨調）「国会改革に関する緊急提言」[8]、平成六年六月三日の土井たか子衆議院議長・鯨岡兵輔副議長の「国会改革への一つの提言」[9]、平成八年六月一四日の土井たか子衆議院議長・鯨岡兵輔副議長の「議員立法の活性化に関する一つの提言」[10]がある。

平成時代の国会改革論議の中で、立法補佐機能・立法補佐機関の拡充・強化は多くの改革案において主張されてきたが、平成八年までの改革案は概ね立法補佐機能の拡充・強化を主張しているものの、お題目として提案しているに過ぎないものが大半であった。立法補佐機能の拡充・強化は重要な課題ではあるが、それに至る具体的方策を欠いた提言であっては不十分である。

一方、その後、平成一二年から平成一三年にかけて提案された改革案は、行政改革の動きの中で立法補佐機関の合理化・スリム化を志向するようになってきた。平成一二年三月二二日の自由民主党政治制度改革本部国会改革委員会「国会改革に関する答申」[11]は、この方向性を打ち出した嚆矢となるものであった。次いで、平成一三年六月二八日の与党三党国会改革推進協議会「国会改革推進に関する報告」[12]は、立法補佐機関の合理化という点では断片的な指摘であったが、やはりこの方向性に乗ったものであった。綿貫衆議院議長の私的諮問機関である「衆議院改革に関する調査会」が平成一三年一一月一九日に答申した「衆議院改革に関する調査会答申」[13]は、国会改革に関する事項について広範な検討を加えているが、立法補佐機関については、衆・参事務局組織の統合の推進を提言し、やはりこの方向の下にあると考えられる。

さらに、平成一八年に提案された二つの改革案は「国会事務局等の改革」と名宛人を明確にした詳細な改革案である。一つは、平成一八年二月一〇日の自由民主党行政改革推進本部「国会事務局等改革に関する提言」[14]、もう一つは、平成一八年五月三一日の衆議院議院運営委員会衆議院事務局等の改革に関する小委員会「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」[15]である。前者の「国会事務局等改革に関する提言」は、「国会事務局等の改革」と対象を明確にした上で、立法補佐機関の合理化・スリム化を強く主張したものとなっている。

立法補佐機関の合理化・スリム化の志向の中で特筆すべきは、衆議院において、議院運営委員会が「衆議院事務局等の改革に関する小委員会」を設置して、事務局等の改革に取り組んだことである。すなわち、衆議院議院運営委員会は、平成十八年一月二〇日、「衆議院事務局等を効率的かつ機能的な組織にし、議員の補佐機能の充実強化を図るため」、「衆議院事務局等の改革に関する小委員会」を設置し、同小委員会は、平成一八年五月三一日、「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」を取りまとめ、効率的かつ機能的な組織に向けた取組み（合理化、スリム化の方向）を示すとともに、立法補佐機能の一層の拡充・強化をかなり具体的に打ち出した。衆議院議院運営委員会という議院の正式な機関がその事務局等の改革に取り組むのは、憲政史上初めてのことであろう。

2　立法補佐機関の合理化

まず「立法補佐機関の合理化」の問題から見ていこう。

前述したように、平成一二年から平成一三年にかけて提案された改革案は、立法補佐機関の合理化・スリム化を志向するようになってきた。

「立法補佐機関の合理化」という場合、合理化の対象の別によって、ほぼ三つの内容が含まれている。第一は、「国会職員の処遇」についてである。第二は、「議院事務局の管理部門・記録部門の合理化」である。第三は、「立法調査機関の合理化」である。

（国会職員の処遇）

まず、第一の国会職員の処遇についてである。

「国会特別手当」は、平成一二年初め、マスコミから「乱闘手当」と命名され[16]、世論の批判を浴びることになった。

国会特別手当は、「国会開会中において勤労の強度が著しい事務に従事した国会職員に」支給される手当であり、昭和三五

年に「国会職員の給与等に関する規程」が改正され、法規上明定されるとともに、予算に計上され、予算の範囲内で支給されている。支給率は、昭和三五年度においては衆議院・参議院が本俸の〇・四ヶ月分、国会図書館が〇・二ヶ月分であったが、その後漸増し、衆議院・参議院は昭和五六年度以降本俸の一ヶ月分、国会図書館は昭和五六年度以降本俸の〇・七九ヶ月分で、平成一二年に至っていた。

平成一二年三月二二日の自由民主党政治制度改革本部国会改革委員会の「国会改革に関する答申」は、「4．国会職員の処遇の適正化」として、「国会職員の国会特別手当については、5年で段階的に縮減・廃止」することとした。平成一二年一二月、平成一三年度予算大蔵原案において国会特別手当の減額が決定された[17]。国会特別手当は、世論の批判を受け、平成一三年度から支給率を段階的に縮減してきており、平成一七年六月一四日の議院運営委員会庶務小委員会において平成二〇年度から廃止することが決定された。なお、平成一八年二月一〇日の自由民主党行政改革推進本部の「国会事務局等改革に関する提言」は、「(1)給与等の見直し」のうち「③各種手当のうち国会特別手当など国民の理解が得られないものについては、18年度をもって廃止する」としている。

また、最近では、幹部職員の高給処遇も批判の俎上に上ってきた[18]。平成一七年三月に衆議院議院運営委員会庶務小委員会等で見直しの検討が始まり、同年四月、国務大臣と同額であった国立国会図書館長の給与が衆・参法制局長と同額に減額された。

平成一八年二月の「国会事務局等改革に関する提言」は、「(1)給与等の見直し」において、

「　職員が任命されている両院事務総長や両院法制局長、国立国会図書館長が、国民の代表である国会議員よりも俸給表上では上位に位置付けられ、両院事務次長、両院法制次長、国立国会図書館副館長等と各省庁のトップである事務次官とが同格とされている。こうした幹部職員の給与体系は、行政機関の本省幹部職員等の職責、格付け等と著しくバランスを失しており、抜本的見直しを行うべきである（事務総長・次長、専門員、館長・副館長、専門調査員、法制局長・次長等）」

との基本認識を表明している。したがって、「国会事務局等改革に関する提言」は、事務総長、事務次長、専門員等の給与の引き下げを求めるにとどまらず、「両院事務総長、常任委員会専門員や国会図書館専門調査員などの特別給料表適用者については、そのほとんどが内部職員から任用されている実態に鑑み、

特別給料表を廃止して、給与体系を一本化する」ことを提言している。また、この「提言」は、「職員に占める幹部職員等の管理職の割合が著しく高いことから、その割合を行政機関の本省幹部職員並みの比率に引き下げる（幹部職員一七三人→四八人、課長職三七一人→二〇七人）」ことを求めている。

平成一八年五月三一日の「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」は、「効率的かつ機能的な組織に向けた取組み」として、

「昨今の厳しい財政事情にかんがみ、衆議院としても独自に、事務局等を効率的かつ機能的な組織とするため、業務の合理化及びアウトソーシング、組織の改編等を着実に進めることにより、5年間で5％以上の定員を純減するとともに、特別給料表適用者の給与の見直し等を行うこととする」

を基本認識としている。

幹部職員の高給処遇については、「4．特別給料表適用者の給与の見直し」として、

「特別給料表適用者の給与については、以下の方針に基づいて見直しを行うこととし、参議院とも調整を行う。

(1)事務総長の給与は内閣官房副長官と、法制局長の給与は内閣法制局長官と、国立国会図書館長の給与は法制局長と同格とする。

(2)常任委員会専門員及び国立国会図書館専門調査員の4号給は廃止する」[19]

こととしている。

これを受けて、専門員四号給の廃止以外には、事務総長の給与だけが給料月額において一四八万円から一四四万八千円に三万二千円引下げられる（年間給与額において二八〇三万円から二七四三万円へ六〇万円の引下げ）こととなり、平成一八年一一月九日の衆議院議院運営委員会、一〇日の参議院議院運営委員会において、その旨の給与規程の改正案が了承された。[20]

幹部職員の高給批判に対して、事務総長の給与だけが引下げられ、結果として、事務総長、法制局長、図書館長の給与はすべて同額となった。ただ、議院において選挙によって選任され、議院の役員の地位を付与される事務総長の給与と議院の議長（図書館長については両議院の議長）によって任免される法制局長及び図書館長の給与を同額とすることは、些か疑問が残るところである。

（事務局の管理部門、記録部門等の合理化、定員の削減等）

第二は、衆・参の事務局の管理部門や記録部門の合理化である。

事務局の管理部門・記録部門に関して、平成一二年三月の自民党政治制度改革本部国会改革委員会の「国会改革に関する答申」は、自動車、営繕、用務、記録及び福利厚生の各部門の衆参の統合及び議員専用バスの運行サービス、自動車整備工場の廃止を提言している。すなわち、「3．国会事務局及び付属機関の効率的活動のための改革」の「(1)両院の事務局の改革」として、

「ア．衆参両院の事務局の改革については、両院の独立性に十分に配意した上で、なお且つ統合した方が、より効率的に業務を遂行できると判断されるものは、統合することを基本方針とする。具体的には、自動車関係、営繕関係、用務関係、記録関係及び福利厚生関係を対象とする。」

また、「(2)時代的使命の終った業務の廃止」として、

「両院の事務局業務のうち、すでに時代的使命の終っているものは、廃止する。具体的には次のとおりである。

ア．議員会館と議員宿舎の間のバスの運行サービスは、可及的すみやかに廃止する。

イ．自動車整備工場も可及的すみやかに廃止する。」

こととしている。

（速記者養成所の統合、廃止）

記録関係については、衆・参において速記方法に相違があって、衆・参の記録部の統合、速記者養成所の統合は困難であると考えられていた。平成一二年三月の「国会改革に関する答申」において記録関係の衆・参統合が求められたが、これは衆・参の速記者養成所の統合と理解されていた。なお、平成一三年一一月一九日の衆議院改革に関する調査会「衆議院改革に関する調査会答申」は、「事務の効率化」の例示として「衆・参両院における速記方法の統一」を挙げていた。しかし、その後、速記者養成所の統合の検討、協議は遅々として進まず、紆余曲折を経て、衆議院においては、平成一六年一〇月二〇日の議院運営委員会理事会において平成一七年度の速記者養成所の学生募集の中止が決定された。学生募集の中止は、速記者養成所の閉所、速記法による会議録の作成の廃止を意味することとなる。

平成一八年五月三一日の「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」は、「2．組織の改編」として「(2)速記者養成所を廃止する」とし、翌六月一日の議院運営委員会において「中間取りまとめ」が了承され、速記者養成所の廃止が最終的に確認された。

平成一八年三月一日本科卒業式が、同年九月一九日研修科卒業式が行われ、それぞれ最後の学生、研修生を送り出し、同年

一二月三一日衆議院速記者養成所は廃止された[21]。なお、衆議院は、平成一八年度から音声入力による新システムを開発する方針を決めている。

参議院においては、平成一七年七月に参議院議院運営委員会理事会が、手書き速記の段階的廃止とパソコンを使用した新たな記録システムの実用化を目指すことを決定し、平成二〇年を目途に段階的に新システムに移行する予定である。これに伴い、参議院の速記者養成所の入所者募集を平成一八年度以降実施しない方針を決めている[22]。

（自動車整備工場の廃止、議員専用バスの運行サービスの見直し）

自動車整備工場については、平成一三年六月二八日の与党三党国会改革推進協議会「国会改革推進に関する報告」が「衆議院・参議院にある自動車整備工場は廃止する。自動車整備業務は全て民間委託する」と報告した。平成一五年三月に衆議院が自動車整備工場を閉鎖して民間委託へ移行し、同年七月には、参議院も自動車整備工場の廃止と民間委託を決めた。

また、議員専用バス（宿舎送迎バス）の運行サービスについては、「国会改革推進に関する報告」は、「宿舎送迎バスについては存廃の議論が分かれ……。運行改善すべきとの意見が大勢であったため、……庶務小委員会で協議することとした」としている。平成一八年五月三一日の「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」は、「3　議員専用バスの運行縮減等」として「議員専用バスは、議員宿舎と議員会館を結ぶ交通手段として議員活動を支援する上で有益であり、引き続き運行するが、利用者の少ない朝の第3便と夕方便は次国会から廃止する」とした。

（定員の削減）

平成一八年二月の自由民主党行政改革推進本部の「国会事務局等改革に関する提言」は、政府の行政機関の定数削減の動向を踏まえて、改革提言の中では初めて、国会の事務局組織の定員の大幅な削減を求めた。すなわち、「⑵組織・定員・業務等の見直し」として、「行政機関に準じて当面5年間で5％以上の定員の純減を実施するにとどまらず、以下の措置を講ずることにより、独立法人化による定員減を除いて5年間で10％以上の定員の大幅な純減を図る」としている[23]。「5年間で10％以上」の定員の大幅な純減を図るために講ずべき措置としては、②の両院法制局の統合、③の衆調査局・参調査室と国会図書館調査局との機能の重複の整序、④の委員部と調査局・調査室の統合、⑥の国会図書館の独立法人化等の組織の統合等に伴うものを除

くと、「①速記（一九三人）、運転（一二六人）、警務（四六九人）業務については、機械化、民間委託を徹底することなどにより、組織・業務・要員配置の抜本的見直しを行う」こと、「⑤内部管理（両院庶務部三九四人、両院管理部五四六人）業務をはじめ業務全般についてＩＴ化、機械化を進めるとともに、職員が行うべき業務かどうか見直しを行い、民間委託を推進する」ことを挙げている。

ここで留意すべきは、「国会事務局等改革に関する提言」は、「⑵組織・定員・業務等の見直し」として、「5年間で10％以上の定員の大幅な純減を図る」としているが、これは「1　当面の措置」であることに留意しなければならない。「前文」においては、ドラスティックに一〇年で二〇％以上の定員の純減を求めている。前文の全文を見てみよう。

「　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18年度より10年間で20％の純減を提言している。政府は、今後5年で5％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およ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、今や、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、政治の責任と言える。

10年で20％以上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、衆参両院の事務局組織の統合を目標にすえつつ、以下に掲げる当面の措置を早急に講ずるべきである。」

「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」は、定員の削減について、「1．定員の純減」として、「平成17年度の衆議院定員（1795名）から、5年間で95名（5.29％）以上の定員を純減する」こととしている。しかし、立法調査機関の定員については、「Ⅱ．立法補佐機能の充実強化について」において、「⑵調査局の定員は当面維持し、専門性の高い人員の確保に努める。⑶法制局の定員は削減の対象とせず、必要に応じて増員も検討する。⑷国立国会図書館調査及び立法考査局の定員削減は行わない」こととしている。

（憲政記念館）

平成一二年三月の自由民主党政治制度改革本部国会改革委員会の「国会改革に関する答申」は、「⑶憲政記念館の管理・運営の改革」として、「憲政記念館の管理・運営については、国民に親しまれ一層活用されるものとするため、抜本的に改革するものとし、憲政記念館運営委員会において具体的な対応策を協議することとする。なお、国会前庭北地区及び南地区は、一般参観・来訪者の利便に資する観点から、管理・運営の改善及び庭内の環境保全整備を図ることとする」としている。平成一八年二月の「国会事務局等改革に関する提言」は、「憲政記念館（21人）についても独立法人化する」として憲政記念館の独立法人化を提案している。平成一八年五月三一日の「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」は、「2　組織の改編」として「⑴憲政記念館を部相当の組織から縮小し、議事部資料課と統合する」とした。

（その他の組織の合理化）

平成一八年五月三一日の「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」は、前述したように、「効率的かつ機能的な組織に向けた取組み」として、「昨今の厳しい財政事情にかんがみ、衆議院としても独自に、事務局等を効率的かつ機能的な組織とするため、業務の合理化及びアウトソーシング、組織の改編等を着実に進める」ことを基本認識としている。その他の組織の合理化として、「2．組織の改編」において、「⑶新議員会館竣工後、第一議員会館課及び第二議員会館課を統合する。⑷新赤坂議員宿舎竣工後、議員宿舎の統廃合を行う」こととするとともに、「3．議員専用バスの運行縮減等」において、「⑵運転手の退職者の補充については、当面30人程度に達するまでの間、外部委託を進める」こととしている。

（立法調査機関の合理化）

第三は、立法調査分野・法制分野を補佐する立法補佐機関、すなわち「立法調査機関」の合理化である。

立法調査機関については、平成一二年三月の自由民主党の「国会改革に関する答申」が、衆・参の法制局の統合を提案した。また、平成一三年一一月の綿貫衆議院議長の私的諮問機関である「衆議院改革に関する調査会」は、立法補佐部門（ここでは「議院法制局」を指している（筆者注））のみならず、衆議院調査局、参議院調査室、国立国会図書館調査局についても、「スケールメリットの観点から両院の協力において何らかの統合をすべきものと考える」と答申した。この「衆議院改革に関する調査会答申」は、「衆・参事務局組織の統合を推進する」の項

において、

「国会の機能をより一層充実、強化させるためには、事務局組織の見直しを行うことも必要である。その際、時代の潮流、議員のニーズに応じて不断に見直しを行い、廃止すべきもの、民間に委託すべきものを自ら整理し、経費を削減すべきである。憲法が二院制をとっているからといって、衆参両院の事務局組織がすべて独立している必然性はないと考える」

との認識を示している。

平成一八年の「国会事務局等改革に関する提言」は、両議院の法制局について、「両院法制局（158人）については、業務の繁閑に機動的に対応できるよう組織を統合して効率的な業務運営を行う」こととしている。もっとも、両議院の調査局・調査室については、「両院事務局の調査局・調査室（595人）と国立国会図書館の調査及び立法考査局（179人）の調査業務における役割分担を明確化し、機能の重複を整序するとともに、民間専門家の能力の活用を図る」こととして、横断的な統合の対象とはせず、むしろ事務局内の委員部との統合を求めている。すなわち、「委員部（278人）と調査室（595人）の有する委員会運営機能と調査機能がより効率的・効果的に発揮され、委員会を統一的に補佐することができるよう、両組織の統合を図る」としている。

（国立国会図書館の独立法人化）

なお、ここで特筆すべきは、「国会事務局等改革に関する提言」が国立国会図書館の独立法人化を提案していることである[24]。すなわち、「国立国会図書館（940人）については上記を踏まえ、組織の抜本的な見直しを行った上で独立法人化して効率的な業務執行を確保する」と提案している。しかし、この「提言」において、国会図書館の調査局の扱いについては直接言及しておらず、その扱いは判然としていない。

（合理化の実施）

「国会事務局等改革に関する提言」は、合理化の実施についても言及し、「2　中期的取組事項」として、「業務が両院事務局間で重複、代替しうる警務、速記、運転、施設・設備管理等に従事する職員から順次、人事交流を進め、業務遂行の一体化を図る。さらに、両院事務局組織の統合の在り方について、半年以内に具体的な成案を得る」としている。また、「3　推進体制等」として、「ア　両院合同の協議会の設置」において「国会の事務局組織の改革を的確にスピード感を持って推進するため、衆参両院合同の国会事務局改革協議会（仮称）を設置し、各事務局組織は、上記事項の検討状況および実施状況を協議会

に定期的に報告し、公表する」、「イ　第三者評価の実施」において「国会の事務局組織が行っている業務（外部委託等に係る内容、入札方式、随意契約価格等を含む）、給与・手当等について、永続的な外部の中立第三者からなる評価委員会（外部有識者＋国会議員）を設け、客観的かつ厳正な評価を実施し、その結果を公表する」こととし、改革の方向が削がれないように意を用いている。

3　立法補佐機能（特に立法調査機能）の拡充・強化

次に、「立法補佐機能の拡充・強化」の問題について見てみよう。なお、ここで立法補佐機能とあるのは、前述の立法補佐機能のうち、立法調査機関である調査局・調査室、法制局、国会図書館調査局の担う立法調査機能を指している。

平成六年六月三日の土井たか子衆議院議長・鯨岡兵輔副議長による「国会改革への一つの提言」は、「三　立法機能の充実」において、「立法補佐機構の一層の充実強化を図ること」と抽象的にしか提言していなかった。また、平成八年六月一四日の土井たか子衆議院議長・鯨岡兵輔副議長による「議員立法の活性化に関する一つの提言」は、「国会の立法補佐機構である議院法制局、常任委員会調査室及び国立国会図書館調査及び立法考査局の機能を質・量とも拡充すること」と、これまた抽象的にしか提言していなかった。なお、「議員立法の活性化に関する一つの提言」は、「その〔立法補佐機構である議院法制局、常任委員会調査室及び国立国会図書館調査及び立法考査局の（筆者注）〕枢要な役割を担う職について人材を行政府に依存することとならないよう計画的に人材育成を図るとともに、現に行政府からの出向者を当てている当該職については、計画的に速やかに国会職員を登用すること」を主張した。

立法補佐機能の充実・強化について具体的な方策を提案したものは、衆議院議院運営委員会に設置された「衆議院事務局等の改革に関する小委員会」の提案である。前述したように、同小委員会は、平成一八年五月三一日、「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」をとりまとめ、効率的かつ機能的な組織に向けた取組みを示すとともに、立法補佐機能の一層の充実強化をかなり具体的に打ち出した。

「中間取りまとめ」は、「Ⅱ．立法補佐機能の充実強化について」として、

「　国会の立法機能及び行政監視機能を強化し、議員活動に対する支援の充実を図るため、事務局等の立法・行政監視補佐

機能については、行政府から一定の独立性を確保しつつ専門性を高め、併せて関係機関相互の連携強化を推進することにより、一層の充実強化を図ることとする」

ことを基本認識としている。その上で、「中間とりまとめ」は、「1．立法・行政監視補佐機能を担う組織の人員確保」として、「(1)立法府の独立性を保つため、行政府から調査局への出向は以下のとおり見直す。

①専門員及び首席調査員については、今後新たな出向者を受け入れない。なお、行政府を退職した者を専門員に起用する場合は、行政府からの独立性確保の観点から、議院運営委員会において厳格に審査を行う。

②次席調査員については、5年後を目途に新たな出向者を受け入れない。

③一般調査員については、5年後に廃止も含めた出向のあり方について再検討を行う」

こととしている。

また、「2．調査局の専門性の強化」として、

「(1)調査局の管理職登用に当たっては、一定期間の調査事務等の経験を要する等登用基準を設けるものとする。ただし、当該基準の適用については、5年程度の猶予期間を置く。

(2)調査局内の人事異動については、原則として所管が関連する調査室間とする等、各調査室の専門性を高める運用を行う。

(3)行政を除く外部機関との交流に関する「人事交流計画」を策定し、国内外の大学及び民間研究機関、会計検査院等との交流を深め、連携を図る。

(4)調査局に優秀な人材を確保するため、中途採用、客員調査員の採用を拡大し、任期付採用制度を導入する。

(5)調査局の組織上の位置付け及び調査事務を専門に行う者を採用する試験の導入については、将来的な検討課題とする」

こととしている。

さらに、「3．調査局の業務拡充等」として、

「国会の立法機能及び行政監視機能の強化を図り、調査依頼事項の高度化、各調査室の所管を横断する事項の調査に対応するため、以下の点も踏まえ、「調査局ビジョン」を策定する。

(1)委員会審議に関する情報提供の拡充を図る。

(2)法律及び政省令の施行状況、委員会決議及び附帯決議等に対する政府の対処状況を常時調査することにより、行政監視補佐機能の強化を図る。

(3)調査業務の一部を調査研究機関等へ外部委託することによ

り調査の効率性を高める。

(4)各調査室の所管を跨ぐ横断的な調査に対応するため、人員を確保するとともに、人員の柔軟な配置を行うようにする」

こととしている。

さらに、「4. 調査局、法制局、国立国会図書館の連携」として、

「(1)調査局、法制局、国立国会図書館の人事交流を深める。

(2)調査局、法制局、国立国会図書館の電子的ネットワークの相互利用を促進する。

(3)調査業務における関係機関の連携協力をさらに強化する」

こととしている。

立法補佐機関の拡充・強化について、ここまで踏み込んだ提言を行ったものは、「中間とりまとめ」の段階ではあるが、これまで他に例がないと思われる。

四　立法調査機関の現状と特色―衆議院調査局を中心に

1　衆議院調査局の制度的変遷

ここでは、立法補佐機関のうち、立法調査機関の現状と特色について、衆議院のかつての常任委員会調査室と改組後の衆議院調査局を中心に概説する。

(常任委員会調査室の経緯)

衆議院常任委員会の立法調査機構は、昭和二二年に専門調査員制度が発足して以来、数回の制度的変遷を経て、昭和三〇年に常任委員会専門員制度・常任委員会調査室制度が確立した(25)。

「常任委員会専門員制度」とは、各常任委員会に、常任委員長の指揮命令を受ける常任委員会専門員を付置機関として設置し、常任委員会専門員にその常任委員会の調査事務を行わせる制度である。「常任委員会調査室制度」とは、各常任委員会に常任委員会調査室を設置し、そこに首席調査員、一般調査員を配置するとともに、常任委員会専門員は調査室長（充て職）として当該調査室の首席調査員、一般調査員を指揮して委員会調査事務に従事する制度である。

このように常任委員会調査室においては、（平成一〇年に調査局に改組されるまでは）各委員会に置かれた専門員（調査室長）を中心に、首席調査員、調査員により、委員会ごとに当該委員会の調査を実施していた。

(衆議院常任委員会調査室制度の改編（衆議院調査局の設置）)

平成九年一二月、議院事務局法が改正され、従来の常任委員会調査室は衆議院調査局に改組されることになり、翌一〇年一月一二日（第一四二回国会の召集日）から施行された。また、同時に衆議院規則が改正され、予備的調査制度が創設された[26]。

調査局への改組という機構改革は、常任委員長の常任委員会専門員に対する委員会調査についての指揮命令権はそのまま残した上で、調査局の業務として、①予備的調査と②常任委員会専門員が行う委員会調査に関する総合調整権を認めるものであった。このため、調査事務は、制度上は、専門員が行う「委員会調査」と専門員の充て職である調査室長が調査局長の指揮の下で行う「予備的調査」とに分化することとなった。しかし、専門員と調査室長が同一人によって担われるため、調査局に属する各調査室においては、予備的調査のみならず委員会調査も行われているのが実態である。

従来から、「常任委員会専門員制度」、「常任委員会調査室制度」は分りにくいものであったが、この改編によって、「調査局制度」は一層分りにくいものとなった。改編前は次のような制度であった。

各常任委員会には、（一人官職である）常任委員会専門員が設置（付置）され、常任委員会専門員はその常任委員会の委員長の指揮命令を受けて、その委員会の調査事務を、調査員を指揮して、遂行する。その際、各常任委員会には、組織としての「常任委員会調査室」が同時に設置されて、専門員を調査室長（充て職）としていた。これらの常任委員会専門員や常任委員会調査室を束ねる上位の官職も組織も存在していなかった。改編後の現行の制度においても、各常任委員会に常任委員会専門員が設置され、常任委員長の指揮命令を受けてその委員会の調査事務を処理するという建前に変更はない。他方、新たに設けられた「予備的調査」を行うために「調査局」を事務局の一部局として設置し、そこに調査局長、調査局調査員を置く。一方、調査局の事務を分掌するため、調査室を置き、各調査室には調査室長を置き、調査室長には常任委員会専門員をもって充てることとする。注意すべきは、調査局に置かれる各「調査室」は、常任委員会に設置された改編前の「常任委員会調査室」とは異なり、調査局の内部組織である。したがって、調査局の調査室は、かつてのように「〇〇委員会調査室」という名称ではなく、「〇〇調査室」という名称を使用することとし、混同を避けている。このような構造のために、次のような二元的構造になっている。

①委員会調査―常任委員会専門員―常任委員長の指揮命令

②予備的調査――調　査　室　長――調査局長の指揮命令

なお、調査局は、実態としては、かつての常任委員会調査室制度下の各調査室を包含する組織として設けられたものであるが、その内部では、引き続き、各調査室が並存している。参議院にあっては、この改編を行わなかったので、従来どおり各常任委員会に各常任委員会調査室が設置されている。

このように法制的にはなお変則的な要素を残しているものの、常任委員会調査室も特別委員会調査室も包含する統一的な組織体として、調査局が創設された。これによって、人事管理や予算管理を一元的に行うことが可能となった。また、調査局に付与された専門員の行う委員会調査事務に関する総合調整権限によって、従来からの分立構造はある程度解消され、調査局として多くの業務を横断的、統一的に実施することが可能となった。

このように、調査局は、平成一〇年に創設されて以来、調査業務の高度化、各調査室における調査業務の質の平準化、調査資料の積極的な刊行、業務の迅速な処理等の調査業務の改善のみならず、関係機関との人的交流の促進、内外の大学院・研修機関等への調査員の派遣、客員調査員の活用等の人材の確保・育成に取り組み、その機能強化に向けた体制の整備を進めてきている。

2　衆議院調査局の業務

調査局においては、大別して、委員会調査、予備的調査、その他の調査を行っている。「委員会調査」には、法律案等参考資料の作成、議員又は委員会が提出する法律案の起草のための調査、委員会報告書等の原案の作成等がある。「予備的調査」は、委員会が行う審査や調査のために、委員会が調査局長に命じて行わせる調査である。「その他の調査」としては、議員、各会派等からの調査依頼に対応する事務、国政課題等についての自主的な調査・研究等、多様な事務がある。これらの調査業務について、今後も一層充実させていく必要があることは言うまでもないことである。

各調査室において最も重要な業務と位置付けられているのは、内閣提出法律案に係る「法律案参考資料」の作成である。

この法律案参考資料は、その法律案が提出されるに至った経緯、その概要、問題点等を容易に把握し、委員会における法律案の審議に資することができるよう編集したものである。その構成は、概ね①当該法律案提出の背景・経緯、②その概要・要

綱、③論点・問題点、④参考資料（必要な説明資料、閣議決定・審議会報告書、統計資料等）等からなっている。現在、提出された法律案が審議に入る段階で、網羅的に詳細な解説を加えた説明資料は、この法律案等参考資料の他に類似したものがなく、その内容については、各委員会の委員はもとより多くの議員からも一定の評価を得ている。

法律案が内閣から提出された場合を例に、調査室の調査業務の実際は次のようなものである。

新たな制度を設けるため新法を制定したり、制度の大幅な見直しによる法律改正を行なう場合、各省庁に関連する審議会、検討会等で既に前年あたりから学識経験者や利害関係者により審議が行われていることが多い。前年の夏から年末にかけて行われる審議会、検討会の答申や報告に基づいて、各省庁は法律案の立案に入り、内閣法制局の審査を経て、成案を得る。同時に、立案過程において又は成案成立後に、各省庁は与党の政務調査会（及び各部会）の事前審査を受け、その了解を得た上で、閣議決定を経て、内閣において法律案を国会に提出する。調査局の担当者は、既にこの段階で、審議会を傍聴したり、与党の政務調査会の部会を傍聴し、資料を入手するとともに、議論の内容や問題点の把握に努めている。場合によっては、野党の部門会議等を傍聴することもある。また、法律案の提出前であっても各省庁から提出予定法律案について関係資料を求める等の準備を開始する。法律案が実際に国会に提出されると、各省庁から法律案のヒアリングなどを行い、「法律案参考資料」を作成する。この法律案参考資料は、その法律案が委員会に付託された時に各委員に配付し、あるいは委員会の議題となって担当大臣が提案理由説明をする時に委員席の机上に配付したりしている。また、この参考資料は、主として当該委員会に所属する委員により委員会審議に利用されているが、求めに応じて委員以外の議員にも提供している。また、委員会での質疑等のため法律案の内容や関連事項について委員からの依頼で個別に説明したり、資料を作成する。修正案が提出されるときは、求めに応じて修正案の提案理由を作成する。法律案の採決の際に附帯決議が付されるときも、求めに応じて原案を作成する。採決が終了すると、「委員会報告書」の原案を作成し、委員長の決裁を得る。委員会の審査が終わり、その法律案が本会議の議題となったときに委員長が行う口頭報告を「委員長報告」というが、その原案を作成する。また、委員会の審査中は、会議毎に委員会審査の概要をまとめた「立法調査情報」をインターネットに掲載しているが、その原稿の作成等もある。

議員立法の場合は、法律案に関連した調査は法制局が行っているが、予算を伴う法律案については経費の見積もりを作成する。また、議員提出法律案の提案理由の原案の作成は、調査室が行うことが少なくない。

3　立法調査機関の特色

立法調査機関の活動には、行政庁と比較して、次のような特色があると考えられる[27]。

立法調査機関の調査は立法府の立法活動の補佐であり、議員等からの個別の依頼に対応することが業務の中心である。政策や法律案の立案の主体はあくまで依頼者である議員や政党である。したがって、組織として、独自に特定の政策を採用したり、特定の法律案を立案する意思は働かず、そのために必要となる情報を継続的に収集し、蓄積するというモチベーションも働かない。

次いで、情報収集の面については、地方の出先機関や地方自治体の関連部局などがなく、関連業界、利益団体、圧力団体も存在しないことから、行政庁であれば日常的な業務の中から上がってくるような情報が得られない。そのため、立法調査機関は、情報の収集に努力が必要となるが、自ら取得できる情報は、各種の文献や報道、インターネットから得られる情報が主なものとなる。また、各省庁に照会して情報を得ることも多い。もっとも、行政庁は関係する国民、団体等から行政執行に絡む様々な情報を有権的、全国的、継続的に収集することが可能である一方、収集する情報の範囲やその内容が固定化したり、偏るおそれもあり、またその省庁の意に反するような資料は出さないであろうことにも留意すべきである。さらに、立法調査機関は、依頼者である議員や政党を通じて、利害関係者や国民の声を聴くことも可能である。

立法調査機関の調査活動における情報収集にはこのような限界や困難があるが、各種の資料、情報にはバイアスがかかっている可能性を意識しつつ、情報源に偏りがないよう、特に、各省庁からの情報に一方的に頼ることがないように情報収集に努めるべきである。

さらに、立法調査機関の職務は受けた依頼を個別に処理することが中心であることが多いことから、体系的、網羅的に調査や立案を行うというより、その時々の依頼にいかに対応していくかが課題となる。したがって、立法調査機関は、多種多様な依頼に迅速、適切に対応することができるよう体制を構築する

必要がある。このため、立法調査機関を構成する各職員がその専門性を高め、業務の質の向上に努めることが必須であるとともに、立法調査機関が組織として、職員の専門性の確保、調査能力の向上等を図るための方策を講ずる必要がある。このような課題に対する立法調査機関の内部からの一つの回答が、次に述べる「衆議院調査局ビジョン」であるということができよう。

なお、立法調査機関は、その業務が立法活動の補佐であることから、いかなる依頼者からのものに対しても誠実に処理するという意味における公正中立性が要請されるし、秘密の保持も強く求められる。

五　衆議院調査局ビジョンの策定

1　衆議院調査局ビジョン策定の経緯

「衆議院調査局ビジョン」[28]は、「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」によって、その策定が求められたものである。すなわち、「中間取りまとめ」の「3．調査局の業務拡充等」において、「国会の立法機能及び行政監視機能の強化を図り、調査依頼事項の高度化、各調査室の所管を横断する事項の調査に対応するため、以下の点も踏まえ、「調査局ビジョン」を策定する」とあることに拠るものである。

「調査局ビジョン」の策定の経緯について、「調査局ビジョン」は「はじめに」において次のように述べている。

「　平成18年1月20日、衆議院議院運営委員会の下に設置された「衆議院事務局等の改革に関する小委員会」は、事務局全体の定員の削減、組織の改編等とともに、調査局の専門性の強化、業務の拡充等について、幅広く審議を行った。同小委員会は、同年5月31日、「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」を取りまとめ、調査局については、①調査局組織の人員確保、②調査局の専門性の強化、③調査局の業務拡充等、④法制局・国立国会図書館との連携等について改革を図るべく、多くの提言を行うとともに、調査局において「調査局ビジョン」を策定することを求めたところである。

この「中間取りまとめ」における改革の提言を契機として、調査局においては、同年6月7日、「衆議院調査局ビジョン策定委員会」を設置し、調査局ビジョンを策定すべく検討を開始した。このビジョン策定委員会は、調査局の機能、役割を再検討し、今後拡充すべき業務の在り方、調査局の調査能

力を強化するために採るべき人事制度や個々の調査員の専門性を向上させるための方策、調査局組織の在り方等、多岐に亘る課題と解決すべき問題点を議論した。

なお、「中間取りまとめ」は、調査局において「調査局ビジョン」を策定することを求めているが、その対象は「調査局の業務拡充等」に限っていた。しかし、本ビジョンにおいては、「中間取りまとめ」において提言された調査局に関する事項は「調査局の業務拡充等」に限らず検討するとともに、「中間取りまとめ」において触れられていない事項であっても、調査局の在り方に関し解決すべき課題、問題点であれば広く検討を加えている。」

ここに紹介したように、「調査局ビジョン」は、その策定の対象について、「中間取りまとめ」によって「調査局の業務拡充等」に限って調査局において策定することが求められたと理解している。しかし、「中間取りまとめ」において、そのような限定を付する文言はなく、また、「以下の点も踏まえて」という希薄な因果関係を示す語句により、しかも「以下の点」には拡大すべき業務だけを記している訳ではないことから、業務拡大だけを対象とすると理解する必要はないものと考える。もっとも、「調査局ビジョン」は、結果としては、検討の対象を「調査局の業務拡充等」に限定することなく、その基本的な考え方として、「中間取りまとめ」において触れられていない事項であっても、調査局の在り方に関し解決すべき課題、問題点であれば広く検討を加え、立法補佐機関としての調査局が如何にあるべきかを抜本的に考えているのである。

「調査局ビジョン」は、衆議院調査局の在り方として、「はじめに」において、調査局の在り方を「業務」、「人事」、「組織」の三位一体において見直すことを提言している。次のように言う。

「　衆議院調査局は、立法補佐機関として専門的な能力を備えることによって、多様化・高度化する議員のニーズに適切に対応するとともに、「開かれた調査局」として広く国民に対しても情報を提供することができる組織を目指すべきである。この「あるべき姿」（将来像）を実現するためには、調査局の在り方を業務、人事、組織の3点において一体として見直し、そこでの課題に対する各般の対応策を構想する必要がある。」

以上のような考えによって、「調査局ビジョン」は平成一九年三月三〇日、衆議院調査局ビジョン策定委員長から調査局長に報告された。

2　衆議院調査局ビジョンの構成、内容

「調査局ビジョン」は四編構成になっており、第1編に当たる「第1　調査局の現状と課題」はいわゆる総論をなしている。（第1の「1　調査局の現状」は略）

第1の「2　調査局の課題」において、①調査業務の一層の拡充、②調査員の専門性の確保、③外部の専門家の活用、④組織の在り方の検討の四点について、調査局の課題を提起している。②と③は、「調査局における専門性の強化」の問題に包摂され、そのための各般の人事施策について提言している。したがって、業務（①）、人事（②、③）、組織（④）の三位一体において、調査局のあるべき姿を実現すべきであるとしているのである。

以下、詳しく見ていこう。

まず、「⑴　調査業務の一層の拡充」についてである。

「調査局においては、大別して、委員会調査、予備的調査、その他の調査を行っている。（中略）これらの調査業務について、一層充実させていくことは言うまでもないことである。

他方、近年インターネットの普及により従来困難であった国民に対する情報発信が可能になってきたことから、委員会の動向や法律案の概要等の情報を国民に対して提供することが求められている。このため、委員・議員に対する従来からの業務を一層充実させるとともに、国民への情報発信のための新たな業務を積極的に実施していく必要がある。その際には、提供情報の内容の正確さ等について、調査局における責任の所在を明確にする必要がある。

なお、中間取りまとめにおいて、「調査業務の一部を調査研究機関等へ外部委託することにより調査の効率性を高める」と指摘されており、調査局において、どのような調査を外部委託すべきか等について今後検討していくこととする。」

次に、「⑵　調査員の専門性の確保」についてである。

「議員の国政活動を補佐する業務から国民への情報提供まで業務の範囲を拡大し、発信情報の水準を確保し、責任体制を整備するには、調査員の調査能力の一層の向上、より高い専門性の確保が不可欠である。中間取りまとめにおいては、調査局は「専門性の高い人員の確保に努める」こととされた。

このような調査員の養成には、ゼネラリスト養成型の人事施策だけでは不十分であり、事務局全体の人事ローテーションと一定の整合性をとりつつ、調査局においては、ＯＪＴ及び研修と能力評価とを結びつけ、一定の場合早期の選抜を認

める「調査員養成プログラム（仮称）」を構築する等、新たな人事施策を推進する必要がある。

また、専門員、首席調査員等の管理職は、その職務を遂行するに当たって、管理能力のみならず、一定の専門的な能力を有することが不可欠であることから、調査局における管理職の登用基準を設ける必要がある。」

次に、「⑶　外部の専門家の活用」についてである。

「調査局における専門性を強化するために、様々な分野からの多様な専門家を登用することとし、その専門的能力の活用を図る必要がある。

一方、今回、中間取りまとめにおいて、「立法府の独立性を保つため、行政府から調査局への出向は…見直す」こととされた。現在、調査局においては、行政庁から、専門員、首席調査員、次席調査員の管理職職員及び一般調査員が出向してきている。これらの出向者は、出向期間中は、出身の行政庁と一定の距離を保ちながら、公正中立な立場で、行政実務経験を活かした調査業務等を行ってきており、行政庁からの影響について懸念されるような事態は生じていない。しかし、中間取りまとめにおいて、「①専門員及び首席調査員については、今後新たな出向者を受け入れない。なお、行政府を退職した者を専門員に起用する場合は、行政府からの独立性確保の観点から、議院運営委員会において厳格に審査を行う。②次席調査員については、5年後を目途に新たな出向者を受け入れない。③一般調査員については、5年後に廃止も含めた出向のあり方について再検討を行う」ように見直すこととされた。

しかし、行政庁からの出向者を受け入れない場合には、従来から行ってきた人事交流が円滑に進まず、調査員が行政庁に出向して行政実務を習得する途が狭まることも想定される。したがって、行政庁から調査局への出向の在り方については、引き続き検討を進めるべきである。

なお、中間取りまとめにおいて、行政庁を退職した者を専門員に登用することは可能であるとされている。調査局としては、このような場合であっても、出身行政庁の影響について些かの疑念も生じさせないよう対処することは言うまでもないことである。」

としている。

行政庁から調査局への出向の見直しが「中間取りまとめ」に明記されたことに対して、「調査局ビジョン」は、従来から行ってきた非管理職の調査員が行政庁に出向するという形の人事交

流が円滑に進まず、調査員が行政庁において行政実務を習得する途が狭まることも懸念されるから、行政庁からの出向の在り方については引き続き検討すべきであるとしている。確かに、職員の出向の受け入れが直ちに「立法府の独立性」を阻害するほどの弊害のあるものかについて、疑問なしとしない。また、従来衆議院が常任委員会調査室や調査局の立法調査機能を十分に担いうる人材を採用し、養成してきた訳ではなく、また、現在の調査局の管理職ポストを全てプロパーの職員だけで充足するような計画的な人事政策があった訳でもない。したがって、有能な専門員、首席調査員等の確保について支障があるのではないかといった問題がある。行政庁から調査局への出向の見直しは、少なくともなお一定期間の経過措置が必要であると考える。また、行政庁からの出向者であっても、行政庁から「移籍」の形で来てもらうことは、「立法府の独立性」を阻害する訳でもなく、立法調査機能の拡充・強化に資する人材の確保として、引き続き継続すべきであると考える。なお、「調査局ビジョン」は、従来から行ってきた非管理職の調査員が行政庁に出向するという形の人事交流が円滑に進まず、調査員が行政庁において行政実務を習得する途が狭まることも懸念している。他方、調査局に来る「行政官」の立場に立ってみると、権限、予算、法律案の立案に裏打ちされない「調査」には魅力を感じず、調査局に来る希望者がいなくなることは十分に考えられるところである。

「(4)　組織の在り方の検討」については、

「　調査局における調査機能の充実、強化を図るためには、業務の在り方を見直し、新たな人事施策の推進、外部専門家の活用等を効果的に実施するとともに、調査局の組織の充実が不可欠である。このため、現行定員と実員の乖離の充足を求めるとともに、調査局の組織の見直しを含め、その在り方について検討する必要がある」

としている。

次に、「第2　調査業務の拡充」についてである。

まず、「1　現行調査業務の一層の充実」として、「(1)　法律案等参考資料の一層の充実」、「(2)　委員会審議に関する情報の提供の拡充」、「(3)　委員会の所管を超えた国政課題の調査」、次に、「2　新たに実施する調査業務」として、「(1)　重要法律案に係る政省令等の施行状況の調査」、「(2)　委員会決議及び附帯決議に対する政府の対処状況の調査」、「(3)　予備的調査結果の分析」、「(4)　諸外国の政治・行政・経済情勢調査の実施」、「(5)　英文による法律案の概要及び審議状況の提供の検討」が

挙げられている。

なお、法律案等参考資料と委員会審議に関する情報については、平成二〇年（目途）からインターネットにより広く国民に情報提供を行うこととしている。法律案等参考資料は、従来、議員に配布する内部資料として作成されてきたものであるから、インターネット公開に当たっては、著作権法上の問題を引き起こさないよう十分に配慮する必要がある。

ここで、インターネットにより広く国民に情報提供を行うべきことについて付言する。この問題は、平成一二年の「国会改革に関する答申」において主張されていた。すなわち、「5．国会活動を国民等に広報するための改革」において、「国会活動を国民により親しみ易く、効率的に広報するための改革を進める」こととし、「(1)インターネットを活用した広報の拡充及び各種刊行物を作成し、可能な限りの情報の提供に努める等、情報提供の在り方を総合的に検討し、さらに情報公開を進める」こととしている。また、平成一三年の「衆議院改革に関する調査会答申」は、「国会情報を高度情報化時代に即応した方法で発信する」の項において、「国会情報センター」（仮称）を設置するとともに、「同センターでは、インターネットや国民にとって最も身近なメディアであるテレビチャンネルを活用し、双方向での情報の受発信が可能となるようにすべきである」としている。平成一八年の「中間取りまとめ」は、単に「委員会審議に関する情報提供の拡大を図る」とするだけである（なお、既にインターネットにより本会議、委員会の動画の配信が行われており、衆・参各議院のホームページからアクセスすることができる）。

次に、「第3　調査局における専門性の強化」についてである。すなわち、「1　調査員養成プログラムの策定」、「2　管理職登用基準の策定」、「3　専門員の外部登用の実施」、「4　外部の専門家の活用」、「5　外部機関との人事交流の促進」、「6　調査員採用試験の実施の検討」である。

この分野で特筆すべきは、一つは、担当分野における専門家としての調査員を養成するため、特に調査能力が優れた一定の経験年数を有する調査員に対し、「専門調査員養成プログラム（仮称）」を実施することとしているが、この専門調査員として養成される調査員については、上位級への昇格、管理職への昇任等において早期選抜（数年程度）の対象とすべきであることとしている。もう一つは、専門員の外部登用の実施である。調査局の専門性を高めるために、外部の優秀な専門家を専門員として招聘する必要があろう。

最後に、「第４　調査局組織の充実・強化」についてである。すなわち、「１　柔軟な人員配置の実施」、「２　調査局定員の充足」、「３　調査局における部課の新設」、「４　調査局の組織の在り方」である。

以上が「調査局ビジョン」の概観である。この「調査局ビジョン」は、立法調査機能の拡充、強化の要請に対する調査局側からの具体的な回答であると言うことができよう。

六　立法調査機関改革の課題

１　立法調査機能の拡充・強化と調査員の専門性の強化

国会における充実した審議のためには、各議院の立法調査機能の拡充・強化が必要であることは論を待たない。問題は、立法調査機能を拡充・強化するための具体的な方策をどのように構築するかである。前述したように、「衆議院調査局ビジョン」はこの問題に対する内部からの具体的な回答であるといえよう。その立場は、一言で言えば、立法調査機能の拡充・強化は調査局の専門性の強化によって図るべきであるとしていると考えられる。

調査局の専門性の強化の目的は、調査局、これに属する各調査室のアウトプット（法律案参考資料、各議員からの調査依頼に対する回答、関係資料）の質を向上させることにあるが、結局は、実際の業務を担う個々の調査員の専門性の強化という課題に帰着する。そのためには、個々の調査員が研鑽に励むべきことは勿論であるが、調査局が組織として、調査員の専門性の強化をバックアップする仕組みが必要であり、人事制度、組織等の面で具体的な方策を検討する必要がある。「調査局ビジョン」は、この点について、単なる研修の充実といった形式的な対応ではなく、人事制度や組織・機構の在り方に裏打ちされた方策を模索しているのである。

２　政策立案機能の充実

（一）調査局の政策立案能力の充実の必要性

わが国における政策立案機能は、従来、霞ヶ関の各省庁がほぼ全面的に担ってきたが、年金制度の改正に見られるように、各省庁の政策立案機能が必ずしも十分ではない場合もあることが明らかになってきている。今後は、政策立案機能を調査局も担えるよう機能強化し、わが国における政策立案機能を多元化

する必要があると考える。

政策立案機能の充実については、調査局がことさらに新しい機能を具備するということではなく、専門性の強化の延長線上に当然出てくるものである。調査室・調査員は、法律案参考資料の作成や議員からの調査依頼に対する回答において、問題点の指摘に止まらず、現行制度や内閣提出法律案と異なる考え方や選択肢を提示することを求められることは珍しくない。このような調査依頼に十分に応えるには、議員や政党が構想する政策の論点整理、政策要綱や法律案骨子を作成、起草する等の政策立案を補佐する能力が不可欠になってきている。調査室・調査員は、情報の取得においては困難な面を有するものの、高い専門性を確保することにより、政策立案の前提となる問題状況の把握や政策課題の設定において、先見性、柔軟性、普遍性を得ることは可能であり、そうあるべく研鑽を積む必要があろう。

さらに、「政策立案機能の充実」を立法調査機能の中に具体的に位置付けるという観点からは、調査局は、調査能力を一層強化し、議員の政策立案から法律案立案の前段階（法律案骨子、法律案要綱）に至るまでの過程を一貫してサポートするといった視点を持たなければならない。最終的には、今後さらに専門性を高め、政策発信能力を獲得し、議院のシンクタンクとしての機能を果たすようにするといった視点も必要となろう。

（二）政党系シンクタンクとの関係

平成一七年に「シンクタンク２００５」（自民党系）、「公共政策プラットホーム」（民主党系）といった政党系のシンクタンクが相次いで設立された。このように政党自身がシンクタンクを設立して、政策立案機能の強化を図ってきている。[29] これらの政党系シンクタンクは、その政党の根幹の政策を研究し、その成果を公表している。調査局を初めとする立法調査機関が専門性の強化による調査能力の高度化を達成することが出来なければ、今後、政党は自前の政党系シンクタンク、政策スタッフを活用する比重を高めていくことが予想される。

もっとも、政党系シンクタンク、政党の政策スタッフは、母体である政党の議席数の消長により、影響を受けざるを得ず、シンクタンクの研究員や政策スタッフの人数も多人数とはいえず、非常勤の場合もある。小政党に属する議員や無所属の議員は政党系シンクタンクを利用することができず、また、議席数の多い政党に属する議員であっても、個々の議員の日常的な政治活動に伴う調査依頼をシンクタンクに依頼することは、政党系シンクタンクの人員、予算からすると現実的ではない。

したがって、調査局の機能がこれらの政党系シンクタンクに代替されることは考えにくい。しかし、調査局が旧態依然たる調査手法に安住していては、早晩ドラスティックな改革に直面せざるを得なくなるであろう。

いずれにせよ、このような「政策立案機能の多元化」とも言いうる動向に対して、今後、調査局は、現状に安住することなく、専門性を向上させ、議員の日々の調査・立法活動をサポートし、委員会審議の充実に資するよう努めていかなければならないと考える。

3　統合論に対する評価

（一）立法調査機関の業務分担と統合論の類型

各議院には、立法調査機関として、衆議院に調査局、参議院に常任委員会調査室が設置され、さらに、国会図書館に調査及び立法考査局が設置されている。これらの機関の業務分担は明確に定められているわけではなく、業務が重複していること、各議院に同様の機関が並存していることから、統合論が何度か出されてきている。また、衆・参の議院法制局の業務も法律案、修正案等の立案が中心ではあるが、これを除けば、調査局、調査室等の調査事務と業務は重複しており、統合論の対象になっている。

統合論の類型としては、一つは、衆・参・図で並存する同様の組織の統合を図る横断的統合、もう一つは、現行の業務の垣根を取り払って統合を図る垂直・機能的統合とがある。整理すれば、次のようになろう。

①　横断的統合

（イ）(a)衆議院調査局と参議院常任委員会調査室との統合

(b)衆議院調査局と参議院常任委員会調査室に加えて国会図書館調査局との統合

（ロ）衆議院法制局と参議院法制局との統合

②　垂直・機能的統合

（イ）各議院の調査局・常任委員会調査室と法制局との統合

（ロ）各議院の調査局・常任委員会調査室、法制局、国会図書館調査局の一つの機関への統合

これらの統合論には立法補佐機関の並存により生ずる無駄の排除をしようとするものであると考えられる。しかし、統合された新たな立法調査機関の調査機能の拡充・強化、専門性の向上に繋がるのか、どのような機構が立法調査機関として最適なのか、といった観点が必要である。

なお、これ以外に、平成一八年の自由民主党行政改革推進本部「国会事務局等改革に関する提言」のように、事務局委員部と調査局とを統合する考え方がある。しかし、両者の業務の性質が全く異なるのみならず、両者の職員として求められる資質に大きな違いがあることから、このような統合は実益がないものと考える。

（二）統合により生じると考えられる効果

① 横断的統合

衆議院と参議院で同様の組織がある場合、すなわち、（イ）(a)の衆議院調査局と参議院常任委員会調査室との統合、（ロ）の衆議院法制局と参議院法制局との統合については、業務の内容に変化はさほどないものと考えられる。ただし、これらの組織の横断的統合がなされる場合には、各議院事務局の議事運営部門、管理部門等（の全部又は一部）も衆・参両議院に設置される必要はないと考えられ、議院事務局（の全部又は一部）の統合も不可避となるであろう。なお、このような横断的統合の場合、衆・参両議院に属さない国会図書館調査局の在り方を検討する必要がある。

（イ）(b)の衆議院調査局、参議院常任委員会調査室、国会図書館調査局の三者の統合によっても、業務の内容に変化はさほど生じないであろう。なお、この場合、国会図書館調査局が分離統合した後の国会図書館本体をどのように位置付けるかという問題が残る。

② 垂直・機能的統合

（イ）調査局と法制局の統合

もう一つの統合論として、衆議院、参議院それぞれの枠の中で、調査局・常任委員会調査室と法制局との統合が考えられる。

現在のように調査局・調査室と法制局が分立し、相互の業務上の提携がない状態では、議員の政策立案から法律案立案に至る過程において、議員の政策立案をブラッシュアップし、政策を実現する手段としての法律案の骨子、要綱を構想する部分について、立法調査機関のサポートは十分であるとはいえない。調査局は、法律案要綱の作成も調査局の事務に含まれるものの、要綱の前段階である政策立案から法律案骨子の作成に携わることは比較的少ない。一方、法制局は、議員立法の立案に際し、論点整理を行い、現行法との整合性等を検討した上で法律案の立案作業を行うが、政策立案は依頼する議員や政党が行うべきことであるとして、政策に関する部分に関与することには自制的である。

したがって、この統合によって、各議院に立法調査、政策立案から、法律案立案に至るまでの過程を一貫して補佐する体制が確立することになり、議院のシンクタンクの役割を担うことを可能とするものとなろう。

（ロ）衆・参調査局、衆・参法制局及び国会図書館調査局の統合

衆・参・図の調査三機関と衆・参の法制局をすべて統合する考え方もある。平成一四年六月と平成一五年五月に自由党が提出した「国民主導の国政の実現に関する基本法案」(30)（第一五四回国会衆法第三四号及び第一五六回国会衆法第二五号）において、国会の立法を補佐する諸機関を統合し「国会立法調査院」とする提案を行っている。このような組織が実現すれば、議院の別なく、立法調査、政策立案、法律案立案を一貫してサポートし、かつ総合的に行うことが可能となろう。

4　立法調査機関改革の今後の課題

国会改革は様々な側面を有し、予備的調査の導入、衆議院調査局の設置などが実施されたが、立法調査機関の改革については、その機能強化という観点から詰めた議論はほとんどなく、与野党から問題点が指摘されることも少ない。国会改革の目的の一つとして国会審議の充実が挙げられてきたが、審議すべき対象がいかに立案され、練り上げられてきたのかについて着目されることは少なかったと言えよう。このことは、わが国の政策立案から法律案の立案、提出に至るまでの過程の太宗が行政庁により担われてきたこと、すなわち官僚主導であったことと無縁ではない。

しかし、今後、国家機構の中で立法府も政策立案において重要な部分を担うべきであり、また、立法府の中における政策立案機能が今後は多元化することを念頭に置き、立法調査機関は、政党系シンクタンクや政党の政策スタッフ等と並んで立法府の政策立案を補佐する役割を果たすべきである。したがって、今後の立法調査機関、特に調査局・常任委員会調査室は、その専門性を向上させるとともに、議員の政策立案から法律案立案の前段階に至るまでの過程を一貫してサポートするといった視点を持ち、議院のシンクタンクとしての機能を果たすことができるようにすべきであると考える。

（1）国会改革について、基本的な文献としては、堀江湛・笠原英彦編『国会改革の政治学』（ＰＨＰ研究所　一九九

五年）がある。また、平成時代の国会改革に関して包括的な分析を加えた文献として、武田美智代「国会改革の軌跡―平成元年以降―」（レファレンス 平成一八年七月号）、武田美智代・山本真生子「主な国会改革提言とその論点」（レファレンス 平成一八年一一月号）がある。前者の論文には、昭和六三年以降の国会改革関係の年表が付されており、また後者の論文には、「主な国会改革提言（平成四～一一年）比較表」が資料として付されており、いずれも有益である。本稿も、これらの文献に負うところが大である。

（2）事前審査制は国会審議の空洞化の原因として問題とされてきた。また、最近では、事前審査制が首相主導による政治的リーダーシップ確立の隘路となり、決定と責任の所在を曖昧にするものとして批判されている。これについて、新しい日本をつくる国民会議（二一世紀臨調）「首相主導を支える政治構造改革に関する提言～与党審査の見直しと内閣、政党、国会の再構築～」（平成一三年一一月八日）〈http://www.secj.jp/pdf/20011108-1.pdf〉が詳しい。また、与党である自由民主党からも事前審査制の見直し論が提案されている。自由民主党 国家戦略本部 国家ビジョン策定委員会「政治システム（最終提言）」（平成一四年三月一三日）〈http://www.secj.jp/pdf/20020313-1.pdf〉参照。なお、大山礼子『国会学入門〔第二版〕』（三省堂 二〇〇三年）二五三頁以下参照。

（3）堀本武功「国会のシンクタンクとしての国立国会図書館調査局」北大法学論集第五五巻第二号（平成一六年）七一三頁以下

（4）廣瀬淳子「国会の政策形成過程と立法補佐機関」（城山英明・鈴木寛・細野助博編著『中央省庁の政策形成過程―日本官僚制の解剖―』（中央大学出版部 一九九九年）所収（第一一章））二八一頁

（5）廣瀬淳子、前掲論文二九三頁。なお、浅野善治「立法補佐体制の現状と問題点」北大法学論集第五五巻第二号（平成一六年）七一〇頁参照。

（6）浅野善治「国会はどのような活動をしているか」（浅野一郎編『国会入門』（信山社出版 二〇〇三年）所収）二三二頁

（7）衆議院・参議院編『議会制度百年史 議会制度編』（一九九〇年）二二七頁以下

（8）政治改革推進協議会（民間政治臨調）「国会改革に関する緊急提言（平成四年一一月七日）〈http://www.secj.jp/pdf/19921107-1.pdf〉

（9）土井たか子衆議院議長・鯨岡兵輔副議長「国会改革への一つの提言」（平成六年六月三日）〈http://www.secj.jp/pdf/19940603-1.pdf〉

（10）土井たか子衆議院議長・鯨岡兵輔副議長「議員立法の

活性化に関する一つの提言」（平成八年六月一四日）〈http://www.secj.jp/pdf/19960614-1.pdf〉

（11）自由民主党政治制度改革本部国会改革委員会「国会改革に関する答申」（平成一二年三月二一日）別添資料１

（12）与党三党国会改革推進協議会「国会改革推進に関する報告」（平成一三年六月二八日）別添資料２

（13）衆議院改革に関する調査会「衆議院改革に関する調査会答申」（平成一三年一一月一九日）〈http://www.secj.jp/pdf/20011119-2.pdf〉

（14）自由民主党行政改革推進本部「国会事務局等改革に関する提言」（平成一八年二月一〇日）〈http://www.jimin.jp/jimin/gyo/katsudou/h18/180210.pdf〉別添資料３

（15）衆議院議院運営委員会衆議院事務局等の改革に関する小委員会「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」（平成一八年五月三一日）衆議院事務局編『平成18年　衆議院の動き　第14号』（平成一九年二月）三〇七頁以下〈http://www.shugiin.go.jp/itdb_annai.nsf/html/statics/ugoki/h18ugoki/h18.htm〉別添資料４

（16）「今どき『乱闘手当』　国会職員に基本給１カ月分　「平穏」でも支給　今年度一三億円」『毎日新聞』二〇〇〇年一月五日

（17）「国会職員『乱闘手当』削減へ」『讀賣新聞』二〇〇〇年一二月二〇日

（18）「「国会改革、遅れている」職員給与　議員年金　首相、見直し強調」『讀賣新聞』二〇〇五年三月二日、「聖域にもメス不可欠　国会改革　行革の足かせ　首相「一番遅れてるんじゃないの」」『産経新聞』二〇〇五年三月二日

（19）「衆院事務局　給与削減、総長のみ　改革案　なお副議長より高く」『毎日新聞』二〇〇六年五月二九日

（20）「衆参事務総長の給与二％削減」『毎日新聞』二〇〇六年一一月一〇日

（21）衆議院記録部『衆議院速記者養成所八十年史　追補』（平成一九年五月）二七頁以下参照。

（22）「ポスト速記　衆参互いにソッポ　議事録システム　バラバラ導入　二億七〇〇〇万投入」『讀賣新聞』二〇〇六年七月二一日、「消えゆく速記者　人員削減・音声変換機器の導入…　国会の養成所来月に閉鎖　代替システム先行導入　地方議会で混乱も」『日本経済新聞』二〇〇六年一一月六日

（23）「国会改革やっと論戦？　自民　職員一〇％減提案　民主・公明　立法機能強化図る」『朝日新聞』二〇〇六年二月二三日

（24）「国会図書館、独法化へ　自民行革本部　国会改革の目玉に」『産経新聞』二〇〇六年二月二日、「独立法人化「許さない」　「聖域なき改革」国会図書館が反発　文化、情報維持へ「十分な議論を」」『東京新聞』二〇〇六年二月

＊本稿は、二〇〇七年八月二四日に開催された北大立法過程研究会における報告を、報告者によりまとめていただいたものです（研究代表者岡田信弘記）。

二〇日（夕刊）

(25) 衆議院の常任委員会調査室の経緯については、衆議院常任委員会調査室『衆議院常任委員会調査室三十年の歩み』（昭和五二年）に詳しい。なお、熊谷得志「衆議院調査局の役割―調査機構の変遷と課題―」（議会政治研究第七二号（平成一六年一二月））参照。

(26) 衆議院調査局の設置、予備的調査の創設については、郡山芳一「衆議院決算行政監視委員会設置と行政監視機能の強化」（議会政治研究第四六号（平成一〇年六月））が詳しい。

(27) 廣瀬淳子、前掲論文二七五頁。浅野善治、前掲論文七一〇頁以下。

(28) 衆議院調査局ビジョン策定委員会「衆議院調査局ビジョン」（平成一九年三月三〇日）別添資料5

(29) 政党系シンクタンクについては、差し当たり、鈴木崇弘『日本に「民主主義」を起業する―自伝的シンクタンク論』（第一書林 二〇〇七年）を参照されたい。

(30) この両法律案は、衆議院ホームページ上の「議案」において、それぞれ全文を披見することができる。〈http://www.shugin.go.jp/index.nsf/html/index_gian.htm〉

（追記）別添資料5は、諸般の事情により掲載を見合わせることにした。

資料1

自由民主党・国会改革に関する答申

平成１２年３月２２日
自由民主党政治制度改革本部
国会改革委員会委員長　中川秀直

自由民主党・国会改革委員会は、次のとおり答申する。

1. 中央省庁再編後の両院の常任委員会の在り方
常任委員会の在り方については、中央省庁の再編成に伴い、次のとおりとする。
（１）衆議院の常任委員会は、省庁別に対応する委員会１２、機能別委員会５、参議院の常任委員会は省庁別に対応する委員会１１、機能別委員会６、それぞれ合計１７委員会を設置することを基本とする。
（２）各委員会の委員数、所管事項等については、衆参両院の議院運営委員会の協議に委ねることとする。

2. 国会議員の処遇の適正化
（１）永年在職議員（衆議院では25年以上在職、参議院では24年以上在職）については、従来どおり院議をもって、その功績を表彰するが、特別交通費の支給は廃止し、代わりに勇退後は名誉議員として、その功績に相応しい活動環境を確保する。
（２）国会議員が死亡した際の弔慰金については、廃止する。

3. 国会事務局及び付属機関の効率的活動のための改革
（１）両院の事務局の改革
ア．衆参両院の事務局の改革については，両院の独立性に十分に配意した上で、なお且つ統合した方が、より効率的に業務を遂行できると判断されるものは、統合することを基本方針とする。具体的には、自動車関係、営繕関係、用務関係、記録関係及び福利厚生関係を対象とする。
イ．衆参の法制局は、統合し、国会法制局とする。
（２）時代的使命の終った業務の廃止
両院の事務局業務のうち、すでに時代的使命の終っているものは、廃止する。具体的には次のとおりである。
ア．議員会館と議員宿舎の間のバスの運行サービスは、可及的すみやかに廃止する。
イ．自動車整備工場も可及的すみやかに廃止する。
（３）憲政記念館の管理・運営の改革
憲政記念館の管理・運営については、国民に親しまれ一層活用されるものとするために、抜本的に改革するものとし、憲政記念館運営委員会において具体的な対応策を協議することとする。
なお、国会前庭北地区及び南地区は、一般参観・来訪者の利便に資する観点から、管理・運営の改善及び庭内の環境保全整備を図ることとする。

4. 国会職員の処遇の適正化
国会職員の国会特別手当については、５年で段階的に縮減・廃止し、弔慰金については、これを廃止する。

5. 国会活動を国民等に広報するための改革
国会活動を国民により親しみ易く、効率的に広報するための改革を進める。
なお、外国に対する広報も視野に入れる。
（１）インターネットを活用した広報の拡充及び各種刊行物を作成し、可能な限りの情報の提供に努める等、情報提供の在り方を総合的に検討し、さらに情報公開を進める。
（２）国会情報センター（仮称）の設置
国会審議等のTVによる中継システムのさらなる整備、議員の国会活動のVTRの提供、地方議会との提携による議会政治知識の普及等をさらに推進するため、国会情報センター（仮称）の設置を検討する。その具体的な内容については、両院の議院運営委員会の検討に委ねる。

資料2

国会改革推進に関する報告

平成１３年６月２８日
与党三党国会改革推進協議会
座　長　　大　野　功　統

自由民主党、公明党、保守党の与党３党は本年４月２５日に合意した『三党連立政権合意』の第６項に基づき、３党幹事長のもとに「与党三党国会改革推進協議会」（以下「協議会」と称す）を設置し、５月１６日以来８回の議論を行なった。

わが国のあらゆる分野で構造改革が問われている今日、我々国会議員のみが新しい日本を生み出す原動力となる改革から目をそらすわけにはいかない。国会議員が率先して足元の国会改革を断行してこそ、政治がリードしていく様々な改革に対して国民が信頼を寄せる源泉となる。これに関連して政治家の姿勢としても、「近く予想される財政構造改革の際には国会議員歳費の１０％削減を実現していく」べきなど、国会議員として改革の時代に即応した姿勢を取らなければならないとの意見もあった。

基本的には議員の処遇の適正化には倫理性や透明性が、また、立法機能の強化にあたっては使命達成に向けた効率的な議会運営が必要となる。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には、何よりも国民の視点から見て納得できる国会改革の推進を図らなければならない。本協議会はかかる観点から当面する問題を精力的に議論してきた。

以下は３党幹事長に対する協議会の議論の結果を報告するものである。

Ⅰ、今国会で結論を得たもの

1、永年在職議員表彰について

（1）特別交通費支給について

国会に25年以上在職している議員に支給される月額30万円の特別交通費（「国会議員の歳費、旅費及び手当等に関する法律」）は廃止する。

国会議員として在職２５年以上の者には、昭和１６年から昭和５０年３月まで院が保有する専用自動車を配車してきた。昭和５０年施行の「国会議員の歳費、旅費及び手当等に関する法律の一部改正」により、これらの表彰議員に対しては、自動車の提供に代えて国の予算をもって特別交通費を支給する制度に改めた。現在の支給額は月額３０万円であり、特別交通費を廃止した場合、約１億７千万円の経費削減となる。

欧米には永年在職議員に対するこのような優遇措置はない。また自動車が一般に普及している現在、永年在職議員にのみにかかる特別待遇を行なうことはいかなる意味を持つのか。

（2）肖像画の作製について

肖像画制度は廃止する。

永年在職議員表彰制度における被表彰者の肖像画作製については法規上の明文はない。

この制度は昭和１０年、在職３０年以上の議員に対し、院議による表彰が決定され、記念品として議員一同一人当たり１０円の醵出により肖像画２面を作製し、１面は院内に掲揚、他の一面は本人に贈呈するようになったことから始まる。その後、昭和１６年に在職年数の基準が３０年から２５年に改められた。また昭和３２年になって肖像画作成の費用は議員の醵出からではなく、国会の予算からの支出となった。参議院にあっては２５年表彰の他に、２４年在職の後参議院議員を勇退する議員にも肖像画を贈呈する制度がある。

参議院にある肖像画は現在、総数１０１枚であり、掲額余地はまだあるが、衆議院にある総数３１５枚の肖像画のうち実際に掲揚されているものは約半数でしかなく、残りは倉庫に保管されている現状にある。これらを勘案して協議会は肖像画制度を廃止すべきとの結論に達した。なお、議論の過程で肖像画作製に充てるために院から支給される１００万円の揮毫料を廃止しても、本件は議員本人や支援者などの誇りと名誉に関わる問題であり、制度そのものは残すべきだという意見があったことも付記しておく。

（3）特別表彰の憲政功労年金支給について

国会に50年以上在職した議員に対して支給されている年額500万円の功労年金（「憲政功労年金法」）は廃止する。

本制度は衆議院在職５０年を超える尾崎行雄君を念頭に、昭和２９年に制定された。当時は、現行の国会議員互助年金制度が存在せず、議員歳費９３万６千円に相当する１００万円を功労年金とした。その後、昭和６２年に５００万円に引き上げられている。

国会議員に関する互助年金制度が整備されている今日、本制度は廃止すべきである。

2、弔慰金について

弔慰金（「国会議員の歳費、旅費及び手当等に関する法律」）は廃止する。

現職議員が死亡した場合は歳費の１６月分が、また職務に関連した死亡

の場合ではさらに４月分が支給されている。この制度は議員互助年金制度、公務災害（死亡）遺族補償年金制度ができる以前の昭和２２年に創設されたものであり、これらの年金制度が整備された現在にあっては廃止すべきである。

なお弔慰金制度は米国の制度に見習って作られたものであるが、米国はその後この制度を廃止している。

3、国会の公用車・自動車関係について

（1）公用車について

国会の公用車は10年を目標に台数を半減する。また、遅くとも7年以内に全車を低公害車とする。

衆参両院で２７９台ある公用車は１０年を目標として台数を半減する。また、両院の公用車はすみやかに低公害車に切り替えるべきであり、「3年で切り替え」との要請もあるが、コストの問題を考慮し、遅くとも７年以内に全車を低公害車とする。

衆・参両院で保有するトラックについては漸次廃止する。

衆・参保有台数調べ

衆議院	役員車（正副議長、常任・特別委員長等）	３８台
	政党配属車	７４台
	予備車	１７台
	事務用	２８台
	その他（ﾊﾞｽ、ﾄﾗｯｸ等）	９台
参議院	役員車（正副議長、常任・特別委員長等）	３９台
	政党配属車	４３台
	予備車	１０台
	事務用	１７台
	その他（ﾊﾞｽ、ﾄﾗｯｸ等）	４台
合　計		２７９台

（2）自動車整備工場について

衆議院・参議院にある自動車整備工場は廃止する。自動車整備業務は全て民間委託する。

協議会は業務を民間に委託した場合のコストを試算した。極めて粗い試

算ではあるが、現在両院でかかる整備コストよりも民間に業務を委託した方が約１，８００万円の節約となることが判明した。

衆・参事務局においては業務を全て民間委託にできるように直ちに準備に取りかかるべきある。

4、議員秘書給与の改革について

現行の秘書給与制度を改め、公設秘書給与の総額を定め、その総額の範囲内で各国会議員が公設秘書数と公設秘書各人の給与額を決定する。ただし、公設秘書1人あたりの最低給与額を定めておく。この骨格の元に、今後制度を設計していく。

現在の秘書給与については公設と私設との間に格差があるなど現実にそぐわない面があり、秘書間の協調関係等に影響することもあって、従来から制度の見直しが叫ばれてきた。さらには公設秘書を５年間勤めることにより政策秘書への道が開かれるため、政策秘書と第一、第二秘書との区分が不明確になってきた。

新しい時代のより良き秘書給与制度のために、協議会としては欧米で定着している総額一括制度を提言する。（現行制度の継続も総額一括制度の下での総額の枠内であれば、選択肢の一つであることは言うまでもない）但し、制度設計をするにあたっては昇給、退職金、社会保障などの点を充分に議論しつつ、また当事者の意見にも耳を傾けながら、直ちに制度改革に着手すべきであると考える。

5、国会施設の有効利用について

主な諸外国の国会施設の行事や催し物等を調べた結果、各国とも芸術･文化に対し、開かれた国会であることが分かり、国会施設の有効利用を図ることについては意見が一致し、今後も議論を継続すべきであるとした。

参　考

米　国…大統領就任式関連行事、独立記念日式典、外国元首等の歓迎レセプション、地下通路でのギャラリー、中央玄関等での式典に付随する演奏、前庭での軍音楽隊演奏など

カナダ…総統就任式典での演奏・コーラス･踊り、玄関広間でのクリスマス･コンサートなど

英　国…ウェストミンスター･ホール（議事堂付帯施設）での各種行事

イタリア…各種記念行事、文化･芸術振興の催し物多数（議長提案、議長団承認）など

ドイツ…記念コンサートなど

日　本…議会開設 70、80、90 年記念行事おける展示会（憲政、図書館）

議会開設百年、110年記念行事展示会、特別参観、講演会など
衆議院　憲法施行50年記念行事における特別参観、演奏会、映画会、野点（前庭）など
参議院　参院50年記念行事における特別参観、子ども国会、女性国会

協議会では国会を国民が親しみやすく、近づきやすい存在にすべきであり、国会を芸術・文化振興の象徴的な発信の場と位置付ける意からも、国会は国民のものという意識を持った国会施設の有効利用を検討し、今後も議論を継続すべきあるとした。

また、催事内容については演奏会開催の希望が多く、年に1、2回は国会を一般に開放すべき、屋内外を利用すべき、手続の基準を決めるべき、などの意見が出され、今後の協議機関としては議院運営委員会が適当であるとした。

Ⅱ、今後議論すべきもの

1、国会事務局改革について

法制局、調査局など両院の事務局改革
速記に関わる諸問題

2、法案審議のあり方について

本会議趣旨説明制度も含めた法案審議のあり方

3、情報公開について

衆参合同の「国会情報公開法検討会」の設置

Ⅲ、今後の対応について

本報告書の「Ⅰ」の「今国会で結論を得たもの」については、内容が与党3党幹事長の了承を得たのち、これを衆参の議院運営委員会へ提案し、議院運営委員会において協議の上、結論を得るものとする。（その場合、議会制度協議会、議院運営委員会各小委員会での検討が考えられる）その上で、法律改正の必要なものについては法律改正をおこない、法律改正の必要でないものについては申し合わせの上、直ちに実行に移すべきである。また「Ⅱ」については、引き続き本協議会で継続して議論するか否かについては与党3幹事長の指示に委ねる。

付記

○庶務小委員会での議論とした項目

議院運営委員会庶務小委員会で論議が始められた項目については、当協議会で下記の項目について若干の議論はしたが、すべてを庶務小委員会に委ねることとした。

（1）議員の身分証明書について

身分証明書がないことで日常生活において支障をきたした例もあり、また身分証明書を発行している諸外国も多く、希望者あるいは全員に対して直ちに発行すべきとの意見があり、議論された。また、秘書の身分証明書発行の要望もあった。議員については議院運営委員会の庶務小委員会において希望者に発行することとで合意した。

（2）宿舎送迎バスについて

宿舎送迎バスについては存廃の議論が分かれ、発着時間等の利便性を考慮した運行にすべきとの意見があったため、存廃を含め運用について衆参全議員に対してアンケート調査を行なうべきとの意見が出された。運行改善すべきとの意見が大勢であったため、改善の流れとなったので庶務小委員会で協議することとした。

以上

資料３

国会事務局等改革に関する提言

18.2.10

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18年度より10年間で20%の純減を提言している。政府は、今後５年で５%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およ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（別表１）。

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、今や、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、政治の責任と言える。

10年で20%以上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、衆参両院の事務局組織の統合を目標にすえつつ、以下に掲げる当面の措置を早急に講ずるべきである。

１　当面の措置

（１）給与等の見直し

職員が任命されている両院事務総長や両院法制局長、国立国会図書館長が、国民の代表である国会議員よりも俸給表上では上位に位置付けられ、両院事務次長、両院法制次長、国立国会図書館副館長等と各省庁のトップである事務次官とが同格とされている。こうした幹部職員の給与体系は、行政機関の本省幹部職員等の職責、格付け等と著しくバランスを失しており、抜本的見直しを行うべきである。（事務総長・次長、専門員、館長・副館長、専門調査員、法制局長・次長等）

① 両院事務総長、常任委員会専門員や国会図書館専門調査員などの特別給料表適用者については、そのほとんどが内部職員から任用されている実態に鑑み、特別給料表を廃止して、給与体系を一本化する。

② 職員に占める幹部職員等の管理職の割合が著しく高いことから、その割合を行政機関の本省幹部職員並みの比率に引き下げる（別表２）。
（幹部職員 173 人⇒48 人、課長職 371 人⇒207 人）

③また、各種手当のうち国会特別手当など国民の理解が得られないものについては、１８年度をもって廃止する。

（２）組織・定員・業務等の見直し

行政機関に準じて当面５年間で５％以上の定員の純減を実施するにとどまらず、以下の措置を講ずることにより、独立法人化による定員減を除いて５年間で１０％以上の定員の大幅な純減を図る（別表３）。

① 速記(293 人)、運転(226 人)、警務(469 人)業務については、機械化、民間委託を徹底することなどにより、組織・業務・要員配置の抜本的見直しを行う。

② 両院法制局(158 人)については、業務の繁閑に機動的に対応できるよう組織を統合して効率的な業務運営を行う。

③ 両院事務局の調査局･調査室(595 人)と国立国会図書館の調査及び立法考査局(179 人)の調査業務における役割分担を明確化し、機能の重複を整序するとともに、民間専門家の能力の活用を図る。

④ 委員部(278 人)と調査室(595 人)の有する委員会運営機能と調査機能がより効率的･効果的に発揮され、委員会を統一的に補佐することができるよう、両組織の統合を図る。

⑤ 内部管理(両院庶務部 394 人、両院管理部 546 人)業務をはじめ業務全般についてＩＴ化、機械化を進めるとともに、職員が行うべき業務かどうか見直しを行い、民間委託を推進する。

⑥ 国立国会図書館(940 人)については上記を踏まえ、組織の抜本的な見直しを行った上で独立法人化（別紙１、２）して効率的な業務執行を確保する。憲政記念館(21 人)についても独立法人化するとともに、弾劾裁判所事務局組織の常設の必要性について検討し、見直しを行う。

（３）資産等の見直し

歳出削減の徹底と合わせ、国会の所有する資産の効率的な活用、売却可能な資産の売却の促進等必要な措置を講ずる。

２　中期的取組事項

業務が両院事務局間で重複、代替しうる警務、速記、運転、施設･設備管理等に従事する職員から順次、人事交流を進め、業務遂行の一体化を図る。

さらに、両院事務局組織の統合の在り方について、半年以内に具体的な成案を得る。

３　推進体制等

ア　両院合同の協議会の設置

国会の事務局組織の改革を的確にスピード感を持って推進するため、衆参両院合同の国会事務局改革協議会（仮称）を設置し、各事務局組織は、上記事項の検討状況および実施状況を協議会に定期的に報告し、公表する。

イ　第三者評価の実施

国会の事務局組織が行っている業務（外部委託等に係る内容、入札方式、随意契約価格等を含む）、給与･手当等について、永続的な外部の中立第三者からなる評価委員会（外部有識者＋国会議員）を設け、客観的かつ厳正な評価を実施し、その結果を公表する。

別紙１

国立国会図書館の「独立法人」のイメージ

１　名称
「国会図書館」を含んだ名称とする。
（イメージ）「国立国会図書館法人」　（例）「国立大学法人」

２　所管
両議院の議院運営委員会が共管する。

３　役員
国会図書館長及び法律で定める人数の役員を置く。

４　職員の身分
非公務員とする。

５　組織
国会図書館長の裁量で決定する。
（イメージ）調整室、収集・書誌局、資料提供局、主題情報局、調査室

６　業務範囲
現行の国立国会図書館法に基づく業務をベースにスリム化を図る。

７　業務運営
議院運営委員会が中期目標（３～５年）を設定し、国会図書館長は中期目標を達成するための中期計画、年度計画を策定する。

８　会計
原則として企業会計原則によるものとし、財務諸表の作成や会計監査人の監査を行う。

９　人事管理
職員の給与等に業績を反映させる。

10　財源措置
予算の範囲内で必要な運営費交付金を交付する。使途の内訳は特定しない。

11　チェック機関
両議院の議院運営委員会の下に、合同で評価委員会を設置し、毎年度及び中期目標終了時に評価を行う。メンバーは、両議院の議院運営委員会所属委員及び外部有識者とする。

別紙２

「独立行政法人通則法」と「国立国会図書館法」の関係

「独立行政法人通則法」の仕組み	「国立国会図書館法」の仕組み
所管：主務省（内閣府又は各省）	所管：両議院の議院運営委員会
役員：法人の長、役員（人数は法人ごとに法定）、監事（複数名）	役員：国会図書館長、副館長
職員の身分：国家公務員又は非公務員	職員の身分：国家公務員
組織：法人の長の裁量により決定	組織：国立国会図書館法で設置（管理部局、調査及び立法考査局）
業務範囲：法人ごとに個別法で規定	業務範囲：国立国会図書館法で規定
業務運営：主務大臣が中期目標（３～５年）を設定 法人の長は中期目標を達成のための中期計画、年度計画を作成	業務運営：毎会計年度の始めに両議院の議長に経営・財務状態を報告。両議院の議院運営委員会が６か月に１回以上予算を審査
人事管理：職員の給与等に業績を反映	人事管理：職員の給与等は法定
財源措置：予算から必要な運営費交付金を交付（内訳は不特定）	財源措置：予算を措置
会計：原則は企業会計原則、財務諸表の作成、会計監査人の監査	会計：公会計
チェック機関：主務省の独立行政法人評価委員会 総務省の政策評価・独立行政法人評価委員会 （外部有識者で構成）	チェック機関：連絡調整委員会 （両議院の議院運営委員長、最高裁裁判官１名、国務大臣１名で構成）

別表１

衆議院、参議院及び国立国会図書館の定員の推移

年度	衆議院		参議院		国立国会図書館		国会職員合計		行政機関	
	定員（人）	増減	定員（人）	増減	定員（人）	増減	定員（人）	増減	定員（人）	増減
平成　7	1831	―	1381	―	850	―	4060	―	857204	―
⋮										
17	1805	▲26	1371	▲10	940	90	4116	56	332034 （純減）	▲525170 ▲34950
増減率		▲1.38%		▲0.72%		10.59%		1.38%		▲9.52%

備考）増減の要因

衆議院：【事務局】新調査室の設置（決算行政）、臨時衛視制度の廃止、赤坂議員宿舎のPFI化
【法制局】法制企画調整部設置

参議院：【事務局】憲法調査会及び国家基本政策委員会の設置、臨時衛視制度の廃止
【法制局】憲法調査会設置に伴う業務量増加

国会図書館：国際子ども図書館設置、関西館設置、開館日・開館時間増対応

行政機関：525170人の内訳；郵政公社化　▲286402人
国立大学法人化▲132959人
独立行政法人化▲70859人
純減　▲34950人

別表２

衆議院、参議院及び国立国会図書館の給料表別定員等について

	衆議院		参議院		国立国会図書館		国会職員合計		行政(本府省)	
	予算定員(人)(A)	総数に占める割合(A／B)	予算定員(人)(A)	総数に占める割合(A／B)	予算定員(人)(A)	総数に占める割合(A／B)	予算定員(人)(A)	総数に占める割合(A／B)	予算定員(人)(A)	総数に占める割合(A／B)
特別給料表	21	1.5%	21	2.0%	16	1.7%	58	1.7%	−	−
指定職給料表	46	3.3%	42	4.1%	27	2.9%	115	3.4%	537	1.4%
計	(20) 67	4.9%	(15) 63	6.1%	(13) 43	4.6%	(48) 173	5.2%	537	1.4%
行(一)11級	(40) 66	4.8%	(30) 60	5.8%	(27) 35	3.7%	(97) 161	4.8%	1,089	2.9%
行(一)10級	(45) 92	6.7%	(34) 63	6.1%	(31) 55	5.9%	(110) 210	6.3%	1,233	3.3%

衆議院		参議院		国立国会図書館		国会職員合計		行政(本府省)	
総数(人)(B)	人件費	総数(人)(B)	人件費	総数(人)(B)	人件費	総数(人)(B)	人件費	総数(人)(B)	人件費
1,377	113億7,643万円	1,029	91億5,663万円	940	73億7,768万円	3,346	279億1074万円	37,661	

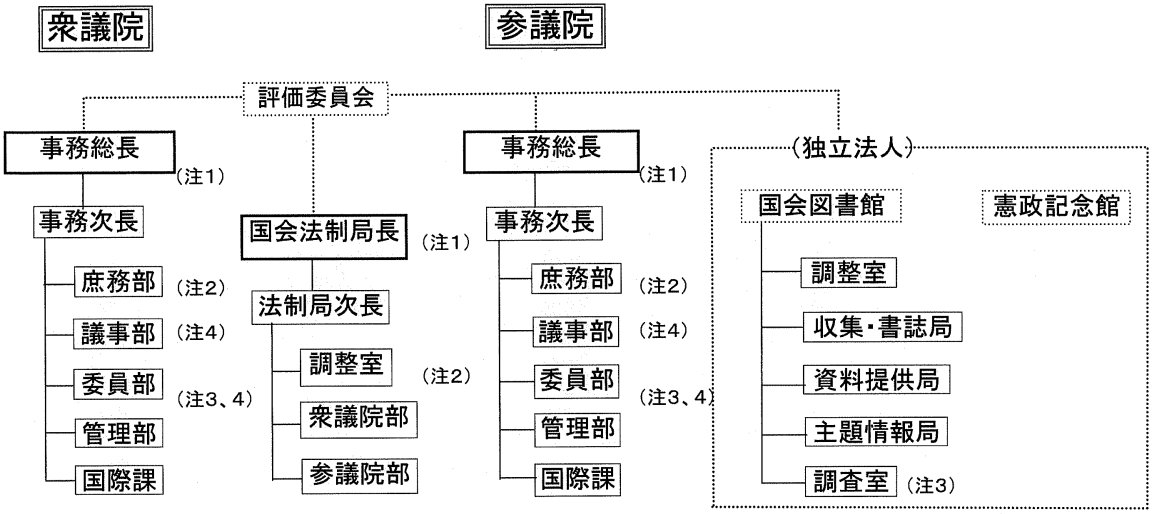
注1)「衆議院」には裁判官訴追委員会事務局を含み、「参議院」には裁判官弾劾裁判所事務局を含む。
また、衆議院及び参議院の「総数」及び「人件費」は技能労務職員、速記及び議警を除く。

注2)定員は平成17年度予算定員、人件費は平成16年度決算額である。なお、人件費は職員基本給、職員諸手当及び超過勤務手当の合計額である。

注3)(　)内は行政(本府省)と同じ割合にした場合の定員数

別表３

主な国会事務局組織（改革後のイメージ）



（注１）事務総長及び法制局長は、両院議長が両院議院運営委員会と協議し、両議院の承認を得て任命（現在の事務総長のように役員とはしない。国会図書館長と同様の任命手続）。
（注２）国会法制局の庶務業務担当部署については、庶務部の分室の位置付けとし、庶務部の担当課が国会法制局を含めた全体を総括する。
（注３）各々の部は各院の常任委員会等を担当する課により構成され、現行の調査室、国会図書館調査及び立法考査局が有する機能は各々課が持つこととし、国会図書館には調査現場としての調査室を配置する。
（注４）議事部及び委員部において記録も所掌することとし、記録は両院共通のシステムによる。

資料４

平成１８年５月３１日

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

衆議院事務局等の改革に関する小委員会は、現在、国の財政が危機的状況にあり、政府において様々な行財政改革が推進されている中、衆議院においても、事務局等を効率的かつ機能的な組織にし、立法・行政監視補佐機能の充実強化を図る等の改革を推進するために設置されました。

当小委員会は、平成１８年２月８日以来、９回にわたり協議を重ねた結果、次のとおり中間的な取りまとめを行いましたので、ご報告いたします。

Ⅰ．効率的かつ機能的な組織に向けた取組み

昨今の厳しい財政事情にかんがみ、衆議院としても独自に、事務局等を効率的かつ機能的な組織とするため、業務の合理化及びアウトソーシング、組織の改編等を着実に進めることにより、５年間で５％以上の定員を純減するとともに、特別給料表適用者の給与の見直し等を行うこととする。

１．定員の純減

平成１７年度の衆議院定員（１７９５名）から、５年間で９５名（５．２９％）以上の定員を純減する。

２．組織の改編

（１）憲政記念館を部相当の組織から縮小し、議事部資料課と統合する。
（２）速記者養成所を廃止する。
（３）新議員会館竣工後、第一議員会館課及び第二議員会館課を統合する。
（４）新赤坂議員宿舎竣工後、議員宿舎の統廃合を行う。

３．議員専用バスの運行縮減等

（１）議員専用バスは、議員宿舎と議員会館を結ぶ交通手段として議員活動を支援する上で有益であり、引き続き運行するが、利用者の少ない朝の第３便と夕方便は次国会から廃止する。
（２）運転手の退職者の補充については、当面３０人程度に達するまでの間、外部委託を進める。
（３）元正副議長に配属されている車の見直しについて、議院運営委員会において検討する。

４．特別給料表適用者の給与の見直し

特別給料表適用者の給与については、以下の方針に基づいて見直しを行うこととし、参議院とも調整を行う。

（１）事務総長の給与は内閣官房副長官と、法制局長の給与は内閣法制局長官と、国立国会図書館長の給与は法制局長と同格とする。
（２）常任委員会専門員及び国立国会図書館専門調査員の４号給は廃止する。

Ⅱ．立法補佐機能の充実強化について

国会の立法機能及び行政監視機能を強化し、議員活動に対する支援の充実を図るため、事務局等の立法・行政監視補佐機能については、行政府から一定の独立性を確保しつつ専門性を高め、併せて関係機関相互の連携強化を推進することにより、一層の充実強化を図ることとする。

１．立法・行政監視補佐機能を担う組織の人員確保

（１）立法府の独立性を保つため、行政府から調査局への出向は以下のとおり見直す。

①　専門員及び首席調査員については、今後新たな出向者を受け入れない。なお、行政府を退職した者を専門員に起用する場合は、行政府からの独立性確保の観点から、議院運営委員会において厳格に審査を行う。

②　次席調査員については、５年後を目途に新たな出向者を受け入れない。

③　一般調査員については、５年後に廃止も含めた出向のあり方について再検討を行う。

（２）調査局の定員は当面維持し、専門性の高い人員の確保に努める。

（３）法制局の定員は削減の対象とせず、必要に応じて増員も検討する。

（４）国立国会図書館調査及び立法考査局の定員削減は行わない。

２．調査局の専門性の強化

（１）調査局の管理職登用に当たっては、一定期間の調査事務等の経験を要する等登用基準を設けるものとする。ただし、当該基準の適用については、５年程度の猶予期間を置く。

（２）調査局内の人事異動については、原則として所管が関連する調査室間とする等、各調査室の専門性を高める運用を行う。

（３）行政を除く外部機関との交流に関する「人事交流計画」を策定し、国内外の大学及び民間研究機関、会計検査院等との交流を深め、連携を図る。

（４）調査局に優秀な人材を確保するため、中途採用、客員調査員の採用を拡大し、任期付採用制度を導入する。

（５）調査局の組織上の位置付け及び調査事務を専門に行う者を採用する試験の導入については、将来的な検討課題とする。

３．調査局の業務拡充等

国会の立法機能及び行政監視機能の強化を図り、調査依頼事項の高度化、各調査室の所管を横断する事項の調査に対応するため、以下の点も踏まえ、「調査局ビジョン」を策定する。

（１）委員会審議に関する情報提供の拡充を図る。

（２）法律及び政省令の施行状況、委員会決議及び附帯決議等に対する政府の対処状況を常時調査することにより、行政監視補佐機能の強化を図る。

（３）調査業務の一部を調査研究機関等へ外部委託することにより調査の効率性を高める。

（４）各調査室の所管を跨ぐ横断的な調査に対応するため、人員を確保するとともに、人員の柔軟な配置を行うようにする。

４．調査局、法制局、国立国会図書館の連携
（１）調査局、法制局、国立国会図書館の人事交流を深める。
（２）調査局、法制局、国立国会図書館の電子的ネットワークの相互利用を促進する。
（３）調査業務における関係機関の連携協力をさらに強化する。

５．調査局以外の事務局の部局の強化
調査局以外の事務局の各部局についても、人員の柔軟な配置に努めるとともに、質の向上を図る。

Ⅲ．衆議院所管の国有財産の活用について
衆議院所管の国有財産については、その所在地、利用状況等を検討した結果、以下のとおり、処分または有効活用を図ることとする。
１．事務局分室、法制局分室、速記者養成所及び職員研修所は、必要な機能についてその代替施設の確保を含め衆議院の施設整備等を勘案しつつ、できるだけ速やかに財務省に移管する。

２．自動車置場については、平成２４年６月まで新議員会館整備に伴う仮設駐車場として利用することとなっているが、以降の活用方法については、「国会周辺施設配置計画」（昭和３６年議院運営委員会決定）の見直しも含め、議院運営委員会において検討する。

Ⅳ．事務局等の在り方の見直し
１．事務局等の在り方については、今後も必要に応じて見直しを行う。
２．会議費の支出の在り方については、議院運営委員会理事会において検討する。

資　料

〈北大立法過程研究会報告〉

国会法規範の特性

森本昭夫

一　はじめに

参議院事務局の森本と申します。本日は、研究会の場で報告する機会を与えていただきまして、ありがとうございます。

御紹介いただきましたように、私は国会で会議運営事務に携わっております。本会議や委員会の運営のほか、議事運営法規や先例についての調査・立案などを手掛けてまいりました。

今回、私に御依頼をいただきましたのは、現場の声を聴きた

いとの御趣旨かと存じます。必ずしも御意向に沿った内容にはなっていないかもしれませんが、しばらくの間、御辛抱願いたいと存じます。

最初に、表題を説明いたします。「国会法規範」というのは一般的な用語ではありませんが、本日のところは、実質的意義における国会法を指すものと御理解いただければと存じます。したがいまして、憲法の中の国会に関する規定や形式的意義における国会法、議院規則、ひいては先例をも含めた法規範全般を指すこととなります。また、単に「国会法」と言う場合には形式的意義における国会法、すなわち法律番号で言いますと昭和二十二年法律第七十九号を指すこととといたします。

なお、選挙法は、国会の構成を決めるための組織法とも言えるのですが、講学上、別個の法分野とされていますし、また、私どもの実務とも余り関係がありませんので、本日の報告の対象から外させていただきます。

タイトルで「特性」という語を用いましたが、比較法的な考察を試みて、我が国の議会制度を浮かび上がらせようとするものではありません。実質的意義における国会法が他の法分野との比較において、規範としてどのような性格を持つかを概観してみようという趣旨で考えております。

法には様々な属性があります。ところが、国会法規範に目を向けたとき、果たして、それを法たらしめているものは何かという疑問がわき起こります。それを様々な角度から眺めてみて、例えば、存在形式、対象とするもの、作用の仕方、実効性確保の手段などの面において、その特異さを洗い出すことを予定しています。

この問題は、国会法学から見れば総論になりますが、どちらかと言えば、法の一般理論と呼ばれる学問領域の各論に当たるテーマなのだろうと思います。ある程度は一般的に認知されていることと思いますが、国会法規範を解釈・適用する現場で見る限り、私は、この分野が我が国の法体系全般の中でも非常に特殊なものであるとの認識を持っておりまして、本日の報告内容もそれについての所感をベースにしております。

国会法学に対し、より一層の講学上の力が注がれてよいのではないかと思うと同時に、法哲学の方面からの積極的なアプローチがあれば、国会法規範の分野が法概念論の臨床例として格好の考察対象となり得るのではないかと思いまして、テーマに選定させていただいた次第です。

二　国会法規範の位置付け

法には様々な分類方法があります。分類することが実践的な意義を持つとは限らないのですが、ここでは、国会法規範という法分野について、簡単にその性格に立ち入る趣旨でそれぞれの分類への当てはめを試みてみたいと思います。

1　公法・私法

まず、公法と私法の分類という観点ですが、この両者の区別につきましては特に行政法学で重視され、その基準についても、古来より権力説や利益説等の間で争われてきたところです。

単純な分類として訴訟法が公法とされていることに倣いますと、国家機関が直接かかわるものとして、国会法規範も公法に分類できると考えられます。

しかし、行政法学において公法と私法の区別の有用性に批判的な見方が有力であるように、国会法規範を公法に分類したところで、そのことから具体的な法適用の指針として導き出せるものは余りなく、この分類への当てはめを考えることは実益に乏しいものと思われます。

また、公法私法峻別論的な見地に立っても、国会法規範を公法であるとすることは、その半面を照らし出すに過ぎないものとして修正を要することとなるでしょう。例えば、この法分野の中核を成す議事手続においては、多数派の力による圧制の契機も潜んでいますが、議院や議長に対して議員が公権力に服するという法関係のほとんどは、議員相互間の水平関係に引き直すことができ、そこでは私的自治が通用するような運用が可能です。

2　手続法・実体法

国会法規範の内容には様々なものが含まれていまして、国会の組織や権能などについての規定もあることから、手続法か実体法かについて一概に当てはめることはできないのですが、その中心は何と言っても議事手続ですから、国会法規範を手続法に分類することにはそれほど抵抗のないところだろうと思います。

ただし、この分類は実体法、すなわち法律関係の内容を定める法の存在を前提としておりまして、そこでいう手続法は、一般に訴訟法を念頭に置いたものと認識されております。国会法規範を運用するに当たりまして、訴訟法の理論や手法が参考となることが少なくありません。かつて、新正幸教授が一般訴訟

法学との対話を通じて立法過程法の理論構築を試みられましたが、私は、新先生の『憲法と立法過程』という著書が刊行されたときには、従来見られなかった方向性に感銘を受けまして、その後、この研究成果が実践面でどのように具体化が図られていくのかに期待を寄せてきたところです。

3　立法法・行政法・司法法

一般に、「立法法」や「司法法」の語が用いられることは余りないだろうと思います。国家作用を立法・行政・司法の三権に分け、それを担当する機関を分離独立させたことに伴いまして、それぞれの組織・権能・作用に関する法に名前を付ければ、このようになるということでしょうか。

唯一の立法機関である国会を規律する法が立法に関する法であることは言うを待たないところですが、国の統治作用に関して、立法・行政・司法の区分についての学説が一致していないことにかんがみますと、立法法・行政法・司法法の境界線も自明のことではないことになります。

行政の概念について田中二郎博士が述べておられるところを引用しますと、「実質的意義の行政は、……行政府の行う作用であると立法府又は司法府の行う作用であるとを問わず、ここでいう行政に属する。この意味において、国会の作用に属するものでも、予算その他財政処理のための議決や行政に関する国政調査は、ここでいう行政に含めて考えるべき」とされております[1]。行政の概念についての控除説に立った場合でも、立法を法規定立作用という元々の意味に限定しますと、行政統制のような活動は立法から外れる事項となるのでしょう。

冒頭、国会法規範を実質的意義における国会法を指すこととすると申し上げましたが、より実質的な意義でとらえますと、部分的に行政法や司法法をも含む概念となります。

そこで、予算の議定権が伝統的に議会の権能とされていることや国政調査権が議院の権能とされていることなどに目を向けますと、権力分立が国家作用の分担を意味するにとどまらず、抑制均衡に踏み込んだ主義であることに改めて気付かされます。

4　組織法・作用法

辞書によりますと、組織法とは人の行為の基礎又は組織に関する法のことであり、作用法とは人の行為自体に関する法と説

明されています。この点では、国会法規範は両者を含む法領域ということになります。

それ以上に申し上げようのないところですが、組織法とよく似た語に「組織規範」というものがあります。これは、法哲学の学説において、名宛人の違いに着目した法規範の類型として、行為規範・裁決規範・組織規範の三つに分類されているうちの一つです。行為規範とは、一般私人に直接一定の行為を指図するもので、裁決規範とは、紛争を解決するための基準を裁判官等に提供するものを指します。これに対して立てられた独立の規範類型が組織規範でして、各種の法関連機関の組織・権限やその活動の基準・手続を定める規範を指すとされています。(2) 国家機関や公共団体の組織・権限などを規定する法律の規定の多くは組織規範に属するとされ、その例として、国会法、内閣法、裁判所法、地方自治法などが挙げられています。

この分類によりますと、国会法規範全体が組織規範としての性格を持つことになりますが、法哲学上、この規範群がどのように作用すべきかにつきましては、それほど具体的な研究成果が示されているところではないように思われます。

なお、後で述べますように、国会法規範は行為規範的要素も併せ持っているのですが、その行為規範性はここでの三分類とはやや視角を異にするものです。

5　成文法・不文法

憲法を始めとする国会法規範は成文法で成っております。そして、国会法規範に関しましては、不文法源である先例や慣行の重要性が例外なく指摘されるところです。

御案内のとおり、衆議院及び参議院ではそれぞれ先例集を発行しておりまして、参議院ではこれに先例録という名称を付しております。衆参で編集方針に差があるのですが、いずれの先例集におきましても、単に事例を並べただけの項目と規範として機能している先例を記載した項目の二パターンが混在しています。

規範としての先例も文章化されてはいるのですが、やはり不文法源という位置付けになると思います。と言いますのも、参議院では先例録の記載内容は事務局で決定しておりまして、これについて、例えば議院運営委員会の理事会で内容の承認をとるといったことはしておりません。もちろん、会議の運営については会派間の交渉事項とされていますから、事務局が独自に先例としての規範を策定するものではありません。議院から委

任を受けて文章化したという性格のものでして、また、先例集に登載されていない先例も多数存在しますので、不文法の域を出ないものと見て差し支えないと思います。

大雑把ではありますが、以上で現行法体系の中での国会法規範の位置付けを概観したつもりです。なかなか通常の尺度では測れないと言いますか、そもそも、このような分類基準が想定しないような要素を抱えている面を垣間見ることができたかと思います。

三　個々具体の特性

ただいま「国会法規範の位置付け」の中でも少し出てきたところですが、国会法規範のどういうところが特殊なのかを個別に見てまいりたいと存じます。

ただ、これから挙げます個々の特性の中には、他の法分野との間で共通項が見いだされることもあろうかと思います。要は、それら全体を総合することによって、この法分野がどれだけ特殊であるかをお示ししようという考えでおります。

1　階層性

（1）法の存在形式

最初に法の存在形式について取り上げます。

実質的意義における国会法として機能しているものを法形式で整理しますと、成文法は憲法・法律・議院規則の三つの類型に分けられます。

通常の法領域におきましても、憲法の規定の下に法律があり、その下に政令等の命令があるという縦系列が形成されております。したがいまして、一つの法分野に階層を異にする法形式が存在している点は、国会法規範特有のことではありません。

特性の一つとして階層性を挙げましたのは、国会法規範においては、議院自律権が認められている点が大きくかかわってくることを理由としています。すなわち、重要度や具体性において大差のない規定が異なる法形式の間に分布する点が、他の法領域には見られないことだと思われます。

具体的に申しますと、政令が憲法・法律を実施するための法形式とされている（憲七三6）のに対しまして、議院規則の場合、憲法第五十八条第二項において「会議その他の手続及び内部の規律に関する」事項を定めるとされておりますので、階層

とは言うものの、法律と規則とが必ずしも上下関係に置かれるとの理解にはならず、その点で変則的なわけです。これに関しましては、後ほど取り上げることといたします。

ところで、議院規則にも幾つかの類型があります。衆議院規則や参議院規則の名称を持つ議院規則は、憲法に直接の根拠を求めることのできる本来的な議院規則ですが、政治倫理綱領、行為規範、政治倫理審査会規程の根拠規定は国会法にあり（国会法一二四の二、一二四の四）、言わばその委任立法に当たります。また、両院協議会規程のように、両議院の議決によって制定される（国会法九八）ものもあります。

（2）形式的効力

階層性に関連して避けて通れないのが、国会法と議院規則の間の形式的効力の問題です。この問題は古くから論じられてきました。

憲法学の潮流は、戦後一貫して議院の自律権を尊重する方向に流れてきたように思います。それらは当然のことながら、私ども国会職員の意識にも影響を与え、特に参議院では独自性を発揮することが年来の課題ですので、国会法の桎梏からいかに逃れられるかという問題意識が常に頭にあります。

まず、国会法と議院規則がそれぞれ規定すべき事項ですが、実際の両者間の規定内容の振り分けに対し、「会議その他の手続及び内部の規律に関する」事項は議院規則の専権事項であるとの解釈が有力に唱えられてきました。私も、この説に対して基本的に異存はありません。

ただし、国会法と議院規則の形式的効力の問題は、それぞれが所掌範囲を峻別せず、規定内容に競合が生じ得ることを前提としています。現行法では、法律においても議院の内部事項を規定していますので、実際に競合が生じていると指摘されているところです。

学説においてもかなりの数の競合の具体例が示されていますが、ここではその一例として、常任委員の選任についての規定を挙げさせていただきます。国会法は「議院において選任し」とする（国会法四二Ⅰ）のに対しまして、議院規則の方では「委員の選任は、すべて議長の指名による」としております（衆規三七、参規三〇Ⅰ）。この両規定については、必ずしも抵触していると解釈する必要はないのですが、読みようによっては、委員選任の権限が議院にあるか・議長にあるかの点で、同一事項について異なる内容の規定を置いていることになります。

そこで、抵触の生じている国会法と議院規則の規定の形式的

効力をどう考えるかですが、両者のいずれが優越するかについて、現在では規則優位説の方が圧倒的多数説になっているものと推測しております。規則優位説も考え方はいくつかに分かれていますが、ここでは触れません。

国会における実際の取扱いについて、一つの例を挙げて説明いたします。委員の解任に関する規定でこの点が明らかにされていると思います。衆議院規則第二百四十三条がそれに当たります。「登院を停止された者は、国会法第四十二条第一項及び第四十五条第二項の規定にかかわらず、その委員を解任されたものとする」という規定でして、「登院を停止された」とは、懲罰としての登院停止のことです。要は、国会法の第四十二条、第四十五条で常任委員、特別委員の任期を規定してその間の委員の地位を保障しているのですが、それに対して議院規則の方で例外規定を設けているわけです。しかも、議院規則の側が、自らが優先して適用される旨を明文でうたっています。

このことだけを見ましても、議院規則を制定する側では国会法優位説を採用していないものと推察できます。ただし、一般論として国会法何するものぞとの英断を下すことはなく、常任委員会の新設の場合に見られるように、たとえ議院の内部事項と思われる事柄につきましても、既に国会法で規定されている事項そのものを改めるにはやはり国会法の改正によるとの不徹底な方法を採用していることになります。

先ほど言及を端折りましたが、議院規則優位説の中には、国会法を一般法、議院規則を特別法のごとくに考えるものがあります[3]。個別の規定を解釈する上では、ほとんどの場合がこの理解で解決可能と考えられますが、現行法の中には注意を要する規定も見受けられます。

参議院規則の第百八十四条が証人喚問について規定しています。「証人は、議院に出頭して証言しなければならない。但し、やむを得ない事由があるときは、証言に代えて書面を提出することができる」というものですが、この規定は議院証言法が制定される前から存在し、同法の制定後も残ってしまったものです。議院証言法の第一条では、出頭・証言を求められたときは、同法に別段の定めのある場合を除いてこれに応じなければならないと規定されております。さらに、違反行為に対する罰則も設けられておりまして（議証法七）、参議院規則の規定内容とバッティングしていると言えます。両者の関係につきましては、参議院規則の規定を特別法と解すべきではなく、議院証言法の方を優先的に適用する必要があります。これらの規定は議院外の国民に義務を課すことを内容としており、法規に当たるもの

ですので、法律たる議院証言法の規定の方が優越するものと考えられるからです。

この規定例によって規則優位説が修正を迫られるわけではありません。ただし、同様のパターン、すなわち、国会法が後から規定を新設することによって生じる抵触が、今後、議院の内部事項についても起こり得ることを想定しますと、法律と議院規則の形式的効力は同位であると解しておくべきではないでしょうか。その上で、どちらを優先させるかにつきましては、後法優位又は特別法優位の原則を働かせて柔軟に対応すべきであると考えます。これによりまして、国会法と議院規則の競合への対処法としての応用度が高まるものと思われます。

ただし、この点については留保が必要となります。かつて黒田覚博士が挙げられましたように、議院の内部事項についての国会法の規定の改正については、衆議院がその優越権を行使しないことを要件としておくことです(4)。国会法で規定することも、両議院一致の議決による限り、参議院も了解済みの改正となるのですから、実際上の問題としては許容範囲内といったところでしょうか。

このように申しますと、現在の国会法・議院規則の建て方でも十分に議院の自律権は確保できるとの印象を与えてしまうかもしれません。しかし、シンボル的な意味におきましても、議院の内部事項に関する規定を規則の専管事項とすべきことは重要な課題として維持しなければならないと考えます。現行の二院制が存続する限り、参議院にとって自らを改革していくことは永続的な課題であろうと思われますし、その改革の実行を容易にするためにも、基盤整備として議院規則の充実を図るべきだと考える次第です。

2　行為規範性

国会法規範の作用の仕方に着目しまして、行為規範性を特性として挙げたいと思います。

訴訟法は本来的な意味での手続法に当たりますが、裁判においては上訴が制度化されていることからも分かりますように、訴訟手続も評価の対象となります。その意味で、訴訟法は評価規範としても働くわけです。ここで評価規範といいますのは、既になされた行為や手続を振り返って、それにどのような法的評価を加えるかというときに働く規範という意味で用いています。先ほど出てきました裁決規範と似ていますが、若干観点を異にしています。

この点に関しまして、国会では、会議運営に当たって国会法規範の内容が意識されるのは、会議を開くまでの時点がほとんどでして、既に終わってしまった手続に対して法的評価を加える局面はまれにしか見られません。議院運営法規は、手続を進めるに当たってどのように行為すべきかを指図する行為規範としての作用が中心となっていると言えるでしょう。

その背景には、会議運営についての事前協議の慣行があります。運営の方法として、会議の場で議事進行のための手続を処理しながら進めるのではなく、進行についての見通しを立てるために、議院運営委員会や各委員会の理事会において、あらかじめ会派間で協議を行い、国会法規範を念頭に置きながら、議事の予定を合意した上で実際の会議に臨むというものです。合意に基づいている限り、手続違背の問題や事後の異議はほとんど生じることがないわけです。

さらに、本会議の議決に着目しますと、議院における最高の終結的な決定として、事後の法的評価の対象とはなりにくいと言ってよいのではないでしょうか。

行為規範性に関連しまして、国会法規範が例外的に事後評価の基準として機能する場合、そこで手続安定の要請が働くことにも注意しなければならないと思います。法規範を逸脱した行為がなされた後、それを前提として別の行為が積み重ねられた場合、最初の逸脱行為の評価を行うに際して後行の行為を安易に覆さないようにする配慮です。

手続法規が評価規範として働く場合の手続安定性の考慮は民事訴訟法学で提唱されたこと[5]ですが、国会の会議における言論行為については、その事実性の強さとの関連を指摘できそうです。国会の審議では、訴訟におけるような弁論主義が働きませんので、個々のメンバーが表決態度を決するに当たって、そのための資料を会議での議論に限定するとの制約がありません。その点で、いったん議事が行われてしまえば、事後にそこでの発言が有効であったか否かを論じること自体、余り意味を持たないわけです。

さらに国会法規範では、規定の内容におきましても、行為規範性を示すものがあります。例えば、参議院規則の第百三条がこれに当たります。本会議における発言に際しての文書朗読を禁止するものでして、これに違反する行為に対して法的サンクションが予定されておらず[6]、訓示規定のような性格付けがなされています。

3　柔軟性

（1）任意規定性

先ほども申しましたように、我が国の国会運営は、会派間の事前協議を重んじるのが慣例となっており、そこで議題とする案件や発言時間の割当て等を合意し、それに基づいて議事の進行がなされるのが常です。一方、国会法や議院規則には会議運営の基準となる規定が置かれておりまして、会派間の合意とこれらの規定内容との間にずれが生じることがあり、その場合の両者の関係を明らかにしておく必要があります。この点につきましては、合意が法規の規定内容を排除するのだと考えられます。

具体的な例を一つ挙げますと、参議院規則の第九十四条におきまして、本会議の発言順序が規定されています。本会議における発言は通告の順序によるという内容です。ところが実際には、この規定がそのまま働くことはほとんどありません。議院運営委員会での協議において、発言は大会派順に行う旨が協定されるのが通常だからです。

合意が法規上の規定内容を排除することは、その規定が任意規定であると言い換えることができます。そこで、任意規定とされていることの意義を明確にしておく必要があります。一般に言われるところの任意規定は、民法、特に契約法の分野に多く見られるものですが、そこでの任意性とは、当事者の意思を補充するとか、標準的な合意内容を掲げるといった趣旨のものです。国会法規範では、会派間での合意によって排除することは可能であるものの、協議が調わない場合には、多数派の強権発動のよりどころとなると同時に、少数派に対する権利保障の機能を持ちます。両者の相違は、私法上の契約では任意規定の適用を免れるために契約そのものを回避するとの選択が可能ですが、国会法規範の場合、必ず最後に控えている点で強行性を残しています。

何が任意規定であるかについては、幅広に解してよいだろうと思います。議員の行為の優先順位や進行中の会議・審議段階にケリをつけるための手段を規定するものがその典型ですが、多数派の優先や少数派の権利保護を内容とする規定については、一般的に、各々の譲歩と引換えに処分権が認められていると言ってよいでしょう。

見方を変えますと、協議が調っている限りは議事手続法がそのままの形で稼働することはありません。国会では、会派間の協議が機能しているのが「正常」と言われる状態でして、合意が得られないまま議事手続法を直接適用して多数決で運営を決めていく事態であるとか、それに端を発して交渉が滞っている

状態を指して「不正常」と呼ばれます。このように、議事運営法規はフルに働くのが不正常時であるとの逆説的様相を呈しておりまして、あたかも交戦法規のようでもあります。

（2）効力の一時停止

ここで、柔軟性に関連して、議院規則の規定の効力の一時停止という問題を取り上げておきます。

効力の一時停止といいますのは、議院の自律権に基づく規則制定権の中に包含される権能として、議決に特例法規たる性格を持たせ、議院の運営に支障なきよう、時宜に応じて議決によって規定の効力を停止するものと説明されています。(7)

議事手続は成文法規に縛られない柔軟な取扱いが可能であるとの立場をとるものですが、対象を議院規則とするものの、規定内容に限定を加えず、しかも、多数による議決で規定の効力を排除することが可能であるとする点におきまして、任意規定性とは大きく異なります。任意規定性におきましては、合意すなわち会議の構成メンバーの一致した意思によることを基本としております。

現行制度の下での議決による効力の一時停止については、認められないとする説が存在します。すなわち、これを普通の多数決で行うことは理論的に許されず、特別多数の議決で行うとしても、そのための規定が必要であるとするものです。(8)現在、我が国ではそのような一般的な規定は置かれておりません。この否定説に同調するものとして、法規を改廃するには必ず一定の形式を踏まなければその効力を生じないとの説明も見られます。(9)

議決による規則の効力の一時停止を認めるのは議院の自律を徹底させるかのような取扱いですが、多数決の持つ危険性をはらんでいるように思えます。不都合と感じた場合にダブル・スタンダードを使い分けられるのであれば、多数派は絶えずその誘惑に駆られることとなりかねません。しかし、議事手続に関しても、法は弱者にとっての砦であるわけですから、多数による恣意的運用と区別できないような操作は自制しなければならず、それを制度上の制約として把握しておくべきであると考えます。

法の支配との関係において、「授権法の立法者意思に対する先行性」や「立法の自己拘束性」の要請が法の特性のうち最重要なものとして紹介されているところでもあります。(10)

4　司法審査の排除

四番目の特性といたしまして、国会法規範は裁判官に裁判の基準を提供する裁決規範として働かないこと、すなわち、司法審査が排除されることを挙げておきたいと思います。

我が国では、議院の自律権の範囲に属する事項について議院の行った判断に対しては、他の国家機関が干渉し介入することは許されないと解されております。これに対しては一部異論も存在するようですが、ここではその点には立ち入りません。

司法審査が排除されることは、議院自律権の裏返しに過ぎないものであって、国会法規範の側の性格として出てくるものではないのかもしれません。ただ、国会法規範が機能するのが司法審査が排除される場においてであるということが、その特性として把握できるのではないかと思います。ここでは、この特性がどのような現象として現れるかを中心に眺めてみることといたします。

議院の自律権にいう自律とは、その言葉のとおり、自らを律することです。自ら規範を定立する権能が与えられていると同時に、それを自らに適用する。さらには、自らの行いが規範に適合しているかどうかも自らが判断することとなります。

ところが、いったん行われた手続が適法であるか否か、ひいては有効か無効かについて、国会ではそれを判定する手続が詳細に規定されておりません。これは、さきに挙げました行為規範性の現れとしてとらえることもできます。

例えば、与党主導の下、委員会において不正常な状態で採決が行われた場合、野党議員は議長のところに行って、採決の無効を主張するのが常です。異議申立てを受けた議長の側では、法的な判断として有効・無効を宣言することは通常ありません。委員会の独立性に対する配慮も働いていると思われます。衆議院先例集には、委員会の開会が違法であり、その際行われた議事又は議決が無効であると議長が裁定した例が掲載されています（衆先一三六）が、その最後の事例が五十年も前のものでして、現在から見ると異例に属することです。実際上、議長には、裁定やあっせんといった名目で、与野党対立に対する政治的な介入・仲裁の役割を果たすことが期待されているところです。

また、委員会と本会議の関係におきましても、委員会の議事の適法性について、本会議がそれを審理する手続は定型化されておりません。

議院の自律権については、警察法改正無効事件の最高裁判決がよく引用されます。そこでは、「両院において議決を経たものとされ適法な手続によって公布されている以上、裁判所は両

院の自主性を尊重すべく同法制定の議事手続に関する所論のような事実を審理してその有効無効を判断すべきでない」とされるのですが、議院内の適法性判断に関する現行の法的枠組みにかんがみますと、いったん行われた行為の効力が事後に覆ることは考えにくいこととなります。[11]

ところが、本会議における議事主宰者の行為が無効とされるという事態が、近時、参議院において見られました。新聞でも報道されましたので、御承知のことだろうと存じます。平成十六年六月の年金改革関連法案の本会議審議におきまして、議長不信任決議案が提出されたため、議長が議長席を副議長に譲り、副議長が議長不信任決議案の議事を主宰するという状況でした。この場面で、副議長はいきなり本会議の散会を宣告しました。そこで、議長が議場に戻って議長席に着きまして、副議長の散会宣告は参議院規則に照らして無効であるので議事を続ける旨発言したという事例です。副議長の散会宣告が無効とされたのは、議事日程に記載した案件がまだ残っているにもかかわらず、議院に諮らないで会議を閉じてしまったためです[12]（参規八二）。

副議長の行為を議長が一言の下に無効にするということが現実に生じたのですが、この判定行為には根拠規定が存在します。規則の疑義は議長が決するというもの（参規二五四）ですが、それは司法審査が排除されていることを補うに足りる手続かと問われれば、簡素に過ぎることは否めません。

5　当事者による裁定

一般社会においては、具体的な事件を法に照らして解決する手続として、裁判のシステムが用意されています。そこでは、両当事者の弁論に対して中立的第三者たる裁判官が判断を下すという制度設計によってその公正さが担保されています。これに対して、議院における法的紛争については、何度も申しますように、司法審査が排除されますので、その決着は議院において付けることとなります。

まれなことではありますが、議院の中でその活動をめぐる紛争を法的に処理する必要が生じた場合、議院においてだれがその裁定に当たるかと言いますと、やはり議長を挙げることとなります。先ほど申しました、規則の疑義を決することを議長の権能とした規定（衆規二五八、参規二五四）は、ごく簡単にではありますが、紛争解決のための裁定者を指定していると解釈できます。

しかし、この点については、問題点を指摘しなければなりません。まず、議長の権威に係る問題です。議長は議院の選挙で選ばれまして、通常は全会派の支持を受けての選任となります。そして議長は、当選後に所属会派を離脱する例となっていまして、その中立性に配慮した扱いがなされております。ただし、議長については、身分保障の面で、その中立性を担保するための措置が講じられていないことを指摘できるかと思います。憲法に規定されている裁判官の身分保障（憲七八）と比べてもその点は明らかです。我が国では、いわゆる不正常時などに議長に対する不信任決議案が提出されることが時々見られますが、議長の権威がその程度にしか認められていない環境の下では、議長が多数派側に軸足を置いた議院運営に傾いてしまうこともあるのではないかが危惧されるところです。

もう一つの疑問は、議長の第三者性の問題です。議院の意思は本会議において決せられますが、その議事を対象として疑義が提起された場合、議長は本会議の主宰者としてその議事にかかわったのですから、局外の第三者ではありません。既に行われた本会議の議決が適法・有効であるか否かについては、さきにも申しましたように、事後に法的評価がなされることは想定しにくいのですが、仮に議長自身が裁定することがあるとすれば、それは裁判モデルの紛争解決の枠組みとは異なる行為として位置付けることとなるでしょう。

議院規則の疑義は議長が決するとの規定では、議長は議院に諮り決することができるとのただし書が付されています。これを法的紛争の処理についてまで広げるのだとすると、今度は当事者たちが断を下す構図になります。

国会では、会議における議論が活動の典型パターンとなっています。それは立法という価値集約的な活動で多数決原理を機能させることが当然視されることによるものです。しかし、法を適用して判断を下す行為についてまで当事者を含めた会議の枠組みを用いることは、実質的には、そこに党派間の対立をスライドさせることを意味します。ルールは議論の過程で微調整されながら柔軟に適用され得るとする見方もありますが、それは準拠すべきルールを定める場面に当てはまることでして、完了した行為や事実に対し既定のルールを適用して裁断する段階においては、折衝がすべてを解決すると見ることはできません。見解の不一致が解消しない場合の決着は、数の力が幅を利かせるか・少数派の抵抗による幕引きとなるかのいずれかです。

現行法の下で用意されている解決法は以上のようなものですが、「人の支配ではなく、法の支配」という大雑把な文脈で考

えた場合、自律を貫徹して当事者で解決を図ることは、法の支配と緊張関係に立つ要素を多分に含んでいることが分かります。

6　授権規範性

一般に、憲法に反する法律、命令等は効力を有しないとされています。憲法にも明文でうたわれているところです（憲九七）。憲法が最高法規であり、形式的効力において法律等が憲法に劣るとされていることによるもので、そのほとんどは内容において憲法に反する場合です。

これに対しまして、法規範の定立が手続に違背するとの理由で無効とされる場合があります。行政過程において、処分が手続法に反することを理由として無効となるような場合です。

法律の制定手続に関して同様のことを想定するのは難しいのですが、理論上、法律の存立がその制定過程において国会法規範に適合するものであったことに依存しているのは確かなことです。このことを国会法規範の側で見ますと、法律や予算などの法形式に対して手続面で授権規範として機能していると考えることができるのではないでしょうか。

最初に申しましたように、国会法規範は実質的意義における国会法を指す概念ですから、憲法の国会に関する規定のほか、法律以下の法形式による規定も含まれています。形式的効力において同位にある法律同士の間で、一方が他方の効力のすべてを左右する可能性を持つ点で、国会法規範は特別な地位に置かれていると言えます。

敷衍いたしますと、法の創設にかかわる規定群は実質的意義での憲法に属する法規範であり、その帰結として、国会法規範は特殊な運用が要請されているものと考えられます。先般来取り上げていますように、その行為規範性や事後審査の自重といったものも、授権規範性という重い性格のゆえに高い法的安定性の要請が働いていると見ることもできるのではないでしょうか。

7　政治性

我が国では、国会の審議対象は政党において事前審査が行われ、その結果を受けて強い党議拘束が働くのが常ですが、そのような慣行の下では、議員が審議を通じて問題に対する意思を形成することはほとんど見られなくなっています。以前から、

国会審議の形骸化と呼ばれている現象です。そこでは、多数派はその結束を保っている限り、多数決で対抗勢力に屈することはありません。国会においては、審議の結果の出方が手続に依存していないわけです。

これも、国会法規範の特性というよりは、我が国の政党政治の特異な点が反映しているだけなのかもしれません。ただ、国会法規範がそのような環境の下で機能せざるを得ず、その結果、関係者の間では、適正な手続の意義がないがしろにされるとともに、国会における立法過程が法的な手続であるとの認識が希薄になっているのではないかが懸念されるところです。

最近、討議民主主義とか熟議の民主政といった言葉を耳にします。また、我が国の国会はアリーナ型議会であるとの形容もよく用いられるところです。国会での議論は一般国民に向けてなされており、それを受けた社会全体での討議が選挙を通じて議院の構成に反映され、政権の所在にも影響していくのだとの意識を私どもも強く持っております。その意味におきまして、採決結果にどのように反映されるかだけで審議手続の意義を評価してはならないわけでして、その先をも見据えた議論のステージとしての議院運営が求められているのだろうと思います。

先日の通常選挙で、参議院は与野党の勢力が逆転しました。与野党の逆転は以前にも見られたことですが、現在の国会の特異な点は、単なる「ねじれ」の状態ではなく、加えて、与党が衆議院の三分の二を超える勢力を握っている点にあります。新たな参議院の構成の下でどのような事態が生じ得るか、連日、新聞でも取り上げられておりますが、私ども事務局におきましても様々な想定をしています。

例えば、参議院で多数を占める野党が、衆議院送付の法律案への対応について、断固反対するとともに衆議院の優越を封じることを目指すことも出て来ようかと思います。その場合、衆議院の再議決に対する猶予期間である六十日（憲五九Ⅳ）は一院の法案審議には十分過ぎるほどの長い期間でして、野党としては、それを克服して期間を目一杯使うために議事手続法を駆使することも一つの方法として想定できることです。議論を行うに当たっての手続を示すルールが、別の政治的な意図を実現するための戦略に用いられることもあるわけです。

他方、議会制民主主義の在り方として、議事手続の合法・違法を争うだけの悪しきリーガリズムは排斥すべきだと主張されたことがあります。強行採決に明け暮れたとされる昭和四十年の日韓国会の直後に、その議事運営を振り返って示された憲法

学者の意見です。[13]

国会法規範を解釈・適用する上では、多様な政治的思惑が交錯し、場面ごとにそれらを加味することや排除することが要請されます。そのため、国会運営が適正・妥当なものかどうかについては、国民の評価を待つほかない面もあるわけでして、議員や政党の目指すところが、以前にも増して国民へのアピールに変移していることをも勘案いたしますと、世論の動向が国会法規範の政治性をコントロールしていると見ることもできるでしょう。

四　結び

以上、国会法規範の特性を分説してまいりましたが、いずれも独立性の強いものではなく、内包する特殊性に対して少しずつ角度を変えて光を当てただけに過ぎないとも言えそうです。国会を取り巻く制度や政治慣行を反映したものも少なくありません。それでも、国会法規範の性格を全体として評価した場合、他の法分野に対して非常に大きな偏差を示すことが明らかになっただろうと思います。

特筆すべきは、実効性確保の面で弱いものしか備わっていないことですが、そもそも、国会法規範の実効性という観念自体が通常の適法・違法、有効・無効といった評価とは別ものだと言った方がよいのかもしれません。

その根幹にあるものとして、議院の自律権と多数決への依拠の二つを挙げさせていただきます。議院は、外に向かっては自律が働く点で大きな強みを発揮できる立場にあります。しかし、その内部は政治的対立の縮図であり、一枚岩ではありません。そのため、その活動を律する規範の定立・適用・適法性審査について、自らの判断・責任において結論を出すとすれば、政治の駆け引きの過程を経て、議員による多数決が最後のよりどころとなります。これらのことが国会法規範の上に重くのしかかり、通常の法の機能の仕方とは異なるメカニズムを形成していると集約できそうです。

これらを受けて、国会法規範は果たして法と呼ぶに値するのかとの声まで聞こえてきそうです。「国会で行われているのは政治過程だから」として別の方向に流れてしまいがちなところですが、本日の「国会法規範の特性」のテーマは、いかにして法に基づく立法を確保するかというスタンスで取り上げたものです。

立法過程につきましては、常に政治の持つ偏りや不確かさと

の隣り合わせの中で、それらを包摂するような法の立場での理論立てがどのように可能かというのが、私の大きな関心事です。結論部分で確たることを申し上げられないのが残念ですが、この後の時間で先生方から適切な御教示をいただければ幸いです。

取り留めのない話になってしまいましたが、以上で、私の報告を終わらせていただきます。御清聴ありがとうございました。

（1）田中二郎『行政法総論』（有斐閣 昭三二年）八九頁
（2）田中成明『法理学講義』（有斐閣 平六年）五四頁
（3）鈴木隆夫「わが國の委員会制度と特別委員会の性格」法律時報二二巻九号（昭二五年）一五頁
（4）黒田覚『国会法』（有斐閣 昭三三年）三四頁
（5）新堂幸司「訴訟当事者の確定基準の再構成-行為規範と評価規範との区別を手がかりとして」鴻常夫編『商事法の諸問題（石井照久先生追悼論文集）』（有斐閣 昭四九年）二五八頁
（6）佐藤吉弘『註解参議院規則』〔旧版〕（参友会 昭三〇年）一八六頁
（7）鈴木・前掲（3）一六頁
（8）黒田・前掲（4）五〇頁
（9）佐藤吉弘『注解参議院規則（新版）』（参友会 平六年）二頁
（10）井上達夫『法という企て』（東京大学出版会 平一五年）五八頁
（11）最判昭三七年三月七日民集一六巻三号四四五頁
（12）吉岡恒男「参議院副議長の行った『散会宣言』と混乱-議長が『無効』とした制度・法規の問題点」議会政治研究七一号（平一六年）一五頁
（13）芦部信喜「議長職権による議事日程の変更」ジュリスト三四一号（昭四一年）二八頁

＊本稿は、二〇〇七年八月二四日に開催された北大立法過程研究会における報告を、報告者によりまとめていただいたものです（研究代表者岡田信弘記）。

論　　説

冷戦終結後日本の防衛政策(1)

―― 1993～1995年の行政過程を中心に ――

柴　田　晃　芳

目　　次

序章
第１章　理論的検討：歴史的制度論
第２章　冷戦期日本の防衛政策
　第１節　冷戦期日本の脅威認識
　第２節　冷戦期日本の防衛政策の概要
　　防衛方針の３つのアイディア
　　日米安全保障条約
　第３節　冷戦期日本の防衛政策プロセスの特徴
　　「安保重視」路線の定着
　　政治レヴェルの消極的関与
　　防衛庁の限定的影響力
　　防衛庁の限定的政策展開能力
　　日米の軍－軍関係の凍結
第３章　分析枠組
　第１節　アイディア
　第２節　決定レヴェルと制度的特徴
第４章　1990年代前半の状況
　第１節　防衛政策改定のアジェンダ化
　第２節　「国際貢献論」の登場
　第３節　朝鮮半島核危機
　第４節　日米関係の悪化と緊張　　（以上本号）
第５章　「樋口レポート」の分析
　第１節　制度：防衛問題懇談会

第２節　アイディア：樋口レポートの内容
第３節　まとめ
第６章　「東アジア戦略報告（EASR）」の分析
第１節　制度：「ナイ・イニシャティヴ」
第２節　アイディア：「東アジア戦略報告（EASR）」の過程
第３節　まとめ
第７章　新「防衛計画の大綱」の分析
第１節　制度：安全保障会議
第２節　アイディア：新「防衛計画の大綱」の内容
第３節　まとめ
終章　結論

序章

2001年９月11日、アメリカ合衆国において、イスラム原理主義テロ組織アル・カイーダによるとされる同時多発テロ事件が発生した。動機においても、手段においても、被害においても、またその影響においても、グローバリズムと密接に関係しそれゆえに未曾有の重大事件となったこの出来事は、アメリカを中心とする「有志連合」によるアフガニスタン侵攻とイラク戦争へとつながってゆく。

日本は、同時多発テロ事件の発生に際してテロリズムへの反対とアメリカへの支持の姿勢を迅速に表明した。アフガニスタン侵攻の際には、テロ対策特措法に基づいて海上自衛隊をインド洋に派遣し、アメリカを中心とする有志連合諸国軍への補給活動を実施した。イラク戦争の際には、国際社会において開戦を企図するアメリカの正当性に対する疑義が少なくなかった中、日本はアメリカへの支持を堅持し、「大規模戦闘終結」後にはイラク特措法に基づいてイラク国内に自衛隊を派遣した。しかもこれら自衛隊の海外派遣を可能とする新規立法は極めて迅速に成立に至っている（信田 2006）。

改めて述べるまでもなく、自衛隊の海外派遣は、55年体制下の日本においてはタブーとされ、湾岸戦争を契機に苛烈な政治的対立を経てようやく1992年に成立した国際平和協力法（PKO 法）によって、初めて実

現されたものである。PKO 法の成立までには、一度閣議決定された法案が廃案となり、新たに提出された法案も継続審議となるなど国会での法案採決に至るまでには曲折があり、さらに採決時にも野党が牛歩戦術を用いて徹底抗戦を図るなど、大きな政治的困難を乗り越える必要があった。

アフガニスタン侵攻及びイラク戦争に伴う自衛隊派遣は、PKO 法の枠組を逸脱するものであったため、新たな法整備が必要とされていた。それが上記 2 つの特措法の新規立法であった。これら特措法が PKO 法と比較し遥かに迅速かつ容易に成立したことは、21世紀に入り日本の防衛政策が新たな時代を迎えたことの表れといえた。[1]

その後アメリカは世界規模での軍の再編に着手し、日本はそれに合わせて国内における米軍基地や部隊の再編・再配置、日米軍事協力の維持・強化に取り組んでいる。これら一連の日米の軍事関係の変容は、従来では見られなかった両国の軍事的関係の緊密化をもたらし、「日米同盟深化」と呼ばれている。

以上のような「日米同盟深化」への日本のコミットメントは、「自民党をぶっ壊す」として登場した小泉純一郎首相という、従来の首相とはタイプの異なるリーダーと関連付けられて語られることが多い。小泉首相の強いリーダーシップと、彼とジョージ・W・ブッシュ米大統領との良好な個人的関係によって、これらの政策が可能となった、との見方である。こうした捉え方に一定の妥当性があることは否定できない。特にテロ事件以降の混乱期を通して日本がアメリカ支持の一貫した強い姿勢を示し続け得た理由の一端は、小泉首相という「特殊」なリーダーの存在にあったといえる。

しかし、小泉首相というパーソナリティの存在によって国内における「日米同盟深化」の展開を説明しきることは、やはり妥当性を欠くと言わざるを得まい。周知のように、戦後日本の防衛政策における親米的傾向、あるいは日米安保重視の傾向は、何も小泉政権において初めて現れたものではなく、戦後の防衛政策の展開の中で相当の時間をかけて定着・発展・強化してきたものだからである。

本稿は、今日の日本の防衛政策を規定している日米安保重視の傾向を決定付けた要因が、1990年代中盤に日米両国によって行われた「日米安

保再定義」にあると考え、このプロセスを検討することで、現代日本の防衛政策の実態を明らかにしようとするものである。換言すれば本稿は、現代の「日米同盟深化」が、実は90年代に開始されていた長いプロセスの一部であるとの視点を提示する。この意味で、巷間「安保再定義」という方向性のあいまいな名称で呼ばれる90年代のプロセスは、その実質的意義から時代を先取りして「日米同盟深化」と呼ばれるべきプロセスであった。

後に見るように、戦後日本の防衛政策の核心には、おおよそ３つのアイディアないし路線があったといえる。第１に、国連を中心とする世界大の集団的安全保障体制を確立することにより自国の安全保障を果たそうとする、「国連中心」路線があった。第２は、独立主権国家として自国の安全は自国の責任において独力で守るべきであると考える、「自主防衛」路線である。第３に、日米安全保障条約を中心とする日米関係を重視し、アメリカという大国の力を利用して自国の安全を図ろうとする、「安保重視」路線が挙げられる。

戦後日本の防衛政策を見るとき、その実際の展開は第２の「自主防衛」路線と第３の「安保重視」路線のせめぎあいによってリードされてきたといえよう。第１の「国連中心」路線は、戦後世界を覆った冷戦状況の下、国連による集合的安全保障体制の実現が極めて困難な現実を反映し、実際の防衛政策形成の根拠となることはほとんど無かった。前二者の争いも、70年代のデタント期を経て80年代の新冷戦に至り、「安保重視」路線優位が定着してほぼ決着を見たとされる（佐道 2004）。

しかし冷戦の終結によって、この「安保重視」路線優位の前提となった国際システムは転換期を迎えた。つまり90年代には、一度は定着した「安保重視」路線の問い直しへとつながる可能性が生じたのである。90年代の日本には、防衛政策の中核的アイディアの座を求めるせめぎあいが再び生じたか、あるいは少なくともそのような状況が生じる現実的な可能性があったといえる。

結果的に見れば、90年代のせめぎあいを勝ち抜き、防衛政策の中核の地位を得たのは、「日米同盟深化」路線であった。この動きには、単にかつての「安保重視」路線が改めてその位置を回復したに留まらず、安保の性質を変化させるという意味が付加されていた。

90年代、なぜ日本は「日米同盟深化」路線を選択し、これを推進したのか？これが本稿の主要な問いである。この問いへの答えを探る中で、90年代日本の政治状況に現れた特質の一端が示されるとともに、現代日本の防衛政策の実態やその決定プロセスの特徴を明らかにすることができよう。

本稿は、1993年から97年にかけて展開された「日米安保再定義」の前半に当たる、1993年から95年までのプロセスを分析対象とする。この政策プロセス全体を視野を対象としつつ、主に行政プロセスに着目することで、「日米安保再定義」の実態を明らかにし、上述の問いに答えることを目指す。

本稿の構成は以下のとおりである。第１章では、比較政治学の分野で近年展開されてきた歴史的制度論を取り上げ、その政策的ダイナミズムに関する議論を検討することで、本稿の分析枠組を構築する上で有用な知見を抽出する。

第２章では、冷戦期日本の防衛政策に関する先行研究から、日本の防衛政策プロセスの特徴を示し、本稿の分析の準拠点とする。ここで示される特徴はそれぞれ、省庁内レヴェル、省庁間レヴェル、政治レヴェルという３つの政策決定レヴェルに対応する制度を形成している。

第３章では、前２章の検討を基に、上記３つの決定レヴェルのそれぞれに付随する制度が生み出す政策プロセス上の特徴と３つの政策アイディアから成る本稿の分析枠組を構築する。

第４章では、冷戦終結から本稿の分析対象である「日米安保再定義」の開始に至るまでの時期に生じた事象を確認し、分析の前提となる当時の状況を明らかにする。

第５章から第７章では、「日米安保再定義」の前半の政策プロセスを分析する。この時期を「樋口レポート」、「東アジア戦略報告」、新「防衛計画の大綱」という重要政策文書によって３期に分け、それぞれに１章を充てて、各文書の形成プロセスにおける決定レヴェル・制度・アイディアの相互作用に着目し、政策形成プロセスの特徴を明らかにする。

結論では、以上の分析を基に、冷戦終結後日本の防衛政策形成過程に存在する特徴とそのインプリケーションについて論じる。これにより、21世紀には入って見られる「日米同盟深化」は90年代の「日米安保再定

義」によって準備されたものであること、およびこの政策路線は当分変化しないとの予測が得られることが明らかとなろう。

第１章　理論的検討：歴史的制度論

本章では、近年比較政治学の分野を中心に展開されている「歴史的制度論（Historical Institutionalism）」についての検討を行い、本稿の分析枠組の構築にとって有効な知見を抽出する。

歴史的制度論は、政策決定に関わるパターン化された行為としての制度に着目し、その政策に対する影響を重視する。そこでは制度は、行為者に遵守すべき行為のルールを与え、のみならず行為者の自己利益に対する認識をも規定する構造論的な要因と捉えられる。最も典型的な議論では、制度を独立変数として、それが政策プロセスに与える影響から具体的な政策展開を説明する。歴史的制度論は、集団や組織を行為主体として、政策プロセスに関わる制度に焦点を当てることで、具体的な政策プロセスの分析にとって有効な視点を設定することができる。

歴史的制度論が想定する制度とは、政策プロセスに表れるアクターの利益や影響力を規定する、政策決定に関わる公式・非公式のルールであって、政策決定に関わる機関や組織から暗黙の手続といったものまでが含まれうる。たとえばインマーガットは、議会における議決やレファレンダムなど、政策決定過程の中にあって政策を廃棄へと追いやることができる制度的関門を「拒否点（veto point）」と呼び、拒否点の数が多いほど新たな政策の導入は困難になると論じる（Immergut 1992a; 1992b）。またロトスタインは、先進国の労働組織率を比較して、労組が失業保険を運営するゲント制（Ghent system）の存在から北欧諸国の労働組織率の高さを説明する（Rothstein 1992）。

こうした制度は、行為者の利益認識を構築しあるいは行為を規定することで、政策プロセスを改めて制度化する機能を持つ。言い換えるなら歴史的制度論が想定する制度は、自己を再生産する機能を持つ基本的に安定的な存在であるといえる。したがってこの枠組は、政策内容や政策プロセスの継続あるいはインクリメンタルな展開といった現象の説明に特に有効である。歴史的制度論による諸研究において、その理論的核心に関わるものとして頻繁に用いられる「経路依存性（path-dependency）」の概念は、ある政策が先行する政策に規定されるという、政策プロセスに見られる継続的あるいは漸進的な傾向を表す術語である。また、歴史

的制度論の成果の一つである「政策遺制（policy legacy）」の概念は、この経路依存が政策プロセスにおいて発生するメカニズムを明らかにする視点の一つといえる。米英の新保守主義政権による福祉政策縮小のプロセスを検討し、一度福祉政策が実現されるとその継続によって利益を受ける集団（政策を実施する官僚機構や福祉受給者など）が形成され、その集団は圧力団体として福祉政策の継続を求めるため、政策の縮小・廃止が困難になると論じたピアソンの研究は、「政策遺制」概念を用いた代表的な成果である（Pierson 1994）。

こうした理論的特徴は、転じれば変化を説明する上での理論的限界ともなりうる。この枠組を用いる研究者達も、この限界を意識しその克服を目指してきた。セレンとスタインモは、初期の理論的レヴューにおいて早くも、①制度のダイナミズム、②安定した制度の下での政策変化、③変化の対象としての制度、④制度的制約の下での観念的革新（ideational innovation）、という4つの課題を歴史的制度論の研究のフロンティアとして掲げており（Thelen and Steinmo 1992）、こうした課題に取り組む研究も数多く行われてきている。たとえば先にも触れたロトスタインの研究（Rothstein 1992）は、スウェーデンにおけるゲント制の導入を労働指導者の戦略的行動から説明するという点で、③の課題に対応するものといえる。

①の「制度のダイナミズム」という課題については、生物種の進化が断続的かつ突発的に発生すると考える進化生物学における「断続均衡（punctuated equilibrium）説」に着想を得て、制度が長期間の安定期の後に突発的に変化するという断続均衡論が提唱されている（Krasner 1984）。断続均衡論においては、突発的な変化の時期は「歴史的連結点（historical juncture）」と呼ばれる。この時期は、それまでの歴史的展開とは断絶的で、そこでは様々な変化の可能性が開かれている特殊な状況が生起するとされる。そこで実現する変化は、偶然の事象や小さな出来事によって決定されるもので、それまでの歴史状況から演繹することはできない。しかしながら、偶発的事情から起こった変化は、後のプロセスに対しては強い影響を与え、初期の変化の方向性が「ロック・イン（lock-in）」され、再び均衡状態が長く続くことになる。

このように、従来歴史的制度論は、説明対象を制度的ダイナミズムに

設定した場合、インクリメンタルな圧力により制度が継続されるとするか、断続均衡論に基づいて制度の突発的かつ急激な変化が発生するとするかの、何れかの説明を採用することが多かった。

これに対して近年、継続と劇変の両極の間をつなぐような新たな制度変化モデルが構築されつつある。セレンやハッカーは、突発的・劇的な変化という断続均衡論の想定を批判し、より長期的・漸進的に制度変化が発生する可能性を指摘し、漸増的累積的変化としてそのメカニズムを理論化した（Thelen 2004; Hacker 2004; 新川・ベラン 2007）。この見方によれば、短期的・個別的には漸増的と看做される程度のわずかな変化であっても、特定方向への偏りがある変化が複数継続・累積すれば、全体として制度の構造転換や制度の目標・機能の変質がもたらされうる。この漸増的累積的変化は理論的にさらにいくつかのパターンに分類することができる。代表的なものを挙げれば、まず既存の制度に大きな変更を加えることなく、新たな制度を導入することにより既存制度の効果を実質的に変更する、「制度の重層化（institutional layering）」である。次いで「制度の転用（institutional conversion）」は、現場職員の裁量幅が大きい、あるいは制度自体が曖昧であるといった場合に、制度設計時には予期しなかったバイアスが制度運用に生じた結果、所期の目的や機能が実質的に変化し政策変更効果がもたらされるというパターンを指す。「制度の漂流（institutional drift）」は、制度自体は不変であるにもかかわらず、環境変化により制度の効果に実質的な変化が生じるパターンを指す。これら以外にも漸進的変化のパターンを想定することは可能であろうし[2]、またこれらのパターンが実証上必ずしも明確に区別できるわけではない。

さて、以上に述べた相違を踏まえたうえで、断続均衡論と漸増的累積的変化論の関係については更なる検討の必要があろう。変化モデルに見られる違いから、両者を二者択一的な排他的関係にある理論と直ちに想定することはできない。つまり、両者は実証上異なるメカニズムによって起こる異なる変化を想定する理論であると断定することはできない。

確かに、短期的に生起する激変と中長期的に起こる漸変との間には、直感的に大きな違いがあるように思われる。しかしながら、短期－中長期、あるいは激変－漸変という区別は、分析者の視角設定などによって

も影響を受け得る多分に相対的なものである。このように考えた場合、両理論の違いは、それぞれが想定する変化モデルおよびそれが妥当する現象の違いのみならず、分析者が設定する分析視角の違い、より具体的には分析対象とする制度と政策の関係や政策プロセスのタイム・スパン、焦点を当てる決定レヴェルなどの違いによって生じるものと解することもできる。

たとえば、制度と政策が１対１で対応するような非常に近い関係にある分析対象を設定し、タイム・スパンを比較的短く取り、高次の決定レヴェルのみに焦点を当てた分析を想定しよう。[3] この場合には、実際には低次の決定レヴェルにおいて中長期にわたって漸増的累積的変化論が想定するようなプロセスが進展していた場合でも、それらの要因は捨象され、高次の決定レヴェルにおいて短期的に「歴史的連結点」が生起し、そこで行われた決定により制度が変化し、その結果政策が変化した、との観察が得られよう。当然この場合、観察結果を説明する枠組としては断続均衡論が妥当とされる可能性が高い。

同じ対象を、より長期的なタイム・スパンを取り、低次の決定レヴェルに焦点を当てて分析した場合には、これとは異なる見方が導かれる可能性がある。低次の決定レヴェルに着目することで、対象である政策と関係するより低次の制度群を視野に納めることができ、これにより多対１のより複雑な制度－政策関係が示される可能性がある。さらにこれと併せて中長期的に起こっていた変化が可視化されることで、発生する制度変化がより漸進的なものと見える可能性が高い。ここでの決定は、複数の歴史的文脈の結果として説明される可能性がある。その場合、漸増的累積的変化論に基づく説明が、より高い妥当性を持ちうる。

以上のように、断続均衡論と漸増的累積的変化論は、制度変化を異なる視角から分析する枠組と位置づけることも可能である。両理論の最大の相違は、「歴史的連結点」という特殊状況の有無に求められるが、この概念は分析上操作概念としてのあいまいさを含んでいるため、これをもって両理論を決定的に分つことが出来るかには、疑問が残る。その場合両者の違いは、それぞれが提示する制度変化モデルに関わる本質的なものというより、分析枠組として実証対象を抽象・捨象する程度の違いから生じる相対的なものと見ることができよう。

現時点で両理論それぞれに固有の視角を要素的に列挙することは難しいが、上述の例に照らして大まかな傾向を示すことはできよう。つまり、単一の制度が対象、タイム・スパンが短い、高次の決定レヴェルに着目する、といった分析視角は断続均衡論により適合的であり、逆に複数の制度が対象、タイム・スパンが長い、低次の決定レヴェルに着目する、などの視角は漸増的累積的変化論と親和的である、という傾向である。[4]

以上の議論は、断続均衡論と漸増的累積的変化論の関係について、ありうる視点の一つを提示するものであって、両者の関係を包括的に検討した上で確定的な結論を導くことを目的としていない。したがって以上の議論は、両者が相互排他的な関係にあるとの見方や、両者が提示する制度変化モデルの相違が示唆する重要性を、完全に否定するものではない。ただ、ここで提示した両理論の関係や分析視角との親和性に見られる傾向は、実証分析を行うに当たって適用すべき変化モデルを選定する上での一助となりうると考えられる。

ところで、歴史的制度論においては、制度以外の重要な分析概念として、しばしば「アイディア（idea）」が取り上げられる。たとえば上記②の「安定した制度の下での政策変化」という課題に関しては、アイディアの影響に着目することで、必ずしも制度変化を前提としない政策変化についての議論が展開されるなどしている（Hall ed. 1989; Hall 1993; Skocpol 1992; Reusmeyer and Skocpol 1996）。ここでいうアイディアは、政策内容や政策を基礎付ける価値に関する、比較的短期的に生成・変容・消滅しうる観念的要因で、主に政治的言説や政策パラダイムなどに現れ、特に政策イニシャティヴに大きな影響を与える。アイディアは制度とは区別されるものの、制度と密接に関連して政策に影響を与える。

歴史的制度論の文脈においてアイディアの役割を重視する議論によれば、観念的革新によりもたらされた新たな政策アイディアは、制度と結びつくことで政策プロセスに参入する可能性を備え、それが実現した場合には制度のインクリメンタルな制約を乗り越えて経路逸脱的な政策変化が実現される可能性がある、とされる（Hall 1992; Hall and Taylor 1996）。ここで、制度とアイディアの結びつきは無原則なものではなく、アイディアの内容と制度が内包するバイアスの間にある種の親和性が存在することが条件となる。このようにアイディアと制度は、理論的には

別個の分析概念として峻別されうるものの、実証上は非常に密接な関係にあるため、歴史的制度論の文脈においてアイディアの重要性に言及する研究が多く見られるのである。

以上から明らかなとおり、アイディアの重要性は必ずしも制度変化を伴わない政策変化の説明に限定されるものではない。新たな政策アイディアが政策変化を引き起こす場合には、その過程で既存の制度が維持される場合もあれば変化する場合もある。したがって歴史的制度論を用いた分析に、理論的親和性の高い「アイディア」の概念を広く組み合わせることで、より精緻な実証分析への可能性が開かれるといえる。

第２章　冷戦期日本の防衛政策

本章では、以後の議論の前提として、冷戦期の日本の防衛政策がどのようなものであったのかを確認する。第１節で、冷戦期日本の脅威認識について確認する。第２節では、防衛政策の基本文書から防衛方針を形成する３つの路線とそのアイディアを抽出し、次いで冷戦末期に日本の防衛政策の中核として定着した日米安全保障条約について確認する。最後に第３節では、55年体制下における防衛政策の特徴を明らかにする。

第１節　冷戦期日本の脅威認識

冷戦期を通じて、日本にとっての最大の軍事的脅威がソ連であったことは間違いない。東側陣営の頂点に位置してアメリカと対峙したソ連は、冷戦体制のメイン・アクターであり、その国際政治上の影響力においても、軍事力の規模においても、日本周辺に存在する最大の“仮想敵”であったといってよい。ただ、80年代の新冷戦の時期を除き、防衛専門家達の間では、ソ連が日本に直接侵攻する可能性はごく低いという見解が、冷戦期を通して支配的であった。ソ連の主たる関心は東西勢力が直接に対峙するヨーロッパ地域にあり、極東地域に対する関心はいわば副次的なものに留まること、東アジアにおけるソ連の主要仮想敵は緊張関係にある中国であること、ソ連の軍備は巨大ではあるものの主に防衛的意図に基づいて整備されたものと考えられること、などが主たる理由として挙げられた。ソ連の軍事的脅威は、規模は大きいものの、蓋然性は低いと評価されていたのである。

では、日本にとって最も蓋然性の高い軍事的脅威は何であったのか。この点についても軍事専門家達の見解は概ね一致していた。北朝鮮である。そもそも、日本の防衛体制は北朝鮮の脅威に対抗して形成されてきた側面が強い。日本の再軍備の背景に朝鮮戦争とこれを巡るアメリカ側の再軍備要求があったことは周知の通りであるし、日本の防衛政策の根幹にある日米安保条約も、アメリカにとっての主たる目的は朝鮮半島情勢への対応にある。

北朝鮮は1950年に勃発した朝鮮戦争において、朝鮮半島の支配権を争って韓国およびアメリカを中心とする国連軍と戦い、53年の停戦以後も今日に至るまで戦時体制を崩していない。北朝鮮にとって見れば、西側陣営に属し、主たる敵であるアメリカとの間に日米安保条約を結び、韓国政府を正式に承認し、自国との国交を持たない日本は、明確に敵側陣営の一角をなす存在と位置づけられる。

北朝鮮が日本に直接侵攻する可能性はきわめて低く、その意味で北の軍事的脅威はさほど大規模とはいえない。しかし、北朝鮮はいまだ終結していない朝鮮戦争を現に戦い続けている。もし停戦が破られるような事態になれば、日本国内の混乱による日米安保の機能不全を惹起すべく、北朝鮮が日本に何らかの攻撃をかける蓋然性は高いし、半島情勢の変化を狙って日本を標的とした軍事行動を取る可能性も考えられる。このように、北朝鮮の軍事的脅威は、日本にとって相当程度蓋然性の高いものと位置づけられた。

以上のように、ソ連と北朝鮮は、戦後日本にとっての主要な軍事的脅威であったが、規模と蓋然性という２つの側面において、その脅威の質は対照的であったといえる。加えて、日本にとっての対処可能性という側面においても、２つの脅威は大きく異なる性質を持っていた。冷戦体制という世界システムに根ざすソ連の脅威は、少なくとも軍事的側面においては秩序受容者の位置にあり続けた日本にとって、軍事的手段によっても外交的手段によっても、その縮小・解消を図ることが極めて困難なものであったといってよい。

他方、北朝鮮の脅威は、基本的には地域システム内要因であったといえ、東アジア地域においては秩序形成に参与しうるアクターであった日本にとって、何らかの方法によってその縮小・解消を図ることはあながち不可能ではなかった。たとえば、北朝鮮との国交樹立や平和条約の締結は、この目的を達する手段として十分考慮に値するものといえよう。ただ、冷戦体制下にあって防衛上の根幹を日米安保条約に依存する日本にとっては、この選択肢は現実的には選択困難なものであった。日朝国交回復は、アメリカにとって日米安保条約の存在意義が失われかねないことを意味する。つまりそれは、安保条約を実質的に破棄するに等しい選択肢であった。その時日本は冷戦状況の中で十分な安全保障手段を持

たぬまま孤立することになる。それは到底現実的な選択肢とはいえなかった。冷戦状況が過酷な時期、日朝の関係改善努力は常にこの大きな障害を抱えていたため、両者の関係を決定的に改善することは極めて困難であったといってよい。

付言すれば、朝鮮総連などを中心に在日朝鮮人が多く居住している日本にとって、北朝鮮との関係は国内政治的にも複雑な影響をもたらす問題であるため、取り組みが非常に難しいといえる。

第２節　冷戦期日本の防衛政策の概要

防衛方針の３つのアイディア

国土の防衛をどのように実現するのか、という防衛戦略の最も基本的な方針を防衛方針と呼ぶ。戦後日本の防衛方針には、３つのアイディアとそれに基づく政策路線が見られた。すなわち、「国連中心」路線、「自主防衛」路線、「安保重視」路線である。現実の防衛政策は、それらのせめぎ合いによって形成されてきた側面がある。

戦後日本の防衛方針を最も端的に示しているのは、「国防の基本方針」である。「国防の基本方針」は、1957年５月に閣議決定された前文及び４項から成る政府文書で、防衛政策の基本方針を簡潔に示しており、現在に至るまで一度も変更されることなく維持されている。前文では「国防の目的は、直接及び間接の侵略を未然に防止し、万一侵略が行われるときはこれを排除し、もって民主主義を基調とする我が国の独立と平和を守ることにある」とする。本文の４つの項目では、この日本の「独立と平和を守る」という目的を実現するための方策が示されている。

まず第１項では、「国際連合の活動を支持し、国際間の協調をはかり、世界平和の実現を期する」として、国連を中心として集団的安全保障を確立し、それによる世界大の平和を実現することで、日本の安全保障を果たそうとする構想が示される。このアイディアから導かれるのが「国連中心」路線である。しかしながら、国連による世界平和は現実のものとはなっておらず、それによって国防目的を果たすことは現実に防衛政策を形成するための方策とはなりえなかった。当時の状況においては、そして現代においても、この規定はいわば最終的な理想を示しその実現

を目指す努力規定と捉えられる傾向が強い。では現実の国防はいかに果たされるべきか。

第2項は「民生を安定し、愛国心を高揚し、国家の安全を保障するに必要な基盤を確立する」とする。これは、日本を強固な国民国家とし、その国内条件によって国防を果たそうとするもので、明示されてはいないものの自国の安全保障を自国が担うという「自主防衛」路線を示唆する規定といえる。この点は次項において更に明らかになる。第3項では「国力国情に応じ自衛のため必要な限度において、効率的な防衛力を漸進的に整備する」と、経済状況を重視した限定的防衛力整備の方針を示す。ここでいう「防衛力」とは、端的にいえば目的を自国の防衛に限定された軍事力である。周知のように戦後の日本は憲法9条により軍隊の保持を否定した。この前提を維持した上で、法体系上否定されていない自衛権の範囲内においては軍事力の行使も可能であるとの憲法解釈の下、自衛のための軍事力として整備されたのが、防衛庁・自衛隊である。[5]以上に示されたアイディアは、防衛庁・自衛隊という独自の軍事力によって日本の独立と平和を守る、「自主防衛」路線を明確に示している。

第4項では「外部からの侵略に対しては、将来国連が有効に機能し得るに至るまでは、米国との安全保障体制を基調としてこれに対処する」として、国連重視の姿勢を維持しつつも、日米安保体制に基づくアメリカの軍事的庇護を「自主防衛」と並んで防衛方針の中核に据えている。このアイディアに示される姿勢が「安保重視」路線である。

以上のように「国防の基本方針」は、戦後日本の防衛方針として、「国連中心」路線、「自主防衛」路線、「安保重視」路線という3つの方向性を示している。そして、これら3つのうち主に現実の防衛政策を導いたのは、「自主防衛」路線と「安保重視」路線の2つであった。

「自主防衛」路線は、防衛庁・自衛隊という実力組織を中心として展開される政策を導いた。その中核は「防衛力整備」であった。冷戦期においては、日本はソ連の脅威に対抗する上で十分な軍事力水準を容易には実現しえず、また「冷戦による平和」の下で実際に軍事力を行使する機会をほとんど持たなかった。そうした状況の下では、「自主防衛」を担う防衛庁・自衛隊の業務の中心は軍事力行使ではなく、その拡充を目指す「防衛力整備」に限定されたのである。

他方、「安保重視」路線はアメリカとの２国間関係を中心として推進されるべきものであったため、日本国内においては外務省が中心となって日米安保体制に関わる政策を展開し、防衛庁・自衛隊の役割は主に運用の現場レヴェルにおいてこれに参画することに限られていた。

日米安全保障条約

日米安保体制とは、第２次大戦後の日米の友好関係を基礎付けてきた、安全保障問題に関わる両国の協力関係を指す。その中核にあるのは、いうまでもなく「日米安全保障条約（安保条約）」である。

安保条約が最初に締結されたのは1951年、サンフランシスコ講和条約の締結時であった。[6] 57年には、岸政権下でこの旧条約の見直しが開始され、60年には日本の防衛を日米双方が協力して行うものとした新たな安保条約（「日本国とアメリカ合衆国の間の相互協力及び安全保障条約」）が締結されるに至った。この新条約は、今日に至るまで日米安保体制の核として機能し続けている。[7]

新条約は、前文において日米両国が民主主義、自由、法の支配という価値を共有し、経済的協力を行い、国連憲章の下で平和を求め、極東における平和及び安全の維持に関心を持つ、などの幅広い内容を示し、本文においても、第１条では国連との関係を、第２条では経済的協力を規定するなど、戦後の日米関係の基礎を鮮明に示している。

安保条約の防衛政策上の重要性は、特に第５条及び第６条に表れている。５条は日本有事、すなわち日本が侵略を受けた場合（５条事態）に関する規定であり、「各締約国は、日本国の施政下にある領域における、いずれか一方に対する武力攻撃が、自国の平和及び安全を危うくするものであることを認め、自国の憲法上の規定及び手続に従って共通の危険に対処するように行動することを宣言する」として、アメリカに日本の共同防衛義務を課している。対して６条は「日本国の安全に寄与し、並びに極東における国際の平和及び安全の維持に寄与するため、アメリカ合衆国は、その陸軍、空軍及び海軍が日本国において施設及び区域を使用することを許される」としている。これは極東有事（６条事態）に関する規定で、ここには在日米軍が日本のみならず極東地域の安全を確保するために存在することが明示されている。このように、安保条約では

有事に際しての米軍の役割を規定しているが、その場合米軍と自衛隊がいかなる関係の下に行動するのかについては、具体的な検討はほとんどなされていなかった。

日本有事の際の自衛隊と米軍の関係は、76年の「防衛計画の大綱」によって初めて以下のように具体化された。

> 「直接侵略が発生した場合には、これに即応して行動し、防衛力の総合的、有機的な運用を図ることによって、極力早期にこれを排除することとする。この場合において、限定的かつ小規模な侵略については、原則として独力で排除することとし、侵略の規模、様態等により、独力での排除が困難な場合にも、あらゆる方法による強じんな抵抗を継続し、米国からの協力を待ってこれを排除することとする」(「防衛計画の大綱」三－２．侵略対処)。

つまり、侵略への対応は一義的には自衛隊が行い、米軍は自衛隊の能力が不十分である場合にその補完をする、という関係である。ここに示される「限定小規模侵略独力対処方針」は、可能な限り自国のみで防衛役割を果たそうとする「自主防衛」路線の端的な表現といえる。自主防衛方針とともに米軍の協力に関する方針をも示すこの規定は、「自主防衛」と「安保重視」がせめぎ合う戦後日本の防衛政策を反映している。

この日本有事における自衛隊と米軍の関係は、78年に日米間で締結され閣議決定された行政文書、「日米防衛協力のための指針（ガイドライン)」において更に具体的に規定される。「自衛隊は主として日本の領域及びその周辺海空域において防勢作戦を行い、米軍は自衛隊の行う作戦を支援する。米軍は、また自衛隊の能力の及ばない機能を補完するための作戦を実施する」(「日米防衛協力のための指針」Ⅱ－２－(2)－(イ)　作戦構想)。ここでいう「自衛隊の能力の及ばない機能」とは、主に日本の領域外に存在する敵拠点への攻撃機能を指す。すなわち日本有事に際しては、自衛隊が日本を守る「盾」、米軍が敵拠点を攻撃する「矛」という、攻守の役割分担が設定されたのである。

そのほかガイドラインでは、大きく分けて２つの分野で、自衛隊と米軍の協力体制についての研究を開始することとした。一つは、第１項及

び第２項に基づいて行われる共同作戦計画などを中心とする日本有事に関する研究で、締結後実際に日米間で制服組を交えて研究が進展した。この結果日米間の軍事演習も飛躍的に増大した。

もう一つの研究領域は、第３項に示された「日本以外の極東における事態で、日本の安全に重要な影響を与える場合の米軍に対する便宜供与のあり方」であった。この規定によって初めて、安保条約６条で示された極東有事における米軍と自衛隊の関係を明らかにするための、具体的取組の開始が宣言されたのである。しかし憲法で禁じられた集団的自衛権行使との関係から、この研究に対する国内の反対は根強く、実際にこの研究が進められることはなかった。

以上、ガイドラインの規定が「軍－軍」の協力関係の研究に留まっており、また極東有事におけるについては協力は研究さえも進展しなかったように、日米同盟の運用面における実質化は、ほとんど手付かずの領域として残されていた。

第３節　冷戦期日本の防衛政策プロセスの特徴

55年体制下の日本の防衛政策については、多くの研究がなされてきた。本節では、まず防衛政策の中核を「安保重視」路線が占めるようになった事情を見た後に、防衛政策の決定プロセスに関する先行研究を取り上げ、その知見を抽出して55年体制下における防衛政策の特徴を明らかにする。

「安保重視」路線の定着

戦後、日本の防衛政策は、「国連中心」路線、「自主防衛」路線、「安保重視」路線の３つの路線、なかんずく後２者がその中核の位置をめぐって争う中で発展してきたことは、すでに述べた。この「自主防衛」対「安保重視」の争いは、1970年代後半に大きく「安保重視」路線優位へと傾き、80年代半ばまでには「安保重視」路線の勝利で最終的な決着がついたとされる（佐道 2003；大嶽 1983；中馬 1988；瀬端 1998）。

70年代後半の情勢変化の契機となったのは、76年の防衛大綱であった。この大綱は、デタント状況を前提に軍備抑制基調を打ち出すものであっ

た。この頃アメリカは、ヴェトナム戦争で疲弊し、アジア地域への前方展開を削減して地域諸国による自主防衛を求めていたものの、内政重視の姿勢が強く国際政治への関心が弱まっていたために、この日本の軍備抑制方針に明確な反応を示さなかった。しかしその後デタントの破綻と新冷戦に向かう流れが顕在化し始め、また日米貿易摩擦が深刻化すると、アメリカは日本に防衛上応分の負担を求め圧力を強めることになった。他方日本の側では、ニクソン・ショックによりアメリカのコミットメントへの不安が強まっており、対米関係を強化して日本の安全保障環境を安定させたいとの思いが、特に政策担当者の間で強まっていた。ここに日米軍事協力強化に向けた両国の関心が一致し、日米防衛協力ガイドラインが締結されるに至ったのである。これが、特に現場レヴェルにおける日米軍事協力を格段に強化させた。80年代に入ってもこの流れは継続し、中曽根政権がタカ派政策として「安保重視」路線を推し進め、レーガン政権との協調体制を強固にしたことで、日本の防衛政策における「安保重視」路線の優位が完全に定着したとされる。

政治レヴェルの消極的関与

日本の防衛政策形成プロセスについて指摘される第１の特徴は、国会における審議が政策内容に対して持つ影響が小さい、ということである（中馬 1988；小野 2002；大嶽 1983）。

終戦から1960年代にかけては、戦後の政治体制をめぐる左右の政党間の対立が激しい時代であった。再軍備や60年安保などの防衛政策は戦前の体制への評価に関わる象徴的な地位を占め、最重要争点の一つとして中心的な政治的対立軸を形成しており、しかもその対立は大衆を動員した社会運動に発展する可能性を持っていた。防衛政策をめぐって国会審議が紛糾すれば、他の重要政策の審議が遅れるなど国会運営上の問題が生じるのみならず、社会的安定を損なう可能性も否定できなかった。70年代以降、大衆動員による社会的不安定への恐れは減じたが、国会運営上の障害を生じさせる不安は80年代に入っても払拭されなかった。また自民党の政治家の多くにとってみれば、大きな業界団体や圧力団体を抱えない防衛政策は、その推進に尽力しても支持強化に結びつきにくい政策分野であった。したがって55年体制期を通じて、例外的な強い動機付

けが無い限り、政府・自民党にとっては防衛政策を国会審議のアジェンダとしないことが好ましい選択肢といえた。当然、防衛政策の形成に対して政治レヴェルが果たす役割は小さなものとならざるをえない。

このような状況を象徴的に示すのが、防衛政策の形成をできうる限り行政レヴェルに任せることで政治レヴェルの政策形成への関与を抑制する、「国会の迂回」という与党の政策手法である。防衛計画の大綱や日米防衛協力ガイドラインが、防衛政策の中核に関わる極めて重要な決定を伴うものでありながら、あくまで国会による議決を必要としない行政府内での決定事項として取り扱われたのは、この「国会の迂回」の一例といえる。

防衛庁の限定的影響力

行政組織内において、防衛政策に対して大きな影響力を持っているのは、外務省である（中馬 1988；大嶽 1983；瀬端 1998）。

外務省は、戦前の軍部独走への反省として、一元外交原則を堅持し、対外政策の形成に優越的な影響力を持つ。防衛政策は、対外政策の一環と捉えられるのみならず、日本の防衛方針の中核に日米安保条約があるため、条約の主管官庁である外務省の影響下に置かれることは当然とされた。

外務省の業務の中心は外交であるから、その主たる関心は外交政策上の選好を追求することに置かれ、防衛政策はそのための手段と位置づけられた。その結果防衛政策の自律性は抑制され、政策展開が硬直化した。日米安保体制を重視することで自主防衛能力向上や有事法制整備にかけられた制約は、こうした外務省の影響力の現れの一つと見ることもできる。

ただし80年代には、従来軍拡抑制的な姿勢を示してきた外務省が、軍拡を容認する立場へと転換し始めたとの指摘もある（大嶽 1983、305－312；瀬端 1998）。この背景には、ヴェトナム戦争で疲弊したアメリカが、日本に対し自主防衛及び東アジア地域での秩序維持につき努力を求める圧力をかけ始めたこと、ソ連のアフガニスタン侵攻により外務省が対ソ連認識をより現実的な脅威と改めたこと、外務官僚の中心が戦前派から戦後派へと世代交代したこと、などが挙げられる。これにより、外務省

は従来から軍拡路線を主張してきた右派政治家や、防衛庁・自衛隊、特に制服組自衛官との「タカ派連合」を組み、積極的防衛政策へと向かったとされる。

防衛庁の限定的政策展開能力

防衛政策プロセスにおける防衛庁の影響力の低さは、その政策展開能力の低さにも一因がある。この特徴を生む原因とされているのが、文官優位制と他省庁からの出向事務官の影響力である。

文官優位制とは、防衛庁内局の背広組官僚が、各自衛隊の制服組自衛官に対して優越的な地位を保持し、その活動を統制する、防衛庁・自衛隊組織内の制度である（廣瀬 1988；佐道 2003)。この制度は、軍部の暴走を許したシビリアン・コントロール不在の戦前体制への反省から形成されたもので、軍事組織内においても事務官僚（＝シビリアン）が軍人をコントロールするという、日本独自の擬似シビリアン・コントロールの制度といえよう。

文官優位制下では､防衛政策形成への参加は官僚のみに許されており、制服組は政策形成プロセスから排除される。文官優位制を象徴するとされる「事務調整訓令」(1952年発令）では、「各局（内局）は幕僚幹部が長官に提出する方針等の案を審議する」（３条の３)、「国会などとの連絡交渉は各局においてする」（８条)、「幕僚幹部に勤務する職員は、長官の承認を得た事務的または技術的な事項に関する場合を除いて、国会との連絡交渉は行わない」(14条)、などと規定されている。

この文官優位制は、それ自体では防衛庁の政策決定に特定の方向付けを与えるものとは限らない。ここで重要なのが､防衛庁の事務官僚のキャリア・パターンである。[8] 戦後新たに創設された防衛庁は、初期においては他省庁からの出向者が幹部を占め、その後も独自採用の事務官のみで業務を行うことができず他省庁からの出向者を多数受け入れている。80年代においてもこうした出向職員が重要ポストを占める例は多く見られた。事務次官職を例に取れば、初期には旧内務省系の事務官がこの職を多く務め、70年代からは大蔵省出身者が多くなる。防衛庁出身の事務次官が初めて誕生したのは1988年、西廣整輝次官の時であった。出向職員は、出身省庁の政策選好に影響されることが多いとされる。例えば旧

内務省出身者は軍事組織の活動を極力抑制しようとする傾向が強く、大蔵省出身者は防衛支出の拡大に警戒的な傾向が強い。このため、防衛庁が独自の政策イニシャティヴを握ることが難しく、また庁内の政策も抑制的になる傾向が見られた。

文官優位制に関しては、70年代後半から、制服組自衛官の地位が向上する傾向が見られるとされる（中馬 1988；大嶽 1983；瀬端 1998）。最大の契機は1978年の日米安保ガイドライン策定である。これにより、日本有事の際の日米共同作戦計画などの研究が日米共同で進められた。こうした軍事力の運用に関する政策の形成には、軍事専門的な知識を持つ制服組自衛官の参加が欠かせない。制服組の地位向上は、このように運用に関わる政策形成プロセスへの参加を通して発生したとされる。

日米の軍－軍関係の凍結

「日米の軍－軍関係」とは、防衛庁・自衛隊と国防総省・米軍という、安保条約の当事者たる日米の組織間の関係を指し、さらに事務レヴェルの防衛庁と国防総省の関係と、現場レヴェルの自衛隊と米軍の関係に分けられる。

ガイドラインの策定により、共同作戦研究が行われるとともに、作戦を実行するための日米共同軍事演習も活発に行われるようになった。その結果、制服組自衛官と米軍が現場レヴェルで接触する機会が増加し、現場レヴェルの日米軍－軍関係が進展することになった。こうした変化は、防衛庁・自衛隊内における制服組自衛官の地位向上に貢献したとされる（中馬 1988）。

他方、事務レヴェルの軍－軍関係は、外務省の外交一元原則と、防衛庁の政策への影響力が低かったことにより、十分進展してこなかった。その結果、このレヴェルの関係は多分に儀礼的なものにとどまっており、日米の軍事当局同士が防衛政策に関する実質的協議を行うことはほぼなかったといってよい。政策協議は安保条約の運営のために常設された各種協議機関において行われていたのであり、そこでの日本側の中心的参加者は外務省であった。

第３章　分析枠組

本稿の中心的問いは、1990年代半ば、なぜ日本は日米同盟深化を選択・推進したのか、ということである。

冷戦体制がすでに終焉を迎えていたこの時期、日本に対する直接の軍事的脅威は大きく減少していた。その結果、冷戦型の脅威への対抗を第１の目的としていた日米同盟は、その必要性を減じ変質を余儀なくされていた。

こうした状況変化は、日米安保条約に基づく日米関係の安全保障面だけでなく、それを中核としつつさらに広範な分野での協調関係に及ぶ日米安保体制全体に影響するものであった。経済的側面を重視して日本に様々な要求をつきつけたクリントン政権初期の対日政策は、その一つの表れであったといってよい。日米の協調を促す冷戦圧力が消滅した結果、経済分野における両国の競合関係が強調され、遠心力が働く結果となったのである。

状況変化によってもたらされる圧力は安全保障分野においても基本的に同様のものであったから、そこでも同様の政策変化が起こる可能性は否定できなかった。しかしながら実際には、安全保障分野では両国間に求心的な力が働き、実質的には「日米同盟深化」の方向性を打ち出す一連の「日米安保再定義」政策が実現された。

本稿では、この一方の当事者である日本に焦点を当て、なぜ日本がこの時期にこのような政策を実現させたのかを明らかにする。当然、「日米同盟深化」の全貌を明らかにするためには、もう一方の当事者であるアメリカにおける政策変化の分析も必要となるが、これは本稿の関心を越える。本稿では、アメリカ側の要因については、日本における政策変化に関係する範囲でのみ触れることとする。

本稿の作業仮説は、90年代の国際的・国内的情勢変化にもかかわらず、防衛庁内、省庁間、政治レヴェルの各決定プロセスにおける防衛政策にかかわる制度的特徴が継続したことにより経路依存効果が働いた結果、従来政策の中核であった「安保重視」路線を引き継ぐ「日米同盟深化」路線がとられた、というものである。しかしながらこの仮説にはいくつかの疑問もつきまとう。まず、従来の制度とその特徴はいかなるものか？

なぜ「安保重視」路線の維持にとどまらず「日米同盟深化」という拡大・増強路線がとられたのか？これを政策変化と捉えるならば、その原因は何か？制度が継続していたとの想定は妥当であるのか？以下では、この課題にアプローチするための枠組を設定する。

これらの問いに答えるには、安定的な制度環境下での経路依存のみに依拠する上記作業仮説のみでは不十分である。目立たない制度変化の蓄積により政策変化が引き起こされる可能性を示唆する漸増的累積的変化論は、この問題にアプローチするための重要な視点を提供するものとなる。

第１節　アイディア

本稿が第１に着目するのは、防衛政策の中核を構成するアイディアである。

第１章で見たように、アイディアは、政策手段や政策目標などに関わる基本的認識を示すことで、政策内容を方向付ける観念的要因である。この要因に着目することで、制度変化や政策変化についてより精緻な分析を行うことが可能となる。

日本の防衛政策は、「国連中心」路線、「自主防衛」路線、「安保重視」路線という３つのアイディアのせめぎ合いの中で形成されてきたものの、これらのアイディアの争いは80年代半ばまでに「安保重視」アイディアの勝利によりひとまずの決着を見たことは、すでに確認した。

ところが冷戦終結の影響により、90年代には改めてこの「安保重視」路線の優位状況に変化がもたらされる可能性が生じた。まず、日米同盟自体の妥当性が問題となった。日米同盟は冷戦型脅威への対抗を第１の目的としているのであるから、冷戦型の脅威が大幅に減少したならば、日米同盟もその役割を大きく減じ見直しが必要となる。一連の政策変化を「日米安保再定義」と呼ぶことは、こうした考え方の反映である。この見直しが同盟縮小へと向かうならば、当然日米同盟に依存する「安保重視」路線もその影響力を減じることになる。

さらに、冷戦の終結は「安保重視」と競合する新たなアイディアの登場を促した。それは湾岸戦争から国連平和協力法（PKO 法）成立に至

る過程において登場した、「国際貢献」アイディアである。[9] 世界を二分した冷戦が終結すれば、国連による集団的安全保障枠組は強化されると考えられ、これにより、世界的に平和がもたらされる期待が高まった。湾岸戦争に際して安保理内に生まれた協力体制は、こうした期待の実現可能性を示すものと考えられた。92年には、国連による集団的安全保障体制に積極的に参画する方策としてPKO法が成立し、これに基づき実際に自衛隊の海外活動が実施されるようになった。こうした活動を防衛政策の中核に据えようとするのが、「国際貢献論」である。

以上のように、80年代に「安保重視」路線で一度確立した日本の防衛政策の中核は、90年代に入って再び揺らぎ、「安保重視」路線と「国連中心」路線がその地位を争うこととなった。しかしながら冷戦終結後の世界にあって、これら2つの路線も従来のままではありえず、一定の継続性を保ちつつもその内実に重要な変化を来し、新たなアイディアとして登場する。一方の「安保重視」路線は、北朝鮮核危機や経済分野における日米関係の悪化によりもたらされた日米安保体制の危機への対応として、その基盤の強化・拡大を目指す「日米同盟深化」アイディアへと衣替えを果たし、他方「国連中心」路線は湾岸戦争からPKO法成立へといたる流れの中で発生した「国際貢献論」のインパクトにより、その内政的意義と支持層の大幅な転換を経験した。後述のように、これは「樋口レポート」において「多角的安全保障」アイディアへと彫琢されることになる。90年代の防衛政策の変化、すなわち日米同盟の深化は、これら新たなアイディアのせめぎ合いの結果としての側面を持つ。従って本稿では、これら「日米同盟深化」と「多角的安全保障」という2つのアイディアに着目し、防衛政策形成過程において、これらの争いがどのように展開し決着したのかを明らかにすることで、問いへの答えを探る。

第2節　決定レヴェルと制度的特徴

あるアイディアが政策プロセスにおいていかなる役割を果たすかは、アイディアの内容のみによって定まるものではなく、政策プロセスにあってそのアイディアを媒介する制度から強い影響を受ける。制度は、アイディアを政策決定の流れに乗せそれに沿う決定を導くこともあれ

ば、アイディアの政策プロセスへの参入を阻むこともある。したがって、複数のアイディアが競合しながら政策化を求める政策プロセスを分析する際には、各アイディアとそれらを媒介する制度との関係に着目する必要がある。

さらに制度には、アイディアを媒介する以外にも、政策プロセスにおけるルーティンや標準作業手続（standard operating procedure: SOP）として、アクターの行為を規制し、あるいはアクターの利益認識に影響を与えるというように、政策により直接的な影響を与える機能もある。この点からも、政策プロセスの分析において制度に着目する意味は大きい。

なお、制度の役割をアイディアの媒介とする場合、結果として政策が変化するか否かは、媒介されたアイディアの内容に大きく依存する。[10] 他方、制度が政策に直接的な影響を与える場合、制度が形成する圧力は現状維持的あるいは漸増的なものになり、政策変化に対しては抑制的に機能することになる。

政策決定プロセスには多様なアクター、制度、アイディアが存在しうる。したがってプロセスの分析においては、それら多岐にわたる要因を整序するために、プロセス自体を概念上区分することが有効である。本稿が対象とするのは新たな「防衛計画の大綱」の策定過程であり、これは次の３つの段階に分けることができる。最初に首相の私的諮問機関である防衛問題懇談会において、新大綱の中心となるアイディアが示され「樋口レポート」として公表された段階がある。次に、これを受けてアメリカにおいてナイ・イニシャティヴが開始され、アメリカの新しい東アジア政策が「東アジア戦略報告」にまとめられた段階がある。最後に、これと密接に関わる形で日本では防衛庁が新大綱の原案を起案し、これをもとにした議論により、安全保障会議において省庁間の意思統一が図られ、与党防衛政策調整会議において連立与党間の調整が行われた。こうして最終案が完成しこれが閣議決定されて、新しい防衛計画の大綱が成立に至る。

このプロセスには、防衛問題懇談会、ナイ・イニシャティヴ、安全保障会議、与党防衛政策調整会議という４つの制度が関与しており、それぞれが防衛庁内の決定、日米間の決定、省庁間の決定、連立与党内の決

定という各決定レヴェルを司る。

これらの決定レヴェルは、前章で検討した「政治レヴェルの消極的関与」、「防衛庁の限定的影響力」、「防衛庁の限定的政策展開能力」、「日米の軍－軍関係」という、従来の日本の防衛政策プロセスにおいて見られた４つの特徴と対応している（表１）。

決定レヴェル	防衛庁・自衛隊内	日米間	省庁間	連立与党内
制　　度	防衛問題懇談会	ナイ・イニシャティヴ	安全保障会議	与党防衛政策調整会議
従来の特徴	限定的政策展開能力	軍－軍関係の凍結	防衛庁の限定的影響力	政治レヴェルの消極的関与

表１：決定レヴェル、制度、プロセスの特徴の関連

これら、４つの決定レヴェル、制度、特徴の関連をまとめたものが表１である。以上を基に、各決定レヴェルにおいて制度がいかなるアイディアを媒介したのか、またその時各レヴェルに関連するプロセスの特徴がどう影響したのかを確認することで、本稿の作業仮説の妥当性と問題点を検証し、「日米同盟深化」のプロセスを理解・説明することができよう。

最後に、制度変化について触れておく。後に詳しく見るように、本稿の事例では、いくつかの制度変化が観察された。本稿の焦点は、それらの制度変化が政策に与える影響にあるのであって、制度変化の発生メカニズムは主たる関心対象ではない。したがって、断続均衡論や漸進的累積的変化論が提示する制度変化モデルを用いて、観察された制度変化を説明するための議論を詳しく展開することはしない。ただし、本稿の分析視角からして、特定の制度変化モデルの妥当性が高いとの予測は可能である。本稿は、政治レヴェル・省庁間・日米間・省庁内という４つの決定レヴェルを分析対象とするが、その中でも特に重視されるのは日米間・省庁内という比較的低位の決定レヴェルである。[11] また、これら４つの異なる決定レヴェルに対応する４つの制度が防衛政策を規定するという、多対１的な制度－政策関係を想定している。これら２つの視角からは、漸進的累積的変化モデルとの整合性が予想される。他方、分析の

対象となるタイムスパンは主に93年から95年までの３年間という短期に属するもので、この点からは断続均衡モデルとの親和的傾向が予測される。ただし、観察された制度変化の一部は、既に先行研究において指摘されているとおり、70年代末から生じていた傾向の継続と捉えることが可能である。この場合、本稿のタイムスパンは必ずしも短期に限定されるものではなくなる。以上のように、本稿の分析視角からは相反する予想が導かれうるものの、分析上は前２者の影響を重視することから、全体としては漸進的累積的変化モデルがより適合的となるとの予測が可能である。

第４章　1990年代前半の状況

以下の第４章から第７章では、冷戦後日本の防衛政策の中核部分を形成した「日米安保再定義」のプロセスのうち、この方向が定着した時期を主たる対象として分析を行う。第４章では、次章からの分析の前提として、1990年代前半の状況を簡単にまとめる（以上本号）。

その後、プロセスの発端から1995年11月の新防衛計画の大綱決定までの期間を、樋口レポート（第５章）、ナイ・イニシャティヴ（第６章）、新防衛計画の大綱（第７章）の３つのプロセスに分け、それぞれについて検討することで、冷戦後日本の防衛政策形成プロセスについての分析を行う。

なお、このプロセスは、その最初期から数えてもまだ20年を経ていない直近の過去に属する「現代政治」上の事象であり、内実を正確かつ広範に示す資料はいまだ出揃っていない。こうした状況に鑑みれば、学術研究がいまだ十分なされていない現状も無理からぬことというべきである。もちろんこのような資料上の限界は、本研究にとっても重大な制約となっており、その意味で以下に示されるプロセスの分析は、不完全で過渡的な試みに留まる面がある。

ここで用いた資料は、主にこのプロセスに直接関わった当事者やその周辺に位置した関係者による記述、彼らへのインタヴューを元にした記述、及び当時の報道などの記述といった２次資料である。当然ながらこうした２次資料は、体系的に蓄積・整理・管理された１次資料に比べて、信憑性の点で資料的価値が劣ることが多い。この問題を可能な限り補填するため、本稿では特に断りの無い限り、複数の資料で確認できる事柄のみを扱った。なお、報道資料については、主に『朝日新聞』、『毎日新聞』、『読売新聞』の全国版に掲載された記事を用いたが、煩雑を避けるため、記事中の記述を引用する場合を除き、事実関係の記述の元となった記事を明示していない。

第１節　防衛政策改定のアジェンダ化

冷戦の終結により、国際的な安全保障環境が地球規模で大きく変化し、

国内においても新時代に適合的な防衛政策、より広くは安全保障政策をめぐる議論が百出した。新たな防衛政策ヴィジョンの提示は日本政府にとっての重要な政治課題となっていた。

この課題にとって重要なのが、日本の防衛政策の枠組を定めた「防衛計画の大綱」の扱いであった。当時の大綱は、1976年、デタントの国際環境を前提として策定されたものであった。この旧大綱は、日本が持つべき防衛力を「基盤的防衛力」と規定し、その具体的な防衛力規模を整備目標として「別表」に定めている。この基盤的防衛力の整備は、1990年に終了する中期防衛力整備計画でほぼ完了した。さらに、国際環境の変化も著しい。したがって90年代初頭にはすでに、長期的な防衛力整備のために旧大綱の見直しが必要な状況となっていた。

実際政府は、90年末に、大綱を95年度末までに改定する方針を固めていた。同年策定された中期防衛力整備計画（90～95年度対象）にも「自衛官定数を含む防衛力の在り方について検討を行い、本計画期間中に結論を得る」との文言で、95年度末までの防衛計画の見直し方針が示されていた。1992年２月６日には、与党自民党の国防３部会[12]が大綱改定の方針を了承している。93年６月には防衛庁内に防衛局長の私的諮問機関「新時代の防衛を語る会」が設置され、計6回の会合を通して防衛庁としての意見集約が図られていた。[13]

第２節　「国際貢献論」の登場

1990年８月２日、イラク軍が隣国クウェートに侵攻した。これに対し国連安保理は、即時無条件撤退を要求する決議を採決した。イラクがこれに従わなかったため、91年１月17日、アメリカ軍を中心とする多国籍軍がイラクに侵攻、湾岸戦争が勃発した。この戦争は２月末に多国籍軍側の勝利で決着、クウェートは解放された。

湾岸戦争に際し日本は、多国籍軍に対し計130億ドルもの資金援助を行った。しかしこの援助は、アメリカからの圧力に押される形で決定されたもので、また初期に決定した援助が小額であるとの批判を受けて徐々に追加支援を上乗せするという経緯をたどったために、アメリカ側から　“Too little, too late.”と揶揄されるなど、国際的に十分な評価を

受けられなかった。また、終戦後にクウェート政府が米紙などに掲載した感謝広告の対象に日本が含まれていなかったことが、国内において日本の外交能力の欠如を示すものとして問題視された。こうした日本の危機対応上の問題は、従来の外交・防衛政策の欠陥を反映するものとされ、その見直しを求める議論が興隆した。中でも焦点となったのが「金は出すが人は出さない」日本の姿勢であった。

日本は従来、憲法９条を中心とする平和主義的な法・政策体系に基づき、自衛目的以外での軍事力使用を一切認めず、集団的自衛権の行使を違憲としてきた。冷戦終結後の国際環境において問われたのは、このような政策路線の妥当性であった。

湾岸戦争を契機に国連の存在感は強まり、国連の下での集団的安全保障体制への期待も高まりつつあった。防衛白書でも、1991年度版で湾岸戦争を受け国際平和の維持における国連の役割拡大に言及し、94年には国連の役割に期待感が表明されている。そうした中で、冷戦構造の下での集団的自衛権行使と、国連を中心とする集団的安全保障を目指すための集団的自衛権行使を区別し、後者は認められるべきとの主張がなされるようになった。設立当初からシビリアン・コントロールに基づく統制の実績を積み信頼性を高めてきたとされた自衛隊が、国連の集団安全保障体制のために活動することは、敗戦への反省から憲法９条により禁じられてきた軍事力の行使とは異なり、好ましいものである、との考えが主張されるに至った。こうした「国際貢献論」に対する支持も広まっていた。

国際貢献の具体策となるのが、国連平和維持活動（PKO）への参加であり、これを可能とするためのPKO法が政治的争点となった。92年の通常国会では、自衛隊のPKO活動参加を可能とするPKO法案が審議され、自・公・民３党が法案成立に向けて国連平和維持軍（PKF）参加凍結や国会の事前承認などで合意、社会党などの牛歩戦術による抵抗を乗り越え、６月15日に同法は成立した。これによって自衛隊の海外派遣が認められるに至り、カンボジアPKOへの参加など、自衛隊の海外活動が実施されるようになった。

「国際貢献論」とは、こうした活動を防衛政策の中核に据えようとする議論である。以上から、「国際貢献」路線とは90年代の状況変化により、

かつての国連中心主義が一定条件の下で軍事力の行使を肯定的に評価し、あるいは少なくとも受容するよう変質したものともいえよう。

ただ、「国際貢献論」が、単純に国連中心主義の延長とは言い切れない要因を含んでいることには注意を要する。「国際貢献論」発生の契機が、湾岸戦争への対応であったことが示すように、この背後にはアメリカからの対米協力を要求する圧力があったことは否定できない。「国際貢献論」には、対米協力という側面がつきまとうのである。

こうした「国際貢献論」の２面性は、冷戦終結後の日本防衛政策を導く理念としての現実的妥当性をより高めた側面がある。従来、日米安保中心主義に基づいていた防衛政策を国連中心主義へと転換することには、非常に大きな抵抗を伴うであろうことが想像に難くない。対して、「国際貢献論」は日米安保中心主義と必ずしも矛盾しない面があるため、それを導入することによる抵抗は比較的小さなものに留まると考えられる。この意味で「国際貢献論」は、単純な国連中心主義に比べ、冷戦後日本の状況にはるかに適合的であったといえよう。

しかしながら、後に詳しく見るように、新たな「防衛計画の大綱」策定プロセスにおいて一度は重要な位置づけを得たかに見えた「国際貢献論」は、結果的には防衛政策の中核から排除されることになる。

第３節　朝鮮半島核危機（93年２月～94年６月）

先述のように、冷戦期を通して北朝鮮は日本にとっての主要な現実的脅威であった。日朝の国交回復は、日本にとっては現実的脅威の縮小を意味していたものの、アメリカにとっては極東における対ソ軍事展開と朝鮮半島情勢への対応の基礎である日米安保条約の危機を感じさせるものであった。したがって、冷戦状況下においては日朝の関係改善努力は困難な状況にあった。

しかし、冷戦状況が緩和されれば当然ながらこの障害も縮小することになる。この意味で、東西の緊張が緩和され始め、終には冷戦崩壊に至る80年代末からの状況は、日本にとって北朝鮮の脅威を大幅に縮小・解消する大きなチャンスの到来といえた。日本がこうした動きを取った場合、アメリカからの強い反発が予想されることに変わりはなくとも、そ

れに伴うリスクは大幅に減少するからである。

他方北朝鮮にとっては、日本との国交回復にはアメリカの脅威を減少させる効果が期待できた。またこの時期の状況として、ソ連の衰退・崩壊により経済援助が大幅に減少したことで、国内の経済状況が極度に悪化したという事実がある。経済大国である日本との国交回復は、ソ連に代わる経済支援供給国を獲得するという意味でも、かなり魅力的な選択肢であったといえよう。

このように、冷戦終結から90年代前半にかけては、日朝国交正常化に向けてかつてないチャンスが到来した時期であった。[14]

しかしながら、このような日朝関係改善のチャンスは急速に萎む。1993年３月12日、北朝鮮が核兵器不拡散条約（Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons: NPT）からの脱退を宣言した。国際原子力機関（International Atomic Energy Agency: IAEA）理事会が行った核関連施設への特別査察要求に反発してのことだった。この問題に関する米朝二国間の交渉は一進一退を繰り返しつつ、容易に解決への見通しは立たなかった。翌年３月には、南北実務者協議において北朝鮮側が「ソウルは火の海になる」と発言、緊迫の度が一気に深まった。これに対しウィリアム・ペリー米国防長官は、北朝鮮の核兵器開発阻止のためには戦争も辞さないと発言し、同時にそのための準備にすでに着手していることを公式に認めた。結局この問題は、６月にカーター元米大統領が平壌入りし金日成北朝鮮主席と会談したことで、ようやく最も緊張した時期を脱することになった。[15]

この北朝鮮核危機は、北東アジアが「朝鮮戦争以来最も危うく戦争に近づいた」[16]出来事とも言われる。その当事者は北朝鮮とアメリカであり、北朝鮮と国境を接する韓国であった。しかしそれは同時に、アメリカの同盟国であり朝鮮半島に近接する日本にも、非常に大きな影響を与えた。北朝鮮とアメリカ・韓国の軍事力バランスから見て、北朝鮮が日本にまで相当規模の攻撃を仕掛ける可能性は極小さいと考えられた。そのため、日本の防衛関係者が最も重要と考えたのは、対米支援に関する問題であった。米朝戦争に際し日本がアメリカを支援しなければ、日米安保体制の崩壊につながりかねない。日本の防衛関係者にとってそれは、日本の防衛体制全体が崩壊する危機を意味した。

そのような緊迫した事態において明らかになったのは、日米安保体制がはらむ脆弱性であった。94年春の時点で、日米間ではすでに米朝開戦を想定した交渉が行われ、在日米軍から自衛隊の統合幕僚会議に対し1900項目にわたる支援要求事項が伝えられていた。しかしこれらの多くは集団的自衛権の行使となる可能性があったため、日本は支援実施の可否を決定することが出来なかった。日米安保条約は、北朝鮮核危機に際し、それを実効的に運用することができないという問題を露呈したのである。そもそもこうした問題は、安保条約をめぐる日米の認識の違い、あるいは日本政府の国内向けの説明と対米姿勢の齟齬が放置されていたことに起因するといえる。実戦の可能性が乏しかった冷戦期には、このことはあまり大きな問題とはならなかった。しかし冷戦の終結により比較的小規模な地域紛争の可能性が高まったことにより、こうした問題が表面化し、これへの対応が必要となったのである。この結果、アメリカからの要求を基に日米安保体制の運用面を中心として対米協力・支援の具体策がようやく検討され始めた。北朝鮮核危機を期に、日米の防衛政策関係者の間では、安保の運用面をめぐる不安と問題が最重要課題として共有されるに至った。

第４節　日米関係の悪化と緊張

冷戦終結後、アメリカは新たな国際環境に適応するため、軍事政策をはじめとする様々な領域で政策転換を行った。93年のクリントン民主党政府の成立が、この傾向に拍車をかけた。その結果90年代前半には、日米関係が悪化し緊張をはらむものとなっていた。以下では、この関係悪化の原因のうち、２つの主たる要因について確認しておく。

第１に、アメリカの前方展開兵力削減政策である。[17] 冷戦の終結により、国防予算の圧縮と軍の規模縮小を求める世論が高まり、これらの政策変化は避けられない情勢となった。こうした情勢を受け、すでにブッシュ政権期には、同時に２つの「ならず者国家」と地域的な紛争を戦い得る能力を維持するため、米軍全体の規模を冷戦時の４分の３程度に維持するとともにパワー・プロジェクション能力を高める、との方針が示されていた。また対アジア地域政策も、２本の「東アジア戦略構想

（East Asia Strategic Initiative: EASI）」において、前方展開する兵力規模を13万５千人から９万人程度へと削減する方針示された。

クリントン政権は、この軍縮政策をさらに推し進めた。93年９月に発表された「ボトム・アップ・レヴュー（Bottom-Up Review: BUR）」では、主要な地域紛争（Major Regional Conflict: MRC）を２つ同時に戦うことを想定し、その両方で勝利するために必要な兵力を積み上げ方式で算出し、冷戦中のピーク時の３分の２程度（約140万人程度）を所要兵力とした。また、BUR では兵力のみならず軍事力構成の面でも見直しを行い、前方展開として同盟国に駐留する兵力を可能な限り削減し、これを高機動能力によって有事に迅速な緊急展開を行う海上機動兵力で補うとの方針を示した。これらの結果、東アジア地域には10万人規模のプレゼンスを維持すべきとの結論が導かれていた。後にも見るように、こうした米国の一方的な前方展開削減方針は、日本をはじめとするアジア各国に、この地域へのアメリカのコミットメントに対する疑念を生じさせる結果となり、同盟国には「見捨てられ（abandonment）」る恐れと米国への不信を抱かせた。

第２に、経済的な摩擦の激化である。クリントン政権は、外交の重心を冷戦期的な軍事・防衛分野から経済分野へと移し、国務省や国防総省といったチャネルを通しての外交交渉を重視せず、合衆国通商代表部（United States Trade Representative: USTR）を中心とする経済外交を展開した。特に日本に対する圧力は激しく、包括経済協議の名の下に、電気通信交渉や自動車・自動車部品交渉などで日本側にとっては理不尽とも思える要求を次々と強硬に突きつけた。この時期、日本はバブル経済の崩壊による深刻な不況の波にさらされ始めており、こうした米国の強硬路線に対する反発も高まりつつあった。包括協議においては対立的な外交交渉が多く展開され、経済分野における日米関係の悪化が明らかな情勢であった。

注

[1] ここでいう「防衛政策」とは、広義の「安全保障政策」のうち、特に軍事力の使用に関わるものを指す。この意味で、言葉の上では国の防衛に関わる政策を想定させやすい「防衛政策」よりも、狭義の「安全保障政策」、あるいは「軍事政策」の術語の方が意味上は適切とも考えられる。しかし、「安全保障政策」

では煩雑であっても何らかの限定を付加しない限りその意味するところがかなり広範かつあいまいになってしまう。また憲法上軍隊を持ちえず自衛のための戦力を自衛隊と呼び習わしてきた日本においては、「軍事政策」の語に馴染みが薄く、これに代えて「防衛政策」の語を用いてきたという事情がある。このため、本稿では特に断りの無い限り、上記の意味で「防衛政策」という語を用いることとする。

[2] 例えば、ストリークとセレンは、本文で挙げた３つを含む５つのメカニズムを列挙する（Streek and Thelen 2005）。

[3] 政策と制度が１対１的な関係にあるケースとは、例えば日本の防衛政策を対象として「防衛計画の大綱」によって防衛方針を示す大綱方式を制度に、これに基づいて政府が実施する防衛政策を政策に設定するような場合を指す。これに対して制度・政策関係が多対１的な場合とは、省庁内レヴェル、省庁間レヴェル、政党政治レヴェルの各政策決定レヴェルがそれぞれ固有の制度を持っており、その制度が最終的に決定される政策にそれぞれ別の影響を与えるような場合を指す。１対１的な関係の場合、制度―政策関係の議論がトートロジーに陥りやすく注意を要する。タイム・スパンについて明確な基準を示すことは難しいが、通常歴史的制度論において10年以下の期間は短期といって差し支えなかろう。決定レヴェルについてもケース・バイ・ケースであるが、政党間あるいは立法府レヴェルを高次とすれば、政党内や行政府レヴェルの決定プロセスは低次と分類できるであろう。

[4] もちろん、ここで示した分析視角上の要因の区別はどれも相対的なものであって、理論との関係も確定的なものではなく、あくまで傾向的なものにとどまる。したがって以上から両理論の関係が明確に整理されたとはいえないが、これは両理論の関係に含まれている曖昧さを部分的に反映したものといってよいであろう。

[5] この防衛庁・自衛隊が設置されるまでのいわゆる「再軍備」のプロセスについては多くの研究がなされており、それが単純に日本の自衛権行使の条件整備を目的としたものとは言いがたいことは最早周知の事実といえるし、またその憲法との整合性についても膨大な議論が積み重ねられているが、これらの点についてはここでは触れない。なお、「再軍備」のプロセスに関する研究の代表的なものとして、大嶽、佐道、植村らの研究を参照（大嶽 1988；佐道 2003；植村 1995）。

[6] この旧条約（「日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約」）は、日本が占領から講和を経て独立を回復する特殊な時期に締結されたもので、その内容は占領軍の駐留をほぼそのままの形で継続させる「駐軍協定」（佐道 2003、15）であり、憲法により軍事力を放棄した日本の防衛は、「占領軍」から名を変えた「在日米軍」に相変わらず任されていた。しかしその後朝鮮戦争などを経て

日本が自衛隊という軍事力を持つに至ると、旧安保条約の片務性と日本の自主防衛の欠落を問題視する声が強まり、改正を求める声が強まっていた。

[7] 以下、単に安保条約という場合には、この新条約を指すものとする。

[8] 以下、本段落の記述は廣瀬の説明に多くを負っている（廣瀬 1988）。

[9] 本稿では「国際貢献」役割が浮上するプロセスを詳しく扱わないが、これが90年代前半の防衛政策論議における主要な争点であったことは疑う余地がない。このプロセスの検討は冷戦後日本の防衛政策の展開を論じるうえで避けては通れない論点であることも間違いない。この点は今後の研究の課題としたい。

[10] 制度がアイディアを媒介する場合、両者はランダムに組み合わさるわけではなく、制度の性質とアイディアの内容の間には親和的な関係がある必要がある。この意味で、制度はアイディアを選択的に媒介するのであって、この選択性を通して政策内容に対する間接的影響を与える。

[11] ４つの決定レヴェルの順位づけについて、日米関係を省庁間と省庁内の間に位置づけることには説明が必要であろう。国際関係に関わる分析では、通常国家間レヴェルは国内政治レヴェルより上位と位置づけられる。他方主権国家の政策決定においては、当該主権国家外のアクターである外国政府は基本的に制度的位置づけを持たない。本稿の対象は日本国内の政策決定であるが、日本の防衛政策にとってアメリカはきわめて重要な位置を占めており、これを無視することはできない。また後に詳しく見るように、日本国内の政策決定に米政府が直接的な影響を与える制度的基盤が実際に存在した。以上の点から、本稿では日米関係を国内政策決定に関わる制度として扱い、その制度的位置づけを反映して、これを比較的低位の決定レヴェルと位置づけた。具体的な議論は第６章を中心として本稿の実証分析を参照されたい。

[12] 国防３部会とは、国防部会、安全保障調査会、基地対策特別委員会の３つを指す。

[13] この点について秋山は、防衛庁内では防衛政策の見直しが必要との認識は共有されていたものの、それは必ずしも大綱の改定を意味していたわけではなく、組織的かつ具体的な作業は開始されていなかったと述べている。大綱改定を進めようとする細川首相のイニシャティヴは、政策見直しを目指す防衛庁にとっても好都合であったため、両者が合流する結果となった（秋山 2002、35-37）。

[14] この時期、日本政府が国交のない北朝鮮との関係改善に向けいかなる行動を取ったのかは、いまだ明らかにされておらず、今後の研究が待たれるところである。しかし、金丸信や野中広務といった政府自民党の中枢を占める政治家が、80年代末以降、朝鮮総連や北朝鮮との関係を深めるという例が見られることは興味深い。ただこれまでのところ、こうした政治家の行動が日朝の関係改善に寄与した形跡は見られない。こうした政治家が、関係改善努力が軌道に乗

る前にスキャンダルによって政治的影響力を失うという事態の繰り返しは、あるいは冷戦後日本の防衛政策にも何らかの影響を与えたといえるかもしれない。

[15] ただし、これはあくまでも一時的に極めて高まった緊張状態を脱したということであって、これをもって北朝鮮の核開発をめぐる問題が解決を見たわけでは当然ない。この問題が一応の解決を見るのは、1994年10月21日、米朝が、北朝鮮のNPT復帰、軽水炉開発への転換支援、連絡事務所の相互設置などを盛り込んだ合意文書に正式調印してからである。しかしながら、これさえも北朝鮮の核開発問題の最終的解決とならなかったことは、最近の事情が示すとおりである。

[16] 当時のアメリカ合衆国国防長官、ウィリアム・ペリーが危機終結後に語った言葉（船橋 1997、311）。

[17] 以下の過程については川上が詳細な分析を行っており、本稿の記述もこれに多くを負っている（川上 2004、75-100）。

参考文献

邦語文献

アイケンベリー、ジョン 2004『アフター・ヴィクトリー』鈴木康夫訳NTT出版。

赤根谷達雄・落合浩太郎 2004『日本の安全保障』有斐閣。

秋山昌廣 2002『日米の戦略対話が始まった―安保再定義の舞台裏』亜紀書房。

浅井基文 1999「日米新ガイドラインの国際的背景」山内敏弘編『日米新ガイドラインと周辺事態法―今「平和」の構築への選択を問い直す』法律文化社3-19頁。

麻生幾 2001『情報、官邸に達せず』新潮社。

アリソン、グレアム 1977『決定の本質』宮里政玄訳 中央公論社。

五百旗頭真編 1999『戦後日本外交史』有斐閣。

五十嵐武 1999『日米関係と東アジア―歴史的文脈と未来の構想』東京大学出版会。

石田淳 2000「コンストラクティヴィズムの存在論とその理論射程」『国際政治』124号。

石原信雄 1995『官邸二六六八日』日本放送出版協会。

― 1997『首相官邸の決断』中央公論社。

― 2001『権限の大移動―官僚から政治家へ、中央から地方へ』かんき出版。

伊藤光利・田中愛治・真淵勝 2000『政治過程論』有斐閣。

伊奈久喜 2002「9・11の衝撃」田中明彦編『「新しい戦争」時代の安全保障』都市出版。

猪口孝 1987『国際政治経済の構図』有斐閣。
― 1991『現代国際政治と日本』筑摩書房。
猪口孝・岩井奉信 1987『族議員の研究』日本経済新聞社。
入江昭 1991『新・日本の外交』中公新書。
― 2001『日米関係五十年』岩波書店。
植村秀樹 1995『再軍備と55年体制』木鐸社。
江田憲司・龍崎孝 2002『首相官邸』文春新書。
大嶽秀雄 1983『日本の防衛と国内政治』三一書房。
― 1986『アデナウアーと吉田茂』中央公論社。
― 1988『再軍備とナショナリズム―保守、リベラル、社会民主主義者の防衛観』中央公論社。
― 1996『戦後日本のイデオロギー対立』三一書房。
― 1998『日本政治の対立軸―93年以降の政界再編の中で』中央公論社。
大嶽秀夫編 1991『戦後防衛問題資料集』三一書房。
外交政策決定要因研究会 1999『日本の外交政策決定要因』 PHP 研究所。
蒲島郁夫 1998『政権交代と有権者の態度変容』木鐸社。
蒲島郁夫・竹中佳彦 1996『現代日本人のイデオロギー』東京大学出版会。
上西朗夫 1981『GNP 1 %枠』角川文庫。
川上高司 1994『米国の対日政策―覇権システムと日米関係』同文舘出版。
― 2004『米軍の前方展開と日米同盟』同文舘出版。
菅英輝 2005「なぜ冷戦後も日米安保は存続しているのか」菅英輝・石田正治編著『21世紀の安全保障と日米安保体制』ミネルヴァ書房 26-61頁。
草野厚 1997『政策過程分析入門』東京大学出版会。
久保亘 1998『連立政権の真実』読売新聞社。
栗山尚一 1997『日米同盟―漂流からの脱却』日本経済新聞社。
纐纈厚 2005『文民統制―自衛隊はどこへ行くのか』岩波書店。
河野勝 2000「リアリズム・リベラリズム論争」河野勝・竹中治堅編『アクセス国際政治経済学』日本経済評論社 15-42頁。
後藤田正晴 1998『情と理―後藤田正晴回顧録』講談社。
ギデンズ、アンソニー 1987『社会学の新しい方法基準―理解社会学の共感的批判』松尾精文・藤井達也・小幡正敏訳 而立書房。
― 1993『近代とはいかなる時代か？―モダニティの帰結』松尾精文・小幡正敏訳 而立書房。
サイモン、ハーバート 1970『人間行動のモデル』宮沢光一監訳 同文館。
坂元一哉 2000『日米同盟の絆―安保条約と相互性の模索』有斐閣。
佐道明広 2003『戦後日本の防衛と政治』吉川弘文館。
― 2006『戦後政治と自衛隊』吉川弘文館。

信田智人 2004『官邸外交』朝日新聞社。
― 2006『冷戦後の日本外交』ミネルヴァ書房。
新川敏光・井戸正伸・宮本太郎・真柄秀子 2004『比較政治経済学』有斐閣。
新川敏光・ダニエル・ベラン 2007「自由主義福祉レジームの多様性―断続均衡と漸増主義のあいだ―」『法学論叢』160巻５・６号 184-220頁。
進藤榮一 2001『現代国際関係学』有斐閣。
瀬端孝夫 1998『防衛計画の大綱と日米ガイドライン』木鐸社。
添谷芳秀 2005『日本の「ミドル・パワー」外交―戦後日本の選択と構想』筑摩新書。
田中均 1994「北朝鮮核疑惑問題を検証する」『外交フォーラム』1994年７月号。
田村重信 1997『日米安保と極東有事』南窓社。
デュルケム、エミール 1974『社会学的方法の基準』宮島喬訳 岩波文庫。
中馬清福 1985『再軍備の政治学』知識社。
土山實男 1997「日米同盟の国際政治理論」日本国際政治学会編『国際政治』第115号 161-179頁。
ナイ、ジョセフ 2002『国際紛争―理論と歴史』田中明彦・村田晃嗣訳 有斐閣。
中島邦子 1999「日本の外交政策決定過程における自由民主党政務調査会の役割」外交政策決定要因研究会『日本の外交政策決定要因』PHP 研究所。
中島信吾 2006『戦後日本の防衛政策―「吉田路線」をめぐる政治・外交・軍事―』慶應義塾大学出版会。
野林健・大芝亮・納家政嗣・長尾悟 1996『国際政治経済学・入門』有斐閣。
濱田顕介 2000「構成主義・世界政体論の台頭―観念的要素の（再）導入」河野勝・竹中治堅編『アクセス国際政治経済学』日本経済評論社 43-65頁。
林茂夫 1999「ACSA をめぐる問題」山内敏弘編『日米新ガイドラインと周辺事態法―今「平和」の構築への選択を問い直す』法律文化社 115-126頁。
早野透 1999『連立攻防物語』朝日新聞社。
原彬久 1997「序説日米安保体制―持続と変容」日本国際政治学会編『国際政治 第115号』1-10頁。
ハンチントン、サミュエル 1978『軍人と国家（上・下）』市川良一訳 原書房。
阪野智一 2006「比較歴史分析の可能性―経路依存と制度変化」日本比較政治学会編『日本比較政治学会年報 第8号』63-91頁。
廣瀬克哉 1989『官僚と軍人―文民統制の限界』岩波書店。
フーコー、ミシェル 1977『監獄の誕生―監視と処罰』田村俶訳 新潮社。
― 1986『性の歴史Ⅰ 知への意思』渡辺守章訳 新潮社。
船橋洋一 1997『同盟漂流』岩波書店。
古川純 1999「日米安保体制の展開とガイドラインの新段階―双務的防衛体制の形成」山内敏弘編『日米新ガイドラインと周辺事態法―今「平和」の構築

への選択を問い直す』法律文化社 38-48頁。
ベック、ウルリッヒ、アンソニー・ギデンズ、スコット・ラッシュ 1997『再帰的近代化―近現代における政治、伝統、美的原理』松尾精文・小幡正敏・叶堂隆三訳 而立書房。
防衛問題懇談会 1994『日本の安全保障と防衛力のあり方―21世紀へ向けての展望―』データベース『世界と日本』、東京大学東洋文化研究所田中明彦研究室 http://www.ioc.u-tokyo.ac.jp/~worldjpn/documents/index.html 参考資料。
細谷千博編 1995『日米関係通史』東京大学出版会。
増田弘 2005『自衛隊の誕生―日本の再軍備とアメリカ』中央公論新社。
御厨貴・中村隆英編 2005『宮沢喜一回顧録』岩波書店。
御厨貴・渡邉昭夫 2002『首相官邸の決断―内閣官房副長官石原信雄の2600日』中央公論社。
読売新聞戦後史班編 1981『「再軍備」の軌跡―昭和戦後史』読売新聞社。
渡辺治 1999「日米新ガイドラインの日本側のねらい」山内敏弘編『日米新ガイドラインと周辺事態法―今「平和」の構築への選択を問い直す』法律文化社 19-37頁。

英語文献

Adler, Emanuel, and Beverly Crawford, eds. 1991. *Progress in Postwar International Relations*. New York: Columbia University Press.
Allison, Graham. 1971. *Essence of Decision: Explaining the Cuban Missile Crisis*. Boston: Little, Brown and Co.
—. 1999. *Essence of Decision: Explaining the Cuban Missile Crisis*. 2nd Ed. New York: Longman.
Bachrach, Peter, and Morton Baratz. 1970. *Power and Poverty: Theory and Practice*. Oxford: Oxford University Press.
Baldwin, David, ed. 1993. *Neorealism and Neoliberalism: The Contemporary Debates*. New York: Columbia University Press.
Beck, Ulrich et al. 1994. *Reflexive Modernization: Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order*. Cambridge: Polity Press.
Berger, Thomas. 1996. "Norms, Identity, and National Security in Germany and Japan." *The Culture of National Security: Norms and Identity in World Politics*, edited by Peter Katzenstein. New York: Columbia University Press: 317-356.
—. 1998. *Cultures of Antimilitarism: National Security in Germany and Japan*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
—. 2004. *Redefining Japan & the U.S.- Japan Alliance*. New York: Japan Society

Inc.

Berger, Peter, and Thomas Luckman. 1966. *The Social Construction of Reality: a Treatise in the Sociology of Knowledge*. Garden City: Double Day.

Bergesen, Albert, ed. 1991. *Studies of the Modern World System*. New York: Academic Press.

Benfell, Steven. 1997. *"Rich Nation, No Army": the Politics of Reconstructing National Identity in Postwar Japan*. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Press.

—. 1998. *Meet the new Japan, same as the old Japan: The history and politics of postwar national identity*. Cambridge: Harvard University, the Program on U.S.-Japan Relations, the Center for International Affairs and the Reischauer Institute of Japanese Studies.

Blackwill, Robert, and Paul Dibb. 2000. *America's Asian Alliance*. Cambridge: The MIT University Press.

Buckley, Roger. 1992. *US-Japan Alliance Diplomacy, 1945-1990*. Cambridge: Cambridge University Press.

Buzan, Barry. 1983. *People, States, and Fear: The National Security Problem in International Relations*. London: Wheatsheaf Books.

Campbell, David. 1992. *Writing Security: United States Foreign Policy and the Politics of Identity*. Minneapolis: University of Minnesota Press.

Checkel, Jeffrey. 1998. "The Constructivist Turn in International Relations Theory." *World Politics,* 50 (January) : 324-348.

Cox, Grey, and Mathew McCubbins. 1987. *Legislative Leviathan*. Berkeley: University of California Press.

DiMaggio, Paul, and Walter Powell. 1991. "Introduction." *The New Institutionalism in Organizational Analysis,* edited by Powell, Walter and Paul DiMaggio. Chicago: University of Chicago Press: 1-40.

Elman, Colin, and Miriam Elman, eds. 2003. *Progress in International Relations Theory: Appraising the Field*. Cambridge: MIT Press.

Evans, Peter et al., eds. 1993. *Double Edged Diplomacy: International Bargaining and Domestic Politics*. Berkeley: University of California Press.

Evans, Peter et al., eds. 1985. *Bringing the State Back in*. Cambridge: Cambridge University Press.

Ferejohn, John, and Morris Fiorina. 1975. "Positive Models of Legislative Behavior." *American Economic Review,* 65: 407-415.

Fierke, Karin, and Knud Jorgensen. 2001. *Constructing International Relations: The Next Generation*. New York: M. E. Sharpe.

Finnemore, Martha. 1996a. *National Interests in International Society*. Ithaca: Cornell University Press.

—. 1996b. "Norms, Culture, and World Politics: Insights from Sociology's Institutionalism." *International Organization* 50: 325-347.

Finnemore, Martha, and Katharin Sikkink. 1999. "International Norm Dynamics and Political Change." *Exploration and Contestation in the Study of World Politics,* edited by Peter Katzenstein et al. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.

Gaddis, John. 1992. "International Relations Theory and the End of Cold War." *International Security* 17(Winter) : 5-58.

George, Alexander. 1993. *Bridging the Gap: Theory and Practice in Foreign Policy*. Washington, D. C.: United States Institute of Peace Press.

Giddens, Anthony. 1976. *New Rules of Sociological Method: A Positive Critique of Interpretive Sociologies*. London: Hutchinson.

—. 1979. Central Problems in Social Theory: Action, Structure, and Contradiction in Social Analysis. London: Macmillan.

—. 1984. *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration*. Cambridge: Polity Press.

Gilpin, Robert. 1981. *War and Change in World Politics*. New York: Cambridge University Press.

Graber, Doris. 1984. *Media Power in Politics*. Washington, D. C.: Congressional Quarterly.

Goldstein, Judith, and Robert Keohane, eds. 1993. *Ideas and Foreign Policy: Beliefs, Institutions, and Political Change*. Ithaca: Cornell University Press.

Green, Michael. 2003. *Japan's Reluctant Realism: Foreign Policy Challenges in an Era of Uncertain Power*. New York: Palgrave.

Green, Michael, and Patric Cronin, eds. 1999. *The U.S.-Japanese Alliance: Past, Present, and Future*. New York: Council on Foreign Relations.

Haas, Ernst. 1964. *Beyond the Nation-State : Functionalism and International Organization*. San Francisco: Stanford University Press.

—. 1990. *When Knowledge is Power: Three Models of Change in International Organizations*. Berkeley: University of Berkeley Press.

Haas, Peter. 1990. *Saving Mediterranean: Politics of International Environmental Cooperation*. New York: Columbia University Press.

—. 1993. "Epistemic Communities and the Dynamics of International Environmental Co-Operation." *Regime Theory and International Relations,* edited by Rittberger, Volker. ed. Oxford: Clarendon Press.

Hacker, Jacob. 2004. “Privatizing Risk without Privatizing the Welfare State: The Hidden Politics of Social Policy Retrenchment in the United States.” *American Political Science Review* 98-2: 243-260.

Hall, Peter, ed. 1989. *The political Power of Economic Ideas: Keynesianism across Nations*. Princeton: Princeton University Press.

Hall, Peter. 1992. “The Movement from Keynesianism to Monetarism: Institutional Analysis and British Economic Policy in the 1970s.” *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis,* edited by Sven Steinmo et al. Cambridge: Cambridge University Press: 90-113.

—. 1993. “Policy Paradigms, Social Learning and the State: the Case of Economic Policymaking in Britain.” *Comparative Politics* 25-3: 275-296.

Hall, Peter, and Rosemary Taylor. 1996. “Political Science and the Three New Institutionalism.” *Political Studies* 44-5.

Holsti, Kalevi. 1995. *International Politics: A Framework for Analysis*. 7th ed. Englewooh Coliffs: Prentice Hall.

Holsti, Ore et al., eds. 1980. *Change in the International System*. Boulder: Westview.

Huntington, Samuel. 1957. *The Soldier and the State: the Theory and Politics of Civil-Military Relations*. New York: Vintage Books.

Ikenberry, John. 2001. *After Victory: Institutions, Strategic Restraint and the Rebuilding of Order after major War*. Princeton: Princeton University Press.

Immergut, Ellen. 1992a. *Health politics: interests and institutions in Western Europe*. Cambridge; New York: Cambridge University Press.

—. 1992b. “The Rules of the Game: the Logic of Health Policy-Making in France, Switzerland, and Sweden.” *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis,* edited by Sven Steinmo et al. Cambridge: Cambridge University Press: 57-89.

—. 1998. “The Theoretical Core of the New Institutionalism.” *Politics and Society* 26-1.

Jepperson, Ronald et al. 1996. “Norms, Identity, and Culture in National Security.” *The Culture of National Security: Norms and Identity in World Politics,* edited by Peter Katzenstein. New York: Columbia University Press: 33-75.

Kato, Junko. 1996. “Institutions and Rationality in Politics: Three Varieties of Neo-Institutionalists.” *British Journal of Political Science* 26.

Katzenstein, Peter. 1985. *Small States in World Markets: Industrial Policy in Europe*. Ithaca: Cornell University Press.

—. 1996a. *Cultural Norms and National Security: Police and Military in Postwar*

Japan. Ithaca: Cornell University Press.
—. 1996b. "Introduction: Alternative Perspectives on National Security." *The Culture of National Security: Norms and Identity in World Politics,* edited by Peter Katzenstein. New York: Columbia University Press: 1-32.
Katzenstein, Peter. ed. 1978. *Between Power and Plenty*. Madison: University of Wisconsin Press.
Katzenstein, Peter. ed. 1996. *The Culture of National Security: Norms and Identity in World Politics*. New York: Columbia University Press.
Katzenstein, Peter et al., eds. 1999. *Exploration and Contestation in the Study of World Politics*. Cambridge: The MIT Press.
Kauppi, Mark. 1991. "Contemporary International Relations Theory and the Peloponnesian War." *Hegemonic Rivalry: From Thucydides to the Nuclear Age,* edited by R. Lebow and B. Strauss. Boulder: Westview Press.
Keohane, Robert. 1984. *After Hegemony : Cooperation and Discord in the World Political Economy*. Princeton: Princeton University Press.
Keohane, Robert, ed. 1986. *Neorealism and Its Critics*. New York: Columbia University Press.
—. 1989. *International Institution and the State Power*. Boulder: Westview Press.
Keohane, Robert, and Joseph Nye. 1977. *Power and Interdependence: World Politics in Transition*. Boston: Little Brown.
Kier, Elizabeth. 1997. *Imagining War: French and British Military Doctrine between the Wars,* Princeton: Princeton University Press.
Krasner, Stephen. 1978. *Defending the National Interest: Raw Materials Investments and U.S. Foreign Policy*. Princeton: Princeton University Press.
—. 1984. "Approaches to the State: Alternative Conceptions and Historical Dynamics." *Comparative Politics* 16-2: 223-246.
Kratochwil, Friedrich. 1989. *Rules, Norms, and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*. Cambridge: Cambridge University Press.
Lukes, Steven. 1972. *Power: a Radical View*. New York: Macmillan.
March, James. 1986. "Bounded Rationality, Ambiguity, and the Engineering of Choice." *Rational Choice,* edited by John Elster. Oxford: Basil Blackwell.
—. 1994. *A Primer on Decision Making: How Decisions Happen*. New York: The Free Press.
March, James, and Johan. Olsen. 1979. *Ambiguity and Choice in Organizations, 2nd ed*. Bergen: Universitetsforlaget.
—. 1989. *Rediscovering Institutions*. New York: Free Press.

McCelvey, Richard. 1976. “Intransitivities in Multidimensional Voting Models and Some Implications for Agenda Control.” *Journal of Economic Theory* 12: 472-82.

McCubbins, Mathew, and Terry Sullivan, eds. 1987. *Congress: Structure and Policy*. New York: Cambridge University Press.

Meyer, John, and Brian Scott. 1977. “Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony.” *American Journal of Sociology* 83: 340-63.

Meyer, John, and Richard Scott. 1983. *Organizational Environments: Ritual and Rationality*. Beverly Hills: Sage.

Mochizuki, Mike. 1997. *Toward a True Alliance: Restructuring U.S.-Japan Security Relations*. Washington, D.C.: Brookings.

Morse, Edward. 1976. *Modernization and Transformation of International Relations*. New York: Free Press.

Mueller, John. 1995. *Quiet Cataclysm: Reflection on the Recent Transformation of World Politics*. New York: Harper Collins.

Nye, Joseph. 2003. *Understanding International Conflicts: An Introduction to Theory and History, 4th ed.* New York: Longman.

Pempel, T. J. 1998. *Regime Shift: Comparative Dynamics of the Japanese Political Economy*. Ithaca: Cornell University Press.

Pierson, Paul. 1994. *Dismantling the Welfare State?: Reagan, Thatcher, and the Politics of Retrenchment*. Cambridge: Cambridge University Press.

Powell, Walter, and Paul DiMaggio eds. 1991. *The New Institutionalism in Organizational Analysis*. Chicago: University of Chicago Press.

Putnam, Robert. 1988. “Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games.” *International Organization* 42-3(Summer) : 427-460.

Riker, William. 1980. “Implications from the Disequilibrium of Majority Rule for the Study of Institutions.” *American Political Science Review* 75: 432-47.

Rittberger, Volker, ed. 1993. *Regime Theory and International Relations*. Oxford: Oxford University Press.

Romm, Joseph. 1993. *Defining National Security: The Nonmilitary Aspects*. New York: Council on Foreign Relations Press.

Rothstein, Bo. 1992. “Labor-Market Institutions and Working-Class Strength.” *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis,* edited by Sven Steinmo et al. Cambridge: Cambridge University Press: 33-56.

Rueschemeyer, Dietrich, and Theda Skocpol, eds. 1996. *States, Social Knowledge, and the Origins of Modern Social Politics*. Princeton: Princeton University Press.

Ruggie, John. 1996. *Winning the Peace: America and World Order in the New Era.* New York: Columbia University Press.

Schwartz, Frank, and Susan Pharr, eds. 2003. *The State of Civil Society in Japan,* Cambridge: Cambridge University Press.

Scott, Richard. 1995. *Institutions and Organizations.* Newbury Park, California: Sage.

Searle, John. 1995. *The Construction of Social Reality.* New York: Free Press.

Sikkink, Kathryn. 1991. *Idea and Institutions: Developmentalism in Brazil and Argentina.* Ithaca: Cornell University Press.

Simon, Herbert. 1957. *Models of man, Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in A Social Setting.* New York: Wiley.

—. 1997. *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization, 4th ed.* New York: Free Press.

Singer, D. 1969. "The Level-of-Analysis Problem in International Relations." *International Politics and Foreign Policy, edited by James Rosenau.* New York: Free Press: 20-29.

Skocpol, Theda. 1992. *Protecting Soldiers and Mothers: the political Origins of Social Policy in the United States.* Cambridge: Harvard University Press.

Steinmo, Sven et al., eds. 1992. *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis.* Cambridge: Cambridge University Press.

Stone, David. 1988. *Policy Paradox and Political Reason,* Glenview. Illinois: Scott, Foresman.

Streek, Wolfgang, and Kathleen Thelen. 2005. "Introduction: Institutional Changes in Advanced", *Beyond Continuity: Institutional Change in Advances Political Economies,* edited by Wolfgang Streek and Kathleen Thelen. Oxford: Oxford University Press: 1-39.

Streek, Wolfgang, and Kathleen Thelen eds. 2005. *Beyond Continuity: Institutional Change in Advances Political Economies.* Oxford: Oxford University Press.

Thelen, Kathleen. 2004. *How Institutions Evolve: The Political Economy of Skills in Germany, Britain, the United States, and Japan.* New York: Cambridge University Press.

Thelen, Kathleen, and Sven Steinmo. 1992. "Historical Institutionalism in Comparative Politics." *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis,* edited by Sven Steinmo et al. Cambridge: Cambridge University Press: 1-32.

Thomas, George et al., eds. 1987. *Institutional Structure: Constituting State, Society, and the Individual.* Newbury Park, California: Sage.

Thucydides. 1982. *History of the Peloponnesian War.* translated by R. Warner. New York: Penguin Books.

Van De Van, Andrew, and William Joyce, eds. 1981. *Perspectives on Organization Design and Behavior.* New York: Wiley.

Viotti, Paul, and Mark Kauppi. 1993. *International Relations Theory: Realism, Pluralism, Globalism, 2nd ed.* New York: Macmillan.

Walt, Stephen. 1987. *The Origin of Alliance.* Ithaca: Cornell University Press.

—. 1997. "The Progressive Power of Realism." *American Political Science Review* 91: 931-935.

Waltz, Kenneth. 1959. *Man, the State and War: A Theoretical Analysis.* New York: Columbia University Press.

—. 1979. *Theory of International Politics.* Redding, Massachusetts: Addison-Wesley.

Weir, Margaret. 1992. "Ideas and the Politics of Bounded Innovation." *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis,* edited by Sven Steinmo et al. Cambridge: Cambridge University Press: 188-216.

Wendt, Alexander. 1992. "Anarchy is What States Make of it: The Social Construction of Power Politics." *International Organization* 46-2 (Spring) : 391-425.

—. 1999. Social *Theory of International Politics,* Cambridge: Cambridge University Press.

論　　説

営造物型国立公園における保護・利用・調整(1)

――アメリカの国立公園を素材に――

久　末　弥　生

目　　次

序章
第一節　アメリカの国立公園システムの法的意義とは何か
第二節　国立公園システムの現状－問題の所在
第三節　国立公園システムの分析の視点－地域協働型自然保護の可能性
第四節　アメリカの国立公園研究の現況
第一章　合衆国自然保護法における国立公園の位置づけ－国立公園システムの歴史
第一節　国立公園の誕生
1　国立公園の起源－ヨセミテ州立公園
2　国立公園の創設－イエローストーン国立公園
第二節　国立公園内規制権限の確立
第三節　国立公園利用の急増
1　自然保存派(preservationist)とレクリエーション派(recreationist)
2　ミッション66（Mission 66）
3　1964年管理枠組み（1964 management framework）
4　ハーツォーグの管理革新
5　1972年国立公園システム計画（1972 National Park Service System Plan）
第四節　連邦政府イニシアティブの主導化
1　ニクソン政権－保留地システム（reservation system）

2　レーガン政権－新たな公園地取得の一時停止
3　クリントン政権－ヴェイル・アジェンダ（Vail Agenda）の採択
第五節　小括－国立公園システムの位置づけと“保護と利用”ジレンマの登場
（以上、本号）
第二章　アメリカの国立公園関連法制度
第一節　国立公園局設置法（National Park Service Organic Act）
1　法の内容
2　判例
第二節　基本計画指針（Management Policies）
1　指針の内容
2　判例
第三節　連邦所有地政策管理法（Federal Land Policy and Management Act: FLPMA）
1　法の内容
2　判例
第四節　その他の主要な合衆国自然保護法
1　原生自然法（Wilderness Act）
(1)　法の内容
(2)　判例
2　国家環境政策法（National Environmental Policy Act: NEPA）
(1)　法の内容
(2)　判例
3　絶滅の危機にある種の法（Endangered Species Act: ESA）
(1)　法の内容
(2)　判例
4　土地管理局（BLM）規則
(1)　規則の内容
(2)　判例
第五節　法主体としての国家機関
1　立法府の権限－連邦議会
2　行政府の権限－大統領および連邦行政機関
3　司法府の権限－裁判所および司法審査
第六節　小括－アメリカの国立公園にかかる現行法制度の限界
第三章　国立公園紛争の歴史
第一節　戦前の対立の当事者構図
1　内務省国立公園局（NPS）対農務省森林局（FS）

2　国立公園局対商工業者
第二節　戦後の紛争の当事者構図
1　国立公園局と他の連邦官庁とのあつれき－森林局および土地管理局
(1)　国立公園局と森林局の関係
(2)　国立公園局と土地管理局の関係
(3)　連邦レクリエーション地域のオフロード車規制
①　規制の内容
②　判例
2　州行政機関および地方自治体行政機関
3　地域住民および一般商工業者
4　遊覧船業者およびモーターボート業者
第三節　地域の自然保護意思との調整
1　オリンピック国立公園（Olympic National Park）－市民運動による自然保護
2　ダイナソア国立記念物公園（Dinosaur National Monument）のエコー・パーク論争（Echo Park controversy）－自然保護団体の台頭
3　ヨセミテ国立公園のヨセミテ・ロッジ地域開発計画（Yosemite Lodge Area Development Plan）－国立公園策定計画紛争
4　コロラド川基本計画（Colorado River Management Plan）－レクリエーション紛争
5　イエローストーンスノーモービル論争－最近のオフロード車レクリエーション紛争
第四節　小括－国立公園紛争の当事者構図の複雑化
第四章　国有地および周辺民有地の自然保護規制
第一節　自然保護規制の根拠となりうる法理論
1　公的ニューサンス理論（public nuisance doctrine）
2　公共信託理論（public trust doctrine）
第二節　民有地（private land）における自然保護手法
1　土地収用（eminent domain）
2　土地取得（land acquisition）
3　環境保存地役権（conservation easement）
(1)　オープンスペース地役権－景勝地役権（Scenic Easements）
(2)　オープンスペース地役権－農地地役権（Farmland Easements）
(3)　オープンスペース地役権－森林地地役権(Timberland Easements)

(4) 自然生息地地役権（Natural Habitat Easements）
(5) 国民アウトドアレクリエーション・教育用国土地域保護地役権（Easements to Protect Land Areas for Public Outdoor Recreation and Education）
4 土地信託（land trust）
5 土地交換（land exchange）
6 事例研究－トゥサヤン土地交換（Tusayan Land Exchange）
7 地方ゾーニング（local zoning）
(1) ラッセン火山国立公園－フィリップス石油会社（Philips Petroleum Company）の地熱エネルギー開発
(2) グランドティートン国立公園－ジャクソンホール（Jackson Hole）でのスキーリゾート開発
第三節 ウィルダネス（wilderness）の管理
1 S.4013－ハンフリー・セイラー法案（Humphrey-Saylor Bill）
2 S.1176－公聴会（hearings）の五つのテーマ
3 S.3619－両院共同決議（concurrent resolution）の要請
4 S.4028およびS.1123－内務省および農務省の懐柔
第四節 新たな管理手法をめざして
1 大イエローストーン・エコシステム（Greater Yellowstone Ecosystem）
(1) イエローストーン（Yellowstone）地域の特性
(2) イエローストーン火災論争（Yellowstone fire controversy）の二つの命題
(3) イエローストーン地域における利害調整問題
(4) 国立公園局と森林局の協働－大イエローストーン調整委員会（Greater Yellowstone Coordinating Committee: GYCC）設置と“プロセス（process）”実施
2 地域協働型の自然保護システム
(1) 地域協働型の自然保護システムの必要性
(2) 近時の国有地論争の三つの対立点
(3) 国有地論争の新たな対立点
3 日本の国立公園への示唆
第五節 小括－自然保護規制の新たな方向性
終章

序章

第一節　アメリカの国立公園システムの法的意義とは何か

国立公園の危機が指摘されている。なかでも、アメリカの国立公園における環境問題を懸念する声が高まっている。

世界最初の国立公園であるイエローストーン国立公園（Yellowstone National Park）に始まる長い伝統と最大規模のシステムを誇るアメリカの国立公園は、自然の宝庫であると同時に自然保護法の宝庫でもある。国立公園の萌芽期である19世紀から現代までの二世紀にわたって、アメリカの国立公園は種々の自然保護法に支えられながら、稀有な生態系と卓越した景観を維持してきた。環境問題を法的観点から分析するに際して、特に国有地および周辺民有地での自然保護をはかる試みにおける行政と国民の役割を考える場合、アメリカの国立公園システムが示唆するところは大きいと思われる。というのもアメリカの国立公園システムは、従来からこの分野の先駆者であったのみならず、今日新たなステージに向かおうとしているからである。

ところで世界の国立公園は、営造物型とゾーニング型の二つに大きく分けられる。一般に、営造物型では、公用規制の場面が多く、土地所有権への規制が法律によって行なわれる。つまり、国有地をめぐる土地利用の許可あるいは不許可が、もっぱら問題となる。他方、ゾーニング型では、公用規制の場面に加えて警察規制の場面も考えられる。これはゾーニング型のルーツが警察規制にあることに由来し、警察規制の場面では土地所有権への規制が公園計画によって行なわれることになる。このように二つの型は、規制の根拠と程度が異なる。アメリカの国立公園は営造物型に分類され、ドイツ、フランスなどのヨーロッパ諸国や日本の国立公園（自然公園）はゾーニング型に分類される。営造物型はゾーニング型に比べると、行政官庁対地域という利害対立の構造が潜在的に弱いようにも思われる。しかしアメリカでは多くの国立公園紛争が生じてきた一方で、日本では国立公園管理が意外にスムーズに行なわれているというのが現実である。その一因として、日本のゾーニング型は、自然公園法で定められる「普通地域」や自然環境保全法で定められる「普通地

区」などの普通区域が多く、これらの区域が行政官庁と地域の利害対立の場面で緩衝材としてはたらいているということが考えられる。このように、営造物型とゾーニング型という分類にともなって生じるはずの行政コントロールの強弱の相違が、現実にはきわめて相対的である。したがって、営造物型とゾーニング型の区別を必ずしも絶対視する必要はない。近年は、民有地を含む国立公園周辺地域の自然保護の必要性や、国有林システムのような他の自然保護システムとの連携を図る必要性が生じてきている。実質的に見ても、現代の国立公園が国（行政官庁）のみならず国民（地域）によっても維持管理されている点においては、営造物型とゾーニング型の間に相違がない。これらのことを考慮すると、アメリカの国立公園システムが日本の国立公園制度に与える示唆は、営造物型とゾーニング型という違いがあってもなお大きいと考える。なぜなら、アメリカの国立公園システムは、周辺国有地・周辺民有地との連携や地域コミュニティとの協働をいわば先取りしているからである。

本稿はこのような視点に基づき、アメリカの国立公園システム（National Park System）を法的観点から分析し、将来に向けて新たな自然保護の法システムを構築することを試みるものである。アメリカの国立公園システムは今、どのような状況にあるのだろうか。アメリカの国立公園システムが今抱えている問題とは、どのようなものだろうか。

第二節　国立公園システムの現状ー問題の所在

アメリカの国立公園は近時、ビジターの急増、オーバーユース（過剰利用）、それらに伴う犯罪の増加、交通渋滞など、公園特有の環境問題を意味する“内部的脅威（internal threat）”に加えて、大気汚染や水質汚染、公園周辺地域の国有林や土地管理局（BLM）管理地での森林伐採、公園周辺地域の宅地造成や道路開発といった一般的な環境問題を意味する“外部的脅威（external threat）”に悩まされている[1]。

[1] 2006年秋に訪れたヨセミテ国立公園（Yosemite National Park）の自然は、想像を絶する壮大な規模で息づいていた。しかし、最寄り駅のマーセッド（Merced）から小型シャトルバスで片道3時間弱の道中、車窓から眺めるヨセ

日本でも最近、例えば白山国立公園における登山者の一極集中や夏期の利用者集中の問題が指摘されている[2]。またオフロード車やスノーモービルは、車道以外の場所を無秩序に走りまわり、植生や野生生物へのダメージが大きいのみならず、他の公園利用者との摩擦を引き起こす原因にもなっている。そこで、オフロード車やスノーモービルの利用規制も論じられている[3]。

このように、現代の国立公園はさまざまな環境問題にさらされている。これらの問題をどのように解決していくべきか。この解決のかぎは、国立公園管理において、国立公園局（National Park Service: NPS）に代表される国の行政官庁と地域との協働関係を構築していくことができるかどうかにかかっているものと思われる。

第三節　国立公園システムの分析の視点－地域協働型自然保護の可能性

アメリカの国立公園管理においては、地域の多種多様な利害関係者たちの自然保護に対するネガティブな意思とポジティブな意思との調整問題が、多くの国立公園紛争を引き起こしてきた。本稿ではまず、地域の利害関係者たちが調整のうえで合意形成に達した自然保護に対する地域全体としての意思を、“地域の自然保護意思”と呼ぶことにする。多くの場合、地域の自然保護意思は、目に見えるかたちで存在するわけではない。それはプロセスのなかに存在し、その実体は可変的かつ流動的である。

国立公園における行政と地域との関係は必ずしも一義的ではないが、地域の自然保護意思との調整が重要であることに変わりはない。本稿で

ミテ周辺地域の土地は、“Day Ranch（体験牧場）”の看板や柵とともに放牧され、植林され、果物即売所や給油所が無造作に乱立していた。

[2] 加藤雅寛「白山国立公園での取組みについて」『国立公園』639号（国立公園協会、2005年）14頁。

[3] 畠山武道「自然環境保全法・自然公園法」自然環境保全法制研究会（研究代表者：阿部泰隆）『自然環境法制の総合的研究－国際的動向を踏まえたわが国法制の改善の提言』（平成４・５年度科学研究費補助金総合研究（A）研究成果報告書）１－９～10頁。

は次に、行政が地域の自然保護意思との調整を図りつつ自然保護をめざしていくことを、“地域協働型自然保護”と呼ぶことにする。先に述べたように、地域の自然保護意思自体が可変的かつ流動的であることから、地域協働型自然保護もまた、これらの性質をともなう。その意味で、地域の自然保護意思、地域協働型自然保護のいずれも、仮説的な存在であることを確認しておきたい。

アメリカでは、国立公園システムの確立当初から牧畜業者や木材業者などの商工業者との利害調整が難しく、グランドティートン国立公園（Grand Teton National Park）やオリンピック国立公園（Olympic National Park）では、これらの商工業者と国立公園局側を支持する自然保護団体との間で激しい紛争が展開された。この種の国立公園紛争は、最近では遊覧船業者やモーターボート業者との利害調整問題として、国立公園局を悩ませている。

また日本では近年、自然公園を含む各地域において、野生生物による食害が問題になっている。鳥獣による農作物被害のうち、被害量が多いのはカラス、カモ、スズメ、ハト、サル、イノシシ、ネズミ、シカなどであるが、駆除が認められるものについてはあまり問題とされない。むしろ、ニホンカモシカ、エゾシカ、マガン、タンチョウヅル、ハクチョウ、サルのように、駆除が法制上または事実上困難なものについて社会的な問題になっている。食害に対する補償規定としては、各自治体の農作物被害補償条例のほか、農業災害補償法、文化財保護法80条５項、国家賠償法１条、憲法29条３項などが考えられる。もっとも鳥獣は自らの生存のために食害を起こしているのであり、人間がそれに対して完全な防止策をとるときは鳥獣の生存を脅かすおそれがあるということにも配慮する必要がある[4]。このように今後の課題として、食害補償に先立つ食害の防止策を検討する際にも、地域の自然保護意思との調整が不可欠

[4] 大塚直「野生生物をめぐる法的諸問題」『環境法研究』22号（有斐閣、1995年）165～168頁。なお実際の食害事例についての分析は、北村喜宣「金銭を利用した環境コスト・環境ベネフィットの負担調整」自然環境保全法制研究会（研究代表者：阿部泰隆）『自然環境法制の総合的研究－国際的動向を踏まえたわが国法制の改善の提言』（平成４・５年度科学研究費補助金総合研究（A）研究成果報告書）３－11～21頁に詳しい。

になるものと思われる。

地域の自然保護意思との調整あるいは地域協働型自然保護が志向されつつある現状において、国立公園研究の現況はどのようなものだろうか。

第四節　アメリカの国立公園研究の現況

アメリカの国立公園にかかる法制度は多岐にわたり、歴史も古い。最近のアメリカでは国立公園システムを、“環境法（Environmental Law）”よりもむしろ、環境法とは区別される自然保護法、特に“資源管理法（Natural Resources Law）”あるいは“水法（Water Law）”といった法分野で扱うことが主流になりつつある。もっとも、アメリカにおいても国立公園システムの研究は歴史的なものが大半を占め、法的観点からの研究は、第一人者であるサックス（Joseph Sax）ほか一握りの法学者たちが行なっているという状況にある。このように現段階では法的研究が必ずしも成熟していないことから、本稿は法的分野のみならず他の分野の従来の研究成果にも依拠することにした。とりわけ制度史を理解するためには歴史的研究の成果に依拠することが不可欠であるため、本稿では法的文献に加えて、Zaslowsky and Watkins, These American Lands, Island Press（1994）などいくつかの歴史的あるいはジャーナリズム的文献を参照していく。

本稿の構成は、次のとおりである。まず第一章では、国立公園システムが合衆国自然保護法の歴史の初期から存在していたこと、さらに“保護と利用”の対立がアメリカの国立公園の歴史の当初から内在していたことを、国立公園システムの歴史を追うなかで明らかにする。第二章では、アメリカにおける国立公園関連の主要な法制度を年代を追って分析するとともに、現在の法制度の限界と問題点を明らかにしていく。第三章では、第二次世界大戦の前後で時期を大きく二分したうえで、国立公園紛争の実態を具体的事例研究とともに調べていく。これら紛争事例の研究を通じて、今何が必要とされているのかを明らかにしたい。そして第四章では、第二章で明らかにされた現在の法制度の限界と問題点を克服することをめざして、国有地および周辺民有地にかかる自然保護規制を整理してその内容を理解するとともに、これらの規制にともなって行

なわれる利害調整の実態を確認することで、自然保護の法システムの新たな枠組みを探る。

なお本稿では、public land と public domain を区別する。すなわち、public land に国有地、public domain に公有地の訳語をあて、厳密な意味での国有地（連邦所有地）と州有地が含まれる場合もある公有地を区別して論じていく。

＊本文中の表記について、〔 〕内は引用文献が補っている部分、[ ] 内は筆者が補った部分である。

第一章　合衆国自然保護法における国立公園の位置づけ－国立公園システムの歴史

アメリカの国立公園システムは、合衆国自然保護法においてどのような位置づけがなされるのだろうか。本章ではまず、国立公園システムの属性を探るために、法的観点と歴史的観点の双方から国立公園システムの歴史を振り返る。

第一節　国立公園の誕生

1　国立公園の起源－ヨセミテ州立公園

世界最初の国立公園思想の提唱者とされる画家キャトリン（George Catlin）やアメリカの自然保護運動の先駆者であるソロー（Henry David Thoreau）らの思想的影響のもと[5]、実質的にアメリカ最初、すなわち世界最初の国立公園であるヨセミテ（Yosemite）州立公園が誕生したのは、1864年のことだった。これに先立つ1832年、連邦議会はアーカンソー州ホットスプリングス（Hot Springs）の四つの区域を“将来の譲渡（future disposal）”に備えて保留しており[6]、これらの土地は1921

[5] 上岡克己『アメリカの国立公園－自然保護運動と公園政策』（築地書館、2002年）34～36頁。

[6] もっとも、医学的見地から保護区に指定されており、景観保護という国立公園の趣旨からは、ずれていた。上岡克己・前掲（注５）38頁。

年にホットスプリングス国立公園（Hot Springs National Park）になった。アメリカの国立公園概念の最初の連邦国家的な発現が、ヨセミテ渓谷（Yosemite Valley）およびマリポサの巨木群（Mariposa Big Tree Grove）であることに、現在は異論がない。1864年に連邦議会は、マリポサの巨木群を永遠に不可譲の状態にするために、「公共の利用、保養、レクリエーション（“public use, resort, and recreation” 13 Stat. 325）」のためにカリフォルニア州に譲渡する法律[7]を通過させ、ヨセミテ州立公園が創設された[8]。

この1864年のヨセミテ公園法の起草者、カリフォルニア州選出上院議員コネス（John Conness）は、中央アメリカ汽船運送会社（Central American Steamship）のカリフォルニア支社長レイモンド（Israel Ward Raymond）や、財産、気品、洗練を兼ね備えた当時の紳士たちから、公園の創設を強く求められたと伝えられている。そのレイモンドも、のちにニューヨーク州のセントラルパーク（Central Park）を設計することになる、オムステッド（Frederick Law Olmsted）の公園思想[9]に感化されていたといわれる[10]。

---

[7] 現16 U.S.C.A. §48。

[8] しかし、通過に先立って連邦政府による議論がされなかったので、全般的な政策が欠けており、動機づけは不明瞭なままだった。連邦政府から州政府へのこの国有地譲渡の試みは、失敗に終わった。1905年にこれらの土地は連邦政府に返還され、1906年にヨセミテ国立公園の一部になった。David A. Adams, Renewable Resource Policy—The Legal-Institutional Foundations, Island Press (1993) at 179.

[9] 詳細については、本稿第三章第一節２参照。

[10] 1863年に、マリポサ採鉱場を監督するためにカリフォルニア州に引っ越してきたのが、オムステッドだった。オムステッドは、ヨセミテ州立公園創設後すぐに、公園の維持管理および地質調査のための諮問委員会であるヨセミテ委員会（Yosemite Commission）の委員長に任命され、天然資源管理、特に景観設計や、アウトドアレクリエーション政策およびその実施に尽力した。1865年には、オムステッドによると“州立公園および国立公園創設の哲学の基礎が明確に述べられた”報告書、『ヨセミテ渓谷とマリポサの巨木群（The Yosemite Valley and the Mariposa Big Trees）』（通称『ヨセミテ報告書（Yosemite Report）』、詳細については、本稿第三章第一節２参照）をカリフォルニア州議会

2　国立公園の創設ーイエローストーン国立公園

1872年に連邦議会は、イエローストーン渓谷（Yellowstone Valley）内に「入植、占有、売却［の対象］から外され…国民の利益および楽しみのために公共の公園あるいは娯楽の場として公用にあてられかつ取っておかれる（“withdrawn from settlement, occupancy or sale...and dedicated and set apart as a public park or pleasuring ground for the benefit and enjoyment of the peoples” Act of 1 March 1872, 42d Cong., sess. Ⅱ, ch.24, pp.32-33）」ことになる220万エーカー[11]の保護区（preserve）を創設し、公式にも世界最初の国立公園であるイエローストーン国立公園（Yellowstone National Park）が誕生した[12]。

この1872年３月１日のイエローストーン公園法へのグラント大統領（Ulysses Simpson Grant）の署名までには、探検隊による三度の現地調査が行なわれた。そもそもイエローストーンは、恒久的な連邦公園用保留地（federal parkland reservation）というはじめての試みのための第三候補地だった。登山家のブリッジャー（Jim Bridger）は、1830年代以前にすでにイエローストーン渓谷を訪れたことがあるヨーロッパ人の一人だった。イエローストーンのすばらしさを絶賛するブリッジャーによる、信じられないほど雄大な話を確かめようと、1869年の秋に、クック（Charles W. Cook）、フォルサム（David E. Folsom）、ピーターソン（William Peterson）がイエローストーンを旅した。イエローストーン

に提出している。ほどなくニューヨークに戻ったオムステッドは、ナイアガラの滝（Niagara Falls）に州立保留地（state reservation）を創設する1883年のニューヨーク州議会の法案の通過や、セントラルパークの設計に尽力した。オムステッドはさらに、ノースカロライナ州アッシュビル（Asheville）近郊のビルトモア（Biltmore）に、アメリカ最初の科学的に管理された森を創設したほか、1899年にはサージェント（Charles S. Sargent）と協力してマサチューセッツ州森林管理組合（Massachusetts Forestry Association）を設立した。このことが、のちにマサチューセッツ州に森林保留地（forest reservation）を創設するのに役立つことになった。David A. Adams, supra n. 8, at 179-180.

[11] １エーカー≒4046.9㎡。

[12] Clarke and McCool, Staking Out the Terrain, Second edition, State University of New York Press (1996) at 70.

川（Yellowstone River）のグランドキャニオン（Grand Canyon）、イエローストーン湖（Yellowstone Lake）、下流間欠泉盆地（Lower Geyser Basin）についての彼らの報告は、人々の想像力をかきたてた。1870年の夏には、モンタナ州公有地監督官（surveyor-general）であり元インディアナ州選出国会議員でもあるウォシュバーン（Henry Dana Washburn）に率いられた19名の探検隊が、イエローストーン渓谷を一ヶ月間冒険するためにモンタナ州フォートエリス（Fort Ellis）を出発した。この探検隊は、同行者である“政治家になったニューヨーク出身者”ことラングフォード（Nathanial Pitt Langford）と、6名の陸軍護衛団を率いるドーン中尉（Gustavus C. Doane）の名をとって、ウォシュバーン＝ラングフォード＝ドーン探検隊（Washburn-Langford-Doane expedition）と呼ばれた。この探検隊はクック探検隊の報告を確かめ、さらに、上流間欠泉盆地（Upper Geyser Basin）とオールド・フェイスフル間欠泉（Old Faithful geyser）を発見した。ウォシュバーン＝ラングフォード＝ドーン探検隊からもたらされた評判によって、国民はイエローストーンに大きな関心をもち、連邦議会も関心をもった。

1871年に連邦議会は、合衆国領土地質学・地理学調査局（United States Geological and Geographical Survey of the Territories）局長のヘイヅン（Ferdinand Vandeveer Hayden）が率いる、昆虫学者、地形学者、動物学者、気象学者、画家モーラン（Thomas Moran）、写真家ジャクソン（William Henry Jackson）、医者をメンバーとする三番目の探検隊を支援するために、4万ドルをわりあてた。帰還したヘイヅンが連邦議会に積極的に働きかけ、『スクリブナーズ・マンスリー（Scribner's Monthly）』誌1871年5月号、6月号に連載されたイエローストーンに関するラングフォードの記事の写し400枚が連邦議員たちに配られるなど一連のキャンペーンを経て[13]、グラント大統領が署名した。

イエローストーン公園法は、ワイオミング準州内にあるイエローストーン川の源流近くに保護区を設けた。しかし、同法を実施するための

[13] 連邦議会は、モーランの絵画『イエローストーンのグランドキャニオン（The Grand Canyon of the Yellowstone）』を1万ドルで購入し、連邦議会議事堂のホールに展示した。David A. Adams, supra n. 8, at 181.

国の政策や制度上の組織は何も存在しなかった。当時、バイソン（bison）の最後の群れの一つがイエローストーンに生息しており、この群れを狙う密漁が続いた[14]。1877年には内務長官によって、営利的な狩猟、わな猟、魚釣り、盗伐、天然堆積物を盗むこと、不注意な火の使用を禁止する規則が公布されたが、必ずしも実施をともなうわけではなかった。イエローストーン国立公園所長（park superintendent）のラングフォード[15]は、最初の５年間、報酬がなかったうえ、公園予算も全くつかなかった。こうした状況のもと、内務長官の要請に基づいて陸軍大臣（Secretary of War）が密猟者たちや侵入者たちを公園から追い出すために軍隊行動命令を定める権限を与えられ、かつそうするよう命じられた。陸軍を用いることは1883年にイエローストーンで明確に認可され、1900年にはセコイア公立公園（Sequoia National Park）やグラント将軍国立公園（General Grant National Park）[16]でも認可された。陸軍工兵たちが道路や公園境界の標識の建設にたずさわり、陸軍騎兵たちがパトロールや保護活動を行なうなど、陸軍は全力を尽くした[17]。もっとも、陸軍を支援

---

[14] バイソンの頭は、1891年当時のモンタナ州ボーズマン（Bozeman）で、400ドルから1000ドルの値がついたといわれる。1894年３月には、ある密猟者がイエローストーン国立公園内のバイソンの皮を剥ぐ行為で捕まった。事件当時公園内にいた『フォレスト・アンド・ストリーム（Forest and Stream）』誌の記者が、この事件を描写する記事を書き、連邦議会が何かするべきだという国民の抗議心をかきたてた。その成果が、1894年５月７日に制定された「イエローストーン公園保護のためのレーシー法（Lacey Act for the Protection of Yellowstone Park）」だった。レーシー法は、イエローストーン国立公園での狩猟、森林破壊、鉱物を盗むことについて、厳しい罰則を規定した。いかなる内務長官規則の違反も、最高1000ドルの罰金あるいは最長２年間の投獄とされ、全ての銃、わな、馬、その他の装備の没収によって罰することができるようになった。連邦監督官（federal commissioner）の地位が創設され、刑務所が建設された。もっとも、レーシー法の規定は当時には厳しすぎたようで、1916年に弱められた。Id., at 184.

[15] ウォシュバーン＝ラングフォード＝ドーン探検隊の一員。

[16] 1940年に、キングスキャニオン国立公園（Kings Canyon National Park）になった。

[17] ミューア（John Muir）によると、陸軍兵士たちが自分たちの任務をとても

する法はほとんど存在しなかったし、連邦議会は11年間にわたって援助を渋り続けた[18]。

第二節　国立公園内規制権限の確立

1900年までに国立公園は、６つの区画と400万エーカー以上の土地を包含していたが、“国立公園システム”すなわち国立公園の管理運用法制度は存在していなかった。各公園は連邦議会の特別法によって公有地から保留され、内務長官の監督下に置かれていた。各公園が自らの法と予算をもつが、全体としての国立公園行政機関は存在しなかったのである[19]。内務長官が、多数の連邦職員たちを用いてこのばらばらの集合体を管理していた。1900年にアイオワ州選出下院議員レーシー（John F. Lacey）[20]が、国立公園行政機関を創設するための最初の法案を提出し、連邦議会も多くの法案を検討した。しかし、どれもうまくいかなかった[21]。この間、1901年のサンフランシスコ市長によるダム計画発表に端を発し

静かに遂行するので、旅行者たちは陸軍兵士たちの存在にほとんど気づかない状態だった。David A. Adams, supra n. 8, at 183.

[18] Id., at 181-183.

[19] 1906年に連邦議会は、古物保存法（Antiquities Act）を制定し、より包括的な立法に向かって第一歩を踏み出した。アイオワ州選出下院議員レーシー（John F. Lacey）によって法律案が提出された古物保存法は、歴史的名所、歴史的あるいは有史以前の建造物、他の国立記念物公園になるべき歴史的あるいは科学的関心の対象物を宣言する権限を大統領に付与し、それらが連邦所有地あるいは連邦管理地になると規定した。1916年までに古物保存法は、ペトリファイドフォレスト（Petrified Forest、石化森林）、グランドキャニオン（Grand Canyon）、ダイナソア（Dinosaur）、カトマイ山（Katmai）など、20の国立記念物公園（national monuments）を創設した。そのうち７つが歴史的なもの、13が自然科学的なものだった。国立記念物公園は内務長官、公有地（public domain）は内務省、森林保護区（forest reserves）は農務省、陸軍省（War Department）管理地は陸軍省の管轄権の下に、それぞれ置かれた。Id., at 184-185.

[20] 注19参照。

[21] David A. Adams, supra n. 8, at 185.

たヘッチヘッチー[22]論争（Hetch Hetcy controversy）が13年間にも及ぶ大論争に発展し、公園地を管理するための新たな行政機関の必要性を強調することになった[23]。

1916年、連邦議会は国立公園局設置法（National Park Service Organic Act, 16 U.S.C.A. §1）を通過させ、国立公園自らの内部規制権限がはじめて確立された。同法は、「国立公園、国有記念物公園…の利用を規定し…景観および自然対象物・歴史的対象物、そこにいる野生生物を保全し、将来の世代の楽しみのためにそれらを損なわないであろう方法や手段で、同じ楽しみを提供すること（“regulate the use of...national parks, monuments...to conserve the scenery and the natural and historic objects and the wildlife therein and to provide for the enjoyment of the same in such manner and by such means as will leave them unimpaired for the enjoyment of future generations.” 16 U.S.C.A. §1）」を規定した。つまり、この新たな行政機関の使命とは、公園を自然のままの状態で保存し、そのうえその同じ公園を国民が楽しむことができるように、公園へのアクセスを提供することだった[24]。国立公園局設置法は、国立公園局（National Park Service: NPS）を設立し、ベースになる従業員や彼らの給料を規定し、システムを管理運用する規則を制定する権限を内務長官に与え、公園の資源を保全するために必要な場合には森林を売却するあるいは処分することを認め、公園にとって有害な動植物を駆除することを許可し、そうすることが有害でない場合に観光客の保養施設や家畜放牧の借地契約のために20年間の土地使用権を認める権限を内務長官に与えた[25]。

公園へのアクセスを提供するという国立公園局の使命は、鉄道会社に利益をもたらした。南太平洋鉄道（Southern Pacific Railroads）副社長

---

[22] ヨセミテ渓谷の北30㎞に位置する渓谷。1890年に国立公園に含まれることになったが、低地部分に民有地が残っていた。この民有地が、慢性的な水不足に悩むサンフランシスコの、ダム建設用地として狙われた。上岡克己・前掲（注５）64頁。

[23] Clarke and McCool, supra n. 12, at 70.

[24] Id., at 70-71.

[25] David A. Adams, supra n. 8, at 185-186.

マコーミック（E. O. McCormick）はマザー（Stephen Mather）が計画したネバダ州シエラでの有名なキャンプ[26]の参加メンバーだった。北太

[26] 国立公園局初代局長マザー（Stephen Mather）は、公園局設立のために自らの人生の晩年を捧げた大富豪の実業家だった。マザーは熱心なアウトドア活動愛好家かつ登山家であり、アメリカ市民協会（American Civic Association）およびシエラ・クラブ（Sierra Club）のメンバーでもあった。1915年にマザーは、きたるべき国立公園局設置法案の連邦議会の検討について支持を得るために、成功例として有名なキャンプを主催した。このキャンプは、何名かのオピニオンリーダーたちに高原地帯ですばらしい時間を過ごしてもらいながら、公園の神秘感を吹き込んで、国立公園局設置法案の陰で影響力を及ぼしてもらうよう彼らを説得することを意図していた。マザーの客のなかには、アメリカ自然歴史博物館（American Museum of Natural History）館長のオズボーン（Fairfield Osborn）、当時の最も著名な作家の一人であるホー（Emerson Hough）、のちの下院議長であり公用徴収委員会（Appropriations Committee）幹部の共和党員ジレット（Fred H. Gillett）、『ナショナル・ジオグラフィック（National Geographic）』誌編集者のグロスブナー（Gilbert H. Grosvenor）、南太平洋鉄道の副社長マコーミック（E. O. McCormic）、カリフォルニア州の二つの有力新聞社の所有者かつ経営者であるマドックス（Ben M. Maddox）、のちにマザーの後継者となるオルブライト（Horace M. Albright）がいた。二週間近くにわたって、この目立つ一行は、シエラの最高の状態を見た。当時の雑誌記事によれば、「マザーは、自分の客の旅支度を整えるのに費用を惜しまなかった。各人が、高級かつ完璧に快適なウィルダネスベッドをつくるために用いられる新しい寝袋と空気マットレスをもった。人を運ぶための馬や必需品を運ぶためのラバがいて、豊富な量の新鮮な果物、新鮮な卵、他にも美味しいものが入れられた。キャンプが張られると、この機会のために合衆国地質学調査所からマザーが借りてきた優秀なキャンプコックのタン・スィング（Tie Sing）が、いつも丸太で食卓を組み立て、さらに…リネンのテーブルクロスや全員のための本物のナプキンが現れたのだった。タン・スィングは自分の折りたたみストーブを組み立てて、静かに、スープ、レタスサラダ、フライドチキン、グレイビーソースのかかったシカ肉、ポテト、温かいロールパン、アップルパイ、チーズ、紅茶、コーヒーを用意した」。マザーの思惑どおり、たくさんの支持とたっぷりの評判が広がり、『ナショナル・ジオグラフィック』1916年4月号は国立公園特集号となった。こうして、まさしく予定どおりにウィルソン大統領が国立公園局設置法に署名し、マザーは国立公園局初代局長になった。Id., at 187-188.

平洋鉄道（Northern Pacific Railroads）は、1872年のイエローストーン法を支持したのちに、その地域にオープンさせる一連の宿泊施設の費用負担を引き受けた。サンタフェ鉄道（Santa Fe Railroad）は1904年に、グランドキャニオン（Grand Canyon）のサウス・リム（south rim）に高級ホテルのエル・トヴァー・ホテル（El Tovar Hotel）を完成させた。大北部地方鉄道（Great Northern Railway）は、グレーシャー国立公園（Glacier National Park）と隣接地に、ロッジやスイス風のシャレーを建設した。連邦太平洋鉄道（Union Pacific Railroad）は、ザイオン国立公園（Zion National Park）、ブライスキャニオン国立公園（Bryce Canyon National Park）、グランドキャニオン国立公園（Grand Canyon National Park）のノース・リム（north rim）に、それぞれ保養施設を提供した。1915年にはサンタフェ鉄道と連邦太平洋鉄道が国立公園博覧会のために50万ドルを出資し、1916年には写真家ヤード（Robert Sterling Yard）の写真集『国立公園写真集（National Park Portfolio）』27万5000冊の製作のために、17の鉄道会社が協力して出資した。このように、鉄道会社の資産が、初期の国立公園システムを固めるのに大いに役立ったことは事実だった[27]。

1918年に内務長官は、国立公園局の最初の行政指令（administrative directive）のなかで、自然保存（preservation）と国民利用（public use）という、対立する目的の両方を満たす必要性を繰り返し述べた[28]。この指令は、1918年５月13日付けの内務長官レイン（Franklin K. Lane）から国立公園局初代局長マザー（Stephen Mather）あての書簡のなかで、“規則（regulations）”として披露された。その内容は、国立公園局設置法の三原則すなわち、「第一に、国立公園は現代のみならず将来の世代のために、全く損なわれていないかたちで維持されなければならない；第二に、国立公園は、国民の利用、観察、健康、娯楽のために取っておかれる；第三に、国民の利益（national interest）が、公園内の公共事業あるいは民間事業に影響を及ぼすあらゆる判断において決定的（dictate）でなければならない」ことを述べたうえで、

[27] Id., at 186.

[28] Clarke and McCool, supra n. 12, at 71.

「イエローストーンを除く全ての公園での畜牛の放牧は、ビジターたちがあまり訪れない地域で許されるかもしれないが、羊の放牧は許されない。

避暑用の別荘のためには、賃貸しされないものとする。

建造物および、森林あるいは景観を損なわないだろう場所を除いて、伐採してはならない。

道路は、景観に調和しなければならない。

公園内民有地（private holdings）は、除去されなければならない。

ウィンタースポーツを含めて、全てのアウトドアスポーツが促進されるものとする。

公園のレクリエーション利用のみならず、教育的利用も促進されなければならない。

安いキャンプ場と高級ホテルが、整備されなければならない。

新たな公園事業を検討する際に、公園局は“最高かつ特徴的な質の景観、あるいは国家的利益および貫禄になるほどにすばらしいかユニークないくつかの自然の地勢”を見つけるよう努めなければならない。

国立公園システムは現在のように、“特別水準の最高条件、あるいは国立公園が示す種類の公開に達しない状態で表出する地域を包含することによって、水準、威厳、名声が落とされてはならない。”」

とするものだった[29]。そこには、マザーの自然保存志向（preservationism）[30]

---

[29] David A. Adams, supra n. 8, at 189-190.

[30] 自然保存志向とは、ありのままの自然の保護を目指す、野生動植物および歴史的文化財の保存志向を意味する。マザーは、カリフォルニア大学バークレー校（University of California, Berkeley）出身の若手弁護士オルブライト（Horace M. Albright）に補佐されて、1930年１月22日に亡くなるまでの間、これらの原則の実行に尽力した。国立公園局および国立公園政策の創設者といわれるマザーの偉業は、オルブライトに引き継がれることになる。27歳の若さで国立公園局の局長補佐（assistant director）を務めたオルブライトが、1929年に局長に就任し、1933年８月９日まで国立公園局の二代目局長を務めた。オルブライトは、国立公園局を去った後も1987年に亡くなるまで、国立公園事業に精力的にたずさわった。1933年の連邦政府の改編の際に、オルブライトは、それまで各省に散らばっていた64ヶ所の公園を内務省国立公園局の管轄下に一

の影響が見られる。

こうして、国立公園システムの最大のジレンマである、“保護と利用”という二重使命の構造があらわれた。国立公園システム全体の発展を促進するためには、国民と連邦議会の両方からの支持を得やすいレクリエーション重視型の公園政策が有用であると考えたマザーは、ビジターを増やす政策にまい進していった[31]。1929年にはオルブライト（Horace M. Albright）[32]が国立公園局二代目局長に就任したが、ほどなく大恐慌（Great Depression）に見舞われ、1934年には国立公園局予算が1080万ドルから510万ドルまで50％以上削減された。しかし、当時の大統領フランクリン・ルーズベルト（Franklin Roosevelt）と内務長官イッキス（Harold Ickes）がともに公園愛好者だったため、国立公園局の運営はうまくいくことになった。1933年にルーズベルト大統領は、ニューディール政策（New Deal）の一環として土地改良かつ失業救済の事業を承認するよう連邦議会に求め、1933年の市民保全局法（Civilian Conservation Service Act）が制定された[33]。同法によって創設された市民保全部隊（Civilian Conservation Corps: CCC）は、失業中の若者たちを国立公園や州立公園に派遣して従事させるもので、道路建設や植林作業を通して経済活性化を図る連邦行政機関だった[34]。市民保全部隊は、行政機関同士の協力を実現した珍しい例でもあった。市民保全局法が通過した5日後に、ルーズベルトは緊急保全任務局（Office of Emergency Conservation Work）を創設し、フェヒナー（Robert Fechner）を局長に指名した。フェヒナーは労働運動の影響を受けた人物で、陸軍省（Department of War）、農務省、内務省、労働省の代表者たちからなる顧問委員会（advisory council）が後押しした。労働省が男たちを選び、陸軍省が彼らをキャンプまで連れて行くとともにキャンプを運営した。

本化し、国立公園システム（National Park System）を一元化した。Id., at 188-191.上岡克己・前掲（注5）93～96頁。

31 上岡克己・前掲（注5）87頁。

32 注30参照。

33 David A. Adams, supra n. 8, at 194.

34 上岡克己・前掲（注5）94頁。

農務省と内務省が、彼らの活動を指揮した[35]。

市民保全部隊入隊者たちには、衣類、医療、読み書き、食糧、身体検査、住まい、レクリエーションの場、実地訓練にわたる完全なカリキュラムが用意され、労働の対価として毎月30ドルが支払われた。９年間の市民保全部隊事業を通じておよそ１万7000のキャンプが営まれ、そのうちおよそ四分の一が内務省によって監督され、さらにそのうちの５％が国立公園のなかで営まれた。最も多くの市民保全部隊キャンプを主催したのは、森林局（Forest Service）だった。市民保全部隊の任務は、森林再生、小屋その他の建物の建築、消防道（森林火災の際に消防士が通れるよう切り開いた道、fire trails）の清掃、橋・ダム・上下水道システム・キャンプ場の建設、火災の危険を和らげること、消防活動など、多岐にわたった。公共事業を増やそうという熱意はしばしば、資源の乱開発や開発過剰という結果を招いたが、ともかく市民保全部隊は、ニューディール政策のなかで最も評判の良い成功例の一つだった[36]。

しかし第二次世界大戦の開戦が、大恐慌、失業、市民保全部隊の当初の正当化根拠に終焉をもたらし、1942年６月30日に、連邦議会は市民保全部隊事業の終結を可決したのだった[37]。

第三節　国立公園利用の急増

１　自然保存派（preservationist）とレクリエーション派（recreationist）

1939年９月の第二次世界大戦開戦により、公園業務と資金提供は段階的に廃止され、1945年の終戦からしばらくの間、国立公園システムは忘れられていた[38]。しかし、人口増加や経済発展による戦後の繁栄は個人所得やレジャーの時間を増大させ、空前の数のビジターたちが国立公園

---

[35] 農務省は、国有林、州有林、民有林を担当した。内務省は、国立公園および州立公園、アメリカ先住民インディアン保留地（Indian reservations）、国有地を担当した。David A. Adams, supra n. 8, at 194.

[36] Id., at 195-196.

[37] Id., at 196.

[38] Id., at 197.

に押し寄せるようになった。ビジターたちの多くは、リゾートホテル、ゴルフ場、レストラン、ファーストフードその他の施設を期待したが、なかにはウィルダネスへバックパック一つで旅行し、テントを張り、自分で作ったものを食べるだけで満足だという者もいた[39]。このように多様なタイプのビジターたちを魅了する国立公園で、自然保存派（preservationist）とレクリエーション派（recreationist）の対立関係がこの時期に顕在化していった。

自然保存派とは、アメリカ自然保護運動の父といわれるミューア（John Muir）が提唱した自然保護論に賛同する者たちをいう。彼らは、国立公園や国有林を自然のままの状態で保存することを志向する。レクリエーション派とは、国立公園や国有林をレクリエーションのために利用することを志向する者たちをいう。レクリエーション派のルーツは、20世紀初頭にピンショー（Gifford Pinchot）が提唱した自然保護論にたどることができる。ピンショーは自然資源の有効利用という功利主義の自然保護論を提唱し、これに賛同する者たちは自然保全派（conservationist）と呼ばれた。自然保全派は、国立公園や国有林を科学的、効率的、一体的、多目的に管理・運用することを志向する[40]。

自然保存派とレクリエーション派の双方の主張は、次のようなものである。自然保存派は、自然地域が、美的な楽しみの源であり、自分たちの祖先を思い起こさせるような重要な象徴的機能を果たし、あるいは地球生態系の健全かつ安定した状態を維持するために必要であると考える。自然保存派は、国立公園でのレクリエーションが非消費活動に限定されるべきだと考えている。このようなレクリエーションの機会には、ピクニック、ハイキング、バックパック旅行、カヌーこぎ、魚釣り、簡単なキャンプが含まれる。レクリエーション派は、国立公園が、選ばれたエリートだけでなくあらゆる人々の楽しみのために設立されたと主張する。レクリエーション派は自然保存派を、自分たち自身の“より洗練

[39] Nathan L. Scheg, Preservationists vs. Recreationists in Our National Parks, West-Northwest Journal of Environmental Law & Policy (1998) Vol. 5, num. 1, at 51.

[40] 畠山武道『アメリカの環境保護法』(北海道大学図書刊行会、1992年) 251頁。

された”価値観と調和させるために国民の価値観を変えることに熱心な、エリート主義者とみなす[41]。何人も他の者に公園の“適切な”利用を押しつける権限を有してはならない、と彼らは信じている。レクリエーション派は、多様なレジャー活動に没頭する。これらの活動には、マウンテンバイク、スノーモービル、自動車での観光、スキー滑降、ゴルフ、オフロード車利用などが含まれる[42]。自然保存派とレクリエーション派の対立は、現在も最も重要な問題の一つであり続けている。

1949年に国立公園局四代目局長ドルーリー（Newton B. Drury）[43]は、『われわれの公園のジレンマ（The Dilemma of Our Parks）』という報告書を発表した。この報告書は、多すぎるビジターたちと少なすぎる職員たちによって引き起こされる、公園地および公園財産の悪化や破壊を報告した。否定的な報告書は、以後も続いた。1975年の『われわれの国立公園の質の低下（The Degradation of Our National Parks）』という報告書も、本質的に同じ結論に達している[44]。

2　ミッション66（Mission 66）

1951年に国立公園局五代目局長のデマレイ（Arthur Demaray）がわずか半年間の任期を終えると、六代目局長ワース（Conrad L. Wirth）が引き継いだ[45]。ワースは、“保護と利用”ジレンマの解決策は、押し

---

41 エリート主義の問題はしばしば誇張されるが、この問題を裏づけるいくつかの資料もある。最近の調査は、ウィルダネス利用と職業・教育両方との間の非常に強い相関関係を明らかにする。肉体労働者たちは全てのウィルダネス利用者のうち、たった５％を占めるにすぎない。ウィルダネス利用者の三分の二は大卒者で、そのうち四分の一が昇進のある仕事をしてきた。Nathan L. Scheg, supra n. 39, at 52.

42 Id.

43 カリフォルニア大学バークレー校の出身で、国立公園局二代目局長オルブライトの級友だったドルーリーは、以前にもオルブライトの後任に推薦されたことがあった。自然保護志向のドルーリーは、自然保護団体の期待を一身に受けて入省した。上岡克己・前掲（注５）103頁。

44 Clarke and McCool, supra n. 12, at 72.

45 上岡克己・前掲（注５）105頁。

寄せるビジターたちに対応するための大規模開発事業に着手することであると考えた。国立公園局の歴史においてこの時に、自然保存（preservation）という使命は二次的な位置に置かれることになった[46]。こうして1956年に、国立公園局は“ミッション66（Mission 66）”という事業に着手した。

ここで、ワース自身による報告書に沿ってミッション66のプロセスを見ていきたい。最初にワースは、より多くの資金を得ようとする国立公園局の従来の試みを調査した。しかしそれらのうち、予算局（Office of Management and Budget）[47]を通過したものは一つもなかった。どうやら予算局と連邦議会は、従来の公園局による大規模で複雑な要求よりも、公道局（Bureau of Public Roads）、土地開墾局（Bureau of Reclamation）、陸軍工兵隊（U.S. Army Corps of Engineers）によるいっそう大規模で長期的な提案を好むように思われた。ワースは、ひょっとすると大胆なアプローチのほうがうまくいくかもしれないと考えた。職員との議論ののち、国立公園局の各部門を代表する委員会（設計・建設、事業・計画管理、自然保全・自然保護（Conservation and Protection）、自然史、歴史、河川流域調査の各委員会）と、分科会メンバーの監督者たちから成る第二運営委員会が設立された。そこで選ばれたのが、“ミッション66”である。ミッション66とは、全ての国立公園における計画を明示し、その費用を積算して単一の予算に統合するという、包括的な公園整備案である。ミッション66には、150の博物館やビジターセンターの建設、二つの近代的トレーニングセンターの建設などが盛り込まれた[48]。ミッション66というタイトルの“66”は、1966年つまり国立公園局創設50周年記念であり、事業目標が達成されることになっている年を意味した。1955年６月末頃までには、現場の職員たちに対してミッション66の目的や範囲について徹底的な教育が行なわれ、1955年９月20日のグレートスモーキー山脈（Great Smoky Mountains）での公益事業会議（Public Services Conference）[49]においてミッション66が公表された。1956年１月

---

[46] Clarke and McCool, supra n. 12, at 73.

[47] 現、行政管理予算局（Office of Management and Budget）。

[48] 畠山武道・前掲（注40）253～254頁。

[49] 公益事業（public service）は、鉄道、ガス、水道、電気等、公衆の日常生

5日にはアイゼンハワー大統領（Dwight D. Eisenhower）が、一般教書（State of the Union address）のなかで国立公園に言及した。さらに同年1月27日に行なわれたミッション66についてのワースのプレゼンテーションに対して、同大統領が明確に支持を表明した[50]。

最終的な総予算がおよそ10億ドルにものぼったミッション66は、大成功をおさめた。他方、自然保護団体のウィルダネス協会（Wilderness Society）[51]事務局長ザニサー（Howard Zahniser）を中心とする危機感を抱いた自然保護論者たちは、国立公園局の政策にウィルダネス保存を義務づけようとした[52]。彼らの動きは、国有地管理の転換を示すことになる1964年の原生自然法（Wilderness Act）の制定を導くことになった[53]。

3　1964年管理枠組み（1964 management framework）

ミッション66が軌道に乗るまで、保護と利用ジレンマを解決できる両立的で首尾一貫した管理政策の模索は続いていた。国立公園局七代目局長ハーツォーグ・ジュニア（George B. Hartzog Jr.）の指揮のもと、国立公園局はこの問題に関する明確な管理政策を打ち出した。それが、1964年管理枠組み（1964 management framework）である。1964年7月10日に内務長官ユーダル（Stewart L. Udall）によって署名された意見書（memorandum）のなかで採択されたこの枠組みは、公園地を三つのカテゴリーに分類した。自然地域（natural）、歴史的地域（historic）、レクリエーション地域（recreational）である。ユーダルの意見書における彼自身による詳細な説明によれば、

「国立公園システム内のこれら三つのカテゴリーを包含しているたった

活に欠くことのできない、公的性格をもつ（それゆえに特殊の公的規制に服する）事業を意味する。田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）683頁。公共に対する無報酬の貢献を意味する“public service”とは区別される。

[50] David A. Adams, supra n. 8, at 198-200.

[51] 会員数はおよそ5000人で、当時の主な自然保護団体としては最小規模だった。

[52] 上岡克己・前掲（注5）106頁。

[53] 原生自然法の内容については、本稿第二章第四節1(1)参照。

一つの広い管理概念では、これらのカテゴリーを適切に保存するためにも、あるいは連邦議会政策の発現で具現化される国民利用についてこれらのカテゴリーの十分な潜在能力を発揮するためにも、不十分である。これらのカテゴリーの各々が、システム全体についての一つの基本となる管理計画をつくり上げるために調整された、独立のひとまとまりの管理政策を求めた。」[54]

「たとえ全ての公園が1916年法の委任に基づいて生まれるとしても…各々の公園の目的と趣旨が他の公園と同じでないことは明らかである。…1964年にわれわれは、資源がそれら固有の価値や適切利用の点から、適切に認められかつ管理されるように…この多様性を包含するために…三つのカテゴリーを認めた。」[55]

この三つに分かれた管理政策は、行政機関の方針に重大な影響を与えた。特に重要なのは、三つのカテゴリーが国立公園局に、いくつかの公園で自然保存派によるオリエンテーションをとり入れるのを認めたことかもしれない。このように、これまでは国民の要求を満たすために公園境界内のどこまででも簡単に拡大されてきた増大する利用と開発に関する基準が、今では自然科学的影響あるいは公園局のいう“生態学的健全あるいは休息(ecological health or repose)”と関連づけられるようになった[56]。

1968年に国立公園局は、制限的道路政策を新たに採択した。このなかの公園道路基準（Park Road Standards）は、“自然地域（natural area)”カテゴリーの一部地域での開発を削減しようとするものだった。同基準は、「国立公園の唯一不変の目的は、人間とその環境を緊密な調和の状態に導くことである。したがって、最も重要な関心事でなければならないのは公園体験の質であって－旅行統計ではない。」とした[57]。

4　ハーツォーグの管理革新

---

[54] Clarke and McCool, supra n. 12, at 74.

[55] Id.

[56] Id.

[57] Id., at 75.

ハーツォーグ局長の管理革新[58]は、都会にレクリエーション地域を設立するという取り組みを含めて、公園支持層を拡大するのに効果的な手段になった。それらは公園を、より広範囲の人々や活動にとって利用可能なものにした。しかしそれらは同時に、公園局の全職員に、管理の難しさという問題を引き起こした。例えば、公園レンジャーの役割は従来、自然や歴史の説明活動に集中していたのが、突然、法の執行、交通の取り締まり、人込みの管理を含むまでに拡大されることになった[59]。

1964年管理枠組みのほかに、1960年代から1970年代初めにはいくつかの法が制定された。環境問題について新たな運動が生まれたこの時期に、これらの法の制定は国立公園局の視野を広げさせた。当時の国立公園局の基本計画方針（Management Policies）は、歴史的資源の保存命令（mandate）[60]として、1916年の国立公園局設置法（National Park Service Organic Act）に加えて、1906年の古物保存法（Antiquities Act）、1935年の史跡保存法（Historic Sites Act）、1966年の国家歴史保存法（National Historic Preservation Act）、1969年の国家環境政策法（National Environmental Policy Act）、1974年の考古学・歴史保存法（Archeological and Historic Preservation Act）の趣旨を内容としていた。ほかにも、1964年の土地・水保全基金法（Land and Water Conservation Fund Act）、1964年の原生自然法（Wilderness Act）、1971年５月13日行政命令11593号“文化的環境の保護および向上（Protection and Enhancement of the Cultural Environment）”などが用いられた[61]。

1964年から1968年までのたった４年間で、公園地域の数は218から270にまで急増した。それらの新しい地域では、50年以上にわたって公園局の活動を導いてきた本来の公園概念が、劇的に変化した。新しい公園概

---

[58] 1964年管理枠組みは、行政機関運営を向上させ、空前のビジターたちの殺到に対処する取り組みのなかでハーツォーグ局長によって導入されたいくつかの革新のうち、最初のものだった。Id.

[59] Id.

[60] 同じ“命令”でも、“mandate”は職権による正式の命令、“order”は行政機関による立法としての命令（例えば、規則）を意味する。

[61] Clarke and McCool, supra n. 12, at 76.

念のもと、二つの都市型公園地域や二つの文化センターが創設された[62]。ハーツォーグはまた、国立公園のもっと効率がよい管理や行政戦略を促進するために、“国立公園使用地運営調査チーム（Field Operations Study Team: FOST)”を組織した。同時期にハーツォーグは、昔ながらの56の行政マニュアルやハンドブックの使用を廃止した[63]。

“イヌワシパス（Golden Eagle Pass)”の着想もまた、ハーツォーグによる革新の一環だった。イヌワシパスとは、1965年に発売された、全ての国立公園に入場できる季節割引入場券である。ところがイヌワシパスは、“公共の場所に入るのに入場券が必要なのはおかしい”と主張する公園ビジターたちからの不満の声を高めることになった。1965年発売当時、イヌワシパスは3000万以上の売り上げが予想されていたが、実際には100万パスしか売れなかった。その後20年にわたって続くことになる入場料論争[64]は、国立公園局の大規模なレクリエーション事業を支えることに対する国民の姿勢と組織化された支持層の欠如が問題であることを明らかにした。つまり、公園局の主な二つの支持層として、夏季ビジターと環境保護論者（environmentalist）が考えられる。夏季ビジターは、広く多様で組織化されておらず、たいていは公園局が直面している政治上や資金上の問題を知らない。一般の国民は、公園に多くを求めるにもかかわらず実際の援助をほとんどしない。他方、環境保護論者は援助をするものの、公園局の自然保存命令を支持しても国民の利用命令を支持しない“過激論者”としてよく知られている[65]。このように国立公園局は、強力なライバルである森林局と違って、経済上の利害関係者た

[62] 前者は、ニューヨークのゲートウェイ国立レクリエーション地域（Gateway National Recreation Area）とサンフランシスコのゴールデンゲート国立レクリエーション地域（Golden Gate National Recreation Area)。後者は、ワシントン D.C. のケネディセンター（Kennedy Center）とバージニア州に接するウルフトラップ公園（Wolf Trap Park)。 Id., at 75.

[63] Id., at 76-77.

[64] 1986年に連邦議会は、国立公園システムのほとんどの区域について料金を求める法律を通過させると共に、イヌワシパスの価格を手頃な25ドルに定めた。しかし、入場料論争は続いている。 Id., at 77.

[65] Id.

ちを中心に組織された支持層を利用することが困難だったのである[66]。

5　1972年国立公園システム計画（1972 National Park Service System Plan）

保護と利用ジレンマをめぐる対立が依然として続くなかで、ハーツォーグは、イエローストーン国立公園創設100周年にあたる1972年までに国立公園システムを完成させようと尽力した。土地・水保全基金（Land and Water Conservation Fund）からわりあてられる資金を利用できるようになり、環境運動の勢力が高まったことも国立公園システムが拡張していくのを支えた。

1972年国立公園システム計画（1972 National Park Service System Plan）の第二部（part two）では、アメリカの自然地理学的特色と生態学的特色についてすぐれている代表例を保存することが重視された[67]。その結果、多くの新たな自然地域が国立公園システムに追加された。たとえば、国立公園システムには従来なかったタイプの森林を代表する大イトスギ・大やぶ国立保護区（Big Cypress and Big Thicket national preserves）、７万エーカーのバッドランド（badland）地勢のセオドア・ルーズベルト国立公園（Theodore Roosevelt National Park）、世界最大規模のペルム紀の化石礁（Permian fossil）であるグアダループ山脈国立公園（Guadelupe Mountains National Park）、南東部最後の低地広葉樹処女林のコンガリー湿原国立記念物公園（Congaree Swamp National Monument)、従来の全てをしのぐ最大面積の追加になったアラスカン国立公園(Alaskan national parks）などである。なかでもアラスカン国立公園は、国立公園システムの面積規模を二倍にした。これは1971年のアラスカ先住民権益措置法（Alaska Native Claims Settlement Act）によって認められたもので、「国立公園、国有林、国立野生生物鳥獣保護区、国立野生・景勝河川の区域に追加するあるいはそれらの区域を創設する

---

[66] Id., at 78.

[67] 第一部（part one）では、1966年の国家歴史保存法（National Historic Preservation Act）の内務長官の権限規定が踏襲された。David A. Adams, supra n. 8, at 203.

ような、連邦議会に対する起こりうる推薦のために（37 Fed. Reg. 5579-5583（Mar. 16, 1972)）」、州の公有地（public domain）から8000エーカーを国立公園用地として引きだす（withdraw）ことで実現した[68]。

1972年に国立公園局は、イエローストーンで国立公園創設100周年を祝賀する世界国立公園会議を主催し、各国の称賛を浴びたのだった[69]。

第四節　連邦政府イニシアティブの主導化

1　ニクソン政権ー保留地システム（reservation system）

1972年に、ニクソン大統領（Richard M. Nixon）はやり手で独立心の強いハーツォーグ局長を解任し、大統領側近のウォーカー（Ron Walker）に国立公園局長を入れ替えた。ニクソンの選挙運動スタッフに加わる前、ウォーカーは保険外交員だった。その後、ウォーカーは大統領補佐役を務めたが、公園、レクリエーション、自然保存に関しては全くの素人だった。国立公園局長としての２年間の任期を通してウォーカーは、キャンプ場保留地システム（campsite reservation system）の発展にも関係している、財政を困難にするような公共事業に公園局を巻き込んでいった。1970年までにビジターの入園は、キャンプをする人たちの長い行列が公園入口にでき、彼らの多くが結局はあきらめて帰らなければならないというところまで施設を上回るようになっていた。

公園局職員は、保留地システム（reservation system）[70]がこの危機問題に対する最良の解決策であると考え、全国的規模の公園保留地システムを設立するとともに管理責任を外部に下請けに出すという決定が行なわれた。このように業務に関して請負契約の決定が行なわれたのは、公園局自身が、全国的規模のシステムを運営するための動員可能な人手あ

---

[68] Id., at 202.

[69] 畠山武道・前掲（注40）255頁。

[70] 保留地（reservation）とは本来、将来の国立公園用地や国有林用地として自然のままの状態でとっておかれる（reserve）土地（主にウィルダネス）を意味する。しかしニクソン政権における保留地は実質的にリゾート開発用地に近く、本来の保留地とはかなり異なる点に注意を要する。

るいは高度の専門的知識を自局内で確保できないと考えたからであった。最初の契約は、最も激しく利用される六つの公園のための保留地を扱うために、アメリカンエキスプレス社（American Express）が請け負った。１シーズンは運営がうまくいったものの、予期しない大量の保留地要請によって生じた費用超過が原因で、同社は契約更新を断った。

1974年に国立公園局は、14の公園をさらに追加するために、保留地システムを拡大することを決定した。公園局は、今度は莫大な量の保留地要請を予期して、拡大された契約についての趣意書を発表した。そして、公共保留地システム社（Public Reservation Systems: PRS）が新たに契約した[71]。同社は、この契約についての入札を行なうためにつくられた新しい会社だったが、経験、高度の専門的知識、その仕事を行なうための十分な能力すらなかったので、同社による保留地の運営は完全に失敗した[72]。もっとも、この失敗の原因の大部分は、長期の資金不足問題や急増するビジター利用に効果的に対処することができない国立公園局の無力さのせいだった。ビジターが急増し続けた1970年代を通して管理・予算局（Office of Management and Budget）は、いくつかの公園におい

---

[71] 当時は、８億7700万ドルの資産および保留地での広い経験をもつティケトロン社（Ticketron）が有力候補と思われていたが、公共保留地システム社（PRS）に出し抜かれた。Clarke and McCool, supra n. 12, at 79.

[72] スキャンダルが、この失敗の一因になった。会計監査院（General Accounting Office）、内務省、連邦議会監督公聴会（congressional oversight hearings）による一連の調査が、ウォーカー局長が公共保留地システム社の社長の個人的な友人であり、しかも入札が検討されている期間を通じてウォーカーが同社社長と“社交上のつきあい（social contacts）”を続けたことを暴いたのである。政治的にすでに弱い国立公園局にとって、この種のスキャンダルはささやかな支持を崩す可能性があった。実際、保留地の完全な失敗の犠牲者である多くの公園ビジターたちにとってこのスキャンダルは、多くの公園の質が低下していく状態とあいまって、公園局のイメージをさらに傷つけるものになった。このことは、国立公園局の最も強力な利害関係団体の一つである国立公園・保全協会（National Parks and Conservation Association）による、『国立公園・保全マガジン（National Parks and Conservation Magazine）』1976年３月号の次のコメントに要約されている。「国立公園システムのなかでアメリカ国民の公共の財産を維持することに、初歩的な失敗があった」。Id., at 79-80.

て“勢力の削減（reductions in force: RIF）”を強いるために、資金について厳しい制限を定めるのみならず厳格な人員上限を定めた。多くの公園は、ビジターが急増しているまさにその時期に公園の要員を削減しなければならなかった[73]。

このように、ニクソン政権（1969～1974年）とフォード（Gerald R. Ford）政権（1974～1977年）のもとでの行政機関の資金の囲い込みと雇用の凍結は、行政機関の運営に有害な影響を与えた[74]。国立公園局の予算と人員問題のもう一つの結末は、同局が新たな制定法の要請に十分に応えることができないというものだった。公園局が、1964年の原生自然法によって命じられたウィルダネスの見直しを期間内に終えることができなかったという事実からも、同局への重圧がうかがわれるだろう[75]。

2　レーガン政権ー新たな公園地取得の一時停止

カーター（Jimmy Carter）政権（1977～1981年）では、1980年のアラスカ国有地保全法（Alaska National Interest Lands Conservation Act: ANILCA）によって多くの国立記念物公園が国立公園に昇格した[76]。同法は国立公園システムと国立記念物公園システムに、4300万エーカー以上をもたらした[77]。このような国立公園システムの大幅な拡大は、カーター大統領の明確な環境支持のスタンスとあいまって、西部における政治的な抵抗運動をすぐに引き起こした。“よもぎの反乱（Sagebrush Rebellion）”は、西部の保守的な地主たちを中心に、西部諸州が連邦政府に対し州権の回復を求めた運動だった。この運動を構成するグループの

---

[73] 1972年から1975年の間、連邦議会は７％の職員増強を認めたが、国立公園局については全く認められなかった。1976年に管理・予算局が、土地取得（land acquisition）事業に“勢力の削減（RIF）”を課した結果、連邦議会に認められた103の地位が空になった。たとえば、1970年代のロッキー山脈国立公園（Rocky Mountain National Park）では、ビジターが77％増加する一方で、常勤職員が20％減少するという、手に負えない状況になった。Id., at 80.

[74] Id.

[75] Id., at 81.

[76] 上岡克己・前掲（注５）167頁。

[77] Zaslowsky and Watkins, These American Lands, Island Press (1994) at 40.

一つが、国立公園内民有地所有者協会（National Inholders Association: NIA）と名乗る1978年に結成された団体だった。よもぎの反乱のメンバーたちは、1980年の大統領選挙でレーガン（Ronald Reagan）が選出されるのを後押しした。そのときレーガンが内務長官の地位を約束したのが、よもぎの反乱のメンバーの一人だった、ワイオミング州出身のワット（James Watt）という人物だった[78]。レーガン大統領とワット内務長官からなるレーガン政権の時代は、環境保護運動と国立公園にとって冬の時代だった[79]。

このような経緯があることから、ワットは明確な行動指針をもって入省した。彼が起こした最初の行動の一つは、新たな公園地の取得（acquisition）に関して一時停止（moratorium）を発表することだった。ワットはまず、国立公園局その他の土地管理行政機関にとって土地取得（land acquisition）のための主な資金源である、土地・水保全基金（Land and Water Conservation Fund: LWCF）を廃止しようとした[80]。過去10年間、ワットは水・保全基金を賞賛してきたが、今では同基金が公園の拡大のために用いられなければならないとはすでに考えていなかった。それどころかワットは、「公園が拡大する必要があるとは全然思わない。公園は修理が必要だし、土地・水保全基金は修理のためだけに用いられなければならない。豪華な宝石（crown jewels）［国立公園］は“恥ずべき状態”にある」と主張した[81]。実際にいくつかの公園は、ミッション66が改装する前と同じくらい老朽化したように見えた。道路や下水道システムも、修理が必要だった。ワットは多くの公園建物の“危険（hazards）”を公表し、「必要な設備改良を行なうのに16億ドル以上かかるだろうし、古い土地が事前に修理されないのに新しい土地を取得するのは無責任だろう」と述べた[82]。

1980年代初めになると、土地取得対修理・改善というワットの見解を

---

[78] Clarke and McCool, supra n. 12, at 83.
[79] 畠山武道・前掲（注40）280頁注（18）。
[80] Clarke and McCool, supra n. 12, at 83-84.
[81] Zaslowsky and Watkins, supra n. 77, at 40.
[82] Id., at 40-41.

補強しながら、公園がひどい難局にあると結論づける、数多くの調査報告が発表された。たとえば、『国立公園白書1980年（State of the Parks 1980)』という科学技術局（Office of Science and Technology）による報告書は、大気・水の汚染問題、オーバーユース（過剰利用)、混雑、公園境界近くにおける規制されていない民間開発を含めて、公園制度に対する4345の具体的な脅威を探りだした。また、1980年の会計検査院（General Accounting Office: GAO）の調査報告書は、最大規模でありかつ最も人気のある公園のうち12の公園を調査し、国立公園局が「国立公園の施設を利用するビジターや従業員の健康や安全を保護してこなかった。…標準以下の上下水道システムや危険なロッジ、共同寝室、橋、トンネルは、修理されるかグレードアップされる必要がある、あるいは使用が制限されなければならない。われわれは、国立公園局について、資金のない健康・安全事業が総計16億ドルになると見積もる。」とした。さらに、レーガン政権の公園局長ディッケンソン（Russell Dickenson）は、会計検査院による16億ドルの見積もりが少なすぎると述べた[83]。しかし、国立公園局によるのちの見積もりによれば、ワットに始まる16億ドルという見積もり自体が、５億ドル以上も必要以上に高かった[84]。

土地取得資金のための予算を徹底的に削減しようと試みるレーガン政権と、土地取得のために金を提供することに固執する連邦議会は、ことごとく対立した。たとえば、1982年会計年度のレーガン予算は、公園地取得のために5550万ドルを割り当てたが、連邦議会はその最終予算を1億1200万ドルに増やした[85]。自然保護団体は、国立公園の哀れな状態についてのワットの嘆きが、公園拡大に対する彼の根深い敵対心をごまかすための行動の一つにすぎないと主張した[86]。実際、レーガン政権は1982年に、“公園の修復・改良（Park Restoration and Improvement)”という新たな予算項目として１億500万ドルを求めたが、健康・安全事業のための予算はそのうちたった1800万ドルにすぎなかった。さらに、ワシ

[83] Clarke and McCool, supra n. 12, at 84.
[84] Zaslowsky and Watkins, supra n. 77, at 41.
[85] Clarke and McCool, supra n. 12, at 84.
[86] Zaslowsky and Watkins, supra n. 77, at 41.

ントンD.C.の国立ビジターセンター（National Visitor Center）が閉鎖されるなど、ワットの政策はアメリカの国立公園システムを徐々に廃止しようと試みているかのようだった[87]。

次にワットが改革しようとしたのは、営業許可（concession）[88]に関する政策だった。自らが主催する政府高官公聴会（confirmation hearings）でワットは、民間の営業許可者たちの拡大する役割を次のように説明した。

「われわれは、国民のために国立公園に資産を投資し管理したいという民間の事業主たちの、積極的な事業を必要とする。…われわれは、おびただしい偏見をもっている。われわれは、民間の事業主たちについて偏見をもっている。［しかし］われわれは、営業許可者たちが役目を果たせると考える。」[89]

ワットによって始まったともいえる営業許可政策に関する議論は、1994年の国立公園局営業許可修正法（National Park Service Concession Act）の通過につながることになる[90]。

3　クリントン政権ーヴェイル・アジェンダ（Vail Agenda）の採択

自然保護団体に支持されたクリントン（Bill Clinton）政権（1993～2001年）では、スミソニアン国立アメリカ歴史博物館（Smithsonian's National Museum of American History）館長であり長年にわたって率直な発言をしてきた環境学者でもある、ケネディ（Roger G. Kennedy）が国立公園局長に任命された。クリントン政権は、営業許可政策の改革に高い期待を寄せられていたが、資金不足から十分な対応ができず、自然保護団体が期待していた国立公園内民有地（inholdings）問題[91]の解決も図られないままだった[92]。他方、“パークバレル（park barrel）”が、

---

87 Clarke and McCool, supra n. 12, at 85.

88 営業許可をめぐる問題については、本稿第三章第二節3および4参照。

89 Clarke and McCool, supra n. 12, at 87.

90 Id.

91 国立公園内民有地問題については、本稿第三章第二節3および4参照。

92 Zaslowsky and Watkins, supra n. 77, at 44-45.

公園局にいくつかの非常に現実的な問題を引き起こしていた。パークバレルとは、ポークバレル(pork barrel)すなわち利益誘導型政治をもじった造語で、公園政策に政治が過度に介入する“公園利益誘導型政治”ともいうべき状態を意味する。パークバレルは、レーガン政権の下で横行していった。国立公園局の支配力の喪失に加えて、それにともなって既存の公園が損害を被ったという意識が広まっていた。公園局職員たちの多くが、公園の維持管理、増大するビジター利用、人員不足、公園システムのほとんどの区域を悩ませ続けている外部的脅威(external threats)といった深刻な問題が、無視されてきたと考えていた。このような不満が公園局職員たちを、公園局の方向を変えるための“草の根運動(grassroots effort)”に駆り立てた[93]。

1991年にコロラド州ヴェイル(Vail)で開催された、国立公園局創設75周年を記念する国立公園会議には、公園局関係者、学者、オピニオンリーダーなど、内外の専門家数百人が参加した。その議事録が、『21世紀の国立公園:ヴェイル・アジェンダ(National Parks for the 21st Century: The Vail Agenda)』という報告書として、翌年公表された[94]。それはクリントン政権において、組織の一新にかかる国立公園局のバイブルになった。ケネディ公園局長、バビット内務長官(Bruce Babbitt)、そしてホワイトハウスがヴェイル・アジェンダを採用した。ヴェイル・アジェンダは、公園局の将来にわたる改革を方針として採り上げる綿密な文書である。その提案(recommendations)は、公園局に関するいくつかの他の報告書のなかでも繰り返されている[95]。その主な内容は、次のようなものである。

「21世紀に公園局に課された具体的な使命は、次のとおりである。

1　資源管理と保護:内外の破壊から公園資源を保護すること

2　アクセスと楽しみ:特有の資源を損なわないで維持しながら、公園へのアクセスとレクリエーションや教育的楽しみを提供するこ

[93] 森林局(FS)のAFSEEE運動の影響があったといわれる。Clarke and McCool, supra n. 12, at 90.

[94] Id.、上岡克己・前掲(注5)181頁。

[95] Clarke and McCool, supra n. 12, at 90.

と

3　教育と説明：公園の内容と国立公園局の意義を説明し、教育現場で公園について教えること

4　リーダーシップ：公園政策についてリーダーシップをとること

5　科学と調査：公園を維持管理するために必要な科学的調査を行なうこと

6　専門性：高度な専門知識と職員集団であること」[96]

もっとも、パークバレルとしても知られる連邦議会が、国立公園局に対する支配力をたやすく手放すかどうかは定かではない。これらのさまざまな報告書が実際に求めているものが実施されるかどうか、これからも見守っていく必要がある[97]。

国立公園の現状と問題点については、1995年９月に会計検査院（GAO）が明確に指摘している。

「国立公園局：より良い管理ともっと広い再編成の取り組みが必要である。

…国立公園局は、競い合う目標の間にある資源をやりくりし、最も差し迫った問題に関心が向けられるように優先事項をランク付けし、より良く資源を分配するための予算決定に公園局の計画立案プロセスを直接に結びつけることを同局に可能にさせるのに必要な会計資料、内部統制、遂行手段をもたない。公園局の再編成計画は、拡大していくシステム、増加していくビジター、ますます複雑になっていく資源保護問題についての要請を満たす必要といった、公園局が直面している課題のいくつかを扱う。しかし同計画は、内務省の三つの土地管理行政機関と農務省森林局の間で、協同の土地管理によって運営を向上させるという可能性を扱わない。それはまた、機能や事業が排除されてもよいか、あるいは州・地方政府または民間部門に委譲されてもよいかどうかも、検討しない。」[98]

レクリエーション料金規制もまた、利用者にとって最も身近な関心事の一つといえる。クリントン政権時代には、レクリエーション料金政策

---

[96] 上岡克己・前掲（注５）181～182頁。

[97] Clarke and McCool, supra n. 12, at 91.

[98] GAO, T-RCED-95-101.

が一新された。従来、連邦議会は、土地・水保全基金法（Land and Water Conservation Fund Act）のなかで、多くの連邦所有地のレクリエーションアクセスについて、連邦所有地管理行政機関が料金を課す権限を制限してきた（16 U.S.C.A. §4601-6a）。たとえば、1986年のウィルキンソン対内務省連邦コロラド管区地方裁判所判決（Wilkenson v. Department of the Interior, 634 F. Supp. 1265）は、[国立公園関連法によれば] 国立記念物公園のなかを通る道路を通行しているが [観光客のように] 道路をレクリエーション目的で利用していない [地元の] 居住者に入場料を課すのを禁止するとした。また、1997年の合衆国対マリス連邦オレゴン管区地方裁判所判決（United States v. Maris, 987 F. Supp. 865）は、国有林地域をただ運転してくることは、利用者料金が要件とするレクリエーション“利用（use）”ではないと判決した。連邦法のもとでは長い間、集められたどんな資金も連邦の国庫に預金されなければならなかったし、集めた行政機関自身が直接に使うことはできなかった。行政機関は、連邦議会によってわりあてられた資金のみを使うことができたのである。したがって連邦所有地管理行政機関は、入場料、キャンプ場料金その他の料金を課す権限を有していても、実際に料金を課そうという気がほとんどなかった。

1996年に連邦議会は、レクリエーション料金モデル計画（recreational fee demonstration program）を採択した。同計画は、増大していく連邦所有地レクリエーション経費に伴う管理の負担をうまく処理する方法を探していたクリントン政権に支持された。重要な特徴は、集められた当該特定区域にとどまる、すなわち地元に落とされる料金の80％に関して、行政機関が生み出すレクリエーション料金の100％を保持することを当該行政機関に認めるということである。その資金は、「（健康・安全に関する事業を含めて）未処理のままにされた修理・維持管理事業、説明、信号、生息地や生息場所の質を高めること、資源保存、（料金回収を含めて）毎年の運用、維持管理、公共の利用に関する法の実施（115 Stat. 466 §312(c)(1);(c)(3)）」[99]のために使われなければならないし、生み出さ

[99] 計画は毎年、修正かつ拡張される。Coggins, Wilkinson and Leshy, Federal Public Land and Resources Law, Fifth edition, Foundation Press (2002) at 979.

れた資金は他の法に基づくわりあて金額を埋め合わせるために使われてはならない（115 Stat. 466 §312(d)(1)）。

1998年会計年度では、四つの主な土地管理行政機関（国立公園局、森林局、土地管理局、野生生物局）がレクリエーション料金として１億8000万ドルを集めた。この総額は、レクリエーション料金モデル計画が始まる前に集められた総額の二倍だった。興味深い現象として、土地管理行政機関がいったんレクリエーション料金を課すようになると、ビジターのマナー（visitorship）が向上してレクリエーション地域での破壊行為が減少することも指摘されている[100]。

第五節　小括ー国立公園システムの位置づけと“保護と利用”ジレンマの登場

アメリカの国立公園システムは、一見すると、年代とともに順調に発展してきたように思われる。しかし、国立公園の創設を導いた20世紀初頭の自然保護運動は、当初から分裂を含むものだった。ミューア（John Muir）を中心とする自然保存派（preservationist）と、ピンショー（Gifford Pinchot）を中心とする自然保全派（conservationist）の対立は、国立公園システム自体の自己矛盾ともいえる“保護と利用”ジレンマとなって、国立公園局（NPS）を長く苦しめることになる。

国立公園システムの歴史を振り返ると、合衆国自然保護法の萌芽期から同システムが存在することを確認できる。このことは、国立公園システムが合衆国自然保護法のベース部分に位置づけられることを意味する。また、第二次世界大戦後に公園ビジターが殺到し国立公園局（NPS）が対応に追われる一方で、さまざまな利害関係者たちが“自然保全（conservation）”に名を借りて暗躍する様子が見えてくる。このように国立公園システムの歴史は、自然保存派と自然保全派の対立の歴史でもあり、保護と利用という二つの命題の両立を模索する連邦行政機関の歴史でもあったといえるだろう。

以上のような国立公園システムの歴史をふまえて、次に国立公園シス

[100] Id., at 979-980.

テムを法制度的に分析していくことにしたい。アメリカの国立公園にかかる現行法制度とは、どのようなものだろうか。アメリカの国立公園関連法を、分野ごとに概観していくことにしよう。

＊本稿は、平成16年度－平成18年度科学研究費補助金（基盤研究（A））東京大学（研究代表者：金井利之）「公共事業コントロール法と土地利用規制の連携」の成果の一部であるとともに、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2008年３月授与）の一部に補筆したものである。

判例研究

民事判例研究

根本尚徳

土地を目的とする先順位の甲抵当権が消滅した後に、後順位の乙抵当権が実行された場合において、甲抵当権の設定時に土地と地上建物とが同一の所有者に属していなかったとしても、乙抵当権の設定時に同一の所有者に属していたときには、法定地上権が成立する。

最高裁判決平成19年７月６日民集61-５-1940、判例時報1982-78、判例タイムズ1251-141、金融・商事判例1271-33

第１　事実の概要

１　事案

昭和44年当時、被告Ｙ１は本件土地を、その配偶者である訴外Ａは右土地上に建てられた本件建物をそれぞれ所有していたところ、同年５月29日、本件土地及び本件建物について、債務者をＡ、訴外Ｂ信用金庫を根抵当権者とする共同根抵当権（以下、本件一番抵当権という。）が設定され、同月30日その旨の登記が経由された。

昭和53年９月26日、Ａが死亡し、その配偶者Ｙ１及びその子らＹ２～Ｙ５が本件建物の所有権を共同で相続した。

平成４年10月12日、本件土地について、訴外Ｃ株式会社を債務者、訴外Ｄ信用組合を根抵当権者とする根抵当権（以下、本件二番抵当権という。）が設定され、同月15日その旨の登記が為された。

その約２週間後である同年10月30日、本件一番抵当権の設定契約が解除され、同年11月４日に根抵当権設定登記の抹消登記が行われた。

その後、本件二番抵当権が実行され、平成16年７月２日、原告Ｘが本件土地

を競売により買い受け、その所有権を取得した。

そこで、Xは、本件土地の所有権に基づき、Y１～Y５を被告として、本件建物の収去及び本件土地の明渡を求める訴えを提起した。

2　当事者の主張[1]　―争点―

右訴訟において、Y１～Y５（以下、Yらという。）は、抗弁として、①本件二番抵当権の設定当時、本件土地及び本件建物が共にY１の所有に帰していたため、それらにつき民法388条の定める「土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する」こととの要件を満たしていた。したがって、②本件二番抵当権の実行とともに、本件土地につき法定地上権が成立した[2]、と主張して、Xの請求につき争った。

他方、Xは、Yらの上記抗弁に関して、本件一番抵当権設定当時においては、本件土地と本件建物とはそれぞれ別人（前者：Y１、後者：A）の所有物であったのであるから、本件土地につき上記要件を満たしておらず、それゆえ、その後に設定された本件二番抵当権設定時に右要件が充足されたとしても、法定地上権は成立しない、と反論した。

さらに、これに対して、Yらは、本件一番抵当権は本件二番抵当権実行の時点で既に消滅しており、法定地上権の成否には影響を与えない、と再反論した。

以上要するに、本件では、前記「土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する」こととの要件の充足性を、①競売申立時には既に消滅していた本件一番抵当権の設定時と、②競売申立時において最先順位であった本件二番抵当権の設定時とのいずれを基準として判断すべきか、が争点となった。

第２　裁判所の判断

１　第一審

第一審（仙台地裁判決平成17年12月20日民集61-５-1948）は、次のように述

---

[1] 以下は、第一審判決（仙台地裁判決平成17年12月20日民集61-５-1948）の「２争点」欄に記載された事柄を基に、筆者が当事者の主張を再構成したものである。

[2] 最高裁判決昭和46年12月21日民集25-９-1610によれば、建物の共有者の１人がその敷地を単独で所有する場合において、同人が右土地に抵当権を設定し、その実行により第三者が当該土地を競落したときには、388条の趣旨により、同土地に法定地上権が成立する。

べて法定地上権の成立を否定し、Xの請求を認容した。

「同一土地上に複数の抵当権が設定された場合において、先順位抵当権設定当時は土地所有者と建物所有者が異なっていたが、後順位抵当権設定当時は同一人の所有に帰していた場合、抵当権の実行により先順位抵当権が消滅するときには、法定地上権の成立は認められない（最判平成２年1月22日民集44巻１号314頁）」。

「このことは、後順位抵当権の設定後に先順位抵当権が解除された場合においても同様であると解すべきである。すなわち、先順位抵当権設定当時を基準にすれば法定地上権の成立が認められない場合には、後順位抵当権者は、前記平成２年最判に照らし、法定地上権の負担のない土地としての担保価値を把握することが期待できる地位にあった。それが、先順位抵当権が解除されたとして法定地上権の成立を認めると、後順位抵当権者のかかる期待を損なうことになるからである」。

「実質的にみても、もともと先順位抵当権を基準にすれば法定地上権の成立は認められないのであるから、土地及び建物を所有することになった者としては、建物については従前設定されていた土地利用権しか存在しないことを甘受すべき地位にあったものである。それが、たまたま先順位抵当権が後に解除されたからといって、法定地上権の負担がないものとして担保価値を把握していた後順位抵当権者の期待を害してまで、法定地上権の成立という利益を与えられる必要性はない」。

２　控訴審

控訴審（仙台高裁判決平成18年５月16日民集61-５-1952）もまた、以下のように述べる他、第一審と同様の理由に基づき、Yらの控訴を棄却した。

本件のような事案において、法定地上権の成立は、これを否定すべきである。「なぜなら、この場合に法定地上権の成立を認めると、法定地上権割合が高く、先順位抵当権の被担保債権額が少額のときには、法定地上権の成立による土地価額の低下が先順位抵当権の消滅による後順位抵当権の把握する価値の増加を上回り、後順位抵当権に対する配分額がむしろ減少し、法定地上権の負担のない土地としての担保余力を把握していた後順位抵当権者の利益を不当に害する結果となるからである。これを避けるために、土地に後順位抵当権を設定する場合に、法定地上権の負担を受けない先順位抵当権が将来消滅し、法定地上権

が成立することを仮定して担保余力を評価すべきものとする解釈は、その時点でその土地の有する法定地上権の負担のない担保価値の完全な活用が阻害される不都合が生じるから、許されない」。

そこで、Yらが最高裁判所に対して上告受理を申し立てた。

3　上告審

上告審は、右申立てを受理し、原判決を破棄した上で、以下のように述べて[3]Xの請求を棄却した。

①「土地を目的とする先順位の甲抵当権と後順位の乙抵当権が設定された後、甲抵当権が設定契約の解除により消滅し、その後、乙抵当権の実行により土地と地上建物の所有者を異にするに至った場合において、当該土地と建物が、甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったとしても、乙抵当権の設定時に同一の所有者に属していたときは、法定地上権が成立するというべきである」。

②「上記のような場合、乙抵当権者の抵当権設定時における認識としては、仮に、甲抵当権が存続したままの状態で目的土地が競売されたとすれば、法定地上権は成立しない結果となる（前掲平成２年１月22日第二小法廷判決参照）ものと予測していたということはできる。しかし、抵当権は、被担保債権の担保という目的の存する限度でのみ存続が予定されているものであって、甲抵当権が被担保債権の弁済、設定契約の解除等により消滅することもあることは抵当権の性質上当然のことであるから、乙抵当権者としては、そのことを予測した上、その場合における順位上昇の利益と法定地上権成立の不利益とを考慮して担保余力を把握すべきものであったというべきである。したがって、甲抵当権が消滅した後に行われる競売によって、法定地上権が成立することを認めても、乙抵当権者に不測の損害を与えるものとはいえない。そして、甲抵当権は競売前に既に消滅しているのであるから、競売による法定地上権の成否を判断するに当たり、甲抵当権者の利益を考慮する必要がないことは明らかである。そうすると、民法388条が規定する「土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する」旨の要件（以下「同一所有者要件」という。）の充足性を、甲

[3] なお、各判示の冒頭に付された丸数字及び引用文に引かれた下線は、それぞれ筆者によるものである。

抵当権の設定時にさかのぼって判断すべき理由はない」。

③「民法388条は、土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する場合において、その土地又は建物につき抵当権が設定され、その抵当権の実行により所有者を異にするに至ったときに法定地上権が設定されたものとみなす旨定めており、競売前に消滅していた甲抵当権ではなく、競売により消滅する最先順位の抵当権である乙抵当権の設定時において同一所有者要件が充足していることを法定地上権の成立要件としているものと理解することができる。原判決が引用する前掲平成２年１月22日第二小法廷判決は、競売により消滅する抵当権が複数存在する場合に、その中の最先順位の抵当権の設定時を基準として同一所有者要件の充足性を判断すべきことをいうものであり、競売前に消滅した抵当権をこれと同列に考えることはできない」。

第３　評釈

１　序　―問題の所在及び本判決の意義―

民法388条によれば、法定地上権が成立するためには、抵当権設定時において、「土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する」ことが必要である。では、土地に複数の抵当権が設定された場合において、特に各抵当権につき右要件（以下、同一所有者要件という。）の充足、非充足が分かれているとき、いずれの抵当権の設定時を基準としてその充足性を判定するべきか。

最高裁判決平成２年１月22日民集44-１-314（以下、平成２年最判という。）は、ある「土地について一番抵当権が設定された当時土地と地上建物の所有者が異なり、法定地上権成立の要件が充足されていなかった場合には、土地と地上建物を同一人が所有するに至った後に後順位抵当権が設定されたとしても、その後に抵当権が実行され、土地が競落されたことにより一番抵当権が消滅するときには、地上建物のための法定地上権は成立しないものと解するのが相当である」と判示した。すなわち、このような場合、同一所有者要件の充足性は、一番抵当権の設定時を基準として判定すべきものとされた。

しかしながら、以上の事案において、後順位抵当権が実行される以前に、当該一番抵当権が既に消滅していたときにもまた同様に解すべきか否か。この論点は、これまで不分明のままに残されていた[4]。

---

[4] 平成２年判決に関する評釈としてこの点を指摘したのは、小杉茂雄・民商法

本判決は、右論点について最上級審としての初めての判断を示した点、とりわけ平成２年最判との事案の相違を根拠として、二番抵当権の設定時を右要件の充足性判断の具体的な基準時とし、法定地上権の成立を肯定した点にその第１の意義を有する。

と同時に、本判決によって、（少なくとも土地に一番抵当権が設定される事案類型について）同一所有者要件の充足性の判断基準時に関する最高裁判所の原則論が、平成２年最判の判示をも整合的に取込む形で一般的に明らかにされた。この点に本判決の第２の意義を認めることができる。

また、第３に、後に指摘するように、本判決は従来、学説により十分に詳しく検討されずにきた前記論点を抽出し、これに考察を加えたものである。それゆえ、本判決の登場を契機として、この点に関する学説の分析が―場合によっては同一所有者要件の充足性の判断基準時に関するこれまでの議論の修正をも視野に入れながら―始まることとなろう。この点においても、本判決の意義は大きい。

そこで、はじめに、本判決と平成２年最判との関係（それらの相違点と共通点）を分析することによって、以上の３つの意義のうち、第１と第２の意義について確認する。

２　平成２年最判との関係

⑴　相違点　―不測の損害を被る抵当権者の存否に関する差異―

まず、平成２年最判が判断の前提とした事案と本件とは、法定地上権の成立が認められることによって不測の損害を被る抵当権者が競売開始時に存在するか否か、という点において異なる。以下に見るように、このような違いに基づいて、両判決の間に、先に確認した同一所有者要件の充足性の具体的判断基準時及び法定地上権の成否に関する結論の相違が生まれる。

雑誌103-４-126（1991）、141頁～142頁、角紀代恵・法学協会雑誌108-11-148（1991）、158頁。また同様に、清水元「平成２年最判評釈」法学57-108（1993）、110頁は、平成２年最判の判示には「一番抵当権が弁済もしくはそれに準じる事由によって消滅した場合には法定地上権は成立する、との解釈の余地」が残されている、と分析した。さらに、より一般的に上記問題を指摘するものとして、松田佳久「銀行実務に基づく法定地上権制度の改正提案」ジュリスト1218-115（2002）、116頁。

ア　平成２年最判

ここで、平成２年最判の事案の概要（本稿における検討に直接関連する事実のみ）を整理すると、以下のとおりである。

昭和45年４月、Ａは、Ｂの所有する土地に一番根抵当権の設定を受けた。その当時、右土地上にはＢの息子Ｃの所有する甲建物が立っていた。同年６月、Ｂが死亡し、Ｃが右土地を相続した。その後、Ｃは右土地に順位二番から四番の抵当権を設定した[5]。

このような事案において、一番抵当権者Ａは、土地への抵当権設定時、抵当目的たる土地とその地上に存する建物とが同一人に帰属していないこと、つまりは同一所有者要件が明確に欠けていることを認識していた。換言すれば、後の競売によって右土地につき法定地上権が成立することをおよそ予測しえない（そのように予測した上で、土地の担保価値を把握することのできない）立場に置かれていた。したがって、平成２年最判がその「理由」中において述べているように、この場合にもし「後に土地と地上建物が同一人に帰属し、後順位抵当権が設定されたことによって法定地上権が成立するものとすると、一番抵当権者が把握した担保価値を損なわせることになる」。それゆえ、そのような事態を回避するためには、同一所有者要件の充足性の判断基準時を一番抵当権設定時として、法定地上権の成立を否定しなければならない。

イ　本判決

これに対して、本件では、上記一番抵当権者のように法定地上権の成立の予測及びそれを踏まえた担保価値の評価を為し得なかった抵当権者は―本判決によれば―存在しない。すなわち、本件の二番抵当権者Ｄは、その抵当権設定当

[5] なお、実際の事実関係は、①当初、土地と共にその上に存する乙建物（甲建物とは別物）にも一番根抵当権が設定されたものの、これが実行される以前に、Ｃによって乙建物が取り壊され、合わせて甲建物が増築された、というものである。また、②同じく実行以前に右一番根抵当権の極度額が２度増額されたり、さらには、③競売申立後には甲建物も火事を原因として滅失してしまい、更地となった右土地が第三者に賃貸されたり、と複雑であった。そこで、吉田邦彦「平成２年最判評釈」北大法学論集44-４-257（1993）、263頁～264頁は、上記①の事実に着目し、平成２年最判の事案においては、「土地・建物に一番共同抵当権が設定されたところ、その後建物が滅失しさらに再築された場合に、土地抵当権者となってしまった右共同抵当権者の保護をいかにしてはかるか」という問題こそが検討されるべきであった、とする。

時、①抵当目的たる土地がその地上建物の所有者に帰属していること、つまりは同一所有者要件が満たされていることを認識しうる立場にあった。さらに、②Bの有する一番抵当権が被担保債権への弁済等によって消滅する可能性があること、③右一番抵当権が実際に消滅した場合には、―上述のように、自身の二番抵当権設定当時には同一所有者要件は充足されていたのであるから―それに伴い法定地上権が成立しうること、その結果、自らの把握する担保価値が減少しうることを予測することができた[6]。のみならず、本判決によれば、右二番抵当権者はそのように「予測した上、…担保余力を把握すべきものであった」。したがって、本件において、法定地上権の成立を認めたとしても、それにより同人に「不測の損害を与えるものとはいえない」。「そうすると、…同一所有者要件…の充足性を、甲抵当権〔一番抵当権〕の設定時にさかのぼって判断すべき理由はない」[7]、ということになる。

(2) 共通点 ―同一の判断基準への依拠―

このように、本判決と平成２年最判とでは、「その抵当権設定当時、将来における法定地上権の成立をおよそ予測しえず、したがって法定地上権の成立が認められるとすれば、それにより不測の損害を被ることとなる抵当権者が競売申立時において存在するか否か。」という点において、それぞれが判断の前提としている事案を異にする。

さらに、一見すると、両判決は、同一所有者要件の充足性の判断について、それぞれ全く別の基準時を、そのような各々の事案の特質に合わせていわば便宜的に選択しているかのようである。

しかしながら、そのように捉えることは妥当ではない。むしろ、本判決と平成２年最判とは、右要件の充足性の判断基準時については同一の見解に与しているものと考えることができる[8]。

というのも、双方とも、競売により消滅する最先順位の抵当権（平成２年最

---

[6] 本件上告人側の上告受理申立理由―本判決は、その論旨には理由があるとする―は、以上の①～③を強調する（民集61巻５号1944頁～1948頁、とりわけ1945頁～1947頁を参照）。

[7] 但し、引用文中、亀甲括弧に括られた部分は筆者によるものである（以下、同じ。）。

[8] 同旨として、古賀政治「本件評釈」NBL865-14（2007）、17頁、濱崎智江「本件評釈」中京法学42-３＝４-55（2008）、67頁。

判の事案：一番抵当権、本件：二番抵当権）の設定された時点をもって、同一所有者要件の充足性の判断基準時とすべきである、としているからである。

すなわち、本判決は、まず、平成２年最判を「競売により消滅する抵当権が複数存在する場合に、その中の最先順位の抵当権の設定時を基準として同一所有者要件の充足性を判断すべきことをいうもの」である、と捉える。その上で、本件のように、かつては複数の抵当権が設定されていたものの、競売時には抵当権が１つしか存在しなかった場合にも、右最判によるのと同様の判断が行われるべきものとするのである（以上につき、上記本判決の判示③における下線部分を参照）。

また、当初より抵当権が１つしか設定されず、そのまま競売が申立てられた場合には、当然のことながら、右抵当権、つまりは「競売により消滅する最先順位の抵当権」の設定時を基準として同一所有者要件の充足性が判定されることとなろう。とすれば、まさしく本判決自体が述べているように、およそ「民法388条は…競売により消滅する最先順位の抵当権…の設定時において同一所有者要件が充足していることを法定地上権の成立要件としているものと理解することができる」。

⑶　小括

ア　本判決の意義

そこで、このように見てくると、本判決の意義について、前述のとおり、次のように言うことが許されよう。

すなわち、本判決は、一方において、①平成２年最判とは、その判断の前提とされた事案を異にするがゆえに、法定地上権の成否に関して異なる結論を採用した。しかしながら、他方、②土地に複数の抵当権が設定された事案における同一所有者要件の充足性の判断基準時については、右最判のそれと同様の考え方に与するもの、さらには、右基準時に関する最高裁判所としての原則論を明らかにするものである、と。

イ　実質的基準（利益衡量の内容）における一致

なお、以上に関連して、以下の事柄を付言しておきたい。

すなわち、先に示した本判決と平成２年最判との比較分析によるならば、両判決は、競売により消滅する最先順位の抵当権者（平成２年最判の事案：一番抵当権者、本件：二番抵当権者）が、その設定時において、将来における法定地上権の成立を予測しうる可能性を有していたか否か、を実質的な基準として、

法定地上権の成否を決する点でも一致している、ということである[9]。つまり、右可能性が与えられている場合には、法定地上権の成立が肯定され（本判決）、それが認められない場合には、法定地上権の成立は否定される（平成２年最判）。

また、私見によれば、上述のような両判決の採るいわば形式的基準の内容（競売により消滅する最先順位の抵当権の設定時における、同一所有者要件の充足の有無）は、上記実質的基準に対応し、それによりその妥当性を担保されるものである。

すなわち、上記抵当権の設定当時、抵当目的たる土地と地上建物とが同一の所有者に帰属している場合（＝同一所有者要件が満足されている場合）、その事実を認識していた抵当権者は、将来、法定地上権が成立しうることを予測することができる。したがって、その場合に、法定地上権の成立を肯定しても、右抵当権者に不測の損害を与えることにはならない。他方、右時点において、土地と地上建物とが別人の所有物となっているとき（＝同一所有者要件が満足されていないとき）には、抵当権者は、法定地上権が成立することに関する予測可能性をおよそ有しない。それゆえ、この場合に法定地上権の成立を認めることは妥当でない、と。

3　学説

⑴　序　―２つの考え方―

土地に複数の抵当権が設定された場合、特に各抵当権につき同一所有者要件の充足、非充足が分かれているとき、この要件の充足性はいずれの抵当権の設定時を基準として判断されるべきか[10]（本件の争点）。従来、学説の大勢は、こ

---

[9] この点につき同旨と思われるものとして、古賀・前掲（注８）17頁～18頁。

[10] この問題を意識的に取り上げて論ずる文献として、東孝行「土地・建物の担保取得と法定地上権の成否」藤井益三＝石井眞司編『判例・先例金融取引法〈新訂版〉』（金融財政事情研究会、1988）262頁以下、263頁、小林資郎「所有権の変動と法定地上権の成否」森泉章刊行委員代表　半田正夫教授還暦記念論集『民法と著作権法の諸問題』（法学書院、1993）236頁以下、高木多喜男「法定地上権の成否を決定する判例上のルール」林良平先生献呈論文集刊行委員会編『現代における物権法と債権法との交錯』（有斐閣、1998）223頁以下（以下、高木・前掲「ルール」とする。）、225頁～235頁、内田貴『民法Ⅲ　第３版　債権総論・担保物権』（東京大学出版会、2005）426頁～427頁、山野目章夫『物権法　第３版』（日本評論社、2005）258頁～260頁。

の点に関して、一番抵当権の設定時を判断基準時とすべきである、と考えていたものと言えよう[11]。このことは、平成２年最判の示した前記結論がほぼ異論なく支持されていること[12]からも窺い知ることができる。しかしながら、そのような解釈論を展開する際に、学説はこれまで、右一番抵当権が競売開始時において依然存続していることを暗黙の前提としてきたものと解される[13]。言い換えるならば、本判決によって問題とされたような、一番抵当権が競売開始時以前に既に消滅していた場合を（も）念頭に置いた上で、前記問題につき詳しく分析する論考等は、管見の限りでは存在しない[14]。

そのため、本稿では、右場合における同一所有者要件の判断基準時につき主張されうる解釈論として、次の２つの考え方を想定して、分析を進めることとしたい。

すなわち、第１の説は、「複数の抵当権のうち、最先順位に設定された抵当権、つまりは一番抵当権の設定時を、その消滅後もなお同一所有者要件の充足性の判断基準時とする説」である[15]。第一審及び控訴審の立場がこれに当たる。本稿は、仮に、この説を設定時最先順位抵当権基準説と呼ぶ。この説によると、本件では、法定地上権は成立しない。Ｂの有した一番抵当権の設定時において同一所有者要件が充足されていなかったからである。

第２の説は、「複数の抵当権のうち、競売により消滅する最先順位のものが設定された時点を同一所有者要件の充足性の判断基準時とする説」である。本

---

11 そのような学説の代表として、高木・前掲（注10）「ルール」228頁～229頁。
12 平成２年最判の結論に疑問を呈する同判決の評釈として、村田博史・法学教室119-108（1990）、高畑順子・法律時報63-１-96（1991）、清水・前掲（注４）。
13 この点につき同旨と思われるものとして、吉田邦彦「本件評釈」判例セレクト2007（法学教室330号別冊付録。2008）17頁、17頁。
14 但し、以前より、学説の中には、本判決と同様に、そのような場合には二番抵当権の設定時を基準として同一所有者要件の充足性を判断すべきである、との結論を採るものが存在した。生熊長幸「388条　法定地上権」柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法（９）　物権（４）　抵当権・譲渡担保・仮登記担保、他　§§369～398ノ22』（有斐閣、1998）479頁以下、559頁がそれである。また、小林・前掲（注10）251頁、小杉・前掲（注４）141頁～142頁もこれと同旨であろう。
15 なお、松田・前掲（注４）117頁は、現行民法典を改正して、このような考え方に基づく明文規定を設けるべきである、と提案する。

判決の採るこの立場を、本稿では仮に競売時最先順位抵当権基準説と名付ける。本件においては、Dの有する二番抵当権が右「競売により消滅する最先順位の抵当権」に当たる。そのため、この説によれば、二番抵当権設定時を基準として、同一所有者要件の充足性を判断しなければならない。したがって、結論として法定地上権の成立が肯定される。

以下、上記２つの説それぞれの論拠と問題点とを順次、整理することとしよう（論述上の便宜を考えて、競売時最先順位抵当権基準説から検討する。）。

⑵ 競売時最先順位抵当権基準説

ア 根拠

この説の論拠として、第１に、そのように解することが388条の文言解釈として適切であることを挙げることができる。本判決も、この点を指摘する（本判決の判示③を参照。）。その趣旨は、すなわち、388条は、あくまで競売により消滅する抵当権をその念頭に置いているものと読むことが自然である。換言すれば、同条は執行裁判所に、法定地上権の成否の判断において、競売開始時以前に既に消滅していた抵当権をも考慮すべきことを要求している、と見ることはできない、という点にある。

第２に、既に詳しく検討したように、この説に立つ本判決は、後順位抵当権者には、その抵当権設定当時、将来における法定地上権の成立に対する予測可能性が存在し、かつ予測すべき義務もあった、と言いうることをもその論拠とする。

しかしながら、この点は論拠たり得ないと解すべきであろう。なぜなら、予測可能性があったと言いうるか否か、予測すべき義務を負っていたものと考えるべきか否か、ということこそがまさに検討されなければならないからである。すなわち、第一審及び控訴審のように、平成２年最判の判示を前提とするならば、本件二番抵当権者Dには、その抵当権設定当時、法定地上権の成立を予測することは不可能ないしは著しく困難であった。それゆえにまた、その義務も存在しなかった、と論ずることは、それ自体としては可能であろう[16]。とすれば、にもかかわらず、本判決のように、理由を示さぬまま、そのような可能性及び義務があったと断定することは、単なる結論の先取りに過ぎないものと思

[16] この点につき同旨と思われるものとして、下村信江「本件評釈」近載大学法科大学院論集４-97（2008）、109頁。

われる[17]。

イ　問題点

他方、競売時最先順位抵当権基準説に依拠する本判決の問題点として、複数の論者によって次の点が指摘されている。すなわち、本判決のように解するとすれば、本件のような場合に、土地に後順位抵当権の設定を受けようとする者は、その時点において、将来、法定地上権が成立するか否かを確定的に予測することができない。そのような意味で、その者は不安定な地位に置かれる[18]。その結果、実際上、常に法定地上権の成立を前提として土地の担保価値の評価が行われることとなり、その担保余力の有効な利用が阻害される、という点である[19]。

⑶　設定時最先順位抵当権基準説

ア　論拠・利点

これに対して、設定時最先順位抵当権基準説は、以下の諸点をその論拠或いは利点としうる。

第１に、先順位（一番）抵当権設定時を基準として法定地上権の成否（本件においては、その不成立）が確定されれば、後順位抵当権者にとっては土地の担保価値の余剰を簡単に把握することが可能となる。その結果、取引の迅速が

---

[17] 同旨と思われるものとして、浅田隆「本件評釈」NBL865-20（2007）、23頁。

[18] 道垣内弘人『担保物権法［第３版］　現代民法Ⅲ』（有斐閣、2008）212頁が、本判決は「担保の安定性を害」すると批判するのも、このような趣旨を言うものであろう。

[19] 原田昌和「本件評釈」法学セミナー635-106（2007）、106頁。浅田・前掲（注17）23頁は、本判決及び平成２年最判の立場を前提とすると、次のような結果が招来されうる、と論ずる。すなわち、①実務上、土地に後順位抵当権の設定を受ける者は、本判決に基づき、―慎重を期して―将来における法定地上権の成立を前提として、当該土地につき予め法定地上権価格分の減価をした上でその担保余力を評価することとなる。他方、②建物抵当権者は、平成２年最判に基づいて、法定地上権が成立しない場合を想定して建物の担保価値を把握する。その結果、③土地・建物総体としての担保評価は、法定地上権価格分を全く考慮しないものとなりかねない。そして、④このような担保評価のあり方は、最終的に、「担保評価減により資金調達が困難になるという」形で所有者に不利益をもたらす、と。

促進される[20]。

第２に、本件のような場合には、先順位抵当権の設定時点において、土地と地上建物とが別人に帰属している以上、建物所有者には土地に対する約定利用権が存在するはずである。右利用権は、土地と建物とが同一人の所有物となった後でも、―先順位抵当権が設定されているがゆえに―混同の例外として存続する（民法179条１項但書類推適用）。したがって、さらにその後に、後順位抵当権が設定され、かつ土地が競売に付された場合においても、建物所有者と土地競落人との法律関係は、当該約定利用権の対抗問題として規律することが適当である[21]。むしろ、このとき、法定地上権の成立を肯定すると、本件の第一審が示唆するように、建物所有者に同人が当初保有していた以上の権利を認める結果ともなる。

イ　問題点

他方、設定時最先順位抵当権基準説の問題点としては、以下の諸点が指摘されうる[22]。

第１に、この説の考え方を突き詰めていくと、次のように解すべきこととなろう。すなわち、①ある土地に将来、法定地上権が成立するか否かは、一番抵当権の設定時において同一所有者要件が充足されていたか否かによって確定する。また、②そのようにして一度確定された法定地上権の成立或いは不成立の結論は、右一番抵当権が消滅した後においても、未来永劫、後順位抵当権者を拘束し続ける。③右拘束が解かれるのは、一端、全ての抵当権が消滅した場合

---

[20] 小賀野晶一「法定地上権」半田正夫刊行委員代表　森泉章先生古稀祝賀論集『現代判例民法学の理論と展望』（法学書院、1998）252頁以下、260頁及び262頁は、一般論として、このように述べる。但し、これが、一番抵当権が消滅した場合をもその射程内に収めた上での主張であるか否かは明瞭でない。

[21] 原田・前掲（注19）106頁。

[22] 判例時報1982号78頁～79頁に掲げられた本判決に関するコメント（なお、同内容のものが判例タイムズ1251号141頁～142頁にも掲載されている。以下、右コメントを引用する際には、判例時報の頁数のみを指示する。）において、第一審及び控訴審の見解（設定時最先順位抵当権基準説）の主たる問題点が整理されている。以下、本稿にて取上げるものは、それらの趣旨をそれぞれ筆者なりに捉え直したものである。また、各々の重要度に応じて、列挙する順序を入れ替えた。

に限られる、と。そこで、このような状況の下では、ある土地に抵当権の設定を受けようとする者は、自らが一番抵当権者となりうる場合でない限り、言い換えるならば、先行する抵当権が１つでも存在する場合には、常に、土地の担保価値を評価するに当たって、ときには閉鎖登記記録をも取り寄せた上で、既に消滅した先順位抵当権を全て洗い出し、それらの中から以上のような確定基準たるべき「一番抵当権」を自ら特定しなければならない、ということになる[23]。しかしながら、このように「順次設定と消滅を繰り返している何代も前の抵当権の設定時にさかのぼって同一所有者要件の判断が必要になるとすれば、法定地上権の成否の判断をいたずらに複雑にする」[24]。また、そのような複雑な判断を抵当権者に常に要求することは、その者による迅速かつ簡易な担保余力の把握を妨げることとなり、妥当でない。

第２に、設定時最先順位抵当権基準説にとっては、例えば二番抵当権設定当時において、一番抵当権がなお実体法上有効に存続していたか、或いは既に消滅し、その設定登記のみが残存していたに過ぎないか、が法定地上権の成否にとって重要な意味を持つ。すなわち、前者の場合であれば、一番抵当権の設定時を基準として同一所有者要件の充足性を判断しなければならない。これに対して、後者の場合には、―設定時最先順位抵当権は上記二番抵当権であるから―右二番抵当権の設定当時、当該要件が満たされていたか否かを吟味すべきこととなる。しかしながら、この点を執行裁判所が競売手続等において確定することは、とりわけ一番抵当権者が右手続に参加しない（既にその者の抵当権は消滅しているため）ことをも考慮すると、容易ではない。

---

[23] なお、不動産登記規則によれば、土地に関する閉鎖登記記録は閉鎖した日から50年間（28条４号）、建物に関する閉鎖登記記録は閉鎖した日から30年間（同条５号）それぞれ保存される。そこで、既にその保存期間が経過してしまったがために閉鎖登記記録が現存せず、それゆえに確定基準たる「一番抵当権」をそもそも特定することができない、という事態も起こらないとは限らない。この点につき、前掲（注22）判例時報1982号78頁～79頁のコメント（79頁）を参照。

[24] 前掲（注22）判例時報1982号78頁～79頁のコメント（79頁）。同旨として、小川征行「本件評釈」金融法務事情1813-4（2007）、５頁、畠山新「本件評釈」金融法務事情1827-22（2008）、32頁～33頁。渡辺明「本件評釈」立教大学大学院法学研究37-37（2008）、45頁～46頁も右コメントに賛成する。

第３に、本件のような場合において、例えば二番抵当権者がその実現を正当に期待しうるものは、「法定地上権の負担のない価額による売却代金から、順位二番の担保権者として配当を受ける利益」に止まる。にもかかわらず、設定時最先順位抵当権基準説によると、右二番抵当権者は、法定地上権の不成立（原資の不減少）という利益と順位上昇に伴い、順位一番の担保権者として配当を受ける利益とをともに手にしうることとなる。これは、右二番抵当権者に「過大な保護を付与することになるのではないかという疑問」[25]をもたらす[26]。

最後に、前述のように、設定時最先順位抵当権基準説は、抵当目的たる土地の担保余力を有効に活用すべき必要性をその論拠の１つとする。だが、「そのような要請が、法定地上権の成立を期待する建物所有者の利益に無条件に優先するとはいえない」[27]。

4　本判決の分析

以上に整理してきたように、競売時最先順位抵当権基準説、設定時最先順位抵当権基準説のそれぞれに論拠と問題点とを認めることができる。このような状況にあって、前者の考え方を採用した本判決をどのように評すべきか。以下、その当否について考察する。

⑴　設定時最先順位抵当権基準説の論理一貫性

確かに、設定時最先順位抵当権基準説の第２の論拠にもあるとおり、本件において、競売後における地上建物の存続の可否を、一番抵当権の設定時以前より存在していたはずの本件土地に対する約定利用権をＹらが土地競落人（Ｘ）に対して対抗しうるか否かによって決する、と考えることは理論的に可能であろう。また、そうである以上、このとき、二番抵当権の設定時を基準として同一所有者要件の充足性を肯定し、法定地上権の成立を認めることは不要である。否、以上のような処理の妨げとなるため、むしろ妥当ではない。このように解することも、それ自体としては論理一貫しているものと言うことができる。

⑵　問題点の克服の困難性

---

[25] 前掲（注22）判例時報1982号78頁～79頁のコメント（79頁）。

[26] 同旨と思われるものとして、古賀・前掲（注８）18頁。

[27] 前掲（注22）判例時報1982号78頁～79頁のコメント（79頁）。これに賛成するものとして、渡辺・前掲（注24）45頁。

しかしながら、そのような解釈の帰結として生じうる金融実務上の弊害、すなわち設定時最先順位抵当権基準説の第１及び第２の問題点は、容易に回避しえないものと思われる[28]。

すなわち、既に見たとおり、この説によれば、私人は、土地につき抵当権の設定を受けようとする際には、自らが一番抵当権者になりうる場合を除いて、既に消滅した全ての抵当権に関して、各々の設定時における土地と建物との所有関係を逐一調査し、その上で右土地に対する法定地上権の成否につき自ら判断すべきこととなる（第１の問題点）。また、執行裁判所は、基準となるべき「一番抵当権」が、後順位抵当権の設定時において実体法上有効に存在していたか否かを、それが消滅した後に、場合によっては確たる資料もない状態の中で吟味し、確定しなければならない（第２の問題点）。そのため、この説の下では、抵当権の設定を受けようとする者や執行裁判所に過度の負担が生じ、それゆえにまた、右土地の担保価値の有効利用及びその円滑な実現を阻害することともなりうる。しかしながら、設定時最先順位抵当権基準説による限り、このような難点を克服することは困難であろう。というのも、以上の帰結は、「既に消滅した抵当権の設定時を基準として、同一所有者要件の充足性を判定する。」というこの説の発想の核心部分からいわば必然的に生ずるものであるからである。

⑶ 競売時最先順位抵当権基準説の妥当性

他方、競売時最先順位抵当権基準説に目を向けてみると、まず、本判決自体が指摘しているとおり、388条の文言はこの説の主張に、より適合的であると

---

[28] これに対して、この説の第３の問題点（設定時最先順位抵当権基準説によると、二番抵当権者は、一番抵当権が消滅した場合には、法定地上権の不成立（原資の不減少）という利益と共に、順位一番の抵当権者として配当を受けるとの利益をも得ることとなる。これは右抵当権者に、当初、その者が期待した以上の利益を与えるものである。）は、この説固有のものというよりも、我が国の現行民法典において順位上昇の原則が採用されていることに基づくものであると考えられる（また、そうであるとすれば、それ自体、現行民法典の予定するところとして、積極的に非難されるべき事柄であるとは必ずしも言えないものと思われる。）。また、第４の問題点（土地の担保余力の有効活用を一面的に強調することに対する疑念）も、それゆえにこの説の妥当性を直ちに否定すべき程に重要なものではなかろう。

言うことができよう。

また、競売時最先順位抵当権基準説の問題点、つまり、この説によると、①後順位抵当権者が、その抵当権の設定を受ける際に、将来における法定地上権の成否を予測し難くなること、そのため、②抵当目的たる土地の担保余力の有効利用が妨げられる恐れがあることは、私見によれば、なお致命的なものではないと解される。なぜなら、右後順位抵当権者には、そのような予測困難という不都合を回避するための方法が存在するからである。すなわち、後順位抵当権者は、土地と地上建物とに共同抵当権を取得しておけば、仮に競売開始時以前に先順位抵当権が消滅し、土地につき法定地上権が成立した場合であっても、建物抵当権の実行を通じて、減少した土地の担保価値相当分を建物の売却代金から回収することができるのである。また実際に、そのように共同抵当権の設定を受けることが、とりわけ金融実務における「定石」[29]であるとされる[30]。したがって、上記の問題点は、少なくとも現実の社会においては一定程度その重要性を失っている、と考えることも許されよう。

(4) 結論

そこで、以上の考察が的を大きく外していないとすれば、それに基づき、次のように結論付けうるものと思われる。すなわち、競売時最先順位抵当権基準説と設定時最先順位抵当権基準説とを比較してみるとき、前者は後者に比してより合理的なものである、と。したがって、本稿は、この説に与する本判決を妥当なものとして支持したい[31]。

---

[29] 小沢・前掲（注24）5頁。

[30] なお、畠山新判事は、①本件のような場合において後順位抵当権の設定を受けようとする者は、それが可能である限り、土地と建物とを共同で抵当目的物とすべきである。したがって、②そのような措置を執らなかった後順位抵当権者には、自らの「債権保全を怠った…落ち度」（畠山・前掲（注24）31頁）に基づいて「応分の自己責任を負わせる」（同32頁）こと（法定地上権の成立に伴う不利益を負担させること）が「あるべき途なのではないか」とされる。しかしながら、現行民法典の解釈論としては、畠山判事が示唆されるごとく、共同抵当権の設定を受けることを―それをしない限り、一定の法的不利益を課されうるという意味において―私人の義務と捉えることは困難であろう。

[31] 同様に、本判決の立場を（基本的に）支持するものとして、小沢・前掲（注24）5頁、下村・前掲（注16）103頁、108頁、畠山・前掲（注24）34頁。これ

5　本判決の射程範囲

次に、本判決によって示された原則、すなわち、「同一所有者要件の充足性は、競売により消滅する最先順位の抵当権の設定時を基準として判定される。」との考え方が、本件を超えて、他のいかなる事案類型に適用されうるか、その射程範囲について検討しよう。

⑴　先順位抵当権が設定契約の解除以外の理由によって消滅した場合

まず、本件において、一番抵当権が消滅したのは、その設定契約が解除されたためであった。しかし、本判決はこの事実を全く重視していない。したがって、先順位抵当権の消滅原因がそれ以外の事由である場合（例えば、時効や弁済、免除などにより被担保債権が消滅した場合）にも、右原則が妥当するものと言えよう[32]。この点、本判決自体も、その「理由」中において、後順位抵当権者は、先順位「抵当権が被担保債権の弁済、設定契約の解除等により」消滅しうることを予測すべきである、と述べているところである（上記本判決の判示②における下線部分を参照）。

⑵　更地に先順位抵当権が設定された後、建物が建築され、土地に後順位抵当権が設定された場合

ア　問題の所在

第２に、例えば、更地に一番抵当権が設定された後、土地所有者がその上に建物を建て、さらに右建物或いは土地に二番抵当権を設定した、とする。このとき、判例[33]によれば、右二番抵当権が実行されたとしても、当該土地につき

に対して、浅田・前掲（注17）20頁、23頁、原田・前掲（注19）107頁、道垣内・前掲書（注18）212頁は、本判決に反対或いは批判的である。

32　同旨として、原田・前掲（注19）106頁。

33　最高裁判決昭和47年11月２日判例時報690-42、最高裁判決平成４年４月７日金融法務事情1339-36。また、最高裁判決昭和45年７月16日民集24-７-921は、ある土地上に存する建物につき停止条件付代物弁済契約が締結された場合、右契約に基づく権利の実質が担保権であることに鑑み、388条の類推適用を認める余地があるとしつつ、本件では、右建物が建てられる以前に、つまりは当該土地が更地であった時点において既にこれに一番抵当権が設定されていたため、結局のところ、法定地上権の成立する余地はない、と判示した。すなわち、右昭和45年最判においても、上記昭和47年最判、平成４年最判にて示された考え方が前提とされている（この点につき同旨として、高木・前掲（注10）「ルール」234頁。）。

法定地上権は成立しない。

では、以上の事案において、競売開始時以前に一番抵当権が既に消滅していた場合にはどうなるか。本判決のように、競売により消滅する最先順位の抵当権、つまりは二番抵当権の設定時を基準として同一所有者要件の充足性が判断され、法定地上権の成立が肯定されるのか[34]。

イ　分析

私見によれば、本判決の示した前記原則は上記のような場合にも適用されるものと思われる[35]。すなわち、その場合には、法定地上権の成立が認められることとなろう[36]。なぜなら、更地に一番抵当権が設定された前述の事案において法定地上権の成立が否定されるのは、右一番抵当権の設定当時にその抵当権者が行った―法定地上権の不成立を前提とする―土地の担保価値の把握を保護するためであると解される[37]ところ、一番抵当権が消滅した後にはそのような保護の必要性もまた失われることは、まさしく本件と全く同様であるからである。また、後順位抵当権者は、その設定当時において、一番抵当権が将来消滅しうることを予測し、その際には順位上昇の利益を受けうることをも踏まえて当該土地の担保余力を把握することができるし、また把握すべきであった、と

---

[34] このような問題の存在をつとに指摘したものとして、松本恒雄「法定地上権と法定賃借権」米倉明＝清水湛＝岩城謙二＝米津稜威雄＝谷口安平編『金融担保法講座Ⅰ巻　担保制度一般・抵当権』（筑摩書房、1985）241頁以下（以下、松本・前掲「法定地上権」とする。）、269頁注（３）、同「民法三三八条（法定地上権）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅱ　個別的観察（１）　総則編・物権編』（有斐閣、1998）645頁以下、671頁～672頁、織田博子「後順位抵当権設定時に建物が存在するに至った場合と法定地上権」銀行法務21　539-20（1997）、23頁。

[35] 同旨として、畠山・前掲（注24）34頁。

[36] なお、そのように解すべきであると主張するのは、松本・前掲（注34）「法定地上権」269頁注（３）。他方、織田・前掲（注34）23頁は、解釈の余地は残るとしつつも、この場合、一番抵当権設定当時、目的土地が更地であった以上、法定地上権は成立しないと考えるべきである、と説く。

[37] 前掲（注33）・平成４年最判の原審（高松高裁判決平成３年９月10日金融法務事情1339-37）は、この場合に法定地上権の成立を認めるとすれば、「第一順位の抵当権〔者の把握した担保価値〕を侵害する結果を招く」ことを理由として、その成立を否定した。右平成４年最判はこのような判断を「正当」とする。

考えうる点についても、本件と上記の事案との間に差異は存在しないものと言えよう。

⑶　先順位抵当権設定時に同一所有者要件を充足するものの、後順位抵当権設定時にはこれを満たさない場合

ア　問題の所在

第３に、本件とは異なって、先順位抵当権設定当時には同一所有者要件を充足していたものの、後順位抵当権が設定された時点においてはこれを満たさなかった、という事案類型は、上記原則の射程範囲内に収まりうるか。

すなわち、例えば、①Ａは、その所有する土地及び地上建物のうち、土地にのみ一番抵当権を設定した。その後、②ＡＢ間において右土地につき賃借権を設定した上で、右建物がＡからＢへと譲渡された。このとき、さらに、③右土地に二番抵当権が設定され、これが実行されたとすると、その結果、同土地に対する法定地上権が成立するものと解される[38]。では、以上のような事案において、本件と同様に、二番抵当権の実行以前に既に一番抵当権が消滅していた場合、法定地上権は成立するのであろうか。

イ　分析

思うに、既に見たとおり、本判決は、特に例外を示さずに、「民法388条は、…競売前に消滅していた甲抵当権〔一番抵当権〕ではなく、競売により消滅す

---

[38] このことを明確に判示した判例は見当たらない。しかし、土地及び地上建物の所有者が土地のみに抵当権を設定した場合には、その後、競売開始時以前に右建物が他人に譲渡されたとしても、右競売により同土地への法定地上権が成立する、と解するのが判例である（大審院民事連合部判決大正12年12月14日民集２-676、大審院判決昭和８年３月27日法律新聞3543-11、大審院判決昭和８年10月27日民集12-2656、大審院判決昭和９年10月11日法律新聞3773-17）。そこで、このような判例に鑑みるならば、本文にて述べたように、さらに上記の土地に後順位抵当権が設定されたときであっても、やはり同様に法定地上権の成立が認められることとなろう。なぜなら、右後順位抵当権の設定が為された事実のゆえに、この点につき別異に解すべき合理的理由は存在しないものと思われるからである。

なお、本文中の例において、Ｂの有する賃借権は、たとえそれが対抗要件を具備したとしても、これに先行する一番抵当権の設定登記に劣後するため、競売により消滅する。しかし、そのことによって、法定地上権が別途、成立することは妨げられない（この点につき、上記昭和８年10月27日大判を参照。）。

る最先順位の抵当権である乙抵当権〔二番抵当権等〕の設定時において同一所有者要件が充足していることを法定地上権の成立要件としているものと理解することができる」と述べている（上記本判決の判示③を参照）。それゆえ、上述の事案においても、右「理解」に立って、二番抵当権の設定時を右要件の充足性の判断基準時として、法定地上権の成立が否定されることとなろう。また、実質的に考えても、この場合に上記原則の適用を排除した上で、既に消滅した一番抵当権の設定時に遡って同一所有者要件の充足性を判断するべき理由―法定地上権の成立が認められることにより不測の損害を被ることとなる抵当権者が存在するなど―は見当たらないものと解される[39]。

なお、例えば前述の事例において、以上のように法定地上権の成立を否定するとすれば、競売後における地上建物の存続の可否は、Ｂと土地競落人との対抗問題として決定されるべきこととなる。すなわち、二番抵当権の設定登記が経由される以前に、Ｂの賃借権に対抗要件（例、建物登記（借地借家法10条１項））が具備されれば、競売後であっても、上記建物は存続することができる。

---

[39] この点、このように法定地上権の成立を否定すると、二番抵当権者は、担保不動産の原資の不減少という利益と順位上昇の利益とを共に獲得しうる。その結果、その抵当権設定当時、一番抵当権が存在したために、将来における法定地上権の成立を前提として―さらには、順位二番としての―担保価値を把握した右二番抵当権者に、当初期待した以上の利益を与えることとなる。そこで、これを不当と考えるならば、このような帰結を避けるべく、①先の事案において、一番抵当権が消滅した後でもなお法定地上権の成立を肯定する。そのために、②右一番抵当権の設定時を基準として同一所有者要件の充足性を判断する、つまりは本判決の原則をこの場合には適用しない、と論ずることも、それ自体としては不可能ではない。しかし、本判決の説示自体からこのような論理を抽出することは困難であると思われる。というのも、既に確認したとおり、本判決は、「法定地上権の成立を否定すると、後順位抵当権者に、その抵当権設定時に同人が把握した以上の利益を与えることになるか否か」という観点を、一切顧慮していないからである。また、設定時最先順位抵当権基準説の第３の問題点について分析した際にも述べたように（本稿注（28）参照）、一番抵当権の消滅に伴って二番抵当権者が上記のような利益を享受することは、順位上昇の原則を採用する現行民法典の下では、少なくとも積極的な非難に値することではない、とも言いうる。

6　残された問題　―その展望をも含めて―

最後に、本判決によって残された問題を２つほど指摘し、それぞれにつき考え得る解決方法をも提示或いは整理して、本稿を閉じることとしたい。

⑴　建物抵当事例に関する判例準則との整合性

第１に、平成２年最判、本判決ともに、土地に一番抵当権が設定された事案（以下、これを土地抵当型という。）をその判断の前提としている。またそれゆえに、双方とも、それぞれが示した判断を、直接には右事案について妥当性を有するものと捉えている。この点、平成２年最判は、その「理由」中において、後に言及する大審院判決昭和14年７月26日民集18-772及び最高裁判決昭和53年９月29日民集32-６-1210を「建物について設定された抵当権が実行された場合」に関するものと位置付け、それらの見解と自らの判断とを区別する。また、本判決も、その「理由」中にて自身の解釈を提示する際に、まず、「土地を目的とする先順位の甲抵当権と後順位の乙抵当権が設定された…場合において」と述べて、念頭に置く事例を特定していること（上記本判決の判示①における下線部分を参照）から、以上のように理解することができよう。

他方、判例[40]によれば、建物に一番抵当権が設定された事案（以下、これを建物抵当型と呼ぶ。）において、一番抵当権設定後、建物に後順位抵当権が設定され、さらに実行された場合には、たとえ一番抵当権設定時に同一所有者要件が具備されていなくとも、後順位抵当権設定当時に右要件が充足されていれば、法定地上権は成立する。すなわち、このとき、同一所有者要件はもともと、土地抵当型におけるように競売により消滅する最先順位の抵当権＝一番抵当権の設定時ではなく、後順位抵当権の設定時を基準として判断すべきものとされるのである（また、したがって、以上の事案において、後順位抵当権の実行以前に既に一番抵当権が消滅していた場合にも、そのような考え方の当然の帰結として、やはり後順位抵当権の設定時が右要件の充足性の判断基準時となろう。）。

そこで、土地抵当型（平成２年最判、本判決）と建物抵当型（前記昭和14年大判、昭和53年最判）との間に、右判断基準時の決定に関するこのような相違の生ずる実質的理由、換言すればその整合性をどのように基礎付けるべきか、

---

[40] 大審院判決昭和14年７月26日民集18-772、最高裁判決昭和53年９月29日民集32-６-1210。

が問題となりうる。右問題は、平成２年最判が出された当時既に、先例との関係におけるその位置付けに関わるものとして、学説により指摘されていたところである[41]。本判決をめぐっても、この点があらためて問われることとなろう。

そこで、右問題に関して検討するに、土地抵当型に関する考え方をいわば原則、建物抵当型に関するものをその例外と捉えることによって、右両事案類型に関する各判例の立場を以下のように統一的に理解しうるように思われる。

すなわち、①ある不動産に複数の抵当権が設定された場合、それらのうち競売により消滅する最先順位の抵当権が設定された時点を基準として、同一所有者要件の充足性を判断すべきである。そのように考えないと、右抵当権者がその設定当時に把握した担保価値が不当に害される結果となるからである（平成２年最判、本判決の立場）。

しかしながら、②そのような不測の損害を被る抵当権者が登場するおそれはないと定型的に認められる事案においては、例外的に、複数の抵当権のうち、

---

[41] 小杉・前掲（注４）136頁、角・前掲（注４）154頁。より根本的には、建物抵当型において後順位抵当権の設定時を基準として同一所有者要件の充足性を判断する、との判例の考え方それ自体の当否についても、なお議論の余地が残されているものと解される。この点につき、判例とは異なって、建物抵当型に関しても、土地抵当型と同様に、一番抵当権の設定時を右判断基準時とすべきである、と主張する学説として、高木多喜男「法定地上権の法理　―成立要件について―」同『金融取引と担保』（有斐閣、1980）125頁以下（以下、高木・前掲「法理」とする。）、186頁、同・前掲（注10）「ルール」233頁～234頁、加藤一郎「法定地上権をめぐって」同『民法ノート（上）』（有斐閣、1984）206頁以下、217頁～221頁、松本・前掲（注34）「法定地上権」247頁、同「平成２年最判評釈」星野英一＝平井宜雄＝能見善久編『民法判例百選Ⅰ　総則・物権［第五版　新法対応補正版］』（別冊ジュリスト175号。2005）188頁以下、189頁、東・前掲（注10）263頁、花本広志「平成２年最判評釈」一橋論叢105－１－93（1991）、96頁、副田隆重「平成２年最判評釈」判例タイムズ743-35（1991）、39頁、内田・前掲書（注10）427頁、道垣内・前掲書（注18）215頁、216頁。また、角・前掲（注４）154頁及び小賀野・前掲（注20）260頁もこれらに同旨か。さらに名古屋高裁判決平成７年５月30日判例時報1544-66は、建物抵当型において、原則として一番抵当権の設定時を基準に上記要件の充足性を判断するとの立場に立つ。但し、具体的な結論としては、当該事案の個別事情を考慮して、後順位抵当権の設定時をもって右充足性の判断基準時とした。

いずれかの設定時に上記要件が満たされていれば、法定地上権の成立を肯定することができる。そして、このような例外に該当するのが建物抵当型である（昭和14年大判、昭和53年最判の立場）。なぜなら、後順位抵当権の設定時を基準として法定地上権の成立を認めても、一番抵当権者の利益にこそなれ、不利益とはならない[42]からである、と。

そして、右例外を許すべき根拠は、①可能な限り法定地上権の成立を認めて抵当権実行後における地上建物の存続を図ることが国民経済に資すること、及び②抵当権設定者（土地所有者）、建物抵当権者双方の合理的意思にも合致すること[43]に求められよう。

⑵ 約定利用権と法定地上権との併存？

ア 問題の所在

第２に、本件において、仮に、一番抵当権が設定される以前に、ＡとＹ１との間で本件土地の賃貸借契約が結ばれていたとすると、右契約に基づくＡの賃借権は第三者に対して対抗しうるものとなる（借地借家法10条１項）。また、右賃借権は、Ｙ１が本件建物の所有権を取得した後においても、混同の例外として依然、存続しうる。他方、本判決によれば、この場合に、一番抵当権が競売開始時前に消滅したときには、二番抵当権の設定時を基準として、法定地上権の成立が肯定されよう。なぜなら、この場合にのみ388条の適用を排除しうる論理を、本判決の判示から導くことはできないからである。したがって、最終的に、上述の事案では、法定地上権と上記賃借権（約定利用権）との併存状態が生じうることとなる。

しかしながら、右帰結は、「一般に、土地と建物の所有者が同一であることから、敷地利用権の設定が法律上または事実上不能であるという場合にそなえて、建物の存続を目的として設けられた」[44]法定地上権制度の趣旨に反するものとも解される。そこで、以上のような併存状態をどのように評価し、またいかに処理すべきか。本判決或いは競売時最先順位抵当権基準説に基づいて法定地上権の成立を肯定する際のいわば「後始末」の問題として、この点もまた詰

---

42 前掲（注40）昭和53年最判の原審（大阪高裁判決昭和53年１月26日民集32-６-1218）は、この点を指摘する。

43 これもまた、前掲（注40）昭和53年最判の原審が判示するところである。

44 高木・前掲（注41）「法理」144頁。

めておく必要があろう。

イ　可能性

右問題に関しては、いくつかの解決方法が存在する。すなわち、①法定地上権と約定利用権との併存状態をそのまま容認する。②約定利用権は法定地上権に「合併」されると構成する[45]。或いは、③一番抵当権が消滅した時点で約定利用権もまた所有権との混同により消滅する、したがって、そのような併存状態は生じないと考える[46]、などである。

この点、先の事案において二番抵当権の実行により法定地上権の成立を認めるのであれば、これと合わせて約定利用権を別途、存続させておく必要はない。とすれば、そのような必要性の失われた時点、すなわち一番抵当権の消滅時に、右約定利用権は所有権との混同を理由に消滅する、と解する上記③が妥当であると言えようか[47]。

---

[45] 河上正二「昭和53年最判評釈」法学協会雑誌97-８-158（1980）、166頁～167頁は、前掲（注40）昭和53年最判の事案において、建物への一番抵当権設定当時に存在していたはずの約定利用権と、二番抵当権の実行により成立する法定地上権との関係に関して、右「約定利用権は原則としてこれ〔法定地上権〕に合併される…ということになろうか」と述べる。

[46] このような解釈を示唆するものとして、小杉・前掲（注４）142頁。

[47] 本判決はこの③の立場に立っていると推測するのは、畠山・前掲（注24）28頁（但し、そのように推測しうる理由は示されていない。）。また、渡辺・前掲（注24）46頁～47頁は、理由付けの内容は異なるものの、本件のような場合には、一番抵当権の消滅した時点において約定利用権は所有権との混同により消滅する、と説明することが妥当である、とする。なお、前記の問題及び③の解決方法の適否の考察にとっては、伊藤進「抵当権設定後に土地・建物が同一人に帰属した場合と法定地上権の成否―最二小判平２・１・22を契機として―」金融法務事情1267-６（1990）、８頁～９頁における次のような指摘が示唆に富む。「約定利用権が土地と建物が同一人に帰したことにより混同により消滅するのか、混同の例外規定により消滅しないものと考えるかは論理構成上の問題であって、事の本質は、そこにはない…。…法定地上権は設定当時において約定利用権設定の可能性のない場合にのみ成立するにすぎないのかどうか、…に〔問題の核心が〕あると見ることができよう」。また、右指摘に賛成するものとして、近江幸治「平成２年最判評釈」『平成２年度重要判例解説』（ジュリスト臨時増刊980号。1991）72頁以下、73頁～74頁、畠山・前掲（注24）28頁。

※　本判決の評釈或いは紹介として、既に引用したものの他、亀井洋一・銀行法務21　680-40（2007）、谷本誠司・銀行法務21　678-50（2007）、升田純・Lexis 判例速報24-36（2007）、浅野謙一・信用保険月報2007年12月号32頁以下、塩崎勤・民事法情報257-83（2008）がある。

また、脱稿後、松本恒雄「本件評釈」『平成19年度重要判例解説』（ジュリスト臨時増刊1354号。2008）72頁以下、生熊長幸「本件評釈」民商法雑誌137-4＝5-87（2008）（本件判旨に賛成）及び宮坂昌利「本件評釈」ジュリスト1355-105（2008）（これは、本稿注（22）にて引用した判例時報及び判例タイムズの各誌におけるコメントと同一のものである。）に接した。

（2008年3月21日　脱稿）

執筆者紹介（掲載順）

菅原寧格	北海道大学大学院法学研究科助教
藤原正則	北海道大学大学院法学研究科教授
松浦正孝	公共政策大学院連携研究部教授
関口和徳	北海道大学大学院法学研究科助教
佐藤陽子	札幌学院大学法学部講師
内藤大海	国士舘大学法学部講師
柴田晃芳	北海学園大学経済学部非常勤講師
久末弥生	明治学院大学大学院法務研究科助手
王泰升	台湾大学法律学院・国立台湾大学法律学院教授
黄詩淳	北海道大学大学院法学研究科助教
榊原志俊	衆議院調査局労働調査室長
森本昭夫	前参議院委員部第五課長
根本尚徳	明治学院大学法学部法律学科専任講師

平成20年7月25日　印刷
平成20年7月31日　発行

編集人　山口二郎

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. 59 July 2008 No. 2

CONTENTS

ARTICLES

Für "den Durchbruch" des Problems des Wertrelativismus
—— Von Weber zu Jaspers —— ····· Yasunori SUGAWARA 1

Bereicherung durch die unberechtigte Verfügung über fremde Sachen und unberechtigte Einziehung fremder Geldforderungen (1)
—— Gegenreaktion des Berechtigten auf die Einmischung in die dem Berechtigten gehörende Rechtssphäre ——
····· Masanori FUJIWARA 43

The "Kyusyu Factor" in Japanese Pan-Asianism (1) :
"Historical Memory" and the Spread of People and Products
····· Masataka MATSUURA 101

A Study on the Exclusionary Rule of the Criminal Confessions (1)
····· Kazunori SEKIGUCHI 171

Die Einwilligung des Verletzten (4)
—— Rekonstruktion mit Rücksicht auf den besonderen Teil ——
····· Youko SATO 215

Eine Studie über die tatprovozierende Ermittlungstätigkeit (4)
—— anhand der theoretischen Entwickelungen in der BRD ——
····· Hiromi NAITO 293

Japan's Post-Cold War Defense Policy (1) :
the Administrative Process between 1993–1995
····· Teruyoshi SHIBATA 590[1]

Preservation, Use, and Coordination in American National Parks (1)
····· Yayoi HISASUE 540[51]

MATERIAL

The Transformation of the Taiwanese Legal Consciousness in the Period of Japanese Occupation:
The Fusion of Taiwanese Law and Japanese Law
····· Tay-sheng WANG 365
tr. Sieh-chuen HUANG

Recent Reforms and Problems of the Legislative Research Services in Japan ····· Yukitoshi SAKAKIBARA 397

The Characteristics of the Parliamentary Legal Norms
····· Akio MORIMOTO 453

CASE NOTE

Note on Civil Law Case ····· Hisanori NEMOTO 500[91]

[ ]···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